

บทที่ 2

แนวคิดความเป็นมาและหลักการการประกันสิทธิของจำเลย ในการมีทนายความในคดีอาญา

ในปัจจุบันระบบกฎหมายที่สำคัญและใช้กันโดยสากล ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ระบบ ดังนี้ ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี

โดยที่มาของระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) อาจลำดับได้ดังนี้

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Legislation) โดยถือว่าบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่แสดงออกมาด้วยเหตุผลตามตัวอักษรและเป็นตัวแทนเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมาย เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นนักกฎหมายจะวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น เพื่อแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหา แล้วจึงนำหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาปรับใช้แก่กรณีพิพาทโดยวิธีการตีความกฎหมาย โดยถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมประกอบไปด้วยหลักเหตุผลและความเป็นธรรมอยู่แล้วในตัวเอง

2. จารีตประเพณี (Customs) ระบบซีวิลลอว์นั้นพัฒนามาจากกฎหมายจารีตประเพณี ตั้งแต่ในสมัยโรมัน โดยในอดีตกฎหมายโรมันถือว่าจารีตประเพณีจะต้องสอดคล้องกับเหตุผล จึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมายประเพณีได้ แม้ว่าในปัจจุบันการบัญญัติกฎหมายจะมีได้มาจากจารีตประเพณีเช่นแต่ก่อน แต่จารีตประเพณีก็ยังคงมีอิทธิพลต่อวิถีชีวิตของของมนุษย์อยู่เช่นกัน และถ้าหากข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นมีได้มีบทบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย จารีตประเพณีก็จะเป็นเครื่องมือในการชี้ถูกชี้ผิดได้นั่นเอง ดังนั้นระบบซีวิลลอว์จึงยอมรับจารีตประเพณีที่มีเหตุผลว่าเป็นกฎหมายลำดับรองด้วย

3. คำพิพากษาของศาล (Jurisprudence) นั้นถือว่ามีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมาย เป็นการแสดงออกถึงหลักเกณฑ์และกฎหมายต่างๆ ที่นำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้นๆ ให้เกิดเป็นรูปธรรม แต่คำพิพากษาของศาลนั้นมิใช่เป็นที่มาของกฎหมายโดยแท้ โดยถือว่าคำพิพากษามีฐานะเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะราว มิใช่หลักเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและปราศจากความแน่นอน แต่นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ก็ไม่ถึงกับไม่ยอมรับแนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานโดยสิ้นเชิง แต่อาจกล่าวได้ว่าคำพิพากษาของศาล

ในคดีก่อนนั้น ไม่ผูกพันเป็นการทั่วไปให้ต้องใช้เป็นแนวบรรทัดฐานแก่คำพิพากษาในคดีหลัง ดังเช่นบทบัญญัติกฎหมาย

4. ความเห็นของนักนิติศาสตร์ (Doctrine) โดยพัฒนาการของระบบซีวิลลอว์นั้น ผูกพันอยู่กับการศึกษาค้นคว้าบทบัญญัติและหลักการแห่งบทบัญญัติกฎหมาย นักนิติศาสตร์มิได้ทำหน้าที่เพียงอธิบายการใช้กฎหมายเท่านั้นแต่นักนิติศาสตร์ยังทำหน้าที่วิเคราะห์วิจารณ์ การใช้การตีความกฎหมายทั้งในทางเหตุผลและผลที่จะเกิดขึ้นมาโดยตลอด ทั้งคำสอนของนักนิติศาสตร์ และข้อเขียนต่างๆ ยังมีส่วนในการกำหนดทางในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าระบบซีวิลลอว์ไม่เพียงแต่เป็นระบบกฎหมายแบบแผนแห่งบทบัญญัติเท่านั้น แต่ยังเป็นระบบกฎหมายของนักนิติศาสตร์อีกด้วย⁵

ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งมีแหล่งกำเนิดและวิวัฒนาการขึ้นในประเทศอังกฤษ คำว่า “คอมมอนลอว์” มาจากภาษาโบราณว่า คอมมูน เลย์ (Commune Ley) ซึ่งเป็นภาษาฝรั่งเศส โดยระบบกฎหมายนี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นกฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณีต่างๆ ที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิมและคำพิพากษาของศาลที่ผู้พิพากษาได้สร้างขึ้น ซึ่งที่มามีความสำคัญของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) คือ การนำคำพิพากษาในคดีก่อนมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีหลัง ซึ่งที่มาของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) อาจลำดับตามความสำคัญได้ดังนี้

1. คำพิพากษาของศาล (Decision of the Courts) กฎหมายอังกฤษส่วนใหญ่มิได้ถูกรวบรวมไว้เป็นประมวลกฎหมายเหมือนประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรป ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาจากคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนๆ อันเป็นที่ยอมรับนับถือ เพื่อใช้เป็นแนวบรรทัดฐานของศาลในการวินิจฉัยคดีอื่นๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังในเรื่องเดียวกันหรือมีประเด็นที่คล้ายคลึงกันของศาลเดียวกัน⁶ โดยถือว่าคำพิพากษาของศาลสูงเป็นใหญ่ อันเป็นหลักศักดิ์สิทธิ์ แต่ก็มีข้อยกเว้นการใช้หลักนี้ในกรณีที่ข้อเท็จจริงแตกต่างกัน เรียกว่า “หลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง” (The Technique of Distinctions) ซึ่งถ้าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี (ratio decidendi) นั้นเหมือนกันทุกประการก็ต้องถือตามแนวบรรทัดฐานเดิม แต่ถ้าวิเคราะห์ออกมาแล้วปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นนั้นแตกต่างกัน ศาลก็ไม่ต้องถือตามแนวบรรทัดฐาน และถ้าหากหลักที่ศาลตั้งนั้นไม่ได้เป็นข้อวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีโดยตรง แต่เป็นเพียง

⁵ จาก “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์,” โดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2537, คุณภาพ, 41, น. 59 – 65.

⁶ จาก เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1 – 7 (น. 261), โดย มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์ ก, 2528, กรุงเทพฯ: วิคตอรีเพาเวอร์พอยท์.

ข้อสังเกตหรือข้ออ้างที่กล่าวไว้ (obiter dicta) โดยศาลมิได้มุ่งที่จะให้มีผลผูกพันให้ต้องถือเป็นแนวบรรทัดฐาน ข้อสังเกตหรือข้ออ้างนั้นก็ไม่ต้องถือเป็นแนวบรรทัดฐานตาม หรืออาจพิพากษากลับหรือยกเลิกหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ได้ด้วย “หลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง” นี้ทำให้ศาลอังกฤษสามารถพัฒนาระบบกฎหมายให้ยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่ต้องกลับหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิมและยังให้เกิดความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันด้วย

2. กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute Law) เป็นแหล่งที่มาลำดับสองของกฎหมายอังกฤษถัดจากคำพิพากษาของศาล แต่ทัศนคติของนักกฎหมายคอมมอนลอว์เห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นสิ่งแปลกปลอมและผิดปกติ ทัศนคติเช่นนั้นทำให้บทกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติ บัญญัติขึ้นมิได้รับการยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจัง จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งได้นำบทบัญญัตินั้นไปบังคับใช้เสียก่อนและเมื่อศาลได้นำกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แล้ว ถ้าเกิดข้อพิพาทในทำนองเดียวกันอีกภายหลัง ศาลที่พิจารณาคดีก็จะนิยมอ้างคำพิพากษาที่เคยปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมากกว่าที่จะอ้างด้วยบทกฎหมายอีก⁷

3. จารีตประเพณี (Custom) เป็นที่มาอย่างหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ โดยจารีตประเพณีที่จะใช้บังคับเป็นกฎหมายในปัจจุบันได้นั้นจะต้องเป็นประเพณีที่มีอยู่ก่อน ค.ศ. 1189 จนถึงปัจจุบัน จะต้องเป็นที่ยอมรับนับถือและเคารพปฏิบัติตามในกลุ่มชนใดกลุ่มหนึ่งและมีความแน่นอน ต้องเป็นประเพณีที่มีเหตุผลและไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้นเมื่อศาลยอมรับบังคับตามจารีตประเพณีใด ก็จะไม่นำจารีตประเพณีนั้นมาอ้างอีก เพราะจารีตประเพณีได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาและเป็นแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาไปแล้ว

4. ตำรากฎหมายต่างๆ (Books of Authority) ในประเทศอังกฤษ ตำราหรือข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ ส่วนใหญ่ไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายอังกฤษเท่าใดนัก แต่ก็มีตำรากฎหมายของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงที่ได้รับการยอมรับนับถือพอๆ กับคำพิพากษาของศาล คือ ตำรากฎหมาย Institutes of the Law of England โดย เซอร์ เอ็ดเวิร์ด ค็อก ซึ่งศาลอังกฤษได้ใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีตลอดมา และในปัจจุบันตำรากฎหมายที่สำคัญที่เป็นที่ยอมรับนับถือในหมู่ผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายและใช้อ้างอิงในศาลเสมอ คือ Halsbury's Laws of England⁸

โดยระบบการดำเนินคดีอาญาสำหรับประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) จะใช้ระบบการดำเนินคดีแบบไต่สวน (Inquisitorial System) สำหรับประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

⁷ ความเป็นมาและหลักการใช้วิธีวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ (น. 65 – 68). เล่มเดิม.

⁸ เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1 – 7 (น. 263 – 264). เล่มเดิม.

(Common Law) จะใช้ระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหา โดยในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ไม่ว่าใช้ระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ หรือ ซีวิลลอว์ ต่างก็ใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาทั้งสิ้น แต่จะมีความแตกต่างระหว่างประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์กับระบบคอมมอนลอว์ อยู่ที่หลักของการค้นหาความจริงในคดีอาญา⁹ โดยระบบคอมมอนลอว์ การดำเนินคดีอาญาจะใช้หลักการต่อสู้คดี (Adversarial system) ซึ่งคู่ความมีหน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐานและซักค้านพยานเพื่อพิสูจน์ให้เห็นความจริง โดยศาลจะวางตัวเป็นการคอยควบคุมการดำเนินคดี สำหรับระบบซีวิลลอว์ การดำเนินคดีจะใช้หลักการค้นหาความจริง (Truth Theory) หรือเรียกว่า “หลักการตรวจสอบ” (Investigatory system) โดยถือว่าศาลเป็นผู้แทนของรัฐในการค้นหาความจริง¹⁰

2.1 ระบบการดำเนินคดีอาญา

ระบบการดำเนินคดีอาญาแบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ การดำเนินคดีในระบบไต่สวน (Inquisitorial System) และการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา (Accusatorial System) โดยในปัจจุบันระบบการดำเนินคดีอาญานั้น เป็นระบบ “การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา” ที่มีการแบ่งแยกหน้าที่การสอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน ให้มีองค์กรในการดำเนินคดีอาญาที่ต่างหากจากกันเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ โดยให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรในการดำเนินคดีอาญาดังเดิมนั้นรองรับผิดชอบเฉพาะการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนการสอบสวนฟ้องร้องคดีก็ให้องค์กรอัยการมีหน้าที่รับผิดชอบการสอบสวนฟ้องร้อง พร้อมให้สิทธิต่างๆ แก่ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้โอกาสแก้ข้อหาและต่อสู้คดีได้ด้วย โดยถือว่าผู้ถูกกล่าวหาพ้นสภาพการเป็นวัตถุแห่งการซักฟอก เป็นการยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาขึ้นเป็นประธานในคดี¹¹

2.1.1 การดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน ได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ฯลฯ และใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งมีที่มาจากระบบกฎหมายโรมัน โดยระบบ “ไต่สวน” เป็นการดำเนินคดีอาญาที่ไม่มีการแยก “หน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง” และ “หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี” ออกจากกัน แต่การ

⁹ จาก *รวมบทความด้านวิชาการ* (น. 358), โดย คณิต ณ นคร ค, 2540, กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.

¹⁰ From *Comparative criminal procedure : Germany* (p. 58), by J. H. Langbein, 1977, St. Paul: West Publishing Company.

¹¹ *รวมบทความด้านวิชาการ* (น. 58). เล่มเดิม.

ดำเนินคดีอาญาทั้งหมดตกอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาหรือศาล โดยผู้ถูกไต่สวนเป็น “กรรมในคดี” ซึ่งแทบไม่มีสิทธิใดๆ เลยและมีสภาพไม่ต่างอะไรกับวัตถุชิ้นหนึ่ง¹²

ในทางทฤษฎียอมรับกันว่าระบบไต่สวนที่มีที่มาจากศาลทางศาสนาของคริสต์ศาสนานิกายคาทอลิกในสมัยกลาง ซึ่งทางศาสนจักรโดยเฉพาะอย่างยิ่งสันตปาปาแห่งกรุงโรมมีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักรคือ กษัตริย์หรือเจ้าผู้ครองนครต่างๆ โดยในสมัยกลางศาลศาสนาของยุโรปมีวิธีการพิจารณาคดีผู้กระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมายของทางศาสนาด้วยวิธีการซักพยานในรูปของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง คือ พระผู้ทำการไต่สวนกับผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ถูกไต่สวน โดยไม่ต้องมีผู้พิพากษาเป็นคนกลาง

ดังนั้น ในศาลศาสนาผู้ไต่สวนจึงต้องทำหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐาน ซักถามพยาน และชำระความโดยไต่สวนคดีด้วยตนเองตลอดและโดยที่สันตปาปามีอิทธิพลเหนือกษัตริย์ยุโรปในสมัยกลางอิทธิพลของศาลศาสนาจึงได้ถูกนำมาใช้ในศาลของทางบ้านในคดีความผิดอาญาต่างๆ ไปด้วยและวิวัฒนาการมาเป็นระบบไต่สวนเช่นปัจจุบัน¹³

โดยระบบไต่สวนนั้นศาลมิได้ทำหน้าที่วางตัวเป็นกลางแต่จะทำหน้าที่ในการค้นหาความจริงด้วยตนเอง โดยค้นหาจากพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิดในฐานะเจ้าพนักงานผู้เป็นตัวแทนของรัฐและจะต้องดำเนินการไต่สวนด้วยความระมัดระวัง วางตัวเป็นการทั้งในด้านที่เป็นคุณและด้านที่เป็นโทษแก่ผู้ถูกกล่าวหา¹⁴ ดังนั้นในระบบไต่สวนศาลจะมีบทบาทในการดำเนินคดีอย่างสูง กล่าวคือ ในระบบไต่สวนศาลจะทำหน้าที่ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ตั้งแต่ขั้นสอบสวนตลอดมาจนกระทั่งการดำเนินคดีในศาล การฟ้อง การต่อสู้และการให้การ โดยไม่มีการจำกัดบทบาทของผู้พิพากษาในการดำเนินคดี ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะลงโทษหรือให้อภัยโทษแก่ผู้ถูกกล่าวหา โดยไม่มีหลักเกณฑ์ในการต่อสู้คดีอาญา ไม่มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ไม่มีการพิจารณาถึงสิทธิมนุษยชนและความยุติธรรมและผู้ถูกกล่าวหาไม่มีสิทธิในการมีทนายความ ซึ่งปกติศาลจะให้พยานเล่าเรื่องจนจบแล้วศาลจะซักถามเพิ่มเติมในภายหลังพยานหลักฐานในที่นี้ถือเป็นพยานหลักฐานของศาลมิใช่ของโจทก์หรือจำเลย จึงไม่มีความจำเป็นที่จะใช้วิธีถามค้าน ทนายความจะซักถามพยานได้ก็โดยขอให้ศาลเป็นผู้ถามให้ การพิจารณาคดีในระบบไต่สวนมิใช่การต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ แต่เป็นการต่อสู้กันระหว่างจำเลยกับรัฐและปกติ

¹² กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 61). เล่มเดิม.

¹³ จาก “การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทยที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน,” โดย กุลพล พลวัน ก, 2546, *ศาลรัฐธรรมนูญ*, 5, น. 34 – 50.

¹⁴ จาก “บทเรียนจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของทวีปยุโรป,” โดย Jan Stepan, โดย ประธาน วัฒนวานิชย์ (ผู้แปล), 2519, *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับพิเศษ, น. 147.

การพิจารณาคดีมิได้กระทำโดยเปิดเผยและใช้การพิจารณาจากเอกสารมากกว่าการเบิกความของพยานบุคคล

ระบบไต่สวนเน้นในเรื่องการค้นหาความจริงเป็นหลัก การชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานโดยศาลจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ดังนั้นกฎเกณฑ์ในการดำเนินคดี เช่น การสืบพยาน การดำเนินต่างๆ ในศาลจึงยืดหยุ่นแต่ไม่ได้ให้ความสำคัญในหลักการเท่าเทียมกันระหว่างโจทก์และจำเลยในศาล เพราะเป็นการต่อสู้คดีระหว่างจำเลยกับรัฐโดยตรง ดังนั้นการฟ้องคดีอาญาจึงต้องกระทำในนามของรัฐ ราษฎรมีบทบาทในการฟ้องคดีอาญาอย่างจำกัดอย่างยิ่ง¹⁵

การดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวนนี้มีข้อบกพร่องอยู่ที่การใช้อำนาจของผู้ไต่สวนโดยมีอำนาจชี้ขาดทั้งกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าผู้ไต่สวนมีอำนาจมากเกินไป เพราะผู้ไต่สวนมีดุลยพินิจแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่มีการตรวจสอบหรือแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด ผู้ถูกไต่สวนหรือผู้ถูกกล่าวหาในฐานะเป็นผู้ถูกชักฟอกจากศาล หรือตกเป็นกรรมในคดี ทำให้ผู้ถูกไต่สวนไม่มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหา ซึ่งหากผู้ไต่สวนเกิดอคติ ไม่มีความเป็นกลาง จนกลายเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ปราบปรามการกระทำความผิดอาญามากกว่าเป็นองค์กรในการอำนวยความยุติธรรมแล้ว การไต่สวนดังกล่าวอาจนำไปสู่การลงโทษด้วยวิธีทรมานเพื่อให้รับสารภาพซึ่งขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนได้¹⁶

ต่อมาเมื่อ ค.ศ. 1789 หลังจากการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส ประเทศฝรั่งเศสได้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องของหลักการค้นหาความจริงในระบบไต่สวน โดยนำระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหาของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) มาใช้ โดยการนำข้อดีของแต่ละระบบมารวมกัน ประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นประเทศแรกที่ใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาแบบระบบผสม (The Mixed System) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1808 และต่อมาประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป ก็ได้นำไปเป็นแบบอย่างในการดำเนินคดีอาญา เช่น ประเทศอิตาลี ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งการปฏิรูประบบการดำเนินคดีอาญาดังกล่าวมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงระบบการดำเนินคดีอาญาที่สำคัญดังนี้

1. การดำเนินคดีอาญาแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน คือ การสอบสวนคดีอาญา การไต่สวนมูลฟ้องและการพิจารณาคดี โดยการจำกัดอำนาจของผู้พิพากษาให้มีเพียงอำนาจในการพิจารณาคดี

¹⁵ การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทยที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน. หน้าเดิม.

¹⁶ จาก “บทบาทของศาลในคดีอาญา,” โดย คณิต ณ นคร ง, 2544, วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต, 1 (1), น. 53. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เจ้าของลิขสิทธิ์.

2. จัดตั้งระบบอัยการให้เป็นองค์หนึ่งของกระบวนการยุติธรรม โดยมีหน้าที่รับผิดชอบการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาอย่างยุติธรรม

3. การให้หลักประกันสิทธิแก่จำเลยในคดีอาญาให้มีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญา โดยทนายความมีอำนาจในการซักถามพยานหรือเสนอพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย และทนายความยังมีส่วนร่วมในการดำเนินคดีในฐานะเป็นผู้ที่คอยให้ความคุ้มครองสิทธิ เพื่อรับประกันความยุติธรรมให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ทั้งยังมีหน้าที่ในการช่วยศาลค้นหาความจริงและเสนอความจริงให้ปรากฏต่อศาลด้วย¹⁷

จากการเปลี่ยนแปลงระบบการดำเนินคดีอาญาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าองค์กรทุกองค์กรในกระบวนการยุติธรรมต่างที่มีหน้าที่ที่จะต้องมีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงเพื่อให้สามารถนำไปสู่การพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาได้ตามข้อเท็จจริงแห่งคดี มิใช่เป็นอำนาจในการดำเนินคดีอาญาของผู้ใดส่วนแต่เพียงผู้เดียว และถึงแม้ว่าทนายความจะไม่มีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเท่าใดนัก แต่ทนายความก็ยังมีความสำคัญและมีความจำเป็นต่อการพิจารณาคดีของจำเลย ทั้งในฐานะเป็นผู้คุ้มครองสิทธิของจำเลยเพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตามสิทธิของตน โดยทนายความทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาคดีให้แก่จำเลย และทนายความยังมีส่วนในการค้นหาความจริงในคดีเพื่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเป็นไปตามกฎหมายโดยชอบธรรม เพราะทนายความเป็นผู้อยู่ในวิสัยที่จะสามารถแก้ไขข้อผิดพลาดและผิดพลาดขององค์กรในการดำเนินคดีอาญาของรัฐในทุกองค์กร ทนายความจึงเป็นทั้งผู้ช่วยเหลือและควบคุมการดำเนินของพนักงานอัยการ และศาล¹⁸

2.1.2 การดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหา (Accusatorial System)

ส่วนการดำเนินคดีอาญาใน “ระบบกล่าวหา” เป็นระบบการดำเนินคดีอาญาที่เข้ามาแก้ไขข้อบกพร่องของการดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน โดยลักษณะสำคัญของการดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา คือ การแยก “หน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง” และ “หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี” ออกจากกันโดยให้มืองค์กรในการดำเนินคดีอาญาที่แยกต่างหากออกจากกันเป็นผู้ทำหน้าที่ทั้งสองนั้น และยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหา (ผู้ต้องหาและจำเลย) จากการเป็น “กรรมในคดี” (Prozess-objekt) ขึ้นเป็น “ประธานในคดี” (Prozess-subjekt) ซึ่งในระบบกล่าวหากฎหมายไม่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นวัตถุแห่งการซักฟอกหรือเป็นกรรมในคดี แต่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็น “คน” และเป็น

¹⁷ From *Civil law tradition* (pp. 136 – 138), by J. H. Merryman, 1969, Stanford: Stanford University Press.

¹⁸ *รวมบทความด้านวิชาการ* (น. 331). เล่มเดิม.

ส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายจึงให้สิทธิต่างๆ แก่ผู้ถูกกล่าวหาโดยเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และห้ามดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีขอบ¹⁹

หลักการของระบบกล่าวหา ส่วนมากอยู่กลุ่มในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศแคนาดา รวมทั้งกลุ่มประเทศอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีวิวัฒนาการจากการแก้แค้นกันระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายจะฟ้องคดีอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง และรวบรวมพยานหลักฐานมานำสืบความผิดของจำเลยในศาล ส่วนศาลหรือผู้พิพากษาจะวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด ตามหลักการต่อสู้ (Adversarial system หรือ Fight Theory) ในสมัยดั้งเดิมนั้นเรียกว่า “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” ดังนั้นในระบบกล่าวหาจึงแบ่งบุคคลในคดีอาญาออกเป็น 3 ฝ่าย คือผู้เสียหายซึ่งทำหน้าที่เป็นโจทก์ จำเลยและศาล เหตุผลที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะมีแนวความคิดมาจากการพิจารณาคดีในสมัยโบราณซึ่งใช้วิธีทรมาน (trial by ordeal) ซึ่งจะมีการพิสูจน์ความจริงโดยการต่อสู้ด้วยกำลังระหว่างโจทก์กับจำเลย (Trial by Physical Battle) ส่วนศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางหรือกรรมการ

ด้วยเหตุนี้เองโดยสภาพที่ต่างฝ่ายต่างมุ่งหมายที่จะเอาชนะคดีกัน จึงอาจมีการปกปิดข้อเท็จจริงใดๆ ไว้ ต่อมาจึงได้วิวัฒนาการมาเป็นการนำพยานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ซึ่งหลักในการค้นหาความจริงของระบบกล่าวหา มีลักษณะเป็นการต่อสู้แข่งขันกันระหว่างคู่ความในคดี (Competition Doctrine) โดยศาลวางจะตัวเป็นกลางแต่จะคอยควบคุมกฎเกณฑ์การต่อสู้ เพื่อมิให้คู่ต่อสู้ทั้งสองฝ่ายได้เปรียบหรือเสียเปรียบแก่กันและต้องต่อสู้กันตามหลักเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาความและทางพยานหลักฐานที่เคร่งครัด โดยฝ่ายโจทก์จะนำพยานที่เป็นพรรคพวกของตนมาเบิกความกล่าวหาจำเลย ส่วนจำเลยก็นำพยานของตนมาเบิกความรับรองความบริสุทธิ์ของตนให้ศาลฟังแล้วตัดสินคดีไปตามน้ำหนักพยานของแต่ละฝ่าย

จากการที่ใช้วิธีการต่อสู้คดีกันนั่นเอง ระบบกล่าวหาจึงให้ความสำคัญอย่างสูงต่อหลักเกณฑ์ต่อไปนี้คือ

1. หลักการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง
2. จำเลยมีสิทธินำสืบพยานหลักฐานหักล้างพยานโจทก์เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน
3. ถือหลักสำคัญว่าโจทก์และจำเลยมีฐานะในศาลเท่าเทียมกัน แม้โจทก์จะเป็นพนักงานอัยการซึ่งทำหน้าที่ในนามของรัฐก็จะมีฐานะเท่ากับจำเลยซึ่งเป็นราษฎร

¹⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 62). เล่มเดิม.

4. ศาลหรือลูกขุน (Jury) จะวางตนเป็นกลางโดยเคร่งครัด ทำหน้าที่เหมือนกรรมการตัดสินกีฬาคอยควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามกฎหมายโดยเคร่งครัด การปฏิบัติละเมิดหลักเกณฑ์อาจถูกศาลพิพากษายกฟ้องได้

5. มีหลักคุ้มครองสิทธิของจำเลยอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาคดีต้องกระทำต่อหน้าจำเลย การให้สิทธิซักค้านพยานโจทก์และการให้สิทธิจำเลยที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือในการดำเนินคดี

6. ศาลจะมีบทบาทค้นหาความจริงน้อยมากเพราะถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่กรณีจะฟ้องแสวงหาพยานมาแสดงต่อศาลด้วยตนเอง ดังนั้นบางครั้งในทางวิชาการจึงเรียกกันว่าระบบคู่ความ (Adversarial system) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีแพ่ง ศาลจะไม่เข้าไปมีบทบาทในการแสวงข้อเท็จจริงเลย ส่วนคดีอาญาก็จะเข้าไปช่วยหาความจริงบ้างในบางกรณีที่เป็นอย่างยิ่งเท่านั้น เช่น ซักถามพยานเท่าที่จำเป็นเพื่อความเป็นธรรมแก่จำเลยและศาลจะซักถามเพื่อให้ข้อเท็จจริงชัดเจนยิ่งขึ้นเท่านั้น แม้ว่าบางกรณีคู่ความจะพลั้งเผลอไม่เสนอพยานหลักฐานให้ศาลทราบ ศาลก็วางตัวเป็นกลางจะไม่แนะนำหรือช่วยเหลือโดยซักถามเพิ่มเติมหรือเรียกพยานมาสืบเอง

ดังนั้น ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) อันมีหลักการดำเนินคดีอาญาแบบระบบกล่าวหา (Accusatorial System) และมีหลักการในการค้นหาความจริงในคดีในลักษณะการต่อสู้คดีที่เป็นแบบปฏิบัติหรือที่เรียกว่า “ระบบการต่อสู้คดีโดยคู่ความ” (Adversarial system) โจทก์ที่เป็นราษฎรผู้เสียหายหรือที่มีพนักงานอัยการทำหน้าที่เป็นโจทก์จะมีบทบาทอย่างสูงในการดำเนินคดีเพราะต้องทำหน้าที่และหาพยานหลักฐานแล้วนำเสนอพยานในศาลแต่ต้นจนจบ²⁰ และผ่านขั้นตอนการฟ้องคดีอาญาและการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกันตามหลักการต่อสู้คดี (Fight Theory) ส่วนผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะมีทนายความช่วยเหลือด้วยการให้คำปรึกษาแนะนำทางด้านกฎหมาย พร้อมทั้งแนะนำและเสนอเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดแก่ผู้พิพากษา ในลักษณะของการโต้แย้งในข้อเท็จจริงของคดีจากพยานหลักฐานต่างๆ ที่ได้จัดเตรียมไว้และมีฐานะเป็นตัวแทนแตกต่างในการต่อสู้คดี จึงอาจถือได้ว่าสิทธิในการมีทนายความของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการต่อสู้คดีอาญาเป็นสิทธิขั้นมูลฐานสำหรับช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินการต่อสู้คดีอาญาตาม Sixth Amendment ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยมิชอบตามกระบวนการของกฎหมาย (Undue Process Of Law) และช่วยสนับสนุนให้เกิดความมั่นคงในสังคมอย่างยุติธรรมในระบบกล่าวหาเพื่อป้องกันการดำเนินคดี

²⁰ การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทยที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน. หน้าเดิม.

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายที่ใช้กันโดยสากลในปัจจุบัน ได้แก่ ระบบซีวิลลอว์หรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) นั้นต่างมีที่มาจากหลักกฎหมายที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ซึ่งอาจกล่าวได้เช่นกันว่าระบบกฎหมายทั้งสองระบบต่างมาจากเหตุผลแห่งข้อเท็จจริงของการดำรงอยู่ของคนในสังคมโดยปกติสุขซึ่งเป็นหลักเกณฑ์แนวทางอันเป็นบรรทัดฐานแก่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐหรือระหว่างบุคคลด้วยกันเอง ทั้งในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ต่างมีที่มาของกฎหมายที่แตกต่างกัน เพียงระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ถิ่นเน้นหนักในกฎหมายอันแสดงออกด้วยเหตุผลตามตัวอักษรซึ่งถือเป็นการแสดงเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมายในยุคสมัยนั้น และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้ให้ความสำคัญในคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนๆ เป็นบรรทัดฐานของศาลในการวินิจฉัยคดีที่เกิดขึ้นภายหลัง

แต่ทั้งระบบการดำเนินคดีอาญาทั้งในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ ต่างได้รับระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหามาใช้ทั้งสิ้น โดยมีหลักการดำเนินคดีอาญาที่แยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน ยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาขึ้นเป็น “ประชน” ในคดีตาม “หลักอาชญาเท่าเทียมกัน” เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ต่อสู้คดีตามสิทธิของตนได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากกระบวนการอันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยอาจกล่าวได้ว่าความแตกต่างของระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์นั้น มาจาก “วิธีการในการค้นหาความจริงในคดีอาญา”

โดยหลักในการค้นหาความจริงในคดีอาญาของระบบซีวิลลอว์ยังคงดำเนินคดีในแบบระบบไต่สวน ซึ่งเป็นหลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญาในลักษณะการตรวจสอบค้นหาความจริงในคดี (Investigatory system) หรืออาจเรียกว่าการดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้ (Non-Adversarial system) และหลักในการค้นหาความจริงในคดีอาญาของระบบคอมมอนลอว์ที่ดำเนินคดีในแบบระบบกล่าวหา เป็นหลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญาในลักษณะการต่อสู้คดีที่เป็นแบบปฏิบัติ (Adversarial system) หรืออาจเรียกว่าการดำเนินคดีอาญาในการค้นหาความจริงแบบต่อสู้คดีโดยคู่ความ

โดยสิทธิการมีทนายความของผู้ถูกกล่าวหาได้เข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาโดยมิให้ตกเป็นผู้ถูกซักฟอกในฐานะเป็นกรรมแห่งคดี ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่หรือมีสิทธิวางเฉยในการดำเนินคดีเพราะถือว่าผู้ถูกกล่าวหาได้รับการสันนิษฐานไว้ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิพากษาคัดสินจากศาลว่าเป็นผู้กระทำความผิด

สำหรับระบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยนั้นได้มีการวิวัฒนาการจากระบบการดำเนินคดีในระบบไต่สวนมาเป็นการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาเพื่อให้เท่าเทียมกับอารยประเทศทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการบังคับใช้กฎหมาย นำไปสู่ระบบดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยดังจะกล่าวต่อไป

2.1.3 ระบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย

ก่อนใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญาสำหรับใช้ไปพลางก่อน รัตนโกสินทร์ศก 115 การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยใช้ระบบไต่สวน และการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยตามระบบนี้ได้เลวร้ายจนถึงขีดสุดเมื่อมีวิธีพิจารณาอาชญากรรมเกิดขึ้น²¹ กรณีผู้ใดถูกจับกุมในข้อหาว่าเป็นโจรผู้ร้ายจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิด นอกจากนั้นจะพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ได้ ทำให้ผู้ต้องหาได้รับความเดือดร้อนจากการค้นหาพยานหลักฐานด้วยวิธีการรุนแรง²²

ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2439) นับเป็นจุดเปลี่ยนแปลงที่สำคัญจุดหนึ่งของการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ นอกจากจะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความอาญาสำหรับใช้ไปพลางก่อนรัตนโกสินทร์ ร.ศ. 115 แล้ว ยังได้มีพระราชบัญญัติยกเลิกวิธีพิจารณาอาชญากรรมและได้มีการก่อตั้งระบบอัยการขึ้นอีกด้วย จึงเป็นผลให้ยกเลิกการดำเนินคดีอาญาแบบไต่สวนมาเป็นการดำเนินคดีอาญาที่แยกการสอบสวนฟ้องร้องและพิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน และยกฐานะผู้กระทำความผิดจาก “กรรมในคดี” มาเป็น “ประธานในคดี” ในการดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหาแทน อันเป็นการยอมรับหลักการที่ทำให้คู่ความมีสิทธิเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกับนานาอารยประเทศ

ในทางทฤษฎีประเทศไทยใช้หลักในการค้นหาความจริงในคดีอาญาแบบระบบไต่สวน อันเป็นหลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญาในลักษณะการตรวจสอบค้นหาความจริงในคดี (Investigatory system) ศาลจึงมีหน้าที่สืบพยานหลักฐาน ส่วนโจทก์และจำเลยเป็นผู้ช่วยศาลในการค้นหาความจริง โดยศาลยังมีอำนาจเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมได้ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาหรือจะดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสารลับหลังจำเลยก็ได้ โดยการฟ้องคดีต่อศาลเป็นไปตาม “หลักการฟ้องคดีอาญาโดยรัฐ” ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 32 ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 32 เมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้เสียหายจะกระทำผิดของอัยการเสียหาย โดยกระทำหรือละเว้นกระทำการใดๆ ในกระบวนการ

²¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 61). เล่มเดิม.

²² จาก “สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา,” โดย มารุต บุญนาค, 2516, วารสารทนายความ, 15, น. 6.

พิจารณา พนักงานอัยการมีอำนาจร้องต่อศาลสั่งให้ผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นกระทำการนั้นๆ ได้”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้นอกจากแสดงชัดถึงการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยว่าเป็นไปตาม “หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ” ยังแสดงถึงบทบาทของรัฐอีกด้วยว่าแม้ตามกฎหมายผู้เสียหายจะดำเนินคดีอาญาได้ด้วย แต่ผู้เสียหายจะทำให้ “คดีของอัยการ” กล่าวคือคดีของรัฐเสียหายไม่ได้ซึ่งแสดงว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบที่สำคัญในการดำเนินคดีอาญานั้นเอง²³ โดยทุกฝ่ายมีหน้าที่ต้องตรวจสอบค้นหาความจริง

แต่ในทางปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยที่มีความคลาดเคลื่อนไปจากหลักกฎหมายจนทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน²⁴ ซึ่งถือเป็นการปฏิบัติที่ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ดังเช่น การสืบพยานในคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 229 โดยแนวทางปฏิบัติของศาลนั้น ศาลได้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 116 (2) ประกอบมาตรา 117 ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 มาบังคับใช้ โดยให้คู่ความซึ่งเป็นโจทก์และจำเลยทำหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานเสนอต่อศาล โดยให้มีการซักถามพยาน ถามค้านพยานและถามตั้งพยานในคดีอาญาอันเป็นลักษณะการค้นหาความจริงโดยคู่ความของระบบกล่าวหาแทนการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา มาตรา 229 ที่บัญญัติให้ศาลเป็นผู้สืบพยาน โดยจะทำการสืบพยานในศาลหรือนอกศาลก็ได้แล้วแต่เห็นควรตามลักษณะของพยาน

และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 ที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของโจทก์ในการนำสืบพยานหลักฐานเพื่อชี้ให้เห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด โดยศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อชั่งน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานนั้น ถ้าหากศาลเห็นว่าพยานหลักฐานของโจทก์ไม่มีน้ำหนักพอที่จะลงโทษจำเลยได้ ศาลก็สามารถยกฟ้องโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาพยานหลักฐานของจำเลยอีก ซึ่งศาลฎีกาได้ยึดหลักกฎหมายนี้มาตลอด มีผลทำให้บทบาทในทางปฏิบัติของศาลค่อนข้างโน้มเอียงไปในการเป็นเพียงผู้ควบคุมการพิจารณาคดีเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามศาลก็มีได้วางเฉยในการค้นหาความจริงแต่อย่างใดหากศาลยังคงใช้บทบาทในเชิงรุกตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วย ดังเช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228 ระหว่างพิจารณาโดยพลการหรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยาน

²³ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 67). เล่มเดิม.

