



ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา :
ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน

โดย

นายเหมื่อน สุขมาตย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

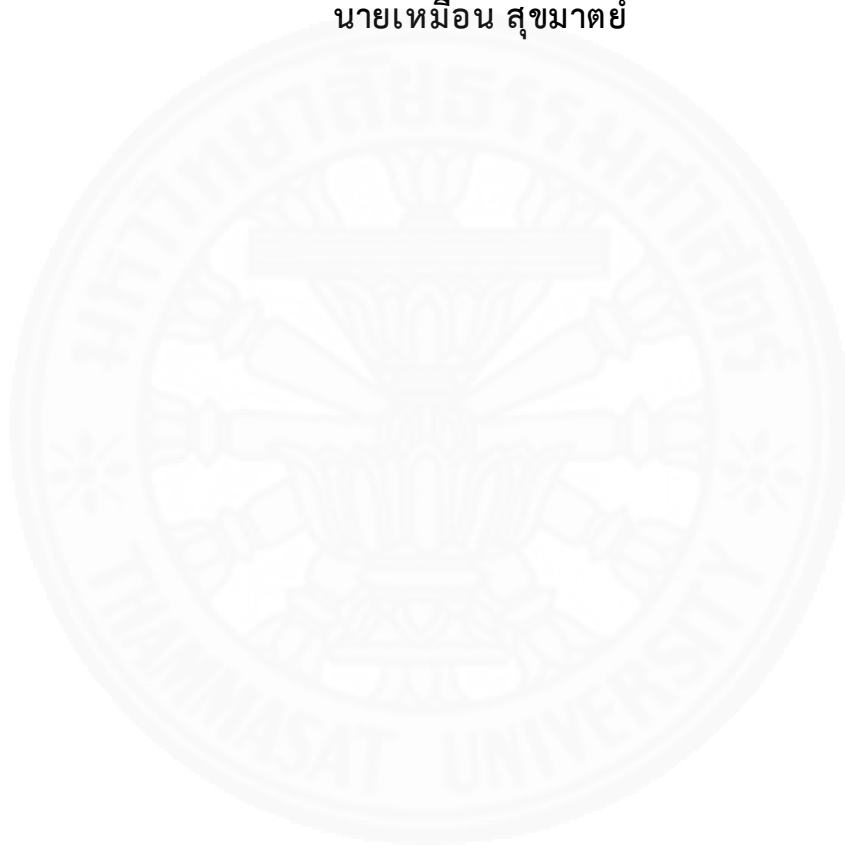
ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา :
ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน

โดย

นายเหมือน สุขมาตย์

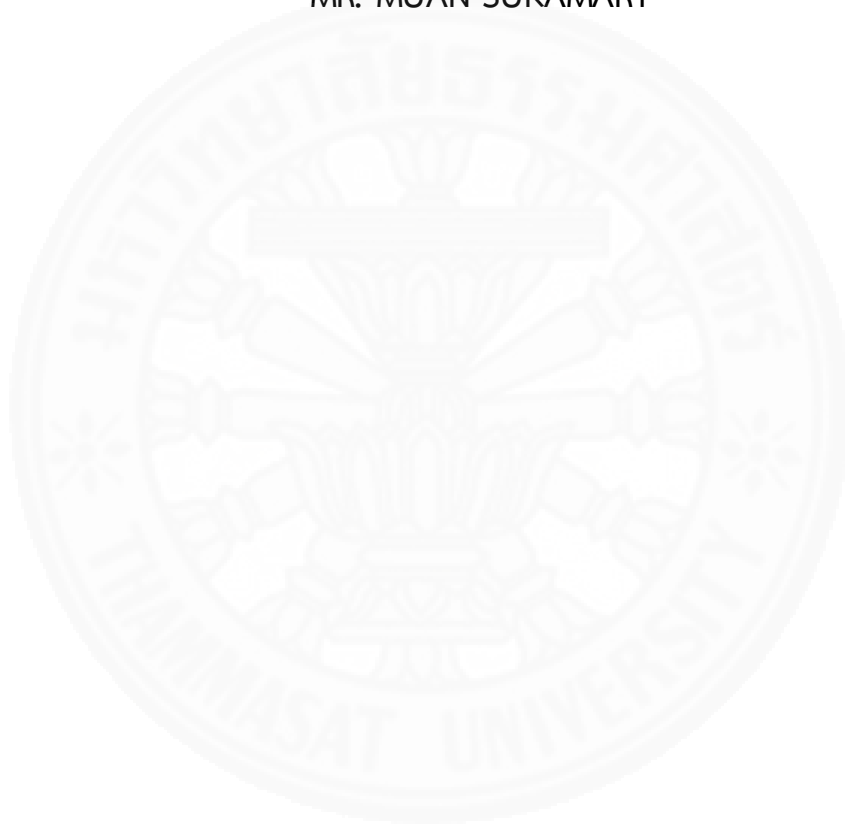


วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

PERVERSION OF JUSTICE : A COMPARATIVE
STUDY TO GERMAN LAW

BY

MR. MUAN SUKAMART



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
CRIMINAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2017
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายเหมือน สุขมาตย์

เรื่อง

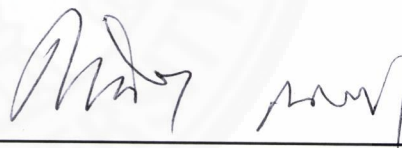
ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ประธาน จุฬาโรจนมนตรี)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา :
ชื่อผู้เขียน	ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน
ชื่อปริญญา	นายเหมือน สุขมาตย์
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
	กฎหมายอาญา
	นิติศาสตร์
	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาว่า การบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาเป็นอย่างไร ควรกำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในประเทศไทยหรือไม่ และเหตุใดจึงควรกำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย หากเห็นควรให้กำหนด ควรกำหนดในรูปแบบใด ครอบคลุมถึงกรณีใด และควรกำหนดอย่างไร

จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันมีการกระทำการบิดเบือนกฎหมายมากขึ้น อันเนื่องมาจากอคติ อุดมการณ์ หรือแนวคิดทางการเมือง ผู้พิพากษาเริ่มใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หรือใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ และในปัจจุบันไม่มีการกำหนดความรับผิดจากการบิดเบือนกฎหมายในกฎหมายไทย รวมทั้งมาตรการทั้งหลายที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ไม่ว่าจะเป็นมาตรการทางวินัยหรือมาตรการทางอาญา ด้วยเหตุนี้จึงเห็นสมควรให้มีการกำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายขึ้น โดยนำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของกฎหมายอาญาเยอรมันมาปรับใช้ และให้บัญญัติไว้เป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญาไทย

คำสำคัญ: การบิดเบือนกฎหมาย, การบิดเบือน, ผู้พิพากษา, ตุลาการ, ความเป็นอิสระของตุลาการ, ความคุ้มกันทางตุลาการ, ความผิดอาญา, ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

Thesis Title	PERVERSION OF JUSTICE OFFENCE: A COMPARATIVE STUDY TO GERMAN LAW
Author	Mr. Muan Sukamart
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Surasak Likasitwatanakul, Ph.D.
Academic Years	2017

ABSTRACT

This thesis aims to study judge perversion on the course of justice and whether to impose a penalty for such perversion in Thai law or not. This thesis also focuses on why we should determine what the impositions should be for the perversion on the course of justice. Should penalties be imposed? Which cases should be prioritized and how do we consider which penalties need to be imposed?

According to recent studies, there has been an increase of perversion on the course of justice. This is due to prejudicial, ideological and political biases. The judges exercised their judicial power to interpret the laws differently or exercised their powers outside the boundaries of the prescribed law. This was not only done with substantive laws, but with procedural laws as well.

Additionally, at present time Thai law does not impose a penalty for the perversion on the course of justice. Currently, various measures (disciplinary and criminal) to prevent perversion on the course of justice are ineffective. Therefore, I think Thai law should impose a penalty for perversion on the course of justice by applying the same German criminal law code to the Thai criminal law codes.

Keywords: Perversion of Justice, Perversion, Judge, Independence of Judiciary, Judicial Immunity, Criminal, Perversion of Justice Offence.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้คงสำเร็จไม่ได้หากขาด อาจารย์ทั้งสองท่าน คือ ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ และศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล อาจารย์ท่านแรก คือ อาจารย์ที่ปรึกษาคนแรกของผม และผมก็ได้เป็นผู้ช่วยอาจารย์ในการทำงานเชิงวิชาการของท่าน ซึ่งผมได้เริ่มหัวข้อของผมด้วยความจริงจัง ตลอดระยะเวลา 2 ปีที่ได้ปรึกษาท่านและเป็นผู้ช่วยท่าน ท่านอาจารย์ได้ชี้แนะแนวทาง ปัญหาของวิทยานิพนธ์ ทางแก้ไข และแหล่งข้อมูลการค้นคว้า โดยเปิดโอกาสให้ผมได้ศึกษาค้นคว้าข้อมูลอย่างเป็นอิสระ คอยรับฟังปัญหา ตอบข้อสงสัย แลกเปลี่ยนความคิดเห็นในเชิงวิชาการ และให้ความเป็นห่วงในเรื่องสุขภาพของผมห่างๆที่ทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ นอกจากนี้การทำงานเป็นผู้ช่วยอาจารย์ของท่านทำให้ผมได้ฝึกทักษะทางวิชาการ การค้นคว้า การเรียบเรียง การเขียน และการวิเคราะห์ข้อมูล ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับการทำวิทยานิพนธ์ได้ ผมปรึกษาท่านอาจารย์มาตลอด แม้ภายหลังจะต้องมีเหตุให้เปลี่ยนอาจารย์ที่ปรึกษา ผมก็ยังปรึกษาและเคารพความคิดเห็นของท่านเสมอ สำหรับสิ่งที่อาจารย์ท่านได้ให้คำปรึกษาและสนับสนุน ผมก็รับไว้และนำไปปรับปรุงแก้ไขต่อไป โดยมีพักต้องกล่าวถึงคำแนะนำและการรับฟังปัญหาอุปสรรคระหว่างการทำวิทยานิพนธ์นี้ ขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ เป็นอย่างสูง

สำหรับอาจารย์ท่านที่สอง คือ ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล อาจารย์ที่ปรึกษาคนที่สอง ที่ผมได้เปลี่ยนมาปรึกษาวิทยานิพนธ์กับท่านอาจารย์ ท่านอาจารย์ใจดีและกรุณารับผมไว้ ท่านให้คำปรึกษาอย่างดี รวมถึงการแก้ไขเค้าโครงวิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ ท่านแนะนำแนวทางในการค้นคว้า เรียบเรียง วิเคราะห์ข้อมูล และเปิดโอกาสให้ผมได้เขียนวิทยานิพนธ์เป็นอิสระอย่างเต็มที่ แม้หัวข้อของผมซึ่งบางคนบอกว่าจะมีความรุนแรง ท่านอาจารย์ก็ยังกรุณารับผมไว้เป็นนักศึกษาในที่ปรึกษา หากไม่ได้คำแนะนำจากท่านอาจารย์วิทยานิพนธ์ของผมคงไม่สำเร็จเสร็จสิ้นได้ ขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นอย่างสูงครับ

นอกจากท่านอาจารย์ทั้งสองแล้ว ผมต้องขอขอบคุณท่านอาจารย์อีกสามท่าน ซึ่งรับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผม คือ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร อาจารย์ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี ทั้งสามท่านได้ให้คำแนะนำและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ของผมอย่างมาก ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร ได้ให้เกียรติมาเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงให้คำแนะนำทางด้านกฎหมายเยอรมัน การอ้างอิงเอกสารให้ครบถ้วน และให้ข้อคิดเห็นมากมายแก่ผมในการพัฒนาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ รวมถึงงานเขียนทางวิชาการต่อไป ส่วนอาจารย์ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี ท่านให้คำแนะนำ

ให้คำปรึกษา และท้วงติงการเขียนวิทยานิพนธ์ในส่วนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษซึ่งเดิมที่ผู้เขียนมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนไปอย่างมาก คำแนะนำของท่านอาจารย์ทำให้วิทยานิพนธ์ของผมสมบูรณ์ยิ่งขึ้น สำหรับท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณภรณ์ บุญมี ท่านได้อ่านวิทยานิพนธ์ของผมอย่างละเอียด ตรวจสอบ ให้คำแนะนำ ท้วงติง และให้คำปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ แม้กระทั่งตรวจสอบถึงเชิงอรรถในวิทยานิพนธ์ว่าเป็นข้อมูลที่ถูกต้องหรือไม่ ซึ่งทำให้ผมได้ฝึกการทำงานอย่างละเอียดขึ้น อาจารย์ท่านตรวจแม้กระทั่งคำถูกคำผิด และการอ้างอิงข้อมูลในแต่ละย่อหน้า ซึ่งท่านได้กล่าวชมผม ในเรื่องการอ้างอิงข้อมูล ว่าอ้างอิงอย่างละเอียดเป็นอย่างดี ทำให้ผมมีกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้ออกมาดีและสมบูรณ์ดังที่อย่างที่ท่านอาจารย์ได้กล่าวชื่นชมไว้ ผมรู้สึกยินดีเป็นอย่างยิ่งที่ท่านอาจารย์ทั้งสามท่านได้รับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์เล่มนี้ และนับว่าเป็นเกียรติที่ได้มีท่านอาจารย์ทั้งสามลงลายมือชื่อในวิทยานิพนธ์ หากไม่ได้ท่านอาจารย์ทั้งสาม วิทยานิพนธ์ของผมคงไม่อาจเสร็จสมบูรณ์ได้ สิ่งสำคัญคือ ผมดีใจเป็นที่สุดที่ได้มีโอกาสนั่งสอบวิทยานิพนธ์ต่อหน้าท่านอาจารย์ทุกท่าน และทุกท่านได้ปฏิบัติกับผมอย่างให้เกียรติ ผมขอขอบคุณท่านอาจารย์ทุกท่านอีกครั้งครับ

มีคนหนึ่งซึ่งหากผมไม่เอ่ยชื่อเขาก็คงจะไม่ได้ คนนั้นคือ พี่แน็ก (อนุชา อชิรเสนา) หรือตอนที่ผมกำลังเขียนกิตติกรรมประกาศนี้ต้องเรียกเขาว่า อาจารย์แน็ก ผู้ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการทำวิทยานิพนธ์ เพราะพี่แน็กได้เสนอหัวข้อนี้ให้แก่ผม เนื่องจากพี่เขาได้เข้าเรียนวิชากฎหมายมหาชนกับศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ซึ่งท่านได้เสนอเกี่ยวกับความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในกฎหมายอาญาเยอรมัน เมื่อพี่แน็กได้รับฟังแล้วก็ได้ค้นคว้าและพบว่า ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร ได้เขียนเรื่องนี้ไว้ในบทความทางวิชาการในหนังสือของท่านเอง พี่แน็กได้ถ่ายรูปหนังสือเล่มนั้น เสนอข้อมูลบางส่วน และแนะนำให้ผมทำหัวข้อวิทยานิพนธ์เรื่องนี้อันเป็นหัวข้อที่ได้รับความสนใจจากสังคมและแวดวงวิชาการอย่างมาก ซึ่งในระหว่างนั้นผมได้ประสบกับวิกฤติหัวข้อซ้ำและจำต้องหาหัวข้อใหม่ในการเขียนวิทยานิพนธ์ทั้งที่ค้นคว้าไปได้มากแล้ว พี่แน็กจึงเปรียบเสมือนผู้ให้กำเนิดวิทยานิพนธ์เล่มนี้และเป็นผู้ก่อกำเนิดความหวังครั้งใหม่ให้แก่ผม นอกจากนี้ในการพบเจอกัน พี่แน็กได้ให้ทั้งคำแนะนำ คำปรึกษา กำลังใจ และแนวทางการเขียนวิทยานิพนธ์ อีกทั้งยังช่วยวางโครงวิทยานิพนธ์คร่าวๆ ในขณะที่ผมได้รับหัวข้อวิทยานิพนธ์มาใหม่ๆและยังไม่มีประสบการณ์ในการเขียนงานวิชาการ การพบปะกันของพี่แน็กกับผมช่วยให้ผมมีกำลังใจและแรงบันดาลใจในการเขียนวิทยานิพนธ์ทุกครั้ง อาจเป็นเพราะเราทั้งสองคนมีความใฝ่ฝันว่าจะเป็นอาจารย์เหมือนกัน และมีความสุขในการค้นคว้าและพบเจอสิ่งใหม่ๆในโลกวิชาการ สำหรับผมแล้ว พี่แน็กเป็นบุคคลต้นแบบของผมเสมอตั้งแต่ผมอยู่มัธยมต้นจวบจนปัจจุบัน ทำให้ผมเชื่อว่ากฎหมายเป็นเรื่องสนุกและผมสามารถเรียน

มันได้ หากผมจะก้าวตามใคร คนนั้นอาจจะเป็นพี่เน็กผู้ซึ่งผมเคารพรัก ไม่อาจมีคำพูดใดๆมากมาย สำหรับบุคคลคนนี้นอกจาก ขอขอบคุณจากใจจริงครับ

ขอขอบคุณ พี่โม (ศศิภา พฤกษ์ญาจันทร์) ผู้ซึ่งช่วยเหลือผมในการแปลภาษาเยอรมัน อันแสนยากเข็ญ และได้ช่วยแนะแนวทางของวิทยานิพนธ์ให้แก่ผม พร้อมทั้งเอื้อเฟื้อข้อมูลบางส่วนของผมไม่สามารถเข้าถึงหรือเข้าใจได้ เช่น ข้อมูลจากรายงานนิวิชาบัณฑิตสัมมนาซึ่งพี่โมได้เขียนไว้เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้อย่างละเอียด หรือคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันหลายๆเล่มที่ไม่สามารถหาได้ในห้องสมุดประเทศไทย ทั้งนี้คำอธิบายนั้นเป็นภาษาเยอรมันซึ่งผมมีความรู้เล็กน้อยในการแปล พี่โมก็ยังช่วยแปลความหมายให้ได้ถูกต้อง เข้าใจง่าย และชัดเจน เมื่อมีความเดือดร้อนไม่ว่าทางด้านข้อมูลหรือทางด้านภาษา พี่โมเต็มใจช่วยผมอยู่เสมอ แม้ในเวลานั้นพี่โมจะเผชิญกับปัญหาการสอบปลายภาคที่มหาวิทยาลัยในเยอรมันก็ตาม

ขอขอบคุณ พี่เม (สิริธร ราชเดิม) ในการรับฟังปัญหา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องวิทยานิพนธ์ เช่น ปัญหาการเขียนเค้าโครงวิทยานิพนธ์ ปัญหาซับซ้อนเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือปัญหาเกี่ยวกับการปรับใช้กฎหมายเยอรมันให้เข้ากับกฎหมายไทย พี่เมได้คอยให้คำปรึกษา แสดงความคิดเห็น และให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์นี้ นอกจากนี้ยังมีเรื่องสุขภาพที่พี่เมมักจะเป็นห่วงผมอยู่เสมอ ในตอนที่ผมเข้าโรงพยาบาลเนื่องจากไม่สบายหนัก ก็มีพี่เมที่คอยช่วยดูแลจัดการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พี่เมต้องยืนอยู่ข้างๆเตียงผู้ป่วยในห้องพักเป็นระยะเวลาหลายชั่วโมง ซึ่งเหตุการณ์ในวันนั้นผมจำได้ไม่เคยลืม มีพักต้องกล่าวถึงกำลังใจที่มีมาให้กันเสมอในทุกๆวัน และในวันที่ผมเครียดหาทางออกไม่ได้ คำปลอบใจของพี่เมก็ช่วยให้ผมเบาใจลงได้เสมอ ผมไม่เคยสงสัยในความห่วงใยและความหวังดีของพี่เมเลย

ขอขอบคุณ พี่ริว (รัฐธีร์ เจริญวุฒิลักษณ์) ที่ช่วยในการวางเค้าโครงวิทยานิพนธ์อย่างละเอียด และเป็นพี่ที่ปรึกษาให้เสมอทั้งในส่วนของกฎหมายอาญาและกฎหมายมหาชน ด้วยคำแนะนำของพี่ริวช่วยให้วิทยานิพนธ์เป็นรูปเป็นร่างขึ้นมาได้ นอกจากนี้พี่ริวยังให้คำปรึกษาในส่วนเกี่ยวกับทฤษฎีทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีการกำหนดความรับผิดชอบหรือทฤษฎีการกำหนดโทษซึ่งพี่ริวมีความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว พี่ริวก็ให้คำปรึกษาอย่างเต็มที่ ในหลายๆครั้งผมได้ขอร้องแถมบังคับให้พี่ริวอ่านงานเขียนของผม ซึ่งพี่ริวได้ตรวจสอบทั้งด้านการเขียน ภาษา และข้อมูลที่ถูกต้องอย่างละเอียด หากผมเขียนผิดทั้งด้านภาษาหรือข้อมูล พี่ริวได้เตือนและท้วงติงให้ผมแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ และด้วยคำพูดหลายๆครั้งที่สนับสนุนและให้กำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์ ทำให้ผมมีความมั่นใจว่าการทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้สามารถสำเร็จลงได้ ทั้งนี้พี่ริวได้สั่งสอนเรื่องการค้นคว้าหาข้อมูลทั้งหมดของ

กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และที่สำคัญพีรวีได้เป็นแบบอย่างอันเป็นรูปธรรมมากที่สุด คือ การที่พีรวีสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทได้อย่างราบรื่น

ในหลายๆครั้งต้องขอขอบคุณ พีไปป์ (พิสันต์ จันจุฬา) และพี้นท์ (ณัฐ จินตพิทักษ์กุล) ในการปรึกษาข้อมูลต่างๆ รวมถึงขอคำแนะนำในการเขียนวิทยานิพนธ์ทั้งด้านรูปแบบและด้านเนื้อหา พร้อมทั้งให้กำลังใจแก่กันเสมอตลอดระยะเวลาสามปีที่ผ่านมา นึกถึงตอนที่ต้องฝ่าฟันอุปสรรคและความยากลำบากในการทำวิทยานิพนธ์มาด้วยกัน นึกถึงตอนสังสรรค์และระบายปัญหาในเรื่องต่างๆ สำหรับผมช่วงเวลานั้นเป็นความทรงจำที่มีค่าและไม่อยากลืม ขอขอบคุณมากนะครับพีทั้งสองคน

พีเบิร์ม (นครินทร์ เจียรมาศ) พีเจมส์ (สุธีวรรณ ภัทรก่อพงศ์สุข) พี้นก (ปรีดีชนก จุลเหลา) พีต่าย (ปภาวดี สลักเพชร) และพีเพชร (ธรรศนัย อ่อนทอง) มักจะแฉะเวียนและไต่ถามถึงผมอยู่เสมอ แม้จะไม่ได้เจอกันบ่อย แต่เมื่อมีปัญหา พีๆให้ความช่วยเหลืออย่างเต็มที่ พร้อมทั้งคำแนะนำดีๆ ไม่ว่าจะเป็ทางด้านวิทยานิพนธ์ การเรียน สังคม และการดำเนินชีวิต ขอขอบคุณครับ

ขอบคุณ น้องตูน (สุภิดา ดวงไสว) ที่ให้คำปรึกษาในด้านกฎหมายเยอรมัน น้องตูนใจดีและช่วยเหลือในการค้นหาข้อมูล เมื่อมีข้อมูลใดที่เห็นว่าเกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ของผม น้องตูนมักจะส่งข้อมูลนั้นมาให้ผมเสมอ

หากจะลืมน้องคนนี้ได้ พีปัด (ตุลสิริ วาตะ) และ พีฒน์ (ชญาพัฒน์ อัมพะวัต) ที่คอยส่งเสริม สนับสนุน ให้กำลังใจ ในช่วงเวลาของการทำวิทยานิพนธ์ ซึ่งรู้มเร้าด้วยความเครียด นานับประการ การได้พบปะสองคนนี้ทำให้ผมผ่อนคลายและเชื่อมั่นในตัวเองมากขึ้น ขอขอบคุณสำหรับกำลังใจและความหวังดีที่ไม่เคยเปลี่ยนแปลงตั้งแต่ที่ได้รู้จักกันจนถึง ณ เวลานี้

น้องน้ำ (วรรณชน จันท์สำอาง) ขอขอบคุณที่อยู่ข้างๆกันในช่วงเวลาที่ลำบาก คอยให้ความเชื่อมั่นและความมั่นใจในตัวเองว่าจะผ่านอุปสรรคทุกอย่างไปได้ คอยเตือนว่าผมเป็นคนที่สามารถแก้ปัญหาได้เสมอไม่ว่ามันจะมาในรูปแบบใด ขอขอบคุณสำหรับการคอยเตือนว่าต้องไปหาอาจารย์เพื่อขอคำปรึกษาซึ่งทุกๆครั้งผมมักจะลืมน ขอขอบคุณที่เข้าใจและอดทนในช่วงเวลาที่ผมเครียดไม่ว่ากับเรื่องวิทยานิพนธ์หรือการสอบงาน โดยเฉพาะวันก่อนสอบเค้าโครงวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณสำหรับกำลังใจที่มีให้กันเสมอมาไม่ว่าวันนั้นจะเป็นวันที่ดีหรือวันที่แย่ แม้แต่ตอนเขียนนี้ผมก็ยังคงคิดถึงถึงจะเป็นเพียงช่วงระยะเวลาสั้นๆ ไม่ว่าเวลาจะผ่านไปนานสักเพียงใดก็ไม่เคยลืมน สุดท้ายไม่ว่าจะเหนื่อยล้ากับวิทยานิพนธ์หรือเหนื่อยล้ากับชีวิตแค่ไหน น้องน้ำก็ทำให้ทุกวันทุกเวลาของผมมีความสุข

ขอบคุณพี่เสมา (เสมา สุขมาตย์) ที่ให้ความเป็นห่วงในหลายๆเรื่อง รวมถึงต้องลำบากส่งค่าเล่าเรียน ค่ากิน ค่าอยู่ ให้น้องจากน้ำพักน้ำแรงในการทำงานของพี่ ให้น้องไม่ต้องลำบากเหมือนคนอื่นๆเขา แม้พี่จะเป็นคนไม่ค่อยพูดและไม่ค่อยแสดงออก บางครั้งอาจมีความรู้สึกเย็นชา แต่การกระทำของพี่เสมามันแสดงให้เห็นว่าพี่มีความอบอุ่นและเป็นห่วงน้องเสมอ ตั้งแต่เรายังเป็นเด็กตัวเล็กๆจนถึงตอนนี้

คิดถึงเพื่อนๆและพี่ๆสาขากฎหมายอาญาทุกรุ่นที่ผมรู้จัก ทุกคนที่เคยได้ผ่านช่วงเวลาของความยากลำบากมาด้วยกัน ขอขอบคุณสำหรับน้ำใจและความช่วยเหลือเสมอมา แม้ในตอนที่ยื่นกิตติกรรมประกาศนี้จะมีบางคนที่ย้ายไปแล้วบ้าง และบางคนทีนานๆครั้งจะได้พบปะกันบ้าง แต่ความรู้สึกและความทรงจำร่วมกันก็ยังไม่เสื่อมคลาย

เหนือสิ่งอื่นใด สำหรับผู้ที่เป็นที่รักและถูกรักของผมมากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นเวลาใดหรือที่ไหนก็มีคนนี้อยู่ในใจเสมอ ขอขอบคุณแม่ (วิมล สุขมาตย์) ที่ให้กำเนิด ให้การศึกษา ให้ความเป็นอยู่ที่สุขสบาย ให้ใช้ชีวิตอย่างอิสระเต็มที่ ให้เวลาได้ไม่ว่าจะเป็นเมื่อไร และให้ชีวิตอันแสนมีค่าแก่ลูก ทำให้ลูกสามารถสร้างสรรค้วทยาพนธ์เล่มนี้ออกมาได้ และขอขอบคุณพ่อ (วิสิษฐ สุขมาตย์) แม้วันนี้พ่อจะไม่ได้อยู่ดูความสำเร็จของลูกแล้ว แต่ความเชื่อมั่นในตัวเองและชื่อที่พ่อได้ตั้งให้ไว้ว่า “เหมือน” เพราะพ่ออยากให้ลูกเหมือนพ่อ ก็ยังคงจารึกอยู่ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้เสมอตราบนานเท่านาน

สุดท้าย ขอขอบคุณหัวใจที่ยังศรัทธาในตัวเอง

นายเหมือน สุขมาตย์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(4)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความสำคัญและที่มาของสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานการศึกษา	5
1.4 วิธีการศึกษา	6
1.5 ขอบเขตการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญากรณีการบิดเบือนกฎหมาย ของผู้พิพากษา	7
2.1 หลักการทำคำพิพากษา	7
2.1.1 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ (Independence of Judiciary)	7
2.1.1.1 แนวคิดเรื่องหลักความเป็นอิสระของตุลาการ	8
2.1.1.2 ข้อจำกัดความเป็นอิสระของตุลาการ	14
(1) ข้อจำกัดโดยบทบัญญัติกฎหมาย	15
(2) ข้อจำกัดโดยการเมือง	18
2.1.2 หลักการนั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะ (Collegiality)	19
2.1.3 หลักการให้เหตุผลของคำพิพากษา (Reasoning)	21
2.2 ผู้พิพากษาและการบิดเบือนกฎหมาย	24

2.2.1	ความหมายของผู้พิพากษา	24
2.2.2	สถานะของผู้พิพากษา	26
2.2.3	อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา	29
2.2.3.1	อำนาจหน้าที่ในส่วนตุลาการ	30
2.2.3.2	อำนาจหน้าที่ในส่วนตุลาการ	32
2.2.4	มาตรการตรวจสอบตุลาการ	34
2.2.4.1	มาตรการตรวจสอบทางวินัย	35
2.2.4.2	มาตรการตรวจสอบทางอาญา	35
2.2.4.3	มาตรการตรวจสอบทางแพ่ง	36
2.2.5	การบิดเบือนกฎหมาย	38
2.3	แนวคิดในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา	39
2.3.1	แนวคิดฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา	39
2.3.1.1	หลัก The King can do no wrong	39
2.3.1.2	หลักความคุ้มกันทางตุลาการ	40
	(1) ความหมายของหลักความคุ้มกันทางตุลาการ	40
	(2) วิวัฒนาการของหลักการความคุ้มกันทางตุลาการ	41
2.3.2	แนวคิดฝ่ายที่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา	43
2.4	หลักการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจตุลาการ	46
2.4.1	การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงสถาบัน	46
2.4.2	การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงองค์กร	47
2.4.3	การถ่วงดุลและตรวจสอบพฤติกรรมขององค์กรตุลาการ	48
บทที่ 3	กฎหมายเยอรมันที่เกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา	49
3.1	มาตรการตรวจสอบทางวินัยในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	49
3.1.1	กระบวนการบรรจุแต่งตั้ง	50
3.1.2	การลงโทษทางวินัย	51

3.1.3 การออกกฎกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ	52
3.2 มาตรการตรวจสอบทางอาญาโดยการกำหนดความรับผิดทางอาญาในประเทศไทยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	52
3.2.1 ประวัติความเป็นมาของความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย	53
3.2.1.1 ยุคหลังจากการล่มสลายของระบอบการปกครองนาซี	53
3.2.1.2 ยุคหลังจากการรวมตัวกันของประเทศเยอรมนีตะวันตกกับประเทศเยอรมนีตะวันออกในปี ค.ศ. 1990	54
3.2.2 องค์ประกอบของความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย	56
3.2.2.1 องค์ประกอบภายนอก	60
(1) คุณธรรมทางกฎหมาย	61
(2) ผู้กระทำ	62
(3) การกระทำ	65
(4) วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ	70
(5) กรรมของการกระทำ	77
(6) ผลสำเร็จของการกระทำ	81
3.2.2.2 องค์ประกอบภายใน	82
3.2.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย	86
3.2.3.1 กรณีศึกษาเกี่ยวกับความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย	86
3.2.3.2 กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย	89
(1) กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิตเบียนกฎหมายวิธีสบัญญัติ	89
(2) กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิตเบียนกฎหมายสารบัญญัติ	94
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบิตเบียนกฎหมายในประเทศไทย	96
4.1 มาตรการตรวจสอบทางวินัยของตุลาการไทย	97
4.1.1 มาตรการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ	97

4.1.1.1	มาตรการตรวจสอบทางวินัยโดยคณะกรรมการตุลาการ	97
4.1.1.2	มาตรการตรวจสอบโดยศาลสูง	99
4.1.1.3	มาตรการตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ	100
4.1.1.4	มาตรการตรวจสอบการบริหารภายในฝ่ายตุลาการ	101
4.1.2	มาตรการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก	102
4.1.2.1	มาตรการตรวจสอบโดยรัฐสภา	102
	(1) มาตรการตรวจสอบโดยการตรากฎหมาย	102
	(2) มาตรการตรวจสอบโดยกลไกทางรัฐสภา	103
	(3) มาตรการตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่มีรัฐธรรมนูญกำหนดไว้	103
	(4) มาตรการตรวจสอบโดยวุฒิสภา	104
4.1.2.2	มาตรการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ	106
	(1) มาตรการตรวจสอบโดยคณะกรรมการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ	106
	(2) มาตรการตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน	108
	(3) มาตรการตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่มีรัฐธรรมนูญกำหนดไว้	109
	(4) มาตรการตรวจสอบโดยวุฒิสภา	110
4.2	กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการบิดเบือนกฎหมาย	110
4.2.1	ช่วงก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา	110
4.2.1.1	กฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา	111
4.2.1.2	กฎหมายตราสามดวง หรือ กฎหมายรัชกาลที่ 1	112
4.2.2	ช่วงหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา	115
4.2.2.1	กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127	115
4.2.2.2	ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499	116
	(1) ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ หน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต	116
	(2) ความผิดฐานเจ้าพนักงานยุติธรรมช่วยผู้อื่นไม่ให้ต้องโทษ และแก่งผู้อื่นให้ต้องรับโทษ	121
	(3) ความผิดฐานเจ้าพนักงานยุติธรรมเรียก รับ หรือยอมจะรับ สินบน	122

(4) ความผิดฐานเจ้าพนักงานยุติธรรมกระทำการหรือไม่กระทำ การโดยเห็นแก่สินบน	123
4.2.2.3 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542	124
4.2.3 ความจำเป็นในการกำหนดมาตรการในการควบคุมตุลาการ ในประเทศไทย	125
4.2.3.1 ความจำเป็นในการควบคุมตุลาการไทยเมื่อพิจารณาตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย	125
4.2.3.2 ความจำเป็นในการควบคุมตุลาการไทยเมื่อพิจารณาตาม มาตรการตรวจสอบทางวินัย	126
4.2.4 การวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางวินัยและมาตรการทางอาญา ในการควบคุมผู้พิพากษาไทย	132
4.3 การกำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ในประเทศไทย	134
4.3.1 องค์ประกอบภายนอก	134
4.3.1.1 ผู้กระทำ	134
4.3.1.2 การกระทำ	138
(1) การบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติ	138
(2) การบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ	139
4.3.1.3 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ	145
(1) กฎหมายลายลักษณ์อักษร	146
(2) กฎหมายประเพณี	153
(3) หลักกฎหมายทั่วไป	155
(4) คำพิพากษา	156
4.3.1.4 กรรมของกระทำ	157
(1) โจทก์	158
(2) จำเลย	161
4.3.1.5 ผลสำเร็จของการกระทำ	161
4.3.2 องค์ประกอบภายใน	164
4.4 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในประเทศไทย	166

4.4.1	กรณีศึกษาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติ	166
4.4.2	กรณีศึกษาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ	172
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ		174
5.1	บทสรุป	174
5.2	ข้อเสนอแนะ	182
บรรณานุกรม		183
ภาคผนวก		197
ภาคผนวก ก บทความ “การหักดิบกฎหมายเป็นรากเหง้าของปัญหาความไม่สงบ” จากหนังสือประชาธิปไตยกับการตั้งรังเกียจทางสังคม ของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร		198
ภาคผนวก ข บทความ “การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมาย” จากหนังสือหักดิบกฎหมาย ของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร		210
ประวัติผู้เขียน		236

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญและที่มาของสภาพปัญหา

ศาลเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการ มีผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการโดยมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทได้อย่างเป็นธรรมนั้น จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลใดๆ ไม่ว่าจะจากภายในหรือภายนอกองค์กรและสามารถใช้ดุลพินิจในการมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเหมาะสม โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย มิฉะนั้นแล้วผู้พิพากษาหรือตุลาการดังกล่าวอาจตกอยู่ในอคติ 4 ประการ และก่อให้เกิดความไม่เป็นกลาง เอนเอียงไปในข้างใดข้างหนึ่ง ซึ่งส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมที่องค์กรตุลาการควรอำนวยให้แก่ประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน จึงกลายเป็นหลักสากลที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลใดๆ เรียกว่าความเป็นอิสระของตุลาการ

ความเป็นอิสระของตุลาการเป็นหลักสากลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักประกันความยุติธรรม โดยผู้พิพากษาไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจหรืออิทธิพลใดๆ ไม่ว่าจะจากภายในองค์กรหรือภายนอกองค์กร ทั้งในส่วนของอำนาจรัฐหรืออำนาจเศรษฐกิจ ผู้พิพากษาเป็นอิสระทั้งในการปฏิบัติงาน กล่าวคือ ไม่มีผู้ใดหรือผู้มีอำนาจเหนือควบคุมการพิจารณาคดีและให้คำพิพากษาชี้ขาดได้ ทั้งอิสระในตัวบุคคล กล่าวคือ ไม่มีบุคคลที่เหนือกว่าบังคับบัญชา คัดเลือก แต่งตั้ง ลงโทษทางวินัย หรือโยกย้ายผู้พิพากษาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาได้ และทั้งอิสระจากองค์กร กล่าวคือ องค์กรภายนอก ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารไม่สามารถแทรกแซงการดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีได้ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ องค์การสหประชาชาติ ในการประชุมครั้งที่ 7 ของสมัชชาสหประชาชาติในเรื่องการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่เมืองมิลาน ประเทศอิตาลี ได้มีการกำหนดมาตรฐานความเป็นอิสระของตุลาการไว้ให้ประเทศสมาชิกได้ถือปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นหลักความเป็นอิสระของตุลาการจะมีมากหรือน้อยเพียงใดนั้น แต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันออกไป สำหรับประเทศไทยนั้น ได้กำหนดหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 188 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตาม

รัฐธรรมนูญและกฎหมาย ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง” และได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆเพื่อสร้างหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

แม้ผู้พิพากษาจะอยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระของตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการย่อมมีข้อยกเว้น ในกรณีที่ผู้พิพากษาก่อการอันขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้งหรือกระทำการใดโดยกฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอย่างร้ายแรง ซึ่งมีผลกระทบต่อคู่ความในการพิจารณาของผู้พิพากษาดังกล่าว ทำให้คู่ความได้รับความเสียหายจากคำพิพากษาที่ไม่เป็นธรรม และต่อสังคม คือให้เกิดความเสื่อมเสียและความไม่มั่นใจในการพึ่งพาอำนาจรัฐ ความผิดตามกฎหมายที่ผู้พิพากษาต้องรับผิดได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ได้แก่ เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการรับสินบน หรือเรียกรับสินบน ตามมาตรา 201 และ 202 ตามลำดับ อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ของตุลาการ

นอกจากนี้หากเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยทุจริตต่อหน้าที่ ตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เรียกว่าความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ อันเป็นบทบัญญัติที่เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการทั่วไป เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดไว้ให้มีองค์ประกอบความผิดแบบกว้างๆ เพื่อให้ครอบคลุมการกระทำความผิดของเจ้าพนักงานมิได้เป็นความผิดเฉพาะเจาะจงเหมือนความผิดฐานอื่นๆ จึงทำให้บทบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นบทกวาดกอง (Sweep section) จึงอาจทำให้เข้าใจว่าบทบัญญัตินี้มีไว้เพื่ออุดช่องว่างของการกระทำใดๆของเจ้าพนักงาน เนื่องด้วยตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ได้บัญญัตินิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ และเนื่องด้วยผู้พิพากษาเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ดังนั้น บทบัญญัตินี้จึงหมายความรวมถึงตำแหน่งผู้พิพากษาและตุลาการด้วย เช่น ผู้พิพากษาออกคำสั่งที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย หรือ ผู้พิพากษาดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ โดยกฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือเพื่อผลประโยชน์อื่นใดแก่ตนเองหรือบุคคลอื่นอันเป็นการทุจริต เป็นต้น ผู้พิพากษาหรือตุลาการดังกล่าวย่อมมีความผิดฐานนี้

แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีบทบัญญัติให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดทางอาญา เนื่องจากการรับสินบนหรือเรียกรับสินบนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 201 และ 202 แล้ว แต่หากเป็นการกระทำของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับการรับสินบน หรือเรียกรับสินบน และได้

กระทำการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายโดยชัดแจ้ง อันเป็นการบิดเบือนกฎหมาย ใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้เสนอไว้ในคดีชุกหั้นของ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร¹ ว่า ในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 118 ตอนที่ 77 ก วันที่ 7 กันยายน 2544 ตุลาการรัฐธรรมนูญเข้ามานั่งพิจารณาคดีโดยไม่ได้รับทราบพยานหลักฐานในคดีอันเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 236 บัญญัติว่า “การนั่งพิจารณาคดีของศาลต้องมีผู้พิพากษา หรือตุลาการครบองค์คณะและผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งมิได้นั่งพิจารณาคดีใดจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” และยังเป็นกรกระทำที่ขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 183 ซึ่งบัญญัติว่า “คำพิพากษา หรือคำสั่งหรือความเห็นแย้ง ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้พิพากษาซึ่งนั่งพิจารณา...” ผู้พิพากษาผู้ร่วมนั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะ จึงต้องร่วมนั่งพิจารณาและลงลายมือชื่อในคำพิพากษาด้วย นอกจากนี้การวินิจฉัยชี้ขาดในคดีดังกล่าว ปรากฏว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 2 คนได้วินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาลอันเป็นประเด็นแรก แต่มิได้วินิจฉัยคดีในประเด็นที่สองที่ว่า พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร กระทำความผิดตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 295 หรือไม่ แต่ตุลาการ 2 คนดังกล่าวได้ลงคะแนนเสียงไว้ในฝ่ายที่เห็นว่า พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร มิได้กระทำความผิดตามมาตรา 295 ส่งผลให้พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตรไม่มีความผิด ซึ่งมีได้เป็นไปตามขั้นตอนของการดำเนินการและไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีให้ครบถ้วน ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 233 ซึ่งบัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้กฎหมายที่ขัดกับบทบัญญัติและใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการบิดเบือนกฎหมาย²

หากผู้พิพากษาก่อการบิดเบือนกฎหมาย จะทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความ โดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับความเป็นธรรม ต้องถูกบังคับตามคำพิพากษาที่ไม่เป็นธรรมนั้น และถึงแม้การกระทำบิดเบือนกฎหมาย ได้กระทำโดยผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ซึ่งคู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ และฎีกาไปยังศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากปล่อยไว้เช่นนี้ ผู้พิพากษาที่กระทำการดังกล่าวจะใช้กฎหมายไปในทางที่มีชอบ บิดเบือนกฎหมาย ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ คู่ความจะต้องถูกบังคับตามที่ได้มีคำวินิจฉัยออกมา ไม่ว่าจะคำวินิจฉัยนั้นจะทำให้เสียหายต่อชีวิต เช่น

¹ คณิต ฒ นคร, หักดิบกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) น.18.

² เพ็ญอ้าง, น.19-20.

คู่ความถูกลงโทษประหารชีวิต หรือเสียหายต่อเสรีภาพ เช่น คู่ความถูกลงโทษจำคุก หรือกักขัง หรือคู่ความอาจเสียหายในทางเศรษฐกิจ และฐานะทางการเงิน เช่น ถูกลงโทษปรับหรือริบทรัพย์สินตามกฎหมายอาญา หรือถูกบังคับตามสัญญาหรือต้องชดใช้ค่าเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใด จากการตัดสินใจของผู้พิพากษาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ยังมีผลกระทบต่อสังคมและความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ กล่าวคือ สังคมขาดความเชื่อถือต่ออำนาจทางตุลาการ หากกรณีร้ายแรง คู่ความอาจไม่นำข้อพิพาทมาสู่ศาล แต่จะ ระวังข้อพิพาทด้วยตนเอง ซึ่งการระวังข้อพิพาทดังกล่าวอาจนำมาซึ่งการกระทำผิดกฎหมายได้ และอาจก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าที่ผู้พิพากษาตัดสินโดยบิดเบือน ซึ่งปัจจุบันการกระทำผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายดังกล่าวก็ยังไม่ได้รับการบัญญัติให้เป็นความผิดแต่อย่างใด

แม้การกระทำการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาหรือตุลาการ เป็นการปฏิบัติหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นการปฏิบัติหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบดังกล่าว นั้น เป็นความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานในฝ่ายปกครองทั่วไป ไม่ใช่ความรับผิดชอบเฉพาะเรื่องเนื่องด้วยศาลเป็นเจ้าพนักงานในฝ่ายตุลาการ แตกต่างจากเจ้าพนักงานทั่วไป โดยมีลักษณะพิเศษคือผู้พิพากษามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นผู้ใช้อำนาจทางตุลาการ มิใช่อำนาจในทางปกครอง และเป็นองค์กรสุดท้ายที่จะยุติข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้ ดังนั้นคำวินิจฉัย และเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างมาก โดยเฉพาะคู่ความแห่งคดี ประกอบกับ มาตรา 157 มีคุณธรรมทางกฎหมายคุ้มครองความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่ง มิได้ครอบคลุมถึงความบริสุทธิ์แห่งความยุติธรรมของรัฐซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะอย่างยิ่ง ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่มีกฎหมายที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

ในปัจจุบันประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้การบิดเบือนกฎหมายโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นความผิด หากนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยจะเกิดปัญหาว่าบทบัญญัตินี้จะใช้บังคับกับผู้ที่มีตำแหน่งหน้าที่ใดบ้าง มีขอบเขตในการบังคับใช้ในกรณีใดบ้าง ควรกำหนดองค์ประกอบความรับผิดชอบไปในแนวทางใด การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายจะเป็นการขัดต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการมากน้อยเพียงใดหรือไม่

สำหรับประเทศไทยนั้น ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้รับการเสนอให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไทยครั้งแรก โดยศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ปรากฏในหนังสือชื่อ หักดิบกฎหมาย ซึ่งจัดพิมพ์โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน ศาสตราจารย์คณิต ฌ นคร ได้วิเคราะห์เรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในคดีชุกหุนของ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ว่าได้มี

การกระทำการบิดเบือนกฎหมายเกิดขึ้น³ ซึ่งเป็นรากฐานให้ผู้เขียนเกิดข้อสงสัยในประเด็นการนำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของกฎหมายอาญาเยอรมันมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย

จากประเด็นที่กล่าวมาผู้เขียนจะขอศึกษามาตรการทางวินัยเปรียบเทียบกับมาตรการทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อทำความเข้าใจถึงหลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้พิพากษาและตุลาการ อันนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อก่อให้เกิดการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในประเทศไทยให้มีความเหมาะสม มีความชัดเจน และเกิดความเป็นธรรม

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและเหตุผลอันเป็นที่มาของการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในการวินิจฉัยคดี

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ องค์ประกอบและขอบเขตเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาหรือตุลาการในกฎหมายเยอรมัน ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของผู้พิพากษาที่บิดเบือนกฎหมายในกฎหมายไทย ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงแนวทางการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายอาญาของไทยอย่างเหมาะสม

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติในการกระทำของผู้พิพากษาที่จงใจไม่ดำเนินการหรือพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างชัดเจน และยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดความผิดแก่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีหรือใช้ดุลพินิจบิดเบือนกฎหมาย ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คดี ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายอาญาจึงควรบัญญัติให้มีความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาหรือตุลาการ และควรที่จะปรับปรุงให้มีการกำหนดความผิดในเรื่องนี้อย่างไร ตามหลักการของรัฐธรรมนูญว่า ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี แต่ต้องผูกพันกับรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

³ เติ้งอ๋าง, น.11-35.

1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำการศึกษาโดยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary research) ศึกษาค้นคว้าทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ อันประกอบด้วยบทบัญญัติกฎหมาย ตำราทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ รายงานวิชาการ บทความต่างๆ ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิ แนวความคิดของนักกฎหมาย ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว รวมถึงคำพิพากษาของศาลสูงของต่างประเทศ และคำพิพากษาฎีกาในประเทศไทยในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงแต่ละกรณี โดยการสืบค้นจากตำรารูปเล่ม ตลอดจนสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ต (Internet) เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาและวิเคราะห์อันนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

1.5 ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมาย เฉพาะการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ทั้งกฎหมายไทย ตั้งแต่ก่อนกฎหมายลักษณะอาญา คือ กฎหมายลักษณะอาชญาหลวง กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน และกฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและเหตุผลอันเป็นที่มาของการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในการวินิจฉัยคดี

1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ องค์ประกอบและขอบเขตเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาหรือตุลาการในกฎหมายเยอรมัน ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของผู้พิพากษาที่บิดเบือนกฎหมายในกฎหมายไทย ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายอาญาของไทยอย่างเหมาะสม

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา กรณีการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา

เนื่องจากประเทศไทยปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย อันมีอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุด โดยอำนาจอธิปไตยแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยเฉพาะอำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เกิดข้อยุติอย่างเป็นธรรม ผู้ใช้อำนาจตุลาการจึงต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นธรรมและได้รับการแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้พิพากษาคือตำแหน่งของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ใช้อำนาจทางตุลาการ ทั้งนี้หากผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น การบิดเบือนกฎหมาย อาจส่งผลกระทบต่อคู่ความและสังคมโดยรวมได้

2.1 หลักการทำคำพิพากษา

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ย่อมต้องมีการวินิจฉัยเพื่อตัดสินชี้ขาดคดี ซึ่งทำในรูปของคำพิพากษา กระบวนการขั้นตอนการตัดสินชี้ขาดจึงเรียกว่า การทำคำพิพากษา การทำคำพิพากษาต้องก่อให้เกิดการยุติข้อพิพาทลงด้วยความเป็นธรรม ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการทำคำพิพากษานั้นย่อมต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญดังนี้

2.1.1 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ (Independence of Judiciary)

ในประวัติศาสตร์ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการพิจารณาคดีตัดสินข้อพิพาท และผู้ใช้อำนาจก็เป็นผู้ที่เคารพนับถือของผู้พิพากษาหรือผู้ที่เป็นที่เคารพนับถือของบุคคลทั่วไป อำนาจตุลาการจึงมีอยู่มาแต่ดั้งเดิมและเป็นอำนาจที่ได้รับการยกย่องให้เป็นที่ยอมรับมากกว่าอำนาจใดๆ¹ ในการศึกษาความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ของหลักการ ผู้เขียนจึงศึกษาทั้งแนวคิดความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและข้อจำกัดอำนาจความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอันเป็นหลักการที่แสดงถึงอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาอย่างเป็นรูปธรรม ในกรณีนี้

¹ เตือน บุนนาค, “การแยกอำนาจ (La Separation des pouvoirs),” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 9, น.79 (2520).

รากฐานของความคิดเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้นผู้เขียนจึงศึกษาแนวคิดความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นลำดับแรก

2.1.1.1 แนวคิดเรื่องหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

แนวคิดความเป็นอิสระของตุลาการมีรากฐานมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) คือ การแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการออกจากกัน โดยทั้งสามอำนาจจะมีการถ่วงดุลอำนาจกัน (Checks and Balances) เมื่อทั้งสามอำนาจได้แยกออกจากกันแล้ว อำนาจตุลาการก็ไม่สามารถเข้าไปก้าวก่ายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจของฝ่ายบริหารได้ ในทางกลับกันอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารก็มีอาจก้าวก่ายอำนาจตุลาการได้ ตามแนวคิดของ Charles de Montesquieu และ John Locke ที่ว่า อำนาจการตัดสินคดีไม่ควรมอบให้แก่คณะบุคคลใดเป็นการถาวร แต่ควรให้ใช้อำนาจนี้โดยผ่านกลุ่มบุคคลที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนในช่วงระยะเวลาหนึ่งของรอบปีตามรูปแบบที่กำหนดโดยกฎหมายเพื่อประกอบเข้ากันเป็นศาล ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานความจำเป็นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม Charles de Montesquieu เพียงอธิบายว่า อำนาจตุลาการควรแยกออกมากจากอำนาจทั้งสองประการที่เหลือ แต่ไม่ได้อธิบายว่าอำนาจตุลาการต้องแยกออกอย่างอิสระให้เป็นองค์กรเฉพาะไม่ขึ้นอยู่กับองค์กรหรืออำนาจใดๆ ภายหลังได้มีผู้พิพากษาชาวอังกฤษ นามว่า Sir William Blackstone ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาพัฒนาให้อำนาจตุลาการมีลักษณะเป็นองค์กรเฉพาะ แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร จุดมุ่งหมายของการแบ่งแยกอำนาจเพื่อคุ้มครองและให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน ในเวลาต่อมา Sir William Blackstone พัฒนางานได้เสนอหลักความเป็นอิสระของตุลาการ²

ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นกำเนิดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ มีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน เดิมในอดีตพระมหากษัตริย์ทรงใช้ศาลเป็นเครื่องมือในการพิจารณาคดีตัดสินคดีและอำนวยความสะดวก ยุติธรรม ศาลและผู้พิพากษาจึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจพระมหากษัตริย์ส่งผลให้ไม่ได้รับการประกันความเป็นอิสระในการตัดสินคดี หลายชั่วอายุคนมีการต่อสู้ของผู้พิพากษาเพื่อให้ได้หลุดจากอำนาจของพระมหากษัตริย์จนกระทั่งในสมัยพระเจ้าเจมส์ที่ 1 (King James I) แห่งราชวงศ์สจวร์ต (The Stuart King) ได้มีผู้พิพากษาชื่อ Sir Edward Coke มีตำแหน่งประธานศาลสูงทำการคัดค้านคำสั่งของพระเจ้าเจมส์ที่ 1 ที่ว่า อำนาจพิจารณาคดีเป็นของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ

² นิทราวดี ฤทธิพันธ์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการทำคำพิพากษาในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น.12-13.

พระมหากษัตริย์อย่างไม่ต้องสงสัยตามคัมภีร์ของพระเจ้า³ และผู้พิพากษา Sir Edward Coke ได้กล่าวคัดค้านว่า พระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น และคดีทุกคดีต้องถูกพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม เนื่องจากพระมหากษัตริย์มิได้ทรงเรียนรู้กฎหมายซึ่งต้องใช้ระยะเวลาในการเล่าเรียนอย่างยาวนาน ตลอดจนขาดประสบการณ์ในการเข้าใจกฎหมาย ตามคำกล่าวของท่าน Bracton ว่า พระมหากษัตริย์อยู่เหนือทุกคน แต่อยู่ภายใต้พระเจ้าและกฎหมาย⁴ จากคำคัดค้านของ Sir Edward Coke ทำให้ศาลยังคงรักษาความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ได้และยังคงยึดหลักความเป็นอิสระของตุลาการมาจนถึงปัจจุบัน

ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (The Theory of Judicial Independence) ในประเทศอังกฤษได้มีแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษาด้วยกัน 4 ประการ คือ ประการแรก ผู้พิพากษาต้องปราศจากอคติทางการเมือง ผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มครองมิให้ต้องหว่นไหวจากอิทธิพลภายนอก ประการที่สอง ผู้พิพากษาต้องปราศจากความคิดเห็นทางการเมือง ผู้พิพากษาได้รับการประกันความมั่นคงในตำแหน่งหน้าที่ ทั้งการเข้าสู่ตำแหน่ง การดำรงตำแหน่งและการสิ้นสุดตำแหน่ง นอกจากนี้ยังได้รับการประกันเรื่องเงินเดือนด้วย ประการที่สาม ผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นอิสระในการพูดอย่างกล้าหาญในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาจะต้องไม่เอนเอียงหรือหวาดกลัวต่ออิทธิพลอื่นใดรวมถึงข้อหาความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วย แต่สิทธิพิเศษประการนี้หากใช้ไปในทางที่มิชอบก็จะเป็นความผิดได้ ประการสุดท้าย ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรม ผู้พิพากษาต้องไม่ตัดสินคดีเนื่องจากได้รับอิทธิพลจากอำนาจอื่นๆ⁵

นอกจากนี้ในความเห็นของ Lord Denning เห็นว่าผู้พิพากษาควรมีความเป็นอิสระจากอิทธิพลต่างๆ 10 ประการ คือ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น (A hierarchy of power) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศ (A hierarchy of rulers) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากเกียรติยศชื่อเสียงใดๆ (A hierarchy of honours) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (A hierarchy of Constitution) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากรัฐสภา (A hierarchy of Parliament) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากสหภาพแรงงาน (A hierarchy of Trade union) ความเป็นอิสระของ

³ Such power, said the Archbichop, doubtless belong to the King by the word of God in the Scriptures.

⁴ The King is under no man, but under God and the Law.

⁵ Denning, What Next In The Law, (London: Butter worth, 1982), p.310.

ผู้พิพากษาจากคณะรัฐมนตรี (A hierarchy of Ministers of The Crown) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (A hierarchy of Parliament) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากหนังสือพิมพ์ต่างๆ (A hierarchy of The Media) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากผู้พิพากษาด้วยกันเอง (A hierarchy of the judge themselves) จากหลักการข้างต้นนั้นแม้ปรากฏว่าความเป็นอิสระของผู้พิพากษาต้องเป็นอิสระจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยก็สืบเนื่องจากในยุคนั้นปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ผู้พิพากษาจึงไม่ต้องผูกพันด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การกำหนดหลักการดังกล่าวจึงไม่ได้คำนึงถึงหลักการปกครองด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งมีความแตกต่างจากปัจจุบันที่นานาประเทศได้ยอมรับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยแล้ว การกำหนดหลักความเป็นอิสระของตุลาการจึงต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ด้วยเหตุที่หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีประวัติอย่างยาวนาน ภายหลังหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงกลายเป็นหลักสากลที่ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่ได้กำหนดหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้เช่นเดียวกัน⁶

เนื่องจากหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างแท้จริง และเป็นหลักการพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับ หลักความเป็นอิสระของตุลาการจึงได้รับการรับรองไว้ในหลักการสากลทั้งหลาย โดยปรากฏดังนี้

หลักการพื้นฐานสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ (United Nations' Basic Principles on the Independence of the Judiciary) ได้กำหนดเงื่อนไขพื้นฐานของความเป็นอิสระไว้ในหลักการแรกว่า⁷

“ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการต้องได้รับการประกันโดยรัฐและถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐ ทุกรัฐบาลและหน่วยงานอื่นๆ มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพและรักษาความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ⁸”

⁶ อภิศักดิ์ พรหมสวัสดิ์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.17.

⁷ International Commission of Jurists, International Principles on the Independence and Accountability of judges, Lawyers and Prosecutors-A Practitioners Guide, (Geneva: International Commission of Jurists, 2017), p.23.

⁸ หลักการพื้นฐานของสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของตุลาการ รับรองโดยที่ประชุมสหประชาชาติ ครั้งที่ 7 ว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด ณ เมืองมิลาโน ระหว่างวันที่ 26 สิงหาคม ถึง 6 กันยายน พ.ศ. 2528 และได้รับการรับรองโดยมติที่ประชุมสมัชชา

ข้อเสนอแนะเรื่องความเป็นอิสระของตุลาการ (Recommendation on the Independence of Judges) ของสภายุโรป (Council of Europe) ระบุว่า ความเป็นอิสระของตุลาการจะต้องได้รับการรับประกันโดยมีบทบัญญัติเฉพาะในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ⁹ และว่า “อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการควรจะถูกดูแลให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระ และมีให้มีการใช้ขั้นตอนที่จะทำลายความเป็นอิสระของตุลาการ”¹⁰

กฎบัตรสากลของผู้พิพากษา (The universal charter of the judge) ซึ่งเป็นเครื่องมือที่ได้รับการรับรองโดยผู้พิพากษาจากทุกภูมิภาคทั่วโลก ได้บัญญัติว่า “ความเป็นอิสระของตุลาการเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดไม่ได้ของความยุติธรรมที่ทรงความเที่ยงธรรมภายใต้กฎหมาย มันแยกขาดออกไปไม่ได้ ทุกสถาบันและทุกหน่วยงานที่มีอำนาจ ไม่ว่าจะ เป็นในระดับชาติหรือในระดับนานาชาติจะต้องเคารพ ค้ำครอง และปกป้องความเป็นอิสระนั้น”¹¹ และปรากฏหลักความเป็นอิสระของตุลาการใน มาตรา 10 เรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบอาญา ซึ่งบัญญัติว่าการดำเนินมาตรการทางแพ่งทำได้เพียงในประเทศที่อนุญาตให้กระทำได้ และการดำเนินมาตรการทางอาญาต่อผู้พิพากษา รวมถึงการจับกุม จะอนุญาตให้กระทำได้เพียงในสถานการณ์ที่มีการดูแลให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไม่ได้รับผลกระทบเท่านั้น¹² กล่าวคือ ในการกระทำของผู้พิพากษาซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางแพ่งขึ้นได้นั้นอาจมีขึ้นได้ในประเทศที่ยอมรับให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบ และทั้งความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบอาญาของผู้พิพากษาจะมีได้ก็ต่อเมื่อไม่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา โดยให้มีการร้องเรียน การตรวจสอบ การสอบสวน และการดำเนินคดีกับผู้พิพากษาเช่นเดียวกับการดำเนินคดีประชาชนทั่วไป มิใช่การดำเนินคดีแบบพิเศษ และป้องกันไม่ให้ผู้พิพากษาต้องตกอยู่ภายใต้สถานการณ์การกดดันจากสื่อมวลชนหรือการยุติ

สหประชาชาติ 40/32 เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2528 และ 40/146 เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2528
ต่อไปนี้เป็นรายการพื้นฐานสหประชาชาติ

⁹ International Commission of Jurists, *supra note 7*, p.24.

¹⁰ สภายุโรป, ข้อเสนอแนะหมายเลข R (94) 12 ของคณะกรรมการรัฐมนตรีของรัฐภาคีว่าด้วยความเป็นอิสระ ความมีประสิทธิภาพ และบทบาทของผู้พิพากษา, 13 ตุลาคม 2537, หลักการ 2 (ข)

¹¹ International Commission of Jurists, *supra note 7*, p.24.

¹² Civil action, in countries where this is permissible, and criminal action, including arrest, against a judge must only be allowed under circumstances ensuring that his or her independence cannot be influenced.

การกระทำของผู้พิพากษาที่ทำอย่างไม่ถูกต้อง¹³ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลสามารถร้องเรียนหรือส่งพยานหลักฐานในการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาไปยังผู้มีอำนาจในการควบคุมองค์กรตุลาการ หากพบว่ามีการทำผิดอาจถูกลงโทษได้¹⁴

นอกจากนี้หลักความเป็นอิสระของตุลาการยังเป็นหลักการที่ได้รับการรับรองเป็นการทั่วไปในหลักการสากล เช่น มติเรื่องการเคารพและการเสริมสร้างความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ปี 2542 โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและสิทธิประชาชนแห่งแอฟริกา (African Commission of Human Rights and People's Rights – ACHPR) คำแถลงกรุงปักกิ่งว่าด้วยหลักการของความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในภูมิภาค LAWASIA หรือที่เรียกกันว่า หลักการปักกิ่ง (Beijing Principles)¹⁵ ระเบียบปฏิบัติสำหรับการบังคับใช้หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของตุลาการอย่างมีประสิทธิภาพ (Procedures for the Effective Implementation of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary)¹⁶ ร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยความเป็นอิสระของความยุติธรรม (Draft Universal Declaration on the Independence of Justice)¹⁷ เป็นต้น

นอกจากหลักการสากลที่เป็นที่ยอมรับระหว่างประเทศแล้ว หลักความเป็นอิสระปรากฏตาม เป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (The Sustainable Development Goals – SDGs) ที่กำหนดโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (The United Nations General Assembly) อันเป็นกรอบที่ใช้พัฒนาร่วมกันทั่วโลก โดยข้อ 16 เรื่อง ความสงบสุข ยุติธรรม และไม่แบ่งแยก ได้กำหนดเป้าหมายให้ประเทศสมาชิกผู้เข้าร่วมได้มีการส่งเสริมการปกครองด้วยกฎหมายและมีการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม แม้จะไม่ได้มีมาตรการบังคับหรือข้อผูกมัดดังเช่นสนธิสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ แต่ก็เป็นที่ตระหนักชัดในการกำหนดเป้าหมายและ

¹³ The European Network of Councils for the Judiciary, “Report ENCJ working group on Liability 2007-2008,” p.4, Retrieved on November 14, 2017, from <https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/reportenliability20072008.pdf>.

¹⁴ “EUROPEAN ASSOCIATION OF JUDGES,” p.6, Retrieved on November 14, 2017, from http://www.ekou.ee/doc/2015-04-13_Report-Situation-of-Justice-in-Europe-2014.pdf.

¹⁵ International Commission of Jurists, *supra note 7*, p.24.

¹⁶ *Ibid.*, p.114.

¹⁷ *Ibid.*, p.119.

เป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติภายในประเทศ เพื่อก่อให้เกิดการบรรลุวัตถุประสงค์ทางสังคม¹⁸

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศไทย มีมาแต่โบราณซึ่งได้บัญญัติไว้ในบทพระธรรมศาสตร์อันเป็นกฎหมายเก่าดั้งเดิม บทบัญญัติพระธรรมศาสตร์ได้กล่าวถึงลักษณะ ตระลาการ ไว้ว่า เหตุแห่งตระลาการมี 24 ประการ อันมโนสาจารย์สำแดงไว้ คือ ตระลาการตั้งให้เป็นอิศรภาพ ๑ คือเอาตัวใจทงจำเลยเป็นอิศรภาพในคดี ๑ คือฟังเอาแต่ถ้อยคำสำนวนโจทก์จำเลยเป็นอิศรภาพในคดี ๑ หมายความว่า ให้ผู้พิพากษาศาลการตั้งตนเป็นกลาง ไม่เข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด โดยให้รับฟังแต่เฉพาะที่ปรากฏในสำนวนความนั้น¹⁹ เป็นการแสดงให้เห็นว่าหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศไทยมีมาแต่โบราณกาลแล้ว ในปัจจุบันได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อันเป็นกฎหมายสูงสุดมาตรา 188 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยืนยันว่า ในปัจจุบันจนถึงทุกวันนี้ ประชาชนได้รับการคุ้มครองจากหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่จะได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีอย่างเท่าเทียมกัน

สำหรับความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีนักนิติศาสตร์ได้จำกัดความหมายไว้หลายท่านด้วยกัน เช่น พระยานิติศาสตร์ไพศาล มีความเห็นว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษารรคคดีเป็นความประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่จะให้เป็นหลักประกันเสรีภาพของบุคคล ศาลใดจะตั้งขึ้นก็แต่โดยพระราชบัญญัติ และเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลแล้วผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยนั้นๆได้ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เป็นสิ่งที่ไม่มีความลำเอียง เพราะการแทรกแซงโดยเฉพาอย่างยิ่งทางการเมือง ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ ผู้พิพากษามีใช้มีความเป็นอิสระในการอื่นนอกจากการพิจารณาพิพากษาคดี และมีใช้มีความเป็นอิสระในการ

¹⁸ จีรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุล, นณริฎ พิศลยบุตร, “โครงการศึกษาวิจัย การสำรวจสถานะของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในบริบทประเทศไทยและทางเลือกมาตรการทางเศรษฐศาสตร์ สังคม และกฎหมายสำหรับ เป้าหมายที่ 16: การส่งเสริมสังคมที่สงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนให้ทุกคนเข้าถึง ความยุติธรรม และสร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกระดับ,” รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, 2560, น.2-1.

¹⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 เล่ม 1, น. 17-19.

พิจารณาพิพากษาคดีตามใจชอบไม่มีขอบเขต แต่พิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมาย²⁰ สำหรับศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ท่านได้ให้ความเห็นว่า ผู้พิพากษาในฐานะผู้พิจารณาพิพากษาอรรถคดี มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้ผู้ใดจะสั่งให้เลื่อนคดีสั่งให้สืบพยาน สั่งให้พิพากษายกฟ้องไม่ได้ หรือสั่งให้ลงโทษจำเลยไม่ได้ การที่รัฐธรรมนูญให้ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย จะพิจารณาคดีนอกเหนือกฎหมายไม่ได้²¹

จากความเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่านทำให้ได้ข้อสรุปว่า ความเป็นอิสระของตุลาการมี 2 ประการ คือ ความเป็นอิสระในเนื้อหาและความเป็นอิสระในทางส่วนตัว ประการแรก ความเป็นอิสระในเนื้อหา หมายถึง ผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดี ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหรือองค์กรใด ประการที่สอง ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายถึง ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาต้องกระทำโดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือกลั่นแกล้งภายหลัง ผู้พิพากษาต้องไม่เกรงกลัวและไม่หวั่นไหวต่อผลร้ายใดๆ การเลื่อนตำแหน่ง การแต่งตั้งโยกย้าย การขึ้นเงินเดือนและการลงโทษต่อผู้พิพากษาต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ²² แต่อย่างไรก็ตามแม้ผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่หากผู้พิพากษาใช้อำนาจตามอำเภอใจ อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการได้ ดังนั้นจึงต้องมีข้อจำกัดความเป็นอิสระของผู้พิพากษากำหนดไว้

2.1.1.2 ข้อจำกัดความเป็นอิสระของตุลาการ

แม้ว่าความเป็นอิสระของตุลาการเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อผู้พิพากษาในการใช้อำนาจตุลาการ แต่ก็ได้หมายความว่าผู้พิพากษามีอำนาจอย่างไม่จำกัด ความเป็นอิสระของตุลาการจึงมีข้อจำกัดอยู่ 2 ประการคือ ข้อจำกัดโดยบทบัญญัติกฎหมายและข้อจำกัดโดยการเมือง

²⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาซีพนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.129.

²¹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2511) เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (พระนคร: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2511), น.1051-1052.

²² อภิสิทธิ์ พรหมสวัสดิ์, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 6, น.128-129.

(1) ข้อจำกัดโดยบทบัญญัติกฎหมาย

ข้อจำกัดโดยบทบัญญัติกฎหมาย คือ การชี้ขาดตัดสินข้อพิพาท ทั้งใน ส่วนกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ เป็นปัจจัยให้ผู้พิพากษาต้องตัดสินคดีตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย อันเป็นหลักที่ผู้พิพากษาต้องยึดถือและปฏิบัติ เพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งปรากฏ ตามหลักบังกาลอร์ว่าด้วยการปฏิบัติทางตุลาการ (The Bangalore Principles of Judicial Conduct) ในหลักความเที่ยงธรรมและหลักความเท่าเทียมกัน

การบิดเบือนกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับหลักความเที่ยงธรรมในแนว ปฏิบัติข้อ 2.1 ผู้พิพากษาจะปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาคดีโดยปราศจากความชอบ อคติ หรือความ ลำเอียง²³ หากผู้พิพากษาแสดงให้เห็นถึงอคติส่วนตนในการตัดสินคดี ความเชื่อมั่นของประชาชนที่มี ต่อผู้พิพากษาก็จะลดลง ดังนั้นผู้พิพากษาจะต้องหลีกเลี่ยงกิจกรรมที่แสดงให้เห็นว่าการตัดสินของ ผู้พิพากษาอาจได้รับอิทธิพลจากปัจจัยภายนอก เช่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวของผู้พิพากษากับบุคคล หรือผลประโยชน์ในผลของคดี²⁴ ความเป็นธรรมดังกล่าวไม่ใช่เพียงแค่ปราศจากอคติและความลำเอียง เท่านั้น แต่ผู้พิพากษาต้องเข้าใจถึงอคติและความลำเอียงด้วย การตรวจสอบจะต้องดูทั้งข้อเท็จจริง และแนวปฏิบัติว่าผู้พิพากษาขาดความเป็นธรรมในการพิพากษาหรือไม่ อคติและความลำเอียงเป็น การบิดเบือน ลำเอียงหรือจงใจให้ไปในด้านใดด้านหนึ่ง อคติเป็นเงื่อนไขหรือสภาพจิตใจที่ทัศนคติ หรือ มุมมองที่ไม่แน่นอน ส่งผลให้ผู้พิพากษาไม่ได้พิจารณาคดีให้เป็นไปตามจิตใจที่ดีเพื่อให้เกิดการตัดสิน ลงโทษอย่างเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตาม อคติก็ต้องพิจารณาถึงบริบทในความเป็นจริงตามธรรมชาติ และสังคม เช่น ผู้พิพากษาดำเนินคดีโดยเอนเอียงเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เป็นต้น²⁵ และมีบางสิ่งที่ไม่ใช่อคติ เช่น คุณค่าส่วนบุคคลของผู้พิพากษา ปรัชญา และความเชื่อในทางกฎหมายหรือสังคม เรื่องดังกล่าวนี้ไม่ควรถือว่าเป็นอคติ ซึ่งหากผู้พิพากษากระทำโดยไม่เป็นไปตามคุณค่า ปรัชญา หรือ ความเชื่อที่สังคมยอมรับเป็นการขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้พิพากษา แต่ไม่ถือว่าเป็นอคติ²⁶

²³ A judge shall perform his or her judicial duties without favour, bias or prejudice.

²⁴ United Nations Office on Drugs and Crime, “Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct,” p. 59, Retrieved on March 2, 2017, from https://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf.

²⁵ *Ibid.*, p.60.

²⁶ *Ibid.*

หลักความเท่าเทียมกันอันเป็นหลักการของหลักบังกาลอร์ว่าด้วยการปฏิบัติทางตุลาการในลำดับที่ 5 โดยหลักความเท่าเทียมกันได้บัญญัติไว้ว่า การดูแลให้มีความเท่าเทียมกันในการปฏิบัติต่อทุกคนในศาลเป็นสิ่งสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ที่เหมาะสมของสำนักงานตุลาการ²⁷ เนื่องจากความเท่าเทียมกันคือ สิ่งที่เหมาะสมกันให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันและในสิ่งที่ต่างกันก็ให้ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และเนื่องจากคู่ความมีความเป็นมนุษย์หรือมีสภาพบุคคลเช่นเดียวกัน ความเท่าเทียมกันจึงเป็นสิ่งที่ให้คู่ความได้รับสิทธิอย่างเสมอภาคตามกฎหมายโดยไม่จำกัดเพศ อายุ สีผิว เชื้อชาติ ศาสนา ชนชั้น ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ฯลฯ จึงกล่าวได้ว่าความเท่าเทียมกันเป็นเครื่องมือในการรับประกันการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม

หลักความเท่าเทียมกันที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อจำกัดความเป็นอิสระของผู้พิพากษาคือ ข้อ 5.2 ได้บัญญัติว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการ ผู้พิพากษาจะต้องไม่แสดงถึงความโน้มเอียงหรืออคติใดๆ ไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือโดยการปฏิบัติ ต่อบุคคลหรือกลุ่มใดๆ ด้วยเหตุผลที่ไม่เกี่ยวข้อง²⁸ กล่าวคือ ผู้พิพากษาต้องทำให้ประชาชนมีความมั่นใจในการกระทำของตน หลีกเลี่ยงการแสดงความคิดเห็นหรือแสดงพฤติกรรมรังเกียจหรือดูหมิ่นหยาบคาย เช่น การดูถูกเชื้อชาติ วัฒนธรรมหรือเพศของคู่ความ ผู้พิพากษาคควรระมัดระวังคำพูดของตนในการกล่าวทบทวนสิ่งเหล่านี้ รวมทั้งการดำเนินการอื่น ๆ การตัดสินจำเลยเป็นความรับผิดชอบอย่างหนักในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในนามของประชาชนจึงไม่ใช่เรื่องและผู้พิพากษาจะระบายนามส่วนตัว มิฉะนั้นความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการจะลดลง²⁹ และเนื่องจากผู้พิพากษาเป็นผู้ต้องดำรงตนอยู่ในความเป็นธรรม และเป็นสัญลักษณ์ของความยุติธรรม ความลำเอียงเพื่อเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น การกระทำการบิดเบือนกฎหมายเพื่อให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์หรือเกิดความเสียหาย จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้

มาตรา 3 การปฏิบัติตามกฎหมาย บัญญัติว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการ ผู้พิพากษาเพียงจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น และจะต้องพิจารณาเพียงกฎหมาย

²⁷ Ensuring equality of treatment to all before the courts is essential to the due performance of the judicial office.

²⁸ A judge shall not, in the performance of judicial duties, by words or conduct, manifest bias or prejudice towards any person or group on irrelevant grounds.

²⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *supra note 24*, p.124.

เท่านั้น³⁰ กล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาไม่ว่าจะเป็นในทางอำนาจบริหารหรืออำนาจตุลาการในการพิจารณาคดี ต้องมีความผูกพันต่อกฎหมายและมีอำนาจเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

มาตรา 5 การทรงความเที่ยงธรรมและการควบคุมตน ซึ่งบัญญัติว่าในการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการ ผู้พิพากษาจะต้องมีความเที่ยงธรรม และจะต้องถูกมองว่ามีความเที่ยงธรรมเช่นนั้นด้วย³¹ กล่าวคือ การพิจารณาคดีต้องให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยการควบคุมตนและด้วยความใส่ใจต่อศักดิ์ศรีของศาลและของทุกคนที่เกี่ยวข้อง³² กล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาต้องไม่กระทำการใดที่เป็นการเสื่อมเสียเกียรติของผู้พิพากษา เช่น การประพฤติไม่เหมาะสม ลำเอียง หรือกระทำการโดยทุจริต เป็นต้น และหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ก็ควรยับยั้งชั่งใจ ดำรงตนให้อยู่ในความเป็นธรรมเสมอ

นอกจากหลักการสากลทั้ง 2 หลักการแล้ว ยังปรากฏหลักการเบอกเฮาสวาทวดยความเปนอิสระของตุลาการระหว่างประเทศ (The Burgh House Principles On The Independence Of The International Judiciary) ซึ่งกำหนดหลักการที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการไว้ในข้อ 5 เอกสิทธิ์และความคุ้มกัน และข้อ 17 เรื่อง การประพฤติมิชอบ

ข้อ 5 บัญญัติเรื่องเอกสิทธิ์และความคุ้มกัน โดยในข้อ 5.2 ได้บัญญัติเรื่องการสละความคุ้มกันทางตุลาการว่า ศาลมีอำนาจในการสละความคุ้มกันของผู้พิพากษา โดยศาลควรสละการมีความคุ้มกันในกรณีที่มีความคุ้มกันมีลักษณะขัดขวางกระบวนการยุติธรรมและสามารถสละได้โดยปราศจากอคติต่อการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการ³³

³⁰ In the performance of the judicial duties the judge is subject only to the law and must consider only the law.

³¹ In the performance of the judicial duties the judge must be impartial and must so be seen.

³² The judge must perform his or her duties with restraint and attention to the dignity of the court and of all persons involved.

³³ The court alone shall be competent to waive the immunity of judges; it should waive immunity in any case where, in its opinion, the immunity would impede the course of justice and can be waived without prejudice to the exercise of the judicial function.

ข้อ 17 บัญญัติเรื่องการประพฤติมิชอบว่า ศาลแต่ละศาลจะต้องกำหนดกฎระเบียบวิธีปฏิบัติเพื่อรองรับข้อร้องเรียนเรื่องการประพฤติมิชอบหรือการละเมิดหน้าที่ในส่วนของผู้พิพากษา³⁴ ข้อร้องเรียนเช่นนี้อาจถูกแก้ไขไปได้อย่างรวบรัดหากเป็นที่ชัดเจนว่าไม่มีเหตุผล ในส่วนกรณีศาลพิจารณาเห็นว่าจำเป็นต้องมีการสืบสวนแบบเต็มรูปแบบ กฎระเบียบจะต้องกำหนดมาตรการป้องกันที่เพียงพอเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของผู้พิพากษา³⁵

สำหรับกฎหมายไทยตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 188 วรรคสอง ความว่า การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ บทบัญญัติของกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขตอำนาจของผู้พิพากษา เนื่องจากหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีได้มิไว้เพื่อผู้พิพากษาแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นการคุ้มครองการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมของคู่ความด้วย

(2) ข้อจำกัดโดยการเมือง

เหตุเนื่องจากอำนาจตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองย่อมมีผลต่ออำนาจตุลาการเช่นกัน หากอำนาจอธิปไตยรวมอยู่ในมือบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มคนเพียงกลุ่มเดียว อำนาจตุลาการอาจถูกใช้ไปเป็นเครื่องมือของรัฐที่ถูกครอบงำโดยบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวได้ หรือกรณีที่ประเทศที่ให้สิทธิแก่ประมุขของรัฐในการคัดเลือกบุคคลเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีเป็นผู้เลือกและแต่งตั้งประธานศาลฎีกา เป็นต้น³⁶ ดังนั้นหากการเมืองเปลี่ยนแปลงไปหลักความเป็นอิสระก็อาจถูกจำกัดตามลักษณะทางการเมืองได้

³⁴ Each court shall establish rules of procedure to address a specific complaint of misconduct or breach of duty on the part of a judge that may affect independence or impartiality.

³⁵ Such a complaint may, if clearly unfounded, be resolved on a summary basis. In any case where the court determines that fuller investigation is required, the rules shall establish adequate safeguards to protect the judges' rights and interests and to ensure appropriate confidentiality of the proceedings.

³⁶ อภิสิทธิ์ พรหมสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.75.

