

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญไทย และแนวทางแก้ไข

กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นกฎหมายที่กำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาล สิทธิหน้าที่ของคู่ความในคดี และรูปแบบวิธีการดำเนินการต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล เพื่อนำไปสู่การจัดทำคำวินิจฉัยของศาล หากกฎหมายวิธีพิจารณาความขาดความชัดเจนในเรื่องใดก็จะทำให้เกิดปัญหาว่าในกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องนั้น ศาลและคู่ความในคดีมีบทบาทหรือสิทธิหน้าที่อย่างไร ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้ง ตลอดจนอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีอันนำไปสู่การไม่ยอมรับในผลคำวินิจฉัยได้

เมื่อพิจารณาข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันแล้ว พบว่ามีปัญหาการขาดความชัดเจนในบางประการ ส่งผลให้คู่กรณีในคดี ตลอดจนบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในกระบวนการพิจารณาคดีไม่เข้าใจถึงวิธีการใช้สิทธิและไม่สามารถใช้สิทธิได้ นอกจากนี้ยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในบางเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญจึงขาดเครื่องมือหรืออำนาจบางประการในการควบคุมกระบวนการพิจารณา ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ในรายละเอียดทั้งหมด 6 ประเด็น คือ ปัญหาผู้มีสิทธิเริ่มคดีบางประเภทไม่สามารถมีส่วนร่วมในกระบวนการได้ ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ยุ่งยากเกินสมควร ไม่ชัดเจน และไม่มีอายุความในการยื่นคำร้อง ปัญหาในการประชุมปรึกษาคดีและการลงมติวินิจฉัย ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติเรื่องการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนวินิจฉัย ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติเรื่องการกำหนดวิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย และปัญหาในการรักษาความสงบเรียบร้อยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ดังนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาผู้มีสิทธิเริ่มคดีในคดีบางประเภทไม่สามารถมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาได้

หลักการรับฟังคู่ความทุกฝ่ายเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่ศาลทุกระบบให้ความสำคัญ นอกจากหลักการรับฟังคู่ความทุกฝ่ายแล้ว ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น คู่ความหรือคู่กรณียังมีสิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิในการแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องหรือคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา การถอนคำร้อง การยื่นคำร้องขอให้ศาลดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดในคดี เป็นต้น ซึ่งการที่ศาลจะวินิจฉัยสั่งคำร้องหรือคำขอนั้นๆ อย่างไร ศาลย่อมต้องพิจารณาถึงฐานะของผู้ยื่นคำขอ ว่ามีสถานะอย่างไรในคดี คืออยู่ในฐานะที่มีสิทธิที่จะดำเนินการเช่นนั้นหรือไม่ โดยหลักแล้วผู้ที่จะมีสิทธิเช่นนั้นคือคู่ความในคดี หรือที่ศาลรัฐธรรมนูญเรียกว่าคู่กรณี โดยพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีฝ่ายนั้น สถานะการเป็นคู่กรณีในคดีจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เพราะคู่กรณีเป็นผู้ทรงสิทธิต่างๆ อันเป็นสิทธิของคู่ความ

ในการฟ้องคดีหรือยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีคดีบางประเภทที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีผู้เกี่ยวข้องกับกระบวนการยื่นฟ้อง หรือยื่นคำร้องมากกว่าหนึ่งฝ่าย ได้แก่

1) คำร้องที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลง ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 91 วรรคหนึ่ง

คำร้องตามมาตรา 91 สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี

กรณีแรก สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เข้าชื่อร้องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภาว่า สมาชิกภาพของสมาชิกคนใดคนหนึ่งแห่งสภานั้นสิ้นสุดลง และให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้ส่งคำร้องดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกผู้นั้นสิ้นสุดลงหรือไม่

ในกรณีนี้ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกัน มีสิทธิเพียงยื่นคำร้องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้เอง โดยประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเท่านั้น ที่มีสิทธิส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีที่สอง กรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งมีเหตุสิ้นสุดลง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติให้คณะกรรมการการเลือกตั้งส่งเรื่องไปยังประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภา แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นเป็นสมาชิกสภาใด และให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกผู้นั้นสิ้นสุดลงหรือไม่

ในกรณีนี้ก็เช่นเดียวกันกับกรณีแรก เพราะคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้เริ่มคดีโดยส่งความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภา แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้สิทธิคณะกรรมการการเลือกตั้งยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้มีสิทธิส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

2) คำร้องเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 154 ซึ่งกำหนดว่า หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ซึ่งกระบวนการนี้นำมาใช้กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาหรือรัฐสภาแล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วยโดยอนุโลม

ในกรณีนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันมีสิทธิเพียงเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเท่านั้น โดยให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้มีสิทธิในการ ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

3) คำร้องที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ตามมาตรา 182 ของรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 182 ให้นำบทบัญญัติมาตรา 91 มาใช้บังคับ คือการให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนที่มีอยู่ของแต่ละสภา เข้าชื่อกันร้องต่อประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกให้ส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้วินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนใดสิ้นสุดลง คำร้องตามมาตรานี้ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยตรงได้ด้วย

กรณีนี้ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันมีสิทธิเพียงร้องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเท่านั้น โดยประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้ส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้วินิจฉัย ส่วนคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นสามารถส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เองโดยตรง

อย่างไรก็ตาม คำร้องขอให้วินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามมาตรานี้พบว่าในทางปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือ

ประธานวุฒิสภาซึ่งเป็นผู้ส่งคำร้องมายังศาลนั้นมิใช่ผู้ร้อง แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันนั้นมีฐานะเป็นผู้ร้องในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ¹

4) คำร้องที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 185 ว่า การตราพระราชกำหนดเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสองหรือไม่ เป็นกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1/5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดใดๆ ไม่เป็นไปตาม มาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีนี้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันมีสิทธิเพียงเสนอความเห็นเท่านั้น โดยประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้มีสิทธิส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

5) คำร้องเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 211 เป็นกรณีที่มิคัดพิพาทกันในศาลและศาลที่พิจารณาคดีเห็นเองหรือคู่ความในคดีโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 6 คือ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่คู่ความในคดีโต้แย้งและศาลส่งคำโต้แย้งของคู่ความให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น คู่ความที่โต้แย้งเป็นผู้ริเริ่มคดีขึ้นมาก่อน ศาลที่พิจารณาคดีต้องส่งคำโต้แย้งนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยศาลที่พิจารณาคดีไม่จำเป็นต้องเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 6 คือ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าศาลเห็นเองว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็สามารถส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เองโดยไม่ต้องมีคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้ง 2 กรณี ศาลที่พิจารณาคดีนั้นเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

¹ เช่น คำวินิจฉัยที่ 7/2553 เรื่อง ประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภา ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของนายเกษิต ภิมยศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 268 และมาตรา 266 (1) หรือไม่ ในคำวินิจฉัยระบุว่า นายเรืองไกร ลีภิพัฒน์ สมาชิกวุฒิสภา กับคณะ รวม 19 คน เป็นผู้ร้อง

6) คำร้องที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่ง ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาตรา 233 ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาว่า กรรมการคนใดคนหนึ่ง ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 230 และให้ประธานรัฐสภาส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีนี้ รัฐธรรมนูญให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันเป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้องขอต่อประธานรัฐสภา โดยประธานรัฐสภาเป็นผู้มีสิทธิส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากยังไม่เคยมีการส่งคำร้องตามมาตรา 233 ไปยังศาลรัฐธรรมนูญ จึงยังไม่มีแนวปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญว่าศาลรัฐธรรมนูญระบุในคำวินิจฉัยว่าใครมีฐานะเป็นผู้ร้อง

การกำหนดว่าบุคคลหรือองค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากจะทำให้ทราบว่าใครเป็นผู้ที่มีสิทธินำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และมีสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลหรือองค์กรดังกล่าวได้มีโอกาสในการโต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐานของตนได้อย่างเต็มที่ ตามหลักการรับฟังคู่ความทุกฝ่าย อันจะทำให้ได้รับความคุ้มครองจากศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดี

ในคดีประเภทที่มีบุคคลสองกลุ่มต้องมียุทธศาสตร์ร่วมกันในการทำให้คดีมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาแล้วนั้น อาจสรุปได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

1) คดีที่สมาชิกจำนวนหนึ่งขององค์กรกลุ่มเข้าชื่อกันเสนอความเห็นเพื่อขอให้ประธานขององค์กรกลุ่มส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย คดีในกลุ่มนี้ คือ คดีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภา

2) คดีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเสนอเรื่องให้ประธานขององค์กรกลุ่ม คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเพื่อส่งเรื่องดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

3) คดีที่คู่ความในคดีที่พิพาทกันในศาลอื่นโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งเรื่องดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ในการศึกษานี้ ขอเรียกสมาชิกจำนวนหนึ่งขององค์กรกลุ่มที่เข้าชื่อกันเสนอความเห็นตามข้อ 1) คณะกรรมการการเลือกตั้งตามข้อ 2) และคู่ความในคดีตามข้อ 3) ว่า ผู้มีสิทธิเริ่มคดี² และเรียกประธานขององค์กรกลุ่มส่งเรื่องดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามข้อ 1) ข้อ 2) และศาลที่พิจารณาคดีที่ส่งเรื่องดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามข้อ 3) ว่า ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ปกติแล้วในคดีทั่วไปไม่ถือว่าเป็นการฟ้องคดีต่อศาลใด เช่น ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ผู้ที่เริ่มคดีคือผู้ฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีจะเริ่มคดีขึ้นโดยการฟ้องต่อศาลอันเป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาขึ้นในศาล ผู้เริ่มคดีกับผู้ฟ้องคดีจึงเป็นบุคคลเดียวกันเสมอ และเมื่อฟ้องคดีต่อศาลแล้วก็มีฐานะเป็นคู่ความในคดี แต่โดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ในคดี 3 กลุ่ม ดังกล่าว ผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเป็นบุคคลคนละคนกันหรือต่างองค์กรกัน จึงมีปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลหรือผู้ร้องว่า ผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลมีสิทธิในกระบวนการพิจารณาของศาลอย่างไร ซึ่งข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ให้คำนิยามว่า “ผู้ร้อง” หมายความว่า “ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย” และ “คู่กรณี” หมายความว่า “ผู้ร้องและผู้ถูกร้อง” ดังนั้นผู้ร้องจึงมีฐานะเป็นคู่กรณีหรือคู่ความในคดี แต่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ มิได้กล่าวถึงผู้มีสิทธิเริ่มคดีเอาไว้ว่าสามารถมีส่วนร่วมในคดีได้อย่างไรบ้าง โดยข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ มีเพียงการกล่าวถึง “ผู้เกี่ยวข้อง” ว่า หมายความว่า หน่วยงาน คณะบุคคล หรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี ซึ่งผู้เกี่ยวข้องนั้นมิได้มีฐานะเป็นคู่กรณีหรือคู่ความในคดี จึงไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิในสิทธิของคู่ความ และไม่มีสิทธิใดๆ ในกระบวนการพิจารณาของศาล แต่เป็นเพียงผู้ที่ศาลอาจอนุญาตให้แสดงข้อเท็จจริงหรือความเห็นต่อศาลได้เท่านั้น³

เมื่อพิจารณาคดีในประเภทที่ 1) ที่ให้สมาชิกจำนวนหนึ่งขององค์กรกลุ่ม คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกรัฐสภาเข้าชื่อกันเสนอความเห็นเพื่อขอให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาซึ่งเป็นประธานขององค์กรกลุ่มนั้น ส่งเรื่องดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า จะต้องเป็นกรณีที่สมาชิกองค์กรกลุ่มเสนอความเห็นหรือร้องต่อประธานขององค์กรกลุ่ม เพื่อให้ประธานองค์กรกลุ่มส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจประธานองค์กรกลุ่มริเริ่มคดีได้ด้วยตนเอง

² ในรัฐธรรมนูญมิได้มีการใช้ศัพท์คำว่า “ผู้มีสิทธิเริ่มคดีไว้ในที่ใด” แต่มีการใช้ศัพท์คำนี้โดย วรเจตน์ภากีรัตน์ ใน วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย

³ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ข้อ 44.

คือไม่สามารถส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้โดยที่ไม่ได้มีสมาชิกองค์กรกลุ่มเข้าชื่อกันเสนอความเห็นมาก่อน แต่ประธานองค์กรกลุ่มนี้ จะส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ก็ต่อเมื่อได้รับคำร้องขอจากสมาชิกองค์กรกลุ่มที่เข้าชื่อกัน⁴ การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้กรณีนี้ต้องมีการเสนอเรื่องผ่านองค์กรกลุ่มก็เพื่อที่จะให้ประธานขององค์กรกลุ่ม ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วถือว่าเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางในการเมืองเข้ามาช่วยตรวจสอบคำร้องของผู้มีสิทธิเริ่มคดีในเบื้องต้นก่อนส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เช่น คดีเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ เข้าชื่อร้องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงหรือไม่ เพื่อให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ต้องยื่นคำร้องผ่านประธานสภาผู้แทนราษฎรนั้น เพื่อเป็นการให้อำนาจแก่ประธานสภาผู้แทนราษฎรในการตรวจสอบคำร้องของสมาชิกองค์กรกลุ่มในเบื้องต้นว่า จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เข้าชื่อกันยื่นคำร้องครบตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ ทั้งนี้เพราะประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินงานของสภาผู้แทนราษฎรจึงเป็นผู้ที่ทราบดีที่สุดว่าผู้เข้าชื่อยื่นคำร้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือไม่ และการที่คดีดังกล่าวเป็นคดีเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงอาจมีผลกระทบโดยตรงต่อการดำเนินงานของรัฐสภาได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้ต้องเสนอคำร้องผ่านประธานขององค์กรซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา จะมีอำนาจตรวจสอบว่าการ

⁴ ซึ่งเหตุที่มีการแยกผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลออกจากกันนี้ อาจเป็นเพราะคดีประเภทที่ให้สมาชิกองค์กรกลุ่มเสนอเรื่องให้ประธานองค์กรกลุ่มเพื่อส่งเรื่องให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดคดีรัฐธรรมนูญนี้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา โดยให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนไม่น้อยกว่าห้าคน มีสิทธิเข้าชื่อร้องต่อประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าสมาชิกภาพของสมาชิกแห่งสภานั้นคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งขณะนั้นองค์กรที่วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญคือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรในรูปแบบของคณะกรรมการ โดยยังไม่มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ต่อมาเมื่อมีการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรศาล รัฐธรรมนูญก็ยังคงแยกผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญออกจากกันอยู่เช่นเดิม โดยให้สมาชิกขององค์กรกลุ่มจะต้องเสนอความเห็นหรือร้องต่อประธานขององค์กรกลุ่มแล้วให้ประธานขององค์กรกลุ่มส่งความเห็นหรือคำร้องดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย โดยที่สมาชิกขององค์กรกลุ่มไม่สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงเช่นเดียวกันกับสมัยที่ยังเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เสนอคำร้องนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ โดยเป็นการตรวจสอบในทาง “รูปแบบ” เช่น มีผู้เข้าชื่อครบตามที่กำหนดไว้ในแต่ละประเภทคดีหรือไม่ และรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องเสนอเรื่องดังกล่าวต่อบุคคลหรือองค์กรใด เป็นต้น แต่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบในทาง “เนื้อหา” ของคำร้องของสมาชิกองค์กรกลุ่มได้ เพราะหากประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา สามารถตรวจสอบในเนื้อหาของคำร้องได้แล้ว ก็เท่ากับว่าประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา ได้เปลี่ยนสถานะเป็นผู้วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเสียเอง ซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทำนองเดียวกับในคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของคำร้องได้ว่าคำร้องนั้นไม่ได้ระบุเหตุผลโดยแจ้งชัดว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด เพราะเป็นการเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาแห่งคดี⁵ ในคดีประเภทนี้ เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแล้ว ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา จึงเป็นผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลและเป็นผู้ร้องหรือคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ส่วนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันยื่นคำร้องอันเป็นการเริ่มคดีนั้น ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่ได้ระบุว่ามิสิทธิอย่างไรบ้างในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับคดีในประเภทที่ 2) ที่เป็นคดีที่ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเสนอเรื่องให้ประธานขององค์กรกลุ่ม ซึ่งได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา เพื่อส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 วรรคสาม ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภานั้นไม่สามารถริเริ่มคดีดังกล่าวได้เองโดยไม่มี การริเริ่มคดีมาจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง กรณีดังกล่าวนี้จะต้องเป็นกรณีที่มีการริเริ่มคดีมาจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง หากคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 วรรคสาม แล้ว ในหลักการประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา จะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยทุกกรณี โดยไม่อาจใช้ดุลพินิจไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ เพราะหากให้อำนาจประธานองค์กรกลุ่มดังกล่าว มีดุลพินิจที่จะไม่ส่งเรื่อง ก็จะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ที่ให้สิทธิคณะกรรมการการเลือกตั้งตรวจสอบสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา และการใช้ดุลพินิจไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นก็เป็นการวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีซึ่งเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

⁵ จาก ปัญหาผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ (น.188-189), โดย เฉลิมพงษ์ ถ้อยดียิ่ง, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

แล้ว จึงไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ⁶ ในคดีประเภทนี้ ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้เสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นผู้ร้องและคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ โดยข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่ได้ระบุว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นผู้ที่รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ทำหน้าที่ตรวจสอบสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาและเป็นผู้เริ่มคดีนั้น มีสิทธิอย่างไรบ้างในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับคดีในประเภทที่ 3) เป็นคดีที่คู่ความในคดีที่พิพาทกันในศาลอื่น ได้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 211 กำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นส่งคำโต้แย้งดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (คดีในกลุ่มนี้จำกัดเพียงกรณีที่คู่ความในคดีขอให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย โดยไม่รวมถึงกรณีที่คู่ความในคดีไม่ได้แย้ง แต่ศาลที่พิจารณาคดีเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลที่พิจารณาคดีสามารถส่งเรื่องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้) คดีในกลุ่มนี้ คู่ความเป็นผู้เริ่มคดีขึ้นโดยการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และศาลที่พิจารณาคดีเป็นผู้เสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลที่เสนอคดีจึงเป็นผู้ร้องตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่ได้ระบุไว้ว่าคู่ความที่โต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียอันสำคัญในผลแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นมีสิทธิอย่างไรบ้างในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือศาลอื่นที่พิจารณาคดีที่คู่ความโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะใช้ในการพิจารณาคดีเป็นผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ที่ให้ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเป็นผู้ร้องแล้ว ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือศาลอื่น แล้วแต่กรณี จึงเป็นผู้ร้องและคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือคู่ความที่โต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในศาลอื่น ซึ่งเป็นผู้เริ่มคดีนั้นไม่อยู่ในฐานะผู้ร้องแต่อย่างใด การที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา หรือศาลอื่นเป็นผู้ร้องในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของคดี 3 ประเภทนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการพิจารณาถึงการเป็นคู่ความโดยพิจารณาตามความหมายของคู่ความในทางรูปแบบ บุคคลดังกล่าวจึงเป็นผู้ร้องในทาง

⁶ แหล่งเดิม. (น. 210-211). ซึ่งปัญหาดังกล่าวจึงมีผู้เสนอว่ารัฐธรรมนูญควรกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงโดยไม่ต้องผ่านประธานองค์กรกลุ่ม

รูปแบบ ซึ่งมีสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ⁷ เช่น สิทธิในการแก้ไขเพิ่มเติมคำร้อง สิทธิในการถอนคำร้อง เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาถึงการเป็นคู่ความตามความหมายในทางเนื้อหาแล้ว เห็นได้ว่าเรื่องที่ได้มีการเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องที่ต้องมีการริเริ่มมาจากผู้มีสิทธิเริ่มคดี ซึ่งได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือคู่ความที่พิพาทกันในศาลอื่น แล้วแต่กรณี โดยที่ผู้มีสิทธิเสนอกฎหรือผู้ร้องไม่อาจเสนอกฎต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยปราศจากการริเริ่มคดีของผู้มีสิทธิเริ่มคดี ดังนั้นในทางเนื้อหาแล้ว ผู้มีสิทธิเริ่มคดีจึงเป็นคู่ความด้วย ทั้งนี้เพราะเป็นผู้ริเริ่มให้มีการเริ่มต้นกระบวนการที่นำไปสู่การพิจารณาคดีของศาลและเป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เมื่อพิจารณาในแง่นี้ การใช้สิทธิของคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลโดยผู้ร้องซึ่งเป็นคู่ความในทางรูปแบบจึงควรคำนึงถึงความประสงค์ของผู้มีสิทธิเริ่มคดีซึ่งเป็นคู่ความในทางเนื้อหาด้วย ทั้งนี้โดยที่ผู้มีสิทธิเริ่มคดีไม่สามารถใช้สิทธิของคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง เพราะไม่ใช่คู่กรณีตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ผู้มีสิทธิเริ่มคดีจึงต้องแสดงความประสงค์ผ่านทางผู้ร้องซึ่งเป็นคู่กรณีตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ดังนั้น หากไม่ต้องการให้ผู้ร้องใช้สิทธิของคู่ความขัดแย้งกับความประสงค์ของผู้มีสิทธิเริ่มคดี อาจต้องกำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ให้ผู้ร้องสามารถใช้สิทธิของคู่ความบางอย่าง เช่น แก้ไขเพิ่มเติมคำร้องหรือถอนคำร้องได้ต่อเมื่อมีคำขอหรือได้รับความยินยอมจากผู้มีสิทธิเริ่มคดี และหากผู้มีสิทธิเริ่มคดีมีความประสงค์จะดำเนินกระบวนการพิจารณาบางประการต้องมีคำขอต่อผู้มีสิทธิเสนอกฎต่อศาลให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาตามความประสงค์ของผู้มีสิทธิเริ่มคดีนั้น ซึ่งเท่ากับเป็นการกำหนดให้ผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอกฎต่อศาลต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาร่วมกัน

โดยที่ผู้มีสิทธิเริ่มคดีไม่มีสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯดังกล่าว แม้ว่าเมื่อพิจารณาถึงการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิในการเริ่มคดีแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา คู่ความในคดีที่พิพาทกันในศาลอื่น ซึ่งเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบจากผลของคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วพบว่า สิทธิในการเริ่มคดีเป็นสิทธิที่แตกต่างหากจากองค์กรกลุ่มและประธานองค์กรกลุ่มของตนและในความเป็นจริงแล้ว กลุ่มของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์โดยตรงในการดำเนินคดีที่ตนเป็นฝ่ายริเริ่มคดีเอง การใช้สิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมคำร้อง การนำพยานหลักฐานเข้าสืบ หรือการถอนคำร้อง การคัดค้านตุลาการ การโต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐาน

⁷ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ข้อ 23 และข้อ 30

เป็นต้น ล้วนมีผลโดยตรงต่อคดีของผู้มีสิทธิเริ่มคดี แตกต่างจากประธานขององค์กรกลุ่มหรือศาลอื่นที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ในเรื่องดังกล่าวโดยตรง นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าในทางทฤษฎีนั้นจะถือว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา เป็นองค์กรหรือตำแหน่งที่เป็นกลางในทางการเมือง แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วก็อาจมีการโน้มเอียงไปทางกลุ่มการเมืองกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ ไม่ว่าทางพรรคฝ่ายรัฐบาลหรือฝ่ายค้าน เนื่องจากประธานองค์กรกลุ่มนี้เป็นนักการเมืองที่อาจสังกัดพรรคการเมือง การให้ประธานองค์กรกลุ่มสามารถใช้สิทธิของคู่กรณีได้โดยลำพัง จึงอาจมีผลต่อกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญหากประธานขององค์กรกลุ่มเพิกเฉยหรือละเลยในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรืออาจดำเนินกระบวนการไปในทางที่ขัดต่อความประสงค์ของผู้มีสิทธิเริ่มคดี⁸

โดยหลักการแล้วผู้ที่ถูกกระทบสิทธิหรือผู้เริ่มคดีต้องสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้โดยตรง การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้แยกผู้เริ่มคดีออกจากผู้ฟ้องคดีจึงทำให้เกิดปัญหาต้องแยกสิทธิในกระบวนการพิจารณาของผู้เริ่มคดีและสิทธิของผู้ฟ้องคดีออกจากกัน จึงทำให้มีปัญหาว่าใครควรเป็นผู้ทรงสิทธิในกระบวนการพิจารณา ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงผู้มีอำนาจฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายของต่างประเทศนั้น ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเกาหลีใต้ ประเทศเหล่านี้ต่างก็ไม่มี การแยกผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลออกจากกัน จึงไม่เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลหรือผู้ร้องเหมือนดังเช่นคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย ปัญหาการแยกผู้มีสิทธิเริ่มคดีและผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลออกจากกันนี้เป็นปัญหาในระดับของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดและอยู่นอกกรอบการศึกษานี้¹⁰ อย่างไรก็ตาม ในระดับของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของ

⁸ ปัญหาผู้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ (น.205). เล่มเดิม.

