

กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ

ดร. ปิยญา อุดชาชน

รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อแก้ไขสภาพปัญหาที่ผ่านมา แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ยังมีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน บทความนี้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 4 ส่วน คือ ส่วนแรก ว่าด้วยทฤษฎีพื้นฐาน ส่วนที่สอง ว่าด้วยกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ส่วนที่สาม ว่าด้วยการวิเคราะห์กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ และส่วนสุดท้าย ว่าด้วยบทสรุปและข้อเสนอแนะ

ส่วนแรก ทฤษฎีพื้นฐาน

ทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญและกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญประกอบด้วย หลักประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความมีอิสระ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1. หลักประชาธิปไตย

ประกอบด้วย ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย ความหมายและลักษณะของประชาธิปไตย และหลักประชาธิปไตยกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

1.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

1.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ

ฌอง โบแดง (Jean Bodin) นักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศส เป็นผู้คิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย (Theory of Sovereignty) โดยได้อธิบายไว้ในหนังสือสาธารณรัฐใน 6 บรรพ (Six livres de la République) โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้¹

1.1.1.1 อำนาจอธิปไตยคืออำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ตามความหมายนี้ แสดงว่า โบแดงต้องการจะลบล้างแนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุด (The Supremacy) เพราะตามทฤษฎีนั้น ผู้ใช้อำนาจสูงสุดมีอำนาจล้นพ้นเกินไปจนไม่มีขอบเขตจำกัด เช่น พระผู้เป็นเจ้าย่อมมีอำนาจทั่วสากลโลก พระสันตะปาปาย่อมมีอำนาจทั่วอาณาจักรทั้งปวง แต่โบแดงต้องการจะจำกัดอำนาจสูงสุดเพียงแค่การปกครองในประเทศนั้น ๆ เท่านั้น ที่โบแดงอธิบายเช่นนั้น เพราะโบแดงเข้าใจความหมายของคำว่า “รัฐ” เป็นอย่างดี และต้องการจะสร้างความสัมพันธ์ระหว่าง “รัฐ” กับ “รัฐอธิปไตย” ของรัฐนั้นเท่านั้น โดยไม่เกี่ยวกับรัฐอื่น

1.1.1.2 อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the State) โบแดงได้คำอธิบายองค์ประกอบหนึ่งของรัฐที่ว่า รัฐต้องมีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้น โบแดงจึงสรุปว่า อำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร

1.1.1.3 ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยควรเป็นพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign) เพราะพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐและผู้นำราษฎรทั้งหลาย

1.1.1.4 รัฐอธิปไตย คือ ผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน สามารถออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามได้ แต่ตนไม่อยู่ใต้คำสั่งของผู้ใด (majestas est summa in civis ac subditog legibusque solute potestas) นอกจากนั้น

¹ วิทยุ เครื่องม. (2530). ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา. หน้า 221-222.

โบแดงยังได้อธิบายอีกด้วยว่า “ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่า สาละสำคัญของความเป็นรัฐาธิปัตย์ของกษัตริย์... คือการมีอำนาจตรากฎหมายบังคับใช้แก่พสกนิกรทั้งหลายโดยไม่คำนึงว่า พสกนิกรเหล่านั้นยินยอมหรือไม่... ถ้าจะให้รัฐาธิปัตย์ปกครองรัฐได้อย่างถูกต้องดีงามแล้ว จำต้องให้รัฐาธิปัตย์อยู่นอกกฎหมาย”

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดังกล่าว ส่งผลให้เกิดระบอบการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้น และถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั้งภายในและระหว่างประเทศที่สำคัญในระยะต่อมา²

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) นักนิติปรัชญาชาวอังกฤษ “ได้เขียนหนังสือเรื่อง รัฐาธิปัตย์ (Leviathan) โดยถือว่า เป็นตำราปรัชญาทางการเมืองและรัฐศาสตร์เล่มแรกของโลกที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษ³ ฮอบส์เชื่อในทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) โดยถือว่ารัฐเกิดจากบุคคลทั้งหลายที่มีสัญญาผูกพันกันว่าจะอยู่ด้วยกันภายใต้ดินแดนเดียวกัน ทุกคนมีสิทธิอยู่ในตัวตามธรรมชาติ แต่เมื่อแต่ละคนอยู่รวมกัน ต้องยอมให้คนใดคนหนึ่งเป็นผู้นำภายใต้กติกาที่ว่า ทุกคนก็ต้องเชื่อฟังและยอมรับนับถือผู้นำ แต่ถ้าผู้นำขาดคุณธรรม จริยธรรม ผู้นำย่อมถูกโค่นล้มโดยประชาชนได้ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการปฏิวัติในสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 ดังปรากฏในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ที่ว่า “เราทั้งหลายเชื่อมั่นโดยปราศจากข้อสงสัยในความจริงที่ว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยเท่าเทียมกัน และพระเจ้าผู้สร้างได้ให้สิทธิบางประการที่ไม่อาจลบล้างได้กับมนุษย์เหล่านี้ ซึ่งในบรรดาสิทธิเหล่านี้ มีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความผาสุกรัฐบาลทั้งหลายตั้งขึ้นก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเหล่านี้ และอำนาจอันเป็นธรรมของรัฐบาลทั้งหลายนั้น ก็มาจากความยินยอมของผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง ทุกครั้งที่รูปแบบการปกครองใดก็ตามที่กลับทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าวแล้วนี้ ประชาชนมีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองนั้น หรือทำลายเสีย แล้วสถาปนารูปแบบการปกครองใหม่ขึ้นตามหลักการและรูปแบบที่ประชาชนเห็นว่าเหมาะสมที่สุดที่จะก่อให้เกิดความมั่นคงและผาสุกได้...”⁴

1.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

จอห์น ล็อก (John Locke) นักนิติปรัชญาชาวอังกฤษ ได้เขียนหนังสือเรื่อง สองเล่มว่า ด้วยการปกครอง (Two Treatises of Government) โดยเห็นว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติ กฎหมายเกิดจากเหตุผล กฎหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายนั้นจะถูกยกเลิกโดยรัฐบาล ส่วนการปกครองนั้นเห็นว่า เสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครองและสถาบันทางการเมือง ถูกสร้างขึ้นมากเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ ดังนั้น แนวความคิดของล็อกจึงถือว่าเป็นผู้ให้กำเนิดลัทธิเสรีนิยมประชาธิปไตย (Democratic Liberalism)

ฌ็อง ฌาค รูสโซ (Jean Jaque Rousseau) นักนิติปรัชญาชาวสวิสเซอร์แลนด์และต่อมาย้ายมาพำนักในฝรั่งเศส ได้เขียนหนังสือเรื่อง สัญญาประชาคม (Social Contract) โดยถือว่า รัฐเกิดจากคนหลายคนมาอยู่รวมกัน โดยแต่ละคนสละสิทธิและเสรีภาพของตนเองเพื่อประโยชน์ส่วนใหญ่ และรัฐจะเป็นผู้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคนส่วนใหญ่ที่อาศัยอยู่ร่วมกัน ซึ่งเรียกว่า ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ สำหรับกฎหมายนั้นต้องมาจากเจตจำนงร่วมของประชาชนและมีผลบังคับใช้กับคนทั่วไป นอกจากนั้น กฎหมายเท่านั้นที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุค ต่าง ๆ. หน้า 32.

³ William Elbenstein. (1960). Great Political Thinkers.p 359.

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. หน้า 66-67.

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนที่ไม่อาจโอนให้กับผู้แทนได้ ดังนั้น แนวความคิดของรุสโซจึงเป็นหลักของประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy)

ซีเอเยส์ (Sieyès) นักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศสได้เขียนหนังสือเรื่อง ความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์ (Essai sur les privileges) และอะไรคือสามัญชน (Qu' Est – ce que le Tiers Etat ?) เป็นผู้คิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ โดยถือว่าชาติ (Nation) เกิดขึ้นจากการรวมกันของคนทุกคน เจตนารมณ์ของชาติจึงเป็นเจตนารมณ์ที่ชอบด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์ของชาติอาจมอบให้ผู้แทนไปสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมืองในการปกครองประเทศ ดังนั้น แนวความคิดของซีเอเยส์จึงเป็นหลักของประชาธิปไตยโดยอ้อม (Indirect Democracy)

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติดังกล่าว ได้ส่งผลให้เป็นที่ยอมรับในหลาย ๆ ประเทศ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1789, ค.ศ. 1791, ค.ศ. 1946 และ ค.ศ. 1958 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1919 รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1924 รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ. 1921 และรัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1938 เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 3 วรรคแรก บัญญัติว่า หลักของอำนาจอธิปไตย คือ อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติเป็นของประชาชนซึ่งใช้โดยผ่านทางผู้แทนหรือโดยการออกเสียงประชามติ (Referandum)⁵

1.1.3 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ด้วยอิทธิพลของจัน จาค รูสโซ (Jean Jaque Rousseau) เกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ และการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แนวความคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนได้แพร่หลายไปสู่ประเทศต่าง ๆ โดยยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอสูดในการปกครองประเทศเป็นของประชาชน มิใช้อยู่กับคนใดคนหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว แต่ด้วยจากสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ประชาชนทุกคนย่อมไม่สามารถเข้าร่วมกันใช้อำนาจอธิปไตยทุกคนได้ จึงมีการเลือกผู้แทนของตนเองโดยมอบอำนาจและความไว้วางใจให้กับผู้แทน ดังนั้น การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรจึงเป็นหลักที่สำคัญของ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ประธานาธิบดีอับราฮัม ลินคอล์น (Abraham Lincon) ประธานาธิบดีคนที่ 16 ของสหรัฐอเมริกา ได้ให้ความหมายของคำว่าประชาธิปไตยว่าเป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชนและเพื่อประชาชน ในพิธียกย่องวีรชน ในสงครามกลางเมือง เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1863 ณ สุสานแห่งชาติเกตติสเบิร์ก (The Gettyburg National Cemetery)

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนดังกล่าวมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. 1948 บัญญัติว่า อิตาลีเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยและอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

1.2 หลักประชาธิปไตยกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

หลักประชาธิปไตยนอกจากจะเป็นหลักปกครองที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนแล้ว หลักประชาธิปไตยยังกำหนดให้การจัดองค์กรของรัฐจะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชนเรียกว่า หลักความเกี่ยวพัน

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. หน้า 62.

ต่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย (eine ununterbrochene demokratische legitimationskette)⁶ พรรคการเมืองเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งจากกลุ่มบุคคลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน ดังนั้น พรรคการเมืองจึงควรเกี่ยวพันในหลักความชอบในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย สำหรับหลักประชาธิปไตยกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นมีความสัมพันธ์อย่างแยกไม่ออก เนื่องจากบุคคลที่จะได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้นั้นต้องเกิดจากการคัดเลือกจากประชาชนหรือตัวแทนของประชาชน เช่น พรรคการเมือง เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากพรรคการเมืองมีสถานะที่มีความสำคัญต่อรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (B VerfGE 4, 27) ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 1959 เรื่อง สถานะในทางรัฐธรรมนูญและในกฎหมายของพรรคการเมือง ดังนี้⁷

ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BverfGG) พรรคการเมืองซึ่งถูกละเมิดสถานะในทางรัฐธรรมนูญโดยผลกฎหมายอาจการใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอาศัยพื้นฐานของกรณีการเกิดข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐได้

องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสององค์คณะเห็นด้วยกับสถานะของพรรคการเมืองในความเป็นจริงของรัฐที่ปกครองโดยพรรคการเมืองในระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่

องค์คณะแรกได้เคยวินิจฉัยเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 1952 (B VerfGE 2, 1) ว่า “...ในอีกด้านหนึ่งนั้นอยู่ในสาระสำคัญของระบอบประชาธิปไตยว่า อำนาจอัฐนั้นมีพื้นฐานมาจากประชาชน และประชาชนใช้อำนาจนั้นในการเลือกตั้งและในการออกเสียงต่าง ๆ แต่ทว่า เจตนารมณ์ของประชาชนนั้นในความเป็นจริงของรัฐประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้นจะปรากฏอยู่ในพรรคการเมือง ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรในการดำเนินการทางการเมือง” ในคำวินิจฉัยเดียวกันนี้ได้กล่าวถึงความสำคัญของมาตรา 21 GG โดยสรุปได้ดังนี้ :

“วรรค 1 ของมาตรา 21 GG ยอมรับว่า พรรคการเมืองเข้ามามีส่วนร่วมในการสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและจากบทบาติดังกล่าวนี้อาจได้ยกสถานะของพรรคการเมืองจากขอบเขตของสังคมวิทยาการเมืองขึ้นสู่ระดับสถาบันของกฎหมายรัฐธรรมนูญ”

ส่วนองค์คณะที่สองได้วินิจฉัยเมื่อวันที่ 5 เมษายน 1952 โดยได้เน้นถึงความเห็นพื้นฐานในทางกฎหมายว่า :

“การยอมรับว่า พรรคการเมืองมิใช่เป็นเพียงองค์กรในทางสังคมวิทยาการเมืองหากแต่เป็นองค์กรที่มีความเกี่ยวพันในทางกฎหมาย พรรคการเมืองได้กลายเป็นส่วนที่ดำรงอยู่ที่สำคัญในโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ และกลายเป็นส่วนที่สำคัญในทางการเมืองที่ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ”

ดังนั้นจึงเป็นประเด็นสำคัญว่า มาตรา 21 GG ได้กำหนดให้พรรคการเมืองเป็นส่วนที่เป็นความจำเป็นสำหรับโครงสร้างของรัฐธรรมนูญซึ่งก่อให้เกิดผลว่าพรรคการเมืองได้ทำหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan) เมื่อพรรคการเมืองได้เข้ามาไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2541). วารสารนิติศาสตร์ : วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยโดยอาศัยพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน. ก้นยายน, หน้า 484.

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2541). วารสารกฎหมายปกครอง : ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. เมษายน, หน้า 186-187.

