

การกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาความเป็นอิสระของ
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญ
ของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา
สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น

The Qualifications and Selection Process and the Independence
of Judges of the Constitutional Court:A Comparative Study with
the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany,
the United States of America, the Republic of Korea and Japan

นำพงษ์ ไกยเดช¹

สุริรัตน์ ประจวบจันทน์²

รังสิกร อุปพงศ์²

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา (1) แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (2) การกำหนดคุณสมบัติ กระบวนการสรรหาและความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ (3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหา และหาแนวทางแก้ไขปัญหากำหนดคุณสมบัติ กระบวนการสรรหา และความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงหาแนวทางแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

การวิจัยเอกสารครั้งนี้เป็นการวิจัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญของไทยเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น

ผลการวิจัยพบว่า (1) การกำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 205(3) ไม่เป็นรูปธรรม จึงส่งผลกระทบต่อกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่ได้รับความสนใจ

¹ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

² สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

จากประชาชนที่ผ่านมาได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าอาจจะไม่ตรงกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ (2) วุฒิสภามีอำนาจอย่างจำกัดที่จะไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ได้รับเลือกจากองค์กรที่ทำหน้าที่สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับหลักการคานและดุลอำนาจ (3) องค์กรที่ทำหน้าที่สรรหาไม่มีแนวปฏิบัติเดียวกัน จึงถูกแทรกแซงได้โดยง่าย

คำสำคัญ: การกำหนดคุณสมบัติ กระบวนการสรรหา ความเป็นอิสระ ศาลรัฐธรรมนูญ

Abstract

The objectives of this study were (1) to study the concepts and theories in the qualifications and selection process and the independence of judges of the constitutional court; (2) to know the qualification and selection process and the independence of judges of Thai Constitutional Court comparing with foreign constitutional courts; (3) to know the problems and possible solution for the qualifications, selection process and the independence of Thai Constitutional Court.

This was a documentary research by studying constitutions of Thailand, the Federal Republic of Germany, the United States of America, the Republic of Korea and Japan.

The findings were as follows: (1) the qualifications of the persons under Section 205(3) are not concrete that cause the problems to the selection and election of judges of the Constitutional Court. In any interesting past cases the decision of the Constitutional Court rarely related to the actual intention of the constitution. (2) The Senate has limited power to disapprove all or some of the nominated persons by the selecting organs. (3) The selecting organs have no the main regulation for carrying out the selection process as in the Federal Republic of Germany and the Republic of Korea.

Keywords: qualifications, selection process, independence of judges, constitutional court

บทนำ

ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) หรือ ศาลสูงสุด (Supreme Court) ของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศญี่ปุ่น ซึ่งทำหน้าที่ในความหมายของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงในบทความนี้ เป็นองค์กรเฉพาะที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และเป็นที่ยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และต่อมาได้คงบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ในช่วงเวลาประมาณ 16 ปีที่ผ่านมา ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันว่า ศาลรัฐธรรมนูญ **ไม่มีความเป็นอิสระ**ในการวินิจฉัยคดีไม่เป็นกลาง อาจถูกแทรกแซงในทางการเมือง อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีมติ 4 ต่อ 2 เสีย วิวินิจฉัยให้ยกคำร้องในคดียุบพรรคประชาธิปัตย์ ในคดีกองทุนพัฒนาพรรคการเมือง

