

การมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ในฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ
เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีของประเทศไทย

1. วิวัฒนาการในการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดี
อาญาของประเทศไทย

หากพิจารณาหนังสือไทยเก่า ๆ เท่าที่พอค้นพบได้ในปัจจุบันไม่ปรากฏว่าได้มีการบันทึกไว้แต่ประการใดเลยว่ทนายความได้มีกำเนิดขึ้นในสมัยใดและมีลักษณะอย่างไร แม้ในศิลาจารึกของพระเจ้ารามาแกแห่งมหาราชอันเนื่องกันในช่วงนักประวัติศาสตร์กฎหมายไทยว่า ส่วนหนึ่งแห่งข้อความในศิลาจารึกนั้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยเรา ถ้าพิจารณาโดยละเอียดก็เป็นที่ยอมรับกันเพียงว่า มีการจารึกข้อความถึงเรื่องกระบวนการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมไปสู่พวชน ซึ่งประกอบด้วยการตัดสินความ (แสงความ) ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต แต่ไม่ได้มีการจารึกคำว่า "ทนายความ" หรือจารึกว่าในการดำเนินกระบวนการตัดสินความนั้นมีทนายความเข้าไปช่วยเหลือกระบวนการทางศาลในตอนใด ๆ เลย จึงเชื่อได้ว่าในรัชสมัยของพระเจ้ารามาแกแห่งมหาราชย้อนขึ้นไปไทยเรายังหาไม่มีทนายความเข้าไปช่วยเหลือในการพิจารณาคดีในศาลแต่อย่างใดไม่¹

การบัญญัติคำว่า "ทนาย" อันตรงกับทนายความในปัจจุบันเพิ่งได้รับการบัญญัติเป็นทางการในกฎหมายพระอัยการ ลักษณะรับฟ้องเป็นครั้งแรกซึ่งตรงกับรัชสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 คือพระเจ้าอู่ทอง รัชกาลที่ 1 แห่งสมัยกรุงศรีอยุธยาเมื่อ พ.ศ.1899 ดังมีข้อความมาตรา 20 ว่า "...ให้แต่งตั้งทนายต่างตัวกันในอาญา..." การที่มีกฎหมายบัญญัติเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าขณะบัญญัติกฎหมายนั้นไทยเราน่าจะมีบุคคลผู้ประกอบอาชีพเป็นทนาย หรือนัยหนึ่งทนายย่อมเกิดขึ้นแล้ว จึงได้มีการนำมาบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

¹สุจริต ถาวรสุข. ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ, พระนคร: โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์, 2513 หน้า 203.

รัชสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 ของพระเจ้าอู่ทองนั้น ทรงเริ่มครองราชย์เป็นเจ้าเมืองอู่ทองเมื่อ พ.ศ.1887 สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 พระเจ้าอู่ทองในทางประวัติศาสตร์ได้ยอมรับกันว่า ทรงได้ปรับปรุงการปกครองบ้านเมืองโดยนำวิธีการของกรุงสุโขทัยและวิธีการของขอมมาผสมผสานกันแล้วนำมาวางวิธีการใหม่ในกรุงศรีอยุธยา เพื่อจะให้บ้านเมืองดำเนินไปโดยเรียบร้อยได้ทรงบัญญัติ และประกาศชักกฎหมายอันเป็นรากฐานในการปกครองและการศาลไว้หลายฉบับ และมีการบัญญัติพระอัยการลักษณะรับฟ้องรับรู้การมีทนายความขึ้น ซึ่งเชื่อว่าทนายความน่าจะมีมาก่อนแล้วนั้น ทว่าที่น่าเชื่อต่อไปได้อีกว่ากระบวนการศาลที่มีทนายความน่าจะมีมาก่อนหน้าสมัยกรุงสุโขทัยแล้ว อาจจะเป็นสมัยหลังพระเจ้ารามกษัตริย์แห่งมหาราช เป็นสมัยพญาเลอไทย หรือสมเด็จพระมหาธรรมราชาลิไทยแล้วก็ได้ สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 จึงทรงบัญญัติให้มีทนายแก่ต่างในอาญาได้ในปี พ.ศ.1899

แม้จะอนุมานได้ว่า ทนายความน่าจะมีมาก่อนปีที่บัญญัติกฎหมาย แต่ก็ควรถือได้ว่าปี พ.ศ.1899 เป็นปีกำเนิดทนายความไทย มีลักษณะเป็นหลักฐานแน่นอนปี พ.ศ.1899 จึงเป็นจุดกำเนิดของทนายความไทยอย่างชัดเจน²

แม้ได้มีบทบัญญัติให้มีทนายความอันเป็นตัวบุคคล ดังบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะรับฟ้อง "...แต่ทนายต่างตัวแก้อาญา..." ก็ตาม ในสมัยครั้งนั้นก็ห้ามมีบทบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ของทนายความไว้โดยเฉพาะไม่ กระบวนการอันเกี่ยวกับการจะทำการสืบพยานหรือทำหน้าที่ว่าความของทนายในกรณีอื่นก็ไม่มียกกฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะบทบัญญัติในพระอัยการลักษณะพยานก็ดี ลักษณะคาน้ำลุยเพลิงอันเป็นวิธีการพิสูจน์ค้นหาความจริงในครั้งนั้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ประกาศใช้ในเวลาใกล้เคียงกันก็ห้ามกล่าว เรื่องการทำหน้าที่แทนตัวของทนายความไม่ และหากจะพิจารณาเรื่องราวในหนังสืออื่นเช่น บทประพันธ์วรรณคดีต่างๆ เท่าที่พอจะหาได้ก็ไม่ปรากฏมีการกล่าวถึงเรื่องหน้าที่ของทนายความไว้แต่อย่างใด โดยเฉพาะหากพิจารณาความเป็นจริงในทางประวัติศาสตร์กฎหมายและงานในกระบวนการศาลในลักษณะ เปรียบเทียบแล้วจะ เห็นได้ว่ากระบวนการศาลที่ทนายปฏิบัติจริงโบราณสืบเนื่องมานั้น เป็นเรื่องการแต่งหรือเรียบเรียงข้อความ

²สุจริต ถาวรสุข, ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ หน้า 205.

อันเป็นหนังสือ โดยเฉพาะคำฟ้อง คำให้การและคำร้อง คำแถลง เป็นสำคัญ ส่วนการให้
 หมายความเข้าชักร้านถามถึงพยานนั้นหมายความไทยในยุคแรกมิได้มีการทำกันเลย และดูเหมือน
 เรื่องการชักร้านถามถึงพยานเป็นเรื่องของศาลเป็นส่วนใหญ่ แม้ในยุคแรกจะมีกฎหมายบัญญัติให้มี
 ทนายแต่ในทางปฏิบัติทนายความไทยคงทำงานให้ตัวความอยู่หลังฉาก ด้วยเหตุนี้ทนายความไทย
 ในยุคโบราณจึงไม่มีชื่อเสียงให้ปรากฏนามต่อมาถึงในยุคปัจจุบันเลย คงมีแต่ด้วยทฤษฎีความในเรื่อง
 นี้เท่านั้น ยิ่งกว่านั้นโดยมากทนายความไทย ผู้เขียนหรือเรียงคำฟ้อง คำร้อง คำให้การ หรือคำ
 แถลงนั้นมักปกปิดชื่อจริงของตนเสียด้วย ยิ่งทำให้การค้นหาชื่อบุคคลผู้เป็นทนายความไทยในสมัย
 เริ่มแรกมีใครบ้างได้ยากยิ่งขึ้นไปอีก และไม่มีทางจะทราบได้โดยแน่ชัด ทำให้เป็นที่น่าเสียดาย
 เป็นอันมากที่ไม่อาจทราบชื่อและงานของต้นตระกูลทนายความไทย เพื่อประโยชน์แก่การศึกษาใน
 สมัยปัจจุบันได้เลย

เมื่อมีบทบัญญัติรับรองก่อนกำเนิดทนายความในรัชสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 แห่ง
 กรุงศรีอยุธยาตั้งกล่าวแล้ว การปฏิบัติงานของทนายความคงดำเนินอยู่ในลักษณะหลังฉากตัวความ
 ที่แท้จริงเรื่อยมา และคงปฏิบัติงานในทางเขียนแต่ด้านเดียวเช่นที่กล่าวมาแล้ว

แต่ต่อมาการเป็นทนายความ หรือการว่าต่างแก้ต่างคดีแทนตัวความได้ขยายวงขึ้นกว่า
 เดิมบ้าง เช่น พ่อเมีย พ่อแม่ พี่น้อง อาจทบทวนที่แทนตัวความที่แท้จริงได้บ้างและกำหนดให้ผู้มี
 ศักดินาสุงกว่า 400 ไร่ แต่งทนายดำเนินคดีแทนตัวความได้ บทบัญญัติเหล่านี้ปรากฏข้อความอยู่ใน
 พระอัยการลักษณะตระลาการ ซึ่งมีบัญญัติเกี่ยวกับทนายความอยู่หลายมาตรา

ข้อความในบทบัญญัติพระอัยการลักษณะตระลาการมาตรา 72 บัญญัติไว้ดังนี้

"มาตราหนึ่ง ถ้าพี่น้องภรรยาญาติกาสมักสมาอาโศรย โพรฟ้าข้าคนผู้ใดๆ แลเป็นด้วย
 ความสิ่งใดๆ อยู่ก็ดี และคนผู้เจ้าความนั้นเจบ่วยเป็นประการใดๆ จะว่าความไบบมิได้จะให้พ่อแม่
 พี่น้องลูกหลานพ่อเมียประกันแก้ความต่างก็ดี ท่านว่าจะประกันแก้ต่างว่าต่างกันได้ เพราะไข้เจ็บ
 พี่น้องกันเขาเสียกัมิได้" บทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่า พี่น้องภรรยาญาติจะว่าต่างแก้ต่างในคดีความ
 กันได้ในยามเจ็บป่วย

ในบทบัญญัติลักษณะตระลาการมาตรา 92 ได้บัญญัติถึงเรื่องการแต่งตั้งทนายความของผู้มีศักดิ์นา 400 ไร่ ไว้ดังนี้ "มาตราหนึ่ง แต่นา 400 ไร่ขึ้นไปถ้ามีภัยสุขทุกข์สิ่งใดๆ ก็ดี แลร้องฟ้องกฎหมายกล่าวหาผู้มีบันดาศักดิ์แต่ना 400 ขึ้นไปเป็นข้อแห่งอาญาอุทธาก็ดี ให้แต่งตั้งทนายความต่างตัว บังคับให้ว่าความเอง ถ้ามิได้ให้เรียกทนายต่างตัว ท่านว่าอย่างไรรับไว้บังคับบัญชา ต่านา 400 ลงมา ถ้ามีกิจธุระสิ่งใดๆ ก็ดี จะแก้ต่างว่าต่างจะประกันหาต่างที่น้องได้ ถ้าราษฎรจะร้องฟ้องให้พิจารณาตัวเองได้" บทบัญญัติมาตรานี้เป็นเรื่องห้ามผู้มีศักดิ์นาสูงกว่า 400 ไร่ขึ้นไปมาว่าความเอง ให้แต่งตั้งทนายมาดำเนินคดีแทนตัวความได้³

บทบัญญัติลักษณะตระลาการที่กล่าวนี้ตอนต้นมีข้อความกล่าวว่าสมัยศตวรรษ 1900 หมายถึงศักราชปีที่บัญญัติกฎหมาย ถ้าหากเป็นปีพุทธศักราช ก็น่าจะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 พระเจ้าอู่ทองเช่นเดียวกับพระอัยการลักษณะรับฟ้อง แต่ตามหนังสือตำนานกฎหมายเมืองไทยพระนิพนธ์สมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระราชทานฎีกาว่า เป็นกฎหมายประกาศใช้ในปัจจุศักราช 1090 ตรงกับรัชสมัยของพระเจ้าท้ายสระ ซึ่งยังไม่เป็นที่ยืนยันจากผู้รู้ว่ประกาศใช้เมื่อใดแน่ชัดตามกฎหมายเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่า การตั้งทนายความได้ขยายวงกว้างขึ้น และมีลักษณะกระเต็ยคไปทางที่ว่าทนายความน่าจะมีสิทธิชักค้ำถามดิงพยานได้ด้วย แต่เมื่อพิจารณาที่กระบวนการทางศาลตามกฎหมายที่เป็นอยู่แต่โบราณตลอดมาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ยังไม่มีการบวนชักถามค้ำถามดิงพยานเลยแล้วก็ทำให้เห็นได้ว่าทนายความเหล่านี้คงปฏิบัติงานหนักไปทางเขียนเช่นเดียวกับที่กล่าวมาข้างต้นนั่นเอง

นอกจากที่กล่าวนี้แล้วได้มีบทบัญญัติกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งปรากฏข้อความในประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 ที่เรียกกฎหมายตราสามดวง ได้บัญญัติเรื่องราวเกี่ยวกับทนายความอีกหลายเรื่อง ทำให้การแต่งตั้งทนายความอาจทำได้ขยายไปถึงทั้งคดีแพ่งและอาญาตลอดถึงความอุทธธรมและมีบทบัญญัติลงโทษทนายความ ซึ่งเรียกว่าหมอความขึ้นในรัชสมัยพระเจ้าบรมโกษฐแห่งกรุงศรีอยุธยาไว้ด้วย

³บทความเรื่อง "ทนายความ" หนังสือวันระพี 2522 (วิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2522) หน้า 96-100.

