

บทที่ 2

ความหมายของสิทธิมนุษยชนและแนวความคิด และทฤษฎี ในการคุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลย

ประเทศไทยมีการปกครองแบบนิติรัฐซึ่งใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศให้ความสำคัญกับเสรีภาพของประชาชนทุกคนรวมทั้งผู้กระทำความผิดหรือผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด ขั้นตอนในการดำเนินการเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดต้องเป็นไปตามกฎหมาย รัฐจะต้องไม่ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจะต้องเน้นขั้นตอนตามกฎหมายมากกว่าปริมาณหรือจำนวนการจับกุมโดยได้มีการพัฒนาหลักประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญามาเป็นลำดับ จนปัจจุบันอาจยอมรับได้ในระดับที่น่าพึงพอใจว่าประเทศไทยมีกฎหมายต่าง ๆ บัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยที่ครบถ้วนอย่างมาก โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในอันที่จะต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลจัดระบบงานของกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพและอำนวยความสะดวกประชาชนอย่างรวดเร็วและเท่าเทียมกัน

ทฤษฎีว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐเสรีประชาธิปไตยจัดทำรัฐธรรมนูญของตนโดยได้รับแรงบันดาลใจจากลัทธิปัจเจกชน (Individualism) ลัทธินี้สอนว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นนามธรรมจะปรากฏตัวออกมาให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในรูปของความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ด้วยตนเอง (Self-Determination) อนึ่งมนุษย์แต่ละคนจะมีความสามารถเช่นว่านี้ได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมี “แดนแห่งเสรีภาพ” (Sphere of individual liberty) ภายในแดนแห่งเสรีภาพของตนนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้โดยอิสระ ปลอดภัยจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งของผู้ปกครอง ดังนั้นรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ให้แก่ราษฎร เพื่อให้ราษฎรแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจได้ตามใจปรารถนา

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้ราษฎรนี้อาจจำแนกออกเป็นประเภท โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น จำแนกตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ จำแนกตามการกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพและจำแนกตามอาการการใช้สิทธิและเสรีภาพ

เมื่ออาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์ ก็อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกได้ เป็น 6 ประเภท ได้แก่ สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น ความมั่นคงปลอดภัยของชีวิตและร่างกายซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความผิดอาญา เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ฯลฯ สิทธิ เสรีภาพในทางความคิด และการแสดงออกซึ่งความคิด เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือ ลัทธินิยมทางศาสนา และในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็น โดยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา สิทธิเสรีภาพในทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

เมื่อพิจารณาจากการกำเนิดของสิทธิเสรีภาพ ก็อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ สิทธิมนุษยชน (Human rights) ซึ่งถือกันว่าเป็นสิทธิเสรีภาพที่เป็น คุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์และไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่ง ความคิด สิทธิในทรัพย์สิน ฯลฯ และเสรีภาพของพลเมือง (Citizen's rights) ซึ่งแท้ที่จริงแล้วก็คือ สิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรือสิทธิและเสรีภาพ ทางการเมืองต่าง ๆ เช่น สิทธิเลือกตั้งและสมัครเข้ารับเลือกตั้ง เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรค การเมือง เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากอาการที่ใช้สิทธิและเสรีภาพแล้ว ก็อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกได้ เป็น 2 ประเภท ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Liberals of conscience) หรือสิทธิและ เสรีภาพในทางความคิด ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจโดยแท้ เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิกาย ศาสนาหรือลัทธินิยมทางศาสนา เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพทางวิชาการ ฯลฯ และสิทธิ เสรีภาพในการกระทำ (Liberty of action) ซึ่งเป็นการเคลื่อนไหวส่วนต่าง ๆ ของร่างกายตามที่คิด และตกลงใจไว้ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และสื่อสารความหมายโดยวิธีอื่น เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ฯลฯ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นถือกันว่าเป็นคุณค่า สูงสุดที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจ บริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง บรรดาบทบัญญัติ

แห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพจึงมิได้มีฐานะเป็นแต่เพียง “คำประกาศ” อุดมการณ์ของ รัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-Executing) แก่ องค์การของรัฐเหล่านั้นด้วย (เสนห์ จามริก, 2529, หน้า 10)

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ราษฎรไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute) กล่าวคือ โดยไม่มีเงื่อนไข หรือข้อจำกัดใด ๆ แต่บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่ง อำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิ หรือเสรีภาพนั้น ๆ ในภายหลังได้ เฉพาะแต่สิทธิและสิทธิเสรีภาพใน มโนธรรมหรือในทางความคิดเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรอย่างสมบูรณ์ ส่วนสิทธิเสรีภาพในการกระทำนั้นรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองไว้อย่างสัมพัทธ์เสมอ การ ดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นจำเป็นต้องมีระเบียบวินัย แต่ละคนจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพอย่างใด อย่างหนึ่งของผู้อื่นหรือต่อประชาชนไม่ได้ เช่น แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่น ที่อยู่ เดินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือเข้าไปตั้งบ้านเรือนในที่ดินของผู้อื่น โดยที่ผู้เป็นเจ้าของที่ดิน ไม่อนุญาตไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา ฯลฯ กล่าวถ้อยคำ เขียน พิมพ์ หรือโฆษณาข้อความใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการลบลู่ เกียรติยศหรือชื่อเสียงของผู้อื่นหรือทำลายความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน หรือก่อให้เกิดความเสื่อมโทรมทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนไม่ได้ เป็นต้น ความจริงข้อนี้ทำให้ยอมรับว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐมีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพในการ กระทำของราษฎรแต่ละคน โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างหรือการห้ามมิให้แต่ละ คนกระทำการบางอย่างได้

ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน ปัญหาคงมีแต่เพียงว่าทำอย่างไรราษฎรจึงจะมั่นใจได้ว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะไม่ใช้อำนาจจำกัด สิทธิและเสรีภาพในการกระทำของตนตามอำเภอใจได้ (วรพจน์ วิศวตพิชญ์, 2531, หน้า 16) เป็นที่ ยอมรับกันทั่วไปว่า “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatsprinzip) หรือ “หลักนิติธรรม” (The rule of law) เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร อัน ได้แก่ รัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแล ของรัฐบาล ได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ตาม “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” นี้ องค์กรฝ่าย บริหารจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใดคน หนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แม้การกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์ อันชอบธรรมของผู้อื่น หรือเพื่อป้องกันรักษาผลประโยชน์ของมหาชนโดยส่วนรวมก็ตาม ได้ก็

ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำกรต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายบริหาร โดยปกติแล้วกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำกรต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดส่วนกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจกระทำกรซึ่งองค์กรฝ่ายบริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับที่ให้อำนาจนั่นเองแล้ว ยังมีพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่องค์กรฝ่ายบริหารกระทำกรตามรัฐธรรมนูญ

โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความเสมอภาค (Principle of equality before the law) ซึ่งบังคับให้องค์กรฝ่ายบริหารปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน และหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งบังคับให้องค์กรฝ่ายบริหารออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้โดยมีประสิทธิภาพแต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุดและห้ามมิให้องค์กรฝ่ายบริหารออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากได้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและ/หรือแก่สังคมโดยรวม กฎหมายประเพณี (Customary law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) นอกจากนั้นแล้ว ในกรณีที่องค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะราย องค์กรฝ่ายบริหารยังต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ซึ่งตนได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับอีกด้วย (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2537, หน้า 568-582)

1. ความหมายของสิทธิและหน้าที่

“สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้บุคคลในอันที่จะกระทำกรเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เป็นต้น ว่าอำนาจตามที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำกรบางอย่างบางประการ ให้เกิดประโยชน์แก่ตน เช่น เรียกร้องให้เขาชำระเงินให้หรือซ่อมแซมกำแพงบ้านให้ หรือให้ละเว้นกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เรียกร้องให้ผู้ที่ขายกิจการให้แก่ตนละเว้นจากการประกอบกิจการอย่างเดียวกันกับที่ขายให้แก่ตนในเมืองเดียวกันแข่งกับตน ส่วนกรรมสิทธิ์ในบ้านหลังหนึ่ง เมื่อวิเคราะห์กันอย่างถึงที่สุดแล้ว แท้ที่จริงก็คืออำนาจของผู้ที่เป็นเจ้าของบ้านหลังนั้นในอันที่จะใช้สอยบ้านหลังนั้น เสวย

ประโยชน์จากบ้านหลังนั้นจำหน่ายจ่ายโอนบ้านหลังนั้น และห้ามมิให้ผู้อื่นเข้าไปในบ้านหลังนั้น และใช้บ้านหลังนั้นด้วยประการใด ๆ โดยมีชอบนั่นเอง

“เสรีภาพ” (Liberty) นั้นได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วยเหนือขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ หรือไม่ถูกหน่วยเหนือขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ กล่าวโดยสรุป เสรีภาพคืออำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-Determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ดังนั้นเสรีภาพจึงแตกต่างจากสิทธิซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน จริงอยู่การที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคล ย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลคนหนึ่งนี้ เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจตามกฎหมายแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าสิทธิเสรีภาพ แม้จะคล้ายกันข้อที่ว่าต่างก็เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล แต่ก็แตกต่างกันในข้อสาระสำคัญอันมีอามองข้ามเสียได้ สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นอีกคนหนึ่งหรือหลายคนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำและที่จะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำและแม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นหน้าที่นั้นก็เป็นเพียงแต่หน้าที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น

การเปรียบเทียบสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของทางราชการ (Right of information) กับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) คงแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างสิทธิกับเสรีภาพได้อย่างเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้นเมื่อเรากล่าวว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการแก่ราษฎร หมายความว่าราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายที่จะขอเอกสารต่าง ๆ ที่ตนสนใจจากส่วนราชการผู้ครอบครองเอกสารเหล่านั้นไว้ได้ และส่วนราชการ

นั่นก็มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้ผู้ร้องได้คู่ออกสารเหล่านั้นด้วย ตรงกันข้ามเมื่อเรากล่าวว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา ฯลฯ หมายความว่า ราษฎรมีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกล่าวถ้อยคำ เขียนหรือเผยแพร่ข้อความใด ๆ ที่ตนประสงค์ จะกล่าว เขียนหรือเผยแพร่ได้ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางจากองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ แต่ราษฎร หามีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดหาวัสดุอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้สำหรับการแสดง ความคิดเห็นวิธีต่าง ๆ เหล่านั้นไม่ เช่น ไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดหาเครื่อง กระจายเสียงให้ใช้พูด ปากกาดินสอหรือเครื่องพิมพ์ดีด และกระดาษให้ใช้เขียน ฯลฯ อำนาจที่ ราษฎรพึงมีต่อรัฐคงเป็นแต่เพียงอำนาจที่จะเรียกร้องให้รัฐละเว้นกระทำการใด ๆ ที่เป็นหรือจะเป็น อุปสรรคขัดขวางการแสดงความคิดเห็นของตนเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ก็ได้มีการใช้คำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ” ปน ๆ กันไป เช่น เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงจะมี ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์รวม ๆ กัน ไปตาม “สิทธิมนุษยชน” (Human rights) ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เรียกบรรดาสิทธิและ เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลรวม ๆ กันว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Basic rights หรือ Fundamental constitutional rights) กระนั้นก็ตามพึงระลึกไว้เสมอว่า สิ่งที่เรียกว่า “สิทธิมนุษยชน” ก็คือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ก็คือนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเป็น “สิทธิในเสรีภาพ” (Right of liberty) กล่าวคือ เป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่าง ๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐ นั้นเอง (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2547, หน้า 48)

แต่เดิมา รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ มักจะบัญญัติรับรองเสรีภาพเสีย เป็นส่วนใหญ่สิทธิที่มีรับรองอยู่บ้างก็คงได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย กรรมสิทธิ์ และสิทธิทางการเมือง บางประการ เช่น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิสมัครเข้ารับราชการ ฯลฯ เท่านั้น แต่ปรากฏว่ามีนักวิจารณ์สังคมและนักคิดทางการเมืองบางสำนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งพวกมาร์กซิสต์ เลนินนิสต์ได้พากันวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงว่า (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 หมวด 1 ตั้งแต่มาตรา 1-19) ภายใต้งื่อนไขทางเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตามที่เป็นอยู่ใน เวลานั้น เฉพาะแต่ผู้ที่มีฐานะมั่งคั่งร่ำรวย ซึ่งเป็นคนส่วนน้อยในสังคมเท่านั้นที่จะมีเสรีภาพได้จริง ๆ ผู้ยากไร้ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในสังคมแทบจะไม่สามารถใช้เสรีภาพได้เลยเป็นต้นว่า เสรีภาพใน เลทสถานย่อมไม่มีความหมายอะไรเลยสำหรับผู้ที่ยากไร้ที่อยู่อาศัย เสรีภาพในการแสดงความคิดและ ความคิดเห็นย่อมไม่มีความหมายสำหรับผู้ที่ขาดการศึกษาอบรมซึ่งเป็นสิ่งที่จะช่วยให้เขาคิดเป็น เนื่องจากต้องทำงานหาเลี้ยงชีพตั้งแต่ยังอยู่ในวัยเยาว์ ดังนั้น ถึงแม้ว่าตามกฎหมายแล้วราษฎรทุกคน จะมีเสรีภาพเท่าเทียมกันก็ตาม แต่ตามความเป็นจริงแล้วมีเพียงคนไม่กี่คนเท่านั้นที่มีเสรีภาพจริง ๆ

ดังนั้น ในสมัยต่อมา รัฐเสรีประชาธิปไตยบางรัฐจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิของราษฎรในอันที่จะเรียกร้องประโยชน์บางประการจากรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยมีความมุ่งหมายเพื่อประกันมาตรฐานแห่งการดำรงชีวิตขั้นต่ำให้แก่ผู้ด้อยโอกาสในสังคม อันจะทำให้คนเหล่านี้อยู่ในวิสัยที่จะใช้เสรีภาพด้านต่าง ๆ ได้เท่าเทียมกับคนที่มีความฐานะดี สิทธิเหล่านี้รวมเรียกว่า “สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ” (Social and economic rights) ตัวอย่างเช่น สิทธิในการทำงาน สิทธิที่จะมีที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม สิทธิที่จะได้รับการประกัน “ความเสี่ยงทางสังคม” ได้แก่ อุบัติเหตุ การเจ็บป่วย การว่างงาน สิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูยามชราภาพ สิทธิที่จะมีเวลาพักผ่อนหย่อนใจ ฯลฯ โดยเหตุที่สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจเป็นอำนาจตามกฎหมายของราษฎรในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐจัดทำบริการสาธารณะ และการปฏิบัติตามข้อเรียกร้องดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณมหาศาล รัฐที่มีฐานะทางเศรษฐกิจยังไม่พร้อมจึงไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิเช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดเดียวกันกับสิทธิและเสรีภาพดั้งเดิม แต่นิยมแยกไปบัญญัติไว้ในอีกหมวดหนึ่งต่างหาก เรียกว่า “แนวนโยบายแห่งรัฐ” (Directive principles of policy) บทบัญญัติในหมวดนี้มีฐานะเป็นเพียงแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ กำหนดพันธกรณีทางการเมืองหรือทางศีลธรรมให้รัฐสภา และรัฐสภาปฏิบัติจัดทำเท่าที่สามารถจะทำได้เท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องแต่อย่างใด (หยุด แสงอุทัย, 2511, หน้า 218-224)

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่า มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ เป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติองค์กรใช้อำนาจบริหารหรือองค์กรใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครองบรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพจึงมิได้มีฐานะเป็นเพียง “คำประกาศ” อุดมการณ์ของรัฐเท่านั้น

หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-Executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว (รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 มาตรา 1(3) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “บรรดาสิทธิขั้นพื้นฐานดังต่อไปนี้ ย่อมผูกพันผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติบริหารและตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง”) รายการ (Catalogue) ของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรจะทวีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ พร้อม ๆ กับพัฒนาการทางสังคม การเมือง เศรษฐกิจ และเทคโนโลยี แต่ก็ไม่ควรสรุปว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์จะรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเพียงเท่าที่บัญญัติระบุไว้โดยเฉพาะเท่านั้น ปฏิเสธไม่รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ซึ่งแม้ว่าจะ

จำเป็นต่อการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์แต่ก็ไม่ได้บัญญัติระบุไว้อย่างชัดเจน บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาข้อที่ 9 (9th amendment) กล่าวไว้ว่า การจาระไนสิทธิและเสรีภาพบางประการไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความสำคัญแก่หรือปฏิเสธสิทธิหรือเสรีภาพประการอื่นของประชาชน ทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิสไม่ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพส่วนบุคคลเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นสิทธิที่จะให้การแก้ข้อกล่าวหาก่อนที่จะถูกศาลหรือองค์กรฝ่ายปกครองลงโทษ (Le droit d'être entendu) สิทธิที่จะไม่ตกเป็นเหยื่อของการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ (L'interdiction de l'arbitraire) ไว้อย่างชัดเจน แต่ศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิสก็ถือว่าสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลเสรีภาพต่าง ๆ เหล่านี้พึงได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Droits constitutionnels non-écrits) เช่นเดียวกัน ดังนั้น ในประเทศไทย “น่าจะต้องทำความเข้าใจบทบัญญัติในหมวด 3 ไปในทางที่ว่า ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย บุคคลย่อมมีอยู่อย่างบริบูรณ์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์โดยทั่วไป หากต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุซ้ำขึ้นอีก ไม่เว้นแต่เป็นกรณีเคลือบแคลงสงสัยหรือมีความจำเป็นจะต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนเมื่อหลักเป็นเช่นนี้จึงพอเข้าใจได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 มิได้ลบล้างสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลมีอยู่แล้วโดยกำเนิด หรือโดยกฎหมายอื่น” (ไพศาล กุมาลย์วิสัย, 2511, หน้า 96-97) โดยนัยนี้ สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่เกิดกิจการถูกโอนเป็นของชาติ (Nationalization)

2. ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรโดยชัดเจนหรือโดยปริยายนี้ อาจจำแนกออกเป็นประเภท ๆ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ กัน เช่น จำแนกตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพจำแนกตามการกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ และจำแนกตามอาการการใช้สิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น

2.1 สิทธิเสรีภาพจำแนกตามเนื้อหา

เมื่ออาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์ เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 6 ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิและเสรีภาพทางการเมืองและสิทธิในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ได้แก่

- ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย ซึ่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดทางอาญา เช่น บทบัญญัติที่ว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen , nulla poena sine lege) บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด แสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ บทบัญญัติที่ห้ามจับกุม คမ်းหรือตรวจค้นตัวบุคคล เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ฯลฯ

- สิทธิที่จะไม่ให้ถือคำเป็นปฏิเสศต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา
- เสรีภาพในเคหสถาน
- เสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย
- เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร
- สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว ฯลฯ

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพในทางความคิด และการแสดงออกซึ่งความคิด ได้แก่ เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

- สิทธิในการรับการศึกษาขั้นมูลฐาน
- เสรีภาพในการศึกษาอบรม
- เสรีภาพทางวิชาการ
- เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

เช่น วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ การเล่นแสดงต่าง ๆ ฯลฯ

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ ได้แก่

- สิทธิในทรัพย์สิน
- สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่ยึดหรือเวนคืนที่ดิน หรือกิจการถูกโอนเป็นของชาติ
- เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน

- สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

- สิทธิที่จะได้รับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานและสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่คิดมูลค่า ในกรณีที่เป็นการยากไร้ ฯลฯ

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ได้แก่ เสรีภาพในการร่วมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์หรือหมู่คณะอื่น

- เสรีภาพในการรวมตัวเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมือง ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย

- สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

- เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

ตัวอย่างของสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ได้แก่

- บทบัญญัติที่รับรองว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

- บทบัญญัติที่คุ้มครองบุคคลมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือทำให้เสียประโยชน์อันควรมิควรได้ เพราะเหตุที่ตนถือศาสนา นิกายศาสนาหรือลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากผู้อื่น เป็นต้น

2.2 สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามการกำเนิด

เมื่อพิจารณาการกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างชัดเจนหรือโดยปริยายแล้ว อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชน (Human rights) และสิทธิของพลเมือง (Citizen's rights) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

สิทธิมนุษยชน ได้แก่ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าคิดด้วยมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิในทางชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึง สิทธิในครอบครัว สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว ฯลฯ เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาและในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อสารความหมายโดยวิธีอื่น ฯลฯ สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจบางประการ เช่น สิทธิใน

ทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ฯลฯ เหล่านี้ เป็นตัวอย่างของสิทธิมนุษยชน

ความคิดที่ว่ามนุษย์แต่ละคน เพราะเหตุที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มีสิทธิและเสรีภาพบางประการที่อาจยกขึ้นยันผู้อื่นและสังคมที่ตนอาศัยอยู่ได้นี้ มีมาแล้วตั้งแต่ในปลายยุคกรีก แต่ได้รับการพัฒนาและมีอิทธิพลแพร่หลายมากยิ่งขึ้น

ในศตวรรษที่ 18 John Locke (ค.ศ.2632-1704) นักปราชญ์คนสำคัญในสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law school) ความคิดสังคมการเมืองหรือรัฐนั้น มิใช่สังคมที่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันแปรไปโดยตัวเองตามธรรมชาติ (Spontaneous society) เหมือนกับครอบครัว หากแต่เป็นสังคมที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ (Artificial society) กล่าวคือ มนุษย์ร่วมกันทำสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social contract) จัดตั้งขึ้นก่อนที่มนุษย์จะร่วมกันทำสัญญาเช่นว่านี้ มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ (State of nature) ซึ่งหมายถึงสภาวะที่ปราศจากการจัดองค์การทางการเมือง ปราศจากผู้ปกครองหรือรัฐบาล ในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนและใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ตามแต่ตนจะเห็นสมควร ทั้งนี้ภายในกรอบของกฎหมายธรรมชาติ หรืออีกนัยหนึ่งเหตุผล (Reason) ซึ่งสอนมนุษย์ว่าทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ละคนไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของผู้อื่น トラบเท่าที่มนุษย์ยังคงดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติและลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วยตนเอง ดังนั้นจึงก่อให้เกิดความไม่เหมาะสม ความไม่สะดวกและอันตรายบางประการ