²⁴ จาก “วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน,” โดย คณิต ฌ นกร จ, 2539, วารสารอัยการ, 19 (215), น. 19.

เพิ่มเติม จะสืบเองหรือส่งประเด็นก็ได้ อันเป็นบทบัญญัติที่กฎหมายให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการเรียกพยานมาสืบได้เอง หรือสืบพยานที่คู่ความนำมาสืบเพิ่มเติม ซึ่งเรียกว่า “พยานของศาล”

ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าแนวทางปฏิบัติของศาลที่ไม่ตรงกันจนกลายเป็นวัฒนธรรมขององค์กรนั้น อันเนื่องมาจากโครงสร้างของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดำเนินการตามนัยแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบัน ซึ่งยังไม่เอื้อต่อการใช้บทบาทเชิงรุกของศาลตามที่กฎหมายให้อำนาจในการตรวจสอบความจริง²⁵

โดยบทบาทในเชิงรุกของศาลมิได้ถูกสนับสนุนดังเช่นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 ได้กำหนดให้อัยการมีบทบาทในการค้นหาความจริงด้วยการเป็นผู้กลั่นกรองข้อเท็จจริงที่ตำรวจได้รวบรวมแล้ว พร้อมสำนวนความเห็นว่าการสั่งฟ้องหรือไม่ โดยที่อัยการมิได้มีส่วนร่วมในการค้นหาความจริงในชั้นสอบสวน ซึ่งหากในชั้นศาลแล้ว ศาลมีเพียงคำสั่งฟ้อง ไม่มีสำนวนการสอบสวน ไม่มีแม้แต่ข้อเท็จจริงที่จะเตรียมการดำเนินกระบวนการพิจารณาในการสืบพยาน ทำให้ศาลไม่อาจใช้บทบาทเชิงรุกในการสืบพยานตามที่กฎหมายกำหนดได้ และหากกรณีศาลเข้าไปค้นหาความจริงอย่างกระตือรือร้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลอาจถูกมองว่าลำเอียงไม่มีความเป็นกลาง มีอคติทำให้คู่ความเสียประโยชน์ หรือนำไปสู่ความเคลือบแคลงใจแก่คู่ความว่าศาลอาจได้รับผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก็เป็นได้ การที่ศาลก้าวล่วงหน้าที่ของโจทก์เกินทางปฏิบัติที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาจนถึงปัจจุบันนี้อาจทำให้ศาลถูกคัดค้านหรือถูกร้องเรียนได้ ทำให้ในทางปฏิบัติศาลจะไม่พยายามใช้อำนาจนั้นและจะมีคำสั่งต่างๆ เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเฉพาะกรณีที่คู่ความร้องขอเท่านั้น

นอกจากนี้ตำรวจและพนักงานอัยการยังให้ความร่วมมือในการค้นหาความจริงในชั้นพิจารณาน้อยกว่าที่ควร กล่าวคือ พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนอย่างอิสระแต่มิได้รับการตรวจสอบจากองค์กรอื่นในกระบวนการยุติธรรมเท่าที่ควร สำหรับพนักงานอัยการที่เป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการฟ้องร้องคดีแต่ก็มิได้มีส่วนร่วมในการสอบสวนพยานหลักฐาน จำต้องใช้ดุลยพินิจในการกลั่นกรองจากสำนวนสอบสวนเท่านั้น เสมือนแต่ละองค์กรเน้นที่ผลสำเร็จเฉพาะองค์กรของตนโดยมิได้คำนึงถึงผลสำเร็จในภาพรวมของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งถือว่าเป็นการแยกการสอบสวนและการฟ้องร้องคดีออกจากกันโดยเด็ดขาด อาจมีผลทำให้เกิดปัญหาด้านประสิทธิภาพในการดำเนินคดีได้ โดยอัยการจะมุ่งแต่ทำหน้าที่ทนายฝ่ายโจทก์แทนที่จะร่วมกันค้นหาข้อเท็จจริงเพื่ออำนวยความยุติธรรมอย่างเต็มที่ทั้งแก่ผู้เสียหายและจำเลย

²⁵ จาก “บทบาทของศาลในการพิจารณาคดีอาญา,” โดย วิภา ปิ่นวีระ, 2550, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับบัณฑิตศึกษา, น. 367 – 368.

ดังนั้นในทางปฏิบัติอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเป็นการนำเอาทั้งหลักค้นหาความจริงโดยคู่ความของระบบกล่าวหาและหลักการค้นหาความจริงโดยศาลในระบบไต่สวนมาใช้ ทำให้ทุกองค์กรมีบทบาทในการพิจารณาคดี คือ อัยการและจำเลยมีบทบาทในการเสนอพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตน ส่วนศาลหากเห็นว่าพยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความนำมาเสนอไม่เพียงพอที่จะใช้ในการวินิจฉัยคดีได้ ศาลก็มีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนมาประกอบการวินิจฉัยหรือสั่งสืบพยานเพิ่มเติมได้ โดยถือเป็นพยานศาลและศาลมีอำนาจซักถามโจทก์ จำเลยหรือพยานคนใดก็ได้ ซึ่งทั้งอัยการ จำเลยและศาลต่างก็มีบทบาทในการค้นหาความจริงโดยเสนอพยานหลักฐานและซักถามพยานได้ตามกระบวนการพิจารณาคดีอาญา²⁶ เช่นจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 174 ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 174 ก่อนนำพยานเข้าสืบ โจทก์มีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีโจทก์ คือ แถลงถึงลักษณะของฟ้อง อีกทั้งพยานหลักฐานที่จะนำสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสร็จแล้ว ให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานโจทก์แล้ว จำเลยมีอำนาจเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีจำเลย โดยแถลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งตั้งใจอ้างอิง ทั้งแสดงพยานหลักฐานที่จะนำสืบ เสร็จแล้ว ให้จำเลยนำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานจำเลยเสร็จแล้ว โจทก์และจำเลยมีอำนาจแถลงปิดคดีของตน ด้วยปากหรือหนังสือหรือทั้งสองอย่างในระหว่างพิจารณา ถ้าศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องสืบพยาน หรือทำการอะไรอีกจะสั่งงดพยานหรือการนั้นเสียก็ได้”

โดยสรุป อาจกล่าวได้ระบบการดำเนินคดีอาญาของไทยเป็นระบบการดำเนินคดีอาญาที่นำระบบกล่าวหามาใช้ กล่าวคือ นำหลักการดำเนินคดีอาญาที่แยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง และหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน หลักยกฐานะของจำเลยให้เป็นประธานในคดีตาม “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” และนำหลักการค้นหาความจริงแบบต่อสู้มาใช้โดยหลักให้สันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง หลักการสืบพยานของโจทก์และจำเลย แต่อย่างไรก็ตามระบบการดำเนินคดีของไทยก็คงไว้ซึ่งอำนาจของศาลในการที่จะมีบทบาทเชิงรุกที่ศาลมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบแสวงหาข้อเท็จจริงแท้ เหตุคดีอันเป็นไปตามหลักในการค้นหาความจริงในคดีอาญาแบบระบบไต่สวน อันเป็นหลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญาในลักษณะการตรวจสอบค้นหาความจริงในคดี (Investigatory system)

โดยการแยกความแตกต่างของระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์นั้น อาจแยกได้จากวิธีการในการค้นหาความจริงในคดีอาญา โดยหลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญา

²⁶ จาก สิทธิการมีทนายในคดีอาญา (น. 31 – 32), โดย ทศนีย์ แก้วพิลา, 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ของไทย เป็นหลักการค้นหาความจริงในหลักการตรวจสอบ (Investigatory system) หรืออาจเรียกว่า การดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้ (Non-Adversarial System) โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต่างมีหน้าที่ในการค้นหาความจริง ศาลมีหน้าที่ตรวจสอบค้นหาความจริงแท้ อัยการมีหน้ารวบรวม พยานหลักฐานทั้งหมดในคดีและต้องตรวจสอบความจริงอย่างมีความเป็นภาวะวิสัย และ ทนายความมีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในการประกันสิทธิของจำเลยตาม “หลัก อารูธเท่าเทียม” ในการช่วยคุ้มครองปกป้องสิทธิของจำเลยจากกระบวนการดำเนินคดีอาญาที่อาจ เกิดความผิดพลาดขึ้น

สำหรับระบบคอมมอนลอว์ เป็นหลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญาแบบ ต่อสู้คดี (Adversarial system) โจทก์และจำเลย ต่างมีหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานของฝ่าย ตนเพื่อนำเสนอต่อศาลในปกป้องสิทธิของตน เพื่อนำเสนอหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตน หักล้างพยานของฝ่ายตรงข้าม โดยศาลไม่มีบทบาทในเชิงรุกและพิจารณาคดีจากพยานหลักฐานที่ คู่ความนำเสนอต่อศาลเท่านั้น

โดยจะเห็นได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย เป็นการนำเอาทั้ง หลักในหลักการค้นหาความจริงโดยศาล (Investigatory system) ในระบบไต่สวน และการค้นหา ความจริงโดยคู่ความ (Adversarial system) ของระบบกล่าวหามาใช้แต่ยังคงไว้ซึ่งการดำเนินคดี อาญาตามหลักการตรวจสอบ (Investigatory system) ไว้เป็นหลักสำคัญ โดยการนำเอาข้อดีของ หลักในการค้นหาความจริงของทั้งสองระบบมาใช้ในการดำเนินคดีอาญา ทำให้องค์กรทุกองค์กรมี หน้าที่ที่ต้องตรวจสอบค้นหาความจริงอย่างเคร่งครัดภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมี องค์กรทนายความมีส่วนช่วยในการค้นหาความจริงในคดีอาญาได้เป็นอย่างดี โดยการทำหน้าที่ เป็นผู้แทนของจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา และมีการดำเนินการซักค้านพยานเช่นเดียวกับ ทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อมีคดีความเกิดขึ้นทนายความจึงเป็นวิชาชีพที่ให้ความ ช่วยเหลือประชาชนแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเพื่อให้ได้รับความเป็นธรรมและรักษาไว้ซึ่งการ ดำเนินกระบวนการยุติธรรมโดยชอบธรรม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ประกอบการวิชาชีพนี้จะต้องเป็นผู้มี คุณธรรม มีจริยธรรม และมีความซื่อสัตย์ เป็นพื้นฐานของชีวิตเพื่อเยียวยาและแก้ไขปัญหา กฎหมายได้อย่างเที่ยงธรรม

ดังนั้น การศึกษาวิจัยนี้ เป็นการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเรื่องความสารถในการดำเนินคดีของ จำเลย โดยรัฐเป็นผู้จัดหาทนายความให้ตามหลักอารูธเท่าเทียมกัน โดยรัฐต้องให้ความคุ้มครอง รับรองในการประกันสิทธิในการเรื่องความสามารถในการต่อสู้คดีให้แก่จำเลยให้มีโอกาสในการ ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เท่าเทียมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

2.2 หลักการดำเนินคดีอาญา

ในสังคมดั้งเดิมการระงับข้อพิพาทมิได้แยกออกเป็นแพ่งหรืออาญา และดำเนินการโดยเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้แค้นระหว่างบุคคล กลุ่มหรือเผ่าพันธุ์ ข้อพิพาทดังกล่าวจึงไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนตายตัว และอาจไม่ยุติธรรมโดยการกระทำตอบแทนที่ได้สัดส่วนต่อความเสียหายที่ผู้หนึ่งได้รับ ต่อมาเมื่อสังคมเจริญขึ้นอำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายอาญาและการตัดสินข้อพิพาทเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการแก้แค้นหรือข้อพิพาทที่ขยายขอบเขตจากการที่เอกชนระงับข้อพิพาทด้วยกันเอง²⁷

หลักการดำเนินคดีอาญาในปัจจุบันมีหลักการร้องทุกข์หรือการฟ้องคดีที่แตกต่างกันออกไปตามระบบกฎหมาย เมื่อพิจารณาเฉพาะหลักเกณฑ์การฟ้องคดีอาญาในปัจจุบันจะเห็นว่าหลักการฟ้องคดีอาญาที่สำคัญดังต่อไปนี้

2.2.1 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน (Private Prosecution)²⁸

หลักการนี้เป็นหลักการดำเนินคดีดั้งเดิมของสังคมซึ่งรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นแคว้น เป็นอาณาจักรหรือประเทศ รูปแบบของการดำเนินคดีตามหลักการนี้เป็นเรื่องระหว่างเอกชนผู้เสียหายกับผู้กระทำละเมิด โดยการฟ้องหรือร้องทุกข์ต่อผู้มีอำนาจหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นคนกลางชี้ขาด การดำเนินคดีมีลักษณะการต่อสู้คดีกันระหว่างเอกชนสองคน โดยมีคนกลาง คือ ศาลเป็นผู้ชี้ขาด รูปแบบของการดำเนินคดีอาญากับการดำเนินคดีแพ่งจะไม่แตกต่างกัน²⁹ กล่าวคือนอกจากผู้เสียหายจะฟ้องให้ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดต่อตนแล้ว ยังมีการเรียกร้องค่าเสียหายควบคู่กันไปด้วย หลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชนดังกล่าวตั้งอยู่บนวัตถุประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทน ดังนั้นเอกชนจึงมีบทบาทอย่างมากในการเป็นผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและควบคุมอาชญากรรม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจึงเป็นหน้าที่ของผู้เสียหายที่จะดำเนินการฟ้องร้องและหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดนั้นๆ ต่อศาล แต่สิทธิในการฟ้องคดีอาญาของเอกชนนั้นจะจำกัดอยู่แต่เพียงตัวผู้เสียหายที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นเท่านั้น เอกชนอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงย่อมไม่สามารถนำคดีอาญามาฟ้องร้องต่อศาลได้ การอนุญาตให้เอกชนฟ้องคดีอาญาได้ยังคงปรากฏอยู่ในปัจจุบันในประเทศอังกฤษและเวลส์

²⁷ จาก หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (น. 31), โดย ณรงค์ ใจหาญ ก, 2550, กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมาย.

²⁸ จาก คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2 สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 8 – 13), โดย อุทัย อาทิวา ก, 2555, กรุงเทพฯ: วีเจ พรินติ้ง.

²⁹ บทบาทของศาลในคดีอาญา (น. 49 – 50). เล่มเดิม.

2.2.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution)

เป็นหลักการดำเนินคดีอาญาดั้งเดิมของประเทศอังกฤษที่สืบเนื่องมาจากข้อกำหนดตามกฎหมาย Common Law จากแนวคิดตามหลักการปัจเจกชนนิยม ที่ยึดถือสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่ารัฐจะล่วงละเมิดมิได้ ซึ่งถือว่าพลเมืองทุกคนมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจึงถือว่าประชาชนทุกคนได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด ดังนั้นประชาชนทั่วไปจึงอยู่ในฐานะมีสิทธิที่จะฟ้องคดีอาญาได้ตามหลักการที่ว่าบุคคลใดจะฟ้องคดีอาญาก็ได้ (Anyone may prosecute) โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าบุคคลผู้ฟ้องคดีนั้นจะเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงและได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำผิดหรือไม่³⁰ โดยประเทศอังกฤษได้ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ที่ทำหน้าที่ฟ้องคดีในประเทศอังกฤษ คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งถือว่าเป็นประชาชนคนหนึ่งเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันหลักการฟ้องคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution) ในประเทศอังกฤษได้ถูกกลืนกลับไปกับหลักการฟ้องคดีโดยเอกชน (Private Prosecution)

2.2.3 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution)

เป็นหลักการดำเนินคดีอาญาที่เกิดขึ้นภายหลังจากหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน และการหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอันมาจากระบบไต่สวนซึ่งกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีอาญาได้ก็แต่เฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายต่อการที่มีผู้กระทำความผิดทุกคดี หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนี้มีแนวความคิดที่มาจากทางอรรถประโยชน์นิยม โดยมุ่งเน้นถึงการควบคุมสังคม โดยพนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญา หมายความว่าพนักงานอัยการเป็นผู้รับผิดชอบ “การสอบสวนฟ้องร้อง” อันเป็นหลักเกณฑ์ของระบบอัยการที่สมบูรณ์โดยถือว่าการสอบสวนฟ้องร้องเป็นกระบวนการดำเนินคดีอาญากระบวนการเดียวที่แบ่งแยกไม่ได้ เจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นเพียงเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ³¹ ซึ่งผู้เสียหายไม่มีสิทธิในการเข้ามาฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญา โดยถือว่าประโยชน์ของรัฐหรือสังคมเหนือกว่าประโยชน์ของบุคคล รัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและจะต้องป้องกันปราบปรามการกระทำความผิดอาญาอันเป็นความผิดต่อสังคม

ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่เป็นผู้ดำเนินคดีอาญาในความผิดนั้น รัฐมีหน้าที่อำนวยความยุติธรรม โดยการกลั่นกรองมูลคดีจะกระทำในชั้นสืบสวนสอบสวนและฟ้องร้องเป็นหลักซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการดำเนินคดีในระบบนี้จะเป็นการทำงานร่วมกันของเจ้าหน้าที่รัฐ

³⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 65). เล่มเดิม.

³¹ แหล่งเดิม. (น. 66).

ทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมในตรวจสอบการค้นหาคำความจริงในคดี ซึ่งการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวนี้จะต้องเคารพสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมตามมาตรฐานสากลด้วย หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมีการใช้บังคับกันอย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและและประเทศไทย เป็นต้น

โดยนิติสัมพันธ์ในทางวิธีพิจารณาความอาญาของหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนั้นเป็นนิติสัมพันธ์สองฝ่าย คือ รัฐฝ่ายหนึ่งกับผู้ถูกกล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่ถือว่ารัฐเป็นปรปักษ์กับประชาชนในรัฐ กล่าวคือ รัฐในฐานะที่เป็นผู้รักษากฎหมายและอำนวยความสะดวกยุติธรรมย่อมจะไม่อาจถูกมองว่าเป็น “คู่ความ” กับประชาชนในรัฐได้เลย ทั้งนี้เพราะผู้ที่อยู่ตรงข้ามกับเอกชนนั้นไม่ใช่องค์กรของรัฐ แต่เป็นตัวรัฐเอง จากลักษณะของนิติสัมพันธ์ในทางวิธีพิจารณาความอาญาของหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐดังกล่าวมาแล้ว จึงไม่เป็นที่แปลกประหลาดอันใดที่พบว่าในประเทศในภาคพื้นยุโรป อัยการและตำรวจมีความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) อย่างแท้จริง กล่าวคืออัยการและตำรวจมีหน้าที่ที่ค้นหาคำความจริงของเรื่องหรือความจริงในเนื้อหา ทั้งนี้โดยไม่ผูกมัดกับคำร้อง คำขอ ของผู้ใดทั้งสิ้นและโดยเฉพาะในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นถึงกับมีการกล่าวกันว่า “อัยการเยอรมันเป็นเจ้าหน้าที่ที่ยุติธรรมที่มีความเป็นภาวะวิสัยที่สุดในโลก” ศาลเองก็มีหน้าที่ที่ต้องกระตือรือร้น (active) ในการค้นหาคำความจริง ในประเทศภาคพื้นยุโรป ศาลจึงเป็นผู้ถามพยานเองและค้นหาคำความจริงจนเป็นที่พอใจ ในเรื่องพยานหลักฐานอัยการและจำเลยจะเป็นเพียงผู้ที่คอยกระตุ้นให้ศาลดำเนินการ โดยการอ้างการร้องขอให้ศาลสืบพยานต่างๆ และศาลเองก็มีหน้าที่สืบพยานเพิ่มเองโดยพลการด้วย ในการดำเนินคดีอาญาในประเทศในภาคพื้นยุโรปจึงไม่มีหน้าที่นำสืบอย่างเช่นในการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ทั้งนี้เพราะในการดำเนินคดีอาญาในประเทศในภาคพื้นยุโรปไม่มีการต่อสู้และไม่มีคู่ความ³²

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เดิมประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ยอมรับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนไว้อย่างกว้างขวาง เนื่องจากการได้รับอิทธิพลของระบบ Common Law ของประเทศอังกฤษ แต่ด้วยเหตุที่ว่าระบบ Common Law เป็นกฎหมายที่ยุ่งยากและซับซ้อนประกอบกับการฟ้องร้องคดีอาญาแตกต่างกันในแต่ละมลรัฐ ซึ่งต่อมาได้รับวัฒนธรรมทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่เข้ามามีอิทธิพลภายหลัง ทำให้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้อำนาจในการฟ้องร้องคดีอาญาเป็นของพนักงานอัยการโดยเฉพาะในฐานะ

³² รวมบทความด้านวิชาการ (น. 315 – 316). เล่มเดิม.

ผู้แทนของชุมชน ผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาโดยตรงซึ่งถือว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ³³ เช่นเดียวกับภาคพื้นยุโรป

แต่ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐบางประเทศได้เปิดโอกาสให้เอกชนสามารถดำเนินคดีได้ ซึ่งได้แก่กฎหมายเยอรมัน โดยอนุญาตให้เอกชนฟ้องคดีได้เพียงที่กฎหมายกำหนดฐานความผิดไว้ แต่ในบางประเทศ เช่น กฎหมายฝรั่งเศสไม่เปิดโอกาสให้เอกชนฟ้องคดีอาญาได้เอง ซึ่งผู้เสียหายอาจฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาเพื่อบังคับให้พนักงานอัยการฟ้องคดีอาญาได้³⁴

2.2.4 หลักการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย

สำหรับหลักการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าพนักงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการตลอดกระบวนการพิจารณาคดี โดยองค์กรที่ทำหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องในทางปฏิบัติของประเทศไทยได้แยกหน้าที่สอบสวนและอำนาจในการสั่งฟ้องร้องคดีออกจากกันค่อนข้างเด็ดขาด³⁵ ซึ่งในทางปฏิบัติของประเทศไทยตามหลักการดำเนินคดีอาญานั้นอาจไม่ตรงกับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือตำรวจรับผิดชอบในการสืบสวนและอัยการรับผิดชอบในการสั่งสำนวนสอบสวนและฟ้องร้องคดี ทั้งประชาชนยังเข้ามามีบทบาทในการมีส่วนร่วมในการดำเนินคดี โดยการร้องทุกข์กล่าวโทษและการฟ้องคดีต่อศาล โดยประชาชนที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดทางอาญาหรือเป็นผู้กฎหมายให้มีอำนาจดำเนินการแทนผู้เสียหายเท่านั้น ประชาชนโดยทั่วไปไม่มีอำนาจเข้าไปฟ้องร้องดำเนินคดี³⁶

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 32 “เมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าผู้เสียหายจะกระทำให้คดีของอัยการเสียหายโดยกระทำหรือละเว้นกระทำการใดๆ ในกระบวนการพิจารณา พนักงานอัยการมีอำนาจร้องต่อศาลให้สั่งผู้เสียหายกระทำหรือละเว้นกระทำการนั้นๆ ได้” จากบทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวนี้นี้แสดงให้เห็นว่าหลักการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยนั้นเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ แม้ตามกฎหมายจะให้สิทธิแก่เอกชนผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องคดีอาญาได้ในความผิดที่ตนเองได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดนั้นตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน แต่ผู้เสียหายจะทำให้

³³ จาก สิทธิในการฟ้องคดีอาญาของเอกชน (น. 49), โดย อลงกรณ์ กลิ่นหอม, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁴ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (น. 32). เล่มเดิม.

³⁵ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. หน้าเดิม.

³⁶ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (น. 33). เล่มเดิม.

คดีของอัยการ กล่าวคือ คดีของรัฐเสียไปมิได้ ซึ่งแสดงว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งพนักงานอัยการยังเป็นผู้รับผิดชอบที่สำคัญในการดำเนินคดีอาญาอยู่นั่นเองหรือแม้ศาลเองก็จะทำให้คดีของรัฐเสียหายไม่ได้³⁷

โดยอัยการเป็นองค์กรหนึ่งที่สำคัญในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐของประเทศไทย พนักงานอัยการซึ่งเป็นโจทก์ในคดีอาญานั้น เป็นคู่ความเพียงตามรูปแบบ แต่โดยเนื้อหาแล้ว อัยการหาใช่คู่ต่อสู้ของจำเลยไม่ อัยการไม่ใช่ “คู่แพ้นะ” กับผู้ต้องหาหรือจำเลย หากแต่มีหน้าที่จะต้องอำนวยความสะดวกแก่ทุกฝ่าย แต่อย่างไรก็ตามพนักงานอัยการในอดีตเมื่อได้เริ่มมีระบบอัยการใหม่ๆ ได้เข้าใจบทบาทของตนผิดพลาดจนต้องมีการดัดเตือนไว้ปรากฏในบทความของหลวงอรธไกรวัลที่ว่า

“...บรรดาความในหน้าที่พนักงานอัยการที่ได้กล่าวในเวลาใดๆ พนักงานอัยการไม่ควรคิดให้ความชนะอย่างเดียว ถึงความเรื่องนั้นจะชนะเป็นไปตามความประสงค์ได้ แต่เมื่อเห็นว่าไม่ใช่ความจริงและปราศจากความยุติธรรมแล้ว พนักงานอัยการก็ไม่ควรคิดให้ความชนะที่จะเป็นเหตุให้ผู้ไม่มีความผิดต้องรับโทษเลย...”

ศาลฎีกาเองก็เคยกล่าวถึงบทบาทของอัยการไว้ในฎีกาที่ 791/2455 ว่า

“...ทำราชการเป็นอัยการว่าความแผ่นดิน ควรเข้าใจหน้าที่ว่าต้องรักษาความยุติธรรม ไม่ถือเอาอคติเอาเปรียบคนยากจน ไม่พอจะให้ความลำบากก็อย่าแกล้งให้มีขึ้น ไม่ใช่คาดหมัดตั้งมวยเป็นคู่แพ้นะกับราษฎร เข้มแข็งมักที่จะว่าความให้ได้ความจริงกระจำปรากฏปลดปล่อยข้อสงสัยในอรรถคดีทำดังนี้ดอกได้ชื่อว่าตรงต่อหน้าที่ราชการ...”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อมีองค์กรอัยการใหม่ๆ และเมื่อใช้พระราชบัญญัติพิจารณาความมีโทษใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 นั้น พนักงานอัยการต้องมีความเป็นกลาง กล่าวคือ ต้องดูแลประโยชน์รัฐ คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและต้องดูแลประโยชน์ส่วนบุคคล คือ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลด้วย ดังนั้นความเป็นภาวะวิสัยหรือความเป็นกลางของอัยการนี้ย่อมมีตลอดไปถึงการดำเนินคดีในชั้นศาล เหตุนี้พนักงานอัยการจึงสามารถดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของจำเลยได้อีกด้วย³⁸

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าหลักการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ยึดหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นสำคัญ ที่ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย รัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยพนักงาน

³⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 67). เล่มเดิม.

³⁸ จาก กระบวนการยุติธรรมในมุมมองของ คณิต ณ นคร (น. 72 – 74), โดย คณิต ณ นคร น. 2556, กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมาย.

อัยการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญา หากเอกชนผู้เสียหายได้ดำเนินคดีอันอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายในกระบวนการพิจารณาแล้ว พนักงานอัยการในฐานะ โจทก์และพนักงานของรัฐย่อมได้แย่งสิทธินั้นได้

แต่กระนั้นหลักการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยก็ยังคงให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีได้ด้วยตนเองหรือผู้มีอำนาจดำเนินการแทนผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีได้เช่นกัน ตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน แต่ทั้งนี้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของผู้เสียหายอันเป็นเอกชนไม่อาจอยู่เหนือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐได้ กล่าวคือ พนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญา ผู้เสียหายย่อมไม่มีสิทธิทำให้คดีของอัยการหรือของคดีรัฐเสียหายได้

สำหรับการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยนั้นมิได้ย่อมรับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนเพราะกฎหมายมิได้บัญญัติให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้เสียหายและไม่ใช่พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดแทนผู้เสียหายที่แท้จริง

2.3 หลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความอาญา

หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา (Principle of substantive truth)³⁹

ในการดำเนินคดีอาญาการตรวจสอบค้นหาความจริงเป็นหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อพิสูจน์ความจริงแท้ให้ปรากฏ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตำรวจ อัยการ และศาลมีหน้าที่ร่วมกันที่จะต้องมีความกระตือรือร้นในการค้นหาความจริง โดยพนักงานสอบสวนมีหน้าที่ต้องตรวจสอบค้นหาความจริงในเนื้อหา โดยไม่ผูกมัดกับคำขอหรือคำร้องของผู้ใด

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 บัญญัติไว้ว่า “ให้พนักงานสอบสวนรวบรวม หลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหาและเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิด และพิสูจน์ให้เห็นความผิด”

สำหรับอัยการมีหน้าที่ตรวจสอบความจริงในเนื้อหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 บัญญัติไว้ว่า “เมื่อได้รับความเห็นและสำนวนจากพนักงานสอบสวนดังกล่าวในมาตรา ก่อน ให้พนักงานอัยการปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่มีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ให้ออกคำสั่งไม่ฟ้อง แต่ถ้าไม่เห็นชอบด้วยก็ให้สั่งฟ้องและแจ้งให้พนักงานสอบสวนส่งผู้ต้องหาเพื่อฟ้องต่อไป

³⁹ จาก หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร (น. 37 – 39), โดย ธานี วรภัทร์, 2555, กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมาย.

(2) ในกรณีมีความเห็นควรสั่งฟ้อง ให้ออกคำสั่งฟ้องและฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ถ้าไม่เห็นชอบด้วยก็ให้สั่งไม่ฟ้อง ในกรณีหนึ่งกรณีใดข้างต้นพนักงานอัยการมีอำนาจ

(ก) สั่งตามที่เห็นควร ให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวน เพิ่มเติมหรือส่งพยานคนใดมาให้ซักถามเพื่อส่งต่อไป

(ข) วินิจฉัยว่าควรปล่อยผู้ต้องหา ปล่อยชั่วคราว ควบคุมไว้ หรือขอให้ศาลชั้นแล้วแต่กรณีและจัดการหรือสั่งการให้เป็นไปตามนั้น

ในคดีฆาตกรรม ซึ่งผู้ตายถูกเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ฆ่าตายหรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ อธิบดีกรมอัยการหรือผู้รักษาการแทนเท่านั้นมีอำนาจออกคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง”

และศาลมีหน้าที่ต้องตรวจสอบความจริงแท้ในเนื้อหาจนเป็นที่พอใจโดยไม่ผูกมัดกับแบบหรือคำร้องขอของผู้ใดเช่นเดียวกัน

มาตรา 175 บัญญัติไว้ว่า “เมื่อโจทก์สืบพยานเสร็จแล้ว ถ้าเห็นสมควรศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้”

มาตรา 176 บัญญัติไว้ว่า “ในชั้นพิจารณาถ้าจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ เว้นแต่คดีที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพนั้น กฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น ศาลต้องฟังพยานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวแม้ศาลอาจพิพากษาโดยอาศัยเพียงคำรับสารภาพของจำเลยได้ แต่หากศาลยังมีความสงสัยในคำรับสารภาพ ศาลก็มีหน้าที่ต้องตรวจสอบค้นหาความจริงต่อไป ศาลจะละเลยวางเฉยไม่ทำหน้าหน้าที่จะต้องตรวจสอบความจริงมิได้⁴⁰

หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหาไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้หรือประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้ก็ต่างมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้นหาความจริงในคดีเช่นกัน แม้ว่ากระบวนการในการดำเนินคดีจะแตกต่างกันออกไป แต่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงในการให้ได้มาซึ่งความจริงก็เพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย หากกล่าวถึงทนายความแล้ว ทนายความก็เป็นผู้มีบทบาทในการค้นหาความจริงแห่งคดีเช่นเดียวกันในกระบวนการดำเนินคดีทางอาญาเพราะนอกจากคอยให้ความช่วยเหลือจำเลยแล้ว ยังมีส่วนช่วยให้การดำเนินกระบวนการทางอาญาเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรมเพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิของคู่ความมิให้ถูกละเมิดอันเกิดจากกระบวนการยุติธรรมที่อาจเกิดความผิดพลาดได้

⁴⁰ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 69). เล่มเดิม.

หลักฟังความทุกฝ่าย (Principle of Audialteram Partem)⁴¹

หลักการฟังความทุกฝ่ายเป็นอีกหลักที่สำคัญในการดำเนินคดีอาญาเพราะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาที่จะแก้ข้อกล่าวหาในการต่อสู้คดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหา มี “สิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้าน”

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าในการดำเนินคดีอาญา “ระบบกล่าวหา” ผู้ถูกกล่าวหาเป็น “ประธานในคดี” ผู้ถูกกล่าวหาจึงมีสิทธิต่างๆ ในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถูกกล่าวหาจะต้องได้รับทราบว่าเขาถูกกล่าวหาว่าอย่างไร หรือถูกฟ้องว่าอย่างไร เพื่อเขาจะได้มีโอกาสให้การแก้ข้อกล่าวหาในชั้นเจ้าพนักงานหรือให้การแก้ข้อหาในฟ้องในชั้นศาลได้อย่างถูกต้อง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายบังคับให้มีการสอบสวนปากคำผู้ต้องหาก่อนการฟ้องเสมอ ซึ่งถือเป็น “หลักฟังความทุกฝ่าย” หมายความว่าแม้จะได้มีการรวบรวมพยานหลักฐานจนฟังได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด แต่หากจะยื่นฟ้องผู้ต้องหาแล้วก็จะต้องมีการสอบปากคำผู้ต้องหา ก่อนการยื่นฟ้องคดีเสมอ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หัวใจของบทบัญญัติแห่งมาตรา 120 คือ การสอบปากคำผู้ต้องหา

ตามมาตรา 120 บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาลโดย มิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน” ตามมาตรานี้แม้จะได้มีการรวบรวมพยานหลักฐานจนฟังได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด แต่ก็ต้องมีการสอบปากคำผู้ต้องหา ก่อนการฟ้องคดีเสมอ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาได้รับทราบว่าเขาถูกกล่าวหาว่าอย่างไรและจะแก้ข้อกล่าวหาเช่นไร และเพื่อไม่เป็นการรับฟังพยานหลักฐานของโจทก์เพียงข้างเดียวแล้วตัดสินคดี

มาตรา 172 บัญญัติไว้ว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ตามมาตรานี้ในการพิจารณาคดีและการสืบพยานนั้น จำเลยย่อมมีสิทธิที่จะอยู่ร่วมในการดำเนินคดีด้วย การมีทนายความที่เป็นผู้สื่อสารหรือซักถามผู้ต้องหาตลอดจนให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายตามพฤติการณ์แห่งคดีที่เกิดขึ้น เช่น เหตุที่ผู้กล่าวหากระทำผิดเนื่องจากกระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นต้น ซึ่งหากมีทนายความเป็นผู้คอยแนะนำในการดำเนินคดี ผู้ถูกกล่าวหาที่ย่อมได้รับประโยชน์จากการมีทนายความหรือที่ปรึกษาตามกฎหมายนั้น นอกจากนั้นหลักการนี้ยังถือเป็นหลักสำคัญเกี่ยวกับหลักนิติรัฐซึ่งถือว่าเป็นการเปิด

⁴¹ แหล่งเดิม.

