

ความเห็นส่วนตัว  
ของ นายอุดม รัฐอมฤต ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๑๑ - ๑๒/๒๕๖๘

เรื่องพิจารณาที่ ๓๗/๒๕๖๗

เรื่องพิจารณาที่ ๑/๒๕๖๘

วันที่ ๑ เดือน กรกฎาคม พุทธศักราช ๒๕๖๘

ระหว่าง { ศาลอาญา

ผู้ร้อง

ผู้ถูกร้อง

ศาลอาญาส่งคำโต้แย้งของจำเลยในคดีอาญา รวม ๒ คำร้อง เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ ข้อเท็จจริงตามคำโต้แย้งของจำเลยซึ่งเป็นบุคคลเดียวกันทั้งสองคำร้อง และเอกสารประกอบ สรุปได้ดังนี้

ระหว่างการพิจารณาคดีทั้งสองคดีของศาลอาญา จำเลยโต้แย้งว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยให้สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่และมีสิทธิถามค้านพยานของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่ทำให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตน โดยมาตรา ๑๗๒ บัญญัติให้การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น การที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยเป็นการจำกัดสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีและคัดค้านพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่ เป็นบทบัญญัติที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากมาตรการที่กำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกที่รวดเร็วและเป็นธรรมเฉพาะแก่ผู้เสียหายเท่านั้น แต่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกแก่จำเลย จำเลยไม่มีโอกาสเข้าร่วมการพิจารณาและสืบพยาน และเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของจำเลยเกินสมควรแก่เหตุ เนื่องจากยังมีมาตรการที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของจำเลยน้อยกว่าซึ่งรัฐอาจเลือกใช้มาตรการดังกล่าวได้ แต่รัฐกลับเลือกใช้มาตรการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย นอกจากนี้ ยังเป็นการปฏิบัติต่อจำเลยเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด เป็นบทบัญญัติที่ไม่เป็นไปตามหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑



ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ จำเลยขอให้ศาลอาญาส่งคำโต้แย้งดังกล่าว ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒

ศาลอาญาเห็นว่า คำร้องทั้งสองของจำเลยโต้แย้งว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ ซึ่งศาลอาญาจะใช้บทบัญญัติ แห่งกฎหมายดังกล่าวบังคับแก่คดี และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้ จึงส่งคำโต้แย้งดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๒ วรรคหนึ่ง

เนื่องจากคำร้องทั้งสองมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นประเด็นเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญให้รวม การพิจารณาทั้งสองคดีเข้าด้วยกัน โดยให้เรื่องพิจารณาที่ ๓๗/๒๕๖๗ เป็นสำนวนคดีหลัก ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำโต้แย้งของจำเลยทั้งสองคำร้อง ความเห็นและข้อมูลของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และเอกสารประกอบแล้ว เห็นว่า จำเลยไม่ได้แสดงเหตุผลประกอบคำโต้แย้งว่า ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า อย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในส่วนนี้ และให้กำหนดประเด็นพิจารณา วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ วรรคสอง หรือไม่

#### **ประเด็นวินิจฉัย**

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ วรรคสอง หรือไม่

#### **ความเห็น**

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๓๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดมาตรการเฉพาะให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณี ที่จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้วแต่หลบหนี หรือไม่มาฟังการพิจารณาและการสืบพยานโดยไม่มีเหตุอันสมควร และศาลได้ออกหมายจับจำเลยแล้วแต่ยังจับตัวจำเลยมาไม่ได้ และจำเลยมีทนายความ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การพิจารณาคดีสามารถดำเนินไปอย่างไม่ชักช้า<sup>๑</sup> อันเป็นการอำนวยความสะดวก ความยุติธรรมแก่คู่ความ ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อป้องกันพยานหลักฐานหายไ้ หากปล่อยให้การพิจารณาและสืบพยานในคดีเนิ่นช้าออกไปเป็นเวลานาน การนำพยานหลักฐานมาสืบ ให้ได้ข้อเท็จจริงมักเป็นไปได้ยาก นอกจากนี้หลักการดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้ผู้เสียหายที่ได้รับ