ประการแรก ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของแต่ละคนตกอยู่ในความไม่มั่นคงปลอดภัย อาจถูกผู้อื่นล่วงละเมิดได้ทุกเมื่อ ทั้งนี้เพราะมนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันก็เฉพาะแต่ในสิทธิที่ตนมีอยู่เท่านั้น แต่ไม่ได้มีความสามารถด้านต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งความสามารถในอันที่จะเข้าใจกฎหมายธรรมชาติเท่าเทียมกัน

ประการที่สอง การที่แต่ละคนลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติเป็นให้ตนได้รับความเสียหายด้วยตนเองนั้นเท่ากับว่าแต่ละคนเป็นผู้พิพากษาคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสีย ดังนั้นอาจจะตัดสินลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการแก้แค้นรุนแรงเกินสมควรแก่เหตุก็ได้

ประการสุดท้าย แต่ละคนไม่มีกำลังทางกายภาพเพียงพอที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำตัดสินชี้ขาดของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความสับสนและความไม่มีระเบียบดังกล่าวนี้เอง ที่เป็นเหตุผลจูงใจให้มนุษย์หันหน้าเข้ามาตกลงทำสัญญาประชาคม จัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้น และต่างก็ยอมสละอำนาจของตนในอันที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่

รัฐบาลจะเห็นได้จากคำสอนของ John Locks ดังได้สรุปความมาข้างต้นว่ามนุษย์หันหน้าเข้ามาทำสัญญาประชาคม จัดตั้งสภามการเมืองและรัฐบาลขึ้น ก็ด้วยความมุ่งหมายเพื่อให้การคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของคนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิ่งที่มีมนุษย์ตกลงกันสละให้แก่สภามการเมืองและรัฐบาล ได้แก่ อำนาจในอันที่จะบังคับ ให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น ส่วนสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินนั้น มนุษย์ยังคงสงวนไว้แก่ตน หาได้ยอมสละไปด้วยไม่ โดยนัยนี้ รัฐและรัฐบาลจึงมีอำนาจอย่างจำกัด ในกรณีที่รัฐบาลกล่าวกรายสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ของราษฎรตามอำเภอใจ เท่ากับว่ารัฐบาลกระทำการ เกินขอบอำนาจของตน ราษฎรจึงไม่จำเป็นต้องเคารพและเชื่อฟังรัฐบาลอีกต่อไป

คำสอนของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสอนของ John Locke เป็น แรงบันดาลใจอย่างสำคัญต่อการจัดทำเอกสารสำคัญทางรัฐธรรมนูญในเวลาต่อ ๆ มา ดังจะเห็นได้ ว่า Bill of Rights ค.ศ.1776 ของรัฐ Virginia ประกาศไว้ตั้งแต่ข้อแรกว่า “โดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์ ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกันและมีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด แม้เมื่อได้ตกลง ดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม โดยสัญญาประชาคมใด ๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ก็ไม่อาจจะพรากสิทธิ เหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต ในเสรีภาพในการแสวงหาและการ เป็นเจ้าของทรัพย์สินและการแสวงหาความสุขให้แก่ตน” คำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1776 “ถือว่าความจริงดังต่อไปนี้มีความชัดเจนในตัวองมนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียม กันพระเจ้าเป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมีอาจสละละทิ้งได้บางประการให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน” ปฏิญญาว่าด้วย สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ยืนยันว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพและมีสิทธิ ต่าง ๆ เท่าเทียมกัน” (ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ข้อ 1) แท้ที่จริงแล้ว “ความมุ่งหมายของสภามการเมืองทั้งปวง ได้แก่ การปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิตาม ธรรมชาติ อันมีอาจทำลายได้ของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความมั่นคงปลอดภัย ในชีวิตและร่างกายและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง” คำว่า “เสรีภาพ” ในที่นี้หมายถึงเสรีภาพโดยทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ เป็น “สิทธิที่จะกระทำการใด ๆ ก็ได้ทั้งสิ้น เว้นไว้แต่การอันเป็นการรบกวนเสรีภาพ ของผู้อื่น” ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 เองก็ได้ยืนยันไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ศักดิ์ศรีและสิทธิที่มวลมนุษย์มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันและมนุษย์ไม่อาจสละละทิ้งไปเสียได้ เป็น รากฐานของเสรีภาพความยุติธรรม และสันติภาพของโลก”

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนเป็นสิทธิและ เสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่าง

เดี๋ยวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิ และเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มี “ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน” (Sovereign) คนใดหรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเองแต่จะมีคุณค่าขึ้นมาก็ต่อเมื่อได้ปกป้องรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้เท่านั้น

สิทธิของพลเมือง คือ สิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่ง บรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง อันได้แก่เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมือง ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น

โดยเหตุผลของเรื่องแล้ว สิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็แต่ภายหลังเวลาที่รัฐเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ก่อนหน้านั้นความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองย่อมไม่อาจก่อตัวขึ้นมาได้ กรณีจะเป็นประการใดก็ตามถือกันว่าสิทธิของพลเมืองนี้ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม เป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนที่มั่นใจได้วิธีหนึ่ง ในหลาย ๆ วิธีนั่นเอง รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมของราษฎร และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของราษฎรอยู่ตลอดเวลา ย่อมไม่อาจค้ำข่มแห่งราษฎรได้ง่าย ๆ เหมือนกับรัฐบาลที่สถาปนาตนเองโดยพลการ

2.3 สิทธิและเสรีภาพจำแนกตามอาการที่ใช้

เมื่อพิจารณาจากอาการที่ใช้แล้ว เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Liberty of conscience) และสิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of action)

สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม หรือสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดนี้ ไม่ได้หมายถึงแต่เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาเท่านั้น แต่รวมถึงเสรีภาพในอันที่จะไม่เชื่อถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาใด ๆ เลย และเสรีภาพในอันที่จะเชื่อหรือไม่เชื่อถือลัทธิการเมือง เศรษฐกิจและคำสอนทางศีลธรรมแนวใดแนวหนึ่งด้วย เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพทางวิชาการจึงอาจสงเคราะห์เข้าอยู่ในความหมายของสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมได้เช่นกัน โดยสภาพแล้ว การใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม ดังนั้นจึงถือว่าสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สมบูรณ์ (Absolute) ราษฎรควรมีอิสระที่จะคิดและจินตนาการได้อย่างไม่มี

ขอบเขตจำกัด ความพยายามอย่างใด ๆ ที่จะบังคับให้ราษฎรคิดหรือเชื่อทางใดทางหนึ่งก็ดี ห้ามมิให้ราษฎรคิดหรือเชื่อทางใดทางหนึ่งก็ดี นอกจากนี้จะไม่มีทางประสบผลสำเร็จได้แล้ว ยังเปิดช่องให้มีการขัดแย้งความคิดให้ราษฎรกันได้ง่าย ๆ ทั้งนี้เพราะเทคโนโลยียังไม่ก้าวหน้าพอที่จะผลิตเครื่องมือสำหรับอ่านความรู้สึกนึกคิดของคนได้ ยิ่งกว่านั้น ยังเป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎรอีกด้วย เมื่อใดที่มนุษย์หยุดคิด มนุษย์ก็จะมีสภาพไม่ต่างอะไรกับวัตถุและสัตว์เครื่องจักร เพราะมนุษย์ต่างกันวัตถุและสัตว์เครื่องจักรที่ตรงที่คิดเป็น

สิทธิเสรีภาพในการกระทำ คือ สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหว ส่วนต่าง ๆ ของร่างกายตามที่ได้คิดและตกลงใจไว้ ดังนั้น จึงได้แก่บรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายอื่น นอกจากสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมนั่นเอง การใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในโลกภายนอก อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือสังคมได้ไม่มากนักน้อย ดังนั้นรัฐจึงต้องจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ของราษฎรแต่ละคน ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้แต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการใด ๆ ที่จะ มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม

2.3 ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ อาจจำแนกตามการกำเนิดออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ สิทธิมนุษยชน และสิทธิของพลเมืองเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ผู้ที่จะทรงสิทธิของพลเมือง หรือสิทธิทางการเมืองได้ ต้องเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐเท่านั้น ไม่มีรัฐใดในโลกที่ยอมรับให้คนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรของตนไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราว หรือเป็นการถาวรก็ตาม มีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองได้ ในสหพันธรัฐเยอรมัน ได้มีความพยายามตามกฎหมายให้สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นแก่คนต่างด้าว เช่น มลรัฐ Schleswig Holstein ได้ตามกฎหมายให้สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นแก่คนสัญชาติเดนมาร์ก ไอร์แลนด์ นอร์เวย์ เนเธอร์แลนด์ สวีเดน และสวิสซึ่งอาศัยอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 6 ปีติดต่อกัน มลรัฐ Hambourg ได้ตรากฎหมายให้คนต่างด้าวซึ่งอาศัยอยู่ในเมือง Hambourg มาแล้วไม่น้อยกว่า 8 ปี ติดต่อกัน มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาเมือง Hambourg ได้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน พิพากษาไว้ในคำพิพากษา 2 ฉบับ ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ.1990 ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 มาตรา 28 ข้อ 1 ที่สงวนสิทธิเลือกตั้งไว้ให้แก่ “ชนชาวเยอรมัน” หรืออีกนัยหนึ่งผู้ที่มีสัญชาติเยอรมันเท่านั้น

ยิ่งกว่านั้น คนสัญชาติของรัฐใช้ว่าจะมีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองบางประการเสียทุกคนไปก็หาได้ไม่ เป็นต้นว่า เฉพาะแต่บุคคลที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามบางประการ

เท่านั้นจึงจะมีสิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง คนสัญชาติของรัฐที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามอย่างใดอย่างหนึ่ง หากมีสิทธิเช่นนั้นไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปัญหาคงมีอยู่ แต่เพียงว่า ผู้ที่จะทรงสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญได้ จะต้องเป็นคนสัญชาติของรัฐด้วยหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่ง คนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรของรัฐ จะมีสิทธิมนุษยชนเท่าเทียมกันกับคนสัญชาติของรัฐเองหรือไม่

ถ้าพิจารณากันในทางทฤษฎีแล้ว ความเป็นมนุษย์ คือ คุณสมบัติแต่เพียงประการเดียวของการมีสิทธิมนุษยชน Saint Paul ได้กล่าวไว้ว่า “ไม่มีทั้งคนกรีก คนยิว ทาส และเสรีชนอีกต่อไป” ซึ่งหมายความว่าในโลกนี้คงมีแต่เพียง “มนุษย์” เท่านั้น ดังนั้นมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะอยู่แห่งหนตำบลใด และไม่ว่าแห่งหนตำบลนั้นจะเป็นบ้านเกิดเมืองนอนของตนหรือไม่ก็ตาม ย่อมจะมีสิทธิมนุษยชนติดตัวอยู่เสมอและตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 มนุษย์ทุกคนที่อยู่ในอาณาจักรของรัฐนี้ มีสิทธิมนุษยชนเท่าเทียมกัน เพียงแต่ว่าคนต่างด้าวซึ่งมีความผูกพันกับชาติและรัฐไม่เท่ากับคนเยอรมัน อาจถูกจำกัดสิทธิเหล่านี้ได้มากกว่าคนสัญชาติเยอรมันเท่านั้นเอง

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยอย่างน้อย ๆ 2 ท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย และศาสตราจารย์ ดร.วิญญู เจริญงาม (วิญญู เจริญงาม, 2530, หน้า 655) เห็นว่าผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ ได้แก่คนสัญชาติไทยเท่านั้น ทั้งนี้โดยท่านให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญของรัฐแต่ละรัฐ ย่อมกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐนั้นกับคนสัญชาติของตนเท่านั้น ไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐนั้นกับคนต่างด้าว ถ้ารัฐธรรมนูญจะให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าว ก็จะต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้คนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใด ย่อมเป็นไปตามสนธิสัญญาหรือกฎหมายอื่น ซึ่งไม่ใช่เรื่องของรัฐธรรมนูญ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ Hermann Roesler นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันผู้มีส่วนอย่างสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญเมจิ ค.ศ.1889 (วิญญู เจริญงาม, 2530, หน้า 11) ตามความเห็นดังกล่าว คนต่างด้าวอาจมีสิทธิและเสรีภาพอยู่ตามรัฐธรรมนูญของประเทศตนหรือตามสิทธิมนุษยชน แต่รัฐธรรมนูญของไทยก็ไม่จำเป็นต้องให้หลักประกันแก่คนต่างด้าวเหล่านั้นแต่อย่างใด

ในกรอบของสหประชาชาติ ได้มีการเสนอให้มีการรับรอง “สิทธิที่จะมีสันติภาพ” (Right to Peace) “สิทธิที่จะมีการพัฒนา” (Right of development) “สิทธิที่จะอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี” (Right to a healthy environment) “สิทธิในการเป็นเจ้าของสมบัติอันร่วมกันของมนุษยชาติ” (Right to the common heritage of mankind) เป็นต้น ในทางระหว่างประเทศเรียกสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้

ว่า “สิทธิมนุษยชนรุ่นที่ 3” (“สิทธิมนุษยชนรุ่นที่หนึ่ง” ได้แก่บรรดา “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนและ “สิทธิมนุษยชนรุ่นที่สอง” ได้แก่บรรดา “สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ” ซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการต่าง ๆ ให้เป็นประโยชน์แก่ตน) (The third generation of human rights) ซึ่งถือกันว่าเป็น “เงื่อนไขแห่งความอยู่รอดของมนุษยชาติ” (Conditions of the survival of mankind)

3. หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

3.1 รูปแบบของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการ

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยปกติแล้วจะได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด

กฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดนั้น ก็เป็นการตีความหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative democracy) อันเป็นหลักการที่เป็นรากฐานของรัฐธรรมาธิปไตยประชาธิปไตยนั่นเอง

การจัดระเบียบแห่งการให้อำนาจอธิปไตย ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หมายถึง การกระจาย (Distribution) การให้อำนาจอธิปไตยของรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ (Legislative function) ทางบริหาร (Executive function) และทางตุลาการ (Judicial function) ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กร เป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน แต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมาธิปไตยมอบหมายให้แก่ตนอย่างเป็นอิสระไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่นไม่ให้เกิดการให้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์กรเดียว ทั้งนี้เพราะ “ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกันอยู่ในตัวบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันแล้ว เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าหวั่นเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งนั้นจะตรากฎหมายที่มีลักษณะกดขี่มาใช้ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะมีความเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสองเพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมกับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบบังคับได้เต็มที่และก็ไม่มีอะไรเหลือเลย จะสูญสิ้นไปหมด ถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสามกฎหมายก็จะไม่แน่นอน

การใช้อำนาจบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจและถ้าใครไม่ทำตามความประสงค์นั้นผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ”

ในส่วนของพระราชกำหนดนั้น พิศาระห์กันอย่างผิวเผินแล้วจะเห็นได้ว่าไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยทางผู้แทนเหมือนอย่างพระราชบัญญัติ เพราะมิได้ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดเป็นเพียงกฎหมายชั่วคราวเท่านั้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญบังคับให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภา เพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติ พระราชกำหนดนั้นก็ตกไป หรืออีกนัยหนึ่ง สิ้นผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศไม่อนุมัติในราชกิจจานุเบกษา แต่ถ้ารัฐสภาอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นก็มิผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในท้ายที่สุดแล้ว ความมีผลหรือไม่มีผลใช้บังคับของพระราชกำหนดก็ขึ้นอยู่กับความยินยอมหรือไม่ยินยอมของรัฐสภาอยู่นั่นเอง

3.2 กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายบริหาร

กฎหมายที่เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำการซึ่งฝ่ายบริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง นอกจากตัวพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจนั้นเองแล้วยังได้แก่กฎหมายอื่น ๆ ดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดฉบับอื่น ๆ

พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ฝ่ายบริหารกระทำการ เช่น “อำนาจแห่งการเข้าร่วมควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ” นั้นเกิดขึ้นโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัวและการควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ.2488 ซึ่งมีบทบัญญัติให้อำนาจไว้ในมาตรา 7 ว่า “กิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติซึ่งนายกรัฐมนตรีได้ประกาศระบุชื่อประเภทตามความในมาตรา 3 นั้นให้มีคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ซึ่งคณะรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง มีอำนาจควบคุมจัดกิจการตามวิธีการและหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา” โดยอำนาจควบคุมจัดกิจการ คือ การเข้าจัดการงานแทนบุคคลนั้น ๆ นั้นเอง ซึ่งรวมตลอดถึงการ

หยุดกิจการ ชำระบัญชีและการขอให้บุคคลนั้น ๆ เป็นคนล้มละลาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1255/2493 (ประชุมใหญ่))

2) รัฐธรรมนูญ (Constitutional)

รัฐธรรมนูญ (Constitutional) ซึ่งได้แก่บรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ด้วยหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ที่สำคัญ ๆ ควรกล่าวถึงเป็นพิเศษ ได้แก่ หลักแห่งความเสมอภาค (Principle of equality before the law)

หลักแห่งความเสมอภาค หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน มีบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐจะไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคนเฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรของรัฐที่ปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน ในทางปฏิบัติก็มีการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ เช่น ข้าราชการ ทนายความ เกษตรกร วิศวกร ฯลฯ และปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันเหมือนกัน และต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไป ฝ่ายบริหารต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค ทั้งในกรณีที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎ ระเบียบ ฯลฯ ที่จำเป็นแก่การบังคับให้การเป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท และในกรณีที่เป็นการใช้ดุลยพินิจออกคำวินิจฉัยสั่งการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะหรืออีกนัยหนึ่ง ตัดสินใจเลือกออกมาตรการใดมาตรการหนึ่ง ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ออกไป

หลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจนี้ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (Moderation) ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ ไม่ได้กำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ หลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกัน คือ หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of suitability) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of necessity) และหลักแห่ง

ความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality in the narrow sense) (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และสมยศ เชื้อไทย, 2534, หน้า 195-208)

กล่าวโดยสรุป หลักแห่งความได้สัดส่วน บังคับให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้ความประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุด และห้ามมิให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการใด ๆ ซึ่งหากได้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและ/หรือแก่สังคมโดยรวม

3) กฎหมายประเพณี (Customary law)

กฎหมายประเพณี (Customary law) ซึ่งได้แก่แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งได้รับการประพฤติตามอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านานตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่อีกคนรุ่นหนึ่ง จนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมของคนในสังคม (Social habit) และสาธารณชนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (Opinion juries) กฎหมายประเพณีนี้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายทุกแขนง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน และไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนภายในหรือมหาชนภายใน อย่างไรก็ตามมีข้อควรสังเกตว่าในแขนงกฎหมายมหาชนภายในนั้น กฎหมายประเพณีอาจนำมาใช้บังคับในฐานะที่เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งได้เท่านั้น แต่ไม่นำมาใช้บังคับ ในฐานะเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายบริหารหรือขยายอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งให้กว้างออกไปได้ ตัวอย่างของกฎหมายประเพณีที่จำกัดอำนาจของฝ่ายบริหาร ได้แก่ การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงต่อรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจึงจะลงนามประกาศใช้ได้ ความจริงแล้ว ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใด บัญญัติบังคับไว้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงต้องทำเช่นนั้น การเสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ จึงจะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีโดยแท้

4. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ราษฎรไว้ 2 ลักษณะด้วยกันคือ บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute) กล่าวคือ โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่บางกรณีก็บัญญัติรับรองไว้อย่างไม่สมบูรณ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ ในภายหลังได้เฉพาะแต่สิทธิและเสรีภาพ

ในมโนธรรม หรือในทางความคิดเท่านั้น ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างสมบูรณ์ ดังตัวอย่าง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2538 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติรับรองเสรีภาพในการถือศาสนาไว้ว่า แต่สำหรับสิทธิและเสรีภาพในการกระทำแล้ว

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น จำเป็นต้องมีระเบียบวินัยแต่ละคนจะใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือของประโยชน์ส่วนรวม (General interest) หรือประโยชน์มหาชน (Public interest) ไม่ได้ เช่น แต่ละคนจะใช้สิทธิและเสรีภาพในการเดินทางเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เดินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือเข้าไปตั้งบ้านเรือนในที่ดินของผู้อื่น โดยที่ผู้เป็นเจ้าของที่ดินไม่ได้อนุญาตไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการพูด การเขียน การโฆษณา ฯลฯ กล่าวถ้อยคำ เขียน พิมพ์ หรือโฆษณาข้อความใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการลบลู่เกียรติยศหรือชื่อเสียงของผู้อื่น หรือทำลายความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจ หรือสุขภาพของประชาชนหรือไม่ แต่ละคนจะใช้เทคโนโลยีแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไปในลักษณะที่ก่อให้เกิดมลภาวะหรือทำลายสภาพแวดล้อม หรือความสมดุลของธรรมชาติไม่ได้ เป็นต้น ความจริงข้อนี้ทำให้ยอมรับว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐหรืออีกนัยหนึ่ง “ผู้ปกครอง” มีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคน โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างหรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน ปัญหาคงมีแต่เพียงว่า ทำอย่างไรราษฎรจึงจะมั่นใจได้ว่า องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะไม่ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการกระทำของตนตามอำเภอใจ

ถือกันว่าองค์กรฝ่ายบริหาร (Executive) ได้แก่ รัฐบาล (Government) และฝ่ายปกครอง (Administration) เป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมากที่สุด ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า รัฐบาลเป็นผู้บัญชาการกองกำลังทหารและตำรวจ ดังนั้นจึงอยู่ในวิสัยที่จะคุกคามสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้อยู่ตลอดเวลาที่ยังกว่านั้นรัฐบาลซึ่งมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบรักษาความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มักเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นภัยคุกคามคุณค่าดังกล่าว สำหรับฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น โดยปกติมักจะถือเอาประสิทธิภาพของงานเป็นที่ตั้ง และเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นอุปสรรคขัดขวางการปฏิบัติภารกิจของตน

ดังนั้นรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงพากันมุ่งแสวงหามาตรการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร แต่วิวัฒนาการของการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative democracy) ซึ่งมีพรรคการเมืองเป็น “ตัวการ” (Actor) สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วิวัฒนาการของการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเป็นไปตาม “ระบบรัฐสภา” (Parliamentary system) ได้แสดงให้เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็อาจกดขี่ข่มเหงราษฎรได้เช่นกัน เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าในระบบรัฐสภานั้นรัฐมนตรีทั้งคณะและแต่ละคนต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและจะอยู่ในตำแหน่งได้นานตราบเท่าที่สภาผู้แทนราษฎรยังคงให้ความไว้วางใจอยู่เท่านั้น

เมื่อใดที่สภาผู้แทนราษฎรมิมีความไว้วางใจ รัฐมนตรีทั้งคณะหรือแต่ละคนแล้วแต่กรณี ต้องพ้นจากตำแหน่ง เพื่อให้คณะรัฐมนตรีมีเสถียรภาพ บุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจึงต้องเป็นหัวหน้าและผู้นำพรรคการเมืองซึ่งสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากในสภา เมื่อคณะรัฐมนตรีและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากในสภาเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองเดียวกัน และเมื่อพรรคการเมืองต่าง ๆ ซึ่งแต่เดิมเป็นเพียงคณะบุคคลที่รวมตัวกันอย่างหลวม ๆ ได้วิวัฒนาการมาเป็นองค์กรที่มีระเบียบวินัยที่เข้มงวดก็ย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดว่าคณะรัฐมนตรีอยู่ในวิสัยที่จะใช้รัฐสภาเป็นเครื่องมือย่ำยีสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้อย่างไม่ยากนัก ดังนั้นตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา รัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ จึงค่อย ๆ เล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจ ตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ด้วย (วรพจน์ วิสฤตพิชญ์และสมยศ เชื้อไทย, 2534, หน้า 68)

สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่มีการรับรองได้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังนั้นการตรากฎหมายใดออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจำกัดอย่างยิ่งที่จะต้องมีการพิจารณาให้รอบคอบว่ากฎหมายนั้นตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยกำหนดไว้หรือไม่และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเกินกว่าที่จำเป็นหรือไม่ นอกจากนี้ประชาชนผู้มีสิทธิและเสรีภาพเองก็ต้องเข้าใจว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ใช่อำเภอใจที่จะใช้อย่างไรก็ได้ แต่จะต้องใช้สิทธิและเสรีภาพโดยไม่ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น (มานิตย์ จุมปา, 2546, หน้า 10)

ตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วว่าความหมาย ทฤษฎีและที่มาที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังพยานหลักฐานในชั้นจับกุมนั้นมีทฤษฎีและที่มาที่แตกต่างกัน ซึ่งผู้วิจัยจะได้ศึกษาเรียงลำดับเป็นเรื่อง ๆ ไปเพื่อให้ง่ายต่อการศึกษา และง่ายต่อการเรียงลำดับความคิดของผู้วิจัย ซึ่งในส่วนแรกจะทำการศึกษาถึงทฤษฎีที่เกี่ยวกับการพิจารณาของศาลในระบบต่าง ๆ เพื่อชี้ให้เห็นว่าในแต่ละระบบการ

พิจารณาของศาลมีการรับฟังพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน และจะนำพยานหลักฐานมาใช้ก็แตกต่างกัน เช่นเดียวกัน เพราะในระบบไต่สวนนั้นถือเอาคำพิพากษาที่ต้องตรงกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น โดยไม่ได้คำนึงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดไว้มากนักเพราะศาลมีอำนาจในการสั่งการเรียกพยานหลักฐานได้เสมอ รวมทั้งการค้นหาพยานหลักฐานนั้นเป็นอำนาจของศาลโดยแท้ที่จะค้นหาพยานหลักฐานเพื่อทำการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่ แต่ในระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหาานั้นจะไม่เน้นความเป็นจริงของคำพิพากษามากนักเพราะการพิจารณาคดีเกิดขึ้นจากการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายกล่าวหากันว่าเป็นผู้กระทำความผิด ต่อจากนั้นก็ทำการค้นหาพยานหลักฐานว่าอีกฝ่ายกระทำความผิดโดยศาลเป็นเพียงคนกลางในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่ายที่ทำการสืบกันมา แล้วทำการวินิจฉัยหรือพิพากษาคดีว่าฝ่ายใดเป็นผู้กระทำความผิดหรือให้เป็นฝ่ายชนะหรือแพ้คดีนั่นเอง ซึ่งในการพิจารณากรณีดังกล่าวจะถือเอาพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นเป็นหลักว่าคู่กรณีที่น่าสืบมานั้นน่าเชื่อว่าเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้นในกระบวนการนี้ผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาเป็นลำดับไป ดังต่อไปนี้

ในระบบการพิจารณาของศาลประกอบด้วยระบบกล่าวหา (Accusatorial system) เป็นระบบที่มีบุคคลหนึ่ง ได้แก่ ผู้เสียหาย นำเรื่องราวมาฟ้องร้องว่ากล่าวคือ กล่าวหาบุคคลอีกคนหนึ่งต่อผู้มีอำนาจ เพื่อให้ผู้มีอำนาจนั้นชำระให้แก่ตน วิธีการชำระนั้นแต่เดิม ๆ มากี่มีอยู่ต่าง ๆ กัน เช่น ให้พิสูจน์โดยวิธีดำนํ้าบ้าง ไฟบ้าง ซึ่งเรียกว่า "Trial by Ordeal" หรือให้ต่อสู้กันด้วยหอกด้วยดาบ บ้าง ซึ่งเรียกว่า Trial by Battle บางครั้งก็แทรกด้วยการบวงสรวงต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์เพื่อให้คลบับดาลให้แพ้ชนะกัน เป็นการให้พระเจ้าเข้ามาช่วยเป็นผู้ตัดสิน (Judgments of god) ด้วยเหตุนี้ ผู้ชำระความจริงต้องตั้งตัวเป็นคนกลางจริง ๆ เช่น คอยควบคุมดูแลไม่ให้อาวุธที่ใช้มีการได้เปรียบเสียเปรียบกันหรือก่อนถึงวันต่อสู้ก็อาจให้มีการควบคุมตัวทั้งจำเลยและผู้เสียหายไว้ด้วยวิธีการต่าง ๆ ดังว่านี้ เราจะเห็นได้ว่า เหมาะสำหรับสังคมล่าหลังที่คนในสังคมยังไม่มีการเรียนรู้พอที่จะค้นหาความจริงจากปรากฏการณ์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ตามหลักการทางวิทยาศาสตร์ซึ่งอาศัยความรู้ที่ได้จากการทดลองผิดลองถูก (Trials and errors) คือ การทดลองหรือจากการสังเกตปรากฏการณ์ต่าง ๆ จนเป็นที่แน่นอน ต่อมาเมื่อวิธีการชำระคดีได้กลายมาเป็นการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อผู้มีอำนาจชำระ หลักเกณฑ์ในการที่จะนำพยานอย่างไรมาพิสูจน์ได้หรือไม่ตามระบบนี้จึงเป็นไปโดยเคร่งครัด เพื่อมิให้ทั้ง 2 ฝ่ายได้เปรียบเสียเปรียบแก่กัน ผู้ชำระตั้งต้นเป็นกลาง (เป็น Second หรือทำหน้าที่ทำนองกรรมการห้ามมวย) คอยดูแลให้ทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินคดีของตนไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้วางขึ้นไว้โดยเคร่งครัด คู่ความเป็นผู้เสนอพยานหลักฐานของตนต่อศาล และศาลจะตัดสินคดีไปตามหลักฐานที่คู่ความนำสืบ ศาลแทบไม่ถามพยานบุคคลที่มาอยู่ต่อหน้าเลย คือจะถามเฉพาะเมื่อ

คำตอบของพยานที่ตอบโจทก์หรือจำเลยไม่เป็นที่ชัดเจนหรือไม่เป็นที่เข้าใจ ศาลจะไม่ถามเพื่อค้นหาความจริงจากพยานบุคคลที่มาอยู่ต่อหน้ามากไปกว่านั้น ก็จะไม่ถามเพิ่มเติมเลยออกไปอีกบ้างเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเพิ่มขึ้น ระบบกล่าวหานี้ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษและประเทศที่รับเอาระบบของอังกฤษไปใช้

ส่วนในระบบไต่สวน (Inquisitorial system) ประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปเคยใช้วิธีพิจารณาความในระบบกล่าวหามาก่อน เพราะการพิสูจน์โดยให้ดำเนินไปต่อสู้กัน หรือบวงสรวงสาบานต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ เป็นระบบแรกที่ใช้กันอยู่ในสังคมมนุษย์ทุกแห่งหนในสมัยแรก ๆ ต่อมาเมื่อศาสนาคริสต์ได้แพร่หลายไปทั่วยุโรป ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปยกเว้นอังกฤษจึงได้นำเอาวิธีการชำระความของทางศาสนาคริสต์มาใช้ โดยเมื่อผู้มีอำนาจปกครองดูแลทางศาสนาได้ทราบว่าบุคคลผู้เป็นสมาชิกในสมาคมของตนกระทำการอันมิชอบ เช่น เป็นชู้กันหรือประพฤตินอกกริตนอกศาสนา ซึ่งจะมีผู้มากล่าวหาฟ้องร้องหรือไม่ก็ดี ผู้ที่ปกครองก็ต้องชวนขวยค้นหาให้รู้ข้อเท็จจริงให้จงได้ การพิสูจน์พยานหลักฐานของระบบไต่สวนจึงไม่มีใครมีหลักเกณฑ์เคร่งครัดดังเช่นระบบกล่าวหา เพราะมุ่งหวังเอาผลที่จะได้รู้ถึงความเท็จและจริงมากกว่า จึงอาจมีการทรมานจำเลยด้วยวิธีต่าง ๆ เพื่อให้จำเลยรับสารภาพ ผู้เสียหายและจำเลยอาจไม่มีการเผชิญหน้ากัน (Confrontation) ต่อหน้าศาล คือการพิจารณาอาจทำกลับหลังจำเลย การฟ้องร้องกล่าวโทษไม่จำเป็นต้องเริ่มขึ้นจากเอกชนซึ่งเป็นผู้เสียหาย มีการคัดเลือกตุลาการชำระความจากผู้ที่ศึกษากฎหมาย ไม่ใช่สามัญชนเช่นคนขายเนื้อช่างตัดเสื้อ ฯลฯ มาเป็นจรรยาทำหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริง (Judges of facts) อย่างในระบบกล่าวหาผู้พิพากษาในระบบไต่สวนจะได้รับการแต่งตั้งจากผู้มีอำนาจปกครองบ้านเมืองในการชำระความ การค้นหาความจริงของศาลไม่จำกัดอยู่เพียงพยานหลักฐานเท่าที่คู่ความนำมาสู่ศาลค้นหาความจริงต่าง ๆ เองด้วยตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้

พยานหลักฐาน หมายถึง สิ่งที่น่าเสนอเพื่อแสดงให้เห็นข้อเท็จจริงซึ่งนำไปสู่การพิเคราะห์ว่าพฤติการณ์อันเป็นประเด็นในคดีนั้นเป็นอย่างไร (โสภณ รัตนกร, 2536, หน้า 38) ใครเป็นผู้กระทำและกระทำอย่างไร มีรายละเอียดในคดีอย่างไร กล่าวโดยเฉพาะ พยานหลักฐานในคดีอาญาเป็นสิ่งที่น่าเสนอให้เห็นว่าจำเลยเป็นผู้ที่กระทำความผิดหรือไม่ และการกระทำความผิดนั้นกระทำโดยมีพฤติการณ์อย่างไร มีผู้ใดเกี่ยวข้องบ้าง ซึ่งอาจเป็นพยานหลักฐานเพื่อนำไปสู่ข้อเท็จจริงในคดีอาญาของฝ่ายโจทก์ว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่ อย่างไรหรือพยานหลักฐานของฝ่ายจำเลยที่นำมาสืบพิสูจน์ข้อแก้ตัวของตนว่าไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา หรือได้รับการยกเว้นโทษหรือลดโทษ เป็นต้น (ณรงค์ ใจหาญ, 2550, หน้า 213)

กฎหมายพยานหลักฐานที่มีการเรียนการสอนกันอยู่ในประเทศไทย ไม่ได้เรียนหรือสอนกฎหมายพยานหลักฐานทั้งหมดทั้งระบบของกฎหมายไทย แต่เรียนและสอนกันเฉพาะกฎหมายพยานหลักฐานที่ใช้กันอยู่ในศาลยุติธรรมเฉพาะคดีแพ่งสามัญและคดีอาญาสามัญเท่านั้น แต่ถ้าเป็นคดีชำนานาญพิเศษอยู่ในศาลชำนานาญพิเศษในระบบของศาลยุติธรรม เช่น คดีแรงงาน คดีภาษีอากร คดีทรัพย์สินทางปัญญา คดีการค้าระหว่างประเทศหรือคดีล้มละลาย เหล่านี้เขาจะมีกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของตัวเองแยกออกไปจากคดีแพ่งคดีอาญาสามัญทั่วไป ในศาลปกครองก็จะมีกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและพยานหลักฐานที่ใช้ในศาลปกครองแยกออกไปอีกระบบหนึ่งต่างหากไม่เหมือนในระบบศาลยุติธรรม ถ้าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารก็มีระบบวิธีพิจารณาและพยานหลักฐานแยกเป็นต่างหากเหมือนกัน เพียงแต่ว่ากฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารบัญญัติให้อำนาจวิธีพิจารณาความอาญาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเข้าไปใช้ได้ค่อนข้างมาก ฉะนั้นความแตกต่างจากกฎหมายพยานหลักฐานในคดีอาญาทั่วไปจึงมีไม่มากนัก

ในคดีอาญาแม้จะไม่มีกรรณการฟ้องสองสถาน ไม่มีกรรณการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและภาระการพิสูจน์อย่างเช่นคดีแพ่ง แต่ว่าประเด็นข้อพิพาทและภาระการพิสูจน์ในคดีอาญาย่อมมีอยู่เสมอ ซึ่งประเด็นข้อพิพาทอาจเป็นได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงหรือปัญหาข้อกฎหมาย หรือทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย เฉพาะปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้นที่จะต้องพิสูจน์กันด้วยพยานหลักฐานจะใช้ความรู้เห็นของศาลเองหรือสิ่งอื่นที่ไม่ใช่พยานหลักฐานมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงไม่ได้ ส่วนภาระการพิสูจน์ในคดีอาญานั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้บัญญัติเรื่องภาระการพิสูจน์ไว้โดยเฉพาะจึงต้องนำบทบัญญัติของมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับคดีอาญาโดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 15

ในคดีอาญานั้นพยานวัตถุ พยานเอกสารหรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ อ่างเป็นพยานหลักฐานได้ ดังนั้นโดยหลักทั่วไปแล้วพยานหลักฐานทุกชนิดทุกประเภทได้แก่ พยานวัตถุ พยานเอกสารหรือพยานบุคคล สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานในทางคดีอาญาได้ทั้งหมด ยกเว้นจะมีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ ฉะนั้นเวลาจะวิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานชั้นใดรับฟังได้หรือไม่ก็ต้องพิจารณาก่อนว่ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งห้ามรับฟังพยานหลักฐานชั้นนั้นหรือไม่ ถ้าไม่มีก็แสดงว่าพยานหลักฐานชั้นนั้นเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ แต่ถ้ามีกฎหมายบทใดบทหนึ่งบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานชั้นนั้นก็ถูกตัดออกไปห้ามมิให้รับฟังและเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ บทกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานหลักฐานเราเรียกว่า “บทตัดพยานหลักฐาน” บทตัดพยานหลักฐานในคดีอาญา

ทฤษฎีว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน

1. พยานหลักฐานไม่เกี่ยวกับประเด็น

ในคดีอาญาประเด็นที่สำคัญที่สุดคือ ประเด็นว่าจำเลยผิดหรือบริสุทธิ์ ย่อมเป็นประเด็นโดยตรง เพราะฉะนั้นพยานหลักฐานใดก็ตามที่อาจพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์คู่ความย่อมสามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ถ้าพยานหลักฐานใดไม่มีคุณสมบัติจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ พยานหลักฐานนั้นก็รับฟังไม่ได้ เช่น โจทก์จะอ้างพยานหลักฐานเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมของจำเลยเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยไม่ได้ เพราะมิใช่พยานหลักฐานเกี่ยวกับประเด็นว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ต้องห้ามมิให้รับฟังตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 226

2. พยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

พยานหลักฐานที่กฎหมายห้ามมิให้รับฟังเพราะเกิดขึ้นโดยมิชอบ มีบทบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติให้ พยานวัตถุพยานเอกสารหรือพยานบุคคลซึ่งจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจมีคำมั่นสัญญาเข้าหลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่นและให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน แต่บทบัญญัตินี้มีข้อจำกัดใช้บังคับกับคดีอาญาเท่านั้น ไม่อาจนำไปใช้กับคดีแพ่ง คดีปกครองหรือคดีรัฐธรรมนูญ

3. ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานในคดีอาญา

ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานในคดีอาญา หมายถึง ห้ามโจทก์อ้างจำเลยในคดีที่ตนฟ้องเป็นพยาน แต่ไม่ห้ามถ้าโจทก์จะอ้างจำเลยในคดีอื่นมาเป็นพยานในคดีที่ตนฟ้อง แม้ว่าคดีดังกล่าวจะมีความเกี่ยวข้องกับคดีที่ฟ้องนี้ก็ตาม ส่วนคำเบิกความของจำเลยในคดีอื่นจะมีน้ำหนัก ควรเชื่อถือได้เพียงใด เป็นปัญหาเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน มิใช่ห้ามมิให้รับฟังในข้อหานี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 9300/2539)

บทบัญญัตินี้เป็นบทตัดพยานบุคคลโดยกำหนดคุณสมบัติของพยานหลักฐานในคดีอาญาว่าโจทก์จะอ้างจำเลยเป็นพยานไม่ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 232) เป็นการห้ามทั้งการที่โจทก์อ้างจำเลยมีเป็นพยานเพื่อยืนยันความผิดกับตัวจำเลยเอง และการที่โจทก์อ้างจำเลยคนหนึ่งมีเป็นพยานเพื่อยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่ง ในคดีนั้นด้วย เหตุผลที่ห้ามโจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานยันตัวจำเลยเองนั้นก็เพราะบุคคลที่มีสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความ

ปรักปรำตนเอง ส่วนผลที่ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยคนหนึ่งมาเป็นพยานยืนยันเอาความผิดกับจำเลยอีกคนหนึ่งก็เพราะว่าจำเลยแต่ละคนตกอยู่ในอิทธิพลของความกลัวและความหวัง คือ กลัวว่าถ้าตนให้การว่าทำผิดก็จะต้องได้รับโทษ และหวังว่าถ้าตนให้การชดทอว่าคนอื่นทำผิดก็อาจทำให้ตนเองรับโทษน้อยลงหรือพ้นโทษไปเลย ดังนั้นคำให้การของจำเลยจึงไม่น่าเชื่อถือ เพื่อตัดปัญหาดังกล่าวกฎหมายจึงห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลยเป็นพยานเสียเลย

ในสมัยแรก ๆ ที่ยังไม่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้อาศัยจารีตประเพณีที่นิยมกัน และจากการแพร่หลายของพระพุทธศาสนา ประเทศไทยได้รับอารยธรรมจากอินเดีย วิธีการแห่งกฎหมายลักษณะพยานของไทยจึงดำเนินตามคัมภีร์ของพระมโนสารจาร ซึ่งบันทึกไว้ที่ประเทศอินเดีย ต่อมาในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 แห่งกรุงศรีอยุธยา คือ ในพุทธศักราช 1894 ก็ได้มีกฎหมายลักษณะพยานเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น โดยพยายามที่จะวางรากฐานในเรื่องพยานให้แก่ศาลอย่างครบถ้วนเท่าที่ความต้องการของบ้านเมืองสมัยนั้น โดยมีถึง 67 มาตรา แต่วิธีบัญญัติได้วางหลักการอย่างกว้าง ๆ ให้ศาลวินิจฉัยอย่างกฎหมายปัจจุบัน หากแต่เป็นการระบุข้อเท็จจริงชักตัวอย่างออกมาเรื่อย ๆ ซึ่งน่าจะเป็นการแปลคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมโนสารจารออกมาทั้งเรื่องเสียมากกว่า แต่การศึกษาถึงกฎหมายฉบับนี้ก็ทำให้เราได้ความรู้ไม่น้อย เช่น ทำให้เราทราบถึงรากฐานแห่งกฎหมายพยานของเราว่ามีอย่างไร บางข้อก็ยังทันสมัยอยู่ เช่น การห้ามรับฟังคำพยานบอกเล่า เป็นต้น เมื่อกล่าวโดยสรุปแล้วกฎหมายพยาน (พระไอยการลักษณะพยาน) พ.ศ.1894