โอกาสให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ชี้แจงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่นั้นเป็นหลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยที่ควรจะต้องได้รับจากรัฐ⁴²

โดยบทบัญญัติที่แสดงถึง “หลักฟังความทุกฝ่าย” ตามมาตรา 134, 138, 158 (5), 172, 83, 84, 103

หลักวาจา (Principle of Orality)

หลักการนี้เป็นหลักการพิจารณาคดีในศาลซึ่งการพิจารณาคดีต้องกระทำด้วยวาจา จำเลยต้องให้การด้วยวาจาแม้จะให้การเป็นหนังสือได้ก็ต้องสอบวาจากันอีก การสืบพยานก็ต้องกระทำด้วยวาจาและเฉพาะสิ่งที่ได้กระทำด้วยวาจามาแล้วเท่านั้นที่จะยกขึ้นมาวินิจฉัยคดีได้ กล่าวคือ พยานที่นำมาสืบในศาลต้องมาเบิกความต่อหน้าศาล หรือข้อเท็จจริงบางอย่างที่มีอยู่ในพยานเอกสารต้องนำมาอ่านหรือแถลงในศาลเพื่อให้เข้าใจกันทุกฝ่าย โดยศาลจะรับฟังพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนคดีเท่านั้น จะนำข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาวินิจฉัยไม่ได้ แม้ว่าข้อเท็จจริงนั้นจำเลยจะยอมให้นำมาเป็นพยานก็ตาม⁴³

หลักพยานโดยตรง (Principle of Directness)⁴⁴

หลักพยานโดยตรงที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 229 บัญญัติไว้ว่า “ศาลเป็นผู้สืบพยาน จะสืบในศาลหรือนอกศาลก็ได้ แล้วแต่เห็นควรตามลักษณะของพยาน” หมายความว่า การสืบพยานต้องกระทำโดยตรงอันเป็นหน้าที่ของศาล จะมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนตัวไม่ได้ หลักพยานโดยตรง

สำหรับบทบัญญัติ มาตรา 243 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดโดยอาชัพหรือมิใช่ก็ตามมีความเชี่ยวชาญในการใดๆ เช่น ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ ฝีมือ พาณิชยกรรม การแพทย์หรือกฎหมายต่างประเทศและซึ่งความเห็นของผู้นั้นอาจมีประโยชน์ในการวินิจฉัยคดี ในการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาอาจเป็นพยานในเรื่องต่างๆ เป็นต้นว่าตรวจร่างกายหรือจิตของผู้เสียหาย ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตรวจลายมือทำการทดลองหรือกิจการอย่างอื่นๆ

ผู้เชี่ยวชาญอาจทำความเห็นเป็นหนังสือก็ได้แต่ต้องส่งสำเนาสั่งกล่าวให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ และต้องมาเบิกความประกอบหนังสือนั้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็น หรือคู่ความไม่ติดใจซักถามผู้เชี่ยวชาญนั้น ศาลจะให้รับฟังความเห็นเป็นหนังสือดังกล่าวโดยผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องมาเบิกความประกอบก็ได้” หมายความว่า ศาลต้องวินิจฉัยตามเหตุผลที่ได้มาจาก

⁴² จาก สิทธิการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 18), โดย สุชาติ แนวประเสริฐ, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁴³ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (น. 38). เล่มเดิม.

⁴⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 72 – 73). เล่มเดิม.

การสืบพยาน ที่เรียกว่า “พยานโดยตรง” ศาลจะรับฟังคำให้การพยานที่จดไว้ในชั้นสอบสวนหรือไต่สวนมูลฟ้องว่าเป็นคำให้การของพยานผู้นั้นแทนการมาเบิกความยอมไม่ได้ แม้พยานที่เป็นบุคคลผู้เชี่ยวชาญก็ต้องมาเบิกความต่อศาล เพื่อให้ศาลได้ตรวจสอบความจริงและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ซึ่งหลักพยานโดยตรง มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับ “หลักทนาย” อย่างมาก

หลักเปิดเผย (Principle of Public Trial)

ในการพิจารณาคดีและสืบพยานในศาลจะต้องกระทำโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้ประชาชนมีสิทธิที่จะเข้าฟังการพิจารณาได้ อันเป็นไปตามหลักนิติรัฐที่แสดงถึงความเป็นประชาธิปไตยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ได้วางหลักการพิจารณาคดีไว้ว่าจะต้องกระทำโดยเปิดเผย “การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ข้อยกเว้นดังกล่าวได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 177 ที่จะให้มีการพิจารณลับ ที่จะกระทำได้เพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชนเท่านั้น

แต่ไม่ว่าอย่างไรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 182 วรรคสอง ก็ได้บัญญัติให้ศาลต้องอ่านคำพิพากษาโดยเปิดเผยเสมอ ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผยหรือโดยการพิจารณลับก็ตาม “ให้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณาหรือภายในเวลาสามวันนับแต่เสร็จคดี ถ้ามีเหตุอันสมควรจะเลื่อนไปอ่านวันอื่นก็ได้ แต่ต้องจดรายงานเหตุนั้นไว้”

หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (Principle of free Evaluation of Evidence)

หลักนี้เป็นหลักสำคัญที่ทำให้ความเป็นอิสระแก่ศาลในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานก่อนที่จะพิพากษาคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น” การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นเรื่องของศาล โดยเฉพาะและไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่จะผูกมัดศาลแม้แต่คำพยานของผู้เชี่ยวชาญก็ต้องใช้หลักการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน⁴⁵

⁴⁵ หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นกร (น. 45). เล่มเดิม.

หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (In dubio pro reo)

หลักนี้เป็นหลักการสำคัญในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งพนักงานอัยการมีหน้าที่นำพยานหลักฐานทั้งปวงเข้าสืบในชั้นศาลให้แน่ชัดว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด หากกรณียังไม่แน่ชัดหรือมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย หมายความว่ากรณีใดก็ตามที่ยังมีความสงสัยตามควรในข้อเท็จจริงแห่งคดี กรณีนั้นย่อมต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดและทนายความเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญที่จะแสดงให้เห็นถึงกรณีสงสัยที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดที่อาจเป็นผู้บริสุทธิ์เมื่อยังไม่ชัดเจนว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงหรือไม่ หลักนี้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง “เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย” มาตราดังกล่าวนี้นับเป็นไปตามรัฐธรรมนูญที่ว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาและจำเลยไม่มีความผิด” อันเป็นหลักนิติรัฐที่สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังคำกล่าวที่ว่า “ปล่อยคนผิดไปสิบคนดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์เพียงคนเดียว”⁴⁶

ตามหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาอาญาดังกล่าว อาจสรุปได้ว่ารัฐต้องจัดให้มีทนายความที่มีความรู้ความสามารถเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในคดีอาญา อันเนื่องมาจากความสามารถในการดำเนินคดีอาญาของจำเลยแต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกัน อันเป็นไปตามสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามที่บัญญัติไว้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 40

โดยรัฐต้องวางหลักกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่จำเลยให้สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และรัฐมีหน้าที่จัดหาทนายความให้แก่จำเลยตามหลักการดำเนินคดีโดยรัฐ ทั้งยังต้องจัดหาทนายความที่มีคุณภาพเพื่อการอำนวยความยุติธรรมแก่ผู้ที่ตกเป็นจำเลยตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

2.4 ความเป็นมาและบทบาทหน้าที่ของทนายความ

คำว่า “ทนายความ” นั้น ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ว่าต่างแก้ต่างคู่ความในเรื่องอรรถคดี⁴⁷

⁴⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 80). เล่มเดิม.

⁴⁷ จาก พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 (น.372), โดย ราชบัณฑิตยสถาน, 2526, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์.

ทนายความ เดิมเรียกว่า “หมอความ” ซึ่งหมายถึง ผู้รู้, ผู้ชำนาญในทางความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 “มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “ทนายความ” หมายความว่า ผู้ที่สถาปนาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ”

ทนายความหรือหมอความต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติพิเศษ มิใช่ว่าผู้รู้กฎหมายจะเป็นทนายความได้เสมอไป ดังนั้นหมอกฎหมายอาจไม่ใช่หมอความ แต่หมอความต้องเป็นหมอกฎหมายด้วยเพราะเขาต้องรู้กฎหมาย ผู้รู้ หรือผู้ชำนาญในวิชากฎหมาย ไม่ได้หมายความว่าต้องว่าความเป็น แต่หมอความจะว่าความโดยไม่รู้กฎหมายหาได้ไม่⁴⁸

ทนายความถือเป็นองค์กรที่มีความสำคัญองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เข้ามามีบทบาทสำคัญในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน ที่คอยให้ความช่วยเหลือทางด้านการดำเนินคดีอาญาแก่จำเลยอันถือเป็นการประกันสิทธิแก่จำเลยที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยมีหลักการที่ว่า การต่อสู้คดีอย่างแท้จริงของคู่ความทั้งสองฝ่าย คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องมีความสามารถที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเท่าเทียมหรือใกล้เคียงกัน (Two side of the adversaries must be equal) โดยถือ “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” กล่าวคือ เมื่อฝ่ายรัฐมีเจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้รู้ทางกฎหมาย ฝ่ายผู้ถูกกล่าวหาซึ่งตามปกติไม่รู้กฎหมายก็ชอบที่จะมีทนายความซึ่งเป็นผู้รู้ทางกฎหมายคอยช่วยเหลือเพื่อให้การดำเนินคดีนั้นเกิดความเป็นธรรมสูงสุด⁴⁹

ทนายความจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนที่ประสบปัญหาทางกฎหมายอีกวิชาชีพหนึ่งที่นอกเหนือไปจากศาล พนักงานอัยการ เจ้าหน้าที่ตำรวจ และเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ทนายความเป็นผู้ใช้กฎหมายที่ใกล้ชิดกับประชาชนโดยตรง ด้วยการให้คำปรึกษาแนะนำกฎหมายและช่วยจัดปัญหาในทางกฎหมายให้หมดไป ด้วยการเข้าเป็นทนายความว่าต่างหรือแก้ต่างให้แก่ประชาชน การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลในฐานะเป็นตัวแทนของประชาชนมิใช่ในฐานะตัวแทนของรัฐ ดังนั้นทนายความจึงเป็นที่พึ่งอันสำคัญอย่างยิ่งของประชาชนในการแก้ไขปัญหากฎหมายและดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล นอกจากทนายความจะมีบทบาทสำคัญในภาคเอกชนดังกล่าวแล้ว ทนายความยังมีบทบาทสำคัญยิ่งต่อกระบวนการยุติธรรมของภาครัฐอีกด้วย เนื่องจากรัฐมีหน้าที่จัดระบบงานในกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ สามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรมตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ดังนั้นในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมซึ่งโดยปกติย่อมเกิดผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชนที่ได้รับผลกระทบนั้น เพื่อประโยชน์ของรัฐที่จะให้กระบวนการ

⁴⁸ จาก “หมอความ,” โดย สัตยชัย สัจจวานิช, 2526, หนังสือวันรพี, 26, น. 71.

⁴⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 150). เล่มเดิม.

ยุติธรรมนั้น ดำเนินไปได้ถูกต้องและเป็นธรรม โดยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 จะเห็นได้ว่าในคดีอาญาหากประชาชนที่ตกเป็นจำเลยในคดีอาญาที่มีโทษจำคุก โดยจำเลยยังไม่มีทนายความและมีความประสงค์จะให้รัฐจัดหาทนายความให้ รัฐจะต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลยนั้นด้วย ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรอิสระของรัฐจะดำเนินกระบวนการพิจารณาไปโดยจำเลยไม่มีทนายความไม่ได้

ดังนั้นทนายความจึงมีความจำเป็นและมีความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมในภาครัฐ ด้วยเช่นกัน การประกอบวิชาชีพทนายความ จึงจำเป็นที่ก่อให้เกิดประโยชน์และความผาสุกแก่ประชาชน ตลอดจนเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้ประชาชนได้รับความเป็นธรรม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพนี้จะต้องเป็นผู้มีคุณธรรม มีจริยธรรม และมีความซื่อสัตย์ เป็นพื้นฐานของชีวิตเพื่อเอื้อยวและแก้ไขปัญหากฎหมายได้อย่างเที่ยงธรรม ไม่เอารัดเอาเปรียบประชาชนโดยอาศัยความรู้ความสามารถในทางกฎหมายของตน⁵⁰

2.4.1 ความเป็นมาและฐานะของทนายความ

2.4.1.1 ความเป็นมาของทนายความในต่างประเทศ

ในสมัยอดีตกาลก่อนยุคมหาดินแดนจักรโรมัน ในระยะแรกประชาชนที่เป็นคดีความต้องดำเนินคดีเอง ไม่มีผู้ใดเป็นตัวแทนดำเนินคดีให้ เนื่องจากสมัยโบราณมีแนวความคิดว่าคู่ความต้องต่อสู้คดีด้วยตนเองเพื่อให้ได้ความจริง การดำเนินคดีจึงมีเพียงศาลทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาพิพากษาและโจทก์กับจำเลยเป็นตัวแทนในการต่อสู้คดีเท่านั้น ไม่มีผู้ทำหน้าที่เป็นตัวแทนโจทก์ตัวแทนจำเลย แต่เนื่องจากตัวความมักจะไม่รู้กฎหมาย ทำให้ตัวความไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร ต่อมาจึงเกิดการรับแต่งตั้งคำแถลงแทนตัวความเพื่อนำเสนอต่อศาล โดยคำแถลงนั้นมีการอ้างอิงหลักกฎหมาย ซึ่งคล้ายกับคำแถลงการณ์ในปัจจุบัน ผู้ที่รับแต่งตั้งคำแถลงแทนตัวความนี้เป็นผู้รู้กฎหมายและหลักธรรมต่างๆ การมีผู้ช่วยเหลือทำคำแถลงให้เป็นประโยชน์ต่อตัวความในการดำเนินคดีอย่างมาก จึงเกิดความนิยมให้มีผู้แทนในการดำเนินคดีขึ้น เมื่อมีผู้นิยมให้ทำคำแถลงแทนตัวความกันมากขึ้น ผู้รับทำคำแถลงจึงมีมากขึ้นและเกิดความชำนาญในการใช้กฎหมาย จึงเกิดเป็นอาชีพตัวแทนรับดำเนินคดีให้ตัวความขึ้นตั้งแต่นั้นมา⁵¹ ถือได้ว่าวิชาชีพทนายความเริ่มมีขึ้นแล้วตั้งแต่สมัยก่อนมหาดินแดนจักรโรมัน แม้จะมีลักษณะแตกต่างไปจากปัจจุบันก็ตาม

⁵⁰ สิทธิโชค ศรีเจริญ. (2544). *จริยธรรมและมรรยาททนายความ*. สืบค้น 14 มกราคม 2552, จาก http://203.113.12.3.7/library/managecourt/data/9_23.pdf

⁵¹ จาก *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย* (น. 45), โดย เฉลิม สติทอง, 2523, กรุงเทพฯ: สำนักมหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ต่อมาในยุคมหาอาณาจักรโรมัน การมีตัวแทนดำเนินคดีให้ตัวความก็คงมีอยู่ แต่แตกต่างไปจากสมัยอดีตกาล ในสมัยมหาอาณาจักรโรมันนั้นมีการตั้งตัวแทนที่เรียกว่า “agent for litigation or attorney” เพื่อทำการต่อสู้คดีโดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ

1. Cognitor เป็นตัวแทนที่ตัวความแต่งตั้งต่อหน้าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ตัวแทนที่ได้รับแต่งตั้งต่อหน้าคู่ความนี้ จะดำเนินคดีแทนตัวความในลักษณะชื่อความของตัวความไปดำเนินคดีในนามของตนเอง โดยมีสัญญากับตัวความว่าเมื่อคดีเสร็จแล้วจึงจะคิดค่าใช้จ่ายกับตัวความ

2. Procurator เป็นตัวแทนที่ตัวความแต่งตั้งขึ้นเองโดยมิได้แต่งตั้งต่อหน้าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ เป็นตัวแทนที่แต่งตั้งกลับหลังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งนั่นเอง ตัวแทนประเภทนี้จะดำเนินคดีในฐานะเป็นตัวแทนของตัวความ มิได้ดำเนินคดีในนามของตนเอง ลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะเช่นเดียวกับการเป็นทนายความในปัจจุบันนี้

3. Orator เป็นตัวแทนรับทำหน้าที่แถลงคดีต่อศาลแทนตัวความเพียงอย่างเดียวมิได้ต่อสู้คดีให้ตัวความ⁵²

การมีตัวแทนช่วยเหลือในคดีของตัวความทั้งสามประเภทนี้ มีประเภทของคดีจำกัดไว้ในการตั้งตัวแทนแต่ละประเภท มิใช่จะตั้งตัวแทนได้ตามใจชอบในทุกคดี เช่น ห้ามมิให้ผู้มีอายุต่ำกว่า 17 ปี หูหนวก ตาบอด ผู้หญิงและผู้มีความประพฤติไม่ดีเป็นทนายความ แม้ว่าจะแทนบิดามารดาหรือภรรยาก็ไม่ได้ ในยุคโรมันนี้จึงมีการพัฒนาวิชาชีพทนายความให้ทำหน้าที่ได้กว้างขวางกว่ายุคสมัยก่อนโรมัน ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากในมหาอาณาจักรโรมันมีการใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายสิบสองโต๊ะและกฎหมายจัสติเนียน ทำให้ง่ายต่อการศึกษากฎหมายและมีความแน่นอนของหลักกฎหมายที่นำไปใช้ อีกทั้งแนวความคิดในหลักกฎหมายของโรมันนั้นมีการให้ความคุ้มครองสิทธิของเอกชนที่มีต่อเอกชนด้วยกัน เอกชนสามารถดำเนินคดีกับเอกชนด้วยกันได้ เอกชนที่เป็นตัวความจึงมีการแต่งตั้งตัวแทนที่เป็นผู้รู้กฎหมายเป็นผู้ช่วยเหลือในการดำเนินคดีของตนอย่างแพร่หลาย วิชาชีพทนายความจึงเฟื่องฟูมากในยุคโรมันและถือเป็นวิชาชีพที่ทรงเกียรติ

ต่อมาเมื่อผู้ประกอบอาชีพทนายความมากขึ้น แต่ไม่มีการควบคุมอย่างจริงจัง ทำให้ผู้ประกอบอาชีพจำนวนมากขาดความสนใจในวิชาชีพ ขาดความรู้ทางกฎหมาย มีการใช้กลอุบายเล่ห์เหลี่ยมในการชนะคดี เช่น การเชิญพวกพ้องที่ผู้ตัดสินคดีเกรงใจมานั่งเป็นพวก เป็นต้น ทำให้วิชาชีพทนายความเสื่อมไปเป็นเวลาถึง 300 ปี จนกระทั่งศตวรรษที่ 5 ของคริสตศักราช วิชาชีพทนายความจึงเริ่มฟื้นฟูลุกขึ้นอีก แต่มีกฎหมายจำกัดทนายความในแต่ละเมืองขึ้น โดยทนายความในสมัยโรมันตอนปลายแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ

⁵² แหล่งเดิม.

1. Procurator เป็นตัวแทนของผู้ว่าคดี โดยเข้าว่าคดีแทน
2. Advocate or Orator ทนายความทำหน้าที่แถลงคดีเพียงอย่างเดียว
3. Jurisconsult เป็นที่ปรึกษากฎหมายด้านการทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของประชาชนตามกฎหมาย ทนายความประเภทนี้แต่งตำราและสอนกฎหมาย จนได้กลายเป็นตำราที่จักรพรรดิจัดตีพิมพ์เป็นหลักจัดทำประมวลกฎหมายโรมันที่ลือนามจนทุกวันนี้ ทนายของกรุงโรมยึดถือการว่าความเป็นการกระทำเพื่อเกียรติ ไม่มีสิทธิเรียกค่าทนายความต้องสุดแล้วแต่ลูกความที่จะให้⁵³

หลังจากมหาอาณาจักรโรมันล่มสลาย ยุคศาสนจักรได้เริ่มกำเนิดขึ้นมา บรรดาประเทศต่างๆ ในยุโรปที่เคยร่วมเป็นมหาอาณาจักรโรมันได้แยกตัวมาปกครองตนเองโดยรับเอาอิทธิพลของกฎหมายโรมันมาด้วย วิชาชีพทนายความจึงแพร่หลายไปทั่วยุโรป โดยพระได้ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายและความในศาลสงฆ์รวมถึงเข้าว่าความในศาลกฤษฎีกาด้วย แต่ต่อมาได้มีการห้ามมิให้พระเข้าว่าความในศาลกฤษฎีกาจะมีสิทธิว่าความในศาลสงฆ์เท่านั้น ทนายความที่เป็นพระว่าความในศาลสงฆ์นี้ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. Proctor เป็นตัวแทนของตัวความที่เป็นฝ่ายเรียกร้องหรือร้องขอซึ่งเรียกทนายความประเภทนี้ว่า “ผู้ไต่สวนคดี” คือทำหน้าที่เป็นทนายโจทก์เช่นในปัจจุบันนี้ในประเทศอังกฤษเรียกว่า Solicitor นั่นเอง

2. Advocate เป็นตัวแทนช่วยแก้ต่างคดีให้ตัวความ โดยต้องมีการแต่งตั้งจากศาล และเจ้าของคดีต้องศึกษากฎหมายมานานถึง 5 ปี จึงจะว่าคดีได้ซึ่งเรียกว่า “ผู้ว่าคดี” ทำหน้าที่เหมือนเช่นทนายจำเลยในปัจจุบันนี้⁵⁴ วิชาชีพทนายความจึงเป็นวิชาชีพที่มีคุณค่าต่อสังคมทางซีกโลกตะวันตก เนื่องจากผู้ที่เป็ทนายความจะต้องเป็นผู้รู้กฎหมาย และใช้ความรู้ความสามารถทางกฎหมายช่วยเหลือประชาชนที่เป็นตัวความโดยตัวความไม่ต้องรับภาระหนักต่อผู้คดีด้วยตนเอง วิชาชีพทนายความจึงเป็นวิชาชีพที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนและสังคมอย่างแท้จริง

ต่อมายุคศาสนจักรเริ่มเสื่อมลง ประเทศต่างๆ ในยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้สร้างหลักกฎหมายใช้บังคับในประเทศของตนเอง โดยประยุกต์มาจากกฎหมายโรมันให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของแต่ละประเทศ ประเทศเหล่านี้จึงใช้กฎหมายในรูปแบบของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับสมัยโรมัน วิชาชีพทนายความจึงยังคงมีบทบาทสำคัญและทรงด้วยคุณค่าในการต่อสู้คดีแทนตัวความอยู่เช่นเดิมจนเป็นแบบอย่างที่ดีของ

⁵³ จาก การจัดหาทนายโดยรัฐในคดีอาญา (น. 8), โดย อนัญญา งามสิริพร, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁴ หลักวิชาชีพนักกฎหมาย. หน้าเดิม.

วิชาชีพทนายความในประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) มาจนถึงปัจจุบัน

โดยวิชาชีพกฎหมายของฝ่ายเอกชนในประเทศฝรั่งเศส ก่อน ค.ศ. 1971 ทนายความแบ่งออกเป็น 3 ประเภท

1. Avocats เป็นผู้ให้คำแนะนำทางกฎหมายและว่าความ
2. Avoués เป็นผู้แทนของตัวความในคดีและเป็นผู้เขียนคำคู่ความทั้งหลายในคดี
3. Notaire เป็นที่ปรึกษาที่ได้รับควมไว้วางใจจากครอบครัวในการให้ทำสัญญาและเอกสารทั้งหลาย เอกสารที่สร้างขึ้นโดย Notaire นี้ได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเรื่องความถูกต้องและแท้จริงมากกว่าที่เอกชนทำกันเอง

แต่หลังจาก ค.ศ. 1971 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการตราบัญญัติลงวันที่ 13 ธันวาคม 1971 โดยได้รวมอำนาจหน้าที่ของทนายความ Avocats และทนาย Avoués เข้าด้วยกันในศาลล่างตั้งแต่นั้นมา โดยทนาย Avocats จะทำหน้าที่ได้ทั้งสองอย่างในคดี แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักที่ว่า ถ้าทนายความ Avocats ทำหน้าที่ว่าความในศาลล่างก็จะสามารถว่าความได้ทั่วราชอาณาจักร แต่ถ้าทนายความ Avocats ทำหน้าที่อย่างทนายความ Avoués ก็จะได้ทำโดยในเขตของเนติบัณฑิตยสภาที่ตนสังกัดเท่านั้น⁵⁵

สำหรับในกลุ่มประเทศระบบกฎหมาย Common Law อาทิเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ และในกลุ่มกฎหมาย Civil Law อย่างเช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่น ได้มีวิวัฒนาการของวิชาชีพทนายความดังจะกล่าวต่อไปนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่ใช้ระบบ Common Law โดยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้คดี (Adversarial System) โดยวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาก่อกำเนิดจากชาวยุโรปที่อพยพมาอยู่ได้นำคตินิยมของระบบ Anglo-Saxon⁵⁶ มาใช้และได้ก่อตัวเป็นรูปร่างหลังจากประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศเอกราชใหม่

ในศตวรรษที่ 17 ทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีน้อยเพราะไม่เป็นที่นิยมเมื่อเกิดข้อพิพาทชาวบ้านมักไปหาพระหรือนักบวช อาชีพทนายความได้ถูกกีดกันเป็นอย่างมาก ต่อมาปลายศตวรรษที่ 17 เศรษฐกิจการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มขยายตัวโดยเฉพาะในนิวยอร์ก ความจำเป็นต้องอาศัยผู้รู้กฎหมายมีมากขึ้นระเบียบประเพณีที่เคร่งครัดเริ่มคลี่คลายลงมีคนมาเป็น

⁵⁵ เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1 – 7 (น. 170 – 171). เล่มเดิม.

⁵⁶ จาก ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ (น. 197), โดย สุจิตต์ ถาวรสุข, 2513, พระนคร: ไทยสัมพันธ์.

ทนายความมากขึ้น ทนายความสมัยนี้อาจเป็นข้าราชการหรือเสมียนพนักงานในศาลก็ได้ จนต้นศตวรรษที่ 18 ทนายความได้รับการยอมรับว่าเป็นวิชาชีพที่มีประโยชน์และมีคุณค่า ดังนั้นวิชาชีพทนายความจึงเริ่มเป็นที่นิยมโดยทั่วไปและเริ่มมีการห้ามเสมียนพนักงานในศาลเป็นทนายความ ผู้จะเป็นทนายความได้ต้องสำเร็จกฎหมายจากมหาวิทยาลัย จึงกระทั่งมีการจัดตั้งเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ขึ้นประจำตามรัฐต่างๆ

ลักษณะการดำเนินคดีและกระบวนการว่าความของทนายประเทศสหรัฐอเมริกา คล้ายคลึงกับของประเทศอังกฤษ แต่ระบบทนายความของสหรัฐอเมริกาไม่สลับซับซ้อน และมีการแบ่งแยกเหมือนกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการจัดว่าใครเป็นทนายในศาล “Barrister” และใครเป็นทนายในสำนักงาน “Solicitor” ทนายอาชีพของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเพิ่มขึ้นมากและแพร่หลาย จนถือได้ว่าเป็นประกันความยุติธรรมแก่ประชาชนได้ดีที่สุด⁵⁷ โดยในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกามีนักกฎหมายประเภทเดียว คือ “Attorney” หรือ “Lawyer” หรือ บางครั้งเรียกว่า “Attorney and counselor-at-law” ซึ่งทำหน้าที่ทั้งของ “Solicitor” และ “Barrister” ของอังกฤษ⁵⁸

ในปัจจุบันชาวอเมริกันให้การยอมรับกันว่าอาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติและมีรายได้ดีเป็นรองจากอาชีพแพทย์ ดังนั้นวิชาชีพทนายความจึงเป็นวิชาชีพที่สามารถจูงใจให้นักศึกษากฎหมายอยากมาเป็นทนายความด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งการปกครองประเทศเป็นรัฐย่อยๆ ถึง 52 มลรัฐ (State) ในแต่ละมลรัฐก็มีกฎหมายเป็นอิสระเสมือนหนึ่งปกครองตนเอง กิจการใดๆ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของแต่ละรัฐ รัฐนั้นๆ ก็จะออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้กับประชาชนของมลรัฐนั้น ด้วยเหตุนี้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความของแต่ละมลรัฐจึงแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับกฎหมายของมลรัฐนั้นจะกำหนดคุณสมบัติของผู้ประสงค์ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความไว้อย่างไร แต่มีสาระส่วนใหญ่คล้ายคลึงกัน คงแตกต่างกันในรายละเอียดในปลีกย่อยเท่านั้น

ประเทศอังกฤษ

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งมีประเทศอังกฤษเป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายนี้ ประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการของกฎหมายเป็นเอกเทศเฉพาะตัว โดยยึดถือกฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักไม่มีการใช้ประมวลกฎหมายเนื่องจากไม่ได้ตกอยู่ใต้อิทธิพลของมหาอาณาจักรโรมัน การเป็นคดีความจึงเป็นเรื่องยุ่งยากสำหรับตัวความเป็น

⁵⁷ การจัดหาทนายโดยรัฐในคดีอาญา (น. 10). เล่มเดิม.

⁵⁸ จาก รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย (น. 128), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส และคณะ, 2548, กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมาย.

อย่างยิ่ง เพราะกฎหมายจารีตประเพณีแต่ละท้องถิ่นมีเหมือนกันบ้างไม่เหมือนกันบ้าง การที่มีผู้รู้กฎหมายอย่างแท้จริงเข้าช่วยเหลือในการดำเนินคดี จึงมีประโยชน์และจำเป็นอย่างยิ่งในประเทศอังกฤษ ดังนั้นในประเทศอังกฤษจึงให้ความสำคัญแก่วิชาชีพทนายความเป็นอย่างมาก โดยประเทศอังกฤษได้ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้คดี (Adversarial System)

ทนายความในประเทศอังกฤษ ทนายความเริ่มขึ้นเพื่อช่วยตุลาการตั้งประเด็นช่วยลูกความ ต่อมาตั้งศาล Common Law โดยได้ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งประเทศอังกฤษเป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายนี้ ประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการของกฎหมายเป็นเอกเทศเฉพาะตัว โดยยึดถือกฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักไม่มีการใช้ประมวลกฎหมาย และกฎหมายจารีตประเพณีแต่ละท้องถิ่นมีความเหมือนและต่างกันไปในแต่ละรัฐและมลรัฐ การดำเนินคดีความจึงเป็นเรื่องยุ่งยากเกินกว่าความสามารถของตัวความเป็นอย่างยิ่ง⁵⁹ มีแนวคำพิพากษาเกิดขึ้นมากมายเกินกว่าความสามารถของบุคคลธรรมดาที่จะเสนอเรื่องฟ้องร้องหรือต่อสู้ตามหลักกฎหมายของคำพิพากษานั้น จำต้องมีผู้รู้กฎหมายเป็นพิเศษ คือ การมีทนายความช่วยจัดการ แต่เดิมนั้นบุคคลธรรมดาในประเทศอังกฤษไม่มีสิทธิตั้งทนายความว่าคดีแทนตน แม้จะเป็นคดีอุกฉกรรจ์ เพราะถือว่าสิทธิตั้งตัวแทนดำเนินคดีเป็นสิทธิโดยเฉพาะของพระมหากษัตริย์เท่านั้น ต่อมาสมัยพระเจ้าเฮนรี ที่ 1 คู่ความสามารถตั้งทนายความได้⁶⁰

เดิมทนายความในประเทศอังกฤษมี 2 ประเภท ประเภทแรก เป็นตัวแทนของฝ่ายที่เป็นผู้เรียกร้องหรือร้องขอซึ่งเรียกว่า “Solicitor” ทำหน้าที่เช่นเดียวกับทนายความที่เป็นพระประเภท Proctor ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ เป็นทนายโจทก์นั่นเอง และประเภทที่สองเป็นตัวแทนแก้ต่างให้ตัวความ ซึ่งเรียกว่า “Barrister” ทำหน้าที่เช่นเดียวกับทนายความที่เป็นพระประเภท Advocate คือ เป็นทนายจำเลย⁶¹ แต่ในปัจจุบันทนายความของประเทศอังกฤษ มิได้แบ่ง Solicitor เป็นทนายโจทก์ และ Barrister เป็นทนายจำเลยเหมือนในอดีต แต่ยังคงให้ทนายความที่เป็น Solicitor ทำหน้าที่เกี่ยวกับการสอบสวนข้อเท็จจริง รวบรวมพยานเอกสารและเป็นที่ปรึกษาทนายความในศาลแขวง (Magistrate Court) ได้ สำหรับคดีที่ต้องฟ้องต่อศาลสูง (High Court) ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นนั้น ทนายความที่เป็น Solicitor จะต้องแต่งตั้งทนายความที่เป็น Barrister เป็นผู้ว่าความแทน Solicitor จะว่าความในคดีที่พิพาทกันในศาลสูงไม่ได้ วิชาชีพทนายความในประเทศอังกฤษจึงถือเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติอย่างยิ่งและได้สืบทอดแนวความคิดดังกล่าวนี้มาจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนถ่ายทอดความสำคัญของวิชาชีพทนายความไปยังประเทศในเครือจักรภพของ

⁵⁹ จริยธรรมและมรรยาททนายความ (น. 6). เล่มเดิม.

⁶⁰ การจัดหาทนายโดยรัฐในคดีอาญา (น. 9). เล่มเดิม.

⁶¹ หลักวิชาชีพนักกฎหมาย. หน้าเดิม.

ประเทศอังกฤษด้วย ดังนั้นในประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี จึงมีการประกอบวิชาชีพทนายความกันอย่างแพร่หลายและให้การเคารพยกย่องผู้ประกอบวิชาชีพทนายความว่าเป็นผู้ผดุงความยุติธรรมให้กับประชาชนอย่างแท้จริง⁶²

โดยในปัจจุบันนักกฎหมายอังกฤษแบ่งเป็น 2 สาขา “Solicitor” และ “Barrister” โดย “Solicitor” มีองค์กรวิชาชีพของตนเรียกว่า The Law Society ทำงานเป็นที่ปรึกษาในทางกฎหมาย ร่างสัญญา ร่างพินัยกรรมให้กับลูกค้าทั้งหลาย เวลาที่ลูกค้าต้องการจะปรึกษาปัญหากฎหมาย ก็ไปหา “Solicitor” แต่ถ้าหากมีคดีความในศาลแล้ว “Solicitor” จะว่าคดีได้เฉพาะคดีเล็กๆ น้อยๆ บางประเภทเท่านั้น นอกจากนั้น “Solicitor” ต้องไปติดต่อกับ “Barrister” ที่มีองค์กรวิชาชีพเรียกว่า The Bar Council โดยให้ “Barrister” ว่าความให้แก่ลูกค้าของตนอีกทอดหนึ่ง โดยปกติ “Barrister” จะไม่ติดต่อกับลูกค้าโดยตรงหากแต่จะติดต่อโดยผ่าน “Solicitor”⁶³ และ Barrister จะมีทนายความหน้าหอหรือเสมียนทนาย (Clerk) คอยติดต่อประสานงานกับ Solicitor โดยทนายหน้าหอนี้จะเป็นผู้กำหนดค่าทนายความให้กับ Barrister ด้วย

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law มีการปกครองในรูปแบบสหพันธรัฐ ประกอบด้วยมลรัฐและนครซึ่งมีฐานะเทียบเท่ามลรัฐทั้งหมด 16 มลรัฐ สำหรับทนายความของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะได้รับการยอมรับและไว้วางใจจากประชาชนในการเป็นตัวแทนในศาล เพราะประชาชนชาวเยอรมันถือว่าทนายความเป็นผู้ประกอบวิชาชีพโดยอาศัยความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ ทนายความของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเรียกว่า “Rechtsanwalt” ในการเป็นตัวแทนและเป็นที่ปรึกษาในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมาย การทำหน้าที่ต่างๆ ของทนายความของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะอยู่ภายใต้การควบคุมของประมวลกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพที่เรียกว่า “The Bundesrechtsanwaltsordnung”

โดยระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะไม่มีลักษณะของการต่อสู้คดีระหว่างคู่ความ (Non-Adversarial System) แต่จะเน้นให้ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงในคดีเพื่อนำมาพิจารณาประเด็นแห่งคดี ทนายความจึงไม่มีบทบาทในการฟ้องร้องคดีอาญาเท่าใดนักเพราะถือเป็นอำนาจของอัยการเท่านั้น ทนายความจะมีบทบาทเฉพาะในการดำเนินคดีแพ่งเป็นหลัก ทนายความของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีการแยกทนายความออกเป็นประเภทต่างๆ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส แต่ระบบของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียอมรับให้

⁶² จริยธรรมและมรรยาททนายความ. หน้าเดิม.

⁶³ หลักวิชาชีพนักกฎหมาย (น. 127). เล่มเดิม.