พรรคการเมืองได้รับสิทธิให้หลักประกันไว้ในมาตรา 21 GG โดยการเข้าไปมีส่วนร่วมในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน เมื่อพรรคการเมืองได้เข้าไปมีส่วนร่วมในขอบเขตดังกล่าว และได้ต่อสู้เพื่อสิทธิอันมีผลมาจากหน้าที่พิเศษตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นนี้ ในแง่ขององค์กรและรูปแบบของการเข้าไปมีส่วนร่วมจะต้องกำหนดให้สามารถใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ พรรคการเมืองสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในกรณีที่เกิดข้อพิพาทต่อองค์กรของรัฐได้ (Organstreit) ได้

สิทธิของพรรคการเมืองในคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง โดยเฉพาะสิทธิในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนั้นถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสถานะตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่สำคัญ และเมื่อมีการละเมิดสิทธิดังกล่าว พรรคการเมืองจึงอาจใช้สิทธิในการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

จะเห็นได้ว่า หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ให้ประกันว่า กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมีพื้นฐานมาจากประชาชนและมีความเชื่อมโยงกับประชาชน ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องมาจากการคัดเลือกจากประชาชนโดยพรรคการเมืองเป็นตัวแทนของกลุ่มคนและรัฐสภาเป็นตัวแทนของประชาชนส่วนใหญ่

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ

ประกอบด้วย ทฤษฎีว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการแบ่งแยกอำนาจกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ นักนิติปรัชญาที่เป็นเจ้าของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) หรือหลักการแบ่งแยกตามหน้าที่ (Separation of Function) คือ มองเตสกีเยอ ชื่อเต็มคือ Baron de la Brede et de Montesquieu ได้อธิบายในหนังสือเรื่อง เจตนารมณ์ของกฎหมาย (L'esprit des lois) ว่าอำนาจอธิปไตยประกอบด้วย 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ เรียกว่า Puissance legislative อำนาจบริหารคือ อำนาจปฏิบัติกิจการต่าง ๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน เรียกว่า Puissance executives des choses qui dependent du droit desgens และอำนาจตุลาการ คือ อำนาจปฏิบัติกิจการต่าง ๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่งเรียกว่า Puissance executives de calles qui dependent du droit civil มองเตสกีเยอ ได้อธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจว่า

“เมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คน ๆ เดียว หรือองค์กร หรือเจ้าหน้าที่คนเดียว อิสระภาพย่อมไม่อาจมีได้เพราะเกิดจากความหวาดกลัว เนื่องจากกษัตริย์หรือสภาเดียวนั้นอาจออกกฎหมายกดขี่ข่มเหงราษฎรได้

ในทำนองเดียวกัน อิสระภาพไม่หลงเหลืออยู่ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ถ้าหากให้อำนาจตุลาการรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติ ชีวิตและอิสรภาพของคนในบังคับจะถูกควบคุมโดยพลการ เพราะตุลาการอาจประพฤติดุร้ายและกดขี่ข่มเหงราษฎรได้

ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงขั้นการอวสาน ถ้าหากคนหรือองค์กรเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นชั้นสูง หรือประชาชนส่วนรวมจะใช้อำนาจทั้งสามด้วยกัน กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารนโยบายสาธารณะ และอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดี”

ดังนั้น ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจทั้ง 3 ด้าน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ต้องสามารถควบคุมและตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ มีการถ่วงดุลกัน (Check and Balance) ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจทั้ง 3 ด้านดังกล่าวมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด และเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจหรือการแบ่งแยกตามหน้าที่มีความสำคัญอย่างยิ่งกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก หลักการแบ่งแยกอำนาจได้ยึดหลักการถ่วงดุลกันขององค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสรรหา โดยกำหนดให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้าน และสิทธิในการควบคุมตรวจสอบ ซึ่งจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน ก่อให้เกิดความสมดุลของการใช้อำนาจขององค์กรโดยมิให้องค์กรหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรหนึ่งโดยสิ้นเชิงและขณะเดียวกันมิให้องค์กรหนึ่งอยู่เหนือการใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่งเช่นเดียวกัน

องค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมีหลายองค์กร ได้แก่ องค์กรอิสระต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ สถาบันการศึกษา พรรคการเมือง วุฒิสภา และศาล เป็นต้น การสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรหนึ่งให้อำนาจแก่อีกองค์กรหนึ่งเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการสรรหาด้วยนั้น ถือได้ว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมและตรวจสอบเพื่อก่อให้เกิดความสมดุลในการสรรหา และมีความสัมพันธ์กับประชาชนในฐานะที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

3. หลักความมีอิสระ

ประกอบด้วย แนวความคิดว่าด้วยหลักความมีอิสระ และหลักความมีอิสระกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

3.1 แนวความคิดว่าด้วยหลักความมีอิสระ เมื่อพิจารณาถึงคำว่า “ความมีอิสระ” โดยทั่วไปมักจะพบคำนี้ในองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ คือศาล ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ดังนั้น การศึกษาแนวคิดว่าด้วยหลักความมีอิสระ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษา “ความมีอิสระของศาล” เพื่อเป็นรากฐานของการศึกษาหลักความมีอิสระกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่อไป

ประเทศอังกฤษ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษปรากฏอยู่ในกฎหมายเรียกว่า The Act of Settlement ค.ศ. 1701 ประกอบด้วยหลัก 4 ประการ คือ

1. ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยปราศจากอคติทางการเมือง (The Judges must be kept clear of political bias) โดยไม่หวั่นไหวจากอำนาจของสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ
2. ผู้พิพากษาต้องมีอิสระจากความกดดันทางการเมือง (The Judges must be kept free from political pressure) โดยมีหลักประกันความมั่นคงในสถานะ (Status) การเข้าสู่ตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่ง เงินเดือน และการสิ้นสุดตำแหน่ง

การแต่งตั้งผู้พิพากษานั้นจะเลือกผู้พิพากษาโดยคำนึงถึงคุณสมบัติ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ โดยบุคคลที่ถูกคัดเลือกจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาจากพระมหากษัตริย์ โดยมี Lord Chancellor เป็นผู้ถวายคำแนะนำ และเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว ตำแหน่งของผู้พิพากษาก็ได้รับประกันตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง (a judge should have a guarantee security of tenure) และ the Act of Settlement ค.ศ. 1701 ได้บัญญัติคุ้มครองผู้พิพากษาจากการก้าวถ่ายของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติโดยการถอดถอนผู้พิพากษาออกจาก

ตำแหน่งจะกระทำได้โดยพระมหากษัตริย์และทรงปลดหรือถอดถอนโดยความเห็นชอบพร้อมกันของรัฐสภา โดยรัฐสภา ร้องขอมายังพระมหากษัตริย์⁸

3. ผู้พิพากษาต้องมีความอิสระในการพูดอย่างตรงไปตรงมาในการปฏิบัติหน้าที่ (The Judges must be free to speak boldly in his judicial capacity) โดยไม่หวาดกลัวต่ออิทธิพลใดในการออกนั่งพิจารณาพิพากษา อรรถคดี

4. ผู้พิพากษาต้องมีความอิสระในการพิจารณาอรรถคดีอย่างเป็นธรรม (The Judges must to give only as between litigants of flesh and blood, and not on hypothetical cases put to them by the executive or anyone else) โดยมีอิสระในการตัดสินระหว่างคู่ความทั้ง 2 ฝ่ายด้วยความเป็นธรรมอย่างมีเหตุผล และไม่ตัดสินคดีบนพื้นฐานของแรงกดดันจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่น ๆ

ประเทศสหรัฐอเมริกา หลักความมีอิสระของผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาปรากฏอยู่ใน รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ประกอบด้วยหลัก 5 ประการ คือ

1. ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง (Tenure of Judges) เมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรง ตำแหน่งประจำศาลสูงสุด⁹ ผู้พิพากษาศาลสูงจะอยู่ในตำแหน่งตลอดชีวิต¹⁰ ไม่มีการโยกย้ายหรือเกษียณอายุ ซึ่งทำให้ผู้ พิพากษาสูงสุดไม่ต้องหวั่นไหวจากอิทธิพลใด ๆ ดังนั้น แม้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดจะมาจากพรรคการเมืองใด ก็จะไม่ มีพรรคการเมืองใดสามารถให้คุณให้โทษได้อีก อันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในทางส่วนตัวเพื่อช่วย เสริมความเป็นอิสระ

2. เงินประจำตำแหน่ง (Salary) รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษาจะลด น้อยลงเพราะเหตุหนึ่งเหตุใดมิได้¹¹ ตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งและเงินประจำตำแหน่งนี้จะเหมาะสม เพียงพอต่อค่า ครองชีพ ซึ่งเป็นหลักประกันทำให้ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในทางส่วนตัวไม่ต้องกังวลต่อการทำมาหาเลี้ยงชีพเพื่อความเป็น อิสระให้ดียิ่งขึ้น

3. สวัสดิการ ผู้พิพากษาสูงสุดของสหรัฐ ฯ มีสวัสดิการและความเป็นอยู่ดีมีความสะดวกสบาย ในห้องทำงานที่ดี

4. การทำคำพิพากษาอย่างมีอิสระ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแต่ละคนมีสิทธิในการทำคำพิพากษา อย่างมีอิสระของตน ซึ่งต้องอ่านประกอบคำพิพากษาหลักอันถือเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุดอย่างแท้จริง

5. การความเห็นแย้ง ความเป็นอิสระของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐ ฯ มีหลักประกันในการแสดง ความคิดเห็นภายในที่ประชุมแห่งศาลสูงสุด และสามารถแสดงออกต่อสาธารณชนได้

3.2 หลักความมีอิสระกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

3.2.1 ศาลกับคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ศาล มีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ศาลจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในคณะกรรมการสรรหาผู้ ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ประธานศาลฎีกาจะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่ง ของศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานศาลปกครองสูงสุดจะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรง

⁸ พระยานิติศาสตราไพศาลย์. (2513). บทบัญญัติ “ความมีอิสระของผู้พิพากษา” เล่มที่ 27 : 15.

⁹ The United States Constitution ค.ศ. 1787. Article III, Section 2.

¹⁰ The United States Constitution ค.ศ. 1787. Article III, Section 1.

¹¹ The United States Constitution ค.ศ. 1787. Article III, Section 1.

ตำแหน่งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานศาลปกครองสูงสุด จะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น นอกจากนั้น สำหรับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะมีประธานองค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่นร่วมเป็นคณะกรรมการสรรหาด้วยคือ ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

3.2.2 สถาบันการศึกษากับคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ
ด้วยเหตุที่ถือว่าสถาบันการศึกษามีความเป็นอิสระในทางวิชาการและมีความเป็นอิสระในการเข้าสู่ตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่ง เงินเดือน และการสิ้นสุดตำแหน่งเช่นเดียวกันกับผู้พิพากษาหรือตุลาการ สถาบันการศึกษาจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คณะบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน และคณะบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน จะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ อธิการบดีของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคลทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน จะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และอธิการบดีของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคลทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 6 คน จะทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น

ส่วนที่สอง กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

1. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

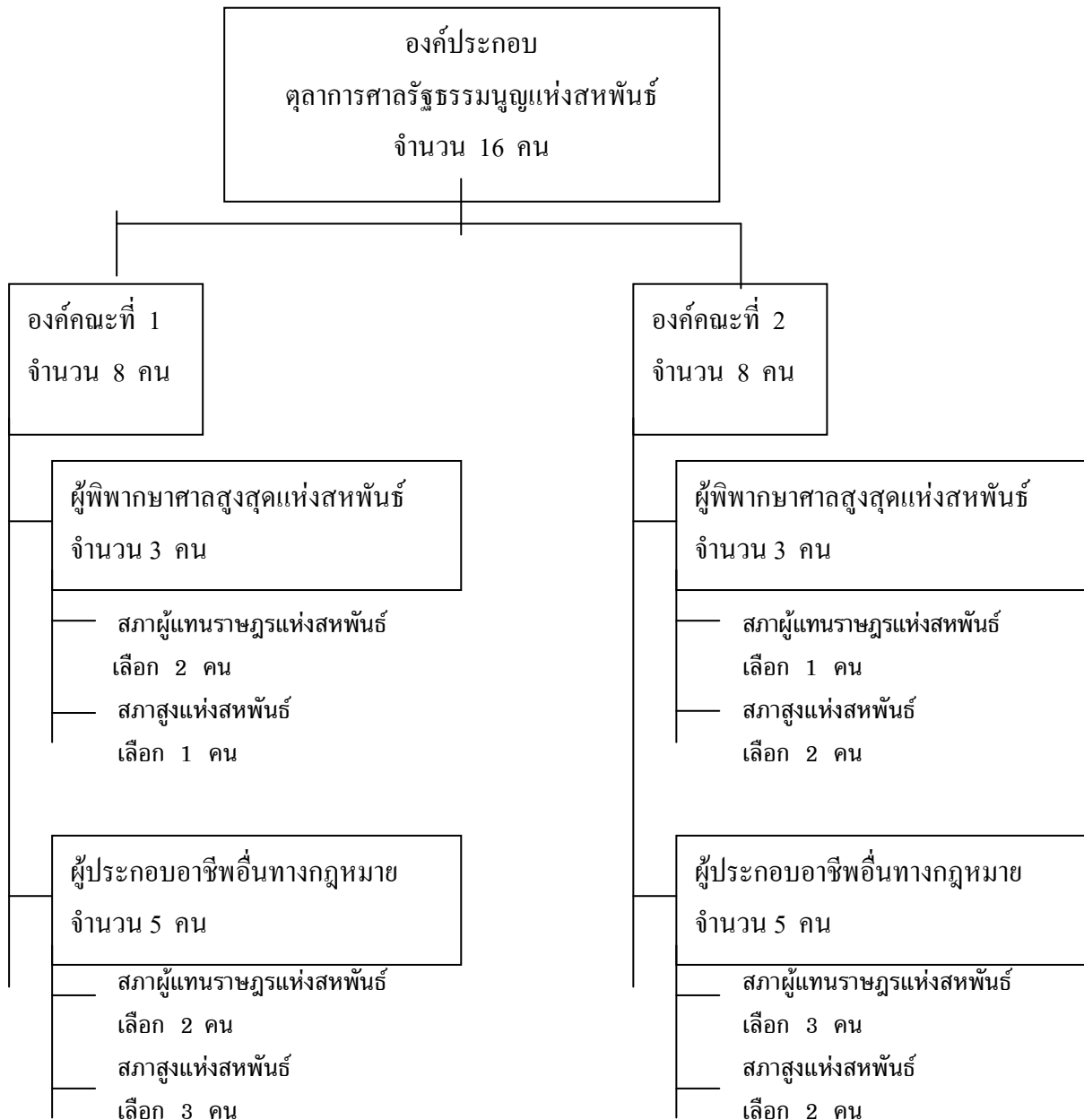
รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์¹² ว่า ให้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ครึ่งหนึ่งคือจำนวน 8 คน มาจากการเลือกของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อีกครึ่งหนึ่ง คือ จำนวน 8 คน มาจากการเลือกของสมาชิกสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) โดยรายละเอียดต่าง ๆ ให้บัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (Statute) ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ค.ศ. 1951 จึงได้บัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดต่าง ๆ สำหรับส่วนที่สำคัญเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มี ดังนี้