อย่างไรก็ดี หลักเรื่องการฟังพยานหลักฐานนี้มีได้มีแต่ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้นจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 85 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 แสดงว่ายังมีกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน ซึ่งศาลจะต้องนำมาใช้อีก เช่น พระราชบัญญัติการพนัน ที่กำหนดให้ผู้อยู่ในวงเล่นนำสืบว่าตนมิได้เล่น หรือพระราชบัญญัติศุลกากรดังกล่าวมาแล้ว เป็นต้น หรือเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 วางหลักห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า แต่แล้วก็มีข้อยกเว้นว่า “เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งหรือมีคำสั่งศาลว่าไว้เป็นอย่างอื่น” แสดงว่าแม้พยานบอกเล่าศาลก็อาจรับฟังได้ ซึ่งเรื่องนี้ก็ต้องอาศัยหลักที่ศาลสูงวางไว้บ้างจากหลักกฎหมายสากลบ้าง ซึ่งทำให้ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก็ยืนยันไว้ในมาตรา 104 ว่า “ให้ศาลมีอำนาจเต็มที่ในอันที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบนั้นจะเกี่ยวกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟังเป็นยุติได้หรือไม่ แล้วพิพากษาคดีไปตามนั้น” ทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 86 และมาตรา 87 ก็ยังได้ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางว่า ถ้าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมแล้วศาลมี

อำนาจทำการสืบพยานหลักฐาน สืบพยานหลักฐานใหม่โดยพลการ โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอก็ได้ หรืออาจรับฟังพยานหลักฐานที่คู่ความอ้างฝ่าฝืน มาตรา 88 และมาตรา 90 เช่น ยื่นบัญชีระบุพยาน ค่าเช่าเกิดกำหนด หรือแม้คู่ความที่อ้างไม่ได้ชำระค่าอ้างเอกสาร ศาลก็รับฟังพยานเอกสารนั้นได้ หากเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3/2503) แต่ทั้งนี้ก็มีได้หมายความว่าให้อำนาจผู้พิพากษาพิจารณาความไปตามชอบได้ไม่ ศาลต้องอาศัยหลักกฎหมายเป็นเครื่องอ้างอิงเสมอ และถือตามหลักเกณฑ์ที่ศาลสูงเคยใช้เป็นแนวทางวินิจฉัยซึ่งคำพยาน (Weighing and balancing) ซึ่งรวมถึงตรรกวิทยา จิตวิทยาและปรัชญาด้วยเท่าที่จำเป็น (ยังศักดิ์ ฤกษ์จินดา, 2541, หน้า 14-15)

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในทางอรรถคดี

กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (Law of evidence) เป็นกฎหมายที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในทางอรรถคดีในชั้นศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลยุติธรรม โดยมีหลักพื้นฐานของเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานว่า ศาลสามารถที่จะวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงได้ 4 ทางด้วยกัน คือ

1. ข้อเท็จจริงที่ได้จากคำรับ (Admission) ของคู่ความในศาล เมื่อคู่ความได้ยอมรับข้อเท็จจริงกันอย่างไร

ในความรับรู้ของศาลแล้ว ข้อเท็จจริงนั้นย่อมฟังได้เป็นยุติโดยไม่ต้องใช้พยานหลักฐาน ไม่ต้องอาศัยกฎหมายข้อเท็จจริงที่นำสืบ เรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน การนำสืบพยานหลักฐาน หรือการชี้แจงนำพยานหลักฐานแต่อย่างใด

2. ข้อเท็จจริงที่วินิจฉัยได้โดยอาศัยบทกฎหมายที่วางบทสันนิษฐานเด็ดขาดเอาไว้หรือหลักกฎหมายปิดปากไม่ให้อุทธรณ์เพียงข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่น (Absolute or irrefutable presumption)

คู่ความจะไปเถียงว่าความจริงข้อเท็จจริงไม่ได้เป็นอย่างที่กฎหมายสันนิษฐานไว้เด็ดขาด เช่นนั้นไม่ได้ เพราะกฎหมายห้ามมิให้เถียง ในทางกฎหมายพยานหลักฐานเรียกข้อเท็จจริงที่วินิจฉัยได้โดยช่องทางที่ 2 โดยอาศัยหลักกฎหมายปิดปากเด็ดขาดหรือหลักกฎหมายที่วางข้อสันนิษฐานเด็ดขาดนี้ว่า “ข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้” ทำไม่ถึงไม่อาจโต้แย้งได้ก็เพราะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นเด็ดขาดแล้วว่าให้ข้อเท็จจริงเป็นอย่างนั้นก็ต้องเป็นอย่างนั้น ถึงแม้จะคลาดเคลื่อนไปจากความ

จริงก็ต้องถือว่าเป็นกรณียกเว้นที่สังคมจำเป็นต้องตรากฎหมายให้เป็นอย่างนั้นเพื่อประโยชน์ของสังคม แต่การที่สังคมตรากฎหมายสันนิษฐานข้อเท็จจริงใดไว้เป็นการเด็ดขาดนั้น หมายความว่าสังคมได้ตัดสินใจแล้วว่า ในสถานการณ์เช่นนั้นต้องให้ถือว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างนั้นเป็นเด็ดขาด จึงจะเป็นคุณประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าที่จะให้กันไปตามความเป็นจริง (แต่ถ้าสถานการณ์ในสังคมเปลี่ยนไปจนไม่สอดคล้องกับหลักการนี้เมื่อใด ก็จะต้องแก้ไขกฎหมายนี้เมื่อนั้น) กฎหมายในลักษณะนี้มีอยู่น้อยไม่กี่บทมาตรา เมื่อถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้แล้ว ไม่เพียงแต่คู่ความเท่านั้นที่จะโต้แย้งเป็นอย่างอื่นไม่ได้ แม้แต่ศาลเองก็โต้แย้งไม่ได้ เพราะว่าการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงนี้เป็นไปตามบทกฎหมายที่บังคับไว้เด็ดขาด ศาลจึงต้องวินิจฉัยไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น

3. ข้อเท็จจริงที่สามารถวินิจฉัยได้โดยอาศัยความรู้ทั่วไปของศาลเอง (Judicial nation)

ในทางหลักวิชากฎหมายพยานหลักฐานเรียกช่องทางนี้ว่า Judicial notice แปลว่า ศาลหยั่งรู้ได้เอง ข้อเท็จจริงซึ่งศาลสามารถใช้ความรู้ทั่วไปของศาลวินิจฉัยชี้ขาดได้โดยไม่ต้องไปอาศัยกฎหมาย ไม่ต้องไปอาศัยคำรับของกลุ่มความ ไม่ต้องไปอาศัยพยานหลักฐานในกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยเรียกวิธีการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงโดยช่องทางที่ 3 นี้ว่า ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไป (Generally known fact) เมื่อข้อเท็จจริงนี้เป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไป คนทั่วไปในสังคมรู้ได้อย่างถูกต้องไม่คลาดเคลื่อนแล้ว ศาลโดยผู้พิพากษาซึ่งเป็นสมาชิกส่วนหนึ่งของสังคมก็ควรที่จะรู้ด้วย ไม่ต้องเสียเวลาเอาพยานหลักฐานมาพิสูจน์กัน สามารถใช้ความรู้ของศาลวินิจฉัยไปได้เลย ความยากของวิธีวินิจฉัยข้อเท็จจริงช่องทางที่ 3 นี้ จะอยู่ที่ความไม่แน่นอนและความไม่ชัดเจนของพื้นที่หรือขอบเขตของช่องทางนี้ว่า ข้อเท็จจริงอะไรบ้างที่ถือว่ารู้กันอยู่ทั่วไป ศาลรู้ได้เองวินิจฉัยได้เอง โดยไม่ต้องไปพึ่งพยานหลักฐาน ไม่ต้องคำนึงถึงคำรับคำแย้งของกลุ่มความ (คำว่า Judicial notice เป็นภาษาอังกฤษ ตรงกับคำว่า “ข้อเท็จจริงซึ่งรู้กันอยู่ทั่วไป” ในกฎหมายไทย ศาลนำมาใช้วินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในทางคดีได้ ต่างจากคำว่า “Judicial Knowledge” ซึ่งเป็นคำทั่วไปหมายถึง ความรู้เห็นข้อเท็จจริงในคดีนั้นของผู้พิพากษา ซึ่งจะนำมาใช้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในทางคดีมิได้ เพราะจะขัดแย้งกับการทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีนั้นกลายเป็นพยานไป)

4. ข้อเท็จจริงที่ได้โดยพยานหลักฐาน (Evidence)

ช่องทางที่ 4 นี้ถือเป็นพื้นที่ส่วนใหญ่ของการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในทางอรรถคดี ความจริงการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงใน 4 ช่องทางนี้นำเสนอเพื่อให้เห็นภาพว่าการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงหรือการค้นหาความจริงในทางพิจารณาคดี คือ ช่องทางที่สี่พยานหลักฐาน ส่วนสาม

ช่องทางแรกนั้นเป็นข้อยกเว้น เมื่อนำหนักไปอยู่ที่พยานหลักฐานกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ไปรวมกันอยู่ที่ช่องทางนี้

ความสำคัญของกฎหมายพยานหลักฐาน

1. ย่อมนำมาซึ่งความสม่ำเสมอในการฟังพยานหลักฐานในระหว่างคู่ความทำให้คู่ความได้ตรวจพิจารณาเรื่องของตนได้ล่วงหน้าว่าควรจะมีพยานหลักฐานอย่างไร

2. คดีที่พิพาทกันในศาลยุติธรรมมีปริมาณมากมาย หากไม่มีกฎหมายวางวิธีการในเรื่องการเสนอ และการรับฟังพยานหลักฐานของศาลไว้โดยแน่นอนแล้ว ความยุ่งยากของศาลที่จะต้องดำเนินการก็จะต้องมีขึ้น การพิเคราะห์ข้อเท็จจริงก็จะพันเพื่อน

3. เพื่อที่จะพิจารณาให้เห็นเท็จและจริงว่า ข้อเท็จจริงที่คู่ความอ้างอิง สนับสนุนคดีฝ่ายคน นั้นมีอยู่ตามที่อ้างอิงหรือหาไม่ กฎหมายลักษณะพยานจะวางวิธีการที่จะอ้างข้อเท็จจริงที่จะยอมให้นำสืบ และกำหนดชนิดพยานหลักฐานที่ศาลจะฟังรับฟังได้และไม่ได้ขึ้นไว้

4. ถ้าไม่มีก็จะทำให้ผู้มีความคิดไม่รู้ว่าตนจะควรปฏิบัติอย่างไร ทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบแก่กัน

อย่างไรก็ตามประเทศใดที่มีองค์กรสำหรับพิจารณาข้อเท็จจริงโดยเฉพาะแยกไปจากองค์กรสำหรับตัดสินปรับบทกฎหมาย ที่เรียกว่าระบบลูกขุน (Jury system) กับผู้พิพากษาซึ่งต่างทำหน้าที่คนละส่วน กฎหมายลักษณะพยานของประเทศนั้นมักโน้มเอียงไปในทางซึ่งมีบทบัญญัติที่ถี่ถ้วนมาก แต่ประเทศใดที่มีได้แยกองค์กรพิจารณาข้อเท็จจริงออกไป เช่น ประเทศไทยกฎหมายลักษณะพยานก็ไม่จำเป็นต้องจำกัดจำเขี่ยให้มากนักได้ โดยเลือกดำเนินในทางสายกลาง และบางที่อาจเลื่อนจากฐานะที่เป็นวิธีสบัญญัติมาเป็นสารบัญญัติก็ได้ เช่น การกั้มเงินเกิน 2,000 บาท แต่ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ เป็นต้น

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาได้มีการเคลื่อนไหวเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายอันเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาความอาญาโดยมีการเคลื่อนไหวเพื่อควบคุมการใช้อำนาจจับและควบคุมของตำรวจ รวมทั้งถ้อยคำของผู้ถูกจับในชั้นจับกุมโดยใน พ.ศ.2523 กระทรวงมหาดไทยได้ออกข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา พ.ศ.2523 เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจจับและสอบสวนของตำรวจ และต่อมาได้มีความพยายามที่จะหาองค์กรภายนอกเข้ามาควบคุมการสอบสวน เช่น ข้อเสนอที่จะให้มีอัยการมาร่วมสอบสวน หรือการมีศาลไต่สวนหรือให้ศาลเป็นผู้ออกหมายจับ หมายค้นแต่เพียงผู้เดียว เป็นต้น การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้เกิดจากความ

พยายามที่จะป้องกันมิให้เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจหรือพนักงานสอบสวนใช้อำนาจจับหรือควบคุมบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จนมาถึงในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหลายครั้ง ได้แก่ พ.ศ.2547, 2548, 2549 จนมาถึงปัจจุบันที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีการเปลี่ยนแปลงครั้งล่าสุด คือเมื่อ พ.ศ.2550 ที่มีการเปลี่ยนแปลงหลายมาตราด้วยกัน แต่ในส่วนของมาตรา 84 วรรคท้ายที่จะศึกษานี้มีการแก้ไขและเพิ่มเติมใน พ.ศ.2547 โดยมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2547 ซึ่งเป็นการบัญญัติหลักการขึ้นมาใหม่ด้วยเหตุผลที่ว่าในช่วงระหว่างการจับนั้นผู้ถูกจับยังไม่ได้รับการช่วยเหลือทางด้านกฎหมายจากรัฐจึงอาจทำให้ตนเสียเปรียบและไม่เป็นธรรมสำหรับประชาชนทั่วไปจึงมีการบัญญัติหลักการในมาตรา 84 วรรคท้ายขึ้นมา ซึ่งเป็นบทบังคับไม่ให้ศาลรับฟังมิใช่เป็นบทบัญญัติที่ให้ศาลใช้ดุลยพินิจที่ศาลจะรับฟังหรือไม่ก็ได้ แต่ขณะเดียวกันก็สามารถรับฟังถ้อยคำอื่นนอกจากคำรับสารภาพได้แต่ต้องมีการแจ้งสิทธิในช่วงระหว่างการจับเสียก่อน ดังนั้นจึงเป็นประเด็นที่จะได้ศึกษาต่อไป

การตรวจสอบถ่วงดุลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมก็ได้เริ่มเห็นผลเป็นรูปธรรมมากขึ้น ด้วยการปรับโครงสร้างของศาลยุติธรรม การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง องค์การอิสระต่าง ๆ รวมถึงการปฏิรูประบบราชการทั้งระบบ โดยมุ่งผลสัมฤทธิ์ในการทำงานมากยิ่งขึ้น ประกอบกับการเรียนรู้และตระหนักถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้อัตราเร่งในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างต่อเนื่องและรวดเร็วขึ้นกว่าที่เคยเป็นมาในอดีต

แต่อย่างไรก็ตาม ในความพยายามเช่นนั้นกลับพบว่าเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะในแต่ละเรื่องแบ่งแยกส่วน โดยการออกบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีได้มีการแก้ปัญหาในระดับโครงสร้างของกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ โดยเฉพาะในส่วนทัศนคติของบุคลากรที่อยู่ในของกระทรวงยุติธรรมทางอาญา ทั้งนี้สาเหตุที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาของกระบวนการยุติธรรมได้อย่างเป็นระบบ อาจด้วยความที่โครงสร้างระบบราชการของไทยนั้นได้ฝังรากลึกในสังคมไทยมาอย่างยาวนาน การมองปัญหาจึงเป็นการมอมถึงการใช้ “อำนาจ” ขององค์กรเป็นสำคัญยิ่งกว่าเป้าหมายที่แท้จริงของกระบวนการยุติธรรม การขาดเป้าหมายและทิศทางการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในภาพรวมทำให้ไม่สามารถกำหนดนโยบายและปัญหาการนำนโยบายไปปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพ

ขาดความร่วมมือกันระหว่างองค์กร ขาดระบบการบริหารจัดการที่ดี ขาดการเรียนรู้ร่วมกัน และกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติงานระหว่างองค์กรยังไม่สามารถเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แต่โดยที่กระบวนการยุติธรรมมีลักษณะเป็นกระบวนการที่มีความสลับซับซ้อนมีองค์กรและบุคลากรหลายฝ่ายเข้ามาร่วม การผลักดันให้ประสบความสำเร็จจึงต้องอาศัยความเข้าใจภาพความเชื่อมโยงของระบบยุติธรรม และเข้าใจถึงปรัชญาแนวทางที่เกี่ยวข้อง แต่ด้วยปรากฏในปัจจุบันว่าความเชื่อมั่นของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้รับผลกระทบในเชิงลบจากผลของการดำเนินคดีที่สำคัญต่อเนื่องกันหลายคดีก่อให้เกิดความสงสัยในหมู่ประชาชนทั่วไปเกี่ยวกับประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศ นับตั้งแต่กระบวนการสืบสวนและสอบสวนหาตัวผู้กระทำผิด จนถึงขั้นบังคับตามคำพิพากษาและคำสั่ง

กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีลักษณะและวัตถุประสงค์ที่ต่างจากกระบวนการยุติธรรมอื่นเนื่องจากมีการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมมีด้วยกัน 2 ประการ กล่าวคือการหาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ (Crime prevention) และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลหรือผู้ต้องหาในคดี (Due process) เพื่อมิให้สิทธิของบุคคลถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อกระบวนการยุติธรรมมีวัตถุประสงค์ 2 ประการนี้ จึงมีปัญหาว่าจะมีวิธีการหรือมาตรการอย่างไรที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ทั้ง 2 ประการดังกล่าวได้อย่างสมดุล กล่าวคือสามารถหาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้และสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหา โดยไม่มุ่งเน้นวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งมากเกินไป ในนานาประเทศจึงมีความพยายามที่กำหนดมาตรการวิธีการกลไกที่ทำให้องค์กรต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมสามารถควบคุมดูแล ตรวจสอบ ถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ทั้งภายในองค์กรเดียวกัน หรือภายนอกองค์กร เพื่อที่จะทำให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทั้งสองประการได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

กระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นสามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 3 ขั้นตอนที่สำคัญคือ กระบวนการก่อนการพิจารณาคดี (หรือชั้นเจ้าพนักงาน) กระบวนการพิจารณาคดี (หรือชั้นศาล) และกระบวนการบังคับตามคำพิพากษาและคำสั่ง โดยกล่าวสรุปได้ดังนี้

1) กระบวนการก่อนการพิจารณาคดี (หรือชั้นเจ้าพนักงาน)

การดำเนินคดีอาญากับผู้ต้องสงสัย ผู้ต้องหา และจำเลยในคดีอาญาที่ผ่านมา เน้นการรักษาความสงบสุขและการควบคุมการก่ออาชญากรรมยิ่งกว่าที่จะสร้างมาตรการหรือนโยบายในเชิงของการป้องกัน จึงเป็นสาเหตุสำคัญในการที่รัฐจะเพิ่มอำนาจให้แก่ตนเองเพื่อการดำเนินคดีอาญาที่มีประสิทธิภาพ ในด้านหนึ่งของการเพิ่มอำนาจนี้ทำให้รัฐง่ายต่อการจับกุมและดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิด แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นไปโดยขาดการตรวจสอบ หรือเป็นไปอย่างมีอคติ อาจมีการจับกุมตัวหรือดำเนินคดีแก่ผู้บริสุทธิ์ได้ หรือแม้กระทั่งการใช้อำนาจที่ไม่ชอบ ละเลยต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งในหลายกรณีเกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ของสังคมทั่วไป

ก. ชั้นสอบสวนของพนักงานสอบสวน

เมื่อพบการกระทำผิด การสืบสวน สอบสวน จับกุมนั้น ในหลายกรณีพบว่าการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย ผู้กล่าวหา จำเลยหรือบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์นั้น มุ่งเน้นเพื่อความสะดวกแก่การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ แต่ความปลอดภัย สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นว่านั้น กลับถูกคุกคาม แม้ทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติกระบวนการขั้นตอนในการออกหมายจับหมายขัง หมายค้น ให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ในระหว่งองค์กร แต่โดยที่ศาลยุติธรรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการดำเนินคดี การกำหนดเช่นว่านี้จะไม่มีความเหมาะสมและควรมีแนวคิดแนวทางปฏิบัติในกรณีนี้อย่างไร รวมถึงการบัญญัติเหตุแห่งการออกหมายจับบัญญัติยกเว้นการดำเนินการตามกฎหมายหรือบุคคลประเภทใดควรได้รับสิทธิพิเศษมิให้ต้องตกอยู่ในอำนาจการบังคับของหมายหรือการชี้ตัวผู้ต้องหาจะต้องมีระบบคุ้มครองความปลอดภัยทั้งของผู้ชี้และผู้ถูกชี้ การชี้ตัวจะเป็น ไปอย่างอิสระโดยปราศจากการชี้นำได้อย่างไร

การสอบสวนโดยชอบเป็นเงื่อนไขสำคัญของการนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่การสอบสวนโดยชอบจะต้องมีความหมายเพียงใด ด้วยรูปแบบวิธีการอย่างไรจึงจะสามารถทำให้การดำเนินคดีสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐอย่างแท้จริง ในขณะที่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจะต้องได้รับการคุ้มครอง การค้นหาพยานหลักฐานเอาจากตัวผู้ต้องหา การนำตัวไปทำแผนประกอบคำรับสารภาพต่อสาธารณะ การสอบสวนบุคคลที่มีลักษณะพิเศษ เช่น เด็ก สตรี หรือผู้เสียหายในความผิดบางฐาน การควบคุมตัวไว้ในระหว่างการสอบสวน การพิจารณาการปล่อยชั่วคราวต่าง ๆ เหล่านี้ จะต้องมียุทธวิธีที่สามารถสร้างความเชื่อมั่นแก่ประชาชนได้ว่า จะได้รับการปฏิบัติอย่างชอบธรรม สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจะได้รับการกระทบกระเทือนเท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยและการควบคุมอาชญากรรมของรัฐเท่านั้น

