



บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องกระบวนการพิจารณา

กระบวนการพิจารณาหรือวิธีพิจารณาของศาลถือเป็นเรื่องสำคัญ เพราะเป็นวิธีการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดขึ้น เพื่อให้คู่กรณีหรือแม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญเองต้องปฏิบัติตามขั้นตอนหรือกระบวนการต่างๆ ของกฎหมาย หากวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญขาดรายละเอียดที่สำคัญอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ และหากศาลรัฐธรรมนูญหรือคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือวิธีพิจารณาตามกฎหมาย คำวินิจฉัยนั้นอาจเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้ก็ได้

วิธีพิจารณาที่ผู้วิจัยได้หยิบยกขึ้นมาวิเคราะห์ในบทนี้ มี 3 ประเด็น คือ การกำหนดประเด็นวินิจฉัย การพิจารณาวินิจฉัยคดีและการทำคำวินิจฉัย โดยจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

4.1 การกำหนดประเด็นวินิจฉัย

การกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัย เป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาคดีของศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อที่การพิจารณาคดีจะได้เป็นไปตามประเด็นที่ได้ตั้งไว้ สามารถวินิจฉัยคดีได้โดยถูกต้อง ครบถ้วนทุกประเด็น สำหรับประเด็นแห่งการวินิจฉัยนั้น หากเป็นในศาลยุติธรรม ประเด็นก็มาจากคำฟ้องโจทก์และคำให้การของจำเลย สำหรับของศาลรัฐธรรมนูญ ประเด็นแห่งการวินิจฉัยก็มาจากคำร้องของผู้ร้องและหรือคำชี้แจงของผู้ถูกร้อง

สำหรับในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดประเด็นวินิจฉัยการกำหนดประเด็นวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 และการกำหนดประเด็นวินิจฉัยอันมีผลกระทบต่อการลงมติ

4.1.1 หลักเกณฑ์การกำหนดประเด็นวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และประกาศในราชกิจจานุเบกษา และกำหนดให้วิธีพิจารณาดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐาน เรื่องการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี การให้สิทธิคู่กรณีขอตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตน การเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญข้างต้นแล้ว ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.

2541 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 115 ตอนพิเศษ 47 ง ลงวันที่ 12 มิถุนายน 2541 แบ่งเป็น 6 หมวด สรุปสาระได้ว่า

หมวด 1 การยื่นและถอนคำร้อง ได้กำหนดหลักเกณฑ์การยื่นและถอนคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ อาทิ คำร้องต้องทำเป็นหนังสือ ระบุชื่อที่อยู่ของผู้ร้อง มาตราของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับเหตุที่ร้อง เรื่องอันเป็นเหตุให้ต้องใช้สิทธิ คำขอที่ประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างไรได้พร้อมเหตุผล และลงลายมือชื่อผู้ร้อง เป็นต้น

หมวด 2 การคัดค้านตุลาการ ระบุเหตุที่จะคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อาทิ มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย เป็นผู้แทนทนายความของผู้ร้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน เป็นผู้พิพากษา กรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรืออนุญาโตตุลาการ ซึ่งพิจารณาคำร้องเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน เป็นต้น

หมวด 3 การพิจารณา กำหนดกระบวนการพิจารณาของศาล เช่น เมื่อได้รับคำร้องให้ศาลตรวจและมีคำสั่งว่า สมควรจะรับไว้พิจารณาหรือไม่ ภายใน 7 วัน นับแต่ได้รับคำร้องและเมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องแล้ว จะต้องส่งสำเนาคำร้องแก่ผู้ถูกร้อง เพื่อให้ทำคำชี้แจงยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ภายใน 15 วัน การพิจารณาคดีของศาลให้กระทำโดยเปิดเผย เมื่อมีการออกนั่งพิจารณาสืบพยาน การให้คู่กรณีแสดงความเห็น หรือการฟังคำแถลงของคู่กรณี ทั้งนี้ในการออกนั่งพิจารณาของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ บุคคลภายนอกจะเข้าฟังการพิจารณาคดีของศาลได้แต่จะต้องปฏิบัติตามระเบียบของศาล เพื่อการรักษาระเบียบและความเรียบร้อย

หมวด 4 คำวินิจฉัยหรือคำสั่ง กำหนดว่าการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งต้องประกอบด้วย ความเป็นมาหรือคำกล่าวหา สรุปข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการพิจารณา เหตุผลในการวินิจฉัย ในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิง

หมวด 5 แบบพิมพ์ ให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดว่าจะมีแบบพิมพ์ใช้เพื่อการใด

หมวด 6 บทสุดท้าย ว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยในการพิจารณา รวมทั้งการวางข้อกำหนดเพิ่มเติม เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลเป็นไปโดยเรียบร้อย

จากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ซึ่งออกตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 269¹ ดังกล่าวแต่ข้างต้นนั้นจะสังเกตเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยคดีไว้แต่อย่างใด ซึ่งหากจะเปรียบเทียบกับศาลยุติธรรมแล้ว จะเห็นว่าศาลยุติธรรมนั้นจะกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน โดยในคดีแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดประเด็นข้อพิพาทไว้ โดยศาลจะนำคำคู่ความ คือ คำฟ้องและคำให้การของคู่ความมาเทียบกันดู ข้อเท็จจริงใดตามคำคู่ความที่คู่ความยอมรับกัน ก็เป็นอันยุติไปตามนั้น

¹ มาตรา 269 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.

ถ้าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดโต้แย้งไม่ยอมรับ ก็กำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ แล้วให้คู่ความแต่ละฝ่ายนำพยานของตนเข้าสืบตามลำดับก่อนหลัง ส่วนในคดีอาญานั้น เป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า ประเด็นข้อพิพาทหรือประเด็นแห่งการวินิจฉัย มีเพียงประเด็นเดียว คือ จำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องโจทก์จริงหรือไม่ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญควรกำหนดหลักเกณฑ์ในกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยไว้ โดยอาจจะเทียบเคียงหลักเกณฑ์ของศาลยุติธรรมมาใช้ โดยการพิจารณาประเด็นของการวินิจฉัยจากคำร้องของผู้ร้องและคำชี้แจงของผู้ถูกร้อง

มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นแตกต่างกับศาลยุติธรรม เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีคำวินิจฉัยกลาง และคำวินิจฉัยส่วนตน ส่วนในศาลยุติธรรมนั้น ถ้าจะเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญคงมีแต่คำวินิจฉัยกลางแต่อย่างเดียว หากมีคำวินิจฉัยส่วนตนไม่ ดังนั้นหากศาลรัฐธรรมนูญมีแต่เพียงคำวินิจฉัยกลาง ปัญหาเรื่องการกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยคงไม่เกิดขึ้น เพราะคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษานั้น ได้กระทำโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ได้ร่วมพิจารณาพิพากษากันเป็นองค์คณะอยู่แล้ว ปัญหาเรื่องการกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยได้เกิดขึ้น เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย 2 ส่วน คือ คำวินิจฉัยกลางและคำวินิจฉัยส่วนตน โดยเฉพาะในกรณีนี้ที่ประเด็นแห่งการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลางและคำวินิจฉัยส่วนตนแตกต่างกัน

ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญควรกำหนดวิธีพิจารณาว่าด้วยการกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยไว้ เพราะจะทำให้ประเด็นแห่งการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลางและคำวินิจฉัยส่วนตนสอดคล้องกัน ไม่เป็นปัญหาอย่างเช่นคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้

โดยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญของไทย มีอำนาจหน้าที่กว้างขวางมาก ฉะนั้นประเด็นในการวินิจฉัยในอำนาจหน้าที่ที่มีในแต่ละเรื่องนั้น คงไม่สอดคล้องต้องกันเสียหมด วิธีแก้ปัญหาควรกำหนดวิธีพิจารณาแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ วิธีพิจารณาทั่วไป และวิธีพิจารณาเฉพาะคดี เพื่อจะทำให้การกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยง่ายขึ้น อย่างเช่นในวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน²

โครงสร้างของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน (Gesetz ueber Bundesverfassungsgericht)

หมวด 1 สถานะ องค์ประกอบ และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

หมวด 2 วิธีพิจารณาทั่วไป

หมวด 3 วิธีพิจารณาเฉพาะคดี

วิธีพิจารณาคดีตัดสินสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

วิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง

² นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 2 เล่มที่ 6 (กันยายน - ธันวาคม 2543) : 89-92.

วิธีพิจารณาตรวจสอบการเลือกตั้ง

วิธีพิจารณาคดีฟ้องประธานาธิบดี

วิธีพิจารณาคดีฟ้องผู้พิพากษาศาลสหพันธรัฐ

วิธีพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญระหว่างองค์กรสูงสุดตามรัฐธรรมนูญ

วิธีพิจารณาข้อพิพาทระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐ หรือระหว่างมลรัฐด้วยกัน

กระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม

กระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม

วิธีพิจารณาว่ากฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับเป็น
กฎหมายภายในหรือไม่

วิธีพิจารณาว่ากฎหมายที่ประกาศก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีผลบังคับใช้
ต่อไปหรือไม่

วิธีพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

หมวด 4 บทสุดท้าย

หมวดวิธีพิจารณาทั่วไป

ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันนั้น ได้แยกวิธีพิจารณาไว้
อย่างชัดเจนระหว่างวิธีพิจารณาทั่วไปนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้กับคดีทุกประเภท ส่วนวิธีพิจารณา
เฉพาะใช้กับคดีในเรื่องนั้นๆ เท่านั้น หลักที่ได้บัญญัติไว้ในกระบวนการพิจารณาทั่วไป ตาม
กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ประกอบด้วยหลักดังต่อไปนี้

(1) การคัดค้านผู้พิพากษา เนื่องจากมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติ หรือเพราะเคย
มีส่วนเกี่ยวข้องเนื่องจากหน้าที่การงาน

(2) การคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากขาดความเป็นกลาง

(3) สิทธิในการตรวจสอบเอกสารของผู้มีส่วนร่วมในคดี

(4) การเป็นตัวแทนในคดี

(5) การยื่นคำร้อง

(6) การปฏิเสธคำร้อง

(7) หลักพิจารณาโดยวาจา การบันทึก รวมทั้งการบันทึกเสียง

(8) การสืบพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญพิเศษ การกำหนดวันสืบพยาน

(9) คำพิพากษาและการอ่านคำพิพากษา

(10) วิธีการชั่วคราว

(11) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับคดี

บทบัญญัติเหล่านี้ใช้บังคับกับคดีทุกประเภท เว้นแต่ในกรณีที่วิธีพิจารณาเฉพาะคดีได้
บัญญัติเรื่องนั้นๆ ไว้ เป็นการเฉพาะ ก็ให้ใช้บทบัญญัตินั้น