<sup>๑</sup> รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๔๓/๒๕๖๑ วันพฤหัสบดีที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๖๑ หน้า ๑๒๓-๑๒๔

*Da*

ผลกระทบจากการกระทำผิดอาญาได้รับการเยียวยาโดยเร็ว ตามหลักการที่ว่า ความยุติธรรมที่ล่าช้า คือความไม่ยุติธรรม (Justice delayed is justice denied) อย่างไรก็ตาม หลักการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยดังกล่าว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ วรรคสอง บัญญัติไม่ให้นำมาใช้บังคับกับคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือคดีที่จำเลยอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล

**ข้อโต้แย้งของจำเลยที่ว่า** ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยเป็นการจำกัดสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดี และคัดค้านพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่ เป็นบทบัญญัติที่ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากมาตรการที่กำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจเลือกพิจารณาคดีอาญาลับหลังจำเลยดังกล่าว เป็นมาตรการที่อำนวยความสะดวกที่จะได้รับการเยียวยาอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมเฉพาะแก่ผู้เสียหายเท่านั้น แต่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกแก่จำเลยได้ จำเลยไม่มีโอกาสมีส่วนร่วมในการพิจารณาและสืบพยาน และเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของจำเลยเกินสมควรแก่เหตุ นอกจากนี้ การพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยยังเป็นการปฏิบัติต่อจำเลยเสมือนหนึ่งว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด เป็นบทบัญญัติที่ไม่เป็นไปตามหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิด จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ วรรคสอง นั้น

**เห็นว่า** กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับการสร้างความสมดุลระหว่างการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ภายใต้แนวคิดดังกล่าวจึงมีการวางหลักการพื้นฐานเพื่ออำนวยความสะดวก โดยมีหลักการที่สำคัญ ได้แก่ หลักการตรวจสอบค้นหาความจริง หลักการฟังความทุกฝ่าย หลักการสืบพยานของศาลโดยเปิดเผย หลักความอิสระของศาลในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน และหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยเฉพาะในหลักการฟังความทุกฝ่าย (*audi alteram partem*) ซึ่งหลักกฎหมายนี้ให้การรับรองสิทธิแก่คู่ความในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ตามหลักการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Fair Trial) โดยเฉพาะผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญาจะต้องได้รับทราบว่าเขาถูกกล่าวหาหรือถูกฟ้องว่าอย่างไร เพื่อจะได้มีโอกาสให้การแก้ข้อกล่าวหาได้อย่างถูกต้อง ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวเป็นหลักการทั่วไปว่า การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น อันเป็นการคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยซึ่งตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา กล่าวคือ การพิจารณาและสืบพยานต่อหน้าจำเลยเป็นหลักประกันให้ศาลฟังความทุกฝ่าย เพราะจำเลยที่อยู่ร่วมใน



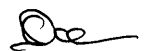
การพิจารณาคดีได้รับรู้ข้อเท็จจริงในการพิจารณาและมีโอกาสโต้แย้งพยานหลักฐานของฝ่ายโจทก์ นอกจากนี้ สิทธิของจำเลยที่จะเผชิญหน้ากับพยานบุคคล หรือที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๖ (Constitution of the United States - Sixth Amendment)<sup>๖</sup> เรียกว่า Right to Confront Witnesses<sup>๗</sup> ยังทำให้จำเลยมีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากมีโอกาสตรวจสอบรวมทั้งหักล้างพยานบุคคลที่ให้การเป็นผลร้ายแก่จำเลย ซึ่งในทางปฏิบัติศาลไทยได้ให้ความสำคัญกับหลักการคุ้มครองสิทธิของจำเลยดังกล่าว กล่าวคือ ถ้าการพิจารณาและสืบพยานไม่ได้ทำต่อหน้าจำเลย กระบวนพิจารณานั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาว่าคำเบิกความของพยานที่มีได้ดำเนินการตามหลักกฎหมายดังกล่าว แม้ว่าจำเลยจะยินยอมก็ตาม ไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย<sup>๘</sup> แม้จะเป็นบทบัญญัติคุ้มครองประโยชน์ของจำเลย แต่จำเลยไม่อาจสละสิทธินี้ เว้นแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ ดังนั้น ในกรณีที่จำเลยไม่มาฟังการพิจารณา ไม่ว่าจะด้วยเหตุเจ็บป่วยหรือมีกิจธุระจำเป็น ศาลจะสั่งเลื่อนการพิจารณา หรือถ้ามีเหตุทำให้จำเลยไม่อาจมาศาลได้เป็นเวลานาน ศาลอาจสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความเป็นการชั่วคราว และถ้าเป็นกรณีจำเลยหลบหนี ศาลจะพิจารณาคดีต่อไปไม่ได้ ต้องงดการพิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีชั่วคราวจนกว่าจะได้ตัวจำเลยมาในอายุความ

อย่างไรก็ดี มีการตรากฎหมายเพื่อยกเว้นหลักการที่ศาลอาญาจะต้องพิจารณาและสืบพยานโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ วรรคหนึ่ง ตอนท้าย เพื่อให้ศาลดำเนินการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้โดยชอบด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ข้อยกเว้นดังกล่าวแบ่งได้เป็น ๒ ลักษณะ ดังนี้ ลักษณะที่ ๑

<sup>๖</sup> Constitution of the United States - Sixth Amendment “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”

<sup>๗</sup> Constitution of the United States - Amdt 6.5.3.4 Right to Confront Witnesses Face-to-Face.

<sup>๘</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๑๖/๒๔๘๖ “คำพยานโจทก์ในคดีก่อนจะนำมาใช้ยื่นจำเลยชุดเดียวกันในอีกคดีหนึ่งหาได้ไม่ แม้จำเลยจะได้อินยอมให้ถือเอาคำพยานในคดีก่อนก็ตาม ในคดีที่ศาลชั้นต้นได้ใช้คำพยานในคดีก่อนวินิจฉัยสำหรับจำเลยทั้งหมด ซึ่งเป็นการผิดกฎหมายวิธีพิจารณา แม้จะมีจำเลยอุทธรณ์ฎีกาขึ้นมาคนเดียวศาลก็ต้องให้พิจารณาพิพากษาใหม่สำหรับจำเลยทุกคน” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๖๔/๒๕๑๔ “แม้จำเลยจะยอมให้ถือเอาคำให้การของพยานชั้นสอบสวนเป็นคำเบิกความของพยานในชั้นศาลด้วย ก็ไม่อาจถือได้ว่าคำให้การชั้นสอบสวนนั้นเป็นคำเบิกความของพยานในศาลได้ เพราะพยานไม่ได้เข้าเบิกความต่อศาลเอง”



จัดอยู่ในประเภทคดีอาญาที่จำเลยมาปรากฏตัวต่อหน้าศาล และศาลได้แจ้งข้อกล่าวหาแล้ว กล่าวคือ เป็นคดีที่มีตัวจำเลยที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลแล้ว (person in custody of the court) แบ่งเป็น ๓ ประเภท ประเภทแรก คดีอาญาที่ฝ่ายจำเลยขออนุญาตไม่มาฟังการพิจารณา หรือเป็นกรณีที่ศาลเห็นสมควรสั่งให้มีการพิจารณาลับหลังจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ วรรคหนึ่ง (๑) ถึง (๕) ประเภทที่สอง คดีอาญาที่ไม่อาจนำพยานที่เป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีมาสืบพยานในศาลได้ และกฎหมายกำหนดให้ศาลรับฟังสื่อภาพและเสียงคำให้การของพยานเด็กในชั้นสอบสวนหรือชั้นไต่สวนมูลฟ้องมาเป็นหลักฐานประกอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ตริ วรรคสี่ ซึ่งเท่ากับเป็นการสืบพยานลับหลังจำเลย และประเภทที่สาม คดีอาญาที่ศาลรับฟ้องจำเลยที่มาปรากฏตัวรับทราบข้อกล่าวหาตามฟ้องของโจทก์แล้ว แต่จำเลยหลบหนี หรือไม่มาศาลโดยไม่มีเหตุอันสมควร ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒<sup>๕</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๓๓ วรรคสอง (๓)<sup>๖</sup> และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๒๘ วรรคสอง (๓)<sup>๗</sup> ซึ่งบัญญัติให้ศาลในคดีอาญาดังกล่าวดำเนินการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย ที่มีพฤติการณ์ดังกล่าวได้ และการบัญญัติกฎหมายประเภทที่สามนี้กำหนดวิธีพิจารณาลับหลังจำเลย ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ สำหรับการพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ลักษณะที่ ๒ ได้แก่คดีอาญาที่ยังไม่มีตัวจำเลยที่อยู่ภายใต้อำนาจศาล กล่าวคือ การพิจารณาและหรือการสืบพยานดำเนินไปในขณะที่ศาลยังไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหากับตัวผู้ถูกกล่าวหาแต่อย่างใด บทบัญญัติลักษณะนี้แยกเป็น ๒ ประเภท

<sup>๕</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒ บัญญัติว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งจำเลยมีทนายความ ถ้าปรากฏว่าจำเลยคนใดตั้งใจไม่มาศาลหรือหลบหนี และมีความจำเป็นเพื่อมิให้พยานหลักฐานสูญหายหรือยากแก่การนำมาสืบในภายหลัง เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควรก็ให้ศาลมีอำนาจสืบพยานหลักฐานลับหลังจำเลย แต่ต้องให้โอกาสทนายความของจำเลยที่จะถามค้านและนำสืบหักล้างพยานหลักฐานนั้นได้”

<sup>๖</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีค้ามนุษย์ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๓๓ (๓) บัญญัติว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย

เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควร เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้ ...

(๓) จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้ว แต่ได้หลบหนีไปและศาลได้ออกหมายจับแล้วแต่ยังจับตัวมาไม่ได้ ...”

<sup>๗</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. ๒๕๕๙ มาตรา ๒๘ (๓) บัญญัติว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย

เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควร เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ในกรณีดังต่อไปนี้ ...

(๓) จำเลยอยู่ในอำนาจศาลแล้ว แต่ได้หลบหนีไปและศาลได้ออกหมายจับแล้วแต่ยังจับตัวมาไม่ได้ ...”



ประเภทแรก ได้แก่คดีอาญาที่พนักงานอัยการยื่นคำร้องขอสืบพยานบุคคลล่วงหน้าก่อนฟ้องผู้ต้องหา เป็นจำเลยต่อศาล โดยเฉพาะในกรณีที่พนักงานอัยการยังนำตัวผู้ต้องหามาศาลไม่ได้ หรือแม้กระทั่งยังไม่รู้ ตัวผู้กระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๓๗ ทวิ วรรคหนึ่ง และ มาตรา ๒๓๗ ทวิ วรรคห้า บัญญัติเป็นหลักว่าเมื่อได้มีการสืบพยานล่วงหน้าแล้ว และต่อมามีการฟ้อง ผู้ต้องหาเป็นจำเลยในการกระทำความผิดอาญานั้น ก็ให้ศาลรับฟังคำพยานที่มีการสืบก่อนฟ้อง ในการพิจารณาคดีนั้นได้ ซึ่งมีผลเท่ากับกฎหมายยกเว้นให้มีการสืบพยานลับหลังจำเลยได้ แม้กรณี สืบพยานลับหลังจำเลยประเภทนี้จะทำให้จำเลยไม่มีโอกาสถามค้าน แต่เป็นเพียงการสืบพยานบุคคลเฉพาะ กรณีที่กฎหมายเห็นว่าจำเป็น และให้นำนักคำพยานน้อยกว่าพยานที่ให้การต่อศาลตามปกติ อีกทั้ง ไม่ถึงกับทำให้ศาลพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยไปตลอดจนถึงขั้นทำคำพิพากษาคัดสินคดี ส่วนประเภทที่สอง เป็นการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗<sup>๘</sup> และมาตรา ๒๘<sup>๙</sup> ซึ่งบัญญัติให้ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองประทับฟ้องคดีไว้พิจารณาได้แม้จะไม่ปรากฏ ตัวผู้ถูกกล่าวหาต่อหน้าศาล และกรณีที่ศาลรับฟ้องไว้แล้ว แต่ไม่สามารถได้ตัวจำเลยมาภายในสามเดือน นับแต่ออกหมายจับ ก็ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีลับหลังจำเลยได้ จนถึงขั้นทำคำพิพากษาคัดสินคดีได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีตัวจำเลยมาอยู่ร่วมในการพิจารณาแต่อย่างใด

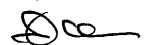
ในระบบกฎหมายไทย หากจำเลยไม่มาศาลในชั้นของการพิจารณาคดีและทำให้ศาลไม่สามารถ สืบพยานต่อไปได้จนกว่าจะได้ตัวจำเลยมา จะทำให้การพิจารณาคดีเกิดความล่าช้าและส่งผลกระทบต่อหลักการอำนวยความยุติธรรม ตลอดจนความเชื่อถือศรัทธาที่มีต่อกระบวนการยุติธรรม จึงมีการตรา พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๓๓) พ.ศ. ๒๕๖๒

---

<sup>๘</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๗ บัญญัติว่า “ในการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ให้อัยการสูงสุดหรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. แจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหามาศาลในวันฟ้องคดี ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่มาศาลและอัยการสูงสุดหรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหลักฐานแสดงต่อศาลว่าได้เคยมีการออกหมายจับ ผู้ถูกกล่าวหาแล้วแต่ยังไม่ได้ตัวมา หรือเหตุที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่มาศาลเกิดจากการประวิงคดี หรือไม่มาศาลตามนัดโดยไม่มีเหตุ แก้วตัวอันควร ให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาได้ แม้จะไม่ปรากฏผู้ถูกกล่าวหาต่อหน้าศาล”

<sup>๙</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๘ บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลประทับฟ้องไว้ตามมาตรา ๒๗ และศาลได้ส่งหมายเรียก และสำเนาฟ้องให้จำเลยทราบโดยชอบแล้ว แต่จำเลยไม่มาศาล ให้ศาลออกหมายจับจำเลยและให้ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการติดตามหรือจับกุมจำเลยรายงานผลการติดตาม จับกุมเป็นระยะตามที่ศาลกำหนด

ในกรณีที่ได้ออกหมายจับจำเลยและได้มีการดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว แต่ไม่สามารถจับจำเลยได้ภายในสามเดือน นับแต่ออกหมายจับ ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีได้โดยไม่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลย แต่ไม่ตัดสิทธิจำเลยที่จะตั้งทนายความ มาดำเนินการแทนตนได้ ...”



