



การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายไทย

โดย

นายฤทธิรักษ์ กัลยาณภัทรศิษฐ์

ดุษฎีนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายไทย

โดย

นายฤทธิรักษ์ กัลยาณภัทรศิษฐ์



คู่มือฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



CHECKS AND BALANCES OF THE JUDICIAL BRANCH
IN THAI LEGAL SYSTEM

BY

Mr. RIDTHIPAT KALLAYANAPATTHARASIT



A DISSERTATION SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE
REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF DOCTOR OF LAWS

FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

คฤษฎีนิพนธ์

ของ

นายฤทธิภัฏ กัลยาณภัทรศิษฐ์

เรื่อง

การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายไทย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์คฤษฎีบัณฑิต

เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

Vun Inan

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. นิธิ เอียวศรีวงศ์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(อาจารย์บุญเชตร พุ่มทิพย์)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อขุณินพนธ์	การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายไทย
ชื่อผู้เขียน	นายฤทธิภูมิ กัลยาณภัทรศิษฐ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยโดยเปรียบเทียบกับระบบของต่างประเทศที่มีการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยโดยใช้ระบบของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนีและญี่ปุ่นเป็นประเทศหลัก การเปรียบเทียบพิจารณาทั้งในแง่พัฒนาการ มโนทัศน์ที่เป็นหลักการพื้นฐาน การจัดโครงสร้างการบริหาร และระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ให้เห็นจุดบกพร่องในระบบของไทยและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขจุดบกพร่องนี้

จากการศึกษาพบว่าระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบของแต่ละศาลยกเว้นระบบศาลทหารจะให้ความสำคัญกับหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมาก ซึ่งความเป็นอิสระดังกล่าวมีลักษณะเป็นความเป็นอิสระแบบสัมบูรณ์(Absolute Independence) ที่มุ่งปฏิเสธความสัมพันธ์กับองค์กรภายนอกโดยมองว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดจะเป็นช่องทางในการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการได้ ดังนั้น ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการเป็นอิสระจึงเป็นระบบการตรวจสอบกันเองภายในฝ่ายตุลาการ(Judicial Self-Regulation) หรือให้ฝ่ายตุลาการได้ปกครองกันเอง(Judicial Self-Government) ส่วนในระบบศาลทหารจะแตกต่างไปจากระบบศาลอื่นๆ โดยสิ้นเชิง เนื่องจากไม่ได้มีการแยกสถานะศาลและตุลาการออกจากสถานะข้าราชการทหาร อีกทั้งไม่มีหลักประกันความเป็นอิสระที่มั่นคงเพียงพอจึงทำให้โครงสร้างตลอดจนระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบของระบบศาลทหารจึงไม่ได้สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการและควรจะต้องมีการปรับปรุงให้ระบบศาลทหารเป็นระบบศาลสมัยใหม่ที่สอดคล้องกับหลักการสากล

ระบบและกลไกต่างๆ ในการถ่วงดุลและตรวจสอบระบบศาลยุติธรรมจะวางอยู่บนฐานของระบบการตรวจสอบกันเองภายในฝ่ายตุลาการอย่างเข้มข้นจึงมีการถ่วงดุลและตรวจสอบจากองค์กรภายนอกน้อย ขาดการเชื่อมโยงกับประชาชนโดยมองว่าจะเป็นช่องทางให้ฝ่ายการเมืองแทรกแซงฝ่ายตุลาการได้ ทำให้ระบบศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และหากพิจารณาถึงระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบภายในของฝ่ายตุลาการจะพบว่า มีลักษณะที่เป็นระบบปิดและอาจก่อให้เกิดความไม่อิสระภายในฝ่ายตุลาการ ส่วนในระบบศาลปกครองซึ่งได้ก่อตั้งขึ้นมาใหม่หลังรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ.2540 จึงมีลักษณะเป็นองค์กรที่เปิดกว่าในระบบศาลยุติธรรม แต่ยังมีข้อบกพร่องที่ควรได้รับการแก้ไขในบางจุด

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องในระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบใน 5 เรื่องที่สำคัญ ได้แก่ ประการแรก ปัญหาฐานรากของฝ่ายตุลาการที่แม้ฝ่ายตุลาการไทยจะยึดถือหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเป็นพื้นฐานเหมือนกับสากลประเทศ แต่เป็นความอิสระแบบสัมบูรณ์ที่มุ่งจำกัดความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับฝ่ายอื่นๆ ในสังคมโดยเฉพาะฝ่ายการเมืองจึงควรแก้ไขให้ฝ่ายตุลาการยังคงมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีได้แต่ก็สามารถถูกถ่วงดุลและตรวจสอบโดยฝ่ายอื่นได้เช่นกัน หรือเป็นฝ่ายตุลาการมีความเป็นอิสระแบบพร้อมรับผิดได้ ประการที่สอง ปัญหาการจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการและการจัดระเบียบผู้พิพากษาที่จะต้องเปิดให้องค์กรภายนอกมีส่วนร่วมในการบริหารฝ่ายตุลาการมากขึ้น และปรับปรุงระบบการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกให้มีความเหมาะสมมากขึ้น

ประการที่สาม ปัญหาการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลการควรจะต้องมีการบัญญัติความรับผิดชอบต่างๆ ให้ชัดเจน และมีระบบคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เหมาะสม ประการที่สี่ ปัญหาการถ่วงดุลและตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น สำหรับมาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีควรจะต้องปรับระบบการควบคุมภายในที่ให้ตุลาการเป็นผู้มีอำนาจควบคุมอย่างมากโดยให้ผู้พิพากษามีอิสระมากขึ้นในการพิจารณาคดีและควรจะต้องเปิดให้ประชาชนทั่วไปที่ไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญได้เข้าร่วมพิจารณาพิพากษาคดีร่วมกับองค์กรคณะผู้พิพากษาอันเป็นการถ่วงดุลอำนาจของผู้พิพากษาประเภทหนึ่ง ส่วนในระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการควรปรับให้มีช่องทางและเครื่องมือที่หลากหลายเพื่อให้การตรวจสอบสามารถทำได้อย่างครอบคลุมรอบด้าน และควรจะมีการรับรองเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการให้มากขึ้น ประการสุดท้าย ปัญหาของการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ควรให้ฝ่ายการเมืองเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลศาลรัฐธรรมนูญโดยการคัดเลือกตุลาการที่มีระบบการคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการได้ และปรับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีขอบเขตที่จำกัดมากขึ้นและมุ่งไปที่

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากกว่าการควบคุมตรวจสอบปัญหาทางการเมือง และจะต้องมีการบัญญัติรับรองหลักการยับยั้งตนเองของฝ่ายตุลาการให้ชัดเจน

ข้อเสนอในการปรับปรุงฝ่ายตุลาการนี้มีเงื่อนไขสองประการ ประการแรก โครงสร้างองค์กรทางการเมืองจะต้องเป็นการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยที่อย่างน้อยที่สุดองค์กรทางการเมืองหลักทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านการเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยอ้อมของประชาชน และประการที่สอง ในรัฐธรรมนูญจะต้องรับรองความแตกต่างหลากหลายของกลุ่มการเมืองต่างๆ เพราะการเปิดให้องค์กรภายนอกเข้าไปถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการให้มากขึ้นจำเป็นจะต้องให้องค์กรภายนอกนั้นถ่วงดุลและตรวจสอบกันเองเพื่อให้การคานอำนาจขององค์กรภายนอกดังกล่าวจนไม่สามารถมีกลุ่มการเมืองใดแต่เพียงกลุ่มเดียวมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายตุลาการทั้งหมด ดังนั้น หากองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการเป็นระบอบเผด็จการที่อำนาจทั้งหมดถูกรวมศูนย์เบ็ดเสร็จเด็ดขาดก็จะทำให้ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการตามข้อเสนอนี้กลายเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการได้

คำสำคัญ: การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ, ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ, ความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ, การศึกษาเปรียบเทียบระบบตุลาการ, ระบบตุลาการของไทย

Dissertation Title	CHECKS AND BALANCES OF JUDICIAL BRANCH IN THAI LEGAL SYSTEM
Author	Mr. Ridthipat Kallayanapattharasit
Degree	Doctor of Laws
Department/Faculty/University	Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assoc. Prof. Dr. Worachet Pakeerut
Thesis Co-Advisor	Assist. Prof. Dr. Jantajira Iammayura
Academic Years	2015

ABSTRACT

This thesis intends to study Thai judiciary checks and balances system comparing to other liberal democracy states particularly United States of America (U.S.A.), England, France, Germany, and Japan. The comparison takes into account the development, the basic principle concepts, the administration structuring, and the judiciary checks and balances system with an intention to point out defects and offer revision recommendations.

According to the study, the checks and balances system of every court but military court give precedence to the principle of the independence of the judiciary which is an absolute independence. With such independence, the courts deny association with external organizations for fear that it may lead to intervention. Thus, the only checks and balances system that allows the judges with independence is Judicial Self-Regulation or Judicial Self-Government system. The military court, however, employs completely different system since there is no separation between judiciary and military status besides there is no constant independence guarantee. So, the structure, system, and mechanism of checks and balances system of military court is inconsistent with the principle of the independence of the judiciary and, therefore,

need to be revised so as to correspond with modern court system and international principle.

The Court of Justice checks and balances system and mechanisms base seriously upon judicial self-regulation system with a small number of checks and balances from external organizations and refuse any linkage with people lest it may lead to a political intervention. Accordingly, the Court of Justice is lacking of democratic legitimacy. Moreover, it is found that the judiciary checks and balances system is a closed system and may bring about dependence within the judiciary. For the Administrative Court that was founded after the B.E. 2540 Constitution, although the system is more disclosed than Justice Court, it is yet defective and need to be revised in some certain parts.

This thesis suggests five critical revisions in checks and balances system. First of all, the problem of judiciary foundation that adheres to absolute independence principle and limits relationship between itself and other organization particularly the political branches. The judiciary should maintain its independence in hearing and ruling but able to be checked and balanced by other organizations or else the judiciary should have liability along with its independence.

Secondly, the problem of structuring judiciary administration and reforming judges. External organizations must be allowed to participate more in judiciary administration with a more appropriate checking system.

Thirdly, problem of prescription of judiciary liability. The liability must be apparent, meanwhile, the judiciary independence must be protected in order to conduct proper hearing and ruling.

Fourthly, the checks and balances system. The hearing controlling measure ought to allow the judge with more independence and should allow people other than the experts to participate in hearing and ruling so as to balance the power of the judge. For the checking system, more channels and equipments are necessary to increase comprehension in checking and freedom of judiciary criticism must be assured.

Lastly, checking and balancing power of the Constitutional Court. The politicians ought to be able to balance the power of Constitutional Court by selecting judges and, in the meantime, providing a suitable system to protect judiciary independence. The jurisdiction of the Constitutional Court should be limited and emphasize mainly on the protection of human rights rather than inspection of political issues. Besides, the judiciary self-restrain principle has to be explicitly legislated.

These judiciary revision recommendations come along with two conditions. First, the political structure must be liberal democracy system. At least, the legislative and the administrative sections need to be rightfully selected either directly or indirectly. Second, the constitution obliges to assure a diversity of political groups since the participation of external organizations in checks and balances system requires power balancing between differentiable political groups that none of them holds supreme power in judiciary checking. If the external organizations become absolute ruler with entirely centralized power, the judiciary will be controlled effortlessly by dictatorship.

Keywords: Judiciary Supervision, Judicial Independence, Judiciary Liability, Comparative Study of Judicial Systems, Judicial System

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเกิดขึ้นและสำเร็จเรียบร้อยลงไปได้หากปราศจากความกรุณาอย่างสูงจากรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณาจารย์คณะนิติราษฎร์ทุกท่านที่ได้จัดประกายความสงสัยให้แก่ผู้เขียนจากการเข้าร่วมรับฟังเสวนาวิชาการเรื่อง “ตุลาการ มโนธรรมสำนึก ประชาธิปไตย” ที่จัดโดยคณะนิติราษฎร์ จนได้พัฒนามาเป็นหัวข้อวิทยานิพนธ์ โดยท่านทั้งสองยังกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาที่ได้ให้แง่คิด ทศนคติ ความรู้ ข้อเสนอแนะที่ดีเยี่ยมต่อผู้เขียน และที่สำคัญที่สุด ท่านทั้งสองยังได้ปฏิบัติตนเป็นแบบอย่างที่ดีถึงภาระหน้าที่ในฐานะนักวิชาการที่จะต้องให้ความรู้ต่อสังคมอย่างซื่อสัตย์และมั่นคงในหลักวิชาการ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณอย่างยิ่งต่อศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานกรรมการ ศาสตราจารย์ ดร.นิธิ เอียวศรีวงศ์ ท่านบุญเชษฐ์ พุ่มทิพย์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ วรัญญู ประธานกรรมการในการสอบเข้าศึกษาในหลักสูตรปริญญาเอกนี้ ที่ได้ให้ความเมตตาต่อผู้เขียนอย่างยิ่งในการสอบและให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้

ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ ห้องสมุดปรีดี พนมยงค์ ห้องสมุดปวย อึ้งภากร เจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต และเจ้าหน้าที่ของคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทุกท่านที่อำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เขียนในการใช้บริการต่างๆ ของมหาวิทยาลัย ผู้เขียนขอขอบคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ อดีตคณบดี เพื่อนคณาจารย์และเจ้าหน้าที่ประจำสำนักวิชาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และเพื่อนๆ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตทุกท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นความเห็นทางวิชาการโดยสุจริตโดยนำเสนอแนวทางในการปรับปรุงระบบตุลาการให้ทันสมัยที่สอดคล้องกับหลักวิชาการที่เป็นสากล หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคุณประโยชน์ใดๆ ผู้เขียนขออุทิศให้กับท่านผู้มีอุปการคุณต่อผู้เขียนทุกท่าน แต่หากมีข้อบกพร่องประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้เพื่อปรับปรุงแก้ไขในโอกาสต่อไป

นายฤทธิภูมิ กัลยาณภัทรศิษฐ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและสภาพปัญหา	1
1.2 สมมุติฐานการศึกษา	10
1.3 วิธีการและขอบเขตการศึกษา	10
1.4 วัตถุประสงค์การศึกษา	11
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	12
บทที่ 2 ความเป็นมาและหลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ	13
2.1 ความเป็นมาของแนวคิดว่าด้วยการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในปัจจุบัน	13
2.1.1 ฝ่ายตุลาการในฐานะผู้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน	13
2.1.1.1 บทบาทของฝ่ายตุลาการตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมใหม่	13
2.1.1.2 รูปแบบของศาลที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบ	14
2.1.2 การยกระดับหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ	17
2.1.2.1 ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในฐานะสิทธิมนุษยชน	17
2.1.2.2 มาตรฐานสากลว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ	20
2.1.3 ผลกระทบที่เกิดจากการเพิ่มบทบาทของฝ่ายตุลาการ	29
2.1.3.1 ปัญหาคุลยภาพทางการเมือง	30
2.1.3.2 ปัญหาขอบเขตความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ	32
2.2 หลักการทางกฎหมายในการควบคุมอำนาจของฝ่ายตุลาการ	36

2.2.1 หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ	36
2.2.1.1 ความหมายของความชอบธรรมทางประชาธิปไตย	37
2.2.1.2 สาระสำคัญของหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย	38
2.2.1.3 การเสริมความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ	40
2.2.2 หลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ	43
2.2.2.1 ความเป็นมาของมโนทัศน์ว่าด้วยความพร้อมรับผิด	43
2.2.2.2 มโนทัศน์ว่าด้วยความพร้อมรับผิด	44
2.2.2.3 ประเภทของความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ	45
2.2.2.4 รูปแบบการสร้างกลไกความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ	46
2.3 หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ	48
2.3.1 วัตถุประสงค์ของการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ	49
2.3.1.1 หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ	49
2.3.1.2 หลักประชาธิปไตย	50
2.3.1.3 หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ	52
2.3.1.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน	53
2.3.2 ประเภทของระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ	55
2.3.2.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงสถาบัน	55
2.3.2.2 การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงองค์กร	56
2.3.2.3 การถ่วงดุลและตรวจสอบพฤติกรรมขององค์กรตุลาการ	59
บทที่ 3 พัฒนาการของฝ่ายตุลาการ	61
3.1 พัฒนาการฝ่ายตุลาการในยุคคณะราษฎร	61
3.1.1 การแยกฝ่ายตุลาการให้เป็นอิสระแบบสมัยใหม่	62
3.1.1.1 ลักษณะของฝ่ายตุลาการก่อนการอภิวัฒน์สยาม 2475	62
3.1.1.2 กำเนิดฝ่ายตุลาการแบบสมัยใหม่หลังการอภิวัฒน์สยาม 2475	63
3.1.2 การปฏิรูปโครงสร้างฝ่ายตุลาการ	68
3.1.2.1 การจัดโครงสร้างระบบศาล	68
3.1.2.2 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ	69

3.1.2.3 การก่อตั้งระบบการศึกษากฎหมายใหม่	72
3.1.2.4 การเปลี่ยนผ่านตัวผู้พิพากษาแบบค่อยเป็นค่อยไป	72
3.2 พัฒนาการฝ่ายตุลาการในยุคเผด็จการ	73
3.2.1 การสร้างระบอบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ	74
3.2.2 การเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกลับไปหาสถาบันพระมหากษัตริย์	77
3.2.3 การเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมาย	80
3.2.4 การใช้อำนาจแบบยั้งตนเอง	82
3.3 พัฒนาการของฝ่ายตุลาการหลังรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2540	84
3.3.1 การปฏิรูปฝ่ายตุลาการในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540	85
3.3.1.1 การเพิ่มบทบาทของฝ่ายตุลาการให้เป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ	85
3.3.1.2 การแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรม	87
3.3.2 ความเปลี่ยนแปลงของฝ่ายตุลาการในยุคตุลาการภิวัตน์	89
3.3.2.1 ความเปลี่ยนแปลงในบทบาททางการเมืองของฝ่ายตุลาการ	90
3.3.2.2 ความเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างอำนาจของฝ่ายตุลาการ	94
3.3.3 ผลกระทบของตุลาการภิวัตน์ต่อรากฐานของระบบการเมืองไทย	95
3.3.3.1 ผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ	95
3.3.3.2 ผลกระทบต่อหลักประชาธิปไตย	96
3.3.3.3 ผลกระทบต่อหลักความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ	97
3.4 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา	98
3.4.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการ	98
3.4.1.1 ปัญหาเชิงมนทัศน์ของฝ่ายตุลาการ	99
3.4.1.2 ปัญหาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการไทยที่ไม่สมดุล	107
3.4.1.3 ปัญหาการปรับตัวไม่ทันของระบบกฎหมายไทย	108
3.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา	112
3.4.2.1 การแก้ไขปัญหาเชิงมนทัศน์ของฝ่ายตุลาการ	112
3.4.2.2 การแก้ไขปัญหาพัฒนาการที่ไม่สมดุล	112
3.4.2.3 การแก้ไขปัญหาการปรับตัวไม่ทันของระบบกฎหมาย	112

บทที่ 4 การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ	113
4.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไทย	113
4.1.1 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทย	114
4.1.1.1 การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรม	114
4.1.1.2 การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลปกครอง	121
4.1.1.3 การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลทหาร	126
4.1.2 กลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไทย	128
4.1.2.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบโดยรัฐสภา	128
4.1.2.2 การตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ	131
4.1.2.3 การตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ	138
4.1.2.4 การตรวจสอบการบริหารภายในฝ่ายตุลาการ	142
4.2 การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการแบบยุโรป	144
4.2.1 การจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรป	144
4.2.1.1 ระบบรวมอำนาจแบบเยอรมนี	145
4.2.1.2 ระบบแบ่งอำนาจแบบฝรั่งเศส	154
4.2.1.3 ระบบกระจายอำนาจแบบอังกฤษ	161
4.2.2 กลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารแบบยุโรป	166
4.2.2.1 การควบคุมการบริหารฝ่ายตุลาการโดยรัฐสภา	167
4.2.2.2 การถ่วงดุลอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ	168
4.2.2.3 การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน	172
4.2.2.4 การอนุญาตให้ผู้พิพากษารวมกลุ่ม	175
4.3 การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารแบบอเมริกัน	177
4.3.1 การจัดโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกัน	178
4.3.1.1 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกา	178
4.3.1.2 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการของญี่ปุ่น	183
4.3.1.3 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการของเกาหลีใต้	187
4.3.2 กลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารแบบอเมริกัน	190
4.3.2.1 การควบคุมองค์กรบริหาร	191

4.3.2.2 การควบคุมงบประมาณรายจ่ายของฝ่ายตุลาการ	192
4.3.2.3 การควบคุมการตรากฎหมายของฝ่ายตุลาการ	193
4.3.2.4 การควบคุมการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา	195
4.3.2.5 การควบคุมการดำเนินงานทั่วไปโดยรัฐสภา	196
4.4 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา	198
4.4.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา	198
4.4.1.1 ปัญหาการควบคุมองค์กรบริหาร	198
4.4.1.2 ปัญหาการถ่วงดุลอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ	201
4.4.1.3 ปัญหาการขาดกลไกการถ่วงดุลการบริหารงานฝ่ายตุลาการ	206
4.4.1.4 ปัญหาข้อบกพร่องในระบบการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ	208
4.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา	212
4.4.2.1 การปรับเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ	213
4.4.2.2 การเพิ่มกลไกการถ่วงดุลการบริหารฝ่ายตุลาการ	217
4.4.2.3 การเพิ่มกลไกการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ	218
บทที่ 5 การจัดระเบียบผู้พิพากษา	221
5.1 การจัดระเบียบผู้พิพากษาไทย	222
5.1.1 การคัดเลือกผู้พิพากษา	222
5.1.1.1 ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรม	222
5.1.1.2 ระบบการคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง	225
5.1.1.3 ระบบการคัดเลือกตุลาการศาลทหาร	229
5.1.2 การกำหนดค่าตอบแทน	231
5.1.2.1 ระบบค่าตอบแทนผู้พิพากษาศาลยุติธรรม	231
5.1.2.2 ระบบค่าตอบแทนตุลาการศาลปกครอง	237
5.1.2.3 ระบบค่าตอบแทนตุลาการศาลทหาร	239
5.1.3 การเลื่อนตำแหน่ง	240
5.1.3.1 ระบบเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม	240

5.1.3.2 ระบบเลื่อนตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง	243
5.1.3.3 ระบบเลื่อนตำแหน่งตุลาการศาลทหาร	246
5.1.4 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่	246
5.1.4.1 ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม	247
5.1.4.2 ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง	251
5.1.4.3 ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลทหาร	253
5.2 การจัดระเบียบผู้พิพากษาแบบตุลาการอาชีพ	254
5.2.1 การคัดเลือกผู้พิพากษา	255
5.2.1.1 ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาในเยอรมนี	255
5.2.1.2 ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในฝรั่งเศส	261
5.2.2 การเลื่อนตำแหน่ง	268
5.2.2.1 ระบบการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในเยอรมนี	268
5.2.2.2 ระบบการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในฝรั่งเศส	272
5.2.3 การกำหนดค่าตอบแทน	275
5.2.3.1 ระบบค่าตอบแทนผู้พิพากษาในเยอรมนี	275
5.2.3.2 ระบบค่าตอบแทนผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในฝรั่งเศส	278
5.2.4 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่	281
5.2.4.1 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในเยอรมนี	281
5.2.4.2 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในฝรั่งเศส	283
5.3 การจัดระเบียบผู้พิพากษาแบบตุลาการวิชาชีพ	285
5.3.1 การคัดเลือกผู้พิพากษา	285
5.3.1.1 การคัดเลือกผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา	285
5.3.1.2 การคัดเลือกผู้พิพากษาในอังกฤษ	294
5.3.2 การควบคุมผู้พิพากษา	301
5.3.2.1 ระบบการควบคุมผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา	301
5.3.2.2 ระบบการควบคุมผู้พิพากษาในอังกฤษ	302
5.4 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา	303
5.4.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา	303
5.4.1.1 ปัญหาเชิงโครงสร้างของการจัดระเบียบผู้พิพากษา	304

5.4.1.2 ปัญหาเชิงระบบการจัดระเบียบผู้พิพากษา	305
5.4.1.3 ปัญหาเชิงกลไกการจัดระเบียบผู้พิพากษา	309
5.4.1.4 ปัญหาการจัดระเบียบตุลาการศาลทหาร	318
5.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา	318
5.4.2.1 การปฏิรูปโครงสร้างการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา	318
5.4.2.2 การปฏิรูปกลไกการจัดระเบียบผู้พิพากษา	319
5.4.2.3 การปฏิรูประบบการบริหารงานบุคคลตุลาการในศาลทหาร	321
บทที่ 6 ความรับผิดชอบของผู้พิพากษา	323
6.1 ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลไทย	323
6.1.1 ความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญ	323
6.1.1.1 ตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอนได้	324
6.1.1.2 การยื่นถอดถอน	324
6.1.1.3 กระบวนการถอดถอน	325
6.1.2 ความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญา	326
6.1.2.1 ความรับผิดชอบทางแพ่ง	327
6.1.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญา	328
6.1.3 ความรับผิดชอบทางวินัย	329
6.1.3.1 ระบบการพิจารณาโทษทางวินัยในศาลยุติธรรม	330
6.1.3.2 ระบบการพิจารณาโทษทางวินัยในศาลปกครอง	333
6.2 ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาต่างประเทศ	337
6.2.1 ความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญ	337
6.2.1.1 การถอดถอนผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา	337
6.2.1.1 การถอดถอนผู้พิพากษาในญี่ปุ่น	342
6.2.1.1 การถอดถอนผู้พิพากษาในเยอรมนี	344
6.2.2 ความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญา	346
6.2.2.1 ความรับผิดชอบทางแพ่ง	346
6.2.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญา	351

6.2.3 ความรับผิดชอบทางวินัย	352
6.2.3.1 ระบบการพิจารณาแบบปิดของสหรัฐอเมริกา	353
6.2.3.2 ระบบการพิจารณาแบบเปิดของฝรั่งเศส	356
6.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญา	359
6.3.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา	359
6.3.1.1 ปัญหาความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญ	359
6.3.1.2 ปัญหาความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญา	363
6.3.1.3 ปัญหาความรับผิดชอบทางวินัย	366
6.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญา	368
6.3.2.1 การปรับปรุงระบบการถอดถอนผู้พิพากษา	368
6.3.2.2 การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญาของผู้พิพากษาให้ชัดเจน	370
6.3.2.3 การเปลี่ยนแปลงระบบการพิจารณาความรับผิดชอบทางวินัย	370
บทที่ 7 มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดี	373
7.1 มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีในไทย	373
7.1.1 ระบบการจ่ายสำนวน	373
7.1.1.1 ระบบการจ่ายสำนวนในระบบศาลยุติธรรม	374
7.1.1.2 ระบบการจ่ายสำนวนในระบบศาลปกครอง	377
7.1.2 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในคดี	379
7.1.2.1 เหตุแห่งความไม่เป็นกลาง	379
7.1.2.2 มาตรการขจัดความไม่เป็นกลาง	381
7.1.3 ระบบการถ่วงดุลผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี	382
7.1.3.1 ระบบผู้พิพากษาสมทบในศาลยุติธรรม	382
7.1.3.2 ระบบตุลาการผู้แถลงคดีในระบบศาลปกครอง	386
7.1.3.3 ระบบตุลาการนายทหารสัญญาบัตรในศาลทหาร	387
7.1.4 ระบบการตรวจสำนวนคดี	387
7.1.4.1 การตรวจสำนวนคดีในศาลยุติธรรม	388
7.1.4.2 การตรวจสำนวนคดีในศาลอื่น	391
7.2 มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีในต่างประเทศ	393

7.2.1 ระบบการจ่ายสำนวนคดี	393
7.2.1.1 การจ่ายสำนวนโดยการสุ่ม	393
7.2.1.2 การจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจ	394
7.2.1.3 การจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวน	394
7.2.2 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษา	398
7.2.2.1 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในฝรั่งเศส	399
7.2.2.2 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในเยอรมนี	400
7.2.2.3 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา	402
7.2.3 ระบบผู้พิพากษาสมทบ	404
7.2.3.1 สถานะของระบบผู้พิพากษาสมทบ	404
7.2.3.2 การคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบ	405
7.2.3.3 การถ่วงดุลอำนาจระหว่างผู้พิพากษาอาชีพกับผู้พิพากษาสมทบ	406
7.2.4 การถ่วงดุลผู้พิพากษาโดยคณะลูกขุน	407
7.2.4.1 ระบบลูกขุนตัดสินคดี	407
7.2.4.2 ระบบลูกขุนให้คำปรึกษาแบบเกาหลีใต้	410
7.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา	416
7.3.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา	416
7.3.1.1 ปัญหาของระบบการจ่ายสำนวน	416
7.3.1.2 ปัญหาของระบบการควบคุมความเป็นกลาง	418
7.3.1.3 ปัญหาของระบบการถ่วงดุลการพิจารณาคดี	420
7.3.1.4 ปัญหาของระบบการตรวจสำนวนคดี	423
7.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา	425
7.3.2.1 การเปลี่ยนระบบการจ่ายสำนวน	425
7.3.2.2 การเพิ่มเติมระบบการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษา	427
7.3.2.3 การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี	427
7.3.1.4 การยกเลิกระบบการตรวจสำนวนคดี	427
บทที่ 8 การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ	429
8.1 ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการไทย	429

8.1.1 ระบบการอุทธรณ์-ฎีกา	429
8.1.1.1 การอุทธรณ์-ฎีกาในระบบศาลยุติธรรม	429
8.1.1.2 การอุทธรณ์ในระบบศาลปกครอง	435
8.1.1.3 การอุทธรณ์-ฎีกาในระบบศาลทหาร	437
8.1.2 การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่	438
8.1.2.1 การร้องขอให้พิจารณาคดีแพ่งใหม่	439
8.1.2.2 การร้องขอให้พิจารณาคดีอาญาใหม่	439
8.1.2.3 การร้องขอให้พิจารณาคดีปกครองใหม่ในศาลปกครอง	441
8.1.3 การตรวจสอบโดยฝ่ายการเมือง	442
8.1.3.1 การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายการเมือง	442
8.1.3.2 การใช้เครื่องมือทางกฎหมายตรวจสอบฝ่ายตุลาการ	443
8.1.4 การตรวจสอบโดยสาธารณะชน : การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการ	445
8.2 ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการในต่างประเทศ	448
8.2.1 การตรวจสอบทางตุลาการ	448
8.2.1.1 ระบบการอุทธรณ์	448
(1) ระบบการอุทธรณ์สองชั้นแบบซ้ำซ้อน	448
(2) ระบบการอุทธรณ์สองชั้นแบบไม่ซ้ำซ้อน	453
8.2.1.2 ระบบการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่	465
8.2.1.3 ระบบการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยฝ่ายตุลาการ	469
8.2.2 การตรวจสอบทางการเมือง	475
8.2.2.1 การตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง	475
8.2.2.2 การตรวจสอบโดยสาธารณะชน : การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการ	484
8.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา	491
8.3.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา	491
8.3.1.1 ปัญหาระบบการตรวจสอบทางตุลาการ	491
8.3.1.2 ปัญหาระบบการตรวจสอบทางการเมือง	499
8.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา	508
8.3.2.1 การปรับปรุงช่องทางการตรวจสอบทางตุลาการ	508
8.3.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการตรวจสอบทางการเมือง	510

บทที่ 9 การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญ	513
9.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญไทย	514
9.1.1 การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	514
9.1.1.1 ระบบโควตา	515
9.1.1.2 ระบบการคัดเลือกร่วมกัน	515
9.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	517
9.2 การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ	519
9.2.1 การคัดเลือกองค์กรตุลาการ	519
9.2.1.1 องค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการ	519
9.2.1.2 มาตรการถ่วงดุลและประกันความเป็นอิสระของตุลาการ	521
9.2.2 การกำหนดข้อจำกัดในการพิจารณาคดี	526
9.2.2.1 การจำกัดผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ	526
9.2.2.2 การกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาการรับคดีไว้พิจารณา	527
9.2.2.3 การกำหนดระบบการกลั่นกรองคดี	528
9.2.2.4 การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์	530
9.2.3 การยับยั้งอำนาจตนเอง	531
9.2.3.1 การจำกัดอำนาจตนเองในกระบวนการพิจารณา	531
9.2.3.2 การจำกัดอำนาจตนเองในทางเนื้อหา	532
9.2.3.3 การจำกัดอำนาจตนเองในผลคำวินิจฉัย	534
9.2.4 ระบบการตรวจสอบในทางการเมือง	535
9.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา	536
9.3.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา	536
9.3.1.1 ปัญหาการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	536
9.3.1.2 ปัญหาการกำหนดเขตอำนาจและข้อจำกัดในการพิจารณาคดี	538
9.3.1.3 ปัญหาการไม่ยับยั้งอำนาจตนเอง	540
9.3.1.4 ปัญหากระบวนการตรวจสอบทางการเมือง	545

9.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญา	546
9.3.2.1 การเปลี่ยนระบบการคัดเลือกบุคลากร	546
9.3.2.2 การกำหนดเขตอำนาจและเงื่อนไขการใช้อำนาจ	547
9.3.2.3 การบัญญัติรับรองหลักการยับยั้งอำนาจตนเองไว้ในรัฐธรรมนูญ	548
9.3.2.4 การปรับปรุงระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจ	549
 บทที่ 10 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	 551
10.1 บทสรุป	551
10.2 ข้อเสนอแนะ	557
 บรรณานุกรม	 567
ประวัติผู้เขียน	581



บทที่ 1

บทนำ

“...องค์คณะที่ข้าพเจ้าจะเรียกว่า “ตริบุนล” นี้ คือผู้ดำรงไว้ซึ่งกฎหมายและอำนาจนิติบัญญัติ บางครั้งก็ปกป้องรัฐธรรมนูญจากรัฐบาลเช่นที่ผู้คุ้มครองประชาชนแห่งโรมเคยทำมาแล้ว บางครั้งก็คำจุนรัฐบาลเพื่อคัดง้างกับประชาชน ดังที่สกาลิคนแห่งเวนิสทำอยู่ในปัจจุบัน และบางทีก็ดำรงดุลของทั้งสองฝ่าย เช่นที่เฮอร์แห่งสปรตาทำ... ตริบุนลนี้ ถ้าควบคุมให้ดี จะเป็นผู้คำจุนที่แข็งแกร่งที่สุดของโครงสร้าง แต่ถ้ามันมีอำนาจมากขึ้นอีกเพียงนิดเดียวมันจะคว้าทุกอย่างได้ ส่วนจุดอ่อนนั้นไม่มีอยู่ในธรรมชาติของมัน... สมมุติว่ามันมีอำนาจขึ้นมาแล้ว มันก็จะมีวันเป็นอะไรที่น้อยกว่าที่มันควรเป็น มันจะเสื่อมลงเป็นเผด็จการเมื่อแย่งชิงอำนาจบริหาร ทั้งที่ควรเป็นผู้ยับยั้ง หรือเมื่ออยากจะใช้กฎหมาย ทั้งที่ต้องเป็นผู้ปกป้อง¹...”

ฌอง-ฌากส์ รูสโซ

สัญญาประชาคม/

หลักแห่งสิทธิทางการเมือง

1.1 ที่มาและสภาพปัญหา

องค์กรที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทของคนในสังคมนั้นเป็นองค์กรที่อยู่คู่กับสังคมมนุษย์มาอย่างยาวนาน อย่างน้อยที่สุดองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวนี้เกิดขึ้นหรือถูกสถาปนาอย่างเป็นทางการพร้อมกับการสถาปนาระบบการปกครองของสังคมมนุษย์ ในยุคสมัยที่มนุษย์ยังไม่รู้จักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) อำนาจในการตัดสินข้อพิพาทของคนในสังคมที่เรียกในยุคต่อมาว่าอำนาจตุลาการย่อมเป็นของผู้ทรงอำนาจสูงสุดในดินแดนนั้นๆ และมักเป็นคนๆ เดียวกับผู้ที่ใช้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ โดยผู้ใช้อำนาจดังกล่าวอาจจัดตั้งหรือมอบหมายให้องค์กรหรือบุคคลอื่นที่เรียกว่าศาล

¹ ฌอง-ฌากส์ รูสโซ, สัญญาประชาคม/หลักแห่งสิทธิทางการเมือง, แปลโดย วิภาดา กิตติโกวิท,(กรุงเทพมหานคร : ทับหนังสือ, 2550), 205 – 206.

หรือผู้พิพากษาหรือตุลาการใช้อำนาจแทนตนก็ได้ แต่องค์กรเหล่านั้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของผู้ปกครอง ปัญหาของการปกครองมนุษย์ในยุคสมัยนี้จึงอยู่ที่ว่าจะทำอย่างไรไม่ให้มนุษย์ผู้ปกครองใช้อำนาจโดยเผด็จการกดขี่บังคับ ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้นักทฤษฎีการเมืองในยุคมุขมนตรี (Enlightenment) หลายท่าน มองเตสกีเอร์กับแนวความคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจก็เป็นหนึ่งในนั้น

มองเตสกีเอร์ได้นำเสนอแนวความคิดว่าด้วยการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองโดยให้แบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจสูงสุดออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ โดยให้แต่ละฝ่ายทำหน้าที่ถ่วงดุลและตรวจสอบซึ่งกันและกัน อันจะทำให้ไม่มีฝ่ายใดจะสามารถเผด็จอำนาจเบ็ดเสร็จได้แต่เพียงผู้เดียว หากทำเช่นนี้ได้ ประชาชนก็จะสามารถมีสิทธิและเสรีภาพได้ ปัจจัยสำคัญที่จะทำให้การแบ่งแยกอำนาจนี้ประสบความสำเร็จคือจะต้องรักษาสอดคล้องทางอำนาจระหว่างองค์กรผู้ถืออำนาจสูงสุดทั้งสาม ไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าหรือเข้าครอบงำองค์กรอื่นๆ ได้โดยสิ้นเชิง แนวความคิดของมองเตสกีเอร์ดังกล่าวได้รับการยอมรับและนำไปใช้ในรัฐต่างๆ ร่วมกับแนวความคิดของปรัชญาเมธีอีกหลายท่าน เช่น แนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของประชาชน (Popular Sovereignty) ของรูสโซ (Jean Jacques Rousseau) แนวความคิดว่าด้วยรัฐบาลอำนาจจำกัด (Limited Government) ของจอห์น ล็อก (John Locke) เป็นต้น

ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 อิทธิพลทางความคิดของปรัชญาเมธีในยุคมุขมนตรี (Enlightenment) เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดผลสะท้อนต่อระบอบการปกครองในอเมริกาและยุโรป สหรัฐอเมริกาได้ประกาศเอกราชจากอังกฤษเจ้าอาณานิคม สถาปนามหาชนรัฐ (Republic) ที่อำนาจประชาชนเป็นใหญ่หรือระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย (Democracy) ในปี ค.ศ. 1776 ส่วนในทวีปยุโรปเกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 เพื่อเรียกร้องระบอบการปกครองที่มนุษย์จะสามารถมีสิทธิและเสรีภาพที่แท้จริงได้โดยปราศจากการกดขี่โดยไม่เป็นธรรมจากผู้ปกครอง แม้การปฏิวัติฝรั่งเศสในครั้งแรกจะประสบกับความล้มเหลว แต่การปฏิวัตินั้นก็เป็นเชื้อไฟที่ทำให้เกิดการปฏิวัติต่อๆ กันไปทั่วทั้งทวีปยุโรปตลอดทั้งคริสต์ศตวรรษที่ 19 ระบอบการปกครองที่ในรัฐต่างๆ ในช่วงนั้นนิยมนำมาใช้เพื่อแสวงหาทางออกจากความวุ่นวายทางการเมืองอันเกิดจากการปฏิวัติดังกล่าวคือระบบรัฐสภา (Parliamentarism) ที่ประชาชนมีสิทธิเลือกตั้งตัวแทนของตนเข้าไปนั่งในสภาเพื่อทำหน้าที่ตรากฎหมาย ส่วนฝ่ายผู้ปกครองเดิมซึ่งส่วนใหญ่เป็นกษัตริย์ (Monarchy) ก็จะทำหน้าที่เป็นประมุขของรัฐโดยมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารให้ทำบังคับใช้กฎหมายของสภา โดยฝ่ายบริหารอาจรับผิดชอบต่อกษัตริย์แต่เพียงองค์กรเดียวหรืออาจจะรับผิดชอบต่อรัฐสภาด้วยก็ได้ในบางประเทศ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็น

การแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิดของมองเตสกีเอร์นั่นเอง ซึ่งรูปแบบการปกครองดังกล่าวนี้ในสมัยต่อๆ มาจึงค่อยๆ พัฒนาเป็นประชาธิปไตยโดยอำนาจของสถาบันกษัตริย์ค่อยๆ ลดน้อยถอยลงแทนที่โดยอำนาจของประชาชนจนกลายเป็นระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย (Democracy) ที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนทั้งหมดในปัจจุบัน

แม้ในทางทฤษฎี มองเตสกีเอร์จะกล่าวว่าหากมีการแบ่งแยกองค์กรที่ทำหน้าที่ใช้อำนาจทั้งสามออกจากกันได้แล้วและให้แต่ละฝ่ายสามารถถ่วงรั้งการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นได้ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะได้รับความคุ้มครอง แต่เมื่อทฤษฎีนี้ได้ถูกนำมาปฏิบัติจริงก็พบว่าไม่ใช่เรื่องง่ายดังที่มองเตสกีเอร์เขียนไว้ในหนังสือ ปัญหาของการปกครองมนุษย์หลังการแบ่งแยกอำนาจจึงเคลื่อนย้ายไปอยู่ที่ปัญหาดุลยภาพระหว่างองค์กรผู้ถืออำนาจทั้งสาม ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐต่างๆ ในยุโรป มีการก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นใช้ในการปกครอง โดยมีพื้นฐานจากแนวความคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอร์และแนวความคิดว่าด้วยเจตจำนงร่วม (General Will) ของฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ซึ่งแนวความคิดทั้งสองก่อให้เกิดแนวคิดที่เรียกว่า “ความมีอธิปไตยของรัฐบาล” (Sovereignty of Parliament) เนื่องจากรัฐสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงมีสถานะเป็นตัวแทนของประชาชน การใช้อำนาจของสภาจึงเป็นการใช้อำนาจของประชาชน กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภาจึงเป็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชนที่ไม่อาจมีองค์กรใดมาลบล้างได้เว้นแต่องค์กรประชาชนเอง แนวความคิดเช่นนี้จึงก่อให้เกิดช่องว่างในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือไม่มีองค์กรใดที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบและยับยั้งการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความล้มเหลวของหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดการปกครองแบบเผด็จการ และการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง

ข้อดีเพียงน้อยนิดจากสงครามโลกครั้งที่สองคือการให้บทเรียนต่อระบบกฎหมายว่าลำพังการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอร์ไม่เพียงพอที่จะหยุดยั้งอำนาจรัฐไม่ให้ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยจำต้องเสริมสร้างกลไกอื่นเพิ่มเติมจากหลักการที่มีอยู่เดิม หลักการที่ได้ถูกรื้อฟื้นขึ้นมาใหม่คือหลักสิทธิมนุษยชนหรือหลักการที่ประกันว่าสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ที่ไม่อาจถูกพรากไปได้ และแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมใหม่ที่ให้รัฐธรรมนูญทำหน้าที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิที่ได้รับการรับรองนั้น หลักการพื้นฐานทั้งหลายเหล่านี้ได้กลายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของระบอบการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย ซึ่งเป็นระบอบการปกครองที่ต่อสู้ขับเคี่ยวกับระบอบการปกครองแบบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์จนได้รับชัยชนะในปลายศตวรรษที่ 20

และได้รับการสถาปนากลายเป็นอุดมการณ์ทางการเมืองหลักของโลก เกือบทุกประเทศในโลกต้องยอมรับระบอบการปกครองนี้

การกำเนิดของสิทธิมนุษยชนใหม่และลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมใหม่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อฝ่ายตุลาการอย่างมาก ใน 2 ประการ ประการแรก ฝ่ายตุลาการกลายเป็นผู้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและรัฐธรรมนูญ ในด้านนี้ฝ่ายตุลาการได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่นๆ ในรูปแบบของการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยกฎหมายจะมอบสิทธิให้แก่ประชาชนในอันที่จะฟ้องร้ององค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตน และในบางรัฐได้มอบหมายให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐด้วย ในอีกประการหนึ่ง ฝ่ายตุลาการในฐานะองค์กรของรัฐที่ผูกพันต่อสิทธิมนุษยชนด้วย จึงทำให้ฝ่ายตุลาการก็จะต้องถูกล่วงดูและตรวจสอบจากฝ่ายอื่นๆ ที่นอกเหนือไปจากการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการด้วยกันเองอีกด้วย

แนวคิดดังกล่าวนี้ค่อยๆ ตกผลึกจากการนำขึ้นมาใช้โดยประเทศที่เป็นผู้นำการปกครองแบบประชาธิปไตยจนเป็นที่น่าพอใจจึงถูกส่งออกไปยังประเทศต่างๆ ผ่านองค์กรระหว่างประเทศทั้งทางเศรษฐกิจและการเมืองทั่วโลก ทำให้เกิดการปฏิรูปฝ่ายตุลาการ (Judicial Reform) ที่อาจจำแนกออกเป็น 4 ด้าน ได้แก่ ด้านแรก ด้านบทบาทที่ฝ่ายตุลาการจะได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ด้านที่สอง ด้านการจัดโครงสร้างฝ่ายตุลาการ ที่จะต้องทำให้ฝ่ายตุลาการมีโครงสร้างที่เอื้ออำนวยให้ตัดสินใจได้อย่างเป็นอิสระจากอิทธิพลใดๆ ด้านที่สาม ด้านการบริการสาธารณะทางตุลาการและกระบวนการพิจารณาคดีในศาลซึ่งจะต้องทำให้ประชาชนได้รับบริการทางตุลาการที่มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และเข้าถึงได้ และด้านที่สี่ การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการทางตุลาการ โดยในหลายประเทศ เช่น ญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ได้ให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาผ่านระบบลูกขุน เป็นต้น

การปฏิรูปฝ่ายตุลาการได้ทำให้ฝ่ายตุลาการพลิกจากฝ่ายที่อันตรายน้อยที่สุด (The least dangerous branch) มาเป็นฝ่ายที่มีบทบาท อำนาจหน้าที่และความสำคัญอย่างมากต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทัดเทียมกับอีกสองฝ่ายที่เหลืออย่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจนอาจกล่าวได้ว่ารัฐใดที่ไม่อนุญาตให้ฝ่ายตุลาการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรอื่นจะเรียกว่ามีการปกครองแบบนิติรัฐ-ประชาธิปไตยไม่ได้

ประเทศไทยได้รับเอากระแสดังกล่าวจากภายนอกผนวกเข้ากับกระแสความต้องการภายในในช่วงเวลานั้นที่ต้องการการปฏิรูปการเมือง (Political Reform) มาเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ที่ได้พลิกโฉมฝ่ายตุลาการจากหน้ามือเป็นหลังมือ ฝ่ายตุลาการในมิติของการตรวจสอบการใช้อำนาจของ

องค์กรอื่น (Judicial Review) ปรากฏอย่างชัดเจนโดยมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และก่อตั้งศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง และยังได้ทำการการแยกองค์กรตุลาการให้เป็นอิสระโดยสมบูรณ์จากฝ่ายบริหารคือกระทรวงยุติธรรมอย่างเด็ดขาด โดยให้อำนาจในการบริหารงานบุคคลและดำเนินงานด้านธุรการกระทำโดยฝ่ายตุลาการเสียเองทำให้ฝ่ายตุลาการมีความเข้มแข็งขึ้นอย่างมาก

จนกระทั่งเกิดวิกฤตทางการเมืองขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 ฝ่ายตุลาการได้พลิกบทบาทตนเองจากเดิมที่เป็นฝ่ายที่พยายามหลีกเลี่ยงจากประเด็นปัญหาขัดแย้งทางการเมืองเสมอมาดังจะเห็นได้จากการปฏิเสธที่จะพิพากษาในคดีที่มีผู้ฟ้องร้องขอให้ลงโทษคณะรัฐประหาร หรือฟ้องร้องขอให้ประกาศความเสียเปล่าของคำสั่งคณะรัฐประหารซึ่งฝ่ายตุลาการปฏิเสธมาโดยตลอด กลายมาเป็นผู้เล่นหลักในความขัดแย้งทางการเมือง เมื่อฝ่ายตุลาการปะทะสังสรรค์ทางอำนาจกับฝ่ายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายการเมือง² ที่มีฐานมาจากประชาชน ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการกลายเป็นจุดสนใจของคนในสังคม หรืออาจกล่าวได้ว่าการนำฝ่ายตุลาการเข้าสู่ความขัดแย้งทางการเมืองได้เปิดเผยให้เห็นถึงปัญหาต่างๆ ของฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาในระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ หลายฝ่ายตั้งคำถามว่าเหตุใดฝ่ายตุลาการจึงมีอำนาจมาก และเหตุใดจึงไม่มีผู้ใดหรือองค์กรใดสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการได้เลย ปัญหาดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้เป็น 4 ประการ ได้แก่

² ในทางรัฐศาสตร์ในปัจจุบันยอมรับว่านอกจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารที่มาจากกรเลือกตั้งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมของประชาชนและกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ที่อาจเรียกได้ว่าเป็น “ฝ่ายการเมือง” แล้ว ฝ่ายตุลาการก็จัดเป็นผู้เล่นทางการเมือง(Political Actors) ฝ่ายหนึ่งเช่นกันเนื่องจากคำสั่งหรือคำพิพากษาของฝ่ายตุลาการสามารถมีอิทธิพลต่อกระบวนการใช้อำนาจทางการเมืองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญที่มีเขตอำนาจหลักในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา หรืออีกนัยหนึ่งคืออำนาจในการวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ ดังนั้น คำว่า “ฝ่ายการเมือง” ในทางวิชาการแล้วจึงอาจหมายความว่ารวมถึงฝ่ายตุลาการได้ด้วย แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งประสงค์จะศึกษาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการซึ่งจะมีทั้งการถ่วงดุลและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการด้วยตนเอง และการถ่วงดุลและตรวจสอบโดยฝ่ายอื่นๆ ที่ไม่ใช่ฝ่ายตุลาการ ดังนั้น คำว่า “ฝ่ายการเมือง” ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งประสงค์จะให้หมายถึงเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร และกลุ่มผลประโยชน์อื่นที่จะทำหน้าที่ถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการจากภายนอกนั้นเองไม่รวมถึงฝ่ายตุลาการด้วย

ประการแรก การควบคุมบทบาททางการเมืองของฝ่ายตุลาการ การเพิ่มขึ้นของความเป็นอิสระและบทบาทที่หลากหลายยิ่งขึ้นของฝ่ายตุลาการเป็นทั้งเหตุและผลในการทำให้เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์” หรือการใช้อำนาจตุลาการเพื่อแก้ไขวิกฤตการณ์ทางการเมือง กล่าวคือ ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ และผลงานของบรรพตตุลาการทำให้สังคมเกิดความเชื่อถือ เลื่อมใสศรัทธาในฝ่ายตุลาการ ดังนั้น ในภาวะที่ประเทศเกิดวิกฤตในฝ่ายการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารจึงเกิดกระแสเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการเข้าแก้ไขวิกฤตการณ์นี้เสีย ทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในทางการเมืองอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในประวัติศาสตร์ชาติไทย เช่น การที่ฝ่ายตุลาการส่งผู้พิพากษาในสังกัดของตนเองเข้าไปดำรงตำแหน่งองค์กรอิสระ หรือการที่ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้การเลือกตั้งทั่วไป เป็น “โมฆะ” การวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองที่เป็นคู่ขัดแย้งในวิกฤตการณ์ทางการเมือง การตัดสินคดีที่มีประเด็นโต้แย้งว่าเป็นการก้าวล่วงขอบเขตอำนาจของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้อาศัยความน่าเชื่อถือของศาลเพิ่มเติมบทบาทหน้าที่ให้แก่ฝ่ายตุลาการให้มีบทบาทในเชิงรุกมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นบทบาทในการเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา หรือบทบาทในการเป็นกรรมการสรรหาองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่างๆ อาทิ สมาชิกวุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งตามหลักการนิติรัฐ-ประชาธิปไตยสมัยใหม่ องค์กรใดมีอำนาจรัฐองค์กรนั้นจะต้องถูกถ่วงดุลและตรวจสอบ คำถามคือเมื่อฝ่ายตุลาการมีบทบาทเพิ่มมากขึ้นในทางการเมือง องค์กรใดจะเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ และการตรวจสอบด้วยวิธีการใดจึงจะไม่เป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

ยิ่งไปกว่านั้น การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในคดีจำนวนมากมีข้อกล่าวหาว่าเป็นการใช้อำนาจเกินเลยขอบเขตของรัฐธรรมนูญและกฎหมายแต่กลับไม่มีกระบวนการใดๆ ที่จะคลี่คลายข้อสงสัยว่าเป็นเช่นนั้นจริงหรือไม่ ระบบดังกล่าวก็ไม่ใช่ผลดีต่อทั้งสังคมโดยรวมเพราะเป็นการบั่นทอนความเชื่อมั่นต่อฝ่ายตุลาการ และไม่ใช่ผลดีต่อตัวผู้พิพากษาหรือตุลาการผู้ใช้อำนานั้นด้วยเพราะไม่ได้มีโอกาสในการชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาดังกล่าวได้

เดิมพันที่สูงยิ่งของฝ่ายตุลาการในการแก้ไขวิกฤตทางการเมืองคือความน่าเชื่อถือที่จะถูกสั่นคลอนไม่ได้ กล่าวคือ อำนาจอื่นในรัฐอาจถูกเคลือบแคลงสงสัยได้ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารอาจถูกตั้งคำถามว่าบริหารกิจการบ้านเมืองหรือตรากฎหมายโดยความสุจริตหรือไม่ มีผลประโยชน์แอบแฝงหรือไม่ แต่อำนาจตุลาการจะถูกตั้งคำถามในลักษณะเดียวกันไม่ได้ เพราะเหตุผลของเรื่องที่ลักษณะของการใช้อำนาจตุลาการต้องเป็นที่สุด ข้อขัดแย้งทั้งหลายจะต้องยุติ หากข้อพิพาทไม่อาจยุติได้โดยฝ่ายตุลาการ สังคมก็คงหาความสงบอันใดมิได้ การจะทำให้สาธารณชนเชื่อมั่นจนถึงขนาดยินยอมลดราวาศอกในข้อพิพาท นอกจากจะเป็นการพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและการให้เหตุผลที่อยากจะโต้แย้งของ

ฝ่ายตุลาการแล้ว การวางตนเป็นคนกลางระหว่างคู่ขัดแย้งทั้งสองฝ่ายก็เป็นเหตุผลสำคัญประการหนึ่ง ดังคำกล่าวของหัวหน้าผู้พิพากษาเฮวิตต์แห่งศาลฎีกาขุนนาง (House of Lords) ของอังกฤษในสมัยนั้นที่ได้กล่าวไว้ในคดีปีโนเชตต์ (Pinochet case) ว่า “ความยุติธรรมไม่เพียงจะต้องประสิทธิ์ประสาทให้ประชาชนเท่านั้น ยังต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนด้วยว่าความยุติธรรมนั้นได้ประสิทธิ์ประสาทให้แก่ประชาชนแล้ว”

ประการที่สอง กรณีปัญหาการบริหารฝ่ายตุลาการ เมื่อการบริหารฝ่ายตุลาการอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการ แม้จะประสบความสำเร็จในบางด้าน เช่น ด้านการป้องกันการทุจริตซึ่งจากการสำรวจขององค์กรระหว่างประเทศพบว่าการทุจริตในฝ่ายตุลาการไทยที่น้อยมาก แต่การบริหารฝ่ายตุลาการยังคงมีกรณีปัญหาอยู่เนืองๆ เช่น กรณีการรื้อถอนอาคารศาลฎีกาซึ่งกรมศิลปากรและนักวิชาการเห็นว่าเป็นอาคารที่ควรอนุรักษ์เป็นสมบัติของชาติ และการรื้อถอนดังกล่าวมีข้อกังวลสงสัยถึงความชอบด้วยกฎหมาย หรือกรณีที่กฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวมีข้อกำหนดให้ทนายความที่จะเข้าว่าความในคดีดังกล่าวจะต้องผ่านการอบรมจากสำนักงานศาลยุติธรรมเสียก่อนจนทำให้เกิดจากประท้วงจากสภานายความจนถึงขั้นมีการฟ้องร้องประธานศาลฎีกา และองค์กรบริหารศาลยุติธรรมซึ่งเป็นผู้พิพากษาต่อศาลปกครอง เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีกรณีการเปิดการอบรมหลักสูตรผู้บริหารศาลยุติธรรมชั้นสูงที่เปิดให้บุคคลภายนอกทั้งนักธุรกิจ ข้าราชการระดับสูง และนักการเมืองเข้าร่วมอบรมกับผู้พิพากษาระดับสูงที่มีความกังวลจากหลายฝ่ายว่าจะทำให้ฝ่ายตุลาการสูญเสียภาพลักษณ์ความเป็นคนกลางในการพิจารณาคดีหรือไม่ เป็นต้น กรณีปัญหาเหล่านี้ หากมีการโต้แย้งเป็นคดีในศาลก็จะเกิดปัญหาคุณสมบัติของฝ่ายตุลาการว่าจะมีอำนาจพิจารณาคดีได้หรือไม่ หรือขัดแย้งกับหลักความเป็นกลางหรือไม่ เพราะกรณีเหล่านี้ฝ่ายตุลาการเป็นคู่กรณีเสียเอง มีพิกัดต้องกล่าวถึงกรณีที่เป็นปัญหาเรื้อรังมานานมาก เช่น การขาดแคลนผู้พิพากษา หรือกระบวนการการพิจารณาคดีที่ล่าช้าอย่างมาก เป็นต้น ที่แต่เดิมปัญหาเหล่านี้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและประชาชน แต่เมื่อมีการโอนอำนาจหน้าที่ในการบริหารไปให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบก็ย่อมเกิดปัญหาทันทีว่าแล้วฝ่ายตุลาการรับผิดชอบต่อผู้ใด

ประการที่สาม ปัญหาการหลุดลอยออกจากสังคมของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ จากการใช้อำนาจตุลาการหรือในคำพิพากษาที่มีข้อกังวลสงสัย เช่น การเปรียบเทียบผลแห่งคดีของ 2 คดีคดีแรกเป็นคดีของคนขายแผ่นวีดีทัศน์ (VCD) ถูกศาลพิพากษาลงโทษปรับเป็นเงินจำนวนมากจนจำเลยไม่สามารถหาเงินมาชำระค่าปรับได้จึงต้องรับโทษการกักขังแทนการชำระค่าปรับ ส่วนอีกคดีหนึ่งเป็นคดีที่จำเลยขับรถชนคนโดยประมาทเป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตจำนวนมาก โดยคดีนี้ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกแต่ให้การลงโทษไว้ก่อน ซึ่งคดีแรกสังคมมองว่าเป็นการลงโทษที่หนักเกินไป ส่วนคดีหลังสังคมกลับเห็นว่า

ผู้กระทำผิดไม่ได้รับการลงโทษที่เหมาะสมเพียงพอ แม้ในทางหลักวิชานิติศาสตร์ คำพิพากษาของศาลมีกฎหมายรองรับและสามารถอธิบายได้ในทางวิชาการ แต่ประเด็นอยู่ที่ว่าดุลพินิจที่ผู้พิพากษาใช้ไม่สอดคล้องกับอารมณ์ความรู้สึกของสังคม ทำให้สังคมเกิดความคลางแคลงสงสัยจนกลายเป็นถ้อยคำเสียชื่อเสียงที่รุนแรง เช่น คุณมีไว้ซึ่งคนจน หรือกฎหมายบังคับใช้เคร่งครัดกับคนจน ถ้อยคำเสียชื่อเสียงที่ฝ่ายตุลาการเหล่านี้จะไม่มีอำนาจชักจูงใดๆ เลย หากปราศจากตัวอย่างที่สังคมเห็นได้อย่างชัดเจน มิพักต้องพูดถึงคำพิพากษาของศาลคดีการเมืองทั้งหลาย เช่น นายกรัฐมนตรีถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุไปออกรายการสาธิตการทำอาหาร หรือศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้สมาชิกวุฒิสมาชิกมาจากการเลือกตั้งเป็นการได้อำนาจโดยวิถีทางที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือกรณีการที่ตุลาการแสดงความเห็นในทางนโยบายขณะอยู่บนบัลลังก์ในการพิจารณาคดีว่าฝ่ายบริหารไม่ควรสร้างรถไฟความเร็วสูง แต่ควรทำถนนลูกรังให้หมดเสียก่อน เป็นต้น คำพิพากษาและรวมถึงการใช้อำนาจตุลาการที่หลุดลอยออกจากความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคมมากๆ จะส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งรวมถึงความเชื่อมั่นต่อฝ่ายตุลาการด้วย

ประการสุดท้าย ปัญหาภารกิจในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของฝ่ายตุลาการ ภารกิจของฝ่ายตุลาการตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมใหม่ (New Constitutionalism) คือการปกป้องสิทธิมนุษยชนของประชาชน ในประเทศที่ยังไม่ใช่ประเทศพัฒนาแล้วอย่างประเทศไทย ระบบกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายยังอยู่ระหว่างการพัฒนาตามหลักการสากล ไทยเข้าเป็นสมาชิกสหประชาชาติ และรับรองหลักสิทธิมนุษยชนผูกพันตนเอง และรัฐธรรมนูญทั้งฉบับปี พ.ศ. 2540 และ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ต่างก็ชูจุดเด่นในแง่ของการรับรองสิทธิมนุษยชนของพลเมือง แต่อย่างไรก็ดี หลังการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2549 มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนจำนวนมาก ประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่ประเทศไทยได้รับความสนใจจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในระดับโลกจำนวนมากคือการบังคับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ซึ่งบัญญัติให้การดูหมิ่น หมิ่นประมาท แสดงความอาฆาตมาดร้ายต่อพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทและผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เป็นความผิดอาญานั้น เป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ถูกกล่าวหาหรือตกเป็นจำเลยมักจะไม่ได้รับสิทธิในการประกันตัวเพื่อต่อสู้คดี หรือมีการใช้การพิจารณาคดีลับในการพิจารณาคดีดังกล่าว นอกจากนี้ในส่วนของการตีความกฎหมายยังถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าเป็นการใช้การเทียบเคียงกฎหมายอย่างยี่ง (Analogy) มาลงโทษการกระทำของบุคคลการบังคับกฎหมายดังกล่าวในชั้นศาล

ข้อวิพากษ์วิจารณ์จากต่างประเทศสอดคล้องกับความเห็นของนักวิชาการภายในจำนวนมากที่เสนอให้มีการแก้ไขให้บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและในขณะเดียวกันก็ยังสามารถคุ้มครองพระเกียรติของพระมหากษัตริย์และองค์พระที่กฎหมายกำหนดไว้ได้อย่างเหมาะสม

กรณีที่ยกขมมานี้เป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งที่ชี้ให้เห็นปัญหาข้อกังวลสงสัยว่าศาลได้ให้การคุ้มครองต่อสิทธิมนุษยชนอย่างเพียงพอหรือไม่ และหากศาลยังมีข้อบกพร่องในการกิจดังกล่าว จะมีกลไกหรือกระบวนการอย่างไรในการควบคุมให้ศาลปฏิบัติตามภารกิจของตน

กรณีตัวอย่างที่ได้ยกขมขึ้นมาทั้งหมดนี้สะท้อนต้นตอแห่งปัญหาเดียวกันคือปัญหาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการที่ยังมีข้อบกพร่อง การขาดซึ่งระบบดังกล่าวทำให้ปัญหาต่างๆ เหล่านี้ไม่ได้รับการคลี่คลายไปในทางที่เหมาะสมเพียงพอที่จะสามารถคลายความกังวลของสาธารณชนและสร้างความเชื่อมั่นให้กับระบบตุลาการโดยรวมดังจะเห็นได้จากงานวิจัยเรื่อง "มองอดีต แลอนาคต วัดระดับความเชื่อมั่นของประชาชนต่อสถาบันต่างๆ และความพึงพอใจกับบริการของรัฐ พ.ศ. 2546-2553" ของถวิลวดี บุรีกุล โดยสถาบันพระปกเกล้ากับสำนักงานสถิติแห่งชาติ ซึ่งได้ทำการสำรวจความเชื่อมั่นของประชาชนต่อสถาบันหลักของประเทศว่าประชาชนเชื่อมั่นต่อสถาบันเหล่านี้เพิ่มขึ้นหรือลดลงหรือไม่ อย่างไร ผลสำรวจดังกล่าวพบว่าความเชื่อมั่นต่อศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง ค่อย ๆ ลดลงจากในช่วงปี พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นช่วงที่ทุกศาลได้รับความเชื่อมั่นสูงสุดจากประชาชน โดยศาลยุติธรรมได้รับความเชื่อมั่นร้อยละ 86.7 ศาลรัฐธรรมนูญร้อยละ 84.9 และศาลปกครองร้อยละ 83.1 แต่ในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญได้รับความเชื่อมั่นเหลือเพียงร้อยละ 65.1 ซึ่งน้อยที่สุดใน 3 ศาล ในขณะที่ศาลยุติธรรมความเชื่อมั่นลดลงเหลืออยู่ที่ร้อยละ 71.3 และศาลปกครองอยู่ที่ร้อยละ 67.3 ผลการสำรวจดังกล่าวอาจสะท้อนถึงวิกฤตศรัทธาในฝ่ายตุลาการได้เป็นอย่างดี

มอง มาร์ค รูสโซ นักปราชญ์คนสำคัญคนหนึ่งแห่งยุคภูมิธรรม ได้กล่าวถึงฝ่ายตุลาการไว้ว่าฝ่ายตุลาการถ้ามีอำนาจแต่ “พอเพียง” ก็จะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในขณะเดียวกันก็จะเป็นองค์กรที่คอยตัดทอนความไร้เหตุผลชั่วครวชของประชาชนได้อย่างดีเยี่ยม แต่ถ้าฝ่ายตุลาการ “ไม่เพียงพอ” ในอำนาจขึ้นมาแล้วก็จะไม่มีอำนาจใดที่จะหยุดยั้งฝ่ายตุลาการได้อีกต่อไป และจะกลายเป็นเผด็จการไปในที่สุด สิ่งที่จะช่วยให้ฝ่ายตุลาการมีและใช้อำนาจอย่างพอเพียงนอกจากทัศนคติ อุดมการณ์และการประพฤติปฏิบัติตัวขององค์กรตุลาการเองแล้ว ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะถ่วงรั้งหยุดยั้งฝ่ายตุลาการเป็นปัจจัยสำคัญเช่นกัน

1.2 สมมติฐานการศึกษา

ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันมีข้อบกพร่องและไม่เพียงพอต่อการควบคุมการจัดทำบริการสาธารณะและการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และผู้พิพากษาตุลาการ การจัดโครงสร้างฝ่ายตุลาการที่เน้นไปที่ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมากเกินไปทำให้ขาดกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการทำให้เกิดปัญหาคุณภาพแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายอื่นๆ ดังนั้น จึงควรจะต้องทำการศึกษาถึงการจัดโครงสร้างฝ่ายตุลาการตลอดจนวางกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีและกำหนดความรับผิดชอบที่ชัดเจนแน่นอนของผู้พิพากษาเพื่อทำให้คุณภาพแห่งอำนาจทั้งสามในระบบกฎหมายไทยกลับเข้าสู่ภาวะสมดุลในที่สุด

1.3 วิธีการและขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยโดยเปรียบเทียบกับระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในต่างประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเพื่อทำการชี้ให้เห็นข้ออ่อนข้อบกพร่องของระบบการควบคุมของไทยอันจะนำไปสู่ข้อเสนอในการปฏิรูปฝ่ายตุลาการให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย

การศึกษาจะใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และเป็นการศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายของกฎหมายต่างประเทศซึ่งจะศึกษาระบบกฎหมายของประเทศที่เป็นต้นแบบให้กับประเทศอื่นๆ สำหรับการปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย 5 ประเทศหลัก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนีและญี่ปุ่น รวมถึงศึกษาสถาบันทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมฝ่ายตุลาการที่มีความโดดเด่นและสามารถเป็นต้นแบบให้กับประเทศอื่นๆ ได้ เช่น ระบบการจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวนของออสเตรเลีย หรือระบบลูกขุนแบบให้คำปรึกษาของเกาหลีใต้ เป็นต้น โดยค้นคว้าจากตัวบทกฎหมายทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กฎระเบียบภายในส่วนราชการทั้งในและต่างประเทศ รวมไปถึงเอกสารทางวิชาการต่างๆ เช่น รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ และคำวินิจฉัยของศาล และความเห็นทางกฎหมายของส่วนราชการและความเห็นของนักวิชาการ โดยจะนำหลักการต่างๆ ของระบบกฎหมายต่างประเทศมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยเพื่อประเมินคุณค่าในทางกฎหมายว่าระบบ

ของต่างประเทศหรือระบบกฎหมายของไทยอย่างใดที่จะสามารถถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายมากกว่ากัน และจะทำการวิเคราะห์ต่อไปว่า หากนำระบบกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายไทยนั้นจะเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพสังคม วัฒนธรรมทางการเมืองของไทยหรือไม่

1.4 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

การศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ ดังนี้

1. ศึกษาโมทัศน์ที่เป็นรากฐานของฝ่ายตุลาการและหลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ รวมถึงพัฒนาการของฝ่ายตุลาการในประเทศประชาธิปไตยและในประเทศไทยเพื่อพิจารณาในบทบาทอำนาจหน้าที่ การเปลี่ยนแปลงในเชิงโครงสร้างของฝ่ายตุลาการเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจกับระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในประเทศไทย

2. ศึกษาระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ โดยแยกออกเป็น 2 เรื่อง ได้แก่ การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ องค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารฝ่ายตุลาการ องค์กรประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กร ตลอดจนระบบและกลไกการถ่วงดุลการบริหารฝ่ายตุลาการ และการจัดระเบียบผู้พิพากษาหรือการจัดระบบการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษา โดยศึกษา ระบบ กลไกในการบริหารที่จะดุลยภาพระหว่างความเป็นอิสระในทางส่วนตัวกับการควบคุมผู้พิพากษาที่เหมาะสม ตั้งแต่การคัดเลือกผู้พิพากษา การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง และการควบคุมผู้พิพากษาภายในฝ่ายตุลาการ

3. ศึกษามาตรการควบคุมกระบวนการใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษา หรือควบคุมกระบวนพิจารณาคดีของผู้พิพากษาก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา และระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการหลังจากที่ศาลได้พิพากษาคดีแล้ว

4. ศึกษาการกำหนดความรับผิดชอบและกระบวนพิจารณาโทษผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษา/ตุลาการ หรือการใช้อำนาจตุลาการ

5. ศึกษาการจัดวางระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

การศึกษานี้จะผู้ทำการศึกษาคาดว่าจะได้รับประโยชน์ดังนี้

1. สามารถนำข้อเสนอแนะไปเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการของไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นได้
2. สามารถนำเนื้อหาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไปเป็นฐานอ้างอิงในทางวิชาการหรือการศึกษาเพิ่มเติมในเชิงลึกของระบบตุลาการในต่างประเทศต่อไป



บทที่ 2

ความเป็นมาและหลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

บทที่ 2 นี้จะศึกษาถึงความเป็นมาและหลักการทั่วไปในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการเพื่อทำความเข้าใจกับที่มาของแนวคิดและหลักการทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในปัจจุบัน โดยแยกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ (2.1) ความเป็นมาของแนวคิดว่าการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในปัจจุบัน (2.2) หลักการทางกฎหมายในการควบคุมอำนาจของฝ่ายตุลาการ และ (2.3) หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

2.1 ความเป็นมาของแนวคิดว่าการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในปัจจุบัน

แนวคิดในเรื่องการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการเป็นแนวคิดที่เพิ่งเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในยุคปัจจุบันโดยเริ่มตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งเป็นผลสะท้อนกลับมาจากการเพิ่มบทบาทให้กับฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบฝ่ายการเมืองอันส่งผลทำให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในทางการเมืองที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นจึงทำให้เกิดการเรียกร้องให้ต้องมีการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการเพิ่มมากขึ้นด้วยเช่นกัน โดยในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงความเป็นมาดังกล่าวโดยแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ (2.1.1) ฝ่ายตุลาการในฐานะผู้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน (2.1.2) การยกระดับความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ และ (2.1.3) ปัญหาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการในยุคปัจจุบัน

2.1.1 ฝ่ายตุลาการในฐานะผู้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.1.1.1 บทบาทของฝ่ายตุลาการตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมใหม่(New Constitutionalism)

บทบาทของฝ่ายตุลาการในปัจจุบันเกิดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองนอกจากจะเสียหายในเชิงกายภาพ หรือในทางเศรษฐกิจแล้ว ความเสียหายที่รุนแรงไม่แพ้กันคือความเสียหายในเชิงวัฒนธรรม ความโหดร้ายของลัทธินาซี ไม่ได้อยู่ที่ความรุนแรงเชิงกายภาพที่มีได้คร่าชีวิตชาวยิวไปกว่า 6 ล้านคนและทรมานชีวิตชาวยิวอีกจำนวนมหาศาลแต่เพียงประการเดียว แต่ยังรวมถึงความโหดร้ายที่มีมนุษยกลุ่มหนึ่งเห็นว่ามีมนุษย์จำนวนหนึ่งไม่สมควรที่จะมีชีวิตหรือใช้ชีวิตแบบมนุษยอื่นๆ มนุษย์จำพวกหลังนี้จำเป็นต้องทำลายให้หมดสิ้นไป อันเป็นการถอด “ความเป็นมนุษย์” ออกจากตัวมนุษย์อย่างโหดเหี้ยมที่สุด ทำให้ต้องหันกลับมาศึกษาบทเรียนว่าเหตุ

ใดจึงเกิดการล่วงละเมิดต่อชีวิตมนุษย์กันได้มากมายขนาดนั้น แนวความคิดว่าด้วยสิทธิของมนุษย์ที่มีอาจถูกพรากไปได้จึงได้ถูกหยิบยกขึ้นมาให้ความสำคัญครั้งหลังจากหายไปในช่วงศตวรรษที่ผ่านมา โดยขนานนามใหม่ว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) การปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นวาระทั้งในระดับระหว่างประเทศ(International Level) และระดับภายในประเทศ(Domestic Level) ในระดับโลกหรือระดับระหว่างประเทศเกิดการก่อตั้งองค์การความร่วมมือระหว่างประเทศในการปกป้องสิทธิมนุษยชนของโลก เช่น องค์การสหประชาชาติ ประกาศสิทธิมนุษยชนในระดับโลก ในระดับภูมิภาคระหว่างประเทศก็เกิดความร่วมมือกันในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในรัฐต่างๆ ส่วนในระดับภายในประเทศก็เกิดแนวความคิดที่จะต้องค้นหาเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการปกป้องสิทธิมนุษยชนดังกล่าว กลไกอื่นที่ว่ำนั้นคือ “ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมใหม่” (New Constitutionalism) ซึ่งเกิดจากการหลวมรวมหลักการสำคัญ 3 หลักการเข้าด้วยกัน¹ ได้แก่ หลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ซึ่งถือว่ากฎหมายธรรมชาติเป็น “อภิกฎหมาย” (Higher Law) มีสถานะเหนือกว่ากฎหมายของรัฐหรือของมนุษย์ ประการที่สอง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) ที่กำหนดให้องค์กรของรัฐจะต้องผูกพันการใช้อำนาจของตนไว้กับกฎหมาย และ หลักการตรวจสอบโดยตุลาการ (Judicial Review) ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐว่าสอดคล้องกับกฎหมายหรือไม่ กลไกการประกันสิทธิโดยรัฐธรรมนูญนิยมทำได้โดยการใช้กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และยกให้กฎหมายที่รับรองสิทธินั้นมีสถานะเหนือกว่าการใช้อำนาจอื่นๆ ขององค์กรของรัฐ และให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจสอดคล้องกับกฎหมายและละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้หรือไม่ อีกทั้งยังได้มอบ “ความสามารถในการขัดขวาง” ให้แก่ฝ่ายตุลาการเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายและล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายตุลาการจะมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนหรือประกาศความเสียหายของบรรทัดฐานทางกฎหมายหรือสั่งให้องค์กรของรัฐเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

2.1.1.2 รูปแบบของศาลที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบ

จากบทบาทของฝ่ายตุลาการที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้โครงสร้างทางอำนาจของระบบการเมืองจะต้องจัดส่วนแบ่งพื้นที่ให้กับฝ่ายตุลาการ โครงสร้างศาลในแต่ละประเทศจึงต้องมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อรองรับแนวคิดที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว โดยโครงสร้างศาลที่รองรับแนวคิดว่าด้วยการ

¹ Mauro Cappelletti, “Judicial Review in Comparative Perspective,” California Law Review, No. 5, Vol. 58, p.1025 (1970).

ตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการจะแยกออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบแรก การให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีการเมือง คือ กรณีที่รัฐอนุญาตให้ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งหรือคดีอาญาปกติมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีการเมือง เช่น วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิติบัญญัติ หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรทางการเมืองอื่น เช่น คดีการเลือกตั้ง คดีวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น โดยตามรูปแบบแรกนี้อาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี กรณีแรก คือศาลได้กล่าวอ้างเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิติบัญญัติ โดยฝ่ายการเมืองมิได้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานแห่งคำวินิจฉัยนั้น กรณีนี้ เช่นที่เกิดในสหรัฐอเมริกาในคดี *Marbury v. Madison* ที่เป็นบรรทัดฐานจนถึงปัจจุบัน และบางประเทศในกลุ่มประเทศนอร์ดิกอันประกอบไปด้วย นอร์เวย์ เดนมาร์ก และไอซ์แลนด์²

กรณีที่สอง คือกรณีที่ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐสภาบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนิติบัญญัติ เช่น กรณีของญี่ปุ่น มาตรา 81 แห่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นให้ศาลสูงสุด (Supreme Court) เป็นศาลสุดท้ายในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับหรือการกระทำใดๆ ขององค์กรของรัฐ³ หรือกรณีของอังกฤษ ซึ่งระบบการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการของอังกฤษจะแตกต่างไปจากระบบอื่นๆ ทั่วไป เนื่องจากอังกฤษไม่ได้ยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายตุลาการอังกฤษจึงไม่มีประเด็นเกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Constitutional Review) แต่อังกฤษได้สร้างระบบที่เรียกว่า “ระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแบบคอมมอนลอว์” โดยอังกฤษ ตราพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Rights Act 1998) โดยให้สิทธิแก่ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิที่กฎหมายดังกล่าวรับรองไว้สามารถยื่นคำร้องให้ศาลพิจารณาดูตรวจสอบและเยียวยาความเสียหาย กฎหมายฉบับดังกล่าวระบุไว้อย่างชัดเจนด้วยว่ากฎหมายของรัฐสภาที่อาจเป็นวัตถุแห่งการวินิจฉัยในคดีสิทธิมนุษยชนนี้ได้ด้วย

รูปแบบที่สอง การก่อตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีการเมืองโดยเฉพาะ โดยรูปแบบที่สองนี้เป็นการดำเนินการตามแนวคิดของฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) นักกฎหมายชาว

² Rangnhildur helgadóttir, *The Influence of American Theories of Judicial Review on Nordic Constitutional Law*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p.1.

³ Article 81 of Japan Constitution 1945

“The Supreme Court is the court of last resort with power to determine the constitutionality of any law, order, regulation or official act.”

ออสเตรียที่เสนอให้ก่อตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมปกติ โดยเรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgerichtshof ; Constitutional Court) ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้รับความนิยมแพร่หลายในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยเหตุผลที่จะต้องก่อตั้งศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาโดยไม่ให้ระบบศาลยุติธรรมปกติพิจารณามี 3 ประการด้วยกัน⁴ ได้แก่ ประการแรก ด้วยเหตุที่ประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปส่วนใหญ่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์และได้รับอิทธิพลในการจัดโครงสร้างองค์กรทางการเมืองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบฝรั่งเศสที่ไม่ไว้วางใจฝ่ายตุลาการและยึดถือความมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนประชาชน หากให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจดังกล่าวนี้ ก็อาจทำให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเหนือฝ่ายนิติบัญญัติได้ การก่อตั้งศาลพิเศษจึงเป็นการแยกอำนาจตรวจสอบออกจากศาลยุติธรรมนั่นเอง ประการที่สอง การไม่มีหลักบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษา (stare decisis) ในแนวคิดทางกฎหมายแบบซีวิลลอว์ทำให้การยอมให้ศาลยุติธรรมพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญจึงไม่เหมาะสม เพราะคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์นั้น คำพิพากษาของศาลสูงนั้นย่อมผูกพันศาลอื่นให้ต้องตัดสินคดีเป็นอย่างเดียวกันหากคดีนั้นมีข้อเท็จจริงเหมือนกัน ซึ่งจะทำให้หากศาลใดพิพากษาว่ากฎหมายใช้บังคับไม่ได้เพราะขัดกับรัฐธรรมนูญก็จะผูกพันศาลอื่นๆ โดยปริยาย แต่ในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่ไม่มีหลักการดังกล่าวอาจเกิดกรณีที่ศาลหนึ่งได้พิพากษาว่ากฎหมายฉบับหนึ่งใช้บังคับไม่ได้เพราะขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่อีกศาลหนึ่งอาจพิพากษาว่าไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญก็ได้ ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นเอกภาพของระบบกฎหมายได้ และประการที่สาม ความไม่สอดคล้องกับระบบการบริหารองคาพยพของฝ่ายตุลาการ เนื่องจากในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์มักใช้จัดระเบียบการบริหารบุคคลากรตุลาการที่เป็นแบบรัฐการ (Bureaucratic System) หรือระบบตุลาการอาชีพ (Career Judiciary) ที่จะแต่งตั้งบุคคลที่มีอายุและประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่มากนักเข้ามาเป็นผู้พิพากษาในตำแหน่งระดับต้น และค่อยๆ ไต่เต้าจากตำแหน่งที่ต่ำที่สุด เลื่อนขึ้นเลื่อนตำแหน่งขึ้นไปตามขั้นที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นในระบบเช่นนี้ จึงเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาที่เพิ่งเข้ารับตำแหน่งที่ยังไม่มีความชำนาญในเชิงตุลาการ ตลอดจนอาจจะยังไม่มีประสบการณ์ที่มากเพียงพอที่จะตัดสินคดีที่สำคัญและมีลักษณะที่แตกต่างไปจากคดีแพ่งหรือคดีอาญาทั่วไปดังเช่นคดีรัฐธรรมนูญซึ่งอาจเกิดความเสียหายจากความไม่เชี่ยวชาญนั้นได้ ซึ่งจะต่างจากระบบคอมมอนลอว์ที่มักจะใช้วิธีแต่งตั้งผู้พิพากษาจากผู้ที่มีประสบการณ์สำเร็จในการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาก่อน ดังนั้นจึงมีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญที่เพียงพอในการรับมือกับประเด็นรัฐธรรมนูญได้

⁴ Mauro Cappelletti, *supra note 1*, p.1038 – 1050.

รูปแบบของศาลพิเศษที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบใหญ่ๆ ได้แก่ รูปแบบองค์กรตุลาการหรืออาจเรียกว่าเป็นเคลเซนโมเดล(Kelsen Model) เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแบบออสเตรียซึ่งองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญอยู่ในรูปแบบของศาล ซึ่งแตกต่างหากจากระบบศาลอื่นๆ และเป็นอิสระจากองค์กรทางการเมืองอื่นเช่นกัน โดยรูปแบบนี้ได้ถูกนำไปใช้ในเยอรมัน อิตาลี สเปน โปรตุเกส เป็นต้น ส่วนอีกรูปแบบหนึ่งคือ องค์กรกึ่งตุลาการ ซึ่งจะก่อตั้งในรูปของคณะกรรมการมากกว่าจะเป็นศาล แต่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญและมีอำนาจในการให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายบริหารในบางกรณี ประเทศที่ใช้รูปแบบนี้มีไม่มากนัก ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส กัมพูชา เป็นต้น

2.1.2 การยกระดับหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

2.1.2.1 ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในฐานะสิทธิมนุษยชน

แต่เดิมหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แต่ละรัฐจะหยิบไปใช้ในการจัดโครงสร้างองค์กรทางการเมืองภายในประเทศตนเองและย่อมเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจในการกำหนดโครงสร้างดังกล่าวว่าจะให้ฝ่ายตุลาการมีอิสระหรือมีหลักประกันความเป็นอิสระมากน้อยเพียงใด ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองปรากฏว่าศาลหรือฝ่ายตุลาการเป็นกลไกหนึ่งในการละเมิดสิทธิมนุษยชนภายในประเทศ เช่น ศาลในยุคนาซีของเยอรมนี ดังนั้น หลักการที่ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของฝ่ายอื่นๆ จึงได้รับการหยิบยกขึ้นมาสูงขึ้นเป็นหนึ่งในหลักสิทธิมนุษยชนที่สำคัญประการหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อฝ่ายตุลาการได้รับมอบหมายบทบาทให้ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นแล้วนั้น หากฝ่ายตุลาการไม่อาจเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐที่จะถูกตรวจสอบ บทบาทดังกล่าวของฝ่ายตุลาการจะเป็นไปไม่ได้เลย ดังนั้นองค์กรระหว่างประเทศทั้งในระดับโลกและระดับภูมิภาคต่างก็ได้รับรองให้ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน

ในระดับโลก ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน(Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 10 บัญญัติว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาค อย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน”⁵ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) ข้อ 14(1) บัญญัติว่า “บุคคล

⁵ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ ผู้แปล, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการต่างประเทศ, 2551), น.22.

ทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่า กระทำผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณา อย่างเปิดเผยและเป็นธรรม โดยคณะตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีอำนาจ มีความเป็นอิสระ และ ทรงความเที่ยงธรรม”⁶

ส่วนการรับรองโดยองค์การระหว่างประเทศในระดับภูมิภาค เช่น อนุสัญญา ยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน(European Convention on Human Rights) รับรองไว้ใน ข้อ 6(1) ว่า “คน ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผย ภายในระยะเวลาที่เหมาะสมโดย คณะตุลาการที่เป็นอิสระและทรงความเที่ยงธรรมที่ได้รับการจัดตั้งโดยกฎหมาย ในการตัดสินคดีเกี่ยวกับ สิทธิพลเมืองและความรับผิดชอบต่างๆ หรือข้อกล่าวหาทางอาญาใดๆ ต่อตน” หรืออนุสัญญาอเมริกันว่าด้วย สิทธิมนุษยชน(American Convention on Human Rights) รับรองไว้ใน ข้อ 8(1) ว่า “บุคคลทุกคน ย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีโดยได้รับหลักประกันรับรองตามสมควร และภายในระยะเวลาที่ เหมาะสม โดยคณะตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่เป็นอิสระ และทรงความเที่ยงธรรม ที่ถูกจัดตั้งโดยกฎหมาย ในการพิสูจน์ข้อกล่าวหาคดีอาญาใดๆ ที่มีต่อตน หรือเพื่อกำหนดสิทธิและความรับผิดชอบของตนในทาง แพ่ง แรงงาน การเงิน หรือการอื่นใด”⁷

การรับรองความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการไว้ในปฏิญญาหรืออนุสัญญา ดังกล่าวซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศทั้งที่มีผูกพันรัฐเป็นการทั่วไป และที่มีผลผูกพันรัฐที่เป็น ภาควิชาการส่งผลทำให้ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการไม่ได้เป็นเพียงหลักการจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่มีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชนที่เรียกว่า “สิทธิที่ จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะตุลาการที่เป็นอิสระและเป็นกลาง” เป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิในการได้รับ การพิจารณาคดีที่เป็นธรรม” (Right to Fair Trial) ซึ่งสิทธิดังกล่าวคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่ง สหประชาชาติได้ให้คุณค่าว่าเป็นสิทธิอันสมบูรณ์ที่มีอาจมีข้อยกเว้นได้ แม้กระทั่งในยามสงครามหรือใน ภาวะฉุกเฉิน เป็นสิทธิที่ใช้ได้ในทุกสถานการณ์และทุกศาล ทั้งศาลพิเศษและศาลธรรมดา⁸ สิทธิดังกล่าว ผูกพันต่อรัฐให้ต้องดำเนินการจัดให้แก่ประชาชน และองค์กรทางการเมืองต่างๆ ภายในรัฐก็จะต้องเคารพ

⁶ โสเช ไซตูน, หลักการสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้ พิพากษา ทนายความและอัยการ : แนวทางสำหรับนักปฏิบัติลำดับที่ 1, บรรณาธิการโดยสมชาย หอม ลอย, (เจนีวา : International Commission of Jurists, 2550), น.6.

⁷ เพิ่งอ้าง, น.7.

⁸ เพิ่งอ้าง, น.6.

การยกย่องระดับดังกล่าวทำให้ในบางประเทศหรือบางภูมิภาค ประชาชนสามารถยกข้อต่อสู้ว่าศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีของตนเพราะเหตุว่าศาลไม่เป็นอิสระได้ด้วย เช่น ในแคนาดามีกรณีตัวอย่าง 2 คดีที่คู่ความยกข้อต่อสู้ดังกล่าวในศาล ได้แก่ คดีวาเลนเต้ (Valente Case) และ คดีโบเรอการ์ด (Beauregard case) ซึ่งทำให้ศาลสูงสุด(Supreme Court)ต้องสร้างแบบทดสอบเพื่อจะอธิบายว่าศาลนั้นมีความเป็นอิสระอย่างไร โดยเรียกแบบทดสอบความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการว่า “Reasonable Men” Test โดยวางหลักไว้ว่าฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระจะต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระใน 3 เรื่อง⁹ คือ การประกันวาระการดำรงตำแหน่ง การประกันค่าตอบแทนและบำเหน็จบำนาญโดยกฎหมาย และการประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการที่มีผลกระทบโดยตรงต่อการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น การจ่ายสำนวนให้แก่ผู้พิพากษา หรือการนั่งพิจารณาคดี เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แม้ปฏินญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้ประกาศว่าความเป็นอิสระจะมีข้อยกเว้นไม่ได้ แต่มีผู้ที่ไม่เห็นด้วยในบางกรณี โดยศาสตราจารย์โอเวน เอ็ม. ฟิสส์(Owen M. Fiss) แห่งมหาวิทยาลัยเยลในสหรัฐอเมริกาเสนอว่าความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการก็มีข้อจำกัดต่อระบอบการปกครอง¹⁰ กล่าวคือฝ่ายตุลาการหรือผู้พิพากษาจะได้รับประโยชน์หรือการคุ้มครองจากหลักความเป็นอิสระได้ก็ต่อเมื่อเป็นผู้พิพากษาหรือฝ่ายตุลาการตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบเผด็จการมาเป็นประชาธิปไตย ซึ่งจะเกิดปัญหาว่าผู้พิพากษาที่ถูกแต่งตั้งจากผู้ปกครองเผด็จการในระบอบเก่าจะอ้างความเป็นอิสระไ้ยยันกับอำนาจของผู้ปกครองในระบอบใหม่หรือระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ ซึ่งศาสตราจารย์ฟิสส์ เห็นว่า ไม่อาจอ้างได้ เพราะผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งจากระบอบเผด็จการย่อมไม่สามารถหรือไม่ มีทางที่จะป้องกันคุณค่าแบบประชาธิปไตยได้ ดังนั้น เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากเผด็จการมาเป็นประชาธิปไตยแล้ว ผู้ปกครองใหม่ควรปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งโดยไม่จำต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ซึ่งความเห็นดังกล่าวถูกโต้แย้งว่าแม้ผู้พิพากษาจะได้รับการแต่งตั้งจากระบอบเผด็จการก็ตาม แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้วผู้ปกครองใหม่ก็ควรเคารพความ

⁹ Ian Greene, “The doctrine of judicial independence developed by the supreme court of Canada,” Osgood Hall Law Journal, No.1, Vol.26, p.179-189. (1988).

¹⁰ Owen M. Fiss, “The Limits of Judicial Independence,” University of Inter-American Law Review 25, p.60. (1993).

เป็นอิสระของฝ่ายตุลาการแม้จะได้รับการแต่งตั้งจากระบอบเก่าก็ตาม¹¹ ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นแรก โดยเห็นว่าหากประเทศใดที่สามารถเปลี่ยนระบอบการปกครองจากเผด็จการมาเป็นระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยได้สำเร็จจะต้องทำการตรวจสอบทบทวนสิ่งต่างๆ ที่ได้ถูกกระทำลงในช่วงที่เผด็จการครองอำนาจอยู่ทั้งกฎหมายและการกระทำในนามของรัฐต่างๆ และหากเห็นว่ากฎหมายหรือการกระทำนั้นขัดแย้งต่อหลักสิทธิมนุษยชน หรือไม่สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยที่เป็นระบอบการปกครองปัจจุบันแล้วย่อมจะต้องทำการยกเลิกเพิกถอน หรือประกาศความเสียเปล่าของกฎหมายหรือการกระทำนั้นๆ ไปเสียเพื่อมิให้ดำรงอยู่ในระบอบการปกครองแบบใหม่ การแต่งตั้งผู้พิพากษาก็เช่นกัน ที่ควรจะต้องได้รับการพิจารณาทบทวนร่วมกับเรื่องอื่นๆ ด้วย

2.1.2.2 มาตรฐานสากลว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการไม่ได้มีแต่เฉพาะสถานะของหลักการเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงองค์ประกอบและเนื้อหาของฝ่ายตุลาการอีกด้วย องค์การระหว่างประเทศหลายๆ องค์การได้จัดทำกฎเกณฑ์รวมถึงเอกสารที่กำหนดรายละเอียดและคำอธิบายว่าความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการนั้นคืออะไร และรัฐแต่ละรัฐจะต้องปฏิบัติตัวเช่นไร โดยองค์การระหว่างประเทศเหล่านี้จะใช้กฎเกณฑ์และเอกสารดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานในการเข้าไปตรวจสอบว่ารัฐใดปฏิบัติตามหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการหรือไม่ โดยอาจจะมีสภาพบังคับหรือไม่ อย่างไร นั้นขึ้นอยู่กับความผูกพันของรัฐสมาชิกต่อองค์การระหว่างประเทศนั้นๆ เช่น หากเป็นในระดับสหประชาชาติ สภาพบังคับของการไม่ปฏิบัติตามอาจจะเป็นการออกแถลงการณ์เรียกร้องหรือการกดดันทางการเมืองระหว่างประเทศ แต่ถ้าเป็นสหภาพยุโรปซึ่งมีศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปทำหน้าที่วินิจฉัยซึ่งจะมีผลผูกพันให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม เป็นต้น

กฎเกณฑ์และเอกสารดังกล่าวมีหลายฉบับด้วยกัน โดยในที่นี้จะหยิบยกขึ้นมาศึกษาเพียง 3 ฉบับ อันได้แก่ หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ค.ศ. 1985 (Basic Principles on the Independence of the Judiciary 1985)(ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “หลักการพื้นฐาน”) ซึ่งได้รับการรับรองโดยที่ประชุมองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดครั้งที่ 7 และที่ประชุมทั่วไปในปี ค.ศ. 1985 เป็นหลัก และจะเสริมด้วยเอกสารของสหภาพยุโรป อันได้แก่ ข้อเสนอแนะเลขที่ R(94)12(Recommendation R(94)12; R-12) ว่าด้วยความ

¹¹ Christopher M. Larkins, “Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis,” *the American Journal of Comparative Law*, No.4, Vol.44, p. 620 – 625. (Autumn 1996).

เป็นอิสระ ประสิทธิภาพและบทบาทของผู้พิพากษาที่ได้รับการรับรองโดยคณะมนตรียุโรปเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1994 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “ข้อเสนอแนะ”) ระบุว่าด้วยข้อบังคับสำหรับผู้พิพากษาและบัณฑิตกฤษฎาธิบาย (European Charter on the Statute of Judges and Explanatory Memorandum) ซึ่งได้รับการรับรองโดยสภายุโรปในการประชุมเมื่อวันที่ 8 – 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 เพื่อพิจารณามาตรฐานในระดับระหว่างประเทศหรือระดับสากลว่าความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการนั้นมีเนื้อหาอย่างไร

ตามเอกสารที่จัดทำโดยข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN High Commissioner for Human Rights) ได้แบ่งความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการออกเป็น 2 ประเภท¹² ได้แก่ (1) ความเป็นอิสระในเชิงสถาบัน (Institutional Independence) และ (2) ความเป็นอิสระในเชิงปัจเจกบุคคล (Individual Independence)

(1) ความเป็นอิสระในเชิงสถาบัน (Institutional Independence)

ความเป็นอิสระในเชิงสถาบันนี้เป็นการพิจารณาฝ่ายตุลาการและองค์กรตุลาการในฐานะที่เป็นสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยสถาบันหนึ่งเช่นเดียวกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่ต่างก็มีแดนอำนาจที่เป็นอิสระของตนเองที่องค์กรผู้ใช้อำนาจอื่นจะเข้ามาแทรกแซงไม่ได้ ความเป็นอิสระในเชิงสถาบันจึงหมายถึงความเป็นอิสระจากฝ่ายอื่นๆ ของรัฐบาลอันได้แก่ฝ่ายบริหารและรัฐสภา¹³ โดยหลักการพื้นฐานข้อที่ 1 กำหนดไว้ว่า “รัฐจะต้องประกันความเป็นอิสระดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายและสถาบันอื่นก็ต้องเคารพและปฏิบัติตามในหลักความเป็นอิสระดังกล่าว” ความเป็นอิสระในเชิงสถาบันอาจจำแนกออกเป็นความเป็นอิสระ 3 ประเภทได้แก่

ประเภทแรก ความเป็นอิสระในการพิพากษาคดี

ความเป็นอิสระประเภทนี้ปรากฏใน หลักการพื้นฐาน ข้อที่ 2 ว่า “ฝ่ายตุลาการจะต้องตัดสินข้อพิพาทอย่างเป็นกลาง บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงตามกฎหมาย โดยปราศจากข้อจำกัด อิทธิพลที่ไม่เหมาะสม การชี้นำ แรงกดดัน การคุกคามหรือแทรกแซงใดๆ ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และไม่ว่าจะภาคส่วนใดหรือด้วยเหตุผลใด” และหลักการพื้นฐาน ข้อที่ 3 ว่า “ตุลาการจะต้องมีเขตอำนาจใน

¹² Office of the High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association, Professional Training Series No.9: Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, (New York: United Nation, 2003), p.120.

¹³ *Ibid.*

การพิจารณาทุกประเด็นพิพาทที่เป็นเรื่องทางตุลาการและจะมีอำนาจเฉพาะตัวในการตัดสินว่าประเด็น
หนึ่งๆ ที่ถูกเสนอมาให้พิจารณานั้นอยู่ภายใต้เขตอำนาจของตนตามที่กฎหมายไว้ในกฎหมายหรือไม่”
ความเป็นอิสระประเภทนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันเรียกว่าความเป็นอิสระในทางเนื้อหา¹⁴ (Substantive
Independence) นักวิชาการบางคนในระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันเรียกว่าความเป็นอิสระในการ
ตัดสินคดี (Decisional Independence)¹⁵

ความเป็นอิสระประเภทนี้มุ่งคุ้มครองความสามารถในการใช้ดุลพินิจหรือ
ความมีอัตวิสัย (Autonomy) ของผู้พิพากษาในกระบวนการใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งจะประกอบไปด้วย 4
ขั้นตอน อันได้แก่ การวินิจฉัยเขตอำนาจของตน การค้นหาข้อเท็จจริงในคดี การเลือกกฎหมายที่
สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเลือกผลทางกฎหมายที่ได้ถูกกำหนดไว้¹⁶ ที่ผู้พิพากษาจะต้องมีอำนาจในการ
พิจารณาพิพากษาคดีได้ด้วยตนเองโดยปราศจากการแทรกแซงในการพิจารณาพิพากษาคดี องค์การของรัฐ
อื่นๆ มีหน้าที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใดๆ ที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้องที่อาจจะเป็นการก้าวก้าวเข้าไป
ไปในแดนอิสระดังกล่าวและเป็นหน้าที่ของรัฐในการปกป้องและรักษาแดนอิสระของฝ่ายตุลาการไว้¹⁷
ความเป็นอิสระนี้เป็นความเป็นอิสระพื้นฐานที่ทุกรัฐจะรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอันหมายถึง ผู้พิพากษา
ย่อมสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้โดยไม่รับ “ใบสั่ง” (*Die Freiheit von Weisungen*)

¹⁴ Anja Seibert-Fohr, “Constitutional Guarantee of Judicial Independence in Germany,” in *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, eds. Eibe Riedel and Rüdiger Wolfrum, (Heidelberg: Springer, 2006), p.270.

¹⁵ Gordon Bermant and Russell R. Wheeler, “Federal Judges and the Judicial Branch: Their Independence and Accountability,” *Mercer Law Review* 46, p.839 – 844. (1995).

¹⁶ กนิษฐา เชี่ยววิทย์, “การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดย
องค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.2 – 5.

¹⁷ ข้อ 1 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล (Basic Principle on the
Independence of The Judiciary 1985) “ความเป็นอิสระของศาลจะต้องได้รับการประกันโดยรัฐและ
จะต้องมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของประเทศนั้นๆ เป็นหน้าที่ของรัฐบาลและองค์กร
อื่นๆ ทุกองค์กรจะต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการความเป็นอิสระของศาล”

หรือคำสั่งใดๆ (Anweisungen)¹⁸ ซึ่งอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น รวมไปถึงอำนาจในการพิจารณาว่าปัญหาใดอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลด้วย¹⁹ ความเป็นอิสระดังกล่าวนี้เรียกร้องต่อองค์กรต่างๆ ของรัฐบาล 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก องค์กรต่างๆ ของรัฐบาลจะต้องละเว้นจากการแทรกแซงการตัดสินใจของศาล ซึ่งได้รับการรับรองทั้งในหลักการพื้นฐาน ข้อ 1 ดังที่กล่าวมาแล้ว และข้อเสนอแนะยุโรป หลักการที่ 1(2)b ก็รับรองไว้ว่า “อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติจะต้องประกันว่าผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระและจะต้องไม่ให้มีการดำเนินการในขั้นตอนใดๆ ที่จะทำอันตรายต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้น” สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องละเว้นจากการตรากฎหมายบางประเภทที่อาจถือว่าเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ เช่น การตรากฎหมายก่อตั้งศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่ง หรือเพื่อคดีของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นพิเศษ หรือ การตรากฎหมายกำหนดวิธีพิจารณาคดีสำหรับบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดเป็นพิเศษ รวมถึงการตรากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรอื่นที่ไม่ใช่องค์กรตุลาการให้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังเช่นอำนาจตุลาการ เป็นต้น

ในสหภาพยุโรป ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเคยวินิจฉัยว่าการที่รัฐสภาออกกฎหมายยกเลิกเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคำร้องบางประการที่ให้รัฐบาลจ่ายค่าชดเชยและยังประกาศให้ความเสียหายที่รับรองโดยศาลอย่างถูกต้องตามกฎหมายนั้นกลายเป็นโมฆะหรือไม่มีผลทางกฎหมายนั้นเป็นการกระทบกระเทือนต่อความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ²⁰ หรือในคดี Papageorgiou v. Greece ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่าการรับรองกฎหมายฉบับหนึ่งโดยรัฐสภา ซึ่งกฎหมายฉบับนั้นมีบทบัญญัติว่าคดีบางคดีไม่สามารถได้รับการพิจารณาโดยศาลได้ และสั่งให้มีการระงับกระบวนการทางกฎหมายที่กำลังดำเนินอยู่ เป็นการละเมิดความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ²¹

¹⁸ สุธสิธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาตามมาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน,” *บทบัญญัติ*, เล่ม 2, ปีที่ 60, น.131 (2547).

¹⁹ ข้อ 2 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล (Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985)

²⁰ คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปคดี Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece วันที่ 9 ธันวาคม 2537 อ้างถึงใน โสเช ไซตูน, *อ้างแล้ว เจงอรรถที่ 6*, น.30 – 31.

²¹ คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คดี Papageorgiou v. Greece วันที่ 22 ตุลาคม 1997(2540) อ้างถึงใน โสเช ไซตูน, *อ้างแล้ว เจงอรรถที่ 6*, น.31.

ส่วนฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการนั้นก็ต้องละเว้นจากการสั่งการหรือให้คำแนะนำไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อการตัดสินใจของผู้พิพากษา นอกจากนี้ ในแง่ของตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาก็จะต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ ผู้พิพากษาทุกระดับจะต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจหรือต้องรายงานต่อฝ่ายอื่นๆ ของรัฐบาลโดยเฉพาะฝ่ายบริหาร ในกรณีนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเคยมีคำพิพากษาว่าศาลทหารของอังกฤษไม่มีความเป็นอิสระเนื่องจากสมาชิกของศาลเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของผู้จัดตั้งและดำเนินการศาลทหาร (Convening Officer) และยังทำหน้าที่เป็นผู้รับรองคำตัดสิน (Confirm officer) อีกทั้งยังสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาใดๆ ที่มิได้ นอกจากนี้ มีกรณีที่เกี่ยวข้องกันในภูมิภาคอื่น เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกาเห็นว่าการที่ศาลประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่จากฝ่ายบริหารซึ่งในคดีที่พิจารณานี้เป็นเจ้าหน้าที่ทหารที่ยังอยู่ในตำแหน่งเป็นการละเมิดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะตุลาการที่เป็นอิสระ²² และ

ประการที่สอง ฝ่ายอื่นจะต้องเคารพในคำพิพากษาของศาล ดังที่หลักการพื้นฐานข้อที่ 4 กำหนดว่า “จะต้องไม่มีการแทรกแซงที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายใดๆ ในกระบวนการทางตุลาการและคำวินิจฉัยของศาล เว้นแต่เป็นการตรวจสอบทางตุลาการหรือการลดหย่อนผ่อนโทษโดยองค์กรที่มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย” และในข้อเสนอแนะฯ หลักการที่ 1(2a)i, iv ที่ว่า “คำวินิจฉัยของผู้พิพากษาจะต้องไม่ถูกทบทวนด้วยกระบวนการใดๆ เว้นแต่การอุทธรณ์ตามบทบัญญัติของกฎหมาย” และ “การยกเว้นคำวินิจฉัยด้วยการนิรโทษกรรมหรือการอภัยโทษ หรือการกระทำอื่นใดที่ใกล้เคียงกัน รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารจะต้องไม่สามารถออกคำสั่งใดๆ ที่จะทำให้คำพิพากษาของศาลเป็นโมฆะย้อนหลังได้”

หลักการนี้เรียกร้องว่าเมื่อฝ่ายตุลาการได้มีคำพิพากษามาแล้ว ฝ่ายบริหารและรัฐสภามีหน้าที่ที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น ซึ่งรวมถึงหน่วยงานบังคับคดีทั้งหลาย เช่น ตำรวจ ราชทัณฑ์ กรมบังคับคดี และสถาบันต่างๆ ของรัฐอีกด้วย หลักการนี้เกิดขึ้นเพื่อป้องกันการที่สถาบันอื่นๆ ที่ไม่เห็นพ้องกับคำตัดสินจะปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือบังคับคดีให้อันทำให้คำพิพากษาของศาลไม่มีผลในทางปฏิบัติจริงซึ่งย่อมถือว่าเป็นการทำลายความเป็นอิสระในการตัดสินใจนั้นเช่นเดียวกัน²³ กรณีนี้ในเยอรมนี การเรียกร้องให้เคารพต่อคำพิพากษาของศาลยังครอบคลุมไปรัฐสภาด้วย โดยฝ่ายรัฐสภาจะเรียกร้องให้ฝ่ายอื่นไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาไม่ได้²⁴ แต่อย่างไรก็ดี ในการเรียกร้อง

²² โฮเซ ซาตูน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.33 – 34.

²³ เพิ่งอ้าว, น.29.

²⁴ Anja Seibert-Fohr, *supra note 14*, p.272.

ให้เคารพต่อคำตัดสินของศาลมีข้อยกเว้นไว้ 2 กรณีที่แต่ละรัฐอาจดำเนินการได้ตามที่เห็นสมควรและไม่ถือว่าเป็นการไม่เคารพต่อคำพิพากษาของศาล²⁵ กรณีแรกคือการพิจารณาตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ด้วยกันตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด เช่น การอุทธรณ์หรือฎีกา และกรณีที่สองได้แก่ กรณีลดหย่อนผ่อนโทษ เช่น การอภัยโทษหรือการนิรโทษกรรมตามกฎหมาย ซึ่งฝ่ายอื่นอาจกระทำได้เพื่อยกเว้นการลงโทษตามคำพิพากษาของศาล อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลประการหนึ่ง แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นต้องเป็นไปตามขั้นตอนกระบวนการและเนื้อหาของกฎหมายที่ประเทศนั้นระบุไว้เท่านั้นโดยจะอภัยโทษหรือนิรโทษกรรมตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจไม่ได้

ประเภทที่สอง ความเป็นอิสระทางการเงินและทรัพยากรที่เพียงพอ²⁶

ความเป็นอิสระนี้ปรากฏในหลักการข้อที่ 7 แห่งหลักการพื้นฐานที่ว่า “รัฐสมาชิกแต่ละแห่งมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาทรัพยากรที่เพียงพอแก่ฝ่ายตุลาการให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเหมาะสม” ซึ่งหลักการข้อนี้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐบาลที่จะต้องจัดสรรทรัพยากรดังกล่าว ซึ่งทรัพยากรที่เพียงพอนี้รวมทั้งในเรื่องเงินงบประมาณและจำนวนบุคคลากรสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้อย่างเหมาะสม เพราะหากทรัพยากรที่ไม่เพียงพออาจจะทำให้เกิดปัญหาการคอร์รัปชันในฝ่ายตุลาการหรืออาจจะเป็นการยากต่อการดำรงความเป็นอิสระจากฝ่ายอื่นของรัฐบาลได้ ซึ่งการกำหนดทรัพยากรดังกล่าวในหลายประเทศปัจจุบันให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนร่วม เช่น ให้ฝ่ายตุลาการจัดเตรียมค่าของงบประมาณของศาลเอง²⁷ หรืออาจจะปรึกษาร่วมกับผู้พิพากษาหรือตุลาการก็ได้

(2) ความเป็นอิสระในเชิงปัจเจกบุคคล (Individual Independence)

ความเป็นอิสระในเชิงปัจเจกบุคคลนี้จะมุ่งไปที่การคุ้มครองผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นปัจเจกชนแต่ละคน ซึ่งในฐานะปัจเจกชนที่ย่อมต้องคำนึงถึงความมั่นคงปลอดภัยส่วนตัวในการกระทำการใด ในความเป็นอิสระเชิงปัจเจกบุคคลจึงมีวัตถุประสงค์ที่จะให้บุคคลที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาจะต้องสามารถตัดสินใจตามกฎหมายโดยเป็นอิสระจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือการแก้แค้นที่เป็นผลมา

²⁵ ข้อ 4 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล (Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985) “จะต้องไม่มีการแทรกแซงแบบที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้องใดๆ กับกระบวนการยุติธรรม คำตัดสินทางตุลาการใดๆ จะต้องไม่ถูกทบทวน หลักการนี้ไม่มีอคติต่อการพิจารณาตรวจสอบโดยตุลาการ (Judicial Review) หรือเพื่อลดหย่อนโทษ หรืออภัยโทษ โดยหน่วยงานที่มีอำนาจในคำตัดสินที่ออกโดยตุลาการอย่างสอดคล้องกับกฎหมาย”

²⁶ โยเซ ไชตุน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.41 – 44.

²⁷ Office of the High Commissioner for Human Rights, *supra note 12*, p.127.

จากการตัดสินใจของตนไม่ว่ากรณีใดๆ ซึ่งความเป็นอิสระในเชิงปัจเจกบุคคลนี้ไม่ได้หมายความว่าจะอนุญาตให้ผู้พิพากษาศักดิ์สิทธิ์ได้ตามอำเภอใจ ผู้พิพากษายังคงมีความผูกพันที่จะต้องตัดสินใจตามกฎหมาย เพียงแต่ความเป็นอิสระดังกล่าวนี้จะทำหน้าที่ปกป้องผู้พิพากษาจากแรงกดดันที่ไม่เหมาะสมในระดับต่างๆ²⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้เรียกร้องให้ทุกรัฐบาลเคารพและส่งเสริมความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและทนายความ และในการไปถึงจุดหมายนั้นโดยจัดให้มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ มีการบังคับใช้กฎหมายและมีมาตรการอื่นๆ ที่เหมาะสมที่จะทำให้ผู้พิพากษาและทนายความสามารถทำหน้าที่ทางวิชาชีพของตนได้โดยไม่มีการรังควานหรือการคุกคามในรูปแบบใดๆ²⁹ ความเป็นอิสระในเชิงปัจเจกบุคคลให้หลักประกันกับเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสถานะของผู้พิพากษาโดยตรงโดยอาจจำแนกเป็น 4 ประการ ได้แก่

ประการแรก การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง

การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอาจเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้หากการแต่งตั้งนั้นเป็นไปโดยอำเภอใจของผู้มีอำนาจ ในแต่ละรัฐจึงต้องกำหนดให้มีหลักประกันในการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้น แต่อย่างไรก็ดี ในหลักการพื้นฐานก็ไม่ได้กำหนดวิธีการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาไว้อย่างชัดเจนตายตัวแต่ได้กล่าวถึงการประกันความเป็นอิสระในการแต่งตั้งผู้พิพากษาไว้ 2 ประเด็นสำคัญ ได้แก่ ประเด็นแรก *หลักเกณฑ์ในการแต่งตั้ง* โดยการแต่งตั้งจะต้องพิจารณาจากคุณสมบัติของบุคคลทั้งในเรื่องความสามารถในทางกฎหมายและความซื่อสัตย์ โดยจะต้องมีเกณฑ์ในการคัดเลือกที่เป็นภาวะวิสัยโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ³⁰ และ ประเด็นที่สอง *องค์กรและกระบวนการแต่งตั้ง* ในประเด็นนี้หลักการพื้นฐานไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้ในข้อเสนอแนะของสภายุโรปได้ระบุถึงเรื่องดังกล่าวว่าองค์กรที่ทำหน้าที่คัดเลือกควรจะเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารโดยสมาชิกขององค์กรควรจะมาจากการเลือกโดยผู้พิพากษาร่วมกันเอง³¹ แต่อย่างไรก็ดี ข้อเสนอแนะดังกล่าวไม่ได้ห้ามฝ่ายบริหารในการเข้ามาคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยสิ้นเชิง เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องมี

²⁸ *Ibid.*, p.120.

²⁹ มติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน 2004/33 อ้างถึงใน โสเช ไซตูน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.33.

³⁰ ข้อ 10 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล(Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985), และ หลักการที่ 1.2 ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

³¹ หลักการที่ 1.2(C) ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

มาตรการที่ประกันว่ากระบวนการแต่งตั้งนั้นมีความโปร่งใสและเป็นอิสระ โดยคำนึงถึงเกณฑ์ทางภาวะวิสัยในการแต่งตั้ง มาตรการดังกล่าว เช่น การให้มีหน่วยงานอิสระและมีความสามารถทำหน้าที่ให้คำแนะนำแก่รัฐบาลที่รัฐบาลต้องปฏิบัติตาม หรือให้สิทธิแก่ปัจเจกชนในการอุทธรณ์คำตัดสิน เป็นต้น

ประการที่สอง เงื่อนไขการดำรงตำแหน่ง

เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้วผู้พิพากษาก็จะต้องได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎเกณฑ์ที่มั่นคงแน่นอนและไม่เปิดช่องทางให้มีการกลั่นแกล้งกันได้ โดยอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ ประเด็นแรก วาระการดำรงตำแหน่ง ที่จะต้องได้รับการกำหนดไว้โดยกฎหมายและได้รับการประกันการดำรงตำแหน่งจนกว่าจะครบตามที่กฎหมายกำหนด ประเด็นที่สอง ค่าตอบแทนของผู้พิพากษา ซึ่งจะต้องกำหนดไว้โดยกฎหมายเช่นกัน และจะต้องมีจำนวนที่เพียงพอแก่การดำรงชีพ³² ซึ่งข้อเสนอแนะของสภายุโรปได้เพิ่มเข้าไปอีกว่าจะต้องให้กำหนดให้สมควรและสมศักดิ์ศรีของวิชาชีพและการยอมรับผิดชอบของผู้พิพากษา³³ และประเด็นที่สาม เสรีภาพของผู้พิพากษา โดยผู้พิพากษานั้นก็เป็นพลเมืองของรัฐเหมือนกับคนอื่นๆ จึงควรจะต้องที่มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในความเชื่อ ในการสมาคม และการรวมตัว แต่เสรีภาพอาจจะถูกจำกัดบ้างในกรณีที่ต้องรักษาความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการพิพากษาคดี³⁴ นอกจากนี้ มาตรฐานสากลได้ระบุถึงเสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือจัดตั้งสมาคมไว้เป็นพิเศษว่าผู้พิพากษาคควรจะมีเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคม ซึ่งกระทำด้วยตนเองหรือโดยร่วมกับองค์กรอื่น เพื่อภารกิจในการปกป้องความเป็นอิสระของตนและคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์อันชอบธรรมของเหล่าผู้พิพากษาด้วยกันเอง³⁵

ประการที่สาม การเลื่อนตำแหน่ง

การเลื่อนตำแหน่งเป็นการให้คุณแก่ผู้พิพากษาประการหนึ่งซึ่งอาจถูกฉวยใช้เป็นเครื่องมือในการแทรกแซงผู้พิพากษาได้ โดยหลักการพื้นฐานกำหนดว่าการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาจะต้องเป็นไปตามระบบที่มีอยู่แล้ว และการพิจารณาจะต้องตั้งอยู่บนฐานของปัจจัยที่เป็นภาวะวิสัย

³² ข้อที่ 11 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล(Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985), หลักการที่ 1(2a)ii ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

³³ หลักการที่ 3(1b) ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

³⁴ ข้อ 8 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล(Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985)

³⁵ หลักการที่ 4 ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

โดยเฉพาะความสามารถ ความซื่อสัตย์ และประสบการณ์³⁶ ส่วนกฎบัตรผู้พิพากษา(ข้อเสนอแนะ)ของสหภาพยุโรปได้มีข้อเสนอแนะในเชิงรายละเอียด โดยจำแนกระบบการเลื่อนตำแหน่งเป็น 2 ระบบ³⁷ กล่าวคือการเลื่อนตำแหน่งโดยระบบอาวุโสที่ผู้พิพากษาจะได้รับการเลื่อนขั้นหลังจากที่อยู่ในตำแหน่งมาตามระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งข้อเสนอแนะไม่ได้ห้ามการเลื่อนตำแหน่งในระบบดังกล่าว ส่วนอีกระบบหนึ่งคือการเลื่อนตำแหน่งโดยการพิจารณาจากความสามารถซึ่งจะต้องพิจารณาจากคุณภาพและคุณสมบัติในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ได้รับมอบหมาย โดยวิธีการประเมินแบบเป็นภาวะวิสัย โดยผู้พิพากษาหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น และมีการแลกเปลี่ยนอภิปรายกับผู้พิพากษาคนที่ได้รับการพิจารณาด้วย จากนั้นจึงเป็นการประกาศผลการตัดสินใจเรื่องการเลื่อนขั้นโดยหน่วยงานที่มีอำนาจซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระ เช่นเดียวกับหน่วยงานที่ทำหน้าที่คัดเลือกผู้พิพากษา นอกจากนี้ ผู้พิพากษาที่ไม่ได้รับการพิจารณาให้เลื่อนตำแหน่งจะต้องมีสิทธิที่จะร้องเรียนต่อหน่วยงานนี้ด้วย³⁸

ประการที่สี่ ความรับผิดชอบผู้พิพากษา

มาตรฐานระหว่างประเทศทุกฉบับยอมรับตรงกันว่าแม้ผู้พิพากษาจะได้รับการประกันการดำรงตำแหน่งก็ตาม แต่หากผู้พิพากษาก่อทำความผิดก็สามารถที่จะถูกปลดออกหรือลงโทษได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้พิพากษามีความรับผิดชอบได้นั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี การลงโทษผู้พิพากษานั้น มาตรฐานระหว่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ 4 หลักเกณฑ์ด้วยกัน ได้แก่

หลักเกณฑ์แรก การลงโทษผู้พิพากษาจะทำได้ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาก่อทำพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมต่อหน้าที่ของตน หรือเพราะเหตุไร้ความสามารถ³⁹ และรวมถึงการกระทำ ความผิดอาญาด้วย โดยโทษที่จะลงนั้นอาจจะเป็นการพักงาน การปลดออกจากตำแหน่ง หรือโทษทาง

³⁶ ข้อ 13 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล(Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985)

³⁷ กฎบัตรยุโรปว่าด้วยบทบัญญัติสำหรับผู้พิพากษา ข้อ 4.1

³⁸ กฎบัตรยุโรปว่าด้วยบทบัญญัติสำหรับผู้พิพากษา ; โยเซฟ ไชตุน, *หลักการสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้พิพากษา ทนายความ และอัยการ*, 65-66.

³⁹ ข้อ 18 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล(Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985) และหลักการที่ VI.2 ข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R

วินัยอื่น เช่น การถอนถอดออกจากคดีที่กำลังพิจารณา การย้ายผู้พิพากษาไปยังศาลอื่น หรือการลดเงินเดือนชั่วคราว⁴⁰

หลักเกณฑ์ที่สอง มาตรฐานความประพฤติสำหรับผู้พิพากษาที่จะถูกนำไปใช้ลงโทษผู้พิพากษานั้นจะต้องถูกกำหนดไว้ล่วงหน้า⁴¹ และชัดเจนในกฎหมายเพื่อผู้พิพากษาจะได้รับทราบ ว่าตนควรจะต้องประพฤติปฏิบัติตัวอย่างไร

หลักเกณฑ์ที่สาม กระบวนการพิจารณาลงโทษจะต้องเป็นธรรมแก่ผู้พิพากษา⁴² เช่น การได้รับการพิจารณาภายในระยะเวลาที่เหมาะสม และผู้พิพากษารายนั้นจะได้รับสิทธิที่จะแก้ข้อกล่าวหาใดๆ นอกจากนี้หลักการพื้นฐานยังได้กำหนดเพิ่มเติมในรายละเอียดอีกว่าการไต่สวนเบื้องต้นว่า ข้อกล่าวหาผู้พิพากษามีมูลหรือไม่ควรจะต้องเก็บเป็นความลับเว้นแต่ผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาจะร้องขอ และเมื่อจะต้องมีการดำเนินมาตรการทางวินัย รัฐควรพิจารณาถึงการตั้งหน่วยงานพิเศษตามกฎหมายที่มีหน้าที่ในการใช้มาตรการลงโทษหรือมาตรการอื่นๆ ที่ไม่ได้ดำเนินโดยศาล และคำวินิจฉัยนั้นจะต้องถูกควบคุมโดยหน่วยงานทางตุลาการที่อยู่เหนือกว่า หรือเป็นหน่วยงานทางตุลาการที่อยู่เหนือกว่าเอง ซึ่งกระบวนการที่เป็นธรรมนั้นกฎหมายควรจะบัญญัติให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรับประกันว่าผู้พิพากษารายนั้นได้รับกระบวนการที่เหมาะสม ทุกกระบวนการตามข้อบังคับของอนุสัญญา(ยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) เป็นอย่างน้อย

หลักเกณฑ์สุดท้าย คำสั่งลงโทษจะต้องสามารถถูกทบทวนได้เว้นแต่เป็นคำสั่งของศาลสูงสุดหรือคำสั่งของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการถอดถอนหรือกระบวนการที่ใกล้เคียงกัน⁴³

2.1.3 ผลกระทบที่เกิดจากการเพิ่มบทบาทของฝ่ายตุลาการ

การเพิ่มบทบาทผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชนให้กับฝ่ายตุลาการทำให้เกิดผลกระทบต่อระบอบการปกครองของประเทศต่างๆ ไม่มากก็น้อย ผลกระทบที่เป็นปัญหาที่สำคัญมี 2 ประการด้วยกัน

⁴⁰ หลักการที่ 6(1) ข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

⁴¹ ข้อ 18 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล(Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985), หลักที่ 6(2)(3) ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

⁴² หลักการ VI.3 ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R 12

⁴³ ข้อ 20 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล(Basic Principle on the Independence of The Judiciary 1985), หลักการที่ 6(3) ของข้อเสนอแนะของสภายุโรป ลำดับที่ R

ได้แก่ (2.1.3.1) ปัญหาคุณภาพทางการเมือง และ (2.1.3.2) ปัญหาขอบเขตความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

2.1.3.1 ปัญหาคุณภาพทางการเมือง

การมอบหมายบทบาทให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ซึ่งบทบาทดังกล่าวได้เปลี่ยนให้ศาลกลายเป็นเวทีการต่อสู้ทางการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ฝ่ายที่ไม่พอใจในอำนาจรัฐย่อมนำไปสู่ประเด็นที่ไม่พอใจมาฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลใช้อำนาจยับยั้งการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นที่ตนเองไม่เห็นพ้องด้วย หากศาลเห็นคล้อยตามและประกาศให้กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ก็ย่อมสร้างความไม่พอใจให้ฝ่ายการเมืองที่เห็นว่าตนเองได้รับความชอบธรรมในการผลักดันและตรากฎหมายมาจากประชาชนโดยตรงแต่กลับถูกปฏิเสธโดยผู้พิพากษาไม่กี่คน การปะทะกันระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายการเมืองจึงเกิดขึ้นอยู่เนืองๆ อันมีผลทำให้สมดุลแห่งอำนาจทั้งสามเริ่มไม่มีเสถียรภาพ การใช้อำนาจตรวจสอบที่มากเกินไปของฝ่ายตุลาการอาจทำให้ระบอบการปกครองเบี่ยงเบนจากประชาธิปไตยไปเป็นตุลาการธิปไตยได้ และการตอบโต้จากฝ่ายการเมืองอาจจะเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการที่จะส่งผลกระทบโดยตรงต่อระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองได้ ปรากฏการณ์ที่ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในทางการเมืองอย่างมากมีการเรียกกันว่าเป็น “ตุลาการภิวัตน์” (Judicialization of Politics) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากปัจจัย 3 ประการประกอบกัน⁴⁴ ได้แก่ ปัจจัยเชิงสถาบัน กล่าวคือ ระบบกฎหมายของรัฐที่เปิดช่องให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนได้มากน้อยเพียงใด ปัจจัยเชิงพฤติกรรมของผู้พิพากษา อันหมายถึงว่าผู้พิพากษามีเจตนาหรือความประสงค์ที่จะเข้ามามีส่วนในการเมืองมากน้อยเพียงใด และปัจจัยสุดท้ายคือ ปัจจัยการยอมรับของระบบการเมือง หากฝ่ายการเมืองหรือประชาชนยอมรับการใช้อำนาจนั้นฝ่ายตุลาการก็จะครอบครองอำนาจการเมืองได้ ดังนั้น การจะทำให้อำนาจทางการเมืองเกิดความสมดุลดังกล่าวจึงมุ่งที่ปัจจัยทั้งสามประการ ดังนี้

⁴⁴ Ran Hirshcl, “Judicialization of Politics”, In Oxford Handbook of Politics and Jurisprudence, eds. Keith E. Whittington ,R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira, (New York : Oxford University Press, 2008), p.129 – 138.

(1) การกำหนดเขตอำนาจฝ่ายตุลาการในประเด็นทางการเมือง

การกำหนดเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบองค์กรทางการเมือง อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท⁴⁵ ได้แก่ ประเภทแรก ศาลที่มีเขตอำนาจอย่างกว้างกล่าวคือศาลจะมีเขตอำนาจวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างองค์กรทางการเมืองด้วยกันเอง และข้อพิพาทระหว่างองค์กรทางการเมืองกับประชาชน หรืออาจกล่าวให้เป็นรูปธรรมคือเป็นศาลที่มีเขตอำนาจแบบศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีที่สืบทอดซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางการเมืองอย่างกว้างขวาง ผ่านการยื่นฟ้องคดีโดยองค์กรทางการเมืองต่างๆ หรือ ประเภทที่สอง ศาลที่มีเขตอำนาจอย่างแคบ ซึ่งจะจำกัดเขตอำนาจศาลเฉพาะข้อพิพาทระหว่างองค์กรทางการเมืองกับประชาชน ในประเด็นที่องค์กรทางการเมืองล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้อย่างใดอย่างหนึ่งต่อประชาชน โดยผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงเท่านั้น โดยอาจจะฟ้องเป็นคดีโดยตรง เช่น การฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 ของอังกฤษ และการฟ้องเป็นคดีโดยอ้อม เช่น การยกข้อต่อสู้ในศาลว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา

การกำหนดเขตอำนาจที่แคบเกินไปก็จะทำให้ฝ่ายตุลาการไม่อาจควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นได้อย่างเหมาะสม แต่ในขณะเดียวกันหากกำหนดเขตอำนาจของศาลไว้มากเกินไป อาจทำให้ศาลกลายเป็นอุปสรรคในการบริหารประเทศของฝ่ายการเมืองจนกลายเป็นองค์กรที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองโดยเสียงข้างมากหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

(2) การจัดวางระบบการควบคุมฝ่ายตุลาการ

การให้ศาลหรือฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นได้ก็จำเป็นต้องวางระบบที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการได้เช่นเดียวกัน มาตรการควบคุมที่จำเป็นเช่น การแต่งตั้งตุลาการ การจำกัดผู้มีสิทธิฟ้องคดีและเงื่อนไขในการฟ้องคดี การกำหนดระบบการพิจารณาพิพากษา และการสร้างระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจ เป็นต้น

(3) การกำหนดบทบาทที่เหมาะสมของผู้พิพากษาในการตรวจสอบ

ในระบบการควบคุมของฝ่ายตุลาการ ปัจจัยหนึ่งที่มีส่วนสำคัญในการรักษาเสถียรภาพแห่งดุลอำนาจคือพฤติกรรมของผู้พิพากษาในการใช้อำนาจ (Judicial Behavior) กล่าวคือผู้

⁴⁵ โดยทั่วไปแล้ว การจำแนกประเภทของอำนาจศาลในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจแบ่งได้เป็น 3 ระบบ ได้แก่ ระบบรวมอำนาจ ระบบกระจายอำนาจ และระบบผสม(แบบโปรตุเกส)(กระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ) แต่การจำแนกนี้เสนอรูปแบบใหม่ คือ การกำหนดเขตอำนาจอย่างกว้าง กับเขตอำนาจอย่างแคบ

พิพากษาควรใช้อำนาจหรือปฏิบัติตนอย่างไรเมื่อต้องใช้อำนาจในการตรวจสอบ ซึ่งมีความเห็นหรือแนวทางปฏิบัติ 2 แนวทาง แนวทางแรก การใช้อำนาจแบบขยายบทบาท (Judicial Activism) หรือ การใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเอง (Judicial Self-Restraint) ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้มีความเห็นแตกต่างกันไปใน 2 แนวทาง แนวทางแรกเห็นว่า ผู้พิพากษาควรใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเอง เนื่องจากข้อจำกัดของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยประเด็นทางการเมือง เช่น ความเชี่ยวชาญในประเด็นที่พิจารณา เครื่องมือทางกฎหมาย และความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ฝ่ายตุลาการมีน้อยกว่าฝ่ายการเมือง ดังนั้นหากไม่จำเป็นแล้ว ฝ่ายตุลาการไม่ควรจะใช้อำนาจดังกล่าว ควรจะเก็บไว้ใช้ในกรณีจำเป็นจริงๆ หรือกรณีที่ร้ายแรงเท่านั้น เพื่อให้อำนาจของฝ่ายตุลาการก้าวล่วงเข้าไปในแดนอำนาจของฝ่ายอื่นให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่อีกฝ่ายเห็นว่า ผู้พิพากษาคงจะขยายบทบาทตนเองเพราะ เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากระบบตุลาการสมัยใหม่นั้นได้ออกแบบให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจตรวจสอบองค์กรของรัฐ หากผู้พิพากษาปฏิเสธการใช้อำนาจดังกล่าวก็ย่อมเป็นการขัดกับภารกิจของฝ่ายตุลาการในปัจจุบัน

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นพ้องกับแนวทางการยับยั้งอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ เนื่องจากการยับยั้งอำนาจไม่ใช่การไม่ใช้อำนาจ แต่เป็นการสงวนอำนาจไว้ใช้ในกรณีที่มีความร้ายแรงอย่างมากและใช้เท่าที่จำเป็น เนื่องจากฝ่ายตุลาการจำต้องเข้าใจข้อจำกัดของฝ่ายตุลาการเอง และควรจะต้องเคารพความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายการเมืองด้วย ซึ่งไม่ใช่หมายถึงการเคารพฝ่ายการเมือง หากแต่เป็นการเคารพต่อเสียงข้างมากของประชาชน

2.1.3.2 ปัญหาขอบเขตความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

ในทุกๆ รัฐที่มีการเพิ่มบทบาทให้กับฝ่ายตุลาการมักจะสร้างเสริมความเป็นอิสระให้แก่ฝ่ายตุลาการเพื่อจะได้ปลอดจากอิทธิพลหรือการแทรกแซงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาตัดสินคดีโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นอิสระจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมือง แนวทางที่ได้รับความนิยมแนวทางหนึ่งคือการสร้างระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ (Judicial Self-Government/Self-Regulation) โดยมีข้อสันนิษฐานว่า หากฝ่ายการเมืองไม่เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการน้อยที่สุดแล้ว ฝ่ายตุลาการก็จะมีความเป็นอิสระที่จะพิจารณาพิพากษาคดีได้โดยปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมือง ฝ่ายการเมืองจะมีอิทธิพลต่อฝ่ายตุลาการผ่านการบริหารกิจการตุลาการ ทั้งการบริหารงานบุคคล อันได้แก่ การคัดเลือก แต่งตั้งโยกย้าย เลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง ลงโทษทางวินัย และการบริหารงานธุรการ อันได้แก่ การงบประมาณของฝ่ายตุลาการ การกำหนดค่าตอบแทนผู้พิพากษ ตลอดจนคัดเลือก แต่งตั้งบุคลากรสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา วิธีการการลดช่องทางหรือปิด

กันช่องทางที่ฝ่ายการเมืองจะเข้ามามีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ก็จะต้องให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจบริหารจัดการเรื่องดังกล่าวด้วยตัวเอง และควบคุมตรวจสอบกันเองภายในฝ่ายตุลาการหรือที่เรียกว่าการกีดกันฝ่ายการเมืองออกจากฝ่ายตุลาการ(Judicial Insularity) วิธีการสร้างความเป็นอิสระโดยการกีดกันฝ่ายอื่นๆ ออกไปจากฝ่ายตุลาการอย่างสิ้นเชิงจะทำให้ฝ่ายตุลาการมีความเป็นอิสระโดยสมบูรณ์(Absolute Independence) อย่างแท้จริง

แต่อย่างไรก็ดี การเพิ่มความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในแนวทางดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาที่เรียกว่า “ปัญหาดุลยภาพระหว่างความเป็นอิสระกับความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ” หลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการจะต้องเป็นฝ่ายที่สามารถถูกตรวจสอบและเอาผิดได้เช่นเดียวกับองค์กรผู้ถืออำนาจรัฐอื่น⁴⁶ การเพิ่มความเป็นอิสระย่อมทำให้ความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการลดน้อยลง หรือทำให้ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการลดน้อยลงนั่นเอง ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการกับความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการนั้นเป็นเหมือนคนละด้านที่อยู่บนเหรียญเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเราไม่สามารถแยกความเป็นอิสระออกจากความพร้อมรับผิดได้ และหลักการทั้งสองไม่ใช่หลักการที่ขัดแย้งกัน หากแต่อยู่ด้วยกันเพื่อส่งเสริมซึ่งกันและกัน⁴⁷ การเพิ่มความเป็นอิสระแบบอิสระโดยสมบูรณ์จึงไม่ใช่แนวทางที่ถูกต้องแต่อย่างใด เพราะเป็นการลดระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการนั่นเอง

จากประสบการณ์การปฏิรูปฝ่ายตุลาการในละตินอเมริกาได้ให้บทเรียนหนึ่งว่าความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการโดยสมบูรณ์ (Absolute Judicial Independence) ที่ฝ่ายตุลาการไม่ต้องถูกตรวจสอบจากองค์กรใดเว้นแต่ฝ่ายตุลาการด้วยตนเองเป็นปัญหาอย่างมากเช่นเดียวกับการที่ฝ่ายตุลาการที่ไม่เป็นอิสระ⁴⁸ ตัวอย่างเช่นในบราซิล⁴⁹ หลังการล่มสลายของเผด็จการทหาร มีการปฏิรูปฝ่าย

⁴⁶ รายละเอียดของหลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

⁴⁷ Stephen B. Burbank, “What do we mean by “Judicial Independence,” Ohio State Law Journal 64, p.330-332. (2003).

⁴⁸ Lin Hamnergren, “Fifteen Years of Judicial Reform in Latin American: Where we are and why we haven’t made more progress,” p.19 -20, Retrieved on October 26, 2014, from <ftp://pogar.org/LocalUser/pogarp/Judiciary/linn2/latin.pdf>.

⁴⁹ Carlos Santiso, “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability”, in Democratization and the Judiciary, eds. Siri Gloppen, Roberto Gargarella and Elin Skaar, (London: Frank Cass, 2003), p.117 – 131.

ตุลาการในปี ค.ศ. 1988 โดยนำรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1948 มาใช้ซึ่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นรัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นโดยมีรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ ทำให้ระบบการบริหารฝ่ายตุลาการของบราซิลจึงเป็นระบบการบริหารแบบสหรัฐอเมริกาที่ให้หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอย่างมาก โดยผู้พิพากษาในบราซิลจะมีหลักประกันการดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่ประพฤติดี (*quamdiu se bene gesserint*) เกษียณอายุที่ 70 ปี ได้รับค่าตอบแทนระดับสูงและไม่อาจถูกปลดได้ และผู้พิพากษาไม่อาจถูกย้ายไปยังศาลอื่นได้ (Immovability) ยิ่งไปกว่านั้น เพื่อลดอิทธิพลทางการเมือง บราซิลให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการของตนเองได้ (Self-Government) ทั้งการบริหารฝ่ายตุลาการและการบริหารงานบุคคล โดยฝ่ายตุลาการเองจะมีอำนาจตั้งแต่การคัดเลือกผู้พิพากษาเอง การเลื่อนตำแหน่ง และการลงโทษทางวินัยผู้พิพากษา เว้นแต่การถอดถอนผู้พิพากษาศาลสูงสุดซึ่งจะเป็นอำนาจของวุฒิสภา ในด้านการบริหารเงินงบประมาณ ฝ่ายตุลาการสามารถจัดทำงบประมาณของตนเองเสนอโดยตรงต่อรัฐสภาได้ โดยฝ่ายบริหารมีส่วนเกี่ยวข้องน้อยมาก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ต่อหลักประกันเหล่านี้จะถูกลือว่าเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการบราซิลก่อให้เกิดปัญหา 2 ประการสำคัญ ประการแรก ปัญหาการแทรกแซงแดนอิสระของฝ่ายการเมือง โดยศาลบราซิลซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายการเมือง (Judicial Review) แบบอเมริกัน ได้ใช้อำนาจขัดขวางกฎหมายที่เป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาลจำนวนมาก เช่น นโยบายในการปฏิรูปเศรษฐกิจเพื่อแก้ไขปัญหาภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรง การปฏิรูประบบภาษีและการเพิ่มเงินช่วยเหลือให้กับกองทุนบำนาญผู้ใช้แรงงาน อันเป็นการสร้างไม่แน่นอนในความน่าเชื่อถือของนโยบายต่างๆ ของรัฐบาล⁵⁰ ทำให้นักวิชาการหรือกระทั่งผู้พิพากษาด้วยกันเองต่างวิพากษ์วิจารณ์การขยายบทบาทเข้าไปในแดนทางการเมืองของฝ่ายตุลาการ⁵¹

ประการที่สอง ปัญหาการไร้ประสิทธิภาพในการบริหารงานตุลาการ เนื่องจากความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการบราซิลเป็นความอิสระแบบสมบูรณ์ หรือความเป็นอิสระที่ไม่ต้องมีความพร้อมรับผิตรีบใดๆ บิดเบือนแรงจูงใจในการควบคุมพฤติกรรมของผู้พิพากษา ฝ่ายตุลาการบราซิลมีผลการปฏิบัติงานที่ย่ำแย่ มีการพิจารณาคดีที่ล่าช้าและมีคดีค้างการพิจารณาจำนวนมาก เฉพาะศาลแรงงานสูงสุด (*Superior do Trabalho* ; TST) เพียงศาลเดียวสามารถวินิจฉัยคดีได้เพียง 5,000 คดี จากคดีค้างในปี ค.ศ. 2003 ทั้งหมดกว่า 80,000 คดี ยิ่งไปกว่านั้นฝ่ายตุลาการบราซิลยังใช้ความเป็น

⁵⁰ *Ibid.*, p.121 – 123.

⁵¹ Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, “The Comparative Law and Economics of Judicial Councils,” *Berkeley Journal of International Law* 27, p.70 (2009).

อิสระที่ได้รับมาเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง โดยมีการใช้จ่ายเงินงบประมาณอย่างเปล่าประโยชน์ ในปี ค.ศ. 1994 ศาลมีงบประมาณ 500 ล้านดอลลาร์ แต่ใช้งบประมาณเกินกว่า 800 ล้านดอลลาร์ โดยใช้งบประมาณกว่า 400 ล้านดอลลาร์ ถูกใช้ไปในการสร้างตึกทำงานที่ใหญ่โตหรูหรา มีโรงภาพยนตร์ ห้องบอลรูม สระว่ายน้ำภายในอาคาร ซึ่งเกินกว่าความจำเป็นทั่วไปของสำนักงานศาล(แต่มีผู้ทำงานภายในตึกไม่มากนัก) นอกจากนี้ ยังมีการจัดให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้พิพากษาที่เกินกว่าความจำเป็น เช่น ผู้พิพากษาระดับสูงสามารถลาพักผ่อนโดยที่ได้รับเงินเดือนเต็มจำนวนได้ปีละ 60 วัน มีที่พักที่หรูหรา ผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้รับค่าตอบแทนที่สูงที่สุดประเทศหนึ่งในโลก โดยผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้รับเงินเดือนเดือนละ 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นได้รับ 3,000 ดอลลาร์สหรัฐ จากการสำรวจการใช้จ่ายเงินงบประมาณของนักวิชาการพบว่าในระหว่างปี ค.ศ. 1987 – 1999 ค่าใช้จ่ายที่ให้กับผู้พิพากษาเพิ่มขึ้นกว่าร้อยละ 760 ซึ่งปริมาณที่เพิ่มขึ้นอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับ การเพิ่มขึ้นของค่าใช้จ่ายของเจ้าหน้าที่ในฝ่ายบริหารในช่วงเวลาเดียวกันที่เพิ่มขึ้นเพียงร้อยละ 220 นักวิชาการในบราซิลลงความเห็นว่าเป็นผลมาจากการให้ความเป็นอิสระที่สมบูรณ์หรือปราศจากความพร้อมรับผิดชอบแก่ฝ่ายตุลาการ ฝ่ายตุลาการไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ใด

ในปี ค.ศ. 2004 จึงได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการ (Conselho Nacional de Justica) ขึ้นใหม่หลังจากที่ได้ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1988 อันประกอบไปด้วยผู้พิพากษาจำนวน 9 คน พนักงานอัยการ 2 คน ทนายความ 2 คน และ บุคคลภายนอก(ผู้ทรงคุณวุฒิ) ที่เลือกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ 2 คน โดยมีอำนาจหน้าที่ทั้งในเรื่องการบริหารงานบุคคล เช่น การคัดเลือก เลื่อนขึ้นเลื่อนตำแหน่ง และลงโทษทางวินัย และการบริหารงานฝ่ายตุลาการ เช่น การงบประมาณและงานธุรการทั่วไป ทำให้การบริหารงานต่างๆ ของฝ่ายตุลาการไม่ได้เป็นอำนาจหน้าที่เฉพาะของผู้พิพากษาแต่เพียงฝ่ายเดียวอีกต่อไป แต่มีบุคคลภายนอกเข้าไปมีส่วนร่วมด้วย ซึ่งสัดส่วนบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการที่มากขึ้นเป็นการเพิ่มความพร้อมรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการต่อองค์กรภายนอก ทำให้ฝ่ายตุลาการบราซิลเป็นฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระและมีความพร้อมรับผิดชอบด้วย(Accountable Independence Judiciary)⁵²

แม้ว่าประสบการณ์จากประเทศหนึ่งไม่อาจนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานสำหรับอีกประเทศหนึ่งเสมอไป แต่อย่างน้อยก็สามารถเป็นบทเรียนหรือตัวอย่างในทางปฏิบัติได้ การเพิ่มความพร้อมรับผิดชอบให้กับฝ่ายตุลาการโดยให้บุคคลภายนอกเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารฝ่ายตุลาการร่วมกับผู้พิพากษาเป็นแนวโน้มที่สำคัญในการปฏิรูปฝ่ายตุลาการในปัจจุบัน เช่น ฝรั่งเศสใน ปี ค.ศ. 2010 ก็เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการสูงสุดของระบบศาลยุติธรรมให้มีบุคคลภายนอก

⁵² Ibid., p.69 – 71.

ระบบศาลยุติธรรมเข้ามาเป็นกรรมการตุลาการ หรืออังกฤษซึ่งปฏิรูปฝ่ายตุลาการโดยก่อตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา(Judicial Appointment Commission) ที่มีกรรมการที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาในสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่เป็นผู้พิพากษาเสียอีก⁵³ ความท้าทายในการปฏิรูปฝ่ายตุลาการในปัจจุบันอีกเรื่องหนึ่งคือการค้นหาดุลยภาพระหว่างความเป็นอิสระกับความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการให้สมดุลซึ่งจะทำได้หรือนั้นในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

2.2 หลักการทางกฎหมายในการควบคุมอำนาจของฝ่ายตุลาการ

หลักการอีกด้านหนึ่งที่เกิดขึ้นมาควบคู่กันกับบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการคือด้านที่ฝ่ายตุลาการในฐานะองค์กรของรัฐซึ่งจะต้องถูกลงโทษและตรวจสอบเช่นเดียวกับองค์กรของรัฐอื่นๆ อย่างไม่มีข้อยกเว้น หลักการทางกฎหมายที่ทำหน้าที่ควบคุมองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติได้ถูกเรียกร้องให้นำมาใช้กับฝ่ายตุลาการด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวประกอบไปด้วย 2 หลักการด้วยกัน ได้แก่ (2.2.1) หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ(Democratic Legitimacy) และ (2.2.2) หลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ(Judicial Accountability)

2.2.1 หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ

หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนจะต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย(Democratic Legitimacy) เช่นเดียวกับองค์กรของรัฐอื่นๆ ด้วย แต่เดิมฝ่ายที่จะถูกเรียกร้องในประเด็นเรื่องความชอบธรรมคือฝ่ายการเมือง โดยเฉพาะฝ่ายบริหารในการจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเพื่อที่จะครองตำแหน่งต่อไป แต่ต่อมาเมื่อฝ่ายตุลาการมีบทบาทอำนาจหน้าที่ในทางการเมืองมากยิ่งขึ้น ประเด็นเรื่องความชอบธรรมจึงถูกนำมาตั้งคำถามต่อฝ่ายตุลาการด้วย ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่นำมาใช้กับฝ่ายตุลาการโดยแบ่งเป็น (2.2.1.1) ความหมายของความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (2.2.1.2) หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และ (2.2.1.3) การเสริมสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้กับฝ่ายตุลาการ

⁵³ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 4 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ

2.2.1.1 ความหมายของความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

หากอำนาจคือความสามารถที่ให้ผู้คนปฏิบัติตามคำสั่ง ความชอบธรรมคือการใช้อำนาจที่ได้รับการยอมรับ อำนาจที่ทำให้คนยอมรับการอยู่ภายใต้อำนาจนั้น เรียกว่าเป็นอำนาจที่มีความชอบธรรม แม็ก เวเบอร์ (Max Weber) นักสังคมวิทยาได้จำแนกแหล่งที่มาของความชอบธรรมออกเป็น 3 แหล่ง ได้แก่ ความชอบธรรมที่ได้มาจากจารีตประเพณี ความชอบธรรมที่ได้มาจากบุคลิกลักษณะส่วนบุคคลและความชอบธรรมที่ได้มาจากเหตุผลหรือกฎหมาย ในสมัยปัจจุบัน ที่การปกครองในระบบประชาธิปไตยแพร่หลาย การปกครองตลอดจนการใช้อำนาจต่างๆ จะมีความชอบธรรมได้ก็ต่อเมื่อได้ถูกกระทำโดยวิถีทางประชาธิปไตยเท่านั้น ความชอบธรรมในแบบเวเบอร์จึงไม่อาจนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานแห่งความชอบธรรมได้ในปัจจุบัน โดยปัจจุบันจะใช้สิ่งที่เรียกว่า “ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย” (Democratic Legitimacy) อันหมายถึง การใช้อำนาจอธิปไตยของเจ้าหน้าที่ทุกคนทุกตำแหน่งจะต้องสามารถสืบสาวย้อนกลับไปยังเจตจำนงทางประชาธิปไตยของประชาชนได้⁵⁴ เพราะประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจและได้แสดงเจตจำนงผ่านการเลือกตั้งทั่วไป

ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอาจจะมีได้จาก 3 แหล่ง⁵⁵ ซึ่งแต่ละแหล่งต่างก็มีความสำคัญเท่าเทียมกันจะขาดไปแหล่งใดแหล่งหนึ่งไม่ได้ ดังนี้ แหล่งแรก *ความชอบธรรมต้นทาง (Input Legitimacy)* คือองค์กรที่ใช้อำนาจจะต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยซึ่งจะพิจารณาจากเกณฑ์ที่ว่าองค์กรนั้นเป็นองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนหรือมาจากการเลือกของประชาชนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมหรือไม่ *ประการที่สอง ความชอบธรรมในเชิงกระบวนการ (Procedural Legitimacy)* อันหมายถึงกระบวนการใช้อำนาจจะต้องเป็นกระบวนการที่มีความชอบธรรมซึ่งจะพิจารณาจากว่ากระบวนการนั้นมีลักษณะต้องตามบรรทัดฐานนั้นกำหนดไว้หรือไม่โดยทั่วไปแล้ว กระบวนการที่จะถือว่ามีความชอบธรรมจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบย่อยๆสองประการ ได้แก่ กระบวนการนั้นต้องมีความโปร่งใส (Transparency) กล่าวคือประชาชนหรือผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการทุกระดับจะต้องสามารถเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจได้ และกระบวนการนั้น

⁵⁴ Frank Nullmeier and Tanja Pritzlaff, “The Great Chain of Legitimacy. Justifying Transnational Democracy,” Retrieved on July 22, 2011, from <http://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/pubApBeschreibung.php?SPRACHE=en&ID=164>.

⁵⁵ Andreas Wimmel, “Theorizing the Democratic Legitimacy of European Governance: a Labyrinth with No Exit?,” *European Integration*, No.2, Vol. 31, p.185 – 187. (March 2009).

จะต้องมีความพร้อมรับผิด (Accountability) กล่าวคือ ผู้มีอำนาจทั้งหลายในกระบวนการใช้อำนาจนั้น จะต้องสามารถอธิบายเหตุผลในการกระทำของตนและจะต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำของตนเอง ด้วย นอกจากนี้ นักวิชาการบางคนยังจัดให้ความชอบด้วยกฎหมาย(Legality) หรือกระบวนการใช้อำนาจนั้นจะต้องสอดคล้องกับบรรทัดฐานทางกฎหมายให้เป็นส่วนหนึ่งของความชอบธรรมเชิงกระบวนการอีกด้วย และประการที่สาม ความชอบธรรมปลายทาง (Output Legitimacy) หรือความชอบธรรมในทางเนื้อหา (Substantive Legitimacy) อันหมายถึงว่าผลผลิตจากการใช้อำนาจก็ต้องมีความชอบธรรม ซึ่งความชอบธรรมในผลผลิตนี้จะวัดว่าผลงานขององค์กรนั้นๆ เป็นที่พึงพอใจของประชาชนหรือไม่ หรือแก้ไขปัญหาให้ประชาชนได้หรือไม่ องค์กรใดมีองค์ประกอบ หรือคุณสมบัติครบทั้งสามประการก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยนั่นเอง

2.2.1.2 สาระสำคัญของหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

ประเทศที่ได้พัฒนาหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้กลายเป็นหลักกฎหมายได้ชัดเจนที่สุดคือประเทศเยอรมนีโดยศาลรัฐธรรมนูญและนักวิชาการทางกฎหมายต่างก็ได้ร่วมกันพัฒนาและจัดระบบให้กับทฤษฎีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขึ้นโดยปรับมโนทัศน์ว่าด้วยความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่เป็นมโนทัศน์ทางรัฐศาสตร์หรือทางสังคมศาสตร์ให้เป็นมโนทัศน์ทางนิติศาสตร์หรือเป็นกฎเกณฑ์ในเชิงบรรทัดฐานสำหรับองค์กรของรัฐที่จะต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมดังกล่าว โดยได้นำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 20(2) แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมนีซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจรัฐทั้งปวงมาจกประชาชนและใช้โดยประชาชนผ่านการเลือกตั้งและการออกเสียงอื่นและผ่านองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ”⁵⁶ โดยหลักการดังกล่าวเรียกว่า “หลักห่วงโซ่ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย” (Uninterrupted Chain of Democratic Legitimacy) โดยหลักการดังกล่าวไม่ได้ใช้เฉพาะกับฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ยังใช้กับองค์กรของรัฐทุกองค์กรรวมถึงฝ่ายตุลาการด้วยเพียงแต่รูปแบบและความเคร่งครัดของการใช้หลักการดังกล่าวอาจจะแตกต่างกันไป แต่จะต้องไม่มีองค์กรใดที่ใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากความเกี่ยวข้องกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

สำหรับฝ่ายตุลาการนั้นแม้กฎหมายพื้นฐานจะรับรองความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการไว้ก็ตาม แต่ความเป็นอิสระดังกล่าวนั้นย่อมไม่อาจถูกหยิบมาอ้างเพื่อปฏิเสธหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เพียงแต่การนำหลักความชอบธรรมดังกล่าวมาใช้ในฝ่ายตุลาการจะต้องคำนึงถึง

⁵⁶ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), น.16.

ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการด้วย⁵⁷ ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยตามหลักการดังกล่าวแบ่งความชอบธรรมออกเป็น 3 ระดับ(Level of Legitimacy)⁵⁸ อันได้แก่

ระดับแรก ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในเชิงอำนาจหน้าที่หรือเชิงสถาบัน(Funktionelle-Institutionelle Demokratische Legitimation) คือการที่องค์กรของรัฐทั้งสามฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการมีองค์กรและขอบเขตอำนาจหน้าที่เฉพาะของตนเองที่เป็นอิสระจากฝ่ายอื่นๆ ซึ่งจะบัญญัติไว้โดยรัฐธรรมนูญ ความชอบธรรมในลักษณะแรกจึงเป็นความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญ

ระดับที่สอง ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในเชิงเนื้อหา(Inhaltliche Demokratische Legitimation) คือการผูกพันการใช้อำนาจรัฐในทางเนื้อหา กับเจตนารมณ์ของประชาชน โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ ส่วนฝ่ายบริหารจะต้องผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นตัวแทนประชาชน ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องผูกพันต่อกฎหมายและรับผิดชอบต่อนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี อันเป็นความรับผิดชอบโดยอ้อมต่อสภาผู้แทนราษฎรด้วยตนเอง ความชอบธรรมนี้เรียกร่องความชอบด้วยกฎหมายและเรียกร่องว่ารัฐสภาจะต้องตัดสินใจตัดสินในการกระทำทางนิติบัญญัติด้วยตนเอง และ

ระดับที่สาม ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในเชิงองค์กรหรือบุคคล(Organisatorische-Personelle Demokratische Legitimation) ความชอบธรรมดังกล่าวเรียกร่องให้การแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐในทุกระดับจะต้องสามารถสืบสว้ยย้อนกลับไปหาเจตจำนงของประชาชนได้โดยจะต้องได้รับการแต่งตั้งจากประชาชนโดยตรง หรือโดยอ้อมผ่านองค์กรที่ถูกเลือกโดยประชาชน ซึ่งการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่คนหนึ่งจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ได้รับต่อเนื่องกันมาเป็นทอดๆ ในบริบทของประชาธิปไตยแบบตัวแทน องค์กรที่ได้รับ

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, “วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยโดยอาศัยหลักพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 28, น.483 – 484 (2541).

⁵⁸ Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, (U.K.: Hart Publishing LTD., 2011), p.34. และดู สุทธิชัย งามชื่นสุวรรณ, “ข้อเสนอปฏิรูปโครงสร้างอำนาจของ คปร.: ปฏิรูปการเมือง?”, สืบค้นเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ.2556, จาก <http://www.enlighten-Jurists.com>.

ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงจากประชาชน ก็คือสภาผู้แทนราษฎร ส่วนองค์กรหรือเจ้าหน้าที่อื่นจะต้องได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านสภาผู้แทนราษฎรเป็นทอดๆ ไปอีกทีหนึ่ง

องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการภารกิจของรัฐจะต้องอาศัยหลักห่วงโซ่ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายเป็นจุดเชื่อมโยงต่อประชาชน ซึ่งไม่จำเป็นที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกกรณีจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทุกกรณี แต่จะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชนหรือองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และการแต่งตั้งนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่ใช่เป็นเพียงการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป⁵⁹ ความชอบธรรมแห่งห่วงโซ่ประชาธิปไตยวางอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่า การตัดสินใจสาธารณะได้รับความชอบธรรมจากตัวแทนของประชาชนที่ได้รับการเลือกตั้งอย่างเป็นประชาธิปไตย ดังนั้น องค์กรของรัฐทุกองค์กรที่มีอำนาจรัฐอยู่ในมือจะต้องได้รับการแต่งตั้งไม่โดยตรงก็โดยอ้อมจากประชาชน หรืออย่างน้อยที่สุดในทางหลักการ จะสามารถถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้⁶⁰

2.2.1.3 การเสริมความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว ฝ่ายตุลาการโดยสภาพก็เป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในตัวเองอยู่แล้วในระดับหนึ่ง เนื่องจากลักษณะโดยสภาพของความเป็นองค์กรตุลาการที่หากขาดลักษณะเหล่านี้ไปแล้วก็จะทำให้องค์กรนั้นไม่ใช่ฝ่ายตุลาการ อันได้แก่ ความชอบธรรมเชิงอำนาจหน้าที่เนื่องจากหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ฝ่ายตุลาการมีเขตอำนาจหน้าที่ของตนเองแยกต่างหากจากฝ่ายอื่นๆ หรือความชอบธรรมปลายทางอันหมายถึงผลิตผลของฝ่ายตุลาการก็เกิดขึ้นหรือมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมไปถึงความชอบธรรมในเชิงกระบวนการ อันได้แก่ ความโปร่งใส ความพร้อมรับผิดและความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นลักษณะพื้นฐานของกระบวนการพิจารณาคดีของฝ่ายตุลาการ แต่อย่างไรก็ดี ยังมีอีกหลายๆ สิ่งที่เป็นองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้เช่นกันสำหรับองค์กรที่จะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยโดยสมบูรณ์ ซึ่งองค์ประกอบหรือส่วนประกอบเหล่านั้นจะต้องสร้างขึ้นโดยรัฐเพื่อให้ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยโดยสมบูรณ์ อันได้แก่

ประการแรก ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษา การคัดเลือกผู้พิพากษาที่จะมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยนั้นไม่จำเป็นจะต้องใช้วิธีการเลือกตั้งผู้พิพากษาโดยตรงอย่างเดียว

⁵⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 57, น.484 – 485.

⁶⁰ Frank Nullmeier and Tanja Pritzlaff, *supra* note 54, p.2.