29 ล้านบาท ด้วยอาศัยเหตุผลเพียงว่า นายทะเบียนพรรคการเมืองยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเกินขอบเขตระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ และนายทะเบียนพรรคการเมืองไม่เคยได้มีมติให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์นั้น ได้ส่งผลทำให้เกิดข้อกังขาในหมู่ประชาชนโดยทั่วไปว่า การตัดสินคดีดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรม มีความโปร่งใส และมีความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือไม่ เพียงใด และนอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีของ นายเนวิน ชิดชอบ (อาภาพงศ์ กฤตเวทิน. 2545:2) ขณะนั้น ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ถูกศาลจังหวัดบุรีรัมย์พิพากษาในคดีหมิ่นประมาทให้ลงโทษจำคุก 6 เดือนและปรับ 50,000 บาท ให้รอการลงโทษจำคุกไว้ 2 ปี ซึ่งประเด็นในคดีที่จะต้องวินิจฉัยมีอยู่ว่า ในกรณีรัฐมนตรีต้องคำพิพากษาให้จำคุก ความเป็นรัฐมนตรีย่อมสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 216(4) นั้น คำพิพากษานั้นจะต้องเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดหรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีนี้ว่า ความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ **ยังไม่สิ้นสุดลง** ด้วยคะแนนเสียง 7 ต่อ 6 ซึ่งผลแห่งคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์โดยทั่วไปว่า เป็นคำวินิจฉัยที่มีได้ เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากรัฐมนตรีคนใดต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้ว่าคำพิพากษานั้นจะยังไม่ถึงที่สุด หรือศาลจะให้รอการลงโทษจำคุกนั้นไว้หรือไม่ก็ตาม **ความเป็นรัฐมนตรีก็ย่อมสิ้นสุดลงทันที** (อาภาพงศ์ กฤตเวทิน.2545:2) และยังพบอีกด้วยว่า มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากได้นำกฎหมายอาญามาใช้เป็นหลักในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ผลแห่งคำวินิจฉัยจึงไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ ที่เป็นเช่นนี้ ก็อาจเนื่องมาจากสาเหตุต่างๆ หลายประการ แต่ในที่นี้จะได้นำเสนอว่า สาเหตุอย่างหนึ่งอาจมาจากปัญหาวิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่า มีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด

การได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตามมาตรา 255 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 15 คน มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 5 คน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน 5 คน และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ จำนวน 3 คน แล้วเสนอรายชื่อต่อประธานวุฒิสภา**ให้ความเห็นชอบ** และนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป **ในส่วนของ**รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น มาตรา 204 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน โดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 3 คน ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน และคณะกรรมการสรรหาเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน 2 คน และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์ จำนวน 2 คน **แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา** วุฒิสภามีอำนาจอย่างจำกัดในการพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบหรือคัดค้านบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อ ทั้งนี้ ตามนัยของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2541 ลงวันที่ 8 มกราคม 2541 (ปัญญา

อุคชาชน. 2553:188) ที่วินิจฉัยไว้ว่า วุฒิสภาไม่มีอำนาจในการพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้พิจารณาเลือกไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แนวคิดในการจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.2 เพื่อศึกษาการกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหากับความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

2.3 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหากับความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

2.4 เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสม เพื่อนำไปใช้ในการกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหากับความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

2.5 เพื่อเสนอแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในมาตราที่เกี่ยวข้องต่อไป

สมมติฐานการวิจัย

การกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังไม่สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย และยังไม่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการสรรหาและความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาการกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหากับความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เปรียบเทียบกับการกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหากับความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น

วิธีการวิจัย

การวิจัยในครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยทำการวิจัยเอกสาร (Documentary research) ที่เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตำราวิชาการทางกฎหมาย รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ และคู่มือที่เกี่ยวของ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น

ผลการวิจัย

1. การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1.1 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดการวิจัยพบว่า การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204(1) ที่กำหนดว่า เป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 3 คน นั้น เห็นว่า ยังไม่มีความชัดเจนพอที่จะแสดงได้ว่า เป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริง เนื่องจากยังไม่มีเครื่องมือหรือวิธีการที่เป็นตัวชี้วัดได้ว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวมากน้อยเพียงใดให้เห็นเป็นรูปธรรม **ยกตัวอย่างเช่น** ควรกำหนดว่า ต้องมีผลงานทางวิชาการหรือมีประสบการณ์ด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หรือดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาไม่น้อยกว่า 5 ปี หรือ 10 ปี เป็นต้น ซึ่งน่าจะมีความสอดคล้องกับความเห็นที่ว่า (ปัญญา อุดชาชน. 2553:167) แม้ว่าศาลฎีกาจะได้ออกระเบียบศาลฎีกาว่าด้วยการคัดเลือกผู้พิพากษาไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาเป็นแนวทางในการดำเนินการคัดเลือกก็ตาม เพราะระเบียบดังกล่าวเป็นเพียงแนวปฏิบัติกำหนดขั้นตอนในการทำงานภายในศาลฎีกาเท่านั้น จึงยังมีอาจเชื่อได้ว่าผู้พิพากษานั้นมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายมหาชน สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญหรือไม่เพียงใด **ส่วน**การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 204(2) ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ เห็นว่า มีลักษณะทำนองเดียวกันกับที่มาจากศาลฎีกาดังกล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม บทบาทหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น ค่อนข้างจะมีความสอดคล้องกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจถือได้ว่า ทั้งศาลปกครองสูงสุดและศาลรัฐธรรมนูญต่างก็เป็นองค์กรศาลที่ใช้กฎหมายมหาชนในการพิจารณาวินิจฉัยคดีในลักษณะเดียวกัน แต่ด้วยเหตุที่ (ปัญญา อุดชาชน. 2553:168) ศาลปกครองสูงสุดก็ยังไม่มีการเรียกหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นศาลฎีกา ผู้เขียนจึงเห็นว่า การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของศาลปกครองสูงสุดยังไม่มีลักษณะเป็นรูปธรรมในระดับที่พอจะแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการกำหนดคุณสมบัติที่เหมาะสมหรือไม่เพียงใด เช่น เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี หรือ 5 ปี เป็นตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด เป็นต้น