2.1.2 หลักการนั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะ

เนื่องจากการรับฟังพยานหลักฐานของศาลต้องกระทำโดยวาจาและกระทำต่อหน้าศาล การที่ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานต้องเป็นไปโดยความเชื่อสุจริตใจของผู้พิพากษา (intime conviction) และด้วยความเชื่อสุจริตใจดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับจิตวิทยาพยานหลักฐาน เพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดพลาดในการรับฟังพยานหลักฐาน การร่วมกันพิจารณาโดยใช้ผู้พิพากษาหลายคนจึงย่อมป้องกันความผิดพลาดได้มากกว่าการให้ผู้พิพากษาเพียงคนเดียวเป็นผู้พิจารณา ผู้พิพากษาจำนวนหลายคนที่เข้าร่วมการพิจารณาคดีนั้นเรียกว่า องค์คณะ การพิจารณาคดีได้ต้องให้ผู้พิพากษานั่งครบองค์คณะ เพื่อให้ผู้พิพากษาที่มีหน้าที่วินิจฉัยคดีนั้นได้รับฟังพยานหลักฐานด้วยตนเอง³⁷

องค์คณะของผู้พิพากษา หมายถึง จำนวนผู้พิพากษาที่จำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาคดีพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้น³⁸

องค์คณะผู้พิพากษามี 2 ประการ คือ องค์คณะในการพิจารณา กับองค์คณะในการทำคำพิพากษา โดยหลักต้องเป็นองค์คณะเดียวกัน การนั่งพิจารณาและการทำคำพิพากษาที่ครบองค์คณะจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ในทางกลับกันหากผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีไม่ครบองค์คณะจะเป็นการขัดต่อพระธรรมนูญศาลยุติธรรม³⁹

องค์คณะผู้พิพากษาอาจมีเพียงคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นมีองค์คณะเพียงคนเดียว ปรากฏในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 25

การทำคำพิพากษาโดยไม่มีการประชุมองค์คณะพิพากษาคดี ทำให้กระทบถึงการให้เหตุผล เนื่องจากไม่มีการโต้แย้งเหตุผลกัน และถึงแม้จะมีการให้เหตุผลในคำพิพากษา แต่เหตุผล

³⁷ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ, “รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง สิทธิผู้ต้องหา จำเลย และผู้ต้องโทษคดีอาญา,” รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2540, น.84.

³⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, ระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.195.

³⁹ สมภพพิสิษฐ สุขพิสิษฐ, พระธรรมนูญศาลยุติธรรมฉบับปัจจุบัน, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2544), น.223.

นั้นอาจไม่ละเอียดรอบคอบสมบูรณ์ อันเป็นภววิสัยเพียงพอ เพราะคำพิพากษานั้นกระทำโดยผู้พิพากษาที่ไม่ครบองค์คณะ⁴⁰

โดยหลักแล้วองค์คณะของผู้พิพากษาต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ครบโดยตลอด และร่วมพิพากษาคดีด้วย แต่ในทางปฏิบัติศาลมักมีผู้พิพากษาที่พิพากษาคดีหรือร่วมพิพากษาคดีโดยมิได้ร่วมพิจารณาคดีมาด้วย ทำให้หลักการรับฟังพยานหลักฐานถูกระงับ⁴¹

ในอดีตประเทศไทยได้มีกฎหมายบดบังหรือกีดกันเรื่องห้ามผู้พิพากษาที่ไม่ได้นั่งพิจารณาคดีลงชื่อในคำพิพากษา ดังนี้

“กฎข้อที่ 5 ว่าด้วยผู้พิพากษาที่ไม่ได้นั่งพิจารณาคดีห้ามไม่ให้เซ็นชื่อ ฤๅแย้งผู้พิพากษาคนใดนั่งพิจารณาคดีลงชื่อในคำพิพากษานั้นแลแย้งได้ ถ้าผู้ใดไม่ได้นั่งจะเซ็นฤๅจะแย้งไม่ได้”⁴²

ในปัจจุบันได้มีระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยแนวปฏิบัติในการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและต่อเนื่อง พ.ศ. 2545 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาคดีให้ครบองค์คณะ หากได้ทำตามระเบียบดังกล่าว ผู้พิพากษาจะต้องร่วมกันพิจารณาตลอดจนทำคำพิพากษา และในการสืบพยานก็ให้ร่วมกันตรวจสอบสังเกตการเบิกความของพยานเพื่อสังเกตพิรุศและช่วยกันซักถามพยาน⁴³ แต่อย่างไรก็ตามระเบียบดังกล่าวไม่มีผลเป็นการบังคับให้ผู้พิพากษากระทำแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติของศาลในการพิจารณาคดีโดยองค์คณะเดียวกันไว้ในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่มิให้เกิดความแตกต่างจนเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ปรากฏตามข้อ 11 วรรคสอง ความว่า “ผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะจักต้องร่วมพิจารณาในข้อคิดเห็นและเหตุผลประกอบเสมือนหนึ่งตนเป็นเจ้าของสำนวนคดีเรื่องนั้นเอง ผู้พิพากษาที่ร่วมกันพิจารณาคดีพึงเคารพในความคิดเห็นและเหตุผล

⁴⁰ ยงยุทธ มหินทรกุล, “การให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.63.

⁴¹ คณิต ฐ นคร, “ข้อวิจารณ์และข้อเสนอแนะในส่วนที่เกี่ยวกับร่างมาตรา 237,” วารสารอัยการ ปีที่ 2 ฉบับที่ 20, น.71 (สิงหาคม 2522).

⁴² คณิต ฐ นคร, “กฎหมายบดบังหรือกีดกันเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญา,” รพี 29, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.15 (2529).

⁴³ จักร ปติฤกษ์, “ปัญหาการพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์คณะเดียวกันจนเสร็จในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.49.

ของกันและกัน ทั้งนี้เพื่อให้ได้คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ถูกต้องและเที่ยงธรรม” ผู้พิพากษาองค์คณะน่าจะได้อ่านและพิจารณาพยานหลักฐานในสำนวนนั้นด้วยตนเอง แทนที่จะฟังการแถลงข้อเท็จจริงจากผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนแต่เพียงประการเดียว⁴⁴

ในการทำคำพิพากษาของศาลเยอรมัน ก่อนการพิจารณาคดีศาลจะต้องแจ้งรายชื่อองค์คณะของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาคดี จากนั้นจะทำการพิจารณาคดีให้เสร็จโดยเร็วและต่อเนื่อง ผู้พิพากษาที่จะลงชื่อในคำพิพากษาได้จะต้องได้นั่งพิจารณาคดีนั้นมาด้วยเท่านั้น⁴⁵ สำหรับในประเทศฝรั่งเศส ผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะจะต้องนั่งพิจารณาให้ครบองค์คณะตามที่กฎหมายกำหนด และต้องนั่งพิจารณาคดีจนกระทั่งมีคำพิพากษา หากผู้พิพากษาองค์คณะไม่สามารถนั่งพิจารณาไปจนทำคำพิพากษาได้ก็ให้มีผู้พิพากษาที่เข้าร่วมพิจารณาเข้าแทนที่⁴⁶ สำหรับในระบบคอมมอนลอว์ เช่นประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา องค์คณะผู้พิพากษามีหน้าที่วินิจฉัยเฉพาะข้อกฎหมาย การพิจารณาข้อเท็จจริงจะเป็นหน้าที่ของลูกขุน ส่งผลให้องค์คณะผู้พิพากษาสามารถนั่งพิจารณาไปจนกระทั่งทำคำพิพากษาได้⁴⁷

2.1.3 หลักการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา

ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี ต้องมีความเป็นอิสระและเป็นธรรม การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากกฎหมายมีเหตุผลและความมุ่งหมายในการบัญญัติบังคับใช้ต่อประชาชน ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจึงต้องมีการให้เหตุผลในการพิพากษาคดี อนึ่ง การให้เหตุผลในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนตรวจสอบความคิดเห็นของผู้พิพากษาในทางหนึ่งด้วยโดยเฉพาะคดีที่เป็นข้อพิพาททางอาญา เหตุเนื่องด้วยคดีอาญามีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง มนุษย์มีคุณลักษณะพิเศษของเหตุผลอยู่ 2 ประการคือ⁴⁸

⁴⁴ สำนักงานศาลยุติธรรม, ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552), น.27.

⁴⁵ John H. Langbein, Comparative Criminal Procedure :Germany, (St. Paul :Minn, West publishing co.,1977), p.56.

⁴⁶ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 37, น.84-85.

⁴⁷ จักร ปิติฤกษ์, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 43, น.36.

⁴⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการเรียนการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.291.

ประการแรก มนุษย์มีเหตุผลในการจำแนกแยกแยะข้อเท็จจริง (Factual Reason) คือ มนุษย์สามารถแยกแยะได้ว่าข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องอะไร สามารถแยกแยะการจำได้ หมายถึง แยกความแตกต่างออกจากความเหมือนกัน

ประการที่สอง มนุษย์มีเหตุผลในทางศีลธรรม (Moral Reason) คือ ความสามารถทางสติปัญญาที่รู้ว่าอะไรผิด อะไรถูก อะไรควร อะไรไม่ควร กล่าวคือ ความรู้ผิดชอบชั่วดี

จากคุณลักษณะที่พิเศษดังกล่าว ทำให้มนุษย์สามารถนำเอาเหตุผลไปตัดสินข้อพิพาทได้ ผู้พิพากษาจะนำเอาเหตุผลธรรมดามาปรุงแต่งจนกลายเป็นเหตุผลทางกฎหมาย โดยการคิดไตร่ตรองประกอบกับพิจารณาความเหมาะสมของสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา เมื่อข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้ว ผู้พิพากษาจะนำข้อเท็จจริงนั้นมาปรับกับบทบัญญัติของกฎหมาย การปรับใช้กฎหมายเป็นการปรับกฎที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract Law) เอามาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เป็นที่ยุติแล้ว ทำให้กฎหมายนั้นมีสภาพเป็นรูปธรรม (Concrete Law) และวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงแห่งกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อให้สอดคล้องกับอุดมคติทางกฎหมาย จึงต้องมีการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยคดีด้วย⁴⁹

ในกฎหมายไทยได้ปรากฏตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 ซึ่งบัญญัติให้มีเหตุผลประกอบคำพิพากษาว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีข้อสำคัญเหล่านี้เป็นอย่างน้อย (6) เหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” และจากคู่มือสำหรับตุลาการในการนั่งพิจารณาคดีของคณะและต่อเนื่อง ในข้อ 2.3 ได้กำหนดให้ ผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายให้เป็นองค์คณะ ให้มีความรับผิดชอบร่วมกันในคดี ตั้งแต่การนั่งพิจารณา สืบพยาน ตลอดจนทำคำพิพากษา เพื่อความถูกต้องและมีประสิทธิภาพ⁵⁰ จากบทบัญญัติและคู่มือดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาคดีอาญาไทย กฎหมายบังคับให้ผู้พิพากษาต้องให้เหตุผลในการพิพากษาคดีด้วย หากกระทำการฝ่าฝืนโดยไม่ให้เหตุผลในการพิพากษาจะเป็นการกระทำขัดต่อกฎหมาย กระบวนการนั้นจะเป็นกระบวนการที่มีขอบ ถ้าเป็นกระบวนการพิจารณาคดีที่สำคัญ และการกระทำมิชอบนั้นเป็นเรื่องร้ายแรง ย่อมทำให้กระบวนการและคำพิพากษานั้นเสียไป กรณีนี้ศาลผู้ทำคำพิพากษาไม่อาจแก้ไขคำพิพากษาได้เอง ต้องให้ศาลสูงยื่นสำนวนให้ศาลล่างแก้ไข แต่อย่างไรก็

⁴⁹ ธานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, แง่คิดในการตีความกฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2548), น.1.

⁵⁰ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือสำหรับตุลาการในการนั่งพิจารณาคดีของคณะและต่อเนื่อง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เซเว่น พรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2549), น.18.

ตามศาลสูงจะยกขึ้นกล่าวอ้างเองไม่ได้ ต้องให้คู่ความอุทธรณ์หรือฎีกาขึ้นมา หากคู่ความมิได้ยกข้อต่อสู้การไม่ให้เหตุผลของคำพิพากษา หรือคำพิพากษาที่ไม่ได้ให้เหตุผลนั้นเป็นคำพิพากษาศาลฎีกา จะทำให้คดีถึงที่สุดและคำพิพากษานั้นจะมีผลบังคับใช้ต่อไป⁵¹ อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และส่งผลให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ ด้วยเหตุดังกล่าวการให้เหตุผลในคำพิพากษาจึงมีความจำเป็นอย่างมาก ก่อนตัดสินข้อพิพาทใดศาลต้องพิจารณาไตร่ตรองหาเหตุผล⁵² ซึ่งการให้เหตุผลเป็นการตรวจสอบการทำคำพิพากษาของศาล ว่าศาลได้พิจารณาคดีอย่างรอบคอบและเป็นธรรมแล้วหรือไม่⁵³ หากได้มีการให้เหตุผลไว้ คำพิพากษานั้นมีความน่าเชื่อถือต่อประชาชน และเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือต่อองค์กรตุลาการ ด้วยการให้เหตุผลในคำพิพากษานี้ส่งผลให้ศาลไม่อาจใช้ดุลยพินิจตามอำเภอใจได้ หากไม่ได้ให้เหตุผลไว้ จะทำให้เกิดความคับข้องใจว่า เหตุใดผู้พิพากษาจึงวินิจฉัยคดีเช่นนั้น⁵⁴

สาเหตุประการหนึ่งที่คำพิพากษาไทยมักจะไม่ได้ให้เหตุผลไว้ คือ ในทางตำราไทยไม่ค่อยได้ให้ความสำคัญกับการให้เหตุผลในการทำคำพิพากษา และไม่ได้อธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 อย่างละเอียดเท่าที่ควร โดยมองแต่เพียงว่า การให้เหตุผลเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งในการทำคำพิพากษาเท่านั้น⁵⁵ และการเรียนการสอนของไทยไม่ได้ให้ความสำคัญกับการให้เหตุผลทางกฎหมายรวมถึงแนวคิดและทฤษฎีเบื้องหลังบทบัญญัติ แต่จะเน้นความสำคัญไปที่ตัวบทกฎหมายเพียงเพื่ออ้างประกอบคำพิพากษาเท่านั้น⁵⁶

⁵¹ ยงยุทธ มหินทรกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 40*, น.34.

⁵² เกษม คมสัจธรรม, “การยกเลิกการพิจารณาที่ไม่ชอบของศาลในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น.10.

⁵³ โสภณ รัตนกร, “หลักวิชาซีพนักกฎหมาย :ตุลาการ,” ใน *รวมคำบรรยายหลักวิชาซีพนักกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.63.

⁵⁴ Geoffrey A Flick, *Natural Justice*, (Sydney: Butterworths, 1979), p.87.

⁵⁵ สมหมาย ทะละภัก, *บันทึกคำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปีการศึกษา 2507* (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2514), น.295.

⁵⁶ โสภณ รัตนกร, “การศึกษากฎหมายเพื่อการพัฒนา,” *รพี 33* มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.10-13 (2533).

2.2 ผู้พิพากษาและการบิดเบือนกฎหมาย

ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี แต่หากผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีโดยมิได้เป็นไปตามกฎหมายย่อมส่งผลกระทบต่อคู่ความและสังคม การให้ผู้พิพากษามีความรับผิดชอบในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นการสมควรหรือไม่อย่างไร ก่อนพิจารณาความรับผิดชอบเช่นนั้นได้ ผู้เขียนจึงต้องศึกษาความหมายและอำนาจของผู้พิพากษาซึ่งเป็นพื้นฐาน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.1 ความหมายของผู้พิพากษา

กฎหมายกำหนดความหมายของคำว่าศาลให้รวมถึงผู้พิพากษานั้น ผู้พิพากษาก็คือ ศาล นั่นเอง เป็นแต่ไม่ได้เรียกชื่อเป็น ศาล เท่านั้น ซึ่งพิจารณาได้จากพระธรรมนูญศาลยุติธรรมที่ให้อำนาจผู้พิพากษานายเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีบางประการ⁵⁷ แต่อย่างไรก็ตามองค์กรที่ใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร มีหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาททางฝ่ายบริหารก็ไม่ใช่ศาลที่ใช้อำนาจตุลาการ⁵⁸ เว้นแต่เป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการสืบสวนสอบสวนและวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ ที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2543 ลงวันที่ 17 มีนาคม 2543⁵⁹ นอกจากนี้ศาลยังหมายความรวมถึงตุลาการผู้มิหน้าที่วินิจฉัยตัดสินคดีทั้งทางปกครองและคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ และแม้จะเป็นคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับบุคคลผู้มีตำแหน่งทางทหารกับพลเรือน เพราะการพิจารณาวินิจฉัยคดีเพื่อหาข้อยุติในข้อพิพาท เป็นการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาตัดสินชี้ขาดคดี ผู้ใช้อำนาจจึงต้องเป็นผู้มีหน้าที่ในการรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรม ดังนั้นตุลาการศาลปกครอง ตุลาการรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลทหาร ก็อยู่ภายใต้ความหมายของผู้พิพากษาเช่นกัน เมื่อทราบความหมายของศาลแล้ว เพื่อให้เกิดความชัดเจนจึงต้องพิจารณาขั้นต่อไปคือการพิจารณาความหมายของผู้พิพากษาซึ่งมีความหมายคล้ายคลึงกับศาล

พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 24 ถึงมาตรา 27 ได้กำหนดให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการพิจารณาคดีในศาลเท่านั้น เพื่อทำหน้าที่ในนามของศาลและในพระปรมาภิไธยใน

⁵⁷ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.99.

⁵⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พรินต์ติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2536), น.1501.

⁵⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38, น.17.

พระมหากษัตริย์ มิใช่กระทำเป็นการส่วนตัว⁶⁰ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1155/2506 เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้ใช้ระบบลูกขุนในการพิจารณาข้อเท็จจริง ดังนั้นนอกจากหน้าที่ในการพิจารณาข้อกฎหมายแล้ว ผู้พิพากษาก็ยังมีหน้าที่ในการพิจารณาข้อเท็จจริงอีกด้วย⁶¹ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาอาจต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ นอกจากผู้พิพากษาอาชีพที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีแล้ว ยังมีผู้พิพากษาประเภทอื่นๆที่กำหนดหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่แตกต่างกันออกไป เช่น ผู้พิพากษาอาวุโส ผู้พิพากษาประจำศาล ดะโต๊ะยุติธรรม และผู้พิพากษาสมทบ เป็นต้น สำหรับผู้ช่วยผู้พิพากษาแม้จะเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 แต่ไม่เป็นผู้พิพากษาตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมิได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ช่วยผู้พิพากษาไว้ ผู้ช่วยผู้พิพากษาจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7352/2550

ในกรณีที่คดีมีความยุ่งยากซับซ้อน มีโทษสูง หรือมีทุนทรัพย์มาก จะให้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาเพียงคนเดียวก็เป็นการไม่สมควร ทั้งความรู้ความสามารถประสบการณ์ของผู้พิพากษาแต่ละคนมีไม่เท่ากัน การร่วมพิจารณาคดีจึงมีความจำเป็นอย่างมาก เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง จึงกำหนดให้มีจำนวนผู้พิพากษาที่ต้องใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาล หรือที่เรียกว่า องค์คณะผู้พิพากษา⁶²

ผู้พิพากษาอาชีพเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีตามมาตรา 7 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม อันเป็นหน้าที่ที่พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกำหนดไว้เฉพาะจะมอบให้ผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาทำแทนมิได้ ศาลหนึ่งที่มีผู้พิพากษาหลายคน ในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงต้องมีการจ่ายสำนวนให้องค์คณะรับผิดชอบ ถ้าเป็นคดีที่มีผู้พิพากษาคนเดียวเป็นองค์คณะ ผู้พิพากษาคคนนั้นก็จะเป็นเจ้าของสำนวน แต่ถ้าองค์คณะมีผู้พิพากษาหลายคนก็ต้องมีผู้พิพากษาคคนหนึ่งเป็นเจ้าของสำนวน เรียกว่า ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน ส่วนผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของสำนวนจะเรียกว่า ผู้พิพากษาองค์คณะ⁶³ ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้รับผิดชอบคดีนั้น โดยผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะต้องให้ข้อมูลตามที่มีอยู่ในสำนวนที่เป็นองค์คณะให้เข้าใจ มิใช่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้รู้คดีเพียงผู้เดียว

⁶⁰ เพ็งอ้วง, น.147.

⁶¹ เพ็งอ้วง, น.148.

⁶² สมลักษณ์ จัดกระบวนพล, ระบบศาลและหลักทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น.51.

⁶³ ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 38, น.153.

สำหรับผู้พิพากษาสมทบ ศาลชำนาญพิเศษนอกจากมีวิธีพิจารณาแบบพิเศษ แตกต่างจากศาลธรรมดาแล้ว บางศาลยังมีองค์คณะผู้พิพากษาแบบพิเศษโดยมีบุคคลภายนอกที่มีไม่ใช่ข้าราชการตุลาการร่วมเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีด้วยในฐานะเป็นผู้พิพากษาสมทบ⁶⁴ หลักสำคัญตามกฎหมายอาญาถือว่าผู้ใดเป็นเจ้าของงานได้ต่อเมื่อนั้นเป็นข้าราชการตามกฎหมาย เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษ เมื่อผู้พิพากษาสมทบมิได้เป็นข้าราชการ ดังนั้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษที่มีผู้พิพากษาสมทบเป็นองค์คณะจึงกำหนดให้ผู้พิพากษาสมทบเป็นเจ้าของงานตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย⁶⁵ ผู้พิพากษาสมทบบมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับผู้พิพากษาอาชีพ แต่ไม่ใช่ข้าราชการประจำและไม่มีเงินเดือน เมื่อไม่ใช่ตำแหน่งประจำจึงมีวาระในการดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาสมทบเป็นองค์คณะร่วมการพิจารณาพิพากษาคดีกับผู้พิพากษาของศาลนั้นๆ ผู้พิพากษาสมทบในแต่ละศาลจะมีการกำหนดคุณสมบัติไว้ต่างกัน เช่นในศาลแรงงานกำหนดให้ผู้พิพากษาสมทบฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างมีจำนวนเท่ากัน ส่วนศาลเยาวชนและครอบครัวต้องมีผู้พิพากษาไม่น้อยกว่า 2 คน ผู้พิพากษาสมทบ 2 คนซึ่งอย่างน้อยคนหนึ่งต้องเป็นสตรี เป็นต้น⁶⁶

ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า ทั้งในอดีตและปัจจุบันผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี ต้องวางตนเป็นกลาง เพื่อหาข้อยุติอย่างเป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาประเภทใดก็ตามย่อมเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีทั้งสิ้น เพียงกำหนดอำนาจหน้าที่แตกต่างกันเท่านั้น เมื่อได้ศึกษาความหมายของผู้พิพากษาแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ สถานะของผู้พิพากษา ว่าผู้พิพากษามีสถานะทางกฎหมายเช่นใด ผู้พิพากษาเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายหรือไม่ และเป็นเจ้าพนักงานในฐานะใด เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือเจ้าพนักงานยุติธรรม โดยผู้เขียนจะกล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

2.2.2 สถานะของผู้พิพากษา

ศาลซึ่งมีความหมาย 2 นัย คือ นัยแรกคือศาลยุติธรรมอันเป็นสถาบัน และนัยที่สองคือผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี ในกรณีนี้ผู้เขียนจะศึกษาสถานะของผู้พิพากษาที่เป็นตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี และสถานะของผู้พิพากษาเป็นปัจจัยในการกำหนดความรับผิดชอบในการกระทำของผู้พิพากษา ดังนั้นผู้เขียนจึงทำการศึกษาระบบออกเป็นการศึกษาสถานะของผู้พิพากษาต่างประเทศ และสถานะของผู้พิพากษาของประเทศไทย เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบและเป็นแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบ

⁶⁴ เห่งอ้าง, น.164.

⁶⁵ เห่งอ้าง.

⁶⁶ สมลักษณ์ จัดกระบวนพล, อ้างแล้ว เห่งอรรถที่ 62, น.49-50.

ในต่างประเทศมีแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษาที่ว่า ผู้พิพากษา คือข้าราชการของรัฐเมื่อมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย จึงถือว่าเป็นความผิดในฐานะที่เป็นผู้แทนรัฐ โดยอำนาจของฝ่ายตุลาการเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ ผู้พิพากษาศาลาการทั้งหลายจึงเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจรัฐ⁶⁷

เดิมก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ปี พ.ศ. 2558 คำว่า เจ้าพนักงาน มิได้บัญญัตินิยามไว้ในกฎหมายอาญา ซึ่งเดิมผู้ใช้กฎหมายได้ตีความคำว่า เจ้าพนักงาน โดยการอ้างอิงจากคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 700/2490 ได้ให้ความหมายคำว่า เจ้าพนักงาน หมายถึงผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยทางการของประเทศไทย ให้ปฏิบัติราชการของไทย คำว่า เจ้าพนักงาน ตามคำพิพากษาดังกล่าวจึงต้องประกอบด้วย การแต่งตั้ง และการปฏิบัติราชการ

นอกจากนี้ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้อธิบายว่า เจ้าพนักงานหมายถึง ผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย หมายความว่า เจ้าพนักงานต้องมีกฎหมาย ระบุถึงวิธีการแต่งตั้งไว้และได้มีการแต่งตั้งให้ถูกต้องตามกฎหมาย การแต่งตั้งต้องได้รับการแต่งตั้งจากผู้มีอำนาจแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย ผ่านวิธีการและเป็นไปตามระเบียบแบบแผนที่กฎหมาย กำหนด การแต่งตั้งตามกฎหมายนั้นมีทั้งการแต่งตั้งตามกฎหมายทั่วไป และการแต่งตั้งตามกฎหมาย เฉพาะ การแต่งตั้งตามกฎหมายทั่วไป ได้แก่ การแต่งตั้งโดยกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการ แผ่นดิน เช่น พระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เจ้าพนักงานต้องได้รับการแต่งตั้ง ตามกฎหมายนั้นที่กำหนดไว้ นอกจากนี้การแต่งตั้งเจ้าพนักงานต้องประกอบด้วย การแต่งตั้งให้ปฏิบัติ หน้าที่ราชการหรือปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย อาจกำหนดโดยกฎหมายทั่วไปซึ่งพิจารณาจาก วัตถุประสงค์และสภาพส่วนราชการ เช่น พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา เป็นต้น หรือกฎหมายเฉพาะที่จัดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ให้เจ้าหน้าที่ทำหน้าที่เฉพาะ กิจการนั้น ก็ได้ เช่น หน้าที่ในการเก็บรักษาทรัพย์ เป็นต้น

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้อธิบายว่า เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมาย อาญา หมายความว่า ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ทางฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นข้าราชการการเมือง หรือ ข้าราชการประจำรวมถึงฝ่ายตุลาการและฝ่ายรัฐสภาด้วย แต่ไม่รวมถึงผู้มีอำนาจในทางนิติบัญญัติ เช่น สมาชิกวุฒิสภา เว้นแต่จะเป็นการบัญญัติไว้เฉพาะ เช่น ในกรณีความผิดเกี่ยวกับเจ้าพนักงาน ยุติธรรม ในหมวด 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการ เท่านั้น แต่หากไม่ได้กำหนดเฉพาะว่าเป็นเจ้าพนักงานฝ่ายไหนก็ให้รวมความว่าเป็นทั้ง เจ้าพนักงาน

⁶⁷ R.Dhavan R.Sudarshan and S.Khurshid(eds.), Judge and the Judicial Power, (Bombay N.M.Tripathi, 1985), p.27.

ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ เช่น ตามมาตรา 289(3) แห่งประมวลกฎหมายอาญา สำหรับกรณีภายในฝ่ายตุลาการ เจ้าพนักงานยุติธรรม คือ ศาล พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี พนักงานสอบสวน เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา ซึ่งเจ้าพนักงานยุติธรรมได้กระทำความผิดแต่มิใช่ความผิดตามลักษณะ 3 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรมเป็นการเฉพาะ ก็ให้พิจารณาความผิดตามลักษณะ 2 อันเป็นการกระทำทางปกครองโดยทั่วไป ซึ่งหากเจ้าพนักงานยุติธรรมได้กระทำความผิดตามลักษณะ 2 ก็ต้องมีความรับผิดตามที่บัญญัติลักษณะ 2 กำหนดไว้ด้วย⁶⁸

สำหรับคำตอบแทนของเจ้าพนักงานนั้นมิได้ถือกันว่า คำตอบแทนเป็นส่วนหนึ่งในความเป็นเจ้าพนักงาน ผู้ที่ไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทน แต่ได้รับการแต่งตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดนั้น ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานได้ มิต้องคำนึงถึงคำตอบแทนแต่อย่างใด⁶⁹

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของ เจ้าพนักงาน ว่า เป็นบุคคลซึ่งกฎหมายระบุไว้ชัดว่าเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายลักษณะอาญาหรือประมวลกฎหมายอาญา หรือเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือชั่วคราว และไม่ว่าจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเพื่อการนั้นหรือไม่⁷⁰

แต่ศาลฎีกาได้นำเอาความเป็น “ข้าราชการ” เข้ามาเป็นเงื่อนไขในการเป็นเจ้าพนักงาน ถ้าผู้ใดไม่ใช่ข้าราชการแล้วศาลฎีกาเห็นว่าผู้นั้นย่อมไม่เป็นเจ้าพนักงาน ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 358-359/2500 ที่ว่าเสมียนพนักงานของสำนักงานท่องเที่ยว กรมประชาสัมพันธ์ไม่เป็นข้าราชการพลเรือน จึงไม่เป็นเจ้าพนักงาน ในกรณีนี้ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ไม่เห็นด้วยกับศาลฎีกา เนื่องจากการเป็นข้าราชการเป็นการแสดงฐานะของบุคคลตามกฎหมายปกครอง เช่นเดียวกับการมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่ง อันเป็น ประธานแห่งสิทธิ (Rechtssubjekt หรือ subject of right หรือ subject of law) เมื่อบุคคลใดเป็นข้าราชการ บุคคลนั้นก็มิมีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยราชการ แต่ความผิดทางอาญา เป็นเรื่องของวัตถุของการคุ้มครอง (Schutzobjekt หรือ

⁶⁸ จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), น.1325.

⁶⁹ ปณิตา ไรจน์ภานิช, “ขอบเขตความรับผิดของเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ: ศึกษาการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น.57.

⁷⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.49.

object of protection) มิใช่พิจารณาคุ้มครองตัวบุคคล แต่คุ้มครองความดีความชอบของอำนาจรัฐ บุคคลบางคนจึงอาจใช้อำนาจรัฐโดยไม่จำเป็นต้องเป็นข้าราชการก็ได้⁷¹

ภายหลังจากการประกาศพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 เพื่อความชัดเจนในความหมายของ เจ้าพนักงาน จึงได้มีการบัญญัตินิยาม คำว่า เจ้าพนักงาน ไว้ในมาตรา 3 โดยให้เพิ่มความตามมาตรา 1(16) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่” จากการกำหนดดังกล่าว มีหลักการและองค์ประกอบเช่นเดียวกับที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น กล่าวคือ เจ้าพนักงานต้องได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายหรือแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยไม่คำนึงถึงระยะเวลาหรือค่าตอบแทนที่ได้รับ

จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงาน ตามกฎหมาย โดยทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นหน้าที่ราชการตามมาตรา 7 แห่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประกอบกับมาตรา 24 ถึงมาตรา 27 ได้กำหนดให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการพิจารณาคดีในศาล เพื่อทำหน้าที่ในนามของศาลและในพระปรมาภิไธย โดยไม่ต้องคำนึงว่า ผู้พิพากษาได้ทำงานเป็นระยะเวลาานเท่าใดและได้รับค่าตอบแทนเท่าใด ผู้พิพากษาจึงเป็น เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(16) ซึ่งในปัจจุบันแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้เห็น ด้วยกับแนวความคิดนี้

2.2.3 อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา

อำนาจตุลาการ คือ หลักการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทและอำนวยความยุติธรรม ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ จึงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตัดสินข้อพิพาท แต่อำนาจ ของผู้พิพากษามีได้มีเพียงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น เนื่องจากผู้ใช้อำนาจทางตุลาการ หรือผู้พิพากษามีลักษณะเป็นองค์กร มีความเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ การบริหารงานภายในองค์กร ตุลาการจึงเกิดขึ้น เช่น การบริหารงบประมาณ กิจการภายใน การติดต่อกับองค์กรภายนอก เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ผู้พิพากษาจึงมีอำนาจในการบริหารงานภายในองค์กรด้วย อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาจึง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจหน้าที่ในงานส่วนราชการและอำนาจหน้าที่ในงานส่วนตุลาการ

⁷¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2559), น.123.

2.2.3.1 อำนาจหน้าที่ในส่วนธุรการ

อำนาจหน้าที่ในงานธุรการเป็นอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการของศาลซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี หรืออาจเรียกอีกอย่างว่า อำนาจหน้าที่ในการบริหาร เพื่อให้เห็นความแตกต่างของอำนาจหน้าที่ในส่วนบริหาร จึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ของประเทศอังกฤษกับประเทศไทย

ในประเทศไทย อำนาจในส่วนบริหาร เป็นงานส่งเสริมตุลาการและงานวิชาการ อันเป็นงานสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้ศาลยุติธรรม งานบริหารธุรการเป็นงานอิสระและมีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม⁷² เรียกว่าสำนักงานศาลยุติธรรม มีหน้าที่รับผิดชอบงานธุรการ งานค้นคว้าวิชาการให้แก่ผู้พิพากษา การประสานงานกับหน่วยงานราชการต่างๆ และงานอื่นใดที่ได้รับมอบหมายจากศาลยุติธรรม ตามมาตรา 7 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม⁷³ นอกจากนี้ยังมีงานบริหารอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการบริหารงานศาล โดยอำนาจหน้าที่นี้มิใช่อำนาจในการทั่วไปของข้าราชการตุลาการ แต่เป็นอำนาจเฉพาะของข้าราชการตุลาการในบางตำแหน่ง เช่น ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น เป็นต้น มีหน้าที่รับผิดชอบในราชการศาลให้เป็นไปโดยเรียบร้อย รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนคดี เรียกคืนหรือโอนสำนวนคดีแก่องค์คณะผู้พิพากษา ตามมาตรา 33 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543⁷⁴ สำหรับผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งพิเศษ เช่น คณะกรรมการ

⁷² มาตรา 5 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ให้มีสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระ มีฐานะเป็นนิติบุคคล

⁷³ มาตรา 7 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ให้สำนักงานศาลยุติธรรมจัดให้มีเจ้าหน้าที่ประจำศาลยุติธรรมทุกแห่ง ให้เพียงพอที่จะรับผิดชอบงานธุรการ งานช่วยค้นคว้าทางวิชาการแก่ผู้พิพากษา รวมถึงตลอดทั้งการประสานงานกับส่วนราชการต่าง ๆ และงานอื่นใดตามที่ศาลยุติธรรมมอบหมาย

⁷⁴ มาตรา 33 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 การเรียกคืนสำนวนคดีหรือการโอนสำนวนคดีซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบขององค์คณะผู้พิพากษาใด ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น หรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล จะกระทำได้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่จะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาหรือพิพากษาอรรถคดีของศาลนั้น และรองประธานศาลฎีกา รองประธาน

ตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม หรือคณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม (ก.ศ.) มีอำนาจในฐานะของคณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งมีใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี⁷⁵

การใช้ดุลพินิจในทางบริหาร เนื่องจากศาลเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐ จึงมีอำนาจในการบริหารกิจการภายในองค์กร อันเป็นอำนาจเฉพาะของข้าราชการตุลาการบางตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจในการบริหาร การใช้ดุลพินิจในการบริหารขององค์กรตุลาการก็เหมือนกับการใช้ดุลพินิจในการบริหารขององค์กรอื่นๆ ซึ่งอาจมีการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเกิดขึ้นได้ เช่น การจัดซื้อจัดจ้างอุปกรณ์ของสำนักงานต่างๆ การประมูลราคาในการสร้างอาคาร การใช้ดุลพินิจในการเลื่อนชั้น การโยกย้าย ซึ่งมักจะถูกล่ามำหาว่ากระทำโดยทุจริตหรือกระทำมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 4881/2541 ความว่า ตำแหน่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 เป็นตำแหน่งที่มีอำนาจบริหารที่ให้คุณโทษแก่ผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ธุรการได้ พร้อมทั้งเป็นผู้ควบคุมดูแลการประชุมของคณะกรรมการตุลาการให้เป็นไปโดยเรียบร้อย การที่จำเลยซึ่งเป็นประธานในที่ประชุมได้ใช้อำนาจของประธานมีคำสั่งให้เลื่อนการพิจารณาการแต่งตั้งข้าราชการตุลาการซึ่งที่ประชุมตุลาการไม่เห็นด้วยกับการเลื่อนประชมนั้น เนื่องจากจำเลยต้องการปรึกษากับรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมและเป็นเรื่องสำคัญ และเพื่อให้สอดคล้องกับพระราชกระแสที่ว่า การเลื่อนประชุมออกไปเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม จำเลยพิจารณาตามความเหมาะสมและเหตุผลแล้ว จำเลยจึงไม่มีเจตนาถลำแก่งัดใจก่แต่อย่างใด ทั้งที่จำเลยก็รู้อยู่แล้วว่าใจทงมีโทษทางวินัยอยู่ จะไม่นำเรื่องใจทงที่เข้าที่ประชุมก็ได้ จำเลยไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157⁷⁶

สำหรับอำนาจในการบริหารนั้น เป็นอำนาจทางธุรการเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในศาล การทำงานสอดคล้องเป็นกระบวนการ และการติดต่อกับหน่วยงานอื่นๆ อย่างเป็นระบบ องค์กรตุลาการดำรงอยู่และเคลื่อนไหวได้เนื่องจากอำนาจบริหารนี้เอง แต่อย่างไรก็ตาม

ศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น หรือผู้พิพากษาในศาลจังหวัดหรือศาลแขวง ที่มีอาวุโสสูงสุดในศาลนั้น แล้วแต่กรณี ที่มีได้เป็นองค์คณะในสำนวนคดีดังกล่าวได้เสนอความเห็นให้กระทำได้

⁷⁵ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, “ความรับผิดชอบแห่งของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.31.

⁷⁶ ปณิตา โรจนภานิช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 69*, น.99-100.

อำนาจหน้าที่หลักของผู้พิพากษาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ. 2560 มาตรา 188⁷⁷ คือ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เพื่อหาข้อยุติอย่างเป็นธรรม หรือที่เรียกกันว่า อำนาจในทางตุลาการ

2.2.3.2 อำนาจหน้าที่ในส่วนตุลาการ

ในประเทศไทย อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาเป็นอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นอำนาจหน้าที่หลักของผู้พิพากษา โดยแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก การบริหารจัดการคดีเป็นอำนาจของผู้พิพากษาในส่วนที่มีใช้การนำบทบัญญัติของกฎหมายมาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี แต่เป็นการใช้อำนาจในการกำหนดแนวทางและควบคุมการพิจารณา และเป็นวิธีการที่ใช้เพิ่มประสิทธิภาพและลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี โดยการแยกช่องทางการดำเนินคดีตามความซับซ้อนและระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินคดีและกำหนดวิธีการดำเนินคดีแต่ละประเภทตามความเหมาะสม อำนาจในการบริหารจัดการคดีของผู้พิพากษานั้นจึงเป็นเสมือนเครื่องมือที่ใช้ควบคุมทิศทางแห่งคดี ตามกฎหมายไทยอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาปรากฏในหลาย ๆ ส่วน เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดประเด็นข้อพิพาท การกำหนดวันเวลาในการนั่งพิจารณา การเลื่อนคดี เป็นต้น อำนาจหน้าที่ดังกล่าวจึงมีผลต่อการพิจารณาคดีของศาล หากการบริหารจัดการเป็นไปด้วยดี จะทำให้กระบวนการยุติธรรมมีประสิทธิภาพ แต่หากการดำเนินการบริหารจัดการไม่ดี กระบวนการพิจารณาคดีก็เป็นอันตรายความ เป็นธรรมและขาดประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน⁷⁸

ประเภทที่สอง การพิจารณาพิพากษาคดี อำนาจหลักที่สำคัญของผู้พิพากษาคือ อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีด้วยความ เป็นธรรม มีความรับผิดชอบ และมีความเท่าเทียมกันในการให้ความยุติธรรมแก่คู่ความ⁷⁹

การใช้ดุลยพินิจในทางตุลาการ การใช้ดุลยพินิจหมายถึง ความสามารถในการ อำนาจที่จะตัดสินออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาทางเลือกหลายๆอย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดให้

⁷⁷ มาตรา 188 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

⁷⁸ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.32.

⁷⁹ *เพ็ญอ้าง*, น.33.

ทำได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย⁸⁰ เนื่องจากข้อเท็จจริงทางคดีมีความแตกต่างกัน ทำให้การวินิจฉัยคดีไม่ได้เหมือนกันหมด กฎหมายจึงให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจในการปรับข้อความกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการพิพากษาอรรถคดี ดุลพินิจในทางตุลาการ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ดุลพินิจในข้อความกฎหมายและดุลพินิจในข้อเท็จจริง⁸¹

ประเภทแรกคือ ดุลพินิจในข้อความกฎหมาย กฎหมายบัญญัติให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดความเหมาะสมหรือตามที่เห็นสมควรได้ แต่การใช้ดุลพินิจของศาลก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กฎหมายกำหนดเงื่อนไขและขอบเขตไว้เช่นในใตการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาก็จำกัดอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นนั้น เช่น การถอนฟ้องภายหลังจำเลยยื่นคำให้การตามมาตรา 175 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้พิพากษาจะมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่ก็ได้ แต่มีข้อจำกัดว่า ห้ามมิให้ศาลอนุญาตโดยไม่ได้ฟังจำเลยหรือผู้ร้องสอด หากผู้พิพากษาอนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้องโดยมิได้ฟังจำเลย การใช้ดุลพินิจนั้นก็เป็นการใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้คำสั่งถอนฟ้องเป็นคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมาย สำหรับดุลพินิจที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขหรือขอบเขตไว้ ผู้พิพากษาจะพิจารณาตามความเหมาะสมและเห็นสมควรตามความเป็นธรรม เช่น การยื่นขยายระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 23 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง นอกจากนี้การใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่ในกรณีนั้นด้วย เช่น ผู้พิพากษามีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ผู้กระทำผิดไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนหรือได้รับโทษจำคุกแต่เป็นความผิดที่เกิดโดยประมาทหรือเป็นความผิดลหุโทษ และการรอกการลงโทษก็ต้องใช้ข้อเท็จจริงพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจด้วย ข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาคือ⁸² ประการแรกสภาพส่วนตัวของผู้กระทำผิด เช่น อายุ ประวัติดุสิตปัญญา ภาวะแห่งจิต สุขภาพ เป็นต้น ประการที่สองสภาพแห่งความผิด ว่าความผิดที่กระทำนั้นมีความร้ายแรงหรือไม่ และ ประการสุดท้ายคือเหตุอื่นอันควรปราณี ข้อเท็จจริงทั้งสามประการนี้ ผู้พิพากษาต้องใช้ประกอบดุลพินิจในการรอลงอาญา เงื่อนไขเหล่านี้เป็นตัวกำหนดเงื่อนไขของอำนาจ

⁸⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 60ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์: การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง โดยองค์กรตุลาการ, (2531), น.200.

⁸¹ ปณิตา โรจนภานิช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 69*, น.101-102.

⁸² อุทิศ แสนโกศิก, “การรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษ,” *อัยการนิเทศ* ฉบับที่ 1 เล่มที่ 31, น.60 (2521).

ศาล และการใช้ดุลพินิจต้องหลีกเลี่ยงการให้เหตุผลในลักษณะอัตวิสัย คือ การใช้เหตุผลตามความรู้สึกของผู้พิพากษาเอง แต่ใช้เหตุผลที่เป็นภววิสัย คือ ใช้เหตุผลตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ⁸³

ประการที่สอง ดุลพินิจในข้อเท็จจริง การตัดสินชี้ขาดข้อเท็จจริงเป็นงานที่มีความสำคัญของผู้พิพากษา เนื่องจากตามความจริงการปรับบทกฎหมายจะส่งผลให้คดีเป็นไปในทางใดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ศาลรับฟัง ซึ่งเรื่องดังกล่าวมีความไม่แน่นอนพอที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนได้ จึงได้กำหนดให้เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง การใช้ดุลพินิจจึงมีความสำคัญ ไม่ใช่สามารถใช้ได้อย่างอำเภอใจ แต่ผู้พิพากษาต้องมองพยานหลักฐานและชั่งน้ำหนักความสำคัญของพยานหลักฐานนั้น การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นจะพิจารณาว่าสิ่งนั้นมีความน่าเชื่อถือเพียงใด ขึ้นอยู่กับความน่าจะเป็นไปได้ ความปกติหรือผิดปกติ ความสอดคล้องและสมเหตุสมผลกับพยานหลักฐานอื่นที่ปรากฏ พยานหลักฐานอย่างหนึ่งผู้พิพากษาอาจแปลความหมายแตกต่างกันออกไป และไม่สามารถหามาตรฐานใดมาวัดได้ อย่างไรก็ตามการที่สามัญชนทั่วไปเห็นเป็นส่วนใหญ่ถูกต้องตรงกัน ผู้พิพากษาก็ย่อมชั่งน้ำหนักตามพยานหลักฐานของสามัญชนทั่วไปดังกล่าวแล้ววินิจฉัยให้เป็นไปตามพยานหลักฐานที่ปรากฏ⁸⁴

การพิพากษาคดีอาจทำให้คู่ความถูกลงโทษ ได้รับประโยชน์หรือเสียประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นอำนาจที่มีผลกระทบต่อคู่ความอย่างมาก การพิจารณาพิพากษาคดีจึงต้องได้รับการยอมรับว่าถูกต้องและเที่ยงธรรม ซึ่งกฎหมายเป็นสิ่งที่ดีในสังคมให้การยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเที่ยงธรรม ดังนั้นการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงต้องเป็นไปตามกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 188 ซึ่งบัญญัติว่าการพิจารณาพิพากษารรคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

2.2.4 มาตรการตรวจสอบตุลาการ

ผู้พิพากษาย่อมต้องมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีให้เกิดความเป็นธรรม โดยการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นธรรมได้นั้น ผู้พิพากษาต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลใดๆ ผู้พิพากษาจึงจำเป็นต้องมีหลักประกันในความเป็นอิสระของตุลาการ แต่ในกรณีที่ผู้พิพากษามีได้กระทำตามกฎหมาย เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อ คู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือของตุลาการ เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายดังกล่าวขึ้นจึงต้องมีมาตรการควบคุมตุลาการ แต่มาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมในการควบคุมตุลาการแตกต่างกัน เพราะมาตรการทั้งหลายย่อมมีผลกระทบต่อหลักความเป็นอิสระ

⁸³ ปณิตา โรจน์ภานิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 69*, น.103-104.

⁸⁴ *เฟิงอ้วง*, น.105.

ของตุลาการ การเลือกใช้มาตรการทั้งหลายจึงต้องพิจารณาถึงประสิทธิภาพและความเหมาะสม ประกอบ มาตรการควบคุมตุลาการแบ่งออกได้เป็น 3 มาตรการ คือ มาตรการควบคุมทางวินัย มาตรการควบคุมทางอาญา และมาตรการควบคุมทางแพ่ง

2.2.4.1 มาตรการตรวจสอบทางวินัย

มาตรการทางวินัย เป็นการจัดระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้พิพากษา ของระบบตุลาการอาชีพ โดยกำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของผู้พิพากษาซึ่งอาจบัญญัติอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบผู้พิพากษา หรืออยู่ในรูปประมวลจริยธรรม (Code of Conduct) โดยเนื้อหาของบรรทัดฐานดังกล่าวไม่ได้มีความแตกต่างกันมาก แต่สิ่งที่ต่างกันคือระบบการพิจารณา ลงโทษทางวินัย⁸⁵ ปรากฏเป็น 2 รูปแบบ คือ ระบบการพิจารณาแบบปิดของสหรัฐอเมริกา และระบบ การพิจารณาแบบเปิดของฝรั่งเศส

ระบบการพิจารณาแบบปิดของสหรัฐอเมริกา (Self-Regulation System) ตามประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาเล่มที่ 28 ว่าด้วยฝ่ายตุลาการและวิธีพิจารณาคดี (Title 20 Judiciary and Judicial Procedure) หมวดที่ 16 การร้องเรียนและการลงโทษทางวินัย ผู้พิพากษา (Chapter 16 Complaints Against Judges And Judicial Discipline) เป็นการลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาสหรัฐอเมริกา โดยผู้พิพากษาในระดับศาลชั้นต้นสหพันธ์และศาลอุทธรณ์สหพันธ์ เท่านั้นที่เป็นผู้อยู่ภายใต้ระบบนี้⁸⁶

ระบบการพิจารณาแบบเปิดของฝรั่งเศส (Participation System) ระบบ เปิดคือ ระบบที่ใช้กระบวนการพิจารณาคดีแบบเปิดเผยในการพิจารณาความผิดทางวินัยของ ผู้พิพากษาแบบเดียวกับการพิจารณาคดีในศาล ฝรั่งเศสนำระบบนี้มาใช้ในการปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2010⁸⁷

2.2.4.2 มาตรการตรวจสอบทางอาญา

การควบคุมทางอาญา คือ การกำหนดความรับผิดและโทษ แก่ผู้พิพากษา ซึ่งกระทำการบิดเบือนกฎหมาย วินิจฉัยคดีไม่เป็นไปตามกฎหมาย หรือลงโทษบุคคลเกินกว่าที่ กฎหมายกำหนด โดยคำนึงถึงทฤษฎีการกำหนดความรับผิด และทฤษฎีการลงโทษ แนวทางการ กำหนดความรับผิดอาญาของผู้พิพากษาจำแนกได้ 2 แนวทาง คือ ความรับผิดอาญาสำหรับ

⁸⁵ ฤทธิภักดิ์ กัลยาณภัทรศิษย์, “การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.352-353.

⁸⁶ เห่งอ้าง, น.353.

⁸⁷ เห่งอ้าง, น.356.

ผู้พิพากษาในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ และ ความรับผิดชอบอาญาสำหรับผู้พิพากษาในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์

ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ มีมาแต่ยุคสมัยกฎหมาย 12 โต๊ะ (Twelve Tables) สมัยอาณาจักรโรมันมาจนถึงในยุคกลาง ความรับผิดชอบอาญาเป็นความผิดพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมาย 2 ประเภท⁸⁸ ได้แก่ ความรับผิดชอบฐานการตัดสินคดีโดยอคติ (Favoritism; Gratia) และการรับสินบน (Bribery; Pecunia) กฎหมายต้องการห้ามปรามการกระทำทางตุลาการที่ทำลายความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อองค์กรตุลาการในการอำนวยความยุติธรรม⁸⁹ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ในมาตรา 339 ให้ผู้พิพากษารับผิดชอบในกรณีวินิจฉัยไม่เป็นไปตามกฎหมายโดยอำเภอใจ และรวมถึงกรณีผู้พิพากษาใช้อำนาจเกินกว่าเหตุ⁹⁰

แต่สำหรับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ยึดถือหลักความคุ้มกันของฝ่ายตุลาการ (Judicial Immunity) ผู้พิพากษาจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลจากสาเหตุการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ เพื่อรักษาความเป็นอิสระของตุลาการ หากผู้พิพากษาก่อการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ของตนแล้ว ผู้พิพากษาจะได้รับการปกป้องจากการดำเนินคดีอาญา⁹¹

2.2.4.3 มาตรการตรวจสอบทางแพ่ง

การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในการพิจารณาวินิจฉัยคดีอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ ไม่ว่าความเสียหายดังกล่าวจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม การเยียวยาความเสียหายก็เป็นส่วนหนึ่งในการให้ความเป็นธรรมต่อบุคคล ซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ได้กำหนดรับรองสิทธิทางกระบวนการพิจารณาเพื่อเยียวยาความเสียหาย ปรากฏในมาตรา 8 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย โดยศาลของประเทศซึ่งมีเขตอำนาจ เนื่องจาก

⁸⁸ David S. Clark, “The Selection and Accountability of Judges in West Germany : Implementation of a Rechtsstaat” *Southern California Law Review* 61, p.1842.

⁸⁹ ฤทธิรักษ์ กัลยาณภัทรศิษฐ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 85*, น.351.

⁹⁰ *เพ็งอ้าง*, น.352.

⁹¹ Abimbola A. Olowofoyekku, *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*, (Oxford : Clarendon Press, 1993), p.75.

การกระทำใดๆ อันละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมาย”⁹² และตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) ได้กำหนดให้รัฐภาคีปฏิบัติการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการล่วงละเมิดโดยข้อ 3 ของมาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า “3. รัฐภาคีแห่งกติกานี้แต่ละรัฐรับที่จะ (ก) ให้ความมั่นใจว่าบุคคลถูกละเมิดสิทธิย่อมได้รับการบำบัดแก้ไข (ข) ให้ความมั่นใจว่าบุคคลที่แสวงหาทางบำบัดแก้ไข ย่อมได้รับการดำเนินการให้การบำบัดแก้ไขทางศาล (ค) ให้ความมั่นใจว่าเมื่อได้ยอมรับแก้ไขบำบัดแล้ว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจบังคับให้บังเกิดผลจริงจัง”⁹³

จากบทบัญญัติทั้งหลายที่กล่าวมานั้น บุคคลที่ได้รับความเสียหายย่อมสามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายดังกล่าวได้ ในแถบประเทศซีวิลลอว์ได้กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางแพ่งเฉพาะในกรณีของการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยจงใจเท่านั้น แต่บางประเทศได้ขยายขอบเขตความรับผิดชอบครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้พิพากษาก่อทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และอาจมีบางประเทศครอบคลุมไปถึงการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดา แต่สำหรับกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ ผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเด็ดขาด คู่ความไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้พิพากษารับผิดชอบต่อกรณีที่ได้ละเลย

⁹² Article 8 Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law.

⁹³ Article 2

3. Each State Party to the present Covenant undertakes :

(a) to ensure that any person whose right or freedom as herein recognized are violate shall have an effective remedy, not with standing that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) to ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

(c) to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

หรือฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายได้ เพราะต้องการรักษาไว้ซึ่งความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษา⁹⁴

2.2.5 การบิดเบือนกฎหมาย

การบิดเบือนกฎหมาย ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Perversion of justice ซึ่งหมายถึงการบิดเบือนความยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตามในบางประเทศการใช้คำนี้อาจรวมถึง การให้การเท็จ เบิกความเท็จ และการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ในความหมายที่แท้จริงนั้นนิยมใช้คำว่า Bending the law แปลว่า การบิดเบือนกฎหมาย หรือในบางกรณีใช้คำว่า Bending the right แปลว่า การบิดเบือนสิทธิ และในภาษาเยอรมันใช้คำว่า Rechtsbeugung ซึ่งแปลความได้ว่า การบิดเบือนกฎหมาย การใช้คำว่า Bending นั้นมีบันทึกว่าคำนี้แสดงถึงความต้องการในการบิดเบือนกฎหมายมากกว่าการบิดเบือนแบบทั่วไป และบ่งบอกถึงระดับความรุนแรงของการกระทำความผิดที่มากกว่าปกติ⁹⁵ การบิดเบือนกฎหมายจึงหมายความว่า การดำเนินการที่ตรงกันข้าม ขัดหรือแย้งกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏหรือการดำเนินการที่ตรงกันข้าม ขัดหรือแย้งกับที่กฎหมายบัญญัติ⁹⁶ หรืออ้างข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จหรือทำการลงมติหรือตัดสินอันเป็นเท็จสำหรับเป็นพื้นฐานในการตัดสิน⁹⁷ หรือทำการพิจารณาตัดสินคดีที่ทำให้เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁹⁸ สำหรับในประมวลกฎหมายอาญาแห่งสเปนได้บัญญัติไว้ว่า การบิดเบือนกฎหมายเป็นการใช้กฎหมายโดยอำเภอใจหรือโดยพลการ⁹⁹

การบิดเบือนกฎหมายไม่ได้หมายถึงการออกจากแนวบรรทัดฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำใดแม้จะไม่ใช่ไปตามแนวบรรทัดฐานที่กฎหมายกำหนดแต่หากไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย การกระทำนั้นก็มีใช่การบิดเบือนกฎหมาย

⁹⁴ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 75*, น.80-85.

⁹⁵ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *Criminal Law A Comparative approach*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 638.

⁹⁶ Chinese criminal code, Articles 399.

⁹⁷ Argentine penal code, Section 269.

⁹⁸ German penal code, Section 339.

⁹⁹ Spain penal code, Articles 404.

2.3 แนวคิดในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา

ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษาเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา หากผู้พิพากษากระทำการใดอาจเกิดผลกระทบต่อผู้อื่น ผู้พิพากษาถูกฟ้องร้องเนื่องจากการกระทำดังกล่าวอาจกระทบต่อการตัดสินใจอย่างเป็นธรรมของผู้พิพากษาได้ ดังนั้นจึงต้องมีหลักการมารับประกันการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา แต่ในทางกลับกันหากผู้พิพากษากระทำการเกินกว่าที่กฎหมายอันเป็นที่ยอมรับในสังคม ผู้พิพากษาก็ต้องรับผิดในการกระทำดังกล่าว ดังนั้นผู้เขียนจึงศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดของผู้พิพากษา กับแนวคิดฝ่ายที่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา

2.3.1 แนวคิดฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา

แนวคิดฝ่ายที่ไม่สนับสนุน เนื่องจากผู้พิพากษาเมื่อได้รับการฟ้องร้อง จะส่งผลกระทบต่อความเที่ยงธรรมในการพิพากษาตัดสินคดี ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวคิดในการปกป้องมิให้ผู้พิพากษาถูกฟ้องร้องหรือถูกควบคุมจากอำนาจใดหรือผู้ใด และการคุ้มครองผู้พิพากษาจะมีขอบเขตเพียงใด การคุ้มครองจะรวมไปถึงการกระทำโดยประมาทของผู้พิพากษาหรือไม่ โดยปรากฏหลักการที่ไม่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา ดังนี้

2.3.1.1 หลัก The King can do no wrong

ในรูปแบบการปกครองโดยพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ถือเป็นประมุขของรัฐ มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ เพื่อความมั่นคงของรัฐ การกระทำของพระมหากษัตริย์ผู้ปกครองจึงไม่เป็นความผิดต่อกฎหมาย พระมหากษัตริย์ได้รับเอกสิทธิและความคุ้มกัน (Crown's servants) ทำให้พระมหากษัตริย์อยู่ในฐานะที่ผู้ใดก็ไม่อาจฟ้องร้องได้ เรียกหลักการดังกล่าวว่า หลัก The king can do no wrong หลักการนี้มีต้นกำเนิดจากประเทศอังกฤษและมีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน เนื่องจากประเทศอังกฤษมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ดังนั้นหลักการนี้จึงเป็นหลักการที่สนับสนุนอำนาจในการปกครองของพระมหากษัตริย์ ภายหลังเมื่อกิจการบ้านเมืองเริ่มขยายตัวมากขึ้น การปกครองด้วยพระมหากษัตริย์เพียงผู้เดียวจึงเป็นภาระที่หนัก พระมหากษัตริย์จึงทรงมอบอำนาจของพระองค์ให้แก่ข้าราชการที่ทรงแต่งตั้งขึ้นให้เป็นผู้ตัดสินคดี การตัดสินคดีจึงเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ ประกอบกับเหตุที่พระมหากษัตริย์มีอำนาจสูงสุดไม่มีผู้ใดฟ้องร้องได้ ข้าราชการที่ได้รับมอบอำนาจซึ่งเป็นของพระมหากษัตริย์จึงไม่อาจถูกฟ้องร้องได้เช่นกัน ด้วยเหตุที่ข้าราชการไม่อาจถูกฟ้องร้องได้ ข้าราชการจึงไม่มีความรับผิดใดๆ หากการกระทำของข้าราชการเกิด

ความเสียหายและหากประชาชนต้องการฟ้องร้อง ประชาชนผู้นั้นต้องขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตกับพระมหากษัตริย์ก่อน¹⁰⁰

2.3.1.2 หลักความคุ้มกันทางตุลาการ (Judicial Immunity)

หลักความคุ้มกันทางตุลาการ (Judicial Immunity) ถูกยกขึ้นมาอ้างโดยฝ่ายที่ต้องการปกป้องตุลาการจากการฟ้องร้องและความรับผิด หลักความคุ้มกันทางตุลาการเป็นหลักสากลที่แต่ละประเทศกำหนดไว้เช่นเดียวกัน ต่างกันก็เพียงแต่ขอบเขตความคุ้มกันของแต่ละประเทศที่ขยายมากน้อยไม่เท่ากัน เพื่อให้เข้าใจหลักความคุ้มกันจึงต้องศึกษาถึงความหมายและวิวัฒนาการของหลักความคุ้มกันทางตุลาการ

(1) ความหมายของหลักความคุ้มกันทางตุลาการ

เนื่องจากหลักการ The King can do no wrong เป็นหลักการที่ให้อำนาจแก่พระมหากษัตริย์อย่างสูงสุด ผู้ใดจะฟ้องร้องมิได้ ข้าราชการที่ได้รับมอบอำนาจจากพระมหากษัตริย์ก็เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะข้าราชการตุลาการที่ได้รับมอบอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี และด้วยเหตุที่ตุลาการไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือมีความรับผิดได้ ก่อให้เกิดหลักความคุ้มกันทางตุลาการ (Judicial Immunity) โดยหลักความคุ้มกันทางตุลาการมีลักษณะดังนี้ คือ ให้ผู้พิพากษาสามารถแสวงหาความจริงได้โดยไม่ต้องหวาดกลัว เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการให้มีความบริสุทธิ์ยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ เพื่อปกป้องการพิจารณาคดีให้เป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม เพื่อสร้างความเป็นอิสระแก่ฝ่ายตุลาการ เพื่อคุ้มครองความเป็นที่สุจริตของคำพิพากษาแต่ในขณะเดียวกันก็ยังไม่ให้สิทธิคู่ความในการอุทธรณ์คดีใหม่และทบทวนคำพิพากษา¹⁰¹

ในประเทศอังกฤษมีความยึดมั่นในหลักความคุ้มกันทางตุลาการอย่างมาก และกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันก็ให้ความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดแก่ผู้พิพากษาทั้งในศาลอุทธรณ์และในศาลสูงเพื่อผู้พิพากษาศาลสูงไม่ต้องถูกฟ้องจากการปฏิบัติหน้าที่ แม้จะมีการฟ้องร้องเกิดขึ้นก็ไม่ประสบความสำเร็จเพราะมีความคุ้มกันอย่างเด็ดขาดปกป้องอยู่ การไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้ไม่ต้องรับผิดในการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ของตน เพราะเป็นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของรัฐ หากผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความเกรงกลัวผลที่เกิดขึ้น รัฐก็จะได้รับประโยชน์จากการพิจารณาคดี คือ ความเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นการกระทำส่วนตัวของผู้พิพากษาศาลสูงและการกระทำดังกล่าวได้รับความคุ้มกัน แม้จะไม่มีเจตนาจำเป็นและขัดกับ

¹⁰⁰ ปณิตา โรจนภานิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 69*, น.68.

¹⁰¹ สุนิสา อธิชัยโย, “ความรับผิดของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.34.

หลักการปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐ การให้ความคุ้มกันเสมือนว่ารัฐได้ช่วยเหลือผู้พิพากษาและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ผู้เสียหายจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรม แม้ความเสียหายที่แท้จริงไม่ได้เกิดจากอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่แทนพระมหากษัตริย์¹⁰²

(2) วิวัฒนาการของหลักการความคุ้มกันทางตุลาการ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการความคุ้มกันทางตุลาการได้นำมาใช้ครั้งแรกในคดี Bradley V Fischer อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายโดยทนายความคนหนึ่งต่อผู้พิพากษาศาลสูงสหรัฐอเมริกาเนื่องจากตนถูกเพิกถอนสิทธิในการเป็นทนายความอย่างไม่ถูกต้อง โดยมีรายละเอียดดังนี้

ในการพิจารณาคดีของ John H. Suratt ซึ่งเป็นผู้ลอบฆาตกรรมประธานาธิบดี Lincoln โดยมีทนาย Joseph H. Bradley รับหน้าที่เป็นผู้แก้ต่างให้ Suratt ส่วนผู้พิพากษา George P. Fisher เป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีคดีนี้ ภายหลังจากการพิจารณาคดี Bradley ได้พูดจากับศาลในลักษณะที่ดูถูกและหยาบคาย พร้อมทั้งกล่าวหาว่าศาลได้ยื่นข้อเสนอให้แก่ตัวเขาตั้งแต่เริ่มเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาปฏิเสธว่ามีได้กระทำการเช่นนั้น และยืนยันต่อ Bradley ว่าการรับพิจารณาคดีของศาลได้แสดงให้เห็นแล้วว่าตัวศาลเองนอกเหนือจากความเคารพแล้วก็ไม่มีความรู้สึกใดๆ ต่อคดีนี้ แต่อย่างไรก็ตาม Bradley ไม่ยอมรับคำแก้ตัวของศาล และข่มขู่ศาลว่าจะฟ้องร้องศาลเพื่อให้ถูกลงโทษเนื่องจากกรณีเหตุส่วนตัว ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลไม่สามารถสร้างคุณธรรมหรือดำรงตนอยู่ได้ หากผู้พิพากษาต้องถูกลงโทษเนื่องจากกรณีเหตุส่วนตัวทุกครั้งก็คู่กรณีเกิดความไม่พอใจในการพิจารณาคดี ความผิดของ Bradley เป็นสิ่งหนึ่งที่ไม่อาจบรรเทาโทษ ไม่สามารถมองข้าม หรือไม่อาจยกเว้นไม่ลงโทษได้ ดังนั้น Fisher ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนี้ได้มีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิในการเป็นทนายความของ Bradley¹⁰³

ผู้พิพากษา Fisher ถูก Bradley กล่าวหาจากการกระทำดังกล่าว โดยข้อกล่าวหาแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ ประการแรก จำเลยมีคำสั่งที่ถูกบันทึกไว้ในรายงานการประชุมของศาลอาญาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของศาลสูงที่สุดกล่าวว่า "ข้อความต่างๆที่มีอยู่ในคำสั่งเป็นสิ่งที่ไม่จริงและ

¹⁰² H. Street, Governmental Liability: A Comparative study (New York: Cambridge at the University Press, 1953), p.41.

¹⁰³ Supreme Court of the United States, "Bradley v. Fisher, 80 U.S. 335 (1871)," p.1, Retrieved on July 19, 2017, from [https://1.next.westlaw.com/Document/lb46f732bb5f811d9bc61beebb95be672/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://1.next.westlaw.com/Document/lb46f732bb5f811d9bc61beebb95be672/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

ได้รับการปฏิเสธ” และจำเลยกล่าวว่าตนมีหลักฐานยืนยันการคัดค้านในคำสั่งดังกล่าวและแสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษาไม่มีเขตอำนาจศาลและผู้พิพากษาระงับด้วยความมั่งร่ำรวยและทุจริต ในส่วนของหลักฐานที่ได้รับเป็นหลักฐานที่จำเลยมีอำนาจและดุลพินิจในการออกคำสั่งและจำเลยไม่สามารถมีความรับผิดชอบในการกระทำอันเป็นเรื่องส่วนตัวในการพิจารณาคดีได้ ศาลที่พิจารณาคดีจึงสั่งคณะลูกขุนว่าโจทก์ คือ Bradley ไม่มีสิทธิรื้อฟื้นคดีเดิมขึ้นมาใหม่ คณะลูกขุนได้มีคำชี้ขาดและพิพากษาตามคำสั่งของศาลว่าการยื่นฟ้องของโจทก์เป็นการยื่นฟ้องที่ผิดพลาด¹⁰⁴

ศาลที่พิจารณาคดีนี้ได้รับคำสั่งจากศาลสูงให้นำเอาชื่อของนายความ Bradley กลับไปไว้ในบัญชีการเป็นนายความของศาลที่ตนถูกเพิกถอนสิทธิการเป็นนายความ พร้อมทั้งศาลที่พิจารณาคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า ในขณะที่ศาลอาญายังคงเป็นอิสระและแยกออกมาจากศาลสูงดังกล่าว และการกระทำที่นายทำต่อผู้พิพากษาของศาลอาญา คำสั่งนั้นไม่มีอำนาจเป็นการเพิกถอน Bradley ออกได้ ชื่อของ Bradley จึงไม่ได้ถูกเพิกถอนออกตั้งแต่แรก สภาคองเกรสได้วินิจฉัยว่า คำสั่งของศาลอาญาถือว่าเป็นคำสั่งของศาลสูงด้วย ซึ่งแม้ว่าผลของคำตัดสินของคดี Bradley และข้อโต้แย้งที่ว่าคำสั่งของศาลอาญาไม่ได้เป็นคำสั่งเพิกถอนโจทก์จากการเป็นนายโดยศาลสูงโดยไม่คำนึงถึงสาเหตุอื่นใดที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้โจทก์ได้อ้างว่าจำเลยได้สร้างคำให้การในข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จและไม่สุจริต การสร้างเรื่องดังกล่าวมีข้อความที่ผิดไปจากเดิมและเป็นการหลอกลวง ซึ่งในบางเรื่องไม่มีเหตุการณ์ที่กล่าวอ้างเกิดขึ้นเลย การกระทำนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ตนเองมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาได้ หลักฐานที่โจทก์เสนอและศาลปฏิเสธโดยตรงมีแนวโน้มที่จะถูกถือว่าเป็นการลงโทษจากการดูหมิ่นหรือเป็นการลงโทษการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในการปฏิบัติงานซึ่งเป็นรูปแบบคำสั่งที่ไม่มีความแน่นอน¹⁰⁵

การยกเว้นความรับผิดชอบในการกระทำเกิดได้ในกรณีที่ผู้ประพฤติดัดได้ชัดขวางการบริหารงานยุติธรรม แต่สำหรับบุคคลที่เคยมีชื่ออยู่ในเนติบัณฑิต การข่มขู่ต่อศาลหรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจเช่นเดียวกับผู้พิพากษา ไม่เป็นความผิดทางอาญาทั้งในการปฏิบัติงานและการดูหมิ่นศาลแต่อย่างใด ถ้าการกระทำผิดกฎหมายโดย Bradley ถูกเพิกถอนจากการเป็นนายความเนื่องจากเป็นความประพฤติไม่ดีในการปฏิบัติงาน Bradley ควรได้รับการแจ้งเตือนและเปิดโอกาสให้ได้แก้ต่างก่อน แต่อย่างไรศาลต้องยอมรับในกรณีนี้ศาลได้พิจารณาคดีอย่างรวบรัดเกินไป แต่ก็ได้เป็นการใช้อำนาจโดยพลการ การแจ้งเตือนโดยใช้หมายเรียกและการเปิดโอกาสให้ได้แก้ต่างเป็นหลักการพื้นฐานที่ศาลไม่อาจละเลยได้ ดังนั้นจำเลยจึงไม่มีเขตอำนาจในการออกคำสั่งแก้

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

โจทก์ และเมื่อไม่มีเขตอำนาจ คำสั่งจึงเป็นโมฆะตั้งแต่แรก เนื้อหาทั้งหมดของหลักการถูกระบุไว้ในคำแถลงการณ์ของศาลสูงประเทศสวิตเซอร์แลนด์ซึ่งเก็บรวบรวมข้อมูลและหลักการที่ชี้แจงว่าต้องมีการบันทึกแสดงให้เห็นว่าถ้าศาลได้ดำเนินการโดยไม่แจ้งแก่บุคคลที่ถูกลงโทษ การตัดสินลงโทษจะถือเป็นโมฆะ¹⁰⁶

โจทก์เป็นสมาชิกคนหนึ่งของเนติบัณฑิตแห่งศาลสูงแห่งโคลัมเบียและจำเลยเป็นหนึ่งในผู้พิพากษาของศาลที่พิจารณาคดี John H. Suratt จำเลยถือได้ว่าเป็นประธานศาลในการพิจารณาคดีของ Suratt ตั้งแต่เริ่มคดีและโจทก์เป็นหนึ่งในทนายความที่ปกป้องผู้ต้องหา ทันทีที่การหมุดวาระของคณะลูกขุน ศาลซึ่งพิจารณาโดยจำเลยจึงมีคำสั่งอันเป็นการกระทำโดยมิชอบและทุจริต สุตท้ายศาลสูงมีคำสั่งให้ Bradley ได้รับสิทธิในการเป็นทนายค้ำ ศาลสูงสหรัฐได้รับการยกเว้นจากความรับผิดที่กระทำขึ้นภายในเขตอำนาจศาลของตน¹⁰⁷

จากคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหลักความคุ้มกันทางตุลาการมีรากฐานมาจากคอมมอนลอว์และลงรากฝังลึกอยู่ในระบบกฎหมาย หลักการนี้มีความสำคัญที่สุดสำหรับการบริหารความยุติธรรมของตุลาการ ทำให้เจ้าหน้าที่ปราศจากความรับผิดในการใช้อำนาจของตนแต่อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวเป็นการทำลายความเป็นอิสระ ทำให้ศาลไม่มีความน่าเชื่อถือและขาดการเคารพ¹⁰⁸ ภายหลังหลักการความคุ้มกันทางตุลาการได้ขยายไปยังศาลต่างๆหลายมรัฐและขยายไปถึงบุคคลอื่นๆที่ช่วยเหลือการปฏิบัติงานของศาลด้วย

2.3.2 แนวคิดฝ่ายที่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา

เนื่องจากแนวคิดที่ว่าการกระทำของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี หากเป็นการกระทบกับผู้อื่นหรือก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้พิพากษาย่อมต้องมีความรับผิด ดังนั้นจึงก่อให้เกิดแนวคิดในการที่ผู้พิพากษาสามารถถูกฟ้องร้องและมีความรับผิดจากการกระทำของตนได้ แนวคิดฝ่ายที่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษามีความเกี่ยวข้องกับหลักการดังต่อไปนี้

หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ หลักการนี้ปรากฏในมาตรา 20 (2) แห่งกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน หลักการนี้เรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติตามภารกิจและใช้อำนาจโดยผูกพันกับกฎหมาย การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการจะต้องผูกพันต่อบัญญัติของกฎหมายที่

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ เกรียงศักดิ์ อรุณพงศ์พิศาล, “ความรับผิดทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น.73.

ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนประชาชน¹⁰⁹ กฎหมายในที่นี้ คือ รัฐธรรมนูญ กฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาและกฎหมายลำดับรอง รวมถึงกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายหลักทั่วไป ดังนั้นการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว

ในการพิจารณาบรรทัดนี้ ฝ่ายตุลาการจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยอำเภอใจมิได้ ผู้พิพากษาต้องไม่พิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ผู้พิพากษาต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมาย ฝ่ายตุลาการต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกันให้ตรงกับข้อเท็จจริงแต่ละกรณีที่เกิดขึ้น และฝ่ายตุลาการมีความผูกพันต่อกฎหมายที่ต้องใช้ดุลยพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆทั้งสิ้น¹¹⁰

หากบทบัญญัติที่ผู้พิพากษาต้องใช้ในการตัดสินคดีนั้นเป็นบทบัญญัติอันไม่เป็นธรรม ผู้พิพากษามีอำนาจในการตีความบทบัญญัตินั้นให้สอดคล้องกับความยุติธรรมตามหลักนิติวิธี เมื่อตีความแล้วเห็นว่าบทบัญญัตินั้นไม่เป็นธรรม ขึ้นต่อไปผู้พิพากษาต้องตรวจสอบว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่พลเมืองของรัฐ หากบทบัญญัตินั้นปรากฏว่ามีความไม่เป็นธรรม ผู้พิพากษาต้องหยุดการพิจารณาคดีและส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากหลักนิติรัฐไม่อนุญาตให้ผู้พิพากษาปฏิเสธกฎหมายที่ตนเห็นว่าไม่ยุติธรรมอย่างลอยๆ¹¹¹

การผูกพันต่อกฎหมายของผู้พิพากษาไม่ได้หมายความว่า ผู้พิพากษาไม่สามารถพัฒนาหรือสร้างเสริมกฎหมายได้ ผู้พิพากษายังมีอำนาจในการตีความบทบัญญัติกฎหมาย มีอำนาจในการเทียบเคียงกฎหมาย (Analogy) ตลอดจนนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ การนำหลักนิติรัฐกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องผูกพันต่อกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาปฏิเสธการใช้กฎหมายหรือบิดเบือนกฎหมายโดยอำเภอใจ¹¹²

¹⁰⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.26.

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง.

¹¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการเรียนการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.176.

¹¹² เพิ่งอ้าง.

สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนให้มีความรับผิดชอบของผู้พิพากษานั้น อ่างหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ ตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่กระนั้นก็ยังต้องผูกพันต่อกฎหมายไม่ว่าระดับใดก็ตามดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไม่ได้ และจะพิจารณาพิพากษาคดีเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือตรงข้ามกับที่กฎหมายกำหนดไม่ได้เช่นกัน สืบเนื่องมาจากหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการได้กำหนดไว้ให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีต้องผูกพันต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ไม่อาจปฏิเสธไม่พิจารณาคดีหรือบิดเบือนกฎหมายตามอำเภอใจได้

เนื่องจากฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้มีความรับผิดชอบของผู้พิพากษาได้อ้างหลัก The king can do no wrong และหลักความคุ้มกันทางตุลาการ เนื่องจากหลักการ The king can do no wrong เป็นหลักการที่ให้อำนาจแก่พระมหากษัตริย์อย่างสูงสุด ผู้ใดจะฟ้องร้องมิได้ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นตำแหน่งข้าราชการที่ได้รับมอบอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีจากพระมหากษัตริย์ก็เช่นเดียวกัน ด้วยเหตุที่พระมหากษัตริย์ไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือมีความรับผิดชอบได้ ผู้พิพากษาผู้ได้รับมอบอำนาจจึงไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือมีความรับผิดชอบได้เช่นกัน ก่อให้เกิดหลักความคุ้มกันทางตุลาการ (Judicial Immunity) เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถแสวงหาความจริงได้โดยไม่ต้องหวาดกลัวต่ออิทธิพลหรือการฟ้องร้องคดีใดๆ เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการว่ามีความบริสุทธิ์ยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้หากมีการวินิจฉัยคดีที่ผิดพลาดไป คู่ความก็ยังสามารถอุทธรณ์คดีไปยังศาลลำดับสูงกว่าเพื่อให้เกิดการวินิจฉัยคดีใหม่ได้

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดหลักความคุ้มกันทางตุลาการไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด แม้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุดก็มิได้ปรากฏหลักการดังกล่าว อนึ่ง หลักความคุ้มกันทางตุลาการนั้นเป็นหลักการที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากคอมมอนลอว์มีป่อเกิดทางกฎหมาย คือ คำพิพากษาในคดีก่อนๆ ที่ได้ตัดสินไว้แล้ว การตัดสินคดีหลังที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกับในคดีก่อนหรือคล้ายคลึงกับในคดีก่อนจึงต้องเป็นไปตามคดีก่อนเสมอ ดังนั้นคำพิพากษาของศาลจึงเป็นกฎหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ผู้พิพากษาจึงสามารถกำหนดกฎหมายได้โดยทำเป็นคำพิพากษาและผู้พิพากษามีอิสระในการกำหนดกฎหมายเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยแก่ประชาชน แต่ในทางกลับกันประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตุลาการไม่อาจก้าวก้าวอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจในการบัญญัติกฎหมายได้ ผู้พิพากษาในประเทศไทยจึงไม่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายขึ้นเอง ดังนั้นผู้พิพากษาย่อมต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้บัญญัติไว้ตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ ซึ่งปรากฏในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 188 วรรคสอง ความว่า ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดี

ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง ดังนั้นการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจึงต้องผูกพันต่อกฎหมายทั้งปวง

อำนาจย่อมมาพร้อมกับความรับผิดชอบ ไม่มีการใช้อำนาจใดของรัฐ ที่ผู้ใช้อำนาจนั้น ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการใช้อำนาจของตน ความรับผิดชอบนั้นอาจปรากฏได้ในหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบทางการเมือง หรือทางกฎหมาย ซึ่งทางกฎหมายก็มีทั้งความรับผิดชอบทางอาญา ทางปกครอง และทางแพ่ง เนื่องจากภารกิจขององค์กรตุลาการคือการอำนวยความยุติธรรมให้กับสังคม ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจแห่งรัฐ การใช้อำนาจดังกล่าวในการพิจารณาพิพากษารรคดีย่อมเป็นไปในทางที่ถูกต้องและเป็นธรรม ผู้พิพากษาจึงเป็นดั่งตัวแทนแห่งความยุติธรรมอันเต็มเปี่ยมภารกิจทางตุลาการจึงเป็นที่เชื่อถือและได้รับความไว้วางใจมาโดยตลอด แต่กระนั้นการที่ผู้พิพากษาใช้อำนาจในนามของความยุติธรรมพร้อมทั้งมีหลักความคุ้มกันของผู้พิพากษาเป็นเกราะคุ้มกัน และข้อเท็จจริงที่ว่าผู้พิพากษาก็เป็นมนุษย์ที่อาจมีความลำเอียงส่วนบุคคลและอคติทางการเมือง บางประการเช่นเดียวกับบุคคลอื่น¹¹³ ส่งผลให้มีแนวโน้มที่จะเกิดการใช้อำนาจอย่างไม่ถูกต้องได้ด้วยเหตุนี้ผู้พิพากษาจึงต้องมีความรับผิดชอบในกรณีที่ผู้พิพากษาใช้อำนาจโดยมิชอบหรือใช้อำนาจในการพิจารณาคดีไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายอันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.4 หลักการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจตุลาการ

ระบบการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจตุลาการ แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ตามหลักความรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการ ดังนี้

2.4.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงสถาบัน

การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงสถาบันเป็นการควบคุมตามความพร้อมรับผิดชอบในเชิงสถาบัน (Institutional Accountability) อันเป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในฐานะสถาบันที่รับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะ (Judicial Services) ผู้พิพากษาตุลาการ และเจ้าหน้าที่ต่างๆ เพื่อระงับข้อพิพาทของประชาชนในรัฐ โดยในแง่นี้การถ่วงดุลและการตรวจสอบจะเป็นการถ่วงดุล

¹¹³ เรย์มอนด์ แวคส์, กฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา, แปลโดย ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โอเพ่นเวิร์ล, 2555), น.183-184.

