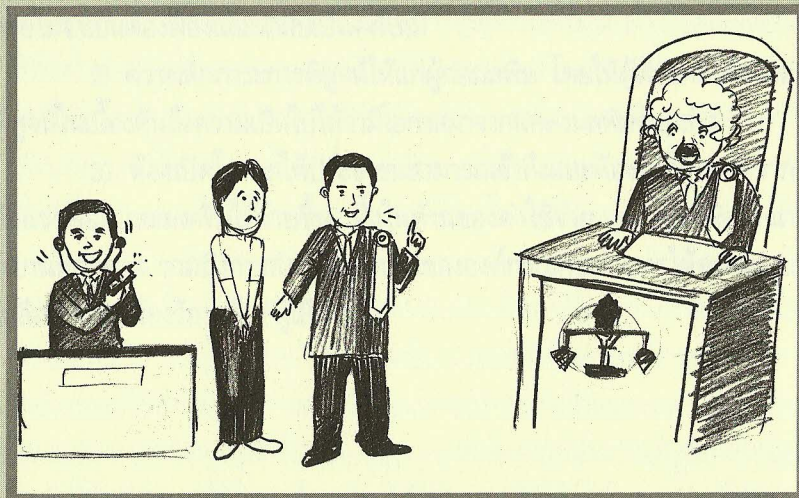




ภาพโดย: น.ส. วลีพร พาสีคราม

## ระบบทนายขอแรง: ที่พึ่งของคนจนใน กระบวนการยุติธรรมไทย?

นพรัตน์ เนียมคล้าย\*

### บทนำ

กฎหมายเป็นบรรทัดฐานอย่างหนึ่งของสังคม ซึ่งคอยทำหน้าที่ในการกำหนดและควบคุมความสัมพันธ์ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายให้อยู่ด้วยกันอย่างสงบสุขและเป็นระเบียบเรียบร้อย ในปัจจุบันกฎหมายนับว่ายิ่งทวีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นอันเนื่องมาจากอิทธิพลของกระแสธารแห่งยุคโลกไร้พรมแดน ก่อให้เกิดการผสมผสานกลืนกินทางวัฒนธรรม จารีตประเพณี หรือลัทธิความเชื่อระหว่างสังคมต่างๆ ที่มีปฏิสัมพันธ์กันอย่างแพร่หลาย การค้นพบความรู้และความจริงใหม่ๆ ตลอดจนปฏิสัมพันธ์ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายนั้นมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น เป็นผลให้บรรทัดฐานทางสังคมอย่างอื่น เช่น จารีตประเพณี วิถีประชา หรือแม้กระทั่งกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม ถูกลดความสำคัญลงไปเนื่องจากขาดความแน่นอนเด็ดขาดรวมทั้งเหตุผลในการยอมสวามิภักดิ์ต่อบรรทัดฐานเหล่านั้นของผู้คนในสังคมได้เสื่อมคลายลงไป เปิดทางให้มนุษย์เป็นผู้บัญญัติกฎเกณฑ์ใหม่ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันมาแทนที่

แต่แม้ว่าจะมีการบัญญัติกฎเกณฑ์ในส่วนสารบัญญัติไว้ดีเยี่ยมเพียงใดก็ตาม หากปราศจากกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามลัทธิหน้าที่เช่นนั้นย่อมมีประสิทธิภาพแล้ว ก็ยากยิ่งที่ก่อให้เกิดความสงบสุขและเป็นระเบียบเรียบร้อย

\*นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ตามที่คาดหวังได้ ดังนั้นไม่ว่ายุคไหนก็ตาม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่แต่ละสังคมจะต้องค้นคว้าหาวิธีการ ที่จะบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติอย่างมีประสิทธิภาพควบคู่กันไปกับการแก้ไขปรับปรุงกฎเกณฑ์ทางสารบัญญัติ ซึ่งก็พัฒนาการไปตามลัทธิความเชื่อ ตลอดจนความรู้ความเข้าใจหรือแนวคิดหลักการต่างๆ ซึ่งในแต่ละสังคมมีอยู่ในช่วงเวลาขณะนั้น แต่เท่านั้นก็หาอาจเพียงพอที่จะสนองความยุติธรรมให้แก่สังคมได้ไม่ สิ่งสำคัญที่มีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงในอีกชั้นหนึ่งก็คือ แม้ว่าจะบัญญัติกฎเกณฑ์ทางวิธีสบัญญัติไว้เลิศหรูเพียงใดก็ตาม หากสภาพของสังคมที่เป็นอยู่จริง หรือระบบองค์กร ตลอดจนทัศนคติของบุคลากรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎเกณฑ์เหล่านั้นมีความขัดแย้งกันกับกฎเกณฑ์วิธีสบัญญัติเช่นนั้นแล้ว ก็เป็นการยากที่กลไกการบังคับตามกฎหมายสารบัญญัติจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพได้

ระบบทนายขอแรงนับว่าเป็นปรากฏการณ์อย่างหนึ่ง ซึ่งสะท้อนให้เห็นมุมมองของความขัดแย้งบางประการระหว่างกฎหมายวิธีสบัญญัติและแนวคิดทฤษฎีต่างๆ อันเป็นที่มาของกฎเกณฑ์เหล่านั้น กับสภาพความเป็นจริงของสังคมที่กำลังดำเนินอยู่ในปัจจุบัน ตลอดจนความเหมาะสมของการจัดระบบองค์กรต่างๆ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม รวมถึงทัศนคติของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับระบบโดยเฉพาะผู้ทำหน้าที่เป็นทนายขอแรงเอง ซึ่งทั้งหมดนี้นำไปสู่การตั้งประเด็นคำถามที่ว่า แท้ที่จริงแล้วระบบทนายขอแรงดังกล่าวมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำหน้าที่ในการช่วยเหลือประชาชนผู้ด้อยโอกาส ซึ่งต้องตกเป็นจำเลยในคดีอาญาในกระบวนการยุติธรรมได้จริงหรือไม่ หรือ จะเป็นเพียงแค่ความยุติธรรมที่สวยหรูอันประดิษฐ์ออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อตอบสนองความชอบธรรมในการใช้อำนาจของรัฐเท่านั้น

## ความเป็นมาและพัฒนาการของสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาโดยสังเขป

การรับรองสิทธิในการมีทนายของจำเลยในคดีอาญา มีรากฐานมาจากหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นแนวความคิดตามสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law

School)<sup>1</sup> โดยเป็นการพยายามแสวงหาหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนมิให้ถูกละเมิดโดยการใช้อำนาจตามอำเภอใจจากรัฐ<sup>2</sup> ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยมหรือสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law School)<sup>3</sup> ซึ่งในส่วนของการแสวงหาหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาเกี่ยวกับการมีทนายความเพื่อช่วยเหลือในการต่อสู้คดีนั้น มีวิวัฒนาการมาตามลำดับดังนี้

### 1. ยุคสิทธิในการมีทนายของจำเลย (Right to counsel) เพื่อช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

หากจะย้อนกลับไปในอดีตไม่ว่าจะเป็นยุคสมัยใดก็ตาม เมื่อสังคมมีบรรทัดฐานต่างๆ ไว้คอยควบคุมสมาชิกของตนแล้ว ย่อมจำเป็นที่จะต้องมีการบังคับเพื่อให้เป็นไปตามบรรทัดฐานเหล่านั้นซึ่งก็แตกต่างกันไปตามความความรู้ความเชื่อของกลุ่มคนในแต่ละยุคแต่ละสังคม ไม่ว่าจะเป็นการให้สิ่งศักดิ์สิทธิ์ หรือผู้มีอำนาจเป็นผู้ชี้ขาดเมื่อมีการกระทำอันฝ่าฝืนบรรทัดฐานบางอย่างที่สังคมได้ตั้งไว้ หรือจะเป็นการพิสูจน์โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งในช่วงแรกๆ พิธีกรรมต่างๆ