อาจารย์ในมหาวิทยาลัยเป็นทนายความว่าความในคดีได้ในศาลอาญาทุกศาล และมีส่วนช่วยให้วิชาชีพกฎหมายอยู่ในระดับคุณภาพดี⁶⁴ แต่บทบาทของทนายความจำเลยในคดีอาญานั้นเองก็ยังมีสิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบสำนวนหรือพยานหลักฐานต่างๆ ที่ใช้ในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งให้สิทธิแก่ทนายความที่จะทำการตรวจพยานหลักฐานจากสำนวนคดีก่อนยื่นฟ้องต่อศาล ทั้งนี้เพื่อความแน่นอนว่าพยานหลักฐานใดในสำนวนคำฟ้องเป็นหลักฐานที่ถูกต้องเสมือนเป็นการตรวจความถูกต้องของพยานอีกชั้นหนึ่ง

ทั้งสิทธิในการเข้าถึงขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดีใดๆ ไม่ว่าจะเป็น คำให้การของผู้กล่าวหา กระบวนการไต่สวนโดยศาล การเข้าฟังการพิจารณาคดี รวมทั้งการรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ โดยทนายความมีอาจถูกปฏิเสธสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้นแม้ทนายความในคดีอาญาจะอยู่ในฐานะผู้ร่วมในการพิจารณาคดีเท่านั้น แต่บทบาทของทนายความก็ยังคงมีความสำคัญที่จะเป็นผู้ที่คอยปกป้องสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยตามกฎหมายในการดำเนินคดีอาญาให้เป็นไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีระบบการศึกษาเพื่อประกอบวิชาชีพทางกฎหมายนั้น รัฐได้มีนโยบายในการสร้างมาตรฐานของนักกฎหมายให้มีมาตรฐานในระดับเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นทนายความ ที่ปรึกษากฎหมายบริษัทเอกชน หรือผู้ที่รับราชการเป็นอัยการ ผู้พิพากษา หรือข้าราชการฝ่ายปกครอง โดยรัฐจะเป็นผู้จัดการศึกษาอบรมและสอบวัดผลเองโดยตรง ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทางกฎหมายจะต้องผ่านการสอบวัดผลโดยรัฐแล้ว

โดยการจัดศึกษาอบรมและสอบวัดผลเองโดยตรงเช่นนี้เนื่องมาจากรัฐต้องการให้ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมายได้เห็นภาพรวมของโครงสร้างทางกฎหมายและวิชาชีพทางกฎหมายทั้งระบบ ไม่ต้องการสร้างความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้แก่ นักศึกษากฎหมายก่อนการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย นอกจากนี้รัฐต้องการให้ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทางกฎหมายมีโอกาสเลือกวิชาชีพได้หลากหลายอันจะสอดคล้องกับความเป็นไปของตลาดแรงงาน

ประเทศญี่ปุ่น

สำหรับประเทศญี่ปุ่นในสมัยเอโดะนั้นได้เริ่มมีการนำเสนอการให้บริการทางกฎหมายที่ไม่ซับซ้อนแก่ลูกค้า เช่น การช่วยจัดเตรียมเอกสารทางกฎหมายเพื่อนำไปเสนอผู้สำเร็จราชการในสมัยนั้น ผู้ให้บริการทางกฎหมายในสมัยนั้นเรียกว่า “kujishi” การทำงานของผู้ให้บริการทางกฎหมายนี้ไม่มีกฎหมายควบคุมในเรื่องจริยธรรมและหลักการปฏิบัติงานไปในทางบีบบังคับ ทั้งยังส่งเสริมให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์และส่วนใหญ่จะเข้าไปยุ่งย่ามกับลูกค้าเพื่อให้ได้เงินมาโดยเร็ว

⁶⁴ เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1 – 7 (น. 198). เล่มเดิม.

ต่อมาในสมัยรัฐบาลเมจิได้ออกกฎระเบียบสำหรับผู้ที่จะมาเป็นตัวแทนให้ลูกความในศาลโดยทนายความ โดยเปลี่ยนชื่อเรียกจาก “kujishi” มาเป็น “daigennin” โดยมีวิธีปฏิบัติยึดหยุ่นขึ้น การออกกฎระเบียบครั้งนี้ถือเป็นครั้งแรกที่อนุญาตให้ลูกความมีตัวแทนในศาลญี่ปุ่น แต่ “daigennin” นั้นยังไม่มีกำหนดในเรื่องคุณสมบัติของทนายความ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1873 ได้มีแนวทางในการปฏิบัติใหม่เข้ามาที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพขึ้น โดยศาลมีความประสงค์ให้มีการจัดเตรียมเอกสารก่อนที่จะมีการเสนอต่อศาลโดยผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อแทน (daishonin) ซึ่งถือว่ามีความจำเป็นและไม่ได้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของทนายความ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่กำหนดในเรื่องคุณสมบัติของผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อนั้น เพื่อให้บุคคลทุกคนสามารถทำงานนี้ได้โดยมีข้อจำกัดเพียงว่าผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อนั้น ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับทนายความได้ ภายหลังต่อมากระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้มีการแบ่งลักษณะของทนายความที่ให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญา ให้ทนายความสามารถดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงในคดีและสามารถได้รับการแต่งตั้งเป็นทนายความโดยศาลเวลาใดก็ได้⁶⁵ โดยในปัจจุบันทนายความของประเทศญี่ปุ่นได้เรียกว่า “Bengoshi”

เนติบัณฑิตยสภาญี่ปุ่นนั้นมีทั้งในระดับประเทศและระดับท้องถิ่น เนติบัณฑิตยสภาระดับประเทศเรียกว่า “เนติบัณฑิตยสภาญี่ปุ่น” (Japan Federation of Bar Association : JFBA) หรือ Nichibenren และในระดับท้องถิ่น เรียกว่า “สมาคมนักกฎหมายท้องถิ่น” (Local Bar Association) ที่จัดตั้งขึ้นในศาลแขวงแต่ละเขตอำนาจท้องถิ่น 52 สมาคม โดยอย่างน้อยที่สุดแต่ละจังหวัดจะมีสมาคมนักกฎหมายท้องถิ่น 1 แห่ง สมาคมนักกฎหมายท้องถิ่นมีความเป็นอิสระและมีอำนาจออกข้อบังคับและควบคุมมรรยาททนายความ โดยเมื่อนักศึกษาสอบผ่านเนติบัณฑิตจะสามารถประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ทุกวิชาชีพไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือทนายความ

2.4.1.2 ความเป็นมาของทนายความในประเทศไทย

ในยุคก่อนกรุงศรีอยุธยาจากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายและกระบวนการอำนวยความยุติธรรมที่มีมาตั้งแต่ครั้งกรุงสุโขทัยเป็นราชธานีตามหลักศิลาจารึกในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช หลักที่ 1 ด้านที่ 1 บรรทัดที่ 24 ถึง 28 มีข้อความว่า⁶⁶ “ไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุนี่แล้ผดแผก แสกว้างกัน สวนคูแท้แล้ จึงแล่งความแก่ชาด้วยชื่อ บ่เข้าลักมักผู้ช่อน เห็นข้าวท่านบ่ใคร่พิน เห็นสินท่านบ่ใคร่เคียด”

⁶⁵ Joe Jones. (2007). *A brief history of lawyers in Japan*. Retrieved October 7, 2014, from <http://www.mutantfrog.com/2007/03/18/a-brief-history-of-lawyers-in-japan/>

⁶⁶ จาก *พจนานุกรมศัพท์วรรณคดีไทยสมัยสุโขทัย ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราช หลักที่ 1* (น. 26, 29, 30, 32, 35), โดย ราชบัณฑิตยสถาน, 2544, กรุงเทพฯ: สหธรรมิก จำกัด.

ความหมายของคำว่า “ผิดแผก แสกว้างกัน” หมายถึง ทะเลาะกัน

ความหมายของคำว่า “สวน” หมายถึง ไล่สวน

ความหมายของคำว่า “เล่งความ” หมายถึง ตัดสินความ

ความหมายของคำว่า “แก้หา” หมายถึง แก้หาทั้งสอง

ความหมายของคำว่า “มัก” หมายถึง ชอบ

ความหมายของคำว่า “บ่ใคร่พิน” หมายถึง ไม่อยากได้

ความหมายของคำว่า “บ่ใคร่เคียด” หมายถึง ไม่ริษยา⁶⁷

หมายถึงประชาชน เจ้านาย ขุนนาง ที่ไม่ถูกกัน ก็ให้ไล่สวนด้วยความซื่อตรง อย่าเข้าข้างคนผิด อย่าเห็นแก่ทรัพย์สินที่มีคนนำมาตัดสินบน ความหมายของข้อความที่ได้จารึกไว้นี้ แสดงให้เห็นถึงหลักการพิจารณาตัดสินของตุลาการในข้อพิพาทของราษฎรว่าจะต้องไล่สวนให้ได้ความจริง ไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่กินสินบาทคาดสินบนและตัดสินด้วยความเป็นธรรม โดยผู้มีอำนาจตัดสินคดี คือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

กระบวนการอำนวยความยุติธรรมที่ใช้อยู่ในสมัยสุโขทัยนี้ มิได้มีการกล่าวถึง ทนายความหรือผู้ทำหน้าที่ที่พอจะถือว่าเป็นทนายความได้เลย เหตุที่เป็นเช่นนี้คงจะต้องพิจารณาประกอบไปกับวิถีความเป็นอยู่ของราษฎรในสมัยนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าชาวสุโขทัยมีวิถีชีวิตที่ สะดวกสบายในการหาเลี้ยงชีพ เนื่องจากความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรธรรมชาติและการถือ หลักการค้าเสรีไม่มีภาษีผ่านด่าน ใครทำกินบนที่ดินก็ได้เป็นกรรมสิทธิ์ อีกทั้งราษฎรสุโขทัยเป็นผู้ ยึดมั่นในพระพุทธศาสนาเป็นผลให้หลักกฎหมายที่ใช้อยู่ปราศจากความยุ่งยากซับซ้อน ทั้ง ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับราษฎรมีลักษณะใกล้ชิด หากราษฎรประสงค์จะร้องทุกข์ ต่อพระมหากษัตริย์โดยตรงก็กระทำได้ง่าย ดังที่ปรากฏในหลักศิลาจารึก หลักที่ 1 บรรทัดที่ 32 ถึง 35 ต่อด้านที่ 2 บรรทัดที่ 1 ถึง 2 มีข้อความว่า “ในปากตุมมิกดั่งอันฉิ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้า หน้าปก กลางบ้านกลางเมืองมีถ้อยมีความเจ็บท้องข้องใจ มันจกกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไว้ ไปลั่นก ดิง อันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองไฉน เรียกเมืองถาม สวนความแก้มันด้วยชื่อไพร่ ในเมืองสุโขทัยนี้ จึงชม”⁶⁸ วิธีการนี้เป็นที่มาของประเพณีซึ่งเรียกกันว่า “ตีกลองร้องฎีกา”

ความหมายของคำว่า “หั้น” หมายถึง นั้น

ความหมายของคำว่า “ไพร่ฟ้าหน้าปก” หมายถึง ประชาชนที่มีทุกข์ร้อน

⁶⁷ จาก เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 8 – 15 (น. 261), โดย มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สาขาวิชานิติศาสตร์ ข, 2528, กรุงเทพฯ: วิคตอรีเพาเวอร์พอยท์.

⁶⁸ พจนานุกรมศัพท์วรรณคดีไทยสมัยสุโขทัย ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราช หลักที่ 1 (น. 25, 27, 32, 35). เล่มเดิม.

ความหมายของคำว่า “เจ็บท้องข้องใจ” หมายถึง ทะเลาะกัน

ความหมายของคำว่า “บ่ไว้” หมายถึง ไม่ยาก

ข้อความที่ได้จารึกไว้นี้ แสดงให้เห็นถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์

หมายถึงในปากประตุนั้นจะมีกระดิ่งแขวนไว้หนึ่งใบ ประชาชนที่อยู่ในบ้านเมืองมีความเดือดร้อน ก็จะนึกถึงพ่อขุน แล้วไปสั่นกระดิ่งที่ท่อนแขวนไว้ เมื่อพ่อขุนรามคำแหงได้ยินก็จะเรียกไปได้ถาม ประชาชนในเมืองสุโขทัยจึงมีความยกย่องและชื่นชมท่าน ต่อมาในยุคกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีเนื่องจากได้ยอมรับความคิดด้านการปกครองและกฎหมายของลัทธิพราหมณ์ ซึ่งถือว่า พระมหากษัตริย์เป็นสมมติเทวราช จึงมีการใช้ภาษาและระเบียบพิธีการเฉพาะประกอบกับจำนวนประชากรที่เพิ่มมากขึ้น ทำให้วิถีชีวิตของผู้คนเปลี่ยนแปลงไปพร้อมๆ กับความขัดแย้งทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่ทวีขึ้น กฎหมายและวิธีการอำนวยความยุติธรรม จึงมีกระบวนการพิจารณาที่ยุ่งยากและซับซ้อนขึ้นตามลำดับ และจากหลักฐานที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะรับฟ้อง มาตรา 20 ในกฎหมายตราสามดวงบัญญัติว่า “ให้มีการแต่งตั้งนายต่างตัวแก้ในอาญา....” จึงพอจะเป็นข้อสรุปได้ว่าขณะนั้นมีบุคคลซึ่งประกอบอาชีพเป็นทนายความหรืออีกนัยหนึ่ง คือ ได้มีทนายความเกิดขึ้นแล้ว⁶⁹ แต่ทนายความที่เกิดขึ้นในสมัยโบราณนั้น ก็ได้ทำหน้าที่ในการถามตัวพยาน หรือซักค้านดังเช่นปัจจุบันแต่อย่างใด เพราะหน้าที่ซักค้านถามตัวพยานนั้นเป็นหน้าที่ของศาลได้มีการอนุญาตให้ผู้ใกล้ชิดกับตัวความแตกต่างแทนตัวความเป็นต้นว่า สามเณรต่างแทนภรรยา ภรรยาต่างแทนสามี บุตรต่างแทนบิดามารดา บิดามารดาต่างแทนบุตร แต่มีใต้อนุญาตให้มีตัวแทนแก้ต่างได้ทุกคดี โดยมี 16 กรณี ที่ตัวความจะต้องไปแก้ต่างด้วยตัวเอง ได้แก่ แพทย์ที่ทำให้คนไข้ตาย โจรปล้นฆ่าคนตาย เป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสตรี ลักทรัพย์ เบียดบังทรัพย์สินของทางราชการ ก่อจลาจล ร่วมกันขูดทรัพย์ทองเงิน คดีตีฆ่าฟันกันตาย นี้อร่าญร์ กรรโชกทรัพย์ราษฎร วางเพลิง ปลอมเงินตรา ลอกทองหุ้มพระพุทธรูป บุตรฟ้องบิดามารดา⁷⁰ ดังนั้น บุคคลที่เรียกว่า “ทนายความ” ในสมัยอยุธยา นั้นมิได้เป็นผู้ที่รู้กฎหมาย เป็นเพียงบุคคลซึ่งมีความใกล้ชิดกับตัวความเท่านั้นที่จะมีสิทธิทำหน้าที่แทนตัวความและมีหน้าที่เพียงอำนวยความสะดวกแก่ตัวความในการนำข้อเท็จจริงที่ได้รับรู้มาจากตัวความไปเล่าให้ศาลฟังเท่านั้น ถือได้ว่าตัวแทนนั้นเป็นเพียงผู้รู้ข้อเท็จจริงจากตัวความแต่มิใช่ผู้รู้กฎหมาย จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าทนายความในยุคแรกๆ นั้นทำหน้าที่เป็นเพียงผู้คุ้มครองประโยชน์ให้กับตัวความเท่านั้น โดยไม่จำเป็นที่จะต้องไปล่วงรู้ว่าจะผลประโยชน์นั้นจะถูกต้องด้วยกฎหมายหรือไม่

⁶⁹ ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ (น. 203 – 206). เล่มเดิม.

⁷⁰ จาก “ทนายความยุคใหม่: ใครให้กำเนิด?”, โดย พรชัย รัศมีแพทย์, 2537, สุโขทัยธรรมาธิราช, 6, น. 80.

นอกจากนี้สังคมในสมัยอยุธยา มีการแบ่งชนชั้นของคนในสังคมตามศักดินา กล่าวคือ ผู้มีศักดินา 400 ไร่ขึ้นไปเรียกว่า “ผู้ดี” ส่วนผู้ที่มีศักดินาต่ำกว่า 400 ไร่เรียกว่า “ไพร่” โดยผู้ที่มีศักดินา 400 ไร่ขึ้นไปสามารถแต่งงานนายความแทนตนในศาลได้⁷¹ ดังปรากฏหลักฐานในพระอัยการลักษณะตระลาการ มาตรา 92 บัญญัติว่า “.....แต่นา 400 ไร่ขึ้นไป ถ้ามีภัยทุกข์สุขสิ่งใด ๆ ก็ดี และฟ้องร้องกฎหมายกล่าวหาผู้มียศศักดิ์ แต่นา 400 ไร่ขึ้นไป เป็นข้อแพ่ง อาญา อุทธรณ์ก็ดี ให้แต่งงานว่าต่างตัวพึงให้ว่าความเอง ถ้ามิได้เรียกทนายต่างตัวท่านว่าอย่าพึงรับไว้บังคับบัญชา ตำนานา 400 ไร่ลงมา ถ้ามีกิจธุระสิ่งใดก็ดี จะแก้ต่างว่าต่างประกันหาต่างพี่น้องได้ ถ้าราษฎรจะฟ้องร้องให้พิจารณาตัวเองได้” เป็นการห้ามมิให้ผู้มีศักดินาสูงกว่า 400 ไร่ขึ้นไป มาว่าความเอง ต้องแต่งงานมาดำเนินคดีแทน⁷² โดยบุคคลซึ่งเรียกว่า “ทนายความ” ดังกล่าวข้างต้น เป็นบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตัวความ หน้าที่ของทนายความจึงเป็นเพียงอำนวยความสะดวกให้ตัวความเท่านั้น เพราะมิใช่ผู้รู้กฎหมายแต่เป็นผู้รู้ข้อเท็จจริงโดยการถ่ายทอดจากตัวความ

มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ในยุคกรุงศรีอยุธยา มีบุคคลประเภทหนึ่งเรียกว่า “ทนายเลือก” ทนายเลือกนี้มิได้ทำหน้าที่เป็นทนายความแต่อย่างใด แต่เป็นข้าราชการตำรวจที่มีหน้าที่ติดตามอารักขาพระเจ้าแผ่นดินอย่างใกล้ชิด ในเวลาที่พระเจ้าแผ่นดินเสด็จประพาสคัน โดยทนายเลือกนี้จะแต่งกายนอกเครื่องแบบติดตามพระเจ้าแผ่นดินเพื่อมิให้ประชาชนตื่นตกใจ⁷³ ผู้ที่เป็นทนายเลือกดังกล่าวนี้เป็นผู้ที่ได้รับคัดเลือกมาจากผู้ที่มีชาติกำเนิดสืบเชื้อสายมาจากตระกูลที่ได้ทำคุณความดีต่อชาติ ศาสนาและพระมหากษัตริย์ อีกทั้งต้องเป็นผู้ที่พระเจ้าแผ่นดินทรงไว้วางพระราชหฤทัยด้วย พระเจ้าแผ่นดินเป็นผู้ที่ทรงคัดเลือกบุคคลที่จะมาเป็นทนายเลือกนี้ด้วยพระองค์เอง เพราะในสมัยนั้นการบังคับบัญชาตำรวจขึ้นโดยตรงต่อพระมหากษัตริย์เพียงพระองค์เดียวมิใช่ขึ้นกับฝ่ายบริหารอย่างในปัจจุบัน ดังนั้นทนายเลือกที่มีปรากฏอยู่ในสมัยอยุธยานี้จึงมิใช่ทนายความแต่อย่างใด

ในยุคกรุงธนบุรีนั้น เป็นช่วงที่ทำศึกสงครามเพื่อกอบกู้เอกราชและเพื่อรวบรวมบ้านเมืองให้เป็นปึกแผ่นทั้งสมัยกรุงธนบุรี มีช่วงเวลาเพียงประมาณ 15 ปี (ระหว่าง พ.ศ. 2311 – 2325 สมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราชทรงขึ้นครองราชย์ เมื่อปี พ.ศ. 2313) เหตุการณ์เกี่ยวกับทางด้านกฎหมายจึงมีปรากฏน้อยมาก จะมีปรากฏอยู่บ้างก็ในช่วงปลายสมัยกรุงธนบุรี ก่อนเกิดเหตุการณ์จลาจลในกรุงธนบุรี (ประมาณปี พ.ศ. 2324) กล่าวคือ หลังจากเสร็จศึกอะแซห่วยุ่นก็แม่

⁷¹ สภาทนายความ. (ม.ป.ป.). ประวัติความเป็นมา “สภาทนายความ”. สืบค้น 14 มกราคม 2552, จาก <http://www.lawyers council.or.th>.

⁷² ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ (น. 206). เล่มเดิม.

⁷³ จาก “ชักธงรบ,” โดย กิเลน ประลองเชิง, 2543 (16 ตุลาคม), หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ, น. 3.

ทัพพมาตีหัวเมืองเหนือแล้ว พระเจ้ากรุงธนบุรีมักเสด็จไปนั่งกรรมฐานที่วัดบางยี่เรือ (วัดอินทารามในปัจจุบัน) ครั้นต่อมาทรงเกิดระแวงว่าข้าราชการพากันลอบลักพระราชทรัพย์ จึงให้โยยติจำจงและบางทีก็เอาตัวผู้ต้องหาขึ้นย่างไฟ จะให้รับเป็นสัตย์ และพระราชทานรางวัลแก่ผู้ที่เป็นโจทก์ถวายฎีกาฟ้องร้องขึ้นมา จึงเป็นเหตุให้มีการกลั่นแกล้งฟ้องร้องกันเพื่อหวังบำเหน็จรางวัล ต่อมาพระเจ้ากรุงธนบุรีทรงตั้งบุคคลสองคน คือ พันสีให้เป็นขุนจิตรจุลและพันลาให้เป็นขุนประมุลราชทรัพย์ มีตำแหน่งเป็นหัวหน้าพวกโจทก์ก็มีการถวายฎีกาฟ้องร้องผู้อื่นหนักกว่าเก่า พระเจ้ากรุงธนบุรีทรงวินิจฉัยโดยมิได้พิจารณาให้เห็นเท็จหรือจริง สักแต่ว่าโจทก์สาบานได้ ถ้าผู้ต้องหาไม่รับเป็นสัตย์โดยดีก็ให้เขียนตีมัดติดไม้และย่างเพลิงจนกว่าจะรับแล้วปรับไหมตามที่โจทก์หา ในช่วงนั้นที่บริเวณโรงชำระความในพระราชวังมีเสียงร้องไห้ครวญครางทุกวัน ซึ่งภายหลังก็เกิดเหตุการณ์จลาจลในกรุงธนบุรีและสิ้นสุดยุคสมัยกรุงธนบุรี

จากเรื่องราวดังกล่าวจึงพอสรุปได้ว่า ในช่วงสมัยกรุงธนบุรี การดำเนินกระบวนการพิจารณาตัดสินคดีความกระทำกัน ณ โรงชำระความในพระราชวังโดยพระเจ้ากรุงธนบุรี หรือ สมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช ทรงไต่สวนและทรงวินิจฉัยด้วยพระองค์เอง⁷⁴ โดยมีบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นโจทก์ถวายฎีกาฟ้องร้องผู้อื่นขึ้นมา ซึ่งอาจเปรียบได้กับตำแหน่งพนักงานอัยการในปัจจุบัน แต่ไม่ปรากฏเรื่องราวเกี่ยวกับคดีที่ราษฎรฟ้องร้องกันเอง รวมทั้งไม่ปรากฏเรื่องราวของทนายความในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ว่าต่างแก้ต่างคู่ความในเรื่องอรรถคดีในช่วงสมัยกรุงธนบุรีแต่อย่างใด จึงไม่ปรากฏเรื่องเกี่ยวกับทนายความในสมัยกรุงธนบุรีในพงสาวดาร

ยุคกรุงรัตนโกสินทร์ ในกฎหมายตราสามดวงลักษณะรับฟ้องบทที่ 1 ยังได้กล่าวไว้ว่า “ผู้ใดมิใช่คดีตน มิใช่คดีบิดามารดา ปู่ย่า ตายาย หรือป้า น้า อา บุตร ภรรยา พี่น้องตน บังอาจเก็บเอาเนื้อความผู้อื่นมาฟ้องร้อง ฟ้องนั้นบังอาจให้ยากแก่ ความเมื่อท่าน เป็นละเมิดให้ไหมโดยยศศักดิ์ อย่าให้รับฟ้องไว้พิจารณา” จะเห็นได้ว่าทนายความในยุคก่อนนั้นถูกตราหน้าว่าเป็นพวกขี้ฉ้อหมอความมีความผิดเป็นโทษและเป็นที่ยังเกลียดชังในบ้านเมือง⁷⁵

บุคคลซึ่งเรียกว่า “ทนายความ” จึงเป็นบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตัวความหน้าที่ของทนายความจึงเป็นเพียงอำนวยความสะดวกให้ตัวความเท่านั้น เพราะมิใช่ผู้รู้กฎหมาย

⁷⁴ จาก สมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช (น. 234 – 236), โดย จรรยา ประชิตโรมรัน, 2540, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁷⁵ จาก “พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 : กฎหมายเพื่อการปกครองตัวเองของทนายความ,” โดย ทวี กสิยพงศ์, 2529, บทบัญญัติ, 42, น. 7.

แต่เป็นผู้รู้ข้อเท็จจริงโดยการถ่ายทอดจากตัวความ⁷⁶ และนอกจากนี้บทบาทบัญญัติพระอัยการลักษณะตุลาการได้บัญญัติให้ คู่เวียง พ่อแม่ พี่น้องทำหน้าที่แทนตัวความได้ในบางกรณี

ตั้งแต่เริ่มมีทนายความเรื่อยมาจนกระทั่งถึงในสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์หน้าที่ของทนายความก็ยังคงเดิม ไม่ปรากฏว่าทนายความทำหน้าที่ซักถามพยานหรือซักค้านแต่อย่างใด และในช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่มีการควบคุมการเป็นทนายความ ทำให้มีเพียงบุคคลที่มีความรู้กฎหมายเพียงเล็กร น้อยๆ ต่อมาทนายความหน้าหอของข้าราชการผู้ใหญ่เริ่มเข้ารับจ้างเป็นทนายความกันแพร่หลาย โดยเฉพาะในสมัยรัชกาลที่ 4 และ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เพราะมีความเกิดขึ้นมากมาย⁷⁷

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระปิยะมหาราช รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ได้ทรงตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในปี ร.ศ. 110 (พ.ศ.2434) และมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลในสนามสถิตยยุติธรรม ร.ศ. 111 ขึ้น โดยความในข้อ 7 มีว่า “ราษฎรทั้งหลายผู้ถืออรรถคดีจะปรึกษาหารือผู้รู้กฎหมายให้เรียบเรียงคำฟ้อง แล้วนำมาขึ้นต่อศาล โดยลงชื่อผู้แต่ง ผู้เขียนไว้ด้วยก็ได้” นั้นแปลได้ว่าในปี ร.ศ. 111 (พ.ศ.2435) มีการอนุญาตให้มีทนายความที่ไม่ได้เป็นผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตัวความได้ และทนายความต้องเป็นผู้ที่รู้กฎหมาย สามารถเรียบเรียงเขียนคำฟ้องมาขึ้นศาลแทนตัวความได้ จึงนับว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลในสนามสถิตยยุติธรรม ร.ศ. 111 นี้ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่อนุญาตให้มีทนายความ ซึ่งเป็นผู้รู้กฎหมายและเขียนแต่งฟ้องตัวความได้⁷⁸ นับว่ายุคนี้เป็นยุคที่เริ่มมีการประกอบวิชาชีพทนายความเกิดขึ้นและเป็นยุคเริ่มต้นของบทบาททนายความที่เคยเป็นแต่เพียงผู้รู้ข้อเท็จจริง และแถลงแก้ต่างแทนตัวความ เปลี่ยนมาเป็นบทบาทของผู้รู้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของตัวความ สามารถทำหน้าที่ซักถามและซักค้านพยานได้เต็มที่เป็นการพัฒนาบทบาทของทนายความให้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนตั้งแต่สมัยนั้นมาจนถึงปัจจุบัน⁷⁹

⁷⁶ ทนายความยุคใหม่ : ใครให้กำเนิด ? (น. 81). เล่มเดิม.

⁷⁷ จาก การศึกษาเปรียบเทียบทัศนคติของเจ้าพนักงานตำรวจและประชาชนที่มีการปฏิบัติงานของทนายความอาสาสมัครประจำสถานีตำรวจ (น. 10), โดย สุเทพ สัตนาโค, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหิดล.

⁷⁸ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 : กฎหมายเพื่อการปกครองตัวเองของทนายความ. หน้าเดิม.

⁷⁹ จาก การปฏิรูประบบงานของสภาทนายความ (น. 5), โดย สมักร เขาวานันท์, 2540, กรุงเทพฯ: วิทยาลัยการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.

นับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลในสนามสถิตยุดิธรรม ร.ศ. 111 ขึ้นใช้บังคับทำให้มีการประกอบวิชาชีพทนายความกันอย่างแพร่หลายและขยายวงกว้างมากขึ้นทุกทีทำให้มีจำนวนทนายความมากขึ้น ในปี ร.ศ. 115 รัชกาลที่ 5 ได้ทรงโปรดเกล้าฯ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้จัดตั้งศาลสมัยใหม่ขึ้นตามจังหวัดต่างๆ และทรงโปรดเกล้าฯ จัดให้มีทนายความตามแบบใหม่ควบคู่กันไปกับการจัดตั้งศาลนั้นด้วย ในระยะนั้นยังไม่มี การควบคุมคุณสมบัติจรรยาบรรณและมารยาทของทนายความแต่อย่างใด ทำให้ทนายความบางคนประพฤติตนออกนอกกลุ่มนอกทาง ทำให้ชื่อเสียงของทนายความไปในทางที่ไม่ดี ดังนั้นในปี ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) จึงได้มีการออกกฎหมายควบคุมทนายความขึ้นเป็นครั้งแรก โดยกำหนดอยู่ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 มาตรา 127 ว่า “ให้ศาลมีอำนาจห้ามทนายความผู้ประพฤติตนไม่สมควรมิให้ว่าความในศาลใดศาลหนึ่ง หรือทุกศาลได้และให้เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมตั้งกฎข้อบังคับเรื่องทนายความได้” การควบคุมความประพฤติของทนายความจึงเริ่มต้นมีขึ้นตั้งแต่นั้นมา โดยให้อยู่ในอำนาจของศาลเป็นผู้ควบคุม⁸⁰ ต่อมาในปี พ.ศ. 2456 เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมได้ออกกฎหมายห้ามข้าราชการผู้มีหน้าที่รักษาพระธรรมนูญเชื่อว่าความในคดีอาญา⁸¹

และในปี พ.ศ. 2457 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 6 ได้มีการก่อตั้งเนติบัณฑิตยสภาขึ้น ได้มีการตราพระราชบัญญัติทนายความขึ้นเป็นครั้งแรก โดยให้ทนายความอยู่ในความควบคุมดูแลของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นผู้ที่มีอำนาจในการจดทะเบียนและออกใบอนุญาตของการเป็นทนายความ และมีหน้าที่ควบคุมมารยาทของทนายความ จนกระทั่งปี พ.ศ. 2522 จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติทนายความขึ้นใหม่เพื่อก่อตั้งสภาทนายความและร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้แล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2523 จึงได้นำร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเสนอต่อ นายชวน หลีกภัย ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้น เพื่อให้ นำร่างกฎหมายดังกล่าวนี้เสนอต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เพื่อดำเนินการต่อไป และคณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างกฎหมายฉบับนี้เข้าสู่สภา จนในที่สุดได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาเมื่อปี พ.ศ. 2528 ออกมาเป็นกฎหมายชื่อว่า “พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528” มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2528 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน สภาทนายความจึงถือกำเนิดตั้งแต่นั้นมา⁸²

⁸⁰ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 : กฎหมายเพื่อการปกครองตัวเองของทนายความ (น. 8). เล่มเดิม.

⁸¹ การปฏิรูประบบงานของสภาทนายความ (น. 6). เล่มเดิม.

⁸² จริยธรรมและมารยาททนายความ (น. 18). เล่มเดิม.

2.4.1.3 ฐานะโดยทั่วไปและหลักความเป็นอิสระของทนายความ

โดยทั่วไปฐานะของทนายความมี 3 ประการ

1. ทนายความมีอิสระจากรัฐ กล่าวคือ ทนายความไม่ใช่ผู้รับใช้อำนาจรัฐ
2. ทนายความมีอิสระในการที่จะประกอบอาชีพทนายความ หมายความว่า ผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนย่อมขออนุญาตเป็นทนายความได้และผู้ที่ได้รับอนุญาตย่อมประกอบอาชีพทนายความได้

3. ทนายความมีอิสระจากศาล หมายความว่า ศาลไม่มีอำนาจเหนือทนายความเพราะถือว่าศาลและทนายความเป็นองค์กรอิสระต่างหาก

ฐานะของทนายความทั้ง 3 ประการนี้จะมีมากน้อยเพียงไร ในทางปฏิบัติต้องขึ้นอยู่กับระบบการปกครองของรัฐนั้นๆ ด้วยในรัฐประชาธิปไตย ฐานะของทนายความย่อมมั่นคงเพราะในรัฐประชาธิปไตยนั้นความชอบธรรมและประชาชนย่อมมาก่อนสิ่งอื่นใด ตรงกันข้ามในรัฐเผด็จการฐานะของทนายความจะด้อยความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะในรัฐเผด็จการถือว่าประโยชน์สูงสุดของรัฐและผู้ถืออำนาจของรัฐเป็นตัวแทนแห่งความถูกต้องชอบธรรมทั้งปวง⁸³

สำหรับประเทศไทย ทนายความในปัจจุบันมีฐานะตามมาตรฐานทั่วไปครบทั้ง 3 ข้อ เพราะประเทศไทยเป็นรัฐประชาธิปไตยและปัจจุบันได้แก้ไของค์กรที่ควบคุมทนายความทั่วไปออกจากเนติบัณฑิตยสภา ซึ่งศาลมีบทบาทอยู่มาก มาเป็นสภาทนายความซึ่งมีทนายความเป็นฝ่ายบริหารเองทั้งหมด จึงเป็นการให้อิสระแก่ทนายความในการปกครองตนเองทั้งหมด

ซึ่งตามหลักความเป็นอิสระของทนายความในคดีแพ่งนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างมาก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 65 บัญญัติไว้ว่า “ทนายความที่ตัวความตั้งแต่งให้เป็นทนายความในคดีจะมีคำขอต่อศาลให้สั่งถอนตนจากการตั้งแต่นั้นก็ได้ แต่ต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าทนายความผู้นั้นได้แจ้งให้ตัวความทราบแล้ว เว้นแต่จะหาตัวความไม่พบ

เมื่อศาลได้มีคำสั่งอนุญาตตามคำขอแล้ว ให้ศาลส่งคำสั่งนั้นให้ตัวความทราบโดยเร็วโดยวิธีส่งหมายธรรมดาหรือโดยวิธีอื่นแทน แล้วแต่จะเห็นสมควร”

การที่กฎหมายบัญญัติให้ทนายความในคดีแพ่งมีอำนาจถอนตัวจากการเป็นทนายความได้นั้น แสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดว่าทนายความต้องมีความคิดเป็นอิสระ

Prof.Dr. Othmar Jauernig กล่าวไว้ในตำรา “กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง” (Zivilprozessrecht) พิมพ์ครั้งที่ 22 เมืองมิวนิค ค.ศ. 1988 หน้า 43 ว่า

“ทนายความไม่เป็นและไม้อาจเป็นผู้รับใช้ที่ซื่อสัตย์ของลูกความ ความเป็นอิสระภายในเป็นสิ่งจำเป็น เพราะด้วยความอิสระภายในเท่านั้นที่ทนายความสามารถที่จะกระทำหน้าที่

⁸³ รวมบทความด้านวิชาการ (น. 359 -360). เล่มเดิม.