และตรวจสอบโดยฝ่ายปกครอง แต่ไม่รวมถึงการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาศาล การถ่วงดุลนี้แบ่งออกได้เป็น 2 ประการ¹¹⁴

ประการแรก การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ การจัดองค์กรที่ทำหน้าที่รับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการ โดยต้องพิจารณาว่า การจัดทำบริการสาธารณะสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนหรือไม่ การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และต้องมีการถ่วงดุลตรวจสอบมิให้เกิดการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของผู้พิพากษา¹¹⁵

ประการที่สอง การจัดระเบียบผู้พิพากษา หรือการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษา มุ่งไปที่การกำหนดกฎเกณฑ์การคัดเลือก การดำรงตำแหน่ง การเปลี่ยนแปลงตำแหน่ง และการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา การจัดระเบียบอย่างมีประสิทธิภาพ ต้องสามารถคัดเลือกผู้ที่มีความรู้ความสามารถจริงๆ เข้าสู่ตำแหน่ง และการมีระบบควบคุมผู้พิพากษาไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่ออกนอกขอบเขตของกฎหมาย ระบบนี้จึงต้องมีกลไกป้องกันไม่ให้เกิดการจัดระเบียบนั้นแทรกแซงความเป็นอิสระของตุลาการ¹¹⁶

2.4.2 การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงองค์กร

การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงองค์กร คือ การควบคุมในเรื่องการใช้อำนาจตุลาการหรือการถ่วงดุลและตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีของศาล การถ่วงดุลและตรวจสอบประเภทนี้มีความใกล้ชิดกับการแทรกแซงความเป็นอิสระของตุลาการมากที่สุด การถ่วงดุลและตรวจสอบประเภทนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่¹¹⁷

ประเภทแรก การถ่วงดุลและตรวจสอบก่อนมีคำพิพากษา คือ การถ่วงดุลและตรวจสอบในกระบวนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี โดยเริ่มเมื่อมีการยื่นคำคู่ความมาให้ศาลพิจารณา การตรวจสอบถ่วงดุลนี้จึงหมายถึงการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี ประกอบด้วย ระบบการจ่ายสำนวน ระบบควบคุมความเป็นกลาง และระบบถ่วงดุลอำนาจองค์กรคณะผู้พิพากษา¹¹⁸

¹¹⁴ ฤทธิภัฏ กัลยาณภัทรศิษฏ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 85*, น.55.

¹¹⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.55-56.

¹¹⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.56.

¹¹⁷ *เพ็ญอ้าง*.

¹¹⁸ *เพ็ญอ้าง*, น.57.

ประการที่สอง การตรวจสอบหลังมีคำพิพากษา คือ การตรวจสอบหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาออกมาแล้ว โดยระบบการตรวจสอบนี้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ระบบการตรวจสอบทางตุลาการ คือ การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการโดยฝ่ายตุลาการเอง เช่น การอุทธรณ์ (Appeal) เป็นการร้องขอให้ศาลที่มีลำดับชั้นสูงกว่าพิจารณาคำพิพากษาของศาลในลำดับที่ต่ำกว่า อันเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องผิดพลาดของคดี ส่วนอีกระบบหนึ่งเรียกว่า การตรวจสอบทางการเมือง (Political Review) อันเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกตุลาการอันเป็นระบบที่ไม่ได้ถูกกำหนดไว้เป็นกิจจะลักษณะ¹¹⁹

2.4.3 การถ่วงดุลและตรวจสอบพฤติกรรมขององค์กรตุลาการ

การถ่วงดุลและการตรวจสอบพฤติกรรมขององค์กรตุลาการ มุ่งไปที่การตรวจสอบความประพฤติปฏิบัติของผู้พิพากษา ทั้งในขณะปฏิบัติหน้าที่และนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ การถ่วงดุลตรวจสอบเช่นนี้กระทำโดยการกำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของผู้พิพากษาไว้ล่วงหน้า และมีระบบกลไกเพื่อวินิจฉัยว่าผู้พิพากษามีความประพฤติที่แตกต่างไปจากบรรทัดฐานที่กำหนดไว้หรือไม่ อาจเรียกได้ว่าเป็น การกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษา¹²⁰

การถ่วงดุลตรวจสอบรูปแบบนี้ มีความละเอียดอ่อน ตรงที่การให้อำนาจแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวในการให้โทษแก่ผู้พิพากษาได้มีมากเกินไป จะส่งผลให้ผู้มีอำนาจดังกล่าวแทรกแซงการทำงานของผู้พิพากษา หรือใช้ผู้พิพากษาเป็นเครื่องมือเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว การกำหนดความรับผิดชอบจึงต้องมีความสมดุลกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษา¹²¹

¹¹⁹ เฟ็งอ๋าง, น.57-58.

¹²⁰ เฟ็งอ๋าง, น.59.

¹²¹ เฟ็งอ๋าง.

บทที่ 3

กฎหมายเยอรมันที่เกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา

ในการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาย่อมมีการใช้อำนาจที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย การใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด หรือที่เรียกกันว่า การบิดเบือนกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าว และเพื่อไม่ให้มีการใช้อำนาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่พึงมีพึงได้ตามกฎหมาย จึงต้องมีการควบคุมอำนาจตุลาการ การควบคุมอำนาจตุลาการมีด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ มาตรการตรวจสอบทางวินัย และมาตรการตรวจสอบทางอาญา โดยในกรณีนี้ผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน

3.1 มาตรการตรวจสอบทางวินัย

การปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปในกรอบในทางปฏิบัติ และเป็นไปโดยมีความน่าเชื่อถือ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐจึงต้องได้รับการควบคุมมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นไปในแนวเดียวกัน การควบคุมมาตรการดังกล่าวเรียกว่า มาตรการตรวจสอบทางวินัย การปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ย่อมต้องได้รับการควบคุมตรวจสอบโดยกฎหมายและองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรภายในของตุลาการเอง หรือองค์กรอิสระภายนอก โดยผู้เขียนขอศึกษากฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อนำมาเปรียบเทียบและปรับใช้กับกฎหมายประเทศไทย

การควบคุมทางวินัยในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นการควบคุมโดยไม่มีองค์กรควบคุมตุลาการโดยเฉพาะ กล่าวคือ ไม่มีคณะกรรมการตุลาการในการควบคุมการทำงานของผู้พิพากษา แต่บทบัญญัติกฎหมายเองจะเป็นตัวควบคุมและกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดไว้ให้ปฏิบัติตาม นอกจากนี้ยังให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อันเป็นศาลสูงสุดของประเทศเป็นผู้กำหนดความผิดและการลงโทษทางวินัยของข้าราชการตุลาการ มาตรการตรวจสอบทางวินัยของตุลาการมีได้ดังต่อไปนี้

3.1.1 กระบวนการบรรจุแต่งตั้ง

กระบวนการบรรจุแต่งตั้งของข้าราชการตุลาการในเยอรมัน แบ่งออกเป็นสามมลรัฐและสหพันธรัฐ ในมลรัฐจะใช้ระบบการคัดเลือกตามหลักสูตรที่กฎหมายกำหนด ส่วนในระดับสหพันธรัฐใช้ระบบสรรหาเพื่อต้องการบุคคลากรที่มีทั้งวิญญูและคุณวุฒิเพื่ออำนวยความสะดวกได้ อย่างถูกต้อง¹

ผู้พิพากษาในศาลมลรัฐแบ่งออกได้เป็น ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นและผู้พิพากษาศาลสูง โดยมีระบบการแต่งตั้งและบรรจุดังนี้

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นมีสภาพอย่างข้าราชการ นักศึกษานิติศาสตร์ต้องผ่านการสอบเนติบัณฑิตขั้นที่ 2 (Staatsexam II) ของรัฐ โดยต้องสอบประกาศนียบัตรทางกฎหมายสาขาวิชากฎหมายแพ่งและวิธีพิจารณาความแพ่ง สาขาวิชากฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา สาขาวิชามหาชน และวิธีพิจารณาความปกครอง รวมถึงวิชารัฐธรรมนูญ และสัมมนากฎหมายที่มหาวิทยาลัยไม่น้อยกว่า 8 ภาคการศึกษา เมื่อผ่านแล้วจึงจะมีสิทธิสอบเนติบัณฑิตขั้นแรก (Staatsexam I) หากนักศึกษาสอบผ่านจะได้รับการเรียกว่า Referender เมื่อผ่านเนติบัณฑิตขั้นแรกจะต้องเข้าฝึกงานที่สำนักอัยการ ศาลต่างๆ และสำนักงานทนายความ โดยจะต้องสอบผ่านทุกขั้นตอน จากนั้นจึงจะมีสิทธิสอบเนติบัณฑิตขั้นที่ 2 (Staatsexam II) ผู้ผ่านการทดสอบนี้จะได้เป็น Assessor แล้ว สามารถเข้าประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ คุณสมบัติของผู้พิพากษา อัยการ หรือนิติกรของรัฐจึงมีลักษณะอย่างเดียวกัน² นักกฎหมายจึงสามารถเป็นผู้พิพากษาเมื่อยังอายุน้อยได้ โดยในระยะแรกมีการทดลองงานก่อน 3 ปี ภายหลังจากนี้แล้วจะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาถาวร และดำรงตำแหน่งไปจนเกษียณอายุราชการ ผู้พิพากษาศาลมลรัฐได้รับการแต่งตั้งโดยหัวหน้าฝ่ายมลรัฐ (Ministerpräsident หรือ Bürgermeister) โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีของมลรัฐ (Staatsregierung) การแต่งตั้งเป็นไปตามมาตรา 98 ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้สิทธิมลรัฐที่จะออกกฎหมาย ให้รัฐของตนการดำเนินการจัดหาผู้พิพากษา โดยผู้ถูกคัดเลือก จะ ถูกตัดสินโดย

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 1 ตอนที่ 1, น.92 (เมษายน 2520).

² Wolfgang Heyde, The Administration of Justice in the Federal Republic of Germany, (Bonn: Press and Information Office of the Federal Government, 1971), pp. 57-60.

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งมลรัฐ ร่วมกับคณะผู้คัดเลือกผู้พิพากษา ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวมาจากตัวแทนของสมาชิกสภาแห่งรัฐ ผู้พิพากษา และทนายความ³

ในกรณีผู้พิพากษาศาลสูงจะมีความแตกต่างออกไป คือ มีระบบเปิดให้คัดเลือกนักกฎหมายจาก ทนายความ อัยการ หรือข้าราชการได้โดยคำนึงถึงความเหมาะสม มีหลักเกณฑ์การกำหนดเรื่องอายุและการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายที่มีระดับสูงกว่า หรืออาจใช้วิธีการสรรหาโดยคณะกรรมการที่เชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ เพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่การพิจารณาคดี⁴

ผู้พิพากษาในศาลสหพันธรัฐ เป็นศาลชั้นสุดท้ายในการพิจารณาอุทธรณ์ได้แย้งคำวินิจฉัยของศาลสูงมลรัฐหรือพิจารณาคดีที่ฟ้องโต้แย้งโดยตรงต่อศาลสหพันธรัฐ การบรรจุแต่งตั้งจะทำการคัดเลือกจากคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาประกอบด้วยรัฐมนตรีของมลรัฐต่างๆ และอีกครั้งหนึ่งเป็นผู้แทนจากที่ได้รับการคัดเลือกจากสภาแห่งสหพันธ โดยใช้ระบบ d'Hont system ในการกำหนดจำนวนผู้แทนแต่ละพรรค เมื่อคัดเลือกผู้พิพากษาได้แล้วจะทำการยื่นเรื่องเพื่อให้ประธานาธิบดีเป็นผู้ทำการแต่งตั้งต่อไปตามมาตรา 95 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949⁵

3.1.2 การลงโทษทางวินัย

ข้าราชการตุลาการนอกจากข้าราชการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้กระทำในตำแหน่งหน้าที่หรือนอกเหนือตำแหน่งหน้าที่โดยฝ่าฝืนต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หรือฝ่าฝืนต่อระบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง เมื่อสภาแห่งสหพันธรัฐร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญ หากมีมติไม่น้อยกว่าสองในสามเห็นว่าผู้พิพากษานั้นกระทำความผิดวินัย หรือกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็สั่งให้โยกย้ายผู้พิพากษานั้นให้ไปดำรงตำแหน่งที่อื่น ให้ออกจากตำแหน่ง ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่นำมาใช้กับข้าราชการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเสมือนกับรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีของสหพันธรัฐ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมทางวินัย⁶

³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.92-93.

⁴ กมล แจ่มสุข, “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของคณะกรรมการศาลยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น.100.

⁵ *เพ็งอ้าง*, น.101.

⁶ กมลชัย รัตนสากวงศ์, “รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน: 4 ประเด็นสำคัญ,” บทบัณฑิตย, น.30 (เมษายน 2540).

3.1.3 การออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่ง ข้าราชการตุลาการ

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติกฎหมายแม่บทไว้เป็นหลัก มีการตั้งคณะกรรมการชุดพิเศษ โดยมีกรรมการจากฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการร่วมกันเป็นคณะกรรมการในการกำหนดหลักเกณฑ์อันมีผลกระทบต่อสถานะกฎหมายของบุคคล การกำหนดให้มีผู้แทนจากอำนาจทั้งสามเพื่อเชื่อมโยงกับอำนาจอธิปไตย และเป็นการถ่วงดุลอำนาจฝ่ายตุลาการ⁷

3.2 มาตรการตรวจสอบทางอาญาโดยการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในเยอรมัน

หากการกระทำใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกระทำนั้นย่อมต้องได้รับการป้องปรามมิให้กระทำอีก มาตรการที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะไม่ให้ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นการจำกัดสิทธิของผู้กระทำอย่างมาก การจำกัดสิทธินั้นเรียกว่า มาตรการทางอาญา การบิดเบือนกฎหมายเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของคู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือของตุลาการ สมควรหรือไม่ที่จะใช้มาตรการทางอาญาในการกำหนดให้การบิดเบือนกฎหมายเป็นความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งหากพิจารณาถึงกฎหมายต่างประเทศสามารถพิจารณาตามประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศอังกฤษ

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็ได้มีการรับรองหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตามมาตรา 20 (3) ว่าในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ ส่วนการใช้อำนาจบริหารและตุลาการผูกพันโดยกฎหมายและความยุติธรรม⁸ อันเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐที่จำกัดอำนาจตุลาการไว้ให้อยู่ภายใต้กฎหมายและเจตนารมณ์กฎหมายเท่านั้น ดังนั้นประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีบทบัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ตั้งแต่ครั้งประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐต่างๆในเยอรมัน เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐ Württemberg ในปี ค.ศ. 1839 ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐ Braunschweig และ Hannover ในปีค.ศ. 1840 และเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปจาก

⁷ กมล แจ่มสุข, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.102.

⁸ Grundgesetz Artikel 20(3) "(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden." (ในส่วนนี้ตั้งแต่หน้า 67-108 ผู้เขียนขอขอบคุณ นางสาวศศิภา พกษญาจันทร์ ที่กรุณาช่วยแปลและเรียบเรียงเฉพาะในส่วนภาษาเยอรมัน)

ประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซีย (Preußischen Strafgesetzbuch) ในปี ค.ศ. 1851 และมีการรับมาบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญาสำหรับสมาพันธรัฐเยอรมันเหนือ (der Norddeutsche Bund) และในประมวลกฎหมายอาญาแห่งจักรวรรดิ (das Reichsstrafgesetzbuch) ตามลำดับและในเวลาต่อมาปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch ; StGB) มาตรา 336 ภายหลังจากในปี 1997 ได้มีการแก้ไขให้อยู่ในมาตรา 339 ตราฉบับปัจจุบัน ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญในการควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา โดยมีวิวัฒนาการที่สำคัญ ดังนี้

3.2.1 ประวัติความเป็นมาของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

ในทางข้อเท็จจริงมีเพียงเหตุการณ์สองเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาที่จะได้รับการพิจารณาตามกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา โดยแบ่งได้ออกเป็น 2 ยุค ดังนี้

3.2.1.1 ยุคหลังจากการล่มสลายของระบอบการปกครองนาซี

หลักของกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษาในระบอบการปกครองที่มีการกดขี่ประชาชน มีทั้งในคดีระหว่างประเทศและคดีภายในประเทศซึ่งมีในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองจบลง คดีระหว่างประเทศที่สำคัญคือ คดีในศาลทหารของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับข้อกล่าวหาคดีความยุติธรรมของเจ้าหน้าที่ชั้นสูงในระบบกฎหมายนาซี ข้อกล่าวหาดังกล่าวถูกตรวจสอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาผู้ถูกกล่าวหาถูกตัดสินในข้อหาก่ออาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ส่วนใหญ่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้รับราชการในกระทรวงยุติธรรมและมีหน้าที่ตัดสินลงโทษ เนื่องจากการพัฒนาและการใช้กฎระเบียบที่ขึ้นอยู่กับนโยบายของระบอบการปกครองนาซี ผู้ที่ถูกตัดสินในฐานะตุลาการพบว่าได้กระทำความผิดในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยเลือกปฏิบัติและมีการใช้กฎหมายที่กดขี่ต่อชาวยิวและชาวโปแลนด์⁹ นอกจากนี้ผู้พิพากษาดังกล่าวได้มีการบังคับใช้กฎหมาย “กลางคืนและหมอก” (Nacht und Nebel) ต่อประชาชนของประเทศที่ถูกยึดครองโดยประเทศเยอรมนี กล่าวคือ บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าต่อต้านระบอบนาซีจะถูกนำตัวไปยังประเทศเยอรมนีและถูกพิพากษาคดีอย่างเป็นทางการโดยพวกเขาไม่มีโอกาสที่จะปกป้องตัวเองและภายหลังถูกทำให้หายไป “กลางคืนและหมอก” อย่างไม่ร่องรอยในค่ายกักกัน แต่อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวศาลไม่ได้ถือว่าเป็นอาชญากรรมทางตุลาการ เพราะการพิจารณาคดีไม่ได้ยกประเด็นของความรับผิดของผู้พิพากษาในฐานะตุลาการ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับ

⁹ Hans Petter Graver, “Judging without Impunity: On the Criminal Responsibility of Authoritarian Judges,” *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 4 Issue 1, pp.135-136 (2016).

การใช้กฎหมายอันถือว่าเป็นอาชญากรรมสงครามและไม่ได้เลือกปฏิบัติที่จะก่อให้เกิดการก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ดังนั้น ผู้ถูกกล่าวหาสี่คนที่ได้ทำหน้าที่ในฐานะตุลาการจึงได้รับการตัดสินว่าไม่มีความผิด¹⁰

ในคดีผู้พิพากษาของระบอบการปกครองนาซี ผู้พิพากษาที่รักษาทบพาทในการเป็นผู้พิพากษาไว้จะต้องพิจารณาและตัดสินคดีอย่างเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ที่อยู่เหนือกว่า ผู้มีอิทธิพล หรืออำนาจอื่นใดบังคับข่มขู่หรือชักนำให้เป็นไปตามที่อำนาจนั้นต้องการ จึงจะไม่มี ความผิดทางอาญา เพราะไม่ได้ใช้กฎหมายไปในทางที่ให้เกิดผลประโยชน์หรือความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเจตนา แต่อย่างไรก็ตามหากกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายที่กดขี่ประชาชน และการรวบรัดกระบวนการดำเนินคดียังคงอยู่ จะทำให้การกดขี่อย่างไม่เป็นธรรมเป็นเรื่องที่ต้องทำตามกฎหมาย สุดท้ายผลลัพธ์ที่ได้คือ แทบจะไม่มีผู้พิพากษาถูกลงโทษเพราะผู้พิพากษาเองได้ใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นธรรมนั้นเป็นปกติ มิได้ใช้นอกขอบเขตของกฎหมายแต่อย่างใด ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้เกิดความคุ้มกันการทางตุลาการที่พิเศษขึ้นมากกว่าเดิม¹¹

3.2.1.2 ยุคหลังจากการรวมตัวกันของประเทศเยอรมนีตะวันตกกับประเทศเยอรมนีตะวันออกในปี ค.ศ. 1990

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จบลง ประเทศเยอรมนีได้แบ่งแยกออกเป็น 2 ฝ่ายคือ ประเทศเยอรมนีตะวันตกซึ่งปกครองด้วยระบอบเสรีประชาธิปไตย กับประเทศเยอรมนีตะวันออกซึ่งปกครองด้วยระบอบคอมมิวนิสต์โดยมีกำแพงเบอร์ลินเป็นตัวแบ่งเขต ภายหลังการล่มสลายของกำแพงเบอร์ลิน (Wende) ประเทศเยอรมนีทั้งสองส่วนได้กลับมารวมตัวกันอีกครั้งและก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย ในการรวมประเทศเยอรมนีครั้งนี้ เนื่องจากเกิดความขัดแย้งทางกฎหมายที่ไม่เหมือนกันของทั้งสองประเทศ สื่อต่างๆของเยอรมันและอัยการเยอรมันจึงได้นิยามความขัดแย้งทางกฎหมายของทั้งสองประเทศว่าเป็นการต่อสู้ระหว่างประเทศเยอรมนีตะวันตกซึ่งยึดถือหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ตามที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (FRG) ของประเทศเยอรมนีตะวันตกได้กำหนดไว้ กับประเทศเยอรมนีตะวันออกซึ่งไม่ได้ยึดถือหลักนิติรัฐ (Unrechtsstaat) อันเป็นหลักการตรงกันข้ามกับหลักนิติรัฐ หลักการที่ไม่ยึดถือหลักนิติรัฐนี้ถูกกำหนดโดยอดีตสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน (GDR) ทั้งนี้หลักการดังกล่าวขาดความชอบธรรมอันถูกต้องตามกฎหมายเพราะขาดสิ่งสำคัญของความยุติธรรมและความเป็นธรรม เช่น "หลักกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (due process of law)" และ "การแยกอำนาจในการพิจารณาคดีออกจากอำนาจ

¹⁰ *Ibid.*, p.136.

¹¹ *Ibid.*, pp.137-138.

บริหาร” เป็นผลให้ภายหลังมีความต้องการความเป็นธรรมจากผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อของหลักการที่ไม่ยึดถือหลักนิติรัฐ และมีการเรียกร้องให้ขับไล่นักกฎหมาย GDR ออกจากงานที่ทำอยู่ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวได้ทำการละเมิดบรรทัดฐานของหลักนิติรัฐ¹²

ระบบการพิจารณาคดีของ GDR มีความใกล้เคียงกับระบบพิจารณาของยูคานาซี ซึ่งระบบตุลาการของ GDR เป็นระบบที่ถูกกำหนดโดยระบอบการปกครอง เพื่อให้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาเป้าหมายทางการเมืองและเป็นเครื่องมือในการทำลายทางการเมือง รวมถึงใช้กดขี่ประชาชนด้วยกันเอง¹³ แต่อย่างไรก็ตามยังมีความแตกต่างที่สำคัญ เมื่อเทียบกับระบอบการปกครองนาซี ระบบของ GDR ได้ใช้กฎหมายเฉพาะที่ทำให้ชอบด้วยกฎหมายแก่ตัวเอง ในทางตรงกันข้าม การดำเนินการสอบสวนของพรรคคอมมิวนิสต์เป็นเพียงการสอบสวนที่แสดงออกมาเพื่อตบตาประชาชน หรือเรียกได้ว่าเป็นโฆษณาชวนเชื่อของพรรคคอมมิวนิสต์เท่านั้น ในคดีสำคัญที่เกิดขึ้นในระบบการปกครอง GDR นั้น การลงโทษจำเลยจะถูกตัดสินโดยคณะกรรมการกลางของพรรค ก่อนที่จะมีคำฟ้องและก่อนที่จะมีการพิจารณาคดีตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการที่ไม่มีกฎหมายรับรองอันเป็นการตัดสินคดีเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ และด้วยเหตุการณดังกล่าวจึงก่อให้เกิดการดำเนินคดีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายต่อผู้พิพากษา GDR เป็นจำนวนมากและมีการฟ้องร้องกันอย่างแพร่หลายในยุคนี้¹⁴

ในขั้นต้น นักวิชาการมีความเห็นว่า การลงโทษผู้พิพากษาจะถูกขัดขวางจากข้อจำกัดของบทบัญญัติกฎหมายและบทบัญญัติกฎหมายเองยังมีความไม่ชัดเจนในการนำไปใช้ลงโทษทางอาญาต่อผู้พิพากษาของระบอบการปกครอง GDR นอกจากนี้มีผู้คนจำนวนมากเข้าร่วมโต้แย้งสิทธิของสหพันธ์สาธารณรัฐที่จะมีการบังคับใช้การละเมิดกฎหมายต่อผู้พิพากษา GDR แต่ภายหลังจากการรวมตัวของประเทศเยอรมนีทั้งสองฝั่ง ศาลสหพันธ์รัฐเยอรมนีได้ดำเนินการตรวจสอบขนาดใหญ่และพิจารณาพิพากษาของการก่ออาชญากรรมที่เกิดจากระบอบการปกครอง GDR เมื่อพิจารณาได้ความว่าผู้พิพากษาคนใดกระทำความผิดโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำการบิดเบือนกฎหมาย ผู้นั้นก็ต้องได้รับโทษตามมาตรา 339 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งเงื่อนไขที่ใช้เพื่อลงโทษทางอาญาถูกกำหนดโดยศาลสูงเยอรมันซึ่งได้สรุปความไว้ว่ามี 4 ประการคือ การละเมิด

¹² Howard J. De Nike, “Judges on Trial: A Cultural View of the Prosecution of East German Jurists,” *Political and Legal Anthropology Review*, Vol. 18, Issue 1, p.83 (1995).

¹³ Hans Petter Graver, *supra note 9*, p.138.

¹⁴ *Ibid.*

อย่างร้ายแรง การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน การลงโทษในสัดส่วนที่มากเกินไปหรือลงโทษไม่ได้สัดส่วน และการละเมิดสิทธิในการพิจารณาคดีอันสำคัญ ต่อมาศาลสูงได้พบว่ามาตรฐานการลงโทษของตนถูกนำไปใช้เพื่อพิจารณาคดีและการตัดสินลงโทษต่อคดีความรับผิดชอบของผู้พิพากษาจำนวนมากอีกหลายคดี¹⁵

ในยุคนี้จะมีคดีของอัยการและผู้พิพากษาของ GDR เป็นส่วนใหญ่ที่ได้เริ่มต้นต่อสู้กับตัวแทนของระบอบการปกครอง GDR ในข้อกล่าวหาว่าก่ออาชญากรรมต่อประชาชนของตนเอง คดีมีด้วยกันทั้งสิ้น 374 คดี ซึ่งมี 618 ข้อกล่าวหาได้รับการเปิดเผย จำนวนคดีทั้งหมดเป็นการต่อสู้กับอดีตผู้นำและเจ้าหน้าที่ของรัฐ GDR คิดเป็น 36.6% ของข้อกล่าวหาทั้งหมด สำหรับอัยการและผู้พิพากษาของ GDR ถูกตั้งข้อกล่าวหาคิดเป็นจำนวนน้อยกว่า 5% ของข้อกล่าวหาทั้งหมด ในคดีจำนวนนั้นจำเลยได้รับการลงโทษในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเป็นจำนวน 181 คดี คิดเป็น 24% ของข้อกล่าวหา นอกจากนี้ในคดีที่มีอยู่จำนวนมากศาลสรุปได้ว่าการตัดสินของศาล GDR ได้ละเมิดหลักการพื้นฐานของการปกครองด้วยกฎหมายหรือหลักนิติรัฐ (The rule of law)¹⁶

ด้วยเหตุที่กล่าวมานั้น การกระทำความผิดโดยการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในระบอบการปกครองนาซีและผู้พิพากษา GDR เป็นการกระทำในหน้าที่ที่มีขอบด้วยกฎหมายและเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ในการพิทักษ์ความยุติธรรม ก่อให้เกิดการพิจารณาคดีและบังคับคดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นความเสียหายต่อคู่ความและ ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมตลอดจนประชาชนย่อมเสื่อมศรัทธาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล นอกจากนี้ในบางกรณีการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอันเป็นหลักสากลอย่างร้ายแรง การกำหนดความรับผิดชอบและลงโทษผู้พิพากษานั้นย่อมต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ดังนั้นประเทศเยอรมนีจึงมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาหรือการกระทำของผู้พิพากษาที่ได้ใช้กฎหมายไปในทางที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง เพื่อดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคมต่อไป

3.2.2 องค์ประกอบของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

ความผิดฐานการบิดเบือนกฎหมายเกิดจากหลักนิติรัฐอันเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่รับประกันว่า บุคคลได้รับการปกป้องสิทธิทางตุลาการ โดยปราศจากอคติและให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี ระบบกฎหมายของประเทศนี้จะให้รัฐเป็นผู้กำหนดอำนาจตุลาการและกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา โดยรัฐต้องทำหน้าที่ป้องกันมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายตามอำเภอใจหรือใช้เพื่อผลประโยชน์ของตนเอง

¹⁵ *Ibid.*, p.139.

¹⁶ *Ibid.*, pp.138-139.

ผู้พิพากษารวมถึงเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจึงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายและให้คำแนะนำตามกฎหมายอย่างถูกต้อง¹⁷

เนื่องจากรัฐต้องการไม่ให้มีการใช้กฎหมายตามอำเภอใจหรือใช้เพื่อผลประโยชน์ของตนเอง รัฐจึงหากลไกในการควบคุมการพิจารณาคดีซึ่งมีขึ้นด้วยหลายทาง โดยให้นำความรุนแรงมาเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบ (Überwachungsinstrumentarien) เพื่อเป็นการแบ่งแยกการควบคุมผู้พิพากษาตามกฎหมายกับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาออกจากกัน กลไกในการควบคุมผู้พิพากษาจึงพบได้ทั้ง ในระเบียบวินัยขององค์กรตุลาการ ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 839 ที่กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งในกรณีที่ฝ่าฝืนหน้าที่ราชการ รวมทั้งสถาบันกฎหมาย (Rechtsinstitut) ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การถอดถอนผู้พิพากษาตามมาตรา 98 นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 กับ 5 ก็บัญญัติไว้ในลักษณะเช่นเดียวกัน เนื่องจากรัฐมีความเห็นว่า ความรุนแรงของความรับผิดชอบอาญาของผู้พิพากษามีความสำคัญต่อความเป็นอิสระของตุลาการ ประกอบกับต้องการให้มีการแยกความรับผิดชอบอาญาออกมาต่างหาก รัฐจึงได้บัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้¹⁸

บทบัญญัตินี้เป็นที่รู้จักกันในชื่อ "Rechtsbeugung" คำว่า Rechtsbeugung มาจากคำว่า "Recht" ที่แปลว่า "กฎหมาย" ในความหมายของกฎหมายทั้งระบบ และคำว่า "Beugung" แปลว่า "การหักหรือการงอ" สำหรับในภาษาอังกฤษแปลความผิดฐานนี้โดยใช้คำว่า "Bending the Law" หรือ "Perversion of Justice" ซึ่งในภาษาไทยอาจแปลได้ว่า ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย และศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้แปลไว้อีกความหมายหนึ่งว่า ความผิดฐานหักดิบกฎหมาย¹⁹

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนเหตุการณ์สงครามโลก ในประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซีย ปี ค.ศ. 1851 มาตรา 314 ว่าด้วยเรื่อง การละเมิดในทางราชการ (Amtsmissbrauch) ความว่า²⁰

¹⁷ Peter Seemann, Rechtsbeugung – Die Strafbarkeit des Richters, (Aachen: Shaker, 1996), p.4.

¹⁸ *Ibid.*, p.5.

¹⁹ คณิต ฌ นคร, หักดิบกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) น.12.

²⁰ "Preußisches Strafgesetzbuch von 1851," pp.65-66, Retrieved on August 4, 2017, from <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf>.

เจ้าพนักงานรัฐบริหารจัดการหรือตัดสินคดีโดยเจตนาก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดต่อความยุติธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี²¹

ให้ผู้ตัดสินที่ทำการใกล้เคียงได้รับโทษเช่นเดียวกันเนื่องจากตนได้รับมอบหมายให้บริหารจัดการหรือตัดสินข้อพิพาทแห่งคดีโดยเจตนาก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอันเป็นการกระทำความผิดต่อความยุติธรรม²²

ภายหลังได้มีแก้ไขบทบัญญัติบางประการเพื่อความเหมาะสมและได้บัญญัติใหม่ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ปี ค.ศ. 1871 มาตรา 336 ซึ่งได้บัญญัติว่า

เจ้าพนักงานหรือผู้ตัดสินชี้ขาดซึ่งอยู่ในกระบวนการของการปฏิบัติงานหรือการตัดสินในข้อกฎหมายวินิจฉัยกฎหมายผิดโดยเจตนา ก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายต่อคู่ความต้องระวางโทษกักขังในทัณฑสถานไม่เกินห้าปี²³

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ปี ค.ศ. 1871 นี้มีความสำคัญอย่างมากเนื่องจากประมวลกฎหมายดังกล่าวได้นำไปใช้พิจารณาคดีและลงโทษผู้พิพากษาผู้กระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในยุคหลังจากการล่มสลายของระบอบการปกครองนาซี และยุคหลังจากการรวมตัวกันของประเทศเยอรมนีตะวันตกกับประเทศเยอรมนีตะวันออกในปี ค.ศ. 1990 ต่อมาได้เกิดการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1997 โดยมีการแก้ไขความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเดิมบัญญัติในมาตรา 336 เปลี่ยนใหม่มาเป็นมาตรา 339 และมีการแก้ไของค์ประกอบความรับผิดบางประการ โดยประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ปี ค.ศ. 2001 มาตรา 339 ได้บัญญัติว่า

²¹ Ein Beamter, welcher bei der Leitung oder Entscheidung von Rechtssachen vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

²² Zu gleicher Strafe ist ein Schiedsrichter zu verurtheilen, welcher bei der ihm übertragenen Leitung oder Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht.

²³ An official or referee who in the course of the conduct or adjudication of a legal matter intentionally misconstrues the law to the benefit or detriment of a party, shall be punished by confinement in a penitentiary for a term not to exceed five years.

“ผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีอำนาจกระทำหรือวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมาย กระทำการบิดเบือนกฎหมาย ก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี²⁴”

ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันปัจจุบันก็ได้บัญญัติ ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ในลักษณะที่เหมือนกันกับประมวลกฎหมายอาญาปี ค.ศ. 2001 นอกจากนี้ศาลสหพันธรัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการบิดเบือนกฎหมายว่า เป็นการกระทำของผู้พิพากษาหรือเจ้าพนักงานของรัฐ ที่ได้กระทำในหน้าที่ราชการโดยการตัดสินใจอย่างไม่มีหลักเกณฑ์หรือทำการตรงกันข้ามกับความยุติธรรมตามบทบัญญัติของกฎหมาย²⁵ อันทำให้เกิดผลประโยชน์อันเป็นการให้ความช่วยเหลือ²⁶ หรือสร้างความเสียหายต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง²⁷ โดยอัยการต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการตัดสินใจนั้นเป็นการใช้กฎหมายโดยไม่ถูกต้อง ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายโดยชัดแจ้งอันเป็นการละเมิดต่อจิตสำนึกทางกฎหมายของผู้พิพากษา²⁸

สำหรับการแก้ไขที่เกิดขึ้นระหว่างประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ปี ค.ศ. 1871 กับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันปัจจุบันที่เด่นชัดคือ ผู้กระทำได้มีการแก้ไขคำจาก เจ้าพนักงานหรือผู้ตัดสินชี้ขาด แก้ไขใหม่เป็นผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งเดิมคำว่าเจ้าพนักงานกับผู้ตัดสินชี้ขาดมีความหมายกว้าง อาจจะรวมถึงเจ้าพนักงานอื่นๆ เช่น เจ้าพนักงานอัยการ เจ้าพนักงานศาล พนักงานสอบสวน หรือเจ้าพนักงานตำรวจ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในถ้อยคำและจุดประสงค์ของกฎหมายว่าต้องการลงโทษผู้ใด เมื่อแก้ไขเป็นผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของ

²⁴ A judge, another public official or an arbitrator who in conducting or deciding a legal matter perverts the course of justice for the benefit or to the detriment of a party shall be liable to imprisonment from one to five years. (English Version)

Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft. (German Version)

²⁵ Howard J. De Nike, *supra* note 12, p.83.

²⁶ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, Criminal Law A Comparative approach, (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.633.

²⁷ BGHSt, STRAFVERTEIDIGER 305 (2002)

²⁸ Howard J. De Nike, *supra* note 12, p.85.

รัฐ หรืออนุญาโตตุลาการ ทำให้ผู้กระทำการจำกัดความหมายมากขึ้นอย่างชัดเจนว่าผู้ใดมีความรับผิดชอบฐานบิดเบือนกฎหมาย

อนึ่ง การกระทำการบิดเบือนกฎหมายในกฎหมายเดิมได้มีการบัญญัติถึงองค์ประกอบภายในไว้คือ การกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้ ต้องประกอบด้วยเจตนา แต่สำหรับกฎหมายปัจจุบันนี้ไม่ได้บัญญัติถึงองค์ประกอบภายในไว้อย่างเด่นชัด แต่อย่างไรก็ตามสามารถคาดหมายได้ว่า ผู้กระทำความผิดนี้ต้องเป็นผู้มีความรู้ และการใช้ความรู้เพื่อบิดเบือนกฎหมายนั้นย่อมต้องรู้ถึงการบิดเบือนกฎหมาย และต้องการใช้ความรู้นั้นในการบิดเบือน

สำหรับการเปลี่ยนแปลงสำคัญอีกประการหนึ่งคือโทษ ในส่วนของโทษตามกฎหมายเดิมนั้น กำหนดให้กักขังไม่เกิน 5 ปี โดยไม่มีอัตราโทษจำคุก แต่สำหรับโทษตามกฎหมายปัจจุบันนอกจากกำหนดอัตราโทษขั้นสูงไว้ไม่เกิน 5 ปีแล้ว ยังได้กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ คือต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี ซึ่งสันนิษฐานได้ว่าเป็นการเพิ่มโทษให้มีความรุนแรงขึ้นตามทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์เพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้พิพากษามีให้ใช้กฎหมายไปในทางที่ผิดหรือใช้กฎหมายอย่างอำเออใจ และเพื่อให้เกิดความเข้าใจต่อความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในปัจจุบันสามารถพิจารณาองค์ประกอบของความผิดได้ดังนี้

3.2.2.1 องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอก (objektiver Tatbestand) คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด องค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดหนึ่งนั้นอย่างน้อยต้องมีผู้กระทำความผิด (Täter) และการกระทำ (Handlung) นอกจากนี้อาจมีกรรมของการกระทำ (Handlungsobjekt) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Kausalität) และในความผิดบางฐานอาจมีสิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่นอีกด้วย นอกจากนี้สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกยังรวมถึงคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtgut) ด้วย²⁹

การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงขึ้น การพยายามกระทำความผิดก็ได้ (Versuch) หรือในชั้น การเตรียมการกระทำความผิด (Vorbereitung) ก็ได้ ในกรณีที่มีการพยายามกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญา³⁰ หรือ

²⁹ คณิต ธิ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.188.

³⁰ คณิต ธิ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.77.

การเตรียมการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญา³¹ การพยายามกระทำความผิดปกติเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญา แต่การเตรียมการกระทำความผิดต้องมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดเท่านั้นจึงเป็นการกระทำที่มีความผิดได้³²

สำหรับองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ประกอบด้วย คุณธรรมทางกฎหมาย ผู้กระทำความผิด การกระทำ วัตถุประสงค์ของการกระทำ กรรมของการกระทำ และผลสำเร็จของการกระทำ

(1) คุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) เป็นพื้นฐานในทางความคิดด้วยเสมอไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนบัญญัติหรือไม่ เพราะความผิดอาญา (Verbrechen) มาจาก ปทัสถาน (Norm) และ ปทัสถาน (Norm) มาจากคุณธรรมทางกฎหมาย³³ คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมอันสามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นนามธรรมที่เป็นประโยชน์ (Interesse) หรือเป็นสิ่งที่เป็คุณค่า (Wert) ในการอยู่ร่วมกันของสังคมมนุษย์³⁴

คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง ภารกิจของกฎหมายอาญา คือการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้เป็นอันตรายหรือตกอยู่ในอันตราย³⁵ คุณธรรมทางกฎหมายมีอยู่ในทุกฐานความผิด และในความผิดบางฐานอาจมีคุณธรรมทางกฎหมายมากกว่าหนึ่งอย่างได้ คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยทางร่างกาย กรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในจราจร ความมั่นคงเชื่อถือและชำระหนี้ได้ของเงินตรา เป็นต้น³⁶

ตามหลักคำสอนกฎหมายอาญาเยอรมัน ย่อมมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นความประสงค์ที่กฎหมายต้องการคุ้มครองสิ่งนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ การคุ้มครองกระบวนการยุติธรรม อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม และ

³¹ เฟิงอ้าง, น.300.

³² คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.181.

³³ เฟิงอ้าง, น.157.

³⁴ เฟิงอ้าง, น.160.

³⁵ เฟิงอ้าง.

³⁶ เฟิงอ้าง, น.162.

เป็นคุณธรรมทางกฎหมายเฉพาะเรื่องที่มีต่อคู่ความที่เกี่ยวข้อง³⁷ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดนี้ ต้องการคุ้มครองการบริหารงานยุติธรรมและกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบให้เกิดความเป็นธรรมแก่ คู่ความและสังคม ป้องกันไม่ให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจตามอำเภอใจตลอดจนใช้อำนาจเกินกว่าที่ กฎหมายกำหนด

(2) ผู้กระทำความผิด

ผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้กำหนดไว้เป็น ผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม หรืออนุญาโตตุลาการผู้มีหน้าที่ตัดสินชี้ขาด

ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 11 อนุมาตรา 1 ข้อ 3 ได้ให้นิยามคำว่า ผู้พิพากษา ไว้ดังนี้ "ผู้พิพากษา" หมายความว่า ผู้พิพากษาอาชีพตามกฎหมายเยอรมัน หรือผู้พิพากษาสมทบ³⁸ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงตำแหน่งอื่นที่เทียบเคียงได้กับผู้พิพากษา เช่น ตำแหน่ง ehrenamtliche Richter หรือเรียกกันว่า ผู้พิพากษาผู้ทรงเกียรติ ซึ่งน่าจะเทียบเคียงได้กับผู้พิพากษาสมทบของประเทศไทย

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีลักษณะของการปกครองแบบ สหพันธ์รัฐ โดยทุกมลรัฐต้องใช้ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยแบ่งศาลออกเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม ศาลภาษีอากร และศาล รัฐธรรมนูญ³⁹

ในขอบเขตการบังคับแก่ผู้พิพากษานั้น เนื่องจากศาลของเยอรมันมีลักษณะเป็นระบบศาลคู่ โดยแบ่งศาลออกเป็น 6 ประเภท ซึ่งศาลแต่ละประเภทใช้คำว่า Court เหมือนกัน ดังนั้นคำว่าผู้พิพากษาในบทบัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงครอบคลุมถึงศาลทั้ง 6 ประเภท นอกจากนี้ผู้พิพากษาสมทบตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 11 อนุมาตรา 1 ข้อ 3 ได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาสมทบรวมอยู่ในความหมายของผู้พิพากษาด้วย ประกอบกับการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้ไม่ได้มีตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาอาชีพ แต่เนื่องด้วยมีหน้าที่ในการตัดสินชี้ขาดคดีร่วมกับผู้พิพากษาอาชีพ ซึ่งความคิดเห็นระหว่างพิจารณาและคำพิพากษาคดีตัดสิน

³⁷ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, p.638.

³⁸ Richter: wer nach deutschem Recht Berufsrichter oder ehrenamtlicher Richter ist.

³⁹ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), น.282.

ย่อมส่งผลกระทบต่อคู่ความเช่นเดียวกัน ดังนั้นผู้พิพากษาในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงมีความหมายครอบคลุมถึงผู้พิพากษาสมทบด้วยเช่นกัน

ในประเด็นขององค์คณะผู้พิพากษานั้น ผู้พิพากษาในกรณีนี้รวมถึงองค์คณะของผู้พิพากษาทั้งหมดด้วย ทั้งที่ร่วมพิจารณาและตัดสินคดี ดังปรากฏในคดี Rehse ศาลฎีกาเยอรมันระบุว่าผู้พิพากษาอาจถูกลงโทษสำหรับการออกเสียงลงคะแนนในการตัดสินประหารชีวิตถ้าเขาลงคะแนนเสียงให้เนื่องจากมีเจตนาชั่วร้าย Hans-Joachim Rehse เคยเป็นสมาชิกของศาลแห่งประชาชน (Volksgerichtshof) นอกจากนี้ Rehse ได้รับการพิจารณาร่วมกับ Roland Freisler ในคดีอุกฉกรรจ์หลายคดี ศาลฎีการะบุนว่าผู้พิพากษาแห่งศาลประชาชนมีความเป็นอิสระความเท่าเทียมกันและต้องผูกพันตามกฎหมายเท่านั้น หน้าที่อย่างเดียวของผู้พิพากษาคือการตัดสินคดีตามกฎหมายของพวกเขาเอง ผู้พิพากษาที่ทำงานที่นั่นที่จะต้องรับผิดชอบต่อการออกเสียงในคำพิพากษาที่ออกมาจากเหตุผลอันเลวร้ายที่อยู่นอกขอบเขตของความเชื่อทางกฎหมาย⁴⁰ การมีส่วนร่วมขององค์คณะในการพิจารณาคดีถือเป็นการให้ความยินยอมในการทำคำพิพากษาร่วมกัน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าในข้อเท็จจริงได้มีส่วนร่วมในการวินิจฉัยหรือทำคำพิพากษา และไม่อาจอ้างว่าเป็นการทำคำพิพากษาโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ เพียงแต่ผู้พิพากษาองค์คณะรู้จักเป็นการให้ความยินยอมในการทำคำพิพากษา หากผู้พิพากษาองค์คณะผู้ใดไม่เห็นด้วยในคำพิพากษานั้นและไม่ได้ลงลายมือชื่อไว้ เสมือนผู้พิพากษาไม่ได้ให้ความยินยอม ผู้พิพากษานั้นก็ไม่มีอำนาจบิดเบือนกฎหมายแต่อย่างใด⁴¹

แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องดังกล่าวศาลเยอรมันไม่ได้กำหนดไว้ว่าหากผู้พิพากษาที่อยู่ในองค์คณะได้ร่วมนั่งพิจารณาคดีแต่ไม่ได้ลงนามในคำพิพากษา ไม่ว่าจะเนื่องด้วยสาเหตุใดก็ตาม ไม่มีการกำหนดว่าผู้พิพากษาดังกล่าวต้องมีความรับผิดชอบในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายหรือไม่

ในอีกกรณีหนึ่งผู้พิพากษาที่เป็นผู้เขียนคำพิพากษาแต่ไม่ได้เป็นผู้ลงนามในคำพิพากษาเนื่องจากองค์คณะผู้พิพากษาในศาลนั้นกำหนดให้มีคนเดียว ผู้พิพากษาผู้เขียนคำพิพากษามีใช่เจ้าของสำนวน หากมีการบิดเบือนกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษา ผู้พิพากษาผู้เขียนคำพิพากษา ไม่มีความรับผิดชอบในการบิดเบือนกฎหมาย เพราะผู้พิพากษาผู้เขียนคำพิพากษาไม่ได้มีการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาผู้เป็นเจ้าของสำนวนซึ่งมีหน้าที่ในการตัดสิน

⁴⁰ Hans Petter Graver, *supra note 9*, p.137.

⁴¹ Helmut Satzger, Bertram Schmitt, Gunter Widmaier, StGB Strafgesetzbuch Kommentar, Auflage I, (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009), p.2267.

และอ่านคำพิพากษา ย่อมต้องพิจารณาตรวจสอบว่าคำพิพากษานั้นถูกต้องหรือไม่ การไม่ตรวจสอบ และปล่อยให้คำพิพากษาที่บิดเบือนกฎหมายมีผลบังคับ ถือว่าผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนเป็นผู้กระทำการบิดเบือนกฎหมายเสียเอง

สำหรับอนุญาโตตุลาการในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต้องเป็นบุคคลมีความสามารถอย่างสมบูรณ์ในการทำนิติกรรมใดๆ นอกจากนั้นอนุญาโตตุลาการจะต้องตัดสินใจคดีด้วยความยุติธรรม ต้องไม่มีความใกล้ชิดกับปฏิบัติ หรือกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การตั้งอนุญาโตตุลาการปกติแล้ว คู่ความจะเป็นผู้แต่งตั้ง แต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละหนึ่งคน และอนุญาโตตุลาการสองคนนั้นจะตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามขึ้นมาอีกคนหนึ่งแล้วแต่คู่กรณีจะตกลงเป็นอย่างอื่น⁴² การพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ ถ้าคู่กรณีได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ อนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจกำหนดเองได้ แต่คู่กรณีก็มีสิทธิกำหนดการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วอนุญาโตตุลาการมักจะนำวิธีพิจารณาความของศาลมาใช้กับการพิจารณาของตนโดยอนุโลม หากอนุญาโตตุลาการไม่กระทำตามวิธีพิจารณาความที่คู่ความกำหนดแล้ว คู่ความจะต้องร้องเรียนต่ออนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาอันสมควร หากคู่กรณีไม่คัดค้านจะถือว่าคู่กรณีเห็นด้วย⁴³

ในความคิดฐานนี้กำหนดความรับผิดชอบให้ครอบคลุมไปถึงอนุญาโตตุลาการด้วย แม้อนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ที่ถูกตั้งมาจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และมีได้เป็นเจ้าพนักงานของรัฐแต่อย่างไรก็ตามอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีอย่างเป็นธรรม โดยทั่วไปในทางปฏิบัติแล้วอนุญาโตตุลาการจะนำวิธีพิจารณาความของศาลมาใช้ในการพิจารณาของตน อันเป็นการใช้กฎหมายในการพิจารณาข้อพิพาท การระงับข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการจึงต้องให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ซึ่งหากเปรียบเทียบการทำหน้าที่แล้วย่อมมีความคล้ายคลึงกับการทำหน้าที่ของผู้พิพากษา ดังนั้น หากอนุญาโตตุลาการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย อนุญาโตตุลาการย่อมต้องมีความรับผิดชอบในความคิดฐานนี้ด้วย

ฐานะของผู้พิพากษาคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่เทียบเท่ากับที่ของข้าราชการของระบอบการปกครองโดยทั่วไป คือยอมจำนนต่อคำสั่งของผู้บริหารระดับสูงที่พวกเขาประจำอยู่ จึงก่อให้เกิดประเด็นขึ้นมามีว่า ผู้พิพากษาเป็นข้าราชการของระบอบการปกครองหรือข้าราชการของประชาชนซึ่งเป็นคู่ความ จากมุมมองของกฎหมายความผิดทางอาญา ปราบกฏข้อได้แย้งได้ว่าองค์กร

⁴² เกรียงศักดิ์ อุรุพงษ์พิศาล, “ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), น.97.

⁴³ เฝิงอ้วง, น.98.

ตุลาการควรจะต้องแก้ไขปรับปรุง คือ การกำหนดให้ไม่มีความคุ้มกัน แต่จะไม่มีควมรับผิดชอบมากขึ้นอันเนื่องมาจากความเป็นผู้พิพากษาซึ่งต้องพิทักษ์ความยุติธรรม ทว่าความไว้วางใจของประชาชนต้องการให้ผู้พิพากษาที่มีความผิดทางอาญาถูกนำไปดำเนินคดี ยิ่งกว่านั้นความรับผิดชอบดังกล่าวได้ครอบคลุมไปถึงตำแหน่งข้าราชการด้วย ทำให้ประชาชนมีความคาดหวังในการเชื่อฟังและจงรักภักดีต่อหน้าที่ของผู้พิพากษามากกว่าที่มีต่อข้าราชการ⁴⁴

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างผู้พิพากษาและข้าราชการอื่น ๆ ที่ว่าผู้พิพากษาจะเป็นคนที่ได้รับมอบหมายงานในการตอบสนองสิทธิของประชาชนในการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม ถ้าผู้ใดมีข้อกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดแล้วถูกนำมาพิจารณาต่อศาล และผู้พิพากษาดัดสินคดีโดยขึ้นอยู่กับคำสั่งที่ได้รับจากผู้อื่น ผู้พิพากษาคคนนั้นจะถูกกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิของคู่ความในการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม ดังนั้นผู้พิพากษาจึงมีความรับผิดชอบโดยตรงและมีความรับผิดชอบเฉพาะตัวในการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกกล่าวหา ถ้าผู้พิพากษาได้กระทำไปภายใต้การข่มขู่หรือภัยคุกคาม พฤติการณ์ดังกล่าวเป็นคำอธิบายและอาจจะใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ แต่ไม่สามารถเป็นการให้เหตุผลในการกระทำความผิดได้⁴⁵ ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงมีความพิเศษกว่าข้าราชการทั่วไป

(3) การกระทำ

ในประเทศเยอรมนียึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อให้เกิดการตรวจสอบและการถ่วงดุลอำนาจ (Check and balance) โดยการดำเนินคดีกับผู้พิพากษานั้นรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 97 วรรคแรก⁴⁶ ว่า ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระเฉพาะเรื่องกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นถ้าผู้พิพากษากระทำผิด กระทำให้เบี่ยงเบนออกจากบทบัญญัติกฎหมายเพียงเล็กน้อย หรือกระทำการบิดเบือนกฎหมาย ผู้พิพากษาคคนนั้นย่อมถูกลงโทษได้⁴⁷

เดิมความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนี้ได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซีย ปี ค.ศ. 1851 มาตรา 314 ที่บัญญัติให้คำว่า Rechtsbeugung เป็นการละเมิดในทางราชการ (Amtsmißbrauch) และการนิยามในยุคนั้นไม่ได้หมายถึงเพียงแค่การ

⁴⁴ Hans Petter Graver, *supra note 9*, p.141.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์รัฐเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทพี.เพรส จำกัด, 2555), น.158.

⁴⁷ Judges shall be independent and subject only to the law

บิดเบือนกฎหมายเท่านั้น แต่ตรงไปตรงมามากกว่า และกว้างขวางมากกว่า โดยรวมถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทั้งหมด⁴⁸

ในปัจจุบันการกระทำความผิดตามมาตรา 339 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมีแนวโน้มที่จะแปลว่า การบิดเบือนความยุติธรรม (Perversion of justice) แต่ความหมายที่แท้จริงจะใช้คำว่า การบิดเบือนกฎหมาย (Bending the law) หรือบางกรณีอาจเรียกว่า การบิดเบือนสิทธิ (Bending right) คำนี้แสดงให้เห็นว่ามีความต้องการบิดเบือนกฎหมายมากกว่าปกติ คำว่า “บิดเบือน” บ่งบอกถึงระดับความรุนแรงของการกระทำความผิด กรณีศึกษาของศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปี ค.ศ. 2009 ว่า ผู้พิพากษากระทำการนอกเหนือกฎหมายและระเบียบข้อบังคับโดยเจตนาและมีลักษณะที่ร้ายแรง ความร้ายแรงคือการพิจารณาพิพากษาคดีที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจนและไม่เป็นไปตามนิติวิธี ซึ่งจะส่งผลให้ผลของคดีกลับตรงกันข้ามกับที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น 1 StR 201/09, NStZ 2010,92 (June 24,2009) ผู้พิพากษาไม่รับพิจารณาคำร้องขอปล่อยตัวบุคคลที่ไม่มีอาการทางจิตแล้วออกจากสถานพยาบาล ทั้งที่กฎหมายกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องรับคำร้องขอปล่อยตัวบุคคลที่ไม่มีอาการทางจิตออกจากสถานพยาบาล เป็นต้น ผู้พิพากษาที่บิดเบือนกฎหมายจะต้องมีความผิดตามมาตรา 339 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งตามมาตรา 339 ผู้กระทำความผิดเมื่อได้กระทำการขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจนเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดให้การกระทำการเบี่ยงเบนออกจากบรรทัดฐานทางกฎหมายเพียงเล็กน้อยเป็นความผิด⁴⁹ การบิดเบือนกฎหมายที่ไม่ชัดเจนจึงไม่เพียงพอที่จะเอาผิดผู้พิพากษาในความผิดฐานนี้ได้⁵⁰ การจำกัดการตีความเช่นนี้มีเหตุมาจากความจำเป็นต่อการคุ้มครองหลักความเป็นอิสระของตุลาการและหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา (res judicata) เนื่องจากหากเปิดโอกาสให้มีการดำเนินคดีต่อผู้พิพากษาในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้อย่างกว้างขวางและง่ายตายเกินไป สุดท้ายย่อมส่งผลกระทบต่อ การดำเนินกระบวนการยุติธรรมอย่างร้ายแรง ข้อผิดพลาดทางกฎหมาย (Fehler) จึงไม่ได้เป็นพื้นฐานเพียงพออย่างเดียวในการกระทำความผิด เนื่องจากผู้พิพากษาก็เป็นคนธรรมดาที่ย่อมมีความผิดพลาดผิดพลาดได้เช่นเดียวกับมนุษย์ทั่วไป สิ่งที่ต้องระลึกไว้อยู่เสมอจึงเป็นดังคำกล่าวที่ว่า

⁴⁸ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, p.639.

⁴⁹ *Ibid.*, p.638.

⁵⁰ Bundesgerichtshof, Urteil vom 4. September 2001, Az. 5 StR 92/01 ; BGHSt 47, 105-116.

ผู้มีอำนาจย่อมทำผิดพลาดได้บ้าง คำถามที่สำคัญคืออะไรคือเส้นแบ่งขอบเขตของการกระทำนั้น (There must be some leeway for judges to make mistakes. The crucial question is where to draw the line)⁵¹

การบิดเบือนกฎหมายจึงไม่ได้หมายความว่าความรวมถึง ความเข้าใจที่ผิดพลาดไปอย่างสิ้นเชิงถึงความหมายของบทบัญญัติที่จำต้องตีความและด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเกิดการตีความอย่างผิดพลาด⁵² ดังนั้นการพิจารณาการกระทำของผู้พิพากษาจะพิจารณาเพียงพฤติการณ์แห่งการกระทำมิได้ แต่ต้องพิจารณาพยานหลักฐานในคดีประกอบด้วย⁵³

การบิดเบือนกฎหมายหากพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ประเภทของกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติและการบิดเบือนกฎหมายกฎหมายวิธีสบัญญัติ

1) การบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติ อาจเกิดขึ้นจากการปรับบทกฎหมายผิด (falsche Rechtsanwendung), การใช้กฎหมายที่ไม่มีผลบังคับ (Anwendungungültiger Gesetze), การใช้กฎหมายขัดกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Rechtsnorm) อย่างชัดเจน การปฏิบัติการหรือสั่งการที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ การบิดเบือนข้อเท็จจริงในการปรับข้อกฎหมาย รวมถึงการละเมิดหลักการพื้นฐาน (Verletzung des Grundsatzes) หรือ การละเมิดหลักการแจ้งขอบเขตการใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจหรือให้ดุลพินิจเกินขอบอำนาจ⁵⁴

2) การบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น การตัดสินโดยปราศจากพยานหลักฐาน การดำเนินการเกินกำหนดระยะเวลาหรือการดำเนินการล่าช้ากว่ากำหนด⁵⁵ เป็นต้น และเพียงแค่ว่าได้กระทำผิดไปจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาก็เพียงพอที่จะถือว่าบิดเบือนกฎหมายได้แล้ว เนื่องจากคำพิพากษาแต่เพียงการดำเนินการกระบวนวิธีพิจารณานั้น ก็เป็นประโยชน์หรือโทษแก่สถานะทางกฎหมายของคู่ความอยู่ในตัวอยู่แล้ว⁵⁶

⁵¹ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, p. 638.

⁵² Wolfgang Joecks, Christian Jäger, Strafgesetzbuch Studienkommentar, (München: C.H. Beck, 2018), pp.927-928.

⁵³ Howard J. De Nike, *supra note 12*, p.85.

⁵⁴ Herbert Tröndle und Thomas Fischer, Beck'sche Kurzkommentare zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage (München: C.H. Beck, 2002), p.1992.

⁵⁵ Wolfgang Joecks, Christian Jäger, *supra note 52*, p.927.

⁵⁶ Herbert Tröndle und Thomas Fischer, *supra note 54*, p.1992.

การพิจารณาว่า การบิดเบือนกฎหมายนั้น เป็นการบิดเบือนกฎหมายประเภทใด ระหว่างกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ ต้องพิจารณาถึงตัวกฎหมายว่า กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายประเภทใด หากเป็นกฎหมายสารบัญญัติ จะเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงเนื้อหาของสิทธิ หน้าที่ ข้อห้าม หรือ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นกฎหมายที่ควบคุมความประพฤติของคนในสังคมโดยตรง ตัวอย่างเช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น แต่หากเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ จะเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงกระบวนการหรือวิธีการที่จะบังคับหรือดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีข้อโต้แย้งเรื่องการกระทำผิด โดยการใช้กฎหมายพิจารณาได้ทั้งคุณลักษณะทางด้านอัตวิสัยและภววิสัย ในอดีตศาลสหพันธ์รัฐได้มีเกณฑ์กำหนดว่า การบิดเบือนกฎหมายไม่ใช่การกระทำผิดในการพิจารณาคดีเท่านั้น แต่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างร้ายแรง ทั้งในทางสารบัญญัติและในทางวิธีสบัญญัติ อันเป็นการตัดสินกฎหมายที่ไม่อยู่ในกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายโดยชัดแจ้ง หรือเป็นการกระทำที่เกินเลยขอบเขตอันเป็นภววิสัยและเกินกว่าที่จะยอมรับได้⁵⁷ การบิดเบือนกฎหมายตามทฤษฎีนี้จึงรวมถึงการตัดสินคดีผิดพลาดด้วย พร้อมทั้งการตัดสินนี้รวมถึงไม่มีการให้เหตุผลในการตัดสินคดี ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่าการกระทำก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความหรือไม่ หากผู้กระทำได้ลงมือกระทำการบิดเบือนกฎหมายแล้ว ผลลัพธ์ทำให้มีการลงโทษคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์ ความผิดนั้นจะเป็นความผิดสำเร็จ แต่หากผลคือประโยชน์หรือความเสียหายไม่เกิดแก่คู่ความก็เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานนี้ได้อันเป็นความเห็นทางด้านทฤษฎีภววิสัย (objective Theorie)⁵⁸ แต่อย่างไรก็ตามในความเห็นตามทฤษฎีภววิสัยนี้อาจเกิดข้อโต้แย้งว่า แม้ผู้พิพากษาได้ตรวจสอบคำพิพากษาอย่างรอบคอบแล้ว อาจเกิดการตัดสินผิดและ

⁵⁷ Bernd Heinrich, Vorlesung Strafrecht - Besonderer Teil - Arbeitsblatt Nr. 57 - Rechtsbeugung, §339 StGB, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht, (Humboldt-Universität Berlin, 1. Oktober 2011), p.1.

⁵⁸ Russell A. Miller, Peer C. Zumbansen, Annual of German & European Law, Volume I, (New York Toronto: Oxford University Press, 2003), p.460.

เป็นการลงโทษผู้บริสุทธิ์ได้ เช่นนั้นแล้วการบิดเบือนกฎหมายก็จะทำให้กฎหมายเสีย และ แม้จะมีการตัดสินผิด คำพิพากษาดังกล่าวก็สามารถถูกยกเลิกในชั้นอุทธรณ์ได้เช่นกัน⁵⁹

แต่หลังจากนั้นศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เปลี่ยนมาให้ความสำคัญกับจิตใจภายในมากขึ้นจึงก่อให้เกิดทฤษฎีอัตวิสัย (subjective Theorie)⁶⁰ โดยในชั้นแรกสภาซีเนทที่ห้า (The Fifth Senate) ได้ให้ความสำคัญกับการกำหนดทฤษฎีอัตวิสัยในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายว่า ความผิดจะสำเร็จได้โดยผู้พิพากษาทำการตัดสินอย่างไม่มีกฎเกณฑ์หรือตัดสินขัดแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน แม้การตัดสินนั้นจะมีความเป็นธรรมและเป็นกลางก็ตาม โดยอาศัยสำนึกหรือเจตนา (bewusst) ที่มีต่อความเชื่อทางกฎหมายของตนในการตัดสิน กล่าวคือ ทฤษฎีนี้เสนอให้พิจารณาในทางอัตวิสัยของผู้กระทำ ว่าถูกชักนำโดยความเชื่อหรืออุดมการณ์ส่วนตัวบางอย่างในการบิดเบือนกฎหมายหรือไม่⁶¹

แต่อย่างไรก็ตามยังมีข้อโต้แย้งว่า คำว่า “บิดเบือน” เป็นการกระทำที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ค้นหาความจริงต้องตัดสินลงโทษผู้กระทำผิดตามกระบวนการยุติธรรม แต่ในกรณีนี้ผู้พิพากษานี้จะมีหน้าที่เพียงตรวจสอบข้อเท็จจริงแต่ไม่มีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริง เนื่องจากการบิดเบือนเป็นอัตวิสัยภายในของผู้กระทำ และการกำหนดที่ไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายของทฤษฎีอัตวิสัยประกอบกับการพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายที่ควรได้รับการคุ้มครองมีไม่เพียงพอ รวมถึงไม่มีปรากฏแนวความคิดนี้ทั้งในตำรา วรรณกรรม หรือในกรณีศึกษาใดๆ⁶² ทำให้การพิจารณาความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายโดยใช้การบิดเบือนเป็นเกณฑ์ตัดสินการกระทำนั้นมีความไม่ชัดเจนและอาจเกิดความเข้าใจผิดได้ นอกจากนี้ยังมีความคิดเห็นอื่นๆโต้แย้งด้วยว่า การบิดเบือนกฎหมายย่อมมีความแตกต่างกัน กรณีที่ผู้พิพากษาได้ตัดสินอย่างถูกต้องตามความคิดของตนเองประกอบกับใช้ความรู้อื่นๆประกอบด้วย แต่ไม่เป็นไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผู้พิพากษาตามทฤษฎีอัตวิสัยก็อาจถูกถือว่าไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ของตน และมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย อนึ่ง ทฤษฎีอัตวิสัยที่แท้จริงต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบด้วย⁶³

⁵⁹ Bernd Heinrich, “Muss das „Recht“ bei § 339 StGB objektiv gebeugt werden?,” p.1, Retrieved on July 19, 2017, from http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/abs_ex_2014/52-sonstiges02.pdf.

⁶⁰ Russell A. Miller, Peer C. Zumbansen, *supra note 58*, p.460.

⁶¹ Bernd Heinrich, *supra note 57*, p.1.

⁶² Peter Seemann, *supra note 17*, p.70.

⁶³ Bernd Heinrich, *supra note 59*, p.1.

นอกจากนี้ ยังมีอีกทฤษฎีหนึ่งเรียกว่า ทฤษฎีละเมิด (Pflichtverletzungstheorie) กล่าวคือ การกระทำการบิดเบือนกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งการตัดสินใจเป็นหนึ่งในหน้าที่ของผู้กระทำ การบิดเบือนกฎหมายจึงเป็นการละเมิดการปฏิบัติหน้าที่ทางราชการของตน (Pflicht) สิ่งที่สำคัญคือถ้าผู้กระทำทำให้การตัดสินใจของตนเองไม่สัมพันธ์กับการพิจารณาคดี ไม่ว่าจะการตัดสินใจในครั้งนี้เป็นธรรม เป็นกลาง มีความสำคัญมากเพียงใดก็ตาม⁶⁴ การกระทำนั้นก็เป็นการบิดเบือนกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามมีข้อโต้แย้งว่า ความสำคัญของกระบวนการยุติธรรมคือความเป็นกลางและปราศจากการพิจารณาโดยอำเภอใจ เช่นนั้นแล้วจึงอาจไม่มีความจำเป็นในการเพิ่มความรับผิดชอบให้แก่ผู้พิพากษา⁶⁵ นอกจากนี้ยังมีความเห็นว่า ทฤษฎีละเมิดดังกล่าวเป็นการผสมกันระหว่างทฤษฎีทวิสัยและทฤษฎีอติวิสัยที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากการละเมิดในหน้าที่กับการกระทำผิดกฎหมายมีความแตกต่างกัน การละเมิดในหน้าที่ คือ แม้ผู้พิพากษาจะได้ใช้ความรอบคอบตรวจสอบคำพิพากษาก็อาจเกิดการตัดสินใจที่ผิดพลาดได้ แต่การกระทำผิดกฎหมายคือ ผู้พิพากษาทำงานอย่างไม่เต็มใจหรือทำงานแบบมกง่าย แต่หากได้ตัดสินคดีอย่างถูกต้องสุดท้ายผู้พิพากษาในกรณีหลังก็ไม่ต้องรับโทษ⁶⁶

ปัจจุบันมีการยอมรับตามการตีความของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ โดยใช้ทฤษฎี Objektive "Schwere" Theorie อันค่อนข้างไปในแนวทางเดียวกับทฤษฎีทวิสัย คือ เจตนาภายในที่ถูกใช้เป็นพื้นฐานในการกระทำที่กำหนดผลที่เกิดขึ้นของการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ได้มีการเรียกร้องให้กำหนดเพิ่มการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายที่เป็นรูปธรรม (objektive Recht) อย่างร้ายแรงเท่านั้นอันก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความให้อยู่ในองค์ประกอบภายใน โดยไม่รวมถึงความผิดพลาดหรือผิดพลาดเพียงเล็กน้อย⁶⁷ กล่าวคือ เจตนาภายในของผู้กระทำตลอดจนอันตรายจากตัวการกระทำผิด (Handlung) ต้องบรรลุผลทั้งสองประการ⁶⁸

(4) วัตถุประสงค์การกระทำ

วัตถุประสงค์การกระทำ คือ กฎหมาย ในทางทฤษฎีการให้นิยามคำว่า "กฎหมาย" นั้น ปรากฏหลายแนวทางด้วยกัน ดังนี้

⁶⁴ Bernd Heinrich, "Rechtsbeugung, § 339 StGB," Retrieved on November 2, 2016, from <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strbt2011/57-rechtsbeugung.pdf>.

⁶⁵ Bernd Heinrich, *supra note 59*, p.1.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Bernd Heinrich, *supra note 57*, p.1.

⁶⁸ Russell A. Miller, Peer C. Zumbansen, *supra note 58*, p.460.

1) กฎหมาย หมายถึง ระเบียบกฎเกณฑ์ที่แตกต่างจากสิ่งที่ไม่เป็นกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กำลัง (Macht) คือ การบังคับทางกายภาพ เช่น การใช้กำลัง และจริยธรรม (Moral) กฎหมายในคำอธิบายแบบนี้จึงหมายความว่าถึง กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ (Normen der Verfassung) กฎหมายรัฐบัญญัติ (Gesetze) และกฎเกณฑ์อื่นๆที่ถูกจัดว่าเป็นกฎหมาย ปัญหาพื้นฐานสำคัญในการจำกัดนิยามคำว่ากฎหมายเช่นนี้ จึงเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง กฎหมาย (Recht) รัฐ (Staat) และกำลัง (Macht) ⁶⁹

2) กฎหมาย หมายถึง กฎหมายที่เป็นธรรม (Gerecht) และถูกต้อง (Rechtig) กฎหมายในนิยามแบบนี้จึงไม่ยึดติดอยู่กับกฎหมายตามแนวคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) กล่าวคือ กฎหมายประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดจากรัฐอธิปไตยก็ได้ และรัฐที่ผูกพันต่อกฎหมายตามความหมายนี้ย่อมต้องเป็นรัฐที่มีความยุติธรรม (Gerechter Staat) ด้วย ⁷⁰

จากนิยามของ “กฎหมาย” ตามแนวคิดของกฎหมายเยอรมันข้างต้น เห็นได้ว่า ไม่ว่าจะ เป็นรัฐธรรมนูญ กฎหมายรัฐบัญญัติ กฎหมายสารบัญญัติ กฎหมายวิธีสบัญญัติ หรือกฎเกณฑ์อื่นๆที่ถูกจัดว่าเป็นกฎหมาย ล้วนแล้วแต่เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ภายในรัฐทั้งสิ้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “กฎหมายภายใน” ดังนั้นหากผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายเหล่านี้ก็มีความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมาย

ผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งทางตุลาการย่อมมีอำนาจในการใช้กฎหมายในการตัดสินคดี ซึ่งตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 92 ว่าด้วยเรื่อง ศาล บัญญัติว่า อำนาจฝ่ายตุลาการย่อมมอบไว้แก่ผู้พิพากษา ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ ศาลสหพันธ์สาธารณรัฐที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และศาลของมลรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ⁷¹ ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงมีอำนาจในการใช้กฎหมายของรัฐอันเป็นกฎหมายภายในรัฐมาพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

⁶⁹ Katharina Sobota, “Das Prinzip Rechtsstaat : verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte,” in Jus publicum; Bd. 22, (Tübingen: Mohr Siebeck, 1997), p.86.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 97 (1) บัญญัติว่า ผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นอิสระและอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเท่านั้น⁷² จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า ผู้พิพากษาย่อมต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย และการกระทำทางอำนาจตุลาการต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น

สำหรับกฎหมายภายในของรัฐนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าผู้พิพากษาเป็นผู้มีอำนาจในการใช้กฎหมายภายในเพื่อตัดสินคดี แต่ในทางกลับกันหากกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ (positives Recht) เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม (Unrecht) และเป็นกฎหมายที่ขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นสากล เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นต้น หรือขัดกับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายธรรมชาติ อันแสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของกฎหมาย "เหนือ" กฎหมาย⁷³ การที่ผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายหรือพิจารณาคดีไม่เป็นไปตามที่กฎหมายภายในได้กำหนดไว้ แต่พิจารณาโดยยึดหลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว การกระทำของผู้พิพากษานั้นจะเป็นการบิดเบือนกฎหมายหรือไม่ กรณีนี้ยังเป็นข้อโต้แย้งระหว่างนักวิชาการจนกระทั่งปัจจุบัน

คดีในศาลเยอรมันประกอบด้วย การตัดสินทางตุลาการที่มีได้ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเองเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีความยุติธรรม⁷⁴ อันเป็นประเด็นที่น่าสนใจอย่างมากในภายหลังการล่มสลายของระบอบการปกครองแห่งนาซี และภายหลังการล่มสลายของระบอบการปกครองคอมมิวนิสต์ภายใต้รัฐประชาธิปไตยเยอรมัน⁷⁵

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ กฎหมายสากลหรือกฎหมายธรรมชาติ (überpositive Recht/ Naturrecht) ที่มีคุณค่าเหนือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง (positive Recht) นั้นมีสถานะเป็นกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำการบิดเบือนกฎหมายได้หรือไม่

ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ปรากฏหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐในมาตรา 20 (3)⁷⁶ ว่าในการออกกฎหมายของฝ่าย

⁷² Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.

⁷³ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, pp.639-640.

⁷⁴ *Ibid.*, p.637.

⁷⁵ *Ibid.*, p.639.

⁷⁶ Grundgesetz Artikel 20(3) "(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden."

นิติบัญญัติต้องสอดคล้องกับระเบียบทางรัฐธรรมนูญ ส่วนการใช้อำนาจบริหารและตุลาการถูกผูกพันโดยกฎหมายและความยุติธรรม คำว่า Gesetz ในภาษาเยอรมันแปลว่ากฎหมาย ซึ่งมุ่งหมายถึงกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นเป็นรายฉบับมีผลบังคับใช้ภายในรัฐ ส่วนคำว่า Recht มีหลายความหมายซึ่งในที่นี้หมายถึงกฎหมายทั้งระบบ รวมถึงสิทธิหรือความยุติธรรมด้วย เหตุที่แยกคำทั้งสองออกจากกันอันเนื่องมาจากในยุคสมัยการปกครองของนาซี กฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมือง (die positive Rechtsordnung) ซึ่งออกโดยอำนาจเผด็จการ กับเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Rechtsidee) มีความขัดแย้งกัน ดังนั้นในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) จึงกำหนดคุณค่าของความยุติธรรมไว้สูงกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ หรืออาจกล่าวได้อีกทางหนึ่งว่า กฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญมีคุณค่าที่สูงกว่ากฎหมายรัฐบัญญัติ

ในกรณีที่ผู้พิพากษาอยู่ภายใต้กฎหมายที่ไม่เป็นธรรมอันมีมาตรฐานที่เป็นเงื่อนไขให้ตัดสินสอดคล้องกับแนวปฏิบัติที่ถูกสร้างขึ้น ผู้พิพากษตามมาตรฐานนี้อาจมีความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมายจากการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ถ้าแนวปฏิบัติของกฎหมายทั้งหมดเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการลงโทษที่เกินสมควรแก่เหตุ ดังนั้นหากผู้พิพากษาพิจารณาตีความผิดเล็กน้อยๆ แต่ได้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่ต้องรอลงอาญาแก่จำเลย การกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิดอาญาได้เช่นกัน เนื่องจากเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วน เป็นการลงโทษที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนมากเกินไป⁷⁷

ภายใต้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รัฐมีหน้าที่ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง ตามกฎหมายของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ประเทศสมาชิกจะต้องเอาผิดและลงโทษการละเมิดคุณค่าพื้นฐานและสิทธิมนุษยชนที่กำหนดไว้ในอนุสัญญายุโรป ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบต่อการสังหารโหดภายใต้กฎหมายต่างประเทศที่ต้องการเป็นส่วนหนึ่งของการประยุกต์ใช้และการบังคับใช้กฎหมายในประเทศได้ นี่เป็นครั้งแรกที่ศาลทหารสหรัฐได้กระทำต่อผู้นำของระบบกฎหมายนาซีและได้รับการรับรองจากศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

การพิจารณาคดีที่ Nuremberg แสดงให้เห็นว่า การบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษามีความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายต่างประเทศ ไม่เพียงแต่ความผิดอาชญากรรมสงครามเท่านั้น แต่การบิดเบือนกฎหมายยังรวมถึงการบริหารกฎหมายของประเทศชาติตัวเองด้วย กล่าวคือ ผู้พิพากษาได้ร่วมร่างกฎหมายอันไม่เป็นธรรมและออกกฎหมายที่ตนมีส่วนร่วมในการร่างไว้บังคับใช้ ศาลทหารที่พิจารณาคดีนี้ยอมรับว่ามันเป็นความผิดทางอาญาต่อผู้พิพากษาในการบริหารกฎหมายอันเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายการเลือกปฏิบัติของระบอบการปกครองและการกำจัดชาวยิว

⁷⁷ Hans Petter Graver, *supra note 9*, p.142.

และชาวโปแลนด์ และจะดำเนินการบังคับใช้กฎหมายคดีโดยพลการและมีความโหดร้าย เพื่อให้เกิดความหวาดกลัวแก่มนธธรรมของมนุษยชาติ⁷⁸ ในกรณีนี้ผู้พิพากษามีความผิดเนื่องจากได้มีส่วนร่วมในการตรากฎหมายที่ไม่เป็นธรรมขึ้น

เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศไม่ได้ประยุกต์ใช้กับกฎหมายภายในประเทศได้โดยตรงในเขตอำนาจศาล อย่างน้อยไม่ได้เป็นพื้นฐานทางกฎหมายที่เพียงพอสำหรับการลงโทษทางอาญาหรือทางที่จะมาแทนที่หลักนิติรัฐภายในประเทศ ผู้พิพากษามีความรับผิดชอบในศาลของประเทศตนเองได้หรือไม่ นั่นต้องพิจารณาในแต่ละบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หลักการทางกฎหมาย และกฎระเบียบของตัวเอง หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว พบว่าผู้พิพากษาจะถูกลงโทษโดยศาลระหว่างประเทศและศาลยุติธรรมได้โดยให้ความเข้าใจที่มีคุณค่าและข้อโต้แย้งที่จะต้องกล่าวถึงประเด็นของบริบททางกฎหมายแห่งชาติ⁷⁹

ตามความเห็นของ Gustav Radbruch นักปรัชญา นักวิชาการทางกฎหมายและนักการเมืองชาวเยอรมันได้ให้ความเห็นว่า หากผู้พิพากษาทำผิดกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับในปัจจุบัน แต่ได้ปรับใช้กฎหมายอย่างถูกต้องตามหลักสากลหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับความยุติธรรมอันเป็นสากล กฎหมายภายในนั้นจะถูกถือว่าไม่ใช่กฎหมาย และไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นมีขึ้นเพื่อความยุติธรรมได้อีกต่อไป ผลจากการเชื่อฟังคำสั่งของกฎหมายที่ถูกถือว่าไม่ใช่กฎหมาย ถ้าผลที่ตามมาได้ทำให้เกิดการขัดขวางชีวิตหรือเสรีภาพของผู้ใด การกระทำนั้นย่อมมีความรับผิดชอบ โดย Radbruch กล่าวว่าให้เมินเฉยต่อกฎหมายที่มอบอำนาจให้แก่ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดี กล่าวคือ ถือว่าผู้พิพากษาไม่มีอำนาจในการตัดสินคดีนั้น ดังนั้นการกระทำการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาโดยการเชื่อฟังกฎหมายภายในที่ไม่มีความเป็นธรรม ซึ่งถูกถือว่าไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นการละเมิดกฎระเบียบอื่นๆหรือหลักกฎหมายสากลที่ถูกต้อง หรือขัดแย้งกับกฎหมายของประเทศที่เจริญแล้ว เช่น การฆ่าคน ผู้พิพากษาก็จะมีความรับผิดชอบ⁸⁰ เพราะถือว่าการบิดเบือนกฎหมายสากล ในทางกลับกันหากกฎหมายที่ถูกกำหนดไว้ไม่มีความเป็นธรรม กฎหมายภายในนั้นจึงถูกถือว่าไม่ใช่กฎหมาย ผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องบังคับตามกฎหมายภายในนั้นก็ได้ เมื่อกฎหมายภายในไม่มีสถานะเป็นกฎหมายต่อไป การฝ่าฝืนโดยการบิดเบือนกฎหมายภายในที่ไม่เป็นธรรมของผู้พิพากษาจึงไม่มีความผิด

⁷⁸ *Ibid.*, pp.145-146.

⁷⁹ *Ibid.*, p.146.

⁸⁰ *Ibid.*, p.133.

สำหรับการเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานของการพิจารณาตัวอย่างยุติธรรม หรือการลงโทษที่ไม่ยุติธรรม มันไม่ได้แปลความอย่างชัดเจนว่ามีความต้องการเลือกปฏิบัติ ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECtHR) ได้ระบุว่าหลักการพื้นฐานของความยุติธรรมสามารถจำกัด การลงโทษ ว่าตามกฎหมายสามารถลงโทษโดยรัฐได้เมื่อจำเลยกระทำผิดในคดีอาญา ในการตัดสินคดี ของ Vinter and other v. the UK โดยที่ประชุมใหญ่ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (Grand Chamber of ECtHR) ได้ยอมรับว่าคำพิพากษาดังกล่าวเป็นคำพิพากษาที่ยังคงมีความไม่สมส่วนอันก่อให้เกิด การเลือกปฏิบัติอย่างโหดร้าย อันเป็นการขัดต่อมาตรา 3 แห่ง อนุสัญญายุโรปที่บัญญัติว่า “ไม่มี บุคคลใดถูกทรมานหรือถูกกระทำหรือถูกลงโทษอย่างไร้มนุษยธรรมหรืออย่างเลวทราม⁸¹” แม้ว่าเรื่องของ ความเหมาะสมของการพิพากษาลงโทษส่วนใหญ่ตกอยู่นอกขอบเขตของอนุสัญญายุโรปก็ตาม⁸²

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECtHR) ไม่ได้กำหนดให้มีการ ลงโทษผู้พิพากษาที่ทำตามกฎหมายซึ่งขณะนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมตามหลักกฎหมาย สากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ การฆ่าคนของ GDR ที่พยายามข้ามฝั่งจากเยอรมัน ตะวันออกไปเยอรมันตะวันตก ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECtHR) ได้ให้ความเห็นว่า เหตุการณ์นี้ เกิดขึ้นก่อนที่ศาลสหพันธรัฐจะถูกตั้งขึ้น ศาลจึงไม่สามารถวิจารณ์การใช้กฎหมายและการตีความ บทบัญญัติกฎหมายที่บังคับใช้ภายใต้ระบอบการปกครองในเวลานั้นได้โดยใช้หลักนิติรัฐมาตัดสินได้ว่า ดีหรือไม่ ส่วนจุดประสงค์ของการใช้กฎหมายย้อนหลังเพื่อต้องการปกป้องผู้ที่ถูกดำเนินคดี ตัดสิน หรือลงโทษโดยพลการ แต่อย่างไรก็ตามการลงโทษโดยการฉีกหลักนิติรัฐออกไปอย่างชัดเจน และการ ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์จนอย่างร้ายแรง ไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่กระทำตามอำเภอใจในมุมมองของ หลักนิติรัฐ⁸³ เนื่องจากหลักนิติรัฐเป็นหลักที่ให้อำนาจแก่รัฐในการกระทำต่างๆ เมื่อรัฐออกกฎหมาย บังคับใช้แม้จะไม่ใช่ธรรมก็ตามและผู้พิพากษาได้ตัดสินพิพากษาไปตามกฎหมายนั้น ผู้พิพากษาผู้นั้น จึงสามารถพิจารณาพิพากษาคดีไปตามกฎหมายนั้นได้ ไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบใดๆ

ในกรณีนี้ผู้นำของ GDR ผู้บังคับใช้กฎหมายการฆ่าคนที่พยายามหลบหนี จากประเทศเยอรมนีตะวันออกไปยังชายแดนเยอรมันตะวันตก ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรประบุว่า

⁸¹ No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

⁸² Hans Petter Graver, *supra note 9*, p.148.

⁸³ *Ibid.*, p.134.

การปฏิบัติของรัฐในประเทศสำคัญอันเป็นขอบเขตในหน้าที่อันดีของผู้นำทางการเมือง คือ รัฐหรือควรจะรู้ได้ว่ากฎหมายนั้นละเมิดทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิมนุษยชนเนื่องจากพวกเขาอาจไม่ได้รับรู้กฎหมายของประเทศของตัวเอง⁸⁴

ในกรณีนี้ที่สิทธิในการดำรงชีวิตและหลักสัดส่วนเมื่อได้ใช้อำนาจที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย แต่ถูกละเลยโดยคำสั่งและการปฏิบัติในการบังคับใช้ภายใต้ขอบเขตตามกฎหมาย เหตุผลเดียวกันนี้จะต้องนำไปใช้กับผู้พิพากษาที่ทำลายองค์ประกอบพื้นฐานที่เป็นระบบอันเป็นหลักนิติรัฐที่สำคัญอย่างชัดเจน เช่น ความเป็นอิสระของตุลาการและสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน⁸⁵

ความผิดทางอาญาสามารถเกิดขึ้นได้โดยมีความต้องการร่วมกันว่าผู้พิพากษาไม่สามารถเรียกร้องให้ตนเองน่าเชื่อถือได้ในเรื่องที่ไม่รู้ว่าตนเองทำอะไรผิดพลาด ซึ่งมันเป็นไปได้ที่จะพบความผิดของผู้พิพากษาภายใต้ข้อสันนิษฐานของความบริสุทธิ์และภาระการพิสูจน์ของการพิจารณาคดีอาญา การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในลักษณะนี้ยังมีแนวโน้มที่ผู้ปกครองเผด็จการจะใช้ผู้พิพากษาให้กระทำการผิดวัตถุประสงค์อันเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตด้วย⁸⁶

สำหรับความผิดทางการเมืองที่มีนักกิจกรรมเรียกร้องให้เกิดการเปลี่ยนแปลงนั้น ในหลายคดีนักกิจกรรมมีความผิดฐานละเมิดกฎหมายเผด็จการ และในบางครั้งเป็นกฎหมายที่รุนแรงเกินไป และถูกกล่าวหาโดยกับระบอบการปกครองเผด็จการว่ากระทำผิดกฎหมาย เช่น ในรูปแบบของการปลุกระดมทางการเมืองหรือกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย สิ่งเหล่านี้ไม่ได้สร้างกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินลงโทษ ประเด็นก็คือว่าการตัดสินลงโทษนักกิจกรรมไม่ได้ดำเนินการตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ผู้พิพากษาในศาลพิเศษของนอร์เวย์ในช่วงการยึดครองของเยอรมันที่ตัดสินพิพากษาประหารชีวิตจำเลยภายใต้เงื่อนไขว่า ถ้าผู้พิพากษาไม่ตัดสินเช่นนั้น จำเลยจะได้รับการดำเนินการโดยชาวเยอรมันในข้อหาเป็นอาชญากรภายหลังสงครามสิ้นสุด การดำเนินการดังกล่าวจึงเป็นผลลัพธ์ที่ถูกกำหนดโดยผู้บริหารและการที่ผู้พิพากษาถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อใช้ในการประหารชีวิตตามกฎหมาย ซึ่งภายหลังเหตุการณ์ที่ประเทศเยอรมนียึดครองประเทศนอร์เวย์ได้สิ้นสุดลง ศาลนอร์เวย์ไม่ยอมรับว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางตุลาการ⁸⁷ กล่าวคือ ศาลนอร์เวย์ไม่ยอมรับว่ากฎหมายอันไม่เป็นธรรมที่ให้อำนาจผู้พิพากษาในการพิพากษาประหารชีวิตมีสถานะเป็นกฎหมาย

⁸⁴ *Ibid.*, p.145.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*, p.141.

⁸⁷ *Ibid.*

ด้วยเหตุข้างต้น จึงแสดงให้เห็นว่าการบิดเบือนกฎหมายนั้น กระทำต่อกฎหมายที่เป็นกฎหมายภายในอันเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน แม้กฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมแต่หากผู้พิพากษากระทำตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามหลักนิติรัฐที่ว่าผู้พิพากษาได้กระทำเนื่องจากกฎหมายให้อำนาจ ผู้พิพากษาไม่มี ความผิดแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามการบิดเบือนกฎหมายนั้นไม่ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมายระหว่างประเทศ หากผู้พิพากษาไม่ได้ทำตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ชาติตนได้เข้าร่วมเป็นสมาชิก แต่ได้ทำตามกฎหมายภายในชาติตนนั้น ผู้พิพากษาดังกล่าวไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบ แต่ก็มิมีข้อโต้แย้งว่า การที่ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปตามกฎหมายภายในที่ไม่เป็นธรรม แต่ไม่เป็นไปตามกฎหมายสากลหรือกฎหมายธรรมชาติ เป็นการบิดเบือนกฎหมายสากลหรือกฎหมายธรรมชาติเช่นเดียวกัน ดังนั้น การพิจารณาพิพากษาคดีด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ยังปรากฏข้อโต้แย้งอันไม่เป็นที่ยุติ

การบิดเบือนกฎหมายได้สะท้อนแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติและหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ มุมมองด้านหนึ่งของกฎหมายเห็นว่ากฎหมายเป็นคำสั่งที่ดำเนินการด้วยตัวเองได้ ไม่จำเป็นต้องให้ผู้ใดดำเนินการแทน ดังนั้นตุลาการจึงควรลดบทบาทหน้าที่ทางตุลาการในการปรับใช้กฎหมาย เพื่อให้ไม่มีที่ว่างสำหรับการตีความและความไม่แน่นอนในการพิจารณาคดีและการพิพากษาคัดสินคดี⁸⁸

ต่อมาในต้นปี ค.ศ. 1990 มีการฟ้องร้องผู้พิพากษา GDR เป็นจำนวนมาก ว่าผู้พิพากษา GDR ได้กระทำการบิดเบือนกฎหมาย และมีอย่างน้อย 181 คดีที่นำไปสู่การลงโทษผู้พิพากษา⁸⁹ แต่อย่างไรก็ตามบางช่วงเวลาผู้พิพากษาที่ถูกลงโทษตามความผิดนี้มีจำนวนน้อยมาก ดังเช่นในปี ค.ศ. 2010 ไม่ปรากฏว่ามีผู้พิพากษาคนใดได้รับการลงโทษในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายตามมาตรา 339 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันแม้แต่คนเดียว⁹⁰

(5) กรรมของการกระทำ

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายมีกรรมของการกระทำคือ คู่ความ ซึ่งตามความหมายของความรับผิดชอบฐานบิดเบือนกฎหมาย ไม่ได้แบ่งแยกออกชัดเจนเป็นบุคคลใดบ้าง เพียงแต่อธิบายว่า คู่ความ (Patei) หมายถึง ทุกคนที่เกี่ยวข้องกระบวนการพิจารณาคดี รวมถึงเจ้าพนักงานอัยการ การกระทำของผู้พิพากษาที่ก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็เพียงพอแล้วที่จะมีความรับผิดชอบได้ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าแต่ละฝ่ายนั้นเป็นผู้ใดและมีตำแหน่ง

⁸⁸ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, p.639.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*, p.638.

เช่นใด เว้นแต่ทนายความ เพราะทนายความเป็นผู้กระทำการแทนผู้เสียหาย โจทก์ หรือจำเลย แต่มิใช่ผู้มีส่วนได้เสียต่อผลประโยชน์ของผู้เสียหาย โจทก์ หรือจำเลยแต่ประการใด แตกต่างจาก พนักงานอัยการ ซึ่งเป็นผู้กระทำแทนรัฐ ถือเป็นโจทก์ให้แก่รัฐ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐ ดังนั้น พนักงานอัยการจึงอยู่ภายใต้ความหมายคู่ความนี้ด้วย⁹¹

คู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันแบ่ง ออกเป็นโจทก์ฝ่ายหนึ่งและจำเลยอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งได้ให้คำนิยามไว้ดังนี้

โจทก์ คือ ผู้มีอำนาจฟ้องร้องต่อบุคคลว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดตามกฎหมายต่อศาลซึ่งได้แก่ผู้เสียหาย

ผู้เสียหาย คือ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด ผู้เสียหาย ไม่สามารถฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ เนื่องจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใช้วิธีการดำเนินคดี อาญาโดยรัฐ กล่าวคือ รัฐเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญา โดยทั่วไปรัฐจึงให้อำนาจพนักงาน อัยการในการฟ้องร้องคดีอาญาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามบางคดีที่เป็นข้อยกเว้นสามารถฟ้องร้องคดีได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 374 โดยไม่จำเป็นต้องขอความช่วยเหลือ จากพนักงานอัยการ คดีที่สามารถฟ้องร้องได้ เช่น ละเมิด หมิ่นประมาท ละเมิดความเป็นส่วนตัว ถูกทำร้ายร่างกาย ถูกคุกคาม การเสนอสินบน และทำให้เสียทรัพย์ เป็นต้น

สำหรับพนักงานอัยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เยอรมัน มาตรา 152 ได้บัญญัติไว้ว่า องค์การอัยการมีอำนาจที่จะฟ้องร้องได้โดยชอบและ วรรคสอง บัญญัติว่า ถ้ากฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น พนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องสอบสวนดำเนินคดีกับ การกระทำความผิดอาญาเมื่อปรากฏว่าในกรณีนั้นสามารถดำเนินการได้ทุกเรื่อง⁹²

จากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่า อัยการมีอำนาจในการริเริ่มคดีเอง แต่ในทาง ปฏิบัติเป็นที่ยอมรับกันว่า อัยการจะเข้าดำเนินการสอบสวนคดีเมื่อคดีที่เกิดขึ้นนั้นมีความยุ่งยาก ซับซ้อนหรือการสอบสวนของตำรวจมีอิทธิพลเข้ามาครอบงำ ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่ามีความ

⁹¹ Helmut Satzger, Bertram Schmitt, Gunter Widmaier, *supra note 41*, p.2266.

⁹² (1) The public prosecution office shall have the authority to prefer public charges.

(2) Except as otherwise provided by law, the public prosecution office shall be obliged to take action in relation to all prosecutable criminal offences, provided there are sufficient factual indications.

เกี่ยวกับผู้ต้องหาที่จะกระทำความผิดได้ พนักงานอัยการก็จะยื่นคำฟ้องต่อศาล⁹³ ดังนั้นอัยการจึงเป็นโจทก์ผู้มีอำนาจในการฟ้องร้อง⁹⁴

จำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 157 วรรคสาม ได้นิยามไว้ว่า จำเลยคือผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอันถูกตัดสินโดยการดำเนินคดีอย่างเปิดเผย⁹⁵ จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า จำเลยเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่งที่ได้รับการฟ้องร้องว่ากระทำความผิด

ทนายความเป็นผู้กระทำการแทนผู้เสียหายที่แท้จริง ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในผลของการบิดเบือนกฎหมาย ทนายความจึงไม่อยู่ภายใต้ความหมายของกรมแห่งการกระทำตามความรับผิดชอบนี้

สำหรับคู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน ได้ให้คำนิยามในทางตำราไว้ว่า “คู่ความ หมายความว่า ผู้ที่ได้ร้องขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของตนและผู้ที่มีการขอให้ศาลคุ้มครองสิทธินั้นได้กระทำต่อตน และในที่สุดเมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งใดที่ออกมาในนามของผู้ที่เป็นคู่ความ คำพิพากษานั้นย่อมจะส่งผลดีหรือผลร้ายต่อผู้ที่เป็นคู่ความนั้น”⁹⁶ ส่งผลให้ความหมายของคู่ความยังรวมไปถึงกรณีการฟ้องร้องในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทด้วย

⁹³ StPO art.170 (1) If the investigations offer sufficient reason for preferring public charges, the public prosecution office shall prefer them by submitting a bill of indictment to the competent court.

⁹⁴ คณิต ฌ นคร, “ความสัมพันธ์ระหว่างอัยการกับตำรวจในเยอรมัน,” วารสารอัยการ, ปีที่ 3, ฉบับที่ 36, น. 48-49.

⁹⁵ The defendant shall be an accused person or indicted accused in respect of whom a decision has been taken to open the main proceedings.

⁹⁶ Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 30. völlig neu bearbeitete Auflage, (Verlag C.H. Beck:München, 2011), p.46. อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร, “ย่อหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,” เอกสารประกอบในการอบรมโครงการพัฒนาศักยภาพบุคลากรของสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เรื่อง “แนวคิดทฤษฎีกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา” วันศุกร์ที่ ๗ พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ณ ห้องประชุม ชั้น ๑๖ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, น.8.

ผู้ที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิของตน สำหรับในคดีที่มีข้อพิพาทก็คือ โจทก์ สำหรับในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท คือ ผู้ร้อง ส่วนคำว่า ผู้ที่การขอให้ศาลคุ้มครองสิทธินั้นได้กระทำต่อตน คือ จำเลย⁹⁷

ความสามารถของคู่ความในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันได้ กำหนดตามมาตรา 50 ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ที่สามารถในการทรงสิทธิได้เป็นผู้ที่สามารถเป็นคู่ความได้⁹⁸ ความสามารถของคู่ความ หมายความว่า ความสามารถที่จะเป็นคู่ความในคดีใดคดีหนึ่งได้ ซึ่งใครก็ตามที่ยื่นคำฟ้อง คำร้อง หรืออุทกฟ้อง ก็อยู่ภายใต้ความหมายของคู่ความ แต่หากไม่มีความสามารถเป็นคู่ความ ศาลก็ไม่อาจพิพากษาคดีให้ได้⁹⁹

ผู้ทำการแทนในคดี ต้องเป็นผู้มีความสามารถในการดำเนินคดี การทำการแทนในคดีมีเนื้อหายุ่งเกี่ยวกับตัวแทนในเรื่องกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ผู้ทำการแทนในคดีเป็นผู้กระทำการในนามของผู้อื่น ผู้ทำการแทนมีทั้ง ผู้ทำการแทนโดยอำนาจแห่งกฎหมาย คือ ผู้ทำการแทนที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น บิดามารดามีอำนาจกระทำการแทนบุตร ผู้แทนนิติบุคคล กระทำการแทนนิติบุคคลนั้น เป็นต้น และผู้ทำการแทนโดยการมอบอำนาจ กล่าวคือ คู่ความจะมอบอำนาจให้บุคคลใดเป็นผู้กระทำการแทนตนในคดีแพ่งก็ได้ เรียกผู้แทนนั้นว่า ผู้แทนโดยการรับมอบอำนาจ สำหรับทนายความนั้นก็เป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจให้ว่าคดีแทนตัวความเช่นเดียวกับผู้ทำการแทนโดยการมอบอำนาจ การกระทำของทนายความจึงเป็นไปเพื่อการรักษาประโยชน์ของตัวความที่แท้จริง¹⁰⁰ แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ผู้กระทำการแทนเป็นผู้ทำแทนคู่ความที่แท้จริงไม่ว่าจะเป็นฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลย ผู้แทนจึงไม่ได้มีส่วนได้เสียจากผลของการปิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ผู้แทนในการทำคดีแพ่งไม่ว่าจะเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้รับมอบอำนาจ หรือทนายความ ไม่ใช่กรรมของการกระทำในความรับผิดชอบปิดเบือนกฎหมาย

⁹⁷ Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 30. völlig neu bearbeitete Auflage, (Verlag C.H. Beck:München, 2011), Seite 46. อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96*, น.8.

⁹⁸ § 50 Parteifähigkeit

(1) Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist.

(2) Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann klagen und verklagt werden; in dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins.

⁹⁹ Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 30. völlig neu bearbeitete Auflage, (Verlag C.H. Beck:München, 2011), p.46. อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 96*, น.8.

¹⁰⁰ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 94*, น.20.

ดังนั้นคู่ความในคดีแพ่งซึ่งอยู่ภายใต้กรรมของการกระทำความผิดฐาน บิดเบือนกฎหมาย คือ โจทก์ ผู้ร้อง และจำเลย สำหรับผู้กระทำการแทนและทนายความมิใช่ผู้มีส่วน ได้เสียในผลของการบิดเบือนกฎหมาย บุคคลดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้ความหมายของกรรมแห่งการ กระทำตามความรับผิดฐานนี้

(6) ผลสำเร็จของการกระทำ

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเป็นความผิดที่ต้องการผล ผลสำเร็จของ การกระทำของความผิดฐานนี้ คือ เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ ความผิดจะสำเร็จเมื่อการบิดเบือนกฎหมายนั้นทำให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความ¹⁰¹ ประโยชน์หรือความเสียหายอาจเกิดขึ้นเพียงชั่วคราวก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นอย่าง ถาวร แต่อย่างไรก็ตามประโยชน์และความเสียหายย่อมต้องเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงประโยชน์หรือความเสียหายที่เป็นนามธรรม¹⁰² ส่วนประโยชน์ที่คู่ความได้รับจาก การที่ผู้พิพากษาถูกตัดสินว่ามีความผิดตามมาตรานี้ เป็นเพียงความคุ้มครองโดยอ้อม (indirect) หรือ ผลสะท้อน (reflex) เท่านั้น¹⁰³ เพราะวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้เป็นเรื่องของการกำหนดหลัก ความรับผิดของผู้พิพากษา (Verantwortlichkeit des Richters) แต่ในกรณีการบิดเบือนกฎหมายที่ เกิดจากการถูกเบี่ยงเบนที่มีแรงจูงใจมาจากผู้พิพากษาเอง หากพิจารณาถึงแรงจูงใจส่วนตัวของผู้พิพากษาจะพบว่าผู้พิพากษาอาจกระทำไปเพื่อผลประโยชน์ทางการเงิน หรือมีคำสั่งอย่างเร่งรัดเพื่อ ประหยัดเวลาและหลีกเลี่ยงงานที่ก่อให้เกิดความน่าเบื่อแก่ผู้พิพากษาเอง หรือการดำเนินคดีด้วยอคติ ที่มากเกินไป¹⁰⁴ นอกจากนี้ยังมีการแสดงออกทางอารมณ์ที่ก่อให้เกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่อบุคคลอื่น ๆ¹⁰⁵ แต่เนื่องจากคำในมาตรา 339 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่สันนิษฐานว่า ผลสำเร็จของการกระทำเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของตัวผู้พิพากษาเอง หากเป็นเช่นนั้นความผิด ฐานบิดเบือนกฎหมายสามารถนำไปใช้ในกรณีที่ผู้พิพากษาไม่ได้รับผลประโยชน์ก็ได้หรือได้รับ ผลประโยชน์จากการกระทำผิดของตนเองก็ได้ แต่ในความเป็นจริงความผิดนี้แค่ต้องการการกระทำ เพื่อให้เกิดประโยชน์หรือให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความก็เพียงพอที่จะผู้กระทำมีความผิดได้แล้ว

¹⁰¹ Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. neu bearbeitete Auflage, (Verlag C.H. Beck:München, 2004), Seite 1398.

¹⁰² Helmut Satzger, Bertram Schmitt, Gunter Widmaier, *supra note 41*, p.2266.

¹⁰³ Fischer, Kommentar zum StGB, 59. Auflage 2012, § 339 Rn.2.

¹⁰⁴ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, p.639.

¹⁰⁵ *Ibid*, p.638.

ไม่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้พิพากษาแต่อย่างใด ในทางกลับกันหากผู้พิพากษาไม่ได้กระทำแล้วเกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการกระทำโดยไม่สำเร็จผล การกระทำนั้นก็ไม่ว่าใครบ่งค้ประกอบภายนอก แม้ได้กระทำการบิดเบือนกฎหมายก็ไม่มีควมรับผิดชอบแต่อย่างใด

เดิมศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ได้วางหลักไว้ว่า การบิดเบือนกฎหมายเพื่อความยุติธรรมนั้น ถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาประสงค์ต่อผลในการบิดเบือนกฎหมาย ผู้พิพากษาที่บิดเบือนกฎหมายเพื่อความยุติธรรมจึงไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ภายหลังได้กลับคำวินิจฉัยว่า ผลสำเร็จของการบิดเบือนกฎหมายไม่ได้ขึ้นอยู่กับความปรารถนา (Wunsch) หรือความตั้งใจของผู้พิพากษาที่เข้าไปเพื่อความถูกต้อง (das Richtige zutun) การที่ผู้พิพากษาตระหนักว่าความเห็นของตน (Ansicht) นั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีผลบังคับ (geltene Gesetze) แล้วได้กระทำการบิดเบือนกฎหมายนั้น โดยอ้างแต่เพียงความยุติธรรม (gerecht) อย่างเดียวเท่านั้น ก็ทำให้ผู้พิพากษามีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อุดมการณ์หรือความเห็นส่วนตัวของผู้พิพากษา ไม่สามารถนำมาเป็นข้ออ้างในการบิดเบือนกฎหมายได้ เนื่องจากสิ่งเหล่านั้นมีลักษณะที่เป็นอัตวิสัย (Subjective) หากผู้พิพากษาสามารถกล่าวอ้างความเชื่อส่วนตัวโดยไม่ถือเป็นการบิดเบือนกฎหมาย ก็เท่ากับเป็นการเปิดช่องให้ผู้พิพากษาก่อทำตามอำเภอใจตนได้¹⁰⁶

3.2.2.2 องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายใน (subjektiver Tatbestand) คือสิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก หมายถึงสิ่งที่เป็นส่วนภายในของผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง สิ่งที่เป็นส่วนจิตใจตามปกติจะมีสิ่งเดียวแต่ในบางฐานความผิดอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งสิ่งก็ได้¹⁰⁷

ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 15 ได้บัญญัติเกี่ยวกับ “เจตนา” ไว้ว่า การกระทำที่เป็นความผิดอาญาคือการกระทำโดยเจตนา เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดว่าเป็นความผิดแม้กระทำโดยประมาท¹⁰⁸

¹⁰⁶ Sascha Böttner, Vorsatz bei der Rechtsbeugung durch den Richter, 2. April 2004, strafrechtbundesweit.de, am 26. Mai 2015.

¹⁰⁷ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.215.

¹⁰⁸ Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า การกระทำโดยเจตนา ประกอบด้วยส่วนประกอบภายใน (subjektives Element) 2 ส่วนคือ ส่วนรู้ กับส่วนต้องการ และได้ให้ความหมายของการกระทำโดยเจตนาว่า เจตนาคือ การรู้และการต้องการการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด¹⁰⁹

เดิมความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายก่อนหน้านี้นี้มีการกำหนดให้มีเจตนาประสงค์ต่อผล คือ การรู้และมีความต้องการในการกระทำความผิด กล่าวคือ ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการรับรู้ถึงสิ่งที่ได้กระทำนั้นอันเป็นไปองค์ประกอบภายนอกทั้งหมดในการนิยามการกระทำความผิดว่า ผู้กระทำได้กระทำการบิดเบือนกฎหมาย โดยเบี่ยงเบนหรือขัดแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายอย่างร้ายแรง หรือกระทำการเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติอันก่อให้เกิดผลประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และมีความต้องการที่จะบิดเบือนกฎหมายดังกล่าว ซึ่งการรู้และมีความต้องการในการกระทำความผิดอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญาทั่วไปดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 15 อันเป็นเจตนาในการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงเป็นความผิดที่ต้องการเจตนา ซึ่งเจตนาในความผิดฐานนี้ก็คือเจตนาประสงค์ต่อผลในการใช้กฎหมายอย่างไม่ถูกต้อง (bewusste Falschanwendung des Rechts)

อย่างไรก็ตาม เราจะพบได้บ่อยครั้งที่ผู้กระทำ กระทำการไปโดยไม่ได้ต้องการให้เกิดผลอันเป็นความผิด แต่ถือได้ว่าผู้กระทำยอมรับเอาผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนซึ่งในทางกฎหมายอาญาเป็นที่ยอมรับกันว่าถือเป็นเจตนาประเภทหนึ่ง เรียกว่า เจตนาโดยเล็งเห็นผล (Eventualvoratz/ bedingter Vorsatz) ซึ่งตามข้อความคิดเรื่องนี้ในประเทศเยอรมัน มีคำอธิบายหลายแนวทางด้วยกัน¹¹⁰ ดังนี้

1. Billigungstheorie เป็นแนวการตีความของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ และเป็นแนวความเห็นกระแสหลัก โดยทฤษฎีนี้อธิบายว่าผู้กระทำรู้ถึงความเป็นไปได้ของผลที่ร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้น และในขณะที่เดียวกันก็เห็นชอบกับผลนั้นและยอมรับเอา
2. Möglichkeitstheorie คำอธิบายตามทฤษฎีนี้คือ ผู้กระทำตระหนักถึงผลที่อาจเกิดขึ้นได้จริงๆ (rein möglich) จากการกระทำของตน

¹⁰⁹ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น.221.

¹¹⁰ *เพ็งอ้าง.*

3. Wahrscheinlichkeitstheorie ซึ่งเจตนาโดยเล็งเห็นผลตามทฤษฎีนี้เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้ตระหนักถึงไม่เพียงแต่ผลที่สามารถเกิดขึ้นได้จริงเท่านั้น แต่รวมถึงผลทั้งหมดที่อาจเป็นไปได้ด้วย

4. Risikotheorie ทฤษฎีนี้เห็นว่า เจตนาโดยเล็งเห็นผล ได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำได้ตัดสินใจที่จะรับเอาความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น หรือไม่ป้องกันอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง (Rechtsgut)

5. Vermeidungstheorie ทฤษฎีนี้ อธิบายถึงเจตนาโดยเล็งเห็นผลว่าเป็นเจตนาที่ผู้กระทำได้รู้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นได้ แต่กลับไม่หลีกเลี่ยงการเกิดผลนั้น

6. Ernstnahmetheorie เจตนาโดยเล็งเห็นผลตามทฤษฎีนี้ หมายถึงกรณีที่ผู้กระทำได้ยอมรับผลแห่งการกระทำของตนอย่างจริงจัง

เดิมตั้งแต่ประมวลกฎหมายอาญาปรัสเซีย มาตรา 314 ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ได้กำหนดว่าหากผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้กระทำไปโดยมีเจตนาเล็งเห็นผลผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษ ซึ่งแม้จะมีการฟ้องร้องการกระทำผิดในเวลานั้น ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องรับโทษจากการกระทำ

ภายหลังยุคนาซีปี ค.ศ. 1945 เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมจึงมีความต้องการให้มีการป้องกันการบิดเบือนกฎหมาย ซึ่งกฎหมายของศาลสหพันธ์เยอรมันได้กำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ในระดับสูง ระดับความรับผิดชอบที่จะต้องพิสูจน์ความผิดอยู่ในระดับสูงเพื่อเปิดให้ผู้พิพากษาตีความกฎหมายโดยใช้จิตใจภายในได้¹¹¹ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์จึงได้วินิจฉัยเจตนาในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ว่า ลำพังแต่เจตนาที่เล็งเห็นผล (bedingter Vorsatz/Eventualvorsatz) นั้น ไม่เพียงพอที่จะถือว่าผู้กระทำความผิดได้ โดยศาลให้เหตุผลว่าเจตนาเช่นนั้นพิสูจน์ได้ยากมาก ดังนั้น เจตนาในฐานะความผิดนี้ต้องเป็นเจตนาประเภทประสงค์ต่อผล (bewusster Vorsatz) เท่านั้น การตีความเช่นนี้ของศาลปรากฏเป็นจำนวนมากหลังสมัยนาซี (NS-Zeit) ซึ่งก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากการตีความเจตนาที่แคบเช่นนี้ ส่งผลให้ผู้พิพากษาในยุคนาซีแต่เดิมมีความคุ้มกันอยู่ก่อนแล้วประกอบกับมีเจตนาเล็งเห็นผล หรือผู้พิพากษาที่มีข้อกังขาต่อกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจ แล้วปรับใช้และตีความกฎหมายนั้นไป ก็จะไม่มีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย เพราะกรณีนี้เป็นแต่เพียงเจตนาเล็งเห็นผลเท่านั้น และยิ่งไปกว่านั้นผู้พิพากษาที่มีความเชื่อตามอุดมคติของนาซี (NS-ideology) ก็ถือว่าขาดเจตนาในการกระทำความผิดเนื่องจากไม่ได้คำนึงถึงความสอดคล้องกันระหว่างกฎเกณฑ์แห่งความยุติธรรมหรือเหตุผลขั้นพื้นฐาน

¹¹¹ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra* note 26, p.639.

กับกฎหมายที่บังคับใช้อยู่¹¹² สถิติของผู้พิพากษาในยุคนาซีที่ถูกตัดสินถึงที่สุดว่ามีความผิดฐาน บิดเบือนกฎหมายอาจกล่าวได้ว่ามีเพียงแค่คดีเดียวเท่านั้น นั่นคือคดี Regensburger-Standgerichts-Fall¹¹³

เมื่อมีการแก้ไขมาตรา 339 ในปี ค.ศ. 1974 แล้วได้กำหนดให้ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายต้องการเจตนาประสงค์ต่อผล คือ ต้องมีการรับรู้การบิดผันออกจากบทบัญญัติกฎหมายขณะที่กำลังทำการตัดสินคดี มีการตีความอย่างแคบและการลดความไม่แน่นอนในการลงโทษทางอาญา¹¹⁴ ซึ่งเจตนาดังกล่าวต้องการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างร้ายแรง¹¹⁵ โดยไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบเนื่องจากความประมาท นอกจากนี้ยังพบว่าศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีพยายามที่จะจำกัดขอบเขตนิยามของความรับผิดชอบเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้กฎหมายที่ผิดพลาดในการตีความหรือการใช้กฎหมาย ทั้งนี้เพื่อปกป้องความเป็นอิสระของตุลาการ¹¹⁶

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าเจตนาในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนี้ หมายความว่ารวมถึงเจตนาโดยเล็งเห็นผลด้วย โดยมีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ในปี ค.ศ. 2014¹¹⁷ โดยศาลวางหลักไว้ว่า ในการวินิจฉัยความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนั้น ต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดผลที่ไม่น่าเชื่อถือเพียงพอในการให้ความเห็นทางกฎหมาย ในอีกด้านก็ต้องรู้ว่าการให้ความเห็นเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมาย และเจตนาโดยเล็งเห็นผลย่อมเพียงพอในการละเมิดกฎหมายดังกล่าวแล้ว กรณีผู้กระทำความผิดประสงค์ต่อผลเป็นเรื่องของความร้ายแรงในการละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งอาจมีผลต่อการกำหนดโทษ

เจตนาโดยเล็งเห็นผลตามความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนี้ ได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำเห็นพ้องหรือยินยอมให้เกิดความผิดพลาด (Fehlerhaftigkeit) ในคำตัดสินที่ผู้กระทำรู้ว่าอาจเกิดขึ้นได้ ไม่ใช่เพียงแค่เกิดความสงสัยหรือกังขา (Zweifel) ถึงความถูกต้องของคำตัดสินเท่านั้น ท้ายที่สุดแล้วเมื่อผู้กระทำได้บิดเบือนกฎหมายไปโดยมีเจตนาดังนั้นแล้ว แม้ผู้กระทำจะอ้างว่าได้กระทำไปเพื่อความยุติธรรม ก็เป็นความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเช่นกัน

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ OLG Nürnberg Just. und NS-Verbrechen II 318, siehe Spandel, in: Leipziger Kommentar sum StGB, 11. Auflage 2006, 9. Band, §339 RN 11.

¹¹⁴ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, p.639.

¹¹⁵ Russell A. Miller, Peer C. Zumbansen, *supra note 58*, p.460.

¹¹⁶ Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, *supra note 26*, p.638.

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Az. 2 StR 479/13, hrr-straftrecht.de.

3.2.3 กรณีศึกษาเกี่ยวกับความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

เมื่อการกระทำการบิดเบือนกฎหมายเกิดขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อคู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ เมื่อประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติให้การบิดเบือนกฎหมายเป็นความรับผิดทางอาญา ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวก็ย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล เพื่อพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคดีดังกล่าวมักจะเกิดขึ้นในยุคภายหลังการล่มสลายของพรรคนาซีและยุคภายหลังการรวมประเทศเยอรมันตะวันออกและเยอรมันตะวันตก กรณีดังต่อไปนี้จึงเป็นกรณีศึกษาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็นกรณีศึกษาที่จำเลยไม่มีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย และกรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย เพื่อนำมาพิจารณาให้เห็นถึงลักษณะ เหตุผลการพิจารณาคดี และข้อแตกต่างของแต่ละกรณี

3.2.3.1 กรณีศึกษาที่จำเลยไม่มีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

คดีที่ 1 คดี Schill เกิดขึ้นในศาลสหพันธรัฐเยอรมนีโดยมีเนื้อหาว่า ในปี ค.ศ. 1999 ผู้พิพากษา Schill เป็นประธานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาต่อสมาชิกวัฒนธรรมย่อยที่ได้ก่อจลาจลในเมืองฮัมบูร์ก บุคคลผู้นั้นถูกกล่าวหาว่ากระทำการข่มขู่ตำรวจ หลังจากเกิดความโกลาหลในห้องพิจารณาแล้ว ผู้พิพากษา Schill ได้มีคำสั่งให้ขังผู้เข้าฟังการพิจารณาคดีในศาลสองคนในระหว่างพิจารณเป็นเวลาสามวัน เพราะว่าหนึ่งในนั้นได้ต่อต้านคำสั่งศาลที่ว่าให้ลุกขึ้นยืนระหว่างอ่านคำพิพากษา ทั้งคู่ยื่นเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการดูหมิ่นคำพิพากษาให้จำคุกของศาลต่อศาลสูงของเมืองฮัมบูร์กที่มีอำนาจในการรับอุทธรณ์คดีนี้โดยทันที ซึ่งผู้พิพากษา Schill ไม่ได้ดำเนินการโดยทันที แต่ในทางกลับกันได้ดำเนินการล่าช้าไปถึงสามวัน เหตุที่ล่าช้าเนื่องจากต้องมีการไต่ร่ตรง คำ คัด ค้าน คำ สั่ง ที่ ถูก ดู หมิ่น ของ ตัว เขา เอง ด้วยเหตุนี้ ผู้พิพากษา Schill จึงถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายตามมาตรา 339 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ภายหลังจากในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2000 ศาลแขวงฮัมบูร์กพบว่าผู้พิพากษา Schill มีความผิดจริง และได้มีคำสั่งให้จ่ายค่าปรับเป็นเงิน 12,000 มาร์ค ต่อมาในเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 2001 ได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลสหพันธรัฐ ซึ่งแทนที่จะตัดสินให้พ้นโทษหรือตัดสินลงโทษ กลับกล่าวถึงความยุติธรรมของโซโลมอน (Solomonic judgment) โดยศาลสูงให้ศาลภูมิภาคฮัมบูร์กพิจารณาคดีอีกครั้ง เนื่องจากพยานหลักฐานไม่ครบถ้วน¹¹⁸

ในคดีผู้พิพากษา Schill หากพิจารณาการตีความองค์ประกอบภายนอก ผู้พิพากษา Schill ได้ทำให้กระบวนการทางกฎหมายล่าช้า และได้ฝ่าฝืนกฎหมายที่ว่าต้องพิจารณาคดี

¹¹⁸ Russell A. Miller, Peer C. Zumbansen, *supra note 58*, p.459.

อย่างรวดเร็วซึ่งเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติธรรม (The rule of law) แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษา Schill ก็ยังคงกระทำการอยู่ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมาย แม้ว่าการตีความในมาตรา 181 ของพระราชบัญญัติองค์กรตุลาการพิจารณาได้ว่ากระบวนการทางกฎหมายนั้นใช้เวลาเพียง 3 วัน แต่หากพิจารณาองค์ประกอบภายใน ผู้พิพากษา Schill ไม่ได้ตัดสินโดยใช้ความเห็นทางกฎหมายของตนเอง และสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเองไม่ได้กระทำการตัดสินให้ผิดพลาดอย่างไรหลักเกณฑ์อันก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จากการวิเคราะห์ดังกล่าว ศาลสหพันธรัฐนั้นได้ตัดสินไว้ถูกต้องแล้ว เพียงแต่การกระทำของผู้พิพากษา Schill ก็เป็นสิ่งที่ไม่ได้ผิดกฎหมายแต่อย่างใด ในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2001 ศาลภูมิภาคฮัมบูร์กได้พิจารณาคดีนี้ใหม่ โดยพิพากษาให้ผู้พิพากษา Schill พ้นจากข้อกล่าวหาว่ากระทำการบิดเบือนกฎหมายและจากการมีคำสั่งซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁹

คดีที่ 2 ในฤดูร้อนของปี ค.ศ. 1992 ณ กรุงเบอร์ลิน ศาลแขวงแห่งเมือง Moabit อดีตผู้พิพากษา GDR สองคนถูกตรวจสอบในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย โดยมีเหตุการณ์ว่า ในฤดูใบไม้ร่วงปี 1989 มีข้อกล่าวหาที่เกิดจากคดีในศาลแรงงาน GDR ว่าคนงานไฟฟ้าในประเทศเยอรมนีตะวันออกได้ถูกไล่ออกจากงานในตำแหน่งหัวหน้าคนงาน เนื่องจากคนงานปฏิเสธที่จะมีส่วนร่วมในกลุ่มป้องกันพลเรือนในที่ทำงานของเขา ทำให้เขาถูกไล่ออกจากพรรคเอกภาพสังคมนิยมเยอรมนี (SED) ด้วยเหตุนี้เขาจึงขอทวงสิทธิคืนโดยยื่นคำร้องให้ดำเนินการในศาลแรงงาน การยื่นคำร้องได้ถูกมอบหมายให้ผู้พิพากษา T. ที่ขาดประสบการณ์ในคดีดังกล่าว ต่อมาในเดือนตุลาคมปี 1989 ผู้พิพากษา T. ได้ออกคำสั่งกับคนงานไฟฟ้า ภายหลังจากการล่มสลายของกำแพงเบอร์ลิน (Wende) บันทึกที่เขียนโดยผู้พิพากษา T. ถูกพบในแฟ้มเอกสารของศาล บันทึกระบุว่าก่อนที่จะมีการตัดสินคดี ผู้พิพากษา T. ได้ขอคำแนะนำจากผู้พิพากษา R. ซึ่งเป็นผู้พิพากษาอาวุโส การมอบหมายให้ผู้พิพากษา T. ที่ขาดประสบการณ์ ทำให้เกิดความผิดปกติและความไม่เหมาะสมในการปรึกษากับผู้พิพากษาอาวุโส แต่อย่างไรก็ตามบันทึกระบุว่าผู้พิพากษา R. ได้แนะนำผู้พิพากษา T. ให้ผู้พิพากษา T. มีคำสั่งตัดสินต่อคนงาน ไม่เช่นนั้นมันมีผลกระทบต่อตัวเอง กล่าวคือ ผู้พิพากษา T. ได้ตัดสินคดีโดยขึ้นอยู่กับประโยชน์การเมืองของตนเองและขัดแย้งต่อความเข้าใจที่ถูกต้องตามกฎหมายของตัวเองในการใช้กฎหมาย GDR¹²⁰

ในการพิจารณาคดีผู้พิพากษา T. เชื่อว่าการตัดสินคดีของตนเองถูกต้องตามกฎหมายแล้วในเวลานั้น ผู้พิพากษา T. ยืนยันว่าเธอได้เพิ่มเติมและย้อนหลังบันทึกหลายข้อผิดพลาด

¹¹⁹ *Ibid.*, pp.459-460.

¹²⁰ Howard J. De Nike, *supra note 12*, p.84.

ภายหลังจากทำการตัดสินใจคดี เธออธิบายว่าในช่วงเหตุการณ์ทางการเมืองปั่นป่วนในเดือนตุลาคมและพฤศจิกายนปี 1989 เธอมีความกังวลเกี่ยวกับคำตัดสินดังกล่าว และพยายามที่จะปกป้องตัวเองตลอดจนบันทึกซึ่งเธอคาดว่าจะโยนความรับผิดชอบและการตำหนิตัวเธอเองไปยังผู้พิพากษา R. ในการสอบสวนผู้พิพากษา T. นั้น ผู้พิพากษาศาลแขวงแห่งเมือง Moabit ที่พิจารณาคดีได้แสดงพยานหลักฐานที่น่าสงสัยเกี่ยวกับเธอว่า บันทึกไม่ได้สะท้อนให้เห็นถึงแรงจูงใจโดยสุจริตของผู้พิพากษา T. ในการตัดสินคดีดังกล่าว ในทางกลับกันผู้พิพากษา R. ได้ เบิกความว่า เขาได้ให้คำแนะนำแก่เธอเป็นประจำว่า งานของหัวหน้าคนงานปฏิบัติหน้าที่อันสำคัญ การสร้างสมาชิกพรรคต้องเป็นสิ่งทีมาก่อน เขาปฏิเสธว่าได้คุกคามผู้พิพากษา T. หรือกระตุ้นให้เธอตัดสินคดีที่ตรงกันข้ามกับความเข้าใจกฎหมายของตัวเอง ในทางตรงกันข้ามผู้พิพากษา R. กล่าวว่า ผู้พิพากษา T. ก็พร้อมที่จะตัดสินว่ามันเป็นคำตัดสินของตัวเอง¹²¹

จากการวิเคราะห์อาจจะมีความเป็นไปได้ว่า ในขณะที่สถานการณ์การเมืองกำลังวุ่นวายปั่นป่วน ผู้พิพากษา T. ซึ่งมีประสบการณ์น้อยกว่าทางการเมืองนี้อาจถูกผู้พิพากษา R. ชี้นำให้ตัดสินตามคำแนะนำของผู้พิพากษา R. ก็ได้ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของศาลอันเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ คำตัดสินของผู้พิพากษา T. จึงอาจถูกมองว่าอาจเอนเอียงไปในทางที่ผู้พิพากษา R. สนับสนุนได้ แต่อย่างไรก็ตามภายหลังจากได้มีคำกล่าวของอัยการที่ถูกเรียกมาเป็นพยานต่อผู้พิพากษา GDR ได้เบิกความว่า คดีคนงานไฟฟ้าได้รับการตัดสินอย่างถูกต้องแล้ว และยืนยันว่ามันเป็นเรื่องปกติสำหรับผู้พิพากษาอาวุโสที่จะควบคุมการตัดสินของผู้พิพากษารุ่นเด็กในคดีทาง "การเมือง"¹²² สุดท้ายศาลยอมรับว่าคำเบิกความของผู้พิพากษา T. มีมูลและให้ผู้พิพากษาทั้งสองคนพ้นผิด เนื่องจากพบว่าองค์ประกอบของการ "ละเมิดโดยเจตนา" อันเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นสำหรับการตัดสินว่ามีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเป็นสิ่งที่ขาดหายไป ซึ่งการกระทำการบิดเบือนกฎหมายนั้นต้องมีเจตนาที่จะทำการบิดเบือนโดยรู้ได้ว่าจุดประสงค์ของกฎหมายที่แท้จริงนั้นเป็นเช่นไร แล้วใช้กฎหมายผิดไปจากที่กฎหมายกำหนด แต่จากข้อเท็จจริงผู้พิพากษาทั้งสองคนไม่ได้เจตนาที่จะทำให้คนงานได้รับความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใด เมื่อไม่ครบองค์ประกอบตามกฎหมาย ผู้พิพากษาทั้งสองจึงไม่มีความผิด¹²³

จากกรณีดังกล่าวอาจสันนิษฐานได้ว่า ไม่ว่าผลประโยชน์ของประชาชน บรรดารัฐ โครงสร้างทางสังคมหรือ พรรคของรัฐ ในการตีความกฎหมายและการตัดสินคดีที่เกิดขึ้น

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*, p.85.

¹²³ *Ibid.*

ภายหลัง จุดประสงค์ทางการเมืองต้องถูกให้ความสำคัญเหนือสิ่งอื่นใด ดังนั้นอำนาจในการสร้างกฎของผู้บริหารหน่วยงาน GDR อาจได้รับการยอมรับว่าเป็นบ่อเกิดทางกฎหมายที่ถูกต้องได้ กล่าวได้อีกประการหนึ่งว่าการตัดสินใจของศาลล่างยึดถือการดำเนินคดีโดยบิดเบือนกฎหมายมีเจตนาที่จะทำลายการใช้คำสั่งทางการเมืองและการตัดสินใจที่เกิดขึ้นจากบ่อเกิดของกฎหมายอย่างถูกต้องได้โดยทำการบิดเบือนบ่อเกิดของกฎหมายที่ถูกต้องนั่นเอง¹²⁴ ในวันที่ 13 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1993 ศาลสหพันธรัฐปฏิเสธความคิดเห็นอันเป็นปัญหาที่ถูกพบจากการพิจารณาคดี การตัดสินใจส่วนใหญ่หลีกเลี่ยงปัญหาจิตสำนึกภายในของการตัดสินใจที่ผิดพลาดของตุลาการ แต่ศาลสหพันธรัฐวินิจฉัยว่าการดำเนินคดีการบิดเบือนกฎหมายจะต้องถูกจำกัด เพราะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน ดังนั้นกระบวนการทางกฎหมายจึงต้องเป็นอิสระจากอำนาจทางการเมืองและต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐเสมอ¹²⁵

3.2.3.2 กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายมีด้วยกันหลายคดี แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย ผู้เขียนขอแบ่งกรณีศึกษาออกเป็น 2 ประเภท คือ กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ กับ กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติ

(1) กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ

คดีแรก 1 StR 201/09, NStZ 2010,92 (June 24,2009) จากคำวินิจฉัย จำเลยเป็นผู้พิพากษาที่ทำงานในศาลท้องถิ่นซึ่งรับหน้าที่ดูแลคดีเกี่ยวกับสถานพยาบาลจำนวน 54 คดี จำเลยมีอำนาจตามกฎหมายที่จะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ภายใต้มาตรา 1906 วรรคแรกหรือวรรคสี่ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ตัวอย่างเช่น ให้มียามเฝ้าเตียง ให้กักขังไว้บนเตียง แก้อ้อ หรือรถเข็น หรือใช้อำนาจเกี่ยวกับเรื่องนั้น และมีอำนาจในการขยายระยะเวลาในการกักขังอีกด้วย ปัญหาอยู่ที่ว่าเนื่องจากโจทก์หายจากอาการทางจิตแล้ว ตามกฎหมายต้องปล่อยตัวโจทก์จากสถานพยาบาล โจทก์ได้ยื่นคำร้องขอปล่อยตัว แต่จำเลยกลับไม่รับคำร้องขอปล่อยตัวออกจากสถานพยาบาลของโจทก์ การกระทำดังกล่าวจะมีผลตรงกันข้ามกับหน้าที่ตามกฎหมายที่จำเลยสามารถตระหนักรู้ได้ จำเลยได้กระทำการระงับการพิจารณาคดีเป็นการส่วนตัวและทำให้เกิดความพอใจจากคู่ความฝ่ายหนึ่ง จำเลยเจตนาที่จะให้ตัวเองได้ทำการตัดสินใจอย่างง่ายและรวดเร็วเพื่อที่จะทำงานได้มากขึ้นและมีเวลาเหลือเพื่อครอบครัว งานอดิเรก และกิจกรรมอื่นๆของจำเลยเอง

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*, p.86.

จำเลยร่างบันทึกการพิจารณาคดีและเตรียมแบบฟอร์มไว้ก่อนแล้ว และนำร่างบันทึกกับแบบฟอร์มใส่เข้าไปในสำนวนคดี เพื่อให้การพิจารณาคดีได้ดำเนินการอย่างถูกต้อง ในคดีจำนวนเจ็ดคดีนั้นจำเลยบันทึกการพิจารณาคดีต่อบุคคลผู้ที่อยู่ในเวลาที่ถูกล่ามโซ่ของการพิจารณาคดีซึ่งบุคคลนั้นได้เสียชีวิตไปแล้ว ในคดีหนึ่งนั้นสำนักงานศาลท้องถิ่นชี้ให้เห็นต่อจำเลยว่า ในวันนัดหมายพิจารณาคดีบุคคลหรือพยานที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีได้เสียชีวิตไปหมดแล้ว จำเลยจึงได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสำนวนคดีย้อนหลัง¹²⁶

จำเลยได้ทำการละเมิดหน้าที่ในการพิจารณาคดีภายใต้มาตรา 70c FGG และในเวลาเดียวกันก็เสแสร้งว่าจำเลยได้กระทำตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอย่างถูกต้องแล้วโดยบันทึกพยานเท็จในการพิจารณาคดี แต่มีเจตนาที่จะบิดเบือนกฎหมายและระเบียบอย่างร้ายแรงซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการละเมิดพื้นฐานทางกฎหมาย หน้าที่กำหนดขอบเขตในการพิจารณาคดีไม่ได้เป็นเพียงเป้าหมายเดียวแต่ยังรวมถึงผลกระทบต่อบุคคลในกระบวนการตัดสินคดีโดยให้จำเลยพิจารณาคดีโดยใช้ความรู้สึกทั่วไป บทบัญญัติกฎหมายยังมีการรับประกันว่าศาลที่มีความเกี่ยวข้องกับการกักขังและการดูแล สามารถดำเนินการในหน้าที่ของการควบคุมพยานและพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลไม่ควรมีเรื่องอื้อฉาวอันเป็นผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบ โดยมาตรการที่เป็นการเฉพาะต่อการสร้างคำตัดสินที่ขึ้นอยู่กับหลักฐานและปราศจากความคิดเห็นของตนเองเป็นพื้นฐาน¹²⁷

จำเลยได้ทำการตัดสินเกี่ยวกับคำร้องเรียนภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1906 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ตามที่เหตุการณ์ในสำนวนได้ระบุไว้เพียงอย่างเดียวหรือข้อมูลที่จำเลยได้รับการสนทนากับพนักงานดูแลเกี่ยวกับสถานะของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบ จำเลยไม่ได้ให้บุคคลผู้ได้รับผลกระทบได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการเป็นส่วนตัว ด้วยเหตุนี้จำเลยได้ละเลยต่อหน้าที่ทางตุลาการที่จะให้การพิจารณาคดีที่ไม่ใช่เพียงแค่นั้นแต่ละกรณีอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่เกินขอบเขตมากไปเท่านั้น แต่ได้กระทำโดยการพิจารณาที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน เรียกว่า คำสั่งที่มีขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับเวลาว่างของจำเลย ในการพิจารณาคดีเช่นนี้จำเลยได้ทำให้การสนับสนุนเป็นโมฆะ ซึ่งการสนับสนุนนั้นเป็นหน้าที่ในการพิจารณาคดีอันเกิดจากเจตนาของตำแหน่งทางกฎหมายของบุคคลที่อยู่ในกระบวนการ ผู้ที่ต้องการความช่วยเหลือการป้องกันเป็นพิเศษจากสาเหตุเรื่องอายุและสุขภาพ นอกจากนี้จำเลยไม่ได้ปฏิบัติงานเป็นเรื่องส่วนตัวต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบ

¹²⁶ *Ibid.*, p.635.

¹²⁷ *Ibid.*

จำเลยจึงขาดพื้นฐานอันสำคัญในการตัดสินคดีเกี่ยวกับความเห็นชอบกับการแสวงหามาตรการทางกฎหมาย¹²⁸

การกระทำโดยปราศจากการพิจารณาคดีทางตุลาการ จำเลยกระทำ ความผิดละเมิดกฎหมายโดยไตร่ตรองหรือบิดเบือนกฎหมายไว้ก่อนเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล ผู้ได้รับผลกระทบโดยมาตรการที่ให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพภายใต้มาตรา 1906 วรรคแรกแห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไม่เพียงแค่นี้จำเลยเปิดเผยผู้ได้รับผลกระทบจากอันตรายที่เกิดจาก ความเสียหาย แต่ยังไม่แสดงถึงช่องโหว่ของหน้าที่ที่ให้การพิจารณาคดีขึ้นอยู่กับการพิจารณาที่ไม่สัมพันธ์กัน กล่าวคือ เพื่อให้จำเลยได้มีเวลาว่างเพิ่มมากขึ้น จำเลยจึงได้บิดเบือนกฎหมาย ในความเป็นจริงจำเลยได้ทำการละเมิดต่อบัญญัติกฎหมายโดยตรงโดยการใช้อำนาจของมาตรการอันเป็น ประเด็นของคดีนี้ นี่คือนิสัยของการตัดสินที่ตั้งอยู่กับความพึงพอใจส่วนบุคคลหรือความประสงค์หรือ ข้อความซึ่งมีผลต่อการตัดสินคดี ดังนั้นการละเมิดกระบวนการพิจารณาคดีนำมาซึ่งการถูกตัดสินโดย มีข้อบกพร่องตามกฎหมาย ในทางกลับกันมุมมองในชั้นอุทธรณ์ หลักการความชั่วร้ายจะไม่ตกอยู่ใน การละเลยการพิจารณาคดี แต่อำนาจของมาตรการที่ใช้จำกัดเสรีภาพนั้นไม่เพียงพอที่จะใช้ในการ ตัดสินคดี ประเด็นสมมติว่าถ้าการพิจารณาคดีถูกควบคุม มีกระบวนการที่ใช้มาตรการในประเด็นที่ เหมือนกันจะเป็นสิ่งที่ไม่มีความสำคัญในการพิจารณาคดีของจำเลยที่ได้กระทำการบิดเบือนกฎหมาย เพื่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความ¹²⁹

คำวินิจฉัยสนับสนุนเจตนาในการกระทำความผิด เจตนาต้องเป็นการ ฝ่าฝืนต่อกฎหมายโดยตรงอันก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความ แต่ไม่ต้องการ วัตถุประสงค์เฉพาะ สิ่งที่ต้องมีเป็นลำดับแรกคือการกระทำ ข้อสรุปของศาลท้องถิ่นกล่าวว่าการปกปิด การกระทำของจำเลยได้ตระหนักถึงความร้ายแรงของการละเมิดกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งกระทำ โดยตัวจำเลยเองเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลผู้ได้รับผลกระทบ ในคำสั่งที่ให้มีการปรากฏการ พิจารณาคดีอย่างถูกต้อง จำเลยต้องทำเครื่องหมายกากบาทซึ่งเป็นเอกสารของรัฐที่รับผิดชอบเรื่อง สุขภาพของผู้ได้รับผลกระทบ นอกจากนี้จำเลยได้ทำคำพิพากษาซึ่งพิมพ์ตามรูปแบบที่ว่า ไม่มีบุคคล ได้รับผลกระทบตามที่ระบุไว้ในเหตุผลของการพิจารณาคดีแม้แต่คนเดียว ในคดีนี้จำเลยถูกกล่าวหาว่า ผู้ได้รับผลกระทบในคดีที่จำเลยพิจารณาได้ยื่นฟ้องต่อจำเลยให้มีการพิจารณาคดีโดยลงวันที่มีการ ตัดสินลงมติ แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้พิจารณาคดีทั้งหมดตามมาตรา 70 FGG กำหนดไว้ แต่จำเลยก็ยังคง เพิ่มเติมเอกสารที่ไม่ถูกต้องเข้าไปในสำนวนคดีภายใต้คำสั่งอันเป็นเท็จในกระบวนการพิจารณาคดี

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*, p.636.

เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการพิจารณาคดีที่มีจำนวนมากซึ่งจำเลยมีวิธีการในการรักษาความลับที่ตัวจำเลยเองได้ฝ่าฝืนกระบวนการพิจารณาคดีอย่างร้ายแรง ข้อสมมติฐานของศาลท้องถิ่นกล่าวว่า จำเลยบิดเบือนกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติโดยไตร่ตรองไว้ก่อนกระทำไปเพื่อแรงจูงใจที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเวลาว่างของจำเลยที่เพิ่มขึ้นไม่เปิดให้มีการคัดค้านในชั้นอุทธรณ์ ข้อเท็จจริงของการกระทำที่ช่วยให้เพิ่มเวลาว่างของจำเลยให้มากขึ้นก็เพียงพอแล้วอันเป็นการบอกว่าการกระทำของจำเลยเป็นการไม่เชื่อตรงต่อสวัสดิการที่บุคคลผู้ได้รับผลกระทบควรจะได้รับ¹³⁰ ด้วยเหตุนี้การกระทำของจำเลยจึงเป็นการบิดเบือนต่อกฎหมายอย่างร้ายแรง จำเลยจึงต้องรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 339

คดีที่ 2 คือ 2 BvR 661/16 (July 14, 2016) ข้อเท็จจริงในคดี คือ จำเลยเป็นผู้พิพากษาศาลท้องถิ่น โดยสถานะแล้วอาจถูกลงโทษทางวินัยได้ โดยการใช้จดหมายของศาลอย่างเป็นทางการไปยังนายกเทศมนตรีอาวุโสของเมืองเพื่อร้องเรียนเกี่ยวกับการทำความสะอาดถนนที่ไม่เป็นที่น่าพอใจ ทั้งที่ตนเองสามารถร้องเรียนเป็นการส่วนตัวได้ เมื่อปี ค.ศ. 1993 เขาได้เข้าทำงานในแผนกความผิดทางปกครองของศาลท้องถิ่น เมื่อประมาณปี ค.ศ. 2002 เขารู้สึกว่าตนแบกรับภาระงานหนักเกินไป แต่เนื่องจากขาดพื้นฐานของข้อเท็จจริง ทำให้การทำงานที่หนักเกินไปไม่ได้รับการยืนยันอย่างเป็นทางการว่าเป็นเรื่องจริง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2010 และปี ค.ศ. 2012 จำเลยได้แจ้งต่ออธิบดีศาลท้องถิ่นถึงเงื่อนไขของตนเอง เรื่องความรู้สึกที่ต้องแบกรับงานหนักเกินไปส่งผลให้เกิดปัญหาสุขภาพ ในระหว่างการพิจารณาคดีอาญาต่อผู้ถูกกล่าวหา จิตแพทย์ได้วินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดปกติทางบุคลิกภาพ ซึ่งจำเลยไม่ได้ให้การรักษาสุขภาพเพียงพอ สภาพจิตของเขาลดลงอย่างต่อเนื่อง¹³¹

ก่อนปี ค.ศ. 2005 ผู้ถูกกล่าวหาตำหนิผู้มีอำนาจในการบริหารงานปกครองในเรื่องค่าปรับทางปกครองโดยไม่ส่งรายงานวัตถุประสงค์ที่มีความเกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องในบริบทการดำเนินงานที่เกี่ยวข้อง เช่น การตรวจจับความเร็ว นอกจากนี้จำเลยยังแจ้งให้ทราบว่าจะตั้งใจจะทำให้เกิด “การตัดสินใจที่แตกต่างออกไป” หากพนักงานไม่ส่งรายงานวัตถุประสงค์ในภายภาคหน้า ในปี ค.ศ. 2006-2008 จำเลยผู้ถูกกล่าวหาว่าบิดเบือนกฎหมายตัดสินให้จำเลยในคดีพันผิดหลายคนในคดี

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Bundesverfassungsgericht, “Order of 14 July 2016 - 2 BvR 661/16,” p.2, Retrieved on November 16, 2017, from https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/07/rk20160714_2bvr066116en.html.

เดียวกันเนื่องจากรายงานการวัดผลไม่ได้ปรากฏในคำฟ้อง ภายใต้เหตุผลเขาได้โต้แย้งว่าเขาไม่สามารถตรวจสอบความถูกต้องการวัดผลได้เพราะไม่มีรายงานการวัดผล ดังนั้นความเห็นของจำเลยก่อให้เกิดอุปสรรคในการพิจารณาคดี ในหลายๆคดีศาลสูงภูมิภาคได้ยกเลิกคำตัดสินดังกล่าว จากนั้นผู้ถูกกล่าวหาจึงได้พิจารณาคดีตามที่ศาลสูงกำหนดไว้ ในปี ค.ศ. 2011 จำเลยผู้ถูกกล่าวหาว่าบิตเบียนกฎหมายได้พิจารณาคดีให้จำเลยที่ตนพิจารณาได้รับการพินิจในหลายๆข้อหาอีกครั้ง เพราะขาดรายงานการวัดผลหรือใบรับรองเพื่อดำเนินคดีสำหรับการขับรถเร็ว การฝ่าสัญญาณไฟจราจร และใช้พาหนะที่น้ำหนักเกินกว่าที่ได้รับอนุญาต จำเลยได้กล่าวว่า ในคำพิพากษาของศาลสูงภูมิภาคได้ล้มเหลวในการรับรู้ถึงหน้าที่ทางตุลาการในการสอบสวน และได้กลับบทบาทของผู้มีอำนาจหรือศาลที่มีอำนาจสอบสวน นอกจากนี้เขากล่าวว่าไม่ใช่หน้าที่ของศาลในการแก้ไขข้อบกพร่องในการจัดการการฟ้องร้องในคดีบริหารงานปกครอง แต่เพื่อให้เกิดความมั่นใจใน “ความเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี” แก่บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง¹³²

ผลจากคำตัดสิน จำเลยถูกฟ้องในข้อหาบิตเบียนกฎหมายในปี ค.ศ. 2011 แต่ศาลภูมิภาคได้ตัดสินให้จำเลยพินิจในปี ค.ศ. 2013 ศาลรัฐบาลกลางได้กลับคำพิพากษาและส่งกลับคำพิพากษาไปให้ศาลภูมิภาค โดยพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดและได้รับโทษในความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย¹³³ จากการบิตเบียนกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ในการร้องเรียนตามรัฐธรรมนูญ จำเลยท้าทายคำตัดสินของรัฐบาลกลางและการตัดสินลงโทษความผิดฐานบิตเบียนกฎหมายโดยศาลภูมิภาค จำเลยอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาคดี ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับคำร้องเรียน เพราะคำร้องเรียนไม่เป็นไปตามมาตรา 93a.2 ของพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาลกลาง จึงถือได้ว่าการร้องเรียนตามรัฐธรรมนูญไม่เคยเกิดขึ้นเลย¹³⁴

การตัดสินคดีโดยท้าทายไม่ใช่สิ่งที่ผิดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่มีการละเมิดความเป็นอิสระต่อตุลาการ จำเลยต้องผูกพันต่อกฎหมายและกฎเกณฑ์ตามมาตรา 20.3 ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามในการตัดสินคดี จำเลยใช้ข้อพิพาทนอกเหนือจากกฎหมายและกฎเกณฑ์เพื่อให้เป็นไปตามเป้าหมายของตนในการลงโทษผู้มีอำนาจในการปรับหรือการฟ้องร้องทางปกครอง อนึ่ง การประทุษร้ายของผู้พิพากษาไม่ได้เป็นผลมาจากการทำงานที่มากเกินไป ไม่อาจก่อให้เกิดการ

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

กระทำการบิดเบือนกฎหมายได้ การใช้กฎหมายที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ของจำเลยก็ไม่ได้เกิดขึ้น เนื่องจากการทำงานที่หนักเกินไป และภาระงานที่หนักเกินไปก็ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการประพฤติดีมีชอบของจำเลยแต่อย่างใด¹³⁵

(2) กรณีศึกษาที่จำเลยมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติ

คดีอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ จอมเผด็จการ ตกเป็นจำเลยในข้อหากบฏ ได้มีการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเกิดขึ้น กล่าวคือ อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ เดิมเป็นชาวออสเตรีย แต่ได้สมัครเข้ามาเป็นทหารรับจ้างให้แก่กองทัพบาวาเรีย ซึ่งเป็นรัฐหนึ่งของประเทศเยอรมนี ต่อมาฮิตเลอร์ได้กระทำการก่อกบฏ และถูกจับกุมได้เพื่อนำตัวไปพิจารณาคดีต่อไป ในชั้นศาลนั้น ตามหลักกฎหมายคนต่างด้าวที่กระทำการก่อกบฏจะต้องถูกเนรเทศออกนอกประเทศ ซึ่งหากปรับกับข้อเท็จจริง ฮิตเลอร์เป็นคนต่างด้าวที่ก่อกบฏ ฮิตเลอร์จึงต้องถูกเนรเทศออกนอกประเทศตามกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่า ผู้พิพากษาในคดีนั้นได้ตัดสินให้ฮิตเลอร์พ้นความผิด โดยอ้างเหตุผลว่า ฮิตเลอร์ได้เข้าร่วมกับกองทัพบาวาเรีย เป็นการประกอบคุณงามความดีมากมายให้แก่ประเทศชาติ ฮิตเลอร์จึงมีสำนึกของความเป็นคนเยอรมันอย่างสมบูรณ์ การให้เหตุผลเช่นนั้นเป็นการวินิจฉัยคดีที่ขัดต่อเนื้อหาของกฎหมายโดยชัดแจ้ง อันเป็นการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติซึ่งกำหนดให้คนต่างด้าวที่ก่อกบฏต้องถูกเนรเทศเท่านั้น ผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดีนี้จึงต้องมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายแต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่าผู้พิพากษาคงดังกล่าวได้รับการพิจารณาว่ามีความผิดแต่อย่างใด¹³⁶ อาจเป็นเพราะอันเนื่องมาจากมีอำนาจที่มีอิทธิพลคุ้มครองอยู่ก็อาจเป็นไปได้ หากผู้พิพากษาไม่เล็งบาปหรือใช้กฎหมายอย่างตรงไปตรงมา ฮิตเลอร์ก็จะถูกเนรเทศออกจากประเทศเยอรมนี ทำให้ฮิตเลอร์ไม่มีโอกาสฉีกรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นใหญ่ และไม่อาจก่อสงครามโลกครั้งที่สองขึ้นได้ และที่สำคัญเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองไม่เกิด คนยิวนับล้านๆคนก็ไม่ถูกฆ่าทิ้งหรือล้มตายเป็นล้านๆคน¹³⁷

นอกจากนี้ยังปรากฏคดีการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติที่สำคัญเช่น ปี ค.ศ. 1971 ศาลเยอรมันตะวันออกได้ลงโทษผู้ที่ไม่สัมภาษณ์ทางทีวีของฝั่งตะวันตกไปในทางที่มีการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลโดยข้อหาทำลายความมั่นคงของรัฐ ซึ่งมีโทษจำคุก 1 ปี ด้วยการบอกว่าการที่รัฐบาลออกตัวให้กับนักท่องเที่ยวยุโรปที่มาซื้อของที่ร้านของประชาชนทั่วไปซื้อไม่ได้ แต่นักท่องเที่ยวซื้อได้มันไม่เป็นธรรม ผู้ให้สัมภาษณ์ได้รับการลงโทษจำคุก 1 ปี และผู้พิพากษาคงเดียวกันนี้ได้พิจารณาคดี

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ คณิต ฅ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.32.

¹³⁷ คณิต ฅ นคร, *นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.49-51.

อีกคดีหนึ่งคือ นักศึกษาอายุ 16 ปี พิมพ์ข้อความเป็นแถลงการณ์ไปหยอดตู้ไปรษณีย์ของเพื่อนบ้านว่า รัฐนี้ไม่ชอบธรรม แล้วก็โดนจับได้ นักศึกษาคนนั้นถูกลงโทษจำคุก 1 ปี¹³⁸

ทั้ง 2 คดีข้างต้น กฎหมายให้อำนาจผู้พิพากษาในการตัดสินคดีได้ แต่ผู้พิพากษาใช้อำนาจเกินกว่าเหตุ โดยลงโทษไปในทางที่ก่อกวนผู้กระทำความผิด เพราะการวิจารณ์ต่างๆ ควรมีการรับฟังว่าการวิจารณ์มีความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์เป็นอย่างไร การที่ผู้พิพากษาลงโทษจำเลยทั้ง 2 คนได้รับการลงโทษจำคุก 1 ปี เป็นการใช้อำนาจเกินควร อันเป็นการบิดเบือนเนื้อหาแห่งกฎหมายที่กำหนดไว้หรือบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ควรจะเป็น ภายหลังจากการรวมประเทศแล้วผู้พิพากษาเยอรมันตะวันตกได้ตัดสินว่าผู้พิพากษาเยอรมันตะวันออกที่ตัดสินจำเลยทั้ง 2 คนมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย¹³⁹

นอกจากคดีดังกล่าว ยังปรากฏคดีการคัดค้านการปกครองในเยอรมันตะวันออก นักเขียนที่มีชื่อว่า Robert Huberman ได้แสดงความคิดเห็นคัดค้านคอมมิวนิสต์ ผ่านทางหนังสือแล้วส่งไปพิมพ์ในประเทศเยอรมันตะวันตก Robert Huberman ถูกกล่าวหาว่าบ่อนทำลายความมั่นคงของรัฐ ตามองค์ประกอบความผิดและลักษณะความผิด โทษที่เขาควรได้รับคือจำกัดสถานที่อยู่ ห้ามเข้าไปในสถานที่ใดที่หนึ่ง หรือจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง แต่ผู้พิพากษาในคดีนี้ลงโทษ Robert Huberman โดยการกักขังไว้ในบ้าน ซึ่งเป็นการตีความขยายความการลงโทษ อันเป็นการลงโทษเกินกว่าเหตุตามที่กฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาคงกล่าวจึงกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย¹⁴⁰

¹³⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำอภิปรายในการสัมมนาวิชาการเรื่อง “บทบาทการใช้อำนาจของตุลาการกับสถานการณ์บ้านเมือง,” ณ ห้องจิต เศรษฐบุตตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2557, รพี 2557 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.172.

¹³⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁴⁰ เพิ่งอ้าง, น.173.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายในประเทศไทย

ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมต้องดำรงรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรม อันพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งรัฐ ดังปรากฏตามคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ว่า

“...ดำรงพระไทยพึงอรธรรฐคติ ซึ่งกะลาการพิจารณาโดยยุติธรรมนั้นเปนแวนแก้ว แล้วเอาพระคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เปนพระเนตรดูเทศกาลบ้านเมืองโดยสมควรแล้ว จึงเอาพระกรเบื้องขวา คือพระสะตีสัมปะชญญะทรงพระขรรค์แก้ว คือพระวิจารณ์ ฉฉัยตัดข้อคือนาประชา ราชฎรทั้งปวงโดยยุติธรรม”¹

การพิจารณาคดีเดิมเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งยึดถือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ และความยุติธรรมเป็นที่ตั้ง การพิจารณาคดีจึงต้องอำนวยความยุติธรรมและเป็นไปตามกฎหมาย แม้ในภายหลังจะเป็นการพิจารณาคดีโดยศาล ก็ยังยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมา²

การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายย่อมเกิดจากอคติของตน อคติหากเกิดขึ้นกับบุคคลใด ย่อมทำให้บุคคลนั้นมีแนวคิดที่ไขว้เขว และปฏิบัติการต่างๆ ผิดไปจากที่ควรปฏิบัติ³ ในความเชื่อของไทยนั้น ผู้พิพากษาต้องวินิจฉัยคดีโดยยึดหลักอินทภาษอันปราศจากอคติ คำว่า “อคติ” หมายความว่า ความลำเอียงมี 4 ประการ คือ ฉันทาคติ (รัก) โทษาคติ (โกรธ) ภยาคติ (กลัว) โมหาคติ (หลง) รวมทั้งต้องยึดถือกฎหมายเป็นใหญ่และเข้าใจกฎหมายอย่างถ่องแท้ กล่าวคือ ผู้พิพากษาต้องยึดถือตามหลักนิติธรรม (Rule of Law)⁴ มิฉะนั้นแล้วการกระทำของผู้พิพากษาย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือของตุลาการ ดังนั้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายดังกล่าว ประเทศไทยจึงต้องมีมาตรการในการควบคุมตุลาการ ในกรณีนี้ผู้เขียนพิจารณาถึงการควบคุมทางวินัย และการควบคุมทางอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันว่าครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมายหรือไม่

¹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑, จุลศักราช 1166 เล่ม 1, น.15.

² แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.104.

³ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, นักกฎหมาย กับ อคติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551), น.2-3.

⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.105.

4.1 มาตรการตรวจสอบทางวินัยของตุลาการไทย

การใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ อาจเกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ใช้อำนาจโดยทุจริต หรือใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนและรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนั้น อำนาจที่ปราศจากการตรวจสอบอาจเป็นเหตุให้เกิดการบิดเบือนการใช้อำนาจได้⁵ องค์กรตุลาการก็เป็นองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดของประชาชน ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีและการพิจารณาพิพากษาคดีส่งผลกระทบต่อคู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือของตุลาการอย่างมาก ดังนั้นผู้พิพากษาย่อมต้องได้รับการตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นกัน การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาแบ่งออกได้เป็น 2 ประการคือ การตรวจสอบขององค์กรตุลาการและการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

4.1.1 มาตรการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ

การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาโดยองค์กรตุลาการด้วยตนเอง เป็นการตรวจสอบความประพฤติและปฏิบัติของผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา แบ่งออกได้เป็นการตรวจสอบทางวินัยโดยคณะกรรมการตุลาการ และการตรวจสอบโดยศาลสูง

4.1.1.1 มาตรการตรวจสอบทางวินัยโดยคณะกรรมการตุลาการ

ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษามีการกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งแบ่งแยกตามประเภทของศาล กล่าวคือ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ตุลาการศาลปกครองตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครองตามที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) กำหนดไว้⁶

ในประเทศไทยการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษากระทำโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ เรียกว่า คณะกรรมการตุลาการ หรือ ก.ต. ได้รับการก่อตั้งโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 ซึ่งใช้

⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539”, สรุปลำบรรยายพิเศษเมื่อวันพุธที่ 26 กุมภาพันธ์ 2540 เวลา 9.00-12.00 น. ณ ห้อง 501 อาคารสพช. สำนักงาน ก.พ., น.30.

⁶ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

บังคับอยู่ในปัจจุบันโดยคณะกรรมการเลือกจากผู้พิพากษาด้วยกันเอง แต่ตามพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบัน คณะกรรมการตุลาการประกอบด้วยกรรมการ 12 คน ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา คณะกรรมการตุลาการมีประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิดำรงตำแหน่งได้คราวละ 2 ปี เมื่อครบกำหนดวาระแล้วจะมีการเลือกคณะกรรมการขึ้นใหม่ โดยกรรมการที่ครบกำหนดวาระแล้วก็มีสิทธิได้รับเลือกใหม่⁷

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นอำนาจในทางปกครองเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ ข้อจำกัดอำนาจ และเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน ได้แก่

อำนาจในการพิจารณาและมีมติเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการ อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีข้าราชการตุลาการถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย อำนาจในการบรรจุข้าราชการตุลาการที่รับราชการทหาร อนุญาตให้ประธานศาลฎีกาออกจากราชการ ออกระเบียบการเข้าชื่อและขอลงมติถอดถอน คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม อำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ คณะกรรมการตุลาการ อำนาจพิจารณาการดำรงตำแหน่ง แต่งตั้ง โยกย้าย และเลื่อนตำแหน่งของตุลาการ กำหนดระเบียบแบบแผนประเพณีปฏิบัติและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการ ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการตุลาการ พิจารณาและมีมติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ของข้าราชการตุลาการ เป็นต้น⁸ หากปรากฏว่ากรณีใดผู้พิพากษากระทำผิดไปจากอำนาจที่กฎหมายกำหนด คณะกรรมการตุลาการมีอำนาจพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาได้ โดยการลงโทษทางวินัยประกอบด้วย ภาคทัณฑ์ การดเลี่ยนตำแหน่งหรือเลื่อนเงินเดือน การให้ออก การปลดออก และการไล่ออก

ในการพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการนั้น คณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจเด็ดขาดโดยแท้จริงเกี่ยวกับการพิจารณาข้อพิพาทต่างๆของข้าราชการ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาได้ เว้นแต่จะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการภายในองค์กรฝ่ายตุลาการโดยศาลที่มีลำดับสูง

⁷ อภิศักดิ์ พรหมสวัสดิ์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.182.

⁸ กมล แจ่มสุข, “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสุโขทัย, 2549), น.28.

กว่า ยกเว้นเฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเป็นที่สุด⁹ ซึ่งมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็น ดังนี้

ในความเห็นของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า การให้ คณะกรรมการตุลาการเข้ามาควบคุมผู้พิพากษาด้วยตนเอง ทำให้ฝ่ายตุลาการมีความเป็นอิสระในการ ปฏิบัติหน้าที่ ไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจใด แต่อย่างไร ก็ตามการอำนวยความสะดวกธรรมเนียมย่อมต้องมีรัฐ เข้ามาดำเนินการร่วมด้วย คณะกรรมการตุลาการจึงเข้ามาดำเนินการเพื่อประสานงานระหว่างองค์กร ตุลาการและรัฐ¹⁰ สำหรับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร เห็นว่า ในหน่วยงาน เดียวกันย่อมต้องมีการดุลและคานอำนาจกัน (Checks and Balances) อันเป็นการควบคุมการ ปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในแนวตั้ง และอาจมีการให้องค์กรอื่นภายนอกเข้ามาควบคุมการปฏิบัติ หน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการอีกชั้นหนึ่ง อันเป็นการควบคุมในแนวนอน เพื่อไม่ให้เกิดการลำเอียง เข้าข้างแต่ฝ่ายของตนเอง¹¹

นอกจากนี้ การควบคุมตรวจสอบด้วยคณะกรรมการตุลาการแล้ว ผู้พิพากษายังมีการอบรม ตักเตือนด้วยตนเองภายในองค์กรตุลาการ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจใน การตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท การใช้อำนาจดังกล่าวผู้พิพากษาต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ กำหนด ผู้พิพากษาต้องดำรงตนอยู่ในความเป็นธรรม ตั้งมั่นอยู่ในหลักจริยธรรมหรือจรรยาบรรณทาง วิชาชีพ สิ่งเหล่านี้เกิดได้จากการฝึกฝน อบรม และการควบคุมดูแลระหว่างผู้พิพากษาด้วยกันเอง

4.1.1.2 มาตรการตรวจสอบโดยศาลสูง

เนื่องจากการกระทำของมนุษย์ย่อมมีความผิดพลาดเกิดขึ้นได้เป็นปกติ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นมนุษย์ย่อมกระทำการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างผิดพลาดได้เช่นกัน โดยเฉพาะเมื่อ การพิจารณาพิพากษาคดีเกิดขึ้นจากบุคคลเพียงคนเดียว ดังนั้นเพื่อป้องกันความผิดพลาดที่เกิดจาก ตัวมนุษย์ผู้ทำการพิจารณาพิพากษาคดี จึงได้มีการอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาซึ่งเป็นศาล ลำดับชั้นที่สูงกว่าศาลชั้นต้นให้พิจารณาคดีอันมีองค์คณะผู้พิพากษาจำนวนมากว่า และเป็นการ ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาอีกทางหนึ่ง หากศาลชั้นสูงตัดสินไม่ถูกต้องตรงกับศาลชั้น ล่าง อาจก่อให้เกิดการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลล่างนั้น การตรวจสอบโดยศาลสูง

⁹ เพิ่งอ้าง, น.27.

¹⁰ จิติ ดิงศภัทย์, คดีของวิชาชีพทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วน จำกัด ป. สัมพันธ์พาณิชย์, 2528), น.115.

¹¹ คณิต ญ นคร, ความเป็นประชาธิปไตยในกระบวนการยุติธรรม, วารสารพี ปี 31, คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.72-73.

จึงเป็นการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีภายหลังจากศาลมีคำพิพากษาแล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความ ไม่ว่าจะป็นวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา หรือวิธีพิจารณาความอื่นเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้การตรวจสอบโดยศาลสูงยังเป็นการแก้ไขการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลที่ผิดพลาดหรือขัดต่อกฎหมายทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาให้ถูกต้องได้ หากมีการอุทธรณ์ไปยังศาลลำดับชั้นที่สูงกว่าแล้วมีคำพิพากษาที่ขัดแย้งกับศาลที่ลำดับชั้นต่ำกว่า ให้ถือตามคำพิพากษาของศาลสูง และหากไม่มีการอุทธรณ์ต่อไปจนครบระยะเวลาตามกฎหมายหรือกฎหมายบัญญัติว่าคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว ก็ให้ถือว่าคำพิพากษาของศาลนั้นถือเป็นที่สุด¹²

4.1.1.3 มาตรการตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ

มาตรการตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ (Judicial Review) คือ การฟ้องร้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารจัดการฝ่ายตุลาการเพื่อให้ศาลใช้อำนาจตุลาการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากการบริหารฝ่ายตุลาการเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ไม่ใช่การกระทำทางตุลาการ (Judicial Act) ดังนั้นการบริหารจัดการฝ่ายตุลาการจึงสามารถถูกตรวจสอบได้โดยตุลาการ (Judicial Review) โดยศาลที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบ คือ ศาลปกครอง หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารกิจการตุลาการ ผู้เดือดร้อนเสียหายหรือผู้ที่อาจจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็ฟ้องร้องเป็นคดีให้ศาลปกครองพิจารณาได้ แต่การตรวจสอบทางตุลาการรูปแบบนี้จำกัดเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานคดี หรือกระบวนการยุติธรรมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น¹³ หรือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง คือ การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ เช่น การคัดเลือก การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง หรือการลงโทษทางวินัย เป็นต้น¹⁴

¹² วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, “ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.42.

