

ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาก่อนศาลรัฐธรรมนูญทำคำวินิจฉัย

จากที่ได้ทำการศึกษาถึงเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องในการดำเนินคดีและเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว เช่น หลักการพื้นฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณา, เขตอำนาจศาล, คู่ความในกระบวนการพิจารณา, การเริ่มกระบวนการพิจารณา เป็นต้น ในบทนี้ผู้ศึกษาจะทำการศึกษไปถึงขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

4.1 ข้อความทั่วไป

คำว่า วิธีพิจารณาความหรือกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า "procedure" หรือในภาษาฝรั่งเศส "procé'dure" ถ้อยคำดังกล่าวมีที่มาจากภาษาลาตินคำว่า "procedere" ซึ่งแปลว่า เคลื่อนที่ไปข้างหน้าหรือความก้าวหน้า ส่วนความหมายทางกฎหมายนั้น อาจให้คำจำกัดความได้ว่าหมายถึง หลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ ของการดำเนินการในศาลเพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ที่ดีของวิธีพิจารณา ซึ่งได้แก่ความยุติธรรม ความรวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่บังคับหรืออนุญาตให้คู่ความและศาลปฏิบัติตามเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาคดี อันจะทำให้ศาลสามารถตัดสินปัญหาของคดีที่มาสู่ศาลได้¹ กระบวนการดำเนินคดี เป็นการดำเนินที่มุ่งไปสู่เป้าหมายสุดท้ายคือคำพิพากษาศาล การดำเนินไปของคดีและการจบลงของคดีถูกกำหนดโดยการกระทำขององค์กรต่าง ๆ และบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดี การกระทำทั้งหลายขององค์กรและบุคคลดังกล่าวนี้ คือกระบวนการพิจารณา ซึ่งกระบวนการพิจารณาอาจเป็นการกระทำโดยการกระทำหรือกระทำโดยการไม่กระทำก็ได้² ดังนั้นเป้าหมายของกฎหมายวิธีพิจารณาหรือกระบวนการพิจารณาของทุกศาลก็คือกระบวนการที่ศาลจะได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

¹ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น.61.

² คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.116.

กับการแก้ไขปัญหของคดีภายใต้กฎเกณฑ์ที่ยุติธรรมและรวดเร็ว เพื่อให้ได้คำพิพากษาที่มีความเที่ยงธรรมที่สุด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้นควรจะมีความหมายวิธีพิจารณาในมาตรฐานดังกล่าว

การดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นหลักการสำคัญประการหนึ่ง สำหรับศาลรัฐธรรมนูญคือ หลักไต่สวน (Untersuchungsgrundsatz) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรองรับกับหลักการดังกล่าวคือ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการ เรียกเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลใดหรือเรียกบุคคลใดมาให้อธิบายคำ รวมทั้งการขอให้ ศาล พนักงานสอบสวน หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ดำเนินการใดเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาได้ด้วย การบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมแสดงให้เห็นว่าในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทอย่างสำคัญใน การค้นหาความจริงแห่งข้อพิพาทหรือคดี ไม่ผูกพันเฉพาะกับพยานหลักฐานที่คู่ความหรือผู้ร้อง หรือผู้ถูกร้องนำมาแสดงต่อศาลเท่านั้น แต่สามารถค้นหาพยานหลักฐานต่าง ๆ เพิ่มเติมได้เองด้วย เช่นในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลย่อมสามารถค้นหาข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งการร่างกฎหมายดังกล่าวตลอดจนมูลเหตุชักจูงใจขององค์นิติบัญญัติได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้นำพยานหลักฐานมาสืบเสนอไป³โดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องผูกพันประเด็นต่างๆที่พิพาทกันหรือประเด็นที่ผู้ร้องตั้งไว้ในคำร้อง หลักการที่ถือว่าคู่ความมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดี (Verfügungsgrundsatz) แม้จะเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ก็อาจจะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทในทางมหาชนไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญหรือข้อพิพาททางปกครองได้ด้วย หากถือตามหลักการนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจพิจารณาเกินคำขอในประเด็นที่ได้แย้งกันได้ อย่างไรก็ตามเนื่องจากข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญหรือคำร้องทางรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องในทางมหาชน จึงอาจมีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องก้าวล่วงเข้าไปพิพากษาในประเด็นที่ไม่ได้พิพาทกัน โดยตรง หรือประเด็นที่ไม่ได้ตั้งไว้ในคำร้อง แต่ประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะด้วย ตัวอย่างเช่นนี้ปรากฏในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่อนุญาตให้ศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาให้บทบัญญัติกฎหมายอื่นในกฎหมายฉบับที่ผู้ร้องยื่นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ไปพร้อม กับบทบัญญัติ อันเป็นประเด็นโดยตรงแห่งคดีด้วยทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับเดียวกันที่ไม่เป็นประเด็นในคดีนั้น จะต้องเป็นเหตุเดียวกันกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่เป็นประเด็นแห่งคดี จะอาศัยเหตุอื่น ไม่ได้

³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.123-124.

หลักดังกล่าวทั้งคือหลักการไต่สวนและหลักการที่ถือว่าคู่ความมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดีจะเป็นหลักการที่ใช้ในระบบกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญและแทรกซึมอยู่ในกระบวนการดำเนินการ กระบวนการพิจารณาตลอดเวลา ดังนั้นในขั้นตอนการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้อง ผสมผสานทั้งสองหลักการให้สอดคล้องกัน และทำให้เกิดผลในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่ยุติธรรม

4.2 ขั้นตอนก่อนการพิจารณาคำร้อง

เมื่อมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายไทยได้กำหนดให้สำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องลงบัญชีรับเรื่องดังกล่าวไว้เป็นหลักฐาน จากนั้นสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้จัดทำบันทึกสรุปสำนวน กล่าวคือมีการสรุปคำร้องทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายรวมทั้ง ประเด็นที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย พร้อมความเห็นของสำนักงานศาล รัฐธรรมนูญว่าสมควร รับคำร้องไว้ดำเนินการหรือไม่ประการใด ในการนี้สำนักงานศาลรัฐ ธรรมนูญจะได้จัดทำความเห็น เบื้องต้นเสนอต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อนำเสนอต่อที่ประชุม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้ง หนึ่งว่าสมควรรับคำร้องไว้ดำเนินการหรือไม่

. ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียมีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดย สำนักงานฯ มีหน้าที่ทำงานด้านธุรการและอำนวยความสะดวกให้กับคู่ความและตุลาการ เพื่อให้ การ ดำเนินคดีเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและถูกต้องตามกฎหมาย⁴ คดีทุกคดีต้องเริ่มที่ สำนักงานศาล รัฐธรรมนูญโดยคำร้องจะต้องยื่นหรือส่งมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำร้องจำนวนมาก ที่คำร้องถูกส่งมา ทางไปรษณีย์ หรือบางครั้งโดยการยื่นส่วนบุคคลผ่านทางทนายความที่ได้รับมอบ อำนาจ เมื่อคำร้อง มาถึงสำนักงานศาลฯ เลขานุการทั่วไปของสำนักงานศาลจะเป็นผู้บันทึกรายละเอียดพื้นฐานของคำร้อง เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ภายในของศาลหรือคือ การลงสารบบคดีของศาล โดยการลงสารบบคดีของ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียจะมีการแยกประเภทคดีตามตัวอักษรที่กำหนดประเภทคดี แต่ละประเภท เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการเตรียมกระบวนการ เตรียมกระบวนการพิจารณาโดยได้กำหนดไว้ ตัวอย่างประเภทคดีมีดังต่อไปนี้⁵