เท่านั้น การให้องค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย หรือองค์กรที่ได้รับเลือกตั้งมาจากประชาชน เป็นผู้อำนวยการคัดเลือกก็เพียงพอที่จะทำให้ผู้พิพากษานั้นมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านหลักห่วงโซ่ความชอบธรรมที่ต่อเนื่องไม่ขาดสายจากประชาชน เช่น การคัดเลือกโดยรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนหรือการคัดเลือกโดยฝ่ายบริหารที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนหรือมาจากการคัดเลือกของรัฐสภาที่เป็นตัวแทนประชาชน แต่อย่างไรก็ดี ในประเทศประชาธิปไตยจำนวนมาก โดยเฉพาะในภาคพื้นทวีปยุโรปมักจะให้คณะกรรมการอิสระที่ประกอบไปด้วยตัวแทนผู้พิพากษาร่วมบุคคลภายนอกจากฝ่ายตุลาการหรือที่มักจะเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการ”(Judicial Council) เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษา การเข้ามามีส่วนร่วมของคณะกรรมการตุลาการจะทำให้กระบวนการคัดเลือกมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยหรือไม่นั้นอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 รูปแบบ⁶¹ รูปแบบแรก คือ การแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเอง(*Kooptation*) ซึ่งอาจแยกได้เป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่ *Positive Kooptation* อันหมายถึงการแต่งตั้งตุลาการโดยองค์กรตุลาการเองหรือโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการซึ่งถูกเลือกมาจากผู้พิพากษาทั้งหลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งโดยลำพัง หรือร่วมกับองค์กรอื่นที่ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และ *Negative Kooptation* อันหมายถึงตัวแทนของฝ่ายตุลาการโดยลำพัง หรือร่วมกับองค์กรอื่นที่ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งในรูปของการใช้สิทธิในการคัดค้าน หรือมีสิทธิที่จะขัดขวางการแต่งตั้งดังกล่าว ทั้งสองรูปแบบขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เนื่องจากผู้พิพากษาหรือตัวแทนผู้พิพากษาดังกล่าวกระทำการในทางตุลาการโดยแท้ และตัวแทนของผู้พิพากษาดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นตัวแทนของอำนาจที่สามหรือประชาชนในการคัดเลือกผู้พิพากษาแต่เป็นเพียงตัวแทนของกลุ่มวิชาชีพเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ตัวแทนผู้พิพากษาอาจเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้หากตัวแทนนั้นได้รับเลือกจากรัฐสภา

รูปแบบที่สอง การให้องค์กรตัวแทนฝ่ายตุลาการมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งกับองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ซึ่งการมีส่วนร่วมดังกล่าวจะไม่ขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยหากองค์กรตัวแทนฝ่ายตุลาการมีสิทธิเพียงการให้คำปรึกษาแนะนำ หรือมีสิทธิในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้งที่ไม่ใช่สิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจอย่างเท่าเทียมกับองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและไม่ใช่สิทธิที่มีผลผูกพันในทางกฎหมายอย่างเด็ดขาดต่อองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

⁶¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น.485-486.

ประการที่สอง การสร้างความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ ในหลายๆ รัฐพยายามที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการเป็นอิสระโดยการสร้างระบบการเรียกร้องความรับผิดชอบภายในฝ่ายตุลาการ หรือการพยายามไม่ให้ฝ่ายตุลาการจะต้องมีความพร้อมรับผิดต่อองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะฝ่ายการเมืองเพราะเกรงว่าระบบดังกล่าวจะถูกบิดเบือนให้กลายเป็นเครื่องมือของฝ่ายการเมือง ในการคุกคามต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ดี ฝ่ายตุลาการที่จะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจะต้องมีความพร้อมรับผิด(Accountability) โดยเฉพาะและเงื่อนไขขั้นต่ำที่สุดคือความพร้อมรับผิดต่อประชาชนหรือต่อองค์กรตัวแทนประชาชนซึ่งเป็นจุดเชื่อมโยงระหว่างอำนาจของประชาชนกับฝ่ายตุลาการ โดยอาจแยกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบความพร้อมรับผิดต่อประชาชนโดยตรง ซึ่งใช้กับผู้พิพากษาศาลสูงสุดของญี่ปุ่น โดยให้ประชาชนมีสิทธิในการประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาศาลสูงสุดทุกๆ 10 ปี ผ่านการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งเรียกระบบเช่นนี้ว่าเป็น “ระบบการตรวจสอบโดยประชาชน” (Popular Review) และใช้ในสหรัฐอเมริกาในระดับมลรัฐหลายมลรัฐที่เปิดให้ประชาชนเลือกตั้งผู้พิพากษาโดยตรงทั้งการเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งและลงคะแนนเสียงว่าจะให้ผู้พิพากษานั้นดำรงตำแหน่งต่อไปหรือไม่ หรือที่เรียกว่า “การเลือกตั้งเพื่อรักษาตำแหน่ง” (Retention Election) และระบบความพร้อมรับผิดต่อประชาชนโดยอ้อมหรือความพร้อมรับผิดต่อรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนประชาชน หรือที่เรียกว่าการถอดถอน(Impeachment) ซึ่งนอกจากจะเป็นวิธีการเรียกร้องความรับผิดชอบจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว การถอดถอนยังได้ถูกนำมาใช้กับฝ่ายตุลาการด้วยอันเป็นการสร้างความพร้อมรับผิดต่อตัวแทนประชาชนอันได้แก่รัฐสภานั้นเอง

ประการที่สุดท้าย การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการใช้อำนาจตุลาการ ในกรณีที่เป็องค์กรฝ่ายบริหารที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยน้อย เช่น องค์กรปกครองอิสระ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรง จะมีวิธีการเสริมความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้กับการใช้อำนาจของตนเองโดยการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการใช้อำนาจทางปกครองนั้นๆ เช่น การทำประชาพิจารณ์ การรับฟังสาธารณะหรือกระทั่งการทำประชามติต่างๆ เป็นต้น ซึ่งจะทำให้การใช้อำนาจนั้นๆ จะได้มีความชอบธรรมในระดับหนึ่ง ในการใช้อำนาจตุลาการของฝ่ายตุลาการก็เช่นกัน อาจสร้างความชอบธรรมได้โดยการให้ประชาชนเข้าร่วมใช้อำนาจตุลาการด้วย ซึ่งในรัฐประชาธิปไตยจำนวนมากเปิดช่องให้ 2 ระบบ ด้วยกัน ได้แก่ ระบบผู้พิพากษาสมทบ(Lay Judge) และ ระบบลูกขุน(Jury)

2.2.2 หลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ(Judicial Accountability)

2.2.2.1 ความเป็นมาของมโนทัศน์ว่าด้วยความพร้อมรับผิด

ความพร้อมรับผิด(Accountability) หมายถึงความสามารถที่จะถูกตรวจสอบและเอาผิดได้ มโนทัศน์ว่าด้วยความพร้อมรับผิดเริ่มเกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 11⁶² ในยุคที่พระเจ้าวิลเลียมที่ 1 บุกยึดเกาะอังกฤษได้สำเร็จและได้ทำการสำรวจประมาณทรัพย์สินและจำนวนประชาชนทั้งเกาะอังกฤษ โดยคนของพระเจ้าวิลเลียมจะเรียกให้ประชาชนแสดงทรัพย์สินเพื่อตรวจสอบและบันทึกไว้ในบัญชี(Account) ที่เรียกว่า “Doomsday Book” ซึ่งต่อมาเมื่อยุคสมัยที่ประชาชนกลับมามีอำนาจปกครองสูงสุด มโนทัศน์ว่าด้วยการตรวจสอบหรือตรวจนับ(Account) ก็กลับตาลปัตรไปด้วย กล่าวคือจากเดิมที่ผู้ปกครองเป็นฝ่ายตรวจสอบประชาชนก็กลับกลายเป็นประชาชนเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบฝ่ายผู้ปกครอง คำว่า “ความพร้อมรับผิด” (Accountability) จึงกลายเป็นลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ที่ถือครองอำนาจรัฐที่จะต้องพร้อมให้ประชาชนหรือองค์กรอื่นทำการตรวจสอบการใช้อำนาจนั้น โดยในช่วงแรกมโนทัศน์ดังกล่าวนี้จะถูกใช้กับฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายบริหารมากกว่าฝ่ายอื่นๆ

ต่อมาเมื่อฝ่ายตุลาการมีบทบาทมากขึ้นในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 จึงเกิดการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการก็ควรจะต้องมีความพร้อมรับผิดเหมือนกับองค์กรของรัฐอื่นๆ เพื่อให้ลักษณะดังกล่าวถ่วงรั้งยับยั้งการใช้อำนาจตุลาการไม่ให้บิดเบือนออกจกสังคม ฝ่ายตุลาการจึงถูกเรียกร้องให้ต้องบรรจุเอาความพร้อมรับผิดเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของหลักการพื้นฐานของฝ่ายตุลาการด้วย โดยมีปัจจัย 5 ประการที่จะทำให้เกิดการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการจะต้องมีความพร้อมรับผิด⁶³ ประการแรก การสลายของมายาคติที่ว่าฝ่ายตุลาการเป็นผู้รับใช้กฎหมายอย่างเป็นกลาง และสามารถที่จะตัดสินว่ากฎหมายคืออะไรและมันควรถูกปรับใช้เมื่อใด ซึ่งจริงๆ แล้วไม่ได้เป็นเช่นนั้น ประการที่สอง ความสำคัญของคำพิพากษาของศาลที่แม้จะเป็นศาลยุติธรรมธรรมดาแต่คำพิพากษานั้นมีผลต่อการดำรงชีวิตปกติของพลเมือง ฝ่ายตุลาการจึงควรต้องรับผิดชอบของการตัดสินของตนบ้างในบางกรณี ประการที่สาม การปรากฏตัวของประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญ(Constitutional Democracy) ที่ไว้วางใจฝ่ายตุลาการมี

⁶² Mark Bovens, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework,” European Law Journal, No. 4, Vol.13, p.448–449 (July 2007).

⁶³ Linn Hambergren, “Judicial Independence and Judicial Accountability: The Shifting Balance in Reform Goals,” in the USAID, Office of Democracy and Governance, Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, (Washington: Office of Democracy and Governance, 2002), p.151.

บทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐและตัดสินข้อพิพาทระหว่างรัฐบาลกับประชาชน ประการที่สี่ การเปลี่ยนทัศนคติต่อการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการซึ่งแต่เดิมประชาชนจะตั้งคำถามที่ฝ่ายการเมืองก่อน และฝ่ายตุลาการก็กำลังถูกตั้งคำถามนั้นเช่นเดียวกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าไม่มีการศรัทธาในการใช้อำนาจรัฐและการใช้อำนาจตามอำเภอใจจะไม่ได้รับการยอมรับอีกต่อไป และประการสุดท้าย การเติบโตของฝ่ายตุลาการเองที่ระบบการควบคุมภายในอย่างไม่เป็นทางการและการตัดสินใจที่ไม่สามารถรับประกันผลผลิตที่พึงคาดหมายและมีมาตรฐานได้

กล่าวโดยสรุปความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการเป็นปฏิกิริยาโดยตรงต่อการขยายบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการและกลายเป็นคุณลักษณะประการหนึ่งที่องค์กรของรัฐในประชาธิปไตยสมัยใหม่ซึ่งรวมถึงองค์กรฝ่ายตุลาการที่จะขาดเสียไม่ได้

2.2.2.2 มโนทัศน์ว่าด้วยความพร้อมรับผิด

ในปัจจุบันมโนทัศน์ในเรื่องความพร้อมรับผิด (Accountability) ยังคงเป็นมโนทัศน์ที่มีปัญหาในเรื่องความหมายค่อนข้างมากและมักถูกใช้ในบริบทหรือถูกแทนที่ด้วยมโนทัศน์อื่นๆ ที่ใกล้เคียงกันแต่แท้จริงแล้วมีความหมายที่แตกต่างกันไป ซึ่งปัญหาดังกล่าวไม่ได้เกิดเฉพาะในวงวิชาการไทยเท่านั้น แต่เป็นปัญหาในวงวิชาการต่างประเทศด้วย ผู้เขียนเลือกใช้มโนทัศน์ของศาสตราจารย์มาร์ก โบเวนส์⁶⁴ (Mark Bovens) แห่งมหาวิทยาลัยอูเทรช (Utrecht University) ในประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ได้ให้ความหมายของความพร้อมรับผิด (Accountability) ในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ทางสังคมว่าหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ตรวจสอบ (Forum) กับผู้ถูกตรวจสอบ (Actor) โดยผู้ถูกตรวจสอบมีหน้าที่จะต้องอธิบายและแสดงเหตุผลในพฤติกรรมของตนต่อผู้ตรวจสอบ ที่สามารถตั้งคำถาม ประเมินผล และมีคำวินิจฉัยในการกระทำของผู้ถูกตรวจสอบ โดยผู้ถูกตรวจสอบจะต้องรับผลกระทบบางประการ ความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวประกอบไปด้วยองค์ประกอบหรือขั้นตอน 3 ส่วนด้วยกัน ได้แก่ ส่วนแรก ผู้ถูกตรวจสอบซึ่งจะเป็นบุคคลคนเดียว กลุ่มบุคคลหรือหน่วยงานก็ได้มีหน้าที่ในอธิบายและแสดงเหตุผลในการกระทำหรือพฤติกรรมของตนเองต่อผู้ตรวจสอบ ส่วนที่สองผู้ตรวจสอบ(ก็เช่นเดียวกันว่าจะเป็นคนคนเดียวหรือกลุ่มหรือหน่วยงานก็ได้) จะทำหน้าที่เรียกให้ผู้ถูกตรวจสอบแสดงเหตุผล หรือคำอธิบาย เพื่อมาทำการประเมินและตัดสินว่าการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้ถูกตรวจสอบมีความถูกต้องหรือไม่อย่างไร และส่วนที่สาม ผู้ตรวจสอบก็จะมีคำวินิจฉัยที่อาจมีบทลงโทษต่อผู้ถูกตรวจสอบได้ด้วย

⁶⁴ Mark Bovens, *supra* note 62, p.450 – 452.

2.2.2.3 ประเภทของความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ

ความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการอาจจำแนกประเภทโดยอาศัยเรื่องหรือประเด็นที่ฝ่ายตุลาการหรือผู้พิพากษาจะต้องถูกตรวจสอบประเมินและกำหนดความรับผิดจากองค์กรอื่นได้ เป็น 3 ประเภท⁶⁵ ได้แก่ (1) ความพร้อมรับผิดในเชิงสถาบัน (Institutional Accountability) (2) ความพร้อมรับผิดในคำวินิจฉัย (Decisional Accountability) และ (3) ความพร้อมรับผิดในพฤติกรรม (Behavioral Accountability)

(1) ความพร้อมรับผิดในเชิงสถาบัน (Institutional Accountability)

ความพร้อมรับผิดในเชิงสถาบันเป็นความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐบาลที่แยกเป็นอิสระต่างหากจากฝ่ายอื่น ไม่ใช่ความพร้อมรับผิดของผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่ง ซึ่งแยกออกเป็น 2 เรื่องใหญ่ที่จะต้องมีความพร้อมรับผิด *ประการแรก ความพร้อมรับผิดในการใช้จ่ายเงินงบประมาณ* โดยหลักแล้วรัฐสภาที่มีอำนาจในการอนุมัติงบประมาณให้กับฝ่ายตุลาการจะทำการตรวจสอบประเมินคุณค่าต่างๆ เช่น จำนวนเงินมากเกินไปหรือน้อยเกินไป หรือมีความจำเป็นที่จะต้องใช้งบประมาณหรือไม่ อย่างไร เป็นต้น ซึ่งรวมถึงการกำหนดค่าตอบแทนแก่ผู้พิพากษาต่างๆ และ *ประการที่สอง ความพร้อมรับผิดในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายตุลาการ* ที่ฝ่ายตุลาการได้รับมอบหมาย โดยรัฐสภาจะทำหน้าที่ตรวจสอบทั้งในเรื่องขนาดของศาล โครงสร้าง แนวปฏิบัติ วิธีพิจารณาความตลอดจนเขตอำนาจของศาล หากพบความบกพร่องก็อาจจะตรากฎหมายกำหนดโครงสร้างศาล กฎหมายจัดระเบียบผู้พิพากษาหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความเพื่อแก้ไขได้

(2) ความพร้อมรับผิดในคำวินิจฉัย (Decisional Accountability)

ความพร้อมรับผิดในคำวินิจฉัยเรียกผู้พิพากษาในการตอบคำถามในการใช้อำนาจตุลาการออกคำสั่งหรือคำพิพากษาของตนได้ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบประเมินจะพิจารณาความผิดพลาดในการใช้อำนาจของผู้พิพากษา ซึ่งความผิดพลาด (Error) ในการใช้อำนาจตุลาการอาจเกิดจาก 2 กรณี คือ กรณีความผิดพลาดโดยจงใจ (Intension) กับกรณีความผิดพลาดโดยไม่จงใจ (Un-intension) โดยผู้ที่ตรวจสอบประเมินก็จะแก้ไขความผิดพลาดนั้นตามแต่กรณี เช่น คำพิพากษาที่ผิดพลาดจะต้องแก้ไขโดยศาลในลำดับที่สูงกว่าตามกระบวนการอุทธรณ์คำพิพากษา หรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารอาจจะผลักดันให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือแก้ไขกฎหมายที่ทำให้เกิดความผิดพลาดก็ได้ หรืออาจจะใช้วิธีการนิรโทษกรรมหรือการอภัยโทษก็ได้ แต่ในกรณีที่ความผิดพลาดนั้นเกิดจากความตั้งใจของผู้

⁶⁵ Charles Gardner Geyh, “Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric,” *Case Western Reserve Law Review*, No. 4, Vol. 56, p.917 (2006).

พิพากษา เช่น ผู้พิพากษารับสินบนในการตัดสินคดี เป็นต้น กรณีเช่นนี้ ผู้พิพากษานั้นยังต้องมีความพร้อมรับผิดทางกฎหมาย (Legal Accountability) ซึ่งผู้เสียหายก็จะดำเนินการตามกระบวนการทางกฎหมาย

(3) ความพร้อมรับผิดในพฤติกรรม(Behavioral Accountability)

ความพร้อมรับผิดในพฤติกรรมหรือเรียกอีกอย่างว่าความพร้อมรับผิดในทางส่วนตัว (Personal Accountability) เป็นความพร้อมรับผิดในความประพฤติและการปฏิบัติตัวของผู้พิพากษาแต่ละคนทั้งในการพิจารณาคดี เช่น การจงใจบิดเบือนกฎหมายโดยทุจริต และพฤติกรรมนอกเหนือจากการพิจารณาคดีซึ่งมุ่งเน้นไปที่ความเหมาะสมของผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาว่าประพฤติตนให้เหมาะสมกับตำแหน่งหรือไม่ พฤติกรรมนอกการพิจารณาคดี ปัญหาจะเกิดจากการใช้ชีวิตปกติ เช่น การรับของขวัญ การวางตัวต่อบุคคลอื่นๆ ในสังคม เป็นต้น ความพร้อมรับผิดในพฤติกรรมมักจะถูกกำกับไว้โดยประมวลจริยธรรม (Code of Conduct) และมักจะมีการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาไว้เป็นพิเศษ เช่น คณะกรรมการตุลาการ หรือศาลวินัยผู้พิพากษา เป็นต้น

2.2.2.4 รูปแบบการสร้างกลไกความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ

การสร้างกลไกความพร้อมรับผิดของตุลาการ 3 รูปแบบ⁶⁶ ได้แก่ (1) การยับยั้งโดยฝ่ายการเมือง (the repressive or dependency model) (2) การกำกับตนเองของฝ่ายตุลาการ (the Corporative-Autonomous or Separateness model) (3) รูปแบบผสม (the responsive consumer-oriented model) ที่ผสมผสานการควบคุมทั้งสองโมเดลเข้าด้วยกันโดยไม่ปล่อยให้ทั้งฝ่ายตุลาการและฝ่ายหรือฝ่ายการเมืองมีอำนาจควบคุมทั้งหมด

(1) การยับยั้งโดยฝ่ายการเมือง

รูปแบบที่ให้อำนาจในการเรียกร้องความรับผิดจากฝ่ายตุลาการเป็นของฝ่ายการเมืองเป็นรูปแบบดั้งเดิมซึ่งอาจกล่าวได้ว่าถือกำเนิดมาพร้อมกับการประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการซึ่งจะเห็นได้จาก Act of Settlement 1700 ที่ให้รัฐสภามีอำนาจถอดถอนผู้พิพากษาที่ไม่ได้ประพฤติดีออกจากตำแหน่งได้ หรือแม้ต่อมาการนำระบบแบบราชการ(Bureaucracy) มาใช้กับการจัดระบบการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษา อำนาจในการดูแลตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษายกเว้นเรื่องตรวจสอบคำพิพากษาก็เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการรับผิดชอบ แต่ในยุคที่ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเฟื่องฟู อำนาจในการเรียกร้องความรับผิดดังกล่าวถูกพิจารณาในฐานะ

⁶⁶ Mauro Cappellitti, "Who Watches the Watchmen?" A Comparative Study on Judicial Responsibility," the American Journal of Comparative Law, No.1, Vol. 31, p.53-62 (Winter 1983).

เครื่องมือของฝ่ายการเมืองที่มีศักยภาพในการแทรกแซงการตัดสินใจของฝ่ายตุลาการ รูปแบบดังกล่าวนี้จึงค่อยๆ ลดความสำคัญลงแต่ก็ยังไม่ได้ถูกยกเลิกไปเสียทั้งหมด อย่างน้อยที่สุดอำนาจในการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งก็ยังคงเป็นอำนาจหลักของฝ่ายนิติบัญญัติในการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ทั้งในอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและเยอรมนี

(2) การกำกับตนเองของฝ่ายตุลาการ

รูปแบบการให้อำนาจในการเรียกร้องความรับผิดชอบอยู่ในมือของฝ่ายตุลาการกันเอง หรือที่เรียกว่า “การปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ” (Judicial Self-Government/Self-Regulation) หรือ “ผู้พิพากษาปกครองผู้พิพากษา” (Judges Rule Judges) ได้รับการยอมรับจากผู้พิพากษาหรือฝ่ายตุลาการเองอย่างมาก เนื่องจากเป็นรูปแบบที่สอดคล้องกับแนวความคิดว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ โดยเห็นว่าในกระบวนการพิจารณาคดีปกติของศาลก็เป็นการสร้างความพร้อมรับผิดชอบอยู่แล้ว เช่น การพิจารณาคดีโดยเปิดเผย สื่อสารมวลชนมีเสรีภาพที่จะรายงานการพิจารณาคดีนั้นได้ อีกทั้งนักวิชาการก็มีเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์การใช้อำนาจของศาลได้เช่นกัน นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลก็ยังสามารถที่จะถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยศาลที่สูงกว่า⁶⁷ ดังนั้น หากจะต้องมีความพร้อมรับผิดชอบใดๆ อีก ก็น่าจะเป็นความพร้อมรับผิดชอบภายในฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง เพราะการสร้างความพร้อมรับผิดชอบจากภายนอก เช่น การให้มีการถอดถอนผู้พิพากษาโดยรัฐสภาจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการได้

แต่ในรูปแบบดังกล่าวนี้ถูกโต้แย้งอย่างมากเพราะเป็นการก่อปัญหาในหลายประการ อันได้แก่ ปัญหาประการแรก คือปัญหาการสร้างอาณาจักรผู้พิพากษา (Imperial of Judge) กล่าวคือ แม้ตุลาการจะมีความเป็นอิสระจากอิทธิพลภายนอกก็จริงแต่ผู้พิพากษาจะไม่มีความเป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการเอง โดยผู้พิพากษาชั้นผู้น้อย (Junior Judge) ก็จะอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้พิพากษาชั้นผู้ใหญ่ (Senior Judge) และจะเกิดการเล่นพรรคเล่นพวกภายในฝ่ายตุลาการ ปัญหาต่อมาคือ ปัญหาความโปร่งใสและความเชื่อมั่นของประชาชน โดยมีการเปรียบเทียบว่าการส่งเสริมความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการโดยการให้ฝ่ายตุลาการกำกับดูแลกันเองก็เปรียบเสมือนการก่อกำแพงที่หนาขนาดใหญ่เพื่อกีดกันอิทธิพลหรือการแทรกแซงจากองค์กรภายนอก แต่ในขณะเดียวกันกำแพงนั้นก็กีดขวางความไว้วางใจของสังคมที่มีต่อฝ่ายตุลาการไปด้วย สังคมจะเกิดความกังวลว่าฝ่ายตุลาการจะปกป้องพวกเดียวกันมาก

⁶⁷ Francesco Contini and Richard Mohr, “Reconciling independence and accountability in judicial systems,” *Utrecht Law Review*, No.2, Vol. 3, p.30 (December 2007).

เกินไปหรือไม่ หรือการไม่ให้มีการตรวจสอบจากองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการตามระบบประชาธิปไตยปกติ อาจกลายเป็นการอนุญาตให้ฝ่ายตุลาการบิดเบือนการจัดการใช้ทรัพยากรของตนเองได้ เช่น งบประมาณ ต่างๆ หรือข้อกังวลเกี่ยวกับความสามารถในการตีความกฎหมายตามค่านิยมและมุมมองของตุลาการซึ่ง ไม่ใช่คุณค่าตามความเห็นหรือมุมมองของประชาชนหรือสาธารณะโดยรวม และอาจจะทำให้กลไกเชิงสถาบันในการกำหนดมาตรฐานการควบคุมและแก้ไขพฤติกรรมของตุลาการจะไม่เพียงพอในการควบคุม พฤติกรรมของผู้พิพากษาได้⁶⁸

(3) รูปแบบผสม

รูปแบบผสมหรืออาจจะเรียกว่ารูปแบบคู่ขนานคือรูปแบบที่ผสมผสานการ ควบคุมทั้งสองรูปแบบเข้าด้วยกันโดยไม่ปล่อยให้ทั้งฝ่ายตุลาการและฝ่ายหรือฝ่ายการเมืองมีอำนาจ ควบคุมทั้งหมด ซึ่งในรูปแบบดังกล่าวแม้จะไม่อาจหาสูตรสำเร็จได้ว่าจะต้องจัดวางกลไกการเรียกร้อง ความรับผิดชอบไว้อย่างไร แต่เป็นที่ชัดเจนว่าในรัฐที่เป็นประชาธิปไตยปัจจุบันนั้น ทั้งสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศสและญี่ปุ่น ไม่มีรัฐใดที่ให้อำนาจเรียกรับผิดดังกล่าวอยู่ในมือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทั้งหมด แต่จะ มีการพยายามผสมผสานทั้งสองระบบเข้าด้วยกัน เช่น การถอดถอนผู้พิพากษาระดับสหพันธในเยอรมนีให้ อำนาจในการลงมติเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่อำนาจในการกำหนดโทษเป็นของศาลรัฐธรรมนูญ⁶⁹ หรือ กรณีของการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการในยุโรปก็เกิดจากความพยายามในการผสมผสานทั้งสองระบบ เข้าด้วยกัน ที่ให้คณะกรรมการตุลาการซึ่งมีผู้พิพากษาเป็นกรรมการอยู่ด้วยนั้นทำหน้าที่ในการตรวจสอบ ผู้พิพากษาโดยใช้อำนาจร่วมกับฝ่ายบริหาร เช่น อำนาจในการแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง การ ลงโทษทางวินัยต่างๆ เป็นต้น

2.3 หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

การเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการจะต้ององค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและมีความ พร้อมรับผิดชอบนั้นทำให้เกิดการจัดระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการขึ้นอันหมายถึงการควบคุม ฝ่ายตุลาการให้อำนาจปฏิบัติหน้าที่อยู่ภายในระดับและขอบเขตที่เหมาะสม ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการโดยแยกเป็น 2 เรื่อง ได้แก่ (2.3.1) วัตถุประสงค์ของการ ถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ และ (2.3.2) ประเภทของการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

⁶⁸ Linn Hamnergren, *supra* note 63, p.149 – 150.

⁶⁹ Article 98(2) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

2.3.1 วัตถุประสงค์ของการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

วัตถุประสงค์ของการควบคุมฝ่ายตุลาการหมายถึงเป้าหมายของการควบคุมฝ่ายตุลาการซึ่งระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบจะต้องทำให้ฝ่ายตุลาการมีสถานะองค์กรและการปฏิบัติหน้าที่ที่สอดคล้องกับเป้าหมายดังกล่าว โดยเป้าหมายที่เป็นวัตถุประสงค์ในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการนั้นมีดังต่อไปนี้ (2.3.2.1) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (2.3.2.2) หลักประชาธิปไตย (2.3.2.3) หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ และ (2.3.2.4) หลักสิทธิมนุษยชน

2.3.1.1 หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ

หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐ ที่เรียกร้องต่อฝ่ายตุลาการให้ต้องปฏิบัติตามภารกิจและใช้อำนาจผูกพันอยู่กับกฎหมายทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่มิได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร⁷⁰ ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบดังกล่าวจะต้องสมดุลกับหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ ผู้พิพากษาย่อมมีดุลพินิจโดยอิสระที่จะตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามกรอบนิติวิธีให้สอดคล้องกับความยุติธรรมในบริบทที่แตกต่างกันไปในแต่ละคดีพิพาท แต่ทราบเท่าที่การใช้การตีความกฎหมายนั้นยังไม่ถึงขั้นเป็นการจงใจบิดเบือนกฎหมายเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งต่อตนเองหรือผู้อื่นก็ยังคงกำหนดโทษหรือความรับผิดชอบส่วนตัวของผู้พิพากษามีได้ ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบนี้จะต้องป้องกันไม่ให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจในการตีความกฎหมายเกินเลยกว่าขอบเขตแห่งนิติวิธีหรือถึงขั้นบิดเบือนกฎหมายเพื่อประโยชน์โดยมิชอบต่อตนเองหรือผู้อื่น หรือมีกลไกในการแก้ไขเยียวยาหากมีข้อบกพร่องผิดพลาดดังกล่าวเกิดขึ้น

เหตุผลเบื้องหลังของหลักการดังกล่าวคือความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมายฉบับเดียวกันในระบบกฎหมายเดียวกันควรจะต้องมีความสอดคล้องต้องกัน ไม่ขัดแย้งซึ่งกันและกัน หากการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกันอย่างมาก เช่น ศาลหลายศาล หรือศาลเดียวกันแต่ช่วงเวลาแตกต่างกันมีการใช้การตีความกฎหมายฉบับเดียวกัน บทบัญญัติเดียวกันแต่แตกต่างกันย่อมทำให้ตัวบทกฎหมายมีความหมายไม่แน่นอน ส่งผลทำให้ประชาชนผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะต้องปฏิบัติตัวอย่างใดซึ่งสภาพดังกล่าวไม่ใช่สภาพที่สอดคล้องกับการปกครองโดยหลักนิติรัฐ

⁷⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.156-157.

ประเด็นปัญหาประการหนึ่งของการถ่วงดุลและตรวจสอบตามวัตถุประสงค์นี้ คือปัญหาว่าเมื่อฝ่ายตุลาการเป็นผู้มีอำนาจตีความกฎหมาย(Interpretation of Law) ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว นั้นย่อมหมายถึงว่าฝ่ายตุลาการก็เป็นผู้ให้ความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลจึงเป็นเสมือนคำอธิบายตัวบทกฎหมายหรือเป็นกฎหมายเองโดยปริยายอยู่แล้ว เช่นนี้จะสามารถตรวจสอบได้อย่างไร โดยในประเด็นดังกล่าวจะต้องแยกพิจารณาว่าตัวกฎหมายกับคำพิพากษาเป็นสองสิ่งที่แยกจากกันได้ คำพิพากษานำมาใช้เป็นสิ่งเดียวกับตัวบทกฎหมายไม่ ดังนั้น การใช้อำนาจตุลาการก็สามารถขัดแย้งต่อกฎหมายได้เช่นกัน

2.3.1.2 หลักประชาธิปไตย

การปกครองตามหลักประชาธิปไตยคือการปกครองที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจรัฐสูงสุด ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐใดๆ ก็ตามจึงต้องมีรากฐานที่มาจากเจตจำนงของประชาชน⁷¹ ฝ่ายตุลาการก็เป็นองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งที่ใช้ใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนในการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการและพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ดังนั้น จากหลักการดังกล่าวในแต่ละรัฐจึงต้องมีการกำหนดระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีรากฐานที่มาและใช้อำนาจให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนด้วยเช่นกันโดยไม่มีข้อยกเว้น โดยในการพิจารณาว่าฝ่ายตุลาการมีสถานการณืดำรงอยู่และใช้อำนาจให้สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยซึ่งได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อก่อน ดังนั้น ในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการตามหลักประชาธิปไตยจะต้องจัดโครงสร้างฝ่ายตุลาการให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว

การเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการจะต้องมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมักจะถูกโต้แย้งว่าฝ่ายตุลาการได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญและใช้บังคับกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนก็เพียงพอแล้วที่ฝ่ายตุลาการจะมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจ อีกทั้งผู้พิพากษาก็ดำรงตำแหน่งได้ตามกระบวนการของกฎหมายซึ่งสภาผู้แทนประชาชนเป็นผู้ตราขึ้นจึงไม่มีความจำเป็นใดๆ จะต้องให้ผู้พิพากษาได้รับความชอบธรรมเพิ่มเติมอันจะทำให้ฝ่ายตุลาการต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมืองโดยการโยกเอาฝ่ายการเมืองเข้ามาในระบบการคัดเลือกผู้พิพากษา ซึ่งแท้ที่จริงแล้ว การเรียกร้องความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมีเหตุผลที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก เหตุผลในทางทฤษฎีประชาธิปไตย กล่าวคือ การปกครองในระบบประชาธิปไตยคือการปกครองโดยเจตจำนงของประชาชน(ส่วนใหญ่) การปกครองแสดงออกโดยองค์กรของรัฐตรากฎหมาย และบังคับใช้กฎหมาย ในการตรากฎหมาย โดยทั่วไปแล้วก็คือการกำหนด

⁷¹ เพิ่งอ้าง, น.183-184.

บรรทัดฐานความประพฤติของคนในสังคม หรือบรรทัดฐานของการใช้อำนาจหรือการประพฤติปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งก็ต้องเป็นไปตามเจตจำนงของประชาชนซึ่งแสดงออกผ่านผู้แทนประชาชนเลือกตั้งมา ส่วนในการบังคับใช้กฎหมายคือการนำเอาบรรทัดฐานที่กำหนดโดยเจตจำนงของประชาชนมาบังคับใช้กับประชาชนเอง ซึ่งการตัดสินใจพิพากษาของผู้พิพากษาก็คือการนำเอาบรรทัดฐานดังกล่าวมาใช้บังคับกับประชาชนนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี การจะทำให้มั่นใจได้ว่าในขั้นตอนการบังคับใช้บรรทัดฐานดังกล่าวจะสอดคล้องต้องกันกับเจตจำนงที่แท้จริงของประชาชน การบังคับใช้ องค์กรที่ทำหน้าที่ใช้บังคับกฎหมายจึงต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความชอบธรรมในเชิงองค์กรที่ตัวบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งในองค์กรตุลาการจะต้องได้รับความชอบธรรมที่ไม่ขาดสายจากประชาชนหรือตัวแทนประชาชน

การปกครองโดยประชาธิปไตยคือการปกครองโดยประชาชน ผู้พิพากษาก็เป็นผู้ปกครองก็ต้องมาจากความยินยอมของประชาชนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจะทำให้ประชาชนมั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายต่างๆ ที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับตนเองนั้นได้เกิดขึ้นและถูกใช้ด้วยความยินยอมของตนเองและถูกต้องตามเจตนารมณ์ของตนเองอย่างน้อยก็ในทางทฤษฎี

ประการที่สอง พิจารณาในทฤษฎีบรรทัดฐาน กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการมักจะถูกเข้าใจว่ามีอำนาจหน้าที่แต่เพียงการบังคับใช้บรรทัดฐานที่ได้ถูกสร้างขึ้นมาแล้ว หรือมีอยู่แล้วเท่านั้น โดยกระบวนการใช้อำนาจจะเป็นกระบวนการ Syllogism เพียงเทียบเคียงข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่ใช่ ก่อนที่ศาลจะปรับข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริง ศาลต้องทำการประเมินขอบเขตความหมายของถ้อยคำที่เรียกว่า “การตีความกฎหมาย” เสียก่อน ซึ่งในขั้นตอนนี้เองที่เปิดช่องให้ผู้พิพากษาสามารถติดต่อแต่งเติมเนื้อหาของกฎหมายให้แตกต่างไปจากความหมายตามความเข้าใจของรัฐสภาที่เป็นตัวแทนประชาชนในการตรากฎหมายและอาจจะเป็นความหมายที่เกินกว่าความเข้าใจโดยทั่วไปตามถ้อยคำของกฎหมายได้ นั่นย่อมหมายความว่า การพิพากษาคดีของศาลก็เป็นการสร้างบรรทัดฐาน (Norm) ขึ้นมาใหม่ประเภทหนึ่งที่มีสภาพบังคับกับประชาชนแต่เป็นบรรทัดฐานที่ใช้กับบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวโดยสรุป ผู้พิพากษาไม่ได้ทำหน้าที่เพียงแค่อ้างหรือตีความกฎหมายอย่างเถรตรงเท่านั้นแต่เป็นผู้มีอำนาจในการสร้างบรรทัดฐานขึ้นมาใหม่เลยทีเดียว⁷² เมื่อศาลสามารถที่จะสร้างบรรทัด

⁷² Michel Troper, “The Judicial Power and Democracy,” *European Journal of Legal Studies*, No. 2, Vol. 1(Autumn/Winter 2007).

ฐานชั้นใหม่และบรรทัดฐานที่ศาลได้สร้างขึ้นนั้นจะต้องนำมาบังคับใช้กับประชาชนจึงสมควรเป็นอย่างยิ่งที่ผู้พิพากษาศาลาการจะต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ได้รับมอบมาจากประชาชน

ประการที่สาม ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยทำหน้าที่เชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกับประชาชน การให้ผู้พิพากษามาจากการคัดเลือกโดยประชาชนหรือองค์กรตัวแทนประชาชนจะเป็นจุดเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกับประชาชน เนื่องจากในการคัดเลือคนั้นประชาชนหรือตัวแทนประชาชนย่อมคัดเลือกรุ่นบุคคลที่มีแนวคิดหรือมุมมองที่คล้ายคลึงกับตนเองมาดำรงตำแหน่ง นอกเหนือไปจากการพิจารณาจากคุณสมบัติ ความสามารถ ความประพฤติและผลการปฏิบัติหน้าที่ที่ผ่านมา ซึ่งจะทำให้มุมมองในการใช้บังคับกฎหมายในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษานั้นคล้ายคลึงหรือไม่แยกขาดจากมุมมองของประชาชนในสังคม หากฝ่ายตุลาการหรือผู้พิพากษาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยก็หมายความว่าผู้พิพากษาดจุดยึดโยงกับประชาชนอันจะส่งผลทำให้การใช้อำนาจตุลาการอาจมีลักษณะหลุดลอยของจากสังคมหรือตามไม่ทันต่อพัฒนาการและความเปลี่ยนแปลงของสังคมได้ ซึ่งอาจจะยกตัวอย่างให้เห็นได้ว่าเป็นรูปธรรมในกรณีของกฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญาคือกฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่ากฎหมายอาญาคือกฎหมายที่วางบรรทัดฐานของความประพฤติให้กับคนในสังคมว่าความประพฤติแบบใดกระทำได้หรือกระทำไม่ได้ในสังคม ซึ่งการที่ผู้พิพากษาคัดความกฎหมายอาญาจะมีผลโดยตรงเป็นการกำหนดบรรทัดฐานว่าพฤติกรรมใดกระทำได้หรือไม่ได้ซึ่งหากตัดสินคดีอาญานั้นกระทำโดยประชาชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ก็อาจทำให้เห็นมุมมองของสังคมต่อพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งว่าสังคมมีความเห็นต่อพฤติกรรมนั้นๆ อย่างไร เช่น ควรถูกลงโทษ หรือไม่ควรถูกลงโทษ เป็นต้น

2.3.1.3 หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเรียกร้องให้รัฐมอบหลักประกันแก่ฝ่ายตุลาการในอันที่จะทำให้ผู้พิพากษาศาลาการสามารถพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงหรือตกอยู่ภายใต้อิทธิพลใดๆ การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการอาจจะดูเหมือนตรงกันข้ามกับการให้ความเป็นอิสระดังกล่าว แต่แท้ที่จริงแล้ว ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบตามหลักความเป็นอิสระนี้จะมีลักษณะเป็นกลไกที่ปกป้องผู้พิพากษาไม่ให้ถูกแทรกแซงการพิจารณาคดีได้ เช่น ในการบริหารงานของฝ่ายตุลาการจำเป็นจะต้องมีบุคคลที่มีอำนาจทำหน้าที่ในการจ่ายสำนวนคดีให้แก่ผู้พิพากษา หากผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนสามารถเลือกที่จะจ่ายสำนวนให้กับผู้พิพากษาคนใดก็ได้โดยปราศจากระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบ ผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนก็จะเลือกจ่ายสำนวนไปให้กับผู้พิพากษาที่ตนเองคาดหวังว่าจะพิพากษาคดีไปในทางที่ตนเองต้องการได้ การพิจารณาคดีนั้นก็จะไม่ได้ถูกพิจารณาโดยผู้

พิพากษาที่มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง หรือในกรณีของการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาในบางประเทศ ที่มีระบบการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษา (Promotion) ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาในเรื่งดังกล่าวย่อมมีอำนาจในการให้คืนแก่ผู้พิพากษาโดยปริยาย ดังนั้น จึงต้องจัดระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวเพื่อป้องกันไม่ให้ระบบการเลื่อนขั้นดังกล่าวกลายเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีได้

2.3.1.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเรียกร้องให้องค์กรของรัฐ จะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญในรัฐ การใช้อำนาจรัฐใดๆ ที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดและกระทำเท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ โดยหัวใจสำคัญของหลักการดังกล่าวคือการที่รัฐจะต้องให้สิทธิแก่ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพสามารถนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลได้⁷³ แต่อย่างไรก็ดี แม้ศาลจะรับบทบาทเป็นผู้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ตาม แต่ศาลเองก็สามารถกลายเป็นผู้ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเสียเองทั้งการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางเนื้อหาและในแง่กระบวนการ

การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในแง่เนื้อหาอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยฐานจากกฎหมายที่มีเนื้อหาละเมิดสิทธิมนุษยชน กรณีนี้แม้ศาลจะกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อกฎหมายที่ศาลใช้มีเนื้อหาละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้วย่อมส่งผลทำให้คำพิพากษาของศาลย่อมมีผลเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามไปด้วย เช่น หากมีกฎหมายที่ตราขึ้นมามีเนื้อหาให้ลงโทษทางอาญาแก่บุคคลย้อนหลัง และศาลใช้กฎหมายบทดังกล่าวลงโทษทางอาญาแก่ประชาชนย้อนหลัง อันจะเห็นได้ว่าแม้ศาลจะมีได้ใช้อำนาจขัดแย้งต่อกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นกฎหมายที่ละเมิดต่อสิทธิของประชาชนและศาลก็ใช้กฎหมายที่ละเมิดสิทธินั้นต่อประชาชนเอง หรือกรณีที่สอง เป็นกรณีที่เนื้อหาของกฎหมายมิได้มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ศาลตีความกฎหมายแล้วมีผลเป็นละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเสียเองหรือพิพากษาให้การรับรองการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยองค์กรของรัฐเอง เช่น กรณีเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจจับกุมคุมขังบุคคลที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่ศาลกลับพิพากษาว่าการกระทำสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

⁷³ บรรเจิด สิงคะเนติ, การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), น.107-108.

ส่วนการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในแง่กระบวนการ เป็นกรณีศาลได้พิจารณาพิพากษาคดีที่ละเมิดต่อ “สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม” (Right to Fair Trial) ซึ่งสิทธิในเชิงกระบวนการ (Procedural Rights) สิทธิดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองในระดับสากลให้เป็นสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ทั้งในคำประกาศสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ หรืออนุสัญญาในระดับภูมิภาคต่างๆ เช่น มาตรา 6 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

เนื้อหาแห่งสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมแยกออกเป็น 3 ประเภท⁷⁴ ได้แก่ ประเภทแรก สิทธิในช่วงก่อนการพิจารณาคดี (Pre-Trial Right) ซึ่งเป็นสิทธิในขั้นตอนก่อนการพิจารณาคดี ส่วนใหญ่ในขั้นตอนนี้จะเป็นคดีอาญา หรือในชั้นการสอบสวน เช่น การห้ามจับกุมหรือคุมขังตามอำเภอใจ (the Prohibition on Arbitrary Arrest and Detention) สิทธิที่จะได้รับทราบเหตุผลที่ถูกจับกุม (Right to know the reason arrest) สิทธิที่จะมีทนายหรือที่ปรึกษากฎหมาย (Right to legal counsel) สิทธิที่จะแสดงตนต่อศาลเพื่อโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการจับกุมหรือคุมขัง (Right to prompt appearance before a judge to challenge the lawfulness of arrest and detention) การห้ามทรมานและสิทธิในเงื่อนไขมนุษยธรรมระหว่างการถูกคุมขังก่อนการพิจารณาคดี (Prohibition of torture and right to humane conditions during pre-trial detention) การห้ามการคุมขังโดยไม่ให้ติดต่อสื่อสาร (Prohibition on incommunicado detention)

ประเภทที่สอง คือ สิทธิในระหว่างการพิจารณาคดี (Right during Trial) อันได้แก่ ความเสมอภาคในการเข้าถึงศาล สิทธิที่จะได้รับการรับฟังจากผู้พิพากษา (Right to be heard) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย (Public Trial) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นอิสระและเป็นกลางที่ได้รับการกำหนดหรือก่อตั้งโดยกฎหมาย (Right to Natural/Legal Judge) สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงสภาพและเหตุแห่งการดำเนินคดีอาญา สิทธิที่จะมีระยะเวลาและความสะดวกเพียงพอที่จะเตรียมตัวต่อสู้คดี สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยไม่ชักช้า สิทธิที่จะตรวจสอบและซักถามพยาน สิทธิที่จะมีล่าม การห้ามปรักปรำตนเอง และการห้ามบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง และประเภทสุดท้ายสิทธิในขั้นตอนหลังการพิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว (Post-Trial Right) อันได้แก่ สิทธิที่อุทธรณ์ และสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยกรณีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่ผิดพลาด (Miscarriage of justice)

⁷⁴ Lawyers Committee for Human Rights, What is a fair trial? : A Basic Guide to Legal Standards and Practice, (New York: the Lawyers Committee for Human Rights, March 2000), p.4.

เมื่อฝ่ายตุลาการก็สามารถละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ในรัฐต่างๆ จึงจำเป็นต้องสร้างระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายตุลาการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือจัดช่องทางเยียวยากรณีที่ฝ่ายตุลาการได้ใช้อำนาจละเมิดสิทธิมนุษยชนไปแล้ว เช่น ในประเทศเยอรมนีและสเปนมีการสร้างระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) สำหรับกรณีที่การใช้อำนาจตุลาการโดยศาลละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ด้วย

2.3.2 ประเภทของระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภทตามหลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ ได้แก่ (2.3.2.1) การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงสถาบัน (2.3.2.2) การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงองค์กร (2.3.2.3) การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงปัจเจกบุคคล

2.3.2.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงสถาบัน

การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงสถาบันเป็นการควบคุมตามความพร้อมรับผิดในเชิงสถาบัน (Institutional Accountability) อันเป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในฐานะสถาบันที่รับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการ (Judicial Services) ที่มีภารกิจในการจัดให้มีสถานที่ ผู้พิพากษาตุลาการ ตลอดจนเจ้าหน้าที่ต่างๆ เพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทของประชาชนในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันเอง หรือข้อพิพาทระหว่างประชาชนกับองค์กรของรัฐหรือข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง โดยในแง่การถ่วงดุลและตรวจสอบโดยสภาพจึงเป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั่นเอง แต่จะไม่รวมถึงการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาตุลาการ ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในฐานะสถาบันนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ การจัดองค์กรที่มาทำหน้าที่รับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการ ในการบริหารจึงต้องคำนึงถึงความพอเพียงของสถานที่และบุคลากร ความสามารถในการเข้าถึงศาลได้ของประชาชน การใช้อำนาจสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน ดังนั้น การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารจึงต้องมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก การถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน องค์กรที่รับผิดชอบการบริหารจะต้องมาจากประชาชนหรืออย่างน้อยที่สุดสามารถถูกตรวจสอบในทางนโยบายได้โดยประชาชนหรือตัวแทน ประการที่สอง การถ่วงดุลและ

ตรวจสอบเพื่อให้องค์กรที่ทำหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยจะต้องมีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการที่ไม่เกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ ประการที่สาม การถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อไม่ให้เกิดการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของผู้พิพากษาในคดีได้ และ การจัดบริการสาธารณะทางตุลาการเกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ดังนั้น ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบจะต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวนี้ด้วย

ประการที่สอง การจัดระเบียบผู้พิพากษา หรือการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา มุ่งไปที่การกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการคัดเลือก การดำรงตำแหน่ง การเปลี่ยนแปลงตำแหน่ง และการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา การจัดระเบียบผู้พิพากษาคือการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาที่จะต้องคัดเลือกบุคคลผู้มีความรู้ความสามารถเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษา การให้สิทธิประโยชน์ ค่าตอบแทนที่เหมาะสม การให้จัดให้มีความก้าวหน้าในอาชีพการงาน และสุดท้าย การจัดให้มีการควบคุมพฤติกรรมตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาศาการที่เหมาะสม

การถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อให้การจัดระเบียบนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอันหมายถึงการสามารถคัดเลือกผู้ที่มีความรู้ความสามารถจริงๆ เข้าสู่ตำแหน่ง การมีระบบคัดกรองผู้ที่ยื่น ชื่อสัตย์และปฏิบัติหน้าที่ที่ดีได้มีโอกาสก้าวหน้าในตำแหน่ง และกรองบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ดีออกจากตำแหน่ง และการมีระบบควบคุมผู้พิพากษาไม่ให้ปฏิบัติหน้าที่ออกนอกกรอบของกฎหมาย และระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบที่สามารถทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน แต่ในขณะเดียวกัน ระบบดังกล่าวจะต้องมีกลไกในการป้องกันไม่ให้การจัดระเบียบนั้นแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการตัดสินใจคดีได้

ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบนี้จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับการถ่วงดุลและตรวจสอบตามหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการที่จะต้องจัดให้มีกลไกและระบบที่ป้องกันการแทรกแซงดุลพินิจของฝ่ายตุลาการได้

2.3.2.2 การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงองค์กร

การถ่วงดุลและตรวจสอบในเชิงองค์กรคือการควบคุมในเรื่องการใช้อำนาจตุลาการหรือการถ่วงดุลและตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีของศาลนั่นเอง การถ่วงดุลและตรวจสอบประเภทนี้จะมีลักษณะพิเศษตรงที่เป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบที่ใกล้ชิดกับการแทรกแซงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษามากที่สุด

ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบประเภทนี้จึงต้องมีลักษณะพิเศษ

4 ประการ ประการแรก การถ่วงดุลและตรวจสอบที่มุ่งไปที่การสร้างความเป็นอิสระในการพิจารณา

พิพากษาคดีของผู้พิพากษา ประการที่สอง การถ่วงดุลอำนาจในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา ไม่ให้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งหมดอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง และประการที่สาม การถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อให้การใช้อำนาจตุลาการเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และประการที่สี่ จะต้องเป็นกลไกที่สามารถควบคุมการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยฝ่ายตุลาการได้ด้วยเช่นกัน การถ่วงดุลและตรวจสอบประเภทนี้อาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก การถ่วงดุลและตรวจสอบก่อนมีคำพิพากษา หมายถึงการถ่วงดุลและตรวจสอบในกระบวนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยกระบวนการจะเริ่มเมื่อมีการยื่นคำคู่ความมาให้ศาลพิจารณา จากนั้นศาลจะเริ่มกระบวนการพิจารณาและจะไปสิ้นสุดเมื่อศาลที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด ดังนั้นการถ่วงดุลและตรวจสอบประเภทนี้จึงหมายถึงการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีนั่นเอง ซึ่งการถ่วงดุลและตรวจสอบดังกล่าวจะประกอบไปด้วย กลไกที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ระบบการจ่ายสำนวน ประการที่สอง ระบบการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษา และประการที่สาม ระบบการถ่วงดุลอำนาจองค์คณะผู้พิพากษา

ประเภทที่สอง การตรวจสอบหลังมีคำพิพากษา อันหมายถึงการตรวจสอบหลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาเรียบร้อยแล้ว โดยระบบการตรวจสอบดังกล่าวออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ได้แก่ ระบบการตรวจสอบทางตุลาการอันหมายถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการโดยฝ่ายตุลาการเองตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เช่น การอุทธรณ์(Appeal) คือ การร้องขอให้ศาลที่มีลำดับชั้นสูงกว่าทบทวนการใช้อำนาจหรือคำพิพากษาของศาลในลำดับที่ต่ำกว่า ระบบการอุทธรณ์เป็นระบบที่จัดไว้สำหรับการแก้ไขความบกพร่องผิดพลาดของคดีที่ถูกตัดสินโดยศาลชั้นต้น ซึ่งความผิดพลาดดังกล่าวอาจจะเป็นความบกพร่องในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายหรือกระบวนการพิจารณาก็ได้ ในทางหลักการแล้วการทบทวนจะสามารถทบทวนได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง ทั้งในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน โดยชอบหรือไม่ การชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐาน และปัญหาข้อกฎหมาย ตั้งแต่การเลือกใช้กฎหมาย การตีความกฎหมายและการเลือกผลทางกฎหมายทั้งในด้านความเหมาะสมของดุลพินิจและความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของศาลล่าง แต่อย่างไรก็ดี ขอบเขตการทบทวนดังกล่าวมีความแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย เช่น คดีที่มีทุนทรัพย์ไม่มากนักอาจจะถูกจำกัดการทบทวนในประเด็นปัญหาข้อเท็จจริง เป็นต้น

การตรวจสอบทางตุลาการมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก เป็นการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการด้วยกันเอง ที่โดยทั่วไปแล้วผู้ตรวจสอบคือศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่านั่นเอง ประการที่สอง เป็นการตรวจสอบที่ถูกจัดให้เป็นระบบทางการ(Official System) และเป็น

กิจจะลักษณะ กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนด และ ประการที่สาม มีสภาพบังคับตามกฎหมาย คือเมื่อมีการตรวจสอบพบข้อบกพร่องในการใช้อำนาจแล้ว ผู้ตรวจสอบมีอำนาจที่จะกลับหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบกพร่องนั้นได้โดยกฎหมาย

ส่วนอีกระบบหนึ่งเรียกว่าการตรวจสอบทางการเมือง(Political Review) อันหมายถึงการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการที่ไม่ได้เป็นระบบที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นกิจจะลักษณะ ซึ่งระบบดังกล่าวนี้จะมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก การตรวจสอบทางการเมืองเกือบทั้งหมดไม่ใช่การตรวจสอบแบบเป็นทางการ(Formal)⁷⁵ ที่มีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียด วิธีการ กระบวนการตลอดจนผลทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน แต่มีลักษณะเป็นการตรวจสอบแบบไม่เป็นทางการที่ขึ้นอยู่กับผู้ตรวจสอบว่าจะหยิบยกเรื่องหรือประเด็นใดขึ้นมาเพื่อพิจารณาตรวจสอบ เช่น การอภัยโทษหรือการนิรโทษกรรมที่ฝ่ายการเมืองอาจจะเห็นว่าการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการอาจส่งผลกระทบต่อบรรยากาศทางการเมืองก็อาจประกาศอภัยโทษหรือนิรโทษกรรมให้กับบุคคลที่ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดและให้ลงโทษทางอาญาก็ได้ ประการที่สอง บรรทัดฐานในการตรวจสอบดังกล่าวไม่ใช่แต่เพียงบรรทัดฐานในทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ ผู้ตรวจสอบนั้นอาจจะตรวจสอบในเรื่องความสอดคล้องของการใช้อำนาจตุลาการกับบรรทัดฐานทางกฎหมาย หรืออาจจะตรวจสอบในเรื่องความเหมาะสมของการใช้อำนาจตุลาการซึ่งไม่ได้มีบรรทัดฐานที่แน่นอนชัดเจนมากนัก และ ประการสุดท้าย ผลิตผลจากการตรวจสอบอาจมีสภาพบังคับได้หากมีการกระทำผ่านเครื่องมือทางกฎหมายที่มีในระบบกฎหมาย เช่น การแก้ไขกฎหมาย หรือการอภัยโทษหรือนิรโทษกรรมผู้ที่ต้องคำพิพากษาในคดีอาญา เป็นต้น แต่ในหลายกรณี ผลลัพธ์จากการตรวจสอบไม่ได้มีสภาพบังคับหรือผลผูกพันฝ่ายตุลาการโดยตรงแต่ประการใด แต่อาจจะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในทางการเมืองเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการ การตรวจสอบโดยวิธีทางทางการเมืองอาจแบ่งเป็นได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ การตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง อันหมายถึงการให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการได้ เช่น การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจให้อภัยโทษหรือนิรโทษกรรม การตรวจสอบโดยสาธารณะหรือการตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการโดยประชาชนทั่วไป และ การตรวจสอบโดยประชาชนโดยตรง หมายถึงการให้ประชาชนมีอำนาจโดยตรงในการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ เช่น ให้ประชาชนมีสิทธิลงมติว่าจะให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งต่อไปหรือไม่(Retention Election)

⁷⁵ ยกเว้นการเลือกตั้งผู้พิพากษา

2.3.2.3 การถ่วงดุลและตรวจสอบพฤติกรรมขององค์กรตุลาการ

การถ่วงดุลและตรวจสอบพฤติกรรมขององค์กรตุลาการในแง่นี้มุ่งไปที่การตรวจสอบความประพฤติหรือการปฏิบัติตัวของผู้พิพากษาศาลการ ทั้งในขณะปฏิบัติหน้าที่และพฤติกรรมนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ การถ่วงดุลและตรวจสอบในประเภทนี้จะกระทำโดยการกำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของผู้พิพากษาไว้ล่วงหน้าอย่างชัดเจนและกำหนดระบบและกลไกในการวินิจฉัยว่าผู้พิพากษาศาลการมีความประพฤติผิดแผกแตกต่างไปจากบรรทัดฐานที่กำหนดไว้ล่วงหน้าหรือไม่ ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลการ(Judicial Liability)

การถ่วงดุลและตรวจสอบประเภทนี้มีความละเอียดอ่อนที่สุดเนื่องจากหากจัดระบบและกลไกดังกล่าวไม่เหมาะสม เช่น ให้อำนาจแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวมีอำนาจในการให้โทษแก่ผู้พิพากษาหรือไม่ได้มีระบบการถ่วงดุลในกลไกพิจารณาความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลการเลย ก็จะส่งผลทำให้ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาความรับผิดชอบดังกล่าวสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมหรือแทรกแซงดุลพินิจของผู้พิพากษาศาลการได้ การกำหนดกระบวนการพิจารณาความผิดและกำหนดโทษจึงต้องสร้างระบบและกลไกที่ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการกับความพร้อมรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการให้ได้



บทที่ 3

พัฒนาการของฝ่ายตุลาการไทย

ในบทที่ 3 นี้จะศึกษาความเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างและบทบาทของฝ่ายตุลาการเพื่อทำความเข้าใจถึงความเป็นมาของรากฐานการจัดโครงสร้างของฝ่ายตุลาการและค้นหาสาเหตุที่ทำให้เกิดข้อบกพร่องในระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยโดยจะเริ่มต้นศึกษาตั้งแต่การอภิวัฒน์สยาม พ.ศ. 2475 ที่คณะราษฎรทำการปฏิวัติเพื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์(Absolute Monarchy) ให้มุ่งไปสู่การปกครองแบบเป็นประชาธิปไตยจนถึงการรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ(ค.ส.ช.) ในปี พ.ศ. 2557 โดยในบทนี้จะแบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 หัวข้อ โดยสามหัวข้อแรกจะกล่าวถึงพัฒนาการของฝ่ายตุลาการไทยโดยแบ่ง 3 ยุคใหญ่ๆ ยุคแรก(3.1) จะศึกษาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการในช่วงปี พ.ศ. 2475 จนถึง ปี พ.ศ. 2490 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่คณะราษฎรมีอิทธิพลต่อการเมืองไทย ยุคที่สอง (3.2) จะศึกษาพัฒนาการฝ่ายตุลาการในช่วงปี พ.ศ. 2490-2540 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่การปกครองไทยยังอยู่ในยุคเผด็จการและประชาธิปไตยครึ่งใบ และยุคที่สาม(3.3) อันเป็นปีที่มีการก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนที่ทำให้เกิดการปฏิรูปการเมืองรวมถึงการปฏิรูปฝ่ายตุลาการโดยเปลี่ยนแปลงบทบาท อำนาจหน้าที่และโครงสร้างฝ่ายตุลาการเป็นอย่างมาก จากนั้นในส่วนที่สี่ (3.4) จะทำการวิเคราะห์พัฒนาการของไทยโดยใช้หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการเป็นบรรทัดฐานเพื่อชี้ให้เห็นปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

3.1 พัฒนาการฝ่ายตุลาการในยุคคณะราษฎร(พ.ศ. 2475-2490)

คณะราษฎรคือกลุ่มบุคคลที่เข้าทำการปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองประเทศจากพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 โดยมีประสงค์จะเปลี่ยนแปลงการปกครองให้เป็นประชาธิปไตยที่อำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยช่วงที่คณะราษฎรมีอิทธิพลต่อการปกครองประเทศคือในช่วง พ.ศ. 2475 – 2490 ได้ทำการปฏิรูประบบกฎหมายขนานใหญ่ ทั้งการก่อตั้งรัฐธรรมนูญและตรากฎหมายจำนวนมากเพื่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างองค์กรของรัฐให้สอดคล้องกับการปกครองแบบประชาธิปไตย ฝ่ายตุลาการก็เป็นหนึ่งในองค์กรที่ถูกปฏิรูปไปในแนวทางนี้เช่นกัน พัฒนาการของฝ่ายตุลาการในช่วงนี้มีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ (3.1.1) การแยกฝ่ายตุลาการให้เป็นอิสระแบบสมัยใหม่ และ (3.1.2) การปฏิรูปโครงสร้างองค์กรฝ่ายตุลาการ

3.1.1 การแยกฝ่ายตุลาการให้เป็นอิสระแบบสมัยใหม่

3.1.1.1 ลักษณะของฝ่ายตุลาการก่อนการปฏิวัติสยาม 2475

การปฏิรูปฝ่ายตุลาการไทยให้เป็นสมัยใหม่เกิดขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ต่อเนื่องมาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 7 โดยรัฐบาลได้แยกเอาศาลและผู้พิพากษาออกมาจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอื่น ๆ ก่อตั้งเป็นระบบศาลขึ้นโดยมีการตรากฎหมายกำหนดวิธีพิจารณาคดีแบบสมัยใหม่ ส่วนในทางบริหารได้ก่อตั้งกระทรวงยุติธรรมเพื่อรับผิดชอบการบริหารงานยุติธรรมรวมถึงการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา อีกทั้งยังสร้างโรงเรียนกฎหมายเพื่อฝึกอบรมบุคลากรเพื่อให้เข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาต่อไป¹ แต่ฝ่ายตุลาการที่ได้รับการปฏิรูปในสมัยแรกนั้นขาดลักษณะที่สำคัญขององค์กรตุลาการสมัยใหม่ นั่นคือขาดความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการใน 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก การขาดความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ที่ผู้พิพากษาจะต้องสามารถตัดสินคดีได้โดยไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบังคับบัญชาจากผู้ใดหรือองค์กรใด แม้จะเป็นพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ ความเป็นอิสระดังกล่าวนี้หัวใจสำคัญและเป็นต้นกำเนิดระบบตุลาการสมัยใหม่ที่เกิดขึ้นในอังกฤษซึ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นหมายถึงการเป็นอิสระจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั่นเอง² แต่ในช่วงเวลาก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้นเป็นการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจอสู่งสุดในการปกครองประเทศนั้นเป็นของพระมหากษัตริย์ ซึ่งอำนาจดังกล่าวย่อมหมายถึงรวมถึงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย พระมหากษัตริย์ในยุคสมัยดังกล่าวมีพระราชสถานะเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม³ จึงย่อมมีพระราชอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาท

¹ โปรตตุ พชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, “การปฏิรูประบบกฎหมายไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2513), ดุษฎี ทัศนะเมียร, “ศาลยุติธรรม : อดีตและปัจจุบัน,” ตุลพาท, ปีที่ 41, เล่ม 2, น. 142 – 171 (2537), ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยะมหาราช(พระนคร: กระทรวงยุติธรรม, 2511), แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543).

² ปรีดี เกษมทรัพย์, “เมื่อประมุขตุลาการเผชิญหน้ากับกษัตริย์; กรณี Sir Edward Coke,” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 1, ปีที่ 22, น.37-44 (2535).

³ ดังจะเห็นได้จาก ราชประเพณีกรุงสยาม ข้อ 5 “พระมหากษัตริย์เป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม” โปรตตุ วิษณุ เครืองาม, “บทวิเคราะห์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติ

ด้วยพระองค์เองหรือจะทรงก่อตั้งศาลพิเศษหรือแต่งตั้งบุคคลให้ใช้พระราชอำนาจแทนพระองค์ก็ได้ เช่น ในคดีพญาระกาซึ่งเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลสถิตย์ยุติธรรมก็ตาม แต่ก็ยังทรงแต่งตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีดังกล่าว⁴ นอกจากนี้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 131 มาตรา 5 ยังได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยในคดีได้ ทั้งโดยการพระราชทานโดยพระองค์เอง หรือโดยผู้พิพากษายื่นขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย แม้จะเป็นพระราชอำนาจในทางตุลาการในฐานะองค์อธิปัตย์ แต่ก็ยังเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นผู้พิพากษาศาลฎีกาทำหน้าที่ตัดสินคดีมิได้มีความเป็นอิสระจากพระมหากษัตริย์ ซึ่งไม่ใช่ลักษณะของฝ่ายตุลาการสมัยใหม่

ประการที่สอง การขาดหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัว(Individual Independence) ในช่วงเวลาดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งผู้พิพากษา การให้ทุนและให้โทษผู้พิพากษาเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจบริหารกระทรวงยุติธรรม ซึ่งกว่าจะมีกฎหมายที่เป็นหลักประกันในเรื่องดังกล่าวให้กับผู้พิพากษาก็ดำเนินไปถึงปี พ.ศ. 2471 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 โดยทรงตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2471 ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาไว้อย่างชัดเจนแต่ก็ยังไม่ใช่หลักประกันที่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการสมัยใหม่เท่าใดนัก เนื่องจากตามกฎหมายดังกล่าวยังคงให้ดุลพินิจแก่เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมค่อนข้างมากอีก เช่น อำนาจในการแต่งตั้ง โยกย้าย ลงโทษต่างๆ อีกทั้งยังได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม แม้กฎหมายจะระบุไว้ว่าจะบังคับบัญชาในทางคดีไม่ได้ก็ตาม แต่การใช้อำนาจบังคับบัญชาเรื่องอื่นก็สามารถเป็นเครื่องมือในการกดดันให้ผู้พิพากษาพิพากษาตามที่มีอำนาจต้องการได้

3.1.1.2 กำเนิดฝ่ายตุลาการแบบสมัยใหม่หลังการอภิวัฒน์สยาม 2475

เมื่อคณะราษฎรได้ทำการยึดอำนาจการปกครองไว้ได้เป็นผลสำเร็จก็ได้ร่วมกับพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อใช้กำหนดโครงสร้างองค์กรที่ทำหน้าที่ปกครองประเทศขึ้น ฉบับแรกได้แก่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม(ชั่วคราว) พุทธศักราช 2475 และต่อมาได้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับถาวรคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รัฐบาลคณะราษฎรยังได้ทำการปฏิรูประบบราชการโดยการตรากฎหมายหลายฉบับ

กฤษฎีกาที่ 1 ว่าด้วยราชประเพณีกรุงสยาม,” วารสารกฎหมายปกครอง, ตอน 2, เล่ม 14, น.171-200 (สิงหาคม 2538).

⁴ โปรดดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลของยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น.167-209.

เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบราชการแบบเดิม เช่น พระราชบัญญัติจัดระเบียบป้องกันราชอาณาจักร พ.ศ. 2476 พระราชบัญญัติราชการบริหารแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2476 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2476 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2476 ซึ่งฝ่ายตุลาการก็ได้ถูกปฏิรูปไปพร้อมๆ ระบบข้าราชการอื่นๆ ด้วย สำหรับการปฏิรูปฝ่ายตุลาการดังกล่าวได้มีการตรากฎหมายที่สำคัญ 2 ฉบับ ได้แก่ พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 โดยเมื่อพิจารณาพร้อมกับรัฐธรรมนูญ 2 ฉบับแรกที่ได้สถาปนาขึ้นในปี พ.ศ. 2475 จะพบว่า การปฏิรูปดังกล่าวได้ทำให้เกิดฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระตามแบบสมัยใหม่ขึ้น โดยสิ่งที่ยืนยันว่าได้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวนี้มี 4 ประการ ได้แก่

ประการแรก การแยกองค์กรศาลกับพระมหากษัตริย์ออกจากกัน หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม(ชั่วคราว) พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในการวางโครงสร้างองค์กรทางการเมืองต่างๆ ตามมาตรา 4 ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้กำหนดให้มืองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุด 4 องค์กรหลัก ได้แก่ กษัตริย์⁵ สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการราษฎรและศาล ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 ก็กำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดไว้ 4 องค์กรหลักเช่นกัน ได้แก่ พระมหากษัตริย์ สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรีและศาล โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญฉบับหลังนี้กลายเป็นองค์กรหลักในการตรารัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการแยกองค์กรศาลกับกษัตริย์หรือพระมหากษัตริย์ออกเป็นคนละองค์กรกันอย่างชัดเจน โดยพระมหากษัตริย์ทำหน้าที่เป็นประมุขของรัฐ ส่วนศาลทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทต่างๆ

ประการที่สอง การเปลี่ยนแปลงองค์กรตุลาการให้เป็นตัวแทนประชาชน ในการใช้อำนาจตุลาการที่เป็นของประชาชน จากมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ยืนยันว่าอำนาจสูงสุดของประเทศเป็นของราษฎรทั้งหลาย หรืออำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย อำนาจตุลาการก็เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยจึงทำให้การตัดสินข้อพิพาทของศาลที่ใช้อำนาจตุลาการที่เป็นของประชาชนไม่ใช่ของพระมหากษัตริย์เหมือนก่อนการปฏิวัติ การเปลี่ยนแปลงเจ้าของอำนาจสูงสุดนี้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของฝ่ายตุลาการไปโดยปริยาย จากเดิมที่ศาลหรือผู้พิพากษามีสถานะเป็นตัวแทนของพระมหากษัตริย์ในการใช้อำนาจสูงสุดตัดสินคดีความแทนพระมหากษัตริย์ เมื่ออำนาจ

⁵ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม(ชั่วคราว) พุทธศักราช 2475 ใช้คำว่า “กษัตริย์” ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาก็คือรัฐธรรมนูญฉบับวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 จึงเปลี่ยนมาใช้คำว่า “พระมหากษัตริย์”

สูงสุดเป็นของประชาชน องค์การตุลาการก็ย่อมต้องถือว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดตัดสินคดีแทนประชาชน องค์การตุลาการจึงไม่ใช่ตัวแทนของพระมหากษัตริย์อีกต่อไป แต่เป็นองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ใช้อำนาจตุลาการแทนประชาชน

ประการที่สาม การเปลี่ยนแปลงองค์กรและรูปแบบการใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการตุลาการ อำนาจที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีแบ่งออกเป็นสามส่วน ได้แก่ อำนาจในการการก่อตั้งศาลและแต่งตั้งผู้พิพากษา อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี และอำนาจในการอภัยโทษ ก่อนการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 อำนาจทั้งหมดเป็นของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยอย่างใดก็ได้ตามพระราชอัธยาศัย แต่หลังการปฏิวัติสยาม แม้อำนาจเหล่านี้จะยังคงใช้โดยพระมหากษัตริย์หรือในนามของพระมหากษัตริย์ก็ตาม แต่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจโดยลำพังพระองค์เองไม่ได้ การปฏิวัติสยามได้เปลี่ยนรูปแบบของสถาบันพระมหากษัตริย์จากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มาเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ที่จะทรงใช้อำนาจโดยลำพังพระองค์เองไม่ได้จะต้องมีผู้ถวายคำแนะนำให้ทรงกระทำ และผู้ถวายคำแนะนำจะลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ผู้ที่ใช้อำนาจในความเป็นจริงคือองค์กรที่ถวายคำแนะนำแก่พระมหากษัตริย์⁶

อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการตุลาการดังกล่าวได้ถูกแบ่งออกไปให้องค์กรต่างๆ เป็นผู้ใช้อย่างเป็นอิสระ อำนาจในการก่อตั้งศาลเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรที่จะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ⁷ อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษายังคงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แต่จะต้องทรงโปรดเกล้าแต่งตั้งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีโดยมีนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ⁸ อำนาจในการพิจารณาคดีเป็นอำนาจโดยอิสระของศาล แต่ในการพิพากษาคดีนั้นรัฐธรรมนูญกำหนดให้ทำในพระนามของพระมหากษัตริย์ แต่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงใช้อำนาจด้วย

⁶ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2515 ว่าด้วยพระมหากษัตริย์ (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2551), น.27-45.

⁷ มาตรา 59 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 “บรรดาศาลทั้งหลายจักตั้งขึ้นได้แต่โดยพระราชบัญญัติ”

⁸ มาตรา 23 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 “ทุกครั้งที่มีการแต่งตั้งบุคคลใดเป็นครั้งแรกไม่ว่าโดยการเลื่อนหรือคัดเลือกเพื่อเข้ารับบรรจุในตำแหน่งตุลาการ คำแนะนำของรัฐมนตรีนั้น ถ้าคณะรัฐมนตรีอนุมัติแล้วให้นำขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาขอพระบรมราชานุญาตตั้ง”

พระองค์เองแต่อย่างใด⁹ ส่วนอำนาจในการอภัยโทษยังคงเป็นพระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานตามคำแนะนำของฝ่ายบริหาร¹⁰ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการตุลาการถูกแบ่งแยกออกให้องค์กรหลายองค์กรตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การใช้อำนาจตุลาการจึงไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งอีกต่อไป

ประการที่สี่ การให้หลักประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ลักษณะที่สำคัญของฝ่ายตุลาการสมัยใหม่อีกประการหนึ่งคือการที่รัฐจะต้องให้หลักประกันแก่ฝ่ายตุลาการให้สามารถตัดสินข้อพิพาทได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงโดยมิชอบใดๆ จากองค์กรอื่นๆ โดยมีการประกัน 3 หลักประกันด้วยกัน ได้แก่ หลักประกันแรกคือการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการยกระดับฝ่ายตุลาการ โดยในรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระในมาตรา 60 ว่า “ผู้พิพากษาย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย” และในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2489 ก็บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ในมาตรา 83 เช่นกันว่า “ผู้พิพากษาย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรองความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้ถูกยกให้เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐโดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้¹¹ และการกำหนดให้การ

⁹ หยุต แสงอุทัยเสนอให้รัฐธรรมนูญเขียนให้ตรงไปตรงมาว่าศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการโปรดดู หยุต แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.44-45.

¹⁰ มาตรา 55 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะพระราชทานอภัยโทษ” และ มาตรา 57 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 “ภายในบังคับแห่งมาตรา 32 และ 46 บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขาและพระบรมราชโองการใดๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน ท่านว่ารัฐมนตรีนายหนึ่งต้องลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเป็นผู้รับผิดชอบ”

¹¹ มาตรา 61 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ มีข้อความแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นๆ เป็นโมฆะ” และ มาตรา 87 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

แก้ไขรัฐธรรมนูญมีกระบวนการที่ซับซ้อนกว่าการตรากฎหมายธรรมดา¹² นอกจากนี้ยังได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2476 ซึ่งกำหนดโทษอย่างสูงแก่ผู้ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบรัฐธรรมนูญ จึงเป็นหลักฐานแสดงถึงความสำคัญของรัฐธรรมนูญในสมัยนั้นได้เป็นอย่างดี จากเรื่องดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่าหลักการที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมมีความสำคัญเฉพาะกับตัวรัฐธรรมนูญ

หลักประกันที่สองคือ การสร้างหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัว โดยรัฐบาลคณะราษฎรได้เปลี่ยนระบบการบริหารงานบุคคลข้าราชการทั้งหมดจากระบบราชการแบบอุปถัมภ์(Patronage Bureaucracy) มาเป็นระบบราชการแบบความสามารถ(Merit Bureaucracy)¹³ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาด้วย โดยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 ได้นำระบบการสอบแข่งขัน¹⁴(Competitive Examination) มาใช้กับการคัดเลือกผู้พิพากษาแทนระบบการฝากตัวแบบเก่า ¹⁵ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการเลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่ง การโยกย้าย การควบคุมผู้พิพากษาลงโทษทางวินัยที่ชัดเจน อันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาเป็นอย่างดี ซึ่งต่อมาหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวดังกล่าวก็ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 84 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับ ปี พ.ศ. 2489¹⁶ อีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ในรัฐบาลคณะราษฎรยังได้ก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในการให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษาอีกด้วย โดยคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) เกิดขึ้นครั้งแรกตามระเบียบ(กระทรวงยุติธรรม) ชั่วคราวว่าด้วยคณะกรรมการตุลาการ ฉบับลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2477 ลงนามโดยพระยานิติศาสตร์ไพศาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมใน

¹² มาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 และ มาตรา 85 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแยกต่างหากจากการตราพระราชบัญญัติและมีกระบวนการที่ยากซับซ้อนกว่า

¹³ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ฟาเดียวกัน, 2553), น.75-84.

¹⁴ มาตรา 15-18 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477

¹⁵ มาตรา 6 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2471

¹⁶ มาตรา 84 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 “การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน การย้ายและการถอดถอนผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการ”

ขณะนั้น เพื่อใช้บังคับเป็นการชั่วคราวก่อนที่มีการนำคณะกรรมการตุลาการไปบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2477

ส่วนหลักประกันประการสุดท้ายคือการให้เอกสิทธิ์ในการปฏิบัติหน้าที่แก่ผู้พิพากษา ตามมาตรา 6 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 บัญญัติว่า “ในการที่ข้าราชการตุลาการกระทำการหรือกล่าวถ้อยคำใดๆ ตามหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผู้ใดจะฟ้องเป็นคดีหาได้ไม่” แต่ได้ถูกยกเลิกไปในกฎหมายฉบับถัดมาอันได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2479

3.1.2 การปฏิรูปโครงสร้างฝ่ายตุลาการ

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง รัฐบาลใหม่จึงได้ทำการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างฝ่ายตุลาการให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองที่เปลี่ยนแปลงไป โดยโครงสร้างที่ได้เปลี่ยนแปลงนี้มีลักษณะคล้ายกับโครงสร้างฝ่ายตุลาการของประเทศฝรั่งเศสที่ให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้รับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการโดยมีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการซึ่งมีตัวแทนผู้พิพากษาทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา ซึ่งการปฏิรูปมีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการ ดังนี้

3.1.2.1 การจัดโครงสร้างระบบศาล

โครงสร้างศาลที่ได้ถูกปฏิรูปในยุครัฐบาลคณะราษฎร นอกจากระบบศาลเดิมที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีทั่วไป เช่น ระบบศาลยุติธรรม ระบบศาลทหาร ศาลคดีต่างประเทศ ฯลฯ แล้ว ก็มีความพยายามในการก่อตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาให้มีอำนาจหน้าที่ในทั้งในการเป็นที่ปรึกษากฎหมายให้กับรัฐบาลและทำหน้าที่เป็น “ศาลปกครอง” คือให้มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองด้วย เหมือนกับสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ(*Conseil d'Etat*) ของฝรั่งเศสแต่ไม่ประสบความสำเร็จ¹⁷ และในช่วงปี พ.ศ. 2489 ที่เกิดความขัดแย้งระหว่างศาลฎีกากับรัฐสภาโดยศาลฎีกาได้พิพากษาให้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2489 ใช้บังคับไม่ได้เนื่องจากขัดแย้งกับหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังให้เป็นโทษทางอาญาแก่บุคคล ทำให้รัฐบาลในช่วงนั้นได้ก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อให้มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อไม่ให้ศาลฎีกามีเขตอำนาจเหนือประเด็นดังกล่าวอีก

¹⁷ โปรตตุ อักขราทร จุฬารัตน, กว่าจะมาเป็น...ศาลปกครอง (กรุงเทพมหานคร : บพิธการพิมพ์, 2549).

โครงสร้างของระบบศาลดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าเป็นแนวทางที่คล้ายคลึงกับการจัดโครงสร้างระบบศาลของฝรั่งเศสที่อาจแบ่งได้เป็น 3 ส่วนได้แก่ ส่วนแรกคือระบบศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาททั่วไป ยกเว้นคดีปกครอง ส่วนที่สอง คือ ระบบพิจารณาข้อพิพาททางปกครองที่มีสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ(*Conseil d'Etat*) ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา แต่มีการแบ่งแยกแผนกคดีปกครองออกจากงานบริหารอื่น เช่น งานให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาล เป็นต้น โดยตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีจะได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี และส่วนที่สามคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรพิเศษที่ก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ และอำนาจหน้าที่อื่นๆ เช่น การให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดีในการใช้อำนาจพิเศษตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 โดยทั้งสามส่วนมีเพียงระบบศาลยุติธรรมเท่านั้นที่เป็นฝ่ายตุลาการโดยแท้ ส่วนสภาที่ปรึกษานั้นในทางกฎหมายจะมีสถานะเป็นฝ่ายบริหาร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นองค์กรทางรัฐธรรมนูญ(*Constitutional Organ*)

3.1.2.2 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ

การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการของฝรั่งเศสจะกำหนดให้กระทรวงยุติธรรมรับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการ อันได้แก่การจัดให้มีระบบการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทโดยใช้อำนาจตุลาการและทำให้ข้อพิพาทนั้นยุติลงในทางกฎหมาย ลักษณะเด่นของการจัดโครงสร้างการบริหารแบบฝรั่งเศสคือการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนของผู้พิพากษาประกอบด้วยตัวแทนจากฝ่ายอื่นๆ ทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องการบริหารงานบุคคล เช่น การคัดเลือก การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง และการลงโทษทางวินัย

ในประเทศไทยก็ได้กำหนดให้กระทรวงยุติธรรมรับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการดังกล่าวเริ่มมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ห้าที่ได้ทรงก่อตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น อำนาจในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาจึงอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมโดยจะเป็นผู้ทูลเกล้าถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการแต่งตั้ง เลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งหรือลงโทษทางวินัยผู้พิพากษา แต่หลังการอภิวัฒน์สยาม พ.ศ. 2475 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ได้ลงนามในระเบียบกระทรวงยุติธรรม ฉบับลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2477 แต่งตั้ง “คณะกรรมการตุลาการ” เพื่อถ่วงดุลอำนาจในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาเพื่อใช้บังคับเป็นการชั่วคราวก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2477 ในระเบียบฉบับนี้ได้กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการไว้ ประกอบไปด้วย อธิบดีศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงยุติธรรม กรรมการศาลฎีกา(ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบัน) ผู้มีอาวุโสสูง 1 นาย

อธิบดีผู้พิพากษาศาลกรุงเทพฯ เป็นกรรมการ และหัวหน้ากองกลางกระทรวงยุติธรรม เป็นเลขานุการ โดยคณะกรรมการตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการเป็นที่ปรึกษารัฐมนตรีโดยให้มีอำนาจหน้าที่เป็นที่ปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการรักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2471 โดยเฉพาะในเรื่องการคัดเลือกผู้ที่จะเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา การแต่งตั้ง เลื่อนตำแหน่ง ปลดออกจากตำแหน่งหรือลงโทษผู้พิพากษานิติวินัย

จนกระทั่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 มีผลใช้บังคับ คณะกรรมการตุลาการ(ถาวร) จึงได้ถูกก่อตั้งโดยมีกรรมการโดยตำแหน่งจำนวน 5 คนประกอบไปด้วยอธิบดีศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีศาลอุทธรณ์ นายกเนติบัณฑิตยสภา และผู้ประศาสน์การมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับเรื่องการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาตั้งแต่การคัดเลือก แต่งตั้ง เลื่อนตำแหน่ง พิจารณาความผิดทางวินัย ตลอดจนปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่ง¹⁸ ในกรณีที่คณะกรรมการตุลาการมีหน้าที่ปรึกษาให้คำแนะนำรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมตามที่กล่าวมานี้ คณะกรรมการตุลาการต้องรายงานความเห็นไปยังรัฐมนตรี ถ้ารัฐมนตรีไม่เห็นพ้องด้วย ให้รัฐมนตรีเสนอรายงานความเห็นของคณะกรรมการตุลาการนั้นพร้อมทั้งความเห็นของรัฐมนตรีต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้วินิจฉัย

นับแต่นั้นเป็นคณะกรรมการตุลาการก็เป็นองค์กรหลักของฝ่ายตุลาการ องค์กรหนึ่งที่พระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการจะต้องกำหนดให้มีขึ้น คณะกรรมการตุลาการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2479 ประกอบไปด้วย อธิบดีศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีศาลอุทธรณ์ ผู้แทนเนติบัณฑิตยสภาซึ่งกรรมการเนติบัณฑิตยสภาจะได้เลือกกันเองขึ้น 1 นาย ผู้แทนมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองซึ่งกรรมการมหาวิทยาลัยจะได้เลือกกันเองขึ้น 1 นาย และข้าราชการตุลาการบำนาญ 2 นายที่ตุลาการสามัญขึ้นโทขึ้นไปทั่วประเทศ เลือกขึ้นมา กรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒินี้จะต้องไม่ใช่ข้าราชการพลเรือนการเมืองหรือมีอาชีพทนายความโดยตรงหรือโดยอ้อม

คณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ 2 ฉบับต่อมา อันได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2472(มาตรา 34) และ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2485(มาตรา 37) มีองค์ประกอบ อันประกอบไปด้วย ประธานศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ข้าราชการตุลาการสามัญขึ้น

¹⁸ พระมนูเวทย์วิมลนาท, ธรรมนูญศาลยุติธรรม, คำสอนชั้นปริญญาตรี มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พุทธศักราช 2478, น.120 - 121

พิเศษโดยรัฐมนตรีเป็นผู้เลือก ข้าราชการเบี้ยบำนาญสังกัดกระทรวงมหาดไทยที่เคยเป็นผู้พิพากษาจำนวน 3 นายโดยข้าราชการตุลาการสามัญเป็นผู้เลือก การดำเนินงานบริหารงานบุคคลจะเริ่มจากปลัดกระทรวงยุติธรรมจะเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการ และจะส่งให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน แล้วจึงเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมพิจารณาอนุมัติอีกชั้นหนึ่ง เป็นอันว่าเรื่องการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาเกือบทั้งหมดจะเริ่มจากฝ่ายข้าราชการประจำสังกัดฝ่ายบริหาร แล้วจะผ่านการเห็นชอบจากตัวแทนขององค์กรตุลาการเป็นขั้นที่สอง แล้วรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจึงให้การอนุมัติในขั้นสุดท้ายจะเห็นได้ว่าลำดับขั้นตอนการบริหารงานบุคคลดังกล่าวมีการวางระบบการถ่วงดุลอำนาจเอาไว้ไม่ให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการแต่เพียงฝ่ายเดียวมีอำนาจทั้งหมด

การกำเนิดของคณะกรรมการตุลาการนั้นเป็นการวางระบบการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการโดยที่ไม่ตัดขาดความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจตุลาการกับประชาชน กล่าวคือ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าเมื่อมีการอภิวัฒน์เกิดขึ้นก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในองค์กรตุลาการโดยการให้คณะรัฐมนตรีที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลขององค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้ง เลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง ฯลฯ อันเป็นการเชื่อมโยงฝ่ายบริหารซึ่งมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยถ่ายโอนความชอบธรรมดังกล่าวไปให้กับองค์กรตุลาการที่มาจาก การเลือกตั้งไม่ได้จากประชาชนโดยตรง ให้สามารถใช้อำนาจของประชาชนได้ แต่การจะให้อำนาจทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลขององค์กรตุลาการเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายบริหารก็อาจจะเกิดการใช้อำนาจโดยบิดเบือนหรืออาจทำให้ฝ่ายบริหารมีอิทธิพลต่อฝ่ายตุลาการได้ จึงได้ก่อตั้งองค์กรผสมระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการขึ้นเป็นคณะกรรมการตุลาการ ทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมไว้มิให้มีอำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเดิมคณะกรรมการตุลาการเข้าไปถ่วงดุลอำนาจดังกล่าวไว้ ซึ่งระบบการถ่วงดุลอำนาจดังกล่าวกำหนดไว้ ไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกับคณะกรรมการตุลาการมีอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น การจะคัดเลือกบุคคลเข้าไปเป็นองค์กรตุลาการต้องทำเป็นกฎกระทรวงโดยอนุมัติของฝ่ายบริหาร แต่การจัดสอบแข่งขันให้คณะกรรมการตุลาการดำเนินการ เมื่อได้ผลการสอบคัดเลือกมาแล้วค่อยส่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมดำเนินการแต่งตั้ง หรือในการโยกย้าย เลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่งทั้งหลาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องปรึกษาเพื่อขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการเสียก่อน ไม่สามารถดำเนินการได้โดยลำพัง นอกจากนี้เพราะเหตุที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมนั้นเป็นผู้รับผิดชอบทั้งทางกฎหมายและทางการเมืองต่อรัฐสภาและประชาชนในการดำเนินการของศาลยุติธรรมจึงต้องให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการพิจารณากลับกรองในขั้นสุดท้าย

3.1.2.3 การก่อตั้งระบบการศึกษากฎหมายใหม่

รัฐบาลคณะราษฎรได้ก่อตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองขึ้น โดยการตราพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2476 เพื่อเป็นสถาบันให้ความรู้แก่ประชาชนทั่วไป และสร้างข้าราชการที่มีอุดมการณ์แบบประชาธิปไตยเข้าไปรับราชการในหน่วยราชการต่างๆ โดยได้ใช้ระบบตลาดวิชาให้ประชาชนทั่วไปได้เข้ามาศึกษา วิชาที่เปิดสอนมี 2 แขนงคือ หลักสูตรธรรมศาสตร์บัณฑิต ซึ่งแม้จะสอนวิชากฎหมายเป็นหลักแต่ก็ได้สอนวิชารัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และการทูตเพิ่มเติมให้อีกด้วย เมื่อจบปริญญาตรีธรรมศาสตร์บัณฑิตก็อาจศึกษาต่อปริญญาโท แยกเป็นแขนงนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และการทูตต่อไป วิชาอีกแขนงหนึ่งคือ วิชาการบัญชี โดยมีหลักสูตร 3 ปี สำหรับประกาศนียบัตรทางการบัญชี (เทียบเท่าปริญญาตรี) และ 5 ปี สำหรับประกาศนียบัตรชั้นสูงทางการบัญชี (เทียบเท่าปริญญาโท)¹⁹ โดยผู้ที่สำเร็จการศึกษาหลักสูตรธรรมศาสตร์บัณฑิตมีสิทธิสอบแข่งขันเข้าเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาได้²⁰

3.1.2.4 การเปลี่ยนผ่านตัวผู้พิพากษาแบบค่อยเป็นค่อยไป

รัฐบาลใหม่ไม่ได้ใช้วิธีการเปลี่ยนตัวผู้พิพากษาอย่างซูดรากอนโคนโดยการไล่ผู้พิพากษาในระบอบเก่าออกแล้วแต่งตั้งผู้พิพากษาใหม่ แต่ใช้วิธีการเปลี่ยนผ่านอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยการก่อตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองขึ้นใน ปี พ.ศ. 2477 ซึ่งหลักสูตรการสอนจะเน้นอุดมการณ์แบบนิติรัฐ-รัฐธรรมนูญนิยม-ประชาธิปไตยเพื่อผลิตบุคลากรเข้าไปทำงานในระบอบใหม่โดยกำหนดให้ธรรมศาสตร์บัณฑิตมีสิทธิที่จะสอบแข่งขันเข้าเป็นผู้พิพากษา ในขณะเดียวกัน ตามกฎหมายก็ยังเปิดช่องให้ดำเนินการกับผู้พิพากษาที่มีการกระทำหรืออุดมการณ์ที่ไม่สอดคล้องการปกครองในระบอบใหม่ โดยกำหนดในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 ใน 2 ช่องทางด้วยกัน โดยช่องทางแรก คือการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งโดยสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 34 วรรคสาม แม้จะจำกัดไว้เพียงตำแหน่งผู้พิพากษาระดับสูง อันได้แก่ อธิบดีผู้พิพากษา(เทียบได้กับตำแหน่งประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาและอธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง) กรรมการศาลฎีกา(เทียบได้กับผู้พิพากษาศาลฎีกา) ข้าราชการยุติธรรม(เทียบได้กับอธิบดีผู้พิพากษามาตร) และหัวหน้ากองผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์(เทียบได้กับผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์)

¹⁹ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “ประวัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2559, จาก <http://www.tu.ac.th/intro/about/swf/history1.htm>.

²⁰ มาตรา 14(2) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477

ส่วนช่องทางที่สอง การปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งด้วยเหตุ “ไม่แสดงให้เพียงพอว่าสนับสนุนระบอบรัฐธรรมนูญโดยบริสุทธิ์ใจ²¹” ซึ่งเป็นวินัยของข้าราชการพลเรือนและรวมถึงข้าราชการตุลาการด้วยว่าข้าราชการ “ต้องสนับสนุนการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยบริสุทธิ์ใจ และจักต้องพยายามชี้แจงต่อบุคคลในบังคับบัญชาและในอำนาจของตนให้เข้าใจและนิยมต่อการปกครองในระบอบรัฐธรรมนูญ²² วินัยในเรื่องนี้เป็นวินัยข้อแรกสุดของวินัยข้าราชการ ซึ่งบทบัญญัตินี้มีจุดสังเกตที่น่าสนใจใน 2 ประการ ประการแรก หากเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการในปัจจุบันจะพบว่า การเลื่อนใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบันนั้นไม่จำเป็นต้องแสดงออกมาภายนอก แต่ตามกฎหมายในสมัยนั้นเป็นเรื่องที่ต้องแสดงออก หากผู้พิพากษาคนใดละเลยไม่ปฏิบัติตาม รัฐมนตรีสามารถปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งได้แม้ผู้พิพากษาจะมีได้กระทำความผิดอื่นใดก็ตาม และ ประการที่สอง เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งโดยที่ผู้พิพากษาไม่ต้องกระทำความผิด โดยมีผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งที่เคยถูกปลดจากการใช้อำนาจในมาตราดังกล่าวนี้²³

3.2 พัฒนาการฝ่ายตุลาการในยุคเผด็จการ(พ.ศ. 2490-2540)

ช่วงเวลาที่คณะราษฎรมีอิทธิพลต่อระบอบการปกครองของไทยเริ่มตั้งแต่ พ.ศ.2475 จนถึง พ.ศ. 2490 โดยการรัฐประหารของพลโท(ยศในขณะนั้น)ผิน ชุณหะวัณ แม้หลังจากการรัฐประหารจะมีจอมพล ป.พิบูลสงครามซึ่งเป็นสมาชิกคนสำคัญของคณะราษฎรเป็นนายกรัฐมนตรีอย่างต่อเนื่องยาวนานเกือบ 10 ปี แต่แนวทางการทั้งในระบอบการปกครองและพัฒนาการของฝ่ายตุลาการได้เปลี่ยนแปลงไปจากยุคคณะราษฎรอย่างมาก โดยใช้แนวทางการสร้างระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการขึ้นเพื่อแยกตัวเองออกจากการปกครองแบบเผด็จการให้ยังสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองเป็นอิสระ ซึ่งลักษณะของการพัฒนาการในช่วงเวลาดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ประการ ได้แก่ (3.2.1) การสร้างระบอบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ (3.2.2) การเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกลับไปหาสถาบันพระมหากษัตริย์ และ

²¹ มาตรา 34 วรรคสอง(ข) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2476 ประกอบมาตรา 34 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477

²² มาตรา 39 พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2476

²³ เช่น การปลดผู้พิพากษาตามประกาศเรื่องปลดข้าราชการตุลาการ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2477 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 52 หน้า 1032 วันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2477

(3.2.3) การเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมาย ซึ่งความเปลี่ยนแปลงทั้งสามประการนี้กลายเป็นรากฐานที่สำคัญในการปฏิรูปฝ่ายตุลาการในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และ (3.2.4) การยับยั้งการใช้อำนาจในการตรวจสอบรัฐ

3.2.1 การสร้างระบอบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ

การสร้างระบอบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการโดยการผลักดันให้เกิดเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการให้ฝ่ายตุลาการสามารถบริหารงานบุคคลด้วยตัวเอง แต่เดิมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ 4 ฉบับแรก อันได้แก่ ฉบับปี พ.ศ. 2477 พ.ศ. 2479 พ.ศ. 2483 และ พ.ศ. 2485 จัดโครงสร้างอำนาจแบบฝรั่งเศสที่ให้มีคณะกรรมการตุลาการทำหน้าที่ถ่วงดุลกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในการใช้อำนาจที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา อันได้แก่ การคัดเลือกและแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้ายและการลงโทษทางวินัย ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการของกฎหมายฉบับปี พ.ศ. 2485 ประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ข้าราชการตุลาการสามัญชั้นพิเศษ 1 นายโดยรัฐมนตรีเป็นผู้เลือก และข้าราชการเปียบำนานาสังกัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งเคยรับราชการเป็นผู้พิพากษาที่มาจากข้าราชการตุลาการสามัญเป็นผู้เลือกจำนวน 3 นาย²⁴ มีอำนาจในการให้ความเห็นที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาตามที่กฎหมายกำหนด²⁵ สัดส่วนของกรรมการตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้จะให้น้ำหนักกับผู้พิพากษาหรืออดีตผู้พิพากษามากกว่าตัวแทนจากฝ่ายบริหารที่มีปลัดกระทรวงเพียงคนเดียวเท่านั้น

องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการดังกล่าวถูกเปลี่ยนแปลงโดยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการฉบับปี พ.ศ. 2497 ในสมัยรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม โดยเปลี่ยนแปลงไปโดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานกรรมการ ประธานศาลฎีกาเป็นรองประธานกรรมการ อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง และอธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีก 5 คนที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามข้อเสนอของฝ่ายบริหารด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร²⁶ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนของกรรมการอย่างชัดเจน โดยตัดตัวแทนที่เลือกโดยผู้พิพากษาออกไปทั้งหมดและเหลือเพียงผู้พิพากษาโดยตำแหน่งเท่านั้นที่ยังคงเป็นกรรมการอยู่ ส่วนที่เหลือก็เป็น

²⁴ มาตรา 37 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2485

²⁵ มาตรา 40 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2485

²⁶ มาตรา 29 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497

กรรมการที่เป็นตัวแทนจากฝ่ายการเมืองทั้งสิ้น ทั้งรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ฝ่ายบริหารเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบ

หลังการรัฐประหารของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2500 มีการแต่งตั้งนายพจน์ สารสินเป็นนายกรัฐมนตรีซึ่งแม้จะดำรงตำแหน่งได้เพียง 3 เดือนเศษแต่สามารถผลักดันให้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2500 ที่เข้าไปแก้ไขกฎหมายฉบับปี พ.ศ. 2497 ซึ่งไม่เฉพาะการแก้ไของค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการเท่านั้น แต่ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไปอย่างสิ้นเชิง จนอาจเรียกได้ว่าเป็นการก่อตั้งระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ โครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการตามกฎหมายฉบับที่ 2 ดังกล่าวยุติการกระทรวงยุติธรรมยังคงรับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการเช่นเดิม แต่ไม่มีอำนาจที่แท้จริงในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา โดยการกระทำใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการที่สมาชิกเกือบทั้งหมดเป็นผู้พิพากษาหรืออดีตนายกพิพากษา คณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นเสมือน “รัฐบาล” ของฝ่ายตุลาการ โดยการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างที่สำคัญของคณะกรรมการตุลาการมี 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก การเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการให้เป็นตัวแทนจากฝ่ายตุลาการเกือบทั้งหมด โดยกรรมการทั้งหมดจำนวน 11 คน ประกอบไปด้วยกรรมการโดยตำแหน่ง 3 คน ได้แก่ ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงยุติธรรมและอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ส่วนกรรมการที่เหลืออีก 8 คนเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากกรรมการเลือกตั้งของข้าราชการตุลาการ โดยจำนวน 4 คน จะเลือกจากผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งเป็นหัวหน้าคณะในศาลฎีกา และที่เหลืออีก 4 คน เลือกจากข้าราชการบำนาญที่เคยรับราชการเป็นผู้พิพากษามาแล้ว²⁷ จากองค์ประกอบดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กรรมการเกือบทั้งหมดเป็นข้าราชการตุลาการหรืออดีตข้าราชการตุลาการ โดยมีเพียงปลัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นตำแหน่งฝ่ายบริหารเพียงตำแหน่งเดียวเท่านั้นที่ยังหลงเหลืออยู่ในคณะกรรมการตุลาการใหม่นี้

ประการที่สอง การเปลี่ยนแปลงบทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ แต่เดิมนับตั้งแต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 ที่เป็นพระราชบัญญัติฉบับแรกที่กำหนดตั้งคณะกรรมการตุลาการได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการไว้เพียงการให้คำปรึกษาหรือความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่องที่กฎหมายกำหนด หรือในความเห็นชอบในบางเรื่องเช่นการแต่งตั้งผู้

²⁷ มาตรา 29 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 4 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500

พิพากษา ความสัมพันธ์ของทั้งสององค์กรอยู่ในลักษณะถ่วงดุลอำนาจกันโดยไม่ได้มีองค์กรมีอำนาจเหนืออีกองค์กรหนึ่งอย่างชัดเจน ดังเช่นกฎหมายฉบับปี พ.ศ. 2477 ที่กำหนดว่าหากเรื่องใดที่รัฐมนตรีกับคณะกรรมการตุลาการไม่เห็นพ้องต้องกันจะต้องรายงานให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัย²⁸ แต่การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2500 ได้เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ดังกล่าวโดยให้คณะกรรมการตุลาการมีอำนาจเหนือว่าฝ่ายรัฐมนตรีอย่างชัดเจน โดยให้อำนาจแก่คณะกรรมการตุลาการสามารถยื่นยันมติของตนเองได้ในกรณีที่รัฐมนตรีไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของ ก.ต. และให้รัฐมนตรีต้องดำเนินการตามมติของ ก.ต. ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ให้เพิ่มเติมมาตรา 35 ทวิ ว่า “ในกรณีที่รัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับมติของ ก.ต. ไม่ว่าทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งส่วนใด หรือเห็นว่าดินนั้นควรประกอบด้วยเงื่อนไขอย่างใด รัฐมนตรีจะขอให้ ก.ต. พิจารณาใหม่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ เมื่อ ก.ต. มีมติยืนตามมติเดิมหรือจะแก้ไขเพิ่มเติมประการใดก็ได้ให้ดำเนินการไปตามมติของ ก.ต. นั้น”²⁹ ยิ่งไปกว่านั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2508 ยังได้เพิ่มอำนาจให้ ก.ต. โดยการกำหนดให้เพิ่มเติมมาตรา 35 ทรี ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ ก.ต. ไม่ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการที่รัฐมนตรีเสนอตามมาตรา 14³⁰ ให้ ก.ต. เสนอไปยังรัฐมนตรีพร้อมด้วยเหตุผลว่า ก.ต. เห็นสมควรแต่งตั้งบุคคลใด ในกรณีเช่นนี้ รัฐมนตรีจะดำเนินการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งบุคคลที่ ก.ต. เสนอนั้นก็ได้ หรือจะขอให้ ก.ต. พิจารณาใหม่ก็ได้ ในการพิจารณาใหม่ของ ก.ต. ถ้า ก.ต. มีมติเห็นสมควรแต่งตั้งบุคคลที่รัฐมนตรีเสนอหรือที่ ก.ต. เสนอ ก็ให้รัฐมนตรีดำเนินการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งบุคคลที่ ก.ต. มีมตินั้น” และในวรรคสองกำหนดระยะเวลาไว้ด้วยว่า “การปฏิบัติการตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะต้องเสนอให้ ก.ต. พิจารณาใหม่ หรือดำเนินการตามมติของ ก.ต. ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รัฐมนตรีได้ทราบมติของ ก.ต.”

โครงสร้างการบริหารงานบุคคลดังกล่าวนี้ทำให้คณะกรรมการตุลาการมาจากตัวแทนของผู้พิพากษาเกือบทั้งหมดและให้อำนาจเหนือว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมฝ่ายบริหารนี้เป็นฐานที่มั่นสำคัญของฝ่ายตุลาการ โดยมีความพยายามเข้าไปแก้ไขโดยฝ่ายการเมือง 2 ครั้ง ครั้งแรกโดยคณะรัฐประหารของจอมพลถนอม กิตติขจรตราประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 299 ลงวันที่ 12 ธันวาคม

²⁸ มาตรา 11 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2477

²⁹ มาตรา 9 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500

³⁰ มาตรา 14 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497 บัญญัติว่า “การแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการนอกจากตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ให้รัฐมนตรีเสนอ ก.ต. เพื่อให้ความเห็นชอบก่อน เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วจึงนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้ง”

พ.ศ. 2515 หรือที่เรียกว่ากฎหมายโบว์ดำ ได้เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการโดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกลับมาเป็นประธานกรรมการ ประธานศาลฎีกาเป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงยุติธรรมและอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง โดยมีกรรมการที่มาจากการเลือกกันเองของผู้พิพากษาจำนวน 4 คน และกรรมการซึ่งเป็นผู้พิพากษาแต่มาจากการเลือกตั้งคณะรัฐมนตรีอีก 4 คน³¹ อันเปลี่ยนแปลงสัดส่วนใน ก.ต. เป็นตัวแทนจากผู้พิพากษา 6 คน และตัวแทนจากฝ่ายบริหารอีก 6 คนเท่านั้น

การเปลี่ยนแปลงสัดส่วนดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการประท้วงจากทั้งผู้พิพากษาและสังคมทั่วไปอย่างรุนแรงจนกระทั่งรัฐบาลต้องตราพระราชบัญญัติยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว โดยมีการลงมติรวดเดียวสามวาระ และให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 หรือวันถัดจากวันประกาศ³² และครั้งที่สอง เป็นเหตุการณ์ในปี พ.ศ. 2535 โดยรัฐบาลของนายอานันท์ ปันยารชุนได้ตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 พ.ศ. 2535 ซึ่งเกิดการประท้วงอย่างรุนแรงจากทั้งนักวิชาการและผู้พิพากษา โดยผู้พิพากษากว่า 700 คนจัดการชุมนุมจัดชุมนุมประท้วงพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวจนกระทั่งสภาผู้แทนราษฎรมีมติเอกฉันท์ไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว ซึ่งเหตุการณ์ในครั้งนี้เป็นส่วนหนึ่งในเหตุการณ์ความขัดแย้งอย่างรุนแรงภายในฝ่ายตุลาการหรือที่เรียกว่า “วิกฤตตุลาการ³³” นอกจากนี้ ยังมีเสียงเรียกร้องจากฝ่ายตุลาการอยู่อย่างสม่ำเสมอในการแยกให้ศาลเป็นอิสระจากกระทรวงยุติธรรมจนประสบความสำเร็จในยุคต่อไป

3.2.2 การเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกลับไปหาสถาบันพระมหากษัตริย์

แนวทางของพัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงไปจากยุคของคณะราษฎรที่เห็นได้อย่างชัดเจนอีกประการหนึ่งคือการเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกับสถาบันพระมหากษัตริย์ ทั้งๆ ที่ การเปลี่ยนแปลงการปกครองพยายามจะแยกให้ฝ่ายตุลาการออกเป็นอิสระจากองค์กรอื่นๆ ของรัฐตามแนวคิดของตุลาการ

³¹ มาตรา 12 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 299 ลงวันที่ 12 ธันวาคม พ.ศ. 2515

³² เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549), น.239-241.

³³ โปรตดู พงศ์เทพ เทพกาญจนา, “สรุปข้อเท็จจริงวิกฤตตุลาการภาค 1 และ ภาค 2,” ดูพาท, เล่ม 3, ปีที่ 39, น.14-22 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2535) และดู จริญ ภักดีธินาสกุล, “เมื่อ ก.ต.ถูกผูกขาด อำนาจศาลเป็นของใคร?,” น.105-108 และดู อุดม เฟื่องฟุ้ง, “พ.ร.ก.ยึดอำนาจตุลาการ,” น.47-74 และดู สำเริง คำพะอู, วิกฤตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร : ต้นธรรม, 2536).

สมัยใหม่ แต่หลังจากการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 เริ่มมีการเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกับสถาบันพระมหากษัตริย์อีกครั้ง ในหลากหลายวิธีการเพื่อแสดงว่าตนเองเป็นตัวแทนของพระมหากษัตริย์ในการพิจารณาพิพากษาคดี³⁴ ดังต่อไปนี้ ประการแรก การอธิบายประวัติศาสตร์การศาลโดยเชื่อมโยงกับการปฏิรูประบบการศาลในสมัยรัชกาลที่ 5 ว่าฝ่ายตุลาการหรือศาลนี้สืบทอดต่อเนื่องยาวนานไม่ขาดสายจากรัชกาลที่ 5 โดยเฉพาะอย่างยิ่งประวัติศาสตร์อย่างเป็นทางการที่จัดพิมพ์โดยศาลยุติธรรมหรือกระทรวงยุติธรรม³⁵ ซึ่งการกล่าวเช่นนั้นอาจจะไม่ผิดอะไรนัก แต่การละเลยที่จะกล่าวถึงการอภิวัฒน์สยามในปี พ.ศ. 2475 ในฐานะที่ทำให้การศาลและฝ่ายตุลาการเป็นอิสระแบบสมัยใหม่นั้นน่าจะเป็นเรื่องไม่เป็นปกติ นอกจากนี้ ผู้พิพากษายังได้สถาปนาพระองค์เจ้าระพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ให้เป็นพระบิดาแห่งกฎหมายไทยเพิ่งเกิดขึ้นหลัง พ.ศ. 2500 อันเป็นส่วนหนึ่งของการฟื้นฟูบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์ในด้านต่างๆ³⁶

ประการที่สอง การสร้างหรือการคงสภาพของธรรมเนียมปฏิบัติในการตัดสินคดีในระบบเก่าไว้ เช่น การคงถ้อยคำสำนวนที่ใช้ในศาล เช่น การบรรยายคำฟ้อง คำให้การหรือคำพิพากษา เช่น การใช้คำว่า “ควรมิควรแล้วแต่จะโปรด” ซึ่งได้รับการอธิบายว่าเป็นสำนวนแบบเก่าที่ไม่มีผลทางกฎหมาย แม้ไม่ได้เขียนก็ได้มีผลทางกฎหมายแต่ประการใด “แต่การใช้อำนาจตุลาการยังคงกระทำในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ธรรมเนียมก็สืบเนื่องว่าอะไรที่ยื่นต่อศาลซึ่งทำในพระปรมาภิไธยนั้นก็จะใช้ราชาศัพท์เหมือนกับที่กราบทูลต่อองค์พระมหากษัตริย์และการใช้ถ้อยคำดังกล่าวก็เท่ากับเป็นการแสดงความเคารพต่อองค์พระมหากษัตริย์ไม่ใช่เป็นการเคารพผู้พิพากษา”³⁷ นอกจากนี้ ยังมีการนำพระบรม

³⁴ โปรตตุ นิธิ เอียวศรีวงศ์, “ศาลเจ้า,” ใน พิพากษ์ศาล (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2555), น.15-21.

³⁵ โปรตตุ วิชา มหาคุณ เจริญวัฒนา และวรา ไวยหงษ์, การศาลหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง, ที่ระลึกนิทรรศการทางการศาล สมโภชกรุงรัตนโกสินทร์สองร้อยปี, กระทรวงยุติธรรม, น. 69-104 ; กระทรวงยุติธรรม, หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี กระทรวงยุติธรรม, น.3-180.

³⁶ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, ความย้อนแย้งในประวัติศาสตร์ของบิดาแห่งกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), 96.

³⁷ อุดม เฟื่องฟุ้ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), น.153-154 อ้างถึงใน พุฒิพงศ์ พงศ์เอนกกุล, “ควรมิควรแล้วแต่จะโปรด” ในทรรศนะนายอุดม เฟื่องฟุ้งพร้อมข้อสังเกต,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2558, จาก <http://blogazine.in.th/blogs/phuttipong/post/3988>

ฉายาลักษณ์ของพระมหากษัตริย์ไปแขวนไว้เหนือบัลลังก์ผู้พิพากษา โดยก่อนขึ้นนั่งบัลลังก์ ผู้พิพากษาต้องทำความเคารพเสมือนว่าผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่แทนพระมหากษัตริย์ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นโต้แย้งถึงความเหมาะสมของการกระทำความผิดกล่าวของศาล และผู้นั้นถูกศาลลงโทษจำคุกในความผิดอาชญาฐานดูหมิ่น หมิ่นประมาทและแสดงความอาฆาตมาดร้ายต่อพระมหากษัตริย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112³⁸ หรือกรณีการระบือถึงเหตุผลในการแก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ ในปี พ.ศ. 2500 ว่า “เพื่อให้อำนาจตุลาการซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงใช้ทางศาลได้เป็นไปโดยอิสระและมีหลักประกันมั่นคง”³⁹ นอกจากนี้ยังได้มีการให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาจะต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ ซึ่งริเริ่มในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2517⁴⁰

ประการที่สาม การสร้างวาทกรรมการตัดสินใจในพระปรมาภิไธยที่มาจากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลตัดสินคดีในพระปรมาภิไธยหรือพระนามของพระมหากษัตริย์ที่มีการอธิบายขยายความว่าการที่ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยนั้นหมายถึงการเป็นตัวแทนขององค์พระมหากษัตริย์ในการตัดสินคดีดังกล่าวของ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ อดีตประธานศาลฎีกาที่ว่า “ในบรรดาข้าราชการทั้งหลาย ข้าราชการตุลาการฝ่ายเดียวเท่านั้นที่ทำงานในพระปรมาภิไธย เราเท่านั้นที่ทำงานในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”⁴¹ โดยแนวความคิดดังกล่าวยังคงได้รับการยอมรับจากกลุ่มผู้พิพากษาในปัจจุบัน ดังบทความชิ้นหนึ่งที่เขียนโดยผู้พิพากษาที่ยืนยันว่า ผู้พิพากษาคือตัวแทนขององค์พระมหากษัตริย์โดยในบรรดาข้าราชการผู้พิพากษาเป็นเพียงหนึ่งในสองบุคคลเท่านั้นนอกเหนือไปจากผู้สำเร็จราชการแผ่นดินที่สามารถใช้คำนี้ได้⁴² ซึ่งแสดงถึงว่า “ผู้พิพากษามีฐานะที่พิเศษยิ่งไปกว่าเหล่าข้าราชการและข้าราชการทุกสังกัดเพราะเฉพาะแต่ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์กับผู้พิพากษาเท่านั้นที่มีการนำคำว่าในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์มาใช้ในการกระทำตามหน้าที่ได้”⁴³

³⁸ สุราชัย ยิ้มประเสริฐ, “บันทึก อาณัติกับมาตรา 112,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.prachatai.com/journal/2013/08/48374>.

³⁹ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500

⁴⁰ มาตรา 208 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

⁴¹ วิมลพรรณ ปิตะธวัชชัย, สัญญา ธรรมศักดิ์ คนของแผ่นดิน (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, 2546), น.128.

⁴² ภูงศ์ นิลสนิท, “ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์,” ตุลาพาน, เล่ม 1, ปีที่ 58 (มกราคม-เมษายน 2554), น.51.

⁴³ เพ็ญอ้าง, น.67-69.

แต่อย่างไรก็ดี แนวความคิดเรื่องการตัดสินในพระปรมาภิไธยก็ทำให้แนวความคิดที่เป็นเอกภาพในหมู่ผู้พิพากษาด้วยกันเองไม่ ยังมีผู้พิพากษาที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวความคิดดังกล่าวโดยเห็นว่าการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลต้องมีคำพิพากษาในพระปรมาภิไธยก็เนื่องจากเหตุผลในเชิงเทคนิคที่การใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย หรือการใช้อำนาจบริหารในเรื่องสำคัญๆ มีปริมาณที่ไม่มากเท่าใดนัก องค์การใช้อำนาจทั้งสองจึงสามารถนำเรื่องขึ้นทูลเกล้าถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยได้โดยไม่ยากเท่าใดนัก แต่สำหรับศาลที่ใช้อำนาจตุลาการตัดสินคดีเป็นจำนวนมาก การใช้อำนาจของศาลในการพิพากษาคดีหรือออกคำสั่งในแต่ละครั้ง หากจะต้องนำเรื่องขึ้นทูลเกล้าถวายพระมหากษัตริย์เพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธยในทุกๆ เรื่องเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นจึงต้องมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าศาลตัดสินในพระปรมาภิไธยเพื่อให้เสมือนหนึ่งว่าอำนาจตุลาการได้ถูกใช้โดยพระมหากษัตริย์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การบัญญัติว่าให้ศาลตัดสินคดีในพระปรมาภิไธยจึงเป็นเรื่องการแก้ปัญหาในทางปฏิบัติของอำนาจตุลาการ ไม่ใช่เพราะบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามโบราณราชประเพณีเพื่อนำไปอ้างว่าศาลเป็นผู้แทนองค์พระมหากษัตริย์ในด้านการยุติธรรม⁴⁴

3.2.3 การเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมาย

สถาบันที่สอนกฎหมายก่อนการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 มีเพียงแห่งเดียวคือมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ซึ่งสอนตามกฎหมายตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยม และเป็นฐานที่มั่นทางการเมืองที่สำคัญของกลุ่มการเมืองฝ่ายนายปรีดี พนมยงค์ หลังการรัฐประหารจึงมีความพยายามที่จะลดอิทธิพลทางการเมืองของมหาวิทยาลัยจึงเกิดเปลี่ยนแปลงมหาวิทยาลัยไปหลายทาง เช่น การเปลี่ยนชื่อจาก “มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง” เหลือเพียง “มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์” ซึ่งนอกจากการเปลี่ยนชื่อมหาวิทยาลัยแล้วยังได้เปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมายอีกด้วย 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก การก่อตั้งสำนักอบรมกฎหมายแพ่งเนติบัณฑิตยสภา แต่เดิมเนติบัณฑิตยสภาทำหน้าที่เป็นสมาคมของบุคคลที่ประกอบอาชีพกฎหมาย ส่วนการผลิตบัณฑิตเป็นหน้าที่ของโรงเรียนกฎหมายซึ่งต่อมาได้กลายมาเป็นมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง เนติบัณฑิตยสภาทำหน้าที่แต่เพียง “ขึ้นทะเบียน” สามัญสมาชิกให้แก่ธรรมศาสตร์บัณฑิต ซึ่งเป็นเพียงพิธีการของบุคคลที่ประกอบ

⁴⁴ สติธย์ ไพเราะ, “ท่านสติธย์ ไพเราะ ได้บทความ “ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ของท่านภชอุทิศ นิลสินท,” สืบค้นเมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม 2559 จาก <http://www.enlightened-jurists.org/directory/221>).

อาชีฟดังกล่าว แต่ในช่วงปี พ.ศ. 2491 เนติบัณฑิตยสภาได้เปลี่ยนบทบาทตนเองโดยเปิดการอบรมหลักสูตรเนติบัณฑิตขึ้นในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2491 โดยให้เหตุผลว่าเป็นการดำเนินการตามมติของเนติบัณฑิตสภาระหว่างประเทศซึ่งประชุมที่กรุงเฮก ในต้นเดือนสิงหาคม 2491 นั้นเองที่ว่า (1) ระเบียบการศึกษาวิชากฎหมายควรประกอบด้วยการศึกษาหลักวัฒนธรรมทั่วไป และควรศึกษาภาษาละติน (2) ควรมีการอบรมในภาคปฏิบัติให้เพียงพอก่อนจะประกอบอาชีพ ซึ่งหลักการที่สองสอดคล้องกับความเห็นของทางด้านการทรวงยุติธรรม พร้อมกับข้อวิจารณ์ที่ว่าธรรมศาสตร์บัณฑิตยังไม่มี การอบรมที่เพียงพอ เนติบัณฑิตจึงได้เปลี่ยนระเบียบใหม่ว่า ผู้ที่จะเป็นสามัญสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภาได้นั้นจะต้องผ่านการอบรมจากเนติบัณฑิตสภาก่อน

การเป็นสามัญสมาชิกดังกล่าวมีผลโดยตรงการประกอบอาชีพ คือการเป็นทนายความชั้น 1 สามารถว่าด้วยได้ทั่วราชอาณาจักร การไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวมีผลให้ธรรมศาสตร์บัณฑิตมีผลเป็นเพียงทนายความชั้น 2 ว่าความได้ในเขต 10 จังหวัดเท่านั้น การเป็นสมาชิกกับประสบการณ์ที่วัดด้วยจำนวนปีที่ป็นมีผลเกี่ยวกับการสอบเป็นอัยการด้วย (ผู้พิพากษาด้วย) การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงเป็นการลดรอนสิทธิของนักศึกษา มธก. โดยตรง นักศึกษาชื่อ นายอันดับ รองเดช ได้ใช้มิดกรีต่อนแขนตนเองประท้วง⁴⁵ ต่อมา ในปี พ.ศ. 2497 ได้มีการการเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบเข้ารับราชการเป็นผู้พิพากษาโดยบังคับให้ต้องเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตซึ่งหมายความว่านักศึกษากฎหมายทุกคนจะต้องจะต้องผ่านการอบรมจากเนติบัณฑิตก่อน 1 ปี

ประการที่สอง การเปลี่ยนแปลงหลักสูตรธรรมศาสตร์บัณฑิต ในช่วงเวลาเดียวกันกับการก่อตั้งสำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยเดียวที่มีการเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์ก็มีความเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษา ด้วยเช่นกัน โดยมีการให้ความเห็นว่า “การเรียนแบบกว้างและปะปนแบบปริญญาธรรมศาสตร์บัณฑิตนั้น ไม่ต้องการหลักสากล ธรรมศาสตร์บัณฑิตรู้แต่เพียงทฤษฎี ไม่มีความรู้ในทางปฏิบัติที่จะสามารถไป “ชี้นำยังปิ่น” ได้เลยไม่ ซึ่งเป็นแนวคิดที่พยายามกดดันให้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างการศึกษาของมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง ให้ยกเลิกการเป็นตลาดวิชา เพิ่มเวลาเรียนจาก 20 ชั่วโมง เป็น 30 ชั่วโมง เพิ่มวิชาภาษาอังกฤษ และมีการรีไทร์⁴⁶ ต่อมาในวันที่ 14 มิถุนายน 2492 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จึงได้ประกาศแยกเป็น 4 คณะ ได้แก่ คณะนิติศาสตร์ คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี คณะรัฐศาสตร์และ

⁴⁵ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และคณะ, *รายงานวิจัย เรื่อง ประวัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* ภาค 2 (สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), น.60.

⁴⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.10.

คณะเศรษฐศาสตร์ ยกเลิกการรับบุคคลเข้าศึกษาในหลักสูตรธรรมศาสตร์บัณฑิตตั้งแต่ปี 2492 เป็นต้นไป ส่วนนักศึกษาที่กำลังศึกษาอยู่ก็เรียนให้จบไปทีละปีๆ โดยตามปรัชญาการศึกษาที่ปรากฏในระเบียบทางการ กล่าวถึงจุดมุ่งหมายของการปรับปรุงโครงสร้างการศึกษาแบบใหม่นี้ว่า “มุ่งหมายที่จะเป็นหลักสูตรที่ถูกต้องตามหลักวิชาการจริงๆ มุ่งหมายจะให้ผู้สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรที่เน้นผู้มีความรู้เหมาะสมในอันที่จะไปปฏิบัติงานในการที่จะต้องใช้ความรู้ในวิชาอาชีพนั้นๆ ด้วย และเน้นหลักสูตรที่จะได้รับการรับรองจากต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่ผู้ที่สำเร็จการศึกษาของมหาวิทยาลัยจะไปศึกษาต่อในต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างไปจากหลักสูตรธรรมศาสตร์บัณฑิต ที่เน้นให้ผู้สำเร็จการศึกษามีความรู้ที่กว้างขวาง⁴⁷

3.2.4 การใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเอง(Judicial Self-Restraint)

แม้การจัดโครงสร้างของระบบตุลาการไทยจะได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศสค่อนข้างมาก แต่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายก็ได้ห้ามฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐโดยสิ้นเชิงเหมือนกับกรณีของฝรั่งเศส โดยศาลยุติธรรมยังคงมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครอง นอกจากนี้ ในบางช่วงเวลาและบางกรณีศาลยุติธรรมได้อ้างเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย⁴⁸ ในช่วงที่มีการก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมจะไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว แต่ศาลก็ยังคงอ้างเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับเก่าของกฎหมาย ซึ่งเป็นการตรวจสอบย้อนหลังว่าในขณะที่กฎหมายฉบับที่เป็นประเด็นปัญหานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญในขณะที่ได้ถูกประกาศใช้บังคับหรือไม่⁴⁹

แต่อย่างไรก็ดี แม้การสร้างระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการจะเกิดขึ้นเพื่อให้ฝ่ายตุลาการเป็นอิสระจากฝ่ายการเมืองที่เป็นเผด็จการดูเหมือนน่าจะทำให้ฝ่ายตุลาการสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลเผด็จการในช่วงนั้นได้ แต่ในข้อเท็จจริงกลับพบว่าศาลใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเอง (Judicial Self-Restraint) เป็นอย่างมาก เช่น ศาลรับรองคณะรัฐประหารที่สามารถยึดอำนาจการปกครองได้เป็นผลสำเร็จว่าเป็นผู้ปกครองที่มีอำนาจในการตรากฎหมายและมีผลใช้บังคับได้ในระบบ

⁴⁷ เฝิงอ้าว, น.30.

⁴⁸ คำพิพากษาคดีอาญาการสงครามที่ 1/2489 วันที่ 28 มีนาคม พ.ศ. 2489

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536

กฎหมาย⁵⁰ หรือกรณีการใช้อำนาจเผด็จการตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ที่ศาลฎีกาเสาะที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจดังกล่าว⁵¹ หรือก่อนปี พ.ศ. 2511 ศาลยุติธรรมมักจะไม่นับพิจารณาคดีคำสั่งของฝ่ายบริหารเนื่องจากกฎหมายกำหนดให้เป็นที่สุด⁵² หรือกรณีที่ศาลฎีกาเสาะที่จะเข้าไปตรวจสอบการให้คุณให้โทษของข้าราชการซึ่งกระทบกับสิทธิและเสรีภาพในทางส่วนตัวของข้าราชการโดยศาลให้เหตุผลว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ศาลไม่มีอำนาจหน้าที่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ⁵³ แต่อย่างไรก็ดี ก็ยังมีหลายกรณีที่ศาลพิพากษาไปในทางคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น กระทรวงมหาดไทยออกคำสั่งห้ามจดทะเบียนสมรสให้กับคนไทยกับหญิงต่างด้าวที่ยังไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวซึ่งศาลฎีกาพิพากษาว่าคำสั่งดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับได้⁵⁴ เป็นต้น

แม้จะสร้างระบบการปกครองตนเองเป็นเกราะป้องกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ แต่ในความเป็นจริง ระบบดังกล่าวก็ไม่ได้ช่วยให้ผู้พิพากษามั่นใจในการพิพากษาคดีของฝ่ายบริหารที่ปกครองประเทศโดยระบอบเผด็จการแม้แต่น้อย การพิพากษาคดีให้เป็นผลร้ายต่อผู้ปกครองอาจต้องอาศัยความกล้าหาญทางจริยธรรมส่วนตัวเป็นอย่างมาก ดังเช่นคดีที่นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ประธานศาลฎีกาเป็นองค์คณะผู้พิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษาลงโทษจำคุกอดีตรัฐมนตรีในรัฐบาลจอมพล ถนอม

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2523 อ้างถึงใน จริญญา โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), น.103-108.

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1792/2512 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2513 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2291/2519 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 860/2525 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น.140-142.

⁵² ฤทัย หงส์ศิริ, “อาจารย์จิตติ กับ คำสั่งของฝ่ายบริหารเป็นที่สุด,” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น.45.

⁵³ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น.117-120.

⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 580/2527 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 51.

กิตติขจร แม้จะเป็นการใช้อำนาจภายในขอบเขตทางกฎหมายปกติ แต่จากหนังสือที่เรียบเรียงประวัติ ส่วนตัวของนายสัญญาจะพบว่านายสัญญาเองก็ไม่มั่นใจว่าตนเองจะถูกจัดการอย่างไรหลังจากที่ได้อ่านคำพิพากษาแล้ว ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวที่ว่า “เพราะเราตัดสินใจตามความถูกต้องและตามความยุติธรรม ไม่ว่าจะเกิดอะไรขึ้น เราไม่กลัว เป็นไงเป็นกัน อันนี้เป็นหลักของผู้พิพากษา ก็มีเสียงพูดกันอยู่บ้างว่า ผมจะเกษียณแล้ว คงจะทิ้งทวนคดีนี้แน่ๆ แต่ก็ไม่เห็นมีใครมาเสนออะไรผม ถ้าผมจะทิ้งทวนจริง ผมก็ต้องทิ้งทวนเปล่าๆ”⁵⁵ จากกรณีนี้ที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นว่าการสร้างระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ ไม่ได้ช่วยสร้างความมั่นใจให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้โดยอิสระ จนกล้ำที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลที่ปกครองโดยระบอบเผด็จการในช่วงเวลาดังกล่าวได้แต่อย่างไร การจะตรวจสอบรัฐบาลจะต้องอาศัยความกล้าหาญทางจริยธรรมส่วนตัวเท่านั้น

3.3 พัฒนาการฝ่ายตุลาการหลังรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540

หลังเหตุการณ์นองเลือดในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535 ที่รัฐบาลได้นำกำลังทหารเข้าปราบปรามการชุมนุมประท้วงของประชาชนจนมีผู้เสียชีวิตจำนวนมาก สังคมจึงเกิดกระแสเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมืองให้เป็นประชาธิปไตยมากขึ้น ฝ่ายการเมืองได้ดำเนินการตามกระแสดังกล่าวโดยทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปิดช่องให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ(ส.ส.ร.) ขึ้นเพื่อทำการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งหมด แนวคิดทางกฎหมายที่ได้รับการยอมรับนำมาเป็นกรอบในการยกร่างรัฐธรรมนูญคือแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบไทย⁵⁶ โดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้เสนอกรอบความคิดพื้นฐาน หลักการและสาระสำคัญที่ควรไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 3 กรอบใหญ่⁵⁷ อันได้แก่ กรอบที่หนึ่ง สิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของพลเมือง ซึ่งเน้นไปที่การขยายเพิ่มเติมสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนในระบอบการเมืองและการปกครองท้องถิ่น กรอบที่สอง การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งสร้างระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการใช้ฝ่ายตุลาการและองค์กรที่เป็นอิสระให้ทำหน้าที่ในการ

⁵⁵ วิมลพรรณ ปิยะรัชชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น.141. ชัดเส้นได้โดยผู้เขียน

⁵⁶ อมร จันทสมบุรณ์, *คอนสติติวชันแนลลิซึ่ม ทางออกประเทศไทย*, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา โดยความสนับสนุนของ มูลนิธิคอนราดอเดนาวร์, 2537).

⁵⁷ มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2542), น.32-33.

ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ก่อตั้งศาลปกครองเพื่อควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองและก่อตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเพื่อพิจารณาคดีอาญาบางประเภทของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กรอบที่สาม สถาบันการเมืองและความสัมพันธ์ของสถาบันการเมืองที่ต้องการให้รัฐบาลมีความเข้มแข็งที่จะสามารถผลักดันนโยบายให้ดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องในระยะยาว ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในปี พ.ศ. 2540 หรือที่เรียกกันว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ได้พลิกบทบาทและสถานะของฝ่ายตุลาการจนทำให้เกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์” ในปัจจุบัน ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึง (3.3.1) การปฏิรูปฝ่ายตุลาการตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยม และ (3.3.2) ความเปลี่ยนแปลงของฝ่ายตุลาการในปรากฏการณ์ตุลาการภิวัตน์

3.3.1 การปฏิรูปฝ่ายตุลาการในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ.2540

ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างและบทบาทของฝ่ายตุลาการเป็นอย่างมากจนอาจจะเรียกได้ว่าเป็นการปฏิรูปฝ่ายตุลาการเลยทีเดียว โดยความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ ได้แก่ (3.3.1.1) การเพิ่มบทบาทให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (3.3.1.2) การแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรม

3.3.1.1 การเพิ่มบทบาทให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

ในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เป็นรากฐานในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้วางบทบาทให้องค์กรตุลาการและองค์กรกึ่งตุลาการหรือที่เรียกว่า “องค์กรอิสระ” เป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในฝ่ายตุลาการมีการก่อตั้งศาลใหม่ขึ้น 3 ศาลด้วยกัน ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ มีเขตอำนาจหลักในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลปกครอง มีเขตอำนาจพิจารณาตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอาญาที่เกี่ยวกับปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หากพิจารณาในภาพรวมถึงเขตอำนาจของศาลที่สังกัดฝ่ายตุลาการทั้งหมดจะพบว่าฝ่ายตุลาการมีเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในเกือบทุกมิติและรวมไปถึงระบบการเมืองของประชาชนด้วย อันได้แก่

ประการแรก การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองอันได้แก่ฝ่ายนิติ

บัญญัติหรือรัฐสภาและฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบรัฐสภาทั้งในกระบวนการใช้อำนาจตรากฎหมาย และควบคุมองค์กรอันได้แก่ควบคุมสมาชิกสภาทั้งสองอีก

ด้วย สำหรับการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบ กระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของรัฐสภาว่ามีข้อความ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่⁵⁸ และ ตรวจสอบว่าร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐมนตรีหรือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอใหม่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่าง พระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ต้องยับยั้งไว้เนื่องจากวุฒิสภาไม่ให้ความ เห็นชอบหรือไม่⁵⁹ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีเขตอำนาจในการตรวจสอบว่าร่างข้อบังคับการ ประชุมสภาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁶⁰ อีกทั้งยังสามารถควบคุมพระราชบัญญัติและ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้ตราขึ้นใช้บังคับแล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁶¹ อีกด้วย

ส่วนการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีนั้นศาลรัฐธรรมนูญมีเขต อำนาจในการควบคุมการกระทำที่สำคัญของคณะรัฐมนตรี อันได้แก่ การตราพระราชกำหนด⁶² ส่วนการ ใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในระดับรองลงมาคือในระดับการกระทำทางปกครองจะถูกควบคุมตรวจสอบ โดยศาลปกครอง⁶³ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจควบคุมองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นผ่าน อำนาจ ในการวินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย⁶⁴

ประการที่สอง การควบคุมผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยศาลรัฐธรรมนูญ สามารถควบคุมผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอันได้แก่ สมาชิกทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และรวมไปถึงรัฐมนตรีต่างๆ ใน 3 เรื่อง ได้แก่ เรื่องแรก ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยการ ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของสมาชิกรัฐสภา⁶⁵ และรัฐมนตรี⁶⁶ เรื่องที่สอง การวินิจฉัยว่าผู้

⁵⁸ มาตรา 262 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁵⁹ มาตรา 177 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶⁰ มาตรา 263 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶¹ มาตรา 264 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶² มาตรา 219 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶³ มาตรา 276 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶⁴ มาตรา 266 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶⁵ มาตรา 96 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶⁶ มาตรา 216 ประกอบมาตรา 96 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจงใจไม่ยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือจงใจยื่นด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบหรือไม่⁶⁷ โดยในสองเรื่องแรกนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าขาดสมาชิกภาพ หรือวินิจฉัยว่ามีความผิดในการยื่นบัญชีทรัพย์สินดังกล่าวจะทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งไป อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนี้คล้ายกับเป็นอำนาจในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองออกจากตำแหน่งไป (Impeachment) และเรื่องที่สาม เขตอำนาจในการวินิจฉัยว่าการพิจารณาหรือการกระทำอื่นใดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือของคณะกรรมการการมีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมการมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่⁶⁸ นอกจากนี้ หากนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือข้าราชการการเมืองอื่นถูกกล่าวหาว่าร้ายวญผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่นจะถูกพิจารณาพิพากษาโดยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง⁶⁹

ประการที่สาม อำนาจในการควบคุมกิจกรรมทางการเมืองของประชาชน อำนาจในการสั่งให้ประชาชนเลิกกระทำการในกรณีที่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีอื่น และถ้าการดังกล่าวเป็นการกระทำของพรรคการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้⁷⁰

3.3.1.2 การแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรม

แม้การแก้ไขพระราชบัญญัติข้าราชการตุลาการในปี พ.ศ. 2500 จะได้เปลี่ยนโครงสร้างการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาที่ให้ผู้พิพากษาดำรงกันเองเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่หลักไปแล้วดังที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อก่อนแล้วก็ตาม แต่ฝ่ายตุลาการยังเห็นว่ายังมีช่องทางที่ฝ่ายการเมืองจะเข้าแทรกแซงการบริหารได้⁷¹ ทางที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการเป็นอิสระอย่างแท้จริงคือจะต้องแยกศาลออกจากกระทรวง

⁶⁷ มาตรา 295 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶⁸ มาตรา 180 วรรคหกและวรรคเจ็ด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁶⁹ มาตรา 308 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁷⁰ มาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁷¹ จริญ ภักดีธนากุล, “ตุลาการกับกระบวนการยุติธรรม,” ตุลพาท, เล่ม 1, ปีที่ 44, น.49-62 (มกราคม-มีนาคม 2540).

ยุติธรรม และให้การบริหารงานศาลเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ข้อเรียกร้องดังกล่าวมีขึ้นตั้งแต่ พ.ศ. 2487 และมีการเรียกร้องอยู่เรื่อยมา โดยการเรียกร้องดังกล่าวมาประสบความสำเร็จถูกนำมารวมไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ซึ่งได้เปลี่ยนรูปแบบโครงสร้างการบริหารจากระบบยุโรปที่ให้ฝ่ายบริหารหรือกระทรวงยุติธรรมรับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการมาเป็นโครงสร้างแบบอเมริกันที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น โครงสร้างดังกล่าวกำหนดให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการทั้งหมด ซึ่งทำให้ฝ่ายตุลาการจะมีอำนาจหน้าที่ทั้งในเรื่องการบริหารงานบุคคล ตั้งแต่การคัดเลือก การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง และการควบคุมพฤติกรรมผู้พิพากษาและการลงโทษทางวินัย และอำนาจในการบริหารกิจการตุลาการ การจัดทำคำของบประมาณตลอดจนการบริหารงบประมาณของตนเอง

สำหรับศาลยุติธรรมได้มีการตรากฎหมายขึ้นมารองรับที่สำคัญๆ 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ฉบับปี พ.ศ. 2543 โดยโอนอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงยุติธรรมมาให้ประธานศาลฎีกา กระทรวงยุติธรรมเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม และปลัดกระทรวงยุติธรรมคือเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม ส่วนในศาลปกครองก็เช่นเดียวกัน รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดโครงสร้างระบบศาลปกครองโดยให้ประธานศาลปกครองเป็นผู้รับผิดชอบการบริหารศาลปกครองโดยมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง(ก.ศป.) รับผิดชอบในเรื่องการบริหารงานบุคคลตุลาการในศาลปกครอง และก่อตั้งสำนักงานศาลปกครองให้รับผิดชอบงานธุรการของศาลปกครอง เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญที่ให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญรับผิดชอบงานบริหารของศาลและก่อตั้งสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการให้กับศาล คงมีแต่เพียงระบบศาลทหารเท่านั้นที่ยังคงใช้โครงสร้างแบบยุโรปกล่าวคือให้การบริหารศาลอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของกระทรวงกลาโหมแบบเดิม

โครงสร้างใหม่นี้ได้ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารฝ่ายตุลาการกับการตรวจสอบจากฝ่ายการเมืองไปหลายประการ เช่น การตรวจสอบในทางนโยบายที่แต่เดิมการบริหารฝ่ายตุลาการอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา โดยรัฐสภาสามารถตั้งกระทู้ถาม ตั้งคณะกรรมการตรวจสอบการทำงานไปจนถึงการอภิปรายไม่ไว้วางใจ แต่เมื่อโอนอำนาจหน้าที่ดังกล่าวไปให้ฝ่ายตุลาการทำให้ระบบการตรวจสอบทางด้านนโยบายหรือการ

บริหารขาดหายไปคงเหลือแต่เพียงการขออนุมัติงบประมาณของศาล⁷²และการส่งรายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองเสนอต่อคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาปีละครั้ง⁷³

3.3.2 ความเปลี่ยนแปลงของฝ่ายตุลาการในยุคตุลาการภิวัตน์

การเพิ่มอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทำให้ฝ่ายตุลาการเริ่มมีบทบาทในทางการเมืองมากยิ่งขึ้นแต่จะโดดเด่นไปในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยลงโทษผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่มีชื่อเสียงจำนวนมากซึ่งแตกต่างไปจากยุคก่อนหน้านี้อย่างชัดเจน แต่ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายการเมืองกับฝ่ายตุลาการยังมีไม่มากนักเนื่องจากฝ่ายตุลาการเลือกที่จะใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเอง(Self-Restraint) เมื่อวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับนโยบายของฝ่ายบริหารจนได้รับการวิจารณ์จากนักวิชาการหลายต่อหลายครั้ง ในช่วงปลายปี พ.ศ. 2548 ฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองเริ่มวินิจฉัยคดีในเรื่องที่เป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาล หรือวินิจฉัยคดีแบบอภีวัตน์(Activism) ใน 2 คดีสำคัญ คดีการเพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาในการแปลงสภาพการไฟฟ้าฝ่ายผลิตจากรัฐวิสาหกิจในรูปแบบองค์กรที่ก่อตั้งโดยพระราชบัญญัติมาเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปแบบบริษัทมหาชน จำกัด และคดีที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยให้การให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจแก่รัฐวิสาหกิจนั้นขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาค กรณีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจใช้บริการโทรศัพท์พื้นฐาน แต่อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยคดีดังกล่าวเป็นแนวทางปกติในพัฒนาการฝ่ายตุลาการของประเทศที่อนุญาตให้ฝ่ายตุลาการวินิจฉัยคดีการใช้อำนาจรัฐที่อาจมีการวินิจฉัยแล้วส่งผลกระทบกระเทือนในเรื่องนโยบาย แต่กระนั้น ฝ่ายตุลาการก็ยังไม่ได้มีบทบาททางการเมืองมากนัก

บทบาทของฝ่ายตุลาการในเรื่องทางการเมืองมาปรากฏเด่นชัดในปี พ.ศ. 2549 ที่ได้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างรัฐบาลที่มีพรรคไทยรักไทยของทักษิณ ชินวัตรเป็นแกนนำ กับกลุ่มคัดค้านรัฐบาลที่มีกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยและพรรคประชาธิปัตย์พรรคการเมืองฝ่ายค้านเป็นแกนนำ โดยกลุ่มผู้คัดค้านรัฐบาลได้ทำการชุมนุมประท้วงรัฐบาลและเรียกร้องให้ทักษิณ ชินวัตรนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นยุบเลิกบทบาททางการเมืองและเปิดทางให้เกิดการปฏิรูปโครงสร้างทางการเมืองใหม่อีกครั้ง โดยกลุ่มผู้ชุมนุมเริ่มใช้คำขวัญถวายคืนพระราชอำนาจให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว

⁷² มาตรา 32 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และ มาตรา 91 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁷³ มาตรา 93 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

พระราชทานนายกรัฐมนตรีเพื่อทำการปฏิรูปการเมือง ในช่วงแรกของวิกฤตการเมือง ฝ่ายตุลาการไม่ได้มีปฏิริยาใดเป็นพิเศษนอกเหนือไปจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ ซึ่งคำวินิจฉัยฎีกาจากฝ่ายตรงข้ามรัฐบาลว่าเอื้อประโยชน์ให้ฝ่ายรัฐบาล จนกระทั่ง มีพระราชดำรัสจากพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวในงานพิธีถวายสัตย์ปฏิญาณของผู้พิพากษาศาลฎีกา และตุลาการศาลปกครองโดยทรงปฏิเสธที่จะพระราชทานนายกรัฐมนตรี และทรงเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการเข้าแก้ไขวิกฤตการณ์ทางการเมืองนี้แทน⁷⁴ พระราชดำรัสดังกล่าวทำให้เกิดการจัดประชุมระหว่างประธานศาล 3 ศาล อันได้แก่ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดโดยได้ข้อสรุปว่าจะดำเนินการภายใต้กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการ การประชุมดังกล่าวเป็นการแสดงบทบาททางการเมืองโดยชัดแจ้งเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การเมืองของไทยในเรื่องที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการโดยตรง นับแต่นั้นมาฝ่ายตุลาการก็ได้เปลี่ยนแปลงบทบาททางการเมืองของตนเองโดยมีนักวิชาการเสนอวาทกรรม “ตุลาการภิวัตน์” เข้าสนับสนุนการแทรกแซงการเมืองของฝ่ายตุลาการ⁷⁵ จึงทำให้มีการนำคำว่า “ตุลาการภิวัตน์” มาใช้เรียกปรากฏการณ์การแทรกแซงประเด็นปัญหาการเมืองโดยฝ่ายตุลาการ ในยุคตุลาการภิวัตน์ดังกล่าวนี้มีความเปลี่ยนแปลงของฝ่ายตุลาการที่สำคัญ 2 ประการ (3.3.2.1) ความเปลี่ยนแปลงในลักษณะการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการบทบาททางการเมืองของฝ่ายตุลาการ (3.3.2.2) ความเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างอำนาจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวส่งผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานที่สำคัญของระบบกฎหมายและระบบการเมืองไทย

3.3.2.1 ความเปลี่ยนแปลงในบทบาททางการเมืองของฝ่ายตุลาการ

ในยุคตุลาการภิวัตน์ ฝ่ายตุลาการได้แสดงบทบาททางการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างชัดเจนจากยุคก่อนหน้าโดยกลายเป็นผู้เล่นหลักทางการเมือง(Political Actor) ที่สำคัญที่สุดในระบบการเมืองไทยในปัจจุบัน โดยบทบาทในทางการเมืองของฝ่ายตุลาการอาจแยกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ บทบาทในเชิงสถาบันอันหมายถึงบทบาทในฐานะศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่ได้ถูกเสนอมาตามกระบวนการทางกฎหมาย สำหรับบทบาทในเชิงสถาบันดังกล่าวนี้ ศาลได้กลายเป็นผู้เล่นทางการเมือง(Political Actor) หลักที่สำคัญที่สุดในระบบการเมืองไทย ดังจะเห็นได้จากฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่ตัดสินประเด็นข้อขัดแย้งทางการเมืองที่สำคัญๆ

⁷⁴ ในหลวงรับสั่งวิกฤตที่สุดในโลกให้ศาลเป็นหลัก, มติชนรายวัน, 26 เมษายน พ.ศ. 2549, น. 1, 15 และดู พระราชดำรัสต่อตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม, มติชนรายวัน, วันที่ 25 เมษายน พ.ศ. 2549.

⁷⁵ ธีรยุทธ บุญมี, ตุลาการภิวัตน์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549).

(1) ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตัดสินผลแพ้ชนะในทางการเมือง

ฝ่ายตุลาการได้วินิจฉัยให้การเลือกตั้งทั่วไปเป็นโมฆะสองครั้งจากทั้งหมด 4 ครั้งในรอบ 10 ปี โดยครั้งแรก ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมีคำวินิจฉัยให้การเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549 เป็นโมฆะเนื่องจากมิได้จัดการเลือกตั้งโดยลับอันเป็นผลมาจากการจัดคุหาเลือกตั้งที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดให้แต่ละหน่วยเลือกตั้งห้หาคูหาออกทางด้านหน้าหน่วยเลือกตั้งทำให้สื่อมวลชนหรือบุคคลทั่วไปสามารถเห็นได้ว่าผู้ใช้สิทธิเลือกตั้ง⁷⁶ และการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 เป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากไม่สามารถจัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร⁷⁷

(2) ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตัดสินใจในประเด็นทางการเมืองที่สำคัญ

ประการแรก การวินิจฉัยชี้ขาดชีวิตทางการเมืองของคู่ขัดแย้งทางการเมืองหลักโดยได้วินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีที่มาจากฝ่ายรัฐบาลจากขั้วการเมืองหนึ่งพ้นจากตำแหน่งไป 4 คน ติดต่อกัน ตั้งแต่ นายทักษิณ ชินวัตรที่พ้นจากตำแหน่งโดยการรัฐประหาร และต่อมาถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งตามคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 ในคดียุบพรรคไทยรักไทย นายกรัฐมนตรีสมัคร สุนทรเวชถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้พ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเนื่องจากรับจ้างทำรายการสาริตการอาหารออกรายการโทรทัศน์ของเอกชน โดยศาลวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ขัดกันทางผลประโยชน์⁷⁸ นายสมชาย วงศ์สวัสดิ์พ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีโดยผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยยุบพรรคพลังประชาชนซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่สืบทอดอุดมการณ์มาจากพรรคไทยรักไทยเดิมและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะที่กระทำความผิดเป็นระยะเวลา 5 ปี⁷⁹ และมีคำวินิจฉัยยุบพรรคชาติไทยและพรรคภูมิใจไทยซึ่งเป็นพรรคร่วมรัฐบาลกับพรรคพลังประชาชนพร้อมตัดสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคเป็นระยะเวลา 5 ปี⁸⁰ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้นางสาวยิ่งลักษณ์

⁷⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 วันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ.2549

⁷⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ลงวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ.2557

⁷⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 วันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2551

⁷⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2551 วันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2551

⁸⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2551 วันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2551 และ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2551 วันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2551

ชินวัตร นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งไป⁸¹ เนื่องจากใช้สถานะหรือตำแหน่งการเป็นนายกรัฐมนตรีเข้าไป ก้าวก้าวหรือแทรกแซงเพื่อประโยชน์ของตนเองและของผู้อื่นในเรื่องการบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย โอน หรือ การพ้นจากตำแหน่งของข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง ในขณะที่ มีคำร้องที่ยื่นให้ขอยุบพรรคประชาธิปัตย์ ศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้องเนื่องจากเป็นการยื่นคำร้องที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย⁸²

(3) วินิจฉัยข้อพิพาททางนโยบายที่สำคัญๆ

คดีนโยบายที่สำคัญ เช่น คดีวินิจฉัยให้ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจ กระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ.... หรือที่ เรียกว่า “พรบ.เงินกู้สองล้านล้าน” ซึ่งเป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาล ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁸³ คดีวินิจฉัย ให้แถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190⁸⁴ คดีวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2557 ที่ผู้ร้องฟ้องว่าเป็นร่างพระราชบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้ปรับลดงบประมาณรายจ่ายของสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครองและสำนักงาน ป.ป.ช. แต่ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยให้ยกคำร้อง⁸⁵ และรับวินิจฉัยการตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวง การคลังกู้เงินเพื่อวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 และพระราชกำหนด ปรับปรุงการบริหารหนี้เงินกู้ที่กระทรวงการคลังกู้เพื่อช่วยเหลือกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนา ระบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2555 ได้ถูกฟ้องว่าตราขึ้นโดยไม่สุจริตหรือใช้ดุลพินิจบิดเบือนหลักการของ รัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยกคำร้อง⁸⁶

(4) วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว

⁸¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2557 วันที่ 7 พฤษภาคม พ.ศ. 2557

⁸² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 15/2553 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2553 และ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 16/2553 ลงวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2553

⁸³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 3-4/2557 ลงวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2557

⁸⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5-7/2551 วันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2551

⁸⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 14/2557 ลงวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2556

⁸⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 5-7/2555 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555

แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว เช่น คดีวินิจฉัยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ที่บัญญัติในเรื่องการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากการกระทำเพื่อให้บุคคลหรือคณะบุคคลได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁸⁷ คดีวินิจฉัยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่มาและคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากการกระทำที่ทำให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁸⁸ และคดีวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่ได้ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ให้คำแนะนำว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญควรจะต้องให้ประชาชนทำประชามติ⁸⁹ แต่ศาลได้ออกคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวให้รัฐสภายับยั้งการลงมติในวาระที่สามไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาคดีเสร็จ

(5) บทบาทของผู้พิพากษาศาลการในเชิงปัจเจกบุคคล

นอกจากบทบาทในเชิงสถาบันแล้ว ผู้พิพากษาศาลการบางคนก็มีบทบาทในเชิงปัจเจกบุคคลหรือบทบาทในทางส่วนตัวด้วย ตั้งแต่การออกจากตำแหน่งผู้พิพากษาศาลการเพื่อเข้ารับตำแหน่งทางการเมืองหรือตำแหน่งในองค์กรอิสระที่มีบทบาททางการเมืองอย่างสูง เช่น ประธานศาลฎีกาที่เข้าร่วมประชุมประชุม 3 ศาลได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในรัฐบาลที่คณะรัฐประหารได้แต่งตั้งขึ้น และหลังจากพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีก็ได้รับการโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งองคมนตรี ส่วนเลขานุการประธานศาลฎีกาในช่วงเวลานั้นหลังการรัฐประหาร พ.ศ. 2549 ก็ได้รับการแต่งตั้งให้ปลัดกระทรวงยุติธรรม และภายหลังก็ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมในช่วงเวลานั้น ภายหลังได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาศาลการจำนวนมากยังได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระที่มีบทบาทในทางการเมืองภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีผลบังคับใช้ เช่น กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และผู้ตรวจการแผ่นดิน รวมไปถึงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย นอกจากนี้ ผู้พิพากษาศาลการจำนวนหนึ่งยังได้แสดงความคิดเห็นส่วนตัวใน

⁸⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 1/2557 ลงวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2557

⁸⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 15-18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556

⁸⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2555

ประเด็นขัดแย้งทางการเมืองโดยการเขียนบทความ หรือหนังสือ⁹⁰ หรือออกเป็นแถลงการณ์ เช่น แถลงการณ์ของกลุ่มตุลาการผู้รักแผ่นดินที่ประกอบไปด้วยผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจำนวน 63 คนได้แก่ แถลงการณ์คัดค้านการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในปี พ.ศ. 2556⁹¹ เป็นต้น

3.3.2.2 ความเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างอำนาจของฝ่ายตุลาการ

หลังการรัฐประหาร คณะรัฐประหารได้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวขึ้น และได้ก่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งต่อมาร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ผ่านการทำประชามติและมีบังคับใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งใน รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้เพิ่มบทบาทอำนาจหน้าที่และหลักประกันความเป็นอิสระให้ฝ่ายตุลาการมากยิ่งขึ้นไปกว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 เดิมที่มีความสามารถในการควบคุมฝ่ายการเมืองได้ทุกมิติอยู่แล้ว โดยความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก เพิ่มบทบาทเชิงรุกในการตรวจสอบฝ่ายการเมือง จากเดิมที่ฝ่ายตุลาการจะตรวจสอบฝ่ายการเมืองได้ก็ต่อเมื่อมีองค์กรเสนอเรื่องให้ศาลพิจารณา องค์กรที่เสนอเรื่องดังกล่าวคือองค์กรอิสระทั้งหลาย อันประกอบไปด้วยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาและ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและรวมไปถึงสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนด้วย แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับ ปี พ.ศ. 2540 กลไกในการเสนอเรื่องดังกล่าวกลับไม่ทำงานตามที่สังคมคาดหวังไว้นักโดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญสันนิษฐานว่าองค์กรอิสระดังกล่าวถูกแทรกแซงโดยฝ่ายการเมือง ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จึงได้ให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปทำหน้าที่คัดเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญฝ่ายตรวจสอบทั้งหมด โดยการกำหนดให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด หรือตัวแทนผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือตุลาการศาลปกครองที่ได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ของแต่ละศาลเข้าร่วมเป็นกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระโดยเชื่อว่าตัวแทนฝ่ายตุลาการจะมีความเป็นกลางและสามารถสรรหาบุคคลที่มีความซื่อสัตย์สุจริตมาปฏิบัติหน้าที่ให้มีประสิทธิภาพได้

⁹⁰ วสันต์ สร้อยพิสุทธิ์, เรื่อง(ไม่)สนุกในศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: ต้นธรรม สนพ., 2556).

⁹¹ ผู้จัดการออนไลน์, “กลุ่มตุลาการผู้รักแผ่นดิน 63 รายชื่อค้าน พ.ร.บ.นิรโทษกรรม จี้ ทบพวน-ยับยั้งเร็วที่สุด,” สืบค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556, จาก <http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9560000138124>.

