

บทที่ 6

แนวทางการพัฒนาระบบการจัดการทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและ จำเลยในคดีอาญาของประเทศไทย

จากการศึกษาสภาพปัญหา และการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดแนวทางการพัฒนาระบบการจัดการทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาของประเทศไทย โดยเน้นการจัดการทนายความที่มีประสิทธิภาพและเพียงพอกับความต้องการของผู้ต้องหาและจำเลย ตามแนวทางดังต่อไปนี้

6.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความ

6.1.1 คุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความ

คุณสมบัติของผู้ที่จะปฏิบัติหน้าที่ทนายความของประเทศไทยในปัจจุบัน มีข้อพิจารณาบางประการ คือ จะต้องสำเร็จการศึกษาทางนิติศาสตรบัณฑิต และผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรของสภาทนายความเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า การประกอบวิชาชีพทนายความ โดยเฉพาะการดำเนินการทางศาลในชั้นพิจารณาของศาลในคดีอาญานั้นมีความสำคัญอย่างมากในกระบวนการยุติธรรมเพราะทนายความจะเป็นผู้ที่ดำเนินคดีแทนคู่ความเสมือนหนึ่งทนายความเป็นตัวแทนของตัวเอง โดยทนายความจะต้องเป็นผู้เสนอพยานหลักฐานในศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ให้ศาลเพื่อหักล้างการพิสูจน์ของพนักงานอัยการ โจทก์ในคดีอาญา ตามระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหาที่ประเทศไทยยึดถือ ด้วยเหตุนี้ น่าจะเป็นผลดีในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญายิ่งขึ้น หากจะได้มีการทบทวนการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความขึ้นเสียใหม่

จากการศึกษาคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นทนายความในประเทศที่พัฒนาแล้วทางกฎหมาย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความได้นั้น จะต้องผ่านการทดสอบความรู้ในชั้นเนติบัณฑิตก่อนแล้วเท่านั้น เนื่องจากการสอบผ่านเป็นเนติบัณฑิตย่อมเป็นเครื่องรับประกันคุณภาพในด้านความรู้ ความเข้าใจ ในระบบกฎหมาย ด้วยบทกฎหมาย การใช้และการตีความกฎหมายได้เป็นอย่างดี ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้ที่จะเป็นทนายความในชั้นพิจารณาของศาล ควรจะมีคุณสมบัติที่สูงกว่าในระบบปัจจุบัน โดยผู้ที่จะ

ประกอบวิชาชีพทนายความได้นั้น จะต้องสอบผ่านการวัดความรู้ของเนติบัณฑิตยสภาเสียก่อน จึงจะสามารถเข้ารับการฝึกอบรมเพื่อให้ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความได้อีกชั้นหนึ่ง เนื่องจากการประกอบวิชาชีพทนายความนั้น จะต้องได้รับการถ่ายทอดความรู้ในภาคปฏิบัติและประสบการณ์ รวมถึงทัศนคติ ค่านิยม และจริยธรรมที่สูงกว่าผู้ประกอบอาชีพทั่วไป จากผู้ที่เคยเป็นทนายความมาแล้วด้วย จึงจะทำให้การใช้ความรู้ทางกฎหมายเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ ยุติธรรม มีคุณธรรม และเป็นผู้พิทักษ์ความยุติธรรมในสังคม อันจะทำให้ได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างแท้จริง

การที่ผู้เขียนเสนอเช่นนี้อาจจะมีผู้โต้แย้งได้ว่า การกำหนดคุณสมบัติไว้อย่างเดิมนั้นมีความเหมาะสมแล้วเนื่องจากกระบวนการในการฝึกอบรมกว่าจะได้รับใบอนุญาตว่าความนั้นมีขั้นตอนที่เหมาะสมแล้วไม่ใช่ทุกคนจะผ่านการฝึกอบรมได้ แต่ผู้เขียนต้องการชี้ให้เห็นว่า ถ้ามีการกำหนดคุณสมบัติให้สูงขึ้นกว่าเดิมประกอบกับการฝึกอบรมที่ดีก็จะทำให้ได้ทนายความที่มีคุณภาพจบออกมารับใช้สังคมมากกว่าที่เป็นอยู่ อันจะสอดคล้องกับแนวทางที่ประเทศพัฒนาแล้วทางกฎหมายเชื่อมั่นและยึดถือปฏิบัติอยู่ แม้ว่าการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นทนายความในประเทศไทยนั้น ถือว่าดีกว่าประเทศแม็กซิโก และประเทศในแถบละตินอเมริกา เนื่องจากทนายความในประเทศกำลังพัฒนาดังกล่าว เพียงสำเร็จการศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ก็สามารถประกอบวิชาชีพทนายความได้ทันที แต่ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทย ควรกำหนดมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพทนายความให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศที่พัฒนาแล้วโดยกำหนดให้ผู้ที่จะเป็นทนายความและความในชั้นศาลได้จะต้องสอบผ่านการวัดความรู้ของเนติบัณฑิตยสภาแล้วเท่านั้นจะเป็นการดีและเป็นหลักประกันในเรื่องคุณภาพของทนายความได้ในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอไปแล้วว่า การต่อสู้คดีในชั้นศาลของทนายความ มีเนื้อหาและขั้นตอนที่แตกต่างจากการเข้าร่วมฟังการสอบสวนปากคำของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นทนายความในชั้นสอบสวน จึงอาจจะมีการกำหนดไว้แตกต่างกันได้ ด้วยเหตุที่ว่า ทนายความในชั้นสอบสวน ไม่ได้มีบทบาทในการถามคำถาม หรือนำเสนอหลักฐานใด ๆ ต่อพนักงานสอบสวนในขณะที่ทำการสอบสวน เป็นแต่เพียงผู้สังเกตและยับยั้งการกระทำผิดหรือใช้อำนาจโดยไม่ชอบในขณะที่ทำการสอบสวนปากคำผู้ต้องหาเท่านั้น คุณสมบัติของทนายความ โดยเฉพาะเรื่อง การสอบผ่านความรู้ชั้นเนติบัณฑิตจึงอาจจะไม่จำเป็นเท่ากับผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความในชั้นการพิจารณาของศาล

6.1.2 พัฒนาระบบการฝึกอบรมผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

จากระบบการฝึกอบรมผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ผู้เขียนมีความเห็นว่า ขั้นตอนในการสอบแม้จะมีการสอบภาคทฤษฎีซึ่งผู้เข้ารับการฝึกอบรมจะเข้า

เรียนหรือไม่ก็ได้แล้วมีการสอบในส่วนภาคทฤษฎีผู้สอบผ่านภาคทฤษฎีจึงจะมีสิทธิในการเข้ารับการฝึกอบรมในส่วนภาคปฏิบัติเป็นระยะเวลา 6 เดือน เมื่อครบกำหนดแล้วก็มีสิทธิในการสอบภาคปฏิบัติ ผู้ผ่านการสอบทั้งสอบภาคจึงจะมีสิทธิยื่นขอรับใบอนุญาตผู้ประกอบการวิชาชีพนายความได้

