

บทที่ 5

ปัญหาการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง

หลังจากที่ประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ทำให้เกิดองค์กรใหม่ขึ้นมาหลาย ในที่นี้มีองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการที่สำคัญเพิ่มขึ้น 2 องค์กร คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง เมื่อมีองค์กรศาลที่มีอำนาจหน้าที่พิเศษแตกต่างจากศาลยุติธรรมก็ต้องมีวิธีพิจารณาคดีที่เป็นพิเศษแตกต่างออกไปเช่นกัน ซึ่งวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญมาตรา 269 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาได้เอง ส่วนวิธีพิจารณาของศาลปกครองโดยหลักแล้วมีบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นอกจากนี้มาตรา 44 มาตรา 66 และอีกหลายมาตราแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวยังให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับวิธีพิจารณาได้เองด้วย ทั้งนี้มาตรา 44 ได้ให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดออกระเบียบได้ นอกจากนี้บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และการที่จะพิจารณาว่าควรให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองหรือไม่ เพียงใด ต้องพิจารณาเป็นเบื้องต้นก่อนว่าเมื่อให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองได้แล้วจะก่อให้เกิดปัญหาอะไรบ้าง เพื่อที่จะพิจารณาต่อไปว่าควรจะให้ศาลมีอำนาจเพียงใดในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง ซึ่งผู้เขียนขอแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วนคือ ปัญหาการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง และปัญหาการให้อำนาจศาลปกครองกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง

5.1 ปัญหาการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง

โดยที่รัฐธรรมนูญมาตรา 269 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและในวรรคสองของมาตราเดียวกันนี้กำหนดว่าวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการพิจารณาโดยเปิดเผย การให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี การให้สิทธิคู่กรณีขอตรวจเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตน การเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเห็นว่า การให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาได้เองนี้อาจจะมีวัตถุประสงค์ที่ตีบางประการ อันได้แก่ ประการที่หนึ่ง เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญถูกกำหนดให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำขององค์กรต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่จะให้รัฐสภาตรากฎหมายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็อาจจะไม่เหมาะสม เพราะรัฐสภาเอง

ก็จะต้องถูกศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ **ประการที่สอง** เป็นการป้องกันไม่ให้รัฐสภาตรากฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญมาจำกัดอิสระหรือแทรกแซงการใช้อำนาจทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาซึ่งจะต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ก็อาจมีข้อดีบางประการเช่น เป็นการป้องกันไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินขอบเขต หรือกำหนดวิธีพิจารณาที่ไม่ชอบธรรม หรือเปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณากลางคัน เป็นต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2541), ฉบับที่ 3 (พ.ศ.2542) และฉบับที่ 4 (พ.ศ.2544) โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 269 วรรคหนึ่ง

ถึงแม้ว่าการที่รัฐธรรมนูญมาตรา 269 บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาเองได้ ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะมีข้อดีบางประการดังที่กล่าวมาแล้ว แต่ก็ยังมีข้อเสียหรือปัญหาในหลายประการด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการขัดต่อหลักการบัญญัติกฎหมาย ปัญหาคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาโครงสร้างของระบบวิธีพิจารณา ปัญหาหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาที่แยกพิจารณาได้เป็น การไม่รับพิจารณากรณีมีข้อเท็จจริงใหม่ การให้ผู้ถูกร้องซักถามผู้แทนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในฐานะผู้ร้อง การให้มีการซักค้านกันในการสืบพยาน และการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและการนับคะแนนเสียงข้างมากที่ผิดพลาด ดังเช่นคดีเนวินฯ และคดีทักษิณฯ ที่มีการวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางในแวดวงวิชาการ ปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง โดยมีได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอย่างชัดเจนนอกจากนี้ การที่รัฐธรรมนูญมาตรา 269 วรรคหนึ่ง กำหนดให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังทำให้เกิดปัญหาการไม่สามารถออกหรือแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีตุลาการคนใดคนหนึ่งคัดค้านด้วย

หากเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าในประเทศเยอรมันวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐโดยหลักจะอยู่ในรูปของ “กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์” (BVerfGG) ที่ออกตามความในมาตรา 94 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ว่า “ธรรมนูญศาลและวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้เป็นไปตามกฎหมายของสหพันธ์...” โดยในกฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดวิธีพิจารณาเป็นวิธีพิจารณาทั่วไปและวิธีพิจารณาเฉพาะเรื่องเพื่อความสอดคล้องและความเหมาะสมกับลักษณะของคดีแต่ละประเภท ทั้งนี้กฎหมายดังกล่าวยังบัญญัติให้อำนาจศาลกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีพิจารณา

(Geschäftsordnung) เพื่อใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในศาล เช่นเรื่ององค์คณะและข้อบังคับนั้นต้องอยู่ในกรอบและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เท่านั้น มิได้ให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาโดยหลักทั้งหมดเช่นในประเทศไทยแต่อย่างใด

ส่วนวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มีปรากฏอยู่ในหลายส่วนไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ ข้อกำหนดของศาลและแนวปฏิบัติของศาลที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่โดยหลักแล้ววิธีพิจารณาจะปรากฏอยู่ในกฎหมายกล่าวคือ รัฐธรรมนูญกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและรัฐกำหนด ส่วนข้อกำหนดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญออกนั้น ส่วนใหญ่จะออกตามหลักที่กำหนดไว้ในรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญและใช้เป็นแนวปฏิบัติในศาล

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงปัญหาการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทยกำหนดวิธีพิจารณาของตนองในรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1.1 ปัญหาการขัดต่อหลักการบัญญัติกฎหมาย

การบัญญัติกฎหมายในประเทศที่ยึดถือหลักนิติรัฐ (Etat de droit) โดยหลักแล้วต้องบัญญัติโดยองค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา) เพราะองค์กรนิติบัญญัติถือว่าเป็นองค์กรที่มีหน้าที่และมีอำนาจอันชอบธรรมในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อีกทั้งองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภานั้นประกอบไปด้วยผู้แทนของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา จึงควรให้องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่บัญญัติกฎหมาย และเนื่องจากดังที่เคยกล่าวในบทที่ 2 ในหัวข้ออำนาจในการตรากฎหมายของรัฐแล้วว่า เมื่ออำนาจสูงสุดอยู่ที่ประชาชน การออกกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถือเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดต้องเป็นอำนาจของประชาชนโดยตรง หรือโดยประชาชนมอบให้ผู้แทนที่ประชาชนเลือกตั้งเข้ามาเท่านั้นที่ออกกฎหมายแทนตนได้ ประกอบกับการบัญญัติกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภานี้ยังมีหลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายที่แน่นอนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มีการตั้งคณะกรรมการศึกษาก่อนที่จะมีการร่างกฎหมายนั้น ๆ และเป็นกระบวนการที่โปร่งใสตรวจสอบได้

อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจะเป็นผู้บัญญัติกฎหมายแต่เพียงองค์กรเดียว เพราะเมื่อสังคม เศรษฐกิจ การเมืองเปลี่ยนแปลงไป สังคมขยายและมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น บทบาทของรัฐก็เพิ่มมากขึ้น กลายเป็นรัฐสวัสดิการ (Etat Providence) รัฐจึงมี

ความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบสังคม เมื่อองค์นิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่สามารถตรากฎหมายได้ทัน รัฐสภาจึงต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายได้ โดยกฎหมายที่ตราหรือออกโดยฝ่ายบริหารหรือที่เรียกว่า กฎหมายลำดับรองนั้น การเรียกชื่อจะพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรผู้ตรากฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกากฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบังคับ ข้อกำหนดหรือข้อบัญญัติต่าง ๆ เป็นต้น ไม่เคยมีปรากฏว่ารัฐสภามอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาให้องค์กรตุลาการ ซึ่งจากการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศก็ไม่พบว่ารัฐสภาได้มอบอำนาจให้องค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญออกกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาได้เองแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎเกณฑ์ที่สำคัญที่จะต้องใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงควรผ่านการตราเป็นกฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ที่ถือเป็นตัวแทนของประชาชนและอีกหลายเหตุผลดังที่ผู้เขียนกล่าวมาแล้ว และการตรากฎหมายวิธีพิจารณานั้น โดยสภาพของคดีรัฐธรรมนูญไม่ได้มีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างฉับพลันเหมือนสภาพสังคมในรัฐสมัยใหม่ที่จะต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษในการที่จะออกกฎหมายบังคับให้ทันกับสภาวะการณ์นั้น ประกอบกับในอดีตวิธีพิจารณาขององค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ต่างก็บัญญัติอยู่ในรูปกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นทั้งสิ้น กล่าวคือ วิธีพิจารณาของศาลยุติธรรมเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ ส่วนวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีถึง 6 ฉบับ ตั้งแต่ปี พ.ศ.2490 ถึงปี พ.ศ.2540 ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่มาตรา 269 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาเองจึงเป็นการขัดต่อหลักการบัญญัติกฎหมาย เพราะเป็นการกำหนดวิธีพิจารณากันเองภายในคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือที่มีผู้กล่าวว่า เป็นการปิดประตูเขียน รู้กันเองภายในศาลและข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังขาดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมจากองค์กรภายนอกอีกด้วย

อนึ่ง ดังที่กล่าวในบทที่ 2 แล้วว่านอกจากวิธีพิจารณาจะมีวัตถุประสงค์หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการวางระเบียบในการพิจารณาคดีและทำให้กฎหมายสารบัญญัติมีสภาพบังคับได้จริงแล้ว วิธีพิจารณายังเป็นเครื่องมือในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของตุลาการด้วย ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาได้เองยังถือได้ว่าเป็นการให้อำนาจกับผู้ที่ถูกควบคุมโดยหลักเกณฑ์ สามารถควบคุมการใช้อำนาจของตนเอง ซึ่งเป็นการขัดต่อพฤติกรรมมนุษย์ กล่าวคือ วิธีพิจารณาถือเป็นเครื่องมือควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของตุลาการอย่างหนึ่ง เพราะฉะนั้นการให้อำนาจกับผู้ที่ถูกควบคุมตรวจสอบ กล่าวคือ

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกหรือกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาได้เอง ก็อาจเป็นปัญหาในกรณีที่ตุลาการออกหรือกำหนดหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่เป็นการเอื้อประโยชน์กับตนเอง เช่น ออกหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาที่จะไม่เป็นการควบคุมตนเองหรือควบคุมตนเองน้อยลง ซึ่งถือเป็นการขัดต่อหลักการบัญญัติกฎหมายที่ดีอีกข้อหนึ่งด้วย ซึ่งปัญหาดังกล่าวปรากฏชัดในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดจำนวนน้อยเพียงไม่กี่ข้อ ทำให้การพิจารณาคดีในบางเรื่องไม่มีวิธีพิจารณาที่ครอบคลุมไปถึงปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น ไม่มีวิธีพิจารณาเฉพาะคดี เป็นต้น

5.1.2 ปัญหาคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การจะบัญญัติกฎหมายใดให้ออกมาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับสภาพสังคม วัตถุประสงค์และความจำเป็นที่จะต้องมีความหมายฉบับนั้นได้ ก็ต่อเมื่อผู้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวมีคุณภาพและมาตรฐานเพียงพอ ดังนั้น การที่จะมีวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญที่ดีได้ส่วนหนึ่งนั้นจะต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์กฎหมายมหาชน ตลอดจนมีนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน เพราะศาลรัฐธรรมนูญถือเป็น “องค์กรตามกฎหมายมหาชน” องค์กรหนึ่งซึ่งมีภาระกิจและอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการตีความตามรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 255 ได้บัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 5 คน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์จำนวน 5 คน ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์จำนวน 3 คน เป็นผลให้ตุลาการที่ได้มายังมีคุณสมบัติไม่เพียงพอตามที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือหากพิจารณาถึงตุลาการที่มาจาก “ผู้พิพากษาในศาลฎีกา” นั้นคงต้องยอมรับว่าโดยพื้นฐานด้านการศึกษาทางกฎหมายและระบบงานที่ปฏิบัติอยู่เป็นประจำในการพิจารณาอรรถคดีนั้น ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะได้รับการอบรมให้มีความรู้ความสามารถและความชำนาญเฉพาะในทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเป็นหลัก และระบบงานของศาลยุติธรรมไม่เอื้ออำนวยให้ผู้พิพากษาทุกระดับชั้นมีประสบการณ์หรือสร้างความรู้ความชำนาญในทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะสาขากฎหมายรัฐธรรมนูญได้เลย ความข้อนี้มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็น

สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาจาก “ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” หากพิจารณาถึงว่าผู้จะมาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งยังต้องหรือเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ผู้พิพากษา

ในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดินในสถาบันอุดมศึกษา ฯลฯ แม้จะเป็นผู้ทรงคุณวุฒิและดำรงตำแหน่งข้างต้นก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลที่มีคุณสมบัติเช่นนี้มีนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนเสมอไป แต่โดยระบบงานของศาลปกครองที่ต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีในทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะก็น่าจะมีส่วนช่วยให้ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้สร้างนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนของตนได้ดียิ่งขึ้น ฉะนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีกส่วนหนึ่งมีที่มาจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแยกต่างหากไปจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา องค์ประกอบในส่วนนี้ซึ่งได้มาจากการเลือกของที่ประชุมของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็น่าจะสามารถเลือกสรรบุคคลที่น่าจะมีพื้นฐานความคิดและมีนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนมาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ตามสมควร

ในกรณีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจาก “ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์” นั้น แม้ความเป็นผู้ทรงคุณวุฒิของเรื่องนี้ โดยหลักจะวัดจากคุณสมบัติของบุคคลที่เคยเป็นรัฐมนตรี กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด อธิบดีหรือเทียบเท่าหรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ ดังที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติมาตรา 256 (3) ของรัฐธรรมนูญ แต่การดำรงตำแหน่งข้างต้นมิได้เสมอไปว่าผู้นั้นจะเป็นผู้ที่มีนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน จึงสรุปไม่ได้ว่าจะได้ผู้ที่มีนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน แต่โดยที่การคัดสรรบุคคลเข้ามาในสัดส่วนของตุลาการประเภทนี้เป็นการคัดสรรที่เปิดกว้าง ไม่ได้จำกัดกรอบของบุคคลในอยู่แต่ในเฉพาะวงของผู้พิพากษาดังเช่นในสองประเภทแรก ดังนั้นจึงมีโอกาสดังกว้างขวางมากกว่าในการได้ผู้ทรงคุณวุฒิต่างนิติศาสตร์ที่มีความเหมาะสม มีแนวความคิดทางกฎหมายมหาชน และมีนิติวิธีที่สอดคล้องกับการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้

ท้ายที่สุดสำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจาก “ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์” ซึ่งความเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในกรณีนี้จะวัดจากคุณสมบัติของบุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในทำนองเดียวกับผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ เมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะให้ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์มีโอกาสได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย เพื่อให้การวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยคำนึงถึงเรื่องการเมือง เศรษฐศาสตร์ และนโยบายของสังคมโดยมิใช่เรื่องทางกฎหมายเพียงด้านเดียว กรณีจึงเห็นได้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ไม่เป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญและนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน เพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่วนนี้มีแนวคิด ประสบการณ์และ

องค์ความรู้ในมุมมองของศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองและการบริหารรัฐกิจเข้าไปส่วนหนึ่งในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

จากการวิเคราะห์ถึงที่มาและคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละที่มา จะเห็นได้ว่าแม้ในภาพรวม สักส่วนของตุลาการจะมาจากฝ่ายนิติบัญญัติจำนวนหลายคน แต่เมื่อพิจารณาจากหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดที่มาและคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวข้างต้น โดยไม่ได้กำหนดบังคับว่าจะต้องมีความรู้ทางด้านสาขากฎหมายมหาชน ทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงยังไม่เป็นองค์ประกอบที่มีความรู้และมีนิติวิธีทางด้านกฎหมายมหาชนเพียงพอที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2544 ลงวันที่ 3 สิงหาคม 2544 เรื่อง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอให้วินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณี พ.ต.ท. ดร. ทักษิณ ชินวัตร จงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในตอนหนึ่งว่า “ผู้ร้องไม่มีพยานหลักฐานใดที่จะชี้ชัดได้ว่าผู้ถูกร้องรู้อย่างมีทรัพย์สินซึ่งเป็นหุ้นของคู่สมรสที่ให้ผู้อื่นถือแทนอยู่อีก...” และ “พยานหลักฐานที่ผู้ร้องอ้างอิงและนำเสนอแล้วยังไม่พอพียงว่าผู้ถูกร้องจงใจยื่นบัญชีฯ ด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ผู้ถูกร้องจึงไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295” ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญน่าจะมีความรู้ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน โดยคิดว่าภาวะการพิสูจน์ความจริงเป็นของผู้ร้อง ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการที่ยึดหลักการค้นหาความจริงหรือที่เรียกกันว่า “หลักการไต่สวน” มิใช่มีบทบาทเหมือนศาลในคดีแพ่งที่คู่ความมีฐานะเท่าเทียมกันที่ศาลทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ควบคุมกติกาคดีหรือวางเฉย (passive) โดยให้คู่ความเป็นผู้นำเสนอข้อเท็จจริง ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่หรือบทบาทหลักในฐานะเป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริงพยานหลักฐานหรือสืบพยานด้วยความกระตือรือร้น (active) เพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยไม่ถูกผูกมัดจากคำร้องหรือการสืบพยานของผู้มีส่วนร่วมในคดี ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติผู้ร้องหรือทนายของผู้ถูกร้อง เป็นต้น ประกอบกับถึงแม้ว่าผู้เขียนจะไม่เห็นด้วยกับการที่ให้ศาลเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาได้เองแต่วิธีพิจารณาเล็ก ๆ น้อย ๆ รวมถึงแนวปฏิบัติในศาลนั้น ผู้เขียนก็เห็นควรให้ศาลกำหนดได้ดังเหตุผลที่ผู้เขียนจะเสนอแนะในบทต่อไป ดังนั้นคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันจึงถือเป็นปัญหาข้อหนึ่งด้วย

5.1.3 ปัญหาโครงสร้างของระบบวิธีพิจารณา

ปัญหาโครงสร้างของระบบวิธีพิจารณานี้เกิดจากการที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 ไม่ได้มีการกำหนดวิธีพิจารณาเป็นวิธีพิจารณาทั่วไปและวิธีพิจารณาเฉพาะคดี โดยโครงสร้างระบบวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งกำหนดโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นแบ่งออกเป็น 6 หมวด ได้แก่ การยื่นและการถอนคำร้อง การคัดค้านตุลาการ การพิจารณา คำวินิจฉัยหรือคำสั่ง แบบพิมพ์และบทสุดท้าย เห็นได้ว่าข้อกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้นไม่มีการแยกกำหนดวิธีพิจารณาเป็นวิธีพิจารณาทั่วไปและวิธีพิจารณาเฉพาะคดีดังกฎหมายในหลายประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน (Gesetz über Bundesverfassungsgericht-BVerfGG) กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรีย (Verfassungsgerichtshof gesetz 1953) วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลี (Gesetz Nr.87/1953 vom 11 März 1953) วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสเปน (Organgesetz 2/1979 vom 3 Oktober über das Verfassungsgericht) กฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กร อำนาจหน้าที่ และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญของโปรตุเกส (Gesetz Nr.8/82, Organisation, Tätigkeit und Verfahren des Verfassungsgerichts) วิธีพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส (Verordnung Nr.58-1076 VOM 7 Novembre 1958) กฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ศาลสูงสุดของเบลเยียม ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1983 และวิธีพิจารณาของศาลสูงสุดของกรีซ ตามกฎหมาย ลงวันที่ 10 มิถุนายน 1976 เป็นต้น กฎหมายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลสูงสุดของบางประเทศที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ล้วนแต่ได้แยกวิธีพิจารณาเป็นหมวดวิธีพิจารณาคดีทั่วไปและวิธีพิจารณาเฉพาะคดี ซึ่งถือเป็นการจัดระบบของกฎหมายวิธีพิจารณาให้เหมาะสมและเป็นการสะดวกต่อการใช้ในทางปฏิบัติทั้งสิ้น¹

อนึ่ง ในอดีตก่อนที่จะมีศาลรัฐธรรมนูญ วิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้มีการบัญญัติถึงวิธีพิจารณาทั่วไปและวิธีพิจารณาเฉพาะแต่ละคดีไว้ด้วยดังที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4

การที่ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 ไม่มีการแยกวิธีพิจารณาออกเป็นวิธีพิจารณาทั่วไปและวิธีพิจารณาเฉพาะคดี ทั้งที่คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีมากมายหลายประเภท ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัย

¹บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 259-260.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมายต่าง ๆ คดีที่พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกสภาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรีและกรรมการการเลือกตั้ง คดีที่พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับพรรคการเมือง คดีที่พิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ และคดีที่พิจารณาวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินฯ หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินฯ อันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ จะเห็นได้ว่าการที่มีคดีอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญหลายประเภท แนวทางในการพิจารณาคดีแต่ละประเภทจึงควรมีทั้งส่วนที่มีลักษณะทั่วไปที่ใช้ร่วมกันและลักษณะเฉพาะของคดีแต่ละประเภทด้วย

วิธีพิจารณาที่มีลักษณะทั่วไปที่ทุกคดีใช้ร่วมกันหรือที่เรียกว่า “วิธีพิจารณาทั่วไป” นั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้กับคดีทุกประเภท ยกตัวอย่างเช่น การพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนวินิจฉัยคดี การให้สิทธิคู่กรณีขอตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวกับตน การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ การยื่นคำร้อง เป็นต้น

ส่วน “วิธีพิจารณาเฉพาะคดี” เกิดจากการที่คดีรัฐธรรมนูญมีหลายประเภทและคดีแต่ละประเภทก็มีลักษณะเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แตกต่างกัน เช่น คดีที่เกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมายต่าง ๆ วัตถุประสงค์แห่งคดีคือการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายทั้งหลายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือเป็นไปตามแนวการบัญญัติกฎหมายที่รัฐธรรมนูญวางไว้หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายที่บังคับใช้กับประชาชนนั้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ คดีที่พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกสภาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรีและกรรมการการเลือกตั้ง วัตถุประสงค์แห่งคดี คือ พิจารณาความเป็นสมาชิกภาพของบุคคลที่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสำคัญ เป็นผู้แทนของประชาชนว่ายังคงมีความเป็นสมาชิกภาพอยู่หรือไม่ คดีที่เกี่ยวกับพรรคการเมือง วัตถุประสงค์แห่งคดี คือ มติของพรรค ข้อบังคับของพรรคหรือบุคคลขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ คดีเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 วัตถุประสงค์แห่งคดีคือ องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ และคดีเกี่ยวกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญมาตรา 295 วัตถุประสงค์ของคดีคือ วินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและ

เอกสารประกอบตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือจูงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบหรือไม่ เนื่องจากผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะต้องมีความซื่อสัตย์ โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ถึงทรัพย์สินและหนี้สินต่าง ๆ ทั้งก่อนและหลังดำรงตำแหน่งทางการเมือง อีกทั้งองค์กรผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นองค์กรที่มีการกระทำทำนองเดียวกับศาล กล่าวคือ มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดีมาแล้วและผลคำวินิจฉัยมีผลทางกฎหมายเหมือนกับคำพิพากษาของศาล การที่นำวิธีพิจารณาทั่วไปที่ปรากฏในข้อกำหนดมาใช้บังคับจึงไม่เหมาะสม อาจส่งผลให้การวินิจฉัยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคดี

ดังนั้นเมื่อวัตถุประสงค์แห่งคดีแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันไปวิธีพิจารณาจึงควรที่จะมีการกำหนดวิธีพิจารณาเฉพาะคดีที่แตกต่างกันด้วย เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับประเภทของคดี เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ยุติธรรม และตรงตามความประสงค์ของคดีแต่ละประเภทให้มากที่สุด และเมื่อวิธีพิจารณาคดีและเหมาะสมก็จะส่งผลถึงคำวินิจฉัยที่ถูกต้องเป็นธรรมและคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีอย่างเต็มที่อีกด้วย

5.1.4 ปัญหาหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ

5.1.4.1 การไม่รับพิจารณากรณีมีข้อเท็จจริงใหม่

ประเด็นปัญหาในข้อนี้เกิดจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องกรณีประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของนายการุณ ไสงาม และสมาชิกวุฒิสภานีก 29 คน ซึ่งเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 96

ข้อเท็จจริงตามคำร้องสรุปว่าตามที่ศาลจังหวัดบุรีรัมย์มีคำพิพากษาในคดีอาญาระหว่างนายการุณฯ โจทก์ กับนายเนวินฯ จำเลย ว่า “จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 ให้ลงโทษจำคุก 6 เดือน และปรับ 50,000 บาท ไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 ไม่ชำระค่าปรับจัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 กับให้จำเลยโฆษณาคำพิพากษาในหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ เดลินิวส์ และมติชน เป็นเวลาติดต่อกัน 7 วัน โดยจำเลย

เป็นผู้ชำระค่าโฆษณา...” ขณะคืออยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 125 คน ซึ่งเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้น เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของ นายเนวินฯ สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 (4) เพราะเหตุต้องคำพิพากษาให้จำคุกหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 36/2542 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2542 ว่า การรอกการลงโทษมิใช่เป็นการต้องคำพิพากษาให้จำคุก เมื่อนายเนวินฯ ถูกศาลจังหวัดบุรีรัมย์พิพากษาลงโทษจำคุกแต่โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี ถือไม่ได้ว่า นายเนวินฯ ต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 216(4) ดังนั้น ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินฯ จึงยังไม่สิ้นสุดลง ต่อมาศาลอุทธรณ์ภาค 1 มีคำพิพากษาว่า “พิพากษาแก้เป็นว่า คำรับของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสี่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 4 เดือน 15 วัน และปรับ 37,500 บาท ให้จำเลยโฆษณาคำพิพากษาโดยย่อพอได้ใจความในหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ เคลติวิสต์ และมติชน เป็นเวลาติดต่อกัน 5 วัน โดยจำเลยเป็นผู้ชำระค่าโฆษณา นอกจากนี้ที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น” คดีถึงที่สุด ซึ่งผู้ร้องเห็นว่าเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินฯ ย่อมสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 216(4) เพราะเป็นคำพิพากษาของศาลต่างชั้นกัน คือศาลชั้นต้นกับศาลอุทธรณ์ และระหว่างคดียังไม่ถึงที่สุดกับคดีถึงที่สุดแล้ว ไม่เป็นเรื่องซ้ำกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วินิจฉัยไปแล้ว ในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 70/2543 ลงวันที่ 7 กันยายน พ.ศ.2543 ไม่รับคำร้องไว้ดำเนินการ โดยให้เหตุผลว่าคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ ภาค 1 มิได้แก้คำพิพากษาศาลชั้นต้นในส่วนที่ให้รอกการลงโทษนายเนวินฯ แต่อย่างไร ประเด็นที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเป็นอย่างเดียวกันกับที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 36/2542 แล้วว่าการรอกการลงโทษมิใช่เป็นการต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 216(4) คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 268 ศาลรัฐธรรมนูญจึงสั่งไม่รับคำร้องไว้ดำเนินการ

กรณีมีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นใหม่คือ คำพิพากษาของคดีดังกล่าวถึงที่สุด ถ้าศาลรัฐธรรมนูญรับพิจารณาคำร้องที่ขอให้วินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินฯ อีกครั้งหนึ่งนั้น ผลการวินิจฉัยของคณะกรรมการศาลรัฐธรรมนูญจะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงไปว่า คดีนี้มีคำพิพากษาถึงที่สุด ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินฯ ย่อมสิ้นสุดลงตามมาตรา 216(4) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากคำวินิจฉัยเดิม ตุลาการเสียงข้างมากที่มีความเห็นว่าเป็นรัฐมนตรีไม่สิ้นสุดเพราะคำพิพากษาที่ให้จำคุกต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดมีจำนวน

3 เสียง และต้องจำคุกจริงมีจำนวน 4 เสียง จากเสียงข้างมากจำนวน 7 เสียง เมื่อรวมกับเสียงข้างน้อยจำนวน 6 เสียงเดิมที่เคยให้เหตุผลว่าเพียงศาลมีคำพิพากษาให้จำคุก แม้จะมีการรอกการลงโทษและคดียังไม่ถึงที่สุด ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินฯ ก็สิ้นสุดลงแล้ว เป็นทั้งหมด 9 เสียง ซึ่งจะกลายเป็นเสียงข้างมาก ส่งผลให้คำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปเป็นว่า ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินฯ สิ้นสุดลง

ผู้เขียนเห็นว่าการที่คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนี้อาจเนื่องมาจากไม่มีการกำหนดวิธีพิจารณาในเรื่องที่ว่าถ้ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงไป และเป็นข้อเท็จจริงที่มีผลต่อคดีให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญรับไว้พิจารณา ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วถ้าศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับเรื่องนี้ไว้พิจารณา ผลของการวินิจฉัยคดีจะเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงใหม่ที่ว่าคดีถึงที่สุด ทำให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวินฯ สิ้นสุดลง

5.1.4.2 การให้ผู้ถูกร้องซักถามผู้แทนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในฐานะผู้ร้อง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 มิได้มีกำหนดหมวดวิธีพิจารณาเฉพาะคดีไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาวิธีพิจารณา เพราะคดีรัฐธรรมนูญบางประเภทมีลักษณะเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์แตกต่างจากคดีรัฐธรรมนูญประเภทอื่น การใช้วิธีพิจารณาที่เหมือนกันหมดทุกคดีอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ ดังนั้นในคดีที่มีลักษณะแตกต่างกันจึงควรมีวิธีพิจารณาที่แตกต่างออกไปด้วย เช่น คดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบนั้น เป็นคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้วินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ คำชี้ขาดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจึงมีผลในทางกฎหมายทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาล แม้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะไม่ใช้ศาล แต่การกระทำของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในคดียื่นบัญชีทรัพย์สินก็เป็นการกระทำในทำนองเดียวกับศาล² ที่ได้มีการรับฟังข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม

²ดร.คณิต ฒ นกร, “ศาลรัฐธรรมนูญในคดียื่นบัญชีทรัพย์สิน (2)” หนังสือพิมพ์มติชน (24 มีนาคม 2544) : 2.

การทุจริต พ.ศ.2542 มาแล้ว หรือที่เรียกว่าเป็นลักษณะศาลที่พิจารณาพิพากษาทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย (Trial Court) ส่วนศาลรัฐธรรมนูญต้องทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาเฉพาะข้อกฎหมาย (Review Court) ต่างจากกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือประธานรัฐสภาได้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวที่อาจมีการรับฟังข้อเท็จจริงมาน้อยกว่าคดีจึงยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินดังกล่าวและองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็อาจจะไม่มีสถานะทำนองเดียวกับศาลเหมือนคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ศาลรัฐธรรมนูญคงจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงด้วย กระบวนวิธีพิจารณาในการพิจารณาข้อเท็จจริงย่อมจะต้องแตกต่างกันออกไป

กรณีตามปัญหานี้ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 ไม่ได้กำหนดวิธีพิจารณาเฉพาะคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเสนอมาในทางปฏิบัติจึงนำวิธีพิจารณาของคดีทั่วไปที่ให้มีการรับฟังข้อเท็จจริงด้วยการสืบพยานบุคคล โดยให้ผู้ร้องและผู้คัดค้านซักค้านได้ตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 ข้อ 21 วรรคสาม มาใช้เทียบเคียงแก่การซักถามผู้แทนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้แถลงการวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติด้วย ถึงแม้ผู้แทนดังกล่าวจะไม่ใช่พยานของผู้ร้องก็ตาม³ เปรียบเสมือนการพิจารณาในศาลสูงที่ปล่อยให้ทนายของคู่ความซักถามผู้พิพากษาศาลชั้นต้นซึ่งเป็นวิธีพิจารณาที่ไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง เช่น ในคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร จงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ศาลอนุญาตให้ฝ่ายผู้ถูกร้องคือ นายสุธี คำเนื้อดี ทนายความผู้รับมอบอำนาจจากพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร เป็นผู้ซักถามและซักค้าน ฝ่ายผู้ร้องคือ นายกล้าณรงค์ จันทิก เลขานุการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

³ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยที่ 31/2543 ลงวันที่ 10 สิงหาคม 2543 เรื่อง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพลตรีสนั่น ขจรประศาสน์ จงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จ ว่า “...นายกล้าณรงค์ฯ กับพวกอีก 4 คน รวม 5 คน เป็นผู้แทนในการแถลงการณ์ ตอบข้อซักถาม ซักค้าน และดำเนินการอื่น ๆ ในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ นายกล้าณรงค์ฯ กับพวกย่อมอยู่ในฐานะเป็นผู้แทนและในฐานะดังกล่าว นายกล้าณรงค์ฯ จึงไม่ใช่พยานของผู้ร้อง”

ผู้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งได้เบิกความตามประเด็นคำร้อง⁴

5.1.4.3 การให้มีการซักค้านกันในการสืบพยาน

คดีรัฐธรรมนูญถือเป็นคดีที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและประ โยชน์ สาธารณะ ในการพิสูจน์ความจริงศาลต้องมีบทบาทเป็นผู้ค้นหาความจริงเองหรือเมื่อศาลเปิดโอกาสให้คู่กรณีซักถามคู่กรณีจึงมีสิทธิซักถาม ไม่ใช่ผลลัทธิการพิสูจน์ให้กับคู่กรณี และในการค้นหาความจริงนั้นถ้าข้อเท็จจริงเพียงพอแล้วศาลอาจไม่อนุญาตให้ทนายซักถามเพิ่มเติมก็ได้

ในการสืบพยานบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญได้มีบัญญัติไว้ในข้อ 21 วรรคสาม ให้ศาลเป็นผู้ซักถามก่อน และผู้ร้องหรือผู้คัดค้านจะซักค้านก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติศาลจะไม่ใช่เป็นผู้ซักถามเอง แต่จะให้ผู้ร้องหรือผู้คัดค้านซักค้านหรือถามค้านพยานเสมอ ทำให้อาจจะไม่สามารถพิสูจน์ความจริงได้ อีกทั้งฝ่ายผู้ร้องหรือทนายความของผู้ถูกร้องอาจใช้ถ้อยคำเสียดสี กระแนะ กระแหง ใช้คำถามพุ่มเพื่อข่มขู่ไม่รวบรัด ขวนทะเลาะ อาจทำให้ผู้เบิกความไม่สามารถควบคุมหรือระงับอารมณ์โกรธได้และส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาล่าช้า ทั้งทำให้การดำเนินคดีมีลักษณะเป็นการเอาแพ้เอาชนะกันโดยเทคนิคการว่าความ คล้ายการดำเนินคดีทั่วไปในศาลยุติธรรม

ในทางปฏิบัติมูลเหตุประการหนึ่งที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีการสืบพยานแบบคดีแพ่งทั่ว ๆ ไป ทั้ง ๆ ที่วิธีพิจารณาในศาลรัฐธรรมนูญควรใช้ระบบศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงนั้น อาจเนื่องมาจากโครงสร้างของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 5 คน จากตุลาการทั้งหมด 15 คน ซึ่งตุลาการทั้ง 5 คน มีความเชี่ยวชาญในการสืบพยานในระบบของศาลยุติธรรมที่ให้มีการซักถาม ถามค้าน ถามติง อันเป็นวิธีพิจารณาที่ใช้กับคดีพิพาทระหว่างเอกชน ประกอบกับตุลาการอีก 10 คน ไม่เคยมีประสบการณ์ในการพิจารณาคดีในรูปแบบศาลมาก่อน จึงอาจมอบความไว้วางใจโดยปริยายให้แก่ตุลาการที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณา ประกอบกับหลักการค้นหาความจริงโดยศาลหรือหลักการไต่สวนนั้นไม่ค่อยนำมาใช้ในประเทศไทย จึงนำไปสู่ข้อสรุปที่เป็นยุติสำหรับการพิจารณาคดี

⁴รายงานการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องพิจารณาที่ 6/2544 ลงวันที่ 4 เมษายน 2544 เรื่องคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตรฯ.

