

## บทที่ 4

### วิเคราะห์สิทธิในการมีทนายความที่มีประสิทธิภาพโดยรัฐเป็นผู้จัดหาให้ แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีอาญา

การดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในระบบกฎหมาย Civil Law ของประเทศไทยได้ใช้หลักการตรวจสอบในการค้นหาความจริง (Investigatory system) จากพยานหลักฐานต่างๆ แต่ในทางปฏิบัติการพิจารณาคดี ศาลจะใช้ดุลพินิจสืบพยานเพิ่มเติมหรือเรียกสำนวนการสอบสวนจากอัยการมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยคดี เฉพาะกรณีที่ศาลเกิดความสงสัยในพยานหลักฐานของฝ่ายโจทก์ในการนำสืบความผิดของจำเลย ทั้งนี้เพื่อให้คู่ความสามารถดำเนินคดีอาญาอย่างยุติธรรมตามกระบวนการของกฎหมาย หากศาลทำการค้นหาความจริงหรือซักถามพยานโจทก์มากเกินไปอาจถูกกล่าวหาว่าลำเอียงคอยช่วยเหลือจำเลย ประกอบกับหลักกฎหมายสากลที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย การพิจารณาโดยเปิดเผยและการให้หลักประกันที่จำเป็นในการต่อสู้คดี

โดยจากการศึกษาทำให้ทราบว่าระบบการในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law มีลักษณะการดำเนินคดีอาญาที่คล้ายคลึงและแตกต่างกันไปดังต่อไปนี้

ในระบบ Common Law ได้ใช้คำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาพิพากษาคดี ระบบ Civil Law ใช้ประมวลกฎหมายและการตีความกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งในปัจจุบันระบบของการดำเนินคดีอาญาทั้งในระบบ Common Law และระบบ Civil Law ต่างใช้หลักในระบบการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาทั้งสิ้น กล่าวคือ

1. มีการแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน มีการจัดตั้งระบบอัยการให้เป็นองค์หนึ่งของกระบวนการยุติธรรม โดยมีหน้าที่รับผิดชอบการสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาและจำกัดอำนาจของผู้พิพากษาให้มีเพียงอำนาจในการพิจารณาคดี

2. ยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาจากเป็นผู้ถูกซักฟอกจากศาล “ตกเป็นกรรม” ในคดี ขึ้นเป็น “ประธาน” ในคดีตาม “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ต่อสู้คดีตามสิทธิของตนได้อย่างเต็มที่และห้ามดำเนินกระบวนการที่มีขอบด้วยกฎหมาย

3. ให้หลักประกันสิทธิแก่จำเลยในคดีอาญาในการมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญา โดยให้ทนายความมีหน้าที่ในการช่วยศาลค้นหาความจริงและเสนอความจริงให้ปรากฏต่อศาลที่มีส่วนรวมในการดำเนินคดีในฐานะเป็นผู้ที่คอยให้ความคุ้มครองสิทธิเพื่อรับประกันความยุติธรรมให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย

โดยระบบการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาได้แยกหลักการในการค้นหาความจริงออกเป็น 2 ระบบ คือ

1. การค้นหาความจริงแบบระบบกล่าวหา อันมีหลักการดำเนินคดีอาญาในลักษณะการต่อสู้คดีที่เป็นแบบปฏิบัติหรือที่เรียกว่า “ระบบการต่อสู้คดีโดยคู่ความ” (Adversarial system) ซึ่งมีที่มาจากการเล่นกันระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำผิด การพิสูจน์ความจริงโดยการต่อสู้ด้วยกำลังโดยศาลมีหน้าที่เป็นเพียงกรรมการตัดสิน หลักการต่อสู้ (Adversarial system or Fight Theory) จึงแบ่งบุคคลในคดีอาญาออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ผู้เสียหายซึ่งทำหน้าที่เป็นโจทก์ จำเลยและศาล เมื่อราษฎรเป็นผู้เสียหายตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน คู่ความจึงมีหน้าที่ในการนำเสนอพยานหลักฐานและซักค้านพยานเพื่อพิสูจน์ให้เห็นความจริง โดยศาลจะวางตัวเป็นการคอยควบคุมการดำเนินคดี

2. การค้นหาความจริงแบบระบบไต่สวน เป็นการดำเนินคดีอาญาในการตรวจสอบค้นหาความจริง (Truth Theory) หรือเรียกว่า “หลักการตรวจสอบ” (Investigatory system) โดยมีที่มาจากศาสนาของคริสต์ศาสนา พระผู้ทำการไต่สวนจะต้องทำหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐาน ซักถามพยานและชำระความโดยไต่สวนคดีด้วยตนเองตลอดทั้งการพิจารณาตัดสิน ไม่ใช่ลักษณะต่อสู้คดีกันระหว่างผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหา แต่เป็นการต่อสู้โดยตรงระหว่างรัฐกับผู้ถูกกล่าวหา จึงแบ่งบุคคลในคดีอาญาออกเป็น 2 ฝ่าย คือ รัฐที่เป็นผู้เสียหายและจำเลย เมื่อรัฐเป็นผู้เสียหายตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ รัฐจึงมีอำนาจในการตรวจสอบค้นหาความจริง โดยถือว่าศาล อัยการ ตำรวจ ฯลฯ เป็นผู้แทนของรัฐในการค้นหาความจริง

ซึ่งระบบการดำเนินคดีอาญาของไทยตามที่กล่าวไว้ในบทก่อนนั้นเป็นการนำเอาข้อดีของทั้งหลักค้นหาความจริงแบบต่อสู้ของระบบกล่าวหาและหลักการค้นหาความจริงโดยการตรวจสอบในระบบไต่สวนมาใช้ แต่คงไว้ซึ่งการดำเนินคดีอาญาตามหลักการตรวจสอบ (Adversarial system) ไว้เป็นหลักสำคัญ จึงทำให้องค์กรทุกองค์กรมีหน้าที่ต้องตรวจสอบค้นหาความจริงอย่างเคร่งครัดตามกฎหมาย โดยองค์กรทนายความย่อมถือเป็นองค์หนึ่งมีส่วนช่วยในการค้นหาความจริงในคดีอาญา

ด้วยเหตุนี้ทนายความจึงมีบทบาทสำคัญในการให้คำปรึกษาแนะนำ นำเสนอพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย ซักค้านพยานหลักฐานของฝ่าย

พนักงานอัยการหรือโจทก์ ตลอดจนคอยช่วยเหลือปกป้องคุ้มครองสิทธิของจำเลยมิให้เกิดการกระทำอันมิชอบจากเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งหากกล่าวถึงในเชิงเศรษฐศาสตร์แล้ว ถือว่านายความเป็นผู้ที่บริหารความเสี่ยงของลูกความ กล่าวคือ การดำเนินคดีถือเป็นความเสี่ยงและความไม่แน่นอนในผลแห่งคดีอันขึ้นอยู่กับฐานะของจำเลยและความยากง่ายของคดี ทางหลักเศรษฐศาสตร์ถือว่านายความเป็นผู้บริหารความเสี่ยง เป็นผู้สามารถลดความเสี่ยงและความไม่แน่นอนในคดีได้ดีกว่าตัวความหรือจำเลยเอง ซึ่งถือเป็นผู้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของจำเลยในด้านการจัดสรรทรัพยากร การโอนความเสี่ยงไปยังบุคคลที่สามารถบริหารความเสี่ยงนั้นด้วยต้นทุนที่ต่ำกว่า อาทิ ผู้ที่มีความรู้ความสามารถ มีความชำนาญและมีประสบการณ์ จึงเป็นกระบวนการที่ส่งผลให้ระบบมีประสิทธิภาพ<sup>239</sup>

ด้วยเหตุนี้นายความซึ่งมีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีอาญา เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยนั้น รัฐมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา โดยรัฐต้องจัดให้มีหลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีแก่จำเลยตามหลัก “อาวุธเท่าเทียมกัน” ให้แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการต่อสู้ดำเนินคดีของจำเลยดังที่กล่าวไว้ในบทก่อนอันเป็นไปตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) ทั้งรัฐยังต้องจัดหานายความขอแรงที่มีประสิทธิภาพให้แก่จำเลยในทุกๆ คดีที่รัฐมีหน้าที่แต่งตั้งนายความขอแรงให้แก่จำเลยด้วย อันเป็นมาตรการของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรม เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายและเยียวยาแก้ไขให้เหมาะสม การดำเนินคดีอาญาที่มีประสิทธิภาพนอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมแล้ว ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลยในระหว่างการดำเนินคดีด้วย สาเหตุเพราะการดำเนินคดีอาญาส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยโดยตรง

แต่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย จำเลยตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบฝ่ายโจทก์มาตลอดเพราะรัฐได้จัดตั้งระบบตำรวจและระบบอัยการที่เข้มแข็ง เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมด้วยงบประมาณจำนวนมหาศาล ซึ่งระบบงานสืบสวนสอบสวนและฟ้องร้องคดีอาญาแก่จำเลย โดยที่จำเลยแทบไม่มีโอกาสได้ใช้เครื่องมือหรือกลไกของรัฐที่จะช่วยให้จำเลยมีฐานะที่จะต่อสู้กับฝ่ายผู้เสียหายหรือโจทก์ได้อย่างเท่าเทียมกัน ดังคำที่กล่าวว่า “NO Right to Counsel is NO Right to Defend. NO Right to Defend means No Justice.” ดังนั้นสิทธิของจำเลยในคดีอาญา ที่จะได้รับความช่วยเหลือจากนายความเป็นสิ่งที่จะขาดเสียมิได้สำหรับสิทธิที่

<sup>239</sup> จาก “การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ : ศึกษากรณีข้อจำกัดการกำหนดค่าทนายความตามผลแห่งคดีโดยศาล,” โดย สุภวัชร มาลานนท์ และนุสรา สุขวิบูลย์, 2551, *บทบัญญัติ*, 64 (4), น. 81.

จะสู้คดี ซึ่งถือเป็นรากฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา หากปราศจากสิทธิดังกล่าวเสียแล้ว ความยุติธรรมจักเกิดขึ้นมิได้เลย<sup>240</sup>

#### 4.1 วิเคราะห์หลักกฎหมายในการมีทนายความโดยรัฐเป็นผู้จัดหาให้แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีอาญา

##### 4.1.1 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิในการมีทนายความของจำเลยที่รัฐจัดให้

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้คำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการมีทนายความที่มีประสิทธิภาพเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการมีทนายความในชั้นสอบสวนและชั้นพิจารณาคดี สิทธิในการได้รับทนายความที่ปรึกษาแก้ต่างคดี ต้องมีคุณภาพและมีประสิทธิภาพในการให้ช่วยเหลือแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยตามบรรทัดฐานคำพิพากษากฎหมายได้วางหลักให้ศาลต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลย ทั้งในความผิดอาญาที่มีโทษร้ายแรง (Felony) ความผิดอาญาที่มีโทษไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) และกรณีจำเลยเป็นผู้ยากไร้ไม่สามารถจ้างทนายความเองได้ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้

ซึ่งแนวบรรทัดฐานของสิทธิที่จำเลยได้รับทนายความโดยรัฐจัดหาให้เน้นให้เห็นถึงความสำคัญของการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ที่เป็นการต่อสู้คดีระหว่างคู่ความ (Adversary System) ทนายความจึงถือเป็นหลักประกันในความสามารถต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกันของจำเลย จึงมีความจำเป็นที่จำเลยจะต้องได้รับความช่วยเหลือจากผู้ที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านกฎหมาย<sup>241</sup> ด้วยเหตุนี้รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงจัดตั้งสำนักงานของทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender) เพื่อจัดระบบการทำงานของทนายความให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยถือว่าทนายความมีบทบาทสำคัญในการก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลและก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้เกี่ยวข้องซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้นแล้วหากผู้ต้องหาหรือจำเลยสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าทนายความที่ตนได้รับนั้นไม่มีประสิทธิภาพแล้วนั้น ในบางคดีศาลอาจกำหนดให้มีการพิจารณาคดีใหม่หรือยกฟ้องหากพบว่าทนายความที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่ทำหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพทนายความอย่างี่ควรเป็นได้ โดยมีได้คำนึงถึงอัตราโทษแต่คำนึงถึงเพียงแต่จำเลยไม่มีทุนทรัพย์พอและไม่สามารถจ้างทนายความเองได้เท่านั้น

<sup>240</sup> รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่องการช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลย : การสร้างความเสมอภาคและความยุติธรรมในระบบการดำเนินคดีอาญาของไทย (น. 15). เล่มเดิม.