⁹ วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย (น. 195) เล่มเดิม.

¹⁰ เพื่อเป็นการอธิบายให้เห็นที่มาของปัญหา จึงขอกล่าวถึงที่มาของปัญหาว่าเกิดจากกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในอดีต กำหนดให้ ส.ส.ที่เข้าชื่อกันเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือวินัยสมาชิกภาพของ ส.ส.ต้องเสนอเรื่องผ่านประธานสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งในขณะนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีลักษณะเป็นองค์กรศาล จึงอาจจะไม่คำนึงถึงวิธีพิจารณาคดีว่าต้องมีหลักประกันในด้านต่างๆ ดังเช่นองค์กรศาล รวมถึงเรื่องสิทธิของคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วย แต่เมื่อมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นองค์กรวินัยคดีรัฐธรรมนูญอันเป็นรูปแบบขององค์กรศาล จึงต้องมีวิธีพิจารณาคดีที่คำนึงถึงสิทธิของคู่ความ แต่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญของ ส.ส.หรือ ส.ว. ขึ้นคำร้องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภา เช่นเดียวกับเมื่อครั้งที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินัยคดีรัฐธรรมนูญ แทนที่จะให้ผู้มีสิทธิเริ่มคดีซึ่ง

ศาลรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนเห็นว่า สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้โดยการกำหนดสิทธิของผู้มีสิทธิเริ่มคดีไว้ว่า ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอื่นจะทำให้เกิดความชัดเจนและเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้มีสิทธิเริ่มคดีซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีนั้นอย่างแท้จริง

เมื่อพิจารณาจากแนวปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดตัวผู้ร้อง จากการระบุไว้ในคำวินิจฉัยแล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ จะให้คำนิยามว่าผู้ร้องหมายถึงผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย แต่ในบางกรณีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เล็งเห็นว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภา ที่เข้าชื่อกันตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดร้องขอต่อประธานสภาเพื่อขอให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นควรจะเป็นคู่กรณีในคดี จึงได้กำหนดให้ผู้มีสิทธิเริ่มคดีเป็นผู้ร้องในคดีนั้น เช่น กรณีที่เข้าชื่อกันร้องขอต่อประธานสภาให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนใดสิ้นสุดลง แม้รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาล แต่ศาลก็ถือว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อกันนั้นเป็นผู้ร้องและมีสิทธิดำเนินการต่างๆ ในกระบวนการพิจารณาของศาล แต่ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา เข้าชื่อกันร้องต่อประธานสภาเพื่อให้ประธานสภาเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย ศาลได้กำหนดให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ร้อง และในกรณีคู่ความในคดีที่พิพาทกันในศาลอื่นซึ่งได้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อมีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีเดิมที่ส่งเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นผู้ร้อง

การที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดสิทธิของผู้มีสิทธิเริ่มคดีเอาไว้เช่น ทำให้เกิดปัญหาการที่ผู้มีสิทธิเริ่มคดีไม่สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ เช่น ในเรื่องพิจารณาที่ 14/2554 เป็นกรณีที่ศาลปกครองเชียงใหม่ส่งคำโต้แย้งของกลุ่มความในคดีที่พิพาทกันในศาลปกครอง (ผู้ฟ้องคดีในศาลปกครอง นายเฉลิมพันธุ์ คำแผ่นชัย) ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมายัง

เป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ซึ่งการกำหนดให้ต้องยื่นคำร้องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาแล้วให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการแยกผู้มีสิทธิเริ่มคดีและผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลออกจากกันและเกิดปัญหาว่าผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิในกระบวนการพิจารณาของศาล และไม่สอดคล้องกับหลักที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในศาลต่างๆ ที่ผู้มีสิทธิเริ่มคดีกับผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเป็นบุคคลเดียวกันเสมอ

ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 211 ต่อมาคู่ความฝ่ายที่ยื่นคำโต้แย้งนั้นได้ขอให้ศาลปกครองส่งคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้ยกคำขอ แต่ศาลปกครองเชียงใหม่ไม่ส่งให้ คู่ความ(ผู้ฟ้องคดีในศาลปกครอง) จึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าคู่ความในคดีที่พิพาทกันในศาลอื่นนั้นไม่ใช่ผู้ร้องในคดีของศาลรัฐธรรมนูญ จึงไม่สามารถส่งคำร้องโดยตรงได้ โดยต้องให้ศาลปกครองเชียงใหม่เป็นผู้ส่งคำร้องดังกล่าว คำสั่งเช่นนี้ของศาลรัฐธรรมนูญมีผลให้คู่ความที่ได้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดีที่พิพาทกันในศาลอื่นนั้นไม่สามารถยื่นคำร้องต่างๆ เข้ามาในคดีได้ ผลก็คือผู้มีสิทธิเริ่มคดีซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่แท้จริงในผลแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไม่สามารถมีส่วนร่วมในคดีได้เลย ผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดสิทธิในกระบวนการพิจารณาของผู้มีสิทธิเริ่มคดีไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนจะเป็นการแก้ไขปัญหานี้ได้ และเพื่อให้เกิดความชัดเจนจึงเสนอให้แก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ หรือตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ดังนี้

เพิ่มคำนิยามของคำว่า “ผู้มีสิทธิเริ่มคดี” “ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาล” และ กำหนดให้ผู้มีสิทธิเริ่มคดีมีสิทธิในกระบวนการพิจารณาของศาล ดังนี้

“ผู้ร้อง” หมายถึง “ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

“ผู้มีสิทธิเริ่มคดี” หมายถึง ผู้ที่มีสิทธิร้องขอต่อประธานขององค์กรกลุ่มหรือศาลที่พิจารณาคดีเพื่อให้ประธานขององค์กรกลุ่มนั้นหรือศาลที่พิจารณาคดีนั้นให้เสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ

“ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาล” หมายถึง ผู้ร้องในคดีที่เริ่มต้นคดีขึ้นโดยมีผู้มีสิทธิเริ่มคดีร้องขอต่อประธานขององค์กรกลุ่มหรือศาลที่พิจารณาคดีเพื่อให้ประธานขององค์กรกลุ่มนั้นหรือศาลที่พิจารณาคดีนั้นให้เสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ

“ในกรณีที่คดีนั้นเริ่มต้นคดีขึ้นโดยมีผู้มีสิทธิเริ่มคดีร้องขอต่อผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาล และผู้มีสิทธิเริ่มคดีมีความประสงค์นำเสนอข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใดๆ ต่อศาล ให้แจ้งความประสงค์ต่อผู้ร้อง และการดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ของผู้ร้องต้องไม่ขัดต่อความประสงค์ของผู้มีสิทธิเริ่มคดี”

4.2 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ยุ้งยากเกินสมควร ไม่ชัดเจน และไม่มียุทธศาสตร์ในการยื่นคำร้อง

เมื่อมีการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้น ยังไม่มีการให้สิทธิประชาชนหรือปัจเจกบุคคลในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

โดยตรงได้ การให้สิทธิประชาชนยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยให้สิทธิบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยที่บทบัญญัตินี้ เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย จึงมีประเด็นควรพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่มีกลไกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างไร มีลักษณะเป็นการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับในประเทศเยอรมันหรือไม่ และกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญมีการบัญญัติเกี่ยวกับการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงอย่างไร

รัฐธรรมนูญ มาตรา 212¹¹ ให้สิทธิบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยต้องเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นที่มาของการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ดังนั้น วัตถุประสงค์ของมาตรา 212 จึงต้องเป็นบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ส่วนการ กระทำทางบริหาร การกระทำทางตุลาการ เช่น คำพิพากษาของศาลอื่นนั้น ไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่จะ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งแตกต่างจากการร้องทุกข์ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาวินิจฉัยว่า การกระทำทางบริหาร การกระทำทางตุลาการ เช่น คำพิพากษาของศาลอื่นนั้น ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ด้วย การที่วัตถุประสงค์ในการยื่นคำร้อง ต่อศาลรัฐธรรมนูญจำกัดอยู่เพียงเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น จึงทำให้ปัจเจกบุคคลที่ถูก ละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยคำพิพากษาของศาล หรือการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ได้รับความ คุ้มครอง และไม่มีหนทางใดที่จะเยียวยาหรือปกป้องสิทธิเสรีภาพของตนได้ บทบัญญัติ มาตรา 212 นี้ จึงไม่มีลักษณะเป็นการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเช่นในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน แต่เป็นบทบัญญัติที่เป็นช่องทางให้ปัจเจกบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง เช่นเดียวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะว่าต้องเป็นการขอให้ตรวจสอบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ปัญหาว่าบทบัญญัตินี้ ไม่สามารถใช้เป็น เครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำทางบริหารและการกระทำทาง ตุลาการได้นั้น เป็นปัญหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่นอกเหนือการศึกษานี้ โดยในการ ศึกษานี้จะพิจารณาเฉพาะปัญหาในการใช้มาตรา 212 กรณีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันเกิดจากกฎหมายวิธีพิจารณาคดี

¹¹ รัฐธรรมนูญ มาตรา 212 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่น คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งในขณะนี้คือข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ให้สิทธิบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยที่รัฐธรรมนูญนี้ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ทำให้สิทธิประชาชนหรือปัจเจกบุคคลสามารถยื่นฟ้องหรือยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ จึงเป็นเรื่องใหม่และอาจมีปัญหาคือเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีประสิทธิภาพเพียงพอหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดว่าการจะใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว และที่สำคัญคือประเด็นข้อจำกัดในเรื่องวัตถุแห่งคดีที่ขอให้ศาลพิจารณาคำวินิจฉัย

ปัญหาของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ เกี่ยวกับเรื่องการใช้สิทธิในการยื่นฟ้องหรือยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญของปัจเจกบุคคล อาจแบ่งได้เป็น ก) ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ทำให้ต้องมีการตีความหรือการกำหนดหลักเกณฑ์ของคำว่า “กรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว” ว่าหมายความว่าอย่างไร ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญมาตรา 212 มิได้บัญญัติความหมายหรือหลักเกณฑ์ของคำว่ากรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วนั้นว่ามีความหมายว่าอย่างไร โดยให้เป็นอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อในขณะนี้ยังไม่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ หลักเกณฑ์ในเรื่องนี้จึงต้องเป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ที่ควรต้องกำหนดรายละเอียดว่า ก่อนยื่นคำร้องผู้ร้องต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง จึงจะถือว่าเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ข) ปัญหาการพิจารณาเรื่องร้องเรียนซ้ำซ้อนกันระหว่างผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และ ค) ปัญหาการไม่มีกำหนดอายุความในการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

ก) ปัญหาความไม่ชัดเจนของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ทำให้ต้องมีการตีความหรือการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าอย่างไรเป็น “กรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว”

รัฐธรรมนูญมาตรา 212 บัญญัติให้การใช้สิทธิฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีประกาศใช้ ดังนั้น วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ดังนี้

ข้อ 21 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้”

วรรคสอง บัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ”

ข้อ 22 บัญญัติว่า “การยื่นคำร้องของบุคคลตามข้อ 21 นอกจากต้องดำเนินการตามข้อ 18 แล้ว ให้ระบุเหตุที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วด้วย”

เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว คำว่า “โดยวิธีการอื่นได้แล้ว” จึงเกี่ยวข้องกับ 3 องค์กร คือ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 หมายถึง องค์การศาล มาตรา 245 (1) หมายถึง ผู้ตรวจการแผ่นดิน และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) หมายถึง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญตีความข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ในเรื่องนี้ว่า บังคับบุคคลที่จะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 จะต้องมีการยื่นคำร้องผ่าน 3 องค์การนี้และได้รับการปฏิเสธการเยียวยาจากทั้ง 3 องค์การแล้ว จึงถือว่าไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว อันจะทำให้มีสิทธิตามมาตรา 212

ตามแนวการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลในคำสั่งไม่รับคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ว่า

1) เนื่องจากเป็นคำร้องที่ไม่ใช่เป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

2) เนื่องจากเป็นคำร้องที่ยังไม่ผ่านการเยียวยาจากองค์กรที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วน คือ ศาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

3) เนื่องจากผู้ร้องไม่เป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรอง ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งไม่รับคำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 โดยให้เหตุผลว่าไม่เข้าเงื่อนไข “ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว” และได้วางหลักว่าผู้ที่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้

1) ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้

2) บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และ¹²

3) ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

ผลของการตีความดังกล่าวส่งผลให้ผู้ที่ใช้สิทธิยื่นคำร้องต้องดำเนินการ 3 ประการ คือ

¹² คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2555 และ 5/2555

1) กรณีที่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ เช่น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร ต้องไปดำเนินการใช้สิทธิทางศาลจนคดีถึงที่สุดเสียก่อน¹³

2) เมื่อใช้สิทธิทางศาลจนถึงที่สุดแล้วไม่เป็นผล ต้องร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน และหากผู้ตรวจการแผ่นดินปฏิเสธไม่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญต้อง¹⁴

3) ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ¹⁵

ทั้งนี้ ในทางปฏิบัตินั้น ผู้ยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212 จะต้องยื่นคำวินิจฉัยของผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้นที่ปฏิเสธไม่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญประกอบคำร้องด้วย

อย่างไรก็ดี ตามบทบัญญัติพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 นั้น การร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะมีอำนาจดำเนินการต้องไม่ใช่เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว¹⁶

ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 นั้น ก็มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือเรื่องที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเสร็จเด็ดขาดแล้ว¹⁷

เมื่อพิจารณากฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจดำเนินการเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความหรือวางหลักเกณฑ์ของคำว่า“กรณีที่ไมอาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว”ว่าแม้เป็นกรณีที่มีการใช้สิทธิทางศาล ผู้ร้องก็ต้องดำเนินการให้ครบถ้วนทั้ง 3 ประการ นั้นเป็นการสร้างภาระให้ผู้ร้องต้องไปดำเนินการ

¹³ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2551 ,39/2551 และ 54/2555

¹⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2554

¹⁵ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2551 ,39/2554 ,14/2555 ,21/2555 ,51/2555 ,58/2555 และ62/2555

¹⁶ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542

มาตรา 22 ในกรณีที่มีการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและมีขึ้นเป็นเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ให้คณะกรรมการมีอำนาจตรวจสอบและเสนอมาตรการการแก้ไขตามพระราชบัญญัตินี้

¹⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ.2552

มาตรา 28 เรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินวินิจฉัยว่ามีลักษณะดังต่อไปนี้ ไม่ให้รับไว้พิจารณาหรือให้ยุติการพิจารณา

(2) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือเรื่องที่ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเสร็จเด็ดขาดแล้ว

ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสร้างภาระให้องค์กรดังกล่าวต้องพิจารณาและสั่งไม่รับคำร้องเรียน ซึ่งเป็นกระบวนการที่ไม่จำเป็นหรือไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ อีกทั้งเป็นการเพิ่มเวลาที่ต้องใช้ไปในการดำเนินการเพื่อให้สามารถใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญได้

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยื่นคำร้องตามมาตรา 212 ต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ก็เพื่อไม่ให้มีการนำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่ผ่านกระบวนการเยียวยาตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้ และเพื่อป้องกันการนำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากจนเป็นภาระแก่ศาล อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญก็ยังคงมีเจตนารมณ์ที่จะให้บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ไม่มีหนทางใดๆ ตามกฎหมายที่จะเยียวยาได้ สามารถใช้มาตรานี้เป็นช่องทางในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น จึงควรกำหนดหรือวางหลักเกณฑ์ให้ผู้ที่ประสงค์จะใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ต้องดำเนินการเท่าที่กฎหมายมุ่งประสงค์ให้ดำเนินการก่อนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ.2552 และพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542 มิได้มุ่งประสงค์ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดโดยกำหนดเป็นข้อห้ามไว้แล้ว ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ควรกำหนดให้ผู้ร้องต้องดำเนินการดังกล่าวก่อนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงควรแก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ให้กรณีที่มีการใช้สิทธิทางศาลและคดีถึงที่สุดแล้ว¹⁸ ผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เองโดยตรง โดยไม่ต้องไปดำเนินการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสียก่อน เนื่องจากเรื่องร้องเรียนในลักษณะนี้ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 ที่จะรับไว้พิจารณา การตีความให้ต้องผ่านขั้นตอนดังกล่าว นอกจากไม่เกิดผลในทางปฏิบัติแล้วยังเป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนในการที่ต้องไปยื่นเรื่องร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อให้ได้รับหนังสือแจ้งการปฏิเสธจากทั้งสององค์กรเสียก่อน แล้วจึงนำหลักฐานมายื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าตนไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

¹⁸ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าไม่รวมถึงกรณีที่คดีถึงที่สุดโดยศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา วินิจฉัย เพราะกรณีดังกล่าวอาจเป็นเป็นของผู้ฟ้องไม่มีอำนาจฟ้องหรือคดีไม่อยู่ในอำนาจศาล จึงยังไม่มี การพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดีและพิจารณาถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี ในกรณีนี้จึงควรต้องร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสียก่อน

เกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้ จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ได้บัญญัติให้มีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อให้ปัจเจกบุคคลที่เห็นว่า ตนได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจทางมหาชนของรัฐก้าวล่วงเข้ามากระทบสิทธิพื้นฐานของตนโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ โดยผู้ร้องต้องกล่าวอ้างว่าตนได้รับความเสียหายจากการถูกล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน¹⁹ วัตถุประสงค์ในคดีร้องทุกข์ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันประกอบด้วย การกระทำในทางบริหาร การกระทำทางนิติบัญญัติ รวมถึงการกระทำทางตุลาการด้วย จึงทำให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรต้องเคารพและปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลปรากฏผลเป็นจริงและมีประสิทธิภาพ การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญในการทำให้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ซึ่งเป็นเรื่องในทางสารบัญญัตินั้นเกิดผลในทางปฏิบัติโดยผ่านกระบวนการและกลไกในทางวิธีบัญญัติ หรืออาจกล่าวได้ว่า การให้สิทธิปัจเจกบุคคลร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญทำให้การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ปรากฏผลเป็นจริง

อย่างไรก็ตาม การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่กระบวนการพิจารณาที่ช่วยเสริมกระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง โดยเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองจนศาลมีคำพิพากษาแล้วก็สามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อีก แต่ไม่ใช่เป็นการอุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่กระบวนการพิจารณาคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบประเด็นทางกฎหมายทุกประเด็นที่คู่ความโต้แย้งมาเหมือนกับกรณีที่ศาลสูงตรวจสอบคำพิพากษาของศาลล่าง และจำกัดเฉพาะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น โดยในคดีที่พิพาทกันในศาลอื่น เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง (หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน) ศาลที่พิจารณาคดีนั้นมีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องสิทธิเสรีภาพนั้นได้เอง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว หากคู่ความยังเห็นว่าคำพิพากษาของศาลนั้นละเมิดสิทธิเสรีภาพของตนก็จะใช้สิทธิร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ เช่น กฎหมายที่ศาลอื่นใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยจะไม่มีการแก้ไขคำพิพากษาของศาลอื่น

¹⁹ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้เหตุผลเกี่ยวกับการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาคำร้องทุกข์ว่า “การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ คือ ที่พึงสุดท้ายของราษฎรที่รู้สึกว่าคุณถูกล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลที่สูงที่สุดที่ถูกตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้ควรจะต้องคุ้มครองราษฎรจากการที่รัฐใช้อำนาจเข้าทำร้ายสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีอาจล่วงละเมิดได้” จาก เอกสารประกอบการบรรยายวิชา ปัญหากฎหมายมหาชน, โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, กรุงเทพฯ: บัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอย่างไรแล้วก็จะแจ้งผลการวินิจฉัยให้ศาลอื่นที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นทราบ และศาลนั้นจะพิจารณาแก้ไขคำพิพากษาของตนเอง

ในประเทศเยอรมันนั้น คดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเป็นคดีที่สาธารณชนให้ความสนใจมากกว่าคดีรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นคดีพิพาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็น “คดีการเมือง” การให้ความสนใจในคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้เองที่ค่อยๆ พัฒนา กลายเป็นสำนึกในทาง การเมืองที่ให้ความสำคัญกับคุณค่าของสิทธิเสรีภาพ การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจึงมีส่วนสำคัญ ในการสร้างความมั่นคงให้กับกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญของชนชาติเยอรมัน²⁰

ในระบบกฎหมายเยอรมัน วัตถุประสงค์ในคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนั้นครอบคลุมทั้ง การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางบริหาร และการกระทำทางตุลาการ ซึ่งการกระทำทางนิติ บัญญัติ คือการใช้อำนาจตรากฎหมายนั้นต้องมีการประกาศใช้กฎหมายนั้นแล้ว รวมถึงการงดเว้น การกระทำทางนิติบัญญัติ คือการไม่ดำเนินการตรากฎหมาย การกระทำทางบริหารที่เป็นวัตถุประสงค์ในคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ คือ การกระทำในทางนโยบายของรัฐบาล การกระทำของฝ่าย ปกครอง การกระทำทั้งปวงของกองทัพ แม้ว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการในระบบกฎหมายเอกชน การกระทำและการงดเว้นการกระทำของฝ่ายปกครองในรูปแบบของการกระทำในระบบกฎหมาย เอกชนก็อาจเป็นวัตถุประสงค์ในคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ ส่วนการกระทำทางตุลาการ คือ คำพิพากษา ของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลในระดับสหพันธ์หรือมลรัฐ และไม่ว่าจะเป็นศาลระบบใด รวมถึงศาลของ องค์กรวิชาชีพด้วย โดยต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว²¹

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นไม่ให้สิทธิบุคคลฟ้องร้องต่อศาลใดได้โดยตรงว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ แต่หากบุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมายนั้น ก็สามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ภายหลังจากที่ได้ดำเนินการทุกอย่าง จนกระทั่งไม่มีหนทางอื่นที่จะเยียวยาได้แล้ว ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้คำสั่งทางปกครอง อันเป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้ถูกล่วงละเมิดสิทธิขั้น พื้นฐานโดยคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนโดยการฟ้องต่อศาลปกครองก่อน จนกระทั่งมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองถึงที่สุดแล้ว

ข้อยกเว้นหลักเรื่องต้องไม่มีหนทางเยียวยาทางกฎหมายได้แล้ว จึงจะร้องทุกข์ทาง รัฐธรรมนูญได้นี้ ระบบกฎหมายเยอรมันยินยอมให้มีข้อยกเว้น 2 กรณี คือ

²⁰ แหล่งเดิม.