ในศาลรัฐธรรมนูญ นั่นก็คือการนำเอาระบบที่ใช้ในศาลยุติธรรมมาใช้ในศาลรัฐธรรมนูญด้วย ทำให้เกิดปัญหาดังที่กล่าวมา เช่น ในคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตรฯ โดยนายสุธี คำเนื้อดี ทนายความผู้รับมอบอำนาจจากพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร ได้ชักค้ำนายกล้าณรงค์ จันทิก ผู้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีความตอนหนึ่งว่า

“นายสุธี : ทันทิที่คณะกรรมการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ลงมติแต่งตั้งคณะอนุกรรมการตรวจสอบและสรุปผลการตรวจสอบทรัพย์สินหนี้สินนะครับ

นายกล้าณรงค์ฯ : ครับ

นายสุธี : ในวันเดียวกันนั้น วันเดียวกันเลยนะครับ ประธานคณะกรรมการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ได้มีคำสั่งลงวันที่ 28 กันยายน 2543 ตั้งคณะอนุกรรมการตามคำสั่งฯ

นายกล้าณรงค์ : ไม่ใช่รวดเร็วทันใจ คือ ท่าน

นายสุธี : ประชุมเล็ก 4 โมงเย็น คำสั่งออกวันนั้นเลย

นายกล้าณรงค์ : ผมอยากเรียนตรงนี้

นายสุธี : รวดเร็วทันใจมาก

นายกล้าณรงค์ : ว่าอย่าใช้ถ้อยคำกระแหนะกระแหนะอย่างนั้น เราต้องดูข้อเท็จจริงกันองค์กรอิสระเขาทำงานด้วยความตรงไปตรงมา ฉะนั้น กรณีขอเสนอแต่งตั้ง

นายสุธี : ผมอยากให้เป็นอย่างนั้น”

กรณีดังกล่าวนี้เป็นการชักค้ำเพื่อผลในทางจิตวิทยาให้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอคติ เร่งรัดการพิจารณาคดีซึ่งตามหลักที่ถูกต้องเมื่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ลงมติแต่งตั้งคณะอนุกรรมการตรวจสอบดังกล่าว ประธานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็สามารถลงนามในคำสั่งแต่งตั้งคณะอนุกรรมการได้ทันทีอยู่แล้ว ซึ่งเป็นผลดีที่ทำให้การ

‘เอกสารถอดเทปคำเบิกความของนายกล้าณรงค์ จันทิก ชักค้ำ โดยผู้รับมอบอำนาจจากผู้ถูกร้องในคราวศาลรัฐธรรมนูญออกนั่งพิจารณาเพื่อฟังคำแถลงของคู่กรณี เรื่อง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตรฯ วันพุธที่ 4 เมษายน 2544 เวลา 09.00 นาฬิกา ห้องพิจารณาคดีชั้น 2 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

บริการสาธารณะได้ต่อเนื่อง รวมทั้งเป็นการชักจูงที่ใช้ถ้อยคำเสียดสี ขวบนทะเลาะเพื่อที่จะทำให้นายกล้าณรงค์ฯ ไม่สามารถควบคุมอารมณ์ได้ การพิจารณาคดีจึงเหมือนการต่อสู้ระหว่างศัตรูและ

นอกจากนี้ในคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพลตรีสนั่น ขจรประศาสน์ฯ โดยนายสุนทร เบ็ญจนิรัตน์ เลขานุการประธานกรรมการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ชักจูงนายทรงชัย อัจฉริยะหิรัญชัย พยานของผู้ถูกร้องในประเด็นว่านายทรงชัยฯ เป็นผู้ให้กู้จริงหรือไม่ มีใจความ ตอนหนึ่งว่า⁶

“นายสุนทร : เงินที่ทางธนาคารให้มาแต่ละครั้งเป็นเงินธนบัตรชนิดร้อยบาท
ใช่ไหมครับ

นายทรงชัย : ร้อยบาท เอารถบรรทุกไปบรรทุก

นายสุนทร : ไม่ใช่ครับ ท่านตอบมาสิครับ ผมถามนะครับ

นายทรงชัย : โใบละพันครับ โใบละพัน

นายสุนทร : โใบละพันก็บอกโใบละพันหมดสิครับ

นายทรงชัย : นี่คุณถามแบบนี้บอกอย่างหนึ่ง

นายสุนทร : ผมก็ถามว่าโใบละร้อยมีหรือเปล่าครับ ใช่ไหมครับ ชนิดโใบละร้อยก็มี ถ้าท่านบอกชนิดโใบละพันก็แล้วไป

นายทรงชัย : โใบละพันครับ

จะเห็นได้ว่าเป็นการชักจูงพยานโดยใช้คำถามพุ่มเพื่อขโมยไม่ว่าจะไปเบิกเงินจากธนาคารเป็นธนบัตรชนิดร้อยบาทหรือพันบาท ก็ไม่ใช่ประเด็นในคดีว่านายทรงชัยฯ เป็นผู้ให้กู้จริงหรือไม่ ทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้า

ตลอดจนอาจมีการชักจูงพยานโดยใช้เทคนิคลีลาและโวหารในการว่าความจนเป็นเหตุให้พยานตอบคำถามที่คลาดเคลื่อนต่อความเป็นจริง ส่งผลให้มีการบิดเบือนข้อเท็จจริง เช่น ในคดีประธานวุฒิสภำทำหน้าที่ประธานรัฐสภา ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

⁶เอกสารถอดเทปคำเบิกความในคราวศาลรัฐธรรมนูญออกนั่งพิจารณาฟังคำแถลงของคู่กรณีเรื่อง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพลตรีสนั่น ขจรประศาสน์ฯ.

วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (กรณีองค์ประกอบและการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ) มีข้อเท็จจริงว่า กรรมการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้แสดงเจตนาลาออกจากการเป็นกรรมการบริษัทแล้ว ก่อนที่จะเข้าดำรงตำแหน่งกรรมการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ แต่บริษัทมิได้ดำเนินการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงรายชื่อกรรมการบริษัทให้ตรงกับความเป็นจริง จึงมีปัญหาต้องพิจารณาว่า กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดังกล่าวยังมีฐานะเป็นกรรมการบริษัทอยู่หรือไม่ ถ้าหากมีฐานะเป็นกรรมการบริษัทจะเป็นการขัดต่อคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของการเป็นกรรมการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามที่บัญญัติในมาตรา 297 ประกอบกับมาตรา 256 แห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัทหรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไร หรือรายได้มาแบ่งปันกันหรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด

ในประเด็นปัญหานี้ น.ส.สุภาภรณ์ ใจอ่อนน้อย เจ้าหน้าที่จากกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ ได้เบิกความในตอนหนึ่งว่า⁷ “...ส่วนการออกจากตำแหน่งกรรมการข้อบังคับไม่ได้กำหนดให้ใช้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้น เมื่อตัวแทนแสดงเจตนาลาออกจากการเป็นกรรมการถือว่ามิผล เพียงแต่ต่อบุคคลภายนอกจะมีผลต่อเมื่อนำความไปจดทะเบียน...” กล่าวคือการออกจากตำแหน่งกรรมการมีผลตั้งแต่กรรมการในฐานะตัวแทนได้แสดงเจตนาลาออกทันที แม้จะยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนก็ตาม แต่ในข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ถ้าบริษัทได้ทำนิติกรรมสัญญาต่อบุคคลภายนอก บุคคลที่แสดงเจตนาลาออกก็ยังจะต้องผูกพันต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ในฐานะกรรมการบริษัทจนกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนซึ่งเป็นคำเบิกความที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายแพ่ง

แต่ต่อมา นายกำนวน ชโลปถัมภ์ ในฐานะผู้รับมอบอำนาจจากประธานรัฐสภาได้ซักค้านพยานมีใจความดังนี้

⁷เอกสารการถอดเทปคำเบิกความในคราวศาลรัฐธรรมนูญออกนั่งพิจารณาเพื่อฟังคำแถลงของคู่กรณีเรื่องประธานวุฒิสภา ทำหน้าที่ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (กรณีองค์ประกอบและการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ) วันพฤหัสบดีที่ 22 มีนาคม 2544 เวลา 09.00 น. ณ ห้องพิจารณาคดีชั้น 2 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

“นายค่านวม : ต่อไปภายหน้าไม่ยากให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายขึ้น กราบเรียนถามในฐานะนายทะเบียน ความสมบูรณ์ของการเป็นกรรมการต่อสาธารณะหรือต่อบุคคลภายนอกเมื่อได้ทำการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนถูกต้องหรือไม่

น.ส.สุภาภรณ์ : ถูกต้อง

นายค่านวม : หมายถึง ความสมบูรณ์ของการลาออก ความสมบูรณ์ต่อสาธารณะต่อบุคคลที่ 3 ต่อบุคคลภายนอก

น.ส.สุภาภรณ์ : ใช่

การซักค้านพยานโดยใช้คำรวมว่า “ความสมบูรณ์ต่อสาธารณะหรือต่อบุคคลภายนอก” ในช่วงนี้ ทำให้เสมือนได้คำตอบหรือชวนให้คิดได้ว่าหากพิจารณาจากสาธารณะหรือบุคคลภายนอกซึ่งเป็นเรื่องของส่วนรวมแล้ว กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดังกล่าวยังมีฐานะเป็นกรรมการบริษัทเพราะยังไม่ได้เปลี่ยนแปลงทางทะเบียน จึงยังมีความสมบูรณ์ของการเป็นกรรมการบริษัทอยู่ เท่ากับมีลักษณะต้องห้ามแก่การเป็นกรรมการ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาตินั้นเอง ทำให้ผลทางคดีเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะตรงกันข้ามกับผลทางคดีที่ถูกต้อง

ในปัญหานี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้มีการถามค้าน ถามดิงกันในคดีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจึงไม่ยืนยันบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินฯ ดังเช่นการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมซึ่งมีแนวทางในการพิจารณาหรือมีวิธีพิจารณาไปทางระบบกล่าวหาที่ทนายความมีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงมากกว่าศาล ทำให้ดูเหมือนว่าวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเป็นระบบกล่าวหาแบบคดีแพ่ง ซึ่งแนวทางพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องตามหลักนั้น บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการแสวงหาข้อเท็จจริงควรจะเป็นระบบไต่สวนหรือระบบกล่าวหาแบบค้นหาความจริงที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงด้วยตนเองทั้งจากพยานหลักฐานเอกสารต่างๆ ที่คู่กรณีส่งมาและจากการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากข้อเท็จจริงที่คู่กรณีเสนอต่อศาล หลักฐานเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้เกิดความถูกต้องและเป็นธรรมที่สุด มิใช่ปล่อยให้มีการแพ้ชนะคดีกันเพราะเทคนิควิธีพิจารณา เพราะฉะนั้นการที่เกิดปัญหานี้ชี้ให้เห็นชัดว่า ไม่สมควรที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาเอง

5.1.4.4 การกำหนดประเด็นข้อพิพาทและการนับคะแนนเสียงข้างมากที่ผิดพลาด

เนื่องด้วยข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 ข้อ 10 ได้กำหนดขั้นตอนการรับคำร้องโดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจและมีคำสั่ง

ว่าสมควรจะรับเรื่องไว้ดำเนินการต่อไปหรือไม่ โดยไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกำหนดประเด็นข้อพิพาทไว้ให้เป็นที่ชัดเจนและแน่นอน ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทและการนับคะแนนเสียงข้างมากในแต่ละคดีเอง ทำให้มีการกำหนดประเด็นและนับคะแนนที่ผิดพลาดอาจมีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ในคดีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 กรณีพ้นตำรวจโททักษิณ ชินวัตรฯ ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยหลังจากที่ได้มีมติรับคำร้องไว้พิจารณาแล้ว 2 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง ผู้ถูกร้องมีหน้าที่ต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 และมาตรา 292 หรือไม่ และการยื่นคำร้องของผู้ร้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 หรือไม่

ประเด็นที่สอง ผู้ถูกร้องมีความผิดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ในประเด็นที่หนึ่ง ผู้ถูกร้องมีหน้าที่ต้องยื่นบัญชีฯ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 และมาตรา 292 และการยื่นคำร้องของผู้ร้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 แล้ว ด้วยคะแนนเสียงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก 11 คน ได้แก่ นายประเสริฐ นาสกุล พลโทจตุล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวณิชช์ นายมงคล สระฐาน นายสุจิต บุญบงการ นายสุจินดา ยงสุนทร นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ นายอนันต์ เกตุวงศ์ นายอมร รักษาสัตย์ นายอิสสระ นิตินัทธ์ประภาส นายอุระ หวังอ้อมกลาง ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยมี 4 คน ได้แก่ นายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา นายผัน จันทรปาน และนายศักดิ์ เตชาชาญ

สำหรับในประเด็นที่สองที่ว่าผู้ร้องมีความผิดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 295 หรือไม่ มีตุลาการวินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องไม่มีความผิดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 295 จำนวน 8 คน ซึ่งเป็นเสียงข้างมาก คือ นายกระมล ทองธรรมชาติ นายจุมพล ณ สงขลา พลโทจตุล อติเรก นายปรีชา เฉลิมวณิชช์ นายผัน จันทรปาน นายศักดิ์ เตชาชาญ นายสุจินดา ยงสุนทร และนายอนันต์ เกตุวงศ์ ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย 7 คน คือ นายประเสริฐ นาสกุล นายมงคล สระฐาน นายสุจิต บุญบงการ นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ นายอมร รักษาสัตย์ นายอิสสระ นิตินัทธ์ประภาส นายอุระ หวังอ้อมกลาง^๑

^๑ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2544 ลงวันที่ 3 สิงหาคม 2544.

จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีการกำหนดประเด็นพิพาทที่ไม่ถูกต้อง กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีมติรับคำร้องของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องมีหน้าที่ต้องยื่นบัญชีฯ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 และมาตรา 292 และการยื่นคำร้องของผู้ร้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 295 แล้ว จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปเพียงประเด็นเดียวก็คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนต้องวินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องจงใจยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินอันเป็นเท็จหรือไม่ แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับตั้งประเด็น 2 ประเด็นดังกล่าว ส่งผลให้มีการลงมติด้วย เสียงข้างมากถึง 8 เสียง ทั้ง ๆ ที่ควรจะมีการลงมติว่าผู้ถูกร้องจงใจยื่นบัญชีฯ ด้วยเสียงข้างมากจำนวน 7 ต่อ 4 เสียง ทำให้ พ.ต.ท.ทักษิณฯ ต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง

5.1.5 ปัญหาการไม่สามารถออกหรือแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีตุลาการคนใดคนหนึ่งคัดค้าน

การที่รัฐธรรมนูญมาตรา 296 กำหนดให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อาจก่อให้เกิดปัญหาได้ในกรณีที่มีการออกหรือการแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดวิธีพิจารณา โดยเฉพาะในกรณีที่หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมแล้วจะทำให้ข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 นี้ดีขึ้นหรือพัฒนาขึ้นเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดี แต่อาจมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพียงคนเดียวไม่เห็นด้วยและคัดค้านข้อกำหนดในประเด็นดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม ผลก็คือทำให้ข้อกำหนดในประเด็นที่เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นอันตกไป เช่น มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญบางท่านกล่าวว่า “ในการแก้ไขข้อกำหนดวิธีพิจารณาบางเรื่องที่สามารถแก้ไขไม่ได้และบางเรื่องที่แก้ไขได้ เช่น เรื่องที่จะให้เขียนความเห็นของเสียงข้างน้อยในคำวินิจฉัยกลางด้วย เรื่องนี้คงเป็นไปได้ที่จะให้เขียนอย่างนั้น”⁹ ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยให้แสดงถึงความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยลงในคำวินิจฉัยกลางเป็นสิ่งที่น่าจะทำ เนื่องจาก การแสดงความคิดเห็นดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายเสียงข้างมากได้เป็นอย่างดี เพราะตุลาการฝ่ายเสียงข้างมากจะต้องมีเหตุผลที่เหมาะสมหรือเหนือกว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยด้วย ไม่ใช่ถือว่าฝ่ายตนมีเสียงข้างมากแล้วจะมีเหตุผลที่ดีเสมอไป คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ดีจะต้องเปี่ยมไปด้วยเหตุผลที่เหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามคงจะไม่สามารถมีบทบัญญัติที่ดีเช่นนี้ได้ ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เนื่องจากมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพียงคนเดียวคัดค้าน

⁹ หนังสือพิมพ์มติชน วันพฤหัสบดีที่ 30 สิงหาคม 2544 ปีที่ 24 ฉบับที่ 8574.

นอกจากนี้ การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 269 บัญญัติให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดยังทำให้ไม่สามารถออกข้อกำหนดที่มีรายละเอียดมากได้ เนื่องจากยิ่งถ้ามีการร่างข้อกำหนดในรายละเอียดมากขึ้นเท่าไรก็ยิ่งจะทำให้มีการขัดแย้งกัน ระหว่างตุลาการมากขึ้นเท่านั้น ทำให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถลงมติเป็นเอกฉันท์ได้

5.1.6 ปัญหาขอบเขตการใช้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาได้เอง

โดยหลักแล้วฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนที่มาจากการเลือกตั้ง จะเป็นผู้ออกกฎหมายมาใช้บังคับกับประชาชน แต่เมื่อสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมืองเปลี่ยนแปลง ไป ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายไม่ทันต่อความต้องการของสังคม ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหารออกกฎหมาย ลำดับรองได้ โดยจะต้องมีการจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารนี้ กล่าวคือ ฝ่ายบริหารจะต้อง ออกกฎหมายลำดับรองภายในขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ แต่ในกรณี ที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 269 วรรคหนึ่ง กำหนดว่าวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด โดยกำหนดให้อย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานในเรื่องการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี การให้สิทธิคู่กรณี ขอดตรวจเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตน การเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการรัฐธรรมนูญ และการให้ เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญนี้ เป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ออก ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 ขึ้น ถึงแม้รัฐธรรมนูญ จะกำหนดว่าวิธีพิจารณาที่ศาลกำหนดนั้นจะต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานดังที่กล่าวมา ซึ่งเป็น เจตนาที่ดี แต่เมื่อศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณา ข้อกำหนดดังกล่าวก็หาได้มี เนื้อหาที่รับรองหลักประกันที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีผลได้อย่างจริงจังไม่ ดังจะเห็นได้จาก ข้อกำหนดที่กำหนดไว้เพียงสั้น ๆ ทำให้การพิจารณาคดีไม่มีกติกากฎหรือหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน และ ศาลรัฐธรรมนูญอาจใช้อำนาจออกข้อกำหนดที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรืออาจกำหนดรายละเอียดไม่ครบถ้วนได้

5.2 ปัญหาการใช้อำนาจศาลปกครองกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง

ดังที่กล่าวในบทที่ 4 แล้วว่าวิธีพิจารณาของศาลปกครองไทยโดยหลักแล้วมีบัญญัติอยู่ใน ส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เริ่มตั้งแต่ การยื่นคำฟ้อง การตรวจคำฟ้อง การแสวงหาข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวน การนั่งพิจารณา การแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี และการทำคำพิพากษาและคำสั่ง ซึ่งผ่านการตราโดยองค์กร

นิติบัญญัติที่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจในการตราหรือบัญญัติกฎหมายโดยตรง อีกทั้งยังเป็นตัวแทนของประชาชนทั้งประเทศ นอกจากนี้จะมีวิธีพิจารณาคดีปกครองที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ส่วนที่ 2 แล้ว พระราชบัญญัติดังกล่าวยังบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในบางประเด็น กล่าวคือ การคัดค้านตุลาการ (มาตรา 63) การละเมิดอำนาจศาล (มาตรา 64) และการบังคับคดี (มาตรา 72) และประการสำคัญที่จะนำไปสู่ปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ยังได้บัญญัติให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของการดำเนินการทั้งปวงที่เกี่ยวกับการฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลเข้ามาเป็นคู่กรณี ในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาการรับฟังพยานหลักฐานและการพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้แล้วมาตรา 66 ยังบัญญัติให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดสามารถออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีได้อีกด้วย โดยมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นี้ ได้บัญญัติว่า “ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 44 และมาตรา 66 ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันนี้ออกระเบียบดังกล่าวเพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ ถ้าต่อมามีการเสนอญัตติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น” โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้อาศัยอำนาจตามความในมาตราทั้งสองดังกล่าวออกระเบียบวิธีพิจารณาฯ 2 ฉบับ คือ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2544 และยังมีระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาอีก 2 ฉบับ คือ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะกรรมการชำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครองและการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครอง แทน พ.ศ.2544 ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 45 วรรคห้า มาตรา 56 วรรคสาม มาตรา 57 วรรคห้า มาตรา 58 วรรคห้าและวรรคหก มาตรา 61 (5) และมาตรา 63 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีปกครองที่โอนมาจากเรื่องร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2544 ออกโดยอาศัยอำนาจ

ตามความในมาตรา 103 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน โดยระเบียบฯ 2 ฉบับหลังนี้ ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าด้วยต้องผ่านการตรวจสอบแต่อย่างใด

การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดออกระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไต่ต่อนั้น มีผลดีบางประการ กล่าวคือ ทำให้สามารถกำหนดระเบียบวิธีพิจารณาไต่ต่อนั้นได้รวดเร็วและคล่องตัวกว่าการที่จะต้องผ่านการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทำให้วิธีพิจารณาในส่วนนี้ยืดหยุ่น แก้ไขได้ง่ายกว่าการที่จะบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติ อีกทั้งเป็นการให้อิสระแก่องค์กรศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง เนื่องจากองค์กรศาลปกครองเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่ วิธีพิจารณาอาจจะยังต้องมีการพัฒนาไปอีกซักระยะหนึ่งก่อน และศาลก็เป็นผู้ปฏิบัติงานโดยตรงจึงควรให้อำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการที่ให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดออกระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาไต่ต่อนั้น ก่อให้เกิดผลเสียหรือข้อบกพร่องในบางประการ เช่นปัญหาการขาดการตรวจสอบระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาอย่างสมบูรณ์จากรัฐสภา ปัญหาหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณา ซึ่งประกอบด้วยปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี ปัญหาการกำหนดรายละเอียดไม่ครบถ้วน ปัญหาการออกระเบียบให้การแถลงการณ์ในชั้นตุลาการผู้แถลงคดีเป็นความลับ ปัญหาการไม่คำนึงถึงเหตุผลของผู้ฟ้องคดีกรณีทำคำคัดค้านคำให้การยื่นต่อศาลไม่ทันภายในกำหนดระยะเวลาหรือไม่แจ้งเป็นหนังสือให้ศาลทราบว่าจะไม่ประสงค์จะทำคำคัดค้านคำให้การภายในกำหนดระยะเวลา ปัญหาการที่กำหนดให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาสั่งการก่อนที่ตุลาการเจ้าของสำนวนจะส่งสำนวนคดีไปยังตุลาการผู้แถลงคดี