<sup>241</sup> ระบบการจัดหาทนายความให้จำเลยในคดีอาญา (น. 24). เล่มเดิม.

สำหรับประเทศอังกฤษในปัจจุบันได้นำระบบสำนักงานทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender) ซึ่งเป็นแบบอย่างเหมือนประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ให้การจัดหาทนายความช่วยเหลือที่มีคุณภาพ โดยทนายความต้องมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่ามาตรฐานในการปฏิบัติงานที่กำหนดไว้สำหรับทนายความในสำนักงานเอกชนทั่วไปเพื่อช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยรัฐมีหน้าที่จัดหาทนายความให้แก่จำเลยที่ยากจนไม่สามารถจัดหาทนายความเองได้ จำเลยที่ศาลเห็นสมควรที่จำต้องมีทนายความช่วยเหลือโดยพิจารณาถึงสภาพแห่งข้อต่อสู้ของจำเลย และในคดีฆ่าผู้อื่น โดยประธานศาลฎีกาของประเทศไทยได้กำหนดหลักที่สำคัญในการให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญาว่าประชาชนจะต้องได้รับการบริการจากทนายความที่มีคุณภาพ จำเลยในคดีอาญามีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการสร้างความเสมอภาคในการอำนวยความสะดวกให้เท่าเทียมกับพนักงานอัยการ หากจำเลยไม่มีรายได้เพียงพอในการจัดหาทนายความรัฐต้องจัดหาทนายความให้โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และเพื่อช่วยให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมในทุกๆ ขั้นตอนของการดำเนินคดี

ตามรัฐธรรมนูญเยอรมันได้วางหลักในเรื่องสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลตามกฎหมายไว้ โดยวางหลักว่าบุคคลย่อมได้รับการปกป้องสิทธิจากการกระทำที่ไม่ถูกต้องและเป็นธรรมของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นศาล อัยการ หรือตำรวจ และบุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายโดยห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติแก่บุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง บุคคลทุกคนมีสิทธิในการได้รับคำแนะนำและการช่วยเหลือทางกฎหมายและการได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ แม้ผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ย่อมต้องได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้ โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาสามารถที่จะทำการร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตนเป็นผู้มีสิทธิที่จะได้รับคำปรึกษาคดีกับทนายความเพื่อทำการต่อสู้คดีได้ โดยทนายความที่มาจากการแต่งตั้งของศาลจะต้องได้ขึ้นทะเบียนไว้กับศาลเยอรมัน หรือเป็นอาจารย์สอนกฎหมายจากสถาบันอบรมทางกฎหมาย โดยทนายความผู้นั้นจะต้องมีความชำนาญและมีความรู้เพียงพอกับคดีนั้น

โดยรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นได้วางหลักในเรื่องสิทธิและความเสมอภาคของบุคคลไว้ โดยบัญญัติห้ามมิให้เลือกปฏิบัติต่อบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากทนายความที่มีประสิทธิภาพตลอดเวลาในการพิจารณาคดี เพราะการที่ให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งไม่มีความรู้ทางกฎหมายต้องมาต่อสู้คดีโดยตนเอง ย่อมเป็นการป้องกันตัวที่ไม่เพียงพอ จำต้องมีทนายความเป็นผู้แทนในการดำเนินคดีอาญาเพื่อคอยควบคุม

การดำเนินคดีอาญาตามขั้นตอนของกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมและหากจำเลยไม่สามารถออกค่าใช้จ่ายได้ด้วยตนเอง ให้รัฐเป็นผู้ออกค่าทนายความแก่จำเลยผู้นั้น

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้ให้การคุ้มครองแก่นุคคลในความเสมอภาคทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างของบุคคล สำหรับในคดีอาญากฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีความผิด ทั้งบุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยผู้ต้องหาและจำเลยมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา และได้รับความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ทั้งในคดีอาญาผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม มีโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอและการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ ซึ่งถือเป็นสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยที่รองรับไว้ตามรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

โดยหากวิเคราะห์บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองรับรองสิทธิในการมีทนายความของจำเลยที่รัฐจัดหาให้แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการต่อสู้ดำเนินคดีของจำเลย จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของทุกประเทศได้บัญญัติถึงสิทธิของจำเลยในการมีทนายความโดยรัฐเป็นผู้จัดหาให้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิแก่จำเลยตาม “หลักอาวูรเท่าเทียมกัน” และเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

โดยประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย Common Law อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ จะเน้นถึงประสิทธิภาพ คุณภาพของทนายความที่รัฐจัดหาให้แก่จำเลยว่าต้องมีประสิทธิภาพเทียบเคียงกับทนายความเอกชน ส่งเสริมช่วยเหลือจำเลยที่มีความยากจนไม่มีทุนทรัพย์และไม่สามารถจัดหาทนายความเองได้ การดำเนินคดีอาญาได้ตั้งอยู่บนหลักความเสมอภาค ความเป็นธรรมและความยุติธรรมตามหลักการดำเนินคดีอาญาแบบต่อสู้ที่รัฐต้องมอบอาวูรให้แก่คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อให้จำเลยได้พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย Common Law ได้ให้ครอบคลุมถึงจำเลยในทุกคดีให้สามารถขอรับความช่วยเหลือจากศาลเพื่อให้ตั้งทนายความแทนตนได้

สำหรับในกลุ่มระบบกฎหมาย Civil Law อย่างเช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย กฎหมายรัฐธรรมนูญได้ให้การคุ้มครองสิทธิแก่จำเลยว่าในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม จำเลยย่อมได้รับสิทธิที่จะปกป้องสิทธิของตนในกระบวนการยุติธรรม โดยการมีทนายความที่ศาลตั้งให้เป็นผู้คอยให้ความช่วยเหลือคดีแก่จำเลย โดยรัฐมีหน้าที่อำนวยความสะดวกแก่จำเลยตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

#### 4.1.2 บทบัญญัติกฎหมายในการรับรองสิทธิในการมีทนายความของจำเลยที่รัฐจัดให้

ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยกฎหมายในระดับสหรัฐที่เกี่ยวข้องกับการตั้งทนายความของรัฐให้จำเลยในคดีอาญานั้น ได้กำหนดให้ศาลแต่งตั้งทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญากฎหมายหรือคดีอาญาอื่นที่มีโทษถึงประหารชีวิต ตามที่ผู้ต้องหาหรือขอเป็นจำนวนไม่เกิน 2 คน โดยทนายความต้องเป็นผู้เรียนทางด้านกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับคดีที่มีโทษประหารชีวิต และในคดีฆาตกรรม ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นทนายความจะต้องเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภามาแล้วไม่ต่ำกว่า 10 ปี ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งสหรัฐ 18 sec 3005 และตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งสหรัฐ 18 sec 3006A ได้ให้อำนาจในการจัดทำโครงการเพื่อให้ความช่วยเหลือจำเลยที่ไม่สามารถจัดหาทนายความได้เนื่องจากจำเลยมีฐานะยากจนเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นในคดีอาญาที่มีความผิดร้ายแรง (มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป) หรือในคดีอาญาที่มีความผิดไม่ร้ายแรง (มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือโทษปรับ) คดีที่จำเลยเป็นผู้เยาว์ คดีที่จำเลยที่มีความผิดปกติทางจิตใจ เว้นเสียแต่จำเลยจะสละสิทธิการมีทนายความที่ศาลตั้งให้

สิทธิการมีทนายความของจำเลยนั้น จำเลยมีสิทธิที่จะสละสิทธิทนายความที่รัฐจัดหาให้เพื่อรับสารภาพในข้อกล่าวหาได้ แต่การสละสิทธินั้นต้องเกิดจากความสมัครใจ โดยจำเลยต้องมีความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริงในสิทธินั้น แต่อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิในการสละทนายความต้องขึ้นอยู่กับองค์ประกอบและรูปการณ์ของคดี รวมทั้งภูมิหลัง สติสัมปชัญญะและพฤติกรรมของจำเลย โดยถือเป็นหน้าที่ของศาลในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาที่จะต้องให้ความช่วยเหลือในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยเพื่อปกป้องสิทธิของจำเลย หากจำเลยได้สละสิทธิการมีทนายความเพราะมีความรู้ความสามารถ มีความเข้าใจอย่างแท้จริงในสิทธินั้น ก็ให้บันทึกถึงการสละสิทธินั้นไว้ด้วย แต่หากจำเลยได้สละสิทธิการมีทนายความเนื่องจากขาดความรู้ความสามารถตามสิทธิของรัฐธรรมนูญนี้แล้ว หากศาลพิพากษาลงโทษจำเลยจะถือเป็นการพรากซึ่งชีวิตและเสรีภาพของจำเลย หากกรณีศาลเห็นว่าจะเป็นการสมควรหรือไม่ที่จะให้จำเลยสละสิทธิการมีทนายความ ให้ศาลหมายเรียกตัวบุคคลให้มาปรากฏต่อหน้าผู้พิพากษาหรือศาลเพื่อตรวจสอบ<sup>242</sup>

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาที่รัฐจัดหาให้ของประเทศสหรัฐอเมริกา ย่อมมีความสัมพันธ์กับประเภทของความผิดอาญา อันหมายถึงมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษอาญาอยู่ในตัว และความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยอันเนื่องมาจากความยากจนไร้ทุนทรัพย์ในการจัดหาทนายความได้ด้วยตนเอง แต่สิทธิในการมีทนายความของจำเลยที่รัฐจัดหาให้นั้นไม่ถือเป็นเงื่อนไขโดยแท้ในการดำเนินคดี