ข. ชั้นสังคมของพนักงานอัยการ

เมื่อการสอบสวนของพนักงานสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการจะต้องใช้ดุลยพินิจในการตั้งคดี ซึ่งเป็นการฟ้องคดีตามดุลยพินิจ (Opportunity principle) การตั้งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีก็มีผลใกล้เคียงกันในการตรวจสอบถ่วงดุลเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในกรณีการสั่งไม่ฟ้องคดี นอกจากนั้นหากมีระบบชะลอการฟ้องซึ่งอยู่ระหว่างการร่างกฎหมายก็ควรพิจารณาระบบการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจด้วย

2) กระบวนการพิจารณาคดี (หรือชั้นศาล)

ในชั้นการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ได้ให้อำนาจแก่ผู้เสียหายในการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลได้อย่างกว้างขวาง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28(2)) แม้จะเป็นสิทธิในการที่จะได้รับการอำนวยความสะดวกยุติธรรมจากรัฐ แต่การให้อำนาจเช่นว่านั้นจะกระทบต่อการดำเนินคดีอาญาของรัฐหรือไม่รวมถึงกระบวนการไต่สวนมูลฟ้องซึ่งเป็นกระบวนการสำคัญในคดีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ เพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์นั้นเนื่องจากการสอบสวนมาแล้ว ศาลจึงอาจละเลยได้ แต่เนื่องจากการฟ้องคดีของพนักงานอัยการจะต้องมีตัวจำเลยอยู่เสมอ การละเลยเช่นนี้อาจเป็นเหตุให้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนถูกกระทบกระเทือนจากการมิได้ตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรแต่ละฝ่ายเสียแต่ในเบื้องต้น

แม้ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นเป็นดุลยพินิจโดยเด็ดขาดของผู้พิพากษา ซึ่งไม่อยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาจะเป็นผลดีในด้านของความเป็นอิสระในการตัดสินคดีก็ตาม แต่ในอีกด้านหนึ่งนั้นการเปิดเผยแนวทางการตัดสินคดี (Sentencing guideline) และให้มีคำพิพากษาวิจารณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งในเชิงสร้างสรรค์ได้อย่างเปิดเผยต่อสาธารณะนั้นจะช่วยส่งเสริมให้เกิดการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจให้เป็นไปอย่างรอบคอบยิ่ง ๆ ขึ้น อีกทั้งยังจะช่วยส่งเสริมการพัฒนาแนวคิดปรัชญาในทางนิติศาสตร์ได้อีกทางหนึ่ง

3) กระบวนการบังคับตามคำพิพากษาและคำสั่ง

การพิพากษาหรือมีคำสั่งให้จำคุกนั้น เป็นแนวคิดดั้งเดิมในเรื่องการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดหรือสร้างความเสียหายให้แก่ผู้อื่น โดยตัดให้ออกจากสังคมเป็นการถาวรหรือชั่วคราวตามแต่ความรุนแรงที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลง คำพิพากษาหรือคำสั่งให้ประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตนั้นเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวรทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถหวนกลับมาทำความเสียหายหรือทำลายความสงบสุขให้แก่สังคมได้อีก ในขณะที่การจำคุก

ชั่วระยะเวลาหนึ่งนั้นเป็นเพียงการตัดผู้หนี้ออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดแล้ว ผู้หนี้อีกจะกลับเข้าสู่สังคมอีกครั้งหนึ่ง

แต่เนื่องจากปริมาณของผู้ต้องขังที่มีเป็นจำนวนมาก จึงเป็นปัญหาอุปสรรคในการบริหารจัดการของภาครัฐ และยังเป็นผลร้ายต่อสภาพร่างกายและจิตใจของผู้ต้องขังเอง นอกจากนี้แล้วยังมีการเรียนรู้พฤติกรรมกระทำความผิดระหว่างผู้ต้องโทษอีกด้วย การแก้ไขปัญหาค้นคืนคุกของไทยนั้นถือว่าเป็นภารกิจการบริหารจัดการงานราชทัณฑ์ของฝ่ายบริหารในการที่จะพิจารณาว่าการลงโทษจำคุกนั้นเพียงพอต่อการแก้แค้นทดแทนและผู้ต้องขังได้รับการบำบัดฟื้นฟูให้พร้อมที่จะกลับเข้าสู่สังคมได้แล้วก็อาจปล่อยตัวผู้หนี้ออกก่อนครบระยะเวลาที่ศาลมีคำพิพากษาและคำสั่ง หรือทำให้ระยะเวลาการรับโทษนั้นสั้นลง ทั้งนี้ โดยกระบวนการพักการลงโทษลดวันต้องโทษ หรือเสนอให้ได้รับพระราชทานอภัยโทษ ซึ่งกระบวนการต่าง ๆ เหล่านี้ผู้ต้องขังเองหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องควรเข้าถึงได้อย่างไร ควรมีผู้เข้าร่วมการพิจารณา หรือมีระบบการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจหรือไม่อย่างไร เพื่อให้กระบวนการต่าง ๆ นั้นเป็นไปอย่างโปร่งใสและป้องกันการนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีขอบด้วยกฎหมาย

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีอาญา โดยรัฐซึ่งเริ่มต้นแต่ในชั้นของการพบการกระทำความผิด การจับกุม การสืบสวนสอบสวน การสั่งคดี การนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล ไปจนถึงการบังคับตามคำพิพากษาและคำสั่งยังคงมีประเด็นปัญหาที่จำเป็นต้องได้รับการพัฒนาและการศึกษาวิจัยเพื่อแสวงหาความรู้หรือวิทยาการใหม่ ๆ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันแก่ประชาชนและสังคมว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นจะเป็นไปเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ ในขณะที่เดียวกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจะได้รับการคุ้มครอง การดำเนินการอย่างใด ๆ จะเป็นไปอย่างชอบธรรมและมีมาตรฐาน โดยเฉพาะระบบการตรวจสอบทั้งภายในองค์กร และโดยภายนอกองค์กร ตลอดจนทัศนคติของผู้ใช้บริการต่อกลไกต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรม

ทฤษฎีเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (The crime control model) ทฤษฎีนี้ต้องการส่งเสริมและเน้นประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุมระงับและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ทฤษฎีนี้เชื่อว่าการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจะควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม หรือจับกุมอาชญากรมาลงโทษตามกฎหมายได้ ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย

ของสังคมและเสรีภาพของประชาชนผู้สุจริตจากการถูกคุกคามจากอาชญากรรม ดังนั้นกระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องมีสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดสูง และผู้ที่ถูกจับกุมได้นั้นจะต้องเป็นผู้ที่กระทำผิดจริง โดยมีหลักประกันแก่สังคมว่าในการดำเนินคดีอาญาจะต้องดำเนินไปอย่างรวดเร็วและมีความแน่นอนและด้วยความเชื่อว่าฝ่ายปกครอง (เจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการ) จะค้นหาข้อเท็จจริงในคดีได้ดีกว่าศาล การค้นหาข้อเท็จจริงในคดีจะพยายามให้ยุติในชั้นต้นของกระบวนการยุติธรรมให้มากที่สุดและหากยอมรับว่าการค้นหาข้อเท็จจริงในชั้นตำรวจและอัยการเพียงพอที่จะเชื่อถือได้แล้ว การใช้ดุลพินิจสั่งคดียอมสามารถกระทำได้อย่างไม่ต้องลังเล คดีอาญาต่าง ๆ ก็สามารถดำเนินไปอย่างสม่ำเสมอและมีความต่อเนื่อง ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ต้องสงสัยที่เป็นผู้บริสุทธิ์ถูกปล่อยตัวโดยเร็ว และผู้ต้องหาที่มีหลักฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิดจะถูกดำเนินคดีอย่างแน่นอนเช่นกัน

ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process) ทฤษฎีนี้ยึดหลักกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) มากกว่าความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม และไม่เชื่อว่าความคิดในการควบคุมอาชญากรรมนั้นจะมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง โดยเฉพาะการค้นหาข้อเท็จจริง ดังนั้น แนวความคิดของทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม จึงไม่เห็นด้วยกับการแสวงหาข้อเท็จจริงไม่เป็นทางการของทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่จำเป็นต้องได้รับการควบคุมตรวจสอบ การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานมิให้ล่วงละเมิดสิทธิของบุคคล และต้องการให้มีการพิจารณาคดีหรือไต่สวนข้อกล่าวหาอย่างเป็นทางการ และเปิดเผยในศาลสถิตยุติธรรม ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและกฎหมาย ต่อหน้าองค์คณะของผู้พิพากษาที่เป็นกลาง ไม่ลำเอียงเข้ากับฝ่ายใด

ในปัจจุบัน การดำเนินคดีอาญาไม่สามารถดำเนินตามทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งได้ ต้องนำทฤษฎีทั้งสองมารวมกันจึงจะเกิดผลดีสำหรับดำเนินคดีอาญา การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องสามารถควบคุมและปราบปรามผู้กระทำความผิด และในขณะเดียวกันต้องให้มีการพิจารณาคดีที่เป็นกลางและไม่ลำเอียงกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย เป็นการคุ้มครองบุคคลตามหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานไม่ควรให้รัฐมาทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ได้

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

กระบวนการยุติธรรม หมายความว่า วิธีการดำเนินการแก่ผู้ที่ประพฤติฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยอาศัยองค์กร และบุคลากรที่กฎหมายให้อำนาจไว้ กระบวนการยุติธรรมที่สำคัญ ได้แก่

กระบวนการยุติธรรมทางอาญา กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง กระบวนการยุติธรรมทางแรงงาน กระบวนการยุติธรรมในศาลเยาวชน และครอบครัวกลาง และกระบวนการยุติธรรมในศาลภาษีอากร กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นกระบวนการสำหรับดำเนินคดีอาญา กล่าวคือเมื่อมีการกระทำผิดทางอาญาแล้ว การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จะต้องกระทำอย่างไร บทบัญญัติที่กำหนดวิธีดำเนินคดีอาญามีอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

1. องค์กรและบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

พนักงานสอบสวนหรือตำรวจ พนักงานสอบสวนหรือตำรวจ เป็นองค์กรที่สำคัญที่สุด องค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะเป็นหน่วยงานแรกที่รับผิดชอบต่อ กระบวนการยุติธรรมก่อนที่คดีหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จะผ่านไปยังพนักงานอัยการ และเข้าสู่การพิจารณาของศาล ตำรวจเป็นผู้จับกุมผู้กระทำความผิด และทำการรวบรวมพยานหลักฐานที่ได้จากการสอบสวนแล้วส่งเรื่องหรือสำนวนสอบสวนให้พนักงานอัยการซึ่งเป็นทนายของแผ่นดิน ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล เมื่อศาลพิพากษาลงโทษแล้ว เจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์จะควบคุมตัวผู้นั้นไว้ในเรือนจำ เพื่ออบรม ดัดนิสัย และฝึกอาชีพต่อไป

ทนายความ ทนายความเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม คือ เข้ามาว่าความแก่ต่าง ให้แก่คู่ความไม่ว่าจะเป็น โจทก์หรือจำเลย ทนายความเป็นผู้ประกอบอาชีพกฎหมายโดยอิสระ ทนายความจะให้คำปรึกษาหรือดำเนินคดีแทน โดยคิดค่าบริการจากลูกค้า ทนายความจึงเป็น บุคคลสำคัญคนหนึ่งในกระบวนการยุติธรรม เพราะเป็นผู้รู้กฎหมาย นำกฎหมายมาใช้เพื่อดำเนิน กระบวนการพิจารณาให้คู่ความมีต้องรับผิดชอบ หรือให้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี และทำหน้าที่เป็น ตัวแทนของคู่ความในการดำเนินคดีในศาล การกระทำของทนายความในศาลมีผลเท่ากับคู่ความ ทำ เอง

พนักงานอัยการ พนักงานอัยการ เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดำเนินคดีต่อจากพนักงาน สอบสวน เมื่อพนักงานสอบสวนได้สอบสวนคดีเสร็จแล้ว ก็จะส่งสำนวนการสอบสวนให้พนักงาน อัยการ เพื่อฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลต่อไป พนักงานอัยการจึงเปรียบเสมือนทนายของแผ่นดิน มีอำนาจ หน้าที่ในการดำเนินคดีในนามของรัฐ

ศาลยุติธรรม ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดคดีหรือตัดสินคดี ตามพระธรรมนูญศาล ยุติธรรม ศาลแบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา

ก. ศาลชั้นต้น คือ ศาลที่จะเริ่มพิจารณาอรรถคดีเป็นเบื้องต้น ศาลชั้นต้นที่มีอำนาจ พิเคราะห์พิพากษาคดีอาญาทั้งปวง สำหรับในกรุงเทพมหานคร ได้แก่ ศาลแขวงพระนครเหนือ ศาล

แขวงพระนครใต้ ศาลแขวงธนบุรี ศาลจังหวัดมีนบุรี ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลอาญาธนบุรี ศาลอาญากรุงเทพใต้และศาลอาญา ส่วนในจังหวัดอื่น ได้แก่ ศาลแขวง ศาลจังหวัด และศาลคดีเยาวชนและครอบครัว

ข. ศาลอุทธรณ์ คือ ศาลวินิจฉัยข้อผิดพลาดหรือข้อขาดตกบกพร่องของศาลชั้นต้น เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในกระบวนการวิธีพิจารณาอาชญากรรม ศาลอุทธรณ์นั้นเดิมมีอยู่ศาลเดียว ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร แต่ปัจจุบัน ได้ขยายออกไปอีก 9 ศาล คือ ศาลอุทธรณ์ ภาค 1-9

ค. ศาลฎีกา เป็นศาลสูงสุดของศาลในระบบศาลยุติธรรม มีเพียงศาลเดียว ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยความบกพร่อง หรือข้อผิดพลาดในการพิจารณาคดีของศาลอุทธรณ์อีกชั้นหนึ่ง

กรมราชทัณฑ์ เจ้าหน้าที่ฝ่ายราชทัณฑ์เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกือบทุกขั้นตอน โดยทำหน้าที่ควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในระหว่างการดำเนินคดีอาญาไม่ว่าจะเป็นชั้นก่อนศาลพิจารณา ระหว่างการพิจารณา ตลอดจนภายหลังการพิพากษาพิพากษา ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา เจ้าหน้าที่ฝ่ายราชทัณฑ์มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาล เช่น ควบคุมตัว ปล่อยตัว หรือแม้แต่คำพิพากษาประหารชีวิต ก็เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายราชทัณฑ์ ที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลเป็นต้นอย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ฝ่ายราชทัณฑ์ยังมีความรับผิดชอบสำคัญอื่นอีก คือ การฝึกอบรม และแก้ไขฟื้นฟูผู้ถูกคุมขังให้กลับตนเป็นคนดีด้วยการให้การอบรมทั้งในด้านศีลธรรมและอาชีพ เพื่อให้ผู้ต้องขังสามารถปรับตัวเข้ากับสังคมภายนอกได้ภายหลังได้รับการปล่อยตัวไป

2. การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มีหลักการดังนี้

บุคคลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย พนักงานตำรวจ พนักงานอัยการ ศาล และพนักงานราชทัณฑ์ เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นก็ต้องมีการสืบสวนและสอบสวนเกี่ยวกับความผิดโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจก่อนจากนั้นพนักงานอัยการจึงจะฟ้องคดีอาญาต่อศาลหรือในบางกรณีผู้เสียหายจะฟ้องต่อศาลโดยตรงก็ได้ ในคดีอาญานั้นการพิจารณาการสืบพยานของศาลจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อและต่อหน้าจำเลย และเมื่อศาลได้มีการพิพากษาแล้วจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยไม่ชักช้า

3. สิทธิในกระบวนการยุติธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 นี้ห้ามนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีโทษทางอาญาไปลงโทษหรือเพิ่มโทษย้อนหลังแก่การกระทำที่มีอยู่ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ トラบเท่าที่ศาลยังไม่มีความพิพากษาถึงที่สุด ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาไม่เป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนผู้กระทำความผิดมิได้ บุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับปวงชนชาวไทยนอกจากสิทธิในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

อนึ่ง หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิดอาญาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยหรือไม่ก็ตาม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็วและทั่วถึง

(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาอย่างน้อยต้องมีหลักประกัน

ขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

(3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม

(4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดี มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

(5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญามีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

(6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุหรือผู้พิการหรือทุพพลภาพย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

(8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าสิทธิในกระบวนการยุติธรรมมีการคุ้มครองประชาชนที่ถูกกล่าวหาให้ได้รับความยุติธรรมค่อนข้างมากอยู่พอสมควร แต่อาจมีช่องว่างที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถได้รับการคุ้มครองสิทธิได้อย่างเต็มที่ เช่น การได้รับความรวดเร็วในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งในกระบวนการสอบสวนจริง ๆ ใช้เวลาค่อนข้างนาน

เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองสิทธิและความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมคือการกำหนดให้บุคคลมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ง่าย สะดวก รวดเร็ว กฎระเบียบต่าง ๆ รวมทั้งค่าใช้จ่ายจะต้องไม่เป็นอุปสรรคให้จำเลยมีสิทธิได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยเปิดเผย เทียบธรรมให้จำเลยมีสิทธิได้รับการพิจารณาโดยรวดเร็วและประหยัด ค่าใช้จ่าย,ผู้ต้องหาและจำเลยมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด รวมทั้งมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำอันเป็นปฏิปักษ์แก่ตนเอง เช่น ถ้อยคำที่อาจทำให้ตนต้องได้รับโทษหรือได้รับโทษหนักขึ้น,ผู้ต้องหาและจำเลยมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายทั้งทางแพ่งและทางอาญาจากรัฐตามความจำเป็นและเหมาะสม และเสียค่าตอบแทนและค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายเท่าที่จำเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ และผู้ต้องหาหรือจำเลย ที่เป็น เด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ สตรี คนพิการหรือทุพพลภาพมีสิทธิได้รับความคุ้มครองและการปฏิบัติที่เหมาะสมในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะคดีความรุนแรงทางเพศ เช่น การสอบสวน การสืบพยาน เป็นต้น

วิวัฒนาการของกระบวนการยุติธรรม

1. ระบบงานยุติธรรม

ระบบงานยุติธรรมของไทยมีวิวัฒนาการมาตั้งแต่โบราณกาลในสมัยสุโขทัย พ่อเมืองหรือพระเจ้าแผ่นดินทางวินิจฉัยชี้ขาดคดีหรือข้อพิพาทด้วยพระองค์เอง ประชาชนผู้มีทุกข์ร้อนในเรื่องอรรถคดีหรือเรื่องอื่น ๆ ก็ไปร้องทุกข์ต่อพ่อเมืองได้ และลักษณะของตุลาการในสมัยนั้นจะต้องตัดสินคดีด้วยความยุติธรรม ดังที่ปรากฏในศิลาจารึกหลักที่ 1 ด้าน 1 อ่านเป็นภาษาปัจจุบันว่า “ไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุน ฝึแลคิดแพกแสดกว้าง สนวนคูแท้แล้วจึงแล่งความแก่เขาด้วยชื่อ บ่เข้าผู้ลักบ่มักผู้ซ่อน”

ต่อมาในสมัยอยุธยา มีการจัดทำกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นหมวดหมู่มากยิ่งขึ้น และกระบวนการยุติธรรมก็ได้พัฒนาไปอีกขั้นตอนหนึ่ง ทั้งนี้คงเนื่องมาจากมีประชาชนเพิ่มมากขึ้น ตลอดจนมีหัวเมืองเอกโทตรีเพิ่มมากขึ้นด้วย กฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยาที่มีที่มาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์และพระราชศาสตร์ ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ผู้พิพากษาศาลต้องเป็นผู้ปราศจากอคติทั้ง 4 คือ ฉันทาคติ คือ ความลำเอียงเพราะรักใคร่โทสาคติ คือ ความลำเอียงเพราะโกรธ ภัยาคติ คือ ความลำเอียงเพราะกลัวและโมหาคติ คือ ความลำเอียงเพราะหลง นอกจากนี้คัมภีร์นี้ได้อธิบายหลักที่ตุลาการพึงระลึกและปฏิบัติในการพิจารณาพิพากษาคดีรวม 24 ประการ เกี่ยวกับการพิจารณาคดี เพื่อตัดสินว่าฝ่ายใดเป็นผู้ชนะคดี โดยเฉพาะในคดีที่ผิดแปลกไปจากธรรมดา ในสมัยอยุธยาได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับ พิสูจน์ค้ำน้ำ ลุยเพลิง สำหรับกรณีที่จะมีการพิสูจน์ด้วยการค้ำน้ำ ลุยเพลิงนั้น เป็นกรณีที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา

การพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของทั้งโจทก์และจำเลยมีอยู่ 7 อย่าง คือ ให้ล้างตะกั่ว ให้สาบานให้ลุยเพลิงด้วยกัน ให้ค้ำน้ำด้วยกัน ให้ว่ายน้ำทวนน้ำแข่งกัน ให้ว่ายน้ำข้ามปากแข่งกันและให้ตามเทียนคนละเล่มเท่ากันแข่งกัน ถ้าฝ่ายใดแพ้พิสูจน์ให้ไหม้ผู้แพ้เป็นทวิคูณ ยกทรัพย์สินค้ำให้เจ้าของและที่เหลือแบ่งเป็นสินไหมครั้งหนึ่งและของหลวงครั้งหนึ่ง ต่อมาสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงโปรดให้มีการชำระกฎหมายที่มีมาแต่เดิมให้ถูกต้องและจัดไว้เป็นหมวดหมู่และเมื่อชำระเสร็จแล้วได้โปรดให้อาลักษณ์เขียนไว้ 3 ฉบับ แยกเก็บไว้ที่ศาลหลวงฉบับหนึ่ง หอหลวงฉบับหนึ่งและที่ห้องเครื่องฉบับหนึ่ง กฎหมายทั้ง 3 ฉบับนี้ให้ประทับตราราชสีห์ คชสีห์ และบัวแก้ว อย่างละตราตามลำดับ รวมเรียกว่า กฎหมายตราสามดวง ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราช พระเจ้าแผ่นดินทรงมีอำนาจสูงสุดในการปกครองแผ่นดิน และทรงมีอำนาจในการออกและใช้กฎหมาย แต่เมื่อมีพลเมืองเพิ่มขึ้นและมีหัวเมืองต่าง ๆ มากขึ้น พระเจ้าแผ่นดินพระองค์เดียวไม่อาจทรงรับเรื่องราวร้องทุกข์และพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ ด้วยพระองค์เองได้อย่างทั่วถึง ดังนั้นจึงทรงมอบหมายให้คณะขุนนางผู้ใหญ่รับปฏิบัติงานวินิจฉัยชี้ขาดคดีของประชาชนแทนพระเจ้าแผ่นดิน ในการพิจารณาคดีดังกล่าวโจทก์และจำเลยต้องไปศาลตามลำพัง โดยไม่มีทนายความหรือผู้รู้กฎหมายให้คำปรึกษาแนะนำ ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุง

รัตนโกสินทร์ ก่อนตั้งกระทรวงยุติธรรม ศาลยุติธรรมมีอยู่ทั้งในกรุงเทพมหานคร และในหัวเมือง แบ่งออกเป็น 6 ศาล คือ ศาลนครบาล ศาลมหาดไทย (ประกอบด้วยศาลย่อยอีก 3 คือ ศาลหลวง ศาลราษฎร และศาลตำรวจ) ศาลกระทรวงกลาโหม ศาลกรมท่า ศาลแพ่งกลางและศาลแพ่งเกษม ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาและคดีแพ่งที่ตกอยู่ในเขตอำนาจของแต่ละศาล ตามปกติกรมรับฟ้องเป็นผู้รับฟ้องคดี และมีกรมอีกกรมหนึ่งเป็นผู้พิจารณาคำฟ้อง และจ่ายสำนวนไปยังศาลต่าง ๆ ดังกล่าว ส่วนการพิจารณาคดีในศาลเป็นวิธีการพิจารณาแบบไต่สวน คือ ศาลเป็นผู้ไต่สวนหาความจริงด้วยวิธีการต่าง ๆ

เมื่อมีการปรับปรุงกฎหมายและงานศาลในสมัยรัชกาลที่ 5 และที่ 6 เพื่อให้ระบบกฎหมาย ระบบการพิจารณาคดีและระบบการลงโทษทันสมัยเป็นแบบแผนเดียวกับประเทศตะวันตก จึงได้มีการนำเอาระบบกฎหมายและระบบการพิจารณาคดีของประเทศในยุโรปมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย และมีการรวมศาลต่าง ๆ เข้าเป็นศาลเดียวกัน และให้สังกัดกระทรวงยุติธรรม ตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ.2434 ระบบการพิจารณาคดีในศาลได้เปลี่ยนแปลงจากระบบไต่สวนมาเป็นระบบกล่าวหาเช่นเดียวกับที่ใช้ในประเทศอังกฤษ ถึงแม้ว่ารูปแบบของกฎหมายจะเป็นแบบประมวลกฎหมายตามตัวอย่างของประเทศในภาคพื้นยุโรปก็ตาม สำหรับผู้มีอำนาจฟ้องคดีนั้น นอกจากจะให้พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดีได้แล้ว เนื่องจากประเพณีแต่โบราณที่ประชาชนสามารถร้องทุกข์ต่อพระเจ้าแผ่นดินได้โดยตรง กฎหมายไทยจึงให้สิทธิผู้เสียหายยื่นฟ้องคดีอาญาได้ด้วย เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข อำนาจอธิปไตยทั้ง 3 อย่าง แยกออกจากกันและถ่วงดุลกัน พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยทางรัฐสภา ทรงใช้อำนาจบริหารโดยทางคณะรัฐมนตรี และทรงใช้อำนาจตุลาการโดยทางศาล สำหรับในทางตุลาการนั้นจะเห็นได้ว่า การแต่งตั้งผู้พิพากษาให้เข้ารับราชการ จะต้องมิพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ตามความในมาตรา 186 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2538 หนึ่งในระบอบประชาธิปไตยที่มีอำนาจทั้ง 3 ฝ่ายถ่วงดุลกันอยู่นี้ การบริหารงานยุติธรรมก็ถูกควบคุมโดยองค์กรทั้ง 3 นี้ คือ ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้กฎหมาย และฝ่ายบริหารเป็นผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย ในกรณีที่กฎหมายที่บัญญัติออกมาจะขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น องค์กรที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายจะเป็นผู้เสนอปัญหาต่อองค์กรดังกล่าว วินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดระบบงานยุติธรรมในประเทศไทยได้มีระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ในหมวดว่าด้วยนโยบายแห่งรัฐว่า “รัฐพึงจัดระบบงานของกระบวนการยุติธรรมให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชนและให้เป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว”

จากนโยบายนี้จะเห็นวัตถุประสงค์ของระบบงานยุติธรรมอยู่ 2 ประการ คือ ให้ความยุติธรรมแก่ประชาชน และให้เป็นไปด้วยความสะดวกและรวดเร็ว

ระบบงานยุติธรรมของเราในปัจจุบันได้มีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่กันโดยเด็ดขาด คือ การสืบสวน สอบสวน และจับกุม เป็นหน้าที่ของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ การฟ้องคดี และการดำเนินคดีในศาลเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการและทนายความ การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นหน้าที่ของศาล และการปฏิบัติตามคำพิพากษาเป็นหน้าที่ของกรมคุมประพฤติและกรมราชทัณฑ์ รวมเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า “Corrections”

เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกักระบบงานยุติธรรมในปัจจุบันน่าจะแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ ลักษณะที่เป็นระบบงานควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Establishment) และลักษณะถือว่าระบบงานยุติธรรมเป็นระบบย่อยของชุมชน (Criminal Justice as a Community Subsystem) รวมเอาระบบแรกเข้าไว้ด้วย

ระบบงานควบคุมอาชญากรรม ได้แก่ ระบบงานที่ว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมาย การฟ้องร้องดำเนินคดี การต่อสู้คดี การพิจารณาพิพากษาคดี การลงโทษ และการแก้ไขฟื้นฟูผู้ต้องโทษ ให้กลับตนเป็นพลเมืองดีงานต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ส่วนใหญ่ที่สุดเป็นงานที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ มีวัตถุประสงค์ที่มุ่งต่อการลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐ ดังนั้นระบบงานควบคุมอาชญากรรมนี้พอจะแยกออกให้เห็นว่าเป็นระบบงานที่ประกอบด้วยงานมากมายหลายอย่างที่จะต้องทำงานต่าง ๆ ดังกล่าวจะต้องดำเนินการโดยผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวกับงานนั้น ๆ เช่น การบังคับใช้กฎหมาย (สืบสวน สอบสวนและจับกุม) การฟ้องร้องดำเนินคดี และการพิจารณาพิพากษาคดี เป็นต้น การปฏิบัติงานต่าง ๆ ดังกล่าวยกเว้นทนายความ จะต้องทำโดยหน่วยงานของรัฐ การปฏิบัติงานต่าง ๆ ดังกล่าวจะต้องมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการลงโทษ

เจ้าหน้าที่ของระบบงานต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ พนักงานอัยการ ทนายความ ผู้พิพากษา พนักงานคุมประพฤติเจ้าหน้าที่ของเรือนจำและพนักงาน

พักการลงโทษระบบงานยุติธรรมที่เป็นระบบงานควบคุมอาชญากรรมนี้เป็นระบบงานที่เห็นได้ชัดและเป็นระบบงานที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นประจำวัน

ลักษณะของระบบงานควบคุมอาชญากรรมที่สำคัญมี 4 ประการ คือ

1. การควบคุมอาชญากรรม โดยส่วนใหญ่หมายถึงการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมและการต่อสู้กับอาชญากร ในการดำเนินการดังกล่าวนี้ ตำรวจ พนักงานอัยการ

ศาล เจ้าพนักงานคุมประพฤติ และเจ้าพนักงานราชทัณฑ์ เป็นเครื่องมือของการควบคุมอาชญากรรม
 อย่างเป็นทางการ

2. การควบคุมอาชญากรรม โดยใช้เทคนิคของการลงโทษ ปรามปรามและการ
 ควบคุมตัวผู้กระทำความผิด โดยสามัญสำนึกจะเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพ ทำได้โดยง่ายและ
 ตรงตามเป้าหมาย นอกจากนี้ในกรณีเกิดความจำเป็นรีบด่วนมักจะมีผลทำให้ตำรวจและศาลทำงาน
 อย่างรวดเร็วเป็นพิเศษ คือ ตามจับกุมผู้กระทำความผิดได้เกือบจะทันทีและศาลจะพิจารณาพิพากษา
 คดีภายในสัปดาห์ที่เกิดเหตุการณ์ขึ้นและลงโทษจำเลย

3. การจัดรูปงานไปตามโครงสร้างของระบบข้าราชการประจำ คือ กิจกรรมของ
 ระบบงานยุติธรรมแต่ละระบบจะดำเนินการ โดยผู้เชี่ยวชาญแต่ละสาขา และประสานงานกัน โดย
 แบ่งเขตอำนาจและความรับผิดชอบของแต่ละระบบ ด้วยระเบียบข้อบังคับและกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญ
 ในแต่ละหน่วยงานก็จะพยายามทำงานให้ประสานกันเพื่อจุดหมายปลายทางร่วมกัน

4. ความห่างเหินจากชุมชนและประชาชน เป็นลักษณะของระบบงานยุติธรรม ระบบ
 นี้โดยทั่วไปประชาชนจะมองเห็นอาชญากรรมเป็นสิ่งที่ผิดปกติ และงานของเจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญ
 ต่าง ๆ มักจะได้รับการประเมินผล โดยเฉพาะจากงานที่ผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้ดำเนินการกับอาชญากร
 ผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้จะยิ่งอยู่ห่างออกไปจากชุมชนยิ่งขึ้น เพราะประชาชนรู้สึกไม่ไว้วางใจในการใช้
 อำนาจของเจ้าหน้าที่เหล่านี้ เพราะความเกรงกลัวต่ออำนาจที่กฎหมายให้ไว้ หรือเพราะความลับใน
 ระบบงานราชการ

ระบบงานยุติธรรมที่เป็นระบบย่อยของชุมชน หมายความว่า หน่วยงานต่าง ๆ ใน
 ชุมชนทั้งภาครัฐและเอกชน รวมกับระบบงานในข้อ 1 เป็นระบบงานยุติธรรมแบบนี้ ก็คือให้
 หน่วยงานต่าง ๆ เหล่านี้มีส่วนร่วมในกิจกรรมต่าง ๆ ของระบบงานยุติธรรมในข้อ 1 คือ การ
 ป้องกันอาชญากรรมและการลดอาชญากรรม ยกตัวอย่างเช่น สถานิติบัญญัติ เมื่อพิจารณาออก
 กฎหมายแม้กฎหมายนั้นจะไม่เกี่ยวข้องกับงานยุติธรรมโดยตรง แต่ก็จะมีผลกระทบต่อ
 การบริหารงานยุติธรรม โดยทางอ้อมหน่วยงานทางบริหารอื่น ๆ เช่น การศึกษา การสังคม สงเคราะห์
 การบันเทิง และการเยาวชน เป็นต้น มีส่วนสนับสนุนและเป็นส่วนหนึ่งของระบบงานนี้
 วัตถุประสงค์ของระบบงานนี้ คือ การสนับสนุนให้ทุกคนปฏิบัติตามกฎหมายของบ้านเมือง

ระบบงานนี้มีลักษณะสำคัญ 3 ประการด้วยกันคือ

1. การยอมรับว่าการบริหารงานยุติธรรมเป็นส่วนหนึ่งของการทำหน้าที่ควบคุมสังคม
 ของสถาบันต่าง ๆ ในชุมชนทั้งหมด แนวความคิดนี้ตรงข้ามกับระบบงานยุติธรรมที่ทำหน้าที่
 ควบคุมอาชญากรรมที่แยกตัวออกมาเป็นเอกเทศ ในแง่ที่ว่ามองเห็นระบบงานควบคุมอาชญากรรม

เป็นส่วนสนับสนุนการควบคุมอย่างไม่เป็นทางการที่ทำโดยครอบครัว โรงเรียน และสถาบันทางศาสนา และทางสังคมอื่น ๆ เมื่อร่วมกับสถาบันทางกฎหมายต่าง ๆ แล้วก็จะประกอบเข้าเป็นโครงสร้างทางสังคมทั้งหมด และในฐานะเป็นระบบย่อย หน่วยงานยุติธรรมต่าง ๆ จะร่วมกันกับหน่วยงานย่อยอื่น ๆ ที่ควบคุมสังคมรับผิดชอบในการที่จะทำให้บุคคลทุกคนหันมาเอาใจใส่กับผลประโยชน์ของชุมชน

2. เป้าหมายของระบบงานนี้ ไม่ใช่แค่เพียงการควบคุมอาชญากรรมอย่างเดียวอีกต่อไป แต่ทว่ายังเป็นการส่งเสริมให้ทุกคนปฏิบัติตามกฎหมายอีกด้วย ระบบงานนี้จะถือว่าการบังคับใช้กฎหมายเป็นหนทางสุดท้าย และใช้เฉพาะกับรูปแบบของพฤติกรรมที่ไม่อาจควบคุมโดยการควบคุมอย่างไม่เป็นทางการได้ นอกจากนี้แนวความคิดของระบบนี้ยังชี้แนะว่า การบริหารงานยุติธรรมอาจเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาอาชญากรรม เมื่อมาตรการควบคุมอาชญากรรมก่อให้เกิดผลในทางตรงกันข้าม หรือขัดต่ออุดมการณ์ทางวัฒนธรรมของสังคม เช่น เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมประกอบอาชญากรรมเสียเอง

3. การรับรู้ขอบเขตของการใช้อำนาจบังคับตามกฎหมาย และของเทคนิคที่ใช้ในการควบคุมอาชญากรรม เป็นอีกลักษณะหนึ่งของระบบงานนี้ การบริหารงานยุติธรรมไม่อาจแก้ไขความยุ่งยากต่าง ๆ ที่ก่อขึ้นโดยพฤติกรรมเบี่ยงเบนทั้งหมดได้ในระยะยาว แนวความคิดของระบบนี้คือ พยายามใช้การควบคุมทางกฎหมายให้น้อยที่สุด ในเมื่อการควบคุมพฤติกรรมต่าง ๆ อย่างไม่เป็นที่ทางการภายในชุมชนแสดงให้เห็นว่ามีประสิทธิภาพเพียงพอ

จากระบบงานยุติธรรม 2 ระบบ ที่กล่าวมานี้ ระบบงานยุติธรรมของไทยเราจัดอยู่ในระบบงานควบคุมอาชญากรรม และก็มีแนวโน้มจะก้าวเข้าไปสู่ระบบงานยุติธรรมระบบที่ 2 มากขึ้น อีกประการหนึ่ง เมื่อระบบงานยุติธรรมเราได้ยอมรับเอาแนวความคิดในการจัดทำกฎหมาย และนิติประเพณีในการดำเนินคดี และในการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดทางอาญาจากประเทศตะวันตก เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น มาประยุกต์ใช้ การบริหารงานยุติธรรมของเราตั้งแต่การสืบสวน สอบสวน และจับกุมผู้ต้องหา มาจนถึงการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษาของศาล จึงได้นำเอาปรัชญาที่มีใช้อยู่ในประเทศดังกล่าวมานั้นมาใช้ด้วย ปรัชญาต่าง ๆ ดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงอุดมการณ์ของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานอยู่ในระบบงานยุติธรรมทุกระบบ และมีอยู่ 4 ปรัชญาด้วยกัน คือ ปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษ ปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ปรัชญาที่มุ่งต่อการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม และปรัชญาที่มุ่งต่อการป้องกันอาชญากรรม

2. ปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษ

ในสมัยโบราณ การลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทำกันอย่างโหดร้ายทารุณอย่างเช่น ในประเทศไทยเคยมีการลงโทษด้วยการเผาไฟทั้งเป็น การถ่วงน้ำ การทุบด้วยท่อนจันทน์ การใส่ข้อคา ตระเวรบกตระเวนเรือ แล้วนำไปตัดหัวเสียบประจาน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การลงโทษผู้กระทำความผิดในปัจจุบันมีมนุษยธรรมยิ่งขึ้น และยังเป็นนโยบายทางอาญาที่สำคัญของระบบงาน ยุติธรรม ความคิดเกี่ยวกับการลงโทษนี้มีที่มาจากปรัชญาการลงโทษของสำนักคลาสสิก (Classical School of Criminology) ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria ค.ศ.1718-1794) ผู้นำของสำนัก คลาสสิกได้เรียกร้องให้มีการจัดตั้งมาตรฐานการลงโทษให้เหมาะสมกับผลร้ายของความผิดทางอาญา ที่มีต่อชุมชนเบ็คคาเรียเชื่อว่า ผู้กระทำความผิดมีเจตนาและจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน แนวความคิดนี้ทำให้การบริหารงานยุติธรรมง่ายขึ้น คือ เมื่อพบว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงแล้ว ศาลก็ เพียงแต่กำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดนั้น อนึ่ง ตามแนวความคิดของเบ็คคาเรีย เพื่อให้การ ลงโทษมีผลในทางยับยั้ง การลงโทษจึงควรจะทำอย่างรวดเร็ว แน่นนอน และสาสมกับความผิดที่ได้ ทำขึ้น หลักการลงโทษดังกล่าวจะจำกัดระดับของการลงโทษที่จำเป็นสำหรับหยุดยั้งผู้กระทำความผิดจากการประกอบอาชญากรรมครั้งต่อไป ตลอดจนจะมีผลต่อบุคคลอื่นมิให้ประกอบ อาชญากรรมด้วย นอกจากนี้ในเรื่องที่เกี่ยวกับปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษ ยังมีข้อที่ควรพิจารณาใน รายละเอียด ดังนี้

การลงโทษเพื่อยับยั้งกับการลงโทษเพื่อการแก้แค้น ตามปรัชญาของสำนักกฎหมาย คลาสสิก การลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งจะมีผลในการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด เพราะ ผู้กระทำเกรงว่าจะถูกลงโทษ นอกจากนี้ยังเน้นด้วยว่า การลงโทษจะต้องเหมาะสมกับอาชญากรรม อย่างไรก็ตาม ก็มีแนวความคิดแตกออกไปเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้น จะทำให้ผู้กระทำความผิด ได้รับความทุกข์ทรมานให้ทัดเทียมกับที่ผู้เสียหายได้รับ ดังนั้น ในบางแห่งความยุติธรรมจึงมี สัญลักษณ์เป็นผู้หญิงที่มีผ้าผูกตา ชูตราชั่ง และของไทยเราก็มีสัญลักษณ์เป็นตราชั่งเช่นกัน โดยตรา ชั่งนี้น้ำหนักของการลงโทษจะได้ดุลกับน้ำหนักของความเจ็บปวดที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดแก่ ผู้เสียหาย ตามความคิดนี้ การที่ศาลพิพากษาลงโทษ เพื่อแก้แค้นจะมีส่วนทำให้ฝ่ายผู้เสียหายไม่มีข้อ แก้วที่จะตัดสินความยุติธรรมด้วยมือตนเอง และเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการนองเลือดระหว่าง คู่กรณีทั้ง 2 ฝ่าย และการที่ศาลให้ความปรานีแก่ผู้กระทำความผิดมาก ก็อาจเป็นการเนื่องต่อการที่ จะทำให้ประชาชนทั่วไปไม่พอใจและทำให้กฎหมายคลายความศักดิ์สิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การที่เรา ยอมรับวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างมีมนุษยธรรม ก็ได้ทำให้ความเชื่อถือในผลและความ พึงพอใจในการลงโทษอย่างทารุณ เช่น การตัดหัวเสียบประจาน การใส่ข้อคา การ โขยด้วยแส้และ

การลักหน้า เป็นต้น ลดน้อยลง ในปัจจุบันการเขียนด้วยไม้เรียว แต่เพียงอย่างเดียวยังคงมีใช้อยู่ในการลงโทษผู้ฝ่าฝืนระเบียบของเรือนจำหรือสถานฝึกอบรมสำหรับเด็กและเยาวชนในประเทศไทย สำหรับในต่างประเทศ วิธีการลงโทษอย่างรุนแรงเช่นนี้ได้เลิกไปหมดแล้ว นอกจากนี้ เกี่ยวกับผลในทางยับยั้งของการลงโทษก็ยังเป็นที่น่าสงสัยอยู่การศึกษาในประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องนี้ยังหาไม่พบ จึงขอยกการศึกษาผลของการลงโทษโดยการ โขยด้วยแส้และการเขียนของอังกฤษ และสหรัฐอเมริกามาประกอบจากการศึกษาเปรียบเทียบพฤติกรรมของนักโทษเด็ดขาดของมลรัฐเดลาแวร์ 2 กลุ่ม คือ กลุ่มแรก 211 คน ถูกลงโทษด้วยการ โขย และกลุ่มที่สอง 516 คน ที่ไม่ถูกลงโทษด้วยการ โขย ผลการศึกษาเรื่องนี้ปรากฏว่าร้อยละ 52.1 ของนักโทษที่ถูกโขยทำความผิดอย่างร้ายแรงขึ้นอีกภายใน 3 ปี หลังจากพ้นโทษจากเรือนจำ แต่เพียงร้อยละ 33.5 ของนักโทษที่ไม่ถูกโขยทำความผิดร้ายแรงขึ้นใหม่ในช่วงเวลาเดียวกัน และในประเทศอังกฤษกระทรวงมหาดไทยได้ศึกษาเปรียบเทียบประวัติการกระทำความผิดซ้ำของนักโทษฐานปล้นทรัพย์โดยใช้อาชกร 440 คน ที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษเขียนด้วย ในบรรดาผู้ที่ถูกเขียนร้อยละ 55 ถูกพิพากษาว่าทำความผิดร้ายแรง เมื่อเปรียบเทียบกันร้อยละ 43.9 ของผู้ที่ไม่ถูกลงโทษเขียนทำความผิดร้ายแรงขึ้นอีก

