

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

อรนุช อ้อยอารีย์*

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ**

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาความหมาย แนวคิดและทฤษฎี ความเป็นมาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยกฎหมาย และบทบัญญัติของทนายความในศาลเยาวชนของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ระเบียบวิธีการ ขั้นตอน จนถึงการถูกเพิกถอนสิทธิ ศึกษากรณีตัวอย่าง การว่าความของทนายความในศาลเยาวชนของต่างประเทศ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาแก้ไขปัญหา และวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวดังกล่าว ตลอดจนศึกษาแนวทางข้อเสนอแนะ เพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น เพื่อให้ปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวเกิดความสอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายและไม่ส่งผลกระทบต่อหน่วยงานผู้ความคุมที่ปรึกษากฎหมายหรือเด็กและเยาวชนในคดีอาญา

จากการศึกษาพบว่า มีปัญหาในเรื่องข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ก่อให้เกิดปัญหา คือ การออกข้อบังคับฯ เช่นว่านี้ขัดหรือแย้งต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการจำกัดถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามรัฐธรรมนูญ และยังขัดหรือแย้งต่อหลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือจะต้องเป็นวิธีการที่จำเป็นที่สุด อันจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด แต่กลับเป็นการเพิ่มเติมเงื่อนไขให้แก่ทนายความผู้จะปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กหรือเยาวชนในคดีอาญา อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อเนื่องถึงผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ กล่าวคือไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างอิสระเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากต้องถูกควบคุมตรวจสอบจากศาลด้วยว่าหากทนายความประพฤติตนไม่เหมาะสมก็เป็นเหตุให้ถูกศาลเพิกถอน หรือลบชื่อจากทะเบียนการเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัวได้ ปัญหาดังกล่าวจึงส่งผลให้หน่วยงานที่จะควบคุมทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายนั้น ถูกแทรกแซงและยังก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในอำนาจของหน่วยงานผู้ที่จะเข้ามาควบคุมดูแลและกำกับ

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อเนืองไปยังเด็กหรือเยาวชนผู้ที่เป็น จำเลยในคดีอาญาที่มีความจำเป็นต้องได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายจากที่ปรึกษากฎหมาย แต่ต้องประสบปัญหาขาดแคลนที่ปรึกษากฎหมายเนื่องจากไม่มีที่ปรึกษากฎหมายเพียงพอจาก การจัดการอบรมที่ยังไม่เรียบร้อยนั้นอีกด้วย

จากข้างต้น จึงเห็นว่าประเทศไทยควรนำแนวคิดหรือหลักการตามกฎหมายของ ต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ได้วางหลักปฏิบัติ เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ แนวทาง และขั้นตอนของที่ปรึกษากฎหมายไว้ โดยหมายความว่า สมควรที่จะยกเลิกบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะการคง บทบัญญัติดังกล่าวไว้จะทำให้บรรทัดฐานทางวิชาการทางกฎหมายของประเทศไทยมีปัญหา นอกจากนี้ สมควรที่จะดำเนินการให้มีการออกกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยอำนาจ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ออกมาเพื่อควบคุมดูแล และจัดการอบรม ที่ปรึกษากฎหมายแทนโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้มีใบอนุญาตอีก โดยหน่วยงานผู้ทำการดูแล และควบคุมควรเป็น “สภาทนายความฯ” ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ชอบด้วยกฎหมายในการดูแลและ ควบคุมทนายความรวมทั้งที่ปรึกษากฎหมาย จึงจะเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมในการควบคุม ที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวนี้

1. บทนำ

1.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวอันส่งผล กระทบต่อหลักกฎหมาย

ตามที่ “ประธานศาลฎีกา” ได้ออกกฎหมายลำดับรองมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายเอาไว้โดยเฉพาะ อันได้แก่ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการ อบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาความศาลเยาวชน และครอบครัว พ.ศ. 2553 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของที่ปรึกษากฎหมาย ตลอดจน การจัดให้มีการอบรมและออกใบอนุญาตสำหรับการเป็นที่ปรึกษากฎหมายของประเทศไทย แต่การออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าวยังเกิดปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมาย ซึ่งแยก พิจารณาได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ผลกระทบต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

การออกกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มี ลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า แต่เนื่องจากข้อบังคับฯ ดังกล่าว มีลักษณะเป็น “กฎ” ที่เป็นการจำกัดถึงสิทธิ และเสรีภาพของของประชาชนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองไว้ มีลักษณะจำกัด สิทธิของทนายความผู้ที่จะเข้ามาเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว โดยการ กำหนดให้ทนายความต้องปฏิบัติตามข้อบังคับฯ ต้องขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตจาก

องค์กรศาล เพื่อปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว หลักเกณฑ์ดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธินั้นเหมาะสมแล้วหรือไม่ และเป็นไปตามหลักสัดส่วนที่ว่า “การจำกัดสิทธิต้องจะสามารถทำได้ต่อเมื่อเป็นวิธีการที่จำเป็นไม่สามารถทำวิธีอื่นใดได้” แล้วหรือไม่ กรณีดังกล่าวจึงเป็นปัญหาทางวิชาการว่าลักษณะของข้อบังคับของประธานศาลฎีกาที่ออกมานั้น มีลักษณะที่ไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ประการที่สอง ผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