<sup>242</sup> Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

กล่าวคือ จำเลยมีสิทธิที่จะสละสิทธิการมีทนายความของตนได้เพื่อรับสารภาพ แม้ในคดีความผิดอาญาที่โทษร้ายแรง เมื่อจำเลยได้รู้และเข้าใจถึงสิทธิในการมีทนายความเพื่อให้ความช่วยเหลือแล้ว ย่อมถือเป็นกระบวนการพิจารณาโดยชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับประเทศอังกฤษได้มีการตราพระราชบัญญัติการเข้าถึงความยุติธรรม (Access to Justice Act 1999) ขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการให้ความช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย “Legal Services Commission” (LSC) โดยคณะกรรมการฯ ได้จัดให้มีโครงการให้ความช่วยเหลือต่อสู้คดีอาญา The Criminal Defence Service 1999 ขึ้นอันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพสำหรับบุคคลที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาให้มีสิทธิมีทนายความอย่างเท่าเทียมไม่ว่าจะมีฐานะเช่นไร โดยสิทธิในการมีทนายความที่รัฐจัดหาให้แก่จำเลย ทั้งในคดีฆาตกรรม หรือในคดีที่ศาลเห็นสมควรว่าจำเลยต้องทนายความไว้คอยช่วยเหลือจำเลยโดยพิจารณาถึงสภาพแห่งข้อต่อสู้ของจำเลย และในทุกคดีจำเลยที่เป็นคนยากจนไม่สามารถจัดหาทนายความได้ โดยรัฐเป็นผู้จัดหาทนายความให้ด้วยการจัดเตรียมที่ปรึกษากฎหมายและทนายความเพื่อให้คำปรึกษาแนะนำช่วยเหลือต่อสู้ดำเนินคดีทั้งในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาคดีของศาล โดยทนายความเอกชนที่จะเข้ามาให้บริการแก่ประชาชนทางด้านกฎหมายจะต้องมีมาตรฐานในการให้บริการที่ดี และมีทนายความที่มีคุณสมบัติไม่ต่ำกว่าทนายความที่อยู่ในสำนักงานเอกชนที่รับว่าความโดยทั่วไป

ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าสิทธิในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาที่รัฐจัดหาให้ของประเทศอังกฤษมีความสัมพันธ์กับประเภทความผิดอาญา ความหนักเบาของโทษและความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยอันเนื่องมาจากความยากจนไร้ทุนทรัพย์ เช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่แตกต่างกันในเรื่องของสิทธิในการมีทนายความในคดีร้ายแรง เช่น ในคดีฆาตกรรมและคดีที่มีโทษอุกฉกรรจ์ทุกประเภท ศาลต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลยในทุกคดี การมีทนายความของจำเลยในคดีที่ร้ายแรงถือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี แต่สำหรับในคดีที่จำเลยเป็นคนยากจนหรือกรณีที่ศาลได้พิจารณาถึงสภาพแห่งข้อต่อสู้ของจำเลยแล้วเห็นสมควรจัดหาทนายความให้จำเลยเป็นพิเศษเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในคดี ถือเป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้ที่จะรับทนายความที่ศาลตั้งให้หรือไม่ก็ได้

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันแม้จะไม่มีลักษณะของการต่อสู้ระหว่างคู่ความสองฝ่ายอย่างเช่นการดำเนินคดีอาญาในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็ถือว่าทนายความมีบทบาทในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการดำเนินคดีอาญาให้เป็นไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมและรวดเร็ว ทั้งกฎหมายยังให้การรับรองสิทธิของจำเลยในการมีทนายความที่ศาลตั้งให้เพื่อให้ความช่วยเหลือในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา

คดีอาญา และจำเลยสามารถมีทนายความได้ถึง 3 คน โดยทนายความต้องได้ผ่านการอบรมจากสถาบันกฎหมายและมีประสบการณ์ในการว่าความไม่น้อยกว่า 1 ปี 3 เดือน หรือเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายในมหาวิทยาลัยของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือเป็นทนายความที่ได้รับการแต่งตั้งหรือคัดเลือกจากผู้พิพากษา และหากพบภายหลังว่าจำเลยไม่มีทนายความศาลต้องแต่งตั้งทนายความให้จำเลยทันทีหรืออาจใช้ดุลยพินิจเลื่อนการพิจารณาคดี การร้องทนายความของจำเลยนี้หากอัยการเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นที่จำเลยต้องมีทนายความอัยการก็อาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งทนายความให้จำเลยได้

โดยตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันได้ให้การรับรองสิทธิในการมีทนายความที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยไว้อย่างกว้างขวาง อันได้แก่ คดีที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรง (มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป) ซึ่งไม่ใช่การกระทำผิดซ้ำในทุกคดี คดีที่จำเลยต้องมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยให้รักษาตัวในสถานพยาบาลหรือห้ามประกอบอาชีพ คดีที่จำเลยถูกควบคุมตัวเหตุเพราะมีพฤติกรรมอันควรเชื่อได้ว่าจะหลบหรือเข้าไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน คดีที่จำเลยรักษาตัวอยู่ในสถานพยาบาล คดีที่สมควรมีความเห็นด้านสภาพจิตใจของจำเลย คดีที่มีการพิจารณาลับหลังจำเลย คดีที่ศาลมีดุลยพินิจหรือคู่ความร้องขอให้ตั้งทนายความให้จำเลยในกรณีที่จำเลยจำเป็นต้องมีทนายความ ทั้งในคดีความผิดอาญาร้ายแรงที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเป็นการยากเกินกว่าจำเลยจะสามารถที่จะดำเนินการโดยตนเองได้ และในคดีที่จำเลยไม่สามารถต่อสู้คดีเองได้เนื่องจากจำเลยเป็นคนบกพร่องทางร่างกาย หูหนวก หรือเป็นใบ้ ศาลมีหน้าที่ต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลยเหล่านี้

สิทธิในการมีทนายความจำเลยโดยรัฐจัดหาให้ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น อาจกล่าวได้ว่าสิทธิในการมีทนายความของจำเลยมีความสัมพันธ์กับประเภทของความผิดอาญา หรืออีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าสิทธิในการมีทนายความของจำเลยมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษอาญาเช่นเดียวกัน และสิทธิในการมีทนายความของจำเลยยังมีความสัมพันธ์กับความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยอันเนื่องมาจากความสามารถในการต่อสู้คดีของจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีอย่างแท้จริงมิใช่ด้วยสาเหตุจากความยากจน สิทธิในการมีทนายความนี้เป็นไปเพื่อปกป้องสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่อาจถูกละเมิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจากศาล อัยการหรือตำรวจ เพราะประเภทของความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดให้จำเลยต้องมีทนายความนั้น คือ จำเลยที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปย่อมได้รับความคุ้มครองในการประกันสิทธิในการมีทนายความอันเป็นการตระหนักถึงความสามารถในการดำเนินคดีของผู้ที่ตกเป็นจำเลยว่าต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐอย่างเหมาะสม ทั้งยังขยายสิทธิในการมีทนายความแก่จำเลยไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งสิทธิในการมีทนายความของจำเลยดังที่

กล่าวมานั้นถือเป็นเงื่อนไขโดยแท้ในการดำเนินคดีอาญา จำเลยจะสละสิทธิการมีทนายความไม่ได้ เพราะนอกจากทนายความจะช่วยคุ้มครองสิทธิของจำเลยให้จำเลยมีโอกาสดต่อสู้คดีเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองได้อย่างเต็มที่แล้ว ทนายความยังมีส่วนช่วยรัฐอำนาจความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาให้เป็นไปอย่างถูกต้องเที่ยงธรรมอีกด้วย

สำหรับประเทศญี่ปุ่นนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของญี่ปุ่นได้ให้สิทธิแก่จำเลยในการมีทนายความไว้อย่างกว้างมาก จำเลยสามารถจะจัดหาทนายความในเวลาใดก็ได้ ตั้งแต่การพิจารณาคดีในคราวแรกจนถึงที่สุดจำต้องมีทนายความอยู่ด้วยการพิจารณาคดีถึงจะมีผล และในกรณีที่จำเลยไม่สามารถจัดหาทนายความได้เนื่องจากความยากจนหรือสาเหตุอื่นศาลก็จะตั้งทนายความให้กับจำเลยตามที่ร้องขอ

ดังจะเห็นได้ว่าสิทธิในการมีทนายความจำเลยในคดีอาญาที่รัฐจัดหาให้ของประเทศญี่ปุ่นมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษและความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยอันเนื่องมาจากความสามารถในการต่อสู้คดีเพื่อปกป้องสิทธิของจำเลยเช่นเดียวกันกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และได้ครอบคลุมถึงสิทธิในการมีทนายความของจำเลยเนื่องจากความยากจน อันมีอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศ Common Law โดยกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่นได้ให้ประกันสิทธิการมีทนายความ โดยศาลมีหน้าที่ตั้งทนายความให้แก่จำเลยในความผิดที่มีอัตราโทษจำคุก 3 ปีขึ้นไป จนถึงอัตราโทษประหารชีวิต และสิทธิในการมีทนายความในคดีที่จำเลยเป็นผู้เยาว์ จำเลยเป็นผู้มีอายุเกินกว่า 70 ปี จำเลยเป็นคนหูหนวกหรือเป็นใบ้ จำเลยมีความผิดปกติทางจิตใจ และความจำเป็นในกรณีอื่นที่ศาลเห็นสมควรตั้งทนายความให้แก่จำเลย ศาลจะต้องจัดหาให้โดยไม่คำนึงว่าจำเลยได้ยื่นคำขอหรือไม่ ซึ่งกฎหมายได้ให้ดุลยพินิจแก่ศาลในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยไว้เป็นอย่างมาก และสิทธิในการมีทนายความของจำเลยนี้ถือเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญา

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยได้รับรองสิทธิของจำเลยไว้ จะเห็นได้ว่าสิทธิการมีทนายความของจำเลยนั้นมีความสำคัญอย่างมากในการดำเนินคดี ซึ่งเป็นหลักประกันว่าจำเลยมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยถือตาม “หลักอาวฐเท่าเทียมกัน” โดยสิทธิในการมีทนายความของจำเลยมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของโทษและความสามารถในการต่อสู้ดำเนินคดีของจำเลย ตามมาตรา 173 ได้วางหลักไว้ว่าในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มการพิจารณากฎหมายได้บังคับให้ศาลถามจำเลยว่าจำเลยมีทนายความหรือไม่ ถ้าจำเลยไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้จำเลย สิทธิในการมีทนายความตามหลักนี้ถือเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดี จำเลยจะปราศจากทนายความในการพิจารณาคดีไม่ได้

สำหรับในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่ว่าเท่าใด ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามี ทุนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทุนายความ ก็ให้ศาลตั้งทุนายความให้ การมี ทุนายความตามหลักนี้ถือเป็นสิทธิโดยแท้ของจำเลยที่จะมีทุนายความหรือไม่ก็ได้ ดังจะเห็นได้ว่า การมีทุนายความโดยรัฐจัดหาให้ของประเทศไทย ยังมิได้ให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงสิทธิในกร มีทุนายความของจำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยดังเช่นประเทศอื่นๆ กล่าวคือ จำเลยที่มีอัตราโทษจำคุก จำเลยจะมีทุนายความได้ต่อเมื่อจำเลยได้ร้องขอต่อศาลให้ตั้ง ทุนายความให้แก่ตน แต่หากจำเลยไม่ประสงค์จะมีทุนายความ ด้วยเหตุเพราะจำเลยไม่มีความรู้ ความเข้าใจถึงสิทธิในการต่อสู้คดีของตน หรือกรณีที่จำเลยไม่ต้องการที่จะให้คดีเป็นเรื่องเป็นราว ให้มากความ หรือในกรณีที่จำเลยกลัวว่าถ้าต่อสู้คดีแล้วตนอาจจะต้องถูกพิพากษาให้ต้องรับโทษ หนัก ทั้งนี้ศาลก็ไม่มีหน้าที่อธิบายถึงการให้ความช่วยเหลือของทุนายความในการคุ้มครองสิทธิ ของจำเลย และศาลก็ได้มีดุลยพินิจในการตั้งทุนายความให้แก่จำเลยถึงแม้ตามพฤติการณ์แห่งคดี จำเลยจำเป็นต้องมีทุนายความแต่หากจำเลยไม่ประสงค์จะมีทุนายความ ศาลก็ไม่อาจตั้งทุนายความ ให้แก่จำเลยได้เพราะ ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ศาลมีดุลยพินิจเช่นนั้นได้