อย่างไรก็ดีแม้จะมีบทบัญญัติ ลักษณะการปฏิบัติงานของทนายความซึ่งมีอีกชื่อหนึ่งว่าหมอความนั้น คงหนีไปทางด้านเขียนคือ เขียนและแต่งฟ้อง คำร้อง คำแถลง คำให้การ อยู่เช่นเดิม มิได้เปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด พฤติการณ์เช่นนี้คงดำเนินตลอดมาจนถึงรัชกาลที่ 4 และตลอดมาถึงยุคต้นของรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ งานของทนายความมีลักษณะเป็นแบบนักเขียนตามโรงศาลทั่วๆ ไปในปัจจุบัน ซึ่งครั้งกระนั้นประกอบอาชีพทานองรับจ้าง แต่งฟ้องคำให้การ คำร้องและคำแถลงต่างๆ ตามโรงศาลทั่วไป แต่ทางปฏิบัติไม่แสดงตัวให้ประจักษ์ชัดว่าเป็นใครไม่มีข้อความระบุ่งว่าใครเป็นผู้แต่งผู้เขียนผู้เรียง ทาให้การค้นคว้าหาตัวทนายความผู้เขียนผู้แต่งยากขึ้น เมื่อเวลามีความจำเป็นต้องค้นคว้าหาตัวทนายความ ทนายความยังคงทำงานในนามตัวความที่แท้จริง โดยไม่แสดงตัวเป็นดังที่กล่าวมาแล้วตลอดมา

ด้วยเหตุที่ระยะนี้ยังไม่ได้มีการควบคุมการเป็นทนายความทำให้บุคคลที่มีความรู้กฎหมาย เล็กๆ น้อยๆ ทนายหน้าหอของข้าราชการผู้ใหญ่ ข้าราชการบางคนเริ่มเข้ารับจ้างเป็นทนายความกันแพร่หลาย โดยเฉพาะในสมัยรัชกาลที่ 4 และ 5 ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์นี้ เพราะมีคดีความเกิดขึ้นมากมายนั่นเอง ต่อมาได้เกิดมีทนายความแผนใหม่ขึ้น โดยได้เริ่มที่เมืองนครเชียงใหม่⁴ กล่าวคือในสมัยรัชกาลที่ 5 เนื่องจากไทยเราได้มีความสัมพันธ์กับชาวยุโรป โดยเฉพาะมีฝรั่งชาวอังกฤษได้ขึ้นไปประกอบอาชีพทางทำไม้มากขึ้นในนครเชียงใหม่ ซึ่งขณะนั้นมีเจ้าผู้ครองนครมีอำนาจให้สัมปทานการทำป่าไม้ได้โดยพลการ และอาจเปลี่ยนสัมปทานได้ตามที่เห็นเหมาะสมทำให้เกิดกรณีพิพาทเรื่องสัมปทานป่าไม้เป็นปฐมเหตุ เจ้าผู้ครองนครได้ถือโอกาสยื่นเรื่องให้ฝรั่งรับสัมปทานไม่ยอมจึงเกิดกรณีต่างๆ ขึ้น รัฐบาลต้องยื่นมือเข้าจัดการโดยเฉพาะได้กำหนดวิธีการศาลในเรื่องนี้ที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องเจ้านครเชียงใหม่ไว้ด้วย ดังมีปรากฏข้อความในพระราชบัญญัติสำหรับข้าหลวงชำระความหัวเมืองจตุรทิศ 1236 ซึ่งตรงกับ ร.ศ.93 หรือ พ.ศ.2417 ซึ่งตามวิธีการในพระราชบัญญัตินี้ให้ดำเนินวิธีการศาลแบบใหม่ และให้สิทธิเจ้าครองนครและพระญาติแต่งทนายความมาว่าความแทนได้ด้วย เช่น ในบทบัญญัติข้อ 3 กล่าวว่า "ถ้าคนในสับแยกอังกฤษจะฟ้องเจ้านายฤๅแสนท้าวพระยาลาว ให้ข้าหลวงมีหมายไปถึงเจ้านครเชียงใหม่เจ้าอุปราช

⁴ วรา วยหงษ์, หนังสือที่ระลึกในงานเปิดศาลจังหวัดเชียงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สมิทิมผล, 30 มกราคม 2527), หน้า 20.

เจ้าราชวงศ์ เจ้าราชบุตร ว่าเจ้านายคนนั้นแลแสนท้าวพระยาลาวมิดีเกี่ยวข้องกับเจ้านคร เชียงใหม่บังคับให้ผู้ที่ต้องคดีนั้นมาว่าความ ถาจะแต่งทนายแทนตัวก็แต่งได้..."

ในบทบัญญัติข้อ 7 แห่งกฎหมายที่กล่าวนี้ ได้บังคับให้เจ้าผู้ครองนครเชียงใหม่ สืบปาก ลากูญ จัดเจ้านายบุตรหลานตาแสนท้าวพระยาลาวมารับการฝึกหัด ในการที่ชำระความศาลต่าง ประเทศเมืองละ 2 นาย 3 นาย จะได้รู้อย่างธรรมเนียมในการชำระความของชาวต่างประเทศ ได้ จะได้รับราชการรักษาบ้านเมืองต่อไป กล่าวกันว่ากระบวนการศาลที่มีการชักค้ำถามถึงพยาน ได้เริ่มในศาลที่กล่าวนี้เป็นปฐม การแต่งตั้งทนายก็ได้มีลักษณะที่ทนายให้พอเห็นได้ว่าใคร เป็นทนายขึ้น ชื่อทนายความก็ได้เริ่มแสดงตัวให้ปรากฏชัดขึ้นในตอนนั้น ไม่ช้าทำงานหลังจากตัวความที่เคยมีมา ก่อนหน้านั้น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2424 ได้มีพระราชบัญญัติว่าความศาลต่างประเทศจุลศักราช 1243 ได้บัญญัติแก้ไขให้คนไทยทุกคนแต่งทนายได้ไม่จำกัดว่าต้องมีศักดินาถึง 400 ไร่อย่างเดิม การแต่ง ทนายเข้าสู่คดีในศาลโดยเฉพาะศาลต่างประเทศ ค่อยมีลักษณะทันสมัยขึ้นเป็นอันมาก ทั้งมีลักษณะ เสมอหน้าทั้งคนไทยและต่างประเทศในการจะตั้งทนายเข้าสู่คดีในศาลในประเทศไทยทั่วไป

ผลที่สุดไทยเราได้ยอมรับวิธีการศาลและกระบวนการพิจารณาแบบยุโรปมาใช้โดยเต็มรูปได้ ประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมเมื่อ ร.ศ. 110 รวมศาลต่างๆ มาสังกัดกระทรวงยุติธรรมได้มีพระ บรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่าด้วย ผู้แต่งผู้เขียนหนังสือฟ้องเรื่องราวแลฎีกา ร.ศ. 110 ประกาศใช้ ทนายให้การแต่งตั้งทนายความนั้น เมื่อทนายความเรียบเรียงและเขียนคำฟ้องคำ ให้การหรือคำร้องคำแถลงใดๆ ต้องระบุชื่อเป็นผู้เรียงผู้เขียนขึ้นชัดเจน นับว่าทนายความเริ่มต้อง แสดงตัวแต่บัดนั้นเป็นต้นมา จะทำงานอยู่หลังจากเช่นเดิมไม่ได้ และผลที่สุดได้มีพระราชบัญญัติ สนามสถิติยุติธรรมออกใช้บังคับเมื่อ ร.ศ. 111 กระบวนการว่าความทั้งแต่งเขียน ชักค้ำถามถึง พยานของทนายความได้เริ่มมาอย่างเต็มที่ ทนายความไทยก็ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเช่น อย่างเป็นอยู่ทุกวันนี้ทุกประการนับแต่ ร.ศ. 110 เป็นต้นมา ทนายความเริ่มกระบวนการทั้งด้าน การพูดและการเขียนเช่นอย่างทนายความในทวีปยุโรป และในระยะหลังจากนั้นไม่นานนักก็ได้มี ทนายความฝรั่งชาวยุโรปเข้ามาประกอบวิชาชีพทนายความประเทศไทยหลายคนนับแต่ ร.ศ. 113 ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ต่อมา ร.ศ. 115 เมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธี พิจารณาความ (อาญา) มีโทษใช้ไปพลางก่อน และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ได้มี

การกำหนดให้มีใบแต่งตั้งนายในการแต่งตั้งนายความขึ้น รวมไปถึงในจำนวนความในระยะเวลาที่ว่า
นี้มีคนนิยมประกอบวิชาชีพนายความมากขึ้น⁵

เนื่องจากได้มีการนิยมเป็นนายความกันมากขึ้นนั่นเอง ต่อมาใน ร.ศ.112 ได้มีคดี
ความสำคัญอันเกี่ยวเนื่องกับการเมืองระหว่างประเทศคือไทยกับฝรั่งเศส เป็นคดีพระยอดเมือง
ขวางเกิดขึ้น พระยอดเมืองขวางได้ถูกฟ้องยังศาลรับสั่งพิเศษ และศาลผสมฝรั่งเศสไทย ทำให้
มีนายความที่พระยอดเมืองขวาง เจ้าเมืองคำมวญแต่งตั้งเข้าแก้ต่างคดีของท่าน มีจำนวนหลาย
คนทั้งฝรั่งและไทย คดีความเรื่องนี้มีกระบวนการอันนายความได้แสดงตัวให้เห็นคุณค่าและความ
สามารถอันน่าสนใจอยู่มา นับได้ว่าการเริ่มกระบวนการพิจารณาแบบใหม่ได้เกิดประโยชน์ขึ้นในระย
ะกาลที่นั่นเอง

แม้จะเริ่มมีนายความแบบใหม่ ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลในแบบวิธีใหม่ซึ่งเริ่ม
จัดในศาลในกรุงเทพตั้งแต่ ร.ศ.110 เป็นต้นมาก็ตาม วิธีที่ว่านี้คงได้มีการจัดในระยะเริ่มแรก
เฉพาะศาลในกรุงเทพเท่านั้น ส่วนศาลต่างจังหวัด นอกจากจังหวัดภาคเหนือตั้งได้กล่าวแล้วว่ามี
วิธีการจัดตั้งนายความแบบวิธีใหม่ทั้งนี้ก็เพราะในระยะเริ่มแรกการเตรียมตัวคนเพื่อดำเนิน
งานศาลยังไม่พร้อม การจัดสรรงบประมาณเพื่อดำเนินการยังไม่เพียงพอ ด้วยเหตุนี้ในท้องที่
ต่างจังหวัดจึงคงใช้วิธีการศาลแบบเก่าและการมีนายความคงดำเนินตามแบบเก่าไปก่อนไม่อาจ
จัดแผนใหม่ได้ทันที

ต่อมาในปี ร.ศ.114 ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลหัวเมืองรัตนโกสินทรศก
114 ขึ้น เพื่อวางวิธีการขยายและจัดตั้งศาลหัวเมืองในระบบใหม่ข้อความตอนต้นของพระธรรมนูญ
ดังกล่าว อันเป็นพระราชปรารภในการออกกฎหมายได้แสดงพระราชดำริของพระบาท สมเด็จพระ
พระบรมมหาราชเจ้าอยู่หัวดำรงเสถียรเกล้าเจ้าอยู่หัวว่า "ทรงพระราชดำริถึงกิจการที่จะทำนุบำรุงไพร่ฟ้าข้าแผ่นดินให้อยู่เย็นเป็นสุขสมบูรณ์ยิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อน
ทรงพระราชดำริเห็นว่าการพิจารณา และพิพากษาบังคับคดีของราษฎรตามหัวเมืองทั้งปวง ยังเป็น
การล่าช้าและเป็นเหตุให้ราษฎรได้รับความเดือดร้อน เพราะพระราชกำหนดกฎหมายสำหรับศาล

⁵สุจริต ถาวรสุข, นายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของนายความ. พระนคร :
โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์, 2813 หน้า 207.