⁴ <www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/decision1.html>

⁵ Machacek (Hrsg), Verfahren vor dem VfGH und VwGh 5. Aufl. ,Wien 2004,

ประเภทคดี	ตัวอักษร
คดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินระหว่างสหพันธ์ มลรัฐ และองค์การปกครองท้องถิ่น	A
คดีเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่ขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ของศาล	K
มาตรา 138	
คดีเกี่ยวกับกรณีความเห็นต่างกันใช้อำนาจหน้าที่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน มาตรา 126 A	KR
คดีเกี่ยวกับการพิจารณาการตรวจสอบกฎ มาตรา 139	V
และคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบของกฎหมาย มาตรา 139A	
คดีกระบวนการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ม.140	G

หลังจากที่เลขาธิการสำนักงานที่เก็บข้อมูลพื้นฐานของคำร้องลงในคอมพิวเตอร์เรียบร้อยแล้ว เลขาธิการสำนักงานศาลฯ จะเตรียมแฟ้มรายละเอียดดังกล่าวพร้อมกับทำคำแนะนำให้กับประธานศาลรัฐธรรมนูญด้วย โดยแฟ้มดังกล่าวจะเรียกว่าสำนวนคดี (Permanent Reports) เมื่อสำนวนคดีที่สรุปข้อมูลรายละเอียดเรียบร้อยแล้วจะได้รับการดำเนินการต่อไปคือการตรวจคำร้องโดยเมื่อสำนวนคดีที่สรุปข้อมูลรายละเอียดพื้นฐานเรียบร้อยแล้วโดยเลขาธิการสำนักงานศาลฯ และส่งให้ประธาน ศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะต้องลงนามจ่ายสำนวนคดีดังกล่าว ให้กับตุลาการ ผู้รับผิดชอบสำนวน แล้วตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนจะเป็นผู้ตรวจสอบคำร้อง

เมื่อพิจารณาขั้นตอนก่อนการพิจารณาคำร้องแล้วจะพบว่าในระบบกฎหมายออสเตรเลีย ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียได้อำนวยความสะดวกให้กับผู้ยื่นคำร้องโดยให้การยื่นคำร้องในสามารถยื่นคำร้องทางไปรษณีย์ได้ ในระบบกฎหมายไทยการยื่นคำร้องนั้นไม่สามารถยื่นคำร้องทาง ไปรษณีย์ได้ ผู้ยื่นคำร้องจะต้องมายื่นคำร้องด้วยตนเองที่ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ในประเด็นต่อมาคือในระบบกฎหมายออสเตรียนั้นเมื่อมีคำร้องเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญโดย เลขาธิการทั่วไปของสำนักงานศาลฯจะเป็นผู้บันทึกรายละเอียด พื้นฐานของคำร้องเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ภายในของศาลหรือคือ การลงสารบบคดีของศาลโดยการลงสารบบคดีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย และจะมีการแยกประเภทคดีตามตัวอักษรที่กำหนดประเภทคดีแต่ละประเภทตามที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการ เตรียมกระบวนการพิจารณา หลังจากนั้นประธานศาลรัฐธรรมนูญจะจ่ายสำนวนคดีให้กับตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนเป็นผู้ตรวจคำร้อง ในระบบกฎหมายไทยเมื่อคำร้องเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญโดย เลขาธิการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ จะเป็นผู้จัดทำบันทึกสรุปสำนวนเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายออสเตรเลีย แต่ในระบบกฎหมายออสเตรียนั้นเลขาธิการ สำนักงานศาลฯจะนำคำร้องนั้นเข้าสู่

ระบบคอมพิวเตอร์คือการลงสารบบคดีของศาลนั่นเอง โดยมี การแยกประเภทคดีตามคำร้อง เพื่อเตรียมกระบวนการพิจารณาให้สอดคล้องกับประเภทคดี ซึ่งในระบบกฎหมายไทยไม่มีวิธีพิจารณาคดีแยกประเภทคดี เหมือนในระบบกฎหมายออสเตรเลีย และเยอรมันและในระบบกฎหมายไทยการรับคำร้องในชั้นก่อนการพิจารณาคำร้องจะไม่มี การลงหมายเลขสารบบคดี และไม่มีตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนเหมือนในระบบกฎหมายออสเตรเลีย

4.2.1 การตรวจรับและแก้ไขคำร้อง

ในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้น เช่น ระบบกฎหมายออสเตรเลียเมื่อสำนวนคดีที่สรุป ข้อมูลรายละเอียดพื้นฐานเรียบร้อยแล้วโดยเลขาธิการสำนักงานศาล และส่งให้กับประธาน ศาลรัฐธรรมนูญ⁶ ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะต้องลงนามจ่ายสำนวนคดีดังกล่าวให้กับตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนมีอำนาจในการจ่ายสำนวนคดีนั้น เป็นอำนาจดุลพินิจของประธานศาลรัฐธรรมนูญ โดยประธานศาลฯ มีอิสระที่จะพิจารณายจ่ายสำนวนคดีให้กับตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนคนใดคนหนึ่ง โดยพิจารณาถึงความสามารถเฉพาะของตุลาการแต่ละคนและตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนนั้นต้อง เห็นด้วยกับประธานศาลฯ

เมื่อประธานศาลฯ จ่ายสำนวนคดีให้กับตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนแล้ว ตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนผู้นั้นจะเป็นผู้ตรวจสอบคำร้อง และแจ้งให้ผู้ร้องแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องในกรณีที่คำร้องนั้นยังต้องแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ถูกต้อง ตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนจะต้องตรวจเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจศาลที่จะรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาหรือไม่, คำร้องนั้นถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และยื่นภายในกำหนดระยะเวลาหรือไม่

ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจรับคำร้องหรือแก้ไข คำร้องเหมือนในระบบกฎหมายไทยและออสเตรเลีย แต่เมื่อคำร้องถูกยื่นมายังศาล ประธานองคมนตรี มีหน้าที่ต้องส่งคำร้องไปยังผู้ถูกร้องและคู่ความอื่นๆ ในคดีโดยทันทีพร้อมกับกำหนดให้ผู้รับคำร้อง แลส่งแก้คำร้องภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนด และอาจกำหนดให้คู่ความในคดีทำสำเนาเอกสารของตนที่ยื่นต่อศาลตามจำนวนที่กำหนดให้เพื่อส่งศาลและคู่ความอื่น ๆ ได้ด้วย⁷

⁶ <www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/decision1.html>

⁷ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 23, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2546), น.257.

กรณีศาลรัฐธรรมนูญไทยเมื่อผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องไว้ เพื่อพิจารณา แล้วศาลมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจรูปแบบของคำร้องก่อนว่าคำร้องได้ดำเนินการถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้หรือไม่ หากผู้ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ เช่น คำร้องไม่มีสาระสำคัญที่เพียงพอแก่การพิจารณา เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2546 ข้อ 12 "กำหนดว่า กรณีมีคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยเรื่องใดให้ศาลตรวจและมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องไว้ดำเนินการภายในสิบวัน นับแต่วันได้รับ คำร้อง" เมื่อหากศาลฯไม่รับคำร้องไว้ดำเนินการ สำนักงานฯ จะร่าง หนังสือตอบผู้ร้องให้ตุลาการฯที่ได้รับมอบหมายตรวจ เมื่อตุลาการฯตรวจเรียบร้อยแล้วเลขาธิการ สำนักงานฯจะแจ้ง ผู้ร้องถึงการไม่รับ คำร้องนี้