การมีทุนายความในคดีอาญาถือเป็นเงื่อนไขโดยตรงกับความสามารถในการต่อสู้ ดำเนินคดีของจำเลย ดังนั้นจำเลยที่ได้รับอัตราโทษจำคุกซึ่งเป็นอัตราโทษส่วนใหญ่ในประเทศไทย ที่ได้รับในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายตาม เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริง เพราะถึงแม้อัตราโทษจำคุกจะมีผลกระทบต่อชีวิต สิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของจำเลยมากน้อยเพียงใด กฎหมายก็ยังถือเป็นสิทธิของจำเลยที่จะ เลือกรับการคุ้มครองจากทุนายความ ซึ่งการใช้สิทธิในการมีทุนายความที่ศาลตั้งให้ของจำเลยใน ประเทศไทยนั้นอาจยังมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ที่ตกเป็นจำเลยส่วนใหญ่เป็น ชาวบ้านธรรมดา เป็นผู้ที่มีความอ่อนด้อยทั้งในทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งจำเลยไม่มีความรู้ความ ความเข้าใจและตระหนักถึงสิทธิในการมีทุนายความของตนตามกฎหมาย ทั้งกระบวนการในการ ค้นหาความจริงแห่งคดีนั้น มีความซับซ้อนมากเกินไปที่ประชาชนโดยทั่วไปจะเข้าใจได้โดยง่าย เกินกว่าที่ประชาชนทั่วไปจะเข้ามาดำเนินการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง จำเลยย่อมไม่สามารถดำเนินการ ใดๆ เพื่อปกป้องสิทธิของตนได้อย่างครบถ้วนบริบูรณ์ อันเป็นเหตุให้จำกัดความสามารถในการ ดำเนินคดีของจำเลย จำเลยไม่อาจมีศักยภาพในการต่อสู้ดำเนินคดีได้อย่างสมบูรณ์หากปราศจาก ทุนายความ

หากจะเปรียบเทียบสิทธิในการมีทุนายความสำหรับคดีที่มีอัตราโทษจำคุกนี้กับประเทศ สหรัฐอเมริกา ที่การมีทุนายความถือเป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้ แต่การสละสิทธิในการมี ทุนายความของจำเลย ได้มีขั้นตอนและข้อบังคับที่เข้มงวด ประกอบด้วยดุลยพินิจของศาลว่าจะให้

จำเลยสละสิทธิในการมีทนายความหรือไม่ แต่สำหรับประเทศไทยจำเลยที่มีอัตราโทษจำคุก หากจำเลยมิได้ร้องขอ ศาลก็ไม่ต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลย ซึ่งมีได้มีหลักเกณฑ์ใดในการรับรองซึ่งสิทธิในการการสละสิทธิการมีทนายความของจำเลยที่มีอัตราโทษจำคุก ศาลเพียงมีหน้าที่ตามตัวบทกฎหมายว่าหากจำเลยมิได้ร้องขอให้ศาลตั้งทนายความให้ ศาลก็ไม่มีหน้าที่จำต้องตั้งทนายความให้แก่จำเลย ซึ่งจำเลยส่วนใหญ่ไม่อาจทราบได้ว่าการมิได้ร้องขอทนายความต่อศาลเป็นเสมือนการสละสิทธิในการมีทนายความที่ศาลจะตั้งให้ จำเลยมีโอกาสดำเนินถึงสิทธิในการมีทนายความ แต่มิได้ทราบถึงเหตุแห่งความช่วยเหลือจากทนายความ ว่าตนจะได้รับสิทธิในการช่วยเหลืออย่างไรบ้าง จำเลยมิได้มีความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริงในกระบวนการพิจารณาที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตน และศาลสามารถใช้ดุลยพินิจเพื่อแต่งตั้งทนายความให้แก่จำเลยในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลย จะแต่งตั้งได้เฉพาะตามบทบัญญัติของกฎหมาย

โดยตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ รัฐจำต้องคำนึงถึงการให้ความช่วยในการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในอัตราโทษจำคุกอันเป็นสิทธิของจำเลยในการมีทนายความอันเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญาโดยแท้ เพราะการที่จำเลยมีทนายความคอยช่วยเหลือนั้นจะสามารถเพิ่มศักยภาพในการต่อสู้คดีให้เท่าเทียมกันกับฝ่ายโจทก์ เสริมความเป็นประธานในคดีของผู้ถูกกล่าวหา ทำให้การใช้สิทธิของจำเลยในทางคดีมีความสมบูรณ์มากขึ้น พร้อมทั้งทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิของจำเลยในขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ยังเพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดจากกระบวนการยุติธรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ในการดำเนินคดีอาญาในทุกๆ ขั้นตอน เนื่องจากแม้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้ปฏิบัติงานอย่างรอบคอบครบถ้วนแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวก็ยังเป็นเพียงมนุษย์ปุถุชนธรรมดาที่อาจเกิดความผิดพลาด ผิดหลงได้ทุกขณะ การมีทนายความจึงมีความจำเป็นที่จะเข้ามามีส่วนช่วยแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นๆ<sup>243</sup> ถือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องความสามารถในการต่อสู้ดำเนินคดีของจำเลยและนำมาสู่ความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเช่นเดียวกับอารยประเทศ

โดยอาจสรุปได้ดังนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา จำเลยย่อมมีสิทธิได้รับทนายความโดยรัฐเป็นผู้จัดหาให้ในทุกคดี แต่การมีทนายความของจำเลยนั้นเป็นเพียงสิทธิโดยแท้ของจำเลย ที่จำเลยจะสละสิทธิการมีทนายความเมื่อจำเลยได้เข้าใจถึงสิทธิในการมีทนายความของตนหรือไม่ก็ได้ สำหรับประเทศอังกฤษแม้จะมีกฎหมายกำหนดให้ศาลตั้งทนายความให้แก่จำเลย แต่ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยในกรณีจำเป็นได้เว้นแต่จำเลยจะสละสิทธิในการมีทนายความนั้น สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่น สิทธิในการมีทนายความตามที่กฎหมายกำหนดถือเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดี จำเลยจะสละสิทธิในการมี

<sup>243</sup> รวมบทความด้านวิชาการ (น. 331). เล่มเดิม.

ทนายความที่ศาลตั้งให้ไม่ได้ แม้การมีทนายความของจำเลยนั้นจะมาจากการใช้ดุลยพินิจในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยของศาล จำเลยก็จะสละสิทธิในการมีทนายความนั้นไม่ได้ สำหรับประเทศไทยการตั้งทนายความให้แก่จำเลยเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ศาลไม่อาจใช้ดุลยพินิจในการตั้งทนายความให้แก่จำเลยในคดีใดได้ และสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในอัตราโทษจำคุกก็เป็นเพียงสิทธิโดยแท้ของจำเลย โดยมีได้มีกฎหมายคุ้มครองถึงสิทธิในการสละทนายความของจำเลยเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา อันนำไปสู่การสละสิทธิในการมีทนายความของจำเลยเนื่องจากความไม่รู้และไม่เข้าใจในสิทธิการมีทนายความของตน

## 4.2 วิเคราะห์ระบบทนายความขอแรงที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยในคดีอาญา

### 4.2.1 หลักเกณฑ์ของทนายความขอแรงที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยในคดีอาญา

ประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งในระดับสหรัฐและในระดับมลรัฐสามารถจัดทำโครงการเพื่อให้ความช่วยเหลือจำเลยที่ไม่สามารถจัดหาทนายความได้เองตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ในอำนาจของตนเองได้ อันประกอบด้วยทนายความจากเนติบัณฑิตยสภา Bar Association หรือตัวแทนการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย Legal Aid Agency หรือทนายความจากองค์กรการต่อสู้คดี Defender Organization โดยต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการตุลาการประจำภาคนั้นๆ โดยในระดับสหรัฐระบบการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาแบ่งออกเป็น 2 ระบบส่วนใหญ่ ระบบแรกคือระบบบัญชีรายชื่อของทนายความ ทนายความที่ปฏิบัติหน้าที่ในการเป็นตัวแทนแก่ต่างให้แก่จำเลยในคดีอาญา ต้องได้รับการคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อของทนายความเอกชนหรือได้รับการอนุมัติจากศาลสมาคมเนติบัณฑิตยสภาหรือตัวแทนการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย หรือทนายความจากองค์กรการต่อสู้คดี ซึ่งผู้พิพากษาจะทำการแต่งตั้งทนายความให้แก่จำเลยโดยพิจารณาเป็นรายคดีไป ระบบที่สองคือระบบองค์กรทนายความจำเลยของรัฐแห่งสหพันธรัฐ (Federal Defender Organizations) บุคลากรที่ปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรทนายความจำเลยของรัฐ ประกอบด้วยทนายความ เจ้าหน้าที่สืบสวนและพนักงานอื่นๆ ที่ให้การสนับสนุน ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่ทำงานเต็มเวลา ได้รับเงินเดือนประจำโดยการว่าจ้างจากรัฐบาลของสหพันธรัฐ

สำหรับในระดับมลรัฐระบบการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในคดีอาญาที่มีฐานะยากจน ไม่มีทุนทรัพย์เพียงพอ และไม่สามารถว่าจ้างทนายความเองได้ ทั้งในความผิดอาญาที่มีโทษร้ายแรง ความผิดที่มีโทษไม่ร้ายแรงและผู้ยากไร้ โดยในระดับมลรัฐได้ใช้ระบบการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาแตกต่างกันออกไป ได้แก่ ระบบทนายความเอกชนที่ศาลตั้งให้ (Assigned Counsel System) ระบบทนายความตาม

สัญญาจ้าง (Contract Attorney System) และระบบองค์กรทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender System) โดยแต่ละมลรัฐหรือท้องถิ่นก็สามารถใช้ระบบใดระบบหนึ่งหรือหลายระบบร่วมกันได้ โดยไม่ว่าระบบการจัดทนายความของรัฐให้แก่จำเลยในคดีอาญาแบบใด สิ่งสำคัญในการจัดทนายความนั้น คือ กฎหมายได้ให้ดุลยพินิจแก่ศาลที่จะคัดเลือกทนายความให้แก่จำเลยในคดีที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญหรือในคดีร้ายแรง หรือเป็นทนายความที่เป็นพนักงานของรัฐโดยตรงที่ได้ผ่านการสอบคัดเลือกรับรองที่มีประสิทธิภาพการทำงานของทนายความจะมีความแตกต่างกันเพียงอัตราค่าทนายความของแต่ละระบบ ที่รัฐเป็นผู้สนับสนุนงบประมาณในแต่ละระบบเท่านั้น แต่คุณภาพของทนายความได้ถูกคัดกรองโดยดุลยพินิจของศาลอีกครั้ง