มีข้อที่ควรพิจารณาอยู่อีกว่าการออกกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลและกำหนดรูปแบบการบริหารจัดการทนายความที่จะทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนนั้น สมควรหรือไม่ หากกฎหมายหรือข้อบังคับนั้นต้องไปกระทบกระเทือนต่อองค์กรวิชาชีพอันมีองค์ความรู้และความชำนาญ สามารถควบคุมสมาชิกภายในกลุ่มได้เอง และมีความเป็นอิสระจากการควบคุมจากคนนอกวิชาชีพ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 ได้รับรองว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวตามหลักเกณฑ์ของข้อบังคับดังกล่าว มีลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวให้ต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของทนายความ และมาตรการดังกล่าวไม่ได้เป็นมาตรการที่ดีที่สุดในการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพอันเป็นข้อยกเว้นตาม มาตรา 43 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงเป็นการขัดหรือแย้งต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของวิชาชีพทนายความ ทำให้ทนายความผู้ได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ไม่สามารถว่าความในศาลเยาวชนและครอบครัวได้อีก ถือเป็นการลดทอนเสรีภาพของวิชาชีพทนายความ ดังนั้น จึงไม่สมควรออกกฎหมายที่เป็นจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพทนายความ

1.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว อันส่งผลกระทบต่อหน่วยงานซึ่งควบคุมที่ปรึกษากฎหมายและผลกระทบต่อเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา

ข้อควรพิจารณาในกรณีนี้คือ ผลของข้อบังคับฯ ที่ออกมาแสดงให้เห็นถึงการขัดกันระหว่างอำนาจขององค์กรที่จัดการอบรมที่ปรึกษากฎหมายนี้ อันได้แก่ องค์กรศาลภายใต้ข้อบังคับของประธานศาลฎีกานี้ และองค์กรควบคุมวิชาชีพทนายความ ได้แก่ องค์กรสภาทนายความฯ ซึ่งมีอำนาจในการดูแลทนายความซึ่งหมายความว่ารวมถึงที่ปรึกษากฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 อยู่แล้วนั้น จากการที่ต้องขึ้นใบอนุญาตจากอธิบดีศาลเยาวชนและครอบครัว ย่อมต้องมีการต่อใบอนุญาตเป็นคราวๆ และมีผู้ควบคุมมรรยาททนายความจากศาลเยาวชนและครอบครัวอีกหน่วยงานหนึ่ง ซึ่งซ้ำซ้อนกับการทำหน้าที่ของสภา

ทนายความฯ ดังนั้น หากทนายความประพฤติตัวไม่เหมาะสม ก็เป็นเหตุให้ถูกศาลเพิกถอน หรือ
ลบชื่อจากทะเบียนการเป็นที่ปรึกษากฎหมายได้ ส่งผลให้ทนายความผู้นั้นไม่สามารถดำเนินคดีใน
ศาลเยาวชนและครอบครัวได้อีก นอกจากนั้น กรณีดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อเยาวชนผู้ตกเป็น
จำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาตามมา เนื่องจากข้อบังคับดังกล่าวเป็นเหตุให้ที่ปรึกษากฎหมาย
เดิมที่เคยปฏิบัติหน้าที่ในศาลเยาวชนและครอบครัวอยู่ ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อีก ทำให้มี
ที่ปรึกษากฎหมายเพียงพอที่จะปฏิบัติหน้าที่ในคดีเยาวชนและครอบครัว

2. ข้อความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และที่ปรึกษากฎหมายในคดี เยาวชนและครอบครัว

2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ นั้นเป็นรากฐานสำคัญที่รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย
ได้ให้การยอมรับต่อหลักพื้นฐานการปกครอง โดยยึดหลักนิติรัฐและการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ
เพื่อมิให้รัฐกระทำการละเมิดต่อกฎหมายซึ่งอาจกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้
เกินกว่าความจำเป็น การกระทำของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องชอบด้วยกฎหมายตามหลัก
ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และกฎหมายจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตาม
รัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ หลักนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็น
การให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้
กระทบกระเทือนต่อแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพได้

2.2 ทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย

1) หลักนิติรัฐ หมายถึง การที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยที่รัฐจะกระทำการ
ใดๆ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน
นิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ
(Arbitrarily)¹

2) หลักความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และ
หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) นั่นก็คือ เป็นการที่รัฐต้องตั้งอยู่ภายใต้
กฎหมาย แม้ว่าจะจะเป็นกฎหมายที่ตนตราขึ้นมาก็ตาม และเมื่อมีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐอันเป็น
แหล่งที่มา (Source) ของอำนาจ กฎหมายนั้นก็จะเป็นการจำกัดอำนาจ (Limitation) ไปใน
ตัวการกระทำของรัฐจึงต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยการใช้อำนาจของรัฐจะต้องอยู่ในกรอบและ
ขอบเขตของกฎหมาย²

¹ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป (น. 66), โดย มานิตย์ จุมปา, 2548,
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

² จาก หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. ในคู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2)
(น. 123), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

