

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของศาลในการพิจารณาคดี

ในสถาบันตุลาการผู้พิพากษาถือเป็นบุคลากรที่มีความสำคัญเนื่องจากมีหน้าที่โดยตรงในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท อีกทั้งยังเป็นบุคคลที่ต้องใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นตำแหน่งหน้าที่ที่จะต้องอำนวยความสะดวกแก่สาธารณชน และด้วยเหตุดังกล่าวผู้พิพากษาจึงจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจหน้าที่โดยระมัดระวัง โดยให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดแห่งมวลชน ในบทนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงบทบาทของศาลในการบังคับใช้กฎหมายและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนถึงเรื่องความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของผู้พิพากษาในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในคดีและผลแห่งการนั้นเพื่อให้เข้าใจถึงประเด็นเรื่องบทบาทของศาลในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยหลักความยุติธรรมว่าศาลต้องใช้อำนาจให้เกิดความเป็นธรรมได้เช่นไรถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ก็ตาม

#### 4.1 บทบาทของศาลในการชี้ขาดข้อพิพาทโดยหลักความยุติธรรม

แนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรมเป็นแนวคิดสำคัญโดยทางนิติปรัชญามีทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญอยู่สองทฤษฎี คือ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (The Natural Law Theory) และทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง (The Positive Law Theory)<sup>1</sup> โดยฝ่ายสำนักธรรมชาติ (Natural Positivism) อธิบายว่าไม่มีกฎหมายหรือหลักความยุติธรรมอื่นนอกเหนือไปจากกฎหมายกฎหมายย่อมเป็นกฎหมายอยู่ตนเองแม้จะไม่มีกฎหมายซึ่งเมื่อเป็นกฎหมายแล้วทุกคนต้องปฏิบัติตามโดยมีต้องคำนึงว่ามีความยุติธรรมในกฎหมายนั้นหรือไม่<sup>2</sup> สำหรับในประเทศไทยนั้นเดิมเราใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมนูสาราจารย์เป็นหลักแห่งความยุติธรรม แนวความคิดของความยุติธรรมที่ปรากฏในพระธรรมศาสตร์นั้น มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายธรรมชาติ นอกจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์แล้วยังมีกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งเรียกว่าพระราชศาสตร์ พระราชศาสตร์นี้เป็นพระบรมราชวินิจฉัยในอรรถคดีของบูรพกษัตริย์ซึ่งกลายเป็นกฎหมายและบังคับใช้ต่อมาโดยพระราชศาสตร์จะขัดแย้งกับพระธรรมศาสตร์และความยุติธรรมมิได้ดังจะเห็นได้จากราชวินิจฉัยใน

<sup>1</sup> วิชา มหาคูณ. (2523, มีนาคม-เมษายน). “ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ:หลักความยุติธรรมแห่งกฎหมาย.” *คูลพาน*, 27, 2. หน้า 32.

<sup>2</sup> ไสภณ รัตนากร. (2511). “ความยุติธรรม.” *บทบัณฑิตย*, 25, 1. หน้า 375-384.

คำพิพากษาฎีกาที่ 455/121 ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นผู้พิพากษาเพื่อตัดสินปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยกล่าวคือ “คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า มีหญิงชราอายุ 80 ปีคนหนึ่งลูกตายแล้วและไม่มีญาติอื่นๆ ที่มีชีวิตอยู่อีกเลยนอกจากหลายชายคนเดียว หญิงชรามีทรัพย์สินสมบัติคือกระบือ 100 ตัว ราคาตัวละ 8 เหรียญรวมแล้ว 800 เหรียญ หญิงชราได้ยกกระบือทั้งหมด 100 ตัวให้หลานชาย โดยมุ่งหมายจะให้หลานชายเลี้ยงดูจนกว่าชีวิตจะหาไม่ ต่อมาหลายชายก็แต่งงาน หลายชายกับหลานสะใภ้มีลูกด้วยกัน 2 คน ต่อมาหลานชายตายโดยไม่ได้ทำพิธีกรรมไว้ระหว่างที่หลานชายอยู่กินมีเงินงอกเงยขึ้นมาอีก 200 เหรียญ ปัญหาว่ามีว่าจะแบ่งมรดกของหลานชายอย่างไร โดยถือตามกฎหมายในขณะนั้น เมื่อหลานชายไม่ได้ทำพิธีกรรมไว้ หญิงชรา ก็จะไม่ได้รับมรดกของหลานชายแม้แต่บาทเดียว เพราะตามกฎหมายลักษณะมรดก ทายาทโดยธรรมที่เป็นญาติสนิทจะตัดสิทธิของญาติที่ห่าง กรณีนี้หลานชายมีทั้งภรรยาและบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งเป็นญาติสนิทที่สุด ส่วนหญิงชราซึ่งเป็นญาติห่างออกไปก็จะไม่ได้อะไรเลย ตามกฎหมาย ในเวลานั้นหญิงชราจะต้องอดตายไม่มีอะไรเหลือตกทอดแก่ตนเลย”

ศาลฎีกาจึงขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยจากพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งกฎหมายขณะนั้นเปิดช่องให้ทำได้ พระองค์มีพระราชวินิจฉัยลงมาว่าเงิน 200 เหรียญ ที่หลายชายกับหลายสะใภ้ทำมาหาได้ให้แบ่งระหว่างหลานสะใภ้ครั้งหนึ่งคือ 100 เหรียญ ลูกสองคนได้คนละ 50 เหรียญ แต่เงิน 800 เหรียญจากกระบือ 100 ตัวนั้น ทรงแบ่งให้เป็น 2 ส่วนเท่าๆ กันคือให้หลานสะใภ้ครั้งหนึ่งให้หญิงชราครั้งหนึ่ง ซึ่งเห็นได้ว่าพระมหากษัตริย์ใช้อำนาจการผ่านผู้พิพากษาพระองค์ทรงใช้หลักความยุติธรรมยิ่งกว่าตัวบทกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันศาลก็ยังได้นำหลักความยุติธรรมมาใช้ตัดสินคดี จะเห็นได้จากบทบัญญัติเรื่องเช่าอสังหาริมทรัพย์ “เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไปหรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไซ้ร หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าจะฟ้องร้องบังคับคดีได้เพียงสามปี” หากเป็นสัญญาเช่าโดยทั่วไปอาจจะไม่มีปัญหาแต่อย่างไร แต่บางกรณีผู้เช่าได้ทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่เพิ่มขึ้นมากกว่าการเป็นผู้เช่า เช่น ช่วยค่าก่อสร้าง การกระทำความผิดว่าเป็นการกระทำที่นอกเหนือไปจากลักษณะที่นอกเหนือไปจากลักษณะของสัญญาเช่าธรรมดา การช่วยค่าก่อสร้าง จึงมีลักษณะของนิติสัมพันธ์ที่พิเศษกว่าสัญญาเช่าธรรมดา ศาลฎีกาถือว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษ ยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาจึงไม่ตกอยู่ในบังคับภายใต้มาตรา 538

ดังตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าการตัดสินอรรถคดีของผู้ที่เป็นผู้พิพากษานั้นนอกจากที่จะยึดโยงอยู่กับหลักกฎหมายแล้ว ในบางกรณีการตัดสินคดีนั้นก็จำเป็นที่จะต้องยึดหลักความยุติธรรมไว้เป็นมากกว่าตัวบทกฎหมายเพื่อให้ความยุติธรรมนั้นเป็นความยุติธรรมโดยแท้มากกว่าที่

จะเป็นเพียงความยุติธรรมตามกฎหมายที่ยังมีข้อจำกัดอยู่ แต่อย่างไรก็ดีการที่บุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้พิพากษานั้นจะนำหลักความยุติธรรมมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพได้นั้น ในบางครั้งเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งทัชชอนอำนาจหน้าที่กันก็ถือว่าเป็นเรื่องที่ต้องทำให้ความยุติธรรมเสียไปได้ เช่น ในเรื่องการที่ผู้พิพากษาถูกแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่นให้รับผิดชอบในตำแหน่งงานอีกตำแหน่งซึ่งมีหน้าที่นอกเหนือจากการตัดสินคดีซึ่งเป็นหน้าที่หลักของบุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเป็นต้น เนื่องจากในกรณีดังกล่าวการที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่หลายบทบาทในบางครั้งย่อมอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อตนเองและคู่ความหรือแม้กระทั่งต่อสถาบันตุลาการทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีอาจถูกข้อครหาว่า ได้มีการตัดสินคดีโดยไม่มีความเป็นอิสระหรือเป็นกลางได้ จึงเห็นได้ว่าหลักความยุติธรรมนั้นเป็นสิ่งจำเป็นที่ผู้ที่เป็นผู้พิพากษาต้องมี และเนื่องจากผู้พิพากษานั้นเป็นบุคคลซึ่งมีบทบาทในอรรถคดีโดยตรงซึ่งบทบาทดังกล่าวผู้เขียนจะได้กล่าวดังต่อไปนี้

#### 4.1.1 บทบาทของศาลเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย

การพิจารณาคดีประกอบด้วยขั้นตอนสำคัญสามประการคือ ขั้นตอนการเริ่มต้น ซึ่งได้แก่การฟ้องคดีต่อศาล ขั้นตอนกลางซึ่งอาจจะสั้นหรือยาวขึ้นอยู่กับพิจารณาและพยานหลักฐานและขั้นตอนสุดท้ายได้แก่คำพิพากษา โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งสามขั้นตอนดังกล่าวจะดำเนินไปโดยการดำเนินการต่างๆ ทางวิธีพิจารณา (actes de procedure) ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องบทบาทของศาลนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งทั้งในระบบ Common Law และในระบบ Civil Law ต่างก็มีหลักการทำนองเดียวกันคือเป็นไปตามภาคีกฎหมายเก่าแก่ที่ว่า “Da mihi factum, dabo tibi jus” ซึ่งแปลความได้ว่า “ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องคู่ความ ข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล”<sup>3</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือในเรื่องข้อเท็จจริงนั้นเป็นหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องนำเสนอต่อศาลแต่ในส่วนของข้อกฎหมายนั้นเป็นหน้าที่ของศาล<sup>4</sup> ซึ่งในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายนั้น โดยหลักแล้วเป็นบทบาทของศาล<sup>5</sup>

อย่างไรก็ตามอำนาจของศาลที่จะหยิบยกกฎหมายขึ้นปรับกับข้อเท็จจริงของคดีได้เองโดยไม่ต้องถูกผูกมัดให้บังคับเฉพาะกฎหมายที่คู่ความได้ยกขึ้นนั้นมีข้อจำกัดอยู่ว่าการบังคับใช้

<sup>3</sup> วรรณชัย บุญบำรุง. (2543). “หลักทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, 30, 1. หน้า 83-96.

<sup>4</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 183/2486 วินิจฉัยว่า “ในคดีแพ่งคู่ความไม่จำเป็นจะต้องยกบทกฎหมายขึ้นกล่าวอ้าง ส่วนบทกฎหมายจะใช้บังคับแก่ปัญหานั้นได้ ย่อมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะยกมาใช้เอง.”

<sup>5</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 974/2492 วินิจฉัยว่า “ในทางแพ่งกฎหมายไม่บังคับว่าการฟ้องกรณีที่เป็นไปได้ทั้งละเมิดและผิดสัญญา นั้น โจทก์จะต้องเลือกทางใดทางหนึ่ง โจทก์จะบรรยายข้อเท็จจริงและมีคำขอมาเลยก็ได้ ศาลมีหน้าที่ต้องเอาตัวบทกฎหมายมาปรับแก้คดีเอง.”

กฎหมายที่ศาลยกขึ้นเองนั้นจะต้องไม่มีผลเป็นว่าศาลสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ได้และการยกข้อกฎหมายขึ้นเองนั้นสามารถบังคับใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดีเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการบังคับใช้กฎหมายนอกเหนือจากที่คู่ความกล่าวอ้างนั้นจะเป็นกรณีที่จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงใหม่<sup>6</sup>

ดังที่กล่าวมาแล้วเนื่องจากศาลมีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายอันเป็นกรณีที่จะต้องนำหลักกฎหมายเข้ามาปรับใช้กับคดีพิพาทซึ่งนอกเหนือจากกรณีดังกล่าวสิ่งที่ควบคู่กับการบังคับใช้กฎหมายที่ขาดกันไม่ได้ นั่นก็คือ อำนาจการใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีไม่ว่าจะเกิดจากการที่จะต้องตีความถ้อยคำในกฎหมายหรือดุลพินิจในการกำหนดโทษหรือค่าเสียหายก็ตาม ในส่วนของการใช้ดุลพินิจดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่จะต้องกระทำโดยความเที่ยงธรรมปราศจากอคติและการครอบงำของบุคคลใดหรือฝ่ายใด ดังนั้นในกรณีที่ผู้พิพากษาทำหน้าที่หลายอย่างในคดีจำเป็นกรณีที่เกิดภาวะความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางได้เนื่องจากความไม่เป็นอิสระนั่นเอง หลักอิสระนั้นเป็นหลักที่ผู้พิพากษาจำเป็นต้องมีในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี หลักดังกล่าวผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้ว และจากที่ได้ศึกษาถึงหลักความเป็นอิสระในการบังคับใช้กฎหมายของศาลจะเห็นได้ว่าแบ่งความเป็นอิสระในการบังคับใช้กฎหมายดังนี้ได้ดังนี้

ความอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ

1) ในการทำหน้าที่ในอรรถคดีของผู้พิพากษานั้นผู้พิพากษาไม่อยู่ในอำนาจตีของบุคคลหรือองค์กรใด คำสั่งและคำแนะนำต่างๆเป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยสิ้นเชิงความอิสระโดยนี้อาจเรียกว่า “ความอิสระในเนื้อหา”

2) ในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นผู้พิพากษาจะต้องกระทำได้โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือการกลั่นแกล้งในภายหลัง กล่าวคือผู้พิพากษาต้องมี “ความเป็นอิสระส่วนตัว” และความอิสระในทางส่วนตัวนี้ย่อมเป็นข้อความสมบูรณ์ของความอิสระของผู้พิพากษา

กล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายของผู้พิพากษานั้น ต้องมีความเป็นอิสระในเนื้อหาหรือในการตัดสินอรรถคดีของกระบวนการทางกฎหมาย โดยไม่อยู่ภายใต้บังคับของบุคคลใดหรือองค์กรใดเพื่อให้ผู้พิพากษามีความอิสระในการใช้กฎหมายที่เหมาะสมและเพื่อให้เกิดความยุติธรรมสูงสุดโดยใช้ความรู้ความสามารถของตนอย่างเต็มที่ในการวินิจฉัยตามหลักการชี้ขาดข้อพิพาทโดยความเป็นธรรมโดยไม่ต้องกังวลกับผู้ที่ตนต้องอยู่ใต้บังคับบัญชา ผู้เขียนเห็นว่าแม้โดยทั่วไปแล้วในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาจะไม่มีการเปรียบบังคับให้ต้องอยู่ใต้ผู้บังคับบัญชา แต่ก็มีกลไกควบคุมภายในองค์กรไม่ว่าจะโดยพระราชกฤษฎีกา หรือขนบธรรมเนียมอาวุโส ซึ่งแม้กระทั่งการที่

<sup>6</sup> วรรณชัย บุญบำรุง. (2548). หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 80.

ผู้พิพากษาถูกแต่งตั้งให้รับหน้าที่ด้วยเหตุผลทางการเมือง เมื่อบ้านเมืองต้องการความสงบเรียบร้อย และความยุติธรรม การที่ผู้พิพากษาถูกแต่งตั้งบางกรณีไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงหรือปฏิเสธได้ทำให้มีการต้องเข้าทำหน้าที่ทับซ้อนกันโดยตำแหน่งเป็นการสวมหมวกสองใบของบุคคลๆ หนึ่งต้องเข้ารับหน้าที่สองตำแหน่ง หน้าที่หนึ่งอาจเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย อีกหน้าที่หนึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายเอง จนเกิดศัพท์ใหม่ในสถาบันอันสูงส่งขึ้นนั่นคือ “การเกิดวิกฤตตุลาการ” ในปี พ.ศ. 2551 เกิดความสั่นคลอนในความยุติธรรมในสถาบันตุลาการ

แม้ในรัฐธรรมนูญจะมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาดังที่ได้ศึกษามาแล้ว ในบทที่ 2 ว่าอำนาจตุลาการจะไม่ถูกก้าวก่ายหรือแทรกแซงโดยอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร แต่ในความเป็นจริงยัง ในเบื้องลึกอำนาจตุลาการก็ยังคงถูกก้าวก่ายโดยฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะเมื่อเกิดวิกฤตเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศขึ้นองค์กรตุลาการจะถูกชักนำไปให้เกี่ยวข้องกับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และบางครั้งผู้ที่ขอมสวมหมวกสองใบนั้นเป็นบุคคลที่ถือว่าเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้ความสามารถถึงขนาดเป็นที่เคารพนับถือ เป็นผู้รู้กฎหมายเป็นอย่างดี ดังนั้นปัญหาความเป็นอิสระในการวินิจฉัยบรรทัดหรือการเข้ารับตำแหน่งที่ถูกแต่งตั้งให้สวมหมวกสองใบนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังคงเป็นปัญหาเรื้อรังของประเทศชาติที่สั่นคลอนความมั่นคงที่ใหญ่หลวงมากกว่าปัญหาอื่นในอำนาจอธิปไตย

อีกทั้งจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันการกำหนดคดีให้ผู้พิพากษา ขึ้นอยู่กับความเห็นควรของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลหรือประธานศาล กล่าวคือว่าคดีใดผู้พิพากษาจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาย่อมเป็นไปตามที่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอธิบดีศาลหรือประธานศาลจะจ่ายสำนวนและในศาลยังมีการบังคับบัญชาตามแบบราชการแม้ในเรื่องของการพิจารณาคดี นอกจากนี้ในทางปฏิบัติทราบว่าคำพิพากษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลสูงทุกฉบับต้องผ่านการตรวจพิจารณาจนถึงอธิบดีศาลหรือประธานศาลซึ่งผลก็คือความอิสระของผู้พิพากษาเสียไป

ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร<sup>7</sup> ท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในปัจจุบันและตามร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงแต่กันอิทธิพลออกไปได้เท่านั้น แต่อิทธิพลภายในยังคงน่าคิดอยู่

ประเทศซึ่งตระหนักถึงความสำคัญของอิทธิพลภายในเช่นสาธารณรัฐเยอรมันจึงได้บัญญัติหลักประกันมิให้มีการถอนอำนาจพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาไว้ในรัฐธรรมนูญและเพื่อให้เป็นไปตามหลักประกันนั้นกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล (Gerichtsverfassungsgesetz หรือเรียกชื่อย่อว่า GVG) ได้บัญญัติเรื่องแผนแบ่งงาน (Geschäftsverteilungsgesetz) ของศาลไว้ซึ่ง

<sup>7</sup> คณิต ฒ นคร. (2540). รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ คณิต ฒ นคร อัยการสูงสุด.