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องแล้ว ศาลฯจะส่งสำเนาคำร้องแก่ผู้ถูกร้อง เมื่อผู้ถูกร้องได้รับสำเนาคำร้องและยื่นคำชี้แจงแล้ว หรือผู้ถูกร้องไม่ยื่นคำชี้แจงภายในสิบห้าวัน นับแต่วัน รับสำเนาคำร้องหรือไม่มารับสำเนาคำร้องและหนังสือกำหนดเวลาให้ยื่นคำชี้แจง ให้ศาลดำเนิน กระบวนพิจารณาต่อไป⁸ กล่าวคือเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องแล้ว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงจะลงสารบบคดีและออกหมายเลขคดีเป็นหลักฐานด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพลและคณะได้ให้ความเห็นในเรื่องการพิจารณาขั้นตอนในการรับคำร้องไว้ดังนี้คือ⁹ ในทางปฏิบัติศาลรัฐธรรมนูญจะแยกพิจารณาขั้นตอนการรับคำร้องออกเป็นสองขั้นตอนกล่าวคือ ในกรณีที่เห็นประจักษ์ชัดว่าผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้ไม่มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธโดยไม่รับคำร้องนั้นไว้ในสารบบคดี ในกรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีมติและทำเป็นคำสั่งโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตน ในกรณีอื่นศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องเอาไว้ในสารบบคดี และจะวินิจฉัยต่อไปว่าสมควรที่จะรับคำร้องไว้พิจารณาดำเนินการต่อไปหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเคยมีมติไม่รับคำร้องไว้พิจารณาต่อไปด้วยเหตุผลแตกต่างกันไป เช่นเพราะผู้ร้องไม่มีอำนาจร้อง (คำวินิจฉัยที่ 8/2543) เพราะคำร้องของผู้ร้องไม่เป็นสาระอันควรวินิจฉัย (คำวินิจฉัยที่ 8/2541) หรือเพราะศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจศาล (คำวินิจฉัยที่ 4/2542,9/2542 เป็นต้น) การไม่รับคำร้องไว้ดำเนินการพิจารณาต่อไปในกรณีที่รับเรื่องเอาไว้ในสารบบคดีแล้วนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะทำเป็นคำวินิจฉัย

⁸ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 14, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง, น.264.

⁹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.131-132.

การที่ศาลรัฐธรรมนูญแยกการรับหรือไม่รับคำร้องไว้พิจารณาออกเป็นสองขั้นตอนดังกล่าวมาข้างต้น โดยที่การมีคำสั่งไม่รับไว้ดำเนินการตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาฯ ที่ศาลทำเป็นคำสั่งโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตนนั้นน่าสงสัยอย่างยิ่งว่าสอดคล้องกับข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาฯ หรือไม่ เพราะในข้อกำหนดดังกล่าวไม่ปรากฏข้อความตอนใดพอที่จะเข้าใจได้ว่า ศาลสามารถมีคำสั่งไม่รับคำร้องได้โดยตุลาการไม่ต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตน นอกจากนี้ในทางปฏิบัติยังอาจมีปัญหาถกเถียงกันได้อีกว่าการไม่รับคำร้องเข้าไว้ในสารบบคดีกับการรับคำร้องเข้าไว้ในสารบบคดีแต่ยกคำร้องไม่พิจารณาต่อไปมีเหตุผลที่ต่างกันในสาระสำคัญอย่างไร กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่เหมาะสมควรแก้ไขข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาฯ ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว สามารถจะพิจารณาปัญหาในขั้นตอนการตรวจและรับคำร้องได้ดังนี้คือ

- 1) ไม่จำเป็นที่ต้องใช้องค์คณะทั้งองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคำร้อง ควรมีการกำหนดตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน
- 2) ศาลฯ ควรมีการลงสารบบคดีตั้งแต่ขั้นตอนรับคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญถูกผูกมัดที่จะต้องพิจารณาคดีตามคำร้องที่ยื่นสู่ศาล ตามหลักที่ว่า ศาลไม่มีสิทธิปฏิเสธคำร้องโดยไม่มีเหตุผล และการลงสารบบคดีควรมีการแยกตามประเภทของคดี
- 3) ศาลฯ ควรมีการชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมาย เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการวินิจฉัยคดีที่สามารถวินิจฉัยในประเด็นข้อกฎหมายได้ทันที
- 4) ศาลฯ ควรให้ตุลาการฯ หรือสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำสรุปความเห็นทางกฎหมายเพื่อให้เป็นแนวทางเดียวกันในการพิจารณาคดีของศาลฯ

4.2.2 การปฏิเสธไม่รับคำร้อง

โดยหลักผู้ร้องมีหน้าที่ที่ต้องยื่นคำร้องให้ถูกต้อง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญตรวจคำร้อง หากพบว่าคำร้องยื่นโดยผู้ไม่มีสิทธิยื่นคำร้อง หรือยื่นเกินกำหนดระยะเวลา ศาลรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธไม่รับคำร้องไว้พิจารณาได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะทำเป็นคำสั่ง (โดยที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตน) นอกจากนี้ปัญหาหนึ่งที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 คือการปฏิเสธไม่รับคำร้องไว้ดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้นไม่มีข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ กำหนดว่ามีเหตุใดบ้างที่ศาลจะไม่รับเรื่องไว้พิจารณา การปฏิเสธไม่รับคำร้องในระบบกฎหมายไทยจึงไม่มีความชัดเจน และการปฏิเสธไม่รับคำร้องข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้ระบุว่าศาลฯ จะต้องให้เหตุผลประกอบด้วย กรณี

นี้จึงสมควรมีการแก้ไขบทพจนในระบบกฎหมายออสเตรเลีย เมื่อมีการยื่นคำร้องต่อศาลแล้ว ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะมอบหมายคำร้องให้อยู่ในความรับผิดชอบของตุลาการผู้รับผิดชอบจำนวนประจำคนใดคนหนึ่ง ตุลาการผู้รับผิดชอบจำนวนจะเป็นผู้ตรวจคำร้อง ในกรณีที่ตุลาการผู้รับผิดชอบจำนวนเห็นประจักษ์ชัดว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจหรือคำร้องยื่นเกินระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายหรือผู้ร้องไม่ได้แก้ไขข้อบกพร่องที่ตนแจ้งให้แก้ไขภายในกำหนดระยะเวลา หรือเป็นกรณีที่เนื้อหาคำร้องนั้นเคยได้รับการวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานแล้วในเรื่องดังกล่าวที่ผู้ร้องยื่นคำร้องมา หรือคำร้องนั้นไม่มีสาระแก่การพิจารณา ตุลาการผู้รับผิดชอบจำนวนอาจมีคำขอต่อองค์คณะให้องค์คณะมีมติยกคำร้องดังกล่าวได้¹⁰ อย่างไรก็ตามหากคำร้องดังกล่าวไม่ได้ถูกปฏิเสธในขั้นนี้ คู่ความฝ่ายตรงข้ามก็อาจจะเสนอคำแถลงโต้แย้งคำสั่งรับคำร้องของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้¹¹ ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันการปฏิเสธไม่รับคำร้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 24 กำหนดให้องค์คณะอาจมีมติเป็นเอกฉันท์ปฏิเสธไม่รับคำร้องได้ หากเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าคำร้องที่ยื่นมายังศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นคำร้องที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจดำเนินการพิจารณาวินิจฉัยได้ หรือเป็น กรณีที่เห็นประจักษ์ชัดว่าเป็นคำร้องที่ปราศจากเหตุผลที่รับฟังได้อย่างสิ้นเชิง

จากระบบกฎหมายเยอรมันและออสเตรเลียกับระบบกฎหมายไทยดังที่กล่าวข้างต้น พบว่าการปฏิเสธไม่รับคำร้องของทั้งระบบกฎหมายเยอรมันและออสเตรเลีย มีความแน่นอนชัดเจนกว่าในระบบกฎหมายไทยมาก นอกจากนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันและออสเตรเลีย เมื่อมีคำร้องเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นถือว่ามีกระบวนการพิจารณาคดีเกิดขึ้นแล้ว ศาลจะต้องดำเนินการต่อไป แต่ในระบบกฎหมายไทยดูเหมือนว่าเมื่อคำร้องเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ยังไม่เป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาจนกว่าศาลจะมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณา จึงจะนำคำร้องที่ยื่นมาลงสารบบคดีและออกหมายเลขคดีเป็นหลักฐาน ซึ่งไม่น่าจะถูกต้องเนื่องจากเมื่อคำร้องยื่นเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลมีความผูกพันตามคำร้องของผู้ยื่นคำร้อง หากศาลจะดำเนินการทำเป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัยก็ต้องมีการให้เหตุผลชัดเจนในการรับหรือปฏิเสธไม่รับคำร้องนั้นด้วย มิใช่ปฏิเสธไม่รับคำร้องโดยยังไม่มีการลงสารบบคดีและออกหมายเลขคดี เพราะการลงสารบบคดีและออกหมายเลขคดีเป็นเหมือนสัญลักษณ์ของการเริ่มกระบวนการพิจารณา

¹⁰ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย มาตรา 19, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.280.

