บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่เกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง

ในระบบการเมืองแบบรัฐสภา (Parliamentary system) พรรคการเมือง นับว่าเป็นสถาบันที่ได้รับมอบภารกิจที่มีความสำคัญสูงอย่างยิ่ง ทั้งนี้ เพราะพรรคการเมืองเป็นเพียงสถาบันเดียวที่ได้รับความชอบธรรม (Legitimacy) ในการเข้ามีบทบาทนำสำหรับการดำเนินภารกิจทางการเมืองครอบคลุมทั้งระบบทุกกระบวนการ นับตั้งแต่การเลือกตั้งเข้าสู่อำนาจไปจนถึงการใช้อำนาจปกครองประเทศทั้งอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร กล่าวได้ว่า การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบการเมือง ก่อให้เกิดผลกระทบในวงกว้างทั้งต่อสังคม และต่อประเทศชาติ

ในการศึกษาเรื่อง มาตรการทางกฎหมาย ในการรื้อฟื้นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญศึกษาคดียุบพรรคและตัดสิทธิทางการเมือง จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาให้ครอบคลุมในทุกด้าน ตั้งแต่แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบอำนาจ แนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ แนวคิดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของศาล แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง การเกิดขึ้นของระบบพรรคการเมือง วิวัฒนาการของระบบการเมืองที่เกิดขึ้นในแต่ละยุคสมัย รวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการยุบพรรคการเมือง แนวคิดในการรื้อฟื้นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยจะทำการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด

การศึกษาวิจัยเรื่องมาตรการทางกฎหมายในการรื้อฟื้นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญศึกษาคดียุบพรรคและตัดสิทธิทางการเมืองในครั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ศึกษาแนวคิดทฤษฎีเพื่อใช้กำหนดกรอบความคิดและประเด็นการศึกษาดังนี้คือ

1. แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบอำนาจ
2. แนวคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ
3. แนวคิดเกี่ยวกับหลักการในการรับฟังพยานหลักฐานของศาล
4. แนวคิดเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง
5. แนวคิดในการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่

การศึกษา ในบทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการยุบพรรการเมือง มีการศึกษาเป็นลำดับดังนี้

แนวคิดและทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับการตรวจสอบ

แนวคิดและทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับการตรวจสอบนั้นจะกล่าวถึง แนวคิดหลักความยุติธรรม ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ กรอบแห่งการใช้อำนาจทางตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่มีอยู่ในระบบกฎหมายทั่วไปในอันที่ศาลหรือผู้มีหน้าที่ใช้กฎหมายจะหยิบยกขึ้นมาใช้ตามความเหมาะสมได้

1. แนวคิดหลักความยุติธรรม

โดยทั่วไป ความยุติธรรม เป็นเสมือนบางสิ่งบางอย่างที่เรา "รู้สึก" ได้,เข้าถึงได้โดย "สัญชาติญาณ " แต่ยากที่จะอธิบายหรือนิยามความหมายของสิ่งที่รู้สึกได้ดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรม (จรัญ โฆษณานันท์, 2538, หน้า 365) เมื่อกล่าวถึงความยุติธรรมนั้น มีนักคิดนักปรัชญาหลายคนที่กล่าวถึงความหมายของความยุติธรรมเอาไว้ตามกรอบแนวคิดและมุมมองของแต่ละคนซึ่งอาจหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

เดวิท ฮูม (David Hume) อธิบายเอาไว้ว่า ความยุติธรรมเป็นคุณธรรมอย่างหนึ่งที่มิได้ปรากฏขึ้นเองโดยธรรมชาติ แต่เป็นคุณธรรมที่เกิดจากการคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ (Artificial virtue) (จรัญ โฆษณานันท์, 2538, หน้า 367)

เพลโต (Plato) ปรัชญาเมธีชาวกรีกในงานเขียนเรื่อง "อุดมรัฐ" (The republic) ได้ให้คำนิยามความยุติธรรมว่า หมายถึงการทำกรรมดี (Doing well is justice) หรือการทำสิ่งที่ถูกต้อง (Right conduct) (ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2542, หน้า 23)

อริสโตเติ้ล กล่าวว่า "ความอยุติธรรมเกิดขึ้นเมื่อคนที่เท่ากันได้รับการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันและเมื่อคนที่ไม่เท่ากันได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน (Injustice arises when equals are treated unequally, and also when unequals are treated equally)" (โสภณ รัตนากร, 2526, หน้า 307)

อริสโตเติล (Aristotle) มองว่าความยุติธรรม คือคุณธรรมทางสังคม (Social virue) ประการหนึ่งซึ่งเกี่ยงข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และคุณธรรมเรื่องความยุติธรรมนี้ใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อเมื่อมนุษย์ได้ปลดปล่อยตัวเขาเองจากแรงผลักดันของความเห็นแก่ตัวอย่างยิ่ง (จรัญ โฆษณานันท์, 2538, หน้า 377)

อริสโตเติล แบ่งความยุติธรรมออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) ความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural justice) หมายถึง หลักความยุติธรรมซึ่งมีลักษณะเป็นสากลไม่เปลี่ยนแปลงใช้ได้ต่อมนุษย์ทุกคน ไม่มีขอบเขตจำกัดและอาจค้นพบได้โดย "เหตุผลบริสุทธิ์" ของมนุษย์

2) ความยุติธรรมตามแบบแผน (Conventional justice) หมายถึง ความยุติธรรมซึ่งเป็นไปตามตัวบทกฎหมายของบ้านเมือง หรือธรรมนิยมปฏิบัติของแต่ละสังคมหรือชุมชน ความ

ยุติธรรมลักษณะนี้อาจเข้าใจแตกต่างกันตามสถานที่ และอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลาหรือตามความเหมาะสม

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรม (ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2542, หน้า 24)

เมื่อพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรม มีทัศนะอยู่ 2 ทัศนะด้วยกัน คือ

ทัศนะที่หนึ่ง กฎหมายนั้นเองคือความยุติธรรม ตามทัศนะนี้ ความยุติธรรมจะบังเกิดขึ้นได้จากการเชื่อฟังกฎหมายและจากการตีความโดยเคร่งครัดและปราศจากความลำเอียงเพราะทัศนะนี้ถือว่า กฎหมายเป็นภาวะที่เป็นกฎเกณฑ์ หรือเป็นบรรทัดฐานที่มีสภาพบังคับเด็ดขาด ดังนั้น เมื่อปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ความยุติธรรมก็จะบังเกิดขึ้น ส่วนความยุติธรรมนั้นเป็นอุดมคติ เป็นความรู้สึกของแต่ละบุคคลที่ขึ้นอยู่กับสภาวะจิตใจซึ่งแต่ละคนก็มีโลกทัศน์ส่วนตัวที่แตกต่างกัน ระบบกฎหมายในยุคเริ่มต้นได้วางรากฐานมีแนวความคิดเป็นแบบทัศนะที่หนึ่งนี้

ทัศนะที่สอง พิจารณาว่า คุณค่าของความยุติธรรมนั้นเป็นอุดมคติที่สูงส่งกว่าตัวบทกฎหมายและเป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย ในทัศนะนี้เห็นว่า กฎหมายนั้นบัญญัติโดยรัฐ หรือโดยผู้ปกครอง ซึ่งอาจเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมก็ได้ หรืออาจจะเป็นกฎหมายที่เป็นธรรมในยุคหนึ่งสมัยหนึ่ง หรือเป็นธรรมนในเหตุการณ์หนึ่ง แต่เมื่อกาลเวลาหรือเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปกฎหมายนั้นก็อาจไม่เหมาะสม หรือไม่เป็นธรรมก็ได้ ดังนั้นกฎหมายกับความยุติธรรมจึงเป็นคนละอย่างกัน อีกประการหนึ่งในสังคมดั้งเดิมที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมาย คงมีแต่เพียงขนบธรรมเนียมประเพณี ความเชื่อทางศานสนา ซึ่งเป็นเพียงความศรัทธา แต่เมื่อมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นในสังคมก็ยังอาจแสวงหาความยุติธรรมได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายด้วยวิธีการทางอนุญาโตตุลาการ หรือด้วยวิธีการอื่น ๆ ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติของคนในกลุ่มสังคมนั้น และเป็นความยุติธรรมของสังคมนั้นได้เช่นเดียวกัน

แนวความคิดเช่นนี้ ทางฝ่ายตะวันตกได้อธิบายโดย อริสโตเติล และนักปรัชญาสำนักสโตอิค ว่า “ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ” มนุษย์สามารถเข้าถึงความยุติธรรมตามธรรมชาติได้โดยอาศัยเหตุผล ซึ่งต้องเป็นเหตุผลที่บริสุทธิ์โดยแท้ ปราศจากอคติหรือความรู้สึกเจือปน (Reason free from all passion) ส่วนปรัชญาทางฝ่ายตะวันออก การค้นพบหลักธรรมชาติในเรื่องความยุติธรรมสามารถกระทำได้โดยอาศัยภูมิปัญญาที่รู้แจ้งเห็นจริงหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นเหตุผลอันบริสุทธิ์ เช่นเดียวกัน

ในวงการนิติศาสตร์ไทย จะเห็นว่า มีแนวคิดของทั้งสองทัศนะข้างต้น กล่าวคือ ในระยะเริ่มต้นการวางรากฐานกฎหมายขึ้นในประเทศไทยสมัยรัชการที่ 5 นั้นมีการอธิบายในแนวทางทัศนะที่หนึ่ง คืออธิบายว่า ความยุติธรรมต้องเป็นความยุติธรรมกฎหมายเท่านั้น แต่ในระยะต่อมา

พัฒนาการของกฎหมายไทยได้หันมาดำเนินตามแนวความคิดตามทัศนะที่สอง กล่าวคือ แม้ว่าจะมีการประมวลกฎหมายเป็นระบบแล้ว ก็ยังอาจเกิดความยุติธรรมตามกฎหมายที่ไม่ตรงกับความยุติธรรมตามความเป็นจริง ดังนั้น ผู้ให้ความยุติธรรมคือผู้พิพากษา หรือศาล จึงเป็นผู้มีบทบาทในการตีความและใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ รวมทั้งการยอมอ้างขนบธรรมเนียมประเพณีมาใช้ในการวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด แต่ทั้งนี้ต้องมิใช่ศาลสร้างกฎหมายขึ้นมาเสียเอง

การอ้างความยุติธรรมตามธรรมชาติที่เป็นอุดมคติอันสูงส่งและอยู่เหนือตัวบท กฎหมายนั้น จะเกิดขึ้นในกรณีที่เป็นคดีซึ่งยุ่งยากซับซ้อน และเป็นเหตุการณ์ที่เกินกว่าความสามารถของภาษาและตัวบทกฎหมายจะครอบคลุมได้ถึง หรือจะเกิดเมื่อปรากฏว่าตัวบทกฎหมายนั้นเองบกพร่อง หรือไม่เป็นธรรมอย่างมาก ในสถานะการณ์เหล่านี้ บุคคลจึงจะเห็นว่าการตีความความอย่างเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมายนั้นไม่เป็นการเพียงพอ และเห็นว่าจะต้องเข้าใจไปให้ถึง เหตุผลเบื้องหลังหรือเจตนารมย์อันเป็นปรัชญาของกฎหมายนนั้นอีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง

ความยุติธรรมตามแบบพิธี และความยุติธรรมตามเนื้อหา (Formal justice and substantial justice) (ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2542, หน้า 25-28)

การใช้กฎหมายหรือการตีความตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยจำกัดให้ยึดเฉพาะแต่ตัวบทกฎหมายเป็นเกณฑ์วินิจฉัยเท่านั้น โดยไม่เปิดช่องให้พิจารณาไปถึงข้อเท็จจริงแวดล้อมเหตุ หรือสาระสำคัญอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเหตุหรือไม่ยอมให้นำหลักธรรมอื่น ๆ มาใช้ในการวินิจฉัย เรียกว่าเป็น “ความยุติธรรมตามแบบพิธี ” เท่านั้น (Formal justice) ซึ่งมีลักษณะคดีตรงข้ามกับ “ความยุติธรรมตามเนื้อหา ” (Substantial justice) ความยุติธรรมตามแบบพิธีจะเน้นย้ำ “ความเสมอภาคในทางปฏิบัติ ”(Equality of treatment) กล่าวคือ มุ่งให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปโดยปราศจากความลำเอียง และปราศจากอคติ มุ่งให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ด้วยวิธีที่เหมือนกันจึงอาจเรียกได้ว่าเป็น “ความยุติธรรมเชิงขบวนการ” (Procedural justice) ได้อีกอย่างหนึ่งด้วย

ส่วนความยุติธรรมตามเนื้อหา มุ่งย้ำให้พิจารณาสาระที่เป็นจริง อันเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือตัวบทกฎหมาย เหรือเป็นเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของตัวบทกฎหมายและมุ่งต่อผลลัพธ์ที่หวังให้เกิดขึ้นอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานของสังคม เหมาะสมกับยุคสมัยและประโยชน์สุขของส่วนรวม หลักความเสมอภาคของบุคคลต่อการตีความบังคับใช้กฎหมายอาจจะยังไม่เพียงพอ หากเนื้อหาในตัวบทกฎหมายนั้นเองมีความไม่เสมอภาคอยู่ในตัวมาตั้งแต่แรก เช่นนี้แล้วก็เท่ากับว่า กลุ่มบุคคลที่ได้เปรียบในการใช้กฎหมายนั้นก็จะได้เปรียบอย่างเท่าเทียมเสมอภาคกัน ในขณะที่กลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งเป็นกลุ่มเสียเปรียบก็จะได้รับความไม่เสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน

กฎหมายและความยุติธรรมมีลักษณะที่เป็นบรรทัดฐานของความถูกต้องที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อยุติข้อขัดแย้งและมักถูกนำมาใช้แทนที่กันอยู่เนือง ๆ เสมือนว่ากฎหมายและความยุติธรรมเป็นสิ่งเดียวกัน เรียกว่าเป็นความยุติธรรมตามกฎหมาย ซึ่งแนวคิดแบบนี้ ทางตะวันตกยุคโบราณสืบเนื่องมาจากหลักทางศาสนาซึ่งเชื่อมั่นว่า พระเจ้าเป็นทั้งผู้ประทานความยุติธรรมและเป็นทั้งผู้บัญญัติกฎหมายและเป็นทั้งกษัตริย์ผู้ปกครอง แต่ในยุคหลังๆต่อมา แนวความคิดเรื่องความยุติธรรมตามกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไป หมายถึง การใช้กฎหมายหรือการตีความกฎหมายโดยปราศจากความลำเอียง กล่าวคือ มุ่งย้ำความเป็นกฎเกณฑ์ หรือความเป็นบรรทัดฐานที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดที่แตกต่างจากหลักศีลธรรม หรือหลักปรัชญาอื่น ๆ อันเป็นความคิดเห็นในเรื่องของค่านิยม

แนวความคิดเรื่อง "ความยุติธรรมตามกฎหมายนี้" เป็นแนวที่ที่นักกฎหมายไทยยึดถือมาโดยตลอด นับตั้งแต่มีการวางรากฐานระบบกฎหมายขึ้นในประเทศไทยในสมัยรัชการลที่ 5 เป็นต้นมา แต่เมื่อพิจารณากฎหมายของไทยแล้ว อาจจะกล่าวได้ว่า เรายังมองเห็นว่า ความยุติธรรมนั้นเป็นหลักธรรมอีกอย่างหนึ่งที่อยู่สูงกว่าตัวบทกฎหมายที่นักกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายควรจะเข้าไปให้ถึงนอกจากเป็นเพียงการให้ความยุติธรรมตามกฎหมายเท่านั้น กฎหมายของไทยมีความแนบเนียนกลมกลืนอย่างยิ่งที่ใช้กฎหมายนั้นเองเป็นตัววางกรอบกำหนดให้การแสวงหาความยุติธรรมที่มีลักษณะเป็นธรรมะอันสูงกว่าความยุติธรรมตามกฎหมายมีความเป็นไปได้โดยใช้ "หลักการใช้ดุลพินิจของศาล" นั่นเอง

2. ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

การแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) หมายถึง การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ให้ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไปรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ดังนั้นคำว่า "อำนาจ" จึงหมายถึง องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540ก, หน้า 63)

รัฐแม้จะมีฐานะเป็นบุคคลแต่ก็เป็นบุคคลในแง่นามธรรมหรือนิติบุคคลเท่านั้น ดังนั้น รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่าง ๆ ทั้งสามประเภทได้ด้วยตนเอง รัฐจึงต้องมีบุคคลธรรมดาคนหนึ่งหรือคณะหนึ่งเป็นอย่างน้อย เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่าง ๆ แทนรัฐและในนามของรัฐ บุคคลธรรมดาที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแทนรัฐและในนามของรัฐนี้เรียกว่า "องค์กรของรัฐ" (Organ of state) (โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, 2541, หน้า 142)

จอห์น ล็อค (John Locke) ได้กล่าวไว้ในหนังสือ "Second treatise of civil government" ว่าอำนาจอธิปไตยแยกออกได้เป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูต (โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, 2541, หน้า 124) โดยล็อคได้ชี้ให้เห็นว่า จะต้องมีการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร

เพราะเป็นสิ่งที่ไม่สมควรในการที่บุคคลเดียวกันบัญญัติกฎหมายและใช้กฎหมายเองด้วย เนื่องจากทำให้กฎหมายขาดคุณลักษณะที่จะเป็นกฎหมายต่อไป

สาระสำคัญเกี่ยวกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของล็อค มีอยู่ 2 ประการ คือ

1) การแบ่งอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจบัญญัติหรือตรากฎเกณฑ์ทั่วไปแยกออกจากอำนาจฝ่ายบริหาร และอำนาจสหพันธ์ (Frderative power)

2) กำหนดให้มีมีความเกี่ยวพันระหว่างหน้าที่ และความมั่นคงของอำนาจเหล่านั้น (พัฒนะ เรือนใจดี, 2537, หน้า 22) แต่ผู้ที่นำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจมาเผยแพร่ได้ดีที่สุด คือ มองเตสกิเออ (Montesquieu) โดยได้เขียนวรรณกรรมสำคัญคือ (Spirit of law) ซึ่งได้แบ่งแยกอำนาจเป็น 3 ชนิด คือ

(1) อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative power) คือ อำนาจที่จะบัญญัติกฎหมาย

(2) อำนาจบริหาร (Executive power) คือ อำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอันเนื่องมาจากอำนาจนิติบัญญัติ

(3) อำนาจตุลาการ (Judicial power) คือ อำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยกฎหมาย (สุพจน์ ผลชวนปัญโญ, 2517, หน้า 99)

เหตุผลของมองเตสกิเออเกี่ยวกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

1) ถ้าไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจเป็นอิสระจากกันแล้ว เสรีภาพของประชาชนก็จะไม่มี เพราะถ้าองค์กรเพียงองค์กรเดียวใช้อำนาจทุกอย่างแล้ว องค์กรนั้นก็จะใช้อำนาจจนเกินขอบเขต จึงทำให้ต้องจัดและกำหนดให้อำนาจหนึ่งยับยั้งอีกอำนาจหนึ่ง (Le pouvoir arrete le pouvoir)

2) กฎหมายจะใช้บังคับตามวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติขึ้น และประชาชนจะเคารพต่อกฎหมายก็แต่เฉพาะกรณีมีการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหากไม่มีแล้วการใช้กฎหมายก็จะมีลักษณะที่เลื่อนลอย ใช้กฎหมายกันได้ตามอำเภอใจ (พัฒนะ เรือนใจดี, 2537, หน้า 23)

เมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คน ๆ เดียวหรือองค์กรของเจ้าหน้าที่เดียวกัน อิสรภาพย่อมไม่อาจหลงเหลืออยู่ได้ และถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจบริหาร คำพิพากษาใด ๆ ของศาลก็จะถูกแก้ไขโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายบริหารก็อาจจะเพิกถอนแต่งตั้งผู้พิพากษาได้ตามใจชอบ

สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ (พัฒนะ เรือนใจดี, 2537, หน้า 23-24)

1) ให้มีองค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจคนละฝ่ายจากกันคือ องค์กรรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารและศาลยุติธรรม หรือองค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ

2) ให้องค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละฝ่ายมีอิสระ ไม่อยู่ในบังคับต่อกัน แต่มีการควบคุมซึ่งกันและกัน เพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้อำนาจจนเกินขอบเขตไป

3)ให้ผู้ใช้อำนาจได้รับตำแหน่งหน้าที่ของตนมาจากประชาชน

ดังนั้นหลักประกันต่อเสรีภาพของบุคคลก็คือ ให้ผู้ถืออำนาจแต่ละฝ่ายต้องพึ่งพาอาศัยและควบคุมซึ่งกันและกันในลักษณะของการถ่วงดุลอำนาจซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจจะได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการใช้อำนาจในทางมิชอบแต่มิให้อำนาจเหล่านั้นขึ้นต่อกัน คือ ให้เป็นอิสระจากกัน

ในแต่ละอำนาจต้องมีอิสระในการใช้อำนาจซึ่งประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความอิสระตรงนี้ในขอบเขตที่เท่ากัน โดยพิจารณาว่าแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดหรือไม่ ซึ่งใช้กันอยู่มี 2 แบบ คือ ระบบที่แยกอำนาจออกโดยเด็ดขาดจะมีอิสระในการใช้อำนาจมาก ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วยังคงมีความเชื่อมโยงกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร โดยผ่านพรรคการเมืองและให้ฝ่ายบริหารเข้าไปชี้แจงคณะกรรมการของสภานิติบัญญัติและอีกระบบหนึ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาดให้มีการถ่วงดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจยับยั้งฝ่ายบริหาร โดยลงมติไม่ไว้วางใจและฝ่ายบริหารมีอำนาจยุบสภานิติบัญญัติได้ ดังเช่นประเทศอังกฤษ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทั้งระบอบประธานาธิบดี และระบอบรัฐสภานั้น อำนาจทั้งสามคือ อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการต่างก็มีความสัมพันธ์กันแม้ว่าระบอบประธานาธิบดีจะมีการแยกอำนาจกันโดยเด็ดขาดก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติจริงจำต้องประสานงานกัน แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจทั้งสามนี้

ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ

1) ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนี้ ได้ชี้ให้เห็นถึงรูปแบบการปกครองหรือรัฐแบบรัฐสภาและรัฐบาลแบบประธานาธิบดี โดยแบบประธานาธิบดีมีการแบ่งแยกความรับผิดชอบและมีการแบ่งแยกผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ส่วน ในลักษณะที่แบ่งแยกโดยเด็ดขาดทำให้อำนาจแต่ละอำนาจสามารถจะรั้งและถ่วงเช่นนี้ ย่อมจะเกิดเป็นกระบวนการที่ให้หลักประกันเสรีภาพของประชาชนโดยตรง Montesquieu ได้แสดงความคิดของเขาในหนังสือ Spirit of law เกี่ยวกับการรั้งและถ่วงอำนาจซึ่งเกิดจากการแยกอำนาจนี้ว่า “มนุษย์ทุกยุคทุกสมัยมีประสบการณ์อย่างเดียวกันในข้อที่ว่าผู้ที่มีอำนาจมีความโน้มเอียงที่จะใช้อำนาจเกินขอบเขตจะหาโอกาสที่จะใช้อำนาจถึงขีดสูงเท่าที่เขาจะทำได้ ดังนั้น เพื่อแก้ข้อบกพร่องมิให้ผู้มีอำนาจเมาอำนาจ จะต้องให้อำนาจทั้งสามแยกจากกัน ” ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจทั้งสองในระบบประธานาธิบดีนี้ อย่างเช่นสหรัฐอเมริกา มีการแยกการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาด แต่ละหน่วยงานต่างมีความรับผิดชอบและมีอิสระที่จะปฏิบัติงานภายในขอบเขต

อำนาจของตน ต่างฝ่ายต่างอยู่ในตำแหน่งจนครบวาระที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในทางปฏิบัติจริง การที่จะให้หน่วยอำนาจทั้งหมดแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ย่อมทำไมได้ จะต้องประสานงานกัน กฎหมายจึงกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยอำนาจกันไว้บ้าง โดยความสัมพันธ์ดังกล่าวมักจะโน้มเอียงไปในทางที่คอยควบคุมกันมากกว่าอย่างอื่น เมื่อพรรคการเมือง เกิดขึ้นลักษณะการรั้งและการถ่วงอำนาจจึงหย่อนลงไป

ส่วนระบบรัฐสภานั้น ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและบริหารเชื่อมโยงกัน ตามหลักที่เรียกว่า “การเชื่อมโยงอำนาจ ” (Fusion of Powers) ไม่มีการแยกการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเด็ดขาด แต่เป็นการรวมอำนาจในลักษณะหน่วยอำนาจที่ต่างมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด หน่วยอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติมาจากที่เดียวกัน (การเลือกตั้ง) และในการปฏิบัติงานฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ โดยฝ่ายบริหารอาจถูกยุบไปก็ได้ (จรูญ สุภาพ, 2518, หน้า 259-261) ฝ่ายนิติบัญญัติมีสิทธิที่จะกระทู้ถามฝ่ายบริหาร ตลอดจนมีสิทธิที่จะขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร ซึ่งอาจเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะได้ ฝ่ายบริหารมีสิทธิเสนอกฎหมายได้ฝ่ายบริหารมีสิทธิที่จะเข้าร่วมประชุมกับฝ่ายนิติบัญญัติได้

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่ารัฐบาลในระบบรัฐสภานั้นได้อนุญาตให้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเชื่อมโยงและตรวจสอบซึ่งกันและกัน ถ้านโยบายหลักของคณะรัฐมนตรีไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติจะต้องลาออกหรือไม่ยุบสภา ในทางทฤษฎี อำนาจทั้งสองนี้ต่างมีอำนาจเท่าเทียมกัน คือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร และฝ่ายบริหารก็มีอำนาจที่ยุบสภานิติบัญญัติได้เช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมักจะมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งเสมอ (สุพจน์ ผลชวนปัญโญ, 2517, หน้า 64-66)

2) ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการและอำนาจบริหาร ฝ่ายตุลาการต้องเป็นอิสระให้มากที่สุดเพื่อผดุงความยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีความเกี่ยวพันกับฝ่ายอื่น ๆ ก็คือกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติด้วยโดยฝ่ายตุลาการมีความสัมพันธ์กับฝ่ายบริหาร ในเรื่องของการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร ในกรณีที่ผู้พิพากษามิได้ผ่านการเลือกตั้ง การแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารอย่างเคร่งครัด ย่อมเป็นหลักป้องกันความอิสระของศาลทำให้ศาลอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างปราศจากอคติลำเอียงและไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540ก, หน้า 65)

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น ศาลหรืออำนาจตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรอำนาจอธิปไตยอื่น (องค์กรนิติบัญญัติและบริหาร) แต่ศาลก็มีความเชื่อมโยงกับอำนาจบริหารในส่วนที่เกี่ยวกับการถอดถอนหรือ

พิพากษาวินิจฉัยคดีของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลได้โดยยึดหลักความเป็นอิสระปราศจากอคติ ไม่ลำเอียง มีความเป็นกลางซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้เพิ่มองค์กรตรวจสอบเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และข้าราชการระดับสูงขึ้น เช่นศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ ฯลฯ และความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจตุลาการและบริหารอีกประการก็คือ คณะกรรมการสรรหาตุลาการจะมาจากฝ่ายการเมือง อย่างเช่น ในสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีแต่งตั้งตุลาการศาลสูงสุดของประเทศ

ในฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ประธานาธิบดี (ฝ่ายบริหาร) ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พร้อมกันนี้ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังมาจากอดีตประธานาธิบดีทุกคน ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งด้วยเป็นต้น จะเห็นได้ว่าแม้ว่าอำนาจตุลาการจะเป็นอิสระปลอดจากการเมืองแต่ในส่วนของกรรมการสรรหาฯ แล้วล้วนมาจากฝ่ายการเมืองทั้งสิ้น แสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวโยงกันระหว่างอำนาจทั้งสามและโอกาสของการแทรกแซงหรือครอบงำทางการเมืองและแม้ว่าทั้ง 3 สถาบันหลักจะมีความสำคัญและศักดิ์สิทธิ์เท่าเทียมกันในทางนิตินัยแต่พึงสังเกตว่าตามสภาพความเป็นจริงระบบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมทุกวันนี้ กำลังพัฒนาไปในลักษณะที่ “อำนาจบริหาร” อยู่เหนือ “อำนาจอื่น” โดยผ่านทางพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภา (โภคิน พลกุล, 2530ก, หน้า 35) เพราะในทางปฏิบัติหัวหน้าพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภา ย่อมได้เป็นนายกรัฐมนตรีและบรรดารัฐมนตรีทั้งหลาย ก็เลือกมาจากบุคคลสำคัญภายในพรรค ฉะนั้นคณะรัฐมนตรีจึงมัดจะทำหน้าที่เป็นผู้นำของสภา คอยชี้ช่องให้สภาปฏิบัติหรือริเริ่มในกิจการต่าง ๆ และบรรดาสมาชิกสภาก็จะมีความเกรงใจ หัวหน้าที่ไปอยู่ในคณะรัฐบาลเป็นทุนอยู่แล้ว ดังนั้นมติหรือความเห็นของสภาจึงมักรับเอาไปปฏิบัติด้วย ลักษณะนี้เองที่ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้รวมกันอย่างแน่นแฟ้นฐานะของนายกรัฐมนตรีมั่นคง (จรูญ สุภาพ, 2514, หน้า 129) เพราะนอกจากจะเป็นหัวหน้าของรัฐบาลก็ยังเป็นหัวหน้าของสมาชิกของตนในสภาด้วย ทำให้ฝ่ายค้านซึ่งเป็นเสียงข้างน้อยต้องทำหน้าที่เพื่อรักษาผลประโยชน์ของประชาชน ก็ไม่สามารถจะลงมติไม่ไว้วางใจได้ เพราะรัฐบาลมีเสียงข้างมากสนับสนุนรัฐบาลจึงยังคงบริหารงานต่อไปได้