หมวดวิธีพิจารณาเฉพาะคดี

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคือวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ จำเป็นที่จะต้องมียุติวิธีพิจารณาเฉพาะสำหรับคดีแต่ละประเภทหรือไม่ เพราะศาลรัฐธรรมนูญอาจเห็นว่า รัฐธรรมนูญเองได้กำหนดรายละเอียดต่างๆ ไว้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมาบัญญัติไว้ซ้ำอีก แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นอาจไม่ครอบคลุมรายละเอียดทั้งหมด ในคดีบางประเภทยังจำเป็นต้องมาบัญญัติรายละเอียดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาอีกชั้นหนึ่ง ดังตัวอย่างเช่น การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมนั้น ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) ของเยอรมันเองก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 93 (1) ข้อ 2 โดยได้บัญญัติว่า ในกรณีที่รัฐบาลสหพันธ์คดี รัฐบาลแห่งมลรัฐคดีหรือสมาชิกหนึ่งในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคดี มีความเห็นแตกต่างกันหรือมีข้อสงสัยว่า กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญ องค์กรตามที่กล่าวมาแล้วอาจยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ หากยึดถือตามแนวทางดังกล่าว ก็ไม่จำเป็นต้องนำเรื่องนั้นมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอีก แต่ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้บัญญัติไว้อีกครั้งหนึ่ง โดยมาตรา 76 BverfGG ได้บัญญัติไว้ มีสาระสำคัญคล้ายกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่มีรายละเอียดมากกว่า เช่น กรณีที่ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องดังกล่าวมีความเห็นว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมีผลบังคับใช้ได้ แต่ในขณะที่ศาลคดี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองคดี หรือองค์กรระดับสหพันธรัฐ หรือระดับมลรัฐคดี เห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญหรือขัดกับกฎหมายของสหพันธรัฐ องค์กรผู้มีสิทธิก็อาจจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

มาตรา 77 BverfGG ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้ผู้เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวมีสิทธิที่จะเสนอความคิดเห็นในกระบวนการได้ มาตรา 78 ได้บัญญัติเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาล โดยได้บัญญัติว่า ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายของสหพันธรัฐขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนั้นเป็นโมฆะแล้ว และถ้ามีบทบัญญัติอื่นๆ ของกฎหมายเดียวกัน จากเหตุผลเดียวกันขัดกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นๆ เป็นโมฆะในโอกาสเดียวกันนี้ได้

มาตรา 79 BverfGG ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของคำพิพากษา ตาม (1) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งบทบัญญัติที่ใช้วินิจฉัยในคดีอาญานั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้บุคคลนั้นอาจขอให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาได้

หรืออีกตัวอย่างหนึ่ง เช่น การควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการ ในกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 100 ของรัฐธรรมนูญ แต่ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญก็ยังได้กำหนดกระบวนการพิจารณาคดีไว้เป็นการเฉพาะ โดยในหมวดนี้เริ่มจากมาตรา 80 เรื่องการยื่นคำร้องของศาลที่พิจารณาคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมขึ้นมากกว่ารัฐธรรมนูญ

มาตรา 80 BverfGG ได้บัญญัติว่า การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ให้วินิจฉัยเฉพาะกรณีปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น

มาตรา 81 a BverfGG ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิเสธคำร้องโดยเสียงเห็นด้วยเป็นเอกฉันท์ขององค์คณะที่ทำหน้าที่ในการกลั่นกรอง แต่อย่างไรก็ตาม หากคำร้องที่ได้รับการเสนอ

โดยศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐ หรือศาลสูงสุดของสหพันธรัฐได้รับการปฏิเสธ ในกรณีนี้ให้อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเต็มองค์คณะอีกครั้ง

มาตรา 82 BverfGG ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง รวมทั้งให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการวินิจฉัยและผลของการวินิจฉัยของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมมาใช้บังคับกับกรณีนี้ด้วย

จากกรณีตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น 2 กรณีนั้น จะเห็นได้ว่า ในกระบวนการพิจารณาคดีแต่ละประเภทนั้น ยังมีรายละเอียดที่จะต้องไปกำหนดเพิ่มเติมในกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลที่กำหนดไว้แล้วในรัฐธรรมนูญนั้นอาจไม่เพียงพอ

นอกเหนือจากโครงสร้างของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐของเยอรมันแล้ว หากพิจารณาโครงสร้างกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นๆ ในยุโรป เช่น กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรีย วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลี วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสเปน กฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรอำนาจหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญของโปรตุเกส วิธีพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส กฎหมายว่าด้วยการจัดการองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดของเบลเยียม ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1983 และ วิธีพิจารณาของศาลสูงสุดของกรีซ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลสูงสุดของประเทศที่กล่าวมาทั้งหมดนั้น ล้วนแต่ได้แยกหมวดวิธีพิจารณาทั่วไปออกจากหมวดวิธีพิจารณาเฉพาะคดี และหมวดวิธีพิจารณาเฉพาะคดีได้แยกไปตามคดีแต่ละประเภท การจัดโครงสร้างของกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการจัดระบบกฎหมายวิธีพิจารณาที่เหมาะสมและเป็นการสะดวกต่อการใช้ในทางปฏิบัติ

จากวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน พอจะเห็นแนวทางในการกำหนดประเด็นวินิจฉัย ในการพิจารณาวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามมาตรา 216 (2) (3) (4) หรือ (6) หรือไม่นั้น ควรบัญญัติไว้ที่ใดอย่างไร

อย่างที่กล่าวแต่ข้างต้นว่า ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีอำนาจหน้าที่ที่กว้างขวางมากมาย ฉะนั้นวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญไทย ก็ควรจะแยกแยะเป็นหมวดวิธีพิจารณาแบบทั่วไป และหมวดวิธีพิจารณาคดีที่ใช้เฉพาะคดีอย่างเช่นของประเทศเยอรมัน โดยการแยกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ส่วน ในส่วนแรกจะเป็นวิธีพิจารณาทั่วไป และในส่วนที่สองจะเป็นวิธีพิจารณาเฉพาะ ไว้ดังนี้³

ก. วิธีพิจารณาทั่วไป ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้กับคดีทุกประเภท เช่น การยื่นและถอนคำร้อง การคัดค้านตุลาการเนื่องจากความสัมพันธ์ทางเครือญาติ มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องใน

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ (กันยายน - ธันวาคม 2543) : 16-17.

เรื่องที่ขอให้วินิจฉัยและอื่น ๆ ขั้นตอนในการรับคำร้องไว้ดำเนินการ การชี้แจงโดยผู้ร้องและผู้ถูกร้อง พยานและการสืบพยานบุคคล และพยานหลักฐานเอกสารต่าง ๆ รวมทั้งการกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคดี ซึ่งจะต้องกระทำด้วยความรวดเร็วและต่อเนื่องจนกว่าจะเสร็จขั้นตอนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของศาลที่จะต้องกระทำโดยเปิดเผย เมื่อมีการออกนั่งพิจารณาในการสืบพยาน การให้คู่กรณีแสดงความเห็นหรือการฟังคำแถลงของคู่กรณี รวมทั้งการรักษาระเบียบและความเรียบร้อยในส่วนที่เกี่ยวกับการเข้ามาในศาลหรือบริเวณศาล หรือการเข้าฟังการพิจารณาคดีของศาล การวินิจฉัย การอ่าน และการเปิดเผยคำวินิจฉัย

ข. วิธีพิจารณาเฉพาะคดี ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะกับแต่ละประเภทของคดี และมีได้เป็นเรื่องที่อยู่ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาทั่วไป เช่น วิธีพิจารณาวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ วิธีพิจารณาวินิจฉัยกรณีการขาดสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา และการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการการเลือกตั้ง วิธีพิจารณาคดีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน และวิธีพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

การแยกวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ส่วนดังกล่าวข้างต้น นอกจากจะทำให้การทำงานของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยสะดวกและรวดเร็วแล้ว ยังทำให้สอดคล้องกับประเภทและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งแน่นอนว่าการพิจารณาปัญหาการสิ้นสถานภาพของการเป็นรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญมาตรา 216 (4) นี้ ต้องอยู่ในส่วนของวิธีพิจารณาคดี ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า วิธีการนี้ไม่เหมาะสมที่จะนำมาประยุกต์ใช้กับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย ผู้วิจัยใคร่ขอเสนอวิธีการพิจารณาอีกทางหนึ่งต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า ก่อนการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญทุกเรื่อง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกท่านควรกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยร่วมกัน โดยพิจารณาและกำหนดประเด็นภายหลังที่ได้รับคำร้องของผู้ร้อง และคำชี้แจงของผู้ถูกร้องมาแล้ว เพื่อจะทำให้ประเด็นในการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลาง และคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกท่านสอดคล้องต้องกัน

4.1.2 การกำหนดประเด็นวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 36/2542

ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญ การกำหนดประเด็นวินิจฉัยเป็นสิ่งสำคัญ สำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ส่วนการกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยตามคำวินิจฉัยที่ 36/2542 ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น แบ่งแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ การกำหนดประเด็นวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลาง และการกำหนดประเด็นวินิจฉัยในคำวินิจฉัยส่วนตน

ก. การกำหนดประเด็นวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลาง

คำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดประเด็นในการวินิจฉัยออกเป็น 3 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง การที่นายเนวิน ชิดชอบ ถูกฟ้องด้วยเหตุแห่งการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จะใช้บังคับ และก่อนที่จะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี แต่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาในขณะที่ นายเนวิน ชิดชอบ ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี จะนำรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) มาใช้บังคับได้หรือไม่

ประเด็นที่สอง การที่นายเนวิน ชิดชอบ อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้น คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ คดียังไม่ถึงที่สุด จะอยู่ในความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) หรือไม่

ประเด็นที่สาม การที่ศาลจังหวัดบุรีรัมย์มีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก นายเนวิน ชิดชอบ 6 เดือน แต่โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี จะถือว่านายเนวิน ชิดชอบ ต้องคำพิพากษาให้จำคุกความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่

การกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาจาก คำร้องของผู้ร้องและคำชี้แจงของผู้ถูกร้อง คล้ายๆ กับการกำหนดประเด็นข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรม

ข. การกำหนดประเด็นในคำวินิจฉัยส่วนตน

การกำหนดประเด็นในคำวินิจฉัยส่วนตน ในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้ ตุลาการ ทั้ง 13 นาย ที่ร่วมพิจารณาทำคำวินิจฉัย ต่างคนต่างกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยเป็นของตนเอง ทำให้ประเด็นแห่งคำวินิจฉัยของแต่ละนายไม่เหมือนกัน บางนายมีประเด็นแห่งการวินิจฉัย ทั้ง 3 ประเด็นตามประเด็นในคำวินิจฉัยกลาง บางนายวินิจฉัยเพียงประเด็นเดียว หรือสอง ประเด็น ที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะว่า ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 267⁴ ได้บัญญัติให้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำคำวินิจฉัยส่วนตนมาก่อนแล้วมาลงมติ เมื่อมติเป็นเช่นไรแล้ว จึงจะเขียนคำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้ประเด็นในคำวินิจฉัยส่วนตนของแต่ละนายไม่ถูกต้องตรงกัน เพราะต่างคนต่างไปทำคำวินิจฉัยส่วนตนมาก่อน โดยความคิดอิสระของตัวเอง ถ้า มองในทางตรงข้าม หากทางปฏิบัติตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเขียนคำวินิจฉัยกลางก่อนคำวินิจฉัย ส่วนตน ผลก็คือตุลาการทั้ง 13 นาย ที่ร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีนี้ ทราบประเด็นครบทั้ง 3 ประเด็นอย่างเช่นในคำวินิจฉัยกลางแล้ว แต่ตุลาการส่วนน้อยที่ไม่ได้วินิจฉัยครบทุกประเด็นนั้น อาจเป็นเพราะเห็นว่าประเด็นบางประเด็นไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย วินิจฉัยเพียงประเด็นเดียว หรือสอง

