รายงานการศึกษาวิจัย

หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราว และการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

โดย
มหาวิทยาลัยนเรศวร

เสนอ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รายงานการศึกษาวิจัย

เรื่อง

หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราว และการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

มหาวิทยาลัยนเรศวร

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”.-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2566.
298 หน้า.

1. ศาลรัฐธรรมนูญ. 2. ศาลรัฐธรรมนูญ -- วิจัย. I. ชื่อเรื่อง.

342.0263
ISBN 978-616-8033-96-8

ชื่อเรื่อง รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

ปีที่พิมพ์ มิถุนายน 2566

จำนวน 800 เล่ม

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210
โทรศัพท์ 02 141 7777 โทรสาร 02 143 9500
www.constitutionalcourt.or.th

จัดทำโดย กลุ่มงานวิจัยและพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญ
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

พิมพ์ที่ บริษัท แอคทีฟ พริ้นท์ จำกัด
9 ซ.ลาดพร้าว 64 แยก 14 ถนนลาดพร้าว
แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310
โทรศัพท์ 02 530 4114 โทรสาร 02 108 8951

คำนำ

รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง **“หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”** สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับความร่วมมือจาก มหาวิทยาลัยนเรศวร เป็นผู้ศึกษาวิจัย โดยได้ดำเนินการศึกษาวิจัยแยกเป็น 4 ประเด็น ได้แก่ **ประเด็นแรก** ศึกษาที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ **ประเด็นที่สอง** ศึกษาบทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในต่างประเทศ 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี **ประเด็นที่สาม** ศึกษาบทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในประเทศไทย และใน**ประเด็นสุดท้าย** บทสรุปและข้อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามความมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านและหน่วยงานต่าง ๆ สามารถนำข้อค้นพบที่ได้จากการศึกษาไปใช้ประโยชน์ทางวิชาการต่อไป

(นางพรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์)
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บทสรุปผู้บริหาร
(Executive summary)

บทที่ 1 บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมายการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอิสระ และมีหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 211 วรรคสี่ ยังได้บัญญัติให้ “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ”

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 ได้บัญญัติหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยคดีไว้ 13 ประการ อย่างไรก็ดี ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยคดีแล้วเสร็จ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย กรณีเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลัง หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึงและคำร้องของผู้ร้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่กรณีได้ยื่นคำขอ ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย และออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว ให้มีผลใช้บังคับได้ไม่เกิน 60 วัน นับแต่วันที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว

นอกเหนือจากอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ

ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 ยังได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดคำบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในคำวินิจฉัยด้วย โดยในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควรตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับ รายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาล ต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัยหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่า มิได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดี ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ ดังนั้นต้องพิจารณาข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ซึ่งได้กำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีสำหรับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้ในข้อ 37 ถึงข้อ 40 และสำหรับการกำหนดคำบังคับ ไว้ในข้อ 44 และข้อ 45 แต่ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และประเภทคดีที่ศาลจะกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยของศาลที่ชัดเจน

ด้วยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เป็นหลักการใหม่ที่กำหนดขึ้นไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ประกอบกับข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 เพื่อให้เป็นไปตามบังคับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นพื้นฐานทางวิชาการสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

บทที่ 2 ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ

2.1 หลักพื้นฐานการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ

2.1.1 มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

"มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว" (Temporary Injunction) เป็นมาตรการหรือวิธีการที่ให้อำนาจแก่ศาล เพื่อช่วยเหลือหรือเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีได้อย่างทันท่วงที หรือเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีในเรื่องต่าง ๆ เนื่องจากการดำเนินคดีอาจใช้ระยะเวลายาวนาน ตัวผู้เสียหายซึ่งแม้จะเป็นผู้ชนะคดีในท้ายที่สุด แต่อาจไม่ได้รับความเป็นธรรมเสียแล้ว ดังนั้นกฎหมายจึงให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจตามสมควรหรือมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดในอันที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น หรือเพื่อคุ้มครองคู่ความไม่ให้ได้รับความเสียหายต่อไปเป็นการชั่วคราว จนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลในท้ายที่สุด โดยทั่วไปแล้วศาลจะสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะ

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีแต่ละประเภทอาจมีความแตกต่างกัน เช่น มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีแพ่ง เป็นคำสั่งที่มุ่งคุ้มครองฝ่ายเจ้าหนี้ในคดี ด้วยเหตุนี้มาตรการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่งจึงมุ่งไปที่ลักษณะของหนี้ที่ได้มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล ในคดีปกครอง "วัตถุแห่งคดี" (the object of the case) เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจเหนือแต่ฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็น "กฎ" "คำสั่งทางปกครอง" หรือ "การกระทำทางกายภาพ" อันเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่หรือก่อให้เกิดภาระแก่ฝ่ายเอกชน ด้วยเหตุนี้การฟ้องคดีปกครองในบางประเทศจึงถือว่า การฟ้องคดีปกครองเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราว และไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีปกครอง

สำหรับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ ประเทศ ยอมรับให้มีการนำเอามาตรการหรือวิธีการชั่วคราวมาใช้ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ บางประเทศให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไปโดยไม่คำนึงถึงประเภทของคดี บางประเทศกำหนดไว้ชัดแจ้งเฉพาะ

คดีบางประเภท หรือในบางประเทศศาลรัฐธรรมนูญสามารถอาศัยฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไป (กฎหมายเอกชน) มากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวขึ้นได้เองในบางประเภทคดี แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นกระบวนพิจารณาส่วนเสริมของคดีหลักที่พิพาทกันในเนื้อหาแห่งคดี แต่ไม่ใช่ทุกคดีจะต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวให้คู่ความเสมอไป โดยทั่วไปการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ต้องมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว แต่ในบางกรณี ศาลอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนที่คู่ความจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลก็ได้ อันเนื่องมาจากเหตุฉุกเฉินเร่งด่วน เพื่อป้องกันไม่ให้คู่ความฝ่ายที่เสียหายได้รับความเดือดร้อนเกินสมควรจนไม่อาจเยียวยาความเสียหายได้แม้ภายหลังจะเป็นผู้ชนะคดี

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ถือเป็นอำนาจดุลพินิจของศาล (a discretionary power of court) หากศาลเห็นว่า มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควร ศาลต้องพิจารณาต่อไปว่า มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใดที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่คู่ความ หรือเป็นประโยชน์แก่คดีมากที่สุด และเป็นหน้าที่ของผู้ยื่นคำขอที่ต้องแสดงพยานหลักฐานสนับสนุน โดยเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ศาลได้พิจารณาด้วยความสุจริต จนกระทั่งเป็นที่พอใจแก่ศาล

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวมีผลอยู่เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง ในขณะที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาจนกว่าศาลจะพิพากษาหรือชี้ขาดประเด็นแห่งคดี ในคดีบางประเภทอาจกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นระยะเวลาที่แน่นอน ในบางคดีอาจสิ้นสุดโดยคำสั่งยกเลิกของศาลเมื่อปรากฏว่าข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ศาลอาศัยเป็นเหตุในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจนส่งผลให้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไม่มีความจำเป็นหรือเหมาะสมอีกต่อไป

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองฝ่ายโจทก์หรือผู้ร้องในคดีเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามในคดีบางประเภท ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอาจได้แก่บุคคลอื่น หรือประชาชนทั่วไปก็ได้ แม้บุคคลอื่นหรือประชาชนนั้นจะมิได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดีก็ตาม

แนวคิดของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว มีที่มาจากแนวคิดและหลักการสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐเสรีประชาธิปไตยมีหน้าที่ให้ความเคารพ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้มีผลบังคับได้จริงอย่างเท่าเทียม และเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ หากมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว ผู้เสียหายสามารถเสนอข้อโต้แย้งสิทธิของตนต่อศาลหรือองค์กรตุลาการ การใช้สิทธิทางศาลทำให้สิทธิต่าง ๆ สามารถมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ มาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาถือเป็นเครื่องมือคุ้มครองประโยชน์หรือสิทธิของคู่ความในระหว่างการพิจารณา

2) หลักการใช้สิทธิในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางศาลโดยสุจริต หลักเอควิตี้ของ Common law ที่กล่าวว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด” (He who comes to the court must come with clean hands) โดยทั่วไปบุคคลจะใช้สิทธิทางศาลไม่ถือเป็นความผิด แม้ภายหลังจะแพ้คดีก็ตาม เว้นแต่การใช้สิทธิดังกล่าวจะไม่สุจริต เช่น การมีเจตนาประวิงคดีให้ล่าช้า หรือกลั่นแกล้งคู่ความอีกฝ่ายเป็นต้น ในระบบ Common law ปรากฏเรื่องการใช้สิทธิทางกระบวนพิจารณาโดยไม่สุจริตในเรื่อง abuse of process หรือ malicious abuse of legal process ส่วนในฝรั่งเศสปรากฏอยู่ในหลักการที่เรียกว่า le principe de l’abus de procedure กับหลักเฉพาะในเรื่องการประวิงคดีหรือ les manoeuvres dilatoires โดยวางมาตรการลงโทษในทางแพ่งและทางอาญาไว้สำหรับผู้ใช้สิทธิในการดำเนินคดีที่มีลักษณะทำให้กระบวนพิจารณาต้องล่าช้า หรือโดยไม่สุจริต สำหรับกระบวนพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษานั้น อยู่ภายใต้หลักการดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากการร้องขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้น อาจทำให้การพิจารณาคดีล่าช้า และยังส่งผลให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายแบกรับภาระและถูกจำกัดสิทธิบางประการ

3) หลักความจำเป็นเร่งด่วนในฐานะข้อยกเว้นหลักพิจารณาความ หลักฟังความสองฝ่าย (The principle of bilateral hearing) เป็นหลักการพื้นฐานของความยุติธรรมซึ่งปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายทั่วโลก อย่างไรก็ดี ในบางกรณี เช่น ในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน ศาลอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

ได้โดยไม่ต้องรับฟังคู่ความก่อน นอกจากนี้หลักความจำเป็นเร่งด่วน ยังเป็นหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้คู่ความเสนอเป็นคำขอฝ่ายเดียว (Ex parte) ซึ่งบางกรณีก็กำหนดให้เป็นคำขอฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด และศาลจะฟังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนออกคำสั่งไม่ได้เลย ทั้งนี้เพื่อไม่ให้อีกฝ่ายมีโอกาสได้รู้ตัวเสียก่อน และมีโอกาสที่จะกระทำการที่มิชอบและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความยุติธรรม

2.1.2 คำบังคับ

"คำบังคับ" คือ คำสั่งของศาลซึ่งออกเพื่อสั่งให้คู่ความหรือบุคคลซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลแล้ว หากลูกหนี้ปฏิบัติตามก็ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี แต่ถ้าผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพากษาหรือคำสั่งศาลไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ศาลจึงจำเป็นต้องให้มีการบังคับคดีเกิดขึ้น ในบางกรณีคำบังคับของศาลอาจออกมาในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการได้ เช่น คำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งศาลจะกำหนดผู้มีหน้าที่และระยะเวลาในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้

การกำหนดคำบังคับคดีเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญ เพราะหากศาลไม่สามารถใช้อำนาจเพื่อบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลได้ อาจทำให้คนในสังคมไม่มีความเคารพยำเกรงต่ออำนาจรัฐ นำไปสู่การใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจและทำให้สังคมเกิดความวุ่นวาย ดังนั้น การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือตามคำพิพากษาของศาล จึงจำเป็นต้องใช้คำบังคับโดยศาล เพื่อให้เกิดความมั่นคงและเสถียรภาพทางกฎหมายนั่นเอง

2.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีแล้ว ยังมีส่วนในการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยทั่วไป

ในส่วนของคำบังคับนั้น ปัจจุบันยังไม่มีความชัดเจน เนื่องจากไม่ได้กำหนดเรื่องคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่าเมื่อ

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคำบังคับอย่างไร

2.2.1 ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ หมายถึง ข้อขัดแย้งหรือข้อโต้แย้งระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามที่ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายถึงความเป็น “ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญโดยแท้” จะต้องมีความเกี่ยวข้องโดยตรงในทางรัฐธรรมนูญ 2 ประการ ได้แก่

1) เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ หมายถึง ปัญหาข้อโต้แย้งที่มีพื้นฐานมาจากการใช้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเกิดปัญหาจากการตีความรัฐธรรมนูญ หรืออาจเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Gap)

2) คู่กรณีที่พิพาทกันจะต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือรัฐบาลแห่งท้องถิ่น เป็นต้น

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (Abstract Control) อาจมีบางกรณีที่รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้ประชาชนสามารถฟ้อง หรือยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทำการพิจารณาได้ซึ่งถือว่า เป็นคดีทางรัฐธรรมนูญที่ไม่มีข้อพิพาท

ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ มีจำกัดเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และเฉพาะผู้มีส่วนได้เสียตามความจำเป็นเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีสิทธิเริ่มคดีได้ การใช้สิทธิทางศาลในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ทั้งนี้โดยอาจแบ่งประเภทข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้ดังนี้

1) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ การป้องกันมิให้ร่างกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจควบคุมได้ทั้งเนื้อหาของกฎหมายและวิธีการในการตรากฎหมาย

2) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ เป็นการเพิ่มช่องทางให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ

รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

3) คดีวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้จะเป็นคำวินิจฉัยยืนยันสิทธิ กล่าวคือ ศาลจะวินิจฉัยว่า การกระทำการหรืองดเว้นกระทำการขององค์กรของรัฐองค์กรใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือขัดกับรัฐธรรมนูญ

4) คดีวินิจฉัยชี้ขาดถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือตำแหน่งระดับสูง การถอดถอนจากตำแหน่ง (impeachment) โดยทั่วไปเป็นกระบวนการที่ริเริ่มโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อาจมีทั้งระบบการพิจารณาความผิดโดยฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงฝ่ายเดียว ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยศาลรัฐธรรมนูญ ระบบการพิจารณาที่ดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติร่วมกับฝ่ายตุลาการ ระบบการพิจารณาที่ดำเนินการโดยองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ หรือระบบการพิจารณาที่ดำเนินการเหมือนการพิจารณาคดีโดยทั่วไป

5) คดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) หมายถึงกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ไขเยียวยาการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ โดยบุคคลใดอ้างว่าสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิด

6) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการประชาธิปไตย เช่น คดียุบพรรคการเมือง คดีตรวจสอบการลงประชามติ คดีการเลือกตั้ง หรือคดีตรวจสอบพฤติกรรมของบุคคลโดยทั่วไปไม่ให้ขัดหรือแย้งกับหลักการประชาธิปไตย เป็นต้น

2.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับทางรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทางรัฐธรรมนูญจะมีรายละเอียดดังนี้

1) การพิจารณาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาคำขอดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าการยื่นคำขอดังกล่าวจะยื่นมาในคำร้องหรือ

คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา และยื่นมาในเวลาใด ๆ ก่อนศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยปัญหาเรื่องเขตอำนาจของตน ในข้อพิพาทหลักนั้นก่อนว่า เป็นคดีทางรัฐธรรมนูญที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลหรือไม่ หากพบว่าอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของตน ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือจำหน่ายคดี ส่งผลให้คำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวตกไปด้วยโดยปริยาย

2) คำร้องหรือเหตุแห่งการร้องมีมูลกล่าวอ้างได้ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในเบื้องต้นว่า ศาลมีอำนาจที่จะรับคดีเอาไว้พิจารณาตามเขตอำนาจของตนแล้ว ในการพิจารณาคำขอเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ศาลจะต้องพิจารณาว่าสภาพแห่งข้อพิพาท เรื่องหรือการกระทำทั้งหลาย อันเป็นเหตุให้ต้องขอให้ศาลมีคำวินิจฉัยอันประกอบด้วยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องดังที่ผู้ร้องได้ระบุมาในคำร้องนั้น ผู้ร้องสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองความเสียหายหรือไม่ ในการนี้ศาลจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า การกระทำของผู้ถูกร้องได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องหรือไม่อย่างไร และผู้ร้องประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างใดพร้อมทั้งเหตุผลสนับสนุน นอกจากนี้ ศาลยังต้องพิจารณาคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา คำขอ คำแถลงการณ์เปิดคดี คำแถลงคำคัดค้านคำขอ และพยานหลักฐานที่ได้จากการไต่สวนของทั้งสองฝ่ายประกอบกัน แต่ทั้งนี้ในชั้นของการไต่สวนคำขอคุ้มครองชั่วคราวนี้ ศาลยังไม่ได้ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีว่า เป็นไปตามที่ผู้ร้องได้เสนอคำร้องมาหรือไม่ การพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนี้จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการชี้ขาดหรือเป็นการวินิจฉัยคดี

3) ความเสียหายร้ายแรงยากแก่การเยียวยาแก้ไข ในการพิจารณาไต่สวนคำขอเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยว่า ศาลสมควรที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวหรือไม่ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผู้ยื่นคำขอ จะต้องแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง (Irreparable Harm) หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึง (Imminent of harm) หากศาลเห็นว่าไม่เป็นเช่นนั้นจริง หรือไม่มีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำขอ ให้ศาลสั่งไม่รับคำขอดังกล่าว

อย่างไรก็ดี แม้ในบางกรณีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยจะกระทำขึ้นโดยไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำขอ แต่เป็นกรณีที่ศาลเห็นสมควรกำหนดขึ้นเองเพื่อป้องกันความเสียหายหรือความรุนแรง หรืออาจเพื่อประโยชน์แก่การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลในภายหลัง ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเสียหายและความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในเบื้องต้นเสียก่อน ดังที่กล่าวมา สำหรับคดีหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญบางประเภทรัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องกังวลถึงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นอีก

4) การชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้น มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอาจเป็นได้ทั้งคุณและโทษแก่คู่กรณีทั้งสอง ศาลจึงจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ก่อนที่ศาลจะได้ตัดสินใจเลือกที่จะคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายใดมากกว่าเป็นสำคัญ หลักเกณฑ์เรื่องการชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายนี้ ในการพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชนอาจมีความแตกต่างกัน เนื่องจากข้อพิพาทตามกฎหมายเอกชนนั้น คู่กรณีต่างอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน และความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มีลักษณะเป็นความเสียหายของปัจเจก แต่ในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเผชิญกับความท้าทายในการชั่งน้ำหนักความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับปัจเจกฝ่ายหนึ่ง และความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอย่างละเอียด และรอบด้านมากเป็นพิเศษ

5) มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องมีความสัมพันธ์กับประเด็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำขอกับประเด็นแห่งคดีด้วย โดยมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวจะต้องมีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นสำคัญแห่งคดี

6) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ สำหรับคดีทางกฎหมายมหาชนที่คู่ความฝ่ายหนึ่งมักจะเป็นหน่วยงาน

ของรัฐแล้ว ศาลจำเป็นต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนว่า การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลนั้น จะเป็นการก้าวล่วงเข้าไปในเขตอำนาจขององค์กรรัฐอื่น ๆ หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ล้วนเป็นองค์กรสำคัญหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว เพื่อกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ จะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ก็ล้วนแต่เป็นการก้าวล่วงเข้าไปในเขตอำนาจขององค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ทั้งสิ้น การพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และใช้เพียงเท่าที่จำเป็น เหมาะสม และระมัดระวังอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ยังมีกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) ซึ่งการใช้อำนาจรัฐบางกรณีก็มีกลไกแห่งการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ ตลอดจนถ่วงดุลทางอำนาจไว้อยู่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซงการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรเหล่านั้นอีก ยกตัวอย่างเช่น การกระทำของรัฐบาล (Act of Government) เป็นต้น

นอกจากหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทางรัฐธรรมนูญที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยพิจารณาจากประเภทของคดีหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ โดยอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) ประเภทข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ไม่ปรากฏความจำเป็นในการกำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญบางประเภทศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องกำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราว เนื่องด้วยเป็นคดีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว หรือเป็นคดีที่ศาลจำเป็นต้องพิจารณาโดยเร็ว ได้แก่

1.1) คดีที่กฎหมายกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว คดีบางประเภทอาจมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้อยู่ในกฎหมายอยู่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใด ๆ ขึ้นอีก ยกตัวอย่างเช่น

1.1.1) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ศาลที่กำลังพิจารณาคดีที่ใช้กฎหมายที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่นั้น รอการพิจารณาหรือพิพากษาคดีนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ หากเป็นกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอีก

อย่างไรก็ดี หากเป็นการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ไม่ได้อยู่ในการพิจารณาของศาลที่กำลังพิจารณาคดีอยู่ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้หรือไม่ก็ได้ หากรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมขึ้นอีก ในทางกลับกันหากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมชอบที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมได้

1.1.2) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย รัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้เพื่อป้องกันไม่ให้มีการตรากฎหมายออกมาโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น อาจกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติหยุดการพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวไว้ก่อน หรือชะลอการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวออกไปจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย หากเป็นกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมขึ้นอีก

1.1.3) คดีวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับสมาชิกภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ในคดีที่เกี่ยวกับการชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับสมาชิกภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หากรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว เช่น ให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองดังกล่าวต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่ของตนหรือจำกัดการทำหน้าที่บางประการ กรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมอีก เพราะการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวอาจเป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรอื่นได้

1.2) ประเภทคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาโดยเร็ว คดีบางประเภทกฎหมายได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณาโดยเร็ว จึงเสมือนเป็นการ

บังคับให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องรีบพิจารณาและมีคำวินิจฉัยชี้ขาด และส่งผลให้ข้อพิพาทที่เป็นประเด็นแห่งคดีดังกล่าวสามารถยุติได้โดยรวดเร็ว ดังนั้น เมื่อคาดการณ์ได้ถึงระยะเวลาที่แน่นอนสำหรับผลสรุปในประเด็นข้อพิพาท จึงไม่มีเหตุผลสมควรเพียงพอที่จะให้ศาลต้องพิจารณาถึงความจำเป็นและความเร่งด่วนฉุกเฉินอันสมควรที่ร้องขอให้ศาลต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในระหว่างนี้อีก อีกทั้งยังเป็นการเสียเวลาแก่ศาล ที่ศาลจะต้องแบ่งเวลามาใช้ในการพิจารณาคำขอดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง

2) ประเภทข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่อาจปรากฏความจำเป็นในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดี

2.1) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำตามคำร้องของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากวัตถุแห่งคดีนี้เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นหากปล่อยให้มีการกระทำดังกล่าวต่อไป สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ย่อมได้รับการกระทบกระเทือน และอาจก่อให้เกิดความเสียหายอันยากแก่การเยียวยาให้กับบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพได้ คดีประเภทนี้จึงเป็นกรณีที่ศาลอาจพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวตามความเหมาะสม

2.2) คดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง การพิจารณาคดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง หากมีกรณีที่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาคดี หรือจำเป็นต้องสั่งให้พรรคการเมืองดังกล่าวระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราว เพื่อป้องกันความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยา ศาลจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นและพอสมควรแก่กรณี

2.3) คดีพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในคดีที่เกี่ยวกับการร้องขอให้เลิกการอันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า กรณีดังกล่าวมีความจำเป็นที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีประเภทนี้ แม้ว่าวัตถุประสงค์ในคดีนี้จะมุ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ด้วยลักษณะของการกระทำอันเป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องนั้น เป็นเรื่องที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย

บางกรณีอาจมีความเป็นไปได้ที่การกระทำดังกล่าวจะลุกลามกลายเป็นความรุนแรงในวงกว้าง ดังนั้น แม้ว่าจะมีการยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ในระหว่างการพิจารณา อาจเกิดความรุนแรงหรือภัยอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ จึงมีความจำเป็นต้องคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐอย่างเร่งด่วน มิฉะนั้นแล้วแม้ผลสุดท้ายศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ก็อาจจะล่าช้าเกินไปจนไม่อาจบรรเทาหรือป้องกันความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นแล้ว

2.4) คดีวินิจฉัยขาดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันความผิดพลาดที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง ศาลจึงควรมีอำนาจสั่งห้ามการใช้อำนาจหน้าที่ที่เป็นประเด็นแห่งคำร้องในคดีไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในกรณีนี้ ศาลจะต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวัง โดยตระหนักถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ด้วยความรอบคอบ และพิจารณาถึงบทบาทของศาลในฐานะองค์กรกลางผู้ชี้ขาดปัญหาดังกล่าว

2.2.3 การกำหนดคำบังคับทางรัฐธรรมนูญ

ที่ปรึกษาได้ทำการศึกษาถึงลักษณะของคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาจากประเภทคดีต่าง ๆ ว่า ควรมีการกำหนดขอบเขตของคำบังคับอย่างไร โดยอาจจำแนกประเภทคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1) คำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ (Declaratory Judgment) หมายถึง คำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการรับรองหรืออธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีแต่ละฝ่าย โดยทั่วไปแล้วไม่ได้เป็นการก่อตั้งสิทธิขึ้นใหม่ แต่เป็นการรับรองสิทธิหรือเป็นการประกาศ (Declaration) ให้ทราบถึงสภาพที่ชัดเจน (Clarify) หรือผลทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง คำวินิจฉัยประเภทนี้ ได้แก่ คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่เสนอใหม่ มีหลักการอย่างเดียวกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งหรือไม่ คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย คำวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา หรือความสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรี คำวินิจฉัยชี้ขาดกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยประเภทนี้อาจมีกรณีที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่บางประการในลักษณะของการก่อให้เกิดสิทธิขึ้นใหม่ หรือการบังคับให้คู่กรณีต้องปฏิบัติการสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นได้ เช่น คำวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลหรือไม่

2) คำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการ (Commitment Decision) หมายถึง คำวินิจฉัยของศาลที่มีความมุ่งหมายให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ได้แก่ คำสั่งให้พรรคการเมืองใดระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราว และคำสั่งให้ยุบพรรค

โดยทั่วไปแล้วคำวินิจฉัยประเภทนี้ จำเป็นต้องมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล หากผู้ที่ผูกพันตามคำวินิจฉัยไม่ดำเนินการแล้ว ก็จำเป็นต้องมีการกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ส่วนกรณีคำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ โดยทั่วไปไม่มีความจำเป็นต้องมีการกำหนดคำบังคับ เว้นแต่เป็นกรณีที่คำวินิจฉัยดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิหรือผลข้างเคียงของคำวินิจฉัย ที่จำต้องมีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีแนวคิดที่สำคัญ 2 แนวคิด ได้แก่

1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of the Constitution) องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลย่อมมีความสำคัญ

2) หลักความผูกพันต่อคำพิพากษาของศาล (obligation to abide by the Judgment หรือ stare decisis) องค์กรของรัฐทั้งหลายมีหน้าที่และความผูกพันที่จะปฏิบัติตามกฎหมายและให้ความเคารพในคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอยู่แล้ว เมื่อพิจารณาดังนี้ จะเห็นว่า การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลจึงไม่มีความจำเป็นแต่ประการใด

อย่างไรก็ดี การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อาจไม่ได้มีเจตนารมณ์แต่เพียงป้องกันไม่ให้องค์กรของรัฐละเลยที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัย แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า องค์กรใดที่ควรจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบ้าง และควรจะต้องปฏิบัติอย่างไรให้สมตามวัตถุประสงค์ของคำวินิจฉัยของศาลโดยถูกต้องและครบถ้วน

บทที่ 3 บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในต่างประเทศ

จากการศึกษาถึงมาตรการชั่วคราวและคำบังคับตามกฎหมายของระบบกฎหมายต่างประเทศ 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี สามารถสรุปได้ ดังนี้

3.1 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกามีบทบาทหน้าที่อันจำกัดในการกำหนดวิธีการชั่วคราว เนื่องจากคดีที่ขึ้นสู่ศาลสูงสุดได้ผ่านการพิจารณามาจากศาลชั้นล่างและศาลอุทธรณ์เขตแล้ว ศาลจะมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวตั้งแต่ในชั้นพิจารณาคดี (trial court) เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่ความในระหว่างที่คดีถูกอุทธรณ์ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจที่จะทบทวนและสั่งให้งดการบังคับคดี (stay) หรือสั่งระงับมาตรการชั่วคราวซึ่งศาลชั้นล่าง ได้สั่งให้เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายหนึ่งได้

รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะ จึงจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณาเช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไป โดยข้อบังคับในวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) ข้อ 65 กำหนดให้ ศาลแขวงแห่งสหพันธรัฐ (federal district court) มีอำนาจสั่งห้ามหรือกำหนดวิธีการชั่วคราวได้ในสองลักษณะคือ คำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) และคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order) คำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) เป็นคำสั่งที่คู่ความขอให้มีก่อนหรือขณะที่เริ่มกระบวนพิจารณา คำสั่งประเภทนี้

ศาลจะต้องมีหมายแจ้งให้คู่ความที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งได้รับทราบก่อนเสมอ เพื่อให้คู่ความสามารถเข้าร่วมในกระบวนการไต่สวนคำขอได้

การกำหนดมาตรการชั่วคราว เป็นการเยียวยาเนื่องจากความจำเป็นพิเศษ (extraordinary remedy) แต่ไม่ใช่สิทธิที่คู่ความจะขอได้โดยอัตโนมัติ จึงต้องมีการแสดงเหตุจำเป็นโดยเร่งด่วนที่จะต้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในสถานการณ์เฉพาะหน้า เพื่อรักษาสถานะของคู่ความ

สหรัฐอเมริกามีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐและใช้ระบบศาลเดี่ยว จึงทำให้ศาลสูงสุดสหรัฐไม่มีบทบาททางปฏิบัติในการกำหนดคำบังคับ โดยศาลสูงสุดสหรัฐจะทำหน้าที่แต่เพียงวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำนโยบาย หรือกฎหมายของฝ่ายรัฐบาล หรือฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น คดีที่ขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดสหรัฐทั้งหมดจะผ่านการพิจารณามาจากศาลชั้นล่าง และศาลอุทธรณ์เขตแล้ว หากศาลจะมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว ก็จะสั่งตั้งแต่ศาลชั้นล่างเพื่อให้มีการรักษาประโยชน์ของคู่ความไว้ในระหว่างที่คดีถูกอุทธรณ์ขึ้นสู่ศาลชั้นสูงสุด เพียงแต่ศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจที่จะสั่งชะลอ (stay) ผลของคำพิพากษาและคำสั่งที่ศาลลำดับชั้นล่างได้พิพากษาหรือสั่งไว้ได้ คดีพิพาทที่ขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดสหรัฐในประเด็นที่เกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว จึงมักจะเป็นคดีที่คู่ความฝ่ายที่แพ้ในศาลชั้นล่างร้องขอให้ศาลสูงสุดสั่งชะลอการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งห้าม (injunction) ไม่ว่าเด็ดขาดหรือชั่วคราว ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ 28 U.S.C. section 2101 (f) และ Rule of the Supreme Court of the United States ข้อที่ 23

3.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นอกจากจะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญและให้คำวินิจฉัยมีผลผูกพันกับองค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้น ทั้งในระดับสหพันธ์และในระดับมลรัฐแล้ว อย่างไรก็ตามการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการบางประการเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นและความเสียหายนั้นไม่อาจหวนกลับคืนมาแก้ไขหรือเยียวยาได้ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยเงื่อนไขของการกำหนดมาตรการดังกล่าว ได้แก่ การคำนึงถึงความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นหากไม่มีการกำหนดมาตรการดังกล่าว รวมถึงการพิจารณาความเป็นไปได้ของผลแห่งคดีที่อาจเกิดขึ้น นอกจากนั้นคำสั่งไม่กำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวนั้นถือเป็นที่สุด ในทางกลับกันคำสั่งกำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวนั้นสามารถอุทธรณ์ได้

ในส่วนของคำบังคับ รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการบังคับหรือกำหนดคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะไม่กำหนดคำบังคับเนื่องจากหน่วยงานของรัฐจะอยู่บนพื้นฐานของความเคารพหลักการในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 31 ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลเหนือดินแดนของสหพันธ์ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการและองค์กรของฝ่ายปกครองทั้งหลาย อันส่งผลให้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ทำคำวินิจฉัยใดออกมา หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเสมอ อย่างไรก็ตามเพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดได้ว่า จะให้บุคคลหรือองค์กรใดเป็นผู้ดำเนินการตามคำวินิจฉัย เช่น การสั่งห้ามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรับจดทะเบียนพรรคการเมือง การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็นคำวินิจฉัยที่จะต้องบังคับคดี และคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องบังคับคดี คำวินิจฉัยที่จะต้องทำการบังคับคดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการให้กระทำการ ส่วนคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพิสูจน์สิทธิ การก่อตั้งสิทธิ หรือการปฏิเสธคำร้องนั้นถือเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี

3.3 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสาธารณรัฐเกาหลี

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้ 2 กลุ่ม คือ

กลุ่มที่ 1 เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในเรื่องดังกล่าว ได้แก่ คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

กลุ่มที่ 2 กรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ได้แก่ กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง ซึ่งกฎหมายได้กำหนดว่า “เมื่อได้มีการร้องขอให้มีการยุบพรรคการเมือง ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินการใด ๆ ของผู้ถูกร้อง (พรรคการเมืองที่ถูกร้องขอให้ยุบพรรคการเมือง) ไว้ก่อน จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีการอ่านคำวินิจฉัยอันถึงที่สุด”

ในการกำหนดคำบังคับ ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยได้ แต่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้ชัดเจนในกรณีต่าง ๆ ในคดีที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองใด กฎหมายได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติมีหน้าที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย และในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันสิ้นผลไป

บทที่ 4 บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในประเทศไทย

4.1 ความเป็นมาในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญไทย

จากการศึกษารายงานคณะกรรมาธิการสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... แล้ว จะเห็นถึงที่มาของการกำหนดมาตรการชั่วคราวและคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญว่า ตาม

ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องของวิธีการคุ้มครองชั่วคราวไว้ในกรณีที่เกิดปัญหาว่าการกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากยังไม่มีการวินิจฉัยการกระทำดังกล่าวนั้นให้สามารถดำเนินการกระทำนั้นต่อไปได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติให้หยุดหรือยับยั้งการกระทำนั้นไว้ชั่วคราว แต่ก็อาจส่งผลถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เช่น กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่มีคำสั่งตัดสิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งบางราย และผู้สมัครรับเลือกตั้งได้เสนอเรื่องผ่านองค์กรต่าง ๆ ที่มีสิทธิในการส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หากเป็นกรณีที่การเลือกตั้งได้ผ่านพ้นไปแล้วนั้นจะไม่สามารถกลับไปเยียวยาแก้ไขได้ หากมีการวินิจฉัยว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่สามารถตัดสิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งรายนั้นได้ หรือการที่มีการส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรบางคนได้สิ้นสุดลงแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีคำวินิจฉัย แต่ในระหว่างนั้นหากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งอาจกระทำการใด ๆ ไป จะไม่สามารถได้รับการเยียวยาได้หากไม่มีวิธีการชั่วคราวเพื่อระงับการกระทำนั้น

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วหากกรณีใดที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือเพื่อป้องกันภยันอันตรายที่จะเกิดขึ้น หรือจากเหตุผลที่สำคัญประการอื่นใดในอันที่จะปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ ในกรณีเช่นนี้สมควรอย่างยิ่งที่จะได้กำหนดวิธีการชั่วคราวไว้ในวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

โดยสาระสำคัญที่ขาดไปจากกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาทั่วไป คือ การมีกฎเกณฑ์ที่ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการไม่พิจารณาคำร้อง การกำหนดประเด็น ลำดับขั้นตอนการทำคำวินิจฉัย รวมถึงวันที่คำวินิจฉัยมีผล และในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาเฉพาะคดี คือ ไม่มีวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับเป็นลักษณะเฉพาะ เช่น คดีที่เกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานแห่งกฎหมาย ฯลฯ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนหนึ่งมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง อีกส่วนหนึ่งมาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อพิพาทที่ต้องพิจารณาตามวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะต่างไปจากข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดีทางปกครอง จึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาคดีในทางแพ่งและในคดีทางปกครองมาใช้กับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด คงนำมาใช้ได้แต่เพียงเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับหลักทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ขอให้คุ้มครองชั่วคราวที่ไปกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น การไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับ มาตรการชั่วคราว หรือกรณีที่เป็นข้อขัดแย้งในประเด็นที่เกี่ยวโยงกับเรื่องทางการเมือง เป็นต้น ดังนั้น จึงมีข้อสังเกตว่า ถ้าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญในกรณีอื่นนอกเหนือจากการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องแล้วจะต้องใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีการใดที่มีความเหมาะสม มีประสิทธิภาพ อีกทั้งสอดคล้อง และไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

4.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย

ในการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น คำร้องของผู้ร้องจะต้องมีเหตุอันมีน้ำหนักมากพอที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้องนั้น โดยมีเงื่อนไขดังนี้

1) เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรง และเป็นการยากในการแก้ไขและเยียวยาในภายหลัง

2) เพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึง ทั้งนี้ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดีด้วย ซึ่งผู้ร้องขอต้องแสดงเหตุผลและพยานหลักฐานมาในคำร้องอย่างชัดเจน

เมื่อคำขอของผู้ร้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีการวินิจฉัย และออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น โดยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทของคดีที่ได้กำหนดไว้ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ เหตุผลที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในแต่ละประเภทคดีนั้น เนื่องจากลักษณะของคดีรัฐธรรมนูญแต่ละประเภทนั้นมีความแตกต่างกัน คดีบางประเภทที่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น

1) คดีขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 132 ประกอบมาตรา 81 มาตรา 145 และมาตรา 148 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะไม่สามารถนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ได้

2) คดีขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ ในระหว่างการพิจารณา นายกรัฐมนตรีจะไม่สามารถนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ได้

3) คดีที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ เมื่อได้รับเรื่องไว้พิจารณาแล้วนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งในสมาชิกนั้นหยุดปฏิบัติหน้าที่ไปจนถึงเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

4) คดีที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดลงของการเป็นรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวคือ เมื่อได้รับเรื่องไว้พิจารณาแล้วนั้น หากปรากฏเหตุอันควรสงสัยว่าสมาชิกผู้ถูกร้องมีกรณีที่เป็นตามที่ถูกร้องนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งในสมาชิกนั้นหยุดปฏิบัติหน้าที่ไปจนถึงเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

5) คดีขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร จะใช้บังคับแก่คดีใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวคือ ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

6) คดีขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตราพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 173 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวคือ รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 173 วรรคหนึ่ง)

7) คดีเกี่ยวกับเสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 139

โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวคือ เสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายคลึงกับหลักการพระราชบัญญัติยับยั้งไว้มิได้

ในส่วนของคดีรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้โดยเฉพาะ จะมีผลต่อเมื่อศาลมีคำสั่งและได้แจ้งให้ผู้ร้องหรือผู้เกี่ยวข้องทราบ โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว หรือกระบวนพิจารณาในเรื่องดังกล่าวไว้ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งคดีรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้โดยเฉพาะมีดังนี้

1) คดีผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง ร้องขอว่ามีการกระทำขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ ให้คู่กรณี หรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ กระทำหรือระงับการกระทำใด ๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน จนกว่าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

2) คดีร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ ให้คู่กรณี หรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง กระทำการหรือระงับการกระทำใด ๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

3) คดีหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ รอการพิจารณาหรือการดำเนินการเรื่องนั้น ๆ ไว้ก่อน หรือมีคำสั่งให้ระงับการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น

4) คดีประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ หมวด 5 ว่าด้วยเรื่องหน้าที่ของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 51 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง กระทำการใด ๆ หรือกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทา

ความเดือดร้อน ไว้เป็นการชั่วคราวก่อนศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

5) คดีที่เกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการ มีส่วนโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 144 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ให้รอการพิจารณาเรื่องนั้น ๆ ไว้ก่อน หรือไม่ให้ใช้งบประมาณเรื่องนั้น จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

6) คดีหนังสือสัญญาที่ตนเองได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 71 ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

7) คดีขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง รอการพิจารณาหรือการดำเนินการตามกฎหมายไว้ก่อน ชะลอการบังคับใช้กฎหมาย จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

8) คดีอื่นที่รัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (3) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (13) ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ ชะลอหรือระงับการดำเนินการตามคำสั่งหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

สำหรับตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว อาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2562

4.2 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย

ในอดีตเมื่อไม่มีการกำหนดในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้

ทั้งในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 และ พ.ศ. 2550 จึงต้องมีการศึกษาจากอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแทนว่า มีการบัญญัติในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างไรบ้าง โดยสามารถสรุปอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยได้ดังนี้

1) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติ และเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด เห็นได้ว่า ผลของคำวินิจฉัยของศาลส่งผลโดยตรงต่อร่างพระราชบัญญัติ ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นตามคำวินิจฉัยของศาล

2) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลมีผลโดยตรงต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล

3) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบพรรคการเมือง คือ (1) อำนาจในการตรวจสอบไม่ให้มติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดกับสถานะและอำนาจหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฯ ในกรณีนี้หากต้องมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง (2) อำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการของพรรคการเมือง ในกรณีที่มีการวินิจฉัยสั่งให้เลิกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจะต้องมีมาตรการในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ในกรณีสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น คำวินิจฉัยย่อมมีผลโดยตรงต่อการยุบพรรค ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

4) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการดำเนินงานภายในวงงานของรัฐสภา คือ (1) การตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอใหม่ว่ามีหลักการเดียวกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งไว้ ในกรณีนี้หากต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา มีหน้าที่ในการดำเนินการ (2) การตรวจสอบการแปรญัตติหรือการดำเนินการใด ๆ ในระหว่างการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ในกรณีที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้นให้สำนักงบประมาณ เป็นผู้ดำเนินการ (3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ของข้อบังคับการประชุมของสภา ในกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลโดยตรงกับข้อบังคับดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

5) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบเกี่ยวกับเรื่องสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา กรรมการการเลือกตั้งและรัฐมนตรี คือ (1) การตรวจสอบสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ในกรณีที่เป็นเรื่องของการวินิจฉัยเรื่องการสิ้นสุดลงของสมาชิกภาพ กรณีนี้คำวินิจฉัยย่อมมีผลโดยตรงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ในกรณีที่จะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ประธานแห่งสภาที่บุคคลนั้นเป็นสมาชิก เป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการ

6) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน ในกรณีนี้คำวินิจฉัยของศาลมีผลโดยตรงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ในกรณีที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการ

จะเห็นได้ว่าในส่วนของอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ไม่มีปัญหาในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยคือกรณีที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เนื่องจากไม่มีความชัดเจนว่าในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละกรณีผู้ใดจะเป็นคนดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

ภายหลังได้มีการแก้ไขบทบัญญัติข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 โดยมีการเพิ่มเติมเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ในหมวด 3 ว่าด้วย การทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) กรณีที่ศาลได้กำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 74 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาล หากมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย... ”

ในกรณีนี้ หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลหรือมีข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาล ให้ศาลพิจารณาหรือไต่สวน และมีคำสั่งกำหนดวิธีดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยต่อไป เพื่อให้มีการบังคับคดีเสร็จไปด้วยความรวดเร็ว

2) ในกรณีที่องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่มีหน้าที่ในการบังคับไม่ได้ปฏิบัติตามคำบังคับของศาล หรือปฏิบัติล่าช้า ศาลมีหน้าที่ในการไต่สวนหรือหาข้อเท็จจริง หากเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามคำบังคับหรือปฏิบัติการล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควร ศาลอาจแจ้งให้ นายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา ประธานองค์กรอิสระ นายทะเบียนพรรคการเมือง ผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุม ดำเนินการหรือบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล โดยผู้ดำเนินการนั้นให้พิจารณาตามความเหมาะสมของประเภทคดี

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย ได้แก่ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563

4.3 สภาพปัญหาของมาตรการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับ

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญนั้นมีได้ทั้งในคู่กรณี หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำหรือดำเนินการ งดเว้นกระทำการหรือระงับการกระทำการ หรือรอดำเนินการ เพื่อให้มีผลเป็นการชะลอไว้เป็นการชั่วคราว หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีที่ร้องขอในระหว่างการพิจารณาคดีอันจะมีผลเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรง และเป็นการยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง

แต่ในการมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญนั้นก็มีผลกระทบ โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับการร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 49 ซึ่งการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในลักษณะนี้อาจมีผลทำให้ผู้ร้องมีผลชนะคดีไปแล้ว ฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจมองว่าศาลไม่มีความเป็นธรรม แม้การขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจะเป็นเครื่องมือในการป้องกัน

หรือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้นั้น แต่ก็อาจตกเป็นเครื่องมือในของคู่กรณีที่มีความประสงค์หรือต้องการผลทางการเมือง

โดยผลกระทบที่เกิดจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นได้ดังนี้

1) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ ก่อนการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญในบางกรณีสามารถทราบผลได้ล่วงหน้าว่าจะวินิจฉัยไปในทางใด ซึ่งคู่กรณีที่เสียเปรียบจะรู้ดีอยู่แล้วว่าจะแพ้คดี และจะกระทำการเพื่อโจมตีศาลหรือทำลายกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ตนได้เข้ามาเป็นคู่กรณี โดยเฉพาะในคดีทางการเมืองและทำการบิดเบือนข้อเท็จจริง และทำการเผยแพร่ข้อมูลเท็จนั้นสู่สาธารณชน

2) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีบางประเภทอาจมีผลทำให้คู่กรณีมีผลชนะคดีไปแล้ว ดังเช่น การร้องขอตามมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลไม่ต่างจากวิธีการชั่วคราว แม้จะสั่งให้ระงับการกระทำใด ๆ ไว้เป็นการชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดีก็ตาม

3) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่แตกต่างกันในคดีประเภทเดียวกัน เช่น สั่งให้ผู้ถูกร้องบางรายหยุดปฏิบัติหน้าที่ ดังนี้ ทำให้เป็นประเด็นในการถูกโจมตีทางการเมืองหรือพยายามที่จะนำศาลมาเป็นคู่กรณี ซึ่งจะเป็นการลดความน่าเชื่อถือของศาล และมองว่าศาลไม่มีความยุติธรรม

ดังนั้น เกณฑ์ในการกำหนดมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาของศาล จะต้องมีความชัดเจนและแน่นอน เป็นไปในรูปแบบและทิศทางเดียวกัน เพื่อไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ และที่สำคัญที่สุด คือการกำหนดมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขให้มีความชัดเจนแน่นอนนั้นถือเป็นการยับยั้ง ควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจจนเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยนั้น กรณีมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ใน

คำวินิจฉัยของศาลได้ โดยอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งนับแต่วันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็น ความสมควร และความเป็นธรรมในแต่ละกรณี กำหนดให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับต่อศาล ภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ ประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 74

กรณีตัวอย่างที่มีการกำหนดคำบังคับ และเป็นคดีแรกที่อยู่ภายใต้การพิจารณาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ 2561 ได้แก่ คดีฝ่ายค้านไม่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าการตรากฎหมายขัดต่อหลักนิติธรรม และขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียบบัตรลงคะแนนแทนกัน แต่ร่างพระราชบัญญัติไม่เป็นโมฆะ เพราะไม่มีประเด็นว่ามีสาระสำคัญขัดต่อรัฐธรรมนูญ และสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาในวาระที่ 1 โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงให้พิจารณาวาระ 2 และ 3 ใหม่

เมื่อศาลเห็นว่ามีเหตุจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องใช้กฎหมายฉบับนี้แก้ปัญหาความล่าช้าในการเบิกจ่ายงบประมาณแผ่นดิน ศาลจึงใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ 2561 ที่ให้ศาลมีอำนาจ “กำหนดคำบังคับ” ไว้ในคำวินิจฉัยด้วย นั่นก็คือให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาในวาระที่ 2 และ 3 ใหม่ให้ถูกต้อง

การที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้พิจารณาวาระ 2 และ 3 ใหม่ น่าจะเป็นสาเหตุสำคัญทำให้ฝ่ายค้านไม่เข้าร่วมประชุม เพราะไม่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญ จึงกลายเป็นข้อถกเถียงระหว่าง 2 อำนาจ คือนิติบัญญัติกับตุลาการ โดยฝ่ายค้านนั้นมองว่าศาลวินิจฉัยเกินขอบเขตอำนาจ และก้าวก่ายอำนาจนิติบัญญัติ

กรณีนี้ รัฐธรรมนูญมาตรา 211 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ” ศาลไม่ได้วินิจฉัยเอง แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านยื่นเรื่องให้วินิจฉัย เป็นคำวินิจฉัย “เด็ดขาด” ไม่สามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ คำวินิจฉัย

ของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเปรียบเทียบได้กับคำพิพากษาของศาลฎีกา ซึ่ง “ถึงที่สุด” และ “เป็นเด็ดขาด” มีผลผูกพันกับทุกองค์กรรวมทั้งรัฐสภา

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาเรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งของไทยและต่างประเทศ ที่ปรึกษาเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงเรื่องดังต่อไปนี้

5.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น โดยหลักแล้วไม่สามารถกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้ เนื่องจากจะทำให้ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระ ดังนั้น ที่ปรึกษาจึงขอเสนอแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการชั่วคราว โดยให้ศาลใช้ดุลพินิจภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) โอกาสในการชนะคดีของผู้ร้อง ศาลรัฐธรรมนูญเองย่อมสามารถเล็งเห็นถึงความน่าจะเป็นของคดีได้ โดยสมควรเปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ ในกรณีที่ผู้ร้องนั้นมีโอกาสชนะคดี

2) หลักความได้สัดส่วน การพิจารณาถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ร้องและความเสียหายและความต่อเนื่องของการบริหารราชการแผ่นดินอันเกิดจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญ ในหลักเกณฑ์นี้ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องคำนึงถึงสัดส่วนระหว่างประโยชน์ของเอกชนและความเสียหายอันเกิดจากการต้องหยุดการปฏิบัติราชการเป็นสำคัญ และไม่อาจให้น้ำหนักไปในทางใดทางหนึ่งได้ นอกจากนี้ศาลต้องพิจารณาว่า หากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวแล้ว อาจเกิดความเสียหายแก่ผู้ร้อง และเป็นความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้หรือไม่ โดยความเสียหายที่คู่กรณีกล่าวอ้าง ต้องเป็นความเสียหายที่กำลังจะเกิดขึ้นจริงหรือได้เกิดขึ้นแล้ว ในพฤติการณ์ที่ไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้

3) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินและการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ปัจจัยสำคัญที่ศาลต้องคำนึงถึงในส่วนนี้อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในคดีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ หรือ

คดีถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หากเป็นกรณีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการถูกโต้แย้งสิทธิโดยเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการโต้แย้งสิทธินั้นเกิดจากการบริหารราชการตามปกติ ศาลอาจใช้การตีความตามข้อกำหนดที่ 37 ในส่วนที่ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวได้แม้จะไม่มีการทำคำร้องมาก็ตาม ทั้งนี้ ดุลพินิจของศาลจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการชั่งประโยชน์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่สามารถเยียวยาได้ กับการบริหารราชการตามปกติประกอบกัน

หากเป็นการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาบริบทของรัฐสภาในขณะนั้นประกอบกัน เช่น หากเป็นการร้องขอให้มีการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยเฉพาะสมาชิกรัฐสภาจำนวนน้อยราย ย่อมไม่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการดำเนินการทางนิติบัญญัติของรัฐสภาได้ แต่หากเป็นคำร้องขอให้พิจารณาคุณสมบัติหรือคำร้องขอให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจำนวนมากอาจส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภาแล้วแต่กรณี

ดังนั้น ในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางนิติบัญญัตินั้น ศาลสมควรที่จะต้องพิจารณากำหนดมาตรการชั่วคราวโดยคำนึงถึงความสามารถในการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์ประกอบสำคัญ

ในส่วนของการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจนำเอาเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวหรือการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาลปกครองมาเป็นหลักเกณฑ์ในการประกอบการพิจารณาออกคำสั่งเนื่องจากเหตุของข้อพิพาทมีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการกำหนดประเภทคดีในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้ ที่ปรึกษาเห็นว่า สมควรที่จะมีการกำหนดประเภท

คดีที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ เนื่องมาจากลักษณะของคดีรัฐธรรมนูญแต่ละประเภทมีความแตกต่างกัน คดีบางประเภทรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว เช่น คดีขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คดีที่เกี่ยวกับการพิจารณาการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือการสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรี และคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เป็นต้น

ในขณะที่คดีบางประเภทรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะ จึงเป็นคดีที่มีความจำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญ คดีผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ร้องขอว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คดีร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นต้น

นอกจากการพิจารณาจากประเภทคดีที่รัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว หากจะพิจารณาถึงประเภทของคดีในทางเนื้อหาแล้วจะพบว่า ประเภทของคดีที่สามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวได้นั้น จะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการตีความกฎหมาย การใช้กฎหมาย หรือการกระทำที่ใช้อำนาจรัฐ และมีลักษณะไปโต้แย้งต่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เท่านั้น ข้อพิพาทอันเกิดจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการชั่วคราว เนื่องจากไม่ได้มีลักษณะเป็นการโต้แย้งสิทธิ

5.2 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำบังคับ

จากการศึกษาพบว่า เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว อาจจำแนกประเภทคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

คำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ (Declaratory Judgment) หมายถึง คำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการรับรองหรืออธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีแต่ละฝ่าย คำวินิจฉัยประเภทนี้เป็นคำวินิจฉัยส่วนใหญ่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้ว

ไม่ได้เป็นการก่อตั้งสิทธิขึ้นใหม่ แต่เป็นการรับรองสิทธิหรือเป็นการประกาศ (Declaration) ให้ทราบถึงสภาพที่ชัดเจน (Clarify) หรือผลทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประเภทนี้ เช่น คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่เสนอใหม่ มีหลักการอย่างเดียวกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งหรือไม่ และคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย เป็นต้น

คำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการ (Commitment Decision) หมายถึง คำวินิจฉัยของศาลที่มีความมุ่งหมายให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อาทิ คำวินิจฉัยที่สั่งให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การวินิจฉัยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการนี้ จึงมีความจำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล เช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถกำหนดคำบังคับได้

ผลการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและการออกคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศพบว่า ความชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจในการกำหนดคำบังคับของศาลเป็นสิ่งที่ช่วยรักษาภาพลักษณ์และบูรณภาพทางตุลาการ (judicial integrity) ได้ดีกว่ากรณีที่ปล่อยให้เป็นไปตามความสมัครใจขององค์กรที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัย ซึ่งอาจทำให้มีการหน่วงช้าหรือแม้แต่การท้าทายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ที่ปรึกษาจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 โดยเห็นสมควรให้มีการกำหนดประเภทของคำวินิจฉัยที่ศาลจำเป็นต้องกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

สารบัญ

หน้า

คำนำ ..... (1)

บทสรุปผู้บริหาร (EXECUTIVE SUMMARY) ..... (2)

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 หลักการและเหตุผล 1
1.2 วัตถุประสงค์ 3
1.3 ขอบเขตการดำเนินงาน 3
1.4 ผลที่คาดว่าจะได้รับ 4
1.5 กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของงาน 5
1.6 รายละเอียดการส่งมอบงาน 5
1.7 ขั้นตอนการดำเนินงานโครงการ 6

บทที่ 2 ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ 8

2.1 หลักพื้นฐานการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ 8
2.1.1 มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว 13
2.1.2 คำบังคับ 39
2.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ 41
2.2.1 ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ 42
2.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับทางรัฐธรรมนูญ 58
2.2.3 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ทางรัฐธรรมนูญ 60
2.2.4 การกำหนดคำบังคับทางรัฐธรรมนูญ 69

บทที่ 3 บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนด คำบังคับของคำวินิจฉัยในต่างประเทศ 73

3.1 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสหรัฐอเมริกา 73

3.1.1 บทบาทหน้าที่ของศาลสูงสุดสหรัฐ (Supreme Court of the United States) หรือ SCOTUS 77

3.1.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว โดยศาลสูงสุดสหรัฐ 78

3.1.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย โดยศาลสูงสุดสหรัฐ 100

3.1.4 บทสรุปการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและ การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสหรัฐอเมริกา..... 104

3.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนด คำบังคับของคำวินิจฉัยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 109

3.2.1 บทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG)..... 109

3.2.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ 110

3.2.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ 122

3.2.4 บทสรุปการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย ในสาธารณรัฐเยอรมนี 128

3.3 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนด คำบังคับของคำวินิจฉัยในสาธารณรัฐเกาหลี..... 130

3.3.1 บทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี (Constitutional Court of Korea) 140

3.3.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว
โดยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี 141
3.3.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย
โดยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี 155
3.3.4 บทสรุปการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว
และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย
ในสาธารณรัฐเกาหลี 156
3.4 สรุปการศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดมาตรการชั่วคราว
และการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
ในต่างประเทศ 158
3.4.1 สหรัฐอเมริกา 158
3.4.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี..... 160
3.4.3 สาธารณรัฐเกาหลี..... 161

**บทที่ 4 บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ
ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนด
คำบังคับของคำวินิจฉัยในประเทศไทย.....** 165
4.1 ความเป็นมาในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว
และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย
ของศาลรัฐธรรมนูญไทย..... 166
4.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว
โดยศาลรัฐธรรมนูญไทย..... 171
4.2.1 แนวคิดในการให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจ
กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับ..... 172
4.2.2 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนด
มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว..... 180
4.2.3 สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นของมาตรการชั่วคราว..... 198

4.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย 200
4.3.1 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย 201
4.3.2 ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย 204
4.3.3 สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นของการกำหนดคำบังคับ 212

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 214
5.1 บทสรุป 214
5.1.1 สภาพปัญหาของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว 215
5.1.2 สภาพปัญหาของคำบังคับ 224
5.2 ข้อเสนอแนะ 230
5.2.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว 230
5.2.2 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำบังคับ 247

บรรณานุกรม 252

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 2-1 แสดงความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม.....11
ตารางที่ 3-1 แสดงผลการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศในเบื้องต้น..... 162
ตารางที่ 4-1 แสดงการเปรียบเทียบมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญ คดีปกครอง และคดีแพ่ง..... 191
ตารางที่ 5-1 แสดงสรุปสาระสำคัญผลการศึกษาเปรียบเทียบ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว..... 220
ตารางที่ 5-2 แสดงสรุปสาระสำคัญ ผลการศึกษาเปรียบเทียบ การกำหนดคำบังคับ..... 228
ตารางที่ 5-3 แสดงการวิเคราะห์โดยการนำกรณีศึกษาในต่างประเทศ มาปรับใช้ในการนำเสนอข้อเสนอแนะการกำหนดมาตรการ หรือวิธีการชั่วคราว..... 237
ตารางที่ 5-4 แสดงสรุปข้อเสนอแนะหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนด มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว..... 240
ตารางที่ 5-5 แสดงการเปรียบเทียบผลการศึกษาในต่างประเทศ ตามหมวดหมู่หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำบังคับ..... 249

บทที่ 1
บทนำ

1.1 หลักการและเหตุผล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมายการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอิสระ และมีหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 211 วรรคสี่ ยังได้บัญญัติให้ “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ”

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 ได้บัญญัติหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยคดีไว้ 13 ประการ อย่างไรก็ดี ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยคดีแล้วเสร็จ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย กรณีเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาในภายหลัง หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึงและคำร้องของผู้ร้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่กรณีได้ยื่นคำขอ ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย และออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ โดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว ให้มีผลใช้บังคับได้ไม่เกิน 60 วัน นับแต่วันที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว

นอกเหนือจากอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 ยังได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ

ในการกำหนดคำบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในคำวินิจฉัยด้วย โดยในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควรตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแล้วนั้นจะเห็นว่า มิได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดี ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลเอาไว้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึง ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ซึ่งได้มีการกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีสำหรับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้ในข้อ 37 ถึงข้อ 40 สำหรับการกำหนดคำบังคับ ได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 44 และข้อ 45 แต่อย่างไรก็ดี ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และประเภทคดีที่ศาลจะกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยของศาลที่ชัดเจน

ด้วยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักการใหม่ที่กำหนดขึ้นไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ประกอบกับข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 เพื่อให้เป็นไปตามบังคับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นพื้นฐานทางวิชาการสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

1.2.2 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ รวมถึงวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย โดยเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าว โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

1.3 ขอบเขตการดำเนินงาน

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของโครงการฯ ที่ปรึกษาจะต้องดำเนินการ ดังนี้

1.3.1 ศึกษาให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

1.3.2 ศึกษาให้เห็นถึงหน้าที่และอำนาจ รวมถึงวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย รวมถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนแนวทางในการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าว โดยเปรียบเทียบกรณี

ของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับต่างประเทศ อย่างน้อย 3 ประเทศ โดยที่ปรึกษาเป็นผู้เลือกประเทศที่จะทำการศึกษาได้เองที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทยได้

1.3.3 เสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

1.3.4 จัดให้มีการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา เพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมหรือสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยการเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์ หรือรัฐประศาสนศาสตร์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้องรวมถึงส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสำนักงานศาลปกครอง ตุลาการศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือเอกชน นักวิชาการอิสระในสาขาที่เกี่ยวข้อง ตัวแทนของกลุ่มผู้ชุมนุมภาคประชาชน เป็นต้น เข้าร่วมการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย

1.3.5 ให้ที่ปรึกษาจัดหาผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์ หรือรัฐประศาสนศาสตร์ ซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเห็นชอบให้เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นต่อร่างรายงานการศึกษาที่ผ่านการประชุมหรือสัมมนา ตามข้อ 1.3.4 แล้ว เพื่อนำความเห็นดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงร่างรายงานการศึกษาก่อนเสนอให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจรับ

1.4 ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1.4.1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ และมีฐานรองรับความน่าเชื่อถือเป็นไปตามหลักวิชา

1.4.2 ประชาชนทั่วไป หน่วยงานของรัฐและเอกชน สถาบันการศึกษา และชุมชน มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว รวมถึงการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

1.4.3 ทุกภาคส่วนสามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้เป็นแนวทางในการศึกษาต่อยอดทางวิชาการ หรือใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาวิจัยขั้นต่อไป

1.5 กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จของงาน

กำหนดระยะเวลาภายใน 12 เดือน นับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญา ทั้งนี้ ไม่รวมถึงระยะเวลาที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญใช้ไปในการพิจารณาผลการดำเนินงาน ร่างรายงาน หรือรายงานแต่ละฉบับที่ที่ปรึกษานำเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

1.6 รายละเอียดการส่งมอบงาน

ที่ปรึกษาต้องเสนอแผนการจัดส่งรายงานให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา โดยแบ่งออกเป็นดังนี้

1.6.1 รายงานสรุปแนวทางการศึกษาเบื้องต้น: ภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญา เสนอรายงานพร้อมทั้งบทสรุปสำหรับผู้บริหารจำนวน 8 ชุด

โดยมีรายละเอียด ดังนี้

- นำเสนอรายละเอียดแนวทางการศึกษาและจัดทำรายงานด้านต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการฯ โดยจะกำหนดขอบเขตการดำเนินการในแต่ละหัวข้อให้ชัดเจน พร้อมทั้งนำเสนอแนวทางและวิธีการศึกษา

1.6.2 รายงานผลการศึกษาขั้นกลาง: ภายใน 6 เดือน นับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญาเสนอรายงานพร้อมทั้งบทสรุปสำหรับผู้บริหารจำนวน 8 ชุด

โดยมีรายละเอียด ดังนี้

- สรุปผลการ ศึกษา/วิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

• สรุปผลการศึกษา/วิเคราะห์ถึงหน้าที่และอำนาจ รวมถึงวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย รวมถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว โดยเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับต่างประเทศ อย่างน้อย 3 ประเทศ โดยที่ปรึกษาเป็นผู้เลือกประเทศที่จะทำการศึกษาได้เองที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทยได้

1.6.3 ร่างรายงานผลการศึกษาฉบับสมบูรณ์ : ภายใน 8 เดือน นับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญาเสนอรายงานพร้อมทั้งบทสรุปสำหรับผู้บริหาร จำนวน 8 ชุด

โดยมีรายละเอียด ดังนี้

• นำเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

1.6.4 รายงานฉบับสมบูรณ์ : ภายใน 12 เดือน นับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญาเสนอรายงานพร้อมทั้งบทสรุปสำหรับผู้บริหาร จำนวน 8 ชุด

โดยมีรายละเอียด ดังนี้

• จัดประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา จากผู้ทรงคุณวุฒิ/ผู้เชี่ยวชาญ หน่วยงาน/บุคคล ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมหรือสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ ภายใน 10 เดือนนับจากวันที่ลงนามในสัญญาจ้าง

• จัดหาผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์ หรือรัฐประศาสนศาสตร์ โดยความเห็นชอบจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นต่อร่างรายงานการศึกษาที่ผ่านการประชุมหรือสัมมนาแล้ว เพื่อนำความเห็นดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงร่างรายงานการศึกษาก่อนเสนอให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจรับ

1.7 ขั้นตอนการดำเนินงานโครงการ

ที่ปรึกษาได้วางแผนและดำเนินการตามขั้นตอนการดำเนินงานโครงการ โดยแบ่งเนื้อหาออกเป็น 5 บท ดังนี้

บทที่ 1 บทนำ

บทที่ 2 ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ

บทที่ 3 บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในต่างประเทศ

บทที่ 4 บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยของประเทศไทย

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ โดยเนื้อหาในแต่ละบทนั้นได้มีการปรับปรุงแก้ไขตามความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการตรวจรับฯ ผู้ร่วมสัมมนาผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ (ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์) เกี่ยวกับร่างรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ (Draft Final report) เพื่อให้มีความสอดคล้องเชื่อมโยงกัน และให้เกิดความสมบูรณ์ของเล่มรายงานฉบับนี้มากยิ่งขึ้น อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถนำประโยชน์จากการศึกษาที่ได้ไปใช้ประกอบการพิจารณาในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

บทที่ 2
ที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ

2.1 หลักพื้นฐานการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ

หลักการพื้นฐานของกฎหมายโดยทั่วไปประกอบด้วยหลักการใหญ่ 2 หลักการ คือ หลักนิติธรรม และหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็น “หลัก” ของกฎหมาย ที่ไม่ว่าในระบบใด ทั้งระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ต่างต้องยึดถืออันเป็นการสร้างความมั่นใจว่า ปลายทางนั้นจะนำไปสู่ความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง

หลักนิติธรรม (Rule of Law) หมายถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” อันเป็นหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมาย[1] ซึ่งความเป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งที่ทุกสังคมย่อมต้องการให้มีอยู่ เพราะจะนำไปสู่การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างปกติสุข เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี รวมถึงการบริหารราชการแผ่นดินภายใต้บังคับของกฎหมาย การตรากฎหมายโดยฝ่ายบริหารที่ควรเคารพต่อสิทธิต่าง ๆ ของประชาชนด้วย ภายใต้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการที่สามารถดำเนินการโดยปราศจากอคติ ที่มาของหลักนิติธรรม (Rule of Law) ปรากฏชัดเจนในประเทศอังกฤษสมัยศตวรรษที่ 13 อันถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษที่มีหลักการสำคัญ ได้แก่ บุคคลพึงได้รับการพิจารณาโทษโดยศาลในการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยหลักความเสมอภาค ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในฐานะใด สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องได้รับการยอมรับจากศาล ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ กฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีนั้นมีลักษณะเป็นการทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

---

[1] บรรหาญ จงเจริญประเสริฐ, *เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.), 2-3.