¹¹ <www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/decision1.html>

นอกจากเรื่องกฎเกณฑ์การปฏิเสธคำร้องไม่ชัดเจนแล้ว อีกปัญหาหนึ่งที่มีความสำคัญไม่ต่างกันของกรณีการปฏิเสธไม่รับคำร้อง คือ เมื่อผู้ร้องส่งคำร้องให้กับศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในขั้นตอนแรก ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2546 ข้อ 12 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องทำการวินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนว่าจะรับคำร้องดังกล่าวไว้ดำเนินการต่อไปหรือไม่ ในกรณีที่คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีมติว่าจะรับคดีเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยแล้ว แต่ตุลาการเสียงเดียวข้างน้อยปฏิเสธที่จะไม่รับไว้วินิจฉัยด้วยเห็นว่าคดีไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีการพิจารณาถึงประเด็นหลักในคดีนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยที่มีความเห็นว่าจะไม่รับคดีไว้พิจารณาก็ยังวินิจฉัยไปในแนวทางที่เคยพิจารณาแล้วว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและไม่ยอมวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นหลักแห่งคดีเช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาในการนับคะแนนเสียงในการลงมติ เช่นคำวินิจฉัยที่ 9/2541¹², 12/2541¹³, 15/2541, 6/2543

แนวทางการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดปัญหาอย่างยิ่งเนื่องจากการที่ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีทำให้คดีนั้นไม่ได้มีการวินิจฉัยชี้ขาดโดยเสียงข้างมากอย่างแท้จริง เช่น คำวินิจฉัยที่ 11/2542 เรื่องประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงิน ที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 224 หรือไม่ ในชั้นพิจารณาคดีนี้มีตุลาการทั้งสิ้น 13 คน เป็นองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คนวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงฯ มิใช่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 และโดยผลแล้วไม่เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 2 คนวินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงฯ เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 5 คน ไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีเพราะ

¹² คำวินิจฉัยที่ 9/2541 เรื่อง ศาลจังหวัดสุพรรณบุรีขอให้ส่งสำนวนคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 4 ท่านคือ นายชุมพล ณ สงขลา, นายปรีชา เฉลิมวณิชย์, ศาสตราจารย์อนันต์ เกตุวงศ์ และนายอูระ หวังอ้อมกลาง ปฏิเสธไม่รับคำร้องไว้พิจารณาและไม่วินิจฉัยในประเด็นหลักของคดีว่ากฎหมายที่ศาลส่งมานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

¹³ คำวินิจฉัยที่ 12/2541 เรื่องศาลแพ่งส่งความเห็นของคู่ความซึ่งโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 ท่านคือนายชุมพล ณ สงขลา นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ นายอูระ หวังอ้อมกลาง ปฏิเสธไม่รับคำร้องไว้พิจารณา และไม่วินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีด้วย

วินิจฉัยตั้งแต่ต้นแล้วว่าคำร้องไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยให้ยกคำร้องเพราะไม่ใช่กรณีที่ประธานรัฐสภาจะส่งคำร้องดังกล่าวมายังศาลรัฐธรรมนูญได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 คำวินิจฉัยถือตามความเห็นตุลาการ 6 คน ในคณะตุลาการศาลฯ 13 คนที่วินิจฉัยว่าหนังสือแจ้งความจำนงฯ ไม่ใช่หนังสือที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งไม่ใช่เสียงข้างมากแต่อย่างใด

การที่ตุลาการมีสิทธิในการปฏิเสธที่จะไม่วินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีได้โดยอ้างเหตุการณ์ที่ปฏิเสธไม่รับคำร้องตั้งแต่ต้นและไม่ออกเสียงลงมติวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องเพราะตุลาการมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีเป็นหลัก และการมีคำวินิจฉัยในลักษณะนี้ถือเป็นการ "ปฏิเสธความยุติธรรม" หรือ "ปฏิเสธการวินิจฉัยคดีหรือไม่" จำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดให้ตุลาการที่ปฏิเสธไม่รับคำร้องในขั้นตอนแรกนั้นจะต้องมีหน้าที่วินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีโดยที่ไม่มีสิทธิปฏิเสธที่จะไม่วินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดีเมื่อถึงเวลาที่จะต้องลงมติและทำคำวินิจฉัยแห่งคดี

4.3 การคัดค้านและการถอนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การคัดค้านตุลาการถือเป็นเรื่องใหม่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย เนื่องจากในอดีตบทบัญญัติดังกล่าวไม่เคยมีการให้สิทธิในการคัดค้านตุลาการมาก่อนเนื่องจากในอดีตองค์กรอยู่ในรูปของคณะกรรมการกล่าวคือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาจากการแต่งตั้งและองค์กรไม่ได้อยู่ในรูปของศาล¹⁴ "เหตุคัดค้านผู้พิพากษา" ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้น แท้จริงแล้วเป็น "เหตุตัดอำนาจผู้พิพากษา" ออกจากการพิจารณาพิพากษาทั้งสิ้น กล่าวคือ ผู้พิพากษาผู้ใดผู้หนึ่งที่มีเหตุดังกล่าวนั้นจะดำเนินคดีไม่ได้ เพราะ "เหตุคัดค้านผู้พิพากษา" ดังกล่าวเป็นเรื่องของการขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) หรือเป็นเรื่อง "หลักการขัดกันของหน้าที่" (Inkompatibilitätsprinzip หรือ incompatible principle) ทั้งสิ้น การขัดแย้งทางผลประโยชน์ หรือ หลักการขัดกันของหน้าที่ เป็นเรื่องที่ร้ายแรงที่ทำให้การพิจารณาพิพากษาเสียความยุติธรรม¹⁵ อำนาจของศาลเป็นอำนาจที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ฉะนั้นเพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ผลดีที่สุด จำต้องจัดหลักประกันให้ผู้พิพากษา

¹⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการดำเนินคดี,

(กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548) , น. 71.

¹⁵ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์ สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530) น. 633.

มีความเป็นอิสระปราศจากการถูกแทรกแซงใด ๆ ไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง

ดังนั้นองค์กรในรูปแบบศาล ผู้พิพากษาหรือตุลาการถือว่าเป็นหัวใจสำคัญในการดำเนินการกระบวนการพิจารณา การทำหน้าที่จะต้องเป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสีย การวินิจฉัยคดีของศาลจะต้องเที่ยงธรรมปราศจากอคติและต้องได้รับการยอมรับจากประชาชน ดังนั้นหากตุลาการผู้ทำหน้าที่ขาดความเป็นกลางหรือมีส่วนได้เสียจะทำให้คู่ความไม่ได้ความยุติธรรมจากศาล จึงจำเป็นต้องให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านตุลาการหากพบว่าตุลาการขาดความเป็นกลางหรือมีส่วนได้เสีย และให้ตุลาการมีสิทธิในการขอถอนตัวได้เมื่อมีการคัดค้าน

4.3.1 เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ

ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ ตุลาการรัฐธรรมนูญอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้¹⁶

- 1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย
- 2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภรรยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น
- 3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำรื้อนั้น
- 4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนหรือทนายความของผู้ร้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน
- 5) เป็นผู้พิพากษา ตุลาการในศาลอื่น กรรมการกฤษฎีกา อนุญาโตตุลาการ กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน
- 6) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั่นเอง สามี ภรรยา หรือญาติสืบสาโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่กรณี สามี ภรรยา หรือญาติสืบสาโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