3) หลักความได้สัดส่วน หมายถึง มาตรการของรัฐที่กระทบกระเทือนถึงขอบเขตที่ได้รับควบคุมครองตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่หนึ่งถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ แต่อีกแง่หนึ่งอาจเป็นการละเมิดสิทธิโดยมิชอบก็ได้ เป็นเรื่องความขัดแย้งระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานกับมาตรการของรัฐเพื่อความผาสุกของส่วนรวม ซึ่งฝ่ายใดควรจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน และการชั่งน้ำหนักดังกล่าวนี้ ต้องยึดหลักว่า “จะต้องไม่เกินกว่าเหตุ”³

4) แนวคิดเกี่ยวกับการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การมีส่วนร่วมของประชาชน จะยืนยันความเป็นสูงสุดของประชาธิปไตย ก่อให้เกิดทฤษฎีสัญญาประชาคมขึ้น จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดมีเพียงรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย หรือรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากเจตจำนงของปวงชนเท่านั้น ที่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว แต่ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญที่มาจากคณะบุคคลที่ก่อการปฏิวัติ การรัฐประหาร จะเป็นกฎหมายสูงสุดก็ได้เพียงแต่ชื่อหรือรูปแบบเท่านั้น

5) ทฤษฎีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนดองค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐ โดยเคารพต่อหลักการอำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนและกฎหมาย เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ทั่วไป ซึ่งถือได้ว่าเป็นศูนย์กลางของการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญถือเอากฎหมายในความหมายของการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ทั่วไปในการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ผลก็คือว่า จะมีกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายและมีกฎหมายที่อยู่ใต้กฎหมาย โดยกฎหมายหรือกฎหมายแห่งกฎหมายที่อยู่ต่ำกว่า จะไปขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่สูงกว่าไม่ได้ หากเกิดการขัดแย้งกันแล้ว ย่อมต้องถือว่า บ่อเกิดของกฎหมายในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า จะขัดหรือแย้งกับบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย

2.3 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการออกกฎหมาย กฎเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้ในการปฏิบัติราชการดำเนินการตามกฎหมาย นโยบาย และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎจะสร้างรายละเอียดที่กฎหมายให้อำนาจไปบังคับใช้ เพื่อให้กิจกรรมและนโยบายของฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายบริหารสัมฤทธิ์ผล และการจะตรากฎหมายลำดับรองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้นอาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่น ที่มีบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ วิธีการออกและวิธีใช้บังคับกฎหมายลำดับรองต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

2.4 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว ที่มาของที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดนั้น มาจากความต้องการที่จะให้ที่ปรึกษากฎหมายมีส่วนช่วยให้ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชนให้ครบถ้วน

³ จาก คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน (น. 165-167), โดย บุญศรี มีวงศ์โสมข, 2535, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัยอาชีพ ฐานะของจำเลย สิ่งแวดล้อมทั้งปวงเกี่ยวกับตัวเด็กหรือเยาวชน รวมถึงมีหน้าที่ช่วยศาลหาสาเหตุที่แท้จริงที่เด็กหรือเยาวชนได้กระทำความผิด ที่ปรึกษากฎหมายจึงมีบทบาทอย่างมากในการเข้าไปรวบรวมข้อเท็จจริงดังกล่าว ในอันที่จะทำให้ข้อเท็จจริงที่จะนำเสนอต่อศาลในการพิจารณาลงโทษ หรือใช้วิธีการสำหรับเด็กหรือเยาวชนถูกต้องเหมาะสมครบถ้วน และสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ส่งผลให้เด็กหรือเยาวชนได้รับการแก้ไขฟื้นฟูกลับตัวเป็นพลเมืองดีได้อย่างมีประสิทธิภาพตามสภาพความเป็นจริงของเด็กหรือเยาวชนมากที่สุด และมีความแตกต่างจากทนายความทั่วไป คือจะคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่เด็กจะได้รับมากกว่า โดยไม่ได้คำนึงว่าเด็กกระทำความผิดกฎหมายอาญาหรือไม่ และไม่ได้คำนึงถึงผลแพ้ชนะในคดีเป็นสำคัญอย่างทนายความ

3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวนั้น ปรากฏทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย โดยต่างได้ให้ความสำคัญกับการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชน กล่าวคือ

3.1 กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นที่ยอมรับของสากลว่า ที่ปรึกษากฎหมายมีบทบาทอย่างมากในการนำเสนอความจริงต่อศาล ดังนั้น ในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวกับคดีเด็กหรือเยาวชน จึงมีการวางหลักประกันแก่เด็กหรือเยาวชนให้ได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการพิจารณาคดีไว้ในหลักสากลด้วย ซึ่งได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อันเป็นหลักการที่กฎหมายไทยมีพันธกรณีโดยตรงที่จะต้องปฏิบัติตาม กฎอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการบริหารงานยุติธรรมเกี่ยวแก่คดีเด็กและเยาวชน และกฎของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนซึ่งถูกลิขิตรอนเสรีภาพ โดยต่างได้ให้ความสำคัญกับการมีที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชน

3.2 กฎหมายต่างประเทศ

3.2.1 สหรัฐอเมริกา

เด็กหรือเยาวชนในสหรัฐอเมริกานั้น จะมีทนายความคอยให้คำแนะนำตลอดทุกชั้นในการดำเนินคดีในศาล และถ้าหากเด็กไม่สามารถจัดหาทนายความได้ ศาลก็จะมีหน้าที่จัดหาทนายความให้ โดยกระบวนการที่ขอบด้วยกฎหมายจะต้องมีการกำหนดขั้นตอนในการนัดหมายทนายความให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด โดยสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย หรือทนายความจำเลย (Counsel) แตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) รัฐแมสซาชูเซตส์ ได้กำหนดให้มีคู่มือสำหรับที่ปรึกษากฎหมาย หรือทนายความจำเลยของรัฐเอาไว้ โดยได้กำหนดคุณสมบัติของทนายความจำเลยที่ศาลแต่งตั้งให้แก่เด็กและเยาวชนที่เป็นผู้กระทำความผิดนั้น โดยทนายความจำเลยที่ศาลแต่งตั้งให้ดังกล่าวจะต้องผ่าน

การฝึกอบรมหรือการสัมมนา 5 วัน และต้องมีความกระตือรือร้นในการทำหน้าที่เป็นทนายความ
จำเป็น สำหรับโครงการฝึกอบรมวิชาชีพทางด้านกฎหมายนั้น จะดำเนินการโดยสถาบันการศึกษา
ด้านกฎหมายของรัฐแมสซาชูเซต (MCLE) ซึ่งตั้งอยู่ในท้องที่ต่าง ๆ ทั่วทั้งรัฐ และมีการกำหนด
ระยะเวลาเปิดอบรมหลายครั้งต่อปี ส่วนเนื้อหาสำหรับการฝึกอบรมนั้นได้มีการกำหนดมาตรฐาน
เกี่ยวกับการเป็นตัวแทนเอาไว้ เช่น จะต้องคุ้นเคยกับกระบวนการพิจารณาตลอดจนกฎหมายอาญา
ของรัฐแมสซาชูเซต รวมทั้งการกำหนดให้ต้องมีส่วนร่วมในการฝึกอบรม และฝึกฝนความชำนาญ
และศึกษาในหลักสูตรหรือโปรแกรมต่าง ๆ ที่ส่งเสริมการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างดีที่สุดใน และเพื่อที่จะ
เป็นตัวแทนของลูกความได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2) รัฐวอชิงตัน ดี.ซี. ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความจำเป็นของรัฐจะต้อง
มีคุณสมบัติ คือ ประการแรก ต้องมีคุณสมบัติอย่างต่ำตามที่ศาลสูงของรัฐวอชิงตันได้กำหนดไว้
ให้เป็นทนายความที่ความในรัฐวอชิงตันได้ และประการที่สอง ต้องผ่านการฝึกอบรมหลักสูตร
วิชาชีพทางกฎหมายอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 7 ชั่วโมงต่อปี ในหลักสูตรที่เกี่ยวกับ
การฝึกปฏิบัติการเป็นทนายความจำเป็นของรัฐ (Public Defense) ที่ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่
ผู้ต้องหาและจำเลย และมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ซึ่งได้แก่ เคยทำหน้าที่เป็น
พนักงานอัยการ (Prosecutor) มาแล้วอย่างน้อย 1 ปี หรือเคยผ่านการเป็นทนายความของรัฐของ
ฝ่ายจำเลยมาแล้วอย่างน้อย 1 ปี หรือเคยทำหน้าที่ในการเป็นทนายความแต่เพียงผู้เดียวในการ
พิจารณาคดีที่เป็นความผิดเล็กน้อยมาแล้วอย่างน้อย 5 คดี หรือทนายความจำเป็นแต่ละคนนั้น
จะต้องมีผู้ที่ทำหน้าที่กำกับดูแลหรือควบคุมในการทำหน้าที่ครั้งแรกในการเป็นทนายความจำเป็น
ของเด็กและเยาวชน

3) รัฐมินนิโซตา ได้กำหนดคุณสมบัติของที่ปรึกษากฎหมาย (Juvenile Counselor)
ไว้ในกฎหมายคดีเด็กและเยาวชน (The Juvenile Justice Code) ไว้ว่า คุณสมบัติของที่ปรึกษา
กฎหมายนั้นจะต้องเป็นทนายความ และมีการศึกษาขั้นพื้นฐาน หรือมีประสบการณ์เกี่ยวกับการ
ช่วยเหลือทางสังคมแก่เด็ก และมีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับวัฒนธรรมและสังคม

4) รัฐนอร์ทแคโรไลนา ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับที่ปรึกษากฎหมายในศาล
เด็กและเยาวชน (12 Ncac 09b.0116 Minimum Standards for Juvenile Court Counselors
and Chief Court Counselors) เอาไว้ในมาตรฐานการศึกษาและการอบรมสำหรับหน่วยงาน
ความยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice Education and Training Standards) โดยให้ที่ปรึกษา
กฎหมายจะต้องสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีจากสถาบันการศึกษาที่ได้รับการรับรองในระดับ
ภูมิภาค และต้องไม่เป็นผู้ก่อความผิดทางอาญาหรือก่ออาชญากรรม