การลงโทษโดยการจำคุก การลงโทษโดยการจำคุกเป็นแนวความคิดที่แยกมาจากการลงโทษของสำนักคลาสสิก คือ ลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรมแนวความคิดใหม่นี้เลิกคิดถึงผลในทางยับยั้ง แต่ใช้การลงโทษเพียงเพื่อให้อาชญากรพ้นไปเสียจากชุมชน เรือนจำจึงกลายเป็นสถานที่ควบคุม จะป้องกันชุมชนจากอาชญากรรมโดยการขังอาชญากรไว้ วิธีการนี้จะมีผลในการควบคุมมิให้อาชญากรมีโอกาสแพร่พันธุ์อย่างน้อยที่สุดในระหว่างที่ถูกขัง อย่างไรก็ตาม ยังหาข้อมูลที่จะนำมาพิสูจน์ผลของการจำคุกต่ออัตราอาชญากรรมในชุมชนไม่ได้ มีแต่เพียงการคาดว่าผู้กระทำความผิดที่ถูกจับกุมมาใหม่ในประเทศไทยประมาณร้อยละ 20 เคยกระทำความผิดมาก่อนแล้ว และข้อมูลเกี่ยวกับนักโทษเด็ดขาดที่ได้รับการพักการลงโทษในประเทศไทยว่าทำความผิดซ้ำอีกหรือไม่ ก็มีข้อมูลยังไม่มากนัก แต่ข้อมูลจากต่างประเทศแสดงให้เห็นว่า ผู้กระทำความผิดร้ายแรงที่ได้รับการพักการลงโทษไปแล้วทำความผิดซ้ำค่อนข้างน้อย อย่างไรก็ตาม ถ้านำเอาการลงโทษจำคุกมาเป็นนโยบายหลักในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด เรือนจำ และทัณฑสถานคงจะมีที่ไม่เพียงพอสำหรับผู้ต้องโทษเป็นแน่ เพราะแม้ในปัจจุบันนี้ทั้งที่ทางราชการนำเอาวิธีพักการลงโทษและลดวันต้องโทษ ตลอดจนการอภัยโทษมาใช้ จำนวนผู้ต้องโทษและต้องขังก็ยังล้นเรือนจำอยู่

ความแตกต่างในการใช้ดุลยพินิจในการลงโทษเพื่อยับยั้ง ถึงแม้การยับยั้งจะเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่สำคัญประการหนึ่งในปัจจุบัน การบริหารการลงโทษเพื่อ

วัตถุประสงค์นี้ก็ยังไม่มีบรรลุเป้าหมาย เพราะยังมีการลงโทษที่แตกต่างกันอยู่อีกมาก ทั้งนี้เพราะผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีมีทัศนคติต่อการลงโทษไม่เหมือนกัน คือ บางคนอาจลงโทษเต็มตามที่ตามกฎหมาย แต่บางคนลงโทษสถานเบา ทั้งที่เป็นความผิดฐานเดียวกัน ไม่เป็นไปตามปรัชญาของสำนักคลาสสิกที่ว่า การลงโทษต้องเหมาะสมกับอาชญากรรม คือ ให้ผู้กระทำความผิดได้รับความเจ็บปวดหรือความสูญเสียมากกว่าหรือเท่ากับผู้เสียหาย สำหรับในประเทศไทยระบบควบคุมการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษา เช่น ยึดข้อที่ศาลต่าง ๆ ใช้ ก็อาจเป็นกฎเกณฑ์ที่ช่วยลดความแตกต่างในโทษที่ผู้พิพากษาแต่ละคนจะกำหนดได้ นอกจากนี้ในปัจจุบันในบางประเทศคดี การที่ศาลสั่งให้พนักงานคุมประพฤติสืบเสาะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำเลยแล้วทำรายงานเสนอต่อศาล ก็จะมีผลต่อการที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจได้อย่างเหมาะสม ตลอดจนแตกต่างกันน้อยด้วย

ผลของการลงโทษเพื่อยับยั้ง ข้อที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้ง คือ ถ้าการลงโทษเพื่อยับยั้งจะมีผลยาวนานเพียงไร การข่มขู่ว่าจะลงโทษต้องได้รับการสนับสนุนจากการลงโทษจริง ๆ จะทำให้ผู้ถูกลงโทษสูญเสียความเป็นสมาชิกของสังคมที่เขาสังกัดอยู่ และเมื่อเป็นเช่นนี้ การลงโทษก็จะมีผลในการยับยั้งผู้ที่จะประกอบอาชญากรรมเป็นอาชีพได้ อย่างไรก็ตามตามความคิดของจอห์นสัน (Elmer H. Johnson) อาชญากรรมประเภทหนึ่งเกิดจากอารมณ์ เช่น การฆ่าผู้อื่น การทำร้ายร่างกายบาดเจ็บสาหัส และการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่อาจห้ามมิให้เกิดขึ้นโดยวิธีการลงโทษแบบยับยั้ง เพราะฉะนั้นไม่ว่าจะเพิ่มโทษสูงเท่าไรและรุนแรงเพียงไรก็จะมีผลต่อการยับยั้งอาชญากรรมประเภทนี้น้อยมาก แต่อาชญากรรมประเภทอื่น เช่น การปล้นทรัพย์ การลักขโมย การลักทรัพย์ ผู้กระทำโดยมุ่งหวังต่อผลที่คิดไว้ การลงโทษอาชญากรรมประเภทนี้อย่างรุนแรงจะมีผลในการยับยั้งได้

3. ปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟู

ปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูนี้เน้นการแก้ไขฟื้นฟูมากกว่าการลงโทษและสนับสนุนวิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ตลอดจนชี้ให้เห็นว่าอาชญากรรมเป็นผลของความบกพร่องที่มีมาแต่กำเนิดความไม่สมดุลทางอารมณ์ ความผิดปกติทางจิต แรงกดดันฝ่ายต่ำ ความขัดแย้งระหว่างอีโกและซูเปอร์อีโกหรือผลของการให้การศึกษาอบรมในทางที่ผิดตามปรัชญานี้ วิธีการแก้ไขที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์จะถูกนำมาใช้ในการแก้ไขฟื้นฟู เพื่อลดอาชญากรรมในอนาคต ปรัชญาของการแก้ไขฟื้นฟู เพื่อลดอาชญากรรมในอนาคตแอนเซล (Marc Ancel) มีวิวัฒนาการมาจากความคิดมากมายหลายอย่างที่อยู่เลยการลงโทษเพื่อเป็นการลงโทษ ความคิดประการหนึ่งก็คือว่า การคุ้มครองสังคมจากอาชญากรจำต้องมีการกระทำที่

นอกเหนือไปจากการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกในความผิด อีกความคิดหนึ่งเสนอว่า การลดพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายของอาชญากรเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาและอาจทำได้โดยให้การศึกษาเสียใหม่ ประการสุดท้ายความคิดในทางมนุษยธรรมก่อให้เกิดแนวความคิดในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างมีมนุษยธรรม อย่างไรก็ตาม โดยแท้จริงแล้วปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูนี้เป็นปรัชญาของนักอาชญาวิทยา สำนักโปซิทิฟซึ่งเป็นสำนักที่ศึกษาอาชญากรโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่มีเซซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso, 1836-1909) เป็นผู้นำ

ตามแนวความคิดของสำนักนี้ การศึกษาโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์เท่านั้นจะทำให้สามารถค้นพบว่าสาเหตุของอาชญากรรมได้ หลักการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดของสำนักนี้เป็นหลักการที่มีพื้นฐานมาจากการศึกษาโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์การวิเคราะห์ผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลจะช่วยให้กำหนดได้ว่าผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลจะช่วยให้กำหนดได้ว่าผู้กระทำความผิดคนนั้นกระทำความผิดด้วยสาเหตุอะไรและแก้ไขที่สาเหตุนั้น อนึ่งเนื่องจากสำนักนี้เกิดขึ้นเมื่อวิทยาศาสตร์ชีวภาพมีอิทธิพลต่อผู้มีการศึกษาในสมัยนั้น

สำนัก Positive จึงอาศัยวิธีการและกระบวนการทางการแพทย์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและเมื่อวิชาการทางการแพทย์ได้ แยกออกเป็นสาขาเฉพาะต่าง ๆ เพื่อบำบัดรักษาเฉพาะโรค การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและผู้ที่มีปัญหาทางสังคมอื่น ๆ ก็มีแนวโน้มที่จะแยกออกเป็นเฉพาะสาขาด้วย อย่างไรก็ตาม ตามปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด วิธีการแก้ไขแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ การแก้ไขเป็นรายบุคคล วัตถุประสงค์ของการแก้ไขเป็นรายบุคคลก็คือ การทำให้ผู้รับการแก้ไขรับเอาการควบคุมต่าง ๆ ของสังคม เพื่อนำไปเปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพ ความเชื่อหรือแรงจูงใจต่าง ๆ เพื่อว่าผู้รับการแก้ไขจะละเว้นจากการประกอบอาชญากรรมโดยสมัครใจ พฤติกรรมของคนเกิดขึ้นจากการสนองตอบต่อสิ่งเร้าทางสิ่งแวดล้อมหรือภายในตนเอง ทั้งสิ่งเร้าและการสนองตอบต่อสิ่งเร้านี้ เชื่อกันว่าอาจควบคุมโรคต่าง ๆ การแก้ไขเป็นรายบุคคลนี้ใช้กระบวนการความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแบบหนึ่งต่อหนึ่ง เช่นเดียวกันกับความสัมพันธ์ระหว่างลูกศิษย์กับครู หรือระหว่างนักจิตวิทยาคลินิกกับคนไข้ที่กำลังอยู่ในระหว่างการวิเคราะห์หาสาเหตุ ความสัมพันธ์แบบหนึ่งต่อหนึ่งที่ถูกนำมาประยุกต์ใช้กับผู้กระทำความผิดในชุมชนหรือในทัณฑสถานบำบัดและเชื่อกันว่าผู้กระทำความผิดได้เตรียมพร้อมที่จะยอมรับเอาบริการต่าง ๆ จากผู้เชี่ยวชาญตั้งแต่การวิเคราะห์ปัญหาไปจนถึงกระบวนการแก้ไขฟื้นฟู วิธีการแก้ไขฟื้นฟูเป็นรายบุคคลที่สำคัญ ได้แก่ วิธีการให้คำปรึกษาแนะนำทางจิต วิธีการให้คำปรึกษาแนะนำแบบนี้มีอยู่มากมายหลายอย่างที่ใช้โดยผู้เชี่ยวชาญอื่น ๆ นอกเหนือไปจากนักจิตวิทยาและจิตแพทย์ ยกตัวอย่างเช่น ครูเป็นผู้ให้คำปรึกษาแนะนำทางจิตในโรงเรียนเพราะเหตุว่าโรงเรียนจะต้องแก้ไขปัญหา

มากมายหลายชนิด เช่น อุบัติเหตุบนท้องถนน ครอบครัวยุคใหม่แตกแยก ความผิดปกติทางเพศและความผิดปกติทางสมอง เป็นต้น หรือการอบรมศีลธรรมตามแนวทางของพุทธศาสนาเป็นวิธีการที่สำคัญในการอบรมจิตใจผู้ต้องโทษทั้งที่เป็นเด็กและเยาวชน ตลอดจนผู้ใหญ่ ในสถานฝึกอบรมและเรือนจำต่าง ๆ ในประเทศไทย หรือการจัดให้มีการเล่นเพื่อความบันเทิง เช่น การกีฬาที่เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นวิธีการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้อีกอย่างหนึ่ง สำหรับวิธีการให้คำปรึกษาแนะนำทางจิตที่ใช้โดยนักจิตวิทยาและจิตแพทย์ เน้นความสามารถของผู้แก้ไขในการที่จะแก้ไขปัญหของผู้รับการแก้ไข ซึ่งก็มีอยู่มากมายหลายวิธีการ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับบทบาทของผู้แก้ไข บทบาทของผู้รับการแก้ไข และลักษณะของความสัมพันธ์ที่ประสงค์จะให้เกิดขึ้นระหว่างผู้แก้ไขกับผู้รับการแก้ไข

สำหรับบทบาทของผู้แก้ไขจากรายงานของผู้เชี่ยวชาญหลายคนมีทั้งที่ชัดเจนและไม่ชัดเจน มีทั้งให้ความอบอุ่นใจและการไม่ให้ความอบอุ่นใจแก่ผู้รับการแก้ไขมีทั้งให้ผู้รับการแก้ไขระลึกถึงสิ่งที่เกิดขึ้นกับตัวเขาในอดีตและให้ผู้รับการแก้ไขค้นหาทางแก้ไขปัญหในปัจจุบันและการเน้นให้ผู้รับการแก้ไขเกิดสติปัญญามองเห็นปัญหาของเขาได้ นอกจากนี้ก็ยังมีวิธีการสนับสนุนที่จะช่วยเหลือผู้รับการแก้ไขด้วยวิธีการชักจูงใจให้คำแนะนำให้ผ่อนคลายความตึงเครียดและให้ความมั่นใจ วิธีการแก้ไขเหล่านี้มุ่งที่จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในบุคลิกภาพของผู้รับการแก้ไขอย่างถาวรและการแก้ไขแบบกลุ่ม นักทฤษฎีที่เกี่ยวกับวิธีการแก้ไขแบบกลุ่ม มองปัญหาอาชญากรรมว่าเป็นเรื่องที่เกิดจากอิทธิพลของกลุ่ม การที่บุคคลจะประกอบอาชญากรรมไม่ใช่สืบเนื่องมาจากโครงสร้างทางบุคลิกภาพแต่อย่างเดียว แต่เป็นผลของการที่บุคคลผูกพันอยู่กับกลุ่มต่าง ๆ ที่มีทัศนคติ ความเชื่อและคุณค่าเกี่ยวกับอาชญากรรมด้วยเป็นที่ยอมรับกันว่า บุคลิกภาพของคนโดยทั่วไปได้มาจากความสัมพันธ์ทางสังคมในแต่ละสังคม ในทำนองเดียวกัน กลุ่มก็มีส่วนสร้างลักษณะอุปนิสัยให้แก่สมาชิกในกลุ่มไม่น้อย เช่น ในเรื่องการแสดงออกในทางก้าวร้าวหรือในการให้ความร่วมมือ อาชญากรรมก็อาจเกิดขึ้นได้เมื่อบุคคลได้รับความพอใจจากการเข้าร่วมในกิจกรรมของกลุ่มที่มุ่งไปในทางนั้น และในทำนองเดียวกันอิทธิพลของกลุ่มก็อาจชักจูงบุคคลให้ออกห่างจากการประกอบอาชญากรรมได้ด้วยเช่นกัน ดังนั้นทฤษฎีการแก้ไขแบบกลุ่มจึงมีอยู่ 2 ทฤษฎีด้วยกันคือ

ทฤษฎีที่ใช้กลุ่มเป็นเครื่องมือ วัตถุประสงค์ของวิธีการนี้ก็คือ การแสวงหาความช่วยเหลือเพื่อสนับสนุนพฤติกรรมที่ต้องการโดย บรรทัดฐานของกลุ่มและความต้องการความช่วยเหลือจากกลุ่มของสมาชิกกลุ่มแต่ละคน เป้าหมายของวิธีการนี้ก็คือต้องการจะเปลี่ยนแปลงผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนให้กลายเป็นผู้มีพฤติกรรมไม่เบี่ยงเบน โดยรับเข้าเป็นสมาชิกของกลุ่มที่มีพฤติกรรมที่ไม่

ต่อต้านสังคม กลวิธีของวิธีการแบบกลุ่มนี้ต้องการความรู้ลึกผูกพันต่อกลุ่มอย่างมั่นคงของสมาชิก การที่กลุ่มสามารถรักษาความจริงรักภักดีของสมาชิก ความสำคัญของบรรทัดฐานและคุณค่าของกลุ่มที่มีต่อสมาชิกและผู้ที่ยอมรับเข้าเป็นสมาชิกใหม่ การที่สมาชิกได้รับความพอใจและมีความนับถือตนเองจากการเป็นสมาชิกและการที่กลุ่มสามารถลงโทษสมาชิกของกลุ่มที่ฝ่าฝืนระเบียบของกลุ่มได้เป็นผลให้แก้ไขพฤติกรรมเบี่ยงเบนของสมาชิกได้ดี

ทฤษฎีที่ใช้กลุ่มเป็นเป้าหมายของการเปลี่ยนแปลง วัตถุประสงค์ของวิธีการนี้คือเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมย่อยของกลุ่มที่เชื่อกันว่าเป็นบ่อเกิดของพฤติกรรมเบี่ยงเบนและนำกลุ่มออกไปสู่กลุ่มที่ไม่ต่อต้านสังคม เพราะเป็นที่เชื่อกันว่า พฤติกรรมเบี่ยงเบนมีที่มาจากวัฒนธรรมย่อยของกลุ่มและแบบของการเป็นผู้นำ เป็นต้น วิธีการที่นำมาใช้บางทีก็เป็นการจูงใจให้ผู้รับการแก้ไขหันมารับความเปลี่ยนแปลงที่จะเป็นประโยชน์ต่อเขา ในทางที่ตรงข้ามกับวัฒนธรรมย่อยของกลุ่มที่มีมาแต่เดิม เช่น กลุ่มของนักโทษอาจสร้างความเข้าใจดีกับกลุ่มเจ้าหน้าที่ของเรือนจำโดยการยอมรับฟังความเห็นของกันและกัน

4. ปรัชญาที่มุ่งต่อการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม

ปรัชญานี้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับรู้ว่าการที่บุคคลกระทำความผิดส่วนหนึ่งก็อาจเนื่องมาจากอิทธิพลของสภาพสิ่งแวดล้อมในชุมชนและชุมชนนั้นเองก็เป็นสถานที่ที่คิดผู้ต้องโทษจะต้องกลับคืนไปหลังจากได้รับการแก้ไขฟื้นฟูแล้ว ถ้าชุมชนไม่ยอมต้อนรับอดีตผู้ต้องโทษ ตลอดจนไม่ให้โอกาสเขาให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมต่าง ๆ ของชุมชน โอกาสที่เขาจะกลับตนเป็นพลเมืองดีของชุมชนก็คงจะเป็นไปได้ยาก เพราะฉะนั้นการที่ชุมชนยอมรับอดีตผู้ต้องโทษกลับคืนสู่ชุมชน และช่วยเหลือให้เขามีงานทำ ตลอดจนประกอบกิจกรรมอื่น ๆ จะทำให้เขาประพฤติ ปฏิบัติตนเป็นพลเมืองดีอย่างรวดเร็วและถาวรในเรื่องปรัชญาที่มุ่งต่อการให้ชุมชนมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมนี้ผู้รู้ท่านหนึ่งได้แยกพิจารณาการมีส่วนร่วมของชุมชนออกเป็น 2 นัย คือการยอมรับผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่ชุมชน และผู้กระทำความผิดเป็นผู้รับบริการ

การยอมรับผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่ชุมชนผู้กระทำความผิดเมื่อพ้นโทษแล้ว หรือได้รับการแก้ไขฟื้นฟูแล้ว ก็จะต้องกลับคืนไปสู่ชุมชนที่เขาเคยมีที่อยู่อาศัย การที่ชุมชนยินดีต้อนรับเขากลับคืนยอมเป็นการให้โอกาสเขาได้เข้าร่วมกิจกรรมของชุมชน เช่นเดียวกับสมาชิกของชุมชนคนอื่น ๆ เพราะฉะนั้นปรัชญาที่มุ่งต่อการให้ชุมชนมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมมีข้อแตกต่างจากปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษและปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูที่ศึกษามาแล้ว 2 ประการ คือ

ปรัชญานี้เน้นการคงไว้หรือการยอมรับผู้กระทำความผิดให้เข้าร่วมประกอบกิจกรรมในชุมชนเช่นเดียวกับสมาชิกชุมชนคนอื่น ๆ คือถือว่าอดีตผู้ต้องโทษก็มีภาระที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ของตนและของชุมชนไว้ การที่อดีตผู้ต้องโทษเลิกประพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายได้จึงเป็นประโยชน์ต่อชุมชน อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่าการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวขึ้นอยู่กับ ความถูกต้องของกฎหมายและบรรทัดฐานทางกฎหมายเข้ากันได้กับศีลธรรมและสังคมจิตวิทยาที่ผูกพันมวลสมาชิกของชุมชนเข้าด้วยกัน นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับกันว่าชุมชนไม่มีเจ้าพนักงานตำรวจเพียงพอที่จะคอยควบคุมสอดส่องดูแลผู้ต้องเคยต้องโทษได้อย่างใกล้ชิดและอย่างต่อเนื่อง โดยการใช้อำนาจบังคับอย่างเดียว

เพราะฉะนั้นการยอมรับเอาอดีตผู้ต้องโทษเข้ามาอยู่ในชุมชนโดยให้โอกาสเขาประกอบกิจกรรมต่าง ๆ จะเป็นช่วยกระตุ้นให้อดีตผู้ต้องโทษยึดมั่นในบรรทัดฐานความประพฤติของชุมชนได้ดียิ่งกว่าการควบคุมสอดส่องดูแลของพนักงานคุมประพฤติ หรือพนักงานพักการลงโทษ ปรัชญานี้มองเห็นว่างานยุติธรรมทางอาญาเป็นงานอย่างหนึ่งของชุมชน