⁴ มาตรา 267 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะต้องทำคำวินิจฉัยในส่วนของตน พร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ

ประเด็นก็เพียงพอแล้ว สำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดว่าสถานภาพของการเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีเนวิน ชิดชอบ ล้นสุดลงหรือไม่

ในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้ มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 นาย ที่วินิจฉัยครบทุกประเด็น อย่างเช่นคำวินิจฉัยกลาง คือ นายเชาว์ สายเชื้อ ศาสตราจารย์ชัยอนันต์ สมุทวนิช ศาสตราจารย์อนันต์ เกตุวงศ์ ศาสตราจารย์โกเมน ภัทรภิรมย์ นายประเสริฐ นาสกุล นายสุจินดา ยงสุนทร นายมงคล สระแก้ว นายสุวิทย์ อีรพงษ์ และนายอูระ หวังอ้อมกลาง มี 2 นายที่วินิจฉัย 2 ประเด็น คือ พลโทจูล อติเรก และนายปรีชา เฉลิมวณิชย์ ส่วนอีก 2 นายวินิจฉัยเพียงประเด็นเดียว คือ ศาสตราจารย์อิสสระ นิตินันท์ประภาศ และนายจุมพล ณ สงขลา รายละเอียดปรากฏตามตารางที่ 6 ท้ายนี้

ตารางที่ 6 แสดงการกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลางและคำวินิจฉัยส่วนตน

คำวินิจฉัย	ประเด็นแห่งคำวินิจฉัย		
	เหตุต้องเกิดขณะเป็นรัฐมนตรี	ต้องถึงที่สุด	ต้องจำคุกจริง
คำวินิจฉัยกลาง	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ต้อง
นายเชาว์ สายเชื้อ	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ไม่ต้อง
ศ.ชัยอนันต์ สมุทวนิช	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ไม่ต้อง
ศ.อนันต์ เกตุวงศ์	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ไม่ต้อง
ศ.โกเมน ภัทรภิรมย์	ไม่จำเป็น	ต้อง	ไม่ต้อง
นายประเสริฐ นาสกุล	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ไม่ต้อง
นายสุจินดา ยงสุนทร	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ไม่ต้อง
นางมงคล สระแก้ว	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ไม่ต้อง
นายสุวิทย์ อีรพงษ์	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ต้อง
นายอูระ หวังอ้อมกลาง	ไม่จำเป็น	ไม่ต้อง	ต้อง
พลโทจูล อติเรก	ไม่จำเป็น	*	ต้อง
นายปรีชา เฉลิมวณิชย์	*	ไม่ต้อง	ต้อง
ศ.อิสสระ นิตินันท์ประภาศ	*	ต้อง	*
นายจุมพล ณ สงขลา	*	ต้อง	*

* ไม่ได้วินิจฉัย

4.1.3 การกำหนดประเด็นวินิจฉัยอันมีผลกระทบต่อการลงมติ

ดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.1.1 เกี่ยวกับเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ของการกำหนดประเด็นวินิจฉัย ว่าศาลรัฐธรรมนูญมิได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เอาไว้ ดังนั้นประเด็นของการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตามความต้องการของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละนาย อันจะส่งผลถึงการลงมติหรือการโหวตของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพราะประเด็นของการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยส่วนตนกับคำวินิจฉัยกลางจะไม่ตรงกัน หรือแม้แต่ในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละท่าน ก็ไม่สอดคล้องต้องกัน

สำหรับการกำหนดประเด็นแห่งการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้ อย่างไม่ได้กล่าวในหัวข้อ 4.1.2 แล้วว่า ประเด็นในคำวินิจฉัยกลางและคำวินิจฉัยส่วนตนไม่ตรงกัน และในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการแต่ละนายเอง ก็มีประเด็นแตกต่างจากคำวินิจฉัยกลาง อันมีผลต่อการนับคะแนนเสียง หรือการลงมติของตุลาการ การวางบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญ ในการวินิจฉัยปัญหาการสิ้นสภาพการเป็นรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) ว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้น ต้องจำคุกจริงหรือไม่ หรือต้องถึงที่สุดหรือไม่

เกี่ยวกับเรื่องการนับคะแนนเสียงของศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ มาตรา 267 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก” และมาตรา 268 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ” จากบทบัญญัติในสองมาตรานี้ เราก็พอสรุปกันได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ให้ถือเป็นเด็ดขาดและมีผลผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐนั้น เป็นคำวินิจฉัยของเสียงข้างมาก เป็นคำวินิจฉัยของเสียงส่วนใหญ่มิใช่เสียงส่วนน้อย

แต่สำหรับการนับคะแนนเสียงในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 มิได้เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าว กล่าวคือ ในประเด็น “คำพิพากษาต้องถึงที่สุดหรือไม่” ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยกลางว่า ไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุด แต่จากคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการทั้ง 13 นาย พบว่ามีเพียง 3 นายเท่านั้น คือ ท่านโกเมน ภัทรภิรมย์ ท่านจุมพล ณ สงขลา และท่านอิสสระ นิตินันท์ประภาศ ที่วินิจฉัยคำว่า ต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) ว่าหมายถึง คำพิพากษาที่ถึงที่สุด ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 3 นาย ที่กล่าวมานี้ ต้องเป็นเสียงข้างน้อยและไม่ต้องนับคะแนนเสียงของท่านไปรวมกับคะแนนเสียงอื่นที่วินิจฉัยให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชินชอบ สิ้นสุดลง แต่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ทำเช่นนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้นำคะแนนเสียงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 นาย ดังกล่าว ไปรวมกับคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 4 นาย ที่วินิจฉัยว่าต้องมีการจำคุกจริง เมื่อรวมกันแล้วเป็น 7 เสียง จึงเป็นเสียงข้างมาก มากกว่าคะแนนเสียงของตุลาการฝ่ายข้างน้อยที่เห็นว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินสิ้นสุดลง ซึ่งมีจำนวน 6 เสียง อยู่

จำนวน 1 เสียง อันเป็นการนำเสียงข้างน้อยในคำวินิจฉัยส่วนตนมาเป็นหลักในการทำคำวินิจฉัยกลาง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องเพราะขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 267

ในประเด็นต้องจำคุกจริงหรือไม่ก็เช่นเดียวกัน มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพียง 4 นาย คือ นายสุวิทย์ อีรพงษ์ นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ นายอุระ หวังอ้อมกลาง และพลโทจุล อติเรก ที่วินิจฉัยว่า “ ต้องคำพิพากษาให้จำคุก ” ตามมาตรา 216 (4) หมายถึง ต้องจำคุกจริง ซึ่งแม้คำวินิจฉัยส่วนตนของทั้ง 4 นาย จะสอดคล้องกับคำวินิจฉัยกลางแต่ปัญหานี้ก็คือว่า คำวินิจฉัยกลางนั้น ต้องสะท้อนคำวินิจฉัยส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคน จึงจะทำให้คำวินิจฉัยกลางของศาลแสดงให้เห็นถึงการเป็นเสียงข้างมาก ถ้าคำวินิจฉัยส่วนบุคคลของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นเสียงข้างมากเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับคำวินิจฉัยกลาง คำวินิจฉัยกลางก็ไม่ถูกต้อง เพราะไม่ได้นำเอาคำวินิจฉัยส่วนตนมาพิจารณา เพราะเสียงข้างมากนั้นเป็นเสียงของแต่ละบุคคลนั้นรวมกันได้เกินกึ่งหนึ่งของเสียงทั้งหมด ดังนั้นถ้าเสียงของแต่ละบุคคลนั้นรวมกันได้ไม่เกินกึ่งหนึ่งของทั้งหมด จะเรียกว่าเป็นเสียงข้างมากไม่ได้⁵

ซึ่งในประเด็นนี้ คำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 7 นาย ซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่เห็นว่า ต้องคำพิพากษาให้จำคุก ตามมาตรา 216 (4) ไม่จำเป็นต้องเป็นการจำคุกจริง และมีเพียง 4 นาย เท่านั้นที่เห็นว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุก ตามมาตรา 216 (4) ต้องเป็นการจำคุกจริง ดังนั้น เมื่อคำวินิจฉัยกลางเป็นคำวินิจฉัยที่สะท้อนถึงเสียงข้างมากของคำวินิจฉัยส่วนตน บรรทัดฐานในประเด็นนี้จึงต้องเป็นไปตามตุลาการเสียงข้างมาก ที่เห็นว่าไม่ต้องการจำคุกจริง แม้ศาลรอกการลงโทษก็ต้องถือว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุก ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) แล้ว การที่ศาลรัฐธรรมนูญยึดบรรทัดฐานของฝ่ายข้างน้อยมาเป็นหลักในการทำวินิจฉัยกลาง จึงเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุผลที่กล่าวแต่ข้างต้น คำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้น่าจะเป็นโมฆะ เพราะศาลรัฐธรรมนูญกระทำการขัดรัฐธรรมนูญเสียเอง⁶ เพราะเป็นคำวินิจฉัยที่ถือเสียงข้างน้อยมาลบล้างเสียงข้างมาก ขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ที่บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องถือตามเสียงข้างมาก ซึ่งในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนายหนึ่งมีความตอนหนึ่งว่า “ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า

(1) ความในมาตรา 216 (4) มีความหมายว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุกจริง ๆ มิได้หมายความว่ารวมถึงศาลรอกการลงโทษจำคุกด้วย ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ จึงไม่สิ้นสุดลง 4 เสียง

⁵ ชานาญ พิเชษฐพันธ์, วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีเนวิน ชิดชอบ, กรุงเทพมหานคร : บริษัทฟ้าอภัยจำกัด, 2542), หน้า 149.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 145.