1.1.1 ด้านองค์ประกอบ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ แบ่งออกเป็น 2 องค์คณะ ๆ ละ 8 คน รวมทั้งสิ้น จำนวน 16 คน ในจำนวนตุลาการของแต่ละองค์คณะนั้นต้องมาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ที่มีประสบการณ์ปฏิบัติหน้าที่ในศาลใดศาลหนึ่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี จำนวน 3 คน ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์คือ ศาลยุติธรรมสูงสุด ศาลปกครองสูงสุด ศาลแรงงานสูงสุด ศาลสังคมสูงสุด และศาลภาษีอากรสูงสุด ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ จำนวน 3 คนดังกล่าวมาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 2 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 1 คน และมาจากการเลือกของสภาสูงแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 1 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 2 คน สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อีกจำนวน 5 คน มาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 2 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 3

¹² มาตรา 94 วรรคหนึ่ง GG.

คน และมาจากการเลือกของสภาสูงของสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 3 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 2 คน สรุปแล้วทั้งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาสูงแห่งสหพันธ์มีอำนาจหน้าที่เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีจำนวนเท่า ๆ กัน คือ องค์กรละ 4 คน

แผนภาพที่ 1 คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี



1.1.2 ด้านระยะเวลาดำเนินการ¹³ กล่าวคือ

1.1.2.1 การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะทำการเลือกล่วงหน้า 3 เดือนก่อนตำแหน่งนั้นจะว่างลง

¹³ มาตรา 5 วรรคสอง และวรรคสาม BVerfGG.

1.1.2.2 กรณีที่มีการยุบสภาในระหว่างนั้น ให้ทำการเลือกภายในระยะเวลา 1 เดือนนับแต่วันเริ่มมีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ครั้งแรก

1.1.2.3 กรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ กล่าวคือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระดำรงตำแหน่ง 12 ปี¹⁴ ถ้าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ ให้ดำเนินการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาแทนภายในระยะเวลา 1 เดือนจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสภาสูงแห่งสหพันธ์แล้วแต่กรณีที่เป็นองค์กรณีอำนาจหน้าที่เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งนั้น

1.1.3 ด้านวิธีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กล่าวคือ การเลือก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีกระบวนการที่สำคัญ 3 ทาง คือ

1.1.3.1 กระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) มีขั้นตอน ดังนี้

(1) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยทางอ้อม (Indirectly) โดยผ่านคณะกรรมการสรรหา จำนวน 12 คน (a twelve - man electoral committee)¹⁵ คณะกรรมการสรรหาเป็นไปตามสัดส่วนของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ของแต่ละพรรคการเมืองโดยแต่ละพรรคการเมืองเสนอชื่อคณะกรรมการสรรหาตามสัดส่วนในจำนวนของพรรคของตน

(2) คณะกรรมการสรรหาที่มีอายุมาก หรืออาวุโสที่สุดจะเป็นผู้เรียกประชุมคณะกรรมการสรรหาโดยไม่ชักช้าภายใน 1 สัปดาห์ และทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมเพื่อดำเนินการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(3) คณะกรรมการสรรหาพร้อมลงคะแนนเสียงเลือกจากรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีการเสนอชื่อโดยเสียงข้างมาก ถ้าผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากไม่อาจดำรงตำแหน่งได้ ให้ผู้ที่ได้รับคะแนนรองลงมาจะแทนที่ผู้นั้น

(4) คณะกรรมการสรรหา ทุกคนต้องรักษาความลับเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อและการลงคะแนนของคณะกรรมการสรรหาแต่ละคน

(5) กรรมการสรรหาคนใดมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการเสนอชื่อ กรรมการสรรหาผู้นั้นต้องไม่อภิปรายและงดออกเสียง¹⁶

(6) กรรมการสรรหาคนใดพ้นจากวาระ ให้บุคคลที่มีชื่อในลำดับถัดไปได้รับเป็นกรรมการสรรหาแทน โดยผู้ได้รับเลือกตั้งกล่าวว่ามีวาระตลอดสมัยของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์¹⁷

(7) ผู้ทรงคุณวุฒิที่จะได้รับการคัดเลือกเป็น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของคณะกรรมการสรรหา หรืออย่างน้อย จำนวน 8 เสียง

(8) การจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่ต้องเป็นผู้จัดเตรียมบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีคุณสมบัติครบถ้วน และบัญชีรายชื่อบุคคลอื่น ๆ ซึ่งได้รับการ

¹⁴ มาตรา 4 BVerfGG.

¹⁵ มาตรา 6 (1) BVerfGG.

¹⁶ มาตรา 6 BVerfGG.

¹⁷ มาตรา 6 (2) BVerfGG.

เสนอจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐโดยบุคคลนั้นต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง และมาตรา 3 วรรคสองของ BVerfGG.

(9) บัญชีรายชื่อต้องปรับปรุงให้ทันสมัยเป็นปัจจุบันอยู่เสมอและจัดส่งต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ และประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์อย่างน้อย 1 สัปดาห์ก่อนการเลือกตั้งการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์¹⁸

(10) เมื่อคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ลงคะแนนเสียงเลือกบุคคลใดแล้ว การเลือกตั้งกล่าวถือเป็นอันสิ้นสุดโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์อีก จึงเรียกว่า เป็นการเลือกโดยทางอ้อมโดยใช้คณะกรรมการสรรหาเป็นตัวแทนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์

1.1.3.2 กระบวนการเลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) มีขั้นตอน ดังนี้

(1) สภาสูงแห่งสหพันธ์เลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยตรง (Directly) โดยที่ประชุมของสภาสูงแห่งสหพันธ์จะดำเนินการเลือกโดยตรงเนื่องจากมีจำนวนสมาชิกไม่มากนัก คือ มีจำนวน 68 คน ในขณะที่สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีจำนวนสมาชิก 672 คน

(2) ในทางปฏิบัติสภาสูงแห่งสหพันธ์จะตั้งคณะกรรมการขึ้นมีหน้าที่เตรียมการเลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และเสนอแนะผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นผู้สมควรได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ปัจจุบันคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของทั้ง 11 มลรัฐ และโดยปกติที่ประชุมสภาสูงแห่งสหพันธ์จะเลือกผู้ทรงคุณวุฒิตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการดังกล่าว ดังนั้น จึงถือว่าตัวแทนของมลรัฐเข้ามามีบทบาทสำคัญในการเลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับเลือกจากสภาสูงแห่งสหพันธ์ ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาสูงแห่งสหพันธ์ทั้งหมด¹⁹

1.1.3.3 กระบวนการเลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีพิเศษ มีขั้นตอน ดังนี้

(1) หากหลังจากการสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่างลงตามมาตรา 6 BVerfGG. แต่การเลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างลงยังไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 2 เดือน ให้กรรมการที่อาวุโสของคณะกรรมการการคัดเลือกตุลาการ หรือประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์เรียกร้องให้มีการเสนอรายชื่อบุคคลที่ควรได้รับเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กรณีตามข้อ (1) ให้องค์คณะร่วม (das Plenum) ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ประชุมเพื่อเสนอชื่อบุคคลที่ควรได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไปยังสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาสูงแห่งสหพันธ์แล้วแต่กรณีโดยใช้มติเสียงข้างมาก ถ้ามีตำแหน่งว่างลงหลายตำแหน่งให้เสนอรายชื่อไปจำนวน 2 เท่าของตำแหน่งที่ว่างลง

(3) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาสูงแห่งสหพันธ์แล้วแต่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกบุคคลซึ่งมิใช่บุคคลที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เสนอชื่อมาก็ได้²⁰

¹⁸ มาตรา 8 (3) BVerfGG.

¹⁹ มาตรา 7 BVerfGG.

1.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

1.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์²¹ ตามข้อเสนอของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาสูงแห่งสหพันธ์แล้วแต่กรณี และถือว่าเมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งแล้วเป็นการสิ้นสุดกระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

1.2.2 ก่อนเข้ารับตำแหน่ง²² ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องสาบานตน หรือปฏิญาณตนต่อประธานาธิบดีด้วยความว่า “ข้าพเจ้าขอสาบานว่า ข้าพเจ้าจะเป็นตุลาการที่ตั้งอยู่ในความยุติธรรมตลอดเวลา จะซื่อสัตย์และปกป้องรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ และจะปฏิบัติหน้าที่ตุลาการต่อบุคคลทุกคนด้วยความรับผิดชอบยิ่ง ขอให้พระเจ้าทรงช่วยข้าพเจ้าในการนี้ด้วย” สำหรับการลาออกจากตำแหน่ง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีสิทธิที่จะลาออกโดยยื่นคำร้องต่อประธานาธิบดีและประธานาธิบดีจะเป็นผู้อนุมัติให้ลาออกได้²³

1.2.3 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบว่ากระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจพิจารณาความเหมาะสมของบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อ ดังนั้น ถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของประธานาธิบดีโดยจะไม่มีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรอื่นอีก แต่อย่างไรก็ตาม ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ดังกล่าว หากเกิดความบกพร่องในกระบวนการเลือก จะไม่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แต่อย่างใด²⁴

2. ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

2.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ

องค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ ประกอบด้วย ประธานาธิบดี และวุฒิสภา

2.1.1 ประธานาธิบดี กล่าวคือ ในทางปฏิบัติเพื่อแสดงถึงความโปร่งใสและความถูกต้องในการตัดสินใจของประธานาธิบดี ประธานาธิบดีจะดำเนินการ ดังนี้

2.1.1.1 แต่งตั้งคณะกรรมการของประธานาธิบดีขึ้นเพื่อให้การคัดเลือกเป็นรูปแบบของคณะกรรมการ

2.1.1.2 มอบหมายให้หน่วยข่าวกรองของสหรัฐอเมริกา (F.B.I) ทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติในเชิงลึก

2.1.1.3 ขอความเห็นชอบต่อสหภาพนายความอเมริกา (American Bar Association)

เช่น ประธานาธิบดี Ronald Reagan ได้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่คัดเลือกผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศโดยคณะกรรมการประกอบด้วย Attorney General ข้าราชการระดับสูงของกระทรวงยุติธรรม และข้าราชการจากทำเนียบขาว จำนวน 7 คน เพื่อพิจารณารายชื่อผู้ที่เหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา

²⁰ มาตรา 7 a BVerfGG.

²¹ มาตรา 10 BVerfGG.

²² มาตรา 11 BVerfGG.

²³ มาตรา 12 BVerfGG.1981

²⁴ Maunz u.a., Bundesverfassung 1987 gsgesetz, Kanmentar, Munchen 1995, § 6 Rdr 9.