กฎหมายดังกล่าวถูกสร้างขึ้นโดยผู้พิพากษาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนของกษัตริย์ เมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดไปแล้วจะยึดถือเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีถัด ๆ ไปที่เกิดขึ้นภายหลังและมีลักษณะรูปคดีที่คล้ายกัน กฎหมายในระบบกฎหมายอังกฤษไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยรัฐสภาที่เรียกว่า “Statute Law” เท่านั้น แต่ยังหมายถึงคำตัดสินของผู้พิพากษา (Case Law) ที่ถือปฏิบัติและเป็นที่ยอมรับต่อ ๆ กันมาด้วย

การที่ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับให้ผู้พิพากษาสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้เองนั้น ส่งผลให้ระบบกฎหมายของอังกฤษมีลักษณะที่มีความยืดหยุ่นได้ไม่เคร่งครัดจนเกินไป อีกทั้งยังสามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างทันท่วงที แต่ในขณะเดียวกันศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวการตัดสินอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจไม่ได้ และแม้ประเทศอังกฤษจะยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการออกกฎหมายก็ตาม แต่รัฐสภาก็ต้องออกกฎหมายอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรมด้วย ภายหลังนักกฎหมายได้เริ่มทำความเข้าใจในหลักการของหลักนิติธรรมมากยิ่งขึ้น

หลักการพื้นฐานดังกล่าวนี้ ยังมุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองด้วย ซึ่งหมายความว่า บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน เหตุผลไม่ขัดแย้งกันเอง ใช้ได้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งถึงในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายถูกต้องชัดเจน ฯลฯ

หลักนิติรัฐ (Legal State : Rechtsstaatsprinzip) หมายความว่า การปกครองโดยกฎหมาย มิใช่การปกครองโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมัน ประเทศที่เป็นนิติรัฐจึงต้องมีกฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศ ผู้ปกครองประเทศจะกระทำการใด ๆ หรือดำเนินการใด ๆ ได้ต้องมีกฎหมายรองรับ จะกระทำอะไรตามอำเภอใจไม่ได้ กล่าวคือ บุคคลภายในรัฐจะกระทำการใด ๆ ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น ๆ ดังนั้น จึงมักใช้กับประเทศที่มีการปกครองด้วยกฎหมายหรือปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยยึดหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ฝ่ายปกครองจะกระทำมิได้”

ซึ่งตรงข้ามกับหลักกฎหมายแพ่งที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามไว้เอกชนจะกระทำอย่างไรก็ได้” ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงอยู่ในลักษณะสมดุลและเป็นหลักประกันพื้นฐานแก่ประชาชนเจ้าของสิทธิเพราะมีกลไกการตรวจสอบ ควบคุมการใช้อำนาจ ทั้งจากภายในฝ่ายปกครองเองหรือจากองค์กรภายนอก เช่น องค์กรอิสระ หรือศาลที่อาจเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้หรือแม้กระทั่งการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองศาลย่อมตรวจสอบได้เสมอ เพียงแต่เป็นการตรวจสอบเฉพาะกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองในข้อที่ว่า “ต้องเป็นหลักกฎหมายที่สามารถแยกดุลพินิจโดยแท้ของงานบริหารออกจากการควบคุมของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองได้” ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐ จึงมีลักษณะเป็น “หลักคิด” มากกว่าหลักปฏิบัติ ดังนั้นนิติรัฐ จึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการบัญญัติหรือบังคับใช้กฎหมายควบคู่กับการจัดให้มีกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เช่น จัดให้มีองค์กรวินิจฉัย หรือพิพากษาคดีปกครอง อาทิ ศาลปกครอง หรือมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ผลของหลักนิติรัฐนั้น ทำให้บุคคลไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใดก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอย่างเดียวกัน และยังทำให้หลักความเสมอภาคมีความเป็นไปได้จริงในทางปฏิบัติอีกด้วย

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ระหว่างหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมนั้นมีความเหมือนและความแตกต่างกัน ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 2-1 แสดงความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

ความสัมพันธ์	นิติรัฐ	นิติธรรม
ความแตกต่าง	1. ประเทศเยอรมัน 2. Civil Law	1. ประเทศอังกฤษ 2. Common Law
ความเหมือน	1. จำกัดอำนาจของผู้ปกครอง 2. คุ้มครองประชาชน 3. กำกับกฎหมายให้ชัดเจน มีเหตุมีผล 4. มุ่งสู่ความยุติธรรมทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหา	

“มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว” (Temporary Injunction) เป็นมาตรการหรือวิธีการที่มีวัตถุประสงค์สำคัญในทางกฎหมาย กล่าวคือเป็นมาตรการหรือวิธีการที่ให้อำนาจแก่ศาล ให้ศาลสามารถเข้ามาช่วยเหลือ หรือเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีได้อย่างทันท่วงที หรือเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีในเรื่องต่าง ๆ เช่น ความเสียหายอันเกิดแก่ทรัพย์สิน ความเสียหายต่อเกียรติยศหรือชื่อเสียง ความเสียหายอื่น ๆ เป็นต้น

ทั้งนี้ เนื่องมาจากการดำเนินคดีตามกฎหมายนั้น อาจต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรขึ้นอยู่กับความซับซ้อน ความยากง่ายในการพิจารณาคดี ระยะเวลาในการดำเนินคดีอาจทอดยาวออกไปยิ่งขึ้น หากมีพยานหลักฐานที่ต้องพิจารณาเป็นอันมาก หรือแม้กระทั่งความล่าช้าที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทำงานของศาลเอง จนทำให้กว่าที่จะดำเนินคดีจนเสร็จสิ้นนั้น ตัวผู้เสียหายซึ่งแม้ว่าอาจจะเป็นผู้ชนะคดีแต่ก็ไม่ได้รับความเป็นธรรมเสียแล้ว ดังภาษิตกฎหมายที่ว่า “justice delayed is justice denied” ดังตัวอย่างเช่น ในคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับทรัพย์สินที่อาจใช้ระยะเวลานานกว่าที่จะดำเนินคดีจนแล้วเสร็จ ในระหว่างนั้น หากทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้อง (ลูกหนี้) ถูกยักย้าย จำหน่าย หรือถ่ายโอนไปยังบุคคลอื่นเสียก่อนที่จะดำเนินคดีจนแล้วเสร็จกว่าที่ศาลจะได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด อาจไม่เหลือทรัพย์สินสิ่งใดที่จะนำมาชำระหนี้ให้แก่ผู้ฟ้อง หรือเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้เสียแล้ว

โดยทั่วไปแล้วเมื่อบุคคลถูกกระทบกระเทือนซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายรับรองคุ้มครองไว้ บุคคลดังกล่าวย่อมประสงค์จะได้รับการแก้ไขเยียวยา (remedy) หรือระงับข้อขัดแย้งให้ยุติอย่างมีประสิทธิภาพ (effective dispute resolution) การใช้สิทธิทางศาลก็เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีการหนึ่งที่บุคคลโดยทั่วไปย่อมคาดหวังว่า จะร้องขอให้มีการใช้อำนาจรัฐบังคับการให้สิทธิเรียกร้องของตนปรากฏขึ้นอย่างชัดเจน และให้การบังคับดังกล่าวมีผลผูกพันถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วย กลไกการใช้อำนาจรัฐผ่านการใช้สิทธิทางศาลจึงถือเป็นทางเลือกที่หวังผลได้ อย่างน้อยที่สุดก็คือบุคคลสามารถคาดหวังได้ว่าจะบรรลุผลสำเร็จเนื่องด้วยข้อขัดแย้งอันเป็นเหตุแห่งการพิพาทระหว่างกันนั้น จะได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากองค์กรที่มีความอิสระ (independence agency) มีความเป็นกลาง (neutrality) มีวิธีพิจารณาเป็นแบบแผนแน่นอน (due process) และผลของคำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาลนั้นถือเป็นเด็ดขาด (enforceability) มีความศักดิ์สิทธิ์ในตัวเอง

อย่างไรก็ดี การแก้ไขเยียวยาให้ได้รับความยุติธรรมกลับคืนมา ไม่ได้หมายเพียงการให้ความเป็นธรรมตามส่วนที่เขาควรจะได้ในทางเนื้อหาเท่านั้น แต่ความยุติธรรมยังต้องมาให้ทันเวลา (justice in time) ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ไม่ล่าช้าเกินสมควร มิเช่นนั้น ก็จะเป็นการเปล่าประโยชน์

ระยะเวลาในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล เป็นตัวแปรสำคัญที่ส่งผลให้คู่ความต้องทนรับสภาพความเสียหายจากการกระทำของอีกฝ่ายไปอย่างต่อเนื่อง โดยไม่อาจปัดป้องความทุกข์ร้อนเหล่านั้นด้วยตนเองหรือดำเนินการด้วยวิธีอื่นใด ในขณะเดียวกันคู่ความก็ได้รับความทุกข์ทรมานใจหรือความเครียดอันเกิดจากความไม่แน่นอนในสถานะแห่งสิทธิของตน อันเนื่องมาจากการถูกปฏิเสธสิทธิโดยปัจเจกชนด้วยกัน หรือจากอำนาจมหาชน (โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ที่อาจมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย และจำต้องตกอยู่ภายใต้ผลผูกพันของการบังคับการให้เป็นตามอำนาจดังกล่าว ให้ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางอย่าง

เหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นที่มาสำคัญที่เรียกร้องให้กฎหมาย (สารบัญญัติ) ต้องคิดค้นสร้างเครื่องมือในการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ศาล เพื่อให้ศาลจะได้พิจารณาใช้ดุลพินิจตามสมควรหรือมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใด ในอันที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น หรือเพื่อคุ้มครองคู่ความไม่ให้ได้รับความเสียหายต่อไปเป็นการชั่วคราว จนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลในท้ายที่สุด เรียกว่า “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว”

“คำบังคับ” คือ คำสั่งของศาลซึ่งออกเพื่อสั่งให้คู่ความหรือบุคคลซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลแล้ว ผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้ที่มีหน้าที่ตามคำสั่งศาลต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น หากลูกหนี้ปฏิบัติตามก็ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี แต่ถ้าผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำพากษา หรือคำสั่งศาลเช่นว่านั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ศาลจึงจำเป็นต้องให้มีการบังคับคดีเกิดขึ้น

ในบางกรณีคำบังคับของศาลอาจออกมาในลักษณะของการกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการได้ เช่น คำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองซึ่งศาลจะกำหนดผู้มีหน้าที่และระยะเวลาในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้

กล่าวโดยสรุปแล้วคำบังคับคือ คำสั่งของศาลที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีและยังรวมถึงหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาล

2.1.1 มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นมาตรการหรือวิธีการที่ศาลกำหนดขึ้นเพื่อรักษาสถานะของบุคคลหรือป้องกันไม่ให้สิทธิหรือทรัพย์สินของคู่ความได้รับความเสียหายในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวในรูปของ “คำสั่ง” หรืออาจเรียกว่า “คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว” โดยทั่วไปแล้วศาลจะสั่งให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความอยุติธรรม

แก่บุคคลหนึ่ง จึงถือได้ว่ามาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นมาตรการพิเศษที่ศาลนำมาใช้เพื่อเยียวยาให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความให้มากที่สุด[2]

2.1.1.1 ความหมายของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในวิธีพิจารณาคดีของศาลถือเป็นกระบวนการที่สำคัญที่มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองคู่ความในคดี หากกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปราศจากวิธีการชั่วคราวแล้ว อาจทำให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้น ๆ ไม่อาจคุ้มครองหรือเยียวยาสิทธิของคู่ความในคดีได้ ด้วยเหตุนี้เอง เพื่อให้กระบวนพิจารณาคดีของศาลมีหลักประกันแก่คู่ความในคดี วิธีพิจารณาคดีของศาลต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องนำมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวมาใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาล มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีแต่ละประเภทอาจจะมีความแตกต่างกันออกไป เช่น มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีแพ่ง (วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา) มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีปกครอง เพราะคดีแต่ละประเภทมีลักษณะของข้อพิพาทที่แตกต่างกัน

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นมีปรากฏให้เห็นในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลทั้งในกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน (โดยเฉพาะคดีปกครอง) ซึ่งในที่นี้จะขอยกตัวอย่างมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีแพ่งและมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีปกครอง

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีแพ่ง โดยที่มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี แต่ในคดีแพ่งส่วนใหญ่แล้วคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว เป็นคำสั่งที่มุ่งคุ้มครองฝ่ายเจ้าหนี้ในคดี ด้วยเหตุนี้มาตรการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่งจึงมุ่งไปที่ลักษณะของหนี้ที่ได้มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล[3] มาตรการในการคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่งที่สำคัญมีมาตรการ ดังนี้

---

[2] อภิรดี สุทธิสมณ์, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), 4.

[3] บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), 265-266.

1) การขอให้ศาลมีคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยไว้ก่อนพิพากษา[4]

2) การขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิด หรือการผิดสัญญา หรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้องหรือให้หยุดหรือป้องกันการเปลืองเปล่า การบุบสลาย การโอน การขาย การยักย้าย หรือการจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ ที่พิพาท จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น[5]

3) ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังจำเลยไว้เป็นการชั่วคราว[6]

4) ขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ในระหว่างการพิจารณา[7] เช่น ให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งนำทรัพย์สินหรือเงินที่พิพาทมาวางต่อศาลหรือบุคคลภายนอก หรือให้ตั้งผู้จัดการหรือผู้รักษาทรัพย์สินที่พิพาทเป็นต้น

ส่วนมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีปกครองนั้น มีลักษณะที่แตกต่างไปจากคดีแพ่ง โดยในคดีแพ่งนั้นคู่ความในคดีเป็นเอกชนทั้งสองฝ่ายจึงทำให้ต่างฝ่ายต่างมีสถานะเท่าเทียมกัน แต่ในคดีปกครองนั้น คู่ความในคดีมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่ความฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ส่วนคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง คือ ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐ แต่ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างคดีแพ่งและคดีปกครองคือ “วัตถุแห่งคดี” (the object of the case) กล่าวคือ ในคดีแพ่งนั้นข้อพิพาทที่นำมาสู่การพิจารณาคดีของศาลล้วนเกิดขึ้นจากการกระทำบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันของคู่ความ ไม่มีการใช้อำนาจเหนือหรือที่เรียกว่าการใช้อำนาจมหาชน (Public authority) แต่ “วัตถุแห่งคดี” ในคดีปกครองนั้น ล้วนเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจเหนือแต่ฝ่ายเดียวไม่ว่าจะเป็น “กฎ” “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “การกระทำทางกายภาพ” อันเป็นการกำหนดสิทธิหน้าที่ หรือก่อให้เกิดภาระแก่ฝ่ายเอกชน ด้วยเหตุนี้การฟ้องคดีปกครองในบางประเทศ เช่น สาธารณรัฐเยอรมนี

---

[4] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 254 (1).
[5] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 254 (2).
[6] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 254 (3).
[7] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 254 (4).

จึงถือว่าการฟ้องคดีปกครองเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง หมายความว่า เมื่อมีการฟ้องคดีปกครองเกิดขึ้นจะถือว่าเป็นการชะลอผลของการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำพิพากษา ประเทศที่ใช้ระบบการฟ้องคดีปกครองเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนี้ ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพื่อทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีปกครอง[8]

จะเห็นได้ว่า มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวถือเป็นมาตรการสำคัญที่มีพื้นฐานมาจาก “หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ” ดังนั้น ในคดีปกครองซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ การที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันในการให้ความคุ้มครองชั่วคราว มิเช่นนั้นการพิจารณาคดีปกครองก็ไม่อาจคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เพราะแม้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐจะชนะคดี แต่ก็ไม่อาจเยียวยาสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นได้ด้วยเหตุนี้เองจึงจำเป็นต้องมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วย เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพให้แก่บุคคล

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว คือ มาตรการหรือวิธีการที่ศาลใช้อำนาจตามกฎหมาย ในรูปแบบของคำสั่ง เพื่อกำหนดให้คู่ความปฏิบัติตามด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในระหว่างการพิจารณาคดีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา หากปรากฏว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อรักษาสิทธิของคู่ความ หรือคุ้มครองประโยชน์ในทรัพย์สินของคู่ความ เพื่อไม่ให้ได้รับความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาในภายหลังได้ ซึ่งการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวเป็นการคุ้มครองคู่ความเป็นการชั่วคราวไม่ถาวร

สำหรับถ้อยคำทางกฎหมายที่ใช้เรียกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นมีถ้อยคำอยู่หลากหลาย เช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คำสั่งคุ้มครองประโยชน์ในระหว่างการพิจารณา คำสั่งทุเลา (การบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือกฎ) หรือคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว แม้ในบริบทของกฎหมายต่างประเทศก็ยังอาจพบได้

---

[8] บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, 266-267.

ในหลายถ้อยคำ เช่น Provisional Measures, Provisional Remedies, Temporary Injunction, Temporary Restraining Order, Preliminary Injunction, Interim Order, Injunctive Relief, Interlocutory injunction เป็นต้น

ลักษณะของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในระบบกฎหมายแต่ละระบบ และในแต่ละประเภทคดีนั้นอาจมีความแตกต่างกัน เนื่องมาจากสภาพแห่งคดีและการบรรลุวัตถุประสงค์ของวิธีการชั่วคราวในแต่ละกรณีนั้นไม่เหมือนกัน ยกตัวอย่างมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีแพ่ง เช่น คำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินของจำเลยหรือทรัพย์สินที่พิพาทก่อนพิพากษา คำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง คำสั่งบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่โจทก์อาจได้รับต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลย คำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลย คำสั่งจับกุมและกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว[9] คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราวในคดีล้มละลาย[10] ในตัวอย่างของคดีปกครองก็เช่น คำสั่งทุเลาการบังคับตามประกาศเรื่องการประมูลก่อสร้างงาน[11] คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้มีการระงับการก่อสร้างระบบประปาของเทศบาล[12] คำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีถือปฏิบัติต่อสิทธิในอันที่จะได้รับการบรรจุแต่งตั้งเป็นข้าราชการเช่นเดียวกับผู้สอบคัดเลือกได้เป็นการชั่วคราว[13] จะเห็นได้ว่า มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวบางลักษณะในคดีแพ่งอาจไม่หมาะสม หรือเป็นไปไม่ได้เลยที่จะนำมาปรับใช้ในคดีปกครอง เช่น คำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินในคดีแพ่ง ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับทรัพย์สินของแผ่นดินหรือของทางราชการได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากทรัพย์สินของแผ่นดินหรือของทางราชการมีไว้เพื่อประโยชน์ของทางราชการ จึงได้รับความคุ้มกัน (immunity) ที่จะไม่ถูกยึดหรืออายัดตามกฎหมาย[14] หรือคำสั่งจับกุมหรือกักขังจำเลย

---

[9] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 254.
[10] พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 17.
[11] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ร.653/2556.
[12] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ร.74/2553.
[13] คำสั่งศาลปกครอง 1681/2551.
[14] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1307.

ไว้ชั่วคราวในคดีแพ่ง ก็ไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้เพื่อให้ศาลมีคำสั่งจับกุมหรือกักขังเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการในหน้าที่ไว้เป็นการชั่วคราว

สำหรับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ ประเทศยอมรับให้มีการนำเอามาตรการหรือวิธีการชั่วคราวมาใช้ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ บางประเทศให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไปโดยไม่คำนึงถึงประเภทของคดี บางประเทศกำหนดไว้ชัดแจ้งเฉพาะคดีบางประเภท หรือในบางประเทศศาลรัฐธรรมนูญสามารถอาศัยฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไป (กฎหมายเอกชน) มากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวขึ้นได้เองในบางประเภทคดี แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นกระบวนพิจารณาอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นส่วนเสริมของคดีหลักที่พิพาทกันในเนื้อหาแห่งคดี แต่ไม่ใช่ทุกคดีที่ศาลจะต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวให้คู่ความเสมอไป หากกรณีไม่สอดคล้องหรือเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ เช่น กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเหตุฉุกเฉิน กรณีเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม กรณีเพื่อป้องกันภยันตรายหรือกรณีที่ต้องบรรเทาความเสียหายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เงื่อนไขดังกล่าวเป็นที่มาและถือเป็นสาระสำคัญในการพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่จะใช้ในแต่ละคดี

แม้ว่าประชาชนจะมีสิทธิและสามารถใช้สิทธิในการดำเนินคดีทางศาลได้ แต่ด้วยภารกิจของศาลในการอำนวยความยุติธรรม ซึ่งในปัจจุบันพบว่า มีปริมาณคดีที่มีผู้เสนอเข้าสู่การพิจารณาของศาลเป็นอันมาก ประกอบกับขั้นตอนกระบวนพิจารณาคดีของศาล ที่มีแบบพิธีและความยากง่ายของแต่ละคดีแตกต่างกัน จึงไม่อาจคาดหมายได้ว่า การพิจารณาคดีต่าง ๆ นั้นจะสิ้นสุดลงเมื่อใด การปล่อยให้คู่ความต้องรอผลของการพิพากษาในประเด็นแห่งคดีแต่เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอ แม้ท้ายที่สุดเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีจะได้รับคำพิพากษาของศาลอันแสดงถึงอำนาจในการบังคับตามสิทธิเรียกร้องเหนือลูกหนี้ได้โดยชอบก็ตาม และแม้ว่าเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีอาจร้องขอให้มีการบังคับคดีได้ตามกระบวนการทางกฎหมาย แต่สภาพแห่งการบังคับคดี

ไม่เปิดช่องให้กระทำได้เสียแล้ว หรือเป็นการไร้ประโยชน์ที่จะบังคับตามคำพิพากษาเสียแล้ว เพราะเหตุจากความไม่สุจริตของลูกหนี้ หรือเหตุสุดวิสัยที่เกิดขึ้นกับวัตถุแห่งคดี มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจึงถูกสร้างขึ้น เพื่ออุดช่องโหว่ของการบังคับคดีตามคำพิพากษา อีกทั้งเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ชนะคดีว่าจะสามารถกลับคืนสู่สภาพแห่งสิทธิของตนได้ดังเดิม หรือหากแม้ว่าไม่สามารถกลับคืนสู่สภาพดังเดิมได้ก็ยังมีหลักประกันว่าจะได้รับการชดเชยความเสียหายที่ตนได้รับ หลักประกันนี้นอกจากจะรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมตามความเป็นจริงแล้ว ยังเป็นการรักษาหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาของศาล อีกทั้งเป็นการยืนยันว่า อำนาจรัฐสามารถบังคับได้อย่างแท้จริงและมีประสิทธิภาพ มีความน่าเชื่อถือ และสามารถเป็นที่พึ่งพิงให้แก่ประชาชนได้

โดยทั่วไปมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนี้จะมีขึ้นได้ ก็ต้องมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว แต่ในบางกรณี ศาลอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนที่คู่ความจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลก็ได้ อันเนื่องมาจากเหตุฉุกเฉินเร่งด่วน ศาลจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจเข้าไปป้องกันไม่ให้คู่ความฝ่ายที่เสียหายได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร จนไม่อาจเยียวยาความเสียหายได้แม้ภายหลังจะได้มีการนำเสนอคดีต่อศาลแล้วก็ตาม ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนที่คู่ความจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลนี้ ศาลจะพิจารณาจากคำขอหรือพยานหลักฐานที่ผู้ขอนำเสนอเพียงฝ่ายเดียวว่า ปรากฏข้อเท็จจริงเป็นอันสมควรและจำเป็นหรือไม่ เช่น ในคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา อาจมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาก่อนฟ้องคดีได้ แต่ต้องยื่นคำขอประกอบบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงของผู้รู้เห็นเหตุแห่งการขอเพื่อสนับสนุนข้ออ้างตามคำขอของตนด้วย[15] เป็นต้น

การที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวหรือไม่นั้น ถือเป็นอำนาจดุลพินิจของศาล (a discretionary power of court) ที่จะกำหนดให้หรือไม่ก็ได้[16] หากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควร เพียงพอที่จะออก

---

[15] ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540, ข้อ 12.

[16] Legal Information Institute www.law.cornell.edu/topics/injunctions.html."Law about... injunction: an overview". อ้างถึงใน อภิรดี สุทธิสมณ์, "มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง", 4.

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวแล้ว ศาลจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใดที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่คู่ความ หรือเป็นประโยชน์แก่คดีมากที่สุด ทั้งนี้ภายในขอบเขตหรือเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ศาลเห็นสมควร

อย่างไรก็ดี ปัจจัย หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่ศาล จะต้องนำมาพิจารณาประกอบเพื่อออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนี้ ถือเป็นหน้าที่ของผู้ขอที่จะต้องแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนคำขอของตน โดยเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ศาลได้พิจารณาด้วยความสุจริต จนกระทั่งเป็นที่พอใจแก่ศาลแล้วว่า กรณีดังกล่าวถือว่ามีเหตุผลสมควรที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การดำรงอยู่ของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นมีผลอยู่เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง กล่าวคือมีผลเป็นการชั่วคราวในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาจนกว่าศาลจะพิพากษาหรือชี้ขาดประเด็นแห่งคดี ซึ่งมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีบางประเภทอาจมีการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นระยะเวลาที่แน่นอน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเหตุผลความจำเป็น ในบางคดีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอาจสิ้นสุดโดยคำสั่งยกเลิกของศาล ทั้งนี้เมื่อปรากฏแก่ศาลว่า ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ศาลอาศัยเป็นเหตุในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจนส่งผลให้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไม่มีความจำเป็นหรือเหมาะสมอีกต่อไป ในการนี้ศาลอาจใช้อำนาจในการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวให้มีความเหมาะสมก็ย่อมได้

แม้โดยทั่วไปจะเห็นได้ว่า มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองฝ่ายโจทก์หรือผู้ร้องในคดีเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพราะโจทก์หรือผู้ร้องเป็นผู้นำเอาความเดือดร้อนเสียหายของตนมาขอรับความคุ้มครองจากศาล ในเบื้องต้นโจทก์หรือผู้ร้องจึงได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานที่ว่า “การใช้สิทธิทางศาลของตนเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต” และเมื่อโจทก์หรือผู้ร้องได้แสดงพยานหลักฐานและข้อเท็จจริง จนเป็นที่พอใจแก่ศาลแล้วว่า กรณีดังกล่าวถือว่ามีเหตุผลสมควรที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว จึงเป็นธรรมดาที่ผู้ได้รับประโยชน์

จากมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวย่อมเป็นโจทก์หรือผู้ร้อง อย่างไรก็ตาม ในคดีบางประเภท ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอาจได้แก่ กลุ่มบุคคลอื่น หรือประชาชนเป็นการทั่วไปก็ได้ แม้กลุ่มบุคคลอื่นหรือประชาชนเหล่านั้นจะมิได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดีเลยก็ตาม

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งศาลนำมาคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำอื่นที่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว หากปล่อยให้ล่าช้าในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ก็จะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังได้ โดยแนวคิดของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงที่มาและแนวความคิดจากหลักการสำคัญ ดังต่อไปนี้

1) หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไปให้ความเคารพและยอมรับในหลักการแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน และถือว่าการให้ความเคารพและยอมรับในสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้เป็นสิ่งสำคัญและเป็นพื้นฐานของการปกครองอย่างหนึ่งตามหลักนิติรัฐ (Legal State) สิทธิเสรีภาพในฐานะเป็นอำนาจของแต่ละคนในการดำเนินชีวิตของตน ภายใต้กฎหมายและการเคารพสิทธิเสรีภาพซึ่งกันและกัน เป็นอำนาจที่ใช้ในการเรียกร้องต่อบุคคลอื่นให้กระทำการ ละเว้นกระทำการใด ๆ โดยไม่มีการแทรกแซงจากองค์กรรัฐหรือหรือประชาชนด้วยกัน

อาจกล่าวได้ว่า สิทธิเสรีภาพของแต่ละคนก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในกฎหมายเอกชน รวมถึงหน้าที่ต่อองค์กรของรัฐในกฎหมายมหาชนที่จะต้องให้ความเคารพ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้มีผลบังคับได้จริงบนความเท่าเทียม รัฐต้องให้หลักประกันในสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยสิทธิดังกล่าวไม่อาจถูกลบล้างไปได้ ปรากฏให้เห็นในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลายประเทศได้มีรับรองสิทธิดังกล่าวให้เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นการรับรองว่าเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ กฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ของรัฐที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

และเพื่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติให้มีองค์กรต่าง ๆ ทำหน้าที่ตามความมุ่งหมาย หากมีการละเมิดหรือใช้สิทธิเสรีภาพโดยมิชอบขึ้น ผู้เสียหายสามารถเสนอข้อโต้แย้งสิทธิของตนต่อองค์กรของรัฐได้ ศาลหรือองค์กรตุลาการเป็นหนึ่งในองค์กรของระบบการคุ้มครองสิทธิที่มีบทบาทสำคัญ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีได้[17] รวมไปถึงสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิด เนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น[18]

การใช้สิทธิทางศาล (action en justice) มีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ปกป้องและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินและเนื้อตัวร่างกายของปัจเจกชนจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประชาชนด้วยกันเอง และการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรรัฐ เพื่อเป็นการยุติข้อโต้แย้งอย่างเป็นธรรมด้วยการใช้อำนาจรัฐบังคับการโดยองค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ เป็นกลาง การใช้สิทธิทางศาลทำให้สิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายสารบัญญัติรับรองไว้ สามารถมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ โดยที่ทุกคนจำต้องปฏิบัติตามร่วมกันในสังคม ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการแยกหลักเกณฑ์สิทธิทางเนื้อหากับสิทธิทางวิธีพิจารณาความออกจากกันอย่างชัดเจน และถือว่าการใช้สิทธิทางศาลเป็นการสนับสนุนสิทธิในทางกฎหมายโดยอาศัยกระบวนการของศาล[19] หลักเกณฑ์พื้นฐานของการใช้สิทธิทางศาล ศาลควรจะบรรเทาทุกข์เฉพาะผู้ที่จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาตามหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “ไม่มีการเยียวยาไม่มีสิทธิ” (Ubi remedium, ibi jus)[20] เมื่อเข้าสู่กระบวนการทางศาล กฎหมาย

---

[17] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 25 วรรคสาม.

[18] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 41 (3).

[19] Nigel Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, 4th ed. (New York: Oxford University Press, 2010), 156-157.

[20] วรรณชัย บุญบำรุง, *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่*, พิมพ์ครั้งที่ 2, เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), 262.

วิธีพิจารณาความจะเข้ามามีบทบาทเหนือคู่ความทุกขั้นตอนของกระบวนพิจารณาคดี มาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนพิจารณาของศาล เป็นเครื่องมือคุ้มครองประโยชน์หรือสิทธิของคู่ความในระหว่างการพิจารณา ในคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งออสเตรีย ถือว่าการคุ้มครองในรูปของการออกคำสั่งคุ้มครองนั้นเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของระบบการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ[21] ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีปกครองก็เช่นกัน ในประเทศที่มีพัฒนาการเกี่ยวกับคดีปกครองมาอย่างยาวนาน

2) หลักการใช้สิทธิในการดำเนินกระบวนพิจารณาทางศาลโดยสุจริต

สืบเนื่องจากแนวความคิดว่าด้วยการใช้สิทธิทางศาล เมื่อบุคคลผู้ได้รับการกระทบกระเทือนซึ่งสิทธิของตนได้เข้าสู่กระบวนการดำเนินการใช้สิทธิทางศาลแล้ว เท่ากับเป็นการยอมรับซึ่งหลักเกณฑ์ในทางวิธีพิจารณาที่มีรูปแบบขั้นตอนที่แน่นอน สิ่งสำคัญของวิธีพิจารณาที่มีประสิทธิภาพคือการอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่ความในคดี ทั้งนี้ ความยุติธรรมต้องมาพร้อมกับความรวดเร็วและความสุจริต ดังที่กล่าวไว้ในหลักเอควิตี้ของระบบกฎหมาย Common Law ที่ว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด” (He who comes to the court must come with clean hands)[22] โดยทั่วไป บุคคลจะใช้สิทธิทางศาลไม่ว่าในทางใด ไม่ถือเป็นความผิด แม้ภายหลังตนจะเป็นฝ่ายแพ้คดีก็ตาม เพื่อให้แต่ละคนสามารถปกป้องสิทธิของตนได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องกลัวว่าจะก่อให้เกิดความรับผิดแต่อย่างใด เว้นแต่การใช้สิทธิดังกล่าวอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณา และเป็นการกระทำตามอำเภอใจ เป็นการประวิงเวลาให้ล่าช้าและเจตนามุ่งหวังให้บุคคลอื่นเสียหาย เรียกได้ว่า เป็นการใช้สิทธิไม่สุจริต การใช้สิทธิไม่สุจริตในทางศาลมีที่มาจากรากฐานเรื่องความสุจริต (Bona fide) และแนวความคิดว่าด้วยรัฐที่แทรกหลักการเรื่องประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนที่เป็นฐานให้ทุกคนมีหน้าที่และ

---

[21] บรรเจิด สิงคะเนติ, *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), 12.

[22] James R. Alexander, “Evil Angel Eulogy: Reflections on the Passing of the Obscenity Defense in Copyright,” *Journal of Intellectual Property Law 20*, no.2 (2012): 221.

ความรับผิดชอบต่อสังคม ไม่ใช้สิทธิของตนไปในทางกลั่นแกล้งหรือทำให้บุคคลอื่นต้องเสียหาย อันเป็นการลดทอนการยึดถือแนวความคิดเรื่องสิทธิเด็ดขาดของปัจเจกชนอย่างเคร่งครัดลง

การกระทำโดยไม่สุจริตเป็นการกระทำที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับจุดประสงค์หรือเจตนารมณ์ของการรับรองสิทธิอาจกล่าวได้ว่า เป็นลักษณะของการใช้สิทธิไม่สุจริตได้ เมื่อกล่าวถึงความไม่สุจริตในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล หมายถึง การที่คู่ความใช้สิทธิเกินส่วน (Abuse of right) ในการดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเจตนาประวิงคดีให้ล่าช้า หรือกลั่นแกล้งคู่ความอีกฝ่ายให้ได้รับความเสียหายเกินกว่าปกติของการใช้สิทธิ เช่น การฟ้องคดีอันปราศจากมูลเหตุแห่งการโต้แย้งสิทธิ การขัดขวางหรือเพื่อประวิงเวลาไม่ให้บังคับเอากับทรัพย์สินของตน หากผลทางคดีในท้ายที่สุดตนเป็นฝ่ายแพ้คดีและต้องถูกบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษา เป็นต้น

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common law ปรากฏเรื่องการใช้สิทธิทางกระบวนพิจารณาโดยไม่สุจริตในเรื่อง abuse of process หรือ malicious abuse of legal process ส่วนในฝรั่งเศสปรากฏอยู่ในหลักการที่เรียกว่า le principe de l'abus de procedure กับหลักเฉพาะในเรื่องการประวิงคดีหรือ les manoeuvres dilatoires โดยวางมาตรการลงโทษในทางแพ่งไว้สำหรับผู้ใช้สิทธิในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่มีลักษณะทำให้กระบวนพิจารณาต้องล่าช้า หรือโดยไม่สุจริตเป็นกรณีทั่วไปในมาตรา 32-1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส[23] กรณีการใช้สิทธิในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ไม่สุจริต ได้มีการรับรองหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และในส่วนของกฎหมายละเมิดมาตรา 421 นอกจากนี้ อาจพบหลักการดังกล่าวนี้ได้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยเรื่องการละเมิดอำนาจศาลที่ให้อำนาจศาลสั่งห้ามมิให้ดำเนินกระบวนพิจารณาไปในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงคดีให้ชักช้า

---

[23] วรรณชัย บุญบำรุง, *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง*, 262.

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาก็ได้วางหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลไว้เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการใช้สิทธิฟ้องคดี การใช้สิทธิถอนฟ้องคดี การบังคับคดี และยังมีการกำหนดให้เป็นความรับผิดทางอาญาในเรื่องการฟ้องคดีอาญาเป็นเท็จ หรือการนำสืบหรือแสดงพยานหลักฐานเป็นเท็จในการพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายอาญา สำหรับการดำเนินกระบวนพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาอยู่ภายใต้หลักการดังกล่าวนี้เช่นกัน เนื่องจากการร้องขอให้ศาลออกคำสั่งในลักษณะของการคุ้มครองป้องกันหรือบรรเทาสิทธิของตนของคู่ความ ผลกระทบที่เกิดขึ้นอาจมาพร้อมกับความล่าช้าของการพิจารณาคดีของศาล นอกจากนี้ การกำหนดวิธีการต่าง ๆ ยังส่งผลให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องถูกระงับการดำเนินการบางอย่างไว้ชั่วคราวหรือกำหนดให้ต้องกระทำการใด ๆ ซึ่งหมายความว่า ต้องเป็นฝ่ายแบกรับภาระและถูกจำกัดสิทธิบางประการ ซึ่งบางกรณีเมื่อเปรียบเทียบความเสียหายทั้งสองฝ่ายแล้ว ความเสียหายของฝ่ายที่จะได้รับคำสั่งชั่วคราวมากกว่าฝ่ายผู้ขอ

3) หลักความจำเป็นเร่งด่วนในฐานะข้อยกเว้นหลักพิจารณาความ

หลักฟังความสองฝ่าย (The principle of bilateral hearing) เป็นหลักการพื้นฐานหนึ่งที่มีความสำคัญของวิธีพิจารณาความสำหรับการตัดสินคดีของศาลได้อย่างยุติธรรม เพราะเป็นหลักการที่ทำให้ศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงทุกอย่างแล้วชั่งน้ำหนักในความเชื่อถือของข้อเท็จจริงของคู่ความทั้งสองฝ่ายให้ได้ความจริง แนวความคิดในเรื่องการรับฟังความสองฝ่ายดังกล่าว มาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า audi alteram partem (listen to the other side) อันเป็นหลักการพื้นฐานของความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายทั้งหลายทั่วโลก หลักการดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่ความในการชี้แจงข้อเท็จจริงของตนต่อศาล โดยเฉพาะขั้นตอนกระบวนพิจารณาที่อาจจะส่งผลกระทบในทางเสียหายต่อตน หลักการดังกล่าวยังรวมถึงการได้รับแจ้งข้อกล่าวหา หรือคำร้องขอใด ๆ ของคู่ความอีกฝ่ายในระยะเวลาอันสมควร เพื่อให้สามารถจัดเตรียมข้อชี้แจง พยานหลักฐานหักล้างคัดค้าน และเรียกร้องการดำเนิน

กระบวนพิจารณาในศาลโดยเปิดเผยด้วย[24] นอกจากนี้ ในการชี้แจงข้อเท็จจริงของคู่ความยังมีหลักการที่เกี่ยวข้องอีกหลักหนึ่ง คือ สิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปรปักษ์กับตนเอง ตามภาษิตกฎหมายที่ว่า “nemo debet prodere se ipsum” สิทธิในการได้รับฟังจึงถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ที่รัฐจะต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เพราะประชาชนไม่ได้เป็นแต่เพียงวัตถุอย่างหนึ่งของคำพิพากษาของศาล แต่ยังมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิหนึ่งของกระบวนพิจารณา

นอกจากจะนำมาใช้ในกระบวนพิจารณาของศาลแล้ว หลักการดังกล่าวยังปรากฏในกระบวนพิจารณาทางปกครองว่าด้วยหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองอีกด้วย โดยกระบวนการพิจารณาทางปกครองของไทย ได้บัญญัติรับรองเอาไว้อยู่ใน มาตรา 30 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ความว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน...” อย่างไรก็ดี การจำกัดสิทธิของคู่ความมิให้รับทราบ หรือปิดโอกาสการโต้แย้ง นำเสนอข้อเท็จจริงใด ๆ ให้ศาลทราบในกระบวนพิจารณาบางกรณีอาจทำได้ เพื่อรักษาหลักการบางอย่างที่สำคัญกว่า อันเป็นข้อยกเว้นของหลักการรับฟังความ เช่น ในกรณีมีเหตุความจำเป็นเร่งด่วนที่ทำให้ศาลสามารถมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้โดยไม่ต้องรับฟังคู่ความก่อน แต่การออกคำสั่งด้วยความจำเป็นเร่งด่วนดังกล่าว อาจก่อให้เกิดความผิดพลาดในชั้นพิจารณาออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ กฎหมายจึงเปิดช่องให้ศาลสามารถยกเลิกหรือแก้ไขมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวได้ในภายหลัง รวมทั้งยังให้สิทธิแก่คู่ความที่จะโต้แย้งคัดค้านมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวได้

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า วัตถุประสงค์ของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษานั้นมีที่มาจากเหตุผลความจำเป็นเร่งด่วน ในอันที่จะบรรเทาความเสียหายที่ได้รับหรืออาจจะได้รับ หรือคุ้มครองสถานะแห่งสิทธิของตนเป็นการ

---

[24] มณิยาภรณ์ ระตินัย, “หลักฟังความสองฝ่ายในวิธีพิจารณาความแพ่ง”, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), 1-3.

ชั่วคราว จากการกระทำของคู่ความอีกฝ่ายซึ่งไม่มีอำนาจโดยชอบที่จะกระทำได้ หากศาลไม่ใช้อำนาจออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ผู้เสียหายก็จำต้องรับสภาพความเดือดร้อนเกินสมควรนี้ต่อไป โดยระดับของความจำเป็นเร่งด่วนบางกรณีเป็นตัวกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาคำขอเป็นการด่วนในทันทีทันใด แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วการพิจารณาคำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ศาลจะต้องวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามความมุ่งหมายของเครื่องมือชนิดนี้อยู่แล้วก็ตาม เช่น ในกรณีมีเหตุฉุกเฉินถึงขนาดถ้าได้ความจริงตามที่โจทก์อ้างแล้ว จำเป็นหรือสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งหรือออกหมายตามที่โจทก์ขอโดยไม่ชักช้า มิฉะนั้นจะเกิดความเสียหายแก่โจทก์[25] หรือมิฉะนั้นจะทำให้โจทก์เสียประโยชน์หรือได้รับความเสียหายโดยไม่มีทางจะแก้ไขหรือเป็นการยากที่จะเยียวยาในภายหลัง[26] ปรากฏอยู่ในการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทย มาตรา 266-269 ซึ่งโดยปกติศาลจะนัดไต่สวนในวันที่ยื่นคำขอ หรืออย่างช้าในวันรุ่งขึ้น[27]

หลักความจำเป็นเร่งด่วน ยังเป็นเหตุผลที่มาของประเภทคำขอหรือคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล ซึ่งกฎหมายกำหนดให้คู่ความเสนอเป็นคำขอฝ่ายเดียว (Ex parte) ให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตหรือยกคำขอนั้นเสียโดยไม่ชักช้า ศาลมีอำนาจที่จะฟังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่ความอื่นก่อนออกคำสั่งได้ แต่หากข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง คำให้การ คำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวและคำคัดค้านของโจทก์จำเลยรับกัน ข้อเท็จจริงได้ความครบถ้วน ศาลชอบที่จะงดไต่สวนแล้วมีคำสั่งต่อไปได้[28] นอกจากนี้มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนให้ถือเป็นคำขอฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด ไม่ต้องส่งสำเนาให้แก่จำเลยเพื่อคัดค้านก่อน และศาลจะฟังคู่ความ

---

[25] พระนิติการณ์ประสม, *คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง* (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2502), 785.

[26] มาโนช จรมาศ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง* (กรุงเทพฯ: บรรณาคม, 2521), 78.

[27] กฤษดา ทุ่งโชคชัย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547), 256.

[28] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 558/2528.

อีกฝ่ายหนึ่งก่อนออกคำสั่งไม่ได้เลย เช่น คำขอให้ศาลมีคำสั่งยึดอายัดทรัพย์สินของจำเลยไว้ชั่วคราว คำสั่งให้จับกุมและกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว เป็นต้น ในส่วนของการไต่สวนออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ศาลอาจพิจารณาเพียงแต่คำขอหรือคำแถลง หรือจากพยานหลักฐานที่คู่ความฝ่ายที่ขอนำสืบฝ่ายเดียว หากรับฟังแล้วเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า เป็นกรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนและมีเหตุผลสมควรอันแท้จริงแล้ว ศาลจะอนุญาตให้มีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอย่างใดอย่างหนึ่งในระหว่างการพิจารณาของศาลไปในทันที โดยปฏิเสธการรับฟังคู่ความอีกฝ่าย ทั้งนี้เพื่อไม่ให้อีกฝ่ายมีโอกาสได้รู้ตัวเสียก่อน และมีโอกาสที่คู่ความอีกฝ่ายจะกระทำการหรือดำเนินการที่มิชอบและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความยุติธรรม เช่น การยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินให้พ้นจากการบังคับคดี เป็นต้น อย่างไรก็ดี ข้อยกเว้นหลักการรับฟังความมิได้เป็นการตัดสิทธิคู่ความทั้งสองฝ่ายในอันที่จะทราบถึงข้อเท็จจริงที่ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งและสิทธิที่จะอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งโดยคู่ความที่ได้รับความเสียหายจากคำสั่งดังกล่าวเพื่อการเพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว

2.1.1.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ศาลในแต่ละระบบกฎหมาย นำมาเป็นฐานสำหรับการอนุญาตหรือปฏิเสธการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว พบว่าบางหลักเกณฑ์เกิดจากบทบัญญัติที่ได้กำหนดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่บางหลักเกณฑ์ศาลเป็นผู้พัฒนาขึ้นเองจนกลายเป็นบรรทัดฐาน (judicial precedent) หรือแนวปฏิบัติโดยทั่วไปที่ได้รับการยอมรับ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในแต่ละระบบกฎหมาย ในแต่ละลักษณะคดี ล้วนแต่ต้องการขจัดภยันตรายหรือป้องกันความเสียหายร้ายแรงที่กำลังจะเกิดขึ้นแก่คู่ความในทันทีทันใด จึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองโดยฉุกเฉินเร่งด่วนไว้เป็นการชั่วคราว ไม่อาจที่จะรอการพิจารณาจนกระทั่งศาลมีคำพิพากษาได้ แม้แรกเริ่มมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจะปรากฏขึ้นในคดีแพ่ง แต่การเทียบเคียงนำเอาหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการ

หรือวิธีการชั่วคราวที่ใช้ในคดีแพ่งบางประการ อาจไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับคดีประเภทอื่น ดังนั้น คดีบางประเภทศาลจำต้องอาศัยหลักเกณฑ์บางอย่างเพิ่มเติม เพื่อสามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาว่า มีเหตุสมควรในการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวหรือไม่ ทั้งนี้ อันเนื่องมาจากความแตกต่างของสถานะของคู่ความในคดี วัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง และนิติวิธีในแต่ละประเภทคดี

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาวิจัยพบว่า หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ศาลนำมาเป็นฐานสำหรับการอนุญาตหรือปฏิเสธการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว มีดังนี้

1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

โดยทั่วไป หากคู่ความประสงค์จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา คู่ความต้องยื่นคำขอต่อศาลพร้อมกับคำฟ้อง หรือในเวลาใดก่อนศาลพิพากษาหากเป็นกรณียื่นคำขอต่อศาลพร้อมคำฟ้อง ก่อนที่ศาลจะพิจารณาคำขอดังกล่าว ศาลจะต้องวินิจฉัยปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล (prima facie jurisdiction) ในข้อพิพาทแห่งคดีหลักเป็นอันดับแรกว่า เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลนั้นที่จะรับไว้พิจารณาได้หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วพบว่า อยู่นอกเหนืออำนาจของตน ศาลจะต้องมีคำสั่งไม่รับคดีไว้พิจารณา เป็นผลให้คำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวตกไปด้วยโดยปริยาย โดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยถึงข้อเท็จจริงอื่นอีก แต่หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีหลักดังกล่าว ศาลอาจสั่งรับฟ้องหรือรับคดีหลักนั้นไว้พิจารณาต่อไป ในการนี้ศาลจะหยิบยกคำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวขึ้นพิจารณาโดยทันที

ข้อพิจารณานี้ถือเป็นหลักทั่วไปที่ศาลต่างยอมรับกันว่า เป็นข้อพิจารณาเบื้องต้นก่อนที่จะเข้ามาพิจารณาถึงเนื้อหาของคำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว เนื่องจากมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของคดี หากคดีดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะรับไว้พิจารณาแล้ว คำขอใด ๆ เกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอันเกี่ยวเนื่องกับคดีดังกล่าว ศาลย่อมไม่สามารถรับไว้พิจารณาได้ หลักการนี้ในคดีปกครองปรากฏให้เห็นในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ข้อ 70 ที่ให้ศาลมีอำนาจสั่งไม่รับคำขอให้ทุเลา

การบังคับได้ หากเห็นว่าเป็นกรณีที่ศาลจะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา[29] ส่วนในคดีแพ่ง แม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถือเป็นหลักทั่วไปของการรับคดีไว้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยเขตอำนาจศาล ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลต่าง ๆ สำหรับคดีระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) เคยวางบรรทัดฐานในการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของตนเองไว้เงื่อนไขหนึ่งว่า ศาลต้องมีเขตอำนาจเบื้องต้น (prima facie jurisdiction) เหนือคดีด้วย[30]

2) คำฟ้องหรือเหตุแห่งการฟ้องมีมูลกล่าวอ้างได้

ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาในเบื้องต้นแล้วว่า ศาลมีอำนาจที่จะรับวินิจฉัยคดีอันเป็นข้อพิพาทใดตามเขตอำนาจของตน ขั้นตอนต่อมาของการพิจารณามาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ศาลจะต้องพิจารณาว่าสภาพแห่งข้อหา ข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา และคำขอบังคับที่คู่ความ (โจทก์) ได้ยื่นเสนอต่อศาลนั้น โจทก์สมควรที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายรับรองจริงหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลจะพิจารณาในเบื้องต้นจากคำฟ้องของโจทก์ที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำของจำเลยว่ามีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ของโจทก์อย่างไรอันเป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องร้องคดี และโจทก์ประสงค์จะให้ศาลบังคับจำเลยอย่างไร นอกจากนี้ ศาลยังต้องพิจารณาคำให้การ คำร้อง คำแถลง คำคัดค้าน และพยานหลักฐานที่ได้จากการไต่สวนของ

---

[29] เช่น คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 178/2550 ศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยว่า คำฟ้องมีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร มิใช่เป็นการใช้อำนาจปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้วก็ไม่จำต้องพิจารณาคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาอีกต่อไป

[30] อำนาจของศาลยุติธรรมในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวปรากฏอยู่ในธรรมนูญก่อตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) ข้อที่ 41 ความว่า

"Article 41 (1) The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party.

(2) Pending the final decision, notice of the measures suggest shall forthwith be given to the parties and to the Security Council."

ทั้งสองฝ่ายประกอบ เพื่อให้ได้ความจริงปรากฏ มองในมุมของฝ่ายจำเลยแล้ว เงื่อนไขที่ว่าคำฟ้องหรือเหตุแห่งการฟ้องมีมูลกล่าวอ้างได้นี้ เป็นการสร้างหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่จำเลยอีกทางหนึ่ง เนื่องจากเป็นการตรวจสอบพฤติการณ์การนำคดีมาฟ้องร้องเอาความของโจทก์ไปในตัวว่าเป็นการใช้สิทธิทางศาลตามหลักสุจริตที่ว่า “บุคคลผู้มาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด” หรือไม่ กล่าวคือ โจทก์มิได้มุ่งหวังที่จะกลั่นแกล้งจำเลยให้เป็นที่เสียหาย

กล่าวโดยสรุปแล้ว คำฟ้องมีมูล (prima facie) หมายความว่าจะต้องมีพยานหลักฐานเบื้องต้นแสดงให้ศาลเห็นว่า คดีที่โจทก์ฟ้องมีมูลที่จะให้จำเลยต้องรับผิดตามฟ้อง แต่ทั้งนี้ ในชั้นของการไต่สวนคำขอคุ้มครองชั่วคราว ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีว่า มูลเหตุแห่งการฟ้องคดีหรือประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเป็นไปตามที่โจทก์ได้เสนอข้อหามาหรือไม่ กล่าวคือ การพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องไม่มีลักษณะเป็นการชี้ขาดหรือเป็นการตัดสินคดี ดังนั้น ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวตามคำขอของโจทก์นั้น จะต้องไม่ก่อให้เกิดผลเสมือนกับว่า ศาลได้พิพากษาให้โจทก์ชนะคดีอันเป็นที่ยุติแล้ว เพราะกระบวนพิจารณาในชั้นนี้แตกต่างกับชั้นพิจารณาในคดีหลัก ซึ่งจะต้องมีการนำสืบและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานโดยสมบูรณ์ เพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงตามประเด็นพิพาท

สำหรับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ใช้เกณฑ์ดังกล่าวมาเป็นข้อพิจารณาในการกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษาเช่นกัน ในคดี Cambodia v. Thailand[31] (2011) ซึ่งศาลเห็นว่า สิทธิที่คู่กรณีเรียกร้องเกิดจากคำพิพากษา ปี พ.ศ. 2505 (ค.ศ. 1962) เป็นสิทธิที่รับฟังได้ (Plausible) และกัมพูชาสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่า สิทธิที่จะได้รับความเคารพในอธิปไตยบริเวณปราสาทเขาพระวิหาร และสิทธิในบูรณภาพแห่งดินแดนเป็นสิทธิที่เกิดจากคำพิพากษาดังกล่าว จึงมีความเป็นไปได้ว่า กัมพูชาย่อมอาจมีสิทธิตามที่กล่าวอ้างอันเกิดขึ้นจากคำพิพากษานั้น

[31] Cambodia v. Thailand, International Court of Justice (2011) (Temple of Preah Vihear).

3) ความเสียหายร้ายแรงยากแก่การเยียวยาแก้ไข

หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นสาระสำคัญสำหรับการจะพิจารณาว่า ในคดีหนึ่งคดีใดศาลสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวหรือไม่ ตามหลักการและเหตุผลของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้เสียหายว่าตนจะสามารถได้รับประโยชน์จากการฟ้องร้องทางศาลและคุ้มค่าเพียงพอกับผลสุดท้ายที่ตนจะได้รับความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ (Irreparable Harm) โดยโจทก์ต้องแสดงให้ศาลเห็นอย่างแจ้งชัดว่า ตนมีความจำเป็นที่ต้องร้องขอให้ศาลเยียวยาความเสียหาย แต่หากเป็นความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต ยังไม่เป็นการแน่นอน ไม่ใช่เงื่อนไขที่ศาลจะออกมาตรการคุ้มครองพิเศษให้ ศาลในคดี Winter v. Natural Resources Defense Council ได้เคยเน้นย้ำเป็นแนวบรรทัดฐานว่า หากมีความเป็นไปได้ว่า หรือน่าจะเกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไข (a mere possibility of irreparable harm) ยังไม่เพียงพอให้ศาลสร้างหลักประกันให้แก่ผู้ขอด้วยการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว[32] ด้วยเหตุนี้การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจะต้องเป็นกรณีที่ความเสียหายนั้นจะต้องเป็นการร้ายแรง ถึงขนาดที่ว่า ถึงแม้ศาลจะมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ก็ไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขความเสียหายดังกล่าวให้กลับคืนสู่สถานะเดิมได้ และกรณีของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นจะต้องมีเหตุผลเรื่องความจำเป็นเร่งด่วน (urgency) มาเป็นฐานในการคุ้มครองประโยชน์สิทธิหรือทรัพย์สินที่พิพาทของโจทก์ ดังนั้น หากศาลเพิกเฉยที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวแล้วระดับความความเสียหายก็จะเพิ่มมากขึ้น แม้การชดใช้ความเสียหายในภายหลังก็ไม่อาจกระทำได้ กล่าวคือโจทก์จะไม่ได้รับประโยชน์อันใดจากคำพิพากษาของศาลอีกต่อไป ในกรณีนี้ที่ปรึกษามีความเห็นว่า สำหรับข้อพิพาททางมหาชนหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ หากเป็นกรณีที่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนถูกกระทบกระเทือนอย่างรุนแรง อาจถือได้ว่าอยู่ในระดับความเสียหายที่ร้ายแรงแล้ว เช่น

---

[32] ในคดี Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., อ้างถึงใน C. Griffith Towle, & Robert Zarco, *"Proving Irreparable Harm --- Have the Standards, American Bar Association 35th Annual Forum on Franchising Changed ?* (Los Angeles, CA: American Bar Association, 2012).

การปฏิเสธการออกหนังสือเดินทาง การปฏิเสธรับผู้ลี้ภัยเข้าประเทศ การถูกยึดบัตรประจำตัวประชาชน เป็นต้น

ในบางกรณี ศาลอาจตีความเรื่องความเสียหายไว้โดยเคร่งครัด กล่าวคือ จำกัดเฉพาะความเสียหายที่ไม่อาจชดเชยเป็นตัวเงินได้ (immeasurable damage) ทั้งนี้ เนื่องมาจากมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นมาตรการพิเศษและไม่ได้ใช้กับทุกคดีเป็นการทั่วไป แม้ผู้ขอจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็ตาม แต่หากผลสุดท้ายแล้วความเสียหายสามารถคิดคำนวณออกมาได้เป็นตัวเงินตามพฤติการณ์และความร้ายแรง การใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอาจไม่มีเหตุผลเพียงพอ ดังกรณีที่ศาลปกครองไทยได้นำเอาเกณฑ์ดังกล่าว มาใช้ประกอบดุลพินิจในการปฏิเสธไม่กำหนดออกคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในระหว่างการพิจารณา สำหรับคดีการประกวดราคาของหน่วยงานรัฐด้วย[33]

ศาลปกครองฝรั่งเศสก็ได้วางหลักในทำนองเดียวกันนี้ไว้ว่า การขอทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่ตนแบกรับเป็นการเฉพาะตัว และความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนสามารถพิสูจน์ได้มิใช่ความเสียหายที่กล่าวอ้างลอย ๆ ในอนาคต กล่าวคือ ผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ตามคำสั่งทางปกครองต้องยากแก่การเยียวยาแก้ไข และเป็นผลที่ยากแก่การทำให้กลับคืนและการชดใช้ด้วยการจ่ายเงินทดแทนไม่สามารถชดใช้ได้อย่างสมบูรณ์[34]

นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้วางแนวทางการกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยใช้เงื่อนไขในลักษณะนี้ไว้ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Cambodia v. Thailand (2011) ศาลเห็นว่าจะต้องมีความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ (irreparable

---

[33] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 361/2546 ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีว่า ออกคำสั่งอนุมัติจ้างบริษัทอื่น ทั้งที่คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาได้พิจารณาเห็นควรจ้างผู้ฟ้องคดีแล้ว เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ ดังนั้น แม้จะเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุดแต่ก็อาจไม่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายซึ่งการแก้ไขเยียวยาจะกระทำได้ลำบาก อีกทั้งหากผู้ฟ้องคดีชนะคดีก็สามารถเยียวยาความเสียหายได้ด้วยการเรียกค่าเสียหาย นอกจากนี้การสั่งระงับการดำเนินการของโครงการดังกล่าวก็จะเป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายซึ่งการแก้ไขเยียวยาจะกระทำได้ลำบาก.

[34] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *มาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษา (รายงานการวิจัย)* (กรุงเทพฯ: สำนักสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 66.

prejudice) ต่อสิทธิ มีความฉุกเฉินเร่งด่วนเพราะมีความเสี่ยงแท้จริง และใกล้จะเกิดขึ้น (real and imminent risk) ที่จะทำให้เกิดความเสียหายที่เยียวยาไม่ได้ต่อสิทธิก่อนที่ศาลจะพิพากษา[35] ที่ปรึกษามีข้อสังเกตว่า การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนศาลมีคำพิพากษาในคดีระหว่างประเทศเช่นในกรณีนี้ แม้จะเห็นได้ว่าศาลยังมิได้เข้าไปชี้ขาดประเด็นแห่งข้อพิพาทก็ตาม แต่ก็ส่งผลเป็นการหยุดยั้งการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนพิพาทของรัฐหนึ่ง ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้วถือได้ว่า รัฐที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวได้สูญเสียความสามารถของรัฐในเรื่องต่าง ๆ อาทิ ไม่สามารถออกกฎหมาย ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายเหนือบุคคล ทรัพย์สิน และพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในพื้นที่หนึ่งนั้น ณ ช่วงระยะเวลาหนึ่ง ดังนั้น การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่า สมควรหรือไม่ที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในแต่ละกรณี ศาลฯ จึงต้องดำเนินการไต่สวนเสมอ เพื่อให้ศาลฯ พิเคราะห์ถึงความมีอยู่ของข้อเท็จจริงและเหตุอันสมควรในการอนุญาตหรือปฏิเสธคำร้องขออย่างละเอียด ในการนี้ศาลฯ จะต้องดำเนินการไต่สวนตามหลักวิธีพิจารณา โดยจัดให้มีการนั่งพิจารณา มีการส่งสำเนาคำร้องขอดังกล่าวให้แก่คู่ความอีกฝ่าย เพื่อให้คู่ความทั้งสองฝ่ายต่างได้มีโอกาสแสดงข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานของตนต่อหน้าศาล

4) การชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

ด้วยว่ามาตรการหรือวิธีการชั่วคราว เป็นเครื่องมือพิเศษที่ให้ทั้งคุณและโทษแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายไปพร้อมกัน ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นระหว่างคำสั่งอนุญาตหรือปฏิเสธให้มีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอันเป็นผลที่ตามมา จึงเป็นสิ่งที่ศาลต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย (Balance of Convenience) โดยพิจารณาถึงเงื่อนไขเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องของผู้ขอหรือเหตุแห่งมูลคดีอันเชื่อได้ว่ามีฐานทางกฎหมายรองรับ และความเสียหายที่ร้ายแรงจำเป็นอย่างเร่งด่วนอันยากแก่การเยียวยาชดเชยในภายหลัง ก่อนที่ศาลจะได้ตัดสินใจเลือกที่จะคุ้มครองคู่ความฝ่ายใดมากกว่าเป็นสำคัญ

---

[35] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ปัญหา ‘พระวิหาร’ จะลงเอยอย่างไร ? (ตอนที่ 13),” สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2557. http://www.dailynews.co.th/Content/Article/19980/ปัญหา+”พระหลดวิหาร’4จะลงเอยอย่างไร+%3F+(ตอนที่+13).

หลักเกณฑ์เรื่องการชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย ถูกนำมาใช้เป็นกรอบให้ศาลพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอย่างละเอียดและรอบด้าน เป็นการคำนึงถึงความเสียหายของทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน และเป็นการประกันความยุติธรรมตามธรรมชาติอีกด้วย ในระบบกฎหมาย Common Law ถือว่าหลักการดังกล่าว มีที่มาและพัฒนาการมาจากหลักความเป็นธรรม (Equity) หรือที่เรียกว่าการสร้างดุลยภาพของคู่ความ Balance of equities โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันพื้นฐานความยุติธรรมอย่างหนึ่ง ในการนำมาใช้เป็นข้อพิจารณาการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวภายใต้หลักการนี้ ศาลจะพิจารณาโดยการเปรียบเทียบความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความฝ่ายผู้ขอหากศาลไม่กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความอีกฝ่ายหากศาลตัดสินใจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ซึ่งหากดุลยภาพเอนเอียงไปที่คู่ความฝ่ายผู้ขอมากกว่า (tip in favor of the plaintiff) และความเสียหายที่คู่ความอีกฝ่ายจะได้รับมีเพียงเล็กน้อยอีกทั้งเป็นความเสียหายที่สามารถแก้ไขได้ ศาลมักจะเห็นด้วยตามคำขอ และกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในระหว่างพิจารณาให้แก่คู่ความฝ่ายผู้ขอ[36]

ในคดีแพ่งการที่ศาลชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความทั้งสองฝ่าย เช่น การที่ศาลพิจารณาถึงความสามารถในการชดเชยเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายในรูปของตัวเงิน กล่าวคือ หากความเดือดร้อนเสียหายดังกล่าวสามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ ดังนั้น แม้คู่ความอีกฝ่ายที่ตกอยู่ในบังคับของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว แต่หากความเสียหายดังกล่าวอาจได้รับการชดเชยความเสียหายเป็นตัวเงินได้อย่างเหมาะสมเพียงพอแล้ว เมื่อปรากฏในภายหลังว่าศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไปโดยมิชอบ อันเนื่องมาจากความผิดของคู่ความฝ่ายผู้ขอ ศาลอาจเห็นว่าเป็นกรณีที่ศาลมีเหตุเพียงพอที่จะอนุญาตกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวตามคำขอได้[37] ในทางกลับกัน หากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น

---

[36] M. Devon Moore, "The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor," *Michigan Law Review 117*, no.5 (2018): 939-962.