สำหรับประเทศไทยในทางปฏิบัติ สถาบันบริหารมีอำนาจและบทบาทมากกว่าสถาบันนิติบัญญัติ และสถาบันตุลาการ ซึ่งดูได้จากอำนาจอำนาจการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจของสถาบันนิติบัญญัติ แต่สถาบันบริหารก็ใช้อำนาจนี้ในการออกพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด มติคณะรัฐมนตรี ซึ่งมติคณะรัฐมนตรี นี้ถือเป็นเครื่องมือบริหารที่ใช้มากที่สุดในประเทศไทย ดังนั้นทำให้เห็นว่าปัจจุบันอำนาจทั้ง 3 มีความเท่าเทียมกันเฉพาะในทางนิตินัยเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติแล้ว อำนาจบริหารจะมีมากกว่าอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ เมื่อเป็นเช่นนี้การทำให้

ผู้อยู่ในอำนาจไม่ใช้อำนาจออกนอกลู่นอกทาง จะอยู่ที่การคานกันของพลังทางการเมืองที่กุมอำนาจ และก็ไม่ได้กุมอำนาจเป็นหลัก

3. กรอบแห่งการใช้อำนาจทางตุลาการ

ในการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยนั้นจะต้องไม่มีใครหรือองค์กรใดมีอำนาจสูงสุดเป็นล้นพ้นและสามารถใช้อำนาจ โดยไม่มีข้อจำกัดซึ่งหากปล่อยให้ใครหรือองค์กรใด สามารถใช้อำนาจไปโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบ หรือไม่มีกรอบแห่งการใช้อำนาจ ย่อมเกิดอันตรายจากการใช้อำนาจได้โดยง่ายและอาจนำมาซึ่งความเสียหายมากกว่าประโยชน์ที่ได้จากการใช้อำนาจนั้นดังวลีของ Lord acton ที่กล่าวไว้ว่า “Power tends to corrupts, and absolute power corrupts absolutely” โดยแปลความได้ว่าอำนาจย่อมโน้มเอียงไปสู่การทุจริตหรือเสื่อมทรามและอำนาจ ที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดนั้นย่อมทุจริตอย่างแน่นอนโดยนัยของวลีนี้ Lord Acton ต้องการจะกล่าวเตือนถึงภัยคุกคามของ อำนาจทางการเมือง ที่มีต่อเสรีภาพของประชาชนซึ่งแสดงให้เราเห็นถึงแนวความคิดที่ไม่อาจ ปล่อยให้บุคคลใดหรือองค์กรใด มีอำนาจมากจนเกินไปอันจะนำมาซึ่ง “ความเหลิงในอำนาจ” จนมิอาจควบคุมได้ และท้ายที่สุดภัยอันตรายอันเกิดจากการใช้อำนาจ โดยปราศจากการควบคุมย่อมตกแก่ประชาชนโดยทั่วไปด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นในการใช้อำนาจทางตุลาการเอง ก็ย่อมจักต้องมีกรอบแห่งการใช้อำนาจนั้นเช่นกัน ดังที่เราจะได้เห็นกันต่อไปว่า กรอบหรือขอบเขตแห่งการใช้อำนาจตุลาการนั้นอาจมีทั้งในส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษรได้อีกด้วย ในชั้นแรก นั้นจะขอกล่าวถึง กรอบแห่งการใช้อำนาจทางตุลาการตามหลักกฎหมายทั่วไปเสียก่อน

3.1 หลักจริยธรรมของตุลาการ

โดยเราสามารถแยกพิจารณาคำว่า “จริยธรรม”ได้ดังนี้

จริย หมายถึง ความประพฤติหรือกิริยาที่ควรประพฤติ

ธรรม หมายถึง คุณความดีความยุติธรรมความถูกต้องกฎเกณฑ์ฯลฯ

เมื่อรวมกันแล้วจริยธรรม จึงหมายถึงธรรม ที่เป็นข้อประพฤติปฏิบัติศีลธรรมหรือ กฎศีลธรรม

อีกความหมายหนึ่งของ ”จริยธรรม”โดยกว้าง ๆ คือ ศีลธรรมและกริยาวาจา ตลอดจนความประพฤติที่ดีงามทั้งปวงดังนั้นจริยธรรมจึงรวมอยู่ในข้อปฏิบัติที่เรียกกันว่า วินัย จรรณยาบรรณหรือมารยาทด้วย (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2531, หน้า 24)

เดิมทีเดียวนั้นการประพฤติปฏิบัติตนของผู้พิพากษาก็เป็นไปตาม วินัยที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ แต่ต่อมาเมื่อผู้พิพากษามีจำนวนมากขึ้น ผู้พิพากษบาง ท่านก็ประพฤติปฏิบัติตนในบางสิ่งที่ก่อให้เกิดการโต้เถียงกันว่า จะเป็นการเหมาะสมหรือไม่

เนื่องจากหากจะยึดเพียงวินัยที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ซึ่งวางไว้ ก็มีเพียงแต่หลักเกณฑ์กว้าง ๆ ซึ่งบางเรื่องก็ยังมีความคลุมเครืออยู่ บางเรื่องก็ดูเป็นเรื่องละเอียด อ่อนเกินไปมิได้บัญญัติไว้ จึงเห็นสมควรให้มีการวางระเบียบ หรือคำแนะนำเพื่อเป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาประพฤติปฏิบัติ ให้แน่นอนเท่าที่จะทำได้ซึ่งในที่สุด ก็ได้มีการวางกฎเกณฑ์ไว้ในรูปของประมวลจริยธรรม ข้าราชการตุลาการ

1) ความยุติธรรม (Justice)

ความยุติธรรม ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้คำนิยามคำ ว่ายุติธรรม ไว้ว่า “ความเที่ยงธรรมความชอบธรรม ความชอบด้วยเหตุผล คำว่า “เที่ยงธรรม” มีคำนิยามว่า “ตั้งตรงด้วยความเป็นธรรม” ในทางอรรถคดีนั้น คำว่า “ยุติธรรม” นี้เป็นหัวใจของวิชาชีพตุลาการโดยแท้ มีคำนิยามที่น่าพิเคราะห์คือ คำนิยามของลอร์ดเดนนิ่ง อดีตอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ของอังกฤษซึ่งมีว่า “ความยุติธรรมได้แก่เรื่องที่บุคคลในสังคมซึ่งเป็นบุคคลที่มีเหตุผลและมีความรู้สึกผิดชอบเชื่อมั่นว่าเป็นเรื่องที่ชอบธรรม ” (Justice is what the right minded members of the community those who have the right sprit within them believe to be fair)

2) ความซื่อสัตย์สุจริต (Faithful) ความซื่อสัตย์สุจริตนั้นถือเป็น คุณลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของผู้พิพากษา พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้คำนิยามของคำว่า“ซื่อสัตย”ไว้ว่า “ประพฤติตรงและจริงใจไม่คิดคดทรยศไม่คดโกงและไม่หลอกลวง ” และให้คำนิยามคำว่า “สุจริต” ว่า “ความประพฤติชอบความประพฤติด้วยตั้งใจดี”

ในวิชาชีพตุลาการ คำว่า “ซื่อสัตย์สุจริต ” มีความหมายลึกซึ้ง และประณีตกว่าในทรรศนะของบุคคลทั่วไป ด้วยต้องพิเคราะห์ความประพฤติชอบในวิชาชีพตุลาการ ประกอบด้วยว่าเป็นประการใด เป็นต้นว่า คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนำเงินหรือทรัพย์สินอื่นมาให้ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีให้ตนชนะ หลังจากคดีนั้นถึงที่สุดแล้ว ดั่งนี้ผู้พิพากษาสมควรรับไว้หรือไม่ กรณีเช่นนี้อาจมีผู้เข้าใจว่าน่าจะรับไว้ได้โดยชอบเพราะคดีถึงที่สุดแล้ว ผู้พิพากษาผู้นั้นไม่อาจให้คุณให้โทษแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ต่อไปอีกแล้ว การสมนาคุณเช่นนี้แม้จะไม่ทำให้ผู้ใดหรือฝ่ายใดได้รับความเสียหายหรือเดือด ร้อนแต่ในวงการตุลาการนั้นเห็นว่า ผู้พิพากษาผู้นั้นไม่อาจที่จะรับเงิน หรือทรัพย์สินนั้นไว้ได้เลยเพราะผู้พิพากษาจักต้อง ไม่มีส่วนได้ส่วนเสีย ในคดีเป็นการส่วนตัวไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ทั้งสิ้น

3) หลักการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย (Both sides must be heard.)

ตามประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ3 ได้กำหนดเอาไว้ว่า “ในการนั่งพิจารณาคดี ผู้พิพากษาจักต้องวางตนเป็นกลางและปราศจากอคติทั้งพึงสำรวมตนให้เหมาะสมกับ

ตำแหน่งหน้าที่ แต่งกายเรียบร้อย ใช้วาจาสุภาพ ฟังความจากคู่ความและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายอย่างตั้งใจ ให้ความเสมอภาคและมีเมตตาธรรม

จากข้อบังคับดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงหลักประการหนึ่งที่เป็นหลักสากลในการพิจารณาคดี นั่นคือหลักที่ว่า "ศาลจะต้องฟังความจากคู่ความทั้งสองฝ่าย" (Both sides must be heard.) ทั้งนี้เนื่องมาจากว่าถ้าศาลได้รับฟังความของคู่ความแต่ละฝ่ายด้วยความตั้งใจแล้วนั้น การพิจารณาวินิจฉัยคดีก็จะถูกต้องได้ อีกทั้งคู่ความทั้งสองฝ่าย ก็จะมีความมั่นใจว่า ศาลตระหนักดีแล้วว่าคดีความของ ฝ่ายตนเป็นอย่างไร

4) หลักความรวดเร็ด (Justice delayed is justice denied)

ตามประมวลจริยธรรมข ้าราชการตุลาการข้อ4ได้กำหนดเอาไว้ว่า "ผู้พิพากษาจักต้องพิจารณาคดีโดยไตร่ตรอง สุขุมรอบคอบ และไม่ชักช้า พึงตัดการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่จำเป็นออกเพื่อให้การพิจารณาคดี เป็นไปด้วยความรวดเร็ว

กล ่าวคือนอกจากผู้พิพากษาจะต้องมีความเข้าใจในการบริหารงานศาลด้วยเพราะหากผู้พิพากษาจะยึดหลักความเป็นกลางอย่างเดียวโดยปล่อยให้คู่ความและทนายความเลื่อนคดีไปตามความพึงพอใจอย่างเดียวหาได้ไม่ เพราะจะทำให้มีคดีค้างการพิจารณาในศาลเป็นจำนวนมาก ดังนี้ศาลจะต้องเป็นผู้ควบคุมดูแลให้การดำเนินคดีเป็นไปได้โดยรวดเร็วด้วย เพราะความยุติธรรมที่ล่าช้านั้น เท่ากับการปฏิเสธความยุติธรรมด้วย ความล่าช้าในการพิจารณาคดีทำให้ภาพพจน์ของศาลเสียหายและทำให้ความเชื่อถือของประชาชนที่มีต่อศาลเสื่อมคลายลงไปด้วย ถือเป็นการทำลายศรัทธาของประชาชนต่อกระบวนการยุติธรรม ต่อระบบกฎหมาย และระบบประชาธิปไตยในที่สุด

ความเป ็นจริงในการพิจารณาตัดสินคดีนั้นผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาคดีนั้นโดยใช้ความไตร่ตรองให้รอบคอบเป็นอย่างยิ่ง ไม่ควรพิจารณาแบบลูบหน้าปะจมูก และจะผลีผลามไม่ได้ แต่ผู้พิพากษาก็จะต้องพึงตระหนักให้จงดีว่า การตัดสินคดีความที่ล่าช้าก็เป็นการปฏิเสธความยุติธรรมเช่นกัน (Justice delayed is justice denied) ซึ่งในการที่ผู้พิพากษาจะสามารถควบคุมการพิจารณาคดีให้เป็นไปด้วยความรวดเร็วนั้น ผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาว่ากระบวนพิจารณาที่มีอยู่นั้นมีกระบวนการใด้ที่อาจล่าช้าโดยไม่จำเป็นบ้าง หากมีก็ต้องถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องทำการตัดกระบวนพิจารณาเหล่านั้นที่ไม่จำเป็นออกไป

3.2 หลักความเสมอภาค (Principle of equality)

ความเสมอภาคในกฎหมายหรือความเท ่าเทียมกันในกฎหมายอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักที่ เป็นพื้นฐานของความยุติธรรม เนื่องจากเป็นหลักการที่เรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆอย่างเท่าเทียมกันการที่จะพิจารณาว่ามีการปฏิบัติอย่างเสมอภาคหรืออย่างเท่าเทียมกันหรือไม่นั้นจำเป็นที่จะต้องมีการเปรียบเทียบกันว่า การปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเหมือนหรือแตกต่าง

จากบุคคลอีกคนหนึ่งหรือไม ' โดยก่อนที่จะมีการเปรียบเทียบจะต ้องมีการคำนึงถึงสิ่งที่จะนำมาเปรียบเทียบเสียก่อนว่ามีความเหมือนหรือคล้ายกันพอที่จะเปรียบเทียบกันได้หรือไม่ จึงอาจสรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาคคือ จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย ่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต ่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ

ในส ่วนของความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาค (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543, หน้า 33) นั้นสามารถแยกพิจารณาได้ เป็น 3 ประการคือ

1) ความเสมอภาคของประชาชนต่อการฟ้องศาล

เป ็นกรณีที่ประชาชนสามารถที่จะใช ้สิทธิโต้แย้งหรือฟ้องร้องการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันเป ็นสิทธิที่รับรองคุ ้มครองให ้ประชาชนสามารถฟ ้องศาลได ้ อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากความเสมอภาคในการฟ้องศาลในกรณีที่ต้องโต้แย้งการกระทำของรัฐแล้ว ยังรวมไปถึงบรรดาข้อพิพาทอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างประชาชนกับประชาชนด้วยกันเอง กรณีดังกล่าวประชาชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทดังกล่าวย่อมสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้โดยไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ตามเงื่อนไขของกฎหมายวิธีพิจารณาความของคดีนั้น ๆ

2) ความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้าศาล

หมายถึง การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาลนั้นประชาชนทุกคนจะต ้องได้รับโดยเท่าเทียมกัน เช่น สิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนพิจารณาของศาล โดยบุคคลผู้เป็นผู้กรณีในศาล ต้องมีสิทธิในการโต้แย้ง คัดค้าน หรือแสดงพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข ้อกล่าวอ้างของตนได้

3) ความเสมอภาคในการใช้กฎหมายโดยศาล

หรือหลักความเสมอภาคเบื้องหน ้ากฎหมาย (Equality before the law) ซึ่งถือเป็นหลักความเสมอภาคโดยทั่วไปที่ใช ้ครอบคลุมทุกการกระทำของรัฐ และองค ์กรของรัฐทุกองค ์กร รวมทั้งศาลต ้องผูกพันตนภายใต ้หลักนี้ โดยแนวความคิดนี้ได ้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ที่เคารพในสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของประชาชนที่ติดตัวมาตั้งแต ่กำเนิดและมิอาจถูกพรากหรือทำลายไปได ้ ทั้งนี้ยังเป็นต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ ซึ่งมักจะมีให้เห็นบ่อยครั้งภายใต้ระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งผู้ปกครองมีอำนาจโดยเด็ดขาดและเป ็นล้นพ้น การกระทำของผู ้ปกครองจึงมักจะกระทบกระเทือนต่อความเสมอภาคของประชาชนโดยเสมอ

ความเสมอภาคในการใช ้กฎหมายโดยศาลของประเทศไทยนั้นได ้มีการรับรองเรื่องหลักความเสมอภาคไว้ ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว ้ว่า “บุคคลย่อม

เสมอกันในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นเรื่องของหลักความเสมอภาคโดยทั่วไปที่ศาลจะต้องผูกพันไปใช้กับทุกกรณี โดยในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญมาตรานี้มีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) การนำกฎเกณฑ์มาใช้บังคับกับประชาชนนั้นจะต้องใช้บังคับเช่นเดียวกันภายใต้กฎเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคน เว้นเสียแต่ว่าสถานการณ์จะแตกต่างกันออกไป

กล ่าวคือ กฎเกณฑ์เดียวกันสถานการณ์เดียวกันจะต้องมีการปฏิบัติที่เหมือนกันจะเลือกปฏิบัติไม่ได้ แต่หากว่ามีสถานการณ์มีความแตกต่างกัน การปฏิบัติที่แตกต่างกันย่อมสามารถทำได้ เช่นนี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

(2) ปัจจัยที่ทำให้มีการใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นจะต้องเป็นสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้น

กล ่าวคือ แม้ว่าจะมีสถานการณ ์ที่เหมือนกันแต ่หากข ้อเท็จจริงที่เป ็นสาระสำคัญของกฎเกณฑ์มีความแตกตางกันแล้ว ย่อมสามารถใช้กฎเกณฑ์ที่มีความแตกต่างกันได้

(3) การปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันนั้นมีผลมาจากการคำนึงถึงประโยชน์มหาชน

ในบางกรณีนั้นเมื่อประโยชน ์ของสาธารณะหรือประโยชน์ของมหาชนมีความขัดแย้งกันกับประโยชน์ของปัจเจกชน การคำนึงถึงประโยชน ์สาธารณะย ่อมต้องมาก ่อน หลักความเสมอภาคซึ่งเป ็นเรื่องของประโยชน ์ของปัจเจกชนย ่อมไม ่สามารถนำมาอ ้างเหนือประโยชน ์ของมหาชนได ้ กรณีนี้อาจได ้แก ่ กรณีที่เกิดเหตุการณ ์ความไม ่สงบขึ้นในสังคม การก ่อการร ้าย การสงคราม หรือภัยทางธรรมชาติ เหล ่านี้ การใช ้มาตรการต ่างๆของรัฐ เพื่อทำให ้เกิดความสงบแก ่สังคมโดยส่วนรวม เพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศ เพื่อบรรเทาสาธารณะภัยย่อมถือเป็นประโยชน์หลักที่รัฐควรคำนึงถึง ประโยชน ์ของปัจเจกชนย ่อมเป็นเรื่องรอง และการจะอ ้างหลักความเสมอภาคมายันกับการกระทำของรัฐในกรณีเช่นนี้ย่อมมิได้

(4) การปฏิบัติที่ไม ่เหมือนกันอันเนื่องมาจากการรักษาประโยชน ์มหาชนนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถรับได้

แม ้ว ่าในกรณีที่รัฐจักต ้องคำนึงถึงประโยชน ์ของมหาชนก ่อน จนเป ็นเหตุให ้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้น และละเลยต่อหลักความเสมอภาคนั้น จะสามารถทำได้ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 3. นั้น แต่ถึงอย่างไรกระเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้นก้อต้องมีข้อจำกัดเช่นเดียวกันกล ่าวคือการกระทำนั้นจักต้องไม่เป็นการก่อให้การแบ ่งแยกที่ไม ่สามารถยอมรับได ้ การแบ ่งแยกที่ไม ่สามารถยอมรับได ้นั้น หมายถึง การแบ่งแยกที่เป็นข้อต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกอันเนื่องมาจาก แหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เหล่านี้เป็นต้น

(5) เป็นการเลือกปฏิบัติในเชิงบวก

การเลือกปฏิบัติที่ก 'อให้ผลในเชิงบวกนั้น ย่อมอาจทำได้ กล่าวคือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ก่อให้เกิดผลในการลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู' ทั้งนี้เพื่อเป็ นการลดความไม'เท่าเทียมกันหรือความไม่เสมอภาคในทางความเป็นจริงในสังคม

3.3 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ (Independence of the judiciary)

ในการประสาทความยุติธรรมจะสัมฤทธิ์ผลได ้ก็ต่อเมื่อศาลและผู้พิพากษามีความเป็ นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ปราศจากอิทธิพลอันมิชอบไม 'ว่าจะเป็ นอิทธิพลจากภายนอกหรือจากการก้าวก่ายของบุคคลในวงการศาลหรือจากบุคคลอื่นใดก็ตาม ผู้พิพากษาจึงต้อง ถือเรื่องนี้เป็นหลักการสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของศาล

ความเป ็นอิสระนี้มิใช่มีเฉพาะของสถาบันตุลาการเท'านั้น หากแต่ผู้พิพากษาทุกคนก็ยังมีความเป็นอิสระนี้ด้วย ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห'งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2521) ซึ่งได้แยกเรื่องความอิสระของสถาบันตุลาการคือ ศาล ไว้ในมาตรา 169 คือ “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เป็นอำนาจของศาลซึ่งจะต้องดำเนินการตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

ส 'วนความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีบัญญัติไว้ในมาตรา 173 ว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย

หลักความอิสระของผู้พิพากษาหมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการโดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มโนธรรมของตนเท่านั้น หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ ความมุ่งหมายของหลักดังกล่าวมุ่งการคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก 3 ประการ กล่าวคือ

1) อิสระในเนื้อหา

กล 'าวคือผู้พิพากษามีอิสระในการทำคำพิพากษาโดยมิอาจถูกแทรกแซงจากบุคคลอื่น ทั้งนี้ตามมาตรา 236 รัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้พิพากษาที่มิได้นั่งพิจารณาคดีจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นไม 'ได้ และในการลงคะแนนเสียงในแต 'ละองค์คณะไม'ว่าจะมีผู้พิพากษาที่มี ตำ แหน่งสูงต่ำกันอย่างไร ก็ให้ถือว่าแต่ละคนมีเพียงหนึ่งเสียงเท 'าเทียมกันเพราะการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู ้พิพากษาและตุลาการไม 'อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาตามลำดับชั้น

นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติห ้ามเรียกคืนสำนวนคดีจากผู ้พิพากษาหรือตุลาการเจ ้าของสำนวนคดี กล่าวคือเมื่อคดีใดได้มีการมอบหมายให้อยู่ในความรับผิดชอบของผู ้พิพากษาหรือตุลาการคนใด อธิบดีผู้พิพากษาหรืออธิบดีศาลจะเปลี่ยนผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบคดีหรือองค์คณะนั้นไม่ได้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่จะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีนั้น

2) อิสระในทางส่วนตัว

เป ็นการห้ามมิให้มีการแทรกแซงผู้พิพากษาโดยการให้คุณให้โทษจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยอ้อมทั้งนี้เพื่อไม่ให้ผู้พิพากษาต้องหวั่นเกรงว่าเมื่อตนตัดสินคดีไปในทางหนึ่งทางใดแล้ว จะได้รับผลกระทบต่อตำแหน่งหน้าที่การงาน

3) หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

เป ็นกลไกประการหนึ่งที่จะสามารถรับรองได ้ว่าสถาบันศาลยุติธรรมจะสามารถใช้อำนาจตุลาการได้อย่างอิสระและไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจอื่นได้ กลไกดังกล่าวอาจแยกได้เป็นสองประการคือ การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการ และ การเลื่อนขั้น (โภคิน พลกุล, 2547, หน้า 102) ซึ่งในที่นี้จะไม่ขอกล่าวถึง เพราะห่างไกลจากเรื่องที่เรากล่าวถึง

แนวคิดพื้นฐานและวิวัฒนาการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ

1. แนวความคิดเกี่ยวกับศาล

ศาลหรือสถาบันตุลาการเป็นสถาบันทางการเมืองสุดท้ายในวงจรการเมืองที่มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความยุติธรรม โดยการใช้กฎหมายซึ่งครอบคลุมถึงการตีความการใช้กฎหมายในการตัดสินคดีและในบางประเทศมีอำนาจหน้าที่ในการตีความว่ากฎหมายถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ สถาบันนี้จัดว่าเป็นที่หนึ่งของประชาชน เมื่อเกิดการขัดแย้งหรือมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในระบอบเสรีประชาธิปไตยถือว่าเป็นสภาบันตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าสถาบันตุลาการจะไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับอีกสองสถาบันความสัมพันธ์มีอยู่แต่ตามทฤษฎีเสรีประชาธิปไตยนั้น ต้องการให้ความสัมพันธ์เป็นแบบคานอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and balance) (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2533, หน้า 187) การที่อำนาจตุลาการจะมีผลบังคับไปในทางปฏิบัติภายในรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการโดยตรงและในส่วนที่อยู่นอกเหนือไปจากอำนาจตุลาการ แต่ปัจจัยที่สำคัญในการจัดให้อำนาจตุลาการมีประสิทธิภาพสามารถอำนวยประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริงจะต้องเริ่มพิจารณาที่การจัดองค์กรของอำนาจตุลาการ ซึ่งหมายถึง การจัดโครงสร้างองค์กรตุลาการ

บุคลากรฝ่ายตุลาการ และการใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมาย (ธนวิทย์ ขำศรี, 2541, หน้า 15)

ดังนั้นรัฐธรรมนูญทุกฉบับของทุกประเทศจึงได้บัญญัติให้โครงสร้างของศาลมีอิสระ ปลอดพ้นจากการครอบงำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้ศาลได้พิพากษาคดีอย่างยุติธรรมที่สุด โดยปกติมักมีการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการเพื่อให้ศาลได้พิพากษาคดีอย่างยุติธรรมที่สุด โดยปกติมักมีการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการเพื่อบริหารงานภายในศาลกันเอง เช่น มีอำนาจในการแต่งตั้งโยกย้าย เลื่อนตำแหน่งและเงินเดือน รวมถึงการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือในบางประเทศได้จัดให้มีศาลสูง เพื่อตีความว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งผู้พิพากษาในศาลสูงก็ได้รับสิทธิพิเศษต่าง ๆ เพื่อให้พ้นจากอำนาจทางการเมือง

เมื่อโครงสร้างของสถาบันตุลาการมีอิสระ อำนาจหน้าที่ของศาลที่จะตัดสินบังคับคดีต่าง ๆ ก็จะเป็นอิสระไปด้วยคือ สามารถบังคับคดีเล็ก ๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป ไปจนถึงการตีความบทบัญญัติของกฎหมายว่าขัดกับรัฐธรรมนูยหรือไม่ และยิ่งอำนาจหน้าที่ของตุลาการเป็นอิสระจากการครอบงำของรัฐบาล ก็ยิ่งให้ความยุติธรรมแก่ราษฎรได้มากขึ้นเท่านั้น (พลศักดิ์ จิรไกรศิริ, 2524, หน้า 96)

ลักษณะสำคัญขององค์กรตุลาการ

องค์กรตุลาการหรือศาลเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่งซึ่งมีลักษณะสำคัญที่แตก ต่างจากองค์กรปกครอง (Administrative Authorities) ที่เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารดังต่อไปนี้ (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540ข, หน้า 128-137)

1) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดำเนินไปสี่ขั้นตอนด้วยกันคือ

(1) รับฟังข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุให้เกิดข้อพิพาท การพิจารณาว่าข้อเท็จจริงตามที่โจทก์และจำเลยกล่าวอ้างในคำฟ้องหรือคำให้การเกิดขึ้นจริงหรือไม่นั้นย่อมเป็นไปตามพยานหลักฐานทั้งคู่ความนำมาสืบสนับสนุนข้ออ้างของตนหรือ

(2) การตีความหรือการหยั่งทราบความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี

(3) การนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่รับฟังเป็นยุติแล้ว

(4) การออกคำสั่งว่าตามกฎหมายคู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไร

2) คำสั่งขององค์กรนั้นที่สั่งว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรต้องเป็นยุติ หรือการห้ามนำเรื่องเดียวกันมารื้อร้องฟ้องกันอีกตามหลัก Res Judicata กล่าวคือ เมื่อได้อ่านคำสั่งนั้นให้คู่ความฟังแล้ว องค์กรผู้ออกคำสั่งจะรื้อฟื้นคดีขึ้นมาเพื่อออกคำสั่งใหม่ให้ผิดแผกแตกต่างไปจากคำสั่งเดิมไม่ได้ เว้นแต่การแก้ไขข้อผิดหลงเล็ก ๆ น้อย ๆ คู่ความฝ่ายใดไม่พอใจ คำสั่งนั้นมีสิทธิแต่เพียงอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นต่อองค์กรอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าองค์กรผู้ออกคำสั่งเดิม และถ้าองค์กรสูงสุดได้อ่านคำสั่งที่สั่งว่าตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไร ให้คู่ความฟังแล้ว คำสั่งดังกล่าวย่อมเสร็จเด็ดขาด" หรือ "เป็นที่สุด" Finality

3) กระบวนการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรนั้นจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย (Publicity) กล่าวคือ เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ การพิจารณาคดีโดยลับเป็นเพียงข้อยกเว้น ซึ่งจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น และต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายได้ปกป้อง สิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของตน ทั้งนี้โดยให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธินำพยานมาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อถียงของตน และหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ (Audialteram Partem)