มอบหมายให้ F.B.I. ตรวจสอบประวัติ และให้สภาพนายความอเมริกาให้ความเห็นเกี่ยวกับความรู้ ความสามารถ และ ประสบการณ์ เพื่อนำเสนอต่อประธานาธิบดีประกอบการตัดสินใจ เป็นต้น

โดยปกติเมื่อประธานาธิบดีเสนอชื่อบุคคลที่จะแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาสูงสุดของประเทศต่อวุฒิสภา มักมีข้อสันนิษฐานว่าหากบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อนั้นเป็นบุคคลที่เป็นที่รู้จักและมีช่องทางเข้าถึง สมาชิกวุฒิสภาได้จะได้รับความเห็นชอบต่อวุฒิสภา²⁵ แต่อย่างไรก็ตาม วุฒิสภาไม่ใช่สภาตรายางที่ให้ความเห็นชอบบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่ออย่างง่าย ๆ อย่างน้อยจากสถิติปรากฏว่าจากจำนวน 29 ครั้ง วุฒิสภาปฏิเสธหรือถ่วงกักให้มีการถอนชื่ออย่างน้อย จำนวน 10 ครั้ง²⁶ เช่น วุฒิสภา ปฏิเสธการเสนอชื่อ Harold Carswell ของประธานาธิบดี Nixon เนื่องจากขาดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าไปดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดของประเทศ และประธานาธิบดี Jimmy Carter ตัดสินใจถอนชื่อกรณีของนาย Clarence Thomas เนื่องจากมีข้อสงสัยในคุณสมบัติของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดของประเทศเช่นเดียวกัน เป็นต้น

2.1.2 วุฒิสภา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบและกระบวนการพิจารณาของ วุฒิสภาแต่อย่างใด แต่วุฒิสภาสามารถกำหนดวิธีการใด ๆ ได้ตามความเหมาะสมเพื่อพิจารณาการให้ความเห็นชอบบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อ วิธีการดังกล่าวมี ดังนี้

2.1.2.1 วุฒิสภาเรียกบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อจากประธานาธิบดีมาแสดงวิสัยทัศน์หรือตอบคำถามเพื่อประกอบการพิจารณาตัดสินใจลงมติ

2.1.2.2 วุฒิสภาจะปรึกษาหารือกับประธานาธิบดีก่อนที่ประธานาธิบดีจะเสนอชื่อบุคคลให้วุฒิสภาพิจารณาซึ่งเรียกว่า Senatorial Courtesy ซึ่งเป็นลักษณะที่วุฒิสภาอาจแทรกแซงการแต่งตั้งบุคคลได้

2.1.2.3 วุฒิสภายกยอตั้งมาตรฐานหรือเงื่อนไขในการให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งบุคคล

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารต่างมีการคานและดุลอำนาจกันแต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ประธานาธิบดีและสมาชิกวุฒิสภาเสียงข้างมากอยู่คนละพรรคกันเท่านั้น ถ้าประธานาธิบดีสังกัดพรรคเดียวกันกับสมาชิกวุฒิสภาเสียงข้างมากก็จะส่งผลให้การพิจารณาแต่งตั้งบุคคลไม่คำนึงถึงความรู้ ความสามารถและประสบการณ์เท่าที่ควร การทำหน้าที่ของประธานาธิบดีในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ และการทำหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบต่อรายชื่อที่ประธานาธิบดีเสนอ จึงเป็นลักษณะการช่วงชิงอำนาจซึ่งกันและกัน และเป็นเกมการเมืองของสถาบันทางการเมืองทั้งสอง เช่น

1. ประธานาธิบดี George Washington (ค.ศ. 1789 – 1797) เสนอชื่อนาย John Rutledge ให้เป็นประธานศาลสูงสุดของประเทศ ปรากฏว่านาย John Rutledge เคยคัดค้านสนธิสัญญาบางฉบับที่สหรัฐอเมริกาทำกับอังกฤษ วุฒิสภาจึงลงมติไม่เห็นชอบการแต่งตั้งเขา

2. ประธานาธิบดี John Tyler (ค.ศ. 1841 – 1845) เสนอชื่อนาย John C. Spencer เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ แต่ปรากฏว่า เขาเคยมีเรื่องขัดแย้งกับผู้นำเสียงข้างมากในวุฒิสภาซึ่งต่างพรรค

²⁵ Michael J. Gerhardt. (2000). The Federal Appointment Process. Duke University Press, London, p. 39.

²⁶ ถวัลย์ สุพรม. (2547). ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเลือก แต่งตั้ง ให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 45.

การเมืองกับประธานาธิบดี ยิ่งทำให้เขาไม่ได้รับการสนับสนุน ประธานาธิบดี Tyler จึงเสนอชื่อนาย Reuben H. Walworth เข้าไปใหม่แทน²⁷

3. ประธานาธิบดี Theodore Roosevelt (ค.ศ. 1901 – 1909) เสนอชื่อผู้พิพากษา Lesmed Hand เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศโดยเขามีอายุ 72 ปี การที่นาย Lesmed Hand อายุ 72 ปี กลายเป็นประเด็นปัญหาการพิจารณาของวุฒิสภา เนื่องจากประธานาธิบดี Roosevelt เคยเจรจาต่อรองกับวุฒิสภาเพื่อให้อนุมัติแผนการจัดระบบศาลโดยแผนดังกล่าวได้ต่อต้านการมีผู้พิพากษาที่มีอายุมากตั้งแต่ 70 – 79 ปี จึงส่งผลให้ประธานาธิบดี Roosevelt ขอลอนชื่อนาย Lesmed Hand และเสนอชื่อ นาย Wiley Rutledge อายุ 48 ปี แทน

4. ประธานาธิบดี Ronald Reagan (ค.ศ. 1981 – 1989) เสนอชื่อผู้พิพากษา Douglas Ginsburg เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศในปี ค.ศ. 1987 ต่อมาสมาชิกวุฒิสภาพรรค Republican ซึ่งเป็นพรรคเดียวกันกับประธานาธิบดี Reagan ไม่สนับสนุนนาย Douglas Ginsburg เนื่องจากเขาเคยปกปิดเรื่องที่เคยเสกัญชาขณะที่เป็นอาจารย์สอนที่ Harvard University และภรรยาของเขาเคยทำแท้งในสมัยที่เป็นแพทย์ฝึกหัด เมื่อเรื่องดังกล่าวนี้ถูกเปิดเผยออกมา สมาชิกวุฒิสภาพรรค Republican จึงไม่ให้การสนับสนุน จึงส่งผลให้นาย Douglas Ginsburg ต้องถอนตัวหลังจากที่ได้รับการเสนอชื่อเข้าสู่วุฒิสภาแล้ว 9 วัน²⁸

2.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

2.2.1 ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศโดยได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา ดังนั้น กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ จึงมีขั้นตอน คือ

2.2.1.1 ประธานาธิบดีจะทำหน้าที่ในการเสนอชื่อบุคคลผู้สมควรที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศไปยังวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ

2.2.1.2 หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบ ประธานาธิบดีต้องเสนอชื่อบุคคลเข้าสู่วุฒิสภาใหม่ แต่หากวุฒิสภาเห็นชอบ วุฒิสภาจะแจ้งการมีมติเห็นชอบกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อไปยังประธานาธิบดี

2.2.1.3 ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ลงนามแต่งตั้งอย่างเป็นทางการต่อไป

2.2.2 ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต การพ้นจากตำแหน่งได้ต่อเมื่อตาย หรือลาออก หรือถูกถอดถอน (Impeachment) การถูกถอดถอนดังกล่าวต้องมีการพิสูจน์ว่าได้กระทำความผิดโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงส่วนใหญ่ลงมติว่าได้กระทำความผิดและวุฒิสภาลงมติด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด จึงจะทำให้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศพ้นจากตำแหน่ง การกระทำความผิดที่ต้องถอดถอน เช่น การรับสินบน (Bribery) การกระทำความผิดอาญาบางประเภท (High crimes and Misdemeanors) และความผิดฐานกบฏ (Treason) เป็นต้น

2.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยตรงว่าองค์กรใดมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบ แต่ถ้าพิจารณาจากคดี Marbury and Madison แล้วปรากฏว่าศาลสูงเป็นองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในคดีนี้ โดยศาลสูงได้วินิจฉัยกรณีที่นาย William Marbury ยื่นฟ้องต่อศาลสูงเพื่อให้ศาล

²⁷ วิษณุ เครืองาม. (2517). “ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาดำรงคนเป็นอิสระได้อย่างไร” บทบันทึกคดี, ตอนที่ 2 ปีที่ 31, หน้า 259 – 261.

²⁸ Nadine Cohodas. (1987). Ginsburg Hurt Badly by Marijuana Admission., p. 2714.

สูงออกหมายสั่งให้นาย James Madison รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศส่งมอบตำแหน่งผู้พิพากษาที่อดีตนายกรัฐมนตรี John Adams ได้แต่งตั้งตนไว้ว่า

2.2.3.1 William Marbury มีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับตำแหน่งผู้พิพากษา

2.2.3.2 คำสั่งศาลให้มีการคืนตำแหน่งให้ William Marbury ตำแหน่งผู้พิพากษา

2.2.3.3 ศาลไม่มีอำนาจออกหมายบังคับให้คืนตำแหน่ง

3. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี

3.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

3.1.1 ด้านองค์ประกอบ

พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1997 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน ว่าสภาแห่งชาติมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน ประธานาธิบดีมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน และศาลสูงสุดมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน โดยเมื่อตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่างลง องค์การนั้นจะต้องดำเนินการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ตำแหน่งว่างลง²⁹ โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระดำรงตำแหน่ง 6 ปี และเกษียณอายุ 65 ปี ยกเว้นตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุ 70 ปี³⁰

3.1.2 ด้านระยะเวลาดำเนินการ

เมื่อตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่างลง ตำแหน่งที่ว่างลงนั้นเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกคัดเลือกมาจากองค์กรใดคือ สภาแห่งชาติหรือประธานาธิบดี หรือศาลสูงสุดองค์กรนั้นคือ สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี และศาลสูงสุด แล้วแต่กรณีมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ตำแหน่งว่างลง แล้วเสนอรายชื่อไปให้ประธานาธิบดีเพื่อแต่งตั้งต่อไป

3.4.3 ด้านวิธีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

หลักการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี มีวิธีการปฏิบัติ ดังนี้³¹

3.4.3.1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการที่ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าในแต่ละปีจะมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดบ้างที่จะครบวาระ 6 ปี หรือเกษียณอายุ 65 ปี ยกเว้นตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุ 70 ปี ถ้าในปีใดจะมีตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่างลง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งไปยังองค์กรที่มีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างให้ทราบก่อน 2 เดือน เพื่อให้องค์กรที่มีหน้าที่คัดเลือกเตรียมการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่

3.1.3.2 การคัดเลือกของแต่ละองค์กรคือ สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี ศาลฎีกา แล้วแต่กรณี จะคัดเลือกจากบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา 5 และไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1997

3.1.3.3 การคัดเลือกของสภาแห่งชาติมีหลักเกณฑ์ คือ

²⁹ Ibid., Article 6 (3).

³⁰ Ibid., Article 7 (1) (2).

³¹ สัมภาษณ์เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี โดยนายปัญญา อุดชาชน เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2549 ณ Korea Constitutional Court, Seoul, Republic of Korea.

- (1) พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลมีสิทธิเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ 1 คน
- (2) พรรคการเมืองฝ่ายค้านมีสิทธิเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ได้ 1 คน
- (3) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 1 คน มาจากการคัดเลือกโดยความตกลง

ร่วมกัน (Mutual Consent) ของทั้งสองฝ่าย

3.1.3.4 การคัดเลือกของศาลสูงสุด กล่าวคือ ประธานศาลสูงสุดจะคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้พิพากษาอาวุโสที่มีบุคลิกลักษณะดี มีชื่อเสียง มีประวัติการทำงานมาตลอด เช่น ตุลาการ Han, Dae Hyun มาจาก Chief Judge of Seoul High Court, ตุลาการ Kim, Young Il มาจาก chief judge of the Pusan District Court และตุลาการ Kim, Kyung Il มาจาก Chief Judge of the Suwon District Court เป็นต้น

3.1.3.5 การคัดเลือกของประธานาธิบดี กล่าวคือ ประธานาธิบดีจะคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากบุคคลที่เป็นข้าราชการระดับสูง เช่น ตุลาการ Song, In Jun มาจาก Chief Public Prosecutor of Taegu, ตุลาการ Choo, Sun Hoe มาจาก President of Legal Research and Training Institute เป็นต้น

3.1.3.6 ตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติด้วยมติเสียงส่วนใหญ่ เช่น ประธานศาลรัฐธรรมนูญ Yun, Young Chul มาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดีซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดในขณะนั้น

อนึ่ง สำหรับบุคคลที่ถูกคัดเลือกมาจากแต่ละองค์กร ก่อนที่จะเสนอให้ประธานาธิบดีแต่งตั้ง ทุกคนจะต้องถูกตรวจสอบ (Hearing) จากสภาแห่งชาติเสียก่อนเกี่ยวกับความเหมาะสมในการที่จะดำรงตำแหน่ง เพราะถือว่าสภาแห่งชาติเป็นตัวแทนของประชาชนที่อยู่ในรูปลักษณะของพรรคการเมืองที่ได้รับมาจากการเลือกตั้งของประชาชน

3.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

3.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอ เมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วถือว่าสิ้นสุดกระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

3.2.2 สภาแห่งชาติเป็นองค์กรที่ตรวจสอบความเหมาะสมของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่ง ก่อนที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคน จึงถือว่าสภาแห่งชาติจะทำหน้าที่ตรวจสอบและกลั่นกรองผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็น	เยอรมนี	อเมริกา	เกาหลี
1. องค์กรที่ทำหน้าที่สรรหา	รัฐสภา	ประธานาธิบดี	1. สภาแห่งชาติ 2. ประธานาธิบดี 3. ศาลสูงสุด
2. องค์กรที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง	ประธานาธิบดี	ประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบวุฒิสภา	ประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบสภาแห่งชาติ
3. จำนวน	16 คน	9 คน	9 คน

4. คุณสมบัติ	1. สำเร็จการศึกษา วิชาชีพกฎหมาย	1. สำเร็จการศึกษาทาง กฎหมาย	1. สำเร็จการศึกษาทาง กฎหมาย
	2. มีชื่อเสียงทางสังคม	2. มีอุดมการณ์ทาง การเมืองเดียวกันกับ ประธานาธิบดี	2. มีประสบการณ์ทำงาน แล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี
ประเด็น	เยอรมนี	อเมริกา	เกาหลี
5. ระบบการสรรหา	1. สภาผู้แทนราษฎรมี คณะกรรมการ สรรหา	1. ประธานาธิบดีมี คณะกรรมการ	สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดีและศาล สูงสุดคัดเลือกจากผู้มี คุณสมบัติตามที่กฎหมาย กำหนด
	2. วุฒิสภาไม่มี คณะกรรมการ สรรหา	2. วุฒิสภากำหนดให้มี การแสดงวิสัยทัศน์	
6. บทบาทพรรค การเมือง	มีบทบาทอย่างมาก	มีบทบาทอย่างมาก	มีบทบาทอย่างมาก

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาเพื่อคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้ว ทุกประเทศจะให้ความสำคัญและให้เป็นหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ได้แก่ รัฐสภา รัฐบาล และศาล โดยบางประเทศให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาเพียงองค์กรเดียว เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น บางประเทศให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลเพียงองค์กรเดียว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น และบางประเทศให้เป็นอำนาจหน้าที่ทั้งสภา รัฐบาล และศาล เช่น ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากความแตกต่างทางด้านประวัติศาสตร์ การเมือง การปกครอง และสังคมของแต่ละประเทศ ส่วนองค์กรที่ทำหน้าที่แต่งตั้งภายหลังจากที่ผ่านกระบวนการคัดเลือกแล้ว คือ ประมุขของประเทศ สำหรับรายละเอียดของกระบวนการสรรหาคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ สรุปสาระสำคัญ ดังนี้

1. คุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่ง กล่าวคือ ส่วนใหญ่ต้องสำเร็จการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ มีชื่อเสียงในสังคมหรือเป็นบุคคลที่สังคมยอมรับในด้านความซื่อสัตย์ สุจริต และมีประสบการณ์ทำงานในตำแหน่งเดิมมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 - 15 ปี

2. ระบบการสรรหา กล่าวคือ บางประเทศมีคณะกรรมการสรรหาเพื่อทำหน้าที่คัดเลือกกลั่นกรอง เช่น การดำเนินการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และการดำเนินการคัดเลือกของประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

3. บทบาทพรรคการเมือง กล่าวคือ ทุกประเทศให้พรรคการเมืองเข้ามามีบทบาทสำคัญโดยมีส่วนร่วมในการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพราะถือว่าพรรคการเมืองเป็นสถาบันทางการเมืองที่เป็นตัวแทนของประชาชนและเป็นจุดเชื่อมโยงกับประชาชน เช่น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับการสนับสนุน (Nominated) โดยพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในขณะนั้นทั้งชั้นตอนของคณะกรรมการสรรหา (a twelve – man electoral committee) และรัฐสภา ผู้พิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาต้องมีอุดมการณ์ทางการเมืองและมีความสัมพันธ์ทางการเมืองของพรรคการเมืองเดียวกันกับประธานาธิบดีซึ่งเป็นผู้ที่คัดเลือก และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

สาธารณรัฐเกาหลีที่มาจากการคัดเลือกของสภาแห่งชาติ จำนวน 3 คน นั้นได้รับการจัดสรรว่าพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล และพรรคการเมืองฝ่ายค้านมีสิทธิเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้พรรคละ 1 คน รวมเป็น 2 คน ส่วนที่เหลืออีก 1 คน มาจากการตกลงร่วมกันของทั้ง 2 พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน

จึงแสดงให้เห็นว่า กระบวนการสรรหาเพื่อคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ จะให้พรรคการเมืองเข้ามามีบทบาทสำคัญในการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งสิ้น แต่ถ้าจะนำมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย ย่อมต้องพิจารณาวัฒนธรรมทางการเมืองและสังคมไทย (Political Culture and Social) เป็นสำคัญ

ส่วนที่สาม การวิเคราะห์กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนได้แยกหัวข้อตามประเด็นปัญหา ดังนี้

1. การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา

1.1 ระเบียบศาลฎีกา

นับแต่ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ศาลฎีกาได้ออกระเบียบมาแล้ว จำนวน 2 ฉบับ คือ ระเบียบศาลฎีกาว่าด้วยการเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และระเบียบศาลฎีกาว่าด้วยการเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาไปเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ตามลำดับ โดยระเบียบศาลฎีกาดังกล่าวได้ออกมาเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในห้วงเวลานั้น ซึ่งระเบียบศาลฎีกาได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการรับสมัคร การคัดเลือก วิธีการคัดเลือก หลักเกณฑ์ ผลการคัดเลือกและการตีความตามระเบียบ จึงถือได้ว่าระเบียบศาลฎีกาเป็นระเบียบภายในของศาลฎีกาที่ได้วางหลักการปฏิบัติการเลือกผู้พิพากษาศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นลักษณะของการใช้อำนาจในทางบริหาร แต่อย่างไรก็ตาม หากวิเคราะห์วิธีการคัดเลือกของที่ประชุมใหญ่ของศาลดังกล่าวไม่อาจยืนยันได้ว่าผู้ที่ผ่านการคัดเลือกของแต่ละองค์กรจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเหมาะสมกับตำแหน่ง เพราะหากวิเคราะห์ในแง่จิตวิทยาองค์กรแล้ว ไม่มีองค์กรใดที่อยากสูญเสียผู้ที่มีความรู้ความสามารถให้กับองค์กรอื่น³²

ผู้เขียนเห็นว่า ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 วรรคสองที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี” เป็นมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น เพื่อที่จะให้มีทางออกหากไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก แต่มีข้อสังเกตว่าระเบียบศาลฎีกาเป็นระเบียบภายในของศาลฎีกา แต่เมื่อใช้บังคับกับบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นการใช้บังคับกับบุคคลภายนอก หากการใช้ระเบียบไปกระทบสิทธิกับบุคคลภายนอกโดยตรง องค์กรใดจะมีอำนาจหน้าที่เยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้น และองค์กรใดจะมีอำนาจ

³² สุรพล นิติไกรพจน์. (2546). ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ, หน้า 98.

หน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบศาลฎีกา จึงเห็นว่า กรณีดังกล่าวศาลฎีกามีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งนอกจากจะใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาบรรดคดีแล้ว ยังมีการใช้อำนาจทางบริหารด้วย เช่น การคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น การตราระเบียบศาลฎีกาเป็นลักษณะการใช้อำนาจโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐธรรมนูญควรอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างร้ายแรง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคห้า

1.2 การดำเนินงานของศาลฎีกา

1.2.1 วิธีการคัดเลือกของศาลฎีกา การคัดเลือกผู้พิพากษาศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กระทำโดยวิธีลงคะแนนลับในที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยการทำเครื่องหมายกากบาทอย่างชัดเจนหน้าชื่อและนามสกุลของผู้สมัครในบัตรที่จัดไว้ตามจำนวนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พึงมีหรือจำนวนเท่าที่ขาดอยู่แล้วแต่กรณี แล้วนำบัตรไปใส่ในหีบลงคะแนน การนับผลคะแนนโดยให้ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดเรียงลงไปตามลำดับจนครบตามจำนวนที่พึงมีหรือจำนวนเท่าที่ขาดอยู่แล้วแต่กรณีเป็นผู้ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หากมีผู้ได้คะแนนเท่ากันในระดับใดอันเป็นเหตุให้ผู้ได้รับเลือกเกินตามจำนวน ให้รองประธานศาลฎีกาซึ่งมีอาวุโสสูงสุดในที่ประชุมจับสลากว่าผู้ใดเป็นผู้ได้รับเลือก

1.2.2 จำนวนบุคคลที่เสนอให้วุฒิสภาและอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบ

1.2.2.1 ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ศาลฎีกาส่งรายชื่อผู้ที่ได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาไปยังวุฒิสภาตามจำนวนที่พึงมีหรือจำนวนเท่าที่ขาดอยู่ แล้วแต่กรณี กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 (1) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 5 คน ส่วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 200 (1) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 3 คน

1.2.2.2 อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบ เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 200 วรรคแรก บัญญัติว่า ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาซึ่งมีถ้อยคำเช่นเดียวกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255³³ แต่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การให้ความเห็นชอบต่อบุคคลของวุฒิสภาเพื่อถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะและขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ทั้งนี้ เนื่องจากมีข้อโต้แย้งทางวิชาการกรณีคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (ปฏิบัติหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ) ที่ 1/2541 ลงวันที่ 8 มกราคม 2541 โดยได้วินิจฉัยว่า วุฒิสภาไม่มีอำนาจในการพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้

³³ มาตรา 255 ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกสิบสี่คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา

พิจารณาเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผลจากคำวินิจฉัยดังกล่าวได้มีผลผูกพันต่อศาลปกครองสูงสุดในการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ข้อโต้แย้งดังกล่าวปรากฏในผลการศึกษาของคณะกรรมการการวิสามัญศึกษาวิเคราะห์อำนาจของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541 ซึ่งเกิดจากข้อเสนอให้จัดตั้งคณะกรรมการการวิสามัญฯ ของศาสตราจารย์ อมร จันทสมบุรณ์ สมาชิกวุฒิสภาในขณะนั้นโดยคณะกรรมการมีความเห็นว่า วุฒิสภาน่าจะมีอำนาจตามหลักรัฐธรรมนูญที่ว่า “พระมหากษัตริย์กระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) อันหมายความว่า กษัตริย์จะไม่ต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายและในทางการเมือง กษัตริย์มีอาจปฏิบัติราชการแผ่นดินได้โดยลำพัง หากจะต้องใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของสถาบันหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งและต้องมีการลงนามรับสนองพระราชโองการซึ่งจะเป็นผู้รับผิดชอบแทนกษัตริย์ การที่กษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภานั้น ย่อมเป็นการกระทำของวุฒิสภาเองหาใช่เป็นการกระทำของกษัตริย์ไม่ ฉะนั้น วุฒิสภาจึงต้องมีอำนาจในการตัดสินใจว่าสมควรถวายคำแนะนำให้กษัตริย์ทรงแต่งตั้งบุคคลที่ได้รับเลือกเป็นประธานหรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ³⁴ นอกจากนั้น รองศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า ตามแนวการตีความกฎหมายในเรื่องนี้โดยตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งปฏิบัติหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญว่า วุฒิสภาไม่มีอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบต่อตัวบุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้คัดเลือกมาเพื่อถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการตีความตามแนวนี้อาจมีปัญหาอยู่ว่าถ้าวุฒิสภาในฐานะองค์กรที่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองไม่มีอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับตัวบุคคลแล้ว รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ต้องเสนอชื่อมาที่วุฒิสภาเพื่ออะไร แนวทางการตีความและการปฏิบัติดังกล่าวในระบบกฎหมายในเรื่องนี้จึงหาความสมเหตุสมผลไม่ได้³⁵

ผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักการคนและดุลยอำนาจระหว่างศาลฎีกาและวุฒิสภาเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และหลักประชาธิปไตยในฐานะที่วุฒิสภาเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับประชาชน ต้องมีความสมเหตุสมผลในการใช้อำนาจขององค์กรทั้งสอง ศาลฎีกาในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่สรรหาจะต้องมีระบบการสรรหาที่ชัดเจน เป็นธรรม วุฒิสภาในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่คัดเลือกจะต้องมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบภายใต้การคัดเลือกที่มีตัวเลือก เพราะว่ามิฉะนั้นแล้ววุฒิสภาจะกลายเป็นสภาตรายางหากถูกบังคับให้เลือกหรือต้องให้ความเห็นชอบเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จำนวนบุคคลที่ศาลฎีกาจะเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบนั้นจะต้องมีจำนวนมากกว่าจำนวนที่พึงมีหรือมากกว่าจำนวนเท่าที่ขาดอยู่โดยอาจเป็นจำนวนสองเท่าก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้วุฒิสภาได้มีตัวเลือกในการคัดเลือกบุคคลในการให้ความเห็นชอบ เช่นเดียวกับการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) มีหน้าที่พิจารณาเลือกจากบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง และมาตรา 3 วรรคสอง B VerfGG โดยมีรายชื่อของบุคคลเป็นจำนวนมากซึ่งมากกว่าจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พึงมีหรือจำนวนเท่าที่ขาดอยู่ จึงส่งผลให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ได้ใช้อำนาจในการคัดเลือกจากบุคคลได้อย่างหลากหลายเพื่อให้ได้คนที่ดีที่สุดในการทำหน้าที่เป็น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1.3 ความยินยอมและการลาออกจากตำแหน่งเดิม

³⁴ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2541). รายงานของคณะกรรมการการวิสามัญศึกษาวิเคราะห์อำนาจของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541, กรุงเทพฯ, หน้า 4-5.

³⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2548). บทความเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับปัญหาโครงสร้างและระบบวิธีพิจารณา, การประชุมงานวิชาการประจำปี ครั้งที่ 1 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันที่ 9 ธันวาคม 2548, หน้า 10 – 11.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 203 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเลือกบุคคลหรือวุฒิสภาให้ความเห็นชอบบุคคล โดยได้รับความยินยอมของบุคคลนั้น ผู้ได้รับเลือกจะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อเมื่อตนได้ลาออกจากการเป็นบุคคลตามมาตรา 203 (1) (2) หรือ (3)³⁶ หรือแสดงหลักฐานให้เป็นที่เชื่อได้ว่าตนได้เลิกประกอบวิชาชีพอิสระดังกล่าวแล้ว ซึ่งต้องกระทำภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับเลือกหรือได้รับความเห็นชอบ แต่ถ้าผู้นั้นมิได้ลาออกหรือเลิกประกอบวิชาชีพอิสระ ภายในเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยรับเลือกหรือได้รับความเห็นชอบให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 200 และมาตรา 202 แล้วแต่กรณีมาใช้บังคับ

ผู้เขียนเห็นว่า หลักความยินยอมและหลักการลาออกจากตำแหน่งเดิมเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ การที่จะเปลี่ยนแปลงตำแหน่งเพื่อทำหน้าที่ในองค์กรอื่นย่อมเป็นสิทธิส่วนตัวของบุคคลและการลาออกจากตำแหน่งเดิมก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เพื่อให้มีอิสระและทุ่มเทการทำงานได้อย่างเต็มที่และเพื่อป้องกันมิให้มีผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) แต่อย่างไรก็ตาม สภาพปัญหาจะไม่เกิดขึ้นถ้าเป็นความประสงค์ของผู้ที่ได้รับการคัดเลือกที่ต้องการที่จะดำรงตำแหน่งในองค์กรใหม่ แต่ถ้าไม่มีผู้ใดประสงค์ที่จะไปดำรงตำแหน่งในองค์กรใหม่ด้วยเหตุอันอาจมาจากศักดิ์ศรีหรือความเชื่อมั่นศรัทธาของประชาชนที่มีต่อองค์กร เงินเดือนและสวัสดิการที่เป็นสิ่งจูงใจ ซึ่งส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้พิพากษาจากศาลฎีกาหรือตุลาการจากศาลปกครองสูงสุด ซึ่งอาจไม่มีผู้ใดมาสมัครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 วรรคสอง ได้บัญญัติว่า ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก ตาม (1) และ (2) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี³⁷ เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่กรณี ก็ตาม แต่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีโครงสร้างประกอบด้วย ผู้พิพากษาอาชีพจำนวน 5 คน จากสององค์กรคือ มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 3 คน ซึ่งมีประสบการณ์ในการพิพากษาคดีตามกฎหมายเอกชน และมาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน ซึ่งมี