¹⁶ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

4.3.2 การถอนตัวของตุลาการ

ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 9 ได้กำหนดให้ตุลาการผู้ใดมีเหตุที่อาจถูกคัดค้าน ตามข้อ 8 ตุลาการผู้นั้นจะแถลงต่อศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านและขอถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีนั้นก็ได้

เมื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขอถอนตัวโดยอ้างเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน องค์คณะย่อมไม่มีสิทธิขัดขวางการถอนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้น มีข้อสมควรใคร่ครวญตรึงตรองอย่างยิ่งว่า เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ ที่ว่ามีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่วินิจฉัยเป็นเหตุที่ค่อนข้างกว้าง หากกำหนดเหตุไว้กว้างอย่างนี้ก็สมควรให้องค์คณะเป็นผู้ชี้ขาดว่าจะอนุญาตให้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุดังกล่าวถอนตัวหรือไม่ การกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญสามารถถอนตัวได้โดยอัตโนมัติเพียงแต่อ้างเหตุว่าตนมีเหตุที่จะถูกคัดค้านได้ ไม่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองตุลาการและผลประโยชน์สาธารณะอย่างเพียงพอ เนื่องจากหากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอ้างว่าตนมีส่วนได้เสีย ทั้งๆ ที่เหตุอันเกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียนั้นห่างไกลกับคดีอย่างยิ่ง กรณีอาจทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหลีกเลี่ยงที่จะไม่พิจารณาพิพากษาคดีที่ตนไม่ต้องการพิจารณาพิพากษาได้โดยง่าย ทั้งนี้ตุลาการผู้นั้นอาจกระทำด้วยมูลเหตุจริงใจเพราะไม่ต้องการ “เปลืองตัว” ในคดีนั้น ในทางกลับกันหากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดเชื่อโดยสุจริตใจว่าตนมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง แต่พิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้ว เหตุดังกล่าวยังไม่พื่อน้ำหนักมากพอที่จะทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญท่านนั้นต้องถอนตัวจากการพิจารณาพิพากษาคดี การถอนตัวโดยอัตโนมัติโดยไม่มีมติขององค์คณะรองรับอาจทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญท่านดังกล่าวถูกมองอย่างเคลือบแคลงในการไม่เข้าร่วมเป็นองค์คณะในคดีนั้นได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการเหมาะสมกว่าหากจะได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญฯ เกี่ยวกับการคัดค้านตนเองหรือการถอนตัวออกจากองค์คณะที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์คณะ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองทั้งตัวตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเองและทั้งประโยชน์สาธารณะดังที่ได้กล่าวมาแล้ว¹⁷ ดังนั้นข้อกำหนดฯในเรื่องดังกล่าวจึงควรมีการกำหนดเหตุแห่งการถอนตัวให้มีความสมดุลย์เพื่อให้ตุลาการที่จำเป็นจะต้องถอนตัวสามารถถอนตัวได้อย่างสุจริตและถูกต้องไม่มีผลกระทบต่อคดี

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.156.

4.3.3 ผลของการคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีการคัดค้านตุลาการด้วยเหตุข้างต้นในคดีใด ให้ศาลมีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้น ก่อนจะมีการพิจารณาต่อไป อย่างไรก็ตาม การพิจารณาทั้งหลายที่ได้ดำเนินไปก่อนเสนอคำคัดค้าน ย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่มีการคัดค้านตุลาการ เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น¹⁸

สำหรับกรณีเมื่อมีการคัดค้านตุลาการผู้ใดในเรื่องใด และตุลาการผู้นั้นไม่ขอถอนตัวออกจากการพิจารณาเรื่องนั้น ศาลจะมีอำนาจพิจารณาสั่งตามที่เห็นสมควร และเมื่อศาลพิจารณาสั่งในเรื่องดังกล่าวแล้ว ตุลาการผู้นั้นจะร่วมพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดมิได้ อนึ่งการชี้ขาดจะถือตามคะแนนเสียงข้างมาก โดยตุลาการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ถือตามคำคัดค้าน¹⁹

4.3.4 ปัญหาการคัดค้านและการถอนตัวของตุลาการ

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในเรื่องการคัดค้านตุลาการได้กำหนดแตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญไทย กล่าวคือรัฐบัญญัติฯ ได้แบ่งออกเป็น 2 กรณีคือกรณีแรกตัดออกจากการพิจารณาคดี หรือตัดไม่ให้เข้าร่วมเป็นองค์คณะซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 18 กำหนดเรื่องการตัดตุลาการออกจากการพิจารณา

(1) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งได้

1) หากมีส่วนร่วมในเนื้อหาของคดี หรือเป็นคู่สมรสของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงหรือเป็นญาติโดยการสมรส หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้นหรือ

2) เคยปฏิบัติงานเกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมาก่อนหน้านั้นแล้ว

¹⁸ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 9 วรรคสองและสาม

¹⁹ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 11

(2) ตุลาการย่อมไม่ถูกถือว่ามีส่วนร่วมในเนื้อหาของคดี หากเพียงเพราะเหตุของสถานะทางครอบครัว อาชีพ แหล่งกำเนิด การเป็นส่วนหนึ่งของพรรคการเมือง หรือเหตุอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันจะทำให้ตุลาการดังกล่าวมีประโยชน์ได้เสียในผลของคดี

(3) การปฏิบัติงานต่อไปนี้ ไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติงานในความหมายของวรรคหนึ่ง
หมายเลข 2

- 1) การร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ
- 2) การแสดงความเห็นทางวิชาการในปัญหาข้อกฎหมายที่อาจมีความสำคัญต่อการ

พิจารณา

กรณีที่กำลังมาข้างต้นนี้ แม้จะไม่มีผู้คัดค้านตุลาการเลย แต่ตุลาการผู้ที่เกี่ยวข้องได้กล่าว ไม่มีสิทธิพิจารณาคดีโดยอัตโนมัติหรือเป็นผลโดยทางกฎหมาย

กรณีที่สองคือกรณีที่ต้องมีการคัดค้านตุลาการเนื่องจากขาดความเป็นกลาง ตามรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 19 โดยมีเงื่อนไขดังนี้

1. ในกรณีที่ตุลาการศาลฯ คนใดคนหนึ่งถูกคัดค้านเนื่องจากความกังวลในเรื่องความเป็นกลาง ให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวโดยไม่ให้ตุลาการที่ถูกคัดค้านอยู่ร่วมในการวินิจฉัย ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

2. การคัดค้านตุลาการต้องมีการให้เหตุผล ให้ตุลาการที่ถูกคัดค้านแถลงความเห็นเกี่ยวกับการถูกคัดค้าน การคัดค้านตุลาการย่อมไม่ได้รับการพิจารณาหากมิได้คัดค้านอย่างช้าที่สุดก่อนเริ่มการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจา

3. ในกรณีที่ตุลาการแสดงการคัดค้านตนเองเนื่องจากปัญหาในเรื่องความเป็นกลางให้นำความวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

4. ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่าตุลาการที่ถูกคัดค้านหรือตุลาการที่คัดค้านตนเองขาดความเป็นกลาง ให้ดำเนินการจับฉลากเพื่อเลือกตุลาการจากอีกองค์คณะหนึ่งให้มาทำหน้าที่แทน ตุลาการที่ถูกคัดค้านประธานขององค์คณะนี้อาจได้รับเลือกให้มาทำหน้าที่แทนได้ รายละเอียดในเรื่องนี้ให้กำหนดในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของเยอรมันในเรื่องนี้มีความเป็นระบบมากกว่าระบบกฎหมายของไทย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่มีกรณีที่ตัดสินสิทธิตุลาการห้ามเข้าเป็นองค์คณะและกรณีที่มีการเปิดโอกาสให้คัดค้าน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้กำหนดระยะเวลาให้คัดค้านอย่างช้าที่สุดก่อนเริ่มการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจา ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่มีกำหนดระยะเวลาดังกล่าวซึ่งอาจเป็นปัญหาได้ หากคู่ความคัดค้านตุลาการที่ไม่มีความเป็นกลางภายหลังจากที่ดำเนินการไปแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะเสียไปหรือไม่ตามเพราะข้อกำหนดฯ