²¹ แหล่งเดิม.

กรณีแรก การวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งเป็นการทั่วไป กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะทำให้เกิดความชัดเจนในปัญหาพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ หรือทำให้เกิดความชัดเจนในปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นคล้ายกันกรณีอื่นหลายกรณี

กรณีที่สอง การไม่ดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะทำให้ผู้ร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้รับผลร้ายอย่างรุนแรงและไม่อาจเยียวยาได้

ส่วนอายุความในการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมันนั้น แบ่งเป็น 2 กรณี

ในกรณีที่เป็นกรรณร้องทุกข์ว่ารัฐตรากฎหมายหรือกระทำการอื่นใดล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องทุกข์ โดยกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้ร้องทุกข์ไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ อายุความในการร้องทุกข์คือ 1 ปี นับแต่วันที่กฎหมายใช้บังคับหรือนับแต่วันที่มีการกระทำนั้น โดยคำว่ากฎหมายที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาตามกระบวนการนิติบัญญัติเท่านั้น แต่หมายถึงบรรทัดฐานทางกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง ซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาด้วย หากบรรทัดฐานทางกฎหมายนั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไปทำนองเดียวกันกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา²² เช่น กฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองตนเองทั้งหลายก็จัดว่าเป็นกฎหมายด้วย

ในกรณีที่การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเป็นการร้องทุกข์ว่ารัฐใช้อำนาจมหาชนกระทำการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องทุกข์ โดยกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้ร้องทุกข์สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ จะต้องยื่นคำร้องทุกข์ภายใน 1 เดือน ซึ่งระยะเวลา 1 เดือน จะเริ่มนับเมื่อใดนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำทางมหาชนที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องทุกข์ กรณีที่เป็นการพิพากษาคดีก็เริ่มนับจากวันแจ้งคำพิพากษา

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่มีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นเพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ใช่องค์กรศาล อีกทั้งประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้ออกแบบองค์กรคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรศาลแต่เป็นองค์กรทางการเมือง โดยรูปแบบขององค์กรจึงไม่น่าจะมีคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญดังเช่นประเทศเยอรมันซึ่งเป็นรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญได้ ส่วนในประเทศเกาหลีใต้ซึ่งจัดรูปแบบองค์กรวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเป็นศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับเยอรมัน

ข) ปัญหาการพิจารณาเรื่องร้องเรียนซ้ำซ้อนกันระหว่างผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการเพิ่มอำนาจหน้าที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมากขึ้นจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยให้มีอำนาจเสนอเรื่อง

²² คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน BVerfGE 13,248(253).

ต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²³ ดังนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงมีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนมากขึ้นกว่าเดิม แต่ด้วยเหตุที่การเสนอคดีต่อศาลเป็นบทบัญญัติที่ไม่เคยมีมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้ จึงมีปัญหาบางประการในการนำมาใช้ในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การมีอำนาจหน้าที่คาบเกี่ยวกันระหว่างคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

โดยที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ²⁴ เมื่อเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกันกับที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจ ดังนั้น ทั้งสององค์กรจึงมีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายแล้วมีความแตกต่างแต่เพียงว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะเสนอเรื่องต่อศาลได้ เฉพาะกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนเท่านั้น จึงต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองที่มีผู้ร้องเรียนนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ในขณะที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีข้อจำกัดดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณาอย่างกว้างก็อาจเข้าใจว่าผู้ตรวจการแผ่นดินน่าจะมีอำนาจหน้าที่กว้างขวางกว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยมีอำนาจดำเนินการครอบคลุมสิทธิทุกประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในขณะที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจดำเนินการเฉพาะเรื่องที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชนเท่านั้น

²³รัฐธรรมนูญ มาตรา 257 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(2) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

²⁴รัฐธรรมนูญ มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ากรณีดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามที่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสิทธิมนุษยชนซึ่งจะอยู่ในอำนาจของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่า หมายถึงสิทธิประเภทใดบ้างนั้น กลับพบว่า พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพ.ศ.2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรอง หรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งตามนิยามดังกล่าวนี้ สิทธิมนุษยชนย่อมครอบคลุมไปถึงสิทธิทุกประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงมีอำนาจดำเนินการในเรื่องที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพทุกประเภทที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้เช่นเดียวกับผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยผู้ตรวจการแผ่นดินมิได้อำนาจหน้าที่กว้างขวางกว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินประกอบกันแล้ว จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจที่ซ้ำซ้อนกันในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง โดยต่างมีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตามที่มีผู้ร้องเรียน ต่างกันแต่เพียงว่าผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้แม้ในกรณีที่ไม่มีผู้ใดร้องเรียนแต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อมีผู้ร้องเรียนเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้วานิยามของคำว่าสิทธิมนุษยชนตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะครอบคลุมถึงสิทธิทุกประเภทก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแล้วพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนเท่านั้น²⁵ โดยไม่รวมถึงสิทธิเสรีภาพอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของ “กรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว” อันเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212 ว่าไม่ว่าเป็นกรณีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในเรื่องใดก็ตาม ต้องมีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสียก่อนนั้น เป็นการกำหนดให้ผู้ร้องต้องนำเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนไปร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่องหรือยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งที่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า

²⁵ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2555 และ 53/2555

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน จึงขัดแย้งกับเหตุผลในการสั่งไม่รับคำร้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพราะเรื่องนั้นไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

ดังนั้นการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กำหนดให้บุคคลซึ่งใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ต้องร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อให้องค์กรทั้งสองพิจารณาเสนอเรื่องต่อศาลเสียก่อน จึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปด้วยว่า หากมีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้วยังมีความจำเป็นที่จะต้องร้องเรียนต่ออีกองค์กรหนึ่งอีกหรือไม่ เพราะการร้องเรียนต่อทั้งสององค์กรเป็นการขอให้พิจารณาเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ควรกำหนดเงื่อนไขของการเป็นผู้ที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว อันจะทำให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 โดยกำหนดให้มีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อเป็นการกลั่นกรองก่อนเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรใดองค์กรหนึ่งก็เป็นการเพียงพอแล้ว และหากมีกรณีศาลรัฐธรรมนูญต้องการรับฟังความเห็นจากอีกองค์กรหนึ่ง ศาลก็สามารถขอความเห็นจากองค์กรนั้นเพิ่มเติมได้ โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดแนวปฏิบัติให้ผู้ร้องต้องมีภาระในการไปร้องเรียนครบทุกองค์กรที่ทำหน้าที่ลักษณะเดียวกัน เพราะเป็นการเพิ่มภาระแก่ปัจเจกบุคคลที่ต้องการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 และทำให้การใช้สิทธิดังกล่าวต้องล่าช้าออกไป

ค) ปัญหาการไม่มีการกำหนดอายุความในการยื่นคำร้อง

อายุความ (prescription หรือ limitation) คือระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้สิทธิเรียกร้อง สิทธิฟ้อง หรือสิทธิร้องทุกข์ หากปล่อยเนิ่นนานไปจนล่วงระยะเวลาดังกล่าวแล้ว สิทธิเช่นว่าจะเป็นการอันยกขึ้นอ้างอีกมิได้ ซึ่งเรียกว่า "การขาดอายุความ" เช่น สิทธิเรียกร้องขาดอายุความ คดีขาดอายุความ หนี้ขาดอายุความ เป็นต้น²⁶ โดยปกติแล้ว ในการฟ้องคดีต่อศาล ย่อมต้องมีอายุความในการฟ้องคดีเสมอ ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีรัฐธรรมนูญ แต่ความเคร่งครัดในเรื่องอายุความอาจมีความแตกต่างกันได้ในแต่ละประเภทคดี ซึ่งในคดีอาญานั้น ศาลจะเคร่งครัดในเรื่องอายุความมาก หลักการเรื่องอายุความนั้นเป็นไปเพื่อความมั่นคงแน่นอน

²⁶ ราชบัณฑิตยสถาน

แห่งนิติฐานะว่าเมื่อผ่านช่วงเวลาหนึ่งไปแล้วจะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นๆ ได้²⁷ อย่างไรก็ตามแต่ รัฐธรรมนูญและข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่ได้กำหนดอายุความในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 เอาไว้ว่าจะต้องกระทำภายในระยะเวลาเท่าใด ในทางปฏิบัติพบว่ามีผู้ยื่นคำร้องหลายรายที่นำเอาการกระทำที่ผู้ร้องว่าเป็นการละเมิดสิทธิของตนที่เกิดขึ้นเมื่อมากกว่ายี่สิบปีก่อนมาเป็นเหตุแห่งการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ²⁸ การไม่กำหนดอายุความในการร้องทุกข์จึงไม่สอดคล้องกับหลักการของการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ต้องเป็นกรณีที่บุคคลต้องถูกกระทบสิทธิโดยตรงและในปัจจุบัน²⁹

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความหมายหรือหลักเกณฑ์ของคำว่า “กรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว” และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ก็ไม่ได้ให้ความชัดเจนเช่นเดียวกัน ทำให้มีคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 จำนวนมากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา นับตั้งแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญจนถึงปัจจุบัน มีการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 มากกว่า 100 คำร้อง แต่ศาลได้พิจารณาโดยการตีความคำว่า “กรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดย

²⁷ การที่กฎหมายกำหนดอายุความไว้นั้นมีเหตุผล ดังนี้

1. เป็นนโยบายของรัฐเพื่อดำรงความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงในการอ้างสิทธิของบุคคล อันเป็นการห้ามปรามมิให้มีการนำเรื่องราวที่เกิดขึ้นมานานแล้วมาเรียกร้องต่อกัน เพราะเรื่องราวที่เกิดขึ้นมานานแล้วนั้นย่อมยุ่งยากสำหรับผู้เกี่ยวข้องในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์แก่กัน พยานหลักฐานอาจสูญหายเสื่อมสภาพ บกพร่อง หรือคลาดเคลื่อนไปตามกาลเวลาได้ ซึ่งจะส่งผลให้การวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น ไม้อาจเป็นธรรมได้อย่างแท้จริง

2. เพื่อให้เป็นโทษสำหรับเจ้าหน้าที่ที่ปล่อยปละละเลยไม่ใช้สิทธิเรียกร้องของตน จนกระทั่งล่วงเลยอายุความที่กำหนดไว้ ซึ่งส่งผลให้ลูกหนี้เกิดมี “สิทธิปฏิเสธ” (อังกฤษ: right of refusal) ขึ้น โดยสามารถปฏิเสธการเรียกร้องของเจ้าหน้าที่ที่เพิกฆะกระทำเมื่อล่วงเลยอายุความไปแล้วได้ ดังนั้น อายุความจึงเป็นเครื่องกระตุ้นให้เจ้าหน้าที่ระแวดระวังในการใช้สิทธิของตนมากขึ้น

3. เป็นการช่วยปลดเปลื้องภาระของลูกหนี้ในอันที่จะต้องเก็บรักษาหลักฐานในการชำระหนี้ไว้ ไม่ต้องคอยพะวงรักษาส่งเหล่านั่นไว้จนชั่วชีวิต เพราะเมื่อล่วงเลยอายุความไปแล้ว ลูกหนี้ก็สามารถปฏิเสธการชำระหนี้ต่อเจ้าหน้าที่ได้โดยเพียงต่อสู้ว่าหนี้ขาดอายุความแล้วเท่านั้น

²⁸ แต่เนื่องจากคำร้องเหล่านั้นไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้ออื่นๆ ที่ศาลจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย ศาลจึงไม่ได้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องเหล่านั้น

²⁹ จาก รวมคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติตามพันธกิจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212” (น327-337) โดย ปัญญา อุดชาชน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พิเพรส จำกัด 2554 แหล่งเดิม.

วิธีการอื่นได้แล้ว” ตามแนวทางที่กล่าวมาแล้วข้างต้นและรับไว้พิจารณาวินิจฉัยเพียง ๒ คำร้อง³⁰ ผู้เขียนจึงเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เป็นมาตรการในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ประชาชนมีโอกาสนำใช้ได้น้อยมาก เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นจำกัดไว้เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันเป็นข้อจำกัดเนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดเนื่องจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ที่ขาดความชัดเจนและสร้างความยุ่งยากในทางปฏิบัติ และเห็นว่าการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนว่าในกรณีใดต้องดำเนินการอย่างไรบ้างก่อนที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงจะถือว่าเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้ และกำหนดอายุความในการยื่นคำร้องต่อศาล จะเป็นวิธีการแก้ปัญหาความไม่ชัดเจน และการสร้างภาระให้แก่ผู้ยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 เกินสมควร และการไม่มีกำหนดอายุความในการยื่นคำร้องได้ สำหรับช่วงที่ยังไม่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถแก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ได้เอง โดยไม่ต้องรอการตรากฎหมายจากสภานิติบัญญัติ โดยกำหนดแนวทาง หรือหลักเกณฑ์ที่จัดว่าเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ดังนี้

1. ในกรณีที่คำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เป็นเรื่องที่มีการใช้สิทธิทางศาลแล้ว ไม่ว่าคดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอื่น หรือคดีถึงที่สุดแล้ว ผู้ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ไม่จำเป็นต้องดำเนินการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือผู้ตรวจการแผ่นดินเสียก่อน เพราะเป็นที่แน่นอนว่าทั้งสององค์กรจะไม่รับพิจารณาเรื่องดังกล่าว เนื่องจากไม่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยอาจกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่า

ก) ในกรณีที่เรื่องที่นำมาสู่การใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 เป็นเรื่องที่มีการใช้สิทธิทางศาลจนถึงที่สุดแล้ว โดยไม่ใช่เป็นกรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้ โดยไม่ต้องดำเนินการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือผู้ตรวจการแผ่นดินก่อน

ข) ในกรณีที่เป็นเรื่องที่มีการใช้สิทธิทางศาล และยังไม่ถึงที่สุด ผู้ร้องต้องไปใช้สิทธิตามมาตรา 211 เสียก่อน จะใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ในทันทีไม่ได้ และหากศาลอื่นนั้นไม่ส่งคำโต้แย้งนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 211 ต้องมีการอุทธรณ์หรือ

³⁰ คำวินิจฉัยที่ 47/2554 และ 47/2555

ฎีกาคำสั่งศาลอื่นที่สั่งให้ไม่ส่งคำโต้แย้งนั้นมายังศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 211 จนถึงที่สุดในระบบศาลนั้นแล้ว

2. บัญญัติให้ชัดเจนว่ากรณีที่มีคดีพิพาทในศาลอื่น ผู้ร้องไม่ใช่สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ต่อมาเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว จะมาใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212 ได้หรือไม่

กรณีที่เรื่องที่น่ามาสู่การใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 เป็นเรื่องที่มีการใช้สิทธิทางศาล และศาลอื่นนั้นมิได้พิพากษาถึงที่สุดแล้ว โดยในระหว่างที่คดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอื่นนั้น ผู้ร้องไม่ได้ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ต่อมา เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ผู้ร้องจะมาใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า แม้อาจมองได้ว่าเป็นเพราะผู้ร้องเพิกเฉยหรือละเลยไม่ใช่สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 เอง จึงไม่ใช่กรณีที่ไม่สามารถใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้ และผู้ร้องไม่ควรมิสิทธิยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหากตีความเช่นนั้น ก็จะทำให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ไม่มีที่ใช้เลย (เพราะเมื่อคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอื่น ต้องใช้วิธีการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ส่วนกรณีที่ไม่มีการใช้สิทธิทางศาล ต้องใช้วิธีการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) และ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง จึงเหลือเพียงว่าเมื่อคดีที่พิพาทกันในศาลอื่นถึงที่สุดแล้วซึ่งไม่อาจใช้วิธีการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ได้ จะสามารถใช้วิธีการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้หรือไม่) ซึ่งเป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ต้องการให้ปัจเจกบุคคลสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง³¹ ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ จึงควรกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่า กรณีนี้เป็นกรณีผู้ร้องที่ไม่สามารถใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ได้ ซึ่งเป็นการไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว และสามารถใช้อำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ได้ โดยไม่ต้องร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือผู้ตรวจการแผ่นดินเสียก่อน

³¹ อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลอื่นนำมาใช้บังคับ แก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ไม่ส่งผลให้คำพิพากษาของศาลอื่นนั้นเสียไปหรือไม่มีผลเป็นการเพิกถอน คำพิพากษาของศาลอื่นนั้น ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมาตรา 211 วรรคสาม บัญญัติว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยทั่วถึง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอื่นถึงที่สุดแล้ว และไม่สามารถเพิกถอนการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่กระทำเสร็จไปแล้วได้ ส่วนจะบังคับคดีในส่วนที่ยังไม่ได้กระทำเสร็จไปหรือยังไม่ได้กระทำเลยได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับกฎหมายจะกำหนดไว้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือระบุไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3.กำหนดอายุความในการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

การกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีนั้นก็เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของการกระทำนั้นว่า หากล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดนั้นแล้วจะไม่สามารถมีการทบทวนหรือเพิกถอนได้ อันจะทำให้เกิดความเชื่อมั่นในนิติฐานะของเรื่องนั้น โดยหลักทั่วไปจึงต้องมีการกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีต่อศาลเอาไว้ในกฎหมาย ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการกำหนดระยะเวลาในการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลหรือแก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ในช่วงที่ยังไม่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

“การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 กรณีไม่มีการใช้สิทธิทางศาล ต้องกระทำภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่ทราบว่าผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่มีการใช้สิทธิทางศาล ต้องกระทำภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่คดีที่พิพาทกันในศาลอื่นมีคำพิพากษาถึงที่สุด”

เหตุผลที่เสนอว่า ระยะเวลา 1 เดือน นับแต่วันที่รู้ว่าไม่สามารถดำเนินการอื่นใดทางกฎหมายได้อีก เป็นระยะเวลาที่เหมาะสมนั้น ก็โดยการเทียบเคียงกับประเทศเยอรมันที่กำหนดอายุความในกรณีการร้องทุกข์ว่ารัฐตรากฎหมายล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนไว้เป็นเวลา 1 ปี นับแต่วันที่กฎหมายใช้บังคับ และภายใน 1 เดือน กรณีที่เป็นการร้องทุกข์ว่ารัฐใช้อำนาจมหาชนกระทำการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตน และประเทศเกาหลีใต้ อายุความในการร้องทุกข์ ภายใน 90 วัน หลังจากรู้ถึงเหตุการณ์กระทำที่ละเมิดสิทธิของตนแต่ไม่เกิน 1 ปี นับแต่เหตุเกิด แต่สำหรับประเทศไทยเนื่องจากวัตถุประสงค์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 นั้น มีเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น และการจะใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ อาจมีทั้งกรณีที่ไม่มีความพิพาทอยู่ในศาลอื่น อันเป็นกรณีที่ต้องการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสียก่อน หากผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ที่ถูกละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพนั้นจึงจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ได้ และกรณีที่มีความพิพาทกันในศาลอื่นซึ่งต้องใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 คือโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลนั้นส่งความเห็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ดังนั้น ในช่วงเวลาที่ยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลอื่นนั้น คู่ความจึงไม่สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ได้ ต่อเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว หากคู่ความยังคงเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 212 ได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า อายุความในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 212 ควรเป็น 1 เดือน

โดยในกรณีไม่มีคดีพิพาทในศาลอื่น ระยะเวลา 1 เดือน นับแต่วันที่ทราบว่าคุณตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่มีคดีพิพาทในศาลอื่น ระยะเวลา 1 เดือน นับแต่วันที่คดีที่พิพาทกันในศาลอื่นนั้นมีคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทั้งสองกรณีนั้นเป็นการนับแต่รู้ว่าไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการประชุมปรึกษาคดีและการลงมติวินิจฉัย

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ตรวจคำร้องในเบื้องต้นถึงความสมบูรณ์ครบถ้วนตามที่กฎหมายและข้อบังคับกำหนดไว้ ตลอดจนการแนบเอกสารและสำเนาคำร้องครบถ้วนหรือไม่ ในศาลรัฐธรรมนูญกรณีไม่ต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียม อันเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย จึงไม่ต้องมีการตรวจการชำระค่าฤชาธรรมเนียม ดังเช่นในกรณีของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง หากคำร้องที่ยื่นมานั้นมีรายการครบถ้วน ก็จะเสนอต่อเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อนำเสนอประธานศาลรัฐธรรมนูญให้มีคำสั่งแต่งตั้งตุลาการประจำคดีต่อไป การแต่งตั้งตุลาการประจำคดีเป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ³² ซึ่งประธานศาลรัฐธรรมนูญจะแต่งตั้งตุลาการไม่น้อยกว่า 3 คนเป็นตุลาการประจำคดี มีหน้าที่พิจารณาว่าจะรับคำร้องนั้นไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ หากตุลาการประจำคดีมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย คำร้องนั้นก็เข้าสู่สารบบคดีของศาล แต่หากตุลาการประจำคดีมีความเห็นควรสั่งไม่รับคำร้องนั้น ต้องเสนอที่ประชุมตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายใน 7 วันนับแต่วันที่มีความเห็น เพื่อให้ที่ประชุมพิจารณาว่าจะสั่งรับหรือไม่รับคำร้องนั้นไว้พิจารณาวินิจฉัย