แผนงานนี้จะต้องกำหนดไว้ล่วงหน้าและสามารถทราบได้แน่ชัดว่าผู้พิพากษาคนใดคณะใดเป็นผู้พิพากษาพิจารณาคดีใด ประเภทใดซึ่งแผนแบ่งงานนี้โดยปกติจะกระทำทุกปีโดยผู้พิพากษาในศาลนั้นร่วมกันกำหนด (ดู กฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล มาตรา 21A-21I)

การกำหนดให้มีแผนงานในศาลไว้เป็นการล่วงหน้านอกจากจะเป็นหลักประกันความอิสระของผู้พิพากษาแล้วยังเป็นผลดีต่อประชาชนผู้เกี่ยวข้องในคดีด้วย เพราะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปได้รวดเร็วขึ้น การตรวจพิจารณาคดีความจนถึงอธิบดีศาลหรือประธานดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่านอกจากทำให้ความอิสระของผู้พิพากษาเสียไปแล้วยังเป็นสาเหตุหนึ่งที่ลดความล่าช้า นอกจากนี้การกำหนดแผนแบ่งงานดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษามีความรับผิดชอบสูงและกล้ารับผิดชอบสมด้วยตำแหน่งหน้าที่

ถ้าจะให้ความอิสระของผู้พิพากษามีความสมบูรณ์แล้ว ควรบัญญัติหลักประกันการห้ามถอนอำนาจพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และควรบัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในมาตรา 161 และควรมีข้อความดังนี้

มาตรา 161 การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีหนึ่ง หรือคดีที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่ง โดยเฉพาะแทนศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาคดีนั้นจะกระทำมิได้

การถอนอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้พิพากษาผู้ใดผู้หนึ่งมีอยู่ตามกฎหมายนั้นจะกระทำมิได้”

#### 4.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

เมื่อผู้พิพากษามีหน้าที่สาธารณะ (Public Interest) ในทางพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆที่เข้ามาอยู่ในความรับผิดชอบของตน อันมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างและรักษาความยุติธรรมให้เกิดขึ้นทั้งกับคู่ความในคดีและกับสังคม ดังนั้นการทำหน้าที่สาธารณะของผู้พิพากษาดังกล่าวจึงต้องดำรงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสังคมและคู่ความที่มีต่อความเป็นธรรมและความเป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาด้วย

##### 4.2.1 ที่มาและความหมายของตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

รัฐสมัยใหม่แบบตะวันตกเกิดมาบนพื้นฐานการแยกประโยชน์ส่วนตัว (personal interest) และอำนาจส่วนบุคคล (personal power) ของผู้ปกครองออกจากอำนาจการเมือง (Political power) ซึ่งเป็นของ “รัฐ” (state) ซึ่งทำหน้าที่ปกป้องและสนองประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ของคนทุกคนในรัฐ กล่าวคือ รัฐสมัยใหม่นั้นมีการแยกคนซึ่งเป็นผู้ปกครองจากรัฐ รัฐซึ่งกลายเป็นสถาบันนั้น ประกอบไปด้วยตำแหน่งต่างๆ ซึ่งมีภาระหน้าที่ (function and duties) ที่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อให้ภาระหน้าที่ลุล่วงไปได้ ตำแหน่งดังกล่าวจะมีอำนาจอันหมายถึงถึง



ความสามารถที่จะบังคับทำให้ผู้อื่นต้องกระทำตาม รวมทั้งมีทรัพย์สินและเงินงบประมาณของรัฐไว้ใช้ในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ตามตำแหน่ง<sup>8</sup> และด้วยเหตุที่ตำแหน่งหน้าที่สาธารณะดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายก่อตั้งขึ้นจึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดาเข้าไปดำรงตำแหน่งหน้าที่เช่นนั้น แต่อย่างไรก็ดีตำแหน่งหน้าที่สาธารณะดังกล่าวมิใช่สถานะส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่ง ซึ่งอาจเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงตามความเป็นอยู่หรือชีวิตของผู้ดำรงตำแหน่ง หากแต่จะคงอยู่โดยมีบุคคลธรรมดาผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนเข้ามาดำรงตำแหน่งเพื่อทำหน้าที่ต่อไป และในการดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ (Public office) นี้ ทฤษฎีกฎหมายมหาชนกำหนดไว้ว่า ผู้ที่ดำรงตำแหน่งในทางราชการนั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม (Public interest) และวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นหลัก และ “ความสัมพันธ์ส่วนตัว” ก็ดี หรือ “ประโยชน์ส่วนตัว” ก็ดี ไม่สามารถนำมาเป็นเหตุผลอ้างอิงเพื่อการใช้หรือไม่ใช้อำนาจ (รัฐ) ได้”

คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ (Public interest)” เป็นคำที่มีความลึกที่เรียกกันว่ามิติ (dimension) คือ มีทั้งเกณฑ์ (element) ที่เป็นพื้นที่ (space/espace) และขณะเดียวกันก็มีเกณฑ์ (element) ของเวลา (time/temps) คือ (อดีต)–ปัจจุบัน–อนาคต ประโยชน์สาธารณะ (public interest) มิได้หมายถึงประโยชน์ของประชาชนที่เป็นของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือเป็นของกลุ่มผลประโยชน์กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง (โดยเฉพาะ) แต่เป็นประโยชน์ของประชาชนโดยรวมของประเทศไม่ว่าจะอยู่ที่ใดและในขณะเดียวกันก็มิใช่เป็นประโยชน์ของประชาชนเฉพาะที่มีชีวิตอยู่ในปัจจุบัน แต่เป็นประโยชน์ของประชาชนในอนาคต (ที่ยังไม่เกิด) ด้วย

4.2.1.1 ความเป็นมาของหลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

ดังได้กล่าวแล้วว่าตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเป็นสิ่งที่กฎหมายก่อตั้งขึ้นและจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดาเข้ามาสู่ตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเพื่อทำภารกิจในตำแหน่งหน้าที่ดังนั้นในกฎหมายมหาชนจึงมีประโยชน์ของกลุ่มที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันอยู่ 3 ฝ่าย

ฝ่ายแรก คือ ประโยชน์ของรัฐ ซึ่งได้แก่ ประโยชน์ของประชาชนโดยรวม (public interest)

ฝ่ายที่สองคือ ประโยชน์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจแทนรัฐ และ  
ฝ่ายที่สาม คือ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนในฐานะปัจเจกชนที่เข้ามามีความสัมพันธ์กับรัฐที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2535). การสร้างธรรมาภิบาล (Good Governance) ในสังคมไทย.

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงต้องมีกฎเกณฑ์ที่ป้องกันและจัดการทุจริตและบิเบียนการใช้อำนาจรัฐ (abuse of power) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบด้วย เพราะหากการกระทำของผู้พิพากษาซึ่งเป็นบุคคลสาธารณะย่อมก่อความเสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวม (public interest) ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชน และอันที่จริงวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชน ก็คือ วัตถุประสงค์ของ “รัฐ” ซึ่งตามทฤษฎีกฎหมาย (legal theory) ได้กำหนดให้ “รัฐ” เป็นนิติบุคคล และการกระทำดังกล่าวย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำแทนรัฐและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality)

กฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นมีทั้งส่วนที่เป็นสารบัญญัติ (substantive law) และวิธีบัญญัติ (procedural law) กล่าว โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นสารบัญญัติอาจอยู่ในรูปของความผิดทางอาญาหรือความผิดทางบริหารสำหรับการกระทำของผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการโดยไม่ถูกต้อง ซึ่งแต่ละกฎเกณฑ์จะมีลักษณะ วิธีการและจุดประสงค์เฉพาะตัวที่แตกต่างกันออกไป แต่ทุกกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะรับใช้จุดประสงค์ใหญ่ที่มุ่งป้องกันและจัดการทุจริตและบิเบียนการใช้อำนาจ มีกฎเกณฑ์อยู่ประการหนึ่งที่มีลักษณะในการสร้างสภาพแวดล้อมในการปฏิบัติหน้าที่ที่ดีอันจะส่งเสริมให้ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคงคุณธรรมได้ในระหว่างที่ดำรงตำแหน่ง โดยการป้องกันมิให้เกิดสถานการณ์ที่ผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ รวมถึงในการประกอบอาชีพภายหลังพ้นจากตำแหน่ง (post-employment) ซึ่งปัจจุบันรู้จักกันโดยรวมๆ ว่า “หลักว่าด้วยการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ (conflicts of interest)” ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นไว้ว่าหลักดังกล่าวเป็นการพัฒนาการของหลักการไม่มีส่วนได้เสีย (impartiality)<sup>10</sup> อันมีสาระสำคัญว่า เจ้าหน้าที่ที่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการที่ตนรับผิดชอบดำเนินการ โดยอาศัยอำนาจรัฐ ไม่อาจสั่งการหรือปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียหรือถูกสงสัยว่ามีส่วนได้เสียต่อไปอีกได้ เพื่อรักษาความบริสุทธิ์ของอำนาจมหาชนและเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะที่อาจจะกระทบกระเทือนจากส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ส่วนตัวนั้น โดยหลักดังกล่าวมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ผูกพันองค์กรเจ้าหน้าที่ในภาคมหาชนทุกระดับ<sup>11</sup> ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม โดยหลักการดังกล่าวเป็นผลมาจากการพยายามค้นหาหลักกฎหมายต่างๆ ที่แยกมาจากความยุติธรรม ในเบื้องต้นพยายามกำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องเป็นกลางไม่มีอคติหรือส่วนได้เสียในคดีที่นั่งพิจารณา ความยุติธรรมจะเกิดขึ้น ได้ก็ต่อเมื่อมีความอิสระและไม่อยู่ภายใต้อาณัติของผู้ใด<sup>12</sup> แต่อย่างไรก็ดี หลักว่าด้วยการ

<sup>10</sup> วุฒิพงษ์ พานิชย์สว. (2542). การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่งสาธารณะ. หน้า 20.

<sup>12</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2525). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 105.

ขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนี้ ยังได้ขยายเนื้อหาออกไปมากกว่าหลักการไม่มีส่วนได้เสียดังกล่าวด้วย โดยนอกจากผู้พิพากษาจะไม่อาจสั่งการหรือปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียแล้ว ยังห้ามการมีพฤติกรรมหรือกระทำการที่จะทำให้ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตนด้วย

#### 4.2.2 การเกิดขึ้นของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ

นักปรัชญา ชื่อเพลโตได้เขียนไว้ในหนังสือของตนที่ชื่อ Republic ว่า “ผู้ปกครองต้องไม่มีสิ่งที่มีลักษณะยึดถือครอบครอง” โดยพวกเขาจะได้รับค่าครองชีพรายปีจากพลเมืองของตน ดังนั้นพวกเขาจะต้องอุทิศตนทั้งหมดเพื่อการทำนุบำรุงชุมชนพลเมืองและเมือง ซึ่งคำสอนนี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่า ผู้ปกครองจะไม่มีสิ่งขัดขวางในการอุทิศตนอย่างเต็มที่เพื่อหน้าที่ของตน พวกเขาถูกทำให้เป็นอิสระจากเรื่องรบกวนใจและเครื่องล่อใจของผลประโยชน์ภายนอก และความซื่อสัตย์ของพวกเขาที่มีต่อประชาชนก็จะได้รับการประกันโดยการพึ่งพาทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ประโยชน์ของการที่ไม่ต้องเดือดร้อนเรื่องการเงินตามคำสอนดังกล่าวยังเป็นสิ่งที่ดึงดูดความสนใจจากใครๆ ให้รู้จักกับความพยายามที่จะประกันการบริการสาธารณะที่ซื่อสัตย์และมีประสิทธิภาพด้วยเกณฑ์ที่คัดการขัดแย้งของผลประโยชน์ โดยคำสอนนี้จะขัดขวางผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจทุกอย่าง ซึ่งอยู่นอกเหนือจากค่าครองชีพที่พอประมาณดังกล่าวข้างต้น<sup>13</sup>

นับแต่การเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ขึ้น เป็นที่ประจักษ์แจ้งว่าไม่มีข้อห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ มีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจส่วนตัวด้วย โดยนอกจากการได้รับสิทธิประโยชน์และค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะซึ่งเป็นบุคคลในสังคมคนหนึ่งก็ยังมีชีวิตในทางเศรษฐกิจด้วย กล่าวคือ ยังอาจมีผลประโยชน์ส่วนตัวอื่นและแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวให้เพิ่มพูนมากขึ้นได้ด้วย ซึ่งการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนั้นอาจกระทำได้ในหลายทางทั้งที่ไม่เกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะของตนเลยหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะของตนด้วย เช่นเดียวกันผลประโยชน์ส่วนตัวที่ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะมีอยู่หรือยึดถืออยู่ก็อาจไม่เกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งงานหน้าที่สาธารณะของตน หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะของตนด้วย ซึ่งผลประโยชน์ส่วนตัวและหนทางการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับงานในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนี้ อาจขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายที่ถูกต้องของการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะที่ตน

<sup>13</sup> Beth Notan. (1992). “Public interest, Private Income : Conflicts and Control Limits on The Outside Income of Government.” *Northwestern University Law Review* 87, 1. p. 58.

ดำรงตำแหน่งอยู่ กล่าวคือ การได้หรือการเสียประโยชน์อันหนึ่งยอมได้แก่การเสียหรือการได้ประโยชน์อีกอันหนึ่ง เช่นนี้ ก็จะเรียกได้ว่าเกิด “การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ (conflict of interest)” ซึ่งหากผลประโยชน์ส่วนตัวที่ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะยึดถืออยู่หรือกำลังแสวงหาจะมีอิทธิพลหรือปรากฏว่าจะมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดสถานการณ์ทางจริยธรรมที่ยากต่อการตัดสินใจ (an ethical dilemma)<sup>14</sup> กล่าวคือ ต้องตัดสินใจเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและประโยชน์สาธารณะ ซึ่งอาจนำไปสู่การทุจริตและการบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ (abuse of power) ของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ เมื่อบุคคลนั้นเลือกคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัวของตนมากกว่าประโยชน์สาธารณะ การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะในลักษณะนี้เป็นลักษณะที่ผลประโยชน์ส่วนตัวได้มาจากการเสียไปซึ่งประโยชน์สาธารณะ

แม้กระนั้น โดยเหตุที่ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะก็ยังคงเป็นปุถุชนคนธรรมดา ซึ่งโดยทางสังคมวิทยาต่างมีความโน้มเอียงโดยพฤติกรรมซึ่งเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่จะแสวงหา “ประโยชน์ส่วนตัว” ด้วยกันทั้งสิ้น<sup>15</sup> ดังนั้น จึงไม่สามารถรับประกันได้ว่าเมื่อเกิดสถานการณ์ที่มีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะทุกคนจะเลือกคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเสมอไป ด้วยเหตุนี้ แนวทางที่ดีที่สุดในการป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวก็คือการป้องกันมิให้มีการเกิดขึ้นของการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะ รวมถึงการจัดการกับการขัดกันดังกล่าวหากได้เกิดขึ้นแล้วด้วย

นอกจากนี้ สำหรับผู้พิพากษาที่เข้ามาดำรงตำแหน่งหน้าที่สาธารณะนั้น ในปัจจุบันปรากฏว่าข้อเรียกร้องให้หลีกเลี่ยงการมีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่ามีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเกิดขึ้น (apparent conflicts of interest) มีแนวโน้มว่าจะไม่เป็นธรรมและรุนแรงขึ้นถึงขั้นนั้นก็ดี ผู้พิพากษาหรือข้าราชการประจำที่มีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่ามีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเกิดขึ้น กำลังทำให้สาธารณชนพุ่งเป้ามาตรวจสอบความเคลื่อนไหวของตนอย่างใกล้ชิด ซึ่งเป็น

<sup>14</sup> Gerard Carney. (2002, April). *TI Working Paper—Conflict of interest: Legislators, Ministers and Public Officials.* p. 3, 30.

<sup>15</sup> อมร จันทรสุมบุรณ์. เล่มเดิม. หน้า 61.

ความบาดเจ็บทางตุลาการที่เกิดขึ้นเพราะการกระทำของตัวเอง ถ้าผู้พิพากษาหรือข้าราชการประจำไม่สามารถจัดการความสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่าการขัดกันดังกล่าวได้เกิดขึ้น ก็เสี่ยงกับผลลัพธ์ของการถูกสันนิษฐานว่ามีพฤติกรรมที่ไร้จรรยาบรรณ ความสงสัยโดยมีเหตุอันควรในหมู่ประชาชนว่าการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่สาธารณะเกิดขึ้นเป็นหนึ่งในสิ่งอันตรายของตุลาการ

เมื่อได้กล่าวแล้วว่าผู้พิพากษาเป็นบุคคลสำคัญของสาธารณะชนเมื่อตัดสินวินิจฉัยคดีย่อมเกิดผลกระทบทางสังคม ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงรายงานวิจัยที่จัดทำโดย Daniel Snyder & Scandalising The Court in India<sup>16</sup> บางส่วนซึ่งเป็นส่วนเกี่ยวข้องกับหน้าที่ในทางสาธารณะอยู่ส่วนหนึ่งแม้จะเป็นส่วนที่มีความสำคัญไม่มากแต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นบางส่วนของที่ดูเหมือนเล็กน้อยแต่ก็น่าคิดอยู่ กรณีเป็นรายงานวิจัยที่สร้างขึ้นเพื่อเสนอต่อกรมการฝ่ายบุคคล การรับเรื่องราวร้องทุกข์ กฎหมายและความยุติธรรมของรัฐบาลอินเดีย เพื่อประกอบการร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานหมิ่นศาล ค.ศ. 2004 ซึ่งทำให้เห็นว่าในต่างประเทศมีความผิดฐานหมิ่นศาลบัญญัติไว้เคร่งครัดกว่าในประเทศไทยเพื่อคุ้มครองตัวผู้พิพากษาและสถาบันตุลาการบัญญัติให้เป็นความผิดไว้ชัดเจนในเรื่องของการวิพากษ์วิจารณ์ที่มีองค์ประกอบทำให้เสื่อมความเชื่อมั่นในศาล เช่น การข่มศาล การนำคำพิพากษาของศาลไปกล่าวถึงเป็นความเท็จ การนำการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาแต่ละคนมาวิพากษ์วิจารณ์เชิงเปรียบเทียบ สำหรับเรื่องนี้ ศาลแห่งเมือง นิวเดลี ประเทศอินเดียได้ตัดสินในคดี Wah India Case<sup>17</sup> ว่าการตีพิมพ์บทความวิพากษ์วิจารณ์ประเมินผลการทำงานและเปรียบเทียบการทำงานของผู้พิพากษาเป็นความผิดฐานหมิ่นศาล โดยในคดีนี้ ได้มีการตีพิมพ์ผลการสำรวจความคิดเห็นของทนายความอาวุโสประจำศาลสูงจำนวน 50 คน จากผลการสำรวจพบว่าผู้พิพากษาหลายคนได้รับการประเมินความพึงพอใจในการปฏิบัติหน้าที่ในลำดับค่อนข้างต่ำ ศาลยกความไม่ถูกต้องของบทความ เช่น ข้อความที่ว่าผู้ตอบคำถาม 50 คน นับเป็นจำนวน 10% ของเนติบัญญัติยสภาแห่งกรุงเดลีทั้งหมดนั้น เป็นการเขียนข้อความที่เกินความเป็นจริง มาเป็นเหตุลงโทษ การวิพากษ์วิจารณ์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าคาบเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นตามความชอบธรรม จะเห็นได้ว่าในประเทศไทยมีความผิดที่เกี่ยวข้องเพียงมาตราเดียว คือ การดูหมิ่นเจ้าพนักงานเท่านั้น แต่ถึงจำกัดเฉพาะการดูหมิ่นซึ่งหน้าเท่านั้น แต่ในกระบวนการยุติธรรมของไทยมีการฟ้องร้องศาลน้อยมากถึงแทบจะไม่มีเลย ทั้งที่ในประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่เคร่งครัดและให้อิสระแก่สาธารณะชนในการแสดงความคิดเห็นได้เต็มที่ แต่ในประเทศที่มีบทบัญญัติอย่างเคร่งครัดในการ

<sup>16</sup> ทิพย์ชนก รัตโนสถ. (2549). “คัดค้านผู้พิพากษา.” *บทบัญญัติ*, 62, 2. หน้า 18.

