

ปัญหาว่าด้วยความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตาม
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
Problems of the Democratic Legitimacy of Constitutional Court
under the Constitution of the Kingdom of Thailand 2017

รชณัฐ มะโนแสน*

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200

Rachanatt Manosan

Faculty of Law Thammasat University Prachan Rd. Pranakorn, Bangkok. 10200

Email: oldman_manosan@hotmail.com

Received: October 28, 2021

Revised: February 02, 2022

Accepted: February 10, 2022

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยพิจารณาผ่านระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการจัดองค์กรของรัฐตามหลักประชาธิปไตยที่ได้รับการประกันไว้เป็นหลักการทางกฎหมายอันสำคัญในระบบกฎหมายแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยในทุก รัฐ โดยการศึกษาดังกล่าวได้มุ่งไปที่การพิจารณาในรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ว่ามีลักษณะของรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในรูปแบบใดอันเป็นปัจจัยสำคัญซึ่งจะต้องนำมาวิเคราะห์และประเมินระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อให้ทราบถึงความสอดคล้องของการจัดตั้งองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต่อหลักประชาธิปไตยซึ่งเป็นหลักการอันสำคัญในการจัดองค์กรระดับสูงของรัฐเสรีประชาธิปไตยสากลในท้ายที่สุด

โดยจากการศึกษาพบว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นศาลรัฐธรรมนูญที่มีรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการ

* นักศึกษาปริญญาโท, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขององค์กรระดับสูงของรัฐและองค์กรพิเศษอันถูกจัดตั้งขึ้นหรือรับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอยู่ในระดับต่ำ ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เป็นองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลในระดับที่ไม่เพียงพอที่จะสะท้อนให้เห็นถึงความสอดคล้องของการจัดตั้งองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างศาลรัฐธรรมนูญต่อหลักประชาธิปไตยจนทำให้ขาดความเชื่อมั่นในหลักประกันทางกฎหมายซึ่งยืนยันยืนยันความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชน เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกโดยองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลอยู่ในระดับต่ำและองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลเลย ปัญหาในการขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งส่งผลกระทบต่อหลักประกันของการจัดตั้งองค์กรระดับสูงแห่งรัฐดังกล่าวนี้สามารถถูกแก้ไขได้โดยการแก้ไขที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียใหม่เพื่อยกระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญไทยให้ถูกจัดตั้งองค์กรอยู่ภายใต้กรอบของหลักประชาธิปไตยซึ่งยืนยันถึงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชน

คำสำคัญ: ศาลรัฐธรรมนูญ, ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

Abstract

The purpose of this article was to study the democratic legitimacy of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand under the Constitution of the Kingdom of Thailand 2017. Democratic legitimacy was theoretically examined, focusing on the issue of high-level state organization along with related constitutional court establishment theory. We can know the level of democratic legitimacy of constitutional court by considering the selection of constitutional judges and then we will know that “Is the establishment of constitutional court according to democratic principles” by measuring the constitutional court’s democratic legitimacy level.

Results were that in Thailand, selecting constitutional judges for the Constitutional Court under The Constitution is done by high-level state bodies and special bodies established or authorized by law through a low level of constitutional court democratic legitimacy. for this reason, the Constitutional Court under The Constitution has shown insufficient democratic legitimacy as a constitutionality control organization organizationally and individually reflecting consistency between the establishment of the constitutional court and the principle of democracy because the selection procedure for constitutional judges under The Constitution is operated to uses organizational power to select judges by low level of organizational and individual democratic legitimacy states body. To resolve this issue, a new constitutional amendment for selecting constitutional judges should be passed to enhance organizational and individual democratic legitimacy levels of attributing power to select constitutional judges for enhancing Constitutional Court of the Kingdom of Thailand democratic legitimacy levels.

Keywords: Constitutional court, Selection of Constitutional judges, Democratic legitimacy

1. บทนำ

กฎหมายไทยในปัจจุบัน (พุทธศักราช 2564) ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักการแห่งระบอบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยหากพิจารณาในบทบัญญัติของการจัดโครงสร้างองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในบทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทย เราจะพบว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้มีการกำหนดถึงองค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภา โดยองค์กรเหล่านี้ต่างเป็นองค์กรที่มีที่มาซึ่งมีความเชื่อมโยงกับเจตจำนงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในระดับน้อยมากหรือแม้กระทั่งบางองค์กรก็มีที่มาที่ไม่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยในเชิงหลักการ จนทำให้เราได้พบว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เป็นองค์กรที่มีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขององค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการจัดองค์กรในระดับที่ต่ำมาก

ในขณะที่ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อนหน้าฉบับปัจจุบันกลับไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยที่น้อยเช่นเดียวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในฉบับปัจจุบัน โดยแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภา อันเป็นรูปแบบที่มาจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแบบเดียวกับรูปแบบที่มาจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ตาม แต่องค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังมีความเชื่อมโยงกับเจตจำนงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในระดับที่มากกว่าองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เหตุปัจจัยดังที่กล่าวนี้จึงทำให้เราพบว่ารูปแบบที่มาจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรูปแบบที่มาจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งมีองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาขององค์กรที่มีความยึดโยงกับประชาชนมากกว่าได้หนุนเสริมให้ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีระดับความชอบธรรมทาง

ประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญที่สูงกว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อย่างชัดเจน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น นำมาซึ่งการศึกษาปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผ่านที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งสะท้อนถึงปัญหาการจัดองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยมากเท่าที่ควร โดยในท้ายที่สุดจะได้มีการเสนอแนะในเชิงหลักการถึงการแก้ไขปัญหาถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของตัวองค์กรศาลรัฐธรรมนูญที่จะส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญของไทยเป็นองค์กรที่ได้รับหลักประกันแห่งองค์กรที่จะต้องเป็นองค์กรที่พิทักษ์รักษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้อย่างถูกต้องและเป็นไปตามครรลองของหลักการแห่งระบอบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยอย่างแท้จริง โดยรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่นำมาศึกษาในงานศึกษานี้จะเป็นศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญของระบบกฎหมายที่ใช้ระบบขององค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรวมศูนย์ โดยมีบทบัญญัติว่าด้วยหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักการทางกฎหมายสำคัญอื่นๆซึ่งสอดคล้องตามครรลองของหลักกฎหมายที่สำคัญของรัฐที่มีระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐเสรีประชาธิปไตยสากล

2. ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยกับการจัดองค์กรของรัฐเสรีประชาธิปไตย

2.1 หลักประชาธิปไตย : หลักการทางกฎหมายมหาชนอันสำคัญแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตย

เมื่อพิจารณาถึงหลักการทางกฎหมายมหาชนอันเป็นหัวใจสำคัญของระบบกฎหมายภายในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น คือ หลักประชาธิปไตย (The Principles of Democracy) หลักประชาธิปไตยนั้นเป็นหลักการที่ยืนยันสถานะความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยให้กับประชาชน และหลักการนี้ก็ยังสามารถเรียกร้องให้องค์กรต่างๆของรัฐต้องมีความยึดโยงกับเจตจำนงของประชาชนผ่านการมีส่วนร่วมในการปกครองของประชาชนนั่นเอง¹ การใช้อำนาจของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดหลักประชาธิปไตยเป็นสำคัญจะต้องเป็นการใช้อำนาจเสมือนดำเนินการไปตามความยินยอมของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย โดยความยินยอมดังกล่าวได้ถูกแสดงออกมาในรูปของเจตจำนงทั่วไปของประชาชนผ่านการใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เขาเหล่านั้นในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ที่ยึดหลักประชาธิปไตยเป็นหลักการทางกฎหมายมหาชนอันสำคัญในการปกครองสังคมการเมืองของตน

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อาน, 2564), 327-328.

ในมิติของหลักการทางกฎหมายมหาชน หลักประชาธิปไตยสามารถถูกจำแนกในสาระสำคัญได้เป็น *หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน* ซึ่งเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยรัฐจะต้องได้มีการประกันหลักการดังกล่าวผ่านบทบัญญัติทางกฎหมายโดยรับรองว่าอำนาจของรัฐย่อมเป็นอำนาจของประชาชนซึ่งหมายความว่าการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐจะต้องเป็นการใช้อำนาจของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยแต่เพียงผู้เดียว *หลักการปกครองในระบอบผู้แทน* ซึ่งเป็นหลักการที่ให้หลักประกันในการจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ๆ จะต้องมีการประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจของรัฐทางอ้อมโดยใช้อำนาจผ่านการให้ความยินยอมในรูปของการเลือกผู้แทนของตนเข้าไปใช้อำนาจรัฐตามระยะเวลาหรือตามวาระที่กำหนดไว้ในกฎหมาย² และ*หลักเสียงข้างมาก* ซึ่งเป็นหลักการที่ให้หลักประกันในการกำหนดกฎเกณฑ์การตัดสินใจโดยเลือกทางที่มีคะแนนเสียงข้างมากของการดำเนินการใช้อำนาจของรัฐ³ โดยในรัฐเสรีประชาธิปไตยมักใช้หลักเกณฑ์ของเสียงข้างมากในการเลือกตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน หรือเป็นหลักเกณฑ์ในการลงมติของรัฐสภาและเกณฑ์ในการลงประชามติรวมถึงหลักเกณฑ์ในการตัดสินใจใดๆขององค์กรของรัฐที่เป็นองค์กรกลุ่มต่าง ๆ ด้วย

2.2 ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยกับการจัดองค์กรของรัฐเสรีประชาธิปไตย

ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (Democratic Legitimacy) ได้เป็นคุณค่าที่สำคัญอย่างมากซึ่งแสดงถึงสถานะความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐในรัฐเสรีประชาธิปไตยกับหลักประชาธิปไตย ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้สะท้อนถึงความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรของรัฐกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ๆ ได้ โดยเราสามารถพิจารณาถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านตัวบทกฎหมายซึ่งว่าด้วยการจัดองค์กรของรัฐอันสามารถแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของการจัดองค์กรแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ๆ ที่มุ่งเน้นให้เกิดความเชื่อมโยงระหว่างการจัดองค์กรของรัฐกับหลักการปกครองโดยประชาชนภายใต้อำนาจอธิปไตยที่จำกัดโดยกฎหมาย⁴

การพิจารณาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการจัดองค์กรของรัฐในการเพ่งพินิจไปที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรดังกล่าวมานี้เพื่อทราบถึงระดับความสัมพันธ์ของการจัดองค์กรของรัฐต่อเจตจำนงของประชาชนนั้นจะต้องถูกดำเนินการโดยการวิเคราะห์ผ่านทฤษฎีห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (The Great Chain of Legitimacy) โดยในการจัดองค์กรของรัฐเสรีประชาธิปไตยในระบบกฎหมายก็จะประกอบไปด้วยองค์กรของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงนั้นก็คือองค์กรของรัฐที่ได้รับอำนาจกระทำการมาจากประชาชนโดยตรงผ่านการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองตามหลักประชาธิปไตยโดย

² เรื่องเดียวกัน, 335.