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏส่วนใหญ่ในการฝึกอบรมภาคปฏิบัติที่กำหนดให้มีการฝึกอบรมเป็นระยะเวลา 6 เดือนโดยสำนักฝึกอบรมฯ ของสภาทนายความจะส่งให้ผู้เข้ารับการฝึกอบรมไปประจำยังสำนักงานกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเรียนรู้งานในสายปฏิบัติ แต่มีบางส่วนที่ไม่ได้ไปฝึกงานจริง เพราะไม่มีระบบการตรวจสอบว่าฝึกงานจริงหรือไม่ เพียงมีรายงานการรับรองการฝึกงานของหัวหน้าสำนักงานว่าผู้เข้ารับการฝึกอบรมนั้นฝึกงานครบกำหนดแล้วก็สามารถที่จะกลับมาสอบในส่วนภาคปฏิบัติได้ จึงทำให้ผู้เข้ารับการฝึกอบรมบางกลุ่มที่ไม่ได้ฝึกงานจริงสามารถที่จะสอบผ่านในส่วนภาคปฏิบัติได้ เพราะในการสอบภาคปฏิบัติส่วนใหญ่ก็จะสอบให้เขียนคำฟ้อง คำให้การ คำแถลง คำร้องขอต่าง ๆ บัญชีระบุยาน ในแบบฟอร์มจริงที่จะใช้กับศาล ร่างหนังสือทวงถาม ซึ่งแม้ผู้ไม่ผ่านการฝึกอบรมในส่วนภาคปฏิบัติก็สามารถที่จะสอบผ่านได้เพราะคู่มืออย่างเก่าๆ หรือสอบถามจากทนายความรุ่นพี่ ก็จะทำให้กลุ่มนี้ได้รับใบอนุญาตว่าความ ซึ่งไม่มีประสบการณ์จริงเลยแล้วกลุ่มนี้ไปสมัครใจเป็นทนายความอาสาหรือทนายความขอแรงแล้วจะปฏิบัติงานจริงได้อย่างไร' ผลร้ายก็จะตกอยู่กับจำเลยหรือผู้ต้องหาที่ได้ทนายความผู้นั้นไปเป็นทนายความแก้ต่างให้กับตนแล้วเราจะกล่าวได้อย่างไรว่าประเทศไทยมีระบบการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยอย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

ฉะนั้น จึงควรมีการแก้ไขขั้นตอนในการฝึกอบรมผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความให้รัดกุมและมีการฝึกอบรมทบทวน หรือ การสัมมนาปัญหาทางกฎหมายในภาคปฏิบัติโดยสม่ำเสมอ โดยสภาทนายความ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการฝึกอบรมและออกใบอนุญาตผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความ ควรจะได้วางมาตรการในการตรวจสอบว่าทนายความฝึกหัดได้มีการปฏิบัติงานจริงหรือไม่ และมีบทลงโทษทั้งสำนักงานทนายความที่รับฝึกหัด และตัวทนายความฝึกหัด เพราะถือว่าเป็นการแจ้งความอันเป็นเท็จต่อองค์กรควบคุมวิชาชีพ อันเป็นการประทุษปฏิบัติขัดต่อมรรยาททนายความอย่างร้ายแรง สภาทนายความ ควรจะได้ออกข้อกำหนดเป็นต้นว่า หากทนายความฝึกหัด หรือ สำนักงานทนายความผู้รับฝึกหัด หรือ องค์กรใด ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรับฝึกหัดปฏิบัติงาน กระทำผิด หรือ มีส่วนช่วยเหลือในการกระทำผิดในการแจ้งความอันเป็นเท็จไม่ว่าเท็จทั้งหมด หรือบางส่วน ต้องถูกดำเนินการสอบสวนทางวินัย หากพบว่ามีกระทำความผิดควร

¹ ข้อมูลในการสัมภาษณ์ทนายความบางท่าน แต่ผู้ให้สัมภาษณ์ไม่ต้องการให้ระบุชื่อเพราะเกรงว่าจะเป็นปัญหาในการประกอบวิชาชีพทนายความในอนาคตของผู้ให้สัมภาษณ์ได้ และประการณ์บางส่วนของผู้เขียนเองที่ได้เคยสมัครเข้ารับการฝึกอบรม ของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภาทนายความ

จะต้องได้รับโทษหนักถึงขั้นเพิกถอนใบอนุญาตว่าความชั่วคราวหรือตลอดไปได้ ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของเรื่อง

ผู้เขียนเห็นว่า สภานายความ ควรจะได้นำกฎเกณฑ์มาตรฐานวิชาชีพนักกฎหมาย ของ American Bar Association หรือ สมาคมนิติบัณฑิตอเมริกัน (ABA Model Rules of Professional Conduct) มาประยุกต์ใช้ ตามแนวทางที่ผู้เขียนได้นำมาเสนอไว้ในภาคผนวก โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ข้อ 8.3 การรายงานกรณีมีการประพฤติไม่ชอบด้วยมาตรฐานวิชาชีพ (Reporting Professional Misconduct) ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ทนายความ ผู้ซึ่งรู้อยู่แล้วว่า ทนายความผู้อื่น ได้ประพฤติผิดจากมาตรฐานวิชาชีพนักกฎหมาย ซึ่งฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์นี้ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญ เกี่ยวกับความบริสุทธิ์ยุติธรรมของทนายความ ความซื่อสัตย์สุจริตของทนายความ หรือ ความเหมาะสมในการเป็นทนายความในด้านอื่น ๆ ทนายความผู้นั้นจะต้องรายงานการประพฤติไม่ชอบต่อองค์กรควบคุมวิชาชีพให้ทราบ เพื่อให้องค์กรควบคุมวิชาชีพทนายความดำเนินการสืบสวนและพิจารณาทัณฑ์ทางวินัยต่อไป หากสภานายความได้กระทำการลงโทษผู้ประพฤติดมรรยาททนายความอย่างจริงจังแล้ว ย่อมจะทำให้ทนายความได้พัฒนามาตรฐานการปฏิบัติงานให้ดียิ่งขึ้นและมีความระมัดระวังยิ่งขึ้น เมื่อคุณภาพของวิชาชีพทนายความได้รับการยอมรับแล้วย่อมส่งผลดีต่อการปฏิบัติหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรงในท้ายที่สุด

นอกจากนี้ สภานายความ ควรจะได้นำแนวคิดในการฝึกอบรม ตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอไปแล้วในบทที่ 5 หัวข้อ 5.2.3 (6) และมีมาตรการในการตรวจสอบคุณภาพการฝึกอบรม ตามแนวทางของ ตามหัวข้อ 5.2.4 ตัวแบบมาตรฐานในการฝึกหัดและพัฒนาทนายความ (NLADA Defender Training and Development Standards) มาประยุกต์ ใช้เป็นแนวทางในการจัดการฝึกอบรม และการพัฒนาคุณภาพการปฏิบัติงานของทนายความต่อไป