¹³ ฤทธิภักดิ์ กัลยาณภัทรศิษฐ์, “การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น.138-139.

¹⁴ เพ็งอ้วง, น.140-141.

4.1.1.4 มาตรการตรวจสอบการบริหารภายในฝ่ายตุลาการ

การจัดโครงสร้างบริหารภายในย่อมมีการสร้างกลไกการควบคุมการบริหารงาน แต่อย่างไรก็ตามในการจัดโครงสร้างบริหารของระบบศาลยุติธรรมได้กำหนดกลไกเป็นพิเศษเพื่อควบคุมการบริหารงานภายใน โดยเฉพาะ 4 กลไกใหญ่ๆ คือ

กลไกแรก ระบบการถอดถอนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ตามมาตรา 42 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 กำหนด การถอดถอนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม จำกัดแต่เฉพาะกรรมการตุลาการ ที่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิเท่านั้น ไม่รวมถึงประธานศาลฎีกาซึ่งเป็นประธานกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมโดยตำแหน่ง การถอดถอนนี้เป็นส่วนหนึ่งของระบบผู้พิพากษาปกครองผู้พิพากษาด้วยกันเอง ข้อหาที่จะถูกถอดถอนมี 4 ข้อหา ได้แก่ มีพฤติการณ์ไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการตุลาการศาลยุติธรรม มีพฤติการณ์ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ มีพฤติการณ์ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และกระทำการอันมีมูลเป็นความรับผิดชอบวินัย ถูกกล่าวหาหรือเป็นที่สงสัยว่ากระทำผิดทางวินัย¹⁵

กลไกที่สอง การเพิกถอนการบริหารโดยคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ตามมาตรา 17 (1) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการศาลยุติธรรมในการยับยั้งการบริหารราชการของศาลยุติธรรมหรือสำนักงานศาลยุติธรรมที่ไม่เป็นระเบียบ ประกาศ หรือมติของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม โดยให้อำนาจแก่กรรมการคนหนึ่งทำหนังสือยื่นต่อประธานกรรมการโดยมีกรรมการอื่นลงลายมือชื่อรับรองไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของกรรมการทั้งหมด มติยับยั้งการบริหารราชการต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการทั้งหมด หากมีคะแนนเสียงไม่ถึงสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ มติยับยั้งดังกล่าวต้องเป็นอันเพิกถอนไป¹⁶

กลไกที่สาม การถอดถอนอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาล ตามข้อ 12 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ วิธีการแต่งตั้ง และวิธีการดำเนินงานของคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554 อนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมอาจถูกถอดถอนโดยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม มีเหตุ 4 ประการ คือ มีพฤติการณ์ไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่อนุกรรมการ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่าจงใจใช้

¹⁵ เห่งอ้าง, น.142-143.

¹⁶ เห่งอ้าง, น.143.

อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ข้อบังคับ คุณธรรม และจริยธรรม หรือกระทำการอันมีผลเป็นความผิดทางวินัยถูกกล่าวหา¹⁷

กลไกสุดท้าย การร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการตุลาการ ข้าราชการตุลาการ ผู้ใดถูกสั่งให้ออกจากราชการ ได้รับความเสียหายจากมติประการอื่นใดของคณะกรรมการตุลาการมีสิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการตุลาการภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งหรือได้รับทราบมติของคณะกรรมการตุลาการ โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการดังกล่าวมีผลเป็นที่สุด¹⁸

4.1.2 มาตรการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

เมื่อผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ อาจถูกฟ้องและได้รับการพิจารณาจากองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรวิชาชีพเดียวกันกับตน ก่อให้เกิดการช่วยเหลือซึ่งกันและทำให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อผู้เสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีมาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา ซึ่งผู้ตรวจสอบนั้นต้องไม่ใช่บุคคลภายในองค์กรตุลาการด้วยตัวเอง กล่าวคือ ผู้ตรวจสอบต้องเป็นบุคคลภายนอกองค์กรตุลาการที่ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียกับองค์กร เพื่อให้องค์กรตุลาการใช้อำนาจอย่างถูกต้องและเป็นธรรม พร้อมทั้งเป็นไปตามความคาดหวังของประชาชนว่าจะได้รับการประกันสิทธิในทางตุลาการอย่างมีประสิทธิภาพ การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาโดยองค์กรภายนอกสามารถแบ่งประเภทโดยใช้องค์กรที่ทำการตรวจสอบเป็นเกณฑ์ ดังนี้

4.1.2.1 มาตรการตรวจสอบโดยรัฐสภา

หลักการแบ่งแยกอำนาจกำหนดให้แยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจนิติบัญญัติ เพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดเพื่อผู้มีอำนาจเอง เมื่อมีการแบ่งแยกอำนาจแล้วเพื่อไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งเหนือกว่าอำนาจอื่นๆ จึงต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and Balance) ซึ่งกันและกัน อำนาจตุลาการจึงถูกตรวจสอบโดยอำนาจนิติบัญญัติได้ ซึ่งวิธีการตรวจสอบมีด้วยกัน ดังนี้

(1) มาตรการตรวจสอบโดยการตรากฎหมาย

ฝ่ายตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา การบริหารระบบศาลยุติธรรมใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม ปี พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2542 และพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ศาลปกครองอยู่ภายใต้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง

¹⁷ เพ็งอ้าง.

¹⁸ เพ็งอ้าง, น.144.

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลทหารอยู่ภายใต้อำนาจตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ดังนั้น แม้ฝ่ายตุลาการจะมีอำนาจในการบริหารงานตุลาการของตนเอง แต่ก็อยู่ภายใต้กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา¹⁹

(2) มาตรการตรวจสอบโดยกลไกทางรัฐสภา

รัฐสภา มีอำนาจในการตรวจสอบการบริหารงานต่างๆขององค์กรของรัฐ โดยมีเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับตรวจสอบอันประกอบด้วย การตั้งกระทู้ถาม การมอบหมายแต่งตั้งให้คณะกรรมการสอบสวน และการอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร เดิมศาลไม่ได้แยกออกจากกระทรวงยุติธรรม รัฐสภาจึงมีอำนาจตรวจสอบได้ แต่ปัจจุบัน ศาลได้แยกตัวออกจากกระทรวงยุติธรรมแล้ว รัฐสภาจึงไม่อาจตรวจสอบได้ในฐานะองค์กรของรัฐ จะมีก็แต่เพียงศาลทหารเท่านั้นที่ยังอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม²⁰

(3) มาตรการตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้กำหนดกลไกเฉพาะสำหรับฝ่ายตุลาการ มีด้วยกัน 4 ประการ คือ ประการแรก อำนาจในการก่อตั้งศาลใหม่ รัฐสภาจะต้องเป็นผู้เห็นชอบให้ฝ่ายตุลาการได้ก่อตั้งศาลใหม่เท่านั้น²¹ ประการที่สอง การงบประมาณ แม้รัฐธรรมนูญจะให้ความเป็นอิสระแก่องค์กรบริหารศาลยุติธรรมและศาลปกครองในเรื่องงบประมาณ แต่การของบประมาณนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอแก่ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง²² ประการที่สาม การแต่งตั้งตุลาการ เฉพาะกรณีการแต่งตั้งประธานตุลาการศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุดเท่านั้นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน²³ ประการสุดท้าย การถอดถอนผู้พิพากษาตุลาการ ในกรณีที่มีพฤติการณ์ร้ายวร้ายผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น.129.

²⁰ เพิ่งอ้าง, น.129-130.

²¹ เพิ่งอ้าง, น.130.

²² เพิ่งอ้าง, น.130-131.

²³ เพิ่งอ้าง, น.131.

แต่มาตรการดังกล่าว จำกัดเฉพาะ ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ไม่รวมถึง ผู้พิพากษาตำแหน่งอื่น ๆ²⁴

(4) มาตรการตรวจสอบโดยวุฒิสภา

การตรวจสอบโดยวุฒิสภา เป็นการตรวจสอบโดยใช้ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) เนื่องจากระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) เป็นระบบที่วุฒิสภาใช้ในการถอดถอนผู้พิพากษา ดังนั้นก่อนที่ผู้เขียนจะพิจารณาลักษณะการตรวจสอบของวุฒิสภา ผู้เขียนจำต้องศึกษาถึงระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่งก่อน

ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) เป็นระบบการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งระบบหนึ่ง Impeachment เป็นภาษาลาติน หมายความว่า ถูกจับหรือติดกับ ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) จึงเป็นกระบวนการที่ฝ่ายนิติบัญญัติกล่าวหาเจ้าหน้าที่ของรัฐว่ากระทำผิดอาญาหรือมีการกระทำความผิดร้ายแรง เพื่อบังคับให้เจ้าหน้าที่คนดังกล่าวออกจากตำแหน่ง การถอดถอนได้ควบคุมทั้งการกระทำและตัวบุคคล กล่าวคือ ควบคุมการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหาย ควบคุมเฉพาะการกระทำของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง แต่ไม่ได้ควบคุมการกระทำในทางการเมืองแต่อย่างใด และควบคุมตัวบุคคล กล่าวคือ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องกระทำโดยบุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด²⁵

ในประเทศไทยระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 270 ถึง มาตรา 274 ในส่วนของการถอดถอนจากตำแหน่งอันเป็นกระบวนการสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของรัฐ ตรวจสอบโดยวุฒิสภาใช้อำนาจในการพิจารณาและตัดสิน ตามบทบัญญัติพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2551 สำหรับตำแหน่งที่อาจได้รับการถอดถอนโดยวุฒิสภาได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 270 ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง ทั้งนี้มาตราดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการ ไม่ว่าจะ เป็นตำแหน่งระดับสูง เช่น ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญหรือประธานศาลปกครองสูงสุด หรือจะเป็น

²⁴ เฟิงอ้วง.

²⁵ อมร สุวรรณโรจน์, “ปัญหาการพิจารณาถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในชั้นวุฒิสภา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.19-20.

ตำแหน่งตุลาการทั่วไป เช่น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้พิพากษาตุลาการ รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน

การถอดถอนจะกระทำโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกที่มีอยู่ทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกที่มีอยู่ทั้งหมดของวุฒิสภา หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 20,000 คน หากปรากฏว่าบุคคลที่กำหนดไว้ในมาตรา 270 ได้กระทำการใดอันเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดในมาตรานั้น เช่น มีความร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริต กระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการการยุติธรรม จงใจใช้อำนาจขัดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมารยาททางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ผู้มีอำนาจยื่นคำร้องให้ยื่นคำร้องพร้อมหลักฐานแก่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ต่อมาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะทำการไต่สวนข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกกล่าวหามีความผิดตามคำร้องหรือไม่ โดยให้ทำการลงมติในที่ประชุมของคณะกรรมการตามมาตรา 273 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หากเห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มูล ให้ส่งรายงานไปยังประธานวุฒิสภา เพื่อให้ที่ประชุมวุฒิสภาทำการพิจารณาโดยเร็ว วุฒิสภาต้องทำการลงมติในที่ประชุมตามมาตรา 274 หากที่ประชุมวุฒิสภาออกเสียงลงคะแนนโดยลับไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เพื่อลงคะแนนว่าจะถอดถอนหรือไม่ถอดถอน²⁶ ภายหลังจากการลงคะแนนประธานวุฒิสภาต้องแจ้งไปยังคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ถูกกล่าวหา หรือผู้ถูกถอดถอน²⁷ ผลของคำตัดสินจะทำให้ผู้ที่ถูกลงมติว่ามีความผิดต้องพ้นจากตำแหน่งหน้าที่หรือออกจากราชการ และถูกตัดสิทธิในการเมืองและการรับราชการเป็นระยะเวลา 5 ปี ตามมาตรา 274 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

แต่ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจพ้นจากตำแหน่งของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ตามมาตรา 190 ซึ่งบัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่ง แต่ในกรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุ ตามวาระ หรือพ้นจากราชการเพราะถูกลงโทษ ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงทราบ”

²⁶ ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2551 ข้อ 125

²⁷ ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2551 ข้อ 126

หากพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้วจะเห็นได้ว่า มิได้มีการกำหนดให้อำนาจแก่วุฒิสภา หรือรัฐสภา หรือให้อำนาจแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องถอดถอนผู้พิพากษาและตุลาการแต่อย่างใด จากเดิมที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หมวดที่ 12 เรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ส่วนที่ 3 เรื่องการถอดถอนจากตำแหน่ง ตั้งแต่มาตรา 270 ถึงมาตรา 274 มิได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 แต่อำนาจดังกล่าวยังคงปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ว่าให้อำนาจแก่วุฒิสภา หรือรัฐสภา หรือให้อำนาจแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องถอดถอนผู้พิพากษาและตุลาการได้ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงเกิดความไม่แน่นอนชัดเจนแห่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องอำนาจถอดถอนของวุฒิสภา และไม่มีความแน่นอนชัดเจนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดกันหรือไม่อย่างไร อนึ่งการกำหนดให้ พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่ง เป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์หรือเป็นอำนาจในการทูลเกล้าจากประธานรัฐสภาซึ่งยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน แต่อย่างไรก็ตามหากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่ง แต่อำนาจให้พ้นจากตำแหน่งไม่ได้มาจากรัฐสภาจึงมิได้เป็นไปตามหลักนิติธรรม และประชาชนไม่มีอำนาจให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่งจึงมิได้เป็นไปตามหลักการประชาธิปไตย การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาจึงมีขั้นตอนและประสิทธิภาพที่ลดลง การกำหนดความรับผิดชอบปิดเป็นกฎหมายของผู้พิพากษาจึงมีความจำเป็นอย่างมาก

4.1.2.2 มาตรการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญไทยได้กำหนดให้ก่อตั้งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และมีหลายองค์กรด้วยกันที่มีอำนาจในการตรวจสอบฝ่ายตุลาการ โดยมีองค์กรสำคัญ 4 องค์กร ดังนี้

(1) มาตรการตรวจสอบโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

การกระทำในทางราชการและหน่วยงานของรัฐ ย่อมมีการทุจริตและกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจให้หน่วยงานอื่นที่มิได้มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง กฎหมายจึงมอบอำนาจให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 234 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ให้อำนาจคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มาตรา 19 ว่าได้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นถอดถอนบุคลากรออกจากตำแหน่งวุฒิสภาหรืออัยการสูงสุด

ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา ไต่สวนและวินิจฉัยเจ้าหน้าที่ผู้บริหารระดับสูงที่ร่ำรวยผิดปกติ ส่อทุจริตหรือกระทำความผิดต่อราชการตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริงของทรัพย์สิน

การตรวจสอบในทางวินัย คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติสามารถตรวจสอบข้าราชการตุลาการและข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง มีอำนาจตรวจสอบบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน ร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน และตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ถ้าตรวจสอบแล้วเห็นว่ามีมูลก็จะยื่นเรื่องให้ประธานคณะกรรมการตุลาการหรือประธานคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง เพื่อพิจารณาลงมติว่าจะถอดถอนผู้พิพากษาตุลาการผู้ถูกกล่าวหาหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามไม่สามารถตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลทหารได้

การตรวจสอบทางอาญา คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจตรวจสอบการปฏิบัติงานของตุลาการว่ามีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ หากผู้พิพากษาตุลาการใดปฏิบัติหน้าที่เป็นความผิดดังกล่าว คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติสามารถส่งรายงานและความเห็นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินคดีอาญาต่อผู้พิพากษานั้นต่อไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 234(2)²⁸

ในการตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 233 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 58 บัญญัติให้ หากตำแหน่งประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการสูงสุด มีความร่ำรวยผิดปกติ ส่อทุจริต ส่อว่าจะกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม จงใจขัดอำนาจรัฐธรรมนูญ หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรม วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นได้ และในวรรคสองได้บัญญัติให้ผู้พิพากษา ตุลาการ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ได้รับการบังคับตามวรรคแรกด้วย²⁹

²⁸ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.41.

²⁹ อานนท์ มาเม้า, “การตรวจสอบผู้พิพากษาและตุลาการโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.170-171.

แต่อย่างไรก็ตามในหมวด 4 การไต่สวนข้อเท็จจริง มาตรา 43-57 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 หากผู้พิพากษาตุลาการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 19 ให้รวมถึง (2) ผู้พิพากษาและตุลาการด้วย จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงแสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษาสสามารถถูกกล่าวหาต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นองค์กรตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี มีสถานะเป็นตำแหน่งทางตุลาการที่ไม่อยู่ในสถานะผู้บริหารระดับสูง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติแม้มีอำนาจในการรับเรื่องไว้ แต่ไม่มีอำนาจในการดำเนินการเรื่องดังกล่าวได้³⁰ ดังนั้นตำแหน่งตุลาการที่ถูกถอดถอนโดยวุฒิสภาจึงมีเพียงประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญและประธานศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น

(2) มาตรการตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน

ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรที่ขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ในการช่วยฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขความเดือดร้อนของประชาชน และช่วยฝ่ายบริหารในการกำหนดความเหมาะสมของการกำหนดนโยบายเพื่อให้นโยบายมีประสิทธิภาพมากขึ้น ทั้งนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายบริหาร หากฝ่ายบริหารกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีอคติ หรือหลงผิด ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน สมาชิกรัฐสภาย่อมมีทั้งสิทธิและหน้าที่ในการขจัดความเดือดร้อนของประชาชน ผู้ได้รับความเดือดร้อนสามารถร้องเรียนมาที่สมาชิกรัฐสภาหรือผู้ตรวจการแผ่นดินได้โดยตรง เมื่อได้รับเรื่องร้องเรียนแล้วผู้ตรวจการแผ่นดินก็จะทำการพิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จากนั้นจึงทำรายงานเสนอรัฐสภา อำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินจึงเป็นเพียงการเสนอแนะให้รัฐสภาพิจารณา ไม่ใช่อำนาจในการลงโทษหรือถอดถอน³¹

อำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 244 โดยให้อำนาจผู้ตรวจการพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ก่อให้เกิดความเสียหาย ตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ ดำเนินการเกี่ยวกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่รัฐ ติดตามประเมินผล พร้อมทั้งรายงานผลต่อคณะรัฐมนตรี สมาชิกผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา นอกจากนี้ อำนาจดังกล่าวแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 280 ได้กำหนดให้

³⁰ เพ็งอ้วง, น.182-183.

³¹ อภิสัคค์ พรหมสวาสดี, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.134-135.

ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่เสนอหรือแนะนำการจัดทำหรือปรับปรุงประมวลจริยธรรม รวมทั้งมีหน้าที่รายงานผลการกระทำที่ฝ่าฝืนจริยธรรมด้วย³²

แต่ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่สอบสวนข้อเท็จจริง และตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา 230 และมีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายว่ามีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมาย คำสั่ง หรือการกระทำใดๆว่ามีความชอบด้วยกฎหมายต่อ ศาลปกครอง ตามมาตรา 231 แต่สำหรับอำนาจหน้าที่เสนอหรือแนะนำการจัดทำหรือปรับปรุงประมวลจริยธรรม ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับนี้แต่อย่างใด

โดยสรุปแล้วหากผู้พิพากษาซึ่งเป็นข้าราชการของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ประพฤติมิชอบ กระทำการอันไม่เป็นธรรม ทำให้ประชาชนเดือดร้อน หรือประพฤตินิด จริยธรรมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถไต่สวนและยื่นเรื่องไปยังรัฐสภาได้

(3) มาตรการตรวจสอบโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้ จ่ายเงินแผ่นดินของหน่วยงานรัฐ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงิน แผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 4 การตรวจสอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนั้นจะตรวจสอบการ ใช้จ่ายเงิน 5 ประการ คือ การตรวจสอบรายรับ การเก็บรักษาและการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินอื่น การตรวจสอบบัญชีและรายงานการรับจ่ายเงินประจำปีงบประมาณ การตรวจบัญชีทุนสำรองเงินตรา ประจำปี ศึกษาและแสดงความเห็นเกี่ยวกับแผนงาน งาน โครงการที่มีผลต่องบประมาณ ตรวจสอบ เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากร ค่าธรรมเนียม และรายได้อื่น³³

หากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบแล้วพบข้อบกพร่องหรือมี ข้อสงสัยว่าจะมีการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายก็ไม่ใช้อำนาจบังคับด้วยตนเอง คณะกรรมการจะ กระทำได้เพียงมีหนังสือแจ้งให้หน่วยงานนั้นปฏิบัติให้ถูกต้อง หากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เชื่อว่ามีพฤติการณ์น่าเชื่อถือได้ว่าเป็นการทุจริตหรือใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบเกิดความเสียหายแก่เงิน ราชการ คณะกรรมการอาจแจ้งต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้อง³⁴

³² เฟิงอ้วง, น.135.

³³ ฤทธิภัฏ กัลยาณภัทรศิษฏ์, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.136-137.

³⁴ เฟิงอ้วง, น.137.

(4) มาตรการตรวจสอบโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย หากตรวจแล้วพบการกระทำการละเมิดสิทธิ คณะกรรมการจะจัดทำรายงานผลการตรวจสอบซึ่งต้องระบุรายละเอียดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์แห่งการละเมิดสิทธิมนุษยชน และมาตรการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนซึ่งต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนว่ามีผู้ใดต้องปฏิบัติตามบ้าง รวมถึงเรื่องที่ต้องปฏิบัติตาม วิธีการปฏิบัติตาม รวมทั้งระยะเวลาในการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว นอกจากนี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎข้อหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่³⁵

4.2 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการบิดเบือนกฎหมาย

กฎหมายของประเทศไทยได้ก่อตัวขึ้นมาแต่ช้านาน ตั้งแต่สมัยสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา จนมาถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ซึ่งเดิมกฎหมายไทยในอดีตมีลักษณะกระจัดกระจาย ไม่ได้แบ่งแยกออกเป็นหมวดหมู่อย่างชัดเจน ความรับผิดชอบก็อาจไม่ได้อยู่ในบทเดียวกันก็ได้ ภายหลังเมื่อมีอิทธิพลจากต่างชาติเข้ามาในประเทศไทย จึงก่อให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายและการจัดแบ่งกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ขึ้น เรียกว่า ประมวลกฎหมาย กฎหมายอาญาก็เป็นกฎหมายประเภทหนึ่งของไทยที่ได้รับการจัดแบ่งหมวดหมู่ความรับผิดชอบ เพื่อให้ประชาชนเข้าใจได้ง่ายและผู้ใช้กฎหมายสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้อง ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญา สามารถแบ่งออกพิจารณาได้เป็น 2 ช่วงเวลาคือ ช่วงก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา และช่วงหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

4.2.1 ช่วงก่อนประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาเริ่มประกาศใช้เมื่อ ปี พ.ศ. 2499 ซึ่งก่อนประมวลกฎหมายอาญาได้ประกาศใช้นั้น ประเทศไทยมีกฎหมายลักษณะอาชญาหลวง และกฎหมายตราสามดวง หรือ กฎหมายรัชกาลที่ 1 ซึ่งมีได้แบ่งแยกประเภทของแต่ละความผิดอย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาต้องวินิจฉัยทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายพร้อมกับการตีความกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น แม้ในอดีตผู้พิพากษาจะมีอำนาจในการพิจารณา

³⁵ เฝิงอ้วง, น.138.

พิพากษาคดี แต่การใช้อำนาจนั้นย่อมต้องผูกพันกับกฎหมายเสมอ การวินิจฉัยคดีจึงต้องสอดคล้องกับทั้งตัวบทบัญญัติกฎหมายและเจตนารมณ์ไปพร้อมกัน จะตีความเกินกว่าเจตนารมณ์หรือบทบัญญัติมิได้ และแม้ผู้พิพากษาจะมีอิสระในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตามก็ย่อมไม่มีสิทธิตัดสินคดีนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้³⁶ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น แต่หากเกิดการตัดสินคดีโดยไม่ผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายในช่วงเวลานี้ จะมีความรับผิดชอบของผู้พิพากษาในการกระทำดังกล่าวหรือไม่นั้น พิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ดังนี้

4.2.1.1 กฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา

กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของตุลาการหรือผู้ตัดสินคดีในสมัยกรุงศรีอยุธยา ปรากฏตามพระไอยการอาญาหลวง พ.ศ. 2093 ซึ่งบัญญัติไว้ในบทที่ 110 ว่า

“มาตราหนึ่ง พระเจ้าอยู่หัวตรัสใช้ให้ถือพระราชอาญาตราสารออกไปรับร้องทุกข์ราษฎร แลลงพระอาญาในจังหวัดหัวเมืองใหญ่เมืองน้อย แลตั้งขุนมนุนายหลายนายไปรับร้องทุกข์ราษฎรทุกแห่งแข่งขัน พิจารณาคดีหมีเปนครม แลข่มเหงราษฎรให้ได้รับความเดือดร้อนยากแค้นต่างต่าง เข้าในรวางกรรโชกไพร่พลเมืองท่านให้แตกฉานชานเซนไป แต่นี้ท่านหมีได้ตั้งขุนมนุนายหลายคนรับร้องทุกข์ราษฎรเป็นอันขาดทีเดียว ถ้าผู้ใดไปรับร้องทุกข์ราษฎรขณะหัวเมืองทั้งปวง อย่าทำให้ไพร่ฟ้าข้าแผ่นดินท่านได้รับความเดือดร้อน ถ้าผู้ไปรับร้องทุกข์นั้นอ้างศักดิ์สำหรับไปยื้อชักเอาไพร่พลเมืองผู้ต้องคดีแลหมีต้องคดีมาจำจองตีโบายโดยพลการข่มเหงก็ตี ท่านให้ผู้ต้องจองจำตีดาอุดครานั้นเข้ามาร้องทุกข์ขณะเมืองหลวง ท่านให้พิจารณาไต่สวนเปนแท้แน่จริง ให้ลงโทษโดยรวางกรรโชก”

สำหรับโทษของการกรรโชกราษฎรได้กำหนดให้ลงโทษผู้กระทำผิด 6 สถานไว้ ปรากฏตามพระไอยการอาญาหลวง พ.ศ. 1976 บทที่ 22 ซึ่งบัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตราหนึ่ง มีผู้ไปกรรโชกราษฎรให้ได้รับความเดือดร้อนก็ดี แลพระราชอาญาก็ตี แลเบียดบังสารบาญชีชื่อคนไพร่หลวงไว้ก็ดี แลคดีสามประการนี้ผิดแต่ประการใดประการหนึ่ง ท่านให้ลงโทษ ๖ สถาน ๆ หนึ่ง

³⁶ กิตติพงษ์ ว่องเมทินี, “กฎหมายตราสามดวง: ศึกษาบทบาทและหน้าที่ผู้พิพากษาศาลในการพิจารณาคดี,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, น.86.

	ให้ฟื้นคอริบเรื้อน	๑	} ๖"
	ให้รับราชบาตแล้วเอาตัวลงหญ้าข้าง	๑	
คือ	ให้จำไว้เดือนหนึ่งแล้วเอาตัวออกจากราชการ	๑	
	ให้ประจานแล้วให้ไหมทวิคุณ	๑	
	ให้ไหมลาหนึ่ง	๑	
	ให้ภาคทัณฑ์ไว้	๑	

บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ ผู้ที่พระมหากษัตริย์แต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการเพื่อตัดสินคดีตามกฎหมายพระราชอาญา แต่มิได้ตัดสินคดีให้เป็นธรรม กระทำการข่มเหงราษฎร ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน เป็นการกระทำการกรโงกทรพยาษฎร ต้องโทษ 6 สฐาน ตามที่กำหนดไว้ในบทที่ 22

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้ระบุว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีตำแหน่งเป็นตราลาการหรือผู้พิพากษาหรือไม่ และไม่ได้กำหนดว่าการตัดสินข่มเหงราษฎรเป็นการตัดสินคดีไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นการตีความบทบัญญัตินอกเหนือจากตัวบทแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดว่าห้ามมิให้พิจารณาคดีโดยไม่เป็นธรรมซึ่งอาจเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายก็ได้ และเนื่องจากเป็นโทษในอดีต การฝ่าฝืนบทบัญญัติจึงมีโทษร้ายแรงยิ่งกว่าโทษในปัจจุบัน บทบัญญัตินี้จึงไม่ใช่ความรับผิดชอบในการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาโดยตรง

4.2.1.2 กฎหมายตราสามดวง หรือ กฎหมายรัชกาลที่ 1

ปรากฏอยู่ในพระไอยการลักษณะอุธร อันเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาระลาการ รวมถึงความรับผิดชอบทั้งหลายที่ผู้พิพากษาระลาการได้กระทำผิดต่อหน้าที่ด้วย ดังเช่นที่ปรากฏต่อไปนี้

“๕ มาตราหนึ่ง ถ้าลูกความฟ้องร้องหาอุทธรระลาการสารเดียวกันถึงคน ว่ากระลาการพิจารณาความมิเป็นยุติธรรม เข้าด้วยฝ่าย } ก็ตีให้กระลาการใหม่ ซึ่งได้
 พิจารณาอุธรนั้นหมายไปเอากระลาการเก่ามาพิจารณาแต่คนหนึ่ง ให้แก่ต่างกันตามข้อความอาญา }
 อูธร } ถ้ากระลาการแพ้อาญา } ใช้ ให้เอาบันดาคดีกระลาการผู้สูงนาผู้เดียวตั้งใหม่ผู้แพ้นั้น
 ตามบทพระไอยการ แล้วให้ใช้ทุนค่าริตซาผู้ชะณะจงเตม แลคู่ความเดิมนั้นให้ส่งให้กระลาการใหม่
 พิจารณา โจทให้คงโจท จำเลยให้คงจำเลย ถ้ากระลาการชะณะอุธร ให้ปรับผู้หากว่าโทษกระลาการ
 ตามบทพระไอยการ แล้วให้ใช้ทุนค่าริตซาแก่ผู้ชะณะซึ่งต้องเสียในสารใหม่นั้นให้ครบ แล้วให้เอา

รูปความเดิมนั้นเป็นแพ้แก่ผู้มีได้หาอุธด้วย ให้ส่งโจทไปแก่กระลาการเก่าปรับเอาตามรูปความเดิม โดยบพพระไอยการ³⁷”

จากบทบัญญัติกฎหมายตราสามดวงดังกล่าว กระลาการหรือตระลาการ มีหน้าที่ในการดำเนินการพิจารณาคดีนั้น หากตระลาการพิจารณาคดีโดยไม่เป็นธรรม เข้าข้าง ฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตระลาการผู้นั้นก็ต้องถูกพิจารณาคดีในการกระทำนั้น หากพิจารณาได้ว่าตระลาการได้กระทำผิดจริง จะต้องได้รับโทษ คือ ให้ปรับสินไหมตามอัตรา บรรดาคักดิ์ที่ตระลาการนั้นมีอยู่ ให้ใช้ค่าฤชาแก่ผู้ชนะคดี และให้คู่ความเดิมที่ตระลาการผู้นั้น พิจารณาโดยไม่เป็นธรรม ให้ได้รับการพิจารณาใหม่โดยตระการคนใหม่ แต่หากพิจารณาแล้วปรากฏ ว่าตระการการมิได้กระทำความผิดดังกล่าว ผู้กล่าวหาต้องได้รับโทษปรับ ให้ใช้ค่าฤชาแก่ตระลาการ ผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น และตัดสินผู้กล่าวหาตระลาการเป็นผู้แพ้คดีแก่คู่ความเดิม นอกจากบทบัญญัติที่ กำหนดโทษแก่ตระลาการแล้ว ยังปรากฏบทบัญญัติความผิดของผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ในการตัดสิน ถูกผิด แต่ได้พิพากษาคดีผิดไปไม่เป็นไปตามบทพระธรรมศาสตร์หรือบทพระราชศาสตร์อันเป็น กฎหมายสูงสุดในสมัยนั้น ผู้พิพากษาต้องมีความรับผิดชอบดังนี้

“๖ มาตราหนึ่ง ผู้มีคะตักกล่าวโทษผู้พิพากษา ว่าพิพากษาผิดให้เรียกเอา คำพิพากษามาดู ถ้าพิพากษาผิดใช้ ให้ใหม่ผู้พิพากษาเป็นข้อเลมิต แล้วให้ใช้ทรัพย์เท่าพิพากษา ถ้าพิพากษาต้องด้วยพระธรรมสาตราตราตราใช้ ให้ใหม่ผู้กล่าวหาสองเท่าพิพากษาอันต้องด้วย พระธรรมสาตราตราตรา³⁸”

จากบทบัญญัติดังกล่าว หากผู้พิพากษาได้พิพากษาคดีผิดจากบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย ผู้พิพากษาต้องได้รับโทษคือ ใช้ค่าสินไหมแก่ผู้เสียหายในข้อหาละเมิดเท่ากับทรัพย์ที่ตน ได้พิพากษาผิดไป แต่หากผู้พิพากษาได้พิพากษาอรรถคดีถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผู้ถูกกล่าวหาต้อง ได้รับโทษคือ ให้ใช้ค่าสินไหมแก่ผู้พิพากษาเป็นสองเท่าของทรัพย์ตามคำพิพากษา

แม้จะมีบทบัญญัติทั้งความรับผิดชอบของตระลาการในการดำเนินการ พิจารณาคดีไม่เป็นธรรม และความรับผิดชอบของผู้พิพากษาในการพิพากษาคดีผิดไปจากบทบัญญัติ กฎหมาย แต่กระนั้นในกฎหมายตราสามดวงก็ไม่ปรากฏความรับผิดชอบสำหรับผู้พิพากษาในการบิดเบือน กฎหมายแต่อย่างใด แม้ตระลาการในช่วงเวลานั้นจะทำหน้าที่ส่วนหนึ่งเช่นเดียวกับผู้พิพากษา คือ การดำเนินการสอบสวนพิจารณาคดี แต่การดำเนินการสอบสวนพิจารณาคดีที่ไม่เป็นธรรมนั้นมิได้พิจารณาว่า

³⁷ กรมศิลปากร, เรื่องกฎหมายตราสามดวง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2521), น.270.

³⁸ เพ็ญอ่าง, น.271.

เกิดขึ้นโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ หากตระลาการประมาทเลินเล่อดำเนินกระบวนการพิจารณาจนไม่เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความ ก็มีความรับผิดชอบในความผิดฐานนี้ได้ ซึ่งต่างจากความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายต้องเป็นการบิดเบือนกฎหมายโดยเจตนาเท่านั้น ไม่มีประมาทบิดเบือนกฎหมาย นอกจากนี้ การที่ผู้พิพากษาในอดีตที่มีหน้าที่ในการพิพากษาอรรถคดีชี้ฎกชี้ผิด หากได้ตัดสินคดีไม่เป็นไปตามกฎหมายแม้จะเป็นการประมาท ก็ยังต้องมีความรับผิดชอบ ซึ่งแตกต่างจากความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ผู้พิพากษาต้องบิดเบือนกฎหมายโดยเจตนาเท่านั้น ไม่มีความรับผิดชอบในการพิพากษาคดีโดยประมาท หากผู้พิพากษามีได้เจตนาตัดสินคดีให้ผิดไปจากกฎหมาย ผู้พิพากษาไม่ต้องรับผิดชอบฐานบิดเบือนกฎหมายแต่อย่างใด

นอกจากบทบัญญัติความรับผิดชอบของตระลาการและผู้พิพากษาในพระโอวาทลักษณะอรรถทั้งสองประการแล้ว ยังปรากฏบทบัญญัติความรับผิดชอบอันเกี่ยวกับการใช้อำนาจของตระลาการในการลงโทษบุคคลเกินกว่าเหตุในพระโอวาทลักษณะตระลาการ ดังนี้

“๗๕ มาตราหนึ่ง กระลาการมิควรให้จำ ชื่อๆก็ดี มิควรที่จำค่าๆก็ดี มิควรที่จำตรวนๆก็ดี มิควรที่ใส่ตรู่ๆก็ดี มิควรจำคาง จำคางก็ดี มิควรจำใส่ปลอก จำใส่ปลอกก็ดี แลมิควรจำตาด ^{แต่ด} } แลเอาลูกความจำมาตาด ^{แต่ด} } มิควรจำแช่น้ำ จำแช่น้ำก็ดี มิควรที่ตบถองตี ตบถองตีก็ดี ^{ผู้มัน} } แลมิควรมัดผูกคอ เอามามัดผูกคอก ^{ผู้มัน} } แลทำข่มเหงเปนขู่เมียก็ดี และข่มขืนลูกความถึงชำเราก็ดี ยุดยื้อถ้อบ้าย้อยักชักผลักใส่ลูกความโดยอุกอาจดังนี้ ท่านว่ากระลาการทำเลมิตพระราชอาชญา พระผู้เป็นเจ้าของเจ้า³⁹”

ในกฎหมายตราสามดวงยังปรากฏความรับผิดชอบของผู้พิพากษา ตระลาการ และผู้ปรับในกรณีพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงบางคน หรือลดหย่อนผ่อนโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด⁴⁰ ทั้งที่ไม่มีอำนาจทำเช่นนั้น อันเป็นความบกพร่องของผู้พิพากษา ตระลาการและผู้ปรับ เมื่อเป็นความผิดแล้วจึงต้องรับโทษปรับชดใช้ค่าสินไหม ตามที่บัญญัติไว้ดังนี้

“๑๐๕ มาตราหนึ่ง ขุนกาลแลภูตาศพิพากษาความ แลปลีกคนซึ่งมีความด้วยกันนั้นไว้แต่มีคนเดียวแก่ แลแพ้ไซ้ แลขุนกาลภูตาศก็จำให้ทัณฑ์แก่นั้น ใช้สินไหมพิไนยแต่คนเดียวก็ดี พระราชกฤษฎีกาท่านแต่งไว้มากแลผ่อนให้น้อย แลปลีกคนทั้งนั้นไว้ก็ดี ท่านว่าให้มีโทษแก่ขุนกาลแลภูตาศ ผู้พิพากษาแลผู้ปรับความนั้น ให้ใช้สินไหมพิไนยอันผ่อนไว้⁴¹”

³⁹ สถาบันปรีดี พนมยงค์, กฎหมายตรา ๓ ดวง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), น.384.

⁴⁰ กิตติพงศ์ ว่องเมทินี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น.92.

⁴¹ สถาบันปรีดี พนมยงค์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 39, น.393.

จากการวิเคราะห์ข้างต้นจึงสรุปได้ว่า แม้กฎหมายตราสามดวงจะมีความรับผิดชอบของตราการ ผู้พิพากษา และผู้ปรับ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา การตัดสินคดีและการกำหนดโทษ แต่ยังไม่มีความชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการบิดเบือนกฎหมาย เพราะในกฎหมายตราสามดวง การกระทำผิดไม่เพียงแต่เป็นการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น แต่ยังรวมรวมถึงความรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทด้วย แต่ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายมิได้เฉพาะการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น ดังนั้นในกฎหมายตราสามดวงจึงไม่มีความรับผิดชอบฐานบิดเบือนกฎหมาย

4.2.2 ช่วงหลังประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา

เนื่องจากกฎหมายโบราณแต่เก่าก่อนมีการลงโทษที่รุนแรง ประกอบกับการที่ผู้คนต่างชาติเข้ามาในดินแดนสยามเพื่อล่าอาณานิคม คนสยามหรือคนไทยแต่เดิมจึงต้องมีการปรับปรุงการบริหารบ้านเมืองให้เป็นที่ยอมรับแก่นานอารยประเทศ กฎหมายไทยจึงต้องได้รับการปรับปรุงเช่นเดียวกัน เพื่อให้เกิดการพัฒนาและสอดคล้องกับลักษณะความเป็นสากล สยามจึงได้จัดระเบียบกฎหมายโดยการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น ประมวลกฎหมายช่วงแรกจะใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ภายหลังเมื่อได้รับการพัฒนามากขึ้นจึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

4.2.2.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

มาตรา 145 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่ประพฤตินอกขอบของเจ้าพนักงานราชการว่า

“เจ้าพนักงานคนใด คิดร้ายต่อผู้อื่น แลมันกระทำการอันมิควรกระทำ หรือละเว้นการอันมิควรเว้นในตำแหน่งหน้าที่ของมัน โดยเจตนาจะให้เกิดความเสียหายแก่เขาไซร์ ท่านว่ามันมีความผิด ถ้าแลความผิดของมันที่มันกระทำนั้น ไม่ต้องด้วยกฎหมายบทอื่น ท่านให้ลงโทษจำคุกมันไม่เกินสี่ปี และปรับไม่เกินสองพันบาท”

มาตรานี้เป็นบทกวาดทอง เพราะบัญญัติไว้มีข้อความกว้าง แต่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำหรือละเว้นกระทำที่ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอื่น ถ้าผิดบทกฎหมายอื่น จะไม่เป็นความผิดตามบทกฎหมายนี้

มาตรา 139 และมาตรา 140 เป็นเรื่องกำหนดให้ตุลาการหรือผู้ที่อาจจะเป็นตุลาการที่รับสินบนมีความรับผิดชอบ เนื่องจากการใช้อำนาจในทางตุลาการ เช่น การวินิจฉัย คำสั่ง และคำพิพากษา ไปในทางที่ผิด เพราะเห็นแก่สินบนที่ตนรับ โดยมาตรา 139 บัญญัติว่า

“เจ้าพนักงานคนใด ท่านใช้ให้มีหน้าที่ทำการฝ่ายตุลาการ ถ้าแลมันเรียกหรือรับ หรือยอมว่าจะรับสินบนเป็นอาญาประโยชน์แก่ตัวมันเองก็ดี ให้ผู้อื่นก็ดี เพื่อจะให้ความวินิจฉัย คำสั่ง หรือคำพิพากษาของมันในหน้าที่นั้น ผันแปรไปอย่างใดใดไซร์ ท่านว่ามันมีความผิดต้อง

ระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีจนถึงตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่ร้อยบาทจนถึงหมื่นบาท หรือถึงสองเท่าราคาสินบนนั้น”

สำหรับมาตรา 140 เป็นการกำหนดให้ผู้รู้ได้ว่าเป็นตุลาการในอนาคต กระทำการรับสินบนก่อนที่ตนจะได้รับตำแหน่งให้มีความผิด เพราะตนสามารถใช้อำนาจตุลาการเป็นไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายและเสื่อมเสียได้ โดยบัญญัติว่า

“ผู้ใดรู้ตัวว่าจะได้เป็นเจ้าพนักงาน แลมันเรียก หรือรับ หรือยอมว่าจะรับสินบนไว้ก่อนแล้ว ครั้นเมื่อมันได้เป็นเจ้าพนักงาน มันไปใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ในทางที่เห็นแก่สินบนนั้นไซ้ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษเสมอกันกับเจ้าพนักงานที่มีความผิดฐานเรียก หรือรับ หรือยอมว่าจะรับสินบนนั้น”

แม้จะมีบทบัญญัติดังกล่าวแต่การกระทำนั้นเป็นไปเพื่อสินบนตามมาตรา 139 และมาตรา 140 และเป็นการประพฤตินิยมชอบของข้าราชการทั่วไปอันเป็นบทกวาดทองตามมาตรา 145 มิใช่การกระทำเพราะอคติ ทำให้เกิดการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย และไม่เป็นการกระทำของข้าราชการตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา

4.2.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ได้มีการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมอยู่บ่อยครั้ง และเป็นประมวลที่กำหนดความรับผิดทางอาญาทั่วไปของประเทศไทย จึงต้องพิจารณาว่า ภายหลังจากได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นแล้วนั้น ได้มีการปรับปรุงให้มีความรับผิดทางอาญาครอบคลุมถึงการกระทำการบิดเบือนกฎหมายหรือไม่อย่างไร โดยพิจารณาจากบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องดังนี้

(1) ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต

มาตรา 157 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีหรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินี้คือ ความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่ง⁴²

⁴² คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.984.

องค์ประกอบของบทบัญญัตินี้แบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ ประการแรก เจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยเจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเนื่องจากมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ประการที่สอง เจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยเจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเนื่องจากมีมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต⁴³

ผู้กระทำต้องเป็นเจ้าพนักงานเท่านั้น หากมิใช่เจ้าพนักงานก็ไม่มีความผิดฐานนี้⁴⁴ บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติแบบกวาดกอน การกระทำต่างๆของเจ้าพนักงาน หากไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องก็เป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้⁴⁵

การกระทำคือ การปฏิบัติหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือโดยทุจริต⁴⁶

องค์ประกอบภายในคือ เจตนาปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบและมีมูลเหตุชักจูงใจคือเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยทุจริต⁴⁷ โดยมิชอบ คือ โดยมิชอบด้วยหน้าที่ซึ่งเจ้าพนักงานมีอำนาจตามกฎหมาย โดยทุจริต คือ การแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ส่วนภายหลังเจ้าพนักงานจะได้ประโยชน์หรือไม่ ไม่ใช่เรื่องที่ต้องพิจารณา⁴⁸

บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญาไทย ปรากฏอยู่ในมาตรา 59 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้ระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

⁴³ เฝิงอ้วง.

⁴⁴ เฝิงอ้วง.

⁴⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.75.

⁴⁶ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น.984.

⁴⁷ เฝิงอ้วง, น.986.

⁴⁸ หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45, น.75.

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนឹងเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

เจตนาตามมาตรา 157 เป็นได้ทั้งเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาโดยเล็งเห็นผล ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาล ก็ยืนยันข้อวิเคราะห์นี้ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2574/2536 ศาลได้วางหลักว่า เจ้าพนักงานจงใจฝ่าฝืนหน้าที่แล้วก่อให้เกิดความเสียหายที่นอกเหนือความรู้ของตัวเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานก็มีความผิดตามมาตรา 157

ประเด็นของคำนิยามของเจ้าพนักงานในความผิดฐานนี้รวมถึงผู้พิพากษาด้วยหรือไม่ หากพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (16) ซึ่งบัญญัติว่า “เจ้าพนักงาน” หมายความว่า บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเจ้าพนักงานหรือได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ว่าจะเป็นประจำหรือครั้งคราว และไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย โดยทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นหน้าที่ราชการตามมาตรา 7 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประกอบกับพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 24 ถึงมาตรา 27 ได้กำหนดให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการพิจารณาคดีในศาล เพื่อทำหน้าที่ในนามของศาลและในพระปรมาภิไธย โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้พิพากษาได้ทำงานเป็นระยะเวลาอันเท่าใด และได้รับค่าตอบแทนเท่าใด ผู้พิพากษาจึงเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(16)

แต่อย่างไรก็ตามมีข้อโต้แย้งว่า เจ้าพนักงานตามมาตรา 157 นั้นมีความประสงค์จำกัดความเพียง เจ้าพนักงานปกครองซึ่งมีหน้าที่บริหารจัดการ อันเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร เพราะมาตรา 157 ได้ถูกจัดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ แต่ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ มิใช่เจ้าพนักงานปกครองแต่เป็นเจ้าพนักงานฝ่ายยุติธรรม ซึ่งความรับผิดของผู้พิพากษาจะต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ประกอบกับอำนาจหน้าที่และจุดประสงค์ของความรับผิดมีความแตกต่างกัน รวมถึงมีความแตกต่างของความเสียหายที่เกิดขึ้น หากได้มีการกระทำความผิด ความรับผิดตามมาตรา 157 จึงไม่มีความเหมาะสมในการให้หมายความรวมถึงการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา

ในเรื่องของมูลเหตุชักจูงใจนั้น มีข้อสังเกต 2 ประการคือ ประการแรก ความผิดตามมาตรา 157 ต้องเป็นไปเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ดังนั้นหากเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ผู้หนึ่งผู้ใดก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ แต่ก็มีข้อโต้แย้งว่ากรณีเจ้าพนักงานกระทำไปเพื่อประโยชน์แก่ผู้หนึ่งผู้ใด แต่การนั้นไปเกิดความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่ง การนั้นเป็นการที่เจ้าพนักงานสามารถเล็งเห็นผลนั้นได้ แตกต่างจากความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายซึ่งกำหนดให้ทั้งมีเจตนาประสงค์ต่อผลและเล็งเห็นผลในประโยชน์และความเสียหายของคู่ความ ประการที่สอง

ความผิดตามมาตรา 157 เจตนาให้ความเสียหายนั้นเกิดกับ "ผู้หนึ่งผู้ใด" ก็ได้ ไม่จำกัดเฉพาะคู่ความ หรือผู้มีส่วนได้เสียเท่านั้น แตกต่างจากความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายที่ต้องเกิดความเสียหายแก่ คู่ความเท่านั้น

คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติมาตรา 157 คือ ความบริสุทธิ์ สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่ง อันเป็นการปกป้องรักษาความโปร่งใสของ อำนาจรัฐหรือตำแหน่งของฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติ ความผิดฐาน เกี่ยวกับเจ้าพนักงานยุติธรรม คือ ความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐในการยุติธรรมหรือความบริสุทธิ์ สะอาดแห่งตำแหน่งในการยุติธรรม อันเป็นการปกป้องรักษาความยุติธรรมของรัฐและตำแหน่งหน้าที่ ที่อำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชน คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดสองประการ มีความ แตกต่างกัน ก่อให้เกิดความไม่เหมาะสมที่ให้มาตรา 157 ครอบคลุมถึงความรับผิดในการบิดเบือน กฎหมายของผู้พิพากษา

ความรับผิดตามความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติ หน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต พิจารณาความแตกต่างจากความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1575/2518 ซึ่งตัดสินว่า โจทก์ฟ้องว่า จำเลยได้กระทำหน้าที่เป็น ตะโตะยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามในคดีแพ่งเรื่องขอแบ่งมรดกของนางวันมีนะห์ ซึ่งโจทก์ที่ 1 ได้ทำหนังสือสละมรดกของนางวันมีนะห์ และมีได้มอบหมายให้แก่บุคคลใดภายหลังที่ นางวันมีนะห์ ถึงแก่ความตาย โดยจำเลยได้ชี้ขาดว่า "การสละมรดกมีผลตามกฎหมายทำให้ทรัพย์สิน มรดกที่สละตกเป็นของนางวันมีนะห์ เจ้ามรดก" ซึ่งเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดที่แตกต่างไปจากคำแปลหลัก กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกมาตรา 194 วรรคหนึ่ง ที่ทางราชการกระทรวงยุติธรรมได้ จัดทำขึ้น ซึ่งบัญญัติว่า "ทายาทมียินยอมรับและมีได้สละสิทธิให้แก่บุคคลใด ให้ตกให้แก่บุคคลผู้มีสิทธิ ในมรดกของทายาทนั้น เสมือนหนึ่งว่าทายาทนั้นถึงแก่ความตายในเวลานั้น" การกระทำของจำเลย เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ฝ่าฝืนระเบียบปฏิบัติ ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย หากจำเลย วินิจฉัยชี้ขาดตามคำแปลดังกล่าว มรดกที่โจทก์ที่ 1 สละยอมตกได้แก่โจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นทายาทของ โจทก์ที่ 1 ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

ที่โจทก์ฎีกาว่า โจทก์ได้บรรยายฟ้องว่า จำเลยมีหน้าที่แต่เพียงวินิจฉัย ข้อกฎหมายอิสลามเท่านั้น ไม่มีตำแหน่งหน้าที่เป็นผู้พิพากษาที่จะทำหน้าที่พิพากษาคดีได้นั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นตะโตะยุติธรรมประจำศาลจังหวัดปัตตานี ได้กระทำไป ตามอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัด ปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. 2489 จำเลยจึงมีฐานะเป็นผู้พิพากษาที่จะนั่งพิจารณาร่วมกับ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น และวินิจฉัยข้อกฎหมายนั้นได้

ที่โจทก์ฎีกาว่า โจทก์ได้บรรยายฟ้องว่า จำเลยได้วินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องสละมรดกแตกต่างไปจากคำแปลหลักกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก มาตรา 194 วรรคหนึ่ง โดยพิพากษาว่า “การสละมรดกมีผลตามกฎหมายทำให้ทรัพย์สินมรดกที่สละตกเป็นมรดกของนางวันมีนะห์ อินตัน เจ้ามรดก” เป็นการไม่ชอบ เนื่องจากหากเป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลามทรัพย์สินมรดกต้องตกเป็นของโจทก์ที่ 2 และโจทก์อุทธรณ์ฎีกาคัดค้านคำวินิจฉัยนั้นไม่ได้อีกแล้ว การกระทำของจำเลยทำให้โจทก์เสียหาย เข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 นั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นเรื่องที่โจทก์ไม่เห็นฟ้องด้วยข้อวินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น และการที่โจทก์จะอุทธรณ์ฎีกาได้หรือไม่นั้น เป็นเรื่องกฎหมายวิธีสบัญญัติ โจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่าจำเลยปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอย่างไร เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ฟ้องของโจทก์ จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

จากคำพิพากษาดังกล่าว การที่จำเลยเป็นตะไตะยุดิธรรมซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ตัดสินใจคดีเช่นเดียวกับผู้พิพากษา ย่อมอยู่ภายใต้ความหมายของผู้พิพากษา การที่จำเลยพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่เป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวมรดกมาตรา 194 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ทายาทมีมียอมรับและมีได้สละสิทธิให้แก่บุคคลใด ให้ตกได้แก่บุคคลผู้มีสิทธิในมรดกของทายาทนั้น เสมือนหนึ่งว่าทายาทนั้นถึงแก่ความตายในเวลานั้น” โจทก์ที่ 1 ได้ทำหนังสือสละมรดกของนางวันมีนะห์ ทำให้ผลของคดีที่ควรจะเป็นคือ ทรัพย์สินมรดกต้องตกแก่โจทก์ที่ 2 แต่จำเลยได้มีคำชี้ขาดต่างไปจากข้อกฎหมายอิสลามคือ “การสละมรดกมีผลตามกฎหมายทำให้ทรัพย์สินมรดกที่สละตกเป็นมรดกของนางวันมีนะห์ อินตัน เจ้ามรดก” อันเป็นคำชี้ขาดที่ขัดกับกฎหมายโดยชัดแจ้ง โจทก์ได้ฟ้องร้องจำเลยว่าจำเลยปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 แต่จำเลยได้รับการยกฟ้องจากศาลฎีกา เพราะศาลฎีกาเห็นว่า การฟ้องร้องเช่นนั้นเป็นความไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลชั้นต้น และศาลฎีกาเห็นว่า คำฟ้องของโจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่าจำเลยปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบอย่างไร เพราะตามมาตรา 157 โจทก์ต้องพิสูจน์ว่าผู้กระทำได้ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตหรือไม่ ต้องมีการบรรยายพิสูจน์การกระทำถึงการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต หากมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย จะทำให้องค์ประกอบความรับผิดในการกระทำความผิดเบื้อนของผู้พิพากษาชัดเจนขึ้น เพียงการมีคำชี้ขาดไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การกล่าวอ้างตามคำฟ้องดังกล่าว คำชี้ขาดจึงเป็นการบิดเบือนกฎหมายได้

ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นควรแยกความรับผิดของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองออกจากความรับผิดของผู้พิพากษาหรือเจ้าพนักงานยุติธรรม

(2) ความผิดฐานเจ้าพนักงานยุติธรรมช่วยผู้อื่นไม่ให้ต้องโทษและแก้ง ผู้อื่นให้ต้องรับโทษ

มาตรา 200 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี พนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญาหรือจัดการให้เป็นไปตามหมายอาญา กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ เพื่อจะช่วยบุคคลหนึ่งบุคคลใด มิให้ต้องโทษ หรือให้รับโทษน้อยลง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำหรือไม่กระทำนั้น เป็นการเพื่อจะแก้งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องรับโทษ รับโทษหนักขึ้น หรือต้องถูกบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินี้คือ ความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐในการยุติธรรมหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่งในการยุติธรรม⁴⁹

ผู้กระทำคือ เจ้าพนักงานในตำแหน่งอัยการ พนักงานสอบสวน หรือเจ้าพนักงานสืบสวนคดีอาญาเท่านั้น โดยเจตนากระทำการหรือไม่กระทำการในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ โดยมีมูลเหตุชกแจงใจ เพื่อจะช่วยบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ต้องโทษ หรือให้รับโทษน้อยลง หรือ เพื่อแก้งให้บุคคลใดต้องรับโทษ รับโทษหนักขึ้น หรือต้องถูกบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย⁵⁰ การแก้ง หมายถึง เจตนาให้ผู้อื่นต้องรับโทษ⁵¹ เมื่อมีการกระทำแล้วไม่ว่าจะส่งผลให้บุคคลใดไม่ได้รับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง หรือได้รับโทษ หรือได้รับโทษหนักขึ้นหรือไม่ก็ตาม ไม่เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณา⁵²

องค์ประกอบภายในคือ เจตนากระทำการหรือไม่กระทำการในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ โดยมีมูลเหตุชกแจงใจ เพื่อจะช่วยบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ต้องโทษ หรือให้รับโทษน้อยลง หรือ เพื่อแก้งให้บุคคลใดต้องรับโทษ รับโทษหนักขึ้น⁵³ เจตนาตามมาตรา 200 จึงประกอบด้วยเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาเล็งเห็นผล ตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁴⁹ คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 42*, น.1086.

⁵⁰ *เพ็งอ้าง*, น.1087-1088.

⁵¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.82.

⁵² หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 45*, น.112.

⁵³ คณิต ญ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 42*, น.1087.

เนื่องด้วยความผิดฐานนี้ไม่ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นผู้กระทำความผิดได้ แม้ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดโดยมิชอบในตำแหน่งหน้าที่เพื่อช่วยเหลือให้บุคคลใดไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลง หรือแกล้งให้บุคคลใดได้รับโทษ หรือได้รับโทษหนักขึ้น หรือได้ถูกบังคับตามวิธีการเพื่อความปลอดภัย ผู้พิพากษาก็ไม่มีความรับผิดในบทบัญญัตินี้

อนึ่ง "บุคคลหนึ่งบุคคลใด" หมายถึงบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้กระทำ หากผู้กระทำ กระทำไปเพื่อช่วยตนเอง แต่การกระทำนั้นไปเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 200 แต่อาจมีความผิดตามมาตรา 157 ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 717/2511⁵⁴ และการช่วยหรือแกล้งตามบทบัญญัตินี้ จำกัดเฉพาะเรื่องโทษเท่านั้น ดังนั้น หากผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะช่วยหรือแกล้งในเรื่องเกี่ยวกับโทษ แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยตำแหน่ง ก็ไม่มีความผิดฐานนี้เช่นกัน

(3) ความผิดฐานเจ้าพนักงานยุติธรรมเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบน

มาตรา 201 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือประหารชีวิต

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ ความเป็นกลางของงานการยุติธรรม

ผู้กระทำคือ เจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ หรือพนักงานสอบสวนเท่านั้น ไม่รวมถึงเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอื่นๆ เจ้าพนักงานตำแหน่งตุลาการ คือ ผู้ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ผู้พิพากษา ผู้พิพากษาสมทบ และตะไตะยุติธรรม ตุลาการศาลทหาร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลปกครอง เป็นต้น⁵⁵

การกระทำคือ การเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบ

⁵⁴ ความผิดตามมาตรา 200 ฐานเป็นเจ้าพนักงานกระทำหรือละเว้นกระทำในตำแหน่งอันมิชอบ จะต้องมีความมุ่งหมายเพื่อช่วยบุคคลอื่น จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 200 นี้หากเพื่อช่วยเหลือตัวผู้กระทำผิดเอง และเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 157

⁵⁵ คณิต ฌ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 42*, น.1091.

หรือมิชอบด้วยหน้าที่ ความผิดนี้สำเร็จเมื่อมีการเรียก รับ หรือยอมจะรับ ไม่ใช่สำเร็จเมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำในตำแหน่ง⁵⁶ เหตุผลที่กฎหมายนี้ลงโทษเจ้าหน้าที่ เพราะกฎหมายไม่ประสงค์ให้เจ้าพนักงานเรียก รับ หรือยอมรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากราษฎรได้⁵⁷

แม้บทบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้พิพากษามีความรับผิดชอบ แต่ก็เป็นการรับผิดชอบเนื่องจากการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์จากผู้อื่น เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆตามตำแหน่งหน้าที่ หากไม่มีการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน ผู้พิพากษาก็ไม่มี ความผิดฐานนี้ ไม่ได้พิจารณาถึงอคติหรือความพึงพอใจส่วนบุคคลใดๆ หากแต่เพียงแค่รับ เรียก หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์ก็เพียงพอแล้ว

(4) ความผิดฐานเจ้าพนักงานยุติธรรมกระทำการหรือไม่กระทำการโดยเห็นแก่สินบน

มาตรา 202 ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือประหารชีวิต

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ ความบริสุทธิ์สะอาดของ การงานยุติธรรม⁵⁸

ผู้กระทำคือ ผู้ที่ขณะเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์ยังมิได้เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ แต่กำลังจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งนั้น⁵⁹

การกระทำคือ การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดซึ่งตนได้ เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับการแต่งตั้งให้เป็น

⁵⁶ เฟิงอ้าง, น.1091-1092.

⁵⁷ หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45, น.113.

⁵⁸ คณิต ฦ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 42, น.1095.

⁵⁹ เฟิงอ้าง.

เจ้าพนักงานในตำแหน่งดังกล่าว⁶⁰ และต้องปรากฏด้วยว่าภายหลังเจ้าพนักงานได้กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์ดังกล่าว⁶¹

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ การที่ผู้กระทำรู้ว่าตนจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ หรือพนักงานสอบสวน เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว ตนก็จะมีอำนาจเช่นนั้น จึงกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ซึ่งเป็นมูลเหตุชักจูงใจให้กระทำการหรือไม่กระทำการเช่นนั้น⁶²

บทบัญญัตินี้พิจารณาการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์ โดยแลกกับการกระทำการหรือไม่กระทำการใด ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องกับอคติหรือความพึงพอใจส่วนบุคคลแต่อย่างใด หากเป็นเรื่องอคติหรือความพึงพอใจส่วนบุคคล แต่ไม่ได้เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน ให้เพื่อให้กระทำหรือไม่กระทำการใด ผู้พิพากษานั้นก็ไม่มีคามผิดฐานนี้

4.2.2.3 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและ

ปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542⁶³

มาตรา 123/1 เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เห็นได้ว่ามีความเหมือนกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต เพียงแต่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตยิ่งขึ้น ดังนั้น ความผิดฐานนี้จึงเป็นความรับผิดของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจในการบริหาร มิใช่ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ยุติธรรมหรือผู้พิพากษาที่กระทำในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ

⁶⁰ เพิ่งอ้าง.

⁶¹ หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 45, น.114.

⁶² คณิต ญ นคร, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 42, น.1095.

⁶³ ปัจจุบันมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ซึ่งมีความแตกต่างกันเล็กน้อย

4.2.3 ความจำเป็นในการกำหนดมาตรการในการควบคุมตุลาการในประเทศไทย

การพิจารณาว่าความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายมีความจำเป็นในการกำหนดเป็น ความรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้น สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความจำเป็นในการกำหนด ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในประเทศไทยเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และ ความจำเป็นในการกำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในประเทศไทยเมื่อพิจารณาตามมาตรการ อื่นในการตรวจสอบอำนาจผู้พิพากษา

4.2.3.1 ความจำเป็นในการควบคุมตุลาการไทยเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติ

แห่งกฎหมาย

เนื่องจากบทบัญญัติตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ได้แก่ กฎหมายอาชญา หลวง กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน ปรากฏว่า ไม่มีความรับผิดใดเลยที่เป็นการกำหนดให้ผู้พิพากษาที่ เจตนากระทำการบิดเบือนกฎหมายต้องมีความผิดและได้รับโทษ หากพิจารณากฎหมายก่อนที่มีการ บังคับใช้ประมวลกฎหมาย คือ กฎหมายอาชญาหลวงและกฎหมายตราสามดวง ก็เป็นการกำหนดให้ ผู้พิพากษา ตรีลาการ หรือผู้ปรับ ที่ดำเนินกระบวนการหรือพิจารณาพิพากษาคดีผิดหรือผิดพลาดไป ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น ซึ่งความรับผิดดังกล่าวต้องรวมถึงการดำเนินกระบวนการหรือ พิจารณาพิพากษาคดีผิดโดยประมาทด้วย อันมีความแตกต่างจากความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายที่ กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องมีเจตนาบิดเบือนกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาคดี ผิดพลาด หรือการกระทำที่เกิดจากความประมาท

หากพิจารณากฎหมายภายหลังจากที่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายแล้ว พิจารณาได้ว่า กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ปรากฏความรับผิดต่อเจ้าพนักงานปกครองทั่วไปที่ ประพฤติมิชอบหรือประพฤติดื้อต่อหน้าที่อันเป็นบทवादกองตามมาตรา 145 มิใช่ความรับผิดของ ข้าราชการตุลาการ และปรากฏความรับผิดเกี่ยวกับข้าราชการตุลาการรับหรือยอมจะรับสินบนตาม มาตรา 139 และมาตรา 140 ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับพิจารณาคดีที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายอันมีเหตุ เนื่องมาจากอคติหรือเรื่องอื่นใดที่ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับสินบน ทำให้ความรับผิดทางอาญาตามกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปัจจุบันนี้ มีแต่เพียงความรับผิดของเจ้าพนักงานปกครองปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งไม่มี ความเหมาะสมกับเจ้าพนักงานยุติธรรมหรือตุลาการตามมาตรา 157 ความรับผิดของเจ้าพนักงาน ยุติธรรมช่วยผู้อื่นไม่ให้ต้องโทษและแก่งผู้อื่นให้ต้องรับโทษ ก็มีได้กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดหาก ช่วยให้ผู้ใดไม่ต้องรับโทษ รับโทษน้อยลง ต้องรับโทษ หรือรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 200

ความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานยุติธรรมเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบนตามมาตรา 201 หรือความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานยุติธรรมกระทำการหรือไม่กระทำการโดยเห็นแก่สินบนตามมาตรา 202 เป็นความรับผิดชอบของผู้พิพากษาเนื่องจากผู้พิพากษาเรียก รับ หรือยอมจะรับสินบน หากไม่มีความเกี่ยวข้องกัน ทรัพย์สิน ประโยชน์ หรือสินบน ผู้พิพากษาก็ไม่มีความรับผิดชอบแต่อย่างใด

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบในการบิดเบือนกฎหมาย เมื่อไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ อาจก่อให้เกิดเหตุการณ์ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นไปตามอำเภอใจ มีอคติและไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อส่วนบุคคล สังคม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ ความเสียหายต่อส่วนบุคคลคือ ความเสียหายต่อคู่ความที่ต้องแพ้อคดี สำหรับความเสียหายต่อสังคมคือ สังคมเกิดความสับสน เพราะกฎหมายไม่มีความแน่นอน หากเป็นเช่นนี้ไปหลายครั้ง อาจจะทำให้เกิดการไม่เคารพต่อคำสั่งหรืออำนาจของศาล ข้อพิพาทจะได้รับการยุติโดยคู่กรณีเองซึ่งย่อมไม่มีความเป็นธรรม ย่อมเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ความเสียหายต่อความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการคือ ประชาชนไม่เชื่อถือการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา และไม่เคารพความเป็นธรรมในการตัดสินคดี

4.2.3.2 ความจำเป็นในการควบคุมตุลาการไทยเมื่อพิจารณาตามมาตรการ

ตรวจสอบทางวินัย

แม้ในประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายอาญาให้ผู้พิพากษารับผิดชอบในการบิดเบือนกฎหมาย แต่ในยังมีมาตรการอื่นในการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา การตรวจสอบผู้พิพากษามีทั้งการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเอง และการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเองซึ่งเป็นการตรวจสอบภายในนั้นแบ่งเป็น 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก การตรวจสอบทางวินัยโดยคณะกรรมการตุลาการ ในการปฏิบัติงานของตุลาการทั้งหลายย่อมมีองค์กรตรวจสอบการทำงานขององค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกจากผู้พิพากษาเองเป็นคณะกรรมการ เรียกว่า คณะกรรมการตุลาการ ซึ่งมีอำนาจกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 อันเป็นอำนาจในการออกระเบียบ พิจารณา สอบสวน และมีมติเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการ หากปรากฏว่ากรณีใดผู้พิพากษากระทำผิดไปจากอำนาจที่กฎหมายกำหนด คณะกรรมการตุลาการมีอำนาจพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาได้ โดยการลงโทษทางวินัยประกอบด้วย ภาคทัณฑ์ การงดเลื่อนตำแหน่งหรือเลื่อนเงินเดือน การให้ออก การปลดออก และการไล่ออก แต่อย่างไรก็ตามอำนาจนั้นมีได้เป็นการลงโทษทางอาญาแก่ผู้พิพากษา การลงโทษทางวินัยเพียงอย่างเดียวไม่สามารถข่มขู่ยับยั้งการกระทำการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาได้ เพราะการลงโทษทางวินัยไม่มีผล กระทบ

ร้ายแรงต่อผู้พิพากษา ทั้งที่การบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาอาจส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างมากทั้งต่อตัวคู่ความเอง สังคมโดยรวม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ การลงโทษทางวินัยจึงยังไม่เพียงพอในการควบคุมและตรวจสอบองค์กรตุลาการ อนึ่ง การกำหนดให้คณะกรรมการตุลาการ ซึ่งเป็นบุคลากรจากองค์กรตุลาการเช่นเดียวกันเป็นผู้ตรวจสอบและใช้อำนาจลงโทษผู้พิพากษา อันเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจที่กำหนดให้อำนาจอื่นทำการตรวจสอบเพื่อเกิดการถ่วงดุล และคานกัน (Check and Balance) การให้องค์กรตนเองตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตนเองจึงมีความไม่น่าไว้วางใจ อาจเกิดการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และอาจนำมาซึ่งการให้สินบนระหว่างกันได้ หากเกิดกรณีผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายแล้วคณะกรรมการตุลาการเห็นชอบด้วยการนั้นเป็นสิ่งที่ผิดและก่อความเสียหาย แต่ผู้พิพากษาผู้ทำการบิดเบือนกฎหมายไม่ได้รับการลงโทษ จึงเป็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรม ด้วยเหตุนี้การให้คณะกรรมการตุลาการซึ่งเป็นองค์กรของผู้พิพากษาเองเป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาจึงไม่มีความเหมาะสม

ประการที่สอง การตรวจสอบโดยศาลสูง เนื่องจากผู้พิพากษายังคงเป็นมนุษย์ ย่อมมีความผิดพลาดได้ จึงได้มีการอุทธรณ์ไปยังศาลลำดับชั้นที่สูงกว่าเพื่อตรวจสอบการพิพากษาคดีอีกครั้ง การตรวจสอบโดยศาลสูงจึงเป็นการตรวจสอบกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีภายหลังจากศาลมีคำพิพากษา หากมีการอุทธรณ์ไปยังศาลลำดับชั้นที่สูงกว่าแล้วมีคำพิพากษาที่ขัดแย้งกับศาลที่ลำดับชั้นต่ำกว่า ให้ถือตามคำพิพากษาของศาลสูง และหากไม่มีการอุทธรณ์ต่อไปจนครบระยะเวลาตามกฎหมายหรือกฎหมายบัญญัติว่าคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว ก็ให้ถือว่าคำพิพากษาของศาลนั้นถือเป็นที่สุด การตรวจสอบโดยศาลสูงจึงเกิดขึ้นได้เมื่อปรากฏคำพิพากษาออกมาแล้วเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบระหว่างการพิจารณาคดีได้ และไม่ปรากฏมาตรการใดๆในการลงโทษผู้พิพากษาศาลล่างที่กระทำการบิดเบือนกฎหมาย หากกรณีปรากฏว่าผู้พิพากษาศาลล่างกระทำการบิดเบือนกฎหมาย โดยคู่ความไม่สามารถอุทธรณ์คดีขึ้นไปยังศาลสูงได้ ไม่ว่าจะด้วยเรื่องทุนทรัพย์หรือข้อจำกัดทางกฎหมาย คู่ความก็จะได้รับความเสียหายจากการบิดเบือนกฎหมายนั้นและผู้พิพากษาก็ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำนั้นแต่อย่างใด ดังนั้นการตรวจสอบโดยศาลสูงจึงไม่มีความเหมาะสมในการตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาและไม่มีสภาพบังคับในการลงโทษผู้พิพากษาที่บิดเบือนกฎหมายได้

ประการที่สาม การตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ (Judicial Review) เป็นการตรวจสอบการบริหารงานตุลาการ มิใช่การตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดี (Judicial Act) การบริหารจัดการคดีเป็นอำนาจในเชิงบริหาร ผู้มีอำนาจบริหารจัดการคดีจึงถูกตรวจสอบได้ด้วยศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบด้วยศาลปกครองเป็นการตรวจสอบเพื่อเพิกถอนกระบวนการบริหารจัดการคดีที่มีชอบ ซึ่งมีได้ก่อให้เกิดการข่มขู่ยับยั้งผู้พิพากษาผู้มี

อำนาจบริหารจัดการคดีมีขอบดังกล่าว และการตรวจสอบนี้ตรวจสอบได้เพียงการบริหารจัดการคดีเท่านั้น การพิจารณาพิพากษาคดีที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย หรือการพิจารณาคดีที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดี (Judicial Act) อันเป็นการบิดเบือนกฎหมาย ไม่อาจอยู่ภายใต้การตรวจสอบนี้ได้

ประการสุดท้าย การตรวจสอบการบริหารภายในฝ่ายตุลาการ มี 4 กลไก ประการแรก ระบบการถอดถอนคณะกรรมการตุลาการ ศาลยุติธรรม เป็นการถอดถอนเพราะมีพฤติการณ์ที่ไม่เหมาะสม ทุจริต หรือใช้อำนาจขัดต่อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการถอดถอนเป็นแต่เพียงโทษทางวินัย ไม่มีประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้พิพากษาไม่กระทำการบิดเบือนกฎหมาย หรือพิจารณาพิพากษาคดีที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย กลไกที่สอง การเพิกถอนการบริหารโดยคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เป็นการยับยั้งการบริหารราชการของศาลยุติธรรมที่ไม่เป็นไปตามระเบียบ ประกาศ หรือมติของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เป็นเพียงการยับยั้งการบริหารราชการเท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี การเพิกถอนจึงไม่ครอบคลุมถึงการพิจารณาพิพากษาที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกินกว่ากฎหมายกำหนด กลไกที่สาม การถอดถอนอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาล ให้อำนาจในการสั่งให้อนุกรรมการออกจากตำแหน่ง ซึ่งการถอดถอนออกจากตำแหน่งของอนุกรรมการมิได้เป็นการควบคุมมิให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือเป็นการข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้พิพากษาระทำการบิดเบือนกฎหมาย ดังนั้นกลไกนี้จึงยังไม่มีประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้เกิดการบิดเบือนกฎหมาย กลไกสุดท้าย การร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการตุลาการ การที่ข้าราชการตุลาการถูกให้ออกจากราชการ มิได้มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นอำนาจทางตุลาการแต่อย่างใด เป็นการพิจารณาในอำนาจทางบริหาร กลไกนี้จึงไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย

การตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก เป็นการตรวจสอบโดยให้องค์กรอื่นนอกจากองค์กรตุลาการมาตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการ แบ่งออกเป็น 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก การตรวจสอบโดยรัฐสภา การให้รัฐสภาเป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการโดยวิธีการต่างๆดังนี้

1) การตรวจสอบโดยการตรากฎหมาย ผู้มีอำนาจในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ซึ่งในกรณีนี้รัฐสภาออกกฎหมายได้ แต่เพียงเฉพาะอำนาจการบริหารจัดการเท่านั้น ไม่อาจตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ดังนั้นการตรวจสอบโดยการตรากฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการคดี ไม่อาจตรวจสอบการกระทำการบิดเบือนกฎหมายได้

2) การตรวจสอบโดยกลไกทางรัฐสภา ปัจจุบันศาลได้แยกตัวออกจากกระทรวงยุติธรรม รัฐสภาจึงไม่อาจตรวจสอบศาลในฐานะองค์กรหนึ่งของรัฐได้อีกต่อไป

3) การตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อตั้งศาลใหม่ การงบประมาณ การแต่งตั้งตุลาการ หรือการถอดถอนผู้พิพากษาตุลาการ เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจในการบริหารจัดการคดี มิได้เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นการกระทำการไม่เป็นไปตามกฎหมาย หรือกระทำการเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด และการลงโทษเป็นการลงโทษทางวินัยเท่านั้น ไม่ใช่โทษทางอาญา ซึ่งไม่มีประสิทธิภาพในการข่มขู่ยับยั้งผู้พิพากษาไม่ให้บิดเบือนกฎหมาย มาตรการตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้จึงไม่ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมาย

4) การตรวจสอบโดยวุฒิสภา เป็นการตรวจสอบโดยใช้ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) การถอดถอนเป็นการควบคุมการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ไม่สามารถควบคุมการกระทำในทางการเมืองได้ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องกระทำโดยบุคคลผู้มีตำแหน่งหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด สำหรับตำแหน่งที่อาจได้รับการถอดถอนโดยวุฒิสภาได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 270 ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง ทั้งนี้มาตราดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นตำแหน่งระดับสูงหรือจะเป็นตำแหน่งตุลาการทั่วไป รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน ผู้ที่มีอำนาจในการถอดถอนจะเข้าชื่อร้องเรียนต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และส่งต่อไปยังวุฒิสภาเพื่อขอให้มีการตรวจสอบ การตรวจสอบจะพิจารณาว่า มีความร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริต กระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการการยุติธรรม จงใจใช้อำนาจขัดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมารยาททางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ที่ประชุมวุฒิสภาจะออกเสียงลงคะแนนลับ เพื่อลงคะแนนว่าจะถอดถอนหรือไม่ถอดถอน แต่อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบนั้นไม่ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมาย เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แม้ผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็นการส่อไปในทางทุจริต กระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการการยุติธรรม หรือการจงใจใช้อำนาจขัดต่อกฎหมาย ผู้พิพากษาถึงไม่อาจถูกถอดถอนจากการบิดเบือนกฎหมายได้ อนึ่ง การบังคับตามมาตรานี้เป็นการถอดถอนผู้พิพากษาซึ่งมิใช่การลงโทษทางอาญาแก่ผู้พิพากษาอันเป็นโทษที่ร้ายแรงกว่าซึ่งก่อให้เกิดการข่มขู่ยับยั้งการกระทำบิดเบือนกฎหมายได้ การตรวจสอบโดยวุฒิสภานี้จึงยังไม่ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมาย และสภาพบังคับก็ไม่มีควมร้ายแรงเพียงพอที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการบิดเบือนกฎหมายได้

ประการที่สอง การตรวจสอบองค์ครตุลาการโดยองค์กระอิสระตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

1) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีอำนาจตรวจสอบทั้งในทางวินัย ในทางรัฐธรรมนูญ และในทางอาญา ซึ่งการตรวจสอบในทางวินัยนั้น มีอำนาจตรวจสอบบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินและยื่นเรื่องให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณาถอดถอน ในกรณีนี้ตรวจสอบได้เฉพาะผู้พิพากษาทั่วไปแต่ไม่สามารถตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลทหารได้ เพราะไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจกำหนดในการตรวจสอบ สำหรับการตรวจสอบในทางอาญานั้น มีอำนาจตรวจสอบการปฏิบัติงานของตุลาการว่ามีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมหรือไม่ หากผู้พิพากษาศาลาการใดปฏิบัติหน้าที่เป็นความผิดดังกล่าว คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติสามารถส่งรายงานและความเห็นไปยังอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินคดีอาญาต่อผู้พิพากษานั้นต่อไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 234(2)⁶⁴ แต่อย่างไรก็ตามการตรวจสอบนั้นย่อมเป็นไปตามความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในปัจจุบันประมวลกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ แม้ผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมาย คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ไม่สามารถส่งรายงานและความเห็นไปยังอัยการสูงสุดได้ สุดท้ายการตรวจสอบในทางรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 233 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 58 บัญญัติให้ หากตำแหน่งประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด มีความร้ายแรงผิดปกตีส่อทุจริต ส่อว่าจะกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม จึงใจัดอำนาจรัฐธรรมนูญ หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรม วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นได้ และในวรรคสองได้บัญญัติให้ผู้พิพากษา ตุลาการ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ได้รับการบังคับตามวรรคแรกด้วย⁶⁵ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นองค์ครตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี มีสถานะเป็นตำแหน่งทางตุลาการที่ไม่อยู่ในสถานะผู้บริหารระดับสูง และไม่ปรากฏบทบัญญัติในชั้นตอนดำเนินการถอดถอนตำแหน่งผู้พิพากษา ตุลาการ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แม้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะมีอำนาจในการรับเรื่องไว้ แต่ไม่มีอำนาจในการ

⁶⁴ วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.41.

⁶⁵ อานนท์ มาเฝ้า, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.170-171.

ดำเนินการเรื่องดังกล่าวได้⁶⁶ ดังนั้นตำแหน่งตุลาการที่ถูกถอดถอนโดยวุฒิสภาจึงมีเพียงประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญและประธานศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น

2) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน อำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 230 โดยให้อำนาจผู้ตรวจการพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ก่อให้เกิดความเสียหาย ตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ พร้อมทั้งรายงานผลต่อ คณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา หากผู้พิพากษาไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจในการพิจารณาและสอบสวนหาสาเหตุในการกระทำความผิดดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามการตรวจสอบของผู้ตรวจการแผ่นดินนั้นเป็นเพียงการตรวจสอบตามกฎหมายในการที่ผู้พิพากษาไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงการบิดเบือนกฎหมาย การตรวจสอบของผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่ตรวจสอบการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา และการตรวจสอบของผู้ตรวจการแผ่นดินนั้นเป็นเพียงการยื่นรายงานให้แก่คณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ซึ่งไม่มีสภาพบังคับหรือการลงโทษแก่การบิดเบือนกฎหมายแต่อย่างใด เป็นเพียงการยื่นรายงานให้ทราบเท่านั้น

3) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้จ่ายของรัฐบาลเท่านั้นซึ่งเป็นอำนาจในการบริหารจัดการเงินขององค์กร อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเงินงบประมาณของรัฐ และการทุจริตภายในองค์กร แต่ไม่อาจตรวจสอบได้ว่าผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีโดยบิดเบือนกฎหมายหรือไม่ การตรวจสอบนี้จึงไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย

4) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เป็นการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งการบิดเบือนกฎหมายก็เป็นการละเมิดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างเท่าเทียมกันอันเป็นสิทธิมนุษยชน แต่อย่างไรก็ตามการดำเนินงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน เป็นการจัดทำรายงานผลการตรวจสอบซึ่งระบุข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน พร้อมทั้งมาตรการแก้ไขปัญหาแก่รัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป ซึ่งโทษหนักที่สุดที่ได้รับ คือการถอดถอนผู้พิพากษาอันเป็นโทษทางวินัย โทษทางวินัยไม่เพียงพอในการข่มขู่ยับยั้งการกระทำการบิดเบือนกฎหมายได้ ดังนั้นมาตรการดังกล่าวจึงไม่อาจมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะข่มขู่ยับยั้งให้ผู้พิพากษากะทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้

จากมาตรการทั้งหลายที่กล่าวมานั้น แสดงให้เห็นว่า มาตรการตามกฎหมายที่มีอยู่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย และสภาพบังคับไม่เพียงพอต่อ

⁶⁶ เฝิงอ้วง, น.182-183.