3.2.2 อังกฤษ

การพิจารณาคดีนั้น ในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาล และมักจะ
แถลงเปิดคดีประกอบคำฟ้องด้วย เด็กหรือเยาวชนซึ่งเป็นจำเลยจะแต่งตั้งทนายความช่วยแก้ต่าง
ก็ได้ในกรณีที่เห็นสมควร พนักงานคุมประพฤติมีหน้าที่เสนอรายงานข้อเท็จจริงที่สืบเสาะมา

เกี่ยวกับตัวเด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลย รวมทั้งรายงานสิ่งแวดล้อม และสาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนผู้นั้นต่อศาล โดยศาลอาจจะอนุญาตให้จำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนแต่งตั้งทนายความเข้ามาว่าความให้ก็ได้ การที่จะเป็นพยานหลักฐานในคดีเด็กและเยาวชนได้นั้นจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

1) เป็นอัยการระดับสูงโดยต้องมีประสบการณ์เพียงพอและทักษะที่เหมาะสม

2) ได้ผ่านหลักสูตรการฝึกอบรมเกี่ยวกับเยาวชนผู้กระทำความผิด

นอกจากนี้ ที่พยานหลักฐานอาจเป็นหรือเคยเป็นอาสาสมัครเกี่ยวกับการช่วยเหลือเด็กและเยาวชน และมีความสนใจเกี่ยวกับคดีเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด

3.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับที่ปรึกษาพยานในการพิจารณาคดีเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดของศาลเยาวชนและครอบครัว ถ้าเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดนั้นไม่มีที่ปรึกษาพยาน ศาลเยาวชนและครอบครัวจะต้องแต่งตั้งให้ โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีหลักการที่สำคัญโดยเฉพาะหลักสำคัญ ในการตั้งทนายความให้แก่เด็กและเยาวชนโดยได้บัญญัติ มาตรา 68 แห่งกฎหมายอาญาเด็ก และเยาวชน

1) กรณีตามบทบัญญัติเรื่องการตั้งทนายความให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (STPO) ทั้งนี้ตามมาตรา 68 (1) หมายความว่า ถ้าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้ศาลตั้งทนายให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ใหญ่ ในกรณีใดศาลก็ต้องตั้งทนายให้จำเลยที่เป็นเด็กในกรณีนั้น ๆ ด้วย

2) กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยร้องขอ

3) กรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยถูกศาลสั่งห้ามมิให้อยู่ในการพิจารณาคดีเป็นระยะเวลาหนึ่ง และความเสียหายที่เกิดจากการไม่อยู่ในการพิจารณาคดีนั้น ไม่อาจถูกทดแทนได้ด้วยการชี้แจงจากศาล

4) กรณีที่ศาลสั่งให้มีการเฝ้าติดตามพฤติกรรมของจำเลยว่าจำเลยมีสติปัญญาหรือมีความรู้ผิดชอบมากน้อยเพียงใด

5) กรณีที่มีการควบคุมตัวจำเลยไว้ตามหมายจับหรือหมายขัง ทั้งนี้จนกว่าจำเลยจะอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

3.3 กฎหมายไทย

3.3.1 สิทธิในกระบวนการยุติธรรมของเด็กตามรัฐธรรมนูญ ประเทศไทยได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อกำหนดและให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กเอาไว้โดยมีจุดมุ่งหมายให้เด็กนั้นมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม ได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษาพยานในคดีเด็กและเยาวชนเอาไว้เป็นการเฉพาะ ได้แก่ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษาพยาน การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 โดยมีการกำหนด

ถึงคุณสมบัติของผู้เข้ามาเป็นที่ปรึกษากฎหมาย การจัดให้มีการอบรมและจัดแจ้งชื่อ อำนวยการหน้าที่ของที่ปรึกษากฎหมาย รวมถึงหน่วยงานผู้เข้ามาควบคุมที่ปรึกษากฎหมายเป็นการเฉพาะ

3.3.2 หลักการและที่มาเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพทนายความ

เป็นที่ยอมรับกันว่าทนายความมีส่วนสำคัญในการอำนวยความสะดวกในการดำเนินคดีทางกฎหมายอย่างหนึ่ง โดยทนายความหรือปรึกษากฎหมายนั้นถือเป็น “วิชาชีพ” เนื่องจากมีการอุทิศตนให้กับการประกอบวิชาชีพ ต้องมีการศึกษาและความรู้ทางกฎหมายและมีการฝึกอบรมวิชาชีพและผ่านการทดสอบความรู้ทางวิชาชีพเสียก่อน จึงจะได้รับอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพได้ นอกจากใช้ความรู้ความสามารถแล้ว ทนายความยังต้องประพฤติตนให้อยู่ในกรอบของจริยธรรม และมรรยาทของวิชาชีพเพื่อรับใช้สังคม และถูกควบคุมโดยองค์กรวิชาชีพคือ สภานายความฯ เพื่อควบคุมความประพฤติของทนายความให้สามารถรับใช้ประชาชนได้อย่างเป็นธรรม ซื่อสัตย์สุจริต และปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้อง มิให้แสวงหาประโยชน์ จนเกินขอบเขตจากลูกความหรือประชาชน

3.3.3 ข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556

ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ คุณสมบัติ และวิธีการอบรมของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนเอาไว้ โดยมีการกำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมาย” และให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ในการกำหนดหลักสูตร วิธีการอบรมและทดสอบความรู้แก่ผู้ประสงค์จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย และพิจารณาการเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย นอกจากนี้ยังมีการออกบัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมาย โดยกำหนดไว้ว่าในกรณีที่ที่ปรึกษากฎหมาย ถูกเพิกถอนชื่อออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามความก็ให้บัตรประจำตัวที่ปรึกษากฎหมายเป็นอันยกเลิกไป มีการกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางประกาศรับสมัครและจัดอบรมความรู้แก่ผู้ที่จะเป็นที่ปรึกษากฎหมาย อีกทั้ง มีการกำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาเพิกถอนชื่อ ที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายได้ ในกรณีที่คณะกรรมการมีคำสั่งเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมาย ให้ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเพิกถอนชื่อผู้นั้นออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายด้วย

4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว

นับตั้งแต่ประเทศไทยได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชน จึงได้มีการออกข้อบังคับฯ ดังกล่าว มาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ คุณสมบัติและการอบรมเกี่ยวกับปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและเยาวชนนั้น ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงปัญหาทางกฎหมายดังต่อไปนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวอันส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมาย

ตามที่ “ประธานศาลฎีกา” ได้ออกกฎหมายลำดับรองมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายเอาไว้โดยเฉพาะ อันได้แก่ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาความศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของที่ปรึกษากฎหมาย ตลอดจนการจัดให้มีการอบรมและออกไปอนุญาตสำหรับการเป็นที่ปรึกษากฎหมายของประเทศไทย แต่การออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าวยังเกิดปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมาย ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ผลกระทบต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ภายใต้หลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น ส่งผลให้ต้องสร้างระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญ เพื่อรักษาสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญไว้ เพราะหากให้กฎหมายอื่นสามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญได้เสียแล้ว คุณค่าของรัฐธรรมนุญก็หายไป⁴ กรณีข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ซึ่งมีสถานะเป็น “กฎ” ซึ่ง กฎนั้นถือว่าเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่ใช้ในการปฏิบัติราชการ ดำเนินการตามกฎหมาย นโยบาย และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยกฎจะสร้างรายละเอียดที่กฎหมายให้อำนาจไปบังคับใช้ เพื่อให้กิจกรรมและนโยบายของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารสัมฤทธิ์ผล ทั้งนี้ นอกจากฝ่ายปกครองที่จะมีอำนาจในการออกกฎแล้ว แต่หน่วยงานส่วนอื่น เช่น ฝ่ายตุลาการ ก็สามารถออกกฎได้เช่นกัน ซึ่งเป็นการใช้อำนาจบริหารในการออกกฎเพื่อมาควบคุมดูแล หรือบริหารงานภายในองค์กรของตน นอกเหนือจากการใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาตัดสินคดีความตามปกติ โดยกฎนั้นก็ถือเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง ย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

ดังนั้น การออกกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่า ได้แก่รัฐธรรมนุญ แต่เนื่องจากข้อบังคับฯ ดังกล่าว มีลักษณะเป็นการจำกัดถึงสิทธิและเสรีภาพของของประชาชนที่รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้รับรองเรื่องสิทธิและเสรีภาพเอาไว้ในมาตรา 29 กล่าวคือ เป็นการออกข้อบังคับเพื่อสร้างหลักเกณฑ์ให้หนายความทุกคนที่จะสามารถเข้ามาเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาของเยาวชนได้นั้น จะต้องผ่านการอบรมและจัดแจ้งชื่อ จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตาม มาตรา 29 ซึ่งการจะจำกัดเสรีภาพที่รัฐธรรมนุญรับรองได้นั้น เป็นเรื่องที่จะต้องออกเป็น “กฎหมายลำดับ

⁴ จาก ถาม-ตอบ กฎหมายรัฐธรรมนุญ (พิมพ์ครั้งที่ 1), โดย มานิตย์ จุมปา, 2553, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พระราชบัญญัติ” มิใช่ “ข้อบังคับ” ที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ดังนั้น ข้อบังคับฯ ดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ข้อบังคับฯ ดังกล่าวกำหนดให้มีการอบรมจัดแจงชื่อและมีการออกใบอนุญาต จึงเป็นมาตรการที่ไม่จำเป็น และไม่เหมาะสมที่สุดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นกฎหมายลำดับรองที่ไม่สอดคล้องหลักทฤษฎีทางกฎหมาย เนื่องจากส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ ควรต้องพิจารณาเพื่อนำมาตรการที่เหมาะสมหลาย ๆ มาตรการมาเปรียบเทียบกัน ว่ามาตรการใดกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

ประการที่สอง ผลกระทบต่อหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

มีข้อควรพิจารณาอยู่อีกว่าการออกกฎ มาเพื่อควบคุมดูแล และกำหนดรูปแบบการบริหารพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในองค์กรของตนนั้น สมควรหรือไม่หาก กฎ หรือข้อบังคับนั้น ต้องไปกระทบกระเทือนต่อองค์กรวิชาชีพ อันมีองค์ความรู้และความชำนาญ สามารถควบคุมสมาชิกภายในกลุ่มได้เอง และมีความเป็นอิสระจากการควบคุมจากคนนอกวิชาชีพ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 ได้รับรองว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ลักษณะในการประกอบวิชาชีพของนายความยังรวมถึงการเป็นที่ปรึกษาทางคดี ทั้งปัญหาและข้อเท็จจริงทางกฎหมาย และรับทำนิติกรรมสัญญาต่าง ๆ ในทางธุรกิจการค้าระหว่างเอกชนกับเอกชน ตลอดจนกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายอีกด้วย ดังนั้น ข้อบังคับฯ ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ของนายความ ในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนเป็นจำเลย ในศาลเยาวชน ให้ต้องถูกจำกัดเสรีภาพของนายความในการประกอบอาชีพ และมาตรการดังกล่าวไม่ได้เป็นมาตรการที่ดีที่สุดในการจัดระเบียบในการประกอบอาชีพอันเป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 43 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่นกัน

จะเห็นได้ว่า การออกข้อบังคับดังกล่าว จึงเป็นการขัดหรือแย้งต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของวิชาชีพนายความ ตามมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่งผลกระทบต่อวิชาชีพนายความและสิทธิของประชาชน เนื่องจากข้อบังคับดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสร้างเงื่อนไขในการปฏิบัติหน้าที่ของนายความในฐานะเป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีที่เยาวชนเป็นจำเลย จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของนายความ เพราะนายความนั้นเป็นวิชาชีพอิสระสามารถว่าความได้ทั่วราชอาณาจักร ทำให้นายความผู้ได้รับใบอนุญาตไม่สามารถว่าความในศาลเยาวชนและครอบครัวตามข้อบังคับดังกล่าวได้ ถือเป็นการลดทอนเสรีภาพของวิชาชีพนายความ ดังนั้น จึงไม่ควรออกกฎลักษณะดังกล่าวเพื่อจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพนายความ

2) ปัญหาที่ปรึกษากฎหมาย ในคดีเยาวชนและครอบครัวที่ส่งผลกระทบต่อหน่วยงาน ซึ่งควบคุมที่ปรึกษากฎหมายและเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา

สืบเนื่องจากปัญหาในข้อ 1) ปรากฏว่า ข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว หลายประการได้ส่งผลกระทบต่อหน่วยงานที่จะทำหน้าที่ควบคุมที่ปรึกษากฎหมายและยังส่งผลกระทบต่อถึงการคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนที่ตกเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาซึ่งเป็น ประธานของคดี จึงยังไม่อาจบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่คำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุด ของเด็กได้อย่างแท้จริง

ประการแรก ผลกระทบต่อหน่วยงานที่ควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย ผลในทางปฏิบัติ ของข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ได้แก่ การที่ที่ปรึกษากฎหมายหรือผู้ซึ่งเป็นทนายความต้อง อยู่ภายใต้การควบคุมทางทะเบียนจากการกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนรายชื่อที่ปรึกษากฎหมาย มีการเพิกถอนชื่อที่ปรึกษากฎหมายออกจากทะเบียนที่ปรึกษากฎหมายตามข้อบังคับของประธาน ศาลฎีกา และยังกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่คณะกรรมการกำกับดูแลที่ปรึกษากฎหมายอีกด้วย เป็นการใช้อำนาจควบคุมทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายที่ซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ของ สภานายความฯ หน่วยงานซึ่งควบคุมวิชาชีพทนายความตามพระราชบัญญัติสภานายความ พ.ศ. 2528 จึงทำให้หน่วยงานที่จะเข้ามาควบคุมที่ปรึกษากฎหมายไม่ชัดเจน ไม่เป็นอันหนึ่งอัน เดียวกัน อันจะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย ส่งผลให้การให้ความ ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่เด็กและเยาวชนจึงขาดความต่อเนื่อง และความเข้าใจเกี่ยวกับคดี จึงไม่อาจนำไปสู่ผลในการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

ประการที่สอง ผลกระทบต่อเยาวชนผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา บทบัญญัติของพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553 ประกอบกับข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ที่กำหนดเงื่อนไขให้ ที่ปรึกษากฎหมายต้องผ่านการอบรมจากศาลเยาวชนและครอบครัวกลางนั้น เป็นเหตุให้ ที่ปรึกษากฎหมายที่เคยปฏิบัติหน้าที่ในศาลเยาวชนและครอบครัวอยู่เดิม ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ ได้อีก ซึ่งรวมทั้งทนายความและผู้ขึ้นทะเบียนเป็นที่ปรึกษากฎหมายเดิม เป็นเหตุให้จำนวน ที่ปรึกษากฎหมายมีไม่เพียงพอกับความต้องการที่ปรึกษากฎหมายในคดีซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาล เยาวชนและครอบครัว ทั้งนี้ แนวทางในการตีความกฎหมายปัจจุบันในกรณีที่ไม่มีที่ปรึกษา กฎหมายซึ่งผ่านการอบรมและขึ้นทะเบียนต่อศาลเยาวชนและครอบครัวเข้าร่วมในชั้นสอบสวน คือ พนักงานอัยการจะไม่สั่งฟ้องคดีเนื่องจากสำนวนสอบสวนไม่ชอบ เนื่องจากถือว่าการเข้าร่วม การแจ้งข้อกล่าวหาและการสอบปากคำของที่ปรึกษากฎหมายชั้นสอบสวนเป็นสาระสำคัญ ซึ่งทำ ให้พนักงานอัยการมีอำนาจฟ้อง จะเห็นได้ว่าปัญหาที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว นอกจากจะส่งผลกระทบต่อทนายความผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายในคดีเด็กและ เยาวชนแล้ว ยังส่งผลกระทบต่ออย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับระบบการดำเนินการคดีและที่สำคัญคือ ส่งผลกระทบต่อเด็กและเยาวชนด้วย