4) องค์กรนั้นต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่งของตน (Duty to Give Reasons) เสมอ การให้เหตุผลประกอบคำสั่ง คือ การแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลจูงใจให้ตนออกคำสั่งนั้นให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชน คำสั่งที่สั่งตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไร จะเป็นที่ยอมรับของคู่ความและสาธารณชนหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับว่าเหตุผลที่องค์กรนั้นแสดงประกอบคำสั่งของตน "รับฟังได้" หรือไม่เป็นสำคัญ

5) องค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality) หรือ "ปราศจากอคติลำเอียง " (Freedom from bias) อนึ่ง องค์กรใดองค์กรหนึ่งจะมีความเป็นกลางได้ก็ต่อเมื่อ สมาชิกขององค์กรนั้นมีความเป็นอิสระ (Independence) กล่าวคือ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลกดดันอย่างใด ๆ ขององค์กรอื่นและของกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ วิธีการประกันความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรนั้นมีหลายวิธี เช่น การให้คู่ความซึ่งเห็นว่าสมาชิกขององค์กรนั้นมีส่วนได้เสียในคดี มีสิทธิคัดค้านไม่ให้สมาชิกคนนั้นร่วมพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท การห้ามมิให้ผู้ใดแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์ข้อพิพาทที่อยู่ในระหว่างการพิจารณา การกำหนดให้การแต่งตั้ง การถอดถอน การเลื่อนตำแหน่ง และการลงโทษทางวินัยสมาชิกขององค์กรนั้น ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการซึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและรัฐสภา

องค์กรของรัฐองค์กรใดไม่มีลักษณะข้อใดข้อหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ย่อมไม่ใช่องค์กรตุลาการหรือศาลอย่างแท้จริง แม้กฎหมายหรือหนังสือราชการจะเรียกว่า "ศาล" ก็ตาม กลับกันองค์กรของรัฐองค์กรใดมีลักษณะดังกล่าวครบถ้วน ดังที่กล่าวมาข้างต้น แม้กฎหมายหรือหนังสือราชการจะไม่เรียกว่า "ศาล" แต่ก็เป็นศาลอย่างแท้จริง

หลักประกันของศาลหรือสถาบันตุลาการ

1) ความเป็นอิสระ มีความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยคดี สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยความสุจริต เที่ยงธรรม ไม่ถูกก้าวก่าย แทรกแซงจากภายนอก ปลอดจากอิทธิพลทางการเมือง ความเป็นอิสระเป็นบรรทัดฐานสำคัญและเป็นกลักการสากลในเรื่องการใช้อำนาจตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเครื่องมือในการสร้างและรักษาความศรัทธาน่าเชื่อถือต่อประชาชนและเอื้ออำนวยให้ภารกิจสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญกระทำได้บนพื้นฐานของความถูกต้องเป็นธรรม

2) ความมั่นคงในตำแหน่ง พิจารณาได้จากการมีระยะเวลาดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง โดยทั่วไปตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะอยู่ในตำแหน่งได้นานพอสมควร สำหรับการพ้นจากตำแหน่ง เป็นหลักสากลที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรที่จะพ้นจากตำแหน่งหรือถูกถอดถอนได้ง่าย

3) ค่าตอบแทน หมายถึง เงินเดือน รวมทั้งหลักประกันเพิ่มเติม เช่น จะได้รับค่าตอบแทนที่ไม่ลดลงในช่วงที่ดำรงตำแหน่งติดต่อกัน หรือเมื่อได้รับเงินเดือนเพิ่มแล้วจะไม่ถูกลดเงินเดือนเมื่อดำรงตำแหน่งชั้นต่อไปอีก

ประเภทของศาลที่ใช้ในประเทศไทย

ศาลในประเทศไทยปัจจุบันนี้มีอยู่ 4 ศาล คือ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญและศาลทหาร ซึ่งแต่ละศาลก็มีอำนาจพิจารณาคดีแตกต่างกันไป (ยงยุทธ แสงรุ่งเรือง, 2543, หน้า 14)

1) ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีหน้าที่หลักในการพิจารณาข้อพิพาทของเอกชนไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา และยังเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปกล่าวคือ หากมีข้อพิพาทใดเกิดขึ้นแต่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลใดศาลหนึ่ง ประชาชนสามารถนำมาฟ้องร้องยังศาลยุติธรรมได้ เช่น คดีแรงงาน คดีภาษีอากร ฯลฯ นอกจากนี้ ในส่วนของคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้ให้มีการดำเนินการในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

2) ศาลปกครอง มีขึ้นเพื่อเป็นองค์กรหลักหนึ่งในการตรวจสอบการใช้อำนาจของทางราชการ เพื่อปกป้องสิทธิของประชาชนและคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมให้ได้ดุลยภาพกัน และเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการด้วยการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา "คดีปกครอง" ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือ

ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่งและข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันอีกกรณีหนึ่ง อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานหรือของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

3) ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นศาลที่มีลักษณะพิเศษและมีอำนาจเฉพาะเรื่องเป็นศาลที่มีหน้าที่หลักในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ คือ คดีที่มีการโต้แย้งว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชกำหนด ใดมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และคดีที่มีการโต้แย้งกันว่ากฎหมายในรูปแบบพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนดที่ประกาศใช้แล้วขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและอำนาจอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ

4) ศาลทหาร เป็นศาลที่มีลักษณะพิเศษและมีอำนาจเฉพาะเรื่อง เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ คือ ศาลทหารจะมีอำนาจตัดสินคดีเฉพาะบุคคลที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ.2498

การที่ในปัจจุบันมีศาลเพิ่มขึ้นจากเดิมซึ่งมีเพียง 2 ศาลได้แก่ ศาลยุติธรรมและศาลทหาร เป็น 4 ศาล โดยมีศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองเพิ่มขึ้นนั้นมีผลทางกฎหมายเป็นเพียงการแบ่งหน้าที่หรือความเชี่ยวชาญตามประเภทคดีระหว่างศาลทั้ง 4 ศาล ที่ใช้อำนาจตุลาการเช่นเดียวกัน และมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ โดยศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญหรือปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ศาลทหารมีอำนาจหน้าที่พิจารณาอาญาทหารและคดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติและศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น (ฤทัย หงส์สิริ, 2541, หน้า 514) ทั้งนี้การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีศาล 4 ประเภท ข้างต้น จะส่งผลดีให้แก่ประชาชนคือ ประชาชนได้รับความเป็นธรรมอย่างแท้จริงเพราะศาลแต่ละศาลจะมีผู้พิพากษาซึ่งชำนาญการในเรื่องนั้น ๆ เป็นผู้คอยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ ที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของตน (มานิตย์ จุมปา, 2541, หน้า 118) ดังนั้น ในการฟ้องคดีต่อศาล ประชาชนต้องเข้าใจในเบื้องต้นก่อนว่าเป็นคดีประเภทไหนและอยู่ในอำนาจของศาลไหน เพื่อที่จะใช้สิทธิตามกฎหมายได้ถูกต้อง

จากแนวคิดเกี่ยวกับศาลดังกล่าว ทำให้ทราบว่าการที่ศาลจะประสาทความยุติธรรมและปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดได้นั้น องค์กรศาลหรือองค์กรตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระ ปราศจากการแทรกแซง หรือครอบงำขององค์กรอื่นใด (องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร) ซึ่งแนวความคิดดังกล่าว สามารถนำมาประกอบการวิเคราะห์เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง คือ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรศาลที่ใช้อำนาจตุลาการตั้งขึ้นเพื่อเป็น

องค์กรอิสระในการตรวจสอบอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นเป้าหมายอันหนึ่งของรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรอิสระ มีความเป็นกลาง ปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองและข้าราชการประจำ เพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ทั้งนี้แนวคิดเกี่ยวกับศาลจึงเป็นกรอบในการวิเคราะห์เกี่ยวกับบทบาทและการปฏิบัติงานของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็นอย่างดี

2. แนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอยู่ในทุกประเทศทั่วโลกโดยอาจเรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญเหมือนกันหรือเรียกแตกต่างกันไป ทั้งนี้เพราะทุกประเทศล้วนมีรัฐธรรมนูญซึ่งอาจเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และเมื่อใดที่เกิดข้อปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญก็เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่อำนวยความยุติธรรม และปกป้อง คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศอาจมีโครงสร้างอำนาจหน้าที่และการบริหารงานบุคคลที่คล้ายคลึงกัน หรือแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับขนบธรรมเนียมประเพณีตลอดจนความเป็นมาทางการเมืองการปกครอง และการบริหารของแต่ละประเทศ การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญมาจากความจำเป็นอย่างน้อย 2 ประการ คือ

2.1 ความจำเป็นในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้วประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ไม่ว่าจะมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐและวางระเบียบการดำเนินการปกครอง โดยกำหนดให้มีสถาบันทางการเมือง หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญพร้อมทั้งระบุอำนาจหน้าที่ และความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจหน้าที่ระหว่างสถาบันทางการเมือง หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นประการหนึ่ง และการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน โดยมีการกำหนดหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจปกครองอันเป็นการลิดรอนสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน อีกประการหนึ่ง

2.2 ความจำเป็นในการปกครองโดยนิติรัฐ

การใช้อำนาจของรัฐในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้องเป็นไปตามกฎหมายอีกทั้งยังต้องคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการปกครองโดยนิติรัฐ (Legal state) ซึ่งแยกได้ 3 ประการ คือ

(1) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดมิได้

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐในฝ่ายปกครองจะมีอำนาจสั่งให้ประชาชนกระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และใช้อำนาจอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(3) หลักการควบคุมความชอบโดยองค์กรตุลาการ เพื่อเป็นการควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรของรัฐกระทำการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีองค์กรตุลาการที่มีอำนาจและมีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

ดังนั้นประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงต้องมีสถาบัน หรือองค์กรที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และควบคุมมิให้องค์กรของรัฐกระทำการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งสถาบันหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวของแต่ละประเทศจะแตกต่างกัน โดยสรุปแล้วมี 3 รูปแบบ คือ

(1) รูปแบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมในรูปของศาลสูงสุด ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย โบลิเวีย เม็กซิโก คิวบา ไนจีเรีย คูเวต และญี่ปุ่น เป็นต้น

(2) รูปแบบที่ให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้ควบคุมในรูปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศส เวียดนาม กัมพูชา เป็นต้น

(3) รูปแบบที่ให้ศาลที่มีอำนาจเฉพาะเป็นผู้ควบคุมในรูปของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในเยอรมัน อิตาลี สเปน เบลเยี่ยม โปรตุเกส เกาหลีใต้ และไทย เป็นต้น

กรณีประเทศไทยนั้น นับแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อปี พ.ศ.2475 เป็นต้นมา ได้มีการจัดตั้งองค์กรทั้งในรูปของศาลสูงสุด (ศาลฎีกา) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีรัฐธรรมนูญเรื่อยมา จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

การก่อกำเนิดของการแนวความคิดที่จะให้มีองค์กรของรัฐทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้น มีความสัมพันธ์อย่างแยกไม่ออกกับข้อความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ข้อความคิดดังกล่าวถือกำเนิดขึ้นในยุโรป และสหรัฐอเมริกา ในช่วงศตวรรษที่ 17-18 และพัฒนาเรื่อยมาใต้กรอบในทางประวัติศาสตร์ และเงื่อนไขทางการเมืองของแต่ละประเทศ ทั้งนี้โดยที่พัฒนาการดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อกันและกันด้วยอาจกล่าวได้ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นวัฒนธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของชาติตะวันตกโดยเฉพาะ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ส่งผลโดยตรงให้องค์กรของทุกองค์กรต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญในการแสดงออกซึ่งอำนาจรัฐ โดยนัยนี้

รัฐธรรมนูญจึงเป็นทั้ง "กรอบ" ของการใช้อำนาจรัฐ และ "มาตร" สำหรับตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการเคารพและมีผลในทางปฏิบัติ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรของรัฐขึ้นมาคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล่วงละเมิด เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็น "กฎหมาย" ที่กำหนดกรอบกติกาในทาง "การเมือง" องค์กรของรัฐซึ่งทำหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจเป็นองค์กรในทางการเมืองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขทางการเมือง สังคม และกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและศาลรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน ทั้งเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญจำกัดบทบาทของตัวเองเฉพาะการควบคุมและการตรวจสอบ "การเมือง" โดยอาศัย "บรรทัดฐาน" ในทางกฎหมายเท่านั้นไม่ใช่ให้ศาลรัฐธรรมนูญ แสดงเจตจำนงในทางการเมืองเสียเองนอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญควรมีลกไกในตัวเองเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วย (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2541, หน้า 192)

3. วิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งปฏิเสธกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ได้รับการยอมรับครั้งแรกในบริบทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการ (Judicial review) ในคดี Marbury V. Madison (วิศณุ เครืองาม , 2530, หน้า 95)ในสหรัฐเมริกา อย่างไรก็ตาม รากฐานของแนวความคิดดังกล่าวปรากฏขึ้นก่อนหน้านั้นในยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในอังกฤษ ดังนั้น จึงสมควรพิจารณาถึงที่มาและพัฒนาการของแนวคิดดังกล่าวทั้งในอังกฤษและภาคพื้นยุโรปก่อน จากนั้นจะได้พิจารณาการในสหรัฐอเมริกา

3.1 รากฐานทางทฤษฎีของยุโรป

แนวคิดที่ว่ารัฐสภาไม่อาจออกกฎหมายที่มีเนื้อหาตามอำเภอใจ อันเป็นที่มาสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ถือกำเนิดขึ้นในอังกฤษเมื่อ ค.ศ.1 610 ในคดีนายแพทย์ Thomas Bonham คดีนี้ นายแพทย์ Bonham ได้เปิดสถานพยาบาลโดยฝ่าฝืนข้อบังคับทางแพทย์สภาแห่งกรุงลอนดอน ศาลของแพทย์สภาพิพากษาลงโทษปรับและกักขังนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทย์สภาฯ ค่าปรับครึ่งหนึ่งที่ได้จากนายแพทย์ Bonham ต้องตกเป็นของประธานแพทย์สภาและประธานแห่งศาลแพทย์สภา Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้พิพากษาว่าข้อบังคับของแพทย์สภาขัดต่อหลัก Common law ที่ว่าไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาว่าข้อบังคับของแพทย์สภาและประธานแห่งศาลแพทย์สภา Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดี

นี้ พิพากษาว่าข้อบังคับของแพทย์สภาขัดต่อหลัก Common law ที่ว่าไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตัวเองมีส่วนได้เสียได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลัก Common law (Common right and reason) ย่อมไม่มีผลใช้บังคับและศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลัก Common law หลักเรื่องความเป็นกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือที่รัฐสภารับรองของ Common law และหลักการตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายธรรมดาที่มีต่อ Common law ซึ่งปรากฏในคดีนี้มีอิทธิพลอย่างมากต่อคดี Marbury V.Madison ในเวลาต่อมา

แม้ว่ารากฐานของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะถือกำเนิดในอังกฤษ โดยอาศัยหลักกฎหมายจากคดีนายแพทย์ Bonham ก็ตาม อังกฤษกลับไม่ได้พัฒนาหลักดังกล่าวให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในทางตรงกันข้ามหลังจากมีคำพิพากษาคดีนายแพทย์ Bonham แล้วอังกฤษได้หันไปถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาแทน ทั้งนี้อาจเป็นเพราะอังกฤษประสบผลสำเร็จในการสถาปนาอำนาจรัฐสภาและการจำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์แล้วในศตวรรษที่ 17 (Petition of right Act 1672, Bill of right Act 1689) แม้ในปัจจุบันนี้อังกฤษก็ไม่แยกลำดับชั้นทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญออกจากกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา และไม่มีข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายพื้นฐานอย่างเช่นในภาคพื้นยุโรป

พัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในฝรั่งเศสแตกต่างไปจากพัฒนาการในอังกฤษ ในช่วงปฏิวัติฝรั่งเศสแตกต่างไปจากพัฒนาการในอังกฤษ ในช่วงปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 (วิศณุ เครืองาม, 2530, หน้า 673) แนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน(ซึ่ง Rousseau พัฒนามาจากข้อความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของ Bodin ซึ่งเห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์) กำลังมีอิทธิพลอย่างมาก การยอมรับแนวคิดดังกล่าวประกอบกับความต้องการจำกัดอำนาจที่หลงเหลืออยู่ของระบบเก่า ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ปฏิเสธอำนาจตุลาการ ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาในช่วงเวลาดังกล่าว “แนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถูกบดบังโดยกระแสดอำนาจอธิปไตยของปวงชน แนวคิดเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญที่ Sieyes เสนอ ไม่ได้รับการยอมรับ แม้ว่าภายหลังการทำรัฐประหารโดย Napoleon จะได้มีการตั้ง Senat conservateur ตามแนวความคิดของ Sieyes ก็ตามองค์กรดังกล่าวก็ไม่ได้พัฒนาไปเป็นศาลรัฐธรรมนูญตามที่ Sieyes มุ่งประสงค์ แต่กลับพัฒนาเป็นสภาในฝ่ายนิติบัญญัติแทน ฝรั่งเศสต้องรอจนถึงสาธารณรัฐที่ 5 จึงได้มี Conseil constitutionnel ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ โยที่ก่อนหน้านั้นฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากแนวคิดในคดี Marbury V. Madison ด้วย

ใน ประเทศเยอรมนีหรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลักกฎหมายธรรมชาติมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ ในช่วงศตวรรษที่ 17-18 นักกฎหมายเยอรมันยอมรับความมีอยู่ของกฎหมายพื้นฐาน (Legesfundamentals) และยอมรับว่ากฎหมายพื้นฐานที่ว่านี้มีหลักกฎหมายบางประการซึ่งมีลำดับชั้นสูงกว่ากฎหมายธรรมดา เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสมบัติหรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา อย่างไรก็ดี พัฒนาการในช่วงต่อมาแสดงให้เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ไม่ได้รับการยอมรับโดยเด็ดขาดในเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในแง่มุมของการให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันที่มีอยู่ในเวลานี้ ไม่ใช่เป็นผลจากการได้ข้อสรุปในทางทฤษฎี แต่เป็นผลจากการตัดสินใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (บุญศรี วงศ์อุโฆษ, 2535, หน้า 137-138)

ทฤษฎีกฎหมายในภาคพื้นยุโรปที่มีผลอย่างสำคัญในการสนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ เคียงคู่กับแนวคดี Marbury V. Madison ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายและห่วงโซ่ของกฎหมาย ซึ่งถือกำเนิดและได้รับการพัฒนาในออสเตรียโดย Adorf Merkel และ Hans Kelsen ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ทฤษฎีนี้ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นบรรทัดฐานที่ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นที่มาของกฎหมายอื่นที่บังคับใช้ในรัฐ การออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการเช่นเดียวกับการใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารใน ค.ศ. 1920 ออสเตรียได้จัดตั้งศาลเฉพาะ ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรียได้กลายเป็นแม่แบบให้แก่ประเทศต่าง ๆ ในเวลาต่อมา

3.2 พัฒนาการในประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อมีการตั้งถิ่นฐานในสหรัฐอเมริกา ศตวรรษที่ 17 นั้นแนวคิดของ Sir Edward Coke ในคดีนายแพทย์ Bonham กำลังเป็นที่แพร่หลายและรู้จักกันทั่วไป แม้ว่าในเวลาต่อมาอังกฤษจะหันกลับไปยอมรับหลักอำนาจตรากฎหมายที่จำกัดของรัฐสภาไว้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายสำคัญในการกันสิทธิเสรีภาพของพลเมือง แนวคิดดังกล่าวปรากฏชัดเจนขึ้นใน ค.ศ. 1788 เมื่อ Alexander Hamilton ซึ่งเป็นผู้ร่วมร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา แสดงความเห็นสนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและอำนาจของผู้พิพากษาในการตีความรัฐธรรมนูญ

แนวคิดข้างต้นได้รับการนำมาใช้ในทางปฏิบัติครั้งแรกในคดี Marbury V. Madison (ค.ศ.1803) รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 ไม่ได้บัญญัติชัดแจ้งให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ คดี Marbury V. Madison เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษา John Marshall ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานสูงสุดยืนยันอำนาจผู้พิพากษาในการ

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายอื่น (Superior paramount law) (วิศณุ เครืองาม, 2530, หน้า 673) ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการนิติบัญญัติสามัญ เพราะหากรัฐธรรมนูญไม่เป็นกฎหมาย ซึ่งมีฐานสูงกว่ากฎหมายอื่นแล้ว รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็เป็นเพียงแต่ความพยายามที่ไร้ความหมายของประชาชนในการที่จะจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วไม่มีขอบเขตจำกัด คดี Marbury V. Madison มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ นับจากคดีนี้แล้ว ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาให้กฎหมายของมลรัฐซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้เป็นจำนวนกว่า 100 ฉบับ อาจกล่าวได้ว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้หยั่งรากลงในทางทฤษฎี กฎหมายรัฐธรรมนูญนับแต่นั้นเป็นต้นมา

4. การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

สถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอาจได้รับการประกันโดยกลไกในรัฐธรรมนูญเอง หรือโดยการที่รัฐธรรมนูญสร้างองค์กรระดับรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาคุ้มครองสถานะดังกล่าว

4.1 กลไกในรัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด

(1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานที่ก่อตั้งอำนาจรัฐและกำหนดกรอบการใช้อำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน กฎหมายต่าง ๆ ที่บังคับใช้ในรัฐ การปฏิบัติการและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายล้วนแต่อาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจทำได้เช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นปัญหาที่สำคัญปัญหาหนึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎหมายและองค์กรของรัฐล้วนแต่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ในทางทฤษฎีองค์กรที่จะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้นั้นจึงต้องเป็นองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญนั่นเอง ทั้งนี้โดยอาศัยให้รัฐธรรมนูญเป็นฐาน อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญจะมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้แก่องค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งโดยปกติแล้วมักเป็นองค์กรนิติบัญญัติ โดยที่องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญอาจบัญญัติกระบวนการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นเช่นเดียวกันกับกฎหมายธรรมดา แต่เรียกร้องคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากเป็นพิเศษหรืออาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดาก็ได้ เช่น บัญญัติให้มีการลงประชามติ เป็นต้น นอกเหนือจากนี้องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญอาจกำหนดขอบเขตของการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วยก็ได้ เช่น ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยรูปของรัฐ หรือหลีกเลี่ยงการพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ มีข้อสังเกตว่าองค์กรที่ได้รับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะ "การแก้ไขเพิ่มเติม" รัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถ "ให้รัฐธรรมนูญ" ใหม่ทั้งฉบับได้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยวิธีการเดียวกับกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา กรณีถือว่าไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับนั้น

(2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งมีเนื้อหาให้องค์กรของรัฐแยกกันใช้อำนาจในกรอบกฎหมายของกฎหมาย ดุล และ คานอำนาจ ไม่ให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดมีอำนาจมากเกินไป ซึ่งมีผลทางอ้อม ในการช่วยคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แม้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจจะได้รับการนำไปปรับปรุงใช้ในรูปแบบที่หลากหลาย (การแบ่งแยกอำนาจในระบบประธานาธิบดีย่อมต่างจากการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐสภา) วัตถุประสงค์หลักของหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบต่าง ๆ ล้วนตรงกัน คือ การมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการให้ดำเนินงานของรัฐเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ภายในกรอบของกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ควรได้รับการเน้นมากเกินไป โดยการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญสร้างองค์กรของรัฐขึ้นมาควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันมากเกินความพอดี อันจะยังผลให้รัฐอ่อนแอลง และไม่อาจดำเนินงานให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

4.2 การคุ้มครองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

การคุ้มครองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอาจทำได้โดยการที่รัฐมอบอำนาจให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ดังกล่าว หากพิจารณาว่าองค์กรตุศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะในทางเนื้อหา ซึ่งมีสหรัฐอเมริกา เป็นต้นแบบ ออกจากองค์กรตุลาการที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาซึ่งมีออสเตรียเป็นต้อนแบบ (จรัญ ภักดีธนากุล, 2523, หน้า 62)

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ถือเป็นศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะในทางเนื้อหา ทั้งนี้เนื่องจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญเคียงคู่ไปกับข้อพิพาทประเภทอื่นด้วยไม่ได้เป็นศาล "เฉพาะ" ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียว ความเป็นศาลรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา อาจเห็นได้ไม่ชัดเจนนัก เมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรตุลาการที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา อย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อย่างไรก็ตาม หากต้องการเห็นภาพรวมของระบบศาลรัฐธรรมนูญทั้งระบบแล้วย่อมไม่อาจตัดศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ออกไปจากการพิจารณาได้

นอกเหนือจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาแล้ว ศาลสหพันธ์ของสวิตเซอร์แลนด์ก็จัดเป็นศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะในทางเนื้อหาด้วย

องค์กรตุลาการที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญทั้งในรูปแบบและเนื้อหา หมายถึง องค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยเฉพาะข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญแยกออกจากองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทประเภทอื่น ประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญในความหมายนี้ได้แก่ ออสเตรีย, เยอรมัน, สเปน, โปรตุเกส, เป็นต้น (ไพโรจน์ ชัยนาม, 2521, หน้า 42)

ศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะในความหมายใดก็ตามจะมีขอบเขตอำนาจหน้าที่แตกต่างกันไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด นอกเหนือจากภาระหน้าที่ที่สำคัญที่สุด คือ การควบคุมมิให้กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ในระบบสหพันธ์รัฐ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีบทบาทที่สำคัญในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐด้วย

ส่วนในประเทศต่าง ๆ ที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรจะยอมรับนับถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงรูปแบบและหลักการปกครองตลอดจนได้กำหนดถึงการดำเนินการปกครองไว้อย่างเป็นระบบ รวมทั้งกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ของประชาชนที่พึงกระทำต่อรัฐ และการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีต่อรัฐ หรือจะกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวพันถึงอำนาจสูงสุดของรัฐ เช่น อำนาจอธิปไตย และอำนาจนี้ใครเป็นผู้ใช้ ตลอดจนมีความสัมพันธ์กันอย่างไร และสำหรับในกรณีประเทศไทยของเรานั้นก็เช่นกัน อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ และอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขของประเทศ ทรงใช้อำนาจอธิปไตยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลอำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็น 3 ประการ และอำนาจอธิปไตยมีความสัมพันธ์กันดังต่อไปนี้คือ

(1) อำนาจนิติบัญญัติ เป็นอำนาจในการออกกฎหมาย ซึ่งเรียกว่ารัฐสภา

(2) อำนาจบริหาร เป็นอำนาจในการบริหารประเทศให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า คณะรัฐมนตรี

(3) อำนาจตุลาการ เป็นอำนาจในการชี้ขาดอรรถคดีที่มีปัญหา เนื่องจากการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าการกระทำใดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า ศาลยุติธรรม

อำนาจทั้ง 3 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายแล้วปรากฏว่ากฎหมายที่ออกมานั้นไปขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องมีองค์กร 3 องค์กร คือ ศาลยุติธรรม รัฐสภา นายกรัฐมนตรี นำกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญยัติออกมาใช้ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญส่งให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ และให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยในปัจจุบัน

จากหลักเกณฑ์และเหตุผลที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น รัฐธรรมนูญแตกต่างจากกฎหมายอื่น มีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา ความเป็นกฎหมายสูงสุดนี้เอง จึงมีทฤษฎีหนึ่งคือ ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ (The supremacy of constitution) ตามที่ได้อธิบายกล่าวไปแล้วข้างต้น (วิศณุ เครืองาม, 2530, หน้า 689) ถือเป็นทฤษฎีที่สำคัญที่ใช้ควบคู่กับรัฐธรรมนูญ

ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดนี้ (Supremacy of law) หมายถึง ภาวะสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นเป็นสถานะของกฎหมาย ว่าอยู่ในลำดับสูงเหนือกฎหมายอื่นใดทั้งปวง ลำดับเช่นนี้มีผู้เรียกว่าศักดิ์ของกฎหมายหรือชั้นของกฎหมาย (Hierachy) เพราะในบรรดากฎหมายที่มีอยู่มากมายหลายรูปนั้น ย่อมมีความแตกต่างลดหลั่นกันอยู่เป็นธรรมดา ตามความประสงค์ของผู้มีอำนาจออกกฎหมาย ถ้าจะให้กฎหมายทั้งหลายเท่าเทียมกันแล้ว ก็คงจะมีกฎหมายรูปแบบเดียวกันทั้งหมด แต่ที่ต้องมีกฎหมายหลายรูปแบบก็เพราะว่าผู้มีอำนาจออกกฎหมายทราบดีว่า เนื้อหาของกฎหมายแต่ละเรื่องมีน้ำหนักและความสำคัญที่แตกต่างกัน บางเรื่องสำคัญมาก เรื่องที่สำคัญน้อยก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งหรือประเภทหนึ่ง (คุณวุฒิ ต้นตระกูล, 2527, หน้า 54)

จากบทบัญญัติของทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุด จึงมีปัญหาอยู่ว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดนี้แสดงออกมาในรูปใด ซึ่งผู้เขียนจะนำมากล่าวไว้ต่อไปนี้คือ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จะแสดงออกได้ 2 ทางคือ

ทางที่ 1 ในรูปของเนื้อหา หมายความว่า ระบบกฎหมายทั้งหมดของรัฐมาจากรัฐธรรมนูญเป็นต้นกำเนิด เช่นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น

ทางที่ 2 ในรูปของการจัดทำรัฐธรรมนูญมีวิธีการพิเศษพิสดารกว่ากฎหมายอื่น ๆ เช่น อาจมีสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำ โดยเฉพาะการเปลี่ยนแปลงแก้ไข มักกำหนดระเบียบและวิธีการให้ทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา เนื่องจากลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาแล้วข้างต้นในเรื่องนี้จึงได้มีทฤษฎีเข้ามาเกี่ยวข้องก็คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากหรือแก้ไขได้ง่าย และจะมีข้อจำกัดประการใดย่อมขึ้นอยู่กับเจตจำนงของของผู้จัดให้มี หรือผู้ให้รัฐธรรมนูญประกอบกับการพิจารณากับอำนาจในการนั้นเอง ดังนั้น อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ อาจจะพิจารณาแบ่งออกเป็น 2 กรณี (โภคิน พลกุล, 2530ข, หน้า 68-69) คือ

(1) อำนาจจัดให้มีดั้งเดิม (Power to enact the original constitutional law) ผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้น ได้แก่ รัฐาธิปัตย์ ซึ่งเป็นอำนาจพระมหากษัตริย์ หรือคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งเป็นการกระทำโดยคณะบุคคลหรืออาจจะป็นประเทศภายนอก ซึ่งหมายถึงประเทศเจ้าอาณานิคมจะเป็นผู้จัดให้มีดั้งเดิม ซึ่งมีอิสระเต็มที่ในการวางรูปแบบการปกครองและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่จะใส่ไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Power to amend the constitution law) อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้สามารถจัดทำขึ้นมาใหม่ได้

จากหลักเกณฑ์และเหตุผลตามที่ได้กล่าวไว้ในเรื่องของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้อยู่มาตราหนึ่งเสมอนั่นคือ "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นใช้บังคับมิได้ " และในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีองค์กรหนึ่งในปี พุทธศักราช 2489 ได้แก่ "คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ" มาจากสาเหตุเพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มองเห็นความผิดปกติของกลไกการบริหารประเทศในระบบรัฐสภา (Parliamemtary System) เพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะปรับปรุงกลไกในระบบรัฐสภาให้มีประสิทธิภาพและเป็นผลดีแก่การบริหารประเทศที่ต่อเนื่องในระยะยาว เป็นต้น

5. วิวัฒนาการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ

5.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศต้นกำเนิดของการให้อำนาจองค์กรทางการเมืองที่เป็นอิสระในรูปของคณะกรรมการเป็นผู้วินิจฉัยควบคุมกฎหมาย มิให้ขัดรัฐธรรมนูญ การเสนอแนะของซิเอแยส (Sieyes) จนกระทั่งเป็นที่ยอมรับและปรากฏรัฐธรรมนูญ รูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีความเหมาะสมมากสำหรับประเทศฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดทางการเมือง และประวัติความเป็นมาของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ในประเทศฝรั่งเศส ทำให้หลายประเทศมีความสนใจและนำมาใช้ในประเทศของตนบ้าง ซึ่งประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งรับเอารูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้ในระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2484 จวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2534 ก่อนจะกลับกลายพัฒนามาเป็นศาลรัฐธรรมนูญ

5.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

เนื่องจากแต่เดิมประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันยังไม่มีการควบคุมกฎหมายหรือควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1776 ได้มีเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการประกาศอิสรภาพในขณะนั้นยังไม่มีระบบในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มีแต่เพียงการให้ผู้พิพากษาเป็นเครื่องมือช่วยให้ประชาชนเคารพตามกฎหมาย เพื่อให้ยอมรับกันว่าประเทศหนึ่งจะต้องมีกฎหมายฉบับหนึ่ง เป็นหลักในการปกครองและมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ต่อมาในวันที่ 28 มี.ค. 1849 ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญแฟรงค์เฟิร์ท (Farankfurt) ขึ้นแต่ยังไม่ประสบผลสำเร็จ จนกระทั่งสมัยของบิสมาร์ค (Bismarck) ได้มีรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.