การให้ฝ่ายตุลาการเป็นกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาบางส่วน และองค์กรอิสระดังกล่าว หากพิจารณาทั้งกระบวนการตรวจสอบฝ่ายการเมืองจะพบว่าฝ่ายตุลาการเป็นผู้สรรหาผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านี้เพื่อให้องค์กรเหล่านี้พิจารณาเรื่องให้ฝ่ายตุลาการพิจารณาอีกที่หนึ่ง กระบวนการดังกล่าวจึงเสมือนเป็นบทบาทเชิงรุกของฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบฝ่ายการเมือง กล่าวคือ จากเดิมที่ฝ่ายตุลาการจะต้องรอให้มีผู้ยื่นเรื่องมาให้ศาลพิจารณา ศาลจึงจะสามารถเข้าไปตรวจสอบฝ่ายการเมืองได้ก็เพิ่มเติมให้ศาลเป็นผู้คัดเลือกบุคคลที่จะนำเรื่องมาเสนอให้ศาลพิจารณาเสียเลย บุคคลที่ถูกคัดเลือกโดยฝ่ายตุลาการจึงเป็นเสมือนตัวแทนของฝ่ายตุลาการไปโดยปริยาย หรือฝ่ายตุลาการมีตัวแทนในการเสนอเรื่องให้ฝ่ายตุลาการพิจารณานั้นเอง

ประการที่สอง เพิ่มอำนาจหน้าที่ให้ฝ่ายตุลาการสามารถบริหารจัดการกิจการของตนเองได้มากยิ่งขึ้นอันเป็นการลดช่องทางที่ฝ่ายอื่นจะสามารถล่วงล้ำอำนาจฝ่ายตุลาการได้ เช่น การให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการเสนอร่างพระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ศาลจะต้องเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาได้เอง⁹² หรือการบัญญัติรับประกันว่าศาลจะต้องได้รับการจัดสรรงบประมาณที่เพียงพอแก่การบริหารจัดการกิจการของตนเอง และหากศาลเห็นว่างบประมาณที่ได้รับการจัดสรรให้จากรัฐบาลไม่เพียงพอก็สามารถเสนอคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการธิการได้โดยตรง⁹³ ซึ่งมีการใช้บทบัญญัติดังกล่าวในการโต้แย้งว่ารัฐบาลจัดสรรงบประมาณให้แก่ฝ่ายตุลาการน้อยเกินไปด้วย⁹⁴

3.3.3 ผลกระทบของตุลาการวิวัฒน์ต่อรากฐานของระบบการเมืองไทย

ปรากฏการณ์ตุลาการวิวัฒน์ก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อรากฐานของระบบการเมืองไทยที่วางอยู่บนหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ 3 หลักการด้วยกัน ได้แก่ (3.3.3.1) ผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (3.3.3.2) ผลกระทบต่อหลักประชาธิปไตย และ (3.3.3.2) ผลกระทบต่อหลักความเป็นกลาง

3.3.3.1 ผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่กำหนดให้มีการกำหนดแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศออกเป็นหลายองค์กร และให้แต่ละองค์กรทำหน้าที่

⁹² มาตรา 139 และ มาตรา 142 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁹³ มาตรา 168 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁹⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 14/2557 ลงวันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2556

ถ่วงดุลและตรวจสอบอีกองค์กรหนึ่ง โดยหัวใจสำคัญคือการถ่วงดุลและตรวจสอบดังกล่าวคือจะต้องไม่ให้ องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกองค์กรหนึ่งอย่างชัดเจน ในปรากฏการณ์ตุลาการภิวัตน์ดังกล่าว ได้ทำให้องค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเหนือกว่าองค์กรอื่นอย่างชัดเจน และไม่มี องค์กรใดที่จะสามารถถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังเช่นตัวอย่างคดีที่ ศาลรัฐธรรมนูญอ้างเขตอำนาจเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยรัฐสภาต่างๆ ที่ไม่มี บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราใดกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่สามารถกระทำได้ซึ่งมีข้อโต้แย้งว่าเป็น คำ วินิจฉัยที่มีปัญหาทั้งในทางหลักกฎหมายและปัญหาในทางการเมืองก็ไม่มีองค์กรใดที่จะตรวจสอบศาล รัฐธรรมนูญต่อกรณีดังกล่าวได้ กรณีดังกล่าวนี้เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนที่แสดงให้เห็นว่าเกิดปัญหาของระบบ การถ่วงดุลและตรวจสอบตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว

3.3.3.2 ผลกระทบต่อหลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตยยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนที่สามารถใช้ได้ ผ่านการเลือกตั้งหรือการลงประชามติ และตัวแทนที่รับเลือกตั้งจากประชาชนย่อมมีอำนาจและความชอบ ธรรมในการใช้อำนาจแทนประชาชน อีกทั้งผู้ชนะการเลือกตั้งย่อมต้องสามารถผลักดันนโยบายที่ตนเองได้ หาเสียงไว้ หากต่อมาประชาชนไม่เห็นชอบด้วยในนโยบายหรือการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวย่อมใช้ สิทธิที่ไม่เลือกผู้สมัครจากพรรคการเมืองนั้นอีกต่อไป แต่ฝ่ายตุลาการได้พิพากษาให้การเลือกตั้งทั่วไปซึ่ง จัดให้ประชาชนทั้งประเทศได้ใช้อำนาจอธิปไตยของตนเองเป็นโมฆะถึง 2 ครั้งคือการเลือกตั้งวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549 และวันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2556 จากการเลือกตั้งทั่วไปทั้งหมด 4 ครั้งในรอบ 7 ปี (พ.ศ. 2549-2556) และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีที่เป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาล เช่น การวินิจฉัยร่าง พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี พ.ศ.... การตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ เงินเพื่อวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 และพระราชกำหนดปรับปรุงการ บริหารหนี้เงินกู้ที่กระทรวงการคลังกู้เพื่อช่วยเหลือกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2555 และร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้าน คมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ.... ซึ่งทั้งกฎหมายทั้งสี่ฉบับเป็นนโยบายที่สำคัญของรัฐบาล นอกจากนี้ การรับวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งเป็นนโยบายหนึ่งที่พรรครัฐบาลใช้ในการหาเสียงจาก ประชาชนในการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไม่ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผลของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจึงกระทบโดยตรงต่อหลักประชาธิปไตย ทำให้ การใช้อำนาจของประชาชนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมถูกควบคุมโดยฝ่ายตุลาการทั้งสิ้น

3.3.3.3 ผลกระทบต่อหลักความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ

หลักการพื้นฐานของฝ่ายตุลาการสมัยใหม่นอกจากหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการแล้ว หลักความเป็นกลาง(Judicial Impartiality) ก็เป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งเช่นกัน ดังคำกล่าวที่มีชื่อเสียงประโยคหนึ่งที่ว่า “ความไม่ยุติธรรมไม่เพียงแต่จะต้องประสิทธิประสาทให้(แก่สังคม)เท่านั้น แต่จะต้องทำให้(สังคม)เห็นด้วยว่าได้รับความยุติธรรมแล้ว” (Not only must Justice be done; it must also be seen to be done) ดังนั้น ความยุติธรรมจึงมิได้มีแต่ด้านที่ผู้พิพากษาดัดสันคดีได้อย่างเป็นธรรมเท่านั้น แต่ยังมีด้านที่จะต้องกระทำให้ประชาชนรับรู้ได้ว่าตนเองก็ได้รับความยุติธรรมด้วยเช่นกัน ซึ่งสิ่งหนึ่งที่จะทำให้สังคมหรือประชาชนเห็นได้ว่าความยุติธรรมได้ถูกประสิทธิประสาทแล้วก็คือความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการนั่นเอง ความไม่ฝักใฝ่คู่ความฝ่ายใดจะช่วยให้คำพิพากษาของศาลได้รับความเคารพเชื่อมั่นแม้สังคมอาจจะไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาก็ตาม ตุลาการภิวัตน์เป็นปรากฏการณ์ที่ฝ่ายตุลาการเข้ามามีบทบาทในการตัดสินข้อพิพาทที่มีความเป็นการเมืองอย่างสูงที่ได้รับการจับตามองเป็นพิเศษจากสังคม เมื่อใดก็ตามที่มีข้อสงสัยในคำพิพากษา เช่น ข้อสงสัยในการให้เหตุผลที่ถูกวิจารณ์ว่าไม่หนักแน่นเพียงพอ หรือข้อสงสัยต่อการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานการใช้การตีความกฎหมายที่ทำให้ผลแห่งคดีต่อคู่ขัดแย้งทางการเมืองที่แตกต่างกันทำให้ฝ่ายที่ได้รับผลร้ายจากการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการเกิดความรู้สึกไม่เชื่อมั่นในความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ ทั้งๆ ที่ในคำวินิจฉัยอาจจะมีเหตุผลที่น่ารับฟังอยู่ก็ตาม

ตัวอย่างของคดีที่มีความไม่มั่นคงแน่นอนในบรรทัดฐานการใช้การตีความกฎหมายบทเดียวกันต่อคู่ความที่แตกต่างกัน เช่น กรณีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในสมัยรัฐบาลพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ที่แต่งตั้งโดยคณะรัฐประหาร ปี พ.ศ. 2549 ที่ได้ทำสัญญาหุ้นส่วนเศรษฐกิจกับประเทศญี่ปุ่น เมื่อมีการยื่นฟ้องให้ศาลปกครองวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณา⁹⁵ แต่กรณีการทำแถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชาในกรณีเขาพระวิหารโดยรัฐบาลของอีกข้างการเมืองหนึ่ง ศาลปกครองสูงสุดกลับวินิจฉัยว่าศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้⁹⁶

กรณีตัวอย่างที่ชัดเจนอีกกรณีหนึ่งคือกรณีการใช้สิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าหากมีผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิถีทางที่ไม่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้ที่รัฐธรรมนูญกำหนดสามารถยื่นคำ

⁹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

⁹⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551

ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาออกคำสั่งห้ามการใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นนั้นได้ บทบัญญัติดังกล่าวปรากฏทั้งในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งในส่วนที่กำหนดผู้มีสิทธิเริ่มเรื่องและกระบวนการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้นรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับได้บัญญัติไว้ด้วยถ้อยคำที่เกือบจะเหมือนกันในทุกตัวอักษร แตกต่างกันเพียงผู้มีสิทธิเริ่มกระบวนการที่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ใช้คำว่า “ผู้รู้เห็น” ส่วนในฉบับปี พ.ศ. 2550 ใช้คำว่า “ผู้ทราบ” เท่านั้น ส่วนกระบวนการก็ยังคงบัญญัติไว้เหมือนกันคือให้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา แต่เมื่อบุคคลที่สังกัดอยู่ในชั่วคราวเมืองฝ่ายหนึ่งได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้องโดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ร้องจะต้องยื่นผ่านอัยการสูงสุดเสียก่อนเพื่อให้อัยการสูงสุดตรวจสอบและเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ⁹⁷ แต่ต่อมามีการยื่นคำร้องโดยบุคคลที่สังกัดอยู่ในชั่วคราวเมืองอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งแม้จะเป็นรัฐธรรมนูญคนละฉบับแต่เนื้อหาไม่แตกต่างกัน แต่กรณีหลังศาลกลับรับคำร้องไว้พิจารณาโดยไม่ต้องผ่านอัยการสูงสุด⁹⁸ หรือกรณีการยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมเพื่อขอให้ศาลตรวจสอบการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้อง ศาลยกคำร้องโดยให้เหตุผลว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะกระทำได้ แต่อีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้อง ศาลกลับรับคำร้องไว้พิจารณาและมีคำสั่งห้ามนำประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงมาใช้บังคับ⁹⁹ เป็นต้น

3.4 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

3.4.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการไทย

จากการศึกษาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการพบว่ามีประเด็นปัญหาใน 4 ประเด็นด้วยกัน ได้แก่ (3.4.1.1) ปัญหาเชิงมนทัศน์ของฝ่ายตุลาการไทยที่ไม่สอดคล้องกับหลักการสากล (3.4.1.2) ปัญหาพัฒนาการที่ไม่สมดุลของฝ่ายตุลาการไทย และ (3.4.1.3) ปัญหาการปรับตัวไม่ทันของระบบกฎหมายไทย (3.4.1.4) ปัญหากระบวนการทัศน์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นประชาธิปไตยในวงการกฎหมายไทย

⁹⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549

⁹⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 18-22/2555

⁹⁹ สมลักษณ์ จัดกระบวนการพล, “อย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการ “ชุมนุมโดยสงบ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 63,” ใน ข้าแต่ศาลที่เคารพ (กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2558), น.69-77.

3.4.1.1 ปัญหาเชิงมนทัศน์ของฝ่ายตุลาการ(มายาคติของฝ่ายตุลาการ)

ปัญหาเชิงมนทัศน์คือปัญหาที่ระบบกฎหมายไทยมีแนวคิดและหลักการเบื้องต้นที่ไม่สอดคล้องกับมนทัศน์ฝ่ายตุลาการของประเทศที่มีการปกครองแบบประชาธิปไตย เมื่อมนทัศน์พื้นฐานของฝ่ายตุลาการตั้งไม่ตรงเสียแล้วก็ย่อมเป็นการยากที่ฝ่ายตุลาการไทยจะเป็นฝ่ายตุลาการที่เป็นประชาธิปไตยและจะก่อให้เกิดปัญหาต่อไป มโนทัศน์ของฝ่ายตุลาการที่เป็นปัญหาได้เป็น 4 มโนทัศน์อันได้แก่ (1) มโนทัศน์ว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ (2) วาทกรรมตุลาการภิวัตน์ และ (3) วาทกรรมการตัดสินในพระปรมาภิไธย

(1) มโนทัศน์ว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการไทยนั้นเป็นฝ่ายตุลาการที่มุ่งสู่ความเป็นอิสระแบบสัมบูรณ์(Absolute Independence) ที่ไม่ยอมรับหรือปฏิเสธที่จะมีปฏิสัมพันธ์กับฝ่ายอื่น ซึ่งรวมถึงการไม่ยอมรับการตรวจสอบจากฝ่ายอื่นด้วย โดยมองว่าความสัมพันธ์กับฝ่ายอื่นจะทำให้ฝ่ายตุลาการไม่เป็นอิสระ การตรวจสอบที่เหมาะสมของระบบตุลาการไทยคือการควบคุมตรวจสอบกันเองภายในหมู่ผู้พิพากษาศาลด้วยกันเท่านั้น(Self-Regulation)

มโนทัศน์ความเป็นอิสระแบบไทยนี้จะพบเห็นได้จากทั้งในคำราคำอธิบายกฎหมาย หรือการแสดงความคิดเห็นของนักกฎหมายรวมถึงผู้พิพากษาเอง และสาธารณะชนทั่วไปทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ตัวอย่างที่ชัดเจนเป็นทางการ เช่น ในเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2500 ที่แก้ไขโครงสร้างการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาโดยให้ผู้พิพากษาดูแลกันเองเป็นคณะกรรมการตุลาการผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้คุณให้โทษผู้พิพากษาโดยระบุไว้ในเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติถึงการแก้ไขไว้ว่ากฎหมายเดิมเป็นช่องทางให้อำนาจฝ่ายอื่นเข้ามาควบคุมผู้พิพากษาได้โดยง่ายอันเป็นการผิดหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยในส่วนที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจให้สมดุลกันและไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ให้ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณา¹⁰⁰ ซึ่งมีความหมายโดยนัยคือการให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาศาลมาเป็นกรรมการตุลาการหรือเกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาจะทำให้ฝ่ายตุลาการไม่เป็นอิสระ หรือกรณีการเรียกร้องให้แยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรมในช่วงก่อนรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ก็มีการให้เหตุผลว่าการที่ศาลยุติธรรมอยู่ในความดูแลของกระทรวงยุติธรรมโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือศาลอยู่หลายประการ เช่น การแต่งตั้ง โยกย้าย และการพิจารณาความดีความชอบ ตลอดจนการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการต้องเริ่มต้นมาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

¹⁰⁰ หมายเหตุท้าย พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500

ยุติธรรม และกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้จัดทำประมาณรายจ่ายของศาล เป็นต้น จึงจำเป็นต้องแยกศาลยุติธรรมออกมาเป็นอิสระโดยเด็ดขาดอย่างแท้จริง¹⁰¹ หรือในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่(พ.ศ. 2557-58) ที่พยายามจะแก้ไขสัดส่วนกรรมการตุลาการ(ก.ต.) ที่เป็นบุคคลภายนอกก็ได้รับการคัดค้านจากผู้พิพากษาจำนวน 2,079 คน¹⁰² และอดีตผู้พิพากษาชั้นผู้ใหญ่โดยการให้เหตุผลว่าการเพิ่มกรรมการบุคคลภายนอกขัดกับหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการและหลักนิติธรรม¹⁰³

การมองว่าความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างฝ่ายอื่นกับฝ่ายตุลาการจะทำให้ฝ่ายตุลาการไม่เป็นอิสระยังรวมไปถึงกรณีฝ่ายอื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายตุลาการเข้าไปตรวจสอบการผู้พิพากษาศาลาการ เช่น กรณีการเข้าไปตรวจสอบข้อกล่าวหาว่าผู้พิพากษาศาลาการการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ(ป.ป.ช.) ต่อทั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม และตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย¹⁰⁴ ต่างก็ถูกโต้แย้งด้วย

¹⁰¹ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.43. ชีตเส้นใต้โดยผู้เขียน

¹⁰² มติชนออนไลน์, “อ่านจดหมายเปิดผนึกท่านเปาถึงกมธ. ค้านรธน.ทำลายความน่าเชื่อถือ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2558, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1436773226.

¹⁰³ มติชนออนไลน์, “จ.ม.เปิดผนึก จาก “องคมนตรี” ถึง “ปธ.กรธ.” หวั่นการเมืองครอบงำคนนอกนั่ง “ก.ต.”, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2559, จาก <http://www.matichon.co.th/news/41146> และโปรดดู ดุษฎี หัสลิละเมัย, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและการต่อสู้เพื่อระบบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมที่ คสช. และ สปช. ต้องศึกษาให้ถ่องแท้,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 เมษายน 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9580000046359>.

¹⁰⁴ สมลักษณ์ จัดกระบวนพล, “ตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ,” ใน ข้าแต่ศาลที่เคารพ (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2558), น.183-191.

เหตุผลเดียวกันคือเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ¹⁰⁵ ยิ่งไปกว่านั้น คำพิพากษาของศาลในบางกรณี เช่น ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 120/2544 ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ.2544 เป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องศาลยุติธรรมตั้งแต่ศาลชั้นต้นจนถึงศาลฎีกาโดยกล่าวหาว่าผู้พิพากษานั้นพิจารณาพิพากษาคดีด้วยพยานหลักฐานเท็จและใช้อำนาจตุลาการโดยมิชอบทำให้ตนเองเป็นฝ่ายแพ้คดี ขอให้ศาลปกครองพิพากษาและชี้ขาดคดีให้ถูกต้องและเป็นธรรม ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าการกระทำตามคำฟ้องนั้นเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งอันใช้อำนาจตุลาการมิใช่การใช้อำนาจปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง คดีจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณา จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามศาลปกครองชั้นต้น คือไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งปัญหาของคำวินิจฉัยนี้ไม่ได้อยู่ที่ผลของคำสั่งซึ่งศาลได้วินิจฉัยคดีสอดคล้องกับกฎหมายและหลักการ แต่ปัญหาอยู่ที่การให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดที่ว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล การใช้อำนาจตุลาการ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ตามมาตรา 249 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับปี พ.ศ. 2540) จึงไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยสภาพ เมื่อคดีถึงที่สุดศาลยุติธรรมแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกไม่ได้ การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้

¹⁰⁵ ประธานศาลปกครองสูงสุดได้ให้สัมภาษณ์สื่อมวลชนต่อกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ(ป.ป.ช.) ได้รับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการจ่ายสำนวนคดีในศาลปกครองสูงสุดโดยประธานศาลปกครองสูงสุดคนเก่าไว้พิจารณาโดยให้ทัศนะว่า ถ้า ป.ป.ช. แม้จะเป็นองค์กรอิสระแต่ก็ใช้อำนาจบริหาร หากให้ ป.ป.ช. ตรวจสอบศาลได้ก็จะเท่ากับให้ฝ่ายบริหารตรวจสอบฝ่ายตุลาการอันเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ , โปรดดู มติชนออนไลน์, “สัมภาษณ์พิเศษ ดร.หัสวุฒิ วิฑิตวิริยกุล ประธานศาลปกครองสูงสุด, กรณีเปลี่ยนองค์กรคณะ คดีปราสาทพระวิหาร” ถ้าศาลปกครองต้องไปชี้แจง ป.ป.ช. ระบบพัง!!!, ” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มีนาคม พ.ศ. 2559, จาก <http://www.matichon.co.th/mtc-flv-window.php?newsid=1298890783>. หรือ กรณีที่ป.ป.ช. รับเรื่องข้อกล่าวหาเรื่องการออกหมายจับของผู้พิพากษาศาลจังหวัดว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ก็ได้รับการประท้วงจากผู้พิพากษาเช่นกัน โปรดดู ผู้จัดการออนไลน์, “เลขาฯ ศาลแจ้ง อ.ธรรมศาสตร์ ชี้ ก.ต.ไม่ได้ปกป้องผู้พิพากษา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มีนาคม พ.ศ. 2553, จาก <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9530000031426>.

พิจารณาชอบแล้ว” ประโยคดังกล่าวนี้ไม่จำเป็นต้องระบุไว้ในคำสั่งก็มีเหตุผลที่เพียงพอในการสั่งยกคำร้องอุทธรณ์แล้วจึงทำให้เห็นแนวคิดเรื่องความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการที่เป็นแบบสมบูรณ์ได้เป็นอย่างดี

ดังกล่าวที่กล่าวมาทั้งหมดนี้สะท้อนให้เห็นถึงมโนทัศน์ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการตามความเข้าใจในระบบกฎหมายไทยแตกต่างไปจากความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในระดับสากล ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ 2 ได้ชี้ให้เห็นว่ามาตรฐานสากลของความเป็นอิสระดังกล่าวนี้ ไม่ได้บังคับหรือกำหนดไว้เลยว่าจะต้องให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบบริหารกิจการของตนเอง และห้ามฝ่ายอื่นๆ เข้ามาทำหน้าที่บริหารหรือเข้าตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาเลย แต่จะกล่าวถึงการกำหนดหลักประกันว่าระบบการตรวจสอบต่างๆ จะไม่ถูกบิดเบือนไปเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาศาล การอ้างกล่าวได้ว่าความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในระดับสากลเป็นความเป็นอิสระแบบมีความพร้อมรับผิดชอบ(Accountable Independence) กล่าวคือผู้พิพากษาศาลการรวมทั้งฝ่ายตุลาการทั้งมวลสามารถถูกถ่วงดุลและตรวจสอบได้โดยระบบและกลไกที่เหมาะสม

(2) วาทกรรมตุลาการภิวัตน์

คำว่า “ตุลาการภิวัตน์” ถูกประดิษฐ์ขึ้นโดยนักวิชาการด้านมานุษยวิทยาในบริบทของความขัดแย้งทางการเมือง และถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อสนับสนุนพระราชดำรัสของพระมหากษัตริย์ที่ทรงเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการเข้าแก้ไขปัญหาวิกฤตทางการเมืองในช่วงปี พ.ศ. 2549 โดยอ้างอิงจากเหตุการณ์ในต่างประเทศที่มีปรากฏการณ์ที่ฝ่ายตุลาการเข้าไปมีบทบาททางการเมือง เช่น การตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ(Judicial Review) ตุลาการเชิงการเมือง(Judicialization of Politics) และ Judicial Activism วาทกรรมดังกล่าวได้รับการตอบรับอย่างกว้างขวาง และได้ถูกนำไปใช้เรียกการแทรกแซงการเมืองของฝ่ายตุลาการโดยอ้างว่าฝ่ายตุลาการมีความเป็นกลางจึงสามารถที่จะสอดเข้ามาแก้ไขวิกฤตทางการเมืองได้¹⁰⁶ โดยปรากฏการณ์ตุลาการภิวัตน์ของไทยประกอบไปด้วยการกระทำของฝ่ายตุลาการหรือผู้พิพากษาศาลใน 3 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะแรก การพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางการเมืองผ่านกระบวนการช่องทางการยื่นคำฟ้องหรือคำร้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ ส่วนลักษณะที่สอง หมายถึงการกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการคัดเลือกบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่างๆ เช่น สมาชิกวุฒิสภา กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น และลักษณะที่สาม คือ การที่ผู้พิพากษาศาลเข้ารับตำแหน่งในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบองค์กรของรัฐ เช่น ป.ป.ช. หรือ ก.ก.ต. ผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น

¹⁰⁶ ชีรยุทธ์ บุญมี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75.

แต่อย่างไรก็ดี หากนำเหตุการณ์ในประเทศไทยไปเปรียบเทียบกับปรากฏการณ์ที่เกิดในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วจะพบว่าแม้จะมีความคล้ายคลึงกันในแง่ที่ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในทางการเมืองอย่างมาก แต่ทั้งสองกรณีก็มีความแตกต่างอย่างสำคัญใน 4 ประการสำคัญ ได้แก่ *ประการแรก* ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ ในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยที่มีปัญหาดังกล่าว ฝ่ายตุลาการของประเทศเหล่านั้นต่างเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่การแต่งตั้งสามารถย้อนกลับไปหาประชาชนได้ เช่น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมนีก็มาจากการแต่งตั้งของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และสภาผู้แทนมลรัฐในระดับสหพันธ์ (Bundesrat) ของเยอรมนีเอง ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีและประธานสภาทั้งสองของฝรั่งเศส หรือในสหรัฐอเมริกาที่ให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตรวจสอบฝ่ายการเมือง ผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์ทั้งหมดก็มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่ฝ่ายตุลาการไทยเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศโดยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยทั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับ ปีพ.ศ. 2549 และ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มีที่มาจากคัดเลือกกันเองของผู้พิพากษาในศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดทั้งการคัดเลือกกันเองโดยตรงในที่ประชุมใหญ่ผู้พิพากษาศาลฎีกา หรือการคัดเลือกโดยอ้อมผ่านคณะกรรมการสรรหาที่มีเสียงส่วนใหญ่เป็นผู้พิพากษาร่วมกันโดยความเห็นชอบจากวุฒิสภาที่มีสมาชิกครึ่งหนึ่งมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาที่มีผู้พิพากษาศาลฎีกาเป็นเสียงส่วนใหญ่ในคณะกรรมการสรรหาอีกด้วย

ประการที่สอง การคำนึงถึงหลักการยับยั้งอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ (Judicial Self-Restraint) ในต่างประเทศโดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา ความคิดเรื่องบทบาทของฝ่ายตุลาการในการก้าวเข้าไปตรวจสอบอำนาจของฝ่ายการเมืองอย่างแข็งขันหรือที่อาจเรียกได้ว่าเป็นการใช้อำนาจแบบอภิวัติน์ (Judicial Activism) นั้นเกิดขึ้นมาคู่กับความคิดเรื่องการยับยั้งอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ ที่เรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบฝ่ายการเมืองในเรื่องที่เป็นนโยบายโดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือที่เรียกว่าปัญหาทางการเมือง (Political Question)¹⁰⁷ แต่เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลในปรากฏการณ์ตุลาการภิวัตน์แล้วจะพบว่าศาลไม่ได้นำหลักการยับยั้งอำนาจตนเองของ

¹⁰⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์ ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับปัจจัยที่ส่งผลต่อความเข้มข้นของการใช้อำนาจตุลาการแล้วพบว่ากระบวนการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษามีความใกล้ชิดกับการเมืองมากเท่าใด โอกาสของผู้พิพากษาในการตัดสินใจจะคำนึงถึงผลกระทบทางการเมืองมากขึ้นเท่านั้น โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์, *อำนาจตุลาการและตุลาการภิวัตน์*, น.282.

ฝ่ายตุลาการเข้าร่วมพิจารณาด้วยแต่อย่างไร แต่จะใช้อำนาจแบบขยายขอบเขตอำนาจของตนเองออกไปอย่างกว้างขวาง เช่น ในคดีที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาพิพากษาแถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชาในกรณีเขาพระวิหาร ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเฉพาะว่าองค์กรผู้กระทำเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้น การกระทำของฝ่ายบริหารจึงอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครองได้ ทั้งๆ ที่จริงๆ แล้วการกระทำของฝ่ายบริหารบางกรณี เช่น การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งหลักการดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้รับรองไว้ในคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น(JTEPA)¹⁰⁸ หรือกรณีการรับคำร้องขอให้ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่ามีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับใดในขณะนั้นให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบดังกล่าว เป็นต้น

ประการที่สาม เนื้อหาของข้อพิพาทในปรากฏการณ์ตุลาการภิวัตน์ไทย แก่นแกนของปัญหามักจะเกิดขึ้นในต่างประเทศจะเป็นประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในกระบวนการยุติธรรม หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น แต่แก่นแกนสำคัญของเรื่องที่ศาลไทยวินิจฉัยแล้วเป็นประเด็นปัญหาทั้งหมดเป็นเรื่องการใช้อำนาจในทางการเมือง นโยบายทางการเมือง หรือสถานะของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือองค์กรทางการเมือง อันเรียกได้ว่าเป็นคดีการเมืองโดยแท้ โดยมีคดีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่มากนัก และมักจะเป็นไปในทางจำกัดสิทธิของประชาชน เช่น การวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองที่มีสมาชิกจำนวนมหาศาล เช่น พรรคไทยรักไทยหรือพรรคพลังประชาชน เป็นต้น

ประการสุดท้าย ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระทำทางตุลาการ กรณีตุลาการเชิงการเมืองของต่างประเทศนั้นการขยายอำนาจตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายและอาศัยการตีความขยายขอบเขตความหมายของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังที่อดีตรัฐมนตรีว่าการศาลสูงสุดแห่งอิสราเอล Aharon Barak ได้กล่าวไว้ว่าไม่มี Judicial Activism ที่ขัดต่อกฎหมาย¹⁰⁹ มีแต่การตีความขยายความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อเชื่อมโยงสังคมกับตัวบทกฎหมายเท่านั้น แต่ปรากฏการณ์ตุลาการภิวัตน์ของไทยมีหลายกรณีที่มีปัญหาโต้แย้งว่าฝ่ายตุลาการใช้อำนาจที่ขัดแย้งต่อ

¹⁰⁸ โปรตดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2551, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1264> และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551(เขาพระวิหาร),” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ.2551, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1292>.

¹⁰⁹ Aharon Barak, *the Judge in a Democracy* (New Jersey: Princeton University Press, 2008), p.264-265.

รัฐธรรมนูญเสียเอง จนกลายเป็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างที่ชัดเจนคือกรณีการรับคำร้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีทางที่ไม่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับ ปี พ.ศ. 2550 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญรับคดีไว้พิจารณาโดยตรงจากผู้ร้องโดยตรง แต่ในรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องต้องเป็นอัยการสูงสุด และการวินิจฉัยว่าการลงมติของสมาชิกรัฐสภาในการประชุมรัฐสภาเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น

(3) วาทกรรมการตัดสินใจในพระปรมาภิไธย

การตัดสินใจคดีของศาลให้ทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์เป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับ แต่ในทางปฏิบัติพระมหากษัตริย์มิได้ทรงพิจารณาพิพากษาคดีร่วมกับผู้พิพากษาศาลาการแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างไปจากการใช้อำนาจอธิปไตยในการตราพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่พระมหากษัตริย์ต้องลงพระปรมาภิไธยเพื่อให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับได้ หรือในกิจการของฝ่ายบริหารที่มีความสำคัญ เช่น การแต่งตั้งข้าราชการระดับสูงก็ต้องให้พระมหากษัตริย์ทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ดังนั้น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่เป็นเสมือนสัญลักษณ์ว่า อำนาจตุลาการเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดที่เป็นของประชาชน เช่นเดียวกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารโดยมีพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐนั้นทรงใช้อำนาจนั้นแทนประชาชน

แต่ในคำอธิบายถึงถ้อยคำดังกล่าวที่เขียนโดยผู้พิพากษาระดับสูงที่มีชื่อเสียงจำนวนมาก กลับให้อรรถาธิบายเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกับสถาบันพระมหากษัตริย์ เช่น “อำนาจศาลคืออำนาจของพระมหากษัตริย์เป็นเหตุให้เรียกที่หนึ่งของผู้พิพากษาศาลาการในระหว่างพิจารณาคดีว่า “บัลลังก์” เพราะผู้ที่ได้โปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษามานั้นถือว่าเป็นผู้ที่ทำงานต่างพระเนตรพระกรรณ หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ...”¹¹⁰ จนได้ถูกอรรถาธิบายขยายความกลายเป็นความเชื่อที่ว่าผู้พิพากษาหรือฝ่ายตุลาการมีสถานะที่เหนือกว่าข้าราชการฝ่ายอื่น โดยเฉพาะฝ่ายการเมือง¹¹¹

¹¹⁰ ประภาศน์ อวยชัย, “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล,” ตุลพาท, เล่ม 3, ปีที่ 35, น.17 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2531).

¹¹¹ ฤชงค์ นิลสนิท, “ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์,” ตุลพาท, เล่ม 1, ปีที่ 58, น.69 (มกราคม-เมษายน 2554).

วาทกรรมตัดสินในพระปรมาภิไธยดังกล่าวมีปัญหาในทางหลักการ 2 ประการ ประการแรก วาทกรรมดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่อำนาจตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชน ดังนั้น หากฝ่ายตุลาการจะต้องเป็นตัวแทนของผู้ใดในการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ก็ควรจะเป็นตัวแทนประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจ การอธิบายเชื่อมโยงกับสถาบันพระมหากษัตริย์กับอำนาจตุลาการจึงควรอยู่ในทำนองที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในสถานะตัวแทนประชาชน และเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการแทนประชาชน การตัดสินคดีจึงต้องทำในพระปรมาภิไธย น่าจะสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยมากกว่าคำอธิบายที่ไม่ได้เชื่อมโยงอำนาจตุลาการซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยประเภทหนึ่งเข้ากับประชาชน

ประการที่สอง วาทกรรมดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ที่พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดและการใช้อำนาจใดๆ ตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการบริหารกิจการบ้านเมืองจะต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ โดยผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั้นในทางทฤษฎีจะเป็นผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในกิจการนั้นๆ โดยถือว่าพระมหากษัตริย์มิได้เป็นผู้กระทำตามหลักพระมหากษัตริย์มิทรงกระทำผิด (The King can do no wrong) หลักการดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์จากข้อโต้แย้งหรือวิพากษ์วิจารณ์ใดๆ จากสาธารณะชน การใช้อำนาจตุลาการก็เช่นเดียวกับอำนาจอื่นๆ ที่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงใช้ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมผ่านตัวแทนของพระองค์แต่อย่างใด คำอธิบายตามวาทกรรมการตัดสินในพระปรมาภิไธยว่าผู้พิพากษาตุลาการเป็นตัวแทนพระมหากษัตริย์ในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นคำอธิบายที่ไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว

นอกจากนี้ การกล่าวอ้างดังกล่าวทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้โดยง่ายว่าพระมหากษัตริย์ทรงเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งไม่ได้ต้องตรงกับข้อเท็จจริง และอาจมีผลทำให้พระมหากษัตริย์ต้องทรงต้องระคายเคืองเบื้องพระยุคลบาทจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการ เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอยู่ในความขัดแย้งระหว่างบุคคลไม่ว่าใช้อำนาจตัดสินคดีไปในทิศทางใด และแม้คำพิพากษานั้นจะชอบด้วยกฎหมาย หลักเหตุผลและความยุติธรรมตามปกติวิญญูชนจะพึงเห็นได้ แต่ในชีวิตมนุษย์ปุถุชนทั่วไปย่อมมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการและทำการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งในที่แจ้งและที่ลับอันเป็นปกติวิสัยของมนุษย์ปุถุชนทั่วไป การอ้างว่าผู้พิพากษาตุลาการเป็นตัวแทนพระมหากษัตริย์เพราะตัดสินในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์จึงย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ถึงผู้ที่ไม่พอใจในคำพิพากษาจะรู้สึกเลยเกิดก้าวล่วงขึ้นระคายเคืองเบื้องพระยุคลบาทได้ แม้ผู้ที่ไม่พอใจในคำพิพากษาจะไม่ได้กล่าวออกมาโดยตรงก็ตาม ในประเด็นนี้พระบาทสมเด็จพระ

พระเจ้าอยู่หัวเคยมีพระราชดำรัสไว้ว่า “ท่านได้บอกว่าจะปฏิบัติในปรมาภิไธย หมายความว่า ข้าพเจ้าถ้าได้เห็นท่านทั้งหลายปฏิบัติ ชอบจริงๆ ก็สบายใจ แต่ว่าถ้าสงสัยว่าท่านจะทำอะไรที่ไม่ถูกต้อง ข้าพเจ้าเดือดร้อน ที่เดือดร้อนก็เพราะว่าเมื่อปฏิบัติอะไรในพระปรมาภิไธย พุင့်ายในนามของพระเจ้าอยู่หัวฯ ถ้าทำอะไรที่มีติมิชอบ พระเจ้าอยู่หัวฯ ก็เป็นคนที่ทำมีติมิชอบ ฉะนั้น ต้องกำชับอย่างหนักแน่นว่าให้ทำตามปฏิญาณ เพราะว่าจะทำให้ข้าพเจ้าในส่วนตัวและในหน้าที่เดือดร้อน แล้วถ้าข้าพเจ้าเดือดร้อนก็คงทำให้คนเดือดร้อนมากเหมือนกัน ก็ทำให้ประชาชนไม่ได้รับความยุติธรรม”¹¹²

3.4.1.2 ปัญหาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการที่ไม่สมดุล

พัฒนาการของฝ่ายตุลาการตั้งแต่การก่อตั้งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมาเป็นพัฒนาการที่มุ่งเน้นให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทและอำนาจหน้าที่เพิ่มมากขึ้น และในขณะเดียวกันก็ได้สร้างความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการให้สอดคล้องกัน ยิ่งไปกว่านั้นกลับเพิ่มความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการให้การถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการทำได้ยากขึ้นด้วย ตัวอย่างที่เห็นได้เป็นรูปธรรมคือการให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการบริหารงานของตนเองโดยลดความสัมพันธ์ในลักษณะควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายอื่นให้น้อยลง กล่าวคือ แต่เดิมอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการเป็นของกระทรวงยุติธรรมโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องมีความพร้อมรับผิดชอบในทางนโยบายหรือทางการเมืองต่อรัฐสภาและประชาชน และพร้อมรับผิดในทางกฎหมายต่อศาล แต่เมื่อมีการโอนอำนาจดังกล่าวไปให้แก่ประธานศาลต่างๆ รับผิดชอบแล้ว กลับไม่พบว่าประธานศาลนั้นจะต้องพร้อมรับผิดในทางนโยบายต่อองค์กรใด หรือความพร้อมรับผิดในทางกฎหมายก็รับผิดชอบต่อศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง หรือกรณีของการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากการสรรหาของฝ่ายตุลาการทั้งโดยตรงและโดยอ้อม และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะมีพร้อมรับผิดเฉพาะต่อวุฒิสภาโดยการถอดถอนออกจากตำแหน่งเท่านั้น ซึ่งการสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวจำนวนครึ่งหนึ่งมาจากการสรรหาโดยฝ่ายตุลาการเอง เช่นนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าพัฒนาการของฝ่ายตุลาการจึงเป็นพัฒนาการที่ไม่สมดุล

¹¹² พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสที่ประธานศาลฎีกานำผู้พิพากษาประจำศาลเข้าเฝ้าทูลเกล้าถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ ณ ศาลาดุสิดาลัย สวนจิตรลดา พระราชวังดุสิตฯ เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2539 อ้างถึงใน อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, “ปาฐกถาพิเศษ เรื่อง ศาลยุติธรรม ความหวัง สังคมไทย,” วารสารศาลยุติธรรมปริทรรศน์, เล่ม 4, ปีที่ 4, น.13-14 (เมษายน-พฤษภาคม 2553).

จากการศึกษาพัฒนาการของฝ่ายตุลาการในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะพบว่าแม้จะมีการเพิ่มบทบาทอำนาจหน้าที่ให้กับฝ่ายตุลาการในฐานะผู้คุ้มครองสิทธิมนุษยชนก็จริง แต่ฝ่ายตุลาการก็ถูกเรียกร้องให้ต้องมีความพร้อมรับผิดชอบเพิ่มขึ้นด้วยเช่นกัน ซึ่งความพร้อมรับผิดชอบดังกล่าวมิใช่ความพร้อมรับผิดชอบต่อฝ่ายตุลาการด้วยตนเอง แต่เป็นความพร้อมรับผิดชอบต่อองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการที่สามารถเข้ามาตรวจสอบถึงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการได้ด้วย โดยรายละเอียดของกลไกความพร้อมรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการควรจะต้องมีอย่างน้อยเพียงใดจึงจะเหมาะสมนั้น ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะได้ศึกษาในบทต่อไป

3.4.1.3 ปัญหาการปรับตัวไม่ทันของระบบกฎหมายไทย

พัฒนาการของฝ่ายตุลาการในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้เพิ่มบทบาทในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้กับฝ่ายตุลาการตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยมใหม่ ทั้งการก่อตั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงองค์กรอิสระต่างๆ จำนวนมาก เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ดังนั้น องค์ความรู้ทางกฎหมายหรือบุคลากรทางกฎหมายที่จะต้องมียุทธศาสตร์เพิ่มมากขึ้นจึงเป็นกฎหมายในสาขากฎหมายมหาชน แต่ในขณะนั้นระบบการศึกษาและผลิตบุคลากรทางกฎหมายของไทยยังเน้นไปที่กฎหมายในสาขากฎหมายเอกชนและกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในระบบศาลยุติธรรม ปัญหาการปรับตัวไม่ทันของระบบกฎหมายไทยสะท้อนผ่านปัญหาสำคัญ 3 ประการ ได้แก่

(1) ปัญหาการขาดแคลนบุคลากรสายกฎหมายมหาชน

ปัญหาดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากระบบการผลิตบุคลากรทางกฎหมายที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของนักกฎหมายสาขากฎหมายเอกชนและกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นผลมาจากการก่อตั้งเนติบัณฑิตยสภาในปี พ.ศ. 2505 และการให้เนติบัณฑิตยสภามีอำนาจในการรับรองหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต โดยในปี พ.ศ. 2505 ได้มีการตราพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2505 ให้อำนาจคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภารับรองหลักสูตรการศึกษานิติศาสตรบัณฑิตของสถาบันอุดมศึกษาทั้งหมด หากไม่รับรองผู้ที่สำเร็จการศึกษานั้นจะไม่มีสิทธิในการเข้าศึกษาต่อในสถาบันฝึกอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา อันทำให้ไม่อาจประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งทนายความ ผู้พิพากษาและอัยการได้เลย หลักสูตรการเรียนการสอนกฎหมายในประเทศไทยจึงตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของเนติบัณฑิตยสภาไปโดยปริยาย ดังจะเห็นได้จากเอกสารวิชาการ 3 ชิ้นในช่วงเวลาที่แตกต่างกันสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาการเรียน

การสอนกฎหมายในช่วงนี้ได้ดี ขึ้นแรก โดยอมร จันทรสมบูรณ์ “นักนิติศาสตร์หลงทางหรือ?”¹¹³ ซึ่งสะท้อนให้เห็นความล้มเหลวของระบบการศึกษากฎหมายที่เน้นแต่เพียงการท่องจำ ฎีกา ละเลยการศึกษากฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐ ประชาธิปไตย ขึ้นที่สองโดยบวรศักดิ์ อุวรรณโณ วิพากษ์ระบบการศึกษากฎหมายว่าเป็นระบบการศึกษาที่ให้ความสำคัญกับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญามากกว่ากฎหมายมหาชน¹¹⁴ จึงทำให้ระบบกฎหมายไทยกลายเป็นระบบกฎหมายเอกชนครอบงำกฎหมายมหาชนและขึ้นสุดท้าย ในปี พ.ศ. 2548 ของสมชาย ปรีชาศิลปะกุล ชื่อ “น่ายาวิชานิติศาสตร์ไทย”¹¹⁵ ซึ่งตอบยั่วว่าไม่มีอะไรเปลี่ยนแปลงนับแต่วันที่อมรได้เขียนบทความขึ้น ผลจากการเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมายดังกล่าวทำให้ประเทศไทยเกิดการขาดแคลนองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายมหาชนและนักกฎหมายมหาชนจำนวนมาก ตัวอย่างของปัญหาที่เห็นได้ชัดเจนนที่สุดคือการขาดแคลนบุคลากรในศาลรัฐธรรมนูญ โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่ก่อตั้งมาจนถึงปัจจุบันมีตุลาการเพียงท่านเดียวเท่านั้นที่สำเร็จการศึกษามาทางกฎหมายมหาชน คืออัสสระ นิติพัทธ์ประกาศ ส่วนในศาลปกครองก็มีปัญหาการขาดแคลนบุคลากรในสายกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกันปรากฏในรายงานประจำปีของสำนักงานศาลปกครองที่เสนอต่อคณะรัฐมนตรี รัฐสภาและองค์กรอื่นๆของปี พ.ศ. 2545¹¹⁶ และปี พ.ศ. 2546¹¹⁷

¹¹³ อมร จันทรสมบูรณ์, “นักนิติศาสตร์หลงทางหรือ?”, วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 1, เล่ม 9(เมษายน 2533).

¹¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น.130-140.

¹¹⁵ สมชาย ปรีชาศิลปะกุล, “น่ายาวิชานิติศาสตร์ไทย,” ใน นิติศาสตร์นอกคอก (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), น.11-22.

¹¹⁶ สำนักงานศาลปกครอง, รายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ประจำปี พ.ศ. 2545 (กรุงเทพมหานคร : ศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง, 2545), น. 189.

¹¹⁷ สำนักงานศาลปกครอง, รายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ประจำปี พ.ศ. 2546 (กรุงเทพมหานคร : ศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง, 2546), น. 185.

(2) การขาดองค์ความรู้เกี่ยวกับบทบาทของฝ่ายตุลาการที่เพิ่มมากขึ้น

การเพิ่มเติมบทบาทของฝ่ายตุลาการในช่วงปี พ.ศ. 2540 มีฐานมาจากการวิจัยจากนักวิชาการจำนวนมากรองรับ แต่อย่างไรก็ดี งานวิจัยในสมัยนั้น ศึกษาแต่เฉพาะรูปแบบองค์กร องค์ประกอบและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ¹¹⁸ แทบไม่มีงานวิจัยชิ้นใดเลยที่จะศึกษาถึงผลกระทบทางการเมืองหากก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญแล้ว คงมีเพียงส่วนท้ายของบทความชิ้นหนึ่งสั้นๆ ที่กล่าวถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่มีจัดโครงสร้างและระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบที่ดีพอว่าอาจส่งผลเสียต่อระบบรัฐธรรมนูญนิยมได้ในที่สุด¹¹⁹ ทั้งนี้ ในช่วงเวลาดังกล่าวในต่างประเทศได้มีการโต้แย้งถกเถียงกันอย่างกว้างขวางถึงข้อเสียหรือผลกระทบที่เกิดจากตุลาการเชิงการเมือง(Judicialization of Politics) เมื่อระบบกฎหมายไทยไม่ได้ถกเถียงกันถึงผลกระทบดังกล่าว ในการมอบบทบาทในการตรวจสอบให้กับฝ่ายตุลาการจึงไม่ได้ให้ความสำคัญกับปัญหาที่ว่า “ใครจะตรวจสอบผู้ตรวจสอบ” (Who watches the watchman?) การจัดโครงสร้างฝ่ายตุลาการต่างๆ จึงให้น้ำหนักไปที่ความเป็นอิสระโดยละเอียดระบบและกลไกที่จะถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจของฝ่ายตุลาการจนทำให้ระบบการควบคุมอำนาจของฝ่ายตุลาการที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถใช้จำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการให้ใช้ได้เหมาะสม

(3) ปัญหากระบวนการทัศน์ของนักกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

นักกฎหมายไทยจำนวนมากมีกระบวนการทัศน์ในทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย เช่น การให้ความเห็นในทำนองว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยไม่จำเป็นต้องมีการเลือกตั้งก็ได้ หรือการเลือกตั้งทำให้เกิดระบอบเผด็จการรัฐสภา เหตุที่

¹¹⁸ เช่น กมลชัย รัตนสกววงศ์, รายงานวิจัยศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาตุลาการรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538); พัฒนะ เรือนใจดี, “ศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมาย รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537); กนิษฐา เชี่ยววิทย์, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533); สมคิด เลิศไพฑูรย์, ตุลาการรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2536).

¹¹⁹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.200-201.

เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมายในยุคที่สองที่ยกเลิกหลักสูตรธรรมศาสตร์บัณฑิตและก่อตั้งหลักสูตรนิติศาสตร์บัณฑิตแทน และการก่อตั้งหลักสูตรเนติบัณฑิตขึ้นมา เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงปรัชญาการศึกษาวิชากฎหมายและความคิดในเชิงนิติศาสตร์ของนักกฎหมายในยุคต่อมา เพราะจุดเน้นของการเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์ตามหลักสูตร “นิติศาสตร์บัณฑิต” มุ่งที่จะผลิตนักกฎหมายไทย ให้มีความรู้เชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายเพื่อประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษา อัยการ นิติกร และทนายความ และเข้ารับราชการหรือทำงานด้านกฎหมายในภาคเอกชนเท่านั้น การปลูกฝังให้นักศึกษามีความรักความผูกพันกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยและส่งเสริมให้นักศึกษามีความรู้ความเข้าใจอย่างกว้างขวางและรอบด้านในปัญหาทางสังคม เศรษฐกิจและการเมือง จึงมิได้รับการเน้นย้ำความสำคัญในปรัชญาการเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์ไทย ดังเช่นที่เคยปรากฏอยู่ในการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตร์บัณฑิตเท่าใดนัก¹²⁰

การเปลี่ยนแปลงหลักสูตรดังกล่าวส่งผลกระทบต่อวิธีการศึกษากฎหมายในประเทศไทยอย่างมาก เนื่องจากปรัชญาการก่อตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองคือการสร้างฐานประชาชนสำหรับระบอบการปกครองที่ได้เปลี่ยนแปลงใหม่ ซึ่งแตกต่างจากปรัชญาการศึกษาในโรงเรียนกฎหมายที่เป็นฐานะของระบอบเก่า คือการผลิตข้าราชการกฎหมายเฉพาะจำนวนหนึ่งสำหรับราชาธิปไตย การเน้นความสำคัญกับที่มาดั้งเดิม คือโรงเรียนกฎหมาย โดยละเลยสาระสำคัญของการสถาปนาในปี พ.ศ. 2477 จึงสะท้อนให้เห็นด้านความคิดเกี่ยวกับความเป็นมาของมหาวิทยาลัยไม่สามารถปะติดปะต่อภาพทั้งหมด และไม่อาจตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในกรณีนี้¹²¹

เมื่อกระบวนการศึกษากฎหมายได้ละเลยการให้ความรู้ที่ถูกต้องเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยมและหลักการนิติรัฐจึงทำให้นักกฎหมายในสังคมจำนวนมากจึงละเลยต่อหลักการประชาธิปไตยสามารถให้เหตุผลสนับสนุนการกระทำรัฐประหารและผลิตผลอันเกิดจากการรัฐประหาร เช่น การรับรองว่าการทำรัฐประหารว่าไม่เป็นการผิดต่อกฎหมาย หากทำการยึดอำนาจการปกครองไว้ได้เป็นผลสำเร็จ หรือการรับรองว่าประกาศคณะปฏิวัติที่ได้อำนาจมาจากการทำรัฐประหารเป็นกฎหมายที่สามารถใช้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เป็นต้น

¹²⁰ พณีส ทศนิยานนท์, “70 ปี นิติศาสตร์ มธ.,” ใน 70 ปี นิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ 2477-2547 : เป็นศรี เป็นศักดิ์ เป็นหลักของสังคมไทย 27 มิถุนายน 2547, ไพโรจน์ กัมพูสิริ บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.115-116.

¹²¹ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และคณะ, อ้าวแล้ว เจียงอรรถที่ 45, น.99.

3.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

3.4.2.1 การแก้ไขปัญหาเชิงมนทัศน์ของฝ่ายตุลาการ

การแก้ไขปัญหาเชิงมนทัศน์สามารถแก้ไขโดยการอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดหลักการและหลักเกณฑ์ต่างๆ ให้ชัดเจน และควรจะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญเพื่ออาศัยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกำหนดแนวทางการใช้การตีความกฎหมายในระดับล่างให้สอดคล้องต้องกันเป็นเอกภาพ โดยหลักการสำคัญ ที่ควรจะต้องได้รับการบัญญัติไว้เพื่อแก้ไขปัญหาเชิงมนทัศน์อย่างน้อยจะต้องประกอบไปด้วย 3 หลักการ ได้แก่ หลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ(Judicial Accountability) ที่กำหนดให้ฝ่ายตุลาการสามารถที่จะถูกตรวจสอบและเอาผิดได้ แต่จำกัดให้ต้องรับผิดชอบตามบรรทัดฐานที่ได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วล่วงหน้าและโดยกระบวนการที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย หลักการที่สองได้แก่ หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ (Democratic Legitimacy of Judiciary) ที่เรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการเป็นฝ่ายที่จะต้องได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการใช้อำนาจต่างๆ จากประชาชนเจ้าของอำนาจ และ หลักการยับยั้งอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ(Judicial Self-Restraint) ที่เรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการพึงใช้อำนาจด้วยความระมัดระวังและเคารพต่อดุลพินิจองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมากกว่าเพื่อลดปรากฏการณ์ “ตุลาการภิวัตน์” ลงให้เหลือการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทและเท่าที่จำเป็นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในรัฐเท่านั้น

3.4.2.2 การแก้ไขปัญหาคณาการที่ไม่สมดุล

การแก้ไขปัญหาคณาการของฝ่ายตุลาการที่ไม่สมดุลจะต้องทำการแก้ไขโดยการเพิ่มระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการให้มากขึ้น แต่จะต้องระมัดระวังไม่ให้ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบดังกล่าวกลายเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาศาลได้ ส่วนการจะเพิ่มเติมระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการในเรื่องใดและส่วนใดนั้น ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะต้องทำการศึกษาในบทต่อไป

3.4.2.3 การแก้ไขปัญหาคณาการปรับตัวไม่ทันของระบบกฎหมายไทย

ปัญหาคณาการปรับตัวไม่ทันของระบบกฎหมายไทยเป็นปัญหาที่แก้ไขได้ยากและต้องใช้เวลาในการสะสมประสบการณ์ทางกฎหมายและองค์ความรู้ให้เพิ่มมากขึ้น โดยจะต้องเริ่มที่การเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมายที่ให้ความสำคัญกับกฎหมายมหาชนเพิ่มมากขึ้น และที่สำคัญการเน้นไปที่การปลูกฝังอุดมการณ์แบบเสรีนิยมประชาธิปไตยโดยให้ความสำคัญกับองค์ความรู้ทางด้านสิทธิมนุษยชนเพิ่มมากขึ้นด้วยเช่นกัน

บทที่ 4

การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ

ภารกิจหลักของฝ่ายตุลาการคือการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการหรือการจัดให้มีสถานที่ บุคลากรตลอดจนระบบและกลไกในการระงับข้อพิพาททางกฎหมายของประชาชนในสังคมโดยใช้อำนาจตุลาการหรือเรื่องกฎหมายกำหนดให้ศาลต้องใช้อำนาจพิจารณาตัดสินคดี การกิจดังกล่าวนี้มีความสำคัญอย่างมากเนื่องจากมีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชนที่มนุษย์คนหนึ่งควรจะต้องได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางและเป็นอิสระ ยิ่งไปกว่านั้น ในแง่ของการบริการสาธารณะ การให้บริการนี้ก็ต้องสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและประชาชนจะต้องได้รับการบริการโดยสะดวก รวดเร็วและไม่มีค่าใช้จ่ายที่สูงมากจนทำให้ประชาชนไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ จากความสำคัญของการกิจดังกล่าวนี้ ในแต่ละรัฐจึงต้องจัดให้มีโครงสร้างการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการหรือการบริหารงานบริการสาธารณะดังกล่าวนี้และจะต้องจัดระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อให้ภารกิจดังกล่าวสำเร็จตามวัตถุประสงค์ โดยในบทที่ 4 จะศึกษาถึงระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ โดยแยกออกเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ (4.1) การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารกิจการฝ่ายตุลาการไทย (4.2) การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารกิจการฝ่ายตุลาการในรูปแบบยุโรป (4.3) การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการในรูปแบบอเมริกัน และ (4.4) บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

4.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไทย

การศึกษาถึงระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการจำเป็นต้องศึกษาทำความเข้าใจการจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ (4.1.1) เสียก่อน แล้วจึงจะสามารถอธิบายถึงระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหาร (4.1.2)¹

¹ อนึ่ง ในการศึกษาถึงระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไทยนี้จะศึกษาเฉพาะการบริหารระบบศาลยุติธรรม ระบบศาลปกครองและระบบศาลทหารเท่านั้น โดยจะไม่นรวมถึงการบริหารศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ไม่ได้ให้บริการสาธารณะทางตุลา

4.1.1 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทย

4.1.1.1 การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรม

โครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมถูกกำหนดไว้ในกฎหมายสำคัญ 3 ฉบับ อันได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ฉบับปี พ.ศ. 2543 องค์กรที่รับผิดชอบการบริหารระบบศาลยุติธรรมประกอบไปด้วย 5 องค์กรหลัก ได้แก่

(1) ประธานศาลฎีกา

ประธานศาลฎีกาเป็นตำแหน่งสูงสุดในระบบศาลยุติธรรมมาจากการคัดเลือกของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) เป็นประมุขของระบบศาลยุติธรรมและมีบทบาทในการบริหารศาลยุติธรรมในหลายประการด้วยกัน อันได้แก่

ประการแรก เป็นผู้วางนโยบายการบริหารศาลยุติธรรม² ซึ่งบทบาทดังกล่าวกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยตรง แต่ปรากฏในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 17(1) ว่าจะต้องวางระเบียบหรือกำกับการบริหารราชการศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามนโยบายของประธานศาลฎีกา ซึ่งแสดงว่าผู้ที่กำหนดนโยบายการบริหารภารกิจของศาลยุติธรรมคือประธานศาลฎีกาเอง

ประการที่สอง เป็นผู้ควบคุมกำกับดูแลกิจการของศาลยุติธรรมและสำนักงานศาลทั้งหมดให้เป็นไปโดยเรียบร้อยและเป็นระเบียบเดียวกัน³ โดยมีอำนาจตรากฎเกณฑ์ ระเบียบภายในศาลยุติธรรม

ประการที่สาม เป็นผู้ที่มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา หรือออกคำสั่งที่เกี่ยวกับสถานะของผู้พิพากษา เช่น เสนอรายชื่อให้แก่นายกรัฐมนตรีในการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือออกคำสั่งลงโทษผู้พิพากษา เป็นต้น ตลอดจนมีอำนาจในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาให้

การแก่ประชาชนโดยตรง แต่มีภารกิจในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐอื่นๆ ดังนั้น จึงแยกไปศึกษาเป็นการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงในบทที่ 9

² สำนักประธานศาลฎีกา สำนักงานศาลยุติธรรม, นโยบายการบริหารงานศาลยุติธรรมและภารกิจที่สำคัญของประธานศาลฎีกาปีงบประมาณ พ.ศ. 2544 – 2550 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์(1447) จำกัด, 2550), น.44.

³ มาตรา 5 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

เป็นไปตามกฎหมายหรือระเบียบที่กำหนด แต่การใช้อำนาจนี้เป็นการใช้อำนาจตามความเห็นชอบของ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.)

ประการที่สี่ เป็นผู้ติดต่อกับรัฐสภาในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ⁴ หรือเสนอคำขอแปรญัตติในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีต่อคณะกรรมการธิการโดยตรง ในกรณีที่เห็นว่างบประมาณที่จะได้รับการจัดสรรนั้นไม่เพียงพอ⁵

นอกจากนี้แล้ว ประธานศาลฎีกายังเป็นประธานคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.) และ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) โดยตำแหน่งอีกด้วย

(2) คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม(ก.บ.ศ.)

คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมที่มีชื่อย่อว่า “ก.บ.ศ.” เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 15-17 ซึ่งอาจแยกประเภทกรรมการได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

ก. กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ ประธานศาลฎีกาซึ่งทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการบริหารศาลยุติธรรมโดยตำแหน่ง

ข. กรรมการประเภทตัวแทนผู้พิพากษา หรือกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการเว้นแต่ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยพิพากษาจำนวน 12 คน เป็นผู้เลือกจากข้าราชการในแต่ละชั้นศาล ชั้นศาลละ 4 คน โดยแต่ละชั้นศาลมีการจำกัดระดับของตำแหน่งผู้พิพากษาที่สามารถเป็นกรรมการได้ด้วย ดังนี้

-ในชั้นศาลฎีกา จะต้องเป็นข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา

-ในชั้นศาลอุทธรณ์ จะต้องเป็นข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค และ

-ในชั้นศาลชั้นต้น จะต้องเป็นข้าราชการตุลาการผู้มีอาวุโสสูงสุดหนึ่งร้อยคนแรกที่ดำรงตำแหน่งในศาลชั้นต้นและซึ่งมิใช่ข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาวุโส

ค. กรรมการประเภทผู้ทรงคุณวุฒิ ด้านการงบประมาณ ด้านการพัฒนาองค์กร หรือด้านการบริหารและการจัดการ จำนวนไม่น้อยกว่า 2 คนแต่ไม่เกิน 4 คน (ปัจจุบันมี 4 คน) ซึ่งกรรมการประเภทผู้ทรงคุณวุฒินี้จะมาจากการคัดเลือกของประธานกรรมการบริหารศาลยุติธรรม

⁴ มาตรา 142(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁵ มาตรา 168 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ร่วมกับกรรมการบริหารศาลยุติธรรมประเภทข้าราชการตุลาการ โดยจะเลือกจากบุคคลซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการศาลยุติธรรม

ก.บ.ศ. มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการบริหารราชการศาลยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับงานบริหารราชการและงานธุรการของสำนักงานศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามกฎหมายระเบียบ แบบแผน และประเพณีปฏิบัติของทางราชการศาลยุติธรรม โดยอาจจำแนกอำนาจหน้าที่ได้เป็น 4 ประเภท⁶ ประเภทแรก อำนาจที่เกี่ยวกับการบริหารศาล อันได้แก่ อำนาจแบ่งส่วนราชการภายในศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์หรือศาลชั้นต้นออกเป็นแผนกหรือหน่วยงานที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่น โดยมีอำนาจกำหนดประเภทคดีหรือเขตอำนาจของแผนกซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้นโดยเฉพาะก็ได้ โดยออกเป็นประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม และประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁷ และอำนาจให้ความเห็นชอบในการเสนอความเห็นของเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดตั้ง การยุบเลิก หรือการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมต่อคณะรัฐมนตรี⁸

ประเภทที่สอง อำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลการบริหารราชการศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น รวมทั้งมีอำนาจยับยั้งการบริหารราชการของศาลยุติธรรม หรือสำนักงานศาลยุติธรรมที่ไม่เป็นไปตามระเบียบ ประกาศ หรือมตินั้นด้วย และมีอำนาจในการออกระเบียบหรือประกาศ หรือมีมติเพื่อการบริหารราชการศาลยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับงานบริหารราชการและงานธุรการของสำนักงานศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามนโยบายของประธานศาลฎีกา

ประเภทที่สาม อำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่การเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการและการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนของศาลยุติธรรมต่อคณะรัฐมนตรี และอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายในการบริหารราชการของศาลยุติธรรมและสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อดำเนินการตามมาตรา 32

และประเภทที่สี่ อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคล อันได้แก่ อำนาจในการกำหนดอัตรากำลังผู้พิพากษา กำหนดจำนวนผู้พิพากษา อำนาจในการกำหนดตำแหน่งผู้พิพากษา

⁶ มาตรา 17 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁷ มาตรา 4 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

⁸ มาตรา 6 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

(3) คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.)

คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมเรียกชื่อย่อว่า “ก.ต.” ประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 15 คน⁹ โดยแบ่งประเภทของกรรมการได้เป็น 3 ประเภทเช่นเดียวกับคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม อันได้แก่

ก. กรรมการโดยตำแหน่ง คือประธานศาลฎีกาโดยจะทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมโดยตำแหน่ง

ข. กรรมการประเภทตัวแทนผู้พิพากษา จำนวน 12 คน ซึ่งตามกฎหมายเรียกว่า “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการเลือกตั้งของข้าราชการตุลาการด้วยตนเอง” หรือกรรมการที่เป็นตัวแทนผู้พิพากษาโดยแบ่งเป็นสามชั้นศาล แต่ละชั้นศาลมีจำนวนตัวแทนไม่เท่ากัน ดังนี้

-ตัวแทนผู้พิพากษาจากชั้นศาลฎีกาจำนวน 6 คน โดยจะต้องเป็นข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา

-ตัวแทนผู้พิพากษาจากชั้นศาลอุทธรณ์จำนวน 4 จะต้องเป็นข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์ที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค และ

-ตัวแทนผู้พิพากษาจากชั้นศาลชั้นต้น 2 คน โดยเลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลชั้นต้นที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาล

เหตุที่กำหนดให้ตัวแทนผู้พิพากษาแต่ละชั้นศาลไม่เท่ากันโดยตัวแทนจากผู้พิพากษาศาลฎีกามีจำนวนมากที่สุดทั้งๆ ที่จำนวนผู้พิพากษาศาลฎีกามีจำนวนน้อยที่สุดและตัวแทนจากผู้พิพากษาศาลชั้นต้นมีจำนวนน้อยที่สุดทั้งๆ ที่จำนวนผู้พิพากษาศาลชั้นต้นมีจำนวนมากที่สุดเนื่องจากเหตุที่ว่าคณะกรรมการตุลาการทำหน้าที่เสมือนเป็นผู้ปกครองผู้พิพากษาร่วมกัน ซึ่งตามธรรมเนียมปฏิบัติในวงการศาลยุติธรรมยึดถือหลักอาวุโสมาอย่างยาวนาน ดังนั้น หากให้ตัวแทนผู้พิพากษาศาลชั้นต้นมีจำนวนมากกว่าตัวแทนผู้พิพากษาศาลฎีกาจะเป็นเหมือนกันให้ผู้น้อยปกครองผู้ใหญ่อันขัดกับธรรมเนียมปฏิบัติในศาลยุติธรรม¹⁰

ค. กรรมการประเภทบุคคลภายนอก หรือที่เรียกว่า “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ” จำนวน 2 คน ซึ่งจะมาจากการเลือกของวุฒิสภา โดยกรรมการที่เป็นบุคคลภายนอกนั้น

⁹ ตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

¹⁰ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, “การปรับปรุงศาลยุติธรรม,” จุลนิติ, ฉบับที่ 2, ปีที่ 10, น.56 (มีนาคม-เมษายน 2556).

จะต้องไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการศาลอื่น ผู้ดำรงตำแหน่งของรัฐอื่นใด และจะต้องไม่เป็นหรือเคยเป็น
ทนายความ และจะต้องไม่เป็นกรรมการบริหารศาลยุติธรรม(ก.บ.ศ.) ในขณะเดียวกันด้วย

ก.ต. มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาทั้งหมดตั้งแต่
การคัดเลือกผู้พิพากษา การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้ายแต่งตั้ง และการพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้
พิพากษา

ในการปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. ตามมาตรา 47 พระราชบัญญัติระเบียบ
ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 กำหนดให้มี “คณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม”
(อ.ก.ต.) ทำหน้าที่เป็นคณะที่ปรึกษาให้กับคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม โดย อ.ก.ต. แบ่งออกเป็น 2
ประเภท ได้แก่

*ประเภทแรก คณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาล (อ.ก.ต.
ประจำชั้นศาล)* โดยจะก่อตั้งขึ้นชั้นศาลละหนึ่งคณะ แต่ละคณะมีกรรมการจำนวน 7 คน มีวาระการดำรง
ตำแหน่ง 2 ปี¹¹ อนุกรรมการดังกล่าวจะมาจากการคัดเลือกและแต่งตั้งโดยคณะกรรมการตุลาการศาล
ยุติธรรมโดยระเบียบกำหนดคุณสมบัติสำหรับผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งไว้แตกต่างกันไปในแต่ละชั้นศาล ดังนี้

- ศาลฎีกาจะต้องแต่งตั้งจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้
พิพากษาศาลฎีกา

- ศาลอุทธรณ์จะต้องแต่งตั้งจากข้าราชการตุลาการที่มีตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้
พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค

- ศาลชั้นต้นจะต้องแต่งตั้งจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาล
ชั้นต้นซึ่งได้รับเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งตั้งแต่ชั้น 2 ขึ้นไป

คณะอนุกรรมการดังกล่าวนี้เป็นระบบที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการวิ่งเต้น
เข้าสู่ตำแหน่งโดยเอาคนที่ไม่เหมาะสมกับตำแหน่งเข้ามาดำเนินการ¹² โดยมีอำนาจหน้าที่ในการให้

¹¹ ข้อ 10 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยองค์ประกอบ หลักเกณฑ์
วิธีการแต่งตั้งและวิธีการดำเนินงานของคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554

¹² คำอธิบายของนายอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, คณะกรรมาธิการยกร่างพระราชบัญญัติให้ใช้
พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ...., บันทึกการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 12/2543 , น.53.

ความเห็นเกี่ยวกับการแต่งตั้ง การโยกย้ายแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง รวมทั้งการลงโทษข้าราชการตุลาการ หรือเรื่องอื่นๆ รวบรวมความเห็นนั้นเสนอที่ประชุม ก.ต. เพื่อประกอบการพิจารณา¹³

โดยปกติแล้ว อ.ก.ต. ประจำชั้นศาลจะประชุมกันเป็นเอกเทศ เว้นแต่กรณีที่ ระเบียบกำหนดไว้อันได้แก่ การลงโทษข้าราชการตุลาการ การแต่งตั้งประธานศาลฎีกาจนถึงรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น การแต่งตั้งผู้พิพากษาอาวุโส และการแต่งตั้งตำแหน่งอื่นๆ ตามที่ ก.ต. เห็นสมควร เหล่านี้ อ.ก.ต. ประจำชั้นศาลจะต้องประชุมร่วมกัน¹⁴

ส่วนประเภทที่สอง ได้แก่ คณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมวิสามัญ (อ.ก.ต. วิสามัญ) มีลักษณะเป็นคณะทำงานเฉพาะกิจที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมแต่งตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการตามภารกิจที่ ก.ต.มอบหมาย¹⁵

(4) สำนักงานศาลยุติธรรม

สำนักงานศาลยุติธรรมเป็นหน่วยงานใหม่ที่จัดตามโครงการแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรม โดยสืบทอดสิทธิ หน้าที่ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการศาลยุติธรรมที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงยุติธรรมเดิม ลักษณะอำนาจหน้าที่ของสำนักงานศาลยุติธรรมจะคล้ายคลึงกับสำนักงานบริหารฝ่ายตุลาการของสหรัฐอเมริกา และสำนักเลขาธิการศาลสูงสุดของญี่ปุ่น ซึ่งโครงสร้างสำนักงานศาลยุติธรรมจะมีองค์กรที่สำคัญ 2 องค์กร ได้แก่

ก. เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม มาจากการแต่งตั้งโดยประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของ ก.ต.¹⁶ โดยจะต้องเป็นบุคคลซึ่งโอนมาจากข้าราชการตุลาการหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการ¹⁷ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 2 ปี เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นตำแหน่งบริหารสูงสุดของสำนักงาน โดยมีสถานะเป็นข้าราชการฝ่ายศาลยุติธรรม รับผิดชอบในงานของสำนักงานศาล

¹³ ข้อ 15 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ วิธีการแต่งตั้งและวิธีการดำเนินงานของคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554

¹⁴ ข้อ 16 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ วิธีการแต่งตั้งและวิธีการดำเนินงานของคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554

¹⁵ ข้อ 26 – 27 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ วิธีการแต่งตั้งและวิธีการดำเนินงานของคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554

¹⁶ วิธีการเลือกได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 222 วรรคสอง และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 22(1)

¹⁷ มาตรา 23 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

ยุติธรรม โดยรับผิดชอบโดยตรงต่อประธานศาลฎีกาและมีสถานะเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการในสำนักงานศาลยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการศาลยุติธรรมทั้งหมด และซึ่งประธานศาลฎีกาสามารถสั่งให้เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมพ้นจากตำแหน่งได้โดยความเห็นชอบของ ก.ต.

ข. คณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม (ก.ศ.) มีอำนาจออกระเบียบหรือประกาศเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลในส่วนของข้าราชการศาลยุติธรรมที่ไม่ใช่ผู้พิพากษา และการอื่นของสำนักงานศาลยุติธรรม¹⁸ เช่น ระเบียบว่าด้วยการแต่งตั้ง การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการศาลยุติธรรม เป็นต้น โดยระเบียบหรือประกาศดังกล่าว ให้ประธานกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรมเป็นผู้ลงนาม และเมื่อได้รับความเห็นชอบจาก ก.บ.ศ. และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

คณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม(ก.ศ.) ประกอบไปด้วย¹⁹

-กรรมการโดยตำแหน่งจำนวน 4 คน อันได้แก่ รองประธานศาลฎีกาซึ่งมีอาวุโสสูงสุดเป็นประธาน ประธานศาลอุทธรณ์ เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน(ก.พ.) และเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม

-ข้าราชการตุลาการจำนวน 3 คน มาจากการแต่งตั้งของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมชั้นศาลละหนึ่งคน

-ข้าราชการศาลยุติธรรมที่ดำรงตำแหน่งระดับ 8 ขึ้นไป จำนวน 5 คน มาจากการเลือกตั้งของข้าราชการศาลยุติธรรมที่ดำรงตำแหน่งระดับ 6 ขึ้นไป และ

-กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 3 คน โดยจะต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิด้านการพัฒนาองค์กร ด้านการบริหารงานบุคคล หรือด้านการบริหารและการจัดการ และไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการศาลยุติธรรม โดยมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ ก.บ.ศ. กำหนดซึ่งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจะมาจากการคัดเลือกโดยกรรมการอื่นๆ

(5) ผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบราชการศาล

ผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบราชการศาลเป็นผู้รับผิดชอบดูแลการบริหารงานภายในศาลแต่ละแห่งที่มีอยู่ทั่วประเทศที่จะมีการบริหารงานภายในเพื่อประกอบภารกิจของศาลประจำวัน โดยผู้รับผิดชอบราชการศาลคือผู้พิพากษาในตำแหน่งประธานศาล อธิบดีผู้พิพากษา ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล ในกรณีที่ศาลได้มีการจัดตั้งแผนกคดี หรือจัดตั้งหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่น ผู้

¹⁸ มาตรา 21 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

¹⁹ มาตรา 18 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

พิพากษาหัวหน้าแผนก หรือผู้พิพากษาหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นก็จะทำหน้าที่ดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ ในแต่ละศาลยังมีผู้รับผิดชอบราชการศาลในตำแหน่งรอง ซึ่งโดยปกติจะมีศาลละ 1 ตำแหน่ง เว้นแต่บางศาลที่กฎหมายกำหนด เช่น ศาลฎีกา และศาลชั้นต้น อาจมีตำแหน่งรองมากกว่า 1 ตำแหน่ง แต่อย่างไรก็ดี ตำแหน่งดังกล่าวนี้จะทำหน้าที่ช่วยเหลือผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบราชการศาลตามแต่กรณีที่ได้รับมอบหมายเท่านั้น ไม่ได้มีลักษณะเป็นองค์กรถ่วงดุลการบริหารจัดการภายในศาล

ผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบราชการศาลมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลให้การพิจารณาพิพากษาคดีภายในความรับผิดชอบของตนเป็นไปโดยสะดวก เรียบร้อย ทั้งนี้พิจารณาคดีเอง ตรวจสำนวน สั่งคำร้องคำขอตามกฎหมาย ควบคุมการใช้ระเบียบวิธีการให้เป็นไปโดยถูกต้อง เกี่ยวกับวางระบบและดำเนินการส่วนธุรการของศาล และทำรายงานการคดีและกิจกรรมของศาล²⁰

4.1.1.2 การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลปกครอง

องค์กรบริหารระบบศาลปกครอง ประกอบไปด้วย (1) ประธานศาลปกครองสูงสุด (2) คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (3) ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (4) สำนักงานศาลปกครอง และ (5) ผู้บริหารศาลปกครองแต่ละแห่ง

(1) ประธานศาลปกครองสูงสุด

ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประมุขของระบบศาลปกครองมาจากการคัดเลือกของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา ในการคัดเลือกของ ก.ศป. นั้น เป็นไปตามระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544 จะต้องเลือกจากผู้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุดมาแล้ว 2 ปีและเป็นผู้มีความรู้ความสามารถและมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่ง²¹ ซึ่งตำแหน่งรองประธานดังกล่าวจะต้องดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุดมาแล้ว 2 ปี²² ส่วนตุลาการหัวหน้าคณะจะต้องดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด 3 ปีเช่นกัน²³ กล่าวโดยรวมคือผู้ที่ได้รับคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งนี้ จะต้องดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดรวมมาแล้วอย่างน้อย 7 ปี

²⁰ มาตรา 11 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

²¹ ข้อ 8 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544

²² ข้อ 7 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544

²³ ข้อ 6 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544

เมื่อ ก.ศป. คัดเลือกได้แล้วก็จะเสนอชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับการเสนอชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง²⁴

ประธานศาลปกครองสูงสุดต้องรับผิดชอบให้งานของศาลปกครองเป็นไปโดยเรียบร้อยตามระเบียบที่ ก.ศป. กำหนดโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด โดยมีรองประธานศาลปกครองสูงสุดช่วยปฏิบัติหน้าที่ตามที่ประธานศาลปกครองสูงสุดมอบหมาย

(2) คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง(ก.ศป.)

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกอบไปด้วยกรรมการทั้งหมด 13 คน²⁵ แบ่งเป็น 3 ประเภทเหมือนกับ ก.ต. อันได้แก่

ก. กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ ประธานศาลปกครองสูงสุด

ข. กรรมการที่เป็นตัวแทนตุลาการ จำนวน 9 คนมีวาระการดำรงตำแหน่ง 2 ปี โดยเป็นตัวแทนจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด มีจำนวน 6 คน โดยตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้เลือกกันเอง และตัวแทนจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้น จำนวน 3 คน โดยตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้เลือกกันเอง

ค. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 3 คนซึ่งเรียกว่า “กรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิที่เลือกมาจากวุฒิสภาและคณะรัฐมนตรี” มีวาระการดำรงตำแหน่ง 2 ปี โดยแบ่งเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการเลือกของวุฒิสภามีจำนวน 2 คน ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้วุฒิสภาดั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาเสนอรายชื่อบุคคลที่เห็นสมควรจำนวนหกคนต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาคัดเลือก²⁶ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการเลือกของคณะรัฐมนตรีมีจำนวน 1 คน โดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอชื่อบุคคลที่เห็นสมควรจะได้รับเลือกต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ²⁷

ในการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง จะมีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองทำหน้าที่เป็นเลขานุการของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง(ก.ศป.)

²⁴ มาตรา 15(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁵ มาตรา 35 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁶ มาตรา 37 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁷ มาตรา 38 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(3) ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุด ประกอบไปด้วยตุลาการศาลปกครองสูงสุดทุกคนซึ่งในระบบฝ่ายตุลาการต่างประเทศ ที่ประชุมใหญ่ผู้พิพากษาเป็นรูปแบบของการจัดองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีความสำคัญ แต่ในระบบกฎหมายไทยได้ดัดแปลงให้ที่ประชุมใหญ่นั้นมีอำนาจหน้าที่ที่มากกว่าการพิจารณาพิพากษาคดี อันได้แก่การที่กฎหมายกำหนดให้กับที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในตราหรือให้ความเห็นชอบกับระเบียบบางประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง²⁸ ระเบียบว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงตุลาการศาลปกครองในองค์คณะหนึ่งองค์คณะใดเนื่องจากตุลาการศาลปกครองผู้ใดพ้นจากตำแหน่ง ถูกพักราชการ ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น เจ็บป่วย หรือมีเหตุจำเป็นอื่นทำให้ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้²⁹ ระเบียบเกี่ยวกับการจ่ายสำนวน³⁰ การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง หรือ การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง³¹ เป็นต้น และระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานของศาลปกครอง³² เช่น ระเบียบวิธีการคัดเลือกประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด³³ ระเบียบเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่แทนในกรณีที่ตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นว่างลง หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้³⁴ หรือระเบียบวิธีการสอบสวนและสิทธิของผู้ถูก

²⁸ มาตรา 44 และ 66 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁹ มาตรา 24 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁰ มาตรา 58 วรรคห้าและวรรคหก พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³¹ มาตรา 63 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³² มาตรา 81 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³³ มาตรา 15 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁴ มาตรา 28 วรรคสาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กล่าวหาและบุคคลที่เกี่ยวข้อง³⁵ หรือระเบียบการเลือกกรรมการในคณะกรรมการข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง เป็นต้น

การให้อำนาจหน้าที่เช่นนี้แก่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดย่อมหมายความว่าตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอื่นนอกเหนือจากการให้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีบนบัลลังก์ด้วย

(4) สำนักงานศาลปกครอง

ในศาลปกครองนั้นมีสำนักงานศาลปกครองทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการให้กับศาลปกครองโดยมีสถานะเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีฐานะเป็นนิติบุคคล³⁶ ซึ่งตามกฎหมายแล้วมีอำนาจหน้าที่ที่อาจแบ่งได้เป็น 3 ด้าน ได้แก่ ด้านแรกคืองานด้านหน่วยธุรการให้กับศาลปกครองในการดำเนินคดีปกครองต่างๆ รับผิดชอบในงานธุรการของศาลปกครอง ดำเนินการเกี่ยวกับคดีปกครองตามคำสั่งของศาลปกครอง และดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำบังคับของศาลปกครอง ด้านที่สองคืองานด้านวิชาการ อันได้แก่ การศึกษาและรวบรวมข้อมูลเพื่อประโยชน์แก่การปฏิบัติงานของศาลปกครอง การวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองเพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงวิธีปฏิบัติราชการต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงการจัดให้มีการศึกษาอบรมและพัฒนาความรู้ของตุลาการศาลปกครอง ข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง และเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนประสานงานกับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน การบริหารราชการแผ่นดิน และบุคลากรตามกฎหมายมหาชนงานด้านการประชาสัมพันธ์ อันได้แก่ การจัดพิมพ์และเผยแพร่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง และด้านสุดท้ายคืองานด้านงบประมาณเป็นงานที่สำคัญที่สุด โดยสำนักงานศาลปกครองจะเป็นผู้จัดทำข้อเสนอของงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรืองบประมาณรายจ่ายอื่น ต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีอาจทำความเข้าใจเกี่ยวกับคำของบประมาณดังกล่าวได้แต่จะไม่มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงคำของบประมาณนั้น และจากนั้นคำของบประมาณดังกล่าวจะถูกรวบรวมกับร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐบาลเพื่อนำเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาต่อไป³⁷

องค์กรที่บริหารสำนักงานศาลปกครองมี 2 องค์กรที่สำคัญ ได้แก่

³⁵ มาตรา 24 วรรคห้า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁶ มาตรา 76 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁷ มาตรา 77 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ก. เลขานุการสำนักงานศาลปกครอง เป็นตำแหน่งที่มาจากคัดเลือกของประธานศาลปกครองสูงสุดตามความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง บุคคลที่จะต้องได้รับคัดเลือกจะต้องมีตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครองหรืออดีตุลาการศาลปกครอง³⁸ โดยเมื่อ ก.ศป.ให้ความเห็นชอบด้วยแล้วก็ต้องดำเนินการนำรายชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายให้พระมหากษัตริย์เพื่อทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโดยมีนายกรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ อันเป็นการแต่งตั้งในทางแบบพิธี

เลขานุการสำนักงานศาลปกครองมีอำนาจในการบริหารกิจการของสำนักงานศาลปกครอง ตามกฎหมาย ระเบียบกฎเกณฑ์ที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการข้าราชการฝ่ายศาลปกครองกำหนด และมีอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการและลูกจ้างของสำนักงานศาลปกครองทั้งหมดนอกจากนี้ เลขานุการสำนักงานศาลปกครองยังมีบทบาทสำคัญในการเป็นตัวกลางระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายการเมือง อันได้แก่ คณะรัฐมนตรีและรัฐสภา ในกรณีที่ฝ่ายการเมืองจะต้องพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวกับศาลปกครอง เลขานุการอาจร้องขอเข้าไปชี้แจงในที่ประชุมของคณะรัฐมนตรีหรือที่ประชุมของรัฐสภาก็ได้³⁹ เช่น ในเรื่องงบประมาณ และการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด เป็นต้น

ข. คณะกรรมการข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง ประกอบไปด้วย

- ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธาน
 - รองประธานศาลปกครองสูงสุดคนหนึ่ง
 - อธิบดีศาลปกครองกลาง
 - เลขานุการสำนักงานศาลปกครอง
 - ข้าราชการฝ่ายศาลปกครองในระดับไม่ต่ำกว่าตำแหน่งที่ ก.ศป. กำหนด
- จำนวนสามคนซึ่งได้รับเลือกจากข้าราชการฝ่ายศาลปกครองด้วยกันตามวิธีการที่ ก.ศป. ประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด กรรมการที่มาจากการเลือกนี้มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี สามารถได้รับการเลือกใหม่ได้แต่ห้ามดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกิน 2 วาระ
- เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกา และ
 - เลขานุการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเป็นกรรมการ⁴⁰

³⁸ มาตรา 87(1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁹ มาตรา 42 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁴⁰ มาตรา 81 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายศาลปกครองเป็นเลขานุการ และผู้ช่วยเลขานุการ⁴¹

คณะกรรมการฝ่ายข้าราชการศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการตราระเบียบหรือประกาศที่เกี่ยวกับการบริหารสำนักงานศาลปกครอง อันได้แก่ การแบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานศาลปกครอง ระเบียบหรือประกาศที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลและสวัสดิการต่างๆ ของบุคลากรของสำนักงานศาลปกครอง หรือระเบียบเกี่ยวกับการงบประมาณและการพัสดุ เป็นต้น

(5) ผู้บริหารศาลปกครองแต่ละแห่ง

ในการบริหารศาลปกครองแต่ละแห่งจะมีผู้บริหารเหมือนกับผู้รับผิดชอบราชการศาลในระบบศาลยุติธรรม สำหรับศาลปกครองชั้นต้นจะมีอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นรับผิดชอบบริหารงานภายในศาลปกครองชั้นต้นแต่ละแห่ง ส่วนศาลปกครองสูงสุดจะมีประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้บริหารในศาล

4.1.1.3 การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลทหาร

การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลทหารจะแตกต่างไปจากการจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง เนื่องจากโครงสร้างการบริหารระบบศาลทหารยังคงใช้การจัดโครงสร้างแบบยุโรปที่ให้การบริหารงานดังกล่าวอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารอยู่ ไม่ได้เปลี่ยนไปเป็นโครงสร้างแบบอเมริกันที่ให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบการบริหารงานศาลเหมือนกับอีกสองระบบศาล ดังนั้น องค์กรที่ทำหน้าที่บริหารระบบศาลทหารที่สำคัญอาจแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ (1) องค์กรบริหารระบบศาลทหาร และ (2) คณะกรรมการตุลาการทหาร (กตท.)

(1) องค์กรบริหารระบบศาลทหาร

ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 กำหนดศาลทหารอยู่ในสังกัดกระทรวงกลาโหม โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้รับผิดชอบในงานธุรการของศาลทหารให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อย แต่การพิจารณาคดีตลอดถึงการที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาบังคับคดีนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาลทหารโดยเฉพาะ⁴² โดยส่วนงานของกระทรวงกลาโหมที่รับผิดชอบการบริหารระบบศาลทหารคือกรมพระธรรมนูญซึ่งเป็นส่วนราชการในสังกัดของสำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม ในกรมพระธรรมนูญมีส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางทหาร อันได้แก่ สำนักตุลาการทหาร สำนักงานอัยการทหาร และสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย

⁴¹ มาตรา 81 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁴² มาตรา 5 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2448

สำนักตุลาการทหาร ทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการให้กับระบบศาลทหารคล้ายกับสำนักงานศาลยุติธรรมและสำนักงานศาลปกครอง โดยมีอำนาจหน้าที่ส่งเสริมสนับสนุนตุลาการ ตุลาการพระธรรมนูญ และเจ้าหน้าที่ธุรการศาลทหารทางวิชาการในการปฏิบัติหน้าที่ จัดตุลาการ ตุลาการพระธรรมนูญและเจ้าหน้าที่ธุรการศาลทหารปฏิบัติหน้าที่ในศาลทหาร ศาลอาญาศึกษา ปฏิบัติงานธุรการ คณะกรรมการตุลาการทหาร มีหัวหน้าสำนักตุลาการทหารเป็นผู้รับบัญชารับผิดชอบ สำนักอัยการทหาร และสำนักงานสงเคราะห์ทางกฎหมาย⁴³ นอกจากนี้สำนักตุลาการทหารยังมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติงานของจำศาลทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาคด้วย

สำหรับการบริหารศาลทหารแต่ละแห่งจะมีหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของศาลทหารเฉพาะซึ่งแยกออกเป็นศาลทหาร โดยศาลทหารที่ตั้งอยู่ในส่วนกลางอันประกอบไปด้วยศาลทหารกรุงเทพ ศาลทหารกลาง และศาลทหารสูงสุด หน่วยงานที่รับผิดชอบคือกรมพระธรรมนูญสังกัดสำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม โดยมีจำศาลทหารกรุงเทพ จำศาลทหารกลาง และจำศาลทหารสูงสุดซึ่งเป็นข้าราชการสังกัดกระทรวงกลาโหม เป็นเจ้าหน้าที่รับผิดชอบงานธุรการของศาลทหารโดยตรง

ส่วนศาลทหารในส่วนภูมิภาค กล่าวคือ ศาลจังหวัดทหารและศาลมณฑลทหาร จะมีจำศาลทหารซึ่งเป็นข้าราชการสังกัดจังหวัดทหารบกหรือมณฑลทหารบกนั้นเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรง นอกจากนี้ ในศาลทหารในส่วนภูมิภาคที่ไม่มีการแต่งตั้งตุลาการพระธรรมนูญประจำศาลเหล่านั้น แต่จะใช้วิธีการส่งตุลาการพระธรรมนูญจากศาลทหารในส่วนกลางซึ่งเป็นตุลาการพระธรรมนูญประจำสำนักตุลาการทหารไปนั่งพิจารณาคดีที่ศาลทหารในส่วนภูมิภาคตามวงรอบ ลงรอบละ 6 เดือนหมุนเวียนกันไป⁴⁴ โดยมีตุลาการพระธรรมนูญประจำสำนักตุลาการทหาร(อัตราพลตรี) ดูแลรับผิดชอบให้คำแนะนำและเป็นพี่ปรึกษา ส่วนศาลทหารกรุงเทพ ศาลทหารกลาง และศาลทหารสูงสุดมีตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลนั้น ดูแลรับผิดชอบ

(2) คณะกรรมการตุลาการทหาร(กตท.)

ในการบริหารระบบศาลทหารมีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลตุลาการศาลทหารโดยเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการทหาร” (กตท.) จำนวน 12 คน ประกอบไปด้วย⁴⁵

⁴³ สายันต์ ชุนขจี, “ระบบศาลทหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.42-43.

⁴⁴ สายันต์ อรรถเกษม, “ศาลทหาร,” วารสารพระธรรมนูญ ฉบับพิเศษ, น.47.

⁴⁵ ข้อ 6 ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการทหาร พ.ศ. 2528

- ปลัดกระทรวงกลาโหม เป็นประธานกรรมการ
- เจ้ากรมพระธรรมนูญ เป็นรองประธานกรรมการ
- หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร เป็นรองประธานกรรมการ
- รองเจ้ากรมพระธรรมนูญ เป็นกรรมการ
- ผู้ช่วยเจ้ากรมพระธรรมนูญ เป็นกรรมการ
- ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลทหารกลาง เป็นกรรมการ
- ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าศาลทหารกรุงเทพ เป็นกรรมการ
- ตุลาการพระธรรมนูญหัวหน้าคณะฝ่ายศาลทหารสูงสุด
- ตุลาการพระธรรมนูญประจำสำนักตุลาการทหาร(อัตราพลตรี พลเรือตรี พลอากาศตรี) เป็นกรรมการ
- ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งประธาน กตท.แต่งตั้งจากนายทหารชั้นยศนายพล ไม่เกิน 3 คน เป็นกรรมการ

โดยมี หัวหน้าฝ่ายงานคณะกรรมการตุลาการทหารเป็นเลขานุการ กตท. มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการบรรจุ แต่งตั้ง การให้พ้นจากตำแหน่ง การเลื่อนขั้นเงินเดือนเกินกว่า 1 ขั้น การงดบำเหน็จ และการให้ออกจากราชการ เนื่องจากการกระทำผิดวินัยร้ายแรงซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการและตุลาการพระธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงการออกระเบียบที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่และมีอำนาจแต่งตั้งอนุกรรมการให้ทำการใดๆ เพื่อเสนอคณะกรรมการตุลาการทหาร⁴⁶

4.1.2 กลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไทย

ในการจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทยนั้นมีการจัดกลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไว้ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 4 กลไก ได้แก่ (4.1.2.1) การถ่วงดุลและตรวจสอบโดยรัฐสภา (4.1.2.2) การตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ (4.1.2.3) การตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ และ (4.1.2.4) การตรวจสอบการบริหารภายในฝ่ายตุลาการ

4.1.2.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบโดยรัฐสภา

ประเทศไทยในระบบรัฐสภาเป็นโครงสร้างหลักขององค์กรทางการเมือง ดังนั้นรัฐสภาจึงเป็นองค์กรที่เป็นแหล่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและเป็นองค์กรหลักที่สำคัญใน

⁴⁶ ข้อ 8 และ ข้อ 4 ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการทหาร พ.ศ. 2528

ตรวจสอบการใช้การบริหารงานขององค์กรของรัฐซึ่งรวมถึงการบริหารกิจการตุลาการด้วย โดยการถ่วงดุล และตรวจสอบโดยรัฐสภาดังกล่าวอาจแยกออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

(1) การถ่วงดุลทั่วไปโดยการตรากฎหมาย

แม้ฝ่ายตุลาการจะเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการก็ย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา การบริหารงานของฝ่ายตุลาการก็กระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาทั้งสิ้น การบริหารระบบศาลยุติธรรมใช้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2542 และพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ฉบับปี พ.ศ. 2543 ส่วนศาลปกครองอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนระบบศาลทหารอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 และแม้องค์กรบริหารกิจการตุลาการจะได้รับมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองต่างๆ เพื่อความราบรื่นในการบริหารแต่กฎหมายลำดับรองเหล่านั้นต่างก็อาศัยอำนาจจากกฎหมายของรัฐสภาทั้งสิ้น เช่น ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม หรือระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองหรือข้อบังคับกระทรวงกลาโหม เป็นต้น ดังนั้น แม้ฝ่ายตุลาการจะมีอำนาจในการบริหารงานตุลาการของตนเองก็ตาม แต่ก็ยังอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา

แต่อย่างไรก็ดี อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายดังกล่าวยังมีข้อจำกัดในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการบริหารฝ่ายตุลาการเอาไว้ เช่น กรณีขององค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการที่รัฐสภาจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีก็ไม่อาจจะกำหนดเนื้อหาให้ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญได้

(2) การตรวจสอบโดยกลไกทางรัฐสภา

ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้วโดยทั่วไปแล้ว รัฐสภามีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการบริหารงานต่างๆ ขององค์กรของรัฐ โดยมีเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับการตรวจสอบอันประกอบไปด้วยการตั้งกระทู้ถาม การมอบหมายหรือแต่งตั้งให้คณะกรรมการสอบสวน และการอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารที่รับผิดชอบการบริหารงานนั้นๆ ก่อนที่จะมีการแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรม รัฐสภาสามารถตรวจสอบการบริหารระบบศาลยุติธรรมผ่านการตรวจสอบรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม และตรวจสอบการบริหารระบบศาลทหารผ่านการตรวจสอบรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม แต่หลังจากที่มีการแยกศาลเป็นอิสระจากกระทรวงยุติธรรมแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็พ้นจากความรับผิดชอบในการบริหารงานของศาลยุติธรรม ส่วนศาลปกครองที่ก่อตั้ง

ขึ้นใหม่นั้นก็ใช้โครงสร้างการบริหารแบบเดียวกับระบบศาลยุติธรรมจึงทำให้ไม่มีรัฐมนตรีคนใดรับผิดชอบการบริหารดังกล่าวต่อรัฐสภา การตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการโดยกลไกรัฐสภาจึงคงเหลือแต่เพียงระบบศาลทหารที่ยังคงอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงกลาโหมที่รัฐสภายังคงสามารถตั้งกระทู้ถาม ให้คณะกรรมการสอบสวนและอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเกี่ยวกับการบริหารระบบศาลทหารได้ ส่วนการบริหารระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองไม่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาที่จะตรวจสอบอีกต่อไป

(3) การถ่วงดุลและตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

กลไกประการที่สามเป็นกลไกที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับฝ่ายตุลาการเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีทั้งหมด 4 ประการด้วยกัน ได้แก่

*ประการแรก อำนาจในการก่อตั้งศาลใหม่*⁴⁷ จะต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งหมายความว่ารัฐสภาจะต้องเป็นผู้เห็นชอบให้ฝ่ายตุลาการได้ก่อตั้งศาลแห่งใหม่เท่านั้น แม้ในทางตำรา มาตรานี้ได้รับการอธิบายว่าเป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการเพื่อป้องกันฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการใช้อำนาจก่อตั้งศาลพิเศษตามอำเภอใจ⁴⁸ แต่โดยผลของของมาตราดังกล่าว ทำให้ในปัจจุบันแม้ฝ่ายตุลาการจะมีอำนาจในการบริหารกิจการตุลาการของตนเองแต่ก็ไม่อาจก่อตั้งศาลใหม่ได้เองตามดุลพินิจของตนเองฝ่ายเดียวเช่นเดียวกันแต่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในการตราเป็นพระราชบัญญัติเช่นเดียวกับฝ่ายบริหาร

ประการที่สอง การงบประมาณ แม้รัฐธรรมนูญจะให้องค์กรบริหารระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองมีอิสระในการงบประมาณ⁴⁹ แต่การของงบประมาณนั้นก็ต้องอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีอันหมายถึงว่าการงบประมาณของฝ่ายตุลาการนั้นจะต้องได้รับเห็นชอบจากรัฐสภาเช่นเดียวกับงบประมาณขององค์กรของรัฐประเภทอื่นๆ แต่อย่างไรก็ดี เพื่อประกันความเป็นอิสระในการดำเนินงานระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง รัฐธรรมนูญจึง

⁴⁷ มาตรา 198 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 “บรรดาศาลทั้งหลายจะตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ..”

⁴⁸ หยุต แสงอุทัย, คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป คำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510), น.89.

⁴⁹ มาตรา 222 วรรคสาม กรณีศาลยุติธรรม และมาตรา 227 วรรคสาม กรณีศาลปกครอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

กำหนดให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการบริหารงานโดยอิสระของระบบศาลทั้งสอง หากศาลทั้งสองเห็นว่างบประมาณรายจ่ายที่ได้รับการจัดสรรให้ นั้นไม่เพียงพอก็สามารถเสนอคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการได้โดยตรง⁵⁰

ประการที่สาม การแต่งตั้งตุลาการ เฉพาะกรณีการแต่งตั้งประธานตุลาการศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุดเท่านั้นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน⁵¹

และ *ประการที่สี่ การถอดถอนผู้พิพากษาศาลปกครอง*⁵² ในกรณีที่ผู้พิพากษาศาลปกครองนั้นมีความผิดร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง แต่มาตรการดังกล่าวยังจำกัดอยู่เฉพาะ ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ไม่รวมถึงผู้พิพากษาศาลปกครองที่มีตำแหน่งในทางบริหารอื่นแต่อย่างใด

4.1.2.2 การตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ในระบบกฎหมายไทยมีการก่อตั้งองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทั้งหลายโดยยกระดับโดยให้มีสถานะเป็น “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” มีจำนวนหลายองค์กรด้วยกันที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายให้อำนาจในการเข้าไปตรวจสอบฝ่ายตุลาการ การตรวจสอบโดยองค์กรอิสระนี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับระบบการตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดินระบบแบบยุโรปอย่างมากที่ให้องค์กรที่มีความเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารเข้าตรวจสอบฝ่ายตุลาการได้ โดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการที่สำคัญ 4 องค์กร ได้แก่

(1) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ(ป.ป.ช.)

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 และยังคงอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ประกอบไปด้วยประธานกรรมการ 1 คนและกรรมการอื่นอีก 8 คน รวมเป็น 9 คนมาจากการคัดเลือกโดย

⁵⁰ มาตรา 168 วรรคแปดและวรรคเก้า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁵¹ มาตรา 15 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁵² มาตรา 270 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คณะกรรมการสรรหาโดยความเห็นของของวุฒิสภา⁵³ ซึ่งคณะกรรมการสรรหาประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 5 คน อันได้แก่ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร⁵⁴

คณะกรรมการ ป.ป.ช. ถูกก่อตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐทั้งหมด ซึ่งรวมถึงข้าราชการตุลาการด้วย⁵⁵ แต่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็ไม่ได้ตรวจสอบข้าราชการตุลาการทุกคนในทุกเรื่อง โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะทำการตรวจสอบผู้พิพากษาตุลาการใน 3 เรื่อง ได้แก่

ก. ตรวจสอบการแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สิน

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 39 กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐในตำแหน่งที่กำหนดไว้และที่ ป.ป.ช. ประกาศเพิ่มเติม จะต้องแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินกำหนดให้ ซึ่งรวมถึงข้าราชการตุลาการด้วย แต่จำกัดเฉพาะบางตำแหน่ง อันได้แก่ ประธานศาลฎีกา รองประธานศาลฎีกา ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด โดยบุคคลในตำแหน่งดังกล่าวมีหน้าที่ยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของตนเอง สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. เมื่อเข้ารับตำแหน่ง และพ้นจากตำแหน่ง และจะต้องยื่นบัญชีทุกๆ 3 ปีในระหว่างที่ดำรงตำแหน่ง โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะทำการ

⁵³ มาตรา 246 วรรคสอง ประกอบมาตรา 206 โดยอนุโลม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างไรก็ดี คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชุดปัจจุบัน(พ.ศ. 2550-ปัจจุบัน(2558) ถูกคัดเลือกและแต่งตั้งโดยคณะรัฐประหารที่เรียกชื่อตนเองว่า “คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” (คปค.) ตั้งแต่ก่อนการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยได้รับการรับรองให้ดำรงตำแหน่งต่อไปโดยผลของบทเฉพาะกาล มาตรา 299 วรรคสองและแม้จะมีการรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 อีกครั้งในปี พ.ศ. 2557 โดยคณะรัฐประหารที่เรียกตนเองว่า “คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ” (คสช.) ก็ยังคงออกประกาศให้ ป.ป.ช. ดำรงตำแหน่งต่อไป

⁵⁴ มาตรา 246 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁵⁵ สมลักษณ์ จิตกระบวนพล, “ตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558, จาก <http://m.matichon.co.th/readnews.php?newsid=1298953668&grpuid=01&catid=>

ตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริงของทรัพย์สิน หากไม่ยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือจงใจยื่นบัญชีทรัพย์สินอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงอันควรแจ้งให้ทราบ จะมีโทษพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่ครบกำหนดต้องยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินนั้น หรือวันที่ตรวจสอบว่ามี การกระทำความผิดแล้วแต่กรณี และห้ามผู้นั้นดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นระยะเวลา 5 ปีนับแต่ วันที่พ้นจากตำแหน่ง⁵⁶

มาตรการตรวจสอบทรัพย์สินดังกล่าวจะเห็นได้ว่าให้ความสำคัญกับผู้พิพากษาศาลฎีกาในศาลสูงสุดเป็นพิเศษเนื่องจากเป็นจุดสุดท้ายของสำนวนคดีที่จะได้รับการพิจารณา และคดีที่ขึ้นสู่ศาลสูงสุดนั้นเป็นคดีที่มีความสำคัญ มีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ และ ทรัพย์สินของประชาชนอย่างมาก⁵⁷ แต่ผู้พิพากษาศาลฎีกาที่ดำรงตำแหน่งสำคัญในทางบริหาร เช่น คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม หรือคณะกรรมการตุลาการศาล ปกครองกลับไม่พบว่าจะต้องยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินเพื่อให้ป.ช. ตรวจสอบแต่อย่างใดทั้งๆ ที่มี อำนาจหน้าที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลฎีกา

ข. การตรวจสอบการรั่วรัวผิดปกติของข้าราชการตุลาการ

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ให้อำนาจแก่ป.ช. ในการไต่สวนข้อเท็จจริงในกรณีที่มีข้อสงสัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐรั่วรัวผิดปกติ หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่ารั่วรัวผิดปกติ⁵⁸ ซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐนั้นหมายความว่า ข้าราชการตุลาการด้วย⁵⁹ หาก ป.ช. ไต่สวนแล้วพบว่ามีมูลก็สามารถดำเนินการได้หลายวิธีการ อันได้แก่ ประการแรก ยื่นคำร้องต่อวุฒิสภาให้ถอดถอนบุคคลนั้นออกจากตำแหน่ง⁶⁰ แต่จำกัดเฉพาะผู้พิพากษา

⁵⁶ มาตรา 41 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

⁵⁷ ภิรม ธงสันติ, “การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.102

⁵⁸ มาตรา 43(4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542

⁵⁹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542

⁶⁰ มาตรา 58 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542

ตุลาการในตำแหน่งประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลฎีกา รองประธานศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร หรือผู้พิพากษาหรือตุลาการที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ประกาศกำหนดเท่านั้น

ประการที่สอง ประธาน ป.ป.ช. จะต้องส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน และให้ส่งเรื่องไปยังประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม หรือประธานคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเพื่อให้พิจารณาดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบราชการตุลาการ หรือผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาสำหรับกรณีของตุลาการศาลทหารให้มีคำสั่งลงโทษไล่ออกหรือปลดออกโดยให้ถือว่ากระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่⁶¹

ค. การตรวจสอบกรณีกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม(มาตรา 84)

ป.ป.ช. จะทำการไต่สวนข้อเท็จจริงและหาว่าข้อกล่าวหาเป็นมูลความผิดทางวินัย ป.ป.ช. จะต้องยื่นเรื่องไปให้ประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม และประธานศาลปกครองสูงสุด กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการตุลาการศาลปกครองเพื่อให้ดำเนินการทางวินัยตามกฎหมายต่อไป แต่หากเป็นกรณีของตุลาการศาลทหารกฎหมาย ป.ป.ช. ไม่ได้กำหนดไว้เป็นพิเศษ ประธาน ป.ป.ช. จะต้องยื่นเรื่องไปให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้พิจารณาโทษทางวินัย โดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอีก ให้ถือว่ารายงานและเอกสารความเห็นของ คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมาย⁶²

ส่วนกรณีมีมูลเป็นความผิดทางอาญา จะต้องส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อให้อัยการสูงสุดพิจารณาความสมบูรณ์ของของพยานหลักฐาน แล้วจึงให้อัยการสูงสุดยื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจต่อไป

⁶¹ มาตรา 80 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542

⁶² มาตรา 92 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542

(2) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน

ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ประกอบไปด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินจำนวน 3 คน⁶³ แต่ละคนมีอำนาจหน้าที่โดยสมบูรณ์เป็นเอกเทศจากผู้ตรวจการแผ่นดินคนอื่น ผู้ตรวจการแผ่นดินมาจากการคัดเลือกของคณะกรรมการสรรหาโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา⁶⁴ โดยคณะกรรมการสรรหามีจำนวน 7 คน อันประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุดประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรและบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกจำนวน 1 คนและบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกจำนวน 1 คน⁶⁵

ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาศาลฎีกาด้วย โดยมีอำนาจในการพิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริงเรื่องการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ หรือการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ยกเว้นการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล⁶⁶

หากตรวจสอบแล้วพบว่ามิชอบบกพร่องจริง ผู้ตรวจการไม่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามผลการสอบด้วยตนเอง มีอำนาจในการทำความเข้าใจและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขส่งให้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อทราบหรือดำเนินการต่อไป⁶⁷ หรือกรณีที่เห็นว่าเป็นการกระทำตามกฎหมายแล้ว แต่กฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือความไม่เสมอภาคในกฎหมาย ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอแนะต่อหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาดำเนินการให้มีการปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว⁶⁸ และมีอำนาจในการทำรายงานเสนอต่อคณะรัฐมนตรี สภา

⁶³ มาตรา 242 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁶⁴ มาตรา 243 วรรคสอง ประกอบมาตรา 206 โดยอนุโลม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁶⁵ มาตรา 243 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁶⁶ มาตรา 35 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552

⁶⁷ มาตรา 32 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552

⁶⁸ มาตรา 32 วรรคสอง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552

ผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เป็นกรณีเร่งด่วนและเปิดเผยให้ประชาชนทราบรายงาน ในกรณีที่ผู้ตรวจการให้ข้อเสนอแนะไปแล้ว ต่อหน่วยงานราชการไม่ดำเนินการใดๆ ภายในเวลาอันสมควร⁶⁹ นอกจากนี้ผู้ตรวจการแผ่นดินยังมีอำนาจหน้าที่ในการแจ้งต่อหน่วยงานที่มีอำนาจสอบสวน กรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการทุจริตหรือประพฤติมิชอบในวงราชการ หรือมีมูลความผิดทางอาญา หรือมีมูลความผิดทางวินัย⁷⁰

(3) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ประกอบไปด้วยประธานกรรมการ 1 คนและกรรมการอื่นอีก 6 คนรวมเป็น 7 คน มาจากการคัดเลือกโดยคณะกรรมการสรรหาโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา⁷¹ โดยคณะกรรมการสรรหามีจำนวน 7 คน ประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกจำนวนหนึ่งคน และบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกจำนวน 1 คน⁷²

อำนาจหน้าที่หลักของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินคือการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินของหน่วยงานของรัฐซึ่งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 4 กำหนดให้กรมพระธรรมนูญที่รับผิดชอบงานธุรการของระบบศาลทหารและสำนักงานศาลยุติธรรมและสำนักงานศาลปกครองเป็นหน่วยรับตรวจที่อยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินด้วย

สำหรับการตรวจสอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนั้นจะตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินใน 5 ข้อใหญ่⁷³ ได้แก่

-การตรวจสอบการรับจ่าย การเก็บรักษาและการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินอื่นของหน่วยรับตรวจว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่

⁶⁹ มาตรา 33 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552

⁷⁰ มาตรา 34 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552

⁷¹ มาตรา 252 วรรคสาม ประกอบมาตรา 206 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁷² มาตรา 252 วรรคสาม ประกอบมาตรา 243 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁷³ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, กฎหมายการคลัง, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.245.

-การตรวจสอบบัญชีและรายงานการรับจ่ายเงินประจำปีงบประมาณและงบแสดงฐานะการเงินแผ่นดินประจำปีงบประมาณ

-ตรวจสอบบัญชีทุนสำรองเงินตราประจำปี

-ศึกษาและแสดงความเห็นเกี่ยวกับแผนงาน งาน โครงการที่จะมีผลกระทบต่อการจัดทำงบประมาณ

-ตรวจสอบเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากร ค่าธรรมเนียมและรายได้อื่นของหน่วยรับตรวจ

แต่อย่างไรก็ดี หากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบแล้วพบข้อบกพร่องหรือมีข้อสงสัยว่าจะมีการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายก็ไม่ใช่อำนาจบังคับด้วยตนเอง คณะกรรมการจะกระทำได้เพียงมีหนังสือแจ้งให้หน่วยงานนั้นปฏิบัติให้ถูกต้องได้ และหากข้อบกพร่องเกิดจากการไม่มีกฎหมาย คณะกรรมการอาจแจ้งให้หน่วยงานนั้นแก้ไขก็ได้ และมากที่สุดหากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเชื่อว่ามีพฤติการณ์น่าเชื่อได้ว่าเป็นการทุจริตหรือมีการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินหรือทรัพย์สินของทางราชการ คณะกรรมการอาจแจ้งต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้องต่อไปได้⁷⁴

(4) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ประกอบไปด้วยประธานกรรมการ 1 คนและกรรมการอื่นจำนวน 6 คนมาจากการคัดเลือกของคณะกรรมการสรรหาโดยความเห็นชอบของสมาชิกวุฒิสภา⁷⁵ โดยคณะกรรมการสรรหาประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 7 คน ได้แก่ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรและบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกจำนวน 1 คนและบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกจำนวน 1 คน⁷⁶

⁷⁴ มาตรา 44-47 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

⁷⁵ มาตรา 256 วรรคห้าประกอบ มาตรา 206 โดยอนุโลม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁷⁶ มาตรา 256 วรรคห้าประกอบ มาตรา 243 โดยอนุโลม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย⁷⁷ หากคณะกรรมการสอบสวนแล้วพบว่าการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ให้คณะกรรมการจัดทำรายงานผลการตรวจสอบซึ่งต้องระบุรายละเอียดข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับพฤติการณ์แห่งการละเมิดสิทธิมนุษยชน เหตุผลที่มีความเห็นดังกล่าว และมาตรการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนซึ่งต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลหรือหน่วยงานใดมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใดและด้วยวิธีการอย่างไร รวมทั้งระยะเวลาในการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว⁷⁸ หากไม่มีการดำเนินการแก้ไขให้รายงานต่อรัฐสภา

นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังให้อำนาจแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในยื่นคำร้องต่อศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎข้อหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและละเมิดสิทธิมนุษยชน⁷⁹ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเคยอาศัยช่องทางดังกล่าวยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 15/2555 วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสามที่รับรองหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งความบกพร่องทางกาย⁸⁰

4.1.2.3 การตรวจสอบโดยกระบวนการทางตุลาการ(Judicial Review)

การตรวจสอบทางตุลาการ (Judicial Review) หมายถึงการฟ้องร้องคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการฝ่ายตุลาการต่อศาลเพื่อให้ศาลใช้อำนาจตุลาการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในทางหลักวิชาการแล้วการบริหารฝ่ายตุลาการมีลักษณะเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ไม่ใช่การกระทำทางตุลาการ (Judicial Act) ดังนั้น จึงย่อมถูกตรวจสอบได้โดยตุลาการ (Judicial Review) ซึ่งระบบกฎหมายไทยยอมรับหลักการดังกล่าว โดยศาลที่มีเขตอำนาจใน

⁷⁷ มาตรา 22 พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2542

⁷⁸ มาตรา 257 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 28 พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ศ.2542

⁷⁹ มาตรา 257 (2) (3) และ (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁸⁰ คำวินิจฉัยดังกล่าวมีข้อโต้แย้งในทางวิชาการเกี่ยวกับนิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในคำวินิจฉัยที่ 15/2555, “ปัญหา นิติวิธี ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในคำวินิจฉัยที่ 15/2555,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 43, น.136-155 (มีนาคม 2557).

การตรวจสอบโดยหลักแล้วคือศาลปกครอง⁸¹ ดังนั้นหากมีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการบริหารกิจการตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทในการบริหารระบบศาลยุติธรรม ระบบศาลทหารหรือแม้กระทั่งระบบศาลปกครองเองก็ตาม ผู้เดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายก็อาจฟ้องร้องเป็นคดีพิพาทให้ศาลปกครองพิจารณาได้ เช่น คดีฟ้องร้องสำนักงานศาลปกครองหรือคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง⁸²

แต่การตรวจสอบทางตุลาการดังกล่าวนี้จำกัดเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้น ไม่รวมถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานคดีหรือในกระบวนการยุติธรรมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นๆ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยขยายความรวมไปถึง “การใช้อำนาจดำเนินการในกิจการของฝ่ายตุลาการกระทำการอันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของศาลยุติธรรมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” โดยกรณีดังกล่าวนี้ ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 207/2557 ผู้ฟ้องคดีเป็นทนายความฟ้องว่าข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรมระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2556 เป็นการใช้อำนาจปกครองในการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำการใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจดำเนินการในกิจการของฝ่ายตุลาการกระทำการอันมีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือการดำเนินการเพื่อให้การใช้อำนาจทางตุลาการของศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวพิจารณาพิพากษา

⁸¹ มาตรา 223 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 “ศาลปกครองเป็นศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของรัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง”

⁸² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2546, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.52/2546, อ.10/2546, อ.248/2552

อรรถคดีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย มิใช่เป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือข้อพิพาททางปกครอง คดีพิพาทดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง⁸³

นอกจากนี้แล้ว ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง ได้ยกเว้นเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไว้อีก 2 กรณี ได้แก่ **กรณีแรก การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร**⁸⁴ เนื่องจากตุลาการศาลทหารมีสถานะเป็นข้าราชการทหารด้วย การดำเนินการทางวินัยกับตุลาการศาลทหารจึงอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติดังกล่าวด้วย และยิ่งไปกว่านั้นศาลปกครองยังได้ตีความขยายความนอกจากการลงทัณฑ์ทางทหารโดยแท้ตามพระราชบัญญัติวินัยทหาร พ.ศ. 2476 คือการภาคทัณฑ์ ทัณฑกรรม กัก ขังและจำขังแล้ว ยังหมายรวมไปถึงการบริหารงานบุคลากรในราชการทหารด้วย ไม่ว่าจะเป็นการบรรจุเข้ารับราชการ การแต่งตั้งหรือไม่แต่งตั้ง การปรับย้ายหน้าที่ การถอดยศ⁸⁵ การพักราชการ⁸⁶ หรือการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงใหม่⁸⁷ อันเป็นการดำเนินการของผู้บังคับบัญชาทหารที่จะบริหารจัดการในราชการทหาร⁸⁸ และรวมถึงการบริหารจัดการตุลาการศาลทหารด้วย

⁸³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 207/2557 ; เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อบังคับประธานศาลฎีกาฉบับนี้ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานคดีที่อยู่ในพิจารณาของศาลโดยตรงแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมายที่จะมาทำหน้าที่ในคดีเยาวชนและครอบครัวอันมีลักษณะเป็นงานบริหารที่เป็นการใช้อำนาจปกครองเสียมากกว่า แต่ศาลปกครองกลับเห็นว่าไม่ใช่ข้อพิพาททางปกครอง ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ การใช้อำนาจที่เกี่ยวกับการออกกฎทั้งในเรื่องการบริหารงานภายในของระบบศาลยุติธรรม และกฎที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดี ย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองด้วยเช่นกัน

⁸⁴ มาตรา 9 วรรคสอง(1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 687/2546

⁸⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 223/2547

⁸⁷ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 85/2544 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545), น. 149-150.

⁸⁸ เสนีย์ พรหมวิวัฒน์, พันตรี, “โครงสร้างองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลทหาร,” (วิทยานิพนธ์ดุสิตวิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), น.153-154.

กรณีที่สอง คือ การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามระเบียบ

ข้าราชการฝ่ายตุลาการ เช่น การคัดเลือกผู้พิพากษา⁸⁹ การโยกย้าย การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง และการลงโทษทางวินัย⁹⁰ เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้เพื่อความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา แต่การกระทำทางปกครองอื่นที่ทำโดยศาลยุติธรรมหรือสำนักงานศาลยุติธรรม หรือองค์กรบริหารศาลยุติธรรมอื่นๆ อาจอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองได้ ยิ่งไปกว่านั้น แม้ตัวบทกฎหมายจะกำหนดไว้แต่เพียงการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการเท่านั้น แต่ศาลปกครองยังได้ขยายความรวมถึงกรณีที่ประธานศาลฎีกาใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่เป็นขั้นตอนก่อนที่จะเสนอเรื่องให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณาที่อยู่ในขอบเขตของข้อยกเว้นด้วย⁹¹

แต่อย่างไรก็ดี ทั้งสองกรณีนี้แม้กฎหมายจะยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ยังอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมอันเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป เช่น กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7696/2548 คดีที่โจทก์ฟ้องกรรมการตุลาการทั้ง 15 คนเป็นจำเลยที่ใช้อำนาจร่วมกันในฐานะคณะกรรมการตุลาการไม่ให้โจทก์เข้าร่วมการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาซึ่งศาลยุติธรรมรับคดีไว้พิจารณาจนมีคำพิพากษาถึงที่สุดในชั้นศาลฎีกา

⁸⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2554 ผู้ฟ้องคดีฟ้องคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมเรื่องการตัดสินใจในการเข้ารับการสอบคัดเลือกให้เป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา โดยศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁹⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 116/2544 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมละเลยต่อหน้าที่และปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าในการดำเนินการสอบสวนเจ้าหน้าที่และผู้พิพากษาซึ่งประพฤติมิชอบในการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ศาลปกครองวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁹¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 188/2557 ผู้ฟ้องคดีฟ้องประธานศาลฎีกาว่าออกคำสั่งยุติเรื่องร้องเรียนของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ออกคำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิดทางวินัยแก่ผู้พิพากษาที่ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวหาว่ากระทำการผิดวินัย ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “คดีพิพาทเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยกับผู้พิพากษาทั้งสองนายของผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะประธานกรรมการตุลาการอันจะนำไปสู่หรือไม่ไปสู่การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการต่อไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ จึงไม่อยู่เขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษา

4.1.2.4 การตรวจสอบการบริหารภายในฝ่ายตุลาการ

โดยปกติแล้ว ในการจัดโครงสร้างการบริหารงานไม่ว่าในหน่วยงานใดก็ตาม ย่อมจะต้องมีการสร้างกลไกการควบคุมการบริหารงานอยู่แล้ว อย่างน้อยที่สุดก็การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา แต่อย่างไรก็ดี ในการจัดโครงสร้างการบริหารของระบบศาลยุติธรรมได้กำหนดกลไกพิเศษสำหรับควบคุมการบริหารงานภายในไว้โดยเฉพาะ 4 กลไกใหญ่ๆ ได้แก่

กลไกแรก ระบบการถอดถอนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ตามมาตรา 42 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 กำหนดการ “เอาผิด” โดยการถอดถอนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมไว้ แต่จำกัดเฉพาะกรรมการตุลาการที่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิเท่านั้น ไม่รวมถึงประธานศาลฎีกาซึ่งเป็นประธานกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมโดยตำแหน่ง กระบวนการถอดถอนกรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวเป็นการสร้างความรับผิดชอบของกรรมการตุลาการต่อข้าราชการตุลาการด้วยกันเอง อันเป็นส่วนหนึ่งของระบบผู้พิพากษาปกครองผู้พิพากษากันเอง

ข้อหาที่จะถูกถอดถอนมี 4 ข้อหาด้วยกัน ได้แก่ มีพฤติการณ์ไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการตุลาการศาลยุติธรรม มีพฤติการณ์ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ มีพฤติการณ์ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ข้อบังคับ คุณธรรมและจริยธรรม และกระทำการอันมีมูลเป็นความผิดทางวินัย ถูกกล่าวหาหรือเป็นที่สงสัยว่ากระทำความผิดทางวินัย

กระบวนการถอดถอนถูกบัญญัติไว้ในระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการเข้าชื่อและการลงมติเพื่อถอดถอนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ พ.ศ. 2544 ซึ่งจะเริ่มต้นโดยข้าราชการตุลาการไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนข้าราชการตุลาการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เว้นแต่ผู้ช่วยผู้พิพากษาเข้าชื่อกันร้องขอให้ถอดถอนกรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิโดยยื่นคำร้องที่ประกอบด้วยรายละเอียดของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่ากรรมการตุลาการที่ประสงค์จะให้ถอดถอนนั้นมีการปฏิบัติหน้าที่หรือมีความประพฤติเสื่อมเสียตามที่กฎหมายกำหนดจนเป็นเหตุที่ไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไปต่อเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งเมื่อตรวจสอบความถูกต้องแล้ว เลขาธิการก็จะเริ่มกระบวนการถอดถอนโดยให้กรรมการที่ถูกยื่นถอดถอนนั้นได้ทำคำชี้แจงข้อเท็จจริงเพื่อแก้ข้อกล่าวหาเสียก่อน จากนั้นข้าราชการตุลาการจะทำการลงมติผ่านบัตรลงคะแนนที่สำนักงานจะได้จัดส่งไปให้ตามศาลต่างๆ

มติที่ให้ถอดถอนให้ถือเอาคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของข้าราชการตุลาการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในวันนับคะแนนเสร็จสิ้นเว้นแต่ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา และให้ถือว่านับคะแนนเสร็จสิ้นเป็นวันที่มีมติให้ถอดถอนและพ้นจากตำแหน่ง โดยมติดังกล่าวให้เป็นที่สุดและจะยื่นคำ

ร้องขอถอดถอนด้วยเหตุเดียวกันอีกไม่ได้ เมื่อได้มติแล้วเลขาธิการฯ จะรายงานผลให้ประธานศาลฎีกาเพื่อประกาศผลการถอดถอนต่อไป

กลไกที่สอง การเพิกถอนการบริหารโดยคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม
ตามมาตรา 17 (1) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมในการยับยั้งการบริหารราชการของศาลยุติธรรมหรือสำนักงานศาลยุติธรรมที่ไม่เป็นไปตามระเบียบ ประกาศหรือมติของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม โดยกระบวนการดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในข้อ 13 – 15 ของระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการประชุมคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม พ.ศ. 2544 โดยให้อำนาจแก่กรรมการคนหนึ่งทำเป็นหนังสือยื่นต่อประธานกรรมการโดยมีกรรมการอื่นลงลายมือชื่อรับรองไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของกรรมการทั้งหมด ซึ่งประธานจะต้องบรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็นการด่วน และแจ้งให้ผู้บริหารหน่วยงานที่รับผิดชอบการบริหารราชการดังกล่าวทราบเพื่อเข้าชี้แจงและตอบข้อซักถามในที่ประชุม ซึ่งในระหว่างการพิจารณา คณะกรรมการบริหารอาจลงมติให้ระงับการบริหารราชการหรือการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวเนื่องเป็นการชั่วคราวก่อนก็ได้

มติที่จะให้ยับยั้งการบริหารราชการจะต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มี ซึ่งประธานอาจเสนอให้ที่ประชุมพิจารณาทบทวนมติดังกล่าวได้ในการประชุมครั้งถัดไป โดยในการทบทวนมติดังกล่าวนั้น หากคณะกรรมการบริหารฯ มียืนยันมติด้วยคะแนนเสียงไม่ถึงสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ มติดังกล่าวยังคงเป็นอันเพิกถอนไป

กลไกที่สาม การถอนถอนอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาล
ตามข้อ 12 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ วิธีการแต่งตั้งและวิธีการดำเนินงานของคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554 อนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลอาจถูกถอดถอน ออกจากตำแหน่งได้โดยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมมีโดยเหตุที่อาจถอดถอนได้มี 4 ข้อหา ได้แก่ มีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่อนุกรรมการ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ข้อบังคับ คุณธรรม และจริยธรรม หรือกระทำการอันมีมูลเป็นความผิดทางวินัยถูกต้อง⁹² และ

กลไกสุดท้าย การร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการตุลาการ ข้าราชการตุลาการผู้ใดถูกสั่งให้ออกจากราชการ หรือได้รับความเสียหายจากมติประการอื่นใดของคณะกรรมการตุลาการมี

⁹² ข้อ 12 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ วิธีการแต่งตั้งและวิธีการดำเนินงานของคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554

สิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการตุลาการภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ได้รับความเสียหายหรือได้รับทราบมติของคณะกรรมการตุลาการ โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการดังกล่าวมีผลเป็นที่สุด⁹³

4.2 การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารที่จัดโครงสร้างแบบยุโรป

การจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรปเป็นรูปแบบพื้นฐานของการจัดองค์กรของรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยมีลักษณะที่สำคัญอยู่ 3 ประการ ประการแรก คือการที่ให้อำนาจการบริหารฝ่ายตุลาการเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคือกระทรวงยุติธรรม เว้นแต่ในบางรัฐอาจมอบหมายให้กระทรวงอื่นหรือหน่วยงานฝ่ายบริหารอื่นรับผิดชอบแทน แต่ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของรัฐสภา จนทำให้มีการเรียกการจัดรูปแบบนี้ว่า “ระบบความรับผิดชอบของรัฐมนตรี” (Ministerial Responsibility) ประการที่สอง ฝ่ายตุลาการจะมีส่วนร่วมในการบริหารฝ่ายตุลาการในรูปแบบต่างๆ โดยระดับการมีส่วนร่วม และกิจการที่มีส่วนร่วมของฝ่ายตุลาการจะแตกต่างกันไป และประการที่สาม ระบบการควบคุมตรวจสอบการบริหารแบบยุโรปจะเคร่งครัดเข้มข้นกว่าเมื่อเทียบกับระบบแบบอเมริกัน โดยแยกศึกษาออกเป็น (4.2.1) การจัดโครงสร้างองค์กรบริหารแบบยุโรป และ (4.2.2) กลไกการควบคุมการบริหารแบบยุโรป

4.2.1 การจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรป

การจัดโครงสร้างแบบยุโรปสามารถแยกเป็นประเภทย่อยๆ ได้อีก 3 ระบบ⁹⁴ ตามระดับการมีส่วนร่วมในการบริหารของฝ่ายตุลาการ ดังนี้ (1) ระบบรวมอำนาจแบบเยอรมนี (Unitary Model) (2) ระบบแบ่งอำนาจแบบฝรั่งเศส (Decentralized) และ (3) ระบบกระจายอำนาจแบบอังกฤษ (Autonomy-Oriented)

⁹³ มาตรา 84 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁹⁴ Laurent Berthier and Hélène Pauliat, “Administration and Management of Judicial Systems in Europe,” European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), p.10, Retrieved on July 27, 2015, from http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes10Admin_en.pdf.

4.2.1.1 ระบบรวมอำนาจแบบเยอรมนี (Unitary Model)

การจัดโครงสร้างแบบรวมอำนาจของเยอรมนีนั้นมีจุดเด่นที่อำนาจในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย โดยฝ่ายตุลาการจะเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารในฐานะขององค์กรให้คำปรึกษาแต่จะไม่มีอำนาจอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบใดๆ นอกจากเยอรมนีแล้ว ประเทศที่ใช้ระบบนี้ อย่างชัดเจนคือออสเตรีย (Austria) และสาธารณรัฐเช็ก (Czech Republic)⁹⁵ การจัดโครงสร้างรูปแบบรวมอำนาจนี้จะให้ความน้ำหนักกับหลักความพร้อมรับผิดทางประชาธิปไตย⁹⁶ แต่ก็ไม่ได้ถึงขนาดทำให้เสียความเป็นอิสระของผู้พิพากษา การจัดองค์กรฝ่ายตุลาการในรูปแบบนี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน

(1) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของเยอรมัน ฝ่ายตุลาการจะมีอำนาจหน้าที่เฉพาะในเรื่องการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนเรื่องอื่นๆ แม้จะอาจจะเกี่ยวพันใกล้ชิดกับสถานะของผู้พิพากษาหรือฝ่ายตุลาการ เช่น การงบประมาณของศาล หรือกระทำการใช้อำนาจที่กระทำต่อสถานะของผู้พิพากษาก็ตาม เยอรมันก็มองว่าไม่ใช่เรื่องที่เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีโดยสภาพดังนั้นเรื่องเหล่านี้จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการแต่เป็นเรื่องของการบริหารซึ่งไม่จำเป็นจะต้องใช้อำนาจวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการ⁹⁷ ดังนั้น ในโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการของเยอรมนี อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการบริหารกิจการตุลาการจึงเป็นอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารโดยรับผิดชอบต่อรัฐสภาและประชาชน ทั้งในระดับมลรัฐและสหพันธ์

การจัดโครงสร้างระบบศาลเยอรมันใช้ระบบศาลคู่ที่มีการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลออกเป็นหลายเขตอำนาจดังนั้นหน่วยงานฝ่ายบริหารที่รับผิดชอบการบริหารศาลจึงได้ถูกแบ่งออกให้หลายกระทรวงรับผิดชอบ ในระดับสหพันธ์ กระทรวงยุติธรรมสหพันธ์รับผิดชอบดูแลศาลยุติธรรมสหพันธ์ ศาลปกครองสหพันธ์และศาลภาษีสหพันธ์ ส่วนศาลแรงงานสหพันธ์กับศาลสังคมสหพันธ์อยู่ภายใต้การดูแลของกระทรวงแรงงานสหพันธ์ ส่วนศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในความดูแลโดยตรงของรัฐสภาสหพันธ์ (Bundestag) ส่วนในระดับมลรัฐ กฎหมายพื้นฐาน(Grundgesetz) ซึ่งมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญของเยอรมนี ให้อำนาจแก่มลรัฐแต่ละแห่งตรากฎหมายกำหนดโครงสร้างการบริหารเองได้ตามความเหมาะสม

⁹⁵ Anja serbert-Forch, “Judicial Independence in Germany,” in Judicial Independence in Transition, ed. Anja serbert-Forch (Heidelberg: Springer, 2012), p.454.

⁹⁶ *Ibid.*, p.455.

⁹⁷ *Ibid.*

ดังนั้นหน่วยงานฝ่ายบริหารที่รับผิดชอบการศาลจึงแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐแต่ส่วนใหญ่ก็จะให้กระทรวงยุติธรรมและกระทรวงแรงงานรับผิดชอบในลักษณะที่คล้ายคลึงกับระดับสหพันธ์

กระทรวงที่รับผิดชอบการศาลจะมีอำนาจหน้าที่กำหนดทั้งในเรื่องนโยบายและการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการของศาล โดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงจะเป็นผู้รับผิดชอบ ทั้งการปฏิบัติงานของศาล การเสนอตั้งงบประมาณ การดูแลงานธุรการ การจัดองค์กรของศาล การกำหนดระเบียบวิธีพิจารณาความ และรวมถึงการบริหารบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะทางตุลาการทั้งหมดรวมถึงผู้พิพากษาด้วย ซึ่งในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษานั้น ฝ่ายบริหารจะรับผิดชอบตั้งแต่การคัดเลือกผู้พิพากษา การจัดสอบแข่งขัน การฝึกอบรมผู้พิพากษา การกำหนดอัตรากำลังของผู้พิพากษาให้เพียงพอต่อการงานคดี และยังรับผิดชอบในเรื่องอาคารสถานที่ อุปกรณ์และบุคลากรฝ่ายสนับสนุน การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและศาล เช่น เจ้าหน้าที่เสมียนศาล⁹⁸ แต่อำนาจของฝ่ายบริหารจะไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปในแผนการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาได้ นอกจากนี้งานด้านตุลาการแล้ว กระทรวงยุติธรรมในเยอรมันจะรับผิดชอบงานด้านกฎหมายของประเทศทั้งหมด อาทิ รับผิดชอบการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการ การทดสอบความรู้กฎหมายแห่งรัฐ(State Examination) ซึ่งนักศึกษากฎหมายจากทุกมหาวิทยาลัยจะต้องสอบเพื่อให้มีสิทธิในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย รวมถึงการดูแลหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิตในมหาวิทยาลัย โดยร่วมกับกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐ

ส่วนในระดับมลรัฐ⁹⁹ กฎหมายพื้นฐานให้อำนาจแก่มลรัฐในการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารดังกล่าวได้เองในบางเรื่อง ทำให้อำนาจหน้าที่ในการบริหารฝ่ายตุลาการมลรัฐอาจแตกต่างไปจากในระดับสหพันธ์ และในแต่ละมลรัฐก็มีความแตกต่างกันไป ในหลายมลรัฐได้มอบหมายงานธุรการประจำวันหรือการบริหารศาลแต่ละแห่งให้กับประธานศาล(Court President) หรือคณะกรรมการบริหารศาลที่ประกอบไปด้วยตัวแทนผู้พิพากษารับผิดชอบแต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร เช่น การอนุญาตให้ลาหยุดหรือการโยกย้ายผู้พิพากษาไปยังศาลอื่น การประเมินผลงานผู้พิพากษา การอนุญาตให้ผู้พิพากษาทำงานอื่น(Secondary Job) เช่น งานสอนหนังสือและการริเริ่มกระบวนการทางวินัย โดยผู้พิพากษาทุกคนจะอยู่ภายใต้สายการบังคับบัญชาของประธานศาล และต้อง

⁹⁸ John Bell, Judiciaries within Europe: A Comparative Review (New York: Cambridge University Press, 2006), p.112.

⁹⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง, ตอน 1, ปีที่ 1, น.99 - 100 (เมษายน 2525).

ผูกพันกับคำสั่งของประธานศาลด้วย¹⁰⁰ บางมลรัฐได้ก่อตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษามาเพื่อถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหาร เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี รัฐมนตรีของแต่ละมลรัฐจะจัดประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดมาตรฐานการบริหารงานให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน เช่น การกำหนดภาระคดีของผู้พิพากษาแต่ละคน ซึ่งมาตรฐานเหล่านี้จะใช้เป็นเกณฑ์ในการประเมินการปฏิบัติหน้าที่และจำนวนบุคคลากรที่ศาลต้องการและประเมินผลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาด้วย¹⁰¹

(2) องค์กรที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหาร

ในการจัดโครงสร้างแบบเยอรมันได้สร้างระบบการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารโดยการก่อตั้งคณะกรรมการต่างๆ ไว้จำนวนมากให้มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือคำแนะนำแก่ฝ่ายบริหารแต่ไม่มีผลบังคับผูกพันดุลพินิจของฝ่ายบริหารเว้นแต่ศาลวินัยซึ่งมีอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวกับสถานะของผู้พิพากษา โดยคณะกรรมการชุดต่างๆ ประกอบไปด้วย

ก. คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา(Richterwahlausschüsse)

อำนาจในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในเยอรมนีเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ทั้งระดับสหพันธ์และในระดับมลรัฐ แต่ในกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษานั้นได้มีการวางระบบการถ่วงดุลอำนาจในการคัดเลือกไว้ ในระดับสหพันธ์และในบางมลรัฐของเยอรมันได้มีการก่อตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือหรือถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในการคัดเลือก เรียกว่า “คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา” (Richterwahlausschüsse) ซึ่งในระดับสหพันธ์นั้นถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยการคัดเลือกผู้พิพากษาสหพันธ์(RiWG) โดยมีองค์ประกอบ ดังนี้

- รัฐมนตรีที่รับผิดชอบศาลนั้นในระดับสหพันธ์ เป็นประธานคณะกรรมการ แต่จะไม่มีสิทธิออกเสียงไม่ว่ากรณีใดๆ ในที่ประชุม

- รัฐมนตรีกระทรวงที่รับผิดชอบศาลในระดับมลรัฐทุกมลรัฐเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ในปัจจุบันมี 16 มลรัฐ สมาชิกโดยตำแหน่งจึงมี 16 คน และ

- กรรมการที่มาจากคัดเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎร¹⁰² ในจำนวนที่เท่ากับจำนวนกรรมการที่เป็นรัฐมนตรี (ปัจจุบันมี 16 คน) โดยการคัดเลือกกรรมการประเภทนี้จะกำหนดส่วน

¹⁰⁰ Anja seibert-Forh, *supra* note 95, p.456-458.

¹⁰¹ John Bell, *supra* note 98, p.112.

¹⁰² มาตรา 4 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยการคัดเลือกผู้พิพากษาสหพันธ์(RiWG)

แบ่งกรรมการตามสัดส่วนของพรรคการเมืองที่มีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรโดยใช้ระบบ d'Hont¹⁰³ ซึ่งระบบสัดส่วนนี้จะประกันสิทธิของเสียงข้างน้อยว่าพรรคการเมืองที่เป็นเสียงข้างน้อยในสภาผู้แทนราษฎรก็สามารถมีส่วนร่วมในการคัดเลือกผู้พิพากษาสหพันธ์ด้วย ซึ่งสมาชิกที่มาจากการคัดเลือกของสภานี้จะต้องมีการเลือกตั้งสมาชิกสำรองไว้ด้วยกรณีที่สมาชิกตัวจริงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

คณะกรรมการคัดเลือกนี้จะมีอำนาจคัดเลือกและเสนอรายชื่อผู้ที่เหมาะสมจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ให้กับรัฐมนตรีที่รับผิดชอบการศาลนั้นของสหพันธ์ แต่มติดังกล่าวไม่ผูกพันรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีอาจปฏิเสธที่จะแต่งตั้งผู้พิพากษาตามรายชื่อที่ถูกเสนอมาก็ได้ (Veto) ซึ่งหากรัฐมนตรีปฏิเสธก็ต้องดำเนินการคัดเลือกผู้พิพากษาคนอื่นแทน

ส่วนในระดับมลรัฐ ตามกฎหมายผู้พิพากษาสหพันธ์ได้อนุญาตให้แต่ละมลรัฐสามารถตรากฎหมายกำหนดกำหนดรายละเอียดในการคัดเลือกผู้พิพากษาของตนเองได้ โดยมีมลรัฐจำนวนมาก (ปัจจุบันมี 8 แห่งจากทั้งหมด 16 มลรัฐ) ที่มีการก่อตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา (Richterwahlausschüsse) ให้ขึ้นมาทำหน้าที่เช่นเดียวกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ แต่อย่างไรก็ดี องค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกดังกล่าวไม่เหมือนกับองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกของสหพันธ์ อีกทั้งในแต่ละมลรัฐก็จะมีองค์ประกอบที่แตกต่างกันออกไป แต่ส่วนใหญ่มักจะประกอบไปด้วยตัวแทนจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ เนติบัณฑิตยสภาหรือสภาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและตัวแทนจากฝ่ายตุลาการ แต่ตามหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย คณะกรรมการดังกล่าวจะต้องไม่จัดให้สมาชิกจากฝ่ายตุลาการเป็นเสียงข้างมากในคณะกรรมการ โดยรัฐมนตรีที่รับผิดชอบศาลนั้นจะนั่งเป็นประธานในการประชุมคณะกรรมการดังกล่าวแต่จะไม่มีสิทธิลงมติ แต่มีอำนาจยับยั้ง (Veto Power) มติของคณะกรรมการคัดเลือกนี้ได้¹⁰⁴ เช่น มลรัฐฮัมบูร์ก (Hamburg) ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐ มาตรา 63(1) กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการจำนวน 14 คน อันประกอบไปด้วย

- รัฐมนตรี (Senate) 3 คน โดยคณะรัฐมนตรีจะเลือกรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งเป็นประธานของคณะกรรมการ

¹⁰³ มาตรา 5 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยการคัดเลือกผู้พิพากษาสหพันธ์ (RiWG); ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 99*, น.93.

¹⁰⁴ Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *the Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy*, English Ed. C. A. Thomas, (New York: Oxford University Press, 2003), p.51.

- สมาชิก 6 คน เลือกมาจากรัฐสภา
- ผู้พิพากษา 3 คนมาจากการเลือกกันเองของผู้พิพากษา และ
- ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย 2 คนเลือกจากเนติบัณฑิตยสภา¹⁰⁵

สมาชิกอย่างน้อย 10 คนเป็นองค์ประชุม ตัดสินโดยเสียงข้างมาก การแต่งตั้งผู้พิพากษาจะทำโดยคณะรัฐมนตรีตามคำแนะนำของคณะกรรมการคัดเลือก โดยคณะรัฐมนตรีมีอำนาจยับยั้ง(Veto) มติของคณะกรรมการคัดเลือกได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วคณะรัฐมนตรีมักจะแต่งตั้งตามข้อเสนอของคณะกรรมการคัดเลือก¹⁰⁶

ข. คณะกรรมการบริหารประจำศาล(Präsidium ; Judicial Board)

รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยโครงสร้างศาลยุติธรรม (Gerichtsverfassungsgesetz; GVG) มาตรา 21เอ (1) กำหนดให้ทุกศาลจะต้องมี “คณะกรรมการบริหารประจำศาล” (Präsidium) โดยจะประกอบไปด้วย ประธานหรือหัวหน้าศาลนั้นเป็นประธาน คณะกรรมการ และกรรมการซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกจากผู้พิพากษาศาลด้วยตนเองในศาล โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปีและมีจำนวนตามที่กฎหมายกำหนดตามจำนวนของตำแหน่งผู้พิพากษาที่ประจำในศาลนั้น ดังนี้¹⁰⁷

- ในศาลที่มีตำแหน่งผู้พิพากษาอย่างน้อย 80 คน กรรมการที่มาจากผู้พิพากษาจะต้องมี 10 คน
- ในศาลที่มีตำแหน่งผู้พิพากษาอย่างน้อย 40 คน กรรมการที่มาจากผู้พิพากษาจะต้องมี 8 คน
- ในศาลที่มีตำแหน่งผู้พิพากษาอย่างน้อย 20 คน กรรมการที่มาจากผู้พิพากษาจะต้องมี 6 คน
- ในศาลที่มีตำแหน่งผู้พิพากษาอย่างน้อย 8 คน กรรมการที่มาจากผู้พิพากษาจะต้องมี 4 คน

¹⁰⁵ David S. Clark, “ The Selection and Accountability of Judges in West Germany: Implementation of a *Rechtsstaat*,” Southern California Law Review 61, p.1819 (1988).

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.1819.

¹⁰⁷ มาตรา 21(2) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยโครงสร้างศาลยุติธรรม(GVG)

-ส่วนในศาลที่มีตำแหน่งผู้พิพากษาน้อยกว่า 8 คน กรรมการจะต้องประกอบไปด้วยผู้พิพากษาทั้งหมดที่มีสิทธิในการเลือกตั้ง ซึ่งผู้พิพากษาที่ไม่มีสิทธิเลือกตั้งได้แก่ ผู้พิพากษาที่เพิ่งย้ายมาประจำที่ศาลไม่ถึง 3 เดือน หรือผู้พิพากษาที่ย้ายไปช่วยงานที่ศาลอื่นชั่วคราวเกิน 3 เดือนแล้ว¹⁰⁸

คณะกรรมการบริหารประจำศาลดังกล่าวนี้มีอำนาจหน้าที่สำคัญในกำหนดภาระงานและการจ่ายสำนวนคดีของผู้พิพากษภายในศาล โดยมีอำนาจในการกำหนดองค์คณะผู้พิพากษา (*Spruchkörper*) อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาได้ส่วนในคดีอาญา (*Ermittlungsrichter*) ซึ่งจะต้องจัดทำเป็นแผนการจ่ายสำนวนคดี(*Geschäftsverteilungspläne*) ในแต่ละปีด้วย¹⁰⁹

ค. คณะที่ปรึกษาประจำระบบศาล (Präsidialrat)

รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(*Deutsches Richtergesetz ;DRiG*) กำหนดให้มีการก่อตั้งคณะกรรมการซึ่งเรียกว่า “คณะที่ปรึกษาประจำศาล” (*Präsidialrat*) โดยในศาลระดับสหพันธ์จะต้องมีคณะที่ปรึกษานี้ประจำอยู่ 1 คณะในแต่ละระบบศาล ซึ่งในแต่ละศาลจะมีจำนวนและองค์ประกอบที่แตกต่างกัน¹¹⁰ ในศาลยุติธรรมสหพันธ์(*Bundesgerichtshof*) จะประกอบไปด้วย¹¹¹ ประธานศาลเป็นประธานกรรมการ รองประธานศาล 1 คน สมาชิกที่เป็นกรรมการบริหารศาล 2 คนที่ถูกเลือกโดยคณะกรรมการบริหารประจำศาล(*Präsidium*) และ สมาชิกอื่นอีก 3 คนคัดเลือกโดยผู้พิพากษาในศาลนั้น ส่วนในศาลระดับสหพันธ์อื่นจะประกอบไปด้วย¹¹² ศาลแรงงานสหพันธ์ ศาลปกครองสหพันธ์ ศาลสังคมสหพันธ์ และศาลภาษีสหพันธ์ จะประกอบไปด้วย ประธานศาลเป็นประธานกรรมการ รองประธานศาล 1 คน สมาชิกที่เป็นกรรมการบริหารประจำศาลซึ่งมาจากการของคณะกรรมการบริหารประจำศาล 1 คน และสมาชิกอื่นที่มาจากการเลือกโดยผู้พิพากษาในศาลอีก 2 คน โดยกรรมการที่มาจากการคัดเลือกจะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี¹¹³

ส่วนในระดับมลรัฐ จะมีการแต่งตั้งคณะที่ปรึกษาระบบศาลละ 1 ชุด¹¹⁴ โดยประกอบไปด้วยประธานศาลเป็นประธานคณะที่ปรึกษาและผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งซึ่งกฎหมายไม่ได้

¹⁰⁸ มาตรา 21ป(1) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยโครงสร้างศาลยุติธรรม (GVG)

¹⁰⁹ มาตรา 21อ(1) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยโครงสร้างศาลยุติธรรม (GVG)

¹¹⁰ มาตรา 54(1) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹¹¹ มาตรา 54(1)1 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹¹² มาตรา 54(1)2 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹¹³ มาตรา 54(4) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹¹⁴ มาตรา 74 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

กำหนดจำนวนที่แน่นอนไว้แต่จำนวนครั้งหนึ่งจะต้องมาจากการเลือกกันเองของผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ตามกฎหมายมาตราเดียวกันยังกำหนดให้มีการก่อตั้งคณะที่ปรึกษาร่วม(Joint Council) อีกชุดหนึ่งซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาจากทุกระบบศาลอีกด้วย

อำนาจหน้าที่ของคณะที่ปรึกษาดังกล่าวมีประการเดียวคือการให้ความเห็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาในระบบศาลของตน¹¹⁵ โดยเมื่อใดก็ตามที่จะมีการแต่งตั้งหรือโยกย้ายผู้พิพากษาไปยังศาลใด ผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือโยกย้ายจะต้องยื่นคำขอพร้อมเอกสารใบสมัครหรือเอกสารอื่นไปให้คณะที่ปรึกษาประจำระบบศาลนั้นพิจารณา¹¹⁶ ซึ่งคณะที่ปรึกษาก็จะต้องทำความเห็นพร้อมด้วยเหตุผลตอบกลับเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 30 วันซึ่งหากคณะที่ปรึกษาดังกล่าวยังไม่ได้ตอบกลับ ผู้มีอำนาจจะทำการแต่งตั้งไม่ได้จนกว่าจะพ้นระยะเวลา 30 วัน แต่อย่างไรก็ดี ความเห็นนี้มีผลเป็นเพียงคำแนะนำเท่านั้น ไม่ผูกพันรัฐมนตรีหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้ง¹¹⁷ หากรัฐมนตรีมั่นใจว่าสามารถหักล้างเหตุผลและรับผิดชอบต่อผลที่ตามมาได้¹¹⁸

ง. คณะกรรมการตัวแทนผู้พิพากษา(Richterrat ; Council of Judges)

ในกฎหมายข้าราชการพลเรือนเยอรมันบังคับให้หน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งจะต้องมีคณะกรรมการอย่างน้อยชุดหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการบุคคลากร” (Personalrat)¹¹⁹ ที่มาจากการเลือกตั้งกันเองของบรรดาข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ต่างๆ ในหน่วยงานนั้น โดยทำหน้าที่ในลักษณะที่คล้ายกับคณะกรรมการลูกจ้างในกฎหมายแรงงาน ทำหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลากรในหน่วยงานของตนเอง โดยการเข้ามีส่วนร่วมในการตัดสินใจเรื่องบุคคลากรของหน่วยงานนั้นๆ โดยอาจจะอยู่ในรูปการให้ความเห็นหรือการให้ความเห็นชอบ แล้วแต่กรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาของเยอรมันก็มีสถานะเป็นข้าราชการพลเรือนเช่นเดียวกัน ในรัฐธรรมนูญด้วยผู้พิพากษาเยอรมัน(DRiG) จึงมีการก่อตั้ง

¹¹⁵ มาตรา 55 และ 74 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹¹⁶ มาตรา 56 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹¹⁷ Anja seibert-Forh, *supra note 95*, p.459-460.

¹¹⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น.336 - 337 (กันยายน 2537) และดู John Bell, *supra note 98*, p.113.

¹¹⁹ คันทน์ ชัยชนะ, “การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 41, น.304 - 305 (มิถุนายน 2555).

คณะกรรมการตัวแทนผู้พิพากษา(Richterrat ; Council of Judges) โดยจะถูกก่อตั้งทั้งในศาลระดับสหพันธ์ และศาลระดับมลรัฐ

ในศาลระดับสหพันธ์ กฎหมายได้กำหนดองค์ประกอบคณะกรรมการผู้พิพากษาในแต่ละศาลแตกต่างกัน¹²⁰ โดยในศาลยุติธรรมสหพันธ์และศาลสิทธิบัตรสหพันธ์จะมีคณะกรรมการผู้พิพากษาที่ประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 5 คน โดยมาจากการเลือกกันเองของผู้พิพากษา กรรมการมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี ซึ่งประธานหรือหัวหน้าศาลจะเป็นกรรมการในคณะกรรมการชุดนี้ไม่ได้ ส่วนศาลระดับสหพันธ์อื่น อันได้แก่ ศาลปกครองสหพันธ์ ศาลการคลังหรือศาลภาษีอากรสหพันธ์ ศาลแรงงานสหพันธ์ ศาลสังคมสหพันธ์ จะมีคณะกรรมการผู้พิพากษาที่ประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 3 คน ส่วนในศาลระดับมลรัฐก็จะมีการก่อตั้งคณะผู้แทนผู้พิพากษาซึ่งมาจากการเลือกกันเองของผู้พิพากษาในศาลเช่นกัน แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดจำนวนไว้¹²¹

บทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะผู้แทนผู้พิพากษาดังกล่าวนี้นั้น ตามกฎหมายกำหนดไว้กว้างๆ ว่ามีส่วนร่วมในเรื่องทั่วไปและเรื่องทางสังคมที่เกี่ยวกับผู้พิพากษา ยกเว้นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งและการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษา แต่ในทางปฏิบัติ แต่ละมลรัฐได้มอบบทบาทให้กับคณะผู้แทนนี้แตกต่างกันไป แต่มักจะเกี่ยวข้องกับงานอื่น หรือภารกิจอื่นๆ ของผู้พิพากษา เช่น การบริการสังคมของผู้พิพากษา การศึกษาต่อของผู้พิพากษา ในบางรัฐได้ขยายบทบาทโดยให้มีอำนาจในการอนุญาตให้ผู้พิพากษาทำงานอื่นๆ ได้ บทบาทในให้ความเห็นเรื่องการย้ายผู้พิพากษาไปช่วยงานในศาลอื่นหรือตำแหน่งทดลองงานหรือเรื่องเกี่ยวกับวินัยผู้พิพากษา¹²²

ลักษณะอำนาจหน้าที่ของคณะผู้แทนผู้พิพากษากับคณะที่ปรึกษาประจำศาลมีความคล้ายคลึงกันคือเป็นเพียงองค์กรที่เข้าไปมีส่วนร่วมและให้คำปรึกษาในงานบริหาร ซึ่งไม่ผูกพันผู้มีอำนาจตัดสินใจ แต่จะแตกต่างกันในแง่เนื้อหา กล่าวคือ คณะผู้แทนผู้พิพากษาจะให้ความเห็นในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลที่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้พิพากษาในฐานะลูกจ้างของรัฐ ส่วนคณะที่ปรึกษาจะให้ความเห็นที่ต้องวิเคราะห์หรือให้ความเห็นแบบผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวกับฝ่ายตุลาการ และการแต่งตั้งผู้พิพากษา

¹²⁰ มาตรา 50 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹²¹ มาตรา 72-73 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹²² Anja seibert-Forh, *supra* note 95, p.459-460.

จ. ศาลวินัยผู้พิพากษา(Dienstgericht)

ในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาเยอรมัน แม้จะให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเกี่ยวข้องกับสถานะของผู้พิพากษาค่อนข้างมาก แต่ก็ได้ก่อตั้งศาลวินัยผู้พิพากษาทำหน้าที่ถ่วงดุลตรวจสอบการกระทำใดที่อาจกระทบต่อความเป็นอิสระในทางส่วนตัวและความเป็นอิสระในทางเนื้อหาของผู้พิพากษาด้วย ซึ่งอาจเรียกได้ว่าศาลวินัยทำหน้าที่ประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวให้กับผู้พิพากษา โดยศาลวินัยผู้พิพากษากล่าวจะมี 2 ระดับ ได้แก่ ศาลวินัยระดับสหพันธ์ และศาลวินัยระดับมลรัฐ

ศาลวินัยผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์(Dienstgericht des Bundes)¹²³ ก่อตั้งเป็นแผนกพิเศษภายในศาลยุติธรรมสหพันธ์(Bundesgerichtshof) มีเขตอำนาจ¹²⁴พิจารณาคดีวินัยผู้พิพากษา การโยกย้ายผู้พิพากษา การปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่ง การคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากการควบคุมของหัวหน้าศาล และพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลวินัยผู้พิพากษาของมลรัฐ โดยในการพิจารณาคดีจะทำโดยองค์คณะ 5 คน ประกอบไปด้วย ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ 1 คน ผู้พิพากษาประจำแผนก 2 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน โดยผู้พิพากษาหัวหน้าคณะและผู้พิพากษาประจำแผนกจะมาจากการแต่งตั้งของคณะกรรมการบริหารประจำศาล (Präsidium) ของศาลยุติธรรมสหพันธ์เองโดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี ส่วนผู้พิพากษาสมทบ 2 คนจะต้องเป็นผู้พิพากษาจากศาลที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ฟ้อง เช่น ถ้าคู่ความเป็นผู้พิพากษาจากศาลแรงงาน ผู้พิพากษาสมทบ 2 คนก็จะมาจากผู้พิพากษาในระบบศาลแรงงานซึ่งในการแต่งตั้งนั้น คณะกรรมการบริหารประจำศาลยุติธรรมสหพันธ์จะเป็นผู้แต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อที่นำเสนอมาโดยคณะกรรมการบริหารประจำศาลสูงสุดสหพันธ์นั้นๆ และในการพิจารณาคดีประเภทนี้ประธานศาลและรองประธานศาลต่างๆ จะเป็นผู้พิพากษาในศาลวินัยนี้ไม่ได้

ส่วนในระดับมลรัฐ ก็จะมีการก่อตั้งศาลวินัยผู้พิพากษามลรัฐเช่นกัน โดยจะมีเขตอำนาจพิจารณาคดีเช่นเดียวกับศาลวินัยสหพันธ์ แต่จะมีความแตกต่างในเรื่ององค์คณะพิจารณาคดี โดยศาลวินัยมลรัฐจะใช้องค์คณะผู้พิพากษาประกอบไปด้วยผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ 1 คน และผู้พิพากษาอื่น (Associate Judge) กับผู้พิพากษาสมทบซึ่งเป็นผู้พิพากษาในศาลที่ผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาขึ้นปฏิบัติหน้าที่อยู่ในจำนวนที่เท่ากัน ซึ่งกฎหมายผู้พิพากษาสหพันธ์ (DRiG) อนุญาตมลรัฐอาจแต่งตั้งทนายความมาทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาอื่นก็ได้¹²⁵ โดยจะต้องแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อทนายความจัดทำโดยเนติ

¹²³ มาตรา 61 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹²⁴ มาตรา 62 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

¹²⁵ มาตรา 77(4) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

บัณฑิตยสภา(สภาผู้ประกอบวิชาชีพอภพกฎหมาย) มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปีและสามารถต่ออายุได้ การที่กฎหมายอนุญาตให้แต่งตั้งทนายความเข้ามาร่วมเป็นองค์คณะในศาลวินัยผู้พิพากษาเป็นมาตรการเพิ่มความพร้อมรับผิดชอบให้กับศาลวินัย เนื่องจากถูกวิจารณ์ว่าศาลวินัยเข้าข้างผู้พิพากษาด้วยกันเองและไม่มีประสิทธิภาพ¹²⁶

4.2.1.2 ระบบแบ่งอำนาจแบบฝรั่งเศส (Decentralized/Competitive Model)

ระบบการจัดโครงสร้างแบบแบ่งอำนาจของฝรั่งเศสยังคงให้ฝ่ายบริหารรับผิดชอบการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการและฝ่ายตุลาการหรือผู้พิพากษาก็มีส่วนร่วมในการบริหารด้วยเช่นเดียวกับระบบแบบเยอรมัน แต่มีการก่อตั้งองค์กรพิเศษที่เป็นอิสระที่มีผู้พิพากษาเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล เช่น การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง การลงโทษทางวินัยและการฝึกอบรมผู้พิพากษา โดยองค์กรดังกล่าวมักเรียกว่าเป็น “คณะกรรมการตุลาการ” ประเทศที่เป็นต้นแบบคือฝรั่งเศสและได้ถูกนำไปใช้ใน อิตาลี สเปน โปรตุเกส ซึ่งในการศึกษาจะศึกษาการจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมฝรั่งเศสเป็นหลัก โดยแบ่งออกเป็น

(1) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

โดยในฝรั่งเศสซึ่งเป็นระบบศาลคู่ ได้แยกอำนาจหน้าที่ในการบริหารระบบศาลออกจากกัน โดยในระบบศาลยุติธรรมจะอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม¹²⁷ (*Garde des Sceaux*; Guardian of the Seals) รับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะในกระบวนการยุติธรรม (Public Service of Justice) ภารกิจของรัฐมนตรีย¹²⁸ ส่วนระบบศาลปกครองอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของเลขาธิการสำนักงานสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (the Secretary-General of the *Conseil-Etat*) ทั้งในเรื่องการฝึกอบรมบุคลากรของศาล การงบประมาณต่างๆ ซึ่งจัดทำงบประมาณแยกต่างหากจากงบประมาณของกระทรวงยุติธรรม เสนอรวมกับร่างกฎหมายงบประมาณประจำปีต่อรัฐสภา¹²⁹

¹²⁶ Anja seibert-Forh, *supra* note 95, p.493-494.

¹²⁷ Ministère de la Justice, “The Judiciary of French,” p.14-23, Retrieved on October 24, 2012, from www.justice.gouv.fr/art_pix/plaquette_justiceenfrance_angl.pdf.

¹²⁸ *Ibid.*, p.14-15.

¹²⁹ L. Neville Brown and John Bell, *French Administrative Law*, Fourth Edition (Oxford: Clarendon Press, 1993), p.84-85.

ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้รับผิดชอบให้ระบบตุลาการจะทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการกำหนดนโยบายสำหรับการเปลี่ยนแปลงและเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา บริหารจัดการทรัพยากรที่จำเป็นและเพียงพอต่อการบริหารจัดการศาล แต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อรับผิดชอบในการบริหารงานยุติธรรม โดยจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและนายกรัฐมนตรี

ในกระทรวงยุติธรรมได้แบ่งองค์กรภายในหลายองค์กร¹³⁰ โดยองค์กรที่สำคัญในการบริหารกิจการฝ่ายระบบศาลยุติธรรมมี 3 องค์กร ได้แก่

- *เลขาธิการทั่วไป(The General Secretariat)* รับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมในเรื่องเกี่ยวกับนโยบาย การจัดทำแผนกลยุทธ์และการบริหารจัดการทางเศรษฐกิจศาสตร์และการเงินในการปฏิรูป ทำหน้าที่จัดทำแผนการงบประมาณ การบริหารทรัพยากรบุคคลเพื่อประโยชน์ของทุกสำนัก/หน่วยงานและยังทำหน้าที่สนับสนุนด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ การติดต่อสื่อสาร และการทำธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน และทำหน้าที่ในการดูแลการเข้าถึงกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ตลอดจนให้การช่วยเหลือเหยื่อ และส่วนที่เกี่ยวกับกิจการของสหภาพยุโรปและกิจการระหว่างประเทศ

- *The Judicial Services Directorate (DSJ)* รับผิดชอบเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา เช่น การคัดเลือก ฝึกอบรมผู้พิพากษาและรวมถึงการเป็นฝ่ายธุรการให้กับวิทยาลัยตุลาการและคณะกรรมการตุลาการ¹³¹ และ

- *ผู้ตรวจการการบริการสาธารณะทางตุลาการ (The Inspectorate-General of the Judicial Services ; IGSJ)* รับผิดชอบเกี่ยวกับการตรวจสอบการทำงานศาลทุกศาลในระบบศาลยุติธรรมยกเว้นศาลอาชญาวิทยา(Cour de Cassation) หรือศาลยุติธรรมสูงสุดของฝรั่งเศส และรวมถึงตรวจสอบในทุกหน่วยงานที่อยู่ภายใต้อำนาจของกระทรวงยุติธรรม นอกจากนี้ ผู้ตรวจการดังกล่าวยังมีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนเกี่ยวกับความผิดทางวินัยของผู้พิพากษา พนักงานอัยการ และเจ้าหน้าที่ในการกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัย รวมถึงมีหน้าที่ตรวจสอบเพื่อประเมินความต้องการของประชาชนและผลกระทบต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคมโดยร่วมมือกับผู้ตรวจการแผ่นดิน และข้าราชการพลเรือนระดับสูงเพื่อรับผิดชอบในเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืนของกระทรวง

¹³⁰ Ministère de la Justice, supra note 127.

¹³¹ *L'Union Syndicale des Magistrats*; USM, "Magistrats : vos droits," édition 2013, p.90–91, Retrieved on November 10 , 2013, from http://www.union-syndicale-magistrats.org/web/p575_-magistrats-vos-droits-edition-2013.

การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการในฝรั่งเศส ศาลหรือฝ่ายตุลาการได้รับมอบหมายให้มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหารด้วย อันได้แก่ การจัดสรรและการกระจายงบประมาณให้แต่ละศาลซึ่งจะอยู่ในความรับผิดชอบของศาลอุทธรณ์ต่างๆ (*Cour d'Appel*) โดยศาลอุทธรณ์จะทำหน้าที่จัดสรรงบประมาณสำหรับฝ่ายตุลาการไปให้ศาลต่างๆ ภายในเขตของตน กำกับดูแลและตรวจสอบการใช้งบประมาณนั้นโดยทำรายงานส่งต่อกระทรวงยุติธรรม และรวบรวมความต้องการงบประมาณจากศาลต่างๆ เพื่อนำไปปรึกษาหารือและจัดทำคำขอของงบประมาณกับกระทรวงยุติธรรมเพื่อขออนุมัติจากรัฐสภาต่อไป¹³² นอกจากนี้ ประธานศาลอุทธรณ์ในฐานะประธานเขตศาลล่าง (*Chef de juridiction*) ยังทำหน้าที่ในการควบคุมและประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาในศาลล่างได้ด้วย โดยประธานศาลอุทธรณ์สามารถเดินทางไปตรวจราชการศาล หากพบเห็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องประธานศาลอุทธรณ์สามารถลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาโดยการตักเตือน (*Avertissement*) ซึ่งการลงโทษสถานเบาที่ไม่ต้องผ่านการพิจารณาโดยคณะกรรมการตุลาการ

ส่วนในการบริหารศาลทั่วไป ในแต่ละศาลจะมีหัวหน้าตุลาการ 2 คน คือ หัวหน้าผู้พิพากษาและหัวหน้าพนักงานอัยการ ซึ่งทั้งสองจะร่วมกับบริหารศาล โดยในการบริหารงานดังกล่าว ในฝรั่งเศสกำหนดให้ผู้มีอำนาจบริหารจะต้องปรึกษากับที่ประชุมผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ของศาลนั้น โดยผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ศาลมีสิทธิเสนอความเห็นต่อประธานได้แต่ประธานยังคงมีอำนาจในการตัดสินใจ¹³³

(2) องค์กรที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหาร

องค์กรที่เป็นลักษณะพิเศษของการจัดโครงสร้างแบบฝรั่งเศสคือการก่อตั้งคณะกรรมการอิสระที่มีผู้พิพากษาเป็นองค์ประกอบร่วมกับบุคคลภายนอกซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า “คณะกรรมการตุลาการ” โดยจะทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคลากรผู้พิพากษา อาทิ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง และการลงโทษทางวินัย ก่อนที่จะมีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการสูงสุดดังเช่นในปัจจุบัน ฝรั่งเศสได้ให้ผู้พิพากษามีส่วนร่วมในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษามาก่อนแล้ว โดยกฎหมายฉบับลงวันที่ 30 สิงหาคม ค.ศ. 1883 ที่ให้ศาลสูงสุดทำหน้าที่

¹³² Wim Voermans and Pim Albers, Councils for the Judiciary in EU Countries, Report for Europe Commission for Efficiency of Justice (CEPEJ) Council of Europe, (Brussels: Pena Language Services, 2003), p.54.

¹³³ Catherine Elliott Catherine Vernon and Eric Jeanpierre, French Legal System, Second Edition, (Essex England: Pearson Education Limited, 2006), p.99.

เป็นผู้พิจารณาความผิดทางวินัยของผู้พิพากษาแทนฝ่ายบริหาร จนกระทั่งยุครัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 ในปี ค.ศ. 1946 จึงได้เปลี่ยนมาก่อตั้งเป็นรูปคณะกรรมการอิสระขึ้นเป็นครั้งแรก และเป็นรูปแบบที่ยังคงใช้มาจนถึงปัจจุบัน และเป็นต้นแบบให้กับประเทศในยุโรปจำนวนมาก โดยองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการชุดแรกจะมีประธานาธิบดีเป็นประธานกรรมการ และรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธาน และมีสมาชิกที่เป็นเลือกมาจากรัฐสภา และผู้พิพากษาที่มาจากการเลือกกันเอง ซึ่งองค์ประกอบมีความเปลี่ยนแปลงมาเป็นระยะๆ จนกระทั่งล่าสุด การปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 ที่มีการเปลี่ยนแปลงฝ่ายตุลาการ และกฎหมายหมายเลข 2008-274 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ในปัจจุบันองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการได้ถูกแก้ไขโดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับปี ค.ศ. 2010 โดยไม่อนุญาตให้ประธานาธิบดีและรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมเป็นกรรมการตุลาการโดยตำแหน่งอีกต่อไป¹³⁴ และลดสัดส่วนของผู้พิพากษาในคณะกรรมการให้เป็นเสียงข้างน้อยอีกด้วยวนนอกจากนี้ยังได้แก้ไขในเรื่องให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องขอให้ดำเนินการทางวินัยกับผู้พิพากษาได้โดยตรง¹³⁵ ในปัจจุบัน ฝรั่งเศส มีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการเช่นนี้หลายชุด สำหรับในศาลยุติธรรมจะคณะกรรมการตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับพนักงานอัยการและสำหรับผู้พิพากษาศาลยุติธรรมแยกจากกัน ส่วนในการบริหารระบบศาลปกครองก็มีคณะกรรมการตุลาการของตนเองเช่นกัน โดยในที่นี้จะนำเสนอเฉพาะคณะกรรมการตุลาการชุดที่มีอำนาจเกี่ยวข้องกับผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งมี 2 ชุดด้วยกัน ได้แก่

ก. คณะกรรมการตุลาการสูงสุด (Conseil Supérieur de la Magistrature: CSM)

ในปัจจุบัน คณะกรรมการตุลาการสูงสุดประกอบไปด้วยคณะกรรมการตุลาการ 3 ชุด ได้แก่ คณะกรรมการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษา (*Formation de siège*) คณะกรรมการตุลาการฝ่ายพนักงานอัยการ¹³⁶ (*Formation du parquet*) และ คณะกรรมการตุลาการประชุมใหญ่ (*Formation plénière*) ซึ่งในที่นี้ขอกล่าวถึงเฉพาะคณะกรรมการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษาเท่านั้น โดยคณะกรรมการชุด

¹³⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศส เพื่อการปฏิรูปการเมือง”, *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 4, ปีที่ 36, น.748 (ธันวาคม 2550).

¹³⁵ ข้อมูลจากเว็บไซต์ <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/reforme>

¹³⁶ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส พนักงานอัยการมีสถานะเป็นข้าราชการตุลาการเช่นเดียวกับผู้พิพากษา

ดังกล่าวประกอบกรรมการจำนวน 15 คน¹³⁷ ซึ่งสามารถแบ่งกรรมการออกเป็น 2 ประเภทคือกรรมการที่เป็นตุลาการ และกรรมการที่เป็นบุคคลภายนอก

ประเภทแรก กรรมการที่เป็นตุลาการจำนวน 7 คนประกอบไปด้วย

-ประธานศาลยุติธรรมสูงสุด(Cour Cassation) เป็นประธานกรรมการโดยตำแหน่ง

-ผู้พิพากษาชั้นพิเศษของศาลสูงสุด 1 คนที่ได้รับเลือกตั้งโดยที่ประชุมผู้พิพากษาชั้นพิเศษของศาลดังกล่าว

-ประธานศาลอุทธรณ์ 1 คน ที่ได้รับเลือกโดยที่ประชุมของประธานศาลอุทธรณ์

-ประธานศาลชั้นต้น 1 คน ที่ได้รับเลือกโดยที่ประชุมของประธานศาลชั้นต้นหรือของศาลได้ส่วนหรือของศาลอุทธรณ์

-ข้าราชการตุลาการประเภทผู้พิพากษาจำนวน 2 คนมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมของบรรดาผู้พิพากษาร่วมกันเอง

-ข้าราชการตุลาการประเภทพนักงานอัยการ 1 คน ที่ได้รับเลือกตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 4

ประเภทที่สอง กรรมการตุลาการที่เป็นบุคคลภายนอกระบบศาลยุติธรรม จำนวน 8 คน ได้แก่

-สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 1 คน ที่ที่ประชุมใหญ่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐคัดเลือก

-ทนายความ 1 คน แต่งตั้งโดยประธานเนติบัณฑิตยสภาแห่งชาติ(CNB) โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเนติบัณฑิตยสภา

-ผู้ทรงคุณวุฒิ 6 คน มาจากการเลือกของประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา อย่างละ 2 คนตามลำดับ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิจะต้องที่ไม่ใช่สมาชิกรัฐสภาผู้พิพากษา หรือตุลาการศาลปกครอง

¹³⁷ มาตรา 1 รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 94-100 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 1994(Loi Organique No. 94-100)

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการสูงสุดฝ่ายผู้พิพากษามี 3 ประการ¹³⁸ ได้แก่ *ประการแรก* การช่วยเหลือประธานาธิบดีในการรักษาความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ โดยจะต้องจัดทำรายงานผลการปฏิบัติหน้าที่ของตนทุกๆ ปีต่อประธานาธิบดี คิดตามเฝ้าระวังความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการโดยคณะกรรมการฯ มีสิทธิที่จะเสนอความเห็นต่อประธานาธิบดีในเรื่องที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระ ไม่ว่าประธานาธิบดีจะร้องขอหรือไม่

ประการที่สอง การคัดเลือกและให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้พิพากษา ถ้าเป็นผู้พิพากษาในระดับสูง(ชั้นพิเศษ) คณะกรรมการตุลาการจะเป็นผู้คัดเลือกและเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมให้ความเห็นชอบและแต่งตั้ง แต่หากเป็นผู้พิพากษาระดับล่าง คณะกรรมการตุลาการสูงสุดจะทำหน้าที่เพียงให้ความเห็นชอบตามข้อเสนอจากกระทรวงยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งอำนาจของคณะกรรมการตุลาการของฝรั่งเศสนี้มีผลผูกพันฝ่ายบริหาร ไม่เหมือนกับคณะกรรมการของเยอรมนีที่มีสถานะเป็นเพียงคำแนะนำปรึกษาเท่านั้น นอกจากนี้ มีอำนาจให้ความเห็นชอบบัญชีเลื่อนชั้นผู้พิพากษาของคณะกรรมการเลื่อนชั้นเพื่อให้รัฐมนตรีใช้พิจารณาในการแต่งตั้งผู้พิพากษาอีกด้วย

ประการที่สาม การรักษาระเบียบวินัยของผู้พิพากษา โดยคณะกรรมการตุลาการจะทำหน้าที่เป็น “ศาลวินัย” ในการพิจารณาไต่สวนและออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาว่าไม่ได้ประพฤติปฏิบัติหน้าที่โดยชอบตามกฎหมายและระเบียบที่กำหนด

ข. คณะกรรมการเลื่อนชั้น(La Commission d'avancement)

คณะกรรมการชุดนี้ก่อตั้งขึ้นตามมาตรา 34 รัฐกำหนดการจัดองค์การฝ่ายตุลาการ ค.ศ. 1958 ซึ่งได้รับการแก้ไขหลายครั้งจนกระทั่งปัจจุบัน คณะกรรมการชุดนี้ประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 20 คน โดยอาจแบ่งกรรมการได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก กรรมการโดยตำแหน่งมีจำนวน 4 คน ได้แก่

-ประธานแผนกในศาลอาชญาวิทยา(ศาลยุติธรรมสูงสุด) ที่อาวุโสสูงสุด(*Le doyen des présidents de chambre de la Cour de cassation*)

-พนักงานอัยการประจำศาลยุติธรรมสูงสุดที่มีอาวุโสสูงสุด(*Le plus ancien des premiers avocats généraux à la Cour de cassation*)

¹³⁸ Antoine Garapon and Harold Epineuse, “Judicial Independence in French,” in *Judicial Independence in Transition*, ed. Anja serbert-Forh (Heidelberg: Springer, 2012), p.279.

-ผู้ตรวจการทั่วไปในกิจการตุลาการ(*l'inspecteur général des services judiciaires*) หรือรองผู้ตรวจการ และ

-ผู้อำนวยการหน่วยทางธุรการของ(สำนักงาน)ศาลยุติธรรม(*le directeur chargé des services judiciaires*) หรือตัวแทนที่มีระดับเท่าเทียมกัน

ประเภทที่สอง ได้แก่ กรรมการที่เป็นข้าราชการตุลาการโดยมาจากการเลือกโดยข้าราชการตุลาการด้วยกันเอง อันประกอบไปด้วย

-ตุลาการชั้นพิเศษ จำนวน 2 คน มาจากการเลือกตั้งโดยตุลาการชั้นพิเศษทุกคนในศาลนั้น

-ประธานศาลอุทธรณ์ 2 คน และพนักงานอัยการประจำศาลอุทธรณ์ 2 คน ที่ได้รับเลือกจากประธานศาลอุทธรณ์ทั้งหมดและพนักงานอัยการประจำศาลอุทธรณ์ทั้งหมด

-ตุลาการ 10 คน โดยแบ่งเป็นตุลาการชั้นหนึ่ง 7 คน ตุลาการชั้นสอง 3 คน ซึ่งมาจากการเลือกของคณะตุลาการ(*the college of magistrates*) ซึ่งเป็นตัวแทนของตุลาการในแต่ละชั้นอันเป็นการเลือกตั้งโดยอ้อมนั่นเอง

กรรมการที่มาจากการเลือกตั้งของตุลาการจะมีกรรมการสำรองในจำนวนที่เท่ากันเพื่อแทนตำแหน่งในกรณีที่กรรมการตัวจริงเสียชีวิตหรือพ้นจากตำแหน่งในระหว่างวาระ โดยจะเข้าดำรงตำแหน่งแทนที่โดยไม่ต้องดำเนินการเลือกตั้งใหม่ ซึ่งทั้งหมดจะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี(มาตรา 35-1) และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ในระหว่างดำรงตำแหน่ง กรรมการรวมถึงกรรมการสำรองประเภทนี้จะไม่มีสิทธิได้รับการเลื่อนชั้น(มาตรา 35-2)

คณะกรรมการชุดนี้มีบทบาทที่สำคัญมากในเรื่องการเลื่อนตำแหน่งข้าราชการตุลาการของระบบศาลยุติธรรม โดยจัดทำบัญชีที่เรียกว่า “บัญชีการเลื่อนชั้น” (*tableau d'avancement*)¹³⁹ ที่จะต้องใช้ในการพิจารณาเลื่อนลำดับชั้นของผู้พิพากษาและพนักงานอัยการของรัฐมนตรีจะต้องพิจารณาจากบัญชีเลื่อนชั้นนี้¹⁴⁰ บัญชีดังกล่าวจะต้องจัดเตรียมเป็นประจำทุกปี โดยบัญชี

¹³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “โครงสร้างการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาในบางประเทศ,” ใน หนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภิทัย, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น.25.

¹⁴⁰ มาตรา 2 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 1958(Ordonnance n° 58-1270)

ฉบับของปีหนึ่งๆ จะใช้บังคับได้จนกว่าจะมีการประกาศบัญชีของปีถัดไป¹⁴¹ ซึ่งบัญชีดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการตุลาการ(ของแต่ละฝ่ายพิจารณา) และลงนามโดยประธานาธิบดี นอกจากนี้คณะกรรมการชุดนี้ยังมีอำนาจในการคัดเลือกผู้พิพากษาโดยตรง(Direct Appointment) อีกด้วย¹⁴²

4.2.1.3 ระบบกระจายอำนาจแบบอังกฤษ(Autonomy-Oriented Model)

การจัดโครงสร้างฝ่ายตุลาการในรูปแบบกระจายอำนาจจะจัดให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารดังกล่าวมากขึ้นกว่าในระบบแบบฝรั่งเศสหรือระบบแบ่งอำนาจ กล่าวคือไม่เพียงแต่ให้ฝ่ายตุลาการมีส่วนร่วมในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาในรูปแบบของคณะกรรมการตุลาการเท่านั้น แต่ยังให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนในการร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการอื่น เช่น การจัดทำงบประมาณ การตรากฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีหรือการบริหารงานภายในศาล หรือการให้คำแนะนำในการบริหารและการแก้ไขกฎหมายด้วย เป็นต้น ซึ่งการจัดโครงสร้างรูปแบบนี้ใกล้เคียงอย่างมากกับรูปแบบอเมริกันที่จะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป ต่างกันแต่ฝ่ายบริหารอันได้แก่กระทรวงยุติธรรมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมยังคงต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและประชาชนในงานดังกล่าว แต่การจัดโครงสร้างแบบอเมริกัน ฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมไม่ต้องรับผิดชอบต่อเรื่องเกี่ยวกับการบริการสาธารณะทางตุลาการต่อรัฐสภา โดยจะมีเพียงอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมอื่นที่ไม่ใช่ศาล เช่น ตำรวจ พนักงานอัยการ เป็นต้น การจัดโครงสร้างแบบกระจายอำนาจกำเนิดในสวีเดนและได้ถูกนำไปใช้ในเดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ ไอร์แลนด์ จนกระทั่งการปฏิรูปฝ่ายตุลาการของอังกฤษในช่วงปี ค.ศ. 2005 ก็ยังได้ทำแนวคิดการจัดโครงสร้างแบบสวีเดนไปปรับใช้ ซึ่งในการศึกษาถึงระบบดังกล่าวจะใช้โครงสร้างแบบอังกฤษเป็นหลักซึ่งอาจแบ่งองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารฝ่ายตุลาการได้เป็น 3 ส่วน ได้แก่ (1) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร (2) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ และ (3) องค์กรผสมระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการ

(1) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 มีเนื้อหาหลักอยู่ที่การปฏิรูปฝ่ายตุลาการทั้งระบบให้เป็นสมัยใหม่ขึ้นจากเดิมที่มีลอร์ดชานเซลเลอร์(Lord Chancellor) ซึ่งเป็นตำแหน่งพิเศษเป็นประธานสภาขุนนาง(House of Lords) ประมุขของฝ่ายตุลาการ และเป็นสมาชิกของคณะรัฐมนตรีด้วย มาก่อตั้งกระทรวงกิจการรัฐธรรมนูญ(Department of Constitutional Affair) ซึ่ง

¹⁴¹ มาตรา 36 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 1958(Ordonnance n° 58-1270)

¹⁴² กระบวนการจัดทำบัญชีและการคัดเลือกผู้พิพากษาโดยตรงจะกล่าวถึงอีกครั้งในบทที่ 5

ต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นกระทรวงยุติธรรม(Ministry of Justice) รับผิดชอบเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมของอังกฤษทั้งระบบ ซึ่งรวมถึงการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการด้วย

กระทรวงยุติธรรมจะมีลอร์ดชานเซลเลอร์(Lord Chancellor) ทำหน้าที่เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม โดยมาจากพระราชินีในารทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี มีสถานะเป็นสมาชิกของคณะรัฐมนตรี และแต่งตั้งได้โดยไม่จำกัดว่าต้องมาจากสาขานางเหมือนเดิม แต่มีการกำหนดคุณสมบัติไว้ว่าจะต้องแต่งตั้งจากบุคคลที่มีประสบการณ์ในตำแหน่งรัฐมนตรีสมาชิกรัฐสภา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่นที่ปรึกษากฎหมาย(Solicitor) หรือทนายความ(Barrister) หรือสอนกฎหมายในมหาวิทยาลัย หรือประสบการณ์อื่นที่นายกรัฐมนตรีเห็นว่าเกี่ยวข้อง¹⁴³ ซึ่งลอร์ดชานเซลเลอร์หลังการปฏิรูปรัฐธรรมนูญได้ถูกลดบทบาทเหลือเพียงอำนาจในทางบริหารเท่านั้น ไม่ได้เป็นประมุขของฝ่ายตุลาการของอังกฤษ ไม่ได้เป็นตำแหน่งทางตุลาการที่จะเข้าร่วมการพิจารณาคดีในศาลอย่างเดิมได้ และไม่ได้มีสถานะเป็นประธานสภาขุนนางซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติอีกต่อไป¹⁴⁴

ลอร์ดชานเซลเลอร์(Lord Chancellor) หรือรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมจะต้องรับผิดชอบในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานยุติธรรมซึ่งรวมถึงการบริการสาธารณะทางตุลาการด้วย โดยทำหน้าที่ประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ โดยมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องฝ่ายตุลาการที่สำคัญ ทั้งการบริหารงานบุคคล อันได้แก่ การคัดเลือกผู้พิพากษาซึ่งจะใช้อำนาจร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา และการลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาหลังจากที่ได้ดำเนินการสอบสวนตามที่กฎหมายกำหนด และการแต่งตั้งผู้ตรวจการตุลาการ(JACO) เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา นอกจากนี้ รัฐมนตรีฯ ยังคงต้องรับผิดชอบในการจัดสรรทรัพยากรต่างๆ ที่จำเป็นต่อการดำเนินงานของฝ่ายตุลาการให้กับศาล¹⁴⁵ ผ่านสำนักงานธุรการศาลซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับร่วมกันกับประธานตุลาการฯ (Lord Chief Justice) และรวมถึงการให้คำปรึกษาแก่ประธานตุลาการฯ ในการออกระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติอันจำเป็นต่อการบริหารงานของศาล

¹⁴³ Article 2(2) Constitutional Reform Act 2005

¹⁴⁴ ชัช ชำเพชร, “การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554)

¹⁴⁵ Article 3 Constitutional Reform Act 2005

(2) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ

ระบบฝ่ายตุลาการอังกฤษจะมีประธานตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์ (Lord Chief Justice of England and Wales) ทำหน้าที่เป็นประธานฝ่ายตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์ (President of Judiciary of England and Wales)¹⁴⁶ แต่ตำแหน่งในทางศาลจะเป็นเพียงประธานศาลอุทธรณ์ของอังกฤษและเวลส์เท่านั้น¹⁴⁷ ไม่ใช่ประธานศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร แม้การปฏิรูปรัฐธรรมนูญจะก่อตั้งศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร(The Supreme Court of United Kingdom) มาทำหน้าที่เป็นศาลสุดท้ายแทนสภาขุนนาง แต่ศาลสูงสุดดังกล่าวทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของทั้งอังกฤษ เวลส์ สกอตแลนด์และไอร์แลนด์เหนือ ไม่ได้มีบทบาทในทางบริหารฝ่ายตุลาการในอังกฤษแต่อย่างใด

ประธานตุลาการเข้าไปมีบทบาทในการบริหารการบริการสาธารณะทางตุลาการหลายประการ ได้แก่

-การให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการแต่งตั้งผู้พิพากษา

-มีอำนาจในการส่งคำแถลงเป็นหนังสือต่อรัฐสภา(Written representation)

ในประเด็นที่ฝ่ายตุลาการเห็นว่าสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกิจการของฝ่ายตุลาการหรือการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรม¹⁴⁸

-เสนอความคิดเห็นในเรื่องต่างๆ ของฝ่ายตุลาการต่อรัฐสภาและต่อรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมซึ่งดูแลรับผิดชอบนโยบายเรื่องระบบการบริหารงานภายในฝ่ายตุลาการของอังกฤษและเวลส์ ระบบการบริหารงานภายในศาลแต่ละแห่ง รวมถึงนโยบายเรื่องสวัสดิการ แนวทางการปฏิบัติหน้าที่และการศึกษาอบรมของบุคคลากรในองค์กรตุลาการของอังกฤษและเวลส์โดยอาศัยทรัพยากรที่ได้รับการจัดสรรจากรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม¹⁴⁹

-มีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ขึ้นดำรงตำแหน่งระดับสูงที่ได้รับการกำหนดขึ้นใหม่ (ตั้งผู้พิพากษาให้ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์ เช่น ประธานแผนก ฯลฯ)

¹⁴⁶ Article 7(1) Constitutional Reform Act 2005

¹⁴⁷ ซึ่งโดยตำแหน่งถือว่าเป็น ประธานของศาลอุทธรณ์(Court of Appeal) ศาลสูง(High Court) ศาลราชบัลลังก์(Crown Court) ศาลเคาน์ตี(County Court) และศาลมาจิสเตรด(Magistrates' Court) อีกด้วย

¹⁴⁸ Article 5 Constitutional Reform Act 2005

¹⁴⁹ Article 7(2) Constitutional Reform Act 2005

-มีอำนาจในการออกระเบียบ(Rules) ได้ใน 2 ประเภท ประเภทแรก ระเบียบวิธีพิจารณาคดีของศาล (Rule of Procedure) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาล ซึ่งการตราระเบียบดังกล่าวจะต้องได้รับการความเห็นชอบ (Conform Avis) จากรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม (Lord Chancellor) และระเบียบดังกล่าวสามารถถูกยกเลิกได้โดยมติของสภาผู้แทนราษฎร(House of Common) และสภาขุนนาง(House of Lord) ส่วนระเบียบประเภทที่สอง คือ ระเบียบภายในฝ่ายตุลาการซึ่งมีลักษณะ เป็นแนวทางปฏิบัติ(Practice Direction) เพื่อกำหนดแนวทางหรือวิธีการดำเนินงานของศาลให้เป็นไปตามระเบียบต่างๆ ได้ ซึ่งระเบียบประเภทนี้ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภา

การปฏิบัติหน้าที่ในทางบริหารของประธานตุลาการดังกล่าว จะมีองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือและคำปรึกษา 2 องค์กรหลัก ได้แก่ *องค์กรแรก คณะกรรมการบริหารฝ่ายตุลาการ (Judicial Executive Board)* ก่อตั้งครั้งแรกอย่างไม่เป็นทางการในปี ค.ศ. 1988 โดยลอร์ดเลน เพื่อแสดงมุมมองของผู้พิพากษาในด้านการบริหารของหน้าที่ของศาล และโดยเฉพาะการใช้ทรัพยากร องค์กรนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นองค์กรที่ปกป้องความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ และต่อมามีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ จึงได้ถูกบัญญัติไว้ในภาคผนวก 2 ของพระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (หน้า 17) โดยคณะกรรมการชุดดังกล่าวจะประกอบไปด้วยสมาชิกที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาระดับสูง อันได้แก่

- ประธานตุลาการ (Lord Chief Justice)
 - มาสเตอร์ออฟเดอะโรลส์ Master of the Rolls (Lord Dyson)
 - ประธานแผนกควีนส์ เบนช์ และรองหัวหน้ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา President of the Queen's Bench and Deputy Head of Criminal Justice (Sir John Thomas)
 - ประธานแผนกคดีครอบครัว President of the Family Division (Sir James Munby)
 - ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูง(Chancellor of the High Court)
 - รองประธานแผนกควีนส์ เบนช์ (Vice President of the Queen's Bench)
 - ประธานวิทยาลัยตุลาการ(Chairman of the Judicial College)
 - ประธานตุลาการศาล Tribunals (Senior President of Tribunals)
 - ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะอาวโส (Senior Presiding Judge)
 - ประธานเจ้าหน้าที่บริหารงานตุลาการ (Chief Executive Judicial Office)
- สำนักตุลาการทำหน้าที่เป็นเลขานุการคณะกรรมการชุดนี้ คณะกรรมการอาจเชิญบุคคลให้เข้ามาทำงานด้วยในประเด็นใดประเด็นหนึ่งหรือเข้าร่วมการประชุมครั้งใดครั้งหนึ่งก็ได้

คณะกรรมการบริหารชุดใหญ่นี้มีการแบ่งเป็นคณะกรรมการย่อยๆ อีกหลายชุดเพื่อแบ่งงานกันทำ โดยชุดที่สำคัญที่สุดเรียกว่า “คณะกรรมการบริหาร” (the Executive Committee) ประกอบไปด้วยสมาชิก 7 คน และผู้พิพากษาหัวหน้าคณะอาวุโสเป็นประธาน คณะกรรมการจะประชุมกันเดือนละครั้ง เพื่ออภิปรายเกี่ยวกับเรื่องที่จะต้องนำไปปรึกษาหารือกันใน คณะกรรมการชุดใหญ่ ก่อตั้งและประสานงานกับกลุ่มทำงาน(Working Group) และคณะกรรมการและงานอื่นๆ ที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ

ส่วนองค์กรที่สอง ได้แก่ สมาคมผู้พิพากษาแห่งอังกฤษและเวลส์(Judges' Council of England and Wales)¹⁵⁰ เป็นองค์กรตัวแทนผู้พิพากษา ประกอบไปด้วยประธานตุลาการ เป็นประธาน สมาชิกจากคณะกรรมการบริหารฝ่ายตุลาการ(Judicial Executive Board) ส่วนสมาชิกอื่นจะเป็นตัวแทนมาจากกลุ่มหรือสมาคมผู้พิพากษากลุ่มต่างๆ เช่น สมาคมผู้พิพากษาศาลสูง สมาคมผู้พิพากษาศาล Tribunals หรือ สมาคมผู้พิพากษาศาลชุมชน เป็นต้น สมาคมผู้แทนผู้พิพากษามีอำนาจหน้าที่หลัก 3 ประการด้วยกัน ประการแรก ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่ประธานตุลาการตามที่ที่ประธานร้องขอ ประการที่สอง ให้คำแนะนำในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตุลาการและผู้พิพากษา และประการที่สาม ทำหน้าที่คัดเลือกกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา(Judicial Appointment Commission) ในโควตาที่เป็นตัวแทนผู้พิพากษาจำนวน 3 คน สมาคมผู้แทนผู้พิพากษาจะประชุมกันประมาณ 3 ครั้งต่อปี โดยมีประธานตุลาการทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุม

(3) องค์กรผสมระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการ

นอกจากฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการแล้ว ในอังกฤษยังมีการก่อตั้งองค์กรปกครองอิสระให้มีอำนาจหน้าที่ในการร่วมบริหารจัดการฝ่ายตุลาการด้วย ซึ่งมี 2 องค์กรด้วยกัน ได้แก่

ก. สำนักงานธุรการศาล(HM's Court and Tribunal Service) สำนักงานดังกล่าวเป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวงยุติธรรม แต่อยู่ภายใต้การดูแลร่วมกันระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม(Lord Chancellor) ประธานตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์(Lord Chief Justice of England and Wales) และประธานตุลาการศาล Tribunals (Senior President of Tribunals) โดย

¹⁵⁰ Sophie Turenne, “Judicial Independence in England and Wales,” in Judicial Independence in Transition, ed. Anja Seibert-Fohr (Heidelberg: Springer, 2012), 151 -152 see also Courts and Tribunals Judiciary, “Judges’ Council,” Retrieved on November 20, 2013, from <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/how-the-judiciary-is-governed/judges-council/>.

สำนักงานธุรการศาลจะทำหน้าที่รับผิดชอบงานธุรการภายในศาลทั่วทั้งอังกฤษและเวลส์ โดยมีสำนักงานอยู่ตามภูมิภาคต่างๆ รับผิดชอบจัดหาพนักงานธุรการ จัดการอาคารสถานที่ จัดสรรและกระจายงบประมาณไปให้แก่ศาลต่างๆ และ

ข. คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา (Judicial Appointment Commission ; JAC) ประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 15 คน มาจากการแต่งตั้งโดยสมเด็จพระราชินีนาถตามคำแนะนำของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมโดยมีวาระการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 5 ปีในแต่ละครั้ง และจะดำรงตำแหน่งรวมกันได้ไม่เกิน 10 ปีไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งติดต่อกันหรือไม่ พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งไว้แตกต่างกัน¹⁵¹ โดยในกรรมการจำนวน 15 คนนี้จะแต่งตั้งจากผู้พิพากษาจำนวน 7 คนและบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการ 8 คน

กรรมการที่มาจากผู้พิพากษาจำนวน 7 คนจะต้องแต่งตั้งจาก

-ผู้พิพากษาศาลปกติจำนวน 5 คน โดยในจำนวนนี้ 3 คนจะต้องเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือศาลสูงในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์(Lord Justice of Appeal) อย่างน้อย 1 คน และผู้พิพากษาในศาลสูงอย่างน้อย 1 คน และผู้พิพากษาในศาล Circuit Court 1 คน และผู้พิพากษาศาลแขวง(District Court) 1 คน

-ผู้พิพากษาศาล Tribunals (Tribunal Member) 1 คน

-ผู้พิพากษาสมทบจากศาลชุมชน(Magistrate Court) 1 คน

ส่วนกรรมการที่เป็นเป็นบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการ 8 คนจะแต่งตั้งจาก

-บุคคลธรรมดาที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย(Lay members) ซึ่งอาจจะมีความรู้ในทางกฎหมายหรือไม่ก็ได้ 6 คน และ

-ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย 2 คนจากเนติบัณฑิตยสภา

คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษานี้มีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อเสนอให้รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมพิจารณาแต่งตั้ง ยกเว้นตุลาการของศาลสูงสุด(Justice of Supreme Court) ซึ่งจะใช้คณะกรรมการคัดเลือกพิเศษอีกชุดหนึ่ง

4.2.2 กลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารแบบยุโรป

โครงสร้างการบริหารแบบยุโรปมีการวางกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการหลายกลไกโดยอาจจำแนกได้เป็น 4 กลไกด้วยกัน ได้แก่ (4.2.2.1) การควบคุมการ

¹⁵¹ Schedule 14 of Constitutional Reform Act 2005

บริหารฝ่ายตุลาการโดยรัฐสภา (4.2.2.2) การถ่วงดุลอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ (4.2.2.3) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน และ (4.2.2.4) การอนุญาตให้ก่อตั้งสหภาพผู้พิพากษา

4.2.2.1 การควบคุมการบริหารฝ่ายตุลาการโดยรัฐสภา

การควบคุมโดยรัฐสภาอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ *ประเภทแรก การควบคุมทั่วไปของรัฐสภา* ในรัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย รัฐสภาเป็นจะเป็นองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนและถือเป็นแหล่งอำนาจและข้อจำกัดอำนาจที่สำคัญขององค์กรและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งหลายโดยการตรากฎหมายให้อำนาจหรือจำกัดอำนาจที่สำคัญขององค์กรและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งหลายโดยการตรากฎหมายให้อำนาจหรือจำกัดอำนาจได้ ในรัฐสมัยใหม่มักจะยึดถือหลักการปกครองโดยกฎหมายที่องค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ซึ่งรวมถึงฝ่ายตุลาการด้วย ซึ่งรัฐสภาย่อมจะมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อควบคุมการบริหารศาลได้ เช่น การตรากฎหมายกำหนดหรือจำกัดอำนาจในการบริหารได้ หรืออาจจะตรากฎหมายมอบอำนาจหรือก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารศาลตามที่เห็นสมควรได้

ประเภทที่สอง การควบคุมผ่านระบบความรับผิดชอบของรัฐมนตรี (Ministerial Responsibility) ในการจัดโครงสร้างแบบยุโรปนี้ รัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารเป็นผู้รับผิดชอบการบริหารฝ่ายตุลาการต่อรัฐสภา (Ministerial Responsibility) โดยเรื่องหลักๆ ที่ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาคือการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการที่มีประสิทธิภาพให้บริการแก่ประชาชนทั้งในเรื่องงานนโยบาย เช่น การก่อตั้งศาลให้เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน การจัดหาช่องทางการเข้าถึงศาลได้ หรือการลดขั้นตอนในวิธีพิจารณาของศาลเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินคดี หรืออาจจะลดภาระค่าธรรมเนียมศาล เป็นต้น แม้กระทั่งในประเทศที่ใช้ระบบกระจายอำนาจ ที่มีองค์กรพิเศษอิสระขึ้นมารับผิดชอบอำนาจหน้าที่ดังกล่าว แต่โดยหลักทั่วแล้วยังคงถือว่ารัฐมนตรียังรับผิดชอบนโยบายทั่วไป เช่น หากการพิจารณาคดีล่าช้า รัฐมนตรีย่อมต้องเข้าไปพูดคุยกับฝ่ายตุลาการและหน่วยงานดังกล่าวเพื่อหาหนทางแก้ไขเยียวยา โดยรัฐสภาจะทำควบคุมผ่านการตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ไว้วางใจ และการสอบสวนโดยคณะกรรมการ

ประเภทสุดท้าย การควบคุมเฉพาะเรื่อง หมายถึงกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่รัฐสภาในการควบคุมการบริหารฝ่ายตุลาการไว้โดยเฉพาะเรื่อง เช่น การให้อำนาจแก่รัฐสภาในการแต่งตั้งกรรมการตุลาการซึ่งมีอำนาจในการบริหารกิจการตุลาการ ในหลายประเทศ เช่น สเปน อิตาลี โปรตุเกส หรืออำนาจในการควบคุมการตรากฎหมายของฝ่ายตุลาการ เช่น ในกรณีของอังกฤษ ตามพระราชบัญญัติศาล ค.ศ. 2003 (Court Act 2003) อนุญาตให้ฝ่ายตุลาการสามารถตราระเบียบวิธีพิจารณาความขึ้นมาใช้บังคับเองได้ โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ระเบียนวิธี

พิจารณาคดีครอบครัว คดีแพ่ง และคดีอาญา ซึ่งตามกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่รัฐสภาในการลงมติยกเลิกระเบียบดังกล่าวได้อันเป็นกลไกในการควบคุมอำนาจของฝ่ายตุลาการประการหนึ่งเช่นกัน

4.2.2.2 การถ่วงดุลอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ

องค์กรที่ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการจัดโครงสร้างแบบยุโรปคือ คณะกรรมการอิสระที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งมักจะเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการ”¹⁵² (Judicial Council ; Judicial Committee) องค์กรในรูปแบบของคณะกรรมการตุลาการเกิดขึ้นครั้งแรกในฝรั่งเศส ในศตวรรษที่ 18 และปัจจุบันได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจนองค์กรระหว่างประเทศจำนวนมาก เช่น สหประชาชาติหรือสหภาพยุโรป แนะนำให้รัฐต่างๆ ก่อตั้งขึ้น โดยในปัจจุบันคณะกรรมการตุลาการดังกล่าวจะถูกก่อตั้งเพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการ¹⁵³ ได้แก่

ประการแรก การสร้างและสนับสนุนความเป็นอิสระและความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ คณะกรรมการตุลาการจะทำหน้าที่ป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือกลุ่มการเมืองอื่นใดใช้อำนาจหรืออิทธิพลในทางไม่ชอบกีดกันต่อผู้พิพากษาหรือฝ่ายตุลาการและรวมถึงการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของผู้พิพากษาระดับสูงต่อผู้พิพากษาในระดับล่างด้วย โดยการโอนอำนาจในการให้ดุลให้โทษจากฝ่ายการเมืองมาให้กับคณะกรรมการตุลาการหรือให้ต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการเพื่อพิจารณาว่าเป็นการกลั่นแกล้งกันหรือไม่ เช่น ในฝรั่งเศส และอิตาลี และในขณะเดียวกัน คณะกรรมการตุลาการก็ยังทำหน้าที่เป็นกลไกในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาด้วย จึงทำให้คณะกรรมการตุลาการจึงเป็นองค์กรที่สร้างความพร้อมรับผิดให้กับฝ่ายตุลาการด้วยเช่นเดียวกัน

¹⁵² อนึ่งในงานศึกษาของต่างประเทศจำนวนมากจะรวมเอาคณะกรรมการตุลาการที่อยู่ในรูปแบบอเมริกันมารวมพิจารณาด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาทำได้แต่การวิเคราะห์ควรจะทำแยกกัน เพราะแม้จะเป็นคณะกรรมการที่ประกอบไปด้วยผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน แต่ก็มีวัตถุประสงค์ บทบาท อำนาจหน้าที่ ตลอดจนตำแหน่งหน้าที่ความสำคัญที่แตกต่างกันอย่างมาก จนไม่อาจจัดเป็นประเภทเดียวกันได้ ดังนั้น เพื่อความชัดเจนในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “คณะกรรมการตุลาการ” สำหรับรูปแบบยุโรป และใช้คำว่า “สภาตุลาการ” สำหรับรูปแบบอเมริกัน

¹⁵³ Violaine Autheman and Sandra Elena, Global Best Practice: Judicial Councils Lessons Learned from Europe and Latin America, IFES Rule of Law White Paper Series, United States Agency for International Development (USAID), April 2004), p.2-3.

ประการที่สอง เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงประสิทธิภาพการบริการ สาธารณะทางตุลาการ ในหลายประเทศได้ให้คณะกรรมการตุลาการมีอำนาจในทางบริหารงานตุลาการ ด้วย เช่น อำนาจในเรื่องการงบประมาณ หรือการจัดระเบียบการบริหารงานภายในฝ่ายตุลาการ ซึ่งสมาชิกในคณะกรรมการตุลาการส่วนหนึ่งเป็นผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ย่อมทราบถึงสภาพปัญหาและ ข้อจำกัดในการบริหารเป็นอย่างดีย่อมทำให้การแก้ไขปัญหาเป็นไปได้อย่างถูกต้อง แต่อย่างไรก็ดี การโอน อำนาจในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการให้คุณให้โทษในการ บริหารงานบุคคล เช่น อำนาจในการแต่งตั้ง โยกย้าย การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง อำนาจในการขึ้น เงินเดือน และอำนาจในการลงโทษทางวินัยของผู้พิพากษาอาจส่งผลทำให้เป็นโอนผู้ทรงอิทธิพลหรือผู้มี อำนาจในครอบงำผู้พิพากษาจากฝ่ายการเมืองมาเป็นคณะกรรมการตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในครอบงำเสีย เอง ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นย่อมขัดกับวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการที่ต้องการให้ฝ่ายตุลา การเป็นอิสระ ไม่ว่าจะอิสระจากฝ่ายการเมืองหรืออิสระจากอิทธิพลภายในฝ่ายตุลาการเอง ดังนั้น ใน ประเทศที่ใช้คณะกรรมการตุลาการจึงต้องสร้างกลไกในการถ่วงดุลตรวจสอบคณะกรรมการตุลาการไว้ด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้คณะกรรมการตุลาการบิดเบือนอำนาจ จนกลายเป็นผู้มีอิทธิพลครอบงำผู้พิพากษาแทน ฝ่ายบริหาร ซึ่งจากการศึกษาการจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรป อาจแยกกลไกออกเป็น 3 กลไก ได้แก่

(1) การกำหนดสัดส่วนที่มาของกรรมการตุลาการ

แม้จะเรียกชื่อว่าคณะกรรมการตุลาการ แต่ในความเป็นจริงแล้ว สมาชิกหรือ องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการกลับไม่ได้มีแต่เพียงผู้พิพากษาเป็นสมาชิกเท่านั้น แต่มีบุคคลหรือ องค์กรอื่นเข้าร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการตุลาการด้วย สมาชิกของคณะกรรมการตุลาการจึงมัก ประกอบไปด้วยสมาชิกที่เป็นตัวแทนจากหลายฝ่ายที่แตกต่างกัน ในสัดส่วนที่แตกต่างกันไปในแต่ละ ประเทศ โดยอาจแบ่งเป็น 2 ฝ่าย อันได้แก่ ฝ่ายผู้พิพากษา และฝ่ายบุคคลภายนอก ซึ่งฝ่ายบุคคลภายนอก อาจจะเป็นตัวแทนจากฝ่ายการเมือง ตัวแทนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือตัวแทนของสังคมโดย ส่วนรวมก็ได้ ซึ่งการกำหนดสัดส่วนของกรรมการมีผลอย่างมากต่อการวางวัตถุประสงค์ของคณะกรรมการ ตุลาการ หากต้องการเน้นที่ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการก็ต้องให้มีสัดส่วนที่เป็นฝ่ายผู้พิพากษา มากกว่าฝ่ายบุคคลภายนอก แต่หากต้องการเน้นที่ความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการก็ต้องกำหนดให้ ฝ่ายบุคคลภายนอกมีสัดส่วนที่มากกว่าฝ่ายผู้พิพากษา

ตามคำแนะนำขององค์กรในระดับระหว่างประเทศส่วนใหญ่มักจะแนะนำว่า การให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมเป็นกรรมการตุลาการย่อมทำได้ แต่สัดส่วนจะต้องให้ผู้พิพากษาเป็นเสียง ข้างมาก หรือมากกว่าร้อยละ 50 เช่น European Charter on the Statute for judges adopted by

Council of Europe 10 July 1998 แนะนำว่า “ทุกคำวินิจฉัยที่มีกระทบต่อการแต่งตั้ง การควบคุม พฤติกรรม หรือการให้พ้นจากตำแหน่งของผู้พิพากษา จะต้องให้คณะกรรมการที่เป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่ประกอบไปด้วยสมาชิกอย่างน้อยครึ่งหนึ่งเป็นผู้พิพากษาที่มาจากการคัดเลือกกันเองตามวิธีการที่กำหนด หรือความเห็นของที่ประชุมใหญ่ European Network Councils of Justice ณ กรุงบูดาเปส(Budapest) เมื่อวันที่ 21-23 พฤษภาคม ค.ศ. 2008 ก็แนะนำว่าองค์ประกอบของ คณะกรรมการตุลาการที่เป็นองค์กรผสม จะต้องให้เสียงข้างมากไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 จะต้องเป็นตัวแทน ของผู้พิพากษา และใน Magna Carter of European Judges No. 13 แนะนำให้แต่ละรัฐจะต้องก่อตั้ง คณะกรรมการตุลาการหรือองค์กรอื่นใดที่เป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ที่มีอำนาจหน้าที่ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถานะ การจัดองค์การ การปฏิบัติหน้าที่ของศาล ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวจะต้อง ประกอบไปด้วยอย่างน้อยที่สุด เป็นผู้พิพากษาที่ถูกเลือกโดยผู้พิพากษาด้วยกันเอง

แต่อย่างไรก็ดี ในหลายประเทศก็ไม่ได้ให้สัดส่วนผู้พิพากษาในคณะกรรมการ เป็นเสียงข้างมาก เช่น คณะกรรมการตุลาการสูงสุดในศาลยุติธรรมของฝรั่งเศส มีกรรมการที่เป็นบุคคล ภายนอกฝ่ายตุลาการ 8 คน มากกว่าตัวแทนของผู้พิพากษาที่มีเพียง 7 คน หรือในกรณีของอังกฤษ ก็ให้ บุคคลภายนอกเป็นเสียงข้างมากในคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา(Judicial Appointments Commission) เหตุที่เป็นเช่นนี้ น่าจะมีเหตุผล 2 ประการ ประการแรก เนื่องจากประเทศเหล่านี้ต้องการ ให้เกิดความโปร่งใสในการใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการที่มักจะถูกสังคมมองว่าเป็นองค์กรที่ทำ หน้าที่ปกป้องกันเองของผู้พิพากษา และประการที่สอง มีการวางระบบการถ่วงดุลระหว่างกรรมการ ดังกล่าวกันที่ดี กล่าวคือ แม้จำนวนกรรมการที่เป็นฝ่ายบุคคลภายนอกจะมีมากกว่าฝ่ายผู้พิพากษา แต่ก็ มากกว่าเพียงเสียงเดียวหรือเล็กน้อยเท่านั้น อีกทั้งกรรมการที่เป็นบุคคลภายนอกนั้นก็มีความที่แตกต่างกัน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นตัวแทนผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน เช่น ตัวแทนทนายความ หรือตัวแทนพนักงาน อัยการ หรือตัวแทนฝ่ายการเมือง ดังนั้น การรวมตัวกันเพื่อลงคะแนนเสียงไปในทางใดทางหนึ่งอาจเป็นไปได้ยาก ดังนั้น แม้กรรมการที่มาจากบุคคลภายนอกจะมีสัดส่วนมากกว่าก็ตาม แต่การออกแบบโครงสร้าง ก็ไม่ทำให้บุคคลภายนอกน่าจะมีอิทธิพลครอบงำการบริหารฝ่ายตุลาการได้

แต่อย่างไรก็ดี ในฝรั่งเศส การกำหนดให้สัดส่วนที่ให้การกรรมการตุลาการที่เป็น บุคคลภายนอกมีจำนวนมากกว่าฝ่ายผู้พิพากษาก็ยังคงถูกวิจารณ์อย่างมากจากสหภาพผู้พิพากษา เช่น U.S.M. (*L'Union Syndicale des Magistrats*) ว่าความเป็นอิสระกำลังถูกแทรกแซง และ U.S.M. ยัง อ้างมาตรฐานการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการว่าการให้บุคคลภายนอกเป็นเสียงข้างมากขัดกับมาตรฐาน

กลางที่เป็นข้อเสนอแนะขององค์กรภายในของสหภาพยุโรป และได้ยื่นข้อเรียกร้องให้ผู้พิพากษากลับมาเป็นเสียงข้างมากในคณะกรรมการอีกครั้ง¹⁵⁴

(2) การกระจายอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ

คณะกรรมการตุลาการที่ก่อตั้งขึ้นมานั้นมักจะมีอำนาจบริหารที่หลากหลาย เช่น อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษา อำนาจเกี่ยวกับความก้าวหน้าในอาชีพของผู้พิพากษาหรืออำนาจในการให้คุณแก่ผู้พิพากษา อำนาจหน้าที่ในการบริหารการศาลและงบประมาณของฝ่ายตุลาการ และอำนาจในการลงโทษทางวินัย ดังนั้น หากให้อำนาจหน้าที่ทั้งหมดตกอยู่กับคณะกรรมการตุลาการเพียงคณะเดียวก็อาจทำให้คณะกรรมการตุลาการกลายเป็นองค์กรที่มีอิทธิพลในการครอบงำฝ่ายตุลาการได้ ในหลายประเทศจึงสร้างระบบการถ่วงดุลอำนาจของคณะกรรมการตุลาการไว้ โดยการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการไว้หลายคณะและกระจายอำนาจหน้าที่ต่างๆ โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ในการให้คุณให้โทษ ออกไปให้คณะกรรมการตุลาการต่างชุดกัน หรือการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะกรรมการตุลาการนั่นเอง หรือ การให้คณะกรรมการตุลาการต้องใช้อำนาจร่วมกับองค์กรอื่น เช่น ฝ่ายบริหารเสมอ เป็นต้น

ในเยอรมันมีการก่อตั้งคณะกรรมการที่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการตุลาการหลายชุดด้วยกัน แต่ละชุดก็มีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันไป เช่น คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา (*Richterwahlausschüsse*) จะมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการคัดเลือกและการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาเท่านั้น ส่วนคณะที่ปรึกษาประจำศาล (*Präsidialrat*) จะมีอำนาจก็แต่ให้ความเห็นในเรื่องการแต่งตั้งผู้พิพากษา ส่วนคณะกรรมการบริหารศาลในแต่ละศาล (*Präsidium*) มีอำนาจจัดการงานของศาลตามกฎหมายกำหนด ส่วนอำนาจในการให้โทษ เช่น อำนาจในการสั่งลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาเป็นของศาลวินัย (*Dienstgericht*) ซึ่งเป็นคนละองค์กรกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา นอกจากนี้ การถอดถอนผู้พิพากษาเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งแยกต่างหากจากองค์กรที่มีอำนาจบริหารอื่นๆ อีกด้วย

ส่วนในฝรั่งเศส ระบบศาลยุติธรรม มีคณะกรรมการตุลาการ 2 ชุด โดยคณะกรรมการตุลาการสูงสุด (*Conseil Supérieur de la Magistrature: CSM*) ที่แม้จะมีอำนาจทำหน้าที่ในการแต่งตั้ง อนุมัติการเลื่อนตำแหน่ง และลงโทษทางวินัยผู้พิพากษา แต่หากพิจารณาในรายละเอียดจะพบว่าในทุกๆ อำนาจหน้าที่ คณะกรรมการตุลาการสูงสุดไม่ได้ทำหน้าที่โดยลำพังองค์กรเดียว เช่น การแต่งตั้งผู้พิพากษาก็จะแต่งตั้งจากผู้ผ่านการฝึกอบรมจากวิทยาลัยตุลาการซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงยุติธรรม การเลื่อนตำแหน่งจะต้องเลื่อนตำแหน่งจากบัญชีรายชื่อที่จัดทำโดยคณะกรรมการเลื่อนตำแหน่ง (*La Commission d'avancement*) เป็นต้น

¹⁵⁴ L'Union Syndicale des Magistrats, *supra* note 131, p.98-107.

(3) การวางกลไกการตรวจสอบอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ

กลไกการตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการตุลาการอื่นๆ กลไกในการตรวจสอบ 2 ประการหลัก ประการแรก การให้คณะกรรมการตุลาการต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานต่อสาธารณะ โดยอาจอยู่ในรูปของรายงานประจำปีเสนอต่อรัฐสภา และเผยแพร่ต่อสาธารณะด้วย และประการที่สอง คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของคณะกรรมการตุลาการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลสามารถถูกโต้แย้งได้ในศาล ในฝรั่งเศส และเยอรมันสามารถฟ้องร้องได้ที่ศาลปกครอง

4.2.2.3 การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน

นอกจากกลไกการถ่วงดุลตรวจสอบตามระบบปกติแล้ว ในการจัดโครงสร้างแบบยุโรปจะพบกลไกพิเศษที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการด้วย อันได้แก่ ระบบผู้ตรวจการแผ่นดิน(Ombudsman) ซึ่งเป็นสถาบันทางกฎหมายที่เป็นเอกลักษณ์ของสกุลกฎหมายนอร์ดิกหรือกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย แต่ได้รับการยอมรับและแพร่หลายไปทั่วโลก ซึ่งผู้ตรวจสอบแผ่นดินต่างๆ ที่ได้ก่อตั้งขึ้นส่วนใหญ่จะทำหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายบริหารเป็นหลัก แต่มีหลายประเทศโดยเฉพาะในยุโรปที่ให้อำนาจหน้าที่แก่ผู้ตรวจการในการเข้าไปสอดส่องหรือรับเรื่องร้องเรียนจากประชาชน หรือผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากฝ่ายตุลาการ แม้ผู้ตรวจการแผ่นดินต้นแบบของสวีเดนจะมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการเข้าไปตรวจสอบฝ่ายตุลาการ แต่ในรัฐที่รับเอาผู้ตรวจการแผ่นดินเข้าไปใช้กลับไม่ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจตรวจสอบฝ่ายตุลาการแต่จำกัดไว้เพียงตรวจสอบฝ่ายบริหาร¹⁵⁵ แต่อย่างไรก็ดี ยังมีบางรัฐที่อนุญาตให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถตรวจสอบฝ่ายตุลาการได้ด้วย โดยในที่นี้จะนำเสนอเฉพาะ (1) ผู้ตรวจการของอังกฤษและ (2) ผู้ตรวจการของฝรั่งเศส

(1) ผู้ตรวจการของอังกฤษ

ผู้ตรวจการแผ่นดินในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารฝ่ายตุลาการในอังกฤษเรียกว่า “ผู้ตรวจการการแต่งตั้งและพฤติกรรมผู้พิพากษาของอังกฤษ” (Judicial Appointment and Conduct Ombudsman: JACO) ซึ่งเป็นองค์กรใหม่ที่ถูกก่อตั้งโดยพระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (Constitution Reform Act 2005) ผู้ตรวจการดังกล่าวแต่งตั้งโดยกษัตริย์ตามคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม(Lord Chancellor) ซึ่งจะต้องแต่งตั้งจากบุคคลธรรมดา(Lay Person) ที่จะต้องไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้พิพากษา ทนายความ(Barrister) ที่ปรึกษาทนายความ(Solicitor) ข้าราชการ

¹⁵⁵ Gabriele Kucsko-Stadlmayer Editor, European Ombudsman-Institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea, (Austria: Springer, 2008), p.25 – 28.

(Civil Servant) สมาชิกสมาชิกสามัญ(MP) นอกจากนี้ ผู้ที่เคยมีบทบาทอย่างสูงกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมืองใดพรรคหนึ่งเป็นเป็นเงื่อนไขที่ทำให้ขาดคุณสมบัติ ผู้ตรวจการมีวาระการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 5 ปี และไม่สามารถดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกิน 10 ปีได้ โดยผู้ตรวจการสามารถถูกถอดถอนได้โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ในกรณีที่กำหนดไว้ อันได้แก่ ขาดคุณสมบัติในการแต่งตั้งเรื่องการประกอบวิชาชีพกฎหมายและผู้พิพากษา หักล้างความเหมาะสมในการแต่งตั้งเพราะเหตุ การปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นตุลาการโดยสภาพ หรือเข้าร่วมกิจกรรมทางการเมือง หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่อย่างน้อย 6 เดือน จาก 9 เดือน ถูกศาลตัดสินว่ากระทำความผิดอาญา ตกเป็นบุคคลล้มละลาย ไม่เหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยเหตุอื่น¹⁵⁶

อำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแบ่งออกเป็น 2 ประการ ได้แก่ *ประการแรก* อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษา โดยบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากกระบวนการคัดเลือกสามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาและต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก่อนและหากองค์กรที่รับเรื่องร้องเรียนดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยออกมาแต่ผู้ร้องยังไม่เห็นพ้องด้วย จึงจะสามารถนำเรื่องมาร้องเรียนต่อผู้ตรวจการได้ ดังนั้น ผู้ตรวจการของอังกฤษในกรณีนี้จึงไม่ได้ตรวจสอบการแต่งตั้งหรือการควบคุมพฤติกรรมโดยตรง แต่ทำหน้าที่ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับองค์กรที่รับพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยร้องเรียน แต่ก็มีอำนาจจำกัดเพียงการเข้าไปตรวจสอบซ้ำ และไม่มีอำนาจบังคับให้รัฐมนตรีหรือคณะกรรมการในการยกเลิกมติหรือคำสั่งของตนเองได้ ผู้ตรวจการจะมีอำนาจเพียงเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาความเสียหายที่เกิดขึ้น รวมถึงคำแนะนำที่มีต่อกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาในคราวต่อไป¹⁵⁷ ซึ่งการรับเรื่องร้องเรียนกรณีนี้ ผู้ร้องจะต้องไปร้องเรียนเท่านั้น

ประการที่สอง อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบพฤติกรรมผู้พิพากษา โดยหลักทั่วไปแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม(Lord Chancellor) และประธานตุลาการ(Lord Chief Justice) จะมีอำนาจในการให้คำแนะนำ ตักเตือน หรือดำเนินอย่างเป็นทางการต่อผู้พิพากษาทุกคนตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายกำหนดยกเว้นผู้พิพากษาศาลสูงสุด ซึ่งผู้เสียหายจากการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจของผู้พิพากษามีสิทธิร้องเรียนต่อประธานตุลาการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมให้ตรวจสอบการกระทำออกคำสั่งลงโทษผู้พิพากษาในกรณีที่พบว่ามีความผิดเกิดขึ้นจริงตามกระบวนการ

¹⁵⁶ Schedule 13 of Constitutional Reform Act และดู ชัช ขำเพชร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ* ที่ 144, น.164.

¹⁵⁷ ชัช ขำเพชร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ* ที่ 144, น.164 – 165.

ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ในกรณีนี้ผู้ตรวจการสามารถรับเรื่องร้องเรียนได้ทั้ง 2 ทาง ทางแรกรับเรื่องจากผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้พิพากษาซึ่งไม่พอใจคำวินิจฉัยของประธานตุลาการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม(Lord Chancellor) หรือทางที่สอง ผู้พิพากษาที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งลงโทษทางวินัยที่มีต่อตนเองของประธานตุลาการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็สามารถร้องเรียนมายังผู้ตรวจการได้เช่นกัน แต่ผู้ตรวจการก็จะมีอำนาจเพียงการสอบสวน จัดทำรายงาน ข้อเสนอแนะทางเยียวยาความเสียหาย ซึ่งรวมถึงการเสนอให้ใช้จ่ายเงินชดเชยต่อประธานตุลาการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเพื่อดำเนินการแก้ไขต่อไป แต่ไม่มีอำนาจวินิจฉัยกลับคำวินิจฉัยของสององค์กรนั้น¹⁵⁸

(2) ผู้ตรวจการในฝรั่งเศส

ในฝรั่งเศสมีองค์กรที่ทำหน้าที่ใกล้เคียงกับผู้ตรวจการแผ่นดิน 2 องค์กร ซึ่งเป็นองค์กรที่แต่งตั้งจากฝ่ายบริหารทั้งสององค์กร องค์กรแรก คือ *Médiateur de la République* ก่อตั้งโดยกฎหมายหมายเลข 73-6 ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1973 องค์กรนี้ไม่ได้มีอำนาจในการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการโดยตรง ส่วนองค์กรที่สอง เรียกว่า “ผู้ตรวจการทั่วไปในการบริการสาธารณะทางตุลาการ”(Inspection générale de services judiciaires; IGSJ) เพิ่งก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2005 เป็นองค์กรภายในกระทรวงยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของทุกหน่วยงานและองค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงยุติธรรม รวมไปถึงศาลยุติธรรม เว้นแต่ศาลสูงสุดเท่านั้น

ผู้ตรวจการทั่วไปดังกล่าว มีภารกิจ 4 ประการ¹⁵⁹ ได้แก่

- การสอบสวน ตรวจสอบ ควบคุมพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่กระทรวงยุติธรรม ยุติธรรมและผู้พิพากษาในศาล มีอำนาจดำเนินการสอบสวนกรณีที่มีข้อกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดวินัย ตามคำสั่งของรัฐมนตรี

- ประเมินการปฏิบัติหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะของหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรมและศาลในระบบศาลยุติธรรม และนิติบุคคลทั้งในกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน ที่มีกิจกรรมที่เกี่ยวกับ

¹⁵⁸ เพิ่งอ้าง

¹⁵⁹ François FELTZ, “The General Inspectorate of Judicial Services,” Retrieved on March 23, 2013, from www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/inspection-generale-des-services-judiciaires-10027.

-ทำหน้าที่ตรวจสอบภายในกระทรวงยุติธรรม ศาลยุติธรรม เพื่อพัฒนาคุณภาพและความน่าเชื่อถือของศาล

-ภารกิจในการให้คำแนะนำ โดยจะทำหน้าที่เก็บรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะในกระบวนการยุติธรรม วิเคราะห์และเสนอแนะแก่รัฐมนตรี

การปฏิบัติการของผู้ตรวจการจะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐมนตรี ซึ่งการตรวจสอบจะครอบคลุมในทุกๆ พื้นที่ของกิจกรรมของศาล การสอบสวนเหล่านี้ส่วนใหญ่ผู้ตรวจการจะริเริ่มเองแต่บางครั้งก็ทำการสอบสวนตามคำร้อง โดยทั่วไปแล้วผลการสอบสวนจะไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ แต่รายงานจะถูกส่งตรงไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อดำเนินการทางวินัยต่อไป

กล่าวโดยสรุป ผู้ตรวจการแผ่นดินของทั้งสองประเทศทำหน้าที่ตรวจสอบในเรื่องการบริหารฝ่ายตุลาการตามขอบเขตของกฎหมาย แต่มีอำนาจเพียงจัดทำรายงานการสอบสวนและข้อเสนอแนะต่อผู้มีอำนาจบริหารเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยแต่อย่างใด

4.2.2.4 การอนุญาตให้ผู้พิพากษารวมกลุ่ม

นอกจากกลไกในการตรวจสอบการบริหารอย่างเป็นทางการที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมายแล้ว ในหลายๆ ประเทศยังได้อนุญาตให้ผู้พิพากษารวมตัวกัน ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสหภาพแรงงาน หรือสมาคมผู้พิพากษา เป็นต้น เพื่อให้ผู้พิพากษาได้มีสิทธิ มีเสียง สร้างอำนาจต่อรองให้กับผู้พิพากษาเอง การบริหารตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการบริหารงานบุคลากรมักจะถูกให้ความเห็นต่อต้านจากบรรดาสหภาพ หรือกลุ่มของผู้พิพากษาเหล่านี้ ผู้มีอำนาจไม่อาจกระทำการใดๆ เพื่อเข้าครอบงำฝ่ายตุลาการได้อย่างง่ายดายนัก แม้จะไม่ใช่องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่อย่างเป็นทางการ แต่องค์กรเหล่านี้เป็นป้อมปราการสำคัญในการป้องกันการเข้าครอบงำฝ่ายตุลาการ ไม่ว่าจะมาจากการครอบงำโดยฝ่ายการเมือง หรือการครอบงำภายในฝ่ายตุลาการนั่นเอง องค์กรที่เกิดจากการรวมกลุ่มของผู้พิพากษานี้จะแตกต่างจากคณะกรรมการตุลาการ ในแง่ที่ว่า องค์กรตัวแทนนี้เกิดจากการรวมกลุ่มกันโดยสมัครใจของเหล่าผู้พิพากษาเองและไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในทางกฎหมายแต่อาจจะมีพันธะในการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งการก่อตั้งกลุ่มขึ้น แต่คณะกรรมการตุลาการเกิดจากการก่อตั้งโดยกฎหมายและมีอำนาจหน้าที่ในทางกฎหมาย โดยการรวมกลุ่มของผู้พิพากษามักจะอยู่ใน 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบสมาคม และรูปแบบสหภาพแรงงาน ซึ่งในที่นี้จะยกตัวอย่าง 2 ประเทศ ได้แก่

(1) การรวมกลุ่มของผู้พิพากษาในฝรั่งเศส

แม้ตามกฎหมายฝ่ายตุลาการของฝรั่งเศสไม่ได้ห้ามการที่ผู้พิพากษารวมกลุ่มกันเพื่อแสดงความคิดเห็น เจรจาต่อรอง เสนอข้อเรียกร้องในลักษณะที่คล้ายคลึงกับสหภาพ

แรงงาน โดยในฝรั่งเศสจะมีการรวมกลุ่มของผู้พิพากษาทั้ง 2 รูปแบบ¹⁶⁰ กล่าวคือ *รูปแบบสหภาพ(Union)* ซึ่งผู้พิพากษาประมาณร้อยละหกสิบเป็นสมาชิกสหภาพผู้พิพากษาแห่งใดแห่งหนึ่ง ในปัจจุบันมีสหภาพหลักอยู่ 3 แห่ง¹⁶¹ ด้วยกัน ได้แก่ “*Union Syndicale des magistrats ; U.S.M.*” เป็นสหภาพที่ใหญ่ที่สุดและมีอิทธิพลอย่างมากในวงการตุลาการฝรั่งเศสมีสมาชิกประมาณร้อยละหกสิบของจำนวนผู้พิพากษาทั้งหมดที่เป็นสมาชิกสหภาพ ส่วนผู้พิพากษาอีกประมาณร้อยละสามสิบเป็นสมาชิกสหภาพของฝ่ายซ้ายที่ชื่อ “*Syndicat de la Magistrature*” และอีกร้อยละเก้าเป็นสมาชิกสหภาพของฝ่ายขวา “*Association Professionnelle des Magistrats ; A.P.M.*”

สหภาพผู้พิพากษาเหล่านี้ มีบทบาทสำคัญอย่างมากในการปกป้องสถานะเงื่อนไขการทำงานและผลประโยชน์ทางวิชาชีพของฝ่ายตุลาการเพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนถึงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการได้¹⁶² นอกจากนี้ สหภาพเหล่านี้ยังทำหน้าที่ในการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการและในคณะกรรมการตุลาการ เสนอความเห็นในการคัดเลือกและฝึกอบรมผู้พิพากษา มีการส่งตัวแทนเข้าลงสมัครไปเป็นกรรมการตุลาการซึ่งมีลักษณะคล้ายพรรคการเมืองที่เข้าแข่งขันอำนาจในการบริหารฝ่ายตุลาการ¹⁶³ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีความชอบธรรม มีความเปิดเผยโปร่งใสสามารถตรวจสอบ ในปี ค.ศ. 2001 สหภาพผู้พิพากษาได้ออกมาเดินขบวนประท้วง เฝ้าประมวลกฎหมายอาญาหน้ากระทรวงยุติธรรมจากนโยบายของประธานาธิบดีนิโกลาส ซาร์โกซี ที่ให้ตัดงบประมาณของกระทรวงยุติธรรมลง ซึ่งการเผชิญหน้าระหว่างสหภาพกับกระทรวงยุติธรรมได้เคยเกิดขึ้นมาแล้วในปี ค.ศ. 1990 และ 2000¹⁶⁴

รูปแบบที่สอง คือ รูปแบบสมาคม(Associations) ซึ่งในฝรั่งเศสมีจำนวนที่หลากหลายมากกว่าสหภาพและมักเป็นการรวมกลุ่มกันของผู้พิพากษาเฉพาะทาง เช่น สมาคมผู้พิพากษาไตสวนฝรั่งเศส (*Association Française des Magistrats Instructeurs ; AFMI*) มีจัดตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบกฎหมายและการปฏิรูปตุลาการและเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้พิพากษาไตสวน ซึ่งเมื่อมีการปฏิรูปเกี่ยวกับผู้พิพากษาไตสวน รัฐบาลก็ได้ปรึกษากับสมาคมดังกล่าว หรือ สมาคมผู้พิพากษา

¹⁶⁰ Antoine Garapon and Harold Epineuse, *supra note 138*, p.295.

¹⁶¹ John Bell, *supra note 98*, p.63.

¹⁶² *Ibid.*, p.63.

¹⁶³ Jacqueline Lucienne Lafon, “Judicial Career in French,” *Judicature* 75, p.105 – 106 (August-September, 1991).

¹⁶⁴ John Bell, *supra note 98*, p.63.

ระดับล่าง(*Association des Jeunes Magistrats*) มีสมาชิกประมาณ 173 คน และเปิดรับผู้พิพากษาทุกประเภทเป็นสมาชิก มีวัตถุประสงค์เพื่อดูแล ตรวจสอบการปฏิบัติฝ่ายตุลาการ หรือ *Association des Magistrats de la Jeunesse et de la famille* ทำการวิจัยในประเด็นทางกฎหมายและฝ่ายตุลาการในประเด็นเกี่ยวกับเด็กและครอบครัว เป็นต้น

(2) การรวมกลุ่มของผู้พิพากษาในเยอรมนี

ในเยอรมันก็ไม่ได้มีกฎหมายห้ามผู้พิพากษารวมกลุ่มเช่นกันโดยกลุ่มของผู้พิพากษาในเยอรมนีที่มีชื่อเสียงได้แก่ สมาคมผู้พิพากษาเยอรมัน(*Deutscher Richterbund*) ที่ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1909 และฟื้นฟูอีกครั้งในปี ค.ศ. 1949 หรือ สมาคม *Neue Richterverein* ซึ่งสหภาพของผู้พิพากษาฝ่ายซ้าย(*Left-wing Union*) และยังมีสมาคมผู้พิพากษาที่รวมกลุ่มกันตามประเภทเฉพาะ เช่น สมาคมผู้พิพากษาศาลปกครอง(*Verwaltungsrichterverein*) อีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดี การรวมกลุ่มของผู้พิพากษาในเยอรมนีเหล่านี้ไม่มีชื่อเสียงในทางสาธารณะมากนักเมื่อเทียบกับสหภาพผู้พิพากษาของฝรั่งเศส สเปน หรือโปรตุเกส กล่าวคือไม่ได้มีบทบาทในการนำผู้พิพากษามุมประท้วงหรือเข้าไปเกี่ยวข้องประเด็นสาธารณะอื่น แต่เพียงมีบทบาทหลักในการเสนอชื่อบุคคลต่อผู้มีอำนาจในการเลื่อนตำแหน่ง เช่น คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการ และมีบทบาทในการให้ความเห็นหรือคำแนะนำในการปฏิรูปกฎหมายหรือการบริหารงานตุลาการ ซึ่งเป็นลักษณะของสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพมากกว่าจะเป็นสหภาพแรงงาน¹⁶⁵ เช่น ในปี ค.ศ. 2004 สมาคมได้ออกให้ความเห็นในเรื่องเงินเดือนของผู้พิพากษาในช่วงปี ค.ศ. 1993 – 2003 ว่าการปรับเงินเดือนไม่สอดคล้องกับอัตราเงินเฟ้อเมื่อเทียบกับเงินเดือนของภาคเอกชน เป็นต้น

4.3 การถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารที่จัดโครงสร้างแบบอเมริกัน

การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการในรูปแบบนี้ถือกำเนิดมาจากการปฏิรูปประบรัฐของการสหรัฐอเมริกาในช่วงทศวรรษ 1920 ต่อเนื่องไปต้นทศวรรษที่ 1930 การจัดวางโครงสร้างความสัมพันธ์แบบนี้เกิดจากแนวความคิดที่ว่าฝ่ายตุลาการก็เป็นองค์การรัฐบาลฝ่ายที่สาม(*The Third Branch*) ที่มีความเท่าเทียมกัน(*Co-Equal*) กับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจึงควรจะสามารถมีอำนาจในการบริหารกิจการของตนเองได้โดยอิสระเช่นเดียวกับอีก 2 ฝ่ายที่เหลือ การจัดโครงสร้างแบบนี้จึงมีจุดเด่นอยู่ที่การให้การบริหารฝ่ายตุลาการเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการเอง และพยายามลดการ

¹⁶⁵ John Bell, *supra* note 98, p.126 – 127.

พึงพาฝ่ายบริหารให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ เมื่อฝ่ายตุลาการสามารถบริหารกิจการของตนเองได้ก็สามารถพิจารณาคดีได้โดยอิสระ ในโครงสร้างเช่นนี้จะแตกต่างจากโครงสร้างแบบยุโรปที่แม้ผู้พิพากษาจะมีส่วนร่วมในฐานะคณะกรรมการตุลาการ แต่ก็อยู่ในฐานะเป็นองค์ประกอบ อำนาจบริหารจะถูกร่วมใช้โดยองค์กรอื่นๆ หรือบุคคลภายนอก แต่โครงสร้างแบบอเมริกัน ผู้พิพากษาจะมีอำนาจเต็มหรืออย่างน้อยที่สุดก็จะมีบทบาทหลักหรือเป็นแกนหลักในการบริหาร ซึ่งโครงสร้างดังกล่าวนี้นอกจากสหรัฐอเมริกาแล้ว รัฐประชาธิปไตยที่นำการจัดโครงสร้างในรูปแบบนี้ไปใช้ก็คือ ญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ เมื่อการจัดโครงสร้างการบริหารแตกต่างไปจากรูปแบบยุโรป ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบจึงมีความแตกต่างกันไปด้วย ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึง (4.3.1) การจัดโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกัน และ (4.3.2) กลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารแบบอเมริกัน

4.3.1 การจัดโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกัน

ประเทศที่ใช้โครงสร้างการบริหารแบบอเมริกันมี 3 ประเทศหลักได้แก่สหรัฐอเมริกา (4.3.1.1) ที่เป็นต้นกำเนิดเองและถูกนำไปใช้ในญี่ปุ่น(4.3.1.2) และเกาหลีใต้(4.3.1.3)

4.3.1.1 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกา

องค์กรบริหารฝ่ายตุลาการสหรัฐอเมริกาอาจแยกพิจารณาได้เป็นองค์กรบริหารฝ่ายตุลาการสหรัฐในระดับชาติซึ่งแบ่งเป็นสองระดับประกอบไปด้วย

(1) ประธานตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา (Chief Justice of the United States)

ประธานตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุด (Supreme Court) ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา (Senate) เช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลสูงสุดคนอื่นๆ แต่นอกจากที่จะมีอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการแล้ว ประธานตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกายังเป็นผู้รับผิดชอบทั้งการบริหารงานของศาลสูงสุดและฝ่ายตุลาการในระดับสหพันธ์ทั้งหมด และยังใช้อำนาจในการตรากฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับภายในฝ่ายตุลาการโดยระเบียบดังกล่าวจะออกใช้บังคับในนามศาลสูงสุด (Supreme Court Rules) อำนาจหน้าที่ในการเสนอคำร้องขอขบประมาณตามความเห็นชอบของสภาตุลาการ และอำนาจในการแต่งตั้ง โยกย้าย ลงโทษเจ้าหน้าที่ธุรการของฝ่ายตุลาการสหรัฐอเมริกาทั้งหมด

(2) สภาตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา(Judicial Conference of the United States)¹⁶⁶

สภาตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือประธานตุลาการในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ โดยปัจจุบันประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 25 คน อันได้แก่

- ประธานตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา เป็นประธานสภา
- ประธานศาลอุทธรณ์สหพันธ์แห่งภูมิภาค(Circuit Court) ทุกคน ซึ่งปัจจุบันสหรัฐอเมริกา มีการก่อตั้งศาลอุทธรณ์สหพันธ์แห่งภูมิภาคจำนวน 12 แห่ง สมาชิกประเภทนี้จึงมีจำนวน 12 คน
- ประธานศาลอุทธรณ์กลางสหพันธ์(Chief Judge of Federal Circuit Court) 1 คน
- ประธานศาลการค้าระหว่างประเทศ(Chief Judge of Court of International Trade) 1 คน
- ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นสหพันธ์(District Judge) ที่มาจากการเลือกตั้งของระหว่างผู้พิพากษาทั้งระดับศาลอุทธรณ์สหพันธ์และศาลชั้นต้นสหพันธ์ในแต่ละภูมิภาค ภูมิภาคละ 1 คน รวมเป็นจำนวน 12 คน สมาชิกประเภทนี้มีวาระการดำรงตำแหน่งประมาณ 3 – 5 ปี แล้วแต่สภาตุลาการแห่งภูมิภาคจะกำหนด

สภาตุลาการมีอำนาจหน้าที่จำนวนมาก¹⁶⁷ โดยอาจแบ่งได้เป็น 4 ด้านหลัก ได้แก่ ด้านแรก การบริหารงานธุรการทั่วไป โดยควบคุมดูแลและกำกับสำนักงานบริหารในเรื่องทรัพยากรบุคคล การบัญชีและการเงิน อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เทคโนโลยี สถิติ และการสนับสนุนการทำหน้าที่ของศาล ด้านที่สอง การงบประมาณ โดยพิจารณาอนุมัติคำร้องขอของงบประมาณประจำปีที่จะยื่นให้รัฐสภาพิจารณา โดยร่างคำขอของงบประมาณดังกล่าวจัดเตรียมโดยสำนักงานบริหารศาลสหพันธ์ (Administrative

¹⁶⁶ David L. Nersessian “Judicial Conference of the United States”, in Encyclopedia of the Supreme Court of the United States Vol. 3, Editor in chief David S. Tanenhaus(U.S. : Gale, 2008), p.45-46.

¹⁶⁷Administrative Office of the United States, The Federal Court system in the United States: An introduction for judges and judicial administrators in the other countries, Third Edition, (Washington D.C.: U.S., 2010), p.40-41.

Office) และคณะกรรมการการงบประมาณตุลาการ (the Judicial Conference's Budget Committee) ด้านที่สาม กระบวนการยุติธรรมที่ศาลเป็นผู้รับผิดชอบ โดยการส่งเสริมความเป็นเอกภาพของกระบวนการพิจารณาของศาล บังคับใช้ประมวลความประพฤติ(codes of conduct) ศีลธรรมและวินัยตุลาการ ทำให้ความเห็นต่อสภาองค์กรเพื่อการเพิ่มอัตรากำลังผู้พิพากษา และสำรวจความต้องการพื้นที่และสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ และ ด้านสุดท้าย กฎหมายวิธีพิจารณาความและระเบียบภายในฝ่ายตุลาการ โดยพิจารณาการเสนอ การทบทวน และให้ความเห็นเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อภาระงานคดีและกระบวนการวิธีพิจารณาของศาล นอกจากนี้ยังทำหน้าที่พิจารณาตราระเบียบที่ช่วยเสริมกับกฎหมายตลอดจนแนวปฏิบัติและนโยบายต่างๆ พิจารณายกร่างและแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบวิธีพิจารณาคดี (Procedural Rules) อันเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินคดีในศาลสำหรับการฟ้องคดีในศาลสหรัฐ ซึ่งจะต้องได้รับการอนุมัติจากศาลสูงสุดและสภาองค์กร

ตามกฎหมายสหรัฐกำหนดให้ต้องมีการประชุมอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง แต่ประธานตุลาการมักจะเรียกประชุม 2 ครั้งต่อปี ในเดือนกันยายนและมกราคม โดยจะมาประชุมกันที่ทำการศาลสูงสุดในกรุงวอชิงตัน ดีซี ในสมัยทั่วไปจะมีการนำเสนอรายงานกิจกรรมและอาจร้องขอความร่วมมือจากศาลสหรัฐ โดยเจ้าหน้าที่รับเชิญจากฝ่ายอื่นๆ ของรัฐบาลสหรัฐที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เช่น อัยการสูงสุด สมาชิกระดับสูงทั้งฝ่ายเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยของคณะกรรมการตุลาการทั้งจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ผู้อำนวยการศูนย์ตุลาการสหรัฐ(The leadership of the Federal Judicial Center) เจ้าหน้าที่บริหารของศาลสหรัฐ(the Administrative Office of the U.S. Courts) คณะกรรมการราชทัณฑ์ (the U.S. Sentencing Commission)

นอกจากการประชุมร่วมกันของสมาชิกสภาตุลาการแล้ว ประธานสภายังได้แต่งตั้งคณะกรรมการย่อยๆ หลายคณะเพื่อรับผิดชอบพิจารณาศึกษาในด้านใดด้านหนึ่งและนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภาตุลาการ สมาชิกคณะกรรมการส่วนใหญ่จะแต่งตั้งจากผู้พิพากษาศาลในระดับสหรัฐเท่านั้น เว้นแต่บางคณะที่อาจจะแต่งตั้งจากบุคคลภายนอก เช่น ผู้อำนวยการกรมยุติธรรม ผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหรัฐ ศาสตราจารย์ทางกฎหมายหรือทนายความ โดยคณะกรรมการแต่ละคณะจะประชุมกันประมาณ 2 ครั้งต่อปี โดยใช้เวลาประมาณ 1 ถึง 2 วัน เพื่อจัดเตรียมคำแนะนำให้กับสภาตุลาการ ¹⁶⁸ ปัจจุบันคณะกรรมการดังกล่าวมีจำนวน 19 ชุด คณะกรรมการชุดสำคัญๆ เช่น คณะกรรมการบริหาร(Executive Committee) เป็นคณะที่มีบทบาทสำคัญมากในการบริหารฝ่ายตุลา

¹⁶⁸ Russell Wheeler, A New Judge's Introduction to Federal Judicial Administration, (U.S.A. : Federal Judicial Center, 2003), p.9.

การสหรัฐ โดยทำหน้าที่จัดเตรียมวาระการประชุมและอนุมัติแผนการใช้จ่ายเงินประจำปีของฝ่ายตุลาการ และกระทำการในนามของสภาตุลาการในบางเรื่อง ด้วยเหตุนี้ สมาชิกของคณะกรรมการยุติธรรมจึงต้องเป็นสมาชิกของสภาตุลาการด้วยทั้งหมด¹⁶⁹ คณะกรรมการประจำสำนักงานบริหาร(Committee on the Administrative Office) ทำหน้าที่กำกับดูแลสำนักงานบริหารศาลสหรัฐ คณะกรรมการงบประมาณ(Committee of the Budget) คณะกรรมการในประมวลความประพฤติ(Committee on the Codes of Conduct) ทำหน้าที่พิจารณาจัดทำคำของบประมาณ และคณะกรรมการระเบียบการฟ้องคดีและวิธีพิจารณา(Committee on Rules of Practice and Procedure) ซึ่งจะทำหน้าที่ยกร่างระเบียบหรือจัดทำข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความ เป็นต้น

(3) หน่วยงานบริหารของศาล

หน่วยงานที่ทำหน้าที่ด้านธุรการให้การบริหารฝ่ายตุลาการของสหรัฐมีหลายหน่วยงาน โดยหน่วยงานที่สำคัญที่สุดคือ *สำนักงานบริหารศาลสหพันธ์(Administrative Office of United States Court)* ก่อตั้งโดยกฎหมายใน ปี ค.ศ. 1939 อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสภาตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกา รับผิดชอบงานด้านธุรการให้กับระบบศาลสหรัฐและน่านโยบายของสภาตุลาการไปดำเนินการ การจัดโครงสร้างภายในสำนักงานบริหารจะมีตำแหน่ง “ผู้อำนวยการสำนักงานบริหาร” (The Director of the Administrative Office) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของสำนักงาน โดยตำแหน่งดังกล่าวมาจากการแต่งตั้งของประธานตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาตามคำแนะนำของสภาตุลาการ

ภาระงานของสำนักงานอาจแบ่งได้เป็น 4 ด้าน ได้แก่ งานด้านงบประมาณ อันได้แก่ การพัฒนาและบริหารงบประมาณ จัดสรรเงินให้แต่ละศาล ตรวจสอบการเงิน จัดการเงินเดือน และบริหารงานบุคคล ด้านที่สอง งานด้านเลขานุการ อันได้แก่ หาเจ้าหน้าที่สนับสนุนและช่วยเหลือสนับสนุนต่อที่ประชุมตุลาการและคณะกรรมการ ด้านที่สาม งานด้านข้อมูลข่าวสาร อันได้แก่ รวบรวมและวิเคราะห์สถิติในรายงานกิจการของศาล ออกคู่มือ และเอกสารเผยแพร่อื่นๆ และสุดท้าย งานด้านวิชาการ อันได้แก่ สนับสนุนความช่วยเหลือทางกฎหมาย จัดการการศึกษาและทบทวน หลักสูตรและการดำเนินการหลักสูตรต่างๆ พัฒนาวิธีการในการดำเนินกิจการศาลแบบใหม่

ส่วนหน่วยงานธุรการอื่นๆ ได้แก่ *ศูนย์ตุลาการสหพันธ์ (The Federal Judicial Center)*¹⁷⁰ ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1967 รับผิดชอบด้านการฝึกอบรมและการวิจัย ซึ่งอาจแบ่งได้

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.9 – 10.

¹⁷⁰ Bureau of International Information Programs-Department of State, Outline of the U.S. Legal System, (U.S.A. : Department of State, 2004), p.42 – 43.

เป็น 3 ส่วน ได้แก่ การกำกับการวิจัยบนศาลสหรัฐ ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการบริหารศาลสหรัฐ และพัฒนาหลักสูตรการอบรมและการศึกษาสำหรับบุคคลากรของฝ่ายตุลาการ ศูนย์ตุลาการสหพันธ์บริหารงานโดยคณะกรรมการบริหารจำนวน 9 คน ประกอบไปด้วยประธานตุลาการแห่งสหรัฐฯ เป็นประธาน ผู้อำนวยการศูนย์เป็นกรรมการถาวร ผู้พิพากษาศาลฎีกา 2 คน ผู้พิพากษาเขต 3 คน ผู้พิพากษาศาลล้มละลาย 1 คน และผู้พิพากษามาจิสเตรด(Magistrate Judge) 1 คน ซึ่งกรรมการที่เป็นผู้พิพากษาทั้งหมดมาจากการคัดเลือกโดยสภาตุลาการ ซึ่งทั้งหมดจะต้องไม่เป็นสมาชิกในสภาตุลาการ ¹⁷¹

(4) องค์การบริหารฝ่ายตุลาการระดับภูมิภาค

นอกจากการบริหารงานระดับประเทศที่รับผิดชอบโดยประธานตุลาการและสภาตุลาการแล้ว ในระดับรองลงมาก็มีการจัดโครงสร้างการบริหารเช่นกัน โดยมีการแบ่งเขตแดนทางภูมิศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาทั่วประเทศออกเป็นภูมิภาคจำนวนทั้งหมด 12 ภูมิภาค(Circuit) ใน 1 ภูมิภาคอาจจะมีเขตแดนกินพื้นที่หลายมลรัฐก็ได้ แต่ละภูมิภาคจะมีศาลอุทธรณ์สหพันธ์ประจำภูมิภาค(Circuit Court) นั้น มีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลชั้นต้นสหพันธ์(U.S. District Court) ซึ่งในการแบ่งภูมิภาคดังกล่าวไม่ได้มีความหมายเฉพาะการแบ่งเขตอำนาจในทางตุลาการ(Jurisdiction) เท่านั้น แต่เป็นการแบ่งเขตอำนาจในการบริหารฝ่ายตุลาการด้วยโดยสภาองค์กรได้ก่อตั้ง “สภาตุลาการภูมิภาค” (Circuit Judicial Council)¹⁷² ให้ทำหน้าที่กำหนดดูแลการบริหารกิจการของศาลชั้นต้นสหพันธ์(District Court) ที่ตั้งอยู่ในเขตภูมินั้นๆ ให้เป็นไปตามนโยบายของสภาตุลาการ

สภาตุลาการภูมิภาคจะมีหัวหน้าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ประจำภูมิภาค(Chief Judge of Judicial Circuit) นั้นๆ เป็นประธานสภา ส่วนสมาชิกสภาอื่นจะประกอบไปด้วยผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์สหพันธ์(Circuit Judges) และผู้พิพากษาศาลชั้นต้นสหพันธ์(District Judges) ในจำนวนที่เท่ากัน ซึ่งจำนวนกรรมการและวาระการดำรงตำแหน่งนั้น ตามกฎหมายเปิดช่องให้แต่ละภูมิภาคกำหนดกันเอง ซึ่งมีจำนวนตั้งแต่ 21 – 29 คน

สภาตุลาการภูมิภาคมีอำนาจหน้าที่ในการอำนวยให้การบริหารงานยุติธรรมภายในภูมิภาคเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและ โดยสภาตุลาการภูมิภาคจะมีอำนาจในการออกระเบียบหรือคำสั่งเพื่อให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ซึ่งในเรื่องนี้จะแตกต่างไปจากสภาตุลาการสหรัฐอเมริกาที่ออกคำสั่งโดยตรงไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติคณะกรรมการตุลาการภูมิภาคมักจะไม่ใช้อำนาจนั้นเท่าใดนัก นอกจากนี้ คณะกรรมการตุลาการภูมิภาคดังกล่าวยังทำหน้าที่จัดสรรงบประมาณลงไปยังศาลต่างๆ ที่อยู่

¹⁷¹ Russell Wheeler, *supra* note 168, p.10 – 11.

¹⁷² Section 332, U.S. Code title 28

ภายในภูมิภาคและพิจารณาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการประพฤติมิชอบและการไร้ความสามารถของผู้พิพากษาด้วย¹⁷³

ในแต่ละภูมิภาคจะมีการก่อตั้งสำนักงานบริหารศาลประจำภูมิภาคที่รับผิดชอบงานในส่วนของภูมิภาคที่ได้มีการกระจายอำนาจหน้าที่ให้แต่ละศาลไปดำเนินการด้วยตนเองตามนโยบายและแนวปฏิบัติที่ได้รับการจัดทำขึ้นทั้งในระดับภูมิภาคและระดับชาติ และสามารถแต่งตั้ง “ผู้อำนวยการภูมิภาค” (Circuit Executive) ที่มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้อำนวยการสำนักงานสหรัฐ โดยมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานธุรการภายในภูมิภาคนั้น เช่น การจัดการเกี่ยวกับอาคารสถานที่ ยานพาหนะ การบริหารงบประมาณ ตลอดจนการจัดหลักสูตรอบรมผู้พิพากษาในท้องถิ่น และยังทำหน้าที่เป็นเลขานุการให้กับคณะกรรมการตุลาการภูมิภาค แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายได้ให้ดุลพินิจแก่สภาตุลาการภูมิภาคในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้บริหารภูมิภาคเองตามความเหมาะสม¹⁷⁴

นอกจากนี้ ภายในภูมิภาคยังมีการจัดประชุมผู้พิพากษาประจำภูมิภาค (Circuit Judicial Conference) ซึ่งจะเรียกผู้พิพากษาทั้งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์สหรัฐและผู้พิพากษาศาลชั้นต้นสหรัฐมาประชุมร่วมกันเพื่อปรึกษาหารือกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกิจการตุลาการซึ่งมักจะจัดเดือนละครั้ง และเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องเข้าร่วมประชุม¹⁷⁵

4.3.1.2 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการของญี่ปุ่น

ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ญี่ปุ่นใช้รูปแบบการจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรปโดยมีกระทรวงยุติธรรมที่รับผิดชอบหน้าที่ในงานบริหารกิจการตุลาการ (Judicial Administration) ซึ่งจะทำหน้าที่กำกับการทำงานของศาล แต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง สหรัฐอเมริกาที่ยกร่างรัฐธรรมนูญให้ญี่ปุ่นได้นำโครงสร้างฝ่ายตุลาการแบบอเมริกามาใช้กับญี่ปุ่น ทั้งการยกเลิกระบบศาลคู่แบบเยอรมันที่ญี่ปุ่นใช้มาก่อนหน้ามาเป็นระบบศาลเดียวที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และยกเลิกโครงสร้างการบริหารแบบยุโรปที่ให้ฝ่ายบริหารรับผิดชอบมาเป็นโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกันที่ให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบบริหารกิจการของตนเอง โดยตรากฎหมายว่าด้วยการจัดโครงสร้างศาล ค.ศ. 1947 (Court Organization Act 1947) ที่แยกเอาศาลออกจากกระทรวงยุติธรรมใน

¹⁷³ Russell Wheeler, *supra* note 168, p.13 – 14.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.14.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.15.

วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1947 และโดยให้อำนาจในการบริหารจัดการศาลโอนไปเป็นของศาลสูงสุด¹⁷⁶ โดยมีการจัดโครงสร้างองค์การให้รองรับอำนาจบริหาร อันได้แก่

(1) สภาตุลาการ(Judicial Assembly)

องค์กรที่ทำหน้าที่บริหารฝ่ายตุลาการของญี่ปุ่นคือผู้พิพากษาทุกคนของศาลสูงสุด ใช้อำนาจบริหารในนามสภาตุลาการ (Judicial Assembly) อันประกอบไปด้วย ประธานตุลาการศาลสูงสุด 1 คนและตุลาการศาลสูงสุดอีกจำนวน 14 คน โดยตุลาการทุกคนในศาลสูงสุดมาจากการแต่งตั้งของคณะรัฐมนตรีและได้รับการลงคะแนนเสียงเห็นชอบจากประชาชนในการเลือกตั้งทั่วไป ยกเว้นแต่ประธานตุลาการศาลสูงสุดเพียงคนเดียวที่จะได้รับการโปรดเกล้าแต่งตั้งจากสมเด็จพระจักรพรรดิตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

การทำหน้าที่ของตุลาการศาลสูงสุดในฐานะผู้พิพากษาที่เป็นองค์กรตุลาการกับในฐานะสภาตุลาการที่เป็นองค์กรบริหารอาจแยกได้โดยพิจารณาจากองค์คณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากใช้อำนาจในฐานะองค์กรตุลาการ องค์คณะปกติที่ศาลสูงสุดใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีจะต้องประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 5 คนเว้นแต่เป็นการตัดสินคดีสำคัญที่จะต้องใช้อำนาจคณะประชุมใหญ่ แต่การใช้อำนาจบริหารในฐานะสภาตุลาการ จะต้องประกอบไปด้วยตุลาการทุกคนในศาลคือ 15 คน โดยต้องมาประชุมกันเกินครึ่งหนึ่งจึงเป็นองค์ประชุม คืออย่างน้อย 8 คน

สภาตุลาการศาลสูงสุดของญี่ปุ่นจะแตกต่างไปจากสภาตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาใน 2 ประการ ได้แก่ *ประการแรก ความแตกต่างในเรื่ององค์ประกอบ* สภาตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาจะประกอบไปด้วยผู้พิพากษาทั้งสามลำดับชั้น และมีตัวแทนเกือบครึ่งหนึ่งมาจากการเลือกตั้งของบรรดาผู้พิพากษาด้วยกันเอง แต่สภาตุลาการศาลสูงสุดของญี่ปุ่นจะมีแต่เฉพาะตุลาการศาลสูงสุดเท่านั้นไม่มีตัวแทนผู้พิพากษาจากศาลล่างเลย และ*ประการที่สอง ความแตกต่างในแง่อำนาจหน้าที่* เนื่องจากในญี่ปุ่นใช้ระบบการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาเป็นแบบราชการหรือแบบตุลาการอาชีพ (Bureaucracy/ Career Judiciary) จึงทำให้สภาตุลาการญี่ปุ่นมีอำนาจในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาด้วย อันได้แก่ การคัดเลือกผู้พิพากษา การจัดสรรตำแหน่งหรือการโยกย้ายตำแหน่งภายในฝ่ายตุลาการ การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษา การฝึกอบรมผู้พิพากษา การยืมหรือแลกเปลี่ยนบุคลากรกับกระทรวงยุติธรรม การควบคุมความประพฤติผู้พิพากษา เป็นต้น แม้ว่าองค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจสุดท้ายในเรื่องดังกล่าวคือคณะรัฐมนตรีก็ตามแต่อย่างไรก็ดีในทุกเรื่องนั้นจะต้องให้สภาตุลาการเป็นฝ่าย

¹⁷⁶ Ministry of Justice, Japan, “Historical Background,” Retrieved on April 21, 2013, from <http://www.moj.go.jp/ENGLISH/hb.html>.

เสนอเรื่องคณะรัฐมนตรีพิจารณา ซึ่งอำนาจทั้งหลายที่กล่าวมาเกี่ยวพันใกล้ชิดกับความเป็นอิสระในทาง ส่วนตัวของผู้พิพากษาซึ่งเป็นอำนาจที่สำคัญมาก ทำให้สภาตุลาการของญี่ปุ่นจึงมีอำนาจและอิทธิพลต่อการควบคุมฝ่ายตุลาการอย่างมาก และทำฝ่ายตุลาการถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการของสหรัฐอเมริกา จำนวนมากว่าเป็นระบบที่ทำหน้าผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระในการตัดสินใจคดี ในแง่นี้จะแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากของระบบศาลสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบผู้ทรงคุณวุฒิหรือตุลาการวิชาชีพ (Recognition/Professional Judiciary) ฝ่ายตุลาการสหรัฐจึงไม่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลมากนัก

(2) องค์กรบริหารประจำศาลต่างๆ

การจัดโครงสร้างศาลในญี่ปุ่นจะแบ่งออกเป็น 3 ลำดับชั้น มีศาลสูงสุด 1 แห่ง ศาลอุทธรณ์จำนวน 8 แห่ง และศาลชั้นต้นซึ่งประกอบไปด้วย ศาลชั้นต้น ศาลแขวง(พิจารณาคดีรวบรัด) และศาลคดีครอบครัว โดยในทุกศาลยกเว้นศาลคดีครอบครัว(Family Court) และ ศาลพิจารณาคดีรวบรัด(Summary Court) ต่างก็จะมีองค์กรบริหารประจำศาลของตนเองเรียกว่า “สภาตุลาการประจำศาล” (Judicial Assembly) ซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาทุกคนที่ปฏิบัติหน้าที่ประจำอยู่ที่ศาลนั้น โดยมีหัวหน้าศาลเป็นประธานสภาตุลาการประจำศาลและเป็นผู้รับผิดชอบกิจการของศาลของตนเอง โดยจะมีเลขาธิการทั่วไปประจำศาลรับผิดชอบในการปฏิบัติ¹⁷⁷

การที่กฎหมายญี่ปุ่นกำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่บริหารศาลอยู่ในรูปของ องค์กรกลุ่มก็เนื่องมาจากไม่ต้องการให้ผู้พิพากษาคณใดคนหนึ่งมีอำนาจหรือรวบอำนาจในการบริหารไว้ทั้งหมด และเพื่อหลีกเลี่ยงอคติหรือเจตจำนงส่วนตัวของผู้พิพากษาคณใดคนหนึ่งที่จะเกิดขึ้นหากให้อำนาจแก่หัวหน้าศาลแต่เพียงผู้เดียวในการบริหารกิจการต่างๆ ของศาล จะยกเว้นเพียงเรื่องเล็กๆ น้อยๆ เท่านั้นที่อาจจะให้หัวหน้าศาลหรือผู้พิพากษาคณใดคนหนึ่งมีอำนาจ¹⁷⁸ แนวทางการถ่วงดุลอำนาจในการบริหารศาลไม่ให้ตกอยู่ภายใต้ดุลพินิจของหัวหน้าศาลหรือผู้พิพากษาคณใดคนหนึ่งนั้นมีความคล้ายคลึงกับการจัดโครงสร้างของเยอรมันหรือฝรั่งเศสที่ให้แต่ละศาลมีองค์กรกลุ่มที่ประกอบไปด้วยผู้พิพากษาในศาลนั้นหรือตัวแทนทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแนะนำหรือข้อเสนอแนะในการบริหารศาล เช่น คณะกรรมการบริหารศาล คณะที่ปรึกษา คณะผู้แทนผู้พิพากษา เป็นต้น แต่จะแตกต่างในแง่ที่ว่า คณะกรรมการนั้นจะจากการให้ผู้พิพากษาในศาลเลือกตัวแทน ไม่ใช่ให้ผู้พิพากษาทุกคนมีอำนาจ และ

¹⁷⁷ Article 21, 29(2)(3) Court Organization Act 1947

¹⁷⁸ Takaaki Hattori, “The role of the Supreme court of Japan in the field of judicial administration,” *Washington Law Review* 60, p.85 (1984-1985).

องค์กรของเยอรมันหรือฝรั่งเศสจะมีอำนาจหน้าที่เพียงให้คำปรึกษาเท่านั้น ไม่ได้มีอำนาจในการตัดสินใจสุดท้าย

(3) หน่วยงานบริหารของศาล

ในการบริหารกิจการตุลาการของศาลสูงสุดนั้น มีการก่อตั้งหน่วยงานที่อยู่ในความควบคุมของศาลสูงสุดที่ทำหน้าที่ช่วยเหลืองานบริหารของศาลสูงสุด มีจำนวน 4 หน่วยงานด้วยกัน ได้แก่ *สำนักเลขาธิการแห่งศาลสูงสุด*¹⁷⁹ (*General Secretariat of The Supreme Court*) รับผิดชอบบริหารจัดการกิจการของฝ่ายตุลาการทั้งหมดภายใต้การกำกับดูแลของประธานตุลาการ¹⁸⁰ โดยทั่วไปแล้วในระบบการบริหารฝ่ายตุลาการของญี่ปุ่น ในทุกศาลจะมีการก่อตั้งสำนักเลขาธิการประจำศาลนั้นไว้ทำหน้าที่ทางธุรการ ซึ่งในศาลสูงสุดก็มีเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากศาลสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารกิจการตุลาการทั้งระบบ ทำให้สำนักเลขาธิการของศาลสูงสุดจึงมีบทบาทอำนาจหน้าที่และอิทธิพลอย่างสูงต่อการบริหารกิจการตุลาการญี่ปุ่นโดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา เพราะเป็นผู้จัดทำบัญชีรายชื่อแต่งตั้ง โยกย้าย เลื่อนตำแหน่ง เลื่อนเงินเดือนผู้พิพากษาศาลล่างทั้งหมดเพื่อเสนอให้ศาลสูงสุดพิจารณา ประกอบกับการที่ระบบตุลาการญี่ปุ่นไม่ได้ใช้เกณฑ์อาวุโสในการพิจารณาเป็นหลัก แต่จะพิจารณาจากความรู้ความสามารถจึงทำให้มีลักษณะเป็นการให้คุณให้โทษ พิจารณาความดีความชอบผ่านการแต่งตั้งโยกย้ายตำแหน่ง ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลดังกล่าวเป็นผู้ทรงอิทธิพลอย่างมากในระบบตุลาการญี่ปุ่น¹⁸¹ โดยมีการตั้งข้อสังเกตว่าผู้พิพากษาที่เข้ามาทำงานในสำนักงานเลขาธิการแห่งศาลสูงสุดจะได้รับการเลื่อนตำแหน่งที่เร็วกว่าปกติอีกด้วย¹⁸² นอกจากนี้ สำนักงานดังกล่าวยังทำหน้าที่ยกร่างระเบียบของศาลต่างๆ อีกด้วย

ส่วนอีก 3 หน่วยงานที่เหลือ ได้แก่ *สถาบันฝึกอบรมและวิจัยกฎหมาย* เป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งในศาลสูงสุดเพื่อบริหารและจัดการเกี่ยวกับการวิจัยและฝึกอบรมผู้พิพากษาและผู้ฝึกหัด

¹⁷⁹ Article 13 Court Organization Act 1947

¹⁸⁰ Article 53(2) Court Organization Act 1947

¹⁸¹ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการในประเทศญี่ปุ่น,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 33, น.371-373 (มิถุนายน 2546).

¹⁸² Setsuo Miyazawa. “Administrative Control of Japanese Judges,” in *Japanese Law: Readings in the Political Economy of Japanese Law*, ed. J. Mark Ramseyer (Great Britain: The Cromwell Press, 2001), p.211-212.

ทางกฎหมาย(Legal Apprentices) สถาบันฝึกอบรมและวิจัยสำหรับเจ้าหน้าที่ศาล¹⁸³(*Training and Research Institute for Court Officials*) เป็นหน่วยงานที่ถูกก่อตั้งเพื่อบริหารกิจการที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยและฝึกอบรมเสมียนศาล เจ้าหน้าที่วิจัยกฎหมายศาลครอบครัว และเจ้าหน้าที่ศาลอื่นที่ไม่ใช่ผู้พิพากษา และห้องสมุดศาลสูงสุด¹⁸⁴ (*Supreme Court Library*) เป็นหน่วยงานที่ถือว่าเป็นสาขาหนึ่งของห้องสมุดแห่งชาติของรัฐสภา โดยเจ้าหน้าที่ของฝ่ายตุลาการทั้งหมดจะถูกแต่งตั้งโดยศาลสูงสุดและตำแหน่งเจ้าหน้าที่ระดับสูงส่วนใหญ่จะแต่งตั้งจากผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นผู้พิพากษา¹⁸⁵

4.3.1.3 การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการของเกาหลีใต้

การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมของเกาหลีใต้มีลักษณะที่ผสมผสานระหว่างโครงสร้างแบบอเมริกันและโครงสร้างแบบญี่ปุ่น แต่มีลักษณะพิเศษได้เพิ่มเติมลักษณะบางประการทำให้โครงสร้างการบริหารแบบเกาหลีใต้มีความน่าสนใจอย่างมาก แต่มีการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหารอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้ (1) ประธานตุลาการศาลสูงสุด (2) สมาตุลาการแห่งศาลสูงสุด และ (3) หน่วยงานธุรการ

(1) ประธานตุลาการศาลสูงสุด(Chief Justice of Supreme Court)

การบริหารฝ่ายตุลาการเกาหลีใต้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของประธานตุลาการศาลสูงสุดเช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกา ประธานตุลาการดังกล่าวมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี โดยความยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ(National Assembly)¹⁸⁶ มีวาระการดำรงตำแหน่งเพียง 6 ปี และไม่อาจได้รับการแต่งตั้งซ้ำได้¹⁸⁷ โดยในการบริหารฝ่ายตุลาการดังกล่าว ประธานตุลาการมีอำนาจในการควบคุม กำกับดูแลทั่วไปในกิจการของฝ่ายตุลาการและมีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ¹⁸⁸ นอกจากนี้กฎหมายยังได้ให้อำนาจแก่ประธานศาลสูงสุดในการตรากฎหรือระเบียบที่จำเป็นในเรื่องที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี การควบคุมระเบียบวินัยภายในฝ่ายตุลา

¹⁸³ Article 14-2 Court Organization Act 1947

¹⁸⁴ Article 14-3 Court Organization Act 1947

¹⁸⁵ Shigenori Matsui, *the Constitution of Japan: A Contextual Analysis*, (Oregon: Hart Publishing, 2011), p.122.

¹⁸⁶ Article 104(1) Constitution of Korea Republic

¹⁸⁷ Article 105(1) Constitution of Korea Republic

¹⁸⁸ Article 9(1) Court Organization Act(Act No. 8794)

การ หรือระเบียบที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ¹⁸⁹ และมีอำนาจในการทำความเข้าใจเป็นลายลักษณ์อักษรให้กับสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการตราหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์การ การบริหารบุคลากร การปฏิบัติการของศาล กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี การทะเบียนและการจดทะเบียนครอบครัว และกิจการอื่นของศาล¹⁹⁰

(2) สภาตุลาการแห่งศาลสูงสุด(Council of Justices of Supreme Court)

ในการบริหารกิจการฝ่ายตุลาการ กฎหมายได้ก่อตั้งองค์กรบริหารอีกองค์กร อันได้แก่ สภาตุลาการแห่งศาลสูงสุดซึ่งประกอบไปด้วยประธานตุลาการศาลสูงสุดเป็นประธาน และตุลาการศาลสูงสุดทั้งหมดจำนวน 13 คน โดยตุลาการดังกล่าวมาจากแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีตามคำแนะนำของประธานตุลาการศาลสูงสุดและด้วยความยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ(National Assembly)¹⁹¹ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี แต่สามารถได้รับการแต่งตั้งซ้ำได้¹⁹² วาระการดำรงตำแหน่งที่สั้นและสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งซ้ำได้ถูกวิจารณ์ว่าจะจะถูกใช้เป็นเครื่องมือให้ประธานาธิบดีและพรรคการเมืองเพื่อมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของศาลได้¹⁹³ แต่ก็มีการให้เหตุผลว่าเพราะเป็นการป้องกันไม่ให้ตุลาการมีแนวคิดที่เป็นฝ่ายอนุรักษ์นิยม(Conservative) มากจนเกินไปและไม่สามารถปรับตัวได้ทันกับความเปลี่ยนแปลงของโลก¹⁹⁴

สภาตุลาการดังกล่าวนี้มีอำนาจในการลงมติในเรื่องสำคัญในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ อันได้แก่ การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลล่าง ซึ่งประธานตุลาการศาลสูงสุดจะเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง การตราหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎ ระเบียบต่างๆ ของศาลสูงสุด(Supreme Court Rule and regulation) การรวบรวมและการเผยแพร่คำพิพากษา เรื่องที่เกี่ยวกับการจัดทำคำของบประมาณ การบัญชี และการใช้จ่ายเงินทุนสำรอง(Reserve Fund) และเรื่องที่กฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจของสภาตุลาการหรือเรื่องที่ประธานตุลาการเห็นว่ามีความสำคัญและเสนอให้สภา

¹⁸⁹ Article 109 Constitution of Korea Republic

¹⁹⁰ Article 9(3) Court Organization Act(Act No. 8794)

¹⁹¹ Article 104(2) Constitution of Korea Republic

¹⁹² Article 105(2) Constitution of Korea Republic

¹⁹³ Jongcheol Kim, “*Constitutional Law*,” in *Introduction to Korea Law*, ed. Korea Legislation Research Institute (Heidelberg: Springer, 2013), p.57.

¹⁹⁴ Nack-song Sung, “Judicial Independence in Korea - History, Contemporary Situation and Perspectives,” October 2003, p.10.

ตุลาการพิจารณา¹⁹⁵ โดยในการลงมติใดๆ จะต้องใช้องค์ประชุมจำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนตุลาการทั้งหมด และองค์มติใช้เสียงข้างมากของสมาชิกที่มาประชุม ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ประธานตุลาการมีสิทธิออกเสียงชี้ขาด(Casting Vote)

นอกจากสภาตุลาการศาลสูงสุดแล้ว ยังมีคณะกรรมการอีก 2 ชุดที่กฎหมายก่อตั้งศาลกำหนดให้มีขึ้นเพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ประธานตุลาการศาลสูงสุด อันได้แก่ คณะที่ปรึกษานโยบายตุลาการ(Judicial Policy Advisory Committee)¹⁹⁶ เป็นคณะกรรมการประกอบไปด้วยสมาชิกไม่เกิน 7 คน ที่ประธานตุลาการแต่งตั้งจากบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดองค์การและนโยบายทางตุลาการ และคณะกรรมการบริหารบุคลากรผู้พิพากษา(Judicial Personal Committee)¹⁹⁷ เป็นองค์กรที่แต่งตั้งโดยประธานตุลาการฯ ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาต่อประธานศาลสูงสุด ในเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดกรอบการทำงานในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา

(3) หน่วยงานบริหารของศาล

การจัดโครงสร้างหน่วยงานภายในของเกาหลีใต้ก็คล้ายคลึงกับของญี่ปุ่น โดยประกอบไปด้วย 4 หน่วยงานหลัก¹⁹⁸ ประกอบไปด้วย สำนักงานศาลแห่งชาติ(National Court Administration) อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประธานตุลาการ สำนักงานดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไปของกิจการของฝ่ายตุลาการ โดยมี “รัฐมนตรีประจำสำนักงานศาลแห่งชาติ” (Minister of National Court Administration) ซึ่งประธานตุลาการศาลสูงสุดจะแต่งตั้งตุลาการศาลสูงสุดคนหนึ่งให้มาดำรงตำแหน่ง โดยตุลาการผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีดังกล่าวแล้วจะเข้าร่วมเป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้อีกจนกว่าจะพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรี ส่วนผู้ช่วยรัฐมนตรีนั้น ประธานตุลาการศาลสูงสุดแต่งตั้งจากผู้พิพากษา(Judge) ศาลล่าง ทั้งสองตำแหน่งนี้นอกจากจะทำหน้าที่บริหารสำนักงานแล้วยังทำหน้าที่เป็นตัวเชื่อมระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยทั้งสองมีอำนาจในการเข้าร่วมประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และคณะที่ปรึกษาแห่งรัฐ/คณะรัฐมนตรี

¹⁹⁵ Article 17 Court Organization Act(Act No. 8794)

¹⁹⁶ Article 25 Court Organization Act(Act No. 8794)

¹⁹⁷ Article 25-2 Court Organization Act(Act No. 8794)

¹⁹⁸ LEE Hyunsoo, “Introduction to the Korean Judiciary,” p.2, Retrieved on April 21, 2013, from <http://eng.scourt.go.kr/eboard/NewsViewAction.work?gubun=43&seqnum=12¤tPage=1&searchWord=&pr=>.

(Council of State)¹⁹⁹ ได้แต่จำกัดการเข้าร่วมประชุมเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการเท่านั้น นอกจากนี้ รัฐมนตรีหรือผู้ช่วยรัฐมนตรีจะทำหน้าที่เป็นจำเลยในศาลกรณีที่มีการฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารของศาลอีกด้วย²⁰⁰

ส่วนหน่วยงานอื่นๆ ได้แก่ สถาบันวิจัยและฝึกอบรมตุลาการ (*Judicial Research and Training Institute ; JRTI*) ทำหน้าที่ฝึกอบรมทั้งในทางทฤษฎีและปฏิบัติให้กับผู้พิพากษาและตุลาการฝึกหัด (*Judicial Trainees*) และยังสามารถจัดการอบรมให้กับเจ้าหน้าที่รัฐตามที่รัฐบาลร้องขออีกด้วย สถาบันดังกล่าวนี้จะประกอบไปด้วย ประธานสถาบัน รองประธาน ศาสตราจารย์ (Professor) และผู้อบรม (Lecturer) ที่แต่งตั้งโดยประธานตุลาการฯ จากผู้พิพากษาที่มีตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสูง (Chief Judge of High Court) นอกจากนี้ยังมี สถาบันสำหรับฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ศาล และห้องสมุดตุลาการ ที่ทำหน้าที่เก็บรวบรวมคำพิพากษาศาล และเอกสาร งานวิจัย ตำรา วิทยานิพนธ์ งานศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการตุลาการและกฎหมายอีกด้วย

4.3.2 กลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารแบบอเมริกัน

การจัดโครงสร้างฝ่ายตุลาการในแบบอเมริกันที่อนุญาตให้ฝ่ายตุลาการบริหารกิจการตุลาการเองได้เพื่อลดช่องทางที่ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจบริหารเป็นเครื่องมือในการกดดันหรือแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ แม้ว่าการจัดโครงสร้างการบริหารเช่นนี้ทำให้ฝ่ายตุลาการจะมีความเป็นอิสระอย่างมาก แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าปราศจากการถ่วงดุลตรวจสอบแต่อย่างใด เพียงแต่กลไกในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายตุลาการในระบบนี้จึงจะแตกต่างไปจากโครงสร้างแบบยุโรป โดยจะมุ่งไปที่การสร้างระบบการควบคุมเฉพาะเรื่องโดยตรง มากกว่าจะเป็นการควบคุมการบริหารโดยทั่วไปแบบยุโรป โดยกลไกการควบคุมดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้เป็น (4.3.2.1) การควบคุมองค์การบริหาร (4.3.2.2) การควบคุมงบประมาณ (4.3.2.3) การควบคุมการตรากฎหมาย (4.3.2.4) การควบคุมการบริหารงานบุคคล และ (4.3.2.4) การควบคุมการดำเนินงานทั่วไปโดยรัฐสภา

¹⁹⁹ เกาหลีใต้ใช้ระบบประธานาธิบดี (Presidential System) โดยมีประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเป็นประมุขของรัฐ และเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร และยังมีคณะรัฐมนตรี (Council of State) ที่ประกอบไปด้วยประธานาธิบดีเป็นประธาน นายกรัฐมนตรีที่มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นรองประธาน และรัฐมนตรีอื่นๆ โดยคณะรัฐมนตรีนี้จะทำหน้าที่พิจารณาเรื่องทางนโยบายที่สำคัญตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

²⁰⁰ LEE Hyunsoo, *supra* note 198, p.2.

4.3.2.1 การควบคุมองค์การบริหาร

การควบคุมองค์การบริหารคือการควบคุมตัวบุคคลที่มีอำนาจในการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการ โดยการพิจารณาคดีเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมมาทำการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่บริหาร

สำหรับสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาของศาลในระดับสหพันธ์ทุกลำดับชั้นมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีตามคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสภา ดังนั้น ไม่ว่าผู้พิพากษาคนใดจะได้รับเลือกหรือถูกกำหนดให้ใช้อำนาจบริหารไม่ว่าในนามของสภาตุลาการ หรือคณะกรรมการตุลาการประจำภูมิภาค ก็ย่อมเป็นผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายการเมืองทั้งสิ้น แม้ระบบการแต่งตั้งดังกล่าวจะไม่ได้ถูกกำหนดเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการบริหารกิจการของตนเองแต่เป็นระบบการถ่วงดุลอำนาจตุลาการตามแนวคิดของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการยกร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่ใน ค.ศ. 1779 อันเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนการจัดโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกันที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อราวทศวรรษที่ 1930 แต่อย่างไรก็ดี การจัดโครงสร้างสำหรับสหรัฐอเมริกากลับกลายเป็นกลไกในการควบคุมการบริหารฝ่ายตุลาการได้เป็นอย่างดี อนึ่ง การมอบบทบาทในการบริหารฝ่ายตุลาการได้ถูกวิจารณ์จากนักวิชาการกฎหมายจำนวนหนึ่งว่าน่าจะมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญไม่ได้อนุญาตให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจบริหาร อีกทั้งผู้พิพากษาในระดับสหรัฐได้รับหลักประกันความเป็นอิสระโดยสามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดชีวิต(Life Tenure) ทำให้การบริหารดังกล่าวไม่ถูกตรวจสอบ²⁰¹ แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างดังกล่าวแต่อย่างใด

แต่สำหรับญี่ปุ่นและเกาหลีใต้จะแตกต่างกันออกไป การที่ผู้พิพากษาที่มีอำนาจบริหารของทั้งญี่ปุ่นและเกาหลีใต้ต่างก็มาจากการแต่งตั้งของฝ่ายการเมืองเป็นความจงใจของผู้มีอำนาจกำหนดโครงสร้าง โดยในญี่ปุ่น ตุลาการศาลสูงสุดที่ทำหน้าที่บริหารในนามสภาตุลาการ(Judicial Assembly) ทั้ง 15 คน ต่างก็มาจากการแต่งตั้งของคณะรัฐมนตรีทั้งหมดอีกทั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยตรงผ่านระบบการตรวจสอบโดยประชาชน (Popular Review) อีกชั้นหนึ่งด้วย ซึ่งโครงสร้างเช่นนี้ของญี่ปุ่นเป็นความจงใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ที่จัดโครงสร้างองค์การตุลาการของญี่ปุ่นโดยโอนอำนาจในการบริหารจัดการฝ่ายตุลาการมาให้กับศาลสูงสุดนั้นเป็นข้อเสนอจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน SCAP ที่มี Charles L. Kades เป็นประธาน ซึ่งในคณะกรรมการก็มีข้อกังวลว่าโครงสร้างองค์การฝ่ายตุลาการดังกล่าวนี้บวกกับการให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่นนั้นอาจจะ

²⁰¹ Russell Wheeler, *Judicial Independence in the United States of America*, in *Judicial Independence in Transition*, ed. Anja serbert-Forch (Heidelberg: Springer, 2012), p.527.

นำไปสู่ “คณาตุลาการธิปไตย” (Judicial Oligarchy) ได้ แต่ก็ได้รับการอธิบายว่าตามโครงสร้างดังกล่าวมีการสร้างความพร้อมรับผิดชอบทางการเมือง(Political accountability) ไว้เพื่อให้เกิดดุลยภาพแล้ว นั่นคือการกำหนดให้การแต่งตั้งผู้พิพากษาทั้งหมดเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี และให้มีการทบทวนโดยการลงคะแนนเสียงของประชาชนที่อาจจะทำให้ตุลาการศาลสูงสุดพ้นจากตำแหน่งได้นั่นเอง²⁰²

การใช้ระบบการแต่งตั้งผู้พิพากษาเป็นกลไกในการควบคุมการบริหารฝ่ายตุลาการแสดงออกอย่างชัดเจนในโครงสร้างของเกาหลีใต้ ที่นอกจากจะให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดทุกคนโดยความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว ยังกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งไว้เพียง 6 ปีซึ่งไม่ยาวนานนัก และยังกำหนดให้ตุลาการศาลสูงสุดที่มีอำนาจบริหารสามารถได้รับการแต่งตั้งซ้ำได้ด้วย โดยผู้ที่พิจารณาว่าจะแต่งตั้งซ้ำหรือไม่ก็คือฝ่ายการเมืองอันได้แก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง ซึ่งหากฝ่ายการเมืองเห็นว่าการบริหารฝ่ายตุลาการไม่ได้เป็นไปโดยเรียบร้อยก็อาจจะไม่แต่งตั้งตุลาการซ้ำก็ได้

จากโครงสร้างที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยฝ่ายการเมืองเป็นกลไกหนึ่งในการที่ฝ่ายการเมืองจะให้ความเห็นชอบแก่ตัวบุคคลที่จะเข้าไปบริหารฝ่ายตุลาการและมีลักษณะเป็นระบบการควบคุมก่อนประเภทหนึ่ง

4.3.2.2 การควบคุมงบประมาณรายจ่ายของฝ่ายตุลาการ

โดยทั่วไปแล้ว ไม่ว่าจะมีการจัดโครงสร้างองค์กรทางการเมืองในรูปแบบรัฐสภาหรือรูปแบบประธานาธิบดี องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำงบประมาณคือฝ่ายบริหารและองค์กรที่มีอำนาจในการอนุมัติงบประมาณคือฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในการจัดโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกันได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของตนเองได้เพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีอิสระในทางบริหารที่จะกำหนดนโยบายได้เองโดยจะปราศจากอุปสรรคจากการขาดแคลนงบประมาณ เพราะตนเองกำหนดงบประมาณรายจ่ายเอง และฝ่ายนิติบัญญัตียังเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติงบประมาณนั้น แต่อย่างไรก็ดี ก็หาได้หมายความว่า การของงบประมาณนั้นจะปราศจากกลไกการควบคุม กระบวนการงบประมาณของฝ่ายตุลาการยังคงต้องต้องยื่นผ่านฝ่ายบริหารและให้ฝ่ายนิติบัญญัติอนุมัติ โดยฝ่ายตุลาการต้องไปชี้แจงงบประมาณกับสภา

²⁰² John O. Haley, “The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust,” in Law in Japan: A Turning Point, ed. Daniel H. Foote (Seattle and London: University of Washington press, 2007), p.118.

ในสหรัฐอเมริกา คำร้องของบประมาณของฝ่ายตุลาการจะถูกจัดทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของสำนักงานบริหารศาลยุติธรรมเพื่อเสนอให้สภาตุลาการและประธานตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นชอบ จากนั้นคำร้องของงบประมาณประจำปีจะยื่นต่อสำนักบริหารและการงบประมาณของทำเนียบรัฐบาล(the White House Office of Management and Budget-OMB) โดยที่สำนักบริหารดังกล่าวจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงงบประมาณของฝ่ายตุลาการไม่ได้ แม้โดยปกติทั่วไปแล้วสำนักบริหารนั้นจะมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงงบประมาณของหน่วยงานรัฐอื่นๆ ได้ แต่สำหรับคำของบประมาณของฝ่ายตุลาการนี้ ฝ่ายบริหารจะทำได้เพียงทำความเข้าใจไปพร้อมกับคำขอของงบประมาณนี้เท่านั้น จากนั้นคำร้องขอ งบประมาณดังกล่าวที่ถูกยื่นต่อรัฐสภาโดยคณะอนุกรรมการ (Subcommittee) ของทั้งสองสภาจะทำการศึกษารายละเอียดและจัดทำรายงานและความเห็นต่อที่ประชุมของสภาทั้งสอง โดยประธานตุลาการอาจมอบหมายให้ตุลาการในศาลสูงสุดสหรัฐคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนไปชี้แจงและตอบข้อซักถามของสภาในเรื่องงบประมาณที่อาจจะเกิดขึ้นก็ได้²⁰³

ส่วนในญี่ปุ่นนั้น กระบวนการงบประมาณของฝ่ายตุลาการจะเริ่มต้นที่สำนักงานศาลยุติธรรมโดยเลขาธิการศาลสูงสุดจะเป็นหน่วยงานที่จัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีเพื่อให้ศาลสูงสุดอนุมัติโดยมติของสภาตุลาการ และจากนั้นจะยื่นประมาณการรายได้และรายจ่ายประจำปีโดยตรงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาก่อนที่จะนำเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาอนุมัติของรัฐสภา ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องยื่นคำขอของงบประมาณของฝ่ายตุลาการแยกต่างหากจากงบประมาณของรัฐบาลโดยประธานศาลสูงสุดจะเป็นผู้ยื่นคำขออนุมัติงบประมาณต่อคณะรัฐมนตรีซึ่งรวมถึงเงินค่าตอบแทนของผู้พิพากษา²⁰⁴ ในการพิจารณาโดยคณะรัฐมนตรีนั้น คณะรัฐมนตรีอาจตัดลดงบประมาณของฝ่ายตุลาการก็ได้ แต่ในกรณีเช่นนี้ คณะรัฐมนตรีจะต้องยื่นคำขอของงบประมาณนั้นพร้อมกับคำร้องขอสภาตุลาการให้รัฐสภาพิจารณาด้วยว่างบประมาณที่ฝ่ายตุลาการเสนอกับที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบนั้นงบประมาณของฝ่ายใดเหมาะสมกว่ากันซึ่งรัฐสภาอาจให้งบประมาณตามคำร้องขอของฝ่ายตุลาการที่มากกว่าที่คณะรัฐมนตรีต้องการก็ได้²⁰⁵

4.3.2.3 การควบคุมการตรากฎหมายของฝ่ายตุลาการ

เพื่อความเป็นอิสระในการบริหารฝ่ายตุลาการ โครงสร้างแบบอเมริกันอนุญาตให้ฝ่ายตุลาการสามารถตรากฎระเบียบ(Rules) ขึ้นบังคับใช้เองได้ แต่ก็มีระบบการควบคุมการ

²⁰³ David L. Nersessian, “Judicial Budget,” in *supra* note 166, p.44-45.

²⁰⁴ มาตรา 17 พระราชบัญญัติการงบประมาณ(Government Finance Act)

²⁰⁵ Shigenori Matsui, *supra* note 185, p.127.

ออกกฎ เช่นในสหรัฐอเมริกา กฎที่ตราโดยฝ่ายตุลาการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาสหรัฐอเมริกา แต่สำหรับในญี่ปุ่นนั้นจะมีระบบการควบคุมการออกกฎที่ต่างออกไป

ในญี่ปุ่น อำนาจในการตรากฎระเบียบของฝ่ายตุลาการได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 77 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลสูงสุดมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ได้ตามที่กฎหมาย กฎเกี่ยวกับการพิจารณา และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทนายความ การรักษาระเบียบวินัยภายในของศาล และการบริหารกิจการทางตุลาการ...”²⁰⁶ โดยแยกประเภทของกฎหมายได้เป็น 4 ประเภท ได้แก่ ระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ ระเบียบเกี่ยวกับทนายความ ระเบียบเกี่ยวกับการรักษาวินัยภายในศาล และการบริหารกิจการตุลาการ โดยรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดกลไกในการควบคุมตรวจสอบการตรากฎระเบียบดังกล่าวไว้แต่อย่างใด จึงทำให้ฝ่ายตุลาการในญี่ปุ่นมีอิสระในการตรากฎระเบียบมากกว่าในสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ดี ศาลสูงสุดก็พยายามถ่วงรั้งอำนาจตนเอง โดยการให้บุคคลจากทั้งภายนอกและภายในฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมในการตราระเบียบดังกล่าวโดยก่อตั้ง “คณะที่ปรึกษาในการตราระเบียบ” (Advisory Committee on Rule-Making) ซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ทนายความ เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และบุคคลที่มีความรู้และประสบการณ์ โดยทำการศึกษาและยกร่างระเบียบ สภาตุลาการก็จะพิจารณาและอนุมัติตามระเบียบนั้นจากรายงานของคณะที่ปรึกษาดังกล่าว²⁰⁷ โดยศาลสูงสุดตราระเบียบออกมาเป็นจำนวนมาก(ประมาณกว่า 150 ฉบับ) เกี่ยวกับการบริหารจัดการภายในระบบศาล และเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความหรือทางปฏิบัติในการดำเนินคดีในศาล

การที่รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นบัญญัติถึงอำนาจของฝ่ายตุลาการในการตรากฎระเบียบไว้เพียงมาตราเดียวทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายใน 2 ประเด็นหลัก อำนาจในการตราระเบียบของศาลดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในหมู่นักวิชาการ ทนายความและผู้พิพากษาใน 3 ประเด็นหลัก

ประเด็นแรก รัฐสภายังคงมีอำนาจในการตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรา 77 ดังกล่าวได้หรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยว่า มาตรา 77 ดังกล่าวได้ตัดอำนาจของรัฐสภาในการตรา

²⁰⁶ Article 77 Constitution of Japan “The Supreme Court is vested with the rule-making power under which it determines the rules of procedure and of practice, and of matters relating to attorneys, the internal discipline of the courts and the administration of judicial affairs...”

²⁰⁷ General Secretariat of the Supreme Court of Japan, Justice in Japan, (Japan : General Secretariat of the Supreme Court of Japan, 2009), p.7.

กฎหมายหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ นักวิชาการญี่ปุ่นบางคนเห็นว่ารัฐสภายังคงมีอำนาจตรากฎหมายดังกล่าวแต่จำกัดเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดี ทางปฏิบัติในการพิจารณาคดี และเรื่องเกี่ยวกับทนายความ

ประเด็นที่สอง เรื่องขอบเขตอำนาจระเบียบที่ตราโดยศาลดังกล่าว ซึ่งเป็นที่สงสัยว่าระเบียบของศาลจะมีผลผูกพันสิทธิและหน้าที่ของคู่ความในคดีหรือผูกพันต่อสาธารณะชนโดยทั่วไปหรือไม่ เพราะหากมีผลผูกพันกับบุคคลทั่วไปแล้ว อำนาจในการตรากฎหมายแบบนี้ควรจะเป็นอำนาจของรัฐสภาที่เป็นตัวแทนประชาชนเสียมากกว่า

และประเด็นสุดท้าย เรื่องลำดับชั้นทางกฎหมายของระเบียบของศาลกับกฎหมายของรัฐสภา ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง แนวทางหนึ่งเห็นว่าหากเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับการควบคุมหรือวินัยภายในศาล หรือการบริหารกิจการตุลาการนั้นเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายตุลาการ หากกฎหมายของรัฐสภาขัดกับระเบียบของศาลในเรื่องดังกล่าว ต้องถือตามระเบียบของศาล หรืออีกนัยหนึ่งระเบียบจะมีศักดิ์ทางกฎหมายเหนือกว่ากฎหมายของรัฐสภา แต่หากเป็นเรื่องอื่นๆ กฎหมายจะมีศักดิ์สูงกว่าระเบียบของศาล²⁰⁸ แต่อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่ายังคงต้องยึดถือตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ประการให้รัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุดแต่เพียงองค์กรเดียวในการตรากฎหมาย ดังนั้น กฎหมายของรัฐสภาจึงต้องมีลำดับศักดิ์เหนือกว่าระเบียบของศาล ซึ่งแนวทางหลักนี้มีผู้สนับสนุนมากกว่าแนวทางแรก²⁰⁹

4.3.2.4 การควบคุมการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา

การบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาคือการจัดการเกี่ยวกับการแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่และการลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษา ซึ่งสำหรับระบบศาลสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกานั้น อำนาจที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวไม่ได้ถูกมอบให้แก่ฝ่ายตุลาการจัดการกันเอง แต่ยังคงเป็นอำนาจของฝ่ายการเมือง ทั้งการแต่งตั้งผู้พิพากษาจะเป็นอำนาจของประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา ส่วนการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งนั้นในสหรัฐอเมริกาจะใช้วิธีการแต่งตั้งผู้พิพากษาเดิมให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นที่จะต้องใช่วิธีการและขั้นตอนเดียวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาใหม่ ส่วนการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่นั้นแม้ฝ่ายตุลาการด้วยตนเอง เช่น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลมีอำนาจหน้าที่

²⁰⁸ Yuichiro Tsuji, "Independence of the Judiciary and Judges in Japan," p.70, Retrieved on January 12, 2014, from [http://www.surugadai.ac.jp/sogo/media/bulletin/Hougaku24-03/Hougaku.24-3.\(63\).pdf](http://www.surugadai.ac.jp/sogo/media/bulletin/Hougaku24-03/Hougaku.24-3.(63).pdf).

²⁰⁹ Takaaki Hattori, "The role of the Supreme court of Japan in the field of judicial administration," *Washington Law Review* 60(1984-1985), p.83-84.

ในเรื่องดังกล่าวแต่จะลงโทษถึงขึ้นถอดถอนออกจากตำแหน่งไม่ได้ โดยอำนาจในการถอดถอนผู้พิพากษาสหพันธ์ออกจากตำแหน่งเป็นอำนาจของวุฒิสภาโดยการกระบวนกรถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่ง (Impeachment) เท่านั้น²¹⁰

ส่วนในญี่ปุ่นใช้ระบบการบริหารงานบุคคลแบบตุลาการอาชีพจึงมีการใช้อำนาจในการให้คุณให้โทษผู้พิพากษาโดยตรง เช่น การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งและการลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาแตกต่างจากสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบแบบตุลาการวิชาชีพที่ไม่มีระบบการบริหารงานบุคคลโดยตรง แต่อย่างไรก็ดี แม้ฝ่ายตุลาการญี่ปุ่นจะมีอำนาจในการบริหารกิจการตุลาการของตนเอง แต่สำหรับเรื่องการบริหารงานบุคคลทั้งการคัดเลือกและการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง โครงสร้างญี่ปุ่นใช้ระบบการถ่วงดุลอำนาจกันระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายบริหาร โดยสภาตุลาการจะผู้มีอำนาจพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมจะต้องนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ แม้ว่าคณะรัฐมนตรีมักจะอนุมัติตามที่ฝ่ายตุลาการเสนอมาก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นว่าอำนาจในการบริหารงานบุคคลของฝ่ายตุลาการญี่ปุ่นถูกถ่วงดุลโดยฝ่ายบริหาร แต่อย่างไรก็ดี การวางระบบถ่วงดุลเช่นนี้ถูกตั้งข้อสังเกตจากนักวิชาการอเมริกันว่าอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมผู้พิพากษาทำให้ผู้พิพากษาไม่เป็นอิสระอย่างแท้จริง²¹¹

4.3.2.5 การควบคุมการดำเนินงานทั่วไปโดยรัฐสภา

การจัดโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกัน แม้จะให้ฝ่ายตุลาการมีอิสระอย่างมากในการบริหารกิจการของตน แต่ก็ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภาเช่นเดียวกับการจัดโครงสร้างแบบยุโรป แต่การควบคุมโดยโครงสร้างแบบอเมริกันนั้น จะมีเพียงแค่การควบคุมโดยอ้อมผ่านการตรากฎหมายกำหนดกรอบ เงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการบริหารของฝ่ายตุลาการ และการตรวจสอบโดยคณะกรรมการเท่านั้น รัฐสภาจะควบคุมการบริหารโดยตรงผ่านระบบความรับผิดชอบของรัฐมนตรีไม่ได้ แม้กระทั่งในญี่ปุ่นที่ใช้โครงสร้างองค์กรทางการเมืองแบบรัฐสภาก็ตามแต่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการบริหารฝ่ายตุลาการต่อรัฐสภา แต่อย่างไรก็ดี รัฐสภาจะมีอำนาจมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับการจัดวางโครงสร้างในแต่ละประเทศ ในสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญอเมริกันให้อำนาจรัฐสภาในการก่อตั้งศาลระดับสหรัชนอกเหนือไปจากศาลสูงสุด กำหนดเขตอำนาจศาล กำหนดจำนวนองค์คณะที่นั่งพิจารณาในแต่ละศาล และอำนาจที่ได้รับการจับตามองว่าเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมการบริหาร

²¹⁰ รายละเอียดจะได้กล่าวถึงอีกครั้งในบทที่ 5 การจัดระเบียบผู้พิพากษา

²¹¹ โปรดดู J Mark Ramseyer, “The Puzzling (In) dependence of Courts: A Comparative Approach,” *the Journal of Legal Studies*, No.2, Vol.23, p.721-747(June 1994).

ฝ่ายตุลาการ คืออำนาจในการกำหนดอัตราค่าจ้างผู้พิพากษาและอำนาจในการกำหนดอัตราค่าตอบแทนของผู้พิพากษา

นอกจากนี้ ในการควบคุมดูแลการบริหารกิจการตุลาการของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ทั้งในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาต่างก็มีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการ (Judiciary Committee) เพื่อพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับการตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายและการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษา (Judicial Nomination) โดยในขอบเขตอำนาจความรับผิดชอบ คณะกรรมการยังคงรับผิดชอบดูแลกฎหมายที่เกี่ยวกับการตุลาการและการศาล (Judiciary and Court) และยังรวมไปถึงกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความต่างๆ ในศาลด้วย โดยประธานตุลาการยังทำหน้าที่เป็นตัวกลางเชื่อมระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาจได้รับเชิญให้ไปให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจการหรือภารกิจของศาลต่อรัฐสภาอีกด้วย นอกจากนี้แล้ว ฝ่ายตุลาการสหรัฐยังต้องจัดทำรายงานประจำปี (End-Year Report on the Federal Judiciary) เสนอต่อรัฐสภาสหรัฐ ซึ่งในรายงานดังกล่าวนอกจากจะรายงานผลการดำเนินงานปกติของฝ่ายตุลาการแล้ว ยังได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับการบริหารฝ่ายตุลาการอีกด้วย เช่น ในช่วงทศวรรษ 1980 ประธานตุลาการได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับปัญหาตำแหน่งตุลาการที่ว่างอยู่และค่าตอบแทน²¹² เพื่อให้ฝ่ายการเมืองได้ดำเนินการพิจารณา และในปี ค.ศ. 2003 ประธานศาลสูงสุดเรนควิสต์ (Chief Justice Renquist) ได้ตำหนิสภาองเกรสในรายงานดังกล่าวในเรื่องที่รัฐสภายามแทรกแซงอำนาจในการกำหนดโทษทางอาญาของศาล²¹³

ส่วนในญี่ปุ่น รัฐสภาก็ยังคงมีบทบาทในการควบคุมการบริหารฝ่ายตุลาการ เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา แต่รัฐสภาได้ลดบทบาทของตนเองโดยการตรากฎหมายมอบอำนาจหลายประการให้เป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการเอง เช่น การก่อตั้งศาลเป็นอำนาจของรัฐสภาเช่นกัน แต่มีกฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการสามารถก่อตั้งสาขาของศาลได้เอง²¹⁴ โดยให้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะส่วนหนึ่งของศาลที่เป็นสำนักงานใหญ่นั้น และสภาตุลาการมีอำนาจในการกำหนดอัตราค่าจ้างหรือกำหนดจำนวนผู้พิพากษาภายในสาขาของศาลสูงนั้นด้วย นอกจากนี้ ในรัฐสภาญี่ปุ่นก็เป็นเช่นเดียวกับรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาที่ทั้งในสภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงต่างก็มีการก่อตั้งคณะกรรมการกิจการตุลาการ (Committee on Judicial Affairs) ซึ่งเป็นคณะกรรมการสามัญรับผิดชอบดูแลตรวจสอบเกี่ยวกับกิจการของกระทรวงยุติธรรมและการบริหารงานยุติธรรมของฝ่ายตุลาการอีกด้วย

²¹² Russell Wheeler, *supra* note 168, p.5.

²¹³ Russell Wheeler, *supra* note 201, p.527.

²¹⁴ Article 22 Court Organization Act

4.4 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไข้ปัญหา

การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครองใช้โครงสร้างแบบอเมริกันที่ให้ผู้พิพากษาการรับผิดชอบบริหารกิจการฝ่ายตุลาการด้วยของตนเอง ส่วนโครงสร้างการบริหารระบบศาลทหารใช้โครงสร้างแบบยุโรปที่ฝ่ายบริหารรับผิดชอบการบริหารฝ่ายตุลาการโดยมีคณะกรรมการตุลาการทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องการบริหารงานบุคคลตุลาการทหาร ในการศึกษาเปรียบเทียบการจัดโครงสร้างการบริหารทั้งสองรูปแบบพบว่าต่างก็มีข้อบกพร่องในเรื่องของระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ โดยในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอ (4.4.1) บทวิเคราะห์ปัญหาของการจัดโครงสร้างและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการไทย และ (4.4.2) แนวทางการแก้ไข้ปัญหา

4.4.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา

ปัญหาของการระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการอาจแยกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ กลุ่มแรก คือปัญหาในการจัดโครงสร้างองค์กรบริหารฝ่ายตุลาการอันประกอบไปด้วย (4.4.1.1) ปัญหาการควบคุมองค์กรบริหาร (4.4.1.2) ปัญหาการถ่วงดุลอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ ส่วนในกลุ่มที่สองเป็นปัญหาของกลไกในการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ อันได้แก่ (4.4.1.3) ปัญหาการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการ และ (4.4.1.4) ปัญหาการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

4.4.1.1 ปัญหาการควบคุมองค์กรบริหาร

องค์กรบริหารคือองค์กรที่รับผิดชอบการบริหารกิจการของฝ่ายตุลาการหรือรับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการให้เพียงพอกับความต้องการของประชาชนที่จะต้องจัดให้บริการด้วยความสะดวก รวดเร็วและประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงได้ด้วยต้นทุนที่ไม่สูงนัก การเข้าถึงบริการสาธารณะดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม(Right to Fair Trial) ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชน การจัดโครงสร้างการบริหารจึงต้องจัดระบบควบคุมโดยการให้องค์กรบริหารงานนี้เป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและความพร้อมรับผิดชอบในเรื่องการบริหารงานเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

ในการจัดการควบคุมองค์กรผู้รับผิดชอบการบริหารอาจทำได้ 2 ทาง ทางแรก การควบคุมโดยการคัดเลือกตัวบุคคลที่เข้ามาดำรงตำแหน่งในองค์กรบริหาร จะต้องคัดเลือกโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเพื่อให้ถ่ายทอดความชอบธรรมผ่านห่วงโซ่ความชอบธรรม

ทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย ซึ่งการคัดเลือกนั้นจะพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีความรู้ความสามารถเพียงพอในการบริหารหรือไม่ โดยผู้ที่ทำหน้าที่คัดเลือกจะต้องมีความพร้อมรับผิดชอบ หากคัดเลือกบุคคลที่ไม่มีความสามารถมาทำหน้าที่ดังกล่าว ส่วนทางที่สอง การกำหนดให้องค์กรบริหารต้องมีความพร้อมรับผิดชอบในการบริหารงาน กล่าวคือ เมื่อบุคคลนั้นเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรบริหารแล้ว ก็จะต้องมีกลไกในการตรวจสอบและเรียกร้องให้รับผิดชอบหากเกิดความบกพร่องในการทำหน้าที่

ในการจัดโครงสร้างแบบยุโรป องค์กรผู้รับผิดชอบบริหารการบริการสาธารณะทางตุลาการหลักคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นตำแหน่งทางการเมือง ได้รับคัดเลือกโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และนายกรัฐมนตรีผู้เลือกบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ต้องรับผิดชอบในการคัดเลือกบุคคลดังกล่าวต่อทั้งรัฐสภาผ่านการอภิปรายต่างๆ ในสภาและรับผิดชอบต่อประชาชนผ่านการเลือกตั้งทั่วไป ส่วนองค์กรบริหารงานบริการสาธารณะทางตุลาการหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องถูกตรวจสอบในทางการเมืองเช่นกัน ตั้งแต่นโยบายการบริการสาธารณะดังกล่าวก็ต้องถูกตรวจสอบโดยรัฐสภา การให้บริการสาธารณะที่มีความบกพร่องหรือละเมิดสิทธิของประชาชนก็จะตรวจสอบได้ทั้งระบบ ความรับผิดชอบของรัฐมนตรี(Individual Ministerial Responsibility) ทั้งในทางนโยบายและการบริหารต่อรัฐสภาและการรับผิดชอบต่อฝ่ายตุลาการในประเด็นทางกฎหมาย

ส่วนในการจัดโครงสร้างแบบอเมริกัน แม้โครงสร้างจะให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบการบริหารงานเอง แต่กระบวนการคัดเลือกองค์กรที่มาทำหน้าที่บริหารฝ่ายตุลาการในทั้งสามประเทศต่างก็มีเป็นระบบที่มีการส่งผ่านความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและสร้างความพร้อมรับผิดชอบในการคัดเลือกตัวบุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่เช่นกัน สำหรับสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาทุกคนได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีและสมาชิกวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนทั้งสององค์กร ดังนั้น ไม่ว่าผู้พิพากษาคนใดจะได้รับการคัดเลือกให้มาทำหน้าที่ในด้านบริหารก็ย่อมเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และองค์กรที่คัดเลือกตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อประชาชนผ่านการเลือกตั้งทั่วไปในครั้งถัดไป ส่วนในญี่ปุ่น องค์กรบริหารหลักคือตุลาการในศาลสูงสุดในนามสภาตุลาการซึ่งตุลาการทุกคนมาจากการคัดเลือกโดยคณะรัฐมนตรี อีกทั้งตุลาการศาลสูงสุดทุกคนจะต้องผ่านการให้ประชาชนให้ความเห็นชอบต่อการดำรงตำแหน่งผ่านการเลือกตั้งทั่วไป ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อครบ 10 ปีของการดำรงตำแหน่งแล้ว ตุลาการทุกคนยังต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผ่านการเลือกตั้งทั่วไปเช่นกันเพื่อให้ดำรงตำแหน่งต่อไปได้อีก 10 ปี กลไกดังกล่าวจึงเป็นกลไกที่ส่งผ่านความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและสร้างความพร้อมรับผิดชอบด้วยโดยประชาชนสามารถลงมติไม่ให้ตุลาการคนใดที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในตำแหน่งต่อไปได้อันเป็น

ระบบการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการเป็นอย่างดี ส่วนในเกาหลีใต้ องค์การบริหารฝ่ายตุลาการคือประธานศาลสูงสุดและตุลาการในศาลสูงสุดทุกคนในนามของสภาตุลาการแห่งศาลสูงสุดซึ่งทุกคนมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีตามความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนทั้งสององค์กรกร ยิ่งไปกว่านั้น ตุลาการทุกคนที่มีอำนาจบริหารจะมีวาระการดำรงตำแหน่งเพียง 6 ปี แต่สามารถต่ออายุการดำรงตำแหน่งต่อไปได้ยกเว้นตำแหน่งประธานศาลสูงสุดเท่านั้น ระบบการต่ออายุดังกล่าวนี้ หากพิจารณาเฉพาะในแง่ของการบริหารนั้นเป็นการสร้างความพร้อมรับผิดในการบริหารฝ่ายตุลาการอย่างหนึ่ง เนื่องจากหากตุลาการที่เป็นองค์การบริหารที่ดีมีประสิทธิภาพ องค์กรที่พิจารณาต่ออายุการดำรงตำแหน่งย่อมต้องอนุมัติให้ดำรงตำแหน่งต่อไป แต่หากในการบริหารงานมีข้อบกพร่องก็อาจจะไม่ได้รับการต่ออายุก็ได้ นั่นย่อมหมายความว่าองค์กรที่พิจารณาต่ออายุจะทำการตรวจสอบว่าองค์กรบริหารนั้นปฏิบัติหน้าที่ตามภารกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่นั่นเอง แต่อย่างไรก็ดี ตุลาการศาลสูงสุดเกาหลีใต้จะต้องทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในการตัดสินคดีความต่างๆ ด้วย การต่ออายุการดำรงตำแหน่งจึงไม่ใช่เป็นระบบการควบคุมการบริหารแต่เพียงอย่างเดียว แต่อาจเป็นการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการด้วย

แต่เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาการจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทย องค์การบริหารทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองยกเว้นระบบศาลทหารต่างก็มีปัญหาองค์กรบริหารขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและความพร้อมรับผิดในการบริหารงานทั้งสิ้น สำหรับองค์การบริหารระบบศาลยุติธรรมทั้งประธานศาลฎีกา คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการ เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมต่างมาจากการคัดเลือกกันเองภายในระบบศาลยุติธรรม ผู้ที่ทำการคัดเลือกไม่ต้องรับผิดชอบในกระบวนการคัดเลือกต่อองค์กรใด และเมื่อได้รับเลือกให้มาปฏิบัติหน้าที่แล้ว องค์การบริหารทั้งหลายก็ไม่มีความพร้อมรับผิดในการบริหารงานแต่อย่างใด ซึ่งเป็นข้อบกพร่องในช่วงการเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารจากรูปแบบยุโรปที่ให้กระทรวงยุติธรรมรับผิดชอบบริการสาธารณะทางตุลาการมาเป็นโครงสร้างแบบอเมริกันที่ให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบบริหารงานเองซึ่งแต่เดิมรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องรับผิดชอบในการบริหารต่อรัฐสภา โดยสามารถถูกตั้งกระทู้ถาม ตั้งคณะกรรมการสอบสวนหรืออภิปรายไม่ไว้วางใจเพื่อลงมติให้พ้นจากตำแหน่งได้ แต่เมื่อโอนอำนาจหน้าที่ดังกล่าวมาให้ฝ่ายตุลาการดำเนินการเองแล้ว กลับไม่พบว่ามียุทธวิธีหรือกลไกใดเข้ามาทดแทนกลไกความพร้อมรับผิดต่อรัฐสภาหรือตัวแทนประชาชน

ส่วนองค์การบริหารระบบศาลปกครองก็ประสบปัญหาการจัดโครงสร้างเหมือนกัน แต่มีความแตกต่างไปจากระบบศาลยุติธรรมเนื่องจากการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดที่

ทำหน้าที่รับผิดชอบการบริหารระบบศาลปกครองนั้นมาจากการให้ความเห็นชอบโดยวุฒิสภาซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นระบบการถ่วงดุลองค์การบริหารประการหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ต้องพิจารณาถึงที่มาของสมาชิกวุฒิสภาด้วย หากสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งจากประชาชนทั้งหมดดังเช่นในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 กระบวนการคัดเลือกย่อมเป็นการถ่วงดุลอำนาจและสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้กับประธานศาลปกครองสูงสุดได้ประการหนึ่ง แต่หากสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งครึ่งหนึ่งและการสรรหาครึ่งหนึ่งแบบรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยที่สมาชิกวุฒิสภากึ่งหนึ่งมาจากการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาโดยที่สมาชิกของคณะกรรมการสรรหาเสียงข้างมากเป็นผู้พิพากษาศาลาการด้วยกันเองก็จะทำให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยน้อย แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองที่กรรมการเกือบทั้งหมดมาจากการคัดเลือกกันเองของตุลาการในศาลปกครองทำให้คณะกรรมการตุลาการดังกล่าวจึงเป็นองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกับคณะกรรมการตุลาการของระบบศาลยุติธรรม นอกจากนี้ องค์การบริหารระบบศาลปกครองก็ยังขาดการวางกลไกความพร้อมรับผิดในการบริหารซึ่งเป็นปัญหาเดียวกับองค์การบริหารระบบศาลยุติธรรมด้วย

4.4.1.2 ปัญหาการถ่วงดุลอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ

ในโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการทั้ง 3 ระบบศาล คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาศาลาการ โดยการจัดองค์กรของคณะกรรมการตุลาการมีข้อบกพร่องโดยอาจแยกพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็นปัญหาโดยสองประเด็นแรกเป็นประเด็นปัญหาร่วมกันของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมและคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง อันได้แก่ปัญหาองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการ(1) และปัญหาการรวมศูนย์อำนาจของคณะกรรมการตุลาการ (2) ส่วนประเด็นที่สามคือเป็นปัญหาเฉพาะของคณะกรรมการตุลาการทหาร (3)

(1) ปัญหาองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการ

องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการของทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองมีลักษณะร่วมเหมือนกันสองประการ

ประการแรก คือ การมีกรรมการที่เป็นบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการในสัดส่วนที่น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับสัดส่วนของตัวแทนผู้พิพากษากับบุคคลภายนอกของคณะกรรมการตุลาการที่มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลของต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศสหรืออังกฤษที่จะให้บุคคลภายนอกมีสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับจำนวนตัวแทนผู้พิพากษา สำหรับคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมไทยมีกรรมการที่เป็นบุคคลภายนอก 4 คนจากจำนวนกรรมการทั้งหมด 15 คน ส่วนคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองมี

กรรมการที่เป็นบุคคลภายนอก 3 คนจากจำนวนกรรมการทั้งหมด 13 คนซึ่งเป็นสัดส่วนของบุคคลภายนอกจะอยู่ที่ประมาณหนึ่งในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด ในขณะที่สัดส่วนของบุคคลภายนอกต่อตัวแทนผู้พิพากษาในคณะกรรมการตุลาการต่างประเทศจะมีจำนวนหนึ่งต่อหนึ่งเลยทีเดียว

การที่กรรมการในคณะกรรมการตุลาการเกือบทั้งหมดเป็นตัวแทนผู้พิพากษาร่วมกันเองทำให้คณะกรรมการตุลาการมีลักษณะเป็นองค์กรปิด อันหมายถึงองค์กรที่มุมมองหรือความคิดเห็นจากภายนอกองค์กรไม่ได้มีอิทธิพลหรือมีผลกระทบต่อการบริหารงานภายในองค์กรเสมือนบ้านที่ปิดประตูหน้าต่างมิดชิดไม่รับลมหรือแสงแดดเข้ามาภายในบ้าน ในความเป็นองค์กรปิดจะมีข้อดีในแง่ของการรักษาความเป็นอิสระของผู้พิพากษาโดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการให้ทุนให้โทษผู้พิพากษาที่มีผลกระทบโดยตรงต่อตัวผู้พิพากษาเอง แต่ในขณะเดียวกัน ข้อเสียของการเป็นองค์กรปิดคือการขาดมุมมองที่หลากหลายในการบริหารงาน เนื่องจากการบริหารงานจะถูกอภิปรายแสดงความคิดเห็นโดยบุคคลที่อยู่ในวัฒนธรรมองค์กรแบบเดียวกัน ถูกหล่อหลอมมาโดยทัศนคติแบบเดียวกันจะไม่มีความคิดที่แตกต่างหรือข้อคิดเห็นที่พิจารณาจากมุมมองของบุคคลภายนอกมากนัก ซึ่งจะส่งผลทำให้การบริหารงานนั้นขาดพลวัตรหรือความสามารถที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามต้องการหรือปรับตัวให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมได้น้อยกว่าองค์กรที่มีลักษณะเปิดมากกว่า

นอกจากนี้ การเป็นองค์กรปิดของคณะกรรมการตุลาการจะทำให้มีลักษณะเป็นองค์กรที่ขาดความพร้อมรับมือกับบุคคลภายนอก และอาจถูกมองว่าการบริหารงานขาดความโปร่งใส ในสหรัฐอเมริกามีความเชื่อว่าการให้ผู้พิพากษาบริหารงานกันเองจะทำให้ผู้พิพากษาช่วยเหลือปกป้องความผิดของพวกเขาเองซึ่งความเชื่อดังกล่าวสั่นคลอนความน่าเชื่อถือของฝ่ายตุลาการได้

และประการที่สอง การมีกรรมการที่เป็นผู้พิพากษาระดับสูงเป็นเสียงข้างมาก องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมที่เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 7 คนโดยรวม ประธานศาลฎีกาในฐานะกรรมการโดยตำแหน่ง ส่วนกรรมการที่เป็นผู้พิพากษาศาลล่างอันได้แก่ศาลอุทธรณ์และศาลชั้นต้นรวมกัน 6 คน ส่วนองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองที่เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 7 คนรวมประธานศาลปกครองสูงสุด ส่วนตัวแทนของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นมีเพียง 3 คนเท่านั้น

การที่องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการไทยจะมีตัวแทนจากผู้พิพากษาระดับสูงจำนวนมากและผู้พิพากษาระดับล่าง ในระบบตุลาการของไทยพิจารณาว่าเป็นเรื่องการปกครองโดยธรรมนิยมปฏิบัติในวงการตุลาการไทยที่ถือระบบอาวุโสเป็นหลัก ดังนั้นคณะกรรมการตุลาการที่เป็น

เสมือนผู้ปกครองหรือรัฐบาลของผู้พิพากษาจึงต้องจัดให้มีผู้พิพากษาระดับสูงที่มีอาวุโสเป็นเสียงข้างมาก เพราะหากให้ผู้พิพากษาในศาลชั้นล่างที่มีอาวุโสน้อยเป็นเสียงข้างมากจะทำให้กลายเป็นการผู้น้อย ปกครองผู้ใหญ่ซึ่งขัดกับธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าว แต่ในขณะที่ต่างประเทศจะพยายามให้คณะกรรมการ ตุลาการทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้พิพากษาในทุกระดับ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้พิพากษาเองโดยเห็นว่าผู้พิพากษาในแต่ละระดับต่างจะมีผลประโยชน์ของตนเองที่แตกต่างกัน เช่น ผู้พิพากษาศาลระดับล่าง มีผลประโยชน์หลักที่ต้องการความก้าวหน้าในการประกอบวิชาชีพ ดังนั้นสำหรับผู้พิพากษาในศาลล่างจึงให้ความสำคัญกับระบบการพิจารณาให้ความดีความชอบหรือการประเมินผลการปฏิบัติงานที่จะต้องให้เป็น ธรรมและเหมาะสมกับผู้พิพากษาทุกคน ในขณะที่ผู้พิพากษาระดับสูง ที่ดำรงตำแหน่งสูงมากอยู่แล้ว ผลประโยชน์หลักจึงไม่ได้ต้องการความก้าวหน้าในทางวิชาการ แต่ต้องการรักษาชื่อเสียง เกียรติยศของ องค์กร ผู้พิพากษาในกลุ่มนี้จึงต้องการผู้พิพากษาที่เป็นเพื่อนร่วมงานและผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้พิพากษาใหม่ จะต้องมีความสามารถและความประพฤติปฏิบัติที่ดีเช่นเดียวกันตนเอง ในกลุ่มนี้จึงต้องการระบบการ คัดเลือกหรือระบบการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาที่มีการตรวจสอบที่เข้มข้น และระบบการควบคุม พฤติกรรมผู้พิพากษาที่เคร่งครัดและสามารถคัดกรองบุคคลที่บกพร่องในทางจริยธรรมออกไปจากองค์กร เพื่อไม่ให้ชื่อเสียงขององค์กรต้องเสียหาย ผลประโยชน์ของผู้พิพากษาทั้งสองกลุ่มต่างก็เป็นคุณค่าที่ต้อง รักษาไว้ในระบบการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาซึ่งควรจะได้ผ่านการจัดสรรให้เหมาะสมและเกิดดุลย ภาพขึ้นซึ่งระบบดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการอภิปรายและลงมติจากตัวแทนของผู้พิพากษาทั้งสอง กลุ่ม แต่เมื่อองค์ประกอบในคณะกรรมการตุลาการมีผู้พิพากษาระดับสูงที่มากกว่าผู้พิพากษาระดับล่างจึง ทำให้คุณค่าที่ผู้พิพากษาระดับล่างต้องการจะกลายเป็นคุณค่าที่น้อยกว่าคุณค่าที่ผู้พิพากษาระดับสูง ต้องการ

(2) ปัญหาการรวมศูนย์อำนาจของคณะกรรมการตุลาการ

นอกจากที่คณะกรรมการตุลาการของทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาล ปกครองจะใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลแต่เพียงองค์กรเดียวโดยไม่ได้ถูกถ่วงดุลอำนาจดังกล่าวกับ องค์กรใดเลย คณะกรรมการตุลาการดังกล่าวยังได้รวมศูนย์อำนาจเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลทั้งหมด ไว้ด้วย การรวมศูนย์อำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมและคณะกรรมการตุลาการศาล ปกครองเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะ

ลักษณะแรก การรวมศูนย์อำนาจการบังคับใช้กฎหมาย

หากพิจารณาการบริหารงานบุคคลในแง่ของหลักการแบ่งแยกอำนาจทั่วไป อำนาจในการตราฎกเกณฑ์ อำนาจในการบังคับใช้ฎกเกณฑ์ และอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทจะต้องถูก

ใช้โดยองค์กรที่แตกต่างกันอย่างเป็นอิสระ เพื่อป้องกันไม่ให้มีองค์กรใดสามารถควบคุมอำนาจได้ทั้งหมด แต่เพียงองค์กรเดียว ดังนั้นในการแบ่งแยกอำนาจจึงต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์หรือกฎหมาย อีกองค์กรหนึ่งทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย และอีกองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ตีความกฎหมายหรือวินิจฉัยข้อพิพาท ในการจัดโครงสร้างแบบยุโรปหรือแบบอเมริกันจะแบ่งแยกองค์กรที่มีอำนาจทั้งสามออกจากกันอย่างชัดเจน เช่น การตรากฎหมายหรือกฎหมายจะเป็นอำนาจของรัฐสภาโดยมีรัฐธรรมนูญกำหนดหลักการกว้างๆ ไว้ ส่วนองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายคือองค์กรที่มีอำนาจบริหารงานอันได้แก่ฝ่ายบริหาร หรือกระทรวงยุติธรรมในรูปแบบยุโรป หรือองค์กรบริหารฝ่ายตุลาการเองในรูปแบบอเมริกัน ส่วนองค์กรที่ทำหน้าที่ตีความกฎหมายหรือวินิจฉัยข้อพิพาทเมื่อฝ่ายบริหารบังคับใช้กฎหมายแล้วเกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้พิพากษาได้แก่ฝ่ายตุลาการหรือศาล แต่สำหรับการบริหารงานบุคคลของระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง คณะกรรมการตุลาการของไทยทั้งในระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองมีอำนาจทั้งออกระเบียบเอง บังคับใช้ระเบียบ และวินิจฉัยการบังคับใช้ระเบียบเองทั้งหมด ยิ่งไปกว่านั้นระเบียบบางฉบับยังอนุญาตให้สามารถห้ามติของคณะกรรมการตุลาการเพื่อยกเว้นหรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบเองก็ได้

ลักษณะที่สอง การรวมศูนย์อำนาจในการให้ทุนให้โทษแก่ผู้พิพากษา

การจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรปก็ดี หรือแบบอเมริกันก็ดี แม้จะมีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการเพื่อทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจให้ทุนให้โทษแก่ผู้พิพากษาเพื่อปกป้องความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการแต่ไม่มีประเทศใดที่จะให้อำนาจทั้งหมดตั้งแต่ การแต่งตั้ง การเลื่อนขึ้นเลื่อนตำแหน่ง การลงโทษทางวินัยอยู่ภายใต้การพิจารณาขององค์กรฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียว การใช้อำนาจจะต้องถูกถ่วงดุลโดยองค์กรตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป

ในเยอรมัน การคัดเลือกผู้พิพากษานั้น รัฐมนตรีที่รับผิดชอบการศาลจะต้องพิจารณาร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาโดยมีคณะที่ปรึกษาประจำศาลเป็นผู้ให้ความเห็นในการคัดเลือก ส่วนการให้โทษหรือการลงโทษทางวินัยจะเป็นอำนาจของศาลวินัยผู้พิพากษา ในฝรั่งเศส อำนาจในการคัดเลือกผู้พิพากษาเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมโดยมีคณะกรรมการตุลาการสูงสุดเป็นองค์กรถ่วงดุลอำนาจ ส่วนการเลื่อนตำแหน่งจะมีคณะกรรมการอีกชุดหนึ่งที่เรียกว่า “คณะกรรมการเลื่อนขั้น” เข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจร่วมกับคณะกรรมการตุลาการและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ส่วนอำนาจในการให้โทษหรือลงโทษทางวินัยจึงจะเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการแต่เพียงองค์กรเดียว ในขณะที่ญี่ปุ่น ให้สภาตุลาการจะเป็นผู้คัดเลือกผู้พิพากษาและเสนอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติเพื่อแต่งตั้ง แต่หากผู้พิพากษาในศาลสูงสุดคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้คัดเลือกแต่จะต้องให้ประชาชนลงมติให้ความ

เห็นชอบผู้พิพากษานั้นด้วย นอกจากนี้ การลงโทษผู้พิพากษาจะถูกพิจารณาโดยศาลวินัยผู้พิพากษา เช่นเดียวกับเยอรมนี หรือกระทั่งในสหรัฐอเมริกา การคัดเลือกผู้พิพากษานั้น ประธานาธิบดีจะเป็นผู้คัดเลือกแต่จะต้องเสนอรายชื่อให้วุฒิสภานุมัติ ส่วนการลงโทษผู้พิพากษาจะต้องกระทำโดยการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา เป็นต้น

แต่เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาที่คณะกรรมการตุลาการไทยทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองจะพบว่าคณะกรรมการตุลาการจะมีอำนาจในการบริหารงานบุคคลทั้งหมดตั้งแต่การคัดเลือกผู้พิพากษาศาลปกครอง การเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง และการลงโทษทางวินัย โดยอำนาจไม่ได้ถูกกระจายไปยังองค์กรใด และไม่มีองค์กรอื่นมาถ่วงดุลอำนาจดังกล่าวเลย ยกเว้นการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดและการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิเท่านั้นที่จะต้องให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ส่วนการแต่งตั้งตุลาการในตำแหน่งอื่น คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองมีอำนาจเต็มตลอดกระบวนการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งทำให้คณะกรรมการตุลาการรวมศูนย์อำนาจทั้งให้คุณและให้โทษแก่ผู้พิพากษาศาลปกครองได้ทั้งหมด อันทำให้คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรที่ทรงอิทธิพลต่อการบริหารฝ่ายตุลาการเป็นอย่างมาก และหากพิจารณาร่วมกับองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการ จะพบว่าการจัดโครงสร้างและองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการทำให้ผู้พิพากษาระดับสูงจะมีอิทธิพลต่อการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาอย่างมากซึ่งไม่น่าจะถูกต้องตามหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

(3) ปัญหาของคณะกรรมการตุลาการทหาร

ปัญหาของคณะกรรมการตุลาการทหารแตกต่างกันออกไปจากปัญหาของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมและคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง เนื่องจากคณะกรรมการตุลาการศาลทหารมีความแตกต่างไปจากการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการแบบยุโรปทั้งในต่างประเทศและในไทย ระบบศาลอื่นๆ ก็ตาม ใน 2 ประการด้วยกัน และความแตกต่างนี้ที่เป็นปัญหาของคณะกรรมการตุลาการทหาร ดังนี้

ประการแรก คณะกรรมการตุลาการทหารก่อตั้งโดยข้อบังคับกระทรวงกลาโหม แต่ขณะที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมและศาลปกครองได้รับการก่อตั้งหรือรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อประกันว่าหากผู้มีอำนาจจะยกเลิกคณะกรรมการตุลาการจะกระทำไม่ได้อย่างง่ายดายนัก ดังนั้น การดำรงอยู่ของคณะกรรมการตุลาการทหารจึงมีความไม่แน่นอนและสามารถถูกยกเลิกได้ทุกเมื่อหากผู้มีอำนาจบริหารเห็นว่าเหมาะสม ลักษณะเช่นนี้ทำให้คณะกรรมการตุลาการทหารย่อมไม่อาจเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจบริหาร

ระบบศาลทหารได้ดีเท่าใดนัก เพราะหากคณะกรรมการตุลาการทหารคัดค้านการแต่งตั้งตุลาการทหารต่อผู้มีอำนาจบริหาร ผู้มีอำนาจบริหารก็สามารถยุบคณะกรรมการตุลาการทหารได้ทุกเมื่อ

ประการที่สอง องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลทหารเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และไม่มีตัวแทนที่คัดเลือกโดยตุลาการศาลทหารเลย ในขณะที่สมาชิกของคณะกรรมการตุลาการทั่วไป จะมีกรรมการโดยตำแหน่งเพียงคนเดียวคือประธานศาล และกรรมการเสียงส่วนใหญ่จะมาจากกรรมการคัดเลือกกันเองของบรรดาผู้พิพากษาและตุลาการ การที่กรรมการในคณะกรรมการตุลาการทหารเป็นกรรมการโดยตำแหน่งที่แต่ละคนจะอยู่ในสายการบังคับบัญชาของระบบราชการทหารที่มีระบบการบังคับบัญชาอย่างเคร่งครัด ซึ่งอาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตุลาการทหารอาจจะไม่สามารถใช้ดุลพินิจของตนได้โดยอิสระและอาจถูกแทรกแซงโดยผู้บังคับบัญชาของกรรมการแต่ละคนได้

การจัดองค์ประกอบและการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการทหารเช่นนี้จึงทำให้โครงสร้างการบริหารงานของศาลทหารนั้นขาดความเป็นอิสระในเชิงโครงสร้าง ส่วนคณะกรรมการตุลาการทหารจะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระหรือไม่ขึ้นอยู่กับความกล้าหาญทางจริยธรรมส่วนตัวของผู้บังคับบัญชาและผู้ที่เป็นกรรมการตุลาการทหาร

4.4.1.3 ปัญหาการขาดกลไกการถ่วงดุลการบริหารงานฝ่ายตุลาการ

นอกจากที่องค์กรบริหารจะต้องมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและมีความพร้อมรับผิดแล้ว ในการใช้อำนาจบริหารกิจการตุลาการต่างๆ ในการจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ ยังต้องจัดกลไกในการถ่วงดุลอำนาจในการบริหารกิจการที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการไว้ด้วย เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรที่มีอำนาจบริหารฝ่ายตุลาการ แม้กระทั่งการจัดโครงสร้างแบบอเมริกันที่ให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจบริหารกิจการของตนเอง

การจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรป รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะนอกจากจะต้องดำเนินการตามกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา การกระทำต่างๆ ของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการบริหารกิจการตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลจะต้องถูกถ่วงดุลโดยคณะกรรมการชุดต่างๆ เช่น ในฝรั่งเศสรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องใช้อำนาจร่วมกับคณะกรรมการตุลาการสูงสุด หรือในอังกฤษ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องใช้อำนาจร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา หรือประธานตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์ เป็นต้น

ส่วนการจัดโครงสร้างแบบอเมริกัน แม้จะให้อิสระแก่ฝ่ายตุลาการในการบริหารกิจการตุลาการเองก็ตามแต่อำนาจในการบริหารก็ยังถูกถ่วงดุลโดยองค์กรอื่นอยู่มาก เช่น การบริหารระบบศาลสหรัฐอเมริกา การก่อตั้งศาลใหม่ การงบประมาณ งานบุคลากรตุลาการยังคงเป็นอำนาจ

ของรัฐสภาที่จะตรากฎหมายกำหนดให้องค์กรบริหารฝ่ายตุลาการปฏิบัติตาม ซึ่งในสหรัฐอเมริกาเรียกว่าเป็นกลไกในการควบคุมฝ่ายตุลาการ(Court Curbing Mechanism) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคัดเลือกผู้พิพากษาเป็นอำนาจของฝ่ายการเมืองโดยแท้ ส่วนในญี่ปุ่น ที่ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการบริหารงานบุคคลด้วย แต่อำนาจดังกล่าวยังคงถูกถ่วงดุลโดยคณะรัฐมนตรี เช่น การคัดเลือกผู้พิพากษา การแต่งตั้งให้ดำรงต่อไป(Re-Appointment) หรือการเลื่อนตำแหน่งต่างๆ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี อันหมายความว่าสภาตุลาการแม้จะมีอำนาจบริหารแต่ก็ถูกถ่วงดุลโดยองค์กรภายนอกอื่น ฝ่ายตุลาการไม่ได้มีอำนาจในการบริหารกิจการของตนเองทั้งหมดทุกเรื่องโดยปราศจากการถ่วงดุลการกระทำ

แต่การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทย แม้จะคล้ายคลึงกับสหรัฐอเมริกาที่กฎหมายกำหนดระบบการถ่วงดุลการบริหารไว้มาก แต่ในทางข้อเท็จจริง ระบบถ่วงดุลดังกล่าวกลับไม่ได้ทำงานอย่างที่ควรจะเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบริหารระบบศาลยุติธรรม โดยกรณีที่ตัวอย่างของความบกพร่องในกลไกการถ่วงดุลอำนาจบริหารฝ่ายตุลาการ 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การก่อตั้งศาลขึ้นใหม่ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะตราเป็นพระราชบัญญัติ แต่ศาลยุติธรรมอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 35 ก่อตั้งศาลสาขาแยกออกต่างหากจากศาลปกติที่มีเขตอำนาจอยู่เดิม เช่น ศาลจังหวัดบุรีรัมย์(นางรอง) ซึ่งเขตอำนาจศาลเป็นของศาลจังหวัดบุรีรัมย์แต่ศาลจังหวัดบุรีรัมย์ได้ออกคำสั่งให้นั่งพิจารณาคดีที่อาคารที่ว่าการอำเภอหลังนางรอง(หลังเก่า) โดยให้มีเขตอำนาจครอบคลุมพื้นที่อำเภอนางรองและอำเภออื่น หรือกรณีศาลจังหวัดสัคคี(สาขาปากช่อง) หรือศาลแรงงานกลาง(สาขาสมุทรปราการ) เป็นต้น การก่อตั้งศาลสาขานี้มีลักษณะเป็นการก่อตั้งศาลใหม่อันจะมีปัญหาตามมาว่าการสั่งให้ผู้พิพากษาจากศาลเดิมไปปฏิบัติหน้าที่ยังศาลสาขานั้นจะเป็นการย้ายตำแหน่งผู้พิพากษาหรือไม่ เป็นต้น แต่ศาลฎีกาได้พิพากษาว่าศาลยุติธรรมสามารถทำได้²¹⁵

ส่วนกรณีที่สอง คือ กรณีการกำหนดงบประมาณของการบริหารฝ่ายตุลาการที่โดยหลักแล้วจะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีที่ผ่านมาการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา เป็นเครื่องมือของรัฐสภาที่จะถ่วงดุลอำนาจการบริหารของฝ่ายตุลาการและส่งสัญญาณให้เกิดการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงในการบริหารฝ่ายตุลาการ แต่อย่างไรก็ดี ในรัฐธรรมนูญฉบับ ปี พ.ศ. 2550 มาตรา 168 วรรคแปด กำหนดให้รัฐจะต้องให้งบประมาณที่เพียงพอกับการบริหารงานโดยอิสระของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง การบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้จึงเปิดช่องให้

²¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6984/2541 อ้างถึงใน ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.54-56.