[37] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1516/2522 การที่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยปิดทางสาธารณะทำให้โจทก์เดือดร้อนนำรถเข้าออกไม่ได้ ศาลวินิจฉัยว่า หากเปิดทางให้เดินในระหว่างพิจารณา จำเลยเสียหายเพียงเล็กน้อยซึ่งสามารถแก้ไขได้

แก่คู่ความฝ่ายผู้ขอ สามารถได้รับการชดเชยความเสียหายเป็นตัวเงินจากคู่ความอีกฝ่าย ศาลก็มักมีแนวโน้มที่จะปฏิเสธไม่กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวให้ตามคำขอ

นอกจากนี้ ศาลยังต้องคำนึงถึงระดับความร้ายแรงของความเสียหาย (level of harm) ที่อาจเกิดขึ้น โอกาสในการต่อสู้คดีของคู่ความอีกฝ่าย ตลอดจนความสุจริตในการดำเนินกระบวนพิจารณา กล่าวคือ แม้คู่ความฝ่ายผู้ขอจะสามารถนำสืบให้ศาลเห็นว่า การกระทำของคู่ความอีกฝ่ายสร้างความเดือดร้อนเสียหายแก่ตน แต่หากคู่ความฝ่ายผู้ขอเพิกเฉย (negligent) ปล่อยเวลาล่วงเลยไปเนิ่นนานเกินสมควร ไม่ได้กระทำการใด ๆ อันเห็นได้ว่า ตนจำต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองสิทธิจากศาล หรือไม่ขวนขวายที่ใช้สิทธิทางศาล ทั้ง ๆ ที่มีกฎหมายรับรองให้ทำได้ จนคู่ความอีกฝ่ายได้กระทำการไปถึงขนาดที่ศาลไม่อาจยับยั้งหรือกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใด ๆ ได้ ทั้งนี้ โดยเมื่อศาลได้คำนึงถึงความเสียหายที่คู่ความอีกฝ่ายจะได้รับแล้ว ศาลอาจจะไม่กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวให้[38]

5) มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องมีความสัมพันธ์กับประเด็นแห่งคดี

ในการที่ศาลจะพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่คู่ความร้องขอกับประเด็นแห่งคดีด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวกับสิทธิเรียกร้อง กล่าวคือ มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวจะต้องมีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นสำคัญของคดีหลัก โดยมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่ร้องขอให้ศาลกำหนดนี้ ต้องเป็นมาตรการที่เป็นประโยชน์ในเรื่องที่เกี่ยวกับมูลคดีตามคำฟ้องหรือข้อหาที่โจทก์เสนอต่อศาล

---

[38] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 24/2540 การที่จำเลยทั้งสามใช้ให้ห้างหุ้นส่วนจำกัด ค. เข้าไปปักป้ายโฆษณาว่าจะไถปรับพื้นดินทำการก่อสร้างสวนและสร้างวิทยาลัยในที่ดินพิพาทขณะคดีอยู่ระหว่างการพิจารณา ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ซึ่งเป็นผู้ครอบครองที่ดินพิพาทได้ แต่ปรากฏว่าโจทก์ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลหลังจากจำเลยที่ 3 ได้ดำเนินการก่อสร้างในที่ดินพิพาทแล้วเป็นเวลานานถึง 5 เดือนเศษ การยื่นคำขอของโจทก์จึงล่วงเลยเวลาอันสมควร ทั้งหากนำเอาวิธีการชั่วคราวมาใช้ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่จำเลยทั้งสามเช่นเดียวกัน ตามพฤติการณ์เช่นนี้จึงยังไม่สมควรที่จะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามมาตรา 254 (2) มาใช้

ในกระบวนพิจารณา หรือหากเป็นกรณีที่จำเลยเป็นผู้ยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ก็ต้องเป็นมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่เป็นประโยชน์ในเรื่องที่เกี่ยวกับข้อต่อสู้หรือข้อโต้เถียงตามคำให้การของจำเลย ไม่เป็นการนอกเหนือขอบเขตจากที่คู่ความฝ่ายผู้ขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นได้เสนอมาต่อศาลเลย เพราะหากนอกเหนือกว่าขอบเขตแล้วแม้ในท้ายที่สุดคู่ความฝ่ายนั้นจะเป็นฝ่ายชนะคดี ก็ไม่อาจขอให้ศาลบังคับตามคำขอนั้นได้

6) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การใช้อำนาจของศาลในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีทางแพ่งโดยทั่วไปแล้ว อาจจะไม่ต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจเท่าใดนัก เพราะโดยลักษณะของคดีแพ่งนั้นเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเอง แต่สำหรับคดีทางกฎหมายมหาชนที่คู่ความฝ่ายหนึ่งมักจะเป็นหน่วยงานของรัฐแล้ว ศาลจำเป็นต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนว่า การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลนั้น จะเป็นการก้าวล่วงเข้าไปในเขตอำนาจขององค์กรรัฐอื่น ๆ หรือไม่

สำหรับคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาททางมหาชนประเภทหนึ่ง นอกจากศาลจะต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้น หากศาลปล่อยให้มีการบังคับใช้กฎต่อไป แล้วปรากฏในภายหลังว่ากฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้สิทธิเรียกร้องของคู่ความในฐานะปัจเจกชนได้กล่าวอ้างความเสียหายที่ได้รับจากการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หรือเนื่องจากหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายอันจะถือเป็นประโยชน์ส่วนตนก็ตาม แต่วัตถุแห่งคดีที่เป็นประเด็นข้อพิพาทดังกล่าวนี้ คือ การกระทำทางปกครองของหน่วยงานของรัฐในฐานะเหนือกว่าซึ่งมีประโยชน์สาธารณะอยู่เบื้องหลัง มิใช่เป็นการกระทำที่ตั้งอยู่บนฐานแห่งความเท่าเทียมและประโยชน์ส่วนตน ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการหยุดชะงักของบริการสาธารณะหรือความเสียหายทางด้านงบประมาณของราชการก็เป็นข้อสำคัญในการพิจารณาประกอบดุลพินิจของศาล เพราะเมื่อศาลออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไปแล้ว เท่ากับว่าศาลยับยั้งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการก้าวล่วงหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทั้ง 6 ประการข้างต้น ถือเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานทั่วไป ที่ศาลใดก็ตามที่มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น ควรจะต้องนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในเบื้องต้น ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใด ๆ อีกทั้งในระบบกฎหมายต่าง ๆ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต่างมีจุดเชื่อมโยงที่คล้ายคลึงกัน ทั้งนี้ อาจจะมีจุดแตกต่างในรายละเอียดแตกต่างกันไปบ้างตามแต่ละประเภทคดี ซึ่งจะต้องพิจารณาไปตามแต่ละประเภทคดี ยกตัวอย่างเช่น คดีทางกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะคดีปกครอง เกณฑ์การใช้ดุลพินิจของศาลอาจต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและเป้าหมายของวัตถุแห่งคดีเป็นสำคัญ ความจำเป็นและความเหมาะสมระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับอุปสรรคที่อาจเกิดแก่การบริการสาธารณะหรือการบริหารงานของรัฐ ผลกระทบของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีที่ขอให้มีการทุเลาการบังคับตามกฎอาจส่งผลต่อบุคคลที่สามที่มิใช่คู่ความในคดีได้ หรือในคดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญซึ่งโดยพื้นฐานของคดีเป็นเรื่องของการยับยั้งการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เหตุผลที่มารองรับการใช้ดุลพินิจของศาลจึงเป็นสิ่งสำคัญ เพราะคำวินิจฉัยในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้นมีอิทธิพลและส่งผลกระทบอย่างมากต่อทัศนคติของภาคประชาชนตลอดจนผลกระทบของคำวินิจฉัยที่อาจส่งผลต่อทิศทางการเมืองของประเทศนั้น ๆ ผลกระทบของคำวินิจฉัยของศาลในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลจะต้องนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่กำหนดให้คำวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐอื่น ๆ ส่งผลให้การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของศาลก็มีผลเป็นการผูกพันองค์กรของรัฐอื่น ๆ เช่นเดียวกัน แม้จะเป็นเพียงการชั่วคราวก็ตามที ดังนั้น นอกจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทั้ง 6 ประการข้างต้นแล้ว องค์กรศาลที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ ควบคู่ไปด้วย เช่น หลักการ

ทางรัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการว่าด้วยประโยชน์สาธารณะ และหลักการตีความรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

2.1.2 คำบังคับ

การกำหนดคำบังคับคดีเป็นขั้นตอนหนึ่งที่มีความสำคัญในกระบวนการพิจารณาของศาล เพราะแสดงถึงการปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ แต่ในกรณีที่ศาลไม่สามารถใช้อำนาจเพื่อบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลได้ ศาลซึ่งเป็นสถาบันกฎหมายอาจเสียไปซึ่งหน้าที่ในการกำหนดกฎเกณฑ์และทำให้กฎหมายมีผลอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจทำให้คนในสังคมไม่มีความเคารพยำเกรงต่ออำนาจรัฐ นำไปสู่การใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ ซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น การใช้อำนาจส่วนตนในการตัดสินการกระทำใด ๆ ด้วยตนเองอาจทำให้สังคมเกิดความวุ่นวาย ดังนั้น การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือตามคำพิพากษาของศาลซึ่งได้วินิจฉัยให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายชนะคดี จึงจำเป็นต้องใช้คำบังคับโดยศาล หากคู่ความฝ่ายที่แพ้ไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล เพื่อให้เกิดความมั่นคงและเสถียรภาพทางกฎหมายนั่นเอง[39]

2.1.2.1 ความหมายการกำหนดคำบังคับ

การกำหนดคำบังคับคดี เป็นคำสั่งที่ศาลกำหนดขึ้นเพื่อสั่งให้บุคคลชำระหนี้ หรือกระทำการใด ๆ ตามคำพิพากษาภายในระยะเวลาที่กำหนด เมื่อศาลได้มีการพิพากษาคดีนั้น ศาลจะออกคำบังคับไปพร้อมกันด้วย เพื่อเป็นการลดระยะเวลาในการบังคับคดีโดยผู้ชนะคดีไม่จำต้องร้องขอ

กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลแล้ว ผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษามีหน้าที่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น เช่น จะต้องชำระหนี้ตามคำพิพากษา จะต้องออกจากที่พิพาทในกรณีการฟ้องขับไล่ หรือจะต้องงดเว้นการกระทำใด ๆ ตามคำพิพากษา ในกรณีที่ลูกหนี้ปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าว เช่นนี้อาจไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดีต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา

---

[39] บรรเจิด สิงคะเนติ, การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ *(รายงานการวิจัย)*, 19.

นิ่งเฉยหรือไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลนั้น ก็ถือว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการบังคับคดีเกิดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

การกำหนดคำบังคับระหว่างคดีตามกฎหมายเอกชนกับคดีตามกฎหมายมหาชนนั้นมีความแตกต่างกัน สำหรับการกำหนดคำบังคับตามกฎหมายเอกชนเป็นหน้าที่ของศาลชั้นต้นที่จะออกคำบังคับได้เองในทันทีที่ได้อ่านคำพิพากษา ถ้าศาลชั้นต้นผิดหลงไม่ได้ออกคำบังคับในวันอ่านคำพิพากษา เจ้าหนี้จะยื่นคำแถลงให้ออกคำบังคับหรือศาลชั้นต้นจะออกคำบังคับเองโดยพลการก็ได้ โดยการออกคำบังคับในภายหลังต้องให้เจ้าพนักงานศาลส่งคำบังคับให้แก่ลูกหนี้ด้วย การออกคำบังคับออกแก่ทนายความหรือผู้รับมอบฉันทะที่มาฟังคำพิพากษาก็ได้ หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ดำเนินการตามคำพิพากษาจึงจะดำเนินการบังคับคดีได้ การออกคำบังคับนั้นเป็นหน้าที่ของศาลไม่ใช่เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ ดังนั้น เจ้าหนี้จึงไม่อาจขอให้ศาลออกคำบังคับไว้ล่วงหน้าได้[40] ในทางตรงกันข้ามกับกฎหมายมหาชน เมื่อประชาชนได้รับคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินหรือให้กระทำหรือละเว้นกระทำใด ๆ แล้วประชาชนไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้เอง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล ปัญหาในการบังคับทางปกครองมีหลายประการด้วยกัน จึงได้มีการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เช่น กำหนดให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองกระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นและกระทบกระเทือนผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองน้อยที่สุด ไม่ใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐ หรือกรณีเมื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้วสามารถบังคับทางปกครองต่อไปได้แม้ผู้อยู่ใต้บังคับของคำสั่งตายหรือสิ้นสภาพนิติบุคคล

2.1.2.2 หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการกำหนดคำบังคับ

1) เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาแล้ว เป็นหน้าที่ของศาลต้องออกคำบังคับและคำบังคับนั้นจะกำหนดระยะเวลาเวลาให้ผู้แพ้คดีปฏิบัติตามคำพิพากษา

---

[40] ทนายคลายทุกข์ ปรึกษากฎหมาย, (2561), "การออกคำบังคับในคดีแพ่ง," สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2563. https://www.decha.com/article/section/relieve_lawyer/12513.

2) เมื่อออกคำบังคับแล้ว จะต้องดำเนินการแจ้งให้ผู้แพ้คดีทราบคำบังคับของศาล และเมื่อผู้แพ้คดีทราบคำบังคับแล้วไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ ผู้ชนะคดีจึงจะร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี

3) เมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีแล้ว ต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีทราบกรณีที่ศาลได้ออกหมายบังคับคดีแล้ว และขอให้เจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์ของลูกหนี้

2.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจดังกล่าวมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุด ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้นย่อมส่งผลกระทบโดยตรงต่อสังคมและการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ นอกจากมีหน้าที่หลักในการตัดสินชี้ขาดคดีแล้ว ยังมีหน้าที่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญทั้งหมด การรักษาประโยชน์ของคดีในระหว่างการพิจารณาก็เป็นส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบของศาลรัฐธรรมนูญด้วย การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ นอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีแล้ว ยังมีส่วนในการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนอยู่ ความจำเป็นสำหรับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยทั่วไป เช่น ในคดีแพ่ง หรือคดีปกครอง ซึ่งข้อพิพาทหนึ่ง อาจมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องระงับการกระทำบางอย่าง หรือกำหนดให้ผู้เกี่ยวข้องในคดีกระทำการบางอย่างไว้เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นอีกในอนาคต ซึ่งถ้าหากรอคำวินิจฉัยอาจไม่เพียงพอแก่การบังคับตามผลของคดีที่เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ปัจจุบันยังไม่มีความชัดเจนในเรื่องของการทำคำวินิจฉัยกับผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ได้กำหนดเรื่องคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญ

ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคำบังคับอย่างไร และเมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ดังกล่าวแล้วพบว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเฉพาะแต่ละคดีแตกต่างกันไป ย่อมส่งผลให้การกำหนดคำบังคับและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละคดีย่อมแตกต่างกันไปด้วย

จากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญพบว่า เกิดปัญหาข้อขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญขึ้น โดยปัญหาส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ที่ปรึกษาจึงได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงลักษณะปัญหาข้อขัดแย้งในเรื่องดังกล่าว อีกทั้งศึกษาวิเคราะห์ถึงที่มาหรือสาเหตุของการเกิดปัญหาข้อขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ

2.2.1 ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

คำว่า “ข้อพิพาท” (Dispute) หมายถึง ข้อขัดแย้งหรือโต้แย้งระหว่างคู่กรณี ซึ่งอาจก่อให้เกิดเป็นคดีความขึ้น (“a conflict or controversy, esp. one that has given rise to a particular lawsuit”)[41] ดังนั้น คำว่า “ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ” จึงหมายถึง ข้อขัดแย้งหรือข้อโต้แย้งระหว่างคู่กรณี เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามที่ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ โดย ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายถึงความเป็น “ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญโดยแท้” จะต้องมีความเกี่ยวข้องโดยตรงในทางรัฐธรรมนูญ 2 ประการ ได้แก่

1) เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ หมายถึง ปัญหาข้อโต้แย้งที่มีพื้นฐานมาจากการใช้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเกิดปัญหาจากการตีความรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น ถ้อยคำตามรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน หรือสามารถ

---

[41] Bryan A. Garner, ed. *Black’s Law Dictionary*, 2nd ed., Minnesota (West Group: 2001). s.v. “dispute”.

ตีความได้หลายความหมาย หรืออาจเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ทำให้เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Gap) ซึ่งปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวมักจะกระทบต่อการทำหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง นำไปสู่ปัญหาทางการเมืองได้[42]

2) คู่กรณีที่พิพาทกันจะต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้คู่พิพาทต้องเป็นองค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือรัฐบาลแห่งท้องถิ่น เป็นต้น อาจสรุปได้ว่าโดยทั่วไปคู่กรณีที่พิพาทกันทางรัฐธรรมนูญจะมีสถานะที่เท่าเทียมกัน[43]

ในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (Abstract Control) หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงเนื้อหานั้น อาจมีบางกรณีที่รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้ประชาชนสามารถฟ้อง หรือยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทำการพิจารณาได้ จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นคดีทางรัฐธรรมนูญที่ไม่มีข้อพิพาท[44]

ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเป็นข้อพิพาททางมหาชนประเภทหนึ่ง โดยนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับรัฐ กล่าวคือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐ หรือระหว่างองค์กรของรัฐกับประชาชน และการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื้อหาข้อพิพาทเป็นเรื่องของการโต้แย้งความชอบของการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น ที่มาแห่งอำนาจ รูปแบบหรือวิธีการใช้อำนาจ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญจึงถูกใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการตรวจสอบระเบียบการใช้อำนาจรัฐในระดับมหภาค คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีผลกระทบต่อการใช้อำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ และยังอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การกำหนด

---

[42] บรรเจิด สิงคะเนติ, “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลปกครองกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ,” สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563. http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=132.

[43] เรื่องเดียวกัน.

[44] เรื่องเดียวกัน.

ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ จึงมีจำกัดเฉพาะตราบเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และเฉพาะผู้มีส่วนได้เสียตามความจำเป็นเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีสิทธิเริ่มคดีได้ การใช้สิทธิทางศาลในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ประเภทข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งแสดงเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในรัฐนั้น ๆ การดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักแล้วจะต้องพิจารณาได้เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง กล่าวคือรัฐธรรมนูญต้องบัญญัติไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญประเภทใดได้บ้าง เว้นแต่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยเรื่องอื่นนอกเหนือไปจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

เมื่อเปรียบเทียบข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญกับคดีปกครองแล้ว พบว่าคดีปกครองมีวัตถุประสงค์ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจหรือกิจการเฉพาะของฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่า ทั้งข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญและคดีปกครองต่างเป็นคดีที่มีลักษณะในทางมหาชน กล่าวคือ เป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐที่มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชน นิติสัมพันธ์ของคู่กรณีในคดีฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายคือรัฐ แต่การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองเป็นการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง เช่น กฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ผลผูกพันของการวินิจฉัยชี้ขาดจำกัดเฉพาะเรื่องที่กระทบต่อการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองเท่านั้น

ประเภทคดีกับคำวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ให้ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกมิได้ และมาตรา 2 บัญญัติให้ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หลักการสำคัญทั้งสองประการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนี้ถือว่าเป็นบทบัญญัตินิรันดร (eternity clause)[45] ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจในการควบคุมไม่ให้

[45] นุรักษ์ มาประณีต, "ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายใต้หลักนิติธรรม," ใน *เอกสารประกอบการประชุมทางวิชาการเนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 20 ปี* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), 1.

บทบัญญัติและกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีการควบคุมทั้งในลักษณะการควบคุมก่อนที่กฎหมายประกาศใช้และการควบคุมภายหลังที่กฎหมายประกาศใช้ มีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น สำหรับข้อขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญที่เกิดนั้น ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งสาเหตุสำคัญของการเกิดปัญหาดังกล่าว คือ ความเข้าใจเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญของผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้มีคำวินิจฉัยในลักษณะขยายอำนาจของตนเองจนไปกระทบกับอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง อันส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมาก เพราะคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเด็ดขาดและผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร[46]

องค์กรที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการจัดตั้งและมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ องค์กรศาล อันได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลทหาร รวมถึงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นอกจากนี้ยังมีองค์กรอัยการอีกด้วย

การที่องค์กรใดมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่ได้หมายความว่าการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวจะมีเฉพาะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น กล่าวคือ องค์กรหนึ่ง ๆ ย่อมมีการกระทำที่แตกต่างกันได้หลายลักษณะ เช่น องค์กรตามรัฐธรรมนูญย่อมมีการใช้อำนาจในทางรัฐธรรมนูญ มีการกระทำในทางแพ่ง มีการกระทำในทางปกครอง ในกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องทางรัฐธรรมนูญ ศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องดังกล่าวก็คือศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาข้อพิพาทในทางแพ่ง ศาลที่มีเขตอำนาจ

---

[46] อภิชญา บุญกระพือ, “ข้อขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง: ประสบการณ์จากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540),” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550)

ในเรื่องดังกล่าวคือศาลแพ่ง และกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาข้อพิพาทในทางปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องดังกล่าวคือศาลปกครอง[47]

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวแม้ไม่ใช่ส่วนหนึ่งของการบังคับคดีตามคำพิพากษา แต่เป็นสิ่งที่ทำให้การบังคับคดีตามคำพิพากษาเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยพื้นฐานของการพิจารณากำหนดมาตรการชั่วคราวแล้วต้องพิจารณาประกอบกับคำบังคับที่ออกตามคำพิพากษาในแต่ละประเภทคดีด้วยว่ามีขอบเขตอย่างไร มิฉะนั้นการออกคำสั่งชั่วคราวในคดีก็ไม่สามารถคุ้มครองคู่ความในผลของคำวินิจฉัยของศาลได้ ในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญก็เช่นกัน อำนาจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญรองรับ ประกอบกับต้องมีความสอดคล้องระหว่างวิธีการชั่วคราวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละคดี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีผลผูกพันเฉพาะแต่คู่ความเท่านั้น แต่มีผลผูกพันถึงองค์กรของรัฐด้วย อย่างไรก็ดี ผลการวินิจฉัยเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวเป็นเพียงการกำหนดมาตรการเบื้องต้นในระหว่างคดี เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายร้ายแรงที่ยากเกินเยียวยาในภายหลังและต้องปรากฏว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน คำสั่งของศาลจะต้องไม่มีผลต่อคำวินิจฉัยในเนื้อหากระบวนพิจารณาหลักอันมีผลกลายเป็นคำวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดคดีโดยไม่จำต้องรอให้การพิจารณาในคดีเสร็จสิ้นอีกต่อไป

สำหรับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละรัฐมีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยย่อมแตกต่างกันไปตามเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐนั้น ๆ ในบางรัฐอาจมีความจำเป็นอันเนื่องมาจากต้องการระงับความขัดแย้งระหว่างสหพันธรัฐ (federal state)[48] กับรัฐ (state) หรือต้องการแก้ไขความล้มเหลวของหลักการว่าด้วยอำนาจสูงสุดของรัฐสภาที่บิดเบือนการใช้อำนาจ

---

[47] บรรเจิด สิงคะเนติ, “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลปกครองกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ”.

[48] สหพันธรัฐ คือ รัฐที่เกิดขึ้นจากการรวมตัวกันระหว่างรัฐต่าง ๆ ตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปโดยใช้รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันร่วมกันและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเหล่านั้นเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น ๆ รูปแบบการปกครองแบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ มีรัฐบาลกลางของสหพันธรัฐและรัฐบาลท้องถิ่นเป็นของแต่ละรัฐซึ่งเรียกกันว่า “มลรัฐ” ตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกา

นำไปสู่เผด็จการในท้ายที่สุด อย่างไรก็ดี จะพบว่า ประเภทคดีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งเป็นคดีรัฐธรรมนูญดั้งเดิมและเป็นที่มาของการสร้างระบบควบคุมตรวจสอบกฎหมายจนกลายเป็นพื้นฐานคดีรัฐธรรมนูญที่หลายๆ ประเทศต่างยอมรับให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจหน้าที่[49] ทั้งนี้ ยังปรากฏข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญประเภทต่าง ๆ อีก ดังนี้

1) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้

การตรวจสอบร่างกฎหมายนั้น หมายถึง การตรวจสอบร่างกฎหมายที่อยู่ในกระบวนการตรากฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การป้องกันมิให้ร่างกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กระบวนการในการตรวจสอบนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมได้ทั้งเนื้อหาของกฎหมาย และวิธีการในการตรากฎหมาย ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันเป็นวิธีการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะป้องกัน[50]

ในภาคพื้นยุโรป การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนมีการประกาศใช้ (a priori) นั้น ปรากฏอยู่ในประเทศฝรั่งเศสเป็นสำคัญ โดยกำหนดเป็นการบังคับว่า ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างข้อบังคับสภาจะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ตรวจสอบก่อนเสมอ โดยเป็นหน้าที่ของประธานาธิบดีที่จะต้องเป็นผู้ส่ง ในระหว่างที่พิจารณาร่างกฎหมายจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัย

ในประเทศไทย ปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ในมาตรา 224 โดยให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะทูลเกล้าขึ้นถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธย ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ปรากฏอยู่ในมาตรา 141 กรณี

---

[49] บรรเจิด สิงคะเนติ, "ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลปกครองกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ".

[50] นันทวัฒน์ บรมานันท์, *การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญกรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), 160.

การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และในมาตรา 154 กรณีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ[51]

2) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้เป็นการเพิ่มช่องทางให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยการใช้สิทธิต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาได้ต่อเมื่อคำวินิจฉัยหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน[52]

ยกตัวอย่าง บรรทัดฐานคดี Cooper v. Aaron อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแห่งมลรัฐถูกยืนยันในคำพิพากษา[53] โดยศาลให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในสหรัฐอเมริกา (supreme law of the land) องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการของมลรัฐทุกมลรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติแห่งมลรัฐตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลแห่งสหพันธ์ในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายแห่งมลรัฐนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้

3) คดีวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ

ความขัดแย้งในระดับรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในทางรัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นความขัดแย้งของสหพันธ์กับมลรัฐหรือระหว่างมลรัฐด้วยกันเอง หรือความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐ ความขัดแย้งในกรณีแรกย่อมเกิดขึ้นเฉพาะในรัฐที่มีรูปแบบการปกครองแบบสหพันธ์เท่านั้น ในขณะที่ความขัดแย้งกรณีหลังเกิดขึ้นได้

---

[51] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517.

[52] สิทธิพร เศาภายน, *เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.), 10.

ทั้งในรัฐที่จัดรูปแบบการปกครองแบบสหพันธ์และในรัฐที่จัดรูปแบบการปกครองแบบรัฐเดี่ยว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้จะเป็นคำวินิจฉัยยืนยันสิทธิ นั่นก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการกระทำการหรือการงดเว้นกระทำการของสหพันธ์ หรือมลรัฐ หรือองค์กรของรัฐองค์กรใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือขัดกับรัฐธรรมนูญ[54]

สำหรับคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” นั้น หมายความว่า องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีอำนาจหน้าที่ (Authority) ไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ[55] โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งหมายรวมถึงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ จะมีหลักประกันในเรื่องความเป็นอิสระ โดยปราศจากการแทรกแซงทางการเมืองหรือโดยองค์กรอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่จนบรรลุภารกิจขององค์กรได้ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ใช่ส่วนใดส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น นอกจากนี้ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องหมายถึงภาพรวมขององค์กรดังกล่าวทั้งองค์กร ไม่มีความหมายแยกย่อยลงไปถึงองค์ประกอบหรือหน่วยงานภายในขององค์กรเหล่านั้น

4) คดีวินิจฉัยขี้ขาดถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง

การถอดถอนออกจากตำแหน่ง (impeachment) เป็นกลไกสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง เป็นวิธีการควบคุมตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ให้มีพฤติกรรมกระทำความผิดต่อตำแหน่งหรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในลักษณะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไป

---

[53] JUSTIA US Supreme Court, (1958), “Cooper V. Aaron, 358 U.S. 1 (1958),” Accessed March 2, 2021. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/.

[54] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลฐธรรมนูญ ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (รายงานการวิจัย)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), 20.

[55] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2541.

เป็นกระบวนการที่ริเริ่มโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อกล่าวหาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงว่ามีการกระทำความผิดหรือทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่หรือในบางกรณีก็ใช้กล่าวหาประชาชนที่ร่วมทำผิดกับเจ้าหน้าที่[56] สำหรับระบบการพิจารณาความผิดของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงนั้นอาจมีทั้งระบบการพิจารณาความผิดโดยฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่งของอังกฤษ และของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ระบบการพิจารณาความผิดโดยฝ่ายตุลาการ เช่น ระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยศาลฎีกาของเนเธอร์แลนด์ และระบบการถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีระบบการพิจารณาที่ดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติร่วมกันกับฝ่ายตุลาการ ระบบการพิจารณาที่ดำเนินการโดยองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ และระบบการพิจารณาที่ดำเนินการเหมือนการพิจารณาคดีโดยทั่วไป[57]

สำหรับ “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” หรือ “ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง” นั้น ในแต่ละประเทศมีการกำหนดตำแหน่งไว้แตกต่างกันไป ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ได้ระบุตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอน ได้แก่ ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี และเจ้าหน้าที่พลเรือนของสหรัฐ (Civil officers) ซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาของสหรัฐ (federal judges)[58] ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอน ได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์[59] และผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์[60] ในสาธารณรัฐเกาหลี ตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอน ได้แก่ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาแห่งรัฐ (ฝ่ายบริหาร) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ (heads of Executive

---

[56] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง (รายงานการวิจัย)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), 31.

[57] เรื่องเดียวกัน, 10.

[58] Constitution of the United States, Article II, Section 4 “The President, Vice President and all Civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”

[59] Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 61.

[60] Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 98.

Ministries) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา กรรมการในคณะกรรมการการเลือกตั้ง ประธานและกรรมการในคณะกรรมการตรวจสอบและสอบสวน (Board of Audit and Inspection) และผู้ดำรงตำแหน่งของรัฐอื่น ๆ[61] สำหรับในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอน (La destitution) มีเพียงตำแหน่งประธานาธิบดีเท่านั้น[62]

5) คดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) หมายถึง กระบวนการเยียวยาทางกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ที่ศาลรัฐธรรมนูญนำไปปรับใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ไขเยียวยาการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งบุคคลใดอ้างว่าสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชนจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการกระทำทางกฎหมายที่มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือโดยคำพิพากษาของศาล บุคคลนั้นชอบที่จะยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้[63] เป็นช่องทางของกฎหมายที่ให้บุคคลสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญของตนถูกละเมิดจากการใช้อำนาจมหาชนโดยองค์กรของรัฐต่าง ๆ อำนาจมหาชนดังกล่าวนี้หมายความถึงการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายโดยฝ่ายปกครอง หรือแม้กระทั่งการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลด้วย[64] โดยทั่วไปแล้วคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญมักเป็นกรณีที่ประชาชนได้รับผลกระทบจากการกระทำบางอย่างของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

6) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการประชาธิปไตย

---

[61] Constitution of the Republic of Korea, Article 65.

[62] Constitution of France, Article 68.

[63] วุฒิชัย จิตตานุ, “กระบวนการทางกฎหมายตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ,” *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 2, ฉ.4* (2551): 102.

[64] ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน, “การฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญ: การนำเข้าและใช้แบบไทยๆ,” สืบค้นเมื่อ 15 มกราคม 2564. https://tlhr2014.com/archives/5916.

หลักการประชาธิปไตย (fundamental principle of Democracy) หมายถึง หลักการสำคัญอันเป็นพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ประกอบไปด้วย

หลักเหตุผล ในสังคมประชาธิปไตย ผู้คนต้องรู้จักรับฟังเหตุผลของผู้อื่น

ความเสมอภาค (equality) หมายถึง การที่ประชาชนทุกคนมีความเท่าเทียมกันในเรื่องของสิ่งจำเป็นขั้นพื้นฐาน เช่น ในทางการเมืองคนทุกคนมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงได้หนึ่งเสียง (one man one vote) หรือกรณีการเลือกไม่เลือกปฏิบัติ[65] ในสังคมประชาธิปไตย แม้คนจะแตกต่างกันเรื่อง เพศ ผิวพรรณ ชนชั้น ถิ่นที่อยู่อาศัย ศาสนา หรืออุดมการณ์ทางการเมือง แต่ทุกคนควรจะมีความเท่าเทียมกันโดยกฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องความเสมอภาคทางการเมือง ที่ทุกคนมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งถ้ามีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมาย และทุกคนมีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งได้อย่างเท่าเทียมกัน ความเสมอภาคทางเศรษฐกิจ ทุกคนที่แม้มีความแตกต่างด้านฐานะ สีผิว หรือยศ ต้องไม่ถูกกีดกันในการประกอบอาชีพ ความเสมอภาคทางโอกาสคือ ทุกคนมีโอกาสที่จะได้รับการศึกษา การรักษาพยาบาล และการรับการบริการจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน[66]

หลักสิทธิและเสรีภาพ[67] สิทธิ คือ ประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง สิทธิในการเลือกอาชีพ ถิ่นที่อยู่ การเดินทาง สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

เสรีภาพ คือ ทุกคนมีอิสระในการทำอะไรก็ได้ตามที่ตนต้องการแต่ต้องไม่ผิดกฎหมายและไม่กระทบต่อความเป็นระเบียบเรียบเรียบร้อยของสังคม โดยไม่ละเมิด

---

[65] ลิขิต ธีรเวคิน, “หลักการประชาธิปไตย 12 ประการ ที่นักการเมืองต้องเข้าใจและยึดถือ,” สืบค้นเมื่อ 1 มกราคม 2564. https://mgronline.com/daily/detail/9490000055325.

[66] อณูทิพย์ ธารทอง, “หลักประชาธิปไตยที่สำคัญ,” สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2563. http://oknation.nationtv.tv/blog/Anutip/2011/06/07/entry-1.

[67] สถาบันพระปกเกล้า, “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย,” สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2563. http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title%20=สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย.

สิทธิเสรีภาพของผู้อื่น เช่น เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นต้น

หลักการยึดเสียงข้างมาก คือการปฏิบัติตามความคิดเห็นหรือตามความยินยอมของคนส่วนใหญ่ แต่ให้เกียรติโดยการไม่ละเมิดสิทธิหรือเอารัดเอาเปรียบเสียงส่วนน้อย หากมีปัญหาก็สามารถตัดสินปัญหาโดยใช้มติเสียงข้างมาก แต่ในขณะเดียวกันเสียงส่วนน้อยก็ได้รับความคุ้มครอง เพื่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขในสังคมประชาธิปไตย เสียงข้างมาก เสียงข้างน้อย มีความหมายในการแสดงความเห็นต่อเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งมีความสำคัญ โดยเฉพาะการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ประชาชนหรือสมาชิกทุกคนมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นอย่างเป็นอิสระเท่าเทียมกัน[68]

หลักภราดรภาพ คือ การที่มนุษย์มีความรัก ความผูกพันกันฉันท์พี่น้อง ไม่แบ่งแยกภูมิภาคถิ่นที่อยู่อาศัย ไม่แบ่งแยกเชื้อชาติ ชนชั้น เพศ ผิวพรรณ เอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ เห็นอกเห็นใจกัน ไม่เอารัดเอาเปรียบกัน

หลักการดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักการที่สำคัญและมีความจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรเข้ามาคอยควบคุมตรวจสอบเพื่อให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

การตรวจสอบการกระทำหรือกิจกรรมต่าง ๆ เหล่านี้ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ก็ถือเป็นการธำรงรักษา (Uphold) ซึ่งรัฐธรรมนูญ

อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในคดีประเภทนี้มีขึ้น เพื่อคุ้มครองการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วยการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองให้สอดคล้องกับการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เช่น

6.1) คดียุบพรรคการเมือง

พรรคการเมือง (Political Party) นักรัฐศาสตร์หลายท่านได้ให้คำจำกัดความของพรรคการเมืองไว้ ดังนี้[69]

---

[68] ศุภพรรัตน์ สุขพุ่ม, “เสียงข้างมาก เสียงข้างน้อย,” สืบค้นเมื่อ 3 กันยายน 2563. http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=เสียงข้างมาก_เสียงข้างน้อย.

[69] “กระบวนการทางการเมือง,” สืบค้นเมื่อ 15 กรกฎาคม 2563. https://witikritsada54mbu.blogspot.com/2015/12/blog-post.html.

วิลเลียม กูดแมน อธิบายว่า พรรคการเมือง คือ องค์การซึ่งเป็นที่รวมกันของสมาชิกที่มีความคิดเห็นคล้ายคลึงกัน โดยมีความมุ่งหมายอย่างชัดแจ้งที่หวังจะได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งอันจะทำให้มีสิทธิเข้าไปใช้อำนาจการปกครองเพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากการเข้าไปมีอำนาจทางการเมือง[70]

ที. เอส. สตีเวนสัน ให้คำนิยามว่า พรรคการเมืองประกอบด้วยกลุ่มบุคคลที่ได้รวบรวมกันจัดตั้งองค์การขึ้นมา เพื่อจะได้เสนอเป็นตัวแทนเข้าสมัครรับการเลือกตั้ง และจัดตั้งรัฐบาลดำเนินการปกครองประเทศ[71]

โกวิท วงศ์สุวัฒน์ อธิบายความหมายพรรคการเมืองว่า คือ กลุ่มบุคคลที่รวมกันขึ้นเพื่อแสวงหาอำนาจทางการเมือง ตามวิถีทางของแต่ละรัฐซึ่งกำหนดไว้[72]

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าพรรคการเมือง คือ คณะบุคคลที่มารวมกันมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาอำนาจทางการเมือง เหนือพรรคการเมืองอื่นหรือนัยหนึ่งคือ เป็นรัฐบาลนั่นเอง

วัตถุประสงค์ของพรรคการเมือง ก็คือการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมทางการเมือง โดยรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง มีวัตถุประสงค์ทางการเมืองเป็นของตนเอง เป็นที่รวมกลุ่มผลประโยชน์ร่วมกัน

อย่างไรก็ดี พรรคการเมืองอาจถูกควบคุมตรวจสอบการดำเนินการกิจกรรมทางการเมือง ให้มีวัตถุประสงค์สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หากวัตถุประสงค์หรือการดำเนินกิจการทางการเมืองของพรรคการเมืองขัดต่อหลักเกณฑ์พื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ปรากฏอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน เกาหลี และไทย

6.2) คดีตรวจสอบการลงประชามติ

“ประชามติ” (Referendum) หมายถึง “มติของประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศที่แสดงออกในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือที่ใดที่หนึ่ง และมติของประชาชนที่รัฐ

---

[70] William Goodman, *The Two-Party System in United State* (New York: D. Van Nostrand, 1960), 8.

[71] T.H. Stevenson, *Politics and Government* (New Jersey: Little Field Adam, 1973), 218.

[72] โกวิท วงศ์สุรวัฒน์, *หลักรัฐศาสตร์* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ม.ป.ป.), 97.

ให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนรับรองร่างกฎหมายสำคัญที่ได้ผ่านสภานิติบัญญัติแล้ว หรือให้ตัดสินปัญหาสำคัญในการบริหารประเทศ”(“The process of referring a state legislative act, a state constitutional amendment, or an important public issue to the people for final approval by popular vote”)[73]

ในทางรัฐธรรมนูญ หมายถึง “กระบวนการในการแสดงความเห็นของประชาชนด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อตัดสินใจว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในเรื่องที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก่อนที่จะนำมติหรือการตัดสินใจนั้นออกเป็นกฎหมายหรือนำไปปฏิบัติเพื่อบังคับใช้เป็นการทั่วไป[74] ประชามติมักปรากฏให้เห็น เช่น ในกรณีการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมือง เพื่อตัดสินทางการเมือง[75]

ระบบการเมืองการปกครองมีหลากหลายรูปแบบในประเทศต่าง ๆ ของโลก รูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงมีหลายประเภท แต่สามารถจัดกลุ่มจำแนกได้ ดังนี้

ประชาธิปไตยทางตรง เป็นการที่ประชาชนใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงในการออกกฎหมาย กฎระเบียบ ตลอดจนการใช้อำนาจนการตัดสินพิจารณาคดีแทนการใช้วิธีลงคะแนนเสียงเลือกผู้แทนแล้วมอบอำนาจในการทำหน้าที่ออกกฎหมาย[76] กรณีนี้ประชาชนออกเสียงโดยตรงและนับในรูปแบบของการลงประชามติ เช่น การลงประชามติที่จัดขึ้นในหลายประเทศเกี่ยวกับเรื่องสาธารณะที่สำคัญเพื่อช่วยให้สมาชิกสภานิติบัญญัติกำหนดกฎหมายหรือบังคับใช้การเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีอยู่ อย่างไรก็ตาม ประชาธิปไตยทางตรงแม้ว่าจะดูเรียบง่าย แต่ก็ไม่ได้ถูกนำมาใช้บ่อยครั้งนัก

---

[73] วรชัย แสนสีระ, “หลักการและข้อแตกต่าง ระหว่าง “ประชามติ” กับ “ประชาพิจารณ์” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” *จุลนิติ 7*, ฉ.63 (2553): 145-155.

[74] เรื่องเดียวกัน, 147.

[75] จำนงค์ ทองประเสริฐ, “ประชามติ,” สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2563. http://www.royin.go.th/th/knowledge/detail.php?ID=1223.

[76] “ประชาธิปไตยทางตรง (สมัยใหม่),” สืบค้นเมื่อ 6 พฤษภาคม 2563. http://www.elfhs.ssru.ac.th/sanchai_ra/file.php/1/2_Direct_Democracy_Power_Point.pdf.

ประชาธิปไตยทางอ้อม เป็นประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน มีลักษณะการปกครองที่ประชาชนจะทำหน้าที่เลือกผู้แทนไปทำหน้าที่แทนตน เพื่อร่วมตัดสินใจทางการเมือง โดยเป็นรูปแบบของประชาธิปไตยที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในปัจจุบัน ประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน จัดเป็นการปกครองอีกรูปแบบหนึ่ง โดยตั้งอยู่บนแนวความคิดว่า ข้าราชการจากการเลือกตั้งที่เข้ามาเป็นผู้แทนกลุ่มประชาชนมีความแตกต่างไปจากประชาธิปไตยทางตรง ซึ่งประชาธิปไตยแบบตะวันตกสมัยใหม่ล้วนเป็นประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน เช่น สหราชอาณาจักร[77]

หลักการเกี่ยวกับประชามติและประชาพิจารณ์มีแนวความคิดเริ่มจากปัญหาข้อบกพร่องของระบอบประชาธิปไตยทางอ้อม หรือโดยตัวแทน (Indirect or Representative Democracy) กล่าวคือ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนนั้น ประชาชนจะทำการเลือกตั้งผู้แทนเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนตน ซึ่งเมื่อประชาชนได้เลือกผู้แทนเข้าไปดำเนินการปกครองและบริหารประเทศแทน จะถือว่าตนหมดภาระหน้าที่ ต่อไปจึงเป็นหน้าที่ของผู้แทนทั้งในส่วนของรัฐบาลในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร หรือสภาผู้แทนราษฎรในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตัดสินปัญหาต่าง ๆ แทนทั้งสิ้น[78] การเลือกผู้แทนที่ตนไว้วางใจเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนจะมีผลประโยชน์เกี่ยวพันกับตนเองหรือพรรคการเมืองที่ตนสังกัด จึงทำให้การตัดสินใจในบางครั้งของผู้แทนไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนซึ่งได้ส่งผลทำให้ไม่อาจแก้ไขปัญหาที่แท้จริงของประเทศได้ในขณะเดียวกันก็ยังเป็นการสร้างปัญหาความขัดแย้งให้เกิดขึ้นแก่สังคม

“ประชาพิจารณ์” (Public Hearing) หมายถึง การรับฟังความคิดเห็นของทุกคนที่ต้องการมีส่วนร่วม ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ (“A hearing that, within reasonable limits, is open to anyone who wished to observe”)[79]

---

[77] “ที่มาของประชาธิปไตยทางอ้อม คือ,” สืบค้นเมื่อ 6 พฤษภาคม 2563. https://statedemocracy.org/ประชาธิปไตยทางอ้อม.

[78] วรชัย แสนสีระ, “หลักการและข้อแตกต่าง ระหว่าง “ประชามติ” กับ “ประชาพิจารณ์” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” 147.

[79] Garner, ed. *Black’s Law Dictionary.s.v.* “public hearing”.

ในทางรัฐธรรมนูญ หมายถึง “กระบวนการที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและประชาชนมีส่วนร่วมนำเสนอข้อมูล คำแถลง จุดยืน ข้อเท็จจริง และความคิดเห็นทั้งในเชิงสนับสนุนหรือคัดค้านเกี่ยวกับนโยบาย ร่างกฎหมาย หรือการริเริ่มโครงการของรัฐ เพื่อให้รัฐนำข้อพิจารณาของทุกฝ่ายไปเปรียบเทียบผลดีผลเสีย หาจุดสมดุลที่เหมาะสม และใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบ โปร่งใส และมีความรับผิดชอบ ก่อนที่จะตัดสินใจตามอำนาจที่มีอยู่ต่อไป”[80]

ประชามติจะต้องมีการลงคะแนนเสียงเพื่อหามติของประชาชนในเรื่องสำคัญนั้น ๆ แต่ประชาพิจารณ์เป็นเพียงการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่จะได้รับผลกระทบในเรื่องนั้น ก่อนที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจะมีคำสั่งหรือดำเนินการใด ๆ

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือพรรคการเมืองที่สังกัด อาจใช้วิธีการต่าง ๆ ในการเอื้อประโยชน์ต่อตนเองหรือแก่พรรค ซึ่งทำให้การใช้อำนาจเหล่านั้นไม่ตรงกับเจตนาของประชาชนส่วนใหญ่ หรือแม้ว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะมีเจตนาบริสุทธิ์ ประชาชนมีส่วนในการเป็นเจ้าของประเทศ มีผลได้ผลเสียด้วย จึงมีวิธีการที่หลากหลายในการตรวจสอบการใช้อำนาจ เช่น การเลือกตั้ง โดยหากประชาชนเห็นว่า ผู้แทนราษฎรที่ได้รับเลือกไปไม่มีประสิทธิภาพหรือปฏิบัติตัวไม่ดี ก็ไม่เลือกผู้แทนคนนั้นในการเลือกตั้งครั้งต่อไป การตรวจสอบประชามติ จึงเป็นการตรวจสอบกระบวนการ เช่น ในรัฐธรรมนูญออสเตรีย มาตรา 141 ในรัฐกำหนดที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 1958 ของฝรั่งเศส เป็นต้น

6.3) คดีการเลือกตั้ง

การเลือกตั้งเป็นหลักการพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย เพราะเป็นการได้มาซึ่งผู้แทนปวงชน เข้าไปทำหน้าที่แทนประชาชน โดยปกติการจัดการเลือกตั้งถือเป็นเรื่องสำคัญ และจะมีการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมและจัดการเลือกตั้งให้เป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม อย่างไรก็ดี

[80] วรชัย แสนสีระ, “หลักการและข้อแตกต่าง ระหว่าง “ประชามติ” กับ “ประชาพิจารณ์” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” 148.

ในบางประเทศก็กำหนดให้ศาลเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบว่าการจัดการเลือกตั้งดังกล่าวเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับประเทศไทย นอกจากคดีทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวข้างต้น ยังมีคดีอีกประเภทที่ใช้ตรวจสอบพฤติกรรมของบุคคลโดยทั่วไป ไม่ให้ขัดหรือแย้งกับหลักการประชาธิปไตย คือ คดีใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

2.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับทางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา ได้มีการแบ่งประเภทของศาลตามอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีไว้เป็น 4 ประเภท ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลรัฐธรรมนูญ ตามแนวคิดของประเทศที่ใช้ “ระบบศาลคู่” (Dual Court System) กล่าวคือ มีการจัดตั้งศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายมหาชน แยกต่างหากออกจากศาลยุติธรรมโดยเป็นอิสระและใช้นิติวิธีทางกฎหมายที่แตกต่าง ในลักษณะคู่ขนาน (Parallel) กันไป[81]

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายเอกชน ได้แก่ ศาลยุติธรรม และศาลทหาร ทั้งนี้ โดยศาลยุติธรรม (Court of Justice) มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น[82] ในทางวิชาการจึงถือว่า ศาลยุติธรรมเป็น “ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป” เพราะโดยทั่วไปจะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงอยู่แล้ว ซึ่งหากพิจารณาจากพัฒนาการของสถาบันตุลาการในประเทศต่าง ๆ ก็จะเห็นได้ว่าประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ ก็ล้วนพัฒนาการมาจาก “ระบบศาลเดี่ยว” (Single Court System) ทั้งสิ้น กล่าวคือ ประเทศเหล่านั้นต่างเคยมีศาลยุติธรรมแต่เพียงประเภทเดียวทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงมาก่อน ต่อมาเมื่อมีการแบ่งแยกที่ชัดเจน

---

[81] Nigel Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, 272-274.

[82] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 194.

ระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนแล้ว จึงได้มีการจัดตั้งศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายมหาชนขึ้นมาเป็นการเฉพาะ นอกจากศาลยุติธรรมแล้ว ยังมีศาลทหารอีกประเภทหนึ่งที่พิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายเอกชน กล่าวคือ ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหารและคดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ[83] อย่างไรก็ดี หากเทียบกับศาลยุติธรรมแล้ว ศาลประเภทอื่นล้วนเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะทั้งสิ้น

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายมหาชน ได้แก่ ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่คดีปกครองดังกล่าว ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ[84]

ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายมหาชน โดยมีอำนาจหน้าที่หลักในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ยกเว้นองค์กรตุลาการด้วยกันเอง และอำนาจหน้าที่อื่นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ[85] กล่าวโดยสรุปแล้วศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดว่า ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ[86] และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติประกอบ

---

[83] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 199.
[84] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 197.
[85] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 210.
[86] วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 210.

รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71[87] ก็จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดี ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลเอาไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ได้มีกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีสำหรับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้ในข้อ 37 ถึงข้อ 40 แต่สำหรับการกำหนดคำบังคับ ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในข้อ 44 และข้อ 45 นั้น ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และประเภทคดีที่ศาลจะกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยของศาลที่ชัดเจน

ดังนั้น ที่ปรึกษาจึงเห็นควรจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์อันมีลักษณะทั่วไปของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและของการกำหนดคำบังคับ ตลอดจนประเภทของคดีที่จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและประเภทของคดีที่จำเป็นต้องมีการกำหนดคำบังคับไว้ในเบื้องต้น ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.2.3 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทางรัฐธรรมนูญ

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทางรัฐธรรมนูญ หรือในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังที่กล่าวมาแล้ว ศาลยังต้องพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวตามประเภทของคดีอีกด้วย โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทางรัฐธรรมนูญจะมีรายละเอียดดังนี้

---

[87] “มาตรา 71 เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึงและคำร้องของผู้ร้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่กรณีได้ยื่นคำขอ ให้ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้มีผลใช้บังคับได้ไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น”

1) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทางรัฐธรรมนูญ

1.1) การพิจารณาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อคู่กรณีได้ยื่นคำขอเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย หากการยื่นคำขอดังกล่าวเป็นการยื่นมาพร้อมกันในคำร้อง ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาคำขอดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าการยื่นคำขอดังกล่าวจะยื่นมาในคำร้องหรือคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา และยื่นมาในเวลาใด ๆ ก่อนศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยปัญหาเรื่องเขตอำนาจของตน ในข้อพิพาทหลักนั้นก่อนเป็นอันดับแรกว่าเป็นคดีทางรัฐธรรมนูญที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลหรือไม่ หากพบว่าอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของตน ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือจำหน่ายคดี ส่งผลให้คำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวตกไปด้วยโดยปริยาย แต่หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว และศาลได้รับคดีไว้พิจารณาแล้ว ศาลจะต้องหยิบยกคำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่ผู้ร้องยื่นขึ้นพิจารณาโดยทันที

1.2) คำร้องหรือเหตุแห่งการร้องมีมูลกล่าวอ้างได้

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในเบื้องต้นว่า ศาลมีอำนาจที่จะรับคดีเอาไว้พิจารณาตามเขตอำนาจของตนแล้ว ในการพิจารณาคำขอเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ศาลจะต้องพิจารณาว่าสภาพแห่งข้อพิพาท เรื่องหรือการกระทำทั้งหลายอันเป็นเหตุให้ต้องขอให้ศาลมีคำวินิจฉัย อันประกอบด้วยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องดังที่ผู้ร้องได้ระบุมาในคำร้องนั้น ผู้ร้องสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองความเสียหายหรือไม่ ในการนี้ศาลจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า การกระทำของผู้ถูกร้องได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องหรือไม่อย่างไร และผู้ร้องประสงค์จะให้ศาลดำเนินการอย่างใด พร้อมทั้งเหตุผลสนับสนุน[88]

---

[88] Nigel Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, 278.

นอกจากนี้ ศาลยังต้องพิจารณาคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา คำขอ คำแถลงการณ์เปิดคดี คำแถลง คำคัดค้านคำขอ และพยานหลักฐานที่ได้จากการไต่สวนของทั้งสองฝ่ายประกอบกัน แต่ทั้งนี้ ในชั้นของการไต่สวนคำขอคุ้มครองชั่วคราวนี้ ศาลยังไม่ได้ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีว่าเป็นไปตามที่ผู้ร้องได้เสนอคำร้องมาหรือไม่ การพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนี้จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการชี้ขาดหรือเป็นการวินิจฉัยคดี

1.3) ความเสียหายร้ายแรงยากแก่การเยียวยาแก้ไข

ในการพิจารณาไต่สวนคำขอเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ก่อนที่ศาลจะวินิจฉัยว่า ศาลสมควรที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวหรือไม่ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผู้ยื่นคำขอ จะต้องแสดงให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง (Irreparable Harm) หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึง (Imminent of harm) หากศาลเห็นว่าไม่เป็นเช่นนั้นจริง หรือไม่มีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำขอ ให้ศาลสั่งไม่รับคำขอดังกล่าว

อย่างไรก็ดี แม้ในบางกรณีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยจะกระทำขึ้นโดยไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำขอ แต่เป็นกรณีที่ศาลเห็นสมควรกำหนดขึ้นเองเพื่อป้องกันความเสียหายหรือความรุนแรง หรืออาจเพื่อประโยชน์แก่การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลในภายหลัง ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเสียหายและความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในเบื้องต้นเสียก่อน ดังที่กล่าวมา

นอกจากนี้ ในคดีหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญบางประเภทรัฐธรรมนูญก็อาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องกังวลถึงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นอีก ซึ่งที่ปรึกษาจะได้อธิบายในชั้นถัดไป

1.4) การชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว อาจเป็นได้ทั้งคุณและโทษแก่คู่กรณีทั้งสอง ศาลจึงจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะ

เกิดขึ้นแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ก่อนที่ศาลจะได้ตัดสินใจเลือกที่จะคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายใดมากกว่าเป็นสำคัญ หลักเกณฑ์เรื่องการชั่งน้ำหนักความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายนี้ ในการพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชนอาจมีความแตกต่างกัน เนื่องจากข้อพิพาทตามกฎหมายเอกชนนั้น คู่กรณีต่างอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็มีลักษณะเป็นความเสียหายของปัจเจก แต่ในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเผชิญกับความท้าทายในการชั่งน้ำหนักความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับปัจเจกฝ่ายหนึ่ง และความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอย่างละเอียดและรอบด้านมากเป็นพิเศษ

1.5) มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องมีความสัมพันธ์กับประเด็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำขอกับประเด็นแห่งคดีด้วย โดยมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวจะต้องมีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นสำคัญแห่งคดี

1.6) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่า สำหรับคดีทางกฎหมายมหาชนที่คู่ความฝ่ายหนึ่งมักจะเป็นหน่วยงานของรัฐแล้ว ศาลจำเป็นต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนว่าการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลนั้น จะเป็นการก้าวล่วงเข้าไปในเขตอำนาจขององค์กรรัฐอื่น ๆ หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ล้วนแล้วแต่เป็นองค์กรสำคัญหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อาทิ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพื่อกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ จะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ

ก็ล้วนแต่เป็นการก้าวล่วงเข้าไปในเขตอำนาจขององค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ทั้งสิ้น การพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และใช้เพียงเท่าที่จำเป็นเหมาะสม และระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากนี้ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ยังมีกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) ซึ่งการใช้อำนาจรัฐบางกรณีก็มีกลไกแห่งการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ ตลอดจนถ่วงดุลทางอำนาจไว้อยู่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปแทรกแซงการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรเหล่านั้นอีก ยกตัวอย่างเช่น การกระทำของรัฐบาล (Act of Government) เป็นต้น

นอกจากหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวทางรัฐธรรมนูญที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยพิจารณาจากประเภทของคดีหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่มีความแตกต่างกันอีกด้วย โดยที่ปรึกษาจะขออธิบายรวมเข้าไว้ในหัวข้อถัดไป

2) ประเภทข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญกับการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นวิธีพิจารณาความอย่างหนึ่ง การพิจารณาคำขอเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจึงสัมพันธ์กับประเภทของคดี กล่าวคือ ลักษณะคดีแต่ละประเภทอาจแสดงให้เห็นถึง เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่มีความแตกต่างกัน ภยันตรายร้ายแรงหรือระดับความร้ายแรงของความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้น หรือประโยชน์แก่การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลในภายหลัง

จากการศึกษาที่มาและแนวคิดในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวประกอบกับลักษณะของข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อนี้ ที่ปรึกษาเห็นควรพิจารณาถึงการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

โดยพิจารณาจากประเภทของข้อพิพาทหรือประเภทของคดี เพื่อแสดงให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นที่อาจมีความแตกต่างกันในแต่ละประเภทของคดี ทั้งนี้ โดยพิจารณาหลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญประกอบ

1) ประเภทข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ไม่ปรากฏความจำเป็นในการกำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราว

ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญบางประเภท ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องกำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราว เนื่องด้วยเป็นคดีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว หรือเป็นคดีที่ศาลจำเป็นต้องพิจารณาโดยเร็ว

1.1) คดีที่กฎหมายกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว

คดีบางประเภทที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ อาจมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้อยู่ในกฎหมายอยู่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใด ๆ ขึ้นอีก ยกตัวอย่างเช่น

1.1.1) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ศาลที่กำลังพิจารณาคดีที่ใช้กฎหมายที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่นั้น รอการพิจารณาหรือพิพากษาคดีนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ หากเป็นกรณีดังกล่าว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้ให้หลักประกันความมีผลผูกพันในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งศาลอื่น ๆ จำเป็นต้องเคารพ อีกทั้งยังเป็นหลักประกันต่อ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” อีกด้วย นอกจากนี้คู่ความในคดีที่พิพาทกันอยู่ในศาลใด หากเห็นว่าตนได้รับความเสียหายร้ายแรงยากแก่การเยียวยาแก้ไขอันเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คู่ความดังกล่าวย่อมสามารถร้องขอต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้นอยู่ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการออกมาตรการชั่วคราวของศาลนั้น ๆ ได้อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอีก

อย่างไรก็ดี หากเป็นการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ไม่ได้อยู่ในการพิจารณาของศาลที่กำลังพิจารณาคดีอยู่ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้หรือไม่ก็ได้ หากรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมขึ้นอีก ในทางกลับกันหากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมชอบที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมได้ โดยจะขออธิบายแยกต่างหากในหัวข้อถัดไป

1.1.2) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย

ในระบบที่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย รัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้เพื่อป้องกันไม่ให้มีการตรากฎหมายออกมาโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น อาจกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติหยุดการพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวไว้ก่อน หรือชะลอการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวออกไปจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย หากเป็นกรณีดังกล่าวแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมขึ้นอีก

1.1.3) คดีวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับสมาชิกภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ในคดีที่เกี่ยวกับการชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับสมาชิกภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หากรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว เช่น ให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองดังกล่าวต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่ของตน หรือจำกัดการทำหน้าที่บางประการ กรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพิ่มเติมอีก เพราะการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวอาจเป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรอื่นได้

1.2) ประเภทคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาโดยเร็ว

คดีบางประเภทกฎหมายได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณาโดยเร็ว ระยะเวลาดังกล่าวจึงเสมือนเป็นระยะเวลาบังคับที่ให้

ศาลรัฐธรรมนูญต้องรีบพิจารณาและมีคำวินิจฉัยชี้ขาด และส่งผลให้ข้อพิพาทที่เป็นประเด็นแห่งคดีดังกล่าวสามารถยุติได้โดยรวดเร็ว ดังนั้น เมื่อคาดการณ์ได้ถึงระยะเวลาที่แน่นอนสำหรับผลสรุปในประเด็นข้อพิพาท จึงไม่มีเหตุผลสมควรเพียงพอที่จะให้ศาลต้องพิจารณาถึงความจำเป็นและความเร่งด่วนฉุกเฉินอันสมควรที่ร้องขอให้ศาลต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในระหว่างนี้อีก อีกทั้งยังเป็นการเสียเวลาแก่ศาล ที่ศาลจะต้องแบ่งเวลามาใช้ในการพิจารณาคำขอดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง สำหรับคดีที่ไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอันเนื่องมาจากเป็นคดีที่ศาลจะต้องพิจารณาโดยเร็วนั้น ยกตัวอย่างเช่น

ในประเทศฝรั่งเศส การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาให้เสร็จภายใน 8 วัน[89] ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีต้องพิจารณาให้เสร็จภายใน 2 วัน จากระยะเวลาบังคับดังกล่าวส่งผลให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนคำพิพากษา เพราะผู้ร้องสามารถคาดหมายถึงระยะเวลาในการพิจารณาได้ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย

2) ประเภทข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่อาจปรากฏความจำเป็นในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดี

2.1) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำตามคำร้องของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

เนื่องจากวัตถุแห่งคดีนี้เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงาน

---

[89] Article 41 S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.

ซึ่งใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น หากปล่อยให้มีการกระทำดังกล่าวต่อไป สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ย่อมได้รับการกระทบกระเทือน และอาจก่อให้เกิดความเสียหายอันยากแก่การเยียวยาให้กับบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพได้ คดีประเภทนี้จึงเป็นกรณีที่ศาลอาจพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวตามความเหมาะสม

2.2) คดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง การพิจารณาคดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง ไม่ว่าจะเป็นกรณีพรรคการเมืองยื่นคำร้องคัดค้านมติของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือคัดค้านคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ยื่นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้สั่งยุบพรรคการเมืองนั้น หากมีกรณีที่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาคดี หรือจำเป็นต้องสั่งให้พรรคการเมืองดังกล่าวระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราว เพื่อป้องกันความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยา ศาลจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นและพอสมควรแก่กรณี

2.3) คดีพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในคดีที่เกี่ยวกับการร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวมีความจำเป็นที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีประเภทนี้ แม้ว่าวัตถุประสงค์ในคดีนี้จะมุ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ด้วยลักษณะของการกระทำอันเป็นมูลเหตุแห่งการฟ้องนั้น เป็นเรื่องที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย บางกรณีอาจมีความเป็นไปได้ที่การกระทำดังกล่าวจะลุกลามกลายเป็นความรุนแรงในวงกว้าง ดังนั้น แม้ว่าจะมีการยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ในระหว่างการพิจารณา อาจเกิดความรุนแรงหรือภัยอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ จึงมีความจำเป็นต้องคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐอย่างเร่งด่วน มิฉะนั้นแล้วแม้ผลสุดท้ายศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ก็อาจจะล่าช้าเกินไปจนไม่อาจบรรเทาหรือป้องกันความเสียหายที่ได้เกิดขึ้นแล้ว

2.4) คดีวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา

คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีนี้เพื่อให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนไปในทางที่ถูกต้องและเพื่อป้องกันความผิดพลาดที่ไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ในภายหลัง ศาลจึงควรมีอำนาจสั่งห้ามการใช้อำนาจหน้าที่ที่เป็นประเด็นแห่งคำร้องในคดีไว้ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในกรณีนี้ ศาลจะต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวัง โดยตระหนักถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ด้วยความรอบคอบ และพิจารณาถึงบทบาทของศาลในฐานะองค์กรกลางผู้ชี้ขาดปัญหาดังกล่าว

2.2.4 การกำหนดคำบังคับทางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่ได้บัญญัติถึงการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้ แต่ได้บัญญัติให้การทำคำวินิจฉัยของศาลนอกจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้บัญญัติถึงการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 74 ความว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาล หากมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควร ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาล ยื่นต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล”

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 กลับไม่พบรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่ศาล

จะกำหนดคำบังคับเอาไว้อย่างชัดเจน ที่ปรึกษาจึงได้ทำการศึกษาถึงลักษณะของคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาจากประเภทคดีต่าง ๆ ว่าควรมีการกำหนดขอบเขตของคำบังคับอย่างไร

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว อาจจำแนกประเภทคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1) คำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ (Declaratory Judgment) หมายถึง คำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการรับรองหรืออธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีแต่ละฝ่าย คำวินิจฉัยประเภทนี้เป็นคำวินิจฉัยส่วนใหญ่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้วไม่ได้เป็นการก่อตั้งสิทธิขึ้นใหม่ แต่เป็นการรับรองสิทธิหรือเป็นการประกาศ (Declaration) ให้ทราบถึงสภาพที่ชัดเจน (Clarify) หรือผลทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประเภทนี้ ได้แก่

1.1) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง

1.2) คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่เสนอใหม่ มีหลักการอย่างเดียวกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งหรือไม่

1.3) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย

1.4) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา หรือความสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรี

1.5) คำวินิจฉัยชี้ขาดกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้วคำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิจะเป็นการรับรองสภาพความมีอยู่ของสิทธินั้น โดยไม่เป็นการก่อให้เกิดสิทธิขึ้นใหม่แต่ประการใดอย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยประเภทนี้อาจมีกรณีที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่บางประการในลักษณะของการก่อให้เกิดสิทธิขึ้นใหม่ หรือการบังคับให้คู่กรณีต้องปฏิบัติการสิ่งใดสิ่งหนึ่งขึ้นได้ เช่น คำวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลหรือไม่

2) คำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการ (Commitment Decision) หมายถึง คำวินิจฉัยของศาลที่มีความมุ่งหมายให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประเภทนี้ ได้แก่

2.1) คำสั่งให้พรรคการเมืองใดระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราวตามคำร้องขอของคณะกรรมการการเลือกตั้ง นายทะเบียนพรรคการเมือง หรืออัยการสูงสุด

2.2) คำสั่งให้ยุบพรรค

โดยทั่วไปแล้วคำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการ (Commitment Decision) ย่อมต้องมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล หากผู้ที่ผูกพันตามคำวินิจฉัยไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลแล้ว ก็จำเป็นต้องมีการกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ส่วนกรณีคำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ (Declaratory Judgment) โดยทั่วไปไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องกระทำการใด ๆ จึงไม่มีความจำเป็นต้องมีการกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย เว้นแต่เป็นกรณีที่คำวินิจฉัยดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิหรือผลข้างเคียงของคำวินิจฉัย ที่จำต้องมีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีแนวคิดที่สำคัญ 2 แนวคิด ได้แก่

แนวคิดแรก ว่าด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of the Constitution) จากแนวคิดดังกล่าวนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายให้องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลย่อมมีความสำคัญ เพราะหากไม่สามารถบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลได้แล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้

แนวคิดที่สอง แนวคิดจากหลักความผูกพันต่อคำพิพากษาของศาล (obligation to abide by the Judgment หรือ *stare decisis*) ขององค์กรรัฐทั้งหลาย โดยทั่วไปแล้วภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State) องค์กรของรัฐทั้งหลายมีหน้าที่และ

ความผูกพันที่จะปฏิบัติตามกฎหมายและให้ความเคารพในคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอยู่แล้ว เมื่อพิจารณาดังนี้จะเห็นว่า การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลจึงไม่มีความจำเป็นแต่ประการใด อย่างไรก็ดี การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อาจไม่ได้มีเจตนารมณ์แต่เพียงป้องกันไม่ให้องค์กรของรัฐละเลยที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัย แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าองค์กรใดที่ควรจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบ้าง และควรจะต้องปฏิบัติอย่างไรให้สมตามวัตถุประสงค์ของคำวินิจฉัยของศาลโดยถูกต้องและครบถ้วน

จากแนวคิดในการกำหนดคำบังคับ ประกอบกับประเภทของคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่า การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลนั้น โดยสภาพของคำบังคับนั้นสามารถกำหนดได้เฉพาะในคำวินิจฉัยประเภทมีการบังคับให้กระทำการเป็นหลัก แต่ในคำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธินั้น โดยสภาพแล้วไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดคำบังคับแต่อย่างใด เว้นแต่เป็นกรณีที่คำวินิจฉัยดังกล่าวส่งผลให้เกิดการบังคับให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด จำต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และนอกจากนี้ยังต้องเป็นคำวินิจฉัยที่จำเป็นต้องกำหนดคำบังคับให้เกิดความชัดเจนว่า “ใคร” จะต้องทำ “อะไร” เช่นนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็จำเป็นต้องกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยของศาลให้ชัดแจ้ง หากเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยดังกล่าวมีความชัดเจนอยู่แล้วว่าองค์กรของรัฐจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไปตามผลของคำวินิจฉัย ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองใด กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “ให้นายทะเบียนประกาศคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นในราชกิจจานุเบกษา” และ “ให้หัวหน้าพรรคการเมืองส่งบัญชีและงบแสดงฐานะทางการเงิน รวมทั้งเอกสารเกี่ยวกับการเงินของพรรคการเมืองภายในสามสิบวันนับแต่วันที่พรรคการเมืองสิ้นสภาพหรือยุบ และให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินชำระบัญชีให้เสร็จสิ้นภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากนายทะเบียน...” กรณีดังนี้จะเห็นได้ว่าความชัดเจนที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างละเอียดนี้ ทำให้ศาลไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยอีกต่อไป

บทที่ 3
บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในต่างประเทศ

เนื่องจากอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักการใหม่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เพื่อให้เป็นไปตามบังคับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นพื้นฐานทางวิชาการสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ได้มีการศึกษาถึงมาตรการชั่วคราวและคำบังคับตามกฎหมายของระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยประเทศที่จะกล่าวถึงนั้นมี 3 ประเทศด้วยกัน ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี

3.1 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลยุติธรรมเพียงระบบเดียว ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองแยกออกมาต่างหาก รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนดให้ข้อพิพาททุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้เขตอำนาจของฝ่ายตุลาการกลาง หรือฝ่ายตุลาการสหพันธรัฐ (federal jurisdiction)[90] ซึ่งประกอบด้วยศาลสูงสุดสหรัฐ (Supreme Court) หนึ่งแห่งที่จัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และให้มีศาลอุทธรณ์แห่งเขตพิจารณาเคลื่อนที่ (circuit courts) กับศาลแขวงสหรัฐ (district courts) สาขาต่าง ๆ ตามแต่ที่สภาคองเกรสเห็นสมควรให้จัดตั้งขึ้น ซึ่งสภาคองเกรสก็ใช้อำนาจจัดตั้ง

[90] U.S. CONST. art. III, sec. 2.

และขยายจำนวนศาลแขวงสหรัฐและศาลอุทธรณ์แห่งเขตพิจารณาเคลื่อนที่ (circuit courts) ต่อมาเรื่อย ๆ จนปัจจุบันมีศาลแขวงสหรัฐเป็นจำนวนทั้งสิ้น 93 แห่ง และมีศาลอุทธรณ์แห่งเขตพิจารณาเคลื่อนที่ 13 เขต

เขตอำนาจของศาลสหรัฐนี้ถือเป็นเขตอำนาจแบบปิด (limited jurisdiction) ซึ่งหมายความว่า ศาลในระบบนี้สามารถรับพิจารณาได้เฉพาะคดีที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหรือกฎหมายที่ผ่านโดยสภานิติบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น สำหรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐ ได้แก่ Article III Section 2 (มาตรา 3 ข้อที่ 2) แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดเขตอำนาจพิจารณาคดีให้กับศาลของฝ่ายตุลาการกลาง หรือศาลสหรัฐ (federal courts) ไว้สำหรับคดีหลายประเภท โดยครอบคลุมไปถึง “คดีข้อพิพาททั้งปวงในทางกฎหมายและเอควิตี้ อันเกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ กฎหมายของสหรัฐ และสนธิสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นหรือจะได้ทำขึ้นภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายเหล่านั้น ถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับฑูตและเอกอัครราชฑูต รัฐมนตรีและกงสุล คดีพิพาททางพาณิชย์นาวีและเขตอำนาจทางทะเล และข้อพิพาททั้งปวงที่สหรัฐอเมริกาเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่ง ; ข้อพิพาทระหว่างมลรัฐ ; ระหว่างมลรัฐใด ๆ และพลเมืองของอีกมลรัฐหนึ่ง .... ”[91]

บทกำหนดเขตอำนาจของศาลสหรัฐตามรัฐธรรมนูญนี้ได้รับการขยายความในเวลาต่อมา ทั้งโดยการตีความของศาลสูงสุดสหรัฐและโดยกฎหมายเฉพาะที่ผ่านโดยสภาคองเกรส คดีสำคัญที่ศาลสูงสุดสหรัฐได้ตีความยืนยันว่า เขตอำนาจตั้งต้นคดีของศาลสหรัฐแห่งฝ่ายตุลาการกลาง ย่อมครอบคลุมถึงข้อพิพาทระหว่างมลรัฐใดมลรัฐหนึ่งกับประชาชนของสหรัฐอเมริกาด้วย คือ คดี Chisholm v Georgia (1793)[92] ปัจจุบันกฎหมายรัฐบัญญัติจากสภาครองเกรสที่กำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลสหรัฐ ได้ถูกนำมาบัญญัติรวมไว้ที่ บรรพ (title) 28 แห่งประมวล

---

[91] U.S. CONST. art. III, sec. 2, cl.1. “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State; ...”