โดยในปัจจุบันนี้ระบบการจัดทนายความของรัฐให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบ องค์กรทนายความจำเลยของรัฐ Public Defender ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบว่าความแตกต่างให้แก่จำเลยผู้ยากไร้ มีทนายความทำหน้าที่ประจำโดยได้รับเงินเดือนจากรัฐ และมีทนายความอาสาคอยดูแลการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการเปิดโอกาสให้ทนายความรุ่นใหม่ได้รับการฝึกฝน และถ่ายทอดประสบการณ์จากทนายความอาสา

สำหรับประเทศอังกฤษระบบการจัดทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาที่รัฐเป็นผู้จัดหาให้ทั้งในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาคดีของศาลได้มีหลายรูปแบบ เช่น โครงการทนายความตามสัญญาจ้าง (contracting) โครงการทนายความนั่งเวรให้คำปรึกษา (Duty Solicitor Schemes) และโครงการทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender Service) ที่ให้บริการด้านทนายความแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยอย่างมีประสิทธิภาพ ประหยัดงบประมาณและให้บริการตลอดอย่างต่อเนื่องจนจบคดี โดยมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่ามาตรฐานในการปฏิบัติงานที่กำหนดไว้สำหรับทนายความในสำนักงานเอกชนทั่วไป อันเป็นหลักประกันว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับการบริการที่มีคุณภาพจากระบบการจัดทนายความของรัฐให้แก่จำเลยในคดีอาญาตามโครงการให้ความช่วยเหลือต่อผู้ต้องหา The Criminal Defence Service ในปี ค.ศ.1999 ซึ่งอยู่ภายใต้การบริหารของคณะกรรมการให้ความช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย (Legal Services Commission) โดยผู้ที่มาเป็นทนายความต้องเป็นเนติบัณฑิต

การตั้งทนายความให้จำเลยในคดีอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ศาลจะเป็นผู้ตั้งทนายความให้แก่จำเลย จากทนายความที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับศาลเยอรมัน โดยทนายความนั้นจะต้องสอบผ่านการสอบอบรมทางกฎหมายและมีประสบการณ์ในการว่าความไม่น้อยกว่า 1 ปี 3 เดือนหรือเป็นอาจารย์สอนกฎหมายจากสถาบันอบรมทางกฎหมาย โดยทนายความผู้นั้นจะต้องมีความชำนาญและมีความรู้เพียงพอเกี่ยวกับคดีนั้น

ประเทศญี่ปุ่นในการจัดหาทนายความให้จำเลยในคดีอาญานั้น เมื่อจำเลยร้องขอต่อศาลว่าไม่สามารถจัดหาทนายความได้เนื่องจากความยากจนหรือสาเหตุอื่น ศาลจะตั้งทนายความให้แก่จำเลย (State Appointed Lawyers) ศาลจะเลือกทนายความจาก JLSC ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวงนั้น เมื่อ JLSC ได้รับคำขอศาลให้แต่งตั้งทนายความ JLSC จะเลือกทนายความเพื่อเป็นที่ปรึกษาให้แก่จำเลยจากบัญชีรายชื่อทนายความที่ลงทะเบียนไว้กับ JLSC โดย JLSC จะแจ้งระบุทนายความที่ได้รับเลือกให้ศาลทราบภายใน 24 ชั่วโมง นับจากคำขอของศาล และ JLSC จะเข้าทำสัญญาว่าจ้างกับทนายความดังกล่าว โดยจำเลยไม่มีสิทธิที่จะเลือกทนายความเอง ทนายความที่ศาลจัดหาให้นี้เป็นเนติบัณฑิตมีคุณสมบัติครบถ้วน<sup>244</sup>

ระบบการจัดหาทนายความของรัฐให้จำเลยในคดีอาญาของประเทศไทยโดยระบบทนายความขอแรงนั้น โดยศาลเป็นผู้ตั้งทนายความให้จำเลยในคดีอาญาซึ่งถือว่าเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในการให้หลักประกันสิทธิแก่จำเลย แต่ได้เกิดปัญหาเกิดขึ้นทั้งในระบบการเลือกทนายความจากบัญชีรายชื่อโดยเรียงตามลำดับการสมัครก่อนหรือหลัง หรือตามตัวอักษร โดยกฎหมายมิได้ให้ศาลใช้ดุลยพินิจใดเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกทนายความขอแรงให้แก่จำเลยได้อย่างเหมาะสมในข้อหาแห่งคดีและจำเลยเองก็ไม่มีสิทธิเลือกทนายความขอแรงที่ศาลได้ตั้งให้เช่นกัน โดยปัญหาคุณภาพขอทนายความขอแรงที่ศาลตั้งให้จำเลยในคดีอาญาของประเทศไทยสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

ในกรณีปัญหาของการขาดความรู้ความสามารถ ขาดประสบการณ์และความชำนาญในการว่าความของทนายความที่ศาลตั้งให้จำเลยในคดีอาญาเพื่อมาว่าความนั้น ทนายความขอแรงอาจมีความรู้ความสามารถไม่เพียงพอ กล่าวคือ เมื่อบุคคลดังกล่าวได้เป็นบัณฑิตทางกฎหมายจากสถาบันที่เนติบัณฑิตยสภารับรองแล้ว และได้ผ่านหลักสูตรการฝึกว่าความแล้วก็สามารถขึ้นทะเบียนเป็นทนายความได้เพราะมิได้มีกฎหมายกำหนดถึงคุณสมบัติของทนายความที่จะมาเป็นทนายความขอแรงว่าต้องมีคุณสมบัติอย่างไร และเมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ ทนายความส่วนใหญ่ที่มาเป็นทนายความขอแรงจะเป็นทนายความที่เพิ่งจบใหม่ประกอบกับอยู่ในระหว่างเรียกตัวเข้าทำงานในองค์กร สำนักงานหรือบริษัทต่างๆ โดยต้องการหาประสบการณ์ในการว่าความ แม้ทนายความจะมีความกระตือรือร้นแต่ก็ยังขาดทักษะในการปฏิบัติหน้าที่เพราะไม่เคยมีประสบการณ์ในการว่าความมาก่อน ทนายความขอแรงจึงไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่จำเลยได้มากเท่าที่ควร การที่ทนายความขอแรงลงชื่อเพื่อขอรับคดีขอแรงไปว่าความจึงเป็นหนทางหนึ่งของทนายความที่จะได้มีคดีว่าความ

<sup>244</sup> การจัดหาทนายโดยรัฐในคดีอาญา. หน้าเดิม.

ทั้งนี้เป็นการแสวงหาประสบการณ์ในเชิงคดีไปด้วย ดังนั้นการทำงานของทนายความใหม่จึงถือว่าเป็นการทดลองการว่าความ ซึ่งอาจมีผลทำให้ฝ่ายจำเลยเกิดการพลาดพลั้งในการดำเนินคดีอย่างไม่สมควรเนื่องด้วยการขาดความรู้ความสามารถของทนายความขอแรง ทำให้จำเลยเสียเปรียบในคดีและนำไปสู่การแพ้คดีได้ หรือทนายความนั้นมาเป็นทนายความขอแรงเพื่อต้องการว่าความเก็บคดีเพื่อให้มีคุณสมบัติที่จะนำไปสมัครสอบผู้ช่วยผู้พิพากษาหรือพนักงานอัยการ และทนายความที่สะสมคดีบางรายก็อาจว่าความอย่างขอไปที แนะนำให้จำเลยรับสารภาพเพื่อให้คดีเสร็จไปโดยเร็ว ซึ่งหากนำวิชาชีพทนายความขอแรงไปเปรียบเทียบกับวิชาชีพของทนายความสำนักงานหรือบริษัท จะเห็นได้ว่าทนายความของสำนักงานหรือบริษัทดังกล่าวหากมิได้ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็จะถูกกลืนโทษโดยการแข่งขันทางกลไกทางตลาดอันเป็นเครื่องมือตรวจสอบความมีประสิทธิภาพจากลูกค้า

หากแต่ทนายความดังกล่าวมิได้มีความรู้ความสามารถก็ไม่สามารถประกอบวิชาชีพ โดยได้รับความเชื่อถือจากลูกค้า ซึ่งในประเทศสากลต่างถือว่าทนายความจำเลยที่รัฐจัดหาให้ นั้นต้องมีความรู้ความสามารถ มีประสิทธิภาพเท่าเทียมกับทนายความในสำนักงานเอกชน แต่ทนายความขอแรงของไทยนั้นมิได้มีตลาดในการแข่งขันเพื่อคงความมีประสิทธิภาพ หากเป็นการทำงานตามความรู้ความสามารถที่ตนมีเท่านั้น อันเป็นการแบ่งแยกอย่างเห็นได้ชัดเจนว่า จำเลยที่รัฐจะจัดหาทนายความให้ นั้นต้องเป็นไปตามกฎหมาย คือ ในคดีที่อัตราโทษประหารชีวิตหรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกิน 18 ปี หรือเมื่อจำเลยที่มีอัตราโทษจำคุกหรือขอ

ซึ่งเงื่อนไขในการมีทนายความในการต่อสู้คดีนั้นเนื่องจากจำเลยต้องรับโทษประหารชีวิตอันเป็นโทษหนักและกระทำความผิดต้องสิทธิเสรีภาพที่กฎหมายคุ้มครอง จำเลยจึงต้องมีทนายความให้การช่วยเหลือในการดำเนินคดีทั้งปกป้องสิทธิของจำเลยในการดำเนินคดี เช่นเดียวกับจำเลยที่เป็นผู้เยาว์ที่ยังมีความบกพร่องในเรื่องความสามารถในการการต่อสู้คดี จึงต้องมีทนายความเพื่อปกป้องสิทธิของจำเลยเช่นกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐต้องจัดทนายความขอแรงให้แก่จำเลยตามกฎหมายนี้ แต่เมื่อทนายความขอแรงขาดความรู้ ขาดประสบการณ์และความชำนาญการว่าความย่อมมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการมีทนายความของจำเลย และจำเลยก็จำต้องยอมรับทนายความขอแรงที่อาจไม่มีความรู้ความสามารถเพียงพอที่จะมาว่าความนั้นคดีนั้นๆ ทั้งขาดความกระตือรือร้นในการทำงานเพราะมิได้อยู่ในกลไกตลาดเช่นเดียวกับทนายความของสำนักงานหรือบริษัท

ซึ่งจำเลยไม่มีสิทธิที่จะเลือกทนายความเองได้ แม้ต่อมาจำเลยจะเห็นว่าทนายความขอแรงนั้นไม่สามารถช่วยเหลือต่อสู้คดีให้แก่จำเลยได้อย่างเต็มที่ เต็มความสามารถ จำเลยก็ไม่มีสิทธิที่จะร้องขอทนายความคนใหม่ได้ จะมีสิทธิก็เพียงแต่สละทนายความขอแรงนั้นเสีย ส่วน

