

บทที่ ๔

การค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาของประเทศไทย

ในบทนี้ก่อนที่จะศึกษาถึงบทบาทของทนายในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาของประเทศไทย และปัญหาการปฏิบัติของทนายในปัจจุบัน จำเป็นต้องทำการศึกษาถึงแนวความคิดในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาของไทยองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการค้นหาข้อเท็จจริงในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย เพื่อชี้ให้เห็น

๑) วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาของไทยที่เป็นอยู่ปัจจุบันมีลักษณะและวิธีการที่เหมือนกับ หรือแตกต่างจากระบบกฎหมายที่ได้ศึกษากันแล้วอย่างไร

๒) องค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยมีองค์กรใดที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีในชั้นศาล และแต่ละองค์กรต่างมีบทบาทอย่างไร

๑. แนวความคิดในการค้นหาข้อเท็จจริงของไทย

๑.๑ ระบบการดำเนินคดีอาญา

ในอดีตการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซึ่งรวมเรียกว่า "วิธีพิจารณาตามจารีตนครบาล"¹ ซึ่งรวมการดำเนินการพิจารณาคดีอาญาด้วยวิธีการอันทรมาณต่าง ๆ เพื่อค้นหาความจริงจากผู้ต้องหา เช่น การเขียนการตบปากคู่ความ การจำข้อผู้ขัดหมาย การมัดแช่น้ำตากแดด รังสีนไฟไหม เป็นต้น อันเป็นวิธีการของระบบได้ส่วน ผู้ใดถูกจับกุมในข้อหาว่าเป็นโจรผู้ร้ายจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิดนอกจากตนจะได้พิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ให้เป็นที่เชื่อถือแก่ผู้พิพากษา ตุลาการได้ การพิจารณาของศาลก็ใช้เวลานานกว่าปกติ ทั้งในเวลา

¹ ประมวล สวรรณศร, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (กรุงเทพฯ : สุทธิสารการพิมพ์, 2517), หน้า 5

พิจารณาที่ใช้วิธีการรุนแรงเพื่อค้นหาพยานหลักฐานจากตัวผู้ต้องหา²

จนถึงประมาณปี พ.ศ.๒๕๕๐ (ร.ศ.๑๑๕) จึงมีพระราชบัญญัติยกเลิกวิธีพิจารณาโจรผู้ร้ายตามจารีตนครบาล และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ.๑๑๕ ได้กำหนดขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำ ความผิดตามแบบอย่างวิธีพิจารณาความของประเทศอังกฤษมาใช้³ ซึ่งเป็นผลให้ประเทศไทยได้ยกเลิกการดำเนินคดีอาญาระบบไต่ส่วนมาเป็นการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาแทนเช่นเดียวกับนานาอารยประเทศ ในขณะที่เดียวกันประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิด ทั้งวิธีการค้นหาข้อเท็จจริงในการดำเนินคดีโดยรัฐเข้ามาใช้ โดยเห็นว่าการกระทำความผิดทางอาญาถือว่าเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง เป็นความผิดต่อมหาชนที่รัฐจำต้องลงโทษ มีการตั้งหน่วยงานรับฟ้อง เพื่อทำการตรวจและเรียบเรียงฟ้องให้ราษฎร อันเป็นมูลฐานเบื้องต้นของระบบ อัยการในเวลาต่อมา⁴ อย่างไรก็ตาม แม้ระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทย จะถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ แต่รัฐก็ได้ผูกขาดการดำเนินคดีอาญาแต่ผู้เดียว ยังคงให้อำนาจฟ้องคดีอาญาแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นประชาชนด้วย⁵

² มารุต บุณนาค, "สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา", วารสารทนายความ 15 (2516) 3 : 6.

³ ประมุข สุวรรณศรี, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน., หน้า 6.

⁴ ไชยยศ วิภูษานพงษ์, "อัยการของเรา" วารสารอัยการ 5 (เมษายน 2525) 52 : 21. ซึ่งแตกต่างจากแนวความคิดดั้งเดิม ที่การฟ้องคดีเป็นเรื่องของผู้เสียหายต้องดำเนินการเองเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน โดยผู้เสียหายต้องรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ แล้วนำไปฟ้องร้องต่อผู้มีอำนาจชำระความ

⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 755/2502 หน้า 1040 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 502/2523 หน้า 298 ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า คดีอาญาผู้เสียหาย อาจมอบอำนาจให้ผู้อื่นฟ้องคดีแทนได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการรับรองทางอ้อมถึงหลักการดำเนินคดีอาญาว่า ประชาชนทุกคนอาจฟ้องคดีอาญาได้

๑.๒ หลักการค้นหาข้อเท็จจริง

ประเทศไทยเมื่อครั้งปฏิรูประบบกฎหมายจากจารีตนครบาลอันเป็นระบบไต่ส่วนแบบโบราณ มาเป็นระบบกฎหมายเช่นเดียวกับนานาอารยประเทศ ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. ๑๑๕ อันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติที่เอาแบบอย่างมาจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ใช้วิธีการค้นหาความจริงแบบการต่อสู้คดีกัน กล่าวคือ คู่ความในคดีได้แก่พนักงานอัยการหรือราษฎรผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องผู้กระทำความผิดต่อศาล และจำเลยจะได้รับการสันนิษฐานก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์และมีสิทธิต่อสู้คดีเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง^๖ ศาลจะวางตัวเป็นกลางฟังการสืบพยานหลักฐานของคู่ความทั้งสองฝ่ายแล้ววินิจฉัยชี้ขาดคดี^๗ การต่อสู้จึงเป็นไปตามหลัก "อาวุธที่เท่าเทียมกัน" คือ ฐานะของคู่ความจะเท่าเทียมกันในการดำเนินคดีอาญา แม้ต่อมาจะได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. ๒๔๗๘ ที่ยึดระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายก็ตาม ในทางปฏิบัติวิธีพิจารณาความอาญาตามแบบอย่างระบบ Common Law ก็มีอิทธิพลตกทอดมาจนถึงปัจจุบัน

^๖ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 มาตรา 6 บัญญัติว่า "ถ้าผู้พิพากษาพิเคราะห์เหตุผลแลถ้อยคำของพยานทั้งปวงโดยถ้อยแท้แล้วเห็นว่า ถ้อยคำของพยานเหล่านั้นไม่ควรฟังได้ว่าคนผู้ต้องหา มีพิรุณประการใด ถ้าถ้อยคำของพยานเหล่านั้นไม่มีมูลพอที่จะสั่งให้เอาตัวคนผู้ต้องหาไว้พิจารณาต่อไป เมื่อวินิจฉัยเห็นแน่ตั้งนั้นแล้ว ก็ให้ผู้พิพากษามีคำสั่งให้ปล่อยคนผู้ต้องหานั้นหลุดพ้นไปทีเดียว ไม่เกี่ยวข้องต้องพิพากด้วยคดีนั้นต่อไป. . ."

^๗ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 มาตรา 19 บัญญัติว่า "เมื่อผู้พิพากษาได้ฟังคำพยานแลได้ฟังคำชี้แจงในคำพยาน แลในบทกฎหมายทั้งฝ่ายโจทก์ฝ่ายจำเลยเสร็จแล้ว ก็ให้พิพากษาคัดสินในที่ประชุมศาล ถ้าเห็นว่าพิจารณาได้ความจริงตามฟ้องแล้ว ก็ให้ลงโทษจำเลยตามพระราชกำหนดกฎหมาย ถ้าเห็นว่าพิจารณาไม่ได้ความจริงตามฟ้องแล้ว ก็ให้ยกฟ้องเสีย"

ดังนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับวิธีการค้นหาข้อเท็จจริงตามระบบวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย จึงมีความเห็นแยกเป็น ๒ ฝ่าย คือ

๑) ฝ่ายแรกเห็นว่าวิธีการค้นหาข้อเท็จจริงของไทยเป็นแบบต่อสู้กัน ซึ่งความเห็นของฝ่ายแรกนี้ได้อ้างวิวัฒนาการของระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยนี้ เริ่มต้นตามแบบอย่างประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๕ ได้กำหนดให้โจทก์มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานก่อน และให้จำเลยจึงสืบต่อสู้ภายหลัง^๘

๒) ฝ่ายที่สองเห็นว่าวิธีการค้นหาข้อเท็จจริงในระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยไม่ใช่แบบต่อสู้กัน แต่เป็นอำนาจของศาลในการค้นหาข้อเท็จจริงโดยมีพนักงานอัยการและทนายจำเลยเป็นผู้กระตุ้นให้มีการสืบพยาน^๙ โดยอ้างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๙ พนักงานอัยการจะเป็นคู่ความกับจำเลยตามแบบพิธีเท่านั้น ไม่ใช่คู่ความในทางเนื้อหา^{๑๐}

อย่างไรก็ตามก็มีผู้ไม่เห็นด้วยกับความเห็นทั้งสองฝ่าย โดยเห็นว่าระบบ

^๘ ประมูล สุวรรณศรี, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. หน้า 45.

^๙ คณิต ฦ นคร, "วิธีพิจารณาความอาญาของไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน", วารสารนิติศาสตร์ 15 (กันยายน 2528) 3 : 16.

^{๑๐} คณิต ฦ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา., หน้า 21.

การดำเนินคดีอาญาของประเทศไทย มีหลักการค้นหาข้อเท็จจริงแบบผสม¹¹ กล่าวคือ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยได้นำเอาหลักการค้นหาข้อเท็จจริงโดยคู่ความของระบบ Common Law ซึ่งพนักงานอัยการโจทก์และจำเลยมีบทบาทในการเสนอพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตน ที่เรียกว่า พยานโจทก์หรือพยานจำเลย และนำเอาหลักการค้นหาข้อเท็จจริงโดยศาลของระบบ Civil Law มาใช้ โดยศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยคดี หากศาลเห็นว่าพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่ความนำมาเสนอไม่เพียงพอที่จะใช้ในการวินิจฉัยคดีได้ หรืออาจสั่งสืบพยานเพิ่มเติมได้โดยถือเป็นพยานศาล¹² และมีอำนาจซักถามโจทก์จำเลยหรือพยานคนใดก็ได้¹³ ดังนั้น ทั้งพนักงานอัยการโจทก์ จำเลยและศาลต่างก็มีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงโดยคู่ความเสนอพยานหลักฐาน และซักค้านพยานได้ตามกระบวนการวิธีพิจารณาคดี¹⁴

เมื่อวิเคราะห์เหตุผลของฝ่ายแรกที่อ้างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๔ ที่กฎหมายกำหนดหน้าที่โจทก์ต้องนำสืบพยานหลักฐานก่อน และความเห็นในทางปฏิบัติของกระบวนการวิธีพิจารณาความและระบบศาลโน้มเอียงไปทางระบบกล่าวหา (Adversary System) หรือระบบของประเทศ Common Law โดย

¹¹ ทศนิยม แก้วพิลา, "สิทธิในการมีทนาย", หน้า 31. ซึ่งมีผู้เห็นว่า การนำเอาวิธีพิจารณาความอาญาตามระบบใดส่วนและระบบกล่าวหา มาประยุกต์ใช้ด้วยกันซึ่งใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศแรก เรียกว่า "กฎหมายวิธีพิจารณาความระบบผสม" (The Mixed System) ประเทศไทยก็ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความระบบผสมเช่นกัน ดู ชวลิต โสภณวัต, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ", ดลพาห 28 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2524) 6 : 39-40.

¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 235

¹⁴ ทศนิยม แก้วพิลา, "สิทธิในการมีทนาย", หน้า 32.

ทั่วไป¹⁵ ทำให้เห็นว่าวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยมีหลักการค้นหาข้อเท็จจริงตามแบบอย่างของระบบกฎหมาย Common Law แต่ในขณะเดียวกันในความเห็นที่สองซึ่งอ้างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๓๙ ที่ให้อำนาจศาลเป็นผู้สืบพยานในคดีอาญา ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มิได้กำหนดบทบาทของศาลต้องให้วางตัวเป็นกลางในการสืบพยานอย่างระบบของประเทศไทย Common Law ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๓๙ ให้อำนาจศาลเป็นผู้สืบพยานในคดีอาญาเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลได้มีบทบาทร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญา ซึ่งเป็นไปตาม "หลักการตรวจสอบ" (Untersuchungsgrundsatz)¹⁶ เนื่องจากการดำเนินคดีอาญามีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอย่างมากการดำเนินคดีอาญาจึงไม่อาจปล่อยให้คู่ความเป็นผู้สืบพยานในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความคิดเห็นที่ว่า การดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยใช้หลักการค้นหาข้อเท็จจริงแบบผสม เพราะการดำเนินคดีอาญาของประเทศไทยคู่ความมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเสนอพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174 และมีส่วนร่วมในการชี้คัดค้านพยานหลักฐานของคู่ความอีกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน พนักงานอัยการจะดำเนินคดีอาญาในฐานะทนายของแผ่นดิน จำเลยจะต่อสู้คดีอาญาโดยมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองและมีสิทธิในการมีทนายให้ความช่วยเหลือตลอดเวลา ขณะเดียวกัน การใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐาน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยมิได้จำกัดการรับฟังพยานหลักฐานของศาลไว้เฉพาะที่คู่ความนำเสนอเท่านั้นแต่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการค้นหาข้อเท็จจริงได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งศาลสามารถ

¹⁵ จิตติ ดิงศภิษฐ์, "หลักวิชาชี้พกฎหมาย", บทบัญญัติ 34 (2520) 1 : 4-5.

¹⁶ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 5. ในขณะที่หลักการพิจารณาคดีแพ่งจะใช้ "หลักความตกลง" (Verhandlungsmaxime)

สืบพยานเพิ่มเติมโดยผลการที่เรียกว่าพยานศาล¹⁷ และมีอำนาจถามโจทก์ จำเลย หรือพยานคนใดก็ได้ในระหว่างพิจารณา

๒. องค์การในการค้นหาข้อเท็จจริง

ในการดำเนินคดีอาญาในศาล องค์กรที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มิได้มีความหมายเฉพาะแต่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้พิพากษาเท่านั้น พนักงานอัยการก็เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการอำนวยความสะดวกยุติธรรม นอกจากนี้ ทนาย แม้มิใช่เป็นข้าราชการ แต่ก็มีส่วนอันเป็นหน้าที่ต้องปฏิบัติในราชการศาลยุติธรรม เพราะเป็นสิทธิของจำเลยที่จะมีทนายช่วยเหลือในการดำเนินคดี การประกอบวิชาชีพทนายเป็นกิจการผูกขาดของนักกฎหมายที่จะให้บริการนั้น จึงถือว่าทนายเป็นเจ้าหน้าที่ส่วนหนึ่งของกรศาลยุติธรรมด้วย เจ้าหน้าที่ทั้ง ๓ ฝ่ายดังกล่าว คือ ศาล พนักงานอัยการ และทนายต่างก็เป็นองค์กรในกระบวนการยุติธรรมที่มีหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงในการดำเนินคดี

๒.๑ ศาล

ศาลในความหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายความว่า ศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาซึ่งมีอำนาจทำการอันเกี่ยวกับคดีอาญา¹⁸ การมีอำนาจทำการเกี่ยวกับคดีดังกล่าว อาจพิจารณาด้วยการแยกภาระหน้าที่ของศาล ได้ ๓ ประการ¹⁹ คือ

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 154/2480 หน้า 117 ในคดีอาญา เมื่อสืบพยาน จำเลยเสร็จแล้ว ศาลมีอำนาจเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมอีกได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 187.

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒(๑)

¹⁹ กนิษฐา เขียววิทย์, "การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 5-7.

ประการแรก ศาลผู้ใช้อำนาจตุลาการเป็นผู้ประเมินข้อเท็จจริงที่คู่ความแต่ละฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นมา เพื่อให้ได้ข้อสรุปว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงหรือไม่ ทั้งนี้ โดยใช้กระบวนการรับฟังและชี้แจงนำพยานหลักฐานที่คู่ความได้นำมาแสดง ในกรณีที่ได้ข้อสรุปว่ามีข้อเท็จจริงตามที่กล่าวอ้างเกิดขึ้นจริง ศาลจะมีหน้าที่วินิจฉัยให้ได้ข้อยุติว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเช่นเดียวกับกลุ่มข้อเท็จจริงที่กฎหมายได้กำหนดไว้หรือไม่

ประการที่สอง เมื่อได้ข้อสรุปขั้นต้นว่า ข้อเท็จจริงที่คู่ความกล่าวอ้างเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริง และเป็นข้อเท็จจริงกลุ่มเดียวกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลย่อมมีอำนาจนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มาปรับแก้ข้อเท็จจริงที่ได้ประเมินแล้ว เพื่อวินิจฉัยถึงผลที่กฎหมายกำหนดไว้มีเช่นไร และตามข้อเท็จจริงคู่ความฝ่ายใดได้ปฏิบัติไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และกรณีเช่นนี้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อไป ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดผลบังคับหลายทางโดยไม่บังคับว่าศาลต้องเลือกบังคับในทางใดโดยเฉพาะเจาะจง ศาลย่อมมีดุลพินิจเลือกบังคับในแนวทางที่เหมาะสมและเป็นธรรมกับกรณีที่เกิดขึ้นได้

บทบาทเบื้องต้นของศาลในการรับฟังข้อเท็จจริงและชี้แจงนำพยานหลักฐานที่เป็นภาระหน้าที่ประการแรกอันเป็นหลักการค้นหาความจริง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้อำนาจศาลเป็นผู้สืบพยาน ตามมาตรา ๒๒๙ และมีอำนาจถามโจทก์ จำเลย หรือพยานคนใดก็ได้ ตามมาตรา ๒๓๕ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานทั้งหลาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้กำหนดไว้ชัดเจนว่าให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้แจงนำพยานหลักฐานทั้งปวง อย่างพิพากษาลงโทษ

จนกว่าจะแน่ใจว่ามี การกระทำ ความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น²⁰

๒.๓ พนักงานอัยการ

ระบบอัยการสำหรับประเทศไทยได้แนวความคิดจากการดำเนินคดีอาญา โดยรัฐที่มีพนักงานอัยการเป็นเจ้าของพนักงานของรัฐตามแบบอย่างพนักงานอัยการของประเทศในภาคพื้นยุโรป อันมีฝรั่งเศสเป็นแม่บท²¹ บทบาทของพนักงานอัยการแรกเริ่มนั้นมีอำนาจหน้าที่สอบสวนฟ้องร้อง และบังคับคดี²² ต่อมาความรับผิดชอบของพนักงานอัยการได้ถูกตัดทอนลงตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในปัจจุบัน พนักงานอัยการไม่มีหน้าที่เริ่มคดี หรือหน้าที่สอบสวนคดีคงมีหน้าที่ "ฟ้องคดี" เท่านั้น²³

ฐานะหน้าที่ของพนักงานอัยการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในปัจจุบัน พนักงานอัยการมีฐานะเป็นอิสระจากศาลอย่างเต็มที่ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลพนักงานอัยการจะดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญารวมทั้งกฎหมายลักษณะพยาน ศาลอาจมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งแก่พนักงานอัยการในฐานะที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์คู่ความในคดีเหมือนเอกชนเป็นโจทก์

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 และมาตรา 185 ในทางปฏิบัติ ศาลมักไม่ใช้อำนาจดังกล่าว แต่ใช้วิธีวางเฉยรับฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่โจทก์และจำเลยนำมาแสดง ทำให้ผลการค้นหาข้อเท็จจริงเกิดจากความสามารถของพนักงานอัยการโจทก์ และทนายจำเลยในเชิงคดี ดู กุลพล พลวัน, "ลักษณะทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(4)", วารสารอัยการ 4 (2524) 41 : 57-58.

²¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 20.

²² โภกเมธ ภัทรภริรมย์, "งานอัยการในกระบวนการยุติธรรม", อัยการนิเทศ 31 (2512) : 486.

²³ กุลพล พลวัน, "ลักษณะทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา", วารสารอัยการ 3 (2523) 36 : 32.

มิได้มีฐานะเป็นพิเศษแตกต่างกันแต่อย่างใด²⁴ หากพิจารณาตามระบบอัยการแล้ว พนักงานอัยการจะเป็นโจทก์ในแบบพิธีเท่านั้นจะเป็นโจทก์ในเนื้อหา คือเป็นคู่แพ่งชนะกับจำเลยไม่ได้ เพราะพนักงานอัยการมิได้มีหน้าที่เพียงคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมเพียงอย่างเดียว หากคุ้มครองถึงสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วย²⁵ แต่เนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ หลายประเทศ จึงทำให้ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทของพนักงานอัยการในการค้นหาความจริงโดย

²⁴ กลพล พลวัน, "ลักษณะทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(1)", วารสารอัยการ 4 (2524) 39 : 37.

²⁵ ในที่ประชุมนักกฎหมายทั่วโลกเกี่ยวกับกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ระหว่างวันที่ 24-30 สิงหาคม 2507 เรื่อง"บทบาทของอัยการในการดำเนินคดีอาญา" ได้ลงความเห็นว่ายัยการควรให้ความสนใจต่อผู้กระทำผิดในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งต่อศักดิ์ศรีของเขาในฐานะที่เป็นมนุษย์และต่อสิทธิและต่อส่วนได้เสียของเขา ด้วยเหตุนี้วิธีปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดจึงต้องให้เหมาะสมแก่แต่ละบุคคล และเพื่อวัตถุประสงค์ในอันที่จะปรับปรุงและให้กลับเข้าสู่สังคมได้โดยอัยการย่อมต้องมีมนุษยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ในการประจันหน้ากับผู้ต้องหาในการพิจารณาความผิดในการสอบสวนและวิธีใช้ในการสอบสวนในการฟ้องร้องและขอให้ลงโทษ โดยจะต้องคุ้มครองส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องไม่เฉพาะของสังคมเท่านั้นแต่ของจำเลยด้วย ดู อุกฤษดิ์ แส่นโกติก, "บทบาทของอัยการในการดำเนินคดีอาญา", อัยการนิเทศ 37 (2508) : 43-45.

ทั่วไปมักเข้าใจว่าพนักงานอัยการเป็นปรปักษ์กับผู้ต้องหาหรือจำเลย²⁶ กล่าวคือ เป็นผู้กล่าวหาฝ่ายหนึ่งและผู้ถูกกล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องต่อสู้กันในเชิงคดีทุกรูปแบบ โดยมีศาลวางตัวเป็นกลาง อันมีลักษณะนิติสัมพันธ์ขององค์กรที่เกี่ยวข้องในคดีตามวิธีพิจารณาความอาญาคล้ายระบบ Common Law²⁷

๓.๓ ทนายจำเลย

ในสมัยโบราณ กฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศไทยไม่ประสงค์

²⁶ หนังสือเวียนของกรมอัยการ ที่ มท 1004/ว72 ลงวันที่ 30 กันยายน 2525 มีควรว่า ". . . จริงอยู่ โดยภูมิธรรมของพนักงานอัยการนั้น จำเป็นต้องมีสำนึกและปฏิบัติต่ออำนาจและหน้าที่ในทางให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุกฝ่ายที่เข้ามาในคดีความของตน ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้เสียหาย ฝ่ายผู้ต้องหา หรือจำเลย แต่ความเป็นธรรมนั้นต้องมีขีดขึ้นภายในขอบข่ายแห่งอำนาจและหน้าที่ที่มีอยู่ ซึ่งขอบข่ายแห่งอำนาจและหน้าที่ที่มีอยู่นั้นก็จำต้องอาศัยที่ได้มีตัวบทกฎหมายได้บัญญัติถึงการให้อำนาจและหน้าที่นั้น ๆ ไว้อย่างชัดชัดปฏิบัติตามด้วย และนอกจากจะยึดหลักกฎหมายให้อำนาจและหน้าที่ไว้แล้ว ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการให้อำนาจและหน้าที่พนักงานอัยการยังจะต้องคำนึงถึงเกียรติ วินัย และความรับผิดชอบในการปฏิบัติด้วย ในขณะที่พนักงานอัยการกำลังปฏิบัติหน้าที่ของคู่ความด้วยการเป็นโจทก์ก็ต้องระดมสติปัญญาที่มีอยู่เข้าปฏิบัติหน้าที่ในฐานะของโจทก์เพื่อรักษารูปคดีของตนด้วยความเคร่งครัด . . ." ดู อัยการนิเทศ 45 (2525) 3 : 420.

²⁷ นั่นคือ นอกจากพนักงานอัยการจะไม่เคยให้คำแนะนำหรือแสดงสิ่งที่เป็นคุณแก่จำเลยให้ศาลทราบแล้ว ในกรณีที่จำเลยแสดงสิ่งที่เป็นคุณดังกล่าวพนักงานอัยการบางท่านได้ใช้วิธีชี้คัดค้านพยานหลักฐานเช่นว่านั้น ทั้งนี้ เพื่อรักษาผลคดีในฐานะเป็นโจทก์ตามระบบกล่าวหาอย่างเคร่งครัด ดู กุศล พลวัน, "ลักษณะทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(4)", หน้า 56.

ให้มีทนายเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีคดีความใด ๆ²⁸ ระบบวิธีพิจารณาความดั้งเดิมของประเทศไทยมุ่งให้ตัวความค้นหาและพิสูจน์ความจริงด้วยตนเอง²⁹ เช่น การสาบานตัวชกใช้ ไล่เลี้ยง การทรมานเอาความจริง การดำเนินาลุยไฟ (trial by ordeal) ซึ่งเป็นวิธีค้นหาข้อเท็จจริงในระบบไต่สวนโบราณที่เรียกว่าวิธีพิจารณาตามจารีตนครบาล คำว่า "ทนาย" ในสมัยโบราณจึงหมายถึง ผู้รับใช้หรือผู้แทนทนาย มักจะพบในหนังสือโบราณกล่าวถึงทนายหน้าหอ ซึ่งมีได้หมายถึงทนายอย่างความหมายปัจจุบัน ที่หมายถึงทนายผู้รับใช้ในกระบวนการยุติธรรม หรือผู้มีสิทธิว่าความแทนตัวความในโรงศาล³⁰

การยอมรับบทบาทของทนายที่สามารถช่วยเหลือทางอรรถคดีต่อลูกความในศาลปรากฏเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติจัดการศาลในสนามสถิตยยุติธรรม ร.ศ. ๑๑๑ (พ.ศ. ๒๔๓๔) ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อ ๗ ว่า

ราษฎรทั้งหลายผู้มีอรรถคดี จะปรึกษาหาทนายผู้รู้กฎหมายให้เรียบเรียง แต่งฟ้องให้ตนตามมูลคดีที่ตนเชื่อว่าเป็นความสัตย์จริง ให้ถูกต้องชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายก็ได้ แล้วให้นำมายื่นต่อศาล ถ้าจะมาให้การต่างฟ้องต่อศาลก็ได้ ให้จำศาลเรียบเรียงขึ้นเป็นฟ้องให้ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ฟ้องฉบับใดซึ่งราษฎรผู้มีอรรถคดีให้ผู้รู้กฎหมายเรียบเรียงแต่งให้ขึ้น ต้องให้ผู้แต่งและ

²⁸ กฎหมายลักษณะรับฟ้อง บทที่ 1 บัญญัติว่า "มิใช่คดีตน และคดีบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ป้า น้า อา บุตร ภรรยา ญาติพี่น้องตน เก็บเอาเนื้อความผู้อื่นซึ่งมิได้เป็นเนื้อความเรื่องเดียวกันมากฎหมายร้องฟ้อง ผู้นั้นบังอาจให้ยากแก่ความเมืองท่าน ๆ ว่าเลมิด ให้ใหม่โดยยศศักดิ์ อย่าให้รับฟ้องไว้พิจารณา"

²⁹ จิตติ ดิงตภักดิ์, "หลักวิชาชีพกฎหมาย" บทบัณฑิตย์ 34 (2520) 1 : 8.

³⁰ อนัญญา งามสิริพร, "การจัดหาทนายโดยรัฐในคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 5.

ผู้เขียนลงลายมือชื่อของตนมาในท้ายฟ้องด้วย ตามความใน
ประกาศว่าด้วยลงชื่อผู้แต่งผู้เขียนหนังสือฟ้องเรื่องราวและฎีกา
ร.ศ. ๑๑๐

ต่อมาจึงมีกฎหมายควบคุมทนาย เป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง
ร.ศ. ๑๓๗ (พ.ศ. ๒๔๕๑)³¹ และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. ๒๔๕๗³² โดย
ให้อำนาจเนติบัณฑิตยสภาเป็นผู้วางรูปแบบและข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ
ตั้งแต่นั้นมา³³ จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. ๒๕๒๘ ให้โอนอำนาจ
การจดทะเบียนและควบคุมมรรยาททนายจากเนติบัณฑิตยสภาไปอยู่สภาทนายความ
ที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติทนายความฉบับนี้

เมื่อพิจารณาวิวัฒนาการของวิชาชีพทนายจะเห็นว่า ทนายมีบทบาท
สำคัญในการช่วยเหลือแก้ต่างในคดีให้ลูกความตั้งแต่ในอดีตเมื่อครั้งที่ประเทศไทย

³¹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 มาตรา 127 บัญญัติ
ว่า "ให้ศาลมีอำนาจห้ามทนายผู้ประพฤติตนไม่สมควร มิให้ว่าความในศาลใดศาล
หนึ่งหรือทุกศาลได้ และเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมตั้งกฎข้อบังคับเรื่องทนายความ
ไว้"

³² พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ทรงมีพระ-
ราชปรารภในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 ความว่า

"มีพระราชกำหนดกฎหมายให้โจทก์จำเลยผู้มีอรรถคดีแต่งทนายว่าต่าง
แก้ต่างได้ในศาลสถิตย์ยุติธรรม และมีเจ้าถ้อยหมอบความแลบุคคลเป็นผู้ไร้คุณสมบัติ
เข้ามาแอบแฝงหากินเป็นทนายความ ณ โรงศาลเป็นอันมาก แลกฎข้อบังคับทนาย
ความซึ่งมีอยู่บัดนี้ยังไม่พอเพียงที่สอดส่องครอบงำตลอดทั่วถึงบุคคลเหล่านั้น ทรง
พระราชดำริห์เห็นว่าบรรดาชนทั้งหลายผู้จะไปหาเลี้ยงชีพเป็นทนายความควรจะ
ประกอบในคุณสมบัติ และความประพฤติอยู่ในมรรยาทดีงามเป็นอันเดียวกัน จึง
ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ตราพระราชบัญญัติไว้"

³³ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 มาตรา 18

ยังใช้ระบบไต๋สวน เมื่อมีการปฏิรูประบบกฎหมายในรัชสมัยรัชกาลที่ ๕ ทนาย
ยังมีบทบาทสำคัญ เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป โดยเฉพาะในการดำเนินคดีอาญา

ความจำเป็นในการมีทนายช่วยเหลือต่อสู้คดีของจำเลย พิจารณาจาก
หลักการค้นหาข้อเท็จจริงของประเทศไทย ที่เป็นหลักการค้นหาข้อเท็จจริงแบบ
ผสมมีศาลเป็นผู้สืบพยานหลักฐาน คู่ความมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเสนอพยาน
หลักฐานและมีส่วนร่วมในการซักค้านพยานหลักฐานของคู่ความอีกฝ่ายอย่างเท่าเทียม
กัน พนักงานอัยการจะดำเนินคดีอาญาในฐานะทนายของแผ่นดิน มีหน้าที่นำสืบ
พยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยให้ได้ตามฟ้อง³⁴ จำเลยต้องต่อสู้คดี
โดยมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองและมีสิทธิที่จะมีทนายช่วยเหลือ
ในการต่อสู้คดี ความจำเป็นของการรับรองสิทธิในการมีทนายช่วยเหลือต่อสู้คดี
ของจำเลยจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่จำเลยในการต่อสู้คดีใน
ศาลนั่นเอง โดยทนายจะเป็นผู้รักษาสีทธิและผลประโยชน์ของจำเลยในระหว่าง
การดำเนินคดีในศาล

ทนายจะมีสิทธิอย่างไรในการดำเนินคดีอาญาย่อมขึ้นอยู่กับสิทธิของผู้ถูก
กล่าวหาหรือจำเลย³⁵ สิทธิบางอย่างกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน แต่บางอย่างไม่
เป็นเช่นนั้นสิทธิสำคัญประการหนึ่ง คือ สิทธิที่จะรวบรวมพยานหลักฐานและสิทธิที่จะ
เสนอพยานหลักฐานนั้น³⁶ เกี่ยวกับสิทธินี้ทนายมีสิทธิและหน้าที่ในการค้นหาพยาน
หลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อคู่ความและเสนอพยานหลักฐานนั้นต่อศาล การค้นหา
ข้อเท็จจริงของทนายเป็นส่วนหนึ่งของการใช้สิทธิในข้อนี้ ซึ่งประมวลกฎหมายวิธี-

³⁴ กุลพล พลวัน, "ลักษณะทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความอาญา (2)" วารสารอัยการ 4 (มีนาคม 2524) 39 : 42.

³⁵ คณิต ณ นคร, "ฐานะหน้าที่ของทนายในคดีอาญา" วารสาร
อัยการ 4 (2524) 47 : 60.

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174 และ
มาตรา 226.

พิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๖ เปิดโอกาสให้สืบตามกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน ซึ่งหมายความรวมถึง บทบัญญัติกฎหมายในลักษณะพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตั้งแต่มาตรา ๘๓ ถึงมาตรา ๑๓๐

๓. บทบาทของทนายในการค้นหาข้อเท็จจริง

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า หลักการค้นหาข้อเท็จจริงของประเทศไทยเป็นแบบผสมที่ให้คู่ความในคดีมีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีของศาลทำให้ทนายมีบทบาทในการดำเนินคดีในฐานะผู้ช่วยเหลือจำเลยในการต่อสู้คดี ลักษณะการช่วยเหลือค้นหาข้อเท็จจริงของทนายในคดีอาญา จะมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลัก

๓.๑ บทบาทของทนายตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ

จุดเริ่มต้นที่เหมือนกันทั้งการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญา คือ คู่ความมีโอกาสที่เท่าเทียมกันในการเสนอข้อเท็จจริงของตนต่อศาล และศาลจะตัดสินคดีเมื่อได้รับพยานหลักฐานอย่างเพียงพอต่อการพิจารณาพิพากษาคดี อันเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า "ต้องฟังความทุกฝ่าย" ส่วนที่วิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญาจะแตกต่างกัน คือ วิธีการค้นหาข้อเท็จจริง

วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้ศาลเป็นผู้สืบพยานจะเป็นการสืบในศาลหรือนอกศาลก็ได้แล้วแต่เห็นควรตามลักษณะของพยาน³⁷ โจทก์มีอำนาจแถลงเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีโจทก์ อีกทั้งพยานหลักฐานที่จะนำสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยเสร็จแล้วให้โจทก์นำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานโจทก์แล้วจำเลยมีอำนาจแถลงเปิดคดีเพื่อให้ศาลทราบคดีจำเลยทั้งแสดงพยานหลักฐานที่จะนำสืบเสร็จแล้วให้จำเลยนำพยานเข้าสืบ เมื่อสืบพยานจำเลยเสร็จแล้ว โจทก์และจำเลยมีอำนาจแถลงปิด

³⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 229.

คดีของตนอีกครั้ง³⁸ ในระหว่างพิจารณาโดยผลการหรือคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ศาลมีอำนาจสืบพยานเพิ่มเติม³⁹ ศาลจะใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงและจะลงโทษเมื่อแน่ใจว่ามี การกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำผิด ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ศาลจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย⁴⁰

ฉะนั้น ในเบื้องต้นของการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญา จำเลยจะได้รับการสันนิษฐานทางกฎหมายว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดจริง⁴¹ ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเรื่องความบริสุทธิ์ของจำเลยเคยมีคำพิพากษาของศาลฎีกาตีความการสืบพยานเพื่อพิสูจน์การกระทำผิดของจำเลยว่า ตามหลักกฎหมายย่อมสันนิษฐานว่าคนทุกคนไม่ได้กระผิด เมื่อโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดโจทก์ต้องสืบพิสูจน์ให้สมฟ้อง⁴² ดังนั้น ในการดำเนินคดีอาญาโจทก์ต้องมีภาระการพิสูจน์ในคดีให้เห็นถึงความผิดของจำเลยตามข้อกล่าว-

³⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 174.

³⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227.

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 29.

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1412/2482, และดู เข็มชัย ชูติวงศ์,

หา ศาลจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้⁴³

จากแนวคำพิพากษาของศาล ได้วางแนวทางปฏิบัติในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญา ประกอบด้วยข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ซึ่งศาลจะฟังข้อเท็จจริงจากการนำสืบของคู่ความทุกฝ่ายในคดี⁴⁴ และโจทก์มีภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับความผิดของจำเลยตามข้อกล่าวหา ส่วนจำเลยจะมีหน้าที่ต้องนำสืบแก้ข้อกล่าวหาภายหลังศาลจึงมิใช่เป็นผู้สืบพยานในคดีอาญาเพียงฝ่ายเดียว ตามที่ประมวลกฎหมายวิธี-

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1614/2506 หน้า 1982 การที่โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยร่วมกับผู้อื่นนำสินค้าที่หลบหนีศุลกากรเข้ามาในราชอาณาจักร โจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลย และจะลงโทษจำเลยได้ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานของโจทก์เพียงพอให้ฟังว่า จำเลยกระทำความผิดตามข้อหา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 943/2508 หน้า 1482 ในคดีที่ฟ้องว่าจำเลยฆ่าผู้อื่น การที่จำเลยให้การว่าได้กระทำไปโดยป้องกัน เท่ากับจำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้กระทำความผิดเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะนำสืบว่าจำเลยได้ยิงผู้ตายถึงแก่ความตายโดยเจตนา ไม่ใช่เป็นเรื่องที่จำเลยกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตน

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1320/2513 หน้า 1779 ในการพิจารณาคดีศาลต้องฟังข้อเท็จจริงจากการนำสืบของโจทก์จำเลยเสียก่อน แล้วจึงจะวินิจฉัยชี้ขาดได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่

พิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๙ บัญญัติไว้⁴⁵

วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาของไทย จึงเป็นการต่อสู้คดีระหว่างคู่ความ ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงทั้งหลายจากพยานหลักฐานของคู่ความในส่วนวน หากเชื่อตามพยานโจทก์ว่าจำเลยกระทำความผิดและพิพากษาลงโทษจำเลย ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวว่า พยานหลักฐานของจำเลยไม่อาจหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ได้⁴⁶ นั่นคือ ในการเสนอข้อเท็จจริงในคดีอาญาจำเลยมีหน้าที่ต้องค้นหาข้อเท็จจริงด้วยการสืบพยานหลักฐานหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ให้ได้ ทนายจำเลยต้องเป็นผู้รับภาระหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริง รวมทั้ง ต้องทำการซักค้านพยานโจทก์ หากทนายจำเลยไม่ซักค้านพยานโจทก์ในข้อใดไว้ อาจทำให้ศาลไม่เชื่อพยานจำเลยที่น่าสืบภายหลังในข้อนั้นได้⁴⁷ จึงเห็นได้ว่าการพิจารณาคดีอาญา โจทก์ซึ่งเป็นพนักงานอัยการมีอำนาจและกลไกของรัฐอื่น ๆ ที่ช่วยสนับสนุนในการทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในเรื่องที่กำลังหาจำเลยอย่างเต็มที่ และเป็นระยะ

⁴⁵ แต่เดิมเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 342/2486 ศาลตัดสินว่า ในชั้นพิจารณาศาลจะฟังข้อเท็จจริงจากถ้อยคำของบุคคลภายนอก ซึ่งศาลเรียกมาสอบถามโดยบุคคลนั้นไม่ได้มาในฐานะเป็นพยานไม่ได้ ถือว่าข้อเท็จจริงตามที่ศาลสอบถามเป็นข้อเท็จจริงนอกสำนวน และบุคคลที่ศาลเรียกมาสอบถามก็ไม่ถือว่าเป็นพยานในส่วนวนต่อมาแนวคำพิพากษาศาลเปิดกว้างมากขึ้นในการที่ศาลจะยอมรับฟังพยานที่ศาลเรียกมาเองโดยผลการ, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 499/2502 หน้า 639, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1443/2509 หน้า 1678, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1901/2521 หน้า 992, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 686/2523 หน้า 695.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 980/2519 หน้า 518.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 919/2482 หน้า 1368, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 187/2487 หน้า 195 ศาลฎีกาตัดสินว่า ในคดีรับของโจรแม้โจทก์มิได้ส่งของกลางแก่ศาลตามที่อ้างไว้เมื่อจำเลยมิได้อ้างของกลางเป็นพยาน ทั้งทางพิจารณาไม่ปรากฏว่าจำเลยต้องการดูของกลางเพื่อซักค้านอย่างไร ดังนี้ ย่อมไม่เป็นเหตุที่จะไม่รับฟังข้อเท็จจริงตามคำพยานโจทก์

เวลานานก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล โจทก์จึงสามารถเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ระบุถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาจำเลยได้ ในขณะที่ทนายจำเลยซึ่งมีหน้าที่เสนอข้อเท็จจริงเช่นกัน แต่กลับไม่มีบทกฎหมายใดที่สนับสนุนให้ทนายจำเลยสามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์การค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญา การให้จำเลยมีสิทธิพบและปรึกษากับทนายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๘ และบทบาทของทนายจำเลยที่ให้เฝ้าความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๖๑ ถึงมาตรา ๖๕ มาใช้บังคับโดยอนุโลมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕ ก็ยังมีไข่เนื้อหาที่แท้จริงของการให้ทนายสามารถค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อต่อสู้คดีอาญาแทนจำเลย เป็นต้นแต่การแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีสิทธิในการมีทนายว่าความในระหว่างการพิจารณาคดีเท่านั้น

ดังนั้น การให้มีทนายมาว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนจำเลยจึงเป็นแค่การบรรเทาผลร้ายอันเนื่องมาจากความเสียเปรียบในการต่อสู้คดีของจำเลยอย่างหนึ่งตามระบบกฎหมายของไทยในปัจจุบัน ซึ่งยังไม่ก่อให้เกิดความรู้สึกที่เป็นธรรมต่อผู้บริสุทธิ์ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา และผลการพิจารณาพิพากษาคดีอาจทำให้จำเลยต้องสูญเสียชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาต้องกำหนดให้เห็นบทบาทหน้าที่ของทนาย ให้ทนายมีสิทธิในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้อย่างเต็มที่ โดยกำหนดแนวทาง วิธีการ และให้มีระยะเวลาเพียงพอที่จะทำให้ทนายสามารถทำความเข้าใจข้อเท็จจริงทั้งหมดตามที่โจทก์ฟ้อง เพื่อให้ทนายสามารถใช้ข้อเท็จจริงที่ค้นพบมาเป็นข้อต่อสู้เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยในการพิจารณาคดีได้ ซึ่งจะได้ทำการวิเคราะห์โดยละเอียดถึงปัญหาบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงของทนายนี้ในส่วนต่อไป

กล่าวโดยทั่วไป บทบาทของทนายตามวิธีพิจารณาความอาญา จึงอาจแยกเป็น ๓ ขั้นตอนได้ ดังนี้

๑) บทบาทในการดำเนินคดีอาญา เป็นขั้นตอนแรกที่ทนายจะเข้ามา

เกี่ยวข้องก่อนการพิจารณาคดีในศาล เป็นชั้นการเตรียมคดี ได้แก่ การพบและให้คำปรึกษาแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย และการรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความ โดย

๑) การพบและให้คำปรึกษาแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา เป็นสิทธิที่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๗๖ และมาตรา ๘ ทนายมีสิทธิที่จะพบและปรึกษากับลูกความสองต่อสอง เพื่อให้ทนายได้รู้จักลูกความและทราบข้อเท็จจริงของเรื่อง ตลอดจนการให้คำปรึกษาที่เป็นประโยชน์ในการดำเนินคดีแก่ลูกความการกระทำดังกล่าวจะทำให้ทนายมีโอกาสที่จะแจ้งให้ลูกความทราบถึงฐานะในทางคดีทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของเรื่องที่กำลังกล่าวหา โอกาสในการต่อสู้คดีด้วยพยานหลักฐานรวมทั้งข้อเสนอแนะต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ ซึ่งรวมถึงการยอมความกับผู้เสียหาย หรือการแนะนำการอุทธรณ์ฎีกา

๒) การรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความ เมื่อทนายได้ติดต่อกับลูกความจนรู้รายละเอียดต่าง ๆ ในการกระทำความผิดแล้ว ทนายจะมีหน้าที่ต้องไปค้นหาพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อลูกความมาตีแผ่ในการพิจารณาคดีในศาล

๓) บทบาทในการพิจารณาคดีอาญา เป็นขั้นตอนสำคัญที่ต้องใช้ศิลปะในการว่าความ ซึ่งบุคคลธรรมดาไม่อาจดำเนินการเองได้ ทนายจะเป็นส่วนสำคัญที่จะเข้ามาดำเนินคดีอาญาในขั้นตอนนี้มากที่สุด โดยจะเป็นผู้ช่วยเหลือจำเลยในการดำเนินขั้นตอนของการว่าความในศาลให้เป็นไปอย่างถูกต้อง และเป็นธรรมชาติการดำเนินการในชั้นนี้อาจแยกออกได้ ๓ ลักษณะ คือ

๑) การนำสืบพยานหลักฐาน เมื่อคดีอาญาเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลถือว่าเป็นหน้าที่ของทนายที่ต้องนำพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อจำเลยมาเสนอต่อศาล เพื่อตีแผ่ความจริงในการกระทำความผิดให้ศาลทราบ ตามหลักเกณฑ์การนำเสนอพยานหลักฐานในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความอาญา

๓) การชักค้ำพยานหลักฐาน เป็นบทบาทสำคัญของทนายในการพิจารณาคดีในศาล เป็นขั้นตอนการหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ เพื่อสร้างความสงสัยในพยานหลักฐานหรือทำลายความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานโจทก์ เพื่อปกป้องจำเลยให้พ้นจากข้อกล่าวหาของโจทก์ หรือช่วยจำเลยเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วยความเป็นธรรม

๓.๓ บทบาทของทนายตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

ความสำคัญของการมีทนายช่วยเหลือในคดีอาญาของจำเลย ได้รับการยอมรับอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ นอกจากที่มีกำหนดไว้แล้วในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ ซึ่งสามารถนำมาพิจารณาประกอบได้ ดังนี้

๑) บทบาททนายในศาลแขวง

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. ๒๔๙๙ ศาลแขวงจะทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งมีอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ทั้งนี้จะลงโทษจำคุกเกินหกเดือน หรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับซึ่งโทษจำคุกหรือปรับนั้นอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งสองอย่างเกินอัตราโทษที่กล่าวแล้วไม่ได้ หากศาลแขวงเห็นว่าควรลงโทษจำคุกจำเลยเกินหกเดือน หรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งโทษจำคุกหรือปรับนั้นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างเกินอัตราที่กล่าวแล้ว ก็ให้มีอำนาจพิพากษาได้ แต่ต้องให้ผู้พิพากษาออกอย่างน้อยหนึ่งนายตรวจสำนวนและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาเป็นองค์คณะด้วย^{4๑}

บทบาทของทนายจำเลยในศาลแขวงมีกำหนดอยู่ในมาตรา ๗ แห่ง

^{4๑} พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 15 ประกอบมาตรา 22.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. ๒๔๙๙ ที่บัญญัติว่า "ผู้ต้องหาจะแต่งตั้งทนายเพื่อแถลงข้อคัดค้านและซักถามพยานก็ได้" ซึ่งความในมาตรานี้ หมายถึง การที่พนักงานสอบสวนมีความเห็นให้ซึ่งผู้ต้องหา ระหว่างการสอบสวนก่อนฟ้องคดีอาญาต่อศาลแขวง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่กำหนดไว้ให้ทนายมีสิทธิเข้ามาคุ้มครองช่วยเหลือผู้ต้องหา ก่อนฟ้อง ส่วนในกรณีที่ผู้ต้องหาถูกฟ้องต่อศาลแขวงแล้ว ทนายจะมีบทบาทอย่างไร ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. ๒๔๙๙ มิได้กำหนดไว้อย่างกรณีตามมาตรา ๗ ซึ่งบทบาทหน้าที่ของทนายจำเลยจึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดไว้อย่างไรต่อไป^{4๙}

๒) บทบาททนายในศาลคดีเด็กและเยาวชน

เมื่อเด็กหรือเยาวชนถูกฟ้องคดีอาญา กฎหมายไม่อนุญาตให้มีทนายว่าความในคดีแทนจำเลยในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน แต่ให้เด็กหรือเยาวชนมีที่ปรึกษากฎหมาย เพื่อปฏิบัติหน้าที่ทำนองเดียวกับทนายได้ ในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนนั้นไม่ต้องการที่ปรึกษากฎหมาย และศาลเห็นว่าไม่จำเป็นแก่คดี จะไม่แต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมายให้ก็ได้^{๕๐}

วัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายห้ามเด็กหรือเยาวชนที่ถูกฟ้องคดีอาญาให้มีทนาย และให้มีที่ปรึกษากฎหมายแทนนั้น ก็โดยที่ได้พิจารณาเห็นว่าที่ปรึกษากฎหมายมิใช่มีแต่หน้าที่ช่วยจำเลยให้พ้นจากคดีเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่จะช่วยเหลือศาลค้นหาสาเหตุแห่งการกระทำความผิด เมื่อทราบสาเหตุแล้วก็ยอมทำให้ศาลทราบต่อมาว่าจะสมควรใช้วิธีการ หรือวิธีลงโทษแก่เด็กหรือเยาวชนอย่างไร เด็ก

^{4๙} พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. 2499 มาตรา 4.

^{๕๐} พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 มาตรา 47.

หรือเยาวชนนั้นจึงจะกลับตนเป็นคนดีได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการสืบสวนข้อเท็จจริงของเจ้าพนักงานคุมประพฤติ หรือของเจ้าพนักงานตำรวจจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองเด็กอาจไม่ได้ข้อเท็จจริงเพียงพอแก่การพิจารณาคดี เพราะบุคคลที่กล่าวมาไม่ให้ความร่วมมือด้วยเข้าใจผิดว่า เจ้าพนักงานจะนำข้อเท็จจริงไปใช้เป็นผลร้ายแก่เด็กหรือเยาวชน แต่หากมีที่ปรึกษากฎหมายเป็นผู้สอบสวนข้อเท็จจริงเองจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองเด็กหรือเยาวชนจะเต็มใจให้ข้อเท็จจริง เพราะแน่ใจว่าข้อเท็จจริงนั้นจะถูกนำไปใช้เป็นประโยชน์ต่อตัวจำเลยที่ถูกฟ้อง ดังนั้นที่ปรึกษากฎหมายจึงต้องเป็นผู้เสียสละเห็นแก่ความสัตย์จริง และต้องมีจิตใจที่คำนึงถึงสวัสดิภาพ และอนาคตของเด็กหรือเยาวชนอย่างยิ่ง

คุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมายต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ หรือได้รับปริญญาตรีทางกฎหมายหรือเทียบเท่า และได้จดทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายในศาลคดีเด็กและเยาวชน

๓) บทบาททนายในศาลทหาร

กระบวนการพิจารณาคดีในศาลทหารรวมทั้งการมีทนายช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญาในศาลทหารมีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. ๒๔๙๘ กำหนดไว้โดยเฉพาะ ซึ่งตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. ๒๔๙๘ มาตรา ๕๕ บัญญัติว่า

ศาลทหารในเวลาปกติ ให้ผู้เสียหายซึ่งมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาได้ตามมาตรา ๕๙ วรรคหนึ่ง แต่งทนายได้

ศาลทหารในเวลาปกติ และศาลทหารในเวลาไม่ปกติ ให้จำเลยแต่งทนายได้

ทนายต้องเป็นทนายความตามกฎหมายว่าด้วยทนายความ หรือทนาย ตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด เมื่อทนายได้รับอนุญาตจากศาลแล้วให้ว่าต่างหรือแก้ต่างได้

ศาลอาญาศึก หรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาศึกตาม

มาตรา ๕๐ และมาตรา ๕๓ ห้ามแต่งตั้งนาย^{๕๑}

กฎหมายเปิดโอกาสให้จำเลยในศาลทหารมีสิทธิในการแต่งตั้งนายแก้ต่างคดีได้โดยไม่จำกัด เพื่อให้เกิดความ เป็นธรรมแก่จำเลยอันเป็นหลักทั่วไปของการเปิดโอกาสให้จำเลยมีความสามารถในการต่อสู้คดีเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ หรือปกป้องตนเองในการดำเนินคดีอย่างเต็มที่

นายที่สามารถได้รับการแต่งตั้งเข้ามาว่าความแก้ต่างในศาลทหารได้ นั้น มี ๓ ประเภท ได้แก่ นายความตามกฎหมายว่าด้วยนายความ ซึ่งสามารถว่าความได้ตามหลักทั่วไป ไม่ว่าจะในศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลทหาร หรือศาลทหารสังกัดกระทรวงกลาโหม และนายความตามที่กระทรวงกลาโหมกำหนด ซึ่งต้องเป็นไปตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยนาย พ.ศ.๒๕๔๙ แต่ทนายประเภทหลังนี้ไม่สามารถรับว่าความแก้ต่างในคดีที่อยู่ในศาลยุติธรรมที่เป็นศาลทหารได้ เพราะไม่เป็นไปตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยนาย พ.ศ.๒๕๔๙^{๕๒}

ในกรณีที่จำเลยไม่สามารถหานายได้ด้วยตนเอง ศาลอาจตั้งนายให้แก่จำเลยได้ ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.๒๕๔๙ มาตรา ๕๖ ที่บัญญัติว่า

ภายใต้บังคับมาตรา ๕๕ คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่

^{๕๑} ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๕ ราชกิจจานุเบกษา ๙๔ (๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๒๐) : ๕๔.

^{๕๒} อุดม สิทธิวิรัชธรรม, เรือโท, "การดำเนินคดีในศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลทหาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๕), หน้า ๑๓๗.

ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการ ก็ให้ศาลตั้งทนายให้^{๕๓}

ศาลมีหน้าที่ต้องถามจำเลยในกรณีนี้ในขณะที่เริ่มต้นพิจารณาคดี หากศาลละเลยไม่ถามจำเลยว่ามีทนายหรือไม่ แต่พิจารณาคดีไป ถือว่ากระบวนการพิจารณาคดีที่กระทำไปนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมด ต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีใหม่^{๕๔}

วิธีพิจารณาความในศาลทหารส่วนใหญ่คงเป็นไปในทำนองเดียวกับศาลยุติธรรม โดยมีข้อแตกต่างบ้างเล็กน้อย เช่น ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.๒๔๙๙ มาตรา ๕๙ ที่อนุญาตให้การพิจารณาคดีและสืบพยานในศาลทหารในกรณีที่จำเลยให้การรับสารภาพ หรือไม่ตั้งใจฟังการพิจารณาคดี จะไม่ทำต่อหน้าจำเลยนั้นก็ได้ คือ ศาลทหารสามารถพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ โดยไม่ถูกจำกัดอย่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๓ ทวิ กำหนดไว้ วิธีการพิจารณานอกจากนี้ให้นำวิธีพิจารณาความอาญาของศาลยุติธรรมมาใช้บังคับ ตามความในมาตรา ๔๕ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.๒๔๙๙ ที่บัญญัติว่า

วิธีพิจารณาความอาญาทหาร ให้นำกฎหมาย กฎและข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎ และข้อบังคับฝ่ายทหาร ก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าวิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้

^{๕๓} "พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2511"

ราชกิจจานุเบกษา 85 (31 ธันวาคม 2511) : 3-4.

^{๕๔} อุดม สิทธิวิรัชธรรม, เรือโท, "การดำเนินคดีในศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลทหาร", หน้า 137.

กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาทุกฉบับให้ความสำคัญกับการมีทนายช่วยเหลือในการดำเนินคดีแทนจำเลย วัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความยุติธรรมและเปิดโอกาสให้จำเลยสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ แต่ที่เกี่ยวกับบทบาทของทนายในการดำเนินคดีนั้น กฎหมายกลับมิได้กำหนดไว้ และให้นำความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมเสมอ จะเห็นว่าวิธีปฏิบัติในการดำเนินคดีของทนายจะมีลักษณะที่เหมือนกับในเกือบทุกศาล เนื่องจากเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยอ้างอิงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับอยู่เสมอ ฐานะและหน้าที่ของทนายจึงมิได้แตกต่างกันมากนักในแต่ละศาล จะมีก็เพียงรายละเอียดเล็กน้อยที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับการดำเนินคดีในแต่ละประเภทของกฎหมายเท่านั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปว่าบทบาทของทนายจำเลยโดยทั่วไปต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นสำคัญ

๔. ปัญหาการปฏิบัติของทนายในการดำเนินคดีอาญาของไทย

๔.๑ ปัญหาฐานะของทนายในการดำเนินคดีอาญา

เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาก็คือเป็นกระบวนการที่กระทบกระเทือนถึงสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งจะกระทำได้อีกก็เฉพาะที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้^{๕๕} บุคคลที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาอยู่ในการดำเนินคดีของเจ้าพนักงานต้องตกอยู่ในฐานะที่เป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพ จำเป็นต้องมีทนายช่วยเหลือนำคดีให้ โดยเฉพาะการดำเนินคดีในศาลเป็นขั้นตอนที่มีความยุ่งยาก ซับซ้อนเกินกว่าจะดำเนินการเองได้ แม้ในกรณีที่จำเลยเป็นผู้ยากไร้ไม่สามารถจัดหาทนายสำหรับตนเอง รัฐยังมีหน้าที่ต้องจัดหาทนายให้แก่จำเลย^{๕๖} เพื่อให้จำเลยที่ยากไร้

^{๕๕} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 28 และมาตรา 30.

^{๕๖} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 31

ได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามที่กฎหมายกำหนดอย่างครบถ้วนบริบูรณ์

การเข้ามามีส่วนร่วมในการช่วยเหลือจำเลยของทนาย จึงเกิดจากอำนาจตามที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิการมีทนายของจำเลยไว้อย่างชัดเจน เมื่อทนายมีความสำคัญต่อจำเลยในการดำเนินคดีอาญา ฐานะหน้าที่ของทนายในคดีอาญาจะเป็นอย่างไรบ้างนั้น พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. ๒๕๒๘ กล่าวแต่เพียงว่า "ทนายความต้องประพฤติตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ การกำหนดมรรยาททนายความให้สภาทนายความตราเป็นข้อบังคับ. . ." ^{๕๗} ซึ่งข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. ๒๕๒๙ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็มีบทบัญญัติลักษณะเดียวกับข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. ๒๕๘๒ ที่ออกใช้บังคับโดยเนติบัณฑิตยสภา คือ มิได้ชี้ให้เห็นฐานะของทนายในคดีอาญาว่าเป็นอย่างไรโดยตรงแต่เมื่ออ่านข้อบังคับดังกล่าวทั้งหมดแล้ว คงพอจับเนื้อความได้ว่าทนายต้องเคารพความจริงและความยุติธรรม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มิได้กล่าวไว้อย่างไร ^{๕๘}

การเคารพต่อความจริงและความยุติธรรมของทนายในการดำเนินคดีเป็นจุดประสงค์ของผู้ประกอบวิชาชีพทนายทุกคน เมื่อกระบวนการพิจารณาความ

^{๕๗} พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. ๒๕๒๘ มาตรา ๕๑.

^{๕๘} แตกต่างจากโจทก์ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๒(๑๔) ให้หมายรวมถึง พนักงานอัยการและผู้เสียหายที่เป็นโจทก์ร่วม ทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายจึงต่างสามารถกระทำการแทนซึ่งกันและกันได้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความ ดู คำพิพากษาคำฎีกาที่ ๑๐๐๐/๒๕๑๒ (ประชุมใหญ่) หน้า ๑๓๖๐, และโดยที่ผู้เสียหายมีฐานะเป็นคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒(๑๕) ผู้เสียหายจึงสามารถระบุพยาน หรือสืบพยานเพิ่มเติมได้ในฐานะเดียวกับพนักงานอัยการ ดู คำพิพากษาคำฎีกาที่ ๕๖๘/๒๕๑๓ หน้า ๗๕๒.

อาญาเป็นเรื่องการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมเป็นหลัก^{๕๐} ทนายในคดีอาญาจะอยู่ในฐานะที่จะมีอำนาจดำเนินคดีเพื่อรักษาผลประโยชน์ของลูกความและรักษาความเป็นธรรมในสังคมเพื่อบรรลุจุดประสงค์ของผู้ประกอบวิชาชีพได้อย่างไร เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กล่าวไว้ การปฏิบัติหน้าที่ของทนายจำเลยในคดีอาญาจึงอาศัยแนวทางปฏิบัติในบทบัญญัติเกี่ยวกับทนายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕

การใช้แนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของทนายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามมาตรา ๑๕ หมายถึง การให้ใช้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตั้งแต่ มาตรา ๒๑ ถึงมาตรา ๒๕ กล่าวคือ ทนายซึ่งคู่ความแต่งตั้งมีอำนาจว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ^{๕๑} แทนตัวความได้ตามที่เห็นสมควรเพียงเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวความนั้น ซึ่งเป็นเรื่องพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิในทางแพ่งของคู่ความ ทนายในคดีแพ่งจะอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนโดยทั่วไปของลูกความ ทนายจึงมีอำนาจกระทำการแทนตัวความเฉพาะภายในขอบเขตหน้าที่ของทนายและเพียงเท่าที่ตนได้รับมอบอำนาจจากตัวความเท่านั้น กิจกรรมใดที่ไม่ใช่การดำเนินกระบวนการ

^{๕๐} คณิต ฦ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 2-3, และ เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 5-7. เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางบังคับใช้กฎหมายอาญาโดยเฉพาะเท่านั้น

^{๕๑} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(7) นิยามความหมายของคำว่า "กระบวนการพิจารณา" หมายความว่า "การกระใด ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้อันเกี่ยวข้องกับคดี ซึ่งได้กระทำไปโดยคู่ความในคดีนั้น หรือโดยศาลหรือตามคำสั่งศาล ไม่ว่าจะการนั้นจะเป็นโดยคู่ความฝ่ายใดทำต่อศาลหรือต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือศาลทำต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่าย . . ."

พิจารณาในคดีย่อมอยู่นอกขอบเขตหน้าที่ของทนาย ซึ่งทนายไม่มีอำนาจกระทำแทน
ตัวความได้^๑

นอกจากนี้ การว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ แทนตัวความ
ของทนายในคดีแพ่งยังเนื่องจากฐานะการเป็นตัวแทนของลูกความในคดีตามที่กำหนด
ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๑(๑๑) ที่นิยามความหมายของ
คู่ความ ให้หมายความรวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนตามกฎหมายหรือในฐานะ
ทนายความ โดยเฉพาะในการค้นหาและพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง ทนายต้อง
กระทำการตามเจตนาของลูกความ เนื่องจากคดีแพ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนตัว
ส่วนเสียของเอกชน ทนายในคดีแพ่งจึงมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของตัวความ
อย่างเต็มที่เท่าที่ตัวความจะมอบอำนาจไว้เท่านั้น

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิได้นิยามคำว่า คู่ความ
หมายความว่ารวมถึงทนายของคู่ความด้วย ในลักษณะเดียวกับที่ประมวลกฎหมายวิธี-
พิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้^๒ และไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดฐานะของทนายในคดี
อาญาให้ทราบอีก จึงมีปัญหว่าทนายในคดีอาญาจะต้องเข้ามาดำเนินคดีแทนจำเลย

^๑ มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
ภาค 1 และ 2 ว่าด้วยบททั่วไปและวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น เล่ม 1, (กรุงเทพฯ :
โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2522) หน้า 338 - 339.

^๒ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(11) บัญญัติว่า
"คู่ความ" หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์
แห่งการดำเนินกระบวนการ ให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิกระทำการแทนนั้น ๆ ตาม
กฎหมายหรือในฐานะทนายความ"

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(15) บัญญัติว่า
"คู่ความ" หมายความว่า โจทก์ฝ่ายหนึ่งและจำเลยอีกฝ่ายหนึ่ง" และมาตรา
2(3) บัญญัติว่า "จำเลย" หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกฟ้องยังศาลแล้วโดยข้อหา
ว่าได้กระทำความผิด"

ในขอบเขตที่เป็นการผูกพันกับประโยชน์ของจำเลย และต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมอย่างน้อยเพียงใด ความสัมพันธ์ของทนายกับลูกความอาจพิจารณาได้เป็น ๒ ทาง คือ กรณีที่ทนายที่จำเลยสามารถหาทนายมาได้เองอาจถือว่าเป็นผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของอย่างทนายในคดีแพ่ง^{๑๓} ก็จะผูกพันทนายในฐานะผู้รับจ้างให้กระทำการในทางการที่จ้างแต่ในกรณีที่จำเลยยากจนไม่สามารถหาทนายได้เอง ศาลต้องแต่งตั้งทนายให้ ทนายที่ศาลแต่งตั้งนี้ไม่มีสัญญาว่าจ้างจากจำเลยในทางแพ่งและไม่ต้องรับค่าจ้างจากจำเลยด้วย แต่ทนายจะได้รับค่าตอบแทนการว่าความตามที่ศาลจะกำหนดเท่านั้น สถานะของทนายในกรณีหลังจะแตกต่างจากทนายในกรณีแรกหรือไม่ ซึ่งยังไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับฐานะของทนายในคดีอาญาให้ยึดถือเป็นแนวทางได้

การปฏิบัติหน้าที่ของทนายแทนจำเลยในการดำเนินคดีอาญาที่ผ่านมาซึ่งทนายได้กระทำไปทั้งหมด จึงเป็นการยึดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับบทบาทฐานะของทนายในคดีแพ่งมาโดยตลอด อันเป็นผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างมาก กล่าวคือ ทนายจะสำคัญว่าตนเองมีหน้าที่ช่วยเหลือจำเลยด้วยการเป็นตัวแทนว่าความในคดีให้จำเลยเท่านั้น และจำเลยมีสิทธิในคดีเห็นอทนายที่ทนายต้องปฏิบัติหน้าที่ตามแต่เจตนาต้องการของจำเลย ฐานะของทนายจึงอยู่ในระดับเดียวกับจำเลยเหมือนทนายในคดีแพ่ง ทนายอาจต้องค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแต่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของจำเลยเท่านั้น รวมทั้งการเสนอพยานหลักฐานและการสืบพยาน ไม่อยู่ในฐานะที่ต้องคำนึงถึงผลกระทบของการดำเนินคดีที่จะเกิดขึ้นต่อสังคม นอกจากนี้ กรณีที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้งทนายให้แก่จำเลย ทนายกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นผู้รับจ้างตามสัญญากับจำเลย ทนายไม่จำเป็นต้องค้นหาข้อเท็จจริงนอกเหนือจากความรู้อันที่จำเลยมีอยู่ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

^{๑๓} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2478 หน้า 353 เมื่อเจ้าหน้าที่มีความประสงค์จะฟ้องลูกหนี้แล้ว จึงมีผู้รับอาสาเข้าจัดการหาหลักฐานและฟ้องร้องเร่งรัดหนี้สินให้เจ้าหน้าที่โดยทำสัญญารับบำเหน็จสินจ้างตั้งนี้ เป็นสัญญาจ้างทำของ โดยคู่สัญญามุ่งตรงต่อผลสำเร็จแห่งการทำงานที่ทำเป็นกรณี เป็นสัญญาที่มีผลสมบูรณ์

ไม่ได้กำหนดภาระหน้าที่ของทนายดังกล่าวไว้ ทนายจึงเพียงทำหน้าที่เป็นแค่ผู้เข้าร่วมในการสืบพยานในศาลกับจำเลยก็เพียงพอแล้ว และถือได้ว่าจำเลยได้ใช้สิทธิในการมีทนายอยู่ร่วมในการพิจารณาคดีอาญาแล้วตามกฎหมาย

ในความเห็นของผู้เขียน เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานิยาม คำว่า จำเลย ในลักษณะแตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่รวมทนายอยู่ในฐานะอย่างเดียวกับจำเลยในคดีอาญาด้วย ทนายจำเลยในคดีอาญาจึงไม่ใช่คู่ความ และไม่มีฐานะลักษณะเดียวกับคู่ความอย่างทนายในคดีแพ่ง เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของทนายในคดีอาญาไม่ใช่เป็นเพียงผู้รักษาประโยชน์ของจำเลยเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงความ เป็นธรรมในสังคมด้วย ฐานะของทนายในคดีอาญาจึงจะนำบทบาทของทนายที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมไม่ได้ โดยทนายในคดีอาญาต้องมีอิสระจากเจตนาของจำเลยแตกต่างจากคดีแพ่ง

ความเป็นอิสระของทนายในคดีอาญา จึงเป็นเรื่องที่ทนายและจำเลยต่างเป็นตัวของตัวเอง โดยที่ทนายมิได้มีฐานะเป็นตัวแทนว่าความอย่างคดีแพ่ง และมีใช้เป็นผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ ไม่ว่าจะ เป็นทนายที่ศาลแต่งตั้งให้จำเลยหรือทนายที่จำเลยหามาได้เอง ทนายจะมีบทบาทฐานะของตัวเองโดยถือว่าเป็นองค์กรหนึ่งในการบวนการยุติธรรมที่เป็นกลไกของสังคม ซึ่งมีหน้าที่จะต้องจรรโลงระบบความยุติธรรมทางอาญามิให้เสียไปเช่นเดียวกับพนักงานอัยการและศาล การดำเนินคดีอาญาให้เกิดความยุติธรรมทนายจะอยู่ในฐานะที่มีอำนาจหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ด้วยตนเอง เพื่อพบความจริงและทำให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาคดี อำนาจในการค้นหาข้อเท็จจริงของทนายจึงเป็นลักษณะที่ต้องมีบทบัญญัติกำหนดไว้ต่างหากแยกจากในคดีแพ่ง ดังนั้น ความเป็นอิสระในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีของทนายควรมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ทนายสามารถดำเนินคดีในฐานะตัวเองเพื่อช่วยเหลือจำเลย ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของทนายโดยเฉพาะการค้นหา และการเสนอข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดี

๔.๓ ปัญหาบทบาทของทนายในการค้นหาข้อเท็จจริง

๔.๓.๑ ปัญหาการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการฟ้องคดีในศาล

ความสำคัญของการค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นก่อนการฟ้องคดีในศาลนี้ หากทนายจำเลยมีโอกาสดังกล่าวเพียงพอในการค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์ของผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้ว ก็อาจทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยพ้นข้อกล่าวหาได้โดยไม่มีจำเป็นต้องมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลอีกต่อไป สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

๑) การค้นหาข้อเท็จจริงระหว่างการสอบสวนของเจ้าพนักงาน

การสอบสวนของเจ้าพนักงานตำรวจถือเป็นการค้นหาข้อเท็จจริงเบื้องต้นในคดีที่มีระยะเวลาใกล้เคียงกับเวลาที่เกิดการกระทำความผิดมากที่สุด ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เจ้าพนักงานได้รับจากการสอบสวนอาจเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงถึงการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์มากน้อยเพียงใด

อำนาจการสอบสวนคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวน ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ที่มีอำนาจสอบสวนได้แก่ เจ้าพนักงานตำรวจฝ่ายเดียวเป็นผู้สอบสวนคดีอาญาทั้งหมด^{๕๔} วิธีการสอบสวนคดีอาญา^{๕๕} ของพนักงานสอบสวนถือเป็นความลับระหว่างพนักงานสอบสวนกับตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยเท่านั้น จะไม่มีบุคคลหรือองค์กรอื่นเข้ามาดูแลวงศकुณพนักงานสอบสวนที่มีอำนาจจับกุม และสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลย รวมทั้งรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นต้นโดยเฉพาทนาย ผลร้ายจึงตกแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั่นเอง หากการสอบสวน

^{๕๔} ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วย ระเบียบการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. 2523 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 2523 ข้อ 2.1.

^{๕๕} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ซึ่งให้อำนาจพนักงานสอบสวนตรวจตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ตรวจสิ่งของหรือที่ทางอันสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้ มีอำนาจค้นและยึดสิ่งของต่าง ๆ , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1368/2500 หน้า 1354 วินิจฉัยว่า ผู้ต้องหาไม่ยอมเขียนชื่อในกระดาษตามคำสั่งพนักงานสอบสวนเพื่อตรวจสอบลายมือ ยังไม่มีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน

พนักงานสอบสวนจะตั้งตนเป็นปฏิบัติกับผู้ต้องหาหรือจำเลย^{๕๖}

ในการสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจึงเป็นขั้นตอนการค้นหาข้อเท็จจริงของเจ้าพนักงานที่ได้กระทำต่อตัวผู้ต้องหาโดยตรง^{๕๗} หากเจ้าพนักงานได้กระทำไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายอย่างไรแล้ว จะไม่มีแนวทางแก้ไขผลร้ายอันเกิดแก่ตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยได้โดยตรงและทันที กว่าที่จะปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นก็เป็นระยะเวลาระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ว่าผลการสอบสวนเกิดจากการ

^{๕๖} ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ที่ 1/2498 ว่าด้วย ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี เล่ม 1 ลักษณะที่ 8 ข้อ 254 กำหนดไว้ว่า "ตามปกติผู้สอบสวนไม่จำเป็นต้องสอบสวนพยานของผู้ต้องหา เพราะตามธรรมดาพนักงานสอบสวนมีหน้าที่จะพิจารณาคดีว่าพ้อมีมูลดำเนินการฟ้องหรือไม่เป็นหลัก หากใช้เป็นผู้วินิจฉัยคดีของคู่ความไม่ แต่หลักเช่นกล่าวนั้น บางทีอาจเกิดความจำเป็นหรือด้วยลักษณะแห่งการสอบสวนที่ดี บางคดีก็อาจจำเป็นที่ผู้สอบสวนต้องรีบชิงไหวพริบสอบสวนตัดหรือพิสูจน์พยานผู้ต้องหาเสียแต่ในชั้นต้น หรือป้องกันมิให้ผู้ต้องหามีโอกาสชักจูงพยานทำให้เสียความเที่ยงธรรมในคดีก็อาจจะสอบสวนพยานผู้ต้องหาในบางคดี เพื่อให้เกิดผลแก่คดีนั้น ๆ ก็ได้" เป็นการสะท้อนให้เห็นทัศนคติในการสอบสวนคดีอาญาของพนักงานสอบสวน จะเน้นหนักในทางที่เป็นโทษแก่ผู้ต้องหา กล่าวคือพนักงานสอบสวนจะตั้งตนเป็นปฏิบัติกับผู้ต้องหานั้นเอง ดู กุลพล พลวัน, "ลักษณะทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา(4)", หน้า 53.

^{๕๗} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 และ มาตรา 135 ซึ่งห้ามมิให้พนักงานสอบสวน ล่อลวง หรือขู่เข็ญเพื่อให้ผู้ต้องหาให้การอีกด้วย เพราะถ้อยคำที่ผู้ต้องหาให้การนั้นอาจใช้เป็นพยานหลักฐานชั้นเขาได้ในการพิจารณาคดี

กระทำโดยไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา^{๑๖} ซึ่งศาลก็ไม่สามารถแก้ไขการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้

การให้ทนายจำเลยมีสิทธิอยู่ร่วมในการสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลยด้วยตั้งแต่ต้น จะทำให้ทนายมีโอกาสและเวลาในการศึกษาข้อเท็จจริงทั้งหลาย และเตรียมคดีได้อย่างถูกต้องโดยทนายจะอยู่ร่วมในการสอบสวน เพื่อค้นหารวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย และสามารถให้คำแนะนำแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการแก้ข้อกล่าวหาได้อย่างเต็มที่ อันอาจทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีโอกาสพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองตั้งแต่ในชั้นสอบสวน และไม่จำเป็นต้องฟ้องผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อศาลอีก รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยมิให้ถูกกระทำละเมิดระหว่างการสอบสวน

หากเปรียบเทียบสิทธิของผู้ต้องหาในคดีอาญาตามกฎหมายไทยที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นราษฎรทั่วไปกับกรณีที่ราษฎรที่เป็นทหารและตกเป็นผู้ต้องหา จะพบความแตกต่างโดยข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหม

^{๑๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 143/2487 หน้า 145 แม้พยานหลักฐานของโจทก์จะได้มาโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ศาลก็ยังรับฟังพยานบุคคลเกี่ยวกับของกลางนั้นได้,

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495/2500 (ประชุมใหญ่) หน้า 300 วินิจฉัยว่า เมื่อมีการสอบสวนโดยชอบแล้วพนักงานอัยการย่อมฟ้องคดีได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้จับมีอำนาจจับจำเลยหรือไม่,

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1163/2518 หน้า 1066 วินิจฉัยว่า การที่ตำรวจนายหนึ่งขอร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 2 เพื่อพิสูจน์คำร้องเรียนว่ามีการค้าประเวณีในสถานที่เกิดเหตุจริงหรือไม่จำเลยที่ 2 ขอร่วมประเวณีและรับเงินจากตำรวจผู้นั้นไม่เป็นการแสวงหาพยานหลักฐานโดยมิชอบ, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 769/2482 หน้า 1114, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 84/2499 หน้า 45.

กับกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การปฏิบัติและประสานงานเกี่ยวกับกรณีที่ทหารเป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้ต้องหาในความผิดอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘ ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาที่เป็นทหารไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากราษฎรทั่วไป ตามข้อตกลงดังกล่าวเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมตัวทหารเป็นผู้ต้องหาต้องแจ้งให้ฝ่ายทหารทราบโดยทันที^{๖๐} เมื่อมีการสอบสวนพนักงานสอบสวนต้องแจ้งให้ฝ่ายทหารมาร่วมฟังการสอบสวนในคดีด้วยทุกครั้ง เริ่มตั้งแต่การสอบสวนครั้งแรกจนปิดสำนวนการสอบสวน^{๖๑} หากทหารที่มาฟังการสอบสวนมีข้อสงสัยก็อาจขอให้พนักงานสอบสวนทำการซักถามให้ได้ หรือจะนำพยานเข้าสอบสวนก็ให้พนักงานสอบสวนพิจารณาดำเนินการให้^{๖๒} ส่วนนายทหารที่จะเข้ามาร่วมฟังการ

^{๖๐} ข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การปฏิบัติและประสานงานเกี่ยวกับกรณีที่ทหารเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้ต้องหาในความผิดอาญา พ.ศ. ๒๔๙๘. ข้อ ๑๘. ดู กรมพระธรรมมุนยุ กระทรวงกลาโหม, ข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การปฏิบัติและประสานงานเกี่ยวกับกรณีที่ทหารเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้ต้องหาในความผิดอาญา พ.ศ. ๒๔๙๘. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองบริการกรมเสมียนตรา, ๒๕๒๗), หน้า ๒๑.

^{๖๑} ข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การปฏิบัติและประสานงานเกี่ยวกับกรณีที่ทหารเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้ต้องหาในความผิดอาญา พ.ศ. ๒๔๙๘. ข้อ ๒๖ กวิ. เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔๐-๔๑. นอกจากนี้ ในบันทึกกองคดี กรมตำรวจ ที่ ๐๕๐๓/๑๙๒๕๖ ลงวันที่ ๒๕ ธันวาคม ๒๕๑๕ เรื่อง ข้อความเข้าใจเรื่องการปฏิบัติและประสานงานเกี่ยวกับกรณีที่ทหารเป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาตามนัยข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงมหาดไทย พ.ศ. ๒๔๙๘ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๑๒ ได้ชี้แจงข้อความเข้าใจเกี่ยวกับการร่วมฟังการสอบสวนจนปิดสำนวนการสอบสวนนั้น หมายรวมถึงกรณีที่มีการสอบสวนเพิ่มเติมตามคำสั่งผู้บังคับบัญชา และรวมทั้งการที่พนักงานอัยการสั่งให้ทำการสอบสวนเพิ่มเติมด้วย

^{๖๒} เรื่องเดียวกัน.

สอบสวนตนเองเป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตรขึ้นไป⁷² โดยปกติแล้วจะเป็นนายทหาร
พระธรรมนูญ⁷³

จึงเห็นได้ว่า การสอบสวนคดีอาญาในชั้นของเจ้าพนักงานตำรวจเป็น
ขั้นตอนที่มีความสำคัญมาก มีผลกระทบต่อตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยตรง จึงมี
การพยายามจำกัดมาตรการที่เป็นการช่วยเหลือทหารที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย
ในชั้นนี้ให้ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่⁷⁴ ซึ่งน่าจะใช้เป็นแนวทางปฏิบัติให้แก่

⁷² ข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงมหาดไทย เรื่อง
การปฏิบัติและประสานงานเกี่ยวกับกรณีทหารเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้ต้องหาใน
ความผิดอาญา พ.ศ.2498. ข้อ 29. เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

⁷³ บันทึกกองคดี กรมตำรวจ ที่ 0503/19253 ลงวันที่ 25 ธันวาคม
2515 เรื่อง ข้อความเข้าใจเรื่องการปฏิบัติและประสานงานเกี่ยวกับกรณีทหาร
เป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาตามนัยข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหม
กับกระทรวงมหาดไทย พ.ศ.2498 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2512 ซึ่งกำหนดให้พนักงาน
สอบสวนก่อนทำการสอบสวนคดีอาญา ต้องแจ้งให้กองทัพบกจัดส่งนายทหารพระ-
ธรรมนูญ เข้าร่วมฟังการสอบสวนโดยตลอดจนเสร็จการสอบสวน

⁷⁴ ในคำปรารภของพลเอกชานาญ นิลวิเศษ ปลัดกระทรวงกลาโหม
ก็ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า "เป็นที่ทราบกันทั่วไปว่า ทหารคือลูกหลานประชาชน เมื่อ
ถูกกล่าวหาในคดีอาญาจะโดยได้กระทำผิดจริงหรือไม่ก็ตาม ครอบครัวจะเสียขวัญ
และเดือดร้อน กระทรวงกลาโหมเป็นห่วงใยในกรณีเช่นนี้มาก ได้พยายามหาช่อง
ทางเข้าแทรกแซงโดยวิธีทางกึ่งถูกต้องและด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จน
ได้กำหนดเป็นข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงมหาดไทย . . .
เพื่อช่วยเหลือทหารให้ได้รับความเป็นธรรมอย่างดีที่สุด นับตั้งแต่การจับ ควบคุม
สอบสวนร่วมฟังการสอบสวน . . ." ดู กรมพระธรรมนูญ กระทรวงกลาโหม,
ข้อตกลงระหว่างกระทรวงกลาโหมกับกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การปฏิบัติและ
ประสานงานเกี่ยวกับกรณีทหารเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้ต้องหาในความผิดอาญา
พ.ศ.2498. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองบริการกรมเสมียนตรา, 2527), หน้า 1-2.

ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยทั่วไป เนื่องจากหากผู้ต้องหาไม่ได้รับการปฏิบัติ ในชั้นสอบสวนอย่างเป็นธรรมแล้วก็จะกระทบถึงการพิจารณาความอาญาในศาล หากผู้ต้องหาหรือจำเลยมีทนายเข้ามาร่วมฟังการสอบสวนคดีด้วย นอกจากจะทำ ให้ทนายมีโอกาสร่วมค้นหาข้อเท็จจริงเบื้องต้น โดยการขอให้ซักถามหรือเสนอ พยานหลักฐานอันมาประกอบการสอบสวนคดีได้ทันที ยังเป็นหลักประกันในการสอบสวน คดีอาญาต้องดำเนินไปโดยยุติธรรมด้วย

ดังนั้น เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่มีบทบัญญัติให้ทนาย มีสิทธิร่วมฟังการสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลย เพื่อดำเนินการและค้นหาข้อเท็จจริงในคดี รวมทั้งโอกาสที่ทนายจะขอให้ซักถามหรือขอเสนอพยานหลักฐานเข้าสอบสวน ไม่ว่าจะ การสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลยและพยานหลักฐานที่ได้จากการสอบสวนของเจ้าพนักงานจะรวบรวมแต่ส่วนที่เป็นผลร้ายต่อตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย หรือด้วยวิธีการ ที่มิชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ผู้ต้องหาหรือจำเลยซึ่งมีสิทธิในการมีทนายในชั้นก่อน การฟ้องคดีอยู่แล้ว ตัวทนายเองก็ไม่สามารถช่วยเหลือ ทั้งการคุ้มครองสิทธิและ การค้นหาข้อเท็จจริงของจำเลยได้เต็มที่ในระหว่างนั้น หรือแม้แต่จะขอร่วมฟัง การสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลยและตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้จากการสอบสวน ผู้ต้องหาหรือจำเลย ก็ไม่สามารถกระทำการใดได้ บทบาทของทนายในชั้นก่อน การฟ้องคดีนอกจากจะได้พบและปรึกษากับจำเลยแล้วจึงไม่มีสิทธิที่จะกระทำการใด ต่อไปได้จนกว่าโจทก์จะฟ้องคดีต่อศาล ทนายจึงจะสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาล ขอตรวจดูเอกสาร และตรวจดูสิ่งของที่ เป็นพยานวัตถุที่โจทก์ต้องการใช้เป็นพยาน หลักฐานในชั้นศาล⁷⁵

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงควรมีบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ ทนายจำเลยได้เข้าไปร่วมฟังการสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลยในชั้นตอนของพนักงาน สอบสวน ตั้งแต่เริ่มต้นทำการสอบสวนจนปิดสำนวน ซึ่งรวมทั้งในกรณีที่พนักงาน

⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 240 และ มาตรา 242.

อัยการสั่งให้ทำการสอบสวนจำเลยเพิ่มเติม ซึ่งจะทำให้ทนายจำเลยมีโอกาสดำเนินหาข้อเท็จจริงเพื่อใช้ในการต่อสู้คดี และคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยในชั้นสอบสวนได้อย่างเต็มที่ โดย

(๑) ให้พนักงานสอบสวนต้องแจ้งกำหนดวัน เวลา และสถานที่ที่จะทำการสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ทนายทราบล่วงหน้า เพื่อให้ทนายสามารถอยู่ร่วมรับฟังการสอบสวนของพนักงานสอบสวนทุกครั้ง

(๒) ในการสอบสวนผู้ต้องหาหรือจำเลย เมื่อทนายจำเลยที่อยู่ร่วมในการสอบสวนมีข้อสงสัยก็สามารถขอให้พนักงานสอบสวนทำการซักถามให้ได้ และสามารถนำพยานหลักฐานเข้าสอบสวนเมื่อพนักงานสอบสวนเห็นสมควร

๒) การค้นหาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานอื่น ๆ

ขั้นตอนการสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามที่ได้กล่าวแล้วว่า เป็นการค้นหาข้อเท็จจริงเบื้องต้นที่ใกล้ชิดกับการกระทำความผิดมากที่สุด อำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนจึงเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหลายที่อาจเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญา รวมทั้งการพิจารณาจับกุมตัวผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย ถ้าพยานหลักฐานที่ได้จากสอบสวนเบื้องต้นเพียงพอที่จะฟังได้ว่า ผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิด และจะส่งตัวผู้ต้องหาให้พนักงานอัยการพิจารณาสั่งฟ้องคดีต่อไป

ปัจจัยที่จะชี้ว่าผู้ต้องหาจะถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญา จึงขึ้นอยู่กับผลการสอบสวนของพนักงานสอบสวนที่ได้รวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมดแล้ว เพียงพอที่จะทำให้เห็นว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยน่าจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ หากการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนได้รวบรวมแต่ข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายต่อตัวผู้ต้องหา⁷⁶ หรือไม่พบข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ย่อมจะเป็น

⁷⁶ การสอบสวนของพนักงานสอบสวนโดยทั่วไป มักจะรวบรวมแต่ข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายต่อตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ดู เชิงอรรรถที่ 66.

ผลเสียต่อตัวผู้ต้องหาโดยตรงที่จะถูกฟ้อง เป็นจำเลยต่อศาล และถูกศาลพิจารณาคัดสินลงโทษตามความผิดที่โจทก์ฟ้องได้

ในกรณีดังกล่าว ทนายจะช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ก็ด้วยการพยายามค้นหาข้อเท็จจริงจากที่ต่าง ๆ แทนตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยการค้นหาและรวบรวมพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งหากทนายสามารถช่วยค้นหาข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาได้ ก็จะช่วยลดขั้นตอนการพิจารณาคดีให้ยุติเพียงแค่ชั้นสอบสวนทันที และผู้ต้องหาจะไม่ถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญา หรือหากมีการฟ้องคดีอาญาต่อศาลแล้ว ก็เป็นการช่วยพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย หรือต่อสู้ทักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ในการพิจารณาคดีได้ และทำให้การพิจารณาคัดสินคดีของศาลเป็นไปอย่างรวดเร็วมากขึ้น จำเลยที่บริสุทธิ์ก็จะได้รับอิสรภาพเร็วขึ้น

การให้ทนายมีส่วนร่วมในการค้นหาข้อเท็จจริงจากที่ต่าง ๆ แทนผู้ต้องหาหรือจำเลย จึงน่าจะเป็นมาตรการช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือจำเลยที่บริสุทธิ์ให้พ้นจากการที่ต้องตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด และต้องอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานไม่สามารถค้นหาข้อเท็จจริงได้ด้วยตนเอง แต่วิธีการสอบสวน เพื่อค้นหาข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานโดยเฉพาะ ทนายไม่มีอำนาจค้นหาพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของบุคคลใดโดยที่กฎหมายมิได้ให้อำนาจไว้⁷⁷ เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลโดยทั่วไป เป็นสิทธิขั้นมูลฐานของบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครองจากการรบกวนของบุคคลอื่น การค้นและยึดสิ่งของของบุคคลใดเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีอาญาต้องกระทำภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย อันเป็นหลักประกัน

⁷⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

การละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล⁷⁸

อำนาจในการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานหรือศาลที่จะกระทำหรืออนุญาตให้กระทำได้เท่านั้น โดยมีหมายค้นหรือไม่มีหมายค้น หากจะมีกรณีที่ผู้ร้องขอให้ออกหมายค้นไม่ว่าจะร้องขอในระหว่างการพิจารณาคดีในศาล หรือก่อนมีการพิจารณาคดีก็ตาม เจ้าพนักงานหรือศาลผู้ออกหมายต้องสอบให้ปรากฏเหตุผลในการออกหมายก่อน แต่โดยปกติบุคคลที่จะขอหมายในกรณีนี้ได้ต้องเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา⁷⁹ ในกรณีของทนายจะไม่มีโอกาสขอหมายค้นเพื่อพบพยานหลักฐานที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้เลย

ฉะนั้น หากทนายจำเลยทราบว่า มีสถานที่ หรือสิ่งของใดที่เจ้าพนักงานมิได้ค้นและยึดไว้เพื่อนำไปใช้ประกอบการสอบสวน หรือเพื่อให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณาคดี ซึ่งวัตถุ สิ่งของหรือสถานที่นั้นมีข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย ทนายจะไม่มีทั้งอำนาจค้นด้วยตัวเองหรือร้องขอให้เจ้าพนักงานหรือศาลออกหมายค้นเพื่อพบ และยึดสิ่งของ หรือค้นสถานที่นั้นได้ โดยถือว่าเป็นภาระหน้าที่ของทนายที่ต้องหาหนทางให้ได้พยานหลักฐานนั้นด้วยตนเอง หากไม่สามารถนำพยานหลักฐานนั้นมาแสดงต่อพนักงานสอบสวนหรือศาลได้ ผลเสียย่อมตกอยู่กับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ไม่มีพยานหลักฐานเพื่อต่อสู้หักล้างพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการมีอยู่แล้ว ซึ่งทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยถูกศาลตัดสินลงโทษตามความผิดที่โจทก์ฟ้อง

⁷⁸ หากทนายได้สิ่งใดมาด้วยวิธีการที่มีข้อบกพร่องก็จะเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีไม่ได้ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226.

⁷⁹ คณิง ภาไชย, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ธรรมสาร, 2521), หน้า 160-161.

ดังนั้น เมื่อกฎหมายไม่ให้อำนาจนายที่จะค้นหาพยานหลักฐานจากสถานที่ต่าง ๆ ลักษณะเดียวกับพนักงานสอบสวน หลักเกณฑ์ที่ควรกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาควรเปิดโอกาสให้นายมีแนวทางได้ค้นหาข้อเท็จจริง เพื่อให้มีความคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหาหรือจำเลยอย่างเพียงพอ ในกรณีที่นายพบข้อเท็จจริงในระหว่างการสอบสวนหรือระหว่างการพิจารณาคดีว่ามีพยานหลักฐานที่สามารถแสดงถึงความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาหรือจำเลย และพนักงานสอบสวนหรือศาลยังมีได้ดำเนินการสอบสวน หรือพิจารณาเกี่ยวกับพยานหลักฐานนั้นให้นายสามารถร้องขอให้พนักงานอัยการทำการสอบสวน และพิจารณารวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าวประกอบการพิจารณาคดี หรือขอให้ศาลออกหมายค้นเพื่อพบพยานหลักฐานนั้น

๔.๓.๓ ปัญหาการค้นหาข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดี

ตามที่ได้วิเคราะห์กันแล้วว่า แนวทางปฏิบัติในการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีอาญาของไทยใช้วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงด้วยการสืบพยานของคู่ความมาโดยตลอดจนถึงปัจจุบัน^{๕๐} คู่ความในคดีจึงมีหน้าที่ต้องค้นหาข้อเท็จจริงมาโต้แย้งด้วยตัวเอง แต่แนวทางการค้นหาข้อเท็จจริงของนายจำเลยกลับไม่มีกฎหมายสนับสนุน โดยเฉพาะการค้นหาและการเสนอข้อเท็จจริงในคดี และการชี้ค้านพยานโจทก์ ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

๑) การค้นหาข้อเท็จจริงของนาย

เมื่อโจทก์ฟ้องคดีอาญาต่อศาลแล้ว จำเลยจะมีสิทธิในการมีทนายช่วยเหลือว่าความในระหว่างการพิจารณาคดี ในกรณีที่จำเลยไม่มีทนายศาลจะ

^{๕๐} คำพิพากษาฎีกาที่ 122/2478 หน้า 176, คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2481 หน้า 818, คำพิพากษาฎีกาที่ 211-217/2482 หน้า 203, คำพิพากษาฎีกาที่ 862/2503 หน้า 887, คำพิพากษาฎีกาที่ 1614/2506 หน้า 1382, คำพิพากษาฎีกาที่ 1320/2513 หน้า 1779, คำพิพากษาฎีกาที่ 1256/2521 หน้า 1395.

แต่งตั้งนายให้แก่จำเลย นายจำเลยต้องเข้ามาดำเนินคดีทันทีภายหลังจากได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายในคดีอาญาแล้ว ด้วยการเริ่มต้นสืบพยานคู่ความในศาล แหล่งข้อมูลที่นายจะทราบข้อเท็จจริงเมื่อเริ่มต้นสืบพยาน ได้จากการซักถามข้อเท็จจริงจากจำเลย หลังจากนั้น นายจะต้องเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อแก้ข้อกล่าวหาของโจทก์และพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลยให้ได้ นายจะไม่มีโอกาสศึกษาทำความเข้าใจข้อเท็จจริงและค้นหาพยานหลักฐานอื่น ๆ นอกจากนั้นก่อนเริ่มต้นสืบพยาน และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา^{๕๑} ได้จำกัดการค้นหาข้อเท็จจริงของจำเลยระหว่างการสืบพยานโจทก์แค่การอนุญาตให้ตรวจดูพยานเอกสารและวัตถุพยานที่โจทก์ประสงค์จะอ้างในการสืบพยานในคดี

ฉะนั้น หลักเกณฑ์การค้นหาข้อเท็จจริงในปัจจุบันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานายจะมีสิทธิในการค้นหาข้อเท็จจริงที่สืบเนื่องจากสิทธิของจำเลย คือ การขอตรวจดูเอกสารและพยานวัตถุของโจทก์ในระหว่างการพิจารณาคดี และจำกัดเฉพาะพยานหลักฐานที่โจทก์ประสงค์จะอ้างอ้างในระหว่างการสืบพยาน

^{๕๑} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 240, มาตรา 242.

ของโจทก์ในคดี^{๑๒} ทนายไม่สามารถขอตรวจดูพยานหลักฐานอื่นที่โจทก์มีอยู่ในความครอบครอง แต่โจทก์ไม่ประสงค์จะใช้อ้างเป็นพยานหลักฐานในการสืบพยานซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวทนายอาจใช้เป็นประโยชน์ในการต่อสู้คดีแทนจำเลยได้

จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์การค้นหาคือเท็จจริงและตรวจสอบพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีขอบเขตจำกัดมากในการให้ความคุ้มครองจำเลยที่จะค้นหาและตรวจสอบข้อเท็จจริงส่วนของจำเลยในระหว่างการพิจารณาคดีเพียงเฉพาะพยานเอกสารและวัตถุพยานที่โจทก์ต้องการเสนอเป็นพยานหลักฐานในคดี และจะขอตรวจดูพยานเอกสารและวัตถุพยานได้ในขณะที่โจทก์กำลังสืบพยานดังกล่าวอยู่เท่านั้น แต่พยานหลักฐานอื่นที่อาจเป็นประโยชน์แก่จำเลย และพนักงานอัยการโจทก์ไม่ต้องการเสนอเป็นพยานหลักฐานในคดี ทนายจะไม่มีโอกาสได้ทราบ หรือไม่มีแม้แต่โอกาสจะขออนุญาตให้ค้นหาและตรวจสอบพยานหลักฐานดังกล่าวได้เลย ผลที่เกิดขึ้นคือทนายจะไม่มีโอกาสเข้าใจข้อเท็จจริงทั้งหมดที่โจทก์ฟ้อง ไม่สามารถชี้คัดค้านพยานโจทก์ รวมทั้งไม่ทราบว่าพยานหลักฐานใดบ้างที่ต้อง

^{๑๒} นอกจากนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าคู่ความที่อ้างเอกสารเป็นพยานในคดีอาญาต้องคัดสำเนาเอกสารให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบล่วงหน้าต่อเมื่อมีคำร้องขอและศาลเห็นสมควรเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นมาตรฐานการพิจารณาคดีที่ต่ำกว่าคดีแพ่ง ทั้ง ๆ ที่การค้นหาคือเท็จจริงในคดีอาญามีความสำคัญสูงกว่าคดีแพ่ง และมีผลกระทบต่อจำเลยสูงกว่าคดีแพ่ง ดู คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๙๖/๒๔๘๑ หน้า ๑๑๖๘, ในคดีอาญาโจทก์มีหน้าที่คัดสำเนาเอกสารที่จะอ้างเป็นหลักฐานยื่นจำเลยให้จำเลยทราบล่วงหน้าก็ต่อเมื่อจำเลยร้องขอและศาลเห็นสมควรที่จะทำเช่นนั้นตามประมวล-กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๐ เมื่อจำเลยไม่ได้ร้องขอสำเนา จำเลยจะอ้างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๙๐ มาใช้โดยอนุโลมโดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕ ย่อมรับฟังไม่ขึ้น ดู คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๙๓/๒๔๘๔ หน้า ๔๗๐, คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๒๘๔/๒๕๒๒ หน้า ๑๘๓๔.

เสนอต่อศาล เพื่อต่อสู้หักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ในการพิจารณาคดี^{๕๓}

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีอาญาจำเลยจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ พนักงานอัยการโจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานต่าง ๆ ให้เห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัยศาลจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลยตามคำฟ้องของโจทก์ได้ โจทก์จึงมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงและเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ต่อศาลเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัยตามคำฟ้อง ขณะที่จำเลยต้องค้นหาข้อเท็จจริงและเสนอพยานหลักฐานเพื่อต่อสู้หักล้างพยานหลักฐานโจทก์ให้ได้ ศาลเคยมีคำวินิจฉัยว่า หากศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดตามที่โจทก์ฟ้องจริง ย่อมแสดงว่าพยานหลักฐานของจำเลยไม่น่าเชื่อถือ^{๕๔} ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จึงยังมีใช้เหตุผลในการพิจารณาคดีที่จะให้ทนายจำเลยสามารถอยู่นิ่งเฉยโดยไม่จำเป็นต้องค้นหาข้อเท็จจริงและเสนอพยานหลักฐานเพื่อยืนยันความบริสุทธิ์หรือข้อต่อสู้ของจำเลย

เมื่อนายมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงและเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ แทนจำเลยเพื่อพิสูจน์หักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ให้ได้ ในขณะที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่เปิดโอกาสให้ทนายได้ค้นหาข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ ก็คือการที่รัฐใช้กระบวนการวิธีพิจารณาความ เพื่อตอบโต้ข้อสันนิษฐานเรื่องความบริสุทธิ์ของ

^{๕๓} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5509/2530 หน้า 3097 จำเลยกับพวกร่วมกันมีอาวุธปืนและพาอาวุธปืนดังกล่าวไปใช้ยิงผู้ตาสและผู้เสียหายในทางสาธารณะ แม้โจทก์ไม่ได้อาวุธปืนดังกล่าวมาเป็นของกลาง แต่ตามคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลยรับว่าไม่เคยได้รับอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนมาก่อน ซึ่งมีพนักงานสอบสวนเบิกความยืนยัน และจำเลยก็มีได้ถามค้านหรือนำสืบพยานหลักฐานหักล้างแต่อย่างไร ย่อมฟังได้ว่าจำเลยมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองและพาอาวุธปืนดังกล่าวติดตัวไปในทางสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาต, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5881/2530 หน้า 3243.

^{๕๔} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 980/2519 หน้า 518.

จำเลยนั่นเอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการไม่ยุติธรรมต่อจำเลยอย่างมาก ก่อนที่จำเลยจะถูกลงโทษโดยคำพิพากษาของศาล จำเลยควรได้รับโอกาสอย่างเต็มที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อต่อสู้ ปกป้องชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของตนเอง จำเลยจะกลายเป็นเหยื่อในกระบวนการพิจารณาความอาญาที่ไม่เปิดโอกาสให้จำเลยมีโอกาสในการค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อปกป้องตนเองอย่างเพียงพอ และศาลก็มีแนวโน้มที่จะเชื่อถือพยานหลักฐานของโจทก์ที่ได้ผ่านการสืบสวนสอบสวนอย่างมีแบบแผน^{๘๕} มากกว่าข้อต่อสู้ของทนายจำเลยที่ไม่มีหลักเกณฑ์ในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างเป็นระบบตามแบบอย่างพยานหลักฐานของโจทก์ และในบางครั้งพนักงานสอบสวนยังมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงบางส่วนที่เป็นผลเสียต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ได้จากการสอบสวนต่อสาธารณชนก่อนการฟ้องคดี เป็นการจูงใจให้เกิดความรู้สึกที่เป็นปฏิปักษ์ต่อจำเลยก่อนมีการพิจารณาคดีในศาล^{๘๖}

^{๘๕} ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยยังถือด้วยว่าคดีอาญาที่ผ่านการสืบสวนสอบสวนของเจ้าพนักงานแล้ว มีพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือจนไม่จำเป็นต้องผ่านการไต่สวนมูลฟ้องในศาลอีก ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 162(2).

^{๘๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4592/2528 หน้า 2653 แม้โจทก์จะมีพนักงานสอบสวนสองปากเบิกความประกอบบันทึกการจับกุม บันทึกการทำแผนประทุษกรรม บันทึกการยึดของกลาง และคำให้การของจำเลยทั้งสามในชั้นสอบสวนว่า จำเลยทั้งสามให้การรับสารภาพทั้งในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวน กับแสดงท่าทางในขณะที่กระทำผิดและนำชี้ที่เกิดเหตุ และจำเลยที่ 1 นำไปยึดอาวุธปืนพร้อมกับปลอกกระสุนปืน ก็รับว่าเป็นอาวุธปืนที่ใช้ยิงผู้เสียหายก็ตาม แต่เมื่อคำเบิกความของประจักษ์พยานโจทก์และพยานโจทก์คนอื่น ๆ ฟังไม่ได้ว่าจำเลยทั้งสามกระผิดตามฟ้อง และในชั้นพิจารณาจำเลยทั้งสามให้การปฏิเสธโดยอ้างว่าลงชื่อในเอกสารต่าง ๆ โดยไม่ทราบข้อความแล้ว พยานโจทก์จึงยังไม่พอให้รับฟังลงโทษจำเลยได้,

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2530 หน้า 156 เมื่อประจักษ์พยานโจทก์มาเบิกความต่อศาล แต่รับฟังไม่ได้ว่าจำเลยเป็นคนร้าย คำเบิกความนั้นย่อมเป็นพยานชั้นหนึ่ง แม้คำให้การชั้นสอบสวนของประจักษ์พยานนั้นจะมีใจความว่า จำได้

การที่กฎหมายให้สิทธิแก่จำเลยในการมีทนายช่วยเหลือในการดำเนินคดีอาญา มิใช่เพียงเพื่อให้เห็นว่าจำเลยมีสิทธิในการมีทนายช่วยเหลือว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาความอาญาแทนจำเลยตามแบบพิธีเท่านั้น แต่ทนายต้องมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงในคดีแทนจำเลยอย่างแท้จริงด้วย อำนาจหน้าที่ของทนายในการค้นหาข้อเท็จจริงจะมีขอบเขตกว้างขวางเพียงใด โดยหลักแล้วทนายมีหน้าที่ช่วยเหลือนำคดีดำเนินคดีตามหลัก "อาวูธ เก่า เทียมกัน" การที่ทนายจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ในการเสนอข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์ของจำเลย ทนายจำเลยต้องทราบข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลยอย่างน้อยต้องได้ใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่พนักงานอัยการมีอยู่แล้ว

โดยที่กลไกการดำเนินคดีอาญาของไทย รัฐเป็นผู้มีบทบาทสูงสุดในการดำเนินคดีอาญา ตั้งแต่ชั้นสืบสวนสอบสวนจนถึงชั้นพิจารณาพิพากษาคดี เจ้าพนักงาน

(ต่อ) ว่าจำเลยเป็นคนร้ายก็เป็นเพียงพยานชั้นสอง ศาลต้องฟังคำเบิกความในชั้นพิจารณาเป็นสำคัญแม้คดีไม่มีประจักษ์พยาน ศาลก็รับฟังพยานแวดล้อมกรณีหลังเกิดเหตุของโจทก์ประกอบคำให้การรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลยลงโทษจำเลยได้, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 868/2531 หน้า 417 โจทก์ไม่มีประจักษ์พยานเห็นจำเลยเป็นคนร้ายที่ใช้อาวุธปืนเล็กกลยิงกราดผู้เสียหายและผู้ตายในโรงภาพยนตร์ แต่มีพยานแวดล้อมโดยผู้เสียหายคนหนึ่งเห็นจำเลยอยู่ในที่เกิดเหตุ สอดคล้องกับคำรับสารภาพชั้นสอบสวนของจำเลย จำเลยรับสารภาพทั้งในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวนต่อหน้านายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ทั้งยังนำชี้ที่เกิดเหตุประกอบคำรับสารภาพและขอขมาต่อผู้เสียหายและบิดามารดาของผู้ตายด้วยความสมัครใจเพราะสำนึกผิดและโดยเปิดเผยต่อหน้าประชาชนและสื่อมวลชน พยานโจทก์ทุกปากไม่มีสาเหตุโกรธเคืองกับจำเลย ไม่มีเหตุผลที่จะให้การปรับรื้อจำเลย พนักงานสอบสวนก็ให้ความเป็นธรรมกับจำเลย ในวันพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น จำเลยก็ยังให้การรับสารภาพในตอนต้น แม้ต่อมาจะกลับให้การปฏิเสธ แต่ก็ไม่ปรากฏว่าเป็นเพราะเหตุใด เมื่อศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำเลยแล้ว จำเลยก็มีได้อุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษา เชื่อว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามฟ้อง

ของรัฐที่มีหน้าที่จึงเป็นผู้ที่ทราบข้อเท็จจริงและครอบครองพยานหลักฐานในคดีที่ได้มาจากการใช้มาตรการบังคับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่ การเรียก การจับ การค้น การควบคุม การขัง และการนำตัว เจ้าพนักงานตำรวจที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในการใช้มาตรการบังคับ รวมทั้ง พนักงานอัยการที่มีหน้าที่ฟ้องคดีอาญาจะเป็นผู้ที่ทราบข้อเท็จจริงในคดีมากที่สุด เมื่อมีการฟ้องคดีอาญาต่อศาล ทนายจำเลยซึ่งกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจใด ๆ ในการค้นหาข้อเท็จจริงที่เป็นอำนาจการสืบสวนสอบสวนคดีได้อย่างเป็นระบบแบบแผนเช่นเดียวกับเจ้าพนักงานของรัฐ จะไม่มีโอกาสค้นหาเพื่อทราบข้อเท็จจริงในเรื่องที่กล่าวหาจำเลยได้เหมือนกับพนักงานอัยการ ตลอดจนสามารถแสวงหาพยานหลักฐานที่ผ่านขั้นตอนการสอบสวนตามกฎหมายจนเป็นที่น่าเชื่อถือ ซึ่งจะทำให้การต่อสู้คดีในศาลเป็นไปตามหลัก "อาวุธที่เท่าเทียมกัน" โดยเฉพาะในคดีที่จำเลยเป็นผู้ยากไร้ไม่สามารถหาทนายได้เอง ศาลจะแต่งตั้งทนายให้แก่จำเลย ทนายที่ศาลแต่งตั้งขึ้นจะทราบข้อเท็จจริงที่ได้รับจากการซักถามจำเลยในระยะเวลาดำกักก่อนเริ่มต้นพิจารณาคดีเท่านั้น ซึ่งไม่เพียงพอที่จะทำให้ทนายเข้าใจข้อเท็จจริงทั้งหมดจนสามารถต่อสู้คดีแทนจำเลยได้ หากต้องการให้ทนายสามารถทำความเข้าใจข้อเท็จจริงในคดีได้อย่างเต็มที่ภายในระยะเวลาที่จำกัคนั้นกฎหมายต้องสนับสนุนให้ทนายจำเลยสามารถค้นหาข้อเท็จจริงทั้งหลาย รวมทั้งพยานหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงานของรัฐ

การกำหนดหลักเกณฑ์การค้นหาข้อเท็จจริงของทนายจะทำให้ทนายที่ได้เข้ามาดำเนินคดีอาญาให้แก่จำเลย ไม่ว่าจะ เป็นทนายที่จำเลยหามาได้เองหรือทนายที่ศาลแต่งตั้งให้แก่จำเลย ได้มีแนวทางปฏิบัติในการศึกษาข้อเท็จจริงทั้งหลายได้อย่างเป็นระเบียบแบบแผนก่อนเริ่มต้นสืบพยานคู่ความในคดี ทำให้ทนายจำเลยสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือและสามารถดำเนินบทบาทในการปกป้องประโยชน์ที่ถูกต้องตามกฎหมายของจำเลยและประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะเกิดแก่สังคมได้อย่างเต็มที่ ซึ่งจะช่วยให้การสืบพยานของคู่ความในศาลทนายจะสามารถเสนอพยานหลักฐานทั้งหลายให้ศาลได้พิจารณาอย่างรอบคอบแทนที่ศาลจะทราบแต่ข้อเท็จจริงที่เกิดจากพยานหลักฐานที่โจทก์ต้องการเสนอประกอบคำฟ้องคดี

เพื่อยืนยันข้ออ้างเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาจำเลยเท่านั้น^{๘๗}

หลักเกณฑ์ในการค้นหาข้อเท็จจริงที่ควรจะกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่สิทธิในการค้นหาข้อเท็จจริงของทนาย ตั้งแต่ก่อนเริ่มทำการสืบพยานในศาลโดยการค้นหาและตรวจสอบพยานหลักฐานทั้งหลาย รวมทั้งที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงาน

(๑) คำให้การของจำเลยที่ได้ให้การต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ รวมทั้งที่จำเลยได้ให้การไว้ต่อเจ้าพนักงานอื่นทั้งก่อนและหลังการจับกุม

(๒) เอกสารและวัตถุต่าง ๆ ที่เป็นหนังสือ รายงาน เอกสาร ภาพถ่าย วัตถุสิ่งของ สิ่งก่อสร้าง และสถานที่ หรือสำเนาของสิ่งเหล่านั้น ที่อยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงาน ซึ่งจำเลยสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อเตรียมการต่อสู้คดีได้

(๓) รายงานการสอบสวนและการพิสูจน์ ที่เป็นรายงานการสอบสวนจำเลยและผลการตรวจสภาพจิตใจของจำเลย ผลการพิสูจน์และทดลองทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง

ทั้งนี้ โดยต้องพิจารณาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมไทย และคำนึงถึงรากฐานทางการเมือง และสังคมตลอดจนทัศนคติและค่านิยมของบุคคลทั่วไปด้วย

๓) การเสนอข้อเท็จจริงในคดีอาญาของทนาย

เมื่อทนายได้ค้นหาข้อเท็จจริงทั้งจากการซักถามจำเลยโดยตรงและ

^{๘๗} ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนมักรวบรวมแต่ข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย และจะส่งสำนวนให้พนักงานอัยการฟ้องคดีตามข้อเท็จจริงที่ได้รวบรวมไว้แล้ว ดูเชิงอรรถที่ ๕๕.

การค้นหาและตรวจสอบพยานหลักฐานทั้งหลาย ผลที่ได้รับจากการนี้ทนายจะทราบข้อเท็จจริงทั้งหมดทั้งในส่วนที่เป็นผลดี และส่วนที่เป็นผลร้ายต่อจำเลยด้วย เมื่อถึงขั้นพิจารณาสืบพยานในศาลจะเป็นขั้นตอนการค้นหาข้อเท็จจริงร่วมกันระหว่างองค์กรทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่ ศาล พนักงานอัยการ และทนายจำเลย เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยความยุติธรรมต่อจำเลยมากที่สุด พนักงานอัยการโจทก์และทนายจำเลยจะมีหน้าที่เสนอพยานหลักฐานที่เป็นข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ค้นพบให้ศาลพิจารณา การเสนอข้อเท็จจริงของทนายจำเลยในชั้นนี้จึงเป็นผลต่อเนื่องจากการค้นหาข้อเท็จจริงของทนายก่อนมีการสืบพยานในคดีและไม่ใช่เป็นขั้นตอนที่ทนายจะมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงได้โดยลำพังอีกต่อไป แต่ต้องร่วมมือกับองค์กรทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องร่วมกันค้นหาข้อเท็จจริงด้วยพยานหลักฐานทั้งหมดที่อยู่ในความครอบครองของคุณความในคดี จึงถือได้ว่าการเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลในชั้นพิจารณาสืบพยานเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการค้นหาข้อเท็จจริงของทนายเพื่อให้ได้ความจริงโดยการพิจารณาคดีของศาลก่อนมีคำพิพากษาคดีในที่สุด

การที่ทนายจะมีบทบาทหน้าที่ในการเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลในระหว่างการพิจารณาคดีอย่างไรบ้างนั้น เห็นว่าการเสนอข้อเท็จจริงของทนายที่จะมีชั้นนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากหน้าที่ของทนาย ซึ่งมีอยู่ ๓ ประการคือ

- ๑) หน้าที่ที่จะงดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เป็นผลเสียหายต่อประโยชน์ของลูกความ ซึ่งหน้าที่นี้สืบเนื่องมาจากความไว้วางใจเชื่อใจของลูกความ
- ๒) หน้าที่จะต้องให้ความจริงต่อศาล
- ๓) หน้าที่จะต้องแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความ^{๑๑}

โดยทั่วไป การพิจารณาคดีอาญาทนายจะทำหน้าที่แถลงข้อเท็จจริงเพื่อประโยชน์ของจำเลยและงดไม่กล่าวถึงข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เป็นผลร้ายต่อประโยชน์ของจำเลย แต่ในขณะเดียวกัน ทนายก็ยังมีความจำเป็นต้องให้ความจริงต่อศาล เนื่อง

^{๑๑} คณิต ฌ นคร, "ฐานะหน้าที่ของทนายในคดีอาญา", หน้า 61.

จากมีข้อเท็จจริงบางประการที่ทนายได้รับจากการค้นหาและตรวจสอบพยานหลักฐานทั้งหลายนั้น ที่เป็นการหน้าที่โดยตรงของทนายในคดีอาญาที่ต้องแนะนำให้จำเลยเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นต่อศาล เพื่อให้ศาลได้ทราบความจริงที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของหลักวิชาซึ่งทนาย นั่นคือความจริงและความยุติธรรม มิใช่เพิกเฉยทำประหนึ่งเข้าร่วมกับจำเลยกระทำการหลอกลวงศาล^{๑๐}

การช่วยเหลือจำเลยปิดบังพยานหลักฐานที่ได้จากการค้นหาข้อเท็จจริงที่ควรเสนอต่อศาล หรือเพิกเฉยต่อการแนะนำให้จำเลยต้องเสนอข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในสังคมส่วนรวม จะก่อผลเสียหายต่อความเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างมาก ทนายจะเป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งของจำเลยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยปราศจากความรับผิดชอบต่อสังคม ทำให้การดำเนินกระบวนการของทนายจะคำนึงแต่ประโยชน์สูงสุดของจำเลยฝ่ายเดียว อันเป็นการผิดหน้าที่ที่ต้องให้ความจริงต่อศาล

การที่ทนายมีหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญาที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของจำเลยและความยุติธรรมในสังคม การค้นพบข้อเท็จจริงที่เป็นพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของจำเลยซึ่งอยู่ในความครอบครองของจำเลยหรือทนาย เช่น วัตถุสิ่งของที่ใช้ในการกระทำความผิด หรือที่ได้จากการกระทำความผิด การไม่เปิดเผยพยานหลักฐานดังกล่าวเนื่องจากเป็นผลเสียต่อรูปคดีของจำเลย จะทำให้ทนายตกอยู่ในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเสียเอง^{๑๑} แต่หากทนายเสนอข้อเท็จจริงนั้นด้วยตนเองก็จะถือว่าทนายเป็นผู้ละเมียดหลักวิชาซึ่งพยานิกกฎ-

^{๑๐} สวัสดิวัตน์วิเศษ, กรมหลวง, โวหารกรรมสวัสดิ รวบรวมโดย หลวงราชบัญชา, (2455), หน้า 98-102. คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2455 วินิจฉัยว่า ทนายความทำกริยาหลอกลวงอำพราง ชัดทรายเข้าตาให้ศาลลงหลงไปเป็นความประพฤติผิดทางศีลธรรม

^{๑๑} ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 184.

หมาย^{๑1} การที่ทนายต้องเคารพในประโยชน์ของจำเลย เนื่องจากความไว
เนื้อเชื่อใจของจำเลย ทำให้ทนายต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังที่จะไม่
กระทำการอื่นเป็นการโต้แย้งสิทธิของจำเลยในเรื่องที่กำลังดำเนินการให้ โดย
เฉพาะในกรณีที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานำฐานะหน้าที่ของทนายใน
คดีแพ่งมาใช้โดยอนุโลมในคดีอาญา ยิ่งเป็นการสนับสนุนให้เข้าใจว่าทนายต้อง
เคารพผลประโยชน์ของลูกความอย่างเต็มที่ ซึ่งแนวทางปฏิบัติไม่ควรถูกนำมา
ใช้ในคดีอาญาด้วย เนื่องจากทนายในคดีอาญาต้องมีความรับผิดชอบถึงผลกระทบ
ของการพิจารณาคดีที่จะเกิดขึ้นต่อสังคม และกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาเป็น
เรื่องการปกป้องสังคมส่วนรวมเป็นหลัก แตกต่างจากกฎหมายวิธีพิจารณาความ-
แพ่งที่เป็นเรื่องแนวทางวินิจฉัยข้อพิพาทด้วยผลประโยชน์ของเอกชน

การเสนอข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีอาญา ทนายจะสามารถดำ-
เนินกระบวนการพิจารณาคดีใด ๆ โดยฐานะของตนเอง และมีบทบาทหน้าที่เสนอข้อ-
เท็จจริงที่ค้นพบเพื่อให้การค้นหาข้อเท็จจริงด้วยการสืบพยานในศาลเป็นประโยชน์
ต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ทนายจึงมีความรับผิดชอบเพียงการปกป้อง
ประโยชน์ที่ถูกต้องตามกฎหมายของจำเลย ไม่มีหน้าที่เสนอข้อเท็จจริงที่ไร้ประ-
โยชน์หรือเป็นความเท็จ และไม่มีหน้าที่ปกป้องประโยชน์ของจำเลยด้วยการ
ทำลายพยานหลักฐานในคดี

ดังนั้น หน้าที่ตามกฎหมายที่ทนายต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนใน
การเสนอข้อเท็จจริง เพื่อการค้นหาข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีในศาลควรเป็น
บทบาทปฏิบัติที่มีความชัดเจน เป็นหลักเกณฑ์ยกเว้นจากหลักทั่วไปที่ทนายต้องรักษา
ความลับของลูกความอย่างเคร่งครัด และต้องแถลงเพื่อประโยชน์ของลูกความ

^{๑1} ข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529
ข้อ 11. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 587/2487 หน้า 351 วินิจฉัยว่า ในคดีแพ่ง
ทนายมาเบิกความเป็นพยานโจทก์ถึงเรื่องที่ลูกความบอกแก้ตน โดยลูกความมิได้
อนุญาตหรือศาลสั่งให้เปิดเผยนั้นย่อมเป็นผิดมรรยาททนายความ

ในระหว่างการพิจารณาคดี การไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนจะทำให้ทนายไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าข้อเท็จจริงใดที่ทนายต้องเสนอต่อศาลเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ซึ่งหน้าที่ของทนายที่ต้องรับผิดชอบต่อความเป็นธรรมตามกฎหมายควรรออยู่ในระดับที่สูงกว่าหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อลูกค้า นั่นคือ ขณะที่ทนายต้องรักษาผลประโยชน์ของจำเลยตามข้อบังคับของผู้ประกอบวิชาชีพทนาย ยังต้องมีข้อกำหนดให้ทนายได้ทราบแนวทางในการที่ต้องเสนอข้อเท็จจริงต่อศาล เมื่อการเสนอข้อเท็จจริงนั้นเป็นความจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้มีการกระทำ หรือช่วยเหลือให้เกิดการกระทำ ความผิดทางอาญาหรือการหลอกลวงโดยจำเลย รวมทั้งทนายต้องไม่แนะนำ หรือเป็นมูลเหตุจูงใจให้มีการปิดบัง หรือการทำลายพยานหลักฐานในคดี

ในข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความซึ่งกำหนดเพียงการห้ามมิให้ทนายชื่อนางอำพรวางพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งควรนำมายื่นต่อศาล^{๑๒} จึงยังไม่ชัดเจนเพียงพอ ควรกำหนดแนวทางให้ทนายต้องกระทำการในกรณีดังต่อไปนี้ด้วย คือ

(๑) การเปิดเผยพยานหลักฐานสำคัญทั้งหลายที่ต้องนำมาเสนอต่อศาล ซึ่งอยู่ในความครอบครองของจำเลยหรือทนาย

(๒) การเปิดเผยเจตนาโดยชัดแจ้งของจำเลยที่ต้องการกระทำความผิดและข้อเท็จจริงที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญาของจำเลย ซึ่งทนายเห็นว่าการเปิดเผยของตนจะเป็นการปกป้องมิให้จำเลยกระทำความผิดทางอาญาขึ้น

(๓) กรณีที่ทนายทราบว่าจำเลยได้เสนอพยานหลักฐานอื่นเป็นความเท็จต่อศาล ทนายต้องแนะนำให้จำเลยเปิดเผยพยานหลักฐานที่แสดงถึงข้อเท็จจริงนั้นต่อศาลทันที หากจำเลยเพิกเฉยหรือไม่สามารถเปิดเผยตามคำแนะนำของทนายได้ทนายมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อศาลด้วยตนเอง

^{๑๒} ข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วยมรรยาททนายความ

๓) การชั้กค้ำนพยานโจทก์

การชั้กค้ำนพยานเป็นหลักเกณฑ์สำค้ำญในระบบ Common Law ที่ใช้วิธีการค้นหาข้อเท็จจริงในคดีโดยค้ำความ วัตถุประสงค์ของการชั้กค้ำนพยานในคดีก็เพื่อให้ศาลเกิดความสงสัยในความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานของค้ำความฝ่ายตรงข้ามก่อนที่ตนเองจะนำพยานหลักฐานเข้านำเสนอหักล้างภายหลัง หลักเกณฑ์การชั้กค้ำนพยานโจทก์ในคดีอาญาของไทยมิได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีเฉพาะแนวค้ำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินไว้แยกเป็น ๓ ลักษณะ คือ แนวค้ำพิพากษาศฎีกาที่ถือเคร่งครัดว่า จำเลยต้องชั้กค้ำนพยานโจทก์ มิฉะนั้นแล้วศาลจะให้น้ำหนักพยานหลักฐานของจำเลยที่นำเสนอหักล้างภายหลังลดน้อยลง^{๑๓} และแนวค้ำพิพากษาศฎีกาที่ถือว่า จำเลยจะชั้กค้ำนพยานโจทก์หรือไม่ก็ได้การที่จำเลยไม่ชั้กค้ำนพยานโจทก์ไม่เป็นเหตุให้น้ำหนักพยาน

^{๑๓} ค้ำพิพากษาศฎีกาที่ 919/2482 หน้า 1368 ศาลวินิจฉัยชี้ว่า ในคดีอาญาจำเลยไม่ชั้กค้ำนพยานโจทก์ในข้อใดไว้ อาจทำให้ศาลไม่เชื่อพยานจำเลยที่นำเสนอหักล้างในข้อนั้นได้

ค้ำพิพากษาศฎีกาที่ 1559/2508 หน้า 2222 โจทก์บรรยายในฟ้องว่า จำเลยให้การรับสารภาพในชั้นสอบสวน ชั้นศาลจำเลยให้การปฏิเสธลย ๆ และเมื่อโจทก์นำพนักงานสอบสวนเข้าเบิกความเป็นพยานโจทก์ประกอบค้ำให้การรับสารภาพชั้นสอบสวนที่โจทก์อ้าง จำเลยก็ไม่ได้ถามค้ำให้เห็นว่าจำเลยไม่เคยให้การรับสารภาพ ค้ำให้การชั้นสอบสวนที่โจทก์อ้างมิใช่ลายมือชื่อของจำเลยการที่จำเลยนำเสนอหักล้างภายหลังว่าค้ำให้การชั้นสอบสวนนั้นมิใช่ลายมือชื่อของจำเลย จึงเป็นการนำเสนอหักล้างแต่ยวไม่มีน้ำหนัก

หลักฐานของจำเลยที่น่าสืบภายหลังจากต้องลดน้อยลงแต่อย่างไร^{๑๔} เพราะจำเลยมีสิทธินำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนได้ตลอดเวลา

จะเห็นว่า แนวคำพิพากษาของศาลยิ่งขาดความแน่นอนถึงความสำคัญของการซักค้านพยานโจทก์ หากพิจารณาถึงความเป็นมาของหลักเกณฑ์การค้นหาคือเท็จจริงในคดี ที่เห็นว่าการซักค้านพยานโจทก์เป็นความสำคัญที่จำเลยต้องปฏิบัติก่อนนำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบหักล้าง เนื่องจากเป็นการเปิดโอกาสให้พยานโจทก์ได้อธิบายถึงข้อโต้แย้งอันเป็นข้อสงสัยในความน่าเชื่อถือของพยานต่อศาลได้ ซึ่งศาลในกรณีนี้มักจะไม่เข้าไปแทรกแซงการสืบพยานหลักฐานของคู่ความในคดี เช่น ศาลของสหรัฐอเมริกา ส่วนหลักเกณฑ์การค้นหาคือเท็จจริงที่ไม่ถือว่าการซักค้านพยานเป็นสาระสำคัญในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งใช้อยู่ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปส่วนใหญ่สืบเนื่องจากคู่ความไม่มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐาน ศาลมีอำนาจสืบพยานในคดีได้เอง หากศาลเกิดความสงสัยอย่างใดขึ้นก็สามารถเรียกพยานมาเบิกความใหม่ได้เสมอ ดังนั้น การซักค้านเพื่อทำลายความน่าเชื่อถือของพยานโจทก์จึงไม่มีความจำเป็นในกรณีนี้

เมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายของไทย จะเห็นว่าคู่ความในคดีอาญามีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐาน และศาลก็มีอำนาจเรียกพยานหลักฐานในคดีอาญามาสืบใหม่ได้ด้วยตนเอง^{๑๕} การไม่ซักค้านพยานโจทก์ของทนายจำเลย จึงไม่ได้

^{๑๔} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2847/2519 หน้า 1469 ในคดีอาญาจำเลยนำพยานเข้าสืบความบริสุทธิ์ของจำเลยได้ โดยไม่จำเป็นต้องซักค้านพยานโจทก์ในข้อที่จะนำสืบนั้นไว้ก่อน, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 862/2503 หน้า 887, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2823-2824/2516 หน้า 1935.

^{๑๕} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 154/2480 หน้า 117, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 994/2491 หน้า 1127, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 499/2502 หน้า 639, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1443/2509 หน้า 1678, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1901/2521 หน้า 992, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 686/2523 หน้า 695.

มีความสำคัญถึงขนาดจะทำให้เสียความยุติธรรมในการพิจารณาคดี การที่จะให้ความสำคัญของการชักค้ำนพยานโจทก์อย่างเคร่งครัด หากทนายมิได้ชักค้ำนพยานโจทก์ในข้อใดไว้ก่อนแล้วจะทำให้พยานจำเลยที่น่าสืบภายหลังไม่มีน้ำหนักและไม่น่าเชื่อถือ จะทำให้จำเลยสูญเสียโอกาสในการต่อสู้คดีเพื่อแก้ข้อกล่าวหาของโจทก์และพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การสืบพยานหลักฐานของโจทก์ในคดีอาญาต้องสามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจนปราศจากข้อสงสัย ศาลจึงจะลงโทษจำเลยในความผิดนั้นได้ และจำเลยก็มีสิทธิในการต่อสู้คดีได้ตลอดเวลาในระหว่างการพิจารณาคดีในศาล หากคดียังมีพยานหลักฐานสำคัญของจำเลยที่ต้องเสนอต่อศาลเพื่อต่อสู้หักล้างพยานหลักฐานของโจทก์อยู่ เมื่อศาลมีความสงสัยอย่างไรเกี่ยวกับประเด็นในคดีที่จำเลยนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างพยานโจทก์ภายหลัง ว่าพยานหลักฐานของจำเลยที่น่าสืบนี้ มีข้อเท็จจริงที่น่าเชื่อถือเพียงใดก็สามารถสั่งให้โจทก์นำพยานมาสืบใหม่ในประเด็นเดียวกับที่จำเลยนำสืบหักล้างได้เสมอ^{๑๖} นอกจากนี้ ในกรณีที่จำเลยไม่ชักค้ำนพยานโจทก์จะทำให้ความน่าเชื่อถือของพยานจำเลยลดน้อยลงหรือไม่นั้น ศาลเองก็เคยวินิจฉัยว่า การที่ศาลจะเชื่อคำพยานหรือไม่ ย่อมแล้วแต่เหตุผลที่พยานเบิกความ และลักษณะของบุคคลที่เป็นพยานนั้น ๆ^{๑๗}

^{๑๖} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4545/2531 หน้า 3080 ในคดีอาญาศาลสั่งงดสืบพยานโจทก์ที่ไม่มาศาลไปแล้ว ต่อมาระหว่างสืบพยานจำเลยพยานมาศาล เนื่องจากเป็นประจักษ์พยานโจทก์เพียงปากเตียวที่รู้เห็นเกี่ยวกับประเด็นในคดี ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้สืบพยานดังกล่าวได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228.

^{๑๗} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 566/2482 หน้า 696, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1368/2503 หน้า 1561 พยานซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่า จำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์แล้ว ตามกฎหมายย่อมอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ ส่วนการที่จะเชื่อหรือไม่เพียงใดย่อมสุดแต่พยานหลักฐานนั้น ๆ

ดังนั้น การให้ความสำคัญของการช้กด้านพยานโจทก์อย่างเคร่งครัดจึงไม่ถูกต้อง ความน่าเชื่อถือเกี่ยวกับพยานหลักฐานของจำเลยที่นำสืบภายหลังมิได้เกี่ยวข้องกับกรณีที่จำเลยไม่ได้ช้กด้านพยานโจทก์ในข้อนี้ก่อนหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายมิได้เปิดโอกาสให้ทนายจำเลยได้ค้นหาข้อเท็จจริงก่อนเริ่มต้นสืบพยาน ทนายจำเลยจะไม่มีโอกาสทราบข้อเท็จจริงว่า พยานหลักฐานของโจทก์ในข้อใดที่มีความน่าสงสัย และสามารถทำการช้กด้านได้ทันขณะที่โจทก์สืบพยานหลักฐานนั้นอยู่ การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่กำหนดหลักเกณฑ์การช้กด้านไว้ จึงเป็นผลเสียหายถึงความไม่แน่นอนต่อการช้กด้านพยานหลักฐานของจำเลยที่จะนำสืบภายหลัง และเพื่อให้เกิดความชัดเจน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาคควรกำหนดถึงแนวทางการสืบพยานของจำเลยในคดีอาญา เพื่อหักล้างถ้อยคำของพยานโจทก์ที่นำสืบก่อนได้โดยไม่ต้องช้กด้านพยานเช่นว่านั้น