[92] Chisholm v Georgia, 2 U.S. 419 (1793).

กฎหมายสหรัฐ (United States Code) มาตรา 1251 และมาตรา 1330 ถึงมาตรา 1369[93] ซึ่งครอบคลุมข้อพิพาทประเภทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตีความความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านโดยรัฐสภา หรือการกระทำของฝ่ายบริหาร ได้แก่

1) เขตอำนาจทั่วไปของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (มาตรา 1251)

2) คดีความที่มีรัฐต่างประเทศเป็นจำเลย (มาตรา 1330)

3) คดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญสหรัฐ กฎหมาย และสนธิสัญญาของสหรัฐ (มาตรา 1331)

4) คดีที่เกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 1343)

5) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง (มาตรา 1344)

6) คดีที่มีสหรัฐเป็นโจทก์หรือจำเลย (มาตรา 1345-1346)

7) คดีเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 1358)

8) คดีเกี่ยวเนื่องด้วยการกระทำของวุฒิสภา (มาตรา 1365)

ด้วยเหตุนี้ คดีข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องการใช้อำนาจของประมุขของฝ่ายบริหารก็ดี ประเด็นว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ถูกประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี หรือการกระทำของรัฐบาลที่กระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนก็ดี คดีเหล่านี้ล้วนแต่เป็นคดีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลสหพันธรัฐ

อำนาจของฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งของศาลสูงสุดสหรัฐที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ (judicial review) ได้รับการยืนยันไว้ในบรรทัดฐานคดี Marbury v. Madison (1803)[94] ซึ่งพิพากษาว่าศาลสหรัฐมีอำนาจที่จะเพิกถอนสถานะความมีผลใช้บังคับของกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยตุลาการหัวหน้าศาลสูงสุด จอห์น มาร์แชล (John Marshall) เขียนอธิบายหลักกฎหมายไว้ในคดีดังกล่าวว่า “การชี้ขาดว่าอะไรคือกฎหมายย่อมเป็นปริมณฑลแห่งความรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการ”[95] ทั้งเมื่อ

---

[93] 28 U.S. Code sec. 1330-1369.

[94] 5 U.S. 137 (1803).

[95] Marbury, 5 U.S. 177-178.

พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่ามาตรา VI แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐ กำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการต้องให้คำปฏิญาณว่าจะสนับสนุนรัฐธรรมนูญ และบัญญัติว่า “ให้รัฐธรรมนูญและกฎหมายสหรัฐที่ถูกทำขึ้นโดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ... เป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน”[96] แล้ว ตุลาการมาร์แชลจึงสรุปว่า “เป็นหลักการสากลของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทั้งหลาย ที่หากกฎหมายใดเป็นปฏิปักษ์กับรัฐธรรมนูญแล้วย่อมต้องตกเป็นโมฆะ” โดยทั้งฝ่ายตุลาการและฝ่ายอื่น ๆ จะต้องผูกพันตนตามรัฐธรรมนูญ[97]

ในบรรทัดฐานคดีอีกเรื่องหนึ่ง Cooper v. Aaron (1958)[98] หลักการใช้อำนาจตุลาการเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ถูกยืนยันว่าไม่จำกัดแค่เฉพาะกฎหมายสหพันธรัฐ (federal law) เท่านั้น แต่ครอบคลุมถึงกฎหมายของมลรัฐด้วย[99] โดยศาลให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในสหรัฐอเมริกา (supreme law of the land) องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการของมลรัฐทุกมลรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติแห่งมลรัฐตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลแห่งสหพันธ์ในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายแห่งมลรัฐนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้[100]

ศาลในระบบสหพันธรัฐมีบทบาทในข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ในฐานะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการประชาธิปไตยที่สำคัญ โดยมาตรา 1344 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ บรรพ 28 บัญญัติให้ศาลสหรัฐ (district court) มีอำนาจรับคำร้องเพื่อขอให้คืนตำแหน่งแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกประเภท – เว้นแต่ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี และผู้แทนในรัฐสภา – อันเป็นผลมาจากการปฏิเสธสิทธิเลือกตั้งของประชาชนผิวสี หรือผู้ที่เคยถูกเอาลงเป็นทาสมาก่อน นอกจากนี้ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็เปิดช่องให้มีการโต้แย้ง

---

[96] U.S. Const. art. VI (stating that “This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof .... shall be the supreme law of the land.”).

[97] Marbury, 5 U.S. 178-180.

[98] 358 U.S. 1 (1958).

[99] Ibid., 19.

[100] Ibid., 16-18.

ผลการเลือกตั้งได้ในหลายลักษณะ ยกตัวอย่างเช่น ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2000 หลังจากมีการเลือกตั้งทั่วประเทศเพื่อเลือกประธานาธิบดีคนใหม่เสร็จสิ้นไปไม่นาน ผลการนับคะแนนปรากฏว่าคู่แข่งจากทั้งสองพรรคมีคะแนนจากคณะผู้เลือกตั้ง (electoral college) ใกล้กันมาก ทำให้ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐฟลอริดา มีคำสั่งให้ทำการนับคะแนนเสียงของผู้มีสิทธิเลือกตั้งในมลรัฐฟลอริดาใหม่ทั้งหมด ศาลสูงสุดสหรัฐอนุญาตให้มีการทบทวนคำสั่งของศาลฟลอริดา ในคดี Bush v Gore[101] ซึ่งฝ่ายข้างมากในคะแนนเสียง 5 ต่อ 4 พิพากษากลับคำวินิจฉัยของศาลฟลอริดา โดยให้เหตุผลว่าการให้นับคะแนนใหม่โดยใช้มาตรฐานเดียวกันใหม่ตลอดมลรัฐ จะเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่จะได้รับปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (equal protection)[102]

3.1.1 บทบาทหน้าที่ของศาลสูงสุดสหรัฐ (Supreme Court of the United States) หรือ SCOTUS

แม้ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะเป็นศาลที่อยู่ระดับบนสุดของสถาบันตุลาการสหรัฐ และสามารถสร้างหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนพิจารณาว่าด้วยการสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวได้โดยตรง รวมไปถึงมีอำนาจที่จะทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการกระทำ นโยบาย หรือกฎหมาย ทั้งของฝ่ายรัฐบาลและของฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่หากพูดถึงบทบาทในการกำหนดวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความแล้ว ศาลสูงสุดสหรัฐมักจะมีบทบาทหน้าที่อันจำกัด ทั้งนี้ เนื่องจากคดีที่ขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดทั้งหมด ย่อมจะผ่านการพิจารณามาจากศาลชั้นล่างและศาลอุทธรณ์เขตมาแล้ว ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากศาลจะมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวก็มักจะสั่งมาตั้งแต่ศาลในชั้นพิจารณาคดี (trial court) เพื่อให้มีการรักษาประโยชน์ของคู่ความไว้ในระหว่างที่คดีถูกอุทธรณ์ขึ้นสู่ศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่า อย่างไรก็ดี ศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจที่จะทบทวนและสั่งให้งดการบังคับคดี (stay) หรือสั่งระงับมาตรการชั่วคราวซึ่งศาลชั้นล่าง (a federal district court) ได้สั่งให้เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายหนึ่งได้[103]

---

[101] Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

[102] Ibid., 104-105, 110.

[103] Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 23 (2019).

เนื่องจากอเมริกาเป็นประเทศที่กว้างใหญ่ มีเขตอำนาจศาลกระจายไปในหลายท้องที่ ซึ่งแต่ละท้องที่ก็มีสภาพเศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรมแตกต่างกัน นอกจากนี้ก็ยังไม่มีระบบศาลรัฐธรรมนูญแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมอีกด้วย การที่ศาลยุติธรรมระดับล่างของฝ่ายตุลาการส่วนกลาง (district courts) จะสั่งให้มีมาตรการชั่วคราวที่ครอบคลุมทั้งประเทศ (nation-wide injunction) นั้น ยังเป็นลักษณะของการใช้อำนาจตุลาการที่มีข้อถกเถียงกันมาก และก่อให้เกิดความขัดแย้งและแบ่งขั้วทางการเมืองในระดับรุนแรง ตั้งแต่รัฐบาลในวาระสมัยของประธานาธิบดีโอบาม่า เป็นต้นมา นายวิลเลียม บาร์ (William Barr) อัยการสูงสุดและรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐในรัฐบาลของประธานาธิบดี โดนัล ทรัมพ์ ได้ลงบทความเรียกร้องให้ผู้พิพากษาในศาลชั้นล่างงดเว้นการสั่งมาตรการชั่วคราวให้มีผลครอบคลุมเกินกว่าเขตอำนาจศาลที่ตนรับผิดชอบ[104] นอกจากนี้ นายแคลเรนซ์ โธมัส (Clarence Thomas) ตุลาการสมทบในศาลสูงสุดสหรัฐ ก็ได้ให้ความเห็นทางกฎหมายไว้ในคดี Trump v. Hawaii (2018) ว่า การสั่งให้มีมาตรการชั่วคราวที่ครอบคลุมทั้งประเทศ (nation-wide injunction) โดยศาลชั้นล่าง “เป็นเรื่องที่ไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน” และอาจทำให้ศาลสูงสุดต้องก้าวเข้าไปสร้างหลักเกณฑ์เพื่อจำกัดอำนาจของศาลล่าง[105] ฉะนั้น ณ ขณะนี้จึงยังไม่มีความกระจ่างหรือข้อยุติในประเด็นว่าศาลใดควรมีบทบาทหรืออำนาจที่จะสั่งให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐบาลหรือการกระทำทางนิติบัญญัติ

3.1.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลสูงสุดสหรัฐ

มาตรการและวิธีการชั่วคราวตามกฎหมายอเมริกันได้รับอิทธิพลความคิดมาจากกฎหมายคอมม่อนลอว์ (common law) ของอังกฤษ จึงมีพื้นฐานอยู่บนหลักความเป็นธรรม หรือ หลัก equity ทำให้ไม่ใช่สิ่งที่ศาลจะอนุมัติให้โดยง่าย แต่จะต้องมีการไต่สวนและชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียของคู่ความ โดยเฉพาะ

---

[104] William P. Barr, (2019), *“End Nationwide Injunctions,”* Accessed February 19, 2020. https://www.wsj.com/articles/end-nationwide-injunctions-11567723072.

[105] Trump v. Hawaii, 585 U.S. (2018) (Thomas, J., concurring).

คู่ความฝ่ายที่ต้องรับภาระจากการให้ใช้วิธีการชั่วคราว รวมถึงความสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ (public interest) อีกด้วย[106]

ในการพิจารณาคดีของอังกฤษสมัยโบราณ ประธานสภาขุนนาง (Lord Chancellor) เป็นผู้มีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาคดีแบบใหม่ ๆ ขึ้น ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ เมื่อโจทก์จะฟ้องคดีในศาลก็ต้องไปซื้อหมายพิจารณา (writ) จากประธานสภาขุนนาง[107] แต่พอมีการปฏิรูปกฎหมายขึ้นในปี ค.ศ. 1258 อำนาจที่จะสร้างหมายพิจารณาคดีของประธานสภาขุนนางก็สิ้นสุดลงนับแต่นั้นมา หากโจทก์จะฟ้องคดีเรียกร้องตามสิทธิอะไรก็จะต้องอ้างหมายพิจารณา (writ) ให้ตรงกับรูปคดีของตน มิฉะนั้นศาลก็จะจำหน่ายคดีออกไปเสียจากศาล คู่ความที่ไม่อาจขอพึ่งอำนาจศาลเพื่อรักษาสิทธิของตน จึงหันไปถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์ เพื่อขอให้ทรง “พระราชทานความยุติธรรม” (dispense justice) ให้กับประชาชน[108] ซึ่งพระมหากษัตริย์ก็ทรงปฏิบัติพระราชกรณียกิจนี้ผ่านประธานสภาขุนนางผู้ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายส่วนพระองค์ ด้วยเหตุนี้ศาลเอควิตี้ (courts of equity) จึงถูกก่อตั้งขึ้นมาควบคู่กับศาลยุติธรรม (courts of law) เพื่อให้การเยียวยาทางกฎหมายแก่คู่ความที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนพิจารณาบางอย่างได้ในศาลยุติธรรม[109]

ในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน คำสั่งห้าม (injunction) ไม่ว่าโดยเด็ดขาดหรือเป็นการชั่วคราวก่อนพิจารณาคดีโดยศาล ถือเป็นการเยียวยาตามหลักแห่งความยุติธรรม (equitable remedy) ซึ่งจะให้แก่คู่ความได้ก็ต่อเมื่อปรากฏแก่ศาลว่าการเยียวยาทางกฎหมายตามปกติจะไม่เพียงพอ (inadequate) ที่จะรักษาประโยชน์แห่งสิทธิที่พิพาทกันในคดี หลักความไม่เพียงพอของการเยียวยาถูกรับมาสู่แผ่นดินอเมริกาพร้อม ๆ กับผู้อพยพตั้งรกรากในยุคแรก ๆ และกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายอเมริกันผ่านทาง Judiciary Act of 1789[110] ตลอดศตวรรษที่ 19

---

[106] Mazurek v. Armstrong, 520 U.S. 968, 972 (1997)

[107] Kevin C Kennedy, “Equitable Remedies and Principled Discretion: The Michigan Experience,” *U. Det. Mercy L. Rev.* 74, 4 (1996): 609-656.

[108] Ibid., 611.

[109] Ibid., 612.

[110] Morton Denlow, “The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard,” *THE REVIEW OF LITIGATION 22*, 3 (2003): 495-539.

มาตรฐานและหลักเกณฑ์ในการสั่งวิธีการชั่วคราวตามกฎหมายอเมริกัน ยังเป็นสิ่งที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอน มาตรฐานการสั่งวิธีคุ้มครองชั่วคราวหรือคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดีในระยะแรกมีเพียงเงื่อนไขว่า คู่ความฝ่ายที่ขอให้มีวิธีการชั่วคราวจะต้องแสดงได้ว่าตนจะได้รับความเสียหายมากกว่าอีกฝ่าย ถ้าหากศาลไม่อนุมัติคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว[111] ต่อมาในปี ค.ศ. 1937 เมื่อสภาคองเกรสผ่าน Federal Rules of Civil Procedure (ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสหพันธรัฐ) ออกเป็นกฎหมาย รายละเอียดเรื่องการส่งหมายแจ้งเตือน ระยะเวลาคุ้มครอง และการเอาทรัพย์สินให้ไว้เป็นประกัน จึงได้มีการกำหนดขึ้นไว้ในข้อบังคับที่ 65[112] อย่างไรก็ดี ข้อบังคับดังกล่าวไม่ได้กำหนดโดยเฉพาะเจาะจงว่าศาลอาจออกคำสั่งคุ้มครองระหว่างการพิจารณาให้กับคู่ความได้ในกรณีและพฤติการณ์อย่างใดบ้าง ทั้งนี้ก็เพื่อให้ศาลในระบบกฎหมายอเมริกาคงความเป็นอิสระที่จะสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขของการสั่งวิธีการคุ้มครองชั่วคราว[113]

ในทางกฎหมายมหาชน การสั่งให้มีวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความอาจเข้าลักษณะเป็นการใช้อำนาจตุลาการในลักษณะก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายอื่นได้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในกรณีทั่วไป วิธีการชั่วคราวที่คู่ความร้องขออาจมีผลเป็นการขัดขวางการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายบริหาร หรือเป็นการยับยั้งผลบังคับใช้ของกฎหมายที่ผ่านออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้ ซึ่งอาจถือว่าเป็นการล่วงอำนาจของสถาบันการเมืองฝ่ายอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากศาลยังไม่มีโอกาสได้วินิจฉัยถึงสถานะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำเหล่านั้น เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นคำสั่งที่อยู่บนพื้นฐานของประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ หากประเด็นที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลเป็นประเด็นปัญหาการเมือง (political question) กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐบังคับว่าศาลของฝ่ายตุลาการส่วนกลาง (federal judiciary) จะไม่ยื่นมือเข้าไปยุ่งเกี่ยว เพราะปัญหาการเมืองถือว่า

---

[111] Russell v. Farley, 105 U.S. 433, 439 (1881).

[112] Denlow, "The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard," 502.

[113] Ibid., 503.

เป็นประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตที่ศาลสหรัฐ (federal courts) จะสามารถหาหลักกฎหมายมาชี้ขาดหรือหาทางเยียวยาได้[114]

3.1.2.1 วิธีพิจารณาของศาลสูงสุดสหรัฐในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

1) วิธีพิจารณาตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นกำหนด

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดวิธีพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นกรณีเฉพาะ ศาลยุติธรรมสหรัฐ (federal courts) จึงจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณา ตามที่ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) กำหนดไว้ เช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไป

ข้อบังคับในวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) ข้อ 65 กำหนดให้ ศาลแขวงแห่งสหรัฐ (federal district court) มีอำนาจสั่งห้าม หรือกำหนดวิธีการชั่วคราวได้ในสองลักษณะ คือ คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) และคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order)[115]

คำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) เป็นคำสั่งที่คู่ความขอให้มีตั้งแต่ก่อนหรือขณะที่เพิ่งเริ่มกระบวนพิจารณา คำสั่งประเภทนี้ศาลจะสั่งให้ตามที่ขอทันทีไม่ได้ แต่จะต้องมีหมายแจ้งให้คู่ความที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งได้รับทราบก่อนเสมอ เพื่อให้คู่ความฝ่ายนั้นสามารถเข้าร่วมในกระบวนการไต่สวนคำขอได้[116] โดยหากศาลเห็นสมควร ศาลจะรวมกระบวนการไต่สวนคำขอเข้ากับกระบวนการพิจารณาคดีก็ได้[117]

ในทางกลับกัน คำสั่งให้ใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order) เป็นคำสั่งที่ศาลอาจสั่งได้โดยไม่จำต้องแจ้งให้คู่ความที่ได้รับ

---

[114] See Rucho v. Common Cause, No. 18–422., slip op., at 6-34 (2019).

[115] FED. R. CIV. P. 65.

[116] FED. R. CIV. P. 65 (a) (1).

[117] FED. R. CIV. P. 65 (a) (2).

ผลกระทบจากคำสั่งทราบเพื่อเข้าสู่กระบวนการไต่สวน หากคู่ความฝ่ายที่ขอแสดงให้ปรากฏได้ว่า ถ้ากระทำเช่นนั้นจะล่าช้าและก่อให้เกิดความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง (immediate and irreparable injury, loss, or damage) แก่ผู้ร้องขอ[118] อย่างไรก็ดี คำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวจะต้องระบุเหตุผลให้ชัดเจนว่าทำไมความเสียหายนั้นจึงไม่อาจเยียวยาได้ และวิธีการชั่วคราวจะมีระยะเวลานานเกินกว่า 14 วัน ไม่ได้ โดยหากศาลจะขยายให้ยาวกว่านั้นก็จะต้องมีเหตุอันควร[119] นอกจากนี้ คู่ความฝ่ายที่ขอคำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดีหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวจะต้องวางประกัน (security) เป็นจำนวนหรือมีมูลค่าตามที่ศาลเห็นสมควรเสมอ[120]

ขอบเขตของวิธีการชั่วคราวที่ศาลมีอำนาจจะสั่งได้นั้นมีลักษณะที่ยืดหยุ่นและกว้างขวาง เพราะถือเป็นการเยียวยาตามหลักความเป็นธรรม (equitable remedy)[121] หากคู่ความฝ่ายใดฝ่าฝืน ศาลสามารถกำหนดกระบวนการพิจารณาข้อหาละเมิดอำนาจศาลเพื่อกำหนดโทษปรับและจำคุกได้[122]

สำหรับเนื้อหาและขอบเขตของคำสั่งเกี่ยวกับการใช้มาตรการชั่วคราว มีรายละเอียดตามที่ข้อบังคับในวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐข้อ 65 (d) กำหนดไว้ดังต่อไปนี้[123]

ข้อ 65 (d) เนื้อหาและขอบเขตของคำสั่งคุ้มครองและคำสั่งให้ใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว

(1) *เนื้อหาคำสั่ง.* ทุกคำสั่งที่มีลักษณะเป็นคำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดี และคำสั่งให้ใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวต้อง:

(A) ระบุเหตุผลว่าทำไมจึงออกให้ตามที่คู่ความร้องขอ

(B) ระบุระยะเวลาไว้โดยเฉพาะเจาะจง และ

---

[118] FED. R. CIV. P. 65 (b) (1).

[119] FED. R. CIV. P. 65 (b) (2).

[120] FED. R. CIV. P. 65 (c).

[121] Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ., 402 U.S. 1, 15 (1971).

[122] 11A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, Federal Practice and Procedure, section 2941 (3D ED. 2018).]

[123] FED. R. CIV. P. 65 (d).

(C) อธิบายด้วยรายละเอียดพอสมควร – โดยไม่ใช่เพียงการอ้างถึงเอกสารคำฟ้องหรือเอกสารอื่น ๆ – ถึงการกระทำที่ถูกสั่งให้ระงับ หรือที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่ง

(2) *บุคคลที่ผูกพันตามคำสั่ง.* คำสั่งนี้มีผลผูกพันเฉพาะผู้ที่ได้รับการแจ้งเตือนตามความเป็นจริงโดยกระบวนการส่งหมายหรือวิธีการอย่างอื่น ดังต่อไปนี้:

(A) คู่กรณี

(B) เจ้าหน้าที่ ตัวแทน ผู้รับใช้ ลูกจ้าง และทนายความของคู่กรณี และ

(C) บุคคลอื่นที่ให้ความร่วมมือหรือมีส่วนร่วมกับบุคคลตามกฎข้อ 65 (d) (2) (A) หรือ (B)

2) วิธีพิจารณาตามที่ศาลสูงสุดสหรัฐกำหนด (Court Rules)

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทุกประเภทและทุกเขตอำนาจศาลในสหรัฐอเมริกา อาจถูกทบทวนโดยศาลสูงสุดสหรัฐ หากศาลสูงสุดสหรัฐออกหมาย *เซอร์เชียแรไร* (writ of certiorari) เพื่อทบทวนคำสั่งดังกล่าว[124] คู่ความที่ประสงค์จะขอให้ศาลสูงสุดทบทวนคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลล่างสามารถร้องขอให้มีการชะลอการบังคับคดี (application to stay the enforcement) ให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นว่า คำสั่งให้ชะลอการบังคับคดีนี้อาจสั่งโดยศาลที่ออกคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งถูกขอให้ชะลอการบังคับเอง หรือโดยตุลาการของศาลสูงสุดสหรัฐก็ได้[125]

ตามข้อบังคับแห่งศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (Rules of the Supreme Court of the United States) ข้อ 23 คำขอให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐสั่งชะลอการบังคับคดีตามคำพิพากษา จะต้องระบุเหตุผลว่าทำไมคู่ความฝ่ายที่ได้รับ

---

[124] 28 U.S.C. Sec. 2101 (f). (กำหนดเงื่อนไขการขอหมาย “เซอร์เชียแรไร” (writ of certiorari) หรือการฎีกาขึ้นไปยังศาลสูงสุดสหรัฐ)

[125] Ibid.

ผลกระทบจากคำพิพากษาจึงไม่อาจได้รับวิธีการเยียวยาที่เหมาะสมจากศาลอื่นใด อันมิได้เป็นผลมาจากการนำคดีไปฟ้องผิดศาล (กล่าวคือ ต้องมิใช่เพราะไปฟ้องคดีกับศาลที่ไม่มีอำนาจพิจารณา) และจะต้องแนบสำเนาคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ประสงค์จะให้มีการชะลอการบังคับมาด้วย[126]

3) มาตรฐานการกำหนดมาตรการชั่วคราว

มาตรฐานในการกำหนดมาตรการชั่วคราวในคดีที่มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น ก็เป็นเช่นเดียวกับคดีแพ่งอื่น ๆ กล่าวคือ ระบบกฎหมาย Common Law ของสหรัฐอเมริกาว่าการกำหนดมาตรการชั่วคราว เป็นการเยียวยาเนื่องจากความจำเป็นพิเศษ (extraordinary remedy) ที่กฎหมายยอมให้มีได้บนพื้นฐานของหลักความเป็นธรรม (equitable remedy หรือ equitable relief) เท่านั้น หาใช่สิทธิโดยอัตโนมัติของคู่ความไม่ ฉะนั้น ศาลจะไม่อนุมัติมาตรการชั่วคราวให้เพียงเพราะคู่ความในคดีร้องขอมาในคำฟ้องหรือคำให้การ แต่จะต้องปรากฏว่ามีเหตุจำเป็นโดยเร่งด่วนที่จะต้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในสถานการณ์เฉพาะหน้า เพื่อรักษาสถานะของคู่ความ (status quo) ในปัจจุบัน และเพื่อเป็นหลักประกันว่า เมื่อการพิจารณาคดีเสร็จสิ้นลงแล้ว จะไม่เป็นการเสียเปล่าที่จะพิพากษาและออกคำบังคับ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในลักษณะที่เป็นการถาวรต่อไป[127] ด้วยความที่การสั่งมาตรการชั่วคราวเป็นคำสั่งในระหว่างพิจารณาคดี (pendent lite) ปรัชญาของการพิจารณาและสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวจึงได้แก่ความรวดเร็ว และความไม่ซับซ้อนในการพิจารณา ในขณะเดียวกัน มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจะต้องมีข้อจำกัดที่เหมาะสม ไม่สร้างภาระให้แก่คู่ความเกินสัดส่วนความจำเป็น และจะต้องมีระยะเวลาที่จำกัด[128]

---

[126] Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 23 (2019).

[127] Moore, "The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor," 939-962.

[128] Ibid. (citing William Williamson Kerr, *A Treatise on the Law and Practice on Injunctions* (Charleston, SC: Gale, Making of Modern Law, 1927).

หลักเกณฑ์และมาตรฐานการพิจารณาเพื่อสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวยังเป็นสิ่งที่กำลังวิวัฒนาการอยู่ในระบบกฎหมายของอเมริกา เพราะเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นโดยแท้ ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) เพียงแต่กำหนดกระบวนพิจารณาที่เกี่ยวข้องไว้เท่านั้น ส่วนเนื้อหาของหลักเกณฑ์การพิจารณาในเรื่องนี้ ก่อนหน้านี้ไม่นานก็ยังมีความไม่ชัดเจนเท่าใดนัก โดยขึ้นอยู่กับบรรทัดฐานทางกฎหมายของเขตอำนาจศาล (circuit) ในแต่ละคดี[129]

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court) ได้อธิบายถึงมาตรฐานการพิจารณาออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวไปครั้งล่าสุด ในคดี Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc. *("Winter v. NRCD")*[130] ซึ่งขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเมื่อปี ค.ศ. 2008 ในคดี Winter v. NRCD, ศาลสูงสุดสหรัฐได้วางหลักพิจารณา 4 ข้อ หรือปัจจัย 4 ประการ สำหรับวินิจฉัยคำร้องขอใช้วิธีการชั่วคราวของฝ่ายโจทก์ ดังนี้

"โจทก์ที่ปรารถนาจะขอใช้วิธีการชั่วคราวจะต้องสามารถแสดงต่อศาลได้ว่า

1) ข้ออ้างของโจทก์มีมูล และโจทก์มีทีท่าว่าจะชนะตามข้อกล่าวอ้างได้

2) โจทก์กำลังจะได้รับความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้ (likely to suffer irreparable harm) หากไม่ได้รับการคุ้มครองโดยมาตรการชั่วคราว

3) การชั่งน้ำหนักบนเหตุผลแห่งความยุติธรรมคล้อยไปในทางที่เป็นคุณแก่โจทก์ (the balance of equities tips in his favor) และ

4) มาตรการชั่วคราวนั้นสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ"[131]

---

[129] Ibid., 943-944.

[130] Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 555 U.S. 7 (2008).

[131] Ibid., 20.

ข้อพิจารณาทั้ง 4 ประการนี้ แสดงถึงความซับซ้อนของการสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี หรือการสั่งให้มีวิธีการชั่วคราวตามทัศนะของกฎหมายอเมริกัน ในแง่หนึ่งคำสั่งประเภทนี้จะต้องมีกระบวนการพิจารณาที่รวดเร็ว เพื่อรักษาสถานภาพและคุ้มครองประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องของคู่ความไว้ แต่ในอีกแง่หนึ่งคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวถือว่าเป็นวิธีการเยียวยาเพื่อความเป็นธรรมในลักษณะพิเศษ (extraordinary remedy หรือ equitable remedy) ตามทัศนะของกฎหมาย Common Law ข้อพิจารณาทั้ง 4 ข้อนี้ จึงมีบทบาทเป็นทั้งเงื่อนไขในการจำกัดขอบเขตของตัวมาตรการชั่วคราวเอง และยังเป็นการจำกัดอำนาจศาลไม่ให้สามารถสั่งให้ใช้มาตรการเช่นนั้นได้โดยง่าย ศาลจึงมีหน้าที่จะต้องพิจารณาสั่งให้คู่ความฝ่ายที่ร้องขออย่างระมัดระวัง โดยต้องพิจารณาถึงประโยชน์และภาระที่คู่ความทุกฝ่ายจะได้รับให้ถี่ถ้วน นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสาธารณะ (public consequences) ของการใช้วิธีการเช่นว่านั้นด้วย

สำหรับข้อพิจารณาเรื่อง “ความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้” (irreparable harm) นั้น เป็นหลักการที่ผนวกเอาข้อคำนึง 2 ประการมาพิจารณาเข้าด้วยกัน ได้แก่ ความเสียหายที่ฝ่ายผู้ร้องขอจะต้องเผชิญหากไม่มีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว และความสามารถของศาลที่จะเยียวยาความเสียหายเช่นว่านั้นหลังจากการพิจารณาคดีหลักได้เสร็จสิ้นลงแล้ว[133] ซึ่งทำให้ข้อพิจารณานี้เป็นหัวใจสำคัญในการรักษาประโยชน์ของคู่ความในปัจจุบัน (status quo) และเพื่อไม่ให้เป็นการเสียเปล่าที่ศาลจะพิจารณาคดีต่อไปจนเสร็จ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายอเมริกันจึงถือว่าข้อพิจารณาเรื่อง “ความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาแก้ไขได้” เป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดของการพิจารณาเพื่อสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว[134]

---

[132] Weinberger v. Romero-Barcelo, 456 U.S. 305, 312 (1982) (“In exercising their sound discretion, courts of equity should pay particular regard for the public consequences in employing the extraordinary remedy of injunction”).

[133] Ryan Griffin, “Ligating the Contours of Constitutionality: Harmonizing Equitable Principles and Constitutional Values When Considering Preliminary Injunctive Relief,” *Minnesota Law Review* 94, (2009): 839-868.

[134] Ibid., at 843 (citing Younger v. Harris, 401 U.S. 37, 46 (1971)).

ข้อพิจารณาเรื่องการชั่งน้ำหนักหรือดุลยภาพแห่งความยุติธรรม เป็นหลักการว่าด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติ โดยมุ่งเปรียบเทียบระหว่างความเสียหายที่ฝ่ายผู้ร้องขอวิธีการชั่วคราวอ้างว่าจะได้รับ กับภาระที่คู่ความอีกฝ่ายจะต้องแบกรับหากศาลอนุมัติให้ใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวเช่นว่านั้น ส่วนข้อพิจารณาว่าข้อกล่าวอ้างของฝ่ายผู้ร้องมีมูลหรือฝ่ายผู้ร้องน่าจะชนะคดีได้นั้น เป็นเงื่อนไขคัดกรองเพื่อจำกัดการใช้วิธีการชั่วคราวไว้สำหรับคดีที่มีความจำเป็นจริง ๆ เท่านั้น และเพื่อไม่ให้คู่ความที่ไม่มีโอกาสชนะคดีสามารถร้องขอใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อประวิงเวลา หรือเพื่อก่อความเสียหายให้คู่ความฝ่ายตรงกันข้าม[135]

แต่เดิมที ข้อพิจารณาเรื่องประโยชน์หรือผลกระทบต่อสาธารณะ ไม่ถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่มีน้ำหนักชี้ขาดสำหรับการสั่งคุ้มครองหรือให้ใช้วิธีการชั่วคราว (ดูหัวข้อ 3.1.2.2) แต่หลังจากที่ศาลสูงสุดสหรัฐวินิจฉัยคดี Winter v. NRCD ในปี ค.ศ. 2008 ข้อพิจารณานี้เริ่มเข้ามามีบทบาทเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนอื่น ๆ ซึ่งมักจะมีฝ่ายทบวงการเมืองหรือหน่วยงานราชการมาเกี่ยวข้องด้วยในฐานะคู่ความฝ่ายหนึ่ง ทำให้ปัจจัยเรื่องผลกระทบต่อสาธารณะ หรือ “ประโยชน์สาธารณะ” เข้ามามีบทบาทสำคัญในกระบวนการชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงเพื่อพิจารณาอนุมัติให้ใช้มาตรการชั่วคราว โดยจะมารวมเข้ากับ (merge) ปัจจัยเรื่องดุลยภาพแห่งความยุติธรรม (balance of equity)[136] ในกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ศาลมีแนวโน้มที่จะพิจารณาว่าประโยชน์สาธารณะอันสืบเนื่องจากความจำเป็นที่รัฐจะต้องบังคับใช้กฎหมาย มีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่คู่ความฝ่ายเอกชนจะได้รับ[137]

---

[135] Ibid., 843.

[136] Drakes Bay Oyster Co. v. Jewell, 747 F.3d 1073, 1092 (9th Cir. 2014) (“When the government is a party to a case in which a preliminary injunction is sought, the balance of the equities and public interest factors merge”).

[137] *See, e.g.,* E. Bay Sanctuary Covenant v. Trump, 909 F.3d 1219, 1255 (9th Cir. 2018) (holding that “the public has a ‘weighty’ interest ‘in efficient administration of the immigration laws at the border”) Moore, “The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor,” 951.

ในทางกลับกัน หากมีข้อเท็จจริงว่าการกระทำของรัฐเข้าข่ายเป็นการล่วงละเมิดหรือฝ่าฝืนสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ข้อสันนิษฐานเรื่องประโยชน์สาธารณะในการกระทำของรัฐอาจอ่อนกำลังลงไปบ้าง[138] อย่างไรก็ดี ในคดีที่มีการโต้แย้งการกระทำของรัฐบาล หรือกฎหมายที่ผ่านโดยฝ่ายนิติบัญญัติว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลจะยังคงให้น้ำหนักอย่างสูงต่อประโยชน์สาธารณะในการกระทำของรัฐ และในกฎหมายที่ผ่านโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสมอ เว้นเสียแต่ว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง[139] ซึ่งในกรณีเช่นนั้น ศาลมักเห็นพ้องว่าไม่มีประโยชน์สาธารณะใดที่จะได้จากการบังคับใช้กฎหมายซึ่งมีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญ[140] ทั้งนี้ การกระทำของรัฐที่เป็นการฝ่าฝืนโดยตรงต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มักจะถือว่าเป็นปัจจัยที่มีน้ำหนักเด็ดขาด (decisive factor) ให้ศาลต้องพิจารณาอนุมัติมาตรการชั่วคราวให้แก่ฝ่ายคู่ความที่เสียหาย[141] นอกจากนี้ ศาลสูงสุดสหรัฐยังได้ยืนยันไว้ในคดี Armstrong v. Exceptional Child Ctr., Inc. (2015)[142] ว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการในลักษณะที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ศาลสหรัฐ (federal courts) ย่อมมีอำนาจที่จะสั่งห้ามหรือออกวิธีการชั่วคราวเพื่อยับยั้งการกระทำนั้นได้ เพราะอำนาจของศาลที่จะทบทวนการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐและให้ใช้วิธีการเยียวยาตามหลักความเป็นธรรม (equitable injunctive relief) เป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจของศาลเอควิตี้ (court of equity) ในระบบกฎหมาย Common Law[143]

---

[138] Ibid.

[139] Ibid., 957.

[140] ACLU v. Alvarez, 679 F.3d 583, 590 (7th Cir. 2012).

[141] Moore, The Preliminary Injunction Standard, at 957; Elrod v. Burns, 427 U.S. 347, 373 (1976) (holding that "the loss of First Amendment freedoms, for even minimal periods of time, unquestionably constitutes irreparable injury.").

[142] 135 S. Ct. 1378 (2015).

[143] Armstrong, 135 S. Ct. at 1384 ("The ability to sue to enjoin unconstitutional actions by state and federal officers is the creation of courts of equity, and reflects a long history of judicial review of illegal executive action, tracing back to England.")

ยกตัวอย่าง เช่น ในคดี United States v. Playboy Entm't Group, Inc.[144] โจทก์ ได้แก่ บริษัทเพลย์บอยเอนเตอร์เทนเมนท์ ยื่นฟ้องขอให้ศาลแสดงว่า มาตรา 505 แห่ง Communication Decency Act ซึ่งบังคับให้ผู้ผลิตรายการที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ต้องเลื่อนเวลาออกอากาศเป็นช่วงดึก เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อสิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ[145] โดยโจทก์ขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไม่ให้รัฐบาลบังคับใช้ มาตรา 505 ของกฎหมายดังกล่าวในระหว่างที่คดีอยู่ในพิจารณา ศาลชั้นต้นลงความเห็นว่าบทบัญญัติที่โจทก์กล่าวอ้างขัดต่อรัฐธรรมนูญจริงและสั่งห้ามไม่ให้มีการบังคับใช้เป็นการชั่วคราว[146] เมื่อคดีถูกอุทธรณ์ขึ้นไปถึงศาลสูงสุดสหรัฐ ศาลสูงสุดสหรัฐวินิจฉัยแล้วเห็นพ้องด้วยว่าบทบัญญัติพิพาทเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงพิพากษาสั่งห้ามการบังคับใช้ มาตรา 505 แห่ง Communication Decency Act เป็นการถาวร[147]

นอกจากนี้ มาตรการชั่วคราวควรจะต้องมีขอบเขตจำกัดที่เคร่งครัดและเหมาะสม ทั้งในแง่ของสถานที่และระยะเวลา ทั้งนี้ เพื่อให้สมประโยชน์แห่งความยุติธรรม หากคู่ความขอให้ศาลในชั้นพิจารณาคดี (ศาลชั้นล่าง) อนุมัติมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่มีผลครอบคลุมทั้งประเทศ (nation-wide preliminary injunction) ศาลย่อมไม่ควรจะสั่งให้ตามที่ขอเพราะถือว่าเกินความจำเป็น และไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของวิธีการชั่วคราวซึ่งเป็นการเยียวยาตามหลัก equity โดยการบังคับใช้มาตรการชั่วคราวในขอบเขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่กว้างเกินไป (nation-wide) หรือมีผลบังคับใช้นานเกินไป อาจก่อผลเสียได้โดยเฉพาะในทางการเมือง เนื่องจากในระบบศาลเดี่ยวอย่างของสหรัฐอเมริกา คดีพิพาทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีทางการเมืองจะเริ่มที่ศาลชั้นต้นที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีแบบทั่วไป (courts of general jurisdiction) เสมอ การให้อำนาจกับศาลชั้นล่างทั่วประเทศที่จะออกมาตรการชั่วคราวห้ามหรือระงับการกระทำของรัฐบาล

---

[144] 529 U.S. 803 (2000).

[145] Ibid., 809.

[146] Playboy Entm't Group, Inc. v. United States, 30 F. Supp. 2d 702, 720 (D. Del. 1998).

[147] United States v. Playboy Entm't Group, Inc., 529 U.S. 803, 827 (2000).

อาจถือได้ว่าเป็นการให้อำนาจศาลยุติธรรมมากเกินไป ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้อำนาจของรัฐบาลได้[148]

ประการสุดท้าย หากเป็นคดีที่มีเนื้อหาเป็นประเด็นปัญหาการเมืองที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายการเมืองแล้ว (political question) ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ถือว่าเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือการใช้อำนาจของตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องความถูกผิด หรือสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวอย่างใดอย่างหนึ่ง[149] ปัญหาการเมือง หมายถึง ปัญหาที่อยู่ในขอบความรับผิดชอบของฝ่ายการเมืองอื่น หรือมิฉะนั้น ก็ไม่ใช่ปัญหาที่ศาลจะสามารถค้นหาหลักกฎหมายหรือพัฒนาหลักเกณฑ์เพื่อนำมาใช้วินิจฉัยชี้ขาดได้เอง (lacking judicially discoverable and manageable standards for resolving)[150] ศาลสูงสุดสหรัฐได้อธิบายไว้ในคดี Gill v. Whitford (2018) ว่า เขตอำนาจของศาลนี้ มีพื้นฐานและข้อจำกัดอยู่บน “ความจำเป็นที่จะชี้ขาด หรือยุติข้อพิพาทด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เกี่ยวกับข้อเรียกร้องอันเป็นสิทธิตามกฎหมายของโจทก์”[151] หากศาลสูงสุดเห็นว่าไม่มีบทบาทที่เหมาะสมสำหรับศาลในระบบตุลาการฝ่ายกลาง (federal judiciary) ที่จะเข้าเยียวยาปัญหาซึ่งมีธรรมชาติเป็นการกระทำของฝ่ายการเมืองแล้ว ศาลก็จะไม่เข้ายุ่งเกี่ยวหรือใช้อำนาจในการแสวงหาทางเยียวยาความเสียหายอันสืบเนื่องมาจากปัญหานั้น[152] เพราะถือว่าเป็นปัญหาที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจศาลของฝ่ายตุลาการกลางตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มาตรา 3 ข้อที่ 2[153]

3.1.2.2 ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสหรัฐในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

ปัจจุบันแนวการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักในแต่ละปัจจัยของมาตรฐาน

---

[148] Amanda Frost, “In Defense of Nation Wide Injunctions,” N. Y. Law Review 93, 5 (2018): 1065-1119. ; ibid.

[149] Vieth v. Jubelirer, 541 U. S. 267, 277 (2004).

[150] Baker v. Carr, 369 U. S. 186, 217 (1962).

[151] Gill v. Whitford, 585 U.S., No. 16–1161. slip op., at 13 (2018).

[152] Ibid. (slip op., at 8).

[153] U.S. CONST. art. III, sec. 2. (1).

การกำหนดวิธีการชั่วคราวยังมีการปรับใช้ที่หลากหลาย แล้วแต่เขตอำนาจศาล[154] แต่เราสามารถแยกแนวการใช้ดุลพินิจออกได้ เป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ ทฤษฎีชั่งน้ำหนักแบบเรียงตามปัจจัย (the sequential test) ทฤษฎีภาระการพิสูจน์ขั้นต่ำ (the threshold test) และ ทฤษฎีชั่งน้ำหนักแบบยืดหยุ่น (the sliding-scale test)

แนวพิจารณาแรก ได้แก่ ทฤษฎีชั่งน้ำหนักแบบเรียงตามปัจจัย หรือ the sequential test เป็นทฤษฎีที่กำหนดมาตรฐานการพิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราวแบบเข้มงวด ภายใต้ทฤษฎีนี้ โจทก์หรือคู่ความฝ่ายที่ขอใช้วิธีการชั่วคราวถูกกำหนดให้มีภาระการพิสูจน์ปัจจัยทั้ง 4 ข้อ อันเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราว[155] หากคู่ความที่ร้องขอให้มีวิธีการชั่วคราวละเลยการพิสูจน์ปัจจัยข้อใดข้อหนึ่ง ศาลอาจยกคำร้องของคู่ความเช่นว่านั้นเสียได้ทันที ศาลสหรัฐในบางเขตพิจารณาเคลื่อนที่ (circuit) ตีความว่าศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดี Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc. (2008) สนับสนุนแนวพิจารณาตามทฤษฎีนี้[156]

แนวพิจารณาที่สอง ได้แก่ ทฤษฎีภาระการพิสูจน์ขั้นพื้นฐาน หรือ the threshold test เป็นทฤษฎีที่กำหนดมาตรฐานการพิจารณาแบบผ่อนคลาย โดยกำหนดให้ฝ่ายโจทก์ต้องรับภาระการพิสูจน์เพียงสองปัจจัยแรก ได้แก่ โจทก์สามารถแสดงข้ออ้างอันเป็นหลักแห่งข้อกล่าวหาได้ชัดเจน โดยประการที่น่าจะทำให้โจทก์ชนะคดี (likelihood of success on the merits) และพฤติการณ์ที่โจทก์จะได้รับความเสียหายในลักษณะอันไม่อาจเยียวยาได้ (likelihood of irreparable harm)[157] ทฤษฎีนี้มองว่าอีกสองปัจจัยที่เหลือ ได้แก่ ดุลยภาพแห่งความยุติธรรม

---

[154] Griffin, "Ligating the Contours of Constitutionality: Harmonizing Equitable Principles and Constitutional Values When Considering Preliminary Injunctive Relief," 843-844.

[155] Moore, "The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor," 946.

[156] *See, e.g.,* Real Truth About Obama, Inc. v. FEC, 575 F.3d 342, 346 (4th Cir. 2009) (explaining that "Winter articulates four requirements, each of which must be satisfied as articulated.").

[157] Moore, "The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor," 946-947.

(balance of equity) และประโยชน์สาธารณะเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญเป็นอันดับรอง และศาลจะใช้ดุลพินิจนำเข้ามาชั่งน้ำหนักร่วมกับปัจจัยอื่น ๆ เท่าที่จำเป็น[158]

แนวพิจารณาที่สาม ได้แก่ ทฤษฎีชั่งน้ำหนักแบบยืดหยุ่น หรือ the sliding-scale test เป็นทฤษฎีที่มีความยืดหยุ่นสูงสุด โดยนำปัจจัยทั้งสี่ข้อมาให้น้ำหนักแบบเป็นองค์รวม (holistic) ไม่ได้แยกพิจารณาเป็นข้อ ๆ หากปัจจัยข้อใดข้อหนึ่งมีน้ำหนักมากเป็นพิเศษ ก็อาจโน้มน้าวศาลให้อนุมัติวิธีการชั่วคราวให้กับผู้ร้องขอได้ แม้ว่าปัจจัยข้ออื่นอาจจะมีหลักฐานสนับสนุนที่อ่อนก็ตาม[159] ตามทฤษฎีนี้ หากโจทก์สามารถแสดงได้จนถึงระดับแน่ชัด (near certainty) ว่าตนจะได้รับความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ ศาลก็อาจสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ตามที่โจทก์ร้องขอได้ แม้ว่ารูปคดีของโจทก์จะเป็นรองก็ตาม[160] อย่างไรก็ดี ทฤษฎีนี้ยังคงมองว่าปัจจัยในเรื่องดุลยภาพแห่งความเป็นธรรมและประโยชน์สาธารณะเป็นปัจจัยที่มีน้ำหนักรองสองปัจจัยแรก เช่นเดียวกับทฤษฎีภาระการพิสูจน์ขั้นต่ำ

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐ (federal court) เกี่ยวกับการสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือให้ใช้วิธีการชั่วคราวมีดังต่อไปนี้

1) คดี Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc. (2008)[161]

คดี Winter v. NRDC ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดสหรัฐเมื่อปี ค.ศ. 2008 และเป็นคดีล่าสุดที่ศาลสูงสุดสหรัฐใช้อำนาจทบทวนและยืนยัน (restate) หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการชั่งน้ำหนักเพื่อสั่งหรือไม่สั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว คดี Winter v. NRCD เป็นคดีพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการเตรียมปฏิบัติการ

---

[158] Reilly v City of Harrisburg, 858 F.3d 173, 176–79 (3d Cir. 2017).

[159] Moore, "The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor," 946-947.

[160] Hoosier Energy Rural Elec. Coop., Inc. v. John Hancock Life Ins. Co., 582 F. 3d 721, 725 (7th Cir. 2009) (Easterbrook, J.) ("How strong a claim on the merits is enough depends on the balance of harms: the more net harm an injunction can prevent, the weaker the plaintiff's claim on the merits can be while still supporting some preliminary relief.")

[161] Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 555 U.S. 7, No. 07–1239 (2008).

ฝึกซ้อมของกองทัพเรือสหรัฐในปี ค.ศ. 2009 ตามแนวชายฝั่งทิศใต้ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กลุ่มนักอนุรักษ์ธรรมชาติ นำโดย Natural Resources Defense Council ยื่นคัดค้านการฝึกซ้อมรบดังกล่าว โดยอ้างว่าเสียงจากสัญญาณคลื่นโซนาร์จะก่ออันตรายต่อสวัสดิภาพของปลาวาฬ และกล่าวหาว่าการปฏิบัติการซ้อมรบของกองทัพเรือขัดต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อม แต่กองทัพเรือสหรัฐตอบโต้ว่าได้ทำการศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (EIA) มาแล้วเมื่อปี ค.ศ. 2007 และพบว่าไม่มีหลักฐานว่าจะเกิดอันตรายแก่สัตว์ทะเลเลี้ยงลูกด้วยนม (marine mammals) กลุ่มนักอนุรักษ์ธรรมชาติจึงนำคดีฟ้องสู่ศาลแขวงสหรัฐเขตกลางแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยขอให้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไม่ให้กองทัพเรือดำเนินการปฏิบัติการฝึกซ้อมตามแนวชายฝั่งพิพาท[162] ศาลชั้นต้นออกคำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) ให้ตามที่โจทก์ร้องขอ โดยให้เหตุผลว่าโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าข้ออ้างซึ่งเป็นหลักแห่งข้อกล่าวหา มีกฎหมาย (The National Environmental Policy Act) รองรับไว้เป็นคุณแก่ฝ่ายโจทก์ และยังสามารถแสดงถึงความเป็นไปได้ (possibility) ของความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้ต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งเมื่อดูจากพยานหลักฐานแวดล้อมแล้ว ผลความเสียหายต่อธรรมชาตินี้ มีน้ำหนักเหนือความเสียหายที่กองทัพเรือจำเลยอ้างว่าจะเกิดขึ้นแก่ตน[163]

ศาลอุทธรณ์ส่งคดีกลับมาให้ศาลล่างแก้ไขคำสั่งเล็กน้อย โดยให้กำหนดลดขอบเขตของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้แคบลง เพราะแต่เดิมมีลักษณะเป็นคำสั่งห้ามทั่วไป (blanket injunction) แต่ยังคงยืนตามคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นว่าประโยชน์สาธารณะของฝ่ายโจทก์มีน้ำหนักมากกว่าข้อโต้เถียงของฝ่ายกองทัพเรือ[164] เมื่อศาลชั้นล่างกำหนดขอบเขตของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวใหม่แล้ว ฝ่ายจำเลยก็ยังอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งดังกล่าว แต่ศาลอุทธรณ์ยืนตามคำสั่งของศาลชั้นต้น โดยเห็นว่า

---

[162] Natural Resources Defense Council v. Winter, 530 F. Supp. 2d 1110, 1113 (C.D. Cal. 2008).

[163] Natural Resources Defense Council v. Winter, 530 F. Supp. 2d 1110, 1118-1119 (C.D. Cal. 2008).

[164] Natural Resources Defense Council v. Winter, 508 F. 3d 885, 887 (2007).

ศาลชั้นล่างได้กำหนดไว้โดยเหมาะสมแล้ว กองทัพเรือจำเลยจึงอุทธรณ์คดีนี้ขึ้นมายังศาลสูงสุดสหรัฐ

ใน คดี Winter v. NRDC ศาลสูงสุดสหรัฐได้วางหลักพิจารณา 4 ข้อ สำหรับวินิจฉัยคำร้องขอใช้วิธีการชั่วคราวของฝ่ายคู่ความที่ร้องขอดังนี้[165]

โจทก์ที่ปรารถนาจะขอใช้วิธีการชั่วคราวจะต้องสามารถแสดงต่อศาลได้ว่า

1) ข้ออ้างของโจทก์มีมูล และโจทก์มีแนวโน้มว่าจะชนะตามข้อกล่าวอ้างได้

2) โจทก์กำลังจะได้รับความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้ (likely to suffer irreparable harm) หากไม่ได้รับการคุ้มครองโดยมาตรการชั่วคราว สำหรับเงื่อนไขนี้ ศาลสูงสุดสหรัฐย้ำว่า ฝ่ายโจทก์จะต้องสามารถแสดงให้ประจักษ์แก่ศาลจนเป็นที่พอใจว่า ความเสียหายนั้นกำลังจะเกิดขึ้นจริง โดยศาลจะออกมาตรการหรือคำสั่งชั่วคราวให้ไม่ได้ ถ้าหากโจทก์เพียงแต่อ้างเหตุแห่งความเสียหายบนพื้นฐานของความเป็นไปได้ หรือสมมติฐานเท่านั้น[166]

3) การชั่งน้ำหนักบนเหตุผลแห่งความยุติธรรม (ดุลยภาพแห่งความยุติธรรม) คล้อยไปในทางที่เป็นคุณแก่โจทก์ (the balance of equities tips in his favor)

4) มาตรการชั่วคราวนั้นสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ

หลังจากนำข้อเท็จจริงปรับเข้ากับหลักเกณฑ์ที่ได้วางไว้แล้ว ศาลสูงสุดสหรัฐสั่งเพิกถอนคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกให้โดยศาลชั้นล่าง โดยวินิจฉัยว่าศาลชั้นล่างปรับใช้หลักเกณฑ์พิจารณาผิด ทำให้ชั่งน้ำหนักส่วนได้เสียไม่ถูกต้อง เนื่องจากศาลชั้นล่างให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะของฝ่ายกองทัพเรือที่จะได้ฝึกซ้อมรบโดยใช้อุปกรณ์โซน่าร์จริงน้อยเกินไป ในขณะที่ให้น้ำหนักกับความเสียหายตามที่โจทก์อ้างสูงเกินไป ทั้ง ๆ ที่ข้ออ้างเรื่องความเสียหายที่โจทก์จะได้รับ

[165] Winter, 555 U.S. 7, op. cit., 10.
[166] Winter, 555 U.S. 7, op. cit., 12.

(ผลกระทบต่อธรรมชาติ) นั้น เป็นเพียงการคาดเดาถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่สัตว์ทะเลเลี้ยงลูกด้วยน้ำนมที่ไม่ทราบจำนวนเท่านั้น[167]

คดี Winter v. NRDC ถือเป็นคดีที่แสดงให้เห็นว่า เมื่อคดีพิพาทมีลักษณะเป็นคดีเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจของรัฐ หรือคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางมหาชนแล้ว ปัจจัยในเรื่องประโยชน์สาธารณะ (public interest factor) จะถูกยกขึ้นมาพิจารณาโดยให้ความสำคัญในระดับเดียวกับ หรือแม้กระทั่งมีน้ำหนักมากกว่า 2 ปัจจัยแรก ซึ่งตามแนววินิจฉัยแต่เดิม ถือว่าเป็นปัจจัยพื้นฐานในการพิจารณาสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว

2) คดี National Propane Gas Ass'n v. U.S. Department of Homeland Security (2008)[168]

ในคดี National Propane Gas Association โจทก์เป็นสมาคมผู้ประกอบการที่ใช้แกสโพรเพนยื่นฟ้องกระทรวงความมั่นคงแห่งมาตุภูมิสหรัฐ (Department of Homeland Security–DHS) เป็นจำเลย โดยขอให้ศาลมีคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) ห้ามไม่ให้กระทรวงความมั่นคงแห่งมาตุภูมิสหรัฐบังคับใช้กฎความปลอดภัยกับโรงงานผลิตสารเคมีเป็นการชั่วคราว กฎความปลอดภัยนี้เรียกว่า Chemical Facility Anti-Terrorism Standards ("CFATS") ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการเกี่ยวกับโรงงานอุสาหกรรมทางเคมีต้องมีมาตรการประเมินความเสี่ยง และพัฒนามาตรการเพิ่มความปลอดภัยในพื้นที่ปฏิบัติการ[169] โจทก์อ้างว่ากฎความปลอดภัยดังกล่าวมีกระบวนการร่างที่ฝ่าฝืนกฎหมายวิธีพิจารณาความทางปกครอง เพราะเป็นกฎที่เกิดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐ ทำให้ปัจจัยเรื่อง "ดุลยภาพแห่งความยุติธรรม" (balance of equity factor) เข้าข้างโจทก์ ส่วนจำเลย หรือ DHS ก็ไม่ได้เสียหายหรือเดือดร้อนอะไรหากศาลจะสั่งคุ้มครองชั่วคราวแก่โจทก์ เพราะจำเลยจะได้มีเวลาไปทบทวนกฎความปลอดภัยซึ่งออกมาโดยมิชอบ[170]

---

[167] Winter, 555 U.S. 7, op. cit., 24.

[168] 534 F. Supp. 2d 16 (D.D.C. 2008).

[169] Ibid., 18.

[170] Ibid., 19-20.

ศาลแขวงสหรัฐแห่งเขตโคลัมเบียเซอร์กิต (US District Court of the Columbia Circuit) ยกคำขอให้มีคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดีของโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า ข้ออ้างเรื่องความเสียหายของโจทก์เกี่ยวด้วยการที่โจทก์อาจต้องเสียค่าปรับ เป็นเพียงความเสียหายทางตัวเงิน และในตัวของมันเองย่อมไม่อาจนับเป็นความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ (irreparable harm) นอกจากนี้ศาลยังปัดข้อโต้แย้งของโจทก์ที่ว่าประโยชน์ของโจทก์สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ โดยชี้ว่าการห้ามไม่ให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากรัฐสภา (ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมาย) ย่อมเป็นอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะอยู่ในตัว[171] ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำของรัฐอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานอย่างกว้าง ๆ ว่าเป็นสิ่งที่ทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ[172] คดีนี้จึงเป็นตัวอย่างของการปรับใช้ทฤษฎีการชั่งน้ำหนักแบบเข้มงวด (เรียงตามปัจจัย) โดยกำหนดให้ฝ่ายผู้ร้องต้องพิสูจน์ว่าปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะคล้อยไปในทางที่เป็นคุณแก่ตนด้วย

3) คดี Williams v. Zbaraz, 422 U.S. 1309 (1979)

คดีนี้เป็นคดีพิพาทเรื่องสิทธิในการทำแท้ง ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐได้เคยพิพากษาในคดี Roe v. Wade (1973) ว่าสิทธิที่จะเลือกทำแท้งเป็นสิทธิของสตรีที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐรับรองไว้ในฐานะของสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่รัฐบาลท้องถิ่นในบางมลรัฐที่เป็นอนุรักษ์นิยมปฏิเสธที่จะให้งบประมาณสนับสนุนการเข้าถึงการให้บริการทางสุขภาพสตรีที่เกี่ยวกับการทำแท้งและการคุมกำเนิด

ในคดี William v. Zbaraz (1979)[173] กลุ่มสตรีที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายต่อต้านการทำแท้งของมลรัฐอิลลินอยส์ (เรียกว่า Hyde Amendment ซึ่งงดให้งบประมาณสนับสนุนการเบิกจ่ายประกันสุขภาพเพื่อการทำแท้ง) ยื่นฟ้องมลรัฐอิลลินอยส์เป็นจำเลย โดยอ้างว่านโยบายต่อต้านการทำแท้งดังกล่าว เป็นการละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของพวกตน ภายใต้บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

---

[171] Ibid., 20.

[172] Moore, "The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor," 952.

[173] Williams v. Zbaraz, 422 U.S. 1309 (1979).

สหรัฐข้อที่ 14 ซึ่งบัญญัติให้บุคคลมีสิทธิได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย และยังขัดต่อกฎหมายประกันสังคมแห่งสหพันธรัฐอีกด้วย ศาลแขวงสหรัฐเขตเหนือแห่งมลรัฐอิลินอยส์พิพากษาให้เป็นคุณกับโจทก์ และสั่งให้มลรัฐจำเลยจ่ายเงินให้กับผู้ที่ต้องการใช้สิทธิประกันสังคมในการทำแท้ง ต่อมาศาลอุทธรณ์สหรัฐแห่งเขตเซอร์กิตที่ 7 กลับคำพิพากษาศาลล่างในประเด็นว่า Hyde Amendment ขัดต่อกฎหมายประกันสังคมแห่งสหพันธรัฐ แต่ยอมรับว่าการตีความและบังคับใช้ Hyde Amendment ยังมีปัญหาทางรัฐธรรมนูญ[174] ศาลล่างรับคดีกลับมาพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า Hyde Amendment ของมลรัฐอิลลินอยส์ขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐ แล้วออกคำสั่ง (injunction) ให้มลรัฐอิลลินอยส์จ่ายเงินสนับสนุนเท่าที่จำเป็นสำหรับการทำแท้ง โดยไม่ยอมชะลอการบังคับตามคำสั่ง[175]

คดีได้ถูกอุทธรณ์ขึ้นมายังศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อให้ชะลอการบังคับตามคำสั่ง (stay) ศาลสูงสุดสหรัฐพิพากษายืนตามคำสั่งห้าม (injunction) ของศาลแขวงสหรัฐที่ไม่ให้มลรัฐอิลลินอยส์บังคับใช้กฎหมายต่อต้านการทำแท้ง โดยวางหลักว่า “ข้อกล่าวอ้างในเรื่องความเสียหายต่อผลประโยชน์ของมลรัฐที่ไม่อาจเยียวยาได้ (อันเป็นผลจากการบังคับตามคำสั่งห้ามของศาล) จะต้องนำมาชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้อันจะเกิดขึ้นแก่ฝ่ายโจทก์ หากศาลอนุญาตให้มีการชะลอการบังคับคดี” (“These claims of irreparable injury to the interests of the State must be weighed against the plaintiff’s claims of irreparable injury to their interests if a stay is granted.”)[176]

หมายเหตุ: คดี Williams v. Zbaraz เป็นคดีที่พิพากษาก่อนคดี Winter v NRDC (2008) ถึงเกือบ 30 ปี ดังนั้น ประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะจึงยังไม่ถูกกำหนดให้เป็นภาระการพิสูจน์ของผู้ที่ร้องขอใช้วิธีการชั่วคราวในคดีที่มีคู่ความฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือองค์กรของรัฐ

---

[174] Ibid., 1310.

[175] Ibid., 1311.

[176] Ibid., 1314.

4) คดี Rucho v. Common Cause, No. 18-422, 588 U.S. (2019)

คดี Rucho v. Common Cause[177] เป็นคดีการเมืองที่สืบเนื่องมาจากข้อกล่าวหาว่าพรรคการเมืองรีพับลิกันโกงการเลือกตั้ง ด้วยการใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลท้องถิ่นร่างแผนที่เขตเลือกตั้ง (redistricting) ให้เป็นคุณกับพรรคตนเอง ซึ่งในอเมริกาเรียกวิธีปฏิบัตินี้ว่า “partisan Gerrymandering” และจำกัดการออกเสียงเลือกตั้งของผู้สนับสนุนพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้าม ในคดีนี้มีหลักฐานว่าคณะกรรมาธิการร่างเขตเลือกตั้ง (redistricting committee) ของสภานิติบัญญัติในมลรัฐนอร์ธแคโรไลน่า ซึ่งประกอบด้วย นาย Robert Rucho และ นาย David Lewis วุฒิสมาชิกจากพรรครีพับลิกัน ใช้วิธี Gerrymandering เพื่อเบี่ยงเบนผลการเลือกตั้ง โดยมีเจตนาที่จะจำกัดน้ำหนักคะแนนเสียงของผู้สนับสนุนพรรคเดโมแครต ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประชากรผิวสี ในมลรัฐนอร์ธแคโรไลน่า ในการออกเสียงเพื่อเลือกตัวแทนวุฒิสมาชิกของรัฐไปปฏิบัติหน้าที่ในสภาคองเกรส ในขณะที่น้ำหนักคะแนนเสียงของประชากรผิวขาวกลับมีมากกว่าเพราะผลของการแบ่งเขตเลือกตั้งใหม่ มีหลักฐานน่าเชื่อว่า วิธี gerrymandering นี้ทำให้พรรครีพับลิกันสามารถได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนรัฐทั่วไป ทั้งใน ปี ค.ศ. 2012 และ ปี ค.ศ. 2014[178] ต่อมาในเดือนสิงหาคมและกันยายน ปี ค.ศ. 2016 กลุ่มสิทธิทางการเมืองสองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่ม Common Cause และ League of Women Voters of North Carolina ได้แยกกันยื่นฟ้องวุฒิสมาชิก Rucho และ นาย Lewis เป็นจำเลยที่ศาลแขวงสหรัฐเขตกลางแห่งมลรัฐนอร์ธแคโรไลน่า หลังจากนั้นศาลได้รวมพิจารณาเป็นคดีเดียวกัน

ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องและศาลมีอำนาจพิจารณา เพราะสิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิตามกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางฝ่ายนิติบัญญัติ[179] โดยพิพากษาว่าแผนที่เขตเลือกตั้งของจำเลยขัดต่อ

[177] Rucho v. Common Cause, 139 S. Ct. 2484 (2019).

[178] Common Cause v. Rucho, 318 F. Supp. 3d 777, 804 (M.D.N.C. 2018).

[179] Common Cause v. Rucho, 279 F. Supp. 3d 587, 623-624. (M.D.N.C. 2018)

รัฐธรรมนูญจริง เพราะนอกจากจะเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน และบทบัญญัติว่าด้วยการจัดการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแล้ว (Elections Clause and Article I, Section 2) ยังเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามบทแก้ไขรัฐธรรมนูญข้อที่ 1 (First Amendment) เพราะเป็นการปฏิเสธไม่ให้ประชาชนสามารถแสดงออกทางการเมืองได้เต็มที่อีกด้วย[180] โดยสั่งให้คณะกรรมาธิการจำเลยไปร่างแผนที่มาใหม่ใน 14 วัน พร้อมออกคำสั่งห้ามมิให้มลรัฐนอร์ธแคโรไลน่านำแผนที่ดังกล่าวไปใช้ในการเลือกตั้งอีก

จำเลยยื่นอุทธรณ์โดยตรง (direct appeal) ต่อศาลสูงสุดสหรัฐภายใต้ 28 U.S.C. § 1253 โดยขอให้ศาลสูงสุดใช้อำนาจสั่งชะลอการบังคับคดีตามคำสั่งศาลชั้นต้น (emergency stay) เพื่อรอผลคำพิพากษาอีกคดี และศาลสูงสุดก็สั่งให้ชะลอการบังคับคดีให้ตามคำร้องขอ[181] ในการอุทธรณ์คราวแรก ศาลสูงสุดสหรัฐสั่งให้ศาลแขวงแห่งมลรัฐนอร์ธแคโรไลน่า นำคดีกลับไปพิจารณาใหม่ในประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ เพื่อให้เป็นไปตามบรรทัดฐานเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์เกี่ยวกับข้อพิพาทเรื่อง Gerrymandering ในคดีที่ศาลสูงสุดสหรัฐเพิ่งได้พิจารณาไป คือ Gill v. Whitford, 138 S. Ct. 1916 (2018)[182] อย่างไรก็ดี เมื่อศาลชั้นล่างพิจารณาเรื่องอำนาจฟ้องใหม่แล้ว ก็ยังคงยืนตามพิพากษาเดิมว่าการกระทำของจำเลยขัดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของโจทก์

ต่อมา เมื่อคดีกลับมาสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดสหรัฐอีกครั้ง เพื่อให้ทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการร่างแผนที่เขตเลือกตั้งแบบ partisan gerrymandering ศาลสูงสุดมีคำพิพากษาเสียงข้างมาก ตัดสินว่าการ partisan gerrymandering หรือร่างแผนที่เขตเลือกตั้งเพื่อให้ได้เปรียบทางการเมือง เป็นสิ่งที่ศาลสูงสุดไม่มีอำนาจจะไปสั่งห้าม เพราะเป็นการกระทำทางการเมืองหรือปัญหาการเมือง (political question) ซึ่งเป็นปัญหาประเภทที่ศาลสหรัฐไม่สามารถ

---

[180] Ibid., 606.

[181] Rucho v. Common Cause, 138 S. Ct. 923 (2018)

[182] Rucho v. Common Cause, 138 S. Ct. 2679, 2679 (2018).