ทนายความขอแรงที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาล ถึงแม้ทนายความผู้นั้นจะทราบว่าตนไม่มีประสบการณ์หรือความชำนาญนั้นคดีประเภทนั้นๆ ก็ไม่สามารถปฏิเสธไม่รับว่าความได้ เพราะข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 มาตรา 5 กำหนดไว้ว่าหากทนายความไม่รับหน้าที่เมื่อผู้พิพากษาได้ขอแรงให้เป็นทนายความแก้ต่างในคดีอาญา เว้นแต่จะมีข้อแก้ตัวพอสมควร ดังนั้นหากทนายความปฏิเสธไม่รับการแต่งตั้งจากศาล ก็อาจถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนว่าประพฤติผิดมรรยาททนายความ และหากทนายความขอแรงได้รับการแต่งตั้งและรับว่าความให้แก่จำเลยแล้ว หากทนายความไม่ทำคดีต่อไปอาจถูกร้องเรียนว่าละทิ้งคดี ซึ่งถือว่าผิดมรรยาททนายความอย่างร้ายแรง

ซึ่งหากจำเลยเป็นผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจอยู่บ้างแล้ว ก็คงไม่ต้องการใช้สิทธิในการมีทนายความขอแรง กล่าวคือ จำเลยดังกล่าวแม้จะได้รับโทษประหารชีวิตแต่ถ้ามีทุนทรัพย์อยู่บ้างก็คงไม่ใช้สิทธิการมีทนายความขอแรงตามที่ศาลตั้งให้เพราะทนายความขอแรงไม่อาจดำรงไว้ซึ่งเสถียรภาพขององค์กรทนายความขอแรงได้ เป็นเหตุให้จำเลยรวมถึงกระทั่งประชาชนขาดความเชื่อมั่นในการช่วยเหลือจากทนายความขอแรงที่ดำเนินการโดยรัฐ ซึ่งนับว่าเป็นค่านิยมของสังคมที่แบ่งแยกในการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความขอแรงกับการได้รับประสิทธิภาพระหว่างคนยากจนและผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจ

ทั้งยังถือเป็นการขัดต่อความเสมอภาคของบุคคลตามรัฐธรรมนูญที่จะไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลใด ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีฐานะทางเศรษฐกิจเช่นใดก็ต้องได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายในมาตรฐานเดียวกัน และแม้จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ในทางปฏิบัติมิได้มีความสอดคล้องกับกฎหมาย กล่าวคือ ผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีมากกว่าคนยากจน เพราะมีทางเลือกในสังคมที่ดีกว่าและสามารถจ้างทนายความตามความสามารถในคดีของตนได้ อันเป็นการแสดงถึงธรรมเนียมปฏิบัติในการเลือกรับความคุ้มครองจากทนายความของผู้ที่ตกเป็นจำเลยในคดีอาญา ซึ่งหากจำเลยเป็นเพียงชาวบ้านที่ไม่มีความรู้หรือไม่มีทุนทรัพย์แล้ว ย่อมตกเป็นจำเลยของสังคมในทางกฎหมายและยังตกเป็นผู้เสียหายในการใช้สิทธิทางกฎหมายของตนเองด้วย เพราะจำเลยมิได้รับความคุ้มครองสิทธิตาม “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” อย่างแท้จริง อันเป็นผลให้สังคมไทยที่ประกอบด้วยผู้ที่มีรายได้น้อยและขาดความรู้ทางกฎหมายที่เป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ ยังคงมีทัศนคติที่ไม่มั่นใจเชื่อถือในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งในแนวความคิดและในทางปฏิบัติดังกล่าวมานั้นย่อมส่งผลกระทบต่อความศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมของประชาชนและก่อให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมเป็นที่สุด

ดังคำกล่าวที่ว่า “ทนายความนั้นก็เปรียบเสมือนนายแพทย์ ก็คนเป็นโรคนั้น ไม่ใช่เป็นโรคทางด้านร่างกายอย่างเดียว การเป็นโรคทางด้านจิตใจก็คือการเป็นความกั่นนั้น ก็ถือเป็น

โรคจิตอย่างหนึ่ง ซึ่งเกิดปัญหาในสังคม ฉะนั้นถ้าเราจะเอาหมอที่ไม่มีความชำนาญไปรักษาโรคซึ่งเป็นโรคทางสังคม กระผมคิดว่าน่าจะเป็นอันตรายมากกว่า” ทนายความนั้นเป็นวิชาชีพที่นอกจากจะมีความรู้แล้วก็ต้องมีความชำนาญในคดีนั้นๆ ด้วย<sup>245</sup> การแต่งตั้งทนายความขอแรงโดยมิได้มีกฎหมายวางหลักเกณฑ์ในเรื่องคุณสมบัติขอทนายความขอแรงไว้ ทำให้ศาลไม่ทราบว่าทนายความขอแรงมีความเหมาะสม มีความรู้ความชำนาญมีประสบการณ์ ในการต่อสู้คดีตามข้อหา นั้นหรือไม่ ซึ่งอาจมีผลทำให้จำเลยได้ทนายความขอแรงที่ไม่มีความชำนาญในการต่อสู้ดำเนินคดี และกฎหมายก็มิได้เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจในกรณีที่ศาลอาจเห็นได้ว่าจำเลยจำเป็นต้องมีทนายความเนื่องจากไม่สามารถต่อสู้คดีเอง หรือใช้ได้ดุลยพินิจในการตั้งทนายความขอแรงใหม่ ให้แก่จำเลยได้ แม้ศาลจะทราบถึงความเหมาะสมในความรู้ความสามารถ ประสบการณ์และความชำนาญในการดำเนินคดีของทนายความขอแรงก็ตาม ซึ่งเหตุดังกล่าวนี้มิได้ธำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมแก่จำเลยแต่อย่างใดเลย

ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษได้พัฒนาระบบทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender) ขึ้นมาเพื่อให้ความช่วยเหลือจำเลยที่มีฐานะยากจนให้ได้รับทนายความที่มีประสิทธิภาพ โดยระบบทนายความของจำเลยนี้ทนายความต้องเป็นเนติบัณฑิตและได้รับเงินเดือนรัฐ

สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีศาลจะเป็นผู้ตั้งทนายความให้แก่จำเลยจากทนายความที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับศาลเยอรมัน โดยทนายความนั้นจะต้องผ่านการสอบอบรมทางกฎหมายและมีประสบการณ์ในการว่าความมาไม่น้อยกว่า 1 ปี 3 เดือน

แต่สำหรับประเทศญี่ปุ่นที่ได้มีการให้ความช่วยเหลือในการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยที่ศาลตั้งไว้ในคดีอาญานั้น แม้จะได้มีศูนย์สนับสนุนทางกฎหมายประเทศญี่ปุ่นแต่ก็เป็นองค์กรมหาชนซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการร่วมมือระหว่างรัฐบาลแห่งชาติ รัฐบาลท้องถิ่น เนติบัณฑิตยสภาญี่ปุ่น สมาคมนักกฎหมายท้องถิ่น ศาลและองค์กรอื่นๆ โดยขึ้นตรงต่อเนติบัณฑิตยสภาญี่ปุ่นและมีได้รับเงินสนับสนุนจากรัฐแต่อย่างใด

และประเทศไทยกฎหมายมิได้มีการวางหลักถึงเกณฑ์ในการควบคุมคุณสมบัติในเรื่องความรู้หรือประสบการณ์ทนายความขอแรงไว้ ทนายความที่จบใหม่สามารถลงชื่อไปทนายความขอแรงได้

#### 4.2.2 หลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าตอบแทนแก่ทนายความในคดีอาญา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการจ่ายค่าตอบแทนทนายความที่ให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญาในสหพันธรัฐ แบ่งออกเป็นหลายแบบ เช่น ค่าตอบแทนเป็นรายชั่วโมงสำหรับ

<sup>245</sup> ทนายความขอแรง ความจริงที่สังคมควรรู้ (น. 15). เล่มเดิม.

ทนายความในระบบบัญชีรายชื่อของทนายความที่ได้รับการแต่งตั้งมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนสำหรับการดำเนินคดีในศาลไม่เกิน 60 ดอลลาร์สหรัฐต่อชั่วโมง และสำหรับการดำเนินคดีนอกศาลได้รับค่าตอบแทนไม่เกิน 40 ดอลลาร์สหรัฐต่อชั่วโมง แต่อัตราค่าตอบแทนของทนายความสามารถเพิ่มขึ้นได้ตามความเหมาะสมโดยคำนึงถึงอัตราค่าจ้าง

ค่าใช้จ่ายทั่วไปค่าตอบแทนขั้นสูงต่อคดีที่กฎหมายกำหนดให้จ่ายแก่ทนายความจากสมาคมเนติบัณฑิตยสภา ตัวแทนการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย หรือองค์กรทนายความจำเลยของชุมชนสำหรับการทำคดีที่มีโทษร้ายแรงไม่เกินคนละ 5,200 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับคดีที่มีโทษไม่ร้ายแรงไม่เกิน 1,500 ดอลลาร์สหรัฐ ส่วนการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์ทนายความจะได้รับค่าตอบแทนไม่เกินคนละ 3,700 ดอลลาร์สหรัฐ การดำเนินคดีในชั้นคณะกรรมการคุมประพฤติไม่เกินคนละ 1,200 ดอลลาร์สหรัฐ การอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการคุมประพฤติจะได้รับค่าตอบแทนไม่เกินคนละ 3,900 ดอลลาร์สหรัฐ ค่าตอบแทนของทนายความในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินคดีไม่เกินคนละ 1,200 ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งถือเป็นค่าตอบแทนในอัตราที่ค่อนข้างสูงรัฐบาลของสหพันธรัฐจึงต้องรับภาระโดยใช้งบประมาณเป็นจำนวนมากที่นำมาจากเงินภาษีของประชาชน

สำหรับการจ่ายค่าตอบแทนทนายความที่ให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญาในระดับมลรัฐ แบ่งออกเป็นค่าตอบแทนเป็นรายชั่วโมงในระบบบัญชีรายชื่อของทนายความ สำหรับการดำเนินคดีในศาลไม่เกิน 40 ดอลลาร์สหรัฐต่อชั่วโมง และสำหรับการดำเนินคดีนอกศาลได้รับค่าตอบแทนไม่เกิน 30 ดอลลาร์สหรัฐ แต่บางมลรัฐศาลอาจจ่ายแบบเหมารวม (Flat Fee Rate) ต่อประเภทคดี

ระบบทนายความตามสัญญาจ้าง จ่ายค่าตอบแทนโดยมีข้อตกลงรับว่าคดีเป็นรายปีแบบเหมาจ่ายทั้งปีโดยไม่คำนึงถึงปริมาณคดี ไม่คำนึงถึงเวลาที่แท้จริงที่ทนายความปฏิบัติหน้าที่ ไม่คำนึงถึงประสิทธิภาพของทนายความต่อคดีนั้น และไม่คำนึงถึงความยุ่งยากแห่งคดี ซึ่งปัญหาของระบบนี้ศาลเห็นว่าข้อตกลงการจัดหาทนายความแบบเหมาจ่ายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ระบบองค์กรทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender System) โดยทนายความจำเลยของรัฐมีลักษณะเป็นเจ้าพนักงานของรัฐหรือกึ่งพนักงานของรัฐทำงานเต็มเวลาและทำงานนอกเวลาโดยได้รับเงินเดือนจากรัฐ