การข่มขู่ยับยั้งการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องบัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญาไทย

แม้ความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจะมีความจำเป็นในการกำหนดไว้ในกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะในการพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือมาตรการอื่นๆ แต่ทั้งนี้ความรับผิดดังกล่าวหากได้รับการบัญญัติในกฎหมายไทย จะมีความเหมาะสมหรือไม่ และสมควรหรือไม่ที่บัญญัติเป็นกฎหมายอาญา ผู้เขียนจะอธิบายในลำดับต่อไป

4.2.4 การวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางวินัยและมาตรการทางอาญาในการ

ควบคุมผู้พิพากษาไทย

มาตรการทางวินัยเป็นมาตรการที่ใช้ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาเฉพาะแต่การบริหารจัดการคดีเท่านั้น ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นส่วนอำนาจตุลาการด้วย การตรวจสอบดังกล่าวเนื่องมาจากเหตุที่ผู้พิพากษามีความน่าสงสัยในการเปลี่ยนแปลงทางด้านบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่ง มิได้เนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาไม่ นอกจากนี้มาตรการทางวินัยมีสภาพบังคับทางวินัย คือ โทษทางวินัย 5 ประการ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดเงินเดือน ปลดออก ไล่ออก ซึ่งยังไม่มี ความรุนแรงพอที่จะเป็นการข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้พิพากษาก่อทำความผิดได้

หากพิจารณากฎหมายเยอรมัน มาตรการควบคุมทางวินัยของตุลาการ มีการคัดเลือกบุคคลที่จะมาสมัครเพื่อจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา และสำหรับศาลสูงจะมีการสรรหาผู้พิพากษาที่สมบูรณ์พร้อมด้วยวัยวุฒิและคุณวุฒิ ประเทศไทยก็ใช้ระบบดังกล่าวมาช้านาน ปรากฏตามระบบการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา และการเลื่อนผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาตามลำดับ หรือการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิและวัยวุฒิจากสาขาอาชีพทางด้านกฎหมาย เมื่อได้รับการคัดเลือกและสรรหาแล้ว ก็จะได้รับแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ แต่อย่างไรก็ตามระบบดังกล่าวมิได้เป็นการป้องกันมิให้ผู้พิพากษาก่อการบิดเบือนกฎหมายหรือพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายแต่อย่างใด เพราะการคัดเลือกและสรรหาผู้พิพากษาจากคุณวุฒิและวัยวุฒิมิได้รับประกันว่าการประพฤติปฏิบัติของผู้พิพากษาจะเป็นไปในทางที่ถูกต้องและเป็นธรรม การคัดเลือกและการสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษตามกฎหมายเยอรมันจึงไม่มีความเหมาะสมในการกำหนดใช้ในกฎหมายไทย

หากพิจารณาถึงการลงโทษทางวินัย ในส่วนของกฎหมายเยอรมัน เป็นการกำหนดให้สภาพลงคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสาม เพื่อโยกย้าย ให้ออกจากตำแหน่ง ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการต่อผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาที่กระทำผิดวินัยหรือประพฤติมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายไทยก็มีลักษณะเช่นเดียวกันคือ ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment)

โดยการเข้าชื่อเสนอยื่นคำร้องของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือประชาชนจำนวนสองหมื่นคน แต่อย่างไรก็ดีแม้จะมีมาตรการลงโทษทางวินัยเช่นเดียวกัน มาตรการดังกล่าวก็มีได้เป็นการป้องปรามผู้พิพากษามีให้บิดเบือนกฎหมายได้ เพราะการลงโทษทางวินัยมิได้มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะข่มขู่ยับยั้งให้ผู้พิพากษาเกิดการตระหนักรู้ถึงความรุนแรงของโทษ และไม่กล้าที่จะกระทำผิด อย่างไรก็ตามที่สุดคือ ผู้พิพากษาที่กระทำการบิดเบือนกฎหมายจะต้องถูกไล่ออก แต่ไม่ได้รับโทษทางอาญาแต่อย่างใด การนำการลงโทษทางวินัยตามกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้จึงยังไม่มีความเหมาะสม

เมื่อมาตรการทางวินัยทั้งของกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทยไม่ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมายได้ ลำดับต่อมาจึงต้องพิจารณาถึงมาตรการทางอาญา เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายเยอรมันแล้ว ปรากฏความรับผิดชอบในฐานะบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันอันเป็นความรับผิดชอบเฉพาะของข้าราชการตุลาการ เพราะกฎหมายเยอรมันยึดถือหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นสำคัญ การกระทำของผู้มีอำนาจรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจเสมอ หากกระทำไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดจะต้องมีความรับผิดชอบ

สำหรับกฎหมายอาญาไทยนั้นมีการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษาไว้ เฉพาะแต่การกระทำเพื่อสินบนหรือรับสินบน แต่ไม่มีการบัญญัติให้เป็นความผิดกรณีการพิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือวินิจฉัยคดีเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดโดยไม่มีเรื่องสินบนเข้ามาเกี่ยวข้อง และแม้จะมีบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือทุจริตของข้าราชการตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ความรับผิดชอบนั้นก็ไม่ได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือกฎหมายต้องการคุ้มครองความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ เนื่องจากมาตรา 157 เป็นความรับผิดชอบของข้าราชการทั่วไป มิได้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคดี ความรับผิดชอบที่กล่าวมานั้นจึงไม่เพียงพอในการลงโทษผู้กระทำการบิดเบือนกฎหมาย

จากมาตรการทั้งหลายที่กล่าวมานั้น แสดงให้เห็นว่า มาตรการทางวินัยและมาตรการทางอาญาของไทยที่มีอยู่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย และมาตรการทางวินัยสภาพบังคับไม่เพียงพอต่อการข่มขู่ยับยั้งการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย แต่กฎหมายเยอรมันได้มีการกำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้อันเป็นกฎหมายเฉพาะในการป้องกันมิให้กระทำการบิดเบือนกฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องบัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญาไทยตามแบบอย่างความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของกฎหมายอาญาเยอรมัน

4.3 การกำหนดความรับผิดชอบพื้นฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในประเทศไทย

ความรับผิดชอบในกฎหมายอาญาย่อมประกอบด้วย องค์ประกอบความรับผิด และโทษในการกระทำความผิดนั้น ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายก็เป็นความรับผิดอาญาประเภทหนึ่ง ย่อมต้องมีการอธิบายถึงองค์ประกอบการกระทำความผิด เพื่อให้ทราบว่า การกระทำเช่นใดเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ทางสังคม

ในความรับผิดทางอาญาย่อมแบ่งองค์ประกอบการกระทำความผิดออกได้เป็น 2 ประเภท คือ องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายซึ่งเป็นความรับผิดทางอาญาย่อมต้องแบ่งพิจารณาออกเป็นองค์ประกอบทั้งสองประการเช่นกัน

4.3.1 องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายย่อมต้องประกอบด้วย ผู้กระทำ การกระทำ วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ กรรมของการกระทำ

4.3.1.1 ผู้กระทำ

ผู้กระทำในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย หากพิจารณาตามกฎหมายเยอรมันมีทั้งผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าพนักงานที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม หรือ อนุญาโตตุลาการผู้มีหน้าที่ตัดสินชี้ขาด แต่ผู้เขียนขอวิเคราะห์ถึงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลาการเท่านั้น เนื่องจากตำแหน่งผู้พิพากษาศาลาการมีความสำคัญและเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการตัดสินผูกมัดโดยตรง

ผู้พิพากษา คือผู้พิพากษาตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 24 ถึง มาตรา 27 กำหนดไว้ คือ มีอำนาจในการพิจารณาคดีในศาล อันเป็นหน้าที่ที่พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกำหนดไว้โดยเฉพาะจะมอบให้ผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาทำแทนมิได้ โดยวินิจฉัยทั้งข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายแห่งคดี เพื่อทำหน้าที่ในนามของศาลและในพระปรมาภิไธยในพระมหากษัตริย์ เนื่องด้วยเป็นอำนาจของผู้พิพากษาอาชีพโดยตรง ผู้พิพากษาอาชีพก็อยู่ใต้ความหมายของผู้กระทำในความผิดฐานนี้ด้วย

การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาอาจต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาหลายคน ซึ่งเรียกกันว่า องค์คณะ ในองค์คณะก็ต้องมีผู้พิพากษาคนหนึ่งเป็นเจ้าของสำนวนเรียกว่า ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน ส่วนผู้ที่มีใจเจ้าของสำนวนจะเรียกว่า ผู้พิพากษาองค์คณะ โดยผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะต้องให้ข้อมูลตามที่มีอยู่ในสำนวนที่เป็นองค์คณะให้เข้าใจ มิใช่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้รู้คดีเพียงผู้เดียว ซึ่งในศาลแต่ละประเภทมีจำนวนผู้พิพากษาประจำองค์คณะแตกต่างกัน ประเด็นปัญหาจึงมีว่า ผู้กระทำนี้ให้รวมถึงผู้พิพากษาประจำองค์คณะที่พิจารณาคดีนั้นด้วยหรือไม่

ในประเด็นนี้ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของประเทศเยอรมันกำหนดให้คำนึงถึงการลงลายมือชื่อของผู้พิพากษาในสำนวนเป็นสำคัญดังที่ปรากฏในคดี Rehse เนื่องจากผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี เมื่อเห็นว่าคำพิพากษาได้รับการบิดเบือนจากการใช้กฎหมาย ผู้พิพากษานั้นสามารถลงความเห็นคัดค้านหรือไม่ลงลายมือชื่อเห็นด้วยได้ แต่เมื่อได้เห็นแล้วว่าคำพิพากษาได้รับการบิดเบือนแล้วไม่คัดค้าน พร้อมทั้งลงลายมือชื่อเห็นชอบด้วยก็ย่อมต้องมีความรับผิดชอบจากการลงคะแนนเห็นชอบนั้นด้วยเช่นกัน สำหรับศาลไทยปรากฏระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยแนวปฏิบัติในการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและต่อเนื่อง พ.ศ. 2545 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาคดีให้ครบองค์คณะ และในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 11 วรรคสอง ความว่า “ผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะจักต้องร่วมพิจารณาในข้อคดีเห็นและเหตุผลประกอบเสมือนหนึ่งตนเป็นเจ้าของสำนวนคดีเรื่องนั้นเอง ผู้พิพากษาที่ร่วมกันพิจารณาคดีพึงเคารพในความคิดเห็นและเหตุผลของกันและกัน ทั้งนี้เพื่อให้ได้คำวินิจฉัยชี้ขาดที่ถูกต้องและเที่ยงธรรม” ผู้พิพากษาองค์คณะจึงต้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่จะอ่านและพิจารณาพยานหลักฐานในสำนวนนั้นด้วยตนเองดังนั้นหากผู้พิพากษาผู้ร่วมพิจารณาเป็นองค์คณะได้ประชุมและเห็นชอบกับการบิดเบือนกฎหมายแสดงออกโดยการลงลายมือชื่อในคำพิพากษานั้น ก็ถือว่าผู้พิพากษาองค์คณะนั้นกระทำการบิดเบือนกฎหมายด้วย แต่หากผู้พิพากษาองค์คณะมิได้ลงลายมือชื่อหรือออกความเห็นคัดค้านก็ถือเสมือนว่าไม่เห็นด้วยในคำพิพากษาที่ได้รับการบิดเบือนนั้น แม้มีการอ่านคำพิพากษาแล้ว ผู้พิพากษาองค์คณะที่ไม่ได้ลงลายมือชื่อหรือออกความเห็นคัดค้านก็ไม่ควรต้องรับผิดชอบ

แต่หากในกรณีที่มีผู้พิพากษาเป็นผู้เขียนคำพิพากษา แต่มิใช่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน ผู้พิพากษาผู้เขียนคำพิพากษาและผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนนั้นต้องมีความรับผิดชอบด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้เนื่องจากผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการพิจารณาพิพากษาคดี และแม้จะไม่ได้เป็นผู้เขียนคำพิพากษาเอง แต่ในขั้นตอนสุดท้ายก่อนการอ่านคำพิพากษาก็ย่อมต้องตรวจสอบคำพิพากษาก่อนออกสู่สาธารณะ หากเห็นว่าคำพิพากษาถูกตัดสินโดยบิดเบือนกฎหมาย ก็สามารถแก้ไขคำพิพากษานั้นได้ แต่ทั้งที่ตนรู้อยู่แล้วว่าคำพิพากษานั้นไม่ถูกต้องก็ปล่อยให้พลละเลย ก็ถือว่าผู้พิพากษานั้นเห็นด้วยกับการบิดเบือนกฎหมาย ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนก็ย่อมต้องมีความรับผิดชอบ สำหรับผู้พิพากษาที่มีชื่อเจ้าของสำนวน แต่เป็นเพียงผู้เขียนคำพิพากษา แม้จะเป็นผู้เขียนคำพิพากษาแต่ก็ไม่มีหน้าที่รับผิดชอบในคำพิพากษานั้น เพราะหน้าที่รับผิดชอบเป็นของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนที่ต้องตรวจทานก่อนมีการอ่านคำพิพากษา ผู้เขียนคำพิพากษาจึงไม่ต่างจากบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่ตำแหน่งผู้พิพากษาหรือไม่ใช้อำนาจตุลาการ ดังนั้นแม้จะเขียนคำพิพากษาโดยบิดเบือนกฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบแต่อย่างใด

อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การบริหารจัดการคดี และการพิจารณาพิพากษาคดี

ประเภทแรก การบริหารจัดการคดี การบริหารจัดการคดีเป็นอำนาจของผู้พิพากษาในส่วนที่มีใช้การนำบทบัญญัติของกฎหมายมาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี แต่เป็นการใช้อำนาจในการกำหนดแนวทางและควบคุมการพิจารณา เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดประเด็นข้อพิพาท การกำหนดวันเวลาในการนั่งพิจารณา การเลื่อนคดี เป็นต้น การบริหารจัดการคดีจึงเป็นอำนาจที่มีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของศาล แต่อย่างไรก็ตามการบริหารจัดการคดีนั้นไม่ใช่อำนาจในการตัดสินชี้ขาด หรือพิพากษาคดี อันเป็นลักษณะที่ก่อให้เกิดการยุติข้อพิพาท แต่เป็นอำนาจในการบริหารจัดการคดีให้เกิดความเหมาะสมต่อสภาวะการณ์ขององค์การตุลาการ อำนาจการบริหารจัดการคดีจึงไม่มีความแตกต่างจากอำนาจในการบริหารการปกครอง และคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่ง การปฏิบัติที่มีขอบในการใช้อำนาจการบริหารจัดการคดีจึงไม่ใช่การปฏิบัติเกี่ยวกับงานยุติธรรม แม้ผู้ใช้อำนาจจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาซึ่งเป็นเจ้าพนักงานยุติธรรม แต่อำนาจที่ใช้นั้นมิได้เกี่ยวข้องกับงานยุติธรรมแต่อย่างใด การใช้อำนาจบริหารจัดการคดีที่มีขอบด้วยกฎหมายจึงไม่ใช่การบิดเบือนกฎหมาย ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงไม่ครอบคลุมถึงการใช้อำนาจบริหารจัดการคดีโดยมิชอบ แต่กระนั้นอาจมีความรับผิดชอบเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือความรับผิดชอบอื่นก็ได้

ประเภทที่สอง การพิจารณาพิพากษาคดี อำนาจหลักที่สำคัญของผู้พิพากษา คือ อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี การพิจารณาพิพากษาคดีต้องให้เกิดความเสมอภาคและเป็นธรรม การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการใช้ข้อเท็จจริงปรับกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การบิดเบือนกฎหมายจึงเป็นการใช้อำนาจในการปรับบทกฎหมายไม่เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาคดีจึงอยู่ในความหมายของการบิดเบือนกฎหมายด้วย

ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น มีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจในทางตุลาการประกอบอยู่ด้วย การใช้ดุลยพินิจหมายถึง ความสามารถในอำนาจที่จะตัดสินออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาทางเลือกหลายๆอย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดให้ทำได้ ดุลยพินิจของผู้พิพากษาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ดุลยพินิจในข้อกฎหมายและดุลยพินิจในข้อเท็จจริง

ดุลยพินิจในข้อกฎหมาย กฎหมายบัญญัติให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลยพินิจในการกำหนดความเหมาะสมหรือตามที่เห็นสมควรได้ แต่การใช้ดุลยพินิจของศาลก็ย่อมอยู่ภายใต้

หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด การใช้ดุลพินิจที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในทางตุลาการ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้นเป็นการกระทำที่ขัดแย้งหรือเกินกว่ากฎหมายกำหนด การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นการบิดเบือนกฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดก็เป็นการบิดเบือนกฎหมายได้เช่นกัน

ดุลพินิจในข้อเท็จจริง เนื่องจากการปรับบทกฎหมายจะส่งผลให้คดีเป็นไปในทางใดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ศาลรับฟัง การใช้ดุลพินิจจึงมีความสำคัญ ไม่ใช่สามารถใช้ได้ อย่างอำเภอใจ แต่ผู้พิพากษาต้องมองพยานหลักฐานและชั่งน้ำหนักความสำคัญของพยานหลักฐานนั้น การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นจะพิจารณาว่าสิ่งนั้นมีความน่าเชื่อถือเพียงใด แต่อย่างไรก็ตามการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานมิได้เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่เป็นการพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน การให้ความน่าเชื่อถือต่อพยานหลักฐานผิดไปจากความเป็นจริงจึงไม่ใช่การบิดเบือนกฎหมาย แต่เป็นการบิดเบือนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อนึ่ง การนำพยานหลักฐานเข้าสู่ศาลเป็นหน้าที่ของคู่ความ ดังนั้นการตัดสินคดีที่เป็นไปตามกฎหมายแล้ว แต่พยานหลักฐานยังไม่มี ความน่าเชื่อถือเพียงพอหรือพยานหลักฐานไม่สมบูรณ์ เพราะเกิดจากการค้นหาพยานหลักฐานของคู่ความเอง แม้ศาลจะตัดสินค้ำกับความเห็นของคนส่วนใหญ่ การตัดสินของศาลเช่นนั้นมิใช่การบิดเบือนกฎหมาย ดุลพินิจในข้อเท็จจริงจึงไม่พิจารณาว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมาย

จากที่กล่าวมานี้ การบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาไม่อาจครอบคลุมถึงการใช้อำนาจบริหารจัดการคดี แต่ครอบคลุมได้เฉพาะอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต้องเป็นการพิจารณาเฉพาะข้อกฎหมาย หรือหากเป็นการใช้ดุลพินิจก็เป็นการใช้ดุลพินิจในข้อกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงการพิจารณาพยานหลักฐานหรือใช้ดุลพินิจในข้อเท็จจริง

ผู้พิพากษาสมทบเป็นบุคคลภายนอกที่ร่วมพิจารณาคดีเป็นองค์คณะกับผู้พิพากษาอาชีพ มิใช่ข้าราชการตุลาการแต่มีตำแหน่งเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรคดีในศาลชั้นอุทธรณ์ ซึ่งศาลชั้นอุทธรณ์จะมีวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างจากศาลทั่วไป ประเด็นปัญหาว่าผู้พิพากษาสมทบซึ่งมิใช่ข้าราชการตุลาการอยู่ภายใต้ความหมายของผู้กระทำในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายหรือไม่นั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 11 อนุมาตรา 1 ข้อ 3 ได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาสมทบรวมอยู่ในความหมายของผู้พิพากษาด้วย ดังนั้นผู้พิพากษาในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงมีความหมายครอบคลุมถึงผู้พิพากษาสมทบด้วย การนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยนั้น ผู้พิพากษาสมทบของไทยมีหน้าที่ไม่ต่างจากผู้พิพากษาอาชีพที่ร่วมองค์คณะกันซึ่งเหมือนกับผู้พิพากษาสมทบเยอรมัน แม้จะไม่ใช่ข้าราชการ

ตุลาการตามกฎหมาย แต่มีอำนาจหน้าที่ที่ขัดคดไม่ต่างจากข้าราชการตุลาการ ดังนั้น ผู้พิพากษาสมทบจึงอยู่ภายใต้ความหมายของผู้กระทำในความผิดฐานบิตเบือนกฎหมายนี้ด้วย

4.3.1.2 การกระทำ

การกระทำความผิดฐานบิตเบือนกฎหมาย เป็นการกระทำที่มีลักษณะเหมือนการกระทำความผิดอาญาทั่วไป ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ในมาตรา 188 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง” การพิจารณาคดีของผู้พิพากษาจึงต้องมีความผูกพันต่อกฎหมายตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ ในทางกลับกันการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายเป็นการขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมมีความรับผิด ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องมีความรับผิดในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การบิตเบือนกฎหมาย

ในกฎหมายเยอรมัน คำว่า “การบิตเบือนกฎหมาย” คือ การดำเนินการที่ตรงกันข้าม ขัด หรือแย้งกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือการดำเนินการที่ตรงกันข้าม ขัด หรือแย้งกับกฎหมายบัญญัติ (Rechtsnorm) หรืออ้างข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จหรือทำการลงมติหรือตัดสินอันเป็นเท็จสำหรับเป็นพื้นฐานในการตัดสิน หรือการปรับบทกฎหมายผิด (falsche Rechtsanwendung) หรือเป็นการใช้กฎหมายที่ไม่มีผลบังคับ (Anwendung ungültiger Gesetze) หรือทำการพิจารณาคัดสินคดีที่ทำให้เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือการละเมิดหลักการพื้นฐาน (Verletzung des Grundsatzes) หรือการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนด เป็นการใช้อำนาจโดยอำเภอใจหรือโดยพลการ การบิตเบือนมีความผิดเมื่อได้กระทำการขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้งเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามการบิตเบือนกฎหมายไม่รวมถึงการเบี่ยงเบนแนวบรรทัดฐานทางกฎหมาย การกระทำการบิตเบือนกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) การบิตเบือนกฎหมายสารบัญญัติ

การบัญญัติการกระทำความผิดฐานบิตเบือนกฎหมายในประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน การกระทำการบิตเบือนกฎหมายควรคำนึงถึงเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติเป็นหลัก การบิตเบือนกฎหมายสารบัญญัติ หากผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีขัดต่อเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติกฎหมาย หรือกระทำการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกินกว่ากฎหมายกำหนด หรือการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดการกระทำดังกล่าวก็เป็นการบิตเบือนกฎหมายได้ทั้งสิ้น ซึ่งการขัดต่อกฎหมายนั้นต้องเป็นการขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้งเท่านั้น หากบทบัญญัติใดยังมีความไม่ชัดเจนหรือเป็นการเปิดให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจได้ การพิจารณาคดีภายใต้ดุลพินิจนั้น การกระทำ

เช่นนั้นไม่ใช่บิดเบือนกฎหมายแต่ในกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจเกินกว่าอำนาจตามกฎหมาย หรือดุลพินิจที่ใช้ไม่มีความเหมาะสม การกระทำดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายได้เช่นกัน การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการบิดเบือนกฎหมาย

(2) การบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ

สำหรับการบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ เห็นสมควรให้มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเยอรมัน คือ การปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ การตัดสินใจโดยปราศจากพยานหลักฐาน การดำเนินการเกินกำหนดระยะเวลา เป็นต้น การกระทำเช่นนั้นเป็นได้ทั้งประโยชน์และความเสียหายต่อคู่ความแล้ว ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการบิดเบือนกฎหมายเช่นกัน

การตรวจสอบว่าการกระทำใดเป็นการบิดเบือนกฎหมายประเภทใดนั้นพิจารณาได้จากตัวกฎหมายที่ผู้กระทำผิดต้องการบิดเบือน เช่น ผู้พิพากษากระทำการบิดเบือนกฎหมายโดยในการพิจารณาคดีนั้นต้องวินิจฉัยข้อกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎหมายอาญา การกระทำการใดที่ไม่เป็นไปตามเนื้อความแห่งกฎหมายอาญาอันเป็นผลให้เกิดการชี้ถูกชี้ผิด ก็เป็นการบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ แต่หากผู้พิพากษาใช้อำนาจโดยกฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ หรือกระทำการไม่เป็นไปตามขั้นตอนการพิจารณาคดี ซึ่งไม่ได้เป็นการชี้ถูกผิดในเนื้อหาแห่งคดี แต่เป็นไปเพื่อความเป็นธรรมในกระบวนการดำเนินคดี การกระทำนั้นเป็นการบิดเบือนกฎหมายวิธีสบัญญัติ

การไม่ให้เหตุผลในคำพิพากษาสมควรถือว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมายหรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนวิเคราะห์ได้ว่าในการทำคำพิพากษาย่อมเป็นการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การปรับใช้กฎหมายทุกครั้งจึงต้องมีเหตุผลในการตัดสินชี้ถูกชี้ผิดแห่งคดี เพื่อให้ทราบถึงเหตุผลในการทำคำพิพากษานั้นขึ้น ในกฎหมายเยอรมันไม่ได้นำเหตุผลในการทำคำพิพากษามาพิจารณา เพราะเห็นว่าการที่ผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายอย่างชัดแจ้งก็เพียงพอแล้วที่จะเป็นความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้ สำหรับการปรับใช้ในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 ซึ่งบัญญัติให้มีเหตุผลประกอบคำพิพากษาว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีข้อสำคัญเหล่านี้เป็นอย่างน้อย (6) เหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” ดังนั้นการทำคำพิพากษาย่อมต้องให้เหตุผลแห่งคดี เพื่อให้เกิดการวิจารณ์และโต้แย้งได้ว่าคำพิพากษานั้นถูกต้องหรือเหมาะสมกับสถานการณ์ในสังคมไทยหรือไม่ และเป็นการตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาอีกทางหนึ่ง การไม่ได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาจึงเป็นการหลีกเลี่ยงการตรวจสอบการใช้กฎหมาย และเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายได้กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 ดังนั้น การไม่ได้ให้เหตุผลในการทำคำพิพากษาจึงถือว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมายเช่นเดียวกัน

ในกรณีเหตุผลที่ได้ให้ในคำพิพากษามีความแตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมายมีลักษณะไม่ต่างจากการบิดเบือนกฎหมายโดยตรง ดังนั้นการให้เหตุผลในคำพิพากษาที่แตกต่างจากเจตนารมณ์ของกฎหมายก็เป็นการบิดเบือนกฎหมายได้เช่นกัน เหตุผลแห่งคำพิพากษาจึงเป็นวัตถุประสงค์แห่งการบิดเบือนกฎหมายได้ในกรณีที่การให้เหตุผลมีความขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย อนึ่ง การให้เหตุผลที่อยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่เปิดให้ศาลสามารถตีความกฎหมายนั้นได้ เช่น ขอบเขตคำนิยาม หรือการตีความกฎหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ การให้เหตุผลนั้นมีใช้การบิดเบือนกฎหมาย

ในกรณีที่ผู้พิพากษาไม่ว่า ผู้พิพากษานั้นจะเป็นผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน หรือผู้พิพากษาร่วมองค์คณะ มิได้พิจารณาพยานหลักฐานในคดีว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใดหรือไม่ และกระทำการวินิจฉัยตัดสินคดีตามอำเภอใจของตน ซึ่งโดยหลักแล้วผู้พิพากษาย่อมมีหน้าที่ในการรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมดเพื่อตัดสินคดีอย่างเป็นธรรม ดังปรากฏในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ หมวด 2 จริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี ข้อ 2 “ผู้พิพากษาพึงตรวจสอบสำนวนความแลตระเตรียมการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้ให้พร้อม ออกนั่งพิจารณาตรงตามเวลา และไม่เลื่อนการพิจารณาโดยไม่จำเป็น”⁶⁷ และในคู่มือตุลาการในการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและต่อเนื่อง ในข้อ 2.3 ได้กำหนดให้ “ผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมายให้เป็นองค์คณะ ให้มีความรับผิดชอบร่วมกันในคดี ตั้งแต่การนั่งพิจารณา สืบพยานตลอดจนทำคำพิพากษา เพื่อความถูกต้องและมีประสิทธิภาพ”⁶⁸ การจงใจไม่รับฟังพยานหลักฐานและตัดสินคดีตามอำเภอใจตนเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามหน้าที่ของผู้พิพากษา ไม่เป็นไปตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด และเป็นการหลีกเลี่ยงการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรม ดังนั้นในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาจึงต้องรับฟังพยานหลักฐานประกอบการวินิจฉัยตัดสินคดีเสมอ การฝ่าฝืนไม่รับฟังพยานหลักฐานจึงเป็นการไม่กระทำตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนด และถือว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมายเช่นเดียวกัน

ในประเด็นการเกิดการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย ในประเทศเยอรมนี ยังมีข้อโต้แย้งว่า ควรใช้ทฤษฎีใดในการกำหนดการกระทำการบิดเบือนกฎหมายระหว่างทฤษฎีทั้ง 4 ประการ คือ ทฤษฎีภววิสัย ทฤษฎีอัตวิสัย ทฤษฎี Objektive "Schwere" Theorie และทฤษฎีละเมิด

⁶⁷ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ หมวด 2 จริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี ข้อ 2.

⁶⁸ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือสำหรับตุลาการในการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและต่อเนื่อง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เซเว่น พรินติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2549), น.18.

ทฤษฎีภววิสัย เห็นว่า เจตนาของการกระทำทุกขั้นตอนต่างเป็นอย่างเดียวกัน เหตุผลในการลงโทษการกระทำความผิดจึงไม่อยู่ที่เจตจำนงของผู้กระทำความผิด แต่อยู่ที่อันตรายของการเกิดผลตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งกระทำต่อ ในความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย การกระทำตามทฤษฎีภววิสัยเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้บิตเบียนกฎหมายและการบิตเบียนกฎหมายนั้นก่อให้เกิดผล ผลของการบิตเบียนกฎหมายคือ ประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดขึ้น การกระทำความผิดก็เป็นอันสำเร็จ ตามทฤษฎีนี้จึงรวมถึงการตัดสินคดีผิดพลาด พร้อมทั้งการไม่ได้ให้เหตุผลในการตัดสินคดีด้วย

ทฤษฎีอัตวิสัย เห็นว่า การกระทำผิดเกิดจากเจตจำนงของผู้กระทำ โดยมิได้คำนึงถึงผลของการกระทำความผิดว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ เพราะฉะนั้นการบิตเบียนกฎหมายตามทฤษฎีอัตวิสัยเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ ผู้พิพากษาทำการตัดสินอย่างไม่มีกฎเกณฑ์หรือตัดสินขัดกับกฎหมายอย่างชัดเจน โดยอาจถูกชักนำโดยความเชื่อหรืออุดมการณ์ส่วนตัวบางอย่างของตนเอง และไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความว่าเกิดขึ้นจริงหรือไม่ เพียงแต่ประสงค์ให้เกิดขึ้น ในขณะที่กระทำเท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่จะมีความรับผิดชอบ

ทฤษฎีละเมิด เห็นว่าการตัดสินเป็นหนึ่งในหน้าที่ของผู้กระทำซึ่งเป็นผู้พิพากษามีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีและใช้อำนาจในทางตุลาการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม การบิตเบียนกฎหมายจึงเป็นการละเมิดการปฏิบัติหน้าที่ทางราชการของตน ไม่ว่าจะการตัดสินในครั้งนี้เป็นธรรม เป็นกลาง การกระทำนั้นก็เป็นบิตเบียนกฎหมายย่อมต้องมีความรับผิดชอบ

ทฤษฎี Objektive "Schwere" Theorie เห็นว่า เจตนาภายในที่ถูกใช้เป็นพื้นฐานในการกระทำการกำหนดผลที่เกิดขึ้นของการกระทำความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย ได้มีการเรียกร้องให้กำหนดเพิ่มการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายที่เป็นรูปธรรม (objektive Recht) อย่างร้ายแรงเท่านั้น อันก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความให้อยู่ในองค์ประกอบภายใน โดยไม่รวมถึงความผิดพลาดหรือผิดพลาดเพียงเล็กน้อย

จากทฤษฎีทั้งสี่ประการหากนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากทฤษฎีภววิสัยที่จำเป็นต้องการผลของการกระทำความผิด ต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้บิตเบียนกฎหมายแล้วก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย ซึ่งประโยชน์หรือความเสียหายนั้น หากพิจารณาเช่นนั้นต้องรอให้ผลของการกระทำเกิด กล่าวคือต้องปรากฏประโยชน์หรือความรับผิดชอบของคู่ความจึงจะเป็นการกระทำความผิดสำเร็จได้ ผู้กระทำจึงมีความรับผิดชอบได้ หากเพียงแต่บิตเบียนกฎหมายแต่ไม่ปรากฏประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความผู้กระทำการบิตเบียนกฎหมายก็ไม่มีมีความรับผิดชอบแต่อย่างใด ทำให้การบิตเบียนกฎหมายตามทฤษฎีภว

วิสัยมีความหมายรวมไปถึง การตัดสินคดีผิดพลาด ซึ่งการตัดสินคดีผิดพลาดเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น โดยผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำความผิด ผู้กระทำดังกล่าวไม่สมควรมีความรับผิด การใช้ทฤษฎีภววิสัย จึงไม่มีความเหมาะสมต่อกฎหมายไทย

ในทางกลับกันหากพิจารณาถึงทฤษฎีอัตวิสัย จะเห็นว่าเพียง ผู้พิพากษากระทำการบิดเบือนกฎหมายก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว สำหรับประโยชน์หรือความเสียหาย ของคู่ความนั้นเป็นพฤติการณ์ประกอบเงื่อนไขในการกระทำผิด จึงไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงประโยชน์หรือ ความเสียหายของคู่ความว่าจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ทำให้ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนี้ไม่มีการ พยายามกระทำความผิด ซึ่งการกำหนดว่าพฤติการณ์ใดเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นการ พิสูจน์ยาก เนื่องจากมีความไม่แน่นอนชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นความผิดสำเร็จแล้วหรือการกระทำ ใดเป็นเพียงแค่การพยายามกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ตามทฤษฎีอัตวิสัยต้องพิสูจน์ ให้ได้ว่าผู้พิพากษาผู้กระทำการบิดเบือนกฎหมายได้กระทำไปเพราะความเชื่อหรืออุดมการณ์ส่วนตัวที่ อยู่ภายในจิตใจของตน การพิสูจน์ตามทฤษฎีนี้จึงเป็นการพิสูจน์ยาก จนถึงอาจไม่สามารถพิสูจน์ได้เลย เนื่องจากเป็นความคิดที่อยู่ภายในจิตใจ การใช้ทฤษฎีภววิสัยจึงไม่มีความเหมาะสมต่อกฎหมายไทย

สำหรับทฤษฎีละเมิด เห็นว่าการตัดสินเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา เมื่อ ผู้พิพากษาไม่ตัดสินตามกฎหมายอันเป็นหน้าที่ของตน จึงต้องมีความรับผิด แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ มิได้อ้างว่าการตัดสินของผู้พิพากษาเป็นอันตรายต่อผู้อื่นแต่อย่างใด เพียงแต่เป็นการไม่กระทำตาม หน้าที่ของตนเท่านั้น ซึ่งเหมาะสมที่จะเป็นเหตุผลของการลงโทษทางวินัยมากกว่าการกำหนดให้ ลงโทษทางอาญา

สุดท้ายทฤษฎี Objektive "Schwere" Theorie มีพื้นฐานของทฤษฎีภว วิสัย กล่าวคือ ต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้บิดเบือนกฎหมายแล้วก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหาย ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย ความผิดจึงจะสำเร็จได้ ทั้งนี้โดยเพิ่มเติมการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมาย ที่เป็นรูปธรรม (objektive Recht) อย่างร้ายแรงเท่านั้นอันก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่ คู่ความให้อยู่ในองค์ประกอบภายนอก โดยไม่รวมถึงความผิดพลาดหรือผิดหลงเพียงเล็กน้อย เนื่องจากเป็นความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิชานาคติ หากปล่อยให้มีการฟ้องร้อง กันเกิดขึ้นบ่อยจะเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมได้ และอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่การ ทำงานของผู้พิพากษา เพื่อป้องกันมิให้เกิดการฟ้องอย่างง่ายดายเกินไป จึงกำหนดไว้เฉพาะการบิดเบือน กฎหมายอย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐเยอรมันได้ยอมรับการใช้ทฤษฎีนี้

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรใช้ทฤษฎี Objektive "Schwere" Theorie กำหนดความสำเร็จของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย โดยกำหนดว่าผู้พิพากษากระทำการบิดเบือน

กฎหมายโดยประสงฆ์ให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความขณะกระทำความผิด การกระทำเช่นนั้นก็เป็นความผิดสำเร็จ

อนึ่ง ผู้เขียนจำต้องพิจารณาว่าการกระทำบิดเบือนกฎหมายเป็นการกระทำในลักษณะใด เพื่อพิจารณาถึงการฟ้องร้องคดีต่อศาล โดยแยกพิจารณาเป็น การกระทำทางบริหาร (Government Act) การกระทำทางปกครอง (Administrative Act) และการกระทำทางตุลาการ (Judicial Act)

การกระทำทางบริหาร (Government Act) เป็นการกระทำที่มีความหลากหลาย ซับซ้อน ในทางทฤษฎีจึงให้คำจำกัดความแบบปฏิเสธ กล่าวคือ การกระทำทางบริหารได้แก่การกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางตุลาการ โดยทั่วไปแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ การกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ในกรณีนี้ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจในการกระทำทางรัฐบาลเพราะผู้พิพากษาศาลามีใช้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวถึง แต่อย่างไรก็ตามผู้พิพากษามีอำนาจในการกระทำทางปกครองได้ เนื่องจากผู้พิพากษาเป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ผู้เขียนจึงขอกล่าวไว้เพื่อเปรียบเทียบกับ การกระทำทางตุลาการ⁶⁹

การกระทำทางปกครอง (Administrative Act) เป็นการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี งานของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำของรัฐบาลในการวางแผนนโยบายต่างๆ เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นการกระทำในลักษณะการอำนวยความสะดวก การกระทำของบรรดาองค์กรหน้าที่ของรัฐในฝ่ายปกครอง คือ ฝ่ายประจำ มีลักษณะเป็นการปฏิบัติการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย⁷⁰

การควบคุมการกระทำทางปกครอง หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับ

⁶⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการเรียนการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.208.

⁷⁰ เพ็ญอ่าง, น.209.

ความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง⁷¹ โดยการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ เป็นการควบคุมการกระทำทางปกครองที่ดีกว่าระบบอื่น⁷²

การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ คือ การควบคุมโดยศาลนั่นเอง เป็นกรณีที่เอกชนคนหนึ่งคนใดได้รับความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง เอกชนมีสิทธินำคดีมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่า การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น เดิมศาลที่ได้รับมอบหมายให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คือ ศาลยุติธรรม ต่อมาเพราะเห็นว่าการให้อำนาจศาลยุติธรรมซึ่งมิได้เป็นศาลเฉพาะมาใช้อำนาจในการพิจารณาการกระทำทางปกครอง และศาลยุติธรรมอาจไม่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องนั้น ทำให้ศาลยุติธรรมมีข้อบกพร่อง ดังนั้นภายหลังจึงมีการก่อตั้งศาลปกครองและการพิจารณาการกระทำทางปกครองก็ตกอยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครองเช่นกัน⁷³ การกระทำทางปกครองที่กระทำโดยตุลาการ เช่น คดีของ ศาสตราจารย์ ดร. อักษราทร จุฬารัตน ที่ได้มีคำสั่งโยกย้ายตุลาการศาลปกครองอย่างไม่เหมาะสม อันเป็นคำสั่งให้ตุลาการศาลปกครองผู้นั้นเป็นผู้ได้รับผลกระทบฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครอง แม้จะไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีความเหมาะสม เพียงก่อให้เกิดการถูกเพิกถอนการกระทำทางปกครองเท่านั้น แต่ไม่ใช่การวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีที่ก่อให้เกิดการชี้ถูกชี้ผิด จึงไม่ใช่การใช้อำนาจตุลาการ

สุดท้าย การกระทำทางปกครองใดที่เป็นกรกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่กรณีสามารถทำคำร้องเพื่อนำคดีมาสู่ศาลปกครองได้

การกระทำทางตุลาการ คือ การพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางกฎหมายซึ่งโดยหลักแล้วมีผลเฉพาะกรณีโดยผู้พิพากษาซึ่งเป็นคนกลาง และคำพิพากษานั้นมีลักษณะเด็ดขาด ข้อกฎหมายที่นำไปสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลใช้อำนาจตุลาการมิได้หลายลักษณะ เช่น ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนในการกระทำความผิดอาญา ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนในส่วนของที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง หรือข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ⁷⁴

⁷¹ ชาลูนชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.295.

⁷² เพ็งอ่าง, น.322.

⁷³ เพ็งอ่าง, น.324-327.

⁷⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 69, น.213.

องค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี คือ ศาล การกระทำทางตุลาการ แม้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำทางปกครอง แต่ก็มี ความแตกต่างกันหลายประการ ข้อแตกต่างที่สำคัญคือ การกระทำทางปกครองนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถเริ่มดำเนินการได้เอง ฝ่ายปกครองจึงมีลักษณะเชิงรุก (Active) ในขณะที่การกระทำทางตุลาการนั้น ผู้พิพากษาไม่อาจเริ่มการกระทำได้เอง แต่ต้องรอให้มีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้นก่อน ตนจึงมีอำนาจกระทำการได้ การกระทำทางตุลาการจึงมีลักษณะเชิงรับ (passive)⁷⁵

การบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา มิใช่การกระทำทางปกครอง เพราะมิได้เป็นคำสั่งให้กระทำแต่ฝ่ายเดียว และมีได้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของรัฐบาล การดำเนินการมิใช่เป็นไปตามนโยบายของรัฐที่วางไว้ แต่การบิดเบือนกฎหมายเกิดได้ในขณะที่มีการพิจารณาพิพากษารรณคดี ผู้พิจารณาพิพากษาคดีคือผู้พิพากษา มิใช่เจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจออกคำสั่ง การพิจารณาคดีจึงต้องเป็นไปโดยอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้อาณัติของผู้ใด ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล เพียงแต่ต้องผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นการกระทำ การบิดเบือนกฎหมายจึงไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง เพราะเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี หากเกิดการกระทำการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ผู้ได้รับความเสียหายไม่อาจนำคดีมาร้องต่อศาลปกครองได้

หากพิจารณาในการกระทำทางตุลาการ การกระทำทางตุลาการย่อม ได้รับความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี หากมิใช่การกระทำโดยทุจริต หรือหากการวินิจฉัย คดีมิได้เป็นไปเพื่อการรับสินบน อันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 201 หรือ 202 การวินิจฉัยคดีนั้นก็อาจไม่อาจมีความรับผิดจากการกระทำทางตุลาการได้ และเนื่องด้วยในปัจจุบันยังไม่ปรากฏความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายแต่อย่างใด ผู้เสียหายจึงไม่อาจฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมใน การที่ผู้พิพากษากระทำการบิดเบือนกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงควร ได้รับการกำหนดไว้ในกฎหมายไทย

4.3.1.3 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย มีวัตถุประสงค์แห่งการกระทำคือ กฎหมาย ตามนิติวิธีของระบบกฎหมายไทยได้กำหนดบ่อเกิดของกฎหมายไทยไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบท บัญญัติใด ๆ แห่ง กฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมาย ของบทบัญญัตินั้น ๆ

⁷⁵ เฟิงอ้วง, น.213-214.

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม จารีต ประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัย คดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมาย เช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

จากบทบัญญัติมาตรา 4 อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดบ่อเกิดของกฎหมาย และนิติวิธีของระบบกฎหมายไทยนั้น ได้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป เป็นบ่อเกิดของกฎหมายของไทยที่ผู้พิพากษาจะนำไปพิจารณาพิพากษาคดี

แต่ทั้งนี้เนื่องจากบ่อเกิดแห่งกฎหมายมีความแตกต่างกัน ซึ่งสามารถแยก พิจารณาจากบ่อเกิดของกฎหมายได้ดังนี้

(1) กฎหมายลายลักษณ์อักษร

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 188 บัญญัติ ว่า ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายที่เป็น วัตถุประสงค์แห่งการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาคือ กฎหมาย และกฎหมายที่บ่อเกิดของกฎหมาย ไทย คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร

กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ บ่อเกิดของกฎหมายตามระบบกฎหมาย ซีวิลลอว์ กฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดจากการประชุมสภาและความเห็นชอบของรัฐสภา อันเป็น กฎหมายที่เกิดจากความเห็นชอบของตัวแทนของประชาชน เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วจึงได้บัญญัติ ไว้ในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งเป็นที่รวบรวมบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งปวง กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึง มีความชัดเจนกว่ากฎหมายอื่นๆ และเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายตีความบทบัญญัติให้เกิดความ เหมาะสมแก่สถานการณ์บ้านเมืองในช่วงเวลานั้น เนื่องจากในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษา ต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ตัดสินชี้ถูกชี้ผิดแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึง อยู่ภายใต้ความหมายของวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าผู้พิพากษาได้กระทำการบิดเบือนกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาถึงขอบเขตถ้อยคำของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ หมายรวมรวมถึงได้ ซึ่งบางถ้อยคำอาจมีความหมายที่ไม่แน่นอน ก่อนที่จะนำกฎหมายมาใช้ ผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องค้นหาความหมายที่แท้จริงของกฎหมายอันมีความจำเป็นอย่างขาดไม่ได้ เรียกกันว่า การตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมาย แบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ การตีความตาม ตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคแรก

ซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ”

การตีความตามตัวอักษร มีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ ในกรณีที่บทกฎหมายธรรมดาใช้ภาษาธรรมดา ก็ต้องใช้ความหมายที่มีอยู่ตามธรรมดาของถ้อยคำนั้น ในกรณีที่บทกฎหมายใช้ภาษาเทคนิคหรือภาษาทางวิชาการ ก็ต้องเข้าใจความหมายทางเทคนิคหรือทางวิชาการของถ้อยคำนั้นๆ และในกรณีที่บทกฎหมายมีความหมายพิเศษ กฎหมายก็ได้กำหนดบทนิยาม (Definition) ไว้เพื่อให้เกิดความหมายที่ชัดเจนในการนำไปใช้ เช่น คำว่า “กระทำ” เป็นการเคลื่อนไหวร่างกายตามความหมายธรรมดา แต่ตามกฎหมายอาญาต้องการให้มีความหมายเฉพาะอันแตกต่างจากความหมายตามภาษาธรรมดา จึงได้บัญญัติบทนิยามไว้ในมาตรา 59 วรรคห้า ว่า “การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการจักที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย”⁷⁶

อย่างไรก็ตาม การตีความข้างต้นก็เป็นเพียงการตีความกฎหมายตามตัวอักษรของบทบัญญัติ แต่การพิจารณากฎหมายลายลักษณ์อักษรยังมีการตีความอีกประเภทหนึ่งคือ การตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น⁷⁷

เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง กฎหมายแต่ละประเภทจึงมีความมุ่งหมายแตกต่างกัน เช่น การกระทำประมาทตามกฎหมายอาญาพิจารณาจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในลักษณะนั้นได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอหรือไม่ เพราะกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายในการกำหนดความผิดและโทษ แต่การกระทำประมาทตามกฎหมายแพ่งพิจารณาจากความระมัดระวังของวิญญูชนว่าในขณะนั้นควรใช้ความระมัดระวังในระดับใด เพราะกฎหมายแพ่งมีความมุ่งหมายในการชดเชยค่าเสียหายเป็นสำคัญ⁷⁸

เจตนารมณ์ของกฎหมาย มี 2 ทฤษฎี กล่าวคือ ทฤษฎีอำเอจิต (Subjective Theory) และทฤษฎีอำเอการณ (Objective Theory)

⁷⁶ หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.124.

⁷⁷ เฟ็งอ้าง, น.125.

⁷⁸ เฟ็งอ้าง.

ทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) คือ การค้นหาเจตนารมณ์จากเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายในทางประวัติศาสตร์ เพราะผู้บัญญัติกฎหมายเป็นผู้ค้นพบปัญหาและริเริ่มการแก้ไขปัญหานั้นด้วยกฎหมาย เช่น ร่างกฎหมาย รายงานการประชุมพิจารณาร่างกฎหมาย⁷⁹

ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) คือ การค้นหาได้จากเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง แต่ไม่จำเป็นต้องอิงผู้บัญญัติกฎหมายในทางประวัติศาสตร์ โดยการค้นหาว่ากฎหมายนั้นในขณะนี้ควรมีความมุ่งหมายอย่างไร นำบทกฎหมายนั้นมาใช้ให้เหมาะสมกับความก้าวหน้าในทางพาณิชย์ ในทางวิชาการ และการพัฒนาของโลก เพียงเท่าที่ถ้อยคำของกฎหมายเปิดช่องให้ทำได้ การตีความเช่นนี้ย่อมทำให้กฎหมายทันสมัยและพัฒนาอยู่เสมอ⁸⁰

เนื่องจากทฤษฎีอำเภोजิตและทฤษฎีอำเภอการณ์มีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันออกไป โดยทฤษฎีอำเภोजิตมีข้อดีในการส่งเสริมเสถียรภาพทางกฎหมาย ไม่เปลี่ยนแปลงโดยง่าย แต่ก็มีข้อเสียคือทำให้กฎหมายตายตัวมีแต่ความกระด้าง ไม่สามารถปรับใช้กับสังคมที่พัฒนาต่อไปได้ สำหรับทฤษฎีอำเภอการณ์มีข้อดีในการพัฒนากฎหมายให้เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงไปของสังคม แต่มีข้อเสียคือ ละเลยไม่คำนึงว่าการเจริญเติบโตนั้นมากจากประวัติศาสตร์ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการตีความกฎหมาย จึงควรใช้ทั้งสองทฤษฎีประกอบกัน

วิธีที่จะทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยการนำทั้งสองทฤษฎีมาประกอบกัน พิจารณาได้จาก⁸¹

1) พระราชปรารภ ได้มีการแสดงความมุ่งหมายของกฎหมายไว้ สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความตามเจตนารมณ์ได้

2) บันทึกหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติ ในกรณีคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เสนอร่างกฎหมายต่อสภาผู้แทนราษฎร บันทึกหลักการและเหตุผลย่อมแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะได้กล่าวถึงเหตุผลในการจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้น

3) ฐานะที่เป็นอยู่ก่อนวันใช้บังคับกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายใหม่เกิดขึ้นเพื่อแก้ไขข้อขาดตกบกพร่องและส่งเสริมให้มีสิ่งที่ยังไม่มี หากทราบเหตุที่ทำให้มีการแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายใหม่ ผู้ตีความก็สามารถทราบเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้

⁷⁹ เฟิงอ๋าง.

⁸⁰ เฟิงอ๋าง.

⁸¹ เฟิงอ๋าง, น.126-127.

4) การอ่านกฎหมายหลายฉบับในเรื่องเดียวกัน หรืออ่านบทมาตรา หลากๆบทมาตราในกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อเทียบเคียง เพราะกฎหมายในแต่ละฉบับนั้นมี เจตนารมณ์ที่ใกล้เคียงกัน

5) ต้องถือว่ากฎหมายมีความมุ่งหมายในทางที่จะบังคับได้ ในกรณีที่มี กฎหมายสามารถตีความได้ทั้งมีผลบังคับใช้ได้ กับไม่อาจบังคับใช้ได้ เมื่อกฎหมายนั้นบัญญัติขึ้น มาแล้วย่อมต้องตีความเพื่อให้มีผลบังคับใช้ มิเช่นนั้นก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้

6) กฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นหรือตัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่อาจ ตีความเพื่อขยายความออกไปได้ เพราะผู้ร่างกฎหมายได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้วว่าจะยกเว้นหรือ จำกัดสิทธิเฉพาะที่ต้องการบัญญัติไว้เท่านั้น

การตีความกฎหมายจึงต้องใช้ทั้งสองทฤษฎีประกอบกัน แต่หากปรากฏ กรณีการตีความกฎหมายตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์มีความขัดแย้งกัน ต้องถือว่าการ ตีความตามเจตนารมณ์สำคัญกว่าการตีความตามตัวอักษร เพราะเป็นการตีความที่เป็นไปตามความมุ่ง หมายของกฎหมาย เช่น กฎหมายจะบังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ซึ่งที่บัญญัติกฎหมายยังไม่เป็น ที่รู้จักหรือมีใครทราบถึงเหตุการณ์นั้นๆ ในกรณีประเทศไทยยังไม่มีไฟฟ้าใช้ ย่อมตีความนำกฎหมาย ไปใช้กับเรื่องไฟฟ้าได้ โดยคำนึงว่าไฟฟ้าเป็นทรัพย์หรือไม่ ถ้าเป็นทรัพย์แล้ว การใช้กระแสไฟฟ้าจะ เป็นการลักทรัพย์ตามกฎหมายอาญาหรือไม่ ในกฎหมายลักษณะอาญา การลักกระแสไฟฟ้าเป็น ความผิดลักทรัพย์ เพราะกฎหมายลักษณะอาญาได้นิยามความหมายคำว่าทรัพย์ไว้เอง และมีความหมายกว้างรวมถึงไฟฟ้าด้วยตามการตีความของทฤษฎีอำเภอกาณณ์ แต่ในปัจจุบันประมวล กฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มิได้นิยามคำว่า “ทรัพย์” ไว้แต่อย่างใด การพิจารณาความหมายของ “ทรัพย์” จึงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดว่า หมายถึงสิ่งซึ่งมีรูปร่าง แต่กระแสไฟฟ้าไม่ใช่สิ่งซึ่งมีรูปร่าง ฉะนั้นการลักกระแสไฟฟ้าจึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ตาม ประมวลกฎหมายอาญา⁸²

ในกรณีกฎหมายอาญานั้นมีการตีความแตกต่างจากกฎหมายอื่น เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกี่ยวกับเรื่องความผิดและ โทษซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก เพื่อให้ประชาชนผู้ถูกจำกัดสิทธิทราบว่าการกระทำใดบ้าง เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาจึงต้องบัญญัติอย่างชัดเจน และมีการตีความอย่าง เคร่งครัดตามบทบัญญัตินั้น ไม่อาจตีความเพื่อขยายความหมายของบทบัญญัติและไม่อาจตีความเพื่อ การลงโทษหรือเพิ่มโทษให้ผู้กระทำหนักขึ้นไม่ได้ และในกรณีเป็นที่สงสัยในถ้อยคำของตัวบทว่าจะ

⁸² เฟิงอ้วง, น.128.

หมายความว่าอย่างไร การตีความบทบัญญัตินั้นต้องเป็นไปในทางที่เป็นผลดีแก่ตัวจำเลย⁸³ เพื่อพิทักษ์ความแน่นอนในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

การพิจารณาว่าการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นใดเป็นการปิดเบือนกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่า ความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำตามกฎหมายเป็นเช่นใดโดยการตีความกฎหมาย ทั้งการตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ หากการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่ภายใต้ความหมายของการตีความบทบัญญัติกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมิใช่การปิดเบือนกฎหมาย แต่ในทางกลับกันหากเป็นการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกินกว่าความหมายของบทบัญญัติที่สามารถตีความได้ การพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนั้นเป็นการกระทำการปิดเบือนกฎหมาย

อย่างไรก็ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศรัฐภาคีได้เข้าร่วมข้อตกลงนั้น ทำให้กฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศ ประเด็นปัญหาจะเกิดขึ้นว่าเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นกฎหมายภายในเป็นกฎหมายไร้ความเป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นกฎหมายสากล ผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เลือกที่จะละเลยกฎหมายภายใน ผู้พิพากษานั้นมีความผิดฐานปิดเบือนกฎหมายหรือไม่ ในกรณีนี้ตามแนวความคิดของกฎหมายเยอรมัน กุสตาฟ ราดบลูค นักปรัชญาชาวเยอรมันได้ให้ความเห็นว่า แม้ผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามกฎหมายภายใน อันเป็นการปิดเบือนกฎหมาย แต่หากกฎหมายภายในนั้นเป็นกฎหมายที่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายสากล กฎหมายภายในจึงไม่อาจให้ความเป็นธรรมแก่สังคมได้ ทั้งที่เจตนารมณ์ของกฎหมายคือการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ประกอบกับรัฐมีหน้าที่ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงตามหลักกฎหมายสากล ประเทศสมาชิกจะต้องเอาผิดและลงโทษการละเมิดคุณค่าพื้นฐานและสิทธิมนุษยชนที่ได้กำหนดไว้ ราดบลูคจึงมองว่ากฎหมายภายในดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ผู้ที่ไม่กระทำตามจึงไม่สมควรต้องรับผิด ดังนั้นผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามหลักกฎหมายสากลหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างทั่วไปแล้วนั้น ไม่เป็นผู้กระทำการปิดเบือนกฎหมาย แม้ผู้นั้นจะปิดเบือนกฎหมายภายในก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตามมีข้อโต้แย้งว่า กฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่ได้มีความชัดเจนและเป็นการบังคับใช้กันทั่วไปภายในรัฐ เมื่อต้องการทราบว่ากระทำการใดเป็นความผิดหรือไม่ ก็จำเป็นต้องพิจารณากฎหมายภายใน และเนื่องด้วยกฎหมายภายในมีความชัดเจนมากกว่า

⁸³ เฟิงอ้วง, น.128-129.

กฎหมายระหว่างประเทศ มีการบังคับใช้ที่แน่นอนกว่า และหากไม่กระทำตามก็มีบทบัญญัติกำหนดลงโทษอย่างชัดเจน จึงมีผู้เห็นว่า การที่ผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามกฎหมายภายในนั้น ย่อมเป็นการบิดเบือนกฎหมายโดยตรง แม้จะเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่างสากลก็ตาม ผู้พิพากษาดังกล่าวก็ต้องมีความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมาย

ในประเด็นปัญหานี้สำหรับผู้เขียนแล้วเห็นว่า กฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หากเกิดกรณีพิพาทก็สามารถใช้กฎหมายยุติเรื่องดังกล่าวได้อย่างเป็นธรรม เรื่องความเป็นธรรมและความเท่าเทียมกันเป็นเรื่องสากลทั่วโลกอันเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ หรือเรียกอีกอย่างว่า สิทธิมนุษยชน กฎหมายจึงมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ การละเมิดสิทธิของมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายทำลายหรือไม่ปกป้องสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ไม่ใช่กฎหมาย ผู้ไม่กระทำตามกฎหมายภายในอันไร้ความเป็นธรรมจึงไม่ควรมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับแนวคิดของ กุสตาฟ ราตบลูค ผู้พิพากษากระทำตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ไม่กระทำตามกฎหมายภายในที่ไม่เป็นธรรมนั้น ผู้พิพากษานั้นจึงไม่ควรมีความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมาย

อีกประเด็นปัญหาหนึ่ง คือ ในสถานการณ์เดียวกัน กฎหมายภายในเป็นกฎหมายไร้ความเป็นธรรม ผู้พิพากษาดัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายภายในซึ่งตนรู้ดีอยู่แล้วว่าไม่เป็นธรรมนั้น อันเป็นการขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับอย่าง เป็นสากล ผู้พิพากษาดังกล่าวควรมีความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมายหรือไม่ ในประเด็นปัญหานี้ปรากฏแนวคิดของ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECtHR) ว่าศาลไม่ได้กำหนดให้มีการลงโทษผู้พิพากษาที่ทำตามกฎหมายซึ่งขณะนั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นอาชญากรรมตามหลักกฎหมายสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ เพราะมีความเห็นว่าการใช้กฎหมายและการตีความบทบัญญัติกฎหมายที่ บังคับใช้ภายใต้ระบอบการปกครองในเวลานั้นได้โดยใช้หลักนิติรัฐ เนื่องจากหลักนิติรัฐเป็นหลักที่ให้อำนาจแก่รัฐในการกระทำต่างๆ เมื่อรัฐออกกฎหมายบังคับใช้แม้จะไม่เป็นธรรมก็ตามและผู้พิพากษาได้ตัดสินพิพากษาไปตามกฎหมายนั้น ผู้พิพากษานั้นไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อผู้พิพากษารับดีอยู่แล้วว่ากฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม อันขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศและหลักการสากล กฎหมายนั้นจึงไม่มีสถานะเป็นกฎหมายและผู้พิพากษาไม่มีอำนาจในการตัดสินคดีนั้น ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่โดยทั่วไปในการพิจารณาคดีให้เกิดข้อยุติอย่างเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย เมื่อพิจารณาในทางกลับกันผู้พิพากษาย่อมต้องหลีกเลี่ยงการพิจารณาคดีที่ไม่เป็นธรรม หากผู้พิพากษาพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมนั้น ผู้พิพากษาอาจมีความรับผิดชอบเช่นกัน แต่จะเป็นความรับผิดชอบในลักษณะใดนั้นต้องมีการพิจารณากันต่อไป

สำหรับประเด็นปัญหา ผู้พิพากษาที่เข้าร่วมร่างกฎหมายอันไม่เป็นธรรม และออกกฎหมายที่ตนมีส่วนร่วมในการร่างไว้บังคับใช้ ตามแนวคิดของกฎหมายเยอรมันการกระทำดังกล่าวของผู้พิพากษาเป็นการบริหารกฎหมายของประเทศชาติตัวเอง ซึ่งประสงค์ให้กฎหมายของตนเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ก่อให้เกิดนโยบายการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายสากล เมื่อพิจารณาแล้วจึงไม่ต่างจากการบิดเบือนกฎหมายโดยการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะเป็นการบิดเบือนกฎหมายปราศจากความเป็นธรรม ก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ดังนั้นผู้พิพากษาที่กระทำดังกล่าวควรมีความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมายเช่นกัน

ปัจจุบันกรณีที่กฎหมายบ้านเมืองกับกฎหมายธรรมชาติขัดหรือแย้งกัน นั้นเกิดได้ยาก เพราะกฎเกณฑ์ตามกฎหมายธรรมชาติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพต่างๆของประชาชน ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายบ้านเมือง (positive Recht) ค่อนข้างจะครบถ้วนครอบคลุมแล้ว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายเยอรมัน หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวถูกรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) และมีค่าบังคับโดยตรง กล่าวคือ ประชาชนสามารถอ้างถึงบทบัญญัตินี้ในกฎหมายพื้นฐานได้โดยตรง ฉะนั้น ในปัจจุบันโดยหลักแล้ว กฎหมายที่จะเป็นวัตถุแห่งการบิดเบือนนั้น ย่อมหมายถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง การกล่าวอ้างกฎหมายธรรมชาติควรเป็นเพียงข้อยกเว้นและจำกัดเฉพาะกรณีที่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ขัดต่อหลักการแห่งเหตุผลอย่างชัดแจ้งเท่านั้น เพราะหากมองในมุมกลับกัน การอ้างกฎหมายธรรมชาติเป็นก็ช่องทางให้ผู้พิพากษาใส่อุดมการณ์บางอย่างของตนซึ่งไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ลงไปในการวินิจฉัยได้เช่นกัน ทำให้ผู้พิพากษาสามารถกำหนดอุดมการณ์ทางกฎหมายในรัฐได้

สำหรับประเทศไทยที่ปัจจุบันยังไม่มีกรณีปรากฏกันในเรื่องนี้ และมีทิศทางที่จะยึดถือตามกฎหมายที่บังคับใช้กันในบ้านเมืองเป็นหลัก พิจารณาได้จากการยอมรับคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นกฎหมาย ประกอบกับในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักกฎหมายสากลและหลักกฎหมายธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งมีผลบังคับตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในบทเฉพาะกาล มาตรา 279 ให้อำนาจหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) สั่งการหรือกระทำการใดๆ ทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการและให้ถือว่าคำสั่งหรือการ กระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ซึ่งขัดต่อหลักนิติรัฐในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักสากลของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ส่งผลให้อำนาจตามมาตราดังกล่าว สามารถจำกัด งดเว้นหรือยกเลิก ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามที่รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้

เองได้รับรองและคุ้มครองไว้ หากถือตามแนวคิดของ กุสตาฟ ราดบรูค (Gustav Radbruch) ว่า กฎหมายที่ไม่มีความเป็นธรรมและขัดต่อหลักสากลหรือกฎหมายธรรมชาติ มิอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมาย มาตรา 44 ซึ่งไม่มีความเป็นธรรมและขัดต่อหลักสากลและกฎหมายธรรมชาติ จึงถือได้ว่าไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องบังคับตามมาตรา 44 ก็ได้ แต่หากผู้พิพากษาได้บังคับตามมาตรา 44 ก็ไม่ถือว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมาย เพราะกฎหมายลายลักษณ์อักษรในขณะนั้นให้อำนาจแก่ตุลาการในการกระทำตามกฎหมายที่ไม่ชอบได้อันเป็นไปตามหลักนิติรัฐ

(2) กฎหมายประเพณี

กฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณี มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร มักจะมีลักษณะการก่อตัวกันเกิดขึ้นจากการประพฤติปฏิบัติกันมาอย่างสม่ำเสมอและนมนาน และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม หากผู้ใดฝ่าฝืนไม่กระทำตามย่อมรู้สึกรู้ว่าเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 4 ได้บัญญัติเกี่ยวกับ “จารีตประเพณี” ไว้ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” หมายความว่า ให้ใช้บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ให้นำจารีตประเพณีมาใช้ ด้วยเหตุนี้จึงเรียกได้ว่า จารีตประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายไทย⁸⁴

แต่อย่างไรก็ตามแม้จารีตประเพณีจะมีลักษณะการก่อตัวกันเกิดขึ้นจากการประพฤติปฏิบัติกันมาอย่างสม่ำเสมอและนมนาน และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม การพิจารณาว่าจารีตประเพณีใดมีลักษณะเป็นกฎหมายย่อมมีความไม่แน่นอนในการพิจารณา เพราะต้องสำคัญถึงพฤติการณ์และพื้นที่ท้องถิ่นที่ปรากฏประเพณีนั้น การพิจารณาว่าระยะนมนานนั้นต้องเป็นระยะเวลาานเท่าใด และสิ่งที่ได้รับการยอมรับว่าต้องปฏิบัติตามนั้นมีผลในสำนึกของบุคคลทุกคนในสังคมหรือไม่ ยิ่งกว่านั้นแม้จารีตประเพณีนั้นจะได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายแล้วก็ยังไม่มีความชัดเจนในเนื้อหาของจารีตประเพณี รวมถึงการมีผลบังคับใช้ว่าจะมีผลกับผู้ใดหรือพื้นที่ใดบ้าง แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้มีการกำหนดจารีตประเพณีไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกือบทั้งหมดแล้ว ทำให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในทางเนื้อหาและการบังคับใช้มากขึ้น กฎหมายดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี สำหรับจารีตประเพณีที่ยังไม่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนจึงต้องมีการพิจารณาเป็นเฉพาะเรื่อง

⁸⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.92.

แม้จารีตประเพณีบางอย่างมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่กระนั้นก็มีผลบังคับในทางกฎหมาย เช่น การแข่งขันชกมวยตามกติกา หรือการผ่าตัดคนไข้ของแพทย์ สิ่งเหล่านี้เป็นไปตามองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ไม่มีความผิดเพราะจารีตประเพณีเป็นที่ยอมรับกันว่าทำได้โดยชอบ จารีตประเพณีที่มีผลบังคับตามกฎหมายย่อมเป็นกฎหมายประเพณี⁸⁵ การบังคับใช้จารีตประเพณีแบ่งออกเป็น 2 แนวคิด คือ แนวคิดของสำนักประวัติศาสตร์เห็นว่าจารีตประเพณีมีผลบังคับในตัวมันเอง เพราะคุณสมบัติหรือเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้นมาก่อนที่สังคมจะรวมตัวเป็นบ้านเมือง ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารับรองก็มีผลบังคับใช้ได้ อีกแนวคิดหนึ่งคือ แนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่ากฎหมายประเพณีมีลักษณะบังคับเกิดขึ้นเพราะรัฐธำธิปไตยรับรองไว้ ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 กล่าวคือ หากต้องการให้จารีตประเพณีมีผลบังคับใช้ก็ต้องบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁸⁶

อนึ่ง ในประวัติศาสตร์บางประเทศที่กีดกันจารีตประเพณีไม่ให้มีผลตามกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายออสเตรีย ซึ่งบัญญัติว่า จารีตประเพณีจะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบ้านเมืองอนุญาตให้ใช้เท่านั้น แต่ที่บัญญัติเช่นนี้เนื่องจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศสเกิดขึ้นหลังการปฏิวัติใหญ่ ประเทศฝรั่งเศสจึงต้องการล้มล้างประเพณีเก่า สำหรับประเทศออสเตรียก่อนสงครามโลกประกอบด้วยหลายๆชนชาติ เพื่อการรวมรวมชาติให้เป็นหนึ่งเดียวจึงออกกฎหมายดังกล่าวจำกัดประเพณีของชนชาติดั้งเดิม ให้กลายเป็นประเทศชาติเดียวอย่างมั่นคงได้⁸⁷

ในประเด็นปัญหาว่า กฎหมายประเพณีของไทยเป็นวัตถุประสงค์แห่งการบิดเบือนกฎหมายได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนวิเคราะห์ว่า เนื่องจากกฎหมายประเพณีมีทั้งการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น มาตรา 368 และมาตรา 1354 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงกฎหมายว่าด้วยการหมั้น หรือกฎหมายลักษณะครอบครัวในสิ่งจังหวัดภาคใต้ที่ได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลาม ในกรณีนี้หากพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติกำหนดไว้ให้คำนึงถึงจารีตประเพณี หากผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่คำนึงถึงจารีตประเพณีดังกล่าวผู้พิพากษาก็มีความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมายได้เช่นกัน โดยถือว่าบิดเบือนทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติรับรองไว้ และบิดเบือนกฎหมายประเพณีซึ่งเป็นเนื้อหาแห่งบทบัญญัตินั้นด้วย

⁸⁵ เฝิงอ๋าง, น.92-93.

⁸⁶ เฝิงอ๋าง, น.94.

⁸⁷ เฝิงอ๋าง, น.94.

ในทางกลับกันหากกฎหมายประเพณีมิได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร บัญญัติรับรองไว้ เช่น การแข่งขันชกมวยตามกติกา หรือการผ่าตัดคนไข้ของแพทย์ กฎหมายประเพณี จะมีลักษณะที่มีทั้งปรากฏอย่างชัดเจนและไม่ชัดเจน และนำไปใช้ได้เฉพาะเรื่องในความหมายอย่าง แคบเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า หากกฎหมายจารีตประเพณีมีความชัดเจนในเฉพาะเรื่อง นั้นตามความหมายอย่างแคบ แม้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็มีความชัดเจนไม่ต่างจาก กฎหมายลายลักษณ์อักษร หากผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายประเพณีนั้นผู้พิพากษาก็มีความรับผิดชอบ บิดเบือนกฎหมายได้เช่นกัน หากพิจารณาแต่เพียงความชัดเจนของบทบัญญัติเท่านั้นมิฉะนั้นแล้ว สิทธิของประชาชนบางประการที่สมควรปกป้องอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและก่อให้เกิด ความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม ตัวอย่างเช่น กฎหมายบัญญัติให้การทำร้ายร่างกายเป็นความผิด การผ่าตัดของแพทย์เป็นการทำร้ายร่างกายตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายประเพณียอมรับ ให้แพทย์ทำการผ่าตัดได้โดยไม่มีผิด หากผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายประเพณีโดยให้การผ่าตัด ของแพทย์เป็นความผิดและมีคำพิพากษาลงโทษแพทย์ผู้ผ่าตัด จะส่งผลกระทบต่อประชาชนทั่วไปคือ แพทย์จะไม่ทำการผ่าตัดให้คนไข้อีกต่อไป ดังนั้นกฎหมายประเพณีที่มีความชัดเจนและเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไปเป็นวัตถุประสงค์แห่งการบิดเบือนกฎหมายได้

สำหรับกฎหมายประเพณีที่ไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือไม่มีความ ชัดเจนเพียงพอ หรือไม่มีผลบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักร กฎหมายประเพณีนั้นก็ไม่ใช่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการ บิดเบือนกฎหมาย แต่หากมีผลบังคับใช้ในเฉพาะบางพื้นที่ ต้องปรากฏว่ากฎหมายประเพณีนั้นมีความ ชัดเจน กฎหมายประเพณีนั้นก็เป็นวัตถุประสงค์แห่งการบิดเบือนกฎหมายได้เฉพาะพื้นที่ที่ถูกจำกัดไว้เท่านั้น

(3) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป คือ กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ปรากฏใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” โดยที่มาของหลักกฎหมายเกิดขึ้นได้อย่างไรนั้นมีความเห็น แตกต่างกัน แบ่งออกเป็น 2 ความเห็น ความเห็นแรก เห็นว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไป ไม่จำกัด ว่าอยู่ที่ใด ขอให้เป็นหลักกฎหมายที่เอามาตัดสินได้ก็แล้วกัน ความเห็นนี้ไม่มีขอบเขตทำให้หลักเกณฑ์ ที่นำมาปรับกับคดีเป็นสิ่งที่ไม่มีความแน่นอน ชัดต่อวิสัยของวิชานิติศาสตร์ที่พยายามทำให้กฎหมายมี ความแน่นอนเพื่อเป็นเครื่องชี้วัดว่าอะไรถูกหรือผิด และความเห็นนี้เปิดโอกาสให้นำบทบัญญัติแห่ง ระบบกฎหมายอื่นมาปรับใช้ได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสนในระบบกฎหมายนั้น ความคิดเห็นที่สอง มีความเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายประเทศนั้นโดย ค้นหาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง แต่อย่างไรก็ตามแม้หลักกฎหมายจะซ่อน

อยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ก็เป็นการเปิดให้มีการตีความและโต้แย้งตามบทบัญญัติแห่งระบบกฎหมายนั้นๆได้ หลักกฎหมายทั่วไปตามความคิดเห็นที่สองจึงไม่มีความชัดเจนแน่นอนเช่นกัน⁸⁸

เมื่อได้พิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปแล้วจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปไม่มีความชัดเจนไม่ว่าทั้งตามความคิดเห็นแรก หรือตามความคิดเห็นที่สองก็ตาม ตัวอย่างเช่น หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา “pacta sunt servanda” เป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากศีลธรรมว่าเมื่อพูดให้สัญญาแล้วต้องรักษาคำพูด ซึ่งหลักการนี้ข้อเท็จจริงในอนาคตย่อมเปลี่ยนแปลงได้เสมอตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป จึงเกิดหลักปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญาเพราะเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป “clausula rebus sic stantibus”⁸⁹ เมื่อการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปไม่มีความแน่นอนชัดเจน ประกอบกับยังเปิดโอกาสให้ผู้ตัดสินปรับใช้หรือตีความหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้าง การตัดสินเพียงใช้หลักการดังกล่าวจึงเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้กระทำบิดเบือนหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่ หลักกฎหมายทั่วไปจึงไม่อาจเป็นวัตถุประสงค์แห่งการบิดเบือนกฎหมายได้

(4) คำพิพากษา

คำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ เช่น ระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา ระบบนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นระบบกฎหมาย Anglo-American Law แต่สำหรับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เป็นต้น คำพิพากษาของศาลไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย แต่เป็นเพียงการใช้กฎหมายที่มีอยู่มาปรับกับคดีและเป็นแต่เพียงตัวอย่างในการนำกฎหมายที่มีอยู่ไปใช้ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งเป็นคำพิพากษาตัวอย่างที่คนปฏิบัติตาม เนื่องจากคุณภาพของคำพิพากษาที่มีเหตุผลดี และสอดคล้องกับการยอมรับทั่วไปของคนในสังคม เมื่อมีข้อเท็จจริงเดียวกันและคำพิพากษาอื่นพิพากษาเช่นเดียวกับคำพิพากษานั้น คำพิพากษาดังกล่าวก็เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานได้ ซึ่งเมื่อปรากฏว่ามีการประพฤติปฏิบัติตามกันมาอย่างยาวนาน คำพิพากษาบรรทัดฐานอาจเป็นบ่อเกิดของกฎหมายอย่างหนึ่งได้เช่นเดียวกับจารีตประเพณี แต่ทั้งนี้ตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่าเป็นกรณียกเว้น⁹⁰

สำหรับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ คำพิพากษาของศาลถือเป็นกฎหมาย โดยคำพิพากษาของศาลล่างต้องผูกพันตามคำพิพากษาก่อนๆของศาลสูง เช่น ศาลอุทธรณ์

⁸⁸ เฟ็งอ้าง, น.95.

⁸⁹ เฟ็งอ้าง, น.96.

⁹⁰ เฟ็งอ้าง, น.96-97.

(Court of Appeal) ต้องพิพากษาให้เป็นไปตามที่ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) ได้พิพากษาไว้ก่อนแล้ว และในระดับชั้นศาลเดียวกันคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นภายหลังก่อนต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาลในคดีก่อน เช่น คำพิพากษาของศาลไฮคอร์ทที่เกิดขึ้นก่อนผูกพันคำพิพากษาศาลไฮคอร์ทที่เกิดขึ้นภายหลัง เรียกว่า เรซิโอ เดซิเดนโด (Ratio decidendi) แต่หากเป็นศาลสูงสุดคือ ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) ไม่จำเป็นต้องผูกพันตามคำพิพากษาของตนเอง หากภายหลังศาลสภาขุนนางเห็นว่า มีข้อเท็จจริงบางประการที่เปลี่ยนไป หรือมีสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปก็สามารถกลับคำพิพากษาของตนเองภายหลังได้

การไม่วินิจฉัยตามแนวคำพิพากษาสมากรเกิดขึ้นได้ 2 ประการคือ ประการแรก ข้อแตกต่างในข้อเท็จจริง หากข้อเท็จจริงในคดีนี้ไม่เหมือนกันข้อเท็จจริงในคดีก่อน หรือใกล้เคียงกัน แต่ผู้พิพากษาในคดีหลังไม่พอใจคำพิพากษาคดีก่อนๆ ผู้พิพากษาในคดีนี้ก็จะพยายามแยกแยะข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญต่างๆ และชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างกันกับในคดีก่อน หากไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาใดเกิดขึ้นก่อนเลย ผู้พิพากษาในคดีหลังสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อตัดสินคดีนั้นได้ ประการที่สอง การกลับคำพิพากษาเดิม สามารถทำได้หากพบว่า ศาลที่อยู่ในระดับต่ำกว่าได้สร้างคำพิพากษาที่ก่อให้เกิดความผิดพลาด เพื่อให้คดีเกิดความเป็นธรรมและเกิดความถูกต้อง จึงยอมรับให้มีการกลับคำพิพากษาได้

แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือระบบประมวลกฎหมาย โดยมีบ่อเกิดของกฎหมายคือลายลักษณ์อักษร กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนคำพิพากษาเป็นเพียงตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมายไทยแต่อย่างใด แม้ผู้พิพากษาจะพิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามคำพิพากษาเดิม ในเมื่อคำพิพากษานั้นก็ไม่ใช่มูลฐาน การปรับใช้กฎหมายจึงไม่สามารถอ้างคำพิพากษาได้ ดังนั้นคำพิพากษาของศาลจึงไม่อาจเป็นวัตถุในการบิดเบือนกฎหมายได้

4.3.1.4 กรรมของกระทำ

กรรมของการกระทำการบิดเบือนกฎหมายตามความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของกฎหมายเยอรมัน คือ คู่ความ ซึ่งตีความอย่างกว้างให้ความหมายถึง ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดหรือมีตำแหน่งใด เพียงแค่ผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายแล้วก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็เพียงพอแล้วที่จะมีความรับผิดชอบ นอกจากนี้ให้หมายรวมถึงพนักงานอัยการด้วย แต่ไม่รวมถึงทนายความ คู่ความแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายคือ โจทก์และจำเลย ซึ่งในตามกฎหมายเยอรมันนั้น โจทก์มิได้เฉพาะพนักงานอัยการเท่านั้น ประชาชนผู้เสียหายทั่วไปไม่อาจฟ้องร้องเองได้ ยกเว้นแต่กฎหมายอนุญาตบางคดีที่มีความเฉพาะเจาะจงอีกฝ่ายคือจำเลยผู้ถูกกล่าวหาต่อศาลว่ากระทำความผิด

สำหรับกฎหมายไทยมีคำนิยามของคำว่าคู่ความ ปรากฏตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 1 (15) ซึ่งบัญญัติว่า “คู่ความ” หมายความว่า โจทก์ฝ่ายหนึ่งและจำเลยอีกฝ่ายหนึ่ง จากบทบัญญัติจึงเห็นได้ว่าคู่ความสามารถแยกออกได้เป็น 2 ฝ่าย คือฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย

(1) โจทก์

โจทก์ตามนิยามในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทยได้ปรากฏในมาตรา 1 (14) ซึ่งบัญญัติว่า “โจทก์” หมายความว่า พนักงานอัยการ หรือผู้เสียหายซึ่งฟ้องคดีอาญาต่อศาลหรือทั้งคู่ในเมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน

สำหรับพนักงานอัยการนั้น กฎหมายได้ปรากฏนิยามในมาตรา 1 (5) หมายความว่า เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ทั้งนี้จะเป็นข้าราชการในกรมอัยการหรือเจ้าพนักงานอื่นผู้มีอำนาจเช่นนั้นก็ได้ โดยอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการปรากฏตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล (1) พนักงานอัยการ จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า พนักงานอัยการมีอำนาจในการฟ้องร้องคดี

สำหรับผู้เสียหายนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานิยามไว้มาตรา 1 (4) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่า ผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง

สำหรับนิยามของโจทก์ หมายถึงทั้งพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกันฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้นั้น ปรากฏบทบัญญัติกฎหมายรองรับไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 30 และมาตรา 31 โดยมาตรา 30 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ผู้เสียหายขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ ซึ่งบัญญัติว่า คดีอาญาใดซึ่งพนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลแล้ว ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ในระยะเวลาใดระหว่างพิจารณาก่อนศาลชั้นต้นพิพากษาคดีนั้นก็ได้ ส่วนมาตรา 31 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่พนักงานอัยการขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับผู้เสียหาย ซึ่งบัญญัติว่า คดีอาญาที่มีใช้ความผิดส่วนตัวซึ่งผู้เสียหายยื่นฟ้องแล้วพนักงานอัยการจะยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ในระยะเวลาใดก่อนคดีเสร็จเด็ดขาดก็ได้ พนักงานอัยการจึงเป็นโจทก์ในการฟ้องร้องคดีร่วมกับผู้เสียหาย แต่อย่างไรก็ตามพนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องร้องคดีแทนผู้เสียหายที่แท้จริงที่ได้มาร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการมิใช่ตัวความที่แท้จริง และไม่มีส่วนได้เสียกับการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย เมื่อพิจารณาตามความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายต้องคำนึงถึงประโยชน์หรือความเสียหายของผู้เสียหายที่แท้จริง พนักงานอัยการจึงไม่อยู่ภายใต้ความหมายของกรมแห่งการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

สำหรับความผิดอาญาแผ่นดิน พนักงานอัยการเป็นผู้ทำหน้าที่แทนรัฐในการว่าต่างหรือแก้ต่างคดี เสมือนหนึ่งรัฐเป็นโจทก์ในข้อพิพาทด้วย เพียงแต่ให้พนักงานอัยการเป็นตัวแทนของรัฐเท่านั้น การคำนึงถึงประโยชน์หรือความเสียหายจึงต้องคำนึงถึงผู้เสียหายที่แท้จริงในกรณีนี้ คือ ประโยชน์หรือความเสียหายแก่รัฐ เพราะรัฐเป็นผู้เสียหายที่แท้จริง เมื่อพนักงานอัยการทำหน้าที่แทนรัฐในการดำเนินคดี จึงมิใช่ตัวความที่แท้จริง และไม่มีส่วนได้เสียกับการกระทำบิดเบือนกฎหมาย ในกรณีนี้พนักงานอัยการจึงไม่อยู่ภายใต้ความหมายของกรรมแห่งการกระทำความผิดฐานนี้เช่นกัน

สำหรับทนายความเป็นผู้กระทำการแทนโจทก์ มิได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาแต่อย่างใด ในความผิดฐานนี้จึงไม่ต้องพิจารณาถึงประโยชน์หรือความเสียหายของทนายความ ทนายความจึงไม่อยู่ในความหมายของกรรมแห่งการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

สำหรับในคดีแพ่งนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้นิยามเกี่ยวกับ “คู่ความ” ไว้ในมาตรา 1 (11) ว่า

“คู่ความ หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง หรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิดำเนินกระบวนการแทนบุคคลนั้นๆ ตามกฎหมายหรือในฐานะทนายความ”

คู่ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น มีความหมายกว้างกว่าความหมายธรรมดา โดยมีทั้งหมด 6 ประเภท คือ โจทก์ จำเลย ผู้ร้องสอด ผู้ร้อง ผู้คัดค้าน ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนนิติบุคคล ผู้รับมอบอำนาจ ทนายความ ผู้รับมอบฉันทะ และผู้เป็นคู่ความแทนผู้มรณะ⁹¹

คู่ความสามารถแบ่งออกตามเกณฑ์ข้อพิพาทแห่งคดีได้เป็น คู่ความในคดีที่มีข้อพิพาท และคู่ความในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ในกรณีแรก คู่ความในคดีที่มีข้อพิพาท ประกอบด้วยบุคคลที่นำคดีมาสู่ศาลซึ่งเป็นผู้เริ่มต้นคดี คือ โจทก์ และผู้ถูกฟ้องต่อศาล คือ จำเลย ต่างเป็นผู้มีสิทธิในการดำเนินคดีและต้องผูกพันต่อคำพิพากษา ผู้ร้องสอดเป็นผู้เข้ามาร่วมเป็นคู่ความในภายหลังไม่ว่าจะเข้าร่วมกับฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยก็ตาม ทั้งโจทก์ จำเลย ผู้ร้องสอด ผู้ร้อง และผู้คัดค้านอยู่ในฐานะ คู่ความที่แท้จริงอันเป็นตัวความ บุคคลดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้ความหมายของกรรมแห่งการกระทำในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

⁹¹ ไพโรจน์ วายุภาพ, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.278.