ของตนเพื่อรักษาประโยชน์ของลูกความได้อย่างมีความรับผิดชอบต่อตนเอง ซึ่งกรณีไม่เพียงแต่เป็นคดีขึ้นแล้ว แต่รวมถึงตลอดถึงในชั้นก่อนเป็นคดีด้วย”

ซึ่งปัญหามีว่า “ความเป็นอิสระภายใน” (Innere Unabhaengigkeit) ที่ Prof.Dr. Othmar Jauernig กล่าวถึงนั้น หมายความว่าอย่างไร ซึ่งหนังสือ “คู่มือการสอบสวนคดีมรรยาททนายความ” ได้กล่าวถึง “ความเป็นอิสระของทนายความ” ไว้ว่า “ประชาชนผู้มีอรรถคดี... ฯลฯ... จำต้องพึ่งพาความสามารถและความชำนาญของทนายความในการช่วยเหลือทางกฎหมาย การประกอบวิชาชีพทนายความทำให้ทนายความต้องมีความเป็นอิสระในทางความคิดที่อาจจะเลือกดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์สูงสุดให้ลูกความของตน... ฯลฯ... ความเป็นอิสระเลือกดำเนินการให้แก่ลูกความ หมายถึง การมีอิสระภายใต้กรอบแห่งข้อบังคับมรรยาททนายความ และหลักจริยธรรมของทนายความ หากลูกความของตนไม่เห็นด้วยกับทางเลือกของทนายความดังกล่าว ทนายความก็มีอิสระที่จะขอถอนตัวเองออกจากการเป็นทนายความได้”

ดังนั้น “ความเป็นอิสระภายใน” ก็คือ ความเป็นอิสระในทางความคิดที่จะเลือกดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์สูงสุดให้แก่ลูกความภายใต้กรอบแห่งข้อบังคับมรรยาททนายความและหลักจริยธรรมทนายความนั่นเอง

ทนายความผู้ใดจะมี “ความเป็นอิสระภายใน” ได้นั้น ทนายความผู้นั้นจะต้องไม่ทำตนดุษเป็นลูกความเสียเองหรือถือเอาเรื่องของลูกความดุษเป็นของตน

การถอนตนจากการเป็นทนายความนั้นกระทำได้ในประเภททุกคดี แม้ในคดีอาญา ทนายความก็สามารถถอนตนออกจากการเป็นทนายความได้

ทนายความในคดีอาญาก็ต้องมี “ความเป็นอิสระภายใน” ไม่ทำตนดุษเป็นลูกความเสียเองหรือถือเอาเรื่องของลูกความดุษเป็นของตนเช่นเดียวกัน

ดังหนังสือเกี่ยวกับทนายความที่ชื่อว่า “Die Verteidigung in Strafsachen” เขียนโดย Julius Varghar ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยว่า “ทนายความในคดีอาญา” ได้กล่าวไว้ว่า “ทนายความในคดีอาญาจะกระทำเพียงเพื่อตอบสนองความต้องการของลูกความอย่างเดียวไม่ได้ แต่จะต้องกระทำเพื่อตอบสนองความยุติธรรมของส่วนรวมด้วย ทนายความในคดีอาญาต้องไม่เป็นเพียงตัวแทนลูกความแต่ต้องเป็นตัวแทนรัฐด้วย”

โดยอาจสรุปหลักวิชาชีพทนายความได้ดังนี้

1. การประกอบวิชาชีพทนายความไม่ใช่เป็นเรื่องเฉพาะในโรงในศาลเท่านั้น การเป็นที่ปรึกษากฎหมายก็เป็นการประกอบวิชาชีพทนายความ
2. ในการประกอบวิชาชีพทนายความนั้น ทนายความอาจต้องรับผิดชอบต่อลูกความของตน

3. ทนายความต้องมี “ความเป็นอิสระภายใน” กล่าวคือต้องสามารถตัดสินใจในทางคดีได้ด้วยตนเอง

4. ความเป็นอิสระภายในเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับทนายความ เพราะด้วยความเป็นอิสระนี้เท่านั้นที่ทนายความสามารถที่จะกระทำเพื่อรักษาประโยชน์ของลูกค้าได้อย่างมีความรับผิดชอบต่อตนเอง

5. ทนายความต้องไม่ทำตนคุดเป็นลูกค้าเสียเอง หรือถือเอาเรื่องของลูกค้าคุดเป็นของตนทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา

6. การทำตนคุดเป็นลูกค้าเสียเอง หรือถือเอาเรื่องของลูกค้าคุดเป็นของตนนั้น เป็นการละเมิด “ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว” และเป็นการกระทำที่ผิดหลักวิชาชีพนักกฎหมายของทนายความ⁸⁴

2.4.2 บทบาทและหน้าที่ของทนายความ

ทนายความเป็นผู้มีวิชาชีพที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกระบวนการต่างๆ ทางกฎหมายแทนคู่ความในเรื่องของอรรถคดีต่างๆ ต่อศาล เป็นผู้ให้คำปรึกษาข้อกฎหมายและแนะนำวิธีการปฏิบัติ รวมทั้งเป็นตัวแทนของคู่ความ เพื่อเข้ามาช่วยจัดการกับปัญหากฎหมายให้หมดสิ้นไป ด้วยการเข้าไปเป็นทนายความว่าต่าง หรือแก้ต่าง ให้แก่ชาวบ้านหรือประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้นทนายความจึงเป็นตัวแทนของคู่ความ ที่เข้ามามีบทบาทสำคัญในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาและการค้นหาความจริงในคดี และเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนที่ประสบปัญหาเกี่ยวกับข้อพิพาทของกฎหมาย โดยสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการที่จะมีทนายความเข้าไปช่วยเหลือนั้นอาจเริ่มขึ้นได้ทั้งก่อนการพิจารณาคดีและในชั้นพิจารณาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญา ซึ่งแตกต่างจากทนายความในคดีแพ่ง เพราะคดีแพ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนตัวได้ส่วนเสียของเอกชน ตัวความจึงมีสิทธิขาดในคดีเหนือทนายความ แต่ในคดีอาญานั้นจำเลยหาสิทธิขาดในคดีเหนือทนายความไม่

ฐานะและความเป็นอิสระของทนายความในคดีอาญาจึงถือเป็นหลักวิชาชีพหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมที่มีหน้าที่ที่จะต้องจรรโลงระบบความยุติธรรมทางอาญามิให้เสียไป⁸⁵ จึงอาจกล่าวได้ว่าจำเป็นที่ผู้ถูกกล่าวหาต้องมีทนายความคอยให้ความช่วยเหลือในทุกขั้นตอนของการ

⁸⁴ จาก คุรุกฎหมาย นักกฎหมาย และหลักวิชาชีพกฎหมาย (น. 39 – 44), โดย คณิต ณ นคร ช, 2556 กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมาย.

⁸⁵ สิทธิการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 18 – 19). เล่มเดิม.

ดำเนินคดี ศาลจึงควรที่จะต้องตั้งทนายความให้จำเลยในคดีอาญา มิใช่เพื่อช่วยให้จำเลยพ้นจากความผิด แต่เพื่อให้เกิดความยุติธรรมของสังคม

ดังนั้นในการค้นหาความจริงเพื่อจะนำไปเสนอเป็นข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาของศาลทั้งในขั้นตอนก่อนที่จะมีการพิจารณาคดีและขั้นตอนในการพิจารณาคดีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด จะเห็นได้ว่าทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี มีความจำเป็นที่ทนายความต้องได้รับความร่วมมือกับองค์กรทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องร่วมกันค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อร่วมกันมีหน้าที่ส่งเสริมความยุติธรรมตามวิถีทางของกฎหมาย

2.4.2.1 บทบาทและหน้าที่ของทนายความก่อนการพิจารณาคดี

ถือเป็นขั้นตอนที่ทนายความได้เข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในชั้นก่อนที่จะมีการพิจารณาคดี ทนายความจะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่ผู้ต้องหาให้คำปรึกษาแนะนำเมื่อผู้ต้องหาถูกจับเพื่อดำเนินคดีทนายความย่อมมีสิทธิที่จะติดต่อกับผู้ต้องหาเป็นการเฉพาะตัวเพื่อสอบถามข้อเท็จจริงในคดี ให้คำปรึกษาในการตอบคำถามแก่ผู้ต้องหา แต่ทนายความไม่อาจตอบคำถามแทนผู้ต้องหาได้เพราะทนายความไม่ได้ตกเป็นผู้ต้องหาเอง จึงมีหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาข้อกฎหมายในการต่อสู้คดีเท่านั้น พร้อมทั้งต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา แนะนำผู้ต้องหาถึงสิทธิอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์ในการดำเนินคดี และเมื่อทนายความทราบข้อเท็จจริงจากผู้ต้องหาแล้วทนายความย่อมมีสิทธิทำการรวบรวมพยานหลักฐาน สืบสวนค้นหาพยานหลักฐานต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในคดีเพื่อนำไปสืบหักล้างพยานของฝ่ายโจทก์ในการพิจารณาคดี อันเป็นสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานของทนายความ ซึ่งถือเป็นหน้าที่สำคัญที่จะทำให้เกิดผลในการพิจารณาคดี และจึงเตรียมคดี โดยการให้คำปรึกษาและแนะนำในประเด็นต่างๆ แก่ผู้ต้องหา โดยผู้ต้องหาเป็นผู้ตัดสินใจในการดำเนินคดีเอง

ทั้งนี้ทนายความยังมีสิทธิที่จะแถลงให้ศาลทราบและร้องขอให้ดำเนินการใดๆ ซึ่งศาลจะต้องฟังทนายความตามสมควร เช่น อาจมีการขอให้ศาลเดินเผชิญสืบที่เกิดเหตุ⁸⁶ ทั้งยังมีบทบาทในการกำหนดการพิจารณาคดีและลักษณะกระบวนการพิจารณาคดี กล่าวคือ ในการที่ศาลจะนัดพิจารณาคดีนั้น ทนายความต้องมีการกำหนดขอบเขตของคดีและวิธีการที่จะใช้ในการต่อสู้คดี รวมถึงสิทธิที่จะแนะนำหรือเตรียมคดีในชั้นอุทธรณ์ฎีกา และทนายความมีสิทธิที่จะคู่สนวนการสอบสวนได้

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าบทบาทและหน้าที่ของทนายความในช่วงนี้จะเป็นการให้คำปรึกษา รวบรวมพยานหลักฐาน เตรียมคดี ทำหน้าที่เป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์

⁸⁶ แหล่งเดิม.

และทำหน้าที่เป็นผู้แถลงข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ พร้อมทั้งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิในการดำเนินคดี ทั้งยังทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการพิจารณาของศาลด้วย

2.4.2.2 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในการพิจารณาคดี

นอกจากบทบาทของทนายความในการดำเนินอาญาที่ได้กระทำก่อนที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลแล้ว บทบาทและหน้าที่ที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งอีกอย่างหนึ่งของทนายความคือ บทบาทและหน้าที่ของทนายความในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญอันอาจกล่าวได้ว่าจำเป็นต้องใช้ศิลปะในการว่าความเป็นอย่างมาก ซึ่งจะเห็นได้ว่าบุคคลทั่วไปที่มีได้มีวิชาชีพทนายความหรือแม้แต่จำเลยเองก็ไม่สามารถดำเนินการในส่วนนี้ได้ด้วยตนเอง ทนายความจึงมีความจำเป็นอย่างมากในการเข้าไปมีส่วนช่วยในการดำเนินคดีอาญาทั้งแก่จำเลยและมีส่วนช่วยให้การดำเนินคดีอาญาของศาลเป็นไปอย่างรวดเร็ว ถูกต้องและเป็นธรรม สำหรับขั้นตอนในการพิจารณาคดีของศาล ทนายความได้เข้าไปมีบทบาท กล่าวคือตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โจทก์จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ความผิดของจำเลยจนกว่าจะสิ้นสุดสงสัยในทุกองค์ประกอบความผิด หากโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามข้อกล่าวหา นั้น จำเลยจะได้รับการปล่อยตัวในที่สุด ถึงแม้ว่าการพิสูจน์มักจะเป็หน้าทีของโจทก์ตลอดเวลาในการดำเนินคดีแต่ฝ่ายจำเลยก็มีอาจอยู่เนืองนิจในการดำเนินคดีได้ จำเลยจำต้องมีหน้าที่แสดงพยานหลักฐานเพื่อยืนยันข้อต่อสู้ตามที่ให้ไว้เช่นกัน

ดังนั้นเมื่อคดีอาญาเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลจึงถือว่าเป็นหน้าที่ของทนายความแต่ละฝ่ายที่จะต้องนำพยานหลักฐานต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อถูกความมาเสนอต่อศาล ซึ่งเมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลก็ถือว่าเป็นหน้าที่ของทนายความฝ่ายจำเลยที่จะยื่นคำให้การต่อสู้คดีและการเสนอพยานหลักฐานต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย เพื่อให้ศาลเห็นว่าพยานหลักฐานของพนักงานอัยการไม่เพียงพอที่จะรับฟังและลงโทษจำเลยได้⁸⁷

ทั้งนี้ทนายความยังมีบทบาทสำคัญในการซักค้านพยานหลักฐาน โดยทนายความจำต้องเตรียมพร้อมที่จะหาเหตุผลมาซักค้านพยานหลักฐานที่อัยการนำมาสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลย อันเป็นการใช้ศิลปะในการพูดที่จะสามารถทำลายน้ำนักพยานหลักฐานของพนักงานอัยการที่เป็นโจทก์ให้อ่อนลงหรือขาดความน่าเชื่อถือได้เพื่อให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ ในบางครั้งทนายความอาจใช้เทคนิคในการดำเนินคดีเพื่อให้ศาลเห็นว่ามีการดำเนินคดีโดยมิชอบ ทำให้การดำเนินคดีดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาคดีได้อันเป็นหลักประกันว่าจำเลยจะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม

⁸⁷ จาก ระบบจัดหาทนายความโดยรัฐในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะชั้นพิจารณาคดี (น. 12), โดย ศศิธร แสงจันทร์, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ดังนั้นทนายความจึงถือว่าเป็นตัวแทนที่คอยรักษาผลประโยชน์และคัดค้านการพิจารณาที่ไม่ชอบ โดยอาจกล่าวถึงฐานะของทนายความในคดีได้ดังนี้

1. ทนายความถือเป็นตัวแทนของรัฐ
2. สิทธิที่จะมีทนายความเกี่ยวข้องกับความสามารถในการต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหา
3. ทนายความต้องทำหน้าที่โดยคำนึงถึงความจริงและความยุติธรรมพร้อมทั้งคงไว้ด้วยประสิทธิภาพในการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ถูกกล่าวหาตามหลักวิชาชีพของตน
4. ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีสิทธิเด็ดขาดในคดีเหนือทนายความเพราะทนายความมีความอิสระภายใน
5. ทนายความจำต้องไม่ทำตัวดั่งเป็นลูกความเสียเอง

ซึ่งการทำหน้าที่ของทนายความแก่ลูกความทั้งการนำเสนอข้อเท็จจริงในคดีและการรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมนั้นอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งกันขึ้นในระหว่างการทำหน้าที่ได้ โดยบทบาทและหน้าที่ของทนายความในการพิจารณาคดีอาญามีอยู่ 3 ประการ คือ⁸⁸

1. หน้าที่ของทนายความที่จะงดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ (Pflicht zur Verschwiegenheit/duty not to elaborate any fact) ซึ่งหน้าที่นี้สืบเนื่องมาจากความไว้วางใจของลูกความ ทนายความนอกจากจะมีหน้าที่ค้นหาความจริงเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงจากผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้ว ทนายความยังต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงเพื่อที่จะสามารถนำเสนอข้อเท็จจริงอันควรค่าในการใช้เป็นพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อเสนอต่อศาลอันเป็นไปในแนวทางป้องกันจำเลยจากข้อกล่าวหา ทั้งต้องเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ในคดี และงดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดอันนำมาสู่ผลเสียแก่จำเลย ซึ่งการที่ทนายจำเลยงดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ ดังกล่าวแม้จะเป็นไปตามหลักการต่อสู้คดี แต่ก็ไม่ได้ละเมิดสิทธิของโจทก์และศาลในการตรวจสอบค้นหาความจริง (Investigatory System) แต่อย่างใด

2. หน้าที่ของทนายความที่จะต้องให้ความจริงต่อศาล (Wahrheitspflicht/duty to tell the truth) ทนายความมีหน้าที่ในการค้นหาความจริงโดยการติดต่อกับผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริง รวบรวมพยานหลักฐาน สืบค้นพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษา ภาวะทางแห่งจิต นิสัย อาชีพ สภาพแวดล้อม สภาพแห่งความผิด คุณงามความดีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเคยได้กระทำไว้หรือข้อเท็จจริงใดที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยอันเป็นเหตุให้ศาลปรานีได้ ทนายความจำต้องเสนอความจริงต่างๆ นี้ต่อศาลเพื่อให้ศาลได้นำไปประกอบการพิจารณาลงโทษ

⁸⁸ สิทธิการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 20 – 21). เล่มเดิม.

ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ได้จากการสอบสวนมักจะเป็นผลร้ายต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย และโจทก์ก็มักจะนำข้อเท็จจริงเหล่านั้นเข้าสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยในชั้นศาลอันเป็นการปฏิบัติที่สืบเนื่องกันมา

3. หน้าที่ของทนายความที่จะต้องแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความ (Fursprachepflicht/duty to speak for the client) ประโยชน์สูงสุดที่จำเลยพึงได้รับคือการพ้นมลทิน ได้รับการพิพากษาว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ทั้งนี้การที่จำเลยจะพ้นจากข้อกล่าวหาต่างๆ ได้นั้นก็ต้องมาจากข้อเท็จจริงแห่งคดีและข้อกฎหมายอันเป็นสิ่งสำคัญเป็นอย่างมากที่ทนายความจำเป็นต้องแถลงต่อศาลเพื่อประโยชน์ของลูกความและเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญามีให้ถูกกระทบกระเทือนต่อชื่อเสียงและหน้าที่การงานหรือเป็นไปในทางที่น้อยที่สุด และหน้าที่นี้ของทนายความยังรวมถึงการแถลงร้องขอให้ปล่อยตัวจำเลยชั่วคราว การแถลงคัดค้านเรื่องพยานคู่ โดยจะแถลงด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อประกอบการพิจารณาของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต่อไปก็ได้

หน้าที่ของทนายความทั้ง 3 ประการนี้ จะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ขัดกันอยู่ ในขณะที่ทนายความมีหน้าที่ที่จะดไม่แถลงข้อเท็จจริง ซึ่งแน่นอนว่าข้อเท็จจริงที่แถลงนั้นเป็นผลเสียแก่จำเลย แต่อีกทางหนึ่งทนายความก็ต้องให้ความจริงต่อศาล ศิลปะการเป็นทนายความจึงยากที่จุดนี้ กล่าวคือ ทำอย่างไรจึงจะให้หน้าที่ทั้ง 3 มีความเชื่อมโยงสอดคล้องกัน นั่นก็คือทนายความต้องพยายามอย่างที่สุดที่จะแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความโดยไม่มีการกล่าวเท็จและไม่คิดหน้าที่ที่จะดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ ที่เป็นผลเสียต่อลูกความของตน⁸⁹

ดังนั้นจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าหลักในการค้นหาความจริงในคดีอาญา ตามวิธีการตรวจสอบค้นหาความจริง (Investigatory System) ในระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหานั้น สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะทนายความมีบทบาทสำคัญในการให้ความช่วยเหลือต่อสู้ดำเนินคดี ทั้งในชั้นก่อนการพิจารณาและในชั้นการพิจารณาคดีของศาล ถ้าการพิจารณาคดีได้ดำเนินไปโดยปราศจากทนายความมีความรู้ความสามารถ ประสบการณ์และความชำนาญที่จะดำเนินการต่อสู้คดีอาญา โดยอาศัยกฎเกณฑ์ในการนำสืบพยานหลักฐานและมีขั้นตอนต่างๆ ที่ซับซ้อนได้อย่างถูกต้องแล้วย่อมถือไม่ได้ว่าการพิจารณาคดีดังกล่าวนั้นได้เป็นไปโดยยุติธรรมแก่ผู้ต้องหาและจำเลย จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอย่างยุติธรรม โดยการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อความเป็นธรรมในการดำเนินคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีอาญาของผู้ถูกกล่าวหา เพราะถือว่าสิทธิที่จะมีทนายความนั้นเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับความสามารถในการ

⁸⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 156). เล่มเดิม.

ดำเนินคดีของผู้ถูกกล่าวหา เพื่อเป็นอำนาจความยุติธรรมให้เกิดแก่ความทั้งสองฝ่ายและปกป้องคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือหรือจะต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีอาญาของจำเลย

ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการวางหลักในเรื่องการคุ้มครองประกันสิทธิให้แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการต่อสู้คดีอาญาของจำเลยไว้ ได้แก่ในกรณีที่จำเลยเป็นคนวิกลจริต ตามมาตรา 14 และในกรณีที่จำเลยมีอัตราโทษประหารชีวิตหรือกรณีที่จำเลยเป็นผู้เยาว์ ตามมาตรา 173 แต่กฎหมายยังคงให้ความคุ้มครองประกันแก่จำเลยที่มีอัตราโทษจำคุกให้การมีทนายความในการให้ช่วยเหลือทางคดีแก่จำเลยเป็นเพียง “สิทธิ” ของจำเลยที่จำเลยมีสิทธิจะมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือทางคดีแก่ตนหรือไม่ก็ได้ หากจำเลยได้รับโทษเพียงอัตราโทษจำคุก และจำเลยมีประสงค์จะมีทนายความหรือด้วยเหตุประการใดที่จำเลยไม่อาจตระหนักถึงความจำเป็นในการมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือในคดีของตน จำเลยย่อมอาจสละสิทธิในการมีทนายความได้ และศาลอาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไปโดยปราศจากทนายความจำเลยโดยแม้อัตราโทษจำคุกแก่จำเลยจะมีอัตราโทษขึ้นต่ำหรือขึ้นสูงอย่างไร จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของจำเลยมากนักเพียงใดกฎหมายก็มีได้บังคับให้จำเลยจำต้องมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือตามสภาพอัตราโทษของตน ดังเช่นจำเลยที่อัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปี ขึ้นไป ยังคงได้รับหลักเกณฑ์ในการมีทนายความเช่นเดียวกับจำเลยที่มีอัตราโทษเพียง 1 ปี นั้นย่อมไม่อาจถือเป็นการประกันสิทธิของจำเลยได้อย่างเป็นธรรม การมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยย่อมมีความจำเป็นแก่จำเลยเป็นอย่างมาก ดังนั้นการให้ความช่วยเหลือในการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยโดยรัฐ ไม่ว่าจำเลยนั้นจะเป็นผู้ที่มีความบกพร่องในเรื่องความสามารถในการต่อสู้คดี จำเลยเป็นผู้มีความหย่อนความสามารถในการต่อสู้ดำเนินคดี หรือแม้แต่จำเลยที่เป็นบุคคลธรรมดา ก็จำเป็นต้องมีทนายความไว้คอยให้ความช่วยเหลืออันเป็นสิทธิโดยตรงเกี่ยวกับความสามารถในการดำเนินคดีอาญาของจำเลย การมีทนายความเป็นผู้คอยให้ความช่วยเหลือในกระบวนการพิจารณาคดีถือเป็นหลักประกันสิทธิให้แก่จำเลยในคดีอาญาที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐและเพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี

โดยการศึกษาวิจัยฉบับนี้ได้มุ่งเน้นศึกษาเรื่องการคุ้มครองรับรองสิทธิตามกฎหมายในการให้หลักประกันสิทธิตาม “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” แก่ผู้ที่ตกเป็นจำเลยในคดีอาญาในเรื่องความรู้ความสามารถในการดำเนินคดี และการรับรองประกันสิทธิในคดีอาญาในการมีทนายความที่มีประสิทธิภาพที่รัฐจัดหาให้เพื่อให้ความช่วยเหลือให้แก่จำเลยในคดีอาญาให้มีประสิทธิภาพมาก

ยิ่งขึ้น เพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ดังนั้นการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญานั้น ได้มีความจำเป็นทั้งในหลักการ ค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาและหลักการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงในคดีอาญาและ กอปรด้วยการดำเนินกระบวนการทางอาญาที่ยุติธรรมแก่ทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย ดังจะได้ กล่าวถึงความจำเป็นในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาดังต่อไปนี้

2.4.3 ความจำเป็นในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญา

ความจำเป็นในการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญานั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรง กับความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลย อันเป็นหลักประกันสิทธิตาม “หลักอาชญาเท่าเทียม กัน” ซึ่งหลักการค้นหาความจริงในคดีอาญาของประเทศไทยนั้น เป็นการค้นหาความจริงโดยใช้ หลักการต่อสู้คดี (Adversarial system) ในระบบกล่าวหา และการค้นหาความจริงโดยใช้หลักการ ตรวจสอบ (Investigatory system) ในระบบไต่สวน ซึ่งประเทศไทยได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ รวมกัน ทำให้ทุกองค์กรมีบทบาทในการพิจารณาคดี ดังนั้นการที่คู่ความทั้งสองฝ่ายจะสามารถ ต่อสู้กันได้อย่างเป็นธรรม คู่ความทั้งสองจำต้องมีความสามารถในการต่อสู้ดำเนินคดีตาม “หลัก อาชญาเท่าเทียมกัน” อันเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด เพื่อให้ได้ความจริงปรากฏออกมา คู่ความทั้งสองฝ่าย จึงต้องอยู่ในฐานะที่ใกล้เคียงกัน หากฝ่ายโจทก์เป็นฝ่ายรัฐ มีตำรวจและอัยการเป็นหลัก แต่อีกฝ่าย หนึ่งเป็นชาวบ้านธรรมดาเป็นผู้ที่มีความอ่อนด้อยกว่าทั้งในทางสังคมและเศรษฐกิจก็ย่อมตกเป็น ผู้เสียเปรียบในสังคม โดยต้องเข้าใจสภาพความเป็นจริงว่าสังคมได้แบ่งแยกจำเลยออกเป็นสอง กลุ่มใหญ่ คือ จำเลยที่มีฐานะดี ผู้อยู่ในระบบอุปถัมภ์ หรือเป็นผู้มีอิทธิพล กับจำเลยที่มีฐานะ ยากจน การศึกษาน้อย ซึ่งจำเลยในคดีอาญาส่วนใหญ่ไม่สามารถที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตน ตามที่กฎหมายรับรองไว้ได้เพราะจำเลยดังกล่าวมีทั้งการศึกษาน้อยและมีฐานะยากจน

ซึ่งตามปกติอาจกล่าวได้ว่าสังคมไทย เป็นสังคมที่เกื้อกูลใช้ระบบอุปถัมภ์ ยกย่องคน รวย คนมีอิทธิพลมากกว่าคนดี ดังนั้นผู้ที่มีเงินและมีอำนาจจึงสามารถใช้เงินและอำนาจในการ แสวงหาโอกาสที่ดีกว่าคนยากจน⁹⁰ ทำให้โดยสภาพปกติแล้วจำเลยในคดีอาญามักจะตกอยู่ใน สภาพที่ด้อยกว่าโจทก์ที่เป็นพนักงานอัยการ ทั้งพนักงานอัยการยังมีระบบงานและได้รับการ สนับสนุนจากรัฐที่มีประสิทธิภาพมากกว่า อย่างไรก็ตามกระบวนการในการค้นหาความจริงแห่ง

⁹⁰ สำนักประธานศาลฎีกา, สำนักงานศาลยุติธรรม. (2550). รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการเรื่อง “ปัญหาความไม่เสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมที่ประชาชนได้รับ”. สืบค้น 15 กุมภาพันธ์ 2558, จาก http://elibrary.coj.go.th/ebook/data/coj_research/research36.pdf

คดีนั้น มีความซับซ้อนมากเกินกว่าที่ประชาชนโดยทั่วไปจะเข้าใจได้โดยง่าย เกินกว่าที่ประชาชนทั่วไปจะเข้ามาดำเนินการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง ทนายความจึงเป็นเสมือนผู้ที่มาประกันสิทธิในทางคดีอาญาให้แก่จำเลย จะเห็นได้ว่าการที่จำเลยจำต้องมีทนายความเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างมาก การมีทนายความคอยช่วยเหลือจะสามารถเพิ่มศักยภาพในการต่อสู้คดีให้เท่าเทียมกันกับฝ่ายโจทก์ ทำให้การใช้สิทธิของจำเลยในทางคดีมีความสมบูรณ์มากขึ้น พร้อมทั้งทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของจำเลยในขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ยังเพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดจากระบวนการยุติธรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ในการดำเนินคดีอาญาในทุกๆ ขั้นตอน เนื่องจากแม้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้ปฏิบัติงานอย่างรอบคอบครบถ้วนแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวก็ยังเป็นเพียงมนุษย์ปุถุชนธรรมดาที่อาจเกิดความผิดพลาด ผิดหลงได้ทุกขณะ การมีทนายความจึงมีความจำเป็นที่จะเข้ามามีส่วนช่วยแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นๆ⁹¹ และนำมาสู่ความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อให้การรับรองคุ้มครองในการให้ความช่วยเหลือจำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีอาญาของจำเลยให้สามารถดำเนินคดีอาญาได้อย่างเป็นธรรม “ตามหลักอาชญาเท่าเทียมกัน” โดยรัฐต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลย และทนายความที่รัฐจัดหาให้จำเลยนั้นจะต้องคงไว้ประสิทธิภาพในการให้ความช่วยเหลือในคดีอาญาแก่จำเลยด้วย

2.4.3.1 ความจำเป็นในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาในประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้คดี (Adversarial System)

การค้นหาความจริงในคดีในการดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้คดี หรือระบบปฏิปักษ์ (Adversarial System) มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดดั้งเดิมที่ว่า การแก้แค้นกันอย่างถูกต้องตามกติการะหว่างเอกชนด้วยกันจะเป็นการยืนยันความยุติธรรมได้ในที่สุด การดำเนินคดีอาญาตามหลักการค้นหาความจริงแบบต่อสู้คดีจึงเริ่มต้นด้วยการกล่าวหาของฝ่ายโจทก์ซึ่งมีหน้าที่ในการแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยมีศาลและลูกขุนวางตัวเป็นกลางและทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินจากพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความจริงในคดีอันเป็นการดำเนินคดีอาญาที่มีการต่อสู้คดีด้วยการนำพยานหลักฐานมาสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของฝ่ายตนเพื่อนำมาสู้หักล้างกันในการพิจารณาของศาล ตามหลักการต่อสู้คดี (Fight Theory) ดังนั้นทนายความจึงต้องเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ มีประสบการณ์ความชำนาญและปฏิภาณไหวพริบในการว่าความเป็นอยู่อย่างดี ทั้งจะต้องรู้จักเลือกใช้คำถามค้านเพื่อทำลายน้ำหนักพยานฝ่ายตรงข้ามและต้องพยายามทำทุกวิถีทางที่จะโน้มน้าวให้คณะลูกขุนเห็นชอบคล้อยตามพยานฝ่ายตนให้ได้ เมื่อต่างฝ่ายต่างเสนอพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ของฝ่ายตนตามหลักการต่อสู้คดี (Fight

⁹¹ รวมบทความด้านวิชาการ (น. 311). เล่มเดิม.

Theory) จึงอาจเป็นไปได้ที่ข้อเท็จจริงบางอย่างมิได้ถูกเปิดเผยออกไปเพราะอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่คดีของฝ่ายตน การดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้คดีนี้จึงเป็นการยากที่นำไปสู่ความจริงแห่งคดีได้ ดังนั้นแนวความคิดในเรื่องความยุติธรรมในประเทศที่ใช้การดำเนินคดีแบบต่อสู้คดีนี้ได้สร้างหลักเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาขึ้นมา คือ หลักแห่งความยุติธรรม (The Principle of Fairness) เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิให้แก่คู่ความโดยเห็นว่าวิถีทางที่ดีที่สุดที่สามารถกระทำได้ คือ อย่างน้อยที่สุดในการพิจารณาคดีนั้นจะต้องให้ความเป็นธรรมทั้งแก่ฝ่ายรัฐและฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา

แต่ความจำเป็นในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาในประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้คดีก็ยังคงมีความแตกต่างกันออกไป เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าสิทธิในการมีทนายความนั้นเป็นสิ่งจำเป็นอันจะขาดมิได้ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวนี้ได้สร้างความเป็นธรรมให้แก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามระบบต่อสู้ ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่าสิทธิที่ผู้กล่าวหาจะมีทนายความคอยช่วยเหลือถือเป็นสิทธิอันสำคัญขั้นพื้นฐานสำหรับการพิจารณาที่เป็นธรรมตามบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 6 (the Sixth Amendment) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีความตอนหนึ่งว่า “ในการพิจารณาคดีอาญาจำเลยมีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ” บทบัญญัตินี้ นอกจากจะมีความหมายถึงการรับรองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาที่จะแต่งตั้งทนายความของตนเข้ามาเพื่อช่วยเหลือในการต่อสู้คดีแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงหน้าที่ของรัฐในการที่จะต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาที่ยากจน (indigent defendant) ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้แปลความหมายของบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 6 (the Sixth Amendment) ว่าสิทธิของจำเลยในคดีอาญาที่ต้องมีทนายความช่วยเหลือในการต่อสู้คดี ถือว่ามลรัฐต่างๆ อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 6 (the Sixth Amendment) นี้ด้วย โดยถือว่าเป็น due process clause ตามบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 14 (the Fourteenth Amendment)

คดีสำคัญคดีแรกที่ศาลสูงสุดกล่าวถึงสิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้คือ *Powell v Alabama* ในปี 1932 คดีนี้เป็นคดีที่ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นคนนิโกร 9 คน ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงสาวผิวขาว 2 คน ในศาลชั้นต้นถูกขุนมีคำวินิจฉัยว่าจำเลย 9 คน มีความผิดและถูกลงโทษประหารชีวิต ในการอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดจำเลยได้ยกประเด็นปัญหาเรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญในหลายข้อ แต่ประเด็นที่สำคัญข้อหนึ่งคือ จำเลยไม่ได้มีทนายความที่มีประสิทธิภาพในการต่อสู้คดี ซึ่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐได้กล่าวถึงพัฒนาการของบทบัญญัติเพิ่มเติมที่ 6 (the Sixth Amendment) ในทางประวัติศาสตร์ โดยพิจารณาจากวิธีปฏิบัติในประเทศอังกฤษ ซึ่งตามกฎหมายของคอมมอนลอว์นั้น อนุญาตให้จำเลยในคดีอาญามีทนายความช่วยเหลือแม้ในการพิจารณาคดีอาญาที่มี

โทษไม่ร้ายแรง (misdemeanor trials)⁹² และได้กล่าวไว้ในคดีว่า “ข้อสำคัญที่เราจะต้องพิจารณาในคดีนี้ก็คือ ในคดีอุกฉกรรจ์อันมีระวางโทษถึงขั้นประหารชีวิตนั้นถ้าจำเลยไม่สามารถว่าจ้างทนายความด้วยตนเอง หรือต่อสู้คดีโดยลำพังไม่ว่าเนื่องจากเหตุที่หย่อนความรู้ ความคิด สติ วิปlass ไม่รู้หนังสือหรือโดยประการอื่นใดก็ตาม ศาลต้องถือเป็นหน้าที่ที่จะต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลยผู้นั้น โดยมีต้องพิเคราะห์ว่าจำเลยร้องขอหรือไม่ ทั้งนี้ ให้ถือว่าเรื่องนี้เป็นรากฐานอันจำเป็นยิ่งตามครรลองแห่งความยุติธรรม” เพราะแม้ว่าบุคคลธรรมดาที่มีสติปัญญาเฉลียวฉลาดหลักแหลมหรือมีการศึกษาสูงประการใดก็ตาม ก็ยังขาดความชำนาญในเรื่องของกฎบัตรกฎหมายและย่อมต้องการทนายความไว้คอยชี้ทางทุกลำดับขั้นในกระบวนการพิจารณา ถ้าปราศจากทนายความแม้ว่าจำเลยจะมีได้เป็นผู้กระทำผิด แต่ก็จำต้องเผชิญกับโอกาสที่จะถูกลงโทษอยู่นั่นเอง ทั้งนี้เป็นผลเนื่องจากจำเลยไม่รู้ว่าตนจะต้องกระทำเช่นไร เพียงแค่ไหนและเพียงใดในอันที่จะแสดงความบริสุทธิ์ของตนให้ปรากฏนั่นเอง⁹³

ดังนั้นในคดี Powell จึงเป็นเรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการที่รัฐจะต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลยนั้น เมื่อสิทธิในการมีทนายความเป็นองค์ประกอบสำคัญของ due process (essential element of due process) สิทธิในการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (fair trial) ซึ่งจะต้องมี due process เป็นองค์ประกอบ ย่อมไร้ประโยชน์หากไม่รวมถึงสิทธิในการรับฟังข้อต่อสู้ของทนายความ ความแตกต่างในเรื่องฐานะของจำเลยที่ยากจนกับจำเลยที่สามารถจ้างทนายความได้จึงไม่ควรมีขึ้น

ปัจจุบันในมลรัฐต่างๆ ได้มีกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ในการที่จะแต่งตั้งทนายความให้แก่จำเลยที่ยากจน บางมลรัฐมีการจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกว่า Public Defenders บางมลรัฐก็ช่วยเหลือมากกว่าการตั้งทนายความให้ โดยมีกองทุนให้ความช่วยเหลือจำเลยในเรื่องการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อต่อสู้คดีตลอดจนค่าใช้จ่ายในเรื่องพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่มีบางมลรัฐที่มีกฎหมายกำหนดว่าหากจำเลยพอจะมีฐานะอยู่บ้างหรืออาจมีรายได้เพิ่มในระยะเวลาที่กำหนดไว้จะต้องชดใช้คืนค่าใช้จ่ายในการตั้งทนายความให้แก่รัฐตามจำนวนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่าข้อกำหนดเช่นนี้ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ⁹⁴

⁹² จาก รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่องการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย : การสร้างความเสมอภาคและความยุติธรรมในระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย (น. 72), โดย เนติบัณฑิตยสภา กระทรวงยุติธรรมและสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2546, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

⁹³ From *The right to counsel in american courts* (p. 155), by W. M. Beane, 1955, Ann: University of Michigan Press.

