วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย

ชื่อผู้แต่ง: เพียรรัตน์ ลีลาพงศธร

การอ้างอิงที่แนะนำ: เพียรรัตน์ ลีลาพงศธร, ‘การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย’ (2565) 1 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 29.

ผู้สนับสนุนหลัก

CHANDLER MHM

SATYAPON & PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm

ptt

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม

วิญญูชน

SAIJO DENKI

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

CSBC
LAW OFFICES
www.csbc-law.com

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย

Trial *in absentia*[*]

เพียรรัตน์ ลีลาพงศธร
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
Pianrat Leelapongsatorn
Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 11 กุมภาพันธ์ 2565; วันแก้ไขบทความ 16 มีนาคม 2565; วันตอบรับบทความ 23 มีนาคม 2565

บทคัดย่อ

หลักการพิจารณาและสืบพยานต้องกระทำต่อหน้าจำเลยในคดีอาญาเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิของจำเลยที่จะเผชิญหน้ากับพยานโจทก์ เพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสซักค้านพยานหรือเตรียมสืบหักล้างพยานโจทก์ เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนและเป็นการให้โอกาสจำเลยได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตาม การใช้หลักการดังกล่าวทุกกรณี โดยเฉพาะในคดีร้ายแรง ดังเช่น คดีอาญาระหว่างประเทศ คดีค้ามนุษย์ หรือคดียาเสพติด อาจส่งผลกระทบต่อการอำนวยความยุติธรรมได้เช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่จำเลยหลบหนีระหว่างการพิจารณาคดีของศาล และศาลจะสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราวจนกว่าจะสามารถจับตัวจำเลยได้ ความทรงจำของพยานบุคคลซึ่งเป็นเพียงมนุษย์ธรรมดาก็อาจเลือนหายไปหรืออาจถึงแก่ความตายไปก่อน และเมื่อคดีอาญาโจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในระดับที่ต้องปราศจากข้อสงสัย (Beyond reasonable doubt) ก็อาจทำให้ศาลยกฟ้องได้ และกลายเป็นว่าหากจำเลยสามารถหลบหนีได้จนหมดอายุความก็เท่ากับสามารถรอดพ้นจากคดี ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้เกิดข้อยกเว้นของหลักการพิจารณาคดีและการสืบพยานที่ต้องทำต่อหน้าจำเลยขึ้น ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะอนุญาตให้พิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ เพราะการดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้น ศาลได้มีบทบาท

[*] บทความนี้เรียบเรียงขึ้นจากวิจัย เรื่อง การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (Trial *in absentia*) ที่ได้รับทุนสนับสนุนจากโครงการวิจัยทางวิชาการนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประจำปีงบประมาณ 2563.

ในการสืบสวนสอบสวนพยานหลักฐานด้วย ทำให้แม้ปราศจากขั้นตอนการถามค้านก็ยังคงมีพยานหลักฐานเข้าสู่สำนวนอยู่ เช่นเดียวกันกับประเทศไทยที่ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใหม่ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 33) พ.ศ. 2562 มาตรา 5 และมาตรา 6 ได้เพิ่มเติมข้อยกเว้นให้สามารถพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ในหลายกรณี ทั้งนี้ บทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้พิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในกรณีของคดีอาญาทั่วไปบางบทบัญญัตินั้นเป็นบทบัญญัติที่ไม่จำเป็น แม้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวจะสามารถนำมาใช้กับระบบวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยได้ก็ตาม อีกทั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นให้พิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยได้ในครั้งนี้ยังไม่มีการให้หลักประกันทดแทนแก่จำเลยที่ต้องสูญเสียสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานไป ซึ่งเป็นปัญหาที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขให้เหมาะสมต่อไป

คำสำคัญ: การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย การพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลย

Abstract

In criminal cases, trials and hearings of evidence must be conducted in front of the accused. The underlying principle behind this aims to guard the rights of the accused to confront the witnesses and to ensure that the accused will have an opportunity to cross-examine or to present evidences to rebut the witnesses'statements in order to prove his or her innocence. However, the principle that criminal procedures should be conducted in front of the accused applies with no exception in major criminal cases such as international criminal cases, human trafficking cases, and drug cases. Sometimes the right to be present might distort the justice during the judicial process. For instance, in a case where the accused escapes from the trials, the case will be temporarily disposed by the court, ceasing the case to proceed until the accused is arrested. During this delay, the witnesses'memory could have faded over time, just like other ordinary people, or they could have died while the case was suspended. Since the burden of proof in criminal cases is beyond reasonable doubt, the weight of testimony from such witnesses will lead the court to finally dismiss the case. Moreover, if the accused is still escaping until the prescription expires, then he or she will survive the conviction. From all of these examples, both international courts and domestic courts in different countries, particularly in civil law countries that always have the concept of *in absentia* trials, would exempt some trials and hearings of evidence to be conducted in front of the accused. This is because, from a civil law perspective, the judge can control all of the investigation and evidence-

gathering process. Therefore, even without the cross-examination process, the judge can call and consider other evidence and materials. Similarly, like other civil law countries, Thailand added more exceptions of the trials and hearings of evidence that are conducted in front of the accused in Article 5 and Article 6 of the Act Amending the Criminal Procedural Code (No.33) B.E. 2562. The amended provisions are not necessary for criminal procedure law in general to have the exceptions of the trials and hearings of evidence that are conducted in front of the accused, although they are considered that they have the possibility of using those exceptions in Thai Criminal Proceedings. In addition, non of the amended provisions provide the solutions to compensate the accused who will be deprived of the rights to cross-examination. These are the problems that need appropriate solving.

Keywords: Criminal trials that conducts in front of the accused, Trial *in absentia*

บทความฉบับนี้จะนำเสนอโดยละเอียดถึงหลักการและข้อยกเว้นของหลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลย อันได้แก่ การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย (Trial *in absentia*) ทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ เพื่อที่จะได้เข้าใจถึงความจำเป็นและเหตุผลของเรื่องที่จะต้องมีการพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยอย่างถ่องแท้ และสามารถนำความรู้ดังกล่าวมาวิเคราะห์ได้ว่าข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นใหม่โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 33) พ.ศ. 2562 มาตรา 5 และมาตรา 6 นำมาใช้กับระบบการพิจารณาความอาญาที่ประเทศไทยใช้ได้หรือไม่ และบทบัญญัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกับความจำเป็นและเหตุผลของเรื่องดังกล่าวหรือไม่ หรือมีปัญหาประการใดหรือไม่ เพื่อนำไปสู่การหาทางแก้ไขต่อไป

1. แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลยและข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย

ต่อไปนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงหลักการพิจารณาคดีอาญาที่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลยและข้อยกเว้นซึ่งเปิดช่องให้สามารถพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยได้ตามลำดับ ดังนี้

1.1 หลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลย

หลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลย ถ้าพิจารณาในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย จะปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคหนึ่ง โดยบัญญัติไว้ว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งในบทบัญญัติมาตรานี้ประกอบไปด้วยหลักสำคัญในการดำเนินกระบวนพิจารณาความอาญา 2 ประการ อันได้แก่ หลักการพิจารณาคดีอาญาโดยเปิดเผย และหลักการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลย

หลักการพิจารณาคดีอาญาโดยเปิดเผย เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนรับรู้กระบวนพิจารณาไม่ว่าจะด้วยการเข้าไปรับฟังการพิจารณาด้วยตนเอง หรือจะเป็นการรับรู้ถึงการพิจารณาผ่านทางสื่อมวลชนก็ได้ อย่างไรก็ดี ในศาลสูงอย่างศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาเมื่อไม่มีการสืบพยานในห้องพิจารณาอย่างศาลชั้นต้น จึงไม่มีกรณีที่ต้องพิจารณาโดยเปิดเผยแต่อย่างใด แต่หากมีกรณีที่ศาลต้องรับฟังพยานหลักฐานเพิ่มเติม หลักการนี้ก็ยังต้องถูกนำไปใช้ด้วย[1] ทั้งนี้ เป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 203 มาตรา 215 และมาตรา 225 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[2] ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการสำคัญสำหรับกระบวนการยุติธรรมในระบอบประชาธิปไตย[3] อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อยกเว้นที่เรียกว่า การพิจารณาคดีโดยลับอยู่ ซึ่งแม้ว่าจะเป็นการพิจารณาคดีโดยลับ

---

[1] คนึง ฦาไชย, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 9, วิญญูชน 2561) 87.

[2] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 203 มาตรา 215 และมาตรา 225.

[3] คนึง ฦาไชย (เชิงอรรถที่ 1) 87.

แต่ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาโดยลับทั้งคดี เช่น อาจลับสำหรับข้อเท็จจริงบางเรื่อง จำเลยบางคน หรือพยานเพียงบางปาก เป็นต้น อีกทั้ง เมื่อเป็นการพิจารณาคดีอาญาโดยลับแล้ว ศาลมีอำนาจที่จะออกข้อกำหนดหรือสามารถที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของรูปแบบการพิจารณาโดยลับได้[4] ทั้งนี้ บทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่บัญญัติถึงการพิจารณาคดีโดยลับ ได้แก่ มาตรา 177 ซึ่งวางหลักถึงเหตุที่จะทำให้ศาลสามารถสั่งให้มีการพิจารณาคดีอาญาโดยลับได้[5] ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1740/2518 “ศาลชั้นต้นสั่งให้พิจารณานำสืบตัวจำเลยบางคนเป็นการลับและห้ามการโฆษณาข้อเท็จจริงได้ ซึ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความปลอดภัยมั่นคงของราชอาณาจักร ศาลไม่กล่าวถึงรายละเอียดเรื่องราวต่าง ๆ บุคคล และสถานที่ ๆ เกี่ยวข้องไว้ในคำพิพากษา” ส่วนมาตรา 178 วางหลักว่าบุคคลใดบ้างที่จะอยู่ในห้องพิจารณาได้เมื่อมีการพิจารณาคดีอาญาโดยลับนั่นเอง[6]

ส่วน*หลักการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลย*มีที่มาจากความพยายามที่จะให้สิทธิแก่จำเลยในการเผชิญหน้ากับพยาน (Rights to Confrontation) เพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสซักค้านหรือเตรียมพยานหลักฐานมาสืบหักล้างพยานโจทก์และพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน อันเป็นการมอบโอกาสแก่จำเลยในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ ซึ่งตามหลักจิตวิทยาแล้วการที่จำเลยได้เผชิญหน้ากับพยาน อาจทำให้พยานไม่กล้าเบิกความใส่ร้ายจำเลย[7] และในขณะเดียวกันก็เป็นประโยชน์แก่จำเลยเพราะทำให้จำเลยมีโอกาสชี้แจงและนำเสนอข้อเท็จจริงจากฝั่งของตนหลังจากได้รับฟังข้อมูลดังกล่าวจากอีกฝั่งให้ศาลได้รับทราบเช่นกัน[8] นอกจากนี้ เมื่อหลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้จำเลยซึ่งอาจได้รับผลร้ายจากกระบวนพิจารณา ทั้งจากการพิจารณาคดีและการทำคำพิพากษาหลังจากพิจารณาคดีแล้วได้รับรู้สิ่งที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีอย่างครบถ้วนและสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น จึงมีการอธิบายกันว่าหลักการนี้เป็นบทบังคับของกฎหมายเพื่อประโยชน์แก่ตัวจำเลยซึ่งจำเลยไม่อาจสละสิทธินี้ไปได้[9] อีกทั้งยังมีการอธิบายถึงหลักการนี้ว่า การปรากฏตัวในการพิจารณาของจำเลยต้องไม่ใช่แค่การมาปรากฏตัวทางกายภาพจริง ๆ ในศาล แต่ต้องหมายถึงการที่จำเลยสามารถเข้าใจกระบวนพิจารณาที่ทำต่อหน้าจำเลยด้วย ด้วยเหตุนี้ ถ้าเป็นกระบวนพิจารณาในภาษาที่จำเลยไม่เข้าใจได้ควรมีการแปลภาษาให้จำเลยสามารถเข้าใจได้ด้วย[10]

---

[4] เพิ่งอ้าง 87-88.

[5] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177.

[6] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 178.

[7] ธานี สิงหนาท, *คำอธิบายพยานหลักฐานคดีแพ่งและคดีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงสยาม พับลิชชิ่ง 2552) 394.

[8] ณรงค์ ใจหาญ, ‘การพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย : หลักและข้อยกเว้น’ ใน อานนท์ มาเม้า และคณะ (บรรณาธิการ) *นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60* (เดือนตุลา 2561) 136.

[9] คนึง ฦาไชย, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) 95.

[10] William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2001) 121.

ดังนั้น สิ่งที่เกิดขึ้น คือ หากจำเลยไม่สามารถมาศาลได้เพราะมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ ศาลต้องเลื่อนคดีไป และถ้ามีเหตุอันสมควรสงสัยว่าจำเลยหลบหนี ศาลก็ต้องออกหมายจับจำเลยและปรับนายประกัน จะพิจารณาและสืบพยานหลักฐานต่อไปไม่ได้ เพราะต้องมีตัวจำเลยอยู่ในการพิจารณา[11] ดังปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ก็ได้บัญญัติรองรับหลักการนี้ไว้ชัดเจนว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งจากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนพบว่าศาลฎีกาค่อนข้างเคร่งครัดต่อหลักการสืบพยานที่จะต้องกระทำต่อหน้าจำเลยเป็นอย่างยิ่ง อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 651/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 208/2551 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15147/2551 เป็นต้น[12]

1.2 ข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า “หลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลย” ได้เรียกร้องให้จำเลยต้องอยู่ในการพิจารณา เพื่อให้จำเลยสามารถทราบได้ว่าตนถูกดำเนินคดีด้วยข้อหาอะไร พยานหลักฐานของโจทก์ถูกต้องหรือไม่ อย่างไร และยังสามารถถามค้านและเตรียมตัวนำพยานหลักฐานเข้าสืบหักล้างได้ ดังนั้น หากจำเลยไม่ได้มาฟังการพิจารณาแล้วจำเลยอาจจะรับมือกับพยานโจทก์ได้ยาก[13] จึงเกิดการวางหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ถึงหลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลยในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เพื่อเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองจำเลยว่า หากจำเลยไม่อยู่ในการพิจารณาแล้ว การพิจารณาจะดำเนินต่อไปไม่ได้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม หากใช้หลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดทุกกรณีอาจส่งผลต่อการอำนวยความยุติธรรมได้เฉกเช่นเดียวกัน เพราะเมื่อไม่ปรากฏตัวจำเลย ศาลสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราว คดีก็ไม่อาจดำเนินต่อไปได้ ประชาชนอาจตั้งคำถามต่อกฎหมายบ้านเมืองและความถูกต้องเป็นธรรม อีกทั้งพยานบุคคลย่อมมีความทรงจำที่อาจเลือนหายไปตามกาลเวลา หากได้ตัวจำเลยมาช้าเท่าใด น้ำหนักพยานก็จะลดลง หรือพยานบุคคลอาจจะเสียชีวิตไปแล้วก็เป็นได้ และเมื่อในคดีอาญาโจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัย (Beyond a reasonable doubt) ก็เป็นไปได้มากที่ศาลจะยกฟ้องได้ ทำให้กลายเป็นว่าหากใครเป็นจำเลยแล้วสามารถหนีไปได้จนหมดอายุความก็เท่ากับว่ารอดคดี นอกจากนี้ ระหว่างหลบหนีก็ยังสามารถให้ทนายความของตนช่วยทำเรื่องอุทธรณ์หรือฎีกาต่อสู้คดีได้อยู่อีกด้วย ด้วยข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นนี้เอง ทำให้เกิดข้อยกเว้นของหลักการพิจารณาต่อกระทำต่อหน้าจำเลยขึ้นทั้งในระดับของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ โดยข้อยกเว้นนี้ถูกเรียกว่า “หลักการพิจารณา

---

[11] ธานี สิงหนาท (เชิงอรรถที่ 7) 394.

[12] สืบค้นจาก https://deka.supremecourt.or.th/search.

[13] ณรงค์ ใจหาญ, ‘การมีตัวจำเลยในระหว่างการดำเนินคดีอาญา’ *สยามรัฐออนไลน์* (16 มิถุนายน 2560) <https://siamrath.co.th/n/17697> สืบค้นเมื่อ 8 มิถุนายน 2561.

คดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย" หรือ "Trial *in absentia"* ทั้งนี้ คำว่า *'in absentia'* มาจากภาษาละตินที่มีความหมายว่า การไม่อยู่ (in absence) นั่นเอง[14] และกฎหมายภายในของประเทศไทยเองก็มีข้อยกเว้นที่ให้ศาลพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ในหลาย ๆ กรณี ตามที่มีการเปิดช่องไว้ในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย ซึ่งได้บัญญัติว่า "เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น" ดังนี้ ย่อมแสดงว่าการสืบพยานลับหลังจำเลยสามารถกระทำได้ ถ้ามีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจว่ากระทำได้ อย่างไรก็ดีเมื่อการพิจารณาและสืบพยานได้ทำลับหลังจำเลย โดยที่จำเลยยังไม่ได้ถามค้านซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการชั่งน้ำหนักพยานของศาล ดังนั้น การไม่ได้ถามค้านของจำเลยมีผลต่อการชั่งน้ำหนักคำพยานอยู่ ถึงแม้ศาลจะไม่ถึงขั้นไม่รับฟังคำพยานนั้นเลยก็ตาม[15] เพราะศาลมีหน้าที่ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานด้วยความระมัดระวังและไม่รับฟังพยานหลักฐานโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย เว้นแต่มีเหตุผลหนักแน่น มีพฤติการณ์พิเศษ หรือมีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบสนับสนุนด้วย[16] ตามที่มีการวางหลักไว้ในมาตรา 227/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[17]

2. ข้อยกเว้นให้พิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในบทบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ

ข้อยกเว้นให้พิจารณาคดีอาญาได้โดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ปรากฏตัวในบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ปรากฏตัวอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศในบทบัญญัติของศาลเฉพาะกิจและศาลอาญาระหว่างประเทศ ดังนี้

2.1.1 <u>การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในศาลเฉพาะกิจและศาลอาญาระหว่างประเทศ</u>

(ก) ศาลทหารระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่นูเริมเบิร์ก (The International Military Tribunal (IMT)) หลักกฎหมายของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศสมัยใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย ปรากฏตัวครั้งแรกใน กฎบัตรของศาลทหาร

---

[14] The International Bar Association, International Criminal Court and International Criminal Law Programme, *Report on experts roundtable on trials in absentia in international criminal justice* (The International Bar Association 2016) 2.

[15] พรเพชร วิชิตชลชัย, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน* (พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงสยาม พับลิชชิ่ง 2555) 312.

[16] ณรงค์ ใจหาญ (เชิงอรรถที่ 8) 146.

[17] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1.

ระหว่างประเทศเฉพาะกิจที่นูเรมเบิร์ก ค.ศ. 1945 (The 1945 Nuremberg Tribunal Charter) ที่มีการให้อำนาจในการดำเนินคดีโดยปราศจากจำเลยในมาตรา 12 โดยวางหลักว่า ศาลมีสิทธิที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาโดยปราศจากตัวจำเลยที่ต้องหาว่ากระทำความผิดตาม มาตรา 6 แห่งกฎบัตรนี้ ถ้าจำเลยไม่มาปรากฏตัวในศาลโดยปราศจากเหตุผล เมื่อมีความจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั่นเอง[18] ดังเช่น ในคดี Martin Bormann ได้มีการพิจารณาโดยปราศจากตัวของจำเลย และ Bormann ก็ได้ถูกตัดสินลงโทษประหารชีวิต แม้ว่าเขาจะตายไปก่อนหน้านั้นสองปีแล้วก็ตาม[19]

(ข) ศาลระหว่างประเทศพิจารณาคดีอาชญากรสงครามในดินแดนประเทศยูโกสลาเวียเดิมและรวันดา (The International Tribunals for the Former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR)) เป็นศาลที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1993 และ ค.ศ. 1994 แม้มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่จำเลยที่จะอยู่ร่วมในการพิจารณาคดี ในมาตรา 21 (4) (d) โดยวางหลักว่า ในการพิจารณาตัดสินข้อหาใด ๆ ต่อจำเลยตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้ จำเลยมีสิทธิที่ถูกรับรองว่าอย่างน้อยที่สุดจำเลยจะต้องมีสิทธิในการปรากฏตัวในคดี และสามารถต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านที่ปรึกษาทางกฎหมายของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในกรณีที่ไม่มีที่ปรึกษาทางกฎหมายก็ต้องมีการแจ้งว่ามีสิทธินี้และมีการจัดหาที่ปรึกษาทางกฎหมายให้อย่างเหมาะสมโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย[20] และมาตรา 20 (4) (d) ที่วางหลักไว้ว่า ในการพิจารณาตัดสินข้อหาใด ๆ ต่อจำเลยตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้ จำเลยมีสิทธิที่ถูกรับรองว่าอย่างน้อยที่สุดจำเลยจะต้องมีสิทธิในการปรากฏตัวในคดี และสามารถต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านที่ปรึกษาทางกฎหมายของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในกรณีที่ไม่มีที่ปรึกษาทางกฎหมายก็ต้องมีการแจ้งว่ามีสิทธินี้และมีการจัดหาที่ปรึกษาทางกฎหมายให้อย่างเหมาะสมโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเช่นเดียวกัน[21] โดยที่บทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้น ไม่มีกรณีที่กล่าวถึงการสละสิทธิโดยปริยายของจำเลยโดยการหลบหนีไปก่อนการพิจารณาได้เริ่มต้นขึ้นแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม มีผู้ตีความถึงบทบัญญัตินี้ว่า ถ้ามีการแจ้งข้อหาแก่จำเลยอย่างเหมาะสมในคดีอาญาแล้วอย่างครบถ้วน การหลบหนีไปเพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การกระทำดังกล่าวถือว่าจำเลยได้สละสิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำเนินคดีอาญานั้นแล้ว[22]

(ค) ศาลอาญาระหว่างประเทศ (The International Criminal Court (ICC)) บทบัญญัติของธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ มาตรา 63 (1) วางหลักโดยชัดเจนว่า ต้องมีตัวจำเลยในการพิจารณาคดี เว้นเสียแต่ว่า จะเข้าข้อยกเว้นที่ว่า จำเลยที่มาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีนั้น ได้รบกวนการพิจารณาคดี และศาลได้สั่งให้นำตัวจำเลยออกไปจากห้องพิจารณาและได้ทำการจัดการให้จำเลยสังเกตการณ์การพิจารณาและทำคำสั่งของศาลจากด้านนอกห้องพิจารณาคดีโดยผ่านการใช้การสื่อสารด้วยเทคโนโลยีในกรณีจำเป็น โดยที่มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็น

---

[18] Charter of the International Military Tribunal (Nuremberg) Article 12.

[19] The International Bar Association (เชิงอรรถ 14) 3.

[20] Statue of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Article 21.

[21] Statue of the International Criminal Tribunal for Rwanda Article 20.

[22] Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press 2003) 402.

การดำเนินการเฉพาะในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่า ไม่มีทางเลือกที่เหมาะสมอื่น ๆ แล้ว และจำเป็นอย่างยิ่งตามมาตรา 63 (2)[23]

(ง) ศาลพิเศษพิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่กัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)) และ ศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์รา ลีโอน (The Special Court for Sierra Leone (SCSL))

ศาลพิเศษพิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่กัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)) หรือที่รู้จักกันทั่วไปในชื่อว่า “ศาลคดีพิเศษเขมรแดง” มีบทบัญญัติ (ECCC Internal Rules) ที่ใช้ในศาลพิเศษพิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่กัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) ข้อ 81.4 ที่วางหลักในเรื่องการปรากฏตัวของจำเลยและทนายฝ่ายจำเลยว่า ถ้าจำเลยได้ปรากฏตัวครั้งแรกและได้ปฏิเสธหรือไม่มาเข้าร่วมการพิจารณาในเวลาต่อมา หรือถูกไล่ออกจากการพิจารณา ให้ศาลสามารถพิจารณาคดีต่อไปได้โดยปราศจากตัวจำเลย ในกรณีนี้กระบวนพิจารณาในระหว่างนี้ของจำเลยอาจจะเป็นการต่อสู้คดีโดยทนายจำเลย[24] อีกทั้ง ข้อ 81.5 ได้วางหลักไว้ว่า ถ้าหากมีเหตุผลด้านสุขภาพหรือเหตุร้ายแรงอื่นที่ทำให้จำเลยไม่สามารถเข้าร่วมการพิจารณาด้วยตนเองต่อศาล ศาลอาจดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ หากจำเลยยินยอม หรือหากการที่จำเลยไม่ปรากฏตัวนั้นนำไปสู่การล่าช้าอย่างมาก หรือจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยจำเลยอาจเข้าร่วมการพิจารณาโดยวิธีการทางจอภาพและเสียงอย่างเหมาะสม ในกรณีเช่นว่ามานี้จำเลยอาจจะต่อสู้คดีโดยดำเนินกระบวนพิจารณาผ่านทนายความของตน[25]

ส่วนในศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์รา ลีโอน (The Special Court for Sierra Leone (SCSL)) มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความและการสืบพยาน (SCSL Rules of Procedures and Evidence) ในข้อ 60 ซึ่งวางหลักเรื่องการพิจารณาคดีโดยปราศจากตัวจำเลยไว้อย่างน่าสนใจที่มีการอนุญาตให้มีรูปแบบการดำเนินคดีโดยปราศจากจำเลยได้ เมื่อจำเลยได้ปรากฏตัวในการพิจารณาคดีตอนแรกแล้ว และไม่มาเข้าร่วมในภายหลัง[26] และข้อ 80 (b) ได้มีการวางหลักถึงการควบคุมกระบวนพิจารณาไว้ว่า ประธานาธิบดี และผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้ง อาจออกคำสั่งให้นำตัวจำเลยออกจากกระบวนพิจารณาและดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปตามกฎหมายได้โดยปราศจากตัวจำเลย ถ้าหากจำเลยยังคงก่อกวนการพิจารณา แม้ได้รับคำเตือนแล้วว่าอาจพาตัวออกจากการพิจารณาคดีได้ ในกรณีที่มีการนำตัวออกไป หากเป็นไปได้ควรมีการเตรียมการสำหรับจำเลยที่จะติดตามการดำเนินคดีผ่านทางลิงค์วิดีโอได้[27]

(จ) ศาลพิเศษสำหรับพิจารณาคดีที่เลบานอน (The Special Tribunal for Lebanon (STL)) สำหรับศาลพิเศษสำหรับพิจารณาคดีที่เลบานอน (The Special Tribunal for Lebanon

---

[23] Rome Statute of the International Criminal Court Article 63.

[24] EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA Rule 81.4.

[25] EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA Rule 81.5.

[26] RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE Rule 60.

[27] RESIDUAL SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE Rule 80.

(STL)) ที่มีการก่อตั้งในเวลาต่อมา กลับได้วางหลักส่งเสริมในเรื่องการพิจารณาโดยปราศจากจำเลยเพิ่มขึ้นกว่าบทบัญญัติก่อน ๆ ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ผ่าน ๆ มา โดยขยายหลักไปถึงขั้นที่จำเลยอาจไม่แม้แต่จะต้องมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีครั้งแรก อีกทั้ง กระบวนการพิจารณาทั้งหมดสามารถเกิดขึ้นได้โดยปราศจากตัวจำเลย[28] ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 22 แห่งธรรมนูญศาลฯ (the Statute of the STL) ได้วางหลักไว้ว่า กระบวนพิจารณาคดีโดยปราศจากตัวจำเลยสามารถทำได้ไม่ว่าจำเลยจะได้สละสิทธิในการปรากฏตัวโดยการแสดงเจตนาหรือโดยลายลักษณ์อักษรหรือโดยการหลบหนีหรือไม่สามารถหาตัวพบ และศาลยุติธรรมได้แจ้งแก่จำเลยอย่างเหมาะสมแล้วถึงกระบวนการดำเนินคดีที่มีขึ้น รวมถึงการตัดการอย่างเหมาะสมในการจัดการนำตัวจำเลยมาศาลแล้ว[29]

อย่างไรก็ดี อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า แม้จะมีการเปิดช่องให้สามารถพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้ แต่กระนั้นแล้ว องค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศทั้งหลายเหล่านี้โดยปกติแล้วจะหลีกเลี่ยงที่จะนำเอาการพิจารณาโดยปราศจากตัวจำเลยมาใช้ เพราะว่ามีความตระหนักถึงการขัดกันในการพิจารณาโดยปราศจากจำเลยกับมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ[30]

2.1.2 <u>กติการะหว่างประเทศว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)</u>

คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Human Rights Council – The HRC) ก็ยอมรับถึงความจำเป็นที่จะต้องนำเอาหลักการพิจารณาคดีโดยปราศจากตัวจำเลยมาใช้ แต่การใช้นั้นต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่จำกัดไว้[31] ซึ่งในเรื่องนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights – The EctHR) ได้แสดงทัศนะในประเด็นของความไปด้วยกันได้ระหว่างสิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาและข้อยกเว้นในการพิจารณาโดยปราศจากตัวจำเลย โดยสรุปไว้ว่า ถ้าหากเป็นกรณีที่มีมาตรการมาคุ้มครอง อันได้แก่ การแจ้งข้อกล่าวหาอย่างเหมาะสม การให้สิทธิที่จะมีผู้แทนในการดำเนินคดีทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีใหม่ การพิจารณาโดยปราศจากตัวจำเลยก็สามารถที่จะไปกันได้กับมาตรฐานของสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ[32] กล่าวคือ สามารถนำหลักการพิจารณาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยมาใช้ได้ นั่นเอง ดังเช่น ใน*คดี Mbenge v Zaire (1977)* คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสากลวางหลักว่า ตามข้อ 14 (3) ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)[33] นั้น ทุกคนต้องมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าตน และมีสิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือมีที่ปรึกษาทางกฎหมายที่ตน

---

[28] The International Bar Association (เชิงอรรถ 14) 4.

[29] Statute of the Special Tribunal for Lebanon Article 22.

[30] The International Bar Association (เชิงอรรถ 13) 4.

[31] เพิ่งอ้าง 5.

[32] เพิ่งอ้าง 4.

[33] International Covenant on Civil and Political Rights Article 14.3.

เลือกช่วยเหลือ แต่ทั้งนี้ หากกฎหมายให้สิทธิเหล่านี้กับจำเลยแล้ว แต่จำเลยปฏิเสธเองด้วยการไม่มาศาลหรือหนีคดีไป ถ้าได้มีการแจ้งรายละเอียดข้อหา และข้อมูลต่าง ๆ ที่จำเลยพึงทราบอย่างชัดเจนและครบถ้วน และเปิดโอกาสให้จำเลยต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ การพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยก็ควรจะทำได้[34] ซึ่งจะขออธิบายรายละเอียดขององค์ประกอบต่าง ๆ ข้างต้น ดังนี้

1) การแจ้งข้อกล่าวหา (Notice to the accused) ในเรื่องนี้ ทั้ง The HRC และ The ECtHR ได้วางหลักว่า ภาระในส่วนนี้ เป็นของรัฐที่จะแสดงให้เห็นว่า บุคคลที่จะถูกพิจารณาลับหลังนั้นได้ตระหนักทราบดีถึงกระบวนพิจารณาต่าง ๆ ซึ่งมาตรฐานที่รัฐจะต้องแสดงออกมาให้เห็นว่าจำเลยนั้นได้รับทราบข้อหาแล้วนั้น ซึ่งจะต้องไม่ใช่การแจ้งข้อมูลอย่างคลุมเครือหรือไม่เป็นทางการ และการสละสิทธิในการเข้าร่วมการพิจารณาของจำเลยจะต้องมีการทำให้จำเลยทราบได้อย่างชัดเจนด้วย[35]

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ถูกกล่าวหาและจำเลยควรมีสิทธิที่จะได้ทราบว่าเขาถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอย่างไรอยู่แล้ว เพื่อให้มีสิทธิอย่างเต็มที่ในการแก้ต่างพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนได้ ซึ่งในกรณีที่จะพิจารณาลับหลังจำเลยด้วยด้วยแล้ว การแจ้งข้อหาให้ทราบย่อมมีความสำคัญเพิ่มขึ้นไปอีกเพื่อให้เป็นที่ชัดเจนว่าถ้าผู้เป็นจำเลยนั้นทราบข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินคดีอย่างครบถ้วนแล้ว แต่ไม่มาเข้าร่วมจึงจะสมควรที่จะถือได้ว่าจำเลยผู้นั้นได้สละสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานด้วยตนเองนั่นเอง

2) ผู้ช่วยเหลือในการดำเนินคดีทางกฎหมาย (Assistance of Counsel) เมื่อจำเลยที่ถูกดำเนินคดีโดยไม่ปรากฏตัว จะต้องมีสิทธิที่จะมีผู้ดำเนินการทางกฎหมายแทน โดยรัฐจะต้องแสดงออกโดยชัดเจนว่า จำเลยได้มีการแต่งตั้งที่ปรึกษาทางกฎหมายที่จะมาช่วยต่อสู้คดีแล้ว และที่ปรึกษาทางกฎหมายนั้นจะต้องสามารถทำหน้าที่ได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ที่ปรึกษาทางกฎหมายจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจครอบงำที่ผิดทำนองคลองธรรมหรือแรงกดดันอย่างใด ๆ อีกทั้ง ผู้แทนที่ได้รับการแต่งตั้งจากจำเลยจะต้องมีความรู้ความสามารถในระดับที่เหมาะสมกับอาชญากรรมที่จำเลยถูกกล่าวหาและความร้ายแรงของอาชญากรรมที่ถูกตั้งข้อกล่าวหาด้วย[36]

ในข้อนี้ ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ถึงแม้จำเลยจะมีที่ปรึกษากฎหมายมาเป็นผู้แทนในการดำเนินคดีแทนที่ดีเพียงใด แต่ที่ปรึกษาทางกฎหมายก็ย่อมไม่มีโอกาสในการพูดคุยปรึกษากับจำเลยที่อยู่ในสถานการณ์จริงแห่งคดีผู้ที่เป็นลูกความของตนอยู่ดี ซึ่งอาจทำให้มีข้อเสียเปรียบที่ไม่สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ในจุดนี้ได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ก็เป็นเรื่องที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าการให้จำเลยมีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายย่อมดีกว่าไม่มี

3) สิทธิในการพิจารณาคดีใหม่ (Right to Retrial หรือ ex novo) เมื่อปัจเจกบุคคลผู้ใดถูกดำเนินคดีโดยปราศจากการปรากฏตัวในคดีนั้น หากมาปรากฏตัวต่อศาลในภายหลังต้องสามารถ

---

[34] ปกรณ์ นิลประพันธ์, 'การพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลย (Trial *in absentia*)' (นักร่างกฎหมาย, 21 มิถุนายน 2560) <http://lawdrafter.blogspot.com/2017/06/> สืบค้นเมื่อ 8 มิถุนายน 2561.

[35] The International Bar Association (เชิงอรรถ 14) 5-6.

[36] เพิ่งอ้าง 6.

ที่จะได้รับการตัดสินคดีใหม่ได้ ซึ่งในเรื่องนี้มีมุมมองความเห็นที่แตกต่างกันออกไป ระหว่าง The HRC และ The ECtHR โดย The HRC เข้าใจว่าการพิจารณาคดีใหม่จะเป็นรูปแบบของการดำเนินคดีใหม่เช่นเดียวกันกับกรณีที่มีการดำเนินคดีเป็นครั้งแรก ขณะที่การพิจารณาคดีใหม่ของ The ECtHR มองว่าจะเป็นไปในรูปแบบของการอุทธรณ์หรือการทบทวนคำตัดสิน ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น[37]

ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 2007 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสากล ได้ออก General Comment ฉบับที่ 32 ยืนยันหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน และเพิ่มเติมด้วยว่า ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้บุคคลใดต้องรับโทษทางอาญา หากมีข้อเท็จจริงใหม่อันแสดงให้เห็นชัดเจนว่า การดำเนินกระบวนการยุติธรรมนั้นดำเนินไปโดยไม่ชอบ บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิขอให้มีการพิจารณาคดีนั้นใหม่ (*ex novo*) ได้ ตามข้อ 14 (6) ของ ICCPR[38] ดังนั้น หากมีการพิจารณาและพิพากษาคดีอาญาลับหลังจำเลย ถ้าจำเลยในคดีซึ่งต้องคำพิพากษามีหลักฐานว่าการดำเนินกระบวนยุติธรรมที่เกิดขึ้นมิชอบด้วยกฎหมาย จำเลยต้องมีสิทธิขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้[39] กล่าวโดยสรุปก็คือ แนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติตาม ICCPR ยอมรับให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลยได้ในฐานะเป็นข้อยกเว้น แต่ต้องมีมาตรการที่สร้างหลักประกันสิทธิในการต่อสู้โต้แย้งของจำเลยไว้ด้วย

ในส่วนนี้ ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่า อาชญากรรมระหว่างประเทศต่าง ๆ มักไม่มีอายุความ แต่ศาลที่ตั้งขึ้นมาเพื่อดูแลคดีอาชญากรรมร้ายแรงคดีอาชญากรรมร้ายแรงต่าง ๆ เหล่านี้ กลับมักมีลักษณะเป็นศาลพิเศษที่ตั้งขึ้นมาชั่วคราวเท่านั้น หากจำเลยมาขอพิจารณาคดีใหม่ในขณะที่ศาลนั้นยุติการทำงานไปแล้ว หรือเมื่อเวลาผ่านไปนานแล้ว พยานหลักฐานต่าง ๆ ในคดี และน้ำหนักในการรับฟังพยานหลักฐานอาจเปลี่ยนแปลงไป ดังนี้ อาจเป็นการกระทบต่อการอำนวยความยุติธรรมในการตัดสินคดีหรือไม่

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในประเทศกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) และซีวิลลอว์ (Civil Law)

2.2.1 <u>กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)</u>

หลักการที่จำเลยต้องปรากฏตัวในการพิจารณาเป็นหลักการทั่วไปของกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)[40] เนื่องจากมุมมองของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เขตอำนาจศาล หมายถึง การมีตัวบุคคลอยู่ภายในอำนาจศาลนั้น และเชื่อมโยงไปถึงความสามารถของรัฐที่จะสามารถใช้อำนาจนั้นบังคับเอาแก่บุคคลนั้น ๆ ในการบังคับโทษได้อีกด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดเรื่องการดำเนินคดีโดยปราศจากจำเลยไม่มีอยู่ในเรื่องเขตอำนาจศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เพราะถูกสันนิษฐานว่า

---

[37] เพิ่งอ้าง.

[38] International Covenant on Civil and Political Rights Article 14.6.

[39] ปกรณ์ นิลประพันธ์ (เชิงอรรถ 34).

[40] Antonio Cassese (เชิงอรรถ 22) 400.

การดำเนินการภายใต้เขตอำนาจศาลต้องมีตัวบุคคลอยู่ภายใต้การควบคุมตัวของศาลนั่นเอง[41] อีกทั้งยังมีสาระสำคัญที่ฝ่ายที่ดำเนินคดีและฝ่ายที่ต้องต่อสู้คดีอันเป็นฝ่ายปรปักษ์กันมีความจำเป็นต้องเข้าร่วมในการพิจารณาทั้งสองฝ่ายพร้อมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวจำเลย ที่จะต้องได้ถามค้านพยานหลักฐานต่าง ๆ ของคู่ความฝ่ายปรปักษ์ได้ ด้วยเหตุนี้เอง กระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นโดยปราศจากตัวจำเลยนั้นย่อมถูกมองว่าสมควรที่จะเป็นกระบวนการยุติธรรมที่ไม่ชอบธรรม ซึ่งมักเกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบอบเผด็จการ ซึ่งในหลายกรณีได้อาศัยหลักการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในการตัดสินพิพากษาผู้ที่มีความคิดเห็นทางการเมืองในฝ่ายตรงข้ามกับตนระหว่างอยู่นอกประเทศ ดังนั้น ศาลระหว่างประเทศต่าง ๆ จึงเน้นย้ำถึงความสำคัญของการมีส่วนร่วมของจำเลยในการพิจารณา[42]

ทั้งนี้ ขอยกตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และมีการเปิดช่องให้พิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ ดังนี้

(ก) ประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States) ได้ประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1787 และมีแก้ไขเพิ่มเติม (Amendments) เรื่อยมา[43] โดยในการแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 6 (Sixth Amendment) ได้บัญญัติถึงสิทธิในการเผชิญหน้าของจำเลย (The Right to Confrontation) ไว้ว่า จำเลยมีสิทธิที่จะถามค้านพยาน (The Right to Cross-Examination) ที่นำมาใช้ในการดำเนินคดีกับตน โดยแต่ละมลรัฐจะกำหนดหลักกฎหมายพยานของตนเองอย่างไรก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดกับหลักการที่จำเลยมีสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานในคดีได้ ยกตัวอย่าง เช่น วิธีพิจารณาของรัฐหนึ่งอาจอนุญาตให้พยานของรัฐไม่ต้องระบุตัวตน เช่นนี้ก็จะเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 6 (Sixth Amendment) แล้ว เนื่องจากเป็นกระบวนพิจารณาที่ไม่อนุญาตให้จำเลยได้มีโอกาสตรวจสอบถึงความน่าเชื่อถือของพยานของรัฐ[44] และบทบัญญัติในเรื่องสิทธิในการเผชิญหน้าของจำเลย (The Right to Confrontation) ยังหมายรวมไปถึงสิทธิของจำเลยในการอยู่ร่วมในการพิจารณาอีกด้วย (The Right of a Defendant to be at the Trial) ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนในการพิจารณาคดี การเลือกลูกขุน การตัดสินคดี เป็นต้น[45] ดังเช่น ใน*คดี Delli Paoli v U.S. (1957)* มีการกล่าวในตอนหนึ่งว่า การใช้คำรับสารภาพของจำเลยคนหนึ่งที่ไม่ยอมมาเบิกความมายันแก่จำเลยคนอื่น เป็นการฝ่าฝืนต่อสิทธิในการเผชิญหน้าของจำเลยร่วม โดยศาลตัดสินว่าคำรับสารภาพนั้นยันได้เพียงตัวจำเลยที่รับสารภาพแต่ห้ามนำมายันแก่จำเลยร่วมคนอื่น[46]

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1868 มลรัฐต่าง ๆ ได้ให้สัตยาบันรับรองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 14 (Fourteenth Amendment) ซึ่งมีตอนหนึ่งความว่า ห้ามมลรัฐต่าง ๆ บัญญัติกฎหมายที่ลิดรอนสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแห่งสหรัฐอเมริกา หรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็น

---

[41] The International Bar Association, (เชิงอรรถ 14) 2-3.

[42] Antonio Cassese, (เชิงอรรถ 22) 400.

[43] วิสาร พันธุนะ, 'วิธีพิจารณาความอาญาในสหรัฐอเมริกา' (2521) 5 ดุลพาห 39, 41.

[44] Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure* (3rd edn, West Legal Studies 2000) 398.

[45] เพิ่งอ้าง 398.

[46] วิสาร พันธุนะ (เชิงอรรถ 43) 63-64.

การจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล โดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรมแห่งกฎหมาย หรือปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองที่เท่าเทียมกันในทางกฎหมายแก่ประชาชนในรัฐ[47] ซึ่งใน*คดี Pointer v Texas (1965)* ศาลได้มีการวินิจฉัยว่า สิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานที่เป็นปฏิปักษ์ใช้บังคับแก่มลรัฐตามบทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 14 (Fourteen Amendment) แต่ขอบข่ายของสิทธินี้ยังไม่ชัดเจนว่าใช้บังคับได้เพียงใด[48]

อย่างไรก็ตาม บางกรณีประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) อย่างประเทศสหรัฐอเมริกา มีการเปิดช่องให้สืบพยานลับหลังจำเลยได้เมื่อมีเหตุผลจำเป็น เช่น ในคดีที่ผู้เสียหายเป็นเด็ก เด็กนั้นสามารถเบิกความผ่านโทรทัศน์วงจรปิดได้ เป็นต้น[49] และยังสามารถสืบพยานลับหลังจำเลยได้ด้วยเหตุผลอื่น ๆ หากเหตุผลนั้นสำคัญต่อการอำนวยความยุติธรรม[50] เช่น ใน*คดี Illinois v Allen (1970)* ที่ปรากฏชัดเจนว่า การพยายามให้จำเลยที่กระทำความผิดอาญาและมีพฤติกรรมในการก่อความวุ่นวาย ขัดขืนหรือท้าทายอำนาจศาลอยู่ต่อหน้าศาลและลูกขุนต่อไป เพื่อให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญให้สิทธิแก่จำเลยในการอยู่ร่วมในการสืบพยาน โดยการมัดและปิดปากตัวจำเลยไว้อาจจะตรงตามหลักกฎหมายข้างต้น แต่หากพินิจพิเคราะห์ดูจะพบว่า ไม่มีใครสมควรที่จะถูกใส่กุญแจมือหรือถูกปิดปากไว้ เว้นเสียแต่ว่าเป็นมาตรการสุดท้ายจริง ๆ นอกจากนี้ การทำเช่นนั้นย่อมเป็นการดูถูกศักดิ์ศรีและขัดต่อระเบียบในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ศาลพึงทำตามอีกด้วย ตลอดจนเมื่อประโยชน์ของการปรากฏตัวในศาลของจำเลยก็คือการได้สื่อสารกับที่ปรึกษาทางกฎหมายของจำเลยดังนี้ ภายใต้เงื่อนไขทางกายภาพของจำเลยถูกผูกมัดเช่นนั้นแล้วจะสื่อสารกันอย่างไร[51] โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงที่น่าสนใจ 2 อย่าง คือ ประการแรก Allen ได้ถูกเตือนหลายครั้งจากศาลที่พิจารณาคดีว่าเขาอาจถูกนำตัวออกจากห้องพิจารณาได้ถ้าเขายังคงดื้อรั้นไม่อยู่ในระเบียบ และประการที่สอง คือได้รับการแจ้งโดยตลอดว่าเขาสามารถกลับมาเข้าร่วมการพิจารณาคดีใหม่ได้ เมื่อเขาตกลงว่าจะปฏิบัติตนตามระเบียบและมารยาทที่เหมาะสม[52] ในคดีนี้ศาลยอมรับว่า การพิจารณาต่อหน้าจำเลยมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง แต่ถ้าจำเลยก่อความวุ่นวายถึงขนาดต้องเอาตัวจำเลยออกไปจากห้องพิจารณา จำเลยก็ควรจะสูญเสียสิทธินี้ไป เพราะหากต้องบังคับให้จำเลยเขาได้รับสิทธิดังกล่าวนี้ด้วยการใช้มาตรการที่ไม่พึงปรารถนา เช่น มัดหรือปิดปากจำเลย ก็เท่ากับบังคับศาลให้ต้องทำสิ่งที่ไม่เหมาะสมกับจำเลยให้จำเลยได้ปรากฏตัวอยู่ในห้องพิจารณา ซึ่งจำเลยเองก็อาจจะไม่อยากรับฟัง[53]

---

[47] เพิ่งอ้าง 63-64.

[48] เพิ่งอ้าง 62.

[49] มานิตย์ จุมปา, *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา* (วิญญูชน 2552) 174.

[50] วิสาร พันธุนะ (เชิงอรรถ 43) 65.

[51] Stephen A. Saltzburg and Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure Cases and Commentary* (Tenth Edition, *West Publishing 2014)* 1375.

[52] Wayne R. LaFave, Jerold H. Israle, and Nancy J. King, *Criminal Procedure* (3rd edn, *West Group 2000) 1094.*

[53] วิสาร พันธุนะ (เชิงอรรถ 43) 65.

จะเห็นได้ว่า หลักการที่จำเลยต้องปรากฏตัวในการพิจารณาของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เป็นไปโดยค่อนข้างเคร่งครัด การสืบพยานลับหลังจำเลยหรือไม่ให้มีการเผชิญหน้ากับจำเลยโดยตรงได้จะเป็นไปได้เฉพาะเมื่อมีเหตุผลจำเป็นที่ถูกมองว่า เป็นกรณีที่มีความสำคัญพอ ๆ กัน ในการอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น

(ข) ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีการลักษณะของการปรับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติอนุญาตให้สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลโดยปราศจากตัวจำเลยได้ เช่น หากเข้าเงื่อนไขมาตรา 11 ใน The Magistrates' Courts Act 1980[54] หรือในมาตรา 122 ของ The Magistrates' Courts Act 1980[55] ก็บัญญัติไปในทิศทางเดียวกันว่า Magistrates' Courts สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาโดยปราศจากตัวจำเลยได้หากจำเลยมีตัวแทนทางกฎหมายตามกฎหมายมาดำเนินคดีแทนแล้ว อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ Magistrates' Courts มักจะปฏิบัติต่อจำเลยด้วยการให้สิทธิในการมาปรากฏตัวในการพิจารณาต่อจำเลยเป็นหลัก เว้นเสียแต่ว่าตัวจำเลยเองหรือที่ปรึกษาทางกฎหมายของจำเลยจะขออนุญาตต่อศาลให้พิจารณาโดยปราศจากตัวจำเลย[56]

2.2.2 <u>กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)</u>

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จะมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กล่าวคือ โดยหลักแล้วจะอนุญาตให้มีการพิจารณาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้[57] เพราะในมุมมองของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) การดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลนั้น ศาลได้มีบทบาทในการสืบสวนสอบสวนพยานหลักฐานต่าง ๆ ด้วย ดังนั้น แม้จะปราศจากขั้นตอนการถามค้านก็ตาม ก็ยังคงมีพยานและหลักฐานมากมายที่จะใช้ในการพิจารณาคดีในศาลเข้าสู่สำนวนได้[58] ซึ่งประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่มีบทบัญญัติให้มีการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ เช่น ประเทศสเปน ประเทศเยอรมนี ประเทศญี่ปุ่น[59] และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น โดยจะยกตัวอย่างของประเทศอนุญาตให้มีการพิจารณาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ 2 ประเทศ ดังนี้

(ก) ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีวิธีการพิจารณาคดีที่ต้องรับฟังความทุกฝ่าย (Principe de contradictoire) ซึ่งมีหลักการว่า การพิจารณาคดีต้องกระทำต่อหน้าจำเลย จำเลยต้องมีที่ปรึกษาและ

---

[54] The Magistrates' Courts Act 1980 Section 11.

[55] The Magistrates' Courts Act 1980 Section 122.

[56] Ben Emmerson and Andrew Ashworth, *Human Rights and Criminal Justice* (Sweet & Maxwell 2001) 328-329.

[57] Antonio Cassese (เชิงอรรถ 22) 401.

[58] The International Bar Association (เชิงอรรถ 14) 3.

[59] ดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณาคดีอาชญาลับหลัง (เรื่องเสร็จที่ 117/2477) น.2-3.

ได้รับทราบถึงข้อกล่าวหา และคู่ความโดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวจำเลยจะต้องมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดี[60] ดังนี้ เมื่อจำเลยไม่มาปรากฏตัวในการพิจารณาคดี ไม่ว่าจะได้รับอนุญาตแล้วหรือไม่ ศาลจะสั่งเลื่อนคดีและเรียกตัวจำเลยมาศาล[61]

อย่างไรก็ดี ประเทศฝรั่งเศสก็มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นที่เปิดช่องให้ศาลพิจารณาได้แม้ไม่ปรากฏตัวจำเลย เช่น คดีที่เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ การที่จำเลยไม่มาปรากฏตัวต่อศาลโดยไม่มีเหตุผลสมควรจะอยู่ภายใต้การพิจารณาแบบ Contumace ซึ่งศาลสามารถพิจารณาโดยไม่ต้องมีตัวจำเลยได้ทันที โดยที่ไม่ต้องการร้องขอจากฝ่ายใดก่อน แต่ยังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ฝ่ายนิติบัญญัติวางไว้เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ฝ่ายจำเลย อันได้แก่ การส่งหมายเรียกไปยังถิ่นที่อยู่ที่แน่นอนของจำเลยและปิดประกาศไว้ที่ทำการเทศบาลและที่ทำการของศาล รวมทั้งการประกาศในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่น เพื่อให้จำเลยสามารถทราบได้ว่าจะมีการพิจารณาคดีที่ไม่มีตัวจำเลยในศาล ซึ่งเป็นความพยายามที่จะให้จำเลยมาศาลภายใน 10 วัน หลังจากนั้นหากจำเลยยังคงไม่มาปรากฏตัวในศาล หัวหน้าศาลที่มีเขตอำนาจสามารถออกคำสั่งให้ดำเนินคดีอาญานั้นโดยไม่มีตัวจำเลยได้ และหลังจากนั้นหากจำเลยยังคงไม่มาปรากฏตัวต่อไปอีก 10 วัน (รวมเป็น 20 วัน) ศาลก็จะดำเนินกระบวนพิจารณาโดยไม่มีตัวจำเลย[62] อย่างไรก็ดี หากจำเลยได้มาปรากฏตัวหรือถูกจับตัวมาภายในอายุความ อาจมีการเพิกถอนคำพิพากษาที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้แล้วจึงเริ่มกระบวนพิจารณาใหม่อีกครั้งด้วยกระบวนการพิจารณาแบบปกติที่มีตัวจำเลย[63]

ทั้งนี้ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีโดยปราศจากจำเลยได้เกิดขึ้น เนื่องจากเห็นว่าจะอำนวยความยุติธรรมให้แก่จำเลยได้อย่างไร ในเมื่อเขาเองเลือกที่จะหนีไปแทนที่จะต่อสู้คดี เมื่อจำเลยได้รับสิทธิตามกฎหมายที่จะมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีของเขาเอง แต่เขากลับหนีและไปซ่อนตัวจากเขตอำนาจศาลเสีย จึงควรถือว่าจำเลยได้สละสิทธิดังกล่าวนั้นไปแล้ว โดยปริยาย เนื่องจากการปล่อยให้กระบวนการยุติธรรมหยุดชะงักไปโดยการเพิกเฉยเสียต่อการดำเนินคดีอาญานั้น อาจทำให้พยานหลักฐานต่าง ๆ กระจัดกระจายหายไป หมดอายุความในการดำเนินคดี และเป็นการล้มเหลวของกระบวนการยุติธรรมได้นั่นเอง[64]

(ข) ประเทศเยอรมนี

หลักการพิจารณาคดีโดยปรากฏตัวจำเลยของประเทศเยอรมนีถูกบัญญัติรับรองไว้อยู่ในมาตรา 230 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี โดยบัญญัติวางหลักไว้ว่า (1) ไม่มีการพิจารณาคดีเกิดขึ้นกับจำเลยที่ไม่ปรากฏตัวในศาล และ (2) หากไม่มีเหตุสมควรที่จำเลย

---

[60] อุดม รัฐอมฤต, 'วิธีพิจารณาโดยไม่มีตัวจำเลยในคดีอาญา' (2562) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 220, 224.

[61] เพิ่งอ้าง 225.

[62] กู้เกียรติ เมืองสง, 'การพิจารณาคดีลับหลังจำเลย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550) 38-39.

[63] เพิ่งอ้าง 40.

[64] Antonio Cassese (เชิงอรรถ 22) 401.

ไม่มาปรากฏตัว ศาลสามารถออกหมายจับหรือมีคำสั่งให้นำตัวจำเลยมายังศาลได้[65] รวมทั้งยังมีมาตรา 231 (1) ที่วางหลักไว้ว่า จำเลยคนใดที่ปรากฏตัวต่อศาลแล้วไม่อาจจะหายตัวไปจากการพิจารณาคดีของเขาเองได้ ศาลผู้รับผิดชอบอาจใช้มาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันไม่ให้จำเลยหายไปจากการพิจารณาคดีของตนเองได้ โดยอาจจะควบคุมตัวจำเลยไว้ระหว่างที่จำเลยได้ขัดขวางการพิจารณาคดีนั้น[66] จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้สะท้อนให้เห็นถึงความเคร่งครัดในหลักการดำเนินคดีอาญาต่อหน้าจำเลยเป็นอย่างมาก และนักกฎหมายเยอรมันก็อธิบายมาตรา 231 (1) ว่า เป็นมาตราที่ให้จำเลยมีหน้าที่ต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าศาล[67] อย่างไรก็ดี ในมาตรา 233 ได้บัญญัติวางหลักให้จำเลยสามารถร้องขอให้ตนพ้นจากหน้าที่มาปรากฏตัวต่อหน้าศาลได้หากเป็นกรณีความผิดเล็กน้อยหรือโทษไม่ร้ายแรง[68]

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนีก็ได้มีการเปิดช่องเพิ่มเติมให้สามารถมีกระบวนพิจารณาที่ไม่ต้องมีการปรากฏตัวของจำเลยด้วยโดยอยู่ในหมวดเดียวกัน มีดังต่อไปนี้

1) มาตรา 231 (2) เป็นกรณีที่จำเลยไม่มาปรากฏตัวในการพิจารณาคดี เพื่อขัดขวางไม่ให้การพิจารณาคดีดำเนินต่อไปได้ ทั้งจำเลยที่ไม่มาปรากฏตัวต่อศาลเมื่อจำเลยเคยได้อยู่ในการไต่สวนตามข้อกล่าวหาแล้วและศาลพิจารณาแล้วว่าจำเลยไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวอยู่ของจำเลยในการพิจารณาคดีนั้น[69]

2) มาตรา 231a[70] เป็นกรณีที่จำเลยมีความตั้งใจที่จะทำให้ตัวเองอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถเข้าใจกระบวนพิจารณา และขัดขวางกระบวนพิจารณาในศาล ดังนี้ ศาลสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไปได้ แม้ว่าจำเลยจะยังไม่ได้ให้การเลยก็ตาม[71]

3) มาตรา 231b[72] เป็นกรณีที่จำเลยต้องออกจากห้องพิจารณา เนื่องจากฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ศาล ถ้าศาลเห็นว่า การที่จำเลยมาอยู่ในการพิจารณาคดีไม่สำคัญอีกต่อไป เมื่อเทียบกับคดีที่กำลังพิจารณาอยู่ที่ต้องเสียหายจากการปรากฏตัวของจำเลย ศาลก็สามารถพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้เลยหากจำเลยได้มีโอกาสแถลงเกี่ยวกับฟ้องแล้ว[73]

---

[65] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 230.

[66] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 231.

[67] กรรภิรมย์ โกมลารชุน, 'การพิจารณาคดีลับหลังจำเลยในคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง' (รายงานวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า 2562) 45.

[68] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 233.

[69] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 231.

[70] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 231a.

[71] กรรภิรมย์ โกมลารชุน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น.47.

[72] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 231b.

[73] กรรภิรมย์ โกมลารชุน (เชิงอรรถ 67) 47.

4) มาตรา 231c เป็นกรณีที่การพิจารณาคดีเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับจำเลยมากกว่าหนึ่งคน ศาลอาจจะสั่งให้จำเลยแต่ละคนได้รับอนุญาตให้ไม่ต้องมาศาลระหว่างการพิจารณาในส่วนของจำเลยคนอื่น ๆ เว้นเสียแต่ว่าประเด็นดังกล่าวมีผลต่อการพิจารณาของจำเลยคนนั้น[74]

5) มาตรา 232[75] เป็นกรณีที่เปิดช่องให้ศาลสามารถพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ หากเป็นคดีที่มีประเภทโทษดังที่ระบุไว้ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นความผิดเล็กน้อยหรือมีโทษที่ไม่ร้ายแรงนัก และจำเลยได้รับหมายเรียกโดยชอบด้วยกฎหมายที่แจ้งจำเลยแล้วว่าคดีนั้น ๆ สามารถพิจารณาต่อไปโดยไม่มีตัวจำเลยได้[76]

อย่างไรก็ดี ถ้าศาลได้พิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยไป ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 232 จำเลยยังสามารถร้องขอให้นำคดีขึ้นพิจารณาใหม่ได้ตามมาตรา 235 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี ซึ่งมาตรา 235 วางหลักว่า ถ้าการพิจารณาคดีได้ดำเนินไปโดยปราศจากตัวจำเลยตามมาตรา 232 จำเลยสามารถยื่นคำร้องขอคืนสถานะเดิมได้ภายใน 1 สัปดาห์ โดยกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ จำเลยอาจร้องขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่เมื่อใดก็ได้ หากว่าจำเลยไม่ได้รับรู้ถึงหมายเรียกให้มาร่วมการพิจารณาคดี โดยจำเลยจะต้องได้รับการแจ้งสิทธินี้เมื่อได้รับคำพิพากษา[77]

นอกจากบทบัญญัติของประเทศต่าง ๆ ที่ได้นำเสนอมาข้างต้นนี้ จากการศึกษายังพบว่าไม่เสมอไปที่ประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนจะอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีโดยปราศจากตัวจำเลย หรือในระบบกล่าวหาจะห้ามการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยแยกจากกันอย่างเด็ดขาด ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil Law) ในหลาย ๆ ประเทศ ดังเช่น ประเทศอิตาลี ที่ใช้ระบบกล่าวหาในการพิจารณาคดีกลับอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ เป็นต้น[78]

3. การพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในกฎหมายไทย

ประเทศไทยมีบทบัญญัติอันเป็นข้อยกเว้นของหลักการพิจารณาคดีอาญาโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย อันเป็นการอนุญาตให้พิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้เช่นเดียวกัน ทั้งในกฎหมายพิเศษและในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

3.1 ข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในกฎหมายพิเศษ

กฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องที่ให้อำนาจศาลในการพิจารณาและสืบพยานโดยไม่ต้องปรากฏตัวจำเลยได้ ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายฉบับ ดังเช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณา

---

[74] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 231c.

[75] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 232.

[76] กรรภิรมย์ โกมลารชุน (เชิงอรรถ 67) 47.

[77] The German Code of Criminal Procedure (StPO) Section 235.

[78] Antonio Cassese (เชิงอรรถ 22) 401.

คดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559[79] พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559[80] และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542[81] โดยเหตุผลที่พระราชบัญญัติเหล่านี้ วางหลักให้ศาลสามารถพิจารณาโดยปราศจากจำเลยได้ด้วยเหตุผลพิเศษเฉพาะเรื่องที่แตกต่างไปจากคดีอาญาทั่วไป อาทิ คดีทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง มักมีทุนทรัพย์และความสามารถในการหลบหนีเพื่อให้รอดพ้นจากอำนาจรัฐ ซึ่งกระบวนการยุติธรรมในรูปแบบเดิม อาจจะไม่สามารถดำเนินการให้เกิดความยุติธรรมและมีประสิทธิภาพได้นั่นเอง ดังจะได้อธิบายในรายละเอียดของบทบัญญัติต่าง ๆ ดังนี้

3.1.1 <u>พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542</u>

โดยปกติแล้ววิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะไม่เหมือนการดำเนินคดีอาญาทั่วไปที่จะต้องทำต่อหน้าจำเลย เนื่องด้วยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงจากรายงานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และไต่สวนหาพยานหลักฐานได้เองอยู่แล้ว[82] ตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2543 ข้อ 10 ที่บัญญัติวางหลักไว้ว่าศาลมีอำนาจพิจารณาและไต่สวนพยานหลักฐานลับหลังจำเลยได้

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ในปี พ.ศ. 2560 มาตรา 28 ได้มีการวางหลักให้ศาลสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาคดีโดยไม่มีตัวจำเลยหรือพิจารณาคดีลับหลังได้อย่างชัดเจน[83] ดังนี้

> “ในกรณีที่ศาลประทับรับฟ้องไว้ตามมาตรา 27 และศาลได้ส่งหมายเรียกและสำเนาฟ้องให้จำเลยโดยชอบแล้วแต่จำเลยไม่มาศาล ให้ศาลออกหมายจับจำเลยและให้ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการติดตามหรือจับกุมจำเลยรายงานผลการติดตามจับกุมเป็นระยะตามที่ศาลกำหนด
>
> ในกรณีที่ได้ออกหมายจับจำเลยและได้มีการดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้วแต่ไม่สามารถจับจำเลยได้ภายในสามเดือนนับแต่ออกหมายจับ ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีได้โดยไม่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลย แต่ไม่ตัดสิทธิจำเลยที่จะตั้งทนายความมาดำเนินการแทนตนได้

---

[79] พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 28.

[80] พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559 มาตรา 33.

[81] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 มาตรา 28.

[82] สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *คำอธิบาย การดำเนินคดีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง* (ม.ป.ท. 2552) 98.

[83] สราวุธ เบญจกุล, ‘การพิจารณาคดีลับหลังจำเลยและการจำหน่ายคดีชั่วคราวของศาล’ ข่าวผู้จัดการ (1 ตุลาคม 2550) <https://mgronline.com/daily/detail/9500000115799> สืบค้นเมื่อ 8 มิถุนายน 2561.

> บทบัญญัติมาตรานี้ ไม่เป็นการตัดสิทธิจำเลยที่จะมาศาลเพื่อต่อสู้คดีในเวลาใดก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา แต่การมาศาลดังกล่าวไม่มีผลทำให้การไต่สวนและการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ได้ทำไปแล้วต้องเสียไป"

จะเห็นได้ว่า คดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งมีลักษณะเป็นคดีที่มีความร้ายแรง หากไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีและลงโทษได้ อาจกระทบต่อความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของประชาชน[84] อีกทั้ง กลุ่มผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดเหล่านี้ มักเป็นผู้มีทุนทรัพย์มหาศาลและมีเส้นสายอันนำไปสู่ช่องทางในการหลบหนีได้โดยง่าย ด้วยเหตุนี้ กระบวนการพิจารณาคดีจึงจำเป็นต้องรวดเร็วเพื่อให้สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ทันท่วงที จึงต้องมีข้อยกเว้นที่ให้พิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยในคดีเหล่านี้ได้

3.1.2 <u>พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550</u>

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 ได้มีข้อยกเว้นให้สามารถพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยได้ไว้ ซึ่งอยู่ในหมวด 3 วิธีพิจารณาความในศาลชั้นต้น มาตรา 12 ซึ่งให้ศาลมีอำนาจพิจารณาสืบพยานลับหลังจำเลยได้ อย่างไรก็ตาม ก็มีการกำหนดให้การพิจารณาลับหลังจำเลยสามารถทำได้เฉพาะเมื่อจำเลยมีทนายความที่จะถามค้านและนำสืบหักล้างแล้ว เพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีด้วย เช่น กรณีจำเลยอ้างว่าตนป่วย แต่ไม่ได้ป่วยจริง เป็นต้น[85] ซึ่งมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550 บัญญัติไว้ ดังนี้

> "ในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งจำเลยมีทนายความ ถ้าปรากฏว่าจำเลยคนใดจงใจไม่มาศาลหรือหลบหนี และมีความจำเป็นเพื่อมิให้พยานหลักฐานสูญหายหรือยากแก่การนำมาสืบในภายหลัง เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรก็ให้ศาลมีอำนาจสืบพยานหลักฐานลัยหลังจำเลย แต่ต้องให้โอกาสทนายความของจำเลยที่จะถามค้านและนำสืบหักล้างพยานหลักฐานนั้นได้"

บทบัญญัติข้างต้นวางหลักไว้ว่า ในคดียาเสพติดนั้น หากจำเลยมีทนายความในคดีระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้นแล้วจำเลยไม่มาศาลหรือหลบหนี ศาลมีอำนาจที่จะสืบพยานลับหลังจำเลยได้ หากเข้าเงื่อนไขว่า พยานหลักฐานโจทก์อาจสูญหายได้หรือเป็นการยากที่จะนำสืบพยานหลักฐานนั้น ๆ ในภายหลัง[86] ซึ่งก็หมายความว่า ในทางกลับกันแล้ว หากจำเลยยังไม่มีทนายความที่จะว่าความและแก้ต่างแทนตนเอง ศาลจะไม่สามารถสืบพยานลับหลังจำเลยได้เช่นกัน[87]

ทั้งนี้ มาตรานี้ก็สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่มีการเสนอให้มีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติดฯ ที่เสนอโดยสำนักงานศาลยุติธรรม ที่เสนอว่า เนื่องจากมีคดียาเสพติดจำนวนมากขึ้นสู่ศาล

---

[84] ณรงค์ ใจหาญ (เชิงอรรถ 8) 146.

[85] กองกฎหมายไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *คำอธิบายและเจตนารมณ์รายมาตรา พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ. 2550* (พิมพ์ครั้งที่ 2, ฝ่ายผลิตเอกสาร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2556) 18.

[86] เพิ่งอ้าง 94.

[87] เพิ่งอ้าง 95.

และคดีดังกล่าวเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษและซับซ้อนกว่าการกระทำความผิดอาญาทั่วไป จึงควรที่จะต้องมีวิธีพิจารณาคดีเฉพาะ เพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง[88]

3.1.3 <u>พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559</u>

ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 28 กำหนดข้อยกเว้นที่ศาลจะสืบพยานลับหลังจำเลยได้เพิ่มมากกว่าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้ ดังนี้

> “การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ในกรณีดังต่อไปนี้
>
> (1) จำเลยไม่อาจมาฟังการพิจารณาและการสืบพยานได้เนื่องจากความเจ็บป่วยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ เมื่อจำเลยมีทนาย และจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยาน
>
> (2) จำเลยเป็นนิติบุคคลและศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลนั้นแล้วแต่ยังจับตัวมาไม่ได้
>
> (3) จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้ว แต่ได้หลบหนีไปและศาลออกหมายจับแล้ว แต่ยังจับตัวมาไม่ได้
>
> (4) ในระหว่างพิจารณาหรือสืบพยาน ศาลมคำสั่งให้จำเลนออกจากห้องพิจารณาเพราะเหตุขัดขวางการพิจารณา หรือจำเลยออกไปจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล
>
> ในกรณีดังกล่าว เมื่อศาลพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ให้ศาลมีคำพิพากษาในคดีนั้นต่อไป”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติข้างต้น ได้วางหลัก ให้กระบวนพิจารณาต้องเป็นไปตามหลักการพิจารณาและสืบพยานในศาลต้องเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสต่อสู้คดีคดีอย่างเต็มที่ อีกทั้ง สาธารณชนสามารถตรวจสอบกระบวนการต่าง ๆ ในการพิจารณาคดีได้อันก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย[89] อย่างไรก็ดี จะเห็นได้เช่นกันว่า บทบัญญัติข้างต้นมีข้อยกเว้นที่สามารถพิจารณาลับหลังจำเลยได้ 4 กรณีด้วยกัน ดังนี้

1) กรณีจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลและมีทนายความ และตัวจำเลยเองเจ็บป่วย หรือมีเหตุจำเป็นไม่อาจก้าวล่วงได้ โดยที่เหตุเจ็บป่วยในที่นี้ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นทำให้มาศาลไม่ได้ แต่จำเลยต้องยื่นคำร้องเข้ามา เนื่องจากข้อยกเว้นนี้นั้นต้องมีการอนุญาตจากศาลก่อน[90]

---

[88] เพิ่งอ้าง 6.

[89] สุพิศ ปราณีตพลกรัง, *กฎหมายวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ* (นิติธรรม 2560) 49.

[90] ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบและวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง* (กรุงสยามพับลิชชิ่ง 2562) 189-190.

2) กรณีจำเลยเป็นนิติบุคคลและศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลแล้วแต่ยังจับตัวไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากนิติบุคคลมีผู้แทนที่ตั้งขึ้นใหม่มาศาลแล้ว หรือมีการมอบหมายบุคคลอื่นมาแทนได้แล้ว ย่อมไม่ใช่กรณีนี้[91]

3) กรณีที่จำเลยเคยอยู่ในอำนาจศาลแล้วแต่หลบหนีไป ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่จำเลยได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวและหนีไป หรือกรณีหลบหนีจากที่คุมขังซึ่งศาลได้ออกหมายจับแล้วแต่ยังจับตัวไม่ได้ และศาลได้ออกหมายจับ ซึ่งถ้ายังจับตัวไม่ได้ ศาลสามารถพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้[92]

4) กรณีที่ศาลสั่งให้จำเลยออกนอกห้องพิจารณาระหว่างการพิจารณาสืบพยาน และกรณีที่จำเลยออกนอกห้องพิจารณาเองโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ทั้งสองกรณีมีรายละเอียด ดังนี้

4.1) กรณีที่ศาลสั่งให้จำเลยออกนอกห้องพิจารณาระหว่างการพิจารณาสืบพยาน เป็นกรณีที่จำเลยไม่ได้ขัดขวางการพิจารณาถึงละเมิดอำนาจศาล ตามมาตรา 180 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเมื่อไม่ใช่กรณีตามมาตรา 180 จึงลงโทษตามมาตราดังกล่าวไม่ได้ ศาลจึงสั่งแค่ให้จำเลยออกไปจากห้องพิจารณาเท่านั้น[93]

4.2) กรณีที่จำเลยออกนอกห้องพิจารณาเองโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล โดยไม่ได้หลบหนีไปเลย เช่น ออกไปทำธุระส่วนตัว เป็นต้น กรณีเช่นนี้จะถือว่าเป็นตัวจำเลยเองไม่รักษาสิทธิของตัวเอง และทำให้ศาลสามารถพิจารณาลับหลังจำเลยได้[94]

จะเห็นได้ว่า ทั้ง 4 กรณีนี้ ล้วนแล้วแต่เป็นกรณีที่การพิจารณาลับหลังเกิดขึ้นโดยมีสาเหตุจากตัวจำเลย เมื่อต้องการอำนวยความยุติธรรมด้วยความรวดเร็ว และเป็นประเภทคดีที่รัฐให้ความสำคัญในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด ดังนั้น การพิจารณาคดีจึงควรที่จะดำเนินการต่อไปได้ แม้ไม่มีตัวจำเลย[95]

ทั้งนี้ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า เมื่อนำข้อยกเว้นต่าง ๆ ข้างต้นเหล่านี้ ไปเปรียบเทียบกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่ จะพบว่า เป็นการเขียนล้อกันมาทุกอนุมาตราเลยทีเดียว

3.1.4 <u>พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559</u>

ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559 มาตรา 33 กำหนดข้อยกเว้นที่ศาลจะสืบพยานลับหลังจำเลยได้เพิ่มมากกว่าข้อยกเว้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไว้ดังนี้

> “การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

---

[91] เพิ่งอ้าง 190.

[92] เพิ่งอ้าง.

[93] เพิ่งอ้าง.

[94] เพิ่งอ้าง.

[95] ณรงค์ ใจหาญ (เชิงอรรถ 13).

(1) จำเลยไม่อาจมาฟังการพิจารณาและการสืบพยานได้เนื่องจากความเจ็บป่วย หรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ เมื่อจำเลยมีทนาย และจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยาน

(2) จำเลยเป็นนิติบุคคลและศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลนั้นแล้ว แต่ยังจับตัวมาไม่ได้

(3) จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้ว แต่ได้หลบหนีไปและศาลออกหมายจับแล้ว แต่ยังจับตัวมาไม่ได้

(4) ในระหว่างพิจารณาหรือสืบพยาน ศาลมคำสั่งให้จำเลนออกจากห้องพิจารณาเพราะเหตุขัดขวางการพิจารณา หรือจำเลยออกไปจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล

ในกรณีดังกล่าว เมื่อศาลพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ให้ศาลมีคำพิพากษาในคดีนั้นต่อไป”

เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ทั้ง 4 กรณีนี้ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติข้างต้นเหมือนกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 28 ทุกประการ

3.2 ข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แต่เดิมนั้นแนวทางในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยค่อนข้างที่จะยึดหลักการที่จำเลยต้องได้รับการพิจารณาต่อหน้าอย่างเคร่งครัด จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2499 จึงได้เกิดข้อยกเว้นให้มีการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในมาตรา 172 ทวิ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในเวลาต่อมาในปี พ.ศ. 2527[96] และล่าสุดในปี พ.ศ. 2562 ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 33) พ.ศ. 2562 ซึ่งในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการเพิ่มเติมมาตรา 172 ทวิ ขึ้นมาใหม่อีก 2 อนุมาตรา ได้แก่ มาตรา 172 ทวิ (4) และ (5) ตลอดจนในมาตรา 6 ได้มีการบัญญัติมาตรา 172 ทวิ / 1 และมาตรา 172 ทวิ / 2 เพิ่มเติม ขึ้นมาอีกด้วย เนื่องจากมีการมองว่า ข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในมาตรา 172 ทวิ และมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ยังไม่ครอบคลุมกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในหลาย ๆ กรณี เช่น จำเลยไม่อาจมาฟังการพิจารณาและการสืบพยานได้ เนื่องจากความเจ็บป่วยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ หรือจำเลยได้หลบหนีไประหว่างปล่อยตัวชั่วคราว หรือจำเลยเป็นนิติบุคคลที่ผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลหลบหนีไป หรือกรณีที่จำเลยขัดขวางการพิจารณา หรือจำเลยออกไปจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล

---

[96] สริยา เนตรบารมี, ‘การพิจารณาคดีอาญาด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม : ศึกษาความเหมาะสมในการนำมาใช้ในคดีความผิดเล็กน้อย’ (การค้นคว้าอิสระ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548) 17.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 33 พ.ศ. 2562

มาตรา 5 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (4) และ (5) ของวรรคหนึ่งของมาตรา 172 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

"(4) จำเลยไม่อาจมาฟังการพิจารณาและสืบพยานได้เนื่องจากความเจ็บป่วยหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ เมื่อจำเลยมีทนายความและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยาน

(5) ในระหว่างการพิจารณาและสืบพยาน ศาลมีคำสั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณาเพราะเหตุขัดขวางการพิจารณา หรือจำเลยออกจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล"

และ**มาตรา 6** ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 172 ทวิ / 1 และมาตรา 172 ทวิ / 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

"มาตรา 172 ทวิ / 1 ภายหลังที่ศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรคสอง แล้ว เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยหลบหนีหรือไม่มาฟังการพิจารณาหรือสืบพยานโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ศาลออกหมายจับจำเลย หากไม่ได้ตัวจำเลยมาภายในสามเดือนนับแต่วันออกหมายจับ เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า และจำเลยมีทนายความ ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ และเมื่อศาลพิจารณาคดีเสร็จแล้ว ให้ศาลมีคำพิพากษาในคดีนั้นต่อไป

การพิจารณาและสืบพยานตามวรรคหนึ่งต้องมิใช่คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล

มาตรา 172 ทวิ / 2 ในคดีที่จำเลยเป็นนิติบุคคล ภายหลังที่ศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรคสอง แล้ว เมื่อมีกรณีที่ศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้นแล้ว แต่ยังจับตัวมาไม่ได้ภายในสามเดือนนับแต่วันออกหมายจับ และไม่มีผู้แทนอื่นของนิติบุคคลมาดำเนินการแทนนิติบุคคลนั้นได้ เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ และเมื่อศาลพิจารณาคดีเสร็จแล้วให้ศาลมีคำพิพากษาในคดีนั้นต่อไป"

ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถสรุปได้ว่า ข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มีดังต่อไปนี้

3.2.1 <u>กรณีพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย มาตรา 172 ทวิ</u>[97]

ในมาตรา 172 ทวิ ได้ให้อำนาจศาลในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ใน 5 กรณีด้วยกัน ดังนี้

[97] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ.

(1) กรณีที่คดีนั้นมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสิบปี จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือในคดีที่มีโทษปรับสถานเดียว เมื่อจำเลยมีทนายความแล้ว และจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาร่วมในการพิจารณาและการสืบพยาน

(2) กรณีที่คดีนั้น ๆ มีจำเลยหลายคน ถ้าในการสืบพยานของโจทก์นั้นไม่เกี่ยวแก่จำเลยคนใด ศาลจะพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยคนนั้นก็ได้

(3) กรณีที่คดีนั้นมีจำเลยหลายคน ถ้าศาลเห็นสมควร จะพิจารณาและสืบพยานจำเลยคนหนึ่ง ๆ ลับหลังจำเลยคนอื่นก็ได้

(4) กรณีที่จำเลยป่วยหรือมีเหตุจำเป็นที่ทำให้ไม่อาจมาฟังการพิจารณาและสืบพยานได้ แต่หากจำเลยมีทนายความและจำเลยได้รับอนุญาตจากศาล ก็สามารถที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยานได้ และ

(5) กรณีที่จำเลยต้องออกจากห้องพิจารณาเพราะเหตุขัดขวางการพิจารณา ศาลจึงมีคำสั่ง หรือจำเลยออกจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ในระหว่างการพิจารณาและสืบพยาน

3.2.2 <u>กรณีจำเลยหลบหนีหรือไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยานโดยไม่มีเหตุอันสมควร มาตรา 172 ทวิ / 1</u>[98]

เมื่อศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรคสองแล้ว คือ ศาลได้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง สอบถามคำให้การจำเลยและจดบันทึกคำให้การจำเลยแล้วว่าให้การอย่างไร หากไม่ใช่คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล และศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อให้การดำเนินการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่จำเลยหลบหนีหรือไม่มาฟังการพิจารณาหรือสืบพยานโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ศาลออกหมายจับจำเลย และถ้าไม่ได้ตัวจำเลยมาใน 3 เดือนนับ และจำเลยมีทนายความ อยู่แล้ว ศาลสามารถพิจารณาและสืบพยานในคดีดังกล่าวลับหลังจำเลยได้

3.2.3 <u>กรณีที่จำเลยเป็นนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคลหนีไป มาตรา 172 ทวิ / 2</u>[99]

ในคดีที่จำเลยเป็นนิติบุคคล ภายหลังที่ศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรคสอง แล้วกล่าวคือ ศาลได้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง สอบถามคำให้การจำเลยและจดบันทึกคำให้การจำเลยแล้วว่าให้การอย่างไร หากศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้นแล้ว แต่ยังจับตัวมาไม่ได้ภายใน 3 เดือนนับแต่วันออกหมายจับ และไม่มีผู้แทนอื่นของนิติบุคคลมาดำเนินการแทนนิติบุคคลนั้นได้ และศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลสามารถพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยในคดีนั้น ๆ ได้

---

[98] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ / 1.

[99] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 ทวิ / 2.

3.2.4 กรณีจำเลยออกจากห้องพิจารณา มาตรา 180[100]

โดยปกติแล้วถ้าจำเลยเพียงประพฤติตัวไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลประการใด บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 180 ก็ให้หลักประกันแก่จำเลยว่า จะไม่มีการลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลและให้จำเลยออกจากห้องพิจารณา เพื่อให้เป็นไปตามหลักการพิจารณาและสืบพยานที่ต้องทำต่อหน้าจำเลย แต่ถ้าจำเลยจะทำถึงขั้นขัดขวางการพิจารณาอาจทำให้ศาลพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้[101]

3.2.5 กรณีการส่งประเด็นไปสืบที่อื่น มาตรา 230[102]

หากมีความจำเป็นที่พยานอยู่นอกเขตอำนาจศาล และคู่ความไม่สามารถนำตัวพยานมาศาลได้ จึงต้องมีการส่งประเด็นไปสืบที่ศาลอื่น ซึ่งทำให้ศาลที่รับประเด็นมีอำนาจและหน้าที่ในการสืบพยานเช่นเดียวกับศาลที่ส่งประเด็น[103] ซึ่งเดิมที การที่จำเลยจะตามประเด็นไปฟังการพิจารณาด้วยหรือไม่เป็นสิทธิของจำเลย แต่แนวทางปัจจุบันเห็นว่าควรคุ้มครองสิทธิของจำเลยให้ได้รับการพิจารณาและสืบพยานต่อหน้าจำเลย จึงได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติว่าการส่งประเด็นไปสืบต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 172 ซึ่งหมายความว่าต้องพิจารณาและสืบพยานต่อหน้าจำเลย และจำเลยนั้นไม่สามารถที่จะสละสิทธิได้ ยกเว้นเสียแต่ว่าเป็นกรณีตามมาตรา 172 ทวิ เท่านั้น ที่จำเลยสามารถที่จะเลือกว่าจะตามประเด็นไปฟังการพิจารณาด้วยหรือไม่ก็ได้[104]

3.2.6 กรณีการขอสืบพยานล่วงหน้าก่อนฟ้องคดี มาตรา 237 ทวิ[105]

การขอสืบพยานไว้ล่วงหน้าก่อนฟ้องต่อศาลเพราะมีเหตุจำเป็นเกิดขึ้นในกรณีที่ยังจับตัวผู้ต้องหาไม่ได้ แต่มีความจำเป็นบางประการที่ทำให้ต้องสืบพยานบุคคลไว้ก่อน เช่น พยานบุคคลจะออกนอกประเทศ ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง หรือมีถิ่นที่อยู่ห่างไกลมาก ๆ หรือเป็นกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือเป็นกรณีที่หากไม่นำสืบไว้ก่อนก็จะยากในการนำมาสืบได้อีก เช่นนี้ ฝ่ายผู้เสียหายย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องต่อพนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการอาจยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขอสืบพยานไว้ล่วงหน้าได้ ซึ่งก็ต้องถือว่าเป็นการสืบพยานลับหลังจำเลย[106] ซึ่งเดิมที่อนุญาตเฉพาะกรณีที่เป็นพยานบุคคลเท่านั้น แต่ปัจจุบัน มาตรา 237 ตรี ซึ่งให้นำความในมาตรา 237 ทวิ มาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่กรณีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ และพยานหลักฐานอื่นด้วย ดังนั้นพยานหลักฐานที่จะขอสืบไว้ล่วงหน้าก่อนฟ้องคดี จึงรวมถึงพยานหลักฐานทุกชนิดแล้วในปัจจุบัน[107]

---

[100] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 180.

[101] ธานี สิงหนาท (เชิงอรรถ 7) 402.

[102] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 230.

[103] รชฎ เจริญฉ่ำ, *พยานในคดีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, พิมพ์อักษร 2551) 61.

[104] ธานี สิงหนาท (เชิงอรรถ 7) 403.

[105] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 237 ทวิ.

[106] มารุต บุญนาค, *สิทธิพื้นฐานในคดีอาญา* (วิญญูชน 2550) 23.

[107] ธานี สิงหนาท (เชิงอรรถ 7) 406.

4. บทวิเคราะห์

4.1 ระบบการพิจารณาความของประเทศไทยกับข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย

ระบบการพิจารณาคดีอาญา อาจแบ่งได้กว้าง ๆ เป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) และระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ทั้งนี้ ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) เป็นระบบที่ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ใช้ในการดำเนินคดี โดยที่บทบาทของผู้พิพากษาในระบบนี้จะวางตัวเป็นกรรมการที่วางเฉย (Passive Role)[108] ประเทศในกลุ่มนี้ ได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศแอฟริกาใต้ และประเทศอื่น ๆ ในเครือจักรภพ เป็นต้น[109]

ส่วนระบบไต่สวน (Inquisitorial System) เป็นระบบที่ประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ใช้ในการดำเนินคดี ซึ่งผู้พิพากษาในระบบนี้จะมีบทบาทนำ (Active Role) ในการค้นหาความจริง[110] ประเทศในกลุ่มนี้ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอิตาลี ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม ประเทศสเปน และประเทศอื่น ๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบประมวลกฎหมายเหล่านี้ เป็นต้น[111]

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันการแบ่งระบบการพิจารณาคดีออกเป็นระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนอาจเป็นเพียงเรื่องทางทฤษฎีเท่านั้น เพราะในทางปฏิบัติในหลาย ๆ ประเทศ ก็ได้เลือกนำเอาส่วนที่ดีของทั้งสองระบบการพิจารณาคดีมาใช้กับประเทศของตน โดยไม่ได้ใช้รูปแบบของระบบการพิจารณาแบบใดแบบหนึ่งเท่านั้น แม้อาจจะค่อนไปทางระบบใดระบบหนึ่งมากก่อน ซึ่งถูกเรียกกันโดยทั่วไปว่า “ระบบผสม” เช่นเดียวกันกับประเทศไทยที่นำเอาหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยอันเป็นหลักการในระบบกล่าวหามาใช้ แต่ศาลก็ยังคงมีบทบาทในการแสวงหาความจริงได้อย่างระบบไต่สวน โดยไม่จำต้องจำกัดพยานหลักฐานอยู่แค่สิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาล ดังจะเห็นได้จากการที่มาตรา 229 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้วางหลักให้ศาลเป็นผู้สืบพยาน หรือมาตรา 228 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่วางหลักให้ศาลเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมได้[112] หรือในมาตรา 235 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่วางหลักให้ศาลมีอำนาจในการสอบถามคู่ความ เป็นต้น ซึ่งศาลมีบทบาทนำในการค้นหาความจริงอย่างระบบไต่สวน (อย่างไรก็ดี ก็ยังคงมี

---

[108] อุทัย อาทิเวช, *คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, วี.เจ.พริ้นติ้ง 2555) 5.

[109] เพิ่งอ้าง 46.

[110] เพิ่งอ้าง 5.

[111] เพิ่งอ้าง 46.

[112] เพิ่งอ้าง 48.

ความคิดเห็นที่หลากหลายในเรื่องนี้ ที่บางส่วนยังคงมองว่าระบบวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยเป็นระบบกล่าวหา หรือบางส่วนที่มองว่าเป็นระบบไต่สวนอยู่ด้วยเช่นเดียวกัน)

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อระบบการพิจารณาคดีของไทยเป็นแบบผสม การนำเอาข้อยกเว้นอย่างการสืบพยานลับหลังจำเลยในคดีอาญามาใช้ ซึ่งเป็นข้อดีที่สามารถนำมาอุดช่องว่างในกรณีที่ไม่สามารถอำนวยความยุติธรรมได้ในบางกรณี ดังเช่น กรณีที่จำเลยจงใจหลบหนี เพื่อให้กระบวนการพิจารณาไม่สามารถดำเนินต่อได้ และเป็นสิ่งที่ทำได้ในระบบไต่สวนอยู่แล้วมาใช้ก็น่าที่จะสามารถทำได้ อีกทั้ง เมื่อจากการศึกษาพบว่า ไม่เสมอไปที่ประเทศที่ใช้ระบบไต่สวนจะอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีอาญาโดยปราศจากตัวจำเลย หรือในระบบกล่าวหาจะต้องห้ามพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย อันเป็นการแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil Law) ในหลาย ๆ ประเทศ ดังเช่น ประเทศอิตาลี ที่ใช้ระบบกล่าวหาในการพิจารณาคดี กลับมีการอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้[113] ดังนั้น ในเมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วางหลักไว้ว่า การพิจารณาคดีและสืบพยานในศาลให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังเช่น มาตรา 172 ทวิ เป็นต้น การสืบพยานลับหลังจำเลยจึงสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่ขัดต่อระบบพิจารณาความอาญาของประเทศไทยแต่อย่างใด

อีกทั้ง สำหรับประเทศที่ยังคงดำเนินคดีด้วยระบบกล่าวหาเป็นหลัก หากพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยก็สามารถหยิบยกเอาข้อดีของระบบไต่สวนไปใช้ได้ กล่าวคือ อาจกำหนดให้กรณีตามข้อยกเว้นที่พิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย ศาลมีบทบาทนำ (Active Role) ในการแสวงหาข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่ออำนวยความยุติธรรมได้

4.2 ความสอดคล้องกับความจำเป็นและเหตุผลของการมีข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ดังที่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับที่ 33 พ.ศ. 2562 มาตรา 5 และมาตรา 6 จึงได้วางหลักให้เพิ่มเติมในเรื่องการพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยในกรณีต่าง ๆ ผู้เขียนขอนำมาวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องกับความจำเป็นและเหตุผลของการมีข้อยกเว้นในการพิจารณาคดีโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

4.2.1 <u>กรณีที่จำเลยไม่อาจมาฟังการพิจารณาและการสืบพยานได้เนื่องจากความเจ็บป่วยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ เมื่อจำเลยมีทนาย และจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยาน ตามมาตรา 172 ทวิ (4)</u>

สำหรับกรณีที่จำเลยไม่อาจมาร่วมฟังการพิจารณาและการสืบพยาน เนื่องจากการเจ็บป่วยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ความจริงแล้วไม่น่าจะกำหนดให้เป็นข้อยกเว้นของหลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลย เนื่องจากการเจ็บป่วยหรือ

[113] Antonio Cassese (เชิงอรรถ 22) 401.

เหตุจำเป็นนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้เกิดจากความจงใจของจำเลย และหลักการพิจารณาต่อหน้าจำเลยก็เกิดขึ้นมาด้วยเหตุผลของการต้องการคุ้มครองจำเลยให้ได้รับฟังพยานหลักฐานได้มีโอกาสถามค้าน และตระเตรียมการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่

เมื่อเรามาพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่เป็นเหตุผลเบื้องหลังของหลักการที่ให้สิทธิแก่จำเลยที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า (Rights to Confrontation) แล้ว ก็จะพบว่า เป็นไปเพื่อให้จำเลยผู้อาจได้รับผลร้ายจากคำพิพากษาจากการพิจารณาและสืบพยานในคดีได้รับรู้สิ่งที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีอย่างครบถ้วนและสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้เอง จึงมีการอธิบายกันว่าหลักการนี้เป็นบทบังคับเพื่อประโยชน์ของจำเลยเอง จึงไม่ควรให้จำเลยสละสิทธินี้ได้แม้ไม่ต้องการใช้เองก็ตาม[114] จึงไม่เหมือนกรณีอื่น ๆ ดังเช่น การที่จำเลยสมัครใจหนีไปเอง หรือจำเลยออกไปจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ดังนี้ จึงไม่ควรเป็นกรณีที่ศาลควรจะอนุญาตให้จำเลยสามารถไม่มาร่วมกระบวนพิจารณาโดยไม่รอจำเลยได้ เนื่องจากแม้จำเลยอาจจะไม่ตระหนักถึงความสำคัญของการมาเผชิญหน้ากับพยานหลักฐาน แต่สิทธินี้ควรเป็นสิ่งที่จำเลยได้รับการคุ้มครอง อีกทั้ง อาการเจ็บป่วยอาจเป็นเพียงเหตุชั่วคราวที่ทำให้ไม่สามารถมาร่วมกระบวนพิจารณาคดีได้ หากมองว่าอาการเจ็บป่วยเป็นเหตุจำเป็นที่ไม่อาจก้าวล่วงได้ และสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานต่าง ๆ นั้นมีความสำคัญ ก็ควรจะเลื่อนการพิจารณาแทน ซึ่งเป็นสิ่งที่เหมาะสมอยู่แล้ว และไม่น่าที่จะถือว่าการที่จำเลยได้รับอนุญาตจากศาลเป็นกรณีที่จำเลยสมัครใจเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เขียนเห็นว่าการตัดสินใจขออนุญาตจากศาลในช่วงเวลาที่มีการเจ็บป่วยหรือเหตุจำเป็นอาจไม่ได้เกิดขึ้นจากความเต็มใจของจำเลยเอง แต่ส่วนหนึ่งอาจเกิดจากการที่มีสิ่งเร้าที่เข้ามากระทบด้วยก็เป็นได้

นอกจากนี้ หากนำเอากรณีนี้ไปเทียบเคียงเพิ่มเติมกับกรณีของจำเลยซึ่งกลายเป็นผู้วิกลจริตในระหว่างการพิจารณาจนทำให้ไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ซึ่งกฎหมายได้เปิดช่องไว้ว่า หากศาลมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า จำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ตามปกติ สามารถสั่งให้แพทย์ทำการตรวจ ซึ่งหากข้อเท็จจริงปรากฏให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้วิกลจริตและไม่สามารถต่อสู้คดีได้ ให้ศาลงดการพิจารณาไว้จนกว่าจำเลยจะหายหรือสามารถต่อสู้คดีได้[115] ตามมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[116] ซึ่งจะเห็นได้ว่า ขนาดป่วยถึงขนาดวิกลจริต ยังสามารถงดการพิจารณาเพื่อรอให้หายได้ แต่เพียงแต่เจ็บป่วยศาลกับสามารถสั่งอนุญาตให้ไม่ต้องมาศาลและดำเนินกระบวนพิจารณาตามปกติได้ เช่นนี้เหตุผลแห่งการมีบทบัญญัติจะขัดแย้งกันหรือไม่

ตลอดจนเป้าประสงค์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี คือ การสามารถหาผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (Crime Control) และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกดำเนินคดี (Due Process) อย่างสมดุล[117] หากเรามุ่งแต่จะดำเนินคดีกับจำเลยให้คดีเสร็จสิ้นโดยเร็ว โดยไม่ได้คุ้มครอง

---

[114] คนึง ฦาไชย (เชิงอรรถ 9) 95.

[115] มารุต บุญนาค (เชิงอรรถ 106) 62-63.

[116] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 14.

[117] สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (เชิงอรรถ 82) 25.

สิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานที่จำเลยพึงมี อาจจะเป็นกรณีที่เราไม่สามารถผสานหรือรักษาสมดุลของเป้าประสงค์ข้างต้นได้หรือไม่

นอกจากนี้ เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้ในการพิจารณาคดีอาญาทั่วไปหรืออาชญากรรมทั่วไปที่เกิดขึ้นในสังคม ซึ่งแตกต่างไปจากเหตุผลของเรื่องในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีโดยเฉพาะต่าง ๆ ดังเช่น ในกฎหมายระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ ที่มุ่งใช้กับคดีอาญาระหว่างประเทศที่มีความร้ายแรงก็ไม่มีการบัญญัติวางหลักถึงกรณีที่จำเลยป่วยแต่อย่างใด หรือหากนำมาเทียบเคียงกับกรณีคดีอาญาเฉพาะเรื่องอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559 มาตรา 28 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. 2559 มาตรา 33 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 มาตรา 28 แล้ว ซึ่งอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า คดีอาญาทั่วไปที่ต้องใช้วิธีพิจารณาความอาญาในประมวลกฎหมายอาญา มีความร้ายแรงหรือจำเป็นเร่งด่วน หรือตัวผู้กระทำความผิดมีลักษณะพิเศษที่มีอิทธิพลและความสามารถในการหลบหนีคดีมากกว่าคนปกติอย่างนั้นหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากมีการบัญญัติข้อยกเว้นโดยลืมหรือไม่ได้คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของหลักการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำต่อหน้าจำเลยที่มุ่งคุ้มครองตัวจำเลยไปเพื่อเพียงความสะดวกรวดเร็วในทุกประเภทคดี อาจทำให้หลักการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าจำเลยหย่อนความศักดิ์สิทธิ์ไปในที่สุดได้นั่นเอง

นอกจากนี้ หากเทียบกับกรณีของการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงอย่างในศาลพิเศษที่พิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่กัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)) แล้วจะพบว่า กรณีเดียวกันที่จำเลยมีปัญหาด้านสุขภาพ และเป็นคดีอาญาที่ร้ายแรง จำเลยยังมีตัวเลือกในการเข้าร่วมการพิจารณาโดยใช้วิธีการทางจอภาพและเสียงได้อีกด้วยในข้อ 81.5

ผู้เขียนจึงอยากเสนอให้กรณีนี้จำเลยมีตัวเลือกในการเข้าร่วมการพิจารณาด้วยวิธีการนำเทคโนโลยีเข้ามาช่วยให้โดยใช้วิธีการทางจอภาพและเสียงได้ด้วย

4.2.2 <u>กรณีที่ในระหว่างการพิจารณาหรือสืบพยาน ศาลมีคำสั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณา เพราะเหตุขัดขวางการพิจารณา หรือจำเลยออกไปจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ตามมาตรา 172 ทวิ (5)</u>

กรณีแรก หากในระหว่างพิจารณาหรือสืบพยานนั้นจำเลยได้ขัดขวางการดำเนินกระบวนพิจารณาจนศาลต้องมีคำสั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณาเพราะเหตุขัดขวางการพิจารณา อาจมองได้ว่ามีลักษณะเหมือนกันกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ศาลฎีกาอธิบายว่า หากบังคับให้จำเลยได้รับสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยาน ก็เท่ากับบังคับให้ศาลต้องสั่งและทำให้จำเลยต้องพบกับมาตรการที่ไม่พึงปรารถนาต่าง ๆ ดังเช่น การมัดหรือปิดปากจำเลยเพื่อให้จำเลยยังคงมีตัวตนอยู่ในห้องพิจารณา[118] แต่นั่นก็ไม่เกิดประโยชน์อันใดอยู่ดี หากจำเลยไม่พร้อมที่จะรับรู้อะไรทั้งสิ้นนั่นเอง

[118] วิสาร พันธุนะ (เชิงอรรถ 43) 65.

ส่วนกรณีที่สอง จำเลยออกไปจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลนั้น กรณีนี้มีลักษณะคล้ายกับการที่จำเลยหลบหนีไป กล่าวคือ เป็นกรณีที่รัฐได้อำนวยความยุติธรรมและมอบสิทธิอย่างเต็มที่ให้แก่จำเลยในการพิจารณาอย่างเปิดเผยต่อหน้าจำเลย แต่จำเลยเสียเองที่เป็นฝ่ายสละเสียซึ่งสิทธิดังกล่าวนั้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนขอเสนอแนะให้กรณีการนำตัวจำเลยออกจากห้องพิจารณา อาจจะเพิ่มเครื่องมือและช่องทางในการสังเกตการณ์การพิจารณาและการสืบพยานของศาลจากนอกห้องพิจารณาคดี โดยการใช้เทคโนโลยีเข้ามาช่วย เหมือนดังเช่น ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) มาตรา 63 (2) หรือ ในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการสืบพยานของศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์รา ลีโอน (SCSL Rules of Procedures and Evidence) ในข้อ 80 (b) ที่วางหลักให้กรณีที่มีการนำตัวจำเลยออกไปจากห้องพิจารณา หากเป็นไปได้ต้องมีการจัดเตรียมให้จำเลยสามารถติดตามการพิจารณาคดีผ่านทางวีดีโอได้เป็นต้น

4.2.3 <u>กรณีที่จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้ว แต่ได้หลบหนีไป และศาลได้ออกหมายจับแล้ว แต่ยังจับตัวมาไม่ได้ ตามมาตรา 172 ทวิ / 1</u>

เป็นกรณีที่รัฐได้อำนวยความยุติธรรมและมอบสิทธิอย่างเต็มที่ให้แก่จำเลยในการพิจารณาอย่างเปิดเผยต่อหน้าจำเลย แต่จำเลยเสียเองที่เป็นฝ่ายหลบหนีคดีไป จึงอาจถือได้ว่าฝ่ายจำเลยนั้นสละสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานและการถามค้านไปโดยปริยาย เนื่องจากกรณีที่จำเลยหลบหนีการพิจารณาคดีไป เมื่อไม่ปรากฏตัวจำเลย ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราว ทำให้คดีไม่อาจดำเนินต่อไปได้ และกว่าจะสามารถจับตัวจำเลยมาดำเนินคดีได้ พยานบุคคลในคดีที่เป็นเพียงมนุษย์ที่มีเพียงชีวิตเดียวและมีความทรงจำที่สามารถเลือนหายไปได้ตามกาลเวลา อันนำมาซึ่งปัญหาการนำสืบพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักของพยานลดลง หรือเกิดการล้มหายตายจากของพยานบุคคล อีกทั้ง เมื่อในคดีอาญา โจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดในระดับที่ต้องปราศจากข้อสงสัย (Beyond a reasonable doubt) ก็อาจทำให้ศาลยกฟ้องโจทก์ได้ในที่สุด และกลับกลายเป็นว่า หากจำเลยสามารถหลบหนีไปได้จนกระทั่งหมดอายุความก็สามารถรอดพ้นจากคดีได้ ในทางตรงกันข้าม เหยื่อหรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญาก็ไม่ได้รับการเยียวยาแต่อย่างใดเลย

ด้วยเหตุนี้ การมีบทบัญญัติที่กำหนดให้สามารถพิจารณาคดีอาญาได้โดยปราศจากตัวจำเลยในกรณีของการหลบหนีไปของตัวจำเลยจะสามารถอำนวยความยุติธรรมคืนมาสู่เหยื่อให้ได้รับการเยียวยา อย่างน้อยที่สุดก็ในด้านจิตใจว่า คนทำผิดได้รับการดำเนินคดีและยังความศักดิ์สิทธิ์มาสู่กฎหมายอีกด้วย

อย่างไรก็ดี ต้องแน่ใจได้ว่าจำเลยได้รับการแจ้งข้อกล่าวหา มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายในการดำเนินคดี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีสิทธิในการพิจารณาคดีใหม่ด้วย ดังจะได้อธิบายโดยละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อ 4.3 ต่อไป

4.2.4 กรณีจำเลยเป็นนิติบุคคลและศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลนั้นแล้ว แต่ยังจับตัวไม่ได้ ตามมาตรา 172 ทวิ / 2

สำหรับข้อยกเว้นนี้เห็นว่า แทนที่จะอนุญาตให้พิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยได้ ควรตั้งผู้แทนเฉพาะคดี เหมือนกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์โดยไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือกรณีผู้วิกลจริตและคนไร้ความสามารถที่อาจจะไม่มีผู้อนุบาลหรือผู้แทนโดยชอบธรรม หรือมีแต่ไม่สามารถทำหน้าที่ได้ หรือมีผลประโยชน์ขัดกัน ผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องสามารถยื่นคำร้องขอศาลแต่งตั้งผู้แทนเฉพาะกาลเพื่อดำเนินการแทนได้มากกว่า

เนื่องจากมีผู้ถือหุ้นจำนวนมากที่อาจได้รับผลกระทบ เสมือนเป็นผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษอยู่แล้ว ทำไมจึงไม่เลือกคนเหล่านี้มาทำหน้าที่เป็นผู้แทนเฉพาะคดี ซึ่งเป็นความคิดเห็นที่สอดคล้องกันกับความคิดเห็นของท่านศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ซึ่งได้เคยแสดงทัศนะไว้ว่า “การที่นิติบุคคลเป็นจำเลยแต่ไม่มีผู้แทนนิติบุคคลเข้ามาในคดี หากจะให้สืบพยานลับหลังจำเลยนั้น เห็นว่าเป็นเหตุที่ไม่น่าจะถูกต้องและมีผลต่อสิทธิของนิติบุคคลที่จะมีผู้แทนมานำเสนอข้อเท็จจริงต่อศาล ทั้งนี้ เพราะแม้ว่าไม่มีผู้แทนนิติบุคคล ก็ควรให้ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งผู้แทนมาเพื่อฟังการพิจารณา ทั้งนี้ เพราะหากนิติบุคคลถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดและต้องรับโทษปรับก็จะต้องบังคับเอาจากทรัพย์สินของนิติบุคคล ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมของผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกในนิติบุคคลนั้น ในกรณีนี้จึงเห็นว่าการสืบพยานลับหลังผู้แทนนิติบุคคลจึงน่าจะขัดต่อหลักการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลย ซึ่งควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องดังกล่าว โดยให้ศาลเรียกผู้แทนอื่นที่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งเข้ามาดำเนินคดีแทนก่อน”[119]

4.3 สิทธิของจำเลยในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานที่หายไปกับหลักประกันที่เข้ามาแทนที่

จากการศึกษากฎหมายในระดับระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ สิ่งหนึ่งที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งก็คือ แม้จะมีการให้อำนาจศาลในการพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ อันเป็นการลิดรอนสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานและถามค้านของจำเลยไป แต่กลับมีการสร้างหลักประกันสิทธิให้แก่จำเลยเข้ามาแทนที่ ดังเช่น แนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติตาม ICCPR ยอมรับให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลยได้ ในฐานะเป็นข้อยกเว้น แต่ต้องมีมาตรการที่สร้างหลักประกันสิทธิในการต่อสู้โต้แย้งของจำเลยไว้ด้วย อันได้แก่ การแจ้งข้อกล่าวหา (Notice to the accused) การมีผู้ช่วยเหลือในการดำเนินคดีทางกฎหมาย (Assistance of counsel) และสิทธิในการพิจารณาคดีใหม่ (Right to retrial หรือ *ex novo*) ซึ่งก็สอดคล้องกันกับกรณีของในประเทศฝรั่งเศสที่หากผู้หลบหนีได้มาปรากฏตัวหรือถูกจับตัวมาภายในอายุความ อาจมีการเพิกถอนคำพิพากษาได้ โดยการพิจารณาคดีใหม่ รวมถึงประเทศเยอรมนีที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศเยอรมนี (StPO)

[119] ณรงค์ ใจหาญ (เชิงอรรถ 8) 147.

ได้บัญญัติวางหลักไว้ในมาตรา 235 ว่า ถ้าการพิจารณาคดีดำเนินไปโดยปราศจากตัวจำเลย จำเลยสามารถยื่นคำร้องขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้นั่นเอง[120]

ส่วนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย แม้ว่าในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยตามมาตรา 172 ทวิ มาตรา 172 ทวิ / 1 มาตรา 172 ทวิ / 2 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเมื่อไม่นานมานี้จะสามารถกระทำได้เมื่อศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรคสองแล้ว กล่าวคือ ศาลได้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง สอบถามคำให้การจำเลยและจดบันทึกคำให้การจำเลยแล้วว่าให้การอย่างไร อันถือว่า เป็นการการแจ้งข้อกล่าวหา (Notice to the accused) และการมีผู้ช่วยเหลือในการดำเนินคดีทางกฎหมาย (Assistance of counsel) ซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้วางหลักไว้ในมาตรา 173 แล้ว แต่ผู้เขียนพบว่า ยังไม่ปรากฏว่ามีสิทธิในการพิจารณาคดีใหม่ (Right to retrial หรือ *ex novo*) สำหรับการพิจารณาคดีอาญาโดยปราศจากจำเลย ในส่วนใดของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทยเลย

ตลอดจนถึง กรณีจำเลยป่วย หรือกรณีของการขัดขวางการพิจารณาจนศาลต้องมีคำสั่งให้นำตัวออกจากห้องพิจารณา ซึ่งทำให้สิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานและถามค้านในห้องพิจารณาหายไป ก็ควรที่จะมีการชดเชยเพื่อคุ้มครองสิทธิในส่วนนี้ของจำเลยให้ใกล้เคียงสภาพเดิมเท่าที่จะพอเป็นได้ ดังเช่น การให้จำเลยเข้าร่วมการพิจารณาโดยใช้วิธีการทางการใช้วีดีโอคอล เหมือนดังเช่นกรณีของการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงอย่างในศาลพิเศษที่พิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่กัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)) แล้วจะพบว่า กรณีเดียวกันที่จำเลยมีปัญหาด้านสุขภาพ จำเลยยังมีตัวเลือกในการเข้าร่วมการพิจารณาโดยใช้วิธีการทางจอภาพและเสียงได้อีกด้วย ในข้อ 81.5 หรือหากนำตัวจำเลยออกจากห้องพิจารณา อาจจะมีห้องถ่ายทอดให้จำเลยสามารถเข้าสังเกตการณ์การพิจารณาและการสืบพยานของศาลจากนอกห้องพิจารณาคดีได้ เหมือนดังเช่น ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) มาตรา 63 (2) หรือ ในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการสืบพยานของศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์รา ลีโอน (SCSL Rules of Procedures and Evidence) ในข้อ 80 (b) ที่วางหลักให้กรณีที่มีการนำตัวจำเลยออกไปจากห้องพิจารณา หากเป็นไปได้ต้องมีการจัดเตรียมให้จำเลยสามารถติดตามการพิจารณาคดีผ่านทางวีดีโอได้นั่นเอง

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เมื่อหลักการพิจารณาและสืบพยานต้องกระทำต่อหน้าจำเลยในคดีอาญาเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิที่จะเผชิญหน้ากับพยานของจำเลย เพื่อให้จำเลยได้มีโอกาสซักค้านพยานหรือเตรียมสืบหักล้างพยานโจทก์ เพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนและเป็นการให้โอกาสจำเลยได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่

[120] ดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่เชิงอรรถ 77.

อย่างไรก็ตาม การใช้หลักการดังกล่าวทุกกรณีอาจส่งผลกระทบต่อการอำนวยความยุติธรรมได้เช่นเดียวกัน จึงจำเป็นที่จะต้องเปิดช่องให้มีข้อยกเว้นให้สามารถพิจารณาคดีและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใหม่ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 33) พ.ศ. 2562 มาตรา 5 และมาตรา 6 ด้วยการเพิ่มเติมข้อยกเว้นให้สามารถพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้ในหลายกรณีเช่นกัน ทั้งนี้ แม้ว่าข้อยกเว้นดังกล่าวจะสามารถนำมาใช้กับระบบวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยได้ แต่บทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้พิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยได้กับคดีอาญาทั่วไปบางบทบัญญัตินั้นอาจเป็นบทบัญญัติที่ไม่จำเป็น อีกทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นให้พิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยได้ในครั้งนี้ยังไม่มีการให้หลักประกันทดแทนแก่จำเลยที่ต้องสูญเสียสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานไป อาทิ การให้สิทธิในการพิจารณาคดีใหม่ (Right to retrial) ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องแก้ไขให้บทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาสามารถคุ้มครองสิทธิของจำเลยได้อย่างเหมาะสมต่อไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

ประการแรก สำหรับประเทศที่ยังคงดำเนินคดีด้วยระบบกล่าวหาเป็นหลักอย่างประเทศไทย หากพิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยก็สามารถหยิบยกเอาข้อดีของระบบไต่สวนไปใช้ได้ กล่าวคือ อาจกำหนดเพิ่มเติมให้กรณีตามข้อยกเว้นที่พิจารณาคดีอาญาโดยไม่ปรากฏตัวจำเลย ศาลมีบทบาทนำ (Active Role) ในการแสวงหาข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่ออำนวยความยุติธรรมได้

ประการที่สอง จากการที่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 33) พ.ศ. 2562 โดยเพิ่มเติมข้อยกเว้นในเรื่องการพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยในกรณีต่าง ๆ 4 กรณี ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่จำเลยไม่อาจมาฟังการพิจารณาและการสืบพยานได้เนื่องจากความเจ็บป่วยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ เมื่อจำเลยมีทนาย และจำเลยได้รับอนุญาตจากศาลที่จะไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยาน ตามมาตรา 172 ทวิ (4) ให้จำเลยสามารถเข้าร่วมการพิจารณาและสืบพยานได้ด้วยวิธีการถ่ายทอดภาพและเสียงได้ ดังเช่น กรณีของการพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงอย่างในศาลพิเศษที่พิจารณาคดีอาญาระหว่างประเทศที่กัมพูชา (The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)) ที่หากจำเลยมีปัญหาด้านสุขภาพ จำเลยยังมีตัวเลือกในการเข้าร่วมการพิจารณาโดยใช้วิธีการทางจอภาพและเสียงได้ ในข้อ 81.5

2) กรณีที่ในระหว่างการพิจารณาหรือสืบพยาน ศาลมีคำสั่งให้จำเลยออกจากห้องพิจารณาเพราะเหตุขัดขวางการพิจารณา หรือจำเลยออกไปจากห้องพิจารณาโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ตามมาตรา 172 ทวิ (5) อาจจะเพิ่มเครื่องมือและช่องทางในการสังเกตการณ์การพิจารณาและการสืบพยานของศาลจากนอกห้องพิจารณาคดีได้ ด้วยการใช้เทคโนโลยีเข้ามาช่วย เหมือนดังเช่น

ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court) มาตรา 63 (2) หรือ ในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการสืบพยานของศาลพิเศษสำหรับสาธารณรัฐเซียร์รา ลีโอน (SCSL Rules of Procedures and Evidence) ในข้อ 80 (b) ที่วางหลักให้กรณีที่มีการนำตัวจำเลยออกไปจากห้องพิจารณา หากเป็นไปได้ต้องมีการจัดเตรียมให้จำเลยสามารถติดตามการพิจารณาคดีผ่านทางวีดีโอได้ เป็นต้น

ทั้งนี้ ในข้อ 1) และข้อ 2) เห็นว่า อาจจะแก้ไขเพิ่มเติมให้มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเหมือนหรือโดยเทียบเคียงได้กับมาตรา 172 วรรคสาม ที่ให้ศาลสามารถสืบพยานผ่านระบบโทรทัศน์วงจรปิดสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีอื่นได้ หรือให้สามารถอนุโลมเอามาตรา 172 วรรคสามมาใช้แก่กรณีการพิจารณาและสืบพยานโดยไม่ปรากฏตัวจำเลยทั้งสองกรณีนี้โดยอนุโลม

3) กรณีที่จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้ว แต่ได้หลบหนีไป และศาลได้ออกหมายจับแล้ว แต่ยังจับตัวมาไม่ได้ ตามมาตรา 172 ทวิ / 1 ต้องสามารถทำให้แน่ใจได้ว่าจำเลยได้รับการแจ้งข้อกล่าวหา มีผู้ช่วยเหลือทางกฎหมายในการดำเนินคดี และมีสิทธิในการพิจารณาคดีใหม่อย่างครบถ้วนแล้ว ดังจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปในข้อเสนอแนะประการที่ 3

4) กรณีจำเลยเป็นนิติบุคคลและศาลได้ออกหมายจับผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลนั้นแล้ว แต่ยังจับตัวไม่ได้ ตามมาตรา 172 ทวิ / 2 เห็นว่าแทนที่จะอนุญาตให้พิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยได้ ควรตั้งผู้แทนเฉพาะคดี เหมือนกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์โดยไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือกรณีผู้วิกลจริตและคนไร้ความสามารถที่อาจจะไม่มีผู้อนุบาลหรือผู้แทนโดยชอบธรรม หรือมีแต่ไม่สามารถทำหน้าที่ได้ หรือมีผลประโยชน์ขัดกัน ผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องสามารถยื่นคำร้องขอศาลแต่งตั้งผู้แทนเฉพาะกาลเพื่อดำเนินการแทนได้มากกว่า เนื่องจากมีผู้ถือหุ้นจำนวนมากที่อาจได้รับผลกระทบเสมือนเป็นผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษอยู่แล้ว ทำไมจึงไม่เลือกคนเหล่านี้มาทำหน้าที่เป็นผู้แทนเฉพาะคดี

<u>ประการที่สาม</u> ควรสร้างหลักประกันหรือสิ่งที่เข้ามาชดเชยสิทธิในการเผชิญหน้ากับพยานหลักฐานของจำเลยที่ขาดหายไปดังเช่นที่พบในกฎหมายในระดับระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศของประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติตาม ICCPR ที่ยอมรับให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลยได้ในฐานะเป็นข้อยกเว้น แต่ต้องมีมาตรการที่สร้างหลักประกันสิทธิในการต่อสู้โต้แย้งของจำเลยไว้ด้วย อันได้แก่ การแจ้งข้อกล่าวหา (Notice to the accused) การมีผู้ช่วยเหลือในการดำเนินคดีทางกฎหมาย (Assistance of counsel) และสิทธิในการพิจารณาคดีใหม่ (Right to retrial หรือ *ex novo*) ซึ่งก็สอดคล้องกันกับกรณีของในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีที่สามารถกลับมาร้องขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ได้ ซึ่งหากพิจารณาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย แม้ว่าในการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยตามมาตรา 172 ทวิ มาตรา 172 ทวิ / 1 มาตรา 172 ทวิ / 2 ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะสามารถกระทำได้เมื่อศาลได้ดำเนินการตามมาตรา 172 วรรคสองแล้ว กล่าวคือ ศาลได้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟัง สอบถามคำให้การจำเลยและจดบันทึกคำให้การจำเลยแล้วว่าให้การอย่างไร อันถือว่า เป็นการแจ้ง

ข้อกล่าวหา (Notice to the accused) และการมีผู้ช่วยเหลือในการดำเนินคดีทางกฎหมาย (Assistance of counsel) ซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้วางหลักไว้ในมาตรา 173 แล้ว แต่กลับพบว่า ยังไม่ปรากฏว่ามีสิทธิในการพิจารณาคดีใหม่ (Right to retrial หรือ *ex novo*) จึงควรอนุญาตให้คดีที่มีการพิจารณาคดีอาญาโดยปราศจากจำเลยสามารถพิจารณาคดีใหม่ได้ หากภายหลังได้ตัวจำเลยมาอยู่ในเขตอำนาจศาล