จะไปค้นพบหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะมาตัดสินได้ (judicially manageable standards) ทำให้ศาลไม่มีเขตอำนาจตามมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ที่จะทบทวนการกระทำทางการเมืองในลักษณะของการร่างแผนที่เลือกตั้งชนิดมีอคติทางการเมือง เพราะศาลเห็นว่ากรณีนี้ไม่ใช่การกระทำที่มีเจตนาเลือกปฏิบัติกับผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เป็นคนผิวสีโดยตรง[183]

3.1.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยโดยศาลสูงสุดสหรัฐ

ศาลสูงสุดสหรัฐไม่มีบทบาททางปฏิบัติในการกำหนดคำบังคับ โดยศาลสูงสุดสหรัฐจะทำหน้าที่แต่เพียงวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำ นโยบาย หรือกฎหมายของฝ่ายรัฐบาล หรือฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น คดีที่ขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดสหรัฐทั้งหมดจะผ่านการพิจารณามาจากศาลชั้นล่าง และศาลอุทธรณ์เขตแล้ว ถ้าหากศาลจะมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว ก็มักจะสั่งมาตั้งแต่ศาลชั้นล่างเพื่อให้มีการรักษาประโยชน์ของคู่ความไว้ในระหว่างที่คดีถูกอุทธรณ์ขึ้นสู่ชั้นศาลสูงสุด เพียงแต่ศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจที่จะสั่งชะลอ (stay) ผลของคำพิพากษาและคำสั่งที่ศาลลำดับชั้นล่างได้พิพากษาหรือสั่งไว้ได้ คดีพิพาทที่ขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดสหรัฐในประเด็นที่เกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว จึงมักจะเป็นคดีที่คู่ความฝ่ายที่แพ้ในศาลชั้นล่างร้องขอให้ศาลสูงสุดสั่งชะลอการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งห้าม (injunction) ไม่ว่าเด็ดขาดหรือชั่วคราว ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ 28 U.S.C. section 2101 (f) และ Rule of the Supreme Court of the United States ข้อที่ 23 ตามที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

ตัวอย่างเพิ่มเติมของคำพิพากษาศาลสหรัฐในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

1) คดี Donald Trump v. Sierra Club, et al. 588 U.S. (2019)

ในคดี Trump v. Sierra Club (2019)[184] ประธานาธิบดีโดนัล ทรัมพ์ ถูกฟ้องว่าใช้อำนาจของประมุขฝ่ายบริหารในทางที่ไม่ชอบ สืบเนื่องมาจากการที่ประธานาธิบดีทรัมพ์ออกกฤษฎีกา (presidential executive order) ประกาศ

[183] Rucho, 139 S. Ct. at 2506–08.

[184] Sierra Club v. Trump, No. 4:19-cv-00892-HSG (9th Cir., May 24, 2019).

สภาวะฉุกเฉินสั่งให้ดึงเอางบประมาณฉุกเฉินไปใช้สร้างกำแพงตามแนวชายแดนทางใต้ของประเทศ เพื่อกันผู้หลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นนโยบายหนึ่งที่นายทรัมพ์ได้หาเสียงเอาไว้

กลุ่มองค์กรไม่แสวงหากำไรเพื่อพิทักษ์สิ่งแวดล้อม Sierra Club และองค์กรฝ่ายเอกชนเพื่อการพัฒนาคุณภาพชีวิต Southern Border Communities Coalition ร่วมกันยื่นฟ้องประธานาธิบดีทรัมพ์ ในเดือนกุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 2019 โดยฝ่ายโจทก์อ้างว่า การสร้างกำแพงของประธานาธิบดี เป็นการนำงบประมาณของชาติไปใช้โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาคองเกรส โดยเฉพาะเมื่อกระทรวงกลาโหม (Department of Defense) ได้โยกย้ายเงิน จำนวน 2.5 พันล้านดอลล่าร์สหรัฐ ซึ่งถูกกันไว้ให้เป็นทุนสำหรับการปฏิบัติการต่อต้านยาเสพติด เพื่อมาใช้ในการก่อสร้างกำแพง นอกจากนี้ฝ่ายโจทก์ยังอ้างว่า จำเลยได้ดำเนินการก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมายนโยบายสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ หรือ National Environmental Policy Act (“NEPA”) ฉะนั้น หากยอมให้จำเลยก่อสร้างกำแพงแล้ว ความเสียหายย่อมเกิดแก่สมาชิกของตนอันเนื่องมาจากมลภาวะที่การก่อสร้างกำแพงก่อขึ้น[185] ต่อมาในเดือนเมษายน โจทก์ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลออกคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) ห้ามไม่ให้จำเลยและผู้เกี่ยวข้องกับจำเลยดำเนินการก่อสร้างกำแพงโดยใช้งบประมาณที่กระทรวงกลาโหมโยกย้ายมาดังกล่าว[186]

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น (ศาลแขวงสหรัฐในเขตเหนือแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ปรับใช้ทฤษฎีการสั่งวิธีการชั่วคราวแบบทฤษฎีภาระการพิสูจน์ขั้นพื้นฐาน หรือ the threshold test โดยพิจารณาแล้วเห็นว่า โจทก์มีข้ออ้างอันเป็นหลักแห่งข้อหาที่ชัดเจนว่าจำเลยได้ทำผิดกฎหมายว่าด้วยการใช้งบประมาณแผ่นดิน และกฎหมายรัฐธรรมนูญ ปัจจัยข้อแรกเรื่องน้ำหนักของข้อกล่าวหา (Likelihood of Success on the Merits) จึงเป็นคุณกับโจทก์[187] ในปัจจัยเรื่องความเสียหาย ศาลยอมรับ

---

[185] Sierra Club v. Trump, No. 4:19-cv-00892-HSG, at 22 (9th Cir. May 24, 2019).

[186] Ibid.

[187] Sierra Club v. Trump, No. 4:19-cv-00892-HSG, 2019 WL 2247689 at 27-30 (N.D. Cal. May 24, 2019).

ข้อกล่าวอ้างเรื่องความเสียหายของโจทก์ ทั้งในเรื่องมลภาวะกับความเสื่อมโทรมของสุนทรียภาพตามแนวชายแดน และในเรื่องความเสียหายตามรัฐธรรมนูญว่าเป็นความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้ สำหรับสองปัจจัยที่เหลือ ศาลชั้นต้นนำปัจจัยทั้งสองรวมพิจารณาเข้าด้วยกัน เพราะ “เมื่อรัฐบาลเข้ามาเป็นคู่ความในคดีซึ่งมีการขอให้ใช้วิธีการชั่วคราว ปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะย่อมรวมเข้าด้วยกันกับปัจจัยเรื่องดุลยภาพแห่งความยุติธรรม”[188] อย่างไรก็ดี ศาลแขวงสหรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าเมื่อโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าปัจจัยพื้นฐานสองปัจจัยแรกเป็นคุณกับตนแล้ว น้ำหนักของสองปัจจัยหลังก็ไม่ใช่สาระสำคัญอีก[189] จึงสั่งให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (preliminary injunction) ห้ามไม่ให้รัฐบาลทรัมพ์ดึงเอาเงินจากงบประมาณในสถานการณ์ฉุกเฉินไปใช้สร้างกำแพงที่ชายแดนติดต่อกับประเทศเม็กซิโกตามที่โจทก์ร้องขอ[190] โดยให้ความเห็นว่าเนื่องจากจำเลยปฏิบัติหน้าที่เกินขอบอำนาจตามกฎหมาย และโจทก์สามารถแสดงให้เห็นว่าจะได้รับความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ สมดุลแห่งความยุติธรรม (balance of equity) ของการพิจารณาสั่งให้มีมาตรการชั่วคราวจึงคล้อยไปในทางที่เป็นคุณแก่โจทก์[191]

ฝ่ายจำเลยยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์สหรัฐแห่งเขตเซอร์กิตที่ 9 ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2019 โดยขอให้ศาลอุทธรณ์สั่งรอการบังคับตามวิธีการชั่วคราวของศาลชั้นต้นในระหว่างพิจารณาอุทธรณ์[192] แต่ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำของฝ่ายรัฐบาล เป็นการที่ประธานาธิบดีออกคำสั่งและดำเนินนโยบายโดยลุแก่อำนาจ เป็นการก้าวล่วงกระบวนการทางนิติบัญญัติโดยขาดความเคารพในอำนาจของอีกฝ่าย (“to disrespect the whole legislative process and the constitutional division of authority between President and Congress.”)[193]

---

[188] Ibid., 53. Ibid., 53.

[189] Ibid., 54.

[190] Sierra Club v. Trump, No. 4:19-cv-00892-HSG, 2019 WL 2247689 (N.D. Cal. May 24, 2019).

[191] Ibid., 13–23, 27–28, 29.

[192] Sierra Club v. Trump, No. 4:19-cv-00892-HSG (9th Cir. May 24, 2019).

[193] Ibid., 70.

จึงสั่งไม่อนุญาตให้มีการชะลอการบังคับตามวิธีการชั่วคราว (stay)[194] ฝ่ายจำเลยจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลสูงสุดสหรัฐ และในวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 2019 ศาลสูงสุดสหรัฐโดยเสียงข้างมาก ยกคำสั่งของศาลอุทธรณ์ และสั่งให้ชะลอการบังคับตามวิธีการชั่วคราวของศาลชั้นต้น โดยยอมให้ทางรัฐบาลสามารถก่อสร้างกำแพงต่อไปได้จากเงินงบประมาณในสถานการณ์ฉุกเฉินในระหว่างที่คดีดำเนินการพิจารณาต่อไปในศาลชั้นล่าง[195] คำสั่งอนุมัติคำร้องให้ชะลอการบังคับคดีของศาลสูงสุดมีความยาวเพียง 1 ย่อหน้า และระบุเหตุผลเพียงว่า กลุ่มที่เป็นโจทก์ยื่นฟ้องรัฐบาลไม่มีอำนาจฟ้อง

2) คดี Pennsylvania v. Trump, No. 2:17-cv-04540-WB (E.D. Pa. Jan. 14, 2019)

ในคดี **Pennsylvania v. Trump** (2019)[196] เครือรัฐเพนซิลเวเนีย และมลรัฐนิวเจอร์ซี ร่วมกันเป็นโจทก์ฟ้องประธานาธิบดีโดนัล ทรัมพ์ รัฐมนตรีกระทรวงสุขภาพและบริการมนุษย์สหรัฐ รัฐมนตรีกระทรวงการคลัง และรัฐมนตรีกระทรวงแรงงาน เพื่อขอให้ศาลสั่งห้ามไม่ให้รัฐบาลบังคับใช้ นโยบาย contraceptive mandate ภายใต้รัฐบัญญัติการให้บริการสุขภาพที่เข้าถึงได้ (affordable healthcare act) ซึ่งบังคับให้บริษัทที่จำหน่ายประกันสุขภาพต้องรวมเอาโปรแกรมการคุมกำเนิดและการทำแท้งไว้ในกรมธรรม์สุขภาพรวม เนื่องจากนโยบายดังกล่าวฝ่าฝืนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการบังคับให้ผู้ที่เคร่งศาสนาและไม่เห็นด้วยกับการคุมกำเนิด ต้องซื้อประกันสุขภาพฝ่าฝืนความเชื่อทางศาสนาของตนเอง

ศาลแขวงสหรัฐในเขตตะวันออกแห่งมลรัฐเพนซิลเวเนีย อนุมัติคำสั่งห้ามชั่วคราวที่มีผลบังคับทั่วสหรัฐ (nationwide preliminary injunction) ห้ามไม่ให้รัฐบาลสหรัฐบังคับใช้นโยบายพิพาท โดยศาลให้เหตุผลว่ามลรัฐโจทก์ (เพนซิลเวเนีย) สามารถแสดงได้ว่าตนจะต้องได้รับความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้ทั้งในเรื่องบูรณภาพทางนโยบายการคลัง (integrity of fiscal policy) และในเรื่องสวัสดิภาพ

---

[194] Ibid., 71.

[195] Donald Trump v. Sierra Club, et al. 588 U.S. _____ (2019).

[196] Pennsylvania v. Trump, No. 2:17-cv-04540-WB at 52-58 (E.D. Pa. Jan. 14, 2019).

ของผู้หญิงในมลรัฐ นอกจากนี้ การใช้มาตรการชั่วคราวยังสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะในแง่ที่เป็นการรักษาสถานภาพของคู่ความ (status quo) ไว้จนกว่าการพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้น ซึ่งน่าจะกินระยะเวลานาน[197]

3.1.4 บทสรุปการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสหรัฐอเมริกา

3.1.4.1 เขตอำนาจพิจารณาคดีหรือข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว โดยไม่มีศาลรัฐธรรมนูญแยกต่างหากออกจากระบบศาลยุติธรรม แต่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มาตรา 3 (Article III) กำหนดให้คดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาทภายใต้รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐและคดีที่มีรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศเป็นคู่กรณี เป็นคดีที่ต้องนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลในระบบตุลาการฝ่ายกลาง หรือศาลสหรัฐ (federal courts) เราจึงสรุปได้ว่า คดีข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องการใช้อำนาจของประมุขของฝ่ายบริหารก็ดี ประเด็นว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ถูกประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี หรือการกระทำของรัฐบาลที่กระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชนก็ดี คดีเหล่านี้ล้วนแต่เป็นคดีที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลสหพันธรัฐ

3.1.4.2 ประเภทคดีที่ออกคำสั่งห้ามหรือให้มีวิธีการชั่วคราวได้

ปัจจุบันเขตอำนาจของศาลสหรัฐ (federal courts) สำหรับกฎหมายรัฐบัญญัติจากสภาคองเกรสที่กำหนดเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลสหรัฐได้ถูกนำมาบัญญัติรวมไว้ที่ บรรพ (title) 28 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐ (United States Code) มาตรา 1330 ถึง มาตรา 1369[198] ซึ่งครอบคลุมข้อพิพาทประเภทต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านโดยรัฐสภาหรือการกระทำของฝ่ายบริหาร ได้แก่

---

[197] Ibid., 57-65.

[198] 28 U.S. Code sec. 1330-1369.

1) คดีความที่มีรัฐต่างประเทศเป็นจำเลย (มาตรา 1330)

2) คดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญสหรัฐ กฎหมายและสนธิสัญญาของสหรัฐ (มาตรา 1331)

3) คดีที่เกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 1343)

4) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้ง (มาตรา 1344)

5) คดีที่มีสหรัฐเป็นโจทก์หรือจำเลย (มาตรา 1345-1346)

6) คดีเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 1358)

7) คดีเกี่ยวเนื่องด้วยการกระทำของวุฒิสภา (มาตรา 1365)

8) คดีที่มีข้อพิพาทเป็นการตีความกฎหมายที่ผ่านโดยสภาคองเกรส (มาตรา 1366)

3.1.4.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำร้องขอให้มีมาตรการชั่วคราว

คำสั่งประเภทมาตรการชั่วคราวตามกฎหมายอเมริกันมีอยู่สองลักษณะ คือ คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) และคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order) ในกรณีของคำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) คำสั่งประเภทนี้ศาลจะสั่งให้ตามที่ขอทันทีไม่ได้ แต่จะต้องมีหมายแจ้งให้คู่ความที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งได้รับทราบก่อนเสมอ เพื่อให้คู่ความฝ่ายนั้นสามารถเข้าร่วมในกระบวนการไต่สวนคำขอได้[199] ในทางกลับกัน คำสั่งให้ใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order หรือ TRO) เป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการคุ้มครองประโยชน์ในลักษณะเร่งด่วน ศาลจึงอาจสั่งได้โดยไม่จำต้องแจ้งให้คู่ความที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทราบเพื่อเข้าสู่กระบวนการไต่สวน หากคู่ความฝ่ายที่ขอแสดงให้ปรากฏได้ว่า ถ้ากระทำเช่นนั้นจะล่าช้าและก่อให้เกิดความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ (immediate and irreparable injury, loss, or damage) แก่ผู้ร้องขอ[200] คำสั่งประเภทให้ใช้วิธี

[199] FED. R. CIV. P. 65. (a) (1).

[200] FED. R. CIV. P. 65. (b) (1).

คุ้มครองชั่วคราว (TRO) เป็นคำสั่งที่อุทธรณ์ไม่ได้[201] อย่างไรก็ดี คำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวจะต้องระบุเหตุผลให้ชัดเจนว่าทำไมความเสียหายนั้นจึงไม่อาจเยียวยาได้ และจะมีระยะเวลานานเกินกว่า 14 วันไม่ได้ โดยหากศาลจะขยายให้ยาวกว่านั้นก็จะต้องมีเหตุอันควร[202] ซึ่งคำสั่งศาลให้ขยายเวลาการใช้วิธีการชั่วคราวเป็นคำสั่งที่สามารถอุทธรณ์ได้[203] นอกจากนี้ คู่ความฝ่ายที่ขอคำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดีหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวจะต้องวางประกัน (security) เป็นจำนวนหรือมีมูลค่าตามที่ศาลเห็นสมควรเสมอ[204]

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้น ไม่ว่าในกรณีของคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) หรือคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order) แม้จะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องหรืออยู่ภายใต้ข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือเป็นการขอวิธีเยียวยาตามหลักเอควิตี้หรือ equitable relief อันจะต้องไปใช้เกณฑ์พิจารณาเดียวกับของคดีแพ่ง โดยใน คดี Winter v. NRDC ศาลสูงสุดสหรัฐได้วางหลักพิจารณา 4 ข้อ สำหรับวินิจฉัยคำร้องขอใช้วิธีการชั่วคราว ได้แก่ 1) ข้ออ้างของโจทก์มีมูล และโจทก์มีแนวโน้มว่าจะชนะตามข้อกล่าวอ้างได้ 2) โจทก์กำลังจะได้รับความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้ (likely to suffer irreparable harm) หากไม่ได้รับการคุ้มครองโดยมาตรการชั่วคราว โดยความเสียหายนี้จะต้องเป็นความเสียหายที่กำลังจะเกิด และจะต้องไม่เป็นเพียงแต่ภยันตรายที่คาดคะเนเอาบนพื้นฐานของความเป็นไปได้ หรือสมมติฐานเท่านั้น 3) สมดุลความยุติธรรมคล้อยไปในทางที่เป็นคุณแก่โจทก์ (the balance of equities tips in his favor) 4) มาตรการชั่วคราวนั้นสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ

นับตั้งแต่คดี Winter v. NRDC (2008) เป็นต้นมา ปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะมักจะถูกหยิบยกมาให้น้ำหนักเป็นพิเศษเสมอเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็น

---

[201] See Grant v. United States, 282 F.2d 165 (2d Cir. 1960).

[202] FED. R. CIV. P. 65. (b) (2).

[203] Sampson v. Murray, 415 U.S. 61 (1974); Telex Corp. v. IBM Corp., 464 F.2d 1025 (8th Cir. 1972).

[204] แต่ถ้าคู่ความฝ่ายที่ขอคำสั่งก่อนชี้ขาด หรือคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราวเป็นหน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐ ศาลจะเรียกให้ฝ่ายรัฐบาลวางประกันไม่ได้. FED. R. CIV. P. 65. (c).

หน่วยงานของรัฐ[205] ซึ่งทำให้ในคดีที่มีประเด็นพิพาทเกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการบังคับใช้กฎหมายหรือการกระทำของรัฐ ศาลมักจะใช้ทฤษฎีกำหนดมาตรฐานการพิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราวแบบเข้มงวดที่เรียกว่า *ทฤษฎีชั่งน้ำหนักแบบเรียงตามปัจจัย* หรือ the sequential test โดยภายใต้ทฤษฎีนี้ โจทก์หรือคู่ความฝ่ายที่ขอใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว จะถูกกำหนดให้มีภาระการพิสูจน์ปัจจัยทั้ง 4 ข้อ อันเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราว หากคู่ความที่ร้องขอให้มีวิธีการชั่วคราวละเลยการพิสูจน์ปัจจัยข้อใดข้อหนึ่ง ศาลอาจยกคำร้องของคู่ความเช่นว่านั้นเสียได้ทันที

อย่างไรก็ดี แม้ว่าปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะจะถูกยกมาให้น้ำหนักมากขึ้นในกรณีที่มีรัฐบาลเป็นคู่พิพาทในคดี แต่แนวทางการพิจารณายังมีความแตกต่างกันไปในแต่ละเขตอำนาจศาล ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Donald Trump v. Sierra Club, et al. 588 U.S. (2019) ศาลแขวงสหรัฐเขตเหนือแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์พิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราวให้ตามที่ฝ่ายโจทก์ (Sierra Club) ร้องขอ โดยให้ความเห็นว่า เมื่อโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าปัจจัยพื้นฐานสองปัจจัยแรกเป็นคุณกับตนแล้ว น้ำหนักของสองปัจจัยหลัง (ได้แก่ดุลยภาพแห่งความยุติธรรมและประโยชน์สาธารณะ) ก็ไม่ใช่สาระสำคัญอีก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลสหรัฐในบางเขตอำนาจยังคงใช้ทฤษฎีภาระการพิสูจน์ขั้นพื้นฐาน หรือ the threshold test อันเป็นทฤษฎีที่กำหนดมาตรฐานการพิจารณาแบบผ่อนคลายอยู่ แม้ในกรณีที่รัฐบาลถูกฟ้องเป็นจำเลยก็ตาม

3.1.4.4 การบังคับตามคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว

สหรัฐอเมริกามีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐและใช้ระบบศาลเดี่ยว ทำให้ไม่มีองค์กรที่จะรับผิดชอบดำเนินกระบวนการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ในคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีเฉพาะและต้องใช้วิธีบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นเดียวกับคดีแพ่งทั้งหลาย กล่าวคือ

[205] Drakes Bay Oyster Co. v. Jewell, 747 F.3d 1073, 1092 (9th Cir. 2014) ("When the government is a party to a case in which a preliminary injunction is sought, the balance of the equities and public interest factors merge").

หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี หรือคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว ก็อาจตกอยู่ในฐานะละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) และสามารถถูกดำเนินคดีได้[206]

อย่างไรก็ดี เนื่องจากอเมริกาเป็นประเทศที่ปกครองภายใต้ระบอบสหพันธรัฐ ทำให้แต่ละมลรัฐมีกฎหมายและอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง คำพิพากษาของศาลฝ่ายสหพันธรัฐ (federal courts) และศาลสูงสุดสหรัฐเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงไม่มีผลบังคับอย่างเป็นรูปธรรมใด ๆ จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติในมลรัฐที่เกี่ยวข้องจะยกเลิกกฎหมายที่ได้ถูกวินิจฉัยว่ามีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ในคดีที่มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านโดยรัฐสภาหรือของการกระทำโดยรัฐบาล จึงมักจะมีตัวอย่างของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของบางมลรัฐ ที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลสหพันธรัฐหรือศาลสูงสุดสหรัฐอยู่เนือง ๆ

ยกตัวอย่างเช่น หลังจากที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาพิพากษาในคดี Obergefell v. Hodges[207] ว่าการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรับรองให้กับทุกคน รวมทั้งคู่สมรสเพศเดียวกันแล้ว ก็ปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่และผู้พิพากษาในเขตปกครอง (county) ประมาณ 9 เขต ในมลรัฐเท็กซัสและมลรัฐอลาบาม่าที่ไม่ยอมออกใบสำคัญการสมรส (marriage license) ให้กับคู่รักร่วมเพศ โดยอ้างว่าการทำเช่นนั้นขัดต่อความเชื่อทางศาสนาของพวกตน ในปี ค.ศ. 2016 นายรอย มัวร์ (Roy Moore) ตุลาการหัวหน้าศาลสูงสุดแห่งมลรัฐอลาบาม่า ออกคำสั่งให้ผู้พิพากษาคดีครอบครัวและมรดก (probate judges) ปฏิเสธไม่ออกหนังสือสำคัญการสมรสให้กับคู่รักร่วมเพศ และแม้คำสั่งดังกล่าวจะทำให้นายมัวร์ต้องถูกพักการปฏิบัติหน้าที่ไปจนตลอดวาระ เพราะการประพฤติผิดจริยธรรมตุลาการ[208] แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีผู้พิพากษา

---

[206] Patrick T. Gillen, "Preliminary Injunctive Relief against Governmental Defendants: Trustworthy Shield or Sword of Damocles," *Drexel L. Rev.*, 8 (2015).

[207] 576 U.S. 644 (2015).

[208] Phil Ammann, *"Two Years Later, 7 Alabama Counties Still Not Issuing Marriage Licenses to Same-Sex, Other Couples,"* Accessed July 24, 2020. http://altoday.com/archives/17555-two-years-later-7-alabama-counties-still-not-issuing-marriage-licences-sex-couples.

รายใดถูกดำเนินคดีข้อหาละเมิดอำนาจศาลสูงสุด ทั้งนี้เพราะการสมรสเป็นเรื่องของกฎหมายครอบครัวซึ่งอยู่ในปริมณฑลของเขตอำนาจทางนิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐสมาชิกของสหภาพ ส่วนจะเป็นเมื่อใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐจะยกเลิกกฎหมายที่ศาลสูงสุดสหรัฐได้วินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็เป็นเรื่องภายในของมลรัฐนั้น ศาลของฝ่ายตุลาการกลางไม่มีอำนาจจะเข้าไปบังคับได้โดยตรง

3.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.1 บทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG)

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันสถาปนาขึ้นเมื่อวันที่ 8 กันยายน ค.ศ. 1951 บนความขัดแย้งทางความคิดระหว่าง 2 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายแรกที่เห็นว่า การวินิจฉัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องทางการเมือง จึงควรเป็นหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง และไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาล ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นปัญหาทางกฎหมาย ศาลจึงมีอำนาจวินิจฉัยได้ จากความขัดแย้งทางความคิดดังกล่าว ดูเหมือนว่าความเห็นของฝ่ายหลังจะชนะไปในท้ายที่สุด พร้อมทั้งเหตุผลประกอบที่ว่า ปัญหาต่าง ๆ ทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ดี หรือปัญหาอื่นใดก็ดี สมควรให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยเนื่องด้วยศาลเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง ทั้งนี้เพื่อธำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐกับประชาชน และสร้างความมั่นใจว่าจะไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งสามารถครอบงำอำนาจอื่นได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ท้ายสุดแล้วผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงได้บัญญัติหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญ และการควบคุมตรวจสอบการละเมิดสิทธิของปัจเจกชนโดยอำนาจมหาชน

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ได้บัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้ 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 93 ว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และมาตรา 94 ว่าด้วยองค์ประกอบและ

กระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการ และการตรากฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาลต่อไป

ตัวอย่างของข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 41 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน เรื่อง การตรวจสอบการเลือกตั้งของสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์การวินิจฉัยเกี่ยวกับการเสียสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองตามมาตรา 21 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน การฟ้องประธานาธิบดีตามมาตรา 61 และกรณีของข้อพิพาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 3 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน เป็นต้น

ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่ถือว่าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ถึงแม้บุคคลที่กระทำการดังกล่าวจะกระทำโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ตาม เพราะกรณีดังกล่าวสิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีไม่ได้รับการบัญญัติไว้โดยรัฐธรรมนูญ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลโดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการให้เงินสนับสนุนพรรคการเมืองในการหาเสียงเลือกตั้ง ถือว่าเป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง เพราะประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ได้กระทำการในกรณีดังกล่าวเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และมิได้กระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” และการกระทำของประธานาธิบดีในเรื่องดังกล่าวมิได้มีพื้นฐานจากรัฐธรรมนูญ หากแต่มีพื้นฐานมาจากกฎหมายพรรคการเมือง

3.2.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญและให้คำวินิจฉัยมีผลผูกพันกับองค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้นทั้งในระดับสหพันธ์และในระดับมลรัฐ อย่างไรก็ตามการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการที่จำเป็นบางประการเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น และความเสียหายนั้นไม่อาจหวนกลับคืนมาแก้ไขหรือเยียวยาได้ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้

ในสถานการณ์ข้างต้นรัฐสภาได้มอบความไว้วางใจบางประการให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ขึ้น โดยในมาตรา 32 ของรัฐบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้

3.2.2.1 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

ในการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น อำนาจหน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะถูกกำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 มาตรา 94 อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้มีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ขึ้น เพื่อกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นจะถูกบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติดังกล่าว

1) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz)

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 93 กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจดังต่อไปนี้

1.1) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาพิพากษาในเรื่องต่อไปนี้

1. การตีความกฎหมายหลักนี้เมื่อเกิดปัญหาการขัดแย้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ขององค์การสูงสุดของสหพันธ์ หรือฝ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องที่กฎหมายหลักนี้ หรือระเบียบการขององค์การสูงสุดของสหพันธ์ได้ให้อำนาจอิสระไว้

2. ในกรณีที่ความแตกต่างในเรื่องความเห็นหรือความสงสัยเกี่ยวกับการขัดแย้งระหว่างกฎหมายสหพันธ์ และกฎหมายมลรัฐกับกฎหมายสหพันธ์ ทั้งนี้ โดยการร้องขอของรัฐบาลสหพันธ์ รัฐบาลมลรัฐหนึ่ง หรือสมาชิกสภาบุนเดสตักไม่ต่ำกว่า 1 ใน 4 ของสมาชิกทั้งหมด

2a ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันเมื่อกฎหมายเข้าเงื่อนไขที่ปรากฏตาม (2) วรรคสองของมาตรา 72 ในการบังคับใช้โดยสภาผู้แทนรัฐเยอรมนี รัฐบาลและฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐ

3. ในกรณีที่มีความแตกต่างในเรื่องความเห็นเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของสหพันธ์ และของมลรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิบัติตามกฎหมายของสหพันธ์มลรัฐ และในการใช้อำนาจควบคุมโดยรัฐบาลสหพันธ์

4. การขัดแย้งเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐ ระหว่างมลรัฐด้วยกันหรือภายในมลรัฐหนึ่งมลรัฐใด เว้นไว้แต่จะมีสิทธิฟ้องร้องยังศาลอื่น

4a ในกรณีการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างใดอย่างหนึ่งตาม (4) มาตรา 20 หรือภายใต้มาตรา 33, มาตรา 38, มาตรา 101, มาตรา 103 หรือมาตรา 104

4b ในกรณีการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญของเทศบาลหรือสมาคมแห่งเทศบาล ในเรื่องของสิทธิในการปกครองตนเองภายใต้มาตรา 28 ถูกกระทบโดยกฎหมาย ในกรณีที่เป็นกฎหมายของมลรัฐและไม่สามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐได้

4c ในกรณีการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญของสมาคมที่ไม่ได้รับการรับรองในฐานะพรรคการเมืองในการเข้ารับการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา

5. คดีอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหลักนี้

1.2) ภายใต้การร้องขอของสภาผู้แทนรัฐเยอรมนี รัฐบาลหรือรัฐสภาของมลรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถพิจารณากรณีตามวรรคสี่ของมาตรา 72 ในกรณีที่การกำกับดูแลโดยกฎหมายระดับสหพันธ์ไม่ดำรงอยู่ หรือในกรณีที่อ้างถึงบัญชีที่ 1 วรรคสอง ของมาตรา 125a ซึ่งกฎหมายของสหพันธ์ไม่ใช้บังคับอีกต่อไป ศาลสามารถพิจารณาถึงความจำเป็นในการระงับการหยุดการบังคับใช้กฎหมายของสหพันธ์ ตามวรรคสี่ มาตรา 72 หรือบัญชีที่ 2 วรรคสอง มาตรา 125a คำร้องขอข้างต้นจะได้รับการพิจารณาเมื่อร่างกฎหมายที่ตกไปตามวรรคสี่ มาตรา 72 หรือวรรคสอง มาตรา 125a ได้รับการปฏิเสธโดยรัฐสภา หรือไม่ได้รับการพิจารณาภายในหนึ่งปีหรือร่างกฎหมายเดิมถูกปฏิเสธโดยสภาผู้แทนรัฐเยอรมนี

1.3) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอื่นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 94

โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ มีองค์ประกอบคือ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ประกอบด้วย ผู้พิพากษาสหพันธ์ และผู้พิพากษาอื่น ผู้พิพากษาครึ่งหนึ่งของจำนวนทั้งหมดได้รับเลือกโดยสภาบุนเดสตัก และอีกครึ่งหนึ่งโดยสภาบุนเดสรัต ผู้พิพากษาจะต้องไม่เป็นสมาชิก สภาบุนเดสตัก หรือสภาบุนเดสรัต หรือรัฐบาลสหพันธ์ หรือองค์การที่มีอำนาจหน้าที่คล้ายกันในมลรัฐ

2) รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Act on the Federal Constitutional Court)

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นวิธีพิจารณาอย่างหนึ่งที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดขึ้น โดยให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ ที่จำเป็นในการป้องกันความเสียหายหรืออันตรายอย่างร้ายแรง หรือกำหนดให้มีการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอันเป็นสาระสำคัญแห่งคดี นอกจากนั้นยังรวมถึงการออกคำสั่งให้ระงับการกระทำบางประการหรือระงับการออกคำสั่งบางประการที่อาจมีผลกระทบต่อการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น เป็นการใช้อำนาจในลักษณะเป็นการทั่วไป กล่าวคือ กฎหมายไม่ได้กำหนดหรือจำกัดประเภทของคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะใช้อำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้ ดังนั้น จึงต้องถือว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็น คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม หรือข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ที่มาของอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น มาจากแนวคิดในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในคดีแพ่ง โดยมีการอ้างอิงพื้นฐานของคดีแพ่งในร่างของรัฐบาล ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ หากมีคำร้องขอโดยคำสั่งนั้นเกี่ยวกับวัตถุแห่งข้อพิพาท หรือออกคำสั่งเพื่อให้มีผลเป็นการชั่วคราว หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุแห่งข้อพิพาทนั้น ซึ่งสอดคล้อง

กับมาตรา 935 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) และในส่วนของการออกกฎเกณฑ์ชั่วคราวจะสอดรับกับมาตรา 940

หลักเกณฑ์สำคัญตามมาตรา 940 ที่ใช้ในการพิจารณาออกกฎเกณฑ์ชั่วคราว ได้แก่ การพิจารณาว่าสิทธิของผู้ร้องมีมูลหรือไม่ และมีความจำเป็นหรือไม่ในการที่จะป้องกันความเสียหายร้ายแรง หรือเป็นการขัดขวางอันตรายที่อาจเข้ามาถึง หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดหรือไม่ กรณีเช่นว่านี้เป็นอำนาจดุลพินิจของศาลในการพิจารณา ซึ่งดุลพินิจของศาลในกรณีนี้ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่กว้างขวางมาก

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ฯ ค.ศ. 1951 ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในการสั่งใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ดังนี้

1) อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการสั่งใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

ในกรณีเร่งด่วนเพื่อป้องกันภยันตรายอันจะเกิดขึ้นกับคู่ความหรือป้องกันอันตรายอันอาจจะเกิดกับสาธารณะหรือเหตุอื่นที่กระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวม ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราว (Preliminary injunction) ใช้บังคับจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยได้ โดยมีระยะเวลาบังคับใช้ได้ไม่เกิน 6 เดือน แต่อาจสามารถขยายระยะเวลาบังคับใช้ออกไปได้อีกโดยใช้เสียงข้างมากไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ขององค์คณะ แต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเป็นพิเศษ ตุลาการไม่น้อยกว่า 3 คน โดยมติเป็นเอกฉันท์สามารถมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวได้ ในกรณีนี้คำสั่งให้ใช้มาตรการชั่วคราวดังกล่าวมีระยะเวลาบังคับไม่เกิน 1 เดือน ทั้งนี้ หากองค์คณะได้ให้การรับรองคำสั่งดังกล่าวแล้ว คำสั่งนั้นจะมีระยะเวลาบังคับเป็นไม่เกิน 6 เดือนแทน

2) ในกรณีที่มีการดำเนินการขอให้ถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวในการให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์รัฐยุติการปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราวได้ ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มาตรา 61 วรรคสอง และข้อ 53 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถ

กำหนดมาตรการชั่วคราวในการให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ยุติการทำงาน เมื่อพบว่าประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ หรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายแห่งสหพันธ์

3) กรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ยื่นขอให้มีการถอดถอนผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์ ตามมาตรา 98 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ อันเป็นผลมาจากการที่ผู้พิพากษากระทำการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ หรือรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจมีคำสั่งให้ผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์ยุติการทำหน้าที่ชั่วคราว ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มาตรา 58 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 53

4) กรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าสองในสามยื่นเรื่องต่อประธานาธิบดีให้ปลดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากตุลาการผู้นั้นไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ติดต่อกันจนมีลักษณะถาวร หรือการขับออกจากตำแหน่งอันเนื่องมาจากกระทำการอันเสื่อมเสีย หรือต้องคำพิพากษาจำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือจงใจใช้อำนาจขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 2 ใน 3 ของที่ประชุมใหญ่อาจมีมติให้ตุลาการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งชั่วคราว ตามมาตรา 105 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

ในการพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะกำหนดมาตรการชั่วคราวหรือไม่นั้น จะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ได้แก่

1) ความจำเป็นและความเร่งด่วนของคำขอให้มีการกำหนดมาตรการชั่วคราว

ความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่ได้กำหนดมาตรการชั่วคราวว่า หากไม่มีการกำหนดมาตรการชั่วคราวแล้วผู้ร้องอาจได้รับความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาหรือแก้ไขให้กลับคืนมาได้ในภายหลัง หรือเป็นกรณีที่หากไม่มีการกำหนดมาตรการชั่วคราวแล้วจะก่อให้เกิดผลเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง โดยหากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวแล้วอาจส่งผลให้คำวินิจฉัยในคดีหลักไม่มีความหมาย

ในกรณีของความเสียหายร้ายแรงหรือความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาให้กลับคืนมาได้นั้น จะต้องมีการตีความคำว่า ภยันตรายร้ายแรง อันตรายที่อาจเกิดขึ้นในทันทีทันใด ว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะเข้ากรณีดังกล่าว ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ร้องที่ต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าหากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เกิดภยันตรายแก่ตนอย่างร้ายแรง หรืออาจมีเหตุจำเป็นอื่น ๆ มาตรการที่ศาลออกนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับการกระทำหรือประเด็นแห่งข้อพิพาทให้เหมาะสมแก่การคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องว่า ตนจะได้รับความเสียหายหรืออาจจะได้รับความเสียหายเช่นว่านั้น

ในส่วนของความเร่งด่วนนั้นจะหมายถึง ผู้ร้องต้องการได้รับการคุ้มครองโดยทันทีเนื่องจากไม่มีวิธีการอื่นใดที่จะบรรลุผลในการคุ้มครองผู้ร้องได้ และมีเพียงการร้องขอให้ศาลออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเท่านั้นเพียงวิธีเดียวที่จะคุ้มครองผู้ร้องได้ มิเช่นนั้น หากศาลไม่กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอาจเกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยา อันเป็นผลมาจากความล่าช้าในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม หากประเด็นที่เป็นข้อพิพาทนั้นพร้อมที่จะได้รับการวินิจฉัยแล้วย่อมหมายความว่า ความจำเป็นในการร้องขอมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวย่อมหมดไป

2) ความได้สัดส่วนของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับประโยชน์ของผู้ร้อง

ในหลักการดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญจะทำการชั่งน้ำหนักและสมมุติความเป็นไปได้ของคดี โดยจะพิจารณาจากผลของคดีหากมีหรือไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว โดยแบ่งเป็น

2.1) เกิดความเสียหายขึ้นหากศาลไม่กำหนดมาตรการชั่วคราว แต่ผลของคำวินิจฉัยอาจออกมาในรูปแบบของข้อพิพาทนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือ

2.2) ความเสียหายอาจเกิดขึ้นได้แม้ศาลจะกำหนดมาตรการชั่วคราว แต่ท้ายที่สุดผลแห่งข้อพิพาทอาจออกมาในรูปแบบที่ข้อพิพาทนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

โดยศาลรัฐธรรมนูญจะทำการชั่งน้ำหนักระหว่างสองกรณีข้างต้นว่า ระหว่างผลแห่งคดีที่ออกมาจะเกิดความเสียหายอย่างไรบ้างและกรณีใดจะเกิดความเสียหายมากกว่ากัน

หลักการในการกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มักจะระมัดระวังในการใช้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาททางการเมืองเพราะการที่ศาลใช้อำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งย่อมมีผู้ที่เสียประโยชน์จนส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นเครื่องมือทางการเมืองได้

3) เป็นดุลพินิจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวอันเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์รัฐในกรณีที่มีกระบวนการถอดถอน

อย่างไรก็ดีศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่า การกำหนดวิธีการชั่วคราวต้องไม่เกินไปกว่าอำนาจที่ศาลจะกำหนดได้ในคำวินิจฉัย และต้องทำก่อนศาลจะมีคำวินิจฉัยในคดีหลัก ทั้งนี้เท่าที่จำเป็นอย่างเร่งด่วน และเพื่อประโยชน์สาธารณะ อีกทั้งยังมีข้อพิจารณาสำคัญเกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้แก่

1) คำสั่งปฏิเสธการกำหนดมาตรการชั่วคราวสามารถถูกโต้แย้งได้ เมื่อมีการโต้แย้งขึ้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องดำเนินการพิจารณาคำร้องด้วยการออกนั่งพิจารณาด้วยวาจาและต้องดำเนินการภายใน 2 สัปดาห์นับจากที่ได้มีการยื่นคำร้องโต้แย้งคำสั่งดังกล่าว

2) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว คำสั่งดังกล่าวอาจถูกโต้แย้งได้ภายใต้วิธีการเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในข้อ 1

3) คำสั่งโต้แย้งมาตรการชั่วคราวไม่เป็นเหตุแห่งการทุเลาการบังคับตามคำสั่งหรือมาตรการชั่วคราว แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจกำหนดให้ชะลอการบังคับตามมาตรการชั่วคราวได้

อำนาจในการกำหนดวิธีการชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏอยู่ในมาตรา 32 มาตรา 53 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยไม่จำเป็นต้องทำการรับฟัง

หรือกระบวนการไต่สวนก็ได้ หรือในกรณีที่คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการชั่วคราวถูกปฏิเสธ ผู้ร้องอาจใช้สิทธิในการขอให้ทบทวนคำสั่งปฏิเสธได้ โดยศาลจะต้องจัดให้มีการรับฟังหรือให้มีการไต่สวนขึ้น

3.2.2.2 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

การกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถทำได้ 2 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ (1) กำหนดมาตรการชั่วคราวในรูปแบบของคำสั่ง และ (2) กำหนดมาตรการชั่วคราวในรูปแบบของคำพิพากษา ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยคำพิพากษานั้น ศาลมักจะไม่กำหนดมาตรการชั่วคราวในลักษณะของการระงับการบังคับใช้โดยเฉพาะกฎหมาย หากแต่ศาลอาจกำหนดขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายให้คงไว้เท่าที่ไม่อยู่ในประเด็นที่เป็นข้อพิพาท หากกำหนดมาตรการชั่วคราวในลักษณะเป็นการทั่วไปแล้วย่อมทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ชั่วคราว ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อการบริหารราชการมากกว่าผลดี

1) คำสั่งที่ BvQ42/19

ศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้องขอให้กำหนดมาตรการชั่วคราวให้ Facebook ทำการคืนบัญชีให้แก่ผู้ร้องในระหว่างที่ยังมีการพิจารณาอยู่ โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้

ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2019 พรรคการเมืองฝ่ายขวาผู้ร้องได้ตีพิมพ์บทความและเผยแพร่ลงใน Facebook โดยในบทความดังกล่าวมีข้อความกล่าวหากลุ่มคนที่ถูกอ้างตัวว่าเป็นฝ่ายซ้ายว่ามีการสนับสนุนและให้การช่วยเหลือผู้ลี้ภัย ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งของการเพิ่มขึ้นของอาชญากรรมในเยอรมณี

เมื่อบทความได้เผยแพร่ลงใน Facebook ผู้ร้องได้รับข้อความจาก Facebook ว่าบทความดังกล่าวขัดต่อมาตรฐานของชุมชน Facebook โดย Facebook ได้ทำการจำกัดการเข้าถึงบทความดังกล่าวและห้ามการโพสต์ใด ๆ ของผู้ร้องบน Facebook เป็นเวลา 30 วัน ผู้ร้องได้อ้างเสรีภาพในการแสดงออกเพื่อโต้แย้ง แต่ศาลที่รับพิจารณาได้ปฏิเสธคำร้องขอให้กำหนดมาตรการชั่วคราวของผู้ร้อง ผู้ร้องจึงได้นำข้อพิพาทมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาโดยชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิของผู้ร้องกับเหตุการณ์แวดล้อมต่าง ๆ แล้วเห็นว่าสมควรที่จะปฏิเสธคำร้องของผู้ร้องเนื่องจากเหตุเรื่องความจำเป็นเร่งด่วนของผู้ร้องที่ได้ยกมาในเรื่องของการเลือกตั้งสมาชิกสภายุโรปยังไม่ถือว่ามีความเร่งด่วนเพียงพอ จึงไม่มีการกำหนดมาตรการชั่วคราวตามคำขอของผู้ร้อง

2) คำสั่งที่ 2 BvE 1/16

ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการชั่วคราวโดยให้กระทรวงการศึกษาธิการและวิจัยถอดการแถลงข่าวออกจากหน้าเวปไซต์ เนื่องจากขัดต่อความเสมอภาคในทางการเมืองและเสรีภาพในการแสดงออก

ในข้อพิพาทนี้ ผู้ร้อง *Alternative für Deutschland* (AfD) ซึ่งเป็นพรรคฝ่ายขวาจัดและมีแนวทางต่อต้านผู้อพยพ ได้จัดการชุมนุม Rote Karte für Merkel! - Asyl braucht Grenzen! (ใบแดงสำหรับ Merkel การลี้ภัยต้องมีข้อจำกัด) โดยจะได้จัดการชุมนุมในเบอร์ลิน วันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015 ข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่า ในวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015 ในหน้าเว็บไซต์ของกระทรวงศึกษาธิการและการวิจัยได้มีการเผยแพร่ข้อมูลต่อสื่อมวลชนถึงกรณีการจัดชุมนุมดังกล่าว โดยผู้ร้องเห็นว่าการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการและการวิจัยผู้ถูกร้องนั้น ขัดต่อสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 21(1) เรื่องความเสมอภาคระหว่างการมีส่วนร่วมทางการเมืองและเสรีภาพในการแสดงออก

ข้อพิพาทนี้ผู้ร้องได้ทำคำร้องตามมาตรา 32(7) ของรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และขอให้มีการไต่สวนฉุกเฉินเพื่อกำหนดมาตรการชั่วคราวในการคุ้มครองผู้ร้องจากการกระทำของผู้ถูกร้อง

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับคำร้องขอไต่สวนฉุกเฉินไว้และได้ทำการพิจารณา โดยปรากฏตามข้อเท็จจริงว่าหน่วยงานของรัฐกระทำการอันไม่เป็นกลางทางการเมืองและอาจส่งผลในทางการเมืองได้หากยังไม่มีการระงับการทำการ จึงได้มีคำสั่งที่ BVerfGE 140, 225 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015 กำหนดมาตรการชั่วคราวโดยให้กระทรวงศึกษาธิการและการวิจัยนำเอาข้อมูลเผยแพร่ต่อสื่อมวลชนออกจากเว็บไซต์

โดยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ความเสมอภาคในการเลือกตั้งนั้น ไม่ได้ดำรงอยู่เฉพาะแต่ในช่วงของการหาเสียงเลือกตั้งเท่านั้น หากแต่เป็นความเสมอภาคทั่วไป รัฐจึงมีหน้าที่ที่เป็นกลางเท่านั้น

ในการจัดกิจกรรมของรัฐ รัฐจะต้องคำนึงถึงผลที่ตามมาในทางการเมืองว่าก่อให้เกิดความได้เปรียบหรือเสียเปรียบอันขัดต่อมาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐานหรือไม่ และยังชี้ให้เห็นถึงความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยเฉพาะในกิจกรรมทางการเมืองที่หน่วยงานของรัฐจะต้องไม่แสดงออกในกิจกรรมที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างพรรคการเมือง และข้อมูลเผยแพร่ต่อสื่อมวลชนที่ปรากฏในเว็บไซต์นั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นการอธิบายข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับนโยบายด้านผู้ลี้ภัยของรัฐบาล หากแต่มีลักษณะเป็นการตอบโต้การชุมนุมมากกว่า

3) คำสั่งที่ BvR 2926/13

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการชั่วคราวให้ผู้เยาว์อยู่ในความดูแลของสถานรับเลี้ยงเด็กจนกว่าจะหาผู้ปกครองตัวจริงได้

ข้อพิพาทนี้ผู้ร้อง ตาและยายของผู้เยาว์ได้ทำการร้องขอสิทธิในการเลี้ยงดูหลานของตน ซึ่งเป็นหลานคนแรกและได้ถือกำเนิดขึ้นใน ค.ศ. 2001 และอยู่ในการดูแลของตาและยายตั้งแต่เกิดภายใต้ความยินยอมของมารดา หลานคนที่ 2 กำเนิดในปี ค.ศ. 2008 โดยอยู่อาศัยกับมารดาในบ้านของผู้ร้องมาตั้งแต่กำเนิด อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 2011 มารดาได้ย้ายออกไปอาศัยกับเพื่อนและได้นำบุตรสาวทั้งสองไปด้วย และในช่วงฤดูใบไม้ผลิ ค.ศ. 2011 ศาลครอบครัวได้มีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนสิทธิการเลี้ยงดูของมารดาที่มีต่อบุตรทั้งสอง และกำหนดให้บุตรทั้งสองอยู่ในความดูแลของสำนักงานสวัสดิการและสงเคราะห์ผู้เยาว์ ในเดือนธันวาคมปีเดียวกัน บุตรสาวคนเล็ก ได้รับการดูแลโดยครอบครัวอุปถัมภ์ และในวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 2013 ศาลครอบครัวได้เพิกถอนสิทธิเลี้ยงดูของมารดาอย่างเด็ดขาดและกำหนดให้บุตรสาวคนโตอยู่ในความดูแลของตาและยาย

โดยศาลเยาวชนระดับภาคได้ปฏิเสธคำอุทธรณ์ของผู้ร้องในการขอเป็นผู้มีอำนาจปกครองหลานสาวคนเล็ก และผู้ร้องได้นำข้อพิพาทนี้มายังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยของศาลครอบครัวระดับภาค

โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้อ้างสิทธิตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 6 ในเรื่องการได้รับความคุ้มครองโดยคนในครอบครัวโดยเฉพาะอย่างยิ่งลำดับญาติที่ใกล้ชิด โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ชี้ให้เห็นถึงสิทธิของผู้ร้องในฐานะตาและยาย ว่ามีสิทธิตามมาตรา 6 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน ในการร่วมกำหนดผู้ปกครองหรือผู้ร่วมดูแลผู้เยาว์ อย่างไรก็ตาม ผู้ร้องไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา 6 วรรคสอง ได้เนื่องจากเป็นสิทธิที่ให้แก่บิดามารดาเท่านั้น

ในกรณีที่จะไม่ตั้งญาติลำดับใกล้ชิดเป็นผู้ปกครองต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าญาติใกล้ชิดไม่อาจรักษาประโยชน์สำคัญของผู้เยาว์ได้

ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการชั่วคราวโดยให้ผู้เยาว์อยู่ในความดูแลของสำนักงานสวัสดิการและสงเคราะห์ผู้เยาว์ จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

4) คำสั่งที่ BVerfGE 34/341

คดีนี้ผู้ร้องได้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยให้ช่อง ZDF ยุติการออกอากาศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลของผู้ร้อง เนื่องจากผู้ร้องอยู่ในระหว่างการถูกจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลอันเนื่องมาจากให้ความช่วยเหลือในการประกอบอาชญากรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการชั่วคราวให้ช่อง ZDF ยุติการออกอากาศในสารคดีดังกล่าวจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่ง

3.2.2.3 ผลทางกฎหมายเกี่ยวเนื่องกับคำร้องขอให้กำหนดมาตรการชั่วคราว

ในการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น ย่อมคาดหมายได้ว่าผลของคำร้องย่อมสามารถออกได้เป็น 2 ทาง ได้แก่

1) กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะกำหนดมาตรการชั่วคราว หากศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น ย่อมหมายความว่าคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวมีผลตามมาตรา 31 (1) BVerfGG[209] ซึ่งมีผลบังคับทางกฎหมาย

---

[209] **§ 31** (1) The decisions of the Federal Constitutional Court shall be binding upon federal and Land constitutional organs as well as on all courts and administrative authorities.

2) การสิ้นผลของมาตรการชั่วคราว โดยหลักมาตรการชั่วคราวย่อมสิ้นผลตามเงื่อนเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดไว้ในคำสั่ง อย่างไรก็ตามมาตรการชั่วคราวที่ศาลได้กำหนดขึ้นอาจถูกโต้แย้งได้ตามมาตรา 32 (3) (4) ของ BVerfGG[210] หรืออาจถูกยกเลิกหากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงใหม่หรือข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเกิดขึ้น

ตัวอย่างของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราว เช่น BVerfGE 1,1; BVerfGE 1, 74 (การส่งผู้ร้ายข้ามแดน), BVerfGE 7, 367 (การทำประชาพิจารณ์) BVerfGE 8, 102 (การบังคับคดีอาญา) และอื่น ๆ ที่ปรึกษาจะไม่นำเสนอในรายงานชิ้นนี้เนื่องจากมีผู้ได้ทำการศึกษาวิจัยไว้เป็นอย่างดีแล้ว[211]

โดยสรุปแล้วศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นสามารถที่จะกำหนดมาตรการชั่วคราวได้หากศาลเห็นว่า หากไม่มีการกำหนดมาตรการชั่วคราวไว้ก่อนนั้นจะทำให้ผู้ร้องได้รับความเสียหายเกินกว่าจะเยียวยาได้ในภายหลัง หรือเป็นกรณีที่เร่งด่วนและอาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง ซึ่งศาลมีดุลพินิจในการพิจารณาว่ามีความจำเป็นหรือไม่ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษา

3.2.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญของเยอรมันนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการวินิจฉัยอรรถคดีต่าง ๆ และไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันเป็นอำนาจหน้าที่ทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญ

---

[210] (3) A protest may be lodged if the preliminary injunction is issued or refused by an order of the Court. This shall not apply to the complainant in constitutional complaint proceedings. The Federal Constitutional Court shall decide on the protest after an oral hearing. The hearing shall be held within two weeks of receiving the reasons for the protest.

(4) A protest against a preliminary injunction shall not have suspensive effect. The Federal Constitutional Court may stay the execution of the preliminary injunction.

[211] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548); สุภัทร แสงประดับ, *การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.).

หากแต่ยังมีอำนาจอื่น ๆ เช่น การกระทำบางประการที่อาจกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น การเผยแพร่ข้อมูลของบุคคลแม้ว่าจะเป็นบุคคลที่อยู่ในระหว่างการคุมขังโดยรัฐ การวินิจฉัยอำนาจในการปกครองผู้เยาว์ หรือการดูแลให้พรรคการเมืองดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอย่างเสมอภาคกัน อีกทั้งยังรวมถึงการควบคุมดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองมิให้ขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน

ดังนั้น ในข้อพิพาทนอกเหนือจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วนั้น ข้อพิพาทอื่นจำเป็นจะต้องมีการกำหนดวิธีการบังคับคดีเพื่อให้เป็นไปตามผลแห่งคำพิพากษา

3.2.3.1 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

เนื่องจากกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ไม่ได้กำหนดวิธีการบังคับหรือกำหนดคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องพิจารณาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ดังปรากฏตามมาตรา 31 ที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลเหนือดินแดนของสหพันธ์ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการและองค์กรของฝ่ายปกครองทั้งหลาย[212]

หากเป็นกรณีตามมาตรา 13 ข้อ 6, 6a, 11, 12 และ 14 นั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องมีการบังคับกันให้เป็นไปตามกฎหมาย ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม จำเป็นต้องตีพิมพ์คำวินิจฉัยลงในหนังสือประกาศของรัฐ (เทียบเท่าราชกิจจานุเบกษา) โดยรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมและการคุ้มครองผู้บริโภค[213]

---

[212] Article 31 (1) The decisions of the Federal Constitutional Court shall be binding upon federal and Land constitutional organs as well as on all courts and administrative authorities.

[213] Article 31 (2) In the cases referred to in § 13 nos. 6, 6a, 11, 12, and 14, the decision of the Federal Constitutional Court shall have the force of law. This shall also apply in the cases referred to in § 13 no. 8a if the Federal Constitutional Court declares a law to be

ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นยังเป็นที่ถกเถียงกันว่ามีผลผูกพันแค่ไหนเพียงไร โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตีความมาตรา 31 ว่า เฉพาะแต่เหตุผลหลักและมีเนื้อหาเป็นการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้น ที่จะมีผลผูกพันต่อองค์กรอื่นของรัฐตามมาตรา 31 ส่วนความเห็นอื่น ๆ ของศาลนั้นไม่ถือว่าเป็นเหตุผลหลัก เช่น ข้อสังเกตของศาล เป็นต้น[214] อย่างไรก็ตามในทางวิชาการนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยกับการตีความของศาล เนื่องจากนักวิชาการเห็นว่าผลที่ผูกพันกับองค์กรอื่นของรัฐควรจำกัดเพียงแค่คำบังคับเท่านั้น

ผลผูกพันของคำวินิจฉัยต่อองค์กรตุลาการอื่นและฝ่ายปกครอง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วนั้น องค์กรของรัฐมีหน้าที่ต้องยกเลิกการกระทำที่ขัดต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงต้องห้ามในการกระทำอย่างเดิมอีกในอนาคตจนกว่าข้อกฎหมายจะเปลี่ยนแปลงไป ในกรณีของการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้องค์กรตุลาการต้องละเว้นการนำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับ ในส่วนของฝ่ายปกครองต้องทำการเยียวยาแก้ไขคำสั่งอันเกิดจากกฎหมายนั้น

ในส่วนของการบังคับคดีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG) ได้กำหนดไว้ในมาตรา 35 ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจกำหนดให้ใคร (บุคคลหรือองค์กร) เป็นผู้บังคับตามคำวินิจฉัย โดยเฉพาะในคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกบุคคล ศาลอาจกำหนดวิธีการในการบังคับคดีไว้ได้[215]

---

compatible or incompatible with the Basic Law or if it voids the law. If a law is declared to be compatible or incompatible with the Basic Law or other federal law, or if it is voided, the relevant operative part of the decision shall be published in the Federal Law Gazette by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. This shall apply accordingly to the operative part of the decision in the cases referred to in § 13 nos. 12 and 14.

[214] BVerfGE 1, 14 (37). BVerfGE 96, 375 (404); คนันท์ ชัยชนะ, “ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน,” จุลนิติ 11, ฉ.2(2557): 49.

[215] The Federal Constitutional Court’s decision may specify who is to execute it; in individual cases, it may also specify the method of execution.

การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็นคำวินิจฉัยที่จะต้องบังคับคดีและคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องบังคับคดี คำวินิจฉัยที่จะต้องทำการบังคับคดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการให้กระทำการ ส่วนคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพิสูจน์สิทธิ การก่อตั้งสิทธิ หรือการปฏิเสธคำร้องนั้นถือเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี[216]

โดยหลักทั่วไปแล้วองค์กรของรัฐจะมีความภักดีต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยบางประการองค์กรของรัฐมักจะปฏิบัติตาม เพราะคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีค่าเปรียบเสมือนเป็นกฎหมาย หากแต่ในบางครั้งคู่กรณีอาจทำคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เพื่อให้ศาลได้มีคำสั่งเพื่อบังคับคดีต่อไป ในขั้นตอนของการบังคับคดีนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดไว้ว่าเป็นหน้าที่ขององค์กรใด องค์กรนั้นย่อมมีหน้าที่ในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย มาตรการที่นำมาใช้อาจเป็นมาตรการตามอำนาจหน้าที่ทั่วไปขององค์กรนั้น ๆ ซึ่งหากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวเนื่องกับมาตรการที่ใช้ในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยย่อมเป็นไปตามหลักการทั่วไป ในทางกลับกันหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดวิธีการหรือมาตรการในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยแล้ว หากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับมาตรการย่อมต้องโต้แย้งมายังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยตรง

3.2.3.2 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

1) คำวินิจฉัยให้ยุบพรรคสังคมนิยมแห่งจักรวรรดิ (Sozialistische Reichspartei-SRP)

เป็นพรรคการเมืองที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและให้สมาชิกรัฐสภาที่สังกัดพรรคการเมืองดังกล่าวสิ้นสุดความเป็นสมาชิกรัฐสภา และห้ามมิให้นำเอารายชื่อในบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองดังกล่าวขึ้นมาเป็นสมาชิกรัฐสภา

---

[216] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)*, 92.

โดยมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยดำเนินการ รวมถึงมีการสั่งห้ามจดทะเบียนรับรองพรรคการเมืองดังกล่าวอีก[217]

ข้อพิพาทนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยบนพื้นฐานของมาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐาน ในเรื่องความเสมอภาคในทางการเมืองและเสรีภาพในการแสดงออก โดยศาลชี้ให้เห็นว่า กฎหมายพื้นฐานและกฎหมายนิติบัญญัตินั้นรับรองเสรีภาพในการก่อตั้งพรรคการเมืองและเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางการเมือง อย่างไรก็ตาม การใช้เสรีภาพนั้นจะต้องไม่ขัดต่ออุดมการณ์ของรัฐ ได้แก่ อุดมการณ์เสรีประชาธิปไตย

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อศาล ได้แก่ กลุ่มผู้นำพรรคสังคมนิยมแห่งจักรวรรดิ์นั้น ประกอบไปด้วย อดีตผู้นำกลุ่มสังคมนิยมแห่งชาติ รวมถึงนักกิจกรรมกลุ่มดังกล่าวในปัจจุบัน โดยเจ้าหน้าที่ได้ยึดเอกสารจำนวนหนึ่งที่บ่งชี้ได้ว่าพรรคการเมืองดังกล่าวจะสืบต่ออุดมการณ์ของพรรคสังคมนิยมแห่งชาติ (นาซี) นอกจากเอกสารที่ระบุถึงอุดมการณ์ของพรรคแล้ว การจัดโครงสร้างองค์กรของพรรคยังใกล้เคียงกับการจัดโครงสร้างของพรรคสังคมนิยมแห่งชาติ โดยกำหนดให้ตำแหน่งหัวหน้าพรรคเรียกว่า ผู้นำ *(Fuehrer)* นอกจากนั้น กิจกรรมของพรรคการเมืองยังไม่สอดคล้องกับอุดมการณ์ประชาธิปไตย เช่น การจัดทำโครงการที่คล้ายกับสมัยฮิตเลอร์โดยชูคำขวัญว่า เยอรมันจงตื่น *(Deutschland erwache)* หรือการใช้เพลงสมัยนาซีเป็นเพลงของพรรค เป็นต้น

ด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองและให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยดำเนินการ รวมถึงมีการสั่งห้ามจดทะเบียนรับรองพรรคการเมืองดังกล่าวอีก

2) คำวินิจฉัยให้ยุบพรรคคอมมิวนิสต์ เนื่องจากเป็นพรรคการเมืองที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยดำเนินการ รวมถึงมีการสั่งห้ามจดทะเบียนรับรองพรรคการเมืองดังกล่าวอีก[218]

---

[217] 1BvB 1/51 23 October 1952.

[218] BVerfGE 5, 85, BVerfGE 6,300

ข้อพิพาทนี้มาสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยการยื่นคำร้องของรัฐบาล ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า พรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมัน (KPD) มีวัตถุประสงค์ที่ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พิจารณาตามมาตรา 21 (2) ของกฎหมายพื้นฐานเรื่องความเสมอภาคในทางการเมืองและเสรีภาพในการแสดงออกแล้ว ปรากฏว่าพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมันไม่ได้เคารพต่อหลักการพื้นฐานของเสรีประชาธิปไตย อันได้แก่

1) การเคารพสิทธิมนุษยชน
2) อำนาจอธิปไตยของปวงชน
3) การแบ่งแยกอำนาจ
4) ความรับผิดชอบของรัฐบาล
5) ความชอบด้วยกฎหมายของการบริหารราชการแผ่นดิน
6) ความเป็นอิสระของศาล
7) หลักการหลายพรรคการเมือง
8) หลักความเสมอภาคระหว่างพรรคการเมือง

โดยพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมันกำหนดวิธีการได้มาซึ่งอำนาจปกครองโดยใช้ระบบเผด็จการของชนชั้นกรรมาชีพ และมุ่งหมายให้เกิดการปฏิวัติของชนชั้นกรรมาชีพ ซึ่งวัตถุประสงค์และวิธีการได้มาซึ่งอำนาจของพรรคคอมมิวนิสต์เยอรมันนั้นขัดต่อมาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐานอย่างชัดแจ้ง แม้ว่าพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมันจะได้อ้างถึงการครอบงำรัฐสภาโดยพรรคการเมืองขนาดใหญ่และสิทธิในการต่อต้านตามมาตรา 93 ของกฎหมายพื้นฐานก็ไม่อาจฟังได้ถึงเหตุผลและวิธีการของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมันและองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องและห้ามนายทะเบียนรับจดทะเบียนพรรคการเมืองดังกล่าวอีก

3) คำวินิจฉัยที่ BVerfGE 43,47 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำสั่งให้ยุติการบังคับใช้บทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยการอุดมศึกษาไว้ชั่วคราวและได้มีคำสั่งขยายเวลาการลงทะเบียนในฤดูหนาว

ข้อพิพาทนี้เป็นผลมาจากการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการศึกษาระดับอุดมศึกษา ค.ศ. 1976 ที่กำหนดคุณสมบัติของนักศึกษาที่สามารถลงทะเบียนในภาคฤดูหนาวได้ โดยได้กำหนดให้นักศึกษาที่ลงทะเบียนภาคฤดูร้อนไว้จะถูกระงับการลงทะเบียนไว้ชั่วคราว และกำหนดให้นักศึกษาบางประเภทต้องทำการลงทะเบียนเรียนซ้ำในรายวิชาที่ได้เคยลงทะเบียนมาแล้ว จึงจะมีคุณสมบัติในการลงทะเบียนเรียนในภาคฤดูหนาว

ผู้ร้องเป็นนักศึกษาที่ได้ลงทะเบียนเรียนในหลายรายวิชา เช่น การแพทย์ วิทยาศาสตร์ ทันตแพทย์ เภสัช รวมถึงกฎหมาย เมื่อกฎหมายฉบับดังกล่าวประกาศใช้ย่อมส่งผลโดยตรงต่อผู้ร้อง กล่าวคือผู้ร้องไม่สามารถนำเอารายวิชาดังกล่าวที่ได้ลงทะเบียนเรียนไปแล้วมานับรวมเป็นหน่วยกิตเพื่อลงทะเบียนในฤดูหนาวได้ อีกทั้งระยะเวลาที่เปิดให้ลงทะเบียนในภาคฤดูหนาวยังมีระยะเวลาที่จำกัดเมื่อเทียบกับกฎหมายใหม่ที่ออกมาบังคับใช้ ทำให้ผู้ร้องสูญเสียโอกาสอย่างมาก

ผู้ร้องจึงได้มาร้องยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รับคำร้องและได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการบังคับให้นักศึกษาต้องลงทะเบียนเรียนซ้ำนั้น ถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างร้ายแรง จึงมีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนกฎหมายฉบับดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทะเบียน และกำหนดให้ขยายระยะเวลาในการลงทะเบียนเรียนในภาคฤดูหนาวออกไปโดยให้ใช้เฉพาะกับนักศึกษาที่ได้ลงทะเบียนเรียนภายหลังกฎหมายฉบับนี้บังคับใช้เท่านั้น

3.2.4 บทสรุปการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสาธารณรัฐเยอรมนี

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการ

กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยเงื่อนไขของการกำหนดมาตรการดังกล่าว ได้แก่ การคำนึงถึงความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นหากไม่มีการกำหนดมาตรการดังกล่าว รวมถึงการพิจารณาความเป็นไปได้ของผลแห่งคดีที่อาจเกิดขึ้น นอกจากนั้นคำสั่งไม่กำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวนั้นถือเป็นที่สุด ในทางกลับกันคำสั่งกำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวนั้นสามารถอุทธรณ์ได้

เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายก่อนประกาศใช้ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ bverfge 77, 84 104 โดยได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญไปแล้ว หากสมาชิกรัฐสภาจะนำเสนอร่างกฎหมายที่มีเนื้อความอย่างเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะทำการวินิจฉัยทันทีว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องให้มีการชี้แจง

ในส่วนของคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น โดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะไม่กำหนดคำบังคับเนื่องจากหน่วยงานของรัฐจะอยู่บนพื้นฐานของความเคารพหลักการในรัฐธรรมนูญ อันส่งผลให้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ทำคำวินิจฉัยใดมาหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามเสมอ อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดได้ว่าจะให้บุคคลหรือองค์กรใดเป็นผู้ดำเนินการตามคำวินิจฉัย เช่น การสั่งห้ามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรับจดทะเบียนพรรคการเมือง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เองนั้นมีคำบังคับอยู่ในตัว เช่น ในปี ค.ศ. 2008 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งขัดต่อรัฐธรรมนูญและต้องได้รับการแก้ไข[219]

[219] BVerfGE 121, 266

ภายหลังจากที่ได้มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 2012[220] แล้วปรากฏว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขดังกล่าวไม่เข้ากับเงื่อนไขที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางไว้ ส่งผลให้รัฐบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งขัดต่อรัฐธรรมนูญ และส่งผลให้มีการแก้ไขอีกครั้งในปี ค.ศ. 2013

จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่จำเป็นต้องกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยบางประเภท เพราะองค์กรของรัฐย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจะภักดีต่อรัฐธรรมนูญ

3.3 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสาธารณรัฐเกาหลี

ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีมีอายุกว่า 32 ปีมาแล้ว ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา สาธารณรัฐเกาหลีถือเป็นประเทศที่มีพัฒนาการอย่างรวดเร็วในด้านเศรษฐกิจ ส่วนในด้านการเมืองการปกครองนั้น เกิดความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญและมีพัฒนาการตามแนวคิดในระบอบประชาธิปไตย แม้จะไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญมากดังเช่นประเทศไทย แต่ก็ถือได้ว่าเป็นประเทศหนึ่งที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญหลายครั้ง จึงถือได้ว่าเป็นประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศไทย ที่ปรึกษาจึงเห็นว่ามีความเหมาะสมที่จะนำเอาวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีในเรื่องการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยมาทำการศึกษาเปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย เพื่อประโยชน์ในการนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

ความเป็นมาของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสาธารณรัฐเกาหลี เริ่มต้นจากคาบสมุทรเกาหลีถูกปกครองโดยจักรวรรดิญี่ปุ่นภายใต้สนธิสัญญาผนวกดินแดนญี่ปุ่น-เกาหลี (Japan – Korea Treaty of 1910) ถึงแม้ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวอาจมีข้อถกเถียงในเรื่อง

[220] BVerfGE 131, 316

ความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม[221] แต่ในทางปฏิบัติดินแดนเกาหลีก็ถูกปกครองอยู่เป็นระยะเวลายาวนานกว่า 35 ปี จวบจนระบบจักรวรรดินิยมของประเทศญี่ปุ่นได้ล่มสลายไป ภายหลังการพ่ายแพ้สงครามของประเทศญี่ปุ่นในสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1945

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจักรวรรดิญี่ปุ่นจะล่มสลายไปแล้ว คาบสมุทรเกาหลีกลับตกอยู่ภายใต้การยึดครองของ 2 มหาอำนาจ คือ กองทัพสหภาพโซเวียต ซึ่งเข้าครอบครองคาบสมุทรเกาหลีจากทางตอนเหนือโดยมีกรุงเปียงยางเป็นศูนย์กลาง และทางตอนใต้ซึ่งมีกรุงโซลเป็นศูนย์กลางนั้น ถูกยึดครองโดยกองทัพสหรัฐ ทำให้คาบสมุทรเกาหลีถูกแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ เกาหลีเหนือ และเกาหลีใต้ โดยถือเอาเส้นขนานที่ 38 เป็นแนวแบ่งเขตแดน ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปในเกาหลีใต้เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1948 รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีก็เริ่มบริหารประเทศอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1948 (ปัจจุบันถือเป็นวันฉลองอิสรภาพในสาธารณรัฐเกาหลี) ในขณะที่รัฐบาลของสาธารณรัฐประชาชนประชาธิปไตยแห่งเกาหลี ซึ่งมีนายคิม อิล-ซอง (Kim Il-sung) เป็นผู้นำนั้น เริ่มบริหารประเทศอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 9 กันยายน ในปีเดียวกัน

สำหรับกฎหมายสูงสุดของประเทศ คือรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีนั้นถูกประกาศใช้เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1948 นับจากฉบับแรกจวบจนปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีถูกยกเลิก และแก้ไขเพิ่มเติมเป็นจำนวน 9 ครั้ง คือ

ครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1952 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน
ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1954 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน
ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1960 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน
ครั้งที่ 4 เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1960 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน

---

[221] Yutaka Kawasaki, "Was the 1910 Annexation Treaty between Korea and Japan Concluded Legally?," *Murdoch University Electronic Journal of Law 3*, no.2 (1996). http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v3n2/kawasaki.html

ครั้งที่ 5 เมื่อวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 1962 โดยมีการยกเลิกและยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับ

ครั้งที่ 6 เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1969 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน

ครั้งที่ 7 เมื่อวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1972 โดยมีการยกเลิกและยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับ

ครั้งที่ 8 เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1980 โดยมีการยกเลิกและยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับ

ครั้งที่ 9 เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1987 โดยมีการยกเลิกและยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับ

โดยเมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองและกฎหมายตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาของสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว อาจแบ่งประวัติของสาธารณรัฐเกาหลีได้เป็น 6 ยุค ดังนี้

สาธารณรัฐที่หนึ่ง (ค.ศ. 1948-1960) เริ่มตั้งแต่เกาหลีใต้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก โดยกำหนดให้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีประธานาธิบดีเป็นประมุขและหัวหน้าฝ่ายบริหาร มีคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีที่มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี ประธานาธิบดีคนแรกของเกาหลีใต้ คือ นายอิ ซึง-มัน (Syngman Rhee) ซึ่งอยู่ในตำแหน่งเป็นระยะเวลายาวนาน ถึง 12 ปี

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญ หมวดที่ 5 ยังได้บัญญัติว่า “เมื่อมีประเด็นโต้แย้งถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายใดในระหว่างการพิจารณาของศาล ศาลนั้นอาจร้องขอให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Committee) พิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด”[222] โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติให้ “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” ประกอบด้วย ผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวนห้าคน สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (National Assembly) จำนวนห้าคน โดยมีรองประธานาธิบดีเป็นประธานคณะกรรมการ

[222] ต้นฉบับ “When the constitutionality of a law is at issue in a trial, the court shall request a decision of the Constitutional Committee, and shall rule according to the decision thereof.”