³ Duncan Black, *The Theory of Committees and Elections*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1958), 47.

⁴ Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, (New York: Oxford University Press, 1990), 54.

ไม่มีองค์กรอื่นใดหรือบรรทัดฐานแห่งองค์กรอื่นใดมาคั่นกลางระหว่างองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงกับเจตจำนงของประชาชน⁵ และองค์กรของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยอ้อมซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่ได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมาจากองค์กรอื่นหรือบรรทัดฐานแห่งองค์กรอื่นที่ดำรงอยู่ชั้นกลางซึ่งเป็นตัวเชื่อมระหว่างองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยอ้อมกับเจตจำนงของประชาชน

ทั้งนี้ เราสามารถจัดจำแนกประเภทของความชอบธรรมทางประชาธิปไตยภายใต้ทฤษฎีห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้เป็น *ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่สถาบันและภารกิจ* ซึ่งเป็นความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่พิจารณาจากการจัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐซึ่งมีผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคือประชาชน⁶ *ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคล* ซึ่งเป็นความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่พิจารณาจากความเชื่อมโยงกันระหว่างองค์กรของรัฐกับประชาชนภายใต้เงื่อนไขของการให้ความยินยอมให้รัฐปกครองแทนตน⁷ โดยความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลนั้นเป็นประเภทความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่บทความนี้ให้ความสำคัญเป็นการเฉพาะ และ *ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่เนื้อหา* ซึ่งเป็นความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่พิจารณาผ่านคุณค่าที่เชื่อมโยงกับรัฐสภาในฐานะองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในระดับสูงสุด⁸

อย่างไรก็ดี การพิจารณาถึงคุณค่าความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเพื่อทราบถึงสาระสำคัญเชิงเนื้อหาแห่งระดับความสัมพันธ์ของการจัดองค์กรของรัฐกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยอย่างชัดเจนที่สุดก็คงจะไม่พ้นถึงการพิจารณาไปที่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลขององค์กรของรัฐ โดยเราสามารถพิจารณาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในประเภทดังกล่าวได้จากที่มาขององค์กรของรัฐซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการพิจารณาที่มีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลในระดับที่เชื่อมโยงไปหาประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้เสมอตามสายห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่ไม่ขาดสาย ทั้งนี้ เมื่อองค์กรคัดเลือกก็มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลองค์กรที่ถูกคัดเลือกก็มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลโดยถูกส่งต่อมาจากองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่สูงกว่าและส่งตามมาเรื่อย ๆ ตามสายห่วงโซ่แห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในระบบกฎหมายอันเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐ ในแง่ของการคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐ

⁵ Frank Nullmeier and Tanja Pritzlaff, "The Great Chain of Legitimacy: Justifying Transnational Democracy," 2010, <https://www.econstor.eu/handle/10419/36686>, accessed March 1, 2020.

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 341.

⁷ เรื่องเดียวกัน, 342-343.

⁸ เรื่องเดียวกัน, 344-345.

ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในองค์กรและบุคคลจึงเป็นคุณค่าที่ดำรงอยู่เพื่อมุ่งประกันว่าการใช้อำนาจต่างๆ ขององค์กรของรัฐมีพื้นฐานมาจากประชาชนและดำรงอยู่ในลักษณะที่สามารถเชื่อมโยงไปถึงประชาชนได้อันเป็นการสะท้อนว่าการดำรงอยู่ขององค์กรของรัฐนั้นเป็นการดำรงอยู่ภายใต้การจำกัดองค์กรแห่งรัฐที่มีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

3. ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญ

3.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับทฤษฎีว่าด้วยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญอยู่ในฐานะของกฎหมายสูงสุดว่าด้วยการจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยสถานะของรัฐธรรมนูญได้ถูกประกันด้วยหลักการทางกฎหมายที่เรียกกันว่า “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” (Supremacy of the Constitution) หลักการดังกล่าวได้ยืนยันให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์สูงสุดในระบบกฎหมาย กล่าวคือ หากมีการขัดหรือแย้งกันระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะกฎหมายที่มาก่อนเสมอ ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีผลเป็นโมฆะหรือมีผลให้กฎหมายนั้นไม่อาจใช้บังคับได้แล้วแต่เงื่อนไขทางกฎหมายของรัฐนั้น ๆ จะจะกำหนดไว้เป็นอย่างไร นอกจากนี้ หลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญยังก่อให้เกิดความผูกพัน (Liability) ของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าเพื่อให้กฎหมายเหล่านั้นสอดคล้องกับเป้าประสงค์ของรัฐธรรมนูญแห่งรัฐนั้น ๆ อย่างแท้จริง⁹ เพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ดำรงอยู่และมีผลผูกพันในระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยอย่างแท้จริง

การดำเนินการจัดตั้งองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นการใช้อำนาจของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่สำคัญอย่างไม่มีอาจปฏิเสธได้เพื่ออ้างหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้มีผลใช้บังคับในระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่จะต้องพึงกระทำ โดยการจัดตั้งองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการได้ด้วยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญให้อยู่ในสถานะองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรงในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจของรัฐ โดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่อยู่ในสถานะองค์กรตุลาการที่มีขอบเขตของอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งชัดเจนตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรวมศูนย์ (Centralized Judicial Review) โดยในระบบดังกล่าวได้สถาปนาอำนาจในการควบคุม

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), 26.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามกฎหมายให้เป็นภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกระทำของรัฐรวมไปถึงการตีความรัฐธรรมนูญ