1897 บัญญัติรับรองสิทธมนุษยชน โดยให้ขอบเขตเสรีภาพของประชาชนถูกกำหนดโดยกฎหมายเฉพาะเรื่องดังนั้น จึงทำให้ความเป็นรัฐธรรมนูญ ปรากฏให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ยังไม่มีบทบัญญัติให้องค์การใดทำหน้าที่ควบคุมรัฐธรรมนูญ ต่อมามีนักกฎหมายเยอรมันได้สร้างทฤษฎีขึ้นมาหลายทฤษฎีเพื่อแสดงให้เห็นว่าการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยศาลยุติธรรม ซึ่งได้รับการรับรองตามรูปแบบนั้นย่อมได้รับการนับถือยอย่างมั่นคง Laband ไม่เห็นด้วย และได้คัดค้านการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยโดยเขาได้ตั้งทฤษฎีชื่อ Promulgation theory มีสาระแสดงให้เห็นว่าผู้พิพากษาตุลาการต้องอยู่ในบังคับของกฎหมาย และมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญบิสมาร์ค เป็นผลให้ผู้พิพากษาผูกพันในการประกาศกฎหมายที่ได้รับการบัญ ญัติขึ้นเรียบร้อยแล้วว่ากฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นตามข้อบังคับแห่งรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีของ Laband ยังไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ผู้พิพากษายังคงได้รับการยอมรับให้มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร และปัญหาทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายนั้นก็มักมีการยกขึ้นพิจารณาเสมอเพราะรัฐธรรมนูญบิสมาร์คยังประกันสิทธิประชาชนได้ไม่แน่นอนนัก เพราะยังไม่มีองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยที่แน่นอนตามรัฐธรรมนูญ องค์กรผู้วินิจฉัยโดยได้รับอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง เริ่มมีในสมัยรัฐธรรมนูญไวมาร์ตามมาตรา 19 คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (Reichstaatsgerichtshof) ได้ถูกกำหนดให้เป็นองค์กร ผู้มีอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งทางรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์ เนื่องจากเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐกับผู้ถืออำนาจ มิใช่ระหว่างเรื่องระหว่างบุคคลซึ่งเป็นเอกชนทั่วไป อันเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรม จึงได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Federal constitutional court) ขึ้นให้มีฐานะเป็นศาลสูงสุด มิใช่เป็นศาลอุทธรณ์สำหรับคดีที่ไม่เป็นตามรัฐธรรมนูญ และในรัฐธรรมนูญบอนห์ค.ศ.949 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมาตรา 93 ก็ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ขององค์กรสูงสุดแห่งสหพันธ์ ในเรืองของความตรงกันของกฎหมายสหพันธ์และกฎหมายรัฐกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ และเรื่องของสิทธิหน้าที่ของรัฐสหพันธ์กับรัฐสมาชิกภายใต้รัฐธรรมนูญ (วิจิตรา ฟุ้งลัดดา, 2532, หน้า 9) นั้นด้วย

5.3 ประเทศอิตาลี

ศาลรัฐธรรมนูญ (Corte constituziomale) เป็นองค์กรรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งที่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลี ฉบับปี ค.ศ.1984

ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง เพราะว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนนั้นเป็นรัฐธรรมนูญแบบยืดหยุ่นได้ (Flessible) กล่าวคือ อาจมีการเลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ โดยกฎหมายธรรมดาเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินงานขององค์กรนิติบัญญัติก็ยังคงต้องเคารพกฎเกณฑ์ ขั้นตอนในการออกกฎหมาย และหลักทั่วไปของกฎหมายตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนนั้น แต่หน้าที่ที่จะตรวจสอบความสอดคล้องกันของกฎหมายกับรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายตุลาการ (ปกติ) อยู่แล้ว

ต่อมาเมื่อมีการนำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เข้ามาใช้ อันเป็นรัฐธรรมนูญแบบไม่ยืดหยุ่น (Rigido) กล่าวคือ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญไม่อาจจะได้รับการเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายธรรมดาเท่านั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างองค์กรรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งขึ้นมาเพื่อที่จะตรวจสอบงานอของฝ่ายบัญญัติว่าสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ องค์กรพิเศษเฉพาะที่ได้สร้างขึ้นใหม่นี้ ก็คือ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นองค์กรที่แยกเป็นอิสระจากอำนาจดั้งเดิมทั้งสามของรัฐ (นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ)

6. วิวัฒนาการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบบประชาธิปไตยโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในปีพุทธศักราช 2475 มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ใช้ในการปกครองประเทศเป็นครั้งแรก ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ ใช้ในการปกครองประเทศเป็นครั้งแรก ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามพุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญ ฉบับดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมไม่ให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ มาตรา 61 ซึ่งบัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เช่นนี้จึงมีปัญหาอยู่ว่าใครจะเป็นผู้ชี้ขาดว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเป็นโมฆะ ทั้งนี้ถ้าจะให้สภาเป็นผู้ชี้ขาดก็จะเป็นการไม่ถูกต้องนัก เพราะสภาเป็นผู้ออกกฎหมายเองจะให้รัฐบาลเป็นผู้ชี้ขาดก็ยังไม่มีเหตุผลสนับสนุนที่มีน้ำหนักพอ จึงเหลือแค่ศาลเท่านั้นที่เป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาด คือ มาตรา 58 ตามรัฐธรรมนูญปี 2475 ซึ่งบัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ท่านว่าเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ ซึ่งจะต้องดำเนินการตามกฎหมายและในนามพระมหากษัตริย์” มาตรา 60 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ” และมาตรา 62 บัญญัติว่า “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิ์เด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้”(วัชรินทร์ จอมพลาพล, 2519, หน้า 1-2)

กระบวนการในเรื่องของการตีความมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามพุทธศักราช 2475 ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้กล่าวไว้ว่า มาตรา 62 บัญญัติว่า “สิทธิในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้อยู่สภาเป็นการเด็ดขาด” ทั้งนี้เพราะเหตุว่าธรรมนูญปกครองนั้นหา

เหมือนกฎหมายอื่น ๆ ในต่างประเทศหลายประเทศเขาให้อำนาจแก่สภาเหมือนกัน และอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้เกี่ยวกับมาตรา 62 มีความเห็นว่า “การตีความรัฐธรรมนูญอยู่แก่สภา เช่น ประเทศอังกฤษ ” ประกอบกับประธานอนุกรรมการได้กล่าวไว้ว่า ปัญหาในเรื่องของการตีความรัฐธรรมนูญนี้ในประเทศต่าง ๆ ให้สภาเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดเว้นอเมริกา

จากหลักการและเหตุผลดังกล่าวแล้วข้างต้น คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้ทำการพิจารณาร่วมกันแล้วจะเห็นได้ว่ายังไม่ได้มีความแน่ชัดว่า ศาลหรือสภาเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นโมฆะ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วต่อมาในปีพุทธศักราช 2488 ได้มีพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488 และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ในมาตรา 3 ได้บัญญัติไว้ว่า “การกระทำใด ๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าในฐานะเป็นตัวการ หรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นอาชญากรสงครามและผู้กระทำเป็นอาชญากรสงคราม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้

1) ทำการติดต่อวางแผนการฝึก เพื่อทำสงครามรุกรานหรือกระทำการโดยสมัครใจเข้าร่วมสงครามกับผู้ทำสงครามรุกราน หรือโฆษณาชักชวนให้บุคคลเห็นดีเห็นชอบในการกระทำของผู้ทำสงครามรุกราน

2) ละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีในการสงคราม คือ ปฏิบัติไม่ชอบธรรมต่อทหารที่ตกเป็นเชลย จัดส่งพลเรือนไปเป็นทาส ฆ่าผู้ที่ถูกจับเป็นประกันทำลายบ้านโดยไม่อาจจำ เป็นสำหรับการทหาร

3) กระทำการละเมิดต่อมนุษยธรรม คือ กดขี่ข่มเหงในทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ หรือทางศาสนา

4) กระทำโดยสมัครใจเข้าร่วมมือกับผู้ทำสงคราม คือ ชี้ลู่ทางให้ทำการยึด หรือครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นโดยไม่ชอบธรรม หรือสืบ หรือให้ความลับหรือความรู้อันเป็นอุปการะแก่การทำสงครามของผู้ทำสงครามรุกราม

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดมีตุลาการรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปีพุทธศักราช 2489 เป็นต้นมา

อนึ่ง ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุขของประเทศ ประกอบในขณะนั้นประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญปกครองราชอาณาจักรไทยเป็นครั้งแรก ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชาอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จนกระทั่งปีพุทธศักราช 2488 เฉพาะบัญญัติย้อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้เพราะราชบัญญัติเป็นความผิดด้วยนั้น ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 และเป็นโมฆะ จึงพิพากษายกฟ้องเหตุผลที่ศาลฎีกายกมายืนยันถึงอำนาจของคนในการพิพากษาว่ากฎหมายของรัฐสภาขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยให้เหตุผลไว้ 3 ประการคือ

ประการที่หนึ่ง การปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 58 ฉะนั้น การที่จะดูว่าอะไรเป็นกฎหมาย หรือเป็นกฎหมายที่ใช้ได้หรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาล เพราะถ้าศาลไม่มีอำนาจศาลก็ย่อมไม่รู้ว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นกฎหมาย และศาลจะดำเนินการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมายได้อย่างไร

ประการที่สอง การปกครองระบอบรัฐธรรมนูญของเราแบ่งอำนาจเป็น 3 ประการ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แต่ละอำนาจย่อมมีอำนาจยับยั้งและกำกับเป็นการควบคุมกันอยู่ ซึ่งเป็นหลักประกันในความมั่นคง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีอำนาจทางนิติบัญญัติออกกฎหมายมาแล้ว ศาลซึ่งมีอำนาจทางฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าศาลจะเห็นว่ากฎหมายนั้นสมควรหรือไม่ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกัน ถ้าสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมาไม่ถูกต้องกับรัฐธรรมนูญหรือขัดกับรัฐธรรมนูญศาลก็มีอำนาจแสดงความไม่ถูกต้องนั้นได้ด้วยเหตุผล

ประการที่สาม เมื่อมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 61 บัญญัติไว้แล้วเช่นนี้ ก็จำต้องมีองค์กรหรือผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายมีบทใดขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่มิฉะนั้นมาตรา 61 นี้ก็จะไม่มีผล กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎรออกมาเอง จะกลับไปให้สภาผู้แทนสภาราษฎรชี้ขาดว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะว่าทางฝ่ายบริหารมีอำนาจชี้ก็ไม่ได้เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร เช่นนี้ใครเล่าจะมีอำนาจนอกจากศาลเป็นหน่วยที่ตั้งไว้สำหรับให้ความยุติเป็นการบำบัดทุกข์ร้อนให้แก่ประชาชน บุคคลทั้งหลายย่อมหวังในความยุติธรรมของศาลเป็นที่ตั้ง และก็เมื่อมีบทกฎหมายอันออกมาตัดเสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดงความคิดเห็นเพื่อให้ความยุติธรรมแก่บุคคลผู้เกี่ยวข้องได้อย่างไรหรือแม้ศาล ไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของทางฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่มีทางจะหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้

ศาลฎีกาพิพากษาชี้ขาดว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488 เฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 14 และเป็นโมฆะตามมาตรา 61 การกระทำที่โจทย์ฟ้องจำเลยในคดีนี้เป็นการกระทำก่อนวันที่ 11 ตุลาคม 2588 อันเป็นวันใช้พระราชบัญญัตินี้ทั้งสิ้น จำเลยจะมีความผิดตามกฎหมายอื่นใดบ้างหรือไม่ ไม่สำคัญสำหรับคดีนี้ เพราะคดีนี้โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488 เท่านั้น และเมื่อบทบัญญัติโจทก์ฟ้องขอให้เอา

ผิดกับจำเลยเป็นโมฆะเสียแล้ว ก็ไม่มีทางจะลงโทษจำเลยได้จึงให้ยกฟ้องของโจทย์เสียปล่อยจำเลยพ้นข้อหาไป

จากคำพิพากษาฎีกาในคดีอาชญากรสงครามดังกล่าว ทำให้ผู้แทนราษฎรบางท่านไม่เห็นด้วยกับการที่ศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาไปแล้ว เพราะถือว่าคดีดังกล่าวเป็นปัญหาทางด้านการเมืองควรจะตั้งศาลขึ้นมาพิจารณาคดีโดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากศาลฎีกามีอำนาจหน้าที่ในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยคดีตามข้อกฎหมายในหลักการก็ย่อมจะหมายความว่า เมื่อมีกฎหมายอย่างไร ศาลฎีกาก็จะนำมาพิจารณาและวินิจฉัยตามข้อกฎหมายที่มีอยู่ การที่จะให้ศาลฎีกาก้าวเข้ามาพิจารณาว่ากฎหมายใดที่มีอยู่ที่ออกโดยสภานิติบัญญัตินั้น เป็นการออกกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น จึงถือว่าเป็นการไม่ถูกต้องนัก จากเหตุผลจึงทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสมัยนั้นรู้สึกว่าศาลได้ล่วงล้ำเข้ามาในหน้าที่ของสภาในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญ จึงได้มีสมาชิกท่านหนึ่ง (นายกิจจา วัฒนะสินธุ์) เสนอบัญญัติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2489 โดยให้ตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 61 และมาตรา 62 ขึ้นมานี้ เนื่องจากศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2489 โดยมีความเห็น 2 ประการ คือ ประการที่ 1 ก็อ้างว่ากฎหมายอาชญากรสงคราม ซึ่งมีบทบัญญัติให้บังคับย้อนหลังก่อนวันใช้พระราชบัญญัตินั้นเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 และ มาตรา 16 ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง ศาลฎีกาอ้างว่าการตีความรัฐธรรมนูญมาตรา 62 นั้น ไม่เป็นการตัดอำนาจศาลฎีกาไม่ให้ตีความด้วย จากปัญหาจะเห็นได้ว่า การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นนี้เป็นการพาดพิงถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ในระบอบการปกครองประชาธิปไตยระเบียบการแบ่งแยกอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ เป็นสิ่งที่จำเป็นและจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ ถ้าหากว่าอำนาจทั้งสามนี้ไปรวมกันเข้าเมื่อใดแล้วก็จะทำให้เกิดมีการรวมอำนาจ การใช้อำนาจโดยปราศจากขอบเขตเป็นการกระทบกระเทือน ถึงสิทธิและเสรีภาพของราษฎร และกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยเหตุนี้จึงถือว่าคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีผลเท่ากับเป็นการทำให้อำนาจอธิปไตยสั่นคลอนลงอีกทั้งมีผลกระทบกระเทือนถึงการปกครองระบบรัฐธรรมนูญด้วย

ในกรณีที่ศาลฎีกาได้ก้าวล่วงเข้ามาในวงเขตอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นประเด็นที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า กฎหมายคดีอาชญากรสงครามซึ่งมีผลบังคับย้อนหลังก่อนวันใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นโมฆะ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 นั้น ศาลฎีกาอ้างว่า โ ดยที่ศาลฎีกามีอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามความในมาตรา 14 มาตรา 58 และมาตรา 60 ดังนั้น ศาลฎีกาจึงชอบที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรนั้นใช้ได้หรือไม่ และนอกจากนั้นยังอ้างเหตุประกอบด้วยว่าโดยที่ศาลมีอำนาจในทางตุลาการ คือ มีอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาก็ดี ก็ย่อมมีอำนาจที่จะตีความในกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ด้วย เพราะถ้าไม่ให้ศาลตีความแล้วจะให้ผู้ใด

ตีความ จะให้ฝ่ายอำนาจบริหารตีความหรืออำนาจบริหารก็ไม่ใช่ตุลาการ จะให้ฝ่ายสภาฯ ตีความ ก็อ้างว่าสภาฯ เป็นผู้ออกกฎหมาย สภาฯ จะไปบอกว่ากฎหมายที่ตนออกนั้นดีได้อย่างไร เพราะฉะนั้นศาลฎีกาเห็นว่าอำนาจตีความนั้นย่อมอยู่แก่ศาลอยู่แล้ว แม้จะมีบทบัญญัติซึ่งได้ บัญญัติไว้ในมาตรา62 ว่า สิทธิในการตีความในกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิเด็ดขาดของสภาผู้แทนราษฎรก็ตาม แต่ศาลฎีกาเห็นว่าไม่เป็นการตัดอำนาจศาลฎีกาที่จะตีความในกฎหมายในกรณีนี้ด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม ปีพุทธศักราช 2575 มาตรา 14 ได้บัญญัติถึงเสรีภาพของบุคคลว่า “ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหะสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ” และในที่สุดศาลได้ตีความว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 14 นี้ ยังหมายถึงเสรีภาพในการกระทำด้วย ถ้าหากว่าศาลจะตีความเช่นนี้แล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการผิดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 63 ซึ่งในกรณีแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นไม่ใช่เป็นการกระทำเป็นของธรรมดา เพราะฉะนั้น การตีความของศาลฎีกาจะทำให้เสียหายเช่นนี้ เห็นว่าเป็นการก้าวล่วงหน้าเข้ามาในอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นของสภาผู้แทนราษฎรต่อไปถ้าหากปล่อยให้ศาลตีความได้เช่นนี้แล้วในวันหนึ่งข้างหน้ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะต้องเป็นโมฆะ ใช้ไม่ได้ เพราะเป็นการตัดเสรีภาพของบุคคล จึงเป็นการกระทบในทางอำนาจนิติบัญญัติ เป็นการสมควรที่จะได้พิจารณากันให้ถ่องแท้ว่า การที่ศาลตีความเช่นนั้นมีอำนาจตีความเพียงไร เห็นว่าศาลไม่ควรตีความให้นอกเหนือไปกว่านั้น เพราะรัฐธรรมนูญไม่ใช่เป็นกฎหมายธรรมดาแต่เป็นกฎหมายพิเศษ และเป็นกฎหมายสูงสุด โยเป็นกฎหมายที่วางรากโครงสร้างของรัฐ

เพราะฉะนั้น การกระทำใด ๆ อันกระทบกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญนั้น ก็จะได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะการแก้ไขจะต้องทำจากรัฐบาลหรือสมาชิกสภาผู้แทนฯ มีจำนวนหนึ่งในสิบ และลงมติไว้แล้วจะต้องรอไว้ 1 เดือน เช่นนี้เป็นเรื่องพิเศษ และการที่กฎหมายบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 62 นั้น ก็เป็นการเน้นให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญนี้เป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์จะตีความตามชอบใจไม่ได้ จึงสงวนสิทธิ์ไว้ให้สภาผู้แทนราษฎรเท่านั้นในฐานะที่เป็นผู้ออกกฎหมาย เป็นผู้ที่เขียนและร่างกฎหมายนี้ออกมา ใครจะรู้ดีเท่าอำนาจนิติบัญญัติหาได้ไม่อีกแล้ว เพราะฉะนั้น กฎหมายจึงได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นพิเศษ

นอกจากนั้น การตีความตามรัฐธรรมนูญนั้น ถ้าปล่อยให้ศาลซึ่งประกอบด้วยบุคคลเพียง 2-3 คน หรือ 4-5 คน เป็นผู้ตีความรัฐธรรมนูญโอกาสผิดพลาดย่อมมีได้ ดังนั้นควรให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ตีความ เพราะสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรใหญ่มีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในการพิจารณาการตีความรัฐธรรมนูญจึงไม่เป็นตามอำเภอใจ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ

เสรีภาพของราษฎร ดังนั้นสภาผู้แทนราษฎรจึงมีความรอบคอบในการตีความรัฐธรรมนูญมากกว่าศาล

จากหลักเกณฑ์และเหตุผลดังกล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนที่มาของมาตราต่าง ๆ ดังที่กล่าวแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้อยู่กับสภาผู้แทนราษฎร ศาลจะอ้างอำนาจอื่นใดมาโต้แย้งไม่ได้ ส่วนคำพิพากษาที่ 1/2489 ที่ศาลได้ตัดสินไปแล้วก็ให้เป็นไปตามคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ฉะนั้น สภาผู้แทนราษฎรจะต้องหาหนทางแก้ไข เพื่อขจัดความขัดแย้งและป้องกันมิให้เกิดปัญหาขึ้นมาอีก โดยเฉพาะคำพิพากษาฎีกาที่ 1/ 2489 และรายงานของคณะกรรมการดังกล่าว จึงถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของตุลาการรัฐธรรมนูญ และในที่สุดประเทศไทยได้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในปีพุทธศักราช 2489 เป็นต้นมาจนถึงพุทธศักราช 2534 และพัฒนากลายมาเป็นองค์กรอิสระทางศาล ที่เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ.2540 ซึ่งรายละเอียดจะขอกล่าวในหัวข้อต่อไป

7. ความหมายและรายละเอียดเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

นับตั้งแต่ได้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ได้มีการสถาปนาองค์กรขึ้นใหม่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายองค์กร อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ศาลปกครอง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น ศาลรัฐธรรมนูญ จึงนับเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่ได้จัดตั้งขึ้นใหม่ โดยมีภารกิจสำคัญในอันที่จะพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ และมีหน้าที่หลายประการที่สำคัญ คือ การควบคุมมิให้ร่างกฎหมายและกฎหมายขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญ ตลอดจนวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นเด็ดขาด และมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ

7.1 วิวัฒนาการของอำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ

นับจากรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2489 เป็นต้นมาจนกระทั่งถึงฉบับปัจจุบัน 2540 รวม 56 ปีแล้วนั้น รัฐธรรมนูญที่เป็นฉบับเต็มรูปทุกฉบับ ซึ่งยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 ได้แก่ ฉบับปีพุทธศักราช 2490 ซึ่งจัดทำและประกาศใช้โดยคณะรัฐประหาร และยกเว้นรัฐธรรมนูญการปกครองประเทศฉบับต่าง ๆ อันเป็นฉบับชั่วคราว ได้มีบทบัญญัติเรื่องสถาบันหนึ่งขึ้นมาไว้ทุกฉบับ สถาบันดังกล่าวเช่นว่านี้ คือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ” นับได้รวม 7 ฉบับด้วยกันคือ รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธราช 2489 รัฐธรรมนูญฉบับปีที่พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2495 รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2534

ซึ่งหากได้วิเคราะห์และพิจารณากันถึงรายละเอียดแห่งเนื้อหาแล้วพบว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศไทยแล้วซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่า คณะผู้ร่างหรือจัดทำรัฐธรรมนูญ ของไทยนั้นยังไม่มีแนวคิดในเรื่องของการจัดองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญตามรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแต่ประการใด และพบว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญมักจะเขียนบทบัญญัติในเรื่องของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยใช้วิธีลอก ๆ มาจากรัฐธรรมนูญฉบับปีก่อน ๆ และทำการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปตาม “ความคิดเห็นเฉพาะกาล” ซึ่งเป็นความคิดชั่วคราวที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกลุ่มผลประโยชน์เป็นสำคัญ

ถึงแม้ว่าในปีพุทธศักราช 2517 ซึ่งเป็นปีหลังจากเหตุการณ์เดือนตุลาคม 2516 ซึ่งทำให้นักวิชาการจำนวนหนึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญการปกครองประเทศ พุทธศักราช 2515 และมีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 10 ปีพุทธศักราช 2517 ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติที่ค่อนข้างก้าวหน้ามากกว่าฉบับอื่น ๆ แต่ก็ยังเป็นแนวความคิดเบื้องต้น และยังห่างไกลกับรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ นอกจากนั้นแล้วแนวความคิดดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็มิได้รับความสนใจและมีการพัฒนาต่อแต่อย่างใด ซึ่งสาเหตุน่าจะสันนิฐานได้ว่าการเขียนบทบัญญัติเหล่านี้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 10 นี้อาจจะเร็วเกินกว่าพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง ซึ่งนักกฎหมายไทยโดยทั่ว ๆ ไป ในขณะนั้นหรือแม้แต่ในขณะนี้เอง ผู้ที่สนใจศึกษาแนวทางหรือนิติปรัชญาของกฎหมายไทยโดยทั่ว ๆ ไป ในขณะนั้นหรือแม้แต่ในขณะนี้เอง ผู้ที่สนใจศึกษาแนวทางหรือนิติปรัชญาของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง เพื่อที่จะนำมาใช้พัฒนากลไกการปกครองในระบอบประชาธิปไตยยังมีจำนวนน้อย และเมื่อทำการพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วย “อำนาจหน้าที่” ของตุลาการรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ จะเห็นได้ว่า อำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญมีวิวัฒนาการ โดยเริ่มจากการมีอำนาจหน้าที่เบื้องต้นของศาลรัฐธรรมนูญก่อน คือ รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญทั้งนี้เพื่อให้เป็นหลักประกันในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ คือ ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยได้ต่อเมื่อได้รับเรื่องที่เสนอโดยศาลยุติธรรม ในกรณีที่ศาลยุติธรรมเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาก็ได้เพิ่มขอบเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามลำดับ

รัฐธรรมนูญตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2489 จนถึงพุทธศักราช 2534 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติจัดตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนรวมทั้งสิ้นด้วยกัน 7 ฉบับ ซึ่งอาจทำการแยกได้เป็น 2