⁹⁴ รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่องการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย : การสร้างความเสมอภาคและความยุติธรรมในระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย (น. 72 – 74). เล่มเดิม.

แต่ถึงอย่างไรสิทธิการมีทนายความในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นผู้เป็นสิทธิประการหนึ่งของจำเลยเท่านั้น จำเลยจึงสามารถที่จะสละสิทธิการมีทนายความเพื่อดำเนินการด้วยตนเองได้ เพราะว่าฐานะของจำเลยมีความสำคัญที่จะพิจารณาคดีให้เป็นไปตามความยุติธรรมจึงควรให้จำเลยอยู่ในฐานะที่จะทำการต่อสู้คดีให้ได้มากที่สุด จึงควรให้จำเลยตัดสินใจในการต่อสู้คดีซึ่งมิใช่การบังคับให้จำเลยต้องขึ้นอยู่กับทนายความอย่างเดียว เช่นเดียวกันกับการสละสิทธิอื่นๆ บางประการที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ เช่น การสละสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยคณะลูกขุน การสละสิทธิที่ไม่ให้การปรักปรำตนเอง เป็นต้น แต่โดยจำเลยจะต้องมีความรู้ความเข้าใจถึงสิทธิในการดำเนินคดีและต้องทำด้วยความสมัครใจ ซึ่งโดยส่วนมากจำเลยจะสละสิทธิการมีทนายความเพราะต้องการรับสารภาพ การสละสิทธิการมีทนายความจึงต้องทำอย่างเคร่งครัดเฉพาะในกรณีที่จำเลยยืนยันการดำเนินคดีโดยตนเองเท่านั้น การไม่รู้ถึงสิทธิการมีทนายความจะถือเป็นการสละสิทธิไม่ได้⁹⁵

สำหรับประเทศอังกฤษที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้คดี ถือว่าการที่จำเลยร้องขอให้ศาลตั้งทนายความให้นั้นเป็นเรื่องการให้ความสงเคราะห์ทางกฎหมาย จำเลยที่ประสงค์จะขอความสงเคราะห์จะต้องแสดงความจำนงโดยทำเป็นคำขอยื่นต่อศาล ส่วนการจะให้ความสงเคราะห์หรือไม่นั้นเป็นเรื่องดุลยพินิจของศาล แต่ก็มีบางกรณีที่กำหนดให้ศาลต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลยเมื่อจำเลยร้องขอ เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น กรณีที่พนักงานอัยการได้ขออุทธรณ์ต่อศาลสูง เป็นต้น

2.4.3.2 ความจำเป็นในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาในประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาในการตรวจสอบค้นหาความจริง (Investigatory System) หรือการดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้ (Non-Adversarial System)⁹⁶

ในประเทศภาคพื้นยุโรปนั้นมีวิธีพิจารณาคดีอาญาตามระบบไม่ต่อสู้ โดยได้มีแนวความคิดเรื่องความยุติธรรมที่แตกต่างไปจากประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้ (Adversarial System) โดยจุดมุ่งหมายสำคัญของการดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้ก็คือ การพยายามค้นหาความจริงแห่งคดี (The Discovery of the Truth) ดังนั้นองค์กรทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องร่วมมือและช่วยเหลือกันเพื่อให้บรรลุผลตามจุดมุ่งหมาย ในการพิจารณาคดีนั้นศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่เป็นผู้นำในการค้นหาความจริงโดยมีอัยการและทนายความเป็นผู้คอยให้ความช่วยเหลือ โดยทฤษฎีในประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้⁹⁷ ถือว่าการคุ้มครองสิทธิ

⁹⁵ สิทธิการมีทนายในคดีอาญา (น. 74 – 75). เล่มเดิม.

⁹⁶ สิทธิการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในศาลเยาวชนและครอบครัว (น. 15 – 16). เล่มเดิม.

เสรีภาพของจำเลยในคดีอาญาโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใดและไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองประโยชน์ ส่วนของจำเลยได้อย่างสมบูรณ์ เพราะไม่เพียงเหตุที่จำเลยไม่มีความรู้ความสามารถในการ ดำเนินคดีอาญาแล้ว จำเลยส่วนใหญ่ยังประสบปัญหาความยากจน ประกอบกับสภาพภาวะทางจิต ที่ตกต่ำอันเป็นผลมาจากการตกเป็นจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตระหนักรู้ถึงสิทธิของตนที่จะ ได้รับความเป็นธรรมในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลย จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ จำเลยจะต้องมีทนายความที่คอยให้ความช่วยเหลือ ซึ่งมีใช้หลักการต่อสู้เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ การดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้ แต่เป็นการต่อสู้ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยโดย เรียกว่า การต่อสู้คดีโดยรูปแบบ (Formal Verteidigung)

การมีทนายความจำเลยในคดีอาญาในประเทศที่ใช้การดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้ อย่างเช่นในประเทศฝรั่งเศส ผู้พิพากษาจะดำเนินการสอบสวนโดยตลอดไม่มีการชักค้ำของ คู่ความ ทำให้อัยการและทนายความของจำเลยไม่มีบทบาทในการดำเนินการสอบสวน ไม่มี บทบาทในการต่อสู้คดี แต่เป็นเพียงการมีส่วนร่วมในการสอบสวน อัยการและทนายความจะถาม พยานหรือจำเลยได้ต่อเมื่อศาลอนุญาต แต่กฎหมายก็ยังได้บังคับว่าจำเลยจะต้องมีทนายความเสมอ ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิในการมีทนายความในการดำเนินคดีอาญา ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของจำเลยในคดีอาญา จำเลยมีสิทธิเลือกทนายความช่วยดำเนินคดีได้ ถ้าจำเลยไม่เลือก ทนายความศาลจะเป็นผู้ตั้งทนายความให้ และการตั้งทนายความจะสิ้นสุดผลเมื่อจำเลยเลือก ทนายความเอง ส่วนในคดีที่มีโทษปานกลางจำเลยมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ ซึ่ง หากจำเลยไม่ได้เลือกทนายความก่อนการพิจารณาและมีได้ร้องขอความช่วยเหลือ ศาลจะเป็นผู้ตั้ง ทนายความให้ โดยศาลจะเป็นผู้จัดหาทนายความให้ในกรณีที่จำเลยเป็นผู้ทุพพลภาพหรือต้องโทษ จำคุก การมีทนายความจึงมีความจำเป็นในคดีอาญาเช่นกันเพราะทนายความต้องทำหน้าที่เสมือน เป็นผู้ที่ยกข้อสงสัยให้การสอบสวนดำเนินไปตามขั้นตอนของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิของ จำเลยระหว่างการพิจารณาอันอาจมีความผิดพลาดเกิดขึ้นและเป็นผู้คอยถ่วงถ่วง ควบคุมการ ปฏิบัติการสอบสวนอีกชั้นหนึ่ง

2.4.3.3 ความจำเป็นในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาของประเทศไทย

โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (7) ได้ บัญญัติในเรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ว่า “ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับ การสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่าง เพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือ ในทางคดีจากทนายความและได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว” แม้ว่าในปัจจุบันจะไม่ได้ใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับนี้แล้ว แต่หลักการที่กล่าวมาข้างต้นก็ยังคงมีบัญญัติอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่ง

ในปัจจุบันการให้ความช่วยเหลือทางด้านทนายความแก่จำเลยถือเป็นการประกันสิทธิแก่จำเลยในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐโดยรัฐเป็นผู้จัดหาทนายความให้ในกรณีที่จำเลยไม่อาจหาทนายความได้ เพื่อก่อให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีระหว่างโจทก์และจำเลยในคดีอาญา ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ได้บัญญัติสิทธิของจำเลยในการที่จะมีทนายความเพื่อช่วยเหลือไว้ในมาตรา 173 โดยได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 173 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความก็ให้ศาลตั้งทนายความให้”

ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้ให้สิทธิแก่จำเลย ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล โดยก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามว่าจำเลยมีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีถึงจะให้ศาลตั้งทนายความให้ แต่ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกนั้น ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่และยังต้องถามว่าต้องการทนายความหรือไม่ ถ้าจำเลยไม่มีทนายความและต้องการทนายความ ศาลถึงจะตั้งทนายความให้ โดยปกติมิได้บังคับให้ศาลต้องตั้งทนายความให้จำเลย ในกรณีที่จำเลยไม่ต้องการซึ่งจะเห็นได้ว่าถ้าจำเลยมีอายุครบ 18 ปีแล้ว และเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ศาลไม่จำเป็นต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลย

โดยความจำเป็นในการมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในคดีอาญาของประเทศไทยนั้น มีเหตุผลสองประการ คือ ประการแรกจำเลยจะต้องมีที่ปรึกษากฎหมายหรือผู้ที่ให้คำแนะนำทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องตลอดเวลาที่ยังคงเป็นจำเลยอยู่ รวมทั้งแนวทางในการต่อสู้คดีหรือมีส่วนร่วมในการเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงและพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย ประการที่สองจำเลยย่อมการได้รับการคุ้มครองสิทธิระหว่างพิจารณาคดีเพื่อปกป้องสิทธิของจำเลยในระหว่างการดำเนินคดี เช่น การโต้แย้งคัดค้านการสอบสวนโดยมิชอบ การยื่นขอให้ปล่อยในกรณีที่มีการคุมขังโดยมิชอบ การยื่นขอประกันตัว การยื่นคำร้องหรือคำขอ หรือการทำคำให้การ การนำสืบพยานหรือถามค้านพยานในศาล⁹⁷ ดังนั้นการให้การคุ้มครองสิทธิของจำเลยควรได้รับการพิจารณาตั้งแต่เริ่มถูกดำเนินคดี คือ เมื่อถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญา

⁹⁷ จาก รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่องโครงการศึกษาและพัฒนาระบบทนายความสาธารณะ (Public defender) (น. 8), โดย ณรงค์ ใจหาญ และคณะ ข, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ทนายความจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีอาญาและมีความจำเป็นต่อจำเลยในการที่จะเป็นหลักประกันว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยถือ “หลักอาวรุทเท่าเทียมกัน” เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีอาญาของจำเลยเป็นไปอย่างเป็นธรรมในการพิจารณาพิสูจน์ความจริงในคดี และมีส่วนช่วยให้การดำเนินคดีอาญาเป็นไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือเป็นกลไกสำคัญที่ช่วยผูกความเที่ยงธรรมในระบบวิธีพิจารณาความอาญาของไทย

2.5 การอำนวยความสะดวกให้แก่จำเลยในคดีอาญาตามหลักอาวรุทเท่าเทียมกัน

การจะกล่าวถึงการอำนวยความสะดวกให้แก่จำเลยในคดีอาญาตามหลักอาวรุทเท่าเทียมกันนั้น อาจต้องกล่าวถึงแนวความคิดของหลักความเสมอภาค ซึ่งถือเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และหลักความเสมอภาคนี้นี้เป็นหลักที่นำไปสู่การต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกันในคดีอาญาตาม “หลักอาวรุทเท่าเทียมกัน” เสียก่อน โดยมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น โดยไม่มีการกีดกันเนื่องจากความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ขณะเดียวกันก็ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคนี้นี้เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจโดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

รัฐต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น โดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้ แสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการได้⁹⁸

ดังที่กระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง International Covenant on Civil and Political Rights 1966 : ICCPR มาตรา 26 ที่วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ กฎหมายจะต้องประกันการคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและมีประสิทธิภาพจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุความแตกต่างใด อาทิเช่น เชื้อชาติผิว เพศ ภาษา ศาสนา

⁹⁸เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *หลักความเสมอภาค*. สืบค้น 20 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/pub-law/view.aspx?id=657&Page=1>

ความเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่นๆ

และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ที่วางหลักไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

โดยหลักความเสมอภาคนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกผู้ทุกคน แต่หากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคนเท่านั้นในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ ในกรณีดังกล่าวก็ไม่ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอกันนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้ ซึ่งโดยทั่วไปแม้กฎหมายจะไม่ระบุคำว่า “เสมอภาค” “เสมอภาค” หรือ “เท่าเทียมกัน” ไว้ แต่กฎหมายดังกล่าวก็มีลักษณะที่ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

โดยผู้เขียนขอกล่าวถึงหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อให้เห็นถึงหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้อย่างไรภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญเท่านั้น กล่าวคือ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ซึ่งความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 ประเภทดังนี้⁹⁹

1. ความเสมอภาคของประชาชนต่อการฟ้องศาล โดยประชาชนมีสิทธิที่จะได้แย้งและฟ้องร้องการกระทำของรัฐ อันเป็นสิทธิที่รับรองคุ้มครองให้ประชาชนสามารถฟ้องศาลได้นอกจากนี้ยังรวมถึงการนำบรรดาข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันขึ้นสู่ศาลได้โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายวิธีพิจารณาความของเรื่องนั้นๆ

⁹⁹ แหล่งเดิม.

2. ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล โดยประชาชนมีความเท่าเทียมกันในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล ซึ่งเป็นไปตาม “หลักการรับฟังคู่ความ” โดยในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นต้องเปิดโอกาสให้แก่คู่กรณีข้อย่อยของตนขึ้นกล่าวอ้างในคดีได้ และศาลต้องเปิดโอกาสอย่างเท่าเทียมกันในการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย และต้องให้ความสำคัญแก่บุคคลผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยว่าเป็น ประธานแห่งคดีหรือบุคคลสำคัญในคดี หากกระบวนการพิจารณาคดีดำเนินการโดยไม่คำนึงถึงหลักการดังกล่าวจะถือเป็นการดำเนินกระบวนการอันขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และยังขัดกับความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาลด้วย

3. ความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยศาล เป็นความผูกพันของผู้พิพากษาต่อกฎหมายต่างๆ อย่างเท่าเทียมกันในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดยหลักดังกล่าวถือเป็นข้อห้ามมิให้ศาลใช้อำนาจตามอำเภอใจ

ซึ่งหลักความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยศาลนั้นอาจจำแนกได้ 3 รูปแบบ คือ¹⁰⁰

3.1 ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือเรียกว่า ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ กล่าวคือ เป็นความผูกพันที่ศาลจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาคดีใด ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกัน ที่จะมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ

3.2 ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

3.3 ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องในกรณีนี้หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ ทั้งสิ้น

โดยการกล่าวถึงความเสมอภาคดังกล่าว เพื่อให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเรื่องของความเสมอภาคในการใช้สิทธิทางกฎหมายเพื่อการฟ้องคดี

¹⁰⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ. สืบค้น 20 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=241>

ใดๆ ต่อศาล ทั้งในความผิดที่เกิดจากการกระทำอันละเมิดของรัฐหรือข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันเอง โดยเป็นไปตามกระบวนการพิจารณาตัวอย่างเท่าเทียมตาม “หลักฟังความทุกฝ่าย” โดยรัฐต้องให้การประกันสิทธิแก่ผู้ที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา ให้เป็นประธานแห่งคดีทั้งยังให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความผิด โดยศาลต้องผูกพันที่จะต้องใช้ดุลยพินิจในการใช้กฎหมายให้เกิดความเสมอภาคแก่คู่กรณีเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิ ก่อให้เกิดเสรีภาพและความยุติธรรมแก่ประชาชนทุกคนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ดังนั้นความเสมอภาค หรือ ความเท่าเทียมกัน ในการใช้สิทธิในคดีอาญาเพื่อต่อสู้คดีตามกฎหมายถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งที่ผู้ถูกกล่าวหา ผู้ต้องหา หรือจำเลย จะได้รับการรับรองประกันสิทธิจากรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีระหว่างโจทก์และจำเลยในคดีอาญาตาม “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” โดยหลักอาวุธเท่าเทียมกันได้มีการให้นิยามความหมายไว้ดังนี้

“หลักอาวุธเท่าเทียมกัน”¹⁰¹ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำอันเป็นการละเมิดเกิดขึ้น คู่ความแต่ละฝ่ายย่อมได้รับโอกาสอย่างเหมาะสมที่จะนำเสนอคดีของตน ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่วางไว้ อันไม่ก่อให้เกิดข้อเสียเปรียบอันเป็นสาระสำคัญในคดีแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง

“หลักอาวุธเท่าเทียมกัน”¹⁰² หมายถึง การที่จะอำนวยความสะดวกให้มีความเท่าเทียมกันระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่าย อันเป็นคุณลักษณะสำคัญของสิทธิในการที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและถือเป็นสิทธิของคู่ความในการต่อสู้คดีตามวิสัยปกติเพื่อดำเนินกระบวนการตามกฎหมาย โดยสาระสำคัญของหลักอาวุธเท่าเทียมกันนั้น จำเป็นต้องจัดให้คู่ความแต่ละฝ่ายได้มีโอกาสที่เหมาะสมที่จะนำเสนอคดีของตน พร้อมด้วยพยานหลักฐาน ภายใต้เงื่อนไขที่ไม่จะละเมิดสิทธิของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งถือเป็นข้อเสียเปรียบอันเป็นสาระสำคัญในคดีของคู่ความ

¹⁰¹ Y. C. Rondon. (2012). *Unmasking equality of arms*. Retrieved February 23, 2015, from <https://thestudentappeal.com/legal-topics/international/unmasking-equality-of-arms>

¹⁰² Interights manual for lawyers. (2007). *Right to a fair trial under the European convention on humanrights (Article 6)*. Retrieved February 23, 2015, from <http://www.interights.org/files/107/interights%20article%206%20manual.pdf>

“หลักอาวุธเท่าเทียมกัน”¹⁰³ ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเป็นความธรรม ผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหาจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย โดยหลักความเป็นธรรมถือเป็นหลักพื้นฐานที่ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court : ICC) ได้ให้การรับรองไว้ และมีผลถึงสิทธิการมีทนายความที่ปรึกษา โดยศาลจะยกเว้นค่าใช้จ่ายใดๆ ให้แก่จำเลยที่มีฐานะยากจน ซึ่งกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงโดยปราศจากข้อสงสัย

โดยแนวความคิดที่มาของ “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” ตามที่ได้ศึกษามานั้น หลักอาวุธเท่าเทียมกันถือเป็นหลักกฎหมายที่ออกโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights or The European of Human Rights : ECtHR) ตั้งอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศส เมืองสตราสบูร์ก (Strasbourg) โดยได้วางหลักกฎหมายเพื่อดูแลและตรวจสอบการปฏิบัติตามอนุสัญญาของประเทศสมาชิก ตามหลักการในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (The European Convention on Human Rights : ECHR) หรือมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่าอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms : ECHR) โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองและพัฒนาสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในระหว่างประเทศภาคีสมาชิก ซึ่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ถือเป็นหนึ่งในอนุสัญญาที่สำคัญที่สุดในสภายุโรป (The Council of Europe) ซึ่งประกอบด้วยประเทศสมาชิกของสภายุโรป ทั้ง 47 ประเทศ ได้เข้าเป็นภาคีและรับหลักการของอนุสัญญาฯ การนำคดีขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนั้นจะสามารถทำได้โดยรัฐบาลคู่กรณีหรือบุคคลธรรมดาเพื่อฟ้องร้องรัฐบาลของรัฐภาคีทั้ง 47 ประเทศ หากเกิดการละเมิดในสิทธิมนุษยชนโดยรัฐ ทั้งนี้คำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันต่อรัฐคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาลและแนวทางการพิจารณาคดียึดถือตามคำพิพากษาที่ได้พิพากษาไปแล้วเป็นหลัก (Case law)¹⁰⁴ ซึ่งรับแนวความคิดมาจากปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights : UDHR) ข้อ 10. ได้วางหลักไว้ว่า “บุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกันอย่างบริบูรณ์ในอันที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเปิดเผย โดยศาลซึ่งเป็นอิสระและไร้อคติ ในการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ ตลอดจนข้อที่ตนถูกกล่าวหาใดๆ ทางอาญา”

¹⁰³ K. E. Belle. (2009). “Equality of arms” A significant Aspect of fairness. Retrieved February 23, 2015, from http://www.carl-sl.org/home/index.php?view=article&catid=%3Aarticles&id=191%3Aequality-of-arms-a-significant-aspect-of-fairness&format=pdf&option=com_content&Itemid=23

¹⁰⁴ อองค้วดี เนื่องจาง. (2557). ทำความรู้จักศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป. สืบค้น 22 มกราคม 2558, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/568203>

โดยหลักสำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน คือ สิทธิในการที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมทั้งในทางแพ่งและอาญาอันเป็นหลักการที่มีของ “หลักอาวูรเท่าเทียมกัน” ตามมาตรา 6 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

โดยหลักอาวูรเท่าเทียมกันได้ให้คำบัญญัติความไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights 1950 หรือ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms : ECHR) มาตรา 6 ซึ่งวางหลักไว้ว่า

1. ในการกำหนดสิทธิของพลเมืองและภาระหน้าที่ หรือข้อกล่าวหาใดๆ ที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญา บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับความเป็นธรรมและการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ในระยะเวลาอันเหมาะสม โดยศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย คำพิพากษาของศาลจะต้องเป็นไปโดยชัดแจ้งเปิดเผยต่อสาธารณชน ในกรณีที่สื่อมวลชนและประชาชนอาจถูกกีดกันการเข้าถึงคดีบางส่วนหรือทั้งหมดของการพิจารณาคดีเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนหรือความมั่นคงอันเกี่ยวกับประชาธิปไตยของชาติ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเยาวชนหรือการคุ้มครองชีวิตส่วนบุคคลของกลุ่มคนที่ร้องขอ หรือในกรณีความเห็นของศาลที่เห็นสมควรเป็นกรณีพิเศษว่าเป็นการจำเป็นอย่างเคร่งครัดที่หากเปิดเผยต่อสาธารณชนแล้วจะก่อให้เกิดกระทบต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

2. บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย

3. บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญามีสิทธิขั้นต่ำดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับการแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ถูกกล่าวหาโดยทันที ในภาษาที่สามารถเข้าใจได้ แล้วจึงแจ้งข้อหาให้ทราบโดยข้อกล่าวหาอันจะต้องมีหลักฐานตามสมควรว่าผู้ถูกกล่าวหาน่าจะได้กระทำความผิดตามข้อหาอันนั้น

(2) สิทธิที่จะได้รับระยะเวลาและสิ่งอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมสำหรับการเตรียมเพื่อปกป้องสิทธิของตน

(3) สิทธิที่จะปกป้องตนเองหรือการรับความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้เลือก กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้ยากไร้ย่อมได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายและยกเว้นค่าธรรมเนียมเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

(4) สิทธิในการตรวจสอบและนำเสนอพยานหลักฐาน สิทธิของพยานในการเข้าร่วมการพิจารณา หรือสิทธิในการตรวจสอบพยานหลักฐานของตัวแทนภายใต้เงื่อนไขเดียวกับผู้ถูกกล่าวหา

(5) สิทธิในการให้ความช่วยเหลือล่ามโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่เข้าใจหรือไม่ได้พูดภาษานั้นในกระบวนการพิจารณาของศาลได้

โดยการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมนี้เป็นสิทธิเพิ่มขึ้นมาจากความต้องการที่จะปกป้องสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา โดยร่างรัฐธรรมนูญของอังกฤษ (Magna Carta) ได้ตระหนักถึงความจำเป็นปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวอังกฤษจากการละเมิดโดยกษัตริย์ สิ่งสำคัญที่สุดคือรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมเป็นสิทธิของมนุษยชน โดยวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญคือการจำกัดอำนาจอิสระของกษัตริย์ อันเป็นเป้าหมายที่อยู่เบื้องหลังแนวคิดของหลักอาชญาเท่าเทียมกันที่แฝงไว้ในสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เช่น สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมเพื่อแก้ไขความเหลื่อมล้ำระหว่างการฟ้องคดีของอัยการและการต่อสู้คดีของจำเลย “ด้วยการสนับสนุนโดยกลไกของรัฐที่อยู่เบื้องหลัง”¹⁰⁵

ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา American Convention on Human Rights 1969

มาตรา 8 (1)¹⁰⁶ วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการประกันสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ภายในระยะเวลาอันเหมาะสม โดยศาลที่มีอำนาจอิสระและเป็นกลางซึ่งจัดตั้งขึ้นก่อนหน้านี้ตามกฎหมายในการพิสูจน์ข้อกล่าวหาใดๆ อันเกิดจากการกระทำ ความผิดลักษณะอาญา หรือสำหรับการกำหนดสิทธิและภาระหน้าที่ของพลเมือง แรงงาน การคลังและลักษณะอื่นๆ”

มาตรา 8 (2)¹⁰⁷ วางหลักไว้ว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ トラบที่ความผิดนั้นยังมิได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตาม

¹⁰⁵ *Unmasking equality of arms*. Loc.cit.

¹⁰⁶ Article 8 (1) of the American Convention on Human Rights provides in part: “Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labour, fiscal or any other nature.”

¹⁰⁷ American convention on human rights Article 8 (2).

กฎหมาย ในระหว่างการดำเนินการตามกฎหมายบุคคลทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันอันเป็นหลักการประกันสิทธิขั้นต่ำดังต่อไปนี้

(1) สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่จะได้รับการช่วยเหลือโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย โดยล่ามในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่เข้าใจหรือไม่ได้พูดภาษานั้นในกระบวนการพิจารณาของศาลได้

(2) สิทธิโดยพลันที่จะได้รับแจ้งถึงข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับการกระทำ ความผิดที่ถูกกล่าวหา แล้วจึงแจ้งข้อหาให้ทราบ

(3) สิทธิที่จะได้รับระยะเวลาและช่องทางที่เหมาะสมสำหรับการเตรียมคดีเพื่อปกป้องสิทธิของตน

(4) ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิที่จะปกป้องตนเอง หรือการรับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากทนายความโดยผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้เลือก และสิทธิในปรึกษากับทนายความอย่างอิสระและเป็นการเฉพาะตัว

(5) สิทธิพื้นฐานที่จะได้รับการช่วยเหลือจากทนายความที่รัฐจัดหาให้ โดยค่าใช้จ่ายใดๆ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถปกป้องสิทธิของตนหรือไม่สามารถจ้างทนายความเองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

(6) สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการตรวจสอบและนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลและจัดหาประจักษ์พยาน พยานผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลที่ทำให้ข้อเท็จจริงปรากฏขึ้น

(7) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองหรือคำสารภาพโดยไม่สมัครใจ

(8) สิทธิในการอุทธรณ์ คำพิพากษาไปยังศาลสูง

และสำหรับกฎหมายที่ออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย 1991 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia : ICTY ตาม Prosecutor v. Tadic, (Appeals Chamber) July 15, 1999 ข้อ 43.¹⁰⁸ ได้กล่าวถึงแนวความคิดของหลักอาวูรเท่าเทียมกันไว้เช่นกัน โดยวางหลักไว้ว่า “การพิจารณาคดีนั้นต้องเป็นไปด้วยความเป็นธรรม รวดเร็ว และการพิจารณาคดีจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกระบวนการทางกฎหมายและพยานหลักฐานโดยจำต้องเคารพในสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาและคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายและ

¹⁰⁸ “Equality of arms” A significant Aspect of fairness. Loc.cit.

พยาน”¹⁰⁹ โดยบทบัญญัตินี้สะท้อนให้เห็นถึงกฎหมายดังกล่าวว่าได้ให้การรับรองสิทธิหลักความเป็นธรรมไว้ตามกฎหมายดังต่อไปนี้

1. ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง International Covenant on Civil and Political Rights 1966 : ICCPR มาตรา 14 (1) วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคในการพิจารณาของศาลและตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาอันบุคคลต้องหาว่ากระทำความผิดหรือการพิจารณาข้อพิพาททางสิทธิและหน้าที่ของตน ทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณา อย่างเป็นธรรมและเปิดเผยในศาลที่มีอำนาจมีอิสระและเป็นกลางซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย”¹¹⁰

2. อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน European Convention on Human Rights 1950 : ECHR มาตรา 6 (1)¹¹¹ วางหลักไว้ว่า “ในการกำหนดสิทธิของพลเมืองและภาระหน้าที่ หรือข้อกล่าวหาใดๆ ที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญา บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับความเป็นธรรมและการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยในระยะเวลาอันเหมาะสม โดยศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระและเป็นกลางซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย”

3. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกา American Convention on Human Rights 1969 มาตรา 8 (1)¹¹² วางหลักไว้ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการประกันสิทธิว่าจะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ภายในระยะเวลาอันเหมาะสม โดยศาลที่มีอำนาจอิสระและเป็นกลางซึ่งจัดตั้งขึ้นก่อนหน้านี้ตามกฎหมายในการพิสูจน์ข้อกล่าวหาใดๆ อันเกิดจากการกระทำ

¹⁰⁹ Article 20 (1) of the ICTY provides in part: “The Trial Chambers shall ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are conducted in accordance with the rules of procedure and evidence, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses.”

¹¹⁰ Article 14 (1) of the ICCPR provides in part: “All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

¹¹¹ Article 6 (1) of the ECHR provides in part: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

¹¹² Article 8 (1) of the American Convention on Human Rights provides in part: “Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labour, fiscal or any other nature.”

ความผิดลักษณะอาญา หรือสำหรับการกำหนดสิทธิและภาระหน้าที่ของพลเมือง แรงงาน การคลังและลักษณะอื่นๆ”

ดังนั้นสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมจึงถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติธรรม โดยกล่าวได้ว่าหลักนิติธรรมถือเป็นหลักที่ผดุงไว้ซึ่งกระบวนการยุติธรรมโดยชอบตามกฎหมาย การเสนอข้อแก้ต่างในกระบวนการทางกฎหมายนั้นไม่จำเพาะแต่ตามหลักเกณฑ์หรือตามขั้นตอนของกระบวนการทางกฎหมายเท่านั้นแต่ยังรวมถึงกระบวนการอันเป็นสาระสำคัญแห่งคดีนั้นด้วย¹¹³

โดยคู่ความมิมีสิทธิคัดค้านถึงการได้รับการประกันสิทธิว่าจะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม โดยบทบัญญัติของกฎหมายได้ให้การครอบคลุมถึงหลักอาวฐเท่าเทียมกัน การตีความเช่นนี้เป็นที่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของสหประชาชาติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee : HRC) ภายใต้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ในคดีของ *Morael v. France* ที่ได้วางหลักไว้ว่า “ในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) มาตรา 14 (1) การประกันสิทธิขั้นต่ำแก่คู่ความจะต้องคำนึงหลักอาวฐเท่าเทียมกันด้วย” เช่นเดียวกันกับคดีของ *Robinson v. Jamaica* และคดีของ *Wolf v. Panama* สหประชาชาติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้วางหลักว่า “ความไม่เสมอภาคของหลักอาวฐเท่าเทียมกันนั้นถือเป็นการละเมิดสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ภายใต้มาตรา 14 (1) ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)

เช่นเดียวกับคดีภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights : ECHR) ซึ่งให้การยอมรับหลักอาวฐเท่าเทียมกันและถือว่าการได้รับการสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นการประกันสิทธิระหว่างพนักงานอัยการกับผู้ถูกกล่าวหาในการพิจารณาคดีอาญา อันนำไปสู่หัวใจหลักของการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม

โดยสมาคมหอการค้าอุทธรณ์ (THE APPEALS CHAMBER) ได้พบว่าไม่มีเหตุผลใดที่จะจำแนกความแตกต่างทางด้านแนวความคิดของการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ตามกฎหมายที่ออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย : ICTY มาตรา 20 (1) กับ

¹¹³ International tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian Law committed in the territory of the former yugoslavia since 1991. (1999). *In the appeals chamber prosecutop v. du (ko tadi) judgement (No. 43)*. Retrieved February 23, 2015, from <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

ความเท่าเทียมกันตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน : ECHR และตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง : ICCPR โดยถือว่าการตีความเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวได้เป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งในทางการพิจารณาคดีและการกำกับดูแลภายใต้ข้อตกลงตามสนธิสัญญา

ดังนั้นสมาคมหอการค้าอุทธรณ์ จึงยึดถือว่า “หลักอาวูรเท่าเทียมกัน” นั้นทรงอิทธิพลอยู่ในหลักของการประสิทธิวิว่าจะคู่ความจะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมภายใต้กฎหมายที่ออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย : ICTY¹¹⁴

ในแง่ของการพิจารณาดังกล่าวข้างต้นสมาคมหอการค้าอุทธรณ์ (THE APPEALS CHAMBER) มีความเห็นว่าภายใต้กฎหมายที่ออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ หลักอาวูรเท่าเทียมกันนั้นจะต้องได้รับการตีความอย่างกว้างและครอบคลุมมากขึ้นกว่าที่ยึดถือปฏิบัติตามปกติในการดำเนินการพิจารณาคดีของศาลภายในประเทศ โดยหลักการนี้หมายความว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกันในการว่าความแก้ต่างในคดีของตน ทั้งก่อนเริ่มการดำเนินการพิจารณาคดีในการฟ้องร้องคดีอาญาของผู้กล่าวหาและการได้รับสิทธิในการแก้ต่างต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งศาลจะต้องให้มีการอำนวยความสะดวกทุกด้านอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ภายใต้ข้ออนุญาตตามกฎหมายระเบียบและกฎหมายที่ออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศ เมื่อคู่ความได้ร้องขอต่อศาลในการขอรับความช่วยเหลือในคดี

ซึ่งในการดำเนินการพิจารณาคดี ศาลได้ตระหนักถึงอุปสรรคของคู่ความในการติดตามและการได้รับสิทธิในการเข้าถึงพยานหลักฐานภายในดินแดนสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย เนื่องจากบางรัฐของประเทศสมาชิกยังมิได้มีการจัดเตรียมความพร้อมที่จะร่วมมือปฏิบัติตามข้อพันธะผูกพันทางกฎหมายกับศาล ซึ่งบทบัญญัติภายใต้กฎหมายและกฎระเบียบนี้ดำรงไว้ซึ่งการบรรเทาปัญหาอุปสรรคที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความที่จะได้รับความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงพยาน ศาลมีอำนาจออกคำสั่ง ออกหมายเรียก ออกหมายอาญา และการเปลี่ยนแปลงคำสั่งในกรณีจำเป็น โดยเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการสอบสวน การเตรียมหรือการดำเนินการในศาล ซึ่งรวมถึงอำนาจดังต่อไปนี้

1. มาตรการที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองพยานจากความไม่ยุติธรรมสู่การคุ้มครองแบบสมบูรณ์
2. สามารถใช้พยานหลักฐานที่มาจาก video-link หรือจากคำให้การของพยาน
3. หมายเรียกพยานและคำสั่งการเข้าร่วมพิจารณา
4. คำสั่งของรัฐผูกพันประเด็นสำหรับการเอาไปและผลผลิตของพยานหลักฐาน และ

¹¹⁴ Ibid. (p. 44).