(2) คำว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” หมายถึง คำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก คำพิพากษาศาลจังหวัดบุรีรัมย์ยังไม่ถึงที่สุด เพราะยังอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ จึงยังไม่สิ้นสุดลง 3 เสีย

(3) ตามคำพิพากษาของศาลจังหวัดบุรีรัมย์ ถือได้ว่า นายเนวิน ชิดชอบ “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” แล้ว ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ จึงสิ้นสุดลง 6 เสีย

ประธานศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวสรุปว่า เมื่อเป็นเช่นนี้ต้องถือว่า กรณีตาม (3) เป็นเสียงข้างมาก ที่ประชุมคัดค้านในที่สุด ที่ประชุมถือว่า ความใน (1) (2) เป็นกลุ่มเดียวกันเพราะเห็นว่าความเป็นรัฐมนตรีของ นายเนวิน ชิดชอบ ยังไม่สิ้นสุดลงตามมาตรา 216 (4) จึงเป็นเสียงข้างมากแต่ต่างเหตุผลกัน⁷

จากข้อความที่ผู้วิจัยได้ยกขึ้นกล่าวแต่ข้างต้น ย่อมแสดงให้เห็นว่า ปัญหาในการนับคะแนนเสียงของศาลรัฐธรรมนูญ ได้เคยเกิดขึ้นในที่ประชุมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ฉะนั้นจึงไม่เป็นการแปลกที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเรื่องการนับคะแนนเสียง

หลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดีของท่านรัฐมนตรีเนวิน ชิดชอบแล้ว ต่อมา มีคดีตั้งอีกคดีหนึ่ง ที่ยังไม่ได้เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ ก็เป็นชาวตั้งแล้ว คือคดีของนายอุทัย พิมพ์ใจชน ประธานรัฐสภาคนปัจจุบัน สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญมาตรา 152 (4)⁸ กำหนดให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร⁹ ต้องพ้นจากตำแหน่งกรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกเช่นกัน

นายอุทัย พิมพ์ใจชน ถูกนายพร อิศรเสนา ณ อยุธยา อดีตปลัดกระทรวงพาณิชย์ฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลอาญา เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2537 ฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยการใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ กลั่นแกล้งโจทก์โดยการออกคำสั่งพักราชการ ซึ่งศาลอาญามีคำพิพากษาให้จำคุกจำเลย 1 ปี ปรับ 20,000 บาท โทษจำคุกให้รอการลงโทษ 2 ปี ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาพิพากษายืนคดีถึงที่สุด นายอุทัย ให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ภายหลังฟังคำพิพากษาของศาลฎีกา ยืนยันว่าจะไม่ลาออกจากตำแหน่งประธานรัฐสภา โดยอ้างบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญ ในคดีของรัฐมนตรีเนวิน ชิดชอบ ว่า ต้องคำพิพากษาให้จำคุกต้องเป็นการจำคุกจริง มิใช่การรอการลงโทษ¹⁰

⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 67 ก ลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2542 หน้า 54-55.

⁸ มาตรา 152 (4) “ประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ย่อมพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ เมื่อ (4) ต้องคำพิพากษาให้จำคุก”

⁹ รัฐธรรมนูญมาตรา 91 บัญญัติให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นประธานรัฐสภา

¹⁰ “อุทัยชูบรรทัดฐานเนวินเกาะแก้อี้ ศาลฎีกาตัดสินรอลงอาญาไม่ออก,” มติชน (21 กรกฎาคม 2544) : 1, 19.

โดยสรุปแล้ว อาจกล่าวได้ว่า การนับคะแนนเสียงที่ผิดพลาดของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากมีผลผิดพลาดต่อการลงมติ ต่อการนับคะแนนเสียงที่ผิดพลาดแล้ว ยังทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสร้างบรรทัดฐานที่ไม่ถูกต้องให้กับสังคมด้วย โดยเฉพาะสังคมของนักการเมือง ย่อมใช้บรรทัดฐานที่ไม่ถูกต้องนี้ ให้เป็นประโยชน์แก่ตัวเองได้ต่อไปโดยตลอด “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองต่อไปนี้ ต้องหมายถึง ต้องถูกจำคุกจริงเท่านั้น ซึ่งต่อไปนี้รัฐมนตรี ประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรองประธานวุฒิสภา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ บุคคลที่รัฐธรรมนูญมาตรา 216 (4), 152 (4), 260 (7), 298 วรรคสาม บัญญัติให้ต้องพ้นจากตำแหน่งเหมือนกัน คือ เมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก ไม่ต้องเกรงกลัวว่าตนเองจะต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อไปกระทำความผิดใดๆ เพราะถ้ามีใช้ความผิดที่ร้ายแรง ศาลยุติธรรมคงรอกการลงโทษให้ บุคคลเหล่านั้นก็ได้ประโยชน์จากคำวินิจฉัยนี้โดยไม่ต้องพ้นจากตำแหน่ง มีนักข่าวถามประธานศาลรัฐธรรมนูญในขณะนั้นว่า “คำวินิจฉัยครั้งนี้ จะเป็นบรรทัดฐานสำหรับกรณีเช่นเดียวกันนี้หรือไม่ ประธานศาลรัฐธรรมนูญตอบว่า ถ้าเป็นเรื่องเดียวกัน เงื่อนไขแบบเดียวกัน ก็คงต้องให้บรรทัดฐานนี้ในการตัดสิน”¹¹

เรื่องมาถึงปัจจุบันนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า มีทางเดียวที่จะแก้ไขปัญหาการตีความนี้ได้ คือ ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ บัญญัติรัฐธรรมนูญให้ชัดเหมือนกับที่ตุลาการนายหนึ่งให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ว่า รัฐธรรมนูญไม่ชัด “ในกรณีที่มีคำพิพากษามาถึงที่สุดยังเขียนไว้ได้ แล้วทำไมการรอกการลงโทษจึงไม่เขียนไว้”¹² เพราะเรื่องทำนองนี้คงไม่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วยเหตุที่มีการอ้างบรรทัดฐานในคดีนี้ และประการที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญคงไม่รื้อฟื้นเพื่อกลับคำวินิจฉัยของตัวเองเป็นแน่แท้

ดังนั้นถ้าทุกฝ่ายต้องการปฏิรูปการเมืองกันจริงๆ ต้องช่วยกันผลักดันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในส่วนของคำว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุก ที่ปรากฏในมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน ไม่เปิดช่องให้มีการตีความกฎหมายหลีกเลี่ยงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญอีกต่อไป

4.2 การพิจารณาวินิจฉัยคดี

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้ศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับเรื่องหลักเกณฑ์ในการนั่งพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ การนั่งพิจารณาวินิจฉัยคดีตามคำวินิจฉัยที่ 36/2542. การร่วมพิจารณาวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้มีส่วนได้เสีย และการพิจารณาคดีกรณีคู่ความตาย

¹¹ เซาว์น สายเชื้อ, “เซาว์นปลุกจิตสำนึกโกเมน” กรุงเทพธุรกิจ (19 มิถุนายน 2542): 2.

¹² สุวิทย์ ธีรพงศ์, “ระบอบผลตีความถือเป็นที่สุด” ไทยรัฐ (18 มิถุนายน 2542): 18.

4.2.1 หลักเกณฑ์การนั่งพิจารณาวินิจฉัยคดี

รัฐธรรมนูญ มาตรา 267 บัญญัติว่า “องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเก้าคน...”

ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ได้แบ่งการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การประชุมปรึกษา ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาลับ กับ การออกนั่งพิจารณา ซึ่งเป็นการพิจารณาแบบเปิดเผย การออกนั่งพิจารณานั้นได้กำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 15 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า

“ข้อ 15 การพิจารณาของศาลให้ทำโดยเปิดเผย เมื่อมีการออกนั่งพิจารณาในการสืบพยาน การให้คู่กรณีแสดงความเป็นหรือการฟังคำแถลงของคู่กรณี

เมื่อศาลเห็นเป็นการสมควร เพื่อประโยชน์เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ ศาลมีอำนาจกำหนดบุคคลที่มีสิทธิอยู่ในห้องพิจารณาได้”

การออกนั่งพิจารณาของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น แม้มิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า คดีใดบ้างที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องออกนั่งพิจารณาเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม ในคดีรัฐธรรมนูญที่มีคู่ความทั้งฝ่ายผู้ร้องและฝ่ายผู้ถูกร้อง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมักจะให้มีการออกนั่งพิจารณาเป็นส่วนใหญ่ เว้นแต่ในบางคดีที่มีข้อเท็จจริงรับฟังได้เพียงพอแล้ว โดยฝ่ายผู้ร้องและผู้ถูกร้องส่งเอกสารมาชี้แจงแล้วหรือในบางคดีแม้เป็นคดีที่มีเฉพาะผู้ร้องแต่ถ้าคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นสมควรให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการพิจารณา ก็อาจจะให้มีการออกนั่งพิจารณาเพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องฝ่ายต่าง ๆ มาชี้แจงด้วยวาจา

สำหรับการพิจารณาลับ อยู่ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญข้อ 16 ความว่า “ในการประชุมปรึกษาของศาล เพื่อทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง ประธานจะอนุญาตให้เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ อยู่ในที่ประชุมด้วยก็ได้” อันแสดงให้เห็นว่าในการประชุมเพื่อทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญนั้น โดยปกติจะมีเฉพาะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ที่สามารถอยู่ในห้องประชุมได้

จากรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 15 และข้อ 16 ดังกล่าวแต่ข้างต้น พอจะสรุป การนั่งพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ การทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องมีการออกนั่งพิจารณา หรือร่วมทำคำวินิจฉัย ไม่น้อยกว่าเก้าคน คืออาจจะเป็น 9, 10, 11, 12, 13, 14 หรือ 15 คนก็ได้ เพราะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยนั้น ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 ได้กำหนดให้มีจำนวนทั้งสิ้น 15 คน

4.2.2 การนั่งพิจารณาวินิจฉัยคดีตามคำวินิจฉัยที่ 36/2542

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2542 นั้น องค์คณะนั่งพิจารณาวินิจฉัยคดีมีจำนวนทั้งสิ้น 13 นาย เพราะในขณะนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุดยังมีได้รับการแต่งตั้งให้เข้ามา ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดี พบว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ นั่งพิจารณาครบ 13 นายบ้าง ไม่ครบ 13 นายบ้าง โดยจากรายงานการพิจารณาในคดีนี้จำนวน 5 ครั้ง¹³ พบว่ามีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั่งพิจารณาครบเต็มองค์คณะ 13 นาย จำนวน 3 ครั้ง คือในครั้งที่ 3, 4 และ ครั้งที่ 5 ส่วนอีก 2 ครั้ง คือในครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเข้าร่วมพิจารณาเพียง 10 นาย และ 11 นาย ตามลำดับ เหตุที่เป็นเช่นนี้อาจเกิดจากเหตุผล 2 ประการ คือ

ก. เหตุผลทางกฎหมาย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญท่านที่ขาดนัดไม่มานั่งพิจารณาตามกำหนดนัดนั้น อาจจะคิดว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 กำหนดองค์คณะในการนั่งพิจารณาว่าต้องไม่น้อยกว่าเก้านาย ซึ่งในคดีที่ 36/25542 นี้ อย่างที่ทราบแต่ตอนต้นแล้วว่า มีตุลาการเข้าร่วมนั่งพิจารณาและร่วมทำคำวินิจฉัยทั้งสิ้น 13 นาย ครบเต็มตามจำนวนของตุลาการที่มีอยู่ในขณะนั้น ทำให้ตุลาการบางนายอาจเข้าใจว่า เนื่องจากองค์คณะตามกฎหมายกำหนดไว้เพียง 9 นาย แม้จะขาดไปบ้างก็คงไม่ทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญต้องเสียไป