<sup>1</sup> เป็นทฤษฎีในทางกฎหมายซึ่งเห็นว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่บุคคลบางกลุ่มอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ เกิดขึ้นมาเอง หรือโดยสิ่งศักดิ์สิทธิ์เหนือธรรมชาติ มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น เพียงแต่อาจค้นพบได้โดยการใช้เหตุผลเท่านั้น และกฎเกณฑ์ดังกล่าวอยู่เหนือกฎเกณฑ์ของรัฐ ดู จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พ.ศ. 2544), หน้า 32-36

<sup>2</sup> กุลพล พลวัน, การบริหารกระบวนการยุติธรรม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 248-250

<sup>3</sup> เป็นทฤษฎีทางกฎหมายซึ่งยืนยันว่ากฎหมายเป็นผลผลิตหรือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจรัฐและยืนยันในการแยกขาดจากกันโดยเด็ดขาดของกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นกับกฎหมายที่ควรจะเป็น (What the Law is? What the Law ought to be?) ดูจรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว, หน้า 118-121

<sup>4</sup> การจัดลำดับของพัฒนาการของสิทธิในการมีทนายของจำเลยในคดีอาญาได้นำแนวคิดของกิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ใน กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 143-147 มาพิจารณาร่วมกับ บทความเรื่อง History of Right to Counsel จาก <http://www.nlada.org/About/HistoryDefender>

มักจะเป็นการกระทำระหว่างคู่กรณีกันเอง นั่นก็อาจเป็นเพราะว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นสิ่งที่ผู้คนในสังคมรับรู้กันอย่างแพร่หลายแล้ว ซึ่งอาจมาจากพิธีกรรมทางศาสนาหรือจารีตประเพณีท้องถิ่นซึ่งประชาชนทั่วไปให้ความสำคัญและสามารถพบเห็นได้ในการดำเนินชีวิตประจำวัน

เมื่อกาลเวลาผ่านไปความรู้ต่างๆ ของผู้คนในสังคมถูกแยกแยะออกจากกันเป็นแต่ละสาขามากขึ้น ซึ่งครั้งหนึ่งคนๆ เดียวอาจมีความรู้ทั้งการแพทย์ การเกษตร ตลอดจนพิธีกรรมทางศาสนา ซึ่งเป็นลักษณะที่เรียกว่า**การมีความรู้แบบองค์รวมหรือเชิงบูรณาการ** แต่ปัจจุบันผู้คนมักเลือกที่จะให้ความสนใจกับการศึกษาเฉพาะศาสตร์แขนงใดแขนงหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น เช่น ด้านวิทยาศาสตร์การแพทย์ หรือ ด้านกฎหมาย และบุคคลเหล่านั้นก็จะกลายเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะสาขา<sup>5</sup> ที่ตนสำเร็จการศึกษามา แต่เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับความรู้แขนงอื่นๆ ก็จำเป็นต้องไปพึ่งพาผู้เชี่ยวชาญในแต่ละสาขาดังกล่าวไม่สามารถตัดสินใจแก้ปัญหาด้วยตนเองได้ ซึ่งการมีความรู้แบบแยกแขนงเช่นนี้มีข้อวิพากษ์อยู่พอสมควร เช่น การที่รัฐไม่ยอมรับสิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชาวบ้าน เพราะบุคคลเหล่านั้นมีเพียงความรู้ที่เป็นเพียงภูมิปัญญาชาวบ้าน ทำให้เป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ที่จะต้องมีการการันตีด้วยปริญญาบัตรไม่ ซึ่งเห็นได้ชัดจากความเสียหายอันเนื่องมาจากการสร้างเขื่อนปากมูลที่ก่อให้เกิดการสูญพันธุ์ของปลาในแม่น้ำอันเป็นผลมาจากการสร้างบันไดปลาโจนเทียมของนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญ

<sup>5</sup> การแบ่งหน้าที่กันทำมีมาตั้งแต่อดีตเช่นหน้าที่ของชายที่ต้องทำนาทำไร่และหญิงที่ต้องทำงานบ้านแต่หน้าที่ดังกล่าวยังไม่แบ่งแยกเด็ดขาดจากกันมากนัก ต่อมามีความต้องการแรงงานเพื่อสนองในภาคอุตสาหกรรมมากขึ้น ทำให้มีการแยกแขนงวิชาเฉพาะต่างๆ ออกจากกัน และการที่ต้องใช้เวลาในการฝึกฝนนานจึงทำให้ในการศึกษามีการแยกระบบการศึกษาออกจากครอบครัวและชุมชน นอกจากนี้ลัทธิอุตสาหกรรมยังแบ่งหน้าที่ซอยย่อยออกไปมาก คนแต่ละคนทำหน้าที่เล็กๆ เพียงอย่างเดียวจึงเปรียบเสมือนเครื่องจักร ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการทำลายคุณค่าของมนุษย์ (Dehumanization) ดู นิธิ เอียวศรีวงศ์, วิพากษ์ทัศน์ครอบงำ: การแบ่งชีวิตและความรู้ออกเป็นส่วนๆ (ตอนที่ 1) <http://www.human.cmu.ac.th/courseonline/index.html>

และปฏิสนธิภูมิปัญญาของชาวบ้านที่มีวิถีชีวิตในการพึ่งพาแม่น้ำมูลสืบทอดกันมาอย่างยาวนาน

จากมุมมองเช่นว่านี้เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาถึงเรื่องกฎหมาย แม้ว่าเราจะยอมรับกันว่ากฎหมายเป็นของประชาชนเพื่อประชาชน รวมทั้งบุคคลใดจะยกข้ออ้างว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบไม่ได้ แต่ในความเป็นจริงมีใครบ้างที่สนใจมาดูว่ากฎหมายที่มีอยู่เป็นอย่างไรบ้างนอกเสียจากผู้ที่ศึกษาและประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายโดยตรง อีกทั้งกฎหมายยังถูกปลูกฝังว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองใครจะมาล้อเล่นไม่ได้ ดังนั้นไม่ว่าบุคคลใดๆ จะเข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวได้ ทำให้กฎหมายถูกทำให้เป็นวิชาชีพซึ่งสงวนไว้แก่เฉพาะผู้ที่สำเร็จการศึกษากฎหมายโดยตรงเท่านั้น

จากเหตุผลดังกล่าว คู่กรณีมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพึ่งพาความรู้ของนักกฎหมาย เนื่องจากสภาพของกระบวนการพิจารณาคดีในปัจจุบันถูกทำให้มีลักษณะที่เป็นทางการมีความลับซับซ้อน ดังนั้น บุคคลธรรมดาที่แม้จะมีการศึกษาเพียงใด แต่หากไม่มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย หรือวิธีนำสืบพยานหลักฐานต่างๆ ก็มีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งพานักกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งทนายความมาช่วยเหลือในทุกขั้นตอน<sup>7</sup> และเมื่อพิจารณาในส่วนของแนวคิดเกี่ยวกับจำเลยในคดีอาญา ซึ่งในกระบวนการพิจารณาคดีสมัยใหม่ต่างก็ยอมรับกันว่า**จำเลยในคดีอาญาได้รับการสันนิษฐานก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดตัดสินว่ามีความผิด**<sup>8</sup> แม้ในความเป็นจริงก่อนหน้านี้จะปรากฏพยานหลักฐานชัดเจนเพียง

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 “บุคคลใดจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้รอดพ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมาย ก็ผู้เห็นว่ากระทำการนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำความผิดไม่รู้กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

<sup>7</sup> ดร. กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, หนังสือชุดปฏิบัติการกระบวนการยุติธรรมลำดับที่ 4 “กระบวนการยุติธรรมกับความยากจน: ยุทธศาสตร์การพัฒนากระบวนการยุติธรรมเพื่อคนจน” (กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด, 2546), หน้า 73-74

<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 33 “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้

ไว้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้บริสุทธิ์คนหนึ่งจะต้องได้รับความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจากทนายความ ซึ่งหากปราศจากสิ่งเหล่านั้นก็อาจไม่สามารถพ้นผิด และต้องเผชิญอันตรายอย่างร้ายแรงจากการถูกกล่าวหา เพียงเพราะเขาไม่รู้วิธีพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของเขา<sup>9</sup>