หากเปรียบเทียบกับต่างประเทศคือ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และอังกฤษ จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันวิธีพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นไปตามประมวลกฎหมาย คือ Code de Justice Administrative โดยในประมวลฉบับนี้มีการกำหนดวิธีพิจารณาไว้อย่างละเอียดและสอดคล้องกับหลักการพิจารณาคดีปกครองแล้ว มิได้มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองออกข้อกำหนดวิธีพิจารณาได้เองแต่อย่างใด

ส่วนในประเทศเยอรมัน วิธีพิจารณาของศาลปกครองสหพันธ์รัฐได้จัดทำในรูปแบบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung หรือที่เรียกว่า VwGO) ซึ่งมีการบัญญัติไว้โดยละเอียดแล้วและมีการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ประมวล

ไม่ได้บัญญัติไว้ โดยให้นำธรรมนูญศาล (GVG) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) มาบังคับใช้โดยอนุโลม ไม่มีการให้อำนาจศาลปกครองกำหนดวิธีพิจารณาเองได้อีกเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส

สำหรับวิธีพิจารณาขององค์กรที่ทำหน้าที่ตุลาการในการพิจารณาคดีปกครองในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในระบบประเทศที่ไม่ใช่ประมวลกฎหมาย (Common Law) และใช้ระบบศาลเดี่ยว (Single Court) คือศาลยุติธรรม เป็นไปตาม The Supreme Court Act 1981 และ The Rules of the Supreme Court (Order 53 Amendment No.3 1977) โดย The Supreme Court Act 1981 ถือเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจและเป็นกฎหมายรับรองการนำ The Rules of the Supreme Court order 53 ไปใช้ ส่วน The Rules of the Supreme Court ความจริงก็ไม่ได้กำหนดโดยองค์กรศาลหรือผู้พิพากษาแต่องค์กรเดียว แต่กำหนดโดยคณะกรรมการที่เรียกว่า The Rule Committee of the Supreme Court ซึ่งประกอบด้วยคณะกรรมการตุลาการ (a committee of judges) ตัวแทนจากสมาคมนักกฎหมาย (Law Society) และตัวแทนจากเนติบัณฑิตยสภา (Bar Council) โดยการกำหนด Rules ต้องอยู่ภายใต้อำนาจของ The Supreme Court Act 1981 ซึ่งการที่ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ไม่ใช่ระบบประมวลกฎหมาย (Common Law) ให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาเองได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุหนึ่งมาจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ไม่ใช่ระบบประมวลกฎหมาย (Common Law) และในอดีต ผู้พิพากษาสามารถกำหนดวิธีพิจารณาคดีเองได้ในรูปของ Case-law และหลัก precedent หรือหลักที่ศาลล่างต้องพิพากษาตามแนวคำพิพากษาของศาลสูง จึงทำให้ยึดหลักที่ศาลสามารถกำหนดวิธีพิจารณาเองได้จนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตามเมื่อมี The Supreme Court Act 1981 ศาลก็ยังสามารถออกข้อกำหนดวิธีพิจารณาเองได้อยู่ในรูปของ The Rules of the Supreme Court ซึ่งแก้ไขได้เรื่อย ๆ ตามความเหมาะสม

นอกจากนี้ในประเทศอังกฤษยังมีอีกองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในรูปแบบคณะกรรมการคือ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Tribunal) ซึ่งวิธีพิจารณาขององค์กรนี้เป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการนั้น ๆ หรือเป็นไปตามกฎระเบียบของหน่วยงานที่รับผิดชอบในกิจการของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงปัญหาการให้อำนาจศาลปกครองไทยกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองในรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.2.1 ปัญหาการขาดการตรวจสอบระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาอย่างสมบูรณ์จากรัฐสภา

เนื่องจากการที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 44 มาตรา 66 และอีกหลายมาตราบัญญัติให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดออกระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาเองได้ นอกเหนือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 และมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวถือเป็นเรื่องสำคัญที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาโดยตรงกล่าวคือ มาตรา 44 เป็นเรื่องของ การดำเนินการทั้งปวงที่เกี่ยวกับการฟ้อง การร้องขอ การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐาน และการพิพากษาคดีปกครอง ส่วนมาตรา 66 เป็นเรื่องเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราว ก่อนการพิพากษาคดี กลับผ่านการตรวจสอบของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น ซึ่งถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่มีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎร ผลก็คือทำให้ระเบียบดังกล่าวมีผลบังคับใช้ไปตามนั้น และพระราชบัญญัติมาตรา 6 ก็มีได้บัญญัติให้ระเบียบดังกล่าวผ่านการตรวจสอบจากสมาชิกวุฒิสภาด้วย ทำให้ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาดังกล่าวไม่ได้ผ่านการตรวจสอบอย่างสมบูรณ์หรืออย่างเต็มรูปแบบจากรัฐสภา นอกจากนี้ระเบียบที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาอีก 2 ระเบียบคือ ระเบียบว่าด้วยองค์คณะฯ และระเบียบว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีปกครองที่โอนมาจากเรื่องร้องทุกข์ฯ ก็มีได้มีกฎหมายบัญญัติให้ผ่านการตรวจสอบทั้งจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาแต่อย่างใด

กรณีนี้มีปัญหาว่าเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 6 จะเห็นได้ว่าเป็นการให้อำนาจสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบระเบียบฯ โดยบัญญัติไว้ว่า “ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 44 และมาตรา 66 ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันที่ยกระเบียบดังกล่าวเพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ โดยถ้าต่อมามีการเสนอคัดค้านและสภาผู้แทนมีมติภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ส่งระเบียบให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็ต้องดำเนินการตามนั้น” ซึ่งถึงแม้จะให้อำนาจสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบระเบียบโดยสามารถออกมติให้ยกเลิกระเบียบได้ แต่ทั้งนี้สภาผู้แทนราษฎรต้องมีมติภายใน 30 วัน นับแต่วันส่งระเบียบเท่านั้น หากพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวสภาผู้แทนราษฎรก็จะปราศจากอำนาจในการตรวจสอบระเบียบและมีผลบังคับใช้ไปตามนั้น อีกทั้งอำนาจการตรวจสอบของสภาผู้แทนราษฎรมีเพียงการยกเลิกระเบียบทั้งหมดหรือบางส่วนเท่านั้น มิได้มีอำนาจในการพิจารณาแก้ไขระเบียบได้แต่อย่างใด นอกจากนี้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 6 ก็มีได้บัญญัติให้ระเบียบดังกล่าวต้องผ่านการตรวจสอบจากสมาชิก

วุฒิสภาซึ่งถือเป็นตัวแทนของประชาชนด้วย ทำให้ระบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาไม่ได้ผ่านการตรวจสอบอย่างเต็มรูปแบบจากองค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ส่วนระบียบว่าด้วยองค์คณะฯ และระบียบว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีปกครองที่โอนมาจากเรื่องร้องทุกข์ฯ มิได้มีกฎหมายบัญญัติให้ผ่านการตรวจสอบทั้งจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาแต่อย่างใด ทั้งที่ระบียบที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้งหมดที่กล่าวมาก็เป็นเรื่องสำคัญที่มีผลใช้บังคับและกระทบกับประชาชนโดยตรง มิใช่เพียงระบียบที่ใช้เฉพาะในหน่วยงาน จึงควรให้มีการตรวจสอบอย่างสมบูรณ์จากรัฐสภา

5.2.2 ปัญหาหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดสามารถกำหนดระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาได้เอง มีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าการกำหนดระเบียบวิธีพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของวิธีพิจารณาคดีปกครองหรือไม่ และจากการศึกษาระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาปกครองแล้วพบว่ามีปัญหาดังต่อไปนี้

5.2.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 66 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี ไม่ว่าจะมีการร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย” อาศัยอำนาจจากบทบัญญัติดังกล่าว ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จึงได้ออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 โดยวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากำหนดไว้ในหมวด 5 ซึ่งแบ่งออกเป็น

2 ส่วนคือ ส่วนที่ 1 การทะเลาะการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ข้อ 69 ถึงข้อ 74 และส่วนที่ 2 การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ข้อ 75 ถึงข้อ 77

ปัญหาในกรณีนี้คือ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้วจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะมีคำร้องขอจากคู่กรณีให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีหรือไม่ก็ตาม ถ้าศาลเห็นสมควรศาลก็สามารถกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ แต่ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ในหมวด 5 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา กำหนดไว้ไม่ชัดเจน กล่าวคือ ข้อ 69 วรรคสอง (ส่วนที่ 1 การทะเลาะการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง) กำหนดว่า “ผู้ฟ้องคดีอาจขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลาใด ๆ ก่อนศาลจะพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งทะเลาะการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง อันจะมีผลเป็นการชะลอหรือระงับการบังคับตามผลของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไว้เป็นการชั่วคราว” เห็นได้ว่าในระเบียบดังกล่าวกำหนดทำนองว่าให้ผู้ฟ้องคดีที่ประสงค์จะขอให้ศาลมีคำสั่งทะเลาะการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองจะต้องขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอต่อศาล และข้อ 75 (ส่วนที่ 2 การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว) กำหนดว่า “นอกจากกรณีทีกล่าวในข้อ 69 ในเวลาใด ๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือคู่กรณีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีพิจารณาเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเมื่อบังคับตามคำพิพากษาได้” ระเบียบข้อนี้ก็กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีที่ต้องการจะขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาอาจยื่นคำขอต่อศาลเช่นเดียวกับกรณีตามข้อ 69 ซึ่งเป็นลักษณะที่ให้ผู้ฟ้องคดีที่ต้องการจะขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา ต้องแสดงความประสงค์โดยมีคำขอ ถ้าไม่มีคำขอดังกล่าวศาลจะไม่กำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาให้ ทำให้สิทธิของผู้ฟ้องคดีหรือประโยชน์สาธารณะอาจไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ ทั้ง ๆ ที่มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการที่จะกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในกรณีที่ศาลเห็นสมควรได้

การกำหนดระเบียบในลักษณะเช่นนี้ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนหรือเกิดปัญหาให้ต้องตีความว่าถ้าผู้ฟ้องคดีต้องการให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาจะต้องมีคำขอต่อศาลหรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรก เป็นคดีที่เกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวโดยแท้ (Individual) เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่มีคำขอศาลก็ไม่ควรกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้แก่ผู้ฟ้องคดี กรณีที่สอง เป็นคดีที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือมีผลกระทบต่อประชาชนโดยทั่วไป (Collective) แม้ผู้ฟ้องคดีไม่มีคำขอศาลก็สามารถกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาให้ได้

ศาลไม่ควรจะยึดถือถ้อยคำในระเบียบมากจนเกินไป ดังจะเห็นได้จากในทางปฏิบัติ ยังมีปัญหาการตีความในเรื่องของมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวว่าศาลมีอำนาจจะกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้หรือไม่ หากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ขอมา ในกรณีนี้ตุลาการบางท่านมีความเห็นว่าไม่อาจกำหนดให้ได้เนื่องจากในระเบียบเขียนไว้ว่า “ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษา...” แต่ตุลาการบางท่านเห็นว่าหากพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้ว อาจตีความว่าอาจทำได้โดยไม่ต้องมีคำร้องขอของผู้ฟ้องคดีเช่นเดียวกับในกรณีของการทะเลาะวิวาทบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ส่วนหลักเกณฑ์หรือวิธีการในการดำเนินการก็เป็นไปตามระเบียบโดยอำนาจศาลในประเด็นนี้ไม่ถูกจำกัดโดยระเบียบ¹⁰