ข. เหตุผลทางข้อเท็จจริง ตุลาการที่ขาดนัดอาจจะมึนงงหรือลึ้มป่วย จนไม่สามารถมาร่วมนั่งพิจารณาได้ ซึ่งระเบียบของศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการลาหยุดของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นเช่นไร คงไม่ต้องลงไปวินิจฉัยในรายละเอียด เพราะไม่ใช่ประเด็นโดยตรงที่เราจะวิเคราะห์ศึกษากัน

จากเหตุผลเชิงข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงดังกล่าวแต่ข้างต้น ที่ทำให้ตุลาการที่นั่งพิจารณาวินิจฉัยคดีที่ 36/2542 นี้ มีจำนวนไม่คงที่ ขาดหายไปบางครั้งบางคราว จึงมีปัญหาวินิจฉัยว่า การนั่งพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ และควรกระทำหรือไม่

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 267 กำหนดองค์คณะในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีไว้เพียง 9 นาย ดังนั้น เมื่อคดีนี้ไม่ปรากฏจากรายงานการพิจารณาในครั้งหนึ่งครั้งใดในจำนวน 5 ครั้ง ว่ามีตุลาการเข้าร่วมพิจารณาวินิจฉัยไม่ถึง 9 นาย การนั่งพิจารณาวินิจฉัยของศาล

¹³ รายงานการพิจารณาครั้งที่ 1 , วันที่ 11 พฤษภาคม 2542

รายงานการพิจารณาครั้งที่ 2 , วันที่ 1 มิถุนายน 2542

รายงานการพิจารณาครั้งที่ 3 , วันที่ 3 มิถุนายน 2542

รายงานการพิจารณาครั้งที่ 4 , วันที่ 10 มิถุนายน 2542

รายงานการพิจารณาครั้งที่ 5 , วันที่ 15 มิถุนายน 2542

รัฐธรรมนูญจึงชอบด้วยกฎหมาย แม้จะปรากฏว่ามีตุลาการบางนายนั่งพิจารณาไม่ครบทั้ง 5 ครั้ง ก็ยังคงมีอำนาจวินิจฉัยคดี เพราะไม่มีรัฐธรรมนูญหรือวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ ตุลาการต้องนั่งพิจารณาคดีโดยตลอดถึงจะมีอำนาจตัดสินคดี แต่ประเด็นสำคัญคือเมื่อตุลาการ นายใดสมัครใจจะร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีแต่แรกแล้วก็ควรร่วมพิจารณาไปโดยตลอด เพื่อจะได้ ทราบข้อเท็จจริงในทางคดีโดยละเอียด ทำให้ได้ข้อมูลในการเขียนคำวินิจฉัยส่วนตนที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

4.2.3 การคัดค้านตุลาการผู้มีส่วนได้เสีย

ศาลทุกศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน ฉะนั้นการกระทำหน้าที่ของตัวแทนศาล ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการ ในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องกระทำไปโดยสุจริต ปราศจากอคติและมีความเป็นกลาง เพื่อให้คำพิพากษาหรือคำ วินิจฉัยของศาลเป็นไปโดยเที่ยงธรรม มีหลักการและเหตุผลของกฎหมายที่ถูกต้อง และยึด มั่นไว้ด้วยคุณธรรมจริยธรรม แต่เนื่องด้วยผู้พิพากษาและตุลาการเป็นมนุษย์เหมือนกัน มีรัก โลภโกรธหลงเหมือนกัน ในบางครั้งอาจจะยึดหลักกฎหมายจนลืมหลักจริยธรรม โดยไม่ถอนตัว จากการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งที่ตัวเองมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีนั้น โดยกลับมายึดหลักเกณฑ์ แห่งกฎหมายว่า เมื่อไม่มีใครคัดค้านการมีส่วนได้เสียของตนก็ไม่จำเป็นต้องถอนตัวออก

สำหรับการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้มีส่วนได้เสียของไทย ข้อกำหนดศาล รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 7 ซึ่งออกตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 269¹⁴ ได้กำหนดเหตุที่ตุลาการอาจถูกคัดค้านฐานเป็นผู้มีส่วนได้เสียไว้ดังนี้

- (1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย
- (2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของผู้ร้องหรือผู้คัดค้านฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ บุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้ เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น
- (3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ารู้เห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธี พิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติหรือเคยแสดงความคิดเห็นในฐานะเป็น ผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้พิเศษในปัญหาด้านข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น
- (4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือทนายความของผู้ร้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมา ก่อน
- (5) เป็นผู้พิพากษา ตุลาการในศาลอื่น กรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้อง ทุกข์ หรือเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพิจารณาคำร้องเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน
- (6) มีคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั่นเอง สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิต ตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับผู้ร้องหรือผู้คัดค้านอีกฝ่าย

¹⁴ มาตรา 269 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดซึ่ง ต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

หนึ่ง สามี่ ภริยาหรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของผู้ร้องหรือผู้คัดค้านอีกฝ่ายหนึ่ง

ซึ่งตุลาการผู้ที่มีเหตุที่อาจจะถูกคัดค้านตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามข้อ 7 (1) (2) (3) (4) (5) และ (6) ดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจแถลงต่อศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านและขอถอนตัวออกจากการพิจารณาเรื่องนั้นได้¹⁵

ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมันนั้น ได้บัญญัติการคัดค้านตุลาการไว้ในหมวดวิธีพิจารณาทั่วไป ซึ่งประกอบไปด้วย (1) การคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องเพราะมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติ หรือเพราะเคยมีส่วนเกี่ยวข้องเนื่องจากหน้าที่การงาน และ (2) การคัดค้านผู้พิพากษาเนื่องจากขาดความเป็นกลาง¹⁶

1) การคัดค้านตุลาการโดยผลของกฎหมาย

การคัดค้านตุลาการออกจากกระบวนการพิจารณาในกรณีนี้เป็นผลมาจากกฎหมายตามมาตรา 18 วรรค 1 ข้อ 1 และข้อ 2 BverfGG ซึ่งตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 นั้น เป็นกรณีที่ตุลาการนั้นเป็นญาติหรือคู่สมรส หรือมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติกับคู่สมรสกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ส่วนกรณีตามมาตรา 18 วรรค 1 ข้อ 2 เป็นกรณีที่ตุลาการคนใดคนหนึ่งได้เคยมีส่วนร่วมในการปฏิบัติงานในฐานะใดฐานะหนึ่งต่อเรื่องที่เสนอมายังศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งกรณีนี้อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

- เคยทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเรื่องนั้นมาแล้ว
- เคยทำหน้าที่เป็นตุลาการในการวินิจฉัยคดีในเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ ในศาลรัฐธรรมนูญ
- เคยทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ในกระบวนการสอบสวนในทางอาญาหรือกระบวนการในทางปกครองในเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ในศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีนี้ เป็นการคัดค้านตุลาการเนื่องจากผลของกฎหมาย หากปรากฏว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คนใดคนหนึ่งเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ตุลาการคนนั้นจะต้องถูกตัดออกจากการพิจารณาในคดีนั้น

¹⁵ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 8

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 265.

2) การคัดค้านตุลาการเนื่องจากขาดความเป็นกลาง

การคัดค้านตุลาการ เนื่องจากคู่ความในคดีเห็นว่าตุลาการคนใดคนหนึ่งขาดความเป็นกลางโดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 19 (1) BverfGG กฎเกณฑ์ตามมาตรา 19 (2) จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่เข้าเงื่อนไขการคัดค้านตุลาการออกจากกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 18

การคัดค้านตุลาการในกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ กรณีที่คู่ความในคดีเห็นว่าตุลาการคนใดคนหนึ่งอาจจะพิจารณาหรือวินิจฉัยคดีโดยขาดความเป็นกลาง โดยคู่ความได้พิจารณาจากสภาวะการณ์และได้พินิจพิเคราะห์จากพฤติการณ์แวดล้อมอย่างมีเหตุผลแล้ว เห็นว่าตุลาการคนใดคนหนึ่งซึ่งพิจารณาในคดีนั้นไม่เหมาะสมที่จะนั่งพิจารณาต่อไป เพราะตุลาการคนนั้นอาจไม่เป็นกลางในการวินิจฉัยคดีได้ คู่ความฝ่ายนั้นอาจร้องคัดค้านตุลาการได้

นอกจากนี้อีกกรณีหนึ่ง เกิดจากการที่ตุลาการคนใดคนหนึ่งขอถอนตัวเองออกจากกระบวนการพิจารณา เพราะเห็นว่าตนไม่เหมาะสมที่จะนั่งพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เพราะตนเองอาจขาดความเป็นกลางในการวินิจฉัยชี้ขาดในคดีนั้น ก็อาจจะขอถอนตนเองออกจากการพิจารณาได้

จากหลักเกณฑ์ในการคัดค้านตุลาการผู้มีส่วนได้เสียของไทยและของเยอรมัน จะเห็นว่าโดยภาพรวมแล้ว มีลักษณะคล้ายคลึงกัน โดยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการที่เหมือนกันคือ ประการที่ 1 มีหลักเกณฑ์ในการคัดค้านตุลาการ และประการที่ 2 มีหลักเกณฑ์ในการถอนตัวออกจากการเป็นตุลาการ

สิ่งที่น่าวิเคราะห์ในส่วนของการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทย คือ บุคคลใดมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการผู้มีส่วนได้เสียได้บ้าง เพราะจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 หมวด 2 ข้อ 7 ถึงข้อ 9 ว่าด้วยเรื่องการคัดค้านตุลาการ มิได้บัญญัติถึงผู้มีสิทธิคัดค้านตุลาการผู้มีส่วนได้เสีย คงบัญญัติแค่เฉพาะเหตุของการคัดค้าน การถอนตัวของตุลาการเนื่องจากมีเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาภายหลังที่มีการคัดค้านแล้วเท่านั้น

เหตุที่น่าวิเคราะห์ในประเด็นนี้ เนื่องจากในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 มีการคัดค้านตุลาการผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่ง โดย ศ.ดร. อมร รักษาสัตย์ นายกสมศาลรัฐธรรมนูญเพื่อประชาชนในขณะนั้นเป็นผู้ยื่นคำร้อง นายเชาวน์ สายเชื้อ ประธานศาลรัฐธรรมนูญในขณะนั้น นำคำร้องคัดค้านแจ้งให้ที่ประชุมตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทราบ แต่ที่ประชุมก็ไม่ได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดในคำคัดค้านของ ศ.ดร. อมร รักษาสัตย์ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 8 วรรค 2¹⁷ ทำให้เป็นที่สงสัยของประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะในหมู่นักกฎหมายว่า คำคัดค้านของ ศ.ดร. อมร รักษาสัตย์ นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นคำคัดค้านที่ยื่นโดยผู้มีสิทธิคัดค้านหรือไม่ เพราะถ้าคำคัดค้านของ ศ.ดร.

¹⁷ “เมื่อมีการคัดค้านตุลาการตามข้อ 7 ให้ศาลมีคำวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นก่อนที่จะมีการพิจารณาต่อไป...”