<sup>17</sup> Shri Surya Prakash Khatri v Smt. (2001, May 28). “Madhu Trehan and others CrI.” Contempt Petition No. 8 of 2001, High Court of Delhi.

แสดงออกความคิดเห็นเช่นนั้นกลับมีคดีหมิ่นศาลเช่นนี้อยู่พอสมควร ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในประเทศไทย ประชาชนในสังคมมีโอกาสในการช่วยกันผดุงความยุติธรรมมากกว่าในหลายๆ ประเทศ เมื่อมีผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่หรือรับตำแหน่งมีผลประโยชน์ทับซ้อนกันอยู่กลับไม่มีการนำความไม่ถูกต้องนั้นยกขึ้นเป็นถกเถียงเป็นข้อปัญหา แม้ว่าคนในสังคมไทยส่วนใหญ่จะเข้าใจในเรื่องสิทธิเสรีภาพพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของประเทศสังคมประชาธิปไตยในเรื่องหลักประกันเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และโดยทั่วไปแล้วฝ่ายตุลาการก็เป็นเพียงองค์กรหนึ่งในสามของระบบการแบ่งแยกอำนาจรัฐเพื่อการตรวจสอบและคานอำนาจกันของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งแต่ละฝ่าย ทั้งนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต่างย่อมต้องสนับสนุนการกระทำของฝ่ายอื่นที่ได้ปฏิบัติโดยชอบตามอำนาจที่กำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญ กฎหมายลำดับรองลงมา และนโยบายโดยชอบแห่งรัฐ ในขณะเดียวกัน ก็ควรตรวจสอบกันเองหากพบว่ามีกรกระทำโดยไม่ชอบมาพากลเกิดขึ้นทั้งนี้ รวมทั้งประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วย ซึ่งควรมีอำนาจอันชอบธรรมที่จะตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายต่างๆ ที่ตนได้มอบอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ดังนั้นเมื่อมีบุคคลหนึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ทับซ้อนทับซ้อนกันในเรื่องของอำนาจอธิปไตย จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีขอบเขตต่อระบบคุณภาพของระบอบประชาธิปไตยอย่างรุนแรง ผู้เขียนเห็นว่ากรณีของผู้พิพากษามีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกันหรือกรณีที่มีการสวมหมวกหลายใบนั้น ยังเป็นเรื่องใหม่ในสังคมไทยจึงสมควรที่จะต้องมีการศึกษาและทำความเข้าใจให้ถ่องแท้ถึงปัญหาดังกล่าวเพื่อนำไปสู่หนทางป้องกันและแก้ไขปัญหาให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

#### 4.3 วิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่และกระบวนการพิจารณาที่นำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลาง

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามลักษณะ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ในการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามออกเป็นส่วนๆ เนื่องจากมีจุดมุ่งหมายที่จะป้องกันการผูกขาดทางอำนาจจากบุคคลใดหรือองค์กรใด องค์กรหนึ่ง ทั้งนี้โดยการคานอำนาจระหว่างองค์กรทั้งสามมิให้องค์กรใดมีอำนาจสูงสุดเพียงแต่ องค์กรเดียว อันเป็นการคุ้มครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ดีอีกด้วย ในการคานอำนาจดังกล่าวผู้เขียนขอกล่าวถึงอำนาจของสถาบันตุลาการ โดยเฉพาะ กล่าวคือ สถาบันตุลาการนั้นมีหน้าที่โดยตรงที่จะมุ่งชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคม ในกรณีที่มิมีกฎหมายรองรับให้สามารถใช้อำนาจทางศาลได้ เพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อยยุติความขัดแย้งและอยู่ร่วมกันโดยสงบสุขได้ต่อไป อำนาจดังกล่าวจึงถือว่าเป็นอำนาจที่มีความสำคัญอย่างมาก ซึ่งอำนาจดังที่กล่าวมานั้น ได้มีการใช้ผ่านผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่พิจารณาบรรดคดีทั้งปวง เมื่อปรากฏว่าตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้พิพากษาถือเป็นเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรซึ่งอยู่ในสถาบันฝ่ายที่ใช้อำนาจตุลาการดังนั้น นโยบายใน

การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของรัฐจึงย่อมที่จะนำมาใช้กับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาดังกล่าวด้วยอย่างไม่ต้องมีที่สงสัย กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจหรือการแทรกแซงขององค์อื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการตรากฎหมาย หรือองค์กรบริหารซึ่งใช้อำนาจในการบริหารประเทศ เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากองค์กรดังกล่าวมานั้นมีนโยบายในการใช้อำนาจทางสาธารณะที่แตกต่างกันนั่นเอง หากอำนาจตุลาการถูกแทรกแซงโดยฝ่ายดังกล่าว ย่อมเป็นที่คาดเห็นได้ว่า ความยุติธรรมนั้นย่อมไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้เนื่องผู้พิพากษาผู้ตัดสินอรรถคดี ย่อมตัดสินคดีนั้นไปโดยขาดความเป็นอิสระและเป็นกลางเนื่องจากการถูกรวบงำโดยองค์กรเหล่านั้น ความเป็นอิสระของศาลดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมานั้นมีบัญญัติรับรองเอาไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยปีพุทธศักราช 2550 มาตรา 197 ซึ่งมีบทบัญญัติไว้ดังนี้

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

เมื่อพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเพื่อให้กลไกแห่งการความยุติธรรมสามารถที่จะขับเคลื่อนไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นในกรณีตามปัญหาของผู้เขียน ในกรณีที่ผู้พิพากษาเกิดการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ หรือกรณีสวามหวมกหลายใบนั้น กรณีดังกล่าว พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายไว้ว่า

“การสวามหวมกหลายใบ หมายถึง (สำ) ก. ดำรงตำแหน่งหลายตำแหน่งในเวลาเดียวกัน”

ดังนั้น กรณีที่ผู้พิพากษาสวามหวมกหลายใบนั้นก็คือการที่ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งหลายตำแหน่งในเวลาเดียวกันนั่นเอง การดำรงตำแหน่งหลายตำแหน่งอันจะทำให้เกิดความไม่เป็นอิสระขึ้นได้นั้น ตามความเห็นของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องเป็นการดำรงตำแหน่งข้ามสถาบัน กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีที่เกิดการดำรงตำแหน่งทับซ้อนกันระหว่างผู้พิพากษาผู้ทรงซึ่งอำนาจแห่งตุลาการ กับอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติหรืออำนาจทางฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าเป็นการดำรงตำแหน่งในสถาบันตุลาการด้วยกันหลายตำแหน่งยังไม่อาจถือว่าเป็นการที่เป็นการสวามหวมกหลายใบอันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระและไม่เป็นกลางเกิดขึ้นได้

ปัญหาที่เกี่ยวกับการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้พิพากษาเกิดการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของตนนั้นย่อมก่อให้เกิดความสับสนในการดำรงตำแหน่งของตน และเกิดปัญหาความเป็นกลาง และอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระขึ้นได้เนื่องอำนาจที่มีมาแต่เดิมอันได้แก่อำนาจตุลาการซึ่งจำต้องแยกออกตากหากจากอำนาจฝ่ายอื่น จะถูก

แทรกแซงได้โดยง่ายโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากการที่ผู้พิพากษามีบทบาทหน้าที่หรือดำรงตำแหน่งอยู่ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารนั่นเอง

ในส่วนของกระบวนการพิจารณาที่ทำไปโดยผู้พิพากษาที่มีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากระบวนการพิจารณาซึ่งอาจเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางได้นั้น ย่อมจำกัดแต่เฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษาคงกล่าวมีหน้าที่ตัดสินคดีซึ่งมีความคาบเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารที่ตนสังกัดอยู่เท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากหากเป็นการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆ ไปแล้ว ย่อมไม่มีมูลเหตุจูงใจที่ผู้พิพากษาคงกล่าวจะทำการหักเห บิดเบือน หรือตีความการบังคับใช้กฎหมายเพื่อองใจให้เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าปรากฏว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีที่คาบเกี่ยวกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งตนสังกัดอยู่นั้น กรณีเช่นนี้หากผู้พิพากษาซึ่งดำรงตำแหน่งในองค์กรนั้นๆ อีกตำแหน่งหนึ่งมาเป็นผู้ตัดสินคดี การพิจารณาพิพากษาคดีย่อมที่จะอนุมานได้ว่า เป็นการพิจารณาคดีที่มีแนวโน้มที่จะเอื้อประโยชน์ให้แก่องค์กรฝ่ายที่ตนสังกัดอยู่ได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าผู้พิพากษาที่มีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกันดังกล่าวย่อมจะถือว่าเป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติในการตัดสินคดีดังกล่าวเนื่องจากย่อมคาดเห็นได้ว่าผู้พิพากษาดังกล่าวย่อมต้องด้วยข้อครหาว่าเป็นบุคคลที่ขาดความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้นั่นเอง

#### 4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากบทบาทที่ขัดกันของผู้พิพากษา (Incompatibility)

##### 4.3.1.1 หลักการขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ (Incompatibility)<sup>18</sup>

ความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ คือ การที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการหาผลประโยชน์อันเนื่องมาจากตำแหน่งหน้าที่นั้น หรือเข้าไปปฏิบัติหน้าที่โดยที่เป็นการขัดแย้งกันในตำแหน่งหน้าที่ของบุคคลในขณะเดียวกันซึ่งหน้าที่นั้นเป็นหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจอธิปไตยที่ต่างกัน ย่อมเป็นการต้องห้าม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติ และในขณะเดียวกันก็เป็นข้าราชการประจำซึ่งใช้อำนาจบริหารหรือเป็นผู้พิพากษาซึ่งใช้อำนาจตุลาการย่อมกระทำมิได้<sup>19</sup>

ดังนั้น หลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ จึงมีนัยที่สำคัญอยู่ 2 ลักษณะ คือ

1) เกี่ยวกับการหาประโยชน์ในหน้าที่ (Conflict of Interest) ได้แก่ การแสวงหาประโยชน์จากการดำรงตำแหน่งหน้าที่

2) เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ที่ขัดกัน (Conflict of Role) ได้แก่ การดำรงตำแหน่งในหน้าที่ที่ขัดแย้งกันในตำแหน่งที่ใช้อำนาจอธิปไตยที่ต่างกัน หรือการสวมหมวกหลายใบ

<sup>18</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2552). รวมบทความทางวิชาการ (Melanges) ครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร. หน้า 186-189.

<sup>19</sup> คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 78.

แนวความคิดอันเป็นที่มาของหลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่นี้ มีที่มาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ระหว่างอำนาจอธิปไตย 3 ฝ่าย อันได้แก่ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และ อำนาจนิติบัญญัติ เพื่อก่อให้เกิดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือป้องกันกรณีผู้ใช้อำนาจรัฐในกรณีที่มีการ “สวมหมวกหลายใบ” ที่แต่ละหน้าที่มีความขัดกัน และ โดยเฉพาะในการดำเนินคดีอาญา ก็เพื่อให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกิดความโปร่งใส นำไปสู่การตรวจสอบใช้อำนาจรัฐอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว “ความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่” หรือ Incompetible Principle ในทางกฎหมายจึงหมายถึง การที่บุคคลคนหนึ่งไม่สามารถแสดงบทบาทหน้าที่บางอย่างในขณะเดียวกันหรือพร้อมๆ กัน โดยเฉพาะการเป็นผู้ควบคุมหลักเกณฑ์ในขณะเดียวกันก็จะเป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ด้วย

นอกจากนั้น แนวคิดอันเป็นที่มาของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่นี้ ยังมีที่มาจากหลักการที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือผู้มีอำนาจตัดสินใจเพื่อมิให้มีการหาประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่หรือการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ หรือที่เรียกว่า Conflict of Interest อีกด้วย

ดังนั้น ที่มาของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่ที่สำคัญจึงได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการทางเทคนิคทางรัฐธรรมนูญ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงการผูกขาดอำนาจและเพื่อเป็นการรับประกันเสรีภาพของประชาชน การแบ่งแยกอำนาจนั้นมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ ทางปรัชญา และทางตรรกศาสตร์ ซึ่งเป็นหลักในการจัดสรรอำนาจในรัฐเสรีนิยม<sup>20</sup> ดังนั้น การปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยจึงมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ลักษณะ คือ อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคานอำนาจระหว่างองค์กรทั้งสามมิให้มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งภายในรัฐนั้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดแต่เพียงองค์กรเดียว อันอาจนำไปสู่การตัดสินใจกระทำการใดที่อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้อีก ทั้งเป็นการคุ้มครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐนั้นด้วย

หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบ และถ่วงดุล ก็อาจเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ ซึ่งย่อมเป็นการส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยปริยาย

<sup>20</sup> เกรียงไก เจริญธนะวัฒน์. (2550). หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย. หน้า 211.

การแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึงองค์กรที่ใช้อำนาจด้วย โดยมีจุดมุ่งหมายมิให้ องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจมากจนเกิดการผูกขาด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ได้มีองค์กรใช้อำนาจ ออกเป็น 3 องค์กร กล่าวคือ องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย องค์กร บริหารซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ และองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้ อำนาจในการอำนวยความยุติธรรมเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น

โดยหลักการและทฤษฎีนั้น การแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นต้องไปที่จะต้องให้ องค์กรใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออำนาจได้ แต่มีข้ออยู่ เหนือกว่าในลักษณะเด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือ จะต้องมีการเป็นหลักประกันในการดำเนินการ ตามอำนาจในแต่ละองค์กร คือมีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างกัน และถือว่าเป็นหัวใจ สำคัญอีกประการหนึ่งของการแบ่งแยกอำนาจ ก็คือ การคานและถ่วงดุลนั่นเอง<sup>21</sup>

#### หลักเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน

หลักเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน หรือ Conflict of Interest นี้มีผู้ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง “ผลประโยชน์ทับซ้อนหรือผลประโยชน์ขัดกัน” ก็คือ สถานการณ์ที่บุคคล เช่น ทนายความ นักการเมือง หรือผู้บริหาร หรือผู้อำนวยการของบริษัทมีผลประโยชน์ทางวิชาชีพหรือ ส่วนตัวแข่งกับตำแหน่งที่ได้รับความไว้วางใจ การมีผลประโยชน์แข่งขันเช่นว่า ทำให้การทำหน้าที่ โดยไม่ลำเอียงทำได้ยาก แม้ว่าจะไม่มีหลักฐานการกระทำที่ไม่เหมาะสม การมีผลประโยชน์ทับซ้อน ทำให้เกิดภาพของความไม่เหมาะสมที่อาจบ่อนทำลายความไว้วางใจในความสามารถของบุคคลที่ จะกระทำอย่างเหมาะสม... ยิ่งกว่านี้ ผลประโยชน์ทับซ้อนอาจหมายถึงสถานการณ์ที่ปัจเจกบุคคล หรือบริษัทอยู่ในฐานะที่จะแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่ง วิชาชีพ หรือตำแหน่งราชการเพื่อ ประโยชน์ส่วนตัว

#### ผลของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่<sup>22</sup>

จากแนวความคิดเรื่องความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ (Incompatible Principle) ซึ่งมีที่มาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการเรื่องผลประโยชน์ขัดกันดังกล่าวข้างต้นนั้น ส่งผลให้เกิดผลที่สำคัญดังนี้

การห้ามมิให้ใช้อำนาจอธิปไตยประเภทหนึ่งไปใช้อำนาจอธิปไตยอื่น

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ลักษณะ คือ อำนาจ นิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคานอำนาจระหว่าง

<sup>21</sup> แห่ลงเคิม. หน้า 219.

<sup>22</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเคิม. หน้า 192.