สำหรับการโต้แย้งร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีนั้น หากรัฐสภาจัดสรรงบประมาณให้แก่ฝ่ายตุลาการไม่เพียงพอก็ย่อมสามารถถูกโต้แย้งว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และสามารถยื่นเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากจำนวน 5 ใน 9 เป็นผู้พิพากษาจากศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดอันเป็นศาลสูงสุดในระบบศาลยุติธรรม ทำให้การอำนาจในการพิจารณาจัดสรรงบประมาณให้แก่ฝ่ายตุลาการไม่ใช้อำนาจอิสระของรัฐสภาอีกต่อไป แต่อยู่ในความควบคุมของฝ่ายตุลาการอีกชั้นหนึ่ง เครื่องมือการถ่วงดุลการบริหารโดยอาศัยงบประมาณจึงไม่อาจใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกต่อไป นอกจากนี้ ในมาตราเดียวกันวรรคสุดท้ายยังได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการเสนอคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการการได้โดยตรงหากเห็นว่างบประมาณรายจ่ายที่ได้รับการจัดสรรให้นั้นไม่เพียงพอซึ่งน่าจะมีปัญหาความสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกด้วย

4.4.1.4 ปัญหาข้อบกพร่องในระบบการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ

ปัญหาข้อบกพร่องในระบบการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการสามารถแยกออกเป็น 3 ประเด็น (1) ปัญหาของระบบการตรวจสอบโดยรัฐสภา (2) ปัญหาของระบบการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ และ (3) ปัญหาของระบบการตรวจสอบทางตุลาการ

(1) ปัญหาของการตรวจสอบโดยรัฐสภา

โดยปกติแล้ว นอกจากที่รัฐสภาจะมีบทบาทในการถ่วงดุลอำนาจในการบริหารฝ่ายตุลาการผ่านการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารฝ่ายตุลาการเพื่อให้องค์กรที่มีอำนาจในการบริหารปฏิบัติตาม หรือการอนุมัติงบประมาณหรืออนุมัติเรื่องที่มีความสำคัญในรูปของการตรากฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือกฎหมายก่อตั้งเขตอำนาจศาลต่างๆ รัฐสภายังคงมีอำนาจในการตรวจสอบการบริหารงานตุลาการได้โดยตรงผ่านคณะกรรมการการของรัฐบาล เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการบริหารงานตุลาการที่ไม่ใช่การพิจารณาพิพากษาคดี

ในต่างประเทศ รัฐสภาจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการเสมอ ไม่ว่าจะเป็นจัดโครงสร้างการบริหารแบบยุโรปหรือแบบอเมริกัน สำหรับการจัดโครงสร้างแบบยุโรปที่ฝ่ายบริหารรับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการย่อมถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาอยู่แล้ว ส่วนการจัดโครงสร้างการบริหารแบบอเมริกัน แม้ฝ่ายบริหารจะไม่ได้รับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการโดยตรงแล้วก็ตาม แต่รัฐสภายังคงมีการก่อตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจสอบการบริหารงานตุลาการ เช่น ในรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นมีการก่อตั้งคณะกรรมการกิจการตุลา

การ(Judiciary Committee) ซึ่งมีเขตอำนาจในการตรวจสอบการบริหารงานของกระทรวงยุติธรรมและการบริหารงานยุติธรรมที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมอีกด้วย²¹⁶

ในขณะที่การจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองไทยที่ใช้การจัดโครงสร้างแบบอเมริกัน แต่รัฐสภาไทยไม่มีการก่อตั้งคณะกรรมการการที่รับผิดชอบกิจการตุลาการโดยตรง มีแต่คณะกรรมการกิจการยุติธรรม ซึ่งเน้นไปที่การตรวจสอบอัยการ ตำรวจราชทัณฑ์ หรือเน้นตรวจสอบการใช้อำนาจของกระทรวงยุติธรรม เช่น ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ข้อ 77(12) ได้ก่อตั้งคณะกรรมการการยุติธรรมและการตำรวจมีอำนาจหน้าที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติ กระทำกิจการ พิเคราะห์สอบสวน หรือศึกษาเรื่องใด ๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการตามนโยบายด้านงานการบริหารงานยุติธรรม กระบวนการยุติธรรม การตำรวจ อัยการ และราชทัณฑ์ การปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย การป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่ไม่ได้สร้างระบบที่จะติดตามตรวจสอบการทำงานของฝ่ายตุลาการในฐานะผู้ให้บริการสาธารณะทางตุลาการแก่ประชาชน คงจะมีเพียงการที่กฎหมายกำหนดให้สำนักงานศาลปกครองต้องจัดทำรายงานการปฏิบัติงานของศาลปกครองและของสำนักงานศาลปกครองเสนอต่อคณะรัฐมนตรี สมาชิกผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาปีละหนึ่งครั้ง²¹⁷ เป็นการตรวจสอบการทำงานของศาลปกครอง

(2) ปัญหาของการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ

องค์กรอิสระของไทยที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการนั้นอาจแยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ องค์กรที่มีอำนาจในการรายงาน ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และองค์กรที่มีอำนาจในการสอบสวนความผิด อันได้แก่ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทยได้กำหนดให้องค์กรอิสระมีเขตอำนาจในการตรวจสอบการบริหารงานฝ่ายตุลาการได้ด้วย

²¹⁶ Diet Law Article 41(3), Sub-Chapter 4 Article 74(3) see also The Rules of the House of Councilors Japan, Secretariat of the House of Representatives, The National Diet of Japan: The House of Representatives, Retrieved on July 31, 2014, from [http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_english.nsf/html/statics/english/kokkaiannai_e27.pdf/\\$File/kokkaiannai_e27.pdf](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_english.nsf/html/statics/english/kokkaiannai_e27.pdf/$File/kokkaiannai_e27.pdf)

²¹⁷ มาตรา 43 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

แต่ในการให้องค์กรอิสระเข้าไปตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการดังกล่าวมีปัญหาของระบบใน 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก ที่มาขององค์กรอิสระ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดที่มาขององค์กรอิสระว่ามาจากการพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วยวุฒิสภามารายชื่อที่เสนอมาโดยการสรรหาของคณะกรรมการสรรหา องค์ประกอบที่เป็นเสียงส่วนข้างมากในคณะกรรมการสรรหานั้นเป็นตัวแทนจากฝ่ายตุลาการ การกำหนดที่มาเช่นนี้จึงเป็นปัญหาในเชิงโครงสร้างว่ากำหนดให้องค์กรที่มาจากการสรรหาของผู้ถูกตรวจสอบตรวจสอบผู้ที่เลือกตนเองมาปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวถูกเรียกว่า “การปลัดกันเกาหลัง” การตรวจสอบดังกล่าวย่อมมีข้อครหาไม่ว่าผลการตรวจสอบจะเป็นอย่างไร เช่น หากมีข้อกล่าวหาว่าประธานศาลฎีกาทุจริต แต่เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. สอบสวนแล้วพบว่าไม่เป็นความจริง สาธารณชนอาจตั้งคำถามว่าผลการสอบสวนนั้นเกิดจากการข้อเท็จจริง ๆ หรือเกิดจากการที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีที่มาจากฝ่ายตุลาการ

ประการที่สอง ปัญหาของระบบการตรวจสอบโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ไม่ได้วางระบบการตรวจสอบองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่บริหาร เช่น ไม่มีการตรวจสอบผู้พิพากษาที่เป็นคณะกรรมการตุลาการของทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ทั้งๆ ที่ทั้งสององค์กรนี้มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลซึ่งเป็นอำนาจที่สำคัญมาก ในการบริหารงานตุลาการ หรือกรณีของการกำหนดตำแหน่งที่ต้องห้ามดำเนินกิจการอันเป็นการขัดกันทางผลประโยชน์ตามมาตรา 100 ซึ่ง คณะกรรมการ ป.ป.ช. ประกาศเฉพาะตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี²¹⁸ เท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดให้ตำแหน่งประธานศาลฎีกาหรือประธานศาลปกครองสูงสุดซึ่งมีอำนาจหน้าที่อย่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เช่นเดียวกัน เช่นเดียวกับองค์กรบริหารกิจการของศาลโดยตรงอื่นๆ เช่น คณะกรรมการบริหารศาล หรือ คณะกรรมการตุลาการต่างไม่มีบทบัญญัติควบคุมหรือตรวจสอบการใช้อำนาจ เช่น การตรวจสอบทรัพย์สิน หรือการห้ามการกระทำที่เป็นการขัดกันทางผลประโยชน์แต่อย่างใด

แม้จะมีการให้เหตุผลของการไม่กำหนดตำแหน่งประธานศาลที่มีอำนาจบริหารให้ถูกตรวจสอบอย่างเช่นฝ่ายบริหารว่าเพราะฝ่ายตุลาการอยู่ภายใต้ระบบการตรวจสอบทางจริยธรรมของตุลาการที่มีความเข้มข้นมากอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบตามกฎหมาย ป.ป.ช. อีก แต่

²¹⁸ ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการตามความในมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2544

อย่างไรก็ดีบรรทัดฐานของการตรวจสอบตามกฎหมาย ป.ป.ช. กับการตรวจสอบจริยธรรมตุลาการมีความแตกต่างกันมากทั้งในเรื่องวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ กล่าวคือ การตรวจสอบตามกฎหมาย ป.ป.ช. มุ่งตรวจสอบพฤติกรรมที่อาจนำไปสู่การทุจริตประพฤติดมิชอบด้วยกฎหมาย ส่วนการตรวจสอบจริยธรรมมุ่งการตรวจสอบความประพฤติให้สอดคล้องกับบรรทัดฐานทางจริยธรรมที่กำหนดไว้ซึ่งอาจจะไม่ใช่พฤติกรรมที่มีการทุจริตก็ได้ ยิ่งไปกว่านั้นสภาพบังคับของการฝ่าฝืนบรรทัดฐานจริยธรรมตุลาการกับการฝ่าฝืนกฎหมาย ป.ป.ช. ก็มีโทษที่แตกต่างกันมาโดยโทษการประพฤติดมิชอบด้วยกฎหมายคือการไล่ออกหรือปลดออกจากตำแหน่ง แต่โทษสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมาย ป.ป.ช. สูงสุดคือการถูกจำคุก เป็นต้น

(3) ปัญหาของระบบการตรวจสอบโดยตุลาการ

การใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลโดยหลักการแล้วเป็นอำนาจปกครอง ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทขึ้นสำหรับประเทศที่มีการก่อตั้งระบบศาลปกครอง ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาย่อมได้แก่ศาลปกครอง แต่ในกรณีของไทยนั้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เขตอำนาจศาลปกครองไว้ทั้งกรณีของการบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรมและศาลทหาร จึงทำให้กรณีการใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลโดยคณะกรรมการตุลาการสำหรับศาลยุติธรรมจะต้องฟ้องร้องที่ศาลยุติธรรม ส่วนของการบริหารของศาลปกครองจะต้องฟ้องที่ศาลปกครอง การกำหนดระบบการตรวจสอบเช่นนี้จะเกิดปัญหาใน 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาความเป็นกลางในเชิงภาวะวิสัยของผู้พิพากษาในคดีสำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการบริหารศาลยุติธรรมจะต้องฟ้องร้องที่ศาลยุติธรรมโดยจะต้องฟ้องร้องประธานศาลฎีกาและคณะกรรมการตุลาการเป็นคดีต่อศาลซึ่งต้องเริ่มที่ศาลชั้นต้น ในขณะที่ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นทุกคนอยู่ภายใต้อำนาจการให้คุณให้โทษของทั้งประธานศาลฎีกาและคณะกรรมการตุลาการย่อมเกิดปัญหาความเป็นกลางของผู้พิพากษาในคดีว่า ซึ่งแม้ในทางข้อเท็จจริงจะไม่มีเหตุการณ์นั้นก็ตาม แต่ปัญหาดังกล่าวมีลักษณะเป็นภาวะวิสัย

นอกจากนี้ หากในการฟ้องร้องมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบที่ได้รับการรับรองโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และคดีนั้นเข้าสู่การพิจารณาโดยศาลฎีกาจริงๆ ก็ย่อมเกิดประเด็นปัญหาความมีส่วนได้เสียในคดีว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการออกระเบียบหรือกฎดังกล่าวมาก่อนแล้ว จะมีสามารถพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้อย่างเป็นกลางหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวนี้อาจเกิดขึ้นเช่นเดียวกันในกรณีของการบริหารศาลปกครองที่จะต้องฟ้องร้องที่ศาลปกครองชั้นต้นโดยที่ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นทุกคนอยู่ภายใต้อำนาจในการให้คุณให้โทษโดยประธานศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของ

กฎหรือระเบียบที่ออกโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าจะสามารถพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้อย่างเป็นกลางหรือไม่ ในข้อบกพร่องของระบบการตรวจสอบเหล่านี้แม้ในทางข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาศาลาการทุกท่านจะพิจารณาคดีอย่างตรงไปตรงมาก็ตามโดยอิสระก็ตามแต่เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างหรือเป็นปัญหาเชิงภาวะวิสัยที่ควรจะต้องได้รับการแก้ไข

ประการที่สอง ปัญหาวิธีพิจารณาคดีในศาลยุติธรรม โดยผู้ที่จะมีอำนาจฟ้องคดีในศาลยุติธรรมจะต้องเป็นผู้ถูกระทบสิทธิตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ซึ่งไม่ใช่ทุกกรณีที่ได้รับความสะดวกหรือเสียหายจากการใช้อำนาจบริหารงานตุลาการจะเป็นผู้ถูกระทบสิทธิตามความหมายของกฎหมายดังกล่าว เช่น กรณีของการสมัครเข้ารับการสอบคัดเลือกเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาที่เคยมีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม และศาลมีคำพิพากษายกฟ้องเนื่องจากผู้ฟ้องคดีที่ถูกตัดสินสิทธิในการเข้ารับการสอบคัดเลือกไม่ได้เป็นผู้ถูกระทบสิทธิเนื่องจากไม่มีกฎหมายใดให้สิทธิแก่โจทก์ในสมัครสอบดังกล่าว²¹⁹

4.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทย ระบบศาลยุติธรรม ระบบศาลปกครองมีปัญหาในแง่องค์กรบริหารขาดความพร้อมรับผิดชอบและขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตย อีกทั้งยังขาดกลไกในการถ่วงดุลการบริหารงานตุลาการ ส่วนโครงสร้างการบริหารระบบศาลทหารก็ขาดความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลตุลาการ หรืออาจจะเรียกได้ว่าองค์กรบริหารฝ่ายตุลาการทั้งหมดขาดความสมดุลในการจัดโครงสร้างการบริหาร ดังนั้น การแก้ไขปัญหาจึงควรต้องมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารโดยเพิ่มส่วนที่ยังขาดในการจัดโครงสร้างของแต่ละระบบศาลก็จะสามารถแก้ไขปัญหาได้ ดังนั้น ประเด็นที่ควรจะต้องหยิบยกขึ้นมาพิจารณาก่อนคือโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการควรใช้รูปแบบใดดี ระหว่างแบบยุโรปที่เคยใช้ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 หรือรูปแบบอเมริกันในปัจจุบัน

ในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาถึงพัฒนาการและความเป็นมาของระบบการบริหารฝ่ายตุลาการไทยที่มีการแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรมก็เพื่อต้องการความเป็นอิสระจากอิทธิพลของฝ่ายบริหารซึ่งแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายในสังคม ดังนั้น การจะให้ย้อนกลับไปใช้ระบบแบบยุโรปแบบเดิมคงจะเป็นเรื่องไม่เหมาะสม อีกทั้งรูปแบบอเมริกันก็มีข้อดีในแง่ของ

²¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7696/2548 อ้างถึงใน ศิริมิตร บุญมูล, “การเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรม, การปฏิรูปรัฐธรรมนูญ: มุมมองเชิงเปรียบเทียบ,” ใน เอกสารสรุปการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 8 ประจำปี 2549, น.438.

การบริหารงานที่เป็นอิสระและการบริหารจัดการโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงที่รู้เห็นและสัมผัสกับการบริการสาธารณะทางตุลาการซึ่งจะทำให้การให้บริการแก่ประชาชนและการแก้ปัญหาสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนได้ เพียงแต่ข้อบกพร่องของโครงสร้างการบริหารของไทยอยู่ที่การขาดการจัดโครงสร้างตลอดจนระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการไทยคือควรใช้รูปแบบอเมริกันคือให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการต่อไป แต่จะต้องปรับเปลี่ยนการจัดโครงสร้างองค์กรบริหารและเพิ่มกลไกในการถ่วงดุลและการบริหารฝ่ายตุลาการให้เพิ่มมากขึ้น แต่ก็จะต้องมีระบบป้องกันการฉวยใช้อำนาจถ่วงดุลตรวจสอบให้เป็นเครื่องมือในการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ โดยโครงสร้างดังกล่าวนี้จะต้องนำไปใช้ทั้งในระบบศาลยุติธรรม ศาลปกครองและศาลทหาร โดยอาจแยกการพิจารณาได้ดังนี้ (4.4.2.1) การปรับโครงสร้างองค์กรบริหารฝ่ายตุลาการ (4.4.2.2) การเพิ่มกลไกการถ่วงดุลการบริหารฝ่ายตุลาการ และ (4.4.2.3) การเพิ่มกลไกการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ

4.4.2.1 การปรับเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการ

การปรับเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการควรปรับองค์กรบริหารให้เป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและมีความพร้อมรับผิดมากขึ้นโดยเชื่อมโยงองค์กรบริหารงานที่สำคัญ เช่น ประธานศาลหรือคณะกรรมการตุลาการกับประชาชนผ่านรัฐสภาที่มาจากกรเลือกตั้งของประชาชน และจัดให้องค์กรหรือบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานมากขึ้น โดยโครงสร้างการบริหารใหม่โครงสร้างการบริหารใหม่ทั้งระบบศาลยุติธรรม ระบบศาลปกครอง และระบบศาลทหารจะคล้ายคลึงกันควรประกอบไปด้วยองค์กรดังต่อไปนี้

(1) ประธานศาล

ประธานศาลแต่ละแห่งจะรับผิดชอบการบริหารฝ่ายตุลาการและการจัดทำบริการสาธารณะทางตุลาการ ทั้งการกำหนดนโยบาย งานธุรการสนับสนุนศาลต่างๆ และการบริหารงานบุคคลทั้งบุคลากรที่เป็นและไม่ได้เป็นผู้พิพากษา แต่การใช้อำนาจจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการเพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจของประธานศาลซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ที่มาของของประธานศาลจะต้องเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่มาจากกรคัดเลือกของคณะกรรมการตุลาการที่กรรมการส่วนใหญ่เป็นตัวแทนของผู้พิพากษาด้วยกันเองทำให้ประธานศาลเป็นองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและขาดกลไกในการเรียกร้องความรับผิดชอบในการบริหาร โดยให้ประธานของแต่ละระบบศาลมาจากการแต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรีตามความเห็นชอบของ

รัฐสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรที่สมาชิกของสภาทั้งหมดมาจากการเลือกตั้งของประชาชน โดยคะแนนเสียงของสภาควรใช้มติพิเศษสองในสามเพื่อสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและการยอมรับจากทุกฝ่ายในวงการเมือง นอกจากนี้ ประธานศาลจะต้องเป็นตำแหน่งที่มีวาระชัดเจนแน่นอน 6 ปี โดยดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวเพื่อไม่ให้ประธานต้องกังวลว่าจะได้รับการต่ออายุการดำรงตำแหน่งหรือไม่ และเมื่อประธานศาลที่พ้นจากตำแหน่งแล้วยังคงสามารถดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาต่อไปได้หากยังไม่ครบกำหนดเกษียณอายุราชการ การกำหนดวาระที่ชัดเจนจะทำให้เกิดการทบทวนนโยบายของประธานศาลแต่ละคนว่ายังเหมาะสมกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมหรือไม่

(2) คณะกรรมการตุลาการ

คณะกรรมการตุลาการในโครงสร้างใหม่จะทำหน้าที่เป็นองค์กรถ่วงดุลอำนาจบริหารของประธานศาล ดังนั้น ระบบศาลแต่ละแห่งควรมีคณะกรรมการตุลาการเพียงชุดเดียว โดยมีรายละเอียดดังกล่าว

ก. องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการ

องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการนี้จะประกอบกรรมการจำนวน 15 คน มีประธานศาลเป็นประธานกรรมการโดยตำแหน่ง ส่วนกรรมการที่เหลืออีก 14 คนจะมาจากตัวแทนผู้พิพากษาที่มาจากการคัดเลือกโดยผู้พิพากษาด้วยกันเอง 6 คนโดยตัวแทนของผู้พิพากษาจะต้องมาจากแต่ละชั้นศาลในจำนวนที่เท่ากันและตัวแทนขององค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการ 8 คน สัดส่วนของคณะกรรมการตุลาการนี้จะมีตัวแทนของบุคคลภายนอกมากกว่าตัวแทนของผู้พิพากษารวมประธานศาล 1 คนเพื่อให้คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรที่เปิดรับความเห็นจากบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการ อีกทั้งยังสามารถสร้างความโปร่งใสและความพร้อมรับผิดต่อบุคคลภายนอกได้เป็นอย่างดี ในขณะเดียวกันตัวแทนของบุคคลภายนอกเป็นตัวแทนจากกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับให้บริการสาธารณะทางตุลาการศาล แต่การให้สัดส่วนบุคคลภายนอกมากกว่าตัวแทนผู้พิพากษาจะไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเนื่องจากตัวแทนของบุคคลภายนอกจะเป็นตัวแทนจากกลุ่มผลประโยชน์ที่หลากหลายและมีจำนวนเสียงของแต่ละกลุ่มน้อยกว่ากลุ่มตัวแทนผู้พิพากษาจะเป็นกลุ่มตัวแทนผลประโยชน์ใหญ่ที่สุดในคณะกรรมการ ดังนั้น การที่กรรมการที่เป็นบุคคลภายนอกจะลงมติเห็นอกว่าตัวแทนของผู้พิพากษาจะเกิดได้กรณีเดียวคือตัวแทนจากทุกกลุ่มผลประโยชน์ที่เป็นบุคคลภายนอกจะเห็นพ้องต้องกันเป็นเอกฉันท์ในประเด็นที่ลงมติซึ่งน่าจะไม่มีเกิดขึ้นได้โดยง่าย อีกทั้งคณะกรรมการตุลาการนี้จะทำหน้าที่เป็นองค์กรให้ความเห็นชอบเท่านั้นจะไม่มีอำนาจในการริเริ่มกระบวนการใดๆ แต่องค์กรที่มีอำนาจบริหารคือประธานศาลและสำนักงานศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการเอง

ข. ที่มาและวาระของกรรมการตุลาการที่เป็นบุคคลภายนอก

สำหรับที่มาของกรรมการตุลาการที่เป็นบุคคลภายนอกจำนวน 8 คนนี้จะเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง 1 คนคือ ปลัดกระทรวงยุติธรรมในฐานะที่เป็นส่วนราชการที่ต้องปฏิบัติหน้าที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกับศาล เช่น การบังคับคดี เป็นต้น ส่วนในกรณีของศาลทหารให้เปลี่ยนเป็นปลัดกระทรวงกลาโหมแทน ส่วนกรรมการที่เหลืออีก 7 คนจะมาจากการคัดเลือกโดยรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนเพื่อทำให้คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและคณะกรรมการตุลาการสามารถถูกถอดถอนได้โดยรัฐสภาเช่นกันเพื่อสร้างความพร้อมรับผิดของคณะกรรมการตุลาการต่อตัวแทนประชาชน แต่ในขณะเดียวกันเพื่อความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ การคัดเลือกของรัฐสภาจะต้องถูกจำกัดอำนาจให้คัดเลือกกรรมการจากบุคคลที่มีคุณสมบัติพิเศษหรือจากบัญชีรายชื่อของบุคคลที่ส่งมาจากแหล่งที่ต่างๆ ดังต่อไปนี้

-สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 2 คน โดยจะต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในสังกัดพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล 1 คนและในสังกัดพรรคการเมืองฝ่ายค้าน 1 คน มาจากการเสนอชื่อโดยคณะกรรมการที่รับผิดชอบงานด้านตุลาการ ทั้งสองคนจะเป็นกรรมการในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาชนทั่วไปที่เป็นผู้ใช้บริการสาธารณะทางตุลาการ นอกจากนี้ ยังสามารถเชื่อมโยงการบริหารงานฝ่ายตุลาการกับรัฐสภาได้ด้วย หากในการดำเนินงานของฝ่ายตุลาการมีข้อขัดแย้งในแง่ของกฎหมาย กรรมการที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนี้สามารถนำประเด็นปัญหาดังกล่าวเข้าหารือในที่ประชุมคณะกรรมการหรือผลักดันเป็นกฎหมายแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้ -

-พนักงานอัยการ 1 คนคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อพนักงานอัยการที่เสนอมาโดยองค์กรอัยการ 1 คนในฐานะที่พนักงานอัยการจะต้องร่วมกับศาลในการพิจารณาคดี

-ทนายความ 1 คนคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อทนายความที่เสนอมาโดยสภาทนายความในฐานะผู้เป็นตัวกลางระหว่างศาลกับคู่ความและต้องทำงานร่วมกับศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี

-เจ้าหน้าที่ตำรวจ 1 คนคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อข้าราชการตำรวจที่เสนอมาโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติ 1 คนในฐานะที่ข้าราชการจะต้องร่วมกับศาลในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญา

-อาจารย์ผู้สอนวิชานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย 1 คน คัดเลือกจากผู้สอนวิชากฎหมายในมหาวิทยาลัยในฐานะนักวิชาการที่จะให้มุมมองในเชิงวิชาการแก่การบริหารงานของฝ่ายตุลาการ

-ตุลาการศาลปกครอง 1 คน คัดเลือกจากบัญชีรายชื่อที่เสนอมาโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ในฐานะที่จะต้องทำหน้าที่พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการบริหารงานของฝ่ายตุลาการ กรณีที่เป็นคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองให้เป็นตัวแทนจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรม 1 คนแทน

กรรมการบุคคลภายนอกที่มาจากการคัดเลือกโดยรัฐสภาทั้ง 7 คนจะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 2 ปีและสามารถได้รับการแต่งตั้งซ้ำได้ไม่เกิน 2 ครั้งเพื่อป้องกันไม่ให้มีการสร้างอิทธิพลในฐานะกรรมการตุลาการได้

ค. การสร้างความพร้อมรับผิดให้กับคณะกรรมการตุลาการ

เพื่อให้กรรมการตุลาการจะต้องตระหนักในภาระหน้าที่และตั้งใจปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต จึงควรให้กรรมการตุลาการทุกคนยกเว้นกรรมการตุลาการโดยตำแหน่งคือประธานศาลและปลัดกระทรวงยุติธรรมจะต้องสามารถถูกถอดถอนได้โดยรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน เพื่อสร้างความพร้อมรับผิดของกรรมการตุลาการกับประชาชนอีกทางหนึ่ง ส่วนประธานศาลและปลัดกระทรวงยุติธรรมจะพ้นจากตำแหน่งกรรมการตุลาการได้โดยการปลดออกจากตำแหน่งซึ่งมีวิธีการของแต่ละตำแหน่งอยู่แล้ว

(3) คณะอนุกรรมการตุลาการประจำชั้นศาล

คณะอนุกรรมการตุลาการประจำชั้นศาล โดยศาลแต่ละลำดับชั้นจะมีคณะอนุกรรมการชุดนี้ 1 คณะโดยกรรมการจะต้องมาจากการเลือกโดยผู้พิพากษาของลำดับชั้นศาลนั้น คณะอนุกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่เป็นองค์กรให้คำปรึกษาหรือออกความเห็นที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา เช่น การให้ความเห็นในการแต่งตั้งหรือการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษา หรือการพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้พิพากษา เป็นต้น ลักษณะอำนาจหน้าที่จะคล้ายคลึงกับคณะที่ปรึกษาประจำระบบศาล (Präsidialrat) ของประเทศเยอรมนีที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารงานบุคคล หากเกิดข้อพิพาทหรือความน่าสงสัยในการบริหาร คณะอนุกรรมการชุดนี้จะสามารถรับรู้และรายงานให้สาธารณะชนตัดสินได้

(4) สำนักงานศาล

ในระบบศาลแต่ละแห่งจะมีการก่อตั้งสำนักงานศาลขึ้นเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการศาล โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลที่มาจากการแต่งตั้งโดยประธานศาลตามความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการรับผิดชอบงานในสำนักงาน

(5) ศาลวินัยผู้พิพากษา

ในระบบศาลแต่ละแห่งจะต้องมีการก่อตั้งศาลวินัยผู้พิพากษากภายในศาลระดับชั้นอุทธรณ์ให้มีเขตอำนาจในการพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษา หรือการใช้อำนาจบริหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ระบบวิธีพิจารณาจะต้องมีการประกันความเป็นธรรมไม่น้อยไปกว่าความเป็นธรรมของการพิจารณาคดีทั่วไป โดยคำพิพากษาของศาลวินัยผู้พิพากษาสสามารถอุทธรณ์ต่อไปยังศาลวินัยผู้พิพากษาประจำศาลสูงสุดด้วย

การก่อตั้งศาลวินัยผู้พิพากษาจะมีข้อดีในแง่ของการประกันความเป็นธรรมให้กับผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางวินัย และเป็นการแยกเอาอำนาจในการให้โทษออกจากอำนาจในการให้คืนโดยการให้คืนจะเป็นอำนาจของประธานศาลและคณะกรรมการตุลาการ

(6) คณะกรรมการบริหารประจำศาล

ในศาลแต่ละแห่งจะต้องมีการก่อตั้งคณะกรรมการบริหารงานประจำศาลเพื่อทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจบริหารของหัวหน้าศาลแต่ละแห่ง โดยคณะกรรมการบริหารอาจประกอบไปด้วยผู้พิพากษาทุกคนในศาลนั้นหรือตัวแทนของผู้พิพากษาในศาลนั้นก็ได้

4.4.2.2 การเพิ่มกลไกการถ่วงดุลการบริหารฝ่ายตุลาการ

(1) การถ่วงดุลอำนาจทั่วไปและการออกระเบียบของฝ่ายตุลาการ

การถ่วงดุลอำนาจบริหารทั่วไปของฝ่ายตุลาการทำได้โดยการให้รัฐสภาตรากฎหมายที่กำหนดเรื่องการบริหารที่สำคัญไว้ให้ชัดเจน เช่น การก่อตั้งศาล การกำหนดอัตรากำลังผู้พิพากษา การกำหนดอัตราค่าตอบแทนผู้พิพากษา การกำหนดตำแหน่งผู้พิพากษา การกำหนดกฎเกณฑ์ในการคัดเลือกและเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษา และการกำหนดกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติของผู้พิพากษาให้ชัดเจน โดยอาจให้องค์กรบริหารฝ่ายตุลาการมีอำนาจตราระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานได้เฉพาะเรื่องกำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติเท่านั้น แต่จะเปลี่ยนแปลงหลักการหรือเนื้อหาของกฎหมายไม่ได้

(2) การวางระบบการถ่วงดุลอำนาจบริหารของประธานศาล

ในโครงสร้างการบริหารงานใหม่นี้จะมอบหมายให้ประธานมีอำนาจในการบริหารงานฝ่ายตุลาการทั้งหมด แต่จะต้องสร้างกลไกในการถ่วงดุลอำนาจบริหารไว้โดยประธานศาลจะใช้อำนาจลำพังไม่ได้ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ และคณะกรรมการก็จะใช้อำนาจลำพังโดยปราศจากประธานศาลก็ไม่ได้เช่นกัน เว้นแต่การลงโทษทางวินัยที่กระทำในนามของศาลวินัยผู้พิพากษาซึ่งได้รับการประกันความเป็นธรรมโดยกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมอยู่แล้ว

(3) การถ่วงดุลการคัดเลือกและเลื่อนชั้นผู้พิพากษา

การคัดเลือกและการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาจะกระทำโดยสำนักงานเป็นผู้ดำเนินการคัดเลือก เมื่อได้บุคคลที่เหมาะสมแล้วจะต้องเสนอให้คณะอนุกรรมการทำหน้าที่ตรวจสอบและให้ความเห็นและจึงเสนอให้คณะกรรมการตุลาการให้ความเห็นชอบ การพิจารณาคัดเลือกหรือเลื่อนตำแหน่งจะต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือระเบียบที่วางไว้ล่วงหน้า ซึ่งอาจใช้การพิจารณาจากหลักอาวุโสเป็นหลักเพื่อป้องกันการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจ จากนั้นจึงเสนอให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเพื่อให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อขึ้นทูลเกล้าถวายพระมหากษัตริย์เพื่อให้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่อไป การให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในครั้งสุดท้ายเป็นการถ่วงดุลอำนาจการบริหารของฝ่ายตุลาการ และเป็นการสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้กับผู้พิพากษาศาลฎีกาที่จะได้รับการแต่งตั้งด้วย แต่อย่างไรก็ดี เพื่อป้องกันการบิดเบือนอำนาจของคณะรัฐมนตรีควรจะต้องมีกลไกในการคุ้มครองโดยอาจจะกำหนดในกฎหมายให้ชัดเจนถึงเหตุที่คณะรัฐมนตรีสามารถปฏิเสธการให้ความเห็นชอบได้และให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่แสดงหลักฐานและเหตุผลของการไม่ให้ความเห็นชอบ และการไม่ให้ความเห็นชอบดังกล่าวสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

(4) การถ่วงดุลอำนาจในการงบประมาณ

การจัดทำคำของบประมาณยังคงให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรบริหารฝ่ายตุลาการโดยเสนอให้ฝ่ายบริหารพิจารณาให้ความเห็นและนำเสนอรวมไปในพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีที่จะต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภา แต่จะต้องไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการพิจารณาถึงความเหมาะสมของงบประมาณเพราะจะเป็นการแทรกแซงดุลพินิจโดยอิสระของรัฐสภา โดยรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีที่พิจารณางบประมาณของฝ่ายตุลาการจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและประชาชนผ่านการเลือกตั้งทั่วไป

4.4.2.3 การเพิ่มกลไกการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการ

ในการบริหารงานบริการสาธารณะทางตุลาการจะต้องมีกลไกการตรวจสอบดังนี้

(1) การตรวจสอบโดยรัฐสภา

รัฐสภาจะต้องมีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการเพื่อทำหน้าที่สอดส่องการให้บริการสาธารณะทางตุลาการของศาล โดยอาจรวมอยู่ในคณะกรรมการกิจการยุติธรรมก็ได้ โดยคณะกรรมการมีอำนาจเรียกเลขาธิการสำนักงานมาให้ถ้อยคำในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารงานตุลาการหรือการบริการสาธารณะทางตุลาการ นอกจากนี้ เมื่อครบปีงบประมาณ สำนักงานศาลแต่ละแห่งจะต้อง

ทำรายงานผลการดำเนินงานของศาลในแต่ละปีรายงานต่อรัฐสภา โดยในการนี้ประธานศาลแสดงความ
 คิดเห็นหรือข้อเรียกร้องต่อรัฐสภามาในรายงานประจำปีดังกล่าวได้

(2) การตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ

กลไกในการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระทั้งหมดควรจะต้องมีอยู่ แต่ที่มาของ
 องค์กรอิสระไม่ควรมาจากการคัดเลือกของฝ่ายตุลาการเพื่อป้องกันปัญหาข้อกังวลเรื่อง “การผลิตกันเกา
 หลัง” ของสังคมที่ผู้ที่มาจากการสรรหาของฝ่ายตุลาการมาทำหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายตุลาการเอง สำหรับ
 การตรวจสอบโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. ควรจะให้ครอบคลุมถึงผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งทางบริหาร
 ทั้งหลายนอกเหนือไปจากประธานศาลด้วย เช่น กรรมการตุลาการ เป็นต้น

(3) การตรวจสอบภายในฝ่ายตุลาการ

ภายในแต่ละศาลเองอาจจะมีการก่อตั้งผู้ตรวจการของฝ่ายตุลาการโดยตรง
 เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือการจัดทำบริการสาธารณะของศาลต่างๆ หรือรับ
 เรื่องร้องเรียนจากประชาชนและทำการสอบสวนและรายงานต่อประธานศาลโดยตรง สำหรับระบบศาล
 ยุติธรรมอาจให้อธิบดีผู้พิพากษามาทำหน้าที่นี้ก็ได้

(4) การอนุญาตให้ผู้พิพากษารวมกลุ่ม

กฎหมายควรจะอนุญาตให้ผู้พิพากษารวมกลุ่มกันจัดตั้งเป็นสหภาพผู้พิพากษา
 หรือสมาคมผู้พิพากษาเช่นเดียวกับในเยอรมนีหรือฝรั่งเศสเพื่อให้ผู้พิพากษาศาตุการสามารถให้ความเห็น
 ปกป้องสิทธิประโยชน์อันชอบธรรมของตนเองได้อันเป็นระบบการตรวจสอบการบริหารที่ดีอีกประการ
 หนึ่ง



บทที่ 5

การจัดระเบียบผู้พิพากษา

การจัดระเบียบผู้พิพากษาหรือการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาคือระบบการควบคุมผู้พิพากษาให้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้องเหมาะสม มีประสิทธิภาพ โดยเริ่มตั้งแต่การคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในทางกฎหมายเข้ามาปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษา โดยจะต้องทำให้ระบบสามารถส่งต่อความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านทางห่วงโซ่ความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย เมื่อผู้พิพากษาเข้ามาดำรงตำแหน่งแล้วจะต้องจัดให้ผู้พิพากษาได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นธรรมเหมาะสมกับผลงานและจัดให้ผู้พิพากษาได้รับความเจริญก้าวหน้าในทางอาชีพการงานรวมถึงเกียรติยศที่เหมาะสม และการจัดระเบียบจะต้องจัดให้มีระบบการควบคุมผู้พิพากษาให้ปฏิบัติหน้าที่โดยความวิริยะอุตสาหะสุจริต มีความประพฤติที่เหมาะสมให้บุคคลทั่วไปเกิดความเชื่อถือและไว้วางใจให้ตัดสินข้อพิพาทของตน ผู้พิพากษาที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้หรือปฏิบัติหน้าที่ด้วยความบกพร่องจะต้องมีระบบปลดให้พ้นออกไปจากตำแหน่งได้ แต่อย่างไรก็ดี การจัดระเบียบผู้พิพากษาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษา จึงสามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแทรกแซงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาได้ ดังนั้น การจัดระเบียบดังกล่าวจะต้องมีกลไกป้องกันการบิดเบือนเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วย

ในบทที่ 5 นี้จะศึกษาถึงระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจในการจัดระเบียบผู้พิพากษาในเรื่องที่สำคัญ 4 เรื่องด้วยกัน ได้แก่ การคัดเลือก การกำหนดค่าตอบแทน การเลื่อนตำแหน่งและการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่โดยจะศึกษาถึงการจัดระเบียบผู้พิพากษาของไทยก่อน (5.1) โดยจะศึกษาเฉพาะใน 3 ระบบศาลอันได้แก่ระบบศาลยุติธรรมระบบศาลปกครองและระบบศาลทหารที่มีการระบบการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาดุลาการ ส่วนการจัดระเบียบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะแยกกล่าวถึงต่างหากในบทที่ 9 ที่ว่าด้วยการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญ จากนั้นจะศึกษาการจัดระเบียบของต่างประเทศโดยแยกออกเป็น (5.2) จะศึกษาระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการจัดระเบียบผู้พิพากษาในแบบตุลาการอาชีพ(Career Judiciary) และ (5.3) จะศึกษาระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการจัดระเบียบผู้พิพากษาในแบบตุลาการวิชาชีพ(Professional Judiciary) และในหัวข้อสุดท้าย(5.4) จะได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อบกพร่องของกลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการจัดระเบียบผู้พิพากษาไทยและต่างประเทศและนำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหา

5.1 การจัดระเบียบผู้พิพากษาไทย

การศึกษาถึงการจัดระเบียบผู้พิพากษาไทยจะศึกษาเฉพาะในเรื่องที่มีความสำคัญโดยแยกออกเป็น 4 เรื่อง ได้แก่ (5.1.1) การคัดเลือกผู้พิพากษา (5.1.2) การกำหนดค่าตอบแทน (5.1.3) การโยกย้ายและการเลื่อนตำแหน่ง และ (5.1.4) การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่

5.1.1 การคัดเลือกผู้พิพากษา

5.1.1.1 ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรม

ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมถูกกำกับโดยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ที่กำหนดให้บุคคลจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาได้จะต้องเริ่มต้นจากตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาเสียก่อน¹ แล้วค่อยๆ ไต่เต้าไปตามลำดับ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้ใช้การสอบแข่งขัน (Competitive Examination) เพียงระบบเดียวในการคัดเลือกโดยการเปิดรับสมัครบุคคลผู้ที่มีคุณสมบัติและประสงค์จะเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษามาสมัครเข้ารับการทดสอบที่จัดโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องดังกล่าว

การสอบแข่งขันของศาลยุติธรรมจะแบ่งออกเป็น 3 ประเภทตามคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครสอบ แต่ข้อสอบและระดับความเข้มงวดในการประเมินผลการสอบจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเภท การคัดเลือกทั้งสามประเภท ได้แก่ ประเภทแรก การสอบคัดเลือก หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “สนามใหญ่” โดยช่องทางนี้จะมีผู้เข้าสอบมากที่สุด ผู้ที่จะมีสิทธิเข้าสอบจะต้องมีคุณสมบัติพื้นฐานอันได้แก่มีสัญชาติไทยโดยการเกิด อายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีทางนิติศาสตร์จากสถาบันที่เนติบัณฑิตยสภารับรอง และสอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาและเป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภาหรือที่เรียกว่าเป็นเนติบัณฑิตไทย(น.บ.ท.) และคุณสมบัติทางวิชาชีพ จะต้องได้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายตามที่กฎหมายกำหนดหรือวิชาชีพทางกฎหมายที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม(ก.ต.) ให้การรับรองเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี²

ประเภทที่สอง การทดสอบความรู้ หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “การสอบสนามเล็ก” หรือ “สนามจิ๋ว” ที่ผู้มีสิทธิสอบนอกจากจะต้องมีคุณสมบัติสำหรับสมัครเข้ารับการสอบคัดเลือก

¹ มาตรา 15 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

² มาตรา 26 และ 27 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.

ทั่วไปแล้วยังจะต้องมีคุณสมบัติเพิ่มเติมในด้านคุณวุฒิทางการศึกษา³ เช่น สำหรับการศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษาหรือมีประสบการณ์การทำงานในวิชาชีพที่กำหนดมาแล้วในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เช่น สอบไล่ได้ปริญญาโททางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยในประเทศไทย ซึ่ง ก.ต. รับรอง และได้ประกอบวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในมาตรา 27(3) เป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี (การเปิดรับสมัครผู้มีคุณสมบัตินี้มักเรียกกันทั่วไปว่า “สนามเล็ก” หรือเป็นผู้ที่สอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ โดยมีหลักสูตรเดียวไม่น้อยกว่าสองปีหรือหลายหลักสูตรรวมกันไม่น้อยกว่าสองปี ซึ่ง ก.ต. เทียบไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี และได้ประกอบวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี(การเปิดรับสมัครผู้มีคุณสมบัตินี้มักเรียกกันทั่วไปว่า “สนามจิว” เป็นต้น

ประเภทที่สาม การคัดเลือกพิเศษ ซึ่งกำหนดคุณสมบัติสำหรับผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับการคัดเลือกไว้มากเป็นพิเศษ เช่น จะต้องมิอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปี และจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญชำนาญในการใช้กฎหมายหรือมีประสบการณ์ในทางกฎหมายเป็นพิเศษกว่าระบบการคัดเลือกแบบอื่น เช่น เป็นหรือเคยเป็นศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือเป็นหรือเคยเป็นอาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี หรือเป็นหรือเคยเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญหรือข้าราชการประเภทอื่นในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป หรือเป็นหรือเคยเป็นทนายความมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบปี⁴ เป็นที่สังเกตว่าคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิสมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษนั้นสูงมากถึงขั้นใกล้เคียงกับผู้ที่มีสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งโดยตรงให้เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกา (Cour de Cassation) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของในฝรั่งเศส⁵ แต่ในระบบศาลยุติธรรมของไทยกลับแต่งตั้งได้เพียงศาลชั้นต้นในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา

ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกไม่ว่าในระบบใดจะได้รับการบรรจุในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาอันเป็นตำแหน่งขั้นต้นของตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมก่อน⁶ ประธานศาลฎีกาเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ช่วยผู้พิพากษา⁷ หลังจากการแต่งตั้งผู้ช่วยผู้พิพากษาจะต้องเข้ารับการศึกษาอบรม ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดของสำนักงานศาลยุติธรรม โดยมี “คณะกรรมการอำนวยการศึกษาอบรม” เป็นผู้อำนวยความสะดวกเป็นระยะเวลาที่ประธานศาลฎีกา

³ มาตรา 28 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁴ มาตรา 29 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁵ ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมของฝรั่งเศสจะกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อถัดไป

⁶ มาตรา 15 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁷ มาตรา 14 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

กำหนดโดยความเห็นชอบของ ก.ต. แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 ปี ในการอบรมดังกล่าวนี้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท⁸ ได้แก่ การศึกษาอบรมปฐมนิเทศ อันเป็นการอบรมเบื้องต้นโดยการบรรยายและการดูงานตามหน่วยงานราชการต่างๆ⁹ การศึกษาอบรมการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งผู้ช่วยผู้พิพากษาจะถูกส่งตัวไปรับการอบรมการพิจารณาพิพากษาคดีตามศาลต่างๆ โดยมีผู้ให้การศึกษาอบรมการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งเป็นอธิบดีผู้พิพากษา รองอธิบดีผู้พิพากษา ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล หรือผู้พิพากษาในศาลนั้นที่ได้รับการคัดเลือก โดยผู้ช่วยผู้พิพากษาส่งขึ้นนั่งพิจารณาคดีหรือเดินเผชิญสืบล่วมกับผู้พิพากษาผู้ให้การศึกษารับได้ แต่จะลงชื่อในคำพิพากษาหรือคำสั่งไม่ได้ การอบรมโดยการให้ฝึกงานนั้นแตกต่างไปจากการอบรมผู้ที่เข้ารับตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในประเทศที่ใช้ระบบตุลาการอาชีพเช่นฝรั่งเศส เยอรมนี หรือ ญี่ปุ่น ที่จะให้ผู้เข้ารับการอบรมนั้นผ่านการทดลองปฏิบัติหน้าที่หรือฝึกงานในสถานที่หลายแห่ง ไม่ใช่ฝึกอบรมแต่กับเฉพาะศาลอย่างเดียว เช่น ฝึกอบรมในสำนักงานอัยการ สำนักงานทนายความ หน่วยงานราชการอื่น เพื่อให้ผู้เข้ารับการอบรมได้มาประสบการณ์ที่กว้างออกไป มิฉะนั้นมองจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นๆ ได้ และสุดท้าย การศึกษาอบรมวิทยาการ โดยแบ่งเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่การอบรมวิทยาการที่เกี่ยวข้อง การอบรมในความรู้รอบตัวและการอบรมศีลธรรมจรรยาความประพฤติ¹⁰

ในการฝึกอบรมนี้จะมีการประเมินผลการอบรมโดย “คณะกรรมการประเมินผลการอบรม”¹¹ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมกำหนด¹² ซึ่งผู้ช่วยผู้พิพากษาจะต้องผ่านการประเมินผลการอบรมนี้จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาประจำศาลโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมต่อไป ส่วนผู้ที่ไม่ผ่านการประเมินผลการอบรมอาจได้รับอนุญาตให้เข้าทำการอบรมซ้ำในส่วนที่ยังไม่ผ่านก็ได้ หรือหากผู้ช่วยผู้พิพากษาผู้ใดไม่เหมาะสมที่จะดำรง

⁸ ข้อ 5 ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการอบรมผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2544

⁹ จริฎ ภัคดีธนากุล, “การแต่งตั้งและอบรมตุลาการในประเทศไทย,” วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 8, น.49 (2526).

¹⁰ ฐิติเชษฐ์ นุชนาฏ, “การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2546), น.107.

¹¹ ข้อ 25 ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการอบรมผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2544

¹² มาตรา 15 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2543

ตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาต่อไป หรือเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษามาเป็นระยะเวลาที่กำหนดถึงหนึ่งปีแล้ว และผลการอบรมยังไม่เป็นไปตามมาตรฐานของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม(ก.บ.ศ.) ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการมีอำนาจสั่งให้ออกจากราชการหรือโอนไปเป็นข้าราชการศาลยุติธรรมก็ได้¹³

เมื่อได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาประจำศาลก็สามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้แต่ถูกจำกัดอำนาจในการพิจารณาคดีบางประการ โดยจะมีการประเมินความเหมาะสมในการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลปีละ 2 ครั้ง โดย “คณะกรรมการประเมินความเหมาะสมในระหว่างการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาประจำศาล” ซึ่งตั้งตามระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการประเมินความเหมาะสมในระหว่างการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาประจำศาล พ.ศ. 2545 เมื่อคณะกรรมการดังกล่าวประเมินผลเสร็จแล้วก็จะเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม(ก.บ.ศ.) พร้อมข้อมูลที่ได้จากการประเมินทั้งหมด หากปรากฏว่าผู้พิพากษาประจำศาลผ่านการประเมิน ให้คณะกรรมการเสนอความเห็นต่อ ก.บ.ศ. ว่า ผู้พิพากษาประจำศาลนั้นมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งต่อไป แต่หากผู้พิพากษาประจำศาลไม่ผ่านการประเมินตามหลักเกณฑ์ คณะกรรมการดังกล่าวสามารถที่จะเสนอความเห็นต่อ ก.บ.ศ. เพื่อให้ ก.บ.ศ. เสนอต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม(ก.ต.) ให้ความชอบว่าจะให้ประธานศาลฎีกามีคำสั่งให้ออกจากราชการก็ได้ หรือให้โอนไปเป็นข้าราชการศาลยุติธรรมก็ได้ แต่หาก ก.บ.ศ. มีมติให้ผู้พิพากษาประจำศาลคนใดไม่สมควรผ่านการประเมินโดยผู้พิพากษาประจำศาลดังกล่าวไม่มีใช่เป็นบุคคลที่ไม่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลต่อไป ก็อาจให้ดำเนินการประเมินความเหมาะสมในระหว่างการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลอีกครั้งก็ได้

5.1.1.2 ระบบการคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง

ระบบตุลาการอาชีพที่ใช้ในศาลปกครองแตกต่างไปจากในระบบศาลยุติธรรมในหลายประการ ประการหนึ่งคือการเข้าสู่ตำแหน่ง โดยในศาลปกครองเป็นระบบที่เปิดมากกว่าในศาลยุติธรรม คือ บุคคลที่มีคุณสมบัติสามารถเข้าสู่ตำแหน่งได้ทั้งในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด แต่การเข้าสู่ตำแหน่งทั้งสอง จะมีวิธีการที่แตกต่างกันไป ดังจะได้กล่าวถึงใน (1) การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชั้นต้น และ (2) การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด

¹³ มาตรา 15 วรรคสอง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2543

(1) การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชั้นต้น

แม้จะเป็นระบบตุลาการอาชีพ แต่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองไว้สูงมากกว่าระบบตุลาการอาชีพทั่วไป เช่น เกณฑ์อายุ จะต้องมียุ 35 ปีขึ้นไป¹⁴ และ เกณฑ์คุณวุฒิ โดยแบ่งผู้มีสมัครสมัครเข้ารับการคัดเลือกออกเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ 2 ประเภท โดยประเภทแรก ได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ ซึ่งจะต้องได้สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีหรือเทียบเท่าในสาขาที่กำหนด และจะต้องผ่านการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองหรือหลักสูตรกฎหมายปกครองหรือหลักสูตรกฎหมายมหาชนที่ ก.ศป. รับหรือเว้นแต่จบปริญญาโทหรือปริญญาเอกในสาขากฎหมายมหาชน ซึ่งจะสังเกตว่าไม่จำเป็นจะต้องสำเร็จการศึกษาในกฎหมายก็ได้ ผู้ทรงคุณวุฒิประเภทที่สอง ได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งจะต้องดำรงตำแหน่งบริหารมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี¹⁵

เกณฑ์ประสบการณ์ในทางวิชาชีพ ซึ่งจะกำหนดไว้สูงมากเมื่อเทียบกับคุณสมบัติในการคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไปในระบบตุลาการอาชีพ เช่น เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจังหวัด หรืออัยการจังหวัดหรือข้าราชการพลเรือนระดับ 8 ไม่น้อยกว่า 3 ปี หรือเคยประกอบอาชีพทนายความไม่ต่ำกว่า 12 ปี หรือเป็นผู้สอนในวิชานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ในสถาบันอุดมศึกษาและดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองศาสตราจารย์ไม่น้อยกว่า 3 ปี¹⁶

กระบวนการคัดเลือกจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง โดยใช้วิธีการการสอบแข่งขันโดยสอบข้อเขียนและสอบสัมภาษณ์ประกอบกับการประเมินจากประสบการณ์และผลการทำงานที่ผ่านมา ซึ่ง ก.ศป. อาจแต่งตั้งคณะกรรมการมาดำเนินการประเมินดังกล่าวก็ได้¹⁷ โดยเมื่อได้รับการคัดเลือกแล้ว ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกจาก ก.ศป. แล้วก็จะดำเนินการแต่งตั้งตามแบบพิธี โดยส่งให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง¹⁸

¹⁴ มาตรา 15 (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁵ ประกาศ ก.ศป. เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์การเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ลงวันที่ 27 ธันวาคม พ.ศ. 2555

¹⁶ มาตรา 18 (4) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁷ ข้อ 4 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นและอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2544

¹⁸ มาตรา 19 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(2) การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด

การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะใช้การคัดเลือกแบบคู่ขนาน คือ การคัดเลือกจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเอง และการคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกที่สามารถเข้าดำรงตำแหน่งในศาลปกครองสูงสุดได้เลยโดยไม่ต้องผ่านไต่เต้ามาจากศาลปกครองชั้นต้น

คุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ารับการคัดเลือกกำหนดไว้ให้รับเฉพาะผู้มีสัญชาติไทย อายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี¹⁹ โดยเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ เช่นเดียวกับในศาลปกครองชั้นต้นที่แยกผู้ทรงคุณวุฒิออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ ซึ่งจะต้องเป็นผู้สำเร็จการศึกษา และต้องเป็นหรือเคยเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นหรือสำเร็จหลักสูตรกฎหมายปกครอง²⁰ และผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ ที่ ก.ศป. กำหนด และจะต้องประกอบวิชาชีพที่กำหนดซึ่งตามกฎหมายกำหนดไว้สูงมาก เช่นเดียวกับศาลปกครองชั้นต้น เช่น เป็นหรือเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือกรรมการกฤษฎีกา หรือรับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือเทียบเท่าหรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารสูงสุด หรืออัยการพิเศษประจำเขตหรือเทียบเท่า อธิบดีหรือเทียบเท่าหรือตำแหน่งอื่นในหน่วยงานของรัฐที่เทียบเท่าตามที่ ก.ศป. ประกาศกำหนด หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้สอนวิชาในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือวิชาที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินในสถาบันอุดมศึกษา และดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์หรือศาสตราจารย์พิเศษ หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไม่น้อยกว่ายี่สิบปี และมีประสบการณ์ในคดีปกครองตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ศป. ประกาศกำหนด²¹

¹⁹ มาตรา 13 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁰ ประกาศ ก.ศป. เรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์การเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2544

²¹ มาตรา 13 (4) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.

การคัดเลือกเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองที่จะเป็นผู้พิจารณาโดยอาจแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาดำเนินการแล้วเสนอความเห็นต่อ ก.ศป. ก็ได้²² โดยจะใช้วิธีการประเมินจากประสบการณ์ทำงาน ผลงานทางวิชาการและการสัมภาษณ์²³ ส่วนการคัดเลือกจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจะพิจารณาจากผลงานคดีปกครองหรือผลงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับคดีปกครองประกอบกับความรู้ความสามารถและความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่ง²⁴

หลังจากที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองได้คัดเลือกบุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว จะต้องนำรายชื่อดังกล่าวส่งให้นายกรัฐมนตรีนำไปให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบภายใน 15 วัน²⁵ เมื่อวุฒิสภาให้ความเห็นชอบแล้ว นายกรัฐมนตรีก็ต้องนำขึ้นทูลเกล้าให้พระมหากษัตริย์ทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามแบบพิธี กระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดนี้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงเมื่อเทียบกับของศาลยุติธรรมและการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น เนื่องจากมีการจัดให้วุฒิสภามาทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจในการคัดเลือกตุลาการของ ก.ศป. การให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบแก่รายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะให้ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้รับความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจากการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดยังมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน แต่เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้ถูกล้มล้างไปและสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่เปลี่ยนแปลงให้สมาชิกวุฒิสภาจำนวนครึ่งหนึ่งมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา ส่วนจำนวนอีกครึ่งหนึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทำให้กลไกส่งผ่านความชอบธรรมทางประชาธิปไตยตามเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมมีข้อบกพร่อง

²² ข้อ 5 วรรคสาม ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุดและประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544

²³ ข้อ 5 วรรคหนึ่ง ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุดและประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544

²⁴ ข้อ 5 วรรคสอง ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุดและประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544

²⁵ มาตรา 15 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5.1.1.3 ระบบการคัดเลือกตุลาการศาลทหาร

ตุลาการในศาลทหารมี 2 ประเภท ได้แก่ ตุลาการพระธรรมนูญ ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นผู้พิพากษาอาชีพในระบบศาลทหาร และตุลาการนายทหารสัญญาบัตร คือนายทหารยศสัญญาบัตรขึ้นไปที่ยื่นทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีร่วมกับตุลาการพระธรรมนูญ ลักษณะจึงคล้ายคลึงกับผู้พิพากษาสมทบ(Lay Judge)²⁶ ในศาลทหาร โดยตุลาการประเภทนี้ถือว่าเป็นตัวแทนของผู้บังคับบัญชาทหาร ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ร่วมเป็นองค์คณะ โดยไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติทางกฎหมาย มีอำนาจทำคำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นเดียวกับตุลาการพระธรรมนูญ²⁷

ตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2528 ข้อ 5 ได้กำหนดคุณสมบัติของตุลาการพระธรรมนูญไว้ว่า จะต้องเป็นนายทหารสัญญาบัตรที่อายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี บริบูรณ์ สำเร็จการศึกษาตั้งแต่ชั้นปริญญาตรีทางกฎหมายหรือเทียบเท่าขึ้นไปและเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา โดยจะต้องรับราชการและหรือประกอบวิชาชีพในหน้าที่ต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายเป็นประจำมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี หรือได้เป็นตุลาการศาลทหารมาแล้ว และมีความประพฤติเหมาะสมแก่การปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ

การคัดเลือกในทางปฏิบัติ กรมพระธรรมนูญที่เป็นผู้คัดเลือกจะคัดเลือกจากข้าราชการเหล่าพระธรรมนูญที่รับราชการเป็นอัยการ นายทหารพระธรรมนูญ นายทหารสงเคราะห์ทางกฎหมายและผู้ปฏิบัติงานที่ต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายซึ่งต้องมีความประพฤติเหมาะสมและมีคุณสมบัติและพื้นฐานความรู้ครบถ้วน จำนวนตามอัตราที่ว่างแล้วเสนอผ่านคณะกรรมการตุลาการทหาร(กตท.) ให้ความเห็นชอบก่อน แล้วกระทรวงกลาโหมจึงจะออกคำสั่งแต่งตั้งให้เป็นตุลาการพระธรรมนูญต่อไป²⁸ โดยตุลาการพระธรรมนูญชั้นนายพลจะมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ส่วนตุลาการพระธรรมนูญอื่น ในทางปฏิบัติกรมพระธรรมนูญจะยกย่องคำสั่งแต่งตั้งโดยผ่านการพิจารณากลับกรองจากคณะกรรมการตุลาการศาลทหารและปลัดกระทรวงกลาโหมแล้วจึงให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมลงนามในคำสั่งแต่งตั้งนั้น แต่ตุลาการพระธรรมนูญนั้นก็ยังไม้อาจปฏิบัติหน้าที่ได้จนกว่าจะมีคำสั่งแต่งตั้งจากผู้มีอำนาจแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ส่วนการแต่งตั้งตุลาการนายทหาร

²⁶ กันตพัฒน์ จีรวงศ์ณิพร, “ความเป็นอิสระของศาลทหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ. 2550), น.90.

²⁷ สายันต์ ขุนขี้, “ระบบศาลทหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.92.

²⁸ กันตพัฒน์ จีรวงศ์ณิพร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 26, น.89.

สัญญาบัตรจะมีขั้นตอนเช่นเดียวกันแต่เนื่องจากไม่มีอัตราบรรจุในตำแหน่งตุลาการโดยตรงและเป็นผู้ที่ครองตำแหน่งอัตราอื่นๆ อยู่แล้ว จึงไม่มีขั้นตอนการออกคำสั่งให้รับราชการในตำแหน่งตุลาการก่อนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร²⁹

ผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งดังกล่าวจะแตกต่างกันไปโดยในปัจจุบัน สำหรับตุลาการศาลทหารสูงสุดและศาลทหารกลางจะเป็นพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและถอดถอนตามคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม³⁰ ส่วนตุลาการศาลทหารอื่น พระมหากษัตริย์ทรงมอบพระราชอำนาจในการแต่งตั้งถอดถอนให้กับผู้บังคับบัญชา³¹ โดยศาลจังหวัดทหาร ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาจังหวัดทหารเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน ส่วนศาลมณฑลทหาร ผู้มีอำนาจบังคับบัญชามณฑลทหารเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน ส่วนศาลทหารกรุงเทพ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน ส่วนศาลทหารประจำหน่วยทหาร ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหน่วยทหารเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน และศาลอาญาศึก ผู้บังคับบัญชาทหารสูงสุด ณ ที่นั้นเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน หรือผู้บังคับบัญชาเรือรบ ป้อม หรือที่มั่นอย่างใดๆ หรือผู้ทำการแทนเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอน

รูปแบบการแต่งตั้งนั้นในระเบียบราชการศาลทหาร พ.ศ. 2532 การแต่งตั้งตุลาการศาลทหารนั้นอาจแยกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การแต่งตั้งประจำที่หมายถึงการตั้งตุลาการล่วงหน้าคราวเดียวหลายนายสำหรับพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจศาลนั้น และการแต่งตั้งเฉพาะคดีอันหมายถึงการแต่งตั้งเฉพาะครั้งเฉพาะคราวในเมื่อมีคดีเกิดขึ้นที่จะต้องพิจารณาในศาลทหาร เวลาพิจารณาคดีก็จัดเป็นองค์คณะหมุนเวียนกันไป ในทางปฏิบัติการแต่งตั้งเฉพาะคดีไม่ค่อยมีปฏิบัติกันเนื่องจากความไม่คล่องตัวเพราะตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งจะมีอำนาจพิจารณาได้เพียงคดีที่ได้รับการแต่งตั้งเท่านั้น ในปัจจุบันจึงมีเฉพาะการแต่งตั้งประจำเท่านั้น³² โดยการแต่งตั้งประจำมีหลักเกณฑ์ดังนี้³³

1. ควรแต่งตั้งคราวเดียวหลายนาย

²⁹ สายันต์ ขุนขจี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 27*, น.167-168.

³⁰ มาตรา 10 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

³¹ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ฉบับลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2498

³² กันตพัฒน์ จีรวงศ์ณิพร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 26*, น.90.

³³ เพิ่งอ้าว.

2. แต่งตั้งจากผู้สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรีหรือเทียบเท่าขึ้นไปในสาขานิติศาสตร์เท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งก็หมายความว่า การแต่งตั้งตุลาการร่วมที่มีใช้ตุลาการพระธรรมนูญก็ให้พยายามแต่งตั้งจากผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีหรือเทียบเท่าในสาขานิติศาสตร์ด้วย

3. ควรแต่งตั้งจากนายทหารซึ่งมียศไม่ต่ำกว่าร้อยเอกหรือเรืออากาศเอก

4. คำสั่งแต่งตั้งตุลาการประจําานั้น ถ้าตุลาการพระธรรมนูญในลำดับใด ให้ระบุลำดับนั้นว่าเป็นตุลาการพระธรรมนูญด้วย

5. ตุลาการประจําที่แต่งตั้งไว้ควรแต่งตั้งใหม่ทุกระยะ 1 ปี หรืออาจแต่งตั้งตุลาการที่พ้นตำแหน่งให้เป็นตุลาการใหม่อีกได้ ในคำสั่งใหม่ให้ยกเลิกคำสั่งเก่าด้วย

อนึ่ง หลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้สำหรับตุลาการศาลทหารชั้นต้น

การแต่งตั้งนั้นมีวาระการดำรงตำแหน่งเพียง 1 ปีเท่านั้น พอครบปี เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้แต่งตั้งที่จะพิจารณาว่าจะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการอีกหรือไม่ หรือจะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่นภายในกรมพระธรรมนูญ เช่น อาจแต่งตั้งให้เป็นอัยการพระธรรมนูญ หรือนายทหารพระธรรมนูญก็ได้

5.1.2 การกำหนดค่าตอบแทน

5.1.2.1 ระบบค่าตอบแทนผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม

ค่าตอบแทนสำหรับผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ค่าตอบแทนที่จ่ายประจำเป็นรายเดือนอันได้แก่ จ่ายเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง³⁴ และค่าตอบแทนที่เป็นในกรณีพิเศษซึ่งเงินเพิ่มค่าเพิ่มครองชีพชั่วคราวตามภาวะเศรษฐกิจ³⁵ โดยเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งจะจ่ายตามลำดับขั้นและตำแหน่งของผู้พิพากษาโดยองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาขึ้นค่าตอบแทนคือคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ส่วนเงินเพิ่มค่าครองชีพชั่วคราวจะพิจารณาจ่ายตามสถานการณ์บางประการตามดุลพินิจของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม(ก.บ.ศ.)

สำหรับเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจะจ่ายตามอัตราที่กำหนดไว้ในบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่แยกต่างหากจากค่าตอบแทนหรือบัญชีอัตราเงินเดือนออกต่างหากจากระบบการจ่ายค่าตอบแทนข้าราชการ

³⁴ มาตรา 7 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

³⁵ มาตรา 27 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

ประเภทอื่น³⁶ โดยกำหนดอยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 อันหมายความว่าอำนาจในการกำหนดอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2550 มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550 ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในปรับอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาได้หากเป็นการปรับเป็นร้อยละเท่ากันทุกอัตราและไม่เกินร้อยละสิบของอัตราที่ใช้บังคับอยู่โดยการตราพระราชกฤษฎีกาและให้ถือว่าบัญชีอัตราเงินเดือนตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งท้ายพระราชบัญญัติ³⁷

ปัจจุบันอัตราเงินเดือนผู้พิพากษาได้รับการปรับปรุงตามโดยพระราชกฤษฎีกาการปรับอัตราเงินเดือนของข้าราชการตุลาการและตะไตะยุติธรรม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 แบ่งออกเงินเดือนของผู้พิพากษาออกเป็น 5 ชั้น³⁸ ตามตารางข้างล่างนี้

บัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม³⁹

ชั้นศาล	ชั้น เงินเดือน	ตำแหน่ง	เงินเดือน (บาท)	เงินประจำ ตำแหน่ง (บาท)
ศาลฎีกา	5	ประธานศาลฎีกา	75,590	50,000
	4	รองประธานศาลฎีกา	73,240	43,500

³⁶ ซึ่งในระบบของไทย จะไม่รวมเป็นเอกภาพ แต่ละองค์กรจะมีระบบ อัตรา บัญชีที่แตกต่างกัน เช่น ของข้าราชการพลเรือนเป็นบัญชีหนึ่ง ของข้าราชการขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นระบบหนึ่ง ของรัฐวิสาหกิจเป็น นอกจากนี้ยังมีการแยกประเภทย่อยอีก เช่น ข้าราชการครู พนักงานมหาวิทยาลัย

³⁷ มาตรา 7 วรรคสอง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

³⁸ มาตรา 13 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

³⁹ พระราชกฤษฎีกาการปรับอัตราเงินเดือนของข้าราชการตุลาการและตะไตะยุติธรรม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554

ศาลอุทธรณ์		ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ผู้พิพากษาศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค รองประธานศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค		
	3	รองประธานศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น อธิบดีผู้พิพากษาภาค รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น	69,810 67,560	41,500 30,000
ศาลชั้นต้น	2	ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น	53,060 48,200 40,490 36,410	23,300

			32,110	
	1	ผู้พิพากษาประจำศาล	29,980 27,850 25,770	7,900

ส่วนผู้ช่วยผู้พิพากษาจะรับเงินเดือนตามบัญชีอัตราของผู้ช่วยผู้พิพากษา ดังนี้

บัญชีอัตราเงินเดือนผู้ช่วยผู้พิพากษา⁴⁰

อัตรา(บาท/เดือน)
18,950
17,560

การเลื่อนเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมก็เหมือนกับการเลื่อนตำแหน่งที่จะต้องไต่เต้าขึ้นไปทีละลำดับขั้นและลำดับขั้น โดยจะเริ่มต้นที่ตำแหน่งต่ำสุดในศาลยุติธรรมคือผู้ช่วยผู้พิพากษา ไปจนถึงสูงสุดในตำแหน่งประธานศาลฎีกา โดยคณะกรรมการตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาเลื่อนเงินเดือนตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และนอกจากนี้ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมที่ยังได้ตราระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้าย แต่งตั้ง และการเลื่อนเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2554 แก่ไขล่าสุดโดยระเบียบฉบับที่ 4 พ.ศ. 2558 อีกด้วย โดยการพิจารณาเลื่อนเงินเดือนของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมีความสลับซับซ้อนมากและใช้หลายเกณฑ์ผสมผสานกัน โดยอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ได้แก่ การเลื่อนเงินเดือนโดยอัตโนมัติ และการเลื่อนเงินเดือนโดยดุลพินิจของคณะกรรมการตุลาการ

ประเภทแรก การเลื่อนเงินเดือนโดยอัตโนมัติ คือการปรับขึ้นอัตราเงินเดือนที่กฎหมายกำหนดให้ปรับขึ้นตามกำหนดระยะเวลา การเลื่อนเงินเดือนประเภทนี้มี 4 กรณี ได้แก่

⁴⁰ พระราชกฤษฎีกาการปรับอัตราเงินเดือนของข้าราชการตุลาการและดะโต๊ะยุติธรรม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554

กรณีแรก การปรับขึ้นอัตราเงินเดือนของผู้ช่วยผู้พิพากษา เงินเดือนของผู้ช่วยผู้พิพากษาถูกกำหนดไว้ในบัญชีเงินเดือนผู้ช่วยผู้พิพากษาซึ่งแยกต่างหากจากบัญชีอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาอื่นๆ โดยในบัญชีดังกล่าวกำหนดขั้นเงินเดือนไว้ 2 ขั้น การเลื่อนขั้นเงินเดือนเป็นไปโดยอัตโนมัติ โดยจะได้รับการปรับอัตราให้สูงขึ้น 1 ขั้นทุกปี

กรณีที่สอง การปรับขึ้นอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาประจำศาล สำหรับผู้พิพากษาประจำศาลจะได้รับอัตราเงินเดือนในชั้น 2 ที่มีขั้นเงินเดือน 3 ขั้น การปรับขึ้นอัตราเงินเดือนสำหรับผู้พิพากษาประจำศาลจะปรับขึ้น 1 ขั้นทุกปี⁴¹

กรณีที่สาม การปรับขึ้นอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่รับเงินเดือนอยู่ใน 2 ขั้น ที่มีขั้นเงินเดือน 5 ขั้น จะได้รับการปรับขึ้นอัตราเงินเดือนสูงขึ้น 1 ขั้นทุกปี⁴²

กรณีที่สี่ การปรับขึ้นอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นจากชั้น 2 เป็นชั้น 3 ขั้นต่ำ จะได้รับการปรับขึ้นเมื่อผู้พิพากษาศาลชั้นต้นรับเงินเดือนชั้น 2 มาครบ 5 ปี

กรณีที่ห้า การปรับขึ้นอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ในตำแหน่งรองประธานศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาคจากชั้น 3 มาเป็นชั้น 4 จะต้องได้ดำรงตำแหน่งและได้รับเงินเดือนอยู่ในชั้น 3 มาครบ 7 ปี จึงจะได้รับการให้เลื่อนขั้นเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งเป็นชั้น 4⁴³

ประเภทที่สอง การขึ้นเงินเดือนโดยดุลพินิจของคณะกรรมการตุลาการ อันเป็นการปรับอัตราเงินเดือนที่กฎหมายเปิดช่องให้คณะกรรมการตุลาการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเลื่อนเงินเดือนได้ โดยการใช้ดุลพินิจแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่

รูปแบบแรก การให้คณะกรรมการตุลาการมีดุลพินิจในการปรับอัตราเงินเดือนโดยตรง คือ กรณีการเลื่อนขั้นเงินเดือนในชั้น 3 ของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นจากชั้นต่ำเป็นชั้นสูงนั้นเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการตุลาการที่จะพิจารณาโดยจะพิจารณาจากรายงานการประเมินบุคคลและการปฏิบัติราชการประจำปีของข้าราชการตุลาการที่ผ่านการให้ความเห็นโดยคณะอนุกรรมการ

⁴¹ มาตรา 20 วรรคสาม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁴² มาตรา 20 วรรคสาม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁴³ มาตรา 20(1) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

ตุลาการประจำชั้นศาลแล้ว หาก ก.ต. จะพิจารณาไม่ให้ผู้ใดเลื่อนชั้นดังกล่าวจะต้องมีการสุมตัวอย่าง ผลงานการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้นั้นย้อนหลังไปไม่น้อยกว่า 3 ปีมาประกอบการพิจารณาด้วย⁴⁴

รูปแบบที่สอง การให้คณะกรรมการตุลาการมีดุลพินิจในการปรับอัตรา เงินเดือนผ่านการพิจารณาเลื่อนตำแหน่ง ซึ่งจะมี 3 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การปรับขึ้นอัตราเงินเดือนจาก ตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษามาเป็นผู้พิพากษาประจำศาลจะต้องได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาประจำ ศาลจึงจะได้รับอัตราเงินเดือนในตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาล กรณีที่สอง คือการปรับขึ้นอัตราเงินเดือน ของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่รับชั้นสูงสุดที่ชั้น 3 ไปเป็นชั้น 4 จะต้องได้รับการเลื่อนตำแหน่งไปเป็นผู้ พิพากษาในศาลอุทธรณ์ก่อนและได้รับเงินเดือนในชั้น 3 มาแล้วอย่างน้อย 7 ปี และกรณีสุดท้าย คือการ เลื่อนจากเงินเดือนชั้น 4 เป็นชั้น 5 ซึ่งจะต้องได้รับการแต่งตั้งดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกาเท่านั้น

สำหรับผู้พิพากษาที่ไม่ได้รับการปรับเลื่อนอัตราเงินเดือนอาจใช้ช่องทางการ ร้องทุกข์ตามมาตรา 84 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ต่อ ก.ต. เพื่อให้พิจารณาทบทวนคดีได้ โดยจะต้องร้องภายใน 2 ปีนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งหรือได้รับทราบมติของ ก.ต. โดยคำวินิจฉัยของ ก.ต. เป็นที่สุด

นอกจากเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งแล้ว ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมยังอาจ ได้รับเงินเพิ่มค่าครองชีพชั่วคราวตามภาวะเศรษฐกิจอีกด้วยโดยมาตรา 27 พระราชบัญญัติระเบียบ บริหารศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.) ที่ จะพิจารณากำหนดให้เหมาะสมกับภาวะเศรษฐกิจ โดยในแต่ละครั้ง ก.บ.ศ. ได้ตราระเบียบคณะ กรรมการบริหารศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายเงินเพิ่มค่าครองชีพชั่วคราวข้าราชการตุลาการและ ตะไตะยุติธรรมเพื่อกำหนดอัตราการจ่ายเงินดังกล่าวซึ่งจะจ่ายให้ตามระดับของตำแหน่งผู้พิพากษา ซึ่ง ตามมาตรา 27 ดังกล่าวกำหนดให้ ก.บ.ศ. แจ้งแก่คณะรัฐมนตรีเพื่อให้ดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบ ของ ก.บ.ศ. ด้วย

ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมอาจไม่ได้รับพิจารณาให้เลื่อนชั้นหรือขึ้นเงินเดือนได้หาก ถูกลงโทษทางวินัยตามมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁴⁴ มาตรา 20(2) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ประกอบข้อ 33 และ ข้อ 34 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้ายแต่งตั้ง และการเลื่อนเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2554

5.1.2.2 ระบบค่าตอบแทนตุลาการในศาลปกครอง

ค่าตอบแทนตุลาการในศาลปกครองมีเช่นเดียวกับของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมที่แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ เงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง⁴⁵ และเงินเพิ่มค่าครองชีพชั่วคราวตามภาวะเศรษฐกิจ⁴⁶

สำหรับเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งถูกกำหนดไว้ในบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งตุลาการศาลปกครองที่แนบท้ายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันหมายความว่า การกำหนดอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของตุลาการในศาลปกครองเป็นอำนาจของรัฐสภา ต่อมาในปี พ.ศ. 2550 มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 4) ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในปรับเพิ่มอัตราเงินเดือนหากเป็นการปรับเพิ่มเท่ากันทุกอัตราและไม่เกินร้อยละสิบของอัตราเดิมโดยการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดบัญชีอัตราเงินเดือนใหม่และให้ถือว่าเป็นบัญชีอัตราเงินเดือนท้ายพระราชบัญญัติ หลักการนี้เป็นหลักการเดียวกับของศาลยุติธรรมที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อก่อน

บัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง⁴⁷

ชั้นศาล	ชั้นเงินเดือน	ตำแหน่ง	เงินเดือน (บาท)	เงินประจำ ตำแหน่ง (บาท)
ศาลปกครองสูงสุด	4	ประธานศาลปกครองสูงสุด	75,590	50,000
	3	รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะในศาล ปกครองสูงสุด ตุลาการศาลปกครองสูงสุด อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น	73,240	43,500
ศาลปกครองชั้นต้น				

⁴⁵ มาตรา 30 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁴⁶ มาตรา 30/1 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁴⁷ พระราชกฤษฎีกาการปรับอัตราเงินเดือนของตุลาการศาลปกครอง(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554

		ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครอง ชั้นต้น ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น		
	2	รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครอง ชั้นต้น ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น	69,810	41,500
	1	ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น	67,560	30,000

อัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น แบ่งเป็น 3 ชั้น แต่ละชั้นไม่มีลำดับชั้นเหมือนของศาลยุติธรรม การเลื่อนชั้นเงินเดือนใช้ระบบอัตโนมัติตามตำแหน่งทั้งหมด ดังนี้⁴⁸

ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจะได้รับเงินเดือนในชั้น 1-3 โดยเริ่มรับเงินเดือนในชั้น 1 ก่อน และเมื่อครบ 1 ปีจะได้รับการเลื่อนให้ไปรับเงินเดือนในชั้น 2 และเมื่อครบ 7 ปี เลื่อนเป็นชั้น 3 จะเลื่อนไปรับเงินเดือนชั้น 4 ได้มีกรณีเดียวคือได้รับการแต่งตั้งให้เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด

ตุลาการในตำแหน่งรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นจะได้รับเงินเดือนในชั้น 2-3 โดยรับเงินเดือนเริ่มต้นที่ชั้น 2 และเมื่อครบ 7 ปีจะได้รับการเลื่อนให้ไปรับเงินเดือนในชั้น 3

ส่วนตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะได้รับเงินเดือนในชั้น 3

ส่วนอัตราเงินเดือนของตุลาการศาลปกครองสูงสุด แบ่งเป็น 2 ระดับโดยไม่มีระดับชั้นและการเลื่อนชั้นเงินเดือนใช้ระบบอัตโนมัติตามตำแหน่งเช่นเดียวกัน ดังนี้

-ตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะได้รับเงินเดือน ชั้น 3 การเลื่อนชั้นเงินเดือนเป็นชั้น 4 ทำได้กรณีเดียวคือการได้รับการแต่งตั้งให้เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด

-และตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดจะได้รับเงินเดือนในชั้น 4

⁴⁸ มาตรา 30 วรรคสอง(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

และเช่นเดียวกับศาลยุติธรรม ตุลาการในศาลปกครองอาจได้รับเงินเพิ่มค่าครองชีพชั่วคราวตามภาวะเศรษฐกิจด้วย โดยเป็นอำนาจของ ก.ศป. ที่จะพิจารณาโดยการตราเป็นระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการจ่ายเงินเพิ่มค่าครองชีพชั่วคราวตุลาการศาลปกครองและจะต้องแจ้งให้คณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป

5.1.2.3 ระบบค่าตอบแทนตุลาการในศาลทหาร

ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลทหารนอกจากเงินเดือนในฐานะข้าราชการทหารตามปกติแล้ว ยังได้รับเงินประจำตำแหน่งข้าราชการประเภทตุลาการพระธรรมนูญด้วยตามชั้นยศและขั้นที่ตนดำรงอยู่ ดังนี้⁴⁹

-โดยตุลาการพระธรรมนูญชั้นยศ พล.ท. พล.ร.ท. และ พล.อ.ท. ขึ้นไปจะได้รับเงินประจำตำแหน่งเดือนละ 15,600 บาท

-ตุลาการพระธรรมนูญชั้นยศ พล.ต. พล.ร.ต. และ พล.อ.ต. ขึ้นไปจะได้รับเงินประจำตำแหน่งเดือนละ 12,000 บาท

-ตุลาการพระธรรมนูญชั้นยศ พ.อ.(พิเศษ) และ น.อ.(พิเศษ) พล.ร.ท. และ พล.อ.ท. ขึ้นไปจะได้รับเงินประจำตำแหน่งเดือนละ 9,000 บาท

-ตุลาการพระธรรมนูญชั้นยศ พ.อ. และ น.อ. ขึ้นไปจะได้รับเงินประจำตำแหน่งเดือนละ 5,000 บาท

-ตุลาการพระธรรมนูญชั้นยศ พ.ท. และ น.ท. ขึ้นไปจะได้รับเงินประจำตำแหน่งเดือนละ 3,500 บาท

ในปี พ.ศ. 2558 ได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารให้เพิ่มมาตรา 11/1 ให้ตำแหน่งตุลาการพระธรรมนูญและอัยการทหารที่เป็นตำแหน่งเจ้าพนักงานในการยุติธรรมได้รับเงินเพิ่มสำหรับตำแหน่ง โดยเปรียบเทียบกับค่าตอบแทนและเงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลอื่นหรือพนักงานอัยการแล้วแต่กรณีด้วย โดยตามเป็นระเบียบกระทรวงกลาโหม โดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง เพื่อให้ตุลาการศาลทหารสามารถดำรงตนอยู่ในความยุติธรรมได้อย่างสมเกียรติ แต่ปัจจุบันยังไม่มีมาตรการระเบียบดังกล่าวออกมา

⁴⁹ ก้นดพัฒน์ จีรวงศ์ณิพร, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 26, น.92.

ตำแหน่งและยังให้อำนาจแก่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม(ก.บ.ศ.) ในการกำหนดตำแหน่งขึ้นใหม่เองได้โดยเทียบเคียงกับตำแหน่งที่กำหนดไว้เดิม ซึ่งหากพิจารณาร่วมกับมาตรฐานกำหนดตำแหน่งดังกล่าว อาจจัดลำดับตำแหน่งผู้พิพากษาหลักเรียงลำดับจากลำดับต่ำไปสู่อันดับสูง และคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งไว้ ดังนี้

(1) ผู้ช่วยผู้พิพากษา เป็นตำแหน่งระดับต่ำสุด โดยการแต่งตั้งผู้พิพากษารั้งแรกจะต้องแต่งตั้งที่ตำแหน่งนี้ก่อน

(2) ผู้พิพากษาประจำศาล จะต้องเคยดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาและได้รับการฝึกอบรมจากสำนักงานศาลยุติธรรมตามระยะเวลาที่กำหนด และผ่านการประเมินแล้วเหมาะสมที่จะเป็นผู้พิพากษา⁵³

(3) ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น จะต้องเคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปีและผ่านการประเมินความเหมาะสมและผ่านการฝึกอบรมจากสำนักงานศาลยุติธรรม⁵⁴

(4) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลชั้นต้น จะต้องเคยดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี ได้รับเงินเดือนไม่ต่ำกว่าขั้น 3 และผ่านการอบรมจากสำนักงานศาลยุติธรรมในหลักสูตรสำหรับผู้พิพากษาหัวหน้าคณะหรือหลักสูตรผู้บริหารงานศาล

(5) อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น อธิบดีผู้พิพากษาศาลภาค รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล จะต้องเคยดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี ได้รับเงินเดือนไม่ต่ำกว่าขั้น 3 ขั้นสูงสุดและผ่านการอบรมจากสำนักงานศาลยุติธรรมในหลักสูตรสำหรับผู้บริหารงานศาลหรือได้รับปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางการบริหารจัดการ

(6) ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาค จะต้องดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลชั้นต้นหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลมาแล้ว

(7) ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค รองประธานศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค ประธานแผนกคดีในศาลอุทธรณ์ ประธานแผนกคดีในศาลอุทธรณ์ภาค

⁵³ มาตรา 15 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁵⁴ มาตรา 17 วรรคสอง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.

จะต้องดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาคมาแล้ว

(8) ผู้พิพากษาศาลฎีกาและผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา จะต้องดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาคมาแล้ว

(9) รองประธานศาลฎีกา และประธานแผนกคดีในศาลฎีกา จะต้องดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกาและผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้ว

(10) ประธานศาลฎีกา เป็นตำแหน่งเดียวที่ไม่ได้มีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งเอาไว้

ในการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมตามจารีตประเพณีทางปฏิบัติของศาลยุติธรรมที่มีมาตั้งแต่เดิมคือการยึดหลักอาวุโส ซึ่งลำดับอาวุโสจะพิจารณาจากรุ่นของผู้พิพากษาในการสอบผู้ช่วยผู้พิพากษาในแต่ละครั้ง และในแต่ละรุ่นจะเรียงลำดับตามคะแนนสอบ โดยผู้ที่ได้คะแนนมากที่สุดจะได้อยู่ในลำดับแรกของรุ่น ผู้ที่สอบได้คะแนนรองลงมาจะมีอาวุโสลงไป ดังนั้น ผู้ที่สอบได้ผู้ช่วยผู้พิพากษาที่ได้คะแนนดีก็จะมีลำดับอาวุโสที่มากกว่าผู้ที่สอบได้ในรุ่นเดียวกันแต่ได้คะแนนต่ำกว่า การยึดถือเกณฑ์ดังกล่าวทำให้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นระบบที่ไม่เป็นธรรมเพราะไม่ว่าผู้พิพากษาจะตั้งใจปฏิบัติงานมากเท่าใด มีผลการปฏิบัติงานที่มากเท่าใดก็ไม่สามารถเลื่อนตำแหน่งไปให้สูงกว่าผู้พิพากษาที่มีอาวุโสดีกว่าตนเองได้⁵⁵ ในช่วงปี พ.ศ. 2551 จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายให้นำระบบความสามารถ(Merit System) มาพิจารณาประกอบด้วยโดยให้พิจารณาเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาโดยพิจารณาความรู้ความสามารถ ความรับผิดชอบ ประวัติและผลงานการปฏิบัติราชการ การอุทิศตนแก่ราชการและพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลนั้น และความเห็นจากคณะอนุกรรมการตุลาการประจำชั้นศาล(อ.ก.ต. ประจำชั้นศาล)⁵⁶ แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ เกณฑ์อาวุโสก็ยังคงเป็นหลักในการพิจารณาเลื่อนตำแหน่ง

การเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาดังแต่ตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลชั้นต้นไปจนถึงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกา เลขานุการ ก.ต. จะต้องจัดทำรายงานสรุปผลงานการทำงาน

⁵⁵ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, การปฏิรูประบบงานศาลยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2544).

⁵⁶ มาตรา 17 วรรคสี่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.

สำนวนคดีและผลการประเมินการปฏิบัติราชการย้อนหลังไม่น้อยกว่า 3 ปีของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเพื่อประกอบการพิจารณา และจะต้องให้คณะกรรมการตุลาการประจำชั้นศาล(อ.ก.ต.) ให้ความเห็นเพื่อนำมาพิจารณาประกอบด้วย⁵⁷ แต่ความเห็นของ อ.ก.ต. ไม่มีผลผูกพัน ก.ต. ให้ต้องปฏิบัติตาม และเมื่อ ก.ต. พิจารณาให้ความเห็นชอบเสร็จแล้วก็จะเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งใหม่ต่อไป⁵⁸

5.1.2.2 ระบบเลื่อนตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง

การเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี ได้แก่ (1) การเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น (2) การเลื่อนตำแหน่งจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นไปเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด และ (3) การเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

(1) ระบบการเลื่อนตำแหน่งในศาลปกครองชั้นต้น

สำหรับในศาลปกครองชั้นต้นมีการแบ่งแยกตำแหน่งออกเป็น 4 ตำแหน่งหลักตามลำดับต่ำไปสูง ดังนี้ ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น⁵⁹ ส่วนตำแหน่งอื่นๆ ที่ ก.ศป.กำหนดเพิ่มเติมจะเป็นตำแหน่งที่เทียบกับตำแหน่งหลักเหล่านี้

การพิจารณาเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเป็นอำนาจหน้าที่ของประธานตุลาการศาลปกครองสูงสุดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง(ก.ศป.) และเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อโปรดเกล้าแต่งตั้ง⁶⁰ โดยในการดังกล่าว ก.ศป. ได้กำหนดระเบียบเพื่อวางกฎเกณฑ์และขั้นตอนการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งในระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการย้ายและการเลื่อนตำแหน่งของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2558 โดยระเบียบฉบับดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่ประธานศาลปกครองสูงสุดในการแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งทำหน้าที่จัดทำบัญชีรายชื่อการพิจารณาย้ายและเลื่อนตำแหน่งของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น โดยคณะกรรมการชุดดังกล่าวนี้แต่งตั้ง

⁵⁷ ข้อ 7 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้ายแต่งตั้ง และการเลื่อนเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2554

⁵⁸ มาตรา 19 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁵⁹ มาตรา 37 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁶⁰ มาตรา 27 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โดยประธานศาลปกครองสูงสุดอันประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 9 คน มีรองประธานศาลปกครองสูงสุดที่ประธานศาลปกครองสูงสุดมอบหมายเป็นประธาน ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดที่มีอาวุโสสูงสุด 4 คน และอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเลือกกันเองจำนวน 4 คนเป็นกรรมการ⁶¹ คณะกรรมการชุดนี้ทำหน้าที่คล้ายกับคณะกรรมการเลื่อนชั้นของฝรั่งเศสที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้พิพากษาที่มีสิทธิได้รับการเลื่อนตำแหน่งเพื่อให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณา

เกณฑ์การเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นตามระเบียบฉบับดังกล่าวนี้ให้พิจารณาจากหลักอาวุโสประกอบกับความรู้ความสามารถในการปฏิบัติราชการและการดำรงตนตามรายงานการประเมินผลการปฏิบัติราชการประจำปีของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น⁶² โดยการจัดลำดับอาวุโสของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นให้พิจารณาตามลำดับ ดังนี้⁶³

- (1) ตำแหน่งปัจจุบัน ใครดำรงตำแหน่งก่อน
- (2) ถ้าดำรงตำแหน่งปัจจุบันพร้อมกันให้พิจารณาเทียบการดำรงตำแหน่งในศาลปกครองชั้นต้นย้อนหลังลงไปตามลำดับว่าผู้ใดดำรงตำแหน่งก่อน
- (3) ถ้าดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นพร้อมกัน ให้พิจารณาจากการเรียงลำดับคะแนนตามลำดับรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเพื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น

เกณฑ์อาวุโสดังกล่าวนี้คล้ายคลึงกับเกณฑ์การพิจารณาลำดับอาวุโสของผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรม

นอกจากนี้ในระเบียบยังกำหนดคุณสมบัติพื้นฐานในการเลื่อนตำแหน่งไว้ด้วย ได้แก่

-ผู้ที่ได้รับการพิจารณาให้ดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นหรือเทียบเท่าต้องดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

⁶¹ ข้อ 8 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการย้ายและการเลื่อนตำแหน่งของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2558

⁶² ข้อ 21 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการย้ายและการเลื่อนตำแหน่งของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2558

⁶³ ข้อ 10 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการย้ายและการเลื่อนตำแหน่งของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2558

-ผู้ที่ได้รับการพิจารณาให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น จะต้องดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองชั้นต้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี และ

-ผู้ที่ได้รับการพิจารณาให้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น จะต้องดำรงตำแหน่งรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี

กระบวนการเลื่อนตำแหน่งจะเริ่มโดยคณะกรรมการจัดทำบัญชีรายชื่อรวบรวมรายชื่อตุลาการที่จะเลื่อนตำแหน่งเสนอต่อ ก.ศป. พิจารณาให้ความเห็นชอบ นอกจากนี้ ก.ศป.มีอำนาจที่จะลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 เพื่อยกเว้นหลักเกณฑ์การย้ายและเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นตามระเบียบก็ได้ หากเห็นว่าเป็นกรณีที่มีความเหมาะสมและเพื่อประโยชน์อย่างยิ่งแก่ราชการศาลปกครอง⁶⁴

(2) ระบบการเลื่อนตำแหน่งจากศาลปกครองชั้นต้นไปศาลปกครองสูงสุด

ในระบบศาลปกครองไม่ได้กำหนดระบบการเลื่อนตำแหน่งจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นไปยังศาลปกครองสูงสุดไว้โดยตรง ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่ประสงค์จะไปดำรงตำแหน่งในศาลปกครองสูงสุดจะต้องผ่านการคัดเลือกตามระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544 โดยในการคัดเลือกดังกล่าว ตามระเบียบกำหนดให้ คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง(ก.ศป.) แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อคัดเลือกก่อน แล้วจึงเสนอรายชื่อให้ ก.ศป. ให้ความเห็นชอบต่อไป ในการคัดเลือกผู้สมัครจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นจะต้องดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น โดยให้พิจารณาผลงานทางคดีปกครองหรือผลงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับคดีปกครอง ประกอบกับความรู้ ความสามารถและความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด

เมื่อ ก.ศป.ให้ความเห็นชอบแก่รายชื่อใดจะต้องเสนอให้นายกรัฐมนตรีเพื่อส่งให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบก่อนที่จะนำรายชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป⁶⁵

⁶⁴ ข้อ 11 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการย้ายและการเลื่อนตำแหน่งของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2558

⁶⁵ มาตรา 15 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(3) ระบบการเลื่อนตำแหน่งในศาลปกครองสูงสุด

ในศาลปกครองสูงสุดมีการแบ่งแยกตำแหน่งออกเป็น 4 ตำแหน่งหลัก เช่นเดียวกับศาลปกครองชั้นต้นโดยเรียงตามลำดับต่ำไปสูง ดังนี้ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด⁶⁶ ส่วนตำแหน่งอื่นๆ ที่ ก.ศป.กำหนดเพิ่มเติมจะเป็นตำแหน่งที่เทียบกับตำแหน่งหลักเหล่านี้

การเลื่อนตำแหน่งในศาลปกครองสูงสุดนั้น ก.ศป. เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดยกเว้นตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดที่ต้องให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบก่อน⁶⁷ โดยในระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544 มีการกำหนดเกณฑ์ให้ ก.ศป. พิจารณาว่าต้องพิจารณาจากผู้ที่มีความรู้ความสามารถและมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งนั้น และกำหนดเกณฑ์ระยะเวลาสำหรับแต่ละว่า ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด จะเลือกจากผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ดำรงตำแหน่งมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 3 ปี รองประธานศาลปกครองสูงสุด จะต้องดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ไม่น้อยกว่า 2 ปี และประธานศาลปกครองสูงสุด จะต้องดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ไม่น้อยกว่า 2 ปี⁶⁸

5.1.2.3 ระบบการเลื่อนตำแหน่งตุลาการศาลทหาร

ในศาลทหารไม่มีระบบการโยกย้ายและเลื่อนตำแหน่งตุลาการในศาลทหารที่ชัดเจน โดยเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจในการพิจารณาแต่งตั้งตุลาการโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการทหารว่าจะให้ตุลาการท่านใดไปปฏิบัติหน้าที่ ณ ศาลทหารที่ใด

5.1.4 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่

ระบบตุลาการอาชีพเป็นระบบที่เปิดโอกาสให้บุคคลที่ยังมีอายุและประสบการณ์ไม่มากนักมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา ดังนั้นโดยสภาพของระบบ ผู้พิพากษาในระบบนี้จึงมีโอกาที่จะ

⁶⁶ มาตรา 12 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁶⁷ มาตรา 15 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁶⁸ ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2544

ผิดพลาดทั้งในการปฏิบัติหน้าที่และในความประพฤติปฏิบัติเพราะเหตุด้อยประสิทธิภาพ ในระบบตุลาการอาชีพจึงต้องจัดให้มีระบบในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ไว้ เพื่อให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่และมีความประพฤติที่สอดคล้องกับบรรทัดฐานของการเป็นผู้พิพากษาที่ถูกต้อง ในระบบตุลาการไทยก็มีการวางระบบการควบคุมดังกล่าวไว้ โดยแยกพิจารณาเป็น (5.1.4.1) ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม และ (5.1.4.2) ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลปกครอง และ (5.1.4.3) ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลทหาร

5.1.4.1 ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม

การจัดระเบียบผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมที่วางแนวทางตามระบบผู้พิพากษาอาชีพก็มีการสร้างระบบการควบคุมผู้พิพากษากายในฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกับในประเทศอื่น แต่ระบบการควบคุมผู้พิพากษากายในระบบศาลยุติธรรมมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากต่างประเทศอย่างมาก แยกพิจารณาได้เป็น (1) การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป (2) การประเมินผลการปฏิบัติงาน และ (3) การควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดี

(1) การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป

พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกำหนดให้ในแต่ละศาลมีผู้พิพากษานายหนึ่งทำหน้าที่เป็น “ผู้รับผิดชอบราชการศาลยุติธรรม” อันได้แก่ผู้พิพากษาในตำแหน่งประธานศาล อธิบดีผู้พิพากษา หรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล⁶⁹ โดยมีอำนาจหน้าที่บริหารเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในศาลของตนให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อยไม่ติดขัด ซึ่งหากเทียบเคียงกับการจัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายบริหาร ผู้รับผิดชอบราชการศาลจะทำหน้าที่คล้ายกับผู้บังคับบัญชาในองค์กรฝ่ายบริหารแต่จะแตกต่างกันในประเด็นที่ผู้รับผิดชอบราชการศาลไม่มีอำนาจสั่งการบังคับบัญชาผู้พิพากษาลูกศาลให้ต้องพิจารณาพิพากษาไปในทางที่ผู้บังคับบัญชาต้องการซึ่งแตกต่างจากผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการผู้ใต้บังคับบัญชาให้ต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ผู้รับผิดชอบราชการศาลยังเป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

ตำแหน่งผู้รับผิดชอบราชการศาลในศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของผู้พิพากษาในศาล โดยจะต้องรับผิดชอบในราชการของศาลให้เป็นไปโดยเรียบร้อยและมีหน้าที่ระมัดระวังการใช้ระเบียบวิธีการต่าง ๆ ที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายหรือโดยประการอื่นให้เป็นไปโดยถูกต้อง เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสร็จเด็ดขาดไปโดยเร็ว รวมไปถึงการให้คำแนะนำแก่ผู้พิพากษาในศาลนั้นในข้อขัดข้องเนื่องในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา นอกจากนี้ ผู้รับผิดชอบราชการ

⁶⁹ มาตรา 11 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

ยังมีหน้าที่คอยสอดส่องความประพฤติของผู้พิพากษาภายในศาลหรือแผนกที่ตนรับผิดชอบ หากพบว่าผู้พิพากษาในความดูแลของตนอาจจะมีพฤติกรรมที่เป็นความผิดทางวินัยจะต้องดำเนินการกระบวนการตามขั้นตอนในการสอบสวนและลงโทษทางวินัย หากผู้รับผิดชอบพบเห็นแล้วแต่ละเลยไม่ดำเนินการใดๆ ก็จะมีผลความผิดทางวินัยเสียเอง⁷⁰ การพิจารณาความผิดทางวินัยเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการที่จะพิจารณาลงมติ

ในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่นี้ หากพบความบกพร่องของผู้พิพากษา ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ให้อำนาจแก่ประธานศาลฎีกา โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการสามารถปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งได้โดยผู้พิพากษาไม่ต้องให้ความยินยอม 4 กรณี ได้แก่

กรณีแรก ตามมาตรา 15 ผู้ช่วยผู้พิพากษาที่ไม่เหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการต่อไป หรือเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษามาเกินกำหนดเวลามาแล้วถึง 1 ปี และผลการศึกษาอบรมยังไม่เป็นไปตามมาตรฐานของ ก.บ.ศ. ให้ประธานศาลฎีกาด้วยความเห็นชอบของ ก.ต. มีอำนาจสั่งให้ออกจากราชการหรือให้โอนไปเป็นข้าราชการศาลยุติธรรมก็ได้(มาตรา 15 วรรคสอง)

กรณีที่สอง ตามมาตรา 34 เป็นกรณีที่ข้าราชการตุลาการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือขาดคุณวุฒิหรือมิได้ประกอบวิชาชีพตามที่กฎหมายในการสมัครเข้ารับราชการตามกฎหมายตั้งแต่ก่อนบรรจุ ประธานศาลฎีกาด้วยความเห็นชอบของ ก.ต. สั่งให้ออกจากราชการได้

กรณีที่สาม ตามมาตรา 35 ประธานศาลฎีกาด้วยความเห็นชอบของ ก.ต. สั่งให้ออกจากราชการเพื่อรับเหตุบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทน เหตุทุพพลภาพหรือเหตุรับราชการนาน ซึ่งจะทำให้ได้เฉพาะในกรณีที่ผู้พิพากษามีมลทินมัวหมองคือกรณีที่ผู้พิพากษาถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย และได้ดำเนินการสอบสวนแล้วไม่พบว่ากระทำผิดแต่เห็นว่าผู้นั้นมีมลทินมัวหมอง หากให้รับราชการต่อไปจะเสียหายแก่ราชการ หรือบกพร่องต่อหน้าที่หรือหย่อนความสามารถหรือประพฤติดนไม่สมควรจะให้เป็นผู้พิพากษา หรือ เจ็บป่วยจนไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้โดยสม่ำเสมอถึงทุพพลภาพ หรือผู้พิพากษากลายเป็นคนไร้ความสามารถ เสมือนไร้ความสามารถ วิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบ ก.ต. หรือไปดำรงตำแหน่งตุลาการหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่น

กรณีสุดท้าย เป็นกรณีที่ผู้พิพากษากระทำผิดวินัยและเมื่อได้ดำเนินการสอบสวนแล้วตามกระบวนการแล้ว คณะกรรมการตุลาการมีมติให้ลงโทษทางวินัย ซึ่งการลงโทษไล่ออก

⁷⁰ มาตรา 67-68 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543

จากกระทำใดเฉพาะกรณี ทุจริตต่อหน้าที่ราชการ กระทำความผิดอาญาและต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ไม่ถือและปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการ และการไม่ถือและปฏิบัตินั้นเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง หรือประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง

ส่วนกรณีการปลดออกนั้น⁷¹ เป็นกรณีที่ผู้พิพากษากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง แต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะต้องถูกละออกจากราชการ หรือถึงขั้นที่จะต้องถูกละออกจากราชการ หรือถึงขั้นที่จะถูกไล่ออกแต่มีเหตุอันควรลดหย่อนโทษ หรือต้องคำพิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลายตามกฎหมายว่าด้วยการล้มละลาย

ส่วนกรณีการให้ออก⁷² เป็นกรณีที่ผู้พิพากษากระทำความผิดวินัยร้ายแรงแต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะต้องถูกปลดออก หรือถึงขั้นที่จะปลดออกแต่มีเหตุอันควรลดหย่อนโทษ ซึ่งผู้พิพากษาที่ถูกปลดออกนี้ยังไม่สิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญเสมือนว่าผู้นั้นลาออกจากราชการ

ผู้พิพากษาที่ถูกปลดออกจากตำแหน่งใน 3 กรณีแรกสามารถร้องทุกข์ต่อ ก.ต. ได้ โดยต้องร้องทุกข์ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่ง หรือรับทราบมติของ ก.ต. คำวินิจฉัยขอ ก.ต. ให้เป็นที่สุด⁷³ ส่วนผู้พิพากษาที่ถูกปลดออกโดยการลงโทษทางวินัยสามารถร้องขอต่อ ก.ต. ให้ทบทวนคำสั่งลงโทษได้ แต่จะต้องปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่าผู้ถูกลงโทษไม่ได้กระทำความผิดโดยยื่นต่อ อนุ ก.ต. ประจำชั้นศาล ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ทราบคำสั่ง โดยอนุ ก.ต. จะต้องพิจารณาคำร้องภายใน 60 วันว่าคำร้องมีเหตุผลที่ ก.ต. จะพิจารณาทบทวนหรือไม่ หากไม่ อนุ ก.ต. จะยกคำร้องคำสั่งยกคำร้องอุทธรณ์ต่อ ก.ต. ได้ และคำวินิจฉัยของ ก.ต. เป็นที่สุด⁷⁴

(2) การควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดี

ในระบบกฎหมายไทยกำหนดหน้าที่ของผู้รับผิดชอบราชการศาลให้ควบคุมการทำงานของศาลให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ซึ่งรวมถึงการดูแลให้การพิจารณาพิพากษาคดีในศาลนั้นเป็นไปโดยสงบเรียบร้อยและยุติธรรม การดูแลการพิจารณาคดีนั้นเป็นคนละเรื่องกับการบังคับบัญชาสั่งการให้ผู้พิพากษาพิพากษาในคดี เนื่องจากเป็นการต้องห้ามทั้งตามรัฐธรรมนูญ และตามกฎหมายต่างๆ แต่การ

⁷¹ มาตรา 78 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁷² มาตรา 79 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁷³ มาตรา 84 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

⁷⁴ มาตรา 83 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

ควบคุมการพิจารณาคดีนี้มุ่งที่การสอดส่องดูแลการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาในแต่ศาลให้เป็นไปโดยเรียบร้อยและยุติธรรม ซึ่งระบบการควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนี้จะไม่พบในระบบตุลาการต่างประเทศที่ให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการด้วย ซึ่งผู้รับผิดชอบราชการศาล และอธิบดีผู้พิพากษากลาแล้วแต่กรณี จะมีอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ อันได้แก่

ประการแรก อำนาจในการจ่ายสำนวนและเรียกคืนสำนวน⁷⁵ การจ่ายสำนวนในระบบกฎหมายไทยให้เป็นอำนาจดุลพินิจของผู้ที่รับผิดชอบราชการศาล ดังนั้น ผู้ที่มีอำนาจอาจใช้ดุลพินิจในการเลือกจ่ายสำนวนหรือกำหนดวิธีการจ่ายสำนวนที่ตนเองเห็นว่าจะเกิดความเป็นธรรมต่อคู่ความในคดีได้มากที่สุด ซึ่งผู้พิพากษาระดับสูงท่านหนึ่งเคยระบุว่าเคยใช้อำนาจในการจ่ายสำนวนเพื่อควบคุมการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา เนื่องจากผู้พิพากษามีอคติกับคดีบางประเภท⁷⁶ นอกจากนี้ แม้จะได้มีการจ่ายสำนวนไปให้กับองค์คณะผู้พิพากษาแล้วก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายไทยก็ยังได้เปิดช่องให้ผู้รับผิดชอบราชการศาลสามารถเรียกคืนสำนวนจากองค์คณะผู้พิพากษาได้ หากเห็นว่ามีการกระทำความผิดต่อความยุติธรรมในการพิจารณาหรือพิพากษารรคดีของศาลนั้น

ประการที่สอง อำนาจในการเข้าร่วมการพิจารณาพิพากษาคดีได้ก็ในศาลที่อยู่ในเขตอำนาจของตน⁷⁷ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านระบบการจ่ายสำนวน โดยหลักการแล้ว ผู้พิพากษาจะมีอำนาจเข้าร่วมการพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งได้จะต้องเป็นผู้พิพากษาที่ได้รับการจ่ายสำนวนจากผู้รับผิดชอบเสียก่อน แต่ในระบบศาลยุติธรรมมีข้อยกเว้นสำหรับผู้พิพากษาในบางตำแหน่ง เช่น ตำแหน่งผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือตำแหน่งอธิบดีผู้พิพากษากลา เมื่อผู้พิพากษาในตำแหน่งเหล่านั้นเห็นสมควรก็สามารถเข้าร่วมร่วมนั่งพิจารณาคดีได้เสมอโดยไม่ต้องจ่ายสำนวนคดีระบุตนเป็นองค์คณะ⁷⁸ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวนี้ แต่เดิมจะกำหนดจำกัดไว้เฉพาะคดีบางประเภท เช่น คดีที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ คดีที่เป็นที่สนใจของประชาชน คดีที่เป็นความผิดอาญาร้ายแรง คดีที่มีทุนทรัพย์สูง คดีละเมิดอำนาจศาล แต่การแก้ไขพระธรรมนูญศาลยุติธรรมในปี พ.ศ. 2551 ได้ยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าว ทำให้ปัจจุบันผู้ที่มีตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดสามารถเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้ทุกประเภท

⁷⁵ มาตรา 32 และมาตรา 33 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

⁷⁶ สุรัช รัตนอุดม, “ความพอเหมาะพอดีในหน้าที่ผู้พิพากษา,” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, น.104 – 105.

⁷⁷ มาตรา 11 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

⁷⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.151.

ประการที่สาม อำนาจในการตรวจสอบสำนวนคดี⁷⁹

และประการที่สี่ อำนาจในการทำความเข้าใจเห็นแย้ง เมื่อได้ตรวจสอบสำนวนคดีแล้วสามารถทำความเข้าใจเห็นแย้งแนบไว้ในสำนวนได้

5.1.4.2 ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในศาลปกครอง

ระบบการควบคุมตุลาการในศาลปกครองอาจแบ่งได้เป็น 2 ระบบ เช่นเดียวกับศาลยุติธรรมได้แก่ (1) การควบคุมความประพฤติ และ (2) การควบคุมการพิจารณาคดี

(1) ระบบการควบคุมทั่วไป

การควบคุมทั่วไปสำหรับศาลปกครองสูงสุดเป็นอำนาจหน้าที่ของประธานศาลปกครองสูงสุด⁸⁰ ส่วนในศาลปกครองชั้นต้นเป็นอำนาจหน้าที่ของอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น⁸¹ ที่จะต้องรับผิดชอบให้งานของศาลปกครองเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดย ก.ศป. ได้ตราระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของประธานศาลปกครองสูงสุด อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และการบริหารงานศาลปกครอง พ.ศ. 2544 กำหนดให้อำนาจแก่ประธานศาลปกครองสูงสุด และอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นในการควบคุมดูแลการดำเนินงานทั่วไปโดยมีอำนาจในการสอดส่องดูแลและระมัดระวังการปฏิบัติงานของศาลในการใช้ระเบียบและวิธีการต่างๆ ที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมายหรือโดยประการอื่นให้เป็นไปโดยถูกต้อง อีกทั้งยังมีอำนาจในการให้คำแนะนำแก่ตุลาการศาลปกครองในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย⁸²

หากพบความบกพร่องของตุลาการศาลปกครองคนใด พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อนุญาตให้ก.ศป. ลงมติปลดให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่งได้หากได้ตั้งคณะกรรมการสอบสวนอันประกอบไปด้วยตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นสี่คน และกรรมการข้าราชการพลเรือนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนซึ่งได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนจำนวน 1 คนเป็นกรรมการสอบสวนแล้ว เว้นแต่กรณีได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก โดยแยกออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

⁷⁹ ประเด็นนี้จะอภิปรายโดยละเอียดในบทที่ 7 ในเรื่องการจ่ายสำนวน

⁸⁰ มาตรา 28 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸¹ ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของประธานศาลปกครองสูงสุด อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และการบริหารงานศาลปกครอง พ.ศ. 2544

⁸² ข้อ 6(5)(6) และ ข้อ 7(4)(5) ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของประธานศาลปกครองสูงสุด อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และการบริหารงานศาลปกครอง พ.ศ. 2544

กรณีแรก ให้ออกจากราชการโดยยังได้รับบำนาญ ได้ในกรณีดังต่อไปนี้⁸³

-ปฏิบัติหน้าที่บกพร่องอย่างร้ายแรงหรือประพฤติดนไม่สมควรตามที่กำหนด
ในวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครอง

-หย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือเจ็บป่วยไม่อาจ
ปฏิบัติหน้าที่ราชการได้โดยสม่ำเสมอแต่ไม่ถึงเหตุพทุพลภาพ

-ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดอันได้กระทำโดย
ประมาทหรือความผิดลหุโทษ

-ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกำหนด

-เป็นบุคคลล้มละลาย

-เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ วิกลจริต หรือจิตฟั่น
เฟือนไม่สมประกอบ

-เป็นโรคหรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นตุลาการศาลปกครองตามที่
ระบุไว้ในประกาศที่ ก.ศป. กำหนดโดยได้รับความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง
สูงสุด

กรณีที่สอง ไล่ออกจากตำแหน่งได้ หากพบว่าทุจริตต่อหน้าที่ราชการ กระทำ
ผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามที่กำหนดในวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครอง หรือได้รับโทษจำคุกโดยคำ
พิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ⁸⁴

(2) การควบคุมการพิจารณาคดี

ในศาลปกครองไม่เหมือนของระบบศาลยุติธรรม ไม่ได้อนุญาตให้ประธาน
ศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นนั่งพิจารณาคดีหรือประชุมลงมติพิพากษาหรือมีคำสั่ง
หรือลงลายมือชื่อในคำพิพากษาหรือคำสั่งแทนหรือร่วมกับองค์คณะได้โดยไม่ต้องผ่านระบบการจ่าย
สำนวน เว้นแต่เหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันอันมิอาจกล่าวล่วงได้ อันหมายถึงกรณีที่ตุลาการศาล
ปกครองซึ่งเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นพ้นจากตำแหน่งที่ดำรงอยู่ ถูกพักราชการ ได้รับการ
แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น เจ็บป่วย ถูกคัดค้านและถอนตัวไปหรือได้รับคำสั่งให้งดการปฏิบัติหน้าที่ในคดี
นั้น หรือไม่อาจปฏิบัติราชการจนไม่สามารถนั่งพิจารณาหรือทำคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีนั้นได้ และ

⁸³ มาตรา 22 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

⁸⁴ มาตรา 23 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กรณีตุลาการศาลปกครองในองค์คณะมีความเห็นแย้งจนหาเสียงข้างมากมิได้ด้วย⁸⁵ หรือเป็นคดีที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ⁸⁶

นอกจากนี้ ตุลาการที่เป็นหัวหน้าศาลยังมีอำนาจในการควบคุมอยู่หลายกรณี เช่น การเรียกคืนสำนวนเมื่อปรากฏเหตุใดๆ อันเป็นกรณีที่จะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจเรียกคืนสำนวนหรือโอนสำนวนคดีได้⁸⁷ หรือการตรวจสอบสำนวนโดยโดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 28 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุดและอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นต้องรับผิดชอบงานของศาลปกครองให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย

5.1.4.3 ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลทหาร

ในระบบศาลทหารที่ไม่ได้มีการจัดระบบการควบคุมตุลาการศาลทหารไว้แยกต่างหากจากการควบคุมข้าราชการทหารอื่นๆ มีแต่เพียงการกำหนดให้การออกคำสั่งลงโทษทางวินัยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะตุลาการทหารเท่านั้น

⁸⁵ ข้อ 7 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครองและการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

⁸⁶ ข้อ 6(2) สำหรับประธานศาลปกครองสูงสุด และข้อ 7(2) สำหรับอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของประธานศาลปกครองสูงสุด อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และการบริหารงานศาลปกครอง พ.ศ. 2544

⁸⁷ ข้อ 9 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครองและการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

5.2 การจัดระเบียบผู้พิพากษาแบบตุลาการอาชีพ

ระบบตุลาการอาชีพมีลักษณะที่สำคัญสี่ประการ⁸⁸ ได้แก่ ประการแรก ระบบตุลาการอาชีพจะคัดเลือกผู้พิพากษาจากผู้ที่เป็นสำเร็จการศึกษาหรือมีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายน้อยหรือไม่มีเลย ประการที่สอง ระบบตุลาการอาชีพจะมีการกำหนดระดับขั้นของตำแหน่งผู้พิพากษาและมีการจัดระบบการไต่เต้าจากตำแหน่งระดับล่างขึ้นไปสู่ตำแหน่งระดับสูงตามลำดับ ประการที่สาม ตำแหน่งผู้พิพากษามีลักษณะทั่วไปคือสามารถพิจารณาคดีได้ทุกประเภทและสามารถถูกโยกย้ายไปตามที่ตั้งศาลต่างๆ และประการสุดท้าย ระบบตุลาการอาชีพจะมีระบบการควบคุมระหว่างผู้พิพากษารับผิดชอบกันเอง โดยผู้พิพากษาระดับสูงที่มีประสบการณ์มากกว่ามักจะเป็นผู้มีอำนาจควบคุม ระบบตุลาการอาชีพนี้มีข้อดีในแง่ของการควบคุมตรวจสอบผู้พิพากษาที่อาจป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้พิพากษาหรือการประพฤติตนที่ไม่เหมาะสมต่างๆ ของผู้พิพากษาได้ แต่ระบบดังกล่าวนี้จะมีข้อบกพร่องที่สำคัญสองประการ ได้แก่ ประการแรก ความไม่เป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการ กล่าวคือระบบตุลาการอาชีพจะมีระบบการควบคุมกันเองภายในฝ่ายตุลาการซึ่งหากมีการควบคุมที่มากเกินไปจะทำให้ผู้พิพากษาระดับล่างมีความเป็นอิสระน้อยหรือไม่มีเลย ประการที่สอง ปัญหาผู้พิพากษาจะตัดขาดจากสังคมและมีแนวโน้มที่จะแนวความคิดหรืออุดมการณ์แบบอนุรักษ์นิยม หรือที่มักเรียกว่าเป็นปัญหาที่เกิดจากระบบปิดที่ความคิดเห็น ทศนคติหรือมุมมองจากองค์กรภายนอกไม่มีผลกระทบใดๆ ต่อฝ่ายตุลาการ อันเกิดจากการที่ผู้พิพากษาในระบบนี้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่อายุยังไม่มากและค่อยซึมซับวัฒนธรรมองค์กร ตลอดจนวิธีคิดแนวความคิดจะยึดติดกับมุมมองแบบผู้พิพากษาทำให้มุมมองของตัวผู้พิพากษาไม่มีความหลากหลายตามความหลากหลายของคนในสังคม และผู้พิพากษาระดับสูงจะมีอิทธิพลต่อแนวคิดและมุมมองของผู้พิพากษาระดับล่างมาก ในการจัดระเบียบในระบบนี้จึงต้องจัดให้มีกลไกต่างๆ ที่รักษาจุดแข็งของระบบในขณะที่เดียวกันก็แก้ไขจุดบกพร่องของระบบได้ด้วย ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงการจัดกลไกดังกล่าวโดยศึกษาจาก 2 ประเทศสำคัญที่ใช้การจัดระเบียบเช่นนี้ ได้แก่ เยอรมนีและฝรั่งเศสโดยแยกพิจารณาเฉพาะเรื่อง

⁸⁸ Nicholas L. Georgakopoulos, “Discretion of career and recognition judiciary,” Roundtable 7, p.209 (2000), Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli and Cheryl A. Thomas, the Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy, English Ed. C. A. Thomas (New York: Oxford University Press, 2003); John Bell, Judiciaries within Europe: A Comparative Review (New York: Cambridge University Press, 2006).

สำคัญ ดังนี้ (5.2.1) การคัดเลือกผู้พิพากษา (5.2.2) การเลื่อนตำแหน่ง (5.2.3) การกำหนดค่าตอบแทน และ (5.2.4) การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา

5.2.1 การคัดเลือกผู้พิพากษา

5.2.1.1 ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาในเยอรมนี

การคัดเลือกผู้พิพากษาแบ่งออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ (1) การคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไป และ (2) การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิ

(1) การคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไป

ในประเทศเยอรมนีแม้จะเป็นสหพันธรัฐหรือรัฐรวม แต่ระบบตุลาการของมลรัฐกับสหพันธ์ไม่ได้แยกจากกันเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลระดับมลรัฐจะมี 2 ลำดับชั้นคือศาลชั้นต้นมลรัฐและศาลสูงหรือศาลอุทธรณ์มลรัฐ ส่วนศาลในระดับสหพันธ์จะทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของประเทศ การคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไปของเยอรมนีจึงเริ่มที่การคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลระดับมลรัฐ การคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลระดับมลรัฐเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารของแต่ละมลรัฐภายใต้รัฐบัญญัติว่าด้วยผู้พิพากษาสหพันธ์(*Deutsches Richtergesetz*; DRiG) ซึ่งจะกำหนดมาตรฐานกลางในที่เกี่ยวข้องกับการบริหารผู้พิพากษา แต่อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้แต่ละมลรัฐสามารถตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมได้จึงทำให้การคัดเลือกดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันไปบ้าง แต่ยังคงศึกษาในภาพรวมด้วยกันได้

รัฐบัญญัติว่าด้วยผู้พิพากษาสหพันธ์(DRiG) กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาว່จะต้องมีสัญชาติเยอรมัน เป็นผู้ที่มีชื่อในเสรีนิยมประชาธิปไตยตามความหมายในกฎหมายพื้นฐาน(*Grundgesetz*) มีทักษะทางสังคมที่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง และที่สำคัญที่สุด คือจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษา(*Befähigung zum Richteramt*) ซึ่งตามรัฐบัญญัติว่าด้วยผู้พิพากษาสหพันธ์ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผู้ที่สอบผ่านในการทดสอบแห่งรัฐทั้ง 2 ครั้ง หรือศาสตราจารย์ทางกฎหมายในมหาวิทยาลัย⁸⁹ การที่ผู้พิพากษาในเยอรมนีจะต้องสอบผ่านการทดสอบแห่งรัฐทำให้ในวงวิชาการไทยมักจะเข้าใจกันว่าการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลล่างหรือศาลระดับมลรัฐของเยอรมนีใช้ระบบการสอบแข่งขัน(Competitive Examination) ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ต้องตรงกับข้อเท็จจริงเท่าใดนัก เนื่องจากการสอบแข่งขันเป็นเพียงการสอบเพื่อให้ได้มาซึ่งคุณสมบัติที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการเป็นผู้พิพากษาด้วย ดังนั้นระบบการสอบดังกล่าวจึง

⁸⁹ มาตรา 5 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

สามารถแยกต่างหากจากกระบวนการคัดเลือกและแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษา ไม่ใช่เมื่อสอบผ่านแล้วจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาทันทีและทุกคน ผู้ที่สอบผ่านและประสงค์จะเป็นผู้พิพากษาจะต้องผ่านกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาอีกครั้งเสียก่อน

กระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษามลรัฐอยู่ภายใต้อำนาจของแต่ละมลรัฐ ซึ่งกฎหมายพื้นฐานและกฎหมายผู้พิพากษาสหพันธ์อนุญาตให้มลรัฐสามารถตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมจากกฎหมายของสหพันธ์ได้ ทำให้ผู้มีอำนาจคัดเลือกและกระบวนการคัดเลือกในแต่ละมลรัฐจึงมีความแตกต่างกัน โดยผู้มีอำนาจคัดเลือก ในบางมลรัฐให้เป็นอำนาจโดยตรงของรัฐมนตรีกระทรวงที่รับผิดชอบกิจการของศาลนั้นอยู่ซึ่งต้องตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เช่น ในนอร์ธไรน์-เวสฟาเลีย ไนน์แลนด์-ปาลาติเนต หรือซาร์แลนด์ แต่ในบางมลรัฐ รัฐมนตรีได้มอบอำนาจในการแต่งตั้งและเลื่อนตำแหน่งให้กับประธานศาลสูงมลรัฐ⁹⁰ แต่ในบางมลรัฐได้ก่อตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา (*Richterwahlausschüsse*) มาร่วมในกระบวนการคัดเลือกกับฝ่ายบริหาร และในอีกหลายมลรัฐที่ไม่มีการก่อตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา กระทรวงยุติธรรมก็มักจะแต่งตั้งคณะทำงานพิจารณาผู้สมัคร (*Recruitment Commission*) ที่ประกอบไปด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงในกระทรวงยุติธรรมและประธานศาลหรือผู้พิพากษาให้ทำหน้าที่พิจารณาความเหมาะสมของผู้สมัคร⁹¹

แม้ผู้มีอำนาจในการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาจะแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ แต่โดยทั่วไปแล้วขั้นตอนการคัดเลือกยังคงมีความใกล้เคียงกัน โดยกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาจะเริ่มต้นเมื่อมีการประกาศรับสมัครผู้พิพากษาซึ่งจะประกาศโดยกระทรวงที่รับผิดชอบการศาลนั้น กระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาจะแตกต่างจากกระบวนการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานในหน่วยงานของมลรัฐต่างๆ ในเยอรมนีที่มักจะเปิดรับสมัครตลอดทั้งปี เมื่อมีตำแหน่งว่าง ผู้ที่มีอำนาจก็จะดำเนินกระบวนการคัดเลือกจากใบสมัครของผู้สมัครที่ได้ยื่นไว้แล้วและแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ได้เลย แต่สำหรับตำแหน่งผู้พิพากษา กระบวนการคัดเลือกจะเริ่มโดยการประกาศรับสมัครสาธารณะ (*Ausschreibung*)

⁹⁰ Anja seibert-Forh, “Judicial Independence in Germany,” in *Judicial Independence in Transition*, ed. Anja serbert-Forh (Heidelberg: Springer, 2012), p.466.

⁹¹ Johannes Riedel, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Germany”, in *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*, ed. Giuseppe Di Federico, (Bologna: Institute on Judicial System-National Research Council, 2005), p.80.

เพื่อประกันว่าผู้สมัครจะได้รับโอกาสที่เท่าเทียมและเพื่อให้ได้มีตัวเลือกที่เหมาะสมกับตำแหน่งมากที่สุดเท่าที่จะทำได้⁹² โดยผู้ที่ประสงค์จะต้องยื่นใบสมัคร หน่วยงานที่รับผิดชอบการคัดเลือกโดยจะรวบรวมข้อมูลต่างๆ ผู้สมัครและส่งให้ผู้มีอำนาจพิจารณา ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับผู้สมัครอันได้แก่ ใบสมัคร ผลการทดสอบแห่งรัฐครั้งที่สอง ผลการประเมินการปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างที่เป็นนักศึกษาฝึกงาน(*Referendar*) และนอกจากการพิจารณาจากเอกสารแล้วจะมีการเรียกผู้สมัครมาทำการสัมภาษณ์ โดยผู้สัมภาษณ์อาจจะเป็นเจ้าหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมหรือประธานศาลสูงมลรัฐหรือหัวหน้าสำนักงานบุคคลของศาล (*The Court's Head of the Personal department*) ก็ได้ นอกจากนี้ ในบางศาลของมลรัฐ *Nordrhein-Westfalen* จัดให้มีการทดสอบการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งผู้พิพากษา(*Role Play*) หรือให้ทดสอบการจัดการกับเอกสารชนิดต่างๆ (*Working Test*) โดยให้เอกสารหลายประเภทที่แตกต่างกัน และให้ผู้สมัครพิจารณาและออกคำสั่งว่าจะส่งอย่างไร เป็นต้น⁹³

ในการประเมินความสามารถในการทำงาน จะพิจารณาจากทักษะในการใช้กฎหมายและนิติวิธี ความเป็นกลาง และความสามารถในการควบคุมและกำกับกับการพิจารณาคดีในศาล นอกจากนี้ ยังพิจารณาในความสามารถส่วนตัว เช่น ความสามารถในการตัดสินใจ การใช้อำนาจ การควบคุมตนเอง ความรับผิดชอบ และความสามารถในการรับมือกับภาระงาน และความสามารถอื่นๆ เช่น การสื่อสาร การจัดการกับความขัดแย้ง และการทำงานร่วมกับผู้อื่น ดังนั้น แม้ในการคัดเลือกนี้จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง แต่การพิจารณาคัดเลือกโดยเหตุผลทางการเมืองไม่ได้เป็นสาระสำคัญของการคัดเลือก⁹⁴ นอกจากนี้ การคัดเลือกผู้พิพากษาดังกล่าวยังอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคในการเข้าร่วมการบริการสาธารณะตามมาตรา 33(2) ในกฎหมายพื้นฐานซึ่งมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐเยอรมนีที่จะต้องคัดเลือกบุคคลตามทัศนคติ คุณสมบัติและความสำเร็จในทางวิชาชีพ และการคัดเลือกจึงต้องไม่เป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้นผู้มีอำนาจคัดเลือกจึงมีความรับผิดชอบที่จะต้องคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติดีที่สุดสำหรับตำแหน่งนั้น ในบางรัฐกำหนดเกณฑ์ในการสมัครให้สูงขึ้น เช่น จะต้องแต่งตั้งผู้พิพากษาจากผู้ที่ได้รับการผลการสอบในระดับดีในการสอบครั้งที่สอง เป็นต้น

ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาทดลองปฏิบัติหน้าที่ (*Richter Auf Probe*) เป็นระยะเวลาอย่างน้อย 3 ปีแต่ไม่เกิน 5 ปี⁹⁵ หากผลการปฏิบัติหน้าที่เป็นที่น่า

⁹² Johannes Riedel, *supra* note 91, p.77.

⁹³ *Ibid.*, p.82 – 83.

⁹⁴ Anja seibert-Forch, *supra* note 90, p.468.

⁹⁵ มาตรา 12 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

พอใจก็จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาเต็มตัว ซึ่งผู้พิพากษาในสถานะดังกล่าวนี้จะไม่ได้รับการคุ้มครองความเป็นอิสระเต็มตัวจนกว่าจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาเต็มตัว โดยรัฐบัญญัติผู้พิพากษาสหพันธ์(DRiG) อนุญาตให้ปลดผู้พิพากษาทดลองปฏิบัติหน้าที่นี้ได้ภายในช่วง 2 ปีแรก โดยพิจารณาเป็นคราวๆ ไป เมื่อสิ้นสุดระยะเวลา 6 เดือน 12 เดือน 18 เดือน และ 24 เดือน แต่หากจะปลดออกในช่วงปีที่ 3 หรือ 4 จะต้องมิเหตุผลว่าบุคคลนั้นไม่เหมาะสมกับตำแหน่งผู้พิพากษา หรือ คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาปฏิเสธที่จะแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาเต็มตัว⁹⁶ ซึ่งการปลดผู้พิพากษาทดลองปฏิบัติงานจะอยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของศาลวินัยผู้พิพากษา⁹⁷

การแต่งตั้งผู้พิพากษาครั้งแรกในช่วงทดลองปฏิบัติหน้าที่นั้นก็มีความแตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ เช่น ในเบอร์ลิน(Berlin) จะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในศาลจังหวัด(Landgericht) แต่ในมลรัฐอื่นๆ มักจะให้เริ่มต้นที่ศาลท้องถิ่นหรือศาลแขวง(Amtsgericht) แต่ในบาวาเรียจะแต่งตั้งให้เริ่มต้นที่สำนักงานอัยการและจากนั้นจึงย้ายให้ไปปฏิบัติหน้าที่ในกระทรวงโดยใช้เวลาในแต่ละที่ประมาณ 1-3 ปี เพื่อต้องการให้มุมมองเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางกฎหมายที่กว้างขวาง แต่ถูกนักกฎหมายวิจารณ์ว่าผู้พิพากษาใหม่ใช้เวลาในสำนักงานอัยการนานเกินไปจนผู้พิพากษามีแนวโน้มที่จะกลายเป็นพวกอำนาจนิยม(Authoritarian)⁹⁸

แม้ผู้มีอำนาจในการคัดเลือกจากฝ่ายการเมือง กล่าวคือรัฐมนตรีกระทรวงที่รับผิดชอบการศาลนั้น แต่ในหลายมลรัฐจึงได้ใช้วิธีการถ่วงดุลอำนาจโดยการก่อตั้งคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการ(Richtersanwarlschusse) ซึ่งเป็นองค์กรผสมที่มีองค์กรประกอบของทั้งฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่น⁹⁹ แต่จำกัดบทบาทขององค์กรนี้ไว้เพียงองค์กรให้คำปรึกษาเท่านั้น อำนาจในการแต่งตั้งที่แท้จริงยังคงเป็นของฝ่ายบริหารเพื่อไม่ให้ขัดกับหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ไม่อนุญาตให้ฝ่ายตุลาการคัดเลือกบุคลากรของตนเอง (Co-optation) แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้ว ฝ่ายบริหารก็มักจะแต่งตั้งตามที่คณะกรรมการคัดเลือกแนะนำมา

⁹⁶ มาตรา 22(1)(2) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

⁹⁷ มาตรา 62(1)4c, 78(1)4c รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG)

⁹⁸ David S. Clark, "The Selection and Accountability of Judges in West Germany: Implementation of a *Rechtsstaat*," *Southern California Law Review* 61, p.1819 (1988).

⁹⁹ *Ibid.*

นอกจากนี้แล้ว การออกคำสั่งต่างๆ ในการคัดเลือกผู้พิพากษาจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการตามที่ได้รับการรับรองไว้โดยกฎหมายพื้นฐานมาตรา 33 (สิทธิในบริการสาธารณะ) ผู้มีอำนาจมีหน้าที่ที่จะต้องคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติที่ดีที่สุดเข้าดำรงตำแหน่งที่ว่าง และผู้สมัครมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม เสมอภาคในการกระบวนการคัดเลือก และสิทธิที่จะได้รับแจ้งผลการคัดเลือก ซึ่งการดำเนินการร้องขอให้ศาลตรวจสอบนั้นสามารถทำได้ แม้กระบวนการแต่งตั้งจะยังไม่สิ้นสุดลง หรือก่อนจะมีคำสั่งแต่งตั้ง เนื่องจากหากมีการแต่งตั้งแล้ว กระบวนการคัดเลือกย่อมสิ้นสุดลง การเยียวยาที่ศาลจะสั่งให้ได้คือการเยียวยาด้วยเงิน หรืออาจจะให้เปิดกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาขึ้นใหม่ ไม่ใช่การแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้พิพากษา¹⁰⁰ แต่อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาตรวจสอบของศาล ศาลยอมรับฝ่ายบริหารมีดุลพินิจในการคัดเลือกบุคคล แต่หากเป็นกรณีกระบวนการคัดเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การฝ่าฝืนหลักความเสมอภาคในการเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะกับรัฐ เช่นนี้ ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้¹⁰¹

(2) การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิ

นอกจากกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไปแล้ว ในเยอรมนียังมีการเปิดช่องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาได้ทุกตำแหน่งโดยการประกาศรับสมัครผู้พิพากษาในทุกลำดับชั้น ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นระบบการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาโดยผู้ทรงคุณวุฒินี้หมายถึงผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาในระดับหนึ่งแล้ว

การเข้าสู่ตำแหน่งของผู้ทรงคุณวุฒิในเยอรมนีอาจแบ่งได้เป็น 2 ช่องทาง ช่องทางแรก คือ ช่องทางเดียวกับการคัดเลือกปกติทั่วไป ผู้มีประสบการณ์ทางวิชาชีพกฎหมายอื่นก็มีสิทธิยื่นสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาเหมือนกับผู้ที่เพิ่งสอบผ่านการทดสอบระดับรัฐครั้งที่สอง ส่วนช่องทางที่สอง คือ การเข้าดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในบางช่วงเวลา(Part-Time Judge) ซึ่งกฎหมายได้เปิดช่องให้แต่งตั้งผู้ที่มีประสบการณ์ทางกฎหมายอื่นๆ เข้าสู่ตำแหน่งได้ เช่น ตามรัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา(DRiG) มาตรา 14 อนุญาตให้แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาได้ ซึ่งเรียกว่า ผู้พิพากษาที่มาจากการแต่งตั้ง(Commissioned Judge) นอกจากนี้ กฎหมายจัดตั้งศาลบางแห่ง เช่น ศาลปกครอง ก็ได้เปิดช่องให้สามารถแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมายมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในช่วงระยะเวลาหนึ่งได้(Part-time Judge) เช่น ผู้พิพากษารับเชิญ(Nebenamtliche Richter) ตามมาตรา 16 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung; VwGO) ซึ่งเปิด

¹⁰⁰ Johannes Riedel, *supra* note 91, p.84.

¹⁰¹ *Ibid.*, p.71.

ช่องให้ศาลปกครองชั้นสูงหรือศาลปกครองชั้นต้นอาจแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ได้รับแต่งตั้งตลอดชีวิต (Life Tenure Judge) จากศาลอื่น หรือศาสตราจารย์ที่สอนวิชากฎหมายในมหาวิทยาลัยเป็นผู้พิพากษารับเชิญ ในช่วงระยะเวลาหนึ่งแต่ไม่น้อยกว่า 2 ปี ซึ่งเมื่อครบวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว ก็สามารถกลับไปปฏิบัติหน้าที่เดิมของตนได้หรืออาจจะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตลอดอายุราชการที่เหลืออยู่ของผู้นั้นก็ได้ แต่ผู้พิพากษารับเชิญจะมีข้อจำกัดในการปฏิบัติหน้าที่อยู่บ้าง เช่น จะเป็นประธานขององค์คณะไม่ได้ และในแต่ละองค์คณะจะมีผู้พิพากษาประเภทนี้มากกว่าหนึ่งคนไม่ได้ เป็นต้น ซึ่งกลุ่มที่ได้รับประโยชน์จากระบบเช่นนี้ที่สุดคือศาสตราจารย์กฎหมายในมหาวิทยาลัย ที่สามารถเก็บรักษาตำแหน่งของตนไว้ได้และยังสามารถเข้ารับตำแหน่งผู้พิพากษาได้สูงสุดถึงหนึ่งในสามของอายุการทำงานก่อนเกษียณอายุ และกลุ่มคนเหล่านี้มักจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในศาลสูงเลย¹⁰² โดยช่องทางนี้ได้รับความนิยมมากกว่าช่องทางแรก

การที่ในเยอรมนีอนุญาตให้นักกฎหมายที่ประกอบอาชีพอื่นสามารถเข้ารับตำแหน่งผู้พิพากษาได้เนื่องจาก “ระบบนักกฎหมายมาตรฐาน” (Volljurist) ของเยอรมนีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทุกประเภทจะต้องสอบผ่านการวัดคุณสมบัติแบบเดียวกัน อันทำให้ผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นๆ เช่น ทนายความหรือพนักงานอัยการต่างก็มีคุณสมบัติในการเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาด้วย ระบบดังกล่าวนี้จะอำนวยความสะดวกในการโยกย้ายระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วยกัน เช่น การทนายความหรือพนักงานอัยการมาเป็นผู้พิพากษาจะไม่มี ความแตกต่างกันในแง่ความรู้ความสามารถในทางกฎหมายมากนัก

นอกจากนี้ ในเยอรมนียังได้พยายามส่งเสริมผู้มีประสบการณ์เข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาได้โดยอนุญาตให้ผู้ที่มีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพอื่นนำประสบการณ์นั้นมาพิจารณาเพื่อกำหนดเป็นขั้นเงินเดือนที่สูงกว่าผู้พิพากษาที่ไต่เต้ามาตามลำดับด้วย เช่น ผู้พิพากษาทั่วไปจะเริ่มขั้นเงินเดือนที่ ขั้น 1 ขั้น 1 แต่หากเทียบประสบการณ์แล้วอาจได้รับที่ขั้น 1 ขั้น 5 หรือขั้นที่ 6 ก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ซึ่งระบบดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อจูงใจผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นให้เข้ามาในระบบตุลาการ แต่การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิให้เป็นผู้พิพากษาก็ยังคงมีข้อจำกัดอย่างมากและมีข้อบกพร่องหลายประการที่ทำให้ไม่ได้รับความนิยมมากนัก เช่น ผู้พิพากษาที่เข้าสู่ตำแหน่งในช่องทางนี้จะไม่ได้รับการเลื่อนขั้นได้รวดเร็วนักเมื่อเทียบกับผู้ที่เข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาโดยตรง หากพิจารณาในแง่ของงบประมาณแล้ว การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งย่อมเป็นผู้ที่มีอายุมากแล้วเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาย่อมมีต้นทุนที่สูงกว่าการแต่งตั้งผู้พิพากษาที่เพิ่งสำเร็จการศึกษา นอกจากนี้ ยังอาจสร้างความไม่พอใจแก่ผู้

¹⁰² Ibid

พิพากษาบางกลุ่ม ถ้ามีการแต่งตั้งผู้ที่มีประสบการณ์น้อยกว่าเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาและได้รับการเลื่อนตำแหน่งเหนือผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่แล้วกลุ่มนั้น¹⁰³ นอกจากนี้ในหลายๆ มลรัฐกำหนดอายุขั้นสูงสำหรับผู้สมัครไว้ และผู้มีอำนาจคัดเลือกมักจะเลือกจากผู้ที่เพิ่งสอบผ่านการทดสอบระดับมลรัฐครั้งที่สองที่มีผลสอบในระดับดีมากมากกว่าจะเลือกจากทนายความผู้ที่มีประสบการณ์ อันนำมาซึ่งการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าควรจะต้องเปิดโอกาสให้ทนายความที่มีประสบการณ์สูงเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาได้ ซึ่งในหลายๆ มลรัฐพยายามเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์การคัดเลือกเพื่อเปิดช่องให้ผู้มีประสบการณ์ในวิชาชีพกฎหมายอื่นเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาได้ และพยายามสร้างระบบการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อจูงใจ แต่ก็ยังคงไม่มากพอที่จะจูงใจทนายความที่มีประสบการณ์สูงให้เข้าสู่ตำแหน่งได้¹⁰⁴

5.2.1.2 ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในฝรั่งเศส

ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในฝรั่งเศสใช้ระบบการคัดเลือกแบบคู่ขนานเช่นเดียวกับในเยอรมนี โดยแยกออกเป็น 2 ระบบเช่นกัน ได้แก่ (1) ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไป และ (2) ระบบการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิ

(1) ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไป

การคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมทั่วไปของฝรั่งเศสจะใช้การคัดเลือกผ่านวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติ (*Ecole nationale de la magistrature* ; ENM) โดยจะแต่งตั้งผู้พิพากษาจากผู้สำเร็จการฝึกอบรมจากวิทยาลัยแห่งนี้ ซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการที่แตกต่างไปจากระบบคัดเลือกในเยอรมัน

วิทยาลัยตุลาการแห่งชาติมีสถานะเป็นองค์การมหาชน (*établissement Public*) ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงยุติธรรม โดยวิทยาลัยดังกล่าวจะมีผู้อำนวยการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐบาลที่มักจะแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือสมาชิกของฝ่ายตุลาการมาดำรงตำแหน่ง¹⁰⁵ ทำหน้าที่บริหารจัดการ วิทยาลัยแห่งนี้ทำหน้าที่ในการฝึกอบรมผู้ที่เข้าไปเป็นผู้พิพากษา และทำหน้าที่อบรมผู้

¹⁰³ John Bell, *supra* note 88, p.118.

¹⁰⁴ Anja seibert-Forh, *supra* note 90, p.465-466.

¹⁰⁵ Roger Errera, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in French,” in *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*, ed. Giuseppe Di Federico, (Bologna: Institute on Judicial System-National Research Council, 2005), p.51.