ในฐานะเป็นสถาบันและระบบงานที่ให้บริการดังกล่าวมาแล้วในเรื่อง ระบบงานยุติธรรม ในฐานะเป็นระบบงานย่อยของชุมชนนี้จะต้องทำงานผสมผสานกับสถาบันอื่น ๆ ในชุมชน เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันการศึกษา สถาบันเศรษฐกิจ สถาบันการเมืองและสถาบันศาสนา สถาบันต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสถาบันที่ขัดเกลาหรืออบรมบ่มนิสัยคนในสังคมโดยวิธีการควบคุมแบบไม่เป็นทางการ การให้ผู้เคยต้องโทษมีส่วนร่วมในกิจกรรมของชุมชนเปิดโอกาสให้หน่วยงานยุติธรรมมีเหตุผลที่จะสอดแทรกงานของตนเข้าไปในเครือข่ายงานของสถาบันอื่น ๆ ในชุมชนด้วย

การที่หน่วยงานยุติธรรมมีเหตุผลที่จะสอดแทรกงานของตนเข้าไปในเครือข่ายงานของสถาบันอื่น ๆ ในชุมชนด้วย

การที่หน่วยงานยุติธรรมขยายขอบเขตงานของตนออกไปจากกรควบคุมอาชญากรรม จะทำให้กิจกรรมผสมผสานกับกิจกรรมของสถาบันอื่น ๆ ในสังคมที่มีขอบข่ายบริการกว้างขวาง การป้องกันอาชญากรรมก็ดี การควบคุมอาชญากรรมก็ดีและการแก้ไขพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายก็ดี ก็จำเป็นต้องใช้บริการของสถาบันต่าง ๆ เหล่านั้นด้วยเช่นเดียวกัน หน่วยงานต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะเป็นหน่วยงานแก้ไขปัญหาสังคมเฉพาะด้าน หรือในการให้บริการเฉพาะอย่างแก่ผู้รับบริการ อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นได้ค่อนข้างชัดเจนว่าปัญหาสังคมต่าง ๆ มากมายเกิดขึ้นมาจากสภาวะอย่างเดียวกัน, จุดอ่อนของปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟูที่เป็นจุดอ่อนของการแก้ไขแบบอื่นด้วยและค่าใช้จ่ายของบริการที่จำเป็นแต่ซ้ำซ้อนกันมีมากเกินไปกว่าทรัพยากรทางการเงินของชุมชนท้องถิ่นจะอำนวย

ให้ ปัญหานี้ได้กระตุ้นให้วงการที่ไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมโดยตรงมีการประสานงานด้านบริการต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น

สำหรับองค์การที่เกี่ยวกับงานยุติธรรม เมื่อเข้าใจในเรื่องนี้ก็ทำให้มีโอกาสที่จะนำเอา Concept ของงานยุติธรรมในฐานะเป็นระบบงานย่อยของชุมชนมาบรรจุไว้ในนโยบายงานยุติธรรมทางอาญามากยิ่งขึ้น ในการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมนี้ มีทฤษฎีที่นำมาใช้ อยู่ทฤษฎีหนึ่งคือ ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกัน (Interactive theory) การแพร่กระจายและการลดลงของอาชญากรรมในชุมชนก็อาจเกิดขึ้นจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งหมดภายใต้ข้อบังคับและแบบแผนทางสังคมจิตวิทยาของชุมชน ทฤษฎีนี้เน้นกระบวนการ คือ การที่บุคคลจะประกอบอาชญากรรมหรือมีพฤติกรรมแปลก ๆ อาจสืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ การที่ผู้ต้องโทษแต่ละคนมีชีวิตที่แปลกแตกต่างกันไป อาจทำให้การแก้ไขฟื้นฟูทำได้ยาก แต่การรู้ปัญหา เช่นนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่จะชักจูงให้จำเลยผู้เคียดแค้นโทษเข้าใจว่าการควบคุมตนเองเป็นวิธีการที่จะทำให้อื่นหันมาช่วยเหลือพวกเขาให้ประสบความสำเร็จในสิ่งที่พวกเขาต้องการ อย่างไรก็ตามการเป็นสมาชิกของชุมชนจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการยอมรับซึ่งกันและกัน การที่อดีตผู้ต้องโทษจะได้รับการยอมรับจากชุมชนให้เป็นสมาชิกนั้น อาจได้มาจากการแก้ไขฟื้นฟู แต่วิธีการที่ดีที่สุดก็คือ การปฏิสัมพันธ์กับสมาชิกของชุมชนตามปกติในชุมชนนั่นเอง นอกจากนี้การแก้ไขฟื้นฟูแบบอาศัยซึ่งกันและกันจะเน้นหน้าที่ที่มีต่อกันและกัน รวมถึงการเคารพนับถือกันระหว่างผู้แก้ไขฟื้นฟูแบบอาศัยซึ่งกันและกันจะเน้นหน้าที่ที่มีต่อกันและกัน รวมถึงการเคารพนับถือกันระหว่างผู้แก้ไขกับผู้รับการแก้ไข ตามปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟู การอาศัยซึ่งกันและกันเกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 คน คือ ผู้แก้ไขและผู้รับการแก้ไข แต่ถ้าการอาศัยซึ่งกันและกันจะมีความหมายภายหลังจากที่ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่ชุมชน การกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องขยายออกไปถึงชุมชนด้วย ดังนั้นการอาศัยซึ่งกันและกันจึงขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้กระทำความผิดที่จะพัฒนาและรักษาความเป็นเพื่อนกับสมาชิกคนอื่นของชุมชนและชุมชนที่รับตัวผู้กระทำความผิดจะต้องแสดงความจริงใจในการรับผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกของชุมชน

ผู้กระทำความผิดเป็นผู้รับบริการ นอกจากการยอมรับผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่ชุมชนแล้ว ความหมายอีกประการหนึ่งของการมีส่วนร่วมของชุมชน หมายถึงการให้บริการแก่ผู้กระทำความผิด ในความหมายนี้หน่วยงานยุติธรรมทางอาญาจะเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการด้วย อย่างไรก็ตามอาชญากรรมและประเภทของอาชญากรรม ตลอดจนปัญหาสังคมอื่น ๆ เช่น สุขภาพจิต ความยากจน ความอ่อนแอทางสติปัญญาและด้อยทางการศึกษา และโอกาสทางเศรษฐกิจที่ไม่เหมาะสม อาจมีผลมาจากอิทธิพลของลักษณะทางภูมิศาสตร์ของชุมชน ในการแก้ไข

ปัญหาเหล่านี้มีแนวโน้มที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องแต่ละหน่วย จะแก้ไขปัญหาแต่ละปัญหาแยกจากกัน โดยแท้จริงแล้วปัญหาเหล่านี้มีความเชื่อมโยงกัน และในทางปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานหนึ่งจะพบว่าเจ้าหน้าที่ของอีกหน่วยงานหนึ่ง ก็พยายามแก้ไขปัญหาคือเดียวกันของผู้รับบริการคนเดียวกัน บทเรียนที่ได้รับจากการแก้ไขปัญหานี้ ตามปกติมักจะก่อให้เกิดความเข้าใจในปัญหาอีกปัญหาหนึ่ง ความคล้ายคลึงกันนี้สะท้อนให้เห็นแบบของสังคมและวัฒนธรรมต่าง ๆ ของชุมชนที่มีผลกระทบต่อขนาดของจำนวนคดี ชนิดของอุปนิสัยและความต้องการของผู้รับบริการ และอุดมการณ์ของหน่วยงาน โดยไม่คำนึงถึงปัญหาเฉพาะอย่างที่กำลังดำเนินการแก้ไขอยู่ ดังนั้นจึงอาจชี้ชัดลงไปได้ว่าหน่วยงานยุติธรรมทางอาญาเป็นหน่วยงานหนึ่งในให้บริการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อโอกาสการดำรงชีวิตในสังคมขนาดใหญ่ แทนที่จะคำนึงถึงชุมชนทางสังคมจิตวิทยาว่าเป็นชุมชนที่ค่อนข้างจะตายตัว ทฤษฎีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันเสนอแนะการค้นหาอย่างต่อเนื่อง พื้นฐานสำหรับข้อตกลงร่วมกัน หน่วยงานยุติธรรมทางอาญากับหน่วยงานให้บริการอื่น ๆ ก็ยังประสานงานกันเพื่อทบทวนนโยบายและกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ อีกด้วย

ถ้าจะยังคงเป็นที่เชื่อถือของประชาชน ปรัชญาที่มุ่งต่อการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม รวมเอาความคิดที่จะส่งมอบบริการแก่เด็กก่อนกระทำผิดเพื่อประโยชน์ของการป้องกันอาชญากรรมและแก่เด็กกระทำผิด ตลอดจนอาชญากรที่ต้องโทษแล้วเพื่อประโยชน์ทางการลดอาชญากรรม ในแต่ละกรณีผู้กระทำผิดและอาชญากรที่ต้องโทษถือว่าเป็นผู้รับบริการหรือผู้บริโภคบริการคำว่าผู้รับบริการสื่อความหมาย บริการที่ให้จะต้องสมประโยชน์ของผู้รับบริการและผู้รับบริการแสวงหาบริการ ข้อเสนอเหล่านี้ทำให้ผู้สนับสนุนปรัชญาที่มุ่งต่อการลงโทษ หวั่นไหว และทำให้ผู้ที่เชื่อถือปรัชญาที่มุ่งต่อการแก้ไขฟื้นฟู กระอักกระอ่วนใจ เพราะคาดหมายให้ผู้ต้องโทษที่ไม่สมัครใจแสวงหาบริการด้วยความกระตือรือร้น

ในฐานะหน่วยงานควบคุมอาชญากรรม หน่วยงานต่าง ๆ มักจะมองเห็นประชาชนที่ไม่กระทำผิดกฎหมายเป็นผู้รับบริการอย่างไรก็ตามการที่พูดว่าผู้รับบริการทั้งหมดนี้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเท่ากับไม่ยอมรับรู้ผลกระทบของฐานะทางสังคม ชุมชนแออัดได้รับ โรงเรียนได้รับการรักษาพยาบาล ได้รับศูนย์นันทนาการและบริการอื่น ๆ จากรัฐบาล ที่มีคุณภาพด้อยกว่าชุมชนอื่น ๆ ตามปกติคนยากจนขาดทักษะในการติดต่อกับหน่วยงานให้บริการและประสบความสำเร็จยากนานาประการในการที่จะได้บริการที่น่าพึงพอใจ หน่วยงานสวัสดิภาพของเอกชนมีแนวโน้มที่จะแยกตัวออกจากผู้รับบริการที่เป็นคนชั้นต่ำ และปิดคดีแต่เนิ่น ๆ โดยส่งผู้รับบริการไปยังหน่วยงานของรัฐ โดยให้เหตุผลว่าในฐานะเป็นหน่วยงานของชุมชนพวกเขาต้องบริการคนทั้งหมดรวมทั้งคนชั้นกลางด้วย หน่วยงานสวัสดิการเอกชนชอบคนชั้นกลางมากกว่า เพราะมักจะร่วมมือ

อย่างมีประสิทธิภาพกับนักสังคมสงเคราะห์ที่เป็นคนชั้นกลางด้วยกัน ปรัชญาที่มุ่งต่อการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมนี้เพิ่งปรากฏขึ้นดูเหมือนจะมีใช้ในระบบงานคุมประพฤติและระบบงานราชทัณฑ์ เช่น การใช้อาสาสมัครในงานคุมประพฤติและในงานพักการลงโทษและที่มีที่มาจากทฤษฎีบริหารองค์การและลัทธิประชาธิปไตย (Organization Theory and Democracy)

หลักพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา

สิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาถือเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ฉะนั้นรัฐที่ให้สัตยาบันจึงมีข้อผูกพันว่าต้องไปจัดทำหรือแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลและกติกาดังกล่าว รัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายหนึ่งประเทศที่อยู่ในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้จัดทำขึ้นมาโดยส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ นั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา สิทธิการมีทนายความในการดำเนินคดีอาญาเป็นสิทธิขั้นมูลฐานอย่างหนึ่งของประชาชน อันควรได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะถือว่าเป็นการที่รัฐให้หลักประกันสิทธิในการต่อสู้คดีขั้นมูลฐานแก่ประชาชน ตามกฎหมายสูงสุดของประเทศการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลย

ในคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ไทย ก็เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นเป็นการยอมรับ การใช้หลักประกันสิทธิขั้นมูลฐานในการต่อสู้คดีของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติไว้ใน Sixth Amendment เป็นบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อ ค.ศ.1791 และได้มีการพัฒนาขึ้นมาเป็นลำดับ คำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกาจนกระทั่งปัจจุบันกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาให้การยอมรับการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา ว่าต้องได้รับการคุ้มครองในทุกคดีที่สามารถลงโทษจำคุกจำเลยได้ ถือว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ยอมรับหลักประกันสิทธิของประชาชน และให้หลักประกันขั้นมูลฐานแก่ผู้ต้องหาและจำเลยเกี่ยวกับสิทธิในการมีทนายความช่วยในการต่อสู้คดีอย่างจริงจังมากส่วนประเทศญี่ปุ่นก็นับเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา โดยการบัญญัติหลักไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ได้วางหลักไว้ว่า ผู้ถูกจับหรือถูกควบคุมย่อมมีสิทธิได้รับการแจ้งข้อหาและมีสิทธิติดต่อกับทนายความได้ การควบคุมตัวจะทำได้

เฉพาะกรณีมีเหตุอันสมควรและจะต้องนำตัวไปยังศาลโดยเร็วพร้อมกับทนายความ และ รัฐธรรมนูญ มาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ได้มีหลักว่าในการดำเนินคดีอาญาจำเลย มีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเปิดเผยโดยศาลยุติธรรม จำเลยย่อมมีสิทธิได้รับ อนุญาตให้ตามพยานได้ตามสมควรและมสิทธิเรียกพยานมาให้การ เพื่อประโยชน์กับจำเลย และ จำเลยจะได้รับการช่วยเหลือจากทนายความตลอดการพิจารณา หากไม่สามารถจัดหาทนายความได้ รัฐจะเป็นผู้ตั้งทนายความให้ส่วนในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยที่บัญญัติ หลักการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาไว้ในมาตรา 83, 133 ทวิ, 133 ตริ, 134/1, 134/2, 134/3, 134/4 และ 173 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถือเป็นแม่บท กฎหมายที่สำคัญมากฉบับหนึ่งที่ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมนีและประเทศไทยได้มีการบัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของ ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา

บทบัญญัติหลักเกณฑ์การให้การคุ้มครองสิทธิการมีทนายของผู้ต้องหาและจำเลยใน คดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเป็นการบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงที่แต่ละ ประเทศมีต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจและสังคมและเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นมูลฐานของประชาชนอีกด้วย ตัวอย่างการ คุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา เช่น ในประเทศญี่ปุ่น ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 30 วางหลักไว้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญามี สิทธิที่จะเลือกทนายในการต่อสู้คดีได้และมาตรา 36 ตามประมวลกฎหมายดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่จำเลยไม่สามารถจัดหาทนายความได้ เนื่องจากความยากจนหรือสาเหตุอื่น ศาลก็จะตั้ง ทนายความให้กับจำเลยตามที่ร้องขอ ศาลจะตั้งทนายความให้กับจำเลยก็เฉพาะกรณีที่ไม่มีผู้จัดหา ทนายความให้กับจำเลยหรือจำเลยไม่สามารถจัดหาทนายความได้เองเท่านั้น หรือตัวอย่างตาม กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน มาตรา 140 ได้กำหนดให้ทนายความจำต้องมีส่วนร่วม ในการดำเนินการพิจารณาในคดีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ เช่น ในการพิจารณาคดีที่มีความผิดอุกฉกรรจ์ หรือในคดีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นคนบกพร่องทางร่างกาย เช่น หูหนวก เป็นใบ้ เป็นต้น หลักการ คุ้มครองสิทธิการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ใช้ ระบบกฎหมายจารีตประเพณีนอกจากจะมีการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการดำเนินคดีอาญาไว้ใน รัฐธรรมนูญแล้วยังมีการให้หลักประกันสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยใน คดีอาญาตามกฎหมายอื่นอีก เช่น การให้หลักประกันตามแบบของ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 44 พิจารณาให้หลักประกันว่าในกรณีจำเลยปรากฏตัวในศาลโดยปราศจาก

ทนายความศาลจะเป็นผู้แนะนำจำเลยให้ทราบถึงสิทธิการมีทนายความและสิทธิการตั้งทนายความ เป็นตัวแทนในการดำเนินคดีอาญาในทุกขั้นตอน นอกจากนี้จำเลยจะตัดสินใจดำเนินคดีโดยตนเอง หรือจำเลยสามารถจัดหาทนายเองได้ดังนั้นก็เห็นได้ว่าประเทศภาคีสมาชิกของสหประชาชาติที่ได้ ลงนามในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนต่างก็ให้ความสำคัญในเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิการมีทนายความของผู้ต้องหาและ จำเลยในคดีอาญา โดยการกำหนดบทบัญญัติการคุ้มครองสิทธินี้ไว้ในกฎหมายของแต่ละประเทศ นั้นก็คือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อเป็นการให้ข้อตกลงในเรื่องการคุ้มครองสิทธิการมี ทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยมีผลบังคับใช้ในประเทศนั้นต่อไปและเป็นหลักประกันใน การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยคดีอาญาในเรื่องของตนอีกด้วยว่าจะไม่ถูกลิดรอนสิทธิจาก รัฐ จึงถือได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็เป็นหลักพื้นฐานอย่างหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิการ มีทนายความของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาด้วย

การคัดฟ้องในศาลเยาวชนและครอบครัว

เมื่อเจ้าหน้าที่จับกุมเด็กหรือเยาวชนที่มีอายุไม่ครบ 18 ปี ซึ่งต้องหาว่าได้กระทำความผิด และความผิดนั้นอยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว พนักงานสอบสวนจะต้องสอบปากคำ เด็กหรือเยาวชนให้เสร็จภายใน 24 นับแต่เวลาที่เด็กหรือเยาวชนมาถึงสถานที่ทำการของพนักงาน สอบสวนแล้วส่งตัวเด็กหรือเยาวชนมาถึงสถานพินิจและคุ้มครองเด็ก เมื่อครบ 24 ชั่วโมง และต้อง ส่งสำนวนการสอบสวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อฟ้องศาลให้ทันภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วัน จับกุม หากฟ้องไม่ทันพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการต้องยื่นคำร้องขอคัดฟ้องศาลจะ อนุญาตได้ไม่เกิน 4 คราว คราวละไม่เกิน 15 วัน

การฝากขังในศาลอาญาหรือศาลจังหวัด

ถ้าผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวอยู่และพนักงานสอบสวนไม่อาจสอบสวนให้เสร็จสิ้นภายใน 48 ชั่วโมง พนักงานสอบสวนต้องส่งผู้ต้องหามาศาลและพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการอาจ ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ขังผู้ต้องหาไว้เรียกกันทั่วไปว่าฝากขังในกรณีความผิดที่มีอัตราโทษจำคุก อย่างสูงไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 500 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังได้ครั้งเดียว มีกำหนดไม่เกิน 7 วัน แต่ถ้ามีอัตราโทษเกินกว่านี้ ศาลอาจสั่งขังได้หลาย ๆ ครั้งติด ๆ กัน แต่ครั้ง หนึ่งไม่เกิน 12 วัน รวมทั้งหมดไม่เกิน 48 วัน เว้นแต่ความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปี ขึ้นไป

ศาลสั่งชั่งได้รวมทั้งหมดไม่เกิน 84 วัน ในกรณีที่ผู้ต้องหาได้ประกันตัวชั้นสอบสวน ผู้ต้องหาไม่จำเป็นต้องมาศาลจนกว่าพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการจะขอฝากขัง แต่ต้องไม่เกิน 6 เดือน นับแต่วันแรกที่มีการปล่อยชั่วคราวหรือนำตัวผู้ต้องหานั้นมาฟ้องต่อศาล สำหรับศาลจังหวัดที่นำวิธีการพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการจะต้องขอฝากผิดฟ้องและฝากขังผู้ต้องหานั้นต่อศาลจังหวัดเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติในศาลแขวง

การผิดฟ้องและฝากขังในศาลแขวง

ศาลแขวงเป็นศาลยุติธรรมที่พิจารณาคดีทั้งคดีแพ่งซึ่งราคาทรัพย์สินที่พิพาทหรือจำนวนเงินที่ฟ้องไม่เกิน 300,000 บาท (พระราชบัญญัติศาลยุติธรรม มาตรา 25(4)) และคดีอาญาที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ทั้งนี้จะลงโทษจำคุกเกิน 6 เดือน หรือปรับเกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งโทษจำคุกหรือปรับนั้นอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่างเกินอัตราที่กำหนดแล้วไม่ได้ (พระราชบัญญัติศาลยุติธรรม มาตรา 25 (5)) ถ้าศาลแขวงเห็นว่าสมควรลงโทษจำเลยเกินอัตราดังกล่าวแล้วก็ให้มีอำนาจพิพากษาได้แต่จะต้องให้ผู้พิพากษาอย่างน้อย 1 คนตรวจสำนวนและลงลายมือชื่อในคำพิพากษา เป็นองค์คณะความผิดที่เกิดขึ้นศาลแขวงนั้น พนักงานอัยการจะต้องฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลแขวงภายใน 48 ชั่วโมง แต่ถ้าไม่อาจฟ้องผู้ต้องหาภายในเวลาดังกล่าวได้ พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการต้องนำตัวผู้ต้องหามาศาลและยื่นคำร้องขอฝากขังและผิดฟ้องต่อศาล ศาลอนุญาตได้ไม่เกิน 5 คราว ๆ ละ ไม่เกิน 6 วัน และผู้ต้องหาได้ประกันตัวชั้นสอบสวนไม่ต้องนำตัวผู้ต้องหามาศาลเพียงแต่ยื่นคำร้องขอผิดฟ้องอย่างเดียว