องค์กรทั้งสามมิให้มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งภายในรัฐนั้น เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเพียงองค์กรเดียว อันอาจนำไปสู่การตัดสินใจกระทำการใดที่อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ อีกทั้งเป็นการคุ้มครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐนั้นด้วย ดังนั้นหากมีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ ก็จริงแต่ผู้ใช้อำนาจกลับเป็นองค์กรหรือบุคคลเดียวกันแล้ว ก็จะไปปราศจากกลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจได้

ดังนั้น โดยผลของหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่นี้จึงห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยประเภทหนึ่งไปใช้อำนาจอธิปไตยอื่น เช่น การห้ามมิให้ผู้เป็นรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารทำหน้าที่ หรือแสดงบทบาทในฐานะที่เป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เป็นต้น

การห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ที่มีเหตุที่จะกระทบต่อการตัดสินใจ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การที่บุคคลซึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่โดยที่ตนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับส่วนตัวหรือส่วนบุคคลในเรื่องนั้นๆแล้วก็เป็นกรยากยิ่งที่ผู้นั้นจะปฏิบัติหน้าที่ของตนได้อย่างเที่ยงตรงยุติธรรม ซึ่งผลประโยชน์ส่วนตัวหรือผลประโยชน์ส่วนบุคคลนั้นอาจแยกเป็น 2 กรณีคือ

ก. ผลประโยชน์เนื่องจากความสัมพันธ์ส่วนตัว ได้แก่ กรณีที่ผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องตัดสินใจในเรื่องที่มีคู่กรณีเกี่ยวข้องมีความสัมพันธ์ในทางส่วนตัว เช่น ความสัมพันธ์ทางเครือญาติ เป็นต้น ซึ่งโดยผลของหลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่นี้เอง จึงห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นปฏิบัติหน้าที่ในกรณีดังกล่าว

ข. ผลประโยชน์เนื่องจากประโยชน์ส่วนตัว ได้แก่ กรณีที่ผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องตัดสินใจในเรื่องที่ตนมีประโยชน์ส่วนตัวเกี่ยวข้องไม่ว่าเพราะคนได้รับอามิสสินจ้างเป็นเงินทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่นใด ซึ่งกรณีนี้ออกจากเป็นกรณีการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ซื่อสัตย์สุจริตแล้วกฎหมายยังกำหนดให้เป็นความผิดอาญารับสินบนอีกด้วย

#### กระบวนการยุติธรรมกับหลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่<sup>23</sup>

โดยผลของหลักความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นก็ต้องนำมาปรับใช้กับกระบวนการยุติธรรมด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติว่า เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้โดยเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น ถ้าผู้พิพากษานั้นมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ในคดีนั้น<sup>24</sup> หรือเป็นญาติ

<sup>23</sup> แหล่งเดิม. หน้า 202.

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 11(1).

เกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางการแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น<sup>25</sup> หรือเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ารู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น<sup>26</sup> ฯลฯ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ก็นำมาใช้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

หลักดังกล่าวกฎหมายได้บัญญัติไว้สำหรับการดำเนินคดีในชั้นศาลอย่างชัดเจน ส่วนการดำเนินคดีในชั้นเจ้าพนักงาน (คือชั้นพนักงานสอบสวนและชั้นพนักงานอัยการ) ไม่มีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด แต่หลักดังกล่าวกลับมีบัญญัติไว้สำหรับการดำเนินคดีในชั้นเจ้าพนักงานในกรณีของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้มีการคัดค้านอนุกรรมการได้สวนได้<sup>27</sup>

หลักความขัดแย้งในบทบาทหน้าที่กับกระบวนการยุติธรรมจึงเป็นเรื่องที่แยกกันไม่ออกไม่ว่าจะมีบทบัญญัติชัดเจนหรือไม่ก็ตามเพราะหลักดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันความเที่ยงธรรมในการดำเนินคดี

ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร<sup>28</sup> ได้กล่าวถึงเรื่องการสวมหมวกหลายใบไว้ว่า “คำว่า Conflict of Interest หรือ ประโยชน์ทับซ้อน นักกฎหมายของไทยเราดูเหมือนจะมุ่งนำเสนอความหมายของคำนี้ไปในทาง “ประโยชน์ทรัพย์สิน” ฉะนั้น เมื่อเกิดปัญหา การสวมหมวกหลายใบเกิดขึ้น กล่าวคือ ปัญหาการดำรงตำแหน่งบุคคลหลายตำแหน่ง ในขณะเดียวกันในกรณีใดเราจะพิจารณากันแต่เพียงว่าในกรณีนั้นทำให้บุคคลนั้นมีโอกาสแสวงหาประโยชน์ในทางทรัพย์สินได้หรือไม่ ดังเช่น กรณีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ที่กล่าวว่ามหาวิทยาลัยเอกชนไม่ใช่ธุรกิจจึงไม่มีประโยชน์ทับซ้อน เป็นต้น กฎหมายเยอรมันมีหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ Conflict of Interest อยู่หลักหนึ่ง คือ Incompatibilitatsprinzip ที่อาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า Incompatible Principle” ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้ให้คำแปลภาษาไทยว่า “หลักการขัดกันของหน้าที่” และท่านยังให้ความเห็นว่า หลักการขัดกันของหน้าที่นั้น ไม่ได้เป็นปัญหาเฉพาะที่เกี่ยวกับองค์กร

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 11(2).

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 11(3).

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542, มาตรา 46.

<sup>28</sup> คณิต ฒ นคร. (2550, มกราคม-มิถุนายน). “สวมหมวกหลายใบ.” วารสารกฎหมายมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 1. หน้า 3-6.

หรือสถาบันเท่านั้น แต่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลด้วย การสวมหมวกหลายใบ จึงมีความลึกซึ้งและยากที่จะเข้าใจ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นนักกฎหมายก็คุ้นเพียงว่าได้มีกฎหมายห้ามในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่ โดยไม่พิจารณาถึงความควรหรือไม่ควรประกอบแต่อย่างใด ซึ่งความควรหรือไม่ควรอันเกี่ยวข้องกับหลักการขัดกันของหน้าที่นี้เป็นยิ่งกว่า จริยธรรมเสียอีก เพราะเป็นเนื้อหาของหลักกฎหมายโดยแท้ ข้อความในบทความที่ให้แง่คิดและกินใจของท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่จะเป็นประโยชน์และกับผู้ที่ศึกษากฎหมายในรุ่นหลังต่อไปนั้น คือ “ถ้าท่านผู้อ่านจะใช้ความพยายามนี้ค้นหาตัวอย่างผู้ละเมิด หลักหน้าที่ขัดกันสักนิด บางทีอาจจะตกใจว่านักกฎหมายผู้ละเมิดนั้นมักเป็นนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิชั้นเยี่ยมที่แตกฉานในวิชากฎหมายเสียด้วย”

ตัวอย่างการสวมหมวกหลายใบกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรม เมื่อปี 2481 ได้มีคดีเรื่องหนึ่งขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า นายวรเป็นปลัดอำเภอจ้อโกงม้า ในขณะที่เกิดเหตุปลัดอำเภอมีอำนาจสอบสวน คดีอาญาความผิดฐานฉ้อโกงต้องมีการร้องทุกข์ก่อนจึงจะเกิดอำนาจสอบสวน และนายวรปลัดอำเภอซึ่งเป็นผู้เสียหายได้ร้องต่อตนเอง ปัญหาจึงมีว่าการร้องทุกข์และการสอบสวนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า “ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (6) (7) (11) พนักงานสอบสวนเป็นผู้เสียหายเองหากมีอำนาจจะทำการสอบสวนในกรณีที่ตนมีส่วนได้เสียไม่จริงอยู่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แจ้ง แต่ยอมเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายความแพ่ง มาตรา 11, 14 ว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาได้ งานในหน้าที่กับส่วนตัวโดยพฤติณัยแยกไม่ออก ถ้าพนักงานสอบสวนฯคดีของตนเองแล้ว ยากนักจะให้ความยุติธรรม เมื่อนายวรไม่มีอำนาจรับคำร้องทุกข์และทำการสอบสวนแล้ว การร้องทุกข์และการสอบสวนก็ไม่เกิดมี พนักงานอัยการจะฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 และกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 313 ไม่ได้ ”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าศาลชั้นต้นได้ให้เหตุผลบนพื้นฐานของหลักการขัดกันในหน้าที่ โดยจะรู้หรือเข้าใจหลักดังกล่าวนี้หรือไม่ก็ตาม และศาลอุทธรณ์ก็วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน

แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ากลับหลัก เห็นว่า “นายวรได้ร้องทุกข์ต่อปลัดอำเภอ การที่ปลัดอำเภอเผชิญเป็นบุคคลที่เป็นเจ้าทุกข์เองนั้นก็ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้กระทำการรับคำร้องทุกข์นั้นแต่อย่างใดปัญหาต่อไปมีว่า นายวรมีอำนาจจะกระทำการสอบสวนคดีเรื่องนี้ด้วยตนเองได้หรือไม่ เรื่องนี้ที่ทำนองเดียวกับที่กล่าวข้างต้น กล่าวคือ ไม่มีบทกฎหมายใดที่ห้ามมิให้เจ้าพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนในคดีที่ตนมีส่วนได้เสีย ฉะนั้น ในคดีนี้จึงถือได้ว่าได้มีการร้องทุกข์และมีการสอบสวนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว เพราะไม่มีกฎหมายห้ามว่าการร้องทุกข์และการสอบสวน เช่นในคดีนี้ใช้ไม่ได้ ความประสงค์ของกฎหมายในเรื่องร้องทุกข์ก็เพื่อไม่ให้เจ้าพนักงานเก็บคดีส่วนตัวมาฟ้องร้อง แต่คดีนี้ก็ได้รับการร้องทุกข์แล้ว อย่างไรก็ดี คดีต้องมาถึงศาลชั้นกรออีก

ชั้นหนึ่ง เพียงแต่ผลของการสอบสวนจะถือเป็นเหตุลงโทษจำเลยได้ทีเดียวก็หาไม่ได้ ที่ศาลชั้นต้น หยิบยกเอาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11, 14 ว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษามา บังคับใช้โดยอนุโลม ศาลนี้ไม่เป็นฟ้องด้วย เพราะเป็นคนละเรื่องและเป็นเรื่องชั้นศาลซึ่งมีอำนาจ ชี้อรรถ ฎหมายจึงระบุไว้เจาะจง ที่ศาลชั้นต้นว่า ถ้าพนักงานสอบสวนฯ คดีของตนเสียเองแล้วยาก นักจะให้เป็นการความยุติธรรมนั้น ศาลนี้เห็นว่าอาจเป็นจริงดังกล่าวนั้นได้เฉพาะในชั้นสอบสวน แต่ เมื่อไม่มีบทกฎหมายใดห้ามแล้ว จะยกเหตุแห่งความรู้สึกลักษณะหนึ่งมาตัดอำนาจเจ้าพนักงานเสียหาย ขอบไม่ อย่างไรก็ดีจะเป็นความยุติธรรมหรือไม่นั้นเป็นกรณีที่ศาลจะหยิบยกขึ้นซึ่งน้ำหนักคำ พยานหลักฐานในชั้นพิจารณาดังกล่าวแล้ว อาศัยเหตุดังกล่าวพร้อมกันพิพากษายกคำพิพากษาของ ศาลล่างทั้งสองศาลเสียและย้อน ไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาและพิพากษาคดีเสียใหม่ตาม กระบวนความ”

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้นี้ไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง เพราะขัดต่อ “หลักการ ชัดกันของหน้าที่” กล่าวคือ พนักงานสอบสวนที่ต้องเป็นพยานบุคคลให้กับตนเองจะทำหน้าที่ของ พนักงานสอบสวนในคดีของตนเองไม่ได้โดยเด็ดขาด ศ.ดร.คณิต ณ นคร ได้ในความเห็นที่ ศาลล่าง ทั้งสองศาลมิได้ยกเหตุแห่งความรู้สึกลักษณะหนึ่งมาวินิจฉัยคดีแต่ประการใด แต่ได้ยกเอา “หลักการชัดกันของ หน้าที่” มาเป็นเหตุในการวินิจฉัยคดี เป็นการใช้และตีความกฎหมายตามหลักแห่งความยุติธรรม โดยแท้<sup>29</sup> ผู้เขียนจึงเห็นว่าปัญหาการสวมหมวกหลายใบนี้นักกฎหมายไทยควรทำความเข้าใจ หลักการนี้พอควรเพื่อให้เกิดประโยชน์เที่ยงธรรมสูงสุดในกระบวนการยุติธรรม

#### 4.3.1.2 ปัญหาทัศนคติต่อบทบาทของศาลในการพิจารณาคดี

ปัญหาทัศนคติต่อบทบาทการพิจารณาคดีอาญาของศาลกรณียังมีปัญหาว่า “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ”<sup>30</sup> และขณะที่ทำคำถามนี้ยัง ไม่มีคำตอบที่แน่ชัดและยังมีความเห็นที่แตกต่างว่าระบบการสืบพยานในคดีอาญาของประเทศไทย เป็นระบบใดระหว่าง “ระบบกล่าวหา” หรือ “ระบบไต่สวน” ทั้งนี้เกิดจากปัญหาตามที่กล่าวมาแล้ว ข้างต้น อีกทั้งยังมีความเข้าใจที่แตกต่างในแนวปฏิบัติของบทบัญญัติ ข้อ 3 แห่งประมวลจริยธรรม ข้าราชการตุลาการ ที่กำหนดแนวปฏิบัติว่า “ศาลจะต้องวางตนเป็นกลาง” และในข้อ 9 กำหนดให้ “การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความ ศาลควรเรียก พยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมี

<sup>29</sup> คณิต ณ นคร. (2550, มกราคม-มิถุนายน). “สวมหมวกหลายใบ.” วารสารกฎหมายมหาวิทยาลัย รุกิจบัณฑิตย์, 1. หน้า 10-11

<sup>30</sup> ชวลิต โสภณวัต. (2524, พฤศจิกายน-ธันวาคม). “กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายใน ระบบกล่าวหาจริงหรือ.” คู่มือ, 28, 6. หน้า 38-41.

กฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง”ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า น่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลวางตนเป็นกลาง โดยเฉพาะศาลชั้นต้นซึ่งส่วนมากจะเป็นผู้พิพากษาใหม่ บทบาทของศาลจึงไม่ค่อยจะมีลักษณะสืบพยานในคดีอาญาของประเทศไทยเป็นระบบใดระหว่าง “ระบบกล่าวหา” หรือ “ระบบไต่สวน” ทั้งนี้ เกิดจากปัญหาตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกทั้งยังมีความเข้าใจที่แตกต่างในแนวปฏิบัติของบทบัญญัติ ข้อ 3 แห่งประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ที่กำหนดแนวปฏิบัติว่า จะต้องวางตนเป็นกลาง” และในข้อ 9 กำหนดให้ “การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความ ศาลควรเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง” ผู้ทำการศึกษาเห็นว่า น่าจะเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลวางตนเป็นกลาง โดยเฉพาะศาลชั้นต้นซึ่งส่วนมากจะเป็นผู้พิพากษาใหม่ บทบาทของศาลจึงไม่ค่อยจะมีลักษณะเชิงรุกในการค้นหาข้อเท็จจริง อีกทั้งขอบเขตของคำว่า “เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” นั้นทำให้ศาลพยายามจำกัดบทบาทในการที่จะไม่ซักถามข้อเท็จจริงนอกเหนือจากที่คู่ความได้กล่าวอ้าง เนื่องจากอาจถูกมองว่าศาลลำเอียง ทำให้เป็นการยากต่อการใช้ดุลพินิจของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

#### 4.3.2 จริยธรรมของผู้พิพากษากับการรักษาความเป็นกลางของศาล

เนื่องจากศาลเป็นสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการวินิจฉัยบรรดคดีเพื่อยุติข้อพิพาทและความขัดแย้งในสังคม ดังนั้นการตัดสินใจของศาลจึงต้องกระทำด้วยความยุติธรรม โดยจะต้องทำให้ประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจว่าศาลมีความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติข้อกำหนดที่มีสภาพบังคับให้ผู้พิพากษาในศาลนั้นปฏิบัติ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าว เรียกว่า จริยธรรมตุลาการ จริยธรรมตุลาการนั้นเกิดขึ้นมาเป็นพันปีแล้ว ตามคัมภีร์เก่าของคริสตจักรซึ่งบัญญัติว่าพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของศาลลงมาให้มนุษย์ โดยมีพันธสัญญาว่า “เจ้าจะต้องไม่เกรงกลัวต่อใบหน้าผู้ใด” นั้นหมายถึงตุลาการต้องมีความชัดเจนและเป็นกลาง จริยธรรมผู้พิพากษาของประเทศไทยนั้นมีบัญญัติอยู่ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 4.3.2.1 ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ<sup>31</sup>

แรกเริ่มประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการมีขึ้นเพื่อเป็นข้อแนะนำและเป็นแนวทางปฏิบัติแก่ผู้พิพากษาทั้งหลายรวมถึงผู้พิพากษาคณะไต่สวนและผู้พิพากษาสมทบทั้งในด้านการปฏิบัติหน้าที่ราชการศาลยุติธรรมและการครองตนในสังคม<sup>32</sup> ซึ่งในเวลาต่อมาประมวลจริยธรรมดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ถือว่า

<sup>31</sup> “ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทย.” (2537, กันยายน). บทบัญญัติ, เล่มที่ 50, ตอนที่ 3. หน้า 55-77.

<sup>32</sup> นำมาจากส่วนค่านำของประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ.

เป็นวินัยอย่างหนึ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตาม<sup>33</sup> ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 62<sup>34</sup> ถ้าหากว่าผู้พิพากษาผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการก็ย่อมจะมีผลทำให้ผู้พิพากษาถูกลงโทษทางวินัย<sup>35</sup> และหากการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง อาจถูกลงโทษทางวินัยหนักสุดถึงขั้นไล่ออกได้<sup>36</sup>

บทบัญญัติที่กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ เมื่อได้กำหนดไว้เป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมย่อมต้องปฏิบัติตาม อันสามารถเป็นหลักประกันถึงความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อีกทางหนึ่งที่จะทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นได้ว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีของตนนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ซึ่งในส่วนนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยฝ่าฝืนหลักจริยธรรม ไม่นำพาดังหลักความเป็นกลางตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษา ได้พิจารณาพิพากษาคดีไปโดยมีความลำเอียงเพราะเหตุมีความสัมพันธ์กับคู่ความเนื่องจากเป็นญาติกัน แต่ไม่ยอมถอนตัวจากการพิจารณาคดีและหากพิสูจน์ได้ว่าการตัดสินใจนั้นเป็นไปโดยมีความลำเอียงเพราะเหตุดังกล่าวแล้ว ผู้พิพากษานั้นย่อมต้องถูกลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง เพราะถือว่าทำให้ความเป็นกลางของสถาบันศาลยุติธรรมถูกรบกวนกระทบกระเทือนและทำให้ภาพลักษณ์ที่ดีของศาลยุติธรรมในสายตาของสาธารณชนเสื่อมเสีย อันอาจถือได้ว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรงหากพบว่ามีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าโทษที่ผู้พิพากษาดังกล่าวจะได้รับในทางวินัยคือโทษไล่ออกหรือปลดออกหรือให้ออก<sup>37</sup>

ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการได้กำหนดในเรื่องการรักษาความเป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาไว้ในข้อที่ 3 ข้อ 6 ข้อ 9 ข้อ 12 และข้อ 14 ซึ่งมีการกำหนดจริยธรรมที่

<sup>33</sup> ชงทอง จันทรางศุ สาธุการ สันติวาสะ และมานิตย์ จุมปา. (2546). จรรยาบรรณของตุลาการศาลปกครอง (รายงานการวิจัย). หน้า 17.

<sup>34</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 62 “ข้าราชการตุลาการต้องถือและปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการตามที่ ก.ค. กำหนด.”

<sup>35</sup> โทษทางวินัยมีอยู่ 5 สถาน คือ ไล่ออก ปลดออก ให้ออก งดเลื่อนตำแหน่งหรือเงินเดือนและภาคทัณฑ์.