จากการศึกษาเปรียบเทียบวิธีพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส เกาหลีใต้และประเทศไทย ในประเด็นเรื่องวิธีการลงมติวินิจฉัย จะเห็นความแตกต่างในรายละเอียดค่อนข้างมาก เพื่อทำความเข้าใจในรายละเอียดดังกล่าว ผู้เขียนจึงกำหนดประเด็นในการวิเคราะห์เป็น 4 ประเด็น คือ

- 1) การที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้มีตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อรับผิดชอบในการเสนอแนวทางการวินิจฉัยคดีและยกวางคำวินิจฉัย
- 2) การที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการออกเสียงวินิจฉัยคดีไว้

³² ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 25 และข้อ 27

3) การที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดวิธีการในการแก้ไขกรณีที่จะแนบเสียงเท่ากัน

4) การไม่เปิดโอกาสให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงความเห็นก่อนการอ่านคำวินิจฉัยหรือแถลงต่อสาธารณชน

โดยจะทำการวิเคราะห์ในประเด็นที่กล่าวมาแล้ว ตามลำดับ ดังนี้

1) การที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดให้มีตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อรับผิดชอบในการเสนอแนวทางการวินิจฉัยคดีและยกคำวินิจฉัย

การแต่งตั้งตุลาการประจำคดีตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ³³ นั้น คล้ายกับตุลาการคณะเล็กในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและเกาหลีใต้ โดยในสองประเทศนี้ ตุลาการคณะเล็กซึ่งประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน มีหน้าที่กลั่นกรองเรื่องร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ โดยหากตุลาการคณะเล็กไม่รับคำร้องทุกข์ไว้พิจารณา จะต้องมีการพิจารณาอีกครั้งโดยตุลาการเต็มองค์คณะ ส่วนในศาลรัฐธรรมนูญไทย ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญกำหนดว่าประธานศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่งตั้งตุลาการไม่น้อยกว่า 3 คน เป็นตุลาการประจำคดี แต่ในทางปฏิบัติ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีตุลาการ 9 คน เมื่อยกเว้นประธานแล้ว คงเหลือ 8 คน จึงแบ่งเป็นตุลาการประจำคดี คณะละ 4 คน จำนวน 2 คณะ มีหน้าที่พิจารณาว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ โดยมีอำนาจพิจารณาทุกคดี ไม่จำกัดเฉพาะคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212 (ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและเกาหลีใต้) หากตุลาการประจำคดีมีมติไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ก็จะต้องมีการพิจารณาในประเด็นการรับคำร้องหรือไม่อีกครั้งหนึ่งโดยตุลาการเต็มองค์คณะ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่แล้ว ตุลาการประจำคดีตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะเดียวกับตุลาการคณะเล็กในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและเกาหลีใต้ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยแบ่งเบาภาระของตุลาการเต็มองค์คณะ

เมื่อศาลพิจารณาคดีเสร็จสิ้น ศาลจะทำการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องประกอบด้วยคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นในการวินิจฉัยในส่วนของตนของตุลาการแต่ละคน และตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ³⁴ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนที่เป็นองค์คณะมีหน้าที่ต้องทำความเข้าใจในการวินิจฉัยในส่วนของตน พร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ³⁵ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีตุลาการเจ้าของสำนวน การดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมด ยกเว้นการส่งรับเรื่องไว้พิจารณา จะกระทำโดยองค์คณะเสมอ ตุลาการทุกคนจึงต้องศึกษาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดี ตลอดจนพิจารณาพยานหลักฐานและสั่งคำร้องทุกอย่าง

³³ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 -ข้อ 54

ร่วมกัน แม้จะมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยตามมติของศาล แต่ก็เพียงการรวบรวมความเห็นในการวินิจฉัยในส่วนของตุลาการแต่ละคนหรือที่เรียกว่าคำวินิจฉัยส่วนตัว หลังจากทีลงมติวินิจฉัยคดีแล้วมาจัดทำเป็นคำวินิจฉัยกลางเท่านั้น จึงมิได้ช่วยลดภาระในการศึกษา คดีและอำนวยความสะดวกในการวินิจฉัยคดีให้แก่ตุลาการคนอื่นได้มากเท่ากับระบบการแต่งตั้ง ตุลาการเจ้าของสำนวน นอกจากนี้ ระบบตุลาการเจ้าของสำนวนยังทำให้เกิดความรู้สึกได้รับผิดชอบ ต่อคดีที่ตนเป็นเจ้าของสำนวนมากเป็นพิเศษ เพราะมีความรู้สึกว่าคุณต้องมีส่วนรับผิดชอบมากกว่า ตุลาการคนอื่นในองค์คณะ นอกจากนี้ยังทำให้การเรียบเรียงเหตุผลในคำวินิจฉัยมีความสอดคล้องกัน เนื่องจากการยกร่างโดยผู้ร่างคนเดียวซึ่งได้ใช้เวลาศึกษาคดีอย่างละเอียดแล้วจึงช่วยกันปรับปรุง โดยองค์คณะเพื่อให้ได้คำวินิจฉัยที่เป็นที่ยอมรับของทุกคน ซึ่งจะช่วยลดปัญหาการที่เหตุผลใน คำวินิจฉัยมีความสับสนหรือขัดแย้งกัน ซึ่งที่ผ่านมาพบว่าบางครั้งเกิดจากการที่ตุลาการบางคน ไม่ได้เขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตัวไว้ครบถ้วนทุกประเด็น ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการนับ คะแนนเสียงในประเด็นนั้นอีกด้วย

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การแก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ หรือการตราพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ให้มีการแต่งตั้งตุลาการเจ้าของ สำนวน นอกเหนือไปจากการแต่งตั้งตุลาการประจำคดี ซึ่งเป็นรูปแบบที่ใช้อยู่ในศาลรัฐธรรมนูญ เยอรมันและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะช่วยให้ลดภาระงานขององค์คณะและเพิ่มคุณภาพ ของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้

แนวทางดังกล่าวนี้ สอดคล้องกับในต่างประเทศที่นอกจากตุลาการคณะเล็กจะช่วยแบ่ง เบาภาระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งคณะในการพิจารณาค้นกรองเรื่องร้องทุกข์แล้ว ในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ยังมีตุลาการเจ้าของสำนวนซึ่งมี บทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการศึกษาคดีที่ตนเป็นเจ้าของสำนวนโดยละเอียด ดำเนินการแสวงหา ข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องใช้ในการวินิจฉัยคดี เสนอความเห็นในการวินิจฉัย และยกร่างคำวินิจฉัย เสนอต่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะทั้งหมดพิจารณา อันเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของ ตุลาการคนอื่นให้ไม่ต้องกังวลกับการศึกษาคดีนี้ สามารถพิจารณาคดีนี้ได้อย่างสะดวก รวดเร็ว และ มีเวลาศึกษาคดีที่ตุลาการนั้นเป็นเจ้าของสำนวนได้อย่างลึกซึ้งเช่นกัน ซึ่งตุลาการทุกคนต้องเป็น เจ้าของสำนวนโดยอาจเป็นการผลัดเปลี่ยนกันไปตามลำดับหรืออาจมอบหมายตามความเชี่ยวชาญ ของตุลาการแต่ละคน สำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่ได้ กำหนดให้มีตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อทำหน้าที่เช่นเดียวกับตุลาการเจ้าของสำนวนใน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยมีเพียงตุลาการประจำคดีซึ่งมี หน้าที่จำกัดเฉพาะการพิจารณาสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยทำนองเดียวกับตุลาการคณะเล็กที่

กลั่นกรองเรื่องร้องทุกข์ในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน แต่ไม่ได้มีหน้าที่ในการศึกษาคดี แสวงหาข้อเท็จจริง เสนอความเห็นหรือแนวทางในการวินิจฉัย และยกร่างคำวินิจฉัย ในทางปฏิบัตินั้น ศาลรัฐธรรมนูญ จะมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำร่างคำวินิจฉัยของศาล(ซึ่งเรียกกันว่า “คำวินิจฉัยกลาง”) อันเป็นการรวบรวมมาจากความเห็นในการวินิจฉัยของตุลาการทุกคนที่เป็นองค์คณะในการวินิจฉัยคดี (ซึ่งเรียกกันว่า “คำวินิจฉัยส่วนตน) เพื่อจัดทำเป็นมติของศาล โดยมีเจ้าหน้าที่ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ช่วยในการจัดทำร่างคำวินิจฉัยกลาง ตามที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ให้องค์คณะที่พิจารณาคดีสามารถมอบหมายให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยตามมติของศาลได้³⁴ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลรัฐธรรมนูญไม่มีการพลัดเปลี่ยนหมุนเวียนตุลาการที่ทำหน้าที่จัดทำร่างคำวินิจฉัยกลางตามความเชี่ยวชาญของตุลาการแต่ละคน โดยเป็นการมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำร่างคำวินิจฉัยกลางทุกคดี ซึ่งอาจเป็นภาระที่หนักเกินไปของตุลาการคนนั้น แม้ว่าตุลาการคนอื่นจะตรวจสอบร่างคำวินิจฉัยกลางว่าเป็นไปตามที่มีมติหรือไม่อีกครั้งหนึ่งก็ตาม แต่บางครั้งก็ยังตรวจพบภายหลังจากเผยแพร่ต่อสาธารณชนไปแล้ว ว่ามีความบกพร่องในการเรียบเรียงเหตุผลซึ่งขัดแย้งกันในตัวเองในกรณีที่ตุลาการแต่ละท่านมีความเห็นแตกต่างกันและมติไม่เป็นเอกฉันท์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นระบบที่มีตุลาการเจ้าของสำนวนรับผิดชอบในการศึกษาคดีโดยละเอียดตั้งแต่เริ่มต้นคดี แสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม เสนอแนวทางในการวินิจฉัยและยกร่างคำวินิจฉัยของศาล ก็จะเป็นการลดภาระของตุลาการที่เป็นองค์คณะได้ดียิ่งกว่าระบบที่เป็นอยู่ และโดยที่ระบบตุลาการเจ้าของสำนวนนี้มีการหมุนเวียนกันเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนจึงไม่เป็นการแก้ตุลาการคนใดคนหนึ่งมากเกินไป ทำให้ตุลาการเจ้าของสำนวนมีเวลาในการพิจารณาให้เหตุผลในคำวินิจฉัยที่ตนรับผิดชอบได้มากขึ้น เนื่องจากไม่ต้องรับภาระในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลในทุกคดี อันจะส่งผลให้คำวินิจฉัยของศาลมีความสมบูรณ์มากกว่าการมอบหมายให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบทุกเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการมอบหมายให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งจัดทำคำวินิจฉัยของศาลนั้นได้พิจารณาถึงความรู้ความเชี่ยวชาญและความถนัดของตุลาการแต่ละคน ซึ่งหากเปรียบเทียบกับศาลปกครองแล้ว ในศาลปกครองนั้น นอกจากตุลาการเจ้าของสำนวนจะมีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนยังมีบทบาทในการยกร่างคำวินิจฉัยอีกด้วย ซึ่งการที่มีตุลาการเจ้าของสำนวนรับผิดชอบในการยกร่างคำวินิจฉัยนี้เป็นการช่วยลดภาระงานให้แก่ตุลาการที่เป็นองค์คณะ และหากเปรียบเทียบกับศาลยุติธรรม ในระบบศาลยุติธรรมนั้น ผู้พิพากษาที่เป็นเจ้าของสำนวนก็จะมีหน้าที่ยกร่างคำพิพากษาแล้วให้องค์คณะพิจารณาตรวจแก้ไขจนเป็นที่ยอมรับกันได้ของทุกฝ่าย เช่นเดียวกัน ระบบตุลาการเจ้าของสำนวนหรือผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนนี้จึงเป็นระบบที่ใช้อยู่ทั้ง

³⁴ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 54 วรรคสอง

ในศาลปกครองและศาลยุติธรรม และเป็นระบบที่กระจายงานให้ทั่วถึง ช่วยให้ตุลาการคนอื่นได้รับ สะดวก มีข้อมูลเพียงพอแก่การวินิจฉัยตัดสินคดี และการมอบหมายสำนวนตามความเชี่ยวชาญของ ตุลาการนั้น จะนำมาซึ่งคำวินิจฉัยที่มีคุณภาพ

ในประเทศฝรั่งเศส ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวน โดยคำนึงถึงความเชี่ยวชาญของตุลาการรัฐธรรมนูญในกฎหมายแต่ละสาขาประกอบกับปริมาณงาน ที่ตุลาการแต่ละคนรับผิดชอบอยู่เป็นสำคัญ มีข้อสังเกตว่าการแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวนนั้นเป็น ความลับภายในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดการคาดเดาผลของคำวินิจฉัย และ เป็น การคุ้มครองตุลาการรัฐธรรมนูญเจ้าของสำนวน และประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้ แต่งตั้งด้วย ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องต่างๆ ต่อไปจนกระทั่ง มีการนัดประชุมปรึกษาคดีและลงมติวินิจฉัย โดยมีเจ้าหน้าที่ธุรการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นผู้ช่วยเหลือ ภารกิจสำคัญของตุลาการเจ้าของสำนวนอยู่ที่การรวบรวมข้อมูลต่างๆ ที่จำเป็น สำหรับการวินิจฉัย วิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ เหล่านั้นและสรุปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทราบ การรวบรวมข้อมูล พยานหลักฐานต่างๆ เป็นไปตามหลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน จัดทำ เอกสารที่จำเป็นสำหรับการประชุมปรึกษาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดีสองฉบับ คือ ร่างคำวินิจฉัยและ รายงานประกอบร่างคำวินิจฉัยซึ่งเป็นเหตุผลและคำอธิบายต่างๆ อีกฉบับหนึ่ง เอกสารทั้งสองฉบับ ดังกล่าวจะเป็นฐานในการประชุมปรึกษาเพื่อลงมติวินิจฉัยต่อไป

ในการประชุมปรึกษาคดีและวินิจฉัยชี้ขาด ตุลาการเจ้าของสำนวนจะรายงานข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณาพร้อมทั้งแสดงความเห็นของตนว่า ควรจะวินิจฉัย ชี้ขาดคดีดังกล่าวอย่างไร พร้อมกับเหตุผลว่า เหตุใดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงควรวินิจฉัยเช่นนั้น ในกรณีที่ตุลาการรัฐธรรมนูญมีความเห็นในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน จะต้องมีการลงมติในเรื่องนั้น มีข้อสังเกตว่า การงดออกเสียงจะกระทำไม่ได้เนื่องจากจะกลายเป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (Déni de justice) ซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามสำหรับตุลาการ โดยปกติแล้ว เมื่อมีการประชุมปรึกษาคดีและ วินิจฉัยชี้ขาด การประชุมดังกล่าวจะจบลงในวันเดียว อย่างไรก็ตามหากเรื่องที่อยู่ในการพิจารณา ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเรื่องใดมีความสลับซับซ้อน หรือมีปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ที่ยุ่งยาก ก็จะมีการประชุมปรึกษาคดีในเรื่องนั้นเป็นเวลาหลายวัน อนึ่งการประชุมปรึกษาคดีเพื่อ วินิจฉัยชี้ขาดถือว่าเป็นความลับ บุคคลทั่วไปหรือแม้แต่คู่ความย่อมไม่สามารถตรวจดูเอกสารได้ บันทึบการประชุมปรึกษาคดีและวินิจฉัยชี้ขาดจะเก็บไว้ที่หน่วยเก็บเอกสารของคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ เฉพาะแต่ตุลาการรัฐธรรมนูญเท่านั้นจึงจะมีสิทธิขอตรวจดูเอกสารเช่นว่านั้นได้

ในประเทศเกาหลีใต้ ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 9 คน การพิจารณาคดีทุกคดีต้องมีตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะร่วมประชุมพิจารณาไม่ต่ำกว่า 7 คน

การวินิจฉัยใช้มติเสียงข้างมาก ยกเว้นคดีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้เสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่า 6 เสียง ได้แก่ การวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยถอดถอนบุคคลจากตำแหน่ง การวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง การวินิจฉัยคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยกลับแนวคำวินิจฉัยเดิมของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ มติในการวินิจฉัยก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ว่ากรณีที่จะแนบเสียงเท่ากัน จะทำอะไรหรือวินิจฉัยว่าอย่างไร ดังเช่น ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศเยอรมันหรือฝรั่งเศส

กรณีการพิจารณาว่าศาลจะรับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาหรือไม่ นั้น ในประเทศเกาหลีใต้มีรูปแบบการลงมติที่เป็นพิเศษ กล่าวคือ กฎหมายให้องค์คณะเล็กซึ่งประกอบด้วยตุลาการที่เป็นองค์คณะ 3 คน เป็นผู้พิจารณาค้นกรองคำร้องทุกข์ หากคณะเล็กมีมติรับคำร้องไว้พิจารณา หรือความเห็นของตุลาการคณะเล็กที่ว่าไม่รับคำร้องทุกข์นั้นไว้พิจารณาเป็นความเห็นที่ไม่เอกฉันท์ ผลก็คือต้องรับคำร้องทุกข์นั้นไว้พิจารณา แต่ถ้าหากคณะเล็กมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าไม่รับ โดยเหตุในการไม่รับนั้นต้องเป็นเหตุเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (คือ คำร้องทุกข์ที่ยื่นมาโดยไม่ได้ดำเนินการเพื่อเยียวยาผลกระทบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ครบถ้วนเสียก่อน หรือเป็นการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลอื่น คำร้องทุกข์ที่ยื่นเมื่อเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คำร้องทุกข์ที่ยื่นมาโดยไม่มีผู้แทนทางกฎหมายในคดีที่กฎหมายกำหนด คำร้องทุกข์ที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้) ก็จะต้องพิจารณาว่าจะรับคำร้องทุกข์หรือไม่อีกครั้งหนึ่งโดยตุลาการเต็มองค์คณะ

2) การที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดประเด็นในการวินิจฉัยและการออกเสียงวินิจฉัยคดีไว้

ในส่วนของการลงมติวินิจฉัยคดีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็เช่นเดียวกับองค์กรกลุ่มทั่วไปที่ต้องลงมติวินิจฉัยโดยเสียงข้างมาก เว้นแต่ กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ใช้มติในการวินิจฉัยคดีประเภทนั้นแตกต่างไปจากคดีปกติ ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญไทยก็เป็นไปตามหลักการนี้ อย่างไรก็ตาม สำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น โดยเหตุที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดรายละเอียดขั้นตอนและวิธีการในการกำหนดประเด็นวินิจฉัยและการลงมติเอาไว้ ทำให้การออกเสียงวินิจฉัยคดีในบางคดีนำไปสู่การวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดีโดยไม่ครบองค์คณะที่วินิจฉัยคดีนั้น การมีคำวินิจฉัยที่มีความเห็นในการวินิจฉัยคดีมากกว่า 2 ฝ่าย

การวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดีโดยไม่ครบองค์คณะที่วินิจฉัยคดีนั้น เช่น คำวินิจฉัยที่ 9/2541³⁵ คำวินิจฉัยที่ 12/2541³⁶ คำวินิจฉัยที่ 15/2541³⁷ คำวินิจฉัยที่ 6/2543³⁸ คดีดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ตุลาการเสียงข้างน้อยในประเด็นการรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ไม่ผูกพันตามเสียงข้างมากที่ให้รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ตุลาการที่ลงมติไม่รับคำร้องจึงไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดี

โดยหลักแล้ว ในการพิจารณาของศาลนั้น ประเด็นแรกที่ศาลต้องวินิจฉัยคือ ศาลจะรับคดีนั้นไว้พิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ ซึ่งมีรายละเอียดที่ต้องพิจารณาหลายประการ เช่น คดีอยู่ในอำนาจศาลหรือไม่ ผู้ร้องมีอำนาจยื่นคำร้องหรือไม่ ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้วหรือไม่ เป็นผู้ที่ถูกโต้แย้งสิทธิหรือไม่ ระยะเวลาหรืออายุในการยื่นคำร้อง เป็นต้น เมื่อได้ข้อยุติโดยการลงมติว่า ศาลสามารถรับคดีนั้นไว้พิจารณาวินิจฉัยได้แล้ว จึงจะวินิจฉัยในประเด็นที่เป็นเนื้อหาของคดีต่อไป โดยไม่กลับมาพิจารณาในเรื่องว่า ศาลจะรับคดีนั้นไว้พิจารณาได้หรือไม่อีกเลย และตุลาการที่เป็นเสียงข้างน้อยในประเด็นว่า ศาลสามารถรับคดีนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ ต้องผูกพันตามความเห็นของเสียงข้างมาก และต้องร่วมวินิจฉัยในประเด็นที่เป็นเนื้อหาของคดีต่อไป ในกรณีที่เสียงข้างมากเห็นว่า ศาลสามารถรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

คดีดังกล่าวข้างต้น ในการวินิจฉัยในประเด็นที่หนึ่งว่าศาลสามารถรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาได้หรือไม่ มติที่ให้รับคำร้องไว้พิจารณาเป็นมติที่ไม่เอกฉันท์ เมื่อวินิจฉัยประเด็นที่สอง

³⁵ คำวินิจฉัยที่ 9/2541 เรื่อง ศาลจังหวัดสุพรรณบุรีขอให้ส่งสำนวนคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ในประเด็นว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ ตุลาการจำนวน 4 คน ไม่รับคำร้อง เมื่อเสียงข้างมากรับคำร้องไว้พิจารณา ตุลาการ 4 คนนี้ ไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

³⁶ คำวินิจฉัยที่ 12/2541 เรื่อง ศาลแพ่งส่งความเห็นของกลุ่มความซึ่งโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในประเด็นว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ ตุลาการจำนวน 3 คน ไม่รับคำร้อง เมื่อเสียงข้างมากรับคำร้องไว้พิจารณา ตุลาการ 3 คนนี้ ไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

³⁷ คำวินิจฉัยที่ 15/2541 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้วินิจฉัยการเสียชีวิตของบุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้ง ในประเด็นว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ ตุลาการจำนวน 1 คน ไม่รับคำร้อง เมื่อเสียงข้างมากรับคำร้องไว้พิจารณา ตุลาการคนนี้ไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียชีวิตการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2541 มาตรา 23 หรือไม่

³⁸ คำวินิจฉัยที่ 6/2543 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยขอบเขตการใช้บังคับของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ในประเด็นว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ ตุลาการจำนวน 3 คน ไม่รับคำร้อง เมื่อเสียงข้างมากรับคำร้องไว้พิจารณา ตุลาการ 3 คนนี้ ไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ด้วยหรือไม่

อันเป็นประเด็นหลักของคดี ซึ่งโดยปกติจะมีความเห็น 2 ฝ่าย คือฝ่ายที่เห็นว่าการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและฝ่ายที่เห็นว่าไม่มีการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ปรากฏว่ามีตุลาการบางคนไม่ร่วมวินิจฉัยในประเด็นที่สอง โดยให้เหตุผลว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาล (ซึ่งเป็นประเด็นที่ได้วินิจฉัยไปแล้วในประเด็นที่หนึ่ง) และเท่ากับว่าตุลาการเสียงข้างน้อยไม่ได้ลงมติในประเด็นหลังซึ่งเป็นประเด็นหลักแห่งคดี การวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดีจึงไม่ครบองค์คณะที่วินิจฉัยคดีนั้น ซึ่งโดยปกตินั้น ตุลาการไม่อาจดออกเสียงในการวินิจฉัยคดีได้ ไม่ว่าจะเป็นการลงมติวินิจฉัยในประเด็นใด