6.1.3 การกำหนดคุณสมบัติของทนายความอาสาและทนายความขอแรง

จากการศึกษาพบว่า การแต่งตั้งทนายความในชั้นสอบสวน จะดำเนินการโดยพนักงานสอบสวน และการแต่งตั้งทนายความในชั้นพิจารณา จะดำเนินการโดยศาล ซึ่งพนักงานสอบสวนจะแจ้งไปยังสภานายความ หรือ ประธานสภานายความประจำจังหวัด ให้ส่งทนายความเข้าร่วมฟังการสอบสวน ส่วนในชั้นพิจารณานั้น ศาลจะแต่งตั้งทนายความให้จำเลยตามลำดับการขึ้นบัญชีกับศาลไว้ โดยไม่ได้คำนึงถึงประเภทคดี และประสบการณ์ รวมถึงการได้รับการฝึกอบรม หรือ ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะในคดีอาญาที่มีลักษณะที่จะต้องปฏิบัติเป็นกรณีพิเศษแต่ประการใด การแต่งตั้งทนายความในลักษณะดังกล่าว แตกต่างจากตัวแบบมาตรฐานการจัดการและพัฒนาประสิทธิภาพของทนายความ ตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในบทที่ 5 หัวข้อ 5.2.3 (7) เป็นอย่างมาก เนื่องจากมาตรฐานดังกล่าวได้เสนอข้อพิจารณาในการแต่งตั้งทนายความ ที่จะต้องคำนึงถึง

ประสบการณ์และความชำนาญเฉพาะของทนายความ ซึ่งโดยปกติในคดีที่มีโทษไม่ถึงขั้นประหารชีวิต ปกติศาลจะต้องแต่งตั้งทนายความผู้มีประสบการณ์ในการแก้ต่างคดีร้ายแรงมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี และจะต้องเป็นผู้ที่ต่างคดีที่มีกระบวนการพิจารณาโต้แย้งกันจนเสร็จสิ้นสมบูรณ์ (ต่อหน้าคณะลูกขุน) ไม่น้อยกว่า 2 คดีด้วย ในขณะที่ประเทศไทย ไม่มีมาตรการดังกล่าว ทำให้ทนายความใหม่ ๆ อาจจะต้องทำการแก้ต่างคดีอาญาร้ายแรง โดยไม่ได้การผ่านการฝึกอบรม และไม่มีทนายความผู้มีประสบการณ์เป็นผู้คอยให้ความช่วยเหลือ สนับสนุนการแก้ต่างคดีด้วยผลร้ายที่เกิดขึ้นก็ย่อมเกิดกับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ได้ทนายความผู้นั้นเป็นผู้แก้ต่างให้

ผู้เขียนจึงเห็นว่า สภาทนายความ และศาล ควรจะจัดทำบัญชีกำหนดประเภทคดี และกำหนดคุณสมบัติของทนายความในแต่ละประเภทคดี ที่ต้องการความรู้ ความสามารถ และความชำนาญทางกฎหมายในแต่ละประเภทคดีนั้น เป็นต้นว่า ตัวแบบของรัฐ Connecticut ได้บัญญัติถึงประสิทธิภาพของทนายความไว้ใน Guideline 2.1(a) ว่า ทนายความในคดีอาญา ควรจะต้องมีความรอบรู้ในกฎหมายในสารัตถะและกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเพียงพอ หรือตัวแบบของรัฐ Georgia ได้กำหนดไว้ใน Guideline ข้อ 3.1 ว่า ในการคัดเลือกทนายความจำเลยนั้น จะต้องพิจารณาว่าเป็นบุคคลที่มีความสามารถ ซึ่งหมายถึง บุคคลนั้น จะต้องมีความรู้ทางกฎหมายที่เพียงพอ มีความสามารถในการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการแก้ต่างคดีในศาลและสามารถบริหารจัดการงานในหน้าที่ได้อย่างมีคุณธรรม ตามหลักจริยธรรมและมาตรฐานวิชาชีพนักกฎหมาย และยังคงต้องเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตของรัฐด้วย มาประกอบกับตัวแบบของรัฐ Indiana ที่ได้กำหนดรายละเอียดในการแต่งตั้งทนายความจำเลยไว้ โดยคำนึงถึงประสบการณ์ของผู้ที่จะเป็นทนายความให้แก่จำเลย ไว้ตาม Standards for Indigent Defense Services in Non-Capital Cases (E) โดยกำหนดว่า ในคดีความผิดร้ายแรงชั้นที่ 1 หรือ 2 (Class A or B Felony) นั้น จะต้องแต่งตั้งจากทนายความที่มีประสบการณ์ในฐานะผู้ว่าความคดีอาญาในศาลมาอย่างน้อย 2 ปี และจะต้องมีประสบการณ์ ในฐานะหัวหน้าทนายความ หรือ ผู้ช่วยหัวหน้าทนายความ (a lead or co-counsel) ผู้ซึ่งว่าต่างคดีร้ายแรงที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคณะลูกขุนจนเสร็จสิ้นคดีอย่างน้อย 2 คดี

ส่วนความผิดร้ายแรงชั้นที่ 3 (Class C Felony) ทนายความที่จะได้รับการแต่งตั้งนั้น จะต้อง มีประสบการณ์ในการแก้ต่างคดีอาญาในศาลมาแล้วไม่น้อย 1 ปี และจะต้องดำเนินการในฐานะ หัวหน้าทนายความ หรือ ผู้ช่วยหัวหน้าทนายความผู้ซึ่งว่าต่างคดีร้ายแรงที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าคณะลูกขุนจนเสร็จสิ้นคดีอย่างน้อย 3 คดี

แม้ ณ ปัจจุบันมีระเบียบคณะกรรมการการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัล และค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548 ข้อ 10 กำหนดว่า “เนื่องในการพิจารณาดังทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ศาลพึงคำนึงถึงความยากง่ายของคดีและประสบการณ์ของทนายความประกอบด้วย แต่ ถ้าได้มีการจัดหาทนายความให้แล้วในชั้นสอบสวนและทนายความนั้นเป็นผู้มีชื่ออยู่บัญชีรายชื่อ

ทนายความขอแรงของศาล เมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยร้องขอ ศาลอาจมีคำสั่งตั้งทนายความในชั้นสอบสวนเป็นทนายความต่อไปในชั้นพิจารณาก็ได้” แต่อย่างไรก็ตามระเบียบฉบับนี้เพียงแต่ให้ศาลต้องคำนึงถึงความยากง่ายของคดีและประสบการณ์ของทนายความประกอบกันเท่านั้นในการแต่งตั้งทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลย ผู้เขียนจึงมีความเชื่อมั่นว่า หากมีการนำแนวคิดในเรื่องประสบการณ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในแต่ละประเภทคดี มาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกทนายความออกเป็นกลุ่มคดี ประกอบกับพื้นฐานความรู้ทางกฎหมาย และการสอบผ่านเนติบัณฑิต มาประกอบกับประสบการณ์ในการทำงานแล้ว ทนายความที่รัฐจัดหาให้กับผู้ต้องหาหรือจำเลยจะเป็นผู้ที่มีคุณภาพและสามารถปฏิบัติงานในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือทำการแก้ต่างคดีให้กับจำเลยได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติอย่างแน่นอน