<sup>36</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543, มาตรา 77(3).

<sup>37</sup> สังกัดจากบทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการข้อ 3 ที่ใช้คำว่า “จักต้อง” อันหมายถึงการบังคับให้ผู้พิพากษาต้องปฏิบัติ ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดวินัยระดับร้ายแรง มีโทษถึงขั้นไล่ออกหรือปลดออกหรือให้ออก.

เกี่ยวข้องกับความเป็นกลางของศาลค่อนข้างละเอียด โดยมีคำอธิบายประกอบจริยธรรมแต่ละข้อ พร้อมกับยกตัวอย่างเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติและคำอธิบายนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของประมวลจริยธรรม<sup>38</sup> ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความเป็นกลางของศาลที่เป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติในระหว่างการพิจารณาคดีหรือการดำรงตนนอกศาล และเห็นได้ว่าในส่วนของรายละเอียดมีความครอบคลุมมากกว่าที่ปฏิบัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรักษาความเป็นกลางของศาลในแง่ของการปราศจากอคติและการวางตัวเป็นกลางในการพิจารณาคดี ตลอดจนสภาพบังคับของประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการที่มีโทษสูงสุดถึงขั้นไล่ออกนั้น สามารถเป็นหลักประกันความเป็นกลางและให้ความเชื่อมั่นแก่สาธารณชนได้

บทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการตามที่ได้กล่าวมาแล้ว มีความครอบคลุมเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลที่ดีและสอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของศาล แต่เนื่องจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตนของข้าราชการตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี แม้จะมีผลบังคับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายที่ผู้พิพากษาจะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม หากมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดบทบัญญัติดังกล่าว ก็มีผลเพียงทำให้ผู้พิพากษานั้นถูกพิจารณาโทษทัณฑ์ทางวินัยเท่านั้น หากได้กระทบถึงกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาผู้นั้นไม่ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 13 ว่ากระบวนการพิจารณาหรือแม้แต่คำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางนั้นมีผลสมบูรณ์ไม่เสียไป ถึงแม้ว่าบทบัญญัติในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการจะได้บัญญัติถึงการรักษาความเป็นกลางของศาลไว้อย่างละเอียดและครอบคลุมถึงเหตุต่างๆ มากกว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ตาม ดังนั้นหากมีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการขึ้นจึงมีผลทำให้ผู้ที่ฝืนถูกพิจารณาโทษทัณฑ์ทางวินัยเท่านั้น แต่ไม่ได้มีผลกระทบถึงกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ผู้พิพากษานั้นได้กระทำขึ้นแต่อย่างใด ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องที่ขัดกันในการรู้สึกเชื่อมั่นและศรัทธาของคู่ความต่อความยุติธรรมของศาลได้และไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของศาล ดังนั้นในเรื่องของกระบวนการพิจารณาหรือคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางจึงถือว่ามีความสำคัญที่จะต้องหาทางออกที่เหมาะสมต่อไป

นอกเหนือจากประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการแล้ว การตรวจสอบและหลักประกันความเป็นกลางและความมีจริยธรรมของศาลยังปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 270 ที่บัญญัติให้วุฒิสภาสสามารถถอดถอน

<sup>38</sup> ชงทอง จันทรางศุ, ศาลทูล สันติวาสะ และมานิตย์ จุมปา. เล่มเดิม. หน้า 103.

ผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งได้ หากผู้พิพากษามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันความเป็นกลางของศาลได้ อย่างหนึ่ง

ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ<sup>39</sup>

ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ เป็นกฎหมายที่กำหนดแนวปฏิบัติของศาล ในการสืบพยานเพื่อค้นหาความจริงแห่งคดี ที่สำคัญได้แก่

การปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี ข้อ 2 ผู้พิพากษาพึงตรวจสำนวนความและเตรียมการดำเนินกระบวนการไต่สวนให้พร้อม ออกนั่งพิจารณาคดีตรงตามเวลาและไม่เลื่อนการพิจารณาคดีโดยไม่จำเป็น

การนั่งพิจารณาคดี

ข้อ 3 ในการนั่งพิจารณาคดี ผู้พิพากษาจักต้องวางตนเป็นกลางและปราศจากอคติ ทั้งพึงสำรวมคนให้เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่... พึงความจากคู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายอย่างตั้งใจ ให้เสมอภาคและมีเมตตาธรรม

การสืบพยานการสืบพยาน ข้อ 9 ผู้พิพากษาพึงระลึกว่าการนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยาน ควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความของแต่ละฝ่ายที่จะกระทำ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง

จะเห็นได้ว่า การที่ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทยข้อ 3 ได้กำหนดบทบาทให้ศาล “วางตัวเป็นกลาง” ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ซึ่งสอดคล้องกับบทบาทของศาลในนานาอารยประเทศนั้น ไม่ได้หมายความว่าให้ศาลวางเฉยต่อการค้นหาความจริง กล่าวคือได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของประมวลจริยธรรมข้างต้นไว้ว่า ผู้พิพากษาจักต้องแสดงออกซึ่งความเป็นกลางในการพิจารณาคดี ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและปฏิบัติต่อคู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเสมอเหมือนกันทุกประการ จักต้องมีให้คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้องรู้สึกว่าคุณได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าผู้อื่น

นอกจากนี้ การที่มีแนวปฏิบัติในข้อ 9 กำหนดให้ การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยาน ควรเป็นหน้าที่ของคู่ความนั้น ก็ไม่ใช่ข้อกำหนดให้ศาลวางเฉยในการค้นหา

<sup>39</sup> ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทย. (2537, กันยายน). บทบัญญัติ, เล่มที่ 50, ตอนที่ 3. หน้า 55-77.

ข้อเท็จจริง เช่นกัน ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการซักถามพยานหรือเรียกพยาน มาสืบหรือเรียกพยานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ได้เอง เนื่องจากถ้าปล่อยให้เป็นที่ของคู่ความ โดยเฉพาะในการสืบและการซักถามพยานแล้ว อาจมีข้อบกพร่องหรือช่องโหว่ในสำนวนคดี หรือ อาจมีกรณีพยานเบิกความขัดต่อเหตุผลธรรมดา หรือไม่แจ่มแจ้งยากแก่การตัดสินใจให้เที่ยงธรรมใน สถานะที่ศาลเป็นคนกลางได้ โดยเฉพาะในคดีอาญา ศาลควรจะซักถามพยานของคู่ความหรือเรียก พยานมาสืบเอง เมื่อคู่ความแต่ละฝ่ายซักถามหรือนำสืบพยานของฝ่ายตนเสร็จเรียบร้อยแล้ว เพื่อมิให้ เกิดความสับสนแก่คู่ความในการซักถามพยานหรือเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในเชิงคดี เว้น แต่มีเหตุผลพิเศษประการใดประการหนึ่ง

อนึ่ง คำว่า “จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” จะพบทั้งในกฎหมาย ต่างประเทศและกฎหมายไทย ได้มีคำอธิบายไว้ว่า จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั้นต้อง พิจารณาจากฐานะของศาลที่เป็นกลาง มิใช่ว่าศาลเห็นว่านายความของคู่ความฝ่ายใดทำหน้าที่ บกพร่อง ศาลก็เข้าไปซักถามหรือเรียกพยานมาสืบแทน การทำเช่นนี้อาจทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า ศาลมิได้มีความเป็นกลางก็ได้ ตัวอย่างในคดีอาญา ได้แก่ กรณีการใช้อำนาจเรียกสำนวนการ สอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา มาตรา 175 ศาลไม่ควรเรียกสำนวนการสอบสวนมาเพิ่มเติม พยานโจทก์ที่ยังบกพร่องอยู่เพื่อ ลงโทษจำเลยหรือในกรณีซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะแต่อาจถือว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์ แห่งความยุติธรรม ศาลควรซักถามพยานเอง เช่น ในคดีอาญาที่ฝ่ายโจทก์และจำเลยมิได้ซักถาม พยานเกี่ยวกับสาเหตุแห่งการกระทำผิดไว้ ศาลควรซักถามเองเนื่องจากสาเหตุแห่งการกระทำผิดเป็น สารสำคัญประการหนึ่งที่ศาลจะต้องนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยซึ่งนำนักพยานหลักฐาน และดุลพินิจในการลงโทษจำเลย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ถ้าไม่ปรากฏสาเหตุดังกล่าวแล้วศาลจะ ลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะการที่จำเลยจะถูกลงโทษหรือไม่ ต้องอยู่บนพื้นฐานของการรวบรวม พยานหลักฐานเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงของศาลแล้วซึ่งนำนักพยานหลักฐานทั้งปวงนั้น ศาลแน่ใจว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่

จะเห็นได้ว่า ตามประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการในข้อ 3 และข้อ 9 นี้ แสดงให้เห็นว่าไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาคดีแพ่งหรือคดีอาญา ศาลจะต้องวางตัวเป็นกลางไม่ลำเอียง เข้าข้างฝ่ายใด สำหรับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลไทยนั้น ได้มีกำหนดไว้หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็น การคัดค้านผู้พิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท หรือในคดีอาญา คดีปกครองหรือคดีชำนาญพิเศษ ซึ่งได้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาความเป็น กลางของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปใช้โดยอ้อม สำหรับในกรณีที่เกิด ปัญหาความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ของศาลในการพิจารณาคดีในกรณีดังกล่าว ย่อมส่งผล กระทบโดยตรงต่อหลักความเป็นกลางข้างต้น ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ตัดสินคดีอาจจะ



ถือว่าเป็นบุคคลซึ่งเคยเกี่ยวข้องกับคดีได้ (Prior involuement) เช่น กรณีที่ฝ่ายบริหารแต่งตั้งให้ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการไต่สวนหรือสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงในคดีด้วย เป็นต้น

สำหรับเหตุผลที่ผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ถือว่าขาดคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่ได้นั้น เนื่องจากเมื่อผู้พิพากษาได้เคยเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงใดมาก่อนแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงที่จะไม่นำเอาข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ตนเองเคยรับรู้ดังกล่าวมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาตัดสินคดีไปในทางใดๆ ได้อันจะส่งผลให้คำพิพากษาดังกล่าวไม่ต้องอยู่บนเหตุผลที่ปรากฏโดยชอบในกระบวนการพิจารณาและทำให้ศาลไม่อาจที่จะรักษาความเป็นกลางเอาไว้ได้

#### 4.3.2.2 เหตุประการอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

กรณีเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากมาตรา 11(17)-(7) แล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านเพราะเหตุประการอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 12<sup>40</sup> จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ แสดงว่าเหตุคัดค้าน ตามมาตรา 12 นี้ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ คือ คดีนั้นมีองค์คณะผู้พิพากษาเพียงคนเดียว และมีเหตุใดเหตุหนึ่งตาม มาตรา 11 หรือประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไปจากบทบัญญัติในมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติให้การคัดค้านผู้พิพากษาเพราะเหตุที่มีความเสี่ยงต่อความเป็นกลางเพราะมีเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงต่อความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่คดีนั้นมีองค์คณะเป็นผู้พิพากษาเพียงคนเดียว แสดงว่า ถ้าคดีนั้นมีองค์คณะผู้พิพากษาหลายคนแล้ว ถึงแม้จะปรากฏเหตุอันมีสภาพร้ายแรงต่อการเสียความยุติธรรมดังกล่าว ก็ไม่ถือเป็นเหตุคัดค้านแต่อย่างใด สำหรับเหตุผลในเรื่องดังกล่าวนี้ อาจเนื่องเพราะว่า ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษานั้นเป็นเหตุเฉพาะตัว และในคดีที่มีองค์คณะผู้พิพากษาหลายคนแม้คนใดคนหนึ่งจะมีพฤติการณ์อันมีสภาพร้ายแรงต่อการเสียความยุติธรรมไปนั้น ก็ยังมีผู้พิพากษาในองค์คณะนั้นผู้อื่นที่จะยังสามารถประกันความยุติธรรมและความเป็นกลางให้กับคู่ความในคดีได้ แต่เมื่อได้พิจารณาให้คดีแล้ว จะเห็นได้ว่าถ้าหากผู้พิพากษาผู้มีพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นผู้พิพากษาผู้มีอาวุโสกว่าผู้พิพากษาอื่นในองค์คณะนั้น การพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาคณะดังกล่าวก็อาจมีแนวโน้มที่จะมีอิทธิพลต่อการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาคณะอื่นที่เหลือได้ เป็นธรรมดาว่าคนหนึ่งมีอคติ ทุกคนมีอคติ ดังนั้นเมื่อผู้พิพากษาคณะหนึ่งคนใดในองค์คณะมีพฤติการณ์ที่ไม่เป็นกลางแล้ว ความเป็นกลางและความเที่ยงธรรมในคำวินิจฉัยอย่างใดๆ ของศาลนั้นก็ต้องถูกตั้งข้อสงสัยอย่างแน่นอน

<sup>40</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 12 บัญญัติว่า “เมื่อศาลใดมีผู้พิพากษาแต่เพียงคนเดียว ผู้พิพากษานั้นอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตราก่อนหน้านั้นได้หรือด้วยเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป.”

อีกกรณีหนึ่งซึ่งไม่อาจเลี่ยงที่จะกล่าวถึงได้ คือเรื่องผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา ไม่ว่าจะเป็นการมีส่วนได้เสียหรือมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยปริยายก็ตาม เช่น การมีส่วนได้เสียในเรื่องการเงิน การมีความสัมพันธ์ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งในลักษณะที่ใกล้ชิดกับคู่ความในคดีซึ่งจะเห็นได้ว่าผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาดังกล่าวนั้น ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาให้เป็นที่เที่ยงธรรมและเป็นกลางได้ และถึงแม้ผู้พิพากษาจะทำตนให้มีความเที่ยงธรรมได้จริงก็ตาม แต่ก็อาจเกิดความไม่เชื่อมั่นจากคู่ความในคดีและจากสังคมได้ ซึ่งความไม่เชื่อมั่นดังกล่าวแล้ว ก็ส่งผลให้การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาไม่อาจบรรลุเป้าหมายได้ ดังนั้นลักษณะของความขัดแย้งซึ่งผลประโยชน์ในวิชาชีพตุลาการนั้นต้องเป็นกรณีที่ผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาอาจมีผลต่อความยุติธรรมในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ ซึ่งผลประโยชน์ในทางส่วนตัวของผู้พิพากษานี้ต้องมีความชัดเจนและร้ายแรงเพียงพอต่อการตั้งข้อสงสัยหรือการตั้งคำถามโดยคู่ความในคดีและสังคมถึงความเที่ยงธรรมของผู้พิพากษา

อีกประการที่เป็นปัจจัยต่อความเสี่ยงต่อความไม่เป็นกลางคือ วิชาชีพผู้พิพากษานั้นต้องใช้ดุลพินิจมากยิ่งขึ้นโอกาสเกิดการขัดแย้งมาก ทั้งการชั่งพยานหลักฐานในวินิจฉัยคดีชี้ขาดคดีในปัญหาข้อเท็จจริงนั้นย่อมต้องอาศัยการใช้สามัญสำนึกของผู้พิพากษาแต่ละคนซึ่งไม่เหมือนกัน และดุลพินิจของตัวผู้พิพากษาก็ขึ้นอยู่กับประสบการณ์ในชีวิตและการมองโลกที่กว้างอย่างลึกซึ้งไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งถ้าการใช้ดุลพินิจในส่วนนี้เป็นไปอย่างมีความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวม ก็อาจถูกตั้งข้อสงสัยในความเป็นกลางของศาล

เมื่อเกิดปัญหาต่อความไม่เป็นกลางในการวินิจฉัยคดีในเหตุต่างๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนจึงขอกกล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับการคัดค้านผู้พิพากษาต่อไป

#### 4.3.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้เป็นเพียงเหตุที่ให้คู่ความคัดค้านไม่ให้ผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีได้เท่านั้น แต่ไม่ใช่เหตุตัดอำนาจผู้พิพากษา<sup>41</sup> ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องการคัดค้านผู้พิพากษาคงเสนอประเด็นและพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้พิพากษาที่ตนคัดค้านนั้น มีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถนั่งพิจารณาพิพากษาคดีตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างไรตามกฎหมายเกณฑ์ในการพิสูจน์พยานหลักฐาน ซึ่งบางครั้งก็เป็นเรื่องยากสำหรับคู่ความที่จะพิสูจน์แม้ว่าจะรู้อยู่แล้วว่าผู้พิพากษานั้นมีเหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมาย แต่ระบบนี้ก็มิมีข้อดีอยู่บ้างในแง่ของการป้องกันไม่ให้คู่ความใช้เหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาเพื่อประโยชน์ในการประวิงคดีให้ล่าช้าหรือป้องกันไม่ให้เกิดการกลั่นแกล้งกัน

<sup>41</sup> คณิศ ฅ นคร ก (2548). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี. หน้า 71.