ทั้งนี้ตัวอย่างดังกล่าวปรากฏตามคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาหรือกำหนดวิธีคุ้มครองประโยชน์หรือไม่รับหรือยกคำขอของศาลปกครองกลางคดีหมายเลขคำที่ 2809/2544 ระหว่างนายกมล ฅ เอ็งย่อง กับพวก รวม 3 คน ผู้ฟ้องคดี ผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรปราการที่ 1 นายอำเภอบางพลี จ.สมุทรปราการ ที่ 2 ประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลราชาเทวะ ที่ 3 สาธารณสุขจังหวัดสมุทรปราการ ที่ 4 ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 3 ว่าปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องในการอนุญาตให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไพโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ ใช้สถานที่ในเขตตำบลราชาเทวะ อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ เนื้อที่ 200 ไร่ กำจัดมูลฝอยทั้ง ๆ ที่ไม่มีใบอนุญาตให้ใช้สถานที่กำจัดมูลฝอยและมูลฝอยที่นำมาทิ้งส่งกลิ่นเหม็นรบกวนราษฎรบริเวณนั้น ทั้งที่บริเวณดังกล่าวเป็นพื้นที่ชุมชนหนาแน่นอยู่ใกล้วัด โรงเรียน โรงพยาบาล แหล่งน้ำธรรมชาติ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ยังละเลยต่อหน้าที่ปล่อยให้ห้างฯ ประกอบกิจการก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ฟ้องคดีและราษฎรในบริเวณใกล้เคียงโดยรอบ โดยมีคำขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดโดยดำเนินการให้ย้ายสถานที่กำจัดมูลฝอยออกไปจากพื้นที่ตำบลราชาเทวะ ให้ดำเนินการกำจัดกลิ่นมูลฝอยให้หมดไปภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ทราบคำพิพากษาหรือคำสั่งและมีคำสั่งให้ความคุ้มครองความปลอดภัยต่อสวัสดิการของผู้ฟ้องคดี ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอลงวันที่ 3 กันยายน 2544 ให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยสั่งห้ามห้างหุ้นส่วนจำกัด ไพโรจน์สมพงษ์พาณิชย์ บริวาร และผู้เกี่ยวข้องใด ๆ นำมูลฝอยมาฝังกลบในพื้นที่ตำบลราชาเทวะ โดยเด็ดขาดเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ทั้งนี้ตั้งแต่วันฟ้องจนถึงวันที่ 3 กันยายน 2544 อันเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์

¹⁰ร่างคู่มือตุลาการศาลปกครอง, หน้า 83.

ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ศาลไม่ได้ใช้ดุลพินิจกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้แต่อย่างใด เมื่อมีคำขอดังกล่าว ศาลจึงใช้อำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้โดยให้เหตุผลและมีคำสั่งว่าเมื่อศาลพิเคราะห์คำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยขอให้ห้ามผู้รับอนุญาตกำจัดมูลฝอย (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไพโรจน์สมพงษ์พาณิชย์) บริวาร และผู้เกี่ยวข้องใด ๆ นำมูลฝอยมาฝังกลบในบริเวณตำบลราชาเทวะ จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา ประกอบกับข้อเท็จจริงที่รับฟังได้ข้างต้นแล้ว เห็นว่าตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ประกอบกับข้อ 75 และข้อ 77 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 และมาตรา 254 และมาตรา 255 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ ให้แก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ เมื่อเป็นที่พอใจของศาลว่า คำฟ้องมีมูลและมีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีคุ้มครองตามที่ขอนั้นมาใช้ได้เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีตั้งใจจะกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือผู้ฟ้องคดีจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งนี้ โดยศาลต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย เมื่อปรากฏว่ากลิ่นเหม็นอันเกิดจากการกำจัดมูลฝอยที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ยังไม่ได้มีการขจัดให้หมดสิ้นไป แม้ประชาชนรวมถึงผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนขอให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องพิจารณาดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวมาแล้วหลายครั้งก็ตาม จึงสมควรกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีนี้โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ใช้อำนาจตามมาตรา 28 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2539 ออกคำสั่งห้ามผู้รับอนุญาตกำจัดมูลฝอย (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไพโรจน์สมพงษ์พาณิชย์) กระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดกลิ่นเหม็นของมูลฝอยอันเป็นเหตุรำคาญไว้จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีและให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ควบคุมดูแลให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลโดยเคร่งครัด

จากที่ผู้เขียนกล่าวมาและตัวอย่างคำสั่งของศาลปกครองจะเห็นได้ว่าการที่ให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดระเบียบวิธีพิจารณาได้เองนั้น อาจกำหนดระเบียบฯ ที่ไม่ชัดเจนทำให้เกิดปัญหาให้ต้องตีความ กรณีตามปัญหานี้ผู้เขียนจึงเห็นสมควรให้มีการบัญญัติชัดเจนลงไปว่ากรณีใดที่ศาลสามารถหรือไม่สามารถจะกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

5.2.2.2 ปัญหาการกำหนดรายละเอียดไม่ครบถ้วน

ปัญหาในข้อนี้เป็นเรื่องที่ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาไม่ได้กำหนดไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องสามารถทำได้ภายในกำหนดระยะเวลาใด มีเพียงการกำหนดว่าการฟ้องคดีต่อศาลปกครองต้องยื่นฟ้องภายในกำหนดระยะเวลาและตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 มาตรา 51 และมาตรา 52 โดยคำฟ้องที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ให้ศาลมีคำสั่งไม่รับไว้พิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เว้นแต่ศาลเห็นว่าคดีนั้นเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น โดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลจะรับไว้พิจารณาก็ได้ คำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาให้เป็นที่สุด¹¹ ประกอบกับในคดีปกครองนั้นมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองได้บัญญัติให้ “คำฟ้อง” นั้นหมายความรวมถึงคำฟ้องที่เสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติมหรือแก้ไขด้วย โดยกฎหมายและระเบียบไม่ได้เขียนไว้ชัดเจนว่าผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำร้องขอแก้ไขคำฟ้องเมื่อใด เพียงแต่ต้องก่อนวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง เนื่องจากบรรดาคำฟ้องเพิ่มเติม ทำให้การคัดค้านคำให้การ คำให้การเพิ่มเติม รวมทั้งพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ยื่นต่อศาลหลังวันดังกล่าว ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดไม่ให้นำศาลรับไว้เป็นส่วนหนึ่งของสำนวนคดี และไม่ต้องส่งสำเนาให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง¹² อย่างไรก็ตาม ระเบียบดังกล่าวยังกำหนดว่าคำคัดค้านคำให้การของผู้ฟ้องคดีให้มีได้เฉพาะในประเด็นที่ได้ยกขึ้นกล่าวในคำฟ้อง คำให้การ หรือที่ศาลกำหนดเท่านั้น หากผู้ฟ้องคดีทำคำคัดค้านคำให้การโดยมีประเด็นหรือคำขอเพิ่มเติมขึ้นใหม่ต่างจากคำฟ้อง คำให้การหรือที่ศาลกำหนดให้ศาลสั่งไม่รับประเด็นหรือคำขอใหม่นั้นไว้พิจารณา¹³ ดังนั้นจึงอาจตีความจากระเบียบดังกล่าวได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องนั้นน่าจะต้องทำภายในกำหนดเวลาที่ยื่นคำคัดค้านคำให้การเนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่อาจยกประเด็นหรือมีคำขอเพิ่มขึ้นใหม่ได้

การที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่ได้กำหนดในระเบียบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องควรทำได้ถึงระยะเวลาใดอาจจะทำให้ผู้ฟ้องคดีเกิดความสับสนและตัวตุลาการเองก็จะไม่มีแนวทางที่จะระบุลงไปว่าการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องต้องทำภายใน

¹¹ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 30.

¹²ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 62.

¹³ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 48.

กำหนดระยะเวลาใด จึงถือเป็นปัญหาข้อหนึ่งของการที่ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดวิธีพิจารณาเอง เพราะอาจจึงทำให้การกำหนดรายละเอียดในบางเรื่องไม่ครบถ้วน

5.2.2.3 ปัญหาการอกระเบียบให้การแถลงการณ์ในชั้นตุลาการผู้แถลงคดีเป็นความลับ

หลักการพิจารณาคดีปกครองนั้น โดยหลักแล้วการพิจารณาคดีจะต้องเปิดเผยไม่ว่าจะชั้นใดส่วน ชั้นนั่งพิจารณา หรือในชั้นแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีรวมทั้งประชาชนมีสิทธิเข้าร่วมฟังการพิจารณาคดีเพื่อเป็นการตรวจสอบและควบคุมการทำงานของศาลในฐานะที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย อีกทั้งยังส่งผลให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความโปร่งใส ยุติธรรม ตรงไปตรงมา อย่างไรก็ตามก็ควรมีขอบเขตจำกัดหรือถือเป็นข้อยกเว้นในบางกรณี เช่นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของรัฐ แต่ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองข้อ 88 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในวันนั่งพิจารณาคดี เมื่อเสร็จสิ้นการแถลงและการนำพยานหลักฐานมาสืบประกอบคำแถลงของคู่กรณีแล้ว ให้ตุลาการผู้แถลงคดีชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะเพื่อประกอบคำแถลงการณ์เป็นหนังสือที่ได้เสนอไว้แล้วหรือเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาตามที่กำหนดไว้ในข้อ 63 วรรคสอง โดยบุคคลซึ่งมิได้รับอนุญาตจากศาลจะอยู่ในห้องพิจารณาในขณะที่ตุลาการผู้แถลงคดีชี้แจงหรือเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาไม่ได้” โดยที่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ได้มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติว่าในชั้นแถลงการณ์ของผู้แถลงคดีให้เป็นความลับ มีแต่บทบัญญัติมาตรา 60 ที่บัญญัติว่าการนั่งพิจารณาคดีจะต้องกระทำโดยเปิดเผย แต่การที่ระเบียบฯ กำหนดว่า “โดยบุคคลซึ่งมิได้รับอนุญาตจากศาลจะอยู่ในห้องพิจารณาในขณะที่ตุลาการผู้แถลงคดีชี้แจงหรือเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาไม่ได้” เห็นได้ว่าหลักคือ ไม่ให้บุคคลใดรวมทั้งคู่กรณีอยู่ในห้องพิจารณาในขณะที่ผู้แถลงคดีชี้แจงและหรือแถลงการณ์ โดยมีข้อยกเว้นว่าบุคคลที่ศาลอนุญาตให้อยู่ในห้องพิจารณาได้

สำหรับหลักการพิจารณาคดีปกครองในชั้นแถลงการณ์ของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น หลังจากที่คู่กรณีทุกฝ่ายได้แถลงต่อศาลเสร็จสิ้นแล้ว ตุลาการผู้แถลงคดี (Le commissaire du gouvernement) จะเสนอคำแถลงของตนทั้งต่อหน้าคู่กรณีและประชาชน ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนเห็นว่ามี การตรวจสอบและถ่วงดุลกันของตุลาการผู้แถลงคดีกับตุลาการเจ้าของสำนวน

ส่วนในประเทศไทยเหตุผลที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ออกเป็นระเบียบว่าบุคคลซึ่งมิได้รับอนุญาตจากศาลจะอยู่ในห้องพิจารณาในขณะตุลาการ ผู้แถลงคดีชี้แจงหรือเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาไม่ได้ เนื่องจากระบบที่ให้มีการถ่วงดุลกัน โดยการให้มีการแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีเป็นระบบที่เพิ่งนำมาใช้ในประเทศไทย หากให้การพิจารณาคดีในชั้นตอนนี้เปิดเผยอาจทำให้คู่กรณีหรือประชาชนเข้าใจผิดว่า เมื่อการแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีเสร็จสิ้นลงก็เป็นการพิพากษาคดี หรือคดีเสร็จสิ้นแล้ว