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญให้อยู่ในสถานะองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยได้ดำเนินการภายใต้การรับอิทธิพลทางความคิดจากทฤษฎีทางกฎหมายของ Hans Kelsen มาประยุกต์ใช้ในการออกแบบและจัดตั้งองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายในรัฐดังกล่าว ทั้งนี้ Hans Kelsen ได้อธิบายถึงความชอบธรรมทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่า การควบคุมดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกระทำเพื่อเป็นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าให้สอดคล้องกับบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการดำเนินการในรูปของการควบคุมให้กฎหมายที่มีลำดับต่ำกว่าจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่าซึ่งกฎหมายลำดับศักดิ์ที่สูงที่สุดภายใต้ระบบกฎหมายก็คือรัฐธรรมนูญ โดยความถูกต้องหรือความสอดคล้องตามกฎหมายที่สูงกว่านี้สามารถตรวจสอบได้ผ่านการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นอยู่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายระหว่างกฎหมายลำดับต่ำและกฎหมายลำดับสูงนี้เป็นการดำเนินการภายใต้ความสัมพันธ์ระหว่างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ต่างลำดับกันในระบบกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ โดยการควบคุมดังกล่าวกินความรวมถึงการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในระดับสูงภายในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้นด้วย¹⁰ ทั้งนี้ การใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้อำนาจโดยองค์กรที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางทางการเมืองซึ่งองค์กรที่อยู่ภายใต้กรอบหลักความเป็นอิสระและหลักความเป็นกลางที่กฎหมายได้ให้ประกันไว้ก็ควรจะไม่มีพันธนาการเป็นแน่แท้¹¹

โดย Kelsen ก็ยังเห็นว่า การสถาปนาอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก่องค์กรตุลาการนั้น ควรจะต้องเป็นการจัดตั้งองค์กรตุลาการที่มีความพิเศษแตกต่างหากจากองค์กรตุลาการทั่วไปที่มีลักษณะเป็นศาลยุติธรรม เนื่องจากว่าการวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจรัฐที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ (Negative Legislation) ด้วยเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธจึงนำมาซึ่งสถานะขององค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมากพอสมควร ในขณะที่องค์กรศาล

¹⁰ Or Bassok, "The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy," *German Law Journal* 21 (February 10, 2020): 141.

¹¹ Henning Glaser, "Constitutional Jurisprudence – On the Function, Impacts, and Challenges of Constitutional Courts," in *Constitutional Jurisprudence: Function, Impact and Challenges*, ed. Henning Glaser (Baden-Baden: Nomos, 2016), 35.

ยุติธรรมกลับเป็นองค์กรที่มีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่อยู่ในระดับที่น้อยกว่า¹² จึงไม่เหมาะสมที่จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำขององค์กรแห่งรัฐระดับสูงโดยเฉพาะการกระทำทางนิติบัญญัติของรัฐสภาที่มาจากกรเลือกตั้งของประชาชน¹³

3.2 แนวคิดว่าด้วยความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญ

ดังที่ Hans Kelsen ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ (Negative Legislation)¹⁴ การใช้คำว่าอำนาจนิติบัญญัติกับลักษณะอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญทำให้ลักษณะของอำนาจดังกล่าวอยู่ในความหมายที่จะต้องเป็นอำนาจที่ต้องถูกดำเนินการให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ด้วยเหตุดังกล่าวนี้จึงทำให้การใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะอำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธเป็นอำนาจที่จะต้องมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย โดยอำนาจที่ถูกใช้บนฐานของรัฐธรรมนูญจะมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้ก็ต่อเมื่ออำนาจนั้นถูกใช้โดยองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย¹⁵ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรทางรัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลเช่นเดียวกับองค์กรของรัฐอื่น ๆ ที่ใช้อำนาจในฐานะเป็นสถาบันผู้ใช้อำนาจแทนประชาชนนั่นเอง

แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการอันมีความอิสระในการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีโดยจะต้องปราศจากการแทรกแซงของอิทธิพลอื่นใด แต่ด้วยสถานะของการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรที่มีฐานอำนาจในการจัดองค์กรและการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธที่ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ ศาล

¹² ในมุมมองของกรอบคิดทางกฎหมายมหาชนในภาคพื้นยุโรป การที่ศาลยุติธรรมถูกมองว่าเป็นองค์กรซึ่งมีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าองค์กรระดับสูงของรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจองค์กรอื่นเนื่องจากสถานการณ์ดำรงอยู่ขององค์กรของศาลยุติธรรมนั้นได้ออกแบบที่มาของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนและไม่ได้มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกโดยตรงขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยสูงสุด อย่างไรก็ตาม เหตุผลหลักที่ศาลยุติธรรมไม่ได้มีความยึดโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยมากเท่ากับองค์กรระดับสูงของรัฐองค์กรอื่น ๆ ก็เพราะศาลยุติธรรมมีลักษณะโดยทั่วไปขององค์กรตุลาการโดยแท้ที่จะต้องถูกจัดตั้งและดำรงอยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการที่เรียกร้องให้มีการหลักประกันในการดำเนินการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและการจัดองค์กรขององค์กรตุลาการว่าจะต้องดำเนินไปตามกฎหมายอย่างอิสระโดยไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลที่ไม่เหมาะสมไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อมอย่างเคร่งครัด.

¹³ Or Bassok, *The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy*, 142-143.

¹⁴ Henning Glaser, *Constitutional Jurisprudence – On the Function, Impacts, and Challenges of Constitutional Courts*, 18.

¹⁵ Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, (New York: Oxford University Press, 2013), 83-84.

รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจดังกล่าวจึงจะต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลตามห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการจัดองค์กรของรัฐ และเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคล ศาลรัฐธรรมนูญก็จะต้องเป็นองค์กรของรัฐที่มีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีความยึดโยงกับประชาชนนั่นเอง¹⁶ โดย John Rawls ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญว่าการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นถือเสมือนเป็นแบบสำเนาของการใช้เหตุผลสาธารณะ (Public Reason) ซึ่งในทัศนะของ Rawls เขาเห็นว่าเหตุผลสาธารณะนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐในฐานะตัวแทนของประชาชน โดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้เหตุผลสาธารณะผ่านการใช้นิติวิธีของศาลและการตีความรัฐธรรมนูญที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน¹⁷ การได้มาซึ่งองค์กรที่ใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงควรเป็นขั้นตอนกระบวนการได้มาแห่งองค์กรที่จะต้องให้ความเคารพต่อรัฐสภา ซึ่งในทัศนะของ Rawls มองว่ารัฐสภาถือเป็นผู้ใช้อำนาจไปตามกรอบของเหตุผลสาธารณะเนื่องจากรัฐสภานั้นเป็นองค์กรแห่งรัฐที่อยู่ในฐานะตัวแทนของประชาชนโดยตรงเนื่องจากที่มาของตัวองค์กรดังกล่าวมีกระบวนการได้มาแห่งองค์กรที่เปิดโอกาสให้ประชาชนใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองได้โดยตรง ความเคารพดังกล่าวนี้สามารถเกิดขึ้นในรูปแบบการจัดองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความยึดโยงกับประชาชนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยผ่านระบบการมีส่วนร่วมในคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาที่เป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลอยู่ในระดับสูง¹⁸

เราสามารถระบุระดับความเข้มข้นของความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญผ่านการกำหนดระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยการพิจารณาผ่านกรอบของหลักทฤษฎีห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญ การพิจารณาดังกล่าวจะต้องมุ่งพิจารณาไปที่องค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลซึ่งมีการจัดองค์กรของตนภายใต้หลักประชาธิปไตยแบบผู้แทน โดยผู้พิจารณาจะต้องสืบสาวการใช้อำนาจคัดเลือกบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรที่ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไปจนถึงการใช้อำนาจคัดเลือกของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยผ่านการเลือกตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลสูงที่สุด โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีระดับความชอบธรรมทาง

¹⁶ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe*, (New York: Oxford University Press, 2010), 133-134.

¹⁷ Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, 83-87.

¹⁸ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe*, 37-38.

ประชาธิปไตยที่สูงศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็ย่อมมีความเข้มข้นของระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่สูง เนื่องจากมีตำแหน่งแห่งที่ของการจัดตั้งองค์กรของตนโดยมีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากองค์กรที่ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในสายห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่ใกล้ชิดกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยในระดับที่มาก หรือหากศาลรัฐธรรมนูญใดมีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ต่ำศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็ย่อมมีความเข้มข้นของระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่ต่ำ เนื่องจากมีตำแหน่งแห่งที่ของการจัดตั้งองค์กรของตนโดยมีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากองค์กรที่ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในสายห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่ใกล้ชิดกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยในระดับที่น้อย

ทั้งนี้ การมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญเป็นชนวนเหตุที่สำคัญในการนำมาซึ่งการตั้งคำถามถึงความขัดแย้งต่อหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการที่คอยกำกับองค์กรตุลาการโดยทั่วไป รวมไปถึงองค์กรตุลาการพิเศษอย่างศาลรัฐธรรมนูญ โดยสถานะองค์กรฉันทามติของศาลรัฐธรรมนูญอาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในปริณทณของการถูกแทรกแซงโดยอำนาจตามกฎหมายและอำนาจตามความเป็นจริงขององค์กรทางการเมืองระดับสูงของรัฐอื่นๆหรือกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองต่างๆอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ สถานะของความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการที่กำกับศาลรัฐธรรมนูญถูกทำลายโดยสถานะของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรแห่งฉันทามติขององค์กรทางการเมืองระดับสูงของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคล¹⁹ เนื่องจากองค์กรทางการเมืองระดับสูงของรัฐอื่นใดที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมายสามารถมีดุลยพินิจในการคัดสรรบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามแต่ความสมประโยชน์ทางการเมืองของกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ดี ด้วยสถานะทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแห่งฝ่ายนิติบัญญัติเสมือนเป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติรูปแบบหนึ่งก็ย่อมจะต้องดำเนินการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างเป็นกลางและไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลที่ไม่เหมาะสมอย่างเคร่งครัดตามกรอบขอบเขตแห่งกฎหมาย

¹⁹ องค์กรทางการเมืองระดับสูงของรัฐในที่นี้หมายถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยทั่วไปแล้วองค์กรตามรัฐธรรมนูญมักจะมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง (Pouvoir Constitué) เช่น รัฐสภาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญและมีขอบเขตอำนาจในทางนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือ ประธานาธิบดีก็เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและมีขอบเขตอำนาจในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่มีอำนาจทางบริหารซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

ที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้ว²⁰ ด้วยเหตุนี้เอง จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้องค์กรตุลาการพิเศษอย่างศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกกำกับด้วยหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการสามารถดำรงตนให้เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระได้โดยการมีดุลยพินิจในการใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นอิสระอยู่แล้วควบคู่ไปกับการจัดองค์กรของตนที่มีความสัมพันธ์กับการใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยองค์กรแห่งรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่สูงกว่าในฐานะที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรแห่งฉันทามติขององค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจคัดเลือกในกระบวนการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะดำเนินการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนเพื่อพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในท้ายที่สุด²¹

4. ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

4.1 ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดบทบัญญัติในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 11 ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในหมวดเฉพาะต่างหากจากหมวดที่ 10 ว่าด้วยศาล บทบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญนี้เองมีการระบุถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไว้อย่างชัดเจน โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ระบุถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน มาจากการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาจำนวน 3 คน ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน และคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 4 คน โดยจะต้องเสนอรายชื่อให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ทั้งนี้ หากได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้วก็ให้แจ้งต่อประธานวุฒิสภา และให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อไป²² ด้วยเหตุตั้งที่กล่าวมานี้เอง จึงทำให้รูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงสามารถถูกจัดอยู่ในรูปแบบของกลุ่มประเทศที่มีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขององค์กรระดับสูงแห่งรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจร่วมกับองค์กรพิเศษอันถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายให้มีอำนาจคัดเลือกโดยเฉพาะ

²⁰ Christoph Grabenwarter, "Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies," 2nd Congress of the World Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro, 2011,

https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Grabenwarter_keynotespeech.pdf?fbclid=IwAR0H QdiOFIHYAaGy608MFa2sjWN_cjnlKqQRzFrChG8tQH6BSKGCL_nNEig, accessed July 12, 2021.

²¹ *Ibid.*

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 200, 204.

ทั้งนี้ เราสามารถพิจารณาถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ ผ่านการพิจารณาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลขององค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อันประกอบไปด้วย ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภา โดยเมื่อพิจารณาถึงระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในเกณฑ์ดังกล่าวของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาเราจะพบว่าองค์กรดังกล่าวมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอยู่ในระดับต่ำมากสืบเนื่องจากที่มาของผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งเป็นองค์ประชุมของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกานั้นมีที่มาจากกระบวนการคัดเลือกจากการคัดเลือกของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม²³ที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลอยู่ในระดับต่ำ²⁴ เนื่องจากองค์กรดังกล่าวประกอบไปด้วย ประธานศาลฎีกา กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 12 คน ที่มาจากการคัดเลือกกันเองของข้าราชการตุลาการในแต่ละศาล (เว้นแต่ผู้ช่วยผู้พิพากษา) และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนอีก 2 คน มาจากการคัดเลือกโดยวุฒิสภา²⁵ ในขณะที่ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดซึ่งประกอบไปด้วยตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็มีที่มาจากจากการคัดเลือกของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง²⁶ ร่วมกับนายรัฐมนตรีและวุฒิสภา²⁷ อันเป็นเหตุทำให้ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่ต่ำมากสืบเนื่องจากมีที่มาจากจากการคัดเลือกโดยตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่ตั้งอยู่ในสายสัมพันธ์ของห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่อยู่ห่างไกลจากการแสดงเจตจำนงในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองของประชาชนเป็นอย่างมาก²⁸

ในส่วนขององค์กรพิเศษที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งก็คือคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาล

²³ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 11 พุทธศักราช 2564 ไปด้วย ประธานศาลฎีกา กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 12 คน ที่มาจากการคัดเลือกกันเองของข้าราชการตุลาการในแต่ละศาล(เว้นแต่ผู้ช่วยผู้พิพากษา) และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนอีก 2 คน มาจากการคัดเลือกโดยวุฒิสภา.

²⁴ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 11 2564, มาตรา 14,19,36.

²⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2543 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 11 2564, มาตรา 36.

²⁶ คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 ประกอบไปด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด กรรมการตุลาการศาลปกครองที่มีที่มาจากจากการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 10 คน และกรรมการตุลาการศาลปกครองที่มีที่มาจากจากการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองจำนวน 2 คน ซึ่งได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองเช่นกัน.

²⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง 2542, มาตรา 15.

²⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง 2542, มาตรา 15,35.

รัฐธรรมนูญ โดยองค์กรดังกล่าวมีองค์ประกอบอันประกอบไปด้วย ประธานศาลฎีกา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้าน ประธานศาลปกครองสูงสุด และบุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งขึ้นและไม่เคยปฏิบัติหน้าที่ใดๆในศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระองค์กรละหนึ่งคนเป็นกรรมการ เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบในแต่ละส่วนของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นเราจะพบว่า มีแต่เพียง ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านเท่านั้นที่เป็นองค์กรซึ่งมีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกโดยตรงจากประชาชนผ่านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นอกเหนือจากนี้ก็จะเป็้องค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่อยู่ในระดับต่ำ เช่น ตัวแทนองค์กรอิสระก็มีที่มาจากการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกของคณะกรรมการสรรหาองค์กรอิสระร่วมกับวุฒิสภาซึ่งวุฒิสภาก็เป็นองค์กรที่ไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลเลย เป็นต้น

ในส่วนของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในชั้นสุดท้ายแห่งกระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็มีที่มาตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในที่มาของสมาชิกวุฒิสภาไว้เป็นสองกรณีด้วยกัน โดยในกรณีแรกเป็นกรณีที่ใช้บังคับในวาระแรกของการดำเนินงานของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สมาชิกวุฒิสภามาจากการใช้อำนาจคัดเลือกโดยคณะกรรมการสรรหาวุฒิสภา และคณะกรรมการการเลือกตั้งร่วมกับคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาในชั้นสุดท้าย²⁹ องค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นองค์กรที่ไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลแต่อย่างใด ส่วนในกรณีที่สองเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดที่มาของสมาชิกวุฒิสภาไว้เป็นกรณีทั่วไปว่าสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 200 คน มีที่มาจากจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่างๆที่หลากหลายของสังคม โดยในการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกทุกคนสามารถอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้³⁰ โดยในกรณีที่สองนี้เราจะพบว่าที่มาของสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 200 คน นั้นมิได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนและก็ได้มิมีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกขององค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่สูงกว่า (องค์กรที่มีสถานะอยู่ในสายห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ใกล้ชิดการใช้ อำนาจคัดเลือกผ่านการเลือกตั้งโดยประชาชนมากกว่า) แต่อย่างใด ดังนั้น วุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงเป็นองค์กรทางการเมืองระดับสูงแห่งรัฐที่ไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลเลย

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 296(1)(ค).

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 107.

ด้วยปัจจัยว่าด้วยองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นนี้จึงทำให้เราสามารถสรุปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เป็นศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดจำแนกอยู่ในกลุ่มศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอยู่ในระดับค้ำตนเอง

4.2 ปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ด้วยการที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เป็นองค์กรที่มีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในระดับที่ต่ำได้ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยอื่นๆในแง่ของการมีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ต่ำกว่าระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐต่างประเทศอื่นๆค่อนข้างมากอย่างเห็นได้ชัด

โดยจากการศึกษาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศจากรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศเหล่านั้น เราจะพบถึงความแตกต่างในระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศที่มีรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในรูปแบบอื่น ๆ อย่างชัดเจน โดยเราพบว่าโดยส่วนใหญ่ศาลรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยในต่างประเทศเหล่านั้นล้วนมีกระบวนการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกหรือร่วมใช้อำนาจคัดเลือกขององค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่อยู่ในระดับสูงแทบทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญในกลุ่มประเทศที่มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกของนิติบัญญัติ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี³¹ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศโปแลนด์³² และศาลรัฐธรรมนูญของประเทศโปรตุเกส³³ เป็นต้น, ศาลรัฐธรรมนูญที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกร่วมกันขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย³⁴ และศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเช็ก³⁵ เป็นต้น ศาลรัฐธรรมนูญที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกร่วมกันขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้³⁶

³¹ *The Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949*, Article 94.

³² *The Constitution of the Republic of Poland 1997*, Article 194.

³³ *The Constitution of the Republic of Portugal 1911*, Article 222.

³⁴ *The Federal Constitutional Law of Austrian Republic 1920*, Article 147.

³⁵ *The Constitution of Czech Republic 1993*, Article 84.

³⁶ *The Constitution of the Republic of Korea 1948*, Article 111.

ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลี³⁷ และศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสเปน³⁸ เป็นต้น รวมไปถึงศาลรัฐธรรมนูญที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการใช้อำนาจคัดเลือกร่วมกันระหว่างองค์กรระดับสูงแห่งรัฐกับองค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแองโกลา³⁹ และศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไนเจอร์⁴⁰ เป็นต้น

โดยศาลรัฐธรรมนูญในกลุ่มประเทศดังกล่าวเหล่านี้ก็ล้วนแล้วแต่มีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากการใช้หรือร่วมใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยองค์กรระดับสูงของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลอยู่ในระดับสูงทั้งสิ้น โดยอย่างน้อยก็จะมีองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเป็นองค์กรระดับสูงของรัฐที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลอยู่ในระดับสูง หรือหากเป็นกรณีของประเทศที่มีองค์กรฝ่ายบริหารมีอำนาจร่วมคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรฝ่ายบริหารของประเทศดังกล่าวได้เป็นองค์กรที่มีที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เช่น ประธานาธิบดีซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในสาธารณรัฐเช็กและในประเทศเกาหลีใต้ เป็นต้น องค์กรฝ่ายบริหารดังกล่าวนี้ก็ถือได้ว่าเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มีอำนาจร่วมคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่อยู่ในระดับสูงเช่นกัน

นอกเหนือจากนี้ เมื่อเรานำเอาระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาเปรียบเทียบกับระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เราก็จะพบว่าระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ย่อมอยู่ในระดับที่สูงกว่าระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อย่างชัดเจน เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 15 คน จากการใช้อำนาจคัดเลือกของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภา โดยวุฒิสภาจะแนะนำให้พระมหากษัตริย์แต่งตั้งจากบุคคลที่มาจาก

³⁷ *The Constitution of the Italian Republic 1947*, Article 135.

³⁸ *The Constitution of Spain 1978*, Article 159.

³⁹ *The Constitution of the Republic of Angola 2010*, Article 180.

⁴⁰ *The Constitution of the Republic of Niger 2010*, Article 121.

การคัดเลือกขององค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสี่องค์กร ได้แก่ ที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาจำนวน 5 คน ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน และคณะกรรมการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 8 คน⁴¹ โดยวุฒิสภาซึ่งอยู่ในสถานะองค์กรระดับสูงของรัฐที่มีอำนาจร่วมคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญกับองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ก็เป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่สูงเนื่องจากมีที่มาของสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย⁴²

ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็มีที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน จากการใช้อำนาจคัดเลือกของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภา โดยโดยวุฒิสภาจะแนะนำรายชื่อต่อพระมหากษัตริย์ให้แต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยการคัดเลือกของวุฒิสภาเป็นการดำเนินการคัดเลือกจากรายชื่อที่เสนอมาจากองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่น อันได้แก่ ที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาจำนวน 3 คน ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน และคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 4 คน⁴³ โดยวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งอยู่ในสถานะองค์กรระดับสูงของรัฐที่มีอำนาจร่วมคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญกับองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ก็ได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่สูงกว่าความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากโดยวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีที่มาของสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 150 คน มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจังหวัดละ 1 คน และจำนวนที่เหลือมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา⁴⁴ ในขณะที่วุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กลับไม่ได้มีที่มาจากเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยเลย⁴⁵

การดำรงอยู่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอยู่ในระดับต่ำมากเนื่องจากไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับประชาชน เหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญของรัฐต่างประเทศอื่นๆ ทั้งยังไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับประชาชนเหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญอื่นๆตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรก่อนหน้า เป็นประเด็นที่เน้นย้ำว่าการจัดตั้งองค์กรระดับสูงตามรัฐธรรมนูญที่มี

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 255.

⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 121.

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 204.

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 111.

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 107,296(1)(ค)..

เขตอำนาจขององค์กรเพื่อพิทักษ์สถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยได้เป็นอำนาจว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรตามกฎหมายที่ไม่ได้มีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยอย่างแท้จริง ปัจจัยดังกล่าวทำให้ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างองค์กรของรัฐระดับสูงของศาลรัฐธรรมนูญมีโอกาสเกิดความเชื่อมั่นในหลักประกันความเป็นเจ้าของอำนาจรัฐของประชาชนขึ้นได้เนื่องจากขาดซึ่งหลักประกันในสถานะขององค์กรที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จะต้องเป็นองค์กรที่จะต้องมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในระดับที่สามารถสะท้อนให้เห็นว่าองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจแทนประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้อย่างแท้จริง นอกจากนี้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ยังเป็นอำนาจแห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญที่กว้างขวางมากตามเขตอำนาจที่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดไว้ ทั้งที่อำนาจพิทักษ์รัฐธรรมนูญอันกว้างขวางเหล่านี้กลับถูกดำเนินการโดยองค์กรที่ไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับเจ้าของอำนาจอธิปไตยเท่าที่ควรจะเป็น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญโดยนำมาพิจารณาภิปรายกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เราจะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่อยู่ในระดับต่ำ โดยการที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่อยู่ในระดับต่ำนี้สามารถแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยตรงที่ไม่สะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อมโยงกับความยินยอมของผู้ทรงอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐผ่านระบบกลไกของระบอบการปกครองประชาธิปไตยแบบผู้แทน โดยการสะท้อนถึงความไม่สอดคล้องของการจัดตั้งองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต่อหลักประชาธิปไตยซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญอันถูกกำหนดไว้ในรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไป เนื่องจากรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญร่วมกันขององค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลซึ่งอยู่ในระดับต่ำกับองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลเลย

ดังนั้น หากจะแก้ไขปัญหาว่าด้วยระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมจะต้องมุ่งเป้าไปที่การแก้ไขที่มาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยสามารถแก้ไข

โดยการปรับเปลี่ยนกระบวนการได้มาขององค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เดิมให้มีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลที่สูงขึ้น หรือไม่ก็ต้องปรับเปลี่ยนรูปแบบขององค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเสียใหม่เพื่อยกระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

โดยเราสามารถแก้ไขไปที่บทบัญญัติว่าด้วยที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107 ให้มีที่มาจากกาเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเพื่อยกระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในขั้นสุดท้าย การดำเนินการแก้ไขดังกล่าวจะทำให้ปรากฏรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยในรูปแบบเดิมก็คือรูปแบบที่มาจากกาใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของวุฒิสภา ร่วมกับที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยวุฒิสภาจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในขั้นสุดท้ายที่มีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลอยู่ในระดับสูงสุดเนื่องจากมีที่มาจากกาเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน นอกจากวิธีการแก้ไขในการปรับเปลี่ยนที่มาของสมาชิกวุฒิสภาแล้ว เราสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้โดยการแก้ไขรูปแบบที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เสียใหม่ โดยปรับเปลี่ยนองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในขั้นสุดท้าย ตามมาตรา 204 ให้เป็นสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรแห่งรัฐที่มีระดับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลสูงที่สุดเนื่องจากมีที่มาจากกาเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน โดยสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญร่วมกับองค์กรที่ใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นๆที่มีอยู่เดิมอันได้แก่ ที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

บรรณานุกรม

- บรรเจิด สิงคะเนติ. *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: อาน, 2564.
- Alec Stone Sweet. *Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Christoph Grabenwarter. “*Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies.*” 2nd Congress of the World Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro, 2011.
https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Grabenwarter_keynot_espeech.pdf?fbclid=lwAR0HQdiOFIHYAaGy608MFa2sjWN_cjniKqQRzFrChG8tQH6BSKGCL_nNEi
accessed July 12, 2021.
- Conrado Hübner Mendes. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. New York: Oxford University Press, 2013.
- Duncan Black. *The Theory of Committees and Elections*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.
- Frank Nullmeier and Tanja Pritzlaff. “*The Great Chain of Legitimacy: Justifying Transnational Democracy.*” 2010.
<https://www.econstor.eu/handle/10419/36686>, accessed March 1, 2020.
- Henning Glaser. “Constitutional Jurisprudence – On the Function, Impacts, and Challenges of Constitutional Courts.” in *Constitutional Jurisprudence: Function, Impact and Challenges*, edited by Henning Glaser, 35. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- Or Bassok. “The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy.” *German Law Journal* 21 (February 10, 2020): 126-143.
- Rodney Barker. *Political Legitimacy and the State*. New York: Oxford University Press, 1990.