5. คำสั่งของรัฐผูกพันประเด็นในการให้ความช่วยเหลือคู่ความ หมายถึงกษยาน หรือ คำสั่งเรียกให้บุคคลใดเข้าร่วมพิจารณาภายใต้กฎระเบียบ

นอกจากนี้เมื่อใดก็ตามที่มาตราดังกล่าวได้พิสูจน์แล้วว่าไม่เป็นประโยชน์ ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจเมื่อคู่ความร้องขอหรือการเริ่มคดีโดยอัยการประจำศาลอาญาระหว่างประเทศ เป็นผู้สอบสวนคดีด้วยตนเอง (*proprio motu*) ดังนี้

ข้อ 7. สั่งให้เลื่อนกระบวนการพิจารณาคดีหรือกรณีที่ประสงค์จะให้ดำเนิน กระบวนการพิจารณาต่อไป¹¹⁵

การที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่จำเลยในคดีอาญานั้น จากการศึกษาข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่าสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ จำต้องมีความเท่าเทียมเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์โดยปราศจากการกีดกันหรือการแบ่งแยกชนชั้น การเลือกปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติต่อบุคคลใด บุคคลหนึ่งตามสิทธิที่บุคคลนั้นพึงมีตามหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้สิทธิตามกฎหมายของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในอันที่จะได้รับความเสมอภาคในการฟ้องร้องคดีและสิทธิที่จะ ได้รับความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในการรับฟังความคู่ความทุกฝ่าย ซึ่ง หากการใช้สิทธิดังกล่าวในคดีอาญาโดยฝ่ายที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาแล้ว

กฎหมายก็ได้ให้การประกันสิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาไว้ โดยถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็น ประธานในคดี โดยผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะแก้ข้อกล่าวหาและต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตาม “หลัก อาวุธเท่าเทียมกัน” กล่าวคือ เมื่อฝ่ายรัฐมีทั้งความรู้ความสามารถในการดำเนินคดี มีทั้งบุคลากร มี งบประมาณและมีระบบงานที่มีประสิทธิภาพในการต่อสู้คดี จำเลยก็สมควรได้รับการคุ้มครอง สิทธิทางกฎหมายเช่นกัน เพราะการค้นหาความจริงในคดีอาญานั้นมีความซับซ้อน มีขั้นตอน หลายประการและต้องใช้ความรู้ความสามารถทางกฎหมายที่บุคคลทั่วไปไม่สามารถดำเนินการทาง กฎหมายได้ด้วยตนเอง จำเลยไม่สามารถใช้สิทธิของตนตามกฎหมายได้อันก่อให้เกิดความไม่เท่า เทียมกันในการต่อสู้คดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในเรื่องความสามารถ ในการดำเนินคดีของจำเลยที่ได้รับอัตราโทษจำคุกที่มีความสามารถในการดำเนินคดีไม่เท่าเทียมกัน ของแต่ละบุคคล และไม่เท่าเทียมกันในการปกป้องสิทธิของตนตามกฎหมายภายใต้การอำนวยความสะดวก ยุติธรรมโดยรัฐ จึงถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะให้ความช่วยเหลือคุ้มครองจำเลยในการดำเนินคดี อาญาตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

ดังนั้นรัฐจึงต้องให้การประกันสิทธิตามกฎหมายแก่จำเลยไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองสิทธิ ระหว่างพิจารณาคดี การมีทนายความที่ปรึกษาเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินคดีเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริง และพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของจำเลย ดำเนินการเพื่อปกป้องสิทธิของจำเลยระหว่างการพิจารณา

¹¹⁵ Ibid. (p. 52).

คดี เช่น การโต้แย้งคัดค้านการสอบสวนที่มีขอบ การขอให้ปล่อยในกรณีที่มีการคุมขังโดยมิชอบ การยื่นขอปล่อยชั่วคราว การยื่นคำร้อง คำขอหรือคำให้การ การนำสืบพยานหรือถามค้านพยาน ในศาลและสามารถได้รับคำปรึกษาคดีจากที่ปรึกษาตลอดเวลาที่ยังตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาอยู่ โดย จำเลยมีสิทธิได้รับระยะเวลาและกระบวนการที่เหมาะสมในการจัดเตรียมคดีเพื่อต่อสู้คดีของตน ทั้งสิทธิในการเข้าถึงพยานหลักฐานต่างๆ ประกอบกับจำเลยจะได้รับสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น ผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด และรวมถึงการดำเนินการ ใดๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเสรีภาพของจำเลยในระหว่างการดำเนินคดี โดยที่คู่ความทั้งสองฝ่าย จะต้องได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยในการดำเนินการพิจารณาคดีภายใต้ศาลที่มี ความเป็นอิสระตามกฎหมาย

การวางแนวทางกฎหมายตาม “หลักอาวูธเท่าเทียมกัน” ที่บัญญัติไว้ไม่ว่าจะเป็นตาม ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) ตาม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนแห่งอเมริกา และกฎหมายที่ออกโดยศาลอาญาระหว่างประเทศสำหรับอดีตยูโกสลาเวีย (ICTY) ต่างบัญญัติถึงสิทธิที่เท่าเทียมกันของกลุ่มความที่จะได้รับความเป็นธรรมและเปิดเผยในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาภายใต้ศาลยุติธรรมที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและมีความเป็นอิสระ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยนั้น เป็นสิทธิที่ทำให้ การขยายความหมายของหลักอาวูธเท่าเทียมกันในการได้รับโอกาสเพื่อต่อสู้คดีตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) ที่บุคคลทุกคนต้องได้รับความเสมอภาคและได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกันตาม กฎหมาย

โดยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลย อันเนื่องมาจากความสามารถใน การดำเนินคดีอาญาของจำเลย ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญานั้นจำเลยจำต้องมึ ความสามารถในการดำเนินคดีอาญาได้อย่างครบถ้วนบริบูรณ์ ตามหลักเปิดเผยที่จำต้องกระทำต่อ หน้าจำเลย อันมีเพียงหมายความว่าดำเนินการพิจารณาคดีจำเลยจะต้องอยู่ต่อหน้าศาลเท่านั้น แต่ยังหมายความว่าถึงแม้จะรับรู้ในกระบวนการพิจารณาคดีของจำเลยด้วย ทั้งทางร่างกายและ จิตใจที่สามารถรับรู้เข้าใจถึงกระบวนการพิจารณาคดีได้อย่างถูกต้องครบถ้วนบริบูรณ์ เมื่อ ความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยไม่เท่าเทียมกัน เพราะความรู้และเข้าใจในกระบวนการ ทางกฎหมายของแต่ละบุคคลนั้นย่อมแตกต่างกัน ความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยจึง นำไปสู่สิทธิโดยตรงในการมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในทางคดี ให้ผู้ที่ตกเป็น จำเลยได้รับโอกาสอย่างเหมาะสมในการต่อสู้คดีของตนตาม “หลักอาวูธเท่าเทียมกัน” ซึ่งหาก จำเลยปราศจากทนายความให้ความช่วยเหลือในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีย่อมถือเป็นการ

ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ซึ่งหากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญามีได้คำนึงถึงหลักความเป็นธรรมเสียแล้วย่อมก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคของหลักอาวุรเท่าเทียมซึ่งถือเป็นละเมิดสิทธิของบุคคลในอันที่ได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเป็นการละเมิดกระบวนการพิจารณาคดีอาญามีผลให้เกิดกระบวนการพิจารณาคดีอาญาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

โดยบทบัญญัติตามหลักอาวุรเท่าเทียมกันของต่างประเทศดังที่กล่าวมา สำหรับประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติประกันสิทธิของจำเลยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาไว้ทั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นกัน เพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีระหว่างโจทก์และจำเลยในคดีอาญาทั้งพิสูจน์ข้อเท็จจริงและความบริสุทธิ์ของจำเลย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยในคดีอาญาเนื่องด้วยผู้ที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาของประเทศไทยนั้นส่วนมากเป็นผู้ที่มีต้นทุนทางสังคมน้อย ขาดความรู้ความสามารถในการปกป้องสิทธิของตนตามกฎหมาย จำเป็นต้องมีทนายความเพื่อให้การช่วยเหลือในทางอรรถคดีและแนะนำด้านสิทธิต่างๆ ที่จำเลยสมควรได้รับตามกฎหมาย หรือโต้แย้งสิทธิอันมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งยังมีส่วนช่วยให้การดำเนินคดีอาญาเป็นไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมอันก่อให้เกิดประสิทธิภาพในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

โดยกฎหมายได้วางหลักถึงสิทธิตามกระบวนการยุติธรรมตามอาวุรเท่าเทียมกันไว้ในหลักกฎหมายดังต่อไปนี้

1. สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 (7) อาจจำแนกสิทธิดังกล่าวได้ดังนี้¹¹⁶

(1) สิทธิที่จะได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม “สิทธิที่จะได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม” เป็นข้อเรียกร้องต่อรัฐหรือต่อองค์กรสอบสวนและองค์กรพิจารณาพิพากษาคดีของรัฐว่าจักต้องกระทำอย่างมี “ความเป็นภาวะวิสัย” ที่สุด และการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีจักต้องกระทำโดยรวดเร็วและเป็นธรรมด้วย

คำว่า “ถูกต้อง” หมายความว่า ถูกต้องทั้งในรูปแบบและเนื้อหา

ในชั้นการสอบสวนนั้น พนักงานอัยการต้องรับผิดชอบ 4 ประการ คือ รับผิดชอบในความถูกต้องชอบด้วยกฎหมาย รับผิดชอบในความถูกต้องชอบด้วยระเบียบ รับผิดชอบในความละเอียดรอบคอบของการสอบสวน และรับผิดชอบในความเชื่อถือได้ของการสอบสวน

คดีอาญาตัดสินกันด้วยความจริงแท้ของเรื่อง ความถูกต้องในเนื้อหา คือ “ความเป็นภาวะวิสัย” การขอดำเนินคดีทั้งของเจ้าพนักงานและศาล

¹¹⁶ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 135 – 137). เล่มเดิม.

คำว่า “รวดเร็ว” หมายความว่า การสอบสวนและการพิจารณาคดีต้องกระทำโดย ไม่ชักช้า ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องความรวดเร็ว นั้น มีหลายกรณีที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น กฎหมายให้เริ่มการสอบสวนโดยมิชักช้า การเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐและระยะเวลาเอาตัว บุคคลไว้ในอำนาจรัฐต้องกระทำเพราะความจำเป็นและตามความจำเป็น การพิจารณาคดีต้อง เป็นไปโดยไม่ชักช้า คำพิพากษาของศาลต้องอ่านในวันเสร็จการพิจารณา หรือภายในเวลาสามวัน นับแต่เสร็จคดี เป็นต้น

คำว่า “เป็นธรรม” เป็นข้อเรียกร้องที่เป็นการเสริมความ “ถูกต้อง” และ “รวดเร็ว” ดังกล่าวมาแล้ว ความถูกต้องในเนื้อหาที่เกิดจากการกระทำอันมิชอบ เช่น การฝ่าฝืน เสรีภาพในการตัดสินใจของบุคคล ย่อมไม่เป็นธรรม และความรวดเร็วที่เป็นไปในทางรวบรัดก็ ย่อมไม่เป็นธรรมคู่กัน

(2) สิทธิที่จะได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีที่เพียงพอ “สิทธิที่จะได้รับโอกาสในการ ต่อสู้คดีที่เพียงพอ” นั้น เป็นสิทธิที่สืบเนื่องมาจาก “สิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้าน” อันสืบเนื่องมาจาก “หลักฟังความทุกฝ่าย”

(3) สิทธิที่จะตรวจสอบหรือรับทราบพยานหลักฐานตามสมควร “สิทธิที่จะ ตรวจสอบหรือรับทราบพยานหลักฐานตามสมควร” นั้น ก็เป็นสิทธิที่สืบเนื่องมาจาก “สิทธิที่จะ ได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีที่เพียงพอ” อันสืบเนื่องมาจาก “หลักฟังความทุกฝ่าย” เช่นเดียวกัน

(4) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ “สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ” นั้น ต้องเป็นสิทธิที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีได้ทั้งในชั้น การดำเนินคดีของเจ้าพนักงานและชั้นการดำเนินคดีของศาล สิทธิดังกล่าวนี้สัมพันธ์กับ “สิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้าน” อันสืบเนื่องมาจาก “หลักฟังความทุกฝ่าย”

(5) สิทธิที่จะได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว “สิทธิที่จะได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว” นั้น เป็นสิทธิที่สืบเนื่องมาจาก “หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย” เพราะในคดีอาญา ต้อง สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

“ปล่อยตัวชั่วคราว” เป็นมาตรการผ่อนคลายการจำกัดเสรีภาพในร่างกายหรือ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางของผู้ต้องหาหรือจำเลยเท่านั้น เพราะในกรณีที่มีการเอาตัว ไว้ในอำนาจรัฐนั้น เป็นกรณีที่มีความจำเป็นต้องเอาตัวไว้ในอำนาจรัฐ เพราะหากไม่มีความจำเป็น ที่จะต้องเอาตัวไว้ในอำนาจรัฐแล้ว ก็จะต้องปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไปเลยทีเดียว และเมื่อเป็น กรณีที่มีความจำเป็นต้องเอาตัวไว้ในอำนาจรัฐแล้ว การปล่อยชั่วคราวก็จะไม่เข้าสู่การพิจารณา

“เหตุที่จะเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐ” ก็คือ “เหตุที่ออกหมายจับ” หรือ “เหตุที่จะ ออกหมายขัง” ซึ่งเป็นเหตุเดียวกัน ซึ่งการเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐก็เพื่อให้การดำเนินคดีได้

เป็นไปโดยเรียบร้อย และเพื่อประกันการมีตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินคดี เหตุที่จะเอาตัวบุคคลไว้ในอำนาจรัฐนั้นมีทั้งเหตุหลักและเหตุรอง ในกรณีที่มีเหตุหลัก อันได้แก่ เหตุอันควรสงสัยว่าจะหลบหนี เหตุอันควรสงสัยว่าจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน และเหตุอันควรเชื่อว่าจะก่ออันตรายประการอื่น การปล่อยชั่วคราวย่อมกระทำไม่ได้ แต่ในกรณีที่มีเหตุรอง คือ เหตุเกี่ยวกับความร้ายแรงของความผิดอาจมีการปล่อยชั่วคราวได้ตามสิทธิที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะตามกฎหมายผู้ต้องหาหรือจำเลยยังบริสุทธิ์อยู่ การปล่อยชั่วคราวจึงเป็นข้อยกเว้นอันสืบเนื่องมาจาก “หลักกฤษฎีกาแห่งความสงสัย”

2. สิทธิของจำเลยในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(1) สิทธิได้รับการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม¹¹⁷

(2) สิทธิแต่งตั้งทนายแก้ต่างในชั้นได้สวนมูลฟ้องและในชั้นพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา

(3) สิทธิปรึกษากับทนายความหรือผู้ที่จะเป็นทนายความเป็นการเฉพาะตัว

(4) ตรวจสอบสิ่งที่ยื่นเป็นพยานหลักฐาน ภาพถ่ายและข้อคัดค้านสำเนา

(5) ตรวจสอบหรือคัดค้านคำให้การและเอกสารประกอบคำให้การของตนในชั้น

สอบสวน

(6) สิทธิได้รับการจัดหาทนายกรณีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกซึ่งจำเลยไม่มีทนายและต้องการทนายศาลต้องจัดหาทนายความให้¹¹⁸

(7) สิทธิได้รับการประกันตัวระหว่างพิจารณาของศาล¹¹⁹

(8) สิทธิได้รับการจัดหาล่าม¹²⁰

โดยบทบัญญัติกฎหมายดังที่กล่าวมาข้างต้น ตามหลักอาวูรเท่าเทียมกันนั้นมีที่มาจาก การอำนวยความสะดวกและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย และยังมีหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ส่งเสริมหลักนิติธรรม (The Rule of Law) อันเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่า “รัฐ” ซึ่งเป็นผู้อำนวยความสะดวกโดยองค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ ตำรวจ อัยการ ศาล และราชทัณฑ์ ต้องทำหน้าที่ด้วยความถูกต้อง เป็นธรรม ไม่ใช่ใช้อำนาจบิดเบือนไปรวมตลอดถึงต้องจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และสามารถให้ความคุ้มครองรับรองสิทธิของผู้ด้อยโอกาสด้วย

¹¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 8.

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173.

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 106.

¹²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 13.

ซึ่งตามปกติอาจกล่าวได้ว่าสังคมไทย เป็นสังคมที่เกื้อกูลใช้ระบบอุปถัมภ์ ยกย่องคนรวย คนมีอิทธิพลมากกว่าคนดี ดังนั้นผู้ที่มีเงินและมีอำนาจจึงสามารถใช้เงินและอำนาจในการแสวงหาโอกาสที่ดีกว่าคนยากจน¹²¹ ทั้งสังคมไทยโดยรวมยังประกอบไปด้วยบุคคลที่ขาดโอกาสทางสังคม ทางการศึกษา การประกอบอาชีพหรือโอกาสอื่นๆ ซึ่งหากกฎหมายมิได้ให้การรับรองในการประกันสิทธิในการมีทุนความเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลเหล่านี้ที่ตกเป็นจำเลย เพราะจำเลยเหล่านี้ย่อมไม่มีความสามารถในการต่อสู้คดีอาญา จำเลยเหล่านี้จักไม่มีสิทธิเรียกร้องใดอันเป็นบรรทัดฐาน หากมิได้รับความเป็นธรรมในการต่อสู้คดีของตน หากขาดหลักอาวฐเท่าเทียมกัน จำเลยย่อมตกอยู่ในสภาพเป็นจำเลยของสังคมอีกด้วย แม้ตามกฎหมายจะให้การสนับสนุนไว้ก่อนว่าผู้ต้องหรือจำเลยยังไม่มีคามผิดจนกว่าจะพิสูจน์การกระทำคามผิดนั้นได้ แต่ตามข้อเท็จหากจำเลยเป็นผู้ด้อยโอกาสในสังคม ก็ย่อมไร้ความสามารถในการต่อสู้คดีของตนทั้งขาดความรู้ ขาดกฎหมายที่ให้การคุ้มครอง เป็นเพียงชาวบ้านธรรมดาที่ไม่สามารถปกป้องสิทธิของตนตามกฎหมายได้ การให้ประกันสิทธิโดยหลักอาวฐเท่าเทียมแก่จำเลยเหล่านี้ ย่อมเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยและอำนวยคามยุติธรรมให้แก่จำเลยตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

สำหรับประเทศไทยที่มีการดำเนินคดีอาญาแบบไม่ต่อสู้คดี โดยองค์กรทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องร่วมมือและช่วยเหลือในการค้นหาความจริง โดยที่ทุกฝ่ายต่างมีบทบาทในการอำนวยคามยุติธรรมให้แก่จำเลยในคดีอาญาตามหลักอาวฐเท่าเทียมกันและการที่จะประสิทธิประสาทคามยุติธรรมให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาได้นั้นจะต้องคำนึงถึงความเสมอภาคและความชอบธรรมตามกฎหมายที่บุคคลทุกคนจะต้องได้รับการพิจารณาตัดสินด้วยคามเที่ยงธรรม ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือประชาชนย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายโดยเสมอภาคกัน

โดยการอำนวยคามยุติธรรมให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้ได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีอาญาอย่างเต็มที่ ตามหลักอาวฐเท่าเทียม ซึ่งแต่ละองค์กรต่างมีส่วนร่วมในการจัดสรรให้เกิดคามเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีอาญาให้แก่จำเลย โดยต่อไปนี้จะขอกกล่าวถึงบัญญัติของกฎหมายที่เป็นหลักประกันการทําหน้าที่ขององค์กร ทั้งศาล อัยการและทนายคามเพื่อสามารถให้ความช่วยเหลืออำนวยคามยุติธรรมให้แก่จำเลยในการต่อสู้คดีอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากหาก ผู้พิพากษาไม่สามารถประเมินข้อเท็จจริงและนำกฎหมายมาปรับใช้ได้ ระบบคามยุติธรรมก็จะกลายเป็นระบบตามอำเภอใจเช่นกัน หรือหากอัยการไม่ได้รับการคุ้มครองในชีวิตและร่างกายเมื่อชีวิตตกอยู่ในอันตรายเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่แล้ว การทําหน้าที่ในการดำเนินคดีก็จะถูกกระทบกระเทือน และหากทนายคามไม่สามารถสื่อสารกับลูกคามได้อย่างอิสระ สิทธิของ

¹²¹ ปัญหาคามไม่เสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมที่ประชาชนได้รับ. หน้าเดิม.

จำเลยตามหลักการที่ว่าทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ตามหลักอาวุธเท่าเทียมกัน (equality of arms) ก็จะไม่ได้รับการปฏิบัติแบบเดียวกัน¹²² ซึ่งหมายความว่าผู้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งสองฝ่ายมิได้รับสิทธิตามกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมอันเป็นกระบวนการที่มีชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับองค์กรศาล หลักการประกันการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา ดังคำกล่าวของ Lord Hewart คดี R v Sussex Justices, ex p McCarthy (1924) ที่ว่า “Not only must justice be done; it must also be seen to be done” ผู้พิพากษามีเพียงแต่ต้องแสดงให้เห็นว่าตนดำรงความยุติธรรมเท่านั้น แต่ต้องแสดงให้เห็นประชาชนทั่วไปรู้สึกด้วยว่าตนเองได้ทรงไว้ซึ่งความยุติธรรมด้วย”¹²³ โดยการที่จะดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในการใช้ดุลยพินิจสำหรับการพิจารณาคดีอาญาเพื่อให้ความธรรมแก่คู่ความทั้ง 2 ฝ่าย พร้อมมอบโอกาสในการให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการต่อสู้คดีอาญาได้อย่างเต็มที่นั้น กฎหมายจึงได้บัญญัติหลักประกันสิทธิแก่ผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ มิให้อิทธิพลหรืออำนาจใดๆ มาแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาได้ ทั้งนี้เพื่อให้การวินิจฉัยตัดสินคดีของผู้พิพากษาเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความทั้ง 2 ฝ่าย สร้างความเชื่อมั่นให้แก่สังคมและกระบวนการยุติธรรม อีกทั้งเสริมความเชื่อมั่นมิให้ผู้พิพากษาต้องหวั่นเกรงต่ออิทธิพลใดๆ เมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ตามหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการอันเป็นเรื่องสำคัญมากในกระบวนการยุติธรรม

โดยหลักการพื้นฐานสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ (United Nations’ Basic Principles on the Independence of the Judiciary) ได้กำหนดเงื่อนไขพื้นฐานของความเป็นอิสระไว้ในหลักการแรกว่า “ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการจะต้องได้รับการรับประกันโดยรัฐและถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐ ทุกรัฐบาลและหน่วยงานอื่นๆ มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพและรักษาความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ”

¹²² International commission of jurists. (2550). หลักการสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้พิพากษา ทนายความ และอัยการ : แนวทางสำหรับนักปฏิบัติลำดับที่ 1. สืบค้น 27 กันยายน 2557, จาก <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2009/07/International-Principles-on-the-Independence-and-Accountability-of-Judges-Lawyers-and-Prosecutors-No.1-Practitioners-Guide-series-2009-thai.pdf>

¹²³ ปรีชา จาสมุท. (2553). ความเป็นอิสระของตุลาการกับหลักนิติรัฐ. สืบค้น 20 มกราคม 2558, จาก http://www.thaiindexnews.com/2010/03/blog-post_1775.html

กฎหมายที่เป็นหลักประกันการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาในประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 197 โดยบัญญัติไว้ว่า

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

ตามประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 1 กำหนดว่า “หน้าที่สำคัญของผู้พิพากษา คือ การประสาทความยุติธรรมแก่ผู้มีอรรถคดี ซึ่งจะต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเที่ยงธรรม ถูกต้องตามกฎหมายและนิติประเพณี ทั้งจะต้องแสดงให้เห็นที่ประจักษ์แก่สาธารณชนด้วยว่าตนปฏิบัติอย่างนั้นอย่างเคร่งครัดครบถ้วน เพื่อการนี้ผู้พิพากษาจะต้องยึดมั่นในความเป็นอิสระของตนและเทิดทูนไว้ซึ่งเกียรติศักดิ์แห่งสถาบันตุลาการ”

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ¹²⁴

1. ความเป็นอิสระในเนื้อหา กล่าวคือ ในการทำหน้าที่ในทางอรรถคดีของผู้พิพากษาและตุลาการนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการไม่อยู่ในอาณัติของบุคคลหรือองค์กรใด คำสั่งและคำแนะนำต่างๆ เป็นสิ่งที่จะต้องห้ามโดยสิ้นเชิง

2. ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว กล่าวคือ ในการทำหน้าที่ผู้พิพากษาและตุลาการนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องกระทำได้โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้าย หรือถูกกลั่นแกล้งภายหลังและความอิสระในทางส่วนตัว ย่อมเป็นข้อเสริมความสมบูรณ์ของความเป็นอิสระในเนื้อหาของผู้พิพากษาและตุลาการ ซึ่งหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ดังที่กล่าวหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง รัฐมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยมีศาลซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทและตัดสินอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย การทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลนั้นจะต้องปราศจากการใช้อำนาจหรืออิทธิพลใดๆ อันจะทำให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการต้องถูกกระทบกระเทือนได้ ซึ่งหากความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการถูกกระทบกระเทือน ก็จะทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนและส่งผลให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องถูกกลืนครองไปด้วย

หลักกฎหมายอันเป็นหลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย ที่ศาลมีต่อจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีหลักดังนี้

¹²⁴ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 86). เล่มเดิม.

1. สิทธิในการได้รับการพิจารณาและสืบพยานโดยศาล โดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยและการอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาล ต้องทำโดยเปิดเผยในวันเสร็จการพิจารณาหรือภายในเวลาสามวันนับแต่เสร็จคดี ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เปิดเผยนี้มีส่วนสัมพันธ์กับ “หลักฟังความทุกฝ่าย” เพราะคำว่า “ทำต่อหน้าจำเลย” นั้น หมายความว่า ในการพิจารณาและสืบพยานนั้นจำเลยมี “สิทธิที่จะอยู่ร่วมด้วยในการดำเนินคดี” ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้เป็น “สิทธิในการกระทำ” ที่สำคัญที่เป็นหลักประกันในการต่อสู้คดี¹²⁵

2. สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในการจัดหาทนายความให้แก่ผู้หาหรือจำเลยในคดีอาญา ทั้งในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณาคดี

โดยสิทธิในการมีทนายความตามหลักสากลมี 3 ระดับ ดังนี้

1. สิทธิในการมีทนายความ
2. สิทธิในการมีทนายความที่รัฐจัดหาให้
3. สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความที่มีประสิทธิภาพที่รัฐจัดหาให้

โดยสำหรับประเทศไทยสิทธิดังกล่าวกฎหมายได้รับรองไว้อยู่ในระดับที่ 2 คือ สิทธิในการมีทนายความที่รัฐจัดหาให้ โดยมีได้มีการหลักกฎหมายเกี่ยวกับคุณภาพหรือหลักการควบคุมประสิทธิภาพในการทำงานของทนายความแต่อย่างใด ยิ่งกว่านั้นการให้หลักประกันแก่จำเลยเพียงให้ศาลได้จัดหาทนายความให้แก่จำเลยเพื่อมีโอกาสในการต่อสู้คดีแต่ไม่ได้มีมาตรฐานใดในการกำกับดูแลทนายความที่จะเข้ามาให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญา ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องคุณภาพและประสิทธิภาพในการทำงานของทนายความที่รัฐจัดหาให้เป็นอย่างมาก ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นจะได้กล่าวไว้ในบทต่อไป

3. เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย โดยหลักกฎหมายนี้ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีความผิด หากในกรณีใดก็ตามที่ยังมีความสงสัยตามควรในข้อเท็จจริงในคดี กรณีนั้นต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำผิด “หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย” นี้แสดงให้เห็นถึงความคิดพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามุ่งถึงการยกฟ้องผู้บริสุทธิ์มากกว่าการลงโทษผู้กระทำผิด หรืออาจกล่าวได้ว่า “ปล่อยคนผิดไปสืบคนดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์เพียงคนเดียว”

ดังนั้นเมื่อผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลางและมีอิสระปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจใดๆ ผู้พิพากษาย่อมมีหลักประกันในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผลที่ตามมา คือ ประชาชนมี

¹²⁵ (น. 74). แหล่งเดิม.

ความเชื่อมั่นในระบบและกระบวนการยุติธรรม ประชาชนทุกฐานะ อาชีพ กลุ่มชนต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (Equality before the law)

สำหรับองค์กรอัยการ หลักประกันในการปฏิบัติหน้าที่ของอัยการ โดยอัยการมีบทบาทสำคัญยิ่งกระบวนการยุติธรรม ซึ่งหลักนิติธรรมจะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าไม่มีอัยการที่เข้มแข็งที่ทำหน้าที่ในการสอบสวนและดำเนินคดีอาญาอย่างเป็นอิสระและมีความเที่ยงธรรม อัยการทุกคนจะต้องได้รับการเสริมสร้างให้ปฏิบัติหน้าที่ทางวิชาชีพของตนอย่างเป็นอิสระ มีความเที่ยงธรรมและเป็นตัวของตัวเองโดยไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลจากความรู้สึกหรือความเชื่อใดๆ

โดยแนวทางสหประชาชาติว่าด้วยบทบาทของอัยการ (United Nations Guidelines on the Role of Prosecutors) ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อช่วยเหลือรัฐทั้งหลาย “ให้กระทำการกิจของตนในการรักษาและส่งเสริมประสิทธิภาพ ความเที่ยงธรรมและความเป็นธรรม ของอัยการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญา” โดยมีแนวทางว่า “รัฐพึงดำเนินการให้เป็นที่มั่นใจได้ว่า อัยการสามารถจะปฏิบัติหน้าที่ตามบทบาทแห่งวิชาชีพโดยปลอดจากการข่มขู่ ขัดขวาง คุกคามหรือแทรกแซงที่ไม่สมควรและปลอดจากความรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญาหรือความรับผิดชอบอื่นๆ ที่ไม่ชอบธรรมฯลฯ” เพื่อให้อัยการสามารถปฏิบัติหน้าที่ทางวิชาชีพของตนได้อย่างเพียงพอตามกฎหมาย

กฎหมายที่เป็นหลักประกันการปฏิบัติหน้าที่ของอัยการในประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 255 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม”

และพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายโดยสุจริตและเที่ยงธรรม”

ตามประมวลจริยธรรมข้าราชการฝ่ายอัยการและบุคคลของสำนักงานอัยการสูงสุด ข้อ 2 กำหนดว่า “ข้าราชการฝ่ายอัยการและบุคลากรของสำนักงานอัยการสูงสุดต้องยึดมั่นในคุณธรรมและจริยธรรมและยืนหยัดทำในสิ่งที่ถูกต้องและเป็นธรรมในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยเสมอภาค รักษาผลประโยชน์ของรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างมีจิตสำนึกที่ดี ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต ถูกต้อง เที่ยงธรรม รอบคอบ รวดเร็ว โปร่งใส และตรวจสอบได้ เพื่อให้เป็นที่เชื่อถือศรัทธาแก่ประชาชน”

เมื่อกฎหมายได้ให้หลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่แก่อัยการอย่างดีเช่นนี้ จึงเป็นหน้าที่ของอัยการที่จะต้องตอบแทนแก่สังคมด้วยการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมมากที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ ขอบเขตของการสั่งคดีหรือปฏิบัติหน้าที่โดยเที่ยงธรรมของอัยการ ก็คือต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามพยานหลักฐานและ

ตามกฎหมาย ดำรงในความยุติธรรมโดยปราศจากอคติ ไม่เอนเอียงหรือหวุ่นไหวต่ออำนาจ อิทธิพลหรือการกดขี่ใดๆ เคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และค่านึงสิทธิมนุษยชน หลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติทุกกรณี ปฏิบัติอย่างเหมาะสมทั้งต่อผู้ถูกกล่าวหาและผู้เสียหาย อัยการ จะต้องให้ความใส่ใจอย่างละเอียดรอบคอบต่อพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในคดีโดยไม่คำนึงว่า ตนจะได้รับผลกระทบในทางที่เป็นคุณหรือโทษจากผู้ต้องสงสัยหรือผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสังคมให้มีความสงบปลอดภัยและอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน มากที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ ทั้งดำรงตนอย่างเหมาะสมเพื่อสร้างความเชื่อมั่นและศรัทธา ให้แก่ประชาชนว่าเราจะสามารถแสวงหาความยุติธรรมจากองค์กรอัยการและอัยการได้อย่างดี ที่สุด¹²⁶

หลักกฎหมายอันเป็นหลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย ที่อัยการมีต่อจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีหลักดังนี้

1. ก่อนที่อัยการจะฟ้องคดีใดต่อศาล จะต้องมีการสอบปากคำผู้ต้องหาก่อนการยื่น ฟ้องคดีเสมอแม้จะได้มีการรวบรวมพยานหลักฐานจนฟังได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดก็ตาม การสอบปากคำผู้ต้องหานั้นเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กล่าวสามารถแก้ข้อกล่าวหาได้ กล่าวคือ ต้องมี การสอบสวนปากคำผู้ต้องหาตามนัยแห่งมาตรา 120 เสียก่อน พนักงานอัยการจึงจะฟ้องคดีได้ ซึ่ง ในการสอบปากคำนี้ก็ต้องแจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหาทราบ เพื่อให้ผู้ต้องหาได้มีโอกาสรู้ว่าเขาถูก กล่าวหาว่าอย่างไรเพื่อที่จะแก้ข้อกล่าวหาได้ถูกต้อง โดยเป็นไปตาม “หลักฟังความทุกฝ่าย” แม้ว่า ตามกฎหมายผู้ต้องหาจะมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การอย่างไรก็ได้ แต่ถ้าผู้ต้องหาเต็มใจให้การแล้ว กรณีอาจเป็นการช่วยขจัดความผิดพลาดหรือการผิดพลาดของการสอบสวนคดีนั้นได้ อันเป็นการ ช่วยคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาได้ตั้งแต่ต้นมือ¹²⁷

2. ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยาน มีที่มาจากสภานิติบัญญัติกฎหมายที่ว่า ไม่มีใครอาจถูก บังคับให้ต้องปรักปรำตนเอง (nemo tenetur prodere seipsum) อันเป็นที่มาของเอกสิทธิของพยานที่ จะไม่ต้องตอบคำถาม ซึ่งอาจทำให้ตนต้องถูกกล่าวหาในคดีอาญา (privilege against selfincrimination)¹²⁸ หมายความว่า ถ้าบุคคลที่โจทก์อ้างอิงเป็นพยานมีฐานะเป็นจำเลยในคดีนั้น บุคคลนั้นก็ เป็นพยานโจทก์ไม่ได้ คือ โจทก์ไม่มีสิทธิให้ศาลหมายเรียกบังคับให้จำเลยมาเป็นพยาน และถ้าใน

¹²⁶ กุลพล พลวัน ข. (2557). หลักประกันคุ้มครองความเป็นอิสระของอัยการ. สืบค้น 20 มกราคม 2558, จาก http://www.maitichon.co.th/news_detail.php?newsid=1419591560

¹²⁷ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 197 – 198). เล่มเดิม.

¹²⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น. 167), โดย โสภณ รัตนกร, 2539, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.