ปัญหาที่กล่าวมานี้จะไม่เกิดขึ้น หากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ กำหนดให้การวินิจฉัยคดีของศาลต้องทำที่ละประเด็นไล่ไปตามลำดับ เมื่อตุลาการทุกคนต้องลงมติในประเด็นใดแล้วก็ให้มีการนับคะแนนเสียงในประเด็นนั้น แล้วจึงลงมติในประเด็นต่อไป โดยผู้ที่เป็นเสียงข้างน้อยในประเด็นที่วินิจฉัยก่อนต้องยอมรับผลการลงมติในประเด็นนั้นและถือตามผลนั้น แล้วร่วมวินิจฉัยในประเด็นต่อไป เช่น เมื่อเสียงข้างมากลงมติว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลและรับไว้พิจารณา ตุลาการเสียงข้างน้อยที่เห็นว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจศาลและไม่รับไว้พิจารณาก็ต้องยอมรับคดีไว้พิจารณาและร่วมวินิจฉัยในประเด็นต่อไปซึ่งเป็นประเด็นหลักของคดี การที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีองค์คณะจำนวนมาก³⁹ และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดประเด็นและการลงมติวินิจฉัยให้ชัดเจน จึงทำให้เกิดความสับสนขึ้นได้

นอกจากนี้ การที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ชัดเจนหรือไม่มีรายละเอียดเพียงพอนี้ยังทำให้มีปัญหาว่า ในประเด็นหลักของคดีจะถือว่าเป็นการวินิจฉัยโดยองค์คณะจำนวนกี่คน และจะนับเสียงหรือจัดตุลาการที่มีความเห็นเช่นนี้เข้าในฝ่ายที่มีความเห็นอย่างไร ซึ่งการจัดกลุ่มนั้นจะมีผลต่อการวินิจฉัยว่าความเห็นใดเป็นเสียงข้างมากซึ่งจะเป็นมติของศาลในการวินิจฉัยคดี ปัญหานี้ทำให้คำวินิจฉัยที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญบางคนไม่ลงมติวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดี ถูกโต้แย้งว่าเป็นการวินิจฉัยคดีที่ไม่ได้เป็นไปตามเสียงข้างมาก เช่น

คำวินิจฉัยที่ 11/2542 เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมิไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่ ในการวินิจฉัยว่าคำร้องนี้อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่ศาลจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ ที่ประชุมมีมติให้รับไว้ 7 คน และไม่รับคำร้อง 6 คน ในการ

³⁹ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีตุลาการจำนวน 15 คน จำนวนที่สามารถเป็นองค์คณะวินิจฉัยคดีได้คือ 9 คน และตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน มีตุลาการจำนวน 9 คน จำนวนที่สามารถเป็นองค์คณะวินิจฉัยคดีได้คือ 5 คน

วินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดี วินิจฉัยว่าหนังสือแสดงความจำนงฯ ไม่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 6 คน วินิจฉัยว่า เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ 2 คน วินิจฉัยยกคำร้อง เพราะไม่ใช่เป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ 5 คน ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หนังสือแสดงความจำนงฯ ไม่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ จึงมีปัญหาว่าคดีนี้ได้รับการวินิจฉัยโดยตุลาการครบองค์คณะในขณะนั้น คือ 9 คน หรือไม่ ซึ่งหากนับเฉพาะตุลาการที่ลงมติวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดีนี้มีเพียง 8 คน เท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญนับตุลาการที่ไม่ลงมติวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดีรวมในจำนวนเสียงที่ลงมติด้วย (เพราะหากไม่นับ การพิจารณาคดีนี้ก็ไม่ครบองค์คณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด คือไม่น้อยกว่า 9 คน) เรื่องนี้จึงมีการออกเสียงลงมติเป็น 3 กลุ่ม ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาอีกต่อไปว่า ตุลาการที่ไม่ลงมติในประเด็นหลักแห่งคดีนี้ จัดเป็นเสียงข้างใด เพราะไม่ได้มีความเห็นสอดคล้องกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากจะนับเฉพาะเสียงของกลุ่มนี้จำนวน 6 คน ย่อมไม่สามารถเป็นเสียงข้างมากขององค์คณะที่มีจำนวน 13 คน ได้ หากนับเป็นเสียงข้างน้อย ก็จะทำให้การวินิจฉัยในประเด็นนี้มีเสียงข้างน้อย 2 กลุ่ม และเสียงข้างน้อย 2 กลุ่ม มีคะแนนรวมกันมากกว่าเสียงข้างมากอีกด้วย ดังนั้น เสียงข้างมากนี้จึงไม่ใช่เสียงข้างมากที่แท้จริง

คำวินิจฉัยที่ 20/2544 เรื่อง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ขอให้วินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณี พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร จงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ในการวินิจฉัยคดีนี้ ศาลกำหนดประเด็นวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 หรือไม่ ตุลาการจำนวน 11 คน มีความเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ใช้บังคับกับกรณีของผู้ถูกร้องได้ เพราะเป็นมาตรการบังคับสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 291 และมาตรา 292 ตุลาการจำนวน 4 คน มีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 295 ไม่ใช้บังคับกับกรณีของผู้ถูกร้อง เพราะในขณะที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินทั้ง 3 ครั้ง ผู้ถูกร้องได้พ้นจากตำแหน่งทางการเมืองไปแล้ว และเมื่อผู้ถูกร้องไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้ถูกร้องจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 295

จะเห็นได้ว่า การลงมติในเรื่องนี้ มีปัญหาว่าความจริงแล้วตุลาการ 4 คน ที่วินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าตุลาการ 4 คนนี้ยังไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ เพราะเห็นว่าผู้ถูกร้องไม่ใช่บุคคลที่เป็นองค์ประกอบความผิดจึงยกคำร้องโดยอาศัยเหตุผลนี้ไปโดยยังไม่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาของการกระทำ และทำให้คำวินิจฉัยนี้มีปัญหาว่าความเห็นของตุลาการมีที่ทาง และมีสัดส่วนคะแนนเสียงอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำวินิจฉัยนี้ ตุลาการมีความเห็น ดังนี้

ประเด็นแรก ผู้ถูกร้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือไม่ กลุ่มแรก ตุลาการจำนวน 11 คน เห็นว่า ผู้ถูกร้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กลุ่มที่สอง ตุลาการ 5 คน เห็นว่า ผู้ถูกร้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ประเด็นที่สอง การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดตามมาตรา 295 หรือไม่ กลุ่มแรก ตุลาการจำนวน 7 คน เห็นว่าการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดตาม มาตรา 295 กลุ่มที่สอง ตุลาการจำนวน 4 คน เห็นว่า การกระทำของผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตาม มาตรา 295 และกลุ่มที่ 3 ตุลาการจำนวน 4 คน ยังไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ เพราะเห็นว่าเมื่อผู้ถูกร้องไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเสียแล้วก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยถึงการกระทำของผู้ถูกร้อง

หากพิจารณาโดยนัยที่กล่าวมานี้ ก็จะทำให้มีปัญหาว่า คำวินิจฉัยนี้ได้วินิจฉัยในประเด็นที่สองซึ่งเป็นประเด็นหลักของคดี โดยตุลาการครบองค์คณะหรือไม่ เพราะตุลาการกลุ่มที่ 3 จำนวน 4 คน ยังไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ แต่หากเห็นว่าตุลาการ 4 คน นี้ได้วินิจฉัยแล้ว โดยให้ยกคำร้องจึงนับรวมกับตุลาการอีก 4 คน ที่วินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและการกระทำนี้ไม่มีความผิด ก็จะมีปัญหาว่าเสียงข้างมากนั้นไม่ได้มีความเห็นเหมือนกันอย่างแท้จริง และมีความเห็นต่างกันอย่างสิ้นเชิงในสาระสำคัญจนกล่าวได้ว่าขัดแย้งกัน คือ ส่วนหนึ่งเห็นว่ากรณีนี้ครบองค์ประกอบความผิดคือผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด อีกส่วนหนึ่งเห็นว่ากรณีนี้ไม่ครบองค์ประกอบความผิดเพราะผู้กระทำไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด และหากจะถือว่าตุลาการ 4 คน ที่เห็นว่าผู้ถูกร้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้งดออกเสียงในประเด็นว่าเฉพาะในส่วนของการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดตามมาตรา 295 หรือไม่ ก็จะมีปัญหาอีกเช่นกันว่า โดยหลักแล้วตุลาการไม่อาจงดออกเสียงได้ไม่ว่าในประเด็นใด จึงต้องวินิจฉัยเสมอ

ซึ่งในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ตุลาการกลุ่มที่ 3 จำนวน 4 คน ที่เห็นว่าผู้ถูกร้องไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองวินิจฉัยให้ยกคำร้อง จึงนับความเห็นของตุลาการกลุ่มนี้รวมเข้ากับกลุ่มแรกที่วินิจฉัยว่าการกระทำของผู้ถูกร้องไม่มีความผิด และวินิจฉัยยกคำร้องไปด้วยมติ 8 : 7 เสียง

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ได้กำหนดถึงวิธีการตั้งประเด็นและลงมติวินิจฉัยให้ชัดเจนว่า การตั้งประเด็นนั้นต้องตั้งประเด็นให้มีการลงความเห็นได้เพียง 2 ทาง เท่านั้น หากประเด็นใดมีการลงความเห็นมากกว่า 2 ทาง จะต้องตั้งประเด็นใหม่ โดยแตกประเด็นให้เป็นประเด็นย่อย จนกว่าจะได้ประเด็นที่มีคำตอบได้ไม่เกิน 2 ทาง ซึ่งในคดีนี้เมื่อตั้งประเด็นว่า ผู้ถูกร้องมีความผิดตาม มาตรา 295 หรือไม่ ก็จะได้ความเห็นถึง 3 ทางคือ 1) ผิด 2) ไม่ผิดเพราะการกระทำนั้นไม่มีความผิด และ 3) ไม่ผิดเพราะผู้กระทำไม่ใช่ผู้ดำรง

ตำแหน่งทางการเมือง แต่ถ้าแยกประเด็นให้ย่อยลงไปย่อยว่าประเด็นแรกผู้ถูกร้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือไม่ จะได้รับความเห็นเพียง 2 ทาง คือ เป็นหรือไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและตั้งประเด็นที่สอง เฉพาะการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดตามมาตรา 295 หรือไม่ ก็จะได้ความเห็นเพียง 2 ทาง คือ การกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิดตามมาตรา 295 ซึ่งเมื่อมีความเห็นเพียง 2 ทางก็จะไม่มีปัญหาในการนับคะแนนเสียง การไม่จัดลำดับประเด็นในการวินิจฉัยแล้วจึงวินิจฉัยไปที่ละประเด็นตามลำดับเหตุผลของเรื่องนั้นทำให้เกิดความสับสนในการนับคะแนนเสียง

โดยหลักแล้วในการวินิจฉัยคดีของศาลนั้น ต้องกำหนดประเด็นแห่งคดีไปตามลำดับเหตุผลของเรื่องนั้นๆ ในแต่ละประเด็นต้องมีความเห็นไม่เกิน 2 ฝ่าย หากประเด็นใดมีความเห็นมากกว่า 2 ฝ่าย ต้องกำหนดประเด็นใหม่โดยแตกเป็นประเด็นย่อยๆ เพื่อให้แต่ละประเด็นสามารถมีความเห็นได้ไม่เกิน 2 ฝ่าย แล้วจึงลงมติในแต่ละประเด็นตามลำดับ จึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่าฝ่ายใดเป็นเสียงข้างมาก ซึ่งเสียงข้างมากนั้นต้องมีเหตุผลเหมือนกันหรือไม่ขัดแย้งกัน การที่การลงมติวินิจฉัยคดีนำไปสู่การมีความเห็นมากกว่า 2 ฝ่ายนั้น ทำให้มีปัญหว่าไม่สามารถหาเสียงข้างมากได้ดังที่กล่าวมาแล้ว

ประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้อาจเกิดขึ้นตั้งแต่ช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้บังคับอยู่ เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามแก้ไขปัญหานี้ในประเด็นของการพิจารณารับคำร้องไว้พิจารณา ซึ่งมักเป็นเรื่องของเขตอำนาจศาลหรืออำนาจฟ้องคดีของผู้ร้อง โดยการแต่งตั้งตุลาการไม่น้อยกว่า 3 คน เป็นตุลาการประจำคดีช่วยกลั่นกรองว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ หากตุลาการประจำคดีมีมติไม่รับคำร้องไว้พิจารณา ศาลต้องประชุมพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง แต่ยังคงมีคำวินิจฉัยที่มีปัญหาในทำนองนี้เกิดขึ้น โดยอาจไม่ใช่ประเด็นการรับหรือไม่รับคดีไว้พิจารณาทั้งคดี แต่จะเป็นประเด็นที่เป็นรายละเอียด เช่น กรณีที่ในหนึ่งคำร้องมีการขอให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลายมาตรา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหลายมาตรา ตุลาการบางคนอาจวินิจฉัยไม่ครบทุกมาตรา โดยเห็นว่าไม่เป็นสาระ แต่คำวินิจฉัยกลางหรือมติที่ประชุมนั้นวินิจฉัยครบทุกมาตรา หรือบางครั้งความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนกำหนดประเด็นวินิจฉัยแตกต่างจากประเด็นวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลาง หรือกรณีอื่นๆ เช่น

คำวินิจฉัยที่ 15/2553 เรื่อง นายทะเบียนพรรคการเมืองขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคประชาธิปัตย์ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยด้วยมติ 4 ต่อ 2 เสียง ให้ยกคำร้องที่นายทะเบียนพรรคการเมืองขอให้มีคำสั่งยุบพรรคประชาธิปัตย์ ด้วยเหตุผลว่ากระบวนการยื่นคำร้องขอให้ยุบพรรคไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดย 3 คน เห็นว่า นายทะเบียนพรรคการเมืองยังไม่มีความเห็นให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์ (ซึ่งนายทะเบียนพรรคการเมืองต้องมีความเห็นให้ยุบพรรคการเมืองนั้นก่อน

แล้วขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วจะยื่นคำร้องต่อศาลได้) 1 คน เห็นว่า นายทะเบียนพรรคการเมืองได้ยื่นคำร้องต่อศาลเมื่อพ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (หมายความว่าเห็นว่านายทะเบียนมีความเห็นให้ยุบพรรคแล้ว แต่การยื่นคำร้องนั้นล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด) ซึ่งแม้ว่าผลของความเห็นทั้งสองความเห็นนี้จะเป็นอย่างเดียวกัน คือกระบวนการยื่นคำร้องขอให้ยุบพรรคไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อข้อเท็จจริงที่เป็นจริงต้องมีเพียงอย่างเดียวกันนั้น จึงเป็นไปได้ที่ความจริงที่ศาลใช้เป็นฐานในการวินิจฉัยจะมีมากกว่าหนึ่งอย่าง คือ ทั้งนายทะเบียนพรรคการเมืองยังไม่มีความเห็นให้ยุบพรรค และนายทะเบียนมีความเห็นให้ยุบพรรคแล้วและยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ยุบพรรคเมื่อล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และความจริงตามที่ศาลรับฟังทั้งสองประการที่ขัดแย้งกันนี้ก็กลับรวมกันเป็นเสียงข้างมากและส่งผลร้ายต่อผู้ถูกร้อง

เมื่อพิจารณาคดีในเรื่องนี้ ก็เป็นปัญหาเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยที่ 11/2542 ที่กล่าวมาข้างต้น คือ ในการลงมติในประเด็นว่ากระบวนการยื่นคำร้องขอให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งมีองค์คณะพิจารณาจำนวน 6 คน มีการออกเสียงเป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกเห็นว่ากระบวนการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะนายทะเบียนพรรคการเมืองยังไม่มีความเห็นให้ยุบพรรค 3 คน กลุ่มที่สองเห็นว่ากระบวนการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะนายทะเบียนพรรคการเมืองยื่นคำร้องต่อศาลเมื่อพ้นระยะเวลา 15 วันตามที่กฎหมายกำหนด และกลุ่มที่สามเห็นว่า กระบวนการยื่นคำร้องขอให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญจัดว่าความเห็นในสองกลุ่มแรกรวมกันเป็นเสียงข้างมากเนื่องจากมีข้อสรุปอย่างเดียวกันคือ กระบวนการยื่นคำร้องขอให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์ไม่ชอบด้วยกฎหมายแม้เหตุผลที่ให้จะแตกต่างกัน ซึ่งก็จะไม่มีประเด็นปัญหาอะไรหากเหตุผลของเสียงข้างสองกลุ่มนี้จะแตกต่างกันไม่มากจนกระทั่งขัดแย้งหรือหักล้างกันเอง ดังที่กล่าวมาข้างต้น

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมีปัญหาในการกำหนดประเด็นในการวินิจฉัย น่าจะมาจากวิธีปฏิบัติในการลงมติ ซึ่งเมื่อศาลประชุมอภิปรายเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยแล้ว ศาลจะกำหนดประเด็นที่จะวินิจฉัย จากนั้นตุลาการแต่ละคนจะไปเขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตัวแล้วนำมาแถลงต่อที่ประชุมองค์คณะพิจารณาคดีในวันที่ประชุมเพื่อแถลงการณ์และลงมติพร้อมกับมอบความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตัวให้ตุลาการผู้จัดทำร่างคำวินิจฉัยกลางเพื่อรวบรวมไปจัดทำร่างคำวินิจฉัยกลางต่อไป ตุลาการแต่ละคนจะเขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตัวโดยวินิจฉัยไปที่ละประเด็นตามที่ที่ประชุมได้ตั้งประเด็นไว้ แต่บางคนเมื่อวินิจฉัยในประเด็นแรกไปในทิศทางที่ทำให้ไม่ต้องวินิจฉัยประเด็นต่อไป เช่น วินิจฉัยในประเด็นแรกว่าคำร้องในประเด็นนี้ไม่เป็นสาระที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงไม่วินิจฉัยประเด็นหลัง คือไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นที่เป็น

เนื้อหาแห่งคดี เช่น บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือหากจะเทียบกับในกรณีของคำวินิจฉัยที่ 20/2544 ก็คือ ตุลาการที่วินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจึงขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 295 จึงไม่วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดตามมาตรา 295 หรือไม่ ทั้งนี้ การที่ตุลาการไม่ได้ลงมติร่วมกันที่ละประเด็นโดยต่างคนต่างไปเขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนมาก่อนแล้วนำมาลงมติในวันประชุมเพื่อลงมติทำให้ในขณะที่เขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนนั้น ตุลาการแต่ละคนไม่ทราบว่าตุลาการคนอื่นๆ ลงมติในแต่ละประเด็นอย่างไร ในการเขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนจึงไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นหลังในกรณีที่มีความเห็นในประเด็นแรกไปในทิศทางที่ทำให้ประเด็นหลังกลายเป็นประเด็นที่ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย หรือไม่ทำให้ผลแห่งคดีเปลี่ยนแปลงไป แต่ปรากฏว่าในคดีนั้น ตุลาการคนอื่นๆ มีความเห็นลงมติไปในทิศทางที่ทำให้ต้องมีการวินิจฉัยในประเด็นหลัง ซึ่งตามหลักแล้ว ตุลาการที่เป็นเสียงข้างน้อยในประเด็นแรกต้องยอมรับมติที่เป็นเสียงข้างมากและต้องรวมวินิจฉัยในประเด็นหลัง คือเมื่อเสียงข้างมากเห็นว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลหรือเห็นว่าผู้ถูกร้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการเสียงข้างน้อยต้องยอมรับว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจศาลหรือผู้ถูกร้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และต้องวินิจฉัยต่อไปว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ จะปฏิเสธไม่วินิจฉัยโดยย้อนกลับไปที่เหตุผลว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจศาลหรือผู้ถูกร้องไม่ใช่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่ได้

ปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการกำหนดวิธีการลงมติให้ตุลาการต้องออกเสียงลงมติวินิจฉัยคดีที่ละประเด็น โดยทุกคนทราบผลการวินิจฉัยในประเด็นนั้นไปพร้อมกันในขณะที่นั้นและผูกพันตามความเห็นของเสียงข้างมากในประเด็นก่อนหน้านั้น แล้วจึงวินิจฉัยในประเด็นต่อไปทีละประเด็น ก็จะทำให้ปัญหาการลงมติไม่ครบทุกประเด็นนั้นหมดไปได้ ซึ่งในปัจจุบันนี้ ศาลรัฐธรรมนูญใช้วิธีการเขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนมาก่อน แล้วแถลงการณ์ลงมติตามที่ได้เขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนมา⁴⁰ โดยคำนึงถึงการรักษาความลับว่าไม่ต้องการให้ใคร

⁴⁰ การที่ศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติเช่นนี้ เนื่องจาก รัฐธรรมนูญ มาตรา 216 วรรคสอง บัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนต้องทำความเห็นในการวินิจฉัยในส่วนของตนหรือที่เรียกว่าคำวินิจฉัยส่วนตน พร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญบัญญัติเช่นนั้น แต่ศาลก็สามารถเขียนคำวินิจฉัยส่วนตนและลงมติไปทีละประเด็นได้ เพื่อให้มีการวินิจฉัยครบถ้วนทุกประเด็นโดยตุลาการครบองค์คณะทุกประเด็น และการลงมติไปทีละประเด็นจะช่วยให้องค์คณะทุกคนตั้งประเด็นในการวินิจฉัยเหมือนกันตั้งแต่ประเด็นแรกไปจนถึงประเด็นสุดท้าย แต่หากไม่วินิจฉัยไปพร้อมกันทุกคนไปทีละประเด็น ก็จะทำให้เกิดปัญหาการตั้งประเด็นวินิจฉัยแตกต่างกันหรือลำดับขั้นตอนในการวินิจฉัยแตกต่างกัน ตลอดจนการกำหนดประเด็นวินิจฉัยไม่เท่ากัน อันทำให้เกิดความยุ่งยากในการนับคะแนนเสียงข้างมากในแต่ละประเด็น