จะเห็นได้ว่า อำนาจของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะแต่การวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น ส่วนการวินิจฉัยในกรณีถอดถอนบุคคลให้พ้นจากตำแหน่ง (impeachment) ณ เวลานั้น ยังเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลคดีถอดถอน (the Court of Impeachment) ซึ่งเป็นอีกองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ดี ตลอดระยะเวลากว่า 10 ปี คณะกรรมการรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลับไม่ได้มีบทบาทสำคัญมากนัก โดยจะเห็นได้จากการที่มีคำวินิจฉัยเพียง 6 คดีเท่านั้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าว และมีเพียง 2 คดีเท่านั้นที่วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ[223]

ในช่วงต้นของสาธารณรัฐที่หนึ่งนี้ ซึ่งถือเป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อของการสร้างชาติ เกิดสงครามครั้งสำคัญระหว่างเกาหลีเหนือและเกาหลีใต้ หรือที่รู้จักกันในนาม “สงครามเกาหลี” (Korean war) สงครามเริ่มต้นขึ้นเมื่อกองทัพเกาหลีเหนือ (KPA) ภายใต้การสนับสนุนของสหภาพโซเวียตและสาธารณรัฐประชาชนจีน ทำการรุกรานและเดินทัพข้ามพรมแดน ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1950 และทำการปะทะกับกองทัพเกาหลีใต้ (ROKA) ภายใต้การสนับสนุนจากกองกำลังสหประชาชาติ (UNC) การสู้รบดำเนินไปอย่างรุนแรง จนกระทั่งยุติลงเมื่อมีการลงนามในข้อตกลงหยุดยิงชั่วคราว (Korean Armistice Agreement) เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1953 โดยผลจากข้อตกลงดังกล่าวทำให้มีการกำหนดเขตปลอดทหารเกาหลี (Korean Demilitarized Zone) หรือ DMZ ขึ้น และกลายเป็นแนวเขตกันชนระหว่างเกาหลีเหนือกับเกาหลีใต้มาจนถึงปัจจุบัน

แม้ในขณะที่สงครามเกาหลียังคงรบพุ่งกันอยู่นั้น ประธานาธิบดีอิ ซึง-มัน ได้พยายามผลักดันร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อปรับแก้ให้ตำแหน่งประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งทางตรง แม้ว่าการยื่นร่างฯ ครั้งแรกในเดือนมกราคม ค.ศ. 1952 จะไม่ประสบความสำเร็จ เพราะเสียงส่วนใหญ่ในสภานิติบัญญัติ

---

[223] Constitutional Court of Korea, *“History of Constitutional Adjudication,”* Accessed May 10, 2020. http://english.ccourt.go.kr/cckhome/engNew/introduction/history/historyOfConsAdju.do.

แห่งชาติไม่เห็นด้วย แต่การประกาศกฎอัยการศึก การจับกุมและข่มขู่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ตลอดจนฝ่ายตรงข้ามทางการเมือง ก็ทำให้การยื่นร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติไปได้อย่างง่ายดาย[224] ภายหลังการแก้ไขรัฐธรรมนูญประเด็นการเลือกตั้งประธานาธิบดีทางตรง ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1952 ลุล่วงไปแล้ว นายอิ ซึง-มัน ก็ได้รับเลือกเป็นประธานาธิบดีอีกสมัย หลังชัยชนะจากการเลือกตั้งในวันที่ 5 สิงหาคม ปีเดียวกัน

ต่อมาแม้ว่าสงครามเกาหลีจะได้ยุติลงแล้ว ประธานาธิบดี อิ ซึง-มัน ยังคงพยายามที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งก่อนที่ตนเองจะดำรงตำแหน่งครบวาระ โดยในครั้งนี้เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประธานาธิบดีสามารถดำรงตำแหน่งได้เกินกว่า 2 วาระ และยกเลิกตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ผลจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ ทำให้นายอิ ซึง-มัน ได้รับการเลือกตั้งอีกครั้งในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1956 และดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีติดต่อกันเป็นวาระที่ 3 ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นใดอีกแล้ว เพราะประธานาธิบดีมีอำนาจแทบจะเบ็ดเสร็จเด็ดขาด อีกทั้งมีกลไกอำนาจรัฐอย่างเต็มที่

อย่างไรก็ดี ความไม่พอใจของประชาชนต่อการใช้อำนาจรัฐเริ่มขยายตัวเพิ่มขึ้น จนกระทั่งเมื่อถึงคราวเลือกตั้งประธานาธิบดีในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1960 เมื่อนายอิ ซึง-มัน สามารถเอาชนะการเลือกตั้งไปได้โดยไร้คู่แข่ง เนื่องจากคู่แข่งที่จะลงสมัครรับเลือกเป็นประธานาธิบดีทั้งสองคนนั้น คนหนึ่งถูกกล่าวหาว่าเป็นคอมมิวนิสต์ และถูกตัดสินประหารชีวิต ส่วนอีกคนหนึ่งนั้นเสียชีวิต 1 เดือนก่อนการเลือกตั้ง ความไม่พอใจต่อพฤติการณ์และเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น นำไปสู่การชุมนุมประท้วงและการปราบปรามผู้ชุมนุมอย่างรุนแรง ณ เมืองมาซาน (Masan) จนขยายตัวไปสู่การปฏิวัติเดือนเมษายน (April Revolution) ส่งผลให้ ประธานาธิบดี อิ ซึง-มัน ตัดสินใจลาออกจากตำแหน่ง นับเป็นการสิ้นสุดของสาธารณรัฐที่หนึ่ง

---

[224] วิเชียร อินทะสี, *"เกาหลีใต้ภายใต้ระบอบอำนาจนิยมของรัฐบาลประธานาธิบดีอีซึงมัน,"* *วารสารเอเชียตะวันออกศึกษา 12*, ฉ.2 (2550-2551): 41-42.

สาธารณรัฐที่สอง (ค.ศ. 1960-1961) ภายหลังการลาออกและการลี้ภัยของประธานาธิบดี อิ ซึง-มัน ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้ง โดยในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจของประธานาธิบดีโดยมิชอบ จึงมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองจากระบอบประธานาธิบดีมาเป็นการปกครองภายใต้ระบบรัฐสภา และจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นการทั่วไปเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1960 ส่วนการเลือกตั้งประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น จัดขึ้นเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1960 โดยมีนายยุน โบ-ซ็อน (Yun Posun) ได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี แต่ภายใต้ระบบรัฐสภานั้น ยุน โบ-ซ็อน จึงมีสถานะเป็นเพียงประมุขแต่เพียงในนาม (figurehead) เท่านั้น เพราะผู้ที่มีอำนาจอย่างแท้จริงในทางบริหารคือตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีมติให้นายชัง มย็อน (Chang Myon) เป็นผู้ดำรงตำแหน่ง อย่างไรก็ดี สาธารณรัฐที่สองนี้ มีระยะเวลาอยู่เพียงประมาณ 1 ปี เท่านั้น

นอกจากการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ฉบับปี ค.ศ. 1960 มาตรา 8 ยังได้บัญญัติให้มีการจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ขึ้นเป็นครั้งแรก โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ตุลาการจำนวน 9 คน มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้แต่งตั้งจากบุคคลดังต่อไปนี้ 1) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี จำนวนสามคน 2) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลฎีกา จำนวนสามคน และ 3) บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวนสามคน

สำหรับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1960 ได้มีการเพิ่มเติมเขตอำนาจในการพิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ เดิมคณะกรรมการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเฉพาะแต่การวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ นอกจากอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ยังมีอำนาจในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญ

อันมีผลเป็นที่สุดและผูกพันทุกองค์กร อำนาจในการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร คดียุบพรรคการเมือง คดีถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และคดีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งประธานาธิบดี ประธานศาลฎีกา หรือตุลาการอื่น[225]

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก และได้มีการตรารัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่การรัฐประหารในวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 ที่นำโดยนายพลพัก ช็อง-ฮี (Park Chung-Hee) ได้ก่อการยึดอำนาจบริหารประเทศภายใต้เหตุผลที่ว่า ต้องการต่อต้านภัยคอมมิวนิสต์ สร้างความเป็นปึกแผ่น และขจัดการทุจริตทางการเมือง ส่งผลให้รัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นอันยุติลง และสาธารณรัฐเกาหลีเข้าสู่การปกครองภายใต้รัฐบาลทหาร ที่เรียกว่า “สภาสูงสุดเพื่อการปฏิรูปประเทศ” (Supreme Council for National Reconstruction หรือ SCNR) ถือเป็นการยุติการปกครองของเกาหลีใต้ ในยุคสาธารณรัฐที่สอง ซึ่งถือเป็นยุคที่มีระยะเวลาอันสั้นที่สุดในประวัติศาสตร์สาธารณรัฐเกาหลี

สาธารณรัฐที่สาม (ค.ศ. 1961-1972) ในช่วงต้นของสาธารณรัฐที่สาม ภายหลังนายพลพัก ช็อง-ฮี (Park Chung-Hee) เข้ายึดอำนาจในการบริหารประเทศเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแล้ว ได้มีการทำประชามติในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1962 เพื่อกลับไปใช้ระบบการปกครองแบบประธานาธิบดีตามเดิม พร้อมคำมั่นสัญญาว่ารัฐบาลทหารจะไม่ยุ่งเกี่ยวทางการเมืองหลังการเลือกตั้งที่กำลังจะจัดขึ้น แต่สุดท้ายเมื่อถึงคราวเลือกตั้งประธานาธิบดี ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1963 นายพลพัก ช็อง-ฮี ก็ได้นำทีมคนสนิทของเขาลงสนามการเลือกตั้งในนามพรรค Democratic Republican Party หรือ DRP และชนะการเลือกตั้งไปอย่างฉิวเฉียด ได้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 3 ของประเทศ และกลายมาเป็นประธานาธิบดีที่ดำรงตำแหน่งยาวนานที่สุดในประวัติศาสตร์ของเกาหลีใต้อีกด้วย

ในฐานะ “เผด็จการที่มุ่งเน้นการพัฒนา” (Developmental Dictatorship) นายพลพัก ช็อง-ฮี ได้สร้างการพัฒนาให้กับเกาหลีใต้เป็นอย่างมาก จึงไม่น่าแปลกใจ

[225] Constitutional Court of Korea, “History of Constitutional Adjudication.”

ที่จะมีผู้ชื่นชอบหรือรู้สึกดีต่อผู้นำเผด็จการเจ้าของฉายา “บุรุษเหล็กแห่งเอเชีย” ผู้นี้ไม่น้อย แม้กระทั่งในทางการเมืองยังมีการแบ่งลักษณะจุดยืนทางการเมืองโดยอาศัยจุดยืนที่มีต่ออดีตประธานาธิบดีพัก ช็อง-ฮี เป็นเกณฑ์ในการแบ่งเป็นกลุ่ม Pro-Park และ Anti-Park อย่างชัดเจน[226]

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1962 บัญญัติให้อำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การวินิจฉัยคดียุบพรรคการเมือง และคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง อยู่ในเขตอำนาจของศาลฎีกา ส่วนคดีถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่ในเขตอำนาจของคณะกรรมการถอดถอน (Impeachment Committee) ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีระบบในการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กร[227]

สาธารณรัฐที่สี่ (ค.ศ. 1972-1980)

วันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 1972 นายพลพัก ช็อง-ฮี ทำการปฏิวัติตนเอง โดยการประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วประเทศ มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ และประกาศยุบสภาและจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ผ่านกระบวนการประชามติอย่างรวดเร็วในปีเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หรือที่เรียกกันว่า “รัฐธรรมนูญยูชิน” (Yushin Constitution) มีสาระสำคัญ คือการกำหนดให้ประธานาธิบดีไม่ต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนและมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 6 ปี ทั้งนี้โดยไม่จำกัดจำนวนวาระในการดำรงตำแหน่งอีกต่อไป และนายพลพัก ช็อง-ฮี ก็ได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีอีกครั้ง

แม้ว่าในภาพรวมด้านเศรษฐกิจของประเทศเกาหลีใต้จะได้รับการยอมรับในความเป็น “แบบอย่างของชาติกำลังพัฒนา” จนได้รับการขนานนามผลการพัฒนาประเทศดังกล่าวว่าเป็น “มหัศจรรย์บนฝั่งแม่น้ำฮั่น”[228] (Miracle on the Han River) และความสำเร็จอย่างล้นหลามในการยกระดับประเทศสู่การเป็นประเทศพัฒนาแล้ว

---

[226] นิธิ เนื่องจำนงค์, “Bringing Park Chung Hee Back: บทความปริทัศน์,” *วารสารสังคมศาสตร์ 10*, ฉ.1 (2557): 137-159.

[227] Constitutional Court of Korea, “History of Constitutional Adjudication.”

[228] หมายถึง แม่น้ำฮั่น (Han River) ซึ่งเป็นแม่น้ำสำคัญในเกาหลีใต้

ก็ตาม แต่ในด้านการบริหารประเทศเริ่มมีการต่อต้านในเรื่องรูปแบบการปกครองที่เป็นเผด็จการและการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน[229]

ต่อมานายพลพัก ช็อง-ฮี ได้ถูกลอบสังหาร และเสียชีวิตลงเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 1979 โดยนายคิม แจ-คิว (Kim Jae-gyu) ผู้อำนวยการสำนักงานข่าวกรองของประเทศเกาหลีใต้ (Korean Central Intelligence Agency หรือ KCIA) นายชอย คิว-ฮา (Choi Kyu-hah) ได้รับการเลือกตั้งจากสภารวมชาติให้เป็นประธานาธิบดี แต่ก็บริหารประเทศได้เพียง 5 เดือนเท่านั้น เนื่องจากเกิดการจลาจลเป็นการทั่วไป และฝ่ายทหารนำโดย พลโทชุน ดุ-วาน (Chun Doo-hwan) จึงได้ทำการแทรกแซงทางการเมืองอีกครั้ง

สาธารณรัฐที่ห้า (ค.ศ. 1980-1986)

พลเอกชุน ดุ-วาน ได้รับการเลือกตั้งจากสภารวมชาติให้เป็นประธานาธิบดี มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กำหนดให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งได้สมัยเดียว โดยมีระยะเวลาดำรงตำแหน่ง 7 ปี

รัฐธรรมนูญยูชิน ค.ศ. 1972 และรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1980 กลับมาใช้รูปแบบคณะกรรมการรัฐธรรมนูญอีกครั้ง โดยมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การวินิจฉัยเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การวินิจฉัยเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง โดยอำนาจเหล่านี้จะเกิดขึ้นหากได้รับการร้องขอจากศาลอื่น จึงทำให้อำนาจของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญนี้เป็นอำนาจแค่เพียงในนามเท่านั้น เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้วคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในยุคสาธารณรัฐที่สี่ - ห้า ไม่เคยมีคำวินิจฉัยคดีใดเลยตลอดช่วงระยะเวลาดังกล่าว[230]

สาธารณรัฐที่หก (ค.ศ. 1987 - ปัจจุบัน)

มีการเดินขบวนเรียกร้องของประชาชนเพื่อประชาธิปไตยขึ้น ส่งผลให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1987 โดยเฉพาะในประเด็นด้านสิทธิและ

---

[229] ดำรงค์ ฐานดี, “จากอนุรักษ์นิยมแบบดั้งเดิมมาเป็นอนุรักษ์นิยมแบบปัก กึนเฮ: กรณีศึกษาประเทศเกาหลีใต้,” สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2563. http://www3.ru.ac.th/korea/korean_wave_th/kwave21.pdf.

[230] Constitutional Court of Korea, “History of Constitutional Adjudication.”

เสรีภาพของประชาชน และได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ในบทบัญญัติหมวดที่ 6 มาตรา 111-113 ซึ่งได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาคดีต่าง ๆ ดังเช่นในปัจจุบัน และเพื่อให้สอดรับกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงได้มีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เมื่อวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 1988 และต่อมาในวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1988 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดแรก จำนวนทั้งสิ้น 9 คน ก็ได้รับการแต่งตั้ง ถือเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์สาธารณรัฐเกาหลีที่มีศาลรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นอย่างแท้จริง ไม่นับศาลรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1960 ที่บัญญัติไว้แต่ไม่ได้มีการจัดตั้ง และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีก็ได้ทำหน้าที่ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวเกาหลีใต้เรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบัน

สำหรับในด้านการเมืองการปกครองของสาธารณรัฐเกาหลีในสาธารณรัฐที่หกนี้ เป็นการเมืองที่มีเสถียรภาพและมีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น โดยมีประธานาธิบดีซึ่งมาจากการเลือกตั้งทางตรง และทำหน้าที่บริหารประเทศหลายคน ได้แก่

นายโน แท-อู (Roh Tae-woo) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 6 ระหว่างปี ค.ศ. 1988-1993

นายคิม ย็อง-ซัม (Kim Young-sam) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 7 ระหว่างปี ค.ศ. 1993-1998

นายคิม แด-จุง (Kim Dae-jung) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 8 ระหว่างปี ค.ศ. 1998-2003

นายโน มู-ฮย็อน (Roh Moo-hyun) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 9 ระหว่างปี ค.ศ. 2003-2008

นายอี มย็อง-บัก (Lee Myung-bak) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 10 ระหว่างปี ค.ศ. 2008-2013

นางพัก กึน-ฮเย (Park Geun-hye) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 11 ระหว่างปี ค.ศ. 2013-2017[231]

นายมู แจ-อิน (Moon Jae-in) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนที่ 12 ระหว่างปี ค.ศ. 2017 - ปัจจุบัน (พฤษภาคม ค.ศ. 2020)

3.3.1 บทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี (Constitutional Court of Korea)

โดยในรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไว้เพียง 3 มาตรา ได้แก่ มาตรา 111 เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ฯ องค์ประกอบ ที่มา และการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ[232] มาตรา 112 เกี่ยวกับวาระในการดำรงตำแหน่ง ลักษณะต้องห้าม และหลักประกันในการดำรงตำแหน่ง[233] และในส่วนของมาตรา 113 เกี่ยวกับ

---

[231] ประธานาธิบดีหญิงคนแรก และยังเป็นประธานาธิบดีคนแรกที่ถูกถอดถอนจากตำแหน่งโดยรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ได้รับรองมติดังกล่าว

[232] The Constitution of the Republic of Korea, Chapter VI the Constitutional Court, Article 111

(1) The Constitution Court shall adjudicate the following matters:
   1. The unconstitutionality of a law upon the request of the courts;
   2. Impeachment;
   3. Dissolution of a political party;
   4. Disputes about the jurisdictions between State agencies, between State agencies and local governments and between local governments; and
   5. Petitions relating to the Constitution as prescribed by law.

(2) The Constitution Court shall be composed of nine adjudicators qualified to be court judges, and they shall be appointed by the President.

(3) Among the adjudicators referred to in Paragraph (2), three shall be appointed from persons selected by the National Assembly, and three appointed from persons nominated by the Chief Justice.

(4) The head of the Constitution Court shall be appointed by the President from among the adjudicators with the consent of the National Assembly.

[233] The Constitution of the Republic of Korea, Chapter VI the Constitutional Court, Article 112

(1) The term of office of the adjudicators of the Constitution Court shall be six years and they may be reappointed under the conditions as prescribed by law.

(2) The adjudicators of the Constitution Court shall not join any political party, nor shall they participate in political activities.

(3) No adjudicator of the Constitution Court shall be expelled from office except by impeachment or a sentence of imprisonment or heavier punishment.

การลงมติในคดีแต่ละประเภท อำนาจของศาลในการวางหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนรายละเอียดต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ[234] เพื่อเป็นการกำหนดรายละเอียดและวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี รัฐสภาจึงได้ตรารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1988 ซึ่งได้มีการปรับปรุงและใช้มาจนปัจจุบัน โดยในรัฐบัญญัติดังกล่าวได้มีการบัญญัติถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีในการสั่งใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

3.3.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court Act) ได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้ในแต่ละประเภทคดีเป็นการเฉพาะ โดยหากพิจารณาแล้วจะสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

3.3.2.1 วิธีพิจารณาของศาลสูงสุดเกาหลีในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติ

สำหรับกรณีนี้ เป็นกรณีที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งมีคดีที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยนี้อยู่ 2 ประเภทคดี ได้แก่ คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

---

[234] The Constitution of the Republic of Korea, Chapter VI the Constitutional Court, Article 113

(1) When the Constitution Court makes a decision on the unconstitutionality of a law, impeachment, dissolution of a political party or a petition relating to the Constitution, the concurrence of six adjudicators or more shall be required.

(2) The Constitution Court may establish regulations relating to its proceedings and internal discipline and regulations on administrative matters within the limits of law.

(3) The organization, function and other necessary matters of the Constitution Court shall be determined by law.

1) คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่ศาลซึ่งกำลังทำการพิจารณาคดีใดอยู่ หากศาลเห็นเอง (ex officio) หรือโดยคำร้องขอของคู่กรณี ศาลที่ทำการพิจารณาอยู่นั้น อาจยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นได้ คำร้องดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือพร้อมระบุเหตุผลประกอบการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา และห้ามคู่กรณีโต้แย้งศาลที่ทำการพิจารณาในการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา[235]

เมื่อได้มีการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ให้ศาลที่ทำการพิจารณาคดีใดซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รอการพิจารณาพิพากษาในคดีนั้นไว้ก่อน จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ยื่นคำร้องมานั้น เว้นแต่ในกรณีที่ศาลที่ทำการพิจารณาคดีนั้นอยู่จะเห็นว่า เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ก็ให้ศาลนั้นดำเนินการพิจารณาคดีดังกล่าวต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

---

[235] Constitutional Court Act, Article 41 (Request for Adjudication on Constitutionality of Statutes)

(1) If the constitutionality of a statute is precondition of the judgment of a case, the ordinary court which takes charge of the case (including the military court; hereinafter the same shall apply) shall request adjudication on the constitutionality of the statute to the Constitutional Court, ex officio or by its decision upon a motion of a party.

(2) The motion of the party as referred to in paragraph (1) shall be in writing, stating matters as referred to in subparagraphs 2 through 4 of Article 43.

(3) Article 254 of the Civil Procedure Act shall apply mutatis mutandis to the examination of written motions referred to in paragraph (2).

(4) No appeal shall be made against a decision on the request for adjudication on the constitutionality of statutes.

(5) When an ordinary court other than the Supreme Court makes such request referred to in paragraph (1), it shall do so through the Supreme Court.

อย่างไรก็ดี ระยะเวลาที่ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้น มิให้นำไปคำนวณกับระยะเวลาในการควบคุมตัว ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลทหาร และไม่นำไปคำนวณกับกำหนดระยะเวลาในการพิพากษาคดีตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง[236]

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีความคล้ายคลึงกับมาตรการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตามที่บัญญัติเอาไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 212 บัญญัติว่า “ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

ในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีถูกจำกัดให้พิจารณาวินิจฉัยเฉพาะแต่กฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการร้องขอเท่านั้น อย่างไรก็ตามเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากการสิ้นผลไปของบทบัญญัติดังกล่าวจะมีผลทำให้กฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ทั้งฉบับ ให้ถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ[237]

---

[236] Constitutional Court Act, Article 42 (Suspension of Proceedings)

(1) When an ordinary court requests adjudication on the constitutionality of a statute to the Constitutional Court, the proceedings in the original case shall be suspended until the Constitutional Court makes a decision on the constitutionality of the statute: Provided, That if the ordinary court finds it urgent, the proceedings other than the final judgment may be proceeded.

(2) The period in which a proceeding is suspended under the main sentence of paragraph (1) shall not be included in calculating the detention period as prescribed in Article 92 (1) and (2) of the Criminal Procedure Act and Article 132 (1) and (2) of the Military Court Act and the period of judgment under Article 199 of the Civil Procedure Act.

[237] Constitutional Court Act, Article 45 (Decision of Unconstitutionality)

When the Constitutional Court decides on the constitutionality of a statute, the decision shall be made only for the statute or a provision of the statute for which a review is requested: Provided, That if the Court finds that a decision of unconstitutionality on a provision would render the entire statute unenforceable, it may decide the statute unconstitutional as a whole.

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันสิ้นผลไปนับตั้งแต่วันที่ได้มีคำวินิจฉัย การสิ้นผลของกฎหมายดังกล่าว หากเป็นกรณีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาก็ให้สิ้นผลไป โดยอาจให้มีผลเป็นการย้อนหลังได้ ทั้งนี้ อาจมีการร้องขอให้มีการพิจารณาคดีอาญาที่ได้มีการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ได้ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญามาใช้โดยอนุโลม[238]

2) คดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Public official) ที่อาจถูกถอดถอน ได้แก่ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ รัฐมนตรี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา หรือคณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ ประธานและคณะกรรมการตรวจสอบบัญชีและการตรวจสอบ[239] รวมทั้งเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งได้กระทำการอันเป็นการละเมิดบทบัญญัติ

---

[238] Constitutional Court Act, Article 47 (Effect of Decision of Unconstitutionality)
(1) Any decision that a statute is unconstitutional shall bind ordinary courts, other State agencies, and local governments.
(2) Any statute or provision thereof decided as unconstitutional shall lose its effect from the date on which the decision is made.
(3) Notwithstanding paragraph (2), any statute or provision thereof relating to criminal punishment shall lose its effect retroactively: Provided, That where a decision of constitutionality has previously been made in a case to which any such statute or provision thereof applies, such statute or provision thereof shall lose its effect from the day following the date on which the decision was made.
(4) In cases referred to in paragraph (3), a retrial may be requested with respect to a conviction based on the statute or provision thereof decided as unconstitutional.
(5) The Criminal Procedure Act shall apply mutatis mutandis to the retrial referred to in paragraph (4).

[239] คณะกรรมการตรวจสอบบัญชีและการตรวจสอบ (Board of Audit and Inspection หรือ BAI) เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี มาตรา 97 โดยมีอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและตามรัฐบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจสอบบัญชีและการตรวจสอบ (BAI Act) หากเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว จะมีอำนาจคล้ายคลึงกับคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผสมกับผู้ตรวจการแผ่นดิน

แห่งรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ทั้งนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะเป็นผู้พิจารณาในการลงมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยสภานิติบัญญัติแห่งชาติกำหนด[240]

สำหรับกระบวนการถอดถอนนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ประธานคณะกรรมาธิการสามัญฝ่ายการนิติบัญญัติและการยุติธรรมเป็นกรรมาธิการวิสามัญถอดถอน โดยให้กรรมาธิการวิสามัญถอดถอนยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยสำเนาแสดงมติถอดถอนของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และเป็นผู้ซักถามผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการพิจารณาคดีด้วยวาจา[241]

เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีมติเห็นชอบให้ถอดถอนบุคคลใดให้พ้นจากตำแหน่ง กฎหมายได้กำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้กล่าวคือ บุคคลที่ถูกลงมติถอดถอนให้พ้นจากตำแหน่ง ไม่สามารถปฏิบัติการใดในอำนาจหน้าที่ของตนได้ ทั้งนี้ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย[242] และในกรณีที่มีการดำเนินคดีอาญา ในการกระทำเดียวกันกับที่เป็นเหตุให้มีการร้องขอให้มีการถอดถอนผู้ถูกร้องออกจากตำแหน่ง องค์คณะใหญ่ของศาลรัฐธรรมนูญ (Full Bench)

---

[240] Constitutional Court Act, Article 48 (Institution of Impeachment)

Where a public official who falls under any of the following violates the Constitution or statutes in the course of execution of his or her duties, the National Assembly may adopt a resolution on the institution of impeachment as prescribed in the Constitution and the National Assembly Act:

1. The President, Prime Minister, Members of the State Council, or Ministers;

2. Justices of the Constitutional Court, judges, or Commissioners of the National Election Commission;

3. The Chairperson and Commissioners of the Board of Audit and Inspection; or

4. Other public officials prescribed by relevant statutes.

[241] Constitutional Court Act, Article 49 (Impeachment Commissioner)

(1) For the adjudication on impeachment, the Chairperson of the Legislation and Justice Committee of the National Assembly shall be the impeachment commissioner.

(2) The impeachment commissioner shall request adjudication by presenting to the Constitutional Court an authentic copy of the written impeachment resolution and may examine the respondent in the oral argument.

[242] Constitutional Court Act, Article 50 (Suspension of Exercise of Power)

No person against whom a resolution of institution of impeachment is passed shall exercise his or her power until the Constitutional Court makes a decision thereon.

อาจสั่งระงับการดำเนินการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นไว้เสียก่อนได้[243] ทั้งนี้ เพื่อป้องกันผลประหลาดที่อาจเกิดขึ้นหากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับข้อเท็จจริงในคดีอาญา อันอาจกระทบต่อหลักบูรณภาพทางตุลาการ (Judicial integrity) ได้

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเคยตัดสินคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่สำคัญ 2 คดี ได้แก่ คดีถอดถอนประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน (Roh Moo-hyun) (2004Hun-Na1) และคดีถอดถอนประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย (Park Geun-hye) (2016Hun-Na1)

3.3.2.2 วิธีพิจารณาของศาลสูงสุดเกาหลีในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยที่กำหนดโดยศาล

1) กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง

ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่าในกรณีที่พรรคการเมืองใดมีวัตถุประสงค์หรือการดำเนินการใด ๆ ที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย รัฐบาลโดยความเห็นชอบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐอาจร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายุบพรรคการเมืองนั้นได้[244] โดยคำร้องขอของรัฐบาลดังกล่าว จะต้องประกอบไปด้วย 1) ข้อมูลของพรรคการเมืองที่ถูกร้องขอให้มีการพิจารณายุบพรรคการเมือง และ 2) เหตุผลประกอบคำร้องขอนั้น[245]

---

[243] Constitutional Court Act, Article 51 (Suspension of Adjudication Proceedings)

Where a criminal proceeding is under way for the same cause as in the request for impeachment against the respondent, the Full Bench may suspend the adjudication proceedings.

[244] Constitutional Court Act, Article 55 (Request for Adjudication on Dissolution of Political Party)

If the objectives or activities of a political party are contrary to the basic order of democracy, the Government, upon a deliberation of the State Council, may request an adjudication on dissolution of the political party to the Constitutional Court.

[245] Constitutional Court Act, Article 56 (Matters to Be Stated in Written Request)

The written request for adjudication on dissolution of a political party shall include the following matters:

1. Information on political party requested to be dissolved;
2. Reasons for the request.

เมื่อได้มีการร้องขอให้การยุบพรรคการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาด้วยตนเอง (ex officio) หรือตามคำร้องของคู่กรณี (รัฐบาล) ในการนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินการใด ๆ ของผู้ถูกร้อง (พรรคการเมืองที่ถูกร้องขอให้ยุบพรรคการเมือง) ไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีการอ่านคำวินิจฉัยอันถึงที่สุด[246]

ทั้งนี้ ในระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือเมื่อสิ้นสุดการพิจารณาคดีแล้ว ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแจ้งข้อเท็จจริงให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ และคณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติทราบ และให้ส่งผลคำวินิจฉัยให้แก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ รัฐบาล คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติและผู้ถูกร้องทราบ[247] เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีการอ่านคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองแล้ว ให้พรรคการเมืองดังกล่าวเป็นอันถูกยุบไป[248]

2) กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง หรือระหว่างองค์กรของรัฐและรัฐบาลแห่งท้องถิ่น หรือระหว่างรัฐบาลแห่งท้องถิ่นด้วยกันเอง หน่วยงานที่มีข้อพิพาทอาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้มีการพิจารณาวินิจฉัย

---

[246] Constitutional Court Act, Article 57 (Provisional Disposition)
Upon receipt of a request for adjudication on dissolution of a political party, the Constitutional Court may, ex officio or on a motion of the requesting party, make a decision to suspend the activities of the respondent until the pronouncement of the final decision.

[247] Constitutional Court Act, Article 58 (Notification of Request)
(1) When an adjudication on dissolution of a political party is requested, a decision on the provisional disposition is rendered, and such adjudication is concluded, the President of the Constitutional Court shall notify the facts to the National Assembly and the National Election Commission.
(2) The written decision ordering the dissolution of a political party shall also be served on the National Assembly, the Government, and the National Election Commission as well as the respondent.

[248] Constitutional Court Act, Article 59 (Effect of Decision)
When a decision ordering the dissolution of a political party is pronounced, the political party shall be dissolved.

เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรได้ โดยการจะยื่นคำร้องในกรณีนี้ได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่เกิดจากการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการของผู้ถูกร้อง ในอันที่จะละเมิดหรือก่อภยันตรายต่อการใช้อำนาจของผู้ร้องตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนด[249] และจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ทราบเหตุดังกล่าว หรือภายใน 180 วัน นับแต่วันที่เหตุดังกล่าว[250]

เมื่อได้มีการร้องขอให้พิจารณากรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาด้วยตนเอง (ex officio) หรือตามคำร้องของผู้ร้อง ในการนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินการใด ๆ ของผู้ถูกร้อง ที่เป็นเหตุให้มีการร้องขอไว้ก่อน จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีการอ่านคำวินิจฉัยอันถึงที่สุด[251]

ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยถึงขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่พิพาทกัน ในการนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะพิจารณาเพิกถอนหรือรับรองการกระทำใด ๆ ของผู้ถูกร้องอันเป็นเหตุของการร้องขอฯ ทั้งนี้ ผู้ถูกร้องจะต้องกระทำการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำวินิจฉัยของศาล[252] คำวินิจฉัย

---

[249] Constitutional Court Act, Article 61 (Grounds for Request)

(1) When any controversy on the existence or the scope of competence arises between State agencies, between a State agency and a local government, or between local governments, a State agency or a local government concerned may request an adjudication on competence dispute to the Constitutional Court.

(2) The request for adjudication referred to in paragraph (1) may be allowed only when a disposition or omission by the respondent infringes on or is in obvious danger of infringing upon the claimant's competence granted by the Constitution or statutes.

[250] Constitutional Court Act, Article 63 (Time Limit for Request)

(1) The adjudication on competence dispute shall be requested within 60 days after the existence of the cause is known, and within 180 days after the cause occurs.

(2) The period as referred to in paragraph (1) shall be peremptory.

[251] Constitutional Court Act, Article 65 (Provisional Disposition)

Upon receipt of a request for adjudication on competence dispute, the Constitutional Court may, ex officio or on a motion of the claimant, make a decision to suspend the effect of a disposition taken by the respondent which is subject to the adjudication until the pronouncement of the final decision.

[252] Constitutional Court Act, Article 67 (Decision)

(1) The Constitutional Court shall decide as to whether or to what extent a State

ดังกล่าวผูกพันองค์กรของรัฐ รัฐบาลแห่งท้องถิ่น และไม่มีผลเปลี่ยนแปลงผลของการกระทำที่บุคคลภายนอกได้รับจากการกระทำดังกล่าวโดยตรง[253]

3) กรณียื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่บุคคลใดเห็นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของตนที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญถูกล่วงละเมิดจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำการโดยอำนาจรัฐ หากการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การพิพากษาคดีของศาล บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัย เว้นเสียแต่จะมีกฎหมายอื่นกำหนดขั้นตอนและวิธีการในการเยียวยาความเสียหายไว้เป็นการเฉพาะแล้ว และบุคคลดังกล่าวยังไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าวจนสิ้นสุดกระบวนการ

นอกจากนี้ในกรณีที่บุคคลได้ร้องขอต่อศาลในคดีที่ตนเป็นคู่ความอยู่ เพื่อขอให้ศาลส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 41 (1) และศาลที่พิจารณาคดีนั้นอยู่ปฏิเสธคำขอเช่นว่านั้น บุคคลนั้นอาจยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการวินิจฉัยได้ เว้นแต่เป็นกรณียื่นคำร้องให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเรื่องเดียวกันซ้ำอีกกับที่เคยพิจารณาไปแล้วในคดีเดียวกัน[254] ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการประวิงเวลาในการพิจารณาคดีของคู่ความ

---

agency or a local government has the jurisdiction, which is subject to adjudication.

(2) In the case as referred to in paragraph (1), the Constitutional Court may revoke or confirm the invalidity of the respondent's disposition that infringed the jurisdiction at issue, and when the Constitutional Court approves request against an omission, the respondent shall take a disposition pursuant to the purport of decision.

[253] Constitutional Court Act, Article 67 (Effect of Decision)

(1) The decision on competence dispute by the Constitutional Court shall bind all State agencies and local governments.

(2) The decision to revoke a disposition by a State agency or a local government shall not alter the effect which has already been given to the person toward whom the disposition is directed.

[254] Constitutional Court Act, Article 68 (Grounds for Request)

(1) Any person whose fundamental rights guaranteed by the Constitution is infringed due to exercise or non-exercise of the governmental power, excluding judgment of

การยื่นคำร้องทุกข์ดังกล่าวข้างต้นจะต้องกระทำภายใน 90 วัน นับจากวันที่รู้เหตุแห่งการยื่นคำร้องทุกข์ หรือภายใน 1 ปี นับแต่วันที่เกิดเหตุแห่งการยื่นคำร้องทุกข์นั้น กรณีคำร้องทุกข์ที่ยื่นภายหลังจากการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการเยียวยาความเสียหายตามที่กฎหมายอื่นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว การยื่นคำร้องทุกข์ให้กระทำภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลอันถึงที่สุดจากการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการเยียวยาดังกล่าว สำหรับการยื่นคำร้องทุกข์กรณีที่บุคคลได้ร้องขอต่อศาลในคดีที่ตนเป็นคู่ความอยู่ เพื่อขอให้ศาลส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 41 (1) และศาลที่พิจารณาคดีนั้นอยู่ปฏิเสธคำขอเช่นว่านั้น คู่กรณีจะต้องยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลที่พิจารณาคดีนั้นได้มีคำสั่งปฏิเสธคำขอของคู่กรณี[255]

ในการพิจารณารับคำร้อง ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจตั้งคณะทำงานหรือองค์คณะเล็ก ซึ่งประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนทั้งสิ้น 3 คน เพื่อทำหน้าที่ตรวจคำร้องในเบื้องต้นได้ หากองค์คณะเล็กเห็นว่าไม่อาจรับ

---

the courts, may request adjudication on a constitutional complaint with the Constitutional Court: *Provided*, That if any remedial process is provided by other statutes, no one may request adjudication on a constitutional complaint without having exhausted all such processes.

(2) If the motion made under Article 41 (1) for adjudication on the constitutionality of statutes is denied, the party may request adjudication on a constitutional complaint with the Constitutional Court. In this case, the party shall be precluded from filing a motion again to request adjudication on the constitutionality of statutes for the same ground in the proceedings of the original case.

[255] Constitutional Court Act, Article 69 (Time Limit for Filing Complaint)

(1) The adjudication on a constitutional complaint under Article 68 (1) shall be requested within 90 days after the existence of the cause is known, and within one year after the cause occurs: *Provided*, That adjudication on a constitutional complaint which is requested after exhausting remedial processes provided by other statutes, shall be requested within 30 days after the final decision in the processes is notified.

(2) The adjudication on a constitutional complaint under Article 68 (2) shall be requested within 30 days after a denial of a motion to request adjudication on the constitutionality of the statute is notified.

คำร้องทุกข์ไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ จะต้องกระทำโดยมติอันเป็นเอกฉันท์ขององค์คณะเล็กนั้น โดยจะพิจารณาไม่รับคำร้องทุกข์ไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ก็แต่เฉพาะกรณี ดังนี้

1) กรณีคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ได้ยื่นมาโดยยังมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการเยียวยาความเสียหายตามที่กฎหมายอื่นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้ว หรือเป็นการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลอื่น

2) กรณีคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ได้ยื่นมาเมื่อล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาตามมาตรา 69

3) กรณีคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ได้ยื่นมาโดยไม่มีที่ปรึกษาตามมาตรา 25

4) กรณีคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ และการไม่รับไว้พิจารณาวินิจฉัยไม่อาจแก้ไขให้เป็นอื่นได้

สำหรับกรณีที่องค์คณะเล็กไม่สามารถพิจารณารับคำร้องได้ตามกรณีข้างต้น หรือไม่สามารถพิจารณาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้องทุกข์ ให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยองค์คณะใหญ่เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย

ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยในคดีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนี้ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียดเอาไว้ แต่มีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีอาจนำบทบัญญัติในมาตรา 40 ซึ่งเป็นบททั่วไป แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญมาใช้ กล่าวคือ ให้นำกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาความแพ่งและกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม[256]

3.3.2.3 ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลเกาหลีในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

---

[256] สุภัทร แสงประดับ, *การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71*, 56-57.

1) คำวินิจฉัยคดีถอดถอนประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน (Roh Moo-hyun) (2004Hun-Na1)

เมื่อวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 2004 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ผ่านมติถอดถอนประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน ด้วยจำนวนเสียง 193 เสียง ด้วยข้อกล่าวหาว่าประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน ได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายของชาติและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยการสนับสนุนพรรคการเมืองพรรคหนึ่งอย่างเห็นได้ชัด ได้แก่ พรรคอูรี (The Uri Party) และข้อกล่าวหาทำให้หน่วยงานตามรัฐธรรมนูญตกต่ำลง ผลของการลงมติถอดถอนดังกล่าว ทำให้ประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน อยู่ภายใต้บังคับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย กล่าวคือ ประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน ไม่สามารถปฏิบัติการใดในอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีได้ ทั้งนี้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดี[257]

ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญกำลังพิจารณาคดีถอดถอนประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน อยู่นั้น ได้มีการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นการทั่วไปครั้งที่ 17 เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 2004 ผลจากการเลือกตั้งทั่วไปปรากฏว่า พรรคการเมืองน้องใหม่อย่างพรรคอูรี ได้รับชัยชนะและสามารถครองเสียงข้างมากในสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ โดยพรรคอูรีได้รับเลือกให้เป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ 152 คน จากจำนวนทั้งสิ้น 300 คน แสดงให้เห็นถึงกระแสสังคมที่สนับสนุนประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน และพรรคอูรีอย่างชัดเจน

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้อ่านคำพิพากษาคดีถอดถอนประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 โดยศาลได้มีคำวินิจฉัยยกคำร้องขอให้ถอดถอนประธานาธิบดี ผลจากคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้ประธานาธิบดี โน มู-ฮย็อน กลับเข้าปฏิบัติหน้าที่ในฐานะประธานาธิบดีอีกครั้ง

---

[257] The Constitution of The Republic of Korea, Article 71

If the office of the presidency is vacant or the President is unable to perform his duties for any reason, the Prime Minister or the members of the State Council in the order of priority as determined by Act shall act for him.

2) คดีถอดถอนประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย (Park Geun-hye) (2016Hun-Na1)

กระบวนการถอดถอนประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย เริ่มต้นขึ้นเมื่อประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย มีข่าวอื้อฉาวทางการเมืองเกี่ยวกับการเผยแพร่เอกสารสำคัญของรัฐบาลไปให้คนสนิท ซึ่งมีส่วนเกี่ยวพันกับการแทรกแซงนโยบายของรัฐบาลในเรื่องสำคัญหลายเรื่อง ประชาชนเริ่มไม่พอใจและเรียกร้องให้เธอลาออกจากตำแหน่ง แต่ประธานาธิบดีเลือกที่จะแถลงการณ์ขอโทษประชาชนแทนการลาออก จวบจนเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2016 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้ถอดถอนประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย ออกจากตำแหน่ง ด้วยคะแนนเสียง 234 เสียง ส่งผลให้ประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย อยู่ภายใต้บังคับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย โดยประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย ไม่สามารถปฏิบัติการใดในอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีได้ ทั้งนี้ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย นายฮวัง กโย-อัน (Hwang Kyo-ahn) นายกรัฐมนตรี เข้ารักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดี

ต่อมาในวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2017 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีมติเป็นเอกฉันท์ และมีคำวินิจฉัยยืนยันการถอดถอนประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย ด้วยเหตุผลว่าประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย ล่วงละเมิดหน้าที่ในการรับใช้ประชาชนทั้งมวล และละเลยผลประโยชน์สาธารณะ ด้วยการใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งประธานาธิบดีของเธอไปโดยไม่ชอบ เพื่อผลประโยชน์ของคนสนิท ทั้งยังสนับสนุนให้คนสนิทแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว นอกจากนี้เธอยังได้ล่วงละเมิดรัฐธรรมนูญและกฎหมายด้วยการทรยศต่อความเชื่อใจของประชาชน ถือเป็นการล่วงละเมิดหน้าที่ของประธานาธิบดีโดยชัดแจ้งในการปกปักรักษารัฐธรรมนูญ ศาลได้พิเคราะห์ดูแล้วว่าผลประโยชน์ที่ได้จากการปกปักรักษารัฐธรรมนูญโดยการถอดถอนประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย ออกจากตำแหน่ง มีมากกว่าผลเสียที่เกิดจากการถอดถอน จึงได้มีคำวินิจฉัยให้ถอดถอนประธานาธิบดี พัก กึน-ฮเย ออกจากตำแหน่ง

3) คำวินิจฉัยคดียุบพรรค UPP (2013Hun-Da1)

พรรค Unified Progressive Party หรือ UPP ก่อตั้งขึ้นในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2011 โดยการควบรวมพรรค Democratic Labor Party

และพรรค People's Participation Party เข้าด้วยกัน ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2013 ได้มีการจับกุมนายลี ซอก-คี (Lee Seok-Ki) สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจากพรรค UPP ในข้อหาสมคบคิดวางแผนโค่นล้มรัฐบาลหากเกิดสงครามกับเกาหลีเหนือ ต่อมาเขาได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดและต้องรับโทษจำคุกนาน 12 ปี ก่อนที่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาจะลดโทษจำคุกลงเหลือ 9 ปี

ผลจากคดีดังกล่าวทำให้รัฐบาลโดยความเห็นชอบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายุบพรรค UPP โดยกล่าวหาว่าพรรค UPP มีวัตถุประสงค์และการกระทำที่ขัดต่อหลักการขั้นพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ และร้องขอให้มีการถอดถอนสมาชิกสภานิติบัญญัติที่สังกัดพรรค UPP ออกจากตำแหน่งสมาชิกสภานิติบัญญัติด้วย นอกจากนี้รัฐบาลยังได้มีคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งห้ามการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย[258] อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการแถลงการณ์ด้วยวาจา (Oral Argument) เพื่อพิจารณาคำร้องดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีการออกมาตรการชั่วคราวตามที่รัฐบาลร้องขอ

คดีนี้ถือเป็นคดียุบพรรคการเมืองคดีแรกและคดีเดียวในประวัติศาสตร์ของศาลรัฐธรรมนูญฯ จึงนับเป็นคดีที่ท้าทายเป็นอย่างยิ่ง ศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามค้นหาหลักการและอาศัยการตีความกฎหมายเป็นอย่างมาก เพื่อให้ได้ข้อกำหนดสำคัญในการยุบพรรคการเมืองโดยเฉพาะคำว่า "หลักการขั้นพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย" (Fundamental democratic order) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี มาตรา 8[259] ท่ามกลางความเห็น

---

[258] ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, *การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), 85-86.

[259] The Constitution of The Republic of Korea, Article 8

(1) The establishment of political parties shall be free, and the plural party system shall be guaranteed.

(2) Political parties shall be democratic in their objectives, organization and activities, and shall have the necessary organizational arrangements for the people to participate in the formation of the political will.

(3) Political parties shall enjoy the protection of the State and may be provided with operational funds by the State under the conditions as prescribed by Act.

ที่หลากหลาย ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่แกนนำพรรคมีเป้าหมายที่จะให้การปกครองในเกาหลีใต้เป็นดังเช่นเกาหลีเหนือ คือมีลักษณะเป็นสังคมนิยมนั้น ถือเป็นความคิดที่ขัดแย้งต่อหลักการขั้นพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และเมื่อพิจารณาจากหลักความได้สัดส่วน (Proportionality principle) แล้วเห็นว่า จากวัตถุประสงค์และการกระทำของพรรค UPP ที่มุ่งหมายจะนำการปกครองแบบเกาหลีเหนือมาใช้ ถือเป็นการขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญอย่างร้ายแรง ประกอบกับสถานการณ์ของเกาหลีใต้ที่ต้องเผชิญหน้ากับเกาหลีเหนือด้วยความระมัดระวังแล้ว จึงไม่มีทางเลือกใดที่ดีไปกว่าการยุบพรรค UPP เพื่อขจัดความเสี่ยงและรักษาหลักการพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยเอาไว้ ดังนี้ แล้วจะเห็นว่าประโยชน์ที่พึงได้มีน้ำหนักมากไปกว่าผลร้ายจากการยุบพรรค UPP

นอกจากการยุบพรรค UPP แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังได้มีคำวินิจฉัยให้ถอดถอนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่สังกัดพรรค UPP ออกจากตำแหน่งอีกด้วย ถึงแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าจะต้องถอดถอนสมาชิกสภานิติบัญญัติที่สังกัดพรรคการเมืองที่ถูกยุบไปก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลว่า “มันเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ที่จะประกันความมีประสิทธิผลของคำวินิจฉัยที่ให้ยุบพรรคการเมือง จนกว่าสมาชิกพรรคการเมืองดังกล่าวจะถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ”[260]

3.3.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลีและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court Act) แล้ว พบว่า ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจ

---

(4) If the purposes or activities of a political party are contrary to the fundamental democratic order, the Government may bring an action against it in the Constitutional Court for its dissolution, and the political party shall be dissolved in accordance with the decision of the Constitutional Court.

[260] “it would be impossible to secure the effectiveness of the decision to dissolve the party unless its members were stripped of their National Assembly membership”

ศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายมิได้กำหนดอำนาจในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยเอาไว้ แต่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้ในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันสิ้นผลไปนับตั้งแต่วันที่ได้มีคำวินิจฉัย หากเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาก็ให้สิ้นผลไปโดยอาจให้มีผลย้อนหลังได้ และอาจมีการร้องขอให้มีการพิจารณาคดีอาญาที่ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขึ้นใหม่ได้ ทั้งนี้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา

และในคดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง หากศาลได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองใด ก็ให้พรรคการเมืองดังกล่าวเป็นอันยุบไป โดยกฎหมายได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติมีหน้าที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย[261] ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง

จะเห็นได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญกำหนดผลของคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนนี้อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยด้วยตนเองอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการยุบพรรคการเมืองที่กฎหมายได้กำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปว่า องค์กรใด (คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ) ที่ต้องทำหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล

3.3.4 บทสรุปการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในสาธารณรัฐเกาหลี

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเกาหลี มีอำนาจเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว 2 กลุ่ม ดังนี้

---

[261] Constitutional Court Act, Article 59 (Execution of Decision)

The decision of the Constitutional Court ordering the dissolution of a political party shall be executed by the National Election Commission in accordance with the Political Parties Act.

กลุ่มที่ 1 เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในเรื่องดังกล่าว ได้แก่ คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎหมายได้กำหนด “ให้ศาลที่ทำการพิจารณาคดีใดซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รอการพิจารณาพิพากษาในคดีนั้นไว้ก่อน จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ยื่นคำร้องมานั้น เว้นแต่ในกรณีที่ศาลที่ทำการพิจารณาคดีนั้นอยู่จะเห็นว่า เป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ก็ให้ศาลนั้นดำเนินการพิจารณาคดีดังกล่าวต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย” และคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กฎหมายได้กำหนดว่า “บุคคลที่ถูกลงมติถอดถอนให้พ้นจากตำแหน่ง ไม่สามารถปฏิบัติการใดในอำนาจหน้าที่ของตนได้ ทั้งนี้ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย และในกรณีที่มีการดำเนินคดีอาญากับบุคคลที่ถูกลงมติถอดถอนดังกล่าว องค์คณะใหญ่ของศาลรัฐธรรมนูญ (Full Bench) อาจสั่งระงับการดำเนินการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นไว้เสียก่อนได้” ทั้งนี้ ตามรายละเอียดที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

กลุ่มที่ 2 กรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ได้แก่ กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง ซึ่งกฎหมายได้กำหนดว่า “เมื่อได้มีการร้องขอให้มีการยุบพรรคการเมือง ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินการใด ๆ ของผู้ถูกร้อง (พรรคการเมืองที่ถูกร้องขอให้ยุบพรรคการเมือง) ไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีการอ่านคำวินิจฉัยอันถึงที่สุด” และในคดีเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร เมื่อได้มีการร้องขอให้พิจารณากรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาด้วยตนเอง (ex officio) หรือตามคำร้องของผู้ร้อง ในการนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินการใด ๆ ของผู้ถูกร้อง ที่เป็นเหตุให้มีการร้องขอไว้ก่อน จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีการอ่านคำวินิจฉัยอันถึงที่สุดก็ได้ ส่วนในคดีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ในการกำหนดมาตรการหรือ

วิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยเอาไว้ แต่ที่ปรึกษามีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญอาจนำบทบัญญัติในมาตรา 40 ซึ่งเป็นบททั่วไปแห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญมาใช้ กล่าวคือ ให้นำกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาความแพ่งและกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีของอำนาจในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยนั้น จากการศึกษาพบว่า ไม่มีกฎหมายใดกำหนดอำนาจในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยเอาไว้ อย่างไรก็ดี กฎหมายได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน เช่น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น และในคดีที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองใด กฎหมายได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติมีหน้าที่ที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

3.4 สรุปการศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดมาตรการชั่วคราว และการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

จากการศึกษาการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ สามารถสรุปได้ ดังนี้

3.4.1 สหรัฐอเมริกา

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกามีบทบาทหน้าที่อันจำกัดในการกำหนดวิธีการชั่วคราว เนื่องจากคดีที่ขึ้นสู่ศาลสูงสุดได้ผ่านการพิจารณามาจากศาลชั้นล่างและศาลอุทธรณ์เขตแล้ว ศาลจะมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวก็ตั้งแต่ในชั้นพิจารณาคดี (trial court) เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่ความในระหว่างที่คดีถูกอุทธรณ์ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจที่จะทบทวนและสั่งให้งดการบังคับคดี (stay) หรือสั่งระงับมาตรการชั่วคราวซึ่งศาลชั้นล่าง (a federal district court) ได้สั่งให้เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายหนึ่งได้[262]

รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะ จึงจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณาเช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไป

[262] Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 23 (2019).

โดยข้อบังคับในวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) ข้อ 65 กำหนดให้ ศาลแขวงแห่งสหพันธรัฐ (federal district court) มีอำนาจสั่งห้ามหรือกำหนดวิธีการชั่วคราวได้ในสองลักษณะคือ คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) และคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order)[263] คำสั่งคุ้มครองก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) เป็นคำสั่งที่คู่ความขอให้มีก่อนหรือขณะที่เริ่มกระบวนพิจารณา คำสั่งประเภทนี้ศาลจะต้องมีหมายแจ้งให้คู่ความที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งได้รับทราบก่อนเสมอ เพื่อให้คู่ความสามารถเข้าร่วมในกระบวนการไต่สวนคำขอได้[264]

การกำหนดมาตรการชั่วคราว เป็นการเยียวยาเนื่องจากความจำเป็นพิเศษ (extraordinary remedy) แต่ไม่ใช่สิทธิที่คู่ความจะขอได้โดยอัตโนมัติ จึงต้องมีการแสดงเหตุจำเป็นโดยเร่งด่วนที่จะต้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในสถานการณ์เฉพาะหน้า เพื่อรักษาสถานะของคู่ความ

สหรัฐอเมริกามีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐและใช้ระบบศาลเดี่ยว จึงทำให้ศาลสูงสุดสหรัฐไม่มีบทบาททางปฏิบัติในการกำหนดคำบังคับ โดยศาลสูงสุดสหรัฐจะทำหน้าที่แต่เพียงวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำนโยบาย หรือกฎหมายของฝ่ายรัฐบาล หรือฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น คดีที่ขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดสหรัฐทั้งหมดจะผ่านการพิจารณามาจากศาลชั้นล่าง และศาลอุทธรณ์เขตแล้ว หากศาลจะมีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราว ก็จะสั่งตั้งแต่ศาลชั้นล่างเพื่อให้มีการรักษาประโยชน์ของคู่ความไว้ในระหว่างที่คดีถูกอุทธรณ์ขึ้นสู่ศาลชั้นสูงสุด เพียงแต่ศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจที่จะสั่งชะลอ (stay) ผลของคำพิพากษาและคำสั่งที่ศาลลำดับชั้นล่างได้พิพากษาหรือสั่งไว้ได้ คดีพิพาทที่ขึ้นมาสู่ศาลสูงสุดสหรัฐในประเด็นที่เกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว จึงมักจะเป็นคดีที่คู่ความฝ่ายที่แพ้ในศาลชั้นล่างร้องขอให้ศาลสูงสุดสั่งชะลอการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งห้าม (injunction) ไม่ว่าเด็ดขาดหรือชั่วคราว ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ 28 U.S.C. section 2101 (f) และ Rule of the Supreme Court of the United States ข้อที่ 23 ตามที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

---

[263] FED. R. CIV. P. 65.

[264] FED. R. CIV. P. 65 (a) (1).

3.4.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นอกจากจะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญและให้คำวินิจฉัยมีผลผูกพันกับองค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้น ทั้งในระดับสหพันธ์และในระดับมลรัฐแล้ว อย่างไรก็ตาม การทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการบางประการเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น และความเสียหายนั้นไม่อาจหวนกลับคืนมาแก้ไขหรือเยียวยาได้ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยเงื่อนไขของการกำหนดมาตรการดังกล่าว ได้แก่ การคำนึงถึงความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นหากไม่มีการกำหนดมาตรการดังกล่าว รวมถึงการพิจารณาความเป็นไปได้ของผลแห่งคดีที่อาจเกิดขึ้น นอกจากนั้นคำสั่งไม่กำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวนั้นถือเป็นที่สุด ในทางกลับกันคำสั่งกำหนดวิธีการหรือมาตรการชั่วคราวนั้นสามารถอุทธรณ์ได้

ในส่วนของคำบังคับ รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการบังคับหรือกำหนดคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะไม่กำหนดคำบังคับ เนื่องจากหน่วยงานของรัฐจะอยู่บนพื้นฐานของความเคารพหลักการในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 31 ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลเหนือดินแดนของสหพันธ์ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการและองค์กรของฝ่ายปกครองทั้งหลาย อันส่งผลให้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ทำคำวินิจฉัยใดมาหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามเสมอ อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดได้ว่าจะให้บุคคลหรือองค์กรใดเป็นผู้ดำเนินการตามคำวินิจฉัย เช่น การสั่งห้ามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรับจดทะเบียนพรรคการเมือง การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็นคำวินิจฉัย

ที่จะต้องบังคับคดีและคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องบังคับคดี คำวินิจฉัยที่จะต้องทำการบังคับคดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการให้กระทำการ ส่วนคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพิสูจน์สิทธิ การก่อตั้งสิทธิหรือการปฏิเสธคำร้องนั้น ถือเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี

3.4.3 สาธารณรัฐเกาหลี

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้ 2 กลุ่ม คือ

กลุ่มที่ 1 เป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในเรื่องดังกล่าว ได้แก่ คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

กลุ่มที่ 2 กรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ได้แก่ กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง ซึ่งกฎหมายได้กำหนดว่า “เมื่อได้มีการร้องขอให้มีการยุบพรรคการเมือง ศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับการดำเนินการใด ๆ ของผู้ถูกร้อง (พรรคการเมืองที่ถูกร้องขอให้ยุบพรรคการเมือง) ไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีการอ่านคำวินิจฉัยอันถึงที่สุด”

ในการกำหนดคำบังคับ ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยได้ แต่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้ชัดเจนในกรณีต่าง ๆ ในคดีที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองใด กฎหมายได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติมีหน้าที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย และในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันสิ้นผลไป

ตารางที่ 3-1 แสดงผลการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศในเบื้องต้น

ประเทศ	มาตรการชั่วคราว	คำบังคับ
1. สหรัฐอเมริกา	- รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดวิธีพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นกรณีเฉพาะ ศาลยุติธรรมสหพันธรัฐ (federal courts) จึงจะต้องดำเนินกระบวนพิจารณา ตามที่ข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสหพันธรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) กำหนดไว้ เช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไป ข้อบังคับในวิธีพิจารณาความแพ่งสหรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure) ข้อ 65 กำหนดให้ศาลแขวงแห่งสหพันธรัฐ (federal district court) มีอำนาจสั่งห้าม หรือกำหนดวิธีการชั่วคราวได้ในสองลักษณะ คือ คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) และคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order)[265] ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของสหรัฐฯ ถือว่าการกำหนดมาตรการชั่วคราว เป็นการเยียวยาเนื่องจากความจำเป็นพิเศษ (extraordinary remedy)[266] แต่ไม่ใช่สิทธิที่คู่ความ	- สหรัฐอเมริกามีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐและใช้ระบบศาลเดี่ยว ทำให้ไม่มีองค์กรที่มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินกระบวนการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ในคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีเฉพาะและต้องใช้วิธีบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นเดียวกับคดีแพ่ง กล่าวคือหากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี หรือคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) และสามารถถูกดำเนินคดีได้[267]

[265] FED. R. CIV. P. 65.

[266] Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc., 555 U.S. 7 (2008); National Propane Gas Ass'n v. U.S. Department of Homeland Security, 534 F. Supp. 2d 16 (D.D.C. 2008).

[267] Gillen, "Preliminary Injunctive Relief against Governmental Defendants: Trustworthy Shield or Sword of Damocles," 269-314.

ประเทศ	มาตรการชั่วคราว	คำบังคับ
	จะขอได้โดยอัตโนมัติ จึงต้องมีการแสดงให้ปรากฏว่ามีเหตุจำเป็นโดยเร่งด่วนที่จะต้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในสถานการณ์เฉพาะหน้าเพื่อรักษาสถานะของคู่ความ	
2. สาธารณรัฐเยอรมนี	- ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการที่จำเป็นบางประการเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นและความเสียหายนั้นไม่อาจหวนกลับคืนมาแก้ไขหรือเยียวยาได้ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ รัฐสภาได้มอบความไว้วางใจบางประการให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ขึ้น โดยในมาตรา 32 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้	- กฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ไม่ได้กำหนดวิธีการบังคับหรือกำหนดคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากระบบกฎหมายของสหพันธ์สันนิษฐานว่าองค์กรของรัฐจะภักดีต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่ได้กำหนดวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มาตรา 31 กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลเหนือดินแดนของสหพันธ์ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการและองค์กรของฝ่ายปกครองทั้งหลาย[268] การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น

[268] Article 31 (1) The decisions of the Federal Constitutional Court shall be binding upon federal and Land constitutional organs as well as on all courts and administrative authorities.

ประเทศ	มาตรการชั่วคราว	คำบังคับ
		สามารถจำแนกออกได้เป็นคำวินิจฉัยที่จะต้องบังคับคดีและคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องบังคับคดี คำวินิจฉัยที่จะต้องทำการบังคับคดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการให้กระทำการ ส่วนคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพิสูจน์สิทธิ การก่อตั้งสิทธิ หรือการปฏิเสธคำร้องนั้นถือเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี[269]
3. สาธารณรัฐเกาหลี	- รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้ 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่ 1 กฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในเรื่องดังกล่าว เช่น คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กลุ่มที่ 2 กรณีที่กฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ได้แก่ กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง	- ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยได้ แต่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้ในกรณีต่าง ๆ เช่น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันสิ้นผลไป

[269] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย), 92.