## 2. ยุคสิทธิที่จะได้รับการจัดหาทนายให้ (Right to have counsel assigned) ในกรณีนี้จำเลยไม่สามารถว่าจ้างทนายความเองได้

ในการพิจารณาคดีระบบปฏิปักษ์ (Adversary system) หรือระบบกล่าวหา (Accusatorial system) มีพื้นฐานว่า “การค้นหาคความจริงจะสามารถทำได้ดีที่สุด ถ้าโจทก์และจำเลยมีความเท่าเทียมกัน โดยศาลทำหน้าที่เป็นกรรมการซึ่งมีความเป็นกลาง”<sup>10</sup> ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องมีผู้ให้ความช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอนต่างๆ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวอาจเป็นจริงในบริบทของเสรีนิยมที่ถือว่าทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้คนในหลายๆ สังคมมีความแตกต่างกันไม่มากนักน้อย ไม่ว่าจะเป็นฐานะการเงิน การศึกษา ตลอดจนสติปัญญา ความรู้ความสามารถ จึงเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ที่ทุกคนในสังคมจะมีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น การเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของผู้คนในสังคมที่ไม่เสมอภาคกันและเท่าเทียมกันโดยพลตินั้น ย่อมเป็นไปได้ยากที่จะเกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริงขึ้นได้

ในสหรัฐอเมริกา แนวคิดในการจัดหาทนายความโดยรัฐให้แก่คนที่ไม่สามารถหาทนายความได้ เริ่มแรกเป็นผลมาจาก ความต้องการเป็นสังคมที่มี

ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดก่อนศาลมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Powell V. State of ALA. 287 U.S. Supreme Court 45(1932); <http://laws.findlaw.com/us/287/45.html>

<sup>10</sup> จริฎ กักตืษนาทุล, ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย; <http://www.trf.or.th/Home/draft/dep4/โครงการสัมมนาทางวิชาการ.html>

ความศิวิไลซ์ (Principles of a civilized society)<sup>11</sup> โดยไม่จำเป็นที่จะต้องมีการรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฉบับใดมารองรับ มิฉะนั้นคงจะเป็นสังคมที่เจริญแล้วไม่ได้หากประชาชนยังคงเผชิญอยู่กับความเสี่ยงในอันตรายต่อชีวิตหรือเสรีภาพเพียงเพราะเขาไม่มีเงินที่จะจ้างทนายความ หลังจากนั้นได้มีการรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเปลี่ยนแปลงครั้งที่ 6<sup>12</sup> ทำให้มลรัฐต่างๆ ต้องมีหน้าที่ในการจัดเตรียมกองทุนอย่างเหมาะสมเพื่อใช้จ่ายในการจัดหาทนายความให้แก่จำเลย ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวไม่ใช่สิ่งที่ฟุ่มเฟือย และยังมองว่าสิทธิดังกล่าวแม้ว่าจะไม่ใช่หลักการสำคัญของบางประเทศแต่ไม่ใช่ประเทศของตน<sup>13</sup> และนอกจากนี้ Warren Court ได้นำเสนอ Concept พื้นฐานอันสำคัญต่อความยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา ซึ่งส่วนหนึ่งของแนวคิดดังกล่าวก็คือ ต้องมีการยอมรับสถานะของหลักการที่ว่า “สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลมีความสำคัญมากกว่าสิทธิในทางทรัพย์สิน...”<sup>14</sup>

## 3. ยุคสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพจาก

### ทนายความ (Right to effective assistance of counsel)

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเน้นนับจากรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเปลี่ยนแปลงครั้งที่ 6 ได้รับรองสิทธิที่จะได้รับการจัดหาทนายความให้โดยรัฐเอาไว้แล้ว ในยุคต่อมาก็มีแนวคิดว่าลำพังแค่การจัดหาทนายความให้อย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเกิดปัญหาจากการได้รับบริการจากทนายความที่ศาลแต่งตั้งให้อย่างไม่มีประสิทธิภาพ เช่น ในคดี Jimmy Ray

<sup>11</sup> <http://www.nlada.org/About/HistoryDefender>, อ้างแล้ว

<sup>12</sup> “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the Assistance of Counsel for his defence.”

<sup>13</sup> GIDEON v. WAINWRIGHT U.S. Supreme Court, 372 U.S. 335 (1963); <http://www.laws.findlaw.com/us/372/335.html>

<sup>14</sup> Hugh Richard, The history of right to Free Counsel in America; <http://www.policiticsandgovernment.ilstu.edu/conference/confinalup1/Williams123.doc>

Pitsonbarger V. Richard Gramley ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทนายความไม่  
 แจ้งต่อศาลว่าจำเลยเจ็บป่วยจึงมาศาลไม่ได้ ทำให้จำเลยต้องนำไปรับรองแพทย์  
 มายื่นร้องขอต่อศาลเอง<sup>15</sup> จากปัญหาดังกล่าวทำให้ในกาลต่อมาศาลได้วางหลักไว้ว่า  
 สิทธิในการมีทนายความ หมายถึงความรวมถึงสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลืออย่างมี  
 ประสิทธิภาพจากทนายความ (right to the effective assistance of counsel)  
 ด้วย<sup>16</sup> โดยศาลให้เหตุผลว่าในการพิจารณาคดีระบบกล่าวหาที่นั่น การที่จะได้รับ  
 การพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Fair Trial) หรือไม่ขึ้นอยู่กับความสามารถของ  
 ทนายความที่จะทำการต่อสู้คดีอย่างถึงพริกถึงขิง เพราะในการพิจารณาคดีระบบ  
 ดังกล่าวมีความคาดหวังว่าผลแห่งคดีขึ้นอยู่กับบทบาทและความสามารถของ  
 ทนายความ ดังนั้น ทนายความจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมั่นใจว่าจะสามารถ  
 ดำเนินคดีได้อย่างเป็นธรรมไม่ว่าจะเป็นทนายความที่เกิดจากการจ้างหรือศาลแต่งตั้ง  
 แต่ในปัจจุบันก็ยังมีความว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นการบริการอย่างมีประสิทธิภาพ  
 จากทนายความ ซึ่งกรณีดังกล่าวยังคงไม่มีความชัดเจนแน่นอน แต่อย่างไรก็ตาม  
 ในคดีข้างต้น ศาลให้ความเห็นว่าให้คำนึงถึงการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมเป็น  
 เกณฑ์นำทาง

### ระบบทนายขอแรงและกฎหมายที่เกี่ยวข้องของไทย

การให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดี  
 อาญาในประเทศไทยนั้น มีแนวความคิดมานานกว่า 60 ปีแล้ว<sup>17</sup> โดยเฉพาะอย่าง  
 ยิ่งในส่วนขอระบบทนายขอแรงซึ่งได้วิวัฒนาการมาจนถึงปัจจุบัน โดยที่  
 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการรับรองสิทธิดังกล่าวเอาไว้ ดังนี้

<sup>15</sup> Jimmy Ray Pitsonbarger V. Richard Gramley United States Court of Appeals For  
 The Seventh Circuit No.95-2512

<sup>16</sup> STRICKLAND v. WASHINGTON U.S. Supreme Court 466 U.S. 668(1984)

<sup>17</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้ว

### 1. สิทธิที่จะมีทนายความอยู่ด้วยในชั้นสอบสวน<sup>18</sup>

เนื่องมาจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ไม่ได้เริ่มต้นแค่ในชั้น  
 พิจารณาของศาลแต่ได้เริ่มมาแล้วก่อนหน้านั้นไม่ว่าจะเป็นขณะถูกจับ ถูกค้น  
 หรือในชั้นสอบสวน ซึ่งกรณีดังกล่าวก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิของผู้  
 ต้องหาได้ทั้งนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการมีทนายความเข้ามาช่วยเหลือตั้งแต่  
 แรกเริ่มของการเข้าสู่กระบวนการเช่นว่านี้ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมี  
 ลักษณะของแนวคิดสิทธิในการมีทนายของจำเลย (Right to Counsel) ซึ่งได้  
 ขยายจากในชั้นของการพิจารณาทางศาลมาสู่ชั้นสอบสวนด้วย นอกจากนี้ในกรณี  
 ดังกล่าวได้มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2548  
 มาตรา 134/1<sup>19</sup> เข้ามารับรองสิทธิในการที่ผู้ต้องหาจะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ  
 ในการแต่งตั้งทนายความให้ในกรณีที่ตนไม่สามารถหาทนายความได้ในชั้นสอบสวน  
 ซึ่งเป็นสิทธิที่ต่อเนื่องมาจากสิทธิที่จะมีทนายความอยู่ด้วยในชั้นพิจารณาบทบัญญัติ  
 ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นแนวคิดสิทธิที่จะได้รับการจัดหาทนายความโดยรัฐ (Right  
 to have counsel assigned) ซึ่งได้มีการกำหนดเงื่อนไขดังนี้