ล่วงรู้ได้ก่อนการลงมติในประเด็นที่เป็นเนื้อหาแห่งคดีว่าใครจะมีความเห็นลงมติวินิจฉัยประเด็นใดไปในทิศทางใด ซึ่งการที่ตุลาการคนนั้นไม่ทราบว่าเป็นประเด็นก่อนหน้านี้เสี่ยงข้างมากของตุลาการวินิจฉัยอย่างไร ตุลาการคนนั้นย่อมไม่อาจใช้ความเห็นข้างมากในการวินิจฉัยประเด็นนั้นเป็นฐานของการวินิจฉัยประเด็นต่อไปได้ เช่น ตนเองอาจวินิจฉัยว่าประเด็นที่หนึ่งนี้ไม่เป็นสาระหรือไม่อยู่ในอำนาจศาล หรือผู้ถูกร้องไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือผู้ร้องไม่มีอำนาจยื่นคำร้อง จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ ส่งผลให้ไม่วินิจฉัยในประเด็นที่สอง แต่เมื่อเสี่ยงข้างมากออกมาว่าวินิจฉัยในประเด็นที่หนึ่ง จึงต้องวินิจฉัยในประเด็นที่สองด้วย เมื่อมีการเขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนมาก่อนแล้วโดยไม่ได้อำนาจวินิจฉัยในประเด็นที่สอง จึงทำให้มีการวินิจฉัยไม่ครบทุกประเด็น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การรักษาความลับในการประชุมพิจารณาคดีนั้นเป็นเรื่องสำคัญ ตุลาการทุกคนมีหน้าที่รักษาความลับในที่ประชุมพิจารณาคดีที่จะต้องไม่ให้รั่วไหลไปยังบุคคลภายนอก แต่สำหรับตุลาการด้วยกันเองแล้วย่อมไม่มีความลับ เพราะต้องใช้มติเสียงข้างมากในประเด็นก่อนเป็นฐานในการวินิจฉัยประเด็นหลังต่อไป ซึ่งหากไม่ทราบมติเสียงข้างมากในประเด็นก่อนหน้าแล้ว ก็อาจเกิดกรณีการไม่วินิจฉัยในประเด็นหลัง โดยเห็นว่าไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเพราะไม่เปลี่ยนแปลงผลคดีตามที่ได้อำนาจวินิจฉัยในประเด็นก่อน ทั้งที่หากยึดถือผูกพันตามมติเสียงข้างมากประเด็นก่อนแล้ว การวินิจฉัยในประเด็นหลังนั้นเป็นสิ่งจำเป็น เพราะตนอาจเป็นเสียงข้างน้อยในประเด็นก่อนนั้น ตัวอย่าง เช่น ประเด็นแรกคือคำร้องนี้อยู่ในศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้หรือไม่ หากตุลาการทุกคนถือเป็นความลับที่จะไม่เปิดเผยก่อนการวินิจฉัยในประเด็นที่เป็นเนื้อหาของคดี ก็อาจมีบางคนเขียนคำวินิจฉัยส่วนตนมาก่อนว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยในเนื้อหาไปว่าการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิด หรือความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลง ในขณะที่ตุลาการอีกคนหนึ่งอาจเขียนคำวินิจฉัยส่วนตนมาแถลงต่อที่ประชุมว่า คดีนี้ผู้ร้องไม่มีอำนาจยื่นคำร้องจึงไม่วินิจฉัยในเนื้อหาว่าการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดหรือไม่ หรือความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงแล้วหรือไม่ ซึ่งหากตุลาการที่วินิจฉัยว่าผู้ร้องไม่มีอำนาจยื่นคำร้องนี้เป็นเสียงข้างน้อย โดยหลักแล้วก็ย่อมจะต้องยอมรับตามที่เสียงข้างมากวินิจฉัยว่าคดีนี้ผู้ร้องมีอำนาจยื่นคำร้องและต้องวินิจฉัยในประเด็นต่อไปว่าความรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงหรือไม่ การที่บางคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามหลักที่กล่าวมานี้ โดยตุลาการเสียงข้างน้อยในประเด็นก่อนไม่ผูกพันตามเสียงข้างมากและวินิจฉัยในประเด็นต่อไป ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเพราะวิธีปฏิบัติในการประชุมพิจารณาวินิจฉัยคดีในวันที่มีการลงมตินั้น เมื่อตุลาการแต่ละคนแถลงต่อที่ประชุมว่าตนวินิจฉัยประเด็นใด อย่างไรแล้ว ประธานในการพิจารณาคดีก็ทำการนับคะแนนเสียงในประเด็นสุดท้ายที่เป็นเนื้อหาหลักแห่งคดีหรือผลแพ้ชนะ โดยไม่มีการย้อนกลับไปพิจารณาว่าตุลาการ

แต่ละคนนั้นได้วินิจฉัยในประเด็นอื่นๆ ครบถ้วนหรือไม่ อาจเพราะเห็นว่าเป็นขั้นตอนการลงมติแล้วจึงไม่มีการอภิปรายกันอีกแต่อย่างใด และการลงมตินั้น เป็นการแถลงถึงผลคดีในขั้นสุดท้ายว่าตนวินิจฉัยอย่างไรโดยไม่ได้อภิปรายไปทีละประเด็น ไล่ไปตามลำดับตามที่ควรจะเป็น ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ จึงทำให้ในการยกย่องคำวินิจฉัยกลางนั้น หากรวบรวมคำวินิจฉัยส่วนตนของแต่ละคนมาร้อยเรียงกันแล้ว บางกรณีอาจเห็นความขัดแย้งของผลการวินิจฉัยในแต่ละประเด็นตามลำดับจนถึงผลสุดท้ายของคดี

สำหรับวิธีการลงมตินี้ ผู้เขียนเห็นว่า การลงมติในการวินิจฉัยอาจไม่จำเป็นต้องทำทุกประเด็นเสร็จสิ้นในวันเดียวกันก็ได้ หากเป็นกรณีที่เรื่องนั้นเป็นเรื่องยุ่งยากที่ไม่สามารถกระทำให้เสร็จสิ้นภายในวันนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องเร่งรีบในการพิจารณาโดยวินิจฉัยเฉพาะประเด็นสำคัญซึ่งเป็นเนื้อหาแห่งคดี โดยละเลยประเด็นอื่นหรือไม่ได้อภิปรายกันให้กว้างขวางเพียงพอ เพราะหากอภิปรายมากเท่าใด คำวินิจฉัยก็จะชัดเจนมากขึ้นเท่านั้น แต่หากมีการอภิปรายน้อย เพราะเห็นว่ามีเวลาน้อย และจะต้องลงมติทุกประเด็นให้เสร็จภายในวันนั้นและแถลงผลการวินิจฉัยในวันนั้น ก็อาจทำให้เกิดข้อผิดพลาดในคำวินิจฉัยได้มาก เช่น การหลงลืมบางประเด็นซึ่งอาจไม่ใช่ประเด็นหลักของคดี หรือมติในบางประเด็นอาจมีผู้โต้แย้งว่าไม่ใช่คดีที่เป็นเสียงข้างมาก

ด้วยเหตุที่ ปัญหาบางประการของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญมีสาเหตุมาจากปัญหาหรือข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญคงไม่สามารถแก้ปัญหาคำนี้ได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายอื่นไม่สามารถขัดหรือแย้งได้ แต่ปัญหาการประชุมปรึกษาคดีและการลงมติวินิจฉัยนี้ เกิดจากข้อบกพร่องของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญเอง จึงอาจแก้ไขได้ด้วยการแก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ หรือกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในโอกาสที่มีการตรากฎหมายดังกล่าว โดยกำหนดขั้นตอนในการกำหนดประเด็นในการวินิจฉัยและการลงมติไว้อย่างชัดเจนและมีรายละเอียดเพียงพอแก่การนำมาปฏิบัติ ดังเช่นกฎหมายวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่า ในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นการลงมติวินิจฉัยชี้ขาดคดีจะต้องกระทำทีละประเด็น ตามลำดับประเด็นปัญหาและตามหลักเหตุผล เช่น จะต้องลงมติในปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องก่อนว่าเป็นคำร้องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาได้หรือไม่ แล้วจึงลงมติในปัญหาที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคดี ประธานที่ประชุมเป็นผู้ตั้งปัญหาที่จะต้องวินิจฉัย ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันเกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีหรือลำดับของปัญหาที่จะต้องวินิจฉัย องค์กรจะเป็นผู้วินิจฉัยว่า จะถือตามความเห็นใด ในกรณีที่มียกคะแนนเสียงเท่ากันจะให้ถือลำดับการวินิจฉัยปัญหา

ตามลำดับที่ประธานในที่ประชุมกำหนดขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีการแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวน และในการลงมตินั้นจะให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเจ้าของสำนวนลงมติก่อน ส่วนตุลาการที่เหลือนั้นจะให้ผู้ที่มิวญน้อยกว่าลงมติก่อนและประธานที่ประชุมออกเสียงเป็นคนสุดท้าย ตุลาการเจ้าของสำนวนจะเป็นผู้ร่างคำวินิจฉัยนำเสนอต่อองค์คณะ หลังจากนั้นตุลาการที่เป็นองค์คณะจะช่วยกันปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำในร่างคำวินิจฉัยของตุลาการเจ้าของสำนวนจนกว่าจะเป็นที่ยอมรับกันได้ขององค์คณะแล้วจึงประกาศผลการวินิจฉัย

3) การที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดแนวทางแก้ไขกรณีที่จะแนบเสียงเท่ากัน

ปัญหาการไม่สามารถหาคะแนนเสียงข้างมากได้นั้นยังไม่เกิดขึ้นจริงในศาลรัฐธรรมนูญไทยซึ่งมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 9 ซึ่งเป็นจำนวนเลขคี่ แต่ปัญหาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้หากเป็นกรณีจำนวนตุลาการที่เป็นองค์คณะกลายเป็นเลขคู่ เช่น กรณีที่มีการคัดค้านตุลาการหรือตุลาการถอนตัวจากการพิจารณาคดีนั้น หรือป่วยหรือมีเหตุอื่นใดที่ทำให้ไม่สามารถเข้าร่วมในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ จนเหลือตุลาการที่พิจารณาคดี 6 คน หรือ 8 คน ซึ่งอาจมีมติชี้ขาดในทิศทางที่แตกต่างกันด้วยคะแนน 3 : 3 หรือ 4 : 4 คะแนน ซึ่งก็จะเกิดปัญหาว่าผลการวินิจฉัยคดีจะเป็นประการใด

ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่ได้กำหนดไว้ว่าหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นจะให้ถือว่าผลการวินิจฉัยเป็นอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาดังกล่าวพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญควรจะบัญญัติไว้ให้ชัดเจน โดยในกรณีที่หาเสียงข้างมากไม่ได้ ให้ถือว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากเป็นกรณีคดีวินิจฉัยสมาชิกภาพสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาก็ถือว่าสมาชิกภาพไม่สิ้นสุดลง ทำนองเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน เพราะถือว่าไม่มีข้อเท็จจริงที่จะมาเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงเดิมได้

จากการศึกษาพบว่า ในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน กรณีที่คะแนนเสียงเท่ากันศาลรัฐธรรมนูญจะถือว่ามีการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นของสหพันธ์ไม่ได้ ดังนั้นในกรณีมีคำร้องว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และทั้งสองฝ่ายมีจำนวนเท่ากัน ต้องถือว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยประธานที่ประชุมไม่มีอำนาจออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเพื่อชี้ขาด ส่วนในประเทศฝรั่งเศสในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่ง

เป็นเสี่ยงชีวิต ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมข้อเสนอแนะของตุลาการเจ้าของสำนวนเกี่ยวกับคำวินิจฉัย จะกระทำในการประชุมปรึกษาคดีและวินิจฉัยชี้ขาดด้วย

โดยสรุปแล้ว ปัญหาว่า กรณีตุลาการลงมติด้วยคะแนนเสียงเท่ากัน ผลการวินิจฉัยคดีจะเป็นประการใด ปัญหานี้ ในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจาก รัฐบัญญัติว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนดชัดเจนว่ากรณีที่ตุลาการมีมติที่ไม่สามารถหาคะแนนเสียงข้างมากได้ ผลการวินิจฉัยคดีคือไม่ให้ถือว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยประธานผู้พิจารณาคดีไม่มีอำนาจออกเสียงเพิ่มเป็นการชี้ขาด สำหรับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสป้องกันปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดให้ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญออกเสียงเพิ่มอีกเสียงหนึ่งเป็นเสี่ยงชีวิต อย่างไรก็ตาม เท่าที่ตรวจสอบนั้น ไม่พบว่าศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้

4) การไม่เปิดโอกาสให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงความเห็นก่อนการอ่านคำวินิจฉัยหรือแถลงต่อสาธารณชน

โดยลักษณะขององค์กรศาลนั้น หลังจากองค์คณะมีมติในประเด็นที่พิจารณาวินิจฉัยแล้ว จะต้องมีการทำคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาล ซึ่งคำวินิจฉัยนี้ต้องเป็นไปตามมติขององค์คณะ เมื่อทำคำวินิจฉัยเสร็จสมบูรณ์แล้ว จึงจะมีการประกาศคำวินิจฉัยให้สาธารณชนทราบ การประกาศให้สาธารณชนทราบนี้อาจกระทำโดยการอ่านคำวินิจฉัยให้คู่ความฟังซึ่งถือว่าเป็นการประกาศคำวินิจฉัยต่อสาธารณะ หรืออาจกระทำโดยการส่งคำวินิจฉัยไปให้คู่ความทราบก็ได้

ในทางปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น เมื่อจัดทำคำวินิจฉัยเสร็จสมบูรณ์แล้วก็จะนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาอันเป็นการประกาศคำวินิจฉัยให้สาธารณชนทราบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามในบางคดีนั้น มีการแถลงข่าวผลการลงมติวินิจฉัยคดีโดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหรือในบางคดีศาลอาจอ่านคำวินิจฉัยฉบับไม่เป็นทางการไปก่อนที่จะจัดทำคำวินิจฉัยฉบับสมบูรณ์หรือเป็นทางการที่มีเหตุผลครบถ้วนในภายหลัง⁴¹ ในกรณีนี้การแถลงผลการลงมติด้วยการแถลงข่าวหรืออ่านคำวินิจฉัยฉบับไม่เป็นทางการนี้จึงเป็นการประกาศให้สาธารณชนทราบถึงผลการลงมติวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ตุลาการทุกคนต้องผูกพันตามที่แถลงต่อสาธารณชนไปแล้ว ซึ่งขัดต่อหลักการทั่วไปในการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรกลุ่มที่ต้องให้โอกาสสมาชิกทบทวนการตัดสินใจได้ภายหลังจากรับฟังข้อมูลหรือความคิดเห็นที่สมาชิกคนอื่นนำเสนอหรือแสดงเหตุผลประกอบการตัดสินใจลงมติวินิจฉัย และสามารถขอให้มีการทบทวนการลงมติวินิจฉัยในส่วนของคนที่ลงมติไปแล้วได้ โดยถือว่าแม้จะลงมติวินิจฉัยไปแล้วแต่หากยังไม่มีการประกาศให้สาธารณชนทราบถึงผลการลงมติวินิจฉัยนั้น การพิจารณาผลมติ

⁴¹ เช่น คำวินิจฉัยที่ 15/2553 เรื่อง นายทะเบียนพรรคการเมืองขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคประชาธิปัตย์

วินิจฉัยขององค์กรกลุ่มนั้นก็ยังไม่สิ้นสุดลง สมาชิกขององค์กรกลุ่มทุกคน ซึ่งในกรณีนี้คือตุลาการที่เป็นองค์คณะทุกคนย่อมมีสิทธิในการขอทบทวนการลงมติวินิจฉัยในส่วนของตนที่ได้ลงมติไปแล้วได้ โดยที่มติที่ได้พิจารณาวินิจฉัยกันไปก่อนหน้านี้ ยังเป็นความลับในหมู่ตุลาการเท่านั้น ทุกคนจึงมีหน้าที่ต้องรักษาความลับในที่ประชุมจนกว่าการทำคำวินิจฉัยจะเสร็จสิ้น ซึ่งหมายถึงตุลาการที่เป็นองค์คณะได้ลงนามในคำวินิจฉัยครบถ้วนแล้ว จึงจะสามารถเปิดเผยผลการวินิจฉัยโดยอ่านคำวินิจฉัยหรือประกาศต่อสาธารณชนได้ ด้วยเหตุที่ในระหว่างที่คำวินิจฉัยยังไม่เสร็จสมบูรณ์นี้ ตามหลักการขององค์กรกลุ่มนั้นถือว่าการพิจารณาวินิจฉัยยังไม่เสร็จสิ้น ดังนั้น ตุลาการแต่ละคนที่เป็นองค์คณะหากประสงค์จะเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจในการออกเสียงลงมติของตนก็สามารถขอให้ที่ประชุมดำเนินการประชุมพิจารณาลงมติวินิจฉัยต่อไป เพื่อให้ตนสามารถขอทบทวนหรือเปลี่ยนแปลงการลงมติของตนได้ อย่างไรก็ตาม การจะทำเช่นนั้นได้ก็ต้องได้รับความยินยอมจากองค์คณะให้มีการทบทวนมติด้วย โดยองค์คณะต้องมีการพิจารณาถึงเหตุผลในการขอทบทวนการลงมติวินิจฉัยว่ามีความเหมาะสมหรือมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่

เกี่ยวกับการให้โอกาสในการขอทบทวนการลงมติวินิจฉัยในกรณีที่ยังไม่มีมีการประกาศให้สาธารณชนทราบถึงผลการลงมติวินิจฉัยนี้ ในประเทศเยอรมัน ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1975 ข้อ 26 (2) ให้สิทธิตุลาการที่เป็นองค์คณะในการวินิจฉัยคดีในการขอเปลี่ยนแปลงการออกเสียงวินิจฉัยคดีของตนได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ตุลาการนั้นประสงค์จะแถลงความเห็นซึ่งตนไม่เคยแถลงไว้ก่อนหรือเป็นกรณีที่ตนต้องการทำความเข้าใจ และที่ประชุมต้องพิจารณาว่ามีเหตุอันควรให้ทบทวนมติได้หรือไม่ หากไม่มีเหตุผลสมควรก็จะไม่ยินยอมให้มีการทบทวนมติ อย่างไรก็ตามโดยหลักการแล้ว หากมีการประกาศให้สาธารณชนทราบถึงผลการลงมติวินิจฉัยนั้นแล้ว ย่อมไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงมติได้อีกต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อให้ตุลาการได้มีโอกาสแก้ไขเปลี่ยนแปลงความเห็นก่อนการแถลงผลการลงมติอ่านคำวินิจฉัย ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรกลุ่มตามที่กล่าวมาแล้ว จึงควรกำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ให้มีการแถลงผลการลงมติหรืออ่านคำวินิจฉัยได้ต่อเมื่อคำวินิจฉัยที่เป็นทางการเสร็จสมบูรณ์แล้ว

โดยสรุป เพื่อให้การกำหนดประเด็นในการวินิจฉัยและการลงมติของศาลรัฐธรรมนูญมีความชัดเจน ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ข้อ ... การลงมติ

ก่อนเริ่มกำหนดประเด็นพิจารณาและลงมติ ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายแถลงข้อเท็จจริงของคดีและความเห็นเกี่ยวกับผลของคดีและให้ตุลาการเจ้าของสำนวนแถลงความเห็นเกี่ยวกับผลของคดีต่อที่ประชุม

เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนแถลงข้อเท็จจริงในคดีและความเห็นแล้ว ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นประธานในการประชุม ในกรณีที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นองค์คณะ ให้ที่ประชุมเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งเป็นประธานในการประชุม ให้ที่ประชุมร่วมกันกำหนดประเด็นพิจารณาแล้วให้ประธานถามตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะทีละคนให้ออกความเห็นทุกประเด็นที่จะวินิจฉัยโดยถามความเห็น อภิปรายและลงมติทีละประเด็น

ในการลงมติให้ที่ประชุมตุลาการกำหนดประเด็นวินิจฉัยโดยกำหนดประเด็นแรกว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ ถ้าเสียงข้างมากเห็นว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ให้ตุลาการทุกคนวินิจฉัยในประเด็นต่อไป

ถ้าศาลวินิจฉัยว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแล้ว กรณีเป็นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 211 ให้ศาลวินิจฉัยในประเด็นว่าคำร้องนั้นเป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยหรือไม่ ถ้าเสียงข้างมากเห็นว่าเป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ให้ตุลาการทุกคนวินิจฉัยในประเด็นต่อไป

ในการวินิจฉัยประเด็นที่เป็นเนื้อหาแห่งคดีที่กำหนดเป็นลำดับไป ถ้าเสียงข้างมากวินิจฉัยประเด็นที่อยู่ในลำดับก่อนหน้าแล้วส่งผลให้ต้องวินิจฉัยถัดไป ตุลาการทุกคนต้องวินิจฉัยประเด็นถัดไป

ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ในกรณีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้ถือว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในกรณีอื่นให้ถือว่ากระทำการนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เมื่อลงมติครบทุกประเด็นแล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนต้องเขียนความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนที่ประกอบด้วยเหตุผลในการวินิจฉัยแต่ละประเด็นอย่างครบถ้วน แล้วส่งให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อจัดทำคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อ ... การทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต้องประกอบด้วยสรุปความเป็นมาหรือคำถามหา คำชี้แจง แก้อีกคำถามหา สรุปข้อเท็จจริงที่ได้จากการพิจารณา เหตุผลในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอ้างอิง

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนที่เป็นองค์คณะต้องลงลายมือชื่อคำวินิจฉัย หากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดมีเหตุจำเป็นไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนจดแจ้งเหตุดังกล่าวแล้วกลั้รวมไว้กับคำวินิจฉัย

ให้ตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนรวบรวมความเห็นในการวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการที่เป็นองค์คณะ แล้วจัดทำร่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญโดยใช้เสนอต่อองค์คณะเพื่อปรับปรุงแก้ไข ถ้อยคำจนเป็นที่ยอมรับขององค์คณะ เพื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป

เมื่อตุลาการที่เป็นองค์คณะลงนามในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ประกาศผลการวินิจฉัยในราชกิจจานุเบกษาหรือประทับตราลงในคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการเพื่อส่งคำวินิจฉัยให้ผู้มีส่วนร่วมในคดี

การประกาศผลการวินิจฉัยให้สาธารณชนทราบ จะกระทำได้อีกเมื่อได้จัดทำคำวินิจฉัยเสร็จสมบูรณ์แล้ว

เกี่ยวกับประเด็นนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อตุลาการออกเสียงลงมติไปแล้ว การออกเสียงลงมตินั้นยังไม่ผูกพันตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นว่าจะเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจไป ออกเสียงลงมติอีกทางหนึ่งไม่ได้ โดยตุลาการที่ออกเสียงลงมติไปแล้วนั้น อาจร้องขอให้้องค์คณะดำเนินการประชุมปรึกษาเพื่อชี้ขาดคดีต่อไปอีก หากตนต้องการเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจในการออกเสียงลงมติ แต่ต้องกระทำก่อนการอ่านคำวินิจฉัย หรือก่อนการประทับตราอย่างเป็นทางการเพื่อส่งคำวินิจฉัยให้ผู้มีส่วนร่วมในคดี⁴² ซึ่งหลักเกณฑ์นี้สอดคล้องกับหลักการทั่วไปในการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรกลุ่ม ที่หากเป็นกรณีที่ยังไม่ได้มีการแจ้งมติดอกไปยังบุคคลภายนอก สมาชิกผู้ใดผู้หนึ่งอาจขอให้มีการทบทวนมติได้ อย่างไรก็ตาม การขอให้ทบทวนมตินั้นจำเป็นจะต้องมีเหตุผล และต้องถือว่าเป็นดุลพินิจขององค์คณะว่าจะยอมให้มีการทบทวนมติหรือไม่⁴³

4.4 วิเคราะห์ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติเรื่องกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนวินิจฉัย

จากการศึกษาพบว่า ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ยังไม่มีการบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายอันอาจจะเกิดขึ้นกับคู่กรณีหรือสาธารณะ หรือเหตุอื่นที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น หากมีกรณีฉุกเฉินที่อาจเกิดความเสียหายขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีเครื่องมือที่จะใช้ในการป้องกันความเสียหาย แม้ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ จะกำหนดว่าการพิจารณาคดีที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ

⁴² ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ข้อ 26 วรรคสอง

⁴³ วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย (น. 222). เล่มเดิม.

มิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เท่าที่พอจะใช้บังคับได้ และไม่ขัดต่อข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่ทราบกันว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นกฎหมายที่ค่อนข้างไปทางวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหา และใช้ในการพิจารณาคดีที่คู่ความที่พิพาทกันมีฐานะเท่าเทียมกัน ไม่มีฝ่ายใดมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง ตลอดจนเรื่องที่พิพาทกันเป็นเรื่องประโยชน์ของเอกชนเท่านั้น ดังนั้น การจะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องใดมาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ จึงต้องเป็นไปตามหลักการทั่วไปว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักการของวิธีพิจารณาคดีในระบบไต่สวนและต้องคำนึงถึงสถานะของคู่ความ ตลอดจนประโยชน์สาธารณะด้วย

การที่รัฐธรรมนูญและข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่มีการบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวไว้โดยเฉพาะ และการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้นำเอาบทบัญญัติในเรื่องวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม ซึ่งเป็นการไม่คำนึงถึงหลักทั่วไปข้างต้นนั้น อาจทำให้เกิดปัญหาหรือข้อโต้แย้งในทางวิชาการ ดังกรณีตัวอย่างที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยอาศัยอำนาจตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งปรากฏครั้งแรกในเรื่องพิจารณาที่ 18-22/2555 ซึ่งเป็นกรณีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 โดยผู้ร้องยื่นคำร้องว่าประธานรัฐสภา คณะรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย พรรคชาติไทยพัฒนา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่ง ดำเนินการให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ .) พุทธศักราช ซึ่งจะมีผลให้เป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับ เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ⁴⁴ ซึ่งขณะนั้นร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม

⁴⁴ มาตรา 68 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำความผิดกล่าวข่มมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งให้เลิกการกระทำความผิด แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำความผิดดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

(ฉบับที่ .) พุทธศักราช ได้ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่สองและอยู่ระหว่างการนัดประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาลงมติในวาระที่สาม ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 คือสั่งให้เลิกการกระทำนั้น และผู้ร้องได้ขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองคดีเป็นการฉุกเฉินมาในคำร้อง โดยมีได้ระบุว่าขอให้ศาลมีคำสั่งให้ดำเนินการคุ้มครองอย่างไร อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยพร้อมกับมีคำสั่งไปยังเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรว่า ให้ดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาให้รอการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ก่อน จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวไว้ในหนังสือที่แจ้งเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรว่า ศาลได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง ประกอบมาตรา 213 วรรคหนึ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 264⁴⁵ ประกอบข้อกำหนดฯ ข้อ 6 ในการสั่งคุ้มครองชั่วคราว จึงมีประเด็นพิจารณาว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือไม่

นักวิชาการกลุ่มหนึ่ง⁴⁶มีความเห็นว่า วิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยเป็นมาตรการสำคัญในกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีรัฐธรรมนูญ การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ หรืออย่างน้อยที่สุดก็ต้องบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในเมื่อรัฐธรรมนูญและข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจก่อตั้งอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยได้ด้วยตนเอง โดยอาศัยแต่เพียง

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว

⁴⁵ มาตรา 264 นอกจากกรณีที่มีบัญญัติไว้ใน มาตรา 253 และ มาตรา 254 คู่ความขอที่จะยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งกำหนด วิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างพิจารณาหรือ เพื่อบังคับตามคำพิพากษาเช่น ให้นำทรัพย์สินหรือเงินที่พิพาท มาวางต่อศาลหรือต่อบุคคลภายนอกหรือให้ตั้งผู้จัดการหรือผู้รักษา ทรัพย์สินของห้างร้านที่ทำการค้าที่พิพาท หรือให้จัดให้บุคคลผู้ไว้ ความสามารถอยู่ในความปกครองของบุคคลภายนอก

⁴⁶ กลุ่มนิติราษฎร์ ซึ่งประกอบด้วย รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ผศ.ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ฐานันท์ นิพิฏฐกุล ดร.ปิยบุตร แสงกนกกุล ดร.สาวิตรี สุขศรี วีระ สุธีรวงศ์ ปุณเทพ ศิริบุพผ

ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ข้อ 6 เพื่อนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 264 มาใช้ เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้นำวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยมาใช้ระงับยับยั้งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งในลักษณะดังกล่าว จึงเป็นการเข้าแทรกแซงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่มีอำนาจกระทำได้⁴⁷

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลนี้ ประเทศไทยได้ศึกษารูปแบบจากประเทศเยอรมันและใช้เป็นต้นแบบในการจัดตั้งองค์กร ดังนั้นเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น เราจึงควรย้อนกลับไปศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราวในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบศาลรัฐธรรมนูญที่ประสบความสำเร็จในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนโดยองค์กรศาล และนำหลักเกณฑ์เรื่องการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวว่าเมื่อใดศาลจึงจะมีอำนาจสั่งให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว เช่น ต้องมีการร้องขอจากคู่กรณีหรือไม่ กำหนดหลักเกณฑ์ว่าใครเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราว และระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอ กำหนดวิธีพิจารณาคดีของศาลให้ต้องมีการไต่สวนคำร้องขอและให้โอกาสคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการคัดค้าน กำหนดเงื่อนไขที่ศาลจะกำหนดมาตรการในการคุ้มครองชั่วคราว เช่น เป็นกรณีที่มีความจำเป็นรีบด่วนเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างรุนแรงจนไม่อาจแก้ไขเยียวยาสิทธิของคู่กรณีได้ หรือมีเหตุผลอื่นๆ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ รวมถึงรายละเอียดหลักการกำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวว่าสามารถใช้ได้นานเท่าใดและสามารถขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ใหม่หรือไม่ เพียงใด เป็นต้น

เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีหรือประโยชน์สาธารณะในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล และเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดมาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ จึงควรมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราว โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวว่าเมื่อใดศาลจึงจะมีอำนาจสั่งให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว เช่น ต้องมีการร้องขอจากคู่กรณีหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากคดีรัฐธรรมนูญนั้น เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชน และวัตถุแห่งคดีในการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 212 ก็ยังจำกัดอยู่เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะเช่นกัน ศาลจึงควรมีอำนาจกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

⁴⁷ แฉลงการณ์คณะนิติราษฎร์เรื่อง คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญกรณีรับคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไว้พิจารณา และมีคำสั่งให้รัฐสภาการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ วันที่ 4 มิถุนายน 2555

ก่อนมีคำวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องขอ อย่างไรก็ตาม ในอนาคตอาจมีการแก้ไขกฎหมายให้วัตถุแห่งคดีในคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญครอบคลุมถึงการกระทำทางปกครองและการกระทำทางตุลาการซึ่งเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อเฉพาะประโยชน์ของผู้ขอ ในกรณีศาลจึงควรมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนวินิจฉัยได้เฉพาะเมื่อผู้ร้องในคดีนั้นยื่นคำร้องขอมา ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอบทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยโดยกำหนดให้ศาลสามารถมีคำสั่งได้เอง ยกเว้น กรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ศาลจะสั่งได้ต่อเมื่อมีคำขอจากผู้ร้อง และในคดีที่มีผู้มีส่วนได้เสีย นอกจากผู้ร้องและผู้ถูกร้องซึ่งเป็นคู่กรณีในคดีแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียซึ่งแท้จริงแล้วเป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีควรมีสถานะยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งได้ด้วย ระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอต้องร้องขอก่อนศาลมีคำวินิจฉัยซึ่งเป็นไปตามหลักของวิธีการคุ้มครองชั่วคราว การพิจารณาคดีของศาลต้องมีการไต่สวนคำร้องขอและให้โอกาสคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการคัดค้านตามหลักการรับฟังทุกฝ่ายเงื่อนไขที่ศาลจะกำหนดมาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นรีบด่วนเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างรุนแรงจนไม่อาจแก้ไขเยียวยาสิทธิของคู่กรณีได้ หรือมีเหตุผลอื่นๆ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ กำหนดระยะเวลาในการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว การขยายเวลาคุ้มครองชั่วคราวและองค์คณะในการพิจารณานั้นจะบัญญัติตามแนวทางของประเทศเยอรมันซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ถือว่าประสบความสำเร็จอย่างสูงในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนะร่างบทบัญญัติในเรื่องนี้ ดังนี้

“ในกรณีที่มีความจำเป็นรีบด่วนเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างรุนแรงจนไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใดๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องหรือประโยชน์สาธารณะเป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยคดี ไม่ว่าจะมีความร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังองค์กรที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ในคดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ต้องมีคำขอจากผู้ร้องเท่านั้น และ ศาลอาจกำหนดวิธีการชั่วคราวให้ชะลอการบังคับตามคำพิพากษาของศาลอื่นไว้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้ร้อง ผู้มีส่วนได้เสีย ผู้ถูกร้อง มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลก่อนศาลมีคำวินิจฉัยเพื่อขอให้กำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอหรือประโยชน์สาธารณะในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำวินิจฉัย

ให้ศาลดำเนินการไต่สวนคำร้องนั้น โดยให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสคัดค้านก่อนแล้วมีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวหรือยกคำขอนั้นโดยไม่ชักช้า

ในกรณีที่ศาลยกคำร้องขอ คู่กรณีอาจยื่นใหม่ได้โดยไม่ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นหรือข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนไปจากเดิม

ให้ศาลกำหนดระยะเวลาที่คำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวมีผลบังคับไว้ในคำสั่ง โดยมีระยะเวลาไม่เกินคราวละหกเดือน และศาลอาจมีคำสั่งขยายเวลาได้หากเห็นว่ามีความจำเป็นด้วยคะแนนเสียงสองในสามขององค์คณะ ในการพิจารณาขยายเวลานี้ให้ศาลดำเนินการไต่สวนเช่นเดียวกับการพิจารณาคำขอในครั้งแรก

เมื่อศาลมีคำวินิจฉัย ให้ศาลกำหนดการสิ้นสุดหรือระยะเวลาเท่าที่จำเป็นของการยังคงมีผลบังคับของคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ชั่วคราวที่มีอยู่ในวันที่ศาลวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยด้วย”

จากการศึกษาพบว่า การคุ้มครองชั่วคราวเป็นมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีหรือคู่กรณีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี การที่บุคคลนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลย่อมมุ่งหมายให้ศาลคุ้มครองสิทธิให้แก่ตน แต่โดยเหตุที่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาพอสมควร ด้วยเหตุนี้ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการอาจไม่ทันกับระยะเวลาที่ควรจะคุ้มครองสิทธิของบุคคลนั้น ซึ่งหากปล่อยให้สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่ต่อไป แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้ชนะคดีในท้ายที่สุด ก็อาจไม่สามารถให้การเยียวยาผู้ฟ้องคดีได้ ดังนั้น กระบวนการพิจารณาคดีของศาลจึงจำเป็นต้องนำระบบการคุ้มครองชั่วคราวมาใช้ โดยในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ก่อนที่จะมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยอาจมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจากการกระทำของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือจากเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น โดยปกติแล้วคู่ความจึงสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตน ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่หากเกิดขึ้นแล้วอาจไม่สามารถเยียวยาในภายหลังได้ การคุ้มครองชั่วคราวจึงเป็นวิธีการในการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความ และสามารถบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลได้ในท้ายที่สุด

ในส่วนของคดีแพ่งนั้น การคุ้มครองชั่วคราวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวจึงย่อมจะกระทบต่อสิทธิของบุคคลในคดี ในขณะที่คดีปกครอง มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวมักจะกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การที่ศาลปกครองจะมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวยังต้องมีความรอบคอบ โดยต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามภารกิจของฝ่ายปกครองกับการกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี สำหรับคดีรัฐธรรมนูญ การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอาจส่งผลกระทบต่อสังคมโดยส่วนรวมยิ่งกว่าคดีปกครอง เช่น การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไม่ให้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมีผลบังคับใช้เป็น การชั่วคราว หรือออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในกรณีที่เป็นการข้อพิพาททางการเมืองระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากมีความเสียหายเกิดขึ้นเนื่องจากการ

ไม่ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจเป็นความเสียหายต่อสาธารณะเช่นกัน เช่น การบังคับใช้กฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ หากกฎหมายมีการบังคับใช้ไปแล้วย่อมมีผลกระทบต่อประชาชนทุกคนซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและย่อมได้รับผลกระทบจากมาตรการที่กฎหมายกำหนด

มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวในคดีแต่ละประเภทอาจมีความแตกต่างกันไป แต่มีวัตถุประสงค์เดียวกันคือเพื่อให้เกิดความมั่นคงชั่วคราวต่อสิทธิเรียกร้องต่างๆ โดยหากไม่มีการคุ้มครองชั่วคราว คู่ความฝ่ายที่จะได้รับความเสียหายอาจไม่สามารถเรียกร้องตามสิทธิของตนได้ในคดีแพ่ง มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวที่สำคัญคือ การขอให้ศาลมีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยหรือบุคคลภายนอกซึ่งเป็นลูกหนี้จำเลยอยู่ไว้ก่อนพิพากษา การขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือให้หยุดหรือป้องกันการเปลี่ยนแปลง การบุบสลาย การโอน การขาย การยกย้าย หรือการจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินใดๆ ที่พิพาท จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น การขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังจำเลยไว้เป็นการชั่วคราว การขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของโจทก์ในระหว่างการพิจารณา เช่น ให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งนำทรัพย์สินหรือเงินที่พิพาทมาวางต่อศาลหรือต่อบุคคลภายนอก หรือให้ตั้งผู้จัดการหรือผู้รักษาทรัพย์สินของห้างร้านที่ทำการค้าที่พิพาท หรือจัดให้บุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่ในความปกครองของบุคคลภายนอก เป็นต้น โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการยื่นคำขอให้ศาลออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว การได้ส่วนคำขอ การออกคำสั่งของศาล ผลของคำสั่ง และการขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉิน

ในคดีปกครองมีลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากคดีแพ่ง คือ วัตถุประสงค์ที่นำมาสู่การมีข้อพิพาทเกิดจากคำสั่งทางปกครอง กฎ หรือ การกระทำทางกายภาพ ที่เกิดจากการใช้อำนาจเหนือฝ่ายเดียว อันเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ฝ่ายเอกชนหรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภาระแก่ฝ่ายเอกชน มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวจึงอาจเป็นการขอให้ชะลอการบังคับใช้กฎหมายหรือการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะพิพากษาคดี กรณีที่เป็นการฟ้องให้หน่วยงานทางปกครองชำระหนี้ เท่ากับเป็นการฟ้องรัฐให้ชำระหนี้ จึงไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการให้วางหลักประกันในการชำระหนี้ อนึ่ง ความแตกต่างจากคดีแพ่งที่สำคัญคือ ในการกำหนดมาตรการหรือคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวต้องคำนึงว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อสาธารณะได้

ในคดีรัฐธรรมนูญ มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวอาจมีความแตกต่างกันไปในคดีแต่ละประเภท เช่น การขอให้เลื่อนการประกาศใช้บังคับกฎหมายออกไปก่อน

ในประเทศเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวและมีการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาอยู่หลายครั้ง โดยมีเงื่อนไขว่า

ก) ข้อพิพาทนั้นต้องเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าหากข้อพิพาทดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้

ข) การเริ่มต้นกระบวนการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นต้องมีคำร้องขอจากคู่กรณี⁴⁸

ค) คำร้องขอให้คุ้มครองชั่วคราวจะต้องกล่าวอ้างว่าถ้าไม่มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นการเร่งด่วนนั้น จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือจะทำให้เกิดภัยอันตรายแก่ตน หรือจากเหตุผลที่จำเป็นอื่นๆ การให้เหตุผลในคำร้องนั้น ผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นถึงภัยอันตรายและความจำเป็นที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือ ซึ่งการที่ศาลจะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้นั้น ศาลต้องพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ที่เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น ผู้ยื่นคำร้องจึงต้องกล่าวอ้างถึงสิทธิเรียกร้องของตนด้วย

สำหรับวิธีการหรือมาตรการในการคุ้มครองที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคยใช้นั้น ได้แก่ ให้เลื่อนการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งที่กำลังจะมีผลบังคับใช้ออกไปก่อน สั่งระงับการดำเนินการสอบถามความเห็นประชาชนเกี่ยวกับอาชญากรรม สั่งยกเลิกวันเลือกตั้งสำหรับการเลือกตั้งส่วนท้องถิ่น สั่งระงับการออกรายการโทรทัศน์ สั่งระงับการบังคับคดีแพ่ง สั่งระงับผลในทางกฎหมายของคำพิพากษาของศาลจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัยชี้ขาดคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่าการกำหนดวิธีการชั่วคราวต้องไม่ใช่การกำหนดวิธีการใด ๆ ที่เกินไปกว่าที่ศาลจะกำหนดได้ในคำวินิจฉัย และศาลจะกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวต่อเมื่อผู้มีส่วนร่วมในคดีหรือผู้มีสิทธิเป็นผู้มีส่วนร่วมในคดีร้องขอก่อนศาลมีคำวินิจฉัยในคดีหลัก และศาลจะสั่งใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวต่อเมื่อเห็นว่ามีความจำเป็นที่ศาลต้องคุ้มครองสิทธิให้ผู้ร้องขอและเป็นเรื่องที่จะต้องกระทำอย่างเร่งด่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยชั่งน้ำหนักประโยชน์ของผู้มีส่วนร่วมในคดีทุกฝ่ายตลอดจนประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

⁴⁸ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มาตรา 32 กำหนดให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้เมื่อมีคำร้องขอ ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะความเป็นองค์กรศาลที่ไม่สามารถเริ่มคดีได้เองโดยไม่มีคำฟ้องหรือคำร้องขอ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเห็นว่าการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นเป็นเรื่องของศาลกล่าวคือ ศาลสามารถศาลสามารถเริ่มกระบวนการได้เอง

ในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ไม่ได้บัญญัติให้มีการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา ดังที่ปรากฏอยู่ในระบบศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและเกาหลีใต้

ในประเทศเกาหลีใต้ พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตั้งคุ้มครองชั่วคราวในคดีร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง โดยให้ศาลมีอำนาจสั่งระงับการดำเนินกิจกรรมของผู้ถูกร้องไว้จนกว่าศาลจะมีการอ่านคำวินิจฉัย ส่วนในคดีร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ให้ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับผลของการกระทำการของผู้ถูกร้องไว้จนกว่าศาลจะมีการอ่านคำวินิจฉัย

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่กฎหมายกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนวินิจฉัยเอาไว้แล้ว ซึ่งจะมีผลบังคับทันทีโดยศาลไม่ต้องมีคำสั่ง คือ เมื่อศาลอื่นร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้ศาลนั้นรอการพิจารณาคดีนั้นไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย เว้นแต่ กรณีที่ศาลนั้นเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน ให้ดำเนินการพิจารณาคดีที่ไม่ใช่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีต่อไปได้

4.5 วิเคราะห์ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติเรื่องการกำหนดวิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทยซึ่งปัจจุบันคือข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าจะมีวิธีการบังคับอย่างไร หรือให้หน่วยงานใดเป็นผู้มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แม้ในขณะนี้ยังไม่มีปัญหาว่ามีองค์กรของรัฐองค์กรใดไม่ยอมปฏิบัติตามให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่จากระดับความยึดมั่นในหลักนิติรัฐของสังคมไทย ซึ่งยังเป็นปัญหาในปัจจุบัน ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาดังกล่าวและเป็นการกำหนดวิธีปฏิบัติในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญจึงควรกำหนดวิธีการในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ โดยการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดไว้ในคำวินิจฉัยว่าให้หน่วยงานใดเป็นผู้บังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจกำหนดวิธีการในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐอันเป็นรูปแบบเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีของการกำหนดวิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลนี้ ไม่อาจกระทำโดยการแก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ได้ เพราะมิใช่เป็นเพียงการดำเนินงานภายในของศาลดังเช่นการกำหนดประเด็นและลงมติวินิจฉัย แต่เป็นการบังคับต่อบุคคลภายนอกด้วย

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ จึงควรมีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ต้องคัดหรือหน่วยงานของรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งไว้ในคำวินิจฉัยว่าให้องค์กรใดเป็นผู้บังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย โดยขึ้นอยู่กับว่าคำวินิจฉัยนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์กรใด เช่น หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาสิ้นสุดลง ก็กำหนดในคำวินิจฉัยให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการ เพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล หากเป็นคำวินิจฉัยเรื่องความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลง ก็ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการ หากเป็นกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดไม่มีผลใช้บังคับก็ให้ประมุขของทุกฝ่ายคือ ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี และประธานศาลดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรของตนเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้น โดยรายละเอียดว่ากรณีใดจะกำหนดให้องค์กรใดเป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลนั้นอาจกำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดไว้เป็นหลักการแต่เพียงว่า

“ให้ศาลกำหนดในคำวินิจฉัยว่าให้องค์กรใดเป็นผู้ดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล ตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ”

การบังคับคดีเป็นกระบวนการที่แสดงถึงความเป็นอำนาจเหนือของรัฐ หากรัฐไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลย่อมทำให้สังคมไม่มีความเชื่อถือต่ออำนาจรัฐและทำให้กฎหมายไม่มีผลในทางปฏิบัติ การบังคับคดีจึงเป็นการทำให้เกิดความมั่นคงในทางกฎหมาย เป็นกระบวนการที่ทำให้กฎหมายสารบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงและทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถบรรลุความมุ่งหมายตามสิทธิของตนได้

การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากเมื่อพิจารณาตามทฤษฎีว่าด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องผูกพันต่อองค์กรของรัฐทั้งหลายและต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยได้ จึงจะสามารถพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ได้ ซึ่งหากองค์กรของรัฐทั้งหลายมีการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐที่องค์กรของรัฐต้องให้ความเคารพต่อคำพิพากษาของศาล ก็อาจไม่มีความจำเป็นต้องมีมาตรการในการบังคับคดี แต่หากองค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาซึ่งส่งผลกระทบต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้