วางหลักเกณฑ์ในมาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาโดยจำเลยไม่มาปรากฏตัวในศาลได้ ในกรณีที่จำเลยจงใจหลบหนีหรือไม่มาฟังการพิจารณาและสืบพยานโดยไม่มีเหตุอันสมควร ทั้งนี้ จำเลยต้องอยู่ในอำนาจศาลและศาลได้อ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟังตามมาตรา ๑๗๒ วรรคสอง แล้ว อันทำให้จำเลยได้ทราบถึงที่มาของการดำเนินคดีอาญาแก่จำเลย และได้มีการแจ้งให้จำเลยรับทราบ กำหนดวันนัดที่ศาลจะพิจารณาคดีโดยชอบแล้ว แต่ภายหลังจำเลยหลบหนี หรือไม่มาฟังการพิจารณา และสืบพยานโดยไม่มีเหตุอันควร และศาลได้ออกหมายจับและยังไม่ได้ตัวจำเลยมาภายในสามเดือนนับแต่วันออกหมายจับ โดยในมาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ วรรคสอง กำหนดข้อห้ามไม่ให้ใช้ในคดีที่มีโทษประหารชีวิต หรือคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล นอกจากกฎหมายนี้ได้วางกรอบของการใช้ การพิจารณาลับหลังจำเลยให้ต้องเป็นกรณีที่จำเลยได้มาปรากฏตัวต่อศาล และจำเลยได้รับทราบข้อกล่าวหา รวมถึงสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีแล้ว อีกทั้งยังกำหนดเงื่อนไขสำคัญด้วยว่าต้องเป็นคดีที่จำเลย มีทนายความเพื่อคุ้มครองสิทธิต่อสู้คดีของจำเลย โดยเฉพาะในการใช้สิทธิถามค้านหรือโต้แย้ง พยานหลักฐานฝ่ายโจทก์แทนจำเลยไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาเหตุผลที่มาของการบัญญัติหลักการให้ศาลพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลย ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ แล้ว เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นพัฒนาการของวิธีพิจารณาที่ไม่ต้องมีตัวจำเลยในระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ ประมวลกฎหมายที่เรียกในภาษาลาตินว่า *in absentia* ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาที่ป้องกันไม่ให้จำเลยประวิง การพิจารณาคดีโดยเลือกที่จะไม่มาปรากฏตัวต่อศาล ในอดีตวิธีพิจารณาเช่นนี้ศาลดำเนินการพิจารณาได้ โดยไม่ต้องมีฝ่ายผู้ถูกกล่าวหาอยู่ในศาลเลย ไม่ว่าจะเป็นตัวจำเลยหรือแม้กระทั่งผู้แทนคดีของจำเลย แต่ในยุคปัจจุบันได้พัฒนาว่าหากศาลจะดำเนินการพิจารณาลับหลังจำเลย อย่างน้อยต้องมีผู้แทนคดี ของจำเลยอยู่ในคดี และบางประเทศมีการวางเงื่อนไขให้จำเลยต้องปรากฏตัวต่อหน้าศาลในวันที่ศาลแจ้ง ข้อกล่าวหา (initial appearance) จึงจะถือว่าตัวจำเลยอยู่ในการพิจารณาของศาลแล้ว แม้หลังจากนั้น จำเลยจะไม่ได้มาปรากฏตัวต่อศาลอีกเลยก็ตาม เพราะการที่จำเลยมาปรากฏตัวต่อศาลดังกล่าว ทำให้ถือว่า ศาลมีอำนาจเหนือตัวบุคคลที่ตกเป็นจำเลยนั้นแล้ว ดังนั้น เมื่อศาลเห็นว่าจำเลยได้มีโอกาสอยู่ร่วม ในการพิจารณาที่จำเป็นแล้ว ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจว่าจะอนุญาตให้จำเลยไม่ต้องมาปรากฏตัวต่อศาล ในการพิจารณาหรือสืบพยานหรือไม่<sup>๑๐</sup>

<sup>๑๐</sup> IBA International Criminal Court and International Criminal Law Programme, Report on the 'Experts' Roundtable on Trials in absentia in international criminal justice, September 2016, p.2.