บทที่ 4
บทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยในประเทศไทย

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เรื่องที่มาและแนวคิดเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และคำบังคับ ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว” (Temporary Injunction) คือ มาตรการหรือวิธีการที่ให้อำนาจแก่ศาล ให้ศาลสามารถเข้ามาช่วยเหลือหรือเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีได้อย่างทันท่วงที หรือเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดีในเรื่องต่าง ๆ

และ “คำบังคับ” คือ คำสั่งของศาลซึ่งออกเพื่อสั่งให้คู่ความหรือบุคคลซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลแล้ว ผู้แพ้คดีหรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้ที่มีหน้าที่ตามคำสั่งศาลต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

ซึ่งถือได้ว่าการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับถือเป็นกระบวนการที่สำคัญในการพิจารณาคดีขอศาล เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับคดี คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และเพื่อให้เกิดความเชื่อถือในกระบวนการยุติธรรมของศาล ดังนั้น ในบทที่ 4 นี้ ที่ปรึกษาจะนำเสนอถึงบทบาทหน้าที่และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยของประเทศไทย รวมถึงการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นของมาตรการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญ

4.1 ความเป็นมาในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

จากการศึกษารายงานคณะกรรมาธิการสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ... แล้ว จะเห็นถึงที่มาของการกำหนดมาตรการชั่วคราวและคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) ผลการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมาธิการ

มาตรา 69/1 เป็นเรื่องของการกำหนดมาตรการชั่วคราว ซึ่งคณะกรรมาธิการได้เพิ่มขึ้นใหม่ แต่นายธนาวัฒน์ สังข์ทอง นายสุพจน์ ไข่มุกด์ และศาสตราจารย์อุดม รัฐอมฤต (กรรมาธิการ) เสนอความเห็นให้ตัดมาตรานี้ออก

นายธานี อ่อนละเอียด และนายวรพล โสคติยานุรักษ์ มีการขอแปรญัตติเพิ่มความเป็นมาตรา 69/1 โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึง และคำร้องของผู้ร้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง เมื่อศาลเห็นสมควร หรือคู่กรณีได้ยื่นคำขอ ภายใต้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญตามความในวรรคหนึ่ง

ในกรณีข้อกำหนดของประธานศาลรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันที่ออกข้อกำหนดดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ ถ้าต่อมามีการเสนอญัตติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ส่งข้อกำหนดดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกข้อกำหนดทั้งหมดหรือบางส่วน โดยกำหนดวันตามวรรคสองนั้นให้หมายถึงวันในสมัยประชุม

การขอแปรญัตติตามมาตรา 69/1 นั้นคณะกรรมาธิการเห็นด้วยในหลักการและได้แก้ไขเรียบร้อยแล้ว

2) ความเห็นของคณะกรรมาธิการฯ เกี่ยวกับการกำหนดมาตรการชั่วคราว

มาตรา 72/1 เป็นเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีการแก้ไขโดยคณะกรรมาธิการ แต่นายธานี อ่อนละเอียด และนายวรพล โสคติยานุรักษ์ ได้ขอแปรญัตติเพิ่มความดังนี้ “กรณีมีความจำเป็นต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล โดยอาจมีเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดและให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลต่อศาลภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัยหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด”

ความในมาตราดังกล่าวนี้ คณะกรรมาธิการเห็นด้วยในหลักการและได้นำบัญญัติไว้ในมาตรา 71/1 แล้ว

โดยเมื่อวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2562 ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ได้ประกาศข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ซึ่งมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย คือ ข้อ 37-40 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1) คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สามารถขอมาในคำร้อง คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา ยื่นคำขอ ก่อนศาลมีคำวินิจฉัย เพื่อให้ผลเป็นการชะลอหรือระงับการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมีมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอ หรือเพื่อประโยชน์แก่การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยในภายหลัง ซึ่งคำขอจะต้องแสดงชัดเจนว่าประสงค์ให้ศาลมีคำสั่งในเรื่องใด หากศาลพิจารณาและเห็นว่ามีความจำเป็นรีบด่วน ศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยได้[270]

2) กรณีที่ศาลหรือคณะตุลาการเห็นว่าคำขอไม่มีข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงเพียงพอ หรือไม่มีเหตุผลหรือสาระอันควรได้รับพิจารณา หรือไม่มีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำขอให้สั่งไม่รับคำขอดังกล่าวได้[271]

---

[270] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562, ข้อ 37.

[271] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562, ข้อ 38.

3) เมื่อศาลหรือคณะตุลาการมีคำสั่งรับคำขอ และส่งสำเนาคำขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายทำคำคัดค้าน ศาลต้องนัดไต่สวนคำขอโดยเร็วเพื่อให้คู่กรณีนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลตามข้ออ้างหรือข้อคัดค้าน และให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอโดยไม่ชักช้า แต่ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินรีบด่วนศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราว โดยไม่ต้องไต่สวนและไม่ต้องรับฟังความเห็นของคู่กรณีหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง[272]

4) มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย อาจจะมีคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการเฉพาะ ดังต่อไปนี้ได้

4.1) ในคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย หากกฎหมายไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยเป็นการเฉพาะ และเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฯ รอการพิจารณาหรือการดำเนินการเรื่องนั้นไว้ก่อนหรือชะลอการบังคับใช้

4.2) ในคดีที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐฯ รอการพิจารณาหรือการดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้ก่อน จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

4.3) ในคดีที่เกี่ยวกับการร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฯ กระทำการหรือระงับการกระทำการใด ๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

4.4) ในคดีที่ประชาชนหรือชุมชนยื่นคำร้อง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 51 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 อาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ฯ ดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีหรือรอการพิจารณาหรือดำเนินการเรื่องอื่นไว้ก่อน

---

[272] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562, ข้อ 39.

4.5) ในคดีที่เกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา อาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐฯ รอการพิจารณาหรือการดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้ก่อนจนกว่าศาลจะมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น

4.6) ในคดีที่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ อาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐฯ กระทำการหรือไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจนกว่าศาลจะมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น

4.7) ในคดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่ามติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 อาจมีคำสั่งให้ชะลอการดำเนินการหรือการบังคับให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี หรือสั่งให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดจนกว่าศาลจะมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น

4.8) ในคดีขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 และกฎหมายอื่น อาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองประโยชน์ หรือสั่งให้พรรคการเมืองระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งการมีคำสั่งนั้นจะต้องกระทำเพียงที่จำเป็นและสมควร เป็นไปเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรง หรือป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึง

การมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ให้เป็นที่สุดและมีผลใช้บังคับไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่ศาลสั่ง แต่ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงใหม่อันเป็นสาระสำคัญที่ทำให้เกิดความจำเป็นที่ต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใหม่ อาจมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใหม่ได้ฯ[273]

ตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องของวิธีการคุ้มครองชั่วคราวไว้ ในกรณีที่เกิดปัญหาว่าการกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากยังไม่มีการวินิจฉัยการกระทำดังกล่าวนั้น ให้สามารถดำเนินการกระทำนั้นต่อไปได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติให้หยุดหรือยับยั้งการกระทำนั้นไว้ชั่วคราว แต่ก็อาจส่งผลถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

[273] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562, ข้อ 40.

เช่น กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่มีคำสั่งตัดสิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งบางราย และผู้สมัครรับเลือกตั้งได้เสนอเรื่องผ่านองค์กรต่าง ๆ ที่มีสิทธิในการส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หากในกรณีที่การเลือกตั้งได้ผ่านพ้นไปแล้วนั้นจะไม่สามารถกลับมาเยียวยาแก้ไขได้ หากมีการวินิจฉัยว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่สามารถตัดสิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งรายนั้นได้ หรือการที่มีการส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรบางคนได้สิ้นสุดลงแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีคำวินิจฉัย แต่ในระหว่างนั้นหากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งอาจกระทำการใด ๆ ไป จะไม่สามารถได้รับการเยียวยาได้หากไม่มีวิธีการชั่วคราวเพื่อระงับการกระทำนั้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วหากกรณีใดที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือเพื่อป้องกันภยันอันตรายที่จะเกิดขึ้น หรือจากเหตุผลที่สำคัญประการอื่นใดในอันที่จะปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ ในกรณีเช่นนี้สมควรอย่างยิ่งที่จะได้กำหนดวิธีการชั่วคราวไว้ในวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง[274]

โดยสาระสำคัญที่ขาดไปจากกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาทั่วไป คือ การมีกฎเกณฑ์ที่ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการไม่พิจารณาคำร้อง การกำหนดประเด็น ลำดับขั้นตอนการทำคำวินิจฉัย รวมถึงวันที่คำวินิจฉัยมีผล และในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาเฉพาะคดี คือ ไม่มีวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับเป็นลักษณะเฉพาะ เช่น คดีที่เกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานแห่งกฎหมาย ฯลฯ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนหนึ่งมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง อีกส่วนหนึ่งมาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ[275]

---

[274] ปาริชาติ วิเชียรบุตร, “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), 150-151.

[275] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *โครงการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ กลุ่มงานรัฐธรรมนูญศึกษา สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา โครงการศึกษาวิจัยลำดับที่ 5, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545).

ข้อพิพาทที่ต้องพิจารณาตามวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะต่างไปจากข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดีทางปกครอง จึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาคดีในทางแพ่งและในคดีทางปกครองมาใช้กับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด คงนำมาใช้ได้แต่เพียงเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับหลักทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ขอให้คุ้มครองชั่วคราวที่ไปกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น การไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับ มาตรการชั่วคราว หรือกรณีที่เป็นข้อขัดแย้งในประเด็นที่เกี่ยวโยงกับเรื่องทางการเมือง เป็นต้น ดังนั้น จึงมีข้อสังเกตว่าถ้าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญในกรณีอื่นนอกเหนือจากการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องแล้ว จะต้องใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีการใดที่มีความเหมาะสม มีประสิทธิภาพ อีกทั้งสอดคล้องและไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ[276]

4.2 การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย

การพิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญตามกฎหมายไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมายการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอิสระ และมีหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติให้เป็นเด็ดขาดและมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ยังได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงและยากแก่การเยียวยาในภายหลัง หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึงและคำร้อง

---

[276] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ* (รายงานการวิจัย).

ของผู้ร้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่กรณีได้ยื่นคำขอ ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้

นอกจากอำนาจดังกล่าวแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 ยังได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดคำบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในคำวินิจฉัย ในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยฯ โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ตามความจำเป็นหรือสมควรตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัยหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

บทบัญญัติดังกล่าวนับเป็นการกำหนดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย และอำนาจในการกำหนดคำบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามดุลพินิจของศาลฯ ขึ้นเป็นครั้งแรก ดังนั้น ในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยและการทำคำบังคับตามบทบัญญัติดังกล่าว ที่ปรึกษาเห็นว่าควรทำการพิจารณาถึงที่มาแนวคิดในการให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจดังกล่าวเสียก่อนเป็นเบื้องต้น โดยมีรายละเอียดดังจะกล่าวต่อไป

4.2.1 แนวคิดในการให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับ

อำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญไทย เดิมไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายในการที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับได้เอง

ภายหลังได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ขึ้นเพื่อกำหนดในเรื่องของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับ ซึ่งได้มีการนำหลักของคดีแพ่งและคดีปกครองเป็นต้นแบบในการฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งวัตถุประสงค์ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นไม่มีความแตกต่างจากหลักการในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีแพ่งและคดีปกครอง ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดี ทรัพย์สินของคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องที่อาจได้รับความเสียหายในระหว่างการพิจารณา อันเป็นการยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาคดี

4.2.1.1 ที่มาแนวคิดในการให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและคำบังคับ

ในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน เพื่อป้องกันภยันอันตรายอันอาจจะเกิดขึ้นกับคู่ความหรือเพื่อป้องกันอันตรายอันอาจเกิดขึ้นกับสาธารณะ หรือเหตุอื่นที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดวิธีการชั่วคราวใช้บังคับจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยได้ แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดคดีก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็จำกัดอำนาจของตัวเองในการกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัย โดยศาลวางหลักว่า “การกำหนดวิธีการชั่วคราวต้องไม่ใช่คำสั่งชี้ขาดหรือเป็นการตัดสินในประเด็นแห่งคดี โดยคำสั่งหรือการตัดสินนั้นจะต้องไม่เกินไปกว่าการที่ศาลจะกำหนดได้ในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของคดี”

ในการกำหนดวิธีการชั่วคราวจะสามารถกระทำได้เมื่อคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียยื่นคำร้องขอต่อศาล และศาลจะพิจารณาคำร้องว่าถูกต้องตามแบบหรือไม่ รวมถึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดให้เป็นไปตามคำร้องขอด้วยหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาได้ต่อเมื่อมีเขตอำนาจในกระบวนพิจารณาคำร้องขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวจะมีผลต่อเมื่อมีความจำเป็นที่ศาลต้องคุ้มครองสิทธิให้ผู้ร้องขอ[277]

---

[277] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546).

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปในคดีบางประเภท เช่น คดีเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมาย กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและแสดงความเสียเปล่าของกฎหมายนั้น ห้ามมิให้บุคคลใดปฏิบัติตามกฎหมายนั้นต่อไป แม้ว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญจะตกเป็นโมฆะหรือไม่มีผลใช้บังคับตั้งแต่ต้น แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่กระทบคำพิพากษาของศาลอื่นซึ่งถึงที่สุดแล้ว ในกรณีที่ยังไม่มีการบังคับตามคำพิพากษา การบังคับตามคำพิพากษาดังกล่าวจะเกิดขึ้นไม่ได้หากคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาในคดีอาญาซึ่งถึงที่สุด ผู้ที่ต้องคำพิพากษาที่ศาลตัดสินโดยอาศัยฐานจากบทกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในภายหลังว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ อาจยื่นคำร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ได้

การบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดไว้ในคำวินิจฉัยนั้นได้ว่าจะให้ใครเป็นผู้บังคับตามคำวินิจฉัย ตลอดจนสามารถกำหนดวิธีการในการบังคับตามคำวินิจฉัยในแต่ละกรณีได้ด้วย การกำหนดวิธีการบังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำได้เองโดยไม่จำต้องมีการร้องขอ ศาลอาจกำหนดไว้ในคำวินิจฉัยว่าให้องค์กรใดเป็นผู้บังคับการให้ไปตามคำวินิจฉัยก็ได้

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ว่า ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับใด ๆ ก็ได้ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด[278]

ก่อนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ออกบังคับใช้ วิธีการพิจารณาของศาลนั้นจะเป็นไปตามข้อกำหนดของศาลฯ ซึ่งยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับคดีเกือบทั้งหมดโดยเฉพาะที่เป็นคดีหลักจะมีผลบังคับในตัวเองอย่างเด็ดขาดโดยไม่จำต้องกำหนดคำบังคับหรือดำเนินการตามขั้นตอนใดอีก เช่น

---

[278] เรื่องเดียวกัน.

1) คำวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติฉบับใดหรือบทบัญญัติส่วนใดขัดรัฐธรรมนูญก็ทำให้พระราชบัญญัติหรือบทบัญญัติส่วนดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับทันที โดยไม่ต้องมีการดำเนินการขั้นตอนใดอีก

2) คำวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงก็มีผลทันทีโดยไม่ต้องกำหนดคำบังคับหรือดำเนินการขั้นตอนใดอีก กล่าวคือ ความสิ้นสุดการเป็นรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลทันที ทำให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าร่วมประชุมคณะรัฐมนตรีได้ ไม่สามารถใช้อำนาจสั่งราชการในกระทรวงได้ และไม่สามารถจ่ายเงินเดือนให้ได้

3) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็มีผลโดยทันที ไม่สามารถเข้าประชุมสภาหรือลงมติใด ๆ ได้ และไม่สามารถจ่ายเงินเดือนให้ได้

4) คำวินิจฉัยเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบ หรือไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีข้างต้นนั้น มีผลบังคับในตัวเองอย่างเด็ดขาด ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 จึงไม่มีบทบัญญัติให้ศาลกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัย เว้นแต่มีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยตามที่บัญญัติในมาตรา 74 ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลในคำวินิจฉัยนั้นได้ ตามความจำเป็นหรือสมควรตามความเป็นธรรมได้[279]

4.2.1.2 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการทำคำบังคับ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จัดตั้งครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และตรวจสอบการถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหาร และหน้าที่อื่น ๆ อีกหลายด้าน

[279] สกล หาญสุทธิวารินทร์, “การบังคับคดีปกครองและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ,” สืบค้นเมื่อ 20 ธันวาคม 2562. https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/644307.

เช่น การสั่งให้ยุบพรรคการเมือง การให้รัฐมนตรีสิ้นสุดอำนาจ[280] รัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กร เพื่อให้ทุกองค์กรสามารถทำหน้าที่ได้อย่างสมดุล และเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น 8 กลุ่ม ดังนี้

1) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมาย เช่น การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 132 ประกอบมาตรา 148 การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 148 เป็นต้น

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรืออาจเรียกว่า “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” ซึ่งถือเป็นอำนาจหลักและดั้งเดิมของศาลรัฐธรรมนูญในทุก ๆ ประเทศ โดยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบ่งได้ 2 ขั้นตอน คือ

ประการที่หนึ่ง การควบคุมก่อนมีการประกาศใช้ (Pre-Publication control) หรือที่เรียกว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “ร่างกฎหมาย”

ประการที่สอง การควบคุมภายหลังการประกาศใช้ (Post-Publication control) หรือที่เรียกว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นการควบคุมกฎหมายเพื่อไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้ โดยเหตุแห่งการร้องขอมีด้วยกัน 2 เหตุ คือ (1) ร่างพระราชบัญญัติมีเนื้อหา (Content) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (2) ร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Form)

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยของร่างพระราชบัญญัติ ได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี

---

[280] ทิพภานิดา ปาลกะวงศ์, “ความชอบธรรมของศาลรัฐธรรมนูญในระบบการเมืองไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2556), 1.

2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด

พระราชกำหนด คือ กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ภายใต้เงื่อนไขคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการตราพระราชกำหนดในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ โดยเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดโดยคณะรัฐมนตรีมีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การตราพระราชกำหนดต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ รักษาความปลอดภัยสาธารณะ รักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจประเทศ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

ประการที่สอง คณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา

3) การพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอิสระ

รัฐธรรมนูญได้จัดตั้งองค์กรต่าง ๆ ขึ้นเป็นจำนวนมาก ซึ่งได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้และโดยลักษณะแล้วก็ต่างเป็นองค์กรระดับสูง ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเหล่านี้หลายกรณีอยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายปกครอง แต่เป็นปัญหาทางกฎหมายซึ่งอาจมีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ก็ควรจะให้องค์กรที่เป็นผู้รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญคือศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาขอบเขตอำนาจขององค์กรต่าง ๆ

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่อำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ประธานองค์กรอิสระ

4) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น การพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้ประโยชน์ตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ บุคคลหรือชุมชนซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการทำหน้าที่ของรัฐ และได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ หรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนหรือล่าช้าเกินสมควร บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ผู้ตรวจการแผ่นดิน

5) การพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง และความมั่นคงแห่งรัฐ เช่น การพิจารณาวินิจฉัยการร้องขอให้เลิกการกระทำอันเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง และความมั่นคงแห่งรัฐ ได้แก่ อัยการสูงสุด ผู้ทราบการกระทำ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา

6) การพิจารณาวินิจฉัยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ ได้แก่ คณะรัฐมนตรี

7) การพิจารณาวินิจฉัยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น การพิจารณาวินิจฉัยการสิ้นสุดสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา การพิจารณาวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลง

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้ง

8) การพิจารณาวินิจฉัยกรณีอื่นที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับคำร้องคัดค้านมติ คำสั่ง และประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และการยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560

ผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีอื่นที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งพรรคการเมือง หัวหน้าพรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่พ้นจากตำแหน่ง หัวหน้าพรรคการเมืองที่ถูกประกาศให้สิ้นสภาพ คณะกรรมการการเลือกตั้ง นายทะเบียนพรรคการเมืองโดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง พรรคการเมืองที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือวุฒิสภา

จากที่ได้กล่าวถึงอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไปแล้วนั้น ต่อไปที่ปรึกษาจะนำเสนอให้เห็นถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการชั่วคราว และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับ

1) อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการชั่วคราว

“มาตรา 71 เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง หรือเพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึง และคำร้องของผู้ร้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่กรณีได้ยื่นคำขอให้ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย และออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้มีผลใช้บังคับได้ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น”

ก่อนมีการวินิจฉัยคดีศาลสามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ กรณีที่ศาลเห็นว่าอาจจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เช่น ข้อพิพาทกรณีคำสั่งของ

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้กระทำหลังพ้นจากตำแหน่ง หากการกระทำใดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอีกทั้งยังกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และถ้าปล่อยให้มีการกระทำดังกล่าวดำเนินต่อไปจะทำให้ประชาชนได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใด ๆ เพื่อหยุดการกระทำก่อนมีการวินิจฉัยคดีนั้นได้โดยมีผลบังคับใช้ภายใน 60 วัน นับตั้งแต่วันที่ศาลได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น

2) อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับ

"มาตรา 74 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาล หากมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควร ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล"

ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัย โดยกำหนดให้ผลนั้นเกิดภายหลังจากวันที่อ่านคำวินิจฉัยได้ แต่ต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและเป็นธรรม และให้ผู้ที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย เช่น กรณีมีคำวินิจฉัยในคดีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งตัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งโดยผู้สมัครรับเลือกตั้งมิได้กระทำความผิด หรือขาดคุณสมบัติ ศาลอาจมีคำบังคับในการเยียวยาผู้รับเลือกตั้งไว้ในคำวินิจฉัยนั้นด้วยได้

4.2.2 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นกระบวนการที่เป็นส่วนเสริมของคดีที่พิพาท แต่ไม่ใช่ในทุกคดีที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

โดยในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ศาลได้กำหนดไว้

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องอาศัยการมีคดีความอยู่ในศาลแล้ว และเกิดข้อเท็จจริงบางอย่างที่ศาลจะต้องทำการระงับหรือยับยั้งความเสียหายที่จะเกิดขึ้นก่อนศาลมีคำพิพากษา ซึ่งเป็นมาตรการที่มีเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์และป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ไม่อาจเยียวยาได้ในภายหลัง ดังนั้น การพิจารณาเรื่องมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจึงสัมพันธ์กับมูลคดีที่ศาลจะสามารถนำมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริง

ในคดีแต่ละประเภทอาจจะเห็นได้ชัดว่า หากศาลไม่พิจารณาสั่งให้มีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้นออกมา จะก่อให้เกิดภยันตรายร้ายแรงต่อสิทธิหรือหน้าที่ของคู่ความ และอาจกระทบกระเทือนถึงการบังคับการในผลแห่งคดีในท้ายที่สุดได้

4.2.2.1 มาตรการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

แนวคิดหรือหลักการพื้นฐานสำคัญที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปซึ่งสามารถใช้ได้กับคดีรัฐธรรมนูญทุกประเภทในขั้นตอนของกระบวนพิจารณา ซึ่งอาจรวมถึงการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยที่จะต้องนำมาใช้ เช่น หลักการเปิดเผยต่อผู้มีส่วนร่วมในคดี หลักการขับเคลื่อนกระบวนพิจารณาโดยศาล หลักการดำเนินคดีโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย หลักการรับรู้พยานหลักฐานโดยตรง หลักการรวมกระบวนพิจารณาหลักการเปิดโอกาสให้คัดค้าน

แนวคิดการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยมีต้นแบบจากคดีปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ ความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญในแต่ละประเภท ศาลจะต้องออกเป็นข้อกำหนดของศาล แต่ในกรณีที่มีความจำเป็นที่ศาลต้องใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ศาลสามารถนำวิธีการตามประมวลกฎหมายแพ่ง

มาใช้บังคับใช้ไปพลางก่อนได้ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 6

ข้อสำคัญของการขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยของศาลหรือการให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คือ เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความหรือคู่กรณีตามหลักการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื่องหรือเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องในทางมหาชน เช่น คดีปกครองและคดีรัฐธรรมนูญ[281]

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

ในการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น คำร้องของผู้ร้องจะต้องมีเหตุอันมีน้ำหนักมากพอที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้องนั้น โดยมีเงื่อนไขดังนี้

1) เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงและเป็นการยากในการแก้ไขและเยียวยาในภายหลัง

2) เพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึง ทั้งนี้ ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดีด้วย ซึ่งผู้ร้องขอต้องแสดงเหตุผลและพยานหลักฐานมาในคำร้องอย่างชัดเจนว่า หากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใดเป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยจะไม่สามารถป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ ทั้งยังเป็นการยากในการแก้ไขและเยียวยา หรือหากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวแล้วจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องโดยชี้แจงเหตุที่จะเกิดขึ้นนั้นด้วย

วิธีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

เมื่อคำขอของผู้ร้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อ “หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือ

---

[281] โสภณ เคนวิเศษ, *บทบาทศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550: ศึกษาเฉพาะกรณีคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพชั่วคราวในการชุมนุมก่อนมีคำพิพากษาในคดีแพ่ง, รายงานผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 6* (กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2551), 11.

วิธีการชั่วคราว” แล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีการวินิจฉัยและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งนั้น โดยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทของคดีที่ได้กำหนดไว้ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ

เหตุผลที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในแต่ละประเภทคดีนั้น เนื่องจากลักษณะของคดีรัฐธรรมนูญแต่ละประเภทนั้นมีความแตกต่างกัน คดีบางประเภทที่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ[282] เช่น

1) คดีขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 132 ประกอบมาตรา 81 มาตรา 145 และมาตรา 148 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ ในการระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะไม่สามารถนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ได้

2) คดีขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ ในระหว่างการพิจารณา นายกรัฐมนตรีจะไม่สามารถนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ได้

3) คดีที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 82 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ เมื่อได้รับเรื่องไว้พิจารณาแล้วนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งในสมาชิกนั้นหยุดปฏิบัติหน้าที่ไปจนถึงเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย คดีประเภทนี้ไม่ใช่เป็นมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่มีผลบังคับทันทีเมื่อศาลรับคำร้อง แต่จะมีผลต่อเมื่อศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องหยุดปฏิบัติหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในคำสั่งศาลอันเป็นดุลพินิจของศาล

---

[282] สุภัทร แสงประดับ, *การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71, 84.*

4) คดีที่เกี่ยวกับการสิ้นสุดลงของการเป็นรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ เมื่อได้รับเรื่องไว้พิจารณาแล้วนั้น หากปรากฏเหตุอันควรสงสัยว่าสมาชิกผู้ถูกร้องมีกรณีที่เป็นตามที่ถูกร้องนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งในสมาชิกนั้นหยุดปฏิบัติหน้าที่ไปจนถึงเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

5) คดีขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร จะใช้บังคับแก่คดีใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าศาลรัฐธรมนูญจะมีคำวินิจฉัย ตามมาตรา 212 วรรคหนึ่ง

6) คดีขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตราพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 173 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 173 วรรคหนึ่ง)

7) คดีเกี่ยวกับเสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 139 โดยมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราว คือ เสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายคลึงกับหลักการพระราชบัญญัติยับยั้งไว้มิได้

ในส่วนของคดีรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้โดยเฉพาะ จะมีผลต่อเมื่อศาลมีคำสั่งและได้แจ้งให้ผู้ร้องหรือผู้เกี่ยวข้องทราบ โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว หรือกระบวนพิจารณาในเรื่องดังกล่าวไว้ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งคดีรัฐธรรมนูที่ไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้โดยเฉพาะมีดังนี้

1) คดีผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง ร้องขอว่ามีการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว คือ ให้คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องในการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ กระทำหรือระงับการกระทำใด ๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน จนกว่าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีนี้มุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิ คุ้มครองประโยชน์ เพื่อต้องการให้ผู้ถูกร้องหยุดการกระทำหรือระงับการกระทำใด ๆ ที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง เพื่อเป็นการป้องกันภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

2) คดีร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวคือ ให้คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง กระทำการหรือระงับการกระทำใด ๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

คดีประเภทนี้มีขึ้นเพื่อเป็นข้อจำกัดของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกระทำที่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพไม่ว่าจะเป็นการกระทำของบุคคลซึ่งมีลักษณะเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ความเป็นไปได้ของศาลที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจะเห็นได้ชัดมากกว่าคดีประเภทอื่น เนื่องจากเป็นเรื่องที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งอาจก่อให้เกิดความรุนแรงในวงกว้างได้ โดยคำว่า “เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เป็นถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง สามารถตีความได้ครอบคลุมทุกกรณี ดังนั้น การประเมินข้อเท็จจริงว่ามีความร้ายแรงถึงขนาดที่ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมจึงไม่ใช่เรื่องง่ายนัก ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้น เนื่องจากอาจกระทบต่อหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นเจตนารมณ์เพื่อปกป้องและคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ[283]

3) คดีหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว คือ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ รอการพิจารณาหรือการดำเนินการเรื่องนั้น ๆ ไว้ก่อน หรือมีคำสั่งให้

[283] สุมณฑา พันธนสมบัติ, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), 70.

ระงับการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น

คดีประเภทนี้ศาลรัฐธรรมนูญมุ่งให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามภารกิจและเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพื่อเป็นตัวขับเคลื่อนภารกิจและสถานะขององค์กร อีกทั้งเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรให้มีความเป็นเอกภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่ด้วยเพราะข้อจำกัดของการร่างรัฐธรรมนูญ หรือเพราะความเกาะเกี่ยวของลักษณะอำนาจหน้าที่ขององค์กร อาจทำให้มีความขัดแย้งในเรื่องของหน้าที่ หรือการปฏิเสธว่าไม่ใช่อำนาจของตน ดังนี้ จึงเป็นข้อโต้เถียงให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัย เพื่อให้เกิดการทำหน้าที่ของตนอย่างถูกต้องและป้องกันไม่ให้เกิดข้อผิดพลาดที่ไม่อาจเยียวยาหรือแก้ไขได้ในภายหลัง ดังนั้น การมีมาตรการชั่วคราวในคดีประเภทนี้จึงเป็นการตระหนักถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรกลางจึงต้องพิจารณาถึงภารกิจและความรับผิดชอบ อำนาจหน้าที่ขององค์กร และบทบาทของศาลด้วย[284]

4) คดีประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ หมวด 5 ว่าด้วยเรื่องหน้าที่ของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 51 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว คือ คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง กระทำการใด ๆ หรือกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาความเดือดร้อน ไว้เป็นการชั่วคราวก่อนศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ในคดีประเภทนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิในลักษณะเป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่กรณีฯ กระทำการหรือดำเนินการเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธินั้นได้ หรือขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองใด ๆ เพื่อบรรเทาความเสียหายหรือความเดือดร้อนก่อนการวินิจฉัย[285]

---

[284] เรื่องเดียวกัน, 73.

[285] สุภัทร แสงประดับ, *การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71*, 189.

5) คดีที่เกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการ มีส่วนโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 144 ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว คือ คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ให้รอการพิจารณาเรื่องนั้น ๆ ไว้ก่อน หรือไม่ให้ใช้งบประมาณเรื่องนั้นจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้ อาจไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เนื่องจากตามมาตรา 144 วรรคสาม ได้กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 15 วันเท่านั้น ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ไม่นานจนเกินไป อาจจะไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความเสียหายที่ยากจะเยียวยาหรือแก้ไขในภายหลัง

6) คดีหนังสือสัญญาที่ตนเองได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 71 ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

7) คดีขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ตรวจแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว คือ คู่กรณีหรือหน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง รอการพิจารณาหรือการดำเนินการตามกฎหมายไว้ก่อน ชะลอการบังคับใช้กฎหมาย จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

8) คดีอื่นที่รัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (3) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (13) ในกรณีนี้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว คือ ชะลอหรือระงับการดำเนินการตามคำสั่งหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น

คดีประเภทนี้มุ่งหมายให้องค์กรสูงสุดของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ให้ตรงตามภารกิจของตน ซึ่งนอกจากจะเป็นตัวขับเคลื่อนภารกิจและสถานะขององค์กรยังเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเองด้วย ดังนั้น อาจมีความเป็นไปได้ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่หนึ่งองค์กรขึ้นไปจะตีความการใช้อำนาจหน้าที่ของตนที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ หรือปฏิเสธว่าไม่ได้เป็นอำนาจหน้าที่ของตน ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถใช้อำนาจในการสั่งห้ามการใช้อำนาจหน้าที่ที่เป็นประเด็นแห่งคำร้องไม่ว่าเป็นองค์กรใด จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย จึงมีเหตุผลที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบถึงภารกิจและความรับผิดชอบขององค์กรนั้น ๆ ด้วย[286]

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ามีหน้าที่และอำนาจอยู่ด้วยกัน 4 ประเภท ที่ได้มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้โดยเฉพาะ คือ (1) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมาย (2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด (3) การพิจารณาวินิจฉัยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต้องได้รับความชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ และ (4) การพิจารณาวินิจฉัยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของดำรงตำแหน่งทางการเมือง

โดยผู้มีสิทธิขอกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยมีได้ 2 กรณี คือ (1) กรณีที่คู่กรณียื่นคำขอ (2) กรณีที่ศาลเห็นสมควรหรือเห็นเองโดยที่คู่กรณีไม่ได้ยื่นคำขอ ทั้งนี้ ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้นั้น จะต้องนำคดีเข้าสู่ศาลแล้วเท่านั้น หากคดียังไม่เข้าสู่สารบบคดีของศาลหรือยังไม่มีการรับคำร้องคดีใดไว้พิจารณา จะไม่สามารถกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในเรื่องนั้น ๆ ได้

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญจะมีความแตกต่างจากคดีปกครอง และในคดีแพ่ง เนื่องจาก

---

[286] สุมณฑา พันธนสมบัติ, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีรัฐธรรมนูญ”, 78.

ในคดีปกครองนั้นจะมีในเรื่องของการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองและการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ในส่วนของคดีแพ่งจะมีในเรื่องของการคุ้มครองโจทก์ระหว่างพิจารณา และการคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างพิจารณา โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 255 ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าในการพิจารณาคำขอคุ้มครองชั่วคราว จะต้องเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าคำฟ้องมีมูล[287] หากปรากฏว่าคำฟ้องไม่มีมูลศาลย่อมไม่สามารถที่จะนำมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวมาใช้บังคับได้ สำหรับในคดีปกครองก็เช่นกัน การที่ศาลจะพิจารณาว่าคดีมีมูลหรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาแต่เพียงว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีอันหมายถึงตัวกฎ หรือคำสั่งทางปกครองนั้นมีเหตุอันควรสงสัย หรือมีแนวโน้มว่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น[288] โดยยังไม่ต้องพิจารณาถึงขนาดชี้ขาดว่า กฎหรือคำสั่งทางปกครองมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายจริงตามที่ฟ้องหรือไม่

สำหรับแนวทางการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของศาลปกครองไทย สามารถพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองเคยวางไว้ในเรื่องการทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองว่า กรณีที่ศาลเห็นว่าการให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงยากแก่การเยียวยาแก้ไขภายหลัง ศาลมีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับ

---

[287] เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 178/2551 ศาลวินิจฉัยว่า การที่จำเลยตั้งโจทก์เป็นตัวแทนประสานงานเพื่อผลประโยชน์ของจำเลยในการได้รับการจ้างงานในโครงการท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ ต่อมาจำเลยได้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับกิจการร่วมค้าไอทีโอโดยเป็นผลมาจากการดำเนินการของโจทก์ตามสัญญาตั้งตัวแทน โจทก์มีสิทธิเรียกร้องอันเป็นมูลหนี้ตามสัญญาดังกล่าวที่จะฟ้องร้องจำเลยได้ คดีของโจทก์จึงมีมูลที่จะฟ้องร้อง...จึงนำวิธีคุ้มครองตามที่โจทก์ขอมาใช้ในการสั่งให้อายัดเงินค่าจ้างที่กิจการร่วมค้าไอทีโอบุคคลภายนอกจะชำระให้แก่จำเลยได้

[288] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 18/2555 กระบวนการเลือกกรรมการสภามหาวิทยาลัยจากคณาจารย์ประจำโดยมีเจ้าหน้าที่จากสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมิได้มีส่วนได้เสียกับการเลือกกรรมการ มาดำเนินการตรวจสอบบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิลงคะแนน เมื่อคณะกรรมการสังเกตการณ์ตรวจสอบบัญชีแจ้งว่า ไม่พบสิ่งผิดปกติ หรือสิ่งที่ส่อไปในทางทุจริต ดังนั้น คำสั่งของนายกสภามหาวิทยาลัยผู้ถูกฟ้องคดี ที่ให้ยกเลิกประกาศผลการเลือกกรรมการสภามหาวิทยาลัยจากคณาจารย์ประจำและให้มีการเลือกกรรมการดังกล่าวใหม่จึงน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ...จึงมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ยกเลิกประกาศ และที่ให้มีการเลือกกรรมการชุดใหม่ไว้ชั่วคราว.

ดังที่ปรากฏอยู่ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ข้อ 72 วรรคสาม[289] อนึ่ง โดยปกติแล้ว การกระทำทางปกครองต้องมีผลผูกพันทางกฎหมายเสมอ ตลอดระยะเวลาจนกว่าจะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน ดังนั้น เงื่อนไขหนึ่งของการออกคำสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ที่ปรากฏในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 72 จึงกำหนดว่า การทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นต้องไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐ หรือแก่บริการสาธารณะ นอกจากนี้ศาลยังได้นำหลักการทำนองเดียวกันไปใช้กับการใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวอีกด้วย[290]

ความแตกต่างของกระบวนการสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวในคดีปกครองและในคดีแพ่ง สามารถเปรียบเทียบได้ ดังตารางต่อไปนี้

---

[289] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 405/2555 สถาบันทดสอบการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งไม่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิสอบ GAT-PAT ครั้งที่ 2/2555 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษา ศาลวินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวน่าจะมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในการใช้ดุลพินิจ และหากให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีมีผลใช้บังคับต่อไปในระหว่างการพิจารณาคดีจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงยากแก่การเยียวยาแก้ไขภายหลัง เนื่องจากผู้ฟ้องคดีต้องนำผลคะแนนในวิชาที่สอบไปประกอบการคัดเลือกบุคคลเข้าศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา...จึงมีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับไว้ชั่วคราว.

[290] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 3221/2545 การชะลอการเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารองค์กรบริหารส่วนตำบลจะก่อให้เกิดอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐ เพราะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อการบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่อง

ตารางที่ 4-1 แสดงการเปรียบเทียบมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญ คดีปกครอง และคดีแพ่ง[291]

เรื่อง	คดีรัฐธรรมนูญ	คดีปกครอง		คดีแพ่ง	
		การทุเลาการบังคับตามกฎคำสั่งทางปกครอง	การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว	การคุ้มครองโจทก์ระหว่างพิจารณา	การคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างพิจารณา
1. กฎหมายที่ให้อำนาจ	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71	- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 - ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 96-74	- พระราชบัญญัติศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 66 - ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 75-77	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254	ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 264
2. ผู้มีสิทธิขอ	- คู่กรณี	- ผู้ฟ้องคดี	- ผู้ฟ้องคดี - คู่กรณี	โจทก์	- โจทก์ - จำเลย - คู่ความ

[291] คณะทำงานด้านวิชาการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71,” ใน *เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการสัมมนาประเด็นรัฐธรรมนูญระหว่างที่ปรึกษาและผู้เชี่ยวชาญประจำคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ระหว่างวันที่ 28 กุมภาพันธ์ - 1 มีนาคม 2562* (นครปฐม: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2562), 37-45.

เรื่อง	คดีรัฐธรรมนูญ	คดีปกครอง		คดีแพ่ง	
		การทุเลาการบังคับตามกฎคำสั่งทางปกครอง	การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว	การคุ้มครองโจทก์ระหว่างพิจารณา	การคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างพิจารณา
3. หลักเกณฑ์การยื่นคำขอ	เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล	ขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอมาในเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษา	ขอมาในคำฟ้องหรือยื่นคำขอในเวลา ๆ ก่อนพิพากษา	ยื่นคำขอพร้อมกับคำฟ้องหรือยื่นคำร้องมาเพิ่มเติม	จัดทำเป็นคำร้อง
4. เงื่อนไขที่ผู้ร้องต้องบรรยายในคำขอ	- คำร้องของผู้ร้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง - เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงที่เป็นการยากที่จะแก้ไขเยียวยาในภายหลัง	- ประสงค์จะขอทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง - การให้กฎหรือคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายและยากที่จะเยียวยาในภายหลัง	- ประสงค์จะให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ก่อนการพิพากษา - ประสงค์จะให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาคดี - การให้การกระทำดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากจะแก้ไขในภายหลัง	คำขอให้ศาลมีคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองอย่างใด ๆ จะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 254 เท่านั้น	ต้องเป็นการขอคุ้มครองประโยชน์ในประเด็นที่พิพาทกันตามคำฟ้องหรือคำให้การ เป็นกรณีที่นอกเหนือจากการขอให้ศาลมีคำสั่งตามมาตรา 254
5. ช่วงระยะเวลาในการยื่นคำขอ	-	ก่อนศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี	ก่อนศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี	ก่อนศาลพิพากษา หรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา	ก่อนศาลพิพากษา หรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา

เรื่อง	คดีรัฐธรรมนูญ	คดีปกครอง		คดีแพ่ง	
		การทุเลาการบังคับตามกฎคำสั่งทางปกครอง	**การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว**	**การคุ้มครองโจทก์ระหว่างพิจารณา**	**การคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างพิจารณา**
6. การไต่สวนของศาล	-	- กรณีที่มีการยื่นคำขอของผู้ฟ้องคดี ศาลจะส่งสำเนาคำขอให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำคำชี้แจงคัดค้านคำขอ และหากศาลเห็นสมควรจะนัดไต่สวนก็ได้ - กรณีที่ศาลเห็นเอง ศาลอาจมีคำสั่งโดยจะไต่สวนก่อนหรือไม่ก็ได้	อาจมีกรณีการไต่สวนฉุกเฉินได้ตามข้อ 77 ประกอบมาตรา 266 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	มีทั้งในกรณีที่ต้องไต่สวนและไม่ต้องไต่สวน	ศาลต้องให้โอกาสคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งคัดค้าน แต่ศาลต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้าตามมาตรา 264 วรรคสอง
7. เกณฑ์ในการพิจารณาของศาลก่อนออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว	- คำร้องของผู้ร้องจะต้องมีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง - เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นและเป็นการยากที่จะแก้ไขเยียวยาในภายหลัง	- กฎหรือคำสั่งทางปกครองน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย - การให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปอาจเกิดความเสียหาย	- คำฟ้องมีมูล - มีเหตุเพียงพอที่จะนำมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาตามที่ขอนั้นมาใช้	- โจทก์เท่านั้นที่จะขอให้คุ้มครองได้ - ไม่ใช่คดีมโนสาเร่ - คำฟ้องมีมูล - เหตุเพียงพอที่จะนำมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาตามที่ขอนั้นมาใช้	- ต้องมีคดีอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลชั้นใดชั้นหนึ่ง - มาตรการที่ขอคุ้มครองนั้นเป็นประโยชน์แก่การบังคับคดี

เรื่อง	คดีรัฐธรรมนูญ	คดีปกครอง		คดีแพ่ง	
		การทุเลาการบังคับตามกฎคำสั่งทางปกครอง	การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว	การคุ้มครองโจทก์ระหว่างพิจารณา	การคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างพิจารณา
		- การทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริการสาธารณะ	- ต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐด้วย	- มาตรการที่โจทก์ขอให้นำมาคุ้มครองโจทก์นั้นเกี่ยวข้องกับคำฟ้องและคำขอท้ายฟ้องของโจทก์ - มีความเหมาะสมหรือเหตุอันสมควรที่จะนำมาตรการที่โจทก์ขอมาใช้	
8. ผู้มีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว	ศาล	องค์คณะอำนาจตุลาการคนเดียวจะมีเฉพาะการไต่สวนหรือมีคำสั่งในเรื่องที่ไม่ใช่การวินิจฉัยชี้ขาดคดีตามมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง		องค์คณะศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาคนเดียวหรือสองคนศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา องค์คณะ 3 คน	
9. คำสั่งมีผลใช้บังคับ	ไม่เกิน 60 วัน นับแต่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว			มีผลบังคับใช้ต่อเนื่องในระหว่างการพิจารณาคดีจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่น	

เรื่อง	คดีรัฐธรรมนูญ	คดีปกครอง		คดีแพ่ง	
		การทุเลาการบังคับตามกฎคำสั่งทางปกครอง	**การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว**	**การคุ้มครองโจทก์ระหว่างพิจารณา**	**การคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความระหว่างพิจารณา**
10. อุทธรณ์	-	ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของศาลชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายใน 30 วัน	ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ ต่อศาลปกครองสูงสุดภายใน 30 วัน	ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิย่อมอุทธรณ์หรือฎีกาได้ทันที	คู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือบุคคลภายนอกที่ต้องเสียหายอาจยื่นคำร้องตามมาตรา 262 ขอให้ศาลที่คดีนั้นอยู่ระหว่างพิจารณาสั่งแก้ไขหรือยกเลิกวิธีการคุ้มครองนั้นได้
11. การขอยกเลิกหรือแก้ไขคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว	-	-	กรณีที่มีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปในระหว่างการพิจารณาเมื่อศาลเห็นเองหรือคู่ความหรือบุคคลภายนอกมีคำขอ ก็อาจมีคำสั่งแก้ไขหรือยกเลิกได้	ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ศาลอาศัยเป็นหลักในการมีคำสั่งอนุญาตนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป	

4.2.2.2 ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555

เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

ข้อเท็จจริงในคำร้องสรุปได้ว่า ผู้ถูกร้องที่ 2 ถึงผู้ถูกร้องที่ 6 ได้ยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ซึ่งผู้ร้องเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น การที่ฝ่ายผู้ถูกร้องเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงมีผลให้เป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและมีคำสั่ง (1) มีคำสั่งให้ฝ่ายผู้ถูกร้องเลิกการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (2) มีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องที่ 3 และพรรคผู้ถูกร้องที่ 4 ซึ่งเป็นผู้ยื่นร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ (2) มีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารของพรรคผู้ถูกร้องที่ 3 และพรรคผู้ถูกร้องที่ 4 เป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่ง

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วจึงเห็นว่า ยังรับฟังไม่ได้ว่าการกระทำของผู้ถูกร้องทั้งหกเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ข้อกล่าวอ้างทั้งหมดจึงคงเป็นเพียงการคาดการณ์เท่านั้น และในการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 291 นั้น มีเจตนารมณ์เพื่อต้องการให้มีวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นรายมาตราเพื่อปฏิรูปการเมืองและปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองใหม่ให้มีความเสถียรภาพเพิ่มขึ้น ดังนี้ เมื่อไม่เป็นกรณีที่เป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามมาตรา 68 อันถือเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแล้วนั้น จึงไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอีกต่อไป

2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2562

เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 ว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของนายธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (3) หรือไม่

ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

เมื่อวันที่ 23 มกราคม 2562 ได้มีพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป พ.ศ. 2562 และวันที่ 24 มกราคม 2562 คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ร้อง มีประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดให้พรรคการเมืองที่ประสงค์จะส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อยื่นบัญชีรายชื่อผู้สมัคร ในวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2562 ถึงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 ซึ่งพรรคอนาคตใหม่ได้ยื่นบัญชีรายชื่อผู้สมัคร ในวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2562 โดยมีรายชื่อของนายธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ ผู้ถูกร้อง อยู่ในลำดับที่ 1 ต่อมาผู้ร้องได้ประกาศผลการเลือกตั้งว่าผู้ถูกร้องได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อพรรคอนาคตใหม่ และปรากฏหลักฐานต่อผู้ร้องในเวลาต่อมาว่าผู้ถูกร้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท วี-ลัค มีเดีย จำกัด ซึ่งประกอบกิจการหนังสือพิมพ์และสื่อมวลชนใด ๆ จำนวน 675,000 หุ้น ตั้งแต่วันที่ 12 มกราคม 2558 เรื่อยมาจนกระทั่งเมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2562 ผู้ถูกร้องจึงได้โอนหุ้นจำนวนดังกล่าวให้แก่นางสมพร จึงรุ่งเรืองกิจ ผู้ถูกร้องจึงยังคงเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท วี-ลัค มีเดีย จำกัด ซึ่งประกอบกิจการหนังสือหรือสื่อมวลชนใด ๆ อยู่ในวันสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ ผู้ร้องจึงมีมติในการประชุมครั้งที่ 63/2562

เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2562 วินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องเป็นบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นเหตุให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ 101 (6) ประกอบมาตรา 98 (3) ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 วรรคสี่ ประกอบ มาตรา 101 (6) และมาตรา 98 (3) และขอให้มีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องหยุดปฏิบัติหน้าที่จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 วรรคสอง รวมทั้งมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เป็นการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 82 วรรคสี่ ประกอบมาตรา 101 (6) และมาตรา 98 (3) บัญญัติให้ผู้ร้องมีอำนาจส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดคนหนึ่งมีเหตุสิ้นสุดลงเพราะมีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) และมาตรา 98 (3) ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว กรณีจึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 (6) และมาตรา 98 (3) ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว กรณีจึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 วรรคหนึ่ง และวรรคสี่ ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (5) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยและให้ผู้ถูกร้องหยุดปฏิบัติหน้าที่จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 82 วรรคสอง นับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม 2562 รวมทั้งเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องหยุดปฏิบัติหน้าที่แล้ว ในกรณีนี้จึงไม่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวใด ๆ อีก และในกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่มีผลบังคับทันทีเมื่อศาลรับคำร้อง แต่มีผลต่อเมื่อศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องหยุดปฏิบัติหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในคำสั่งศาล

4.2.3 สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นของมาตรการชั่วคราว

มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญนั้นมีได้ทั้งในคู่กรณี หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง

กับการกระทำหรือดำเนินการ หรืองดเว้นกระทำการหรือระงับการกระทำการหรือรอดำเนินการ เพื่อให้มีผลเป็นการชะลอไว้เป็นการชั่วคราว หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีที่ร้องขอในระหว่างการพิจารณาคดีอันจะมีผลเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงและเป็นการยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง

แต่ในการมีมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญนั้นก็มีผลกระทบ โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับการร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 ซึ่งการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในลักษณะนี้อาจมีผลทำให้ผู้ร้องมีผลชนะคดีไปแล้ว ฝ่ายที่เสียประโยชน์อาจมองว่าศาลไม่มีความเป็นธรรม แม้การขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวจะเป็นเครื่องมือในการป้องกันหรือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้นั้น แต่ก็อาจตกเป็นเครื่องมือในของคู่กรณีที่มีความประสงค์หรือต้องการผลทางการเมือง

โดยผลกระทบที่เกิดจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นได้ ดังนี้

1) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ ก่อนการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ในบางกรณีสามารถทราบผลได้ล่วงหน้าว่าจะวินิจฉัยไปในทางใด ซึ่งคู่กรณีที่เสียเปรียบจะรู้ดีอยู่แล้วว่าจะแพ้คดี และจะกระทำการเพื่อโจมตีศาลหรือทำลายกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ตนได้เข้ามาเป็นคู่กรณี โดยเฉพาะในคดีทางการเมือง และทำการบิดเบือนข้อเท็จจริงและทำการเผยแพร่ข้อมูลเท็จนั้นลงสู่สาธารณชน

2) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีบางประเภทอาจมีผลทำให้คู่กรณีมีผลชนะคดีไปแล้ว ดังเช่น การร้องขอตามมาตรา 49 ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลไม่ต่างจากวิธีการชั่วคราว แม้จะสั่งให้ระงับการกระทำใด ๆ ไว้เป็นการชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดีก็ตาม

3) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่แตกต่างกันในคดีประเภทเดียวกัน เช่น สั่งให้ผู้ถูกร้องบางรายหยุดปฏิบัติหน้าที่ ดังนี้ ทำให้เป็น

ประเด็นในการถูกโจมตีทางการเมืองหรือพยายามที่จะนำศาลมาเป็นคู่กรณี ซึ่งจะเป็นการลดความน่าเชื่อถือของศาล และมองว่าศาลไม่มีความยุติธรรม

ดังนั้น เกณฑ์ในการกำหนดมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาของศาล จะต้องมีความชัดเจนและแน่นอน เป็นไปในรูปแบบและทิศทางเดียวกัน เพื่อไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ และที่สำคัญที่สุด คือ การกำหนดมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขให้มีความชัดเจนแน่นอนนั้น ถือเป็นการยับยั้ง ควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจจนเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

4.3 การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย

ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 นั้น ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กำหนดแต่เพียงเรื่องคำวินิจฉัยและคำสั่งเท่านั้น อีกทั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้มีการกำหนดไว้หากมีความจำเป็นที่ต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย[292] ต่อมาตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ก็ปรากฏแต่เพียงแต่เรื่องคำวินิจฉัยและคำสั่งเช่นกัน ไม่มีการกำหนดในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ภายหลังได้มีการเพิ่มเติมเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ใน ข้อ 41-45 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562

---

[292] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย),* 71.

4.3.1 วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

ในอดีตเมื่อไม่มีการกำหนดในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ทั้งในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 และ พ.ศ 2550 จึงต้องมีการศึกษาจากอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแทนว่ามีการบัญญัติในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างไรบ้าง โดยสามารถสรุปอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย[293] ได้ดังนี้

1) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติ และเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด เมื่อพิจารณาจากมาตรา 263 วรรคสาม[294] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ มาตรา 154 วรรคสาม[295] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วนั้น เห็นได้ว่าผลของคำวินิจฉัยของศาลส่งผลโดยตรงต่อร่างพระราชบัญญัติ ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นตามคำวินิจฉัยของศาล

2) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 266[296] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 214[297] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เมื่อมีปัญหาเรื่องของอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ให้ “เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

---

[293] เรื่องเดียวกัน, 71-84.

[294] “ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป”

[295] “ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป...”

[296] ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

[297] ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ดังนี้ คำวินิจฉัยของศาลมีผลโดยตรงต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล

3) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบพรรคการเมือง คือ (1) อำนาจในการตรวจสอบไม่ให้มติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดกับสถานะและอำนาจหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฯ[298] ในกรณีนี้หากต้องมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นหน้าที่ของนายทะเบียนพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 (2) อำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการของพรรคการเมือง[299] ในกรณีที่มีการวินิจฉัยสั่งให้เลิกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง จะต้องมีมาตรการในการบังคับให้ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ในกรณีสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น คำวินิจฉัยย่อมมีผลโดยตรงต่อการยุบพรรค ไม่จำต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

4) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการดำเนินงานภายในวงงานของรัฐสภา คือ (1) การตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอใหม่ว่ามีหลักการเดียวกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งไว้[300] ในกรณีนี้หากต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา มีหน้าที่ในการดำเนินการ (2) การตรวจสอบการแปรญัตติหรือการดำเนินการใด ๆ ในระหว่างการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี[301] ในกรณีที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้น ให้สำนักงบประมาณเป็นผู้ดำเนินการ (3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อบังคับการประชุมของสภา[302] ในกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลโดยตรงกับข้อบังคับดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

---

[298] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 46 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 65.

[299] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 63 วรรคสาม และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 68 วรรคสาม.

[300] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 177 วรรคสอง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 149 วรรคสอง.

[301] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 180 วรรคเจ็ด และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 168 วรรคเจ็ด.

[302] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 263 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 155.

5) อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบเกี่ยวกับเรื่องสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา กรรมการการเลือกตั้งและรัฐมนตรี คือ (1) การตรวจสอบสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา[303] ในกรณีที่เป็นเรื่องของการวินิจฉัยเรื่องการสิ้นสุดลงของสมาชิกภาพ กรณีนี้คำวินิจฉัยย่อมมีผลโดยตรงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ในกรณีที่จะต้องมีการบังคับให้เป็นตามคำวินิจฉัย ประธานแห่งสภาที่บุคคลนั้นเป็นสมาชิกเป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการ

6) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน[304] ในกรณีนี้คำวินิจฉัยของศาลมีผลโดยตรงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ในกรณีที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นผู้มีหน้าที่ดำเนินการ

จะเห็นได้ว่าในส่วนของอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ไม่มีปัญหาในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย แต่ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยคือกรณีที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เนื่องจากไม่มีความชัดเจนว่าในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละกรณี ผู้ใดจะเป็นคนดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย[305]

ภายหลังได้มีการแก้ไขบทบัญญัติข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 โดยมีการเพิ่มเติมเรื่องการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

---

[303] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 96 มาตรา 97 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 91 มาตรา 92.

[304] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 295 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 263.

[305] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย),* 88.

1) กรณีที่ศาลได้กำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 74 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

"ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาล หากมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย..."[306]

ในกรณีนี้ หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำบังคับของศาลหรือมีข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาล ให้ศาลพิจารณาหรือไต่สวน และมีคำสั่งกำหนดวิธีดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยต่อไป เพื่อให้มีการบังคับคดีเสร็จไปด้วยความรวดเร็ว[307]

2) ในกรณีที่องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่มีหน้าที่ในการบังคับ ไม่ได้ปฏิบัติตามคำบังคับของศาล หรือปฏิบัติล่าช้า ศาลมีหน้าที่ในการไต่สวนหรือหาข้อเท็จจริง หากเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามคำบังคับหรือปฏิบัติการล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควร ศาลอาจแจ้งให้นายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา ประธานองค์กรอิสระ นายทะเบียนพรรคการเมือง ผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุมดำเนินการหรือบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล โดยผู้ดำเนินการนั้นให้พิจารณาตามความเหมาะสมของประเภทคดี[308]

4.3.2 ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัย

4.3.2.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547[309]

เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 กรณีการใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภา ในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

---

[306] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561, มาตรา 74.

[307] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562, ข้อ 44.

[308] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562, ข้อ 45.

[309] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 122 ตอนที่ 26 ก (23 มีนาคม 2548): 1-16.

ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

พันตำรวจเอก สุรพงศ์ ไผ่นวล สมาชิกวุฒิสภากับคณะได้มีหนังสือขอให้ประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย กรณีการใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

ประธานรัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 333 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 15 มาตรา 30 มาตรา 31 และมาตรา 33 ประกอบกับระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกผู้ที่เหมาะสมให้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินแล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบโดยวุฒิสภามีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบเท่านั้น หากไม่ให้ความเห็นชอบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็มีหน้าที่ต้องคัดเลือกผู้ที่สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเสนอต่อไปจนกว่าวุฒิสภาจะให้ความเห็นชอบ ดังนั้น การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอรายชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน 3 คน ต่อวุฒิสภาเพื่อทำการคัดเลือก และการที่วุฒิสภามีมติคัดเลือกบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน 1 คน จากจำนวน 3 คน จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่น่าจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ ประธานรัฐสภาจึงอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 เสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอชื่อบุคคลที่สมควรเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินต่อวุฒิสภาจำนวน 3 คน และการที่วุฒิสภามีมติเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน 1 คน จากจำนวน 3 คน ที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอมานั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วนั้น กรณีตามคำร้องของประธานรัฐสภาที่เกี่ยวกับปัญหาการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงิน

แผ่นดินและวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น มีการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) และมาตรา 31 แต่ในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 266 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นั้น ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลมีผลโดยตรงต่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

4.3.2.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563[310]

เรื่อง ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ว่า ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

คำร้องที่หนึ่ง (เรื่องพิจารณาที่ 2/2563) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 109 คน ได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อผู้ร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 ข้อ 139 เพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ดังนี้

1) กระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ขัดหรือแย้งต่อหลักการออกเสียงลงคะแนนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 120 หรือไม่

---

[310] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563.

2) หากขัด มาตรา 120 จะถือว่าร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตกไปทั้งฉบับหรือเฉพาะมาตราที่ได้ใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์แสดงตนและลงมติแทนผู้อื่นโดยมิชอบ และกรณีดังกล่าวนี้จะถือว่าผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ไม่แล้วเสร็จภายใน 105 วัน นับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาถึงสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 143 วรรคหนึ่ง หรือไม่

คำร้องที่สอง (เรื่องพิจารณาที่ 3/2563) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 84 คน ได้เข้าเสนอความเห็นต่อผู้ร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) เพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วนั้นร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เฉพาะการพิจารณาลงมติในวาระที่สอง วาระที่สาม และข้อสังเกตของคณะกรรมาธิการเท่านั้น ซึ่งมีผลให้ต้องกำหนดคำบังคับให้สภาผู้แทนราษฎรดำเนินการให้ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเฉพาะในวาระที่สอง วาระที่สาม และข้อสังเกตของกรรมาธิการ และให้เสนอร่างพระราชบัญญัติที่แก้ไขให้ถูกต้องดังกล่าวต่อวุฒิสภาเพื่อดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งให้สภาผู้แทนราษฎรรายงานผลการปฏิบัติตามคำบังคับดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74

4.3.2.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563[311]

เรื่อง นางสาวศรีสมัย เชื้อชาติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213

ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

ผู้ร้องเคยเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาลกุยบุรี และเป็นแพทย์

[311] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563.

ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามกฎหมาย ถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมและกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 ทั้งที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และนำไปสู่การจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาผู้เข้ารับบริการเพื่อยุติการตั้งครรภ์ที่ท้องไม่พร้อม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ผู้ร้องอ้างว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และมาตรา 305 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77 เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติลงโทษแต่เฉพาะฝ่ายหญิงผู้ทำแท้ง จึงทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 นอกจากนี้ หญิงย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายที่จะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 สำหรับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 นั้นเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน และมุ่งคุ้มครองเฉพาะการกระทำของแพทย์ โดยไม่ครอบคลุมบุคลากรทางการแพทย์อื่นที่ให้บริการภายใต้การควบคุมของแพทย์ จึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 77 ที่บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพ

ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ดังนี้

(1) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28

(2) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77

(3) ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับในอีก 540 วัน หลังจากอ่านคำวินิจฉัยโดยกำหนดเงื่อนไขให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 360 วัน และ 500 วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ความผิดฐานทำให้แท้งลูก มีเจตนารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์ แต่มิได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ จึงส่งผลกระทบให้หญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกลิดรอนหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น อีกทั้งยังกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนเวลาที่เหมาะสมดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ส่วนประเด็นที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติให้หญิงฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดทางอาญา ไม่รวมถึงชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งถือว่ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 นั้น ศาลเห็นว่าการบัญญัติให้ชายที่มีความสัมพันธ์กับหญิงซึ่งเป็นต้นเหตุที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ต้องรับโทษและมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้เหมือนกัน ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อชาย ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ดังกล่าว จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 แต่อย่างใด

ประเด็นที่ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77 หรือไม่ ศาลเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองทั้งคุณธรรมในทางกฎหมายและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างเป็นธรรม เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีและมุ่งคุ้มครองประโยชน์

ของสังคมและประโยชน์สาธารณะได้อย่างเหมาะสม ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28 แต่อย่างใด อนึ่ง รัฐธรรมนูญ มาตรา 77 เป็นเพียงแนวนโยบายแห่งรัฐที่รัฐพึงใช้เป็นแนวทางในการตรากฎหมายขึ้นมาบังคับใช้เพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ มิใช่หน้าที่ของรัฐอันเป็นบทบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด จึงไม่ใช่กรณีที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 77

ส่วนในประเด็นที่ว่าสมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมายนั้น ศาลเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลา 60 ปีแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาการทำแท้งเถื่อนในสังคมที่ทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายของหญิงจำนวนมาก และทำให้เกิดปัญหาสังคมจากความไม่พร้อมของหญิงและเด็กที่เกิดมาอีกมากมาย ในขณะที่ปัจจุบันวิทยาการทางการแพทย์ได้พัฒนาขึ้นมาก สามารถให้บริการดูแลรักษารองรับการตัดสินใจใช้สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงในช่วงเวลาที่เหมาะสมได้อย่างสะดวกปลอดภัยแล้ว ประกอบกับยังไม่ได้มีมาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติงานทางการแพทย์ที่ครอบคลุมและเหมาะสม ศาลจึงได้ให้ข้อเสนอแนะว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 แต่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 โดยกำหนดคำบังคับให้คำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีผลเมื่อพ้นสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77 และสมควรให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันต่อไป

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือเป็นหมุดหมายสำคัญที่นำไปสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องดังกล่าวให้มีความสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของสังคมมากยิ่งขึ้น ซึ่งต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) เพื่อแก้ไข มาตรา 301 และมาตรา 305 เพื่อให้เป็นไปตามคำแนะนำและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวมา

4.3.2.4 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563[312]

เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเพื่อมีคำสั่งยุบพรรคอนาคตใหม่

ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ร้อง ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเพื่อมีคำสั่งยุบพรรคอนาคตใหม่ ผู้ถูกร้อง กรณีที่นายธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ หัวหน้าพรรคผู้ถูกร้อง ให้ผู้ถูกร้องกู้ยืมเงินตามสัญญากู้ยืมเงินจำนวน 2 ฉบับ รวมเป็นเงิน 191,200,000 บาท เป็นการทำนิติกรรมอำพราง นิติกรรมให้หรือบริจาคเงินแก่ผู้ถูกร้องซึ่งมีมูลค่าเกินกว่า 10 ล้านบาท และเมื่อรวมกับเงินที่นายธนาธร จึงรุ่งเรืองกิจ หัวหน้าพรรคผู้ถูกร้องได้บริจาคเงินให้แก่ผู้ถูกร้องแล้วจำนวน 8,500,000 บาท จึงเป็นการให้หรือบริจาคเงินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ถูกร้องมีมูลค่าเกินกว่า 10 ล้านบาท อันขัดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 66 วรรคหนึ่ง ด้วยเหตุนี้การที่ผู้ถูกร้องกู้ยืมเงินและรับเงินดังกล่าวจึงเป็นการรับบริจาคเงินหรือประโยชน์อื่นใดโดยรู้หรือควรจะรู้ว่าได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีแหล่งที่มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 72 และเป็นเหตุให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องได้ตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง (3) ประกอบมาตรา 93

ผู้ร้องจึงมีมติในการประชุม ครั้งที่ 129/2562 เมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2562 ให้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยดังนี้

---

[312] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2563.

1) มีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้อง

2) มีคำสั่งเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของบุคคลผู้เป็นคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองของผู้ถูกร้อง

3) มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้อง และถูกเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ไปจดทะเบียนพรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือมีส่วนในการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ภายในกำหนด 10 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้อง

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและคำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้วนั้น ในการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคอนาคตใหม่ ผู้ถูกร้อง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง (3) และวรรคสอง ประกอบมาตรา 72 เพิกถอนสิทธิสมัครเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่ 2 มกราคม 2562 หรือวันที่ 11 เมษายน 2562 ซึ่งเป็นวันที่มีการกระทำอันเป็นเหตุให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้อง และห้ามมิให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารของพรรคผู้ถูกร้องดังกล่าวไปจดทะเบียนพรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือมีส่วนในการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีก ภายในกำหนด 10 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 94 วรรคสองนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของทั้ง 3 กรณีที่ร้องขอ เนื่องจากผลของคำวินิจฉัยย่อมมีผลโดยตรง ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอีก

4.3.3 สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นของการกำหนดคำบังคับ

การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยนั้น กรณีมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยของศาลได้ โดยอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็น ความสมควร และความเป็นธรรมในแต่ละกรณี กำหนด

ให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับต่อศาล ภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัยหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ ประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 74

กรณีตัวอย่างที่มีการกำหนดคำบังคับ และเป็นคดีแรกที่อยู่ภายใต้การพิจารณาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ 2561 ได้แก่ คดีฝ่ายค้านอ้างว่าไม่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าการตรากฎหมาย ขัดต่อหลักนิติธรรม และขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมี ส.ส. เสียบบัตรลงคะแนนแทนกัน แต่ร่างพระราชบัญญัติไม่เป็นโมฆะ เพราะไม่มีประเด็นว่ามีสาระสำคัญขัดต่อรัฐธรรมนูญ และสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาในวาระที่ 1 โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงให้พิจารณาวาระ 2 และ 3 ใหม่

เมื่อศาลเห็นว่ามีเหตุจำเป็นเร่งด่วน ที่ต้องใช้กฎหมายฉบับนี้แก้ปัญหาความล่าช้าในการเบิกจ่ายงบประมาณแผ่นดิน ศาลจึงใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ 2561 ที่ให้ศาลมีอำนาจ “กำหนดคำบังคับ” ไว้ในคำวินิจฉัยด้วย นั่นก็คือให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาในวาระที่ 2 และ 3 ใหม่ให้ถูกต้อง

การที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้พิจารณาวาระ 2 และ 3 ใหม่ น่าจะเป็นสาเหตุสำคัญทำให้ฝ่ายค้านไม่เข้าร่วมประชุม เพราะไม่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญ จึงกลายเป็นข้อถกเถียงระหว่าง 2 อำนาจ คือ นิติบัญญัติกับตุลาการ โดยฝ่ายค้านนั้นมองว่าศาลวินิจฉัยเกินขอบเขตอำนาจ และก้าวก่ายอำนาจนิติบัญญัติ

กรณีนี้ รัฐธรรมนูญมาตรา 211 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ” ศาลไม่ได้วินิจฉัยเอง แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านยื่นเรื่องให้วินิจฉัยเป็นคำวินิจฉัย “เด็ดขาด” ไม่สามารถอุทธรณ์ฎีกาได้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงเปรียบเทียบได้กับคำพิพากษาของศาลฎีกาซึ่ง “ถึงที่สุด” และ “เป็นเด็ดขาด” มีผลผูกพันกับทุกองค์กรรวมทั้งรัฐสภา[313]

---

[313] ไทยรัฐออนไลน์, “บทบรรณาธิการ: อำนาจนิติบัญญัติกับตุลาการ,” สืบค้นเมื่อ 19 กุมภาพันธ์ 2563. https://www.thairath.co.th/newspaper/columns/1772740.