1.2 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 204 (3) กำหนดว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์**อย่างแท้จริง**และได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวนสองคน และมาตรา 204(4) เป็นผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ สาขารัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญการบริหารราชการแผ่นดิน**อย่างแท้จริง**และได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวนสองคน ซึ่งมีปัญหาที่คำว่า **“มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริง”** และ **“มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง”** ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวมี

ความหมายที่ไม่เป็นรูปธรรมบัญญัติไม่อาจชี้ชัดได้ว่าผู้สำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนั้นๆ อย่างแท้จริง คำว่า “**อย่างแท้จริง**” นั้น น่าจะมีตัวกำหนดหรือมีวิธีการที่สามารถแสดงให้เห็นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมได้ว่า ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาที่กำหนดอย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าว น่าจะส่งผลต่อกระบวนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาตามมาตรา 206 ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว

นอกจากนี้ยังพบอีกว่า การที่มาตรา 205 (3) ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญข้างต้น กำหนดให้ผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 204 (3) และ (4) ต้องมีคุณสมบัติเคยเป็นรัฐมนตรีตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอธิการบดีสูงสุด อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางบริหารในหน่วยราชการที่มีอำนาจบริหารเทียบเท่า อธิบดี หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ หรือเคยเป็นทนายความที่ประกอบวิชาชีพอย่างสม่ำเสมอ และต่อเนื่องมาไม่น้อยกว่าสามสิบปีนับถึงวันที่ได้รับการเสนอชื่อ นั้น **จะเห็นได้ว่า** การกำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวเป็นการกำหนดไว้กว้างๆ ว่าเคยทำงานในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็ด้านการเมืองโดยเป็นรัฐมนตรี เป็นข้าราชการประจำอย่างเช่น ตำแหน่งอธิบดี กล่าวคือ ก็ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะเป็นตัวชี้วัดได้ว่าบุคคลผู้นั้นเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์และทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง และมีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้ว่า ผู้ทรงคุณวุฒิตามที่กำหนดไว้จะต้องมีประสบการณ์ในการทำงานมาแล้วอย่างน้อยกี่ปี ซึ่งตามหลักกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีและญี่ปุ่นกำหนดว่าต้องมีประสบการณ์มาไม่น้อยกว่า 15 ปี และ 10 - 20 ปี ตามลำดับ ทั้งนี้ ตามมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 และมาตรา 41 ของกฎหมายว่าด้วยองค์กรศาลของญี่ปุ่น ค.ศ. 1947 (The Court Organization Law No.59 of 1947) ถ้าพิจารณากฎหมายว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1998 มาตรา 3 ที่กำหนดว่า ให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 16 คน แบ่งออกเป็น 2 องค์คณะฯ ละ 8 คน ในแต่ละองค์คณะประกอบด้วย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุด จำนวน 3 คน ต้องมีประสบการณ์ในศาลใดศาลหนึ่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี มาตรา 2(3) และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ประกอบอาชีพทางกฎหมายอื่นอีก จำนวน 5 คน ส่วนกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 5(1) กำหนดให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน ต้องมีอายุ 40 ปีขึ้นไป เป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี ซึ่งมาจากการคัดเลือกของสภาแห่งชาติ จำนวน 3 คน ประธานาธิบดีคัดเลือกจากข้าราชการระดับสูง จำนวน 3 คน และศาลฎีกาคัดเลือกจากผู้พิพากษาอาวุโสมีบุคลิกดี ชื่อเสียงดี และมีประวัติการทำงานดีมาตลอด จำนวน 3 คน จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายของเยอรมนีและสาธารณรัฐเกาหลีต่างก็ได้กำหนดสัดส่วนของการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ในลักษณะที่คล้ายกันกับหลักกฎหมายของไทย แต่มีข้อที่น่าสังเกตว่า คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามหลักกฎหมายของเยอรมนี มีการกำหนดเพิ่มเติมอีกด้วยว่า เป็นผู้ที่มีประสบการณ์มานานพอสมควร เป็นผู้ที่ประสบความสำเร็จในการประกอบอาชีพราชการ เป็นผู้มีชื่อเสียงหรือมีภูมิหลังมา

จากตระกูลดี เป็นที่ยอมรับทางสังคมในด้านความซื่อสัตย์และความเป็นกลาง ในขณะที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีต้องมีประสบการณ์ด้านกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี ทั้งนี้ตามบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ส่วนในหลักกฎหมายของไทยนั้นได้กำหนดไว้เฉพาะอาชีพทนายความเท่านั้นว่า เคยเป็นทนายความที่ประกอบอาชีพอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องไม่น้อยกว่า 30 ปี ส่วนอาชีพอื่นมิได้กำหนดในเรื่องประสบการณ์ไว้ ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 205(3)

2. กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นพบว่า ในจำนวนกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 5 คน กรรมการสรรหาส่วนหนึ่งมีสถานภาพไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในทางประชาธิปไตยเท่าที่ควร กล่าวคือ กรรมการ จำนวน 3 ใน 5 คน ได้แก่ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานองค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่ตำแหน่งหรือบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนโดยตรงดังเช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา เพราะการได้รับการเลือกตั้งถือว่าเป็นจุดเชื่อมโยงของการใช้อำนาจอธิปไตยไปถึงประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังนั้น การทำหน้าที่สรรหาและคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของกรรมการทั้ง 3 คนดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดว่าการลงมติเลือกผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 204 (3) และ (4) ต้องลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จำนวนกรรมการไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 คือ จำนวน 3 คน ซึ่งถ้าหากกรรมการทั้ง 3 คนนี้มีการประนีประนอมในระหว่างกันที่จะเลือกบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะถือว่าการลงมติดังกล่าวนี้จะไม่มีความชอบธรรมหรือไม่ แต่ในส่วนกรรมการสรรหาที่เหลือ จำนวน 2 คน ที่มาจากรัฐสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรนั้น แม้จะเป็นองค์กรที่ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเนื่องจากมีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนโดยได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนก็ตาม แต่ก็มีความเสี่ยงที่น้อยมากที่จะทำหน้าที่แทนประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจได้

นอกจากนี้แล้ว การที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดว่าศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา จึงแสดงให้เห็นว่า วุฒิสภามีอำนาจในการที่จะตรวจสอบความเหมาะสมของบุคคลเพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบก่อนนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาวุฒิสภามีอำนาจอย่างจำกัดที่จะไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคล (ผู้พิพากษาศาลฎีกาที่ได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา) เพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งดังกล่าว ทั้งนี้ ตามนัยของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2541 ลงวันที่ 8 มกราคม 2541 ที่วินิจฉัยว่า วุฒิสภาไม่มีอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้คัดเลือก จึงมีลักษณะเป็นการบังคับให้วุฒิสภาต้องให้ความเห็นชอบ จึงไม่ค่อยจะสอดคล้องกับการคานและดุลอำนาจ และยังไปกว่านั้น วุฒิสภาไม่มีช่องทางให้เลือกบุคคลที่หลากหลายตามหลักการเลือกและการตัดสินใจที่ดี เนื่องจาก

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเลือกบุคคลเท่ากับจำนวนที่พึงมีหรือเท่าจำนวนที่ยังขาดอยู่ จึงส่งผลทำให้วุฒิสภาจำเป็นต้องเลือกตามรายชื่อที่ได้รับการเสนอเท่านั้น วุฒิสภาจึงไม่มีโอกาสหรือทางเลือกที่ดีกว่าก่อนตัดสินใจให้ความเห็นชอบ

3. ความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การวิจัยพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดข้อห้ามไม่ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองเพื่อไม่ให้ถูกแทรกแซงจากนักการเมือง แต่ข้อห้ามดังกล่าวก็ยังมีอาจเชื่อถือได้ว่าเป็นหลักประกันไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญถูกแทรกแซงในทางการเมืองได้อย่างแท้จริงเนื่องจากว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดรายละเอียดและวิธีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ชัดเจน จึงอาจส่งผลต่อการถูกแทรกแซงได้โดยง่าย ในขณะที่หลักกฎหมายของต่างประเทศได้ตรากฎหมายเฉพาะไว้ อย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี หรือกฎหมายว่าด้วยองค์กรศาลของญี่ปุ่น

การอภิปรายผลการวิจัย

1. การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1.1 การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกา เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 36/2542 ในคดีของ นายเนวิน ชิดชอบ อดีตรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก (7 ต่อ 6) ได้วินิจฉัยโดยยึดหลักกฎหมายของกฎหมายอาญาโดยวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของ นายเนวิน ชิดชอบยังไม่สิ้นสุดลง เนื่องจากเห็นว่า คำว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 216 (4) หมายความว่า “ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก” คือ ต้องถูกจำคุกจริงๆ นั่นเอง ซึ่งเป็นตัวอย่างการวินิจฉัยคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่อาจยึดติดอยู่กับหลักกฎหมายอาญามากเกินไปจนเป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ดังนั้น ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาควรเป็นผู้ที่เคยมีประสบการณ์ในการปฏิบัติงานที่สอดคล้องกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ และน่าจะมีการประเมินผลงานด้านกฎหมายในสาขาที่เกี่ยวข้องอีกด้วย โดยกำหนดให้นำเสนอผลงานในรูปแบบของวิทยานิพนธ์ (dissertation) วิทยานิพนธ์ (thesis) การศึกษาค้นคว้าอิสระ (independent study) งานวิจัยในทางกฎหมาย (law research) หรือในรูปแบบของการเขียนหนังสือหรือตำรา (books) ในทางกฎหมาย บทความทางวิชาการ (article) ด้านกฎหมาย บทความวิจัย (research article) ด้านกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

1.2 การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุด การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ยังไม่มีหลักประกันที่แสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมได้ว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับเลือกนั้น เป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น จึงควร

กำหนดให้มีการพิจารณาในเรื่องประสบการณ์ในการปฏิบัติหน้าที่ประกอบด้วยว่าเป็นผู้ที่มีผลการปฏิบัติงานหรือมีผลงานด้านกฎหมายที่สอดคล้องเหมาะสมกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อยเพียงใด เช่นสำเร็จการศึกษาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มีผลงานทางวิชาการด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มีประสบการณ์ในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ส่วนในกรณีของตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่มาจากสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นนั้น ควรพิจารณาประสบการณ์ผ่านการฝึกอบรมในสาขากฎหมายมหาชนประกอบการพิจารณาด้วย นอกจากนี้แล้ว ควรกำหนดให้มีการประเมินผลงานทางวิชาการด้านกฎหมายเช่นเดียวกันกับกรณีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 1.1

1.3 การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากคณะกรรมการสรรหาด้วยเหตุที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 206 (1) กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่สรรหาและคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 204 (3) และ (4) เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 (1) ถึง (7) อย่่างไรก็ตาม การกำหนดคุณสมบัติผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 205 (3) ที่ว่าผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 204 (3) และ (4) ต้องมีคุณสมบัติเคยเป็นรัฐมนตรี ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางบริหารในหน่วยราชการที่มีอำนาจบริหารเทียบเท่าอธิบดี หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ หรือเคยเป็นทนายความที่ประกอบวิชาชีพอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องไม่น้อยกว่าสามสิบปี นับถึงวันที่ได้รับการเสนอชื่อ จะเห็นได้ว่า ตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ นั้น ส่วนใหญ่แล้วเป็นตำแหน่งทางการบริหารระดับสูง อย่างเช่นตำแหน่งทางราชการประจำที่ไม่ต่ำกว่าตำแหน่งรองอัยการสูงสุด ตำแหน่งอธิบดี ผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น และมีข้อน่าสังเกตว่าตำแหน่งตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุดไม่น่าจะเป็นตำแหน่งที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากตำแหน่งข้าราชการทหารนั้นย่อมไม่น่าจะเข้ามาเกี่ยวข้องในทางการเมือง จึงเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวเป็นการกำหนดคุณสมบัติไว้อย่างกว้างๆ ไม่มีหลักประกันที่แสดงให้เห็นเป็นรูปธรรมได้ว่าบุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งตามที่กำหนดดังกล่าวเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริง หรือเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการกำหนดให้บุคคลซึ่งเคยดำรงตำแหน่งอยู่ในองค์กรของรัฐแม้จะเป็นตำแหน่งทางบริหารในระดับสูงเท่าไรก็ตามให้มาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่อาจที่จะสรุปได้ว่าบุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งตามที่กำหนดดังกล่าวจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในปรัชญาและนิติวิธีของกฎหมายมหาชน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง เป็นต้น

2. กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและอำนาจของวุฒิสภา

2.1 การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการสรรหา

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีกรรมการ จำนวน 5 คน ประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เห็นว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับสัดส่วนของกรรมการสรรหาและที่มาของกรรมการสรรหาที่มาจากองค์กรศาล คือ ศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด รวมถึงประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่มีความสอดคล้องกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเท่าที่ควร กล่าวคือ กรรมการสรรหา จำนวน 3 คนดังกล่าวไม่มีจุดเชื่อมโยงไปถึงประชาชน คือไม่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงดังเช่นกรรมการสรรหาที่มาจากองค์กรทางการเมือง จำนวน 2 คน คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรซึ่งถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเพราะมีจุดเชื่อมโยงไปถึงประชาชนได้ เนื่องจากได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง จะเห็นได้ว่า จำนวนขององค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมีน้อยกว่าจำนวนองค์กรที่ไม่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

2.2 อำนาจของวุฒิสภา บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดว่า เมื่อวุฒิสภาได้รับรายชื่อ

ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับเลือกแล้ว หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป จะเห็นได้ว่า การดำเนินการดังกล่าวของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่ากับเป็นการบังคับให้วุฒิสภาจำต้องให้ความเห็นชอบและนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป เป็นการกำหนดให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจมากกว่าวุฒิสภา จึงไม่สอดคล้องกับหลักการคานและดุลอำนาจ นอกจากนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของวุฒิสภาตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2541 ลงวันที่ 8 มกราคม 2541 ซึ่งพอสรุปได้ว่า(อาภาพงศ์ กฤตเวทิน.2545:80) รัฐธรรมนูญได้แยกที่มาของบุคคลที่จะเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและได้กำหนดวิธีการเลือกไว้แล้ว โดยในมาตรา 255(1) กำหนดว่าต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 5 คน ส่วนในมาตรา 255(2) นั้น รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ และในมาตรา 255(3)และ(4) คือ ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ ซึ่งต้องดำเนินการคัดเลือกตามมาตรา 257 ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 255(1)และ(2) นั้น ได้รับเลือกมาแล้วตามกฎหมาย และไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กำหนดให้วุฒิสภาทำการคัดเลือกอีกครั้งหนึ่ง วุฒิสภาคงมีแต่หน้าที่ถวายคำแนะนำตามมาตรา 255วรรคหนึ่ง เท่านั้น และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากจึงวินิจฉัยว่า วุฒิสภาไม่มีอำนาจที่จะ

พิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 255(1) ดังนั้น คำวินิจฉัยดังกล่าว จึงส่งผลให้วุฒิสภามีอำนาจอย่างจำกัดที่จะไม่ให้ความเห็นชอบแก่ผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ในขณะที่วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา (มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย.2552:53) กลับมีอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบแก่บุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อโดยประธานาธิบดี ซึ่งถือว่าสอดคล้องกับหลักการคานและดุลอำนาจ (checks and balances)

3. ความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทที่มีผลกระทบต่อการดำเนินกิจการต่างๆ ขององค์กรของรัฐอันอาจส่งผลโดยตรงไปถึงกลุ่มผลประโยชน์ในทางการเมืองของประเทศ ด้วยเหตุนี้เอง กระบวนการสรรหาบุคคลไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น จึงย่อมถูกแทรกแซงจากนักการเมืองและกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ที่ผ่านมายังไม่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อเสนอแนะ

1. การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ควรมีความหมายเฉพาะกำหนดให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่งจำนวน 5-7 คน เพื่อทำหน้าที่ในการประเมินผลงานและความเหมาะสม ประกอบไปด้วยบุคคลที่มีความเป็นกลาง เช่น อาจเป็นนักวิชาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง อาจมาจากสถาบันอุดมศึกษาของรัฐหรือเอกชน แล้วให้จัดส่งผลการประเมินโดยเสนอรายชื่อผู้พิพากษาเป็นจำนวนสองเท่าของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พึงมีหรือจำนวนที่ยังขาดอยู่ไปให้ศาลฎีกาโดยให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคำเนินการเลือกโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนผู้พิพากษาในศาลฎีกาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ทั้งนี้ ผู้พิพากษาศาลฎีกาที่จะได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรมีประสบการณ์ในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกามาไม่น้อยกว่า 3 ปี นับถึงวันที่ได้รับการเสนอชื่อ และควรแก้ไขจำนวนของผู้พิพากษาศาลฎีกาจากเดิมจำนวน 3 คน ให้เป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกาที่ได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาลงคะแนนเปิดเผย จำนวน 2 คน ส่วนจำนวนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุดที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน เป็นสัดส่วนที่มีความเหมาะสมแล้ว เพราะเป็นการสัดส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายมหาชนในระดับหนึ่ง โดยจะต้องส่งรายชื่อตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับเลือกเป็นจำนวนสองเท่าของจำนวนที่พึงมีตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหรือจำนวนที่คงขาดอยู่ และควรกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองสูงสุดต้องมีประสบการณ์ไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายในต่างประเทศ ดังเช่นในหลักกฎหมายของเยอรมนีที่กำหนดให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในแต่ละองค์คณะอย่างน้อย 3 คน ต้องมีประสบการณ์ในการปฏิบัติงานในศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์มาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี และกฎหมายว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดว่า

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีอายุครบ 40 ปีบริบูรณ์ และต้องมีประสบการณ์ในการเป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี เป็นต้น

2. กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความชอบธรรม ในทางประชาธิปไตย ควรปรับเปลี่ยนสัดส่วนของกรรมการสรรหาที่มาจากองค์กรทางการเมือง โดย กำหนดให้มีตัวแทนจากสภาผู้แทนราษฎรเพิ่มขึ้นจากเดิม จำนวน 1 คน เป็น 2 คน เพิ่มสัดส่วนของพรรค การเมืองฝ่ายค้านจากเดิม จำนวน 1 คน เป็น 2 คน และควรกำหนดให้มีกรรมการสรรหาที่มาจากคณบดี คณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่า คณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่า คณบดีคณะรัฐประศาสนศาสตร์หรือ เทียบเท่า หรือคณบดีคณะสังคมศาสตร์อื่นหรือเทียบเท่าซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 2 คน ซึ่งก็จะได้กรรมการ สรรหาที่เปลี่ยนแปลงจากเดิมมีจำนวน 5 คน เป็น 9 คน การเพิ่มสัดส่วนของนักวิชาการจากสถาบัน อุดมศึกษาของรัฐเป็นการหลักประกันความเป็นอิสระของคณะกรรมการสรรหาให้มากขึ้น เนื่องจากเห็นว่า เป็นองค์กรทางการศึกษาที่น่าจะมีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง ส่วนการเพิ่ม สัดส่วนของนักการเมืองนั้น เห็นว่า ในสังคมไทยขององค์กรทางการเมืองโดยเฉพาะในรูปแบบของพรรค การเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายค้านหรือฝ่ายรัฐบาลถือว่าเป็นองค์กรที่มีโอกาสมากในการเข้าไปรับรู้หรือสัมผัส ชีวิตความเป็นอยู่ที่แท้จริงของประชาชนจึงย่อมรู้ถึงต้องรู้สึกนึกคิดและความต้องการของประชาชนได้ดีกว่า อีกทั้งยังเป็นองค์กรที่มีจุดเชื่อมโยงไปถึงประชาชนได้เนื่องจากได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนมีความ สอดคล้องกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย จึงควรเพิ่มสัดส่วนของกรรมการ สรรหาโดยมีตัวแทนฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาลฝ่ายละ 1 คน รวมเป็น 2 คน ซึ่งหลักการนี้ จะเห็นได้จากหลัก กฎหมายของเยอรมนีที่กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงเป็นองค์กรหลักโดยตั้งคณะกรรมการ เลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 12 คน (ของสภาผู้แทนราษฎร) ให้ทำการเลือกตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญตามจำนวนที่กำหนด ทั้งนี้ ควรให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่ง รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับเลือกไปให้วุฒิสภาเป็นจำนวนสองเท่าของจำนวนที่พึงมีหรือจำนวนที่คงขาดอยู่ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้วุฒิสภามีตัวเลือกมากขึ้น และเพื่อให้การสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิเป็นไปตามขอบเขต ที่ชัดเจนแน่นอน จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 205 (3) ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยอาจกำหนดระยะเวลาในการทำงานในตำแหน่งนั้นๆ มาให้ชัดเจน เช่นอาจกำหนดว่า “เคยเป็น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี” “เคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ ทางด้านนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ มาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี”

นอกจากนี้แล้ว ควรแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 206 (2) ให้วุฒิสภามี อำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อโดยศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดรวมถึง การเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิโดยคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย และเพื่อให้จำนวนของ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกา มีสัดส่วนเท่ากัน เนื่องจากเห็นว่า ทั้งตุลาการศาลปกครองและผู้พิพากษาศาลฎีกานั้น ต่างก็อยู่ในฐานะเป็น นักกฎหมายอาชีพที่มีประสบการณ์มามากในระดับหนึ่งเช่นกัน น่าจะมีพื้นฐานปรัชญาและนิติวิธีของ กฎหมายมหาชนที่สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างกันไม่มากนัก จึงควรแก้ไข

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 204 (1) และ (2) ให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกา จำนวน 2 คน เพื่อให้มีจำนวนเท่ากันกับจำนวนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุด คือ จำนวน 2 คน ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นสัดส่วนที่มีความสมดุลกันตามหลักการดุลและคานอำนาจขององค์กรหรือสถาบันในทางกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ตามมาตรา 204 (3) ควรกำหนดให้มีจำนวน 2 คน เช่นเดิม แต่ควรกำหนดด้วยว่า ผู้ทรงคุณวุฒิประสบการณ์มากในระดับทวิสาขานิติศาสตร์ในจำนวน 2 คนนั้น จะต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขากฎหมายมหาชนและผู้ทรงคุณวุฒิสภาพกฎหมายเอกชนสาขาละ 1 คน ทั้งนี้ เพื่อให้มีนักกฎหมายมหาชนและนักกฎหมายเอกชนในสัดส่วนที่เท่ากัน และควรกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสภาพรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นตามมาตรา 204 (4) มีจำนวนสาขาละ 2 คน (รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ และสังคมศาสตร์) รวมเป็น 6 คน ทั้งนี้ เพื่อจะได้เป็นการกำหนดสัดส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 3 สาขาในสัดส่วนที่เท่ากัน อีกทั้ง ยังเป็นการจัดสัดส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นนักกฎหมายอาชีพกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นนักรัฐศาสตร์ นักรัฐประศาสนศาสตร์ และนักสังคมศาสตร์อื่นให้มีสัดส่วนที่เท่ากัน คือ ในสัดส่วน 6 ต่อ 6 สรุปว่า ควรเพิ่มจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากเดิม 9 คน เป็นจำนวน 12 คน ในการลงมติหากคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาด เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคานและดุลอำนาจดังกล่าวข้างต้น ดังที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3. ความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ควรตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้เป็นกฎหมายกลาง กำหนดขั้นตอนวิธีการในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากหลักกฎหมายของต่างประเทศ เช่น กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี หรือกฎหมายว่าด้วยองค์กรศาลของญี่ปุ่น เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นมาตรการคุ้มครองป้องกันการถูกแทรกแซงจากกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมือง

เอกสารอ้างอิง

- ปัญญา อุดชาชน. (2553). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. ดุษฎีนิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ ดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. (อัสสัมชัญ).
- มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2552). รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน
- อาภาพงศ์ กฤตเวทิน. (2545). ปัญหาคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. (อัสสัมชัญ).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2546). **กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.**

1951.กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน

_____. (2546). **วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ:ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญ**

ต่างประเทศ.กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน

วิรัช วิรัชชนาภวรรณ. (2554). “ศาลรัฐธรรมนูญไทย:เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคล กับ ศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น”

ศาลรัฐธรรมนูญไทยarticle compare con court ค้นคืนวันที่ 27 มิถุนายน 2554 จาก

<http://www.wiruch.com/article%20for%20article%20compare%20con%20court>

วิสา อิ่มใจ. (2553). “**ปัญหาว่าด้วยโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ:ศึกษา**

เปรียบเทียบศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุดา วิศรุตพิชญ์. (2542). **รัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย ญี่ปุ่น.** กรุงเทพมหานคร:สำนักงานคณะกรรมการ

วิจัยแห่งชาติ “Court of Japan – Act No.59 of April 16,1947” Retrieved June 8, 2011 from

<http://www.asian//.org/jp/legis/laws//caan59aa161947211>

“The Constitutional Court Act of the Republic of Korea” Retrieved June 8,2011 from

http://www.court.goKr/home/att.file/download/constitutional_court_act.pdf