5. ข้อเสนอแนะ

ในที่นี้ขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว ดังต่อไปนี้

1) ปัญหาเนื้อหากฎหมายเกี่ยวกับที่ปรึกษากฎหมายไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายนั้นมีความจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หรือสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองไว้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป โดยเห็นว่าบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายต่างๆ ในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและการลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ควรได้รับการยกเลิก อาทิเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ศาลเยาวชนและครอบครัวต้องจัดการอบรมและขึ้นทะเบียนออกบัตรประจำตัวหรือใบอนุญาตให้แก่ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ โดยให้มีการออกกฎหมายลำดับรองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ออกมาเพื่อควบคุมดูแล และจัดการอบรมที่ปรึกษากฎหมายแทน โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้มีใบอนุญาตอีก ซึ่งหน่วยงานผู้ทำการดูแลและควบคุมควรเป็น “สภาทนายความฯ” ซึ่งเป็นหน่วยงานที่สอดคล้องกับกฎหมายในการดูแลและควบคุมทนายความรวมทั้งที่ปรึกษากฎหมาย จึงเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมที่สุดในการคุมที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัวนี้

โดยสภาทนายความควรจะเป็นผู้จัดการอบรมที่ปรึกษาโดยอาจมีการร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานของศาลเยาวชนและครอบครัวและสภาทนายความ ในการกำหนดหลักสูตรหรือการจัดวิทยากรผู้อบรมเพื่อให้สามารถถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ ไม่ว่าจะเป็นด้านจิตวิทยา ด้านการสังคมสงเคราะห์ หรือด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องให้สามารถทำงานเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่เด็กหรือเยาวชนที่เป็นจำเลยในคดีอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก

2) ปัญหาต่อเนื่องจากการที่หน่วยงานผู้เข้าควบคุมทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายต้องถูกแทรกแซงอำนาจจึงเกิดผลกระทบ คือ การมีที่ปรึกษากฎหมายไม่เพียงพอที่จะให้การช่วยเหลือแก่เด็กหรือเยาวชนผู้เป็นจำเลยในคดีอาญา อันเนื่องมาจากการต้องผ่านการอบรมที่ปรึกษากฎหมายตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดทะเบียนและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 นั้น ในขณะที่ยังไม่มีมีการแก้ไขกฎหมาย กรณีที่เด็กหรือเยาวชนซึ่งเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความประสงค์ที่จะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากทนายความที่ตนไว้วางใจมากกว่าที่ปรึกษากฎหมายที่ได้รับการขึ้นทะเบียนจากศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ศาลเด็กและเยาวชนควรเปิดโอกาสให้ทนายความ

ดังกล่าวสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยอาศัยมาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เพื่อความสอดคล้องกับหลักการดำเนินการดำเนินคดีที่เป็นธรรม ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

บรรณานุกรม

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: วิทยุชนชาวยุชชัย แสงศักดิ์. (2553). **กฎหมายมหาชน: ความเป็นมาทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ**. กรุงเทพฯ: วิทยุชน
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). **หลักพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540**. กรุงเทพฯ: วิทยุชน
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรมคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. (2558). **บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่องคุณสมบัติและบทบาทของที่ปรึกษากฎหมายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน**. กม.คปก.(ก) ที่ 43/2558
- เจตน์ สถาวรศีลพร. (ม.ป.ป.). **ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วยนิติรัฐกับลำดับชั้นของกฎหมาย**. ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองระหว่างประเทศ สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง.
- น้ำแท้ มีบุญสร้าง. (2552). **กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศอังกฤษ**. จุฬานิติ.
- ปัญญาพัฒน์ บัวพวงชน. (2547). **บทบาทที่ปรึกษากฎหมายในคดีอาญาในการเสนอความจริงต่อศาลเยาวชนและครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- สุชาติ แนวประเสริฐ. (2552). **สิทธิการมีที่ปรึกษาในคดีอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีการตั้งที่ปรึกษากฎหมายในคดีเยาวชนและครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- Coffey R. Alan. (1974). **Juvenile Justice as a System: Law Enforcement To Rehabilitation**. New Jersey: Prentice-Hall. Inc,
- Streib L. Victor. (1978). **Juvenile Justice in America**. Kennikat Press.