ข้อ 9 วรรคสามกำหนดให้การพิจารณาคดีทั้งหลายที่ได้ดำเนินการไปก่อนเสนอคำคัดค้านยอมสมบูรณ์ ไม่เสียไปเพราะเหตุที่มีการคัดค้านตุลาการ เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น ถ้าตุลาการที่ไม่เป็นกลางพิจารณาคดีไว้ก่อนที่จะถูกคัดค้านทำหน้าที่ไม่เป็นกลางจะทำให้คู่ความที่คัดค้านเสียเปรียบในคดีหรือไม่ ดังนั้นเพื่อป้องกันความได้เปรียบเสียเปรียบกันในคดีควรมีการแก้ไขข้อกำหนดฯ โดยการให้มีการกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านตุลาการ นอกจากนี้กระบวนการคัดค้านตุลาการก็มีขั้นตอนอย่างรัดกุมโดยไม่ได้ให้เป็นไปตามการตัดสินใจของตุลาการ แต่มีการฟังความเห็นทั้งสองฝ่ายทั้งฝ่ายผู้คัดค้านและตุลาการผู้ถูกคัดค้าน ซึ่งองค์คณะจะเป็นผู้ทำการพิจารณาและลงมติโดยตุลาการที่ถูกคัดค้านไม่สิทธิออกเสียง ดังนั้นการถอนตัวของตุลาการในระบบกฎหมายเยอรมันจะต้องมีมติขององค์คณะยอมรับ และในกรณีที่มีการลงมติคัดค้านตุลาการมีเสียงเท่ากัน รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกำหนดให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด กรณีนี้ต่างจากการชี้ขาดของการคัดค้านตุลาการในระบบกฎหมายไทยเช่นกันที่หากคะแนนเสียงเท่ากันให้ถือตามคำคัดค้าน

ปัญหาในเรื่องการถอนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเช่นในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 60/2548 เรื่อง กรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินภายหลังที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 47/2547 ซึ่งในกรณีดังกล่าว ก่อนเริ่มการพิจารณาคำร้องได้มีตุลาการขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีนี้โดยอ้างเหตุที่อาจถูกคัดค้านตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 8(3) เนื่องจากได้เคยแสดงความเห็นในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเป็นการล่วงหน้า และศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เหตุดังกล่าวถือเป็นกรณีมีเหตุอื่นอันสมควรให้ถอนตัวได้ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 10 ให้ถอนตัวจากการเป็นตุลาการในคดีดังกล่าวได้ การที่ตุลาการขอถอนตัวนั้นตามข้อกำหนดฯ ได้กำหนดว่า "ตุลาการจะถอนตัวจากการพิจารณาคดีใด หรือทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั้นมิได้เว้นแต่มีเหตุที่ถูกคัดค้านตามข้อกำหนดนี้ เหตุสุดวิสัย เหตุจำเป็นอื่นอันมีอาจกล่าวล่วงหน้าได้หรือมีเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร" ในกรณีดังกล่าวนี้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนแรกที่ถอนตัวคือนายปรีชา เถลิมนวิชัย ได้ขอถอนตัวโดยอ้างเหตุที่อาจถูกคัดค้านตามข้อกำหนดฯ ข้อ 8(3) เนื่องจากได้เคยแสดงความเห็นในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเป็นการล่วงหน้าแล้ว ซึ่งเหตุดังกล่าวเป็นเหตุที่ตุลาการอาจถูกคัดค้านการทำหน้าที่ตุลาการจากคู่ความในคดี หากตุลาการเข้าเงื่อนไขกรณีใดกรณีหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดฯ ข้อ 8 คู่ความในคดีมีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านได้ แต่ในคดีดังกล่าวไม่มีคู่ความใช้เหตุดังกล่าวคัดค้านตุลาการ

แต่อย่างใด แต่กลับเป็นว่าตุลาการที่เป็นผู้ยกเหตุคัดค้านดังกล่าวคัดค้านตนเองและเป็นเหตุในการขอถอนตัวจากการเป็นตุลาการ และศาลรัฐธรรมนูญอนุญาตให้ถอนตัวตามเหตุคัดค้านดังกล่าวโดยอ้างว่าเป็นเหตุอื่นอันสมควรให้ถอนตัวได้ตามข้อกำหนดฯ ข้อ 10

นอกจากนี้ในคดีดังกล่าวได้มีการคัดค้านตุลาการอีก 2 ท่านคือนายนพดล เสงเจริญและนายจุมพล ณ สงขลา เนื่องจากได้ออกมาแสดงความคิดเห็นล่วงหน้าและแสดงจุดยืนเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 กรณีสถานะคุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา ถือว่าได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะต้องถอนตัวจากการพิจารณาคำร้องของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในครั้งนี้ โดยคณะตุลาการได้พิจารณาเห็นว่า นายนพดล เสงเจริญ ขณะที่ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำแถลงการณ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นการดำเนินการในฐานะหน่วยธุรการของศาลไม่ได้ดำเนินการในฐานะส่วนตัว และนายนพดลได้ยกเหตุดังกล่าวเพื่อขอถอนตัวโดยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในกรณีการคัดค้านของนายนพดล เห็นว่าเหตุดังกล่าวไม่ได้เป็นเหตุอันอาจถูกคัดค้านได้ นายนพดล จึงไม่จำเป็นต้องถอนตัว ซึ่งกรณีของนายนพดลนั้นศาลได้วินิจฉัยถึงสาเหตุที่ไม่อนุญาตให้ถอนตัวอย่างมีเหตุและผล ส่วนกรณีของนายจุมพล ณ สงขลา นั้นไม่ได้ให้เหตุผลในการไม่อนุญาตถอนตัวแต่อย่างใด เพียงแต่กล่าวว่ากรณีของนายจุมพลก็ไม่มีเหตุที่จะถูกคัดค้านให้ต้องถอนตัวจากการพิจารณาคำร้องนี้แต่อย่างใด

ด้วยความเคารพอย่างสูงในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญการอนุญาตให้ถอนตัวและไม่ให้ถอนตัวดังกล่าว นั้น แสดงให้เห็นถึงการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องการถอนตัวอย่างไม่ถูกต้องและมีการเลือกปฏิบัติ ในกรณีของนายปรีชานั้นเนื่องจากเหตุที่ตุลาการอ้างใช้เป็นเหตุในการถอนตัวในกรณีนี้นั้นเป็นเหตุที่คู่ความควรจะเป็นผู้ใช้คัดค้านตุลาการมากกว่าที่ตุลาการจะนำเหตุดังกล่าวมาใช้ในการคัดค้านและถอนตัวตนเองจากการเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีของนายจุมพล ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยโดยแสดงเหตุผลประกอบในการไม่อนุญาตให้ถอนตัว ซึ่งการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในการอนุญาตและไม่อนุญาตให้ถอนตัวดังกล่าวเป็นสิ่งที่สำคัญ การกระทำที่ไม่ถูกต้องและเป็นการกระทำโดยอาศัยช่องว่างของบทบัญญัติของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญโดยการใช้ดุลพินิจในการถอนตัวได้หรือไม่ได้นั้นจึงไม่น่าจะถูกต้องตามเจตนารมณ์และหลักกฎหมายในการคัดค้านและถอนตัวของตุลาการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น อันเป็นปัญหาที่จะต้องแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องการคัดค้านและการถอนตัวของตุลาการฯ ให้มีความชัดเจนรัดกุมต่อไป

4.4 การพิจารณาคดี

4.4.1 การออกนั่งพิจารณา

การออกนั่งพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น ได้กำหนดหลักการพิจารณาคดีไว้ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่า การพิจารณาคดีของศาลจะกระทำโดยเปิดเผย เมื่อมีการออกนั่งพิจารณาเพื่อสืบพยาน หรือให้คู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องชี้แจงหรือแถลงหรือแสดงความเห็น