1.1) ในคดีที่มีโทษประหารชีวิต หรือผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปีในวันที่  
 พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้  
 ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีรัฐต้องจัดหาทนายความให้

1.2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวน  
 ถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการ ให้รัฐจัดหา  
 ทนายความให้

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 241 วรรค 2 “ในชั้นสอบสวน ผู้ต้องหาสิทธิ  
 ให้ทนายความหรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบสวนปากคำตนได้”

<sup>19</sup> มาตรา 134/1 “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่  
 พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่  
 ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกก่อนเริ่มถามคำให้การให้พนักงานสอบสวนถามผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่  
 ถ้าไม่มีและผู้ต้องหาต้องการให้รัฐจัดหาทนายความให้...”

## 2. สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ ในกรณีที่ไม่สามารถจัดหาทนายความเองได้ในชั้นพิจารณาคดี<sup>20</sup>

สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิในการที่จะได้รับการจัดหาทนายความโดยรัฐ (Right to have counsel assigned) ในชั้นพิจารณาคดีของศาล ซึ่งกรณีดังกล่าวได้มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2548 มาตรา 173<sup>21</sup> มารับรองแล้วเช่นกัน โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1.1) ในคดีที่มีโทษประหารชีวิต หรือผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปีในวันที่ถูกฟ้อง ก่อนเริ่มพิจารณาคดีให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีรัฐต้องจัดหาทนายความให้

1.2) ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาคดีให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการให้รัฐจัดหาทนายความให้

ในกรณีดังกล่าวหากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตาม ก็มีบทบัญญัติอันมีลักษณะ Sanction เอาไว้ เช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134/4 วรรค 3 บัญญัติว่า หากไม่มีการแจ้งสิทธิในการมีทนายความเข้าฟังการสอบปากคำ ถ้อยคำดังกล่าวจะรับฟังเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาไม่ได้

ข้อสังเกตประการหนึ่งก็คือ ในปัจจุบันบทบัญญัติต่างๆ เกี่ยวกับสิทธิในการมีทนายของจำเลยในคดีอาญาของไทยตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนั้น คงมีเพียงแค่สิทธิในการมีทนาย (Right to Counsel) และสิทธิในการที่จะได้รับการจัดหาทนายความโดยรัฐ (Right to have counsel assigned) เท่านั้น ยังไม่มี

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 242 “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญามีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว...”

<sup>21</sup> มาตรา 173 “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือในคดีที่ผู้ต้องหาไม่อายุเกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้อง ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการให้รัฐจัดหาทนายความให้...”

บทบัญญัติใดๆ มารับรองถึงขั้นของสิทธิในการที่จะได้รับความช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพจากทนายความ (Right to effective assistance of counsel) เลย ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาดังที่จะได้พิจารณาในตอนต่อไป

## บทบาทของทนายความจำเลยในกระบวนการพิจารณาคดีแบบ กล่าวหา

ดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่าในการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา นั้น โดยทางทฤษฎีแล้ว ถือว่าคู่ความมีความสามารถเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดี ในปัจจุบันจะพบว่าประเทศไทยได้สร้างระบบการต่อสู้คดีโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเข้มแข็ง เช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นพนักงานอัยการ ซึ่งจะต้องจบการศึกษาระดับปริญญาโท มีประสบการณ์ในการทำงานด้านกฎหมายตามที่กำหนด และมีการสอบแข่งขันอย่างเข้มงวด ซึ่งคุณสมบัติเช่นนี้ไม่แตกต่างอะไรจากคุณสมบัติของผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษามากนัก เท่านั้น ยังไม่พอในการปฏิบัติงานพนักงานอัยการยังมีอำนาจมหาศาลตามกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติหน้าที่อยู่พอสมควร และนอกจากนี้ยังได้รับความช่วยเหลือจากพนักงานสอบสวนซึ่งเปรียบเสมือนผู้ทำการผูกขาดในด้านของการแสวงหาพยานหลักฐานในการดำเนินคดีอาญาอีกด้วย หันมาพิจารณาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นในแง่ของระบบทนายความของจำเลยในคดีอาญานั้นมีความแตกต่างจากระบบของการดำเนินคดีโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่มาก ทั้งในแง่ของบุคลากรที่ไม่ได้เคร่งครัดในด้านต่างๆ เช่น ไม่ต้องสำเร็จการศึกษาเป็นบัณฑิตไทย ไม่ต้องมีประสบการณ์การทำงานด้านวิชาชีพกฎหมาย รวมทั้งระบบการแข่งขันคัดเลือกยังแตกต่างกันในแง่ของความเข้มงวดอย่างสิ้นเชิง นอกจากนี้ในด้านของการแสวงหาพยานหลักฐาน ทนายความยังปราศจากอำนาจมหาศาลใดๆ ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับพยานหลักฐานในคดี ซึ่งต้องผ่านการพิสูจน์สอบสวนพิจารณาจากพนักงานสอบสวนก่อน จากกรณีดังกล่าว การที่ทนายความจะช่วยเหลือจำเลยให้รอดพ้นจากการสูญเสีย ชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินเงินทองได้ ก็ด้วยประสบการณ์และความรู้ความสามารถ เทคนิคไหวพริบ

ต่างๆ ของทนายความในการสังเกตข้อบกพร่องของพยานหลักฐานที่ฝ่ายโจทก์กล่าวอ้าง ตลอดจนความบกพร่องในแง่ของการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีสบัญญัติของฝ่ายโจทก์ ดังนั้นโดยหลักแล้วเมื่อบุคคลใดต้องตกเป็นจำเลยในคดีอาญาแล้ว จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแสวงหาทนายความที่มีชื่อเสียง มีความสามารถ ที่ตนพอจะไว้วางใจได้ว่าจะสามารถช่วยเหลือตนให้หลุดพ้นจากการถูกกล่าวหาได้

แต่ในสภาพของความเป็นจริงของสังคม คงจะเป็นไปไม่ได้ที่จะให้ประชาชนที่ต้องตกเป็นจำเลยในคดีอาญาทุกคน ทำการจ้างทนายความที่มีความรู้ความสามารถมาช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วยตนเอง ดังนั้นจากเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว รัฐจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการจัดหาทนายความให้กับจำเลย ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรณีที่ประชาชนที่เจ็บไข้ได้ป่วยต้องได้รับการบริการทางการแพทย์จากรัฐนั้นใด เมื่อประชาชนเกิดความเจ็บป่วยทางสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐจะต้องยื่นมือเข้ามาช่วยเหลือเยียวยาด้วยการจัดหาทนายความมาช่วยเหลือ โดยการจัดตั้งระบบทนายขอแรง ซึ่งให้ทนายความที่มีความประสงค์ที่จะช่วยเหลือแก่ประชาชนในการว่าความให้ไปขึ้นทะเบียนเป็นทนายความขอแรงแก่ศาล และเมื่อมีกรณีที่จำเลยไม่มีทนายความช่วยเหลือในการดำเนินคดี ศาลก็จะแจ้งไปยังทนายความที่มาลงชื่อแก่ศาลเพื่อแต่งตั้งเป็นทนายความให้แก่จำเลย และกรณีดังกล่าว ศาลจะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ทนายความที่เข้ามาทำหน้าที่ว่าความให้แก่จำเลย ซึ่งเป็นค่าตอบแทนเพียงเล็กน้อยเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับจำเลย

การให้ความช่วยเหลือทางด้านสวัสดิการแก่ประชาชนผู้ด้อยโอกาสโดยรัฐ มักจะถูกโต้แย้งอยู่เสมอว่ามีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด ซึ่งกรณีดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการพิจารณาคดีในระบกกกล่าวหาที่ต้องการความสามารถในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่จากทั้งสองฝ่ายแล้ว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าระบบทนายขอแรงที่รัฐจัดตั้งขึ้นนั้นมีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะต่อสู้คดีกับฝ่ายพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ได้ทัดเทียมกับทนายความที่จำเลยมีความสามารถในการจัดหาเองได้มากน้อยเพียงใด

## ปัญหาที่เกิดจากระบบทนายขอแรงของไทยในปัจจุบัน<sup>22</sup>

เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันรับรองเพียงแคสิทธิในการที่รัฐจะต้องดำเนินการจัดหาทนายความให้แก่จำเลยในคดีอาญานั้น ซึ่งกรณีดังกล่าวยังคงไม่อาจจะเพียงพอที่จะช่วยเหลือประชาชนได้อย่างเต็มที่ หากปราศจากการให้ความช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพจากทนายความ ปัญหาดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงระบบทนายขอแรงในปัจจุบันนั้นนับว่ายังคงมีข้อบกพร่องอยู่ในหลายส่วน ซึ่งปรากฏการณ์ที่สะท้อนให้เห็นถึงสภาพปัญหาดังกล่าว อาจกมาวิจารณ์ได้ดังนี้

### 1. สหามฝึกงานของทนายความมือใหม่

จากสถานการณ์ของทนายความที่เข้ามาขึ้นบัญชีทนายขอแรงที่ศาล ส่วนมากแล้วจะเป็นทนายความที่เพิ่งจบใหม่และต้องการหาประสบการณ์ในการทำงานของตนเพิ่มเติม แต่เนื่องจากหากจะรอให้งานเข้ามาหาก็คงเป็นการยาก เพราะในปัจจุบันมีการแข่งขันภายในวิชาชีพทนายความค่อนข้างสูง และหากใครสามารถสร้างผลงานชื่อเสียงจนเป็นที่ติดตลาดค่าความก่อนก็จะอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบทางการค้าอย่างมาก นอกจากนี้ ก็เป็นการยากที่ทนายความรุ่นพี่จะมาสนับสนุนและแบกรับภาระความเป็นอยู่ของทนายความรุ่นน้อง ดังนั้น จากโอกาสของระบบการให้ความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายแก่ประชาชนที่ยากจน ได้มารองรับหลักการทนายขอแรงดังกล่าว จึงถือว่าเป็นโอกาสอันดีที่ทนายความรุ่นใหม่จะถือโอกาสขึ้นทะเบียนเป็นทนายขอแรงตามศาล เพื่อหาโอกาสในการแจ้งเกิดในการทนายขอความ ซึ่งก็เป็นการเปลี่ยนแปลงให้งานเดินมาหาเราเอง และหลีกเลี่ยงภาระการเสียเปรียบทางการค้าในตลาดค่าความได้เป็นอย่างดี

<sup>22</sup> ข้อมูลที่นำมาวิเคราะห์ได้รวบรวมมาจากกระดานสนทนาทางอินเทอร์เน็ต(Webboard) ต่างๆ เช่น [http:// www.thaijustice.com](http://www.thaijustice.com), <http://www.siamlaw.com>, <http://www.lawonline.co.th>, <http://www.212cafe.com/freewebboard>, [http://www.marut.th.com/ans/show\\_law\\_e.php3](http://www.marut.th.com/ans/show_law_e.php3), <http://www.archanwell.org/newwebboard/main.php?board=000023&topboard=1>, เว็บไซต์ของนิติบัณฑิตยสภา, สภาทนายความ และเว็บไซต์เกี่ยวกับการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายของทนายความบนอินเทอร์เน็ตต่างๆ

จากกรณีดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาขึ้นมา เนื่องจากการว่าความไม่ใช่แค่ศาสตร์ที่จะทำการศึกษาค้นคว้าแต่เพียงในตำรา แต่เป็นทั้งศาสตร์และทั้งศิลป์ที่ต้องอาศัยประสบการณ์ในภาคปฏิบัติที่ได้จากการทำงานจริงๆ เช่น เทคนิคการแสวงหาพยานหลักฐานมาสนับสนุนฝ่ายตน หรือเทคนิควิธีการถามความให้ได้ตรงตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ดังนั้น แม้ทนายความรุ่นใหม่จะมีความสามารถในด้านตัวบทกฎหมายอย่างใดก็ตาม แต่หากปราศจากประสบการณ์ดังกล่าวแล้วย่อมอาจก่อให้เกิดความเสียเปรียบแก่ลูกค้าความฝ่ายตนที่ต้องฝากชีวิต เสรีภาพไว้กับตนได้

ปัญหาดังกล่าวอาจถูกโต้แย้งโดยนำไปเปรียบเทียบกับวิชาชีพแพทย์ว่า ในด้านวงการแพทย์ก็มีแพทย์ฝึกหัดออกมาบริการประชาชนเช่นกัน ซึ่งหากไม่เปิดโอกาสให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพรุ่นใหม่แล้วก็ยากที่จะมีผู้ประกอบวิชาชีพรุ่นต่อๆ มาได้ แต่ทั้งนี้ หากมองย้อนว่าภารกิจของแพทย์ฝึกหัดนั้นเป็นการเอาความรู้ความสามารถและทฤษฎีที่ได้ร่ำเรียนมาประยุกต์ใช้ และในระหว่างการศึกษาแพทย์ยังมีการศึกษาในภาคปฏิบัติมาโดยตลอด เปรียบเทียบกับทนายความซึ่งในระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา นั้น เป็นการนำความรู้และประสบการณ์ทั้งหลายมาต่อสู้กันระหว่างทนายความหรือพนักงานอัยการซึ่งต้องมีการชิงไหวชิงพริบกันโดยตลอด อีกทั้งในระหว่างการศึกษา นักศึกษากฎหมายมีการฝึกประสบการณ์ในภาคปฏิบัติน้อยมาก ดังนั้นส่วนใหญ่จะรู้เพียงว่าประเด็นดังกล่าวถูกหรือผิดในทางกฎหมายแต่อาจไม่รู้ว่าจะต้องสู้กับประเด็นดังกล่าวได้อย่างไร ดังนั้นทนายความรุ่นใหม่จึงอาจอยู่ในสภาวะมวดยคนละชั้น ซึ่งรอคอยศาลซึ่งเป็นเสมือนกรรมการคอยตัดสินว่าจะถูกจับแพะยกโทษแค้นนั้นเอง

## 2. ทางผ่านเพื่อมุ่งสู่วิชาชีพอันทรงเกียรติ

หากจะกล่าวถึงวิชาชีพอันเป็นเป้าหมายสูงสุดของผู้ประกอบวิชาชีพ นักกฎหมายก็คงจะหนีไม่พ้นวิชาชีพผู้พิพากษาและอัยการ ซึ่งนอกจากจะเป็นวิชาชีพอันทรงเกียรติแล้ว ผลประโยชน์ตอบแทนขณะประกอบวิชาชีพดังกล่าวยังถือว่าสูงมากในปัจจุบัน เนื่องจากเป็นวิชาชีพที่อยู่ในระดับสูงของกระบวนการ

ยุติธรรม จึงทำให้ผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบวิชาชีพดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องมีความรู้ความสามารถตลอดจนความรับผิดชอบในด้านต่างๆ อยู่มาก ดังนั้นกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่นำมาใช้คัดสรรบุคคลเข้าตำแหน่งจึงเข้มงวดมาก