อย่างไรก็ดี เหตุผลสำคัญของการกำหนดวิธีพิจารณาตัดสินหลังจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ คือการไม่เปิดโอกาสให้จำเลยประวิงให้คดีล่าช้า หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือจำเลยจงใจหลบหนีกระบวนการยุติธรรม การที่กระบวนการยุติธรรมไม่อาจดำเนินการต่อไปได้เพราะจำเลยไม่มาปรากฏตัวต่อศาลย่อมทำให้สาธารณชนเกิดความรู้สึกที่ว่าจำเลยได้รับสิทธิพิเศษจากการหลบหนี อีกทั้งเมื่อคำนึงถึงสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาของบุคคลที่ตกเป็นผู้เสียหายเนื่องจากการกระทำความผิด การพิจารณาคดีโดยไม่มีตัวจำเลยอาจยังประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหายที่จะใช้สิทธิเรียกร้องทางแพ่งเพื่อให้ได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องรอคอยผลของคดีอาญาที่ไม่รู้ว่าจะมีขึ้นเมื่อใดอีกด้วย

แม้ในข้อพิจารณาจากหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้ข้อบัญญัติแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ข้อ ๑๔ จะบัญญัติรับรองหลักการให้ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอาญาต่อหน้าตนเอง แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights – ECtHR) ภายใต้หลักการเดียวกันตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ข้อ ๖ (๓) ต่างยอมรับว่าการพิจารณาคดีหลังจำเลยในคดีอาญาอาจนำมาใช้ได้ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดอย่างมาก (very limited conditions) ด้วยหลักประกันสิทธิ ๓ ประการ ดังนี้ ประการแรก จำเลยต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหา (Notice of the proceedings) ประการที่สอง จำเลยต้องมีผู้ช่วยเหลือในการดำเนินคดีทางกฎหมาย (Assistance of counsel) และประการที่สาม ภายหลังมีคำพิพากษาแล้ว หากจำเลยปรากฏตัวจำเลยมีสิทธิขอให้มีการพิจารณาคดีใหม่ หรือขอรีไทร์คดีขึ้นพิจารณาใหม่ (Right to retrial หรือ *ex novo trial*)<sup>๑๑</sup>

เมื่อพิจารณาในเชิงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ เป็นไปเพื่อการบังคับใช้กฎหมายอาญาให้สามารถกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่แน่นอนไม่ชักช้าโดยปราศจากเหตุผล อันเป็นการอำนวยความยุติธรรมที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของทุกฝ่าย โดยเฉพาะการที่ศาลได้ประทับฟ้อง พร้อมทั้งได้แจ้งข้อกล่าวหาและสิทธิในการต่อสู้คดีให้จำเลยได้ทราบแล้ว

<sup>๑๑</sup> Human Rights Committee, General Comment No. CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, para 36 ; และคำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปในหลายคดี ได้แก่ Colozza v. Italy, (1985) 7 E.H.R.R. 516; Goddi v. Italy, Judgment of 09.04.84, series A. No.76; Van Geyselhem v. Belgium, Application No. 26103/95, Judgment, 21 January 1999; Lala v. the Netherland, Application No. 14861/89, Judgment, 22 September 1994; Sejdovic v. Italy, Application No. 56581/00, Judgment, 1 March 2006.