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

หลักการทั่วไปของการที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อรักษาฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมของบุคคลหรือป้องกันไม่ให้สิทธิหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของคู่ความได้รับความเสียหายในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี โดยศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวขึ้นในรูปของ “คำสั่ง” หรือ “คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว” ให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเสียหายแก่คู่ความฝ่ายที่ร้องขอ ในระหว่างการพิจารณาคดีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา หากปรากฏว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อรักษาสิทธิของคู่ความ หรือคุ้มครองประโยชน์ในทรัพย์สินของคู่ความ เพื่อไม่ให้ได้รับความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ในภายหลังได้ จึงเป็นการคุ้มครองคู่ความเป็นการชั่วคราว ไม่ใช่การคุ้มครองอย่างถาวร

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ศาลไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวให้คู่ความฝ่ายที่ร้องขอเสมอไป แต่การที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวหรือไม่นั้น ถือเป็นอำนาจดุลพินิจของศาล (a discretionary power of court) หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรที่จะสั่งให้มีการคุ้มครองประโยชน์โดยวิธีการชั่วคราว ก็จำเป็นที่ศาลจะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใดจึงจะมีความเหมาะสม เป็นประโยชน์แก่คู่ความ หรือเป็นประโยชน์แก่คดีตามที่ศาลเห็นสมควร โดยมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าว จะมีผลเป็นการคุ้มครองประโยชน์และฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมของคู่ความ (status quo) ในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาเท่านั้น เมื่อศาลได้พิพากษาหรือชี้ขาดประเด็นแห่งคดีแล้ว มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวก็หมดความจำเป็นลงไป ในคดีบางประเภทอาจมีการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด

ของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นระยะเวลาที่แน่นอน หรืออาจมีการกำหนดให้สิ้นสุดลงโดยคำสั่งยกเลิกของศาลก็ย่อมได้

จากการศึกษาและวิเคราะห์พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ในเรื่องของการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว และการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแล้วนั้น ทำให้ทราบว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักการใหม่ที่กำหนดขึ้นเป็นครั้งแรกสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทย เพราะบทบัญญัติของกฎหมายทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบันมิได้มีการกำหนดในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเสริมสร้างความเข้าใจทางวิชาการ และเป็นแนวทางสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป ผลการศึกษาของคณะวิจัยในเรื่องการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญ ดังนี้

5.1.1 สภาพปัญหาของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ ประเทศยอมรับให้มีการนำเอามาตรการหรือวิธีการชั่วคราวมาบังคับใช้ในคดีที่เป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้ โดยในบางประเทศให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไปและไม่จำกัดประเภทของคดี บางประเทศกำหนดไว้ชัดแจ้งเฉพาะคดีบางประเภท หรือในบางประเทศศาลรัฐธรรมนูญสามารถอาศัยหลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไป (กฎหมายเอกชน) มากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวขึ้นได้เองในบางประเภทคดี แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม

ในสหรัฐอเมริกา คำสั่งมาตรการชั่วคราวตามกฎหมายอเมริกันมีอยู่สองลักษณะ คือ คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction) และคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order) ในกรณีของคำสั่งคุ้มครอง

ก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (preliminary injunction หรือ “PI”) ศาลจะสั่งให้ตามที่คู่ความขอทันทีไม่ได้ แต่จะต้องมีหมายแจ้งให้คู่ความที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งได้รับทราบก่อนเสมอ เพื่อให้คู่ความฝ่ายนั้นสามารถเข้าร่วมในกระบวนการไต่สวนคำขอได้ ในทางกลับกัน คำสั่งให้ใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว (temporary restraining order หรือ “TRO”) เป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการคุ้มครองประโยชน์ในลักษณะเร่งด่วน ศาลจึงอาจสั่งได้ทันทีโดยไม่จำต้องแจ้งให้คู่ความที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทราบเสียก่อน

สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตามกฎหมายอเมริกันนั้น ไม่ว่าจะเป็น PI หรือ TRO แม้จะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องหรืออยู่ภายใต้ข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญก็ถือเป็นการขอวิธีเยียวยาตามหลักเอควิตี้ (equitable relief) หรือหลักความเป็นธรรม จึงต้องใช้เกณฑ์พิจารณาเดียวกับของคดีแพ่ง โดยในคดี Winter v. NRDC (2008) ศาลสูงสุดสหรัฐได้วางหลักเกณฑ์พิจารณา 4 ข้อ สำหรับวินิจฉัยคำร้องขอใช้วิธีการชั่วคราว ได้แก่ 1) ข้ออ้างของโจทก์มีมูล และโจทก์มีแนวโน้มว่าจะชนะตามข้อกล่าวอ้างได้ 2) โจทก์กำลังจะได้รับความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้ (likely to suffer irreparable harm) หากไม่ได้รับการคุ้มครองโดยมาตรการชั่วคราว โดยความเสียหายนี้ จะต้องเป็นความสียหายที่กำลังจะเกิด และจะต้องไม่เป็นเพียงแต่ภยันตรายที่คาดคะเนเอาบนพื้นฐานของความเป็นไปได้ หรือสมมติฐานเท่านั้น 3) สมดุลความยุติธรรมคล้อยไปในทางที่เป็นคุณแก่โจทก์ (the balance of equities tips in his favor) และ 4) มาตรการชั่วคราวนั้นสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ

นับตั้งแต่คดี Winter v. NRDC (2008) เป็นต้นมา ปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะมักจะถูกหยิบยกมาให้น้ำหนักเป็นพิเศษเสมอเมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ซึ่งทำให้ในคดีที่มีประเด็นพิพาทเกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการบังคับใช้กฎหมายหรือการกระทำของรัฐ ศาลมักจะใช้ทฤษฎีกำหนดมาตรฐานการพิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราวแบบเข้มงวดที่เรียกว่า ทฤษฎีชั่งน้ำหนักแบบเรียงตามปัจจัย หรือ the sequential test โดยภายใต้ทฤษฎีนี้ โจทก์หรือคู่ความฝ่ายที่ขอใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว จะถูกกำหนดให้มีภาระการพิสูจน์

ปัจจัยทั้ง 4 ข้อ อันเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราว หากคู่ความที่ร้องขอให้มีวิธีการชั่วคราวละเลยการพิสูจน์ปัจจัยข้อใดข้อหนึ่ง ศาลอาจยกคำร้องของคู่ความเช่นว่านั้นเสียได้ทันที

แม้ว่าปัจจัยเรื่องประโยชน์สาธารณะจะถูกยกมาให้น้ำหนักมากขึ้นในกรณีที่มีรัฐบาลเป็นคู่พิพาทในคดี แต่แนวทางการพิจารณายังมีความแตกต่างกันไปในแต่ละเขตอำนาจศาล ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Donald Trump v. Sierra Club (2019) ศาลแขวงสหรัฐเขตเหนือแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียร์พิจารณาอนุมัติวิธีการชั่วคราวให้ตามที่ฝ่ายโจทก์ (Sierra Club) ร้องขอ โดยให้ความเห็นว่า เมื่อโจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าปัจจัยพื้นฐานสองปัจจัยแรกเป็นคุณกับตนแล้ว น้ำหนักของสองปัจจัยหลัง (ได้แก่ ดุลยภาพแห่งความยุติธรรม และประโยชน์สาธารณะ) ก็ไม่ใช่สาระสำคัญอีก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลสหรัฐในบางเขตอำนาจยังคงใช้ทฤษฎีภาระการพิสูจน์ขั้นพื้นฐาน หรือ the threshold test อันเป็นทฤษฎีที่กำหนดมาตรฐานการพิจารณาแบบผ่อนคลายอยู่แม้ในกรณีที่รัฐบาลถูกฟ้องเป็นจำเลยก็ตาม

กรณีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราว (Preliminary injunction) ได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดย Basic Law หรือรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1951 (Act on the Federal Constitutional Court) โดยมีเงื่อนไขสำคัญได้แก่ การคำนึงถึงความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นหากไม่มีการกำหนดมาตรการดังกล่าว และการพิจารณาความเป็นไปได้ของผลแห่งคดีที่อาจเกิดขึ้น โดยคำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวดังกล่าวสามารถที่จะอุทธรณ์ได้

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีในการสั่งใช้วิธีการชั่วคราว ในกรณีเร่งด่วนเพื่อป้องกันภยันตรายอันจะเกิดขึ้นกับคู่ความ หรือป้องกันอันตรายอันอาจจะเกิดกับสาธารณะหรือเหตุอื่นที่กระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวม ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวให้มีผลบังคับจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยได้ โดยมีระยะเวลาไม่เกิน 6 เดือน แต่สามารถขยายระยะเวลาออกไปได้อีกโดยใช้เสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ขององค์คณะ

แต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเป็นพิเศษ ตุลาการไม่น้อยกว่า 3 คน โดยมติเป็นเอกฉันท์สามารถกำหนดวิธีการชั่วคราวโดยมีระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือนได้โดยหากองค์คณะใหญ่ได้ให้การรับรองวิธีการชั่วคราวดังกล่าวแล้ว ระยะเวลาของวิธีการชั่วคราวดังกล่าวจะขยายจาก 1 เดือน ออกไปเป็นไม่เกิน 6 เดือนแทน

ในคดีถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีสามารถกำหนดวิธีการชั่วคราว ให้ประธานาธิบดียุติการปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวได้ เมื่อพบว่าประธานาธิบดีกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืน Basic Law หรือฝ่าฝืนกฎหมายแห่งสหพันธ์ ในคดีถอดถอนผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์ที่ได้กระทำการอันขัดต่อ Basic Law ศาลสามารถกำหนดวิธีการชั่วคราว ให้ผู้พิพากษาดังกล่าวยุติการทำหน้าที่เป็นการชั่วคราว หรือในคดีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยื่นเรื่องต่อประธานาธิบดีให้ปลดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากตุลาการผู้นั้นไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ติดต่อกันจนมีลักษณะถาวร หรือการขับออกจากตำแหน่งอันเนื่องมาจากกระทำการอันเสื่อมเสีย หรือต้องคำพิพากษาจำคุก หรือจงใจใช้อำนาจขัดต่อกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 2 ใน 3 ของที่ประชุมใหญ่อาจมีมติให้ตุลาการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งเป็นการชั่วคราวก็ได้

สาธารณรัฐเกาหลี มีการบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญเพียงสามมาตรา จึงได้มีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2531 (ค.ศ. 1988) ซึ่งบัญญัติถึงอำนาจของศาลในการสั่งใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราว (Preliminary injunction) โดยอาจแบ่งการใช้อำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวของศาลออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้ กลุ่มที่ 1 เป็นกลุ่มประเภทคดีที่กฎหมายได้กำหนดเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ศาลจึงไม่จำเป็นต้องกำหนดวิธีการชั่วคราวไว้เป็นพิเศษสำหรับประเภทคดีดังกล่าว ได้แก่ คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กลุ่มที่ 2 เป็นกลุ่มประเภทคดีที่กฎหมายให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดวิธีการชั่วคราวตามความจำเป็นแห่งกรณี ได้แก่ กรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง คดีเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร สำหรับคดีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ในการกำหนดวิธีการชั่วคราวเอาไว้ แต่ศาลอาจนำ

วิธีการกำหนดวิธีการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาความแพ่งและกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม เนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 บัญญัติไว้

กล่าวโดยสรุป การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศทั้ง 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี มีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละประเทศ โดยบางประเทศมีการกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน บางประเทศไม่ได้มีการกำหนดไว้ จึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายอื่นมาบังคับใช้โดยอนุโลม อีกทั้งในแต่ละประเทศก็ยังมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในกรณีที่แตกต่างกันออกไป ปรากฏดังตาราง

ตารางที่ 5-1 แสดงสรุปสาระสำคัญผลการศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
มาตรการชั่วคราว	• รัฐธรรมนูญสหรัฐไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวไว้เป็นกรณีเฉพาะ ศาลสหพันธรัฐ (federal courts) จึงนำวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งสหพันธรัฐ (Federal Rules of Civil Procedure หรือ “FRCP”) มาใช้โดยอนุโลม • FRCP rule 65 กำหนดวิธีการชั่วคราวไว้ 2 ประเภท ได้แก่ 1) คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี (PI) 2) คำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว (TRO) • ถือว่า PI และ TRO เป็นการเยียวยากรณีพิเศษ (extraordinary remedy) ไม่ใช่สิทธิที่คู่ความจะขอได้โดยอัตโนมัติ จึงต้องแสดงให้ศาลเห็นว่ามีเหตุจำเป็นโดยเร่งด่วนที่จะต้องคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความในสถานการณ์เฉพาะหน้าเพื่อรักษาสถานะของคู่ความ	• ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการที่จำเป็นบางประการ เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นและความเสียหายนั้นไม่อาจหวนกลับคืนมาแก้ไข หรือเยียวยาได้ หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ รัฐสภาได้มอบความไว้วางใจบางประการให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยในมาตรา 32 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาได้	รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวไว้ 2 กลุ่ม ได้แก่ • กลุ่มที่ 1 กฎหมายได้กำหนด มาตรการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ศาลไม่จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว เช่น คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง • กลุ่มที่ 2 กฎหมายให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกำหนดมาตรการชั่วคราว ได้แก่ คดียุบพรรคการเมือง คดีเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเทศไทย เมื่อพิจารณาการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยและเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้วนั้น มีหลักการเดียวกัน คือ เป็นการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญที่มีขึ้นบนพื้นฐานของความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือเพื่อป้องกันภยันอันตรายที่จะเกิดขึ้น หรือจากเหตุผลที่สำคัญประการอื่นใดในอันที่จะปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดวิธีการชั่วคราวไว้ในวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

ความจำเป็นในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในแต่ละคดีนั้นมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะในคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ประกอบไปด้วยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญประเภทต่าง ๆ โดยสามารถสรุปได้ ดังนี้

1) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ เป็นขั้นตอนการตรวจสอบร่างกฎหมายที่อยู่ในกระบวนการตรากฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ เพื่อป้องกันไม่ให้ร่างกฎหมายมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สำหรับในภาคพื้นยุโรปจะพบขั้นตอนดังกล่าวอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นสำคัญ โดยร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างข้อบังคับสภาจะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ตรวจสอบก่อนเสมอ และร่างกฎหมายหรือร่างข้อบังคับดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้เป็นการชั่วคราวก่อน จนกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

2) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ มีวัตถุประสงค์แตกต่างจากการตรวจสอบร่างกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ เป็นกลไกสำคัญในการตรวจสอบกฎหมายในลักษณะแก้ไข เพื่อธำรงรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้อย่างมั่นคง

3) คดีวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งในเรื่องการใช้อำนาจมีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยยืนยันสิทธิ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยยืนยันว่าการกระทำการหรือการงดเว้นกระทำการของรัฐองค์กรใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ

4) คดีวินิจฉัยชี้ขาดถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง การถอดถอนออกจากตำแหน่ง (impeachment) เป็นกลไกสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง โดยเป็นวิธีการควบคุมตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ให้มีพฤติกรรมกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในลักษณะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปเป็นกระบวนการที่ริเริ่มโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

5) คดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ เมื่อบุคคลที่ได้รับผลกระทบหรือความเสียหายจากการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ตามที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ ในหลายประเทศได้กำหนดให้บุคคลสามารถยื่น “คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Complaint) โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้

6) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการประชาธิปไตย หลักการประชาธิปไตย (fundamental principle of Democracy) ซึ่งประกอบไปด้วย หลักเหตุและผล หลักความเสมอภาค หลักสิทธิและเสรีภาพ หลักการยึดเสียงข้างมาก และหลักภราดรภาพ เป็นหลักการที่สำคัญและมีความจำเป็นต้องมีองค์กรเข้ามาควบคุมและตรวจสอบ การตรวจสอบการกระทำตลอดจนกิจกรรมต่าง ๆ ให้มีความสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย ถือเป็นการธำรงรักษา (Uphold) รัฐธรรมนูญประการหนึ่ง โดยทั่วไปแล้วการกระทำหรือกิจกรรมที่รัฐธรรมนูญในหลายประเทศสร้างกลไกเข้าไปควบคุมตรวจสอบ ยกตัวอย่างเช่น การกระทำหรือกิจกรรมของพรรคการเมือง การลงประชามติ การเลือกตั้ง เป็นต้น

เมื่อพิจารณากฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาทั่วไปพบว่า มีสาระสำคัญบางประการขาดหายไป ได้แก่

กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาคำร้อง การกำหนดประเด็น ลำดับขั้นตอนการทำคำวินิจฉัย รวมถึงวันที่คำวินิจฉัยมีผล และในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาเฉพาะคดี คือ ไม่มีวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับเป็นลักษณะเฉพาะ เช่น คดีที่เกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานแห่งกฎหมาย ฯลฯ ทั้งนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนหนึ่งมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง อีกส่วนหนึ่งมาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อพิพาทที่ต้องพิจารณาตามวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะต่างไปจากข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดีทางปกครอง จึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาคดีในทางแพ่งและในคดีทางปกครองมาใช้กับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด คงนำมาใช้ได้แต่เพียงเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับหลักทั่วไปในการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ขอให้คุ้มครองชั่วคราวที่ไปกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น การไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับ หรือกรณีที่เป็นข้อขัดแย้งในประเด็นที่เกี่ยวโยงกับเรื่องทางการเมือง เป็นต้น ดังนั้น จึงมีข้อสังเกตว่าถ้าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญในกรณีอื่นนอกเหนือจากการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องแล้วจะต้องใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีการอันมีความเหมาะสม มีประสิทธิภาพ อีกทั้งสอดคล้องและไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

จากผลการศึกษาข้างต้น ทำให้สามารถสรุปได้ว่าผลกระทบที่เกิดจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยในประเทศไทยอาจเกิดขึ้นได้ ดังนี้

1) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ ก่อนการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ในบางกรณีอาจคาดการณ์ผลแห่งคดีได้ เนื่องจากการกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อศาลเห็นว่า การกระทำนั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งคู่กรณีที่อาจคาดหมายได้ว่าจะแพ้คดี อาจกระทำการบางอย่างเพื่อบิดเบือนข้อเท็จจริงหรือใช้ช่องทางอื่นในการสร้างแรงกดดันให้แก่องค์กรตุลาการ

2) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีบางประเภท อาจส่งผลให้คู่ความฝ่ายหนึ่งกลายเป็นฝ่ายชนะคดีไปในทางเทคนิค ยกตัวอย่าง เช่น การร้องขอตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 49 ซึ่งมีผลไม่ต่างจากวิธีการชั่วคราว แม้จะสั่งให้ระงับการกระทำใด ๆ ไว้เป็นการชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดีก็ตาม

3) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่แตกต่างกันในคดีประเภทเดียวกัน เช่น สั่งให้ผู้ถูกร้องบางรายหยุดปฏิบัติหน้าที่ ดังนี้ ทำให้เป็นประเด็นในการถูกโจมตีทางการเมืองหรือพยายามที่จะนำศาลมาเป็นคู่กรณี ซึ่งจะเป็นการลดความน่าเชื่อถือของศาล และมองว่าศาลลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ดังนั้น เกณฑ์ในการกำหนดมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาของศาล จะต้องมีความชัดเจนและแน่นอน เป็นไปในรูปแบบและทิศทางเดียวกัน เพื่อไม่มีก่อให้เกิดผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีรัฐธรรมนูญ

5.1.2 สภาพปัญหาของคำบังคับ

การกำหนดคำบังคับระหว่างคดีตามกฎหมายเอกชนกับคดีตามกฎหมายมหาชนนั้นมีความแตกต่างกัน สำหรับการกำหนดคำบังคับตามกฎหมายเอกชนเป็นหน้าที่ของศาลชั้นต้นที่จะออกคำบังคับเมื่ออ่านคำพิพากษา ถ้าศาลชั้นต้นผิดหลงไม่ได้ออกคำบังคับในวันอ่านคำพิพากษา เจ้าหนี้จะยื่นคำแถลงให้ออกคำบังคับหรือศาลชั้นต้นจะออกคำบังคับเองก็ได้ การออกคำบังคับนี้จะต้องมีการส่งคำบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษารับทราบเสมอ เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ดำเนินการตามคำพิพากษาภายในระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงค่อยยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้ศาลออกหมายบังคับคดีต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าการออกคำบังคับตามกฎหมายเอกชนนี้ เป็นกระบวนการหลังจากที่ศาลได้อ่านคำพิพากษาแล้ว ดังนั้นเจ้าหนี้จึงไม่อาจขอให้ศาลออกคำบังคับไว้ล่วงหน้าได้ ในทางตรงกันข้ามสำหรับการออกคำบังคับในกฎหมายมหาชนนั้น เมื่อประชาชนได้รับคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินหรือให้กระทำหรือละเว้นกระทำใด ๆ แล้ว หากประชาชน

ไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองได้เอง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางศาล

สำหรับคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่ได้บัญญัติถึงการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้ แต่ได้บัญญัติให้การทำคำวินิจฉัยของศาลนอกจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติถึงการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 74 ความว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาล หากมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควร ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล”

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 กลับไม่พบรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่ศาลจะกำหนดคำบังคับเอาไว้อย่างชัดเจน โดยเมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับการกำหนดคำบังคับทางรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ พบว่า

ในประเทศสหรัฐอเมริกา อันเป็นประเทศที่มีการปกครองภายใต้ระบอบสหพันธรัฐ ทำให้แต่ละมลรัฐมีกฎหมายและอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง คำพิพากษาของศาลฝ่ายสหพันธรัฐ (federal courts) และศาลสูงสุดสหรัฐเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงไม่มีผลบังคับอย่างเป็นรูปธรรมใด ๆ จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติในมลรัฐที่เกี่ยวข้องจะยกเลิกกฎหมายที่ได้ถูกวินิจฉัย

ว่ามีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ในคดีที่มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านโดยรัฐสภาหรือของการกระทำโดยรัฐบาล จึงมักจะมีตัวอย่างของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของบางมลรัฐ ที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลสหพันธรัฐหรือศาลสูงสุดสหรัฐอยู่เสมอ เช่น ในคดี Obergefell v. Hodges

สำหรับสาธารณรัฐเยอรมนี Basic Law ไม่ได้บัญญัติเรื่องการกำหนดคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นการเฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงได้ตีความว่า ให้หมายถึงเฉพาะแต่เหตุผลหลักและเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นการตีความบทบัญญัติใน Basic Law ของศาลเท่านั้น ที่จะมีผลผูกพันต่อองค์กรทั้งหลายการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น สามารถจำแนกออกได้เป็นคำวินิจฉัยที่จะต้องบังคับคดีและคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องบังคับคดี คำวินิจฉัยที่จะต้องทำการบังคับคดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการให้กระทำการ ส่วนคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการพิสูจน์สิทธิ การก่อตั้งสิทธิหรือการปฏิเสธคำร้องนั้นถือเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี

แต่ในทางปฏิบัติ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยอย่างใดแล้ว องค์กรของรัฐมักจะปฏิบัติตาม เพราะองค์กรของรัฐมีความภักดีต่อ Basic Law และคำวินิจฉัยของศาลมีศักดิ์เทียบเท่ากับกฎหมาย แต่ในบางกรณีคู่กรณีอาจต้องทำคำร้องมายังศาลเพื่อให้มีคำสั่งบังคับคดีต่อไป ในการนี้หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดไว้ว่าเป็นหน้าที่ขององค์กรใด องค์กรนั้นย่อมมีหน้าที่ในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

ส่วนสาธารณรัฐเกาหลี รัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court Act) ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยไว้ แต่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้ในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันสิ้นผลไป

นับตั้งแต่วันที่ได้มีคำวินิจฉัย หากเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาก็ให้สิ้นผลไป โดยอาจให้มีผลย้อนหลังได้ และอาจมีการร้องขอให้มีการพิจารณาคดีอาญาที่ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขึ้นใหม่ได้ ทั้งนี้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา

และในคดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง หากศาลได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองใด ก็ให้พรรคการเมืองดังกล่าวเป็นอันยุบไป โดยกฎหมายได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติมีหน้าที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง

จะเห็นได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญกำหนดผลของคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนนี้ อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยด้วยตนเองอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการยุบพรรคการเมืองที่กฎหมายได้กำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปว่า องค์กรใด (คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ) ที่ต้องทำหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล

จากการศึกษาการกำหนดคำบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ อันประกอบไปด้วย สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี มีสาระสำคัญตามตารางที่ 5.2 ดังนี้

ตารางที่ 5-2 แสดงสรุปสาระสำคัญ ผลการศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดคำบังคับ

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สารารณรัฐเกาหลี
คำบังคับ	• สหรัฐมีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐและใช้ระบบศาลเดี่ยว จึงไม่มีองค์กรที่มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีเฉพาะ • ใช้วิธีบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นเดียวกับคดีแพ่ง • หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตาม PI หรือ TRO ถือว่าเป็นละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) และสามารถถูกดำเนินคดีได้	• Basic Law ไม่ได้กำหนดเรื่องคำบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่มาตรา 31 กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มีผลเหนือดินแดนของสหพันธ์ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการ และองค์กรของฝ่ายปกครองทั้งหลาย • การบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 กลุ่ม • คำวินิจฉัยที่ต้องบังคับคดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ให้กระทำการ • คำวินิจฉัยที่ไม่จำเป็นต้องบังคับคดี ได้แก่ คำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิก่อตั้งสิทธิหรือการปฏิเสธคำร้อง • ในทางปฏิบัติศาลไม่นิยมกำหนดคำบังคับเป็นการเฉพาะ เนื่องจากสันนิษฐานว่าองค์กรของรัฐจะภักดีต่อรัฐธรรมนูญ	• รัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยได้ • รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้ในกรณีต่าง ๆ ดังนี้ • กรณีศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้กฎหมายนั้นเป็นอันสิ้นผลไป และมีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ • กรณีวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมือง ให้พรรคการเมืองดังกล่าวเป็นอันยุบไป โดยกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแห่งชาติ มีหน้าที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ทั้งนี้ตามกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง

การกำหนดคำบังคับของคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญไทยตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 นั้น ไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดในเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้ในกฎหมายต่างหาก กำหนดแต่เพียงเรื่องคำวินิจฉัยและคำสั่งเท่านั้น อีกทั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นที่ต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็ไม่ปรากฏเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย มีแต่เพียงเรื่องคำวินิจฉัยและคำสั่งเท่านั้น ภายหลังจึงได้มีการเพิ่มเติมเรื่องของการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยไว้ใน ข้อ 44-45 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562

สำหรับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดคำบังคับนั้น ในกรณีมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลได้ โดยอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดตามความจำเป็น ความสมควร และความเป็นธรรมในแต่ละกรณี กำหนดให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับต่อศาล ภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ภายใต้หลักเกณฑ์วิธีการ ประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 74

กรณีตัวอย่างที่มีการกำหนดคำบังคับ และเป็นคดีแรก ที่อยู่ภายใต้การพิจารณาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ 2561 ได้แก่ คดีฝ่ายค้านอ้างว่าไม่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญ ที่วินิจฉัยว่าการตรากฎหมาย ขัดต่อหลักนิติธรรม และขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียบบัตรลงคะแนนแทนกัน แต่ร่างพระราชบัญญัติไม่เป็นโมฆะ

เพราะไม่มีประเด็นว่ามีสาระสำคัญขัดต่อรัฐธรรมนูญ และสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาในวาระที่ 1 โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงให้พิจารณาวาระ 2 และ 3 ใหม่

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ปัญหาอันเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับมีประเด็นหลักที่สำคัญ คือ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ยังไม่มีการกำหนดประเภทของคำวินิจฉัยที่ศาลจำเป็นต้องกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัย จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายเป็นการเฉพาะเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาเรื่องหลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวและการบังคับตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งของไทยและต่างประเทศ ที่ปรึกษาเห็นควรว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และ/หรือข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงเรื่องดังต่อไปนี้

5.2.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

5.2.1.1 เกณฑ์ในการพิจารณาในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

ในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น โดยหลักแล้วไม่สามารถกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้ เนื่องจากจะทำให้ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระ ดังนั้น ที่ปรึกษาจึงขอเสนอแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยให้ศาลใช้ดุลพินิจภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) โอกาสในการชนะคดีของผู้ร้อง การพิจารณาถึงโอกาสในการชนะคดีของผู้ร้องถือเป็นปัจจัยหนึ่งในการสั่งให้มีการกำหนดมาตรการชั่วคราว เช่นเดียวกับแนวทางในการกำหนดมาตรการชั่วคราวของศาลปกครองที่กำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้ว่า หากคำสั่งทางปกครองนั้นน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลอาจกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ ในศาลรัฐธรรมนูญเอง ศาลย่อมสามารถเล็งเห็นถึงความน่าจะเป็นของคดีได้ โดยสมควรเปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวได้ ในกรณีที่ผู้ร้องนั้นมีโอกาสชนะคดี

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าศาลจะต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเสมอ แม้ว่าผู้ร้องจะมีโอกาสชนะคดีมากก็ตาม ศาลยังต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

2) หลักความได้สัดส่วน การพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญนั้น สมควรมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาอีกประการ ได้แก่ การพิจารณาถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ร้องและความเสียหายและความต่อเนื่องของการบริหารราชการแผ่นดินอันเกิดจากการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญ ในหลักเกณฑ์นี้ ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องคำนึงถึงสัดส่วนระหว่างประโยชน์ของเอกชนและความเสียหายอันเกิดจากการต้องหยุดการปฏิบัติราชการเป็นสำคัญ และไม่อาจให้น้ำหนักไปในทางใดทางหนึ่งได้

นอกจากความได้สัดส่วนที่ศาลต้องใช้ในการพิจารณาแล้ว ประเด็นสำคัญที่ศาลต้องพิจารณา ได้แก่ หากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวแล้วอาจเกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องและเป็นความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้หรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาร่วมกันกับความได้สัดส่วนดังกล่าว อนึ่ง ความเสียหายที่คู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำขอกล่าวอ้าง จะต้องเป็นความเสียหายที่กำลังจะเกิดขึ้นจริงหรือได้เกิดขึ้นแล้ว ในพฤติการณ์ที่ไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้ หากคู่กรณีฝ่ายที่ยื่นคำขอเพียงแต่อ้างความเสียหายในเชิงคาดคะเน หรือเป็นเพียงข้ออนุมานว่าจะมีผลพิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นหากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวตามคำขอเช่นนั้นมิได้

3) การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินและการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ปัจจัยสำคัญที่ศาลต้องคำนึงถึงในส่วนนี้อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในคดีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ หรือคดีถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หากเป็นกรณีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการถูกโต้แย้งสิทธิโดยเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการโต้แย้งสิทธินั้นเกิดจากการบริหารราชการตามปกติ ศาลอาจใช้การตีความ ตามข้อกำหนดที่ 37 ในส่วนที่ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดมาตรการชั่วคราวได้แม้จะไม่มีการทำคำร้องมาก็ตาม ทั้งนี้ ดุลพินิจของศาลจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการชั่งประโยชน์ระหว่าง

ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่สามารถจะเยียวยาได้กับการบริหารราชการตามปกติประกอบกัน

หากเป็นการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในคดีถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้น ที่ปรึกษาเห็นว่า ศาลจำเป็นต้องพิจารณาบริบทของรัฐสภาในขณะนั้นประกอบกัน เช่น หากเป็นการร้องขอให้มีการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยเฉพาะสมาชิกรัฐสภาจำนวนน้อยราย ย่อมไม่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการดำเนินการทางนิติบัญญัติของรัฐสภาได้ แต่หากเป็นคำร้องขอให้พิจารณาคุณสมบัติหรือคำร้องขอให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจำนวนมาก อาจส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภาแล้วแต่กรณี

ดังนั้น ในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางนิติบัญญัตินั้น ศาลสมควรที่จะต้องพิจารณากำหนดมาตรการชั่วคราวโดยคำนึงถึงความสามารถในการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์ประกอบสำคัญ

ในส่วนของการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจนำเอาเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวหรือการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาลปกครองมาเป็นหลักเกณฑ์ในการประกอบการพิจารณาออกคำสั่ง เนื่องจากเหตุของข้อพิพาทมีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน

5.2.1.2 การกำหนดประเภทของคดีในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

แม้ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71 วรรคหนึ่ง จะได้บัญญัติไว้ว่า “ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล” แต่ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีการกำหนดประเภทคดีในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเอาไว้

กล่าวคือศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ในคดีทุกประเภทที่อยู่ในเขตอำนาจศาล ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า สมควรที่จะมีการกำหนดประเภทคดีที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้

สำหรับเหตุผลที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในแต่ละประเภทคดีนั้น อันเนื่องมาจากลักษณะของคดีรัฐธรรมนูญแต่ละประเภทมีความแตกต่างกัน คดีบางประเภทรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว เช่น คดีขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คดีที่เกี่ยวกับการพิจารณาการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือการสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรี และคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 เป็นต้น

ในขณะที่คดีบางประเภทรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะ จึงเป็นคดีที่มีความจำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญ คดีผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ร้องขอว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คดีร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นต้น

นอกจากการพิจารณาจากประเภทคดีที่รัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว หากจะพิจารณาถึงประเภทของคดีในทางเนื้อหาแล้วจะพบว่า ประเภทของคดีที่สามารถกำหนดมาตรการชั่วคราวได้นั้นจะต้องเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการตีความกฎหมายหรือการใช้กฎหมายหรือการกระทำที่ใช้อำนาจรัฐและมีลักษณะไปโต้แย้งต่อสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เท่านั้น ข้อพิพาทอันเกิดจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการชั่วคราว เนื่องจากไม่ได้มีลักษณะเป็นการโต้แย้งสิทธิ

กล่าวโดยสรุป ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่าสมควรให้มีการปรับปรุงข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลมีดุลพินิจที่กว้างขวางขึ้นในการกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยกำหนดหลักการและประเภทข้อพิพาทที่อาจกำหนดมาตรการชั่วคราวไว้ ดังนี้

1) คดีวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ

2) คดีวินิจฉัยชี้ขาดถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง

3) คดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

4) คดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการประชาธิปไตย

5) คดียุบพรรคการเมือง

6) คดีตรวจสอบการลงประชามติ

7) คดีการเลือกตั้ง

ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางนิติบัญญัตินั้น ศาลสมควรที่จะต้องพิจารณากำหนดมาตรการชั่วคราวโดยคำนึงถึงความสามารถในการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์ประกอบสำคัญ

ในส่วนของการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐไปกระทบต่อสิทธิของประชาชนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจนำเอาเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการชั่วคราวหรือการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของศาลปกครองมาเป็นหลักเกณฑ์ในการประกอบการพิจารณาออกคำสั่งเนื่องจากเหตุของข้อพิพาทมีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน

ที่ปรึกษามีความเห็นว่า สมควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว ดังนี้

เพิ่มเติมข้อ 37/1 เพื่อกำหนดประเภทของข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่อาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ โดยมีข้อความดังต่อไปนี้

“ข้อ 37/1 ศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยได้ในคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีเพื่อให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ

(2) คดีวินิจฉัยชี้ขาดถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง

(3) การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อความในข้อ 37

(4) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการประชาธิปไตย

(5) การวินิจฉัยชี้ขาดสถานะของพรรคการเมือง

(6) การตรวจสอบการลงประชามติ

(7) การเลือกตั้ง

(8) ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางนิติบัญญัติ

(9) ข้อพิพาทอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นหากไม่มีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว”

เพิ่มเติมข้อ 39 วรรคสาม ด้วยข้อความ ดังต่อไปนี้

“ในกรณีที่ศาลได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยตามวรรคสองแล้ว หากภายหลังการไต่สวนศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยอีกต่อไป ให้ศาลออกคำสั่งให้ยกเลิกมาตรการหรือวิธีการดังกล่าวโดยพลันหรือในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร”

เพิ่มเติมข้อ 40 (8) ด้วยข้อความ ดังต่อไปนี้

“คดีที่ขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 และกฎหมายอื่น ศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอหรือคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาคดี โดยให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือ

นายทะเบียนนำไปปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งก็ได้ หรือสั่งให้พรรคการเมืองระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราวตามคำขอของคณะกรรมการการเลือกตั้ง นายทะเบียน หรืออัยการสูงสุด แล้วแต่กรณี จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัย หรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น”

ในกรณีที่จำเป็นต้องกำหนดให้มีการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น ที่ปรึกษาเห็นว่า สมควรมีการเพิ่มเติมข้อ 40 วรรคสอง ด้วยข้อความ ดังต่อไปนี้

“หากศาลเห็นว่าการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นหน้าที่ขององค์กรใดโดยเฉพาะ ศาลจะสั่งให้องค์กรนั้นมีหน้าที่ปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่ศาลกำหนดก็ได้”

เพิ่มเติมข้อ 40 วรรคสาม ด้วยข้อความ ดังต่อไปนี้

“ในกรณีที่ศาลกำหนดให้องค์กรใดมีหน้าที่ปฏิบัติตามมาตรการหรือวิธีการที่ศาลกำหนด หากปรากฏว่าองค์กรหรือหน่วยงานนั้นไม่ดำเนินการตามที่ศาลได้กำหนด ให้นำความตามข้อ 45 มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับข้อนี้”

ทั้งนี้ให้ข้อความตามวรรคสองเดิมปรับเป็นวรรคสี่

ตารางที่ 5-3 แสดงการวิเคราะห์โดยการนำกรณีศึกษาในต่างประเทศมาปรับใช้ในการนำเสนอข้อเสนอแนะการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
โอกาสในการชนะคดีของผู้ร้อง	• ถูกอ้างถึงในฐานะหลักการทั่วไปของกฎหมายเอควิตี้ (equitable doctrine) เพื่อยืนยันว่าการใช้มาตรการชั่วคราวเป็นเรื่องการรักษา status quo ระหว่างสิทธิของคู่กรณี แต่ไม่ได้เป็นการเพิ่มหรือรับรองสิทธิอย่างใหม่ขึ้น ให้กับคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอ	• ไม่มี โดยศาลจะพิจารณาแต่เรื่องความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ร้อง	• ไม่มี
หลักความได้สัดส่วน	• ในคดี Winter v. NRCD (2008) ศาลสูงสุดสหรัฐเรียกหลักความได้สัดส่วนว่าดุลภาพแห่งความยุติธรรม (balance of equity) ซึ่งมีลักษณะเป็นการชั่งน้ำหนักตามปัจจัยต่าง ๆ แต่ปกติแล้วศาลจะให้น้ำหนักเรื่องประโยชน์สาธารณะของคู่กรณีที่เป็นฝ่ายรัฐอย่างสูง	• มี โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มักจะระมัดระวังในการสั่งวิธีการชั่วคราว โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาททางการเมือง เพื่อมิให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นเครื่องมือทางการเมืองได้	• มี เช่น ในคำวินิจฉัยคดียุบพรรค UPP (2013Hun-Da1) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าคำพิพากษาให้ยุบพรรคการเมืองที่สนับสนุนการปกครองที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐธรรมนูญอย่างร้ายแรง เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนแล้ว

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินและการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ	• เป็นหลักการที่แนวคำพิพากษาสหรัฐ (case law) ถือว่าเกี่ยวข้องกับหลักดุลภาพแห่งความยุติธรรม โดยคู่ความฝ่ายรัฐจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเรื่องประโยชน์สาธารณะ เว้นแต่ว่าจะมีข้อเท็จจริงเรื่องการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ACLU v. Alvarez, 679 F.3d 583 (7th Cir. 2012).	• มี โดยการสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวจะต้องไม่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ และจะต้องมีเงื่อนเวลาที่เหมาะสม นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดช่องทางให้คัดค้านหรือชะลอการใช้วิธีการชั่วคราวได้หากมีข้อเท็จจริงใหม่เกิดขึ้น	• ไม่มี
การกำหนดประเภทคดี	• ไม่มีโดยกฎหมายสหรัฐไม่ได้จำกัด หรือกำหนดลักษณะของวิธีการชั่วคราวไว้สำหรับคดีตามรัฐธรรมนูญเฉพาะเรื่อง แต่ศาลมีดุลพินิจที่จะไม่รับวินิจฉัยคดีที่เป็นปัญหาทางการเมือง (political question)	• มี โดยมีการกำหนดลักษณะของมาตรการชั่วคราวที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งให้ใช้ได้ไว้ในคดีบางประเภท	• มีโดยรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้ในแต่ละประเภทคดีเป็นการเฉพาะ ทั้งคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

จากตารางสรุปข้างต้น จะเห็นได้ว่าแนวคิดของการใช้วิธีการหรือมาตรการชั่วคราวตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบศาลเดี่ยว เป็นหลักการทั่วไปของการคุ้มครองสถานะที่เป็นอยู่ (status quo) ของคู่ความ ซึ่งนำมาใช้กับคดีพิพาทตามรัฐธรรมนูญได้ แต่มีหลักเหตุผลเช่นเดียวกับการใช้วิธีการชั่วคราวในคดีแพ่ง เพียงแต่อาจมีการนำประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะมาชั่งน้ำหนักเป็นพิเศษเท่านั้น แต่ประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญอย่างสหพันธรัฐเยอรมนี หรือสาธารณรัฐเกาหลีต่างมีการกำหนดมาตรการชั่วคราวไว้สำหรับคดีทางรัฐธรรมนูญบางประเภทด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่เกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ทั้งนี้ก็น่าจะเพราะคดีเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับประเด็นอ่อนไหวทางการเมือง ฉะนั้น เพื่อจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และเพื่อไม่เปิดช่องให้มีการใช้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือทางการเมือง จึงต้องมีการกำหนดลักษณะของการใช้วิธีการชั่วคราวไว้ให้รัดกุมและได้สัดส่วนต่อประเด็นปัญหาที่ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาล

ที่ปรึกษามีความเห็นว่า เราสามารถนำองค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาเปรียบเทียบมาพัฒนาแนวทางของการสั่งให้มีวิธีการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วยการสร้างกรอบการใช้วิธีการชั่วคราวที่มีความยืดหยุ่น โดยศาลรัฐธรรมนูญควรมีอำนาจอย่างเพียงพอที่จะสั่งให้ใช้วิธีการหรือมาตรการชั่วคราว หากมีความจำเป็นที่จะต้องรักษาประโยชน์ของคู่กรณี แต่ในคดีที่เกี่ยวกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ก็ควรจะมีบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะของวิธีการชั่วคราวที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งไว้ให้ชัดเจนและเฉพาะเจาะจง

ตารางที่ 5-4 แสดงสรุปข้อเสนอแนะหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

หัวข้อ	สาระสำคัญตามที่กฎหมายบัญญัติ	ข้อสังเกต / ข้อเสนอแนะ
1. การเริ่มต้น กระบวนการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ (มาตรา 71) “...เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่กรณีได้ยื่นคำขอ...” ข้อกำหนดศาลศาลรัฐธรรมนูญ (ข้อ 37 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสาม) 1. กรณีมีคำขอ: ผู้มีสิทธิยื่นคำขอ ได้แก่ คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง 2. กรณีไม่มีคำขอ: พฤติการณ์แห่งคดีมีความจำเป็นรีบด่วน ศาลเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวตามความจำเป็นและสมควรแก่กรณี	
2. การยื่นคำขอ	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ (ข้อ 37 วรรคหนึ่ง) 1. ผู้ร้องขอมาในคำร้อง 2. ผู้ถูกร้องขอมาในคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา คู่กรณียื่นคำขอแยกต่างหากมาในเวลาใด ๆ ก่อนศาลวินิจฉัย	
3. วัตถุประสงค์ของคำขอ	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ (ข้อ 37 วรรคหนึ่ง) 1. เพื่อชะลอหรือระงับการดำเนินการของหน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่ คู่กรณี หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง 2. เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอในระหว่างการพิจารณาคดี 3. เพื่อประโยชน์แก่การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลในภายหลัง	

หัวข้อ	สาระสำคัญตามที่กฎหมายบัญญัติ	ข้อสังเกต / ข้อเสนอแนะ
4. สาระของคำขอ	ข้อกำหนดศาลศาลรัฐธรรมนูญ (ข้อ 37 วรรคสอง) คำขอต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่า (เหตุ-ผล) 1. (เหตุ) เพื่อป้องกัน 1.1 ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลังประการใด หรือ 1.2 เพื่อป้องกันความรุนแรงอันใกล้จะถึงอย่างไร 2. (ผล) ประสงค์ให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวอย่างใด	ข้อสังเกต สอดคล้องกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ แล้ว
5. การพิจารณารับคำขอ	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 38 ในกรณีที่ศาลหรือคณะตุลาการเห็นว่าคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใด ไม่มีข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงเพียงพอ หรือไม่มีเหตุผลหรือสาระสำคัญอันควรได้รับการพิจารณาหรือไม่มีเหตุอันมีน้ำหนักที่ศาลจะวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำขอให้สั่งไม่รับคำขอดังกล่าว	ข้อสังเกต คำสั่งปฏิเสธไม่รับคำขออุทธรณ์ได้หรือไม่
6. การไต่สวนคำขอ	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 39 1. ส่งสำเนาคำขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำคำคัดค้านคำขอนั้น 2. นัดไต่สวนคำขอโดยเร็วเพื่อให้คู่กรณีนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลตามข้ออ้างหรือข้อคัดค้านของแต่ละฝ่าย	ข้อสังเกต กรณีแตกต่างจากข้อ 37 วรรคสาม ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว เพราะมีความจำเป็นรีบด่วน เนื่องจากกรณี ดังกล่าวไม่มีการยื่นคำขอ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องไต่สวนคำขอ

หัวข้อ	สาระสำคัญตามที่กฎหมายบัญญัติ	ข้อสังเกต / ข้อเสนอแนะ
	3. ให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอโดยไม่ชักช้า 4. กรณีที่มีเหตุฉุกเฉินรีบด่วนเป็นกรณีพิเศษและมีเหตุจำเป็น ศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวโดยไม่ต้องไต่สวน และไม่ต้องรับฟังความคิดเห็นของคู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องก่อนก็ได้	แต่กรณีตามข้อ 39 เป็นกรณีที่มีคู่กรณียื่นคำขอศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถอ้างความจำเป็นเร่งด่วน เพื่อไม่ต้องไต่สวนและไม่ต้องรับฟังความคิดเห็นของคู่กรณีหรือผู้เกี่ยวข้องอื่นจะเป็นการสมควรหรือไม่
7. ประเภทของข้อพิพาทที่ศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว	ไม่มีการแยกประเภทของข้อพิพาท ศาลจึงสามารถออกมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้ในทุกคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาล	ข้อสังเกต ผู้วิจัยมีความเห็นว่า สมควรที่จะมีการกำหนดประเภทคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้โดยพิจารณาจาก 1. คดีประเภทใดที่รัฐธรรมนูญมีการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวไว้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวได้เพิ่มเติมอีก 2. พิจารณาจากเนื้อหาของคดีว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองคุ้มครองหรือไม่ ถ้ามีลักษณะเป็นการโต้แย้งสิทธิแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญสมควรมีอำนาจในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว

หัวข้อ	สาระสำคัญตามที่กฎหมายบัญญัติ	ข้อสังเกต / ข้อเสนอแนะ
8. มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นการเฉพาะคดี	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (1) - คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย - หากกฎหมายมิได้กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะ และเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะอย่างสำคัญ ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐรอการพิจารณาหรือการดำเนินการเรื่องนั้นไว้ก่อน หรือชะลอการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัย หรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น แล้วแต่กรณี	ข้อสังเกต ผู้วิจัยมีความเห็นว่าในบางกรณีอาจมีก็ได้ เช่น สั่งให้พนักงานอัยการหยุดดำเนินคดีตามกฎหมายที่เป็นปัญหาเอาไว้ก่อน
	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (2) - คดีเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ - ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐ หรือคู่กรณี รอการพิจารณาหรือการดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้ก่อนจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น	
	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (3) - คดีเกี่ยวกับการร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข - ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐ หรือคู่กรณี กระทำการหรือระงับการกระทำใด ๆ ไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น	

หัวข้อ	สาระสำคัญตามที่กฎหมายบัญญัติ	ข้อสังเกต / ข้อเสนอแนะ
	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (4) - คดีที่ประชาชนหรือชุมชนยื่นฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ - ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีไปก่อนหรือรอการพิจารณาหรือการดำเนินการเรื่องอื่นใดไว้ก่อน จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น	
	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (5) - คดีเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา - ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐรอการพิจารณาหรือการดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้ก่อน จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น	
	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (6) - คดีที่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ร้องขอว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ - ศาลอาจมีคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ซึ่งใช้อำนาจรัฐกระทำการหรือมิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้อง จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น	

หัวข้อ	สาระสำคัญตามที่กฎหมายบัญญัติ	ข้อสังเกต / ข้อเสนอแนะ
	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (7) - คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 - ศาลอาจมีคำสั่งให้ชะลอการดำเนินการหรือการบังคับการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง หรือสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไปก่อนจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น	
	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 (8) - คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง และกฎหมายอื่น - ศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอหรือคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาคดีหรือสั่งให้พรรคการเมืองระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราวตามคำขอของคณะกรรมการการเลือกตั้ง นายทะเบียน หรืออัยการสูงสุดแล้วแต่กรณี จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น	ให้เพิ่มเติมข้อความลงไป (8) ดังนี้ “คดีที่ขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 และกฎหมายอื่น ศาลอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอหรือคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาคดีโดยให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือนายทะเบียนนำไปปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของคำสั่งก็ได้ หรือสั่งให้พรรคการเมืองระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราวตามคำขอของคณะกรรมการการเลือกตั้ง นายทะเบียน หรืออัยการสูงสุดแล้วแต่กรณี จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

หัวข้อ	สาระสำคัญตามที่กฎหมายบัญญัติ	ข้อสังเกต / ข้อเสนอแนะ
การดำเนินการตามมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว	ไม่มีบทบัญญัติ	ให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้มาเป็นวรรคสองของมาตรา 40 “หากศาลเห็นว่าการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเป็นหน้าที่ขององค์กรใดโดยเฉพาะ ศาลจะสั่งให้องค์กรนั้นมีหน้าที่ปฏิบัติหรือบังคับให้เป็นไปตามมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวที่ศาลกำหนดก็ได้”
9. ระยะเวลามีผลใช้บังคับของมาตรการ หรือวิธีการชั่วคราว	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฯ มาตรา 71 วรรคสอง ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวนั้น แต่กรณีที่มีข้อเท็จจริงใหม่อันเป็นสาระสำคัญที่ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวขึ้นใหม่ ศาลอาจออกคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใหม่ได้โดยจะต้องมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของตุลาการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ทั้งนี้ การออกคำสั่งแต่ละครั้งให้ มีผลใช้บังคับได้ไม่เกิน 60 วัน นับแต่วันที่ศาลกำหนดมาตรการ หรือวิธีการชั่วคราวนั้น	ข้อสังเกต พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการขยายระยะเวลาของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว การลงมติเพื่อกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวใหม่ตามข้อกำหนดศาลฯ นี้ ดูเหมือนเป็นการขยายระยะเวลาของมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวออกไปหรือไม่
10. การอุทธรณ์	ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 40 คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวให้เป็นที่สุด	ข้อสังเกต ไม่มีการกำหนดในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราว
11. การฝ่าฝืน		ผู้วิจัยมีความเห็นว่า อาจจะนำเอาหลักการของข้อ 44 และ 45 มาใช้ได้ เช่น ระบุเพิ่มเป็นวรรคท้ายของข้อ 40 ว่า ถ้ามีการฝ่าฝืน/ไม่ปฏิบัติตาม ก็ให้นำความในข้อ 44, 45 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

5.2.2 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำบังคับ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีแนวคิดที่สำคัญ 2 แนวคิด ได้แก่ แนวคิดว่าด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of the Constitution) แนวคิดจากหลักความผูกพันต่อคำพิพากษาของศาล (obligation to abide by the Judgment) โดยทั้งสองแนวคิดดังกล่าว นำไปสู่การบัญญัติให้องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่า เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว อาจจำแนกประเภทคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

คำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ (Declaratory Judgment) หมายถึง คำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการรับรองหรืออธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีแต่ละฝ่าย คำวินิจฉัยประเภทนี้เป็นคำวินิจฉัยส่วนใหญ่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้วไม่ได้เป็นการก่อตั้งสิทธิขึ้นใหม่ แต่เป็นการรับรองสิทธิหรือเป็นการประกาศ (Declaration) ให้ทราบถึงสภาพที่ชัดเจน (Clarify) หรือผลทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประเภทนี้ เช่น คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่เสนอใหม่ มีหลักการอย่างเดียวกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งหรือไม่ และคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย เป็นต้น

คำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการ (Commitment Decision) หมายถึง คำวินิจฉัยของศาลที่มีความมุ่งหมายให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อาทิ คำวินิจฉัยที่สั่งให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การวินิจฉัยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการนี้ จึงมีความจำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาล เช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถกำหนดคำบังคับได้

ผลการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและการออกคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (ปรากฏตามตารางที่ 5-5) พบว่าความชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจในการกำหนดคำบังคับของศาลเป็นสิ่งที่ช่วยรักษาภาพลักษณ์และบูรณภาพทางตุลาการ (judicial integrity) ได้ดีกว่ากรณีที่ปล่อยให้เป็นไปตามความสมัครใจขององค์กรที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัย ซึ่งอาจทำให้มีการหน่วงช้าหรือแม้แต่การท้าทายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีแก้ไขเพิ่มเติมข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 โดยเห็นสมควรให้มีการกำหนดประเภทของคำวินิจฉัยที่ศาลจำเป็นต้องกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ตารางที่ 5-5 แสดงการเปรียบเทียบผลการศึกษาในต่างประเทศตามหมวดหมู่หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำบังคับ

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
แนวคิดว่าด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution)	• มาตรา VI แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐ กำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการต้องให้คำปฏิญาณว่าจะสนับสนุนรัฐธรรมนูญ และบัญญัติว่า “ให้รัฐธรรมนูญและกฎหมายสหรัฐที่ถูกทำขึ้นโดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ... เป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน” และบรรทัดฐานคดี Marbury v. Madison (1803)	• ไม่มี	• มี โดยภายใต้รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากการสิ้นผลไปของบทบัญญัติดังกล่าวจะมีผลทำให้กฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ทั้งฉบับ ให้ถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ
หลักความผูกพันต่อคำพิพากษาของศาล (obligation to abide by the Judgment)	• ไม่มี โดยแม้จะมีบรรทัดฐานทางกฎหมายมาตั้งแต่คดี Marbury v. Madison (1803) ว่าการตีความรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดสหรัฐย่อมผูกพันทุกฝ่าย แต่อเมริกายึดมั่นในระบอบสหพันธรัฐซึ่งแต่มลรัฐมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง	• มี รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มาตรา 31 กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลเหนือดินแดนของสหพันธ์ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการและองค์กรของฝ่ายปกครองทั้งหลาย	• มี โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันศาล องค์กรอื่นของรัฐ ตลอดจนรัฐบาลแห่งท้องถิ่น โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้นให้เป็นอันสิ้นผลไป นับตั้งแต่วันที่ได้มีคำวินิจฉัย

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
	• ในทางปฏิบัติ มีกรณีที่คำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดสหรัฐถูกต่อต้านไม่ปฏิบัติตามอยู่เนือง ๆ เช่น คำพิพากษาคดี Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) ซึ่งวินิจฉัยว่าการแยกการให้บริการทางการศึกษาระหว่างเด็กคนผิวสีกับเด็กคนขาว (separate but equal) เป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ถูกต่อต้านนานถึง 15 ปี กว่าโรงเรียนของรัฐทุกแห่งในสหรัฐอเมริกาจะยอมปฏิบัติตาม	• โดยหลักทั่วไปแล้ว องค์กรของรัฐจะต้องมีความภักดีต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยบางประการ องค์กรของรัฐมักจะปฏิบัติตาม	
คำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ (Declaratory Judgment)	• มี เช่นคดี Obergefell v. Hodges 576 U.S. 644 (2015) พิพากษาว่าการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรับรองให้กับทุกคน รวมทั้งคู่สมรสเพศเดียวกัน	• มี	• ไม่มี

หัวข้อ	สหรัฐอเมริกา	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐเกาหลี
คำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการ (Commitment Decision)	• ไม่มี โดยต้องใช้วิธีบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นเดียวกับคดีแพ่งทั้งหลาย หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดี หรือคำสั่งให้มีวิธีคุ้มครองชั่วคราว ก็อาจตกอยู่ในฐานะละเมิดอำนาจศาล (contempt of court) และสามารถถูกดำเนินคดีได้	• มี โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG) มาตรา 35 บัญญัติว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจกำหนดให้ใคร (บุคคลหรือองค์กร) เป็นผู้บังคับตามคำวินิจฉัยก็ได้ และในคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกบุคคลศาลอาจกำหนดวิธีการในการบังคับคดีไว้ได้ • เช่น คำวินิจฉัยให้ยุบพรรคสังคมนิยมแห่งจักรวรรดิ์ (SRP) ซึ่งนอกจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีคำสั่งให้ยุบพรรค SRP โดยเจาะจงให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยดำเนินการ	• มี เช่น คำวินิจฉัยคดียุบพรรค UPP (2013Hun-Da1) นอกจากการยุบพรรค UPP แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังได้มีคำวินิจฉัยให้ดำเนินกระบวนการถอดถอนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่สังกัดพรรค UPP ออกจากตำแหน่งอีกด้วย
การกำหนดประเภทของคำวินิจฉัยที่ศาลจำเป็นต้องกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัย	• ไม่มี	• มีโดยมีการกำหนดลักษณะของมาตรการชั่วคราวที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งให้ใช้ได้ไว้ในคดีบางประเภท	• มี โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำวินิจฉัยไว้ในแต่ละประเภทคดีเป็นการเฉพาะ ทั้งคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและคดีเกี่ยวกับการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

"กระบวนการทางการเมือง." สืบค้นเมื่อ 15 กรกฎาคม 2563. https://witikritsada54mbu.blogspot.com/2015/12/blog-post.html.

"ที่มาของประชาธิปไตยทางอ้อม คือ." สืบค้นเมื่อ 6 พฤษภาคม 2563. https://statedemocracy.org/ประชาธิปไตยทางอ้อม.

"ประชาธิปไตยทางตรง (สมัยใหม่)." สืบค้นเมื่อ 6 พฤษภาคม 2563. http://www.elfhs.ssru.ac.th/sanchai_ra/file.php/1/2_Direct_Democracy_Power_Point.pdf.

กฤษดา ทุ่งโชคชัย. *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแห่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547.

โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. *หลักรัฐศาสตร์*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ม.ป.ป.

คนันท์ ชัยชนะ. "ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน", *จุลนิติ 11*, ฉ.2(2557): 46-55.

จำนงค์ ทองประเสริฐ. "ประชามติ." สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2563. http://www.royin.go.th/th/knowledge/detail.php?ID=1223.

ดำรงค์ ฐานดี. "จากอนุรักษ์นิยมแบบดั้งเดิมมาเป็นอนุรักษ์นิยมแบบปัก กีนเฮ: กรณีศึกษาประเทศเกาหลีใต้." สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2563. http://www3.ru.ac.th/korea/korean_wave_th/kwave21.pdf.

ทนายคลายทุกข์ ปรึกษากฎหมาย. (2561). "การออกคำบังคับในคดีแพ่ง." สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2563. https://www.decha.com/article/section/relieve_lawyer/12513.

ทิพภานิดา ปาลกะวงศ์. "ความชอบธรรมของศาลรัฐธรรมนูญในระบบการเมืองไทย." วิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2556.

ไทยรัฐออนไลน์. "บทบรรณาธิการ: อำนาจนิติบัญญัติกับตุลาการ." สืบค้นเมื่อ 19 กุมภาพันธ์ 2563. https://www.thairath.co.th/newspaper/columns/1772740.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. *การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญกรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546.

นิธิ เนื่องจำนงค์. "Bringing Park Chung Hee Back: บทความปริทัศน์." *วารสารสังคมศาสตร์* 10, ฉ.1 (2557): 137-159.

นุรักษ์ มาประณีต. "ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายใต้หลักนิติธรรม." ใน *เอกสารประกอบการประชุมทางวิชาการเนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 20 ปี*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.

บรรเจิด สิงคะเนติ. *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.

บรรเจิด สิงคะเนติ. “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลปกครองกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.” สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563. http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=132.

บรรเจิด สิงคะเนติ. *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

บรรหาญ จงเจริญประเสริฐ. *เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “ปัญหา ‘พระวิหาร’ จะลงเอยอย่างไร ? (ตอนที่ 13).” สืบค้นเมื่อ 4 มกราคม 2557. http://www.dailynews.co.th/Content/Article/19980/ปัญหา+”พระหลดวิหาร’4 จะลงเอยอย่างไร+%3F+(ตอนที่+13).

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง (รายงานการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. *การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558.

ปาริชาติ วิเชียรบุตร. “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

พระนิติการณ์ประสม. *คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2502.

มณียาภรณ์ ระตินัย. “หลักฟังความสองฝ่ายในวิธีพิจารณาความแพ่ง.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

มาโนช จรมาศ. *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 4 ว่าด้วยวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง*. กรุงเทพฯ: บรรณาคม, 2521.

ลิขิต ธีรเวคิน. “หลักการประชาธิปไตย 12 ประการ ที่นักการเมืองต้องเข้าใจและยึดถือ.” สืบค้นเมื่อ 1 มกราคม 2564. https://mgronline.com/daily/detail/9490000055325.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *โครงการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ กลุ่มงานรัฐธรรมนูญศึกษา สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา โครงการศึกษาวิจัยลำดับที่ 5, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *มาตรการชั่วคราวก่อนพิพากษา (รายงานการวิจัย)*. กรุงเทพฯ: สำนักสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (รายงานการวิจัย).* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

วรชัย แสนสีระ. "หลักการและข้อแตกต่าง ระหว่าง "ประชามติ" กับ "ประชาพิจารณ์" ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย." *จุลนิติ 7*, ฉ.63 (2553): 145-155.

วรรณชัย บุญบำรุง. *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่.* เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.

วิเชียร อินทะสี. "เกาหลีใต้ภายใต้ระบอบอำนาจนิยมของรัฐบาลประธานาธิบดีอีซึงมัน." *วารสารเอเชียตะวันออกศึกษา 12*, ฉ.2 (2550-2551): 39-56.

วุฒิชัย จิตตานุ. "กระบวนการทางกฎหมายตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ." *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 2,* ฉ.4 (2551): 7-26.

ศุภพรรัตน์ สุขพุ่ม. "เสียงข้างมาก เสียงข้างน้อย." สืบค้นเมื่อ 3 กันยายน 2563. http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=เสียงข้างมาก_เสียงข้างน้อย.

ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน. "การฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญ: การนำเข้าและใช้แบบไทยๆ." สืบค้นเมื่อ 15 มกราคม 2564. https://tlhr2014.com/archives/5916.

สกล หาญสุทธิวาริน์ทร์. "การบังคับคดีปกครองและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ." สืบค้นเมื่อ 20 ธันวาคม 2562. https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/644307.

สถาบันพระปกเกล้า. "สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย." สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2563. http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title%20=สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. *การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย).* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, คณะทำงานด้านวิชาการ. "มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71." ใน *เอกสารประกอบการสัมมนาโครงการสัมมนาประเด็นรัฐธรรมนูญระหว่างที่ปรึกษาและผู้เชี่ยวชาญประจำคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ระหว่างวันที่ 28 กุมภาพันธ์ - 1 มีนาคม 2562.* นครปฐม: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2562.

สิทธิพร เศาภายน. *เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.

สุภัทร แสงประดับ. *การกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71.* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.

สุมณฑา พันธนสมบัติ. "มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีรัฐธรรมนูญ." วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

โสภณ เคนวิเศษ. *บทบาทศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550: ศึกษาเฉพาะกรณีคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพชั่วคราวในการชุมนุมก่อนมีคำพิพากษาในคดีแพ่, รายงานผลงานส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร "ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น" รุ่นที่ 6.* กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2551.

อณูทิพย์ ธารทอง. "หลักประชาธิปไตยที่สำคัญ." สืบค้นเมื่อ 26 กันยายน 2563. http://oknation.nationtv.tv/blog/Anutip/2011/06/07/entry-1.

อภิชญา บุญกระพือ. "ข้อขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง: ประสบการณ์จากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)." วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

อภิรดี สุทธิสมณ์. "มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีปกครอง." วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

อาภาภิรม, อานนท์. รัฐศาสตร์เบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2545.

ภาษาอังกฤษ

Alexander, James R. "Evil Angel Eulogy: Reflections on the Passing of the Obscenity Defense in Copyright." *Journal of Intellectual Property Law 20*, no.2 (2012): 209.

Amanda Frost. "In Defense of Nation Wide Injunctions." *N. Y. Law Review 93*, 5 (2018): 1065-1119.

Ammann, Phil. "Two Years Later, 7 Alabama Counties Still Not Issuing Marriage Licenses to Same-Sex, Other Couples." Accessed July 24, 2020. http://altoday.com/archives/17555-two-years-later-7-alabama-counties-still-not-issuing-marriage-licences-sex-couples.

Barr, William P. (2019). "End Nationwide Injunctions." Accessed February 19, 2020. https://www.wsj.com/articles/end-nationwide-injunctions-11567723072.

Constitutional Court of Korea. "History of Constitutional Adjudication." Accessed May 10, 2020. http://english.ccourt.go.kr/cckhome/engNew/introduction/history/historyOfConsAdju.do.

Denlow, Morton. "The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard." *THE REVIEW OF LITIGATION 22*, 3 (2003): 495-539.

Garner, Bryan A., ed. *Black's Law Dictionary*, 2nd ed., Minnesota. West Group, 2001.

Gillen, Patrick T. "Preliminary Injunctive Relief against Governmental Defendants: Trustworthy Shield or Sword of Damocles." *Drexel L.* Rev., 8 (2015): 269-314.

Goodman, William. *The Two-Party System in United State.* New York: D. Van Nostrand, 1960.

Griffin, Ryan. “Ligating the Contours of Constitutionality: Harmonizing Equitable Principles and Constitutional Values When Considering Preliminary Injunctive Relief.” *Minnesota Law Review 94*, (2009): 839-868.

JUSTIA US Supreme Court. (1958). “Cooper V. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).” Accessed March 2, 2021. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/.

Kawasaki, Yutaka. “Was the 1910 Annexation Treaty between Korea and Japan Concluded Legally?” *Murdoch University Electronic Journal of Law* 3, 2 (1996). http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v3n2/kawasaki.html

Kennedy, Kevin C. “Equitable Remedies and Principled Discretion: The Michigan Experience.” *U. Det. Mercy L.* Rev. 74, 4 (1996): 609-656.

Kerr, William Williamson. *A Treatise on the Law and Practice on Injunctions.* Charleston, SC: Gale, Making of Modern Law, 1927.

Moore, M. Devon. “The Preliminary Injunction Standard: Understanding the Public Interest Factor.” *Michigan Law Review* 117, no.5 (2018): 939-962.

Nigel Foster and Satish Sule. *German Legal System and Laws.* 4th ed. New York: Oxford University Press, 2010.

Stevenson, T.H. *Politics and Government.* New Jersey: Little Field Adam, 1973.

Towle, C. Griffith, & Robert Zarco. *“Proving Irreparable Harm --- Have the Standards, American Bar Association 35th Annual Forum on Franchising Changed?* Los Angeles, CA: American Bar Association, 2012.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210
โทรศัพท์ : 0 2141 7777 โทรสาร : 0 2143 9522
E-mail : office@constitutionalcourt.or.th