ซึ่งได้ตั้งมาแต่เดิมเป็นประเพณีเก่าเกินความต้องการแลความเจริญของบ้านเมืองในปัจจุบันอยู่เป็นหลายประการ

เพราะเหตุนี้จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระธรรมนูญศาลหัวเมืองไว้ต่อไปดังนี้"

ข้อความดังกล่าวชี้ให้เห็นพระราชปณิธานของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวอย่างแจ่มชัด ที่จะเปลี่ยนระบบวิธีการศาลเพื่อดำเนินการกระบวนวิธีพิจารณาคดีให้ดำเนินไปรวดเร็วยิ่งขึ้น นับได้ว่าทรงริเริ่มแผ้วถางทางเทคนิควิธีการจัดแบบแผนทนายความในระบบใหม่ ซึ่งจะได้คลี่คลายไปจากทนายความสมัยใหม่ที่ได้ก่อกำเนิดในกรุงเทพฯ นับแต่ ร.ศ. 110 แล้วนั้นด้วย

เนื่องจากครั้งนั้นการมีทนายความช่วยรับแต่งฟ้อง คำให้การ และเรื่องอื่นตามระบบศาลเดิมตามต่างจังหวัดอันเป็นวิธีการที่มีมาแต่โบราณ นอกจากทนายความแล้วพนักงานศาลได้แก่จำศาลก็มักจะรับแต่งฟ้องแต่งคำให้การดังกล่าวนี้ด้วย มักมีเรื่องราวเป็นเหตุหนึ่งอันหลายสาเหตุที่ทนายทักติความตามหัวเมืองล่าช้าค้างค้ำทับถมกันมากมายแทบทุกหัวเมือง ทั้งพนักงานศาลได้แก่จำศาลและทนายความมักจะเข้าช่วยเหลือรับจ้างตัวความที่แท้จริงเขียน คำฟ้อง คำให้การด้วยวิธีการเรียกเงินทอง เมื่อไม่ได้ก็ช่วยกันถ่วงคดีให้ชักช้าเนิ่นนานจนเป็นที่รู้กันทั่วยบ ทั้งที่แต่เดิมอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีความทั่วยบมักอยู่ที่เจ้าเมืองกรมการเป็นส่วนใหญ่ นอกจากเมืองใหญ่ๆ หรือเมืองเจ้าประเทศราช จึงมีผู้พิพากษาดูลาการเป็นพิเศษทำให้เจ้าเมืองกรมการ ซึ่งมีงานอื่นอยู่มากมายแล้วก็ไม่มีเวลาเพียงพอในการพิจารณาพิพากษาคดีความ คดีแต่ละเรื่องล่าช้ากินเวลามากกว่าจะเสร็จ สิ่งเหล่านี้เป็นสาเหตุในการแก้ไขวิธีการศาลอันสำคัญอีกเรื่องหนึ่ง

ในครั้งนั้น อำนาจเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมยังไม่ยกแผ่ไปถึงหัวเมืองเพราะตามการปกครองแบบเดิมก่อนตั้งกระทรวงต่างๆ แบบใหม่นั้น หัวเมืองทั่วพระราชอาณาเขตมักขึ้นกระทรวงเจ้าสังกัดเพียงสามกระทรวงคือ กลาโหม มหาดไทย และกรมท่าท้องที่กรุงเทพฯ ขึ้นกระทรวงนครบาล ส่วนกระทรวงยุติธรรมเป็นกระทรวงตั้งใหม่ ความรู้สึกของข้าราชการโดยมากมักเอนเอียงไปแบบเก่า ด้วยเหตุนี้การจัดตั้งศาลหัวเมืองครั้งแรกตามพระธรรมนูญศาลหัวเมือง ร.ศ. 114 จึงได้กำหนดอำนาจหน้าที่ในการก่อตั้งศาลให้เป็นของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยที่จะดำเนินการ เมื่อก่อตั้งสำเร็จเรียบร้อยแล้วจึงค่อยมอบให้กระทรวงยุติธรรมรับมาดำเนินการต่อตาม

ลำดับ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทยครั้งนั้นได้แก่สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเดชาดิศร ราชานุภาพ ซึ่งเป็นเสนาบดีที่ทรงพระปรีชาสามารถอย่างยอดเยี่ยม นับได้ว่าทรงเป็นผู้สร้างศาลยุติธรรมต่างจังหวัดแทบทั่วทุกหัว เมืองมณฑล และน่าจะนับได้ว่าทรงมีส่วนในการสถาปนาระบบทนายความแบบใหม่ในศาลต่างจังหวัดทางอ้อม⁶

ด้วยเหตุผลดังกล่าวแล้วในการประชุมข้าหลวงเทศาภิบาลครั้งแรกเมื่อ ร.ศ. 114

สมเด็จพระยาเดชาดิศรราชานุภาพ จึงทรงได้นำเรื่องการจัดตั้งศาลต่างจังหวัดเข้าสู่ที่ประชุมด้วย ซึ่งได้กำหนดวิธีการรายละเอียดในการจัดตั้ง ทั้งอาคารศาล ผู้พิพากษา พนักงาน ข้าราชการ การตั้งพนักงานอัยการ เรือนจำ วางแบบลำดับชั้นประเภทศาลไว้โดยละเอียดรวมทั้งเรื่องอื่นๆ อีกมาก หลายเรื่องอันเกี่ยวกับการตั้งศาล ในเรื่องทั้งหมดนั้นได้มีความคิดที่จะจัดตั้งพนักงานสงเคราะห์คู่ความขึ้น อันเป็นงานส่วนหนึ่งของทนายความสมัยใหม่ ทั้งนี้เพื่อช่วยเหลือคู่ความให้ได้รับความสะดวก แนวคิดอันนี้มีอยู่ในเนื้อเห็นในการจัดตั้งศาลอันเป็นหัวข้อประชุมข้อ 23 ซึ่งมีข้อความดังนี้

"ข้อ 23 ตามประเพณีในศาลตามหัวเมืองที่เป็นมา พนักงานในศาลมีจำศาลเป็นต้น มักจะรับจ้างแต่งห้องหรือแต่งถ้อยคำให้คู่ความ เป็นการหากินในศาลอีกชั้นหนึ่ง การต่อไปจะต้องห้ามปรามพนักงานทั้งปวงในศาลมิให้หากินกระบวนความเช่นนี้เป็นอันขาด เมื่อมีการห้ามเช่นนั้น คู่ความคงจะเที่ยวหาเจ้าถ้อยหมอลความแต่งห้องและคำแก้ฟ้องที่อื่นจะเป็นความลำบากอยู่ แลการที่จะแต่งห้อง หรือแต่งคำแก้ฟ้องนี้ ถ้าผู้รู้กฎหมายแลถ้อยความแต่งย่อเมเข้าร้องรอยเป็นการสะดวกแก่โรงศาล จึงเห็นว่าควรจะจัดให้มีกรรมการเป็นพนักงานสงเคราะห์คู่ความไว้ทุกเมือง ผู้เป็นพนักงานนี้ต้องให้ศาลบัญญัติว่าจะทำการโดยสุจริต และให้รับเงินเดือนหลวง เป็นผู้รับแต่งห้องและคำแก้ฟ้องให้ราษฎรที่สมัครจะมาจ้าง ค่าธรรมเนียมที่เก็บเป็นหลวงทั้งสิ้น คงจะเป็นประโยชน์แก่ศาลแลคู่ความได้ แต่การที่จะแต่งห้องหรือแต่งถ้อยคำให้คู่ความเช่นนี้ ถ้าราษฎรจะไม่พอใจให้พนักงานสงเคราะห์คู่ความแต่ง จะให้ผู้ใดแต่งก็ไม่ห้ามปราม

อนึ่ง ต้องเป็นที่เข้าใจแก่ผู้พิพากษาเหมือนกันว่า บรรดาฟ้องหรือคำให้การซึ่งจะมาถึงศาลจะเป็นพนักงานสงเคราะห์คู่ความแต่งหรือผู้หนึ่งผู้ใดแต่งมากก็ตาม เมื่อถูกต้องแลชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายแล้ว ไม่จำเป็นต้องเลือกพื้นลาเอียง แก่พนักงานสงเคราะห์คู่ความ"

⁶สุจริต ถาวรสุข, ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ, หน้า 210.

ผลที่สุดความคิดที่จะจัดตั้งพนักงานสงเคราะห์คู่ความหาได้จัดตั้งขึ้นใหม่ งานการแต่งห้องและค่าให้การแทนตัวความที่แท้จริงนั้น นอกจากพนักงานอัยการคงเป็นงานของทนายความซึ่งจะได้สมัครเข้าประกอบอาชีพโดยอิสระ ส่วนพนักงานศาลมีจำศาลเป็นต้นที่รับจ้างแต่งห้องและค่าให้การทางราชการได้มีคำสั่งห้ามในเวลาต่อมามิให้หาเกินเป็นพิเศษอีกต่อไป

ต่อมาเพื่อจะดำเนินการจัดตั้งศาลหัวเมืองให้สำเร็จผล ได้มีพระราชบัญญัติตั้งข้าหลวงพิเศษสำหรับจัดการแก้ไขธรรมเนียมศาลยุติธรรมหัวเมืองทั้งปวง ร.ศ.115 ใช้บังคับ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ตั้งกรรมการอันมีพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ ซึ่งต่อมาได้เป็นพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงเป็นสภานายก ดำเนินการแก้ไขธรรมเนียมศาลหัวเมืองเดิมและดำเนินการจัดตั้งศาลแบบใหม่ตามลำดับ เริ่มตั้งมณฑลกรุงเก่า (อยุธยา) ปราจีนบุรี นครศรีธรรมราชพิษณุโลก ใน ร.ศ.116 และได้ประกาศตั้งศาลในท้องที่มณฑลอื่นต่อไปตามลำดับจนทั่วทุกจังหวัดในพระราชอาณาจักร⁷

เมื่อมีการก่อตั้งศาลยุติธรรมแบบใหม่ในมณฑลและจังหวัดใด ก็ได้จัดให้มีทนายความแบบใหม่ขึ้นในท้องที่จังหวัดนั้นควบคู่กันไปทันที

หากพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมาย ประกาศข้อบังคับ คำสั่งของทางราชการรวมทั้งการดำเนินการก่อตั้งศาลแบบใหม่แล้ว พอจะอนุมานกล่าวได้ว่า ทนายความแบบใหม่ที่ทำหน้าที่ทั้งด้านเขียนแต่งคำฟ้อง คำให้การและการเข้าว่าคดีในศาลชักค้ำถามตึงพยานตามกระบวนการวิธีพิจารณาใหม่เช่นทนายความในกรุงเทพฯ ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อ ร.ศ.110 นั้น นอกจากศาลต่างประเทศในมณฑลภาคเหนือดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ควรจัดได้ว่าเกิดมีที่ศาลหัวเมืองที่มณฑลกรุงเก่า (อยุธยา) โดยตั้งศาลมณฑลที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ณ พระราชวังจันทร์เกษมก่อนที่อื่นทั้งสิ้น ได้ก่อตั้งตามประกาศลงวันที่ 10 มิถุนายน ร.ศ.116 ต่อมาได้ก่อตั้งศาลยุติธรรมหัวเมืองแบบใหม่ที่ศาลมณฑลปราจีนบุรี โดยประกาศจัดตั้งศาลมณฑลปราจีนบุรีเมื่อ 19 มิถุนายน ร.ศ.116 เป็นมณฑลที่สองแล้วค่อยคลี่คลายขยายต่อไปยังมณฑลอื่น และจังหวัดอื่นทั่วพระราชอาณาจักรโดยรวดเร็วในเวลาต่อมา ซึ่งได้เปิดศาลยุติธรรมแบบใหม่ทั่วพระราชอาณาจักร เมื่อ พ.ศ.2458 งานของทนายความแบบใหม่ก็ได้ขยายตัวควบคู่กับงานการเปิดศาลยุติธรรมของประเทศโดยตลอด

⁷สุจริต ถาวรสุข, ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ. หน้า 210.

จำนวนทนายความแบบใหม่ได้ทวีจำนวนเพิ่มตามลำดับ ทั้งในกรุงเทพมหานครและต่างจังหวัด ชาวต่างประเทศก็มีจำนวนไม่น้อยที่ได้ยึดถือวิชาชีพทนายความในเมืองไทย จนกระทั่งใน พ.ศ. 2456 จึงได้มีกฎหมายตราว่าทนายความ ห้ามมิให้ข้าราชการผู้มีหน้าที่รักษาพระธรรมนูญ เข้าว่าความในคดีอาญา ได้เริ่มมีความดำริในการควบคุมทนายความ จนผลที่สุดได้มีพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2457 ออกใช้บังคับ และได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมาโดยตลอดจนถึงปัจจุบัน มีการแก้ไขมาเป็นพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และได้มีการจัดตั้งสภาทนายความขึ้น มีข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทออกใช้บังคับควบคุมทนายความ การจะประกอบวิชาชีพทนายความต้อง อาศัยคุณสมบัติเป็นผู้ทรงคุณวุฒิและมีความรอบรู้ งานของทนายความไทยจึงเป็นงานที่พึงรับรองว่า ต้องอาศัยความรู้วิชานิติศาสตร์และอาศัยคุณสมบัติพิเศษ มิใช่เป็นได้ง่ายๆ ดังแต่ก่อน⁸

2. บทบาทและหน้าที่ของทนายความของประเทศไทย

บทบาทและหน้าที่ของทนายความของประเทศไทยขึ้นอยู่กับระบบการดำเนินคดีของไทย ว่ายึดหลักตามระบบกล่าวหาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือระบบไต่สวนของระบบกฎหมาย ซิวิลลอว์ ดังนั้นเบื้องต้นต้องทราบก่อนว่าวิธีการดำเนินคดีของไทย เป็นระบบกล่าวหาหรือระบบ ไต่สวน

ประเทศไทยใช้กฎหมายลักษณะพยานตามระบบกล่าวหาตลอดมา หรืออาจจะกล่าวได้ว่า วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงแห่งคดีหรือการดำเนินคดีของประเทศไทย เราได้ใช้ระบบกล่าวหาโดย ครบถ้วนตั้งแต่ต้น ที่มีการจัดระเบียบการศาลยุติธรรมตามอารยประเทศ ทั้งนี้เนื่องด้วยท่านบรมครูของนักกฎหมายแห่งประเทศไทยคือสมเด็จพระมหาลงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงศึกษาวิชากฎหมาย มาจากประเทศอังกฤษ แต่ในตอนหลังๆ ได้มีการนำเอาวิธีพิจารณาตามจารีตนครบาล ซึ่งเป็นวิธีการของระบบไต่สวนมาใช้ ต่อมาเมื่อใน ร.ศ. 115 ได้มีพระราชบัญญัติยกเลิกวิธีพิจารณาจร ผู้ร้ายตามจารีตนครบาล และได้มีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้แทน

⁸ สุจริต ถาวรสุข, ทนายความพิสดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ. หน้า. 216.

เมื่อได้ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทยแล้ว จะเห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความของเราโดยเฉพาะส่วนที่ว่าด้วยพยานหลักฐานจะต้องเป็นกฎหมายในระบบผสมคือ เอาข้อดีของระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนมาใช้ การที่วิธีการดำเนินคดีอาญาของไทยเป็นระบบผสมนั้น จะเห็นได้จากกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทย เช่น บทบัญญัติแห่ง ป.วิแพ่ง มาตรา 95 (2) ที่ให้ศาลมีอำนาจคำสั่ง ยอมรับฟังพยานบอกเล่าโดยกว้างขวางก็ได้ ให้ศาลมีอำนาจออกคำสั่งกำหนดการตรวจบุคคล วัตถุ สถานที่ หรือตั้งผู้เชี่ยวชาญ เมื่อศาลเห็นเองว่าจำเป็นและสมควรก็ได้ (ป.วิแพ่ง มาตรา 99) การให้ศาลเลือกใช้วิธีถามพยานเองก็ได้ก็ได้ (ป.วิแพ่ง มาตรา 116 (1)) การให้ศาลมีอำนาจที่จะถามพยานด้วยคำถามใดๆ ในระหว่างพิจารณาเพื่อค้นหาความจริงก็ได้ (ป.วิแพ่ง มาตรา 119) สำหรับในคดีอาญากการให้ศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้ (ป.วิอาญา มาตรา 175) การให้ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติมโดยพลการที่เรียกกันว่าพยานศาลในระหว่างพิจารณา (ป.วิอาญา มาตรา 228) และการให้ศาลมีอำนาจถามโจทก์จำเลยหรือพยานคนใดได้ในระหว่างพิจารณาเมื่อศาลเห็นสมควร (ป.วิอาญา มาตรา 235) เหล่านี้ เป็นหลักการแห่งการค้นหาความจริงโดยศาล (Principle of Judicial Investigation) ของระบบไต่สวนโดยแท้ อันตรงกันข้ามกับหลักการที่จำกัดอำนาจของศาลให้พิจารณาแต่เฉพาะพยานหลักฐานเท่าที่คู่ความเสนอ (Principle of Party Presentation) ของระบบกล่าวหา ฉะนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความของเราโดยเฉพาะส่วนที่ว่าด้วยพยานหลักฐานจะต้องเป็นกฎหมายในระบบผสมคือ เอาข้อดีของแต่ละระบบมาใช้

ระบบผสม (The Mixed System)

ศาสตราจารย์ Francois Garraud เจ้าตำรับผู้หนึ่งทางกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของฝรั่งเศส กล่าวว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความของแทบทุกชาติจะเริ่มด้วยระบบกล่าวหาก่อน ต่อมาส่วนมากจะวิวัฒนาการไปสู่ระบบไต่สวน และเนื่องจากทั้งระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนมีทั้งข้อดีและข้อเสีย จึงควรนำข้อดีของแต่ละระบบมาซึ่งตัดข้อเสียออกไปฝรั่งเศส หลังการปฏิวัติใหญ่เป็นประเทศแรกที่นำข้อดีของทั้งสองระบบมาผสมเข้าด้วยกันเป็นระบบใหม่ในปี ค.ศ. 1808 หลังจากนั้นประเทศอื่นๆ ในยุโรปได้เจริญรอยตาม

จากประวัติในการร่างประมวลกฎหมายฉบับต่าง ๆ ของไทย ตลอดจนหลักฐานทางตัวบทกฎหมายมาตราทั้งหลายที่ปรากฏให้เห็นอยู่ ย่อมไม่เป็นที่สงสัยอีกต่อไปว่ากฎหมายลักษณะพยานของเราจะไม่ใช้ระบบผสมตามแบบอย่างของประเทศสมาชิกพื้นยุโรป

การทราบว่ากฎหมายลักษณะพยานของเราเป็นระบบผสมย่อมเป็นประโยชน์ในการตีความและใช้บังคับกฎหมายได้ถูกต้อง เพราะเป็นที่เห็นได้ว่าหากเราทราบว่าเรื่องใดเอามาจากระบบกล่าวหา การตีความก็ต้องเอาหลักการของระบบกล่าวหาในเรื่องนั้นมาใช้ กลับกันฉันใดก็ฉันนั้นถ้ากล่าวหา ก็ย่อมเป็นการไม่ถูกต้องแน่⁹

หลักการแห่งระบบกล่าวหาที่นำมาใช้ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของเราได้แก่การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อหน้าคู่ความ (Principle of Publicity and Confrontation) ตามที่บัญญัติใน บ.วิแพ่ง มาตรา 36 และ บ.วิอาญา มาตรา 172 ให้สิทธิคู่ความเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานของตนต่อศาล (บ.วิแพ่ง มาตรา 85) ต่อจากนั้นการค้นหาความจริง เราได้นำหลักการของระบบไต่สวนมาใช้ ให้ศาลมีอำนาจค้นหาความจริงได้อย่างกว้างขวาง (Principle of Judicial Investigation) ไม่จำกัดเฉพาะจากพยานหลักฐานเท่าที่คู่ความนำสืบ เป็นหน้าที่อันสำคัญของศาลยุติธรรมที่จะค้นหาความจริง ไม่ใช่เพียงแต่คอยวินิจฉัยว่าคู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบได้ดีกว่ากันเท่านั้น หลักการค้นหาความจริงโดยศาลนี้จะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่ง บ.วิแพ่ง มาตรา 95 (2) ตอนท้ายมาตรา 99, มาตรา 116 (1), มาตรา 119 บ.วิอาญา มาตรา 175, 228 และ 235 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อันเป็นหลักการที่ทําให้ค้นหาข้อเท็จจริงได้มากกว่า และทําให้คำพิพากษาของศาลมีผลใกล้เคียงกับความเป็นจริงมากกว่าระบบกล่าวหา¹⁰

เมื่อได้ทราบแล้วว่าระบบการดำเนินคดีของประเทศไทยเป็นระบบผสม ซึ่งให้อำนาจแก่ศาลในการค้นหาความจริงในคดีได้ อีกทั้งให้สิทธิในการต่อสู้คดีของคู่ความอย่างเต็มที่ จึงมีผลทําให้ทนายความเข้ามามีบทบาทมากในการดำเนินคดีในประเทศไทย

⁹ชวเลิศ โสภณวัต, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ" ดุลพินิจ ปีที่ 28 เล่ม 6 (พ.ย.-ธ.ค.), พ.ศ.2534 หน้า 39-41.

¹⁰โรสธ วกสิน, "กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน" พ.ศ. 2517.

โดยทั่วไปในการดำเนินคดีอาญาสมัยใหม่ ผู้ถูกกล่าวหา (ผู้ต้องหาและจำเลย) มิได้เป็นกรรม (Subjekt) แต่เป็น "ประธานในคดี" (Prozess Subjekt) ซึ่งเป็นหลักของระบบกล่าวหา (Kusations-prozess) ในฐานะประธานในคดี ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิต่างๆ 2 ทางคือ สิทธิอย่างผู้ร่วมในคดีในทางกระทำ (Aktivbeteiligter) และมีสิทธิอย่างผู้ร่วมในคดีในทางอยู่เฉย (Passivbeteillgter) สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาอย่างผู้ร่วมในคดีในทางกระทำที่สำคัญคือ "สิทธิที่จะอยู่ร่วมด้วยในการดำเนินคดี" (Recht auf Anwesenheit) "สิทธิที่จะมีทนายช่วยเหลือ" (Recht auf Verteidigung) และ "สิทธิที่จะให้การแก้ข้อกล่าวหา" (Recht auf Gehor) ส่วนในฐานะผู้ร่วมในคดีในทางอยู่เฉยนั้นผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิในข้อที่ว่า ความอิสระในการตัดสินใจของเขาจะถูกจำกัดมิได้ ผู้ถูกกล่าวหาจึงมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ให้การอย่างไรก็ได้ตามใจสมัคร¹¹

ในการต่อสู้คดีนั้นโดยเหตุที่โดยทั่วไปผู้ถูกกล่าวหาไม่มีความรู้ทางกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีผู้ช่วยเหลือ คดียิ่งร้ายแรงมากเท่าไรความจำเป็นในการมีทนายความยิ่งสูงขึ้นเป็นเงาตามตัว นอกจากนี้ผู้ถูกกล่าวหาบางคนยังมีความบกพร่องทางกายอีกเป็นต้นว่า พิการ เป็นใบ้ บุหนวก ดาบอด หรือผู้ถูกกล่าวหาบางคนมีความเจริญทางร่างกายไม่เต็มที่ โดยเป็นเด็กหรือเยาวชน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้ย่อมหย่อนความสามารถในการต่อสู้คดี จึงจำเป็นที่จะต้องมีทนายความ แม้ในประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย (Legalitätsprinzip) ซึ่งในการสอบสวนเจ้าพนักงานมีหน้าที่ต้องสอบสวนทั้งข้อเท็จจริงที่เป็นผลดี และข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายตลอดจนข้อเท็จจริงที่จะเป็นประโยชน์ ต่อการนำชุดลทธิงานการกำหนดโทษของศาลต่อไป ดังนั้นการมีทนายจึงมีความจำเป็นเพราะความผิดพลาดของเจ้าพนักงานอาจเกิดขึ้นได้ทุกขณะ และทนายความจะมีส่วนเข้าแก้ไขข้อผิดพลาดนั้น

ฐานะโดยทั่วไปของทนายความ โดยศึกษาจากฐานะของการเป็นทนายความในคดีอาญาก่อนที่จะได้กล่าวถึงฐานะและหน้าที่ของทนายความในคดีอาญา สมควรจะได้กล่าวถึงฐานะโดยทั่วไปของทนายความเสียก่อน

¹¹ คณิต ๗ นคร, อัยการกับการสอบสวนคดีอาญานวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 2 ปีที่ 9 พ.ศ. 2520 หน้า. 137.

ฐานะโดยทั่วไปของทนายความมี 3 ประการ คือ

- 1) ทนายความมีอิสระจากรัฐ กล่าวคือทนายความไม่ขึ้นอยู่กับอำนาจรัฐ
- 2) ทนายความมีอิสระในการที่จะประกอบอาชีพทนายความ ซึ่งหมายความว่าผู้มีความสามารถครบถ้วนย่อมขออนุญาตเป็นทนายความได้ และผู้ได้รับอนุญาตแล้วย่อมประกอบอาชีพทนายความได้
- 3) ทนายความมีอิสระจากศาล ข้อนี้หมายความว่าศาลไม่มีอำนาจเหนือทนายความ เพราะถือว่าศาลและทนายความต่างเป็นองค์กรอิสระต่างหากจากกัน

ความอิสระของทนายความทั้ง 3 ประการที่กล่าวมาแล้วนั้น มิใช่เป็นความอิสระที่ปราศจากขอบเขต ความอิสระที่ปราศจากขอบเขตย่อมไม่อาจมีได้ไม่ว่าในอาชีพใดๆ ทนายความเป็นผู้แทนประโยชน์ทางหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจากลูกค้าความจริง แต่ในอีกด้านหนึ่งทนายความเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมาย ซึ่งวัตถุประสงค์ของระบบกฎหมายเองเพื่อความจริงและความยุติธรรมอันเป็นหลักในรัฐประชาธิปไตยที่ถือปฏิบัติกัน อย่างไรก็ตามภาพของทนายความในรัฐเผด็จการเบ็ดเสร็จจะเป็นอีกแบบหนึ่ง เป็นต้นว่าในรัฐนาซีเยอรมัน แม้โดยหลักทนายความจะมีอิสระจากรัฐ แต่ทนายความได้กลายเป็นกระบอกเสียงที่สำคัญในการเผยแพร่ความคิดตามระบบนาซี ความอิสระในการประกอบอาชีพทนายความในรัฐนาซีเยอรมันถูกจำกัด กล่าวคือผู้มีเชื้อสายยิวจะประกอบอาชีพทนายความไม่ได้ นอกจากนั้น แม้โดยหลักทนายความจะมีความอิสระจากศาล แต่ทนายความในรัฐนาซีเยอรมันก็ไม่มีสิทธิที่จะต่อสู้คดีความในกรณีที่ถูกกรณีของทนายความเป็นศาลและรัฐเอง ดังนั้นภาพของทนายความและฐานะของทนายความจึงขึ้นลงตามลักษณะของรัฐที่ทนายความประกอบอาชีพอยู่ในรัฐประชาธิปไตยฐานะของทนายความย่อมมั่นคงเพราะในรัฐประชาธิปไตยนั้นความชอบธรรมและประชาชนย่อมมาก่อนสิ่งอื่นใด ตรงกันข้ามในรัฐเผด็จการเบ็ดเสร็จฐานะของทนายความจะด้อย เพราะในรัฐเผด็จการเบ็ดเสร็จความถูกต้องคือประโยชน์ที่รัฐและผู้ถืออำนาจรัฐถือเอา

หวนกลับมาพิจารณาฐานะทั่วไปของทนายความในประเทศเราบ้าง อาจกล่าวได้ว่าทนายความของเรามีความอิสระในข้อ 1 และ 2 ค่อนข้างสมบูรณ์ กล่าวคือในประเทศเรารัฐไม่อาจใช้ทนายความเป็นกระบอกเสียงได้ และทนายความมีอิสระในการประกอบอาชีพทนายความ แต่เมื่อพิจารณาถึงความอิสระตามข้อ 3 คือความอิสระจากศาลของทนายความแล้ว จะเห็นได้ว่า

ฐานะของนายความยังด้อยอยู่มาก เป็นต้นว่าศาลสามารถลงโทษนายความฐานละเมิดอำนาจศาลได้ทันที โดยนายความไม่มีโอกาสต่อสู้คดีซึ่งข้อนี้จะเห็นว่าความอิสระของนายความถูกกระทบกระเทือนในด้านขวัญอยู่มากในการที่จะปฏิบัติหน้าที่นายความ

เมื่อได้ทราบแล้วว่าฐานะโดยทั่วไปของนายความเป็นอย่างไร สิ่งที่ต้องทราบต่อไปคือฐานะของนายความในคดีอาญา ตามที่ทราบแล้วว่าสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในทางกระทำที่สำคัญประการหนึ่งคือสิทธิในการที่จะมีนายความช่วยเหลือปัญหาแรกจึงมีว่าผู้ถูกกล่าวหาจำเป็นต้องมีนายความช่วยเหลือเมื่อใด

เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ว่าคดีอาญามีความร้ายแรงไม่เท่ากัน และนอกจากนั้นกรณีอาจเป็นไปได้ว่าเริ่มแต่ขั้นตอนแรกของการดำเนินคดี ผู้ถูกกล่าวหาได้ตกมาอยู่ภายใต้อำนาจรัฐแล้ว ความจำเป็นที่จะต้องมีนายช่วยเหลือจึงมีอยู่ทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี

ตามกฎหมายของไทย ผู้ถูกกล่าวหาสามารถมีนายได้แต่ฐานะของนายในคดีอาญาเป็นอย่างไรกฎหมายก็หาได้กล่าวไว้โดยชัดเจนไม่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเองก็มิได้กล่าวถึงฐานะของนายเลย ส่วนพระราชบัญญัตินายความก็กล่าวเพียงว่า "นายความต้องปฏิบัติงานให้ต้องตามมรรยาทนายความที่สภานายความกำหนด" แต่ข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็หาได้ชี้ให้เห็นฐานะของนายความในคดีว่าเป็นอย่างไรโดยตรงไม่ แต่เมื่ออ่านข้อบังคับดังกล่าวนี้ทั้งหมดแล้ว คงพอจับเนื้อความได้ว่านายความต้องเคารพความจริงและความยุติธรรม

โดยที่นายความเป็นผู้รักษามลประโยชน์ของผู้ถูกกล่าวหา และในขณะเดียวกันในการปฏิบัติหน้าที่นายความต้องมุ่งความจริงและความยุติธรรม โดยนัยดังกล่าวนี้ นายจึงจะคำนึงถึงเฉพาะประโยชน์ของลูกความเพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องคำนึงถึงประโยชน์หรือข้อเรียกร้องของสังคมด้วย นั่นคือความจริงและความยุติธรรม โดยลักษณะดังกล่าวนี้ นายและลูกความจึงต่างเป็นตัวของตัวเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญา เหตุนี้กรณีการขัดแย้งกันระหว่างนายความกับลูกความจึงอาจเกิดขึ้นได้ เช่นนายความอาจเห็นว่าลูกความของตนกระทำผิดในขณะจับกุมหรือจับผิดเพื่อน กรณีนี้ต้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 แต่ลูกความอาจไม่พอใจที่จะถูกกล่าวหาเช่นนั้น เป็นต้น

จากลักษณะที่ว่าทนายความและลูกความต่างมีความเป็นตัวของตัวเองนี้เอง ทนายในคดีอาญาโดยทั่วไปจึงแตกต่างจากทนายในคดีแพ่ง เพราะคดีแพ่งนั้นเป็นเรื่องของประโยชน์ส่วนตัว ส่วนเสียของเอกชน ตัวความจึงมีสิทธิขาดในคดีเหนือทนาย แต่ในคดีอาญานั้นจำเลยหาสิทธิขาดในคดีเหนือทนายไม่ ฐานะของทนายในคดีอาญาจึงถือเป็นองค์กรหนึ่งในการบวนการยุติธรรมที่มีหน้าที่ที่จะต้องจรรโลงระบบความยุติธรรมทางอาญามิให้เสียไป

สิทธิและหน้าที่ของทนายขึ้นอยู่กับสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา สิทธิบางอย่างกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแต่บางอย่างไม่ชัดเจน สิทธิของทนาย เช่น

1) สิทธิที่จะติดต่อกับลูกความ สิทธินี้บัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมาย แต่วิธีการติดต่อมีรายละเอียดอย่างไรไม่มีบัญญัติในกฎหมาย การติดต่อกับลูกความโดยปกติเป็นการพูดจากันสองต่อสอง การกระทำดังกล่าวนี้เพื่อให้ทนายได้รู้จักลูกความ และทราบข้อเท็จจริงของเรื่องตลอดถึงโอกาสที่จะนำหลักฐานไปตีแผ่ในศาลเพื่อประโยชน์ของลูกความ นอกจากนี้โดยการติดต่อดังกล่าวจะทำให้ทนายได้มีโอกาสที่จะแจ้งให้ลูกความทราบฐานะในคดีทั้งข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายของเรื่องที่กล่าวหา โอกาสการนำพยานหลักฐานและหนทางที่จะพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานนั้น ข้อเสนอแนะอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์ซึ่งอาจรวมถึงการยอมความกับผู้เสียหาย

2) สิทธิที่จะรวบรวมพยานหลักฐานและสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสิทธินี้ ย่อมถือว่าเป็นหน้าที่ของทนายที่จะต้องนำพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความมาตีแผ่ เหตุนี้ทนายจึงมีสิทธิและหน้าที่ในการที่จะค้นคว้าหาพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความของตน

3) สิทธิที่จะแถลงให้เจ้าพนักงานและศาลทราบและร้องขอให้ดำเนินการ การใช้สิทธินี้แม้ในชั้นสอบสวนก็อาจกระทำได้ ทนายจึงต้องมีความรู้ด้านวิทยาการตำรวจตามควรจึงจะทำหน้าที่นี้ได้ผล

4) สิทธิในการกำหนดวันพิจารณาคดีและลักษณะกระบวนการพิจารณา ข้อนี้หมายความว่าในการที่ศาลจะนัดพิจารณาคดี ศาลจะต้องฟังทนายความตามสมควร นอกจากนี้ลักษณะของกระบวนการพิจารณาอาจเกิดจากการกระตุ้นของทนายได้ เช่นการขอให้ศาลเดินเพชฌุสืบเป็นต้น โดยลักษณะของสิทธินี้จะเห็นได้ว่าทนายทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการพิจารณาคดีของศาลด้วย นอกจากนี้ทนายยังทำหน้าที่เป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ และหน้าที่เป็นผู้แถลงข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ซึ่งหน้าที่ทั้งสามประการนี้จะเห็นได้ชัดในชั้นพิจารณาคดีของศาล ในฐานะผู้ควบคุมการพิจารณาคดี

ของศาล ทนายทนายหน้าที่ดูแลให้การดำเนินคดีนั้นเป็นธรรม

5) นอกจากนี้ ทนายยังมีสิทธิที่จะแนะนำเรื่องอุทธรณ์ ฎีกา แก่จำเลยอีกด้วย

สิทธิของทนายความทั้งหมดดังกล่าวมาแล้วเป็นสิทธิที่สืบเนื่องมาจากหน้าที่ของทนายมี 3 ประการคือ

- (1) หน้าที่ที่จะงดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ (Pflicht Zur Verschweigenheit) ซึ่งหน้าที่นี้สืบเนื่องมาจากความไว้นับเชื่อใจของลูกความ
- (2) หน้าที่ที่จะต้องให้ความจริงต่อศาล (Wahrheitspflicht) และ
- (3) หน้าที่ที่จะต้องแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความ (Fursprachepflicht)

หน้าที่ของทนายทั้ง 3 ประการนี้ถ้าพิจารณาถ่วงไปแล้วจะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาที่ขัดกัน ในขณะที่ทนายมีหน้าที่ที่จะงดไม่แถลงข้อเท็จจริง ซึ่งแน่นอนว่าข้อเท็จจริงที่แถลงนั้นเป็นผลเสียแก่ลูกความ แต่อีกทางหนึ่งทนายต้องให้ความจริงต่อศาล ศิลปะการเป็นทนายจึงยากที่จุดนี้กล่าวคือ ทนายอย่างไรจึงจะให้หน้าที่ทั้งสามมีความเชื่อมโยงสอดคล้องต่อกัน นั่นคือทนายต้องพยายามอย่างที่สุดที่จะแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความโดยไม่มีการกล่าวเท็จ และไม่คิดหน้าที่ที่จะงดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใดๆ ที่เป็นผลเสียต่อลูกความของตน

3. การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาในฐานะ

เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีตามกฎหมายไทย

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาดังหลักกฎหมายไทยตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ของไทยในปัจจุบันว่าให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยไว้อย่างไร โดยจะแยกศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาคดี

การที่แยกศึกษาออกเป็น 2 ส่วน เนื่องจากสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาในเบื้องต้นควรจะมี 2 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 เมื่อผู้ถูกกล่าวหาตกเป็นผู้ต้องหา (ในชั้นสอบสวน)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าผู้ถูกกล่าวหาจะตกเป็นผู้ต้องหาเมื่อใดในหัวข้อ

3. ของบทที่ 2 ดังนั้นเมื่อเขาตกเป็นผู้ต้องหาแล้ว สิทธิเสรีภาพที่สำคัญที่ผู้ต้องหาควรได้รับก็ ได้แก่

- บุคคลใดจะถูกจับ ถูกตรวจค้นโดยพลการไม่ได้
- ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น

ผู้บริสุทธิ์

- บุคคลใดๆ จะถูกคุมขังหรือทรมาน หรือได้รับการปฏิบัติ หรือถูกลงโทษที่โหดร้ายผิดมนุษยธรรมและต่ำช้ามิได้
- มีสิทธิพบหรือปรึกษาทนายความ และให้ทนายความอยู่ด้วยในระหว่างถูกสอบสวนและมีสิทธิที่จะพบญาติมิตรตามสมควร กรณีผู้ต้องหาเป็นผู้ยากไร้ ไม่มีทุนทรัพย์ที่จะสามารถจัดหาทนายความได้ ให้รัฐจัดหาทนายความให้
- มีสิทธิที่จะได้รับการประกันตัวอย่างเป็นธรรม
- มีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อหาและให้การด้วยความสมัครใจโดยไม่ถูกทรมาน ส่อลวง หรือขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
- ระยะเวลาในการควบคุมผู้ต้องหานั้นให้ควบคุมได้เท่าที่จำเป็นในการแสวงหาและรวบรวมหลักฐานในการดำเนินคดี แต่ไม่เกินเวลาการควบคุมตามกฎหมายโดยไม่มีเลือกประเภทความผิด

ขั้นตอนที่ 2 เมื่อผู้ถูกกล่าวหาตกเป็นจำเลย (ในชั้นพิจารณาคดี)

ผู้ถูกกล่าวหาจะตกเป็นจำเลย เมื่อผู้ถูกกล่าวหาถูกฟ้องยังศาลและศาล

ได้มีการประทับรับฟ้องแล้ว ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3. ของบทที่ 2 ดังนั้นเมื่อผู้ถูกกล่าวหาตกเป็นจำเลยสิทธิเสรีภาพที่สำคัญที่จำเลยควรได้รับก็ ได้แก่

- มีสิทธิโดยเสมอภาคเต็มที่ในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและเปิดเผย จากศาลอิสระและเที่ยงธรรมตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม
- การจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาโดย เฉพาะกรณีหรือกำหนดวิธีพิจารณาความพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีในคดีหนึ่งโดย เฉพาะจะกระทำมิได้

- มีสิทธิที่จะตั้งทนายความต่อสู้คดีและมีสิทธิที่จะให้รัฐจัดหาทนายความให้ในกรณีที่ไม่สามารถจัดหาทนายความได้ด้วยตนเอง เพราะเป็นคนยากไร้
- มีสิทธิที่จะได้รับการประกันตัวอย่างเป็นธรรม
- มีสิทธิอุทธรณ์ ฎีกา คาทพิพากษาได้
- มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีในกรณีที่ถึงที่สุดแล้ว หากปรากฏว่ามีหลักฐานใหม่ขึ้นว่าจำเลยมิได้กระทำความผิด และถ้าปรากฏจากศาลที่ร้องฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ว่าบุคคลนั้นมิได้เป็นผู้กระทำความผิด บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิได้รับทดแทนและค่าชดเชยจากรัฐ¹²

เมื่อได้ทราบแล้วว่าในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาคดี ผู้ต้องหาและจำเลยควรมีสิทธิเสรีภาพอย่างไร ต่อไปนี้จะได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในคดีอาญาดังนี้

1) การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในคดีอาญาในฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีตามกฎหมายไทยในชั้นสอบสวน

การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในชั้นสอบสวนนั้น ตามหลักกฎหมายของไทย มีบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารและพระราชบัญญัติตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว และพระราชบัญญัติตั้งศาลแขวง และวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 32 วรรคแรกบัญญัติว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

¹² พญูรย์ คงสมบูรณ์, "หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เบรียบเทียบ," เอกสารประกอบการศึกษารับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 16 มิถุนายน 2535. (อัดสำเนา)

จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว จะเห็นได้ว่าผู้ต้องหา มีสิทธิที่จะมีทนายความได้ในชั้นสอบสวน หากไม่สามารถจัดหาทนายความให้รัฐก็จะช่วยจัดหา ทนายความให้แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ*

หลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการมีทนายความ โดยรัฐจัดหาให้ในชั้น สอบสวนนี้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7 ทวิ มาตรา 8 และมาตรา 150 และมาตรา 165 ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้ ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้ก็เป็นการบัญญัติ กฎหมายขึ้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 ดังกล่าวมาแล้ว

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7 ทวิ บัญญัติว่า

"ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่ถูกควบคุมหรือขังมีสิทธิต่อไปนี้

- (1) พบและปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนายสองต่อสอง
- (2) ได้รับการเยี่ยมตามสมควร
- (3) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับ หรือผู้ต้องหา มีหน้าที่ แจ้งให้ผู้ถูกจับ หรือผู้ต้องหานั้นทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง"

*การให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 3 ลักษณะด้วยกันคือ

1. การรับรองสิทธิเสรีภาพไว้โดยเด็ดขาด คือไม่ยอมให้มีการออกกฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพได้เลย เช่น รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ.2521 มาตรา 25

2. การรับรองสิทธิเสรีภาพไว้อย่างกลาง คือยอมให้มีการตัดสิทธิเสรีภาพตามที่ รัฐธรรมนูญให้ไว้บ้าง โดยการออกกฎหมายเฉพาะบางประเภทหรือบางกรณี เช่น รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ.2492 มาตรา 32

3. การรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ภายใต้บังคับกฎหมายคือยอมให้มีการออกกฎหมายจำกัด สิทธิเสรีภาพได้เสมอ, หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป, คณาจารย์ชั้นปริญญาโท, คณะรัฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: ธรรมศาสตร์, 2513), หน้า. 129-131.

มาตรา 8 บัญญัติว่า "นับแต่เวลายื่นฟ้องแล้ว จำเลยมีสิทธิดังต่อไปนี้

- (1) แต่งทนายแก้ต่างในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาในศาลชั้นต้นตลอดจนชั้นศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา
- (2) พุดจากับทนายหรือผู้ที่จะเป็นทนายสองต่อสอง
- (3) ตรวจสอบสำนวนการไต่สวนมูลฟ้องหรือพิจารณาของศาลและคัดสำเนาหรือขอสำเนาที่รับรองว่าถูกต้องโดยเสียค่าธรรมเนียม
- (4) ตรวจสอบสิ่งที่ยื่นเป็นพยานหลักฐานและคัดสำเนาหรือถ่ายรูปสิ่งนั้นๆ

ถ้าจำเลยมีทนายความทนายนั้นย่อมมีสิทธิทำนองเดียวกับจำเลยดังกล่าวแล้วนั้นด้วย"

มาตรา 105 บัญญัติว่า "จดหมาย ไปรษณีย์บัตร โทรเลข สิ่งพิมพ์ หรือเอกสารอื่นซึ่งส่งทางไปรษณีย์และโทรเลข จากหรือถึงผู้ต้องหาหรือจำเลยและยังมิได้ส่ง ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวนไต่สวนมูลฟ้องพิจารณา หรือการกระทำอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ให้ขอคำสั่งจากศาลถึงเจ้าหน้าที่ไปรษณีย์โทรเลขให้ส่งเอกสารนั้นมา

ถ้าอธิบดีกรมตำรวจหรือข้าหลวงประจำจังหวัดเห็นว่าเอกสารนั้นต้องการไว้เพื่อการดังกล่าวแล้ว ระหว่างที่ขอคำสั่งต่อศาลมีอำนาจขอให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายไปรษณีย์โทรเลข เก็บเอกสารนั้นไว้ก่อน

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ ไม่ใช้ถึงเอกสารโต้ตอบระหว่างผู้ต้องหาหรือจำเลยกับทนายความของผู้นั้น"

มาตรา 165 บัญญัติว่า "ในคดีซึ่งพนักงานอัยการเป็นโจทก์ในวันไต่สวนมูลฟ้องให้จำเลยมาหรือคุมตัวมาศาลให้ส่งสำเนาฟ้องแก่จำเลยรายตัวไป เมื่อศาลเชื่อว่าเป็นจำเลยจริงแล้วให้อ่านและและอธิบายฟ้องให้ฟัง และถามว่าได้กระทำผิดจริงหรือไม่ จะให้การต่อสู้อย่างไรบ้าง ค้ำให้การของจำเลยให้จดไว้ ถ้าจำเลยไม่ยอมให้การก็ให้ศาลจดรายงานไว้และดำเนินการต่อไป

จำเลยไม่มีอำนาจนำพยานมาสืบในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิในการที่จำเลยจะมีทนายมาช่วยเหลือ

ในคดีราษฎร เป็นโจทก์ศาลมีอำนาจไต่สวนมูลฟ้องลับหลังจำเลย ให้ศาลส่ง
สำเนาฟ้องแก่จำเลยรายตัวไปกับแจ้งวันนัดไต่สวนให้จำเลยทราบ จำเลยจะมาฟังการไต่สวน
มูลฟ้อง โดยตั้งทนายให้ซักค้านพยานโจทก์ด้วยหรือไม่ก็ได้ หรือจำเลยจะไม่มาแต่ตั้งทนายมาซัก
ค้านพยานโจทก์ก็ได้ ห้ามมิให้ศาลถาม ค่าให้การจำเลยและก่อนที่ศาลจะประทับฟ้องมิให้ถือว่า
จำเลยอยู่ในฐานะ เช่นนั้น"

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอื่นที่บัญญัติหลักเกณฑ์การมีทนายความของผู้ต้องหาให้
ชั้นสอบสวนอีกดังนี้

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง
มาตรา 7 บัญญัติว่า "ในการสอบสวนคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจศาลแขวงที่จะพิจารณาพิพากษาได้เมื่อ
มีการจับตัวผู้ต้องหาแล้ว ให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบส่งตัวผู้ต้องหาพร้อมด้วยสำนวนการ
สอบสวนไปยังพนักงานอัยการ เพื่อให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลแขวงให้ทันภายในกำหนด เวลา
เจ็ดสิบสองชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ต้องหาถูกจับ แต่มิให้นับเวลาเดินทางตามปกติที่นำตัวผู้ต้องหา
จากที่จับมายังที่ทำการของพนักงานสอบสวน จากที่ทำการของพนักงานสอบสวนและหรือจากที่
ทำการของพนักงานอัยการมาศาล เข้าในกำหนดเวลาเจ็ดสิบสองชั่วโมงนั้นด้วย

ในกรณีที่เกิดความจำเป็นไม่สามารถฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลให้ทันภายในกำหนด
เวลาดังกล่าวในวรรคแรก ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณี ยื่นคำร้องต่อศาล
เพื่อขอพักฟ้องต่อไปได้อีกคราวละไม่เกินหกวัน แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสามคราว ในการวินิจฉัยคำร้อง
เช่นว่านี้ถ้ามีการขอให้ขังผู้ต้องหาด้วย หรือผู้ต้องหาแสดงตัวต่อศาลให้ศาลสอบถามผู้ต้องหาว่า
จะมีข้อคัดค้านประการใดหรือไม่ และศาลอาจเรียกพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการคดีมา
ชี้แจงเหตุจำเป็นหรืออาจเรียกพยานมาเบิกความประกอบก็ได้

เมื่อศาลสั่งอนุญาตให้พักฟ้องครบสามคราวแล้ว หากพนักงานสอบสวนหรือ
พนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอพักฟ้องต่อไปอีกโดยอ้างเหตุจำเป็น ศาลจะอนุญาตตามขอ
นั้นได้ก็ต่อเมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้แสดงถึงเหตุจำเป็นและพยานมา เบิกความ
ประกอบจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ถ้ามีการขอให้ขังผู้ต้องหาด้วยหรือผู้ต้องหาแสดงตัวต่อศาลให้ศาล
สอบถามผู้ต้องหาว่าจะมีข้อคัดค้านประการใดหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ศาลมีอำนาจสั่งอนุญาตให้พักฟ้อง
ต่อไปได้คราวละไม่เกินหกวัน แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสองคราว

ผู้ต้องหาจะแต่งตั้งทนายเพื่อแถลงข้อคัดค้าน และซักถามพยานก็ได้"

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 51 บัญญัติว่า "เมื่อมีการจับกุมเด็กหรือเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดแล้วให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบรีบดำเนินการสอบสวน และส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมทั้งความเห็นไปยังพนักงานอัยการ เพื่อให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวให้ทันภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่เด็กหรือเยาวชนนั้นถูกจับกุม

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินหกเดือนแต่ไม่เกินห้าปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หากเกิดความจำเป็นไม่สามารถฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นต่อศาลให้ทันภายในระยะเวลาดังกล่าวในวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณียื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอพักฟ้องต่อไปได้อีกครั้งละไม่เกินสิบห้าวันแต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสองครั้ง

ในกรณีความผิดอาญาที่มีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกเกินกว่าห้าปีจะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม เมื่อศาลสั่งอนุญาตให้พักฟ้องครบสองครั้งแล้ว หากพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอพักฟ้องต่อไปอีกโดยอ้างเหตุจำเป็น ศาลจะอนุญาตตามคำขออันนี้ได้ต่อเมื่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการได้แสดงถึงเหตุจำเป็นและนำพยานมาเบิกความประกอบ จนเป็นที่พอใจแก่ศาล ในกรณีเช่นนี้ศาลมีอำนาจสั่งอนุญาตให้พักฟ้องต่อไปได้อีกครั้งละไม่เกินสิบห้าวัน แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสองครั้ง

ในการพิจารณาคำร้องขอพักฟ้อง เด็กหรือเยาวชนผู้ต้องหาจะตั้งที่ปรึกษากฎหมายเพื่อแถลงข้อคัดค้านหรือซักถามพยานก็ได้..."

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 7 ทวิ มาตรา 8 มาตรา 150 และมาตรา 165, พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 51 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง มาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 จะพบว่า การมีทนายความของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนของประเทศไทย เป็นเพียงสิทธิส่วนตัวของผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะจัดหาทนายความช่วยเหลือตนเองในชั้นสอบสวนและในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง เนื่องจากตัวบทกฎหมายที่รองรับกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 เรื่องสิทธิ

ของผู้ต้องหาที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทุนความมาให้ ได้วางหลักไว้ว่าในชั้นสอบสวนหรือในชั้นไต่สวนมูลฟ้องนั้น ผู้ต้องหาจะแต่งตั้งทนายความเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินคดีก็ได้ แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าหากผู้ต้องหาไม่สามารถจะจัดหาทนายความเองได้ รัฐจะช่วยเหลือด้วยการจัดหาทนายความให้

ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาในคดีอาญาในชั้นสอบสวนนี้จึงเป็นเพียงสิทธิของผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะแต่งตั้งทนายความ เพื่อช่วยเหลือตนเองในการดำเนินคดีในชั้นสอบสวน ซึ่งในปัจจุบันแม้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่าผู้ต้องหาในคดีอาญาย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ ตามกฎหมายบัญญัติ แต่ในขณะนี้ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายใดขึ้นมาเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญเลย

2) การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญาตามกฎหมายไทยในชั้นพิจารณาคดี

การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในชั้นพิจารณาคดีตามกฎหมายไทยมีบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นหลักดังนี้

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 32 วรรคแรกได้บัญญัติว่า "...จำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามกฎหมายบัญญัติ"

ตามตัวบทกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 ข้างต้นจะเห็นได้ว่า โดยหลักเบื้องต้นแล้วจำเลยในคดีอาญาจะได้รับการช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นผู้จัดหาทนายความให้ก็ต้องมีตัวบทกฎหมายอื่นรองรับไว้เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 เป็นต้น ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป จากบทบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยนั้นยอมรับกันว่าทนายความมีความสำคัญและถือเป็นองค์กรหนึ่งในการดำเนินคดีอาญาเลยทีเดียว

บทบัญญัติของกฎหมายไทยในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ ที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 มีดังนี้

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 บัญญัติว่า "ในคดีที่มีอัตราโทษ ประหารชีวิตก่อน เริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงประหารชีวิตและใน คดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามี ทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งทนายให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สามปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยไม่มี ทนายความและต่อสู้คดีโดย แดงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจนและต้องการทนายก็ให้ ศาลตั้งทนายให้

ในการพิจารณาดังทนายให้จำเลยตามวรรคสาม ศาลอาจไต่สวนเพื่อให้ได้ ความว่าจำเลยยากจนจริง

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลแก่ทนายที่ศาลตั้งตามมาตรานี้ตามระเบียบที่กระทรวง ยุติธรรมกำหนด"

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2534 มาตรา 83 ได้บัญญัติว่า "ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัวจำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้ แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมาย เพื่อปฏิบัติหน้าที่ แทนเองเดียวกับทนายความได้ ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษา กฎหมายให้ เว้นแต่จำเลยนั้นไม่ต้องการและศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก้คดี จะไม่แต่งตั้งที่ปรึกษา กฎหมายให้ก็ได้"

พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 55 บัญญัติไว้ว่า "ศาลทหารในเวลาปกติ ให้ผู้เสียหายซึ่งมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้ ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่งแต่งตั้งทนายได้

ศาลทหารในเวลาปกติและศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ให้จำเลยแต่งตั้งทนายได้ ทนายต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ หรือทนายความที่ กระทรวงกลาโหมกำหนด เมื่อทนายได้รับอนุญาตจากศาลแล้ว ให้ว่าต่างหรือแก้ต่างได้

ศาลอาญาศึกหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตามมาตรา 40 และมาตรา 43 ห้ามแต่งตั้งทนาย"

มาตรา 56 บัญญัติว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 55

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีนายหรือไม่มี ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้

(2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่า จำเลยยากจนและต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ในการนี้ศาลอาจไต่สวนเพื่อให้ได้ความว่าจำเลยเป็นคนยากจนจริง

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลแก่ทนายที่ศาลตั้งตาม (1) และ (2) ตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด"

การมีทนายความของจำเลยโดยรัฐจัดหาให้ในชั้นพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทยสามารถแยกพิจารณาได้สองส่วนคือ

1) การมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในฐานะเป็นสิทธิของจำเลย จากตัวบทกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173, พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว มาตรา 83 และพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 56 นั้น ได้วางหลักเกณฑ์สำหรับการที่รัฐจะจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญาในฐานะ เป็นสิทธิไว้ดังนี้

(1) กรณีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคสองและวรรคสามดังนี้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป แต่ไม่ถึงประหารชีวิต และในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีนายหรือไม่มี ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งทนายให้

ในคดีที่อัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สามปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยไม่มีทนายและต่อสู้คดี โดยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจนและต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งทนายให้

(2) กรณีตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 56 (1) (2) ดังนี้

(1) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการก็ให้ศาลตั้งทนายให้

(2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินห้าปีแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่า จำเลยยากจนและต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งทนายให้

(3) กรณีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว มาตรา 83 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจำเลยจะมีทนายความแก้คดีแทนไม่ได้ แต่ให้จำเลยมีที่ปรึกษากฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตนเองเดียวกับทนายได้ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้

สรุปการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในฐานะ เป็นสิทธิของจำเลยนั้น เมื่อจำเลยตกอยู่ในสถานะตามกรณีทั้งสามข้างต้นศาลต้องถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีศาลต้องถามจำเลยว่าต้องการทนายความหรือไม่ ซึ่งในขั้นนี้ก็จะเป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้ที่จะแถลงต่อศาลว่าต้องการทนายเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินคดีหรือไม่ ถ้าจำเลยแถลงต่อศาลว่าจำเลยต้องการทนายความ ศาลจะต้องแต่งตั้งทนายให้จำเลยก่อนเริ่มพิจารณาคดี ถ้าศาลไม่ดำเนินการแต่งตั้งแทนทนายความให้แก่จำเลย เมื่อจำเลยแถลงว่าต้องการทนายความการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าการที่จำเลยจะมีทนายความเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินคดีหรือไม่ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจหรือเป็นสิทธิของจำเลยเท่านั้น

2) การมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญา

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ข้อ 3) แล้วว่า การมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีนั้น หมายถึงการที่กฎหมายบังคับให้ศาลต้องแต่งตั้งทนายให้จำเลยก่อนจึงจะเริ่มพิจารณาคดีได้

ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญา มาตรา 173 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี ดังนี้

กรณีที่เป็นคดีมีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาที่ศาลตามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนาย (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคแรก)

ดังนั้นการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญานั้นฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีถ้าจำเลยถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดและความคิดเห็น มีอัตราโทษประหารชีวิต กฎหมายบังคับไว้ว่าต้องแต่งตั้งทนายให้จำเลยก่อนการพิจารณาคดี หรืออาจกล่าวได้ว่าในการพิจารณาคดีตามกรณีข้างต้นนี้กฎหมายบังคับว่าทนายความคือองค์กรสำคัญที่ต้องร่วมอยู่ด้วยในระหว่างพิจารณาคดีเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยและเพื่อความยุติธรรมในการพิจารณาคดี

สรุปได้ว่าการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาตามกฎหมายไทยทั้งในชั้นสอบสวนและในชั้นพิจารณาคดี แบ่งออกเป็น 2 ระบบคือ หนึ่งระบบการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในฐานะเป็นสิทธิโดยแท้ กับ สองระบบการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่า การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาของไทยโดยรัฐจัดหาให้โดยทั่วไปแล้วยังไม่ประสบความสำเร็จมากเท่าที่ควร ทั้งระบบที่ให้เป็นสิทธิและระบบที่ให้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญา เนื่องจากผู้ต้องหาและจำเลยยังไม่มีความรู้ด้านกฎหมายจึงไม่รู้ว่าทนายความมีความจำเป็นและมีความสำคัญอย่างไรต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตนระหว่างถูกดำเนินคดี หรืออาจกล่าวได้ว่าประชาชนยังไม่รู้ถึงสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายที่รัฐคุ้มครองให้ นอกจากนี้ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาของไทยมีหลายกลุ่ม ซึ่งแต่ละกลุ่มก็มีความคิดแตกต่างกันไปในเรื่องของการขอให้รัฐจัดหาทนายความมาให้เพื่อช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญา เช่น กลุ่มผู้ต้องหาและจำเลยเคยถูกจับหรือถูกลงโทษมาแล้ว เขาอาจจะเห็นเป็นเรื่องไม่สำคัญที่จะต้องมียทนายความช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญา เพราะอย่างไรเขาก็เคยมีตราขบจากการจำคุกแล้ว และอาชญากรรมบางคนเห็นว่าการถูกจำคุกเป็นเรื่องดีสำหรับเขา เพราะมีที่อยู่อาศัย มีอาหารเลี้ยงชีพ และยังสามารถมีรายได้เล็ก ๆ น้อย ๆ จากงานวิชาชีพภายในเรือนจำ ในขณะที่สังคมภายนอกไม่ยอมรับ และไม่ให้โอกาสกลุ่มคนเหล่านี้ในการประกอบ

สัมมาอาชีพ รวมถึงไม่ยอมรับการอยู่ร่วมกันในสังคม ทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่สามารถใช้ชีวิตเฉกเช่นบุคคลปกติทั่วไปในสังคมได้ ปัญหาเหล่านี้ล้วนแต่แสดงให้เห็นว่าตัวผู้ต้องหาและจำเลยในกลุ่มนี้ก็มิได้คืนรนต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาไม่ว่าจะเนื่องจากมิได้รับความรู้เรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา หรือรับรู้สิทธิของตนแต่เพิกเฉยไม่กระทำ เนื่องจากเหตุผลทางสังคมหลายประการที่กล่าวมาข้างต้น

ผู้ต้องหาและจำเลยอีกกลุ่มหนึ่งคือกลุ่มที่ไม่มีการศึกษา และยากจน ซึ่งเป็นชนกลุ่มใหญ่ในสังคมไทย เป็นกลุ่มผู้ต้องหาและจำเลยประเภทที่เห็นในรูปแบบที่เป็น "แพะ" ในคดีอาญา เขาเหล่านี้ไม่รู้ถึงสิทธิในการมีทนายความโดยรัฐจัดหาให้ และไม่รู้ว่าสิทธิที่เขาติดตามกฎหมายเป็นอย่างไร ทนายความจึงมีความจำเป็นมากในกลุ่มของผู้ต้องหา และจำเลยประเภทนี้ ดังนั้นผู้ต้องหาและจำเลยประเภทนี้ รัฐควรจัดหาทนายความให้ในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาตัดสิน

สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหา และจำเลยในคดีอาญา โดยรัฐจัดหาให้ ยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรในกลุ่มผู้ต้องหา และจำเลยอีกกลุ่มหนึ่ง คือ กลุ่มที่มีความรู้และมีฐานะผู้ต้องหาและจำเลยประเภทนี้จะรู้ดีถึงประโยชน์และความจำเป็นของทนายความในการช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญา เขาจะจัดหาทนายความที่มีความรู้ความสามารถเข้าช่วยเหลือทันทีที่ถูกดำเนินคดีอาญา เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของเขา ผู้ต้องหาในกลุ่มนี้ตระหนักถึงความสำคัญของทนายความ แต่จะปฏิเสธความช่วยเหลือจากรัฐในการจัดหาทนายความให้เนื่องจากไม่มีความมั่นใจในประสิทธิภาพและความรู้ความสามารถของทนายความที่จัดให้โดยรัฐ ว่าเพียงพอที่จะช่วยเหลือเขาได้

ตัวอย่างกลุ่มผู้ต้องหา และจำเลยเหล่านี้ ล้วนแสดงถึงการไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรของการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหา และจำเลยในคดีอาญาของไทย นอกจากนี้ยังมีผู้กล่าวอ้างว่าองค์กรของรัฐบางหน่วยงานยังไม่ตระหนักในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากนัก เช่น กรณีที่ผู้ต้องหาและจำเลยถูกจับกุม เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจให้คำปรึกษากับผู้ต้องหาและจำเลยว่าการมีทนายความจะทําให้คดีล่าช้า และจะถูกกักขังระหว่างพิจารณาเป็นเวลานาน ดังนั้นควรรับสารภาพเพื่อที่คดีจะได้จบรวดเร็ว

เมื่อหน่วยงานของรัฐไม่ตระหนักในสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลย จึงทำ
 ให้การจำกัดกฎหมายในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาไม่
 ประสบความสำเร็จ เพราะผู้ทนายที่แนะนำหรือให้คำปรึกษาในด้านสิทธิการมีทนายความของผู้
 ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาไม่พยายามที่จะชี้แจงให้ผู้ต้องหาและจำเลยรับทราบถึงสิทธิของการมี
 ทนายความ แต่กลับปฏิบัติเพื่อให้คดีจบลงอย่างรวดเร็ว เท่านั้น

ในความเห็นของผู้วิจัยในเรื่องการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหา และจำ
 เลยในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ของประเทศไทย เห็นว่า ในสภาพปัจจุบันประเทศไทย ประชาชน
 ส่วนใหญ่เป็นคนยากจน ด้อยการศึกษา และขาดความรู้ด้านกฎหมาย การที่จะกำหนดว่าการจัดหา
 ทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยควรให้เป็นสิทธิ คงไม่เหมาะสมเนื่องจากเหตุผลที่กล่าวมา
 แล้วว่าหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังไม่ตระหนักถึงสิทธิของ
 ประชาชนเท่าที่ควร และผู้ต้องหาและจำเลยก็ยังไม่มีความรู้ในเรื่องของการขอรับความช่วยเหลือ
 เหลือจากรัฐในการจัดหาทนายความให้ ดังนั้นการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยควรให้
 ในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีอาญาเลย เช่นในกรณีคดีที่มีโทษอุกฉกรรจ์ คดีที่ผู้ต้องหาและ
 จำเลยยากจน, หูหนวก, เป็นใบ้, เป็นผู้เยาว์, เป็นผู้มีอายุเกิน 70 ปีขึ้นไป และคดีที่มีผลต่อ
 การให้ผู้ต้องหา และจำเลยต้องถูกห้ามประกอบอาชีพ ถูกส่งตัวเข้าสถานพยาบาลเพื่อเตรียมการ
 ในการฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับภาวะแห่งจิตของผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งคดีเหล่านี้
 รัฐควรจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลย โดยให้ในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี
 เนื่องจากเป็นคดีที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหา และจำเลยมาก อีกทั้งกรณีของ
 คนหูหนวก, คนใบ้, คนที่มีอายุเกิน 70 ปีขึ้นไป เป็นบุคคลที่ย่อนสมรรถภาพทางร่างกาย และกรณี
 ของผู้เยาว์ถือว่าร่างกาย, จิตใจ, และประสบการณ์ชีวิตยังไม่พัฒนาเต็มที่ ดังนั้นบุคคลเหล่านี้
 ควรได้รับการช่วยเหลือจากรัฐในการจัดหาทนายความให้ในการต่อสู้คดีอาญา เพื่อจะได้เกิดความ
 ยุติธรรมและเท่าเทียมกันในการดำเนินคดี

4. หลักเกณฑ์และข้อเท็จจริงของประเทศไทยที่ใช้เป็นข้อแย้งระหว่างการมี
 หมายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญานฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็นเงื่อนไข
 ในการพิจารณาาคดี

การมีหมายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ในประเทศไทยถือ
 หลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติจึงจะเห็นได้จากกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับแก้ไข
 เพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 32 บัญญัติว่า "ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิ
 ที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความมาให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ"

กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปัจจุบันไม่ได้ให้ข้อเท็จจริงว่า การมีทนาย
 โดยรัฐจัดหาให้ของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญานฐานะ เป็นสิทธิและในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการ
 พิจารณาาคดีเป็นอย่างไร แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 ก็ได้วางหลักเกณฑ์ไว้
 ว่าให้ถือตามกฎหมายบัญญัติ ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์และวางหลักข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการมี
 ทนายความโดยรัฐจัดหาให้ของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญานฐานะ เป็นสิทธิและในฐานะ เป็น
 เงื่อนไขในการพิจารณาาคดี ได้แก่ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พระราชบัญญัติ
 จัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาาคดีเยาวชนและครอบครัว มาตรา 83
 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 55 และมาตรา 56 ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.

ข้อเท็จจริงที่ใช้แย้งระหว่างการมีหมายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาน
 ฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาาคดี จากหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
 มาตรา 173 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาาคดีเด็กและเยาวชน มาตรา 47 และพระราชบัญญัติ
 ธรรมนูญศาลทหาร มาตรา 55 และมาตรา 56 สามารถแบ่งได้ดังนี้

- 1) ถือตามอัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดได้ถูกฟ้อง
 - (1) คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต
 - (2) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงประหารชีวิต
 - (3) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูง 3 ปี ขึ้นไปแต่ไม่ถึง 10 ปี
- 2) ถือตามอายุผู้กระทำความผิด
- 3) ถือตามความยากจนของผู้กระทำความผิด

1) หลักเกณฑ์และข้อเท็จจริงประการแรกที่ใช้แบ่งแยกระหว่างการมีทนายของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ในฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีก็คือถือตามอัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดได้ถูกฟ้อง

เดิมทีเดียวก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีกฎหมายใดกำหนดให้ศาลตั้งทนายให้จำเลย แต่ในทางปฏิบัติศาลตั้งทนายให้จำเลยที่ถูกฟ้องในคดีอุกฉกรรจ์¹³ เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายก็ได้กำหนดให้ศาลตั้งทนายให้แก่จำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งตามหลักเกณฑ์เดิมทำให้คดีอุกฉกรรจ์คือคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป โดยไม่คำนึงถึงอัตราโทษจำคุกขั้นต้นว่าจะเป็นเท่าใด ก่อนการพิจารณาให้ศาลแต่งตั้งทนายให้จำเลยก่อนการพิจารณาคดี แต่ในปัจจุบันได้มีการแบ่งแยกข้อเท็จจริงในเรื่องการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้โดยถืออัตราโทษเป็นสำคัญดังนี้

(1) คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต

คดีที่จำเลยถูกฟ้องว่ากระทำความผิดและความผิดนั้นมีอัตราโทษประหารชีวิต ศาลจะตั้งทนายให้จำเลยโดยถือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 วรรคแรก บัญญัติว่า "ในคดีที่อัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาคดีให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายให้" ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขบังคับว่าก่อนการพิจารณาคดีศาลต้องตั้งทนายให้จำเลยก่อนจึงจะเริ่มพิจารณาคดีได้

(2) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงประหารชีวิต

คดีที่จำเลยถูกฟ้องว่ากระทำความผิดและความผิดนั้นมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป แต่ไม่ถึงประหารชีวิต ศาลจะต้องถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งทนายให้ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้ที่จะให้รัฐจัดหาทนายความให้แก่จำเลย

¹³พิทักษ์ จักรางกูร , ขอแรงทนาย, วารสารทนายความ ปีที่ 12 เล่มที่ 5 (กุมภาพันธ์ 2533), หน้า. 66.

(3) คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูง 3 ปี ขึ้นไปแต่ไม่ถึง 10 ปี

คดีที่จำเลยถูกฟ้องว่ากระทำความผิดและความผิดนั้นเมื่ออัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี แต่ไม่ถึง 10 ปี และข้อเท็จจริงหากศาลฟังได้ว่าจำเลยมีความยากจนและต้องการทนายความในการต่อสู้คดีศาลก็จะแต่งตั้งทนายให้แก่จำเลย ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิของจำเลยที่จะมีทนายหรือไม่ก็ได้ หากจำเลยต้องการทนายศาลก็จะตั้งให้ แต่หากว่าจำเลยไม่ต้องการศาลก็จะดำเนินคดีต่อไปโดยที่จำเลยไม่ต้องมีทนาย

ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่สามารถแบ่งแยกระหว่างการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในฐานะเป็นสิทธิกับในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี ประการแรกคืออัตราโทษ ถ้าจำเลยถูกฟ้องว่าได้กระทำความผิดอันมีโทษถึงประหารชีวิตก็จะถือเป็นหลักเกณฑ์ว่าศาลต้องแต่งตั้งทนายให้แก่จำเลยก่อนจึงจะเริ่มพิจารณาคดีได้ หรือถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี แต่ถ้าหลักเกณฑ์อัตราโทษที่จำเลยถูกฟ้องมีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป ไม่ถึงประหารชีวิตก็จะมีอัตราโทษดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ว่าศาลจะตั้งทนายให้แก่จำเลยต่อเมื่อจำเลยร้องขอต่อศาลเท่านั้น หรือถือว่าเป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้

2) หลักเกณฑ์และข้อเท็จจริงประการที่สองที่ใช้แบ่งแยกระหว่างการมีทนายของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา โดยรัฐจัดหาให้ในฐานะเป็นสิทธิกับในฐานะเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดีคือการถือตามอายุของผู้กระทำความผิด

ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปีในการพิจารณาคดีอาญาจำเลยจะมีทนายความแก่คดีแทนไม่ได้แต่ให้มีที่ปรึกษากฎหมาย หรือปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกันกับทนายความได้

ในกรณีที่จำเลยไม่มีที่ปรึกษากฎหมายให้ศาลแต่งตั้งที่ปรึกษาให้ เว้นแต่จำเลยนั้นไม่ต้องการและศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดีจะไม่แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้ก็ได้

การพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้กระทำความผิดนั้นถืออายุของผู้กระทำความผิด ในขณะที่กระทำความผิดหรือถืออายุจำเลยในวันที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้น

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าหากจำเลยมีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปี ศาลจะตั้งทนายให้จำเลยเมื่อจำเลยต้องการ จึงถือว่าเป็นการมีทนายของจำเลยในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ในฐานะเป็นสิทธิของจำเลยโดยแท้ในการที่จะมีทนายความในการช่วยพิจารณาคดีอาญา

3) หลักเกณฑ์และข้อเท็จจริงประการที่สามที่ชี้แบ่งแยกระหว่างการมีทนาย
ของทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ในฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็น
เงื่อนไขในการพิจารณาคดีคือถือตามความยากจนของผู้กระทำความคิด

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 173 วรรคสาม ได้บัญญัติ
ว่า "ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สามปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงสิบปี ถ้าจำเลยไม่มีทนายและต่อผู้
คดี โดยแถลงต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาว่าจำเลยยากจน และต้องการทนายก็ให้ศาลตั้งให้.."

ดังนั้น ถ้าจำเลยยากจนและถูกฟ้องว่าได้กระทำความผิดในคดีที่มีอัตราโทษ
จำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงสิบปี และจำเลยต้องแถลงต่อศาลเองว่าต้องการทนายศาลจึงจะแต่งตั้ง
ทนายให้โดยศาลมีอำนาจที่จะได้สวนก่อนว่าจำเลยยากจนจริงหรือไม่ ถ้ายากจนจริงศาลจึงจะ
แต่งตั้งทนายให้แก่จำเลย ฉะนั้นจึงถือว่าข้อเท็จจริงนี้เป็นหลักเกณฑ์ในการมีทนายความของจำเลย
ในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ในฐานะ เป็นสิทธิ

5. การใช้เหตุผลในทางกฎหมายของประเทศไทยกับการร่างกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิการมี
ทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในฐานะ เป็นสิทธิกับในฐานะ เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาคดี

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าแม่บทกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิการมีทนายของผู้ต้องหาและ
จำเลยในคดีอาญาของประเทศไทยคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ ในส่วนกฎหมายอื่นก็จะบัญญัติเพื่อให้
เป็นไปตามกฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้นเพื่อให้ทราบถึงเหตุผลสำคัญในการร่างกฎหมาย เพื่อ
คุ้มครองสิทธิการมีทนายของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ก็จะต้องศึกษาจากเหตุผลในการร่าง
กฎหมายรัฐธรรมนูญในเรื่องการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา เป็นสำคัญ

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 32 เรื่องการมีทนายของ
ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยรัฐจัดหาให้ ต้องเป็นหลักของการช่วยเหลือของรัฐในทางคดี
ซึ่งคณะกรรมการร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน มีการแก้ไขมาตรานี้
เพิ่มเติมจุดเด่นของกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 ของฉบับปัจจุบันแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ
ปีพุทธศักราช 2492 และรัฐธรรมนูญ ปีพุทธศักราช 2517 ดังนี้

ประกาศที่ 1 ในคดีอาญาคณะกรรมการได้แก้ไขให้ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญามีสิทธิได้รับการช่วยเหลือจากรัฐไม่ว่าจะเป็นผู้ยากไร้หรือไม่ นี่คือนิวส์ที่แตกต่างที่คณะกรรมการได้พิจารณาอย่างรอบคอบ และจะได้ชี้แจงเหตุผลในลำดับต่อไป การจัดทำรัฐได้ช่วยเหลือผู้ยากไร้ซึ่งไม่มีทุนทรัพย์นั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายบัญญัติ ในที่นี้หมายถึงว่าต้องออกกฎหมายรองรับในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายในกรณีเช่นนี้สามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี

กรณีที่ 1 ผู้ยากไร้ไม่มีทุนทรัพย์ รัฐมีหน้าที่จัดทำให้เปล่า รัฐมีหน้าที่จัดให้ทุกกรณี นี่คือนิวส์ที่คณะกรรมการได้พิจารณาเกณฑ์ของผู้ยากไร้ เกณฑ์ตรงนี้กฎหมายยังไม่เคยมีบัญญัติไว้ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายลำดับรองที่จะได้รับการแก้ไขต่อไป

กรณีที่ 2 ผู้ไม่ยากไร้นั้น รัฐจัดให้เฉพาะบางกรณีที่เรายังไม่อาจตั้งตนายได้ทันเช่นกรณีถูกจับเพราะกระทำความผิดซึ่งหน้า ในกรณีเหล่านี้ผู้ที่ยากไร้หรือไม่ยากไร้ ไม่สามารถแต่งตั้งตนายได้ทัน เขาควรจะได้สิทธิตามสิทธิของชนชาวไทยการประกันหลักประกันที่เป็นธรรมในฐานะที่มนุษย์เท่าเทียมกันในต่างประเทศในคดีอาญาและคดีปกครองก็ใช้หลักการเช่นนี้เดียวกัน อย่างเช่นสาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศเบลเยียม ได้จัดให้มีทนายประจำอยู่สนามบินนานาชาติ ในโอกาสที่บุคคลซึ่งอาจจะลี้ภัยทางการเมือง หรือบุคคลที่เดินทางเข้าประเทศไม่มีวีซ่า (Visa) หนังสือรับรองเข้าประเทศก็อาจจะถูกกักตัว อาจถูกสอบสวน ต่าง ๆ เหล่านี้เขาจัดให้มีทนายเพื่อที่จะได้ช่วยเหลือในทางคดีเหล่านั้น แต่ถ้าในกรณีที่บุคคลที่ไม่ยากไร้สามารถมีเวลาดังตั้งตนายได้ทันท้วงทีเขาก็สามารถดำเนินการได้ตามปกติธรรมดา

ข้อสังเกตประการสำคัญอย่างหนึ่งในการร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 เรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคุ้มครองสิทธิบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นผู้ยากจนหรือไม่ก็ตาม และคุ้มครองทั้งสิทธิของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนและจำเลยในชั้นพิจารณาคดีอาญาด้วย ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติใหม่ของกฎหมายในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมีทนายโดยรัฐจัดหาให้ โดยคณะกรรมการให้เหตุผลในเรื่องการร่างกฎหมายเช่นนี้ว่าในปัจจุบันนี้ก็มีกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติที่จะให้ศาลตั้งตนายให้อยู่แล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่มีข้อจำกัดในการที่ศาลจะจัดตั้งตนายให้เป็นข้อจำกัดที่แคบมากเพราะว่าศาลจัดตั้งให้ก็ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวตกเป็นจำเลยในคดีอาญา ก็คือหมายความว่าในชั้นศาลนั่นเอง และจะต้องจำกัดในเรื่องของโทษ จะต้องเป็นโทษที่เป็นอุกฉกรรจ์ ซึ่งได้แก่โทษประหารชีวิตหรือ

โทษตลอดชีวิต และในส่วนที่เด็กตกเป็นจำเลยในคดีอาญาศาลจะจัดตั้งให้มีเงื่อนไขอย่างไร จัดตั้ง
 ใดอย่างไร ศาลจะถามก่อนว่าจะขอทนายไหม เพราะฉะนั้นในส่วนนี้จึงเป็นบทบัญญัติที่เสริมมาว่า
 แม้ในชั้นพนักงานสอบสวนกฎหมายก็มีการคุ้มครอง ซึ่งกฎหมายได้มีการเติมเข้าไปว่าผู้ต้องหาหรือ
 จำเลย เพราะปัจจุบันนั้นจำเลยคือในชั้นศาลผู้ต้องหาคือชั้นของพนักงานสอบสวน สำหรับในเรื่อง
 ผู้ยากไร้เดิมก็จะมีการบัญญัติไว้ในเรื่องของผู้ยากไร้หรือผู้ยากจน แต่อย่างไรเป็นความยากจนหรือ
 ยากไร้ รัฐธรรมนูญไม่สามารถจะกำหนดหรือจำกัดในค่าจำกัดความไปได้ เป็นการยากที่จะบัญญัติ
 เรื่องยากจนหรือยากไร้เอาไว้ ได้มีการเปรียบเทียบในคดีแพ่งมีการดำเนินคดีอนาถา อย่างไร
 เป็นการดำเนินคดีอนาถา อย่างไรเป็นเรื่องของยากจน ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธี
 พิจารณาความแพ่ง แต่ต้องผ่านกระบวนการสอบสวนของศาล เพราะฉะนั้นในส่วนนี้รัฐธรรมนูญจึง
 ไม่ได้บัญญัติเอาไว้อย่างไรเป็นยากจนหรือยากไร้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมาย
 บัญญัติ เพราะกฎหมายรองรับสามารถจะบัญญัติหลักเกณฑ์ในรายละเอียดได้ดีกว่าบทบัญญัติใน
 รัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เหตุผลสำคัญในการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการมี
 ทนายโดยรัฐจัดหาให้ในคดีอาญาคือ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในการมีทนายของผู้ต้องหาและจำเลย
 ในการที่จะต่อสู้คดี เพื่อให้เห็นถึงความบริสุทธิ์จากข้อกล่าวหาของฝ่ายพนักงานสอบสวน และเพื่อ
 ให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ถือว่าทุกคนย่อมเท่าเทียมกันตามกฎหมาย
 และได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ และหรือให้สอดคล้องกับสุภาษิตในกฎหมายที่ว่าแม้
 มีศาลก็ต้องมีทนาย¹⁴ พร้อมกันนี้เจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องนี้ร่างขึ้นมาเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิ
 ประโยชน์ของผู้ยากไร้ที่ด้วยโอกาสอันสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนยากจนซึ่งไม่มีความสามารถที่
 จะหาเงินทองมาจ้างทนายความเพื่อต่อสู้พิสูจน์ความบริสุทธิ์ในศาลสถิตยุติธรรมได้

¹⁴รายงานการประชุมสภาเรื่องพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไข
 เพิ่มเติม (ฉบับที่)พุทธศักราช 2538 มาตรา 32.