แต่ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีเหตุผลดังกล่าวแต่เมื่อชั่งน้ำหนักกับ หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยแล้ว การแก้ปัญหาคือความเข้าใจผิดของคู่กรณีหรือประชาชนไม่ใช่ การตัดปัญหาโดยการห้ามคู่กรณีหรือประชาชนเข้าฟังการแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี แต่ควรที่จะทำความเข้าใจและให้ความรู้แก่ประชาชนก่อนเข้าฟังการพิจารณาคดีในชั้นแถลงการณ์ โดยการประชาสัมพันธ์ของศาล ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีตามข้อนี้เป็นปัญหาเพราะการแถลงการณ์ ของตุลาการผู้แถลงคดีเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญเนื่องจากการแสดงถึงการตรวจสอบและ ถ่วงดุลของตุลาการผู้แถลงคดีในการกลั่นกรองข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายตามความเห็นของ ตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อเสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา รวมทั้งมีสิทธิเสนอความเห็นและ แนวคำพิพากษาซึ่งหากองค์คณะพิจารณาพิพากษาจะพิพากษาคดีไปในทางความเห็นที่ขัดแย้ง กับความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีก็ต้องให้เหตุผลที่หักล้างกับเหตุผลของตุลาการผู้แถลงคดีได้ อย่างไรก็ตามถ้าตัวคู่กรณีหรือประชาชนจะเข้าใจผิดดังที่กล่าวมาแล้วเมื่อใช้ระเบียบนี้ไปสัก ระยะเวลาหนึ่งและประชาชนเข้าใจในระบบแล้วก็ควรจะแก้ไขระเบียบในข้อนี้ให้สอดคล้องกับแนวคิด ที่ให้มีการแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี เพื่อให้ประชาชนได้เห็นถึงระบบที่มีการตรวจสอบ ถ่วงดุลกันและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการพิจารณาคดีปกครองที่ควรที่จะเปิดเผยเป็นหลัก

5.2.2.4 ปัญหาการไม่คำนึงถึงเหตุผลของผู้ฟ้องคดีกรณีทำคำคัดค้านคำให้การยื่นต่อ ศาลไม่ทันภายในกำหนดระยะเวลาหรือไม่แจ้งเป็นหนังสือให้ศาลทราบว่ามีประสงค์จะทำ คำคัดค้านคำให้การภายในกำหนดระยะเวลา

ระเบียบข้อ 47 (ชั้นแสวงหาข้อเท็จจริงจากคำฟ้องคำให้การคำคัดค้าน คำให้การและคำให้การเพิ่มเติม) กำหนดว่า

“เมื่อผู้ถูกฟ้องคดียื่นคำให้การแล้ว ให้ศาลส่งสำเนาคำให้การพร้อมทั้งสำเนา พยานหลักฐานไปยังผู้ฟ้องคดีเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีคัดค้านหรือยอมรับคำให้การหรือพยานหลักฐาน ที่ผู้ถูกฟ้องคดียื่นต่อศาล ในการนี้ตุลาการเจ้าของสำนวนจะกำหนดประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีต้องชี้แจง หรือให้จัดส่งพยานหลักฐานใด ๆ ก็ได้

ถ้าผู้ฟ้องคดีประสงค์จะคัดค้านคำให้การ ให้ทำคำคัดค้านคำให้การยื่นต่อศาล พร้อมสำเนาหนึ่งชุดหรือตามจำนวนที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

ถ้าผู้ฟ้องคดีไม่ประสงค์จะทำคำคัดค้านคำให้การ แต่ประสงค์จะให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป ให้ผู้ฟ้องคดีแจ้งเป็นหนังสือให้ศาลทราบภายในกำหนดระยะเวลาตามวรรคสอง

ถ้าผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการตามวรรคสองหรือวรรคสาม ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความก็ได้”

เมื่อพิจารณาจากระเบียบข้อนี้ที่ว่า ถ้าผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการตามวรรคสองคือ กรณีประสงค์จะทำคำคัดค้านคำให้การก็ให้ยื่นต่อศาลพร้อมสำเนาหนึ่งชุดหรือตามจำนวนที่ศาลกำหนด ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด หรือวรรคสามคือ กรณีผู้ฟ้องคดีไม่ประสงค์จะทำคำคัดค้านคำให้การแต่ประสงค์จะให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป ต้องทำหนังสือแจ้งให้ศาลทราบภายในกำหนดระยะเวลาตามวรรคสองภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ศาลจะสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความก็ได้ ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลนั้น

ในเรื่องของการทำคำคัดค้านคำให้การนั้น โดยหลักแล้วมีผลคือ ทำให้เกิดการรับฟังความทั้งสองฝ่ายและในกรณีที่ศาลเห็นว่าจำเป็นให้ผู้ฟ้องคดีต้องชี้แจง (ทำคำคัดค้านคำให้การ) ถ้าไม่ทำอาจทำให้กระบวนการพิจารณาไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ เนื่องจากศาลจำเป็นต้องใช้ข้อเท็จจริงที่ศาลกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีชี้แจงมาในคำคัดค้านการให้การ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการดำเนินคดีปกครองโดยหลักแล้วเป็นไปโดยเรียบง่ายและไม่จำเป็นต้องมีทนายความ ผู้ฟ้องคดีอาจไม่เข้าใจหลักการตามที่กำหนดไว้ในระเบียบข้อ 47 และไม่ดำเนินการทำคำคัดค้านการให้การโดยคิดว่าคำฟ้องครบถ้วนแล้ว หรือไม่จำเป็นต้องทำคำคัดค้านการให้การจึงไม่ได้ดำเนินการตามที่ศาลสั่ง เป็นเหตุให้อาจถูกจำหน่ายคดี และส่งผลทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหาย

ผู้เขียนเห็นว่าระเบียบข้อนี้ที่ไม่เหมาะสม เพราะเพียงแต่ผู้ฟ้องคดีไม่ทำคำคัดค้านคำให้การหรือไม่แจ้งว่าไม่ประสงค์จะทำคำคัดค้านต่อศาลภายในกำหนดระยะเวลา แล้วศาลจะมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความได้นั้น ถือว่าเป็นการตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีที่จะดำเนินคดีต่อไป เพราะถึงแม้ผู้ฟ้องคดีจะไม่ทำคำคัดค้านคำให้การ หรือไม่แจ้งว่าไม่ประสงค์จะทำคำคัดค้านคำให้การ หากข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะดำเนินคดีต่อไปได้โดยไม่ต้องมีคำคัดค้านคำให้การและศาลสามารถพิจารณาคดีต่อไปได้ตามคำฟ้อง คำให้การและพยานหลักฐานที่มีอยู่

รวมทั้งสอบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเองได้ตามหลักกระบวนการพิจารณาคดีปกครองที่ใช้ระบบไต่สวนแล้ว ก็ไม่ควรให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจจำหน่ายคดีได้ อีกทั้งมาตรการบังคับลักษณะนี้ ผู้เขียน ได้ศึกษาเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วไม่ปรากฏว่ามีมาตรการดังกล่าวแต่อย่างใด

อนึ่ง ถึงแม้ระเบียบข้อนี้จะกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลในการที่จะจำหน่ายคดีออกจากสารบบความก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจตุลาการแต่ละคนอาจมีความแตกต่างกัน ระเบียบข้อนี้จึงควรให้อำนาจศาลจำหน่ายคดีได้ในกรณีที่ผู้ฟ้องไม่ทำคำคัดค้านคำให้การตามคำสั่งศาล และการทำคำคัดค้านคำให้การในกรณีดังกล่าวจำเป็นเพื่อให้การพิจารณาคดีสามารถดำเนินต่อไปได้

5.2.2.5 ปัญหาการที่กำหนดให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาสั่งการก่อนที่ตุลาการเจ้าของสำนวนจะส่งสำนวนคดีไปยังตุลาการผู้แถลงคดี

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 58 บัญญัติว่า “ก่อนการนั่งพิจารณาคดีให้ตุลาการเจ้าของสำนวนส่งมอบสำนวนคดีให้ผู้แถลงคดีปกครองเพื่อให้ผู้แถลงคดีปกครองจัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและความเห็นของตนในการวินิจฉัยคดี เสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาต่อไป” และในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาฯ ข้อ 63 วรรคแรก ได้กำหนดว่า “เมื่อกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้ว ให้ตุลาการหัวหน้าคณะส่งสำนวนคดีให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นพิจารณา หากอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมิได้สั่งการเป็นอย่างอื่น ให้ส่งสำเนาคดีนั้นให้ตุลาการผู้แถลงคดีเพื่อจัดทำคำแถลงการณ์โดยเร็ว”

ในทางปฏิบัตินี้ อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจสั่งการเป็นอย่างอื่น เช่น ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ซึ่งมีใช่เป็นเพียงการสั่งการในด้านการบริหารหรืองานธุรการเท่านั้น แต่เป็นการสั่งการในเนื้อหาของคดีเลย ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาคดี กล่าวคือ ถ้าอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่าข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอสำหรับการพิจารณาคดี จึงให้ตุลาการเจ้าของสำนวนแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ก็ต้องส่งสำนวนคดีกลับไปให้ตุลาการเจ้าของสำนวนทำ เป็นผลทำให้ต้องส่งยกเลิกวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อที่จะทำการแสวงหาข้อเท็จจริงต่อไปได้ อีกทั้งยังต้องกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีใหม่ ทำให้เสียเวลาและอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างตุลาการเจ้าของสำนวนกับตุลาการผู้แถลงคดีหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น กล่าวคือ ตุลาการเจ้าของสำนวนอาจเห็นว่าข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ตนได้แสวงหาและรวบรวมมาเพียงพอสำหรับการพิจารณา

คดีแล้ว แต่ผู้แถลงคดีหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นอาจเห็นว่าไม่เพียงพอ ทำให้เกิดความขัดแย้งกัน ได้ ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อการพิจารณาคดี แนวทางแก้ไขในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้อำนาจตุลาการผู้แถลงคดีแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเองได้โดยไม่ต้องส่งกลับให้ตุลาการเจ้าของสำนวน ซึ่งเป็นกรทำให้เสียเวลา

จากการที่ได้ศึกษาถึงปัญหาในการให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองของทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองไทย เพื่อให้เห็นภาพว่าการที่ให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาได้เองนั้นจะก่อให้เกิดปัญหาอะไรบ้าง และเพื่อพิจารณาต่อไปว่าควรให้อำนาจศาลทั้งสองเพียงใด ในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง จะเห็นได้ว่า ปัญหาที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลปกครองนั้น จะมีน้อยกว่าปัญหาของศาลรัฐธรรมนูญ เช่นในส่วนของศาลปกครองไม่มีปัญหาเรื่องโครงสร้างของระบบวิธีพิจารณา เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากโครงสร้างใหญ่ของวิธีพิจารณาของศาลปกครองนั้นมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้ว อีกทั้งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาก็มีการกำหนดไว้ค่อนข้างละเอียดแล้วเช่นกัน โดยผู้ร่างระเบียบดังกล่าว ได้ศึกษาเปรียบเทียบและนำวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ วิธีพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศสและวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้และนำมากำหนดไว้ในระเบียบฯ ด้วย ส่วนวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญมาตรา 269 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดได้อย่างกว้างขวาง แม้จะมีการกำหนดหลักประกันขั้นพื้นฐานในการพิจารณาไว้ก็ตาม จึงทำให้เห็นถึงปัญหาในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญได้ชัดเจนกว่าศาลปกครอง อย่างไรก็ตามการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองก็ก่อให้เกิดปัญหาตามมาทั้งสิ้น