คดีนั้นมีจำเลยหลายคน กฎหมายก็ห้ามทั้งการที่โจทก์อ้างจำเลยมาเป็นพยาน เพื่อยืนยันเอาความผิดกับตัวจำเลยนั่นเอง และการอ้างจำเลยมาเป็นพยานของตน เพื่อยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่งในคดีนั้นด้วย เหตุผลที่กฎหมายห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานยืนยันตัวจำเลย ก็เพราะกฎหมายถือว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความปรักปรำตนเอง ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง

ในคดีอาญาศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้ก็ต่อ เมื่อโจทก์สามารถนำพยานมาสืบพิสูจน์ความผิดจำเลยได้จนปราศจากความสงสัย ฉะนั้นการที่โจทก์ฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิด ก็เป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ถ้าพยานโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำความผิด แม้จะมีพยานจำเลยบางคนเบิกความเป็นโทษแก่จำเลย ทำให้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิด ศาลก็จะรับฟังพยานจำเลยมารวมกับพยานโจทก์ เพื่อให้พอฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ หลักนี้เป็นหลักที่ยอมรับนับถือกันมาช้านาน แม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะมีได้บัญญัติห้ามไว้ กล่าวคือ การห้ามอ้างจำเลยเป็นพยาน เป็นข้อห้ามเฉพาะจำเลยที่ถูกฟ้องเท่านั้น ส่วนบุคคลที่อาจเป็นจำเลยด้วยแต่ได้ถูกกันไว้เป็นพยานก็ดี หรือจำเลยคนที่โจทก์ได้ถอนฟ้องคดีแล้วก็ได้สามารถรับฟังเป็นพยานโจทก์ได้¹²⁹

แต่เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ที่มีหลักว่าฝ่ายไหนอ้างฝ่ายนั้นมีหน้าที่นำสืบ โจทก์ในคดีอาญาเป็นฝ่ายอ้างว่าจำเลยทำผิด จึงเป็นหน้าที่ของโจทก์จะต้องสืบให้ปรากฏความผิดนั้น ถ้าสืบไม่ได้จะไปอาศัยพยานฝ่ายจำเลยมารวมด้วย ก็ไม่ได้ชื่อว่าเป็นการนำสืบให้สมตามหน้าที่ของตน ทั้งยังไม่เป็นการยุติธรรมที่โจทก์จะอาศัยประโยชน์จากคำเบิกความของจำเลยเองเพื่อลงโทษจำเลย ส่วนที่กฎหมายห้ามโจทก์มิให้อ้างจำเลยคนหนึ่งเป็นพยานยืนยันจำเลยอีกคนหนึ่งนั้น ก็เพราะจำเลยแต่ละคนตกอยู่ในอิทธิพลของความกลัวหรือความหวัง คือ กลัวว่าถ้าตนให้การว่าทำผิดก็จะต้องได้รับโทษ และหวังว่าถ้าตนให้การชัดทอว่าคนอื่นทำผิดก็อาจทำให้ตนเองรับโทษน้อยลง หรือพ้นโทษไปเลย ดังนั้นคำให้การของจำเลยจึงไม่น่าเชื่อถือ ข้อห้ามดังกล่าวนี้ถือเป็นการให้โอกาสแก่จำเลยอย่างเต็มที่ในการต่อสู้คดีและต้องปฏิบัติต่อเขาเช่นเดียวกับสุจริตชน นอกจากนั้นในขณะเดียวกันยังคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องและยุติธรรมตามกฎหมาย รวมทั้งยังคำนึงถึงหลักการที่รัฐจะอำนวยความสะดวกให้เกิดในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย¹³⁰

¹²⁹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 229). เล่มเดิม.

¹³⁰ ปิติกุล จิระมงคลพาณิชย์. (ม.ป.ป.). สิทธิของจำเลยกับการอำนวยความสะดวกของรัฐ. สืบค้น 20 มกราคม 2558, จาก <https://www.google.co.th/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwiGxJK00NHHAhWnKi4KSHoDGc&url=http%3A%2F%2Fwebsite2556>

3. มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ปล่อยบุคคลผู้ถูกควบคุมหรือถูกคุมขังโดยผิดกฎหมาย หรือถูกจำคุกผิดจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นบทบาทสำคัญของอัยการในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในฐานะผู้รักษากฎหมายในการอำนวยความสะดวกและความเป็นภาวะวิสัยของพนักงานอัยการ โดยการปล่อยบุคคลผู้ถูกควบคุมหรือถูกคุมขังโดยผิดกฎหมายนั้นมีที่มาจากหลัก habeas corpus ของอังกฤษ การถูกควบคุมโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องพิจารณาจากตัวผู้ถูกควบคุมเป็นเกณฑ์โดยนัยนี้จึงมีความหมายว่าเป็นการสูญเสียเสรีภาพในร่างกายหรือเสรีภาพในการเคลื่อนไหว ที่ผู้ถูกควบคุมหรือขังนั้นไม่จำเป็นต้องยอมรับสภาพเช่นนั้น โดยไม่คำนึงว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จึงหมายรวมทุกกรณีที่มีการควบคุมหรือคุมขังโดยมิชอบ

นอกจากผู้พิพากษาและอัยการแล้ว ทนายความก็เป็นอีกเสาหลักหนึ่งของการผดุงไว้ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรม ทนายความมีบทบาทสำคัญในการปกป้องสิทธิมนุษยชนและในการทำให้สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมได้รับการเคารพ โดยการจัดเตรียมให้จำเลยสามารถต่อสู้คดีในศาลได้อย่างเหมาะสม

สำหรับองค์กรทนายความ หลักการประกันการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความเพื่อให้ทนายความสามารถปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ถูกกล่าวหาอย่างมีประสิทธิภาพได้ตามวิชาชีพของตนได้โดยอย่างเป็นอิสระ

โดยหลักการพื้นฐานของสหประชาชาติว่าด้วยความบทบาทของทนายความ (United Nation's Basic Principles on the Role of Lawyers) ได้กำหนดความเป็นอิสระของทนายความไว้ โดยมีหลักว่า “รัฐจะต้องคุ้มครองมิให้มีการแทรกแซงใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการทำงานของทนายความ การแทรกแซงที่ว่านี้อาจจะเป็นไปในรูปของการข่มขู่ ขัดขวาง หรือคุกคามโดยมิชอบ

การติดต่อสื่อสารกับลูกความ

ทนายความสามารถจะเดินทางไปพบปะกับลูกความและปรึกษาหารือกันได้อย่างเสรีทั้งในประเทศหรือนอกประเทศ

ทนายความจะต้องไม่ถูกให้ร้าย หรือคุกคามโดยการฟ้องร้องคดีอาญา หรือมาตรการทางบริหาร เศรษฐกิจ หรืออื่นๆ อันสืบเนื่องมาจากการที่ทนายความผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบตามมาตรฐานและจริยธรรมแห่งวิชาชีพนักกฎหมายนั้น”

ทนายความถือเป็นองค์กรที่มีความสำคัญองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่เข้ามามีบทบาทสำคัญในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ที่คอยให้ความช่วยเหลือทางด้านการดำเนินคดีอาญาแก่จำเลยอันถือเป็นการประกันสิทธิแก่จำเลยที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยมีหลักการที่ว่า การต่อสู้คดีอย่างแท้จริงของคู่ความทั้งสองฝ่าย คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องมีความสามารถที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเท่าเทียมหรือใกล้เคียงกัน (Two side of the adversaries must be equal) โดยถือ “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” กล่าวคือ เมื่อฝ่ายรัฐมีเจ้าพนักงานซึ่งเป็นผู้รู้ทางกฎหมาย ฝ่ายผู้ถูกกล่าวหาซึ่งตามปกติไม่รู้กฎหมายก็ชอบที่จะมีทนายความซึ่งเป็นผู้รู้ทางกฎหมายคอยช่วยเหลือเพื่อให้การดำเนินคดีนั้นเกิดความเป็นธรรมสูงสุด¹³¹

กฎหมายที่เป็นหลักประกันสิทธิแก่จำเลยในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ให้ได้การรับความช่วยเหลือจากทนายความ เพื่อเปิดโอกาสให้จำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 40 (7) บัญญัติไว้ว่า “ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยให้มีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความและได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว”

โดยหลักกฎหมายอันเป็นหลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย ที่ทนายความมีต่อจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีหลักดังนี้¹³²

1. สิทธิที่จะติดต่อกับลูกความ สิทธิของทนายความที่จะติดต่อกับลูกความนี้มีบัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมาย แต่วิธีการติดต่อมีรายละเอียดอย่างไรนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้

การติดต่อกับลูกความโดยปกติเป็นการพูดจากันเป็นการเฉพาะตัวหรือสองต่อสอง การกระทำดังกล่าวนี้ก็เพื่อให้ทนายความได้รู้จักลูกความและทราบข้อเท็จจริงของเรื่องตลอดถึงโอกาสที่จะนำพยานหลักฐานไปตีแผ่ในศาลเพื่อประโยชน์ของลูกความ นอกจากนี้โดยการติดต่อดังกล่าวจะทำให้ทนายความได้มีโอกาสที่จะแจ้งให้ลูกความทราบฐานะในทางคดีในข้อเท็จจริงและในข้อกฎหมายของเรื่องที่กล่าวหา โอกาสนำพยานหลักฐานและหนทางที่จะพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานในเรื่องที่กล่าวหา นั้น ตลอดจนข้อเสนอแนะอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์ซึ่งอาจรวมถึงการขอความกับผู้เสียหาย

2. สิทธิที่จะรวบรวมพยานหลักฐานและสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐาน เกี่ยวกับสิทธิที่จะรวบรวมพยานหลักฐานและสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานนี้ย่อมถือว่าเป็นหน้าที่ของทนายความ

¹³¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (น. 150). เล่มเดิม.

¹³² แหล่งเดิม. (น. 154 – 155).

ที่จะต้องนำพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความมาตีแผ่ เหตุนี้ทนายความจึงมีสิทธิและหน้าที่ในการที่จะค้นหาพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความของตน

3. สิทธิที่จะแถลงให้เจ้าพนักงานและศาลทราบและร้องขอให้ดำเนินการ ทนายความมีสิทธิที่จะแถลงให้พนักงานสอบสวนและศาลทราบและร้องขอให้ดำเนินการ การใช้สิทธินี้แม้ในชั้นสอบสวนทนายความก็อาจกระทำได้ ทนายความจึงต้องมีความรู้ด้านวิทยาการตำรวจตามสมควรจึงจะทำหน้าที่นี้อย่างได้ผล เช่น ทนายความได้ตรวจพบร่องรอยบางอย่างในที่เกิดเหตุหรือพบพยานวัตถุบางอย่างซึ่งต้องตรวจสอบโดยผู้ชำนาญการพิเศษ จึงแจ้งให้พนักงานสอบสวนทราบและขอให้พนักงานสอบสวนดำเนินการเพื่อความกระจ่างของข้อเท็จจริง เพื่อลูกความของตนจะได้พ้นจากข้อกล่าวหาไปแทนที่จะรอให้คดีถึงชั้นศาลก่อน

4. สิทธิในการกำหนดวันพิจารณาคดีและลักษณะกระบวนการพิจารณา ในการที่ศาลจะนัดพิจารณาคดีนั้นศาลจะต้องฟังทนายความตามสมควรด้วย นอกจากนี้ลักษณะของ “กระบวนการพิจารณา” (Prozesshandlung/procedural act) อาจเกิดจากการกระตุ้นของทนายความได้ เช่น การขอให้ศาลเดินเผชิญสืบที่เกิดเหตุ เป็นต้น โดยลักษณะของสิทธินี้จะเห็นได้ว่าทนายความทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการพิจารณาคดีของศาลด้วย นอกจากนี้ทนายความยังทำหน้าที่เป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ และหน้าที่เป็นผู้แถลงข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ ซึ่งหน้าที่ทั้งสามประการนี้จะเห็นได้ชัดในชั้นพิจารณาคดีของศาล ในฐานะผู้ควบคุมการพิจารณาคดีของศาล ทนายความทำหน้าที่ดูแลให้การดำเนินคดีนั้นเป็นไปอย่างเป็นธรรม

5. สิทธิที่จะแนะนำในเรื่องอุทธรณ์ฎีกา การอุทธรณ์ฎีกาสำหรับจำเลยก็เป็นเรื่องสำคัญ แต่เนื่องจากจำเลยไม่มีความรู้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อกฎหมายดีพอ จำเลยย่อมต้องการคำแนะนำจากทนายความ เหตุนี้ทนายความจึงมีสิทธิที่จะแนะนำในเรื่องอุทธรณ์ฎีกาด้วย เพราะการอุทธรณ์ฎีกาไปโดยไม่มีความรู้เพียงพออาจเป็นผลร้ายแก่จำเลยยิ่งขึ้นไปอีก

6. สิทธิที่จะตรวจดูสำนวนการสอบสวน ในบางประเทศทนายความมีสิทธิที่จะตรวจดูสำนวนการสอบสวนภายใต้เงื่อนไขบางประการ

ดังสิทธิของทนายความที่มีต่อจำเลยดังที่กล่าวมา ทั้งนี้เพราะความสามารถในการต่อสู้คดีนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ หากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีความรู้ความสามารถหรือมีข้อจำกัดในการต่อสู้คดี ความไม่เสมอภาค ความไม่เท่าเทียมกัน หรือแม้แต่การเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น ย่อมแสดงว่าคู่ความฝ่ายนั้นไม่มีความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี รัฐจึงต้องมอบอาวุธให้กับคู่ความฝ่ายที่ด้อยกว่า โดยถือเป็นหลักประกันเพิ่มเติมว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากการดำเนินการพิจารณาคดีอาญาของไทยกฎหมายบัญญัติในชั้นสอบสวน ให้พนักงานสอบสวนต้องรวบรวมหลักฐานเพื่อพิสูจน์ทั้งความผิดหรือความ

บริสุทธ์ของผู้ต้องหา การดำเนินคดีอาญาในชั้นพิจารณาของศาล พนักงานอัยการมีหน้าที่ไม่เพียงแต่รวบรวมข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายแก่จำเลย แต่มีหน้าที่ต้องสอบสวนและเสนอข้อเท็จจริงที่เป็นผลดีแก่จำเลยด้วย ส่วนศาลก็จะเป็นผู้พิจารณาค้นหาความจริงโดยใช้หลักค้นหาความจริงโดยเนื้อหา และทนายความมีส่วนในการช่วยป้องกันการผิดพลาด ผิดหลงที่อาจเกิดในการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานและศาลได้ องค์การทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดังกล่าวมีส่วนร่วมในการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยและอำนวยความสะดวกให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย เช่น การดำเนินคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา การมีทนายความนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะนอกจากจะให้ความช่วยเหลือในทางกฎหมาย ยังให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ยากไร้อีกด้วย ซึ่งถือเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งแก่ประชาชนที่จะต้องได้รับจากรัฐ และการช่วยเหลือของทนายความนั้นก็จะต้องมีประสิทธิภาพเช่นกัน¹³³ ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาโดยถือ “หลักอาวูทเท่าเทียมกัน” ซึ่งนอกจากการมีสิทธิที่จะได้รับทนายความที่รัฐเป็นผู้จัดหาให้แล้ว รัฐยังคงต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยดังที่กล่าวมาข้างต้น และรัฐยังคงต้องจัดหาทนายความที่มีประสิทธิภาพให้แก่จำเลยในคดีอาญาด้วยเช่นกัน จึงจะสามารถอุดช่องว่างของความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลย และนำไปสู่การอำนวยความสะดวกแก่จำเลยตาม “หลักอาวูทเท่าเทียมกัน” อย่างแท้จริง

โดยตามมาตรฐานสากลขององค์การสหประชาชาติ รัฐได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ โดยถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นประชาชนในคดี มีสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตามความสามารถของตน และเพื่อให้ประชาชนที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับความเสมอภาคในการต่อสู้คดีตามมาตรฐานสากลขององค์การสหประชาชาติ โดยมีมาตรฐานสากลเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความดังต่อไปนี้

2.6 มาตรฐานสากลเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความ

แนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของสิทธิมนุษยชนนั้นอาจกล่าวได้ว่ามีต้นกำเนิดมาจากความพยายามของมนุษย์ที่ต้องการได้รับการเคารพในศักดิ์ศรีและคุณค่าของความเป็นมนุษย์จากรัฐ และจากการต่อสู้เพื่อเสรีภาพและความเสมอภาคที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างๆ ทั่วโลก ซึ่งในช่วงระยะเวลาระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 ได้เกิดระบอบการปกครองแบบรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ (Totalitarian regimes) โดยรัฐบาลหรือผู้ปกครองใช้อำนาจควบคุมเคร่งครัดแก่ประชาชนหรือผู้อยู่ภายใต้การปกครองจนแทบจะไม่มีสิทธิเสรีภาพในการกระทำใดๆ สิทธิและ

¹³³ จาก “ระบบการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ยากจนในประเทศสหรัฐอเมริกา,” โดย ชาดิชย กริชชาญชัย ก, 2529, ตุลาคม, 33 (6), น. 44 – 57.

เสรีภาพของพลเมืองในทุกๆ ด้านต้องอยู่ภายใต้การจัดการและความคุมของรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็น การศึกษา ศาสนา ธุรกิจบันเทิง การสื่อสารมวลชน เป็นต้น โดยถือว่าปราศจากเสรีภาพทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจแทบจะสิ้นเชิง โดยระบอบการปกครองแบบรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ (Totalitarian regimes) ได้ก่อตัวขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1920 และดำเนินต่อไปจนเริ่มสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนภายในดินแดนของตนเองอย่างรุนแรง ในขณะที่สงครามโลกครั้งที่ 2 (ค.ศ. 1939 – 1945) ได้นำมาซึ่งการทำลายล้างชีวิตและศักดิ์ศรีของมนุษย์อย่างกว้างขวาง รวมทั้งมีความพยายามที่จะทำลายชนกลุ่มต่างๆ โดยอ้างเหตุแห่งเชื้อชาติและศาสนา

หลังจากสงครามที่โลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ผู้นำประเทศต่างๆ ได้ร่วมกันก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การให้ความสำคัญกับสิทธิมนุษยชนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการให้ความร่วมมือกันระหว่างชาติในการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สัญชาติ เพศ ศิพ ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม หรือสิทธิทางการเมืองการปกครอง จึงได้จัดทำกฎบัตรสหประชาชาติเพื่อวางมาตรฐานสากลสำหรับสิทธิต่างๆ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ หรือเรียกว่า สิทธิมนุษยชนและมีบทบัญญัติให้จัดทำเอกสารรับรองสิทธิของบุคคลอย่างเป็นทางการขึ้น¹³⁴

โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The United Nations Commission on Human Right) ได้จัดทำร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Right) โดยถือว่าสิทธิมนุษยชนเป็นหลักประกันที่สำคัญอย่างหนึ่งของมนุษย์ ที่บรรดาประเทศสมาชิกสมัชชาแห่งองค์การสหประชาชาติมีมติและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยมีเจตนารมณ์บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นรากฐานของการจัดระเบียบสังคมวัฒนธรรม เพื่อการดำรงชีวิตร่วมกันอย่างสมดุลและเที่ยงธรรมของมวลมนุษย์ในสังคม รวมทั้งเป็นรากฐานสำคัญและจำเป็นต่อการจัดระเบียบกลไกทางการเมืองและกฎหมายเพื่อความสมดุลแห่งอำนาจทั้งในระดับประเทศและระดับนานาชาติ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ดำเนินไปอย่างมีระบบในมาตรฐานเดียวกันหรือใกล้เคียงกันในระดับสากล

โดยมาตรฐานสากลขององค์การสหประชาชาติ รัฐได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามบทบัญญัติปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ โดยถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดี มีสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตามความสามารถ

¹³⁴ จาก “วันสิทธิมนุษยชน,” โดย กุลพล พลวัน ก, 2518, *บทบัญญัติ*, 32 (4), น. 169.

ของตน ประกอบกับผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด (Presumption of innocence)

ดังนั้นสิทธิในการมีทนายความโดยรัฐเป็นผู้จัดหาให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเพื่อให้ความช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจึงมีความสำคัญต่อความเสมอภาคในการต่อสู้คดีของประชาชนเป็นอย่างมาก และรัฐซึ่งเป็นองค์กรบริหารประเทศจำเป็นต้องเป็นผู้ประสิทธิประสาทความยุติธรรมนี้ให้แก่ประชาชนที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย เพื่อให้ประชาชนได้รับความเสมอภาคในการต่อสู้คดีตามสิทธิในหลักประชาธิปไตย เพราะตราบไคที่ยังไม่มีเครื่องมือที่สามารถแบ่งแยกผู้บริสุทธิ์ออกจากผู้กระทำความผิด การมีทนายความช่วยเหลือในคดีอาญาก็เป็นสิ่งจำเป็นที่ไม่อาจขาดได้ เพราะนอกจากทนายความจะช่วยให้จำเลยมีโอกาสต่อสู้คดีเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนได้เต็มที่แล้ว ทนายความยังมีส่วนช่วยรัฐอำนวยความสะดวกในคดีอาญาให้เป็นไปอย่างถูกต้องและเที่ยงธรรมอีกด้วย ดังนั้นบรรดาประเทศต่างๆ จึงพยายามหามาตรการสากลที่จะคุ้มครองบุคคลที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในหลักประกันของความเป็นมนุษย์ ที่เขาอาจต้องสูญเสียอิสรภาพได้¹³⁵ โดยมีมาตรฐานสากลเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความดังต่อไปนี้

2.6.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ข้อ 7. ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้และจากการยุ้งให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว

ข้อ 11. (1) ได้บัญญัติหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ดังนี้ “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาด้วยความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย ณ ที่ซึ่งตนได้รับหลักประกันทั้งหมดที่จำเป็นในการต่อสู้คดี”

¹³⁵ จาก การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในคดีอาญามีให้ต้องรับสารภาพโดยไม่สมัครใจ (น. 77), โดย ปิยะวรรณ ดินาน, 2545, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2.6.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966
(International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้บัญญัติหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับ 30 มกราคม 2540 ดังนี้ รัฐภาคีแห่งกติกานี้พิจารณาว่า ตามหลักการที่ได้ประกาศไว้ในกฎบัตรสหประชาชาตินั้น การยอมรับในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกัน และไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งปวงของมวลมนุษยชาตินั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติธรรมในโลก ยอมรับว่าสิทธิเหล่านี้มาจากศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของมนุษย์ ยอมรับว่าตามปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน อุดมการณ์ที่ว่าเสรีชนอุปโลกเสรีภาพทางพลเมืองและเสรีภาพทางการเมืองและโดยปราศจากความกลัวและความต้องการนั้นสามารถสัมฤทธิ์ผลหากมีการสร้างสภาวะซึ่งทุกคนจะอุปโลกสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ถึงพันธกรณีแห่งรัฐบาลภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่จะส่งเสริมการเคารพและการยอมรับโดยสากลต่อสิทธิและเสรีภาพมนุษยชนตระหนักว่าปัจเจกบุคคลซึ่งมีหน้าที่ต่อปัจเจกบุคคลอื่นและต่อประชาคมของตนมีความรับผิดชอบที่จะเพียรพยายามในการส่งเสริมและการยอมรับสิทธิที่รับรองไว้ในกติกานี้

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14.

2. บุคคลทุกคนซึ่งต้องหว่ากระทำผิดอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด

3. ในการพิจารณาคดีอาญาบุคคลทุกคนซึ่งต้องหว่ากระทำผิดย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันขั้นต่ำดังต่อไปนี้โดยเสมอภาค

(ก) สิทธิที่จะได้รับแจ้งโดยพลันซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพและเหตุแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหา ในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้

(ข) สิทธิที่จะมีเวลา และได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี และติดต่อกับทนายความที่ตนเลือกได้

(ค) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยไม่ชักช้าเกินความจำเป็น

(ง) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าบุคคลนั้น และสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเอง หรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายที่ตนเลือก สิทธิที่บุคคลได้รับแจ้งให้ทราบถึงสิทธิในการมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย หากบุคคลนั้นไม่มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย ในกรณีใดๆ เพื่อประโยชน์

แห่งความยุติธรรมบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งมีการแต่งตั้งให้โดยปราศจากค่าตอบแทน ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถรับภาระในการจ่ายค่าตอบแทน

(จ) สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นประจักษ์ต่อตน และขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมาซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นประจักษ์ต่อตน

(ฉ) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากไม่สามารถเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้

(ช) สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความเป็นปฏิกิริยาต่อตนเองหรือให้รับสารภาพผิด

โดยทั้งปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1976 ถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญาเพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (the rule of law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศและระดับระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกมีพันธกรณีอยู่ด้วย

2.6.3 หลักการพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยบทบาทของทนายความ ค.ศ. 1990 (United Nation's Basic Principles on the Role of Lawyers)

สำหรับหลักการพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยบทบาทของทนายความฉบับนี้ได้รับรองโดยที่ประชุมขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ครั้งที่ 8 ณ กรุงฮาวานา ประเทศคิวบา เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม ถึง 7 กันยายน ค.ศ. 1990 (พ.ศ. 2533)

โดยสมาคมวิชาชีพของนักกฎหมายมีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรมทางวิชาชีพ เพื่อคุ้มครองสมาชิกของสมาคมจากการที่อาจถูกฟ้องคดีอาญา การถูกจำกัด และละเมิดสิทธิโดยไม่ชอบธรรม ในการจัดบริการทางกฎหมายให้แก่ประชาชนที่ต้องการและร่วมมือกับองค์กรของรัฐบาลและองค์กรอื่นๆ ในการจรรโลงความยุติธรรมและผลประโยชน์ของสาธารณชน

หลักการพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยบทบาทของทนายความได้ว่าด้วยการส่งเสริมและทำให้ชัดเจนถึงบทบาทที่เหมาะสมของนักกฎหมาย ซึ่งรัฐบาลพึงเคารพและให้ความสำคัญภายใต้กรอบแห่งกฎหมายและการปฏิบัติของประเทศของตน และเป็นที่ตระหนักของผู้ที่เป็นนักกฎหมายตลอดจนบุคคลอื่นๆ ได้แก่ ผู้พิพากษา อัยการ บุคคลในฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติตลอดจนสาธารณชนโดยทั่วไป

หลักการฉบับนี้พึงใช้ได้ตามความเหมาะสมแก่บุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นนักกฎหมาย โดยที่มิต้องมีสถานภาพตามทางการของนักกฎหมายนั้น โดยหลักการพื้นฐานว่าด้วยบทบาทของ ทนายความฉบับนี้ได้กำหนดถึงการสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความช่วยเหลือจากนักกฎหมาย มาตรการคุ้มครองเป็นพิเศษในคดีอาญา ตลอดจนหน้าที่และความรับผิดชอบของนักกฎหมายอัน พึงมีต่อลูกความและในฐานะนักกฎหมายอันพึงดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรม ทางอาญา โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

การเข้าถึงนักกฎหมายและการบริการทางกฎหมาย

ข้อ 1. บุคคลทุกคนพึงมีสิทธิแสวงหาความช่วยเหลือจากนักกฎหมายตามที่ตน ประสงค์เพื่อคุ้มครองและรักษาสิทธิตลอดจนแตกต่างให้กับตนในทุกขั้นตอนของคดีอาญา

ข้อ 2. รัฐบาลพึงดำเนินการให้เป็นที่มั่นใจได้ว่าองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการจัดหา นักกฎหมายให้แก่บุคคลทุกคนในประเทศจะมีวิธีการที่มีประสิทธิภาพ อย่างเสมอภาคและมี ประสิทธิภาพโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติที่เกิดจากความแตกต่างกันของบุคคลในทางใดๆ ไม่ว่าจะเป็น ในด้านเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นๆ แหล่งกำเนิดทางชาติหรือสังคม หรือสถานภาพโดยกำเนิด เศรษฐกิจและทรัพย์สินหรือด้านอื่นใด

ข้อ 3. รัฐบาลพึงดำเนินการให้เป็นที่มั่นใจได้ว่าจะมีการกำหนดให้มีกองทุนและ บัณฑิตสนับสนุนอื่นๆ ที่พอเพียงแก่การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายสำหรับผู้ยากไร้และในกรณีที่ จำเป็นแก่ผู้ที่ด้อยโอกาสอื่นๆ สมาคมของนักกฎหมายพึงให้ความร่วมมือสนับสนุนองค์กรและ ข้อกำหนดเรื่องการให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกตลอดจนปัจจัยอื่นๆ เกี่ยวกับการ ดังกล่าวด้วย

ข้อ 4. รัฐบาลและสมาคมทางวิชาชีพของนักกฎหมายพึงส่งเสริมให้มีรายการ ประชาสัมพันธ์ให้ความรู้แก่สาธารณชนเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามกฎหมาย รวมทั้งบทบาทของนักกฎหมายในการคุ้มครองเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นอีกทั้งพึงให้ความสนใจเป็น พิเศษกับการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ยากไร้และผู้ด้อยโอกาสอื่นๆ เพื่อที่จะช่วยให้บุคคลเหล่านั้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิและสามารถแสวงหาความช่วยเหลือจากนักกฎหมายตามความจำเป็นได้

มาตรการคุ้มครองเป็นพิเศษในคดีอาญา

ข้อ 5. รัฐบาลพึงดำเนินการให้เป็นที่มั่นใจได้ว่าบุคคลทุกคนจะได้รับคำแนะนำจาก องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความช่วยเหลือจากนัก กฎหมายตามความประสงค์ของบุคคลนั้นในกรณีที่ถูกระงับกุม คุมขัง หรือถูกดำเนินคดีอาญา

ข้อ 6. ในทุกคดีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ผู้ที่ถูกจับกุม คุมขัง หรือถูกดำเนินคดีอาญา ผู้ใดที่ยังไม่มีทนายความ พึงมีสิทธิที่จะมีทนายความที่มีประสิทธิภาพและ

ความสามารถเหมาะสมกับลักษณะของข้อกล่าวหาอื่นๆ เพื่อให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่ผู้นั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้โดยที่ผู้นั้นไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายหากว่าไม่สามารถจะจ่ายได้

ข้อ 7. รัฐบาลพึงดำเนินการให้เป็นที่ยืนยันได้ว่า ผู้ที่ถูกจับกุมหรือคุมขังจะสามารถมีทนายความให้ความช่วยเหลือได้ทันที และอย่างช้าไม่เกิน 48 ชั่วโมง นับแต่เวลาที่ถูกจับกุมหรือคุมขังนั้น

ข้อ 8. บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุม คุมขัง หรือจำคุก พึงมีสิทธิได้รับโอกาส เวลาและการอำนวยความสะดวกตามสมควรที่จะได้รับการเยี่ยมจากทนายความ รวมทั้งการติดต่อและการปรึกษาหารือกับทนายความโดยไม่ชักช้า การปรึกษาหารือกับทนายความดังกล่าว อาจอยู่ในห้องที่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมายนั้นมองเห็นได้แต่จะต้องอยู่ในระยะที่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้ยินการปรึกษาหารือนั้น

หน้าที่และความรับผิดชอบ

ข้อ 12. นักกฎหมายทุกคนพึงรักษาเกียรติและศักดิ์ศรีแห่งวิชาชีพนักกฎหมายในฐานะของการเป็นบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมนั้นอยู่เสมอ

ข้อ 13. หน้าที่ของนักกฎหมายอันพึงมีต่อลูกความนั้นได้แก่

(ก) ให้คำแนะนำแก่ลูกความเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลนั้น ตลอดจนระบบการทำงานของกระบวนการทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลนั้น

(ข) ให้ความช่วยเหลือแก่ลูกความในทุกวิถีทางที่ชอบธรรมและเหมาะสมกับการดำเนินการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกความนั้น

(ค) ให้ความช่วยเหลือแก่ลูกความสำหรับคดีความในศาล หรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในกรณีที่เป็นและสมควร

ข้อ 14. ในการคุ้มครองสิทธิของลูกความและเพื่อส่งเสริมความยุติธรรมนั้น นักกฎหมายพึงแสวงหาหนทางที่จะค้าสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รับรองโดยกฎหมายของประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนถึงพึงอุทิศเวลาอย่างแข็งขันในการปฏิบัติงานตามกฎหมายด้วยความตระหนักถึงมาตรฐานและจริยธรรมแห่งวิชาชีพนักกฎหมาย

ข้อ 15. นักกฎหมายทุกคนจะมีความซื่อสัตย์ต่อผลประโยชน์ของลูกความของตนอยู่เสมอ

เอกสิทธิของทนายความ

ข้อ 16. รัฐบาลพึงดำเนินการให้เป็นที่ยืนยันได้ว่า

(ก) นักกฎหมายสามารถจะปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพนักกฎหมายได้โดยปลอดจากการถูกข่มขู่ คุกคาม หรือแทรกแซงโดยมิชอบ

ข้อ 18. ในการปฏิบัติหน้าที่ทนายความนั้น ทนายความทั้งหลายต้องไม่ทำตัวคุดเป็นลูกความเสียเองหรือถือเอาเรื่องของลูกค้าความคุดเป็นของตน

ข้อ 22. รัฐบาลพึงรับรู้และเคารพต่อหลักการที่ว่าการติดต่อสื่อสารและการปรึกษาหารือกันระหว่างนักกฎหมายกับลูกค้าอันเกี่ยวข้องด้วยงานในหน้าที่ของนักกฎหมายนั้นเป็นความลับ

ดังที่ได้กล่าวมานี้หลักมาตรฐานสากลเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความจะเห็นได้ว่าสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของมนุษยชนนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างมากที่ได้รับการส่งเสริมจากนานาประเทศให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทุกคน โดยให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้มีมาตรฐานเดียวกันในระดับสากล โดยถือว่าบุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดอาญามีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด พร้อมทั้งหลักการพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยบทบาทของทนายความที่ให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตลอดจนหน้าที่และความรับผิดชอบที่ทนายความพึงมีต่อลูกค้าของตน และหน้าที่ในฐานะทนายความที่คงไว้ซึ่งความยุติธรรมในกระบวนการทางอาญา โดยรัฐหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องในการจัดหาทนายความให้แก่บุคคลทุกคนในประเทศที่จะได้รับความช่วยเหลือจากนักกฎหมายจะต้องมีวิธีการหรือหลักในการจัดหาทนายความที่มีประสิทธิภาพ เสมอภาคและปราศจากการเลือกปฏิบัติทั้งตรงตามความประสงค์ของบุคคลนั้นๆ ทั้งรัฐจะต้องดำเนินการสนับสนุนในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ที่ตกเป็นจำเลย

สำหรับประเทศไทยนั้นผู้ที่ตกเป็นจำเลยส่วนใหญ่ยังไม่มีความรู้ความเข้าใจและความตระหนักถึงสิทธิในการมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือทางคดีของตน จำเลยไม่สามารถดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีได้ด้วยตนเองโดยปราศจากการมีทนายความในการให้ความช่วยเหลือ เพราะการดำเนินการทางกฎหมายนั้นเป็นวิชาชีพที่ต้องมีการศึกษา มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ต้องมีทนายความทำหน้าที่ให้คำแนะนำแสดงข้อเท็จจริง ค้นหาพยาน ตรวจเอกสาร ร้องขอสิทธิ นำสืบหลักฐาน สืบถึงความบริสุทธิ์ของจำเลย อุทธรณ์ฎีกา คัดค้านกระบวนการพิจารณาที่มิชอบด้วยกฎหมาย การขอประกันตัว ซึ่งประชาชนคนธรรมดาที่ไม่รู้เรื่องข้อกฎหมาย ย่อมไม่ทราบว่าตนมีสิทธิและจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างไรบ้าง จึงเป็นหน้าที่ของทนายความที่จะต้องอธิบายชี้แจงในข้อกฎหมายให้ลูกค้าได้ทราบและเข้าใจถึงการดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดี ดังนั้นเมื่อบุคคลตกเป็นจำเลยในคดีอาญา รัฐจึงจำต้องดำเนินการสนับสนุนให้ความ

ช่วยเหลือในการคุ้มครองปกป้องสิทธิของจำเลยในการจัดหาทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือทางคดีแก่จำเลย เพราะสิทธิในการมีทนายความนั้นเกี่ยวข้องโดยตรงกับความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลย เมื่อความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยแต่ละบุคคลมีความไม่เท่าเทียมกัน ความรับรู้และความเข้าใจในกระบวนการทางกฎหมายของแต่ละคนย่อมแตกต่างกัน การแสดงออกซึ่งสิทธิในการปกป้องสิทธิของตนในทางกฎหมายก็ย่อมแตกต่างกัน

ดังนั้นเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ในอัตราโทษจำคุกแก่จำเลยนั้น กฎหมายให้อำนาจเป็นสิทธิในการมีทนายความของจำเลย โดยจำเลยจะใช้สิทธิในการร้องขอทนายความต่อศาลหรือจะสละสิทธิในการมีทนายความก็ได้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแก่จำเลยโดยปราศจากทนายความไม่ว่าเนื่องจากสาเหตุเพราะจำเลยไม่มีความรู้ความเข้าใจถึงสิทธิในการต่อสู้คดีของตน หรือกรณีที่จำเลยไม่ต้องการที่จะให้คดีเป็นเรื่องเป็นราวให้มาก ความ หรือในกรณีที่จำเลยกล่าวว่าถ้าต่อสู้คดีแล้วตนอาจจะต้องถูกพิพากษาให้ต้องรับโทษหนัก ย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่อย่างใด และตามหลักการพื้นฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยบทบาทของทนายความนั้น บุคคลใดที่ยังไม่มีทนายความมีสิทธิที่จะมีทนายความที่มีประสิทธิภาพและมีความสามารถเหมาะสมกับลักษณะคดี เพื่อให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่ผู้นั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังจะเห็นได้ว่าการที่จำเลยจำเป็นต้องมีทนายความทั้งทนายความนั้นต้องมีประสิทธิภาพในการให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือในทางคดี อันเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิของจำเลยที่จะก่อให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีตามหลักอาชญาเท่าเทียมกันในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งยังทำนุบำรุงไว้ซึ่งสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพอันเป็นกฎหมายขั้นพื้นฐานของอารยประเทศ