แต่จำเลยหลบหนี หรือไม่มาฟังการพิจารณาและการสืบพยานโดยไม่มีเหตุอันสมควร โดยกฎหมายได้บัญญัติให้มีกระบวนการติดตามตัวจำเลย โดยศาลได้ออกหมายจับจำเลยแล้ว แต่ยังไม่ได้นำตัวจำเลยมาภายในสามเดือนนับแต่วันออกหมายจับ เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะให้การพิจารณาเป็นไปโดยไม่ชักช้า และจำเลยมีนายความ การที่ศาลสั่งให้ทำการพิจารณาคดีและสืบพยานลับหลังจำเลยได้ จึงถือว่ากฎหมายได้คำนึงถึงความเป็นธรรมแก่จำเลยตามสมควร ด้วยการให้เวลาในการติดตามตัวจำเลย และยังมีนายความเป็นผู้แทนของจำเลยในคดีนั้นแล้ว และแม้การพิจารณาลับหลังจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ จะมีได้บัญญัติให้สิทธิของจำเลยเป็นการเฉพาะที่จะขอให้พิจารณาคดีใหม่ในกรณีที่จำเลยมาปรากฏตัวภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาแล้ว หากจำเลยมีเหตุผลสมควรที่ไม่อาจปรากฏตัวในการพิจารณาคดีของศาล ก็ย่อมไม่เป็นการตัดสิทธิจำเลยที่ต้องคำพิพากษาที่จะใช้สิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาที่ยังไม่ถึงที่สุด แต่หากจำเลยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว ก็ยังมีสิทธิร้องขอให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาอันถึงที่สุดแล้วขึ้นพิจารณาใหม่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. ๒๕๒๖ มาตรา ๕ และมาตรา ๖ อันทำให้เห็นว่า การบัญญัติให้ศาลพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ ได้ให้หลักประกันสิทธิของจำเลยในส่วนที่จำเป็นตามหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับมาตรฐานสากลตามข้อมติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปที่ได้อ้างอิงไว้ข้างต้น

แม้การพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยจะมีผลกระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลย แต่วิธีพิจารณาคดีตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้เป็นการยกเว้นหลักประกันความยุติธรรมที่ศาลจะต้องตรวจสอบค้นหาความจริงแต่อย่างใด โจทก์ในฐานะผู้กล่าวหาจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามที่โจทก์ฟ้อง โดยมีศาลทำหน้าที่อำนวยความสะดวกด้วยการไต่สวนพยานหลักฐานทั้งปวงทั้งที่เป็นคุณและเป็นโทษแก่จำเลยเพื่อให้แน่ใจว่ามีการกระทำความผิดและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นจนถึงระดับปราศจากข้อสงสัยอันสมควร แต่หากไม่ปรากฏพยานหลักฐานจนถึงระดับที่ศาลจะพึงเป็นที่ยุติว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้อง จึงมิใช่กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้การพิจารณาและสืบพยานโจทก์ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีตัวจำเลยมาปรากฏตัวในศาลแล้วศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้เลยในทุกกรณี หากแต่การพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยยังคงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๗<sup>๑๒</sup>

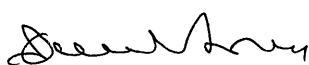
<sup>๑๒</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๒๒๗ บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”



นอกจากนี้ หลักการพิจารณาคดีดังกล่าวยังเป็นการให้ความเป็นธรรมกับผู้เสียหายในการที่จะได้รับการเยียวยาในเวลาที่ไม่ชักช้า ตลอดจนการแก้ไขปัญหาการกระทำที่ละเมิดต่อกฎกติกาของสังคม ในความรับรู้ของสาธารณชน อันเป็นการรักษากฎหมายของบ้านเมืองและผดุงความยุติธรรมให้เกิดขึ้น ในสายตาของประชาชนเป็นส่วนรวม ดังนั้น การพิจารณาและสืบพยานลับหลังจำเลยตามมาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ จึงเป็นการสร้างวิธีพิจารณาคดีอาญาที่รักษาความสมดุลในการอำนวยความยุติธรรมของรัฐ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม แม้เป็นการกำหนดวิธีพิจารณาที่กระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยแต่ก็เป็นการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิของจำเลยที่ชอบด้วยเหตุผล อีกทั้งยังคำนึงถึงความเหมาะสม ในการนำมาใช้ในคดีที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของจำเลยอย่างร้ายแรง มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ วรรคสอง จึงบัญญัติไม่ให้ใช้บังคับกับคดีมีอัตราโทษประหารชีวิต หรือคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ ถูกฟ้องต่อศาล ดังนั้น เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งสร้างความสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมกับการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นการเจาะจง และไม่ขัดต่อหลักการที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ วรรคสอง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๒ ทวิ/๑ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๙ วรรคสอง



(นายอุดม รัฐอมฤต)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