ส่วนผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนนิติบุคคล ผู้รับมอบอำนาจ ผู้แทนคู่ความ
 มรณะ ทนายความ รวมถึงผู้รับมอบฉันทะ มิใช่เป็นตัวความ แต่เพื่อประโยชน์แห่งการดำเนิน
 กระบวนการพิจารณาจึงถือว่าเป็นตัวความ ประโยชน์หรือความเสียหายของบุคคลดังกล่าวจึงไม่ใช่
 ประโยชน์หรือความเสียหายของตัวความที่แท้จริง⁹² การคำนึงถึงประโยชน์และความเสียหายต้องเป็น
 ของตัวความที่แท้จริงเท่านั้น ดังนั้นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนนิติบุคคล ผู้รับมอบอำนาจ ผู้แทน
 คู่ความมรณะ ทนายความ รวมถึงผู้รับมอบฉันทะจึงไม่อยู่ภายใต้ความหมายของกรรมแห่งการกระทำ
 ในความผิดฐานนี้

ในกรณีหลัง คู่ความในคดีที่ไม่มีข้อพิพาท ประกอบด้วย ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ยื่น
 คำร้องขอต่อศาลเป็นคดีที่ไม่มีข้อพิพาท และผู้คัดค้านซึ่งเป็นฝ่ายตรงข้ามกับผู้ร้อง เพื่อร้องคัดค้านคำ
 ร้องขอที่ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องไว้ต่อศาล แต่บางคดีอาจไม่จำเป็นต้องมีผู้คัดค้านก็ได้ ทั้งผู้ร้องและผู้คัดค้านอยู่
 ในฐานะคู่ความที่แท้จริงหรือตัวความ⁹³ ผู้ร้องและผู้คัดค้านจึงอยู่ภายใต้ความหมายของกรรมแห่ง
 การกระทำในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทนั้น หากพิจารณาตามความผิดฐาน
 บิดเบือนกฎหมายเยอรมันจะพบว่า การบิดเบือนกฎหมายต้องเป็นการกระทำแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่าย
 หนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การกระทำการบิดเบือน
 กฎหมายจึงเป็นการกระทำต่อคู่ความทั้งสองฝ่าย ซึ่งเกิดได้ในกรณีเฉพาะที่เป็นคดีที่มีข้อพิพาทเท่านั้น
 แต่สำหรับกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาเฉพาะแต่คดีที่มีข้อพิพาทนั้น เป็นการ
 ไม่ครอบคลุมถึงความเป็นธรรมทั้งหมด เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานบิดเบือน
 กฎหมาย คือ การคุ้มครองกระบวนการยุติธรรม แม้คดีที่ไม่มีข้อพิพาทจะมีคู่ความฝ่ายเดียว คือ ผู้ร้อง
 ได้ประโยชน์หรือได้รับความเสียหาย ก็ย่อมมีบุคคลภายนอกที่มีได้มีฐานะเป็นคู่ความในคดีได้
 ประโยชน์และได้รับความเสียหายจากการบิดเบือนกฎหมายเช่นกัน หากปล่อยให้ผู้พิพากษาบิดเบือน
 กฎหมายได้ในกรณีคดีฝ่ายเดียว ก็จะเป็นการกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายในการคุ้มครอง
 กระบวนการยุติธรรม ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นควรให้คดีที่ไม่มีข้อพิพาทซึ่งมีแต่เพียงผู้ร้องฝ่ายเดียว และ
 ไม่มีผู้คัดค้านนั้น ให้ผู้ร้องอยู่ภายใต้ความหมายของการกระทำตามความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

⁹² เห่งอ้าง, น.279.

⁹³ เห่งอ้าง, น.279.

(2) จำเลย

จำเลยตามนิยามในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทยได้ปรากฏในมาตรา 2 (3) หมายความว่าบุคคลซึ่งถูกฟ้องยังศาลแล้วโดยข้อหาว่าได้กระทำความผิด ดังนั้นไม่ว่าบุคคลใด มีความสามารถหรือไม่ หรือมีสถานะใดๆ หากเป็นผู้ถูกฟ้องต่อศาลว่าได้กระทำความผิด ผู้นั้นก็เป็นจำเลยตามความผิดของมาตรานี้ จำเลยจึงเป็นกรรมของการกระทำการปิดเบือนกฎหมาย

สำหรับผู้ต่อนั้นไม่รวมอยู่ในความหมายของคำว่าจำเลย เนื่องจากเป็นผู้ที่ยังไม่ถูกฟ้องไปยังศาลว่าเป็นผู้กระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (2) “ผู้ต้องหา” หมายความว่าบุคคลผู้ถูกหาว่าได้กระทำความผิด แต่ยังมีไม่ถูกฟ้องต่อศาล ดังนั้นผู้ต้องหาจึงไม่ใช่กรรมของการกระทำในความผิดฐานปิดเบือนกฎหมาย

ทนายความของจำเลยมิได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความที่เป็นจำเลย ไม่ว่าในคดีแพ่งหรือคดีอาญา ทนายความจำเลยจึงไม่รวมอยู่ภายใต้ความหมายกรรมของการกระทำตามความรับผิดฐานนี้

จากคำนิยามทั้งหลาย ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า คู่ความของความรับผิดฐานปิดเบือนกฎหมายในประเทศไทยควรหมายถึง คู่ความ คู่กรณี หรือผู้ที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาท ไม่ว่าคดีที่ผู้พิพากษาพิจารณานั้นจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น โจทก์ จำเลย ผู้ร้อง ผู้ร้องสอด ผู้ฟ้อง ผู้ถูกฟ้อง ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยพิจารณาว่าบุคคลนั้นเป็นผู้ได้รับประโยชน์หรือความเสียหายจากการปิดเบือนกฎหมายหรือไม่ก็เพียงพอแล้วที่ผู้กระทำมีความผิดฐานปิดเบือนกฎหมาย เพราะความรับผิดฐานปิดเบือนกฎหมายเป็นความรับผิดเพื่อการรักษาไว้ซึ่งกระบวนการยุติธรรมในทุกชั้นตอน

4.3.1.5 ผลสำเร็จของการกระทำ

ผลสำเร็จการกระทำของความผิดฐานปิดเบือนกฎหมายตามกฎหมายเยอรมันคือ เพื่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นอกจากมีการรู้และต้องการให้เกิดการปิดเบือนกฎหมายแล้ว ต้องกระทำแล้วก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผู้กระทำจึงจะมีความรับผิดฐานนี้ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่มีลักษณะคล้ายกันคือ “โดยทุจริต” อันได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หมวด 1 ว่าด้วยเรื่องบทนิยาม มาตรา 1 (1) โดยบัญญัติว่า “โดยทุจริต หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” ประโยชน์อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ความเห็น คือ ความเห็นแรก

ประโยชน์ หมายถึง ประโยชน์ในทางจิตใจ ความเห็นที่สอง ประโยชน์ หมายถึง ประโยชน์อันเนื่องมาจากตัวทรัพย์สินนั่นเอง⁹⁴

จากบทนิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การกระทำโดยทุจริต เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ทั้งแก่ตนเองหรือผู้อื่นก็ได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ไม่เพียงแต่บัญญัติเพียงแก่การกระทำเพื่อประโยชน์เท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงความเสียหายด้วย ทั้งนี้ประโยชน์และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีใช้เพื่อให้เกิดแก่ตัวผู้กระทำซึ่งเป็นผู้พิพากษา แต่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่น ซึ่งผู้อื่นในกรณีนี้ได้กำหนดไว้แน่ชัดแล้วว่าเป็นตัวคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะ เป็นโจทก์หรือจำเลยก็ตาม ดังนั้นถ้าผู้กระทำการบิดเบือนกฎหมายเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเอง โดยมีได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผู้นั้นก็ไม่มีควมรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า มูลเหตุชักจูงใจ “โดยทุจริต” ตามกฎหมายไทยมีความแตกต่างจากผลสำเร็จของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ไม่สามารถนำมาปรับใช้แทนกันได้

แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติการบิดเบือนกฎหมายไม่ว่าในแง่ใดย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายหนึ่ง ขณะเดียวกันก็ย่อมเกิดความเสียหายแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง การอ้างการบิดเบือนกฎหมายเพื่อก่อประโยชน์ให้แก่ตนเอง โดยไม่กระทบต่อคู่ความจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในทางข้อเท็จจริง เช่น ผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมายเนื่องจากต้องการให้คำตัดสินเป็นไปในแนวทางการเมืองที่ตนเองต้องการอันมีอคติเจือปนอยู่ การบิดเบือนกฎหมายเช่นนั้นตนเองรู้ได้ว่าย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่ความที่ตนเองมีแนวความคิดทางการเมืองเหมือนกัน และย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความที่มีแนวความคิดทางการเมืองตรงข้ามกับตนเอง การกระทำของผู้พิพากษาดังกล่าวนั้นจึงเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความเช่นกัน

ในทางกฎหมายเยอรมันได้กำหนดไว้ว่าประโยชน์เป็นผลตรงข้ามกับความเสียหาย เนื่องจากการบิดเบือนย่อมก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น การกำหนดประโยชน์ของคู่ความจึงเป็นการป้องกันในสิ่งที่ตรงข้ามกับความเสียหาย ดังนั้นประโยชน์จึงหมายถึงสิ่งที่เป็นคุณหรือเป็นผลดีแก่คู่ความ ประโยชน์ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะแต่ประโยชน์ในทางทรัพย์สินเท่านั้น แต่มีความหมายครอบคลุมไปถึงทุกสิ่งที่เป็นคุณหรือส่งเสริมแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอันอยู่นอกเหนือกองทรัพย์สินก็ได้

⁹⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและสหโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.336.

ความเสียหาย คือ การทำลายหรือทำให้ผลร้ายเกิดแก่คู่ความ ต้องเกิดขึ้นแก่บุคคลโดยเฉพาะ มิใช่ความเสียหายแก่ผู้อื่นผู้ใด⁹⁵ ความเสียหายสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต ความเสียหายต้องเป็นสิ่งที่แน่นอน เพราะความเสียหายที่ไม่แน่นอนเป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้ อันเนื่องมาจากความเสียหายไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำความผิด ความเสียหายที่ไม่แน่นอนจึงไม่อาจเกิดความรับผิดได้⁹⁶ นอกจากนี้ความเสียหายบางอย่างไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ และไม่ได้จำกัดเฉพาะในทางทรัพย์สินเท่านั้น หรือที่เรียกกันว่า ความเสียหายทางศีลธรรมหรือความเสียหายต่อสิทธิที่อยู่นอกเหนือกองทรัพย์สิน เนื่องจากมนุษย์มีสิทธิบางประการที่อยู่นอกเหนือกองทรัพย์สินที่ไม่อาจหมุนเป็นตัวเงินได้ เพราะเป็นสิทธิเฉพาะตัวบุคคลไม่อาจโอนขายแก่กันได้ เช่น สิทธิในสภาพบริบูรณ์แห่งร่างกายมนุษย์ สิทธิในครอบครัว⁹⁷ ความเสียหายทางศีลธรรมอาจเป็นความเสียหายที่มีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่างก็ได้ ความเสียหายที่มีรูปร่าง เช่น การละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งลิขสิทธิ์แม้จะไม่มีรูปร่าง แต่อยู่ในกองทรัพย์สิน ความเสียหายที่ไม่มีรูปร่าง เช่น การละเมิดทำให้เสียโฉม ซึ่งความสวยงามเป็นสิ่งที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ อันเป็นความเสียหายนอกกองทรัพย์สิน⁹⁸ ดังนั้นความเสียหายไม่ว่าจะเป็นความเสียหายในกองทรัพย์สิน หรือความเสียหายนอกเหนือกองทรัพย์สิน ย่อมตกอยู่ภายใต้ความหมายของผลสำเร็จของการกระทำในการกระทำความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย

ประเด็นการบิตเบียนกฎหมายเพื่อความยุติธรรมนั้น ตามกฎหมายเยอรมันในตอนแรก เห็นว่าการบิตเบียนเพื่อความยุติธรรมเป็นการยอมรับได้ เนื่องจากผู้กระทำไม่มีเจตนาประสงค์ต่อผลในการบิตเบียนกฎหมาย แต่ภายหลังได้กลับคำพิพากษาว่า อุดมการณ์ของผู้พิพากษาเป็นความเห็นส่วนตัว ไม่สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อบิตเบียนกฎหมายได้ ดังนั้นในกฎหมายเยอรมัน แม้ผู้พิพากษาบิตเบียนกฎหมายเพื่อความยุติธรรมก็เป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานบิตเบียนกฎหมาย สำหรับกฎหมายไทย ความยุติธรรมนั้นมิใช่กฎหมายซึ่งในแต่ละสถานการณ์มีความไม่แน่นอนชัดเจนและเป็นอัตวิสัยภายในจิตใจของแต่ละบุคคล ความคิดเห็นของผู้พิพากษาจึงไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้องเสมอไป ด้วยเหตุนี้การกำหนดให้ความยุติธรรมเป็นข้อยกเว้นให้ไม่ต้องรับผิดฐานบิตเบียน

⁹⁵ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.72.

⁹⁶ เพ็งอ้าง, น.74.

⁹⁷ เพ็งอ้าง, น.79.

⁹⁸ เพ็งอ้าง, น.80.

กฎหมาย อาจทำให้เกิดความแน่นอนชัดเจน ดังนั้นความยุติธรรมจึงไม่สามารถเป็นข้อยกเว้นในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผลสำเร็จของการกระทำในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ ประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประโยชน์คือสิ่งที่ให้ผลดีหรือเป็นคุณแก่คู่ความ ซึ่งเป็นผลสะท้อนที่เกิดขึ้นจากการคุ้มครองสิ่งที่ตรงข้ามกับความเสียหาย ส่วนความเสียหายคือสิ่งที่ทำลายหรือให้ผลร้ายแก่คู่ความ ทั้งนี้ไม่ว่าประโยชน์หรือความเสียหายก็ไม่จำกัดว่าจะเป็นเรื่องทรัพย์สินเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึงที่อยู่นอกเหนือของทรัพย์สินอีกด้วย ประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความเป็นผลสำเร็จของการกระทำ หากประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความเกิดขึ้นจริง ผู้กระทำก็มีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

4.3.2 องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในประกอบด้วย การกระทำโดยเจตนา และมูลเหตุชักจูงใจ ผู้เขียนจึงขอจำแนกรายละเอียดของแต่ละประเภทดังนี้

เจตนาแบ่งออกได้เป็น 2 เจตนา คือ เจตนาประสงค์ต่อผลหรือเจตนาโดยตรง และเจตนาเล็งเห็นผลหรือเจตนาโดยอ้อม

เจตนาประสงค์ต่อผล คือความต้องการโดยตรงของผู้กระทำผิด คำว่าประสงค์ต่อผล หมายถึง ประสงค์ถึงการที่เป็นไปตามข้อเท็จจริงของความผิดแต่ละฐาน มิได้หมายความว่าเจตนาโดยตรงจะมีได้เฉพาะแต่ความผิดที่ต้องการผลเท่านั้น เป็นแต่เพียงต้องการให้เกิดข้อเท็จจริงก็เพียงพอแล้วโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงผลของการกระทำ หลักการพิจารณาเจตนาต้องพิจารณาเจตนาโดยตรงก่อนเจตนาโดยอ้อมเสมอ มิฉะนั้นจะเกิดความสับสนในการพิจารณาเจตนาในแต่ละข้อเท็จจริงของการกระทำผิดที่เกิดขึ้น⁹⁹

เจตนาโดยอ้อมเล็งเห็นผล มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำประมาทโดยรู้ตัว (bewusste Fahrlässigkeit) ทฤษฎีแรกที่ได้รับ การเสนอขึ้นคือ ทฤษฎียอมกระทำ (Einwilligungstheorie) ของ Reinhard Frank ซึ่งอธิบายว่า ถ้าผู้กระทำเล็งเห็นล่วงหน้าแล้วว่าผลจะเกิดขึ้นแน่นอน และผู้กระทำก็ได้กระทำสิ่งนั้นทั้งที่เห็นล่วงหน้า การกระทำนั้นเป็นเจตนา แต่ทฤษฎีนี้ยังมีข้อบกพร่องตรงที่ว่า เพราะเมื่อผู้กระทำเห็นว่าผลเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแล้ว ผู้กระทำต้องงดเว้นไม่กระทำ การที่กระทำไปก็เพราะมั่นใจว่าผลไม่เกิดขึ้น การกระทำของผู้กระทำจึงควรเป็นการกระทำโดยประมาท

⁹⁹ คณิต ฐ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น.219-220.

ด้วยเหตุความบกพร่องของทฤษฎียอมกระทำ ภายหลังจึงเกิดทฤษฎีผลอาจเกิดขึ้นได้ (Wahrscheinlichkeitstheorie) ของ Hellmuth Nayer นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน ซึ่งวางหลักไว้ว่า ผู้ใดเห็นว่าผลอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำ แม้กระนั้นก็ตามผู้นั้นก็ยังกระทำการนั้น ดังนี้ถือว่าผู้นั้นได้กระทำโดยเจตนาโดยอ้อม¹⁰⁰ แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้หากได้รับการถือตาม การกระทำโดยประมาทก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย ทฤษฎีนี้จึงไม่ได้รับการยอมรับ

สำหรับความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายตามแนวคิดของกฎหมายเยอรมันนั้น ต้องการทั้งเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาย่อมเล็งเห็นผล เจตนาประสงค์ต่อผลของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ เจตนาประสงค์ต่อผลในการใช้กฎหมายอย่างไม่ถูกต้อง (bewusste Falschanwendung des Rechts) ส่วนเจตนาย่อมเล็งเห็นผลคือ ผู้กระทำความผิดผลที่ไม่น่าเชื่อถือเพียงพอในการให้ความเห็นทางกฎหมาย ในอีกด้านก็ต้องรู้ว่าการให้ความเห็นเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมาย เช่น ผู้กระทำเห็นฟ้องหรือยินยอมให้เกิดความผิดพลาด (Fehlerhaftigkeit) ในคำตัดสินที่ผู้กระทำรู้ว่าอาจเกิดขึ้นได้

สำหรับการปรับใช้กับบทบัญญัติความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในกฎหมายอาญาไทยนั้น สามารถแบ่งเจตนาออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและส่วนต้องการการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิด

ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ต้องเป็นการที่ผู้กระทำรู้ถึงการพิจารณาพิพากษานั้นเป็นการขัดแย้งต่อกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป ไม่จำเป็นต้องรู้ละเอียดถึงขนาดที่ว่า การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมีเหตุผลเบื้องหลังหรือที่มาของกฎหมายอย่างไร หากกฎหมายนั้นยังมีข้อโต้แย้งหรือข้อถกเถียงที่ยังไม่เป็นที่ยุติ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ว่ากฎหมายนั้นมีผู้เห็นด้วยมากน้อยอย่างไร ฝ่ายใดเป็นที่ยอมรับมากกว่ากัน แต่ก็ต้องรู้ได้ชัดว่า การพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนั้นขัดกับกฎหมายได้โดยชัดแจ้ง

ในส่วนต้องการการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิด คือผู้กระทำรู้แล้วว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของตนเป็นการขัดแย้งต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง และต้องการให้เกิดการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีความขัดแย้งต่อกฎหมายนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 เจตนา คือ เจตนาประสงค์ต่อผล และเจตนาย่อมเล็งเห็นผล

¹⁰⁰ Wer sich den Efolg als wahrscheinlich vorstellt und dennoch handelt, handelt mit dolus eventualis.

เจตนาประสงค์ต่อผลของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ ต้องการใช้กฎหมายอย่างไม่ต้องหรือใช้กฎหมายอย่างไม่ตรงไปตรงมา หากรู้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นที่ขัดแย้ง แต่สำหรับเจตนาย่อมเล็งเห็นผลนั้นจะหมายความรวมไปถึง การที่ผู้กระทำยินยอมให้เกิดความผิดพลาดในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งที่ตนรู้ว่าอาจจะเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ หรือการที่ผู้กระทำมั่นใจว่ากฎหมายนั้นอาจถูกบิดเบือนกฎหมายมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้น และผู้กระทำก็พอใจหากการบิดเบือนกฎหมายนั้นได้เกิดขึ้น อีกกรณีหนึ่งก็เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมันคือ ผู้กระทำมีเหตุผลที่ไม่น่าเชื่อถือเพียงพอในการให้ความเห็นทางกฎหมาย ทั้งที่การให้ความเห็นทางกฎหมายนั้นรู้ได้ว่าเป็นการขัดต่อกฎหมาย

ดังนั้น ความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงเป็นความรับผิดที่มีองค์ประกอบภายใน โดยมีส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ รู้ว่าสิ่งที่นำมาพิจารณานั้นเป็นกฎหมายและการพิจารณาของตนนั้นขัดแย้งกับกฎหมายโดยขัดแย้งส่วนต้องการการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนั้น ต้องมีทั้งเจตนาประสงค์ต่อผล คือ ต้องการให้กฎหมายอย่างไม่ต้องหรือใช้กฎหมายอย่างไม่ตรงไปตรงมา และเจตนาเล็งเห็นผลคือ ผู้กระทำมั่นใจว่ากฎหมายนั้นอาจถูกบิดเบือนได้ และผู้กระทำพอใจที่กฎหมายนั้นถูกบิดเบือน เมื่อครบตามที่กล่าวมาแล้วนั้น การกระทำของผู้กระทำจึงเป็นการครบองค์ประกอบภายใน

4.4 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในประเทศไทย

ในประเทศไทยในช่วงหลัง ได้ปรากฏการกระทำการบิดเบือนกฎหมายเพิ่มมากขึ้น เนื่องด้วยปัญหาเกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ ซึ่งผู้พิพากษาศาลการเริ่มใช้อำนาจทางตุลาการก้าว ก้าวอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร โดยพิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามกฎหมาย หรือเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ

4.4.1 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติ

ในประเทศไทย กรณีศึกษาที่เป็นที่กล่าวถึงอย่างมากถึงการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาคดีของตุลาการที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย คือ คดีชูกหูน ของ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร

กรณี “คดีชุกหูน” ซึ่ง พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร เป็นผู้ถูกกล่าวหา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีจำนวน 11 คน ต้องวินิจฉัยในประเด็น 2 ประเด็น คือ¹⁰¹

1) ผู้ถูกร้องต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 291 และมาตรา 292 อันมีผลให้ต้องวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้ถูกร้องต้องด้วยมาตรา 295 หรือไม่

ประเด็นนี้ เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจศาล ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ต้องพิจารณาก่อน (Prerequisite) จึงจะพิจารณาในประเด็นที่สองได้ หากพิจารณาเป็นไปในทางว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ก็ต้องมีการวินิจฉัยในประเด็นที่สองต่อไป

2) ข้อเท็จจริงฟังได้หรือไม่ว่าผู้ถูกร้องได้กระทำความผิดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 295

การวินิจฉัยในประเด็นที่สองนี้ ย่อมตกเป็นหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคน แม้ตุลาการคนใดจะไม่เห็นด้วยในประเด็นแรก คือ เห็นว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อประเด็นแรกได้วินิจฉัยไปแล้วว่า คดีนี้อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการผู้นั้นก็ย่อมต้องมีหน้าที่วินิจฉัยประเด็นที่สอง อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งตุลาการ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 233 ว่า

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

และหากตุลาการไม่วินิจฉัยในประเด็นที่สอง การกระทำนั้นจะเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนซึ่งอาจถูกเพิกถอนออกจากตำแหน่งได้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 303 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครอง หรืออัยการสูงสุด ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำความผิดในตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้”

“บทบัญญัติวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับกับผู้ดำรงตำแหน่งดังต่อไปนี้ด้วย คือ

¹⁰¹ คณิต ฦ นคร, หักดิบกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น.20.

(2) ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง ทั้งนี้ ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต”

จากการวินิจฉัยประเด็นแรก ได้ปรากฏคำวินิจฉัยกลางในตอนแรกออกมาว่า

“ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 11 คน ... วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ใช้บังคับกับผู้ถูกร้องได้ เพราะเป็นมาตรการบังคับสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 291 และมาตรา 292”¹⁰²

เมื่อ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร และครอบครัวไม่ได้แสดงบัญชีทรัพย์สินตามที่ รัฐธรรมนูญกำหนดในมาตรา 291 และมาตรา 292 ดังนั้น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการ ทุจริตแห่งชาติเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจรับเรื่องไว้และ มีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 295

ถ้อยคำวินิจฉัยกลางมีต่อไปว่า

“ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 4 คน คือ นายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา นายผัน จันทรปาน และนายศักดิ์ เตชะชาวยุ วินิจฉัยข้อกฎหมายว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ไม่ใช่บังคับกับกรณีผู้ถูกร้อง เพราะในขณะที่ยื่นบัญชีฯ ทั้ง 3 ครั้ง ผู้ถูกร้องได้พ้นจากตำแหน่ง ทางการเมืองไปแล้ว ซึ่งแม้การยื่นบัญชีครั้งแรก ผู้ถูกร้องจะต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป จนกว่าคณะรัฐมนตรีชุดใหม่จะเข้ารับหน้าที่ตามมาตรา 215 วรรคสอง ก็ตาม แต่เมื่อต้องพ้นจาก ตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา 215 (1) แล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าระหว่างนั้นผู้ร้องยังดำรง ตำแหน่งทางการเมืองตามความหมายของมาตรา 295 วรรคหนึ่ง และวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิด ตามมาตรา 295 วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน”¹⁰³

ทั้งที่เป็นการวินิจฉัยในประเด็นแรก อันเกี่ยวกับอำนาจรับคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาของคดี แต่ในประโยคที่ว่า “และวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา 295 วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน” เป็นการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีแล้ว ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่า ตุลาการฝ่ายข้างน้อยมีเจตนาอย่างไรถึงได้วินิจฉัยเช่นนี้¹⁰⁴

คำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญมีข้อความต่อว่า

“ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากมีมติ 8 ต่อ 7 ว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 295 โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก 8 คน คือ นายกระมล

¹⁰² ราชกิจจานุเบกษา ฉบับที่ 1 หน้า 75

¹⁰³ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับที่ 1 หน้า 75

¹⁰⁴ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.22.

ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา พลโทจูล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวณิชช์ นายผัน จันทรปาน นายศักดิ์ เตชะชาญ นายสุจินดา ยงสุนทร และนายอนันต์ เหตุวงศ์ วินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย 7 คน คือ นายประเสริฐ นาสกุล นายมงคล สระแก้ว นายสุจิต บุญบงการ นายสุวิทย์ อีระพงษ์ นายอมร รักษาสัตย์ นายอิสสระ นิตินันท์ ประภาศ และนายอุระ หวังอ้อมกลาง วินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องมีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295”¹⁰⁵

ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า คำวินิจฉัยตอนแรกของนายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา นายผัน จันทรปาน และนายศักดิ์ เตชะชาญ ที่ว่า “ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา 295 วรรคหนึ่ง” เป็นถ้อยคำที่เกิดจากความตั้งใจของทั้ง 4 คน การตรวจสอบจึงต้องพิจารณาคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการทั้งสิ้นคน ดังนี้¹⁰⁶

(1) นายกระมล ทองธรรมชาติ สรุปพิจารณาเห็นว่า กรณีนี้มาตรา 295 ไม่ใช่บังคับกับผู้ถูกร้อง เพราะผู้ถูกร้องได้พ้นจากตำแหน่งไปแล้วก่อนยื่นบัญชีครั้งแรก หรือก่อนครบสามสิบวันที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต้องมีหน้าที่ยื่นบัญชี มาตรา 295 เป็นบทลงโทษอย่างหนึ่งจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด ผู้ถูกร้องได้ยื่นบัญชีครั้งแรกในกรณีเข้ารับตำแหน่ง หลังจากที่ถูกผู้ถูกร้องพ้นจากตำแหน่งทางการเมือง ก่อนครบกำหนดครั้งแรกถึง 3 วัน จึงทำให้การยื่นบัญชีของผู้ถูกร้องไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 295 หากจะเป็นความผิดตามมาตรา 295 ได้ ต้องเป็นการยื่นบัญชีครั้งแรกในขณะที่ผู้นั้นดำรงตำแหน่งทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ นายกระมล ทองธรรมชาติ จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่าผู้ร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 และไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงตามคำร้องอื่นอีก¹⁰⁷

คำวินิจฉัยกลางของนายกระมล ทองธรรมชาติ ทั้งตอนแรกและตอนที่สองจึงเป็นลักษณะอย่างเดียวกัน¹⁰⁸

(2) นายจุมพล ณ สงขลา มีความเห็นว่า ผู้ถูกร้องมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพราะมิได้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในขณะที่ยื่นบัญชี ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 295 สำหรับมาตรา 292 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ต้องเป็นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินที่มีอยู่จริงในวันยื่นบัญชี เมื่อพฤติการณ์แห่งคดีไม่ต้องด้วยองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 295 (1) ดังนั้นแม้ผู้ร้องจะอ้างว่า ผู้ถูกร้องได้ยื่นบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินเท็จ ผู้ร้องไม่อาจมีความผิดตาม

¹⁰⁵ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับที่ 1 หน้า 75

¹⁰⁶ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.23.

¹⁰⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 2 หน้า 52

¹⁰⁸ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.25.

รัฐธรรมนูญ มาตรา 295 วรรคหนึ่งได้ ผู้ร้องตรวจสอบได้เพียงว่า ผู้ถูกร้องมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติจากการดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 เท่านั้น¹⁰⁹

คำวินิจฉัยดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เป็นคำวินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคดีนี้ไว้วินิจฉัยหรือไม่ ไม่ใช่คำวินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องได้กระทำความผิดตามมาตรา 295 หรือไม่ อันเป็นการพิจารณาเนื้อหาแห่งคดี เมื่อยังไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี จึงเป็นการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ซึ่งผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้ครบถ้วน การไม่พิจารณาคดีให้ครบถ้วนจึงเป็นการบิดเบือนกฎหมาย ว่าการพิจารณาคดีนั้นครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว แต่ยิ่งกว่านั้น กรณีนี้ นายจุมพล ณ สงขลา ไม่ได้วินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องมีความผิดตามมาตรา 295 หรือไม่ อาจจะมีผิดหรือไม่ก็ได้ แต่การลงมติของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้นับรวมการลงมติของ นายจุมพล ณ สงขลา ว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 คำวินิจฉัยส่วนกลางตอนแรก กับตอนที่สองจึงมีนัยที่ต่างกัน¹¹⁰

(3) นายผัน จันทรปาน วินิจฉัยว่า การวิเคราะห์ตามมาตรา 291 ผู้ที่ต้องยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินและหนี้สิน ต้องเป็น ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เท่านั้น สำหรับผู้ที่พ้นจากตำแหน่งแล้วต้องยื่นบัญชีด้วยหรือไม่ ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริง ซึ่งปรากฏว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่เคยยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินและหนี้สินไว้เลยระหว่างดำรงตำแหน่งทางการเมือง และในข้อเท็จจริง พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ได้ยื่นบัญชีหลังจากพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองแล้ว เมื่อผู้ถูกร้องไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง รัฐธรรมนูญ มาตรา 295 จึงไม่ใช่บังคับกับผู้ถูกร้อง ดังนั้นผู้ถูกร้องจึงไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 วรรคหนึ่ง¹¹¹

คำวินิจฉัยเป็นคำวินิจฉัยว่า คดีอยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้วินิจฉัยชี้ขาดว่า ผู้ถูกร้องกระทำความผิดตามมาตรา 295 หรือไม่ ดังนั้น การไม่วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวจึงเป็นการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และการลงมติของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้นับรวมการลงมติของ นายจุมพล ณ สงขลา ว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 คำวินิจฉัยกลางตอนแรกและตอนที่สองจึงมีนัยแตกต่างกัน¹¹²

¹⁰⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 2 หน้า 74-75

¹¹⁰ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.26.

¹¹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 2 หน้า 324-325

¹¹² คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.28.

(4) นายศักดิ์ เตชะชาญ ไม่อาจชี้ชัดได้ว่าต้องการสื่ออะไรกันแน่ กล่าวคือ เป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ หรือวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดี คำวินิจฉัยของนายศักดิ์ เตชะชาญ จึงถือถือว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามมาตรา 295¹¹³

เมื่อพิจารณารวมเสียงแล้วปรากฏว่า ในทางข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเสียงของนายจุมพล ณ สงขลา และ นายผัน จันทรปาน ถูกรวมไว้ในเสียงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายที่วินิจฉัยว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ซึ่งทำให้กลายเป็นเสียงตุลาการฝ่ายที่เห็นว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดมีจำนวนมากกว่าฝ่ายที่เห็นว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร มีความผิด ด้วยคะแนน 8 ต่อ 7 เสียง แต่หากพิจารณาในทางกฎหมายจะเห็นได้ว่าเมื่อเสียงของนายจุมพล ณ สงขลา และ นายผัน จันทรปาน ไม่ได้วินิจฉัยข้อกฎหมายในประเด็นที่ว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 หรือไม่ เสียงของตุลาการทั้งสองท่านจึงไม่อาจถูกนับรวมไว้ในฝ่ายที่เห็นว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดได้ ดังนั้นแท้จริงแล้วเสียงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ฝ่ายที่เห็นว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิด ต้องถูกลบออกไป 2 เสียง จึงมีเพียงแค่ 6 เสียงเท่านั้น ทำให้ฝ่ายที่เห็นว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร มีความผิดซึ่งมีคะแนนเสียง 7 เสียง มีจำนวนมากกว่า สุดท้ายแล้ว พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ต้องมีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295¹¹⁴

สำหรับคำวินิจฉัยของนายจุมพล ณ สงขลา และ นายผัน จันทรปาน ที่ไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 หรือไม่นั้น แต่ได้ลงคะแนนเสียงว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิด ผู้กระทำให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งอยู่ภายใต้ความหมายของผู้พิพากษาผู้มีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีในข้อกฎหมาย ส่วนการกระทำนั้นเป็นการพิจารณาคดีไม่เป็นไปตามประเด็นที่กำหนด และเป็นการไม่พิจารณาคดีตามอำนาจหน้าที่ของตุลาการซึ่งมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปตามกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 233 อันเป็นการบิดเบือนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ถือได้ว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติพร้อมทั้งลงคะแนนเสียงโดยที่ตนมิได้วินิจฉัยคดีตามที่ลงคะแนนเสียง โดยมีเจตนาจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่ความ คือ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่ต้องมีความรับผิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 295 ทำให้ผลของคดีดังกล่าวเป็นผลที่มีความไม่ชอบมาพากล ประกอบกับทำให้สังคมเกิดความเคลือบแคลงในหลักนิติธรรมและความเชื่อมั่นของกระบวนการ

¹¹³ เพิ่งอ้าง, น.30.

¹¹⁴ เพิ่งอ้าง, น.30-31.

ยุติธรรมขององค์กรตุลาการไทย¹¹⁵ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นไปตามองค์ประกอบของความรับผิดชอบปิดเป็นกฎหมายครบทุกองค์ประกอบ ดังนั้นการกระทำนั้นจึงเป็นการปิดเป็นกฎหมาย หากในขณะนั้นกฎหมายไทยมีความรับผิดชอบปิดเป็นกฎหมาย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะมีความรับผิดชอบปิดเป็นกฎหมายนี้

4.4.2 กรณีศึกษาเกี่ยวกับการปิดเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ

ในคดีชุกหูน คดีเดียวกันนั้น มีปัญหาเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งตามหลักกฎหมายแล้วการนั่งพิจารณา ต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ไม่ได้นั่งพิจารณาคดี จะทำคำพิพากษาหรือวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ อันเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 236¹¹⁶

ผู้ที่พิจารณาชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานต้องเป็นผู้ที่ได้สัมผัสพยานหลักฐานนั้นมาด้วยตนเอง เพราะหากไม่ได้สัมผัสพยานหลักฐานนั้นด้วยตนเอง ก็ไม่อาจอธิบายและให้เหตุผลด้วยศาสตร์ใดๆได้เลย โดยเฉพาะการชั่งน้ำหนักพยานบุคคล เพราะความน่าเชื่อถือหรือความสามารถในการจดจำของพยานบุคคล ผู้ชั่งน้ำหนักพยานบุคคลต้องสัมผัสกับพยานบุคคลด้วยตนเอง กล่าวคือพยานบุคคลต้องให้การต่อหน้าผู้ชั่งน้ำหนักพยาน¹¹⁷

ในข้อเท็จจริง คดีชุกหูน ของ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร นั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งเพิ่งได้เข้ารับเลือกเข้าทำหน้าที่ และไม่ได้สัมผัสพยานบุคคลใดๆ ในคดีด้วยตนเอง แต่ได้เข้าร่วมการวินิจฉัยชี้ขาดคดีดังกล่าวด้วย การกระทำของตุลาการคนนั้น จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง¹¹⁸ อันเป็นการปิดเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของตน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 236 อันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติขั้นตอนการพิจารณาคดี โดยการกระทำนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ต่อ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร เพราะการไม่ได้พิจารณาพยานหลักฐานมาตั้งแต่เริ่ม ทำให้ไม่อาจตรวจสอบได้ว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ต้องมีความรับผิดชอบ

¹¹⁵ คณะกรรมการอิสระตรวจสอบและค้นหาความจริงเพื่อการปรองดองแห่งชาติ, รายงานฉบับสมบูรณ์ คณะกรรมการอิสระตรวจสอบและค้นหาความจริงเพื่อการปรองดองแห่งชาติ (คอป.) กรกฎาคม 2553 – กรกฎาคม 2554, น.55.

¹¹⁶ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 101, น.18.

¹¹⁷ เพ็ญอ้าง.

¹¹⁸ เพ็ญอ้าง, น.19.

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 295 จริงหรือไม่ และหากมีข้อสงสัยก็ต้องยกประโยชน์ให้แก่ พ.ต.ท.
ทักษิณ ชินวัตร ผู้ถูกกล่าวหา

ดังนั้นหากในขณะนั้นมีความผิดฐานบิตเป็นกฎหมายกำหนดไว้แล้ว ตุลาการ
ศาลรัฐธรรมนูญคนดังกล่าวต้องมีความรับผิดฐานบิตเป็นกฎหมาย

เมื่อได้ทราบถึงเหตุแห่งการบัญญัติให้การบิตเป็นกฎหมายเป็นความรับผิดทาง
อาญาประกอบกับลักษณะของความผิดฐานบิตเป็นกฎหมายที่ควรกำหนดในประเทศไทยแล้ว
การบัญญัติว่าความผิดฐานบิตเป็นกฎหมายไทยควรกำหนดไว้ในรูปแบบใด กำหนดไว้ในกฎหมายใด
และใช้ถ้อยคำลักษณะใดนั้น ผู้เขียนขอกล่าวถึงในบทข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้ศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการบิดเบือนกฎหมาย ในกรณีที่ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ การกระทำดังกล่าวควรกำหนดให้มีความรับผิดในทางอาญาหรือไม่ มีความเห็นต่อกฎหมายไทยในการกำหนดความรับผิดอย่างไร หากต้องการกำหนดควรกำหนดเป็นความรับผิดอย่างไร บทนี้ผู้เขียนจะสรุปแนวคิดพื้นฐาน ปัญหาที่เกิดขึ้น แนวทางในการกำหนดความรับผิดเพื่อให้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยต่อไป

5.1 บทสรุป

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 188 วรรคสอง ได้กำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง”

ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน คือ การใช้อำนาจของผู้พิพากษาไม่มีการจำกัดขอบเขตอำนาจให้อยู่ภายใต้กฎหมาย ก่อให้เกิดการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ และในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดของผู้พิพากษาเป็นความผิด เนื่องจากการบิดเบือนกฎหมายย่อมส่งผลกระทบต่อคู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ การบิดเบือนกฎหมายจึงก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ในเรื่องการบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนี้ ต้องพิจารณาการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษาเป็นลำดับแรก ซึ่งการพิจารณาดังกล่าว มีหลักการซึ่งแบ่งแยกออกเป็น 2 ฝ่ายคือ ฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้มีความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา และฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา

1) แนวคิดฝ่ายที่ไม่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้พิพากษา มีขึ้นจากหลัก The king can do no wrong ซึ่งกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจอภักดิ์ล่งละเมิดได้ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นข้าราชการในอำนาจของกษัตริย์ ย่อมได้รับอำนาจในการที่จะไม่ถูกล่งละเมิดได้เช่นกัน ภายหลังจากก่อให้เกิด หลักความคุ้มกันทางตุลาการ เพื่อคุ้มครองการพิจารณาพิพากษาคดีและคุ้มครอง

ผู้พิพากษา ไม่ให้มีอิทธิพลใดๆอยู่เหนือการพิจารณาคดีหรือการปฏิบัติงานของผู้พิพากษา และไม่อาจมีการฟ้องร้องใดๆต่อผู้พิพากษาเช่นเดียวกับกษัตริย์ ผู้พิพากษาจึงไม่ควรมีความรับผิดชอบทางอาญา

2) แนวคิดฝ่ายที่สนับสนุนให้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้พิพากษา เนื่องมาจากหลักนิติรัฐที่ถือกฎหมายเป็นอำนาจสูงสุดของประชาชน ประชาชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเอง และรัฐซึ่งเป็นอำนาจส่วนรวม จะกระทำการใดๆต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นเจ้าพนักงานของรัฐย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย การพิจารณาพิพากษาคดีและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาจึงต้องผูกพันต่อกฎหมาย ตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ ผู้พิพากษาย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่หากผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามกฎหมาย ย่อมต้องมีความรับผิดชอบ ด้วยหลักการดังกล่าว ผู้พิพากษาจึงควรมีความรับผิดชอบทางอาญา

เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้กำหนดหลักความคุ้มกันทางตุลาการไว้ และหลักความคุ้มกันทางตุลาการนั้นเป็นหลักการที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลเป็นกฎหมายในการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาจึงมีอิสระในการกำหนดกฎหมาย แต่ประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มีบ่อเกิดของกฎหมายคือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร ผู้พิพากษาผู้ใช้อำนาจตุลาการไม่อาจก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติได้ ดังนั้นผู้พิพากษาย่อมต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้บัญญัติไว้ตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ ซึ่งในกฎหมายนั้นได้กำหนดความรับผิดไว้เป็นมาตรการทางวินัยและมาตรการทางอาญา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางวินัยและมาตรการทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับประเทศไทย ว่ามาตรการดังกล่าวเพียงพอที่จะครอบคลุมถึงการกระทำการบิดเบือนกฎหมายหรือไม่ โดยมาตรการทางวินัยจะเปรียบเทียบกระบวนการบรรจุแต่งตั้ง การลงโทษทางวินัย และการออกกฎกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ ส่วนมาตรการทางอาญาจะพิจารณาถึงการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา โดยศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะ โดยสรุปไว้ได้ดังนี้

5.1.1 มาตรการทางวินัยของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรการทางวินัยของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แบ่งออกเป็นกระบวนการบรรจุแต่งตั้ง การลงโทษทางวินัย และการออกกฎกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ ประการแรกกระบวนการบรรจุแต่งตั้ง ในมลรัฐจะใช้ระบบการคัดเลือกตามหลักสูตรที่กำหนด ส่วนในระดับสหพันธ์รัฐใช้ระบบสรรหาจากบุคลากรที่มีทั้งวัยวุฒิและคุณวุฒิ ประการที่สอง การลงโทษทางวินัย หากสภาแห่งสหพันธ์รัฐร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญ และมีมติไม่น้อยกว่าสองในสาม ให้มีคำสั่งโยกย้าย ให้ออก ปลดออก หรือไล่ออกได้

ประการที่สามการออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ จะมีการตั้งคณะกรรมการชุดพิเศษ โดยมีกรรมการจากฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ร่วมกันเป็นคณะกรรมการในการกำหนดหลักเกณฑ์อันมีผลกระทบต่อสถานะกฎหมายของบุคคล

เมื่อพิจารณามาตรการทางวินัยของกฎหมายเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่าไม่มีความแตกต่างจากมาตรการทางวินัยของกฎหมายไทยทั้งในเรื่องกระบวนการบรรจุแต่งตั้ง การลงโทษทางวินัย หรือการออกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ ซึ่งเดิมมาตรการดังกล่าวก็ไม่อาจควบคุมมิให้ผู้พิพากษากระทำการบิดเบือนกฎหมายได้ การนำมาตรการทางวินัยของกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้จึงไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะป้องกันมิให้ผู้พิพากษาบิดเบือนกฎหมาย

5.1.2 มาตรการทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรการทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการกำหนดความรับผิดชอบบิดเบือนกฎหมาย เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญกับหลักนิติรัฐ กล่าวคือ รัฐจะกระทำการใดต้องมีกฎหมายให้อำนาจเสมอ การกระทำของผู้พิพากษาจึงต้องอยู่ใต้กฎหมาย หากการกระทำใดไม่เป็นไปตามกฎหมายจะมีความผิดและได้รับการลงโทษ ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเยอรมันบัญญัติว่า

“ผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาโตตุลาการ ผู้ปฏิบัติหน้าที่หรือวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมาย กระทำการบิดเบือนกฎหมาย เพื่อประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี”

แยกออกเป็น 2 องค์ประกอบคือ องค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน องค์ประกอบภายนอกแบ่งออกได้เป็น ผู้กระทำความผิด การกระทำ วัตถุประสงค์การกระทำความผิด

1) ผู้กระทำ คือ ผู้พิพากษาผู้มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย

2) การกระทำ คือ การบิดเบือนกฎหมาย การกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือขัดแย้งต่อกฎหมายอย่างชัดเจน รวมถึงการพิจารณาพิพากษาคดีเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด การบิดเบือนกฎหมายมีทั้งการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ

3) วัตถุประสงค์การกระทำ คือ กฎหมาย ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแรก กฎหมาย (Recht) เช่น กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ (Normen der Verfassung) กฎหมายรัฐบัญญัติ (Gesetze) และกฎเกณฑ์อื่นๆที่ถูกจัดว่าเป็นกฎหมาย ประเภทที่สอง กฎหมายที่เป็นธรรม (Gerecht) และถูกต้อง (Rechtig)

4) กรรมของการกระทำ คือ โจทก์ และจำเลย โจทก์ หมายถึงผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียจากการกระทำ ความผิด ไม่รวมถึงผู้ทำคดีแทน เช่น อัยการ หรือทนายความ จำเลย หมายถึง ผู้ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาล

5) ผลของการกระทำ คือ เพื่อประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประโยชน์หรือความเสียหายจะต้องเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม แต่อาจเกิดขึ้นอย่างชั่วคราวหรือถาวรก็ได้ ประโยชน์หรือความเสียหายนั้นต้องเป็นเฉพาะของคู่ความไม่รวมถึงประโยชน์หรือความเสียหายของตัวผู้พิพากษาเอง และความผิดจะสำเร็จเมื่อการบิดเบือนกฎหมายนั้นทำให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความ

สำหรับองค์ประกอบของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายต้องประกอบด้วย เจตนา

เจตนา แบ่งออกได้เป็นเจตนาประสงค์ต่อผล และเจตนาเล็งเห็นผล เจตนาประสงค์ต่อผลของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ การบิดเบือนกฎหมาย โดยเบี่ยงเบนหรือขัดแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายอย่างร้ายแรง หรือกระทำการเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ สำหรับเจตนาเล็งเห็นผลของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ กรณีที่ผู้กระทำเห็นพ้องหรือยินยอมให้เกิดความผิดพลาด (Fehlerhaftigkeit) ในคำตัดสินที่ผู้กระทำรู้ว่าอาจเกิดขึ้นได้ ไม่ใช่เพียงแต่เกิดความสงสัยหรือกังขา (Zweifel) ถึงความถูกต้องของคำตัดสิน

5.1.3 ความจำเป็นในการกำหนดมาตรการในการควบคุมตุลาการในประเทศไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้พิพากษาตั้งแต่กฎหมายกรงศรีอยุธยา กฎหมายตราสามดวง และในปัจจุบันได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 157, 200, 201 หรือ 202 แต่ไม่มีกฎหมายไทยใดๆที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมาย แม้มาตรา 157 จะเป็นความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตของรัฐ แต่ก็ยังเป็นกฎหมายที่ใช้กับเจ้าพนักงานปกครองทั่วไปที่ใช้อำนาจบริหาร มิใช่การบิดเบือนกฎหมายโดยตรงซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการ อันส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมของรัฐที่มีหน้าที่ต้องอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน นอกจากนี้มาตรา 157 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในความบริสุทธิ์ของการบริหารราชการ มิใช่คุ้มครองความบริสุทธิ์ของกระบวนการยุติธรรม ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายจึงควรกำหนดเป็นความผิดฐานเฉพาะและเป็นความผิดที่รุนแรงกว่าความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานปกครองทั่วไป

เมื่อพิจารณาตรา 200 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แม้การกลั่นแกล้งหรือช่วยเหลือเพื่อให้ได้รับโทษหนักขึ้นหรือน้อยลงจะเป็นส่วนหนึ่งของการบิดเบือนกฎหมาย แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมายทั้งหมด และไม่ได้กำหนดให้ผู้กระทำในความรับผิดชอบนี้ เป็น

ผู้พิพากษาหรือตุลาการ สำหรับมาตรา 201 และ 202 ซึ่งเป็นบทบัญญัติความรับผิดในการเรียกรับสินบนหรือผลประโยชน์อื่น แม้อาจเป็นการกระทำการบิดเบือนกฎหมาย แต่ก็จำเป็นต้องมีสินบนเข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ มิใช่ความรับผิดในการบิดเบือนกฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับการเรียกรับสินบนหรือผลประโยชน์อื่น มาตรา 201 และ 202 จึงไม่อาจครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมายโดยไม่มีสินบนเข้ามาเกี่ยวข้อง และแม้จะมีกำหนดความผิดของเจ้าพนักงานของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบหรือโดยทุจริตตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 แต่บทบัญญัติความรับผิดดังกล่าวก็มีลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

จากบทบัญญัติข้างต้น พิจารณาแล้วเห็นได้ว่าในกฎหมายไทยไม่มีการกำหนดความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ และด้วยไม่มีบทบัญญัติความรับผิดดังกล่าวจึงอาจทำให้ตุลาการใช้อำนาจตุลาการไม่เป็นไปตามกฎหมายได้

แม้จะมีมาตรการทางวินัยในการตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการ ได้แก่ การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเอง เช่น การตรวจสอบทางวินัยของคณะกรรมการตุลาการ เป็นการตรวจสอบทั้งการใช้อำนาจบริหารและการใช้อำนาจตุลาการ แต่ก็เป็นการลงโทษผู้พิพากษาทางวินัยเท่านั้น ทั้งที่ความรุนแรงและความเสียหายมีเป็นจำนวนมาก แต่ไม่มีการกำหนดความรับผิดทางด้านอาญาไว้ หรือการตรวจสอบโดยศาลสูง ก็เป็นการแก้ไขเนื้อหาของคำพิพากษาเท่านั้น มิได้กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดในการบิดเบือนกฎหมายของตนแต่อย่างใด การตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ ซึ่งเป็นการตรวจสอบการบริหารจัดการคดี มิใช่การตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดี หรือการตรวจสอบการบริหารภายในฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นการตรวจสอบการบริหารภายในของคณะกรรมการตุลาการ มิใช่การตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาทั่วไป อันเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ และการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก ไม่ว่าจะเป็น การตรวจสอบโดยรัฐสภา การตรวจสอบโดยวุฒิสภา การตรวจสอบโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน การตรวจสอบโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือการตรวจสอบโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ก็เป็นการตรวจสอบโดยใช้ความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีอยู่ ซึ่งปัจจุบันยังไม่ได้บัญญัติความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ เพียงแต่เป็นการเพิ่มการตรวจสอบให้สะดวกขึ้นและมีช่องทางในการรายงานมากขึ้นเท่านั้น แต่ไม่ได้ครอบคลุมถึงการบิดเบือนกฎหมาย ทำให้การป้องกันและปราบปรามการบิดเบือนกฎหมายขาดประสิทธิภาพไป ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการบัญญัติความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาไทย

จากการวิเคราะห์ข้างต้นจึงสรุปได้ว่า ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายควรได้รับการบัญญัติไว้ในความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไทย แต่การกำหนดนั้นควรกำหนดอย่างไร ควรพิจารณาลักษณะการกำหนดความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายประกอบ

5.1.4 การกำหนดความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษาในประเทศไทย

องค์ประกอบภายนอก แบ่งออกได้เป็น ผู้กระทำ การกระทำ วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ และกรรมแห่งการกระทำ โดยสรุปได้ดังนี้

ผู้กระทำต้องเป็นผู้พิพากษาอาชีพ รวมถึงผู้พิพากษาสมทบ เฉพาะแต่การใช้ดุลพินิจในปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น การบริหารจัดการคดีหรือการใช้ดุลพินิจในทางข้อเท็จจริงไม่อยู่ภายใต้ความหมายของผู้กระทำ นอกจากนี้ยังรวมถึง ตุลาการศาลปกครอง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลทหารด้วย เพราะเป็นผู้ใช้อำนาจในทางตุลาการทั้งหมดซึ่งอยู่ภายใต้ความหมายของผู้พิพากษาด้วย

การกระทำ คือ การบิดเบือนกฎหมาย อันเป็นการดำเนินการที่ตรงกันข้ามขัด หรือแย้งกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือการดำเนินการที่ตรงกันข้าม ขัดหรือแย้งกับที่กฎหมายบัญญัติ (Rechtsnorm) หรือการปรับบทกฎหมายผิด (falsche Rechtsanwendung) หรือเป็นการใช้กฎหมายที่ไม่มีผลบังคับ (Anwendungungültiger Gesetze) หรือการละเมิดหลักการพื้นฐาน (Verletzung des Grundsatzes) หรือการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนด การบิดเบือนกฎหมายมีทั้งการบิดเบือนกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ การพิจารณาว่าความรับผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น พิจารณาได้จาก ทฤษฎีภววิสัย ทฤษฎีอัตวิสัย ทฤษฎี Objektive "Schwere" Theorie และทฤษฎีละเมิด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรใช้ทฤษฎี Objektive "Schwere" Theorie ในการกำหนดเพราะเป็นการพิสูจน์การกระทำที่ต้องการผล โดยการบิดเบือนกฎหมายนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงอีกด้วย

วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ คือ กฎหมาย ซึ่งประเทศไทยมีทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป และคำพิพากษา สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรพิจารณาได้จากทั้งการตีความตามตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ว่าขัดแย้งต่อกฎหมายหรือเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรอาจเป็นกฎหมายที่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมก็ได้ หากผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายสากลที่เป็นธรรม แต่มิได้พิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายภายในที่ไม่เป็นธรรม ผู้พิพากษานั้นก็ไม่มี ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย เพราะได้พิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายสากลที่ได้รับการยอมรับว่าค้ำถึงสิทธิมนุษยชน ในทางกลับกันหากผู้พิพากษาพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายภายในที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการขัดแย้งกับกฎหมายสากลที่มีความเป็นธรรม แม้ผู้พิพากษาจะมีหน้าที่ตัดสิน

คดีให้เกิดความเป็นธรรม แต่ในอีกด้านหนึ่งก็ต้องผูกพันต่อกฎหมายของรัฐ ผู้พิพากษาซึ่งกระทำดังกล่าวจึงไม่ควรรับผิดชอบในความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย เนื่องจากผู้พิพากษาได้พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายภายในรัฐของตน ซึ่งมีผลบังคับใช้ภายในรัฐได้ สำหรับกฎหมายประเพณีมีทั้งแบบที่ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนและไม่ชัดเจน หากปรากฏขึ้นอย่างชัดเจน ผู้พิพากษาไม่พิจารณาตามกฎหมายนั้นก็ย่อมเป็นความผิด แต่หากปรากฏไม่ชัดเจนแล้วไม่พิจารณาตามกฎหมายนั้นก็ไม่ใช่เป็นความผิดแต่อย่างใด สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะปรากฏขึ้นอย่างไม่แน่นอนชัดเจน การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้จึงต้องคำนึงถึงปัจจัยอย่างอื่นประกอบ หลักกฎหมายทั่วไปจึงไม่อาจเป็นวัตถุประสงค์แห่งการบิดเบือนกฎหมายได้ สุดท้ายคำพิพากษาของศาล โดยปกติจะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ คำพิพากษามีใช้บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายนี้ เป็นก็เพียงแต่ตัวอย่างประกอบคำอธิบายหลักกฎหมายเท่านั้น ไม่มีผลบังคับใช้ให้ต้องถือปฏิบัติตาม คำพิพากษาจึงไม่อาจเป็นวัตถุประสงค์แห่งการบิดเบือนกฎหมายได้

กรรมของการกระทำ คือ คู่ความ สำหรับกฎหมายไทย ในคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 1 (15) บัญญัติว่า “คู่ความ” หมายความว่า โจทก์ฝ่ายหนึ่ง และจำเลยอีกฝ่ายหนึ่ง จากบทบัญญัติจึงเห็นได้ว่าคู่ความสามารถแยกออกได้เป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย โจทก์ คือ พนักงานอัยการ หรือผู้เสียหายซึ่งฟ้องคดีอาญาต่อศาลหรือทั้งคู่ในเมื่อพนักงานอัยการและผู้เสียหายเป็นโจทก์ร่วมกัน พนักงานอัยการ คือ บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล ส่วนผู้เสียหาย คือ ผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลผู้อื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 โดยผู้กระทำการแทนผู้เสียหายรวมถึงพนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องร้องคดีแทนผู้เสียหายที่แท้จริงที่ได้มาร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน จึงมิใช่ตัวความที่แท้จริง และไม่มีส่วนได้เสียกับการกระทำบิดเบือนกฎหมาย ผู้กระทำการแทนผู้เสียหายและพนักงานอัยการจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ความหมายของกรรมแห่งการกระทำ ส่วนคำว่าจำเลย คือ บุคคลซึ่งถูกฟ้องยังศาลแล้วโดยข้อหาว่าได้กระทำความผิด แต่ไม่รวมถึงผู้ต้องหา เพราะ ผู้ต้องหาคือบุคคลที่ยังมิได้ถูกฟ้องต่อศาล เพียงแต่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดเท่านั้น ศาลยังมิได้รับพิจารณาคดี

สำหรับในคดีแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้ให้นิยามเกี่ยวกับ “คู่ความ” ไว้ในมาตรา 1 (11) ว่า “คู่ความ หมายความว่า บุคคลผู้ยื่นคำฟ้อง หรือถูกฟ้องต่อศาล และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้รวมถึงบุคคลผู้มีสิทธิดำเนินกระบวนการแทนบุคคลนั้นๆ ตามกฎหมายหรือในฐานะทนายความ” ซึ่งหมายถึง โจทก์ จำเลย ผู้ร้องสอด ผู้ร้องผู้คัดค้าน เป็นตัวความที่แท้จริง จึงเป็นกรรมของการบิดเบือนกฎหมายได้ แต่ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนนิติบุคคล ผู้รับมอบอำนาจ ทนายความ ผู้รับมอบฉันทะ และผู้เป็นคู่ความแทนผู้มรณะ มิใช่ตัว

ความที่แท้จริง การบิดเบือนกฎหมายไม่ได้กระทบต่อประโยชน์หรือความเสียหายของบุคคลดังกล่าว ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ความหมายของกรมแห่งการกระทำ สำหรับคดีที่ไม่มีข้อพิพาท แม้กฎหมายจะกำหนดให้มีคู่ความฝ่ายเดียว คือ ผู้ร้องได้ประโยชน์หรือได้รับความเสียหาย ก็ย่อมมีบุคคลภายนอกที่มีได้มีฐานะเป็นคู่ความในคดีได้ประโยชน์และได้รับความเสียหายจากการบิดเบือนกฎหมายเช่นกัน ตามคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนี้ คือ การคุ้มครองกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นผู้ร้องในคดีที่ไม่มีข้อพิพาทควรอยู่ภายใต้ความหมายกรมของการกระทำ ตามความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

ผลของการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย คือ เพื่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ประโยชน์ อาจหมายถึง สิ่งที่เป็นคุณหรือเป็นผลดีแก่คู่ความ ประโยชน์ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะแต่ประโยชน์ในทางทรัพย์สินเท่านั้น แต่มีความหมายครอบคลุมไปถึงทุกสิ่งที่เป็นคุณหรือส่งเสริมแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอันอยู่นอกเหนือของทรัพย์สินก็ได้ ส่วนความเสียหาย คือ การทำลายหรือทำให้ผลร้ายเกิดแก่คู่ความ ต้องเกิดขึ้นแก่บุคคลโดยเฉพาะ มิใช่ความเสียหายแก่ผู้อื่นผู้ใด เกิดขึ้นได้ทั้งในอดีต ปัจจุบัน และอนาคต ต้องเป็นสิ่งที่แน่นอน ความเสียหายบางอย่างไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ และไม่ได้จำกัดเฉพาะในทางทรัพย์สินเท่านั้น รวมถึงความเสียหายที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง

สำหรับความยุติธรรม มิใช่กฎหมายซึ่งในแต่ละสถานการณ์มีความไม่แน่นอนชัดเจนและเป็นอัตวิสัยภายในจิตใจของแต่ละบุคคล ความคิดเห็นของผู้พิพากษา จึงไม่ใช่สิ่งที่จะต้องเสมอไป หากกำหนดไว้ว่าจะเกิดความไม่แน่นอนชัดเจน ดังนั้นความยุติธรรมจึงไม่สามารถเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับผิดชอบได้

องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วย เจตนา

เจตนาของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย มีทั้ง 2 แบบ คือ เจตนาประสงค์ต่อผล คือ ต้องการให้กฎหมายอย่างไม่ถูกต้องหรือใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หากรู้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นที่ขัดแย้ง เจตนาเล็งเห็นผล คือ การที่ผู้กระทำยินยอมให้เกิดความผิดพลาดในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งที่ตนรู้ว่าอาจจะเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ หรือการที่ผู้กระทำมั่นใจว่ากฎหมายนั้นอาจถูกบิดเบือนกฎหมายมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้น และผู้กระทำก็พอใจหากการบิดเบือนกฎหมายนั้นได้เกิดขึ้น หรือ ผู้กระทำมีเหตุผลที่ไม่น่าเชื่อถือเพียงพอในการให้ความเห็นทางกฎหมาย ทั้งที่การให้ความเห็นทางกฎหมายนั้นรู้ได้ว่าเป็นการขัดต่อกฎหมาย

5.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากปัญหาผู้พิพากษาใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นไปตามกฎหมาย หรือใช้กฎหมายเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือที่เรียกว่า การบิดเบือนกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นที่กฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่ความ สังคม และความน่าเชื่อถือขององค์กรตุลาการ ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีความผิดเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ซึ่งเมื่อได้ศึกษา มาตรการตรวจสอบทางวินัยและมาตรการตรวจสอบทางอาญาของกฎหมายเยอรมัน มาตรการทางวินัยทั้งหลายของกฎหมายเยอรมันไม่สามารถป้องกันมิให้เกิดการบิดเบือนกฎหมายได้ ดังนั้นจะมีแค่เพียงมาตรการทางอาญาของกฎหมายเยอรมัน ซึ่งได้กำหนดความผิดอาญาไว้ คือ ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยได้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการบิดเบือนกฎหมายและรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรม

ผู้เขียนขอเสนอให้มีการบัญญัติความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะที่ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ให้บัญญัติเป็นมาตราใหม่ คือ มาตรา 200/1 เพราะเป็นบทบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ทางตุลาการของผู้พิพากษา ซึ่งกำหนดให้อยู่ระหว่างความรับผิดชอบเกี่ยวกับการช่วยเหลือหรือกลั่นแกล้งผู้อื่นให้ได้รับโทษหนักขึ้นหรือน้อยลง กับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการรับสินบน โดยพิจารณาจากความรุนแรงของการกระทำผิด ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้พิพากษาผู้มีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาข้อกฎหมาย กระทำการบิดเบือนกฎหมาย เพื่อประโยชน์หรือความเสียหายของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องระวางโทษ...”

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- กรมศิลปากร. เรื่องกฎหมายตราสามดวง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2521.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.
- คณะกรรมการอิสระตรวจสอบและค้นหาความจริงเพื่อการปรองดองแห่งชาติ. รายงานฉบับสมบูรณ์ คณะกรรมการอิสระตรวจสอบและค้นหาความจริงเพื่อการปรองดองแห่งชาติ (คอป.) กรกฎาคม 2553 – กรกฎาคม 2554. พิมพ์ครั้งที่ 1, 2555.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- _____. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- _____. นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- _____. ประชาธิปไตยกับการตั้งรังเกียจทางสังคม. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- _____. หักดิบกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คดีของวิชาชีพทางกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ป. สัมพันธ์พาณิชย์, 2528.
- _____. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525.
- _____. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยามพรินต์ติ้ง กรุ๊ป จำกัด, 2536.
- _____. หลักวิชาชีพนักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- ณรงค์ ใจหาญ. กฎหมายว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551.
- ถาวร โพธิ์ทอง. คำสอนวิชาระบบกฎหมายอังกฤษเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: เอกสารคำบรรยายวิชาระบบกฎหมายอังกฤษและอเมริกันเบื้องต้น คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- _____. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- _____. ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 32. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. คำบรรยายกฎหมายเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศแองโกลแซกซอน, 2518.
- _____. แง่คิดในการตีความกฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์, 2548.
- _____. พระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2550.
- นนทวัฒน์ บรมานันท์. ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน, 2548.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- _____. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง อาชญากรรม ความรับผิด และโทษทางอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- ประทีน พัฒนธรรม. การดำเนินคดีอาญาในศาลทหาร. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท บพิธการพิมพ์ จำกัด, 2524.

- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. ระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- ภัทรพร สิริกาญจน. ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ แปลจาก On liberty by John Stuart Mill. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2530.
- มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง. ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 เล่มที่ 1. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2529.
- ร. แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- เรย์มอนด์ แวคส์. กฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา. แปลโดย ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไอเฟ่นเวิร์ล, 2555.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการเรียนการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์: การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ, 2531.
- วิรัช วิรัชนิการวรรณ. ศาลปกครอง: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.
- _____ . ศาลรัฐธรรมนูญ: วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.
- สถาบันปรีดี พนมยงค์. กฎหมายตรา 3 ดวง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548.
- สมภพพิสิษฐ สุขพิสิษฐ. พระธรรมนูญศาลยุติธรรมฉบับปัจจุบัน. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2544.

- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- _____. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- สมลักษณ์ จัตุระบวณพล. ระบบศาลและหลักทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- สมหมาย ตะละภัก. บันทึกคำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาปีการศึกษา 2507. กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2514.
- สำนักงานศาลยุติธรรม. ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552.
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2555.
- สุนัย มโนมันอดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- โสภณ รัตนาร. “หลักวิชาชีพนักกฎหมาย: ตุลาการ.” ในรวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- _____. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- _____. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.
- _____. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. พิมพ์ครั้งที่ 1. พระนคร: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2511.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- อุททิศ แสนโกศิก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริหารเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525.

วิทยานิพนธ์

กมล แจ่มสุข. “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต,
2549.

กิตติพงศ์ ว่องเมทินี. “กฎหมายตราสามดวง: ศึกษาบทบาทและหน้าที่ผู้พิพากษาศาลในการ
พิจารณาคดี.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

เกรียงศักดิ์ อรุณศักดิ์พิศาล. “ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

เกษม คมสัจด์ธรรม. “การยกเลิกการพิจารณาที่ไม่ชอบของศาลในคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536.

จักรา ปิติฤกษ์. “ปัญหาการพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์คณะเดียวกันจนเสร็จในคดีอาญา.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

ธนกร กิตติสาเรศ. “ความรับผิดชอบทางอาญาของอนุญาโตตุลาการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชา
นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.

นรเศรษฐ์ สว่างแจ่ม. “ความรับผิดชอบของผู้บริหารนิติบุคคล: ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

นิทรชาติ ฤทธิพันธ์. “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการทำคำพิพากษาในคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555.

ปณิตา โรจนภานิช. “ขอบเขตความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ: ศึกษาการปฏิบัติ
หน้าที่โดยมิชอบของผู้พิพากษา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2550.

พัสนัน ตันติเตมิต. “ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 157.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ยงยุทธ มหิสรากุล. “การให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

ฤทธิรักษ์ กัลยาณภัทรศิษฐ์. “การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายไทย.”
วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

วิชัย ช้างหัวหน้า. “การบริหารจัดการคดีเพื่อการพิจารณาคดีด้วยความรวดเร็ว ต่อเนื่องและเป็นธรรม.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ. “ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้พิพากษา.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

สกล นิศารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

สหชน รัตน์ไพจิตร. “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

สายันต์ ขุนขจี. “ระบบศาลทหาร.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

สุนิสา อธิธิชัยโย. “ความรับผิดชอบของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

อภิศักดิ์ พรหมสวาสดี. “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

อมร สุวรรณโรจน์. “ปัญหาการพิจารณาถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในชั้นวุฒิสภา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

อานนท์ มาแก้ว. “การตรวจสอบผู้พิพากษาและตุลาการโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

เอกรินทร์ หนูนุกักดี. “การกลั่นกรองคดีอาญาก่อนการพิจารณาของศาล.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2545.

บทความวารสาร

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. “รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน: 4 ประเด็นสำคัญ.” บทบัณฑิตย. (เมษายน 2540) : 30.

กฤษฎา บุญยสมิต. กระบวนการฟ้องร้องคดีในกฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะฟ้อง.” บทบัณฑิตย. เล่ม 4. ตอนที่ 63. (ธันวาคม 2550) : 14.

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. คำอภิปรายในการสัมมนาวิชาการเรื่อง “บทบาทการใช้อำนาจของตุลาการกับสถานการณ์บ้านเมือง.” ณ ห้องจิต เศรษฐบุตตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2557. รพี 2557. (2557) : 173.
- คณิต ณ นคร. “ความสัมพันธ์ระหว่างอัยการกับตำรวจในเยอรมัน.” วารสารอัยการ. ปีที่ 3. ฉบับที่ 36 : 48-49.
- _____. “ความเป็นประชาธิปไตยในกระบวนการยุติธรรม.” วารสารรพี ปี 31. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิง ภาไชย. “วิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ.” วารสารอัยการ. ปีที่ 10 ฉบับที่ 112. (เมษายน 2530) : 11
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. “องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 1 ตอนที่ 1. (เมษายน 2520) : 92.
- เดือน บุนนาค. “การแยกอำนาจ (La Separation des pouvoirs),” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 9. (2520) : 79.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. “ป.ป.ช. ตรวจสอบศาล!!!” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 38. ฉบับที่ 1. (มีนาคม 2552) : 164-169.
- ปกป้อง ศรีสนิท. “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 39. ฉบับที่ 3. (กันยายน 2553) : 512-513.
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา.” บทบัญญัติ. เล่ม 54. ตอนที่ 4. (ธันวาคม 2541) : 9-34.
- ไพโรจิตร์ ปุญญพันธ์ และจรัส เขมะจารุ. วารสารดุลยภาพ. เล่มที่ 4 ปีที่ 6: 253-255.
- สรรเสริญ ไกรจิตติ. “ระบบการพิจารณาคดีโดยรวบรัดของศาลอังกฤษ.” ดุลยภาพ. ปีที่ 1 (กรกฎาคม 2497) : 51.
- โสภณ รัตนากร. “การศึกษากฎหมายเพื่อการพัฒนา.” รพี 33. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2533) :10-13.
- อศิรุจ ตันบุญเจริญ. “ตุลาการและผู้พิพากษา.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 35. (กันยายน 2549) : 541.
- ออกัส วอเตอร์ แบลคแฮส. “ศาลปกครองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” ดุลยภาพ. (พฤษภาคม-มิถุนายน 2537) : 161-186.
- อุทิศ แสนโกศิก. “การรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษ.” อัยการนิเทศ. ฉบับที่ 1. เล่มที่ 31. (2521) : 60.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

“กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม.” <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/icescrt.pdf>, 26 กันยายน 2559.

“กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.” <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/icescrt.pdf>, 26 กันยายน 2559.

“ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2551.” http://library2.parliament.go.th/library/content_law/2.pdf, สืบค้นเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2560.

“ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.” <http://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>, สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กันยายน 2559.

“พระธรรมนูญศาลยุติธรรมท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543.” http://www.appealc.coj.go.th/doc/data/appealc/appealc_1480673529.pdf, 26 เมษายน 2560.

“พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.” <http://web.krisdika.go.th/data/law/law2/%A828/%A828-20-9999-update.pdf>, 26 เมษายน 2560.

เอกสารอื่นๆ

กมลชัย รัตนสกววงศ์. “พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.” สรุปคำบรรยายพิเศษเมื่อวันพุธที่ 26 กุมภาพันธ์ 2540 เวลา 9.00-12.00 น. ณ ห้อง 501 อาคารสพช. สำนักงาน ก.พ., 2540.

คณิต ณ นคร. “ย่อหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.” เอกสารประกอบในการอบรมโครงการพัฒนาศักยภาพบุคลากรของสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เรื่อง “แนวคิดทฤษฎีกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา” วันศุกร์ที่ ๗ พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ณ ห้องประชุม ชั้น ๑๖ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, 2557.

จิรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุล. นณริฎ พิศลยบุตร. “โครงการศึกษาวิจัย การสำรวจสถานะของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในบริบทประเทศไทยและทางเลือกมาตรการทางเศรษฐศาสตร์ สังคม และกฎหมายสำหรับ เป้าหมายที่ 16: การส่งเสริมสังคมที่สงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนให้ทุกคนเข้าถึง ความยุติธรรม และสร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกระดับ.” รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, 2534.

ณรงค์ ใจหาญ. “รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิของผู้ต้องหา จำเลย และผู้ต้องโทษในคดีอาญา.” รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2540.

ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. “ทฤษฎีการลงโทษ.” เอกสารประกอบการเรียนการสอนชุดกฎหมายและอาชญวิทยาชั้นสูง หน่วยที่ 6, 2554.

BOOKS

- Abimbola A. Olowofoyekku. Suing Judges: A Study of Judicial Immunity. Oxford : Clarendon Press, 1993.
- Alan E. Steinweis, Robert D. Rachlin. The Law in Nazi Germany. United State: University of Vermont, 2013.
- Alan Paterson. The Law Lords. London: Macmillan, 1982.
- Alexander Hamilton, James Madison and John Jay. The Federalist. New York : Barnes & Noble, 2006.
- Andrew Ashworth. Sentencing. The Oxford Handbook Criminology. third edition. London: Oxford University Press. 2002.
- Austin Sarat. The Punitive Imagination Law Justice, and Responsibility. Alabama: The University of Alabama Press, 2014.
- Bernd Heinrich. Vorlesung Strafrecht - Besonderer Teil - Arbeitsblatt Nr. 57 - Rechtsbeugung. §339 StGB. Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht. Humboldt-Universität Berlin, 1. Oktober 2011.
- David Barnard. The Criminal Court in Action. London: Butterworths, 1974.
- Denning. What Next In The Law. London: Butter worths, 1982.
- Emlio Gonzalez-Lopez. The Argentine Penal Code. London: Sweet & Maxwell Limited, 1963.
- Gabriel Hallevy. The Matrix of Derivative Criminal Liability. New York: Springer-Verlag Berlin Helder, 2012.
- Geoffrey A Flick. Natural Justice. Sydney: Butterworhts, 1979.
- Gerhard O. W. Mueller, Thomas Buergenthal. The German Penal Code of 1871. London: Sweet & Maxwell Limited, 1961.

- Graeme Newman. The Punishment Response. Philadelphia: J.B. Lippincott Company, 1978.
- H. Street. Governmental Liability: A Comparative study. New York: Cambridge at the University Press, 1953.
- H.L.A. Hart. Law, Liberty and Morality. London: Oxford University Press, 1962.
- H.L.A. Hart. Punishment and Responsibility. Oxford: Clarendon Press. 1968.
- Hans Petter Graver. Judges Against :Justice On Judges When the Rule of Law is Under Attack. New York: Springer-Verlag Berlin Helderger, 1993.
- Helmut Satzger, Bertram Schmitt, Gunter Widmaier. StGB Strafgesetzbuch Kommentar. Auflage I. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009.
- Herbert L. Packer. The Limits of The Criminal Sanction. California: Stanford University Press, 1968.
- Herbert Tröndle und Thomas Fischer. Beck'sche Kurzkommentare zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 50. Auflage. München: C.H. Beck, 2002.
- Howard J. De Nike. German Unification and the Jurists of East Germany. Mönchengladbach :Forum-Verl, 1997.
- Ian McLeod. Legal Method. Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2013.
- J.C.Smith and B.Hogan. Criminal Law, sixth edition. London: Butterworths, 1988.
- Jeffrie G.Murphy. Retribution, Justice and Therapy. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1979.
- Jerome Hall. General Principle of Criminal Law. 2 ed. The Bobbs-Merril Company Inc., 1960.
- Joel Feinberg. The Moral criminal law offence to others. Volume II, New York Toronto: Oxford University Press, 1985.
- John H. Langbein. Comparative Criminal Procedure: Germany. New York: West Publishing, 1977.
- John Stuart Mill. On liberty. New York: Springer-Verlag Berlin Helderger, 2012.
- Katherine S. Williams. Textbook on Criminology. Blackstone Press Ltd., 1994.
- Kristian Kühl. Strafgesetzbuch Kommentar. 25. neu bearbeitete Auflage. Verlag C.H. Beck:München, 2004.