สำหรับประเทศอังกฤษการจ่ายค่าตอบแทนทนายความที่ให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญา ตามโครงการทนายความตามสัญญาจ้างทนายความจะได้รับค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่โดยการเหมาจ่ายหรือจ่ายเป็นรายคดีและให้เบิกค่าจ้างเป็นรายเดือนต่อคณะกรรมการฯ โดยตรง และตามโครงการทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender Service) ทนายความที่

ปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานของรัฐได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนประจำ โดยคณะกรรมการฯ เป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ทนายความในการปฏิบัติหน้าที่โดยใช้งบประมาณจากเงินกองทุน

สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ทนายความที่ศาลตั้งให้จำเลยในคดีอาญาหรือทนายความที่จำเลยเลือกเอง โดยรัฐจะเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทน อันเป็นค่าตอบแทนคงที่สำหรับทนายความที่ศาลตั้งให้ และค่าตอบแทนตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับทนายความที่จำเลยหาเอง ตามกฎหมายว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนทนายความ Law on the Remuneration of Attorneys 2014 (RVG) โดยมีหลักเกณฑ์จ่ายค่าตอบแทนทนายความในแต่ละชั้นของการดำเนินคดี ซึ่งเมื่อเทียบจะเห็นได้ว่าค่าตอบแทนทนายความที่ศาลตั้งให้จำเลย จะได้รับค่าตอบแทนประมาณ 45% เมื่อเทียบกับค่าตอบแทนที่จำเลยได้เลือกเอง

ประเทศญี่ปุ่นการจ่ายค่าตอบแทนทนายความ โดยศูนย์สนับสนุนทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น (JLSC) อันเป็นองค์กรมหาชนผู้ทำสัญญาจ้างกับทนายความจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งค่าธรรมเนียมศาลและค่าทนายความที่ศาลตั้งให้จำเลย การให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยในคดีอาญานี้ได้รับงบประมาณสนับสนุนโดยเนติบัณฑิตยสภาญี่ปุ่น (JFBA) และสมาคมนักกฎหมายท้องถิ่น (Local Bar Association) โดยเนติบัณฑิตยสภาญี่ปุ่น (JFBA) จะทำการเก็บค่าสมาชิกธรรมดาและค่าสมาชิกพิเศษจากทนายความเป็นเงินอุดหนุนและการบริจาคเงินสมทบโดยผู้ต้องสงสัยและจำเลย โดยมีได้รับความช่วยเหลือทางงบประมาณจากรัฐ

สำหรับประเทศไทยนอกจากปัญหาในเรื่องความรู้ความสามารถ ประสบการณ์และชำนาญในการดำเนินงานของทนายความขอแรงที่ทำให้สิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีลดหย่อนลงแล้ว ยังมีปัญหาอันเป็นเหตุปัจจัยที่ทำให้ประสิทธิภาพและอัตราทนายความขอแรงที่ให้ความช่วยเหลือจำเลยลดลงนั้นคือ ปัญหาในเรื่องของอัตราค่าตอบแทนของทนายความขอแรงที่มีอัตราค่าตอบแทนเป็นจำนวนเงินที่น้อย ซึ่งเป็นสาเหตุทำให้ทนายความขอแรงขาดความกระตือรือร้น ไม่เอาใจใส่คดี ไม่มีแรงจูงใจในการต่อสู้ดำเนินคดีให้แก่จำเลย และอาจมีผลทำให้นำไปสู่การรับสารภาพของจำเลยทำให้เกิดความเสียเปรียบในทางคดี เช่น ในกรณีที่จำเลยไม่มีความรู้ความเข้าใจถึงสิทธิในการต่อสู้คดีของตน ในกรณีที่จำเลยไม่ต้องการที่จะให้คดีเป็นเรื่องเป็นราวให้มากความ หรือในกรณีที่จำเลยกลัวว่าถ้าต่อสู้คดีแล้วตนอาจจะต้องถูกพิพากษาให้ต้องรับโทษหนัก และในบางครั้งเพื่อให้คดีถึงที่สุดโดยเร็วไม่ต้องเสียเวลามาก ทนายความที่ไม่คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของจำเลยอาจให้คำชี้แนะจำเลยเพื่อให้จำเลยรับสารภาพ

โดยปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 173 (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2550 บัญญัติให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยตามระเบียบที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมได้กำหนดไว้ ซึ่งค่าตอบแทนของทนายความขอแรงที่ปฏิบัติหน้าที่

ให้ความช่วยเหลือแก่จำเลยได้รับตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำและขั้นสูง เช่น คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิตคดีละ 8,000 บาท แต่ไม่เกิน 50,000 บาท คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงประหารชีวิตคดีละ 6,000 บาท แต่ไม่เกิน 40,000 บาท และคดีอื่นนอกจากคดีดังกล่าวคดีละ 4,000 บาท แต่ไม่เกิน 30,000 บาท ซึ่งอัตราค่าตอบแทนของทนายความขอแรงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลและอัตราโทษของคดี โดยให้ศาลชั้นต้นเป็นผู้กำหนดเงินรางวัลให้ทนายความ โดยพิจารณาตามความยากง่ายของลักษณะคดีกับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความได้ปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้นๆ โดยให้คำนึงถึงความเอาใจใส่ในการดำเนินคดีและค่าใช้จ่ายที่ทนายความได้เสียไปประกอบด้วย ซึ่งการส่งจ่ายเงินรางวัลให้ในกรณีที่มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ให้ส่งจ่ายเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งแล้วหรือให้ส่งจ่ายเงินรางวัลเมื่อทนายความปฏิบัติหน้าที่เสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งจะเห็นได้ว่าอัตราค่าตอบแทนดังกล่าวเป็นจำนวนเงินที่สร้างความกระตือรือร้นและทำให้ทนายความขอแรงเกิดแรงจูงใจ เอาใจใส่ในคดี

แต่ในทางปฏิบัติของศาลจะเห็นได้ว่า ศาลก็ยังคงใช้ดุลพินิจเป็นผู้กำหนดเงินรางวัลให้ทนายความตามอัตราโทษของคดี ในอัตราค่าตอบแทนที่สูงกว่าอัตราค่าตอบแทนขั้นต่ำไม่มากนัก แม้ว่าระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมจะได้กำหนดค่าตอบแทนของทนายความขอแรงไว้ในอัตราค่าตอบแทนที่มีจำนวนแตกต่างกันเป็นอย่างมากระหว่างอัตราค่าตอบแทนขั้นต่ำกับอัตราค่าตอบแทนขั้นสูง แต่ในทางปฏิบัติก็มีได้นำอัตราค่าตอบแทนขั้นสูงมาเป็นอัตราค่าตอบแทนทนายความแต่อย่างใด ซึ่งศาลอาจเห็นว่าการเป็นทนายความขอแรงนั้น ทนายความขอแรงจำเป็นต้องเป็นผู้มีจริยธรรมในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน เป็นผู้มีความเสียสละ มีจิตอาสา มีอุดมการณ์ มีจิตสำนึกในวิชาชีพทนายความที่ต้องการใช้ความรู้ความสามารถในทางวิชาชีพเพื่อผลคุณความยุติธรรมในสังคม เพื่อให้เกิดความภาคภูมิใจในวิชาชีพทนายความขอแรง ประกอบกับศาลส่วนใหญ่มีการใช้บรรทัดฐานในการให้อัตราค่าตอบแทนตามอัตราโทษของคดี ซึ่งเป็นอัตราค่าตอบแทนที่สูงกว่าอัตราค่าตอบแทนขั้นต่ำไม่มากเท่าใดนัก

โดยการส่งจ่ายเงินรางวัลให้ตามอัตราโทษของคดีเช่นนี้ ศาลมิได้พิจารณาตามความยากง่ายของลักษณะคดี มิได้มีการเทียบเวลาการทำงานที่ทนายความได้ปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้นๆ มิได้คำนึงถึงความเอาใจใส่ในการดำเนินคดีและค่าใช้จ่ายที่ทนายความได้เสียไป เป็นการส่งจ่ายเงินรางวัลให้ตามอัตราโทษของคดีที่ได้มีบรรทัดฐานเป็นอัตราค่าตอบแทนไว้แล้วเมื่อเปรียบเทียบกับอัตราค่าตอบแทนในคดีก่อนๆ จึงถือว่ามิได้มีการพิจารณาความรู้ความสามารถในการดำเนินคดีของทนายความขอแรง ทั้งการเบิกค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติหน้า ยังเป็นเรื่องยุ่งยากเสมือนอัตราค่าตอบแทนดังกล่าวมิได้เป็นแรงกระตุ้นให้ทนายความขอแรงเกิดแรงจูงใจหรือเอาใจใส่ในการดำเนินคดี ดังนั้นไม่ว่าทนายความขอแรงจะมีความรู้ความสามารถ มีความชำนาญ มี

ความตั้งใจเอาใจใส่คดี หรือเป็นทนายความที่เพิ่งจบใหม่ที่ยังมีความรู้ความสามารถไม่เพียงพอมาเป็นทนายความขอแรงเพื่อหาประสบการณ์ ก็มีได้มีความแตกต่างในอัตราค่าตอบแทนแต่อย่างใด

ทั้งนี้ผู้พิพากษาส่วนใหญ่ยังเห็นว่าทนายความขอแรงมักละเลยคดีเนื่องจากคดีขอแรงนั้นเป็นคดีที่ทนายความขอแรงได้รับค่าตอบแทนน้อย ดังนั้นในทางปฏิบัติศาลส่วนมากจะพบว่าทนายความขอแรงไม่มาศาลตามกำหนดเวลานัด หรือขอเลื่อนคดีบ่อยๆ ในกรณีที่มีการส่งประเด็นไปสืบยังศาลอื่นทนายความขอแรงมักจะไปตามประเด็นไป โดยอ้างว่าไม่มีค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ประกอบกับทนายความไม่สนใจสืบข้อเท็จจริงจากจำเลยหรือพยาน ว่าความโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงในคดี ทำให้ไม่ค่อยซักความเพื่อคัดค้านพยานโจทก์ การรายงานผลเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของทนายความที่บกพร่องในบางเรื่องศาลได้แจ้งพฤติการณ์ยังสภาพทนายความแล้วแต่เรื่องก็เงียบหายไปไม่ได้รับคำตอบจากสภาพทนายความจะทำให้ทนายความท่านนั้นได้ใจ และอาจไปก่อความเสียหายในคดีอื่นๆ ได้<sup>246</sup>

แต่หากพิจารณาให้ดีจะเห็นว่าทนายความขอแรงมีหน้าที่ที่จะต้องเตรียมคดี ดำเนินการเสาะหาพยานหลักฐาน ข้อมูลในคดี เช่น เดินทางไปดูที่เกิดเหตุ สอบถามพยานแวดล้อมด้วยตนเอง ทั้งยังต้องออกค่าใช้จ่ายในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย โดยต้องออกจ่ายใช้เองไปก่อน ซึ่งในสังคมปัจจุบันคงเป็นเรื่องยากสำหรับทนายความขอแรงที่จะต้องออกค่าใช้จ่ายเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงแห่งคดีเองเพราะเศรษฐกิจทางสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก การเป็นทนายความขอแรงด้วยจิตอาสาเพียงอย่างเดียวในสังคมเช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องที่ปฏิบัติได้ยาก หากแม้ทนายความขอแรงจะมีคุณสมบัติในด้านความรู้ความสามารถทั้งมีใจรักและภาคภูมิใจในวิชาชีพ มีประสบการณ์ในทางคดี มุ่งมั่นตั้งใจทำคดีและเป็นผู้เสียสละเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม แต่หากไม่สามารถดำรงเลี้ยงชีพได้ ก็คงไม่สามารถทำหน้าที่เป็นทนายความขอแรงได้ตลอดไป

ประกอบกับการทำงานของทนายความขอแรงนั้นมิได้เป็นระบบเกื้อหนุนช่วยเหลือกันระหว่างทนายแต่เป็นเรื่องต่างคนต่างทำงานในคดีของตน แต่ในทางกลับกันพนักงานอัยการมีพนักงานสอบสวนคอยทำหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐาน โดยเฉพาะหากมีการส่งประเด็นไปสืบพยานที่ต่างจังหวัด ทนายความขอแรงจำต้องออกค่าใช้จ่ายต่างๆ เอง และอาจเบิกค่าใช้จ่ายภายหลังไม่เท่ากับจำนวนเงินที่ตนต้องเสียไป อาจทำให้ทนายความขอแรงไม่ตามประเด็นไปสืบหรือซักค้านให้แก่จำเลย ทำให้ตัวความหรือผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องเรียนว่าละทิ้งคดี ซึ่งถือว่าผิดมรรยาททนายความอย่างร้ายแรง และอาจถูกลงชื่อจากการเป็นทนายความได้ แต่ขณะที่พนักงาน

<sup>246</sup> จาก การศึกษาระบบทนายขอแรง (น. 92), โดย วรศักดิ์ สิตติสาร, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อัยการผู้ส่งเรื่องไปสืบพยานที่ต่างจังหวัดก็ไม่จำเป็นต้องตามไป แต่ส่งเรื่องให้พนักงานอัยการในจังหวัดนั้นเป็นผู้สืบพยานแทนได้ ทำให้เห็นถึงความเหลื่อมล้ำในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมให้แก่ฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย และผู้ที่ได้รับผลกระทบดังกล่าวก็คงหนีไม่พ้นจำเลย

ปัญหาในเรื่องอัตราค่าตอบแทนนี้ ซึ่งเมื่อนำอัตราค่าตอบแทนของทนายความขอแรงมาเปรียบเทียบกับอัตราค่าเงินเดือนของผู้พิพากษาและพนักงานอัยการก็จะถือว่าน้อยมาก ในขณะที่ศาลและอัยการสามารถเรียกร้องค่าตอบแทนจนมีบัญชีอัตราเงินเดือนของตนสูงขึ้นทุกปี แต่ทนายความขอแรงกลับมีเพียงระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ซึ่งอัตราค่าตอบแทนขึ้นอยู่กับอัตราโทษของคดี และดุลยพินิจของศาล ไม่ได้ขึ้นอยู่กับประสบการณ์หรือความชำนาญของทนายความขอแรง ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าทนายความขอแรงคนนั้นจะรับว่าความเป็นทนายความขอแรงมานานเท่าไร ทั้งผู้มีสิทธิกำหนดอัตราค่าตอบแทนก็มีผู้ใช้ผู้มีวิชาชีพทนายความ ทั้งที่ผู้พิพากษาพนักงานอัยการและทนายความมีบทบาทหน้าที่ร่วมกันในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ยิ่งระหว่างพนักงานอัยการกับทนายความที่ให้ความช่วยเหลือด้วยแล้วจะเห็นได้ว่าต่างฝ่ายต่างค้นหาความจริงเพื่อกลั่นกรองให้ได้ความยุติธรรมแก่จำเลยที่บริสุทธิ์ให้มีต้องตกเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาด และให้ได้ผู้ที่กระทำความผิดอย่างแท้จริงเพื่อนำมาลงโทษให้เหมาะสมแก่ความผิดของผู้กระทำ แต่เมื่อเปรียบเทียบกันแล้ว ทนายความขอแรงที่ให้ความช่วยเหลือกับมิได้รับอัตราค่าตอบแทนที่เพียงพอ

เนื่องจากอัตราค่าตอบแทนที่รัฐจ่ายให้เป็นจำนวนเงินที่น้อยเกินไป จึงเป็นสาเหตุทำให้ทนายความไม่มีแรงจูงใจในการทำงาน รวมทั้งวิธีการจ่ายเงินค่าตอบแทนในการปฏิบัติงานยังมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและต้องใช้ระยะเวลานาน ด้วยเหตุนี้จึงมีผลทำให้ทนายความที่มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ในคดีอาญาไม่มาเป็นทนายความขอแรงเพราะไม่อาจดำรงชีพได้ด้วยเพียงอัตราค่าตอบแทนที่ศาลให้เพียงอย่างเดียว จึงหันไปเป็นทนายความสำนักงานเอกชน ซึ่งสามารถหาเงินตอบแทนได้มากกว่าตามความสามารถของตน ทำให้ทนายความที่มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ไม่ยอมมาเป็นทนายความขอแรง โดยส่วนใหญ่ทนายความที่มีจิตอาสาที่จะมาช่วยเหลือเป็นครั้งคราว โดยที่ทนายความมิได้มีวิชาชีพเป็นทนายความขอแรงเพียงอย่างเดียวโดยอาจมีหน้าที่ตำแหน่งในสำนักงานทนายความอื่น หรือเป็นทนายความอิสระที่มีจิตอาสาให้ความช่วยเหลือแก่จำเลย ด้วยเหตุดังที่กล่าวมาจึงเป็นปัจจัยนำไปสู่การให้ความช่วยเหลือจำเลยของทนายความที่ไม่เพียงพอต่อความต้องการของจำเลย

จะเห็นได้ว่าทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษได้นำเอาระบบทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender) มาใช้ เพื่อให้ความช่วยเหลือจำเลยที่มีฐานะยากจนให้ได้รับทนายความ ที่มีประสิทธิภาพโดยรัฐเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนทนายความที่ศาลตั้งให้จำเลยในคดีอาญา

นั้น รัฐเป็นผู้ออกค่าตอบแทนโดยถือว่าทนายความดังกล่าวเป็นพนักงานของรัฐ ทำงานเต็มเวลา หรือนอกเวลาอันเป็นพนักงานราชการและได้รับเงินเดือนจากรัฐเช่นเดียวกันกับผู้พิพากษาและ อัยการ

ซึ่งตามที่กล่าวมานั้นการดำเนินคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ เป็นการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนโดยถือว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นประชาชนเป็นผู้เสียหาย แม้การดำเนินคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกจะเป็นดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ แต่ระบบ ในการค้นหาความจริงของทั้ง 2 ประเทศนี้มีลักษณะเป็นการต่อสู้คดีระหว่างคู่ความ รัฐมีหน้าที่รับ ฟังพยานหลักฐานจากคู่ความและตัดสินจากพยานหลักฐานนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ส่งเสริมให้การ ช่วยเหลือให้คู่ความสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ตามหลักอาวฐเท่าเทียมกัน

แต่หลักการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเมื่อมี การกระทำความผิดเกิดขึ้นถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย รัฐจึงมีอำนาจดำเนินคดีอาญาใดๆ แก่ผู้ถูก กล่าวหา และการค้นหาความจริงในคดีของไทยเป็นหลักการตรวจสอบ โดยถือเป็นการต่อสู้ โดยตรงระหว่างรัฐผู้เสียหายกับจำเลย และในฐานะของรัฐฯ ย่อมเป็นผู้มีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีการ ประกันสิทธิในการต่อสู้คดีแก่จำเลยตามหลักอาวฐเท่าเทียมกัน ให้จำเลยได้มีทนายความให้ความ ช่วยเหลือในคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยตามกระบวนการยุติธรรม

ดังนั้นเมื่อหลักการค้นหาความจริงในคดีของประเทศไทยมิใช่การต่อสู้ระหว่างโจทก์ และจำเลยแล้ว การที่รัฐจะจัดตั้งองค์กรเพื่อให้ความช่วยเหลือด้านทนายความแก่จำเลย เพื่อ ส่งเสริมประสิทธิภาพในกระบวนการทนายความที่รัฐจัดหาให้และแก้ไขปัญหาระบบอัตรากำลังตอบแทน ทนายความที่รัฐตั้งให้จำเลย ดังเช่นองค์กรทนายความจำเลยของรัฐ (Public Defender) ย่อมเป็น การขัดต่อระบบกฎหมายของไทย อันมิใช่หลักการค้นหาความจริงในคดีตามหลักปรับภัย เพราะ ตามระบบกฎหมาย Civil Law ของประเทศไทยได้ใช้หลักในการค้นหาความจริงตามหลักการ ตรวจสอบ ทำให้องค์กรของรัฐทุกฝ่ายต่างมีหน้าที่ในการตรวจสอบค้นหาความจริงเพื่อให้ได้ความ จริงแท้ในคดี และสิทธิในการมีทนายความของจำเลยโดยรัฐจัดหาให้นั้นก็เพื่อให้กระบวนการ พิจารณาคดีอาญาของจำเลยเป็นไปอย่างเป็นธรรม และช่วยลดความผิดพลาด ผิดหลง ที่อาจ เกิดขึ้นจากกระบวนการยุติธรรมที่เจ้าพนักงานผู้ทำหน้าที่นั้น ยังคงเป็นเพียงมนุษย์ปุถุชนธรรมดาที่ อาจเกิดความผิดพลาดหรือผิดหลงในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดๆ ได้ทุกขณะ ซึ่งทนายความ เป็นผู้อยู่ในวิสัยที่จะแก้ไขข้อผิดพลาดหรือผิดหลงนั้น และมีส่วนช่วยให้การดำเนินคดีอาญา เป็นไปตามขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม

รัฐจึงต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิในการมีทนายความของจำเลยที่มีประสิทธิภาพ สามารถรับรองการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสม โดยตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ รัฐจึงมี

หน้าที่ที่ต้องเข้ามามีส่วนให้ความช่วยเหลือในการจัดหาทุนความที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้ความช่วยเหลือคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม จึงอาจถือได้ว่า ประสิทธิภาพในการให้ความช่วยเหลือของทุนความขอแรงเป็นหลักประกันสิทธิของจำเลยที่จะก่อให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีตาม “หลักอาวุธเท่าเทียมกัน” และสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องความสามารถในการดำเนินคดีของจำเลยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างแท้จริง

สำหรับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีกฎหมายวางหลักในเรื่องค่าตอบแทนทุนความไว้เป็นเฉพาะอันมีขั้นตอนรายละเอียดในการจ่ายค่าตอบแทนในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดีและอัตราค่าตอบแทนดังกล่าวเป็นอัตราค่าตอบแทนที่ตายตัวสำหรับสำหรับทุนความที่ศาลตั้งให้โดยถือว่าอัตราค่าตอบแทนทุนความที่ศาลตั้งให้จำเลยคิดได้เป็นจำนวนประมาณร้อยละ 45 เมื่อเทียบกับค่าตอบแทนที่รัฐจ่ายให้ทุนความที่จำเลยเลือกเองซึ่งถือว่าอัตราที่ค่อนข้างเหมาะสมและเหมาะสมสำหรับการศึกษาเพื่อนำมาพัฒนาหลักกฎหมายของประเทศไทยต่อไป