³⁶ มาตรา 203 ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้อง

- (1) ไม่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ
- (2) ไม่เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือไม่เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของรัฐวิสาหกิจ หรือของหน่วยงานของรัฐ
- (3) ไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหากำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด
- (4) ไม่ประกอบวิชาชีพอิสระอื่นใด

³⁷ มาตรา 200 ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสามคน
- (2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน

ประสบการณ์ในการพิพากษาคดีตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น จึงถือว่าเป็นหน้าที่ของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดที่จะต้องคัดสรรผู้พิพากษาหรือตุลาการมาดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญส่วนวิธีการคัดสรรจะกำหนดหลักเกณฑ์อย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับระเบียบของแต่ละองค์กรที่จะออกมาใช้บังคับกับคนภายในขององค์กร เมื่อถือว่าเป็นหน้าที่ของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดแล้ว สิ่งที่จะต้องตามมาคือ ความรับผิดชอบขององค์กรที่จะต้องหาวิธีการต่าง ๆ เพื่อให้มีผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นตัวแทนองค์กรเพื่อทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในที่สุด

2. การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

2.1 ระเบียบศาลปกครองสูงสุด

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 (2) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 (2) บัญญัติว่า ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน สำหรับหลักเกณฑ์หรือวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุดไม่มีระเบียบปฏิบัติเช่นเดียวกันกับศาลฎีกา

2.2 การดำเนินงานของศาลปกครองสูงสุด

2.2.1 ในทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดจะแจ้งให้มีการนัดประชุมใหญ่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดโดยแจ้งว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดคนใดที่มีความประสงค์จะไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องสมัครใจเข้ารับการเลือก โดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดให้การรับรองการสมัครของตุลาการศาลปกครองสูงสุด และกำหนดให้มีการลงคะแนนลับ เพื่อเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ³⁸

2.2.2 กระบวนการพิจารณาคัดเลือกดำเนินการโดยที่ประชุมแจ้งให้มีการเสนอชื่อตุลาการที่จะได้รับการคัดเลือกที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย³⁹ ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกโดยใช้มติเสียงข้างมาก

2.2.3 ศาลปกครองสูงสุดจะเสนอรายชื่อผู้ผ่านการคัดเลือกต่อนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีต้องนำรายชื่อดังกล่าวเสนอไปยังวุฒิสภภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ

2.2.4 จำนวนบุคคลที่เสนอให้วุฒิสภาและอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบ

2.2.5 อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบ ด้วยผลจากคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (ปฏิบัติหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ) ที่ 1/2541 ลงวันที่ 8 มกราคม 2541 วุฒิสภาก็ไม่มีอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดเพื่อไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับศาลฎีกาที่ได้ศึกษามาแล้ว

2.2.6 ความยินยอมและการลาออกจากตำแหน่งเดิม

ด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 วรรคสอง บัญญัติว่าให้ผู้ได้รับเลือกที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิสภาวิชาชีพศาสตร์ ประชุมเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ที่ประชุมวุฒิสภารับทราบ ปรากฏว่า สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างปี พ.ศ. 2547 ถึงเดือนสิงหาคม 2549

³⁸ สำนักงานศาลปกครอง, (2543). รายงานการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 1 – 1/2543 ลงวันที่ 26 มิถุนายน 2543 และครั้งที่ 2-2/2543 ลงวันที่ 29 มิถุนายน 2543.

³⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 13 และมาตรา 14.

เป็นช่วงระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีประธานศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากนายกระมล ทองธรรมชาติ ประธานศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้พ้นจากตำแหน่งกรณีมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์ แต่หลังจากนั้นศาลปกครองสูงสุดซึ่งมีหน้าที่ในการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการคัดสรรได้เนื่องจากไม่มีผู้ประสงค์แสดงความจำนงหรือยินยอม ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้แต่งตั้งนายผัน จันทรปาน เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่ประธานที่ประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการประชุมพิจารณาวินิจฉัยคำร้องต่าง ๆ ได้เท่านั้น แต่ไม่สามารถทำหน้าที่ในฐานะเป็นกรรมการสรรหาองค์กรอิสระอื่น ๆ ได้ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 207 วรรคสองก็มีบทบัญญัติลักษณะทำนองเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่า เป็นพันธกิจของศาลปกครองสูงสุดที่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยถือว่าเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของศาลปกครองสูงสุดที่จะต้องหาวิธีการต่าง ๆ โดยกำหนดไว้ในระเบียบศาลปกครองสูงสุดเพื่อคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบที่ครบถ้วนและทำหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ และนำเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกตามอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา

3. การสรรหาบุคคลของคณะกรรมการสรรหา

1. การตั้งคณะกรรมการสรรหา

1.1 องค์ประกอบ คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แบ่งกลุ่มได้ ดังนี้

1.1.1 กลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการ กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก่ ประธานศาลฎีกา ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก่ ประธานศาลฎีกา และประธานศาลปกครองสูงสุด

1.1.2 กลุ่มพรรคการเมือง กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก่ ผู้แทนพรรคการเมือง ทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสี่คน ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก่ ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร

1.1.3 กลุ่มสถาบันการศึกษา กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก่ คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ทุกแห่งที่เลือกกันเองให้เหลือสี่คน และคณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสี่คน ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้บัญญัติไว้

1.1.4 กลุ่มตัวแทนองค์กรอิสระ กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่ได้บัญญัติไว้ ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก่ ประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน

1.2 จำนวนของคณะกรรมการสรรหา จำนวนคณะกรรมการสรรหาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีจำนวนแตกต่างกัน กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีจำนวน 13 คน ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีจำนวน 5 คน ซึ่งคณะกรรมการสรรหาจำนวน 5 คนนี้จะส่งผลต่อการทำหน้าที่ที่มีมติยืนยันในการให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญโดยขาดนักวิชาการที่มาจากตัวแทนของสถาบันอุดมศึกษาซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่บัญญัติให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่งมาจากคณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ทุกแห่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน และคณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ทุกแห่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้องค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาได้สอดคล้องกับองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตลอดจนสอดคล้องกับหลักความมีอิสระทางด้านวิชาการ

2. การดำเนินการของคณะกรรมการสรรหา

2.1 การประชุมคณะกรรมการสรรหา คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะประชุมกันหลังจากที่ได้กรรมการสรรหามาครบทุกภาคส่วนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติแล้ว โดยพิจารณาแต่งตั้งประธานรองประธาน เลขานุการ และโฆษกคณะกรรมการ สรรหา เพื่อทำหน้าที่ประชุมการสรรหาและจัดทำบัญชีผู้สมควรสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ

2.2 กำหนดวัน เวลาและสถานที่ขอรับใบสมัครและรับสมัคร โดยปกติกำหนดระยะเวลาการรับสมัครจำนวน 7 – 15 วัน ณ อาคารรัฐสภา 2

2.2.1 คุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 (3) (4) ได้บัญญัติคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ คือ ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งได้รับเลือกตามมาตรา 257 จำนวน 5 คน และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ซึ่งได้รับเลือกตามมาตรา 257 จำนวน 3 คน

ด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว คณะกรรมการ สรรหาจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ ดังนี้⁴⁰

1. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ ต้องได้รับปริญญาในสาขานิติศาสตร์ในระดับการศึกษาใดระดับการศึกษาหนึ่ง
2. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ ต้องได้รับปริญญาในสาขารัฐศาสตร์ในระดับการศึกษาใดระดับการศึกษาหนึ่งไม่รวมถึงปริญญาทางรัฐประศาสนศาสตร์
3. ปริญญาในสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ดังกล่าว รวมถึงปริญญาที่ได้รับจากต่างประเทศที่ทบวงมหาวิทยาลัย และสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนรับรอง แต่ไม่รวมถึงปริญญากิตติมศักดิ์
4. ตำแหน่งศาสตราจารย์ให้หมายความเฉพาะตำแหน่งศาสตราจารย์ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยไม่รวมถึงศาสตราจารย์พิเศษ ตัวอย่างในกรณีนี้จึงส่งผลให้ศาสตราจารย์พิเศษ อุกฤษ มงคลนาวินขาดคุณสมบัติผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ทั้ง ๆ ที่เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคมและได้รับการคัดเลือกจากวุฒิสภานั้นแล้ว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 (3) (4) ได้บัญญัติคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ คือ ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวน 2 คน และผู้ทรงคุณวุฒิสถา

⁴⁰ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา (2543). เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ แทนตำแหน่งที่ว่าง, 5 ตุลาคม 2543, หน้า 5.

รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง และได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวน 2 คน

2.2.2 การแสดงวิสัยทัศน์ของผู้ทรงคุณวุฒิ

การเชิญผู้สมัครและผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อจากคณะกรรมการสรรหามาแสดงวิสัยทัศน์เนื่องจากคณะกรรมการสรรหามีความต้องการที่จะวัดความรู้ ความเข้าใจและศักยภาพของผู้สมัครหรือผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อว่ามีความพร้อมและความเหมาะสมที่จะทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยปกติคณะกรรมการสรรหาจะใช้คำถามหลักเพียงคำถามเดียวเหมือนกันทุกคน แต่ละคนจะใช้เวลาไม่เกิน 20 นาที การแสดงวิสัยทัศน์ดังกล่าวจะเปิดให้ประชาชนและสื่อมวลชนเข้าร่วมรับฟังด้วย แต่ไม่ให้สอบถาม

2.2.3 การลงมติของคณะกรรมการสรรหา

ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีจำนวนทั้งสิ้น 9 ชุด โดยทุกชุดได้กำหนดหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.2.4 การกำหนดระยะเวลาสรรหา

ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 257 (1) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (1) ได้บัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาที่คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการสรรหาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุของข้อจำกัดด้านเวลาดังกล่าวคณะกรรมการสรรหาจำเป็นต้องเร่งรัดดำเนินการเพื่อให้การสรรหาแล้วเสร็จภายใน 30 วันตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ

ผู้เขียนเห็นว่า การดำเนินการของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีปัญหา ดังนี้

(1) การประชุมคณะกรรมการสรรหาเพื่อกำหนดวิธีการได้มาซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิ กล่าวคือ เมื่อคณะกรรมการสรรหาได้ประชุมแต่งตั้งประธาน รองประธาน เลขานุการ และโฆษกคณะกรรมการแล้ว คณะกรรมการสรรหาจะกำหนดวิธีการได้มาซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิโดยคณะกรรมการสรรหาแต่ละชุดมีวิธีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

(2) คุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 (3) (4) ได้บัญญัติคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ คือ ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริง และผู้ทรงคุณวุฒิสถาปัตยกรรมศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง หากพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แล้ว จะเห็นได้ว่า ในส่วนของผู้ทรงคุณวุฒินั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติแก้ไขให้ชัดเจนว่าต้องมีความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริง และให้สรรหาผู้ทรงคุณวุฒิจากสาขารัฐประศาสนศาสตร์ และสังคมศาสตร์อื่น เพื่อให้ได้บุคคลที่หลากหลายยิ่งขึ้น ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือคำว่า “ต้องมีความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริง” มีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด และมีตัวชี้วัดด้านความเชี่ยวชาญประกอบด้วยอะไรบ้าง หากพิจารณาจากกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศแล้ว กรณีดังกล่าวพิจารณาจากองค์ประกอบดังนี้

2.1 การศึกษา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีต้องสำเร็จการศึกษาระดับปริญญา (Befähigung zum Richteramt) ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรียต้องสำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์ และ

2.2 ประสพการณ์ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีต้องมีความรู้ความสามารถและประสบความสำเร็จในการประกอบอาชีพราชการโดยเป็นผู้ที่มีชื่อเสียง หรือมีภูมิหลังมาจากกระฎือดีเป็นที่ยอมรับทางสังคมในด้านความซื่อสัตย์และเป็นกลาง ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรียและศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ต้องมีประสบการณ์โดยทำงานในสาขาที่จบการศึกษามาแล้วอย่างน้อย 10 ปีและ 15 ปี ตามลำดับ

ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “ต้องมีความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริง” นอกจากผู้ทรงคุณวุฒิต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 205⁴¹ แล้ว ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ตัวชี้วัด คือ

1. สำเร็จการศึกษาโดยได้รับปริญญาในสาขานิติศาสตร์ สาขารัฐศาสตร์ สาขารัฐประศาสนศาสตร์ หรือสาขาสังคมศาสตร์อื่นตามที่สำนักงานคณะกรรมการอุดมศึกษากำหนด และ

2. มีประสบการณ์ในการทำงานที่ได้สำเร็จการศึกษาในสาขานั้น ๆ มาอย่างน้อย 10 -15 ปี เช่น สำเร็จการศึกษาในสาขานิติศาสตร์จะต้องทำงานโดยมีประสบการณ์ในการใช้ความรู้ทางกฎหมายด้วยมิใช่จบการศึกษาทางนิติศาสตร์อย่างเดียว เป็นต้น และ

3. มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านตามข้อ (1) และข้อ (2) อย่างแท้จริงโดยมีตัวชี้วัดประกอบด้วย ผลงานทางวิชาการ หรือความมีชื่อเสียงในสาขานั้น ๆ ที่สังคมยอมรับ หรือความสามารถในการบริหารราชการแผ่นดินโดยดำรงตำแหน่งนักบริหารระดับสูงและมีผลงานเป็นที่ประจักษ์

(3)การแสดงวิสัยทัศน์ของผู้ทรงคุณวุฒิ กล่าวคือ ในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงคุณวุฒิจะถูกเชิญให้แสดงวิสัยทัศน์ จำนวน 2 ครั้ง คือ ครั้งแรกในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหา และครั้งที่สองในขั้นตอนของวุฒิสภา ซึ่งเป็นลักษณะของการดำเนินการที่ซ้ำซ้อนกันและเสียเวลาโดยไม่จำเป็นเนื่องจากทั้งคณะกรรมการสรรหาและวุฒิสภาต่างก็มีอำนาจหน้าที่ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิภายใต้เวลาอันจำกัดภายใน 30 วันของแต่ละครั้งเท่านั้น และหากมีผู้สมัครจำนวนมากย่อมส่งผลกระทบต่อระยะเวลาอันจำกัดดังกล่าว

(4)การลงมติของคณะกรรมการสรรหา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (1) (2) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการลงมติของคณะกรรมการสรรหาโดยมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คือ

4.1 การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิต้องลงคะแนนโดยเปิดเผย

⁴¹ มาตรา 205 ผู้ทรงคุณวุฒิตาม มาตรา 204 (3) และ (4) ต้องมี คุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

- (1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบห้าปีบริบูรณ์
- (3) เคยเป็นรัฐมนตรี ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน แห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชน หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอธิการบดีสูงสุด อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางบริหารในหน่วยราชการที่มีอำนาจบริหารหรือเทียบเท่าอธิบดี หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ หรือเคยเป็นทนายความที่ประกอบอาชีพอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องไม่น้อยกว่าสามสิบปีนับถึงวันที่ได้รับการเสนอชื่อ
- (4) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตาม มาตรา 100 หรือ มาตรา 102 (1) (2) (4) (5) (6) (7) (13) หรือ (14)
- (5) ไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือบริหารท้องถิ่น
- (6) ไม่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของ พรรคการเมือง ในระยะสามปีก่อนดำรงตำแหน่ง
- (7) ไม่เป็นกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงิน แผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

4.2 มติในการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิตามจำนวนที่พึงมีเพื่อส่งรายชื่อให้ประธานวุฒิสภา

4.3 ในกรณีที่ไม่มีกรรมการในตำแหน่งใดหรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ถ้ากรรมการที่เหลืออยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่

4.4 เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิจากคณะกรรมการสรรหาแล้ว ให้เรียกประชุมวุฒิสภาภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อและการลงมติให้ใช้วิธีลงคะแนนลับ ผลการลงมติมี 2 ลักษณะ คือ

4.4.1 หากวุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป

4.4.2 หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ กรณีนี้แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

4.4.2.1 หากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภา และมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป

4.4.2.2 แต่ถ้ามติที่ยืนยันตามมติเดิมไม่เป็น เอกฉันท์ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว

4.5 ในกรณีที่ไม้อาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิได้ภายในเวลาที่กำหนดคือ 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุให้ต้องดำเนินการสรรหา ไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ให้ที่ประชุมศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 3 คน และให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน เป็นคณะกรรมการสรรหาทดแทน

(5) ระยะเวลาดำเนินการของคณะกรรมการสรรหา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 257 (1) บัญญัติว่า ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเสนอต่อประธานวุฒิสภา โดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้การเสนอชื่อนั้น ทั้งนี้ ภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (1) บัญญัติว่า ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่สรรหาและคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้วให้เสนอชื่อผู้ได้รับเลือกพร้อมความยินยอมของผู้นั้นต่อประธานวุฒิสภา

4. การคัดเลือกของวุฒิสภา

เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว ที่ประชุมวุฒิสภาจะแต่งตั้งคณะกรรมการธิการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อ เมื่อคณะกรรมการธิการสามัญดังกล่าวได้รายงานผลการตรวจสอบประวัติและความประพฤติต่อประธานวุฒิสภาแล้ว ประธานวุฒิสภาจะเรียกประชุมวุฒิสภาโดยวิธีการลงคะแนนลับเพื่อมีมติเลือกผู้ได้รับการเสนอชื่อไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กระบวนการคัดเลือกของวุฒิสภาจึงประกอบด้วย 2 ส่วน คือ การดำเนินงานของคณะกรรมการธิการสามัญ และการดำเนินงานของวุฒิสภา

ส่วนสุดท้าย บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

1. ปัญหาการสรรหาบุคคลที่มาจากการคัดเลือกขององค์กร ประกอบด้วย

1.1 การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกา

1.1.1 ประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบศาลฎีกา กล่าวคือ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 วรรคสองที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี” เป็นมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น เพื่อที่จะให้มีทางออกหากไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก แต่มีข้อสังเกตว่าระเบียบศาลฎีกาเป็นระเบียบภายในของศาลฎีกา แต่เมื่อใช้บังคับกับบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นการใช้บังคับกับบุคคลภายนอก หากการใช้ระเบียบไปกระทบสิทธิกับบุคคลภายนอกโดยตรง องค์กรใดจะมีอำนาจหน้าที่เยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้น และองค์กรใดจะมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบศาลฎีกา จึงเห็นว่า กรณีดังกล่าวศาลฎีกามีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งนอกจากจะใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาบรรดคดีแล้ว ยังมีการใช้อำนาจทางบริหารด้วยเช่น การคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น การตราระเบียบศาลฎีกาเป็นลักษณะการใช้อำนาจโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐธรรมนูญควรอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างร้ายแรง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคห้า

1.1.2 ประเด็นจำนวนผู้พิพากษาที่ศาลฎีกาจะเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ กล่าวคือ โดยหลักการคานและดุลย์อำนาจระหว่างศาลฎีกาและวุฒิสภาเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และหลักประชาธิปไตยในฐานะที่วุฒิสภาเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับประชาชน ต้องมีความสมเหตุสมผลในการใช้อำนาจขององค์กรทั้งสอง ศาลฎีกาในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่สรรหาจะต้องมีระบบการสรรหาที่ชัดเจน เป็นธรรม วุฒิสภาในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่คัดเลือกจะต้องมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบภายใต้การคัดเลือกที่มีตัวเลือก เพราะว่ามิฉะนั้นแล้ววุฒิสภาจะกลายเป็นสภาตรายางหากถูกบังคับให้เลือกหรือต้องให้ความเห็นชอบเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จำนวนบุคคลที่ศาลฎีกาจะเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบนั้นจะต้องมีจำนวนมากกว่าจำนวนที่พึงมีหรือมากกว่าจำนวนเท่าที่ขาดอยู่โดยอาจเป็นจำนวนสองเท่าก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้วุฒิสภาได้มีตัวเลือกในการคัดเลือกบุคคลในการให้ความเห็นชอบเช่นเดียวกับการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) มีหน้าที่พิจารณาคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง และมาตรา 3 วรรคสอง BVerfGG โดยมีรายชื่อของบุคคลเป็นจำนวนมากซึ่งมากกว่าจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พึงมีหรือจำนวนเท่าที่ขาดอยู่

จึงส่งผลให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ได้ใช้อำนาจในการคัดเลือกจากบุคคลได้อย่างหลากหลายเพื่อให้ได้คนที่ดีที่สุดใน การทำหน้าที่เป็น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1.1.3 ประเด็นความยินยอมของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หลักความ ยินยอมและหลักการลาออกจากตำแหน่งเดิมเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ การที่จะ เปลี่ยนแปลงตำแหน่งเพื่อทำหน้าที่ในองค์กรอื่นย่อมเป็นสิทธิส่วนตัวของบุคคลและการลาออกจากตำแหน่งเดิมก็ เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เพื่อให้มีอิสระและทุ่มเทการทำงานได้อย่างเต็มที่และเพื่อป้องกันมิให้มี ผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) แต่อย่างไรก็ตาม สภาพปัญหาจะไม่เกิดขึ้นถ้าเป็นความประสงค์ของผู้ ที่ได้รับการคัดเลือกที่ต้องการที่จะดำรงตำแหน่งในองค์กรใหม่ แต่ถ้าไม่มีผู้ใดประสงค์ที่จะไปดำรงตำแหน่งในองค์กร ใหม่ด้วยเหตุอันอาจมาจากศักดิ์ศรีหรือความเชื่อมั่นศรัทธาของประชาชนที่มีต่อองค์กร เงินเดือนและสวัสดิการที่เป็น สิ่งจูงใจ ซึ่งส่งผลต่อการตัดสินใจของผู้พิพากษาจากศาลฎีกา หรือตุลาการจากศาลปกครองสูงสุด ซึ่งอาจไม่มีผู้ใด มาสมัครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 วรรคสอง ได้บัญญัติว่า ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก ตาม (1) และ (2) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี เลือกบุคคล อื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่ เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่ กรณี ก็ตาม แต่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ที่ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีโครงสร้างประกอบด้วย ผู้พิพากษาอาชีพจำนวน 5 คน จากสององค์กรคือ มาจากผู้ พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 3 คน ซึ่งมีประสบการณ์ในการพิพากษาคดีตามกฎหมายเอกชน และมาจากตุลาการศาล ปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน ซึ่งมีประสบการณ์ในการพิพากษาคดีตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น จึงถือว่าเป็นหน้าที่ ของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดที่จะต้องคัดสรรผู้พิพากษาหรือตุลาการมาดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนวิธีการ คัดสรรจะกำหนดหลักเกณฑ์อย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับระเบียบของแต่ละองค์กรที่จะออกมาใช้บังคับกับคนภายในขององค์กร เมื่อถือว่าเป็นหน้าที่ของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดแล้ว สิ่งที่จะต้องตามมาคือ ความรับผิดชอบขององค์กรที่จะต้องหา วิธีการต่าง ๆ เพื่อให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นตัวแทนองค์กรเพื่อทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในที่สุด

1.2 การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุด

1.2.1 ประเด็นศาลปกครองสูงสุดไม่มีระเบียบว่าด้วยการเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดไปดำรง ตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาล รัฐธรรมนูญยังขาดทิศทางและแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดยังไม่มีระเบียบศาล ปกครองสูงสุดว่าด้วยการเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นแนวทาง ปฏิบัติ

1.2.2 ประเด็นความยินยอมของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เป็นพันธกิจ ของศาลปกครองสูงสุดที่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยถือว่าเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของศาล ปกครองสูงสุดที่จะต้องหาวิธีการต่าง ๆ โดยกำหนดไว้ในระเบียบศาลปกครองสูงสุดเพื่อคัดเลือกตุลาการในศาล ปกครองสูงสุดไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบที่ครบถ้วน และทำหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ และนำเข้าสู่กระบวนการคัดเลือกตามอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา

2. ปัญหาการสรรหาบุคคลที่มาจากคณะกรรมการสรรหา

2.1 ประเด็นองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ องค์ประกอบและจำนวนของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะมีความสัมพันธ์กับการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว แบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการ กลุ่มพรรคการเมือง และกลุ่มสถาบันการศึกษา

2.1.1 กลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการ ถือว่าสอดคล้องกับหลักความมีอิสระซึ่งถือว่ามีความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยปราศจากการแทรกแซงในการทำงาน หลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรกลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการ ประกอบด้วย การมีอำนาจอิสระในการบริหารงาน ความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตลอดวาระยาวพอสมควร การดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว การมีสถานะเป็นเจ้าพนักงาน และการไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ตำแหน่งประมุขของศาล คือ ประธานศาลฎีกา และประธานศาลปกครองสูงสุด จึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.1.2 กลุ่มพรรคการเมือง ถือว่าสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย เนื่องจากพรรคการเมืองถือว่าเป็นสถาบันทางการเมืองที่เชื่อมโยงกับการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน เป็นกลุ่มตัวแทนของประชาชนที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองเดียวกัน เพื่อทำหน้าที่แทนประชาชนในสภาผู้แทนราษฎรภายใต้ระบอบการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หากเปรียบเทียบกับ การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้ว พบว่า แต่ละประเทศมีลักษณะแตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตาม จะมีลักษณะร่วมประการหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในทุกประเทศในยุโรปที่มีศาลรัฐธรรมนูญ คือ พรรคการเมืองจะมีบทบาทในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.1.3 กลุ่มสถาบันการศึกษา ถือว่าสอดคล้องกับหลักความมีอิสระเนื่องจาก สถาบันการศึกษามีความเป็นอิสระในทางวิชาการและมีความเป็นอิสระในการเข้าสู่ตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่งเงินเดือน และการสิ้นสุดตำแหน่งเช่นเดียวกันเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตุลาการ

บุคคลผู้ทำหน้าที่สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนอกจากจะมีผู้พิพากษาอาชีพดังเช่นประธานศาลฎีกา และประธานศาลปกครองสูงสุดและตัวแทนพรรคการเมืองที่เป็นสถาบันทางการเมืองที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวหรือเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว ยังมีความจำเป็นต้องมีนักวิชาการที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์เข้ามามีส่วนร่วมเป็นกรรมการสรรหาด้วย เพราะว่า การสรรหาบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์มาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีความจำเป็นที่บุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์มาเป็นผู้คัดเลือกซึ่งจะก่อให้เกิดผลดีโดยได้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ อย่างแท้จริง เนื่องจากเป็นกลุ่มบุคคลที่อยู่ในวงวิชาการด้านเดียวกัน หากคณะกรรมการสรรหาไม่มีองค์ประกอบของนักวิชาการแล้ว การสรรหานักวิชาการมาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะไม่บรรลุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

2.2 ประเด็นจำนวนของคณะกรรมการสรรหา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้มีจำนวนของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 5 คน ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน นั้นเป็นจำนวนที่น้อยเกินไปซึ่งไม่สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ หากพิจารณาจากองค์ประกอบแล้วตำแหน่งทางการเมืองที่ทำหน้าที่เป็นกรรมการสรรหา คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ตำแหน่งทางการเมืองดังกล่าวเป็นตำแหน่งที่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และความมั่นคงทางการเมืองซึ่งไม่ค่อยจะมั่นคงเท่าไรนักตามประวัติศาสตร์การเมืองไทยที่มีการยุบสภาเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ทุกครั้งที่มีการยุบสภา นั้นหมายความว่า

ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรได้ถูกยุบไปด้วยซึ่งจะส่งผลให้มีกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่จำนวนเพียง 3 คน เท่านั้น ในกรณีนี้ถ้าไม่มีกรรมการในตำแหน่งใด หรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่แต่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง มติในการคัดเลือกให้ใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนนโดยเปิดเผยและมติในการเสนอชื่อดังกล่าวต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ดังนั้น หากมีเหตุการณ์ยุบสภาเกิดขึ้น กรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะมีเหลืออยู่เพียง 3 คน ที่จะทำหน้าที่สรรหาผู้ทรงคุณวุฒิไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและมติที่จะใช้ในการคัดเลือกต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ หากกรรมการมีจำนวน 3 คน มติที่จะใช้ในการคัดเลือกต้องมีจำนวน 2 คน เมื่อพิจารณาแล้วการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยใช้คะแนนเสียงเพียง 2 เสียงหรือ 2 คนนั้น น่าจะไม่เหมาะสมเพราะมีจำนวนน้อยเกินไปในการคัดเลือกบุคคลผู้ที่จะไปทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ถ้าหากรอให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้วเสร็จซึ่งต้องใช้เวลาพอสมควร จะส่งผลให้เกิดสุญญากาศของการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.3 ประเด็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ กล่าวคือ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ขัดต่อหลักประชาธิปไตยอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากวุฒิสภาเป็นสภาแห่งการตรวจสอบ สภาที่ทำหน้าที่กลั่นกรองกฎหมาย และสภาแห่งความชอบธรรมที่สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชนและมาจากการคัดเลือกจากตัวแทนขององค์กรต่าง ๆ ในภาควิชาการ ภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคอื่นที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติกรตามอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา จำนวนทั้งสิ้น 150 คน เมื่อสมาชิกวุฒิสภาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาแต่งตั้งบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วไม่เห็นชอบด้วยในรายชื่อที่คณะกรรมการสรรหาส่งมาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม วุฒิสภาจะส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ แต่ถ้าคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังวุฒิสภาและให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป จึงแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีจำนวนเพียง 5 คน กลับมีอำนาจมากกว่าสมาชิกวุฒิสภาที่มีจำนวนถึง 150 คน ถึงแม้ว่าจะใช้มติด้วยคะแนนเสียงเอกฉันท์ก็ตามแต่ก็ไม่ยากนักหากกรรมการสรรหาแต่ละคนมีการประนีประนอมกัน นอกจากนั้น ยังเป็นลักษณะการบังคับให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการการแต่งตั้งด้วย หากกระบวนการสรรหา มีข้อบกพร่องเกิดขึ้น ประธานวุฒิสภาต้องรับผิดชอบต่อความบกพร่องดังกล่าว ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังกล่าวจึงขัดต่อตรรกะที่มีเหตุผลและหลักประชาธิปไตยซึ่งสมควรให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อไป

3. ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการสรรหาโดยศาล กล่าวคือ การตรวจสอบการกระทำของรัฐสภา (Act of Parliament) หมายถึง การตรวจสอบการทำหน้าที่ของรัฐสภาตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น การให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการเปิดการอภิปรายและลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล เป็นต้น ดังนั้น การให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นกระบวนการของการทำหน้าที่ของรัฐสภาในฐานะตัวแทนของประชาชนตามทฤษฎีประชาธิปไตยที่สมาชิกรัฐสภาต้องเคารพในเสียงข้างมากหรือเสียงส่วนใหญ่ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐสภาต้องดำเนินการภายในขอบของอำนาจตามขั้นตอนและรูปแบบตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้ยึดหลัก

“ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง” (Political Questions Theory) โดยทฤษฎีนี้จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยศาลอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้ เนื่องจาก รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาล เจ้าหน้าที่และประชาชนต้องผูกพันและยึดถือตามการตัดสินใจขององค์กรทางการเมืองในเรื่องที่เกี่ยวกับปัญหาทางการเมือง เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำของรัฐสภาที่มีลักษณะเป็นกระบวนการภายในของการทำหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ

ข้อเสนอแนะ

เมื่อวิเคราะห์กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว จุดที่เป็นปัญหามาตรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คือ ตัวแทนพรรคการเมืองที่เป็นกรรมการสรรหาล้วนเป็นตัวแทนพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล และตัวแทนสถาบันการศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคล โดยมีจำนวนสถาบันราชภัฏและสถาบันราชภัฏเพิ่มขึ้นมากซึ่งส่งผลต่อความมีอิสระจากการเมือง ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้พยายามแก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าวโดยตัวแทนพรรคการเมืองให้มีประธานสภาผู้แทนราษฎรซึ่งหมายถึงพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล จำนวน 1 คน และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรซึ่งหมายถึงพรรคการเมืองฝ่ายค้าน จำนวน 1 คน พร้อมทั้งได้ตัดตัวแทนสถาบันการศึกษาออกทั้งหมดโดยให้มีตัวแทนองค์กรอิสระแทน แต่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับหลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความมีอิสระ ตลอดจนยังไม่สอดคล้องกับสภาพการเมืองและสังคมไทย ด้วยเหตุผลดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับหลักทฤษฎีและวัฒนธรรมสังคมไทย ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1. ยกเลิกระบบกระบวนการสรรหาเดิมทั้งหมดทั้งที่มาจากการคัดเลือกขององค์กรและที่มาจากคณะกรรมการสรรหา
2. รูปแบบใหม่ของการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นดังนี้
 - 2.1 สถาบันที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย สถาบันที่ทำหน้าที่สรรหา สถาบันที่ทำหน้าที่คัดเลือก และสถาบันที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง
 - 2.2 สถาบันที่ทำหน้าที่สรรหา โดยยึดตามหลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ สถาบันฝ่ายนิติบัญญัติ สถาบันฝ่ายบริหาร และสถาบันฝ่ายตุลาการ โดยมีรายละเอียด คือ
 - 2.2.1 สถาบันฝ่ายนิติบัญญัติ หมายถึง สภาผู้แทนราษฎร โดยมีสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เป็นหน่วยธุรการ
 - 2.2.2 สถาบันฝ่ายบริหาร หมายถึง คณะรัฐมนตรี โดยมีสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เป็นหน่วยธุรการ
 - 2.2.3 สถาบันฝ่ายตุลาการ หมายถึง ศาลฎีกา โดยมีสำนักงานศาลยุติธรรม เป็นหน่วยธุรการ และศาลปกครองสูงสุด โดยมีสำนักงานศาลปกครอง เป็นหน่วยธุรการ
 - 2.3 ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มาจากการสรรหาของสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 3 คน คณะรัฐมนตรี จำนวน 3 คน และศาลฎีกา จำนวน 2 คน ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 1 คน รวมทั้งสิ้น จำนวน 9 คน
 - 2.4 วิธีการสรรหา คือ

2.4.1 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักงานศาลยุติธรรม และสำนักงานศาลปกครองแล้วแต่กรณี มีอำนาจหน้าที่จัดทำบัญชีรายชื่อผู้มีคุณสมบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยเป็นผู้ที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ และผู้มีชื่อเสียงที่เป็นที่ยอมรับของสังคม โดยให้ทาบทามเพื่อขอความยินยอม โดยบัญชีรายชื่อดังกล่าวมิใช่การจัดเรียงลำดับ และจะต้องปรับปรุงให้ทันสมัย ทุกปี

2.4.2 กลุ่มบุคคลตามบัญชีรายชื่อของแต่ละหน่วยงาน ประกอบด้วย กลุ่มเป้าหมาย 4 กลุ่ม คือ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร กลุ่มเป้าหมาย คือ นักวิชาการและบุคคลทั่วไป สำนักปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี กลุ่มเป้าหมาย คือ อดีตข้าราชการและข้าราชการทั่วไป สำนักงานศาลยุติธรรม กลุ่มเป้าหมายคือ ผู้พิพากษาศาลฎีกา และสำนักงานศาลปกครอง กลุ่มเป้าหมาย คือ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

2.4.3 เมื่อจะดำเนินการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ ให้หน่วยธุรการของแต่ละฝ่ายเสนอบัญชีเพื่อขอความเห็นชอบต่อสถาบันฝ่ายนิติบัญญัติ สถาบันฝ่ายบริหาร และสถาบันฝ่ายตุลาการ แล้วแต่กรณี สถาบันฝ่ายนิติบัญญัติโดยการตั้งคณะกรรมการวิสามัญ สถาบันฝ่ายบริหาร โดยที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และสถาบันฝ่ายตุลาการโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี

2.4.4 ส่งบัญชีรายชื่อที่ได้รับความเห็นชอบเสนอต่อสถาบันที่ทำหน้าที่คัดเลือก คือ วุฒิสภา

2.5 สถาบันที่ทำหน้าที่คัดเลือก คือ วุฒิสภา โดยทำหน้าที่คัดเลือกบุคคลตามบัญชีรายชื่อที่เสนอมาตามจำนวนที่มาของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามข้อ 2.3 โดยใช้มติเสียงข้างมากเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาเท่าที่มีอยู่ หากไม่มีใครได้คะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่ง ให้ลงคะแนนเสียงในรอบที่ 2 โดยใช้มติคะแนนสูงสุดเรียงตามลำดับ และหากคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานวุฒิสภาจับสลาก นอกจากนั้น ประเด็นสำคัญ คือ หากวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบในรายชื่อใด ให้รายชื่อนั้นตกไป แล้วแจ้งให้องค์กรที่ส่งรายชื่อนั้นมาทราบ เพื่อให้ดำเนินการสรรหาและคัดเลือกใหม่ตามจำนวนที่ขาดอยู่ และส่งรายชื่อตามจำนวนที่ขาดอยู่ส่งไปให้วุฒิสภาดำเนินการให้ความเห็นชอบต่อไป มีหลักเกณฑ์คัดเลือก คือ

2.5.1 ไม่จำเป็นต้องมีการแสดงวิสัยทัศน์ของบุคคลตามบัญชีรายชื่อเนื่องจากไม่ได้เป็นปัจจัยสำคัญของการทำหน้าที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.5.2 ไม่จำเป็นต้องมีการตรวจสอบประวัติโดยหน่วยงานต่าง ๆ หรือชุดค้นประวัติส่วนตัวเนื่องจากได้ผ่านกระบวนการในชั้นธุรการของแต่ละหน่วยงานแล้ว และหากมีความบกพร่องเกิดขึ้นอันเนื่องจากคุณสมบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้หน่วยงานธุรการที่ทำหน้าที่สรรหารับผิดชอบ

2.5.3 ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกของวุฒิสภาเนื่องจากการกระทำของรัฐสภาโดยแท้

2.6 สถาบันที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง คือ พระมหากษัตริย์ โดยประธานวุฒิสภามีหน้าที่นำความกราบบังคมทูลเพื่อพิจารณาแต่งตั้งบุคคลที่วุฒิสภาคัดเลือกดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อไป และก่อนเข้ารับหน้าที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์

ด้วยข้อเสนอแนะดังกล่าว จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ โดยได้บุคคลที่มีชื่อเสียง มีความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ในการทำหน้าที่สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง นอกจากนั้น จากวิธีการสรรหาที่มีลักษณะการเชิญบุคคลเข้ามาทำงาน ย่อมส่งผลดีต่อการตอบรับเชิญ รวมทั้งสอดคล้องกับหลักทฤษฎี ความเป็นสากล และสังคมไทย เพื่อให้บรรลุผล

ตามข้อเสนอแนะเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204
มาตรา 206 และมาตรา 207

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- บรรเจิด สิงคะเนติ. วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยโดยอาศัยพื้นฐานทาง
ทฤษฎีของเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์, กันยายน 2541.
- _____. ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, วารสารกฎหมายปกครอง, เมษายน 2541.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1, วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชน
ยุคต่าง ๆ, กรุงเทพฯ, 2538.
- พระยานิติศาสตรวิเทศ. ความมีอิสระของผู้พิพากษา, บทบัณฑิต, 2513.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ศาลรัฐธรรมนูญกับปัญหาโครงสร้างและระบบวิธีพิจารณา, การประชุมงานวิชาการ
ประจำปี ครั้งที่ 1 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- วิษณุ เครืองาม. ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาดำรงตนเป็นอิสระได้อย่างไร, บทบัณฑิต, 2517.
- _____. ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา, กรุงเทพฯ, 2530.
- สุรพล นิตไกรพจน์. ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ, 2546.

เอกสารทางวิชาการ กฎหมาย คำวินิจฉัย คำพิพากษา และสัมภาษณ์

- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. รายงานของคณะกรรมการการวิสามัญศึกษาวิเคราะห์อำนาจของวุฒิสภา
ในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541,
กรุงเทพฯ, 2541.
- _____. เอกสารประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการการวิสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติ
ของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ
สาขารัฐศาสตร์ แทนตำแหน่งที่ว่าง, กรุงเทพฯ, 2543.
- สำนักงานศาลปกครอง. รายงานการประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 1-1/2543
และครั้งที่ 2-2/2543, กรุงเทพฯ, 2543.
- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.
- สัมภาษณ์เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2549.

วิทยานิพนธ์

- ถวัลย์ สุพรม. วิทยานิพนธ์ เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเลือก แต่งตั้ง ให้คำแนะนำหรือให้
ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ, คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

ภาษาต่างประเทศ

- Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949.
- Maunz u.a. Bundesverfassung 1987 gsgesetz, kanmentar, Munchen 1995.
- Michael J. Gerhardt. The Federal Appointment Process, London, 2000.
- Nadine Cohodas. Ginsburg Hurt Badly by Marijuana Admission, U.S.A., 1987.
- William Elbenstein. Great Political Thinkers, U.S.A., 1960.
- The Constitution of the United State of America 1787.
- The Constitutional of the Republic of Korea 1987.