ช่วง ได้แก่ช่วงระหว่างปี 2489 จนถึงปีพุทธศักราช 2516 เป็นช่วงที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่น้อย และช่วงที่ 2 ได้แก่ช่วงปี 2517 จนถึงปี 2536 เป็นช่วงที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ขยายตัวมากขึ้น จนปัจจุบันได้มีรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2540 ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อำนาจมากที่สุดและสถาปนาองค์กรขึ้นมาใหม่เรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญแทนคณะตุลาการในรัฐธรรมนูญฉบับเก่า ๆ ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

7.2 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะประเทศไทยที่เป็นรัฐเดี่ยว

ศาลรัฐธรรมนูญ หรือตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน สาธารณรัฐอิตาลี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสาธารณรัฐออสเตรีย ซึ่งเป็นประเทศที่มีรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ หรือสหพันธ์ ก็เนื่องมาจากความจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรกลางที่ทำหน้าที่พิจารณาและชี้ขาดข้อขัดแย้งระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือรัฐต่อรัฐบาลกลางเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ที่แต่ละฝ่ายมีอยู่ต่อกัน อีกทั้งยังแก้ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจสูงสุดของรัฐสภา หรืออีกความหมายหนึ่งคือปัญหาเรื่องเผด็จการรัฐสภานั่นเอง สำหรับประเทศไทยเท่าที่ประวัติความเป็นมาตามรัฐธรรมนูญไทยจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือแม้แต่ในชั้นยกร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมาธิการ สภาร่างรัฐธรรมนูญก็กำหนดให้ประเทศไทยเป็นรัฐเดี่ยว จึงไม่พบปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือรัฐต่อรัฐบาลกลาง เพราะประเทศไทยเป็นรัฐเดี่ยวไม่ใช่สหพันธ์หรือมลรัฐที่ต้องมีรัฐบาลกลางซึ่งต้องให้องค์กรกลางเป็นผู้ชี้ขาด แต่เหตุที่รัฐธรรมนูญของไทยในอดีตกาลนั้น และมีการพัฒนาจากตุลาการรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (2540) ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อเป็นองค์กรที่ปกป้องพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญเอาไว้มิให้ถูกล่วงละเมิดได้ซึ่งเป็นองค์กรอิสระเพียงองค์กรเดียว และคำวินิจฉัยนั้นผูกพันต่อทุกองค์กร

จากอดีตพบว่า การที่รัฐธรรมนูญฉบับหลัง ๆ มากำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็แต่เพียงมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตุลาการเข้ามาวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติดังที่เคยเกิดขึ้นในคดีพิพากษาคดีอาชญากรสงครามที่ 1/2489 ที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติอัน ได้แก่ พระราชบัญญัติอาชญากรสงครามที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษอาญาแก่บุคคลเป็นกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่เห็นได้ว่าการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญไทย เมื่อพิจารณาถึงบทบาทภาระหน้าที่แล้ว ย่อมมีความแตกต่างกันกับของประเทศในภาคพื้นยุโรปนั่นเอง

7.3 ความหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั่วไป แต่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะที่มีปัญหากฎหมายเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมาย

สูงสุดของประเทศ หน้าที่หลักศาลรัฐธรรมนูญคือ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งนี้เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

1) เพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมโดยมิให้มีการบัญญัติกฎหมายที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้

2) ศาลยุติธรรม การควบคุมโดยองค์กรนี้มิใช่อยู่ในสหรัฐ แคนาดา โบลิเวีย คิวบา เม็กซิโก ไนจีเรีย คูเวด ญี่ปุ่น เป็นต้น

3) ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรศาลพิเศษนี้เป็นที่ยอมรับในหลายประเทศ เช่น ออสเตรีย เยอรมันนี อิตาลี ตุรกี สเปน สวีเดน สวิตเซอแลนด์ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยได้เคยใช้ศาลยุติธรรม องค์กรทางการเมือง และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งสามระบบมาแล้ว แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสืบเนื่องจากการต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักเพียงแต่องค์กรเดียวซึ่งมีความเชี่ยวชาญความรู้ ความสามารถเป็นการเฉพาะ การสร้างองค์กรตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน 2540 ที่เปลี่ยนมาใช้ระบบศาลพิเศษ หรือศาลรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้กระบวนการพิจารณานั้นมีมาตรฐานขั้นต่ำ และมีกระบวนการพิจารณาที่ชัดเจนต่อคู่ความผู้ถูกร้อง หรือผู้ร้องเอง การอำนวยความยุติธรรมปลอดการแทรกแซงจากอิทธิพลของฝ่ายต่าง ๆ เพราะศาลมีหลักประกันอิสระในการทำหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง

7.4 ที่มาและวิวัฒนาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 61 ได้บัญญัติเพียงว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ" โดยมิได้บัญญัติให้องค์กรใดเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีที่เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้น จนกระทั่งเกิดกรณีปัญหาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 จะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ซึ่งศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1/ 2589 วินิจฉัยว่า องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษให้องค์กรใดวินิจฉัย ดังนั้นอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็คือ ศาลยุติธรรม

ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติ คือสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 62 บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรยืนยันมีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ

ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการ ในคดีอาชญากรสงครามได้ส่งผลให้มีการสร้างองค์กรพิเศษขึ้นเรียกว่า คณะตุลการรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมา

ดังนั้น ในการร่างรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่ พ.ศ.2484 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญทุกฉบับก็ได้บัญญัติให้มี "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ" ขึ้น โดยเห็นว่าการวินิจฉัยกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่ไม่ควรให้ศาลยุติธรรมตัดสินวินิจฉัยชี้ขาด เนื่องจากไม่ใช่การตัดสินระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน แต่ควรจะเป็นหน้าที่ขององค์กรพิเศษ ส่วนองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็แตกต่างกันไปในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ

แต่สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปีปัจจุบันได้กำหนดให้มี "ศาลรัฐธรรมนูญ" เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่มากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ มาก ซึ่งองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ตามที่จะกล่าวต่อไป

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการในการรับฟังพยานหลักฐานของศาล

พยานหลักฐาน หมายถึง สิ่งใด ๆ ที่แสดงข้อเท็จจริงให้ปรากฏแก่ศาลได้ (โสภณ รัตนากร, 2545,หน้า 9) ในการดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ส่วนมากแล้วจะมีคู่ความสองฝ่ายคือโจทก์และจำเลย ทั้งโจทก์และจำเลยต่างก็จะกล่าวอ้างข้อเท็จจริงต่าง ๆ มาในคำฟ้องและคำให้การเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวหาและข้อกล่าวแก้ของตน ข้อเท็จจริงต่างๆเหล่านี้ย่อมตรงกันบ้างและขัดแย้งกันบ้างและถ้ากระบวนการพิจารณาจบสิ้นเพียงเท่านี้ ศาลย่อมไม่สามารถชี้ขาดได้ว่าฝ่ายใดถูกฝ่ายใดผิดเพราะศาลไม่มีทางจะทราบได้ว่าฝ่ายใดจะกล่าวอ้างเรื่องจริงฝ่ายใดจะกล่างอ้างเรื่องเท็จ ฉะนั้นคู่ความแต่ละฝ่ายจึงมีความจำเป็นต้องหาข้อพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนให้ศาลเชื่อ ซึ่งได้แก่การนำพยานหลักฐานมาแสดงยืนยันข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างนั้นเอง (เข็มชัย ชุติวงศ์, 2542, หน้า 1)

1. การรับฟังพยานหลักฐาน

การที่ศาลจะตัดสินว่าฝ่ายใดผิด ฝ่ายใดถูก และมีสิทธิและหน้าที่อย่างใดนั้น ศาลต้องชี้ขาดข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งเป็นพื้นฐานก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ ความรับผิดหรือการต้องรับโทษเสียก่อน ซึ่งคู่ความต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างและข้อเถียงของตน เพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าศาลควรเชื่อถือข้อเท็จจริงเป็นอย่างใด ๆ หากคู่ความไม่นำสืบพยานหลักฐานหรือเมื่อการนำสืบทำไม่ถูกวิธีซึ่งตามกฎหมายห้ามไม่ให้รับฟังหรือพยานหลักฐานที่นำมาสืบนั้นกฎหมายห้ามมิให้รับฟัง ศาลก็จะนำพยานหลักฐานนั้นมาตัดสินคดีไม่ได้ ดังนั้นเพื่อให้ชนะคดีโดยปกติคู่ความจึงต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่ตนกล่าวอ้าง เว้นแต่มีการยอมรับข้อเท็จจริงกันเป็นยุติแล้ว หรือคู่ความท้ากันให้ศาลวินิจฉัยเฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย โดยถือเอาเป็นข้อแพ้ชนะคดีกันโดยไม่ต้องอาศัยข้อเท็จจริง

ดังนั้นการรับฟังพยานหลักฐานหรือไม่รับฟังพยานหลักฐานใดของศาลจึงเป็นส่วนหนึ่ง ของการพิจารณาคดีที่สำคัญ เพราะเป็นการรับฟังข้อเท็จจริงในคดีที่ก่อให้เกิดผลแพ้ชนะในคดีได้

2. ความหมายของการรับฟังพยานหลักฐาน

การรับฟังพยานหลักฐาน หมายถึงขั้นตอนในการที่ศาลจะวินิจฉัยหรือคัดเลือกว่า พยานหลักฐานใดสามารถนำสืบหรือนำเข้าสู่สำนวนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในการรับฟังพยานหลักฐานของศาลนั้นมิได้หมายความว่าหากพยานหลักฐานใดได้ถูกเสนอต่อศาลแล้วศาลจะรับฟังพยานหลักฐานนั้นๆได้เสมอไป ทั้งนี้เพราะพยานหลักฐานที่ศาลจะรับฟังได้นั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายวางไว้ เป็นต้นว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 85

3. วัตถุประสงค์ของการรับฟังพยานหลักฐาน

วัตถุประสงค์ของการรับฟังพยานหลักฐานก็คือ การรับฟังข้อเท็จจริงที่จะเป็นพยานหลักฐานเพื่อให้การวินิจฉัยและการพิจารณาคดีของศาลถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งการค้นหาข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้น ศาลของประเทศต่าง ๆ ย่อมดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ว่าด้วยพยานหลักฐานตามระบบที่ประเทศนั้นๆใช้อยู่ โดยหลักการค้นหาความจริงในลักษณะของกฎหมายพยานมีที่มาเป็นสองระบบได้แก่ ระบบกล่าวหา และระบบไต่สวนซึ่งต่อมาทั้งสองระบบได้คลี่คลายเข้าหากันทำให้เกิดระบบผสม

4. หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานโดยทั่วไป

หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานโดยทั่วไป คือหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าพยานหลักฐานอย่างใดรับฟังได้หรือรับฟังไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการกำหนดว่าพยานหลักฐานใดนำสืบได้พยายหลักฐานใดนำสืบไม่ได้ โดยพยานหลักฐานที่ศาลจะรับเข้าสู่สำนวนของศาลเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในประเด็นของคดีนั้น หลักเกณฑ์สำคัญอย่างแรกที่ต้องพิจารณาก็คือ พยานหลักฐานนั้นเกี่ยงข้องกับข้อเท็จจริงของคดีหรือไม่ ถ้าพยานใดเป็นพยานนอกประเด็นของคดีย่อมถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังไม่ได้ แต่ถ้าพยานหลักฐานใดเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงของคดี หลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาต่อมาก็คือ พยานหลักฐานดังกล่าวอยู่ในบังคับของกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานหรือไม่ ถ้าพยานหลักฐานดังกล่าวไม่ได้อยู่หรือขัดต่อกฎเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐาน พยานหลักฐานเช่นว่านั้นก็ไม่สามารถรับฟังได้ ถึงว่าจะเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงของคดีก็ตาม ซึ่งหลักเกณฑ์การับฟังพยานหลักฐานโดยทั่วไปสามารถจำแนกได้ดังนี้

4.1 การรับฟังพยานหลักฐานตามหลักความยุติธรรมในการพิจารณา

หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายต้องการไม่ให้คู่ความเอาเปรียบกันในทางพิจารณาคดี และศาลจะได้ดำเนินกระบวนพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม กฎหมายจึงได้บัญญัติข้อ

ห้ามต่างๆไว้ หากคู่ความฝ่ายใดละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวศาลก็จะไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้นซึ่งพยานหลักฐานที่ศาลไม่รับฟังตามหลักเกณฑ์นี้มีดังนี้ (รุจิรัตน์ ชุมวรเดช, 2536, หน้า 28)

ก) พยานหลักฐานที่นำสืบโดยฝ่าฝืนสิทธิหรือทำลายสิทธิการต่อสู้คดีของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ในการนำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในศาลนั้นกฎหมายได้วางระเบียบวิธีการบางอย่างให้คู่ความทั้งสองฝ่ายปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการดำเนินคดี ไม่ให้คู่ความทั้งสองฝ่ายเอารัดเอาเปรียบกันโดยการนำเอาพยานหลักฐานเข้ามาสืบแบบจู่โจมโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่ทันรู้ตัว ทำให้ไม่มีโอกาสสืบหักล้าง หรืออธิบายความจริงให้ปรากฏต่อศาลได้ (เข็มชัย ชุติวงศ์, 2542, หน้า 265) ซึ่งระเบียบวิธีการเหล่านี้กฎหมายจะวางสภาพบังคับไว้ ถ้าไม่ปฏิบัติตามศาลอาจไม่รับฟังพยานหลักฐานนั้น ถึงแม้ว่าพยานหลักฐานนั้นจะเป็นพยานที่น่าเชื่อถือก็ตาม ระเบียบวิธีการของวิธีพิจารณาที่สำคัญที่มีผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานตามหลักเกณฑ์ในข้อนี้ได้แก่ ระเบียบวิธีการในเรื่องการยื่นบัญชีระบุพยาน และการส่งสำเนาพยานเอกสาร เป็นต้น

การยื่นบัญชีระบุพยานเป็นระเบียบวิธีที่ใช้กับการอ้างพยานเอกสารทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยนวัตถุ หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ และเป็นกระบวนพิจารณาที่สำคัญมาก การที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีการยื่นบัญชีระบุพยาน ก็เพื่อให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสทราบล่วงหน้าว่าฝ่ายตรงข้ามจะอ้างพยานบุคคลใดหรือเอกสารอะไรมาเป็นพยานในคดีเป็นการป้องกันการเอารัดเอาเปรียบระหว่างคู่ความโดยการนำสืบพยานแบบจู่โจมโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ทันรู้ตัว ทำให้เขาเสียเปรียบในเชิงคดีและทำให้ข้อเท็จจริงบางประการอาจผิดเพี้ยนไปจากความเป็นจริงหรือไม่กระจ่างชัดเท่าที่ควร (เข็มชัย ชุติวงศ์, 2542, หน้า 265) ดังนั้นการที่คู่ความอ้างพยานหลักฐานใด คู่ความต้องยื่นบัญชีระบุพยานต่อศาลก่อนการสืบพยาน หากคู่ความฝ่ายใดมิได้ยื่นบัญชีระบุพยานหรือไม่ได้ระบุพยานที่จะนำสืบไว้ในบัญชีระบุพยาน คู่ความฝ่ายนั้นจะนำพยานที่ไม่ได้ยื่นบัญชีระบุพยานเข้าสืบไม่ได้ แต่บางกรณีถ้าศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและพยานหลักฐานดังกล่าวเกี่ยวกับประเด็นข้อสำคัญของคดี ศาลอาจอนุญาตให้ยื่นบัญชีระบุพยานเข้ามาได้ และคู่ความก็นำพยานที่ระบุไว้มาสืบได้

ส่วนการส่งสำเนาพยานเอกสารนั้นเป็นระเบียบวิธีการพิจารณาที่สำคัญของการรับฟังพยานหลักฐานตามหลักเกณฑ์ในข้อนี้อีกหลักเกณฑ์หนึ่ง ทั้งนี้เนื่องจากพยานเอกสารเป็นการอ้างข้อความที่ปรากฏในเอกสาร ดังนั้นการที่คู่ความฝ่ายใดอ้างพยานเอกสารคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งต้องมีโอกาสได้ตรวจเอกสารนั้นก่อนวันสืบพยาน ดังนั้นคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานเอกสารนั้นจะต้องคัดสำเนาเอกสารที่ต้องการอ้างเป็นพยานติดท้ายฟ้องหรือท้ายคำให้การไปด้วย แต่ถ้ามิได้กล่าวอ้างไว้ในคำฟ้องหรือคำให้การ และคู่ความมีความประสงค์จะนำสืบภายหลัง คู่ความฝ่ายนั้นจะต้องคัดสำเนาเอกสารนั้นส่งให้คู่ความอีกฝ่ายทราบล่วงหน้าก่อนการพิจารณาด้วย มิฉะนั้น ศาลจะไม่รับฟัง

พยานเอกสารนั้น ทั้งนี้เพราะการไม่ส่งสำเนานั้นย่อมทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ อย่างไรก็ตามในเรื่องการส่งสำเนาเอกสารนี้ไม่เป็นบทบังคับเด็ดขาด ศาลอาจรับฟังพยานเอกสารดังกล่าวได้หากเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ทั้งนี้เพราะศาลเห็นว่าการเสียเปรียบของคู่ความฝ่ายที่ไม่ได้รับสำเนาเอกสารเป็นความเสียเปรียบที่แก้ไขได้ ทั้งนี้โดยอาจให้คู่ความมีโอกาสตรวจเอกสารและมีโอกาสตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของเอกสารนั้น โดยอาจให้เลื่อนคดีหรือโดยวิธีการอื่นๆ

ข) พยานหลักฐานที่นำมาสืบโดยฟุ่มเฟือยหรือประวิงคดี

พยานหลักฐานฟุ่มเฟือย หมายถึง พยานหลักฐานที่ไม่จำเป็นต้องนำสืบในคดีนั้น อาจเป็นเพราะคู่ความได้นำสืบพยานหลักฐานอื่นในประเด็นนั้นแล้ว หากจะให้นำสืบพยานหลักฐานนี้อีกก็จะซ้ำกันไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ เพิ่มขึ้น หรืออาจเป็นเพราะข้อเท็จจริงที่ต้องนำสืบพยานหลักฐานนั้นรับฟังได้ยุติเป็นอย่างหนึ่งอย่างใดได้แล้ว หากจะยอมให้นำสืบพยานหลักฐานนั้นอีกก็ไม่ทำให้การรับฟังข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป เช่นประเด็นในคดีมีว่าจำเลยทำสัญญากู้หรือไม่โจทก์นำพยานที่ลงชื่อในสัญญามาเบิกความยืนยันแล้วไม่จำเป็นต้องนำพยานอื่นที่อยู่ในเหตุการณ์ขณะจำเลยลงชื่อในสัญญามาเบิกความอีก เพราะพยานเหลานี้จะเบิกความในข้อเท็จจริงเดียวกัน และซ้ำกันในข้อเท็จจริงที่ฟังได้แล้ว พยานหลักฐานที่ฟุ่มเฟือยหากนำสืบย่อมเป็นพยานหลักฐานที่ประวิงคดีได้ ดังนั้นศาลจึงตัดสิทธิไม่ให้นำสืบพยานนั้นได้

4.2 การรับฟังพยานหลักฐานโดยพิเคราะห์ตามสภาพของข้อเท็จจริงที่ต้องนำสืบ

ตามปกติเมื่อเกิดประเด็นข้อพิพาทที่ต้องมีการนำพยานหลักฐานมาสืบคู่ความแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิโดยอิสระที่จะอ้างพยานประเภทใดมาสืบก็ได้ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ สุดแต่ว่าพยานชนิดใดจะเป็นพยานที่ดีที่สุดที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีนั้นโดยเฉพาะในคดีแพ่งซึ่งพยานหลักฐานนั้นมักจะเป็นพยานบุคคลหรือพยานเอการ กล่าวโดยทั่วไปข้อเท็จจริงอันหนึ่งอาจจะพิสูจน์โดยพยานบุคคลก็ได้ หรือพยานเอกสารก็ได้ พยานทั้งสองประเภทนี้มีลักษณะการพิสูจน์ข้อเท็จจริงคล้ายกันเพราะมีกำเนิดจากต้นตอเดียวกัน กล่าวคือ พยานเอกสารมีที่มาจากพยานบุคคลนั่นเอง เพราะเอกสารเกิดเองไม่ได้และเอกสารเป็นสื่อในการติดต่อกันของมนุษย์ ดังนั้นเมื่อบุคคลหนึ่งได้พบข้อเท็จจริงอันหนึ่ง ถ้าเขามาเบิกความในศาลถึงข้อเท็จจริงนั้นหรือเล่าให้อีกคนหนึ่งฟัง และผู้รับฟังมาเบิกความเป็นพยานในศาล ดังนี้สื่อในการถ่ายทอดข้อเท็จจริงเดียวกันสู่ศาลก็คือ พยานเอกสาร พยานบุคคล และพยานเอกสารต่างมีจุดเด่นจุดด้อยต่างกันไปคนละอย่าง กล่าวคือพยานบุคคลนั้นโดยปกติจะเป็นผู้ที่รู้เห็นข้อเท็จจริงใกล้ชิดที่สุด (ประจักษ์พยาน) ไม่มีการถ่ายทอดข้อเท็จจริงผ่านไปยังผู้อื่น และการมาเบิกความในศาลก็ตกอยู่ในภายใต้ความศักดิ์สิทธิ์ของการสาบาน การถูกสังเกตอากัปกิริยาจากฝ่ายผู้พิพากษาและคู่ความฝ่าย

ตรงข้าม และการถูกถามค้านโดยฝ่ายตรงข้าม เหล่านี้เป็นหลักประกันความน่าเชื่อถือของพยาน แต่จุดด้อยของพยานบุคคลก็คือ ระยะเวลาระหว่างตอนที่พยานพบเห็นข้อเท็จจริงกับตอนที่มาเบิกความต่อศาลมักจะเป็นเวลานานมาก จนความจำของพยานอาจไม่แม่นยำเหมือนเดิม ทำให้เกิดปัญหาพยานจำข้อเท็จจริงไม่ได้หรือจำผิด นอกจากนี้อาจมีความบกพร่องในการรับรู้ข้อเท็จจริงหรือการถ่ายทอดความรู้ให้ผู้อื่นเข้าใจ ส่วนพยานเอกสารนั้นมีจุดเด่นตรงที่ว่าไม่ว่าเวลาจะผ่านไปนานเพียงใดข้อความในเอกสารก็จะยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง โดยเฉพาะถ้าได้ต้นฉบับของเอกสารมาสืบ แต่จุดด้อยก็คือ เอกสารเกิดขึ้นเองไม่ได้จะต้องมีบุคคลทเอกสารนั้นขึ้นซึ่งไม่มีหลักประกันว่าบุคคลนั้นจะทำเอกสารนั้นตามความจริงหรือแกล้งทำเอกสารเท็จ ยิ่งถ้าไม่มีการนำตัวคนทำเอกสารมาสืบประกอบแล้วยิ่งทำให้ความน่าเชื่อถือของเอกสารลดลงไปอีก นอกจากนี้พยานเอกสารยังมีปัญหาเรื่องการปลอมหรือความไม่ถูกต้องแท้จริงด้วย

จากจุดเด่นและจุดด้อยของพยานแต่ละประเภทที่กล่าวมา จะเห็นว่าจุดด้อยของพยานเอกสารเกี่ยวกับความน่าเชื่อ หรือความถูกต้องของข้อเท็จจริงนั้น อาจแก้ไขได้ถ้าเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่ทำขึ้นระหว่างคู่ความหรือคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพราะกรณีเช่นนี้คู่ความฝ่ายหนึ่งต้องระวังผลประโยชน์ของตน และไม่ยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งทำเอกสารมีข้อความเป็นเท็จ เช่นในการทำสัญญาซื้อขายซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายต่างลงชื่อในสัญญา ย่อมน่าเชื่อว่าข้อความถูกต้องเพราะอยู่ในความรู้เห็นของทั้งสองฝ่าย จะเห็นว่าสามารถแก้ไขจุดด้อยของพยานเอกสารข้อนี้ได้พยานเอกสารย่อมมีคุณลักษณะเหนือพยานบุคคล ดังนั้นในคดีที่สภาพแห่งข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญาประเภทสำคัญที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงสมควรที่จะให้มีการ สืบพยานเอกสารเพื่อพิสูจน์เนื้อความในสัญญานั้นเพียงอย่างเดียวเพื่อป้องกันไม่ให้มีการโต้เถียงไม่รู้จบโดยการนำพยานบุคคลมาสืบ ทำให้คดีดำเนินไปด้วย ความรวดเร็วและประหยัดขึ้น จึงทำให้เกิดมีหลักการห้ามรับฟังพยานบุคคลมาสืบแทนหรือเพิ่มเติมแก้ไขข้อความในเอกสาร (เข็มชัย ชุติวงศ์, 2542, หน้า 206)

4.3 การรับฟังพยานหลักฐานโดยพิเคราะห์ ถึงสภาพของพยาน

การรับฟังพยานหลักฐานนั้น ต้องพิจารณาถึงสภาพพยานด้วยเนื่องจากสภาพพยานที่ต่างกัน จะมีกฎเกณฑ์ในการนำสืบพยานหลักฐานที่แตกต่างกัน ซึ่งการรับฟังพยานหลักฐานตามสภาพของพยาน อันได้แก่ พยานบุคคล พยานเอกสารและพยานวัตถุ

4.4 การรับฟังพยานโดยพิเคราะห์ถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคู่ความ

การรับฟังพยานนั้นต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย เนื่องจากปัจจุบันแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลนั้นได้รับการยอมรับในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในการรับฟังพยานหลักฐานใด ๆ จึงต้องพิจารณาว่าการรับฟังพยานหลักฐาน

ดังกล่าวนั้นจะสามารถรับฟังได้หรือไม่ เพราะพยานหลักฐานอาจรับฟังไม่ได้เนื่องจากขัดต่อบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

5. ระบบกฎหมายเกี่ยวกับ การรับฟังพยานหลักฐานในศาล

ระบบกฎหมายที่ทั่วโลกใช้กันอยู่ทั่วไปมีหลายระบบ แต่มีระบบที่สำคัญที่ประเทศเสรีประชาธิปไตยนิยมใช้อยู่ 2 ระบบ คือ ระบบคอม มอนลอร์ (Common law) และระบบซีวิลลอร์ (Civil law) ทั้ง 2 ระบบกฎหมายมีกระบวนพิจารณาความที่ต้องการที่มีความแตกต่างกันโดยสำหรับระบบคอมมอนลอร์ ใช้ระบบที่เรียกว่า ระบบกล่าวหา (Accusatory system) ส่วนระบบซีวิลลอร์ ใช้ระบบที่เรียกว่า ระบบไต่ส่วน (Inquisitorial system)

5.1 ระบบกล่าวหา (โสภณ รัตนากร, 2544, หน้า 1-4)

ในอังกฤษเรียกว่า Accusatorial ส่วนในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Adversary (พรเพชร วิชิตชลชัย, 2542, หน้า 5) ระบบกล่าวหานั้นเป็นระบบพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอร์ ซึ่งมีแหล่งกำเนิดจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก ต่อมาจึงมีการพัฒนานำไปใช้ในประเทศอาณานิคมของอังกฤษปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้ยังเป็นที่นิยมอยู่ในประเทศต่าง ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา คานาดา ออสเตรีย นิวซีแลนด์ มาเลเซีย และสิงค์โปร์ เป็นต้น

ดังนั้น การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในระบบกล่าวหาจึงเป็นหน้าที่ของคู่ความกระบวนวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาจะมีความสัมพันธ์กับ " หลักความประสงค์ของคู่ความ " โดยกระบวนพิจารณาลักษณะนี้เน้นเรื่องบทบาทและสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นสำคัญ คู่ความไม่เป็นเพียงแต่ฝ่ายกำหนดขอบเขตข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนพิจารณา แต่ยังมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนพิจารณา รวมทั้งการรวบรวมพยานหลักฐานอีกด้วย และมักจะมีลักษณะเป็นกระบวนพิจารณาด้วยวาจาโดยเปิดเผย ระบบกล่าวหาถือว่าเป็นวิธีการที่พัฒนาขึ้นมาใช้แทนการแก้แค้นกันเป็นส่วนตัว โดยให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีได้เองในฐานะเป็นผู้กล่าวหา อำนาจนี้ต่อมาได้ขยายไปถึงญาติของผู้เสียหายด้วย ผู้ตัดสินคดีไม่มีอำนาจตัดสินนายกประเด็นแห่งคดี หรือนำสืบพยาน เรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจของผู้กล่าวหา และผู้ถูกกล่าวหาผู้พิพากษาจะเป็นคนกลางพิจารณาคดีโดยเปิดเผย และด้วยวาจา (วรรณชัย บุญบำรุง, 2543, หน้า 87)

ซึ่งห้ามไม่ให้ศาลตัดสินตามความเชื่อของศาล ฉะนั้นในระบบนี้จึงถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่ความในแต่ละฝ่ายจะต้องเสนอพยานหลักฐานของตน และศาลจะพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานที่ตนคิดว่าดีที่สุด ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมให้คู่ความเสนอพยานหลักฐานได้เต็มที่ แม้ตามความเป็นจริงในบางคดีไม่ได้เสนอพยานหลักฐานโดยครบถ้วน ไม่ว่าโดยคู่ความจงใจหรือ