เงื่อนไขหนึ่งของผู้มีคุณสมบัติในการสอบคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการ ก็คือ ต้องมีประสบการณ์ในการทำงานตามที่กำหนดเอาไว้ เช่น ในกรณีของผู้ที่ต้องการสอบเป็นผู้พิพากษา (สนามใหญ่) หรืออัยการจะต้องประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายตามที่กำหนดไม่ต่ำกว่า 2 ปี หรือผู้ประกอบวิชาชีพทนายความจะต้องทำการว่าความในศาล โดยทำหน้าที่หรือมีส่วนร่วมทำหน้าที่ทนายความที่ศาลออกนั่งพิจารณามาแล้วไม่น้อยกว่า 20 คดี และในจำนวนนี้ต้องเป็นคดีแพ่งไม่น้อยกว่า 5 คดี โดยมีหนังสือรับรองของผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณามาแสดงว่าได้ทำหน้าที่ดังกล่าวอย่างแท้จริง<sup>23</sup>

เนื่องจากในปัจจุบันค่าตอบแทนในการประกอบวิชาชีพทนายความหรือนักกฎหมายอื่นๆ นอกจากผู้พิพากษาและอัยการแล้วยังอยู่ในเกณฑ์ค่อนข้างต่ำ ไม่ค่อยแน่นอน จึงทำให้วิชาชีพดังกล่าวเป็นแค่เพียงทางผ่านของผู้ประกอบวิชาชีพ นักกฎหมาย เพื่อหวังที่จะรอเวลาเพื่อก้าวไปสู่วิชาชีพหรือการงานที่ดีกว่า โดยเฉพาะวิชาชีพทนายความแล้วนับว่าเป็นวิชาชีพขั้นแรกสุดของผู้ประกอบวิชาชีพ นักกฎหมาย เนื่องจากไม่มีการจำกัดจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพ และเงื่อนไขในการเข้าสู่วิชาชีพนี้ก็ไม่มีความเข้มงวดมากนัก เมื่อเทียบกับวิชาชีพของพนักงานอัยการ หรือผู้พิพากษา

เมื่อพิจารณาปัจจัยขั้นต้นต่างๆ แล้ว จะพบว่าระบบทนายความขอแรงเปรียบเสมือนพระเอกขี่ม้าขาวเข้ามาเอื้ออำนวยประโยชน์ดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วนอกจากระบบฝากชื่อเพื่อเก็บคดีกับทนายความที่รู้จักโดยไม่มีการว่าความกันจริงๆ แล้ว ก็นับว่าระบบทนายขอแรงได้เข้ามาช่วยเหลือให้ทนายความเก็บคดีได้รวดเร็วที่สุด

<sup>23</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชา ประสบการณ์วิชาชีพ นักกฎหมาย หน่วยที่ 1-7, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2542), หน้า 48 และ 56

จากกรณีดังกล่าว เมื่อมองถึงด้านผลประโยชน์แล้วจะพบว่า ผู้ต้องการเก็บคตินั้นต้องการความรวดเร็ว เพื่อสะสมคตินี้ให้ครบจำนวนตามที่กำหนด ดังนั้น หากเขาได้รับคตินี้ได้ก็ต้องใช้เวลาในการดำเนินคดีมากอาจก่อให้เกิดปัญหาการยอมความ หรือไม่ดำเนินคดีให้ถึงที่สุดเท่าที่กฎหมายจะเอื้ออำนวยได้ เช่น ไม่ยื่นอุทธรณ์ หรือฎีกาต่อผู้ตัดสินถึงที่สุด ซึ่งกรณีดังกล่าวล้วนเป็นผลร้ายต่อกระบวนการพิจารณาทั้งสิ้น

### 3. ขาดแรง(เงิน) จูงใจในการทำงาน

เนื่องจากวิชาชีพกฎหมายเป็นกิจการที่มีความจำเป็นต่อสังคม และมีลักษณะเป็นอาชีพผูกขาดซึ่งสงวนไว้เฉพาะบุคคลกลุ่มหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพทั้งหลายจึงจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์รับใช้ประชาชน ผลตอบแทนต่างๆ ที่ได้รับการประกอบวิชาชีพจึงเป็นเพียงผลพลอยได้จากการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น ดังนั้นวิชาชีพกฎหมายจึงจะปฏิบัติอย่างธุรกิจการค้าที่มุ่งหากำไรไม่ได้<sup>24</sup>

แต่ในโลกของความเป็นจริง คงจะปฏิเสธได้ยากกว่าบรรดาผู้ประกอบวิชาชีพปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยไม่มุ่งหากำไรทางการค้า เพราะโลกในปัจจุบันทุกอย่างย่อมแสวงหาทำได้ด้วยเงินแม้แต่ความยุติธรรมเองก็ตาม หากปราศจากเงินแล้วย่อมเป็นการยากที่จะดำรงชีวิตอยู่อย่างปกติสุขได้ ดังนั้น ยุทธศาสตร์เช่นว่ามานั้นก็คงเป็นเพียงแค่ลายลักษณ์อักษรที่ผู้ประพันธ์ได้แสวงหาถ้อยคำมาประดิษฐ์เพื่อความสวยงามเท่านั้น หากมีผลเป็นจริงอันใดไม่ เมื่อมันมีความขัดแย้งกับโลกของความเป็นจริง

เมื่อพิจารณาถึงระบบของนายขอแรงในปัจจุบัน ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะพยายามแยกการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความซึ่งกระทำในเชิงพาณิชย์มาปฏิบัติหน้าที่เพื่อตอบแทนสังคม โดยค่าตอบแทนที่ศาลจ่ายให้เป็นแค่

<sup>24</sup> ศ.จิตติ ตังคภัทย์, *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบคำสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 37-39

เพียงค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้จำเลยเท่านั้น แต่ในสภาพเป็นจริงจะพบว่า ทนายความหลายคนมิได้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ทนายความขอแรงโดยมีวัตถุประสงค์ตามที่ไดกล่ามาแล้วนั้น เพราะส่วนใหญ่ยังต้องการค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์เพื่อนำไปเลี้ยงปากเลี้ยงท้องของตนอยู่ ซึ่งสาเหตุดังกล่าวอาจย้อนกลับไปได้ว่า ปัจจุบันทนายความที่มีความสามารถในการที่จะสละเวลาและทรัพย์สินเงินทองเพื่อมาบริการสังคมอย่างแท้จริงนั้นมีไม่เพียงพอ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความขอแรงบางส่วนยังคงไม่มีความสามารถที่จะให้บริการแก่สังคมได้อย่างเต็มที่

กรณีดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาการมีผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest) ระหว่างผลประโยชน์จากการได้รับค่าตอบแทนและการปฏิบัติหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของลูกความ เช่น ในบางครั้งทนายความอาจยอมให้จำเลยสู้คดีเพราะจะทำให้มีการสืบพยานและเป็นผลให้ทนายความได้ค่าตอบแทนจากศาล ซึ่งกรณีก่อให้เกิดผลร้ายต่อตัวจำเลยเอง เนื่องจากจะไม่ได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษจากศาลหากจำเลยให้การรับสารภาพ หรือในทางกลับกัน ทนายความอาจให้จำเลยรับสารภาพเพื่อที่คดีจะได้จบเร็วๆ และทนายความจะได้รับเงินจากการเป็นทนายขอแรงไวๆ ทั้งนี้ ปัญหาดังกล่าวสืบเนื่องมาจากการที่ฝ่ายผู้ปฏิบัติหน้าที่ทนายความขอแรงได้รับค่าตอบแทนไม่เพียงพอและล่าช้า ซึ่งหากจะกล่าวเช่นนั้น ก็คงไม่ผิดอะไรนักในยุคสมัยที่ความยุติธรรมนั้นหามาได้ด้วยเงิน เมื่อเปรียบเทียบกับวิชาชีพผู้พิพากษา หรืออัยการ จะพบว่าค่าตอบแทนที่ค่อนข้างสูงมากที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางได้อย่างเต็มที่ เพราะจะได้ไม่มัวกังวลกับการแสวงหาเงินทองมาเลี้ยงปากเลี้ยงท้องตนเองและครอบครัวอีก<sup>25</sup> ฉะนั้นได้ก็ฉนั้น หากจะให้ทนายความขอแรงปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดก็คงจะหนีไม่พ้นการจ่ายค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกับวิชาชีพผู้พิพากษาหรืออัยการเช่นกัน ซึ่งก็คงเป็นไปได้ยากเนื่องจากกฎเกณฑ์ในการเข้าสู่วิชาชีพมีความเข้มงวดต่างกัน