พิพาท¹⁰⁶ รูปแบบการคัดเลือกผ่านวิทยาลัยตุลาการได้ถูกนำไปใช้ในหลายประเทศ เช่น สเปน โปรตุเกส และญี่ปุ่น การคัดเลือกผ่านวิทยาลัยตุลาการแบ่งออกเป็น 3 ประเภท (ก) การสอบแข่งขันปกติ (ข) การสอบแข่งขันพิเศษ และ (ค) การแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาฝึกหัดโดยตรง

ก. การสอบแข่งขันทั่วไป

การสอบแข่งขันทั่วไป คือการคัดเลือกที่ผู้สอบผ่านจะเข้ารับการอบรมในวิทยาลัยตุลาการในตำแหน่งผู้พิพากษาฝึกหัด ตามระบบปกติ โดยผู้สมัครจะต้องเป็นพลเมืองฝรั่งเศส มีสิทธิพลเมืองและมีบุคลิกภาพที่ดี การสอบแข่งขันนี้จะแบ่งเป็น 3 ประเภท¹⁰⁷ ตามคุณสมบัติของผู้สมัครที่แตกต่างกัน อันได้แก่

ประเภทแรก สำหรับผู้ที่สำเร็จการศึกษาระดับมหาวิทยาลัย โดยในประเภทนี้ผู้สมัครจะต้องสำเร็จการศึกษาในระดับมหาวิทยาลัย 4 ปี ในสาขาวิชาใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นนิติศาสตร์บัณฑิตเท่านั้น และมีสัญชาติฝรั่งเศส มีสิทธิของพลเมือง มีคุณธรรม สภาพร่างกายเหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่ และจะต้องมีอายุไม่เกิน 31 ปี

ประเภทที่สอง สำหรับผู้ที่เป็นข้าราชการไม่ว่าจะเป็นข้าราชการพลเรือน หรือข้าราชการทหารก็ได้ แต่ต้องปฏิบัติหน้าที่มาแล้วอย่างน้อย 4 ปี และมีคุณสมบัติเช่นเดียวกับประเภทแรก เว้นแต่เรื่องอายุ จะต้องมียุไม่เกิน 46 ปี 5 เดือน และ

ประเภทที่สาม สำหรับบุคคลที่มีประสบการณ์ทำงานพิเศษมาแล้ว 8 ปี และมีอายุไม่เกิน 40 ปี ซึ่งช่องทางนี้เปิดครั้งแรกในปี ค.ศ. 1996 โดยบุคคลนั้นจะต้องเคยเป็นสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งของสภาท้องถิ่น หรือเคยใช้อำนาจตุลาการในฐานะผู้พิพากษาสมทบในศาลพาณิชย์

ผู้สมัครไม่ว่าจะมาจากประเภทใดจะต้องทำการสอบในรูปแบบเดียวกัน แต่จะมียกเว้นสำหรับลักษณะพิเศษของผู้สมัครประเภทที่สองและที่สาม ในการสอบจะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการควบคุมการสอบอันประกอบไปด้วย สมาชิกของฝ่ายตุลาการ ศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย สมาชิกของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ(Conseil d'état) และประชาชนทั่วไป โดยคณะกรรมการจะต้องจัดทำรายงานประจำปีในการสอบแต่ละครั้งที่ประกอบไปด้วยข้อมูลที่สำคัญ อันได้แก่ สถิติของจำนวนผู้สมัคร จำนวนผู้เข้าสอบและจำนวนผู้สอบผ่าน โดยจะต้องจำแนกประเภทระหว่างชายและหญิง นอกจากนี้ ยังต้องให้ความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของคำตอบและของคำตอบในระหว่างการสอบทั้งสอบข้อเขียนและสอบ

¹⁰⁶ มาตรา 14 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 1958(Ordonnance n° 58-1270)

¹⁰⁷ Roger Errera, *supra* note 105, p.45 – 49.

ปากเปล่า ในแต่ละหัวข้อ พร้อมด้วยคำแนะนำ¹⁰⁸ ซึ่งในการสอบนี้มักจะมีผู้สมัครเพียงไม่เกินร้อยละ 10 เท่านั้นที่จะสอบผ่าน¹⁰⁹

ผู้สมัครที่สามารถสอบผ่านจะมีสถานะเป็น “ผู้พิพากษาฝึกหัด” (*Auditeurs de justice*) ถือเป็นข้าราชการพลเรือนในตำแหน่งผู้พิพากษา¹¹⁰ ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ใช้สำหรับตุลาการด้วย เช่น การห้ามดำรงตำแหน่งอื่น(Incompatibility) ห้ามการนัดหยุดงาน และจะต้องทำการสาบานตนก่อนเข้ารับตำแหน่งด้วย เป็นต้น และจะต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษาไปอย่างน้อย 10 ปี และได้รับเงินเดือนประมาณเดือนละ 1,600 ยูโร¹¹¹

ผู้พิพากษาฝึกหัดดังกล่าวจะต้องเข้ารับการฝึกอบรมในวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติ¹¹² โดยจะใช้ระยะเวลา 2 ปี 7 เดือน ซึ่งจะต้องรับการฝึกอบรมทั้งทางทฤษฎีและฝึกปฏิบัติงานจริง และผู้พิพากษาฝึกหัดจะต้องเข้ารับการสอบจัดลำดับ (*Examen de classement*) ซึ่งผลการสอบจะถูกนำไปรวมกับผลการประเมินในระหว่างการอบรมและการฝึกงาน เพื่อกำหนดลำดับที่จะเลือกตำแหน่งการสอบจัดลำดับจะดำเนินการโดยคณะกรรมการอิสระ(Jury) ที่แต่งตั้งโดยรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้จะพิจารณาว่าผู้พิพากษาฝึกหัดนั้นผ่านการฝึกอบรมหรือไม่ หรือจะต้องฝึกอบรมเพิ่มอีก 1 ปี หรือ คนใดไม่เหมาะสมที่จะเข้าไปในฝ่ายตุลาการ นอกจากนี้ คณะกรรมการชุดนี้ยังทำหน้าที่ให้คำแนะนำว่าควรแต่งตั้งผู้พิพากษาฝึกหัดให้ดำรงตำแหน่งครั้งแรก ณ ที่ใด

หลังจากที่ได้เลือกตำแหน่งแล้ว นักศึกษาจะใช้เวลาอีก 4 เดือนที่เรียกว่า Stage de pré-affectation ซึ่งจะต้องเข้ารับการฝึกงานซ้ำในตำแหน่งที่เดิมที่เคยฝึกงานในศาลแห่งใหม่ หลังจากนั้นผู้ที่ผ่านการฝึกอบรมทั้งหมด จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการชั้นสองโดยประธานาธิบดีจะเป็นผู้แต่งตั้งตามคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษา

¹⁰⁸ *Ibid.*, p.48 – 49.

¹⁰⁹ Catherine Elliott, Catherine Vernon and Eric Jeanpierre, *French Legal System*, Second Edition (London: Pearson Education Publishing, 2006), p.260 – 261.

¹¹⁰ Jacqueline Lucienne Lafon, “The judicial career in France: theory and practice under the Fifth Republic,” *Judicature*, No.2, Vol. 75, p.98 (August-September, 1991)

¹¹¹ Catherine Elliott, *supra* note 109, p.261.

¹¹² *Ibid.*

ข. การสอบแข่งขันพิเศษ(Concours Exceptionnel)

การสอบแข่งขันพิเศษเป็นช่องทางที่จะเปิดรับบุคคลที่มีอายุและคุณสมบัติพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดมาเข้ารับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาในระดับที่เหมาะสมโดยไม่จำเป็นต้องเริ่มที่ระดับที่ตุลาการชั้นสองอันเป็นระดับที่ต่ำที่สุดก็ได้ โดยเริ่มแรกระบบการสอบแข่งขันพิเศษจะเปิดให้สอบเป็นครั้งคราวตามแต่ความจำเป็น แต่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 เป็นต้นมา การสอบคัดเลือกพิเศษนั้นก็เปิดให้สอบเป็นประจำ¹¹³

ปัจจุบันการสอบแข่งขันพิเศษเป็นช่องทางที่การสอบแข่งขันเพื่อไปดำรงตำแหน่งตุลาการชั้นสองหรือชั้นหนึ่ง¹¹⁴ โดยผู้ที่สมัครสอบแข่งขันเพื่อเป็นตุลาการชั้นสองจะต้องมีคุณสมบัติเพิ่มเติมจากคุณสมบัติปกติ ได้แก่ จะต้องมียุอย่างน้อย 35 ปี และมีประสบการณ์ในทางวิชาชีพกฎหมาย การปกครอง เศรษฐศาสตร์ หรือทางสังคมที่จำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการอย่างน้อย 10 ปี ส่วนผู้ที่สอบแข่งขันเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการชั้นหนึ่งจะต้องมียุอย่างน้อย 50 ปี และมีประสบการณ์ในทางวิชาชีพกฎหมาย การปกครอง เศรษฐศาสตร์ หรือทางสังคมที่จำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการอย่างน้อย 15 ปี ผู้ที่สอบผ่านจะต้องเข้ารับการฝึกอบรมในวิทยาลัยตุลาการก่อน หลังจากจบการฝึกอบรมแล้ว คณะกรรมการอิสระ(Jury) จะทำการพิจารณาตำแหน่งที่เหมาะสมสำหรับผู้สอบผ่านและทำการเสนอให้ผู้มีอำนาจดำเนินการบรรจุแต่งตั้งต่อไป การคัดเลือกผู้พิพากษาโดยการสอบแข่งขันพิเศษนี้ กฎหมายได้จำกัดจำนวนไว้ สำหรับตุลาการชั้นสองจะต้องไม่เกินหนึ่งในห้าของจำนวนผู้ที่ผ่านการคัดเลือกให้เป็นผู้พิพากษาชั้นสองทั้งหมดของปีที่ผ่านมา สำหรับตุลาการชั้นหนึ่งจะต้องมีจำนวนไม่เกินหนึ่งในสิบของจำนวนตุลาการชั้นหนึ่งที่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งในปีที่ผ่านมา

ค. การแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาฝึกหัดโดยตรง

การแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาฝึกหัดโดยตรงเป็นช่องทางสำหรับบุคคลจะเข้ารับการอบรมที่วิทยาลัยตุลาการแห่งชาติได้โดยไม่ต้องผ่านการสอบแข่งขัน ซึ่งช่องทางนี้เป็นช่องทางสำหรับผู้ที่มีคุณสมบัติพิเศษ โดยจะต้องมีคุณสมบัติพื้นฐานของการสมัครเข้าสอบแข่งขันทั่วไป และจะต้องมีคุณสมบัติพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้¹¹⁵ คือ เป็นผู้สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาโทในสาขากฎหมาย เศรษฐศาสตร์หรือสังคมศาสตร์ และมีประสบการณ์ทำงานทางด้านกฎหมาย เศรษฐศาสตร์ และสังคมอย่างน้อย 4 ปี หรือสำเร็จการศึกษากฎหมายในระดับปริญญาเอกและสำเร็จการศึกษาระดับปริญญา

¹¹³ Roger Errera, *supra* note 105, p.48 – 49.

¹¹⁴ มาตรา 21-1 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹¹⁵ มาตรา 18-1 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

โทในสาขาวิชาอื่น หรือผู้ที่มีตำแหน่งในการทำวิจัยหรือการสอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยหลังจากที่สำเร็จ การศึกษาระดับปริญญาโทมาแล้ว 3 ปี และสำเร็จการศึกษาระดับสูงในเรื่องทางตุลาการ

การแต่งตั้งตามช่องทางนี้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมด้วยความ ยินยอมของคณะกรรมการเลื่อนชั้น(*Commission d'avancement*)¹¹⁶ โดยการแต่งตั้งในช่องทางนี้เคย ถูกจำกัดให้รับได้ไม่เกินจำนวนหนึ่งในห้าของจำนวนตำแหน่งที่รับผ่านการสอบแข่งขันทั่วไป แต่ปัจจุบันได้ เพิ่มอัตราการรับเป็นจำนวนหนึ่งในสามของจำนวนตำแหน่งที่รับผ่านการสอบแข่งขันทั่วไป ผู้ที่เข้ารับการ อบรมในช่องทางนี้มีประมาณปีละ 20 คน (ในปี ค.ศ. 1995-2004 มีบุคคลผ่านช่องทางนี้จำนวน 216 คน)

(2) การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิในฝรั่งเศส

ส่วนในฝรั่งเศสก็เปิดช่องสำหรับผู้ทรงคุณวุฒิได้เข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาใน ระดับสูงได้โดยไม่ต้องไต่เต้าจากตำแหน่งระดับล่าง โดยการคัดเลือกโดยตรงในหลายช่องทาง บางช่องทาง เป็นอำนาจของคณะกรรมการเลื่อนชั้นจะพิจารณา บางช่องทางเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการจะ พิจารณา ซึ่งเรียกรวมกันว่าเป็นระบบ “การแต่งตั้งโดยตรง(Direct Appointment)” การคัดเลือกผู้ พิจารณานี้เป็นช่องทางเพื่อประกันว่าบุคคลที่มีประสบการณ์และคุณสมบัติในทางวิชาชีพสูงก็สามารถเข้า สู่ตำแหน่งผู้พิพากษาได้¹¹⁷ การแต่งตั้งโดยตรงนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท¹¹⁸ ได้แก่

ประเภทแรก การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งถาวร

การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งถาวรคือการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้ พิจารณาที่มีสถานะ สิทธิและอำนาจหน้าที่เหมือนอย่างเช่นผู้พิพากษาปกติที่คัดเลือกผ่านวิทยาลัยตุลา การ เพียงแต่ว่าการแต่งตั้งโดยตรงนี้สามารถแต่งตั้งได้ทั้งตำแหน่งตุลาการชั้นสอง ตุลาการชั้นหนึ่ง และ ตุลาการชั้นพิเศษได้ทันทีโดยไม่ต้องผ่านการเลื่อนชั้นตามระบบปกติ ซึ่งกฎหมายจะกำหนด กฎหมายจะมี การกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งและองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาไว้แตกต่างกันไป ดังนั้น

สำหรับการแต่งตั้งตุลาการชั้นสอง¹¹⁹ ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งจะต้องมีอายุไม่ ต่ำกว่า 35 ปี มีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

¹¹⁶ มาตรา 18-1 วรรคสอง รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹¹⁷ L'Union Syndicale des Magistrats ;USM, 'Magistrats : vos droits (édition 2013), p.121, Retrieved on November 10, 2013, from http://www.union-syndicale-magistrats.org/web/p575_-magistrats-vos-droits-edition-2013.

¹¹⁸ Roger Errera, *supra note 105*, p.49 – 51.

¹¹⁹ มาตรา 22 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

-มีคุณสมบัติในการเป็นสมัครสอบแข่งขันเข้าวิทยาลัยตุลาการ และมีประสบการณ์วิชาชีพที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการไม่น้อยกว่า 7 ปี

-เป็นจำศาลในศาลสูงหรือศาลชั้นต้นหรือในศาลแรงงานอย่างน้อย 7 ปี

-เป็นข้าราชการประเภท 1 (Category A) ของกระทรวงยุติธรรมที่ขาดคุณสมบัติในการสมัครสอบแข่งขันตามข้อแรกและปฏิบัติหน้าที่มาแล้วอย่างน้อย 7 ปี

สำหรับการแต่งตั้งเป็นตุลาการชั้นหนึ่ง¹²⁰ จะต้องบุคคลที่มีคุณสมบัติในการสมัครสอบแข่งขันและมีประสบการณ์ทางวิชาชีพที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการไม่น้อยกว่า 17 ปี หรือดำรงตำแหน่งเป็นหัวหน้าเสมียนศาลหรือผู้พิพากษาสมทบที่มีคุณสมบัติและปฏิบัติหน้าที่มาแล้วตามที่กำหนด และมีทักษะและประสบการณ์ที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการได้

ส่วนการแต่งตั้งตุลาการชั้นพิเศษ¹²¹ จะต้องมีความคุณสมบัติ

-ข้าราชการของสภาแห่งรัฐตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดระดับ *Conseiller d'Etat* หรือ

-ผู้พิพากษาที่มีตำแหน่งตุลาการเป็นผู้อำนวยการหรือหัวหน้าหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรม หรือผู้อำนวยการวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติ ซึ่งจะต้องดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี หรือ

-ข้าราชการของสภาแห่งรัฐตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดระดับ *Maitre des requetes* ดำรงตำแหน่งมาแล้วอย่างน้อย 10 ปี หรือ

-ผู้บรรยายของคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐซึ่งได้บรรยายมาแล้วอย่างน้อย 10 ปีในฐานะศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์ หรือ

-ทนายความประจำสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา หรือสมาชิกหรืออดีตสมาชิกซึ่งว่าความมาแล้วอย่างน้อย 20 ปี

การแต่งตั้งตุลาการชั้นหนึ่งและชั้นสองนี้จะต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการเลื่อนชั้น และจะต้องปรึกษากับผู้อำนวยการวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติและประธานกรรมการคัดเลือกบุคคลเข้าฝึกอบรมในวิทยาลัย โดยคณะกรรมการเลื่อนชั้นจะเป็นผู้กำหนดระดับที่เหมาะสม¹²² ส่วนการแต่งตั้งตุลาการชั้นพิเศษจะเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการด้วยความ

¹²⁰ มาตรา 23 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹²¹ มาตรา 40 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹²² มาตรา 25-2 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

เห็นชอบของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม เว้นการแต่งตั้งตุลาการชั้นพิเศษที่มาจากข้าราชการของรัฐบาล ผู้บรรยายของคณะนิติศาสตร์และทนายความ สามกรณีนี้จะต้องปรึกษากับคณะกรรมการเลื่อนชั้นก่อนจึงจะแต่งตั้งได้¹²³

แม้ระบบการแต่งตั้งโดยตรงจะมีข้อดีในแง่ที่ว่า เป็นการเปิดช่องทางให้ผู้ทรงคุณวุฒิและมีประสบการณ์สูงทั้งในทางกฎหมายและทางสังคมได้เข้าสู่ฝ่ายตุลาการได้ อันจะทำให้ฝ่ายตุลาการไม่เป็นระบบปิดมากจนเกินไป แต่ก็ยังคงถูกวิจารณ์จากสหภาพผู้พิพากษาสองแห่งอันได้แก่ *Union syndicat de la magistrature* และ *the Syndicat de la magistrature* ว่าหากฝ่ายบริหารพยายามที่จะใช้ระบบดังกล่าวมากจนเกินควรจะส่งผลทำให้ฝ่ายตุลาการอ่อนแอและบ่อนเซาะความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการได้¹²⁴ ในกฎหมายจึงสร้างระบบเพื่อควบคุมอำนาจในการแต่งตั้งดังกล่าว โดยการแต่งตั้งใน 1 ปีจะแต่งตั้งตุลาการชั้นสองโดยตรงได้ไม่เกินหนึ่งในสี่ของจำนวนตุลาการชั้นสองที่คัดเลือกผ่านวิทยาลัยตุลาการทั้งหมดในปีก่อน¹²⁵ ส่วนการแต่งตั้งตุลาการชั้นหนึ่งจะต้องไม่เกินหนึ่งในสิบของการเลื่อนชั้นตุลาการมาเป็นชั้นหนึ่งในปีที่ผ่านมา¹²⁶ ซึ่งสัดส่วนดังกล่าวเพิ่งจะเพิ่มขึ้นในปี ค.ศ. 2007

ประเภทที่สอง การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งชั่วคราว

การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งชั่วคราว (Temporary Basis) คือการแต่งตั้งให้บุคคลเป็นผู้พิพากษาแบบที่มีวาระการดำรงตำแหน่งในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หรืออาจจะมีข้อจำกัดในการใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งมี 2 ช่องทางด้วยกัน ได้แก่ *ช่องทางแรก การโอนย้ายชั่วคราว (Détachement judiciaire)*¹²⁷ สำหรับข้าราชการที่ผ่านการอบรมวิทยาลัยการปกครอง (the *Ecole nationale d'administration*; ENA) ซึ่งเป็นวิทยาลัยสำหรับผู้พิพากษาศาลปกครอง และศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย โดยการโอนนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการเลื่อนตำแหน่ง มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี และไม่สามารถต่ออายุได้ และ *ช่องทางที่สอง การแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ไม่เต็มเวลา (Magistrats temporaires)* ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ในศาลชั้นต้น (Tribunal de Grande

¹²³ มาตรา 40 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹²⁴ Luis Muniz-Aguelles and Migdalia Fraticelli-Torres, “Selection and Training of Judge in Spain, France, West Germany, and England,” *Boston College International and Comparative Law Review*, No. 1, Vol.8, p.13 (1985).

¹²⁵ มาตรา 25 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹²⁶ มาตรา 25-1 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹²⁷ มาตรา 41 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

Instance; TGI) แต่งตั้งโดยรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ จะต้องอายุไม่เกิน 65 ปีและมีประสบการณ์ในทางวิชาชีพ เช่น เสมียนศาล ข้าราชการ ทนายความ หรือผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายอื่น ซึ่งจะต้องได้รับการตรวจสอบโดยคณะกรรมการเลื่อนตำแหน่ง ผู้พิพากษาประเภทนี้ได้รับอนุญาตให้ทำงานอื่นนอกจากผู้พิพากษาก็ได้

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ไม่ได้แต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาโดยตรง แต่ให้เข้าไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาผู้พิพากษาศาลสูงสุด(*Avocat Général*) ในศาลอาชญาวิทยาซึ่งเป็นศาลฎีกา(*Cour Cassation*) โดยตำแหน่งดังกล่าวเป็นตำแหน่งพิเศษ ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้พิพากษาศาลสูงสุด แต่คำปรึกษานั้นไม่มีผลผูกพันผู้พิพากษา โดยจะต้องมีคุณสมบัติประกอบวิชาชีพกฎหมายมาไม่น้อยกว่า 25 ปี และมีคุณสมบัติในการเป็นตุลาการในศาลสูงสุด รัฐมนตรีแต่งตั้งด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ

5.2.2 การเลื่อนตำแหน่ง(Promotion)

5.2.2.1 ระบบการเลื่อนตำแหน่งในเยอรมนี

การเลื่อนตำแหน่งหรือการแต่งตั้งให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น ในเยอรมนีอาจแยกเป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) การเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลระดับล่าง และ (2) การเลื่อนตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุด

(1) การเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลระดับล่าง

การเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลระดับล่าง อาจแยกเป็น 2 กรณี กรณีแรก การแต่งตั้งผู้พิพากษาจากศาลล่างให้ดำรงตำแหน่งในศาลที่สูงขึ้น เช่น จากผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ซึ่งตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงจะถูกแต่งตั้งโดยวิธีการเลื่อนตำแหน่ง(Promotion) จากผู้พิพากษาในศาลล่างทั้งหมดซึ่งจะพิจารณาจากผลการปฏิบัติงานในตำแหน่งผู้พิพากษาที่ผ่านมา ซึ่งรวมถึงการเลื่อนตำแหน่งเป็นประธานศาล หรือผู้พิพากษาหัวหน้าคณะด้วย¹²⁸ แต่อย่างไรก็ดี การเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในเยอรมันไม่ได้เป็นไปโดยอัตโนมัติ และไม่ใช่ผู้พิพากษาทุกคนที่จะได้รับเลื่อนตำแหน่ง เนื่องจากตำแหน่งระดับสูงนั้นไม่เพียงพอสำหรับผู้พิพากษาทุกคน การเลื่อนตำแหน่งจึงต้องผ่านกระบวนการคัดเลือกซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไป โดยจะเริ่มขึ้นเมื่อมีตำแหน่งว่าง โดยกระทรวงที่รับผิดชอบการศาลนั้นจะประกาศรับสมัครผู้พิพากษาสำหรับตำแหน่งนั้น พร้อมกับกำหนดคุณสมบัติสำหรับตำแหน่งไว้ ผู้ที่สนใจก็จะยื่นใบสมัครพร้อมกับข้อมูลส่วนตัวไปที่

¹²⁸ Anja seibert-Forh, *supra* note 90, p.473.

กระทรวง ซึ่งจะถูกส่งต่อไปให้ผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ อันได้แก่รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องหรือคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในกรณีที่มลรัฐนั้นมีการก่อตั้ง

ผู้มีอำนาจจะพิจารณาจากผลการประเมินการปฏิบัติหน้าที่ทุกๆ 4 ปีดังที่ได้กล่าวข้างต้นประกอบกับความเห็นในเรื่องความเหมาะสมจากคณะที่ปรึกษาประจำศาล (*Präsidialrat*) ของศาลที่มีตำแหน่งว่างนั้น และที่สำคัญที่สุด คือผลการประเมินจากการทดลองปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งที่ขอเลื่อนนั้น (*Erprobung*)¹²⁹ โดยวิธีประเมินดังกล่าวนี้ เป็นจารีตประเพณีที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรที่สามารถสืบสาวย้อนกลับไปได้ถึงสมัยปรัสเซีย และได้รับการยอมรับนำมาใช้ในทุกลมรัฐ ด้วยวิธีการประเมินเช่นนี้จะทำการย้ายผู้ที่ประสงค์จะเลื่อนตำแหน่ง ไปยังศาลอื่นในระดับเดียวกับตำแหน่งที่ต้องการจะเลื่อนในลักษณะย้ายไปช่วยราชการชั่วคราว (*Secondment*) เป็นระยะเวลาประมาณ 6 ถึง 12 เดือน โดยให้ผู้พิพากษาที่มีอาวุโสของศาลอื่น ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าศาลนั้นเป็นผู้ประเมินความสามารถของผู้พิพากษานั้นโดยการเข้าร่วมเป็นองค์คณะในคดีที่ผู้พิพากษานั้นเป็นหัวหน้าคณะ เพื่อพิจารณาว่ามีความสามารถเพียงพอแก่การเลื่อนตำแหน่งหรือไม่ ซึ่งกระบวนการนี้ได้ถูกเรียกอย่างไม่เป็นทางการว่าเป็นการสอบแห่งรัฐครั้งที่สาม(*Third State Examination*)¹³⁰ ระบบดังกล่าวถูกวิจารณ์ว่าเป็นการให้ความสำคัญกับผู้พิพากษาที่มีอาวุโสสูงกว่าเนื่องจากโอกาสความก้าวหน้าในชีวิตของผู้พิพากษาชั้นผู้น้อยจะถูกกำหนดโดยมุมมองของผู้พิพากษาระดับสูง อันเป็นการบ่อนทำลายความเป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการนั่นเอง¹³¹

สำหรับผู้พิพากษาที่ไม่รับการเลื่อนตำแหน่งอาจจะขอย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ที่ศาลอื่น หรืออาจจะขอย้ายไปปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่น เช่น เป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาในศาลระดับสหพันธ์ หรือศาลสหภาพยุโรป(*European Court of Justice*) หรืออาจจะขอย้ายไปทำงานในด้านบริหาร หรือในกระทรวงยุติธรรม¹³²

ส่วนกรณีที่สอง คือ การเลื่อนตำแหน่งภายในศาล เช่น จากผู้พิพากษาธรรมดาเป็นประธานหรือหัวหน้าศาล หากเป็นในระดับมลรัฐจะมีกระบวนการและผู้มีอำนาจแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ บางมลรัฐให้เป็นอำนาจของรัฐสภามลรัฐในการคัดเลือก บางมลรัฐเป็นอำนาจของฝ่าย

¹²⁹ John Bell, *supra* note 88, p.122.

¹³⁰ David S. Clark, *supra* note 98, p.1820.

¹³¹ John Bell, *supra* note 88, p.122.

¹³² *Ibid.*, p.123.

บริหาร¹³³ แต่หากเป็นการเลื่อนตำแหน่งภายในศาลสูงสุดสหพันธ์ จากผู้พิพากษาเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกนั้นจะดำเนินการโดยประธานศาลจะเสนอรายชื่อบุคคลที่เหมาะสมให้กับรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรัฐมนตรีจะปรึกษากับคณะกรรมการที่ปรึกษาประจำศาลก่อนที่จะทำการแต่งตั้ง แต่คำปรึกษาดังกล่าวไม่ผูกพันรัฐมนตรี เมื่อรัฐมนตรีได้เลือกคนใดคนหนึ่งแล้วก็จะเสนอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ จากนั้นก็จะส่งไปให้ประธานาธิบดีทำการแต่งตั้ง แต่หากเป็นตำแหน่งประธานศาล รัฐมนตรีกับคณะรัฐมนตรีจะร่วมกันเสนอรายชื่อให้กับประธานาธิบดีทำการแต่งตั้ง¹³⁴ การเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ โดยศาลจะทำการตรวจสอบว่าการเลื่อนตำแหน่งนั้นเป็นเพราะเหตุผลในทางเนื้อหา กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งมีคุณสมบัติและความสามารถตามที่ได้ประกาศรับสมัครไว้จริง ไม่ใช่เลื่อนตำแหน่งด้วยเหตุผลทางการเมือง โดยศาลเคยพิพากษาเพิกถอนการเลื่อนตำแหน่งและสั่งให้ประกาศรับสมัครใหม่¹³⁵

(2) การเลื่อนตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหพันธ์

เนื่องจากแม้เยอรมันจะเป็นรัฐรวมในรูปสหพันธ์รัฐ แต่ไม่ได้แยกระบบตุลาการออกเป็น 2 ระบบ เหมือนกับสหรัฐอเมริกาที่แยกระบบศาลมลรัฐออกจากศาลสหพันธ์ ดังนั้นในเยอรมนี ศาลในระดับสหพันธ์จึงเป็นระบบเดียวกับศาลในระดับมลรัฐ ในมาตรา 95(1) กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้โดยศาลสหพันธ์ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดในการพิจารณาคดีต่างๆ ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งจากผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ที่เป็นศาลสูงสุดของมลรัฐไปเป็นผู้พิพากษาศาลสหพันธ์จึงเป็นการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาประเภทหนึ่ง แต่ในระบบตุลาการเยอรมนี กำหนดวิธีการคัดเลือกไว้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลระดับล่างหรือระดับมลรัฐ โดยมาตรา 95(2) กฎหมายพื้นฐานกำหนดวิธีการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลสหพันธ์เหล่านี้ว่า “ผู้พิพากษาของแต่ละศาลมาจากการคัดเลือกร่วมกันโดยรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์รัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องและสมาชิกในจำนวนที่เท่ากันที่มาจากจากการคัดเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎร” อันนำมาสู่การตรารัฐบัญญัติว่าด้วยการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ (*Richterwahlgesetz ; RWiG*) ซึ่งได้กำหนดวิธีการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ไว้ต่างหากและเป็นวิธีการที่แตกต่างไปจากการคัดเลือกผู้พิพากษาในระบบปกติทั่วไป

ตามกฎหมายดังกล่าว มาตรา 1 กำหนดให้อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ให้ใช้ร่วมกันโดยรัฐมนตรีกระทรวงที่รับผิดชอบการศาลในระดับสหพันธ์กับคณะกรรมการ

¹³³ Anja seibert-Forh, *supra* note 90, p.476.

¹³⁴ David S. Clark, *supra* note 98, p.1826.

¹³⁵ Anja seibert-Forh, *supra* note 90, p.477.

คัดเลือกตุลาการ(*Richterwahlausschüsse*) ให้ประธานาธิบดีสหพันธ์เป็นผู้ลงนามแต่งตั้งโดยมีนายกรัฐมนตรีลงนามกำกับ(*Countersign*)

กระบวนการคัดเลือกจะเริ่มโดยรัฐมนตรีสหพันธ์จะเป็นผู้เรียกประชุมคณะกรรมการคัดเลือกโดยจะต้องส่งรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับการประชุมล่วงหน้า อย่างน้อยหนึ่งสัปดาห์¹³⁶ รัฐมนตรีสหพันธ์จะนั่งเป็นประธานในที่ประชุมแต่ไม่มีสิทธิลงคะแนนเสียงในที่ประชุม แต่จะมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่รายชื่อในขั้นตอนสุดท้ายก่อนส่งรายชื่อนั้นไปให้ประธานาธิบดีสหพันธ์ลงนามแต่งตั้ง

ในที่ประชุมนั้น กรรมการทุกคนมีสิทธิเสนอชื่อบุคคล(*Vorschläge*)ให้ที่ประชุมพิจารณา โดยกรรมการที่เป็นรัฐมนตรีของมลรัฐก็มักจะเสนอบุคคลที่มาจากศาลที่ตนเองดูแลอยู่ ส่วนในกรณีที่กรรมการที่เป็นตัวแทนจากสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากพรรคการเมืองต่างๆ ก็เสนอชื่อบุคคลที่พรรคนั้นได้คัดเลือกจากการสืบค้นประวัติ ปุ่มหลังและมุมมองต่างของบุคคลที่ถูกเสนอชื่อในที่ประชุมเพื่อนำไปพิจารณากันในหมู่กรรมการ เมื่อพิจารณาเสร็จแล้วก็จะนัดหมายให้คณะกรรมการคัดเลือกมาประชุมกันเพื่ออภิปรายถึงคุณสมบัติและความเหมาะสมของผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อแต่ละคน และจะลงมติในบัญชีรายชื่อประมาณ 1 ถึง 3 คน ต่อ 1 ตำแหน่ง กระบวนการนี้เป็นกระบวนการลับเพื่อปกป้องความลับส่วนบุคคลของผู้ที่เกี่ยวข้อง¹³⁷

หลังจากนั้น รัฐมนตรีสหพันธ์ที่ทำหน้าที่เป็นประธานจะส่งบัญชีรายชื่อที่ถูกเสนอนั้นไปให้คณะที่ปรึกษาแต่งตั้งตุลาการประจำศาล(*Präsidialrat*) เพื่อพิจารณาให้ความเห็นถึงความเหมาะสมทั้งในด้านการปฏิบัติหน้าที่และในแง่ตัวบุคคล โดยจะต้องทำความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 30 วันและส่งคืนกลับไปให้รัฐมนตรีสหพันธ์ที่จะส่งความเห็นดังกล่าวไปให้กับกรรมการในคณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาก่อนล่วงหน้าอย่างน้อย 1 สัปดาห์

ในการประชุมเพื่อคัดเลือกครั้งสุดท้าย คณะกรรมการคัดเลือกมีดุลพินิจในการพิจารณาไม่ต้องถูกผูกพันกับรายชื่อที่เสนอโดยบุคคลใด การลงคะแนนเสียงลับและใช้เสียงข้างมากธรรมดา แต่ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจะต้องได้รับการลงคะแนนจากทั้งกรรมการที่มาจากศาลและการเลือกของสภาและกรรมการโดยตำแหน่ง¹³⁸ โดยคัดเลือกหนึ่งคนต่อหนึ่งตำแหน่ง

¹³⁶ มาตรา 8 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ (RWiG)

¹³⁷ David S. Clark, *supra* note 98, p.1824.

¹³⁸ มาตรา 12 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ (RWiG)

กระบวนการพิจารณาคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ของเยอรมันนั้นดูเหมือนจะมีลักษณะเป็นการคัดเลือกทางการเมืองอย่างมากกล่าวคือฝ่ายการเมืองมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการพิจารณาผู้ที่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา และการศึกษากระบวนการคัดเลือกนี้พบว่าในการพิจารณาคัดเลือกนั้นมีปัจจัย 3 ประการ¹³⁹ ที่ถูกนำมาใช้พิจารณาในการคัดเลือกได้แก่ ปัจจัยแรก คุณสมบัติในทางวิชาชีพ ซึ่งคณะกรรมการจะพิจารณาจาก ผลการสอบรัฐครั้งที่สองและผลการประเมินการปฏิบัติงานของผู้ถูกเสนอชื่อนั้นจะต้องอยู่ในเกณฑ์ที่ดี ปัจจัยที่สอง แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์หรือโควตาของภูมิภาค ซึ่งมีที่มาจากข้อกำหนดตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งไรช์ (Reich Supreme Court) ในศตวรรษที่ 19 โดยจะแบ่งโควตาตำแหน่งผู้พิพากษาเป็นสัดส่วนสอดคล้องกับกับจำนวนประชากรในมลรัฐต่างๆ ซึ่งรัฐมนตรีของมลรัฐจะใช้หยีบยกปัจจัยนี้มาอ้าง และ ปัจจัยสุดท้ายจะพิจารณาจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง หรือความเห็นในทางการเมือง

เมื่อคณะกรรมการได้ลงมติแล้วเสนอรายชื่อบุคคลใดให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุด หากรัฐมนตรีเห็นด้วยก็จะอนุมัติและเสนอให้ประธานาธิบดีแต่งตั้ง แต่ถ้าไม่เห็นด้วย รัฐมนตรีก็มีอำนาจที่จะยับยั้ง(Veto) รายชื่อนั้นไว้ ซึ่งในทางปฏิบัติ การยับยั้ง(Veto) ไม่แต่งตั้งตามรายชื่อที่เสนอมานั้นของรัฐมนตรีนั้นเกิดขึ้นน้อยมาก และโดยทั่วไปแล้วก็สามารถแก้ปัญหาโดยการต่อรองกันภายในคณะกรรมการคัดเลือกเพื่อเสนอรายชื่อที่รัฐมนตรีจะยอมรับได้¹⁴⁰

ผู้พิพากษาในศาลสหพันธ์ทั้งหมดที่ได้รับการคัดเลือกตามกระบวนการนี้เคยปฏิบัติหน้าที่ในศาลมลรัฐมาแล้วทั้งหมดและมักจะไม่มีการประกาศรับสมัครในตำแหน่งนี้ จึงทำให้นักวิชาการจึงตั้งข้อสังเกตว่า กระบวนการคัดเลือกดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลื่อนตำแหน่งมากกว่าจะเป็นกระบวนการเปิดคัดเลือกผู้พิพากษาโดยตรง(Initial Recruitment) และโดยเฉลี่ยแล้วผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งในศาลสูงสุดจะมีอายุเฉลี่ย 46 ปี¹⁴¹

5.2.2.2 ระบบการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในฝรั่งเศส

ระบบการเลื่อนตำแหน่งในฝรั่งเศสจะมีความซับซ้อนกว่าในเยอรมนี เนื่องจากในฝรั่งเศสมีการจัดแบ่งประเภทของผู้พิพากษาออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก ผู้พิพากษาที่อยู่ในลำดับชั้น(Grade) มี 2 ลำดับชั้น ได้แก่ ผู้พิพากษาลำดับชั้นสองซึ่งสามารถดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลชั้นต้น เว้นแต่ตำแหน่งระดับสูงเช่นหัวหน้าศาลชั้นต้นหลัก เช่น ศาลชั้นต้นในกรุงปารีส เป็นต้น และผู้

¹³⁹ David S. Clark, *supra* note 98, p.1824.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.1825.

¹⁴¹ *Ibid.*, p1826.

พิพากษาลำดับชั้นหนึ่งซึ่งสามารถดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลชั้นอุทธรณ์ เว้นแต่ตำแหน่งระดับสูง เช่น ประธานศาลอุทธรณ์ เป็นต้น ส่วนอีกประเภทหนึ่งคือผู้พิพากษาที่ไม่ได้อยู่ในลำดับชั้น หรือที่วงวิชาการไทยเรียกว่า “ผู้พิพากษาลำดับชั้นพิเศษ” ซึ่งจะสามารถดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุด และผู้พิพากษาระดับสูง เช่น ประธานศาลอุทธรณ์ เป็นต้น การเลื่อนตำแหน่งในระบบศาลยุติธรรมฝรั่งเศสจึงหมายถึงการเปลี่ยนลำดับชั้นของตุลาการ ซึ่งอาจแยกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ (1) การเลื่อนจากตุลาการชั้นสองเป็นตุลาการชั้นหนึ่ง และ (2) การเลื่อนจากตุลาการชั้นหนึ่งเป็นตุลาการชั้นพิเศษ

(1) การเลื่อนจากตุลาการชั้นสองเป็นตุลาการชั้นหนึ่ง

การเลื่อนตำแหน่งประเภทแรกเป็นระบบกึ่งอัตโนมัติ โดยหากผู้พิพากษาไม่ได้มีเหตุที่จะต้องถูกห้ามเลื่อนตำแหน่งหรือกรณีผู้พิพากษาไม่สมัครใจเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนตำแหน่งดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้น¹⁴² ซึ่งกระบวนการอาจแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรก การจัดทำบัญชีเลื่อนชั้น โดยคณะกรรมการเลื่อนชั้น ซึ่งขั้นตอนนี้จะเริ่มจากผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าผู้พิพากษาในศาลของตนคนใดอยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับการเลื่อนชั้นตามกฎหมาย โดยตุลาการชั้นสองจะเลื่อนเป็นชั้นหนึ่งจะต้องเป็นตุลาการชั้นสองมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี¹⁴³ โดยจะส่งบัญชีรายชื่อไปให้กับคณะกรรมการเลื่อนชั้น ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวจะรวบรวมรายชื่อ และทำการตรวจสอบความถูกต้อง ซึ่งในการนี้คณะกรรมการเลื่อนชั้นมีอำนาจเรียกผู้ที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูลเกี่ยวกับความสามารถและพฤติกรรมของผู้พิพากษาหรือผู้มีอำนาจเข้าให้ข้อมูลในการประเมินการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่มีสิทธิเลื่อนชั้น¹⁴⁴ และรวบรวมจัดทำเป็นบัญชีเลื่อนชั้น (*Tableau d'Avancement*) ในช่วงประมาณเดือนมิถุนายน โดยในบัญชีจะระบุรายชื่อผู้พิพากษาที่มีสิทธิจะได้รับการเลื่อนชั้น และข้อเสนอแนะถึงตำแหน่งที่สมควรจะแต่งตั้ง¹⁴⁵ ซึ่งบัญชีดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ ผู้มีรายชื่อในบัญชีจะได้รับการแต่งตั้งภายในหนึ่งหรือสองปี

บัญชีเลื่อนชั้นจะถูกจัดเตรียมเป็นปีละครั้ง โดยมีอายุ 1 ปีจนถึงวันที่มีบัญชีใหม่ในปีถัดไป ทุกๆ ปี รายชื่อของตุลาการจะถูกจัดเรียงตามความสามารถ (Merit) ในบัญชีเลื่อนชั้นที่เสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม¹⁴⁶

¹⁴² L'Union Syndicale des Magistrats, *supra* note 117, p.134-136.

¹⁴³ มาตรา 2 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁴⁴ มาตรา 34 วรรคสอง รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁴⁵ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁴⁶ มาตรา 27 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

ขั้นตอนที่สอง ขั้นตอนการแต่งตั้ง ซึ่งเป็นอำนาจของรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ ซึ่งเมื่อจะแต่งตั้งตุลาการชั้นสองให้ดำรงตำแหน่งสำหรับตุลาการชั้นหนึ่ง รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมจะต้องเลือกจากบุคคลที่มีรายชื่ออยู่ในบัญชีเลื่อนชั้น ส่วนผู้พิพากษาใดที่ไม่มีรายชื่อในบัญชีสามารถยื่นคำร้องต่อรัฐมนตรีโดยตรง ให้พิจารณารายชื่อของตนในการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งด้วยก็ได้ นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ กระทรวงยุติธรรมฝรั่งเศสได้นำหลักความโปร่งใสมาใช้ในการกระบวนการแต่งตั้งโดยก่อนจะแต่งตั้งบุคคลใด จะมีการส่งรายชื่อบุคคลที่จะแต่งตั้งให้องค์กรต่างๆ เช่น ประธานศาลสูงสุด ประธานแผนกในศาลสูงสุด ประธานศาลชั้นอุทธรณ์ ผู้ตรวจการการบริการสาธารณะทางตุลาการ และผู้อำนวยการหน่วยงานต่างๆ ในกระทรวงยุติธรรม นอกจากนี้ ยังต้องส่งให้กับสหภาพผู้พิพากษาและสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพ ผู้พิพากษา และตุลาการที่มีรายชื่อตามคำร้องขอ โดยองค์กรเหล่านี้อาจเสนอความเห็นในการแต่งตั้งให้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเพื่อพิจารณาประกอบการแต่งตั้ง¹⁴⁷ เพื่อให้องค์กรที่เกี่ยวข้องได้ร่วมพิจารณาว่าบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งมีความเหมาะสมหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดีความเห็นดังกล่าวไม่ผูกพันรัฐมนตรีในการแต่งตั้ง

(2) การเลื่อนจากตุลาการชั้นหนึ่งเป็นตุลาการชั้นพิเศษ

การเลื่อนตำแหน่งในประเภทที่สองนี้ไม่ได้เป็นระบบอัตโนมัติ โดยผู้มีอำนาจแต่งตั้งจะมีดุลพินิจที่จะคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดมาแต่งตั้งได้ โดยกระบวนการแต่งตั้งจะแตกต่างไปจากการเลื่อนตำแหน่งในประเภทแรกทั้งในแง่ผู้มีอำนาจ และกระบวนการ¹⁴⁸ โดยในแง่กระบวนการ การเลื่อนตำแหน่งดังกล่าวจะเริ่มเมื่อมีตำแหน่งตุลาการในชั้นพิเศษว่างลง คณะกรรมการตุลาการจะทำการประกาศรับสมัครผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาที่มีคุณสมบัติตามเกณฑ์จะต้องยื่นใบสมัครไปที่คณะกรรมการตุลาการ โดยคณะกรรมการตุลาการจะแต่งตั้ง “ผู้ตรวจสอบ” (Rapporteur) เพื่อทำการรวบรวมข้อมูลของผู้สมัครทั้งหมด เพื่อส่งให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณา และในแง่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาคือคณะกรรมการตุลาการเองโดยรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบหรือยับยั้งรายชื่อ (Veto) เท่านั้น หากทั้งสององค์กรเห็นชอบก็ต้องเสนอให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งต่อไป

ในการเลื่อนตำแหน่งดังกล่าวนี้ได้นำหลักความโปร่งใสที่ใช้ในการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาระดับล่างมาใช้แม้ไม่มีกฎหมายบังคับโดยคณะกรรมการตุลาการจะส่งรายชื่อบุคคลที่ถูกคัดเลือกแล้วไปให้องค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ความเห็น และหลังจากพิจารณาความเห็นแล้ว ก็จะเปิด

¹⁴⁷ มาตรา 27-1 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁴⁸ L'Union Syndicale des Magistrats, *supra* note 117, p.136-137.

โอกาสให้เจ้าตัวผู้ที่ได้รับการพิจารณาได้มีโอกาสโต้แย้งความเห็นนั้นด้วย หลังจากนั้นจึงจะทำกระบวนการแต่งตั้งต่อไป

5.2.3 การกำหนดค่าตอบแทน

5.2.3.1 ระบบค่าตอบแทนผู้พิพากษาในเยอรมนี

ผู้พิพากษาในเยอรมันมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากรัฐซึ่งค่าตอบแทนของผู้พิพากษาอยู่ภายใต้การกำหนดโดยรัฐบัญญัติค่าตอบแทนข้าราชการ (*Bundesbesoldungsgesetz; BBesG*) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กับข้าราชการทุกประเภทไม่ว่าจะเป็น ข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร แต่ไม่รวมข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และใช้บังคับกับข้าราชการและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งในระดับสหพันธ์ ระดับมลรัฐ ระดับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น รวมไปถึงองค์กร สถาบัน มูลนิธิ ภายใต้กฎหมายมหาชน กฎหมายฉบับดังกล่าวทำหน้าที่สร้างความเป็นเอกภาพในระบบค่าตอบแทนเจ้าหน้าที่รัฐหรือข้าราชการทั่วทั้งเยอรมัน¹⁴⁹

ค่าตอบแทนที่ผู้พิพากษาจะมีสิทธิได้รับนั้นสามารถแบ่งออกเป็นหลายประเภท ได้แก่ เงินเดือน เงินช่วยเหลือ เงินโบนัส และเงินอื่นๆ ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะเงินเดือนของผู้พิพากษา ซึ่งตามกฎหมายฉบับดังกล่าวได้แบ่งบัญชีกำหนดอัตราเงินเดือนออกเป็น 4 บัญชี¹⁵⁰ ด้วยกัน โดยแยกบัญชีอัตราเงินเดือนของผู้พิพากษาต่างหากจากบัญชีของข้าราชการประเภทอื่น โดยบัญชี R เป็นของผู้พิพากษาและอัยการ ส่วน บัญชี A และบัญชี B เป็นของข้าราชการพลเรือนและทหาร และบัญชี W เป็นของศาสตราจารย์หรืออาจารย์ในสถาบันการศึกษาระดับสูง

อัตราเงินเดือนตามบัญชี R แบ่งออกเป็นลำดับขั้นทั้งหมด 10 ขั้น โดยเริ่มที่ขั้น R 1 ซึ่งเป็นขั้นที่ต่ำที่สุดและสูงสุดที่ขั้น R 10 โดยกำหนดระบบการเลื่อนเงินเดือนเป็นระบบผสม กล่าวคือ อัตราเงินเดือนใน 2 ขั้นแรก คือ R 1 และ R 2 จะเป็นอัตราก้าวหน้า(Progressive Rate) โดยมี

¹⁴⁹ Kai-Andreas Otto, “Civil Service Salary System in Germany And Recent Reform Trends,” Retrieved on September 22, 2013, from <http://www.oecd.org/site/sigma/Publicationsdocuments/38655690.pdf>.

¹⁵⁰ *Ibid.*

การแบ่งออกเป็นระดับย่อยๆ ชั้นละ 8 ชั้น ส่วนชั้นตั้งแต่ R 3 ไปจนถึงชั้นสูงสุดคือ R 10 เป็นอัตราตายตัว (Fix) ไม่มีกำหนดชั้นวัง¹⁵¹

ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งผู้พิพากษาครั้งแรก โดยหลักแล้วจะเริ่มต้นชั้นเงินเดือนที่ชั้นแรก R 1 และมีสิทธิที่จะได้รับการเลื่อนชั้นในบัญชีอัตราเงินเดือนโดยอัตโนมัติทุกๆ 2 ปี¹⁵² แต่หากผู้นั้นเคยมีประสบการณ์ทำงานในงานที่กฎหมายกำหนด หรือถูกโยกย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่นในสหพันธ์ หรือมีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งที่ได้รับเงินเดือนจากอัตราบัญชีอื่นๆ หรือเคยดำรงตำแหน่งข้าราชการ หรือผู้พิพากษาหรือตำแหน่งที่เคยได้รับเงินเดือนตามอัตราบัญชี R สามารถนำระยะเวลาการทำงานนั้นเดิมมาเทียบเพื่อเพิ่มขึ้นตามบัญชีเงินเดือนใหม่นี้ได้ ซึ่งรวมไปถึงประสบการณ์การเป็นทนายความหรือเป็นศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยด้วย¹⁵³ ซึ่งระบบเช่นนี้เอื้ออำนวยให้กับผู้ทรงคุณวุฒิที่เคยมีประสบการณ์ในทางกฎหมายจากตำแหน่งหน้าที่หรืออาชีพอื่นสามารถเข้ามาเป็นผู้พิพากษาได้โดยไม่สูญเสียผลประโยชน์เดิมที่เคยได้มากนัก หรือไม่จำเป็นต้องไต่เต้าเงินเดือนจากอัตราต่ำสุดเป็นระบบจูงใจผู้ที่มีประสบการณ์ที่ดี เพื่อช่วยให้ฝ่ายตุลาการได้ผู้พิพากษาที่มีมุมมองหรือประสบการณ์จากภายนอกเข้าไปช่วยเสริมผู้พิพากษาในระบบเดิมได้

อัตราค่าตอบแทนของผู้พิพากษาในชั้นแรกเป็นอัตราที่ใกล้เคียงกับข้าราชการพลเรือนระดับสูงที่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งมาแล้วหลายครั้ง เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าผู้พิพากษาจะไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งโดยอัตโนมัติ และไม่ใช่ว่าผู้พิพากษาทุกคนที่จะได้เลื่อนตำแหน่ง ดังนั้น ระบบดังกล่าวนี้จึงประกันว่า แม้จะไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งก็ยังสามารถได้รับค่าตอบแทนที่จำเป็นและเพียงพอ¹⁵⁴ และค่าตอบแทนก็จะเพิ่มขึ้นไปตามอายุงานของผู้พิพากษา ซึ่งจะสอดคล้องกับสภาพชีวิตของมนุษย์ทั่วไปที่จะต้องมีการออมคร่าวและมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้น

ส่วนอัตราเงินเดือนชั้น R 3 – R 10 เป็นอัตราตายตัว(Fix Rate) โดยแต่ละระดับก็จะกำหนดตำแหน่งผู้พิพากษาไว้ เช่น ประธานศาลสูงสุดสหพันธ์ รับค่าตอบแทนที่ R 10 รองประธานศาลสูงสุดสหพันธ์ รับที่ R 9 เป็นต้น อัตราเงินเดือนของประธานศาลสูงสุดในระดับ R 10 จำนวน 12,558.28 ยูโร มากกว่าอัตราเงินเดือนของตำแหน่งข้าราชการฝ่ายบริหารสูงสุดในระดับ B 11 จำนวน

¹⁵¹ บัญชีเงินเดือนสหพันธ์ บัญชี R ตารางแนบท้ายที่ IV รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยค่าตอบแทนข้าราชการสหพันธ์ (BBesG)

¹⁵² มาตรา 38(1)(4) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยค่าตอบแทนข้าราชการสหพันธ์ (BBesG)

¹⁵³ มาตรา 38 (1)(2)(3) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยค่าตอบแทนข้าราชการสหพันธ์ (BBesG)

¹⁵⁴ Anja seibert-Forh, *supra* note 90, p.474.

12,508.46 ยูโร ซึ่งหากเทียบกับอัตราเงินเดือนของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะน้อยกว่า โดยนายกรัฐมนตรีจะได้รับเงินเดือนมากกว่าเงินเดือนระดับสูงสุด B 11 อยู่ 1.66 เท่า ส่วนเงินเดือนรัฐมนตรีจะมากกว่าเงินเดือนระดับสูงสุด B 11 อยู่ 1.33 เท่า¹⁵⁵ ซึ่งอัตราดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่าตำแหน่งที่มาจากการเลือกตั้งจะได้รับการให้ความสำคัญที่มากกว่าตำแหน่งที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรง ซึ่งลักษณะเช่นนี้จะแตกต่างไปจากในประเทศไทยที่ให้อัตราเงินเดือนของนายกรัฐมนตรีกับประมุขฝ่ายตุลาการทั้งประธานศาลฎีกา และประธานศาลสูงสุด อยู่ในระดับที่ใกล้เคียงกัน

แต่อย่างไรก็ดี การปฏิรูปในปี ค.ศ. 2006 ได้อนุญาตให้มลรัฐสามารถตรากฎหมายกำหนดอัตราค่าตอบแทนผู้พิพากษาเองได้ ซึ่งทุกๆ มลรัฐได้กำหนดบัญชีอัตราค่าตอบแทนของตนเองแต่ยังคงอ้างอิงจากบัญชีในระดับสหพันธ์ นอกจากนี้ ในบางมลรัฐยังได้นำระบบค่าตอบแทนพิเศษ (Allowance) ที่จ่ายตามผลการปฏิบัติงานมารวมใช้ด้วย ซึ่งทั้งหมดนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงจากสหภาพผู้พิพากษาในเยอรมันว่า การทำลายระบบค่าตอบแทนที่เป็นเอกภาพทั้งเยอรมัน จะทำให้เกิดปัญหาสมองไหล โดยผู้ที่มีความสามารถย่อมจะต้องย้ายไปยังมลรัฐที่ให้ค่าตอบแทนที่สูงกว่าในตำแหน่งเดียวกัน และระบบค่าตอบแทนพิเศษที่จ่ายตามผลการปฏิบัติงานนั้นเป็นการฝ่าฝืนความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ เพราะเกณฑ์ในการจ่ายเงินเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีอาจมีอิทธิพลต่อการพิพากษาคดีได้¹⁵⁶

นอกจากการประกันค่าตอบแทนของผู้พิพากษาโดยกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาในการได้รับค่าตอบแทนและเงินบำนาญไว้ เช่น การกำหนดค่าตอบแทนจะต้องกำหนดไว้โดยกฎหมาย ระดับของค่าตอบแทนที่จะให้แก่ผู้พิพากษาและครอบครัวจะต้องอยู่ในระดับที่สามารถครองชีพได้อย่างดี (Decent Living) ผู้พิพากษาที่มีตำแหน่งสูงจะต้องได้รับค่าตอบแทนที่สูงกว่าผู้พิพากษา และปกป้องการแทรกแซงความเป็นอิสระในทางเนื้อหาของฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายบริหารจำนวนระดับตำแหน่งของผู้พิพากษาจะต้องถูกจำกัด เพราะอำนาจในการเลื่อนตำแหน่งเป็นของฝ่ายบริหาร อาจทำให้ฝ่ายบริหารอาศัยการเลื่อนตำแหน่งเป็นเครื่องมือเพื่อบังคับให้ผู้พิพากษายอมรับอิทธิพลของฝ่ายบริหารได้¹⁵⁷

¹⁵⁵ มาตรา 11 (a) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยรัฐมนตรีสหพันธ์ (Bundesministersgesetz ;BMinG)

¹⁵⁶ Anja seibert-Forh, *supra* note 90, p.480-481.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.478.

บัญชีอัตราค่าตอบแทนผู้พิพากษาเยอรมนี

Besoldungsgruppe	Grundgehalt (Monatsbeträge in Euro)							
	Stufe 1	Stufe 2	Stufe 3	Stufe 4	Stufe 5	Stufe 6	Stufe 7	Stufe 8
R 1	3 971,66	4 354,18	4 737,86	5 077,38	5 415,69	5 755,20	6 092,37	6 434,18
R 2	4 826,20	5 073,87	5 320,36	5 657,53	5 997,01	6 335,36	6 674,86	7 014,37
R 3	7 714,27							
R 4	8 163,05							
R 5	8 678,13							
R 6	9 167,62							
R 7	9 639,65							
R 8	10 133,77							
R 9	10 746,50							
R 10	13 193,93							

5.2.3.2 ระบบค่าตอบแทนผู้พิพากษาในฝรั่งเศส

ค่าตอบแทนผู้พิพากษาฝรั่งเศส ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายของรัฐสภา เช่นเดียวกับของเยอรมัน แต่รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 ลงวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1958 (Ordonnance n° 58-1270) ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการกำหนดอัตราเงินเดือนผู้พิพากษาโดยบัญชีอัตราเงินเดือนผู้พิพากษาแบ่งออกเป็น 3 บัญชี ตามระดับชั้นของผู้พิพากษา โดยบัญชีค่าตอบแทนผู้พิพากษาชั้นสองแบ่งขั้นค่าตอบแทนออกเป็น 5 ขั้น การเลื่อนขั้นค่าตอบแทนเป็นไปโดยอัตโนมัติตามระยะเวลาที่กำหนดโดยขั้นที่ 1 และขั้นที่ 2 จะมีระยะเวลา 12 เดือน ส่วนขั้นที่ 3 ถึงขั้นที่ 5 มีระยะเวลาระยะละ 24 เดือน รวมทั้งหมด 5 ขั้นเป็นระยะเวลา 6 ปี ผู้พิพากษาชั้นสองที่รับค่าตอบแทนในขั้นที่ 5 แล้วจะไม่มี การเลื่อนขั้นเงินเดือนอีกต่อไป เว้นแต่จะเปลี่ยนระดับเป็นผู้พิพากษาชั้นหนึ่ง

บัญชีค่าตอบแทนผู้พิพากษาชั้นสอง¹⁵⁸

	<i>Indice brut</i>	<i>Indice majoré</i>	<i>Durée échelon</i>	<i>Cumul</i>
<i>5ème échelon</i>	750	619	24 mois	6 ans
<i>4ème échelon</i>	701	582	24 mois	4 ans
<i>3ème échelon</i>	655	546	24 mois	2 ans
<i>2ème échelon</i>	588	496	12 mois	1 an
<i>1er échelon</i>	528	452	12 mois	

บัญชีเงินเดือนของผู้พิพากษาชั้นหนึ่งแบ่งเป็น 8 ชั้น โดยการเลื่อนขึ้นเงินเดือนจากชั้นที่ 1 ไปจนถึงชั้นที่ 6 จะเป็นไปโดยอัตโนมัติตามกำหนดระยะเวลา แต่การเลื่อนจากชั้นที่ 6 ไปเป็นชั้นที่ 7 จะต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่กฎหมายกำหนด และเมื่อได้รับเงินเดือนในชั้นที่ 7 เป็นระยะเวลา 3 ปีจึงจะได้รับการเลื่อนไปรับค่าตอบแทนในชั้นที่ 8

บัญชีค่าตอบแทนผู้พิพากษาชั้นหนึ่ง¹⁵⁹

	<i>Echelle lettre</i>	<i>Indice brut</i>	<i>Indice majoré</i>	<i>Durée échelon ou chevron</i>	<i>Cumul idéal</i>
<i>8ème échelon BBis</i>	<i>BB 3</i>		1115		
	<i>BB 2</i>		1086	12 mois	
	<i>BB 1</i>		1058	12 mois	
<i>7ème échelon</i>	<i>B 3</i>		1058		19 ans
	<i>B 2</i>		1004	12 mois	18 ans
	<i>B 1</i>		963	12 mois	
<i>6ème échelon</i>	<i>A 3</i>		963		17 ans

¹⁵⁸ L'Union Syndicale des Magistrats, *supra* note 117, p.23.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p.24.

	A 2		915	12 mois	16 ans
	A 1		881	12 mois	15 ans
5ème échelon		1015	821	24 mois	13 ans
4ème échelon		966	783	18 mois	11.5 ans
3ème échelon		901	734	18 mois	10 ans
2ème échelon		852	696	18 mois	8.5 ans
1er échelon		801	658	18 mois	7 ans

ส่วนบัญชีค่าตอบแทนของผู้พิพากษาชั้นพิเศษจะกำหนดตายตัวตามตำแหน่งที่กฎหมายระบุไว้และจะไม่มี การเลื่อนขึ้นเงินเดือนอัตโนมัติ โดยการเลื่อนขึ้นเงินเดือนจะต้องเป็นการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งเท่านั้น

บัญชีค่าตอบแทนผู้พิพากษาชั้นพิเศษ¹⁶⁰

	<i>Echelle-lettre Chevron</i>	<i>Echelle-lettre Indice majoré</i>	<i>Temps passé dans les échelons ou chevrons</i>
2ème échelon	G	1501	
2ème échelon	F	1369	
2ème échelon	E2	1320	
2ème échelon	E1	1270	12 mois
1er échelon	D3	1270	
1er échelon	D2	1217	12 mois
1er échelon	D1	1164	12 mois
1er échelon	C3	1164	

¹⁶⁰ Ibid., p.24.

1er échelon	C2	1139	12 mois
1er échelon	C1	1115	12 mois

5.2.4 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่

ในระบบตุลาการอาชีพ ผู้ที่เป็นหัวหน้าศาลจะได้รับมอบอำนาจหน้าที่ในการสอดส่องพฤติกรรมของผู้พิพากษาทั้งในการปฏิบัติหน้าที่และพฤติกรรมอื่นๆ หากพบว่ามีพฤติกรรมหรือการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่เหมาะสมต้องเข้าดำเนินการ ทั้งฝรั่งเศสและเยอรมันให้เป็นอำนาจของหัวหน้าศาลแต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน

5.2.4.1 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในเยอรมนี

ตามรัฐธรรมนูญผู้พิพากษาสหพันธ์(DRiG)¹⁶¹ ผู้พิพากษาที่อาจอยู่ภายใต้การกำกับดูแลได้ทราบเท่าที่ไม่ขัดแย้งต่อความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ โดยการกำกับดูแลทางตุลาการ (Judicial Oversight) เป็นอำนาจของประธานศาล และรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม โดยการกำกับดูแลผู้พิพากษาศาลสูงมลรัฐเป็นอำนาจของรัฐมนตรี เป็นส่วนหนึ่งของการบริหารศาล¹⁶² เพื่อควบคุมผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในศาลของตน แต่อำนาจกำกับดูแลดังกล่าวมีขอบเขตจำกัด โดยมีอำนาจในการห้ามกระทำการบางอย่างที่ไม่เหมาะสมหรือเรียกร้องให้อำนาจในหน้าที่ของตน โดยอาจตักเตือนหรือตำหนิได้ แต่การกำกับดังกล่าวจะกระทบกระเทือนถึงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาไม่ได้ และการลงโทษอย่างอื่นนอกเหนือไปจากการตักเตือนจะเป็นอำนาจของศาลวินัยผู้พิพากษา โดยการใช้อำนาจกำกับดูแลสามารถถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายตุลาการ

การกำกับดูแลกรณีใดสามารถทำได้หรือไม่ได้นั้นในระบบกฎหมายเยอรมันได้สร้างมโนทัศน์เรื่อง “แกนอำนาจหน้าที่ทางตุลาการโดยแท้” (*einem Kernbereich der richterlichen Tätigkeit* ; Core Judicial Function) กับ “แดนนอกขอบเขตอำนาจตุลาการ” (*einen äußeren Ordnungsbereich*; Outer Sphere Function) ขึ้น¹⁶³ เพื่อใช้แยกการกำกับดูแลออกจาก

¹⁶¹ มาตรา 26 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษาสหพันธ์(DRiG)

¹⁶² Anja seibert-Forh, *supra note 90*, p.477.

¹⁶³ Anja Seibert-Fohr, “Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany,” in *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, eds. Eibe Riedel and Rudiger Wolfrum, (Berlin : Springer, 2006), p.281 – 283.

แทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษา¹⁶⁴ โดยหากเป็นแดนอำนาจหน้าที่ทางตุลาการโดยแท้จะหมายถึงขอบเขตของอำนาจเป็นอิสระโดยแท้ของผู้พิพากษาอันได้แก่การพิจารณาพิพากษาคดี หากผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ในแดนนี้ ผู้บังคับบัญชาจะเข้าแทรกแซงไม่ได้เลย แม้ว่าจะเป็นคำสั่งทางอ้อมหรืออิทธิพลในทางกายภาพ ซึ่งเคยมีกรณีที่ยกเว้นคือ มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงที่เห็นเป็นประจักษ์ว่าคำสั่งของศาลขัดแย้งต่อกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษาออกคำสั่งให้ทนายของคู่ความออกไปจากห้องพิจารณา เป็นต้น

ส่วนกรณีที่อยู่ในแดนนอกขอบเขตอำนาจโดยแท้ของผู้พิพากษาจะเป็นแดนที่ถูกกำกับโดยผู้มีอำนาจได้ โดยการดักเตือนหรือกระบวนการลงโทษทางวินัย ซึ่งหากเป็นการใช้ปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจของผู้พิพากษาในแดนนี้แม้จะใกล้เคียงกับการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม เช่น การที่ผู้พิพากษาใช้เวลาในการพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งนานเกินสมควร ผู้พิพากษานั้นอาจถูกเรียกมาอธิบายถึงความล่าช้าของคดีที่กำลังพิจารณาได้ หรือวิธีการเขียนหรือรูปแบบ(From) ของคำพิพากษาก็จัดว่าเป็นเรื่องนอกขอบเขตอำนาจโดยแท้ของผู้พิพากษา แม้ว่าเนื้อหาของคำวินิจฉัยจะเป็นแดนอำนาจหน้าที่ทางตุลาการโดยแท้

นอกจากนี้ ยังมีหลายกรณีที่ถือว่าอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของผู้มีอำนาจ เช่น การละเลยต่อการปรับใช้กฎหมายที่เป็นที่รู้จักเป็นอย่างดี หรือใช้กฎหมายที่ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว หรือเพิกเฉยต่อการผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญการรับฟังพยานหลักฐานน้อยเกินไป การพิจารณาคดีช้าเกินไป หรือการปฏิเสธที่จะรับการมอบหมายสำนวนคดี การกระทำด้วยวาจาโดยการวิพากษ์วิจารณ์ด้วยกริยาดูหมิ่นต่อพนักงานอัยการหรือคำวินิจฉัยของศาลอื่น หรือโดยความเห็นทางตุลาการที่แถลงทั่วไป เกี่ยวกับการไร้ความสามารถหรือการทุจริตของพรรคการเมือง และยังรวมไปถึงพฤติกรรมของผู้พิพากษาในขณะที่อยู่นอกศาลด้วย ผู้พิพากษาอาจทำลายเกียรติยศของฝ่ายตุลาการด้วยกระทำและคำพูด ผู้พิพากษาคณะหนึ่งเคยถูกลงโทษทางวินัยจากการทำร้ายช่างภาพของสำนักข่าวและการเพิกเฉยต่อรายงานในนิตยสารเกี่ยวกับค่ายกักกันของนาซี¹⁶⁵

ในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในเยอรมนีการดำเนินการใดๆ จะต้องปรึกษากับองค์กรตัวแทนผู้แทนผู้พิพากษาประจำศาลเสียก่อนและจะมีอำนาจเพียงการดักเตือนหรือตำหนิเท่านั้น แต่หากจะต้องลงโทษทางวินัยมากกว่านั้น เช่น การลดขั้นเงินเดือน หรือปลดให้พ้นจาก

¹⁶⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน,” *บทบัญญัติ*, ตอน 2, ปีที่ 60, น.129–140 (2547).

¹⁶⁵ David S. Clarke, *supra* note 98, p.1840.

ตำแหน่งจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลวินัยให้พิจารณาออกคำสั่งลงโทษ นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมนีมีกลไกพิเศษประการหนึ่งที่ไม่พบในระบบตุลาการอื่นคือระบบการโต้แย้งการควบคุมของหัวหน้าศาล กล่าวคือหากผู้พิพากษาคนใดเห็นว่าหัวหน้าศาลใช้อำนาจควบคุมพฤติกรรมแทรกแซงความเป็นอิสระของตนสามารถฟ้องร้องต่อศาลวินัย¹⁶⁶ ได้เช่นกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งศาลวินัยทำหน้าที่ควบคุมการควบคุมของหัวหน้าศาลอีกชั้นหนึ่งเพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระไม่ให้สูญเสียไปโดยดุลยภาพระหว่างด้านการควบคุมพฤติกรรมกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

5.2.4.2 การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในฝรั่งเศส

การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาในฝรั่งเศสเป็นอำนาจหน้าที่ของหัวหน้าศาลเช่นเดียวกับในเยอรมนี โดยในแต่ละศาลจะมีผู้พิพากษาหัวหน้าศาลทำหน้าที่บริหารจัดการภายในศาล ดูแลผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ภายในศาล เช่น การสอดส่องดูแลผลการปฏิบัติงาน และการเลื่อนตำแหน่ง¹⁶⁷ นอกจากนี้ในฝรั่งเศสจะมีตำแหน่งผู้ตรวจการของกระทรวงยุติธรรมที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวนี้ด้วย ตามรัฐกำหนดฉบับที่ 58-1270 ได้ให้อำนาจในการตกเตือน (*avertissement*) หากเป็นการตกเตือนเพียงอย่างเดียวโดยไม่ได้ลงโทษทางวินัยอื่นอีก ผู้ที่มีอำนาจได้แก่ ผู้ตรวจการการบริการสาธารณะทางตุลาการ ประธานศาลสูงสุด อัยการสูงสุด และผู้อำนวยการหรือผู้มีอำนาจในหน่วยงานที่มีตุลาการปฏิบัติหน้าที่อยู่จะเป็นผู้มีอำนาจตกเตือนตุลาการที่อยู่ภายใต้การดูแลของตน ซึ่งการตกเตือนนั้นจะให้เป็นหนังสือเป็นเก็บรักษาไว้ และจะถูกลบทิ้งเมื่อไม่มีการตกเตือนหรือการลงโทษทางวินัยภายใน 3 ปี¹⁶⁸ แต่หากจะลงโทษมากกว่านั้นจะต้องยื่นคำร้องให้คณะกรรมการตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยและคำสั่งใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษทางวินัยสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง

ในกรณีที่ผู้พิพากษาได้กระทำความผิดต่อหน้าที่ที่เกี่ยวกับสถานะ เกียรติยศ กาลเทศะ ศักดิ์ศรี รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมและประธานศาลอุทธรณ์มีอำนาจที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาความผิด (*Faute disciplinaire*) ซึ่งความผิดต่อหน้าที่ในทางวิชาชีพของผู้พิพากษารวมถึงการมี

¹⁶⁶ มาตรา 26(3) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษาสหพันธ์ (DRiG)

¹⁶⁷ John Bell, *supra* note 88, p.51.

¹⁶⁸ มาตรา 44 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

อคติหรือการละเลยต่อหน้าที่รวมไปถึงพฤติกรรมส่วนตัวของผู้พิพากษาที่สร้างภาพลักษณ์ที่ไม่ดีต่อฝ่ายตุลาการ เช่น ขโมย หรือติดสุรา แต่ผู้พิพากษาจะไม่มีผลจากความผิดจากการตีความกฎหมายผิด¹⁶⁹

แม้กระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยในระบบศาลยุติธรรมฝรั่งเศสมีสถานะเป็นกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง ไม่ใช่กระบวนการทางตุลาการหรือการพิจารณาคดีในศาลแบบเยอรมัน แต่ฝรั่งเศสได้นำระบบการพิจารณาคดีทางตุลาการมาผสมผสานเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมากขึ้น ที่เห็นได้อย่างชัดเจน 2 ประการ ประการแรก การให้สิทธิที่คู่ความยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตุลาการโดยตรง โดยไม่ต้องผ่านองค์กรภายในฝ่ายตุลาการอื่น แต่เดิมการริเริ่มกระบวนการทางวินัยจะต้องเริ่มโดยรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม ซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มาก การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นดุลพินิจของรัฐมนตรีซึ่งเป็นสมาชิกของรัฐบาล ซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงถึงความสงสัยในเรื่องความโปร่งใสไปได้ ในปี ค.ศ. 2001 จึงมีการให้ประธานศาลอุทธรณ์มีอำนาจในการริเริ่มกระบวนการทางวินัย¹⁷⁰ และในปี ค.ศ. 2008 มีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญอนุญาตให้ประชาชนสามารถร้องเรียนทางวินัยไปยังคณะกรรมการตุลาการโดยตรง และ ประการที่สอง การกำหนดให้การพิจารณาโทษทางวินัยโดยคณะกรรมการตุลาการต้องกระทำโดยเปิดเผย

โทษทางวินัยที่จะลงแก่ผู้พิพากษาที่ประพฤติปฏิบัติ แบ่งออกเป็น 8 สถาน¹⁷¹ ได้แก่ ดำเนินที่บันทึกไว้ในแฟ้มประวัติ(ทำทัณฑ์บน) บันทึกไว้ 3 ปี ย้ายตำแหน่ง งดการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการบางเรื่อง งดการแต่งตั้งหรือมอบหมายในตำแหน่งตุลาการอย่างสูง 5 ปี ลดเงินเดือน พักงานไม่เกิน 1 ปี โดยให้เงินเดือนด้วยก็ได้ ลดขั้น บังคับให้เกษียณ ปลดออก โดยอาจงดบำนาญด้วยก็ได้ โดยการกระทำความผิดวินัยแต่ละครั้งจะใช้มาตรการลงโทษได้เพียงสถานเดียว เว้นแต่โทษบางประเภท เช่น การลดเงินเดือนที่สามารถลงโทษพร้อมกับการย้ายตำแหน่งก็ได้¹⁷²

¹⁶⁹ Antoine Garapon and Harold Epineuse, Judicial Independence in France, in *Judicial Independence in Transition*, ed. Anja serbert-Forh (Heidelberg: Springer, 2012), p.290.

¹⁷⁰ Roger Errera, *supra* note 105, p.67.

¹⁷¹ มาตรา 45 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁷² มาตรา 46 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

5.3 การจัดระเบียบผู้พิพากษาแบบตุลาการวิชาชีพ

ระบบตุลาการวิชาชีพ (Professional/Recognition Judiciary) เป็นระบบที่คัดเลือกผู้พิพากษาจากผู้ที่มีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาแล้วในระดับหนึ่ง ซึ่งการแต่งตั้งผู้พิพากษาให้ดำรงตำแหน่งใดก็จะอยู่ในตำแหน่งนั้นไปจนกว่าจะครบกำหนดเกษียณอายุหรือได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใหม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่มีระบบการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่ง ระบบตุลาการวิชาชีพนี้มีจุดเด่นในเรื่องของการให้ความเป็นอิสระแก่ผู้พิพากษาอย่างมากเนื่องจากผู้ที่มาดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาต่างเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ประกอบวิชาชีพมาแล้วย่อมมีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะทราบว่าควรจะต้องประพฤติปฏิบัติตัวอย่างไร ซึ่งในจุดแข็งนี้เองที่เป็นจุดอ่อนในเวลาเดียวกันคือการไม่มีระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ใกล้ชิดทำให้ขาดระบบการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่เพียงพอ¹⁷³ ประเทศที่ใช้การจัดระเบียบผู้พิพากษาในรูปแบบนี้คือสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ โดยอาจแยกพิจารณาเฉพาะในเรื่องสำคัญ 3 เรื่องด้วยกัน ได้แก่ (5.3.1) ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษา (5.3.2) ระบบค่าตอบแทน และ (5.3.3) ระบบการควบคุมผู้พิพากษา

5.3.1 การคัดเลือกผู้พิพากษา

ระบบตุลาการวิชาชีพจะคัดเลือกผู้พิพากษาจากผู้ที่มีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายมีผลงานปรากฏสู่สาธารณะแล้วในระดับหนึ่ง ดังนั้นกระบวนการคัดเลือกจึงไม่ได้ใช้ระบบการสอบแข่งขันเพื่อวัดความรู้ความสามารถเหมือนระบบตุลาการอาชีพ แต่มีวิธีการคัดเลือกที่หลากหลายอย่างมาก ในหัวข้อนี้จะศึกษาเฉพาะระบบการคัดเลือกที่น่าสนใจบางระบบโดยแยกพิจารณาเป็น (5.3.1.1) การคัดเลือกผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา (5.3.1.2) การคัดเลือกผู้พิพากษาในอังกฤษ

5.3.1.1 การคัดเลือกผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา

ระบบศาลในสหรัฐอเมริกาไม่เหมือนในเยอรมนีที่แม้จะเป็นสหพันธรัฐเหมือนกัน ระบบศาลระดับสหพันธ์กับในระดับมลรัฐในสหรัฐอเมริกาจะแยกจากกัน โดยทั้งมลรัฐและสหพันธ์ต่างก็มีระบบศาลของตนเองตั้งแต่ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลสูงสุด ดังนั้นระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาในระดับมลรัฐและในระดับสหพันธ์จึงเป็นคนละระบบกัน ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกาอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ การเลือกตั้งผู้พิพากษา คือการให้ประชาชนได้ลงคะแนนเลือกผู้ที่จะมาเป็นผู้พิพากษาซึ่งจะมีการสมัครรับเลือกตั้งเหมือนกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาโดยอาจแบ่งเป็นสอง

¹⁷³ Nicholas L. Georgakopoulos, *supra* note 88, p.205 – 225.

รูปแบบ คือการเลือกตั้งแบบที่ให้ผู้สมัครต้องสังกัดพรรคการเมือง(Partisan) และแบบไม่ต้องสังกัดพรรคการเมือง(Non-Partisan) การแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยฝ่ายการเมือง(Judicial Appointment) คือ การให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษา ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักจะมีการกำหนดกลไกในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายการเมืองไว้ ไม่ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจแต่งตั้งแต่เพียงฝ่ายเดียว และ ระบบผสมมิสซูรี(Missouri plan) คือการผสมกันระหว่างการแต่งตั้งโดยฝ่ายการเมืองกับการเลือกตั้ง ในหัวข้อนี้จะศึกษาเฉพาะระบบการคัดเลือกที่สามารถนำไปปรับใช้ในประเทศไทยได้ อันได้แก่ (1) การคัดเลือกผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์ และ (2) การคัดเลือกผู้พิพากษาระบบผสมมิสซูรี

(1) การคัดเลือกผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์

มาตรา 2 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดวิธีการคัดเลือกผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์ไว้ว่าให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งโดยคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสภา ผู้พิพากษาทุกคนในทุกลำดับชั้นศาลของระบบศาลสหพันธ์ ไม่ได้จำกัดเฉพาะตุลาการศาลสูงสุดเท่านั้น แม้ตามรัฐธรรมนูญจะใช้คำว่าให้ “คำแนะนำและยินยอม” (advise and consent) แต่ในทางปฏิบัติแล้ว วุฒิสภาจะให้ความยินยอมเมื่อบุคคลได้รับการเสนอชื่อมาจากประธานาธิบดีแล้ว ดังนั้น กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสหรัฐอาจแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอน อันได้แก่ ขั้นตอนการคัดเลือกโดยประธานาธิบดี และขั้นตอนการให้ความยินยอมโดยวุฒิสภา ซึ่งอาจอธิบายภาพรวมได้ดังนี้¹⁷⁴

ขั้นตอนแรกการคัดเลือกโดยประธานาธิบดี ขั้นตอนนี้จะเริ่มต้นขึ้นเมื่อมีตำแหน่งผู้พิพากษาว่างลง ฝ่ายบริหารจะเริ่มกระบวนการโดยอัยการสูงสุด(Attorney General) รองอัยการสูงสุด(Deputy attorney general) และกระทรวงยุติธรรมจะเริ่มสรรหาบุคคลที่มีคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่ประธานาธิบดีกำหนดซึ่งทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติหรือเงื่อนไขของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาไว้ ไม่มีการกำหนดอายุขั้นต่ำ ไม่กำหนดคุณวุฒิการศึกษาว่าต้องสำเร็จการศึกษาทางกฎหมายหรือไม่ ไม่มีกระทำการกำหนดสัญชาติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่ง ในขั้นตอนนี้ดูเหมือนจะเป็นการให้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางแก่ฝ่ายบริหารในการเลือกบุคคลที่เหมาะสม แต่อย่างไรก็ดี ในระบบการเมืองสหรัฐอเมริกามีธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองที่ไม่ได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรคอยถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารอยู่ เช่น ในกรณีที่เป็นผู้พิพากษาศาลชั้นต้น สมาชิกวุฒิสภาของมลรัฐที่ศาลนั้นตั้งอยู่จะเป็นผู้เสนอรายชื่อ เป็นต้น โดยธรรมเนียมปฏิบัติอื่นๆ จะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

¹⁷⁴ Bureau of International Information Programs, U.S. Department of State, Outline of the U.S. Legal System (U.S.A.: Department of State, 2004), p.149 – 150.

เมื่อได้รายชื่อบุคคลที่เหมาะสมแล้ว กระทรวงยุติธรรมจะทำการตรวจสอบทั้ง การตรวจสอบประวัติส่วนตัวต่างๆ โดยอาจให้สำนักงานสืบสวนกลางสหรัฐ(FBI) เข้าร่วมตรวจสอบ การตรวจสอบความสามารถในการทำงาน ซึ่งจะทำให้การประเมินจากบทความ หรือปาฐกถาของบุคคลนั้น หรือ ประเมินจากการเขียนความเห็นทางกฎหมายในคำพิพากษาที่บุคคลผู้นั้นเป็นผู้เขียน และตรวจสอบ ทักษะคดีในทางทนายเมือง โดยจะตรวจสอบกับผู้นำพรรคการเมืองท้องถิ่นว่าบุคคลนั้นมีความซื่อสัตย์กับ พรรคการเมืองและมีทัศนคติไปในทิศทางเดียวกันกับนโยบายหลักของประธานาธิบดีหรือไม่ เมื่อเลือกได้ บุคคลที่เหมาะสมแล้วก็จะส่งรายชื่อไปให้กับวุฒิสภาเพื่อดำเนินการขั้นต่อไป

ขั้นตอนที่สอง การให้ความยินยอมโดยวุฒิสภา จะเริ่มเมื่อได้รับรายชื่อที่ส่ง มาโดยประธานาธิบดี วุฒิสภาจะให้คณะกรรมการกิจการตุลาการ(Judiciary Committee) ซึ่งเป็น คณะกรรมการสามัญประจำวุฒิสภาพิจารณาก่อน โดยการพิจารณาในคณะกรรมการนี้อาจแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอน ขั้นตอนแรก การสืบสวนก่อนรับฟัง(Pre-hearing investigate stage) คณะกรรมการก็จะ เริ่มกระบวนการสอบสวนประวัติต่างๆ ด้วยตนเอง ซึ่งอาศัยการให้ผู้เสนอชื่อตอบแบบสอบถาม (Questionnaire) ซึ่งจะมีรายละเอียดที่คณะกรรมการจะใช้ในการพิจารณา เช่น ประวัติการทำงาน ผลงานที่เคยทำมาในอดีต ประสบการณ์การทำงานต่างๆ บทความหรือเอกสารที่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ นอกจากนี้ แบบสอบถามดังกล่าวยังทำหน้าที่ในการวัดทัศนคติหรือแนวคิดทางการเมืองอีกด้วย เช่น ให้ผู้ ถูกเสนอชื่อระบุคดีที่ตนเองเป็นหัวหน้าคณะและเห็นว่าเป็นคดีที่โดดเด่นที่สุดของตน 10 คดี หรือให้ระบุ คดีที่เคยทำในขณะที่เป็นทนายความที่ตนเองเห็นว่าโดดเด่นที่สุด 10 คดี เป็นต้น ซึ่งเมื่อผู้ถูกเสนอชื่อได้ ตอบแบบสอบถามแล้ว แบบสอบถามจะถูกส่งให้สมาชิกในคณะกรรมการเพื่อพิจารณา และอาจขอให้ผู้ ถูกเสนอชื่อ ทำแบบสอบถามเพิ่มเติมในประเด็นที่สมาชิกยังอาจตั้งใจสงสัย ซึ่งคณะกรรมการถือว่า ข้อมูลที่ได้จากการตอบแบบสอบถามหรือข้อมูลการเปิดเผยบัญชีทรัพย์สินหรือข้อมูลทางการเงินเป็น ข้อมูลสาธารณะ ยกเว้นข้อมูลบางประเภทที่มีความอ่อนไหว เช่น ข้อมูลอาจถูกกล่าวหาว่าละเมิดต่อ กฎหมาย ในกรณีที่ผู้ถูกเสนอชื่อเคยเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ คณะกรรมการอาจร้องขอต่อหน่วยงานให้ส่งผล งานที่ทำโดยผู้ถูกเสนอชื่อให้ แต่ประธานาธิบดีอาจสงวนสิทธิในการไม่เปิดเผยข้อมูลบางประเภทที่เป็น ความลับ ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหาร(Executive Privilege) ขั้นตอนที่สอง คือการสัมภาษณ์(Public hearing) โดยจะมีการเชิญผู้ถูกเสนอชื่อมาทำการสัมภาษณ์โดยตรงกับคณะกรรมการ และ ขั้นที่สาม ขั้นลงมติทำรายงาน เมื่อได้สัมภาษณ์ผู้ที่ถูกเสนอชื่อแล้ว คณะกรรมการก็จะเปิดประชุมเพื่อจัดทำ รายงานต่อที่ประชุมวุฒิสภา ซึ่งในรายงานจะประเมินผู้ที่ถูกเสนอชื่อใน 3 ทาง คือเห็นชอบด้วยกับบุคคลที่

ถูกเสนอชื่อ ไม่เห็นชอบด้วย หรือไม่มีคำแนะนำ(No Recommendation) จากนั้นรายชื่อจะถูกเสนอให้ วุฒิสภาพิจารณาว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่โดยใช้คะแนนเสียงข้างมากธรรมดา

ในการพิจารณาของวุฒิสภาจะพิจารณาจากคุณสมบัติและบุคลิกในทาง วิชาชีพเป็นเกณฑ์หลัก ปรัชญาทางตุลาการ(Judicial Philosophy) หรือมุมมองในประเด็นทาง รัฐธรรมนูญ เช่น การตีความรัฐธรรมนูญจะไปในทิศทางใด หรือมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจในประเด็นทาง การเมืองหรือไม่(Judicial Activism) โดยจะให้ความสำคัญกับปรัชญาทางตุลาการ อุดมคติและคุณค่า ในทางรัฐธรรมนูญ สำหรับกรณีตุลาการศาลสูงสุดแล้ว วุฒิสภาจะคำนึงถึงความสมดุลของอุดมการณ์ทาง การเมืองในศาล อุดมการณ์ทางการเมืองดังกล่าวอาจแบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเรียกว่าเป็นเสรีนิยม (Liberalism) ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า อนุรักษนิยม(Conservative) ซึ่งการเพิ่มบุคคลเข้าไปอาจทำให้ ดุลยภาพในศาลนั้นเปลี่ยนแปลงหรือไม่เปลี่ยนแปลงไปได้ นอกจากนี้ วุฒิสภายังพิจารณาถึงประเด็นทาง การเมือง เช่น ความเหมาะสมกับการเป็นตัวแทนกลุ่ม ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง หรือปัจเจกบุคคล พรรคการเมือง แหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ จริยธรรม ศาสนา เพศสภาพ อีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี ในที่ประชุมวุฒิสภามักจะ เห็นด้วยกับคำแนะนำของคณะกรรมการฯ แต่ก็เคยมีกรณีที่คณะกรรมการฯ ให้คำแนะนำที่เป็นผลร้าย แต่วุฒิสภากลับให้การยินยอมกับผู้ที่ถูกเสนอชื่อนั้น เช่น Stanley Matthew!(1881) Lucius Q.C. Lamar(1888) and Clarence Thomas(1991)

ระบบการถ่วงดุลตรวจสอบการแต่งตั้ง

กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับสหรัฐจะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการ แต่งตั้งทางการเมืองโดยแท้ ดังจะเห็นได้จากการไม่กำหนดคุณสมบัติใดๆ เลยสำหรับผู้ที่将被เสนอชื่อ อีกทั้งไม่ได้กำหนดกระบวนการกลั่นกรองผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อ นอกเหนือไปจากดุลพินิจขององค์กรทาง การเมืองทั้งสองคือประธานาธิบดีและวุฒิสภา แต่ระบบการคัดเลือกดังกล่าวมีกลไกการถ่วงดุลอำนาจ ไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวในการคัดเลือกผู้พิพากษาที่ตนเองต้องการได้โดยสะดวก กลไกการถ่วงดุลดังกล่าว อาจแยกพิจารณาได้เป็น 4 ประการ ได้แก่

ประการแรก การประกันการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษตลอดชีวิตตราบเท่าที่ ประพฤติดี(Life Tenure with Good Behavior) เมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งบุคคลให้เป็นผู้พิพากษาแล้ว ผู้พิพากษานั้นจะได้รับการประกันการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตจึงทำให้ไม่มีประธานาธิบดีคนใดสามารถ แต่งตั้งตุลาการศาลสหรัฐได้ทั้งหมดทุกคน การแต่งตั้งผู้พิพากษาคนใหม่จะต้องรอให้คนเก่าเสียชีวิตหรือ ลาออกจากตำแหน่งไปก่อน โดยเฉพาะในศาลสูงสุดที่มีจำนวนผู้พิพากษาทั้งหมด 9 คน เว้นแต่กรณีเดียว คือเสียชีวิตพร้อมกันทุกคนซึ่งเป็นไปได้ยาก และตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นมาไม่เคยเกิดกรณีเช่นนี้เลย

ในประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา ดังนั้น ในแต่ละสมัยของประธานาธิบดีแต่ละคนจะมีโอกาสได้แต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้เพียงหนึ่งหรือสองคนในสมัยของตนเอง ดังนั้น จึงไม่มีประธานาธิบดีคนใดสามารถครอบงำศาลสูงสุดได้โดยระบบการคัดเลือกเช่นนี้

นอกจากนี้ แม้ผู้พิพากษาอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) ก่อนได้ แต่โดยระบบการถอดถอนผู้พิพากษานั้น ก็ไม่ใช่อำนาจของประธานาธิบดี การปลดให้พ้นจากตำแหน่งนั้นจะต้องอาศัยมติของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ดังนั้น แม้ผู้พิพากษาอาจจะได้รับการคัดเลือกโดยประธานาธิบดี แต่ประธานาธิบดีก็จะหมดอำนาจในการปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่ง ทำให้ผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกไม่จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ตัวประธานาธิบดีแต่อย่างใด นอกจากนี้ การถอดถอนออกจากตำแหน่งแม้จะเป็นอำนาจของวุฒิสภาที่เป็นองค์กรที่ให้ความยินยอมแก่ผู้พิพากษาในการเข้าสู่ตำแหน่ง แต่การพิจารณาถอดถอนดังกล่าวจะต้องอาศัยอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรในการเสนอเรื่องมาให้วุฒิสภาพิจารณาอีกทั้งยังต้องใช้คะแนนเสียงข้างมากพิเศษคือสองในสามของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมากกว่ามติวุฒิสภาใช้ในการให้ความยินยอมในการแต่งตั้งผู้พิพากษาเสียอีก กลไกดังกล่าวจึงเป็นหลักประกันว่าแม้วุฒิสมาชิกที่เป็นองค์กรที่ให้ความเห็นชอบแก่ผู้พิพากษาเมื่อมาภายหลังจะไม่พอใจการทำงานของผู้พิพากษา แต่ก็ไม่สามารถถอดถอนผู้พิพากษานั้นออกได้โดยลำพังเช่นเดียวกับประธานาธิบดี

ประการที่สอง ในกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษานี้เป็นกระบวนการที่เปิดเผยต่อสาธารณะ รายชื่อบุคคลที่ประธานาธิบดีจะเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบจะถูกนำเสนอต่อสาธารณะโดยสื่อมวลชนซึ่งจะทำหน้าที่ร่วมตรวจสอบความเหมาะสมไปพร้อมกันด้วย อีกทั้งองค์กรวิชาชีพ เช่น เนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา (the American Bar Association(ABA) ซึ่งเป็นสมาคมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของสหรัฐก็เข้าร่วมตรวจสอบด้วย โดยมีคณะกรรมการชุดหนึ่งโดยเฉพาะอันประกอบไปด้วยสมาชิก 15 คนทำหน้าที่ประเมินความน่าเชื่อถือในทางวิชาชีพของผู้ที่จะถูกเสนอชื่อในพื้นฐาน 3 ประการ อันได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา (Judicial temperament) ความสามารถในการทางวิชาชีพ(Profession Competence) และความยึดมั่นในความซื่อสัตย์(Integrity) ซึ่งผู้ที่ถูกประเมินจากได้รับประเมินว่ามีความเหมาะสม(Qualified) หรือ มีความเหมาะสมมาก(Well Qualified) แต่หากไม่ผ่านก็ได้รับการประเมินเป็นไม่เหมาะสม(not qualified) ดังนั้น หากประธานาธิบดีหรือวุฒิสภาจะแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม ทั้งสององค์กรจะต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นอย่างมาก และหากฝ่าฝืนแต่งตั้งผู้นั้นอาจส่งผลกระทบต่อคะแนนนิยมส่วนตัวได้

ประการที่สาม ธรรมเนียมปฏิบัติของวุฒิสภา(Senatorial Courtesy) กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษานอกจากกระบวนการถ่วงดุลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ในทางการเมือง สหรัฐอเมริกายังได้มีธรรมเนียมปฏิบัติที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในกระบวนการแต่งตั้งนี้ด้วย ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวเรียกว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติของวุฒิสภา” (Senatorial Courtesy) ธรรมเนียมดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่ในสมัยประธานาธิบดีจอร์จ วอชิงตัน(Georg Washington)มีการเสนอให้วุฒิสภาให้ความยินยอมแก่การแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญ แต่วุฒิสภาไม่ให้ความยินยอมเพราะเหตุที่วุฒิสมาชิก 2 คนจากมลรัฐเจ้าของพื้นที่ที่เจ้าหน้าที่นั้นจะต้องไปปฏิบัติหน้าที่ไม่ให้ความยินยอม ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวได้รับการปฏิบัติเรื่อยมาจนเกิดเป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่า หากประธานาธิบดีจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่รัฐในตำแหน่งซึ่งจะต้องไปปฏิบัติหน้าที่ในมลรัฐ หากสมาชิกวุฒิสภาจากมลรัฐเจ้าของพื้นที่ (Home-State Senator) คัดค้าน สมาชิกวุฒิสภาอื่นก็จะไม่ให้ความยินยอมแก่รายชื่อนั้นด้วย

แต่เดิมธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวจำกัดเฉพาะกรณีที่ประธานาธิบดีกับวุฒิสมาชิกของมลรัฐเจ้าของพื้นที่สังกัดพรรคการเมืองเดียวกัน แต่ต่อมาได้ขยายโดยไม่จำกัดพรรคการเมืองอีกต่อไป¹⁷⁵ ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวจึงเป็นการบังคับกลายๆ ว่าหากประธานาธิบดีจะเสนอรายชื่อบุคคลใดให้วุฒิสภายินยอมก็จะต้องปรึกษากับวุฒิสมาชิกเจ้าของพื้นที่เสียก่อน หากประธานาธิบดีไม่ปฏิบัติตาม วุฒิสมาชิกสามารถประกาศคัดค้านการเสนอชื่อโดยการไม่ส่งมอบเอกสารแสดงความเห็นต่อผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อ(Blue Slip Hold) คืนให้แก่คณะกรรมการกิจการตุลาการแห่งวุฒิสภา ซึ่ง Blue Slip เป็นเอกสารขอความเห็นที่คณะกรรมการกิจการตุลาการแห่งวุฒิสภาจะส่งให้กับวุฒิสมาชิกเจ้าของพื้นที่เพื่อให้ความเห็นแก่ผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อ ซึ่งเมื่อมีการคัดค้านดังกล่าว วุฒิสภาก็จะลงมติไม่ให้ความยินยอมในการแต่งตั้ง

นอกจากนี้ สำหรับผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์สหรัฐซึ่งแต่ละศาลมีเขตอำนาจครอบคลุมพื้นที่หลายมลรัฐ รายชื่อที่จะเสนอจะต้องให้วุฒิสมาชิกเจ้าของพื้นที่ทุกคนให้ความเห็นชอบด้วยเช่นกัน และในศาลอุทธรณ์นั้นจะต้องมีผู้พิพากษาที่มาจากแต่ละมลรัฐอย่างน้อยมลรัฐละ 1 คน¹⁷⁶

¹⁷⁵ Tonja Jacobi, “The Senatorial Courtesy Game: Explaining the Norm of Informal Vetoes in Advice and Consent Nominations,” *Legislative Studies Quarterly*, No. 2, Vol. 30, p.196 (May, 2005).

¹⁷⁶ Michel C. Tolley, “Legal Controversies over Federal Selection in the United States,” in *Appointment Judges in an Age of Judicial Power : A Critical perspectives from*

ประการสุดท้าย การใช้เครื่องมือในการตอบโต้ทางการเมืองในรัฐธรรมนูญ อันได้แก่การเตะถ่วง(Filibuster) และการแต่งตั้งชั่วคราว(Recess Appointment) กล่าวคือ การให้ความยินยอมของวุฒิสภาในการแต่งตั้งผู้พิพากษาจะใช้เพียงเสียงข้างมากธรรมดา ดังนั้น ในกรณีที่เสียงข้างมากในวุฒิสภาสังกัดพรรคการเมืองเดียวกันกับประธานาธิบดีอาจทำให้ดูเหมือนว่ากระบวนการถ่วงดุลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้จะใช้ไม่ได้ แต่ในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาเครื่องมือของฝ่ายเสียงข้างน้อยในการต่อรองกับฝ่ายเสียงข้างมาก ที่เรียกว่า “การเตะถ่วง” (Filibuster) คือกรณีที่ฝ่ายเสียงข้างน้อยใช้สิทธิในการพูดในสภาอย่างต่อเนื่องเพื่อถ่วงการลงมติให้เวลาทอดยาวออกไป เนื่องจากข้อบังคับการประชุมวุฒิสภาสหรัฐไม่ได้จำกัดเวลาและหัวข้อในการพูดไว้ ซึ่งเคยมีสมาชิกวุฒิสภาของสหรัฐบางคนเคยกระทั้งนำสมุดโทรศัพท์เข้าไปอ่านเพื่อถ่วงเวลา¹⁷⁷ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อเร็วๆ นี้มีความพยายามในการเตะถ่วง โดยการขัดขวางการนำรายชื่อที่เสนอมารับเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภาซึ่งเรียกว่า “การเตะถ่วงเงียบ” (Silent Filibuster) ซึ่งมาตรการดังกล่าวถูกวิจารณ์อย่างมากว่าเป็นการใช้เสียงน้อยขัดขวางเสียงข้างมาก และน่าจะมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี ในทางการเมืองก็ถือว่าการเตะถ่วงเป็นเครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายเสียงข้างน้อยที่จะใช้ถ่วงดุลอำนาจกับฝ่ายเสียงข้างมาก

ฝ่ายประธานาธิบดีหรือฝ่ายเสียงข้างมากก็มีเครื่องมือในการตอบโต้การเตะถ่วงของวุฒิสภา โดยเสียงข้างมากในวุฒิสภาอาจเสนอให้ปิดการอภิปรายและลงมติ (Cloture) ซึ่งจะต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษคือสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมด(ปัจจุบันต้องใช้ 60 เสียง) ส่วนในกรณีของประธานาธิบดีสามารถอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 ที่ให้อำนาจไว้ในกรณีที่วุฒิสภาปิดสมัยประชุม (During the Recess of the Senate) ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งไปพลางก่อนระหว่างรอการเปิดสมัยประชุมวุฒิสภาซึ่งเรียกว่า “การแต่งตั้งชั่วคราว” (Recess Appointment) ซึ่งแต่เดิมคำว่า “ในช่วงปิดสมัยประชุม” หมายถึงช่วงระยะเวลาที่วุฒิสภาปิดสมัยประชุมจนถึงเวลาเปิดสมัยประชุมของวุฒิสภา (Inter-session Recess) แต่ต่อมาได้มีการตีความว่าช่วงเวลาที่วุฒิสภาพักการประชุมหรือไม่มีการประชุมในสมัยระหว่างประชุมก็ถือว่าเป็น “ระหว่างปิดสมัยประชุม” ด้วย ซึ่ง

around the World, eds. Kate Malleson and Peter H. Russell (Toronto: University of Toronto Press, 2007), p.84-85.

¹⁷⁷ ปกป้อง จันวิทย์, “Filibuster,” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2556, จาก www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q2/article2005june16_p3.htm.

เรียกว่า Intra-session Recess¹⁷⁸ ซึ่งการแต่งตั้งชั่วคราวนี้มีข้อจำกัดในแง่ที่ว่าผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจะไม่ได้รับหลักประกันความเป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จะไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนและคำสั่งแต่งตั้งจะสิ้นสุดลงเมื่อสิ้นสุดสมัยประชุมถัดไปของวุฒิสภา

เหตุการณ์ต่อสู้กันทางการเมืองโดยอาศัยเครื่องมือทั้งสองประการเกิดขึ้นเป็นประจำในการเมืองสหรัฐ สมัยประธานาธิบดีจอร์จ บุช เสนอแต่งตั้งผู้พิพากษาทั้งหมด 216 คน พรรคเดโมแครตซึ่งเป็นเสียงข้างน้อยในขณะนั้นคัดค้าน 10 คนโดยให้เหตุผลว่าเป็นผู้ที่มีแนวคิดสุดโต่งเกินไป อาจทำให้วางบรรทัดฐานของกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ในสมัยประธานาธิบดีบิล คลินตัน เสนอแต่งตั้งกว่า 100 คน แต่ถูกคัดค้าน ประธานาธิบดีคลินตันจึงตอบโต้โดยการออกคำสั่งแต่งตั้งชั่วคราวแก่นายโรเจอร์ เกรกอรี่ ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้าน สมัยประธานาธิบดีจอร์จ ดับเบิลยู บุช ก็ถูกคัดค้าน และประธานาธิบดีก็ตอบโต้โดยการออกคำสั่งแต่งตั้งชั่วคราวแก่นายชาร์ลส์ พิกเกอริง(Charles Pickering) หลังจากนั้นก็แต่งตั้งนายวิลเลียม ไพรเยอร์(William Pryor)

แม้ทั้งสองมาตรการจะดูเหมือนเป็น “การเล่นการเมือง” โดยคำนึงถึงแต่ฝ่ายตนเองและมีข้อโต้แย้งถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งคู่ แต่หากพิจารณาในทางข้อเท็จจริง จะพบว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจาก เครื่องมือของทั้งสองฝ่ายเป็นเพียงเครื่องมือชั่วคราวเท่านั้น เมื่อถึงระยะเวลาหนึ่งระบบก็ต้องดำเนินต่อไป แต่จะเป็นการส่งสัญญาณต่อระหว่างฝ่ายเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อย และผลลัพธ์สุดท้ายก็จะมีฝ่ายใดได้สิ่งที่ตนเองต้องการทั้งหมด ฝ่ายประธานาธิบดีก็ไม่ได้แต่งตั้งทุกคนตามที่ตนเองพอใจ ส่วนวุฒิสภาก็จะคัดค้านการแต่งตั้งไม่ได้ทุกคน สุดท้ายการคัดเลือกผู้พิพากษาก็จะได้บุคคลที่องค์กรทางการเมืองทั้งสองฝ่ายยอมรับได้

(2) ระบบผสมมิสซูรี(Missouri Plan)

ระบบมิสซูรีแปลนเป็นแนวความคิดในการคัดเลือกบุคคลเข้าไปเป็นองค์กรตุลาการโดยคุณวุฒิ (Merit System) ผ่านการแต่งตั้งและเลือกตั้งผสมกัน โดยตามแนวความคิดของศาสตราจารย์อัลเบิร์ต เอ็ม. เคลล์ แห่งโรงเรียนกฎหมายมหาวิทยาลัยนอร์ทเวสเทิร์น โดยมลรัฐมิสซูรี

¹⁷⁸ Henry B. Hogue and Maureen Bearden, “Recess Appointments Made by President Barack Obama,” Retrieved on July 22, 2013, from <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42329.pdf>.

เป็นรัฐแรกๆ ที่ดำเนินการคัดเลือกผู้พิพากษาตามแผนนี้ ในปี ค.ศ.1942 ในระบบนี้จะประกอบไปด้วยขั้นตอนสำคัญ 3 ขั้นตอน¹⁷⁹ ได้แก่

ขั้นตอนแรก การแต่งตั้งคณะกรรมการสรรหาผู้ที่เหมาะสม (Nominating Commission) ในมลรัฐจะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสรรหาบุคคลที่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษา (Nominating Commission) ขึ้นมาชุดหนึ่งสำหรับในแต่ละชั้นของศาลมีสมาชิกจำนวน 7 คน อันประกอบไปด้วย ประธานศาลสูงสุดมลรัฐเป็นประธานคณะกรรมการ ทุนายความที่เนติบัณฑิตยสภาเลือกมา 3 คน และบุคคลทั่วไปอีก 3 คนซึ่งผู้ว่าการรัฐเป็นคนเลือก ซึ่งคณะกรรมการสรรหาจะทำการสรรหาบุคคลที่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่ง โดยการพิจารณาและสัมภาษณ์ผู้สมัคร และทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่เหมาะสมจะแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษา

ขั้นตอนที่สอง การคัดเลือกโดยผู้ว่าการรัฐ (Governor's selection) เมื่อตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลที่ใช้ระบบการคัดเลือกเช่นนี้ว่างลง คณะกรรมการสรรหาจะส่งบัญชีรายชื่อซึ่งมีรายชื่อผู้เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาจำนวน 3 คนไปให้ผู้ว่าการรัฐ โดยผู้ว่าการรัฐจะต้องเลือกบุคคลจากบัญชีรายชื่อ 1 ใน 3 คนนี้เท่านั้น และทำการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งซึ่งส่วนมากจะกำหนดไว้ 1 ปี

ขั้นตอนที่สาม การลงคะแนนเสียงเพื่อรักษาตำแหน่ง (Retention ballot) หลังจากที่ผู้พิพากษานั้นได้ปฏิบัติหน้าที่แล้วเป็นเวลา 1 ปี จะต้องมีการจัดการให้ประชาชนได้ลงคะแนนเสียงว่า “สมควรจะให้ผู้พิพากษาคณินี้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาต่อไปหรือไม่” ถ้าผู้พิพากษาคณินั้นได้รับคะแนนเสียงข้างมากให้ดำรงตำแหน่งต่อไปได้ ผู้พิพากษาคณินั้นก็จะสามารถดำรงตำแหน่งของตนต่อไปจนครบวาระตามที่กฎหมายกำหนด แต่ถ้าผู้พิพากษาคณินั้นไม่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากให้ดำรงตำแหน่งต่อไป ผู้พิพากษาคณินี้ก็จะพ้นจากตำแหน่งไป ตำแหน่งผู้พิพากษาคณินี้ก็จะถูกประกาศให้ว่างลง และคณะกรรมการสรรหาผู้พิพากษา (Nominating Commission) ก็จะเสนอบัญชีรายชื่อให้ผู้ว่าการรัฐพิจารณาต่อไป

ระบบมิสซูรีแพลง เป็นการนำเอาข้อดีของระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาทั้งสองชนิดมาอุดข้อบกพร่องของกันและกัน ระบบการเลือกตั้งมีข้อดีในแง่ที่ผู้พิพากษาจะ

¹⁷⁹ Richard A. Watson and Rondal G. Downing, the Politics of the Bench and Bar (New York: Wiley, 1969) Cited in Howard Abadinsky, Law & Justice: An Introduction to the American Legal System, Second Edition (Chicago: Nelson-Hall Publishers, 1993), p.181-182.

เป็นผู้ที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการใช้อำนาจตุลาการ และได้รับการยอมรับจากประชาชน แต่มีข้อเสียในแง่ที่การเลือกตั้งไม่สามารถตรวจสอบความสามารถในทางวิชาชีพ หรือความสามารถในการใช้กฎหมายอื่นๆ ได้ นอกจากทัศนคติในทางการเมือง ส่วนระบบการแต่งตั้งสามารถตรวจสอบความสามารถในการใช้กฎหมายหรือการประกอบวิชาชีพได้แต่อาจไม่ได้รับการยอมรับเพราะขาดการให้ความเห็นชอบแก่ประชาชน นอกจากนี้แล้ว การเลือกตั้งอาจทำให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีตามกระแสสังคมจนละเลยข้อเท็จจริงหรือความยุติธรรมในคดีได้ ระบบผสมมิสซูรีจะให้ คณะกรรมการทำหน้าที่กลั่นกรองบุคคลที่เหมาะสมว่ามีความรู้ความสามารถก่อนในขั้นหนึ่ง แล้วจึงให้ผู้ว่าราชการมลรัฐเป็นผู้เลือกอันเป็นการให้การยอมรับการคัดเลือกจากฝ่ายบริหาร และสุดท้ายจึงให้ประชาชนเลือกเพื่อรับรองและสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้พิพากษา

แม้การคัดเลือกผู้พิพากษาระบบผสมมิสซูรีจะถูกโจมตีในประเด็นว่าเป็นการให้อำนาจบทบาทของทนายความมากเกินไป เนื่องจากในองค์ประกอบคณะกรรมการสรรหาจำนวนเกือบครึ่งหนึ่งเป็นทนายความ¹⁸⁰ แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบันระบบการคัดเลือกนี้ก็ยังได้รับความนิยมอย่างมาก ในสหรัฐอเมริกา มีมลรัฐจำนวน 21 มลรัฐที่นำรูปแบบนี้ไปใช้¹⁸¹ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้นำไปใช้ในการคัดเลือกศาลสูงสุดของญี่ปุ่นหลังสงครามโลกครั้งที่สองอีกด้วย

5.3.1.2 ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาในอังกฤษ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนหน้านี้ว่าอังกฤษได้มีการปฏิรูปฝ่ายตุลาการในปี ค.ศ. 2005 ซึ่งได้เปลี่ยนแปลงระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาเสียใหม่นั้นโดยนำระบบการคัดเลือกร่วมกัน (Share Appointment) ที่ให้การคัดเลือกผู้พิพากษาเป็นอำนาจหน้าที่ร่วมกันของรัฐมนตรีกะทรวงยุติธรรมและคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาที่เป็นคณะกรรมการผสมที่มีที่มาหลากหลาย โดยมีการกำหนดและวางระบบการถ่วงดุลอำนาจระหว่างสององค์กรได้อย่างน่าสนใจ โดยกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาในอังกฤษอาจแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอน ดังนี้

(1) การคัดเลือกโดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา

คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาจะมีองค์ประกอบที่แตกต่างกันไปตามกลุ่มของผู้พิพากษาที่คัดเลือก หากเป็นการคัดเลือกผู้พิพากษาระดับทั่วไป คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา

¹⁸⁰ Russel Wheeler, *Judicial Independence in the United States of America*, in *Judicial Independence in Transition*, ed. Anja serbert-Forh (Heidelberg: Springer, 2012), p.533.

¹⁸¹ *Ibid.*, 531.

จะเป็นคณะกรรมการชุดใหญ่ 15 คน¹⁸² หากเป็นการคัดเลือกผู้พิพากษาระดับสูงที่อาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรก คือกลุ่มผู้พิพากษาที่มีบทบาทในการบริหารฝ่ายตุลาการ อันประกอบไปด้วย ประธานตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์(Lord Chief Justice) และประธานแผนกทั้งสี่ อันได้แก่ ประธานแผนกคดีแพ่ง (Master of the Rolls) ประธานแผนกคดีครอบครัว(President of Family Division) ประธานแผนกควีนส์เบENCH(President of the Queen's Bench) และประธานศาลสูง(Chancellor of the High Court) และกลุ่มที่สอง คือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์(Lord/Lady Justice of Appeal) สำหรับการคัดเลือกผู้พิพากษาในกลุ่มแรก คณะกรรมการสรรหาจะเป็นคณะกรรมการที่เรียกว่า “คณะกรรมการสรรหา (Selection Panel) จะประกอบไปด้วยสมาชิก 4 คน¹⁸³ ได้แก่

-ตุลาการศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร (Justice of Supreme Court of U.K.) ที่มีอาวุโสสูงที่สุดเป็นประธาน

-ประธานตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์ (Lord Chief Justice)

-ประธานคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา(Chairman of the Commission) และ

-กรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาที่เป็นบุคคลธรรมดา (Lay Member) ที่แต่งตั้งโดยประธานคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา โดยบุคคลธรรมดานี้หมายถึงบุคคลที่ไม่เป็นหรือไม่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตำแหน่งที่กฎหมายกำหนด และไม่เป็นหรือไม่เคยเป็นทนายความ

ส่วนคณะกรรมการสรรหาสำหรับผู้พิพากษาในกลุ่มที่สองอันได้แก่ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (Lord Justice of Appeal) จะประกอบไปด้วยสมาชิก 4 คน¹⁸⁴ เช่นกัน อันประกอบไปด้วย

-ประธานตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์ (Lord Chief Justice) เป็นประธาน

-ผู้พิพากษาในตำแหน่ง Head of Division/Lord Justice of Appeal ที่แต่งตั้งโดย Lord Chief Justice

-ประธานคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา และ

¹⁸² ต้องประกอบด้วย 4

¹⁸³ มาตรา 71 พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005)

¹⁸⁴ มาตรา 80 พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005)

-กรรมการคัดเลือกที่เป็นประเภทยุติธรรมดา (Lay Member) ที่แต่งตั้งโดยประธานคณะกรรมการคัดเลือก

ส่วนการคัดเลือกตุลาการศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร (Justice of Supreme Court of United Kingdom) คณะกรรมการคัดเลือกจะเป็นไปตามบัญชีแนบท้ายที่ 8 ของพระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005 (Schedule 8 of Constitutional Reform Act 2005) อันประกอบไปด้วยสมาชิก 5 คน อันได้แก่ ประธานศาลสูงสุด (the President of the Supreme Court) และรองประธานศาลสูงสุด (the Deputy President of the Supreme Court) ส่วนกรรมการอีก 3 คนมาจากการเลือกขององค์กรดังต่อไปนี้ องค์กรละ 1 คน ได้แก่ คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาของอังกฤษและเวลส์ (Judicial Appointment Commission) คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาของสกอตแลนด์ (Judicial Appointment Board for Scotland) และ คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาของไอร์แลนด์เหนือ (the Northern Ireland Judicial Appointment Commission) โดยในการแต่งตั้งกล่าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Lord Chancellor) จะต้องแต่งตั้งจากรายชื่อสมาชิกที่คณะกรรมการชุดนั้นๆ เสนอแนะ ซึ่งในจำนวน 3 คนนี้ จะต้องมี 1 คนที่เป็นกรรมการประเภทยุติธรรมดา (Lay Member) ไม่เป็นหรือไม่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตำแหน่งที่กฎหมายกำหนด และไม่เป็นหรือไม่เคยเป็นทนายความ

กระบวนการคัดเลือกจะเริ่มเมื่อมีตำแหน่งผู้พิพากษาว่างเกิดขึ้น รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมด้วยความเห็นชอบของประธานตุลาการจะแจ้งไปยังคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาให้เปิดกระบวนการคัดเลือก โดยจะเริ่มจากการประกาศรับสมัครต่อสาธารณะให้บุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดมาเข้าร่วมการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ว่างนั้น การพิจารณาคัดเลือกจะพิจารณาคัดเลือกจากความรู้ความสามารถ (Merit) ส่วนบุคคล ซึ่งแบ่งออกเป็นคุณสมบัติและความสามารถใน 5 ด้าน ได้แก่ ความรู้ คุณสมบัติส่วนบุคคล ความสามารถที่จะเข้าใจ/ติดต่อสื่อสารทักษะในการใช้อำนาจและการสื่อสาร และความมีประสิทธิภาพ¹⁸⁵ สำหรับผู้พิพากษาระดับล่าง ซึ่งยังประสบการณ์ไม่มากนัก ผลงานยังไม่เป็นที่ประจักษ์กระบวนการคัดเลือกจึงมีขั้นตอนย่อยๆ ค่อนข้างมาก¹⁸⁶ โดยกระบวนการจะเริ่มโดยการประกาศรับสมัคร โดยผู้ที่มีคุณสมบัติก็จะทำการยื่นใบสมัครพร้อมเอกสารที่กำหนด จากนั้น คณะกรรมการคัดเลือกก็จะมีกระบวนการการคัดเลือก ซึ่ง

¹⁸⁵ Gary Slapper and David Kelly, *the England Legal System*, Eleventh Edition. (London: Routledge Taylor & Francis Group, 2010-2011), p.405-406.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.406-408.

กระบวนการคัดเลือกดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับการสอบแข่งขันเพื่อให้ได้คุณสมบัติเป็นผู้พิพากษาในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เพียงแต่ว่ากระบวนการคัดเลือกนั้นไม่ได้เน้นไปที่การทำข้อสอบในห้องสอบ แต่จะใช้หลายๆ วิธีการเพื่อคัดเลือก โดยเริ่มจาก

-การอ้างอิงบุคคล (Reference) คือการนำไปสมัครไปให้บุคคลรับรอง ซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกกำหนดบัญชีรายชื่อผู้รับรองไว้ก็ได้ โดยทั่วไปจะใช้ผู้รับรอง 3 คน แต่บางกรณีอาจต้องใช้ผู้รับรอง 6 คน

-การประเมินโดยการทดสอบคุณสมบัติ (Qualifying Test) เป็นการเรียกให้ผู้สมัครมาทำการทดสอบ หรือการคัดกรองพิจารณาจากเอกสาร(Paper Sift) เมื่อผ่านการคัดกรองเบื้องต้นแล้ว ก็จะมีการขึ้นทะเบียน(Shortlisting) รายชื่อผู้ที่มีคุณสมบัติในการแต่งตั้ง

-การสัมภาษณ์และวันคัดเลือก โดยผู้ที่มีรายชื่อจะถูกเชิญมาทำการสัมภาษณ์ และทดสอบการปฏิบัติหน้าที่ (Role-Plays) โดยสมมุติสถานการณ์ให้ผู้สมัครทดลองเป็นผู้พิพากษาทำหน้าที่พิจารณาคดีในศาลสมมุติ ซึ่งจะมีกรรมการเข้าร่วมในสถานการณ์โดยอาจเป็นแสดงเป็นคู่ความในคดีหรือเจ้าหน้าที่ศาลเพื่อสังเกตการณ์และประเมินความสามารถในการพิจารณาคดีนี้ แต่ในตำแหน่งที่สูงกว่าอาจจะทำการเพียงสัมภาษณ์เท่านั้น

-การจัดทำรายงาน หลังจากที่ได้ทำการสัมภาษณ์และทดสอบบางประการแล้ว คณะทำงาน(Panel) จะทำการประเมินข้อมูลของผู้สมัครแต่ละคนทั้งหมด และจัดเตรียมทำรายงานข้อค้นพบ และบุคคลที่คณะกรรมการจะเสนอให้แต่งตั้ง ส่งให้กับประธานตุลาการ และบุคคลอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้บุคคลเหล่านี้ให้ความเห็นเกี่ยวกับรายชื่อดังกล่าว ซึ่งคำแนะนำของบุคคลที่กฎหมายกำหนดนั้นมีความสำคัญมาก เพราะในกรณีที่บุคคลนั้นให้ความเห็นที่แตกต่างไปจากรายชื่อที่คณะกรรมการคัดเลือกเสนอ หากคณะกรรมการคัดเลือกจะต้องเขียนไว้ในรายงานที่จะส่งไปให้รัฐมนตรีพิจารณา และต้องให้เหตุผลด้วยว่าเหตุใดจึงไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำนั้น การเสนอรายชื่อของคณะกรรมการคัดเลือกนั้น จะต้องเสนอ 1 รายชื่อต่อ 1 ตำแหน่งเท่านั้น¹⁸⁷

¹⁸⁷ Ibid., p.408.

(2) การคัดเลือกโดยรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม

เมื่อได้รับรายชื่อมาแล้ว รัฐมนตรีจะทำการพิจารณารายชื่อดังกล่าวโดยกฎหมายได้วางระบบการถ่วงดุลอำนาจระหว่างรัฐมนตรีกับคณะกรรมการคัดเลือกไว้อย่างรัดกุมเพื่อจำกัดการใช้ดุลพินิจในการคัดเลือกของรัฐมนตรีโดยกำหนดขั้นไว้เป็นลำดับ 3 ขั้น¹⁸⁸ (Stage)

ในขั้นที่ 1 เมื่อรัฐมนตรีได้รับรายงานจากคณะกรรมการคัดเลือกแล้วจะพิจารณาข้อมูลของบุคคลนั้น และทำการตัดสินใจ ซึ่งกฎหมายได้ให้ทางเลือกแก่รัฐมนตรีไว้ 3 ทาง

ทางแรก คือยอมรับการสรรหา(Accept) หากรัฐมนตรีเห็นชอบด้วยกับบุคคลที่คณะกรรมการเสนอรายชื่อมา กระบวนการพิจารณาโดยรัฐมนตรีก็จะสิ้นสุดลง在这一ขั้น และรัฐมนตรีก็จะดำเนินขั้นตอนการแต่งตั้งตามแบบพิธีต่อไป แต่หากไม่เห็นชอบ รัฐมนตรีจะต้องเลือกทางใดทางหนึ่งระหว่างทางที่สองและทางที่สาม

ทางที่สอง คือปฏิเสธการสรรหา(Reject) ซึ่งจะทำให้เฉพาะด้วยเหตุผลที่ว่า ในความเห็นของรัฐมนตรีนั้นบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกไม่เหมาะสมกับตำแหน่งที่จะได้รับ หรือ

ทางที่สาม คือร้องขอคณะกรรมการคัดเลือกให้ทบทวนการสรรหาใหม่ (Reconsider) ซึ่งจะทำให้เฉพาะด้วยเหตุผลที่ว่า รัฐมนตรีเห็นว่ารายชื่อนั้นไม่เหมาะสมแต่ก็ไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะยืนยันได้ว่าบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกนั้นเหมาะสมกับตำแหน่งที่จะได้รับ หรือไม่มีหลักฐานว่ามีบุคคลที่คัดเลือกมานั้นไม่ใช่ตัวเลือกที่ดีที่สุดโดยพิจารณาจากความสามารถ

หากรัฐมนตรีเลือกทางใดทางหนึ่งใน 2 ทางเลือกหลังนี้จะต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะกรรมการคัดเลือกซึ่งก็จะต้องดำเนินการกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งในการดำเนินการกระบวนการสรรหาใหม่นั้น หากเป็นกรณีที่รัฐมนตรีปฏิเสธ (Reject) รายชื่อบุคคลใด คณะกรรมการสรรหาจะเสนอรายชื่อบุคคลนี้อีกไม่ได้ แต่หากเป็นกรณีที่เป็นการร้องขอให้ทบทวนใหม่ (Reconsider) คณะกรรมการสรรหาอาจเลือกเสนอรายชื่อบุคคลเดิมหรือบุคคลอื่นก็ได้ ซึ่งเมื่อได้รายชื่อแล้ว คณะกรรมการสรรหาจะส่งรายงานกลับมาให้รัฐมนตรี ก็จะเข้าสู่ขั้น 2

ในขั้นที่ 2 เมื่อได้รับรายงานแล้ว รัฐมนตรีก็จะทางเลือก 3 ทาง เช่นเดียวกับในขั้นแรกแต่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมสำหรับบางทางเลือกไว้ ดังนี้

ทางแรก คือ ยอมรับการคัดเลือก (Accept) หากเห็นชอบด้วยกับบุคคลที่เสนอมา รัฐมนตรีก็จะดำเนินการแต่งตั้งตามแบบพิธีต่อไป

¹⁸⁸ มาตรา 90-92 พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005)

ทางที่สอง คือปฏิเสธการคัดเลือก (Reject) แต่การปฏิเสธในขั้นที่สองนี้ กฎหมายจำกัดทางเลือกนี้ไว้ว่าหากในขั้นแรกวุฒิสมาชิกได้เลือกที่จะปฏิเสธมาแล้ว ในขั้นนี้วุฒิสมาชิกจะเลือกปฏิเสธอีกครั้งไม่ได้ หากไม่เห็นชอบด้วยกับรายชื่อจะต้องเลือกทางที่สามคือร้องขอให้พิจารณาใหม่เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือวุฒิสมาชิกจะปฏิเสธการสรรหาซ้ำสองครั้งไม่ได้นั่นเอง

ทางที่สาม คือการร้องขอให้พิจารณาใหม่(Reconsider)

ซึ่งทั้งสองทางเลือกหลังก็ยังอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าจะปฏิเสธหรือร้องขอให้พิจารณาใหม่ได้เฉพาะเหตุบุคคลนั้นไม่เหมาะสมกับตำแหน่งและต้องระบุเหตุผลไว้เช่นเดียวกับในขั้นแรก โดยคณะกรรมการสรรหาที่จะดำเนินการสรรหาใหม่เป็นขั้นที่ 3 และส่งรายงานให้วุฒิสมาชิกพิจารณาก็จะเข้าสู่ขั้นที่สาม

ในขั้นที่สามนี้เป็นขั้นสุดท้ายที่กฎหมายบังคับให้วุฒิสมาชิกจะต้องตัดสินใจเลือกคนใดคนหนึ่งแล้วเท่านั้นจะปฏิเสธหรือร้องขอให้พิจารณาใหม่ไม่ได้อีกต่อไป แต่วุฒิสมาชิกก็ยังมีทางเลือกอยู่บ้าง โดยจะเลือกแต่งตั้งรายชื่อบุคคลที่ได้คณะกรรมการสรรหาเสนอมาในขั้นที่สามนี้ก็ได้หรือจะย้อนกลับไปเลือกบุคคลที่ตนเคยปฏิเสธในขั้น 1 และ 2 ก็ได้ เพราะอย่างไรเสียบุคคลนั้นก็ยังคงเป็นบุคคลที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการสรรหาแล้วนั่นเอง

ระบบการถ่วงดุลการคัดเลือกผู้พิพากษาของอังกฤษเช่นนี้ มีจุดเด่น ใน 2 ประการ ประการแรก เป็นระบบที่บังคับให้ทั้งสององค์กรจะต้องหาข้อสรุปให้ได้ กล่าวคือ ระบบการถ่วงดุลการคัดเลือกผู้พิพากษาที่ให้องค์กร 2 องค์กรมีอำนาจในการแต่งตั้งร่วมกัน(Share Appointment) หากสององค์กรนั้นไม่สามารถยอมรับทางเลือกของอีกฝ่ายได้ก็จะเกิดสภาวะเงื่อนตายทางการเมือง (Political Deadlock) คือไม่สามารถแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งได้สำเร็จ และยิ่งหากเป็นตำแหน่งที่สำคัญมากเท่าใด ก็ยิ่งส่งผลเสียต่อระบบโดยรวมมากเท่านั้น อีกทั้งยังทั้งสองฝ่ายไม่อาจตกลงกันได้นานเท่าใด ก็ยิ่งเพิ่มความขัดแย้งระหว่างองค์กรมากขึ้นเท่านั้น ดังเช่นระบบการแต่งตั้งของสหรัฐอเมริกาที่หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยกับบุคคลที่ประธานาธิบดีเสนอมาจะต้องใช้เครื่องมือทางการเมือง เช่น การเตะถ่วง(Filibuster) เข้าแก้ปัญหา และประธานาธิบดีจะตอบโต้โดยการแต่งตั้งชั่วคราว(Recess Appointment) ซึ่งยิ่งจะทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างองค์กรทางการเมืองทั้งสองหนักมากขึ้น แต่ระบบของอังกฤษนี้ได้เปิดช่องให้วุฒิสมาชิกกับคณะกรรมการคัดเลือกได้ต่อรองผ่านกระบวนการเสนอชื่อทั้งสามขั้น และบังคับว่าจะต้องมีที่สิ้นสุด แม้จะไม่ใช้บุคคลที่วุฒิสมาชิกและคณะกรรมการพอใจมากที่สุด แต่จะเป็นบุคคลที่ทั้งสององค์กรยอมรับได้มากที่สุดนั่นเอง

ประการที่สอง ถ้ารัฐมนตรีไม่เห็นชอบในรายชื่อบุคคลใดจะต้องแสดงเหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นเป็นมาตรการป้องกันการบิดเบือนดุลพินิจของรัฐมนตรี¹⁸⁹ และสามารถตรวจสอบได้โดยง่ายว่าการไม่เห็นชอบนั้นมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือไม่

ระบบการถ่วงดุลอำนาจนี้ถูกใช้ในการคัดเลือกผู้พิพากษาระดับสูงและการคัดเลือกตุลาการศาลสูงสุดด้วย แต่สิ่งที่ทำให้การคัดเลือกผู้พิพากษาระดับสูงแตกต่างจากการคัดเลือกผู้พิพากษาระดับสูงคือ การเปิดช่องให้ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่าไม่มีบุคคลที่เหมาะสม คณะกรรมการอาจแนะนำรัฐมนตรีว่าไม่ควรแต่งตั้งบุคคลใดเลยก็ได้ ซึ่งจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่าในการคัดเลือกครั้งนี้ไม่มีบุคคลที่มีความสามารถที่เพียงพอต่อตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง¹⁹⁰ หากเป็นกรณีเช่นนี้แล้ว รัฐมนตรีอาจร้องขอให้คณะกรรมการคัดเลือกทบทวนคำสั่ง ซึ่งกรณีนี้ คณะกรรมการคัดเลือกจะต้องเลือกบุคคลในการทบทวนตามมาตรานี้ หรือหากรัฐมนตรีเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว กระบวนการคัดเลือกนี้ก็ยุติลง โดยหากจะคัดเลือกใหม่ก็ต้องเริ่มกระบวนการใหม่

เมื่อรัฐมนตรีเห็นชอบรายชื่อใดแล้วก็จะดำเนินการแต่งตั้งตามแบบพิธี ซึ่งตุลาการศาลสูงสุดจะต้องได้รับการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจากสมเด็จพระบรมราชินีนาถโดยนายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นผู้ทูลเกล้าฯ เสนอรายชื่อ การเสนอรายชื่อดังกล่าวของนายกรัฐมนตรีนั้นจะต้องเสนอรายชื่อตามที่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมเสนอมาเท่านั้นจะเสนอรายชื่อบุคคลอื่นไม่ได้¹⁹¹ หลังจากนั้น ตุลาการจะต้องให้สัตยาบันต่อประธานตุลาการศาลสูงสุดและจะได้รับหลักประกันการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต แต่อาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้โดยมติของสภาทั้งสอง¹⁹²

¹⁸⁹ Sophie Turenne, Judicial Independence in England and Wales, in Judicial Independence in Transition, ed. Anja serbert-Forh, (Heidelberg: Springer, 2012), p.160.

¹⁹⁰ มาตรา 94(2) พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005)

¹⁹¹ มาตรา 26(3) พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005)

¹⁹² มาตรา 33 พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005)

5.3.2 การควบคุมผู้พิพากษา

แต่เดิมระบบตุลาการวิชาชีพเห็นว่าการประเมินผลการปฏิบัติงานที่ดี การจัดอบรมให้กับผู้พิพากษาก็ดี หรือการควบคุมพฤติกรรมผู้พิพากษาก็ดี ล้วนแล้วแต่เป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระทั้งสิ้น จนกระทั่งกลางศตวรรษที่ 20 จึงเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดโดยในปัจจุบันการควบคุมผู้พิพากษาในระบบตุลาการวิชาชีพมีความใกล้เคียงกับระบบตุลาการอาชีพมากขึ้น ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเฉพาะระบบการควบคุมความประพฤติของผู้พิพากษาเท่านั้น โดยอาจแยกเป็น 2 (5.3.2.1) ระบบการควบคุมผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา และ (5.3.2.2) ระบบการควบคุมผู้พิพากษาในอังกฤษ

5.3.2.1 ระบบการควบคุมผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้ประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาว่าจะไม่ถูกปลดให้พ้นจากตำแหน่งเว้นแต่ถูกถอดถอนโดยมติของรัฐสภา ซึ่งส่งผลทำให้ผู้พิพากษาในระดับสหรัฐมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่เป็นอย่างมาก การควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ ตลอดจนพฤติกรรมของผู้พิพากษาทำได้ยาก ฝ่ายนิติบัญญัติจึงพยายามสร้างระบบควบคุมผู้พิพากษาเพิ่มเติมมากกว่าระบบการถอดถอนที่ค่อนข้างยุ่งยากและกินระยะเวลายาวนาน ในช่วงทศวรรษที่ ค.ศ. 1930 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแฮตตัน ซัมเมอร์ (Hatton Sumners) เสนอร่างกฎหมายแต่ไม่ผ่านความเห็นชอบ และถูกต่อต้านเพราะเหตุขัดรัฐธรรมนูญ และทำลายความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ในระดับมลรัฐซึ่งใช้ระบบการบริหารแบบตุลาการวิชาชีพเหมือนกันก็ประสบปัญหาแบบเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1960 มลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นมลรัฐแรกที่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้สำเร็จโดยการก่อตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลความประพฤติของผู้พิพากษา ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับคณะกรรมการตุลาการของฝรั่งเศสที่ทำหน้าที่พิจารณาลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษา อันเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของระบบตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิ ตามมาด้วยมลรัฐโอไฮโอ (Ohio) และเท็กซัส (Texas) ในปี ค.ศ. 1965¹⁹³ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1981 ทั้ง 50 มลรัฐและเขตปกครองพิเศษเขตโคลัมเบีย (District of Columbia) มีการแต่งตั้งคณะกรรมการวินัยเพื่อทำหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและวินิจฉัยการประพฤติดีมิชอบของผู้พิพากษา¹⁹⁴ แต่แหล่งที่มาของกฎหมาย องค์ประกอบ ตลอดจนอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในแต่ละรัฐมีความแตกต่างกันอย่างมาก

¹⁹³ John O. Haley, “The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges,” *The American Journal of Comparative Law* 54, p.288 (Fall 2006).

¹⁹⁴ Steven Lubet, “Judicial Discipline and Judicial Independence,” *Law and Contemporary Problems*, No. 3, Vol. 61, p.60 (summer, 1998).

ความสำเร็จในการสร้างระบบการควบคุมผู้พิพากษาในระบบมลรัฐ ทำให้การผลักดันระบบการควบคุมในระดับสหพันธ์ยังคงดำเนินต่อไป ในปี ค.ศ. 1966 โดยวุฒิสมาชิกโจเซฟ ไทดิงส์ (Joseph Tydings) และ ในปี ค.ศ. 1975 วุฒิสมาชิก นันน์¹⁹⁵ จนกระทั่งความพยายามดังกล่าวมาประสบความสำเร็จใน ปี ค.ศ. 1980 โดยรัฐสภาสหรัฐฯ ได้ตราบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปตุลาการและควบคุมการไร้ความสามารถและพฤติกรรมของตุลาการ (Judicial Conduct and Judicial Reform Council and Disability Judges Act 1980) ก่อตั้งระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้พิพากษาและระบบการจัดการกับกรณีที่ผู้พิพากษาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะโดยกายภาพหรือโดยสภาพจิตใจ ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ถูกปรับปรุงแก้ไขโดย รัฐบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงฝ่ายตุลาการ ค.ศ. 2002 และยังคงเป็นระบบที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

ตามกฎหมายดังกล่าว ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลไม่ได้มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการควบคุมผู้พิพากษาภายในศาล แต่หากผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเห็นว่าหรือมีผู้ยื่นคำร้องว่าผู้พิพากษามีพฤติกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประสิทธิภาพและประสิทธิภาพของการบริหารกิจการศาล หรือพบว่าผู้พิพากษาไม่สามารถที่จะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งได้ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ซึ่งรวมถึงการมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมกับตำแหน่งผู้พิพากษาซึ่งจะต้องเข้าสู่กระบวนการสอบสวนโดยคณะกรรมการพิเศษซึ่งตั้งขึ้นมาเพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงโดยเฉพาะและจากนั้นคณะกรรมการจะส่งสำนวนการสอบสวนไปสภาตุลาการภูมิภาค (Judicial Council of Circuit) เป็นผู้พิจารณากำหนดความผิดและกำหนดโทษ ซึ่งการลงโทษโดยการถอดถอนไม่ได้ หากสภาตุลาการภูมิภาคเห็นว่าควรจะต้องถอดถอนผู้พิพากษานี้ก็ออกจากตำแหน่งจะต้องส่งสำนวนไปให้กับสภาตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อพิจารณา หากสภาตุลาการเห็นชอบด้วยก็จะส่งสำนวนไปให้กับคณะกรรมการกิจการตุลาการแห่งสภาผู้แทนราษฎรเพื่อดำเนินการถอดถอนตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญต่อไป(รายละเอียดในการลงโทษทางวินัยนี้จะกล่าวถึงโดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ว่าด้วยความรับผิดชอบทางวินัยของผู้พิพากษา)

5.3.2.2 ระบบการควบคุมผู้พิพากษาในอังกฤษ

การปฏิรูปฝ่ายตุลาการตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005 ได้เปลี่ยนแปลงระบบการควบคุมพฤติกรรมผู้พิพากษา โดยให้รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมและประธานตุลาการแห่งอังกฤษและเวลส์ (Lord Chief Justice) รับผิดชอบร่วมกันในการควบคุมพฤติกรรมของผู้พิพากษา

¹⁹⁵ J. William Clifford, “Judicial Administration in a System of Independence: A Tribe with Only Chiefs,” *Brigham Young University Law Review* 39, p.49 (1978).

ซึ่งอำนาจในการควบคุมนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท¹⁹⁶ ได้แก่ ประเภทแรก อำนาจในการให้คำแนะนำ (Advice) ตักเตือน(Warning) หรือตำหนิ(Reprimand) อย่างเป็นทางการเพื่อลงโทษทางวินัยเป็นอำนาจของประธานตุลาการ(Lord Chief Justice) ด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม ซึ่งการลงโทษดังกล่าวจะกระทำได้ก็แต่โดยกระบวนการตามข้อบังคับที่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมและประธานตุลาการร่วมกันกำหนดเว้นแต่การให้คำแนะนำ ตักเตือนหรือตำหนิที่อาจทำอย่างไม่เป็นทางการหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่น หรือการให้คำแนะนำหรือตักเตือนที่ไม่ได้กระทำต่อผู้ดำรงตำแหน่งคนใดโดยเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ ประธานตุลาการยังมีอำนาจในการพักงานผู้พิพากษาในช่วงเวลาหนึ่งในระหว่างที่ผู้พิพากษานั้นถูกสอบสวนความผิดอาญา หรือรับโทษในคดีอาญา หรือกรณีที่ผู้พิพากษานั้นถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดและอยู่ภายใต้กระบวนการสอบสวนความผิด หรือพักงานเพื่อรักษาความเชื่อมั่นในฝ่ายตุลาการ ซึ่งกรณีสุดท้ายประธานตุลาการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม

ประเภทที่สอง อำนาจในการปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่ง(Remove from an office) จะเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม(Lord Chancellor) แต่จะปลดผู้พิพากษาออกได้ก็เฉพาะแต่ผู้พิพากษาระดับล่าง คือตำแหน่งผู้พิพากษาที่ต่ำกว่าระดับศาลสูงลงมา เพราะผู้พิพากษาศาลสูงขึ้นไป¹⁹⁷ ได้รับการประกันตำแหน่งว่าจะถูกถอดถอนได้แต่โดยมติของสภาผู้แทนราษฎรและสภาขุนนางเท่านั้น หากเป็นตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงขึ้นไปจะต้องถูกถอดถอนโดยมติของสภาผู้แทนราษฎรและสภาขุนนางเท่านั้น

5.4 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญห

5.4.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา

จากการศึกษาการจัดระเบียบผู้พิพากษาศาลไทยเปรียบเทียบกับการจัดระเบียบผู้พิพากษาในต่างประเทศพบว่าการจัดระเบียบผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมมีการคัดเลือกบุคคลเข้ามา

¹⁹⁶ มาตรา 108 พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005)

¹⁹⁷ มาตรา 109(5) พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005(Constitutional Reform Act 2005) ผู้พิพากษาระดับสูง(Senior Judge) หมายถึงผู้พิพากษาในตำแหน่ง Master of the Rolls, President of the Queen's Bench Division, President of the Family Division, Chancellor of the High Court, Lord Justice of Appeal, Puisne judge of the High Court

เป็นผู้พิพากษาตั้งแต่อายุและประสบการณ์ไม่มากนัก มีการจัดระบบการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งและระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาไว้ แสดงให้เห็นว่าการจัดระเบียบผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมเป็นระบบตุลาการอาชีพ(Career Judiciary) อย่างชัดเจน แต่ส่วนการจัดระเบียบตุลาการในระบบศาลปกครองแม้จะรับบุคคลที่มีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาแล้วในระดับหนึ่งเข้าเป็นตุลาการ แต่การที่ยังมีการจัดระบบการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งและระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา จึงมีลักษณะเป็นระบบผสมระหว่างระบบตุลาการอาชีพและระบบตุลาการวิชาชีพโดยค่อนไปทางระบบตุลาการวิชาชีพเสียมากกว่าตุลาการอาชีพ ส่วนการจัดระเบียบตุลาการศาลทหารไม่ได้มีระบบการบริหารที่กำหนดไว้สำหรับตุลาการศาลทหารที่ชัดเจนจึงไม่อาจจัดให้อยู่ในระบบใดได้เลย และเมื่อเปรียบเทียบในระดับกลไกการจัดระเบียบผู้พิพากษาศาลการทั้งสามระบบศาลกับของต่างประเทศ พบว่าการจัดระเบียบผู้พิพากษาศาลการมีจุดอ่อนข้อบกพร่องที่ควรได้รับการแก้ไขโดยอาจแยกพิจารณาได้เป็นปัญหา 4 ประเด็นใหญ่ โดย 3 ประเด็นแรกเป็นปัญหาของการจัดระเบียบผู้พิพากษาศาลการในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ได้แก่ (5.4.1.1) ปัญหาเชิงโครงสร้างของการจัดระเบียบผู้พิพากษา (5.4.1.2) ปัญหาเชิงระบบการจัดระเบียบผู้พิพากษา (5.4.1.3) ปัญหาเชิงกลไกการจัดระเบียบผู้พิพากษา ส่วนประเด็นสุดท้ายเป็นปัญหาของการจัดระเบียบตุลาการศาลทหาร(5.4.1.4)

5.4.1.1 ปัญหาเชิงโครงสร้างของการจัดระเบียบผู้พิพากษา

ปัญหาเชิงโครงสร้างหมายถึงปัญหาของการจัดระเบียบผู้พิพากษาที่เกิดจากการจัดโครงสร้างองค์กรบริหาร(ที่ได้กล่าวถึงในบทก่อนหน้านี้) เนื่องจากการจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครองจัดให้คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการจัดระเบียบผู้พิพากษาและกรรมการเกือบทั้งหมดมีผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิก การจัดระเบียบผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครองจึงมีลักษณะเป็นระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการ(Judicial Self-Regulation/Government) ซึ่งโครงสร้างดังกล่าวแม้จะมีข้อดีในแง่ของการสร้างความเป็นอิสระจากองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการที่จะไม่สามารถฉวยใช้เครื่องมือการจัดระเบียบผู้พิพากษามาแทรกแซงการดำเนินงานของฝ่ายตุลาการได้ แต่จะก่อให้เกิดปัญหาในอีกด้านหนึ่ง คือ ปัญหาการรวมศูนย์อำนาจของคณะกรรมการตุลาการ นอกจากที่คณะกรรมการตุลาการของทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองจะใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลแต่เพียงองค์กรเดียวโดยไม่ได้ถูกถ่วงดุลอำนาจดังกล่าวกับองค์กรใดเลย คณะกรรมการตุลาการดังกล่าวยังมีได้รวมศูนย์อำนาจเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลทั้งหมดไว้อีกด้วย ปัญหาที่ผู้เขียนได้อภิปรายไว้แล้วในบทก่อนหน้านี้

5.4.1.2 ปัญหาในเชิงระบบการจัดระเบียบผู้พิพากษา

ปัญหาในเชิงระบบคือปัญหาที่เกิดจากการพิจารณาภาพรวมของกฎหมายจัดระเบียบผู้พิพากษาและพิจารณาทิศทางหรือผลลัพธ์ที่ ผลลัพธ์ที่จะเกิดจากระบบของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาการจัดระเบียบผู้พิพากษาไทยโดยเปรียบเทียบกับการจัดระเบียบผู้พิพากษาในต่างประเทศ จะพบปัญหาในเชิงระบบดังกล่าว 2 ประเด็นปัญหา ได้แก่

(1) ปัญหาระบบปิดในการจัดระเบียบผู้พิพากษา

องค์กรที่เป็นระบบปิดหมายถึงองค์กรที่การดำเนินงานขององค์กรไม่มีความเกี่ยวข้องกับภายนอกองค์กร ความคิดเห็นจากภายนอกองค์กรไม่ได้มีอิทธิพลต่อความเปลี่ยนแปลงภายในองค์กร ระบบปิดนั้นเกิดการที่กฎหมายที่กำหนดเกณฑ์ในการจัดระเบียบผู้พิพากษาที่ทำให้ความคิดเห็นมุมมองหรือทัศนคติจากสังคมภายนอกวงการตุลาการไม่สามารถมีอิทธิพลหรือจูงใจให้องค์กรเกิดความเปลี่ยนแปลงได้มากนัก แม้ตัวผู้พิพากษาในระดับปัจเจกบุคคลจะรับรู้ถึงความคิดเห็นของสังคมภายนอกก็ตาม ความเปลี่ยนแปลงจะเกิดจากสังคมภายในฝ่ายตุลาการเห็นสมควรจะต้องเปลี่ยนแปลงซึ่งอาจจะไม่ทันต่อความต้องการของสังคมภายนอก ระบบและกลไกในการจัดระเบียบ 4 ประการที่ทำให้การจัดระเบียบผู้พิพากษาศาล(ยุติธรรมไทย) เป็นระบบปิด ได้แก่ *ประการแรก องค์กรประกอบในคณะกรรมการตุลาการมีบุคคลภายนอกน้อยเกินไป* แม้ว่าในคณะกรรมการตุลาการและคณะกรรมการบริหารศาลจะมีกรรมการที่เป็นบุคคลภายนอก แต่มีจำนวนน้อยเกินไปคือ 2 คนจากจำนวนทั้งหมด 15 คนซึ่งเมื่อประชุมร่วมกันแล้วเป็นจำนวนที่น้อยเกินกว่าจะผลักดันวาระเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงใดๆ ในฝ่ายตุลาการได้ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากกรรมการที่เป็นตัวแทนของฝ่ายตุลาการเอง

ประการที่สอง ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมแบบคู่ขนานของศาลยุติธรรมไม่ได้เอื้อให้บุคคลภายนอกหรือผู้ทรงคุณวุฒิเข้าสู่ตำแหน่งได้ เนื่องจากจะต้องเข้ามาเริ่มที่ตำแหน่งล่างสุดก่อน การใช้การตีความกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นมุมมองหรือทัศนคติแบบผู้พิพากษาที่ได้รับการถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่น ดังนั้นมุมมองหรือทัศนคติในฝ่ายตุลาการจึงไม่หลากหลายและขาดมุมมองจากสังคมภายนอก นอกจากนี้ ในระบบศาลยุติธรรมก็ไม่ได้มีช่องทางอื่น เช่น การแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษารับเชิญแบบเยอรมนีที่จะแต่งตั้งศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยมาปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุด เพื่อให้ได้สะท้อน แบ่งปันและแลกเปลี่ยนมุมมองในการใช้การตีความกฎหมาย

ประการที่สาม ระบบการเลื่อนตำแหน่งที่พิจารณาจากความอาวุโสเป็นหลัก สร้างแรงจูงใจให้ผู้พิพากษาไม่ทำอะไรที่แตกต่างไปจากแนวบรรทัดฐานเดิม เช่น การตีความกฎหมายตามความเปลี่ยนแปลงของสังคม แต่จะตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวบรรทัดฐานของศาลสูงที่ไม่ได้

สร้างสรรค์สิ่งใหม่ให้แก่องค์กร เพราะหากผิดพลาดหรือไม่ได้รับการยอมรับ อาจเกิดความเสียหายและมีความเสี่ยงต่อความก้าวหน้าในอาชีพการงานมากกว่าผู้พิพากษาที่ประพฤติปฏิบัติตัวอยู่ในกรอบและแนวทางที่ได้ถูกกำหนดไว้ที่แม้จะข้อดีในเรื่องของการควบคุมพฤติกรรมผู้พิพากษาได้ แต่ก็อาจทำให้ฝ่ายตุลาการไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม

ประการที่สี่ ระบบการควบคุมพฤติกรรมผู้พิพากษาไม่ได้เปิดให้บุคคลภายนอกมีส่วนร่วม อำนาจในการริเริ่มกระบวนการพิจารณาเป็นของผู้พิพากษาและอำนาจในการพิจารณาความผิดก็เป็นของผู้พิพากษาด้วยกันเอง ดังนั้น แม้บุคคลภายนอกจะเห็นว่าการทำงานของผู้พิพากษาบางอย่างไม่ถูกต้องเหมาะสมและต้องการจะให้ผู้พิพากษาได้พิจารณาทบทวน แม้อาจจะเสนอความเห็นหรือร้องเรียนให้แก่องค์กรบริหารฝ่ายตุลาการได้ก็ตาม แต่การจะดำเนินการหรือไม่เป็นดุลพินิจของฝ่ายตุลาการเท่านั้น บุคคลภายนอกหรือองค์กรภายนอกไม่อาจมีอิทธิพลเพียงพอที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการได้เปลี่ยนแปลงตนเอง

ปัญหาระบบปิดในการจัดระเบียบผู้พิพากษาจะเป็นปัญหาต่อระบบศาลยุติธรรมมากกว่าระบบศาลปกครอง เนื่องจากในระบบศาลปกครองเปิดช่องให้ผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกได้เข้ามาดำรงตำแหน่งในระดับสูงได้คือตุลาการศาลปกครองสูงสุด ระบบจึงมีลักษณะที่เปิดรับความเห็นของบุคคลภายนอกอยู่บ้าง แต่อย่างไรก็ดี องค์ประกอบในคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและระบบการควบคุมความประพฤติของผู้พิพากษายังคงเป็นระบบปิดที่ความเห็นจากองค์กรภายนอกไม่อาจมีความหมายต่อการบริหารศาลปกครองเท่าใดนัก

(2) ปัญหาระบบที่เอื้อให้เกิดความไม่เป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่รัฐประชาธิปไตยจะต้องให้หลักประกันคุ้มครองนอกจากจะต้องเป็นอิสระจากองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการแล้ว ยังรวมไปถึงความเป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการด้วย ซึ่งความไม่เป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการจะเกิดจากผู้พิพากษาด้วยกันเอง โดยสภาพของการจัดระเบียบแบบตุลาการอาชีพ เนื่องจากเป็นระบบที่คัดเลือกบุคคลที่จะแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาตั้งแต่อายุน้อย เพ็งสำเร็จการศึกษาและส่วนใหญ่จะเป็นผู้ที่ไม่มีประสบการณ์ในการทำงานหรือมีแต่ไม่มากนัก และหลังจากได้รับการแต่งตั้งแล้วจึงจะค่อยๆ ฝึกฝนหาความชำนาญทีหลัง การที่ประสบการณ์น้อยความผิดพลาดจึงมาก แต่ในงานตุลาการที่เรียกร้องความสมบูรณ์แบบ จะบกพร่องไปไม่ได้ ดังนั้นโดยสภาพของระบบที่จะต้องจัดให้มีผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์มากกว่าคอยดูแลอย่างใกล้ชิด ในปี ค.ศ. 1995 จากงานศึกษาในเยอรมนีพบว่าในระบบตุลาการอาชีพ ผู้พิพากษาที่มีอาวุโสน้อยจำเป็นจะต้องมีผู้พิพากษาที่มีอาวุโสมากในการให้การดูแลหรือควบคุมพฤติกรรมเพื่อหลีกเลี่ยงข้อผิดพลาดทั้งใน

การตัดสินใจและการประพฤติปฏิบัติตัวให้เหมาะสม¹⁹⁸ แต่อย่างไรก็ดีโครงสร้างที่ถูกก่อตั้งขึ้นเพื่อควบคุมความผิดพลาดจากผู้มีประสบการณ์น้อยนี้เองที่เป็นช่องทางที่ทำให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาถูกแทรกแซงได้จากภายในฝ่ายตุลาการเอง โดยการแทรกแซงดังกล่าวอาจเกิดได้ใน 2 ลักษณะ การแทรกแซงอย่างเป็นทางการกับการแทรกแซงอย่างไม่เป็นทางการ การแทรกแซงอย่างเป็นทางการจะอยู่ในรูปของอำนาจในการควบคุมและอำนาจในการให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษา ส่วนการแทรกแซงอย่างไม่เป็นทางการจะอยู่ในรูปของการให้คำแนะนำหรือให้คำปรึกษา เนื่องการควบคุมดูแลของผู้อาวุโสหรือผู้บังคับบัญชาแม้ว่าจะทำให้สามารถแก้ไขข้อบกพร่องของระบบในเรื่องความด้อยประสบการณ์ของสมาชิกใหม่แต่จะส่งผลทำให้ผู้พิพากษาชั้นผู้น้อยจะอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้พิพากษาที่อาวุโสกว่า โดยงานวิชาการอีกชิ้นหนึ่งระบุว่าในการจัดระเบียบแบบตุลาการอาชีพ ผู้พิพากษาที่มีอาวุโสน้อยจะตระหนักว่าความพึงพอใจของผู้พิพากษาที่มีอาวุโสเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ โดยมักจะหลีกเลี่ยงการที่จะให้ผู้พิพากษาที่มีอาวุโสกว่าไม่พอใจโดยการพยายามตีความหรือใช้กฎหมายในทิศทางเดียวกันกับที่ศาลสูงใช้ และพยายามเขียนความเห็นและเก็บรักษาสำนวนในลักษณะที่ง่ายต่อการทบทวนและไม่ต้องใช้เวลา¹⁹⁹ ดังนั้นแม้ว่าผู้พิพากษาจะเป็นอิสระจากการอิทธิพลของฝ่ายการเมืองก็ตาม แต่กลายเป็นว่าผู้พิพากษากลับอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้พิพากษาที่มีตำแหน่งอาวุโส เช่น หัวหน้าศาล คณะกรรมการตุลาการ ซึ่งมีศักยภาพเพียงพอที่จะแทรกแซงหรือมีอิทธิพลต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาชั้นผู้น้อย ซึ่งสามารถทำได้สะดวกยิ่งกว่าการใช้อิทธิพลทางการเมืองเสียอีก นอกจากนี้ ในระบบราชการที่คัดเลือกผู้พิพากษาจากผู้ที่เป็นนักเรียนจบมหาวิทยาลัยและมีประสบการณ์ทางกฎหมายที่ไม่มากนัก ระบบเช่นนี้ทำให้เกิดแรงกดดันเชิงโครงสร้างที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจหรือการอ่านกฎหมายได้²⁰⁰

ปัญหาความไม่เป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการนี้เป็นปัญหาที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ของการจัดระเบียบแบบตุลาการอาชีพ ซึ่งจะไม่พบในการจัดระเบียบแบบตุลาการวิชาชีพ เนื่องจากเป็นระบบที่รับผู้ที่มีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาในระดับที่มีความเชี่ยวชาญหรือมีประสบการณ์อยู่แล้ว ดังนั้น โดยสภาพที่ผู้พิพากษาที่แต่ละคนที่เข้ามาสู่ระบบได้จึงต้องเป็นผู้ที่มีความมั่นใจในความรู้ความสามารถของตนในระดับหนึ่ง จึงไม่ต้องการสร้างระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ที่เคร่งครัดมากนัก การแทรกแซงโดยอาศัยระบบดังกล่าวจึงเกิดขึ้นได้น้อย

¹⁹⁸ John Bell, *supra* note 88.

¹⁹⁹ Nicholas L. Georgakopoulos, *supra* note 88, p.212.

²⁰⁰ Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, "The Comparative Law and Economics of Judicial Councils," *Berkeley Journal of International Law*, No. 1, Vol. 27, p.58 (2008).