6.2 พิจารณาทบทวนแก้ไขกฎหมาย: กำหนดข้อจำกัดในการให้ความช่วยเหลือ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/1 และมาตรา 173 กำหนดให้รัฐจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ในกรณีที่มิอัตราทนายจำคุกตลอดชีวิต หรือในกรณีที่มิอัตราทนายถึงขั้นประหารชีวิต ทำให้รัฐต้องจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยในทุกคดี ในขณะที่รัฐมีทรัพยากรและงบประมาณอันจำกัด ทั้ง ๆ ที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยส่วนหนึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจที่สามารถจัดหาทนายความได้เอง แม้ว่าหลักการการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยไม่คำนึงฐานะทางเศรษฐกิจและการเข้าถึงความยุติธรรมโดยเท่าเทียม จะเป็นหลักการที่ดีมาก แต่หากพิจารณาจากความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติเชิงงบประมาณและการบริหารงานให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในงบประมาณที่จำกัดแล้ว การบัญญัติกฎหมายที่สวゆるในหลักการจึงเป็นสิ่งที่ควรได้รับการพิจารณาทบทวนกันใหม่

ผู้เขียนเห็นว่า ในขณะที่รัฐมีความจำเป็นในการดำรงอยู่ร่วมกันและมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาประเทศชาติให้ก้าวหน้าไปในทุก ๆ ด้าน พร้อม ๆ กับหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว รัฐจึงควรพิจารณาว่าควรจะให้ความคุ้มครองประชาชนผู้ด้อยโอกาสและไม่อาจเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้อย่างไร โดยไม่ก่อให้เกิดภาระของรัฐมากเกินไปจนเป็นอุปสรรคในการพัฒนาประเทศชาติในด้านอื่น ๆ ที่สำคัญไปทั้งหมด จากการศึกษาแนวทางให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนจากประเทศพัฒนาแล้ว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นแม่แบบของสิทธิที่จะมีทนาย (Right to counsel) นั้น จะพบว่า แม้ประเทศสหรัฐอเมริกามีฐานะทางเศรษฐกิจที่ร่ำรวยกว่าประเทศไทยมาก ก็ยังไม่อาจจะให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนทุกคน โดยไม่มีการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไว้เลย ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการทั่วไปว่า เฉพาะผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ยากจนเท่านั้น ที่ไม่อาจเข้าถึง

กระบวนการยุติธรรมเพราะไม่อาจจะจ่ายค่าทนายความได้ ฉะนั้น ในเรื่องการจัดหาทนายความ ให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยโดยรัฐเป็นผู้จัดหาให้ ผู้เขียนเห็นว่า มีความจำเป็นที่จะต้องทบทวน หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิในการที่จะได้รับความช่วยเหลือในการมีทนายความ โดยไม่เสีย ค่าใช้จ่ายเสียใหม่ เป็นต้นว่า รัฐควรจะกำหนดประเภทคดีที่ร้ายแรงซึ่งรัฐจะต้องจัดหาทนายความ ให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยโดยปราศจากเงื่อนไขในทางเศรษฐกิจแล้ว ในคดีที่มีโทษจำคุกนั้น ก็ควร จะต้องปรากฏด้วยว่า ผู้ต้องหาและจำเลยนั้นเป็นผู้ยากจน ไม่มีเงินที่จะสามารถจ่ายค่าจ้างทนายความ ได้ด้วยตนเอง เช่นกรณีของระบบทนายความของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ที่จะ ให้ความช่วยเหลือผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาที่มีฐานะยากจนไม่สามารถจัดหาทนายความมาว่า ความให้กับตนเองได้ เพื่อให้ผู้ต้องหาและจำเลยได้รับความเป็นธรรมในการต่อสู้คดี

ปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องต้องกันของหลักการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งแทบ จะไร้เงื่อนไขในปัจจุบันของไทย กับความเป็นไปได้ในเชิงงบประมาณนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นปัญหา หลักและเป็นปัญหาถูก โข้ที่จะผูกพันกับปัญหาการพัฒนาประสิทธิภาพของทนายความที่จะเข้า มาร่วมฟังการสอบสวนและการต่อสู้คดีในชั้นพิจารณาของศาลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้และแก้ไขไม่ตก หากไม่มีระบบการจัดการที่ดีพอ การจำกัดขอบเขตในการให้ความช่วยเหลือเฉพาะแก่ประชาชนผู้ ยากจน ไม่อาจหาทนายความได้เองนั้น เป็นปัจจัยสำคัญที่จะส่งเสริมให้รัฐสามารถวางแผนการใช้ งบประมาณที่มีอยู่อย่างจำกัดไปใช้ในการพัฒนาประสิทธิภาพของทนายความได้ เป็นต้นว่า รัฐอาจ วางแนวทางในการพัฒนาสำนักงานทนายความเพื่อช่วยเหลือจำเลย ในลักษณะ Office of Public Defender โดยให้กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม กำหนดยุทธศาสตร์ ในเรื่อง งบประมาณ การคัดเลือกทนายความ ประเภทคดีและมาตรฐานความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ และความชำนาญของทนายความที่จำเป็นในการต่อสู้คดีให้แก่ประชาชนผู้ยากไร้ โดยเฉพาะให้ ชัดเจนได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้งบประมาณแบบปัจจุบันที่ให้ทนายความอาสาหรือทนายขอแรง เบิกจ่ายจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นการดำเนินการในลักษณะเบียดหัวแตก ไม่มีองค์กรที่เป็นกลางและ อิสระในการพัฒนาคุณภาพและกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความอย่างแท้จริง แม้จะมีสภาทนายความ ดำเนินการในบางส่วนแล้วก็ตาม แต่สภาทนายความ ก็มีบทบาทเพียงการ รวบรวมรายชื่อทนายความและกำหนดเขตท้องที่ที่รับผิดชอบในการร่วมฟังการสอบสวนเท่านั้น ซึ่งไม่มีมาตรการในการพัฒนาประสิทธิภาพทนายความแต่ประการใด

การปรับปรุงกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งทนายความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลย เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัตินั้นจึงเป็นเรื่องจำเป็นอันดับแรกที่จะต้องทบทวน ดำเนินการ โดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม จะต้องวางแผนระดับชาติในระยะ ยาวเพื่อกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระภายใต้การกำกับดูแลของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ขึ้นมาพัฒนามาตรฐานการเป็นทนายความจำเลยสาธารณะขึ้นไปพร้อม ๆ กัน โดยผู้เขียนขอเสนอ

ให้มีการเพิ่มเติมวรรคสามเข้าไปในมาตรา 134/1 และมาตรา 173 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

มาตรา 134/1 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาอายุไม่เกินสิบแปดปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามี ทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามี ทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการทนายความ ให้รัฐจัดหาทนายความให้