ด้วยเหตุที่ลักษณะของข้อพิพาทในคดีรัฐธรรมนูญแตกต่างไปจากคดีแพ่ง ทั้งจากลักษณะของข้อพิพาทและคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในคดี การบังคับคดีรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถใช้กลไกปกติดังเช่นคดีแพ่งได้ ในคดีแพ่งบุคคลที่จะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลคือเอกชน ส่วนคดีปกครองและคดีรัฐธรรมนูญนั้น บุคคลที่จะถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล คือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งสามารถใช้กลไกของรัฐตามปกติบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ ซึ่งดูเหมือนว่า ไม่น่าจะมีปัญหาในการบังคับคดี เพราะในประเทศที่ปกครองโดยระบบนิติรัฐ องค์กรต่างๆ ของรัฐย่อมต้องผูกพันต่อคำพิพากษาของศาลอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงวิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลนั้น ก็อาจมีปัญหว่า เมื่อมีองค์กรใดไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาล จะมีวิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลอย่างไร หรือหน่วยงานใดมีหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล

จากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า การบังคับคดีรัฐธรรมนูญในต่างประเทศนั้นมีรูปแบบในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างกันไป เช่น ประเทศฝรั่งเศส อาศัยประมุขของรัฐเข้ามามีบทบาทในการกำหนดกลไกในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับประเทศเยอรมันกฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดในคำวินิจฉัยว่า หน่วยงานใดมีหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์และอาจกำหนดวิธีการและมาตรการในการบังคับคดีด้วยก็ได้

ประเทศฝรั่งเศสนั้นมิได้มีบทบัญญัติโดยตรงเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและมิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ขององค์กรใดในการดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยดังเช่นประเทศเยอรมัน แต่ในทางปฏิบัติ ประธานาธิบดีเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในเรื่องดังกล่าวนี้ ตัวอย่างเช่น กรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดหรือบทบัญญัติมาตราใดในกฎหมายฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีก็จะใช้อำนาจไม่ประกาศใช้กฎหมายนั้นหรือขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายใหม่อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสอาจไม่ใช่เรื่องที่มีความยุ่งยากหรือซับซ้อนมากนัก เพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสทำหน้าที่เฉพาะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงอาศัยเพียงประธานาธิบดีซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจในการประกาศหรือไม่ประกาศใช้กฎหมายก็เป็นการเพียงพอที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้แล้ว อนึ่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมิได้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเข้มข้นอย่างศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งมีคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญอันเป็นวิธีการคุ้มครองหรือบังคับให้เป็นไปตามสิทธิเสรีภาพ

ของปัจเจกบุคคลเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลเป็นจำนวนมากและมีความจำเป็นต้องใช้วิธีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในหลายรูปแบบ และอาจต้องบังคับโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ กฎหมายจึงให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในการที่จะกำหนดไว้ในคำพิพากษาให้หน่วยงานใดเป็นผู้ดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ซึ่งการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวนี้อาจไม่มีความจำเป็นสำหรับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

ส่วนประเทศเกาหลีใต้ การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีบัญญัติไว้ในกรณีการบังคับตามคำวินิจฉัยที่ให้อุบพรรคการเมือง ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติมีหน้าที่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติพรรคการเมือง โดยเมื่อศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว หรือเมื่อการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นลง ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแจ้งให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติและคณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติทราบและให้ส่งคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำร้องขอให้ยุบพรรคการเมืองให้ผู้ร้อง สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ฝ่ายบริหาร และคณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ ส่วนผลของคำวินิจฉัยนั้น เมื่อมีการอ่านคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองให้พรรคการเมืองนั้นเป็นอันเลิกไป

4.6 วิเคราะห์ปัญหาการรักษาความสงบเรียบร้อยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล

ประเทศไทยนั้น ในขณะนี้ยังไม่มีมาตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญในเวลานี้ คือ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ นั้น ให้ศาลมีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยของการพิจารณาคดีรวมทั้งออกกระเปียบเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย แต่ไม่ได้ให้อำนาจลงโทษบุคคลที่ก่อวุ่นกระบวนการพิจารณาคดีของศาลหรือฝ่าฝืนระเบียบในการรักษาความสงบเรียบร้อยในการพิจารณาคดีของศาล ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลที่กระทำการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ นั้นมิได้ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ดังนั้น การกำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจลงโทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เป็นการดูหมิ่นศาลหรือการกระทำที่ก่อวุ่นกระบวนการพิจารณาคดีของศาลก็ตาม จึงไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับโทษนั้นต้องตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ การจะให้ศาลรัฐธรรมนูญในการลงโทษผู้ก่อวุ่นกระบวนการพิจารณาของศาลในฐานะละเมิดอำนาจศาลจึงต้องกระทำโดยการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ในห้วงเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ เป็นกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคดี หากมีปัญหาที่ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยหรือขัดขวางกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจลงโทษผู้ที่ทำการขัดขวางกระบวนการพิจารณานั้นฐานละเมิดอำนาจศาลได้ แม้ว่าข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ จะกำหนดว่าวิธีพิจารณาใดซึ่งข้อกำหนดมิได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ศาลสามารถออกข้อกำหนดให้คู่ความหรือบุคคลภายนอกที่อยู่ในห้องพิจารณาคดีปฏิบัติได้ หากไม่ปฏิบัติตามศาลสามารถลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลได้⁴⁹ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล เพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปตามเที่ยงธรรมและรวดเร็ว นอกจากนี้ยังถือว่าการที่หนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ได้แสดงข้อเท็จจริงผิดจากข้อเท็จจริงแห่งคดีหรือรายงานหรือวิพากษ์วิจารณ์กระบวนการพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นกลาง ไม่ถูกต้อง หรือเป็นการวิพากษ์วิจารณ์โดยไม่เป็นธรรม⁵⁰ เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลด้วย ซึ่งความผิดฐานนี้ ศาลมีอำนาจลงโทษไล่ออกจากบริเวณศาล หรือลงโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁵¹

การที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลนั้น เนื่องจาก อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่จะกระทบกับบุคคลภายนอกได้นั้น ย่อมจำกัดอยู่เฉพาะแต่การขยายหลักการพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนด ตลอดจนวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาเท่านั้น แต่ศาลไม่มีอำนาจกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยอ้างอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ใช้ในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดี เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้ระบุให้อำนาจในเรื่องนี้อย่างชัดแจ้ง⁵² ดังนั้น ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ จึงมิได้บัญญัติถึงเรื่องการละเมิดอำนาจศาลเอาไว้

ปัญหาที่เกิดจากการที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ไม่ได้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรณีบัญญัติ จึงไม่สามารถกำหนดบทบัญญัติที่เป็นการกระทบต่อบุคคลภายนอกนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ได้นั้น ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีกฎหมายหรือเครื่องมือที่จะใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความเรียบร้อย

⁴⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30

⁵⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 32

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33

⁵² วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. (น.184). เล่มเดิม.

โดยที่อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในศาลในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเรียบร้อย ดังนั้น ในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ จึงควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล และโดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาลจึงควรจำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการขัดขวางการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งเป็นระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย และไม่รวมถึงการกระทำที่เป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษาเช่นในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยความผิดในลักษณะการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษานั้นควรเป็นการดำเนินคดีอาญาในศาลยุติธรรม ซึ่งต้องผ่านกระบวนการสอบสวน และการฟ้องคดีตามกระบวนการยุติธรรมตามปกติ

การกำหนดให้การละเมิดอำนาจศาลในศาลรัฐธรรมนูญนั้นจำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการก่อกวนความสงบหรือรบกวนการพิจารณาคดี เช่น การฝ่าฝืนคำสั่งหรือข้อกำหนดเพื่อรักษาความเรียบร้อยในการพิจารณาคดีของศาลหรือมีการประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลในขณะที่พิจารณาคดี เพราะศาลต้องมีอำนาจที่จะป้องกันมิให้มีการรบกวนการพิจารณาคดีของศาล และเมื่อมีการก่อกวนในศาลเกิดขึ้นก็ต้องใช้มาตรการบังคับเอากับผู้ก่อกวนนั้นได้ทันที เช่น การสั่งจับกุม และคุมขังผู้ที่ก่อกวนในศาลหรือรบกวนกระบวนการพิจารณาของศาลไปคุมขังไว้จนกว่าจะเสร็จสิ้นการพิจารณา มิฉะนั้นศาลก็ไม่อาจดำเนินกระบวนการพิจารณาให้ลุล่วงไปได้ด้วยดี เพราะหากศาลไม่มีอำนาจเช่นนี้ย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาคดีถูกขัดขวางและไม่สามารถดำเนินการไปได้อย่างเรียบร้อย ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องสามารถพิจารณาคดีนี้ได้เองโดยมีอำนาจบังคับเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เช่น นำตัวผู้รบกวนกระบวนการพิจารณาออกไปจากห้องพิจารณาคดีหรือนำไปคุมขังไว้ในระยะเวลาเท่าที่จำเป็นเพื่อไม่ให้รบกวนการพิจารณาคดีของศาล เมื่อหมดความจำเป็น เช่น กระบวนการพิจารณาคดีของศาลสิ้นสุดลงก็ต้องปล่อยตัวไป โดยคำสั่งลงโทษนั้นต้องเป็นที่สุด ผู้ถูกลงโทษไม่มีสิทธิอุทธรณ์ เพื่อให้คำสั่งลงโทษนั้นมีสภาพบังคับทันที ส่วนการละเมิดอำนาจศาลประเภทที่ค่อนข้างไปในทางกรู๊มครองผู้พิพากษาในฐานะส่วนตัวจากการถูกหมิ่นเกียรติ เช่น การวิพากษ์วิจารณ์ศาลว่าพิจารณาคดีไม่เป็นธรรม การหมิ่นประมาท การดูหมิ่น ซึ่งมีใช่เป็นการกรู๊มครองสถาบันศาลในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรจะมีอำนาจพิจารณาคดีจึงไม่กำหนดให้เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในศาลรัฐธรรมนูญ โดยผู้เขียนเห็นว่าในความผิดประเภทนี้ควรให้มีการดำเนินคดีในความผิดฐานดูหมิ่นศาลหรือหมิ่นประมาทซึ่งอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม เพื่อให้เป็นไปตามหลักที่ว่า ไม่มีใครสามารถเป็นผู้พิพากษาได้ในคดีที่ตนมีส่วนได้เสีย

จากการศึกษาพบว่า ในระบบศาลไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีมาตรการป้องกันมิให้มีบุคคลใดมาทำให้ศาลเสียความยุติธรรมหรือไม่สามารถทำหน้าที่บริหารงานยุติธรรมโดยถูกต้อง โดยมาตรการหนึ่ง คือการกำหนดให้ศาลมีอำนาจลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลซึ่งเป็นการลงโทษที่ไม่ต้องผ่านกระบวนการสอบสวนและฟ้องคดี ดังเช่นคดีอาญาทั่วไปโดยถือว่าศาลเป็นผู้อยู่ในเหตุการณ์นั้นด้วยตนเอง อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยการกระทำที่เป็นความผิดนั้น นอกจากการก่อกวนหรือขัดขวางกระบวนการพิจารณาของศาลหรือการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อบังคับเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในการพิจารณาคดีของศาลแล้ว ยังรวมถึงการหมิ่นประมาทศาลหรือดูหมิ่นศาลด้วย การกระทำที่เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้นไม่มีพื้นฐานทางทฤษฎีที่แน่นอนและขอบข่ายของความผิดนั้นก็ไม่นั่นด้วย ขึ้นอยู่ว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการขัดขวางการบริหารงานยุติธรรมหรือไม่ บุคคลที่จะถูกลงโทษฐานละเมิดอำนาจก็ไม่มีกำหนดไว้ โดยทนายความก็อาจถูกลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลได้ แต่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลมุ่งหมายเฉพาะการกระทำที่เป็นการก่อกวนหรือขัดขวางกระบวนการพิจารณาของศาลหรือการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือข้อบังคับเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในการพิจารณาคดีของศาล โดยมีแนวคิดว่าการพิจารณาคดีของศาลนั้นเปรียบเหมือนการประชุม ที่ประธานการประชุมจะต้องมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของการประชุมเท่านั้น

ประเทศเยอรมันเป็นหนึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องการลงโทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลจึงเป็นมาตรการที่กำหนดไว้ เพื่อให้ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งหรือข้อกำหนดใดๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในศาล อันเป็นการป้องกันการรบกวนการพิจารณาคดีของศาล และในกรณีที่มีการก่อกวนเกิดขึ้น ศาลก็มีอำนาจที่จะใช้มาตรการบังคับเอาแก่ผู้นั้นได้ทันที อำนาจที่จะควบคุมกำกับกับการดำเนินคดีละเมิดอำนาจศาลของศาลในเยอรมัน เรียกว่า อำนาจตำรวจในการดำเนินคดี (Sitzungspolizei) ซึ่งศาลต้องมีอำนาจที่จะออกคำสั่งหรือข้อกำหนดใดๆ เพื่อรักษาความเรียบร้อยในบริเวณได้ด้วย และอาจใช้มาตรการบังคับในทันทีกับผู้รบกวนการพิจารณาคดีของศาลเมื่อมีการล่วงละเมิดความเรียบร้อยบริเวณศาล เช่น มีการฝ่าฝืนคำสั่งหรือข้อกำหนดเพื่อรักษาความเรียบร้อยในการพิจารณาคดีของศาลหรือมีการประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลในขณะที่พิจารณาคดี โดยถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล และศาลมีอำนาจใช้มาตรการบังคับตามกฎหมายแก่ผู้นั้นได้ทันที การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลจึงเป็นการกระทำในทางคดีเพื่อรักษาไว้ซึ่งความเรียบร้อยและเพื่อจัดการก่อกวนการพิจารณาคดี

ของศาล รวมทั้งในการพิจารณาด้วย ซึ่งมาตรการที่จะใช้จัดการกับการละเมิดอำนาจศาลในเยอรมันมีอยู่ 2 ประการ คือ

ก) มาตรการเตือนหรือป้องกัน

การสั่งการสำหรับมาตรการเพื่อการป้องกัน เช่น การคัดเตือน การให้ถอนคำพูด เป็นต้น เป็นอำนาจของประธานผู้พิจารณาคดีและอาจสั่งการกับบุคคลทุกคนที่อยู่ในที่นั้นได้ รวมทั้งกับผู้พิพากษาร่วมคณะ พนักงานอัยการ หรือทนายความด้วย โดยผู้ถูกใช้ไม่มีสิทธิอุทธรณ์ใดๆ ทั้งสิ้น

ข) มาตรการบังคับ

มาตรการอันเป็นการบังคับนี้ ใช้กับการก่อกวนหรือรบกวนความเรียบร้อยในศาลที่เกิดขึ้นแล้ว โดยศาลเป็นผู้ใช้มาตรการนี้และใช้ได้เฉพาะกับบุคคลตามที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้นคือ คู่ความ ผู้ต้องหา พยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือบุคคลนอกคดีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลซึ่งออกเพื่อการรักษาความเรียบร้อย หรือประพฤติดนไม่เรียบร้อยขณะศาลพิจารณาคดี แต่จะใช้กับผู้พิพากษาร่วมคณะ พนักงานอัยการ หรือทนายความไม่ได้ ศาลทำได้เพียงการแจ้งต่อผู้บังคับบัญชาของพนักงานอัยการนั้น หรือแจ้งต่อกรรมการควบคุมทนายความเท่านั้น

การใช้มาตรการอันเป็นการบังคับนั้นอาจเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ การไม่เชื่อฟังคำสั่งหรือข้อกำหนดของศาล และการประพฤติดนไม่เรียบร้อย

สำหรับการอุทธรณ์คำสั่งที่เป็นการมาตรการบังคับนั้น กรณีที่ศาลสั่งปรับไม่เกิน 1,000 ยูโร หรือกักขังไม่เกิน 1 สัปดาห์ ฐานประพฤติดนไม่เรียบร้อยขณะศาลพิจารณาคดีตาม มาตรา 178 ผู้ถูกสั่งสามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงมลรัฐสูงสุดได้ภายใน 1 สัปดาห์ เว้นแต่คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งของศาลสูงสุดของสหพันธรัฐหรือของศาลสูงมลรัฐ แต่การอุทธรณ์ไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งนั้น

จะเห็นได้ว่า กรณีที่การอุทธรณ์จะมีผลเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่ง คือ กรณีที่คำสั่งนั้นเป็นการสั่งใช้มาตรการ โดยผู้พิพากษานายเดียวในการทำหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนอกห้องพิจารณาคดี

บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องละเมิดอำนาจศาลนี้ไว้ในกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาล (Gerichtsverfassungsgesetz) ซึ่งนำมาใช้ในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันด้วย ตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มาตรา 17⁵³

ในประเทศฝรั่งเศส ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการละเมิดอำนาจศาลหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แม้ว่าในศาลยุติธรรมนั้นจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลใช้บังคับอยู่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจเป็นเพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเป็นองค์กรในรูปแบบคณะกรรมการไม่ใช่องค์กรศาล และวิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่มีการพิจารณาโดยวาจาจึงไม่ใช่การพิจารณาคดีโดยเปิดเผย โดยเป็นการประชุมปรึกษาคดีเท่านั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเรื่องการละเมิดอำนาจศาล

ในประเทศเกาหลีใต้ พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ค.ศ. 1988 ได้กำหนดให้การกระทำต่อไปนี้มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านวอน คือ ได้รับหมายเรียกหรือได้รับมอบหมายให้มาเป็นพยาน พยาน ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ตีความหรือล่าม ให้มาศาลรัฐธรรมนูญแต่ไม่มา โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ถูกถามหรือให้นำเสนอเอกสาร พยานหลักฐานต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ยอมนำเสนอโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ปฏิเสธ หรือรบกวนหรือหลีกเลี่ยงในการตรวจสอบ สอบสวนของศาลรัฐธรรมนูญ โดยปราศจากเหตุอันสมควร

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีใต้ ค.ศ. 1988 มาตรา 35 ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในศาลไว้ โดยให้ตุลาการที่เป็นประธานในคดีมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในห้องพิจารณาคดี และให้นำบทบัญญัติมาตรา 58-63 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรศาล (the Court Organization Act) มาใช้โดยอนุโลม ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลสั่งกักขังไม่เกิน 20 วันหรือปรับไม่เกิน 1,000,000 วอน แก่ผู้ที่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าเกี่ยวกับการลงโทษในฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญนั้น การบัญญัติกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจลงโทษผู้ก่อความวุ่นวายในกระบวนการพิจารณาคดีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ไม่อาจกระทำได้โดยการแก้ไขข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แต่ต้องกระทำโดยการบัญญัติไว้ในกฎหมายที่ตราขึ้น

⁵³ มาตรา 17 (การเปิดเผยต่อสาธารณะ-ตำรวจรักษาความเรียบร้อย-การออกเสียงวินิจฉัย)

หากไม่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ให้นำบทบัญญัติหมวดที่ 14 ถึง 16 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยธรรมนูญศาล เกี่ยวกับการพิจารณาโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ ตำรวจรักษาความเรียบร้อย ภาษาที่ใช้ในศาล การประชุมปรึกษาคดี และการออกเสียงวินิจฉัยมาใช้บังคับโดยอนุโลม

โดยองค์กรณีบัญญัติ ในโอกาสที่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญโดยกฎหมายดังกล่าวควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ที่จำกัดเฉพาะลักษณะการกระทำที่เป็นการก่อกวนกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น ส่วนการวิพากษ์วิจารณ์ศาลไม่ว่าจะเป็นในทางวิชาการหรือไม่ ตลอดจนการดูหมิ่นศาลและการหมิ่นประมาทนั้นเป็นความผิดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเกียรติของผู้พิพากษาไม้มุ่งคุ้มครองกระบวนการพิจารณาของศาล จึงไม่ควรบัญญัติให้เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในศาลรัฐธรรมนูญ แต่ควรจะดำเนินคดีในศาลยุติธรรมเป็นคดีต่างหาก ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักการที่ว่าผู้พิพากษาไม่ควรตัดสินใจคดีที่ตนเองเป็นคู่ความหรือมีส่วนได้เสียในคดี

ในส่วนของอัตราโทษของความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาจากการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในศาลยุติธรรมที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนและปรับไม่เกินห้าร้อยบาท⁵⁴ และการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในศาลปกครองมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนและปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท⁵⁵ แล้ว เห็นว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2477 อัตราโทษตามกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นอัตราโทษที่เหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในขณะนั้น ในขณะที่พระราชบัญญัติจัดตั้ง

⁵⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 33 ถ้าคู่ความฝ่ายใดหรือบุคคลใดกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลใด ให้ศาลนั้นมีอำนาจสั่งลงโทษโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง หรือทั้งสองวิธีดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(ก) ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือ

(ข) ให้งลงโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

การไล่ออกจากบริเวณศาลนั้นให้กระทำได้ชั่วระยะเวลาที่ศาลนั่งพิจารณาหรือภายในระยะเวลาใดๆ ก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เมื่อจำเป็นจะเรียกให้ตำรวจช่วยจัดการก็ได้

ในกรณีกำหนดโทษจำคุกและปรับนั้นให้จำคุกได้ไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท

⁵⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 64 นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ ให้นำบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ โดยอนุโลม และเมื่อมีการละเมิดอำนาจศาลให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษได้ ดังนี้

(1) ตักเตือน โดยจะมีคำกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้

(2) ไล่ออกจากบริเวณศาล

(3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลพึงใช้ข้ออ้างระมัดระวังและเท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี และหากเป็นการสั่งลงโทษตาม (3) ให้องค์คณะอื่นที่มีไต่สวนคดีพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นผู้พิจารณาและสั่งลงโทษ

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในศาลปกครองมีการประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2542 จึงมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบันมากกว่า ประกอบกับผู้เขียนมีความเห็นว่าในปัจจุบันนี้กฎหมายมักมุ่งเน้นการลงโทษปรับในจำนวนเงินที่สูงมากกว่าที่จะมุ่งลงโทษจำคุก อีกทั้งโทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไม่ควรมีความแตกต่างลึกลงันในแต่ละศาล ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงควรกำหนดอัตราโทษของการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเท่ากับการละเมิดอำนาจศาลปกครอง

ผู้เขียนจึงเสนอว่าควรกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญรักษาความสงบเรียบร้อยในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในการลงโทษผู้ก่อวินหรือขัดขวางกระบวนการพิจารณาของศาล โดยการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือมาตรการเพื่อรักษาความปลอดภัยของศาล การก่อความวุ่นวายในบริเวณศาล ในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดอัตราโทษจำคุกและปรับเท่ากับการละเมิดอำนาจศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้

“ให้ศาลมีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยของการพิจารณาคดี โดยการออกข้อกำหนดหรือมาตรการรักษาความปลอดภัยในบริเวณศาล กรณีที่มีการฝ่าฝืนข้อกำหนดฯ ศาลมีอำนาจตัดเตือน ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือสั่งให้กักขังผู้นั้นไว้เท่าที่จำเป็นเพื่อไม่ให้ขัดขวางหรือรบกวนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล แต่ไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท”