

บทนำ

การก่อตัวของแนวความคิดที่จะให้มีสถาบันของรัฐทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้น มีความสัมพันธ์อย่างแยกไม่ออกกับข้อความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ข้อความคิดดังกล่าวนี้ถือกำเนิดขึ้นในยุโรปและสหรัฐอเมริกา ในช่วงศตวรรษที่ 17 -18 และพัฒนาเรื่อยมาภายใต้กรอบในทางประวัติศาสตร์ ทั้งนี้โดยที่พัฒนาการดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อกันและกันด้วย อาจกล่าวได้ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นวัฒนธรรมทางกฎหมาย ซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของชาติตะวันตกโดยเฉพาะ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ส่งผลโดยตรงให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการแสดงออกซึ่งอำนาจรัฐโดยนัยนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นทั้งกรอบของการใช้อำนาจรัฐและมาตรฐานสำหรับตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐได้รับการเคารพและมีผลทางปฏิบัติ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรของรัฐขึ้นมาคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล่วงละเมิด เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบกติกาในทางการเมือง¹ และแนวความคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับในประเทศไทยด้วย โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้ก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดคือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรในรูปแบบของตุลาการ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องและเป็นพื้นฐานในการศึกษากระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องศึกษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดและพัฒนาการขององค์กรนี้เป็นเบื้องต้น

1. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งปฏิเสธกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด 6 มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า “ รัฐธรรมนูญนี้...เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและผู้พิพากษาในทุก มลรัฐจะถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ และกฎหมายดังว่านั้น ไม่ว่าจะ มีบทใด ๆ ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ตาม” แต่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการครั้งแรกในบริบทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการ

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ”, หนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญาธรรมศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.191-192.

(Judicial review) ในคดี Marbury Vs Madison ในสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นมีรากฐานแนวความคิดให้เห็นก่อนหน้านั้นแล้วในยุโรปคือประเทศอังกฤษในคดีนายแพทย์ Thomas Bonham² แม้ว่ารากฐานแนวความคิดของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจะเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ แต่อังกฤษก็ไม่ได้พัฒนาหลักดังกล่าวให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปแต่อย่างใด กลับถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาแทน³

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า พัฒนาการหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดในสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับครั้งแรก ในบริบทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการ (Judicial review) ในคดี Marbury Vs Madison ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกานั้นถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษานี้ได้สร้างบรรทัดฐานขึ้นอย่างน้อยสองประการคือ การแสดงให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหน้าที่การตีความว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหน้าที่ของศาล คดีนี้ได้มีอิทธิพลอย่างสูงต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีหมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับจากประชาชนว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดของประเทศ ในกรณีที่มีกฎหมายขัดหรือแย้ง

² คดีนี้ นายแพทย์ Bonham ได้เปิดสถานพยาบาลโดยฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทย์สภาแห่งกรุงลอนดอน ศาลของแพทย์สภาพิพากษาลงโทษปรับและกักขังนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทย์สภา โดยคำปรับครั้งหนึ่งที่ได้จากนายแพทย์ Bonham ต้องตกเป็นของประธานแพทย์สภา และประธานแห่งแพทย์สภา Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ พิพากษาว่าข้อบังคับของแพทย์สภาขัดต่อหลัก Common Law (common right and reason) ย่อมไม่มีผลใช้บังคับและศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลัก Common Law หลักเรื่องความเป็นกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือที่รัฐสภารับรองของ Common Law และหลักการตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายธรรมดาที่มีต่อ Common Law ซึ่งปรากฏในคดีนี้ มีอิทธิพลอย่างมากต่อคดี Marbury V. Madison ในเวลาต่อมา

³ โปรดดู A.V. Dicey, Introduction to the study of the Law of the Consitution, London (8th edition) 1923, น. 37-38.

กับรัฐธรรมนูญให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้⁴ เมื่อรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายสูงสุดตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญส่งผลทำให้เกิดผลดังนี้คือ ทำให้สภาพที่ไร้กฎหมายเป็นสภาพที่มีกฎหมาย, พร้อมทั้งการก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นพร้อมกับการก่อตั้งการเมือง และก่อตั้งรัฐขึ้นมาโดยแยกตัวบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจออกจากรัฐที่เป็นสถาบัน⁵

เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดและมีศักดิ์เหนือกฎหมายอื่น กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งมิได้ จึงมีความจำเป็นในการที่จะต้องรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น โดยการสร้างกลไกในรัฐธรรมนูญคือ การทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา หรือโดยการสร้างองค์กระดับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งคือศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา

⁴ Ekkehart stein, Staatsrecht, 14 Aufl., Tübingen 1993; S.13 ,อ้างถึงในสรุปพล นิติไกรพจน์และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 33.

⁵ Wahl เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดก่อให้เกิดผลที่สำคัญอย่างน้อย 3 ประการคือ

ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญย่อมเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความในชั้นศาล โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงต้องมีความแน่นอนชัดเจนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เกี่ยวกับขอบเขตของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญจะต้องแตกต่างอย่างชัดเจนกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ

ประการที่สอง หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดมิใช่เป็นเพียงเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายสองบทบัญญัติ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดยังเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ขององค์กรและภาระหน้าที่ขององค์กรด้วย

ประการที่สาม การให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่ศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการกำหนดโครงสร้างของรัฐที่มีความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญและต่อกระบวนการในทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่ทำให้กระบวนการในทางการเมืองมีลักษณะเป็นกฎหมายมากขึ้น ทั้งนี้โดยการทำให้ความผูกพันในทางกฎหมายของกระบวนการในทางการเมืองมีประสิทธิภาพมากขึ้น

โปรดดู Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20. Band 1981, § 486, § 487 อ้างถึงในสรุปพล นิติไกรพจน์และคณะ, ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 33.

คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเทศที่ใช้องค์กรในลักษณะศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ประเทศ ออสเตรีย เยอรมัน สเปน โปรตุเกส และไทย เป็นต้น

2. พัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่ได้รับการยอมรับและนำมาใช้ในการเขียนรัฐธรรมนูญสำหรับในประเทศยุโรปหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมัน อิตาลี และออสเตรีย ซึ่งสาเหตุและประโยชน์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญอาจมีได้หลายประการ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีสาเหตุมาจากความจำเป็นต้องมี “องค์กรชี้ขาด” ในกรณีเกิดการขัดแย้งระหว่างรัฐ (State) กับสหพันธรัฐ (Federal State) เกี่ยวกับขอบเขตอำนาจและสิทธิของแต่ละฝ่ายหรือในประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภา (Parliamentary system) ก็มีสาเหตุแตกต่างกันไป สาเหตุสำคัญอันหนึ่งที่ทำให้ประเทศในยุโรปนำศาลรัฐธรรมนูญมาใช้ก็คือ ประเทศเหล่านั้นซึ่งเกือบจะทั้งหมดใช้ระบบการปกครองระบบรัฐสภามาก่อน ขาดความเชื่อถือในหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและกลไกของระบบรัฐสภาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ประเทศเหล่านี้มองเห็นอันตรายที่เกิดขึ้นจาก “เผด็จการโดยรัฐสภา” เพราะในระบบรัฐสภาที่มีพรรคการเมืองที่มีสมาชิกควบคุมเสียงข้างมากในสภาและในขณะเดียวกันก็เป็นพรรคการเมือง (หรือกลุ่มพรรคการเมือง) ที่เป็นรัฐบาลด้วยนั้น พรรคการเมืองเหล่านี้จะเอาอำนาจไว้กับตนเองและบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ การคอร์รัปชันและการรวมอำนาจเข้าไว้กับพรรคการเมืองฝ่ายข้างมากทำให้เกิดความเสื่อมในการบริหารประเทศ และเป็นสาเหตุส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดสงครามโลกครั้งที่สอง ดังนั้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง นักวิชาการและนักการเมืองที่มีสายตาไกลจึงได้ปรับปรุงการเขียนรัฐธรรมนูญโดยอาศัยหลักวิชาการและหลักสังคมวิทยา และศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้นำมาใช้ประโยชน์เพื่อการถ่วงดุลกับอำนาจเผด็จการ(โดยพรรคการเมืองฝ่ายข้างมาก) ในรัฐสภา⁶

สำหรับประเทศไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเพิ่งเกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการถ่วงดุลและปฏิบัติการเมืองเช่นเดียวกันในต่างประเทศ นอกจากนี้เพื่อการปฏิบัติการเมืองนั้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดองค์กรอิสระต่าง ๆ ด้วย เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง , คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตฯ และศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นมาพร้อมกันเพื่อจะช่วยให้เกิดการปฏิบัติการเมืองอย่างแท้จริง

⁶ อมร จันทรมบูรณ์, “ศาลรัฐธรรมนูญ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 12 ตอน 3, (ธันวาคม 2536), น.528.