กรณีตามวรรคหนึ่งและวรรคสองแล้วแต่กรณี ต้องปรากฏด้วยว่า ผู้ต้องหาไม่สามารถที่จะ จัดหาทนายความและจ่ายค่าตอบแทนทนายความได้ด้วยตนเอง

มาตรา 173 ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีใน วันที่ถูกฟ้องฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มการพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มี และจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

กรณีตามวรรคหนึ่งและวรรคสองแล้วแต่กรณี ต้องปรากฏด้วยว่า ผู้ต้องหาไม่สามารถที่จะ จัดหาทนายความและจ่ายค่าตอบแทนทนายความได้ด้วยตนเอง

ทั้งนี้ ควรจะมีบทเฉพาะกาลที่กำหนดให้มีการบังคับใช้เกี่ยวกับคุณสมบัติของจำเลยว่าจะต้องยากจนด้วยนั้น ในระยะเวลา 5 ปี เพื่อให้กระทรวงยุติธรรม ร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง พิจารณาดำเนินการจัดตั้งองค์กรอิสระในการพัฒนามาตรฐานวิชาชีพทนายความจำเลยขึ้นด้วย เหตุผลประการสำคัญที่ผู้เขียนต้องการให้มีการระบุงวรรคสามเพิ่มเติมลงไปในบทบัญญัติของทั้ง สองมาตราดังกล่าวข้างต้น เพราะผู้เขียนเห็นว่า มีความจำเป็นที่รัฐต้องจัดหาทนายความให้แก่ ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติไว้ แต่นอกจาก การกำหนดลักษณะประเภทของคดีที่รัฐต้องจัดหาทนายความให้แล้ว ดังเช่นประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาในปัจจุบันได้กำหนดไว้ แต่ควรจำกัดขอบเขตในการให้ความช่วยเหลือลงไป เฉพาะด้วยว่า ต้องเป็นผู้ต้องหาและจำเลยที่ยากจนไม่สามารถจ่ายค่าจ้างทนายความด้วยตนเอง อย่างเช่นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ เพราะจะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการให้ความ ช่วยเหลือได้ เป็นต้นว่า เมื่อมีขอบเขตในการให้ความช่วยเหลืออย่างจำกัดรัฐก็สามารถช่วยเหลือได้ อย่างเต็มที่ ปริมาณคดีที่นายจำเลยต้องรับผิดชอบมีความเหมาะสม ทนายจำเลยก็สามารถแสวงหา พยานหลักฐานต่าง ๆ ในการให้ความช่วยเหลือทางคดีแก่จำเลยได้ดียิ่งขึ้น

6.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนการปฏิบัติงานของทนายความอาสาและทนายความขอแรง

จากการศึกษาพบว่า ค่าตอบแทนที่รัฐจ่ายให้กับทนายความอาสาที่เข้าร่วมในการสอบปากคำผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนและค่าตอบแทนของทนายความขอแรงที่ทำการทนายความให้กับจำเลยในชั้นพิจารณาของศาลนั้น มีจำนวนมากเมื่อเทียบกับค่าตอบแทนของทนายความที่เอกชนจ้างมาว่าความให้กับคดีของตนเองอย่างมาก² ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการแก้ไขระเบียบในเรื่องการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ทนายความอาสาและทนายความขอแรง ตามระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548 โดยกำหนดเป็นอัตราใหม่ ที่มีจำนวนค่อนข้างสูง กล่าวคือ ได้กำหนดอัตราขั้นต่ำ และอัตราขั้นสูงไว้ จำนวนเล็กน้อยเท่าใดขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของอัตราโทษที่จำเลยถูกฟ้องร้อง อันได้แก่ คดีประเภทที่ 1 มีอัตราโทษประหารชีวิต คดีประเภทที่ 2 มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีขึ้นไป แต่ไม่ถึงประหารชีวิต และคดีประเภทที่ 3 คือ คดีที่นอกเหนือจากประเภทที่ 1 และที่ 2 หรือ กรณีที่ศาลแต่งตั้งทนายในชั้นสืบพยานก่อนฟ้องคดีต่อศาล โดยให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าตอบแทนให้แก่ทนายความที่แก้ต่างคดีให้จำเลยตามความยากง่ายของลักษณะคดี เทียบกับเวลา และงานที่ปฏิบัติงานในเรื่องนั้น ๆ แล้วให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดค่าตอบแทนให้แก่ทนายความในเรื่องนั้น ๆ แยกต่างกันไปได้ ในกรอบอัตราดังนี้

คดีประเภทที่ 1 อัตราขั้นต่ำเรื่องละ 8,000 บาท อัตราขั้นสูงเรื่องละ 50,000 บาท

คดีประเภทที่ 2 อัตราขั้นต่ำเรื่องละ 6,000 บาท อัตราขั้นสูงเรื่องละ 40,000 บาท

คดีประเภทที่ 3 อัตราขั้นต่ำเรื่องละ 4,000 บาท อัตราขั้นสูงเรื่องละ 30,000 บาท

การกำหนดค่าตอบแทนในลักษณะดังกล่าวนี้ นับว่ามีจำนวนที่จูงใจให้ทนายความเข้ามาปฏิบัติงานเป็นทนายความขอแรงมากขึ้น แต่ยังคงมีความไม่แน่นอนอยู่มาก เพราะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่านที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาว่า สมควรให้ค่าตอบแทนในจำนวนเท่าไรไม่ต่ำกว่าอัตราขั้นต่ำและไม่สูงกว่าอัตราขั้นสูงที่กำหนดไว้ในระเบียบฉบับดังกล่าว

อีกทั้ง ก็ยังไม่มีระเบียบที่เกี่ยวกับการกำหนดประเภทคดี และประสบการณ์ของทนายความที่จะทำหน้าที่แก้ต่างคดีให้แก่จำเลย และยังไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีการแต่งตั้งทนายความในชั้น

² จากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความให้ความเห็นว่า ค่าตอบแทนในการว่าความคดีอาญาในแต่ละคดีมีจำนวนสูงมาก แต่จะมีจำนวนเงินเท่าไรให้ผู้ให้สัมภาษณ์ไม่ได้ทำการเปิดเผยเพราะการเรียกค่าตอบแทนทนายความเป็นเรื่องของความสมัครใจของคู่กรณีและขึ้นอยู่กับประสบการณ์ทำการว่าความของทนายความแต่ละคนและชื่อเสียงของแต่ละสำนักงานด้วย แต่มีจำนวนมากกว่าค่าตอบแทนที่รัฐจ่ายให้แก่ทนายความอาสาและทนายความขอแรงอย่างเทียบกันไม่ได้แน่นอน

สอบสวนด้วยแต่ประการใด แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดจำนวนค่าตอบแทนนั้นควรจะเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ผู้เขียนจะไม่ขอก้าวในรายละเอียดเนื่องจากเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ในด้านอื่นๆ ประกอบกันด้วย และที่สำคัญไม่ใช่จุดประสงค์ที่ผู้เขียนต้องการเน้นในการทำการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ เนื่องจากในทางข้อเท็จจริงแม้ว่าจะมีการกำหนดค่าตอบแทนให้แก่ทนายความอาสาและทนายความขอแรงไว้ในจำนวนที่สูงมาก แต่ถ้าทนายความที่เข้ามาในระบบทนายความอาสาและทนายความขอแรงไม่มีคุณภาพก็ย่อมที่จะไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยได้เลย รวมทั้งยังเป็นการเสี่ยงประมาณของรัฐโดยไม่จำเป็นด้วย

ผู้เขียน มีความประสงค์ที่จะชี้ให้เห็นว่า เมื่อทนายความอาสาและทนายความขอแรงเป็นผู้ที่เสียสละมาทำงานรับใช้สังคม รัฐควรที่จะต้องตอบแทนในเรื่องค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการเข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวของทนายความอาสาและทนายความขอแรงไม่ควรที่จะต้องปล่อยให้เป็นการของทนายความอาสาและทนายความขอแรงที่ต้องแบกภาระในเรื่องค่าใช้จ่ายดังกล่าวเท่านั้นเอง เพราะทนายความที่เข้ามาทำงานเป็นทนายความอาสาและทนายความขอแรงคงไม่ได้ต้องการกอบโกยรายได้จากกรณีนี้แน่นอน เพราะการไปว่าความให้กับเอกชนในกรณีต่างๆ ไปได้ค่าตอบแทนสูงกว่ามาก

6.4 การทบทวนเกี่ยวกับองค์กรกำหนดมาตรฐานวิชาชีพทนายความ

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในบทก่อนๆ ว่า ปัจจุบันองค์กรที่พิจารณากำหนดมาตรฐานผู้ประกอบวิชาชีพทนายความได้แก่ สภาทนายความ ซึ่งเป็นทนายความด้วยกันเอง การดำเนินการดังกล่าว แทบจะมีได้มีการตรวจสอบจากภายนอก สื่อสารมวลชนไม่อาจจะเข้าถึงการดำเนินการของสภาทนายความได้ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับคดีมรยาททนายความ และการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพทนายความ ทำให้ขาดปัจจัยที่จะส่งเสริมให้ทนายความปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากมีการส่งเสริมให้มีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพที่โปร่งใส ประชาชนทั่วไปและสื่อสารมวลชนเข้าถึงได้และมีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพทนายความ จะทำให้สภาทนายความและคณะกรรมการมรยาททนายความ ได้ทราบถึงปัญหาของประชาชนทั่วไป รวมถึงความคิดเห็นและข้อควรคำนึงอันเป็นประโยชน์ในการพัฒนาองค์กรวิชาชีพทนายความ ทั้งยังทราบถึงความต้องการของประชาชนต่อการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความก็จะทำให้วิชาชีพทนายความได้รับการยอมรับ อันเป็นการสอดคล้องกับการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยที่เน้นการมีส่วนร่วมของประชาชนในการกำหนดคกกฎเกณฑ์ของสังคมด้วย

ถ้าหากพิจารณาจากหลักการสำคัญแห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2457 มีดังนี้¹

ประการแรก ตามพระราชบัญญัตินี้ได้แบ่งทนายความเป็น 2 ชั้น คือ ทนายความชั้นที่ 1 ได้แก่ ผู้สอบไล่วิชากฎหมายได้รับประกาศนียบัตรเป็นเนติบัณฑิต และทนายความชั้น 2 ได้แก่ ทนายความซึ่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์กรุงเทพฯ ให้สอบสวนคุณวุฒิความรู้ ความชำนาญ แล้ว เห็นว่าสมควรจะทำหน้าที่ทนายความได้

ประการที่สอง บัญญัติให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์มีอำนาจในการออกใบอนุญาตทนายความ และใบอนุญาตว่าความนั้นมียอายุเพียง 1 ปี

ประการสุดท้าย เรื่องการควบคุมมรรยาททนายความบัญญัติให้เป็นอำนาจของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์กรุงเทพฯ โดยมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ทนายความว่าความในศาลยุติธรรมมีกำหนดไม่เกินกว่า 3 ปี หรือจะออกคำสั่งให้ลบชื่อออกจากทะเบียนก็ได้เมื่อเห็นว่าทนายความประพฤติตนไม่เหมาะสม นอกจากนี้ยังบัญญัติให้มีคณะกรรมการของเนติบัณฑิตยสภา ทำหน้าที่พิจารณาสอดส่องความประพฤติของทนายความ เพื่อทำความเห็นชี้ขาดลงไว้ในรายงานเสนอแก่อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ต่อไป

ปีพุทธศักราช 2475 ได้เกิดเหตุการณ์ครั้งสำคัญที่สุดในประวัติการปกครอง คือ การเปลี่ยนแปลงการปกครองภายใต้การดำเนินการของ “คณะราษฎร” ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองได้มีการตราพระราชบัญญัติทนายความ ฉบับที่ 2 คือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 สาระสำคัญแห่งพระราชบัญญัตินี้ คือการเพิ่มเติมคุณสมบัติทนายความ กำหนดให้ผู้ที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีทางนิติศาสตร์จากมหาวิทยาลัยสามารถเป็นทนายความชั้นหนึ่งได้ เนื่องจากแต่เดิมตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 ผู้ซึ่งมีสิทธิเป็นทนายความชั้นหนึ่งต้องเป็นผู้ที่สอบไล่ได้เป็นเนติบัณฑิต นอกจากนี้ได้มีการกำหนดวันหมดอายุใบอนุญาตทนายความ ในวันที่ 31 มีนาคมแห่งปีที่ได้รับอนุญาตให้ว่าความ และจะต้องต่อใบอนุญาตทุกปีจึงจะไม่ขาดจากทะเบียน หลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความแล้วยังมิได้มีการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมา คือในปี พ.ศ. 2481 เป็นการแก้ไขเรื่องมรรยาททนายความให้พนักงานอัยการ มีอำนาจขอให้ดำเนินการได้สวนทนายความซึ่งประพฤติผิดมรรยาทได้ และการแก้ไขปรับปรุงอีกครั้งในปี พ.ศ. 2483 เรื่องวันสิ้นสุดอายุใบอนุญาตว่าความ จากเดิมกำหนดไว้ในวันที่ 31 มีนาคม แก้ไขเป็นวันที่ 31 ธันวาคม แห่งปีที่ได้รับอนุญาตให้ว่าความ

จนกระทั่ง พ.ศ. 2522 จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติทนายความขึ้นใหม่เพื่อเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสภาทนายความ ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเสร็จเมื่อ พ.ศ. 2523 และได้นำเสนอต่อนายชวน หลีกภัย ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เพื่อเสนอต่อที่ประชุม

¹ สุขสมัย สุทธิคดี, ประเทือง ธนียผล, บทบาททนายความกับกระบวนการยุติธรรม (เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาการบริการงานยุติธรรมทางอาญา หลักสูตรนิติศาสตร์บัณฑิต ภาคพิเศษ, 2547), หน้า 15 - 18.