อมร รักษาสัตย์ ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นเสียก่อน ที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ผู้วิจัยเห็นว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีต่อมาภายหลังทั้งหมดของศาลรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นโมฆะ ต้องยกเลิกเพิกถอนและดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ตั้งแต่มีคำคัดค้าน เพราะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบ ผิดกฎหมายนั่นเอง

ในการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม หากศาลชั้นต้นดำเนินการกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้อง ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในฐานะศาลสูงก็จะยกเลิกเพิกถอน แล้วให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ โดยมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นวิธีพิจารณาที่เปิดช่องให้ศาลยุติธรรมกระทำเช่นนั้นได้ แต่ในศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะกระทำเช่นนั้นมิได้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงศาลเดียวไม่มีศาลอื่นมาตรวจสอบ เป็นศาลที่มีคำวินิจฉัยแล้วเป็นที่สุด ประกอบกับวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการเพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบไว้ดังเช่นศาลยุติธรรม ดังนั้น เมื่อมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มิชอบ โอกาสที่คู่กรณีหรือศาลรัฐธรรมนูญเอง จะยกเลิกเพิกถอนกระบวนการพิจารณานั้นแทบจะไม่เกิดขึ้น หนทางแก้ไขผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรเพิ่มเติมวิธีพิจารณาในเรื่องการเพิกถอนกระบวนการผิดระเบียบนี้ ลงในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

4.2.4 การพิจารณาคดีกรณีคู่ความตาย

ในคดีแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีกรณีคู่ความตายไว้ว่า

“ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในคดีที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาลได้มรณะเสียก่อนศาลพิพากษาคดี ให้ศาลเลื่อนการนั่งพิจารณาไป จนกว่าทายาทของผู้มรณะหรือผู้จัดการทรัพย์สินมรดกของผู้มรณะหรือบุคคลอื่นใดที่ปกครองทรัพย์สินมรดกไว้ จะได้เข้ามาเป็นคู่ความแทนที่ผู้มรณะ โดยมีคำขอเข้ามาเอง หรือโดยที่ศาลหมายเรียกให้เข้ามาเนื่องจากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอฝ่ายเดียว คำขอเช่นนี้จะต้องยื่นภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่คู่ความฝ่ายนั้นมรณะ

ถ้าไม่มีคำขอของบุคคลดังกล่าวมาแล้ว หรือไม่มีคำขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งภายในเวลาที่กำหนดไว้ ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเรื่องนั้นเสียจากสารบบความ”¹⁸

ในคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีกรณีคู่ความตายไว้ 2 กรณี คือ

1. กรณีคู่ความที่ตายนั้นเป็นผู้เสียหาย เป็นฝ่ายโจทก์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 29 บัญญัติว่า “เมื่อผู้เสียหายได้ยื่นฟ้องแล้วตายลง ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 42

สามี หรือภริยา จะดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปก็ได้ และถ้าผู้เสียหายที่ตายนั้นเป็นเยาว์ ผู้วิกลจริต หรือผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือผู้แทนเฉพาะคดีได้ยื่นฟ้องแทนไว้แล้ว ผู้ฟ้องแทนนั้นจะว่าคดีต่อไปก็ได้”

2. กรณีคู่ความที่ตายนั้นเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 บัญญัติว่า “สิทธินำคดีอาญามาฟ้อง ย่อมระงับไปดังต่อไปนี้ (1) โดยความตายของผู้กระทำผิด...”

ในคดีปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 53 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายก่อนศาลปกครองพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองรอการพิจารณาไปจนกว่าทายาท ผู้จัดการมรดก ผู้ปกครองทรัพย์สินมรดก หรือผู้สืบลีทิสของคู่กรณีผู้นั้นจะมีคำขอเข้ามาแทนที่คู่กรณีผู้ถึงแก่ความตาย หรือผู้มีส่วนได้เสียจะมีคำขอเข้ามาโดยมีคำขอเข้ามาเอง หรือโดยที่ศาลหมายเรียกให้เข้ามา เนื่องจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีคำขอ

คำขอเช่นว่านี้ จะต้องยื่นภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่คู่กรณีผู้นั้นถึงแก่ความตาย ถ้าไม่มีคำขอของบุคคลดังกล่าว หรือไม่มีคำขอของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดภายในเวลาที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ศาลปกครองจะมีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นก็ได้”

ในคดีปกครอง การดำเนินกระบวนการพิจารณาเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย แยกหัวข้ออธิบายออกเป็น 3 หัวข้อดังนี้

1. คู่กรณีถึงแก่ความตาย
2. ผู้มีสิทธิขอเข้าดำเนินกระบวนการพิจารณาแทน
3. กำหนดเวลายื่นคำขอ¹⁹

1. คู่กรณีถึงแก่ความตาย

คู่กรณีถึงแก่ความตายในกรณีนี้ น่าจะหมายความถึงคู่กรณีที่เป็นเอกชนเท่านั้น ทั้งนี้เพราะในกรณีคู่กรณีที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐถึงแก่ความตายนั้น ผู้ที่ถึงแก่ความตายได้แก่บุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นนามธรรมและมีฐานะเป็นคู่กรณีแท้จริงมิได้ตายและมีอาจตายได้ด้วย ดังนั้นเมื่อบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐถึงแก่ความตายลง บุคคลธรรมดาที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐแทนย่อมเข้าดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีคำขอเข้ามาในคดีแต่ประการใด เพราะคู่กรณีที่เป็นตัวความที่แท้จริงมิได้ถึงแก่ความตายด้วย

การถึงแก่ความตายของคู่กรณีที่กล่าวมานี้ น่าจะเป็นการถึงแก่ความตายของตัวความที่แท้จริงเท่านั้น ไม่น่าจะหมายความรวมถึงการถึงแก่ความตายของผู้มีอำนาจดำเนิน

¹⁹ อำนวย เจริญชีวิต, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 155.

กระบวนการพิจารณาแทนซึ่งได้แก่ทนายความ และบุคคลอื่นตามที่ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดไว้ และการถึงแก่ความตายของคู่กรณีนี้จะต้องถึงแก่ความตายก่อนศาลปกครองพิพากษาคดี คือ ก่อนวันที่ศาลปกครองอ่านผลแห่งคำพิพากษาโดยเปิดเผย

2. ผู้มีสิทธิขอเข้าดำเนินกระบวนการพิจารณาแทน

ผู้มีสิทธิขอเข้าดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนคู่กรณีที่ถึงแก่ความตาย ได้แก่ ทายาท ผู้จัดการมรดก ผู้ปกครองทรัพย์สินมรดก หรือผู้สืบสิทธิของคู่กรณี แต่คดีที่บุคคลดังกล่าวจะเข้าดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนได้น่าจะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิในทรัพย์สินเท่านั้น ไม่น่าจะรวมถึงคดีที่ไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สิน และคดีที่เป็นสิทธิเฉพาะตัว แต่ถ้าคดีดังกล่าวมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียของเอกชนผู้ใดแล้ว เอกชนผู้นั้นย่อมขอเข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนในฐานะเป็นผู้มีส่วนได้เสียได้

3. กำหนดเวลายื่นคำขอ

คำขอเข้ามาดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนคู่กรณีที่ถึงแก่ความตาย จะต้องยื่นต่อศาลปกครองภายในกำหนดหนึ่งปี นับแต่วันที่คู่กรณีนั้นถึงแก่ความตาย มิใช่ นับแต่วันที่ผู้จะเข้าดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนรู้ถึงการตายของคู่กรณี หรือรู้ว่าคู่กรณีมีคดีค้างอยู่ในศาลอันตนจะต้องเข้าดำเนินกระบวนการพิจารณาแทน

สำหรับการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีคู่ความหรือคู่กรณีตายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วางข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาเอาไว้ จึงมีปัญหาในทางปฏิบัติว่า หากระหว่างการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ เกิดคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายถึงแก่ความตายขึ้นมา ศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการพิจารณาต่อไปเช่นไร หรือจะปล่อยให้ตุลยพินิจโดยอิสระของศาลรัฐธรรมนูญที่จะดำเนินการต่อไปเช่นไรก็ได้

ปัญหาในเรื่องนี้ ผู้วิจัยจะได้นำเรื่องการบังคับคดีปกครอง ในศาลปกครองมาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 ได้วางหลักการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลปกครองโดยสรุปไว้ว่า

“ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างใด เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวมาข้างต้นให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

จากหลักการบังคับคดีปกครอง ตามคำพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกคำพิพากษาของศาลปกครองออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

1. คำพิพากษาที่ไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับคดี
2. คำพิพากษาที่ต้องขอให้ศาลบังคับคดี

1. คำพิพากษาที่ไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับคดี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแพ็คตินั้น ถ้าเป็นคำพิพากษาในเรื่องดังต่อไปนี้ ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับคดีตามคำพิพากษา หากหน่วยงานปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา คือ

1.1 คำพิพากษาให้เพิกถอนกฎ

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ กฎหมาย กำหนดให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และการประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับคดีให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐเพิกถอนกฎดังกล่าวแต่ประการใด

1.2 คำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไปในตัว จึงไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับคดีให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

2. คำพิพากษาที่ต้องขอให้ศาลบังคับคดี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาและมีคำบังคับให้ผู้ใดกระทำหรือละเว้นกระทำการใด เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือมีคำบังคับให้ผู้ใดชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาทั้งหมดหรือบางส่วน คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้มีการบังคับคดีได้ ซึ่งการบังคับคดีกฎหมายให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นสามารถร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อให้มีการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ภายในเวลาสิบปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง²⁰

²⁰ นำมาอนุโลมใช้จากมาตรา 271 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าคู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายแพ็คดี (ลูกหนี้ตามคำพิพากษา) มิได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทั้งหมดหรือบางส่วน คู่ความหรือบุคคลซึ่งเป็นฝ่ายชนะ (เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา) ชอบที่จะร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้นได้ภายในสิบปีนับแต่วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง โดยอาศัยและตามคำบังคับที่ออกมาตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น”

ในการขอให้บังคับคดี ผู้ขอจะต้องยื่นคำขอต่อศาลปกครอง เพื่อออกหมายบังคับคดี โดยคำขอนั้นต้องระบุ²¹

- (1) คำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะขอให้มีการบังคับคดีตามนั้น
- (2) จำนวนที่ยังมิได้รับชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น
- (3) วิธีการบังคับคดีซึ่งขอให้ออกหมายนั้น”

ถ้าศาลปกครองเห็นว่า คู่กรณีฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามคำบังคับได้ทราบคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว และระยะเวลาที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำบังคับได้ล่วงพ้นไปแล้ว และคำขอนั้นมีข้อความระบุไว้ครบถ้วน ศาลปกครองจะออกหมายบังคับให้ทันทีและศาลปกครองจะแจ้งเจ้าพนักงานบังคับคดีปกครองทราบ พร้อมส่งสำเนาหมายบังคับคดีให้คู่กรณีฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามคำบังคับทราบด้วย หลังจากนั้นกระบวนการพิจารณาในการบังคับคดีปกครองไม่ว่าจะเป็นในเรื่องเกี่ยวกับวิธีการบังคับคดี ตลอดจนเรื่องอำนาจหน้าที่ของพนักงานบังคับคดีปกครอง เป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งนำมาใช้บังคับโดยอนุโลม

จากหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีในกรณีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย ในศาลยุติธรรมและในศาลปกครองดังกล่าวแต่ข้างต้น มีหลักการโดยสรุปเหมือนกันว่า ศาลจะต้องรอให้โอกาสผู้มีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตามกฎหมาย เข้ามาเป็นคู่ความแทนที่เสียก่อน โดยศาลกำหนดระยะเวลาไว้ 1 ปี นับแต่คู่กรณีฝ่ายนั้นถึงแก่ความตาย ถ้าพ้น 1 ปีแล้ว ไม่มีคู่ความเข้ามาแทนที่ ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองกำหนดหลักการเดียวกันว่า “ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสียก็ได้” ปัญหาจึงไม่ได้อยู่ที่ว่า จะมีคู่ความเข้ามาแทนที่ผู้มรณะหรือเปล่า เพราะถ้ามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีก็คงดำเนินต่อไป แต่ถ้าไม่มีคู่ความเข้ามาแทนที่ผู้มรณะคำว่าศาลจะสั่งจำหน่ายคดีเสียก็ได้ จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายให้ดุลยพินิจศาล ว่าเห็นควรจะจำหน่ายคดีหรือคงดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

ในศาลปกครอง ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวแต่ข้างต้น คำพิพากษาของศาลปกครอง มี 2 ลักษณะ คือ แบบที่ไม่จำเป็นต้องขอให้ศาลบังคับคดี และแบบที่ต้องขอให้ศาลบังคับคดี ดังนั้นในทางปฏิบัติของศาลปกครองในเรื่องการพิจารณาคดีกรณีคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งแน่นอนว่าต้องเป็นเอกชนเพราะคดีปกครองนั้นเป็นเรื่องระหว่างรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน เมื่อเอกชนคู่กรณีถึงแก่ความตาย และไม่มีคู่ความเข้ามาแทนที่ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 53 ศาลปกครองจะพิจารณาว่า คดีนั้นเป็นเรื่องที่ต้องมีการขอให้ศาลบังคับคดีปกครองหรือไม่ ถ้าไม่มีเพราะเป็นคดีที่เอกชนฟ้อง

²¹ นำมาอนุโลมใช้จากมาตรา 275 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาจะขอให้บังคับคดีให้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลเพื่อให้ออกหมายบังคับคดี คำขอนั้นให้ระบุโดยชัดแจ้ง

- (1) คำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งจะขอให้มีการบังคับคดีตามนั้น
- (2) จำนวนที่ยังมิได้รับชำระตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น
- (3) วิธีการบังคับคดีซึ่งขอให้ออกหมายนั้น”

ขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ศาลจะใช้ดุลพินิจดำเนินการพิจารณาต่อไป แม้เอกชนคู่กรณีจะถึงแก่ความตาย เพราะเป็นคดีที่ผลกระทบต่อผลประโยชน์ส่วนรวม เพราะการเพิกถอนกฎ หรือคำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมมีผลบังคับเป็นการทั่วไป มีผลใช้บังคับเอกชนทุกคน มิใช่เฉพาะคู่กรณีเท่านั้น

ส่วนการดำเนินคดีที่ต้องมีการขอให้ศาลบังคับคดี เช่น ฟ้องขอให้ชำระเงินส่งมอบทรัพย์สิน ให้กระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือเกี่ยวกับสิทธิเฉพาะตัว หากไม่มีคู่ความเข้ามาแทนที่คู่ความ ซึ่งเป็นเอกชนผู้มรณะ ศาลจะใช้ดุลพินิจจำหน่ายคดีจากสารบบความ เพราะเป็นเรื่องการเยียวยาสิทธิส่วนบุคคลที่ถูกกระทบกระเทือนเท่านั้น มิได้ผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใด

หลักเกณฑ์การพิจารณาคดีกรณีคู่กรณีอีกฝ่ายถึงแก่ความตายของศาลปกครอง ที่กล่าวแต่ข้างต้น จึงน่าจะนำมาใช้กับศาลรัฐธรรมนูญได้ หากมิได้กำหนดไว้เป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมาย ก็ควรจะยึดถือเป็นประเพณีปฏิบัติ เพราะจากการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา มีข้อสังเกตว่า ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญสั่งจำหน่ายคดีทั้งๆ ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของส่วนรวม เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตีความหรือแปลความกฎหมาย ซึ่งการวินิจฉัยข้อกฎหมายนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของส่วนรวม ดังนั้นการที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งจำหน่ายคดีประเภทนี้ย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง ศาลรัฐธรรมนูญควรพิจารณาคดีประเภทนี้ต่อไปจนถึงที่สุด

ก่อนจะผ่านหัวข้อนี้ การวิเคราะห์คงจะไม่สมบูรณ์ หากผู้วิจัยจะไม่วิเคราะห์ต่อไปว่า ในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้ หากระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ รัฐมนตรีถึงแก่ความตายขึ้นมาผลจะเป็นอย่างไร แน่แน่นอนว่าคำตอบนี้คงไม่ได้จากศาลรัฐธรรมนูญ เพราะเรื่องนี้มิได้บังเกิดขึ้น ซึ่งแน่นอนว่าคดีนี้ทายาทหรือผู้จัดการมรดกจะใช้หลักกฎหมายใกล้เคียง คือ หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือหลักกฎหมายปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาใช้บังคับไม่ได้ เพราะเป็นคดีเกี่ยวกับสิทธิเฉพาะตัวของรัฐมนตรี เมื่อไม่อาจมีการรับมรดกความโดยการเข้ามาเป็นคู่ความแทนที่ได้ ปัญหาต่อไปจึงต้องวิเคราะห์ว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาการสิ้นสภาพจากตำแหน่งรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) นี้ เป็นเรื่องสิทธิส่วนตัว ไม่เกี่ยวกับสิทธิสาธารณะ หรือผลประโยชน์ส่วนรวม หรือเป็นคดีที่เกี่ยวข้องด้วยประโยชน์สาธารณะโดยตรง

โดยส่วนตัวแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ปัญหานี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวมโดยตรง เพราะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความหรือแปลความตัวบทรัฐธรรมนูญ ดังนั้นสมมติว่าคดีที่ 36/2542 นี้ รัฐมนตรีเนวิน ชิดชอบ ถึงแก่ความตายไปก่อน ศาลรัฐธรรมนูญก็ควรจะทำเนวิน กระบวนพิจารณาต่อไป เพราะเป็นการวางหลักบรรทัดฐานของรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) ว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” หมายความว่าอย่างไร แต่ปัญหานี้คงไม่เกิดขึ้นอีก เพราะปัจจุบันเรามีบรรทัดฐานแล้ว ถึงแม้ว่าจะเป็นบรรทัดฐานที่ผิดๆ ชัดกับการปฏิรูปการเมืองก็ตาม แต่ก็ยังมีการยึดถือและใช้อ้างอิงกันอยู่ในหมุ่ทางการเมือง

4.3 การทำคำวินิจฉัย

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 36/2542

4.3.1 หลักเกณฑ์การทำคำวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ได้วางหลักเกณฑ์ในการทำคำวินิจฉัยไว้ว่า “องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการทำคำวินิจฉัย ต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 9 คน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคน จะต้องทำคำวินิจฉัยในส่วนของตนพร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อยต้องประกอบด้วยความเป็นมาหรือคำกล่าวหาสรุปข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการพิจารณา เหตุผลในการวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิง”

4.3.2 การทำคำวินิจฉัยตามคำวินิจฉัยที่ 36/2542

การทำคำวินิจฉัยตามคำวินิจฉัยที่ 36/2542 มีการทำคำวินิจฉัยผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายทั่วไปอยู่หลายประการ ซึ่งผู้วิจัยได้แบ่งออกเป็น 3 ประเด็น คือ การลงมติก่อนทำคำวินิจฉัยส่วนตนผลจะเป็นอย่างไร การทำคำวินิจฉัยกลางก่อนคำวินิจฉัยส่วนตนผลจะเป็นอย่างไร และการลงลายมือชื่อของตุลาการฝ่ายข้างน้อยในคำวินิจฉัยกลางผลจะเป็นเช่นไร

4.3.2.1 การลงมติก่อนทำคำวินิจฉัยส่วนตน

รัฐธรรมนูญมาตรา 267 วรรคสอง บัญญัติว่า “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะต้องทำคำวินิจฉัยในส่วนของตน พร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะต้อง

- (1) จัดทำคำวินิจฉัยในส่วนของตน
- (2) แกลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
- (3) ลงมติในเรื่องที่วินิจฉัย

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนต้องทำคำวินิจฉัยรายบุคคล ก็เพื่อต้องการตรวจสอบปรัชญาเหตุผล และสำนวนโวหารของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละนาย เพราะคำวินิจฉัยรายบุคคลนั้น ต้องลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงเหตุและผลที่ดีที่สุดในการวินิจฉัยปัญหา ทำให้เกิดมุมมองที่กว้างขวางเพื่อการพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญต่อไป และเพื่อเป็นการตรวจสอบการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญได้อีกทางหนึ่ง

ซึ่งถ้าหากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะนายใดมิได้จัดทำคำวินิจฉัยในส่วนของตนก่อนลงมตินั้น ย่อมเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ อาจจะเป็นผลให้คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ในการจัดทำคำวินิจฉัยในส่วนของตนนี้ เมื่อมีการแกลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว และเมื่อถึงขั้นตอนลงมติ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าคงไม่ผูกพันตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่าต้องลงมติตามคำวินิจฉัยในส่วนของตน เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นนั้น ดังนั้นคำวินิจฉัยในส่วนของตนที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในทางปฏิบัติแล้ว ผู้วิจัยก็ไม่อาจทราบได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยส่วนตนที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้จัดทำมาก่อนลงมติ หรือจะเป็นคำวินิจฉัยที่มีการแก้ไขปรับปรุงหลังจากลงมติแล้ว เพราะคำวินิจฉัยกลางและคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษามีข้อความไม่ต่างกัน ทั้งคำวินิจฉัยกลางและคำวินิจฉัยส่วนตนก็ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาพร้อมกัน

แต่เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยส่วนตนของนายปรีชา เฉลิมนิชย์ ความตอนหนึ่งว่า “... ประธานศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวสรุปว่า เมื่อเป็นเช่นนี้ต้องถือว่ากรณีตาม (3) เป็นเสียงข้างมาก ที่ประชุมคัดค้านในที่สุดที่ประชุมถือว่าความใน (1) (2) เป็นกลุ่มเดียวกัน เพราะเห็นว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ ยังไม่สิ้นสุดลงตามมาตรา 216 (4) จึงเป็นเสียงข้างมาก แต่ต่างเหตุผลกัน ผู้ทำคำวินิจฉัยเป็นฝ่ายออกเสียงข้างมากในกลุ่ม (1) จึงทำคำวินิจฉัยในส่วนของตนดังต่อไปนี้...” จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยในส่วนของตนนี้น่าจะเป็นการจัดทำขึ้นหลังจากที่คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ลงมติก่อนเสร็จเรียบร้อยแล้ว²²

²² วรุณี เทพทอง, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2542 สถานภาพของการเป็นรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4),” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช 11 (มิถุนายน 2542) : 65.