ในอดีตนั้น นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยยังมิได้มีแนวคิดจัดตั้งองค์กรซึ่งมีหน้าที่พิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในลักษณะรูปแบบของ “ศาลรัฐธรรมนูญ” คงมีบัญญัติจัดตั้งในรูปแบบของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมืองมากกว่าศาล การกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่งประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง ซึ่งได้แก่ ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา (ซึ่งเป็นตำแหน่งทางการเมืองโดยเฉพาะ) ประธานศาลฎีกา และอัยการสูงสุด (ซึ่งเป็นตำแหน่งประจำอาชีพชดกันในตำแหน่งหน้าที่ได้) และตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนหนึ่ง ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติวิธีการสรรหาและการคัดเลือกไว้ ย่อมเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

การกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรในรูปแบบของ “คณะกรรมการ” ได้ส่งผลโดยตรงต่อวิधिพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญ การดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีการพิจารณาที่ไม่เปิดเผย และไม่มีหลักประกันพื้นฐานในวิधिพิจารณาไว้เหมือนดังเช่นวิधिพิจารณาทั่วไปขององค์กรในรูปแบบของ “ศาล” นอกจากนี้การกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งเพียงแค่ 4 ปี และสามารถได้รับการแต่งตั้งใหม่ได้ หรือการกำหนดให้คณะตุลาการมีวาระการดำรงตำแหน่งที่เป็นไปตามอายุของสภาผู้แทนราษฎร ก็ย่อมส่งผลกระทบโดยตรงต่อความเป็นอิสระในการปฏิบัติงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ รวมทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายการเมืองสามารถมีอิทธิพลเหนือตุลาการรัฐธรรมนูญได้

ปัจจุบันองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้รับการแก้ไขปรับปรุงพัฒนาให้เป็นองค์กรตุลาการอยู่ในรูปแบบศาลเต็มรูปแบบ และมีวิधिพิจารณาความของตนเอง โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้กำหนดบทบัญญัติว่าหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญไว้ เช่น การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ระบบการดำเนินคดีของศาลรัฐธรรมนูญและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ, การทำคำวินิจฉัย, ผู้มีสิทธิเริ่มคดี และที่สำคัญคือหลักการพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและวิधिพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะวิधिพิจารณาความที่ให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁸

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และนายันทชัย เพียรสนอง, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา), น.152-153.

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 269

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาของตัวเองได้นั้น มีเหตุผลสองประการดังนี้⁹

ประการแรก เมื่อการใช้รัฐธรรมนูญนี้ องค์กรที่จะต้องจัดขึ้นก่อนเพื่อให้มีการปฏิรูปการเมืองคือคณะกรรมการการเลือกตั้ง และศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมาตรา 320 วรรคสองระบุ เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เสร็จภายใน 45 วันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ คือ วันที่ 11 ตุลาคม 2540 และให้ศาลรัฐธรรมนูญลงมือทำหน้าที่การที่จะออกกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญอย่างในกรณีทั่วไปก็ทำไม่ได้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเองที่จะออกข้อกำหนดวิธีพิจารณาโดยมติเอกฉันท์

ประการที่สอง กฎหมายของประเทศยุโรป วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องออกเป็นกฎหมาย แต่ในสหรัฐอเมริกาวิธีพิจารณาของศาลฎีกาเป็นอำนาจของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาที่จะออกเอง ในตอนร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเกรงกันว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญมากเพราะเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ หากให้องค์กรอื่น ๆ มากำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาเอง เหมือนกับที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาสามารถออกระเบียบวิธีพิจารณาของตัวเองได้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 269 ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 เป็นจำนวน 31 ข้อ เป็นข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาที่สั้นที่สุดในโลกเท่าที่จะพึงพบและเป็นข้อกำหนดวิธีพิจารณาซึ่งให้อำนาจศาลมาก มีความพยายามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญบางท่านที่จะให้ออกข้อกำหนดโดยละเอียด แต่มีปัญหาคือหามติเอกฉันท์ไม่ได้ตามมาตรา 269