พลั้งเผลอก็ตาม โดยทั่วไปศาลจะไม่เรียกพยานหลักฐานมาเอง เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นและในคดีแพ่งนั้น ศาลจะเรียกพยานมาสืบเองได้ก็โดยความยินยอมของคู่ความนั้น

แต่อย่างไรก็ตามได้มีการเรียกร้องเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ว่า ศาลควรจะเข้าไปแทรกแซงโดยวิธีจัดการเกี่ยวกับการดำเนินคดี ทั้งก่อนการพิจารณาและระหว่างการพิจารณาให้มากยิ่งขึ้น สาเหตุหนึ่งที่มีการเรียกร้องนี้เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงขึ้นมาก (พรเพชร วิชิตชลชัย, 2542, หน้า 5) ลอร์ด Denning อดีตอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ถึงกับกล่าวในการตัดสินคดีหนึ่งว่า แม้ในอังกฤษผู้พิพากษามิใช่เป็นเพียงผู้รักษากฎเกณฑ์ (Umpire) คอยตอบคำถามเท่านั้น แต่มีหน้าที่ค้นบทความจริงและอำนวยความยุติธรรมตามกฎหมายด้วย (พรเพชร วิชิตชลชัย, 2542, หน้า 5)

5.2 ระบบไต่สวน (Inquisitorial system)

ระบบไต่สวนเป็นการพัฒนาต่อจากการแก้แค้นเป็นส่วนตัวโดยได้ยกเลิกวิธีการให้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวหาเอง และให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่แทน ผู้พิพากษาเปลี่ยนสถานะจากการเป็นคนกลางมาเป็นผู้ทำการไต่สวน มีอำนาจสืบพยานและควบคุมการไต่สวนเอง การพิจารณาคดีมิใช่เป็นการต่อสู้ระหว่างผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา แต่เป็นการต่อสู้ระหว่างจำเลยกับรัฐ เป็นการพิจารณามิได้ทำโดยเปิดเผยและพิจารณาด้วยเอกสารมากกว่าการเบิกความ

ศาลในระบบนี้จะมีบทบาทในการค้นหาความจริงมาก ในคดีอาญาบางกรณีศาลเข้าไปมีส่วนร่วมตั้งแต่ในชั้นสอบสวน การดำเนินคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นการสืบพยาน การซักถามพยานศาลจะเป็นผู้ดำเนินการเองโดยตลอด ผู้อื่นจะถามพยานจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน

ผู้พิพากษาในประเทศภาคพื้นยุโรปจึงมีบทบาทมากกว่าผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาในเรื่องต่าง ๆ เช่น การปรับปรุงข้อเรียกร้องหรือฉบับต่อสู้การจำหน่ายคดีสำหรับคู่ความบางฝ่าย การเรียกให้บางฝ่ายเข้ามาในคดี ตลอดจนการดำเนินคดี ผู้พิพากษามักจะให้พยานเบิกความโดยเล่าเรื่องได้อย่างกว้างขวาง เสร็จแล้วผู้พิพากษาจึงถามเพิ่มเติมในตอนหลัง ดังนั้นผู้พิพากษาจึงมีบทบาทในคดีอาญามากกว่าในคดีแพ่ง

ฉะนั้นโดยสรุปแล้วระบบไต่สวนนั้นถือว่าหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงเป็นของศาล ศาลมีบทบาทสำคัญในการที่จะสืบพยานหรืองดสืบพยานใดก็ได้ ถึงแม้คู่ความจะมีสิทธินำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล แต่ศาลก็สามารถสั่งให้มีการสืบพยานเพิ่มเติมได้อีก วิธีการปฏิบัติในการถามพยานก็จะให้ศาลเป็นผู้ซักถามก่อนแล้วคู่ความค่อยซักถามภายหลัง ดังนั้นกระบวนการพิจารณาในแบบนี้มักจะมีลักษณะเป็นกระบวนพิจารณาด้วยเอกสารโดยลับ และไม่ค่อยจะมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ และนอกจากการรับฟังพยานหลักฐานโดยกว้างขวางแล้ว ศาลยังมีดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ อาจกล่าวได้ว่าในระบบไต่สวนนั้น ศาลมีหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อที่จะรับฟังเป็นข้อยุติ คู่ความมีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลเป็น

การช่วยเหลือศาลให้ทำหน้าที่ได้อย่างสมบูรณ์และถูกต้อง (วรรณชัย บุญบำรุง, 2543, หน้า 6) ในระบบนี้ศาลมีอำนาจกว้างขวางที่จะใช้ดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่เสนอมาโดยคู่ความและดุลพินิจนี้มักถูกโต้แย้งไม่ได้ (Unbelievable) นอกจากการรับฟังพยานหลักฐานโดยกว้างขวางแล้ว ศาลยังมีดุลยพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ กระบวนพิจารณาในระบบนี้จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ และเป็นกระบวนพิจารณาที่คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก แต่ถึงอย่างไร กระบวนพิจารณาในระบบนี้แม้ว่าจะช่วยให้การดำรงกระบวนพิจารณาดำเนินไปอย่างรวดเร็ว และคู่ความไม่มีโอกาสเอารัดเอาเปรียบ อันเนื่องจากศาลมีบทบาทมากในการดำเนินกระบวนพิจารณาแต่ศาลก็ต้องระมัดระวังในเรื่องของการวางตัวเป็นกลาง และในเรื่องของสิทธิต่อสู้คดีของคู่ความ โดยศาลจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าเป้าหมายในการพิจารณาแบบไต่สวนนั้นจะต้องให้ได้ความจริงที่สมบูรณ์หรือที่พึงประสงค์ (Objective truth) ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะต้องเข้าไปทำหน้าที่แทนคู่ความในการค้นหาความจริงอย่างเต็มตัว แต่เป็นการเข้าไปช่วยเหลือคู่ความในการค้นหาความจริงนั้ น (วรรณชัย บุญบำรุง, 2543, หน้า 87)

หลักการดำเนินกระบวนพิจารณาในระบบของศาลต่าง ๆ โดยทั่วไปนั้นได้รับอิทธิพลมาจากหลักทฤษฎีต่าง ๆ กัน เช่น ในคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง ดังจะยกตัวอย่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ.1806 ซึ่งไม่มีการกล่าวถึงหลักทางกฎหมายไว้แต่อย่างใด แต่ได้เกิดมีการพิจารณาหลักกฎหมายที่แฝงอยู่ตามบทบัญญัติต่าง ๆ รวมทั้งยึดแนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานด้วย ต่อมาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสปี ค.ศ.1975 ก็ได้มีการบัญญัติหลักกฎหมายทั่วไปอย่างชัดเจน (วรรณชัย บุญบำรุง, 2543, หน้า 87) ไว้ในมาตรา1 ถึงมาตรา 21 ของหมวดที่1 (Chaptered) เรื่อง " Les principe's directors due process " ซึ่งสามารถแปลได้ว่า " หลักที่บังคับหรือควบคุมการดำเนินกระบวนพิจารณา " หลักดังกล่าวนี้ประกอบด้วยหลักย่อยต่าง ๆ ได้แก่ หลักแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและคู่ความ หลักคัดค้านต่อสู้คดี หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่าง ๆ อันเนื่องกับเรื่องพยานและความเป็นอิสระในการสู้คดี โดยสามารถแยกเป็นหลักต่าง ๆ ดังนี้

1) หลักการเปิดเผย

หลักเปิดเผยมีความหมายว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น แม้บุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียก็เข้าฟังการพิจารณาคดีในศาลได้ อันถือว่าเป็นสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่กำหนดขึ้นมาเพื่อใช้ในการป้องกันการพิจารณาคดีที่กระทำเป็นการลับ (Secret trial) ซึ่งเกิดขึ้นในการดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน

โดยในการพิจารณาคดีตามหลักฐานเปิดเผยต้องคำนึงถึงความพอดีเป็นหลักสำคัญ คือโดยพื้นฐานกระทำเพื่อให้สาธารณชนควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของศาล และเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา (คณิต ณ นคร, 2529, หน้า 18) แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องคำนึงถึงสิทธิส่วนบุคคล อันหมายถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้กล่าวหาด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม บทที่ 6 ของสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติว่า “ ในการดำเนินคดีอาญาทุกคดี ผู้ถูกกล่าวหามีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยหรือในประเทศไทยก็เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 บัญญัติให้การพิจารณาและสืบพยานในศาลให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย และกฎหมายว่าด้วยรัฐธรรมนูญศาลของเยอรมัน มาตรา 169 บัญญัติว่า “ การพิจารณาต่อหน้าศาล พิจารณารวมตลอดถึงการอ่านคำพิพากษาและคำสั่งต้องกระทำโดยเปิดเผย และการบันทึกเสียงและภาพโทรทัศน์ก็ดี การบันทึกเสียงของวิทยุกระจายเสียงก็ดี รวมทั้งการบันทึกเสียงและการเผยแพร่อันได้กระทำเพื่อเสนอต่อสาธารณชน หรือเปิดเผยเนื้อหานั้น เป็นสิ่งที่ต้องห้าม (คณิต ณ นคร, 2529, หน้า 17)

ส่วนในศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกายังได้วางหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยว่า สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยนี้ เป็นสิทธิของจำเลยไม่ใช่สิทธิของช่างโทรทัศน์ ช่างถ่ายภาพหรือผู้รายงานข่าวหนังสือพิมพ์แต่อย่างใด การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต้องการที่จะให้ประชาชนโดยทั่วไปและสื่อมวลชนได้มีโอกาสที่จะเข้าฟังการพิจารณาคดีและรายงานข่าวได้เท่านั้น สื่อมวลชนไม่มีสิทธิที่จะได้รับอนุญาตให้ทำการเผยแพร่ภาพ หรือบันทึกเทปการพิจารณาได้ และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมบทที่ 1 ซึ่งรับรองเสรีภาพในการเสนอข่าวของสื่อมวลชนนั้นก็มิได้กินความถึงเสรีภาพในการถ่ายทอดการพิจารณาคดีในศาลด้วย (คณิต ณ นคร, 2529, หน้า 18)

2) หลักด้วยวาจา

หลักนี้มีอยู่ในการพิจารณาคดีอาญา โดยจะเห็นว่าการดำเนินคดีอาญานั้นจะต้องอาศัยการกระทำโดยทางวาจา กล่าวคือ ศาลมีหน้าที่ต้องอ่านฟ้องให้จำเลยฟัง จำเลยต้องให้การด้วยวาจาและสืบพยานก็ต้องทำด้วยวาจา ซึ่งเป็นหลักที่ตรงกันข้ามกับหลักการทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Granddads deer schniflichkcit) (หยุด แสงอุทัย, 2511, หน้า 16) การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นจะใช้หลักการที่จะต้องอาศัยการกระทำทางวาจาเสมอ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 11 มีสาระสำคัญคือ เจ้าพนักงานหรือศาลอ่านบันทึกหรือถ้อยคำสำนวนให้ผู้ให้ถ้อยคำฟัง มาตรา 172 ให้ศาลอ่านและอธิบายฟังให้จำเลยฟังและถามคำให้การจำเลย และในมาตรา 237 ให้ศาลอ่านคำพยานให้ฟังต่อหน้าจำเลย ส่วนกรณีการพิจารณาคดีในศาลอุทธรณ์และศาลฎีกานั้น มีหลักที่สำคัญคือ การทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่

ได้ยอมให้คู่ความแถลงด้วยวาจา ประกอบคำฟ้อง อุทธรณ์ ฎีกา หรือคำแก้อุทธรณ์ฎีกา ถึงอย่างไรก็ตามหลักวาจานี้ก็ใช้เฉพาะกรณีที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีในส่วนของผู้กระทำผิดความผิดและในส่วนของสภาพบังคับเท่านั้น ไม่ใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับเงื่อนไขที่จะดำเนินกระบวนพิจารณา เช่น ในเรื่องเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีหรือเงื่อนไขระงับคดี (คณิต ณ นคร, 2542, หน้า 9)

ในส่วนหลักการของการพิจารณาของศาลปกครองนั้น ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ได้มาบนพื้นฐานของการพิจารณาด้วยวาจา ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น ศาลปกครองจึงต้องจัดให้มีการนั่งพิจารณาอย่างน้อยหนึ่งครั้ง เพื่อการที่คู่ความมาแถลงด้วยวาจาต่อหน้าศาล โดยหลักของการพิจารณาแล้วศาลปกครองจะต้องพยายามดำเนินการพิจารณาให้เสร็จสิ้นในคราวเดียวเท่าที่สามารถจะทำได้ จึงแสดงว่าการจัดเตรียมคดีเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาคดีปกครอง แต่การพิจารณาคดีจะไม่มีความจำเป็นในกรณีที่คู่ความตกลงกันให้ศาลวินิจฉัยข้อกฎหมายหรือเพราะเหตุว่าโจทก์หรือคู่ความขาดนัด

3) หลักการพิจารณาให้เป็นไปอย่างรวดเร็ว

เหตุผลประการสำคัญอันเป็นที่มาของหลักการนี้ก็คือ เพื่อใช้เป็นมาตรการป้องกันมิให้ผู้ถูกกล่าวหา ถูกควบคุมไว้เป็นระยะเวลานาน โดยไม่มีการพิจารณาและเป็นสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่เริ่มตั้งแต่เวลาที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยจนถึงเวลาที่มีการพิจารณา

ยกตัวอย่างก็ดัง เช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม บทที่ 6 ได้บัญญัติไว้ว่า “ ในการดำเนินคดีอาญาทุกคดีผู้ต้องหามีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยรวดเร็ว

ในต่างประเทศก็ดังเช่น ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า “ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยรวดเร็วนี้เป็นเครื่องป้องกันการคุมขังที่กดขี่และเกินสมควรก่อนการพิจารณาคดี และจะช่วยบรรเทาความวิตกกังวล และภาระของผู้ถูกกล่าวหาในบทให้น้อยที่สุด รวมทั้งยังได้จำกัดความเป็นไปได้ในการที่จะเลื่อนการพิจารณาให้ช้าออกไป ซึ่งจะทำให้ความสามารถในการต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหาเสียไป (วรรณชัย บุญบำรุง, 2543, หน้า 105)

อย่างไรก็ตาม ผู้ถูกกล่าวหาทุกคนมิได้ต้องการให้มีการพิจารณาโดยรวดเร็วเสมอไปบางกรณีการพิจารณาอย่างล่าช้าอาจเป็นกลยุทธ์ในการต่อสู้คดีของผู้กล่าวหา และอาจเป็นประโยชน์ต่อผู้ถูกกล่าวหาก็ได้ (วรรณชัย บุญบำรุง, 2543, หน้า 106)

ในกรณีของประเทศไทยนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิได้กล่าวไว้โดยเฉพาะเจาะจงในที่ใด แต่อาจพิจารณาได้จากบทบัญญัติในมาตรา 130, 179, 182, 188

4) หลักฟังความทุกฝ่าย

ในการดำเนินคดีอาญาตามระบบกล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดีผู้ถูกกล่าวหาจึงมีสิทธิต่าง ๆ ในอันที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประการสำคัญ ผู้ถูกกล่าวหาควรจะได้ทราบว่าเขาถูกกล่าวหาหรือถูกฟ้องอย่างไร เพื่อจะได้แก้ข้อกล่าวหาหรือแก้ข้อหาในฟ้องนั้นได้ถูกต้อง

ตัวอย่าง เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 บัญญัติให้ต้องมีการสอบสวนผู้ต้องหาก่อนการฟ้องเสมอ มาตรา 134 กำหนดให้เจ้าพนักงานต้องแจ้งข้อหาให้ผู้ต้องหาทราบเพื่อให้เขามีโอกาสโต้แย้งยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 138 ยังกำหนดให้พนักงานสอบสวนต้องแจ้งให้ผู้ต้องหาทราบข้อความทุกข้อที่ได้มา เพราะพนักงานสอบสวนอาจบันทึกสิ่งที่ไม่ใช่ของเขามา จึงต้องให้โอกาสเขาโต้แย้ง

ในการฟ้องคดีมาตรา 158 กำหนดให้โจทก์ต้องบรรยายให้ผู้ถูกกล่าวหาเข้าใจข้อหาได้ดีและในการพิจารณาคดีมาตรา 172 กำหนดให้จำเลยต้องอยู่ร่วมกัน ซึ่งทั้งสิ่งกรณีนี้สืบเนื่องมาจากหลักฟังความทุกฝ่ายนี้เอง

5) หลักว่าด้วยการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย

เมื่อศาลถือปฏิบัติตามหลักว่าด้วยการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยย่อมหมายถึงว่าในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลนั้นได้เปิดให้ประชาชนทั่วไปมีสิทธิเข้าฟังได้ อันทำให้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ปรากฏขึ้นในศาลอาจมีการถ่ายทอดหรือเผยแพร่ต่อไปยังบุคคลอื่น นอกจากผู้พิพากษาและคู่ความที่เกี่ยวข้องได้หลักกฎหมายนี้จึงให้หลักประกันความเที่ยงธรรมในการดำเนินกระบวนพิจารณา เพราะเมื่อการกระทำทุกอย่างของศาลเปิดให้ทุกฝ่ายตรวจสอบได้ คู่ความย่อมได้รับหลักประกันว่าศาลจะต้องพิจารณาคดีโดยไม่เห็นแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในขณะเดียวกันการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยย่อมทำให้คำพิพากษาของศาลเป็นที่ยอมรับของประชาชนทั่วไปยิ่งกว่าการที่ศาลจะดำเนินการพิจารณาอย่างลับๆ

การอภิปรายปัญหาว่าด้วยการเปิดเผยในการดำเนินคดีอาญาในฝรั่งเศสนั้นอาจพิจารณาได้ใน 2 ขอบเขต คือ การเปิดเผยในการดำเนินคดีอาญา (Publicities internee due process penal) ประการหนึ่ง และการเปิดเผยภายนอก (Publicities extreme) ที่กระทำผ่านสื่อมวลชนอีกประการหนึ่ง (อุดม รัฐอมฤต, 2533, หน้า 73)

ในขอบเขตแรก คือ ปัญหาการเปิดโอกาสหรือจำกัดโอกาสที่ประชาชนทั่วไปจะเข้าร่วมฟังการพิจารณาในศาล หลักว่าด้วยการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยย่อมอยู่ภายใต้หลักการที่มีค่าเหนือกว่าในเรื่องความสงบเรียบร้อย ในการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาล รวมทั้งศาลจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อจิตใจของประชาชน หรือต่อประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวม ดังนั้นหลักทั่วไปที่ต้องมีการพิจารณาโดยเปิดเผยจึงอาจมีข้อยกเว้นได้

ส่วนปัญหาในขอบเขตที่สองยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่มากในข้อที่ว่า กระบวนการยุติธรรมควรตอบสนองความต้องการข่าวสารของประชาชนมากน้อยเพียงใด โดยที่การพัฒนาของเทคโนโลยีสมัยใหม่ทางการสื่อสารและวิทยุโทรทัศน์ ได้ทำให้สื่อมวลชนสามารถให้ข่าวสารแก่ประชาชนได้แพร่หลายและรวดเร็วกว่าในอดีต จึงมีเสียงเรียกร้องให้มีกฎหมายที่ยอมรับอุปกรณ์ถ่ายทอดวิทยุโทรทัศน์ เพื่อให้ประชาชนรับรู้ข้อเท็จจริงในศาลในระหว่างการพิจารณาคดีสำคัญๆ ให้มากขึ้น

การพิจารณาคดีในศาลจะต้องกระทำโดยเปิดเผยให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ ซึ่งเป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จำเป็นอย่างยิ่งยวด การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยอาจมีข้อยกเว้นบ้างในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าให้ใช้การพิจารณาลับ

การพิจารณาคดีจะต้องกระทำโดยเปิดเผยการพิจารณาคดีปกครองเช่นเดียวกับการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาในศาลยุติธรรม ซึ่งหมายความว่า ในการพิจารณาคดีนั้นผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องในคดีนั้นก็ชอบที่จะอยู่ในการพิจารณาคดีด้วย ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งในประเทศที่เป็นนิติรัฐยึดแนวความคิดเสรีนิยม โดยให้มีการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ โดยประชาชนทั่วไปแต่ก็อาจมีข้อจำกัดบ้างในบางกรณี เช่น การคุ้มครองเรื่องส่วนตัว หรือกรณีการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยอาจมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษา สำหรับในคดีที่ประชาชนโต้แย้งการใช้มาตรการของรัฐที่มีผลกระทบต่อประชาชนเป็นจำนวนมาก การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยยิ่งเป็นเรื่องสำคัญมากยิ่งขึ้น ซึ่งทำให้ศาลปกครองอาจไม่ใช้ดุลพินิจดำเนินกระบวนพิจารณาโดยลับได้ อย่างไรก็ตาม คู่ความมีสิทธิที่จะอยู่ร่วมในการนั่งพิจารณาคดีปกครองของศาลได้เสมอ

6) หลักโต้แย้งหรือคัดค้านต่อสู้คดี (วรรณชัย บุญบำรุง, 2543, หน้า 105)

หลักนี้เป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความอย่างหนึ่ง โดยมีเหตุผลอยู่ว่าเนื่องจากคำพิพากษาในคดีมีข้อพิพาทนั้น เป็นผลที่เกิดจากการเผชิญหน้ากันของคู่ความในคดีโดยวิธีนำข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่าง ๆ มาแสดงต่อหน้าศาลโดยอิสระ กรณีนี้จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่ความทุกฝ่ายจะต้องมีโอกาสได้ทราบข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่าง ๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง และมีโอกาสได้โต้แย้งต่อสู้ทุกประเด็นของคดีที่ได้มีการพิจารณากัน ซึ่งสิทธิต่างๆดังกล่าวนี้อาจเรียกได้ว่า "หลักการต่อสู้คดีโดยอิสระ" หลักนี้จึงนับว่าเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่เท่าเทียมและเป็นระเบียบเรียบร้อย โดยเมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นจะมีผลทำให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินคดีซึ่งกันและกัน ส่วนศาลมีหน้าที่เป็นผู้ควบคุมคู่ความใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามหลักดังกล่าว ซึ่งการถกเถียงโต้แย้งซึ่งกันและกันระหว่างคู่ความนี้ นอกจากจะช่วยให้คู่ความแต่ละฝ่ายและศาสนา

สามารถเข้าใจเรื่องราวของคดีแล้ว ยังเป็นการช่วยป้องกันไม่ให้คู่ความดำเนินกระบวนพิจารณาในลักษณะที่ทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่อีกด้วย

ความเป็นมาและความสำคัญของหลักนี้ ได้เริ่มปรากฏขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1828 โดยศาลสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยรับรองว่า "การต่อสู้คดีเป็นหลักกฎหมายธรรมชาติ " อย่างหนึ่ง บุคคลทุกคนไม่ควรถูกพิพากษาโดยไม่ถูกซักถามหรือไม่มีโอกาสต่อสู้คดี คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ.1979 ก็ได้รับรองหลักดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าเป็น หลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่ง และแม้กระทั่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนฯ ก็ยังได้กำหนดรองรับหลักการนี้เอาไว้ด้วยเช่นกัน สำหรับในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายฝรั่งเศสได้เริ่มบัญญัติถึงหลักการนี้เป็นครั้งแรกในรัฐกฤษฎีกา 71-740 ลงวันที่ 9 กันยายน ค.ศ.1971 ซึ่งต่อมาได้ถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่โดยกำหนดไว้ในมาตรา 14 ถึงมาตรา 17 และถูกแก้ไขอีกหลายครั้ง ครั้งสุดท้ายเมื่อปี ค.ศ.1981 บทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปที่ใช้บังคับทุกลำดับชั้นศาล ทั้งในคดีแพ่งและพาณิชย์ สังคมและแรงงาน โดยในมาตรา 14 ของประมวลก ฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ได้ให้คำจำกัดความของหลักนี้เอาไว้ว่า "Null parfie ne peut etre jugee sans avoir ete entendue ou apple" ซึ่งพอจะแปลความได้ว่า "บุคคลทุกคนที่ถูกศาลพิพากษาจะต้องมีโอกาสได้ถูกรับฟังหรือถูกเรียกมาชี้แจง " บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากระบวนพิจารณาที่ดีนั้น จะต้องมีการรับฟังคำชี้แจงของคู่ความทั้งสองฝ่ายซึ่งความจริงแล้วการได้ฟังคำชี้แจงจากคู่ความหรือไม่ ไม่ใช่เป็นภาระสำคัญ สิ่งที่สำคัญกว่าคือคู่ความจะต้องได้รับโอกาสถูกเรียกมาอธิบายชี้แจงข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนข้อต่อสู้ของตนหรือเพื่อหักล้างคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้กระบวนพิจารณาจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ขึ้นอยู่กับว่าได้มีการให้โอกาสแก่คู่ความในการที่จะมาศาล หรือให้โอกาสที่จะดำเนินกระบวนพิจารณาต่าง ๆ หรือไม่ ซึ่งเมื่อได้มีการให้โอกาสดังกล่าวแล้ว หากคู่ความฝ่ายใดละเลยไม่ดำเนินการก็ไม่สามารถคัดค้านว่าศาลละเมิดหลักการนี้ได้

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าวิธีพิจารณานั้นสาระสำคัญก็คือมีขึ้นเพื่อทำให้กฎหมายศาลบัญญัติมีสภาพบังคับในความเป็นจริง โดยระบบวิธีพิจารณาความจะเป็นสิ่งที่กำหนดกรอบและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในส่วนรายละเอียดต่าง ๆ ในวิธีพิจารณาความของศาลโดยจะอยู่ในรูปของประมวลกฎหมายพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ กฎกระทรวง หรือระเบียบที่กำหนดขึ้นโดยองค์กรนั้น ๆ โดยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญอาจมีได้ทั้งในรูปแบบการพิจารณาดังเช่นในศาลยุติธรรมที่มีการรับฟังด้วยการสืบพยานหลักฐานในห้องพิจารณาที่ไม่จำเป็นต้องมีกระบวนพิจารณาคดีที่ต้องกระทำในห้องพิจารณาความโดยจะต้องบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาคดี

รัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงคดีทุกประเภทตามลักษณะของคดีรัฐธรรมนูญ เพื่อจะได้มีกระบวนวิธีพิจารณาที่จะปรับใช้ให้เหมาะสมกับคดีรัฐธรรมนูญในทุกกรณีได้

แนวความคิดเรื่องข้อห้ามของพรรคการเมือง บทลงโทษ และการยุบพรรคการเมือง

คณะกรรมาธิการประชาธิปไตยโดยกฎหมาย หรือที่เรียกกันว่า คณะกรรมาธิการ "เวนิส" ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งสังกัด Conseil del'europe ได้ไปสำรวจบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายพรรคการเมืองของประเทศต่าง ๆ รวม 42 ประเทศ (ไม่มีประเทศไทย) ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติข้อห้ามของพรรคการเมือง และบทลงโทษในกรณีที่พรรคการเมืองละเมิดข้อห้ามนั้น และจัดทำเป็นรายงานในปี 1998 จากรายงานดังกล่าวสรุปได้ว่า ข้อห้ามของพรรคการเมือง หรือเหตุแห่งการยุบพรรคแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

1. ข้อห้ามเกี่ยวกับรูปแบบ

ได้แก่การตั้งชื่อพรรค เพื่อป้องกันการสับสนรัฐธรรมนูญ บางประเทศกำหนดห้ามตั้งชื่อพรรค หรือใช้สัญลักษณ์พรรคซ้ำ หรือคล้ายคลึงกับพรรคที่มีอยู่ก่อนแล้ว เช่น เอสโตเนีย , ลิทัวเนีย , แคนาดา บางประเทศมีข้อห้ามที่หนักขึ้นไป เช่น โปรตุเกส พรรคการเมืองห้ามใช้คำขวัญที่มาซึ่งความสับสนกับชาติ และศาสนา หรือสโลวีเนียห้ามใช้คำย่อ หรือสัญลักษณ์ที่ตรงกับองค์กรของรัฐ นอกจากนี้ บางประเทศยังนำเรื่องอุดมการณ์ และชาตินิยมมาปะปนอีกด้วยเช่น แคนาดา พรรคการเมืองไม่อาจใช้ชื่อที่มีคำว่า "Independent" ได้ โปรตุเกสห้ามพรรคการเมืองใช้ชื่อที่แสดงออกโดยตรงถึงศาสนาหรือศาสนจักร หรือสโลวีเนีย ห้ามพรรคการเมืองใช้ชื่อที่ประกอบด้วยชื่อรัฐต่างประเทศชื่อพรรคต่างประเทศชื่อบุคคล และนิติบุคคลต่างประเทศ