- Leon Radzinowicz. A History of English Criminal Law and its Administration from 1750.
New York: The Macmillan Company, 1948.
- Lydia Voigt et.al.. Criminology and Justice. New York: McGraw-Hill. Inc.. 1994.
- Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle. Criminal Law A Comparative approach. Oxford:
Oxford University Press, 2014.
- Neil Duxbury. The nature and authority of precedent. United Kingdom : Cambridge
University Press, 2008.
- Nigel Walker. Crime and Punishment in Britain. Edinburgh: Edinburgh University Press,
1970.
- Othmar Jauernig. Zivilprozessrecht. 30. völlig neu bearbeitete Auflage. Verlag C.H.
Beck:München, 2011.
- P.S. Atiya. Vicarious liability in the law of torts. London: Butterworths, 1967.
- P.T. Fitzgerald. Criminal Law and Punishment. Oxford: The clarendon Press, 1962.
- Peter Seemann. Rechtsbeugung – Die Strafbarkeit des Richters. Aachen: Shaker. 1996.
- R.Dhavan R.Sudarshan and S.Khurshid(eds.). Judge and the Judicial Power. Bombay
N.M.Tripathi, 1985.
- René Guyon. The Work of Codification in Siam. Paris: Imprimerie National, 1919.
- Roger Arguile. Criminal Procedure. London: Butterworth & Co. (publishers) Ltd., 1969.
- Rolf A. Schütze. Institutional Arbitration. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2013.
- Russell A. Miller, Peer C. Zumbansen. Annual of german & European Law. Volume I,
New York Toronto: Oxford University Press, 2003.
- Sir Robert Cross and Andrew Ashworth. The English Sentencing System, third edition.
London: Butterworths, 1981.
- Sir Walter Moberly. The Ethics of Punishment. London: Faber and Faber, 1968.
- Stephen Thaman. The German Penal Code as amended as of December 19,2001. New
York: Wayne State University, 2002.
- Steven Shavell, Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a
deterrent. In Jules Coleman and Jeffrey Lange. Law and economics. volume 1.
Aldershot, Dartmouth, 1992.
- Thomas Hobbes. Leviathan. introduction by Kenneth Minogue. London: Dent, 1987.

Voigt et.al.. Criminology and Justice. New York: McGraw-Hill, Inc., 1994.

Wolfgang Heyde. The Administration of Justice in the Federal Republic of Germany.

Bonn: Press and Information Office of the Federal Government, 1971.

Wolfgang Joecks. Christian Jäger. Strafgesetzbuch Studienkommentar. München: C.H. Beck, 2018.

ARTICLES

“Waco V. Mileres.” Federal reporter, 2d Series. (1991) : 214-216.

Bettina Möller-Heilmann. “Die Strafverfolgung von Richtern und Staatsanwälten der ehemaligen DDR wegen Rechtsbeugung.” Frankfurt am Main: Lang. (1999).

Bundesgerichtshof. Urteil vom 4. Az. 5 StR 92/01 ; BGHSt 47, (2001) : 105-116.

Christoph Burchard. “The Nuremberg Trial and its Impact on Germany.” Journal of International Criminal Justice 4. (2006) : 800-829.

David S. Clark. “The Selection and Accountability of Judges in West Germany : Implementation of a Rechtsstaat.” Southern California Law Review 61. (1987-1988) : 1842.

Deng Ruiping, Duan Xiaosong. “Promoting Impartiality of International Commercial Arbitrators through Chinese Criminal Law: Arbitration by Perversion of Law.” Brigham Young University International Law & Management Review, Vol. 10, Issue 2. (2014) : 109-138.

DR. WOLFGANG KUHN. “West Germany.” International Business Lawyer, Vol. 8. (1980) : 345-346.

Duan Xiaosong. “CRIMINAL LIABILITY OF ARBITRATORS IN CHINA: ANALYSIS AND PROPOSALS FOR REFORM.” Pacific Rim Law & Policy Journal Association, Vol. 23 No. 2. (2014) : 343-394.

Hans Petter Graver. “Judging without Impunity: On the Criminal Responsibility of Authoritarian Judges.” Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 4 Issue 1. (2016) : 125-149.

- Howard J. De Nike. "Judges on Trial: A Cultural View of the Prosecution of East German Jurists." Political and Legal Anthropology Review, Vol. 18, Issue 1. (1995) : 83-88.
- K. Neumann. "Criminal Law." Manual of German Law, Vol. 2. (1952) : 72-137.
- Katharina Sobota. "Das Prinzip Rechtsstaat : verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte." Jus publicum; Bd. 22. (1997).
- Markus Dirk Dubber. "JUDICIAL POSITIVISM AND HITLER'S INJUSTICE." Book review, Vol. 93. (1993) : 1807-1832.
- MICHAEL BOHLANDER, MARK BLACKSELL, KARL MARTIN BORN. "The legal profession in East Germany past, present and future." INTERNATIONAL JOURNAL OF THE LEGAL PROFESSION, Vol. 3, No. 3. (1996) : 255-280.
- Robert Craig Waters. "JUDICIAL IMMUNITY VS. DUE PROCESS: WHEN SHOULD A JUDGE BE SUBJECT TO SUIT?." Cato Journal, Vol. 7, No. 2. (1995) : 461-474.
- Stanley L Paulson. "STATUTORY POSITIVISM." Legisprudence, Vol I, No. 1. (2007): 1-29.
- Udo Steiner. "THE BASIC LAW AND THE PROCESS OF REUNIFICATION." SMU LAW REVIEW, Vol. 53. (2000): 461-476.
- Steven D. Levitt and Thomas J. Miles. "Empirical study of criminal punishment" in A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell. Handbook of Law and Economics. Volume 1, Elsevier, (2007).

ELECTRONIC MEDIAS

- "EUROPEAN ASSOCIATION OF JUDGES." http://www.ekou.ee/doc/2015-04-13_Report-Situation-of-Justice-in-Europe-2014.pdf, November 14, 2017.
- "Preußisches Strafgesetzbuch von 1851." <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/StrafgesetzbuchPreussen1851.pdf>, August 4, 2017.
- "Section 319 Crimes Act 1900 I Perverting Course of Justice." <http://www.sydneycriminallawyers.com.au/crimina;/legislation/crimes-act/perverting-course-of-justice/>, September 7, 2016.

- “Criminal Law of the People's Republic of China.” <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46814270.pdf>, October 20, 2016.
- Arthad Kurlekar. “Perversion of Law in Chinese Criminal Law – An Indiscriminate Legal Weapon Against Arbitrators.” <http://www.mediate.com/articles/KurlekarAbl20150912.cfm>, September 17, 2016.
- Bernd Heinrich, “Rechtsbeugung, § 339 StGB,” from <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strbt2011/57-rechtsbeugung.pdf>, November 2, 2016.
- Bernd Heinrich. “Muss das „Recht“ bei § 339 StGB objektiv gebeugt werden?.” http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/abs_ex_2014/52-sonstiges02.pdf, July 19, 2017.
- Bundesverfassungsgericht. “Order of 14 July 2016 - 2 BvR 661/16.” https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/07/rk20160714_2bvr066116en.html, November 16, 2017.
- Ministerio de Justicia. “Criminal Code.” http://www.legislationline.org/download/action/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf, September 12, 2016.
- Owen Bowcott. “Perverting the course of justice carries maximum life sentence.” <http://www.theguardian.com/uk/2012/may/15/perverting-course-justice-maximum-life-sentencez>, September 7, 2016.
- Supreme Court of the United States. “Bradley v. Fisher, 80 U.S. 335 (1871).” [https://1.next.westlaw.com/Document/lb46f732bb5f811d9bc61beebb95be672/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://1.next.westlaw.com/Document/lb46f732bb5f811d9bc61beebb95be672/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)), July 19, 2017.
- The European Network of Councils for the Judiciary. “Report ENCJ working group on Liability 2007-2008.” <https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/reportenliability20072008.pdf>, November 14, 2017.
- United Nations Office on Drugs and Crime. “Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct.” https://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf, March 2, 2017.

ภาคผนวก

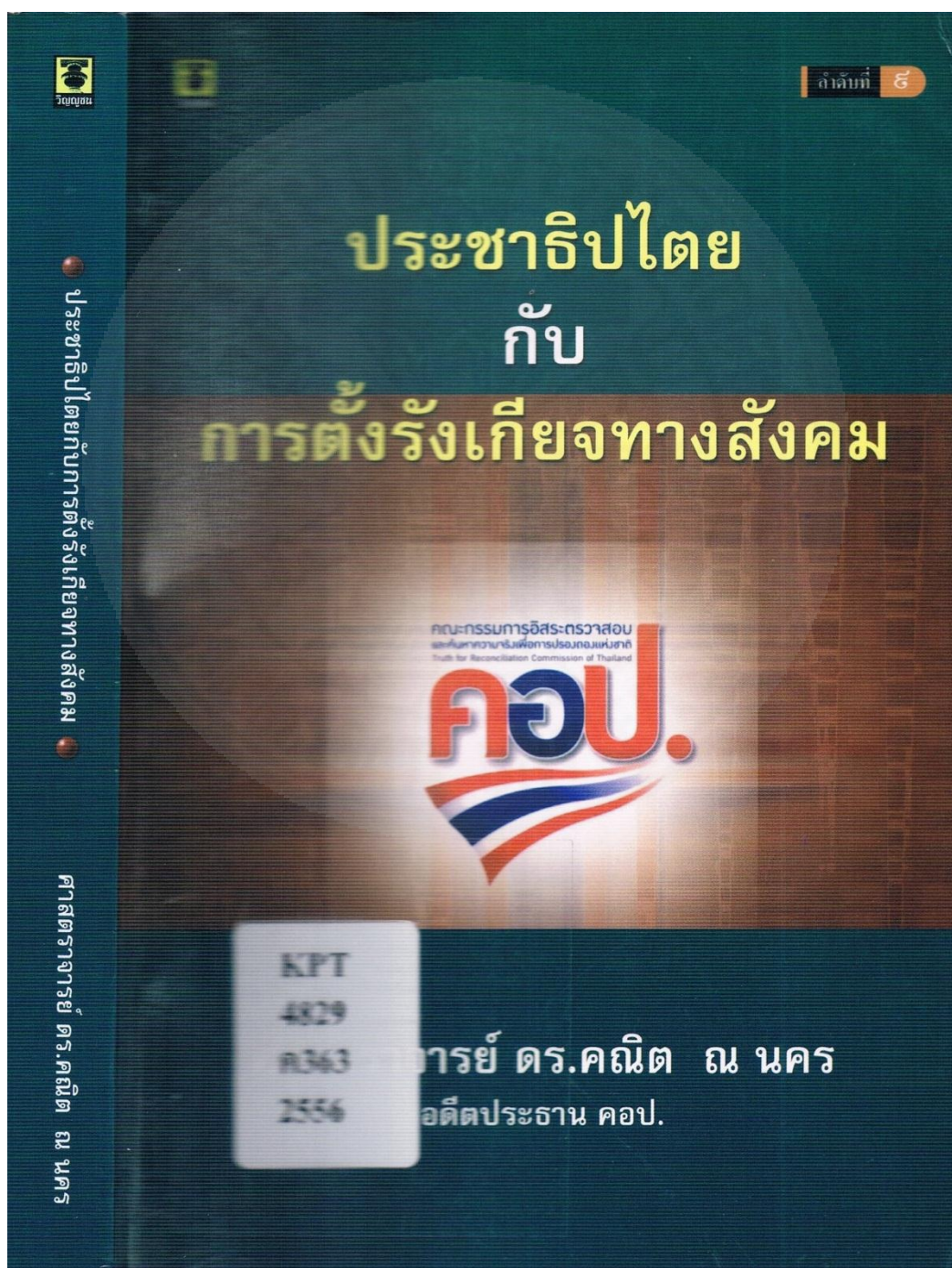


ภาคผนวก ก

บทความ “การหักดิบกฎหมายเป็นรากเหง้าของปัญหาความไม่สงบ”

จากหนังสือประชาธิปไตยกับการตั้งรังเกียจทางสังคม

ของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร



ประชาธิปไตยกับการตั้งรังเกียจทางสังคม

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร

พิมพ์ : มีนาคม ๒๕๕๖

ราคา ๓๒๐ บาท

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

คณิต ณ นคร

ประชาธิปไตยกับการตั้งรังเกียจทางสังคม. -- กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2556.

420 หน้า

1. ไทย -- การเมืองการปกครอง. I. ชื่อเรื่อง

320.9593

ISBN : 978-616-269-156-0

จัดพิมพ์และจำหน่ายโดย

บริษัท สำนักพิมพ์วิทยุชน จำกัด

ศูนย์หนังสือกฎหมายวิทยุชน

๓๙/๒๐๐-๒๐๑ ซอยวิภาวดีรังสิต ๙๔ ถนนวิภาวดีรังสิต แขวงสนามบึง

เขตดอนเมือง กรุงเทพฯ ๑๐๒๑๐

โทร. ๐๒-๙๙๖-๙๔๗๑-๓ โทรสาร ๐๒-๙๙๖-๙๔๗๔ (ป.ณ.รามอินทรา)

<http://www.winyuchon.co.th>

E-mail : winyuchon_w@hotmail.com

ปก : พิชัย ผืนเยื้อง

รูปเล่ม : สุกัญญา พรหมทรัพย์ <http://khunnaipui.multiply.com>

แยกสี/เพลท : ดอนเมืองเพลท โทร. ๐๒-๙๙๖-๙๕๕๓

พิมพ์ที่ : โรงพิมพ์เดือนตุลา โทร. ๐๒-๙๙๖-๗๓๙๒-๔ โทรสาร ๐๒-๙๙๖-๗๓๙๕

ถ้ามีการชำรุดบกพร่องหรือผิดพลาดเนื่องจากการพิมพ์
โปรดส่งคืนหรือนำมาเปลี่ยนได้ที่สำนักพิมพ์

2013 WINYUCHON PUBLICATION HOUSE

Printed in Thailand

035602378015

KPT

4829

@B63

2556

สำนักพิมพ์วิทยุชน
๓๙/๒๐๐-๒๐๑ ซอยวิภาวดีรังสิต ๙๔ ถนนวิภาวดีรังสิต แขวงสนามบึง เขตดอนเมือง กรุงเทพฯ ๑๐๒๑๐

การหักดิบกฎหมาย เป็นรากเหง้าของปัญหาความไม่สงบ

เมื่อเราจะพูดถึงรากเหง้าของปัญหาความไม่สงบจนต้องตั้ง คอป. ขึ้นแล้ว ผมคิดว่าเราคงจะต้องพูดถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และ “การหักดิบกฎหมาย” อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกขนานนามว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” เพราะในขณะยกร่าง ได้มีการรับฟังเสียงสะท้อนของประชาชนอย่างกว้างขวางมาก ประชาชนจำนวนมากไม่น้อยที่อยากให้มีนักการเมืองใหม่ๆ เข้ามาทำงานการเมือง และว่านักการเมืองเก่าๆ ควรจะลาเวทีไปได้แล้ว นี่คือนี่สิ่งที่ผมพบเห็นมาและอยากจะเล่าสู่กันฟัง (แล้วผลเป็นอย่างไร ???)

โดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้นอกจากจะได้มีการปฏิรูปการเมืองแล้วยังมีการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมควบคู่กันไปด้วย

การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมที่สำคัญประการหนึ่งคือการเกิดองค์กรอิสระขึ้นมากมาย ศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นองค์กรหนึ่งที่ตั้งขึ้นจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้

เกี่ยวกับผู้ที่จะมาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ผมจำได้ว่า รองศาสตราจารย์ ดร.โกเมศ ขวัญเมือง เป็นผู้มีส่วนสำคัญในการยกร่าง และในการยกร่างเสนอของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น ความคิดเดิมของผู้ยกร่างคือการไม่ต้องการให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไปยึดโยงกับผู้พิพากษาศาลยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ต้องการให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผมซึ่งเป็น สสร. ๒๕๕๐ ด้วยผู้หนึ่งจึงได้เสนอต่อ รองศาสตราจารย์

ดร.โกเมศฯ ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรมาจากผู้พิพากษาและตุลาการของศาลสูงสุดของประเทศจำนวนหนึ่งด้วยตามแบบอย่างตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และในที่สุดข้อเสนอของผวกก็ได้รับการยอมรับตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญของเราจึงประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน ๕ คน และตุลาการศาลปกครองสูงสุด ๒ คน ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์จำนวน ๕ คน ผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์จำนวน ๓ คน

เมื่อเริ่มแรกที่มีศาลรัฐธรรมนูญนั้น ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง ตุลาการศาลปกครองสูงสุดจึงไม่มีอยู่ในคณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดแรกเริ่มจึงประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน ๕ คน คือ (๑) นายจุมพล ณ สงขลา (๒) นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ (๓) นายสุวิทย์ วีระพงษ์ (๔) นายมงคล สระแก้ว และ (๕) นายอรุระ หวังอ้อมกลาง ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์จำนวน ๕ คน คือ (๑) นายโกเมน ภัทรภิรมย์ (๒) พลโท จุล อติเรก (๓) นายประเสริฐ นาสกุล (๔) นายสุจินดา ยงสุนทร และ (๕) นายอิสสระ นิตินันท์ประภาส และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์จำนวน ๓ คน คือ (๑) นายชัยอนันต์ สมุทวณิช (๒) นายเชาวน์ สายเชื้อ และ (๓) นายอนันต์ เกตุวงศ์ และคณะตุลาการได้ลงมติเลือกกันเองให้นายเชาวน์ สายเชื้อ เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ

“การหักดิบกฎหมาย” ได้เกิดขึ้นรวมสองครั้ง

“การหักดิบกฎหมาย” ครั้งแรก ได้เกิดขึ้นในศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดแรกนี้เมื่อปี ๒๕๔๒ เพราะผมเห็นว่าการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการตีความกฎหมายที่เกินเลยขอบเขตของตัวบทกฎหมายที่ยอมรับได้ และผมเห็นว่าแม้ในระบบกฎหมายของเราจะไม่มีคามผิดฐานปิดเบือนกฎหมายอย่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่มาตรา ๓๐๓ ของรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนก็บัญญัติถึงเหตุแห่งการถอดถอนซึ่งเนื้อหา ก็คือการกระทำที่เป็น “การปิดเบือนกฎหมาย” นั้นเอง แต่ก็ไม่มี การดำเนินการใดๆ ที่ตามมาแต่อย่างใด

(ดู รายละเอียดในบทความของ คณิต ณ นคร เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตีความกฎหมาย” ในหนังสือเล่มนี้)

“การหักดิบกฎหมาย” ครั้งที่สอง ได้เกิดขึ้นในปี ๒๕๔๔ ในขณะที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยนายประเสริฐ นาสกุล เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ

และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย (๑) นายกระมล ทองธรรมชาติ (๒) นายจุมพล ณ สงขลา (๓) พลโท จุล อติเรก (๔) นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ (๕) นายผัน จันทรปาน (๖) นายมงคล สระฐาน (๗) นายศักดิ์ เตชะชาญ (๘) นายสุจิต บุญบงการ (๙) นายสุจินดา ยงสุนทร (๑๐) นายสุวิทย์ วีระพงษ์ (๑๑) นายอนันต์ เกตุวงศ์ (๑๒) นายอมร รักษาสัตย์ (๑๓) นายอิสสระ นิตทัศน์ประกาศ และ (๑๔) นายอุระ หวังอ้อมกลาง

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดดังกล่าวมานี้ที่ดูจะเป็นปัญหามี ๔ คน คือ (๑) นายกระมล ทองธรรมชาติ (๒) นายจุมพล ณ สงขลา (๓) นายผัน จันทรปาน และ (๔) นายศักดิ์ เตชะชาญ เพราะไปวินิจฉัยเกินประเด็นในปัญหา “เงื่อนไขที่ต้องพิจารณาก่อน” (prerequisite) หรือในขั้นตอนการรับเรื่องโดยวินิจฉัยเกินเลยไปว่า “ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน” ซึ่งคำวินิจฉัยส่วนนี้เป็นเรื่องในชั้นเนื้อหาของคดีซึ่งจะต้องกระทำในภายหลัง

ครั้นเมื่อผมได้ตรวจสอบต่อไปในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๔ คน ผลปรากฏว่า เฉพาะนายกระมล ทองธรรมชาติ เท่านั้นที่วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยส่วนตนว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ส่วนนายจุมพล ณ สงขลา และนายผัน จันทรปาน วินิจฉัยในคำวินิจฉัยส่วนตนว่ากรณีของเรื่องไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยทั้งสองไม่ได้ลงไปวินิจฉัยในเนื้อหาคดีแต่อย่างใด ส่วนคำวินิจฉัยส่วนตนของนายศักดิ์ เตชะชาญ ไม่อาจชี้ชัดว่าเป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องอำนาจศาลหรือวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีกันแน่ เหตุนี้ผมจึงกล่าวในบทความของผมเรื่อง “การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมาย” ว่า

“เหตุฉะนั้น เมื่อรวมคะแนนเสียงของนายกระมล ทองธรรมชาติ ที่วินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ เข้ากับคะแนนเสียงของ พลโท จุล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ นายสุจินดา ยงสุนทร และนายอนันต์ เกตุวงศ์ ซึ่งวินิจฉัยชี้ขาดชัดเจนทั้งในคำวินิจฉัยส่วนตนและในคำวินิจฉัยกลางว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ รวมกับนายศักดิ์ เตชะชาญ ซึ่งเมื่อยังไม่อาจชี้ชัดอย่างอื่นก็ต้องถือว่านายศักดิ์ เตชะชาญ เห็นว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ แล้ว คะแนนเสียงที่ว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามมาตรา

๒๙๕ จึงมีทั้งหมดเพียง ๖ เสียงเท่านั้น และคดีปรากฏชัดเจนว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดว่า พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ นั้น มีทั้งหมดจำนวน ๗ เสียง คือ นายประเสริฐ นาสกุล นายมงคล สระแก้ว นายสุจิต บุญบงการ นายสุวิทย์ ธีระพงษ์ นายอมร รักษาสัตย์ นายอิสสระ นิตินันท์ ประภาส และนายอุระ หวังอ้อมกลาง เหตุนี้ผู้เขียนจึงได้เคยกล่าวไว้ใน “คดีชุกหูน” นั้น พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้แพคดี”

(ดู คณิต ณ นคร “กระบวนการยุติธรรมต้อง “นิ่ง”” ใน รัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรม สำนักพิมพ์วิญญูชน มิถุนายน ๒๕๔๙ หน้า ๑๐ และดูบทความเรื่องนี้ในหนังสือเล่มนี้)

“การหักดิบกฎหมาย” ครั้งที่สองยังทำให้เกิดวลี “อัศวินควายดำ” จากวงนอกขึ้นด้วย อันแสดงถึงการที่สังคมเรายอมให้มีการ “ยึดตัวบุคคล” ยิ่งกว่าการยึด “หลักกฎหมาย” หรือการที่สังคมเราอาจจะไม่เข้าใจ “อุเบกขา” (ดู คำนำในหนังสือเล่มนี้)

สรุปว่า รากเหง้าของปัญหาความไม่สงบของบ้านเมืองจึงเกิดจาก “การหักดิบกฎหมาย” ของศาลรัฐธรรมนูญ และเกิดจากการที่สังคมเรา ยึด “ตัวบุคคล” มากกว่ายึด “หลักกฎหมาย”

ศาลรัฐธรรมนูญ กับการตีความกฎหมาย^๑

อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ เป็นจอมเผด็จการคู่ประวัติศาสตร์โลก เส้นทางสู่อำนาจทางการเมืองของเขาเกี่ยวข้องกับศาลและการตีความกฎหมาย

ฮิตเลอร์ เป็นคนออสเตรียเกิดเมื่อ ค.ศ. ๑๘๘๙ ด้วยความคิดเชื้อชาตินิยม เขาได้เข้าไปอยู่ในเมืองมิวนิค รัฐบาวาเรีย ประเทศเยอรมันในปี ค.ศ. ๑๙๑๓

ในสงครามโลกครั้งที่ ๑ เขาได้เข้าเป็นทหารในกองทัพบาวาเรีย เขาได้แสดงวีรกรรมในการรบจนได้รับเหรียญตราแห่งความกล้าหาญ

ปี ค.ศ. ๑๙๒๓ เขาก่อการรัฐประหารในบาวาเรียเพื่อจะขึ้นสู่อำนาจทางการเมืองในรัฐนี้แต่ไม่สำเร็จจึงกลายเป็นกบฏและถูกศาลบาวาเรียพิพากษาจำคุก

ตามกฎหมายเยอรมันในขณะนั้นคนต่างด้าวที่กระทำความผิดฐานกบฏ นอกจากจะต้องถูกพิพากษาลงโทษแล้วศาลต้องพิพากษาให้เนรเทศออกไปนอกอาณาจักรเยอรมันด้วย ซึ่งเมื่อผู้ต้องโทษพ้นโทษจำคุกแล้วก็ต้องถูกเนรเทศตามคำพิพากษา

แต่ในคดีที่ฮิตเลอร์ถูกฟ้องนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการเนรเทศ ศาลได้ให้เหตุผลว่า ฮิตเลอร์ซึ่งมีความรู้สึกนึกคิดเป็นเยอรมันทั้งได้ประกอบคุณงามความดีให้แก่กองทัพบาวาเรียเยอรมันถือไม่ได้ว่าเป็นคนต่างด้าว และไม่อยู่ในข่ายที่จะต้องพิพากษาให้เนรเทศ

^๑ พิมพ์ครั้งแรกใน มติชนสุดสัปดาห์ ปีที่ ๑๙ ฉบับที่ ๙๘๕ วันที่ ๖ กรกฎาคม ๒๕๔๒

คนต่างด้าวคือคนสัญชาติต่างประเทศ ข้อนี้อันแก่นักศึกษากฎหมายปีแรก ก็ย่อมจะทราบดี แต่ผู้พิพากษาในคดีนั้นกลับเห็นเป็นอย่างอื่น การตีความกฎหมายของศาลจึงขัดต่อกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด

ฮิตเลอร์ถูกจำคุกในคดีดังกล่าวไม่กี่เดือนก็ได้รับการปลดปล่อย เขาดำเนินงานทางการเมืองต่อในเยอรมันจนกระทั่งได้เป็นทั้ง “ท่านผู้นำ” และนายกรัฐมนตรี และที่สุดเป็นประมุขของรัฐ รวบอำนาจนิติบัญญัติและบริหารไว้ที่ตนคนเดียว นำเยอรมันเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่สอง ประสบความพ่ายแพ้และตายไปในที่สุด

การดำเนินการทางการเมืองขึ้นสู่อำนาจครั้งหลังของเขาไม่ได้ใช้กำลัง เช่นครั้งแรก หากแต่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือโดยวิธีการที่อาจจะเรียกว่า ฉ้อราษฎร์บังหลวงโดยรัฐธรรมนูมิได้ถูกทำลายอย่างเช่นในบ้านเรา

ในเยอรมันมีความผิดอาญาอยู่ฐานหนึ่งเรียกในภาษาเยอรมันว่า Rechtsbeugung ซึ่งอาจแปลได้ว่า ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ความผิดฐานนี้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายของผู้พิพากษา

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา ๓๓๖ บัญญัติความว่า

“ผู้พิพากษาผู้ใดพิจารณาพิพากษาคดีใดให้เป็นคุณหรือเป็นโทษกับฝ่ายใดโดยการบิดเบือนกฎหมายมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี”

การที่ศาลพิพากษาว่าฮิตเลอร์ไม่ใช่คนต่างด้าวจึงไม่ต้องถูกเนรเทศดังกล่าวมาแล้วก็คือการที่ผู้พิพากษาในคดีได้บิดเบือนกฎหมายเพื่อช่วยฮิตเลอร์อันเป็นความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนั่นเอง

กล่าวกันในเยอรมันในเวลาต่อมาว่าการบิดเบือนกฎหมายในคดีที่ฮิตเลอร์เป็นจำเลยนี้เป็นการบิดเบือนกฎหมายครั้งยิ่งใหญ่ที่สุดในโลกและโดยไม่มีใครถูกทำโทษ

เพราะอะไรที่กล่าวกันเช่นนั้น ก็เพราะว่าหากผู้พิพากษาใช้กฎหมายอย่างตรงไปตรงมา ไม่ตีความอย่างเลี้ยวบาลีแล้ว ฮิตเลอร์ก็ต้องถูกเนรเทศออกไปนอกอาณาจักรเยอรมัน

และเมื่อเช่นนั้นฮิตเลอร์ก็อาจจะไม่มีโอกาสฉ้อราษฎร์บังหลวงขึ้นเป็นใหญ่

และเมื่อไม่อาจฉีกรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นใหญ่ได้ สงครามโลกครั้งที่สองก็อาจจะไม่เกิดขึ้น

และเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองอาจจะไม่เกิดขึ้น ผู้คนก็อาจจะไม่ล้มตายกันจำนวนมาก

และที่สำคัญคนยิวก็อาจจะไม่ถูกฆ่าทิ้งเป็นล้านๆ

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมที่ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับก่านัลหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดตามมาตรา ๒๐๑ หรือ ๒๐๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญาของเรา แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอย่างไม่ตรงไปตรงมาที่ไม่มีของก่านัลเข้ามาเกี่ยวข้อง

การบิดเบือนกฎหมายคือการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดเจน

ในกรณีนี้อาจตีความได้หลายอย่าง การบิดเบือนกฎหมายคือการตีความที่เกินเลยขอบเขตที่ยอมรับได้

ระบบกฎหมายของประเทศไทยเราเป็นระบบซีวิลลอว์ หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ยอมรับกันในระบบซีวิลลอว์จะเริ่มต้นด้วย “การตีความตามหลักภาษา” (grammatical interpretation) ทั้งนี้ เพระตัวบทกฎหมายเป็นวัตถุของการตีความ

อย่างไรก็ตาม ถ้าตัวบทกฎหมายไม่มีความชัดเจนอย่างแท้จริงแล้ว (ซึ่งตามปกติไม่ค่อยจะมี) การตีความกฎหมายจะหยุดอยู่เพียงที่การพิจารณาหลักภาษาอย่างเดียวหาได้ไม่ แต่ผู้ตีความจะต้องตรวจสอบความถูกต้องของความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายที่กำลังตีความนั้นต่อไปอีกตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

๑. สำนวจเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าคืออะไร “การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย” (teleological interpretation) มิใช่การค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่าง แต่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย

๒. สำนวจประวัติความเป็นมาของกฎหมายซึ่งก็คือ “การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” (historical interpretation) และ

๓. สุดท้ายคือ การตรวจสอบความถูกต้องของความหมายของกฎหมายที่ต้องตีความโดยพิจารณาความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย ในกรณีนี้

เรียกว่า “การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย” (systematical interpretation)

โดยการตรวจสอบความถูกต้องของความหมายของกฎหมายตามหลักการตีความต่าง ๆ ที่กล่าวมา ย่อมทำให้ผลของการตีความของผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งของศาลมีความเป็นภาวะวิสัย (objective) และทำให้คำพิพากษาของศาลมีเหตุมีผล สร้างความเชื่อถือศรัทธาให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องและประชาชน

รัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมาย การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ชอบที่จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วเช่นกัน

การตีความรัฐธรรมนูญที่เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างมากในขณะนี้ คือ การตีความเรื่องการพ้นตำแหน่งของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลังของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายข้างมาก

วัตถุประสงค์ของการตีความคือคำว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ซึ่งส่วนใหญ่เห็นกันว่าถ้อยคำของกฎหมายยังไม่ชัดเจน ซึ่งผู้เขียนก็เห็นพ้องด้วย จึงต้องตรวจสอบต่อไปเพื่อทราบความหมายที่แท้จริงของตัวบทดังกล่าว

ผู้ที่พยายามกล่าวถึงการตอบโต้ของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในขณะพิจารณาร่างบทบัญญัตินี้และกล่าวว่า นั่นคือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ คำกล่าวนี้น่าจะยังคลาดเคลื่อนอยู่ เพราะเจตนารมณ์ของผู้ร่างไม่ใช่เจตนารมณ์ของกฎหมาย

ศาสตราจารย์กฎหมายของเยอรมันที่มีชื่อเสียงมากผู้หนึ่งในอดีตชื่อ Gustav Radbruch เคยกล่าวไว้อย่างน่าฟังว่า

“กฎหมายสามารถที่จะฉลาดกว่าผู้ร่าง และที่ถูกต้องแล้ว กฎหมายต้องฉลาดกว่าผู้ร่าง” (Das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muss sogar klüger sein als seine Verfasser.)^๒

^๒ vgl. Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 17. Auflage, München 1969 S. 50

การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นปัญหาว่าต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดก็ดี หรือต้องถูกจำคุกจริง ๆ ก็ดี ความเห็นนี้พอที่จะยืนยันคำพูดของ Radbruch ได้บ้าง แต่ผู้เขียนก็ยังไม่สนิทใจว่าเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ในการพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมาย กระบวนการในการยกร่างและการพิจารณาร่างย้อมเป็นปัจจัยแห่งการพิจารณาได้

เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนนี้ กระบวนการในการทำงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ปรากฏเป็นบันทึกของการโต้ตอบของสมาชิกสภารัฐธรรมนูญดังกล่าวมาแล้ว น่าจะต้องฟังความหมายที่แท้จริงของ “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” คือไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดและไม่จำเป็นต้องถูกจำคุกจริง เพราะต้องการยกระดับบุคคลที่ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี

ปัญหาของเรื่องที่สูงสู่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาการพ้นจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเนื่องจากกรณีเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาล

ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมี ๓ ประเภทคือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรี ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของบุคคลทั้งสามประเภทรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แตกต่างกัน การตีความบทบัญญัติต่างๆ ให้เหมือนกันหรือในหลักการใหญ่เหมือนกันจึงน่าจะไม่ใช่ชอบด้วยหลักความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย

ดังกล่าวมาแล้วว่าการบิดเบือนกฎหมายในกรณีนี้อาจตีความได้หลายอย่างคือการตีความกฎหมายที่เกินเลยของเขตที่ยอมรับได้ ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการตีความรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวถึงนี้เป็น การตีความที่เกินเลยขอบเขตที่ยอมรับได้ เพราะไม่กลมกลืนกับหลักเกณฑ์ของการตีความตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

เราไม่มีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย แต่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐๓ ก็บัญญัติเหตุแห่งการถอดถอนว่า

“จงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย”

ซึ่งก็คล้ายกับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

และถ้าเนื้อหาของความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเหมือนกับเนื้อหา
ของเหตุแห่งการถอดถอน ผู้ที่จะทำความกระจ่างของปัญหาจึงมิใช่ใครอื่น
แต่เป็นวุฒิสภา



ภาคผนวก ข

บทความ “การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมาย” จากหนังสือหักดิบกฎหมาย
ของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร



หัตถ์พิมพ์กฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร

พิมพ์ : กันยายน ๒๕๕๐

ราคา ๑๒๐ บาท

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

คณิต ณ นคร.

หัตถ์พิมพ์กฎหมาย. -- กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2550.

176 หน้า

1. กฎหมาย -- รวมเรื่อง. I. ชื่อเรื่อง.

340

ISBN : 978-974-288-577-9

จัดพิมพ์และจำหน่ายโดย

บริษัท สำนักพิมพ์วิทยุชน จำกัด

๓๙/๒๐๐-๒๐๑ ซอยวิภาวดีรังสิต ๘๔ (กวีเหี่ยวนระวี) ถนนวิภาวดีรังสิต

แขวงสีกัน เขตดอนเมือง กรุงเทพฯ ๑๐๒๑๐

โทร. ๐๒-๕๙๖-๕๔๗๑-๓ โทรสาร ๐๒-๕๙๖-๕๔๗๔ (ป.ณ.รามอินทรา)

<http://www.winyuchon.co.th>

E-mail : winyuchon_w@hotmail.com

แบบปก : เล็ก พิชัย

รูปเล่ม : โมนอกกราฟิก

แยกสี/เพลท : ดอนเมืองเพลท โทร. ๐๒-๕๙๖-๗๕๘๓

พิมพ์ที่ : โรงพิมพ์เดือนตุลา โทร. ๐๒-๕๙๖-๗๓๕๒-๔ โทรสาร ๐๒-๕๙๖-๗๓๕๕

ถ้ามีการชำรุดบกพร่องหรือผิดพลาดเนื่องจากการพิมพ์

โปรดส่งคืนหรือนำมาเปลี่ยนได้ที่สำนักพิมพ์

2007 WINYUCHON PUBLICATION HOUSE

Printed in Thailand

095001827020

KPT

4753

ค363

๑๒
หักดิบกฎหมาย

(คำว่า “ผู้พิพากษา” ในภาษาไทยใช้กับผู้ใช้อำนาจตุลาการในศาลยุติธรรม ส่วนผู้ใช้อำนาจตุลาการในศาลอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือศาลทหาร เราเรียกว่า “ตุลาการ”)

ความผิดฐานที่เรียกว่า Rechtsbeugung อาจแปลว่า “ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย” หรือถ้าจะแปลให้ละเอียดก็ต้องแปลว่า “ความผิดฐานหักดิบกฎหมาย”

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดดั้งเดิมในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันทีเดียว กล่าวคือ การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายเป็นความผิดอาญามาโดยตลอดตั้งแต่ก่อนสงครามโลก

เมื่อเราพูดถึงการทุจริตประพฤตินชอบของเจ้าพนักงานในการยุติธรรมแล้วในกฎหมายอาญาของไทยเราก็ย่อมจะหมายถึงโดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๐๑, ๒๐๒ ซึ่งการทุจริตประพฤตินชอบดังกล่าวนี้ก็เป็นกรกระทำที่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมันเช่นเดียวกัน และเป็นความผิดอาญาในทุกประเทศ แต่ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น ไม่มีในกฎหมายอาญาของไทยเรา

ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมที่ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับของกำนัลหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอย่างไม่ตรงไปตรงมาที่อาจไม่มีของกำนัลเข้ามาเกี่ยวข้อง

การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมาย คือ การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และในกรณีที่กฎหมายอาจตีความได้หลายอย่าง การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายก็คือการตีความกฎหมายที่เกินเลยขอบเขตที่ยอมรับได้ในทางวิชาการ

๑๓
หักดิบกฎหมาย

การกระทำที่เป็นการบินเบือนหรือหักดิบกฎหมายเคยเกิดขึ้นมาแล้วในประเทศไทยเรา เช่น กรณีการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการพ้นตำแหน่งของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง^๒

ในบทความนี้ผู้เขียนจึงจะได้วิเคราะห์ถึงการบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญที่แม้จะได้ถูกยกเลิกไปแล้วต่อไป ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นอุทาหรณ์สอนใจสำหรับนักกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายทั้งหลาย

หนึ่ง ในบทความนี้เมื่อผู้เขียนกล่าวถึง “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” ผู้เขียนหมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ที่เพิ่งถูกยกเลิกไปในการยึดอำนาจการปกครอง เมื่อวันที่ ๑๙ กันยายน ๒๕๔๙ และเมื่ออ้างถึง “ราชกิจจานุเบกษา” ผู้เขียนหมายถึง ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๑๘ ตอนที่ ๗๗ ก วันที่ ๗ กันยายน ๒๕๔๔ อันเป็นราชกิจจานุเบกษาที่ลงพิมพ์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใน “คดีชุกหุน” ที่ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งมีอยู่ ๓ เล่ม

๑. อิทธิพลในทางการเมืองต่อนักกฎหมาย

คงต้องยอมรับกันได้กระมังว่าขณะเมื่อครั้งที่ศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่นั้นความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญมีปัญหามากทีเดียว ทั้งๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรอิสระองค์กรแรกและเป็นองค์กรที่สำคัญที่เกิดขึ้นหลังจากปฏิรูปการเมือง

^๒ ดู คณิต ณ นคร “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตีความกฎหมาย” มติชนสุดสัปดาห์ ปีที่ ๑๙ ฉบับที่ ๙๘๕ วันที่ ๖ กรกฎาคม ๒๕๔๒ หรือใน นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย สำนักพิมพ์วิญญูชน กันยายน ๒๕๔๘ หน้า ๔๙

๑๔
หักคืบกฎหมาย

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยเราตามรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน นั้น ประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน ๕ คน ตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน ๒ คน นอกนั้นเป็นผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์จำนวน ๕ คน และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์จำนวน ๓ คน ดังนี้ โครงสร้างของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยเราในหลักการใช้ได้ทีเดียว เพราะนอกจากจะเป็นการสร้างเอกภาพของอำนาจตุลาการโดยมีผู้พิพากษาศาลฎีกาและตุลาการศาลปกครองสูงสุดร่วมประกอบเป็นส่วนหนึ่งแล้ว ยังเปิดโอกาสให้ผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกได้เข้ามามีส่วนร่วมในการวินิจฉัยคดีด้วย ระบบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของเราจึงเป็น “ระบบกึ่งเปิด” ทำนองเดียวกับศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่น

คงต้องยอมรับกันอีกต่อไปว่าสังคมไทยเรานั้นเป็นสังคมที่นำไปสู่ระบบอุปถัมภ์ได้ง่ายมาก เพราะสังคมไทยเป็นสังคมครอบครัว การเลือกสรรบุคคลในองค์กรอิสระจึงอาจถูกอิทธิพลภายนอกซึ่งก็คืออิทธิพลทางการเมืองแทรกได้ง่าย และเพื่อเป็นการป้องกันการเล่นพรรคเล่นพวกรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนจึงได้ฝากความหวังไว้กับวุฒิสภาว่าจะเป็นกลางในการเมืองที่เพียงพอ แต่แล้วความเป็นกลางในการเมืองของวุฒิสภาก็ถูกตั้งคำถามจากสังคมอยู่ไม่น้อย ความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนต่อวุฒิสภาก็มีปัญหาอยู่มากเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ

การเลือกและให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดแรกนั้นกระทำโดยวุฒิสภามีอยู่เดิมที่มาจากแต่งตั้งจากพวก Technocrat ทั้งหลายซึ่งเห็นกันว่าเป็น Elite ของบ้านเมือง แต่จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายเรื่องตั้งแต่เริ่มต้นทำหน้าที่ความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนต่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดแรกก็เริ่มมีปัญหา

ต่อมาเมื่อผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ว่างลงหนึ่งคนและคณะ

๑๕
หักคิบกฎหมาย

กรรมการสรรหาได้เสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์จำนวน ๒ คน ให้วุฒิสภำทำการเลือกตามกติกา บุคคลที่กรรมการสรรหาเสนอให้วุฒิสภำคัดเลือกนั้นคนหนึ่งเป็นนิติศาสตร์บัณฑิตจากมหาวิทยาลัยโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น นิติศาสตร์บัณฑิตจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และปริญญาเอกทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และอีกคนหนึ่งมีวุฒิต่างกฎหมายเพียงชั้นปริญญาตรีจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เท่านั้น แต่ผลปรากฏว่าคนแรกไม่ได้รับการคัดเลือก ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกคือคนที่สอง กรณีจึงทำให้ผู้เขียน (และอาจมีผู้อื่นด้วย) มีคำถามอยู่ในใจตลอดมาว่ามาตรฐานผู้ทรงคุณวุฒิต่างนิติศาสตร์ของวุฒิสภำ **Technocrat** นั้นวัดกันอย่างไร

กระแสนิยมและอิทธิพลในการเมืองต่อนักกฎหมายนั้น ผู้เขียนเคยประสบมาแล้วด้วยตนเองในขณะดำรงตำแหน่งอัยการสูงสุดระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๓๗ ถึง ๒๕๔๐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดี ส.ป.ก. ๔-๐๑ ความรุนแรงของกระแสนิยมและอิทธิพลในการเมืองในคดีดังกล่าวนี้้นมีสูงมากจนผู้เขียนซึ่งเป็นข้าราชการประจำเกือบเอาตัวไม่รอด^๓

๒. ความเป็นอิสระของอัยการหรือตุลาการ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ (Independence of the Judiciary) นั้น เป็นหัวใจของการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการ และเป็นสิ่งที่ผู้ที่เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการทั้งหลายจักต้องตระหนัก

^๓ ดู บทเส้นทางแห่งหลักยุติธรรม หนังสือพิมพ์เป็นที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร พิมพ์ที่โรงพิมพ์เดือนตุลา กันยายน ๒๕๔๐

ในอดีตศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ และองค์คณะอีกท่านหนึ่งถ้าจำไม่ผิดคืออาจารย์ไพยม เลขยานนท์ ได้ตัดสินใจคุกคนขนาดรัฐมนตรีมาแล้ว ท่านทั้งสามจึงได้รับการกล่าวขวัญถึงตลอดมา

ผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นจะหวั่นไหวกับอิทธิพลใดๆ และกระแสนิยมไม่ได้โดยเด็ดขาด ผู้พิพากษาหรือตุลาการจักต้องตั้งมั่นในความเป็นอิสระของตน แต่ในอดีตปรากฏว่าอย่างน้อยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเองก็เคยส่อให้เห็นถึงความอ่อนไหวของตนต่อกระแสการเมืองและกระแสนิยม เพราะในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการนายหนึ่งในคดีที่รู้จักกันทั่วไปว่า “คดีชุกหูน” ที่มี พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา มีข้อความตอนหนึ่งว่า

“สำหรับความกังวลใจที่ปรากฏในสื่อมวลชนทั้งไทยและต่างประเทศที่ว่า การเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกภายในรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งปัญหาที่ต้องขบคิดอยู่ ๒ ประการคือ ถ้าผู้ถูกร้องไม่ได้เป็นนายกรัฐมนตรีต่อไปรัฐบาลชุดแรกที่มีเสถียรภาพในประวัติศาสตร์ประชาธิปไตยของไทยก็อาจจะสั้นคลอน แต่ถ้ายกกันข้ามผู้ถูกร้องพ้นข้อกล่าวหาจากกฎเกณฑ์ที่แตกต่างจากข้อวินิจฉัยเดิม มาตรการต่างๆ ที่ใช้กำจัดการทุจริตประพฤติมิชอบในระยะยาว ก็จะไม่มีประสิทธิภาพนั้น ขอยืนยันว่าความกังวลใจดังกล่าวจะเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคำร้องตามมาตรา ๒๙๕ ไปแล้วเพียง ๘ เรื่องเท่านั้น และยังไม่มีการฟ้องในคำร้องใดเหมือนกับกรณีของผู้ถูกร้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องทรัพย์สินที่เป็นหุ้น ส่วนกรณีของนาย ป. นั้นได้ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน ที่เป็นบัญชีเงินฝากธนาคาร กับที่ดินทั้งของนาย ป. เอง และของคู่สมรสมีจำนวนน้อยกว่าที่ไม่ได้ยื่น และไม่มีกรณีเรื่องหุ้นเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงแตกต่างในประเด็นเรื่องข้อเท็จจริง

๑๗
หักคืบกฎหมาย

กับผู้ถูกร้องโดยชัดเจน”^๔

ถ้อยคำที่ได้ยกมานี้เป็นถ้อยคำที่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ชอบที่ปรากฏในคำวินิจฉัยใดๆ ของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะ “คดีชุกหุน” นี้มีประเด็นพิจารณาเพียงสองประการ คือ

(๑) เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดหรือไม่ และ

(๒) หากเป็นคดีอยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแล้ว กรณีก็จะต้องวินิจฉัยต่อไปว่า ข้อเท็จจริงฟังได้หรือไม่ว่าผู้ถูกร้องได้กระทำความผิดรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๙๕

ฉะนั้น เหตุผลใดๆ ที่หยิบยกขึ้นมากล่าวในคำวินิจฉัยชอบที่จะต้องเป็นเหตุผลโดยตรงในการรับฟังและในการชี้แจงนำหนักพยานหลักฐานเท่านั้น ยิ่งถ้อยคำที่ว่า “ขอยืนยันว่าความกังวลใจดังกล่าวจะเกิดขึ้นไม่ได้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคำร้องตามมาตรา ๒๙๕ ไปแล้วเพียง ๘ เรื่องเท่านั้น” ด้วยแล้วยิ่งไม่ชอบที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเลย

๓. การขับน้ำหนักพยานหลักฐานและอิทธิพลคำให้การพยานบุคคล

เกี่ยวกับ “คดีชุกหุน” ที่มี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา นั้น ผู้เขียนได้เคยวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายมาบ้างแล้ว โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ว่า ในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็น “ศาลพิจารณาพิพากษาเฉพาะข้อกฎหมาย” (Review Court) ไม่ใช่ “ศาลพิจารณา”

^๔ ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๒ หน้า ๔๔๑

๑๘
หลักกฎหมาย

(Trial Court)^๕

โดยที่ใน “คดีชุกหูน” นี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานด้วย ผู้เขียนจึงจะวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวนี้ต่อไป

ตามหลักกฎหมายนั้น การนั่งพิจารณาคดีของศาล (รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญด้วย) ต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งมิได้นั่งพิจารณาคดีใดจะทำคำพิพากษาหรือวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้^๖

หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ย่อมตรงกับหลักตรรกศาสตร์อันเป็นหลักสำคัญในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน กล่าวคือ ผู้ที่จะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้ต้องเป็นผู้ที่ได้สัมผัสพยานหลักฐานต่างๆ มาด้วยตนเอง เพราะหากให้ผู้ที่มิได้สัมผัสกับพยานมาโดยตรงด้วยตนเองเป็นผู้ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานแล้ว ก็ย่อมจะไม่สามารถที่อธิบายและให้เหตุผลด้วยศาสตร์ใดๆ ได้เลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานบุคคล เพราะความน่าเชื่อถือของพยานบุคคลก็ดี ความสามารถในการจดจำของพยานบุคคลก็ดี เหล่านี้ผู้ชั่งน้ำหนักพยานบุคคลต้องสัมผัสกับพยานบุคคลโดยตรงด้วยตนเอง กล่าวคือ พยานบุคคลต้องให้การต่อหน้าตน แต่ทางปฏิบัติในอดีตของศาลยุติธรรมของไทยเราได้มีการทำผิดหลักการเกี่ยวกับเรื่องนี้มาโดยตลอดจนต้องมีการเน้นย้ำหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน^๗

^๕ ดู คณิศ ฒ นคร “ศาลรัฐธรรมนูญในคดียื่นบัญชีทรัพย์สิน” มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๒๓ และ ๒๔ มีนาคม ๒๕๔๔ หรือใน รัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรม สำนักพิมพ์วิญญูชน มิถุนายน ๒๕๔๙ หน้า ๘๐

^๖ ดู รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน มาตรา ๒๓๖

^๗ ดู คณิศ ฒ นคร กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พิมพ์ครั้งที่ ๗ สำนักพิมพ์วิญญูชน กุสภาพันธ์ ๒๕๔๙ หน้า ๒๔๑ - ๒๕๒

๑๙
หัตถ์บทกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีหลักการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน แต่ใน “คดีชุกหูน” ที่มี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้ถูกล่าวหาใน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนายหนึ่งซึ่งเพิ่งได้รับเลือกเข้าไปทำหน้าที่และไม่ได้ สัมผัสพยานบุคคลใดๆ ในคดีโดยตรงด้วยตนเอง แต่ก็ได้เข้าร่วมในการ วินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวด้วย การกระทำของตุลาการนายนั้น จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายอย่างแจ้งชัด เป็น การกระทำที่เป็นการบิดเบือนหรือหักฉีกกฎหมายนั่นเอง การกระทำของ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนายดังกล่าวนี้แม้ตามกฎหมายอาญาในปัจจุบัน จะเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดทางอาญา ผู้เขียนก็เห็นว่าเป็นการ บั่นทอนความเชื่อถือศรัทธาของศาลรัฐธรรมนูญไปไม่น้อย

๔. การวิเคราะห์คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญใน คดีชุกหูน

คำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญใน “คดีชุกหูน” ที่มี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้ถูกล่าวหา นั้น ผู้เขียนรู้สึกว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ อ่านเข้าใจเจตนารมณ์ยากที่สุด เป็นคำวินิจฉัยที่ดูออกจะยอกย้อนซ่อนเงื่อน ไม่น้อย และความยอกย้อนซ่อนเงื่อนนั้นได้เกิดขึ้นตั้งแต่การตั้งประเด็นใน การวินิจฉัยชี้ขาดคดีแล้ว เพราะในคำวินิจฉัยกลางในคดีดังกล่าวนี้ศาล รัฐธรรมนูญได้ตั้งประเด็นวินิจฉัยที่คลุมเครือว่า

“อนึ่ง เนื่องจากในการวินิจฉัยคำร้องนี้ มีเหตุผลที่ผู้ร้องและผู้ถูกร้องยกขึ้นกล่าวอ้างในหลายกรณีด้วยกัน คณะตุลาการศาล รัฐธรรมนูญจึงกำหนดประเด็นวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ในประเด็นว่า การกระทำของผู้ถูกร้องมีความผิดตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา ๒๙๕ หรือไม่”^๘

ที่ผู้เขียนกล่าวว่าเป็นการตั้งประเด็นที่คลุมเครือนั้น ก็เพราะศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุให้แน่ชัดว่าประเด็นข้อเท็จจริงที่จะวินิจฉัยคืออะไร และประเด็นข้อกฎหมายที่จะวินิจฉัยคืออะไร

ในเรื่องประเด็นที่จะวินิจฉัยในคดีนี้นั้น หากจะตั้งประเด็นที่จะวินิจฉัยดังต่อไปนี้ก็ย่อมจะมีความชัดเจน คือ

(๑) ผู้ถูกร้องต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๑ และมาตรา ๒๙๒ อันจะมีผลให้ต้องวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้ถูกร้องต้องด้วยมาตรา ๒๙๕ หรือไม่ และ

(๒) ข้อเท็จจริงในคดีฟังได้หรือไม่ว่าผู้ถูกร้องได้กระทำความผิดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕

ประเด็นแรกนั้นเป็นประเด็นวินิจฉัยข้อกฎหมายและเป็นประเด็นเกี่ยวกับอำนาจศาล ซึ่งประเด็นเกี่ยวกับอำนาจศาลนี้เป็นประเด็นที่เป็น “เงื่อนไขที่ต้องพิจารณาก่อน” (prerequisite)

เมื่อคำวินิจฉัยในประเด็นแรกเป็นคำวินิจฉัยที่เป็นไปในทางบวก กล่าวคือ เห็นว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแล้ว กรณีก็ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในประเด็นที่สองต่อไป และในการวินิจฉัยประเด็นที่สองนี้ย่อมตกเป็นหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนที่จะต้องวินิจฉัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งคนใดจะอ้างว่าเมื่อตนไม่เห็นด้วยในประเด็นแรกแล้วจะให้วินิจฉัยประเด็นที่สองได้อย่างไรนั้น ย่อมจะไม่ได้โดยเด็ดขาด เพราะจะเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนที่อาจถูกเพิกถอนออกจากตำแหน่งได้^๙

^๘ ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๑ หน้า ๗๔-๗๕

^๙ ดู รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน มาตรา ๓๐๓

หากพิจารณาตามประเด็นแรกที่คุณเขียนได้ตั้งไว้ข้างต้นแล้ว ผลก็จะตรงกับคำวินิจฉัยกลางในตอนแรกที่ว่า

“ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ๑๑ คน คือ นายประเสริฐ นาสกุล พลโทจูล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ นายมงคล สระภู่น นายสุจิต บุญบงการ นายสุจินดา ยงสุนทร นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ นายอนันต์ เกตุวงศ์ นายอมร รักษาสัตย์ นายอิสสระ นิตินันท์-ประกาศ และนายอุระ หวังอ้อมกลาง วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ใช้บังคับกับกรณีของผู้ถูกร้องได้ เพราะเป็นมาตรการ บังคับสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๙๑ และมาตรา ๒๙๒”^{๑๐}

ถ้อยคำในคำวินิจฉัยกลางที่ต่อจากที่กล่าวมาแล้วในย่อหน้าก่อนนี้ นั้น มีข้อความต่อไปว่า

“ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ๔ คน คือ นายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา นายผัน จันทรปาน และนาย ศักดิ์ เตชาชาญ วินิจฉัยข้อกฎหมายว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ไม่ใช้บังคับกับกรณีของผู้ถูกร้อง เพราะในขณะที่ยื่นบัญชี ทั้ง ๓ ครั้ง ผู้ถูกร้องได้พ้นจากตำแหน่งทางการเมืองไปแล้ว ซึ่งแม้การยื่นบัญชี ครั้งแรก ผู้ถูกร้องจะต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีชุดใหม่จะเข้ารับหน้าที่ตามมาตรา ๒๑๕ วรรคสอง ก็ตาม แต่เมื่อต้องพ้นจากตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรีตามมาตรา ๒๑๕ (๑) แล้ว ก็ไม่อาจถือว่าในระหว่างนั้นผู้ร้องยังดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามความหมายของมาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง และ

^{๑๐} ดู ราชกิจจานุเบกษา ฉบับที่ ๑ หน้า ๗๕

วินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน”^{๑๑}

ข้อความในส่วนหลังนี้นั้น ถ้าคำวินิจฉัยในประเด็นแรกไม่มีถ้อยคำต่อไปว่า “และวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่งเช่นเดียวกัน” แล้ว การวินิจฉัยในประเด็นแรกก็เข้าใจได้ทันทีว่า คดีนี้เป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากเห็นว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

คำถามก็คือว่า คำกล่าวที่เกินประเด็นวินิจฉัยข้อกฎหมายที่ว่า “และวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน” นั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายข้างน้อยต้องการสื่ออะไร เพราะดูจะเป็นคำกล่าวโดยความตั้งใจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายข้างน้อย ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในภายหลังเมื่อได้กล่าวถึงคำวินิจฉัยกลางในวรรคต่อมาแล้ว

คำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญในวรรคต่อมามีข้อความว่า

“ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากมีมติ ๘ ต่อ ๗ ว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก ๘ คน คือ นายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา พลโทจูล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวิเศษย์ นายพันธ์ จันทรปาน นายศักดิ์ เตชะชาญ นายสุจินดา ยงสุนทร และนายอหันท์ เกตุวงศ์ วินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย ๗ คน คือ นายประเสริฐ นาสกุล นายมงคล สระภู่น นายสุจิต

^{๑๑} ดู ราชกิจจานุเบกษา ฉบับที่ ๑ หน้า ๗๕

๒๓
หักติบกกฎหมาย

บุญบงการ นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ นายอมร รักษาสัตย์ นายอิสระ
นิติทัศน์ประกาศ และนายอรุระ หวังอ้อมกลาง วิจัยจรรยา ผู้ถูกร้อง
มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕”^{๑๒}

ดังนั้น ปัญหาจึงมีว่าถ้อยคำที่เกี่ยวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่าย
ข้างมาก คือ นายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา พลโท
จูล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ นายผืน จันทรปาน นายศักดิ์
เตชาชาญ นายสุจินดา ยงสุนทร และนายอนันต์ เกตุวงศ์ ที่ว่า “ผู้ถูกร
้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕” ในคำวินิจฉัยกลางตอน
ที่สองนั้น มีความหมายอย่างเดียวกับถ้อยคำในตอนแรกที่ว่า “ผู้ถูกร้อง
ไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง” นั้นหรือไม่

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่าถ้อยคำที่ว่า “ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตาม
มาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง” ในคำวินิจฉัยตอนแรกนั้น เป็นถ้อยคำที่เกิดขึ้น
โดยความตั้งใจของนายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา
นายผืน จันทรปาน และนายศักดิ์ เตชาชาญ ฉะนั้น ในการตรวจสอบ
เจตนารมณ์ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งสี่คนนี้ว่าต้องการสื่ออะไรก็ชอบ
ที่จะต้องตรวจสอบจากคำวินิจฉัยส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งสี่
คนดังกล่าวต่อไป ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้ตรวจสอบคำวินิจฉัยส่วนตัวของตุลาการ
ศาลรัฐธรรมนูญทั้งสี่คนนี้แล้วผลปรากฏดังต่อไปนี้

(๑) นายกระมล ทองธรรมชาติ มีความเห็นในคำวินิจฉัยส่วนตัวว่า

“พิจารณาแล้ว เห็นว่าข้อต่อสู้ของผู้ถูกร้องในกรณีนี้ที่ว่า
มาตรา ๒๙๕ ไม่ใช่บังคับกับผู้พ้นจากตำแหน่งไปแล้วก่อนยื่นบัญชี
ครั้งแรกหรือก่อนครบกำหนดสามสิบวันที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

^{๑๒} ดู ราชกิจจานุเบกษา ฉบับที่ ๑ หน้า ๗๕

มีหน้าที่ยื่นบัญชีฯ ครั้งแรกกรณีเข้ารับตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๒ วรรคหนึ่ง (๑) ต่อผู้ร้องรับฟังได้ เพราะการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ซึ่งเป็นบทลงโทษอย่างหนึ่งต่อผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะต้องใช้หลักการตีความอย่างจำกัดและเคร่งครัดว่า มาตรา ๒๙๕ ใช้บังคับกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่เข้ารับตำแหน่งครบสามสิบวันและจงใจไม่ยื่นบัญชีฯ ครั้งแรกหรือจงใจยื่นบัญชีฯ ด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่ผู้ถูกร้องในกรณีนี้ยื่นบัญชีฯ ครั้งแรกกรณีเข้ารับตำแหน่งหลังจากที่ผู้ถูกร้องพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองไปแล้วในวันที่ ๗ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๐ ก่อนครบกำหนดต้องยื่นบัญชีฯ ครั้งแรกถึงสามวัน จึงทำให้การยื่นบัญชีฯ ครั้งแรกของผู้ถูกร้องต่อผู้ร้องในวันที่ ๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๐ เป็นการกระทำที่ไม่เข้าองค์ประกอบของความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ตามที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วว่าการยื่นบัญชีฯ ครั้งแรกของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่จะเข้าข่ายเป็นความผิดสำเร็จตาม มาตรา ๒๙๕ จะต้องเป็นการยื่นบัญชีฯ ครั้งแรกในขณะที่ผู้นั้นยังอยู่ในตำแหน่งทางการเมือง แต่หากผู้ร้องมีข้อมูลจากการตรวจสอบความเปลี่ยนแปลงในรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ถูกร้องในบัญชีฯ ที่ยื่นต่อผู้ร้องทั้ง ๓ ครั้งว่ามีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ ผู้ร้องมีอำนาจที่จะดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๔ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๓๘ ส่งเอกสารทั้งหมดที่มีอยู่พร้อมทั้งรายงานผลการตรวจสอบไปยังอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพื่อให้ทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดิน

๒๕
หักดิบกฎหมาย

อาศัยเหตุผลดังกล่าว จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่าผู้ร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ และไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงตามคำร้องอื่นๆ อีก ให้ยกคำร้อง”^{๑๓}

ดังนั้น คำวินิจฉัยส่วนตัวของนายกระมล ทองธรรมชาติ ได้ชี้ชัดว่านายกระมล ทองธรรมชาติ เห็นว่า ผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ แห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้อยคำในคำวินิจฉัยกลางทั้งตอนแรกและตอนที่สองจึงเป็นอย่างเดียวกัน

(๒) นายจุมพล ณ สงขลา มีความเห็นไว้ในคำวินิจฉัยส่วนตัวตอนหนึ่งว่า

“ผู้ถูกร้องมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามความของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง เพราะมิได้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในขณะที่ยื่นบัญชีฯ ทุกครั้ง และตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๒ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าจะต้องเป็นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินที่มีอยู่จริงในวันที่ยื่นบัญชีดังกล่าวด้วย เมื่อพฤติการณ์แห่งคดีไม่ต้องด้วยองค์ประกอบความผิดของมาตรา ๒๙๕ (๑) ดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น แม้ผู้ร้องจะอ้างว่า ผู้ถูกร้องจงใจยื่นบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบทุกครั้ง ผู้ร้องก็ไม่อาจมีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง ได้ ผู้ร้องคงมีอำนาจตรวจสอบแต่เพียงว่าผู้ถูกร้องมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติเนื่องจากการดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ เท่านั้น กรณีไม่มีเหตุที่ผู้ร้องจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดได้ตาม

^{๑๓} ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๒ หน้า ๕๒

มาตรา ๒๙๕ วรรคสอง ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นอื่นต่อไป เพราะ
ไม่อาจทำให้ผลของคำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลง

อาศัยเหตุผลดังที่กล่าวมา จึงวินิจฉัยให้ยกคำร้องของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ”^{๑๔}

ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยส่วนตัวของนายจุมพล ณ สงขลา ได้แสดงชัดว่า เป็นคำวินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ หาใช่เป็นคำวินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ ไม่ ดังนั้น ถ้อยคำในคำวินิจฉัยกลางตอนแรกกับตอนที่สองจึงมีนัยต่างกัน

(๓) นายผัน จันทรปาน กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยส่วนตัวว่า

“การวิเคราะห์ตามมาตรา ๒๙๑ จะพบว่าผู้มีหน้าที่ที่ต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน คือ “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” ที่ต้องยื่นในส่วนของตน ของคู่สมรสและของบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หมายถึง (๑) นายกรัฐมนตรี (๒) รัฐมนตรี ฯลฯ สำหรับผู้ที่พ้นจากราชการหรือพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองจะถูกตรวจสอบบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินหรือหนี้สินด้วยหรือไม่ พิจารณาจากข้อเท็จจริงตามบทบัญญัติมาตรา ๒๙๒ ว่า ผู้นั้นได้ยื่นบัญชีไว้หรือไม่ ข้อเท็จจริงตามคำร้องนี้ พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ผู้ถูกร้อง ถือได้ว่าไม่เคยยื่นบัญชี ในระหว่างดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพราะรัฐธรรมนูญเพิ่งประกาศใช้ แม้รัฐธรรมนูญบังคับให้มีผลบังคับใช้ทันที แต่มาตรา ๓๖๑ อันเป็นบทเฉพาะกาล บัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ป. ทำหน้าที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. และให้คณะกรรมการ

^{๑๔} ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๒ หน้า ๗๔-๗๕

ป.ป.ป. ทำหน้าที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนดให้ออกระเบียบอัน
 จำเป็นเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่และส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา
 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา
 และให้ใช้บังคับได้จนกว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ
 ป้องกันและปราบปรามการทุจริต จะมีผลใช้บังคับ ระเบียบนี้มีผลใช้
 บังคับเมื่อวันที่ ๑๐ กรกฎาคม ๒๕๔๑ การดำเนินการตรากฎหมาย
 ประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงใช้เวลาตามสมควร และได้มีการ
 ประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน
 และปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑๘
 พฤศจิกายน ๒๕๔๒ แต่ในข้อเท็จจริง พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร
 ผู้ถูกร้องได้ยื่นบัญชี ครั้งที่ ๑ เมื่อวันที่ ๗ พฤศจิกายน ๒๕๔๐
 และยื่นบัญชีครั้งที่ ๒ เมื่อวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๔๐ และยื่นบัญชี
 ครั้งที่ ๓ เมื่อวันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๔๑ การยื่นบัญชี ดังกล่าวจึง
 เป็นการยื่นบัญชีเมื่อพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองแล้ว และเมื่อการ
 ยื่นบัญชี ไม่ใช่ในฐานะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองแต่ยื่นในฐานะ
 บุคคลธรรมดา เห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ไม่ใช่บังคับกับ
 ผู้ถูกร้อง เพราะในขณะที่ยื่นบัญชี ครั้งแรก กรณีเข้ารับตำแหน่ง
 ภายในสามสิบวันผู้ถูกร้องได้พ้นจากตำแหน่งทางการเมืองไปแล้ว แม้
 ในการยื่นบัญชี ครั้งแรกนี้ผู้ถูกร้องจะต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติ
 หน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ตาม
 มาตรา ๒๑๕ วรรคสอง แต่เมื่อพ้นจากตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี
 ตามมาตรา ๒๑๕ วรรคหนึ่ง (๑) ก็ไม่อาจถือได้ว่า ในระหว่างนั้น
 ผู้ร้องยังคงดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามความหมายของมาตรา
 ๒๙๕ วรรคหนึ่ง และเมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ไม่อาจนำมา

๒๘
หักดืบกฎหมาย

ใช้บังคับกับผู้ถูกร้องได้ ดังนั้น ผู้ถูกร้องจึงไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ วรรคหนึ่ง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้นจึงวินิจฉัยชี้ขาดว่า พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ผู้ถูกร้องไม่มีความผิด จึงให้ยกคำร้อง”^{๑๔}

ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยส่วนตนของนายผัน จันทรปาน ก็ เป็นวินิจฉัยชี้ขาดว่ากรณีไม่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยส่วนตนของนายจุมพล ณ สงขลา นั้นเอง ดังนั้น ถ้อยคำ ในคำวินิจฉัยกลางตอนแรกกับตอนที่สองจึงมีนัยต่างกัน

(๔) นายศักดิ์ เตชาชาญ กล่าวในคำวินิจฉัยส่วนตนว่า

“การพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองของผู้ถูกร้องโดยผลจากการ ลาออกจากนายกรัฐมนตรีนของ พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ เมื่อวันที่ ๖ พฤศจิกายน ๒๕๔๐ ตามมาตรา ๒๑๕ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบ มาตรา ๒๑๖ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งรัฐธรรมนูญ ยังคงถือว่าผู้ถูกร้อง ดำรงตำแหน่งทางการเมือง อันมีหน้าที่ต้องยื่นบัญชีแสดงรายการ ทรัพย์สินและหนี้สินตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือไม่

เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติของมาตรา ๓๑๗ วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็น บทเฉพาะกาล และมาตรา ๒๑๕ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแล้ว เห็น ว่าเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงความต่อเนื่องของการบริหารราชการแผ่นดิน โดยให้คณะรัฐมนตรีซึ่งพ้นจากตำแหน่งไปแล้วนั้น ยังคงมีหน้าที่ บริหารราชการแผ่นดินต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีชุดใหม่จะเข้ารับ หน้าที่เท่านั้น จะแปลความเพื่อขยายความให้ถือว่าเป็นการดำรง ตำแหน่งใหม่ (ตำแหน่งเดิม) นับแต่วันที่รัฐธรรมนูญประกาศใช้ ไม่

^{๑๔} ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๒ หน้า ๓๒๔-๓๒๕

๒๙
 ทักติบกฎหมาย



น่าจะถูกต้อง เพราะมีฉะนั้นแล้วหากคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมซึ่งไม่มีกฎหมายให้ยื่นบัญชี เหมือนรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และบริหารราชการแผ่นดินมาแล้วตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม และต้องมาพ้นตำแหน่งเพราะการลาออกของนายกรัฐมนตรี ต้องยื่นบัญชี ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ อันถือว่าเป็นวันเข้ารับตำแหน่งตามมาตรา ๒๙๒ วรรคหนึ่ง (๑) ของรัฐธรรมนูญแล้ว ความมุ่งหมายในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามบทบัญญัติในหมวด ๑๐ แห่งรัฐธรรมนูญ นับตั้งแต่วันเข้ารับตำแหน่ง ก็แทบจะไร้ประโยชน์ เพราะการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากจะมีของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอาจจะเกิดขึ้นก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนานแล้วก็ได้ ทั้งการตรวจสอบบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ได้ยื่นไว้ต่อผู้ร้องนั้น ตามบทบัญญัติของมาตรา ๒๙๒ วรรคหนึ่ง (๑) เป็นที่เห็นได้ว่าจะทำได้เฉพาะบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินที่มีอยู่จริงในวันที่ยื่นบัญชีเท่านั้น จะย้อนหลังไปตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินที่มีอยู่เดิมก่อนรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใช้บังคับซึ่งในขณะที่ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมนั้นยังไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน โดยมีบทกำหนดโทษไว้เหมือนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้นคงกระทำมิได้ นอกจากนี้กรณีของผู้ถูกร้อง ยังปรากฏว่าผู้ถูกร้องพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองไปแล้ว ก่อนที่จะพ้นระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๙๒ วรรคหนึ่ง (๑) ดังข้อวินิจฉัยข้างต้น ดังนี้ ไม่ว่า



๓๐
หลักกฎหมาย

จะพิจารณาเช่นใดผู้ถูกร้องก็มีใช้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่จะต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน ตามมาตรา ๒๙๑ ประกอบมาตรา ๒๙๒ วรรคหนึ่ง (๑) การยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินทั้ง ๓ ครั้งของผู้ถูกร้องหลังพ้นจากตำแหน่ง จึงไม่อาจนำบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ มาบังคับใช้กับกรณีของผู้ถูกร้องได้ ส่วนจะใช้บังคับบทบัญญัติมาตราใดของรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา ๒๙๔ ประกอบมาตรา ๓๐๑ วรรคหนึ่ง (๔) เพื่อตรวจสอบบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน ว่ามีอยู่จริง ถูกต้องหรือไม่ อันอาจนำไปสู่การขอดำเนินคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือเพื่อขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินซึ่งผู้ร้องจะเป็นผู้ดำเนินการต่อไปหรือไม่นั้น เป็นอีกกรณีหนึ่งมิได้เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ แต่อย่างใด การยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ถูกร้องตามคำร้องนี้ ผู้ร้องจึงไม่อาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดตามมาตรา ๒๙๕ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญได้

อาศัยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมา จึงวินิจฉัยชี้ขาดว่าผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๕ ให้ยกคำร้องของผู้ร้อง”^{๑๖}

ตั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยส่วนตนของนายศักดิ์ เตชะชาญ ยังไม่อาจชี้ชัดว่านายศักดิ์ เตชะชาญ ต้องการสื่ออะไรกันแน่ กล่าวคือ เป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมายในเรื่องอำนาจศาลหรือวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีกันแน่

สรุปว่า ในจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งสี่คนในแปดคนนั้น

^{๑๖} ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๒ หน้า ๓๓๘-๓๓๙

๓๑
หักดิบกฎหมาย

เฉพาะนายกระมล ทองธรรมชาติ เท่านั้นที่วินิจฉัยชี้ขาดว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ ส่วนนายจุมพล ณ สงขลา และนายผัน จันทรปาน นั้นได้วินิจฉัยว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ เหตุตั้งนั้น เมื่อรวมคะแนนเสียงของนายกระมล ทองธรรมชาติ ที่วินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ เข้ากับคะแนนเสียงของ พลโท จุล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ นายสุจินดา ยงสุนทร และ นายอนันต์ เกตุวงศ์ ซึ่งวินิจฉัยชี้ขาดชัดเจนทั้งในคำวินิจฉัยส่วนตัวและใน คำวินิจฉัยกลางว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ รวมกับนายศักดิ์ เตชาชาญ ซึ่งเมื่อยังไม่อาจชี้ชัดเป็นอย่างอื่นก็ต้อง ถือว่านายศักดิ์ เตชาชาญ เห็นว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิด ตามมาตรา ๒๙๕ แล้ว คะแนนเสียงที่ว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๙๕ จึงมีทั้งหมดเพียง ๖ เสียงเท่านั้น และ คดีปรากฏชัดเจนว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดว่า พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร มีความ ผิดตามมาตรา ๒๙๕ นั้น มีทั้งหมดจำนวน ๗ เสียง คือ นายประเสริฐ นาสกุล นายมงคล สระภู่น นายสุจิต บุญบงการ นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ นายอมร รักษาสัตย์ นายอิสระ นิตินันท์ประภาส และนายอูระ หวัง อ้อมกลาง

เหตุนี้ผู้เขียนจึงได้เคยกล่าวว่า

ใน “คดีชุกหูน” นั้น พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้แพคดี^{๑๗}

^{๑๗} ดู คณิศ ณ นคร “กระบวนการยุติธรรมต้องนิ่ง” รัฐธรรมนูญกับกระบวนการ ยุติธรรม สำนักพิมพ์วิญญูชน มิถุนายน ๒๕๔๙ หน้า ๑๐

สรุป

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมดจะเห็นได้ว่าใน “คดีชุกหูน” ที่มี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา นั้น ได้เกิดปรากฏการณ์ที่ไม่ปกติขึ้นอย่างน้อยสองประการ คือ

(๑) เกิดการกระทำที่เป็นการบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายอยู่หลายการกระทำ และ

(๒) เกิดอิทธิพลของกระแสทางสังคมและของกระแสทางการเมือง ในคดีที่อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ จอมเผด็จการคู่ประวัติศาสตร์โลก ตกเป็นจำเลยในข้อหาบฏนั้น ได้มีการกระทำความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย (Rechtsbeugung) เกิดขึ้น และไม่มี การลงโทษผู้พิพากษาผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด จนกล่าวกันว่า การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายในคดีดังกล่าว เป็นการบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายครั้งที่ยิ่งใหญ่ที่สุดในโลกทีเดียว เพราะหากผู้พิพากษาใช้กฎหมายอย่างตรงไปตรงมา ไม่เลียงบาสิแล้ว อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ก็จะถูกเนรเทศออกไปจากแผ่นดินเยอรมันหลังจาก พันโทษ ซึ่งจะทำให้ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ไม่มีโอกาสที่จะฉีกรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นใหญ่ และเมื่ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ไม่อาจฉีกรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นใหญ่ได้ สงครามโลกครั้งที่สองก็จะไม่เกิดขึ้น และเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองไม่เกิดขึ้นแล้ว ผู้คนก็จะไม่ล้มตายกันจำนวนมาก และที่สำคัญคนยิว ก็จะไม่ถูกฆ่าทิ้งเป็นล้านๆ คน^{๑๔}

^{๑๔} ดู คณิต ฒ นคร “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตีความกฎหมาย” นิติธรรมอำพราง ในนิติศาสตร์ไทย สำนักพิมพ์วิญญูชน กันยายน ๒๕๔๘ หน้า ๔๘ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน้า ๕๑

๓๓
หักดิบกฎหมาย

สำหรับ “คดีชุกหูน” อันมี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา นั้น หากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในขณะนั้นทุกคนยึดหลักกฎหมายแล้ว พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ก็จะไม่มีโอกาสได้เป็นนายกรัฐมนตรีในเวลาต่อมา

“พตท. ๔๓” และ “ศอ.บต.” ก็คงจะไม่ถูกยุบ

การฆ่าคนทั้งเป็นพันๆ คนโดยอ้างเรื่องยาเสพติดก็คงจะไม่เกิดขึ้น รวมทั้งการตายที่กรือเซะและตากใบด้วย

การแบ่งฝักแบ่งฝ่ายที่ชัดเจนจนเกิดทางตันทำท่าว่าจะเกิดการฆ่ากันอีกครั้งในประวัติศาสตร์ชาติไทยก็คงจะไม่เกิดขึ้น

“ซีอีโอ” ซึ่งเป็นเรื่องของการบริหารธุรกิจก็คงไม่เกิดขึ้นในระบบราชการไทย

ระบบราชการที่พังพินาศที่กระทรวงกลาโหม และที่อื่นๆ ก็คงไม่เกิดขึ้นเช่นกัน^{๑๙}

รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนก็คงจะใช้ได้ต่อไปอีกนานหรือตลอดไป แม้อาจจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกันบ้างก็ตามที่

หลังจากการปฏิรูปการเมืองนั้น กติกาของสังคมได้เปลี่ยนไปมากแล้ว หากแต่ความคิดของคนในสังคมไม่ได้เปลี่ยนไปตามการปฏิรูปการเมือง สภาวะที่เหลือเชื่อว่าจะเกิดขึ้นได้หลังจากการปฏิรูปการเมืองที่เรียกกันทั่วไปว่า “ระบอบทักษิณ” ก็คงจะไม่เกิดขึ้นจนส่งผลให้ต้องมีการยึดอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ ๑๙ กันยายน ๒๕๕๙

^{๑๙} ดู วสิษฐ เดชกุญชร “สัญญาอันตรายที่กระทรวงกลาโหม” มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๒๒ กันยายน ๒๕๕๙

๓๔
หักดิบกฎหมาย

การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายนั้น ไม่ได้เป็นภัยใหญ่หลวงต่อสังคมโลกเท่านั้น แต่เป็นภัยที่ใหญ่หลวงต่อสังคมไทยเราด้วยถึงเวลาแล้วหรือยังที่จะต้องบัญญัติให้การบิดเบือนหรือหักดิบกฎหมายเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา เพื่อที่จะได้กำราบปราบปรามนักกฎหมายที่ไม่อยู่กับร่องกับรอยกันได้บ้าง

การที่จะเป็นนักกฎหมายสายวิชาชีพ เป็นพนักงานอัยการ หรือเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้มีความยากเย็นแต่ประการใด นักกฎหมายเพียงแต่ทำตนเองให้ผ่านตามขั้นตอนให้ได้เท่านั้นก็เป็นได้ สมใจอยาก แต่การเป็นนักกฎหมายสายวิชาชีพ เป็นพนักงานอัยการ หรือเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ดีต่างหากที่ดูจะเป็นยากอยู่ไม่น้อย ยิ่งการเป็นครูกฎหมายด้วยแล้วยิ่งจะยากกว่าการเป็นนักกฎหมายสายวิชาชีพ เป็นพนักงานอัยการ หรือเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการอีกหลายเท่าตัว เพราะครูกฎหมายต้องถ่ายทอดวิชาการที่ถูกต้องแก่ศิษย์ และต้องวางตัวเป็นแบบอย่างที่ดีของศิษย์^{๒๐}

ในขณะที่เรายังไม่มีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนั้น นอกจาก “เนติบริกร” แล้ว “นักกฎหมายนาซี” ก็เป็นนักกฎหมายที่สถาบันการเรือนการสอนกฎหมายชอบที่จะต้องตั้งรังเกียจเช่นเดียวกัน^{๒๑}

อนึ่ง ผู้เขียนใคร่ขอกล่าวส่งท้ายด้วยว่า กระแสสังคมในบ้านเมืองเราในระหว่างการดำเนิน “คดีชุกหุน” นั้น เป็นไปในทิศทางที่มีการคาดหวัง

^{๒๐} ดู คณิต ฒ นคร “ครูกฎหมาย” นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย สำนักพิมพ์วิญญูชน กันยายน ๒๕๔๘ หน้า ๓๕

^{๒๑} ดู คณิต ฒ นคร “กฎหมายราชภัฏกับนักบัญญัตินิยม” นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย สำนักพิมพ์วิญญูชน กันยายน ๒๕๔๘ หน้า ๔๑

๓๕
หัตถ์ดึกฎหมาย

ในตัวบุคคลอย่างรุนแรงมากจนทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเกิดความหวั่นไหวเลย
ทีเดียว ท่านผู้ใหญ่ที่เป็นหลักของบ้านเมืองบางท่านและเป็นที่เคารพนับถือ
ของคนในสังคมก็เข้าใจผิดในพฤติกรรมของบุคคลและให้การสนับสนุนบุคคล
โดยไม่คำนึงถึงหลักกฎหมายอันเป็นหลักของบ้านเมือง บัดนี้ ท่านผู้ใหญ่
ดังกล่าวน่าจะมีความเสียใจอยู่ไม่น้อยเลย

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายเหมือน สุขมาตย์
วันเดือนปีเกิด	5 สิงหาคม พ.ศ. 2535
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ทุนการศึกษา	พ.ศ. 2558 ถึง พ.ศ. 2560: ทุนผู้ช่วยอาจารย์ สำหรับ นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผลงานทางวิชาการ	เหมือน สุขมาตย์, “ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560)
ผลงานทางวิชาการ	เหมือน สุขมาตย์. “ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมาย เยอรมัน” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.