ในประเทศที่ใช้ระบบการจัดระเบียบแบบตุลาการอาชีพจึงต้องสร้างกลไกแก้ไขจุดบกพร่องของระบบโดยการสร้างระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจขององค์กรที่มีอำนาจภายในฝ่ายตุลาการ สำหรับในฝรั่งเศส การกำหนดองค์ประกอบให้คณะกรรมการตุลาการหรือองค์กรที่มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลนั้นมีสัดส่วนจากบุคคลภายนอกที่ใกล้เคียงกับสัดส่วนตัวแทนของผู้พิพากษาด้วยกันเอง เพื่อให้กรรมการที่เป็นบุคคลภายนอกคอยถ่วงดุลอำนาจกับกรรมการที่เป็นผู้พิพากษาระดับสูง หรือการสร้างระบบที่จะถ่วงดุลการใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนๆ เช่น การให้คณะกรรมการตุลาการจะต้องใช้อำนาจร่วมกับองค์กรอื่นนอกฝ่ายตุลาการ เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา เป็นต้น

นอกจากนี้ ในหลายประเทศยังสร้างระบบการถ่วงดุลอำนาจของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลที่มีอำนาจในการควบคุมผู้พิพากษาลูกศาล เช่น กำหนดให้การบริหารจัดการภายในศาลแต่ละแห่งจะทำในรูปขององค์กรกลุ่มซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาทุกคนในศาลหรือตัวแทนของผู้พิพากษาที่มาจากการเลือกกันเองของผู้พิพากษาในศาลในญี่ปุ่นเรียกว่า “สภาตุลาการ” ส่วนในเยอรมนีเรียกว่า “คณะกรรมการบริหารศาล” อีกทั้งในเยอรมนียังมีการก่อตั้งองค์กรตัวแทนผู้พิพากษาประจำศาลทำหน้าที่ให้ความเห็นต่อกิจการที่อาจมีผลกระทบต่อผู้พิพากษาในศาลเพื่อไม่ให้ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลมีอำนาจในการควบคุมหรือบริหารจัดการศาลแต่เพียงผู้เดียว ยิ่งไปกว่านั้นในเยอรมนียังสร้างระบบการยื่นคำร้องต่อศาลวินยขอให้ตรวจสอบว่าการใช้อำนาจควบคุมของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือไม่อีกด้วย ซึ่งระบบดังกล่าวทั้งหมดนี้เป็นการดุลยภาพระหว่างการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษากับการคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไปในด้วยกันอันเป็นการบรรเทาปัญหาความไม่เป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการได้เป็นอย่างดี

แต่หากพิจารณาในการจัดระเบียบของผู้พิพากษาไทยจะพบว่าทั้งในระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองให้ความสำคัญกับระบบการควบคุมผู้พิพากษามากโดยผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าศาลจะมีอำนาจมากทั้งในการควบคุมการพิจารณาคดีและควบคุมพฤติกรรมของผู้พิพากษาลูกศาล ดังจะเห็นได้จากการให้อำนาจแก่หัวหน้าศาลในการจ่ายสำนวนคดี ตรวจสอบและเรียกคืนสำนวนคดีหากเห็นว่าอาจกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรม นอกจากนี้ องค์กรที่มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาทั้งในระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองต่างก็ให้ความสำคัญกับผู้พิพากษาในระดับสูงที่มากกว่าผู้พิพากษาในระดับล่างอย่างชัดเจน โดยการกำหนดให้ตัวแทนผู้พิพากษาในศาลสูงมีสัดส่วนที่มากกว่าจำนวนผู้พิพากษาในศาลล่าง ในศาลยุติธรรม ตัวแทนผู้พิพากษาศาลฎีกาในคณะกรรมการตุลาการมีจำนวน 7 คนจากจำนวนกรรมการทั้งหมด 15 คน หากรวมตัวแทนผู้พิพากษา

ศาลอุทธรณ์ด้วยก็จะมีจำนวน 11 คนจาก 15 คน ในขณะที่ตัวแทนจากผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นมีเพียง 2 คนเท่านั้น ส่วนในคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองมีตัวแทนจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดมีจำนวน 7 คนจากทั้งหมด 13 คน เหล่านี้จึงทำให้เห็นว่าการจัดระเบียบผู้พิพากษาของไทยเป็นระบบที่อาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการได้โดยง่ายโดยผู้พิพากษาระดับสูงหรือที่มีอาวุโสมากกว่ามีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาที่มีอาวุโสน้อยกว่าได้

5.4.1.3 ปัญหาการปกครองการจัดระเบียบผู้พิพากษา

ตามที่ได้กล่าวไว้ตั้งแต่เริ่มต้นบทนี้ว่าการจัดระเบียบผู้พิพากษาก็คือระบบการควบคุมตรวจสอบผู้พิพากษาประการหนึ่งซึ่งจะคอยคัดกรองให้ผู้พิพากษาในระบบตุลาการเป็นผู้พิพากษาที่มีความรู้ความสามารถและมีความประพฤติเหมาะสมที่ประชาชนจะไว้วางใจให้ตัดสินข้อพิพาทของตนได้ แต่อย่างไรก็ดี การจัดระเบียบดังกล่าวเป็นการให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษาโดยตรงจึงอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแทรกแซงความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาได้ ดังนั้น การจัดระเบียบที่ดีจึงต้องมีกลไกที่สามารถสร้างดุลยภาพระหว่างความเป็นอิสระของผู้พิพากษากับการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกลไกการจัดระเบียบผู้พิพากษาในต่างประเทศจะพบข้อบกพร่องในกลไกการจัดระเบียบ 3 เรื่องที่สำคัญ ได้แก่

(1) ปัญหาของระบบการคัดเลือกผู้พิพากษา

ปัญหาของระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาอาจออกเป็น 2 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นแรก ปัญหาของระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาด้านความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ปัญหาแรกเป็นผลมาจากปัญหาการจัดโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการที่ทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองโดยให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบงานบริหารฝ่ายตุลาการเองทั้งหมดซึ่งรวมถึงการคัดเลือกผู้พิพากษาด้วย โดยศาลยุติธรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาอยู่ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม(ก.ต.) ส่วนของศาลปกครองในอยู่ในความรับผิดชอบคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งองค์ประกอบและที่มาของคณะกรรมการตุลาการดังกล่าวไม่สามารถสืบสวนย้อนกลับไต่หาประชาชนได้ คณะกรรมการเหล่านี้จึงเป็นองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตย เมื่อกฎหมายมอบให้องค์กรเหล่านี้มีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกผู้พิพากษาจึงทำให้ผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกเป็นองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยไปด้วย

แต่ปัญหาของทั้งสองระบบศาลมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง สำหรับการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่คัดเลือกโดยองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยทั้งประธานศาลฎีกาและคณะกรรมการตุลาการทำให้ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมขาดความชอบธรรม

ทางประชาธิปไตยโดยสิ้นเชิง แต่สำหรับการคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง แต่เดิมที่โครงสร้างถูกกำหนดตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ที่สมาชิกรัฐสภาทั้งหมดมาจากการเลือกตั้ง และตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา นั้นย่อมหมายความว่าในคณะกรรมการตุลาการที่มีตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 6 คนรวมกับประธานศาลปกครองสูงสุดที่มีที่มาจากตัวแทนประชาชนเหมือนกันจากจำนวนทั้งหมด 13 คนทำให้เป็นคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอยู่บ้าง แม้จะไม่ทั้งหมดก็ตาม ดังนั้น การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองขึ้นต้นสำหรับช่วงที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ยังมีผลใช้บังคับจึงยังเป็นระบบสามารถถ่ายโอนความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้บ้าง แต่เมื่อมีการเปลี่ยนมาใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่สมาชิกรัฐสภาหนึ่งมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาที่ประกอบไปด้วยเสียงข้างมากเป็นองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ดังนั้นวุฒิสภาจึงเป็นองค์กรที่บกพร่องความชอบธรรมทางประชาธิปไตยจึงไม่สามารถถ่ายโอนความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้แก่ตุลาการที่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาได้ ดังนั้น ระบบการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองหลังรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จึงเป็นระบบที่ทำให้ตุลาการศาลปกครองขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยไปด้วย

หากพิจารณาในระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาต่างประเทศทั้งระบบตุลาการอาชีว และระบบตุลาการวิชาชีพจะพบว่า การคัดเลือกผู้พิพากษาจะเป็นอำนาจของฝ่ายการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการคัดเลือกโดยฝ่ายการเมืองโดยแท้ เช่น การคัดเลือกผู้พิพากษาศาลระดับสหพันธ์ในสหรัฐอเมริกาที่เป็นอำนาจของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนทั้งสององค์กร หรือการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสหพันธ์ในเยอรมนีที่เป็นอำนาจของรัฐมนตรีกระทรวงที่รับผิดชอบราชการศาลและคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการที่เป็นองค์กรผสมระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งทั้งสององค์กรเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยทั้งสององค์กร ส่วนฝรั่งเศสกับอังกฤษนั้น การคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเป็นอำนาจของกระทรวงยุติธรรมที่ถูกถ่วงดุลโดยคณะกรรมการตุลาการหรือคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการที่อาจจะมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยไม่เท่ากับกรณีของเยอรมนีหรือสหรัฐอเมริกา แต่องค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยก็ยังคงมีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกดังกล่าว

นอกจากนี้ ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาไทยของทั้งระบบศาลปกครองและระบบศาลยุติธรรมมีลักษณะเป็นการให้ผู้พิพากษาคัดเลือกกันเอง(Co-optation) อันจะทำให้ผู้พิพากษาก็จะคัดเลือกบุคคลที่มีความคิดเห็นอุดมการณ์ ความคิดเห็นหรือแนวทางการตีความที่เหมือนกับของตนเอง

เข้าไปสู่ตำแหน่ง และจะส่งผลให้ผู้พิพากษาในศาลจะขาดความคิดเห็นที่หลากหลายและอาจแปลกแยกจากความคิดเห็นของประชาชนในสังคมในที่สุด

ประเด็นที่สอง ปัญหากระบวนการคัดเลือกแบบคู่ขนานในระบบศาลยุติธรรม

ลักษณะที่สำคัญของระบบตุลาการอาชีพคือการรับสมัครบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาตั้งแต่อายุและประสบการณ์ไม่มากนัก ส่วนใหญ่จะเพิ่งสำเร็จการศึกษาในวิชากฎหมาย และเข้าไปฝึกฝนวิชาตุลาการเมื่อดำรงตำแหน่งไปแล้ว ลักษณะดังกล่าวมีข้อดีคือเป็นการฝึกอบรมผู้พิพากษาตั้งแต่อายุยังไม่มากจึงสามารถเรียนรู้ทักษะทางตุลาการได้ไม่ยาก และทำให้มีระยะเวลาในการทำงานเป็นผู้พิพากษาได้ยาวนาน และยังอายุมากขึ้นผู้พิพากษายังมีทักษะความเชี่ยวชาญที่มากขึ้นเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี จุดอ่อนของระบบตุลาการอาชีพคือเมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งอายุยังไม่มาก และจะใช้เวลาทั้งชีวิตอยู่กับองค์กรตุลาการ ซึ่งจะค่อยๆ ซึมซับมุมมอง ทักษะคติขององค์กรที่ได้รับการถ่ายทอดจากผู้พิพากษาที่มีอาวุโสมากกว่าจนมุมมองและแนวความคิดแตกต่างจากบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการหรือสังคมโดยทั่วไป อันจะทำให้การใช้การตีความกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่เกิดความแปลกแยกจากมุมมองของประชาชนในสังคมได้ เพื่อแก้ไขจุดอ่อนดังกล่าวในระบบตุลาการอาชีพใช้ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาสองระบบคู่ขนานกันคือระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไป และระบบการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิ โดยระบบการคัดเลือกแบบหลังจะทำหน้าที่คัดเลือกผู้พิพากษาจากผู้ที่มีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายหรืออาชีพอื่นมาแล้วช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยจะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งได้ทั้งในตำแหน่งระดับล่างสุดและตำแหน่งระดับสูงตามที่กฎหมายกำหนด ระบบการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิจะช่วยถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายตุลาการโดยการเพิ่มบุคคลภายนอกเข้าไปในระบบผู้พิพากษา ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการคัดเลือกเข้าไปดังกล่าวจะไปใช้อำนาจร่วมกับผู้พิพากษาไต่เต้ามาจากระบบการคัดเลือกแบบการสอบแข่งขัน จะส่งผลทำให้มุมมองของผู้พิพากษาเดิมจะถูกผสมกับมุมมองทัศนคติของผู้พิพากษาใหม่ อุดมคติ มุมมองต่างๆ จะไม่ถูกผูกขาดโดยกลุ่มผู้พิพากษากลุ่มเดียว วิธีการดังกล่าวเป็นแก้ไขปัญหาระบบปิดของระบบตุลาการอาชีพได้เป็นอย่างดี

ในประเด็นนี้ไม่เป็นปัญหาสำหรับระบบศาลปกครองที่มีการเปิดรับสมัครทั้งในระบบศาลปกครองชั้นต้นและระบบศาลปกครองสูงสุดที่มีการกำหนดคุณสมบัติที่แตกต่างกัน โดยผู้ทรงคุณวุฒิที่มีประสบการณ์มากสามารถสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้เลยโดยไม่ต้องเข้าดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นก่อน

ส่วนการคัดเลือกผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรม มีทั้งระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาทั่วไปที่เปิดรับผู้ที่มีอายุและประสบการณ์ไม่มากที่เรียกว่าการสอบสนามใหญ่ และการคัดเลือกพิเศษสำหรับผู้ทรงคุณวุฒิที่มีประสบการณ์ประกอบวิชาชีพมาแล้วอย่างยาวนาน แต่ปัญหาคือแม้จะมี

ช่องทางสำหรับการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิเป็นพิเศษ แต่กลับให้ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการคัดเลือกแล้วต้องกลับเริ่มต้นที่ตำแหน่งในศาลชั้นต้นก่อนเหมือนกับผู้ที่เพิ่งสำเร็จการศึกษาที่ยังขาดทั้งประสบการณ์ในทางอาชีพและประสบการณ์ในทางกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น หากเปรียบเทียบคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้ารับการทดสอบพิเศษจะเห็นว่าใกล้เคียงกับคุณสมบัติของผู้ที่มีสิทธิได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมสูงสุดของฝรั่งเศส นอกจากนี้ ในเรื่องระดับค่าตอบแทน ผู้ทรงคุณวุฒิที่ทำงานจนประสบความสำเร็จในระดับสูงย่อมมีค่าตอบแทนที่มาก แต่เมื่อเข้ามาสู่ระบบผู้พิพากษากลับต้องมาเริ่มที่เงินเดือนชั้นล่างสุดหรือระดับผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ระบบเช่นนี้ย่อมไม่จูงใจให้ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายเข้ามาสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาได้ มีพักต้องกล่าวถึง การเปิดรับผู้พิพากษาในช่องทางนี้หรือไม่เป็นดุลพินิจขององค์กรบริหารฝ่ายตุลาการ ซึ่งจะแตกต่างไปจากระบบของฝรั่งเศสที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าจะต้องเปิดรับสมัครปีละครั้ง แต่จะจำกัดจำนวนไว้ว่าจำนวนผู้พิพากษาที่มาจากคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิกับผู้พิพากษาที่มาจากการไต่เต้าตามลำดับชั้นจะต้องมีสัดส่วนไม่เกินที่กำหนด เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเปิดรับผู้ทรงคุณวุฒิมากจนปิดกั้นช่องทางของผู้พิพากษาในระบบที่จะเจริญก้าวหน้าในทางวิชาชีพ นอกจากนี้ ระบบการคัดเลือกสำหรับผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวไม่ได้มีการเปิดให้เข้าทดสอบจริงๆ เลย ช่องทางดังกล่าวจึงไม่มีทางเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ

(2) ปัญหาของระบบค่าตอบแทน

ระบบการจ่ายค่าตอบแทนของผู้พิพากษาไทยมีปัญหาใน 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ปัญหาระบบการเลื่อนขั้นเงินเดือน และประการที่สอง ปัญหาความจำเป็นในการจ่ายเงินช่วยค่าครองชีพชั่วคราว

ประการแรก ปัญหาระบบการเลื่อนขั้นเงินเดือน

ระบบการกำหนดค่าตอบแทนของผู้พิพากษาในต่างประเทศที่ได้ศึกษามาอาจแบ่งได้เป็น 2 ระบบ คือระบบอัตราตายตัว(Fix Rate) คือระบบที่กำหนดจำนวนค่าตอบแทนของผู้พิพากษาแต่ละตำแหน่งไว้เพียงอัตราเดียว โดยผู้พิพากษาในตำแหน่งระดับสูงจะมีอัตราค่าตอบแทนมากกว่าผู้พิพากษาตำแหน่งในระดับล่าง การเลื่อนเงินเดือนผู้พิพากษาแต่ละคนจะได้เฉพาะการเปลี่ยนแปลงไปสู่ตำแหน่งที่สูงขึ้นเท่านั้น และระบบอัตราก้าวหน้า(Progress Rate) คือในตำแหน่งผู้พิพากษาหนึ่งจะมีการกำหนดอัตราเงินเดือนไว้หลายอัตราหรือเรียกว่าหลายขั้น โดยผู้พิพากษามีสิทธิได้รับการเลื่อนขั้นเงินเดือน แม้จะไม่ได้เลื่อนตำแหน่งก็ตาม โดยในการเลื่อนขั้นเงินเดือนก็อาจจำแนกได้อีก 2 ประเภท ได้แก่ การเลื่อนขั้นโดยอัตโนมัติตามเวลาที่กำหนดหรือตามการเลื่อนตำแหน่ง และการ

เลื่อนตำแหน่งโดยดุลพินิจของผู้มีอำนาจซึ่งจะเป็นดุลพินิจแต่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาว่าผู้พิพากษาคนใดปฏิบัติหน้าที่ที่เหมาะสมและสมควรได้รับการเลื่อนขั้นเงินเดือน

ในสหรัฐอเมริกา ใช้ระบบอัตราตายตัวสำหรับผู้พิพากษาทุกตำแหน่งในระดับสหพันธ์ โดยแต่ละตำแหน่งจะมีการกำหนดอัตราค่าตอบแทนไว้ การเลื่อนค่าตอบแทนทำได้แต่เพียงการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งผู้พิพากษาให้สูงขึ้นเท่านั้น ในฝรั่งเศสและเยอรมนีจะใช้ทั้งสองระบบผสมกัน โดยจะใช้ระบบอัตราก้าวหน้าสำหรับการเลื่อนขั้นเงินเดือนจะเป็นไปโดยอัตโนมัติตามระยะเวลาที่กำหนดสำหรับผู้พิพากษาในระดับล่าง ส่วนผู้พิพากษาในระดับสูงจะใช้ระบบอัตราตายตัว

ระบบการกำหนดค่าตอบแทนของไทย การพิจารณาเลื่อนเงินเดือนของผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมและตุลาการในระบบศาลปกครอง หากพิจารณาแยกเป็นระดับของผู้พิพากษาลำดับชั้นศาลจะพบว่าระบบการกำหนดค่าตอบแทนนั้นเป็นระบบที่คล้ายกับระบบของฝรั่งเศสและเยอรมนีที่ผู้พิพากษาระดับล่างจะใช้ระบบอัตราก้าวหน้า ส่วนผู้พิพากษาระดับสูงเป็นระบบตายตัว สำหรับในศาลยุติธรรม ผู้พิพากษาระดับล่างอันได้แก่ ผู้ช่วยผู้พิพากษา ผู้พิพากษาในศาลชั้นต้น และผู้พิพากษาในชั้นศาลอุทธรณ์ต่างมีการกำหนดระดับเงินเดือนไว้หลายระดับ และสามารถเลื่อนขั้นหรือเลื่อนขั้นเงินเดือนขึ้นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ส่วนผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งเป็นผู้พิพากษาระดับสูงจะเลื่อนเงินเดือนได้กรณีเดียวคือการเปลี่ยนตำแหน่งเป็นประธานศาลฎีกา เช่นเดียวกับระบบของตุลาการศาลปกครองที่ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นมีการกำหนดระดับเงินเดือนไว้หลายระดับและสามารถเลื่อนระดับเงินเดือนดังกล่าวได้ แต่สำหรับตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะเลื่อนระดับเงินเดือนได้กรณีเดียวคือการได้รับการแต่งตั้งให้เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด

การใช้ระบบอัตราก้าวหน้าดังกล่าวในการกำหนดระดับเงินเดือนของผู้พิพากษาได้รับการวิจารณ์ว่าทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในผู้พิพากษาดำแหน่งเดียวกันแต่รับเงินเดือนไม่เท่ากัน แต่ผู้เขียนกลับเห็นว่าระบบดังกล่าวกำหนดไว้เหมาะสมแล้ว เนื่องจากการจัดระเบียบผู้พิพากษาในไทยใช้ระบบตุลาการอาชีพซึ่งคัดเลือกผู้พิพากษาดังแต่อายุยังไม่มากและจะเจริญเติบโตไปพร้อมกับความก้าวหน้าในอาชีพการงาน ระบบอัตราก้าวหน้าที่เพิ่มขั้นเงินเดือนของผู้พิพากษาไปพร้อมๆ กับความเจริญเติบโตของตัวผู้พิพากษาจึงสอดคล้องกับการจัดระเบียบแบบตุลาการอาชีพเป็นอย่างดี สำหรับศาลยุติธรรมความก้าวหน้าของอัตราเงินเดือนเติบโตไปพร้อมกับวัยของผู้พิพากษาที่เริ่มขึ้นต่ำที่อายุ 25 ปีและเพิ่มไปตามลำดับ วัยที่จะต้องมีความรอบคอบก็มีความจำเป็นที่จะต้องใช้จ่ายเงินที่มากขึ้น ส่วนตุลาการระบบศาลปกครองนั้นแม้จะกำหนดอายุขั้นต่ำของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นไว้ที่ 35 ปีซึ่งเป็นอายุที่มากและอาจมีความรอบคอบที่มั่นคงแล้ว แต่การขึ้นเงินเดือนอัตโนมัติ เป็นการตอบแทนความก้าวหน้าที่ดีเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ดี ระบบการเลื่อนขั้นเงินเดือนสำหรับผู้พิพากษาศาลยุติธรรม อาจจะมีปัญหาอยู่ตรงที่การเลื่อนเงินเดือนของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่มีการให้ดุลพินิจแก่คณะกรรมการตุลาการไว้สำหรับการเลื่อนขั้นเงินเดือนจากชั้น 3 ขั้นต่ำเป็นชั้น 3 ขั้นสูง แม้จะเป็นระบบที่กระตุ้นให้ผู้พิพากษาจะต้องตั้งใจปฏิบัติหน้าที่มีฉะนั้นอาจไม่ได้รับการเลื่อนขั้นเงินเดือนได้ แต่ก็อาจเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาได้เช่นกัน ดุลพินิจในการปรับเลื่อนขั้นเงินเดือนให้แก่ผู้พิพากษาคควรจะมีเพียงกรณีเดียวคือการพิจารณาเลื่อนตำแหน่ง

ประการที่สอง ปัญหาความจำเป็นในการจ่ายเงินช่วยค่าครองชีพ

เงินช่วยค่าครองชีพชั่วคราวเป็นเงินที่ช่วยเหลือสำหรับในประเทศที่ใช้ระบบค่าตอบแทนแบบตายตัว(Fix Rate) เช่นในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีปัญหาอัตราเงินเฟ้อทำให้ค่าตอบแทนที่แท้จริงมีมูลค่าลดลงเมื่อเทียบกับค่าครองชีพจริงๆ ซึ่งการกำหนดค่าตอบแทนในสหรัฐเป็นอำนาจของรัฐสภาที่ตรากฎหมายแก้ไขอัตราค่าตอบแทน และตราใบที่รัฐสภายังไม่เปลี่ยนแปลงค่าตอบแทน ผู้พิพากษาก็จะได้รับความเดือดร้อนจากการได้รับค่าตอบแทนที่ไม่เพียงพอแก่การดำรงชีพที่แท้จริง ดังนั้นเพื่อบรรเทาปัญหาชั่วคราว ฝ่ายบริหารอาจอนุมัติเงินช่วยค่าครองชีพเพื่อบรรเทาปัญหาดังกล่าวให้แก่ผู้พิพากษาได้

ระบบการจ่ายเงินค่าช่วยครองชีพชั่วคราวของไทยนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับเงินช่วยค่าครองชีพในระบบศาลสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีความแตกต่างกันใน 2 ประการหลัก *ประการแรก อำนาจในการสั่งจ่าย* สำหรับในสหรัฐอเมริกา การจ่ายหรือไม่จ่ายเงินช่วยเหลือนั้นเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร แต่ของไทยเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการเองสำหรับในระบบศาลยุติธรรมเป็นอำนาจของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมโดยออกเป็นระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม²⁰¹ ส่วนในศาลปกครองเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แม้ตามกฎหมายจะกำหนดให้ต้องรายงานคณะรัฐมนตรีก็ตาม แต่คณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารก็ไม่ได้มีอำนาจในการยับยั้งหรือให้ความเห็นชอบแต่ประการใด

ประการที่สอง วัตถุประสงค์และความจำเป็นในการจ่ายค่าครองชีพชั่วคราว สำหรับสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบการจ่ายค่าตอบแทนแบบตายตัว (Fix) ไม่มีระบบการขึ้นเงินเดือนหรือค่าตอบแทนอื่น การเปลี่ยนแปลงค่าตอบแทนของผู้พิพากษาทำได้แต่โดยการตราเป็นกฎหมายโดยรัฐสภา ซึ่งทำให้เกิดปัญหามูลค่าของเงินเดือนผู้พิพากษาที่แท้จริงลดลงเพราะเงินเดือนไม่ได้ถูกเพิ่มขึ้นตามอัตราเงินเฟ้อที่เพิ่มขึ้น ดังนั้น เงินเพิ่มค่าครองชีพดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นเครื่องมือหรือกลไกในการ

²⁰¹ มาตรา 27 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543

ช่วยเหลือหรือปิดจุดบกพร่องของระบบค่าตอบแทนแบบอัตราตายตัว(Fixed Rate) แต่ในขณะที่ระบบการจ่ายค่าตอบแทนของฝ่ายตุลาการไทยไม่ได้เป็นระบบอัตราตายตัว แต่เป็นระบบก้าวหน้า มีการกำหนดอัตราขั้นบันได มีขั้นเงินเดือนที่เพิ่มขึ้นอยู่เป็นประจำ จึงไม่น่าจะมีจำเป็นที่จะต้องมีการจ่ายเงินช่วยค่าครองชีพชั่วคราว นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของการจ่ายเงินค่าครองชีพชั่วคราวตามที่กฎหมายกำหนดคือ จะให้จ่ายตามภาวะเศรษฐกิจ แต่ในความเป็นจริงก็ยังมีข้อสงสัยว่าสำนักงานศาลยุติธรรมได้จ่ายค่าครองชีพชั่วคราวตามภาวะเศรษฐกิจหรือไม่ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงการจ่ายในฉบับ 3 ที่ไม่ได้จ่ายตามภาวะเศรษฐกิจแต่จ่ายเงินดังกล่าวเพราะมีการปรับโครงสร้างค่าตอบแทนของข้าราชการอื่น ซึ่งฝ่ายตุลาการเห็นว่ากระทบโครงสร้างค่าตอบแทนของผู้พิพากษาจึงจ่ายค่าครองชีพชั่วคราว²⁰² การจ่ายเงินค่าครองชีพเป็นประเด็นที่น่าสนใจอย่างมาก มีพ้องต้องกันที่ว่าอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษามีอัตราสูงกว่าข้าราชการในช่วงอายุเดียวกันอย่างมาก และมากกว่าอัตราเงินเดือนของผู้ที่ทำงานในภาคเอกชน ซึ่งเป็นปัญหาประการหนึ่งที่ทำให้เกิดสถานะสมองไหลโดยนักกฎหมาย ผู้สำเร็จการศึกษากฎหมายจำนวนมากมุ่งสอบแข่งขันเพื่อเป็นผู้พิพากษาเนื่องจากค่าตอบแทนที่ดีกว่าการประกอบอาชีพกฎหมายอื่นๆ อาจจะยกเว้นสำนักงานทนายความชื่อดังบางแห่งเท่านั้น

(3) ปัญหาของระบบการเลื่อนตำแหน่ง

การเลื่อนตำแหน่งหรือการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งให้สูงขึ้น จะเกณฑ์ในการพิจารณาในการเลื่อนตำแหน่งอาจแยกเป็น 2 เกณฑ์ใหญ่ ได้แก่ เกณฑ์แรกคือเกณฑ์อาวุโส (Seniority) คือการเลื่อนตำแหน่งจะพิจารณาจากระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาเป็นหลัก โดยผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งมายาวนานกว่าจะมีสิทธิในการได้เลื่อนตำแหน่งดีกว่าผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งมาในระยะเวลาน้อยกว่า ส่วนเกณฑ์ที่สองคือเกณฑ์ความสามารถ(Merit) คือการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งจะพิจารณาจากความรู้ความสามารถและผลงานที่ผ่านมาของผู้พิพากษาและอาจรวมถึงผลการสอบคัดเลือกเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาด้วย สำหรับระบบอาวุโสมีข้อดีในแง่ที่ว่าป้องกันการทุจริตเพื่อให้ตนได้เลื่อนตำแหน่งหรือการเล่นพรรคเล่นพวกหรือระบบอุปถัมภ์ได้เป็นอย่างดี แต่จะมีข้อเสียในแง่ที่ไม่ส่งเสริมให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่โดยกำลังความสามารถสูงสุด เพราะอย่างไรเสียเมื่อครบกำหนดเวลาตนก็จะได้เลื่อนตำแหน่งอยู่ดี ส่วนระบบความสามารถจะมีข้อดีในแง่ที่ทำให้ผู้พิพากษาจะต้องกระตือรือร้นในการปฏิบัติหน้าที่ตลอดเวลา แต่จะมีข้อด้อยในแง่ที่ว่าอาจเป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตภายในฝ่ายตุลาการได้

²⁰² กองสารนิเทศและประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, สื่อศาล, ประจำวันที่ 31 พฤษภาคม 2556

ในฝรั่งเศส การเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาจากระดับหนึ่งไปเป็นระดับสองจะใช้เกณฑ์อาวุโสเป็นหลัก โดยกำหนดระยะเวลาสำหรับผู้พิพากษาที่มีสิทธิเลื่อนตำแหน่งไว้ โดยหากผู้พิพากษาไม่ได้ถูกลงโทษทางวินัยก็มักจะได้รับการเลื่อนตำแหน่ง แต่การเลื่อนตำแหน่งจากผู้พิพากษาระดับสองไปเป็นผู้พิพากษาชั้นพิเศษนั้นใช้การพิจารณาจากเกณฑ์ความสามารถเป็นหลัก โดยคณะกรรมการตุลาการจะเป็นผู้คัดเลือกจากผลการปฏิบัติงานที่ผ่านมาของผู้พิพากษา ซึ่งในการนี้ ฝรั่งเศสได้นำหลักความโปร่งใสในกระบวนการคัดเลือกมาใช้เพื่อป้องกันการทุจริตหรือการเล่นพรรคเล่นพวกในการเลื่อนตำแหน่งโดยการประกาศรายชื่อบุคคลที่จะได้รับการเลื่อนตำแหน่งต่อองค์กรที่เกี่ยวข้องเพื่อให้คัดค้านก่อนที่จะมีการเลื่อนตำแหน่งจริง เพื่อให้สังคมได้ร่วมตรวจสอบว่าการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งนั้นถูกต้อง เหมาะสมและเป็นธรรมหรือไม่ ส่วนในเยอรมนี การเลื่อนตำแหน่งจากศาลชั้นต้นไปยังศาลสูงสหพันธ์จะใช้เกณฑ์ความสามารถเป็นหลัก โดยองค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกผู้พิพากษาจะพิจารณาจากความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา แต่การเลื่อนตำแหน่งจากศาลสูงมลรัฐไปยังศาลสูงสุดสหพันธ์นอกจากความรู้ความสามารถแล้ว คณะกรรมการคัดเลือกจะพิจารณาจากเกณฑ์อื่นๆ อีกด้วย

หากย้อนกลับมาพิจารณาที่ระบบการเลื่อนตำแหน่งในระบบศาลไทย การเลื่อนตำแหน่งในระบบศาลยุติธรรมจะใช้เกณฑ์อาวุโสเป็นหลักในการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาทั้งหมด แม้จะมีการแก้ไขกฎหมายใหม่จะนำผลการปฏิบัติงาน รวมไปถึงความประพฤติต่างๆ เข้ามาพิจารณาร่วมด้วยก็ตาม แต่เกณฑ์หลักก็คือเกณฑ์อาวุโสอยู่ดี นอกจากนี้ในระบบศาลยุติธรรมจัดเรียงลำดับอาวุโสจะพิจารณาจากผลการสอบแข่งขันเข้าสู่ตำแหน่งโดยผู้พิพากษาซึ่งหมายความว่าในการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาไม่ว่าในระดับใด ผู้พิพากษาที่สอบได้ลำดับดีกว่าจะได้รับการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งก่อนทุกครั้งตั้งแต่ต้น ระบบการพิจารณาเช่นนี้แม้จะมีข้อดีที่เป็นเกณฑ์การจัดลำดับอาวุโสที่ชัดเจนแน่นอน ลดช่องทางการใช้ดุลพินิจขององค์กรที่มีอำนาจพิจารณาเลื่อนตำแหน่งได้สามารถลดความขัดแย้งภายในหมู่ผู้พิพากษาได้ดี และการแทรกแซงความเป็นอิสระในการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาไม่ว่าจากองค์กรโดยอ้อมทำได้ยาก แต่ก็มีข้อด้อยในแง่ที่ว่าไม่เป็นแรงจูงใจให้ผู้พิพากษาดังใจปฏิบัติหน้าที่ให้ดีขึ้นกว่ามาตรฐานทั่วไปหรือพัฒนาตนเองให้มากขึ้น เนื่องจากผู้พิพากษาที่เข้ามาไม่ว่าจะตั้งใจทำงานหรือประพฤติปฏิบัติตัวอย่างดีเท่าใดก็ไม่อาจได้รับการเลื่อนตำแหน่งก่อนผู้พิพากษาที่สอบได้ลำดับดีกว่าตนเอง อีกทั้งผู้พิพากษาจะไม่พยายามสร้างความคิดสร้างสรรค์หรือการตีความกฎหมายในแนวทางใหม่นอกเหนือไปจากการตัดสินตามแนวคำพิพากษาของศาลสูง เพราะหากเกิดความผิดพลาดอาจจะไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่งได้ ดังนั้น ระบบเช่นนี้จะทำให้ผู้พิพากษามีแนวโน้มที่จะใช้และตีความกฎหมายแบบ

อนุรักษนิยมที่แม้จะมีข้อดีในเรื่องของความมั่นคงแน่นอนในบรรทัดฐานของกฎหมาย แต่จะมีข้อเสียในแง่ของพลวัตรของกฎหมายที่ควรจะต้องเปลี่ยนแปลงไปตามความเปลี่ยนแปลงของสังคมที่ในปัจจุบันมีความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว

ระบบการเลื่อนตำแหน่งที่ดีควรเป็นระบบที่ดุลยภาพระหว่างความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและหลักความร่วมมือรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการให้ผู้พิพากษาระหนักว่าตนเองสามารถถูกตรวจสอบได้ การใช้เกณฑ์อาวุโสอย่างเดียวของศาลยุติธรรมจึงเป็นการให้น้ำหนักแก่ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามากเกินไป โดยระบบที่ควรจะเป็นในการเลื่อนตำแหน่งของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมคือใช้เกณฑ์อาวุโสในการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาระดับล่างเพื่อประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาระดับชั้นผู้น้อย แต่ใช้เกณฑ์ความสามารถในการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาระดับสูงเพื่อให้ผู้พิพากษาระดับสูงกระตือรือร้นที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้ดียิ่งตลอดเวลา

ส่วนการเลื่อนตำแหน่งในระบบศาลปกครองซึ่งมีเพียงสองลำดับขั้นการใช้เกณฑ์ความสามารถเป็นหลักจึงเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ อีกทั้งการเลื่อนตำแหน่งของศาลปกครองจะถูกถ่วงดุลโดยวุฒิสภา ในแง่ของการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ ระบบการเลื่อนตำแหน่งของศาลปกครองมีความสอดคล้องกับหลักการมากกว่าระบบเลื่อนตำแหน่งของศาลยุติธรรมที่ใช้เกณฑ์อาวุโสเป็นหลักในการพิจารณา

(4) ปัญหาของระบบการควบคุมผู้พิพากษา

ระบบการควบคุมผู้พิพากษามีปัญหาใน 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก การขาดระบบการคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ชัดเจน หากพิจารณาในระบบการควบคุมผู้พิพากษาของไทยทั้งในระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองต่างก็ไม่มีระบบการโต้แย้งที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการควบคุมดูแลของผู้มีอำนาจนั้นกำลังแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เว้นแต่เพียงการร้องขอให้มีการดำเนินการทางวินัยแก่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ระบบการโต้แย้งโดยตรงต่อการกระทำและอาจมีผลต่อเฉพาะตัวผู้พิพากษาหัวหน้าศาลมากเกินไป การให้ศาลวินัยวินิจฉันโดยตรงในเรื่องดังกล่าวทำให้เกิดการสร้างมโนทัศน์ว่าการควบคุมอย่างไรไม่เป็นการแทรกแซงการพิจารณาคดี และการควบคุมอย่างไรเป็นการแทรกแซงการพิจารณาซึ่งจะเป็นผลดีโดยรวมมากกว่าการร้องขอให้มีการลงโทษทางวินัยแก่ตัวผู้พิพากษาหัวหน้าศาล

ประการที่สอง อำนาจในการควบคุมการพิจารณาคดี ระบบการควบคุมผู้พิพากษาของไทยทั้งในระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองต่างก็มีระบบการควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดีที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอย่างมาก โดยหัวหน้าศาลให้คำแนะนำแก่ผู้พิพากษาได้

สามารถเรียกตรวจสำนวนคดี สามารถเข้าไปร่วมการพิจารณาคดีได้ สามารถให้นำคดีที่พิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษาเข้าไปสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ผู้พิพากษาในศาลได้ รวมไปถึงจนถึงการเรียกคืนสำนวนคดีได้ แม้ในทางหลักการจะมีเหตุผลที่ดีว่าเป็นระบบที่ป้องกันความเสียหายที่อาจยากแก่การแก้ไขเมื่อปล่อยให้มีการพิจารณาคดีไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการ แต่ระบบดังกล่าวอาจกลายเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้

5.4.1.4 ปัญหาการจัดระเบียบตุลาการศาลทหาร

ปัญหาที่สำคัญของการจัดระเบียบตุลาการศาลทหารคือการไม่แบ่งแยกสถานะขององค์กรให้ชัดเจนระหว่างการเป็นข้าราชการทหารกับการเป็นองค์กรตุลาการ โดยตุลาการศาลทหารก็มีสถานะเป็นข้าราชการทหารที่อยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาเช่นเดียวกับทหารทั่วไป ลักษณะเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ดังเช่นกรณีของประเทศที่ใช้ระบบแบบสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการไม่แบ่งแยกองค์กรที่ชัดเจนระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการเป็นการฝ่าฝืนความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ นอกจากนี้ ในระบบการบริหารยังขาดหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นระบบการคัดเลือก การประกันค่าตอบแทน ระบบการเลื่อนตำแหน่ง หรือระบบการควบคุมผู้พิพากษาที่ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนหรือแยกต่างหากจากระบบของข้าราชการทหารทั่วไป และหากพิจารณาควบคู่กับการจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลทหารที่แม้จะมีการก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการศาลทหารมาทำหน้าที่ถ่วงดุลผู้มีอำนาจบริหารก็ตาม แต่องค์ประกอบของคณะกรรมการทั้งหมดเป็นข้าราชการโดยตำแหน่งที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาอย่างเคร่งครัดโดยสภาพระระบบการบริหารงานของทหารดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทก่อนหน้า ยิ่งทำให้การจัดระเบียบตุลาการศาลทหารควรจะต้องได้รับการปฏิรูปหรือปรับปรุงอย่างมาก

5.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

5.4.2.1 การปฏิรูปโครงสร้างการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา

ในการแก้ไขปัญหการรวมศูนย์อำนาจในการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาคงจะต้องกระจายอำนาจในการบริหารงานบุคคลไปให้องค์กรหลายองค์กรที่แตกต่างกัน ดำเนินการและจัดให้มีระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจการบริหารงานบุคคลนี้ด้วย ซึ่งระบบดังกล่าวได้เสนอไว้แล้วในบทที่ 4

5.4.2.2 การปฏิรูปกลไกการจัดระเบียบผู้พิพากษา

(1) การปฏิรูประบบการคัดเลือกผู้พิพากษา

ประการแรก การเพิ่มความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

ในการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลฎีกาไม่ว่าจะมีการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาหรือคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิดำรงตำแหน่งโดยตรงควรปรับระบบการคัดเลือกของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมให้เป็นแบบศาลปกครอง กล่าวคือการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติที่สมาชิกทุกคนของสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ซึ่งรวมถึงตำแหน่งประธานศาลฎีกา และให้ประธานศาลฎีกาทำหน้าที่ในการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลล่างโดยมีคณะกรรมการตุลาการทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจของประธานศาลฎีกา

ส่วนในศาลล่าง ให้ฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบแก่รายชื่อผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกโดยฝ่ายตุลาการ โดยนาระบบการถ่วงดุลการคัดเลือกผู้พิพากษาของอังกฤษมาจำกัดอำนาจ เช่น ให้มีกฎหมายจำกัดดุลพินิจในการไม่ให้ความเห็นชอบไว้เฉพาะกรณีที่หลักฐานที่แน่ชัดว่าผู้มีรายชื่อไม่สมควรได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษา โดยคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายการเมืองมีหน้าที่จะต้องแสดงเหตุผลในการไม่ให้ความเห็นชอบและแสดงพยานหลักฐาน และการไม่ให้ความเห็นชอบนั้นเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบได้ในศาลปกครอง

ประการที่สอง การเพิ่มระบบการคัดเลือกคู่ขนานในระบบศาลยุติธรรม

โดยให้คัดเลือกเข้าศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาได้โดยตรง โดยอาจจะเป็นการแต่งตั้งถาวร หรือการคัดเลือกเข้าไปดำรงตำแหน่งชั่วคราวแบบเยอรมนีก็ได้

(2) การกำหนดค่าตอบแทน

ควรใช้ระบบผสมแบบเยอรมนีหรือฝรั่งเศส โดยแยกระบบการเลื่อนตำแหน่งกับการเลื่อนขึ้นเงินเดือนสำหรับในศาลชั้นต้น โดยให้การเลื่อนขึ้นเงินเดือนของผู้พิพากษาในระดับศาลชั้นต้นให้เป็นไปโดยอัตโนมัติตามกำหนดระยะเวลาเว้นแต่ถูกลงโทษทางวินัย ส่วนการเลื่อนขึ้นเงินเดือนในศาลระดับสูงให้เลื่อนตามตำแหน่งที่สูงขึ้น และการเลื่อนขึ้นเงินเดือนไม่ควรจะมีระบบการประเมินเพื่อเลื่อนขึ้นเงินเดือน แต่ควรใช้การเลื่อนตำแหน่งเป็นการกำหนดขึ้นเงินเดือน

(3) ระบบการเลื่อนตำแหน่ง

การจัดระบบการเลื่อนตำแหน่งควรนำระบบผสมของเยอรมนีและฝรั่งเศสมาใช้ โดยแยกการเลื่อนระหว่างศาลชั้นต้นไปยังศาลอุทธรณ์ให้ใช้เกณฑ์อาวุโสควบคู่กับเกณฑ์ความสามารถ และการเลื่อนตำแหน่งจากศาลอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาให้พิจารณาจากความสามารถ(Merit System) โดย

ให้การเลื่อนตำแหน่งใช้เกณฑ์ความสามารถนำเกณฑ์อาวุโส โดยอาจกำหนดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งขั้นต่ำสำหรับการเลื่อนตำแหน่งขั้นต่อไป แต่ในหมู่ผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่ครบตามเกณฑ์แล้วจะต้องมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเท่าเทียมกันตามผลการปฏิบัติหน้าที่ และถ้าผลงานเท่าเทียมกันให้ตัดสินจากอาวุโสหรือระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง และเมื่อนำเกณฑ์ความสามารถมาพิจารณาจะต้องจัดให้มีระบบการถ่วงดุลตรวจสอบองค์กรที่มีอำนาจด้วย เช่น การนำระบบความโปร่งใสมาใช้ โดยการประกาศให้ตรวจสอบก่อนการเลื่อนตำแหน่ง หรือการจัดให้มีตัวแทนผู้พิพากษาในแต่ละลำดับชั้นร่วมพิจารณาให้ความเห็นแบบเยอรมนี นอกจากนี้ยังต้องสร้างระบบการโต้แย้งการเลื่อนตำแหน่งไว้รองรับกรณีดังกล่าวด้วย

(4) ระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่

ในระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาควรแก้ไขใน 2 ประการ ประการแรก การยกเลิกระบบการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีให้เหลือกรณีเดียวคือการสอดส่องดูแลความประพฤติของผู้พิพากษาในศาลโดยผู้พิพากษาหัวหน้าศาล เช่น การตรวจสอบสำนวนคดี หรือการเข้าร่วมพิจารณาคดีโดยไม่ผ่านระบบการจ่ายสำนวน เป็นต้น เพราะเป็นการควบคุมที่สุ่มเสี่ยงกับการทำให้เกิดการแทรกแซงการพิจารณาคดีขององค์กรของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนได้ โดยระบบที่ควรจะเป็นคือสร้างระบบที่รองรับกรณีดังกล่าวที่สอดคล้องกับหลักการไม่ให้รู้ล่วงหน้าว่าผู้พิพากษาจะพิจารณาคดีใด เช่น หากผู้พิพากษามีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำกั้วได้ ก็ให้จัดบัญชีรายชื่อผู้พิพากษาที่จะมาทำพิพากษาแทนหรือลงลายมือชื่อแทนหรือเข้าร่วมเป็นองค์คณะแทนโดยกำหนดวิธีการสุ่มชื่อผู้พิพากษาเพื่อไม่ต้องให้หัวหน้าศาลดำเนินการแทนอย่างเดียว หรือหากมีเหตุจำเป็นที่จะต้องคงระบบการตรวจสำนวนคดีไว้ก็อาจจัดระบบการตรวจสำนวนไว้ต่างหาก โดยมีการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบสำนวนโดยใช้บัญชีจ่ายสำนวนหรือระบบตุลาการผู้แถลงคดีรับผิดชอบดำเนินการได้²⁰³

ประการที่สอง สร้างช่องทางการอุทธรณ์หรือร้องเรียนกรณีที่ถูกผู้พิพากษาที่ถูกรับผิดชอบควบคุมเห็นว่าตนเองกำลังถูกแทรกแซงความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีแบบเยอรมนีโดยให้สิทธิแก่ผู้พิพากษาที่จะยื่นคำร้องต่อองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทภายในศาล เช่น ศาลวินัยผู้พิพากษา ให้พิจารณาได้สวนเรื่องราวดังกล่าว หากมีเหตุการณ์เช่นนั้นจริง ศาลวินัยอาจมีคำสั่งให้ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลยุติการกระทำดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องลงโทษทางวินัยหากเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาที่มีอำนาจควบคุมไม่ได้มีเจตนาที่จะแทรกแซงการพิจารณาคดี ซึ่งระบบเช่นนี้จะมีข้อดี 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก เป็นการคุ้มครองความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาชั้นผู้น้อยไม่ให้ถูกแทรกแซงโดยผู้พิพากษาที่

²⁰³ ระบบเช่นนี้จะกล่าวถึงโดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 7

มีอำนาจควบคุมดูแลศาล ประการที่สอง เป็นระบบที่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้พิพากษาผู้มีอำนาจควบคุมได้ด้วย โดยให้มีโอกาสได้ชี้แจงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการกระทำต่างๆ และหากการกระทำนั้นเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระโดยไม่ได้ตั้งใจก็สามารถทำการแก้ไขได้โดยไม่ต้องถูกลงโทษให้เสียประวัติการทำงาน และ ประการที่สาม เป็นการสร้างองค์ความรู้และบรรทัดฐานสำหรับการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาว่าการกระทำอย่างไรทำได้โดยไม่เป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระ หรือการกระทำอย่างไรจะต้องงดเว้นไม่กระทำ ดังเช่นที่ในเยอรมนีสร้างข้อความคิดเรื่องแดนอำนาจตุลาการโดยแท้กับการกระทำนอกขอบเขตอำนาจตุลาการ

5.4.2.3 การปฏิรูประบบบริหารงานบุคคลตุลาการในศาลทหาร

การปฏิรูประบบการบริหารงานบุคคลตุลาการในศาลทหารนั้นจะต้องแยกสถานะตุลาการออกจากข้าราชการทหารและแยกระบบการบริหารข้าราชการทั้งสองประเภทออกจากกันเพื่อไม่ให้ตุลาการศาลทหารต้องตกอยู่ในสายการบังคับบัญชาแบบข้าราชการทหารปกติ การบริหารงานบุคคลของข้าราชการทหารที่เป็นตุลาการจะต้องมีการให้หลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัว อันได้แก่ ก่อตั้งคณะกรรมการตุลาการทหารที่มาจากคัดเลือกของตุลาการศาลทหารเองไม่ใช่เป็นกรรมการโดยตำแหน่งเหมือนในปัจจุบันให้ทำหน้าที่พิจารณาเกี่ยวกับการให้ทุนให้โทษแก่ผู้พิพากษา การประกันวาระการดำรงตำแหน่งที่จะถูกปลดให้พ้นจากตำแหน่งโดยปราศจากความผิดที่ได้ถูกกำหนดไว้แล้วล่วงหน้าโดยกฎหมายไม่ได้ และการปลดให้พ้นจากตำแหน่งจะต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการตุลาการทหารด้วย อีกทั้งยังต้องมีระบบการกำหนดค่าตอบแทนและหลักเกณฑ์การเลื่อนตำแหน่งหรือเลื่อนขั้นเงินเดือนที่ชัดเจน นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีของตุลาการศาลทหารควรยกเลิกการให้นายทหารสัญญาบัตรเข้าร่วมการพิจารณาคดีในฐานะตุลาการ เนื่องจากนายทหารเหล่านี้อยู่ภายใต้สายการบังคับบัญชาทางทหารที่ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา ควรปล่อยให้การพิจารณาคดีเป็นอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลทหารที่มีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษารับถ้วนแต่ฝ่ายเดียว

หากไม่สามารถปฏิรูประบบการจัดระเบียบตุลาการศาลทหารดังกล่าวนี้ได้ ก็ควรจะมีการโอนคดีพิพาทที่อยู่เขตอำนาจของศาลทหารไปให้ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองที่มีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ดีกว่าพิจารณาแทนในส่วนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเหล่านั้น เช่น คดีอาญาทหารให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนคดีวินัยทหารอาจให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยอาจกำหนดให้มีผู้พิพากษาสมทบจากผู้ที่เป็นข้าราชการทหารที่ไม่มีส่วนเกี่ยวพันใกล้ชิด

กับคู่ความในคดีเข้าร่วมการพิจารณาก็ได้ แต่จะต้องไม่ใช่เสียงข้างมากในองค์คณะ โดยจะทำหน้าที่ให้ความเห็นและมุมมองเกี่ยวกับระบบราชการทหาร



บทที่ 6

ความรับผิดชอบของผู้พิพากษา

บทที่ 6 จะศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้พิพากษาที่เป็นเครื่องมือหนึ่งในการควบคุมพฤติกรรมของผู้พิพากษาและเป็นระบบอีกประเภทหนึ่งของการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาโดยการกำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของผู้พิพากษาไว้ จากนั้นจึงกำหนดโทษสำหรับการฝ่าฝืนบรรทัดฐานดังกล่าว ในส่วนที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติของแต่ละประเทศส่วนใหญ่แล้วจะไม่แตกต่างกันมากนัก แต่ส่วนที่แตกต่างกันอย่างมากในแต่ละประเทศคือกระบวนการในการพิจารณาความผิดและลงโทษผู้พิพากษาที่ประพฤติปฏิบัติขัดแย้งกับบรรทัดฐานดังกล่าว โดยการศึกษาจะแยกออกเป็น (6.1) ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลไทย (6.2) ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลต่างประเทศ และ (6.3) บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหาความรับผิดชอบของผู้พิพากษา

6.1 ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลไทย

ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาศาลไทย มีทั้งหมด 3 ประเภท ได้แก่ (6.1.1) ความรับผิดทางรัฐธรรมนูญ (6.1.2) ความรับผิดทางแพ่งและอาญา และ (6.1.3) ความรับผิดทางวินัย

6.1.1 ความรับผิดทางรัฐธรรมนูญ

ความรับผิดทางรัฐธรรมนูญคือความรับผิดทางการเมืองของผู้พิพากษาประเภทหนึ่ง โดยเป็นระบบที่ให้องค์กรตุลาการรับผิดชอบต่อประชาชนหรือตัวแทนของประชาชนอันได้แก่รัฐสภาที่บรรจู้ไว้ในรัฐธรรมนูญ ในไทยมีปรากฏครั้งแรกหลังการอภิวัฒน์สยามที่เปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นประชาธิปไตย ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 โดยให้รัฐสภามีอำนาจในการถอดถอนผู้พิพากษา แต่กลไกดังกล่าวได้ถูกถอดออกไปในกฎหมายระเบียบข้าราชการตุลาการในฉบับถัดมา(ฉบับปี พ.ศ. 2479) และมาปรากฏอีกครั้งในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 และยังคงไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 และในระบบกฎหมายไทยมีระบบการถอดถอนเพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่เป็นความรับผิดทางการเมือง ซึ่งระบบการถอดถอนผู้พิพากษาในระบบกฎหมายไทยมีความแตกต่างกันอย่างมากกับในระบบกฎหมายที่เป็นประชาธิปไตย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

6.1.1.1 ตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอนได้

ในประเทศประชาธิปไตยทุกประเทศที่มีระบบการถอดถอนผู้พิพากษา ผู้พิพากษาทุกคนไม่ว่าจะอยู่ในระบบศาลใด ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมล้วนแล้วตกอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบทางการเมืองโดยการถอดถอนทั้งสิ้น แต่ในระบบกฎหมายไทย ในรัฐธรรมนูญกำหนดให้เพียงผู้พิพากษาในบางตำแหน่งเท่านั้นที่จะมีความรับผิดชอบทางการเมือง/รัฐธรรมนูญ สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีเพียงตำแหน่งประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลรัฐธรรมนูญ¹ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ² เท่านั้นที่สามารถถูกถอดถอนได้ แม้ในรัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้ว่าให้รวมถึงผู้พิพากษาและตุลาการด้วยแต่จะต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตจะกำหนด แต่จนปัจจุบันกฎหมายฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกตราขึ้นแต่อย่างใด มีเพียงกฎหมายฉบับเก่าซึ่งไม่ได้กำหนดผู้พิพากษาหรือตุลาการในตำแหน่งอื่นใดอีก จึงทำให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่สามารถถูกถอดถอนได้จึงมีเพียง 4 ตำแหน่งที่ได้กล่าวข้างต้นเท่านั้น

6.1.1.2 การยื่นถอดถอน

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดเหตุที่ผู้พิพากษาอาจถูกยื่นถอดถอนได้³ ได้แก่ มีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

โดยการยื่นคำร้อง ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาถอดถอนมี 3 องค์กร ได้แก่

1. สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร(มาตรา 271 วรรคหนึ่ง)
2. สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่(มาตรา 271 วรรคสอง)
3. ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 20,000 คน(มาตรา 271 วรรคสาม)

¹ มาตรา 270 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

² มาตรา 270 วรรคสอง(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

³ มาตรา 270 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

6.1.1.3 กระบวนการถอดถอน

กระบวนการถอดถอนของไทยได้แบ่งแยกกระบวนการออกเป็น 2 ขั้นตอน เช่นเดียวกับของต่างประเทศที่มีระบบการแบ่งแยกกระบวนการฟ้องร้องกับกระบวนการพิจารณาออกจากกัน แต่จะแตกต่างกันในองค์กรที่มีอำนาจพิจารณา โดยกระบวนการจะเริ่มที่ขั้นตอนแรก การไต่สวนโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ(ป.ป.ช.) โดย ป.ป.ช. จะทำหน้าที่ไต่สวนรวบรวมพยานหลักฐาน หลังจากนั้นก็จัดทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภา โดยในรายงานต้องระบุข้อกล่าวหาตามคำร้องขอว่า ข้อใดมีมูลหรือไม่มีมูลหรือไม่ เพียงใด มีพยานหลักฐานที่ควรเชื่อได้อย่างไร พร้อมทั้งระบุข้อยุติว่าจะให้ดำเนินการอย่างไร

ป.ป.ช. มีอำนาจที่จะวินิจฉัยได้ 2 ทาง⁴ ทางแรก หากเห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูล ป.ป.ช. มีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ข้อกล่าวหาที่นั้นตกไปโดยไม่ต้องส่งให้วุฒิสภาพิจารณา ส่วนทางที่สอง หากป.ป.ช. วินิจฉัยว่าข้อกล่าวหาใดมีมูล ก็จะส่งให้ประธานวุฒิสภาดำเนินการต่อไป โดยมีมติดังกล่าวของ ป.ป.ช. จะต้องใช้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ คำวินิจฉัยว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูลของ ป.ป.ช. นั้นมีผลให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่ถูกกล่าวหาจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปมิได้จนกว่าวุฒิสภาจะมีมติ และจะส่งรายงานดังกล่าวไปให้อัยการสูงสุดดำเนินคดีต่อไปอีกด้วย

ขั้นตอนที่สอง เมื่อวุฒิสภารับรายงานจาก ป.ป.ช. ก็จะดำเนินการประชุมโดยเร็ว เพื่อลงมติว่าจะถอดถอนออกจากผู้ถูกกล่าวหาออกจากตำแหน่งหรือไม่ โดยจะต้องเป็นการลงคะแนนลับ มติที่ให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งจะต้องใช้คะแนนเสียงข้างมากพิเศษคือสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ในกรณีที่วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาออกจากตำแหน่ง มตินั้นจะมีผลให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งในวันที่วุฒิสภามีมติ และมติดังกล่าวเป็นที่สุด ไม่สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาไปยังองค์กรใดได้ ยิ่งไปกว่านั้น ในระบบการถอดถอนของไทยได้กำหนดให้มติดถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งมีผลทางกฎหมายมากกว่าการให้บุคคลพ้นจากตำแหน่งโดยมีผลเป็นการตัดสิทธิผู้นั้นในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือในการรับราชการเป็นเวลาห้าปีอีกด้วย ส่วนหากกรณีที่วุฒิสภาไม่มีมติให้ถอดถอน ผู้ใดจะนำเหตุดังกล่าวมาร้องขอให้ถอดถอนบุคคลที่ถูกกล่าวหาได้อีกไม่ได้⁵ จนถึงปัจจุบันยังไม่มีผู้พิพากษาคนใดเคยถูกถอดถอนตามบทบัญญัติดังกล่าว

⁴ มาตรา 272 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁵ มาตรา 274 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

6.1.2 ความรับผิดทางแพ่งและอาญา

ความรับผิดทางแพ่งและอาญาของผู้พิพากษาคือการให้ผู้พิพากษาจะต้องได้รับผลร้ายทางกฎหมายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติผู้พิพากษาของตน ความรับผิดดังกล่าวนี้ในด้านหนึ่งเป็นเครื่องมือที่ทรงประสิทธิภาพในการควบคุมผู้พิพากษาให้ประพฤติปฏิบัติหน้าที่ตามบรรทัดฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในขณะเดียวกันก็มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาทำให้ผู้พิพากษาไม่กล้าที่จะใช้ดุลพินิจของตนเพราะเกรงว่าจะได้รับผลร้ายตามกฎหมาย การกำหนดความรับผิดทางกฎหมายจึงต้องทำการดุลยภาพระหว่างคุณค่าทั้งสองประการไว้ ในระบบกฎหมายไทยนั้น ผู้พิพากษาจะต้องรับผิดทางแพ่งหรืออาญาอันเนื่องมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยตรงหรือไม่ เพียงใดนั้น นับแต่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2476 ที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี⁶ ได้ถูกยกเลิกไปในปี พ.ศ. 2478 ในระบบกฎหมายก็ไม่มีบทบัญญัติโดยกเว้นหรือให้ความคุ้มกันแก่ผู้พิพากษาไว้อย่างชัดเจนจึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าผู้พิพากษาจะต้องรับผิดหรือไม่ ในทางวิชาการมีความเห็นไปใน 2 แนวทางแนวทางแรกเห็นว่าผู้พิพากษาอาจมีความรับผิดได้ เช่น ความรับผิดทางแพ่งได้ในมูลละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420⁷ ส่วนแนวทางที่สอง เห็นว่าผู้พิพากษาย่อมได้รับความคุ้มครองจากหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ไม่ต้องรับผิดไม่ว่าทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย โดยบุคคลจะฟ้องผู้พิพากษาเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ไม่ว่ากรณีใดๆ เว้นแต่กรณีผู้พิพากษกระทำความผิดต่อประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น⁸ โดยศาลไทยยึดตามแนวทางแรกซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว เนื่องจากการจะยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย จะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในลำดับชั้น

⁶ มาตรา 6 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 “ในการที่ข้าราชการตุลาการกระทำหรือกล่าวถ้อยคำใดๆ ตามหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษารรคดี ผู้ใดจะฟ้องเป็นคดีหาได้ไม่”

⁷ ไพจิตร ปุญญพันธ์, “คำสั่งจำหน่ายคดีและการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองกลางเป็นการกระทำละเมิดได้อย่างไร,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 3, ปีที่ 32, น.553 – 554 (กันยายน 2545) และดู สุณิสสา อิทธิชัยโย, “ความรับผิดของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.107 – 108.

⁸ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ. 2511) เรียงมาตราและคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, (พระนคร: กรุงสยามการพิมพ์, 2511), อ้างถึงใน วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, “ความรับผิดทางแพ่งของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.98-99.

เดียวกันมายกเว้น หากตีความหลักความเป็นอิสระจะเป็นการขยายความหลักการดังกล่าวมากจนเกินไป และไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายจากการกระทำของผู้พิพากษาศาลการด้วย ในหัวข้อนี้จะศึกษาเฉพาะความรับผิดทางแพ่งและอาญาของผู้พิพากษาที่กำหนดไว้ในระบบกฎหมายไทย โดยแยกพิจารณาเป็น (6.1.2.1) ความรับผิดทางแพ่ง และ (6.1.2.2) ความรับผิดทางอาญา

6.1.2.1 ความรับผิดทางแพ่ง

(1) บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของผู้พิพากษา

สำหรับความรับผิดทางแพ่งของผู้พิพากษานั้น ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้โดยตรง ดังนั้น จึงต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งทั่วไปมาใช้ อันได้แก่ความรับผิดฐานละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” หากนำมาปรับใช้ความรับผิดของผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการแล้วจะพบว่าผู้พิพากษาศาลการจะมีความรับผิดทางแพ่งได้ก็ต่อเมื่อได้ครบองค์ประกอบความรับผิด 4 ประการ อันได้แก่ ประการแรก ผู้พิพากษาศาลการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือใช้อำนาจตุลาการโดยมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากผู้พิพากษายังคงปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจตามกฎหมายก็จะต้องไม่ต้องรับผิดใดๆ แม้การกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นก็ตาม ประการที่สอง การปฏิบัติหน้าที่ที่มิชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่จะทำให้อีกบุคคลหนึ่งได้รับความเสียหาย⁹ ประการที่สาม การกระทำของผู้พิพากษาศาลการเป็นผลทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง และประการสุดท้าย ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา

(2) การฟ้องร้องดำเนินคดีทางแพ่งแก่ผู้พิพากษา

แม้ประเทศไทยจะมีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ก็ตาม แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมถึงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาด้วย ดังนั้น หากผู้พิพากษาศาลการกระทำละเมิดให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้เสียหายอาจฟ้องร้องสำนักงานศาลในฐานะหน่วยงานต้นสังกัดของผู้พิพากษาให้ร่วมรับผิดกับผู้พิพากษาในฐานะนายจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 โดยหากศาลมีคำพิพากษาให้สำนักงานศาลชดเชยค่า

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 34/2508 อ้างถึงใน วีระพงษ์ สุวรรณหล่อ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.99.

สินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย สำนักงานศาลก็ย่อมมีสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาค่าเสียหายดังกล่าวนั้นต่อผู้พิพากษาที่กระทำละเมิดได้ตามมาตรา 432 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งสำหรับผู้พิพากษาคือ ศาลยุติธรรม กล่าวคือ แม้ผู้พิพากษาจะมีสถานะเป็นข้าราชการของรัฐก็ตาม แต่ก็มีได้เป็นเจ้าหน้าที่รัฐตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น การฟ้องร้องเพื่อให้ผู้พิพากษาและสำนักงานศาลชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งจึงต้องฟ้องไปยังศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปอันได้แก่ศาลยุติธรรมนั่นเอง

6.1.2.2 ความรับผิดชอบอาญา

สำหรับความผิดอาญาของผู้พิพากษา ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดฐานความผิดสำหรับผู้พิพากษาไว้โดยเฉพาะ แต่เป็นกรณีความผิดฐานเกี่ยวกับการเรียกรับสินบน ในมาตรา 201 ความผิดฐานตุลาการเรียกรับสินบน¹⁰ และ มาตรา 202 ฐานกระทำการตามที่ได้เรียกรับสินบน¹¹ แต่ไม่มีความผิดสำหรับการใช้การตีความในการพิจารณาพิพากษาโดยบิดเบือนไว้โดยตรง ดังเช่นความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายในเยอรมนีซึ่งเป็นความผิดอันเกิดจากการบิดเบือนการใช้กฎหมายโดยตรง ไม่ใช่การบิดเบือนที่เกิดจากแรงจูงใจในทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใด

เมื่อไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดในกรณีบิดเบือนกฎหมายหรืออำนาจหน้าที่ ระบบกฎหมายไทยจึงได้นำ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นความผิดทั่วไปสำหรับ

¹⁰ มาตรา 201 ประมวลกฎหมายอาญา “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นไว้โดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹¹ มาตรา 202 ประมวลกฎหมายอาญา “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

เจ้าหน้าที่รัฐฐานปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ¹² มาใช้บังคับแทน ดังนั้น หากผู้พิพากษาศาลาการจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงต้องเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาศาลาการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

6.1.3 ความรับผิดชอบวินัย

ฝ่ายตุลาการมีการกำหนดความผิดทางวินัยสำหรับผู้พิพากษาศาลยุติธรรม และตุลาการศาลปกครองแยกต่างหากจากกันตามกฎหมายทั้งในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นภายในฝ่ายตุลาการ แต่ไม่ปรากฏการกำหนดความรับผิดชอบวินัยของตุลาการศาลทหารที่แยกต่างหากจากวินัยทหารทั่วไป กฎเกณฑ์ที่กำหนดความรับผิดชอบวินัยแม้แต่ละศาลจะแยกจากกันแต่มีเนื้อหาสาระที่ใกล้เคียงกันโดยแยกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก ความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา มาตรฐานความประพฤตินี้จะมุ่งเน้นไปที่หน้าที่ของผู้พิพากษา 4 ประการ ได้แก่ ประการแรก การรักษาหน้าที่ ปฏิบัติตามกฎหมาย ซื่อสัตย์และซื่อตรง ประการที่สอง การรักษาความลับในคดี ประการที่สาม การรักษาความเป็นกลางของผู้พิพากษาในคดี โดยเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องถอนตัวออกจากคดีที่ตัวเองอาจมีข้อสงสัยในความเป็นกลาง และ ประการที่สี่ การรักษาสิทธิของคู่ความในคดี ส่วนประเภทที่สอง ความผิดนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา ความผิดนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการมุ่งควบคุมพฤติกรรมส่วนตัวของผู้พิพากษา อันประกอบไปด้วยการห้ามหรือให้ละเว้นจากกิจกรรมบางประเภทนอกเวลางาน และการห้ามเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการเมือง ซึ่งในแง่บรรทัดฐานความประพฤติไม่ได้มีความแตกต่างไปจากหลักการสากลมากเท่าใดนัก การศึกษาในหัวข้อนี้จึงจะศึกษาไปที่ระบบการพิจารณาความผิดทางวินัยที่มีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับระบบการพิจารณาความผิดทางวินัยของผู้พิพากษาในต่างประเทศ โดยระบบการพิจารณาโทษทางวินัยของผู้พิพากษาที่มีการกำหนดไว้มีเพียง 2 ระบบศาล อันได้แก่ ระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง ส่วนศาลรัฐธรรมนูญ แม้จะมีการจรรยาบรรณตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีระบบการพิจารณาลงโทษหากตุลาการฝ่าฝืนแต่อย่างใด ระบบการพิจารณาลงโทษทางวินัยของทั้ง 2 ระบบศาลแม้จะแยกต่างหากจากกัน แต่ทั้งสองต่างใช้ระบบปิดในการพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน

¹² มาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

6.1.3.1 ระบบการพิจารณาโทษทางวินัยในศาลยุติธรรม

กระบวนการการพิจารณาโทษทางวินัยอาจแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอนตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และ ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวน พ.ศ. 2544 ได้แก่ (1) การสอบสวนข้อเท็จจริงเบื้องต้น (2) การสอบสวนความผิด และ (3) การพิจารณาลงโทษ

(1) การสอบสวนข้อเท็จจริงเบื้องต้น

เมื่อผู้พิพากษาในศาลใดถูกกล่าวหาหรือมีกรณีสงสัยว่ากระทำผิดวินัย ผู้พิพากษาที่รับผิดชอบราชการศาลนั้นจะต้องรีบดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงเบื้องต้น โดยจะใช้วิธีการให้ผู้ที่เกี่ยวข้องชี้แจงเรื่องราวเป็นหนังสือหรือโดยบันทึกเรื่องราวและความเห็น หรือตั้งคณะบุคคลขึ้นมาสอบสวนข้อเท็จจริงก็ได้¹³ หากผู้รับผิดชอบราชการศาลไม่ดำเนินการอาจจะเป็นกระทำผิดวินัยเสียเอง¹⁴

หากการสอบสวนข้อเท็จจริงในขั้นต้นปรากฏว่ามีมูลว่าผู้พิพากษาก่อทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงที่มีโทษถึงไล่ออก ปลดออกหรือให้ออก อันได้แก่ ทุจริตต่อหน้าที่ราชการ กระทำความผิดอาญาและต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกเว้นแต่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ไม่ถือและปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการและการไม่ถือและปฏิบัติเป็นเหตุเสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง หรือประพฤติด้อยอย่างร้ายแรง¹⁵ ประธานศาลฎีกาจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนอันประกอบไปด้วยกรรมการซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการและเป็นผู้ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องในเรื่องนั้นอย่างน้อย 3 คนเพื่อทำการสอบสวน แต่หากเป็นกรณีข้าราชการตุลาการถูกฟ้องคดีอาญา ก.ต. จะใช้คำพิพากษานั้นถึงที่สุดของศาลเพื่อประกอบการพิจารณาโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนก็ได้¹⁶

หรือกรณีเป็นความผิดที่ปรากฏชัดแจ้งตามที่ ก.ต. กำหนดและประกาศไว้ในราชกิจจานุเบกษา หรือมีกระทำความผิดอาญาจนต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือให้ลงโทษหนักกว่าจำคุกเว้นแต่ความผิดที่กระทำโดยประมาทหรือลหุโทษ หรือละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อในคราวเดียวกัน

¹³ มาตรา 68 วรรคสอง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

¹⁴ มาตรา 67 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

¹⁵ มาตรา 77 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

¹⁶ มาตรา 69 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

เป็นเวลาเกินสิบห้าวันและผู้บังคับบัญชาดำเนินการสืบสวนแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ กระทำผิดวินัยและได้รับสารภาพเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชา หรือให้ถ้อยคำรับสารภาพต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวนตามกฎหมาย และได้มีการบันทึกถ้อยคำรับสารภาพเป็นหนังสือ¹⁷ หรือผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้ให้ถ้อยคำรับสารภาพเป็นหนังสือต่อประธานศาลฎีกาหรือคณะกรรมการสอบสวน ประธานศาลฎีกาจะลงโทษโดยไม่ต้องสอบสวนก็ได้ แต่ต้องให้ผู้นั้นชี้แจงและให้อนุ ก.ต. ประจำชั้นศาลได้ให้ความเห็นและได้รับความเห็นชอบจาก ก.ต.¹⁸

แต่หากเป็นการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่จะต้องไล่ออก ปลดออกหรือให้ออก ประธานศาลฎีกาจะสั่งลงโทษดลื่อนตำแหน่ง หรือดลื่อนเงินเดือนเป็นเวลาไม่เกินสามปี หรือถ้ามีเหตุสมควรปรานีจะสั่งลงโทษเพียงภาคทัณฑ์และจะให้ทำทัณฑ์บนไว้ด้วยก็ได้ แต่จะต้องให้คณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลพิจารณากลั่นกรองเสนอความเห็นและได้รับความเห็นชอบจาก ก.ต. ก่อน¹⁹

(2) การสอบสวนความผิด

เมื่อคณะกรรมการได้รับคำสั่งแต่งตั้งแล้วก็ต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนตามหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนให้เป็นไปตามที่ระเบียบ ก.ต. กำหนด และต้องสอบสวนให้เสร็จใน 30 วัน หากไม่เสร็จสามารถขอขยายระยะเวลาต่อประธานศาลฎีกาได้ 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 15 วัน และหากยังสอบสวนไม่เสร็จอาจบันทึกเหตุที่ทำให้การสอบสวนไม่แล้วเสร็จต่อประธานศาลฎีกาเพื่อขออนุมัติขยายระยะเวลาตามความจำเป็นครั้งละไม่เกิน 30 วัน แต่ระยะเวลาทั้งหมดจะต้องไม่เกิน 180 วัน²⁰

แม้ตามระเบียบ ก.ต. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวน พ.ศ. 2544 มีการประกันสิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกสอบสวนไว้หลายประการ ได้แก่ สิทธิที่จะคัดค้านกรรมการสอบสวน²¹

¹⁷ ข้อ 3 ประกาศคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง กรณียความผิดที่ปรากฏชัดแจ้ง พ.ศ.2544

¹⁸ มาตรา 72 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

¹⁹ มาตรา 80 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

²⁰ ข้อ 13 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวน พ.ศ. 2544

²¹ ข้อ 7 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวน พ.ศ. 2544

สิทธิที่จะได้รับแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาแต่ไม่รวมถึงการระบุชื่อพยาน²² สิทธิที่จะชี้แจงข้อกล่าวหาและนำพยานหลักฐานมาสืบแก้ข้อกล่าวหาภายในระยะเวลาอันสมควร แต่ก็มีสิทธิอีกหลายประการที่ไม่ได้รับประกันด้วย เช่น สิทธิที่จะมีทนายความ โดยตามข้อ 17 ห้ามบุคคลอื่นอยู่ในที่สอบสวนเว้นแต่บุคคลซึ่งคณะกรรมการสอบสวนอนุญาตให้อยู่ในที่สอบสวน หรือสิทธิในการอุทธรณ์

เมื่อคณะกรรมการสอบสวนเสร็จแล้วต้องจัดทำรายงานความเห็น สรุปข้อเท็จจริงพยานหลักฐาน และเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยพร้อมความเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดตามข้อกล่าวหาหรือไม่ และควรได้รับโทษสถานใดเสนอต่อประธานศาลฎีกา และส่งให้คณะอนุกรรมการตุลาการประจำชั้นศาลทำความเห็นภายใน 15 วัน

(3) การพิจารณากำหนดโทษ

แม้ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมจะกำหนดให้ประธานศาลฎีกาเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษทางวินัยก็ตาม แต่ตามระเบียบ ก.ต. ข้อ 25 กำหนดให้ประธานศาลฎีกาจะต้องออกคำสั่งให้เป็นไปตามมติของคณะกรรมการตุลาการ ดังนั้นแสดงว่าอำนาจในการพิจารณากำหนดโทษเป็นของคณะกรรมการตุลาการที่พิจารณาลงโทษตามความเหมาะสมภายใต้กฎหมายที่กำหนด

เมื่อ ก.ต. ได้รับรายงานความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนและคณะอนุกรรมการตุลาการประจำชั้นศาลแล้ว หากเห็นสมควรสอบสวนเพิ่มเติมก็สามารถสั่งให้คณะกรรมการสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมได้ แต่หากเห็นว่ารายงานครบถ้วนสมบูรณ์แล้วก็จะพิจารณากำหนดโทษ

ในการพิจารณาลงมตินั้น คณะกรรมการตุลาการมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางไม่ต้องผูกพันกับความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนและความเห็นของคณะอนุกรรมการตุลาการประจำชั้นศาลก็ได้ ซึ่งหากเห็นว่าผู้พิพากษากระทำความผิดวินัยร้ายแรงก็อาจมีมติให้ประธานศาลฎีกาสั่งลงโทษไล่ออกได้ หรือหากเห็นว่าผู้พิพากษากระทำความผิดวินัยร้ายแรงจริงแต่ยังไม่ถึงขั้นจะต้องถูกไล่ออกหรือมีเหตุอันควรลดหย่อนโทษ อาจสั่งให้ปลดออก หรือหากยังไม่ถึงขั้นให้ปลดออก หรือมีเหตุอันควรลดหย่อนโทษก็อาจมีมติให้ออกจากราชการโดยผู้พิพากษามีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญ หรือหาก

²² ข้อ 14 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวน พ.ศ. 2544

เห็นว่าเป็นการกระทำความผิดวินัยไม่ร้ายแรงก็อาจสั่งลงโทษงดเลื่อนตำแหน่ง หรืองดเลื่อนเงินเดือนเป็นเวลาไม่เกินสามปี หรือถ้ามีเหตุสมควรปรานีจะสั่งลงโทษเพียงภาคทัณฑ์และจะให้ทำทัณฑ์บนไว้ด้วยก็ได้²³

ผู้ถูกลงโทษทางวินัยมีสิทธิขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ แต่จะต้องปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่าผู้ถูกลงโทษทางวินัยไม่ได้กระทำความผิด โดยจะต้องยื่นคำร้องต่อคณะอนุกรรมการตุลาการประจำชั้นศาลภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งดังกล่าว โดยคณะอนุ ก.ต. จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคำร้อง หากเห็นว่าเป็นคำร้องไม่มีเหตุผลจะสั่งยุติเรื่อง แต่ผู้ร้องยังมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อ ก.ต. และหาก ก.ต. เห็นว่าคำร้องมีเหตุผล ก.ต. ก็จะดำเนินการพิจารณาเรื่องใหม่ได้ คำวินิจฉัยของ ก.ต. เป็นที่สุด²⁴

6.1.3.2 กระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยตุลาการในศาลปกครอง

สำหรับการพิจารณาโทษทางวินัยของตุลาการในศาลปกครอง ตามมาตรา 22 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองจะต้องประพฤติปฏิบัติตัวตามวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครอง โดย ก.ศป. ได้ออกประกาศ ก.ศป. เรื่องวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครองที่กำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของตุลาการศาลปกครองไว้ โดยข้อ 5 วรรคสองแห่งประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามวินัยที่กำหนดไว้ในหมวดนี้ให้ถือว่าเป็นการประพฤติปฏิบัติตนไม่สมควร โดยการประพฤติไม่สมควรดังกล่าวเป็นเหตุที่ ก.ศป. อาจมีมติให้ออกจากราชการโดยยังมีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญ²⁵ และหากเป็นการกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ก.ศป. อาจมีมติไล่ออกจากราชการก็ได้²⁶ แต่การจะให้ตุลาการศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งทั้งสองกรณีดังกล่าว ก.ศป. จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน โดยกระบวนการดังกล่าวอาจแยกได้เป็น 3 ขั้นตอน ได้แก่ (1) การสอบสวนข้อเท็จจริงเบื้องต้น (2) การสอบสวนความผิด และ (3) การพิจารณาลงโทษ

²³ มาตรา 77-80 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

²⁴ มาตรา 83 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

²⁵ มาตรา 22 วรรคสอง(1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁶ มาตรา 23(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(1) การสอบสวนข้อเท็จจริงเบื้องต้น²⁷

เมื่อมีการกล่าวหาหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าตุลาการศาลปกครองประพฤติตนไม่สมควรที่ ก.ศป. อาจให้ออกราชการหรือกระทำความผิดวินัยร้ายแรงที่ ก.ศป. อาจให้ออกราชการได้²⁸ จะต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงในเบื้องต้นโดยไม่ชักช้า โดยแยกเป็น 3 กรณี

กรณีแรก ถ้าผู้ถูกกล่าวหาเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ผู้มีอำนาจสอบสวนข้อเท็จจริง คืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นของศาลที่ตุลาการนั้นถูกกล่าวหา

กรณีที่สอง ถ้าผู้ถูกกล่าวหาเป็นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น หรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ผู้มีอำนาจสอบสวนคือประธานศาลปกครองสูงสุด และ

กรณีที่สาม ถ้าผู้ถูกกล่าวหาคือประธานศาลปกครองสูงสุด ผู้มีอำนาจสอบสวนคือ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนหนึ่ง ก.ศป. แต่งตั้ง

เมื่อได้มีการสอบสวนข้อเท็จจริงเบื้องต้นแล้วผู้สอบสวนเห็นว่าไม่มีมูล ผู้มีอำนาจจะต้องยุติเรื่อง แต่หากเห็นว่ามีมูลจะต้องเสนอให้ ก.ศป. พิจารณา²⁹

(2) การสอบสวนความผิด

เมื่อได้รับเรื่องมาแล้ว ก.ศป. มีอำนาจแยกออกเป็น 2 กรณี³⁰ กรณีแรก หาก ก.ศป. เห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูล แต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะลงโทษให้ตุลาการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง ก.ศป. จะต้องยุติ

²⁷ ขั้นตอนนี้ไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง มาตรา 24 แต่เป็นขั้นตอนที่ถูกเพิ่มเติมโดย ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

²⁸ ข้อ 4 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544 กระบวนการสอบสวนนี้ ยังใช้กับกรณีที่ตุลาการศาลปกครองถูกกล่าวหาเจ็บป่วยจนไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ราชการได้อย่างสม่าเสมอ แต่ไม่ถึงเหตุพหุผลภาพหรือขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ในการได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครอง หรือเป็นโรคหรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นตุลาการศาลปกครอง ดู ข้อ 3 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

²⁹ ข้อ 4 วรรคสอง ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

³⁰ ข้อ 5 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

เรื่อง โดยมติในเรื่องดังกล่าวจะต้องถูกนำไปพิจารณาในการเลื่อนตำแหน่งตุลาการผู้ขึ้น และ ก.ศป. อาจมีมติคัดค้านหรือให้ตุลาการผู้ขึ้นทำทัณฑ์บนไว้ก็ได้

กรณีที่สอง หาก ก.ศป. เห็นว่ามีมูลถึงขั้นให้ตุลาการผู้ขึ้นพ้นจากตำแหน่ง ก.ศป. จะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนโดยมีกรรมการจำนวน 5 คนแต่จะมีองค์ประกอบแตกต่างกันไปตามตำแหน่งของตุลาการที่จะถูกสอบสวน โดยแยกเป็น 4 ประเภท

หากเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นถูกกล่าวหา คณะกรรมการสอบสวนจะต้องประกอบไปด้วย ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธาน กรรมการ ส่วนกรรมการอื่นประกอบไปด้วย ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น 3 คนและกรรมการข้าราชการพลเรือนซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน 1 คน

หากเป็นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นถูกกล่าวหา จะต้องแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น 3 คนและกรรมการข้าราชการพลเรือน 1 คน

หากเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จะต้องแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการที่ถูกกล่าวหาเป็นประธาน ส่วนกรรมการอื่นประกอบไปด้วย ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด 3 คนและกรรมการข้าราชการพลเรือน 1 คน

หากเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด จะต้องแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดเป็นประธาน ส่วนกรรมการอื่นประกอบไปด้วย ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด 3 คนและกรรมการข้าราชการพลเรือน 1 คน

คณะกรรมการสอบสวนจะทำหน้าที่สอบสวนข้อกล่าวหา โดยมีอำนาจเรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลใดให้ข้อเท็จจริง ให้ถ้อยคำ หรือให้ส่งเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องเรื่องที่สอบสวนได้ และจะต้องเรียกตุลาการผู้ถูกกล่าวหามาแก้ข้อกล่าวหาด้วย คณะกรรมการจะต้องสอบสวนให้เสร็จภายใน 30 วัน แต่อาจขยายระยะเวลาได้ด้วยเหตุจำเป็นครั้งละไม่เกิน 15 วันไม่เกิน 2 ครั้งโดยแจ้งให้ ก.ศป. รับทราบ แต่หากการสอบสวนยังไม่เสร็จการขยายระยะเวลาจะต้องได้รับอนุญาตจาก ก.ศป.³¹

ตามกระบวนการในระเบียบ ก.ศป. ดังกล่าวได้รับรองสิทธิแก่ตุลาการศาลปกครองที่ถูกกล่าวหาหลายประการ อันได้แก่ สิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อกล่าวหาและอธิบายข้อกล่าวหาให้

³¹ ข้อ 11 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

รับทราบแต่ไม่รวมถึงข้อพยาน³² สิทธิในการคัดค้านกรรมการสอบสวน³³ สิทธิในการได้รับการพิจารณาโดยเร็ว³⁴ และสิทธิที่จะชี้แจงและนำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อแก้ข้อกล่าวหา³⁵

เมื่อทำการสอบสวนแล้วเสร็จคณะกรรมการสอบสวนจะต้องจัดทำรายงานการสอบสวนและลงความเห็นว่าการกระทำผิดจริงหรือไม่ และควรลงโทษว่าจะให้ออกหรือไล่ออกหรือไม่ อย่างไร เสนอต่อ ก.ศป. เพื่อดำเนินการในขั้นต่อไป³⁶

(3) การพิจารณาลงโทษ

เมื่อ ก.ศป. ได้รับรายงานมาแล้ว ก.ศป. จะต้องพิจารณาโดยแยกออกเป็น 3 กรณี³⁷ กรณีแรก หาก ก.ศป. เห็นว่าข้อกล่าวหาไม่ใช่เรื่องว่าการประพฤติปฏิบัติไม่สมควรหรือการทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ก.ศป. จะต้องยุติเรื่อง

กรณีที่สอง หาก ก.ศป. เห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มูล แต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะลงโทษให้ตุลาการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง ก.ศป. จะต้องยุติเรื่อง โดยมติในเรื่องดังกล่าวจะต้องถูกนำไปพิจารณาในการเลื่อนตำแหน่งตุลาการผู้นั้น และ ก.ศป. อาจมีมติตักเตือนหรือให้ตุลาการผู้นั้นทำทัณฑ์บนไว้ก็ได้ และ

กรณีที่สาม หากเห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มูลถึงขั้นให้ตุลาการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง ก.ศป. จะต้องมีมติให้ตุลาการผู้นั้นออกจากตำแหน่งหรือไล่ออกจากราชการ แล้วแต่กรณี

³² ข้อ 13 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

³³ ข้อ 9-10 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

³⁴ ข้อ 11 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

³⁵ ข้อ 22 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

³⁶ ข้อ 23 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

³⁷ ข้อ 24 ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

คำวินิจฉัยของ ก.ศป. เป็นที่สุด³⁸ ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นมติดังกล่าวนี้จึงเป็นมติที่ไม่ต้องอุทธรณ์ แต่ตุลาการที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากมติดังกล่าวสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้³⁹

6.2 ความรับผิดของผู้พิพากษาในต่างประเทศ

ความรับผิดของผู้พิพากษาในต่างประเทศอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภทเช่นกัน ได้แก่ (6.2.1) ความรับผิดทางรัฐธรรมนูญ (6.2.2) ความรับผิดทางกฎหมาย และ (6.2.3) ความรับผิดทางวินัย

6.2.1 ความรับผิดทางรัฐธรรมนูญ

ความรับผิดทางรัฐธรรมนูญหรือการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งโดยรัฐสภาในต่างประเทศมีต้นกำเนิดในอังกฤษและรับไปใช้ในสหรัฐอเมริกา จนในปัจจุบันมีหลายประเทศที่นำระบบดังกล่าวไปใช้และใช้กับผู้พิพากษาศาลในประเทศตนเองด้วย โดยในหัวข้อนี้จะศึกษา 3 ประเทศ ได้แก่ (6.2.1.1) การถอดถอนผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา (6.2.1.2) การถอดถอนผู้พิพากษาในญี่ปุ่น และ (6.2.1.3) การถอดถอนผู้พิพากษาในเยอรมนี

6.2.1.1 การถอดถอนผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา

การฟ้องให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) เป็นกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่มีต้นกำเนิดจากอังกฤษ ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้นำมาใช้โดยดัดแปลงให้เหมาะสมกับ

³⁸ ข้อ 24 วรรคสอง ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

³⁹ เทียบเคียง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.52/2546 ซึ่งฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศ ก.ศป. เรื่องการกำหนดตำแหน่งอื่นในหน่วยงานของรัฐที่เทียบเท่าอธิบดีและที่เทียบเท่าข้าราชการพลเรือน ระดับ 10) ซึ่งวินิจฉัยว่า ก.ศป. เป็นเจ้าหน้าที่รัฐตามมาตรา 3 และประกาศของ ก.ศป. เป็นกฎหมายที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

ระบบของสหรัฐ เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ของรัฐ โดยรวมถึงผู้พิพากษาด้วย⁴⁰ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) เหตุที่อาจถูกยื่นถอดถอน

มาตรา 2 ส่วนที่ 4 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา กำหนดเหตุที่ผู้พิพากษาอาจถูกยื่นฟ้องขอให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ไว้ 3 ประการ *ประการแรก ความผิดฐานทรยศต่อชาติ (Treason)* เป็นความผิดอาญาฐานเดียวที่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 3 ข้อ 3 ให้ความหมายไว้ว่า “หมายถึงแต่เพียงการใช้กำลังทหารต่อสหรัฐ หรือการให้การสนับสนุนแก่ศัตรู ให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวก” ซึ่งไม่ได้หมายถึงเฉพาะการจับอาวุธต่อสู้กับรัฐบาลสหรัฐเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึง การให้ความช่วยเหลือแก่ศัตรู ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์แก่ศัตรูของสหรัฐก็ได้⁴¹ ซึ่งในประวัติศาสตร์มีผู้พิพากษาเพียงคนเดียวที่เคยถูกถอดถอนด้วยเหตุดังกล่าวคือผู้พิพากษา West H. Humphreys ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเขตในเทนเนสซี ถูกลดถอนเพราะมีส่วนสนับสนุนการแยกตัวของรัฐเทนเนสซีจากสหพันธรัฐฝ่ายเหนือ (The Union) ในช่วงสงครามกลางเมืองสหรัฐ ในปี ค.ศ. 1862⁴² *ประการที่สอง ความผิดฐานรับสินบน (Bribery)* และ *ประการที่สาม ความผิดอาญาและการประพฤติมิชอบอย่างร้ายแรง (High Crime and Misdemeanors)* เหตุที่จะถูกขอถอดถอนประการนี้ถูกเสนอเพิ่มเข้ามาจากที่เดิมที่มีเพียง 2 เหตุเท่านั้น ซึ่งคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งว่าแคบเกินไป จึงเติมเหตุนี้

⁴⁰ มาตรา 2 ส่วนที่ 4 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา “ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี และเจ้าหน้าที่พลเรือนของสหรัฐอาจถูกปลดออกจากตำแหน่งในกระบวนการถอดถอนได้หากมีความผิดฐานทรยศต่อชาติ รับสินบน และการกระทำความผิดอาญาหรือความผิดอื่นๆ “ซึ่งแม้จะไม่ได้ระบุตำแหน่งไว้โดยตรงว่าตุลาการหรือผู้พิพากษาที่สามารถถูกถอดถอนได้ แต่โดยการตีความคำว่า “เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายพลเรือน” หมายถึง เจ้าหน้าที่รัฐที่มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีหรือฝ่ายบริหาร ตุลาการและผู้พิพากษาระดับสหรัฐที่มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีด้วยความแนะนำและยินยอมของวุฒิสภา จึงทำให้ตุลาการและผู้พิพากษาก็สามารถถูกถอดถอนภายใต้กระบวนการนี้ได้ ดังนั้น สมาชิกวุฒิสภาจะไม่สามารถถูกถอดถอนได้ตามมาตรานี้

⁴¹ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552), น.111.

⁴² ณวัฒน์ ศรีปัดดา, “ความเป็นไปได้ในการนำหลักการในระบบอิมพีชเมนต์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้กับการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.49.

ขึ้นมา ซึ่งมีความหมายอย่างกว้าง การใช้อำนาจปกครองโดยไม่ชอบ(Mal-administrative) การพยายามล้มล้างรัฐธรรมนูญ และความผิดร้ายแรงอื่นๆที่อาจจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งเหตุนี้เปิดให้วุฒิสภามีอิสระในการพิจารณาว่าเหตุที่เกิดขึ้นนั้นมีความร้ายแรงเพียงพอที่จะถูกถอดถอนหรือไม่ หากพิจารณาจากบรรทัดฐานวุฒิสภาได้เคยวินิจฉัยความผิดตามเหตุประการที่สามอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท⁴³ ได้แก่ การใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งเกินขอบเขตเพื่อให้หน่วยงานอื่นของรัฐเสื่อมเสีย หรือมีพฤติกรรมไม่เหมาะสมหรือขัดหน้าที่อย่างร้ายแรงและไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของตำแหน่งนั้น หรือการใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้องหรือเพื่อประโยชน์ส่วนตัว เช่น การใช้อำนาจหน้าที่เพื่อแก้แค้น เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่ผู้พิพากษาจะกล่าวหาให้ถอดถอนโดยเหตุประการที่สาม⁴⁴

(2) กระบวนการถอดถอน

กระบวนการถอดถอนของสหรัฐอเมริกาแบ่งเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่

ขั้นตอนแรก ขั้นตอนการฟ้องร้อง ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 1 ส่วนที่ 2 วรรคที่ห้า กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรเดียวเท่าที่มีอำนาจในการกล่าวหา(Power of Impeach) กฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอนภายในสภาผู้แทนราษฎรไว้โดยตรง แต่ในทางปฏิบัติอาจแบ่งได้เป็น 3 ขั้นตอนย่อย ได้แก่

ขั้นการเปิดการไต่สวน โดยในขั้นนี้สภาผู้แทนราษฎรจะมอบหมายให้คณะกรรมการกิจการตุลาการ(Judiciary Committee) เป็นผู้รับผิดชอบสำนวนการสอบสวน ซึ่งจะตรวจสอบพยานหลักฐานในเบื้องต้นว่าข้อมูลที่ได้รับมานั้นเพียงพอที่จะดำเนินการสอบสวนต่อไปหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อกล่าวหาไม่มูลเพียงพอที่จะส่งความเห็นไปยังสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา เพื่อลงมติให้เปิดการไต่สวนเพื่อการถอดถอน หากที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมิได้เปิดการไต่สวน คณะกรรมการก็จะเริ่มกระบวนการไต่สวนต่อไป แต่หากไม่อนุมัติ ข้อกล่าวหาหรือการฟ้องร้องก็จะตกไป

ขั้นการไต่สวน คณะกรรมการกิจการตุลาการก็จะเริ่มทำการไต่สวนข้อเท็จจริง โดยการเรียกผู้ที่เกี่ยวข้องมาทำการไต่สวน ให้ข้อมูล โดยการไต่สวนต้องกระทำโดยเปิดเผย

⁴³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการตรวจสอบการทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง (Impeachment), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.), 2538), น.41 – 42.

⁴⁴ See also Federal Judicial Center, “History of the Federal Judiciary,” Impeachment of Federal Judges,” Retrieved on September 2, 2014, from http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/judges_impeachment_s.html.

ยกเว้นกรณีที่มีการเปิดเผยข้อมูลเป็นอันตรายต่อประเทศ เป็นที่เสื่อมเสียต่อการบังคับใช้กฎหมาย อาจเป็นที่เสื่อมเสียชื่อเสียงของบุคคล หรือขัดต่อกฎหมายหรือข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎร

หลังจากการสอบสวนข้อเท็จจริงแล้ว คณะกรรมาธิการก็จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อกล่าวหา โดยเสนอคำฟ้องเป็นข้อๆ เรียกว่า “Articles of Impeachment” พร้อมทั้งคำอธิบายในข้อกล่าวหาแต่ละข้อส่งให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณา

ขั้นการลงมติฟ้องร้อง สภาผู้แทนราษฎรจะเริ่มพิจารณา คำฟ้องขอให้ถอดถอน(Articles of Impeachment) ซึ่งสภาอาจจะพิจารณาข้อกล่าวหาทั้งหมดและที่ละข้อกล่าวหาก็ได้ ข้อกล่าวหาใดสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบด้วย ข้อกล่าวหานั้นก็จะต้องตกไป หรือสภาอาจแก้ไขข้อกล่าวหา นั้นก็ได้ แต่จะเพิ่มเติมข้อกล่าวหาที่ไต่สวนโดยกรรมาธิการไม่ได้ เพราะข้อกล่าวหาทุกข้อจะต้องได้รับการไต่สวนโดยคณะกรรมาธิการก่อน

หากสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยกับข้อกล่าวหาอันใดโดยเสียงข้างมาก สภาผู้แทนราษฎรจะส่งคำฟ้องที่เรียกว่า The Bill of Impeachment ไปให้วุฒิสภาพิจารณาพิพากษา และจะแต่งตั้ง “อัยการแห่งสภาผู้แทนราษฎร” (House Manager) เป็นตัวแทนของสภาผู้แทนราษฎรไปทำหน้าที่ในดำเนินการการฟ้องร้องและแสดงพยานหลักฐานต่อวุฒิสภา ซึ่งตำแหน่งดังกล่าว ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานคณะกรรมาธิการกิจการตุลาการจะเป็นผู้ร่วมกันเสนอชื่อให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเลือกโดยอาจจะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ได้ หรือพนักงานอัยการจริงๆ หรือบุคคลอื่นๆ ก็ได้

ขั้นตอนที่สอง การพิจารณาวินิจฉัย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 1 ส่วนที่ 3 วรรคที่ 6 ให้วุฒิสภามีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาลงมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง ก่อนทำหน้าที่สมาชิกวุฒิสภา จะต้องให้สัตยาบันตนก่อนปฏิบัติหน้าที่ โดยมีประธานวุฒิสภา ซึ่งได้แก่องค์ประธานาธิบดีเป็นประธาน โดยตำแหน่งทำหน้าที่เป็นประธานในการพิจารณาถอดถอน⁴⁵ การพิจารณาวินิจฉัยโดยวุฒิสภานี้ วุฒิสภาได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 ส่วนที่ 5 วรรคสอง トラ “ข้อบังคับการประชุมเกี่ยวกับการ

⁴⁵ เว้นแต่ ในกรณีที่วุฒิสภาพิจารณาถอดถอนประธานาธิบดี เพราะในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา หากประธานาธิบดีถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งรองประธานาธิบดีจะขึ้นเป็นประธานาธิบดีแทน โดยไม่มีการเลือกตั้งใหม่ และจะอยู่จนครบวาระของประธานาธิบดีที่ถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง ดังนั้น จึงต้องถือว่ารองประธานาธิบดีมีส่วนได้เสียในคดีถอดถอนประธานาธิบดี จึงต้องให้ประธานตุลาการแห่งสหรัฐมานั่งเป็นประธานในการพิจารณาแต่ไม่มีสิทธิออกเสียง เพราะไม่ใช่สมาชิกวุฒิสภา

ดำเนินกระบวนการพิจารณาและแนวทางปฏิบัติเมื่อวุฒิสภาพิจารณาวินิจฉัยคำฟ้องขอให้ถอดถอน” หรือ “ข้อบังคับว่าด้วยการพิจารณาถอดถอน” (Rules of Procedure And Practice In The Senate When Sitting On Impeachment Trials)

กระบวนการพิจารณาจะเป็นเช่นเดียวกับการพิจารณาคดีของศาล โดยมี อัยการแห่งสภาผู้แทนราษฎร (House Manager) เป็นฝ่ายโจทก์ยื่นฟ้อง ผู้ที่ถูกยื่นถอดถอนเป็นฝ่ายจำเลย โดยมีวุฒิสภาทำหน้าที่เป็น “ศาล” พิจารณาพิพากษา โดยจะเปิดโอกาสให้ทั้งฝ่ายอัยการและฝ่ายผู้ถูกยื่นถอดถอนสามารถอ้างพยานหลักฐาน นอกจากผู้ถูกยื่นถอดถอนมีสิทธิตั้งทนายความ การพิจารณาเป็นไปโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้ประชาชนมีสิทธิเข้าร่วมรับฟัง

ในการรับฟังพยานหลักฐานนั้น ข้อบังคับว่าด้วยการถอดถอนของวุฒิสภาได้ให้อำนาจแก่ประธานโดยความเห็นชอบของสภา แต่งตั้งคณะกรรมการพิเศษขึ้นมาชุดหนึ่งมีจำนวน 12 คน เพื่อทำหน้าที่รับฟังพยานหลักฐานโดยเฉพาะและคำให้การแทนสภา และรายงานต่อสภาต่อไป เมื่อคณะชุดดังกล่าวพิจารณาเสร็จก็จะส่งรายงานให้วุฒิสภา แต่ไม่อนุญาตให้ทำความเห็นในการตัดสิน

เมื่อสภาได้รับรายงานแล้ว สภาไม่จำเป็นต้องผูกพันตามรายงานที่เสนอมາและสามารถขอให้สืบสวนเพิ่มเติมก็ได้ ซึ่งเมื่อได้รับรายงานแล้วสภาก็จะเริ่มกระบวนการพิจารณา โดยผู้ถูกถอดถอนหรือทนายมีสิทธิเข้ารับฟังกระบวนการพิจารณาได้ ญัตติที่คู่ความหรือทนายความเสนอมาระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องได้รับการยอมรับจากประธานของที่ประชุมหรือจากความเห็นชอบของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซักถามพยานบุคคล และคู่ความฝ่ายตรงข้ามมีสิทธิถามค้านพยานบุคคลนั้นได้ฝ่ายละไม่เกิน 1 ชั่วโมง

กระบวนการพิจารณาของวุฒิสภาจะต้องกระทำการโดยเปิดเผย และประชาชนมีสิทธิเข้าฟังได้ตลอดเวลา แต่กรณีการลงมติตัดสินของวุฒิสภาแต่ละข้อกล่าวหาจึงจะทำการลงมติลับ และมติที่ให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษ กล่าวคือใช้คะแนนเสียงสองในสามของที่ประชุม

(3) ผลของการลงมติถอดถอน

หากวุฒิสภามีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งแล้ว ตามมาตรา 1 ส่วนที่ 3 ววรรคเจ็ด แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้กำหนดผลทางกฎหมาย 4 ประการ ได้แก่ ประการแรก ผู้ที่ถูกถอดถอนจะพ้นจากตำแหน่งในวันที่มีมติให้ถอดถอน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการลงมติไม่มีผลย้อนหลังไปถึงวันฟ้อง ประการที่สอง ผู้ที่ถูกถอดถอนจะกลายเป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการดำรงตำแหน่งใดๆ ของสหรัฐอเมริกา ประการที่สาม มติที่ให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียที่จะ

ดำเนินคดีความ ฟ้องร้องต่อศาลเพื่อได้รับผิดต่อไป เช่น อาจฟ้องขอให้ศาลลงโทษทางอาญา หรือให้รับผิดชอบทางแพ่งก็ได้ และประการสุดท้าย มติให้ถอดถอนนี้เป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปยังศาลหรือฝ่ายตุลาการได้ นอกจากนี้ ประธานาธิบดีก็ไม่อาจอภัยโทษ(Pardon) ให้กับผู้ที่ถูกลงมติถอดถอนได้เช่นกัน ตามประวัติศาสตร์แล้วมีการยื่นขอถอดถอนผู้พิพากษาจำนวนทั้งหมด 15 กรณี ถอดถอนสำเร็จ 8 ราย ยกฟ้อง 4 ราย ส่วนอีก 3 รายลาออกก่อนการลงมติ

6.2.1.2 การถอดถอนผู้พิพากษาในญี่ปุ่น

เนื่องจากสหรัฐอเมริกาได้ยกร่างรัฐธรรมนูญให้ญี่ปุ่นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองและได้นำระบบการถอดถอนเจ้าหน้าที่รัฐมาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งต่อมารัฐสภาของญี่ปุ่นก็ได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการถอดถอนผู้พิพากษาขึ้นเพื่อใช้สำหรับการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งโดยเฉพาะโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) เหตุในการยื่นคำร้องขอถอดถอน

ในมาตรา 2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการถอดถอนผู้พิพากษา มี 2 เหตุด้วยกัน ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างกว้าง ประการแรก มีการฝ่าฝืนหน้าที่ตามจรรยาบรรณวิชาชีพอย่างร้ายแรง (Serious violation of professional obligation) หรือ ประมาทเลินเล่อในการใช้อำนาจตุลาการโดยไม่มีข้อแก้ตัวที่ฟังได้(Inexcusable negligence in the exercise of judicial functions) หรือประการที่สอง มีความประพฤติที่กระทบต่อเกียรติศักดิ์และฐานะขององค์กรตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นความประพฤติในหน้าที่หรือไม่⁴⁶ ตามกฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ผู้บังคับบัญชาผู้พิพากษาจะต้องเป็นผู้ยื่นข้อกล่าวหาหากผู้นั้นเห็นว่ามีเหตุที่จะต้องถอดถอนผู้พิพากษา แต่อย่างไรก็ดี ผู้ใดก็ได้สามารถยื่นคำร้องขอให้ถอดถอนผู้พิพากษาได้⁴⁷

⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “โครงสร้างการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาในบางประเทศ,” ใน หนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ตังศภักย์, วีระพงษ์ บุญโญภาส บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น.35.

⁴⁷ John O. Haley, “The Japanese Judiciary: Maintaining Integrity, Autonomy and the Public Trust,” in Law in Japan: A Turning Point, ed. Daniel H. Foote (Seattle and London: University of Washington press, 2007), p.113.

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการถอดถอน⁴⁸ เช่น ผู้พิพากษาได้ทำการติดต่อขอซื้อสินค้าผิดกฎหมาย โดยต่อมาพ่อค้าคนดังกล่าวได้ร้องขอให้ผู้พิพากษาช่วยเหลือในคดี ผู้พิพากษาจึงทำการโอนคดีโดยไม่ผ่านกระบวนการปกติให้คดีมาอยู่ในอำนาจของตนและพิจารณาว่าพยานในคดีเป็นเท็จ หรือผู้พิพากษาละเลยในการพิจารณาคดี มีคดีจำนวน 395 คดีที่ออกคำสั่งโดยที่ไม่ได้แจ้งกำหนดนัดให้จำเลย คดีจำนวนสองในสาม พนักงานอัยการถอนฟ้อง ผู้พิพากษาเซ็นหมายศาลเปล่าๆ ให้เจ้าหน้าที่เก็บไว้ ออกคำสั่งโดยที่ไม่ได้แจ้งแก่จำเลย นอกจากนี้ ผู้พิพากษาได้รับคำบอกเล่าจากเพื่อนของตนว่าได้ถูกข่มขู่โดยนายหน้า ผู้พิพากษาจึงออกคำสั่งให้นายหน้ามาพบและเรียกให้คืนเงิน หรือผู้พิพากษาเรียกจำเลยมาศาลโดยไม่ได้ส่งคำสั่งทางไปรษณีย์ให้จำเลย จำเลยบางคนจึงไม่ได้มาศาล ผู้พิพากษาจึงออกหมายจับจำเลยนั้น หรือผู้พิพากษาซื้อบริการทางเพศจากโสเภณีที่อายุไม่ถึง 18 ปี เป็นต้น

(2) ขั้นตอนการพิจารณาถอดถอน

กระบวนการถอดถอนในญี่ปุ่นแบ่งแยกกระบวนการออกเป็น 2 ขั้นตอน เช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกา ประกอบไปด้วย 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรกคือขั้นตอนการไต่สวนที่จะเริ่มขึ้นเมื่อมีการยื่นคำร้องขอให้ถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งโดยคำร้องนั้นจะถูกพิจารณาโดย “คณะกรรมการไต่สวนผู้พิพากษา” (Judges Indictment Committee; Saibankan sotsui iinnkai) เพื่อพิจารณาว่าคำร้องนั้นมีมูลหรือไม่ โดยคณะกรรมการไต่สวนดังกล่าวจะประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 20 คน มาจากการเลือกของแต่ละสภา สมาชิกที่คัดเลือกในแต่ละสภาในจำนวนที่เท่ากัน ประธานคณะกรรมการไต่สวนจะถูกเลือกจากสมาชิกด้วยตนเอง คณะกรรมการดังกล่าวนี้จะมีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนและพิจารณาลงมติว่าคำร้องมีมูลหรือไม่ หากมีมูลก็จะส่งให้ศาลถอดถอนผู้พิพากษา (Judges Impeachment Court; Saibankan dangai saibansho) พิจารณาลงมติ⁴⁹

ขั้นตอนที่สองคือขั้นตอนการลงมติถอดถอน การลงมติถอดถอนจะทำโดย “ศาลถอดถอนผู้พิพากษา” (Judges Impeachment Court; Saibankan dangai saibansho) ซึ่งตุลาการของศาลเป็นสมาชิกของรัฐสภาโดยมาจากสมาชิกแต่ละสภาในจำนวนที่เท่ากัน สภาละ 7 คนรวม

⁴⁸ Yuichiro Tsuji, “Independence of the Judiciary and Judges in Japan,” p.78-80, Retrieved on January 12, 2014, from [http://www.surugadai.ac.jp/sogo/media/bulletin/Hougaku24-03/Hougaku.24-3.\(63\).pdf](http://www.surugadai.ac.jp/sogo/media/bulletin/Hougaku24-03/Hougaku.24-3.(63).pdf)

⁴⁹ พิเชษฐ์ เมลาณนท์, “ผู้พิพากษาต้องประพฤติถึงเช่นไรในญี่ปุ่นจึงจะถูก “ถอดถอน”, วารสารศาลยุติธรรม, น.72.

ทั้งหมด 14 คน นอกจากนี้ แต่ละสภาจะต้องมีการเลือกตุลาการสำรองไว้ด้วย⁵⁰ โดยสมาชิกที่ถูกคัดเลือกจะต้องเลือกสมาชิกคนหนึ่งเป็นประธาน ซึ่งตุลาการศาลถอดถอนจะเป็นกรรมการในเวลาเดียวกันไม่ได้ ศาลถอดถอนจะต้องใช้มติเสียงข้างมากพิเศษ กล่าวคือสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด⁵¹

(3) ผลของการถอดถอน

เมื่อศาลลงมติถอดถอนแล้วออกจากตำแหน่งแล้ว ผู้พิพากษาก็จะพ้นสภาพการเป็นผู้พิพากษา แต่ตามมาตรา 38 ให้อำนาจแก่ผู้ที่ถูกถอดถอนสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลทำการพิจารณาคืนสถานะผู้พิพากษาให้แก่ตนได้ ใน 2 กรณี⁵² กรณีแรก เมื่อเวลา 5 ปีผ่านไปนับแต่มีคำสั่งถอดถอนสถานะและมีเหตุอันควรเปิดศาลพิจารณาคืนสถานะให้ หรือ กรณีที่สอง เมื่อค้นพบพยานหลักฐานใหม่อันขัดแจ้งว่าการถอดถอนสถานะที่ผ่านมาไม่มีเหตุอันควร หรือมีเหตุอันควรเปิดศาลพิจารณาคืนสถานะให้

เนื่องจากระบบการถอดถอนผู้พิพากษาของญี่ปุ่นให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องโดยตรงจึงทำให้จำนวนคำร้องดังกล่าวมีจำนวนมากมายมหาศาล ตามสถิติการยื่นคำร้องที่สำรวจตั้งแต่ปี ค.ศ. 1948 – 2002 มีจำนวนกว่า 8,928 คำร้อง และคำร้องทั้งหมดมาจากคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี แต่อย่างไรก็ดี มี 12 กรณีที่คณะกรรมการไต่สวนพบว่ามิมีมูล⁵³ และผู้พิพากษาจำนวน 6 คนเท่านั้นที่ได้เคยถูกถอดถอนตามกระบวนการนี้⁵⁴ ในจำนวนนี้ 4 คนถูกถอดถอนเพราะเหตุกระทำความผิดทางอาญา โดย 2 กรณีเกี่ยวข้องกับกรณีอื้อฉาวทางเพศ โดยคนแรกถูกถอดถอนในปี 1982 เพราะเหตุเกี่ยวข้องกับโสเภณี และคนหลังถูกถอดถอนในปี 2001 เพราะเหตุมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้เยาว์⁵⁵

6.2.1.3 การถอดถอนผู้พิพากษาในเยอรมนี

การถอดถอนผู้พิพากษาในเยอรมนีมีลักษณะที่แตกต่างไปจากการถอดถอนผู้พิพากษาของอีกสองประเทศที่ได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาข้างต้นในหลายประการด้วยกัน ดังนี้

⁵⁰ มาตรา 125 - 127 พระราชบัญญัติสภาไดเอต(The Diet Law)

⁵¹ John O. Haley, *supra* note 47, p.113.

⁵² พิเชษฐ์ เมลาณนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 49*, น.74.

⁵³ John O. Haley, *supra* note 47, p.113.

⁵⁴ Shigenori Matsui, *the Constitution of Japan: A Contextual Analysis*, (Oregon: Hart Publishing, 2011), p.126.

⁵⁵ John O. Haley, *supra* note 47, p.113.

(1) เหตุในการยื่นคำร้อง

เหตุสำหรับการยื่นคำร้องของถอดถอนผู้พิพากษาในเยอรมันมีประการเดียว คือผู้พิพากษาสหพันธ์ได้ละเมิดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือระบอบรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ในขณะที่ดำรงตำแหน่งอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ⁵⁶ ซึ่งจะแตกต่างจากเหตุในการยื่นคำร้องขอถอดถอนผู้พิพากษาทั้งในสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นที่มักเป็นเหตุที่มาจากกระทำความผิดอาญาหรือการประพฤติตนหรือปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่เหมาะสมของผู้พิพากษา

(2) กระบวนการพิจารณาถอดถอน

กระบวนการถอดถอนผู้พิพากษาสหพันธ์ในเยอรมันก็แบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน เช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น แต่ในเยอรมนี องค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาสอบสวนและลงมติว่ามีมูลหรือไม่ ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์⁵⁷ หากสภาผู้แทนราษฎรลงมติด้วยคะแนนเสียงข้างมาก ธรรมดาว่าผู้พิพากษามีความผิดจริง คำร้องนั้นจะถูกส่งไปให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐพิจารณา กำหนดโทษ ซึ่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดอายุความไว้ด้วยว่าหากเป็นกรณีฟ้องร้องว่าผู้พิพากษากระทำการฝ่าฝืนต่อหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์หรือของมลรัฐที่เป็นการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ สภาผู้แทนราษฎรจะมีมติก่อนที่จะคดีพิพาทจะยุติลงโดยมีผลตามกฎหมายแล้วไม่ได้ แต่จะต้องฟ้องร้องภายใน 6 เดือน แต่หากเป็นกรณีอื่นจะต้องฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 2 ปี⁵⁸

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องและพิจารณาแล้วเห็นว่ามีข้อเท็จจริงตามคำร้องศาลรัฐธรรมนูญอาจออกคำสั่งโดยเสียงข้างมากจำนวนสองในสามให้โอนย้ายผู้พิพากษาหรือให้ผู้พิพากษานั้นเกษียณจากตำแหน่งก็ได้ แต่หากเป็นกรณีที่เป็นการละเมิดโดยจงใจละเมิดต่อหลักการ

⁵⁶ ตามมาตรา 98 วรรคสอง กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี(*Grundgesetz*)

⁵⁷ มาตรา 58(1) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์(*BVerfGG*)

⁵⁸ มาตรา 58(2)(3) รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์(*BVerfGG*) และดู อิสระ นิติพนธ์ประกาศ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี, รายงานการวิจัยเรื่องระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย : ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2546), น.

พื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐอาจมีคำสั่งปลดผู้พิพากษานั้นออกจากตำแหน่งก็ได้⁵⁹ แต่หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำร้องไม่มีมูล ศาลก็จะยกคำร้อง

ผู้พิพากษาที่ถูกลงโทษอาจร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ โดยเหตุเช่นเดียวกับการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีอาญาใหม่ เช่น พยานหลักฐานที่ใช้ในคดีเก่าเป็นเท็จ หรือมีข้อเท็จจริงใหม่เกิดขึ้น เป็นต้น ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาอาจมีคำสั่งได้ 3 ทางคือ ยืนตามคำวินิจฉัยเดิม หรือลดความเข้มข้นของมาตรการลงโทษเดิมลงหรือวินิจฉัยให้พ้นข้อกล่าวหาเลยก็ได้⁶⁰

แต่อย่างไรก็ดี จนถึงปัจจุบันยังไม่เคยมีคดีถอดถอนผู้พิพากษาคณโตส่งถึงศาลรัฐธรรมนูญเลย นักวิชาการบางคนจึงกล่าวว่าการถอดถอนผู้พิพากษาในเยอรมนีทำหน้าที่เป็นเพียงสัญลักษณ์ของความพร้อมรับผิดของผู้พิพากษาเท่านั้น⁶¹

6.2.2 ความรับผิดทางแพ่งและอาญา

6.2.2.1 ความรับผิดทางแพ่ง

ความรับผิดทางแพ่งเป็นความรับผิดที่ให้ผู้พิพากษารับผิดชอบใช้หรือเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษาของตนต่อผู้เสียหาย ซึ่งในประเทศต่างๆ นั้น เห็นว่าความรับผิดดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงได้สร้างระบบเพื่อคุ้มครองผู้พิพากษาหรือให้ความคุ้มกันแก่ผู้พิพากษา(Judicial Immunity) ให้สามารถใช้ดุลพินิจได้ โดยแยกเป็น 2 ระบบใหญ่ๆ ได้แก่

(1) ระบบความคุ้มกันเด็ดขาด(Absolute Immunity)

ระบบความคุ้มกันของฝ่ายตุลาการคือการให้ผู้พิพากษามีความคุ้มกันว่าผู้ใดจะฟ้องร้องผู้พิพากษาเพื่อให้เกิดความรับผิดในการใช้อำนาจตุลาการไม่ได้ ระบบความคุ้มกันดังกล่าวมองว่าการกระทำทางตุลาการไม่ก่อให้เกิดความรับผิดไม่ว่าต่อตัวผู้พิพากษาเองหรือต่อรัฐ ดังนั้น ผู้ที่ได้รับ

⁵⁹ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: กรุงเทพมหานคร, 2551), น.70.

⁶⁰ มาตรา 61 รัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์(BVerfGG); อิสระ นิติทัศน์ ปรากฏ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 58, น.91.

⁶¹ David S. Clark, “The Selection and Accountability of Judges in West Germany: Implementation of a *Rechtsstaat*,” Southern California Law Review 61, p.1844 (1988).

ความเสียหายจากการกระทำทางตุลาการ ไม่อาจจะฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ใดได้ ซึ่งระบบนี้กำเนิดในอังกฤษและได้รับการยอมรับในประเทศที่ใช้สกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน อังกฤษได้เปลี่ยนแนวทางเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการเป็นให้รัฐรับผิดชอบแทน เนื่องจากจากการกระทำทางตุลาการหากการกระทำทางตุลาการนั้นละเมิดต่อสิทธิที่กฎหมายดังกล่าวได้รับรองไว้ ดังนั้นในการศึกษาระบบความคุ้มกันจึงหยิบยกระบบความคุ้มกันของผู้พิพากษาสหรัฐอเมริกา มา

โดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่รัฐของสหรัฐอเมริกาจะได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของตน ซึ่งจะแยกออกเป็น 2 ระดับ⁶² ได้แก่ ความคุ้มกันแบบมีเงื่อนไข (Qualified Immunity) ซึ่งให้กับผู้ว่าการรัฐ ครู เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งความคุ้มกันประเภทนี้เป็นความคุ้มกันที่มีเงื่อนไขว่าความคุ้มกันจะหมดไปหากเจ้าหน้าที่นั้นรู้หรือควรจะรู้ว่าพฤติกรรมของตนเองนั้นไม่เหมาะสม และความคุ้มกันเด็ดขาด (Absolute Immunity) ซึ่งเป็นความคุ้มกันที่ให้กับสมาชิกวุฒิสภาและบรรดาผู้พิพากษาทั้งหลาย ซึ่งศาลทั้งในระดับสหรัฐและในระดับมลรัฐต่างได้ขยายความคุ้มกันจนในปัจจุบัน ผู้พิพากษาทุกคนในสหรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาของศาลในระดับมลรัฐหรือระดับสหรัฐ ไม่ว่าจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป หรือศาลที่มีเขตอำนาจจำกัด เช่น ศาลการค้าระหว่างประเทศ (Court of International Trade)

หลักความคุ้มกันขององค์กรตุลาการปรากฏอย่างเป็นทางการในศาลของมลรัฐในศตวรรษที่ 19 โดยศาลสูงสุดสหรัฐยืนยันว่าผู้พิพากษาได้รับความคุ้มกันเด็ดขาดสำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดจากการกระทำทางตุลาการ แม้ว่าการกระทำนั้นจะกระทำนอกเขตอำนาจของตนก็ตาม คดี Randall v. Bringham และ คดี Bradley v. Fisher ในช่วงแรก ศาลในระดับมลรัฐหลายๆ แห่งปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มกันแก่การกระทำที่มีเจตนาร้าย (Maliciously) หรือทุจริต (Corruptly)⁶³ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1984 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางบรรทัดฐานความคุ้มกันของผู้พิพากษาไว้ใน คดี Pullian v. Allen 466 U.S. 522(1984)

ความคุ้มกันของผู้พิพากษา (Judicial Immunity) ก็มีขอบเขตจำกัดเช่นกัน กล่าวคือแม้ผู้พิพากษาสามารถกระทำการได้ในหลายทางทั้งกระทำการทางปกครอง ทางบริหาร ทางนิติ

⁶² Jeffrey M. Shaman, “Judicial Immunity from Civil and Criminal Liability,” San Diego Law Review, No. 1, Vol. 27, p.1-2(1991).

⁶³ John O. Haley, “The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges,” The American Journal of Comparative Law 54, p. 283 – 284 (fall, 2006).

บัญญัติ แต่เฉพาะการกระทำทางตุลาการเท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มกันเด็ดขาด ส่วนการกระทำอื่นๆ อาจได้รับความคุ้มกันแบบมีเงื่อนไขในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐก็ตามแต่ที่กฎหมายจะกำหนด นอกจากนี้ ผู้พิพากษาจะได้รับความคุ้มกันเด็ดขาดในการปฏิบัติหน้าที่ของตน จะต้องครบองค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่ จะต้องเป็นการกระทำทางตุลาการ(Judicial Act) และ ประการที่สอง กระทำภายในเขตอำนาจของศาล (Court's subject matter jurisdiction)

ประการแรก คำว่า การกระทำทางตุลาการ “Judicial Act” มีปัจจัยสองประการที่ใช้ในการประเมินว่าเป็นการกระทำทางตุลาการหรือไม่ ปัจจัยแรก ได้แก่ การกระทำนั้นเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติโดยผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องกับธรรมชาติของการกระทำโดยตัวมันเองหรือไม่ ปัจจัยที่สอง ได้แก่ คู่ความกำลังติดต่อกับ (Deal with) ผู้พิพากษาในความสามารถทางตุลาการของเขาหรือไม่ ซึ่งให้พิจารณาจากความคาดหวังหรือความเข้าใจของคู่ความเอง⁶⁴ ต่อมาในปี 1978 คดี Stump ศาลยังยืนยันที่จะให้ความคุ้มกันแก่ผู้พิพากษาที่อนุญาตตามคำร้องขอของมารดาเด็กหญิงที่ขอให้ศาลอนุญาตให้ตนนำบุตรสาวของตนเองไปทำหมัน ซึ่งผู้พิพากษาอนุญาตโดยไม่ทำการแจ้งต่อเด็กหญิง หรือเปิดการไต่สวนใดๆ⁶⁵

ประการที่สอง การกระทำนั้นเป็นการกระทำในเขตอำนาจของศาล (Court's subject matter jurisdiction) ซึ่งกรณีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การจะไม่ได้รับความคุ้มกันจะต้องเป็นกรณีที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ออกนอกเขตอำนาจ ดังนั้น การกระทำในบางเรื่องแม้จะใช้อำนาจออกนอกเขตอำนาจไปบ้าง แต่ก็ยังได้รับความคุ้มกัน เว้นแต่กรณีที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่มีเขตอำนาจ⁶⁶

ความคุ้มกันขององค์กรตุลาการไม่คุ้มกันใน 2 เรื่อง ได้แก่ คำสั่งให้กระทำหรือห้ามกระทำใดๆ อย่างมีเงื่อนไข (Injunctive Relief)หรือ คำสั่งให้ค่าทนายความ

(2) ระบบความรับผิดชอบของรัฐ (State Liability)

ส่วนระบบการคุ้มครองผู้พิพากษาอีกรูปแบบหนึ่งอาจเรียกว่า “ระบบความรับผิดชอบของรัฐ” ระบบดังกล่าวนี้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้พิพากษาว่าหากการกระทำทางตุลาการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้เสียหายจะฟ้องร้องต่อผู้พิพากษาโดยตรงไม่ได้ แต่สามารถฟ้องให้รัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้โดยถือว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของรัฐ แต่รัฐก็อาจไล่

⁶⁴ Joseph Romagnoli, “What Constitutes a Judicial Act for Purposes of Judicial Immunity?,” *Fordham Law Review* 53, p. 1506 (1984-1985).

⁶⁵ Stump v. Sparkman 435 U.S. 349 (1978)

⁶⁶ Mirales v. Waco, 502 U.S. 9(1991)

เบี้ยเอากับผู้พิพากษาได้ในบางกรณี โดยระบบเช่นนี้ถือว่าผู้พิพากษากระทำการในนามของรัฐ เป็นตัวแทนของรัฐ ดังนั้น หากผู้พิพากษากระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยมิชอบ หากกระทำภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายนั้น โดยผู้เสียหายจะต้องยื่นฟ้องรัฐให้รับผิดชอบได้ตามเงื่อนไข และวิธีการที่กฎหมายจะกำหนดขึ้น ในระบบเช่นนี้ ผู้พิพากษาอาจถูกเรียกให้รับผิดชอบทางแพ่งได้โดยการที่รัฐใช้สิทธิไล่เบี้ยต่อผู้พิพากษาได้ในบางกรณี ดังนั้น ระบบความรับผิดของรัฐนี้ จึงมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับ “ความคุ้มกันแบบมีเงื่อนไข” (Qualified Immunity) ในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน

สำหรับในเยอรมนี ความรับผิดทางแพ่งของผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในทั้งในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 34 “ถ้าบุคคลใดที่ดำรงตำแหน่งสาธารณะ(เจ้าหน้าที่รัฐ) ผ่าฝืนหน้าที่รัฐการต่อบุคคลที่สาม ความรับผิดจะตกเป็นของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่จ้างบุคคลนั้น” ซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาด้วย⁶⁷ และประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 839 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ข้าราชการกระทำการเป็นการละเมิดต่อหน้าที่การทำงานในการพิพากษาอรรถคดี ข้าราชการผู้นั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวนั้น ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดต่อหน้าที่ซึ่งเป็นความผิดอาญา บทบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับกับการปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งล่าช้า”⁶⁸

จากบทบัญญัติดังกล่าว ให้ความคุ้มครองผู้พิพากษาและรวมไปถึงรัฐด้วยว่าการจะฟ้องเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้พิพากษานั้นเป็นความผิดอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งมีอยู่ 2 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 336 และความผิดฐานรับสินบน⁶⁹ หรือการกระทำของผู้พิพากษานั้นเป็นการปฏิเสธการปฏิบัติหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าแม้จะไม่ใช่ความผิดอาญาก็ตาม⁷⁰ โดยผู้เสียหายจะฟ้องร้องผู้พิพากษาโดยตรงมิได้ จะต้องฟ้องร้องต่อรัฐเพื่อให้รัฐชดเชยค่าสินไหมทดแทนแต่รัฐอาจไล่เบี้ย (Rückgriff) เอาคืนกับผู้พิพากษาได้ หากว่าการกระทำผิดของผู้พิพากษาเป็นการกระทำความผิดอาญาหรือเป็นความผิดอันเกิดจากการประมาทเลินเล่ออย่างชัด

⁶⁷ David S. Clark, *supra* note 61, p.1841.

⁶⁸ สุนิสา อิทธิชัยโย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.88.

⁶⁹ *เพ็งอ้าว.*, น.90.

⁷⁰ *เพ็งอ้าว.*, น.89.

แจ้ง⁷¹ ผู้พิพากษาที่ได้รับเอกสิทธิ์เป็นผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐ ซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาสมทบด้วย⁷² ส่วนในฝรั่งเศสนั้น แต่เดิมฝรั่งเศสถือหลักว่ารัฐไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของตนซึ่งเป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากระบอบเก่าที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบใดๆ แม้จะมีการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ก็ตาม แต่แนวคิดดังกล่าวเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปหลังศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยในคดี Blanco ว่ารัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการบริการสาธารณะและเป็นความรับผิดที่เป็นเอกเทศจากความรับผิดทางแพ่งทำให้ฝรั่งเศสพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐขึ้นมาและยังคงได้รับการยอมรับมาจนถึงปัจจุบัน⁷³

แต่อย่างไรก็ดี ฝรั่งเศสก็ยังให้ความสำคัญคุ้มครองผู้พิพากษาเช่นเดียวกับเยอรมนีที่แนวคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐก็ยังมีข้อยกเว้นสำหรับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำทางตุลาการ (*Actes du pouvoir judiciaire*) ที่รัฐไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เว้นแต่ 2 กรณี⁷⁴ ได้แก่ กรณีแรกคือผู้พิพากษาศาลยุติธรรมปฏิบัติหน้าที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามกระบวนการพิจารณาเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 505 (*Prise à partie*) ซึ่งต่อมาสภที่ปรึกษาแห่งรัฐที่ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับให้การฟ้องคดีตามกฎหมายดังกล่าวสามารถนำมาใช้กับตุลาการศาลปกครองได้ด้วย⁷⁵ ซึ่งกรณีแรกนี้ รัฐสามารถฟ้องไล่เบี้ย (*Action récursoire*) เอากับผู้พิพากษาที่เป็นต้นเหตุได้ หลักจากกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ 79-43 วันที่ 18 มกราคม 1979 การไล่เบี้ยของรัฐจะต้องยื่นฟ้องต่อแผนกคดีแพ่งในศาลสูงสุด (*Cour de Cassation*)⁷⁶ ส่วนกรณีที่สอง กรณีที่มีการเพิกถอนคำพิพากษาในคดีอาญาที่ให้ลงโทษจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 443

⁷¹ Mauro Cappelletti, “Who watches the watchmen?": A Comparative Study on Judicial Responsibility”, *The American Journal of Comparative Law* 31, p.34 (1983).

⁷² สุนิสา อิทธิชัยโย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.90.

⁷³ โปรตดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ : ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), 121-128.

⁷⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 73*, น.135 – 136

⁷⁵ เพิ่งอ้าว.

⁷⁶ Mauro Cappelletti, *supra note 71*, p.34.

เนื่องจากศาลพิพากษาไปโดยผิดพลาด ซึ่งกรณีนี้ผู้ร้องไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามี “ความผิด” เกิดขึ้นแต่อย่างใด⁷⁷

ในสองประเทศนี้ เหตุผลเบื้องหลังของการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้พิพากษานอกจากจะเป็นเรื่องความเป็นอิสระของตุลาการแล้ว ยังมีเหตุผลเรื่องความมีผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษา (Res Judicata) ด้วย เนื่องจากหากให้มีการฟ้องร้องผู้พิพากษาได้อย่างเสรีแล้ว จะส่งผลทำให้ความมั่นคงแน่นอนในคำพิพากษาสั่นคลอนได้

6.2.2.2 ความรับผิดทางอาญา

แนวทางการกำหนดความรับผิดอาญาสำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาอาจจำแนกได้เป็น 2 แนวทาง ได้แก่ (1) ความรับผิดอาญาสำหรับผู้พิพากษาในสกุลซีวิลลอว์ (2) ความรับผิดอาญาสำหรับผู้พิพากษาในสกุลคอมมอนลอว์

(1) ความรับผิดอาญาสำหรับผู้พิพากษาในสกุลซีวิลลอว์

ความรับผิดอาญาสำหรับผู้พิพากษาที่กระทำผิดพลาดในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นรากฐานในจารีตประเพณีแบบซีวิลลอว์ ซึ่งสามารถสืบสาวย้อนกลับไปได้ถึงกฎหมาย 12 โต๊ะ (Twelve Tables) สมัยอาณาจักรโรมันมาจนในยุคกลางความรับผิดอาญาดังกล่าวเป็นความผิดพื้นฐานที่จะได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายใน 2 ประเภท⁷⁸ ได้แก่ ความรับผิดฐานการตัดสินคดีโดยอคติ (Favoritism; Gratia) หรือการรับสินบน (Bribery; Pecunia) ทุกวันนี้ประมวลกฎหมายอาญาจะห้ามการกระทำทางตุลาการที่อาจทำลายความเชื่อมั่นของประชาชนในสถาบันศาลที่ทำหน้าที่ประสิทธิประสาทความยุติธรรม ซึ่งในที่นี้จะศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดฐานการตัดสินคดีโดยอคติเท่านั้น

สำหรับในเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความรับผิดอาญาสำหรับผู้พิพากษาในหลายกรณีด้วยกัน เช่น การเรียกรับสินบน (มาตรา 331-335) และรวมถึงความผิดที่เรียกว่า “ความผิดฐานบิดเบือนตำแหน่งตุลาการ (Missbrauch des Richteramtes) หรือการบิดเบือนกฎหมาย (Beugung des Rechts) ซึ่งปรากฏใน มาตรา 339 ว่า “ผู้พิพากษา (หรือข้าราชการ หรืออนุญาโตตุลาการอื่นใด) ที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีหรือพิพากษาในประเด็นทางกฎหมายบิดเบือนกระบวนการยุติธรรมเพื่อประโยชน์หรือเพื่อขัดขวางคู่ความ มีความผิดที่ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงห้าปี”

ผู้พิพากษาที่จะต้องรับผิดตามมาตรานี้จะต้องรู้ว่าข้อเท็จจริงในคดีเป็นเท็จ หรือรู้ว่าปรับใช้กฎหมายที่ผิดพลาดต่อข้อเท็จจริงนั้น ในกรณีที่กฎหมายเปลี่ยนแปลง ผู้พิพากษาจะมี

⁷⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73, น.135 – 136.

⁷⁸ David S. Clark, *supra* note 61, p.1842.

ความผิดถ้ารู้ว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นแต่ก็ยังคงหลีกเลี่ยงตามอำเภอใจ (*willkürlich*) และยังรวมไปถึงกรณีที่ผู้พิพากษาใช้อำนาจเกินกว่าเหตุ แม้จะเป็นการพิจารณาพิพากษาตามอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายแต่ใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่สมควรหรือลงโทษไปในทางกลับแก่งผู้กระทำความผิด เช่น ผู้พิพากษาสั่งลงโทษจำคุกจำเลย 1 ปีจากการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลในข้อหาทำลายความมั่นคงของรัฐ⁷⁹ ความผิดฐานนี้ยังรวมไปถึงผู้พิพากษาที่บิดเบือนการปรับใช้กฎหมายที่มีแรงจูงใจจากความลุ่มหลงทางการเมืองเอง (*Politische Verblendung*) ด้วย แต่อย่างไรก็ดี ในแต่ละปีจะมีผู้พิพากษาเพียงจำนวนสองหรือสามคนเท่านั้นที่ถูกดำเนินคดีในข้อหานี้⁸⁰

(2) ความรับผิดอาญาสำหรับผู้พิพากษาในสกุลคอมมอนลอว์

สำหรับในประเทศคอมมอนลอว์จะเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ ประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ยึดถือหลักความคุ้มกันของฝ่ายตุลาการ (Judicial Immunity) เช่นเดียวกับความรับผิดทางแพ่ง กล่าวคือผู้พิพากษาจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลอื่นเนื่องมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ เพื่อรักษาความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ผู้พิพากษาทั้งหลายที่ปฏิบัติหน้าที่ของตนจะได้รับการปกป้องจากการคุกคามจากการฟ้องคดีแพ่งหรือการดำเนินคดีอาญา หากผู้พิพากษาก่อการในตำแหน่งหน้าที่ของตนแล้ว จะนำมาฟ้องเป็นคดีอาญาในภายใต้คอมมอนลอว์ไม่ได้⁸¹ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับในหลายประเทศ เช่น ในออสเตรเลียไม่เคยปรากฏบรรทัดฐานมาก่อนว่ามีการดำเนินคดีอาญากับผู้พิพากษา เป็นต้น

6.2.3 ความรับผิดทางวินัย

ในระบบการควบคุมผู้พิพากษาในต่างประเทศปัจจุบัน ทั้งในระบบตุลาการอาชีพและระบบตุลาการวิชาชีพต่างก็มีการจัดระบบการควบคุมพฤติกรรมของผู้พิพากษาไว้อย่างเป็นทางการแล้วทั้งสิ้น โดยการกำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของผู้พิพากษาซึ่งอาจจะบัญญัติอยู่ในกฎหมายว่าด้วย

⁷⁹คำอภิปรายของกิตติศักดิ์ ปรกติในการสัมมนาวิชาการเรื่อง “บทบาทการใช้อำนาจของตุลาการกับสถานการณ์บ้านเมือง, ณ ห้องจิต เศรษฐบุตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2557, รฟ 2557(กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.170-174.

⁸⁰ David S. Clark, *supra note 61*, p.1843.

⁸¹ Abimbola A. Olowofoyeku, Suing Judges: A Study of Judicial Immunity, (Clarendon Press: Oxford, 1993), p.75.

การจัดระเบียบผู้พิพากษา หรืออยู่ในรูปประมวลจริยธรรม(Code of Conduct) ก็ได้ โดยเนื้อหาของบรรทัดฐานดังกล่าวไม่ได้มีความแตกต่างกันมากนัก แต่สิ่งที่แตกต่างกันคือระบบการพิจารณาลงโทษทางวินัย โดยในหัวข้อนี้เลือกศึกษา (6.2.3.1) ระบบการพิจารณาแบบปิดของสหรัฐอเมริกา และ (6.2.3.2) ระบบการพิจารณาแบบเปิดของฝรั่งเศส

6.2.3.1 ระบบการพิจารณาแบบปิดของสหรัฐอเมริกา(Self-Regulation System)

การพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้พิพากษาสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกามาตามประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาเล่มที่ 28 ว่าด้วยฝ่ายตุลาการและวิธีพิจารณาคดี (Title 20 Judiciary and Judicial Procedure) หมวดที่ 16 การร้องเรียนและลงโทษทางวินัยผู้พิพากษา(Chapter 16 Complaints Against Judges And Judicial Discipline) โดยผู้พิพากษาที่อยู่ภายใต้ระบบนี้เฉพาะผู้พิพากษาในระดับศาลชั้นต้นสหพันธ์และศาลอุทธรณ์สหพันธ์เท่านั้น กระบวนการพิจารณาอาจแบ่งขั้นตอนออกเป็น 3 ขั้นตอน ได้แก่

(1) ขั้นตอนการยื่นคำร้องเรียน⁸²และพิจารณาโดยหัวหน้าผู้พิพากษาศาล

อุทธรณ์⁸³

ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องเรียนคือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลหรือประชาชนทั่วไปที่เห็นว่าผู้พิพากษาได้กระทำการที่มีผลกระทบต่อกิจการของศาลหรือกล่าวหาว่าผู้พิพากษาไร้ความสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยเหตุผลของทางสภาพจิตใจหรือทางกายภาพ โดยการยื่นคำร้องนั้นจะต้องยื่นต่อเสมียนศาลอุทธรณ์ประจำภูมิภาคเป็นลายลักษณ์อักษร ในคำร้องเรียนจะต้องระบุข้อเท็จจริงโดยสรุปของพฤติกรรมของผู้พิพากษานั้น

เมื่อเสมียนศาลได้รับคำร้องแล้ว จะต้องส่งคำร้องนั้นไปให้หัวหน้าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ประจำภูมิภาค เว้นในกรณีที่เป็นการร้องเรียนพฤติกรรมของหัวหน้าศาลเอง กรณีนี้ให้ยื่นคำร้องต่อผู้พิพากษาที่อาวุโสรองลงมาจากหัวหน้าผู้พิพากษานั้น และจะต้องส่งสำเนาไปให้ผู้พิพากษาที่ถูกร้องเรียนด้วย ในกรณีที่คำร้องถูกยื่นโดยหัวหน้าผู้พิพากษาเอง เสมียนศาลต้องส่งสำเนาคำร้องให้ผู้พิพากษาที่ถูกร้องเรียน

เมื่อหัวหน้าผู้พิพากษาได้รับคำร้องก็จะทำการตรวจสอบคำร้องเบื้องต้น⁸⁴ ว่าการกระทำในข้อกล่าวหาสามารถแก้ไขให้เหมาะสมได้โดยไม่จำเป็นต้องเปิดการสอบสวนอย่างเป็นทางการ

⁸² 28 U.S.C. § 351

⁸³ 28 U.S.C. § 352

⁸⁴ 28 U.S.C. § 352

ทางการหรือไม่ หรืออาจจะพิจารณาในเบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงในคำร้องไม่เป็นความจริงอย่างชัดเจน หรือข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่สามารถรู้ได้โดยการสอบสวนหรือไม่ โดยอาจเรียกให้ผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหายื่นคำให้การต่อหัวหน้าศาลเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้

เมื่อไต่สวนเบื้องต้นแล้ว ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลสามารถที่จะยกคำร้องได้ หากพบว่าไม่ใช่คำร้องตามเหตุที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ใช่เรื่องที่อาจร้องเรียนได้หรือคำร้องเกี่ยวข้องกับเนื้อหาของคำตัดสินและกระบวนการพิพากษาคดี หรือเป็นเรื่องล้อเล่นที่ขาดซึ่งหลักฐานที่เพียงพอที่จะยืนยันข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการประพฤติมิชอบที่เกิดขึ้นได้ หรือข้อกล่าวหาที่ไม่สามารถรับรู้ได้ผ่านการสอบสวน หรือออกคำสั่ง หรือหัวหน้าศาลอาจออกคำสั่ง “ปิดการพิจารณา”

แต่ถ้าเห็นว่าได้มีการแก้ไขการกระทำที่เหมาะสมได้เกิดขึ้นแล้ว หรือการกระทำตามคำร้องไม่ใช่สิ่งจำเป็นอีกต่อไปอันเกิดจากเหตุการณ์แทรกแซง เช่น ผู้พิพากษานั้นได้ลาออก หัวหน้าผู้พิพากษาจะส่งสำเนาคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อผู้ร้องและต่อผู้พิพากษาที่ถูกร้องนั้น ผู้ที่ได้รับเสียหาย ผู้ร้องหรือผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาอาจอุทธรณ์คำสั่งของหัวหน้าศาลต่อสภาตุลาการภูมิภาค (Judicial Council of Circuit) โดยคำวินิจฉัยของสภาตุลาการภูมิภาคนี้เป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไป หรือเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีต่อศาลได้ แต่หากหัวหน้าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์สหพันธ์ไม่ได้ยกคำร้องหรือปิดการกระบวนการตามที่กล่าวมาข้างต้นจะต้องดำเนินการในขั้นต่อไป

(2) ขั้นที่สอง การสอบสวนโดยคณะกรรมการพิเศษ (Special Committees)⁸⁵

หากหัวหน้าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์สหพันธ์ไม่ได้ยกคำร้องหรือปิดกระบวนการ หัวหน้าผู้พิพากษาจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อทำการสอบสวนข้อเท็จจริงและการกล่าวหาในคำร้อง โดยคณะกรรมการจะต้องประกอบไปด้วย ตัวหัวหน้าผู้พิพากษาเอง และผู้พิพากษาของศาลอุทธรณ์ภูมิภาคและศาลชั้นต้นสหพันธ์ในจำนวนเท่ากัน โดยจะต้องส่งคำร้องและเอกสารที่เกี่ยวข้องไปให้สมาชิกของคณะกรรมการพิเศษและแจ้งให้ผู้ร้องและผู้พิพากษาที่ถูกร้องเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

คณะกรรมการพิเศษจะต้องดำเนินการสอบสวนอย่างเต็มที่ตามที่คณะกรรมการเห็นว่าสมควร และจะต้องยื่นรายงานสรุปการสอบสวนต่อสภาตุลาการภูมิภาค (Judicial Council of Circuit) ซึ่งในรายงานนั้นจะต้องระบุทั้งข้อค้นพบจากการสอบสวนและความเห็นหรือคำแนะนำของคณะกรรมการที่จำเป็นและการดำเนินการต่อไปที่เหมาะสม

⁸⁵ 28 U.S.C. § 353

ในกระบวนการสอบสวนนี้ ตามกฎหมายอนุญาตให้สภาตุลาการแต่ละแห่งสามารถกำหนดระเบียบการสอบสวนได้ตามสมควรแต่จะต้องประกันสิทธิของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไว้⁸⁶ อันได้แก่ สิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกร้องเรียนที่จะได้รับแจ้งล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษร ในระยะเวลาที่เพียงพอสำหรับการสอบสวนใดๆ เพื่อให้ผู้พิพากษาดังกล่าวได้เตรียมตัว สิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกร้องเรียนที่จะต้องมีโอกาสในการปรากฏตัวไม่ว่าด้วยตนเองมอบหมายให้ที่ปรึกษามาปรากฏตัวในการสอบสวนโดยคณะกรรมการสอบสวนก็ตาม หรือเข้ารับฟังการสืบพยาน หรือการถามค้านพยาน หรือการแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร สิทธิของผู้ร้องเรียนที่จะต้องมีโอกาสปรากฏตัวในกระบวนการสอบสวนโดยคณะกรรมการสอบสวน และเสนอข้อมูลที่จำเป็น แต่อย่างไรก็ดี ในกระบวนการสอบสวนนี้จะต้องปิดไว้เป็นความลับ⁸⁷ เอกสารและบันทึกกระบวนการพิจารณาทุกชิ้นที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนพฤติกรรมจะไม่ถูกเปิดเผยต่อบุคคลไม่ว่ากระบวนการใดๆ ยกเว้นผู้ร้องเรียนจะขอสำเนารายงาน การสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนพิเศษ หรือการเปิดเผยเพื่อดำเนินการถอดถอนผู้พิพากษา หรือได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้พิพากษาที่ถูกสอบสวนและผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอุทธรณ์หรือ ประธานตุลาการแห่งสหรัฐอเมริกาหรือประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในสภาตุลาการสหพันธ์

(3) ขั้นตอนการพิจารณาโดยสภาตุลาการภูมิภาค (Judicial Council of Circuit)⁸⁸ และการพิจารณาโดยสภาตุลาการสหพันธ์ (Judicial Conference of the United States)⁸⁹

เมื่อสภาตุลาการภูมิภาคได้รับรายงานแล้วอาจสั่งให้ทำการสอบสวนเพิ่มเติม ตามที่เห็นว่าจำเป็น หรืออาจสั่งยกคำร้องหากเป็นว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูล แต่ถ้าคำร้องไม่ได้ถูกยก จะต้องดำเนินการตามที่เห็นว่าเหมาะสมในการประกันประสิทธิภาพและการบริหารกิจการของศาลภายใน ภูมิภาคของตน โดยสภาตุลาการมีอำนาจเพียงการออกคำสั่งห้ามจ่ายสำนวนให้กับผู้พิพากษาที่ถูกต้องเป็น การชั่วคราว โดยมีกำหนดระยะเวลา หรือเรียกมาดำเนินเป็นการส่วนตัว (Private) หรือดำเนินโดยการ ประกาศต่อสาธารณะก็ได้ หรือหากเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ก็อาจเรียกร้อง ให้ผู้พิพากษาสมัครใจเกษียณอายุตนเอง โดยยกเว้นข้อกำหนดในเรื่องระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของ ผู้ที่ขอเกษียณอายุตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ แต่ไม่ว่ากรณีใด สภาตุลาการจะไม่สามารถสั่งถอดถอนผู้

⁸⁶ 28 U.S.C. § 358

⁸⁷ 28 U.S.C. § 360

⁸⁸ 28 U.S.C. § 353

⁸⁹ 28 U.S.C. § 354

พิพากษาออกจากตำแหน่งได้ หากสภาตุลาการภูมิภาคเห็นว่าพฤติกรรมของผู้พิพากษาที่ถูกสอบสวนนี้เข้าข่ายว่าอาจถูกถอดถอนได้ตามรัฐธรรมนูญ หรือกรณีไม่อาจแก้ไขโดยสภาตุลาการภูมิภาค สภาตุลาการภูมิภาคจะต้องส่งคำร้องและบันทึกของการดำเนินการต่างไปให้สภาตุลาการสหพันธ์พิจารณา และหากสภาตุลาการสหพันธ์เห็นด้วยกับข้อเสนอของสภาตุลาการก็จะต้องส่งคำร้องและรายงานการสอบสวนไปให้สภาผู้แทนราษฎรเพื่อดำเนินการตามขั้นตอนถอดถอนผู้พิพากษาต่อไป โดยเลขาธิการสภาผู้แทนจะต้องเปิดเผยต่อสาธารณะถึงการดำเนินการของสภาผู้แทนราษฎรพร้อมด้วยเหตุผลที่ตัดสินใจเช่นนั้น

ผู้ร้องหรือผู้พิพากษาที่เสียหายจากการกระทำของสภาตุลาการภูมิภาคสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อสภาตุลาการสหพันธ์แห่งสหรัฐอเมริกาได้ โดยทุกคำสั่งและคำวินิจฉัยรวมถึงคำสั่งปฏิเสธการอุทธรณ์ของสภาตุลาการสหพันธ์เป็นที่สุดและเด็ดขาด และไม่อาจถูกทบทวนได้อีกไม่ว่าจะโดยการฟ้องอุทธรณ์ต่อศาลหรือวิธีการอื่นใด

6.2.3.2 ระบบการพิจารณาแบบเปิดของฝรั่งเศส (Participation System)

ระบบเปิดคือระบบที่ใช้กระบวนการพิจารณาแบบเปิดเผยในการพิจารณาความผิดทางวินัยของผู้พิพากษาแบบเดียวกับการพิจารณาคดีในศาล โดยฝรั่งเศสนำระบบนี้มาใช้กับการปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2010 โดยกระบวนการพิจารณาอาจแยกได้เป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่

(1) การริเริ่มกระบวนการ

การเริ่มกระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมเริ่มได้ 3 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การยื่นคำร้องโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในฐานะผู้รับผิดชอบการให้บริการสาธารณะทางตุลาการ⁹⁰ หากเห็นว่าผู้พิพากษากระทำการหรือมีความประพฤติอาจถูกพิจารณาลงโทษทางวินัยสามารถยื่นเรื่องให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณา โดยรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้ผู้ตรวจการกิจการตุลาการ (Inspector General Legal Services) ทำการสอบสวนข้อเท็จจริงในเบื้องต้นก่อนก็ได้ ส่วนกรณีที่สอง การยื่นคำร้องโดยประธานศาลอุทธรณ์⁹¹ ในฐานะผู้รับผิดชอบดูแลความเรียบร้อยในศาลระดับล่างในเขตอำนาจของศาลอุทธรณ์ที่ตนเองดูแลอยู่

กรณีที่สาม การยื่นคำร้องโดยคู่ความ ที่เห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของผู้พิพากษาอาจเป็นความผิดทางวินัย⁹² โดยการยื่นคำร้องกรณีที่สามเป็นสิทธิของคู่ความคนใดที่เห็นว่าในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลที่เกี่ยวข้องน่าจะเป็นความผิดก็สามารถยื่นคำร้องขอให้

⁹⁰ มาตรา 48-1 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

⁹¹ มาตรา 50-2 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

⁹² มาตรา 50-3 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

การตรวจสอบได้ที่คณะกรรมการตุลาการโดยตรง⁹³ จากเดิมที่การริเริ่มดำเนินการทวงวินัยเป็นอำนาจของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมหรือประธานศาลอุทธรณ์เท่านั้น

การยื่นคำร้องโดยคู่ความนี้จะมีเงื่อนไขกำหนดไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากการยื่นคำร้องโดยรัฐมนตรีหรือหัวหน้าศาล โดยคำร้องนั้นจะยื่นทันทีหรือในขณะที่ผู้พิพากษาหรืออัยการกำลังดำเนินการสอบสวนพิจารณาอยู่ไม่ได้ แต่จะยื่นได้หลังจากครบ 1 ปี นับจากวันที่คำพิพากษานั้นถึงที่สุด เหตุที่ไม่อนุญาตให้ยื่นระหว่างกระบวนการพิจารณา น่าจะมาจาก ประการแรก การยื่นคำร้องเป็นการร้องขอให้ลงโทษทางวินัยกับผู้พิพากษา ไม่ได้ขอให้เพิกถอนหรือระงับกระบวนการพิจารณาจึงไม่จำเป็นต้องยื่นระหว่างพิจารณาคดีก็ได้ ประการที่สอง หากเปิดโอกาสให้ยื่นระหว่างพิจารณาคดีจะเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ประการที่สาม อาจจะเป็นช่องทางให้เกิดการหน่วงเหนี่ยวกระบวนการพิจารณาให้ล่าช้าโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้ ในขณะที่ดำเนินการสอบสวนพิจารณา คู่ความสามารถโต้แย้งพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องเหมาะสม โดยกระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้ เช่น การร้องขอให้เพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่มีข้อบกพร่อง หรือขอให้ศาลที่สูงกว่าเพิกถอนคำพิพากษาได้ เป็นต้น

ในคำร้องจะต้องระบุข้อกล่าวหา และความเดือดร้อนเสียหาย กระบวนพิจารณา การละเลยไม่ปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาดังกล่าว และคำพิพากษา และลงลายมือชื่อของผู้ร้อง โดยระบุชื่อ ที่อยู่ของผู้ร้องด้วย⁹⁴

โดยคำร้องที่ยื่นมานั้นจะถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการพิจารณาคำร้อง (*la commission d'admission des requêtes*) ซึ่งประกอบไปด้วย⁹⁵ กรรมการตุลาการที่เป็นผู้พิพากษา 2 คน และเป็นบุคคลภายนอกฝ่ายตุลาการ 2 คน ซึ่งแต่งตั้งโดยประธานกรรมการตุลาการ โดยจะแต่งตั้งปีละครั้ง กรรมการ 3 คนเป็นองค์คณะ ลงคะแนนใช้เสียงข้างมาก หากคะแนนเท่ากันให้ประธานมีสิทธิออกเสียงชี้ขาด

หากคำร้องนั้นปรากฏชัดแจ้งว่าไม่มีมูลหรือไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ คณะกรรมการจะสั่งไม่รับคำร้องก็ได้ แต่หากคณะกรรมการรับคำร้องไว้พิจารณา คณะกรรมการฯ จะแจ้งไปยังผู้พิพากษาที่ถูกร้องเรียน และดำเนินการสอบสวนต่อไป⁹⁶ ในการสอบสวนของคณะกรรมการพิจารณาคำร้องนี้ คณะกรรมการจะต้องร้องขอไปยังหัวหน้าศาลที่ผู้พิพากษาที่ถูกร้องเรียนปฏิบัติหน้าที่ให้

⁹³ มาตรา 50-3 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

⁹⁴ มาตรา 50-3 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

⁹⁵ มาตรา 18 รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเลขที่ 94-100 (Loi organique n° 94-100)

⁹⁶ มาตรา 50-3 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

ความเห็นหรือให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง โดยคณะกรรมการอาจจะเรียกผู้ร้องและผู้ถูกร้องมาให้การต่อหน้าคณะกรรมการฯ แล้วจึงวินิจฉัย

หากคณะกรรมการวินิจฉัยว่าคำร้อง จะไม่เป็นการตัดสิทธิของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมหรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลที่จะหยิบยกเรื่องนี้มายื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตุลาการให้พิจารณาใหม่ แต่ถ้าวินิจฉัยว่าคำร้องนั้นมีมูล ก็จะส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการกรรมการตุลาการ (Disciplinary Board) พิจารณาต่อไป ซึ่งคำวินิจฉัยนั้นจะถูกแจ้งไปให้กับผู้พิพากษา ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลและรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมด้วย⁹⁷

(2) การพิจารณาโดยคณะกรรมการตุลาการ

การพิจารณาความผิดทางวินัยจะเป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ ในกรณีที่คำร้องขอให้ลงโทษทางวินัยนั้นถูกส่งมาจากคณะกรรมการพิจารณาคำร้องด้วยเหตุที่เป็นคำร้องที่ยื่นโดยคู่ความในคดี คณะกรรมการตุลาการที่พิจารณาคดีดังกล่าว จะประกอบไปด้วยประธานกรรมการตุลาการเป็นประธาน และกรรมการตุลาการอื่นอีก 7 คน รวมเป็น 8 คน โดยคณะกรรมการพิจารณาคำร้องจะเข้าร่วมเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีไม่ได้⁹⁸ เพราะจะขัดกับหลักความเป็นกลางเนื่องจากตนเองเคยพิจารณาคดีดังกล่าวมาแล้ว

เมื่อรับคำร้องแล้ว ประธานกรรมการตุลาการจะแต่งตั้งกรรมการเจ้าของสำนวน(Rapporteur) เป็นผู้รับผิดชอบการสอบสวนโดยจะต้องดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงทั้งหมดโดยมีอำนาจกระทำใดๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการสอบสวน⁹⁹ โดยผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิร้องขอให้เปิดเผยบันทึกเกี่ยวกับตัวเองและเอกสารการสอบสวนเบื้องต้น¹⁰⁰ มีสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่นหรือจากทนายความ และก่อนการพิจารณาจะต้องให้เจ้าตัวหรือทนายความรับทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 48 ชั่วโมงก่อนการพิจารณาในแต่ละครั้ง¹⁰¹

เมื่อได้สอบสวนเสร็จแล้วจะทำเป็นรายงานเสนอต่อคณะกรรมการตุลาการ จากนั้น คณะกรรมการจะเรียกให้ผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหามาให้การต่อคณะกรรมการตุลาการ โดยมีสิทธิที่

⁹⁷ มาตรา 50-3 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

⁹⁸ มาตรา 50-3 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

⁹⁹ มาตรา 52 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁰⁰ มาตรา 51 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁰¹ มาตรา 52 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

จะได้รับความช่วยเหลือโดยทนายความ¹⁰² และมีสิทธิที่จะเข้าถึงรายงานการสอบสวนทั้งหมด¹⁰³ และมีสิทธิที่จะให้คำอธิบายแก้ต่างและนำเสนอพยานหลักฐานแก้ข้อกล่าวหา¹⁰⁴ การพิจารณาโดยคณะกรรมการตุลาการนี้จะเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผย เว้นแต่มีเหตุจำเป็น เช่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความเป็นส่วนตัวหรือในสถานการณ์พิเศษที่อาจกระทบกระเทือนต่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจึงจะสามารถพิจารณาเป็นการลับได้¹⁰⁵ เมื่อสิ้นสุดการพิจารณาแล้ว คณะกรรมการจะประชุมปรึกษาเพื่อลงมติกันในห้องประชุม และเปิดเผยมติต่อสาธารณะ หากคณะกรรมการตุลาการมีมติว่าเป็นความผิดทางวินัยจะต้องกำหนดบทลงโทษ และแจ้งมติต่อผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้อง มติของคณะกรรมการตุลาการผู้ยื่นคำร้องไม่มีสิทธิอุทธรณ์¹⁰⁶

6.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

6.3.1 บทวิเคราะห์ปัญหา

ในระบบตุลาการไทยยอมรับว่าผู้พิพากษาสามารถมีความรับผิดชอบได้ทั้งความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญ ความรับผิดชอบทางกฎหมายและความรับผิดชอบทางวินัย แต่เมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อหาของความรับผิดชอบและกระบวนการพิจารณาโทษแล้วระบบการเรียกร้องความรับผิดชอบแต่ละประเภทมีปัญหาข้อบกพร่องดังจะได้วิเคราะห์แยกตามประเภทของความรับผิดชอบ ได้แก่ (6.3.1.1) ปัญหาความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญ (6.3.1.2) ความรับผิดชอบทางกฎหมาย และ (6.3.1.3) ความรับผิดชอบทางวินัย

6.3.1.1 ปัญหาความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญ

ความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญหรือการถอดถอนผู้พิพากษานั้นเป็นความรับผิดชอบทางการเมือง มีปัญหา 4 ประการได้แก่

(1) ปัญหาการกำหนดฐานความผิด

การกำหนดฐานความผิดสำหรับการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งในแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไป แต่หากพิจารณาการกำหนดฐานความผิดในระบบของต่างประเทศที่ได้

¹⁰² มาตรา 54 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁰³ มาตรา 55 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁰⁴ มาตรา 56 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁰⁵ มาตรา 57 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

¹⁰⁶ มาตรา 58 รัฐกำหนดเลขที่ 58-1270 (Ordonnance n° 58-1270)

หยาบคายจะพบว่าการกำหนดฐานความผิดมีความสัมพันธ์สอดคล้องกับปัจจัย 3 ประการ ได้แก่ ความมุ่งหมายเชิงกระบวนกรของการถอดถอน กระบวนการพิสูจน์ความผิด และความสัมพันธ์กับความผิดอื่นๆ ของผู้พิพากษา

ปัจจัยแรก ฐานความผิดกับความมุ่งหมายเชิงกลไกของระบบการถอดถอนผู้พิพากษาคือการสร้างความพร้อมรับผิดของผู้พิพากษาต่อตัวแทนประชาชน ในลักษณะที่ว่าผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน ดังนั้น ประชาชนจึงควรจะมีเชื่อมั่นว่าผู้พิพากษาจะใช้อำนาจแทนตนเองได้อย่างเหมาะสม หากเมื่อใดก็ตามที่ผู้พิพากษาประพฤติปฏิบัติไม่เหมาะสม ประชาชนย่อมต้องสามารถถอดถอนผู้พิพากษานั้นออกจากตำแหน่งได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ ฐานความผิดจึงควรจะต้องเป็นเรื่องความเหมาะสมของพฤติกรรมของผู้พิพากษา

ปัจจัยที่สอง ฐานความผิดกับกระบวนการพิสูจน์ความผิดหรือกระบวนการพิจารณาความผิด กระบวนการพิจารณาถอดถอนนั้นใช้การสอบสวนโดยคณะกรรมการในสภา และให้สมาชิกรัฐสภาอภิปรายถึงการกระทำที่ถูกกล่าวหา ลักษณะของการพิจารณาจึงคล้ายคลึงกับการอภิปรายไม่ไว้วางใจที่ใช้ไฉไล การอธิบายแสดงเหตุผลถึงความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมมากกว่าการนำพยานหลักฐานเข้ามาพิสูจน์ความรับผิดทางกฎหมายโดยแท้ที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าได้มีการกระทำหรือข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำหรือมีส่วนในการกระทำในข้อเท็จจริงนั้นหรือไม่ และผู้ถูกกล่าวหาควรจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นหรือไม่

และปัจจัยสุดท้าย ฐานความผิดกับความสัมพันธ์กับความรับผิดอื่นๆ สำหรับในสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาได้รับความคุ้มกันทางกฎหมายที่จะไม่ต้องรับผิดทางแพ่งและอาญาหากปฏิบัติหน้าที่ภายในกรอบของกฎหมายไม่ว่ากรณีใด ดังนั้น ฐานความผิดในการถอดถอนจึงกำหนดให้มีลักษณะเป็นความรับผิดทางอาญา เช่น การกบฏหรือทรยศต่อชาติ รับสินบนหรือความผิดอาญาหรือประพฤติดีชอบอย่างร้ายแรงเพื่อให้มีช่องทางในการลงโทษผู้พิพากษา ส่วนกรณีของเยอรมนีและญี่ปุ่นที่ผู้พิพากษามีได้มีความคุ้มกันและสามารถรับผิดได้ทั้งทางแพ่งและอาญา ฐานความผิดจึงกำหนดไว้แตกต่างไปจากความรับผิดทางแพ่งหรืออาญา เช่น กระทำผิดในหน้าที่การงานอย่างร้ายแรง หรือเกียจคร้านในหน้าที่การงานอย่างร้ายแรง กระทำการใดๆ ทั้งในหรือนอกหน้าที่การงานอันอาจเสื่อมเสียความเชื่อถืออย่างร้ายแรง ในฐานะผู้พิพากษา หรือในเยอรมนี ฐานความผิดในการถอดถอนผู้พิพากษามีกรณีเดียวคือการละเมิดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือระบอบรัฐธรรมนูญของมลรัฐ

หากย้อนกลับมาพิจารณาการกำหนดฐานความผิดในการถอดถอนผู้พิพากษาของไทยจะพบว่า ฐานความผิดที่กำหนดสำหรับการถอดถอน อันได้แก่มีพฤติการณ์ร้ายผิดปกติ ส่อไป

ในทางทฤษฎีต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง สามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรกคือ ความผิดในทางกฎหมายอาญา เช่น การมีพฤติกรรมร่ำรวยผิดปกติ การส่อไปในทางทุจริต การกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ และกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม และกลุ่มที่สอง ความผิดในความเหมาะสมของการดำรงตำแหน่ง อันได้แก่ จงใจใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

หากพิจารณาปัจจัยทั้งสามที่ได้กล่าวถึงข้างต้นกับฐานความผิดในการถอดถอนผู้พิพากษาไทยทำให้เห็นว่าฐานความผิดในกลุ่มแรกไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายเชิงกลไกกระบวนการพิจารณาความผิดและความสัมพันธ์กับความรับผิดอื่นๆ กล่าวคือความรับผิดในกลุ่มแรกไม่ใช่ความมุ่งหมายในการถอดถอนที่มุ่งพิจารณาถึงความไว้วางใจให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งต่อไปโดยตรง กระบวนการพิจารณาที่ใช้การอภิปรายในรัฐสภาไม่สามารถพิสูจน์และให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหาได้ และเป็นฐานความผิดที่ซ้ำซ้อนกับความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้อื่นๆ ดังนั้นฐานความผิดที่กำหนดไว้ดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมและควรจะได้รับแก้ไข

(2) ปัญหากระบวนการถ่วงดุลในกระบวนการพิจารณาถอดถอน

ในระบบการถอดถอนในต่างประเทศ จะวางระบบการถ่วงดุลอำนาจ โดยแยกกระบวนการพิจารณาเป็นสองขั้นตอน โดยองค์กรที่มีที่มาแตกต่างกันพิจารณา ทั้งในญี่ปุ่น เยอรมนี และสหรัฐอเมริกา ที่มาขององค์กรที่พิจารณาในแต่ละขั้นตอน ซึ่งมีลักษณะเป็นการถ่วงดุลกัน ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า องค์กรที่พิจารณาแต่ละขั้นตอนเป็นกลุ่มคนหรือกลุ่มผลประโยชน์คนละพวกกัน เช่น สหรัฐอเมริกา เยอรมนี ส่วนในญี่ปุ่นเป็นการผสมผสานจนไม่มีกลุ่มผลประโยชน์ใดสามารถครอบงำกระบวนการพิจารณาได้ทั้งสองขั้นตอน

ระบบการถอดถอนของไทย แม้จะดูเหมือนจะวางไว้เช่นเดียวกัน คือ ป.ป.ช. กับวุฒิสภา แต่หากพิจารณาทั้งสององค์กรต่างก็มาจากกระบวนการคัดเลือกโดยฝ่ายตุลาการเหมือนกัน และจะต้องใช้คะแนนเสียงสามในห้า องค์กรที่พิจารณาในกระบวนการถอดถอนทั้งสองขั้นตอนจึงเป็นกลุ่มผลประโยชน์เดียวกัน มาจากที่เดียวกัน ระบบการถ่วงดุลดังกล่าวจึงไม่อาจจะทำหน้าที่ถ่วงดุลกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ กระบวนการถอดถอนผู้พิพากษาที่กำหนดโดยอาศัยกลไกตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 อาจจะก่อให้เกิดปัญหาที่เรียกว่า “ปัญหาจริยธรรมวิบัติ” (Moral Hazard)

เนื่องจากทั้งกรรมการ ป.ป.ช. ที่เป็นองค์กรชี้มูลความผิด และวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรพิจารณาลงโทษต่างก็มาจากการสรรหาของประมุขฝ่ายตุลาการทั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครอง และประธานศาลฎีกา ย่อมเกิดปัญหาข้อสงสัยทั้งตอนที่ว่าจะคัดเลือกกว่าประธานศาลเหล่านี้จะเลือกบุคคลที่จะมาถอดถอนตนเองในอนาคตหรือไม่ และข้อสงสัยในขั้นตอนจะถอดถอนว่าบุคคลที่ได้รับสรรหาโดยองค์กรเหล่านี้จะใช้อำนาจถอดถอนบุคคลที่เลือกตนมาปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ กรณีดังกล่าวจะทำให้ระบบไม่สามารถคลี่คลายความกังวลสงสัยของสาธารณะชนได้ แม้ว่าองค์กรทั้งสองจะปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตก็ตาม

(3) ปัญหาโทษอุปกรณ

โทษอุปกรณหมายถึงโทษที่พ่วงติดมากับโทษถอดถอน กล่าวคือ ในระบบการถอดถอนองค์กรของรัฐในระบบกฎหมายไทย มติให้ถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งมิได้ไม่เพียงแต่การพ้นจากตำแหน่งของผู้ถูกถอดถอนแต่เพียงสถานเดียวเท่านั้น แต่การถอดถอนยังมีโทษห้ามดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือตำแหน่งราชการอื่นใดต่อไปอีก 5 ปี จึงอาจเรียกได้ว่าโทษให้พ้นจากตำแหน่งหรือการถอดถอนเป็น “โทษประธาน” ส่วนการตัดสิทธิการดำรงตำแหน่งต่างๆ จึงเป็น “โทษอุปกรณ”

การพ่วงโทษอุปกรณมาในกระบวนการถอดถอนจึงเกิดปัญหาสำคัญคือ การลงโทษที่เป็นการจำกัดสิทธิบุคคลโดยกระบวนการพิจารณาถอดถอนซึ่งเป็นกระบวนการทางการเมืองนั้นเหมาะสมและเป็นธรรมเพียงพอแก่ผู้ที่ถูกถอดถอนหรือไม่ อีกทั้งมติถอดถอนและจำกัดสิทธิของบุคคลดังกล่าวไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปยังองค์กรใดได้ โดยหลักองค์กรที่สามารถใช้อำนาจจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคลและมีผลเป็นที่สุดท้ายคือองค์กรตุลาการ เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรเดียวที่มีหลักประกันในกระบวนการพิจารณาคดีว่าผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับความเป็นธรรมในการต่อสู้ข้อกล่าวหา ทั้งการประกันว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ อีกทั้งสามารถนำเสนอพยานหลักฐานในการแก้ข้อกล่าวหาได้อย่างเต็มที่ และยังสามารถอุทธรณ์ต่อคำพิพากษาได้หากผลของคดีในครั้งแรกไม่เป็นคุณกับตน แต่ในขณะที่กระบวนการถอดถอนเป็นกระบวนการพิจารณาทางการเมือง ซึ่งไม่ได้มีหลักประกันแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่มั่นคงและเป็นธรรมเท่ากับกระบวนการทางตุลาการ ดังนั้น การลงโทษตัดสิทธิการดำรงตำแหน่งต่างๆ อันเป็นโทษอุปกรณจึงไม่เหมาะสมที่จะใช้กระบวนการถอดถอนซึ่งเป็นกระบวนการทางการเมืองเพราะไม่ได้มีหลักประกันสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมที่ดีเพียงพอเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการทางตุลาการ

6.3.1.2 ปัญหาความรับผิดทางแพ่งและอาญา

ปัญหาความรับผิดทางกฎหมายทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญามีปัญหาใกล้เคียงกันโดยอาจแยกได้เป็น 2 ประเด็น ได้แก่ (6.3.2.1) ปัญหาการขาดบทบัญญัติที่ชัดเจน และ (6.3.2.2) ปัญหาการใช้การตีความกฎหมาย

(1) ปัญหาการขาดบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจน

ทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติความรับผิดไว้โดยตรง อีกทั้งไม่มีบทบัญญัติยกเว้นความรับผิดหรือบทคุ้มกันแก่ผู้พิพากษา ดังนั้น การพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อขัดแย้งกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ผู้พิพากษาผู้กระทำย่อมมีความรับผิดทั้งทางแพ่งและอาญา สำหรับกรณีความรับผิดทางแพ่งที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และความรับผิดอาญาเป็นไปตามมาตรา 157 ฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยทุจริต แต่อย่างไรก็ดี การใช้บทความรับผิดทั่วไปมาใช้กับกรณีผู้พิพากษาที่ต้องการความคุ้มครองเพื่อให้สามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้โดยไม่ต้องเกรงจะได้รับผลร้ายจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองมากไปกว่าเจ้าหน้าที่รัฐธรรมดาย่อมไม่เหมาะสมกับสภาพของเรื่อง

สำหรับกรณีความรับผิดทางแพ่ง การนำมาตรา 420 มาใช้กับผู้พิพากษาโดยตรงจึงเป็นปัญหาเช่นเดียวกับกรณีนำมาตรา 420 มาใช้กับเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2540 กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวแม้จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตแต่เกิดความผิดพลาดจากการประมาทเลินเล่อ เพราะความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงประมาทเลินเล่อธรรมดา ผู้กระทำก็ต้องรับผิดแล้ว และแม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะให้ฟ้องร้องหน่วยงานต้นสังกัดได้ แต่สุดท้ายหน่วยงานต้นสังกัดก็มีสิทธิไล่เบี้ยเอาจากผู้พิพากษาได้ในท้ายที่สุด ดังนั้น หากเปรียบเทียบกับกรณีของฝรั่งเศสหรือเยอรมนีที่ให้ความคุ้มครองผู้พิพากษาแต่ไม่ได้ละเลยที่จะชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายโดยการอนุญาตให้ผู้เสียหายฟ้องร้องเพื่อพิสูจน์ว่าการกระทำของผู้พิพากษาเป็นความผิดหรือไม่ และหากพิสูจน์แล้วว่าเป็นความผิด รัฐก็พร้อมที่จะชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นการชดเชย โดยรัฐอาจไล่เบี้ยกับผู้พิพากษาที่เป็นต้นเหตุได้หากความเสียหายดังกล่าวเกิดจากความผิดของผู้พิพากษาจริงๆ

ส่วนกรณีความรับผิดทางอาญา ที่นำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบมาใช้กับความรับผิดของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ไม่เหมาะสมเช่นกัน เนื่องจากความผิดตามมาตรา 157 จำกัดเฉพาะกรณีปฏิบัติหน้าที่โดยมิ

ชอบเพื่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต เท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยอคติหรือโดยแรงจูงใจทางการเมือง เช่น การตีความกฎหมายเพื่อจงใจให้เกิดผลทางการเมืองที่ตนเองต้องการซึ่งการกระทำในลักษณะนี้ ในเยอรมนีเป็นความผิดอาญารฐานบิดเบือนกฎหมาย แต่กรณีของไทยจะไม่ใช่ความผิดเพราะไม่ได้มีเจตนาทุจริตหรือเพื่อให้ได้ประโยชน์อันมิควรจะได้โดยชอบแก่ตนเองหรือผู้อื่น

(2) ปัญหาการใช้การตีความกฎหมาย

ในการพิจารณาความผิดอาญากรณีผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือเป็นการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ศาลไทยจะใช้และตีความกฎหมายดังกล่าวในลักษณะคล้ายคลึงกับหลักความคุ้มกันของฝ่ายตุลาการแบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ ศาลพิจารณาเพียงว่าการใช้อำนาจของผู้พิพากษานั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ หากอยู่ในขอบเขตอำนาจดังกล่าว แม้จะผิดพลาดหรือคู่ความไม่พอใจก็ไม่มี ความผิด¹⁰⁷ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 466/2518 โจทก์ฟ้องผู้พิพากษาหัวหน้าศาลว่ากลั่นแกล้งกักขัง หน่วงเหนี่ยวโจทก์ โดยข่มขืนใจให้ ส. แก้อาคาหลักทรัพย์ของ ย. ผู้ขอประกันตัวโจทก์จากราคา 120,000 บาท ให้เหลือเพียง 60,000 บาท จนไม่พอประกัน กับแกล้งปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบโดยทุจริต ไม่ยอมตีราคาหลักทรัพย์ของผู้ขอประกันเมื่อ 9 นาฬิกา จนเมื่อเวลาศาลจะปิดทำการแล้ว จึงแจ้งแก่โจทก์ว่า หลักทรัพย์ไม่พอ ทำให้โจทก์ไม่มีโอกาสไปหาหลักทรัพย์มาเพิ่มได้ทัน ศาลชั้นต้นยกฟ้องโดยไม่ไต่สวนมูลฟ้อง และศาลฎีกาพิพากษายืนโดยให้เหตุผลว่า กรณียังไม่ถือได้ว่าจำเลยแกล้งปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยมีเจตนาทุจริตดังที่โจทก์อ้าง¹⁰⁸

แต่หากเปรียบเทียบการใช้การตีความบทบัญญัติเดียวกันแต่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเป็นผู้กระทำพบว่าแม้เจ้าหน้าที่รัฐจะได้กระทำภายในขอบเขตของกฎหมายก็ตาม แต่หากใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจหรือโดยปราศจากเหตุผล¹⁰⁹ ศาลก็จะพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7663/2543 การแต่งตั้ง

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 54/24110, 612/2526, 248/2524

¹⁰⁸ ภิรม ธงสันติ, “การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต(การบริหารงานยุติธรรม) คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 48.