วิธีการในการคัดค้านผู้พิพากษานั้น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 และมาตรา 14 ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

#### วิธียื่นคัดค้านผู้พิพากษา

หากคู่ความฝ่ายใดประสงค์จะคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากทราบถึงเหตุแห่งการคัดค้านตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 มาตรา 12 บทบัญญัติมาตรา 13(2) กำหนดให้คู่ความมีสิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ โดยต้องทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาล

#### ระยะเวลาในการยื่นคัดค้านผู้พิพากษา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 กำหนดให้คู่ความอาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาได้ก่อนวันสืบพยาน แต่ถ้าทราบเหตุที่จะคัดค้านระหว่างการพิจารณาก็ให้ยื่นคำร้องคัดค้านได้ไม่ช้ากว่าวันสืบพยานครั้งต่อไป แต่ถ้าไม่คัดค้านเสียในระหว่างการพิจารณาจนกระทั่งศาลนั้นมีคำพิพากษา ก็จะมีคำร้องคัดค้านในภายหลังไม่ได้ ส่วนการคัดค้านผู้พิพากษาสามารถกระทำได้ทุกชั้นศาล หากเป็นศาลสูงที่อาจจะไม่มีการสืบพยาน ก็จะต้องยื่นคำร้องคัดค้านก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา

เกี่ยวกับระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 ได้กำหนดระยะเวลาในการยื่นคัดค้านผู้พิพากษาไว้ค่อนข้างจำกัดคล้ายกับระยะเวลาที่คู่ความสามารถยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความฝรั่งเศส กล่าวคือ จะต้องยื่นคำคัดค้านก่อนวันสืบพยาน หากทราบเหตุหลังวันสืบพยานไปแล้วต้องคัดค้านก่อนวันสืบพยานครั้งต่อไป ในกรณีที่ไม่มี การสืบพยาน คู่ความย่อมคัดค้านเมื่อใดก็ได้ก่อนศาลพิพากษา โดยอาจเทียบเคียงได้จากคำพิพากษาที่ 548/2480 ที่ตัดสินว่า แม้ตามประมวลกฎหมายแพ่ง โจทก์อาจคัดค้านไม่ให้ผู้พิพากษานายนั้นพิจารณาพิพากษาคดีนี้ชั้นอุทธรณ์ได้ก็ตาม แต่ปรากฏว่าเวลาฟังคำแถลงการณ์โจทก์ไม่ได้คัดค้าน จนศาลพิพากษาให้โจทก์แพ้คดี โจทก์จึงได้ฎีกาคัดค้านศาลฎีกาเห็นว่า โจทก์ไม่มีสิทธิคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เรื่องนี้ในชั้นฎีกาได้ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 13 บัญญัติว่าคู่ความที่เกี่ยวข้องอาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลก่อนวันสืบพยาน

นอกจากนี้หากปรากฏว่า ผู้พิพากษาในคดีนั้นมีความลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างการพิจารณาหลังจากเริ่มการสืบพยานแล้ว เช่น มีพฤติการณ์ปรากฏชัดเจนว่าผู้พิพากษาดำเนินกระบวนการพิจารณาเข้าข้างหรือรับฟังพยานหลักฐานจากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีเหตุผลอันควรตามกฎหมายหรือเพ็งมีเหตุที่อาจคัดค้านผู้พิพากษตามกฎหมายกรณีใดกรณีหนึ่งปรากฏขึ้นในระหว่างการพิจารณา เช่น เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11(6) เมื่อคู่ความฝ่ายที่เห็นว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น ไม่มีความเป็นกลางและประสงค์จะคัดค้าน อาจจะติดขัดในเรื่องของระยะเวลาตามกฎหมายกำหนดไว้

เช่นกันเนื่องจากล่วงเลยวันสืบพยานแล้ว เป็นต้น ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลที่น่าสนใจและมีรายละเอียดที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 12 ได้กำหนดว่าสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้ไม่ว่าในเวลาใดๆ ก่อนศาลมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด ซึ่งจะแตกต่างจากระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13(2) ที่กำหนดไว้ค่อนข้างจำกัดคือ ก่อนวันสืบพยานหรือหากไม่มีการสืบพยานก็ต้องยื่นก่อนวันที่ศาลพิพากษา มิฉะนั้นแล้วคู่ความก็หมดสิทธิที่จะยื่นคำร้องคัดค้าน ดังนั้น ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญนี้ จึงสามารถให้สิทธิและเปิดโอกาสในการคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการที่กว้างกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งจะเป็นหลักประกันสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาศาลตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้ดีกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อีกประเด็นหนึ่ง หากคู่ความไม่อาจที่จะทราบเหตุอันพึงจะคัดค้านได้ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้ว ศาลฎีกาจะยอมให้คัดค้านในชั้นฎีกาได้หรือไม่ กรณีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงตามคำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 โจทก์อุทธรณ์ว่า โจทก์พึงทราบถึงเหตุการณ์คัดค้านหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วว่า ผู้พิพากษาสมทบผู้นั่งพิจารณาคดีเป็นภริยาผู้ตรวจสอบบัญชี ซึ่งเป็นคู่ความฝ่ายตรงข้ามของโจทก์นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าข้อคัดค้านดังกล่าวเป็นข้อที่โจทก์มิได้ยกขึ้นคัดค้านก่อนที่ศาลแรงงานกลางจะเสร็จสิ้นการพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 จึงยกคำร้อง<sup>42</sup> เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 13 นั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายต้องการที่ให้ความคัดค้านก่อนการสืบพยานหรือในระหว่างพิจารณาเท่านั้น หรือเมื่อไม่มีการสืบพยานก็ต้องร้องคัดค้านก่อนที่ศาลนั้นจะมีคำพิพากษา เมื่อศาลใดศาลหนึ่งสืบพยานจนเสร็จและมีคำพิพากษาออกมาแล้ว แม้จะมีการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป และคู่ความพึงทราบเหตุที่จะคัดค้าน จึงไม่อาจยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาศาลล่างต่อศาลสูงได้อีกเพราะเป็นกรณีที่กระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้เสร็จสิ้นลงไปแล้ว และด้วยบทมาตรา 13 วรรคสองได้บัญญัติรับรองไว้ด้วยว่ากระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปทั้งหมดนั้นสมบูรณ์ไม่เสียไปด้วยในเรื่องนี้ยังมีข้อที่น่าสนใจเกี่ยวกับการรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการพิจารณาคดีตามข้อกำหนดเกี่ยวกับ

<sup>42</sup> คำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 หนังสือคำบรรยายเนติบัณฑิตย์. หน้า 2983-2984

การดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2543 ส่วนที่ 2 ข้อ 4<sup>43</sup> ที่กำหนดให้มีการประกาศรายชื่อผู้พิพากษาไว้ที่ศาลฎีกามีกำหนดวันเพื่อให้คู่ความทราบและมีโอกาสคัดค้าน ซึ่งถือว่าเป็นแนวความคิดที่ดีประการหนึ่งที่สามารถจะให้หลักประกันแก่คู่ความได้ว่าผู้พิพากษาผู้มาทำหน้าที่พิจารณาคดีของคณานั้นมีส่วนได้เสียประการใดหรือไม่เกี่ยวกับคดีของตน และแนวความคิดเช่นนี้ยังไม่เคยปรากฏในกระบวนการพิจารณาคดีอื่นใดมาก่อน ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจว่ากรณีดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้กับกระบวนการพิจารณาอื่นนอกจากคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้หรือไม่ โดยเฉพาะในคดีแพ่งเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลสูงแล้ว ย่อมเป็นการยากที่คู่ความจะสามารถทราบถึงบุคคลที่มาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตนจะนำไปสู่สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา หากปรากฏว่าผู้พิพากษาในศาลสูงดังกล่าวอาจมีเหตุที่สามารถคัดค้านได้ เช่น ในการอุทธรณ์คดีไม่มีกฎหมายบัญญัติให้มีการเปิดเผยชื่อผู้พิพากษาที่จะมาทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีของคู่ความ ดังนั้น หากผู้พิพากษาดังกล่าวเป็นญาติห่างๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ปกปิดข้อเท็จจริงและไม่ยอมที่จะถอนตัวออกจากกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีให้คู่ความที่เป็นญาติของตนเป็นฝ่ายชนะคดี เช่นนี้ย่อมเป็นการยากที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งจะทราบถึงกรณีดังกล่าว อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในการพิจารณาคดีได้ และเมื่อคู่ความอีกฝ่ายมาทราบในภายหลังก็อาจจะล่วงเลยระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เพราะฉะนั้นวิธีการที่กล่าวมาจึงอาจแก้ปัญหาข้างต้นได้

ในกรณีของระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษาจึงเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่จะประกันความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ หากมีการจำกัดระยะเวลาในการคัดค้านไว้มากเกินไป อาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของคู่ความที่จะเข้ากระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาลที่เป็นกลางได้ หากคู่ความไม่อาจทราบเหตุที่คัดค้านได้ตามเวลาที่กฎหมายกำหนด อาจส่งผลให้คู่ความขาดความเชื่อมั่นในความยุติธรรมของศาลได้ดังเช่นข้อเท็จจริงตามคำร้องของศาลฎีกาที่ 236/2532 ที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้นในส่วนของระยะเวลาในการคัดค้าน ควรจะกำหนดให้คู่ความสามารถยื่นคัดค้านได้ออกไปอีกตามสมควรและควรจะมีชั้นคัดค้านศาลล่างต่อศาลสูงได้ด้วยในกรณีที่คู่ความเพิ่งจะทราบถึงเหตุความไม่เป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาโดยสุจริตแม้ว่าจะได้เสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาและมีคำพิพากษาออกมาแล้วก็ตาม ดังเช่นตามแนวปฏิบัติและ

<sup>43</sup> ข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2543 ส่วนที่ 2 ข้อ 4 “เมื่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกองค์คณะผู้พิพากษาตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 แล้ว ให้ประธานศาลฎีกาประกาศรายชื่อองค์คณะผู้พิพากษาไว้ที่ศาลฎีกาภายในกำหนดห้าวันนับแต่วันประชุมใหญ่ เพื่อให้คู่ความทราบและมีโอกาสคัดค้านผู้พิพากษาคณใดที่ได้รับเลือกเป็นผู้พิพากษาในองค์คณะผู้พิพากษาคณนั้น.”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของรัฐบาลกลางสหรัฐที่สามารถคัดค้านคำพิพากษาได้แม้ว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาแล้ว เป็นต้น

ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านอาจยื่นถอนตัวตามมาตรา 13 ผู้พิพากษาอาจถอนตัวออกจากที่นั่งพิจารณาคดีได้เอง หากปรากฏว่ามีเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้ตามมาตรา 11 และมาตรา 12 โดยไม่ต้องรอให้คู่ความยื่นคำร้องคัดค้านก่อน แต่ถึงอย่างไรก็ตามแม้คู่ความได้ยื่นคำร้องคัดค้านแล้วแต่ยังไม่ได้มีการชี้ขาดผู้พิพากษาก็ย่อมจะขอถอนตัวได้เช่นกัน ดังที่มาตรา 14 บัญญัติว่า “เมื่อได้มีการร้องคัดค้านและผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดี ฯลฯ” แสดงว่าแม้จะมีคำร้องคัดค้านแล้ว ผู้พิพากษานั้นก็ยังมีโอกาสบอกกล่าวขอถอนตัวแล้ว ก็ไม่ต้องมีการพิจารณาและชี้ขาดคำร้องคัดค้านต่อไป การที่มีบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ก็เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลได้แสดงถึงความเป็นกลางและทำให้สาธารณชนมีความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาลว่ามีความเป็นกลางอย่างแท้จริง

การพิจารณาคำร้องคัดค้าน นั้นให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13 และมาตรา 14 กล่าวคือ เมื่อศาลได้รับคำร้องคัดค้านแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาว่าเหตุที่คู่ความยกขึ้นคัดค้านนั้นเป็นเหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่มีเหตุที่จะคัดค้านได้ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลก็ต้องยกคำร้องเสียและการสั่งเช่นนี้อยู่ในอำนาจของผู้พิพากษานายเดียวที่จะสามารถสั่งได้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 24(2) แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 13 วรรคสี่ก็บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้พิพากษาคณะนั้นมีคำสั่งยกคำคัดค้าน โดยผู้พิพากษาอีกคนหนึ่ง หรือข้าหลวงยุติธรรมมิได้เห็นพ้องด้วย” ถ้าหากคำร้องคัดค้านมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติและผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัว ศาลก็ต้องฟังคำแถลงและพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาเสนอต่อศาล แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำร้องคัดค้านนั้นตามมาตรา 14 ทั้งนี้หน้าที่นำสืบพิสูจน์ถึงความไม่เป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษาที่คู่ความอ้างในคำร้องคัดค้านนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปในการสืบพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 โดยเมื่อคู่ความที่อื่นคัดค้านอ้างเหตุความไม่เป็นกลางของศาล จึงต้องมีหน้าที่นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์สนับสนุนถึงข้อกล่าวอ้างของตน

เหตุตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 อันมีลักษณะที่ทำให้ศาลเสียความเป็นกลางอย่างร้ายแรงควรจะเป็นเหตุบังคับของการขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นของผู้พิพากษา ไม่ใช่เป็นเพียงเหตุให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านผู้พิพากษา เมื่อพิจารณาถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาของไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 แล้วจะเห็นได้ว่า เหตุทั้งหมดเป็นแต่เพียงเหตุที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกขึ้นคัดค้านเพื่อไม่ให้

ผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่งนั่งพิจารณาพิพากษาคดีของตนเท่านั้น หากใช้เป็นข้อห้ามเด็ดขาดทีเดียว<sup>44</sup> ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับปัจจุบันได้บัญญัติแตกต่างจากบทบัญญัติเดิมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127<sup>45</sup> หมวดที่ 2 มาตรา 4 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเดิมนั้นมีลักษณะเป็นบทกฎหมายที่มีลักษณะห้ามหรือตัดอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาอย่างเด็ดขาด ไม่ให้ผู้พิพากษาที่มีเหตุปรากฏตามที่กฎหมายบัญญัตินั่งพิจารณาคดีได้เลยในกรณีที่เห็นได้ชัดเจนว่าความเป็นกลางของผู้พิพากษาข่มไม่อาจมีได้อย่างแน่แท้หากปล่อยให้ผู้พิพากษาที่ปรากฏถึงเหตุดังกล่าวพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปแต่บทบัญญัติในปัจจุบันนั้นเป็นเพียงเหตุที่คู่ความจะยกขึ้นคัดค้านเท่านั้น หากว่าคู่ความไม่คัดค้านหรือคัดค้านไม่ทันเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แม้ในข้อเท็จจริงศาลหรือผู้พิพากษาผู้นั้นจะปรากฏเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็สามารถนั่งพิจารณาและพิพากษาคดีต่อไปได้ และในคดีที่ผู้พิพากษาที่มีเหตุเกี่ยวข้องนั้นเป็นผู้นั่งพิจารณาก็เป็นอันสมบูรณ์

ในประเทศอังกฤษได้มีหลักในทางปฏิบัติที่กำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องเปิดเผยแก่คู่ความถึงเหตุที่อาจทำให้ศาลไม่มีความเป็นกลางได้ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วทนายของคู่ความก็มักจะไมคัดค้านศาลหรือผู้พิพากษา เหตุผลเนื่องมาจากความเชื่อมั่นอย่างสูงในความเป็นกลางของผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษนั่นเอง

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับเรื่องนี้เป็นอย่างมากโดยใช้หลักการขาดคุณสมบัติของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีแม้จะให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านตาม 28 U.S.C.S.§144 แต่หากปรากฏถึงเหตุที่ศาลไม่เป็นอย่างกลางขึ้นตาม 28 U.S.C.S.§455 ศาลหรือผู้พิพากษานั้นจะต้องขาดคุณสมบัติจากการพิจารณาพิพากษาโดยไม่ต้องมีการร้องขอ (sua sponte) เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสาธารณชน แต่เมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในเรื่องนี้แล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายกับระบบในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หากคู่ความเห็นว่าผู้พิพากษาอาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่มีความเป็นกลางแล้วคู่ความจะต้องยื่นคำร้องคัดค้านหรือถอนถอนผู้พิพากษาโดยอาศัยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เหตุที่กฎหมายกำหนดระบบไว้เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลน่าจะมาจากกฎหมายคุ้มครองศาลหรือผู้พิพากษาไม่ให้ถูกคู่ความใช้เหตุในมาตรา 11 และมาตรา 12 เพื่อกลั่นแกล้งหรือใช้เป็นประโยชน์ในทางคดีของตนโดยไม่เน้นการคุ้มครองความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความเป็นกลางและความยุติธรรมของสถาบันศาลยุติธรรมเท่าที่ควร ดังจะเห็นได้จากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายจากแต่

<sup>44</sup> พระนิตินิการณประสม. (2515). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. หน้า 39.

<sup>45</sup> พระยาจินดาภิรมย์ราชสภาพดี. (2461). พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง (ร.ศ. 127) พ.ศ. 2451. หน้า 114.

เดิมซึ่งเป็นบทบังคับอำนาจของผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคืออย่างเด็ดขาดไม่ให้ผู้พิพากษานั่งพิจารณานั่งพิจารณาคดีได้ มาเป็นการให้คู่ความยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษาที่ตนเห็นว่าปรากฏเหตุให้สามารถคัดค้านได้ตามกฎหมายเท่านั้น แม้ว่าเหตุดังกล่าวจะมีความร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้ความยุติธรรมไม่อาจปรากฏขึ้นก็ตาม รวมทั้งระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านและเหตุในการยื่นคำร้องคัดค้านก็จำกัดอยู่เฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งวิธีพิจารณาของไทยนั้นได้กำหนดกรอบและเกณฑ์ในการคัดค้านผู้พิพากษาเอาไว้ได้อย่างสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของนานาอารยะประเทศซึ่งประเด็นหลักของเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาในทุกประเทศนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมุ่งที่จะคุ้มครองมิให้ผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางหรือขาดความเป็นอิสระเข้ามาทำหน้าที่ในการตัดสินคดีนั้น เนื่องจากหากผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายให้เข้ามาทำหน้าที่ตัดสินคดีนั้น ไม่มีความเป็นกลางและขาดความเป็นอิสระผู้พิพากษาดังกล่าวย่อมไม่อาจที่จะทำการพิจารณาและตัดสินคดีไปโดยความยุติธรรมได้ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 นั้น ได้บัญญัติถึงเหตุคัดค้านผู้พิพากษาเอาไว้ดังนี้

“มาตรา 11 เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- 1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- 2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดาน ไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- 3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ารู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือ โดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- 4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
- 5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว
- 6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
- 7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง”

จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติข้างต้นนี้ ได้บัญญัติถึงเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาเอาไว้หลากหลายกรณีซึ่งแต่ละเหตุนั้นย่อมอาจกระทบส่งผลให้เกิดความไม่เป็นกลาง หรือความไม่เป็นอิสระของผู้พิพากษาเกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะเห็นที่เกิดจากความสัมพันธ์ส่วนตัวหรือความมีส่วนได้เสียในคดีก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาในกรณีที่ผู้พิพากษาดังกล่าวเกิดปัญหาการขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่าเหตุดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางและความไม่เป็นอิสระเกิดขึ้นแก่ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ตัดสินคดีนั้นได้ เนื่องจากอาจเกิดอคติในการตัดสินคดีไม่ว่าเพราะการเคยทำหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม เช่น ทำหน้าที่พนักงานสอบสวนอีกบทบาทหนึ่งกรณีเช่นนี้ความไม่เป็นกลางย่อมอาจเกิดขึ้นได้จากข้อมูลหรือข้อเท็จจริงซึ่งได้รับรู้มาก่อนหรือกรณีที่ผู้พิพากษานั้นเองเข้ารับตำแหน่งหน้าที่อื่นๆ ในองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่สถาบันตุลาการ อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระเกิดขึ้นได้จากอาจตกอยู่ภายใต้แรงกดดันหรืออำนาจการบังคับบัญชาหรือการให้คุณให้โทษของผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานนั้นได้ ดังเช่นกรณีที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2543 กรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงคำว่า “เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ” และผู้พิพากษาสมทบถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ จึงไม่มีสิทธิที่จะสมัครรับเลือกตั้งเพราะเนื่องจากหากภายหน้าผู้นั้นได้รับเลือกก็จะต้องเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งตนเองก็เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในขณะเดียวกัน ถือเป็นการสวมหมวกหลายใบหรือการที่ผู้พิพากษามีบทบาทหน้าที่ขัดแย้งกัน ในเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์รายละเอียดต่อไปในเบื้องหน้า