ข้อห้ามเกี่ยวกับรูปแบบอีกประการหนึ่งคือ การแสดงออกถึงความสำคัญ และความตั้งใจจริงในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของพรรค ปรากฏให้เห็นจากจำนวนผู้ก่อตั้ง หรือจำนวนสมาชิก เช่น กฎหมายพรรคการเมืองของเอสโตเนีย กำหนดให้พรรคต้องมีสมาชิกอย่างน้อย 1,000 คนขึ้นไปในลัตเวียต้องมีสมาชิกพรรคก่อนอย่างน้อย 200 คนจึงจะจัดตั้งพรรคได้ ในขณะที่ลิทัวเนียกำหนดไว้ที่ 400 คน และเบลารุสกำหนดไว้ 500 คน บางประเทศวางเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งผู้สมัคร เช่น แคนาดา พรรคการเมืองต้องส่งผู้สมัครในการเลือกตั้งทั่วไปอย่างน้อย 50 เขต ในโรมาเนียอัยการอาจร้องขอต่อศาลประจำกรุงบูคาเรสต์ให้ยุบพรรค ในข้อหาไม่ดำเนินกิจกรรมทางการเมืองเพียงพอต่อพรรคที่ส่งผู้สมัครในการเลือกตั้งทั่วไปสองครั้งหลังสุดไม่ถึง 10 เขต หรือต่อพรรคที่ไม่มีสมาชิกได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) เป็นเวลา 5 ปี ในฮังการีพรรคอาจถูกยุบได้ในกรณีที่ไม่ดำเนินกิจกรรมทางการเมือง 1 ปีขึ้นไป หรือมีจำนวนสมาชิกลดลงกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด ไอร์แลนด์พรรคที่จะขอจดทะเบียนจัดตั้งต้องแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของ

พรรค ในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอย่างแท้จริง ผ่านทางการส่งผู้สมัครในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การเลือกตั้งท้องถิ่น หรือการเลือกตั้งระดับสภายุโรป หลายประเทศกฎหมายพรรคการเมืองได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเงินของพรรคเอาไว้ แต่ส่วนใหญ่ไม่มีบทลงโทษขนาดต้องยุบพรรค อย่างไรก็ตามมีบางประเทศที่กำหนดมาตรการรุนแรง เช่น แอลเบเนียพรรคอาจถูกยุบหากไม่เปิดเผยที่มาของรายได้ของพรรค หรือไม่อนุญาตให้ทางการเข้าไปตรวจสอบ ยูเครนมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างเคร่งครัดกล่าว คือพรรคไม่อาจรับเงินจากรัฐต่างประเทศ พรรคต่างประเทศ องค์กรระหว่างประเทศ พลเมืองต่างประเทศ บริษัทต่างประเทศ หรือบริษัทยูเครนที่มีต่างชาติถือหุ้นเกินร้อยละ 20 การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจทำให้พรรคนั้นถูกยุบได้ อาร์เจนตินาไม่ได้กำหนดโทษยุบพรรคในกรณีฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเงินของพรรคเอาไว้ แต่ให้มีโทษเพียงปรับเงินเท่านั้น

2. ข้อห้ามเกี่ยวกับเนื้อหา

ส่วนนี้เกี่ยวข้องกับอุดมการณ์ แนวนโยบาย วัตถุประสงค์ และลักษณะการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมือง บางประเทศนำกฎหมายเกี่ยวกับสมาคมมาบังคับใช้กับพรรคการเมืองด้วย เช่นสวิตเซอร์แลนด์ ลิกเตนสไตน์ ฟินแลนด์ ซึ่งมีกฎหมายกำหนดว่าสมาคมที่ดำเนินกิจกรรมไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสมาคม หรือมีวัตถุประสงค์ขัดกับกฎหมาย และศีลธรรมอันดี สมาคมนั้นอาจถูกยุบได้ กฎหมายของเอสโตเนียกำหนดให้สมาคมห้ามมีวัตถุประสงค์ขัดกับรัฐธรรมนูญกฎหมาย หรือศีลธรรมอันดี และห้ามมีวัตถุประสงค์แสวงหากำไร

รัฐธรรมนูญสเปนกำหนดว่าพรรคอาจถูกยุบได้ หากพรรคนั้นมีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พรรคที่ดำเนินกิจกรรมที่มีความผิดทางอาญา หรือสนับสนุนให้กระทำความผิดทางอาญาพรรคที่มีกองกำลังของพรรคมีการจัดตั้งองค์กร หรือรวมกลุ่มกันของผู้ก่อการร้าย ในโปรตุเกสการจัดตั้งพรรคต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดกับกฎหมายอาญา รัฐธรรมนูญอาเซอร์ไบจานอนุญาตให้ศาลสั่งห้าม หรือเพิกถอนการกระทำของพรรคที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ และกฎหมายได้ รัสเซียกำหนดมาตรการทำนองนี้ไว้เช่นกัน แต่จะพิจารณาลงโทษพรรคใดศาลต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนเป็นสำคัญ

การดำเนินกิจกรรมของพรรคย่อมมีข้อจำกัด ในแอลเบเนียพรรคไม่อาจมีนโยบาย หรือดำเนินกิจกรรมที่เป็นปฏิปักษ์ต่อประชาธิปไตย หรือเป็นเผด็จการพรรคต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานซึ่งตั้งอยู่บนหลักนิติรัฐ ประชาธิปไตย สังคม ในเยอรมนีพรรคไม่อาจดำเนินการที่อาจกระทบต่อกฎเกณฑ์ระดับรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยได้อันได้แก่ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนการเคารพเจตจำนงของรัฐโดยประชาชนเสียงข้างมาก การคุ้มครองเสรีภาพ และความเสมอภาค การแบ่งแยกอำนาจหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทาง

ปกครอง ความหลากหลาย และเสมอภาคของพรรคการเมือง และความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ ในฝรั่งเศสพรรคต้องดำเนินกิจกรรมที่สอดคล้องกับประชาธิปไตย หลายประเทศรัฐธรรมนูญกำหนดอย่างชัดเจนห้ามพรรคการเมืองที่มีอุดมการณ์ "สุดโต่ง" เช่นพรรคการเมืองอิตาลีต้องดำเนินการตามวิถีทางประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญห้ามพรรคการเมืองแนวฟาสซิสต์ โปรตุเกสห้ามพรรคการเมืองแนวฟาสซิสต์ และเหยียดเชื้อชาติ โปแลนด์ห้ามพรรคการเมืองมีนโยบายเผด็จการแบบที่ฟาสซิสต์ นาซีคอมมิวนิสต์ใช้ และห้ามดำเนินกิจกรรมกระตุ้นให้เกิดความเกลียดชังและการเหยียดเชื้อชาติ

ประเทศฝรั่งเศส พรรคอาจถูกยุบได้หากกระตุ้นให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง และความรุนแรง ด้วยเหตุผลของชาติกำเนิด สีผิว ศาสนา เช่นเดียวกันกับสเปน เบลารุส ยูเครน อาเซอร์ไบจาน บัลแกเรียและรัสเซีย ขณะที่โปรตุเกสและเดนมาร์ก ห้ามพรรคการเมืองมีวิธีการรุนแรงหรือปลุกเร้าให้เกิดความรุนแรง ส่วนเบลารุส ยูเครน จอร์เจียและลัตเวีย ห้ามพรรคการเมืองรณรงค์ทางการเมืองด้วยวิธีรุนแรง หรือไปในทางจัดตั้งสงครามกองโจร ประเทศตุรกีพรรคการเมืองอาจถูกยุบหากมีนโยบา ยหรือดำเนินการที่ขัดต่อหลักการรัฐฆราวาส

ในเรื่องเอกราช และความเป็นเอกภาพของรัฐก็เช่นกัน หลายประเทศมีข้อห้ามเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เช่น ฝรั่งเศสพรรคต้องเคารพหลักอำนาจอธิปไตยแห่งชาติ พรรคในเยอรมนีอาจถูกยุบหากกระทำการที่เป็นอันตรายต่อการดำรงอยู่ของรัฐเยอรมนี เช่นเดียวกันกับยูเครนที่อาจยุบพรรคที่กระทำการกระทบต่อเอกราชของชาติ พรรคการเมืองในฝรั่งเศส บอสเนีย บัลแกเรีย มอลโดวา รัสเซีย สโลวะเกีย และตุรกีต้องเคารพต่อบูรณภาพทางดินแดนของรัฐ ส่วนอาร์เจนตินาได้ห้ามพรรคการเมืองดำเนินการกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย

3. ข้อห้ามการจัดองค์กร และคุณสมบัติสมาชิกพรรค

หลายประเทศสงวนให้สมาชิกพรรคต้องเป็นคนสัญชาติของรัฐตนเท่านั้น และที่ทำการพรรคต้องตั้งอยู่ในดินแดนของรัฐตน ได้แก่ ลัตเวีย มอลโดวา อาเซอร์ไบจาน เบลารุส คีร์กีซสถาน ลิทัวเนีย สโลวีเนีย และอาร์เมเนีย ในจอร์เจียไม่อนุญาตให้ตั้งพรรค ที่มีลักษณะเป็นภูมิภาคนิยม กฎหมายกำหนดให้การจัดองค์กร และกฎเกณฑ์ภายในพรรคต้องสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย เช่น ฟินแลนด์ สเปน อาร์เมเนีย สาธารณรัฐเช็ก สโลวะเกีย ประเทศแอลแบเนียพรรคต้องประกันเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสมาชิก รัฐธรรมนูญโปรตุเกสกำหนดให้พรรค ต้องมีความโปร่งใสการจัดองค์กรภายในเป็นประชาธิปไตย และเปิดโอกาสให้สมาชิกได้มีส่วนร่วม

อาร์เจนตินากำหนดให้การจัดองค์กรในพรรคต้องฟังเสียงข้างน้อยด้วยตำแหน่งบริหารของพรรคต้องมาจากการเลือกของสมาชิกและมีวาระดำรงตำแหน่ง ส่วนลัตเวีย มอลโดวา โรมาเนีย แอลเบเนีย และโปแลนด์มีข้อห้ามมิให้พรรคการเมืองดำเนินการทางลับ

ในส่วนของบทลงโทษในกรณีที่พรรคการเมืองละเมิดข้อห้ามพบว่ามีอยู่ 3 ลักษณะ ได้แก่

3.1 ไม่กำหนดบทลงโทษ เช่น เบลเยียมและกรีซ แม้ทั้งสองประเทศจะมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้พรรคการเมืองต้องมีอุดมการณ์ มีแนวนโยบายและดำเนินกิจกรรมที่สอดคล้องกับประชาธิปไตยแต่กลับไม่ปรากฏโทษยุบพรรคในกรณีที่พรรคละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าว อย่างไรก็ตามในออสเตรีย แม้จะไม่มีบทกำหนดเกี่ยวกับการห้ามพรรคการเมืองกระทำการหรือการยุบพรรคแต่ได้ห้ามอย่างชัดเจนในกรณีการก่อตั้งพรรคนาซีขึ้นมาใหม่

3.2 การไม่อนุญาตให้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองในประเทศที่ไม่รับรองเสรีภาพการจัดตั้งพรรคการเมืองโดยอัตโนมัติ แต่กำหนดให้ต้องขออนุญาตจดทะเบียนจัดตั้งพรรคการเมืองจากนายทะเบียนพรรคการเมืองเสียก่อน บทลงโทษในกรณีที่ฝ่าฝืนข้อห้ามทางรูปแบบ คือ การไม่อนุญาตให้จดทะเบียนนั่นเอง

3.3 การยุบพรรคนับเป็นโทษที่รุนแรงที่สุดสำหรับชีวิตของพรรคการเมืองส่วนใหญ่ จึงมอบอำนาจการยุบพรรคให้กับองค์กรตุลาการ ซึ่งแตกต่างไปในแต่ละประเทศ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบแองโกล-แซกซอน หรือใช้ระบบศาลเดี่ยวอำนาจการยุบพรรคก็อยู่กับศาลฎีกา ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป หรือมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะก็เป็นศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจยุบพรรคอย่างไรก็ตาม ที่แปลกประหลาดก็คือ ฝรั่งเศส ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้มีอำนาจยุบพรรค แต่กลับกำหนดให้เป็นอำนาจของประธานาธิบดีรัฐบัญญัติลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ.1936 กำหนดให้ประธานาธิบดีอาจยุบพรรคการเมืองได้โดยกระทำเป็นรัฐกฤษฎีกาซึ่งผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐกฤษฎีกาให้ยุบพรรคย่อมถูกตรวจสอบได้โดยสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด การพิจารณาคดียุบพรรคส่วนใหญ่แล้วจะคล้ายคลึงกัน คือ ให้อัยการมีหน้าที่รวบรวมและจัดทำสำนวน หากเห็นว่าควรยุบพรรคก็ต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้พิจารณายุบพรรคต่อไป กระบวนพิจารณาใช้ระบบไต่สวน และต้องเปิดโอกาสให้ตัวแทนของพรรคการเมืองที่อาจถูกยุบได้เข้าชี้แจง อย่างหนึ่งการพิจารณาว่าจะยุบพรรคหรือไม่ศาลต้องใช้หลักความได้สัดส่วนมาประกอบด้วย โดยพิจารณาชั่งน้ำหนักพฤติกรรมของพรรคนั้นกับโทษที่จะได้รับว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ในบางประเทศ เช่น เยอรมนี การยุบพรรคโดยศาลรัฐธรรมนูญต้องมีมติ 2 ใน 3 ขึ้นไป และเพื่อให้การยุบพรรคเป็นการขจัดพรรคการเมืองนั้นออกไปอย่างแท้จริง ในบางประเทศก็กำหนดโทษที่รุนแรงต่อไปถึงบรรดาสมาชิกพรรค หรือกรรมการบริหารพรรค เช่นเพิกถอนสิทธิทางการเมือง การพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสมาชิกพรรคนั้นการห้ามจัดตั้งพรรคใหม่ เป็นต้น

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับพรรคการเมืองแล้ว เห็นได้ว่าประเทศที่ค่อนข้างเสรี การจัดตั้งพรรคการเมืองถือเป็นเสรีภาพอัตโนมัติไม่ต้องขออนุญาตจดทะเบียนเป็นพรรคการเมืองกับทางการเสียก่อน ในขณะที่บางประเทศกำหนดเงื่อนไขเบื้องต้นเกี่ยวกับการจดทะเบียนเป็นพรรคการเมืองเอาไว้

ในส่วนของการยุบพรรค ส่วนใหญ่มูลเหตุแห่งการยุบพรรคจะเกี่ยวกับอุดมการณ์และแนวนโยบายของพรรคที่ไปขัดกับหลักการพื้นฐานอันละเมิดมิได้ของแต่ละประเทศ เช่น ประชาธิปไตยนิติรัฐ เรื่องต้องห้ามประเภทฟาสซิสต์-นาซี การเหยียดผิว เชื้อชาติ ศาสนา การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ เป็นต้นซึ่งรัฐธรรมนูญ และกฎหมายพรรคการเมืองใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง ๆ ประเภท “ขัดกับประชาธิปไตย” “ขัดกับหลักการพื้นฐานระดับรัฐธรรมนูญ” “ความรุนแรง” “เลือกปฏิบัติเพราะเชื้อชาติ สีผิวศาสนา” “กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ” “กระทบต่ออธิปไตยของชาติ” หรือ “กระทบต่อบูรณภาพของดินแดน ” ถ้อยคำกว้าง ๆ เช่นนี้เปิดโอกาสให้องค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ และศาลได้มีโอกาสใช้ดุลพินิจพิจารณาจากเท็จจริงเป็นกรณีไปว่ามีการกระทำ หรือนโยบายใดที่เข้าเหตุที่จะถูกยุบพรรคหรือไม่โดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนเป็นสำคัญ

ประเทศแถบตะวันตก สาเหตุที่ต้องบัญญัติเรื่องการยุบพรรคไว้เพราะเกรงกลัวการกำเนิดของพรรคการเมืองรูปแบบเดียวกับพรรคนาซี และพรรคแนวทางฟาสซิสต์เพราะหากพรรคเหล่านี้ได้ครองอำนาจก็อาจนำมาซึ่งนโยบายโหดร้าย อย่างไรก็ตามปัจจุบันเราพบเห็นการยุบพรรคการเมืองในตะวันตกค่อนข้างน้อย เดิมอาจมีบ้างที่ยุบพรรคแนวฟาสซิสต์ -นาซี พรรคที่มีแนวทางสุดขั้ว หรือแบ่งแยกดินแดนในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยมานาน พบว่าการยุบพรรคเกิดขึ้นล่าสุดเมื่อนานมาแล้ว เช่น ฟินแลนด์ตั้งแต่ทศวรรษที่ 30 เดนมาร์ก ตั้งแต่ปี 1953 ญี่ปุ่นตั้งแต่ปี 1956 เป็นต้น (นาอีสท์ แลบ, ออนไลน์, 2551)

แนวความคิดในการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่

1. แนวความคิดและเหตุแห่งการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่

ในการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่มีอยู่ในคดีอาญา โดยมีแนวความคิดว่า เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อที่จะให้ได้ผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และคืนความเป็นอิสระให้แก่ผู้บริสุทธิ์ ต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงเป็นหลักที่ต้องค้นหาความจริง ก่อนที่รัฐจะลงโทษบุคคลใดจะต้องหาว่าใครเป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริง

ปัญหาความผิดพลาดในการพิจารณาคดีอาญาย่อมทำให้บุคคลที่มิได้กระทำความผิดเลยกลับต้องถูกศาลพิพากษาลงโทษทางอาญา ประหารชีวิต จำคุก ปรับ กักขัง หรือริบทรัพย์ อย่างหนึ่ง

อย่างใด ซึ่งการตัดสินผิดพลาดเช่นนี้นอกจากเกิดจากความผิดพลาดของศาลเองแล้วยังอาจเกิดจากสาเหตุอื่นเพราะระบบการพิจารณาคดีอาญา ศาลจะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนที่คู่ความนำสืบต่อศาล พิจารณาพิพากษาชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานของโจทก์ บางคดีพยานหลักฐานของโจทก์ที่นำมาสืบนั้นเป็นพยานหลักฐานเท็จหรือเป็นพยานเอกสารปลอมอันแนบเนียน มีการซักซ้อมกันมาเป็นอย่างดีจนจำเลยไม่สามารถซักค้านให้เห็นพิรุธ ทำให้ศาลเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยผิดหลง และพิพากษาลงโทษจำเลยที่บริสุทธิ์ในที่สุด

แม้ว่าระบบการพิจารณาคดีจะมีการกลั่นกรองเพื่อให้เกิดความรอบคอบโดยมีการพิจารณาตามลำดับขั้นตอนถึงสามศาล อันได้แก่ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา แล้วก็ตาม แต่ยังเป็นที่ยอมรับว่าจะอาจจะเกิดความผิดพลาดในการพิจารณาพิพากษาคดีทำให้จำเลยซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์ต้องถูกลงโทษได้ หากจำเลยถูกพิพากษาลงโทษเพียงจำคุกไม่กี่ปี กักขัง หรือปรับระยะเวลาที่จะหลุดพ้นจากโทษก็ไม่นานนัก แต่ถ้าเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต ผลที่เกิดขึ้นกับจำเลย และญาติพี่น้องย่อมนำมาซึ่งความสูญเสียอย่างร้ายแรง เพื่อเป็นการทำให้เกิดความชอบธรรมมากยิ่งขึ้น รัฐจึงต้องมีวิธีการลบล้างคำพิพากษาที่เกิดความผิดพลาดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีใหม่ คือการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ เพราะแม้จะมีข้อสันนิษฐานว่าสิ่งที่พิพากษาถึงที่สุดไปแล้วเป็นสิ่งที่ถูกต้องและมีความสำคัญต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่หากปล่อยให้ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นไม่ได้รับการแก้ไขยังจะส่งผลต่อความยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ผู้บริสุทธิ์ต้องถูกพิพากษาลงโทษ สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการแก้ไขเยียวยา เพื่อเป็นการกู้ชื่อเสียงเกียรติยศของจำเลยผู้ถูกลงโทษ หรือของวงศ์ตระกูลให้กลับสู่ฐานะเดิมเท่าที่จะทำได้

โดยหลักแล้วเมื่อคำพิพากษาถึงที่สุด คู่ความที่เกี่ยวข้องในคดีต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาเพื่อให้มีข้อยุติ อันทำให้เกิดความแน่นอนและกระบวนการยุติธรรมมีความศักดิ์สิทธิ์น่าเชื่อถือ ทั้งนี้ถือว่าคำพิพากษาเป็นการแสดงหลักฐานที่ไม่มีสิ่งใดที่ได้จากพยานหลักฐานภายนอกคดีจะมีน้ำหนักสูงกว่าและถือว่ามีความแน่นอนสูง ด้วยเหตุนี้การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ซึ่งเป็นวิธีการแก้ไขผลของคำพิพากษาในคดีซึ่งถึงที่สุดแล้ว จึงเป็นการกระทบต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา ในบางครั้งคู่ความหรือสังคมอาจไม่ยอมรับ เนื่องจากอาจเกิดความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาในแง่ของพยานหลักฐานที่ขาดคุณภาพหรือขาดความน่าเชื่อถือ เมื่อปรากฏต่อมาว่ามีพยานหลักฐานใหม่แล้วนำมาสืบในคดีจะทำให้ผลของคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงไป หากยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาอย่างเคร่งครัดเกินไปอาจทำให้เป็นปัญหาและส่งผลต่อความน่าเชื่อถือและไม่ยอมรับจากผู้ที่เกี่ยวข้อง

เพื่อเป็นการแก้ปัญหาในการแก้ไขความผิดพลาดดังกล่าว รัฐจึงยอมให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ โดยต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่จำกัดเพื่อไม่ให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ได้โดยง่ายเกินไป การกำหนดวิธีการเงื่อนไขต่าง ๆ ต้องมีความรัดกุมเพราะไม่เช่นนั้นอาจเกิดผลเสียได้หากในคดีนั้น ๆ พยานโจทก์อาจไม่หลงเหลืออยู่ โดยเฉพาะประจักษ์พยานสำคัญในคดีเดิมที่ศาลได้อาศัยคำเบิกความเป็นหลักในการพิพากษาลงโทษจำเลยทำให้เกิดความขัดข้องแก่โจทก์ในการนำพยานเข้าสืบในคดีที่จำเลยขอให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ อีกทั้งอาจเป็นเหตุให้จำเลยที่กระทำความผิดจริงพยายามหาช่องทางเพื่อทำให้พยานโจทก์กลับคำให้การหรือสร้างพยานหลักฐานเท็จขึ้นเพื่อจะแสดงว่าตนไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดเพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากผลของคำพิพากษาให้ลงโทษอันเกิดความไม่เป็นธรรมแก่โจทก์ได้ และหากจำเลยที่กระทำความผิดจริงได้รับการปล่อยตัวจะทำให้มีผลต่อความสงบเรียบร้อยในสังคม (สันทัด สุจริต, 2528, หน้า 67-68)

2. วัตถุประสงค์ของการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่

การกำหนดมาตรการให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่เป็นการแก้ไขและลบล้างผลของคำพิพากษาอันถึงที่สุดที่เกิดความผิดพลาดในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมในทางอาญาอันเป็นผลมาจากความผิดพลาดในทางข้อเท็จจริงหรือข้อบกพร่องของพยานหลักฐานแม้ว่าโดยหลักของระบบกฎหมายหลังจากที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วคดีนั้นควรจะต้องยุติ คำพิพากษาไม่ควรถูกรื้อฟื้นขึ้นพิจารณาใหม่แต่ถ้ามีข้อผิดพลาดอย่างใหญ่หลวงเกิดขึ้นในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากยังคงยึดถือหลักดังกล่าวอยู่ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมต่อจำเลยที่บริสุทธิ์

การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่เป็นการแก้ไขที่พิเศษในกรณีที่มีการวินิจฉัยผิดพลาดเพื่อเป็นการเยียวยาแก้ไขความผิดพลาดเพราะมิเช่นนั้นถ้าไม่อนุญาตให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่อาจเกิดผลที่เลวร้ายต่อผู้ที่ถูกลงโทษทั้ง ๆ ที่เป็นผู้บริสุทธิ์ ต้องได้รับผลร้ายจากสิ่งที่เขาไม่ได้เป็นผู้ก่อขึ้น นอกจากนั้นอาจเกิดผลร้ายต่อสังคมทำให้บุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริงลอยนวลอยู่ในสังคม และมีโอกาสกระทำความผิดอื่น ๆ ได้อีก ทั้งยังส่งผลต่อความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนที่มีต่อกระบวนการยุติธรรม และเพื่อเป็นการกู้ชื่อเสียงเกียรติยศของตัวจำเลยผู้ถูกลงโทษโดยไม่เป็นธรรมรวมถึงชื่อเสียงของวงศ์ตระกูลให้กลับส่งฐานะเดิม เพราะบ่อยครั้งที่เมื่อมีผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลยมักจะถูกสังคมพิพากษาแล้วว่าเป็นผู้กระทำความผิดทั้งที่ศาลยังไม่ได้มีการพิจารณาพิพากษาคดีเลย ทำให้กระทบต่อการดำเนินชีวิตในสังคมถูกตราหน้าว่าเป็นผู้กระทำความผิด ถูกประณามและวิพากษ์วิจารณ์ต่าง ๆ นา ๆ ทำให้เสียหายต่อชื่อเสียง จึงต้องให้มีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ได้

นอกจากจะเป็นการลบล้างคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว วัตถุประสงค์อีกประการของการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่เมื่อมีคำพิพากษาของศาลที่รื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ว่าบุคคลนั้นมิได้เป็นผู้กระทำความผิด มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามสมควร ตลอดจนสิทธิต่าง ๆ ที่ต้องเสียไปจากคำพิพากษาในคดีเดิม เพราะระหว่างถูกดำเนินคดีซึ่งใช้ระยะเวลายาวนานอาจทำให้บุคคลนั้นขาดรายได้จากการทำงาน ตลอดจนครอบครัวอาจต้องได้รับความลำบากขาดประโยชน์ที่ควรจะได้ ยิ่งถ้ารายได้หลักอันเป็นค่าใช้จ่ายของครอบครัวเกิดจากการทำงานของจำเลยผู้บริสุทธิ์ย่อมทำให้เกิดความเดือดร้อนแก่สมาชิกในครอบครัว และทำให้ต้องเสียสิทธิอันชอบธรรมต่าง ๆ ที่ควรจะได้รับ เพื่อเป็นการชดเชยความเสียหายดังกล่าวจึงให้บุคคลนั้นหรือทายาทมีสิทธิได้รับชดเชยความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากมีการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่และมีการเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาแล้ว

เมื่อมีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นการก่ออาชญากรรมอันเป็นการพบเห็นโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเอง หรือจากการที่ประชาชนมาแจ้งความร้องทุกข์ขอให้ตำรวจจัดการ หรือเมื่อมีคำร้องทุกข์หรือมีคำกล่าวโทษโดยผู้เสียหายหรือผู้อื่นก็ดี เมื่อสังคมหรือประชาชนเกิดความเดือดร้อนเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจ จะต้องดำเนินการตามกฎหมายในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายทันที กล่าวคือ จะต้องมีการรับแจ้งความ สืบสวนสอบสวน ชันสูตรพลิกศพ มีการจับกุมคุมขัง ค้น หรือยึด เป็นต้น เพื่อเป็นการระงับหรือปราบปรามการประกอบอาชญากรรม และเพื่อเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงตลอดจนหลักฐานในการกระทำความผิด เก็บรวบรวมรายละเอียดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเอาไว้สำหรับการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาหากเป็นเหตุการณ์ควรเชื่อได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริง ก็จะมีคำสั่งฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล และให้ตำรวจนำตัวผู้ต้องหามาดำเนินการต่อไป หรือเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าได้กระทำผิดจริง จะออกคำสั่งไม่ฟ้องหรืออาจให้คำวินิจฉัยว่าควรปล่อยผู้ต้องหา ถ้ามีคำสั่งให้ฟ้องอัยการก็จะดำเนินการเตรียมคดีเพื่อฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล และอัยการก็จะเป็นผู้ดำเนินคดีต่อไปในศาลในฐานะที่เป็นทนายของแผ่นดิน ซึ่งเป็นหลักการดำเนินคดีโดยรัฐที่ใช้ในการดำเนินคดีอาญาในหลายประเทศ

เมื่อคดีมาถึงศาลซึ่งอาจมาได้ 2 ทาง คือ โดยอัยการเป็นผู้ฟ้องและคำฟ้องที่มาจากผู้เสียหายโดยตรง ซึ่งในกรณีหลังนี้ศาลจะต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องก่อนที่จะทำการประทับรับฟ้อง จากนั้นศาลจะเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาสืบพยานโจทก์และจำเลยโดยเปิดเผย ซึ่งขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาลก็จะทำไปจนกว่าจะเสร็จสิ้นการสืบพยาน และเมื่อมีการแถลงปิดสำนวนของแต่ละฝ่ายแล้วศาลจะนัดฟังคำพิพากษาตัดสินชี้ขาด ถ้าคำพิพากษาตัดสินระบุว่าจำเลยได้กระทำผิดจริงและต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย ก็จะมีหน่วยงานอีกหน่วยงานหนึ่งคือราชทัณฑ์มารับไป

ดำเนินการลงโทษตามคำสั่งของศาล หรือตัดสินว่าไม่ผิดตามฟ้องหรือยกฟ้องจำเลยก็จะเป็นอิสระ แต่ก็ยังมีการยื่นอุทธรณ์และฎีกาคำตัดสินของศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ได้อีก ถ้าไม่มีกฎหมายอุทธรณ์หรือฎีกาเอาไว้ภายหลังการตัดสินออกมาเป็นเช่นไร คดีนั้นก็จะเป็นอันสิ้นสุดลงและหมดภาระหน้าที่ของศาลไป