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาของตนเองได้ และการออกข้อกำหนดดังกล่าวต้องกระทำโดยมีมติเอกฉันท์นี้เองทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามมา อันส่งผลทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งในด้านขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา และด้านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาเป็นจำนวนมาก

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ดีในแง่ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไว้ว่า¹⁰ "วิธีพิจารณาความแพ่งที่ดี"จะต้องวางหลักเกณฑ์การดำเนินคดี

⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และนายันทชัย เพียรสนอง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.183-184.

¹⁰ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น.43-44.

ที่ชัดเจน และต้องกำหนดให้เห็นชัดเจนถึงสิทธิของผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของศาลและบทบาทของคู่ความต้องกำหนดให้ชัดเจนที่สุด และในขณะเดียวกันหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดลงไว้นั้นต้องสามารถป้องกันมิให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีมีโอกาสที่จะใช้กระบวนการดำเนินคดีไปในทางที่มีชอบได้ด้วย

หลักเกณฑ์วิธีการที่จะป้องกันการใช้กระบวนการดำเนินคดีไปในทางที่มีชอบเป็นเรื่องที่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพราะศาลก็ดี คู่ความก็ดี หน่วยงานความดีต่างก็เป็นมนุษย์ที่อาจมีอคติและขาดความเป็นกลางได้

เกี่ยวกับการป้องกันความมีชอบดังกล่าวบทบัญญัติของกฎหมายจะเน้นไปที่บทบาทของศาลหรือผู้พิพากษามากกว่าเน้นที่บทบาทขององค์กรอื่น เช่น การมีบทบัญญัติว่าด้วย "การตัดอำนาจผู้พิพากษา" นอกจากการพิจารณาพิพากษาคดี และการมีบทบัญญัติว่าด้วย "การคัดค้านผู้พิพากษา" เหล่านี้เป็นต้น หรือแม้การมีบทบัญญัติว่าด้วย "ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา" ก็เป็นเรื่องของการป้องกันมิให้มีการดำเนินคดีไปโดยมีชอบด้วย และเมื่อศาลปราศจากอคติและมีความเป็นกลางอย่างแท้จริงแล้ว การควบคุมคู่ความหรือหน่วยงานมิให้ดำเนินคดีไปในทางที่มีชอบก็ย่อมมีประสิทธิภาพศาลมีหน้าที่ต้องระมัดระวังไม่ให้มีการเลื่อนคดีโดยไม่จำเป็น

ในการดำเนินคดีต้องมีการกำหนดรูปแบบที่ชัดเจนด้วย การดำเนินคดีที่ปราศจากรูปแบบแต่ให้เป็นไปตามดุลพินิจของผู้พิพากษาก็ไม่ได้โดยเด็ดขาด วิธีพิจารณาความแพ่ง ต้องมีรูปแบบที่แน่นอนตามสมควร ต้องมีระบบควบคุมให้ทุกสิ่งเป็นไปโดยถูกต้องและผ่อนปรน และต้องปิดกั้นมิให้ความไม่ถูกต้องเกิดขึ้น

บทบัญญัติที่มีความสำคัญ คือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับรูปแบบของ "กระบวนการพิจารณา" ทั้งหมด ทั้งที่เป็น "กระบวนการพิจารณาของศาล" และที่เป็น "กระบวนการพิจารณาคู่ความ" เช่น ตามปกติคำพิพากษาต้องทำเป็นหนังสือและต้องมีเหตุผลแห่งคำวินิจฉัย ต้องตัดสินตามข้อหาในฟ้องทุกข้อ ตามปกติคำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือ ต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาและคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา อุทธรณ์หรือฎีกาต้องทำเป็นหนังสือ ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่จะยกขึ้นอ้างในการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาต้องกล่าวไว้โดยชัดแจ้งในอุทธรณ์หรือฎีกาและต้องเป็นข้อที่ได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลล่าง ทั้งจะต้องเป็นสาระแก่นักอันควรได้รับการวินิจฉัย