#### 4.3.3 หลักประกันทั่วไปเกี่ยวกับความเป็นกลางของศาล

หลักความเป็นกลางศาลโดยทั่วไป หมายถึง หลักที่ศาลหรือผู้พิพากษาที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีบางพื้นฐานความเป็นกลาง โดยปราศจากความลำเอียงความมีอคติ หรือมีความเอนเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยไม่มีเหตุอันสมควร เพื่อที่จะรักษาหลักความเป็นกลางของศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีไว้นั้น จึงจำเป็นต้องคำนึงถึงหลักประกันความเป็นกลางของศาลด้วย

เนื่องจากหลักดังกล่าวจะนำมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลเพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม หลักประกันความเป็นกลางของศาลนี้มีอยู่หลายแบบด้วยกัน เช่น หลักประกันด้านจริยธรรมของผู้พิพากษา หรือหลักประกันสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา เป็นต้น แต่หลักประกันที่เป็นพื้นฐานของความเป็นกลางที่ควรจะต้องนำมาพิจารณานั้น ได้แก่ หลักประกันความเป็นกลางของศาลในการคัดเลือกผู้พิพากษาของไทยนั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากการที่จะประกันความเป็นกลางของศาลได้ต้องปรากฏว่า บุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษานั้น นอกจากจะคัดเลือกเนื่องอาศัยจากความรู้ความสามารถของบุคคลดังกล่าวแล้ว ในการคัดเลือกยังจำเป็นที่จะต้องคัดเลือกคนดีอีกด้วย ซึ่งกระบวนการคัดเลือกในส่วนหลังยังคงกระทำได้ยาก แต่

ผู้เขียนเห็นว่าส่วนดังกล่าวนี้เป็นส่วนที่สำคัญที่สุด เนื่องจากหากปรากฏว่าบุคคลผู้พิจารณานั้นมิใช่เป็นผู้ที่มีศีลธรรมและเชื่อมั่นศรัทธาในความยุติธรรม เป็นพื้นฐานแห่งจิตใจแล้ว การที่บุคคลดังกล่าวจะทำการตัดสินใจให้เที่ยงธรรมทุกคตินั้นย่อมเป็นไปได้โดยยาก ดังนั้นในการเลือกบุคคลเข้าเป็นผู้พิพากษานั้น จึงจำเป็นที่จะต้องแสวงหาในการคัดเลือกคนดีประกอบกับความรู้ ความสามารถด้วย แต่ในปัจจุบันหลักการคัดเลือกผู้พิพากษาของไทยนั้นยังมิได้มีการคำนึงถึงเรื่องดังกล่าวอย่างจริงจัง ดังปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2543 ดังต่อไปนี้

#### 4.3.3.1 หลักประกันความเป็นกลางในการคัดเลือกผู้พิพากษา

การเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลไทยในปัจจุบันเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ซึ่งแบ่งระบบการคัดเลือกเข้ามาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาไว้ 3 ช่องทาง คือ การสอบคัดเลือก<sup>46</sup> การทดสอบความรู้<sup>47</sup> และการคัดเลือกพิเศษ<sup>48</sup> ในส่วนของกระบวนการสอบคัดเลือกนั้นจะไม่ขอกกล่าวถึงโดยละเอียดในที่นี้ แต่จะขอกกล่าวโดยสรุปเน้นเฉพาะส่วนของขั้นตอนกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการสรรหาบุคคลที่มาทำหน้าที่ผู้พิพากษาที่เป็นกลางเท่านั้น สำหรับขั้นตอนการคัดเลือกผู้พิพากษา สามารถสรุปได้ดังนี้<sup>49</sup>

1) สำนักงานศาลยุติธรรมจะเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) เพื่อพิจารณาเห็นชอบให้มีการสอบคัดเลือก หลังจากนั้น ก.ต. จะประกาศกำหนดวันและเวลายื่นใบสมัครสอบ

2) ผู้สมัครที่มีคุณสมบัติครบถ้วนต้องมายื่นใบสมัครตามวันที่กำหนด และต้องเข้ารับการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะแพทย์ จากนั้น ก.ต. จะตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบโดยพิจารณาข้อมูลในใบสมัคร ข้อมูลบุคคลต่างๆ ที่ผู้สมัครระบุในใบสมัครซึ่งเจ้าหน้าที่จะสุ่มสอบถามในเรื่องความประพฤติของผู้สมัคร<sup>50</sup> ในระหว่างการตรวจสอบคุณสมบัติ ก.ต. จะมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบคัดเลือกโดยก่อนแต่งตั้งจะมีการสอบถามก่อนว่ามีญาติพี่น้องหรือบุคคลใกล้ชิดเป็นผู้สมัครสอบหรือไม่ หากมีจึงจะแต่งตั้งเป็นกรรมการ ในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า ในทาง

<sup>46</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543, มาตรา 27 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามใหญ่).

<sup>47</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543, มาตรา 28 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามเล็ก)

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543, มาตรา 29 (หรือที่นิยมเรียกว่า สนามจั่ว)

<sup>49</sup> สัตยชัย ผลฉาย และคณะ. (2546). ระบบการคัดเลือกและการอบรมข้าราชการตุลาการในศาลยุติธรรม (รายงานการวิจัย). หน้า 30-35.

<sup>50</sup> หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ ในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2546.

ปฏิบัติการตรวจสอบความใกล้ชิดของคณะกรรมการสอบคัดเลือกกับผู้สมัครมีตรวจสอบโดยละเอียดอย่างน้อยเพียงใดหรือไม่ และหากมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่อาจได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการสอบคัดเลือกแล้วปกปิดข้อความจริงอันควรบอกให้แจ้ง อาจส่งผลต่อความเป็นกลางในการสอบคัดเลือกได้และจะกระทบถึงคุณสมบัติในเรื่องความเป็นกลางของบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาด้วยเช่นกัน

3) ขั้นตอนการออกข้อสอบในเช้าตรู่ของวันที่มีการสอบแต่ละวัน คณะกรรมการออกข้อสอบจะมาประชุมเพื่อคัดเลือกร่างข้อสอบแล้วจัดพิมพ์เป็นข้อสอบต่อไปโดยในวันนั้นจะตัดสายโทรศัพท์ทั้งอาคารเก็บเครื่องมือสื่อสารของกรรมการและเจ้าหน้าที่ไว้จนกว่าการสอบจะผ่านไป แล้ว 1 ชั่วโมง เพื่อป้องกันการรั่วไหลของร่างข้อสอบ ซึ่งถือว่ามีความรัดกุมและป้องกันปัญหาการรั่วไหลของข้อสอบได้

4) เมื่อการสอบได้เสร็จสิ้นแล้ว ในการตรวจให้คะแนนจะมีกรรมการเป็นองค์คณะในการตรวจ 2 คน แยกกันตรวจและบันทึกคะแนนไว้ในกระดาษต่างหากคนละแผ่น หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่จึงจะนำคะแนนนั้นๆมารวมและเฉลี่ยเป็นคะแนนคำตอบข้อนั้น

5) เมื่อประกาศผลสอบข้อเขียนแล้ว จะมีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบผ่านข้อเขียนอีกครั้งหนึ่ง<sup>51</sup>โดยจะมีคณะทำงานกลั่นกรองคุณสมบัติผู้ผ่านการสอบข้อเขียนทำหน้าที่

ตรวจสอบคุณสมบัติเพิ่มเติมก่อนบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและมีการประกาศให้ประชาชนทั่วไปส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้สอบข้อเขียนได้ด้านคุณสมบัติหรือความเหมาะสมต่อการดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการเพื่อประกอบการพิจารณา หลังจากนั้นจึงจะสรุปผลการตรวจสอบและกำหนดวันสอบปากเปล่า

6) เมื่อการสอบเสร็จสิ้นแล้ว ต้องมีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมที่สถานีดำรงท้องที่ที่ผู้สมัครมีภูมิลำเนา หลังจากนั้นจึงจะเข้ารับการฝึกอบรมซึ่งมีกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี หากไม่ผ่านการอบรมอาจต้องอบรมต่ออีกไม่เกิน 1 ปีหรืออาจไม่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลในระหว่างการฝึกอบรมภาคปฏิบัติการติดตามผลบ้างเป็นครั้งคราวในรูปของการประชุมสัมมนาผู้เข้ารับการฝึกปฏิบัติในแต่ละรุ่นและเมื่อการฝึกอบรมครบ 1 ปีแล้วจะมีการประเมินผลจากการฝึกอบรมและมีการทดสอบข้อเขียนเกี่ยวกับงานในหน้าที่ภาคปฏิบัติ เช่น การชี้สองสถาน การส่งคำร้องคำขอต่างๆ และข้อทดสอบความรู้เกี่ยวกับจริยธรรมตามที่

<sup>51</sup> ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2546.

กำหนดในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ หากผ่านการทดสอบจึงจะได้รับการเสนอผลประเมินให้ ก.ต. พิจารณาและดำเนินการในเรื่องการบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาต่อไป

การคัดเลือกบุคคลเพื่อเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา นอกจากต้องเป็นการคัดเลือกบุคคลเพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถในด้านกฎหมายแล้ว สิ่งที่สำคัญอีกอย่างหนึ่ง ก็คือจะต้องคัดเลือกให้ได้บุคคลที่มีคุณธรรมที่ดีในจิตใจอีกด้วย เนื่องจากงานในหน้าที่ผู้พิพากษานั้นไม่ใช่เพียงการวินิจฉัยปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายให้ถูกต้องเท่านั้น แต่จะต้องกระทำการในหน้าที่ด้วยความยุติธรรมด้วย จึงจะถือได้ว่าเป็นงานที่อำนวยความยุติธรรมให้ประชาชนอย่างแท้จริง ซึ่งจากขั้นตอนการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาที่กล่าวมานั้นย่อมเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งแก่สาธารณชนว่า บุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่นี้ทั้งความรู้ ความสามารถทั้งทางด้านกฎหมาย และมีคุณธรรมจริยธรรมในจิตใจเพื่อที่จะอำนวยความยุติธรรมควบคู่ไปด้วย

เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนการสอบคัดเลือกผู้พิพากษาของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นระบบสอบคัดเลือกที่คล้ายคลึงกับระบบของประเทศฝรั่งเศส แต่ระบบการสอบคัดเลือกของไทยนั้นดูเหมือนว่าจะเน้นหนักไปในด้านการคัดเลือกผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางกฎหมายมากเกินไปจนบางครั้งอาจไม่ได้คำนึงถึงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมจริยธรรมที่ผู้พิพากษาพึงมี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติด้านความยุติธรรม ความเป็นอิสระและความเป็นกลางซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

ข้อสอบคัดเลือกผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นข้อสอบที่มุ่งวัดความรู้ ทักษะ และสมรรถภาพด้านกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากทรงคำตอบ ผู้ตอบจะต้องแม่นยำและสามารถจำด้วยทฎหมายและคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องได้เป็นอย่างดี โดยเหตุผลตามเนื้อหาของกฎหมายและเนื้อหาที่ปรากฏจากคำพิพากษาฎีกาที่ถูกต้องครอบคลุมเนื้อหาทุกประเด็นที่ถามเป็นหลัก ผู้ตอบไม่จำเป็นต้องแสดงความคิดเห็นหรือแสดงทัศนคติของตนเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริต ความมีคุณธรรมจริยธรรม ความรักความยุติธรรม ความเป็นอิสระหรือความเป็นกลางให้ต่างไปจากประเด็นที่ถามได้ ซึ่งลักษณะดังกล่าวไม่ได้เป็นการวัดเพื่อค้นหาความเป็นคนดี มีคุณธรรม ความเป็นคนซื่อสัตย์สุจริต รักความยุติธรรม<sup>52</sup> อีกทั้งในขั้นตอนการตรวจสอบประวัติของผู้สมัครที่มีการส่งหนังสือไปสอบถามบุคคลต่างๆ ที่ผู้สมัครระบุไว้ในใบสมัคร ก็มักจะเป็นบุคคลเกี่ยวข้องกับผู้สมัครที่มีทัศนคติที่ดีต่อผู้สมัครเท่านั้น ดังนั้นข้อมูลที่ได้จากการสอบถามบุคคลเหล่านั้นจึงอาจไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับคุณสมบัติเกี่ยวกับคุณธรรมของผู้สมัคร

<sup>52</sup> สุรศักดิ์ ศิริวิเชียร. (2543). การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543. หน้า 69.



และเมื่อผ่านการสอบคัดเลือกและได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้เป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาแล้วก็ต้องเข้ารับการอบรมเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ทางปฏิบัติทั่วไปก็จะอบรมเพียง 1 ปี ซึ่งนับว่าเป็นเวลาที่น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสที่มีระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาที่คล้ายคลึงกับไทย ซึ่งการอบรมนี้ก็เสมือนการบังคับให้ผู้ผ่านการสอบคัดเลือกเข้าห้องเรียนโดยไม่มีแรงกระตุ้นหรือผลักดันให้ผู้เข้ารับการอบรมมีการสนใจในการฝึกอบรมมากนัก เนื่องจากว่าถึงอย่างไรก็ได้รับการบรรจุแต่งตั้งอยู่แล้ว ซึ่งอาจส่งผลให้มีการบรรจุและแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ยังไม่มีความรู้ความสามารถและความเหมาะสมไปปฏิบัติหน้าที่ จนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ไม่เที่ยงธรรมเกิดความเสียหายต่อส่วนรวมและอาจสร้างความเสื่อมศรัทธาแก่สถาบันศาลยุติธรรมด้วย<sup>53</sup> สังเกตได้จากสถิติการทำคดีวินัย<sup>54</sup> ที่ยังปรากฏให้เป็นส่วนน้อย แต่บางเรื่องเป็นเรื่องที่ร้ายแรง เช่น มีพฤติกรรมการณ์ไม่ซื่อสัตย์สุจริตในการพิจารณาคดีหรือเรียกประโยชน์ตอบแทนจากคู่ความเป็นต้น ซึ่งถ้าหากว่าเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น สาธารณชนอาจมีความเคลือบแคลงในความเป็นกลางของศาลก็เป็นได้ ดังนั้นในการคัดเลือกและอบรมผู้พิพากษาจึงต้องมีความเข้มงวดเกี่ยวกับเรื่องจริยธรรมให้มากขึ้น

ในกรณีนี้ในยุคที่ท่านศาสตราจารย์ ศัญญา ชธรรมศักดิ์ ดำรงตำแหน่งเป็นปลัดกระทรวงยุติธรรม ท่านได้จัดให้มีการอบรมพระพุทธศาสนาเป็นพิเศษ โดยอาราธนาท่านพุทธทาสภิกขุจาก ไชยาและให้เป็นการอบรมเป็นระยะเวลาในชุดหนึ่งๆ ก็ประมาณอย่างน้อย 6 ชั่วโมงถึง 10 ชั่วโมง<sup>55</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีที่ดีอย่างหนึ่ง และน่าจะเป็นหนทางสู่การปลูกฝังจิตสำนึกที่ดีในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาต่อไปได้

#### 4.3.3.2 ผลต่อผู้พิพากษาที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของศาล

การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม<sup>56</sup> ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปด้วยความยุติธรรมนั้นอย่างน้อยจะต้องกระทำไปตามหลักความเป็นกลาง หากว่าผู้พิพากษาได้ทำหน้าที่โดยฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวย่อมที่จะกระทบต่อความยุติธรรมที่คู่ความควรจะได้รับ

ดังนั้นการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น จึงเป็นอำนาจตามกฎหมายที่กำหนด ซึ่งการพิพากษาคดีต้องกระทำภายในขอบเขตของอำนาจตามกฎหมายและตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่ควรจะเป็น ในการใช้อำนาจดังกล่าวผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักความเป็นอิสระในกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมาย<sup>57</sup> แต่อย่างไรก็ดี หากผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีไปโดยฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางไม่ว่าการพิจารณา

<sup>56</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 10 ส่วนที่ 1 บททั่วไป, มาตรา 197.

<sup>57</sup> วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ. (2547). ความรับผิดชอบแห่งของผู้พิพากษา. หน้า 103.

พิพากษาคดีจะเกิดขึ้นด้วยมูลเหตุใดก็ตาม ย่อมเป็นอำนาจอิสระตามที่กฎหมายรับรองให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะกระทำได้เมื่อผลของการพิจารณาพิพากษาคดีที่ฝ่าฝืนต่อหลักความเป็นกลางนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว คู่ความฝ่ายใดได้รับความเสียหายจะมีสิทธิเรียกร้องต่อศาลหรือผู้พิพากษาในทางใดได้บ้าง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันแก่คู่ความถึงความเที่ยงกลางของศาล

ในทางแพ่ง ผู้พิพากษามีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทหนึ่ง แต่เนื่องจากศาลไม่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งมีฐานะเป็นกรม อีกทั้งไม่มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ศาลเป็นหน่วยงานของรัฐ<sup>58</sup> ผู้พิพากษาจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ดังนั้นในการพิจารณาความรับผิดและขอบเขตของความรับผิดจึงจำเป็นต้องอาศัยตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการตามหลักทั่วไปในเรื่องความรับผิดทางละเมิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>59</sup> ซึ่งกรณีผู้พิพากษาจะรับผิดทางละเมิดจากการพิจารณาพิพากษาโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางได้ ผู้พิพากษานั้นจะต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้คู่ความได้รับความเสียหายจากการพิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งในปัจจุบันเห็นว่า การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาแม้จะเป็นการกระทำไปตามอำนาจของกฎหมาย ครอบงำโดยผู้พิพากษาพิจารณาคดีไปภายในกรอบของกฎหมายยังถือว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ แม้ว่าจะพิจารณาพิพากษาคดีไปโดยมีอคติหรือความลำเอียงอันเป็นการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางก็ตาม ก็ย่อมต้องถือว่าเป็นการกระทำไปภายใต้อำนาจของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าหากคู่ความได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวของผู้พิพากษาก็จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าผู้พิพากษานั้นจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ตนได้รับความเสียหายอย่างไร หากไม่สามารถพิสูจน์ได้แม้ว่าศาลนั้นจะได้พิจารณาพิพากษาคดีไปด้วยอคติหรือความลำเอียง ผู้พิพากษาย่อมไม่ต้องรับผิดต่อคู่ความนั้นอีก

ในทางอาญามีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดโทษไว้สำหรับศาลหรือผู้พิพากษาที่กระทำผิดเกี่ยวข้องกับความเป็นกลางอยู่เพียง 2 มาตรา คือ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 201 และ 202 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบน เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ไม่ว่าจะโดยชอบหรือมิชอบ โดยเจตนาเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมิชอบนั้น เป็นการที่ผู้กระทำรู้ถึงลักษณะของการกระทำในตำแหน่งกับรู้ถึงความเกี่ยวพันหรือเชื่อมโยงระหว่างทรัพย์สินหรือประโยชน์กับการ

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, มาตรา 4.