4.3.2.2 การทำคำวินิจฉัยกลางก่อนคำวินิจฉัยส่วนตัว

จากหัวข้อ 4.3.1 ว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์ในการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมแสดงให้เห็นว่า ขั้นตอนในการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นไปตามลำดับ ดังนี้

- ขั้นตอนที่ 1 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตัวก่อนลงมติ
- ขั้นตอนที่ 2 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลงมติ
- ขั้นตอนที่ 3 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญร่วมทำคำวินิจฉัยกลาง

ดังนั้น เมื่อการทำคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2542 นี้ มิได้เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย เพราะเหตุมีการทำคำวินิจฉัยกลางก่อนคำวินิจฉัยส่วนตัว คำวินิจฉัยนี้จึงตกเป็นโมฆะ เพราะฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ซึ่งในเรื่องนี้ ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้เคยให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ฉบับหนึ่ง ความตอนหนึ่งว่า

“ประชาชนซึ่งไม่จำเป็นต้อง 50,000 ชื่อก็ได้ สามารถเข้าชื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญทวนคำวินิจฉัย ซึ่งขัดรัฐธรรมนูญ ขัดหลักกฎหมายทั่วไป และหลักนิติธรรม โดยเทียบเคียงกับคดีที่ศาลสูงสุดอังกฤษทวนคำวินิจฉัยคดีนายปิโนเชต์ นั้นเป็นหนทางที่นุ่มนวล แต่ถ้าจะเอาให้หนักถึงขั้นเสนอให้ถอดถอนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 303 ก็สามารถทำได้ในข้อหาจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเขียนคำวินิจฉัยส่วนตัวก่อน เพื่อแถลงต่อที่ประชุม จากนั้นค่อยเขียนคำวินิจฉัยกลางเพื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดนี้กลับเขียนคำวินิจฉัยกลางก่อนแล้วค่อยเขียนคำวินิจฉัยส่วนตัวภายหลัง”²³

4.3.2.3 การลงลายมือชื่อของตุลาการฝ่ายข้างน้อยในคำวินิจฉัยกลาง

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 หมวด 8 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่มาตรา 255 ถึงมาตรา 270 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มิได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการทำคำวินิจฉัยกลางไว้ จึงมีปัญหากเกิดขึ้นว่า เมื่อตุลาการฝ่ายข้างน้อย (ตุลาการที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยกลาง) ลงลายมือชื่อร่วมทำคำวินิจฉัยกลางนั้นด้วย ผลของคำวินิจฉัยนั้นจะเป็นอย่างไร

โดยหลักในการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลธรรมดาทั่วไป ถ้าคำพิพากษาหรือคำสั่งจะต้องทำโดยผู้พิพากษาหลายคน คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะต้องบังคับตาม

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , “ชื่อร้องขอศาล รธน. รื้อคำวินิจฉัยยกคดีศาลผู้ตีอ้างอิง,” มติชน (21 มิถุนายน 2542) : 1 , 20.

ความเห็นของฝ่ายข้างมาก ถ้าเป็นคดีแพ่งในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ถ้าผู้พิพากษาคนใดมีความเห็นแย้งก็ให้ผู้พิพากษาคคนนั้นเขียนใจความแห่งความเห็นแย้งของตนรวมไว้ในสำนวน (ป.ว.พ. มาตรา 140 (2)) ถ้าเป็นคดีอาญา คำพิพากษาหรือคำสั่ง หรือความเห็นแย้งต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้พิพากษาซึ่งนั่งพิจารณาผู้พิพากษาคนใดที่นั่งพิจารณา ถ้าไม่เห็นด้วย มีอำนาจทำความเห็นแย้ง คำแย้งนี้ให้รวมเข้าสำนวนไว้ (ป.ว.อ. มาตรา 183) ตามบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะต้องทำโดยผู้พิพากษา ซึ่งมีความเห็นของฝ่ายข้างมาก แล้วผู้พิพากษาที่มีความเห็นแย้ง จึงทำความเห็นแย้งนั้น โดยลงลายมือชื่อเอาไว้แล้วรวมไว้ในสำนวน ต้องเข้าใจได้ในตัวว่า ความเห็นแย้งก็หมายความว่าแย้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายข้างมาก ผู้ที่มีความเห็นแย้งจะต้องไม่ทำหรือร่วมทำคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น จะต้องไม่ลงลายมือชื่อในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น เพราะหากลงลายมือชื่อของตนในคำพิพากษาหรือคำสั่งเข้า ก็เท่ากับแย้งกับความเห็นของตนที่จะมีมาภายหลังหรือทำขึ้นต่างหาก

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 วรรค 1 บัญญัติว่า “ องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเก้าคน...” ตามวรรค 1 นี้ ต้องเข้าใจว่าองค์คณะในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยซึ่งต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเก้าคนนั้น เป็นเรื่องขององค์คณะ (Quorum) ไม่ใช่เรื่องเสียงข้างมาก (Majority) มิได้หมายความว่า ในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องหนึ่งเรื่องใด องค์คณะซึ่งจะต้องมีไม่น้อยกว่าเก้าคนนั้น จะต้องมีความเห็นพ้องต้องกันทั้งเก้าคนหรือมากกว่านั้น อาจจะมีความเห็นแตกต่างกันไปก็ได้ในแต่ละประเด็นแต่ละเรื่อง เรื่ององค์คณะเป็นคนละเรื่องกับเสียงส่วนข้างมาก เสียงส่วนข้างมากมีบัญญัติไว้ในมาตรา 267 วรรค 1 ดังกล่าวเช่นกัน ที่ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก...” เมื่อมีเสียงข้างมากก็ต้องมีเสียงข้างน้อยอยู่ในตัว ตามกฎหมายไม่ว่าในกฎหมายเรื่องใด ไม่ต้องบัญญัติถึงเสียงข้างน้อยไว้ก็ได้ ผู้ที่เป็นฝ่ายเสียงข้างมากหรือฝ่ายเสียงข้างน้อย ก็ต้องเป็นผู้ที่อยู่เป็นองค์ประกอบขององค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง ไม่ใช่อยู่นอกองค์ประกอบหรือนอกองค์คณะแต่ประการใด หนึ่งจะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 267 นั้น คำวินิจฉัยมี 2 อย่าง คือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (วรรค 1) และคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในส่วนของตน (วรรค 2) นอกจากนี้ คำชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญไม่เรียกว่า คำพิพากษา แต่เรียกว่า คำวินิจฉัยดังกล่าว

โดยหลักการและเหตุผลดังกล่าว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2542 นี้ ต้องถือว่าองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 13 นาย แต่มีคะแนนเสียงไม่เอกฉันท์ คือฝ่ายข้างมาก 7 นาย ฝ่ายข้างน้อย 6 นาย ผู้ที่จะลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัยได้นั้น ก็ควรที่จะลงลายมือชื่อได้เฉพาะตุลาการฝ่ายเสียงข้างมาก คือ 7 นาย ที่มีความเห็นว่า การรอกการลงโทษมิใช่เป็นการต้องคำพิพากษาให้จำคุก ความเป็นรัฐมนตรียังไม่สิ้นสุดลง ส่วนตุลาการฝ่ายเสียงข้างน้อยที่เห็นว่า เพียงมีคำพิพากษาของศาลให้จำคุก แม้จะมีการรอกการลงโทษ ก็สิ้นสุดสภาพความเป็นรัฐมนตรีแล้วนั้น

จะลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัยหาได้ไม่ แม้นจะต้องทำวินิจฉัยในส่วนของตนและต้องลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัยนั้นก็ตาม การที่ตุลาการฝ่ายเสียงข้างน้อยลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัยของศาลเป็นการไม่ชอบด้วยหลักการและไม่ถูกต้อง คำวินิจฉัยของศาลเช่นนี้ อาจต้องเสียไปทั้งหมด แต่มิได้มีผู้ใดกล่าวอ้างขึ้น²⁴

เกี่ยวกับกรณีนี้ อาจกล่าวได้ว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้กำหนดวิธีพิจารณาให้ตุลาการทุกนายลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัยของศาล เพราะถือว่าตุลาการทุกนายประกอบเป็นองค์คณะในการทำคำวินิจฉัย ก็เป็นข้อกำหนดที่ไม่ชอบด้วยหลักการหรือชอบด้วยเหตุผล ซึ่งขณะนี้มิได้มีข้อกำหนดในส่วนนี้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วตุลาการทุกนายก็ยังคงลงลายมือชื่อร่วมกันทำคำวินิจฉัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญล้วนแต่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้เลือกสรรกันมาแล้ว โดยเฉพาะมีผู้เคยดำรงตำแหน่งตุลาการชั้นสูงมาแล้วหลายนาย ได้ผ่านการพิจารณาการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาในศาลธรรมดากันมาแล้วนานปี ก็ควรที่จะมีข้อกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้ความเห็นแย้งได้ ความเห็นแย้งนั้นย่อมจะทำได้ในคำวินิจฉัยในส่วนของตนของตุลาการแต่ละนาย ซึ่งตามรัฐธรรมนูญย่อมทำได้ตามมาตรา 267 วรรค 3 อยู่แล้ว จะเรียกกันว่าความเห็นแย้งหรือคำวินิจฉัยแย้ง ก็แล้วแต่เรียก พึงระวังว่าตามมาตรา 267 ที่กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกนายทำคำวินิจฉัยในส่วนของตนนั้น อาจเป็นความเห็นเพื่อเพิ่มเติมคำวินิจฉัยของศาลหรือความเห็นแย้งต่อคำวินิจฉัยของศาลก็ได้²⁵

ที่กล่าวมานี้ อาจถือได้ว่า เป็นความบกพร่องในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้หรือไม่ เพราะเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก ” แล้ว ก็ควรพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของเสียงข้างน้อยด้วย ว่าเสียงข้างน้อยจะพึงมีสิทธิอย่างไรบ้าง เช่น ตุลาการเสียงข้างน้อยอาจความเห็นแย้งหรือคำวินิจฉัยแย้งในคำวินิจฉัยในส่วนของตนได้อย่างไรก็ดี ถ้าตุลาการฝ่ายเสียงข้างน้อยทำคำวินิจฉัยในส่วนของตนไม่ตรงหรือขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลในสาระสำคัญ ก็เท่ากับมีความเห็นแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลไปในตัว ซึ่งในการบังคับใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรา 267 วรรค 1 นั้น จะไปตีความแปลความว่าจะความเห็นหรือคำวินิจฉัยในส่วนของตน อันเป็นการขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลไม่ได้นั้น ย่อมเป็นการไม่ชอบ²⁶

²⁴ ไพจิตร บุญญพันธุ์. คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผิดพลาดอย่างไร, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2542). หน้า 4.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

²⁶ เรื่องเดียวกัน.