นอกจากบทบัญญัติที่เกี่ยวกับรูปแบบแล้ว บทบัญญัติที่เกี่ยวกับระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็มีความสำคัญเช่นเดียวกัน หากปราศจากหลักเกณฑ์ในเรื่องรูปแบบแล้วก็ย่อมจะทำให้คดีดำเนินไปอย่างล่าช้า และกระบวนการพิจารณาใดไม่กระทำภายในเวลาที่กำหนดย่อมจะเกิดผลร้ายแก่คู่ความเอง จากความเห็นดังกล่าวข้างต้นนี้วิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชนนั้นมีความสำคัญมากเท่าใด วิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นเรื่องที่

เกี่ยวข้องกับองค์การตามรัฐธรรมนูญและประโยชน์สาธารณะไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมก็ยังมี ความสำคัญมากกว่าหลายเท่า จากตัวอย่างวิธีพิจารณาความแพ่งที่ดีดังกล่าวที่แสดงข้างต้นนั้น จากการศึกษาของผู้ศึกษาพบได้ว่าวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญปัจจุบันนั้นห่างไกลจาก กฎหมายวิธีพิจารณาความที่ดีมากพอสมควรซึ่งจะได้กล่าวในบทต่อไป ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความที่ดีนั้นมีความสำคัญมาก และในต่างประเทศผู้ร่างกฎหมายนั้นใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นเครื่องมือในการควบคุมการใช้ ตฤณิฉของผูพิพากษา แต่ด้วยผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในขณะนั้นมิได้เห็นความสำคัญและ จุดประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้บัญญัติ รัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง ทั้ง ๆ ที่ใน ต่างประเทศ เช่นประเทศเยอรมันและประเทศออสเตรเลีย ต่างให้รัฐสภาเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญและตราในรูปพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และให้ศาล รัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดในรายละเอียดและการบริหารงานของศาลเองได้

การที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาความของศาลเองได้นั้นทั้ง ในทางหลักการและทางปฏิบัติถือว่าไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง ในด้านเชิงหลักการนั้นเนื่องจากวิธีพิจารณา ความในชั้นศาลมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในกระบวนการพิจารณา การที่ข้อกำหนด ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพต่อ บุคคลที่อยู่ในกระบวนการพิจารณานี้ ข้อกำหนดดังกล่าวควรได้รับการตราจากรัฐสภาซึ่งมีฐานะแห่ง ความชอบธรรมมาจากประชาชนที่มอบสิทธิให้กับผู้แทนราษฎรในการดูแลอำนาจแทน ส่วนในด้าน ทางปฏิบัติการให้ข้อกำหนดจะต้องกระทำโดยตุลาการทุกคนลงมติเป็นเอกฉันท์ในทุก ๆ ข้อกำหนด นั้น ยิ่งเป็นไปได้ยาก เนื่องจากการที่บุคคลจำนวนหนึ่งที่มีความรู้จากต่างสาขาต่างวิชา โดยเฉพาะบางคน ไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายทั้งหมดจะมีความคิดเห็นในการตราข้อกำหนดไปในทางเดียวกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้ข้อกำหนดในช่วงแรกสามารถบัญญัติได้เพียง 32 ข้อ ซึ่งถือเป็นข้อกำหนด เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความที่สั้นมาก หากเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญาที่มี หลายร้อยมาตรา และเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาของต่างประเทศที่กำหนดวิธีพิจารณา ความของศาลรัฐธรรมนูญไว้จำนวนหลายมาตราเช่นกัน

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้ศึกษาจึงพยายามศึกษาถึงปัญหาของกระบวนการพิจารณาความของ ศาลรัฐธรรมนูญไทย ว่ามีปัญหาในประเด็นใดบ้างและสมควรปรับปรุงอย่างไร โดยจำกัดกรอบ การศึกษาเฉพาะเงื่อนไขการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนการทำคำ วินิจฉัย ซึ่งผลจากการศึกษานี้ น่าจะเป็นประโยชน์ในทางวิชาการและในทางปฏิบัติของศาล รัฐธรรมนูญในระดับหนึ่ง