ดังนั้นเมื่อพิจารณาการดำเนินคดีอาญาตั้งแต่เริ่มต้นจนเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาจะเห็นได้ว่า เมื่อบุคคลใดเป็นผู้บริสุทธิ์บุคคลนั้นไม่ควรถูกดำเนินคดีอาญา อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันทำให้ผู้บริสุทธิ์ต้องได้รับความทุกข์ทรมาน ดังนั้นเมื่อมีคำพิพากษาให้บุคคลที่มิได้กระทำความผิดจะต้องรับโทษทางอาญาอย่างหนึ่งอย่างใด โดยบุคคลนั้นมิใช่เป็นผู้กระทำความผิดที่แท้จริง แต่จำต้องรับโทษเพราะความไม่สมบูรณ์ของข้อเท็จจริงเกิดความผิดพลาด และข้อเท็จจริงดังกล่าวใช้ในการพิจารณาโทษของจำเลย ศาลจะต้องกลับคำพิพากษาว่าบุคคลดังกล่าวมิใช่ผู้กระทำความผิด เมื่อพิสูจน์ได้ว่าผู้ต้องคำพิพากษามิใช่ผู้กระทำความผิด อันเป็นจุดประสงค์หลักที่สำคัญในการแก้ไขความไม่สมบูรณ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และเป็นการเยียวยาข้อผิดพลาดในคดีอาญา (Smith, 1995, p. 38)

อย่างไรก็ตาม ความไม่สมบูรณ์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอาจเกิดขึ้นได้ เพราะการแสวงหาพยานหลักฐานนั้น ยังต้องพิจารณาโดยใช้ดุลยพินิจของเจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก ถึงแม้ว่าจะมีความเที่ยงธรรมหรือรอบคอบเพียงใดก็ตามก็อาจจะมีความผิดพลาดได้ เช่น ในเรื่องของการแสวงหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ ในบางกรณีก็ได้พยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิดจริงแต่โดยความเป็นจริงแล้วเป็นพยานหลักฐานเท็จหรือปลอม (Sanders & Young, 1994, pp. 392-393) ซึ่งในการแสวงหาพยานหลักฐานดังกล่าว ได้พยานหลักฐานที่ไม่ถูกต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา และความไม่ถูกต้องของพยานหลักฐานเป็นเหตุให้ผู้ถูกกล่าวหาต้องรับโทษทั้ง ๆ ที่เขาเป็นผู้บริสุทธิ์

จากเหตุผลดังกล่าวนานาอารยประเทศได้พัฒนากฎหมายของตน ให้ทันสมัยสอดคล้องกับชีวิตความเป็นอยู่ เมื่อเล็งเห็นถึงเรื่องความไม่สมบูรณ์ในการนำเสนอพยานหลักฐาน จึงได้เกิดแนวความคิดในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎร โดยมีแนวความคิดว่าเมื่อเกิดความผิดพลาดในกระบวนการทางกฎหมายอันเป็นเหตุให้บุคคลใดได้รับความเสียหาย รัฐจำต้องหาทางเยียวยาความเสียหายดังกล่าว โดยแต่ละประเทศก็จะมีการเยียวยาที่แต่ต่างกันออกไป รวมตลอดไปถึงวิธีการและขั้นตอนที่แตกต่างกันออกไปด้วย แต่สิ่งที่ทุกประเทศจะต้องคำนึงถึงในการเยียวยาดังกล่าวคือ เพื่อประโยชน์ของประชาชนในประเทศของตนอันเป็นการเชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ในหลาย ๆ ประเทศจึงได้ตรากฎหมายว่าด้วยการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ อันถือได้ว่าเป็นการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ต้องหาได้ในทางหนึ่ง โดยวิทยานิพนธ์

ฉบับนี้ จะศึกษาเฉพาะแนวความคิดที่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่พ.ศ.2526 เท่านั้น

ในหลาย ๆ ประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการรื้อฟื้นคดีอาญาไว้ โดยตราขึ้นเป็นกฎหมาย การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่เป็นกฎหมายพิเศษ และมีความสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมเป็นอันมาก เพราะเป็นการแก้ไขความไม่สมบูรณ์ในคำพิพากษาของศาล กล่าวได้ว่าการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่นั้น ไม่ใช่ขั้นตอนที่เป็นปกติในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่เป็นสิ่งที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ กล่าวคือเมื่อมีข้อเท็จจริงขึ้นมาใหม่อันเป็นข้อเท็จจริงที่สำคัญแก่คดี ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของผู้ต้องคำพิพากษา ซึ่งในคดีเดิมถึงที่สุดแล้วหรือไม่สามารถที่จะโต้แย้งคำพิพากษาในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาได้อีก เมื่อไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาได้แต่ผู้ต้องคำพิพากษาไม่ได้รับความเป็นธรรม เพราะการนำพยานหลักฐานที่ไม่ถูกต้องเข้ามาสู่คดี และทำให้จำเลยต้องรับโทษทางอาญา จึงได้มีการกำหนดให้มีการแก้ไขโดยการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ เป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ต้องคำพิพากษา เมื่อบุคคลดังกล่าวไม่ได้รับความเป็นธรรม

การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ไม่ใช่การเปิดคดีขึ้นมาใหม่ แต่เป็นการพิจารณาต่อเนื่องจากคดีเดิมโดยมีการย้อนสำนวนขึ้นมาพิจารณาใหม่เมื่อมีพยานหลักฐานใหม่ ซึ่งพยานหลักฐานใหม่ไม่จำเป็นจะต้องเกิดขึ้นใหม่ภายหลังจากที่มีคำพิพากษาแล้ว แต่เป็นเพียงพยานหลักฐานที่ไม่เคยมีการนำมาพิจารณาในคดี หรือไม่เคยนำเข้ามาในสำนวนการสอบสวน ก็ถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานใหม่ ดังนั้น เมื่อการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่เป็นกฎหมายเฉพาะจึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ค่อนข้างจะจำกัด และการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ค่อนข้างจำกัดดังกล่าวจึงเป็นไปได้ยากที่จะรื้อฟื้นคดีอาญา เพราะเมื่อการรื้อฟื้นสำเร็จจะมีผลเป็นการกลับคำพิพากษาของศาล อันทำให้คำพิพากษาของศาลขาดความศักดิ์สิทธิ์ และผลอีกประการหนึ่งของการรื้อฟื้นเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากความไม่สมบูรณ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้นจึงได้กำหนดในเรื่องค่าทดแทนไว้เป็นสิ่งสำคัญด้วย (Ginnow, 1985, p. 364)

ในคดีอาญาพยานหลักฐานทุกชนิดรับฟังได้ ดังจะพิจารณาได้จากบทบัญญัติมาตรา 226 ที่บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มิได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญหลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

คำว่า "ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้" นั้น หมายความว่า พยานทุกชนิดรับฟังได้แต่การที่จะเชื่อถือพยานหลักฐานใดได้เพียงใดเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักหลักฐาน ซึ่งเป็นเรื่องของศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นเรื่องของตรรก (คณิต ณ นคร, 2546, หน้า 150-151)

สาเหตุในทางข้อเท็จจริง การใช้ดุลยพินิจไม่ถูกต้องในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงนั้น สาเหตุสำคัญสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงด้วย ข้อเท็จจริงที่ทำให้การใช้ดุลยพินิจไม่ถูกต้องนั้น มาจากสาเหตุหลายประการด้วยกัน เช่น การนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาล เป็นสิ่งที่ปรากฏมากที่สุดในการทำให้การใช้ดุลยพินิจของศาลผิดพลาดไปจากความเป็นจริง ไม่ว่าการนำเสนอข้อเท็จ จริงเช่นนั้นจะโดยจงใจหรือไม่จงใจของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องก็ตาม

เกี่ยวกับการนำข้อเท็จจริงที่ไม่สมบูรณ์มาสู่ศาลโดยที่คู่ความมิได้จงใจนั้น เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ไม่น้อยไม่ว่าในศาลไทยหรือศาลของต่างประเทศก็ตาม เพราะในข้อเท็จจริงบางประการมีเหตุผลมาจากความบังเอิญ หรือความไม่มีเจตนาของคู่ความในการที่จะให้ถ้อยคำที่เป็นเท็จ แม้พฤติการณ์ตามข้อเท็จจริงจะไม่เป็นความจริงก็ตาม แต่ความบังเอิญเช่นนั้นมีเหตุผลทำให้น่าเชื่อถือได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง และความเข้าใจผิดที่มีต่อจำเลยดังกล่าวเป็นเหตุให้การใช้ดุลยพินิจเกิดความไม่สมบูรณ์ในส่วนของข้อเท็จจริง หลายครั้งเหตุผลแวดล้อมควรเชื่อและสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นเรื่องที่ค่อนข้างจะพิจารณาแยกแยะข้อเท็จจริงออก

จากกันได้ยาก เพราะในบางกรณีมีเหตุผลให้ชวนคิดว่าเป็นไปเช่นนั้นจริง

นอกจากนั้น ในทางปฏิบัติยังพบว่าคู่ความหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในคดี จงใจนำข้อเท็จจริงที่ไม่สมบูรณ์มาสู่ศาลอีกด้วย ซึ่งได้แก่ ข้อเท็จจริงที่เกิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของพนักงานสอบสวน หรือเจตนาทำพยานหลักฐานเท็จของคู่ความเพราะสาเหตุโกรธเคืองกัน หรือโดยวิธีการอื่นใดก็ตาม แต่ปัญหาการนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาลโดยจงใจที่มีปรากฏมากที่สุด ได้แก่ การใช้อำนาจอันมิชอบของพนักงานสอบสวน (นพพร โพสิรังสิยา, 2524, หน้า 87-89) แม้ว่าหลายครั้งที่พยานเหล่านั้นถูกฟ้องลงโทษฐานเบิกความเท็จ แต่ก็มีจำนวนไม่น้อยที่กระทำได้แนบเนียนจนทำให้ศาลเชื่อ ถึงขนาดเป็นที่ยอมรับว่า "การที่พยานเบิกความเท็จ หรือบิดเบือนข้อเท็จจริงเสียบางส่วนนั้นมีอยู่เสมอ" (ธานินทร์ กรัยวิเชียร, 2521, หน้า 40) สิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นมูลเหตุสำคัญที่ทำให้คำพิพากษาของศาลคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงหลายคดี

เมื่อศึกษาถึงแนวความคิดแล้วจะพบว่า เหตุแห่งการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่เป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่ผู้ต้องคำพิพากษาไม่ได้รับความเป็นธรรม ในกรณีเกิดความไม่สมบูรณ์ในส่วนข้อเท็จจริง อันทำให้ผู้ต้องคำพิพากษาต้องรับโทษทางอาญาทั้งๆ ที่บุคคลดังกล่าวมิใช่ผู้กระทำความผิดที่แท้จริง ดังนั้นในหลายประเทศจึงได้กำหนดเงื่อนไขอันเกี่ยวกับการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ไว้ในกฎหมายของตน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติไว้ใน Rule

33 (United States Code Annotated, 1976, p. 192) ในประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในมาตรา 622 และในประเทศไทยบัญญัติไว้ในมาตรา 5แห่งพระราช- บัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ.2526 ซึ่งในแต่ละประเทศมีเงื่อนไขแห่งการนำคดีอาญามารื้อฟื้นร่วมเหมือนกันคือ เมื่อมีพยานหลักฐานใหม่พิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของจำเลยก็สามารถจะทำการรื้อฟื้นคดีได้ อันจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าทุกประเทศได้มีแนวความคิดร่วมกันว่าการรื้อฟื้นคดีเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่เกิดความไม่สมบูรณ์อันจำต้องมีการแก้ไข

ในประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายและเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญาคือพนักงานอัยการ อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ได้ผูกขาดการดำเนินคดีอาญาไว้แต่ผู้เดียวโดยเด็ดขาด แม้ในประเทศที่ถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐโดยเคร่งครัดก็มีการผ่อนคลายให้เอกชนฟ้องคดีได้บ้างเช่นกัน เพียงแต่จะจำกัดประเภทและฐานความผิดไว้ สำหรับในประเทศไทยผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า พนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญานั้น หมายความว่า พนักงานอัยการเป็นผู้รับผิดชอบ "การสอบสวนฟ้องร้อง" อันเป็นหลักเกณฑ์ของระบบอัยการที่สมบูรณ์ กล่าวคือ ตามระบบอัยการที่สมบูรณ์ถือว่าการสอบสวนฟ้องร้องเป็นกระบวนการดำเนินคดีอาญากระบวนการเดียวที่แบ่งแยกไม่ได้ เจ้าพนักงานตำรวจเป็นเพียงเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ช่วยเหลืออัยการ แต่การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนฟ้องร้องในประเทศไทยในทางปฏิบัติแยกความรับผิดชอบออกเป็นการดำเนินคดีอาญาของพนักงานสอบสวน แล้วต่อด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ และการแยกความรับผิดชอบนี้เป็นการแยกที่ค่อนข้างเด็ดขาด ซึ่งผิดระบบ

การดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานอาจเป็นไปตาม"หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legalitatsprinzip หรือ Legality principle) หรือไม่ก็เป็นไปตาม "หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ" (Opportunity principle) สำหรับประเทศไทยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานสอบสวนใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ส่วนการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (คณิต ณ นคร, 2546, หน้า 46-48)

3. มาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความผิดพลาด

ปัจจุบันในหลายประเทศได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายไว้ ซึ่งขึ้นอยู่กับมาตรการของแต่ละประเทศในการชดเชยความเสียหายว่าจะเป็นแบบใด แต่จุดหนึ่งที่มีความคิดร่วมกันคือการชดเชยทางด้านตัวเงิน และในบางประเทศยังมีการชดเชยทางด้านชื่อเสียงหรือการชดเชยทางด้านจิตใจ เช่นให้มีการประกาศในหนังสือพิมพ์ หรือในบางประเทศก็มีการเยียวยาโดยให้มีคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเป็นต้น

ในประเทศไทยนั้นมีการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเช่นเดียวกัน โดยอาศัยหลักการที่ว่า เมื่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเกิดความไม่สมบูรณ์ อันก่อปัญหาให้ผู้บริสุทธิ์ต้องถูกจำกัดสิทธิโดยการถูกคุมขัง หรือถูกจำกัดอิสรภาพโดยที่บุคคลดังกล่าวมิใช่ผู้ที่กระทำความผิดที่แท้จริง ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าบุคคลดังกล่าวถือว่าเป็นผู้เสียหายอันเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐที่มิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นรัฐจึงต้องมีมาตรการเยียวยาความเสียหายให้บุคคลดังกล่าว ถึงแม้ว่าจะไม่สามารถชดเชยความเสียหายได้ทั้งหมดที่ผู้ต้องคำพิพากษาต้องสูญเสียไปก็ตาม แต่เมื่อเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้น รัฐจะต้องรับผิดชอบและหาทางชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ได้แก่ การนิรโทษกรรม การอภัยโทษ การชดเชยโดยรัฐ และการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ ซึ่งแต่ละมาตรการต่างมีแนวความคิด วัตถุประสงค์ และวิธีการที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายที่จะนำมาใช้

3.1 การนิรโทษกรรม

การนิรโทษกรรม หมายถึง มาตรการที่สังคมต้องการลบล้างซึ่งการกระทำที่มีโทษทางอาญา โดยการที่รัฏฐาธิปัตย์ยกเลิกและลืมเสียซึ่งการกระทำซึ่งเป็นความผิดอาญาในอดีตของบุคคลทั้งหลายหรือบุคคลบางประเภท ซึ่งโดยปกติเป็นความผิดเกี่ยวกับด้านการเมือง (Political offenses) การล้มล้างรัฐบาล (Treason) การคบคิดเป็นกบฏ (Sedition) หรือ การกบฏ (Rebellion) ดังนั้นการนิรโทษกรรมจึงมุ่งถึงประโยชน์ที่จะลืมเสียซึ่งข้อขัดแย้งทางการเมืองอย่างแท้จริง การนิรโทษกรรมจึงมีผลยกเว้นซึ่งความผิด โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายที่กำหนดไว้ และการนิรโทษกรรมอาจจะกระทำได้ทั้งก่อนหรือหลังการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

อำนาจในการนิรโทษกรรม เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะเป็นการยกเว้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การนิรโทษกรรมจึงเป็นอำนาจของรัฐสภาในฐานะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติแทนประชาชน

ผลของการนิรโทษกรรม เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการนิรโทษกรรมแล้ว จะมีผลเสมือนหนึ่งว่า ผู้กระทำความผิดไม่เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิด หรือต้องโทษในความผิดนั้นเลย ดังนั้น หากผู้นั้นไปกระทำความผิด ศาลจะเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดอีกไม่ได้ และไม่เป็นเหตุที่จะไม่ได้รับการรอลงอาญา (สันทัด สุจริต, 2528, หน้า 40-45)

3.2 การอภัยโทษ

การอภัยโทษ เป็นการเยียวยาความเสียหายโดยการใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับการอภัยโทษซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ อันได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายแองโกลแซกซอน โดยให้อำนาจผู้บริหารหรือเจ้าผู้ครองนครรัฐนั้น ๆ (Principle of feudal justice) ที่จะอนุญาตให้อภัยโทษที่มีมา

จากสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolutr monazchy) (Burns, 1963, pp. 314-316) เช่น การอภัยโทษในประเทศอเมริกา ผู้ว่าราชการแทนพระองค์เป็นผู้มีอำนาจให้อภัยโทษ โดยจะปรึกษากับคณะที่ปรึกษาหรือไม่ก็ได้ หลังจากที่มีการปฏิวัติในอเมริกา เมื่อพ้นจากการเป็นอาณานิคมโดยประกาศอิสรภาพ อำนาจในการให้อภัยโทษขึ้นอยู่กับสภานิติบัญญัติ ต่อมาได้มอบอำนาจนี้ให้แก่ผู้ว่าการรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ผู้ว่าการรัฐมีอำนาจให้อภัยโทษแต่เพียงผู้เดียว โดยมีคณะกรรมการอภัยโทษเป็นที่ปรึกษา (Sutherland & Cressey, 1960, pp. 621-622)

โดยทั่วไปอำนาจในการให้อภัยโทษเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ ทั้งนี้เพราะการอภัยโทษเป็นส่วนประกอบหนึ่งของอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นที่รับรู้กันทั่วโลกว่า ผู้ที่ใช้อำนาจอธิปไตยนั้นจะอยู่ในฐานะใดก็ได้ เช่น ในประเทศฝรั่งเศสประธานาธิบดีจะเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอำนาจของประธานาธิบดีและผู้ว่าการรัฐ หรือมีการกระจายอำนาจไปส่วนท้องถิ่น ให้นายกเทศมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจอภัยโทษ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบบการปกครองของแต่ละประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์ในการขออภัยโทษคือ

1) เพื่อเป็นการแก้ไขความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรม

2) เพื่อผ่อนคลายความตึงเครียดของการบังคับผลทางกฎหมาย

3) เพื่อประโยชน์ทางการบริการและการเมือง

ความสำคัญของการอภัยโทษ

1) เพื่อเป็นการแก้ไขกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาคดีผิดพลาดไป ความผิดพลาดดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) พิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดทั้งๆที่ยังมีข้อสงสัย หรือหลักฐานไม่เพียงพอ

(2) เมื่อยังมีข้อสงสัยในโทษที่ลงว่าเป็นธรรมหรือไม่

2) เพื่อให้มีที่ว่างในเรือนจำสำหรับนักโทษที่จะมาอยู่ใหม่ เนื่องจากเรือนจำไม่มีที่ควบคุมผู้ต้องโทษเพียงพอ เพื่อปลดเปลื้องภาระสิ้นเปลืองในการคุมขังแต่เพียงส่วนเดียว (Hibbert, 1963, p. 453)

3) เพื่อเป็นการบำรุงขวัญผู้ต้องโทษให้มีความอุตสาหะวิริยะและประพฤติตนดีอันจะเป็นผลในการได้รับการอภัยโทษมากยิ่งขึ้น

4) เพื่อเป็นการเจริญสัมพันธ์ไมตรีระหว่างประมุขของมิตรประเทศ ถ้อยทีถ้อยอาศัยซึ่งกันและกันในกรณีที่เกี่ยวกับนักโทษต่างชาติ

5) เพื่อเป็นการบรรเทาผลร้ายของโทษที่ได้รับ

3.3 การชดเชยโดยรัฐ

คำว่า "รัฐสวัสดิการ" (State welfare) หรือ "สวัสดิการสังคม" (Social welfare) หมายถึง สังคมที่ปกครองด้วยกฎหมาย (Society of legal) ซึ่งรัฐมีความรับผิดชอบที่ชัดเจนและเป็นทางการต่อความเป็นอยู่ที่ดีในขั้นพื้นฐานของสมาชิกทุกคนในสังคมนั้น รัฐสวัสดิการจะเกิดขึ้นเมื่อสังคมหรือกลุ่มผู้ตัดสินใจของสังคมมีความคิดว่า สวัสดิการสำหรับประชาชนแต่ละคนนั้น มีความสำคัญมากเกินกว่าที่จะปล่อยให้เป็นเรื่องของขนบธรรมเนียมประเพณีหรือการจัดการอย่างไม่เป็นทางการ หรือหน่วยงานของเอกชนได้พิจารณาว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องของรัฐบาล ในสังคมที่เจริญแล้ว การให้ความช่วยเหลือแบบนี้อาจให้แก่ตัวบุคคลโดยตรง หรือในรูปของผลประโยชน์เชิงเศรษฐกิจที่มีผลในทันทีต่อความเป็นอยู่ที่ดีของบุคคลนั้น

ดังนั้นแนวความคิดและเหตุผลในการทดแทนค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาโดยรัฐ มีอยู่ด้วยกัน 3 ประการคือ (Sheley, 1979, p. 130)

1) หน้าที่ในการรักษาความปลอดภัยให้แก่สังคมนั้น ปกติแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐ รัฐมีหน้าที่โดยตรงในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม เมื่อใดก็ตามที่เกิดคดีอาชญากรรมขึ้นมานั่นย่อมแสดงว่ารัฐปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง เพราะฉะนั้น เมื่อผู้เสียหายได้รับผลร้ายจากการประกอบอาชญากรรม สมควรเป็นอย่างยิ่งที่ผู้เสียหายนั้นจะได้รับค่าทดแทนจากรัฐ

2) อาชญากรรมเป็นปรากฏการณ์ธรรมดาที่อาจเกิดในชีวิตประจำวัน เช่นเดียวกับปัญหาด้านสุขภาพ ปัญหาในการจ้างงาน และภัยธรรมชาติ

3) การทดแทนค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญาโดยรัฐ เป็นการขยายการบริการทางด้านสวัสดิการสังคม ด้วยความคิดที่ว่ารัฐควรให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ที่ต้องการความช่วยเหลือ โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรม ซึ่งมิอาจหลีกเลี่ยงได้

การทดแทนค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายในคดีอาญาโดยรัฐ มีระบบของการทดแทน (Compensation) อยู่ 2 ระบบ (Schafer, 1960, p. 128)

1) ระบบการทดแทนที่มีลักษณะเป็นสิทธิทางแพ่งและดำเนินคดีโดยศาลอาญา ได้มีแหล่งเงินทุนสนับสนุนโดยรัฐ อันเป็นการที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่แก้ไขความบกพร่องที่ไม่อาจจะป้องกันผู้เสียหายจากอาชญากรรม ตัวอย่างเช่น ประเทศคิวบาได้จัดให้มีกองทุนทดแทนสะสมขึ้น ซึ่งมีแหล่งรายได้มาจากหลายทาง โดยเฉพาะจากค่าปรับที่รัฐปรับให้ผู้กระทำความผิดจ่ายให้แก่รัฐ แต่คิวบาก็มีนโยบายที่จะพยายามเรียกเงินคืนจากผู้กระทำความผิดเงินก็จะกลับเข้ามาสู่กองทุน

2) ระบบการทดแทนที่มีลักษณะเป็นกลาง โดยมีกระบวนการในการพิจารณาคำร้องเป็นพิเศษ จากการทดแทนโดยรัฐที่ช่วยเหลือผู้เสียหายที่มีความจำเป็น เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่สามารถจะชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายให้เป็นที่เพียงพอได้ โดยคณะกรรมการทดแทน

ความเสียหายพิจารณาคำร้องขอของผู้เสียหาย ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ ประเทศนิวซีแลนด์ เริ่มในปี ค.ศ.1963 ประเทศอังกฤษเริ่มในปี ค.ศ.1964 เป็นต้น (เสวก ภาศักดี, 2543, หน้า 59-61)

เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า อาชญากรหรือผู้กระทำความผิดส่วนมากเป็นบุคคลซึ่งไม่อยู่ในฐานะที่จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เหยื่อของตนได้ ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติของกฎหมายประมวลวิธีพิจารณาความอาญา ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา มาตรา 40-50 อันเป็นเครื่องมือและผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งด้วยก็ตาม แต่เป็นที่รู้กันว่าผู้เสียหายมีโอกาสน้อยที่จะได้รับค่าเสียหายเป็นการชดใช้

ในประเทศไทย สิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญาจากรัฐ เป็นสิทธิใหม่ที่เพิ่งมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 245 สิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการทำความผิดอาญาจากรัฐนี้ เฉพาะผู้ที่ไม่มีโอกาสได้รับการเยียวยาโดยหนทางอื่น ซึ่งการได้รับการเยียวยาหรือไม่นั้นพิจารณาในทุก ๆ ทางว่า ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาแล้วหรือไม่เป็นประการแรก ถ้าไม่ได้รับการเยียวยา รัฐจึงเข้าไปช่วยเหลือ แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า การเยียวยาโดยรัฐนี้รัฐสามารถใช้สิทธิไล่เบี้ยต่อไปได้ จึงไม่เป็นการสร้างภาระแก่รัฐจนเกินไป และการเยียวยาก็มิได้จำกัดเพียงการชดใช้ด้วยเงินเท่านั้น แต่หมายความรวมถึง การกระทำอย่างอื่นที่เป็นการเยียยาด้วย

ระบบการที่ให้รัฐเข้ามาเป็นผู้ชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญา มีใช้อยู่ในหลายประเทศ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ อังกฤษ บางมลรัฐในสหรัฐอเมริกา เช่น แคลิฟอร์เนีย นิวยอร์ก เป็นต้น เหตุผลที่สนับสนุนว่ารัฐควรชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายเนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญา หรือ เหยื่ออาชญากรรม มีดังนี้

1) เพราะรัฐบาลประสบความล้มเหลว ในการที่จะปกป้องประชาชนให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ก็ย่อมมีข้อผูกมัดที่จะชดเชยความเสียหายแก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม ด้วยเหตุที่ประเทศที่มีอารยธรรมทั้งหลายจะไม่ยอมให้ประชาชนคนใดถืออำนาจตามอำเภอใจ จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายบังคับใช้กฎหมายที่จะพิทักษ์ประชาชนให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม หมายความว่าเจ้าหน้าที่จะต้องป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นด้วยการที่มีผู้ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมนั้น ย่อมหมายความว่ารัฐบาลปฏิบัติหน้าที่ไม่เต็มที่ ดังนั้นเหยื่อจึงย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลได้ เพราะรัฐบาลล้มเหลวในการคุ้มครองเหยื่อ

2) แผนการชดเชยค่าเสียหายแก่เหยื่ออาชญากรรม จะส่งเสริมความเคารพศรัทธาและความร่วมมือกับฝ่ายบังคับใช้กฎหมาย จะช่วยให้อาชญากรรมลดน้อยลงได้

3) แม้เหยื่ออาชญากรรม อาจจะได้รับเงินค่าประกันจากบริษัทประกันภัยมาแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่คุ้มค่ากับความเสียหายที่เขาได้รับ การชดเชยค่าเสียหายจากรัฐ จึงเป็นอีกส่วนหนึ่งที่จะทดแทนค่าเสียหายอันมหาศาลที่เหยื่อต้องประสบ

3.5 การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่

เป็นการเยียวยาความไม่สมบูรณ์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดและไม่สามารถที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาได้อีกต่อไป การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ ในประเทศไทยและต่างประเทศมีแนวความคิดและวัตถุประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ต้องคำพิพากษา อันเกิดจากการที่บุคคลได้รับโทษโดยที่บุคคลดังกล่าวมิใช่ผู้กระทำความผิดที่แท้จริง เนื่องจากมีการเสนอพยานหลักฐานใหม่ที่มีความสำคัญ และพยานหลักฐานดังกล่าวจะต้องยืนยันความบริสุทธิ์ของผู้ต้องคำพิพากษาได้ หรือเป็นการพิสูจน์ว่าผู้ต้องโทษได้รับโทษโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้นจึงมีความจำเป็นในการที่จะต้องตรากฎหมายในเรื่องการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ อันถือได้ว่าเป็นกฎหมายพิเศษ เพราะโดยหลักแล้วเมื่อคดีอาญาถึงที่สุดแล้วจะไม่มีการดำเนินคดีกันต่อไปอีก แต่การรื้อฟื้นเป็นการขยายขั้นตอนดังกล่าวให้มีการกลับไปพิจารณาคดีอาญาที่ถึงที่สุดแล้วนั้นใหม่ โดยเมื่อมีการรื้อฟื้นคดีอาญาสำเร็จศาลจะมีการกลับคำพิพากษาที่พิพากษาว่าผู้ต้องคำพิพากษานั้นเป็นผู้กระทำความผิด และให้ค่าทดแทนแก่ผู้ต้องคำพิพากษานั้น (Smith., 1995, p. 38.)