ในกรณีที่ศาลเห็นว่า คดีใดมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ ศาลจะไม่ออกนั่งพิจารณา เมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ ศาลมีอำนาจกำหนดนิติบุคคลที่มีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาได้

หลักการที่ว่าเมื่อศาลออกนั่งพิจารณาด้วยวาจา ศาลจะต้องพิจารณาโดยเปิดเผยนี้เป็นหลักการสากลและเป็นพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาในคดีทุกประเภท ในระบบกฎหมายเยอรมันเฉพาะแต่กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนเท่านั้น ที่จะทำให้ศาลสามารถออกนั่งพิจารณา โดยไม่เปิดเผยได้ อนึ่งหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผยต่อสาธารณะนี้ทำให้การประกาศคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมันต้องกระทำโดยเปิดเผย

ในส่วนกฎหมายไทยนั้นหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยย่อมถูกจำกัดลงถ้ามีความจำเป็นซึ่งศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศมีข้อสังเกตว่าหากพิจารณาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่อาจสรุปลงไปได้ชัดเจนว่าหลักการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยเป็นกรณีที่เน้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา กล่าวคือเน้นการออกนั่งพิจารณาหรือเน้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก หากพิจารณาเปรียบเทียบการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้ว จะเห็นว่ามีความแตกต่างกันอยู่ระบบกฎหมายเยอรมันวางหลักว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยรากฐานจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก ซึ่งหมายความว่าส่วนใหญ่แล้วในเยอรมันจะไม่ค่อยมีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญออกนั่งพิจารณา²⁰ ส่วนในระบบกฎหมายออสเตรเลียนั้นบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาเป็นหลัก กล่าวคือในทางทฤษฎีศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยรากฐานจากการออกนั่งพิจารณาด้วยวาจา แม้กระนั้นในทางปฏิบัติ ศาล

²⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 165.

รัฐธรรมนูญออกสเตรียก็จะดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยลายลักษณ์อักษรทำนองเดียวกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน

4.4.2 การสืบพยาน

หลักการพื้นฐานในการพิจารณาวินิจฉัยคดีนั้นมีอยู่ 2 ประเภทคือหลักการพิจารณาคดีโดยการกล่าวหาซึ่งใช้ในศาลยุติธรรมโดยศาลทำหน้าที่เป็นกรรมการควบคุมกติกา และอีกประเภทหนึ่งคือหลักการพิจารณาคดีโดยการไต่สวน ศาลรัฐธรรมนูญของไทยนั้นใช้หลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่แก่ศาลอย่างกว้างขวางคือในกรณีที่ศาลเห็นสมควร หรือโดยคำร้องของคู่กรณีศาลอาจสั่งให้มีการนำสืบพยานหลักฐาน ตรวจสอบบันทึกเอกสาร วัตถุ หรือสถานที่ ไม่ว่าจะกระทำในเวลาใด ภายในหรือภายนอกศาลก็ได้²¹ และให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาหลักฐานใด ๆ ที่ได้มา หรือมีอยู่ หรือคู่กรณีนำมาสืบนั้น จะเกี่ยวกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้ฟังเป็นยุติหรือไม่²² นอกจากนี้การพิจารณาคดีของศาลให้กระทำด้วยความรวดเร็วและต่อเนื่องจนกว่าจะเสร็จ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัย เหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ หรือเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร ศาลจะสั่งเลื่อนการพิจารณาคดีออกไปก็ได้²³ และศาลมีอำนาจสั่งงดการสืบพยานหลักฐานใด ๆ ที่เห็นว่าไม่เกี่ยวกับเรื่องที่พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่มีความจำเป็นแก่การพิจารณาวินิจฉัย หรือจะทำให้คดีล่าช้าโดยไม่สมควรได้ด้วย²⁴

หากพิจารณาวิธีการสืบพยานในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะพบว่าไม่แตกต่างกันมากนักในสาระสำคัญ ทั้งนี้เนื่องจากวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่วางอยู่บนรากฐานของหลักการค้นหาความจริงแห่งคดีโดยการไต่สวนทั้งสิ้น เพียงแต่ในระบบกฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็น

²¹ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

2546 ข้อ 26

²² ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

2546 ข้อ 27

²³ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

2546 ข้อ 28

²⁴ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

2546 ข้อ 25

ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายออสเตรีย บทบาทสำคัญในการค้นหาความจริงของคดี กรณีที่องค์คณะไม่ได้ออกนั่งพิจารณาคดีจะตกอยู่กับตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนหรือตุลาการอื่นที่องค์คณะมอบหมาย²⁵

4.4.3 การประชุมปรึกษาคดี

ส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีคือการประชุมปรึกษาคดี การประชุมปรึกษาคดีเป็นการปรึกษากายในของตุลาการศาลาซึ่งจะต้องทำการภายในและเป็นความลับ ศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้นได้กำหนดให้การประชุมปรึกษาคดี ประธานศาลจะอนุญาตให้เลขาธิการสำนักงานของศาลรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในที่ประชุมด้วยก็ได้

ในระบบกฎหมายเยอรมันการประชุมปรึกษาคดีจะต้องกระทำโดยไม่เปิดเผย เฉพาะตุลาการที่เป็นองค์คณะเท่านั้นที่จะอยู่ในการประชุมปรึกษาคดีได้ ผู้ช่วยทางวิชาการ หรือเจ้าหน้าที่ธุรการจะอยู่ร่วมในการประชุมไม่ได้²⁶ เว้นแต่บางกรณีที่ผู้ช่วยทางวิชาการของตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนอาจจะเข้าร่วมประชุมปรึกษาเพื่อช่วยเหลือตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน มีข้อสังเกตว่าในการประชุมปรึกษาคดีในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้นตุลาการที่จะมีบทบาทมากเป็นพิเศษคือตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน นอกจากระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว ระบบกฎหมายออสเตรียก็ให้ตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนเป็นผู้แถลงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ตลอดจนความเห็นเกี่ยวกับผลของคดีต่อองค์คณะเช่นกัน ในระบบกฎหมายเยอรมันตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนจะเป็นผู้ร่างคำวินิจฉัยเสนอต่อองค์คณะ ในการประชุมปรึกษาคดีซึ่งอาจจะดำเนินไปหลายครั้งตุลาการที่เป็นองค์คณะจะถกเถียงประเด็นต่าง ๆ ในทางกฎหมายอย่างละเอียด หลังจากนั้นจึงจะมีการลงมติ พร้อมทั้งจะช่วยกันปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำในร่างคำวินิจฉัยของตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน จนกว่าจะเป็นที่ยอมรับได้ของตุลาการที่เป็นองค์คณะก่อนที่จะประกาศผลการวินิจฉัย

ในระบบกฎหมายไทย โดยเหตุที่ไม่มีตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน กรณีจึงมีปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะองค์คณะจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้ข้าราชการฝ่ายธุรการจดบันทึกตลอดจนมีส่วนร่วมในการทำคำวินิจฉัย อนึ่ง โดยที่องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญสิบห้าคนเป็นองค์คณะที่ใหญ่อย่างยิ่ง จึงสมควร

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 166.

²⁶ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ข้อ 25, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง, น.267.

พิจารณาปรับปรุงองค์คณะให้เล็กลงโดยอาจจะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีสององค์คณะทำนองเดียวกับระบบกฎหมายเยอรมัน โดยแยกภาระหน้าที่ความรับผิดชอบให้ชัดเจน และควรนำระบบตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนมาใช้ด้วย²⁷

4.5 การกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย

การคุ้มครองชั่วคราวในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไปในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เพราะการที่บุคคลนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลย่อมมุ่งหมายให้ศาลคุ้มครองสิทธิให้แก่นั้น แต่โดยเหตุที่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพอสมควร ด้วยเหตุเช่นนี้ การคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการอาจจะไม่ทันกับระยะเวลาที่ควรจะต้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลนั้นหากปล่อยให้สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่ต่อไป แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะเป็นผู้ชนะคดีในท้ายที่สุด ก็ไม่สามารถเยียวยาสิทธิของผู้ฟ้องคดีได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการเป็นไปตามหลักการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ (dereffective Rechtsschutz) กระบวนการพิจารณาคดีของศาลจึงจำเป็นต้องนำระบบการคุ้มครองชั่วคราวมาใช้เพื่อทำให้ระบบการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการสามารถนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มาจากศาลได้อย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้ จึงได้นำระบบการคุ้มครองชั่วคราวมาใช้ทั้งในคดีแพ่งและคดีปกครอง ในส่วนของคดีแพ่งนั้นการคุ้มครองชั่วคราวมุ่งเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวย่อมกระทบต่อสิทธิของบุคคลในคดี แต่ในขณะที่คดีปกครองมาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวมักจะกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่ศาลจะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวยังต้องมีความรอบคอบพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบต่อการนำภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองกับการกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดี ในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อาจจะส่งผลกระทบมากกว่าคดีปกครอง เพราะคู่ความในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ส่วนใหญ่แล้วหมายถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งองค์กรเหล่านี้มีภาระหน้าที่สำคัญที่มีผลโดยรวมต่อสังคม ดังนั้นการให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงอาจส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมยิ่งกว่าคดีปกครอง²⁸

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.167.

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), น.7-8.

ในประเทศเยอรมัน รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้กำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยในมาตรา 32 โดยมีเงื่อนไขของการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ดังต่อไปนี้คือ²⁹

ก. ลักษณะของข้อพิพาท

สำหรับลักษณะข้อพิพาทที่ศาลรัฐธรรมนูญจะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ได้นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าหากข้อพิพาทดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่หากเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ กระบวนการในการขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบว่า ข้อพิพาทในเรื่องนั้นเป็นข้อพิพาทเข้าเงื่อนไขที่จะมาศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ และกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ นั้นเป็นกรณีที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่จะมาร้องยังศาลรัฐธรรมนูญหรือเป็นคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว

ข. การเริ่มต้นกระบวนการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า เรื่องการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นเป็นเรื่องของศาล กล่าวคือศาลสามารถริเริ่มกระบวนการเองได้ แต่อย่างไรก็ตาม พื้นฐานในทางกฎหมายที่ให้ศาลริเริ่มได้นั้นไม่มี ซึ่งตามมาตรา 32 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ก็ได้บัญญัติไว้ให้ศาลออกคำสั่งได้ เมื่อมีคำร้องขอ ดังนั้นการออกคำสั่งโดยศาลริเริ่มเองได้นั้นจึงไม่สอดคล้องกับลักษณะของความเป็นองค์กรศาล ถ้าไม่มีคดีข้อพิพาทศาลก็ไม่สามารถริเริ่มคดีได้เอง ดังนั้น เมื่อมีคดีข้อพิพาทยื่นมายังศาล ศาลจะต้องปล่อยให้เป็นเรื่องของคู่ความในคดีว่าคู่ความในคดีต้องการจะปกป้องผลประโยชน์ของตนหรือไม่

ค. ผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้อง

บุคคลที่จะมีสิทธิในการยื่นคำร้องเพื่อให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้นั้น อาจเป็นคู่ความฝ่ายที่จะยื่นฟ้องต่อศาลหรือบุคคลที่จะถูกฟ้องต่อศาลก็ได้

ง. อำนาจในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว (die Antragsbefugnis)

คำร้องที่ยื่นต่อศาลนั้น ผู้ยื่นคำร้องจะต้องกล่าวอ้างว่าถ้าไม่มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นการเร่งด่วนนั้น จะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงก็ดี หรือจะเกิดภัยอันตรายแก่ตนก็ดี หรือจากเหตุผลที่จำเป็นอื่น ๆ การให้เหตุผลในคำร้องนั้น ผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นถึงภัยอันตราย และความ

²⁹ เพิ่งอ้าง, น.42-45.

จำเป็นที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือ การที่จะออกคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวได้นั้นจะต้องเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่เกิดเป็นข้อพิพาทนั้น ดังนั้น จากพื้นฐานของนิติสัมพันธ์นี้เอง ผู้ยื่นคำร้องจะต้องกล่าวอ้างถึงสิทธิเรียกร้องของผู้ยื่นคำร้องด้วย ลักษณะขององค์ประกอบในเรื่องนี้จึงต้องย้อนกลับไปที่มาตรา 32 วรรค 1 ที่บัญญัติถึงเรื่อง "ข้อพิพาท" ซึ่งจะต้องเกี่ยวกับ "ข้อพิพาท" จากข้อพิพาทดังกล่าวนั้นได้มีการฟ้องไปยังศาลหรือจะมีการเสนอเรื่องไปยังศาล กรณีที่มีการเสนอเรื่องไปยังศาลแล้ว ผู้ร้องได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดีดังกล่าว หรือหากยังมิได้เสนอมายังศาลผู้ร้องเองจะเข้ามาเป็นคู่ความในคดี ซึ่งในกรณีเหล่านี้เป็นการวางเงื่อนไขอยู่ที่สิทธิของปัจเจกบุคคลหรืออำนาจหน้าที่ หรืออย่างน้อยเป็นการทำให้เกิดความชัดเจน สำหรับผลประโยชน์ของผู้ร้องขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

ในกรณีที่คดีสำหรับข้อพิพาทหลักเป็นคดีที่ไม่มีเหตุผลในทางกฎหมายสนับสนุนอย่างชัดเจน หรือเป็นคดีที่ไม่มีโอกาสชนะคดีได้อย่างชัดเจน ในกรณีเช่นนี้ศาลจะไม่อาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้แก่ผู้ร้องได้ ในกรณีนี้ย่อมถือว่าผู้ร้องที่ขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวปราศจากอำนาจในการยื่นคำร้องขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

จ. องค์คณะที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราว

องค์คณะที่จะมีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวคือองค์คณะที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่จะเสนอมายังศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เป็นเรื่องร้องทุกข์โดยประชาชนมายังศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะมีองค์คณะในการกลั่นกรองเรื่องที่จะเข้าสู่องค์คณะใหญ่ โดยองค์คณะกลั่นกรองเรื่องมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่รับเรื่องร้องทุกข์จากประชาชนได้ กรณีย่อมถือว่าองค์คณะในการกลั่นกรองเรื่องย่อมมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวได้ด้วย

ส่วนในประเทศออสเตรเลียนั้น ตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้แต่อย่างใด แต่โดยที่มาตรา 35 ได้บัญญัติให้นาบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม

จากการศึกษาเรื่องกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาข้างต้นนั้นพบได้ว่าทั้งในประเทศเยอรมันและออสเตรียต่างมีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา ดังนั้น คดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งผลของคดีบางประเภทมีผลต่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เหมือนดังเช่นคดีแพ่งที่เป็นประโยชน์เฉพาะคู่ความหรือของเอกชนเท่านั้น แม้กระนั้นในคดีแพ่งก็ยังมีคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา โดยให้ทั้งโจทก์และจำเลยมีอำนาจในการยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนคำพิพากษาได้ ยิ่งกว่านั้นสักเท่าใดคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่มีประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมอยู่ด้วย ในบางกรณีหากรอให้มีการพิจารณาคดีถึงที่สุดก่อน อาจมีความเสียหายเกิดแก่ประโยชน์สาธารณะได้ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงควรมีการตราข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยเหมือนดังเช่นต่างประเทศ และหากพิจารณาข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่า

ด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2546 ไม่พบว่ามีข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวเหมือนในระบบกฎหมายเยอรมันหรือออสเตรเลียแต่อย่างใด ในความเห็นของผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยได้เหมือนในระบบกฎหมายเยอรมันและออสเตรเลีย เพื่อไม่ให้ประโยชน์สาธารณะได้รับความเสียหายจากการรื้อพิจารณาคดีจนกระทั่งมีคำวินิจฉัย