คณะรัฐมนตรีดำเนินการต่อไป ระยะเวลาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2523 ติดต่อกันเรื่อยมาจนถึงปี พ.ศ. 2528 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2528 เป็นต้นมา โดยมีสาระสำคัญดังนี้⁴

ประการแรก บทบัญญัติมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้ บัญญัติว่าให้มีสภาขึ้นสภาหนึ่ง เรียกว่า สภานายความ นับตั้งแต่นั้นมา สภานายความจึงเป็นสถาบันนิติบุคคลของผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความที่สามารถปกครองตนเองเป็นของทนายความเพื่อทนายความ และโดยทนายความ มาจากหลักการปกครองพื้นฐานในระบบประชาธิปไตย

ประการที่สอง เปลี่ยนแปลงอำนาจในการจดทะเบียนและควบคุมมรรยาททนายความจากเดิมซึ่งเป็นอำนาจของเนติบัณฑิตสภา ให้สภานายความเป็นผู้มีอำนาจจดทะเบียนออกใบอนุญาตว่าความ และควบคุมมรรยาททนายความ

ประการที่สาม กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่ประสงค์จะขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความเพิ่มเติม กล่าวคือ นอกจากจะเป็นผู้สำเร็จปริญญาตรีทางนิติศาสตร์แล้ว ยังต้องผ่านการฝึกอบรมมรรยาททนายความ หลักปฏิบัติเบื้องต้นในการว่าความ และการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายตามข้อบังคับสภานายความว่าด้วยการฝึกอบรมว่าความ นอกจากนี้แล้วพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นผลให้ไม่มีทนายความชั้นสองอีกต่อไป เนื่องจากผู้ที่เป็นทนายความชั้นสองอยู่ก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าเป็นผู้ที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ และมีสิทธิขอต่อใบอนุญาตหรือขอจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

ประการสุดท้าย มีการกำหนดให้มีกองทุนสวัสดิการทนายความ เพื่อช่วยเหลือทนายความที่ได้รับความเดือดร้อนหรือทายาทของทนายความที่ถึงแก่ความตายซึ่งได้รับความเดือดร้อนให้ได้รับเงินสงเคราะห์จากกองทุนสวัสดิการทนายความ บทบัญญัติที่สำคัญอีกเรื่องหนึ่งคือการกำหนดให้มีคณะกรรมการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายรวมทั้งจัดให้มีกองทุนช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายด้วย

จากประวัติความเป็นมาของการแก้ไขพระราชบัญญัติทนายความในหลายครั้งที่ผ่านมา ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นที่สมควรจะได้รับการแก้ไขคือ ควรให้องค์กรศาลซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง (Impartiality) อย่างแท้จริง หรือเนติบัณฑิต ซึ่งเป็นองค์กรที่มีสมาชิกมาจากองค์กรศาลเข้ามามีบทบาทในการส่งเสริมมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความเหมือนเดิม เพราะจะเป็นหลักประกันประสิทธิภาพของทนายความได้อีกทางหนึ่ง นอกจากนี้ ยังควรมีตัวแทนจากชุมชน หรือองค์กรเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารสภานายความด้วย เนื่องจากการให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายการปฏิบัติงาน ย่อมจะเป็นการสะท้อนความต้องการของสังคมได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ เนื่องจากสภานายความ ได้รับการสนับสนุนงบประมาณจากรัฐ จึงควรมีประชาชนเข้ามากำกับดูแลและ

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19

ส่งเสริมการบริหารงานของสภานายความด้วย ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน นอกจากนี้ การไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาตรวจสอบการกำหนดนโยบาย โดยเฉพาะการตรวจสอบกรณีทนายความประพฤติผิดมรรยาททนายความแล้ว นับว่าเป็นเรื่องอันตรายต่อสังคม เพราะวิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่ต้องใช้ความรู้เฉพาะ จึงอาจจะถูกบิดเบือนได้ง่าย จึงควรกำหนดมาตรการป้องกันอันเป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจ (Check and Balance) ไว้ต่างหากด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรทบทวนแก้ไขพระราชบัญญัติทนายความฉบับปัจจุบัน โดยให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของเนติบัณฑิตยสภา องค์กรศาล และมีตัวแทนภาคประชาชนเข้ามาเป็นคณะกรรมการบริหารของสภานายความต่อไปด้วยในอนาคต

6.5 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับข้อกำหนดเรื่องประสิทธิภาพของทนายความ

จากการศึกษา พบว่าในระบบกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญานั้น ไม่มีการกำหนดเรื่องประสิทธิภาพของทนายความ ไว้อย่างชัดเจน แตกต่างจากสิทธิในการมีทนายความของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแท้จริงแล้ว การมีทนายความ แต่ถ้าทนายความปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีประสิทธิภาพแล้ว ก็เสมือนหนึ่งไม่มีทนายความในการแก้ต่างคดีอาญาให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการมีทนายความอย่างมีประสิทธิภาพเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้ชัดเจน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) กำหนดสิทธิของการมีทนายความที่มีประสิทธิภาพเพิ่มเติมใน มาตรา 134/1 และ มาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(2) กำหนดสิทธิของการมีทนายความในชั้นอุทธรณ์ และฎีกา ไว้ให้ชัดเจน แม้ในปัจจุบันประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติในชั้นตอนพิจารณาของศาลชั้นต้น นำมาใช้ในอุทธรณ์และฎีกาโดยอนุโลมก็ตาม แต่เพื่อเป็นการเข้าถึงสิทธิการมีทนายความของจำเลยในชั้นอุทธรณ์และฎีกาแล้ว ก็ควรจะบัญญัติให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดูด้วย และเพื่อให้ชัดเจนยิ่งขึ้น สิทธิในการมีทนายความที่มีประสิทธิภาพ ก็ควร จะได้รับการประกันไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย เนื่องจาก การแต่งตั้งทนายความในชั้นอุทธรณ์ และฎีกานั้น โดยหลักการแล้ว ควรจะต้องแต่งตั้งทนายคนเดียวกับผู้ว่าคดีในศาลชั้นต้น แต่หากมีเหตุโต้แย้งว่าทนายความไม่มีประสิทธิภาพแล้ว ก็ควรจะแต่งตั้งทนายความคนใหม่ ให้เข้า ดำเนินการตรวจสอบการดำเนินการของทนายความคนเดิมนั้นว่ามีข้อบกพร่องประการใดหรือไม่

หากมีข้อบกพร่องและมีความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อจำเลยแล้ว จำเลยควรจะมีสิทธิได้รับการพิจารณาใหม่ เป็นต้น

(3) กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจสอบว่าทนายความมีประสิทธิภาพหรือไม่ไว้ให้ชัดเจน ซึ่งอาจจะกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือ อาจจะกำหนดไว้ในระเบียบการดำเนินคดีของศาล หรือคำสั่งศาลแล้วแต่กรณี

ผู้เขียนเห็นว่า ควรนำมาตรฐานการพิสูจน์ความบกพร่องของการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในคดี Strickland ที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 4 มาพิจารณาประกอบการกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์ กล่าวคือ

- จำเลยจะต้องมีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าทนายความจำเลยปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง และต่ำกว่ามาตรฐานว่าด้วยจริยธรรมและมาตรฐานความประพฤตินักวิชาชีพ (The Rule of Professional Conduct) และ

- จำเลยได้รับความเสียหายจากข้อบกพร่องดังกล่าว โดยจะต้องพิสูจน์ว่า หากไม่มีความบกพร่องดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว ผลคดีอาจจะเปลี่ยนไปได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หากจะกำหนดให้หน้าที่การพิสูจน์ไว้กับจำเลยเพียงอย่างเดียว อาจจะเกิดความยากลำบากแก่จำเลยและบางกรณีอาจจะเป็นภาระหนักแก่จำเลยอย่างมาก โดยเฉพาะหากต้องพิสูจน์ว่า ทนายความจำเลยได้ประพฤติปฏิบัติต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพของนักกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและยากในการพิสูจน์ ศาลจึงควรมีอำนาจพิเศษตามระบบไต่สวนในการแสวงหาข้อเท็จจริงด้วยตนเองว่า มีข้อบกพร่องเกิดขึ้นหรือไม่ มีการขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of Interest) ในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความนั้นหรือไม่ และศาลจะต้องมีมาตรฐานในการตรวจสอบว่าทนายความมีประสิทธิภาพหรือไม่ โดยนำข้อเสนอแนะที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในบทที่ 5 เรื่องการควบคุมประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของทนายความจำเลยมาตรวจสอบความกระตือรือร้นในการปฏิบัติงานของทนายความว่า ได้มีการแสวงหาข้อมูลและข้อเท็จจริงเบื้องต้นในคดีหรือไม่ ได้มีการเตรียมการเกี่ยวกับข้อถกเถียง ข้อโต้แย้ง การตรวจสอบพยานหลักฐาน อย่างไรหรือไม่ อันสามารถใช้เป็นปัจจัยในการตรวจสอบประสิทธิภาพของทนายความได้อีกทางหนึ่ง และการที่ผู้เขียนเสนอเช่นนี้มีได้ต้องการให้องค์กรศาลเข้าก้าวเข้าในการทำหน้าที่ของทนายความ หรือเพิ่มภาระให้แก่องค์กรศาลแต่อย่างไรไม่ เพราะต้องการให้ทุกส่วนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมเข้ามามีส่วนร่วมในการปฏิบัติงานในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง จึงจำเป็นที่จะต้องให้ทุกส่วนงานในกระบวนการยุติธรรมทำงานร่วมกันและช่วยกันตรวจสอบการทำงานของแต่ละองค์กรด้วยกันเพื่อให้ประชาชนได้รับความยุติธรรมอย่างแท้จริง

(4) กำหนดสิทธิของจำเลย กรณีที่ทนายความไม่มีประสิทธิภาพไว้ให้ชัดเจน เป็นต้น

ว่า หากศาลทำการตรวจสอบพบว่าทนายความปฏิบัติหน้าที่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอแล้ว จำเลยจะมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีใหม่ จากการศึกษาแนวคำพิพากษาในปัจจุบัน ไม่มีการกล่าวถึงกรณีที่ทนายความจำเลยปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง ไม่มีประสิทธิภาพ มีแต่เพียงกรณีที่ศาลไม่ตรวจสอบ ไม่ได้ถามว่าจำเลยนั้นมีทนายความหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ จำเลยมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีใหม่ เพราะเป็นความบกพร่องของศาลชั้นต้นที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะมีการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนถึงสิทธิการมีทนายความที่มีประสิทธิภาพ และผลที่จะเกิดขึ้นหากมีการละเมิดสิทธิดังกล่าวของจำเลย เช่นว่า นอกจากสิทธิตามกฎหมายอาญา และกฎหมายแพ่ง ที่จำเลยอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากทนายความจำเลยได้ตามปกติแล้ว สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาเพื่อให้ได้รับความยุติธรรมในกรณีทนายความปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง ไม่มีประสิทธิภาพ ก็ควรจะมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนด้วย การมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีใหม่จึงเป็นทางเลือกที่จะใช้ในการเยียวยาความเสียหายหรือความบกพร่องของทนายความได้

นอกจากนี้ ควรจะมีบัญญัติให้ชัดเจนกรณีที่ศาลไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบถึงความบกพร่องดังกล่าว กรณีที่มีความบกพร่องชัดเจนตั้งแต่ก่อนเริ่มพิจารณาคดี หรือ ระหว่างพิจารณาคดีที่ศาลควรจะเห็นได้เอง แต่ศาลได้ละเลยที่จะตรวจสอบและสั่งการแก้ไขให้ถูกต้อง เป็นต้นว่า ศาลเห็นอยู่แล้วว่า หากปล่อยให้ทนายความผู้นั้นดำเนินการแก้ต่างคดีต่อไป จะเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อจำเลย เพราะมีกรณีการขัดกันของผลประโยชน์อย่างร้ายแรงระหว่างจำเลยหลายคน หรือระหว่างจำเลยกับทนายความจำเลย กรณีนี้ ควรจะต้องถือเป็นกรณีที่ศาลบกพร่องอย่างร้ายแรง ถึงขนาดจะเป็นเหตุให้คำพิพากษาของศาลชั้นต้น ถูกพิพากษากลับและจำเลยมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีใหม่โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์เรื่องความเสียหายใด ๆ เลยก็ได้ เพื่อเป็นการให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยได้อย่างแท้จริงสอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลย

(5) การจัดตั้งสำนักงานทนายจำเลยสาธารณะ (Public Defender Office) หรือ คณะกรรมการอิสระ (Commission) แนวทางนี้ เป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการพัฒนาประสิทธิภาพของทนายความจำเลยได้ เพราะจะมีองค์กรกลางที่เป็นอิสระในการกำหนดยุทธศาสตร์ เป้าหมาย และวัตถุประสงค์ขององค์กร ซึ่งจะสามารถวางแผนงาน โครงการ ในการพัฒนาทนายความให้ไปในทิศทางเดียวกันได้อย่างมีคุณภาพ โดยผู้เขียนได้นำเสนอแผนงานการพัฒนาประสิทธิภาพทนายความ ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ไว้แล้ว หากนำมาประยุกต์กับสังคมไทย ย่อมเป็นประโยชน์ในต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยรวมได้

จากสิ่งที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาทั้งหมดในบทนี้เกี่ยวกับเรื่องแนวทางในการพัฒนาระบบการจัดหาทุนความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า แนวทางดังกล่าวที่ผู้เขียนได้เสนอไว้จะได้มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปพัฒนาต่อเพื่อให้สิทธิการมีทุนความของผู้ต้องหาและจำเลยได้รับการคุ้มครองและรับรองอย่างแท้จริง เพราะนอกจากรัฐต้องจัดหาทุนความให้แก่ผู้ต้องหาและจำเลยแล้ว ทุนความที่เข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวต้องมีคุณภาพและทำงานอย่างมีประสิทธิภาพด้วย อันเป็นการบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยครั้งนี้ของผู้เขียน