<sup>25</sup> ทวีป ประจวบลาภ, *งานวิจัยหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง: การปฏิรูปของศาลไทยในปัจจุบัน*, หน้า 22-23

#### 4. ความไว้วางใจของประชาชนผู้ใช้บริการ

ในทางปกติทางการค้าของการประกอบธุรกิจว่าความแล้วในความสัมพันธ์ระหว่างนายความและลูกความจะมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างทำของ<sup>26</sup> ซึ่งผลสำเร็จของตัวงานดังกล่าว ก็คือ การให้บริการทางด้านกฎหมายและดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลให้ ไม่ใช่คำนึงถึงผลประโยชน์ของคดี ดังนั้น หากจะย้อนกลับไปถึงหลักพื้นฐานของนิติกรรมสัญญาแล้วจะพบว่า ความสัมพันธ์ของนายความและคู่ความในกรณีดังกล่าวมาจากความยินยอมสมัครใจ<sup>27</sup> ของทั้งสองฝ่าย ซึ่งลูกความคนใดจะจ้างนายความเพื่อมารับผิดชอบเกี่ยวกับชีวิต เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของตนสักคน คงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบไม่ว่าจะเป็นชื่อเสียง ความสามารถหรือประสบการณ์ของนายความที่จะมาเป็นที่พึ่งในกระบวนการพิจารณาความของตน

แต่ระบบนายความขอแรงจำเลยทามีสถานะที่เลือกนายความเช่นนั้นไม่ คงต้องจ่ายอมรับความช่วยเหลือจากนายความที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้งให้ตามกฎหมาย ไม่ว่านายความผู้นั้นจะเป็นใครมีคุณสมบัติหรือประสบการณ์มากน้อยแค่ไหนก็ขึ้นอยู่กับโชคของจำเลยแต่ละคน

ปัญหาอันเกิดจากพฤติการณ์ดังกล่าวก็คือ แท้จริงแล้วทั้งนายความและลูกความในระบบนายขอแรงไม่ได้เกิดจากความยินยอมพร้อมใจของทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริง ซึ่งบางคนอาจคิดว่าเมื่อจำเลยยอมรับการแต่งตั้งนายความโดยศาลแล้วก็น่าจะถือว่าเป็นการยินยอมแล้ว ซึ่งกรณีดังกล่าวยังคงห่างไกลจากความยินยอมที่เกิดจากการลั่นกรองคัดเลือกคุณสมบัติของนายความมาแล้ว ส่วนในด้านของนายความนั้นก็คงอาจเป็นเพียงแค่การบริจาคแรงเท่านั้น ซึ่งย่อมเป็นการยากที่จะบริจาคซึ่งของดีเหมือนเช่นที่ใช้ในทางการค้าปกติของตน นอกจากนี้แล้วยังอาจมีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นนั้น

<sup>26</sup> ศ.จิตติ ติงศัททย์, อ้างแล้ว, หน้า 109-110

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงไปโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”

แฝงอยู่

เมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ อาจเป็นอุปสรรคต่อการทำงานระหว่างกันของลูกความและทนายความ เช่น ในบางครั้งจำเลยอาจมองว่าทนายความเป็นพวกเดียวกันกับตำรวจและอัยการ คงจะไม่มีเจตนาที่จะช่วยเหลือพวกตนจริงๆ อาจเป็นเพียงแค่ให้เงินไปตามพิธีการที่กฎหมายเขียนเอาไว้เท่านั้น ในท้ายที่สุดตนก็คงหนีไม่พ้นคุกตารางอยู่ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของจำเลยที่เป็นชนกลุ่มน้อยแล้ว เช่น ชาวไทยภูเขา ยังเป็นเสมือนการแบ่งแยกระหว่างชาวไทยภูเขา-คนพื้นราบ ซึ่งทำให้เกิดช่องว่างของความสัมพันธ์ระหว่างจำเลยซึ่งเป็นชาวไทยภูเขาและทนายความซึ่งเป็นคนพื้นราบออกไปอีก อาจก่อให้เกิดความหวาดระแวงและความไม่ไว้วางใจในตัวทนายความที่ศาลตั้งให้

#### ข้อคิดเห็นและแนวทางแก้ไข

จากปัญหาต่างๆ ที่ได้นำเสนอไว้ข้างต้น ได้แสดงให้เห็นถึงความบกพร่องในหลายๆ ด้านของระบบนายขอแรงในปัจจุบันของประเทศไทย ในปัจจุบันนี้จะพบว่า ระบบนายขอแรงยังไม่อาจเป็นที่พึ่งของประชาชนผู้ด้อยโอกาสในด้านการจัดหาทนายความเพื่อช่วยเหลือในการต่อสู้คดีได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้ว หากจะต้องต่อสู้คดีกับพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการซึ่งเป็นระบบที่มีความเข้มแข็งมากกว่าแล้ว จะพบว่าไม่อาจที่จะทำการต่อสู้คดีแตกต่างให้ลูกความได้อย่างเท่าเทียมกับฝ่ายโจทก์ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วระบบการพิจารณาคดีที่เป็นอยู่ในปัจจุบันก็ไม่อาจที่จะเป็นกลไกอันนำไปสู่การพิสูจน์ความถูกต้องของผู้ถูกกล่าวหาได้อย่างแท้จริงและเที่ยงธรรม เป็นผลให้ประชาชนผู้ด้อยโอกาสบางกลุ่มต้องรับความเสี่ยงกับการถูกระงับกระเทือนต่อชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของตนเอง เพียงเพราะไม่สามารถที่จะจ้างวานทนายความที่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะต่อกรกับองค์กรของรัฐ (ซึ่งอ้างว่าวางตัวเป็นกลาง) ได้จากประเด็นดังกล่าวผู้เขียนจึงใคร่ขออนุญาตเสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขปรับปรุงระบบนายขอแรงและปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตามมุมมองของผู้เขียนเอง ดังนี้

### 1. ควรเปลี่ยนทัศนคติของเจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรม

ในระบบการพิจารณาคดีของไทยนั้นไม่ได้เป็นระบบไต่สวนหรือระบบกล่าวหาโดยเด็ดขาด แต่ก็มีกระบวนการผสมผสานดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของไทย ในการสืบพยานหรือรวบรวมหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นจะทำได้โดยพนักงานสอบสวน ส่วนการพิจารณาคดีและการพิพากษาคดีก็เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษา ดังนั้น ทัศนคติของพนักงานสอบสวน จึงควรทำหน้าที่ในการสอบสวนอย่างเป็นกลาง เพื่อให้ได้ความจริงว่าแท้จริงแล้วผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหา นั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริงหรือเป็นผู้บริสุทธิ์ และควรตระหนักอยู่เสมอว่า จริงๆ แล้วตนไม่ได้มีฐานะเป็นคู่ความฝ่ายใดแต่อย่างใด ในกรณีของผู้พิพากษาก็เช่นกัน ควรพิจารณาพิพากษาคดีบนพื้นฐานหลักการที่ว่า จำเลยยังคงเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะฟังพยานหลักฐานจนเป็นที่แน่ใจว่าจำเลยกระทำความผิดจริงจึงจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้ ผู้พิพากษาเองก็ต้องมีความเป็นกลาง ปราศจากอคติใดๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ เจ้าหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมมักนำระบบไต่สวนมาใช้ในการดำเนินคดีอาญาอยู่เสมอ รวมทั้งพนักงานสอบสวนเองก็มักจะทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่ายตรงข้ามกับผู้ต้องหาในคดีอาญาอยู่บ่อยครั้ง

### 2. ทำการศึกษาวินิจฉัยพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับการได้รับความช่วยเหลืออย่างมีประสิทธิภาพโดยทนายความ เพื่อนำมาปฏิบัติในการดำเนินคดีอาญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ในปัจจุบันประเทศไทยยังคงรับรองเพียงแค่อสิทธิในการมีทนายความช่วยเหลือในการดำเนินคดี และสิทธิในการที่จะได้รับการจัดหาทนายความโดยรัฐเท่านั้น แต่ยังไม่มียกเว้นข้อบัญญัติที่มารองรับสิทธิในการได้รับบริการจากทนายความอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นพัฒนาการของสิทธิในการมีทนายความของจำเลยในคดีอาญาในขั้นต่อมา ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาค้นคว้าเพื่อให้สิทธิดังกล่าวมีความก้าวหน้าขึ้นไปอีกขั้นหนึ่ง แต่ทั้งนี้ก็อาจมีปัญหามาในแง่ของการค้นคว้าอยู่พอสมควร เพราะขนาดประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นต้นความคิดของสิทธิดังกล่าวเองก็ยังไม่เห็นหลักเกณฑ์ที่

แน่นอนว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการบริการอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในที่นี้ก็อาจพิจารณาจากคุณสมบัติของทนายความที่เข้ามาทำหน้าที่ช่วยเหลือในระบบทนายขอแรง เช่น ในคดีที่ความความยุ่งยากซับซ้อนก็ควรเป็นทนายความที่มีประสบการณ์มาเพียงพอที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสม มีระบบการควบคุมลงโทษทนายความที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบในระบบอย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจมีได้ทั้งโทษทางอาญาและการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ลูกความ และควรมีบทบัญญัติให้ทำการรื้อฟื้นคดีที่จำเลยแพ้คดี อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความอย่างไม่มีประสิทธิภาพมาพิจารณาใหม่ ตลอดจนแก้ไขปัจจัยที่แทรกแซงอย่างอื่น เช่น ควรเคร่งครัดในระบบการเก็บคดีของทนายความที่ประสงค์จะไปสอบเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการ ไม่ควรพิจารณาแค่เพียงว่าผู้สมัครว่าความมากมายน้อยเพียงใด แต่ควรพิจารณาด้วยว่ามีประสิทธิภาพมากน้อยขนาดไหน หรือมีความยากง่ายของคดีเพียงใด เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ทนายความรีบเร่งปิดคดีโดยเร็ว โดยไม่คำนึงถึงประสิทธิภาพในการว่าความให้แก่ลูกความของตน เพื่อที่จะได้สะสมคดีให้ครบตามจำนวนที่กำหนด

### 3. เปลี่ยนแปลงทัศนคติของทนายความผู้ทำหน้าที่เป็นทนายขอแรง

ทนายความผู้เข้ามาทำหน้าที่ในระบบทนายขอแรงควรทำความเข้าใจว่า ระบบดังกล่าวเป็นการบริการสังคมอย่างหนึ่งมิใช่กิจการที่สามารถแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ ดังนั้น บุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวควรมีความพร้อมที่จะปฏิบัติงานอย่างแท้จริง ทั้งเวลา ฐานะทางเศรษฐกิจ ตลอดจนการมีจิตใจที่ต้องการช่วยเหลือสังคมอย่างแท้จริง เพื่อขจัดปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of interest) ต่างๆ แต่กรณีดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบตามมา เพราะอาจจะทำให้มีทนายความที่มีความพร้อมที่จะเข้าสู่ระบบทนายขอแรงลดลงจนถึงขั้นไม่เพียงพอต่อความต้องการที่จะใช้บริการของประชาชน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็อาจจะต้องหามาตรการจูงใจต่างๆ ให้ทนายความที่มีความพร้อมเข้าสู่ระบบมากขึ้น เช่น การประกาศเกียรติคุณ หรือ อาจจะต้องปรับเปลี่ยนจากแนวคิดการตอบแทนสังคมโดยระบบทนายขอแรงมาเป็นการให้ความ

ช่วยเหลือในเชิงพาณิชย์แต่มีราคาถูกโดยระบบนายความเอื้ออาทรแทน เพื่อให้โอกาสที่จำเลยจะสามารถเลือกนายความเพื่อมาช่วยเหลือตนได้ และนายความเองก็มีแรงจูงใจที่จะทำงานอย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่รัฐจะต้องแบกรับภาระในการสรรหากองทุนเพื่อเข้ามาสนับสนุนกิจการดังกล่าว

#### 4. เผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ทางกฎหมายต่างๆ แก่

##### ประชาชน

กรณีดังกล่าวเพื่อเป็นการสร้างสัมพันธไมตรีอันดีงามระหว่างนายความและประชาชน อันก่อให้เกิดความไว้วางใจว่า นายความจะสามารถช่วยเหลือตนในยามที่ต้องการพึ่งพาได้ และนำมาสู่ความเต็มใจในการช่วยเหลือร่วมมือในการทำงานระหว่างนายความกับประชาชน สร้างความเข้าใจที่ถูกต้องว่าตนไม่ได้ถูกเป็นแค่วัตถุแห่งการกระทำของรัฐ ซึ่งการจัดหานายความเป็นเพียงแค่การทำให้ถูกต้องตามพิธีการทางกฎหมายเพื่อที่จะลงโทษตนโดยชอบธรรมเท่านั้น หรือเกรงกลัวว่านายความจะไม่เต็มใจช่วยเหลือตนหากไม่มีเงินค่าตอบแทนให้ นอกจากนี้การเผยแพร่กฎหมายยังทำให้ประชาชนมีความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของตนได้ดียิ่งขึ้นซึ่งเป็นการยากที่จะรับรู้ได้ในชีวิตประจำวัน

##### unสรุป

จากปัญหาที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ได้แสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องต้องกันระหว่างแนวคิดทฤษฎีและบทบัญญัติกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบนายขอแรงกับสภาพของความเป็นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งสาเหตุหลักที่เป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดที่ก่อให้เกิดปัญหาดังกล่าวก็คือ การมีทัศนคติที่ผิดๆ ของผู้ปฏิบัติหน้าที่และผู้เกี่ยวข้อง ซึ่งทัศนคติของกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้ฝังลึกและสืบทอดต่อกันมาอย่างยาวนานอยู่ในระบบจนแทบจะกลายเป็นจารีตประเพณีของผู้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว อย่างเช่นการค้นหาคำพิพากษาหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ต้องสงสัยได้กระทำความผิดอย่างเดียวของพนักงานสอบสวน การว่าความคดีขอแรงเพื่อเก็บ

คดีไปสอบผู้พิพากษาอัยการ เพื่ออาศัยเป็นการประกอบวิชาชีพในเชิงพาณิชย์ หรือเพื่อเป็นสนามลองวิชาของนายความมือใหม่ ซึ่งหากทัศนคติที่ฝังลึกอยู่ในกลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพนักกฎหมายจนกลายเป็นจารีตประเพณีเช่นนี้ยังคงไม่เสื่อมสลายสิ้นไป แม้ในแง่ของทฤษฎีจะมีการค้นคว้าและบัญญัติกฎหมายมารับรองคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญาผู้ด้อยโอกาสในการต่อสู้คดีด้วยความสามารถของตนเองไว้อย่างเลิศหรูสักเพียงใดก็ตาม บทบัญญัติเหล่านั้นก็อาจเป็นได้แค่เพียงความยุติธรรมบนแผ่นกระดาษเท่านั้น คงไม่สามารถแสดงบทบาทในการเป็นที่พึ่งของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมได้อย่างแท้จริง ปรากฏการณ์นายขอแรงนับว่าเป็นเพียงแค่ภาพสะท้อนจุดหนึ่งของปัญหาดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้วอาจมีปรากฏการณ์อย่างอื่นอีกมากมายที่เป็นเสมือนกระจกสะท้อนให้เห็นว่าระบบกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้ไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงเพราะการถูกกลืนกินครอบงำ โดยทัศนคติหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ผิดๆ ของกลุ่มผู้ประกอบวิชาชีพนักกฎหมายบางกลุ่ม ดังนั้น วิธีการแก้ปัญหาเช่นว่านี้ คงจะไม่มีอะไรดีไปกว่าการทำการลายบรรทัดฐานหมู่ที่เข้ามาครอบงำเบียดบังบรรทัดฐานของสังคม มิให้ทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพตามที่ควรจะเป็น