<sup>59</sup> วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ. เล่มเดิม. หน้า 105.

กระทำนั้น และผู้กระทำการเรียก รับหรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์นั้น<sup>60</sup> ซึ่งผู้พิพากษาที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางจะผิดตามมาตรานี้ได้ ข้อเท็จจริงต้องปรากฏว่าผู้พิพากษานั้นเรียก รับ หรือยอมรับซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อที่จะพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ตัดสินไปตามเหตุผลของกฎหมายที่ควรจะเป็นหรือแม้กระทั่งผู้พิพากษานั้นได้ตัดสินไปตามอำนาจหน้าที่โดยถูกต้องตามกฎหมายก็ตามหากพฤติการณ์มีการเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแล้ว ความผิดมาตรานี้ย่อมสำเร็จ เพราะมาตรา 201 ใช้คำว่า “เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าจะนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่” และคุณธรรมตามกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ [การรักษา] ความเป็นกลางของงานยุติธรรม

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีบทลงโทษทางอาญาใดที่สามารถเอาผิดกับผู้พิพากษาที่กระทำการ โดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางอย่างอื่นนอกเหนือจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่มีความเป็นกลางเนื่องจากเรียก รับ หรือยอมรับสินบน เช่น การที่ผู้พิพากษามีเจตนาที่จะพิจารณาพิพากษาคดีให้ญาติของตนเป็นฝ่ายชนะคดีโดยไม่ได้แจ้งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงเหตุดังกล่าวมาก่อน หรือผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีให้บริษัทที่ตนหรือคู่สมรสมีส่วนได้เสียในผลแห่งคำพิพากษานั้นเป็นฝ่ายชนะคดี เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ถือเป็นการสวมหมวกหลายใบเช่นกัน แม้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวจะชอบด้วยเหตุผลถูกต้องตามหลักกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความเป็นกลางแล้ว คำพิพากษาที่ออกมาดังกล่าวย่อมทำให้สาธารณชนทั่วไปมีความเคลือบแคลงสงสัยถึงความยุติธรรมของศาลยุติธรรมได้ อันอาจส่งผลเสียต่อความยุติธรรมของระบบศาลทั้งระบบได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำผิดของผู้พิพากษาตามมาตรา 201 ที่มุ่งรักษาความเป็นกลางของงานยุติธรรมแล้ว ย่อมมีจุดมุ่งหมายไม่แตกต่างกันที่ขมขื่นมาข้างต้น แต่กฎหมายกลับไม่ได้บัญญัติเอาผิดในทางอาญาครอบคลุมถึงส่วนนี้ อย่างไรก็ตามมองในอีกมุมหนึ่งแล้วในเมื่อบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาและกำหนดบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาและกำหนดบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางแล้ว จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีบทกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้พิพากษาที่กระทำการ โดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางของศาลอีก เพราะอาจจะกระทบต่อความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของศาลได้ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าจริงอยู่ที่การพิจารณาพิพากษาคดีย่อมจะต้องกระทำไปโดยอิสระ แต่ก็เห็นได้ว่า ตั้งแต่มีบัญญัติในเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาและบทกำหนดโทษในทางอาญามาตรา 201 และมาตรา 202 แทบไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาเลยหรือหากมีเกิดขึ้นก็อาจเป็นส่วนน้อยมาก จึงทำให้เห็นได้ว่าการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาเพิ่มเติมย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาแต่อย่างใด ตรงกันข้ามถ้าหากผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลางอยู่ในจิตใจ

<sup>60</sup> คณิต ฉนกร ก (2549). กฎหมายอาญา ภาคความผิด. หน้า 842.

และประพุดิตนอยู่ในกรอบของจริยธรรมตุลาการอย่างเคร่งครัด ย่อมจะทำให้สาธารณชนได้รับความยุติธรรมที่เท่าเทียมและทั่วถึงกันอีกทั้งเป็นการเพิ่มหลักประกันและเพิ่มความเชื่อมั่นของสาธารณชนในความเป็นกลางและความยุติธรรมของศาลอีกทางหนึ่งด้วย

ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อผู้เสียหายพิสูจน์ได้ หรือกรณีเมื่อปรากฏความไม่เป็นกลางเกิดขึ้น ไม่ว่าผู้กล่าวอ้างจะเป็นผู้ใดเมื่อมีการไต่สวนความไม่เป็นกลางแล้วปรากฏตามความที่ได้เช่นนั้นจริง ควรที่จะมีกฎหมายออกมาบัญญัติตัดอำนาจผู้พิพากษาคณะนั้นๆ ไม่ให้มีสิทธิในการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากปัญหาความไม่เป็นกลางเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม หากยังฝ่าฝืนยอมให้เกิดการพิจารณาคดีไปด้วยความไม่เป็นกลางย่อมเกิดผลเสียหายมากมายต่อความยุติธรรมที่สังคมจะได้รับ

#### 4.3.3.3 ปัญหาบางประการเกี่ยวกับหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของศาลไว้ในมาตรา 107 วรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ซึ่งเหตุผลที่ผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นอิสระอยู่ในตัว เพราะผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ภาระหน้าที่ที่สำคัญเช่นนี้จึงจำเป็นต้องช่วยกันทำทุกวิถีทางให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระจากอำนาจหรืออิทธิพลใดๆ ทั้งปวง เพราะมิฉะนั้นแล้วก็เป็นที่ยากยิ่งที่ผู้พิพากษาจะปฏิบัติหน้าที่ได้<sup>61</sup> และเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชน<sup>62</sup> การมีหลักประกันความเป็นอิสระของศาลย่อมส่งผลให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นไปถึงหลักความเป็นกลางของศาลด้วย เนื่องจากทั้งสองหลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 การที่จะประกันความเป็นกลางว่าศาลดังกล่าวมีความสัมพันธ์กันตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 การที่จะประกันความเป็นกลางว่าศาลยึดถือหลักกฎหมายและความยุติธรรมเป็นที่ตั้งในการพิจารณาคดี ไม่ถูกชักจูงบีบบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลแปรไปตามความต้องการหรือประโยชน์ของฝ่ายใดซึ่งจำเป็นต้องมีการวางหลักประกันอิสรภาพให้แก่ตุลาการ<sup>63</sup> ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงปัญหาบางประการเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาลเกี่ยวกับการจ่ายสำนวนคดี การเรียกคืนสำนวนคดี และการโอนจำนวนคดี ซึ่งอาจจะทำให้ศาลเสียความเป็นอิสระไป หากไม่มีกฎหมายมาควบคุมผู้รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนทำให้เกิดการจ่ายสำนวนได้

<sup>61</sup> ศักดา โมกขมรรคกุล. (2539). “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” วารสารบทบัญญัติ, 52, 3. หน้า 4.

<sup>62</sup> ธรรม์ ชาลีจันทร์. (2536). “ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ.” วารสารอัยการ, 182, 16. หน้า 128.

<sup>63</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2549). การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. หน้า 98.

ตามอำเภอใจ หรือทำให้ผู้ที่เป็นคนใกล้ชิดสนิทสนมเพื่อความสะดวกในการจูงใจ<sup>64</sup> อันอาจส่งผลกระทบต่อถึงความเป็นกลางของศาลได้

หลักเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนนั้นเดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249<sup>65</sup> ได้บัญญัติรองรับหลักการไว้ แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ระเบียบวิธีปฏิบัติของศาลยุติธรรม ได้บัญญัติในเรื่องการจ่าย การโอน และการเรียกคืนสำนวนคดีไว้ในมาตรา 32 ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

การจ่ายสำนวนคดีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 32 ให้ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล หรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกในแต่ละศาล (หรือผู้จ่ายสำนวนคดี) เป็นผู้รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาในศาลหรือในแผนกคดีนั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม<sup>66</sup> ปัจจุบันมีระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544<sup>67</sup> อันเป็นหลักเกณฑ์ปฏิบัติในการจ่ายสำนวนของผู้จ่ายสำนวนคดีตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ผู้จ่ายสำนวนคดีจัดองค์คณะผู้พิพากษาในศาลหรือแผนกที่ตนรับผิดชอบให้มีองค์คณะสำหรับรับสำนวนคดีทั่วไปสำนวนคดีพิเศษ และสำนวนคดีจัดการพิเศษ แล้วกำหนดลำดับตามหลักอาวุโสหรือหลักเกณฑ์อื่นที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนดและการจ่ายสำนวนคดีให้เป็นไปตามลำดับที่ได้จัดไว้ หรือถ้าหากเป็นวิธีการอื่นที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนดก็จะต้องไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาใด ซึ่งประเด็นนี้สามารถเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ในระดับหนึ่ง ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันมิให้เกิดการจ่ายสำนวนคดีให้แก่ผู้ที่มีความใกล้ชิดสนิทสนมเพื่อความสะดวกในการจูงใจได้ แต่ก็ยังมีช่องให้ผู้จ่ายสำนวนคดีสามารถทำได้โดยระเบียบดังกล่าวได้เปิดช่องให้ผู้จ่ายสำนวนคดีสามารถวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดองค์คณะเกี่ยวกับสำนวนคดีโดยแยกสำนวนคดีทั่วไป สำนวนคดีพิเศษ และสำนวนคดีจัดการพิเศษ โดยระเบียบไม่ได้กำหนดจำนวนขั้นต่ำขององค์คณะในคดีแต่ละประเภทไว้ ดังนั้นหากว่าผู้จ่ายสำนวน

<sup>64</sup> ชุมพล จันทราทิพย์ แก้วใจเพิ่มเติมโดย สมลักษณ์ จัดกระบวนพล. (2548). พระธรรมนูญศาลยุติธรรม. หน้า 90.

<sup>65</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249 วรรคสาม “การจ่ายสำนวนคดีให้ผู้พิพากษาและตุลาการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ.”

<sup>66</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ มาตรา 32 วรรคสอง “การออกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการยุติธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมขององค์คณะผู้พิพากษาที่จะรับผิดชอบสำนวนคดีนั้น รวมทั้งปริมาณคดีที่องค์คณะผู้พิพากษาแต่ละองค์คณะต้องรับผิดชอบ.”

คดีเห็นว่า ผู้พิพากษาใดที่ตนสามารถที่จะจงใจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ก็อาจจะตั้งบุคคลดังกล่าวไปอยู่ในองค์คณะคดีพิเศษ หรือคดีจัดการพิเศษ เพียงองค์คณะเดียวได้ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้การจัดองค์คณะต้องจัดให้ตรงกับความสำเร็จและความเหมาะสมก็ตาม แต่ก็มิได้เป็นการบังคับให้ผู้จ่ายสำนวนคดีต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดแต่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติเพื่อใช้ประกอบดุลพินิจในการจัดองค์คณะผู้พิพากษาของผู้จ่ายสำนวนคดีเท่านั้น ดังนั้นจึงควรที่จะต้องพิจารณาว่าการให้ผู้จ่ายสำนวนคดีมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนแก่องค์คณะผู้พิพากษาในกรณีเช่นนี้ จะถือเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ขององค์คณะผู้พิพากษาจนทำให้กระทบถึงความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษามากเกินไปหรือไม่

ปัญหาอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาล กล่าวคือ หลักความเป็นอิสระของศาลเป็นหลักประกันพื้นฐานอีกอย่างหนึ่งที่จะทำให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาได้อย่างยุติธรรมตามที่กล่าวมาแล้ว แต่การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาเชื่อว่าจะสามารถกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจไปเสียทุกอย่างไม่ โดยเฉพาะการพิพากษาคัดสินคดี มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องพิพากษาไปตามตัวบทกฎหมายและจะต้องอธิบายเหตุผลได้ว่า เพราะเหตุใดจึงพิพากษาคัดสินออกมาเช่นนั้น การที่ศาลจะต้องให้เหตุผลในการตัดสินคดีเสมือนนี้เป็นกฎเกณฑ์อีกอย่างหนึ่งนอกเหนือจากหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางของศาลที่จะทำให้ประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจในความยุติธรรมของศาล<sup>68</sup> ดังนั้นการให้เหตุผลในคำพิพากษาจึงเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นว่าศาลได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความอิสระและเป็นกลางโดยผ่านทางเหตุผล ในคำพิพากษาที่ตัดสินออกมาอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมแก่คู่ความและสาธารณชนอันจะส่งผลต่อความเชื่อมั่นในความยุติธรรมที่ดีขึ้นต่อไป

การให้เหตุผลในคำพิพากษามาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 141 (4) “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทำเป็นหนังสือและต้องกล่าวหรือแสดงเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยทั้งปวง” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186(6) “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีข้อสำคัญเหล่านี้เป็นอย่างน้อย เหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” แต่ว่าในสภาพเหตุการณ์ในปัจจุบันที่จำนวนคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ประกอบกับการดำเนินคดีจะต้องทำให้เสร็จสิ้นไปอย่างรวดเร็ว จึงอาจทำให้ศาลไม่อาจทำคำพิพากษาได้อย่างพิถีพิถัน ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายไทยเปิดโอกาสให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลสูงในปัญหาข้อเท็จจริงมากขึ้นไปในกรณีเช่นนี้หากมีการละเลยไม่นำพาต่อการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือว่าให้เหตุผลในคำ

<sup>68</sup> ยงยุทธ มหินทรกุล. (2538). “การให้เหตุผลในคำพิพากษาคืออาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 25, 2.

พิพากษาที่ไม่เพียงพอหรือไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วสาธารณชนย่อมที่จะขาดความเชื่อถือในคำพิพากษาและความยุติธรรมของศาล

สรุป ในกรณีที่ผู้พิพากษาสวมหมวกหลายใบ หรือดำรงตำแหน่งหลายอย่างในเวลาเดียวกัน เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เกิดความขัดแย้งกันในบทบาทหน้าที่ นอกจากจะเป็นกรณีที่บุคคลมีหน้าที่หรือประโยชน์ทับซ้อนระหว่างองค์กรต่างองค์กรหรือมีการดำรงตำแหน่งต่างสถาบันในความเป็นอธิปไตย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ผลกระทบในเรื่องอื่นๆ ของการทำหน้าที่ขัดกันนั้นมีหลากหลายกรณี และยังมีข้อที่น่าคิดในเรื่องการใช้หน้าที่ขัดกันอยู่อีกว่า กรณีการที่เป็นทนายความในคดีเรื่องเดียวกันต่อมาเนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาใช้เวลานาน ทนายความผู้นั้นสอบได้เป็นผู้พิพากษาต้องพิจารณาคดีเดียวกันก็อาจถือได้ว่าเป็นเหตุให้ทำหน้าที่ขัดกันหรือไม่ หรือการที่เป็นผู้พิพากษาศาลชั้นต้นต่อมาได้มีการย้ายเข้ามาทำหน้าที่ในคดีเดียวกันในศาลอุทธรณ์ที่ตนเคยมีคำพิพากษาในศาลชั้นต้นมาแล้ว และกรณีเช่นเดียวกันการที่เป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์แล้วต่อมาเข้ามารับตำแหน่งในศาลฎีกาและต้องมานั่งพิจารณาคดีเดียวกันที่ตนเคยมีคำพิพากษามาในศาลอุทธรณ์ เป็นกรณีการทำหน้าที่ขัดกันหรือไม่ ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ถือเป็นกรณีการขัดกันในหน้าที่ เพราะแม้การดำรงตำแหน่งในฐานะหลายตำแหน่งนั้น จะไม่ได้ดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะเดียวกันก็ตาม แต่ในเมื่อการใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจผ่านทางการถ่วงถ่วงและตัดสินใจไปแล้วจึงยากที่จะให้ความยุติธรรมและความรู้สึกที่เป็นกลางเกิดขึ้นใหม่ หรือแม้กระทั่งการที่ผู้ที่ต้องทำการสอบสวนอรรถคดีมาแล้วต้องมาทำการตัดสินใจพิพากษาในคดีเดียวกัน จะเห็นได้ว่าความวิสัยของปฎุชนย่อมได้เกิดกระบวนการคิดและซังน้ำหนักพยานหลักฐานและตัดสินใจพิพากษาตั้งแต่ในชั้นของการสอบสวนแสวงหาพยานหลักฐานแล้ว กรณีจึงถือได้ว่าบุคคลผู้นั้นได้ทำหน้าที่ขัดกัน เนื่องจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่มีข้อก้ำกัในในฐานะและพื้นหลังความข้องเกี่ยวในอรรถคดีในการใช้อำนาจที่ทับซ้อนกันอยู่ อีกทั้งกรณีดังกล่าวกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้แต่อย่างไร

และกรณีข้างต้นมีความละเอียดอ่อนคาบเกี่ยวในเรื่องของการได้สวนคดีของผู้พิพากษา ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการของไทย ข้อ 3 ได้กำหนดบทบาทให้ศาล “วางตัวเป็นกลาง” ผู้พิพากษาจักต้องแสดงออกซึ่งความเป็นกลางในการพิจารณาคดี ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและปฏิบัติต่อคู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเสมอเหมือนกันทุกประการ จักต้องมีให้คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้องรู้สึกว่าคุณได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าผู้อื่น

ในข้อ 9 กำหนดให้ การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยาน ควรเป็นหน้าที่ของคู่ความนั้น ก็ไม่ใช่ข้อกำหนดให้ศาลวางเฉยในการค้นหาข้อเท็จจริง เช่นกัน ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการซักถามพยานหรือเรียกพยานมาสืบหรือเรียกพยานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ได้เอง เนื่องจากถ้าปล่อยให้ทำหน้าที่ของคู่ความ โดยเฉพาะในการสืบและ

การซักถามพยานแล้ว อาจมีข้อบกพร่องหรือช่องโหว่ในสำนวนคดี หรืออาจมีกรณีพยานเบิกความขัดต่อเหตุผลธรรมดา หรือไม่แจ่มแจ้งยากแก่การตัดสินใจให้เที่ยงธรรมในฐานะที่ศาลเป็นคนกลางได้ โดยเฉพาะในคดีอาญา ศาลควรจะซักถามพยานของคู่ความเพื่อให้อรรถคดีคลายความกังขาและเที่ยงตรงเป็นธรรม

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนมากขึ้นกว่าปัจจุบันนี้ เนื่องจากในการใช้อำนาจในทางกฎหมายของผู้พิพากษานั้นเป็นการใช้อำนาจที่ก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อคนส่วนรวมได้ง่าย จึงควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายให้เกิดประโยชน์ทั้งต่อผู้ใช้กฎหมายและผู้ที่มีส่วนได้เสียในอรรถคดีหรือประชาชนส่วนรวม เพื่อให้เกิดความชัดเจนและความยุติธรรมต่อไปในอนาคต