¹⁰⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 15, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.275.

ข้าราชการอัยการให้ดำรงตำแหน่งต่างๆ จำเลยเสนอชื่อบุคคลที่มีอาวุโสต่ำกว่าโจทก์ไว้เป็นอันดับสูงกว่าโจทก์ถึงสามครั้งเพราะถือเอาสาเหตุที่จำเลยมีสาเหตุส่วนตัวกับโจทก์เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2105/2544 จำเลยเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มีคำสั่งพักราชการโจทก์ โจทก์ขอให้นายกรัฐมนตรีทบทวนคำสั่งและได้สั่งให้จำเลยเรียกโจทก์กลับเข้ารับราชการ แต่จำเลยละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยปล่อยให้เวลาผ่านไป 7 เดือนจึงมีคำสั่งให้โจทก์กลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิมซึ่งเหลือเวลาเพียง 15 วันโจทก์จะครบกำหนดเกษียณอายุราชการ แสดงว่าจำเลยมีเจตนาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ จำเลยจึงมีความเป็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157¹¹⁰

นอกจากนี้ การตีความในลักษณะดังกล่าวยังได้ถูกนำไปใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีทางแพ่งด้วย เช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7645/2546 โจทก์ฟ้องตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำเลยในคดีละเมิดว่าจำเลยไม่มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องสมาชิกภาพของโจทก์เนื่องจากโจทก์เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามกฎหมายที่กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว ไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญ การที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจวินิจฉัยคดีนี้จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำละเมิด แต่ศาลฎีกาได้พิพากษาจำเลยซึ่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใช้ดุลพินิจในการทำคำวินิจฉัยซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 เพียงแต่ผลของคำวินิจฉัยไม่เป็นไปตามที่โจทก์ประสงค์เท่านั้น จึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์เสียหาย โดยศาลไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่าตุลาการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

จากกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าในการพิจารณาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือความรับผิดเพื่อละเมิดในทางแพ่งนั้นนอกจากศาลจะต้องพิจารณาว่าการใช้อำนาจนั้นอยู่ภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ ศาลจะต้องลงไปพิจารณาอีกว่าการใช้อำนาจพินิจของผู้พิพากษานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ในทางข้อเท็จจริง ในกรณีที่ผู้พิพากษาถูกฟ้องด้วยมาตราดังกล่าว ศาลจะพิจารณาแต่เพียงว่าผู้พิพากษานั้นใช้อำนาจหน้าที่ตามขอบเขตอำนาจหรือไม่ และศาลจะพิพากษาเลยว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วย แต่จะไม่เข้าไปพิจารณาต่อว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบหรือไม่ ซึ่งลักษณะการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าวคล้ายคลึงกับหลักความคุ้มกันของฝ่ายตุลาการของคอมมอนลอว์ต่างๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดในระบบกฎหมายไทยที่ยกเว้นความรับผิดให้กับผู้พิพากษาโดยตรง

¹¹⁰ เพ็ญอ้าง, น.275.

6.3.1.3 ปัญหาความรับผิดชอบทางวินัย

สำหรับความรับผิดชอบทางวินัยของทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองต่างใช้ระบบปิดด้วยกันทั้งสองระบบศาล โดยอาจจำแนกข้อบกพร่องของระบบดังกล่าวได้ ดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาการปิดของกระบวนการลงโทษทางวินัย

ทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองต่างใช้ระบบปิดในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษา โดยทั้งกระบวนการริเริ่ม การพิจารณาและสั่งลงโทษจะเป็นกระบวนการภายในของฝ่ายตุลาการเอง โดยอาจจะเปิดเผยเพียงการมีมติลงโทษเท่านั้น แต่สาธารณะชนจะไม่รู้รายละเอียดที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งระบบปิดนี้จะมีข้อดีในแง่ของการป้องกันการแทรกแซงจากองค์กรภายนอก ฝ่ายตุลาการที่จะอาศัยกระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยมาแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ และยังรักษาภาพลักษณ์ที่ดีขององค์กรตุลาการทั้งองค์กรมิให้ต้องเสื่อมเสียจากการกระทำไม่ถูกต้องเหมาะสมจากผู้พิพากษาบางคน การรักษาภาพลักษณ์ที่ดีจะทำให้สังคมยังคงความเชื่อมั่นและไว้วางใจที่มีต่อองค์กรตุลาการได้

แต่อย่างไรก็ดี ในระบบการพิจารณาโทษทางวินัยแบบปิดก็มีข้อบกพร่องหลายประการเช่นกัน ในแง่ของความโปร่งใสในการพิจารณาข้อกล่าวหาความผิดของผู้พิพากษา การไม่เปิดให้สาธารณะชนได้รับรู้รับทราบหรือมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความไม่เข้าใจแก่สาธารณะชนได้โดยง่าย

และหากพิจารณากระบวนการพิจารณาแบบเปิดในแง่ที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาจะมีข้อดีในแง่ที่ว่าประชาชนจะช่วยให้การสอดส่องพฤติกรรมของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจะต้องระมัดระวังพฤติกรรมของตนเองมากยิ่งขึ้น การพิจารณาความผิดโดยเปิดเผยช่วยลดความคลางแคลงใจหรือข้อครหาว่าผู้พิพากษาช่วยเหลือตนเองในกรณีที่สุดท้ายคณะกรรมการตุลาการเห็นว่าการกระทำของผู้พิพากษาไม่เป็นความผิดทางวินัย นอกจากนี้ แม้การลงโทษผู้พิพากษาแต่ละครั้งอาจทำให้วงการตุลาการเสียชื่อเสียง แต่หากพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่งจะพบว่าสิ่งที่ฝ่ายตุลาการจะได้รับกลับมาที่มากกว่าคือการยอมรับว่าระบบการควบคุมผู้พิพากษาเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพสามารถคัดกรองบุคคลที่มีพฤติกรรมไม่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรมออกไปจากระบบได้ ประชาชนจะเชื่อมั่นในระบบอย่างเป็นเหตุเป็นผลมากกว่า

นอกจากนี้ ระบบที่เปิดให้ประชาชนได้ดำเนินการร้องเรียนเพื่อให้ผู้พิพากษาที่ถูกพิจารณาความผิดทางวินัยนั้นเป็นเสมือนกระจกสะท้อนความรู้สึกนึกคิดหรือความต้องการของประชาชนต่อการบริการสาธารณะทางตุลาการที่ดำเนินการโดยศาลได้เป็นอย่างดี เพราะหากประชาชนมี

ความคับข้องใจที่เกิดจากการที่ไม่ได้รับการบริการที่ดีที่มีมาตรฐานย่อมมีช่องทางที่จะนำเสนอปัญหาข้อสู่กระบวนการพิจารณาได้ ฝ่ายผู้ทำหน้าที่พิจารณาเรื่องก็สามารถรวบรวม วิเคราะห์สังเคราะห์ข้อร้องเรียนต่างๆ นั้นมาทำการปรับปรุงแก้ไขการบริการของตนได้ดียิ่งขึ้น

(2) ปัญหากระบวนการพิจารณาโทษเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจอย่างมาก

ระบบการพิจารณาโทษทางวินัยทั้งของระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองเปิดช่องให้ผู้มีอำนาจมีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง ทั้งดุลพินิจในกระบวนการพิจารณา และดุลพินิจในเชิงเนื้อหาหรือดุลพินิจในการตีความกฎหมาย ดุลพินิจในกระบวนการนั้นตามกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการสอบสวนความผิดทางวินัยเปิดช่องให้ประธานศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดตัวกรรมการสอบสวนในเบื้องต้นก่อนที่กรณีจะถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการตุลาการได้ นอกจากนี้ ผู้มีอำนาจยังสามารถเปลี่ยนแปลงกรรมการสอบสวนได้ทุกเมื่อ การแต่งตั้งกรรมการหลังจากที่มีข้อกล่าวหาผู้พิพากษาแม้จะมีข้อดีในแง่ความยืดหยุ่นและประธานศาลสามารถเลือกกรรมการที่เหมาะสมกับสภาพของเรื่องได้ แต่ระบบดังกล่าวจะมีข้อเสียในเรื่องอาจถูกครหาว่าประธานศาลใช้อำนาจแต่งตั้งกรรมการเพื่อช่วยเหลือหรือเพื่อเอาผิดผู้พิพากษาได้ ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับระบบแบบฝรั่งเศสที่กำหนดผู้ที่จะทำการสอบสวนไว้ล่วงหน้าอันเป็นการปิดช่องทางการใช้ดุลพินิจในการตั้งคณะกรรมการสอบสวน ระบบหลังมีหลักประกันที่ดีกว่า

นอกจากนี้ ในกฎหมายยังใช้ถ้อยคำหลวมๆ เช่น การทำความผิดวินัยร้ายแรง แต่ไม่ถึงขั้นให้ไล่ออก หรือการทำผิดวินัยร้ายแรงแต่ไม่ถูกขึ้นปลดออก เป็นต้น ถ้อยคำดังกล่าวแม้จะช่วยให้คณะกรรมการตุลาการสามารถเลือกลงโทษทางวินัยที่เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงได้ แต่ในขณะเดียวกันก็เปิดช่องให้เกิดความไม่แน่นอนในการพิจารณาลงโทษผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน

(3) ปัญหาการประกันสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม

ในแง่การประกันสิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหา แม้ในกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการสอบสวนจะรับรองสิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาไว้หลายประการ เช่น สิทธิที่จะคัดค้านกรรมการสอบสวน หรือสิทธิที่จะชี้แจงและนำพยานหลักฐานเข้าเสนอต่อคณะกรรมการที่พิจารณาก็ตาม แต่สิทธิหลายประการของผู้ถูกกล่าวหา ยังไม่ได้มีการรับรอง เช่น สิทธิที่จะมีทนายความ สิทธิในการคัดค้านกรรมการตุลาการที่อาจมีอคติต่อผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหา หรือสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย เป็นต้น

(3) ปัญหาความรับผิดชอบวินัยตุลาการศาลทหาร

สำหรับตุลาการศาลทหารซึ่งไม่ได้กำหนดระบบหรือกระบวนการลงโทษทาง

วินัยในสถานะตุลาการที่แตกต่างหากจากสถานะข้าราชการทหารแต่อย่างใด ดังนั้น วินัยทหารก็คือวินัยของตุลาการศาลทหารด้วย ซึ่งสภาพดังกล่าวจึงไม่มีหลักประกันความเป็นอิสระแก่ตุลาการศาลทหารที่เพียงพอในการพิจารณาลงโทษทางวินัยตุลาการ

6.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

6.3.2.1 การปรับปรุงระบบการถอดถอนผู้พิพากษา

ระบบการถอดถอนผู้พิพากษาโดยรัฐสภานั้นควรจะต้องยังคงไว้เพื่อสร้างความสัมพันธ์ในลักษณะความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการต่อรัฐสภาที่เป็นตัวแทนประชาชน แม้จะมีบทพร่องในแง่ที่ว่าอาจถูกใช้เป็นช่องทางของฝ่ายการเมืองเพื่อใช้ข่มขู่ คุกคามผู้พิพากษาที่กำลังตัดสินใจคดีอยู่ได้ แต่อย่างไรก็ดี การถอดถอนผู้พิพากษาแม้หากพิจารณาตามตัวบทกฎหมายอาจคิดได้ว่าการถอดถอนผู้พิพากษาไม่ใช่เรื่องยาก แต่หากพิจารณาในทางข้อเท็จจริงของประวัติศาสตร์การถอดถอนผู้พิพากษาตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่า มีผู้พิพากษาจำนวนน้อยรายมากที่จะถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยวิธีการดังกล่าว ในสหรัฐอเมริกาตามประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญ 200 กว่าปี มีผู้พิพากษาถูกถอดถอนเพียง 3 คนเท่านั้น ส่วนเยอรมันการถอดถอนตามรัฐธรรมนูญฉบับล่าสุด ครึ่งศตวรรษไม่ปรากฏว่ามีผู้พิพากษาถูกถอดถอนแม้แต่คนเดียว ในประเทศอื่นๆ ก็มีข้อมูลคล้ายๆ กันคือแทบจะไม่มีผู้พิพากษาถูกถอดถอน

เหตุที่เป็นเช่นนี้ เนื่องจากอุปสรรคของฝ่ายการเมืองในกระบวนการถอดถอน ไม่ได้อยู่จำนวนคะแนนเสียงในสภา หากแต่เป็นประชาชน เพราะเมื่อฝ่ายการเมืองจะเริ่มกระบวนการถอดถอนผู้พิพากษาซึ่งย่อมไม่ใช่เหตุการณ์หรือเรื่องปกติในสังคมประชาธิปไตย และต้องมีสื่อมวลชนทำข่าว และย่อมต้องตั้งคำถามว่าเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น ซึ่งแน่นอนว่าฝ่ายการเมืองจะต้องถูกโจมตีจากทั้งพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้าม นักวิชาการ รวมทั้งประชาชนทั่วไปว่าฝ่ายการเมืองกำลังแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ ซึ่งตรงนี้เองที่เป็นผนังทองแดงกำแพงเหล็กสำหรับผู้พิพากษา หรืออาจกล่าวได้ว่ากระบวนการถอดถอนของฝ่ายการเมืองจะถูกตรวจสอบในทางการเมืองโดยประชาชนเช่นกัน ดังนั้น การคงระบบดังกล่าวย่อมเป็นผลดีกว่าที่จะยกเลิกระบบดังกล่าวไป

ผลดีที่เกิดจากการคงระบบการถอดถอนผู้พิพากษาไว้นอกจากในเรื่องการสร้างความพร้อมรับผิดของผู้พิพากษาต่อองค์กรตัวแทนประชาชน เพื่อให้ผู้พิพากษามีความตระหนกอยู่ตลอดเวลาว่าตนเองมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่แม้จะเป็นการตัดสินใจคดีก็ตาม ระบบการถอด

ถอนผู้พิพากษายังเป็นทางออกสำหรับกรณีที่มีผู้พิพากษาที่มีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งอย่างยิ่ง แต่อย่างไรก็ดี ระบบการถอดถอนผู้พิพากษาศวจะมีการแก้ไขใน 4 ประการได้แก่

ประการแรก ความผิดที่อาจถูกถอดถอนได้ควรมีเฉพาะในความผิดฐานจงใจใช้อำนาจขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจริยธรรมอย่างร้ายแรง เนื่องจากระบบการถอดถอนเป็นการพิจารณาความผิดในเชิงการเมือง ไม่ใช่ความผิดทางกฎหมายโดยแท้ ที่จะต้องมีกระบวนการพิจารณาพิสูจน์ความผิดจากพยานหลักฐานที่เคร่งครัด ความผิดที่สามารถใช้กระบวนการทางการเมืองหรือการอภิปรายในรัฐสภาพิสูจน์คือความผิด 2 ฐานดังกล่าว ส่วนความผิดฐานอื่นๆ เช่น มีพฤติกรรมทุจริตต่อหน้าที่หรือร้ายแรงผิดปกติ หรือกระทำความผิดต่อหน้าที่ ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดทางอาญาด้วยซึ่งต้องการกระบวนการพิสูจน์พยานหลักฐานอย่างเคร่งครัดที่มีการประกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา การใช้กระบวนการถอดถอนมาพิจารณาความผิดในลักษณะนี้จึงไม่เป็นธรรมแก่ผู้พิพากษาเท่าใดนัก ในการนี้ อาจแยกการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งอื่นๆ ก็ได้ เพื่อไม่ให้ระบบการถอดถอนกระทบกระเทือนต่อการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งอื่นๆ

ประการที่สอง ตำแหน่งผู้พิพากษาที่อาจถอดถอนได้ ควรจะกำหนดผู้พิพากษาของศาลในทุกตำแหน่งและทุกลำดับชั้น รวมถึงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วยสามารถถูกถอดถอนได้ทั้งหมด แม้ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่จะเป็นผู้พิพากษาชั้นผู้น้อยแต่ก็มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับผู้พิพากษาชั้นผู้ใหญ่ ดังนั้น เมื่อมีอำนาจหน้าที่ที่จะต้องมีความพร้อมรับผิดชอบตัวแทนประชาชนนั้นก็คือการที่จะถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ ส่วนกรณีที่จะเกรงว่าระบบการถอดถอนจะเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้น ผู้เขียนเห็นว่าผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาได้จะต้องเป็นผู้ที่มีวุฒิภาวะและความมั่นคงทางจิตใจที่มากเพียงพอ และผู้พิพากษาที่มั่นใจว่าตัวเองมิได้กระทำการใดที่ผิดย่อมไม่เกรงกลัวต่อระบบการตรวจสอบใดๆ นอกจากนี้ ดังที่ได้อภิปรายข้างต้นว่าการถอดถอนผู้พิพากษานั้นไม่ว่าในสังคมใดไม่ใช่เรื่องที่สามารกระทำได้ง่าย เพราะแท้จริงแล้วการถอดถอนไม่ใช่การต่อสู้กันระหว่างฝ่ายรัฐสภากับผู้พิพากษาเท่านั้น แต่เป็นการต่อสู้กันระหว่างฝ่ายรัฐสภากับสังคมโดยรวม หากผู้พิพากษาเป็นผู้บริสุทธิ์ย่อมได้รับการสนับสนุนจากประชาชนที่เพียงพอที่จะข่มให้ฝ่ายรัฐสภาจะต้องเกรงกลัวจนไม่กล้าลุกแก่อำนาจเพื่อถอดถอนผู้พิพากษาเพียงคนเดียว

ประการที่สาม กระบวนการถอดถอนผู้พิพากษาศวควรแยกเป็น 2 ขั้นตอนที่มีลักษณะถ่วงดุลกัน โดยหากรัฐสภาไทยเป็นระบบสภาคู่ที่สภาทั้งสองมีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั้งสองสภา กรณีนี้ควรใช้ระบบการพิจารณาแบบสหรัฐอเมริกา กล่าวคือให้สภาล่างพิจารณายื่นคำร้องและให้สภาสูงทำหน้าที่พิจารณาลงมติว่าจะถอดถอนออกจากตำแหน่งหรือไม่

ประการที่สี่ กำหนดบทลงโทษไว้สำหรับผู้พิพากษาที่ถูกลงมติถอดถอนให้เหลือเพียงกรณีเดียวคือการถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยยกเลิบทะลาการหรือการตัดสินคดีไม่ว่าจะเป็นสิทธิใดๆ ก็ตาม

6.3.2.2 การกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญาของผู้พิพากษาให้ชัดเจน

สำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งและอาญา ผู้เขียนมีข้อเสนอแนวทางการแก้ไข ปัญหาโดยกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิพากษาทั้งในทางแพ่งและทางอาญาให้ชัดเจนโดยตราเป็นกฎหมายใหม่ หรืออาจแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่เดิมก็ได้ โดยใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายของเยอรมนีหรือฝรั่งเศสเป็นต้นร่างก็ได้ สำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งอาจแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กำหนดให้ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานต้นสังกัดผู้พิพากษาได้กรณีที่พิสูจน์ได้ว่าผู้พิพากษาก่อความผิดอาญาหรือเป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า โดยอาจกำหนดให้รัฐไล่เบี้ยผู้พิพากษาได้ในเฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษามีความผิดตามกฎหมายอาญาหรือจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติหน้าที่นั้น

ส่วนความรับผิดชอบทางอาญาอาจเพิ่มความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายสำหรับผู้พิพากษาลงในประมวลกฎหมายอาญาว่า “ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีหรือพิพากษาในประเด็นทางกฎหมายบิดเบือนกระบวนการยุติธรรมเพื่อประโยชน์หรือเพื่อขัดขวางคู่ความ มีความผิดที่ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงห้าปี”

6.3.2.2 การปรับปรุงระบบการพิจารณาความรับผิดชอบวินัย

กระบวนการพิจารณาความผิดทางวินัยสามารถแก้ไขได้ 4 ประการ ได้แก่
ประการแรก ก่อตั้งแผนกคดีวินัยผู้พิพากษาในศาลที่มีการกำหนดผู้พิพากษาประจำแผนกไว้อย่างชัดเจน โดยให้มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับวินัย อันได้แก่ การร้องขอให้ศาลลงโทษทางวินัยร้ายแรงที่มีโทษไล่ออก ปลดออก หรือให้ออก หรือให้มีเขตอำนาจในการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยไม่ร้ายแรงที่สั่งโดยองค์กรที่มีอำนาจควบคุมผู้พิพากษา โดยแผนกคดีวินัยดังกล่าวอาจรวมอยู่ในระบบศาลปกครองเป็นแห่งเดียวก็ได้ หรือจะแยกให้แต่ละระบบศาลมีแผนกคดีวินัยของตนเองก็ได้ การก่อตั้งแผนกคดีวินัยผู้พิพากษามีข้อดีในเรื่องการจำกัดดุลพินิจของประธานศาลในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิด เนื่องจากแผนกคดีดังกล่าวจะต้องมีผู้พิพากษาประจำแผนกปฏิบัติหน้าที่อยู่ อีกทั้งการมีผู้พิพากษาประจำแผนกจะช่วยเพิ่มความเชี่ยวชาญในด้านคดีวินัยผู้พิพากษาได้

ประการที่สอง การเปิดช่องทางให้บุคคลภายนอกยื่นคำร้องขอให้ลงโทษทางวินัยได้โดยตรง เช่นเดียวกับระบบของสหรัฐอเมริกาที่เปิดให้ประชาชนทั่วไปเห็นว่าผู้พิพากษามีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมสามารถยื่นคำร้องให้ศาลพิจารณาได้โดยตรง โดยอาจกำหนดวิธีพิจารณากรณีดังกล่าวไว้เป็นพิเศษ เช่น ให้มีผู้พิพากษาได้สวนข้อเท็จจริงเบื้องต้นก่อนที่จะมีการพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษาก็ได้ การเปิดช่องให้บุคคลทั่วไปสามารถยื่นคำร้องได้เป็นการให้ประชาชนช่วยตรวจสอบความประพฤติของผู้พิพากษาได้ อีกทั้งยังเป็นกระบวนการคลายความกังวลสงสัยหรือไม่สบายใจของประชาชนต่อความประพฤติของผู้พิพากษา การยื่นคำร้องดังกล่าวจะต้องกระทำอย่างเป็นทางการโดยมีการลงชื่อเป็นผู้ร้องอย่างชัดเจน กระบวนการที่เป็นทางการทำให้ผู้ร้องต้องแสดงตัวอย่างเปิดเผยจะช่วยกรองคำร้องไปในตัวเพราะไม่มีใครอยากเป็นคดีความกับผู้พิพากษาหากไม่มีเหตุขัดข้องหมองใจจริงๆ

แต่อย่างไรก็ดี ควรจะมีระบบปกป้องผู้ยื่นคำร้องโดยสุจริตไม่ให้อำนาจได้รับผลร้ายกรณีที่มีเมื่อมีการพิจารณาจนเสร็จสิ้นกระบวนการแล้วพบว่าผู้พิพากษามีได้มีความผิดทางวินัยซึ่งในระบบกฎหมายไทย ผู้ร้องในกรณีดังกล่าวอาจถูกศาลลงโทษฐานดูหมิ่น หมิ่นประมาทหรือละเมิดอำนาจศาลได้ ดังนั้น หากผู้ร้องยื่นคำร้องโดยสุจริต หรือเนื่องจากตนเองเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายจากพฤติกรรมของผู้พิพากษา แม้ภายหลังศาลจะวินิจฉัยว่าไม่เป็นความผิดก็ตาม ผู้ร้องก็ไม่ควรจะถูกลงโทษหรือได้รับผลร้ายใดๆ แต่หากเป็นกรณีการร้องเรียนเพื่อกลั่นแกล้งให้ผู้พิพากษาได้รับความเสียหายก็ควรจะมีบทกำหนดโทษไว้สำหรับกรณีดังกล่าวด้วย

ประการที่สาม การประกันสิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหา เช่น สิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อกล่าวหา สิทธิที่จะมีทนาย สิทธิที่จะโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนเอง และที่สำคัญที่สุดคือ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยเพื่อสร้างความโปร่งใสในกระบวนการพิจารณา

ประการที่สี่ การให้บุคคลภายนอกมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาความผิดทางวินัย เช่น อาจจะให้ประชาชนทั่วไป พนักงานอัยการหรือทนายความเข้าร่วมเป็นองค์คณะพิจารณาคดีวินัยผู้พิพากษาด้วย เพื่อให้มุมมองต่อบรรทัดฐานพฤติกรรมของผู้พิพากษามีความหลากหลายมากกว่าการให้มุมมองแบบผู้พิพากษาในการพิจารณาบรรทัดฐานความประพฤติของผู้พิพากษาแต่เพียงด้านเดียว แต่จะต้องกำหนดไว้เป็นเสียงส่วนน้อยในองค์คณะพิจารณาก็ได้เพื่อไม่ให้กระบวนการพิจารณาถูกแทรกแซงโดยองค์กรภายนอกฝ่ายตุลาการมากเกินไป



บทที่ 7

มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดี

ในบทที่ 7 นี้จะศึกษาถึงกลไกและระบบการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา ตามหลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ข้อที่ 2 ว่า “ฝ่ายตุลาการจะต้องตัดสินข้อพิพาทอย่างเป็นกลาง บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงตามกฎหมาย...” ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการพิจารณาคดีของตนดังกล่าว ประเทศต่างๆ จึงต้องสร้างมาตรการหรือกลไกการควบคุมกระบวนการใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษาเพื่อให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีต้องตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายตามข้อเท็จจริงแห่งคดี และป้องกันการแทรกแซงการพิจารณาคดีโดยองค์กรภายนอก และการบิดเบือนกฎหมายหรือการใช้อคติส่วนตัวสอดแทรกเข้าไปในคดี โดยในบทนี้จะแยกออกเป็นสามส่วนได้แก่ (7.1) มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีในไทย (7.2) มาตรการควบคุมการพิจารณาคดีในต่างประเทศ และ (7.3) บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

7.1 มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีในไทย

ในระบบวิธีพิจารณาความของไทยมีการจัดมาตรการสำหรับควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีให้มีความเป็นธรรมแก่คู่ความทั้งสาม ซึ่งจะได้แยกพิจารณาเป็น (7.1.1) ระบบการจ่ายสำนวนคดี (7.1.2) ระบบการควบคุมความเป็นกลาง (7.1.3) ระบบการถ่วงดุลผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี และ (7.1.4) ระบบการตรวจสำนวนคดี

7.1.1 ระบบการจ่ายสำนวนคดี

การจ่ายสำนวนคือกระบวนการกำหนดหรือแต่งตั้งผู้พิพากษาที่จะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งซึ่งเป็นกระบวนการหลังจากที่ศาลได้รับคำฟ้องหรือคำร้องจากคู่ความ โดยผู้มีอำนาจจะทำการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนให้มีอำนาจหน้าที่และรับผิดชอบพิจารณาและมีคำพิพากษาของคดีนั้นไปจนเสร็จ การจ่ายสำนวนเป็นกระบวนการที่มีความสำคัญมาก เป็นด้านแรกของการกรองผู้พิพากษาที่จะใช้อำนาจตุลาการในคดี ระบบการจ่ายสำนวนจะต้องทำหน้าที่ ประการแรก ป้องกันไม่ให้มีผู้ใดสามารถกำหนดผู้พิพากษาที่จะพิจารณาคดีได้ตามอำเภอใจตนของผู้มีอำนาจ เพราะเป็นการเปิดช่องให้ผู้มีอำนาจนั้นสามารถกำหนดผลของคดีได้ ประการที่สอง จะต้องป้องกันการเลือกผู้พิพากษาโดยคู่ความ (Judge Shopping) เพื่อให้ตัดสินคดี

ตามที่ตนต้องการ หรือแนวทางการตัดสินใจนั้นเป็นไปตามที่ตนเองต้องการ ซึ่งสามารถคาดหมายได้ โดยการศึกษาคำพิพากษาของผู้พิพากษาชั้นหลังเพื่อดูแนวโน้มถึงการตีความกฎหมาย หรือการใช้ อำนาจตัดสินใจ เช่น ผู้พิพากษาบางท่านอาจจะมีปรัชญาว่าต้องใช้กฎหมายโดยเคร่งครัดเพื่อป้องกัน อาชญากรรม แต่บางท่านอาจจะมีปรัชญาใช้บังคับกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพเหตุการณ์ เชื่อใน เรื่องการให้ออกาสคน เป็นต้น ซึ่งการศึกษาเหล่านี้เรียกว่า “การศึกษาองค์การตุลาการเชิงพฤติกรรม” (Judicial Behavior) ซึ่งเป็นที่นิยมอย่างมากในสหรัฐอเมริกา เพื่อป้องกันการเอารัดเอาเปรียบในทาง คดีและป้องกันไม่ให้ความยุติธรรมเกิดขึ้น การจ่ายสำนวนจึงเป็นมาตรการป้องกันเหตุดังกล่าว

โดยระบบการจ่ายสำนวนคดีในไทยจะใช้ระบบจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจ เกือบทุกศาลยกเว้นบางศาลเท่านั้น¹ ระบบการจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจคือระบบการจ่ายสำนวนที่ให้ผู้ พิพากษาคณะหนึ่งซึ่งโดยทั่วไปแล้วคือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลมีดุลพินิจที่จะเลือกจ่ายสำนวนให้กับผู้ พิพากษาในศาลตามความเหมาะสมแต่อาจมีการกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับควบคุมดุลพินิจบางประการ โดยสำหรับศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้มี อำนาจจ่ายสำนวน แต่ไม่พบกฎเกณฑ์ดังกล่าวในระบบศาลทหาร ดังนั้น ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึง หลักเกณฑ์ในระบบการจ่ายสำนวนของ (7.1.1.1) ระบบการจ่ายสำนวนในศาลยุติธรรม และ (7.1.1.2) ระบบการจ่ายสำนวนในศาลปกครอง

7.1.1.1 ระบบการจ่ายสำนวนในระบบศาลยุติธรรม

ระบบการจ่ายสำนวนคดีทั่วไปในระบบศาลยุติธรรมกำหนดไว้ในพระ ธรรมนูญศาลยุติธรรม และระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) วิธีการจ่ายสำนวนคดี

ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาตรา 32 ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่เป็น หัวหน้าศาลเป็นผู้รับผิดชอบการจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาโดยให้ประธานศาลฎีกาใน การออกระเบียบเพื่อกำหนดรายละเอียด โดยระเบียบดังกล่าวได้แก่ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาล ยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544 ที่ได้กำหนดประเภทของสำนวนคดีไว้ 3 ประเภท² ได้แก่

1. สำนวนคดีทั่วไป อันหมายถึงสำนวนคดีที่ผู้จ่ายสำนวนมิได้กำหนดไว้ เป็นสำนวนคดีพิเศษ

¹ เช่น ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ให้ผู้พิพากษาศาลฎีกา ลงคะแนนเลือกผู้พิพากษาในองค์คณะพิจารณาคดีเอง

² ข้อ 3 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544

2. สำนวนคดีพิเศษ หมายถึง สำนวนคดีที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนดไว้เป็น สำนวนคดีที่การจ่ายสำนวนคดีต้องคำนึงถึงความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมขององค์คณะผู้ พิพากษาเป็นพิเศษ และ

3. สำนวนคดีจัดการพิเศษ หมายถึง สำนวนคดีที่มีความจำเป็นหรือ เหมาะสมที่จะจัดองค์คณะผู้พิพากษาซึ่งรับผิดชอบไว้เป็นพิเศษ เพื่อให้การพิจารณาและพิพากษาคดี เป็นไปโดยสะดวกรวดเร็ว

ระเบียบฉบับดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลไว้ 2 ประการ ประการแรก การกำหนดประเภทของสำนวนคดีพิเศษและสำนวนคดีจัดการพิเศษ ว่าคดีประเภทใด เป็นคดีพิเศษหรือคดีจัดการพิเศษ ส่วนคดีที่ไม่ได้กำหนดไว้ถือว่าเป็นคดีทั่วไป และเมื่อกำหนดประเภท คดีได้จะต้องประกาศให้ทราบไว้โดยทั่วกัน³ และประการที่สอง การกำหนดองค์คณะผู้พิพากษาในศาล หรือแผนกคดีที่ตนเองรับผิดชอบ และกำหนดลำดับองค์คณะผู้พิพากษาไว้ ตามเกณฑ์อาวุโสหรือ เกณฑ์อื่นที่ผู้จ่ายสำนวนคดีกำหนด⁴

วิธีการจ่ายสำนวน จะต้องจ่ายสำนวนคดีตามลำดับเลขหมายสำนวนใน สารบบความเรียงไปตามลำดับองค์คณะผู้พิพากษาที่จัดไว้ หรือโดยวิธีการอื่นที่ผู้จ่ายสำนวนกำหนด ขึ้นซึ่งไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาใด⁵ นอกจากนี้ ผู้จ่าย สำนวนอาจกำหนดตัวผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนไว้ด้วยก็ได้⁶

(2) การเรียกคืนสำนวนคดี

แต่อย่างไรก็ดี พระธรรมนูญศาลยุติธรรมให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่มี อำนาจในการเรียกคืนสำนวนและโอนคดี ได้ 2 กรณี⁷ ได้แก่

กรณีแรก กรณีจะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาหรือ พิพากษารรรถคดีของศาลนั้น โดยกรณีแรกนี้จะต้องเป็นกรณีที่มีผู้พิพากษาในตำแหน่งรองจาก หัวหน้าศาลที่มีอาวุโสสูงสุดในศาลนั้น เช่น รองประธานศาลหรือรองหัวหน้าศาลเป็นผู้เสนอให้กระทำ ระบบการถ่วงดุลอำนาจในการเรียกคืนสำนวนคดีของผู้มีอำนาจ ซึ่งในทางปฏิบัติ หากมีเหตุตามที่

³ ข้อ 4 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544

⁴ ข้อ 5 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544

⁵ ข้อ 6 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544

⁶ ข้อ 7 ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายสำนวนคดี พ.ศ. 2544

⁷ มาตรา 33 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

กฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจะเสนอให้ผู้พิพากษาในตำแหน่งรองพิจารณา หากผู้พิพากษาในตำแหน่งรองเห็นพ้องด้วยก็จะใช้อำนาจเรียกคืนสำนวนก็ได้⁸

กรณีที่สอง เป็นการคืนสำนวนโดยความสมัครใจของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะผู้พิพากษาเพราะเหตุมีคดีค้างการพิจารณาจำนวนมากซึ่งจะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลล่าช้า

การจ่ายสำนวนคดีหรือการเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดีที่ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีที่กระทำต่อไปจากนั้นย่อมเป็นการไม่ชอบ⁹

(3) ข้อยกเว้นของระบบการจ่ายสำนวนคดี

โดยหลักแล้ว ผู้พิพากษาที่ไม่ได้รับการจ่ายสำนวนคดีย่อมไม่มีอำนาจใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีนั้น ไม่ว่าจะเป็นนั่งพิจารณาคดี หรือการลงลายมือชื่อทำคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ดี พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกำหนดข้อยกเว้น ไว้สำหรับกรณีดังกล่าวนี้ 3 กรณี ได้แก่

กรณีที่แรก ตามพระธรรมนูญศาล มาตรา 11(1) ให้อำนาจผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบราชการศาลสามารถเข้านั่งพิจารณาและพิพากษาคดีโดยอาจเข้าร่วมเป็นองค์คณะ หรือไม่เข้าร่วมเป็นองค์คณะโดยไม่มีการจ่ายสำนวนคดีระบุชื่อไว้ก็ได้¹⁰ นอกจากนี้แล้วอธิบดีผู้พิพากษาศาลภาคก็มีอำนาจกระทำการดังกล่าวนี้ด้วยในศาลชั้นต้นที่อยู่ในความดูแลของอธิบดีผู้พิพากษาศาลภาค¹¹

กรณีที่สอง กรณีมีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำวล่วงได้ทำให้ผู้พิพากษาในองค์คณะไม่อาจจะนั่งพิจารณาคดีต่อไปได้ มาตรา 28 พระธรรมนูญศาลยุติธรรมกำหนดให้ผู้พิพากษาในตำแหน่งประธานศาล หรืออธิบดีศาล หรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลที่รับผิดชอบราชการศาลนั้นอยู่ หรือผู้พิพากษาที่รับผิดชอบราชการศาลเหล่านี้มอบหมายเข้านั่งพิจารณาคดีแทนได้ผู้พิพากษาในองค์คณะได้

กรณีที่สาม ตามพระธรรมนูญศาล มาตรา 29 กำหนดว่าหากมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำวล่วงในระหว่างการทำคำพิพากษาที่ทำให้ผู้พิพากษาซึ่งเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีนั้นไม่อาจทำคำพิพากษาในคดีนั้นได้ต่อไปผู้พิพากษาที่มีตำแหน่งประธานหรือ

⁸ สติธย์ ไพเราะ, “จากผู้พิพากษาคณหนึ่งกรณี “ความยุติธรรม” ที่ “ศาล” ให้กับประชาชน,” กระแสทรรศน์, มติชนรายวัน, 10 พฤษภาคม 2541, น.7.

⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.212.

¹⁰ มาตรา 11(1) พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และดู ไพโรจน์ วายุภาพ, อ้าวแล้ว เจิงอรรถ ที่ 9, น.151.

¹¹ มาตรา 11 วรรคหนึ่ง(1) ประกอบมาตรา 14 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

รองประธานศาล อธิบดีหรือรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น หรืออธิบดีผู้พิพากษาศาล หรือผู้ทำการแทนที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจทำคำพิพากษาในคดีนั้นได้ และมีอำนาจความเห็นแย้งได้ด้วย

7.1.1.2 การจ่ายสำนวนในระบบศาลปกครอง

เช่นเดียวกับระบบการจ่ายสำนวนคดีในระบบศาลยุติธรรม ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 56 ได้ให้อำนาจในหลักเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนคดีในศาลปกครองให้แก่ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นดำเนินการจ่ายสำนวนไปตามที่กำหนด ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ตราระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมไปจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายอีกอันได้แก่ ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 โดยระบบการจ่ายสำนวนดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

(1) วิธีการจ่ายสำนวน

การจ่ายสำนวนในศาลปกครองอาจแยกเป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก กรณีปกติ โดยในกรณีนี้ตามระเบียบว่าด้วยการจ่ายสำนวนฯ ข้อ 5 และข้อ 6 ที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนจัดแบ่งตุลาการศาลปกครองออกเป็นองค์คณะตุลาการโดยระบุหมายเลขขององค์คณะไว้ โดยจะจัดกำหนดองค์คณะใดเป็นองค์คณะที่มีความเชี่ยวชาญในคดีประเภทใดหรือรับผิดชอบคดีที่มีมูลคดีเกิดในพื้นที่ใดก็ได้¹² ในกรณีปกตินี้ ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้จ่ายสำนวนให้แก่องค์คณะที่กำหนดไว้ แต่ระเบียบฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องจ่ายสำนวนตามลำดับหมายเลขขององค์คณะที่กำหนดไว้ในข้อ 5 และ 6 แต่

¹² ข้อ 5 และ ข้อ 6 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

อย่างใด¹³ แต่หากในกรณีที่มีการกำหนดองค์คณะตามความเชี่ยวชาญหรือเขตพื้นที่แล้วจะต้องจ่ายสำนวนคดีให้ตรงตามความเชี่ยวชาญนั้น¹⁴

กรณีที่สอง กรณีพิเศษ ให้อำนาจแก่ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแล้วแต่กรณีจะจ่ายสำนวนให้องค์คณะพิเศษก็ได้ โดยองค์คณะพิเศษหมายถึงองค์คณะในศาลปกครองสองหรือหลายองค์คณะประกอบกัน¹⁵ โดยประธานหรืออธิบดีศาลปกครองจะต้องกำหนดให้ตุลาการหัวหน้าคณะคนหนึ่งเป็นหัวหน้าองค์คณะ

(2) การเรียกคืนสำนวนคดี

การเรียกคืนสำนวนคดี สามารถทำได้ ใน 4 กรณี ได้แก่

กรณีแรกมีการโอนคดีตามกฎหมาย¹⁶

กรณีที่สอง มีการคัดค้านตุลาการตุลาการเจ้าของสำนวนหรือตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษานั้นถูกคัดค้าน หรือไม่ครบองค์คณะสำหรับกรณีโอนสำนวน

กรณีที่สาม คือกรณีตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะพิจารณาพิพากษามีคดีค้างการพิจารณาอยู่เป็นจำนวนมากซึ่งจะทำให้การพิจารณาคดีล่าช้าและตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะพิจารณาพิพากษาขอสละสำนวนคดีที่ตนรับผิดชอบอยู่ และ

กรณีสุดท้ายตามระเบียบว่าด้วยการจ่ายสำนวนฯ พ.ศ. 2544 ข้อ 9(1) เมื่อปรากฏเหตุใดๆ อันเป็นกรณีที่จะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี

¹³ ข้อ 8 วรรคหนึ่ง ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะการจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

¹⁴ มาตรา 56(1)(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁵ ข้อ 8 วรรคสี่และวรรคห้า ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

¹⁶ มาตรา 56 วรรคสาม(1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และ ข้อ 9(2) ระเบียบที่ประชุมใหญ่ว่าด้วยการจ่ายสำนวนฯ พ.ศ. 2544

ของศาลนั้น และประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นซึ่งเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดี¹⁷

(3) ข้อยกเว้นของการจ่ายสำนวน

เช่นเดียวกับระบบการจ่ายสำนวนในศาลยุติธรรมที่ตามกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้แต่มีเพียงกรณีเดียว ได้แก่ กรณีมีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ทำให้ตุลาการในศาลปกครองไม่อาจนั่งพิจารณาคดีหรือทำคำพิพากษาได้ ระเบียบว่าด้วยการจ่ายสำนวนฯ ข้อ 7 กำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น หรือตุลาการที่ประธานหรืออธิบดีแต่งตั้ง มีอำนาจนั่งพิจารณาคดีนั้นหรือประชุมลงมติพิพากษาหรือมีคำสั่งหรือลงลายมือชื่อในคำพิพากษาหรือคำสั่งแทนได้ โดยเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงดังกล่าวหมายถึงกรณีที่ตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นพ้นจากตำแหน่งที่ดำรงอยู่ ถูกพักราชการ ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น เจ็บป่วย ถูกคัดค้านและถอนตัวไปหรือได้รับคำสั่งให้งดการปฏิบัติหน้าที่ในคดีนั้น หรือไม่อาจปฏิบัติราชการจนไม่สามารถนั่งพิจารณาหรือทำคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีนั้นได้และให้หมายความรวมถึงกรณีที่ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะมีความเห็นแย้งกันจนหาเสียงข้างมากมิได้ด้วย

7.1.2 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในคดี

หลักสำคัญอีกประการหนึ่งควบคู่กับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาคือหลักความเป็นกลางอันเป็นหลักการที่เรียกร้องว่าผู้พิพากษาจะต้องไม่มีส่วนได้เสียหรืออคติในการพิจารณาพิพากษาคดี สิทธิที่ประชาชนจะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่เป็นกลางเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Right to Fair Trial) ในระบบการพิจารณาคดีไม่ว่าในศาลใดจึงต้องมีระบบการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในคดีซึ่งจะต้องเป็นระบบที่สามารถกรองผู้พิพากษาที่มีความไม่เป็นกลางไม่ให้อยู่ข้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีนั้นได้ ในประเทศไทยระบบการควบคุมความเป็นกลางจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันโดยการอ้างอิงจากระบบการคัดค้านผู้

¹⁷ ระเบียบข้อดังกล่าวน่าจะมีความขัดแย้งกับกฎหมายเนื่องจากในเรื่องการเรียกคืนสำนวนในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 56 วรรคสาม กำหนดเหตุสำหรับการเรียกคืนสำนวนคดีไว้เพียง 3 กรณีเท่านั้น อีกทั้งยังไม่ได้กำหนดให้อำนาจแก่ประธานศาลปกครองสูงสุดที่จะกำหนดเหตุอื่นเพิ่มเติมในการเรียกคืนสำนวนคดีไว้ดังกล่าว

พิพากษาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยถูกนำไปใช้ในการพิจารณาคดีในศาลปกครอง¹⁸ และในศาลทหาร¹⁹ แม้จะมีวิธีการที่แตกต่างกันไปบ้างแต่อาจพิจารณารวมกันได้ ดังนี้

7.1.2.1 เหตุแห่งความไม่เป็นกลาง

เหตุที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดที่จะคัดค้านผู้พิพากษาเป็นองค์คณะนั้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 11 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเหตุดังกล่าวได้เป็น 7 เหตุ ได้แก่

1. ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ในคดีนั้น
2. ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
3. ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ารู้ได้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
4. ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว
5. ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว
6. ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง
7. ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

และเหตุที่กำหนดไว้ในมาตรา 12 คือเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไปซึ่งเหตุประการนี้สำหรับศาลยุติธรรมจะหยิบยกเหตุนี้มาคัดค้านได้เฉพาะกรณีที่ในศาลมีผู้พิพากษาเพียงคนเดียวหรือเหลือผู้พิพากษาเพียง

¹⁸ มาตรา 63 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ ข้อ 14 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

¹⁹ มาตรา 45 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

คนเดียวที่สามารถพิจารณาคดีได้ แต่สำหรับในศาลปกครอง เหตุดังกล่าวนี้สามารถใช้คัดค้านได้ทุกกรณี²⁰

7.1.2.2 มาตรการขจัดความไม่เป็นกลาง

ในระบบตุลาการไทยมีมาตรการขจัดความไม่เป็นกลางเพียง 2 วิธีเท่านั้น ได้แก่ (1) การอนุญาตให้ถอนตัวออกจากคดี และ (2) การคัดค้านผู้พิพากษา

(1) การอนุญาตให้ผู้พิพากษาถอนตัวจากคดี

เมื่อมีเหตุที่ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้เกิดขึ้น ผู้พิพากษานั้นสามารถยื่นคำบอกกล่าวต่อศาล แสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีนั้นก็ได้²¹

(2) การคัดค้านผู้พิพากษา

การคัดค้านผู้พิพากษา หมายถึง การยื่นคำร้องเพื่อขอให้องค์คณะในคดีพิจารณาถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่งในองค์คณะ เพื่อให้ผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางตามที่กฎหมายกำหนดนั้นได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ในการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมนั้น กระบวนการคัดค้านผู้พิพากษาจะเป็นไปตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 13 และ มาตรา 14 โดยคู่ความจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลก่อนวันสืบพยาน โดยเมื่อได้รับคำร้องแล้วศาลจะต้องสืบพยาน หากผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ได้ถอนตัวออกจากคดี ศาลจะต้องฟังคำแถลงของคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และของผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านพร้อมทำการสืบพยานหลักฐานตามสมควร แล้วจึงออกคำสั่ง หากศาลยอมรับคำคัดค้าน ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นจะพิจารณาคดีต่อไปไม่ได้ และศาลจะต้องให้ผู้พิพากษาคนอื่นมาทำหน้าที่แทนตามกฎหมาย แต่ไม่กระทบกระเทือนต่อกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินมาแล้ว

ส่วนกระบวนการคัดค้านตุลาการในศาลปกครองจะคล้ายคลึงกับกระบวนการคัดค้านผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมแต่จะแตกต่างกันเพียงระยะเวลาในการยื่นคำร้อง

²⁰ ข้อ 14 วรรคหนึ่ง ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการ ศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครอง แทน พ.ศ. 2544

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 13(1) และข้อ 14 วรรคสอง ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

สำหรับศาลปกครองสามารถยื่นคำร้องคัดค้านได้ถึงก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี แต่จะต้องไม่เกิน 15 วันนับแต่วันที่คู่กรณีทราบเหตุที่จะคัดค้าน²²

7.1.3 ระบบการถ่วงดุลผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี

การถ่วงดุลผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีคือการกำหนดให้องค์กรอื่นหรือให้ผู้พิพากษาดูแลกันแต่ไม่ได้อยู่ในองค์คณะผู้พิพากษาที่มีอำนาจพิจารณาคดีเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีด้วยอันจะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไม่ได้อยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาคณะนั้นแต่เพียงองค์กรเดียว การถ่วงดุลผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีดังกล่าวนี้มีหลากหลายวิธีการ นอกจากการกำหนดให้การพิจารณาคดีโดยปกติจะต้องทำเป็นองค์คณะแล้ว ในระบบศาลไทยยังมีระบบการถ่วงดุลผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีที่แตกต่างกันไปในแต่ละศาล โดยอาจแยกพิจารณาเป็น 3 ระบบศาล ได้แก่ (7.1.3.1) ระบบผู้พิพากษาสมทบในศาลยุติธรรม (7.1.3.2) ระบบตุลาการผู้แถลงคดีในระบบศาลปกครอง และ (7.1.3.2) ระบบตุลาการทหารสัญญาบัตรในระบบศาลทหาร

7.1.3.1 ระบบผู้พิพากษาสมทบในศาลยุติธรรม

ในศาลยุติธรรมมีการใช้ระบบผู้พิพากษาสมทบ กล่าวคือการแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ได้เป็นผู้พิพากษาอาชีพหรือผู้พิพากษาที่ผ่านระบบการคัดเลือกปกติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ขึ้นนั่งพิจารณาและพิพากษาคดีร่วมกับผู้พิพากษาอาชีพ แต่อย่างไรก็ดี ระบบผู้พิพากษาสมทบนี้จะใช้ในศาลชั้นต้นของศาลพิเศษและศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ 3 ศาลเท่านั้น ได้แก่ ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน และศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

ผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนและครอบครัวที่ขึ้นนั่งพิจารณาและพิพากษาคดีร่วมกับผู้พิพากษาอาชีพจะต้องมี 2 คนโดยอย่างน้อย 1 คนจะต้องเป็นสตรี²³ ผู้พิพากษาสมทบดังกล่าวมาจากการคัดเลือกโดยคณะกรรมการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนและครอบครัว²⁴ ที่เป็นคณะกรรมการที่ประกอบไปด้วยผู้พิพากษาของศาล

²² ข้อ 15-18 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

²³ มาตรา 23 พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

²⁴ ข้อ 10 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2554 “ให้มี

เยาวชนและครอบครัวและมีอธิบดีกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนและผู้อำนวยการโรงพยาบาลตุลาการเฉลิมพระเกียรติรวมเป็นกรรมการด้วย การคัดเลือกจะเลือกจากบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีที่เคยมีบุตรหรือเคยอบรมเลี้ยงดูเด็ก หรือเคยทำงานเกี่ยวกับการสงเคราะห์หรือการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก เยาวชนหรือครอบครัวมาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี การคัดเลือกจะใช้วิธีการอบรมภาควิชาการ การสอบข้อเขียน การสอบปากเปล่า การประเมินความรู้ความสามารถ และประสบการณ์การทำงาน²⁵ เมื่อได้รายชื่อแล้วจะเสนอให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณาแต่งตั้งต่อไป²⁶ ผู้พิพากษาสมทบนี้จะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปีแต่อาจได้รับการพิจารณาให้ดำรงตำแหน่งต่อไปอีกได้²⁷

ผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงานจะมาจากผู้แทนของฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้าง ที่ขึ้นนั่งพิจารณาคดีร่วมกับผู้พิพากษาอาชีพโดยเป็นผู้พิพากษาสมทบฝ่ายนายจ้างและผู้พิพากษาสมทบฝ่ายลูกจ้างในจำนวนฝ่ายละเท่าๆ กัน²⁸ การคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงานจะพิจารณาจากบัญชีรายชื่อผู้แทนฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างที่สมาคมนายจ้างกับรัฐวิสาหกิจและสหภาพแรงงานเสนอผ่านอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน โดยอธิบดีฯ จะทำหน้าที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบคุณสมบัติและจัดให้ผู้แทนที่ได้รับการเสนอชื่อแต่ละฝ่ายเลือกตั้งผู้แทนของฝ่ายตนเองให้ได้จำนวนไม่เกินสองเท่าของจำนวนที่คณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมกำหนด จากนั้นผู้ที่มีชื่อใน

คณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนและครอบครัว” ประกอบด้วย อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง เป็นประธานกรรมการ อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง เป็นรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่มีอาวุโสสูงสุด เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม หรือผู้แทนผู้ทรงคุณวุฒิที่ ก.ต. แต่งตั้ง จำนวนสองคน ผู้แทนคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม อธิบดีกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน และผู้อำนวยการโรงพยาบาลตุลาการเฉลิมพระเกียรติ เป็นกรรมการ โดยมีเลขานุการศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง เป็นกรรมการและเลขานุการ และผู้อำนวยการสำนักอำนวยการประจำศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ”

²⁵ ข้อ 16 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2554

²⁶ ข้อ 23 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2554

²⁷ มาตรา 25/1 พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

²⁸ มาตรา 11 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ.2522

บัญชีรายชื่อจะต้องเข้ารับการคัดเลือกโดยคณะกรรมการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงานที่ผู้พิพากษาในศาลแรงงานที่กฎหมายกำหนดเป็นกรรมการร่วมกับองค์กรอื่น เช่น อธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน อธิบดีอัยการฝ่ายคดีแรงงาน เป็นต้น²⁹ การคัดเลือกจะใช้การอบรมภาควิชาการ การสอบข้อเขียน การสอบปากเปล่า การประเมินความรู้ความสามารถ และประสบการณ์การทำงาน³⁰ โดยผู้ผ่านการคัดเลือกจะได้รับการเสนอรายชื่อให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมพิจารณาแต่งตั้งต่อไป³¹ ผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงานจะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้³²

ผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจะคัดเลือกจากผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ โดยผู้พิพากษาสมทบจะมาจากการคัดเลือกโดยคณะกรรมการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่เป็นคณะกรรมการผสม 3 ฝ่าย³³ ระหว่างผู้พิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่กฎหมาย

²⁹ ข้อ 5 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงาน พ.ศ. 2550 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงาน” ประกอบด้วย ประธานแผนกคดีแรงงานในศาลฎีกาเป็นกรรมการที่ปรึกษา อธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานกลาง เป็นประธานกรรมการ เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมหรือผู้แทน อธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานภาค ในภาคที่มีการคัดเลือก ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลแรงงานซึ่งเลือกกันเองเหลือหนึ่งคน อธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือผู้แทน อธิบดีอัยการฝ่ายคดีแรงงานหรือผู้แทน เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือผู้แทน และผู้แทนคณะกรรมการแพทย์ เป็นกรรมการ โดยมีเลขานุการศาลแรงงานกลาง เป็นกรรมการและเลขานุการ และผู้อำนวยการสำนักอำนวยการประจำศาลแรงงานกลาง เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ

³⁰ ข้อ 18 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงาน พ.ศ. 2550

³¹ ข้อ 22 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงาน พ.ศ. 2550

³² มาตรา 14/3 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522

³³ ข้อ 9 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง

กำหนด ผู้แทนของภาคธุรกิจอันได้แก่ ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมและผู้แทนสภาหอการค้า และผู้แทนของฝ่ายบริหาร เช่น ผู้แทนกรมทรัพย์สินทางปัญญา ผู้แทนกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ เป็นต้น เป็นผู้คัดเลือกโดยคัดเลือกจะใช้วิธีการอบรมภาควิชาการ การสอบข้อเขียน การสอบปากเปล่า การประเมินความรู้ความสามารถ และประสบการณ์การทำงาน³⁴ ผู้ที่ผ่านการคัดเลือกจะถูกเสนอรายชื่อให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมพิจารณาแต่งตั้งต่อไป³⁵ ผู้พิพากษา

ประเทศ พ.ศ. 2556 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ” ประกอบด้วย ประธานแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศในศาลฎีกา เป็นกรรมการที่ปรึกษาอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรืออธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค แล้วแต่กรณี เป็นประธานกรรมการ เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมหรือผู้แทน รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางที่มีอาวุโสสูงสุด หรือรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาคที่มีอาวุโสสูงสุด แล้วแต่กรณี ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่อธิบดีมอบหมาย ผู้พิพากษาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่อธิบดีมอบหมาย ผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ผู้แทนกรมทรัพย์สินทางปัญญา ผู้แทนกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศกระทรวงพาณิชย์ ผู้แทนกรมสนธิสัญญาและกฎหมายกระทรวงการต่างประเทศ เป็นกรรมการ โดยมีเลขาธิการศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือเลขาธิการศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค แล้วแต่กรณี เป็นกรรมการและเลขานุการ และผู้อำนวยการสำนักอำนวยการประจำศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือผู้อำนวยการสำนักอำนวยการประจำศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศภาค แล้วแต่กรณี เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ

³⁴ ข้อ 20 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2556

³⁵ ข้อ 25 ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาสมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2556

สมทบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศจะมีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปีโดยอาจได้รับการพิจารณาให้ดำรงตำแหน่งไปได้เมื่อครบวาระแล้ว³⁶

7.1.3.2 ระบบตุลาการผู้แถลงคดีในระบบศาลปกครอง

ระบบตุลาการผู้แถลงคดี (*Commissaire du gouvernement*) ในการพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองของไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศส โดยระบบตุลาการผู้แถลงคดีคือระบบที่แต่งตั้งตุลาการคนหนึ่งในศาลปกครองที่ไม่ใช่ตุลาการที่เป็นองค์คณะพิจารณาคดีให้มีอำนาจหน้าที่จัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและความเห็นของตนในการวินิจฉัยคดีเสนอต่อองค์คณะและชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะในวันนั่งพิจารณา อีกทั้งยังมีสิทธิอยู่ร่วมในการพิจารณาและในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาคดีด้วย แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการวินิจฉัยคดี³⁷

ตุลาการผู้แถลงคดีนี้แต่งตั้งโดยประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแล้วแต่กรณี³⁸

เมื่อกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้ว ตุลาการหัวหน้าคณะจะส่งสำนวนคดีให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นพิจารณา หากอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมิได้สั่งการเป็นอย่างอื่นให้ส่งสำนวนคดีนั้นให้ตุลาการผู้แถลงคดีเพื่อจัดทำคำแถลงการณ์โดยเร็ว³⁹ โดยคำแถลงการณ์ดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่คดีใดเป็นเรื่องเร่งด่วน เป็นเรื่องที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายไม่ยุ่งยากหรือเป็นคำแถลงการณ์ในคำขอเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ตุลาการผู้แถลงคดีจะเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาแทนคำแถลงการณ์เป็นหนังสือหลังจากที่ได้หารือกับอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการหัวหน้าคณะแล้วก็ได้ แต่ในการแถลงการณ์ด้วยวาจา ตุลาการผู้แถลงคดีต้องจัดทำบันทึกคำแถลงการณ์ดังกล่าวเป็นหนังสือกล่าวถึงข้อสาระสำคัญในคำแถลงการณ์ติดไว้ในสำนวนคดีด้วย โดยจะจัดทำก่อนหรือหลังการเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาก็ได้ เมื่อตุลาการผู้แถลงคดีได้จัดทำ

³⁶ มาตรา 15 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539

³⁷ มาตรา 58 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁸ มาตรา 58 วรรคสาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

³⁹ ข้อ 63 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

คำแถลงการณ์เป็นหนังสือหรือสามารถเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาได้แล้ว ให้องค์คณะกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกหลังจากที่ได้หารือกับอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแล้ว⁴⁰

ในวันนั่งพิจารณาคดี เมื่อเสร็จสิ้นการแถลงและการนำพยานหลักฐานมาสืบประกอบคำแถลงของคู่กรณีแล้ว ตุลาการผู้แถลงคดีชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะเพื่อประกอบคำแถลงการณ์เป็นหนังสือที่ได้เสนอไว้แล้วหรือเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาโดยบุคคลซึ่งมีได้รับอนุญาตจากศาลจะอยู่ในห้องพิจารณาในขณะตุลาการผู้แถลงคดีชี้แจง หรือเสนอคำแถลงการณ์ด้วยวาจาไม่ได้⁴¹ แต่ในทางปฏิบัติศาลปกครองชั้นต้นจะอนุญาตให้คู่กรณีได้ฟังคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีด้วย⁴²

ระบบตุลาการผู้แถลงคดีมีประโยชน์อย่างมากในการตรวจสอบการพิจารณาคดีขององค์คณะตุลาการ ช่วยลดอคติส่วนตัวของตุลาการต่อคดีให้น้อยลงและทำให้การพิจารณาคดีมีความรอบคอบมากขึ้น⁴³

7.1.3.3 ระบบตุลาการนายทหารสัญญาบัตรในระบบศาลทหาร

ส่วนในศาลทหารจะให้ตุลาการอีกประเภทหนึ่งเรียกว่าตุลาการนายทหารสัญญาบัตรขึ้นนั่งพิจารณาคดีร่วมกับตุลาการพระธรรมนูญ โดยตุลาการนายทหารสัญญาบัตรได้รับการแต่งตั้งโดยวิธีเดียวกับตุลาการพระธรรมนูญแต่ตุลาการนายทหารสัญญาบัตรจะไม่ได้เป็นผู้ที่มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย แต่จะได้รับการแต่งตั้งในฐานะตัวแทนของผู้บังคับบัญชาทหารจะให้มุมมองแก่ตุลาการพระธรรมนูญในแง่ของการบังคับบัญชาทหารหรือระเบียบการปฏิบัติทางวินัยทหาร

7.1.4 ระบบการตรวจสำนวน

ระบบการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการของระบบฝ่ายตุลาการไทยที่ไม่อาจพบเห็นได้ในต่างประเทศจนอาจเรียกได้ว่าเป็น “เอกลักษณ์” ของระบบตุลาการของไทย คือการตรวจสำนวนซึ่งหมายถึง การตรวจพิจารณาความเรียบร้อย ความถูกต้องของคำคู่ความ เอกสาร คำให้การ

⁴⁰ ข้อ 63 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁴¹ ข้อ 88 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

⁴² ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), น.176.

⁴³ บุปผา อัครพินาน, “ความเป็นกลางของตุลาการและความเป็นอิสระของศาลปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับ 1, ปีที่ 7, น.58 (มกราคม-เมษายน 2550)

พยาน รายงานกระบวนการพิจารณาของศาล คำสั่ง และคำพิพากษาในคดีให้รอบคอบถี่ถ้วนว่าเป็นไปตามระเบียบวิธีการ และถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่⁴⁴ โดยการตรวจสอบสำนวนคดีนี้พบในทุกกระบวนการของศาลไทยแต่จะมีรายละเอียดแตกต่างกันไป อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ (7.1.4.1) การตรวจสอบสำนวนในศาลยุติธรรม (7.1.4.2) การตรวจสอบสำนวนในศาลอื่น

7.1.4.1 การตรวจสอบสำนวนในศาลยุติธรรม

การตรวจสอบสำนวนคดีเป็นอีกหนึ่งระบบการควบคุมการพิจารณาคดีที่สำคัญในระบบตุลาการไทย ในศาลยุติธรรมเป็นหนึ่งในเครื่องมือของผู้รับผิดชอบราชการศาลหรือหัวหน้าศาลของไทยใช้ในการควบคุมการพิจารณาคดี 4 ประการ ได้แก่ อำนาจในการจ่ายสำนวน อำนาจในการตรวจสอบสำนวน อำนาจในการเรียกคืนสำนวน อำนาจในการเข้าร่วมพิจารณาคดี

(1) ประเภทของการตรวจสอบสำนวน

สำหรับในศาลยุติธรรม สำนวนความหมายถึงบรรดาคำคู่ความและเอกสารใดๆ ที่คู่ความหรือเจ้าพนักงานศาลทำขึ้นและนำเสนอต่อศาล หรือที่ศาลทำขึ้นเองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งรวมถึงคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล ซึ่งศาลได้รวบรวมประกอบเป็นสำนวนของคดีนั้น⁴⁵ ดังนั้นในสำนวนความจึงจะประกอบไปด้วย คำฟ้อง คำให้การของโจทก์และจำเลย บันทึกคำให้การของพยานบุคคล พยานเอกสาร ซึ่งรวมไปถึงคำขอของคู่ความ ตลอดจนคำสั่งและรายงานกระบวนการพิจารณาของศาลทั้งหมด จึงอาจเรียกได้ว่า ในสำนวนความจึงเป็นบันทึกของการใช้อำนาจตุลาการทั้งหมดของผู้พิพากษาในคดีนั้นๆ การตรวจสอบสำนวนจึงหมายถึงการตรวจสอบพิจารณาความเรียบร้อย ความถูกต้องของคำคู่ความ คำให้การพยาน รายงานกระบวนการพิจารณาของศาล คำสั่งและคำพิพากษาในคดีให้รอบคอบถี่ถ้วนว่าเป็นไปตามระเบียบวิธีการ และถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่⁴⁶

การตรวจสอบสำนวนในศาลยุติธรรม แยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก การตรวจสอบสำนวนในศาลชั้นต้น

การตรวจสอบสำนวนโดยศาลชั้นต้นอาจจำแนกได้เป็น 2 กรณี *กรณีแรก การตรวจสอบสำนวนโดยผู้รับผิดชอบราชการศาล* ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบราชการที่มีอำนาจตามพระธรรมนูญศาล

⁴⁴ อร่ามศักดิ์ ไทพาณิชย์, “การบริหารงานคดีของผู้พิพากษาหัวหน้าศาล(ศึกษากรณีการตรวจสอบสำนวน),” (รายงานผลงานส่วนบุคคล หลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2553), น.5.

⁴⁵ เพิ่งอ้าง.

⁴⁶ เพิ่งอ้าง.

ยุติธรรม โดยอาจแบ่งตามช่วงเวลาในการตรวจ⁴⁷ ได้เป็นการตรวจสอบสำนวนรายวันที่เป็นการตรวจหลังจากมีการรับฟ้องและจ่ายสำนวนให้แก่ผู้พิพากษาในศาลแล้ว ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะดำเนินการสอบสวนพิจารณาไปตามปกติ สำนวนคดีที่เสร็จการพิจารณาในแต่ละวันจะต้องนำมาตรวจความเรียบร้อย และความถูกต้อง และการตรวจสอบสำนวนหลังจากพิพากษาแล้ว เป็นการตรวจสอบสำนวนหลังจากที่ได้อ่านคำพิพากษาแล้ว เพื่อตรวจสอบความเรียบร้อยของคำพิพากษาหรือคำสั่ง ในคดีแพ่งเป็นการตรวจสอบความถูกต้องว่าออกคำบังคับโดยชอบหรือไม่ ส่วนคดีอาญาจะตรวจสอบการออกหมายหลังการอ่านคำพิพากษา

ส่วนกรณีที่สอง การตรวจสอบสำนวนโดยอธิบดีผู้พิพากษาศาล ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากการตรวจสอบสำนวนของหัวหน้าศาล เนื่องจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลได้เป็นผู้พิพากษาประจำอยู่ ณ ศาลแห่งใดแห่งหนึ่ง การตรวจสอบสำนวนของอธิบดีผู้พิพากษาศาล อาจทำได้ 4 วิธี⁴⁸ การตรวจจากรายงานเกี่ยวกับคดีหรือรายงานกิจการของศาลซึ่งอยู่ในเขตอำนาจ ซึ่งผู้พิพากษาหรือจำศาลเป็นผู้รายงานตามระเบียบหรือคำสั่งของอธิบดีผู้พิพากษาศาล ตรวจดูจากสำนวนความขณะเดินทางไปตรวจราชการที่ศาลในเขตอำนาจ ตรวจสอบจากการนั่งพิจารณาพิพากษาที่ศาลในเขตอำนาจ และตรวจสอบสำนวนจากสำนวนความที่ผู้พิพากษาส่งสำนวนพร้อมร่างคำพิพากษามาตรวจก่อนพิพากษา

นอกจากนี้ การตรวจสอบสำนวนของอธิบดีผู้พิพากษาศาลจะไม่สามารถตรวจได้ทุกสำนวน ตามประเพณีปฏิบัติ อธิบดีผู้พิพากษาศาลจะกำหนดให้รายงานเฉพาะคดีที่สำคัญ เช่น คดีอาญาที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป คดีแพ่งทุนทรัพย์สูง คดีกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ คดีล้มละลาย และคดีละเมิดอำนาจศาล เป็นต้น⁴⁹

ประเภทที่สอง การตรวจสอบสำนวนในศาลสูง

การตรวจสอบสำนวนในศาลสูงหรือในชั้นศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา นอกจากผู้รับขอพระราชทานการศาลหรือประธานศาลจะมีอำนาจในการตรวจสอบสำนวนรายวันเช่นเดียวกับผู้รับผิดชอบราชการในศาลชั้นต้นแล้ว ยังมี “ระบบการตรวจร่างคำพิพากษา” อันเป็นขั้นตอนก่อนที่คำพิพากษานั้นจะถูกอ่าน กล่าวคือ หลังจากผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะได้ปรึกษาคดีกับองค์คณะและได้ยกร่างคำพิพากษาและผู้พิพากษาในองค์คณะได้ลงนามในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นแล้ว ก็ยังไม่ถือว่าเสร็จสมบูรณ์ เลขานุการศาลจะต้องนำสำนวนพร้อมร่างคำพิพากษาหรือคำสั่งทั้งฉบับต้นร่างและฉบับที่

⁴⁷ เฟื่องอ้าง.

⁴⁸ ชัยวุฒิ โลหิตธานนท์, “ศึกษาเฉพาะกรณีการตรวจสอบสำนวนคดีของศาลในเขตอำนาจสำนักงานอธิบดีผู้พิพากษาศาล 5,” (งานวิจัยหลักสูตรกระบวนการยุติธรรมระดับสูง, วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม), น.16.

⁴⁹ เฟื่องอ้าง.

พิมพ์แล้ว ซึ่งเรียกว่า “ชุดตรวจ” ให้แก่กองผู้ช่วยผู้พิพากษาของศาลนั้นๆ หรือที่เรียกว่า “กองเซ็นเซอร์” เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบสำนวนคดีและตรวจร่างคำพิพากษาหรือคำสั่งทั้งในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และพิสูจน์อักษรให้ถูกต้องและมีคุณภาพตามมาตรฐานของศาล หากเห็นว่ามีข้อบกพร่องจะต้องแจ้งให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนทราบเพื่อขออนุญาตแก้ไขต่อไป หากผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนไม่อนุญาต “กองเซ็นเซอร์” จะต้องทำบันทึกเสนอรองประธานศาลหรือประธานศาลเพื่อให้พูดคุยกับผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนต่อไป⁵⁰

เมื่อผู้ช่วยผู้พิพากษาได้ตรวจร่างคำพิพากษาแล้วจะส่งให้รองประธานได้ตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง หากประธานตรวจแล้วให้ผ่านจะเรียกว่า “ตรวจส่งออก” ซึ่งร่างคำพิพากษาหรือคำสั่งจะถูกส่งกลับไปทำงานพิมพ์คำพิพากษาอีกครั้งเพื่อรับการพิมพ์แก้ไขให้เป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งฉบับสมบูรณ์ และผู้ช่วยผู้พิพากษาจะดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้ง และจะส่งให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนและองค์คณะลงนามในคำพิพากษาหรือคำสั่ง จากนั้นเลขานุการจะตรวจซ้ำอีกครั้งเรียกว่า “ตรวจคัดท้าย” ก่อนจะส่งให้ศาลชั้นต้นอ่านให้คู่ความฟังต่อไป⁵¹

(2) วิธีการและวัตถุประสงค์ในการการตรวจสอบสำนวน

การตรวจสอบสำนวนจะทำการตรวจสอบรูปแบบคำพิพากษาและการใช้ถ้อยคำสำนวน ตรวจสอบความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาหรือคำสั่ง และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจตุลาการ โดยจะพิจารณาตั้งแต่ศาลมีเขตอำนาจหรือไม่ ถ้ามเรื่องทนายหรือไม่ ยื่นบัญชีระบุพยานถูกต้องหรือไม่ ไปจนถึงว่า ศาลพิพากษาถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งใกล้เคียงกับการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอย่างมาก

ในกรณีที่การตรวจสอบสำนวนแล้วพบว่าผิดปกติในการพิจารณาของผู้พิพากษา ผู้ตรวจสอบสำนวนก็มีเครื่องมือทางกฎหมายในการเข้าแก้ไขความผิดพลาดเหล่านั้น ได้แก่ อำนาจในการให้คำแนะนำแก่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนและองค์คณะให้ทำการแก้ไข อำนาจทำความเข้าใจแย้งยกเว้นคำพิพากษาของศาลฎีกา หากเป็นการตรวจสอบสำนวนใน ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา

⁵⁰ มณฑิร อุชชิน, “การตรวจร่างคำพิพากษาของผู้พิพากษาในกองผู้ช่วยผู้พิพากษาของศาลในชั้นอุทธรณ์ : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ตรวจ,” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, หลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง(บ.ย.ศ.)” รุ่นที่ 10, วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550), น.26 – 27.

⁵¹ เพิ่งอ้าง.

ประธานศาลมีอำนาจในการให้ที่ประชุมใหญ่ผู้พิพากษาในศาลเป็นผู้พิจารณาก็ได้⁵² และอำนาจในการเข้าร่วมในการพิจารณาคดี

นอกจากนี้ ในกรณีเห็นว่าขัดกับความยุติธรรม หัวหน้าศาลอาจให้รองหัวหน้าศาลทำความเข้าใจว่าจะเรียกสำนวนคืนหรือไม่ตามที่กฎหมายกำหนดก็ได้⁵³ ซึ่งวิธีการนี้ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมายว่าเป็นอำนาจของการตรวจสอบสำนวน แต่เป็นช่องทางที่กฎหมายเปิดช่องให้สามารถกระทำได้ ดังเช่นที่มีท่านผู้พิพากษาระดับสูงได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า “ในทางปฏิบัติ ก็มีการตรวจสอบสำนวนโดยผู้พิพากษาหัวหน้าศาลก็จะทำการตรวจสอบที่ผู้พิพากษาในศาลได้พิจารณาพิพากษาไปในวันก่อน โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 249 วรรคสี่และพระธรรมนูญมาตรา 33 วรรคแรก ในกรณีที่ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลไม่เห็นด้วยกับองค์คณะและเห็นว่าเป็นกรณีที่จะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรม ท่านก็จะดำเนินการให้ท่านผู้พิพากษาที่มีอาวุโสสูงสุดในศาล ตรวจสอบและทำความเข้าใจเสนอท่านตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ในศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค และศาลฎีกาก็ปฏิบัติเช่นกันนอกจากนี้ยังอาจมอบหมายให้ผู้ช่วยผู้พิพากษาและรองประธานศาลช่วยตรวจสอบสำนวนและทำความเข้าใจเสนอประธานเพื่อพิจารณาส่งในชั้นสุดท้าย⁵⁴” แต่ผู้ตรวจสอบอาจเลือกที่จะทำความเข้าใจในคดีแทนการเรียกคืนสำนวนก็ได้

7.1.4.2 การตรวจสอบคดีในศาลอื่น

นอกจากในศาลยุติธรรมแล้ว ในระบบศาลทหารก็มีระบบที่คล้ายคลึงกัน เรียกว่า ระบบการกลั่นกรองคำพิพากษาก่อนการอ่านคำพิพากษาภายในศาล อันเป็นขั้นตอนก่อนที่ตุลาการศาลทหารที่นั่งพิจารณาคดีจะอ่านคำพิพากษาของตน จะต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบและกลั่นกรองคำพิพากษาโดยองค์กรภายในของศาลทหาร ซึ่งอาจจะต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขตามที่ได้รับ การทักท้วง เพื่อให้คำพิพากษาที่อ่านนั้นเป็นไปในแนวทางและมีมาตรฐานเดียวกัน⁵⁵

⁵² มาตรา 140 วรรคสอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง “ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาถ้าอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือประธานศาลฎีกาแล้วแต่กรณี เห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยปัญหา ไต่ในคดีเรื่องใดโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ หรือถ้ามีกฎหมายกำหนด ให้วินิจฉัยปัญหาใดหรือคดีเรื่องใดโดยที่ประชุมใหญ่ ก็ให้วินิจฉัยโดย ที่ประชุมใหญ่”

⁵³ สติธย์ ไพเราะ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 8*.

⁵⁴ *เพ็งอ้าว*.

⁵⁵ สายันต์ ขุนขจี, “ระบบศาลทหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.176; ผู้เขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นว่าระบบดังกล่าวเป็นการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลทหารที่นั่งพิจารณาคดี และเห็นควรให้ยกเลิกวิธีการ

ในระบบศาลปกครองก็มีการระบบการตรวจสอบเช่นเดียวกัน โดยถือว่าเป็นการตรวจสอบตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปผู้เป็นประธานหรืออธิบดีศาลที่จะต้องดูแลความเรียบร้อยในศาล หรือเป็นไปตามระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2544 กำหนด เช่นในข้อ 63 เมื่อกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้ว ให้ตุลาการหัวหน้าคณะส่งสำนวนคดีให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นพิจารณา หากอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นมิได้สั่งการเป็นอย่างอื่น ให้ส่งสำนวนคดีนั้นให้ตุลาการผู้แถลงคดีเพื่อจัดทำคำแถลงการณ์โดยเร็ว หรือในข้อ 94 ที่ให้อำนาจแก่อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นในการเสนอปัญหาหรือคดีโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นก็ได้⁵⁶ ซึ่งระเบียบทั้งสองข้อนี้สามารถนำไปใช้ในการพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองสูงสุดได้ด้วย⁵⁷

ดังกล่าวนี้ โดยไปปรับปรุงแก้ไขการกลั่นกรองคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลทหารให้ได้มาตรฐานระดับเดียวกับผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลอื่นจะดีกว่า

⁵⁶ ข้อ 94 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2544 ในคดีที่มีลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้ อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาหรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นก็ได้

- (1) คดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นจำนวนมากหรือประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ
- (2) คดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ
- (3) คดีที่อาจมีผลเป็นการกลับหรือแก้ไขแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองชั้นต้น

หรือศาลปกครองสูงสุด

- (4) คดีที่มีทุนทรัพย์สูง

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นให้ประกอบด้วยตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ซึ่งมิใช่ผู้ที่ถูกคัดค้านหรือต้องถอนตัวเพราะมีเหตุอันอาจถูกคัดค้านตามมาตรา 63 แต่ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้น และให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นเป็นประธานที่ประชุมใหญ่

คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

⁵⁷ ข้อ 116 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2544 นอกจากวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุดที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในภาคนี้ ให้นำวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองชั้นต้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

7.2 มาตรการควบคุมกระบวนการใช้อำนาจตุลาการต่างประเทศ

ในประเทศประชาธิปไตยปกติแล้วนอกจากหลักวิธีพิจารณาคดีที่เป็นภาวะวิสัย เช่น การพิจารณาโดยเปิดเผย การรับฟังความทุกฝ่าย การพิจารณาคดีเป็นองค์คณะ การให้เหตุผลในคำพิพากษาแล้ว ยังมีมาตรการควบคุมกระบวนการใช้อำนาจตุลาการ เป็นการควบคุมก่อนที่ผู้พิพากษาจะมีคำพิพากษา หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็นการควบคุมก่อนการพิพากษา หรือควบคุมกระบวนการใช้อำนาจ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 4 มาตรการ ได้แก่ (7.2.1) ระบบการจ่ายสำนวนคดี (7.2.2) การควบคุมความเป็นกลาง (7.2.3) การถ่วงดุลผู้พิพากษาโดยระบบผู้พิพากษาสมทบ และ (7.2.4) การถ่วงดุลผู้พิพากษาโดยระบบลูกขุน

7.2.1 ระบบการจ่ายสำนวนคดี

ระบบการจ่ายสำนวนในต่างประเทศปัจจุบันอาจแบ่งแยกได้เป็น 3 ระบบ⁵⁸ ได้แก่ (7.2.1.1) การจ่ายสำนวนโดยการสุ่ม (7.2.1.2) การจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจของหัวหน้าศาลและ (7.2.1.3) การจ่ายสำนวนโดยบัญชี(แผน)การจ่ายสำนวน

7.2.1.1 การจ่ายสำนวนโดยการสุ่ม(Random Case Assignment)

ระบบการจ่ายสำนวนแบบสุ่มเป็นระบบที่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับผู้มีอำนาจสั่งจ่ายสำนวนว่าจะเป็นใคร แต่จะให้ความสำคัญกับวิธีการว่าจะต้องเป็นวิธีที่ไม่มีผู้ใดสามารถกำหนดผล หรือไม่อาจคาดหมายได้ว่าสำนวนคดีดังกล่าวจะตกอยู่กับผู้พิพากษาคนใด วิธีการสุ่มคัดเลือกมีหลายวิธีการ เช่น การสุ่มโดยระบบคอมพิวเตอร์ การสุ่มโดยการจับสลาก หรือการสุ่มโดยการกำหนดกฎเกณฑ์การจ่ายสำนวนไว้ล่วงหน้าตายตัว เช่น จ่ายสำนวนไปให้แก่ผู้พิพากษาโดย

⁵⁸ โดยทั่วไปแล้วมักจะจำแนกระบบการจ่ายสำนวนออกเป็น 2 ระบบใหญ่ ได้แก่ ระบบสุ่ม(Random Case Assignment) และระบบการจ่ายสำนวนโดยพิจารณาจากเนื้อหาของคดี (Subject-Matter Case Assignment) หรืออาจเรียกว่าการจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจ(Discretionary Case Assignment) ส่วนการจ่ายสำนวนโดยบัญชี/แผนการจ่ายสำนวน มักจะถูกจัดให้เป็นการจ่ายสำนวนแบบสุ่มรูปแบบหนึ่งเพราะเป็นวิธีการที่ให้ความสำคัญกับการป้องกันการเลือกผู้พิพากษาโดยเฉพาะเจาะจงสำหรับคดีใดคดีหนึ่ง แต่ผู้เขียนเห็นว่าการจ่ายสำนวนโดยบัญชีหรือแผนดังกล่าวมีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจถูกจัดอยู่ในระบบการจ่ายสำนวนทั้งสองแบบได้ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

พิจารณาจากรหัสไปรษณีย์ตามภูมิลำเนาของคู่ความว่ามีหมายเลขใดก็จะจ่ายสำนวนไปตามหมายเลขขององค์คณะที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว เป็นต้น เช่น ศาลในเดนมาร์ก อังกฤษ⁵⁹

7.2.1.2 การจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจ (Subject-matter/Discretionary Case Assignment)

การจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจหรือการจ่ายสำนวนโดยการพิจารณาจากเนื้อหาของคดีเป็นระบบที่มอบหมายให้หัวหน้าศาลหรือหัวหน้าผู้พิพากษาในศาลเป็นผู้มีอำนาจในการจ่ายสำนวนให้กับผู้พิพากษาโดยพิจารณาจากความเหมาะสมเป็นสำคัญ

โดยทั่วไปแล้ว การจ่ายสำนวนโดยดุลพินิจมักจะมีการกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับการจ่ายสำนวนไว้เพื่อควบคุมดุลพินิจของผู้มีอำนาจจ่ายสำนวน การกำหนดหลักเกณฑ์การส่งจ่ายคดีนั้นสามารถป้องกันความมีส่วนได้เสียของตุลาการได้ในระดับหนึ่ง เพราะภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ล่วงหน้า ย่อมไม่สามารถระบอบองค์คณะหรือตุลาการที่รับผิดชอบได้ และดุลพินิจของผู้บริหาร ศาลในการส่งจ่ายคดีก็มีอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด⁶⁰ ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ ฝรั่งเศส

ข้อดีของการจ่ายสำนวนระบบนี้คือการมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และการจ่ายสำนวนมีความยืดหยุ่นปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับสถานการณ์ได้ แต่อย่างไรก็ดี ระบบการจ่ายสำนวนเช่นนี้ส่งผลทำให้หัวหน้าศาลหรือผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนสามารถมีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาที่เป็นลูกศาล อาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อลูกศาล เช่น จ่ายสำนวนคดีง่ายให้กับผู้พิพากษาคณะใดคณะหนึ่งทำให้ผู้พิพากษาคณะนั้นพิจารณาคดีได้อย่างรวดเร็ว ไม่มีปัญหาและไม่มีภาระงานคดีค้าง ซึ่งอาจส่งผลต่อการเลื่อนชั้นเลื่อนตำแหน่งได้รวดเร็วกว่าผู้พิพากษา เป็นต้น

7.2.1.3 การจ่ายสำนวนโดยแผนจ่ายสำนวน

การจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวน คือการจ่ายให้แก่ผู้พิพากษาหรือองค์คณะผู้พิพากษามาตามแผนหรือบัญชีที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้า ซึ่งหลักการเบื้องต้นของการจ่ายสำนวนเช่นนี้มาจาก “หลักผู้พิพากษาโดยชอบธรรม” (Natural/Legal Judge) ที่รับรองว่าบุคคลจะมีสิทธิให้คดีของตนได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่ได้ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วตามกฎหมาย ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการเดียวกันกับหลักการที่ห้ามก่อตั้งศาลพิเศษ หรือกำหนดกระบวนการพิจารณาคดีเป็นพิเศษเพื่อใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อป้องกันการตัดสินคดีตาม

⁵⁹ Marco Fabri and Philip M. Langbroek, “Is There a Right Judge for Each Case? A Comparative Study of Case Assignment in Six European Countries,” *European Journal of Legal Studies*, No. 1, Vol. 2, p.302 (2007).

⁶⁰ บุปผา อัครพิมาน, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 43*, น.15-22.

อำนาจของผู้มีอำนาจ โดยหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ เช่น เยอรมนี ออสเตรียและอิตาลี เป็นต้น ในเยอรมนี รับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน(*Grundgesetz*) มาตรา 101 ว่าด้วยการห้ามตั้งศาลพิเศษ ใน (1) ประโยคที่สอง “...บุคคลย่อมไม่พึงถูกถอดถอนคดีออกจากผู้พิพากษาโดยชอบด้วยกฎหมาย” และกฎหมายธรรมนูญศาล(GVG) มาตรา 16 “ศาลพิเศษจะก่อตั้งขึ้นไม่ได้ ไม่มีผู้ใดจะถูกถอดคดีออกจากผู้พิพากษาโดยชอบธรรม(กฎหมาย)ที่มีเขตอำนาจ” ในออสเตรียรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 63(2) “ไม่มีผู้ใดมีอำนาจตัดสินใจในการได้รับการพิจารณาคดีจากผู้พิพากษาโดยชอบธรรม/ชอบด้วยกฎหมาย”

การจ่ายสำนวนในระบบนี้จะกำหนดให้ศาลต้องจัดทำแผนหรือบัญชีการจ่ายสำนวนไว้ล่วงหน้า และเมื่อมีคดีฟ้องมา ศาล ผู้มีหน้าที่จ่ายสำนวนก็ต้องจ่ายสำนวนไปตามบัญชีหรือแผนนั้น หากหัวหน้าศาลใดไม่จ่ายสำนวนตามแผนที่กำหนดอาจจะเป็นความผิดทางวินัย และคำพิพากษาขององค์กรคณะนั้นอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลสูงด้วยเหตุเป็นคำพิพากษาที่ขัดต่อกระบวนการวิธีพิจารณาตามกฎหมาย

ในระบบการจ่ายสำนวนตามแผนการจ่ายสำนวนจึงมีกระบวนการที่สำคัญเพิ่มขึ้นมาจากระบบปกติอื่นๆ คือกระบวนการการจัดทำแผนการจ่ายสำนวน ในที่นี้จะหยิบยกกระบวนการจัดทำแผนการจ่ายสำนวนของ 2 ประเทศมาพิจารณา ได้แก่

(1) การจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวนในออสเตรีย⁶¹

ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรตุลาการออสเตรีย (*Gerichtsorganisations-gesetz ; GOG*) กำหนดให้การจัดทำแผนการจ่ายสำนวนเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาหัวหน้าศาลซึ่งจะต้องส่งแผนดังกล่าวไปให้ “คณะกรรมการตุลาการ” (Personal Senate) อนุมัติก่อนช่วงเวลาที่จะมีผลใช้บังคับ อันได้แก่ ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ถึง 31 มกราคม เป็นช่วงเวลา 1 ปีทางตุลาการ โดยหัวหน้าศาลต้องจัดทำแผนการจ่ายสำนวนให้แก่ผู้พิพากษาในแต่ละศาล โดยให้แผนดังกล่าวจะประกอบไปด้วยแผนปกติ และแผนสำรอง ซึ่งในแผนปกติจะกำหนดวิธีการในการจ่ายสำนวนให้กับผู้พิพากษาในศาลคนใดคนหนึ่ง โดยใช้ตัวอักษรขึ้นต้นของชื่อหรือนามสกุลของโจทก์หรือจำเลย เช่น ถ้าจำเลยมีชื่อสกุลขึ้นต้นด้วยตัวอักษร E – Ge คดีนั้น

⁶¹Mag. Georg Stawa, “International Comparative Study on Allocation of Cases to and within Courts - The case of Austria,” in Assignment of Cases to Courts and within Courts in Six European Judicial Administrations and in Quebec: Comparative Study, eds. Marco Fabri and Philip M. Langbroek, (Maastricht : Shaker Publishing, 2004), p.91 -93.

จะต้องจ่ายให้กับผู้พิพากษาหน่วยที่ 1 ซึ่งในแผนก็จะระบุว่าผู้พิพากษาในหน่วยที่ 1 มีใครบ้างโดยระบุชื่อ เป็นต้น และแผนสำรองในกรณีที่ผู้พิพากษาหน่วยที่ 1 มีภาระงานคดีค้างอยู่มาก จะต้องจ่ายสำนวนให้กับผู้พิพากษาหน่วยใดแทน เช่นให้กับผู้พิพากษาหน่วยที่ 2 หรือที่ 3 เป็นต้น ซึ่งนอกจากการกำหนดด้วยตัวอักษรแล้ว อาจกำหนดด้วยชื่อถนน หรือที่อยู่อาศัยหรืออื่นๆ เช่นรหัสไปรษณีย์ก็ได้ และปัจจุบันเกณฑ์ที่ได้รับความนิยมทั่วไป คือการกำหนดเกณฑ์แบบที่เรียกว่า “การจ่ายสำนวนแบบวัฏจักร” (*Radlverteilung* ; allocation by cycle) ซึ่งเป็นการกำหนดให้จ่ายสำนวนให้แก่ผู้พิพากษาเรียงตามลำดับในบัญชีรายชื่อที่กำหนดตั้งแต่คนแรกไปจนครบทุกคน แล้วจึงเริ่มย้อนกลับมาจ่ายสำนวนให้ผู้พิพากษาคคนแรกตามลำดับใหม่ เช่น คดีที่หนึ่งจะถูกจ่ายให้กับผู้พิพากษาที่มีรายชื่อลำดับที่หนึ่ง คดีที่สองจ่ายให้กับผู้พิพากษาที่มีรายชื่อลำดับที่สอง คดีที่สามจ่ายให้กับผู้พิพากษาที่มีรายชื่อลำดับที่สาม จนกระทั่งครบทุกคนในศาล แล้วจึงค่อยย้อนกลับไปหาผู้พิพากษาที่มีรายชื่อลำดับที่หนึ่งใหม่ เป็นต้น

รัฐธรรมนูญประกันการจ่ายสำนวนจะต้องกระทำโดยกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ล่วงหน้า สำนวนที่ได้ถูกจ่ายแล้วจะถูกโอนไปยังผู้พิพากษาอื่นได้ก็แต่โดย Personal Senate ในกรณีที่ไร้ความสามารถ หรือผู้พิพากษานั้นไม่สามารถพิจารณาคดีได้ในเวลาที่เหมาะสมกับ เพราะภาระงานคดีมาก⁶²

แผนดังกล่าวจะต้องเปิดเผยให้กับผู้พิพากษาในช่วงวันที่ 16 ธันวาคม – 12 มกราคม เพื่อให้ผู้พิพากษาได้ยื่นคัดค้านแผนดังกล่าว นอกจากนี้ หากแผนได้รับการอนุมัติจาก Personal Senate แล้วผู้พิพากษายังคงมีสิทธิอุทธรณ์แผนจ่ายสำนวนจนกระทั่งถึงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ โดยอุทธรณ์ไปยัง *Aussensenzal* (Outside-Senate) ของศาลที่สูงกว่าถัดไปเพื่อให้เปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมก็ได้ แผนการจ่ายสำนวนดังกล่าวอาจจะมีผลใช้บังคับก่อนวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ก็ได้ หากว่าจำนวนผู้พิพากษาในศาลมีการเปลี่ยนแปลงจนส่งผลกระทบต่อภาระงานคดีอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ ยังมีระบบการตรวจสอบการจ่ายสำนวนที่ฝ่าฝืนแผนดังกล่าว หรือการเปลี่ยนแปลงแผนที่อาจจะฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยมีหัวหน้าผู้ตรวจสอบผู้พิพากษา (*Leitende Visitor*) ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีอยู่ในศาลอุทธรณ์ทุกแห่ง ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา อาจอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการตุลาการ (Personal Senate) ได้

(2) การจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวนในเยอรมนี

ส่วนการจัดทำแผนการจ่ายสำนวนในเยอรมนี ตามรัฐธรรมนูญยุติธรรมธรรมนูญศาลยุติธรรมสหพันธ์ (*Gerichtsverfassungsgesetz :GVG*) มาตรา 21อ(1) กำหนดให้การ

⁶² มาตรา 87(2)(3) รัฐธรรมนูญออสเตรีย

จัดทำแผนการจ่ายสำนวนคดี (*Geschäftsverteilungspläne*) เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารประจำศาล (*Präsidium*) ซึ่งจะต้องจัดทำก่อนเริ่มปีการปฏิบัติหน้าที่ โดยในการจัดทำแผนดังกล่าวจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาที่จะอยู่ในแผนนั้นได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นก่อน

ในแผนแต่ละแผนจะทำการแบ่งผู้พิพากษาออกเป็น “องค์กรคณะ” (*Spruchkörpern*) โดยกำหนดไว้ว่าองค์กรคณะใดจะรับผิดชอบคดีประเภทใดก็ได้ เช่นในศาลแพ่ง องค์กรคณะที่หนึ่งรับผิดชอบคดีกู้ยืมเงิน องค์กรคณะที่สองรับผิดชอบคดีละเมิด เป็นต้น หากในองค์กรคณะที่มีผู้พิพากษาหลายคน ผู้พิพากษาในองค์กรคณะนั้นจะต้องร่วมกันกำหนดเกณฑ์ในการจ่ายสำนวนให้แก่แต่ละคน ซึ่งหากกำหนดไม่ได้ คณะกรรมการบริหารฯ จะเป็นผู้วินิจฉัย⁶³ ซึ่งการกำหนดดังกล่าวอาจจะใช้การพิจารณาตัวอักษรขึ้นต้นดังที่ได้กล่าวในแผนการจ่ายสำนวนของออสเตรียก็ได้ ซึ่งนอกจากนี้แล้วยังต้องกำหนดไว้ด้วยว่าหากมีกรณีที่ไม่สามารถจ่ายสำนวนให้กับผู้พิพากษาได้ตามปกติแล้ว สำนวนคดีนั้นจะต้องถูกจ่ายให้กับคนใด⁶⁴ การจัดทำแผนการจ่ายสำนวนดังกล่าวนี้จะต้องให้ผู้พิพากษาที่อยู่ในแผนนั้นได้มีส่วนร่วมและแสดงความคิดเห็นต่อแผนดังกล่าวด้วย⁶⁵

หลังจากที่แผนได้ถูกประกาศใช้บังคับ แผนดังกล่าวสามารถถูกเปลี่ยนแปลงได้หากมีสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น จำนวนผู้พิพากษาในศาลเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ มีผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งใหม่เพิ่มขึ้น หรือมีผู้พิพากษาที่ลาออกหรือลาป่วยเป็นระยะเวลานาน หรือปริมาณคดีที่ศาลรับไว้พิจารณาไม่ได้เป็นไปตามแผนที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เช่นนี้ องค์กรที่มีอำนาจจัดทำก็สามารถเปลี่ยนแปลงแผนดังกล่าวได้ แต่จะเปลี่ยนเฉพาะที่เป็นปัญหาเท่านั้น จะเปลี่ยนแปลงทั้งแผนไม่ได้⁶⁶

เมื่อแผนการจ่ายสำนวนมีผลใช้บังคับแล้ว การจ่ายสำนวนจะต้องเป็นไปตามแผนนั้น เว้นแต่จะมีเหตุจำเป็น เช่น กรณีที่ภาระคดี (*Caseload*) ที่มากเกินไปหรือไม่เพียงพอของผู้พิพากษาหรือองค์กรคณะพิจารณาคดี หรือเป็นผลของการโยกย้ายหรือการลาพักงานของผู้พิพากษาแต่

⁶³ มาตรา 21จี้(1) รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมสหพันธ์ (GVG)

⁶⁴ มาตรา 21จี้(4) รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมสหพันธ์ (GVG)

⁶⁵ มาตรา 21จี้(6) รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมสหพันธ์ (GVG)

⁶⁶ Peter Dychs and co, “Case Assignment in German Courts: North Rhine-Westphalia,” in the Right Judge for Each Case: A Study of Case Assignment and Impartiality in Six European Judiciaries, eds. Philip M. Langbroek and Marco Fabri (Antwerp-Oxford: Intersentia, 2007), p.228.

ละคน⁶⁷ หากการจ่ายสำนวนใดไม่เป็นไปตามแผนดังกล่าวอาจยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบได้ตามกฎหมายหรือร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

ระบบการจ่ายสำนวนตามแผนของเยอรมนีมีระบบที่ช่วยป้องกันการไม่จ่ายสำนวนตามแผนด้วย โดยบังคับให้ต้องมีการเผยแพร่แผนการจ่ายสำนวนสู่สาธารณะ โดยตามรัฐธรรมนูญศาลยุติธรรมสหพันธ์(GVG) กำหนดให้แผนการจ่ายสำนวนดังกล่าวจะต้องสามารถถูกตรวจสอบได้⁶⁸ และในทางปฏิบัติศาลทุกศาลจะนำแผนการจ่ายสำนวนดังกล่าวที่ระบุชื่อผู้พิพากษาทุกคนประกาศในเว็บไซต์ของศาลเพื่อความโปร่งใสต่อสาธารณะชน และส่งสำเนาแผนดังกล่าวไปให้แก่ศาลสูงและสมาคมทนายความในท้องถิ่นนั้น นอกจากนี้ บุคคลทั่วไปสามารถร้องขอแผนการจ่ายสำนวนได้ที่ศาล อันหมายความว่าแผนการจ่ายสำนวนดังกล่าวทุกคนสามารถตรวจสอบได้⁶⁹

การจ่ายสำนวนที่ไม่ได้เป็นไปตามแผนการจ่ายสำนวนนั้นไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในทุกกรณี แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป เช่น กรณีที่มีการจ่ายสำนวนผิดเพราะเหตุตีความแผนไม่ถูกต้องนั้นจะเป็นการละเมิดสิทธิก็ต่อเมื่อการตีความและปรับใช้แผนนั้นได้ถูกกระทำโดยอำเภอใจของผู้จ่ายสำนวน

แม้ในเยอรมันสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่กำหนดไว้โดยกฎหมายล่วงหน้า(Right to Legal Judge) ได้รับการรับรองไว้โดยกฎหมายพื้นฐานแต่คำพิพากษาที่พิพากษาโดยละเมิดสิทธิดังกล่าวไม่ได้เป็นโมฆะหรือไม่มีผลบังคับโดยอัตโนมัติ แต่ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าวสามารถหยิบยกเอาเหตุดังกล่าวเพื่อเรียกร้องให้ศาลให้การเยียวยาตามกฎหมายโดยการยื่นคำร้องขอให้ศาลสูงเพิกถอนคำพิพากษาดังกล่าว และสามารถยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตามเงื่อนไขของกฎหมาย นอกจากนี้ การจ่ายสำนวนที่ไม่เป็นไปตามแผนการจ่ายสำนวนอาจถูกถือว่าเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้⁷⁰

7.2.2 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษา

มาตรการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษามีหลายมาตรการแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยในที่นี้จะเลือกศึกษา 3 ประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ (7.2.2.1)

⁶⁷ มาตรา 21อี(3) รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมสหพันธ์(GVG)

⁶⁸ มาตรา 21อี(9) รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมสหพันธ์(GVG)

⁶⁹ Peter Dychs, *supra* note 66, p.226.

⁷⁰ *Ibid.*, p.223 – 225.

การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในฝรั่งเศส (7.2.2.2) การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในเยอรมนี และ (7.2.2.3) การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา

7.2.2.1 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในฝรั่งเศส

มาตรการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในฝรั่งเศสปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยให้สิทธิแก่คู่ความในการกรณีที่มีข้อสงสัยว่าผู้พิพากษามีความเป็นกลางหรือไม่ แต่คู่ความจะยื่นคำร้องขอให้ถอดถอนผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาคดีได้เฉพาะเหตุที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น โดยในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 341 วรรคสองกำหนดเหตุไว้ ดังนี้

1. ผู้พิพากษาหรือคู่สมรสมีประโยชน์ได้เสียส่วนตัวในข้อพิพาท
2. ผู้พิพากษาหรือคู่สมรสเป็นเจ้าหน้าที่ ลูกหนี้ ทายาทหรือผู้รับบริจาคของคู่ความคนใดคนหนึ่ง
3. ผู้พิพากษาหรือคู่สมรสมีความเกี่ยวพันทางสายเลือดหรือโดยการสมรสกับคู่ความคนใดคนหนึ่งหรือคู่สมรสของคู่ความที่นับความสัมพันธ์ได้สืบลำดับ
4. ผู้พิพากษาหรือคู่สมรสเคยหรืออยู่ในกระบวนการพิจารณาใดๆ ต่อคู่ความคนใดคนหนึ่งหรือคู่สมรสของคู่ความนั้น
5. ผู้พิพากษาได้รับทราบและเคยตัดสินในประเด็นพิพาทในฐานะผู้พิพากษาหรืออนุญาโตตุลาการหรือเป็นที่ปรึกษากฎหมายของคู่ความคนใดคนหนึ่ง
6. ผู้พิพากษาหรือคู่สมรสได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดการทรัพย์สินของคู่ความคนใดคนหนึ่ง
7. ผู้พิพากษาหรือคู่สมรสมีความสัมพันธ์แบบบังคับบัญชากับคู่ความคนใดคนหนึ่งหรือคู่สมรส
8. ผู้พิพากษากับคู่ความคนใดคนหนึ่งมีความสัมพันธ์ในลักษณะมิตรสหายหรือคู่อริ

คู่ความที่ต้องการจะถอดถอนผู้พิพากษาจะต้องดำเนินการทันทีที่ทราบเหตุแห่งการถอดถอนแต่จะต้องยื่นคำร้องขอถอดถอนก่อนเสร็จสิ้นการสืบพยานในศาล⁷¹ และผู้พิพากษาที่เห็นว่าตนเองมีเหตุที่อาจถูกถอดถอนออกจากการพิจารณาได้จะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจะต้องแต่งตั้งผู้พิพากษาอื่นเข้าไปทำหน้าที่แทน⁷²

คำพิพากษาของศาลที่ได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งการ

⁷¹ มาตรา 342 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส

⁷² มาตรา 339 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส

คัดค้านนั้นถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายวิธีพิจารณาความอันเป็นเหตุที่คู่ความสามารถร้องขอให้ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษานี้ได้⁷³

7.2.2.2 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในเยอรมนี

มาตรการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาของเยอรมนีจะแตกต่างไปจากของประเทศอื่นๆ โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือการห้ามผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ กับการคัดค้านผู้พิพากษา และเหตุสำหรับการห้ามและการคัดค้านผู้พิพากษาจะแยกกันระหว่างคดีแพ่งและคดีอาญา

สำหรับคดีแพ่ง ผู้พิพากษาจะถูกห้ามปฏิบัติหน้าที่ตุลาการโดยผลของกฎหมายถ้ามีเหตุดังต่อไปนี้⁷⁴

1. ในประเด็นใดๆ ที่ผู้พิพากษาเป็นคู่ความในคดี หรือมีความสัมพันธ์กับคู่ความคนใดคนหนึ่งในคดีในฐานะเป็นลูกหนี้ เจ้าหนี้หรือผู้ที่มีหน้าที่จะต้องชดใช้
2. ในประเด็นใดๆ ที่เกี่ยวกับคู่สมรสหรืออดีตคู่สมรส
3. ในประเด็นใดๆ ที่เกี่ยวกับหุ้นส่วนชีวิตหรืออดีตหุ้นส่วนชีวิตภายใต้การจดทะเบียนคู่ชีวิต
4. ในประเด็นใดๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลที่มีความเกี่ยวพันโดยตรงกับผู้พิพากษาไม่ว่าจะทางสายเลือดหรือโดยการสมรส หรือบุคคลที่เป็นญาติโดยสายเลือดในระดับที่สามหรือญาติโดยการสมรสในระดับสอง
5. ในประเด็นใดๆ ที่ผู้พิพากษาเคยได้รับการแต่งตั้งให้เป็นทนายความหรือเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือคู่ความ หรือได้รับมอบอำนาจให้ตัวแทนของคู่ความ
6. ในประเด็นใดๆ ที่ผู้พิพากษาเคยถูกสอบสวนในฐานะพยานหรือผู้เชี่ยวชาญ
7. ในประเด็นใดๆ ที่ผู้พิพากษาได้เคยช่วยเหลือในขั้นก่อนการพิจารณาคดีในศาลหรือในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและมีการยื่นคำวินิจฉัยนั้นเข้ามาให้ศาลพิจารณายกเว้นเป็นการกระทำที่ผู้พิพากษาได้รับมอบหมายหรือได้รับการร้องขอตามกฎหมาย
8. ในประเด็นที่เกี่ยวข้องการพิจารณาคดีที่ใช้เวลานานเกินไป ถ้าผู้พิพากษามีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาที่ถูกโต้แย้งและช่วงดังกล่าวเป็นเหตุให้มีการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน

⁷³ Peter Herzog and Martha Weser, Civil Procedure in France (The Hague/The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1967), p.427-428.

⁷⁴ มาตรา 41 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี

ผู้พิพากษาที่มีเหตุดังกล่าวจะไม่สามารถเข้าร่วมการพิจารณาพิพากษาคดีที่ตนมีเหตุตามที่กำหนดนี้ได้ หากฝ่าฝืน คำพิพากษานั้นสามารถถูกเพิกถอนได้ในการพิจารณาของศาลสูงและเป็นเหตุที่อาจถูกร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ในกรณีคดีถึงที่สุดไปแล้ว

นอกจากนี้ ในเยอรมันยังอนุญาตให้คู่ความคัดค้านผู้พิพากษาได้เช่นกัน โดยคู่ความมีสิทธิที่จะยื่นคัดค้านผู้พิพากษาได้ทั้งกรณีที่มีเหตุที่ผู้พิพากษามีเหตุที่ถูกห้ามการพิจารณาคดีโดยกฎหมาย และในกรณีที่ผู้พิพากษามีเหตุที่แสดงว่ามีอคติ⁷⁵ โดยจะต้องยื่นต่อศาลที่ผู้พิพากษานั้นสังกัดอยู่ โดยผู้พิพากษาที่ถูกยื่นคัดค้านจะต้องยื่นคำให้การเพื่อให้ศาลพิจารณา หากผู้พิพากษาถูกยื่นคัดค้านเพราะเหตุที่แสดงความมีอคติต่อกฎ คู่ความที่ยื่นคัดค้านจะต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าศาลในการพิจารณาและแสดงพยานหลักฐานให้เป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่ามีเหตุดังกล่าวจริง⁷⁶ จากนั้นศาลก็จะพิจารณาคำคัดค้านและมีคำสั่งของศาล หากศาลเห็นด้วยกับคำคัดค้าน คำสั่งนี้เป็นที่สุดจะอุทธรณ์ต่อไปไม่ได้

ส่วนในการพิจารณาคดีอาญา ผู้พิพากษาจะถูกห้ามการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตุลาการ ถ้ามีเหตุดังต่อไปนี้⁷⁷

1. ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายเอง
2. ผู้พิพากษาเป็นคู่สมรส หุ่นส่วนชีวิต ผู้อนุบาลหรือผู้ดูแลผู้ถูกกล่าวหา หรือผู้เสียหาย
3. ผู้พิพากษามีหรือเคยมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดในระดับสามหรือความสัมพันธ์โดยการสมรสในระดับสองกับผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้เสียหาย
4. ผู้พิพากษาเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อนในฐานะพนักงานอัยการ หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือทนายความของผู้เสียหายหรือทนายจำเลย
5. ผู้พิพากษาเคยรับฟังคดีมาก่อนในฐานะพยานหรือผู้เชี่ยวชาญ
6. ผู้พิพากษาเคยเกี่ยวข้องในการพิจารณาพิพากษาคดีมาก่อน หากผู้พิพากษาได้รับการเลื่อนตำแหน่งไปในศาลสูงก็ต้องห้ามพิจารณาคดีดังกล่าวนี้โดยกฎหมายเช่นกัน

การคัดค้านผู้พิพากษาในคดีอาญามีกระบวนการคล้ายกับของคดีแพ่ง โดยผู้พิพากษาในคดีอาญาก็สามารถถูกคัดค้านได้ทั้งเหตุห้ามปฏิบัติหน้าที่โดยกฎหมายและเหตุอคติอื่นเช่นเดียวกับคดีแพ่ง โดยพนักงานอัยการ โจทก์ที่เป็นเอกชนหรือผู้ถูกกล่าวหาสามารถใช้สิทธิ

⁷⁵ มาตรา 42 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี

⁷⁶ มาตรา 44 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี

⁷⁷ มาตรา 22-23 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี

คัดค้านได้⁷⁸ โดยจะต้องยื่นต่อศาลที่ผู้พิพากษานั้นสังกัดอยู่ สำหรับในศาลชั้นต้นจะต้องยื่นก่อนการซักถามจำเลยคนแรก หรือในศาลชั้นอุทธรณ์ขึ้นไปจะต้องยื่นก่อนจะมีการแถลงการณ์ของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน โดยผู้พิพากษาที่ถูกยื่นคัดค้านสามารถยื่นคำให้การของตนเองในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุที่ถูกคัดค้านได้ แต่ไม่มีสิทธิเข้าร่วมการพิจารณาในประเด็นการคัดค้านนี้ โดยศาลจะยกคำคัดค้านได้ หากคำคัดค้านนั้นไม่ได้ยื่นภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือไม่ได้แสดงเหตุแห่งการคัดค้านที่เพียงพอ หรือเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการคัดค้านมีวัตถุประสงค์เพื่อยืดเวลาในการพิจารณา⁷⁹ หากศาลมีคำสั่งยกคำคัดค้าน ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ แต่หากศาลเห็นด้วยกับคำคัดค้าน ผู้พิพากษาจะต้องยุติการปฏิบัติหน้าที่ในคดีนั้น คำสั่งที่ยอมรับคำคัดค้านไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ แต่คำสั่งไม่รับคำคัดค้านสามารถอุทธรณ์ได้⁸⁰

นอกจากนี้ผู้พิพากษาที่ทราบว่ามีเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้อาจยื่นรายงานต่อศาลของตนเองให้วินิจฉัยก็ได้⁸¹ และคำพิพากษาที่ถูกพิพากษาโดยผู้พิพากษาที่ถูกห้ามปฏิบัติหน้าที่โดยกฎหมายเป็นคำพิพากษาที่อาจถูกยื่นให้ศาลสูงพิจารณาได้ในประเด็นข้อกฎหมาย⁸²

7.2.2.3 การควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา

โดยประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา เล่ม 28 ว่าด้วยฝ่ายตุลาการและวิธีพิจารณาความ ได้กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาศาลสหพันธรัฐไว้ 2 กรณี กรณีแรก ในมาตรา 455(a) ซึ่งใช้บังคับกับผู้พิพากษาศาลสหพันธรัฐทุกชั้นศาลได้กำหนดให้ผู้พิพากษาจะต้องถอนตัวจากการพิจารณาคดีหากมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเกิดขึ้น โดยมาตราดังกล่าวกำหนดเหตุแห่งความไม่เป็นกลางไว้ 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทรแรก เป็นกรณีทั่วไปที่ผู้พิพากษาไม่ว่าในศาลใดจะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีหากปรากฏว่าตนเองมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางอาจทำให้ถูกคัดค้านได้เกิดขึ้น

ส่วนประเภที่สอง ซึ่งกำหนดไว้ว่า ผู้พิพากษาคณใดตกอยู่ในสถานการณ์ที่กำหนดไว้ดังต่อไปนี้จะต้องถอนตัวจากการพิจารณาคดีด้วยเช่นกัน โดยสถานการณ์ดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

⁷⁸ มาตรา 24 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี

⁷⁹ มาตรา 26เอ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี

⁸⁰ มาตรา 27 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี

⁸¹ มาตรา 30 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี

⁸² มาตรา 338(3)(4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี

1. มีอคติส่วนตัวต่อคู่ความหรือมีความรู้ส่วนตัวในข้อเท็จจริงที่พิพาทที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดี
2. เคยเป็นทนายความในประเด็นพิพาทหรือเป็นทนายของสมาคมที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทหรือเป็นผู้พิพากษาหรือเป็นพยานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทมาก่อน
3. เคยเป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาในฐานะที่ปรึกษาหรือพยานหรือเคยแสดงความเห็นเกี่ยวกับเนื้อหาของคดีพิพาทมาก่อน
4. รับทราบว่าตนเองไม่ว่าในฐานะส่วนตัวหรือในฐานะผู้ดูแลทรัพย์สินหรือคู่สมรสหรือบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตนมีประโยชน์ได้เสียทางการเงินในคดีพิพาทหรือในคู่ความในกระบวนการพิจารณา หรือประโยชน์ได้เสียอื่นใดที่อาจมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อผลของการพิจารณาคดี
5. ตนเองหรือคู่สมรส หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ระดับสามกับตนเองหรือคู่สมรสเป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณา หรือเป็นเจ้าหน้าที่ ผู้อำนวยการหรือผู้ดูแลทรัสต์หรือเป็นทนายความในกระบวนการพิจารณา หรือได้รับทราบโดยผู้พิพากษาในการมีผลประโยชน์ได้เสียที่อาจมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อผลของคดี หรือด้วยความรู้ของผู้พิพากษาที่น่าจะเป็นพยานในกระบวนการพิจารณา

สำหรับประเภทแรก คู่ความอาจละสิทธิในการคัดค้านและให้ผู้พิพากษาพิจารณาคดีต่อไปได้หากผู้พิพากษาได้เปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดที่อาจเป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติต่อผู้ที่มีสิทธิคัดค้านโดยมีการบันทึกไว้ และผู้ที่มีสิทธิคัดค้านไม่ติดใจที่จะคัดค้านต่อไป แต่สำหรับประเภทที่สอง แม้คู่ความจะไม่ติดใจคัดค้านในเหตุดังกล่าว แต่ผู้พิพากษาก็จะต้องถอนตัวออกจากคดีไป⁸³ หากผู้พิพากษาได้ถอนตัวจากคดี ศาลจะให้ผู้พิพากษาคนอื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทน แต่หากผู้พิพากษาไม่ถอนตัวจากคดี และพิจารณาพิพากษาคดีจนเสร็จสิ้น คู่ความที่เห็นว่าผู้พิพากษามีความไม่กลางสามารถยื่นฟ้องต่อศาลสูงโดยอาศัยเหตุดังกล่าวได้

ส่วนกรณีที่สอง เป็นกรณีตามมาตรา 144⁸⁴ ที่กำหนดกระบวนการคัดค้านผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นสหพันธ์ที่กำหนดว่า “หากคู่ความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นใดๆ ได้ยื่นคำร้องว่าผู้พิพากษาที่กำลังพิจารณาอยู่มีความอคติโดยส่วนตัวต่อผู้ยื่นคำร้องหรือเอื้อประโยชน์ให้แก่คู่ความฝ่ายตรงข้าม ผู้พิพากษานั้นจะไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ โดยคำร้องนั้นจะต้องแสดงข้อเท็จจริงและเหตุผลที่ทำให้เชื่อได้ว่าผู้พิพากษามีอคติจริงๆ โดยจะต้องยื่นภายในเวลาไม่น้อยกว่า 10 วันก่อนที่จะมีการสืบพยานวันแต่มีเหตุผลอันสมควรที่ไม่สามารถยื่นได้

⁸³ 28 U.S. Code § 455(e)

⁸⁴ 28 U.S. Code § 144 Bias or prejudice of judge

ภายในระยะเวลาดังกล่าว โดยคู่ความจะยื่นคำร้องได้เพียงครั้งเดียวและจะต้องได้รับการรับรองโดยทนายความคำร้องนั้นได้ทำขึ้นโดยสุจริต

7.2.3 ระบบผู้พิพากษาสมทบ(Lay Judge)

ผู้พิพากษาสมทบ(Lay Judge) คือการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมกับผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีเช่นเดียวกับระบบลูกขุน แต่มีความแตกต่างกันอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ประชาชนจะเข้าร่วมเป็นองค์คณะและนั่งพิจารณาคดีร่วมกับผู้พิพากษาบนบัลลังก์เลย ไม่ได้แยกนั่งคนละแห่งแบบระบบลูกขุน ประการที่สอง ผู้พิพากษามีอำนาจในการซักถามพยานด้วยตนเอง และประการที่สาม ผู้พิพากษาสมทบบมีอำนาจพิจารณาพิพากษาทั้งคดีร่วมกับผู้พิพากษาอาชีพ ไม่ได้มีอำนาจในส่วนใดส่วนหนึ่งของคดี ผู้พิพากษาสมทบอาจแบ่งตามประเภทของมุมมองที่ต้องการจากผู้พิพากษา ได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก ผู้พิพากษาสมทบทั่วไปต้องการมุมมองทั่วไปของสังคม ผู้พิพากษาสมทบประเภทนี้ไม่ต้องการความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และไม่ต้องการความรู้ในเชิงนิติศาสตร์ ผู้พิพากษาสมทบประเภทนี้พบได้ทั้งในคอมมอนลอว์และ ซิวิลลอว์ ในคอมมอนลอว์ อยู่ในศาลแขวงล่างสุด พวก Magistrate Court) ในเยอรมันมีในศาลชุมชนศาลท้องถิ่น หรือศาลอาญาในซิวิลลอว์ เช่น ศาลลูกขุนฝรั่งเศส ศาลอาญาญี่ปุ่น (Sabai-in) ประเภทที่สอง ได้แก่ ผู้พิพากษาสมทบผู้เชี่ยวชาญ ต้องการมุมมองในเรื่องที่ผู้พิพากษาสมทบจะมีประสบการณ์ ต้องการมุมมองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง อยู่ในศาลแรงงาน ศาลพาณิชย์ ศาลเยาวชน ประเภทที่สาม ผู้พิพากษาสมทบประเภทนักกฎหมาย จะพบในประเทศที่ใช้ระบบราชการในการจัดระเบียบภายในตุลาการ มีขึ้นเพื่อต้องการดึงดูดนักกฎหมายที่ไม่ได้ได้เข้าเป็นผู้พิพากษามาแต่เริ่มต้น หรือไม่ต้องการที่จะประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษาวรรมาแต่เริ่มแรก พบในศาลชุมชน (Tribunal de proximité) ของฝรั่งเศส หรือผู้พิพากษากิตติมศักดิ์ในศาลปกครองสหพันธ์ของเยอรมนี

ซึ่งในที่นี้จะศึกษาเฉพาะผู้พิพากษาสมทบที่ร่วมทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีร่วมกับผู้พิพากษาในกรณีทั่วๆ ไปไม่ใช่กรณีที่จะต้องอาศัยความรู้ความชำนาญหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะของผู้ที่ผู้พิพากษาสมทบจึงจะมุ่งไปที่ระบบผู้พิพากษาสมทบประเภทที่หนึ่ง หรือระบบผู้พิพากษาสมทบในคดีแพ่งหรือคดีอาญาทั่วไป ซึ่งใช้ใน 2 ประเทศหลัก ได้แก่ เยอรมนีและฝรั่งเศส อาจแยกพิจารณาได้เป็น (7.2.3.1) สถานะของระบบผู้พิพากษาสมทบ (7.2.3.2) การคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบ และ (7.2.3.3) การถ่วงดุลอำนาจระหว่างผู้พิพากษาอาชีพกับผู้พิพากษาสมทบ

7.2.3.1 สถานะของระบบผู้พิพากษาสมทบ

ระบบผู้พิพากษาสมทบทั้งในเยอรมันและฝรั่งเศสไม่ใช่สิทธิของจำเลยที่จะเลือกใช้หรือไม่เลือกเหมือนอย่างระบบลูกขุนในอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา แต่เป็นระบบวิธีพิจารณา

ที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้พิพากษาเปลี่ยนไปใช้ระบบการพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษาอย่างเดียวไม่ได้ สำหรับในเยอรมนี ในแทบทุกศาลระดับมลรัฐจะใช้ผู้พิพากษาสมทบร่วมพิจารณาคดีกับผู้พิพากษาอาชีพ ทั้งที่เป็นผู้พิพากษาสมทบประเภทตัวแทนชุมชน หรือประเภทตัวแทนผู้ประกอบการวิชาชีพ แม้ว่าจะไม่ได้เป็นเสียงข้างมากในองค์คณะก็ตาม เช่น ศาลปกครองชั้นต้นองค์คณะพิจารณาจะใช้ผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน ผู้พิพากษาสมทบ 2 คน เป็นต้น

ส่วนในฝรั่งเศสจะใช้ผู้พิพากษาสมทบเฉพาะในบางศาล ผู้พิพากษาสมทบผู้เชี่ยวชาญ หรือตัวแทน ในศาลแรงงาน ศาลพาณิชย์ และผู้พิพากษาสมทบประเภททั่วไป/ชุมชน ในศาลกอร์ดัสซิส(*Cour D'assises*) เป็นศาลสำหรับคดีอาญาอุกฤษฏ์โทษ (*Crime*) แยกออกมาโดยเฉพาะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เป็นการผสมผสานรูปแบบของศาลแอสซาย (*Assize court*) ในระบบกฎหมายอังกฤษ กับศาลยุติธรรมของระบบกฎหมายฝรั่งเศส (โดยอิทธิพลของวอลแตร์ (*Voltaire*) ศาล *Cour d'assises* มีอยู่ในทุก *département* ของฝรั่งเศส และมีเขตอำนาจทั่วทั้ง *département* ในคดีอาญาอุกฤษฏ์โทษ ศาลนี้ประกอบไปด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 นาย ประกอบไปด้วยประธานคณะ 1 นาย คัดเลือกจากผู้พิพากษาระดับสูงในศาลอุทธรณ์ และ ผู้พิพากษาอีก 2 นาย คัดเลือกเลือกจากศาลอุทธรณ์ 1 นาย และผู้พิพากษาศาลชั้นต้น (*Tribunal de Grande instance*) 1 นาย และมีลูกขุนอีก 9 คนเป็นผู้นั่งพิจารณาคดีร่วมกับผู้พิพากษา 3 คน

7.2.3.2 การคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบ

ในเยอรมนี คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษาสมทบ⁸⁵ นั้นจะต้องมีสัญชาติเยอรมัน ในคดีที่พิจารณาโดยผู้พิพากษาสมทบที่ไม่ใช่ผู้มีสัญชาติเยอรมัน ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่คู่ความสามารถอุทธรณ์คำพิพากษานั้นได้ และเพื่อให้ได้บุคคลที่มีวุฒิที่ดีพอ กฎหมายจึงได้กำหนดอายุขั้นต่ำว่าผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษาสมทบจะต้องมีอายุตั้งแต่ 25 ปีขึ้นไปแต่ไม่เกิน 70 ปี และจะต้องประกอบไปด้วยคุณสมบัติพื้นฐานต่างๆ ที่กำหนดอีก อาทิ หากว่าไม่ได้อยู่ในภูมิลาเนาต่อศาลที่จะมีการเสนอชื่อเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี ก็จะต้องไม่มีคุณสมบัติ หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถทางร่างกายหรือจิตใจ แม้กระทั่งหากว่าเป็นผู้ถูกยึดทรัพย์ (*confiscate*) ก็ไม่มีคุณสมบัติที่จะถูกเสนอชื่อเป็นผู้พิพากษาสมทบเช่นเดียวกัน

บุคคลที่ไม่อาจได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาสมทบได้ ได้แก่ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น ประธานาธิบดี สมาชิกคณะรัฐบาลทั้งในระดับรัฐและสหพันธรัฐ เจ้าพนักงานที่มีหน้าที่บริการสาธารณะ ไม่ว่าจะแต่งตั้งถาวรหรือชั่วคราว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรวมไปถึงเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ใช้บังคับกฎหมาย เช่น ตำรวจ เจ้าหน้าที่ทัณฑสถาน พนักงานคุมประพฤติ

⁸⁵ ทวี ชูโต, “ความเป็นไปได้ในการนำรูปแบบของผู้พิพากษาสมทบมาใช้ในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น.101 – 102.

เจ้าหน้าที่ศาล นักบวชในศาสนา และ ผู้ที่เคยเป็นผู้พิพากษาสมทบมาแล้วและพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวมายังไม่ถึง 8 ปี

บุคคลที่อาจถูกปฏิเสธในการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาสมทบได้ ได้แก่ สมาชิกรัฐสภา สมาชิกสภายุโรป ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุข เช่น แพทย์ ทันตแพทย์ พยาบาล เจ้าหน้าที่โรงพยาบาล เภสัชกร หรือ ผู้ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 65 ปี

บุคคลที่ถูกตัดสิทธิห้ามมิให้เป็นผู้พิพากษาสมทบ ได้แก่ บุคคลที่เคยต้องคำพิพากษาให้ถูกจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนขึ้นไป หรือผู้ซึ่งอยู่ในระหว่างการถูกสอบสวน

ในทุกๆ 4 ปี คณะเทศมนตรีแห่งท้องถิ่นจะต้องจัดทำบัญชีเสนอผู้ที่มีสิทธิได้รับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาสมทบ โดยในบัญชีจะต้องระบุชื่อ สกุล เพศ อายุ พื้นฐานทางสังคม พร้อมทั้ง วันเกิด สถานที่เกิด ที่อยู่และอาชีพ โดยเสนอต่อศาลจังหวัดนั้นๆ เพื่อพิจารณาถึงคุณสมบัติความเหมาะสมตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยองค์กรที่มีสิทธิเสนอชื่อผู้สมควรได้รับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาสมทบต่อคณะเทศมนตรีแห่งท้องถิ่นได้แก่ พรรคการเมือง สมาคมการกุศล หรือประชาชนอื่นใดที่ประสงค์จะเสนอชื่อดังกล่าว⁸⁶

เทศบาล(องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น)⁸⁷ จัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่มีสิทธิเป็นคุณสมบัติผู้พิพากษาทุก 5 ปี โดยต้องให้สภาองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของสมาชิกที่มาประชุม แต่จะต้องไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดตามกฎหมาย

แต่ในฝรั่งเศส สำหรับคณะลูกขุนในกุตซ์ซีที่ถูกคัดเลือกโดยการจับสลากใน 3 ขั้นตอน ในขั้นตอนแรก นายกเทศมนตรีของแต่ละ *Canton* ภายใน *département* จับสลากจากรายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งประจำปี รายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกนี้จะถูกส่งไปรวมกันที่ศาล ขั้นตอนต่อมา จากรายชื่อทั้งหมด 35 ชื่อจะถูกเลือกโดยการจับสลากและกำหนดรูปแบบที่เป็นไปได้สำหรับการทำหน้าที่ในแต่ละส่วนของ *Cour d'assises* ขั้นตอนสุดท้าย จากรายชื่อในแต่ละส่วน จะมี 9 รายชื่อที่จะได้รับเลือกให้พิจารณาในคดี โดยการเลือกนี้โจทก์และจำเลย สามารถคัดค้านได้

7.2.3.3 การถ่วงดุลอำนาจระหว่างผู้พิพากษาอาชีพกับผู้พิพากษาสมทบ

ในระบบผู้พิพากษาสมทบนี้ ผู้พิพากษาสมทบกับผู้พิพากษาอาชีพจะนั่งพิจารณาคดีร่วมกันบนบัลลังก์ ไม่ได้แยกที่นั่งต่างหากดังเช่นในระบบลูกขุน เนื่องจากทั้งผู้พิพากษาอาชีพและผู้พิพากษาสมทบ(ลูกขุน)ต่างก็มีอำนาจในการพิจารณาทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและบทบัญญัติของกฎหมาย รวมทั้งกำหนดโทษในแต่ละข้อกล่าวหาที่ถูกตัดสินว่าเป็นความผิด แต่อย่างไร

⁸⁶ เฟ็งอว้าง, น.102.

⁸⁷ มาตรา 36 รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม(GVG)

ก็ดี ด้วยข้อจำกัดในแง่ความรู้ในเชิงเทคนิคกฎหมาย การออกคำสั่งในกระบวนการพิจารณายังคงเป็นอำนาจของผู้พิพากษาอาชีพ

องค์มติเพื่อตัดสินลงโทษในกรณี ดัชชีสถูกกำหนดไว้เป็นพิเศษเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการมีอิทธิพลในทางที่ไม่ชอบของทนายความที่มีอาชีพที่อาจจะติดต่อคณะลูกขุน คำสั่งหรือคำตัดสินใดๆ ที่ไม่เป็นคุณต่อจำเลยจะถูกสั่งโดยองค์คณะในศาลอย่างน้อย 8 คน นั้นย่อมหมายความว่า จำเลยผู้พิพากษาอาชีพทั้ง 3 คนอย่างเดียวยังตัดสินลงโทษจำเลยไม่ได้จะต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากลูกขุนอย่างน้อย 5 คนซึ่งเป็นเสียงข้างมากของจำนวนลูกขุนในองค์คณะ ในทางกลับกันหากผู้พิพากษาทั้งสามคนไม่ตัดสินลงโทษจำเลย ก็จะต้องชี้มติจากลูกขุนถึง 8 เสียงจากจำนวน 9 เสียงซึ่งแทบจะเป็นเสียงเอกฉันท์ของลูกขุนทั้งหมด

7.2.4 การถ่วงดุลผู้พิพากษาโดยคณะลูกขุน

ระบบลูกขุนเป็นรูปแบบแรกของการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล เป็นระบบที่มีมาอย่างยาวนาน โดยจะคัดเลือกประชาชนทั่วไปมาแต่งตั้งให้เป็นคณะลูกขุนให้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทในคดีตามที่กฎหมายกำหนด นิยมใช้แพร่หลายในประเทศที่รับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แบบอังกฤษเข้าไปใช้ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย เป็นต้น

7.2.4.1 ระบบลูกขุนตัดสินคดี

โดยในหัวข้อนี้จะแยกพิจารณาออกเป็น (1) สถานะของการให้ลูกขุนพิจารณาคดีในปัจจุบัน (2) การคัดเลือกลูกขุน (3) การถ่วงดุลอำนาจในการพิจารณาคดีระหว่างคณะลูกขุนกับผู้พิพากษา (4) ข้ออภิปรายเกี่ยวกับระบบลูกขุน

(1) สถานะของระบบลูกขุน

ในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา การพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนนั้นเป็นสิทธิของประชาชนที่สามารถร้องขอให้รัฐจัดคณะลูกขุนได้ สหรัฐอเมริกาเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญทั้งในศาลสหพันธรัฐและศาลในระดับมลรัฐ สำหรับคดีอาญาที่จำเลยถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนขึ้นไป โดยพิจารณาจากโทษที่ศาลจะพิพากษา ไม่ได้พิจารณาจากโทษที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย⁸⁸ เว้นคดีเด็กและเยาวชน

(2) การคัดเลือกลูกขุน

⁸⁸ พรเพชร วิชิตชลชัย, “การพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนตามกฎหมายอเมริกัน,” อุทพาท, เล่ม 2, ปีที่ 42, น.91 (เมษายน - มิถุนายน 2538).

แม้ระบบลูกขุนจะเป็นระบบที่เปิดให้ประชาชนทั่วไปเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นใครก็ได้ มีการกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้ โดยในอังกฤษผู้ที่จะมีสิทธิเป็นลูกขุนจะต้องมีคุณสมบัติ 3 ประการ ได้แก่ อายุตั้งแต่ 18 – 70 ปี เป็นผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้งที่ได้ลงทะเบียนไว้ และต้องพำนักอาศัยในสหราชอาณาจักรมาแล้วอย่างน้อย 5 ปี นับแต่วันเกิดอายุครบ 13 ปีบริบูรณ์ นอกจากนี้ บุคคลที่จะเข้าร่วมการพิจารณาคดีเป็นลูกขุนไม่ได้ ถ้าได้กระทำความผิดอาญาและถูกลงโทษจำคุกตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่หากเกินกว่า 5 ปี จะไม่มีสิทธิเป็นลูกขุนเลยตลอดชีวิต นอกจากนี้ บุคคลบางประเภท เช่น สมาชิกรัฐสภา เจ้าหน้าที่ทหาร หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเกี่ยวกับสุขภาพจะเป็นลูกขุนไม่ได้

ส่วนในสหรัฐอเมริกา การคัดเลือกลูกขุนอาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรก การขึ้นทะเบียนผู้มีคุณสมบัติเป็นลูกขุน และส่วนที่สอง คือ การแต่งตั้งลูกขุนในคดี ในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า “Voir Dire” ศาลจะเชิญผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นลูกขุนโดยการสุ่ม ในจำนวนที่มากกว่าจำนวนลูกขุนที่ต้องการประมาณ 2 ถึง 3 เท่าเข้ามาในห้องพิจารณา และเปิดโอกาสให้คู่ความอันได้แก่พนักงานอัยการและทนายจำเลยได้คัดเลือก โดยให้สามารถซักถามผู้ที่จะเป็นลูกขุนเกี่ยวกับประวัติทั่วไป การศึกษา อาชีพการเงิน และเกี่ยวกับทัศนคติต่างๆ เพื่อประเมินคุณสมบัติและความเหมาะสมของผู้ที่จะเป็นลูกขุนในคดี ซึ่งคู่ความทั้งสองฝ่ายมีสิทธิที่จะคัดค้านลูกขุน ซึ่งมี 2 ประเภท คือการคัดค้านโดยไม่ต้องระบุเหตุผลกับการคัดค้านที่ต้องระบุเหตุผล จนกระทั่งได้จำนวนลูกขุนที่ต้องการ

จำนวนลูกขุนในคดีอาญารัฐและในศาลระดับสหพันธ์ของสหรัฐอเมริกาจะมีสมาชิก 12 คน แต่ในระดับมลรัฐ เป็นไปตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่มลรัฐจะกำหนด ซึ่งศาลสูงสุดสหพันธ์เคยวินิจฉัยว่าจำนวนลูกขุน 5 คนไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁸⁹ จะตัดสินให้จำเลยมีความผิดจะต้องใช้คะแนนเสียงอย่างน้อย 10 เสียง

(3) การถ่วงดุลอำนาจระหว่างคณะลูกขุนกับผู้พิพากษา

เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว คณะลูกขุนจะทำหน้าที่ร่วมกับผู้พิพากษา 1 คน ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการพิจารณาคดี (Trial Judge)⁹⁰ ให้การนำเสนอข้อกล่าวหาของคู่ความ เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้นำพยานหลักฐานใดเข้าสืบด้วยหรือไม่ เพื่อป้องกันไม่ให้คณะลูกขุนเกิดอคติ การแนะนำข้อกฎหมายแก่คณะลูกขุน (Instruction to the Jury) โดยผู้พิพากษาจะอธิบายเกี่ยวกับคดีให้คณะลูกขุนโดยสรุป อันได้แก่ โจทก์ฟ้องจำเลยในกระทำความผิดที่ข้อหา อธิบายถึงองค์ประกอบความผิดของข้อหา ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้พิพากษาจะอ่าน

⁸⁹ เฟ็งอ้าง.

⁹⁰ เฟ็งอ้าง, น.95.

จากคู่มือที่รัฐจัดไว้ให้ และยังต้องอธิบายถึงหลักกฎหมายว่าด้วยการพิสูจน์ โดยเฉพาะในคดีอาญาที่จะต้องเป็นปราศจากข้อสงสัยที่สมเหตุสมผล(Proof beyond reasonable doubt) ผู้พิพากษาจะสรุปข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้คณะลูกขุนฟัง(Charge) โดยมีจุดมุ่งหมายให้คณะลูกขุนทราบถึงกฎหมายที่ยกมาปรับแก้คดี ผู้พิพากษาจะอ่านถ้อยคำพยานที่มาเบิกความให้ฟังโดยเรียบเรียงให้เป็นหมวดหมู่และชี้ให้เห็นว่าจุดใดเป็นจุดสำคัญของการโต้แย้งและข้อสงสัยซึ่งคณะลูกขุนจะต้องตัดสิน⁹¹ แต่ในอังกฤษผู้พิพากษาสามารถสรุปพยานหลักฐานซึ่งชี้ให้เห็นว่าผู้พิพากษามีความรู้สึกละเอียดในถ้อยคำของจำเลยได้⁹² และจะให้คณะลูกขุนได้เข้าประชุมปรึกษาคดี เมื่อลูกขุนมีคำวินิจฉัยแล้ว(Verdict) ในคดีอาญา หากคณะลูกขุนมีคำวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายจริง ก็จะเป็นอำนาจของผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดโทษที่จะลง

ส่วนคณะลูกขุนจะมีอำนาจหน้าที่รับฟังการนำเสนอพยานหลักฐานต่างๆ แต่ลูกขุนจะซักถามพยานหรือคู่ความโดยตรงไม่ได้ จะต้องถามผ่านผู้พิพากษา และหลังจากฟังสรุปจากผู้พิพากษาแล้ว คณะลูกขุนก็จะทำการประชุมปรึกษาหารือเป็นการลับ ซึ่งกระทั่งผู้พิพากษาก็ไม่สามารถเข้าร่วมการปรึกษาหารือนั้นได้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัย แต่จะมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะในประเด็นปัญหาตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากเป็นคดีอาญาก็จะมีอำนาจวินิจฉัยจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ส่วนในคดีแพ่งเรียกค่าสินไหมทดแทน จะวินิจฉัยว่าถึงจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่จำเลยจะต้องชดใช้ให้กับผู้เสียหายด้วย สำหรับศาลรัฐบาลกลางใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์และคำวินิจฉัยไม่ต้องให้เหตุผล ซึ่งจะเห็นได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีระหว่างคณะลูกขุนกับผู้พิพากษาในคดี

นอกจากนี้แล้ว ในระบบลูกขุนยังคงมีการวางกลไกเพื่อให้การพิจารณาคดีมีความเป็นธรรม อันได้แก่ ประการแรก อำนาจของผู้พิพากษาในการพิพากษายกฟ้องหลังสืบพยานเสร็จ(Motion to a direct verdict)⁹³ ในบางคดีที่จำเลยเห็นว่าพยานหลักฐานโจทก์ที่นำเสนอมาไม่มีมูลที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้อง หรือเห็นว่าโดยข้อกฎหมายแล้วจำเลยไม่มีความผิดตามฟ้อง จำเลยสามารถร้องขอให้ศาลยกฟ้องได้ทันทีหลังการสืบพยานโจทก์เสร็จ หรือผู้พิพากษาเห็นเช่นนั้น ผู้พิพากษาอาจมีคำพิพากษายกฟ้องโจทก์เลยก็ได้ (Direct Verdict) ซึ่งเป็นกลไกเพื่อไม่ให้ความยุติธรรมสูญเสียไปจากการชักจูงของทนายโจทก์ที่อาจให้ลูกขุนเชื่อ ซึ่งการมีคำพิพากษาโดยตรงดังกล่าว ผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องถามความเห็นลูกขุนก่อนแต่อย่างใด

⁹¹ ประทีป ทองสิมา, “ระบบลูกขุนสำหรับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น.99.

⁹² เฟิ่งอว้าง, น.99 – 102.

⁹³ พรเพชร วิชิตชลชัย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 88, น.95.

ประการที่สอง อำนาจในการกลับคำวินิจฉัยของคณะลูกขุน ในกรณีที่ผู้พิพากษาเห็นว่าคำวินิจฉัยนั้นไม่สมเหตุสมผล ซึ่งหากผู้พิพากษาใช้อำนาจยับยั้งคำวินิจฉัย คดีนี้จะต้องเริ่มกระบวนการพิจารณาใหม่โดยผู้พิพากษาและคณะลูกขุนชุดใหม่⁹⁴ แต่ในทางปฏิบัติผู้พิพากษามักจะไม่ใช้อำนาจเหล่านี้ ถ้าไม่เห็นว่าเป็นจริงๆ

7.2.4.2 ระบบลูกขุนให้คำปรึกษาแบบเกาหลีใต้

ระบบลูกขุนเป็นหนึ่งในมาตรการที่เกาหลีใต้นำมาใช้ในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมในปี ค.ศ. 2007 การให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยและความเชื่อมั่นต่อกระบวนการตุลาการ⁹⁵ โดยก่อตั้งระบบการพิจารณาคดีอาญาแบบให้ประชาชนมีส่วนร่วม (Participatory trial) หรือการพิจารณาคดีอาญาโดยคณะลูกขุนนั่นเอง โดยตราบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ. 2007 (Act on Citizen Participation in Criminal Trial 2007; Act No. 8495) ให้สิทธิแก่ประชาชนในการร้องขอให้ศาลพิจารณาคดีอาญาของตนด้วยระบบดังกล่าว และกำหนดให้การเป็นลูกขุนเป็นทั้งสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองเกาหลีใต้⁹⁶

(1) สถานะของการพิจารณาโดยคณะลูกขุน

การพิจารณาคดีอาญาโดยคณะลูกขุนหรือแบบมีให้ประชาชนมีส่วนร่วม (Participation Trial) เป็นสิทธิของจำเลย ถ้าจำเลยไม่ต้องการระบบดังกล่าว ผู้พิพากษาจะสั่งให้ใช้ระบบดังกล่าวในการพิจารณาไม่ได้⁹⁷ ในช่วงเริ่มแรกในปีค.ศ. 2007 นั้น สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอาญาโดยคณะลูกขุนจำกัดไว้สำหรับจำเลยในความผิดอาญาบางประเภทตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น ความผิดฐานการฆ่าผู้อื่น ฐานกระทำการโดยประมาททำให้ผู้อื่นเสียชีวิต การทำร้ายร่างกายอย่างรุนแรง หรือคดีติดสินบน และการยกยอกทรัพย์สิน เป็นต้น เนื่องด้วยเหตุผลในทางปฏิบัติ 2 ประการ⁹⁸ อันได้แก่ ระบบกฎหมายเกาหลีใต้เดินตามแนวทางของระบบไต่สวน

⁹⁴ ประทีป ทองสิมา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 91*, น.99 – 102.

⁹⁵ มาตรา 1 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ. 2007

⁹⁶ มาตรา 3 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ. 2007

⁹⁷ มาตรา 5(2) รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ. 2007

⁹⁸ Kwoncheol Lee, “Criminal Law and Procedure,” in *Introduction to Korea Law*, ed. Korea Legislation Research Institute (Heidelberg: Springer, 2013), p.174.

(Inquisitorial system) มาอย่างยาวนาน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทดสอบเพื่อค้นหากระบวนการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนที่เหมาะสมซึ่งตั้งอยู่บนฐานของระบบแบบกล่าวหา(Adversarial system) และ กระบวนการพิจารณาคดีอาญาของเกาหลีใต้ตั้งอยู่บนฐานของระบบไต่สวนนี้เอง ทำให้เกาหลีใต้ไม่มีทนายอัยการและโครงสร้างที่จะรองรับการระบบลูกขุนเต็มรูปแบบได้ เมื่อปี 2012 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตรากฎหมายขยายขอบเขตให้สามารถใช้ระบบการพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนกับคดีที่โดยทั่วไปแล้วจะใช้การพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษา 3 คน โดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 กรกฎาคม 2012⁹⁹

เมื่อจำเลยถูกฟ้องร้องด้วยความผิดฐานดังกล่าว ศาลจะต้องแจ้งให้จำเลยทราบถึงสิทธิของจำเลยที่จะร้องขอให้พิจารณาคดีของตนโดยคณะลูกขุน หากจำเลยต้องการ จะต้องยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนเป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาลภายใน 7 วัน หากศาลได้รับคำร้องขอดังกล่าวจากจำเลยหรือนายจำเลย ศาลจะแจ้งให้กับพนักงานอัยการเพื่อเตรียมการสำหรับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน แต่หากเกินกำหนดนั้นแล้วศาลจะถือว่าจำเลยต้องการที่จะพิจารณาคดีโดยกระบวนการทั่วไป คือพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษา(Bench Trial)

แต่อย่างไรก็ดี ศาลก็ยังมีความจำเป็นที่จะระงับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนได้ในช่วงเวลาหลังการฟ้องคดีไปจนถึงวันสุดท้ายหลังการปิดกระบวนการเตรียมคดี(Preparatory proceedings for trial) ได้ใน 3 กรณี¹⁰⁰ อันได้แก่ ประการแรก ถ้าลูกขุน หรือลูกขุนสำรองหรือผู้ที่อาจจะได้รับคัดเลือกให้เป็นลูกขุนรวมถึงสมาชิกในครอบครัวมีความยากลำบากในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะลูกขุนเนื่องจากอาจจะเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินเมื่อเข้ามาเป็นลูกขุน ประการที่สอง เมื่อไม่สามารถพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนได้ในทางปฏิบัติ เนื่องจากจำเลยร่วมไม่ประสงค์จะถูกพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนและเป็นการยากที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป และประการสุดท้าย เมื่อศาลเห็นว่าการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนไม่เหมาะสมกับคดีโดยเหตุผลอื่น ซึ่งก่อนที่ศาลจะมีคำสั่ง ศาลต้องถามความเห็นของพนักงานอัยการและจำเลยหรือนายจำเลย คำสั่งศาลดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ได้¹⁰¹ นอกจากนี้ หากในกรณีที่มีการพักการพิจารณาด้วยเหตุเพราะความเจ็บป่วยของจำเลยหรือเหตุอื่นใด จนกระทั่งพ้นระยะเวลาที่ตัวจำเลย หรือถ้าพิจารณาแล้วจะเป็นการไม่

⁹⁹ Sang Hoon Han and Kwangbai Park, "Citizen Participation in Criminal Trials of Korea: A Statistical Portrait of the First Four Years," p.12, Retrieved on April 28, 2013, from <https://people.ucsc.edu/~hfukurai/documents/2-Han-Park.pdf>.

¹⁰⁰ มาตรา 9 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ. 2007

¹⁰¹ Kwoncheol Lee, *supra* note 98, p.175.

เหมาะสมที่จะดำเนินคดีโดยคณะลูกขุนต่อไปด้วยเหตุอื่นใด ศาลอาจตัดสินใจโอนคดีไปให้องค์คณะผู้พิพากษาพิจารณาแทนก็ได้¹⁰²

เมื่อได้รับคำร้อง และจะใช้การพิจารณาโดยคณะลูกขุนแล้ว ศาลจะต้องจัดประชุมก่อนการพิจารณา(Pre-Trial Conference) ซึ่งไม่ใช่กระบวนการปกติทั่วไปในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของเกาหลีใต้(ที่ใช้ระบบไต่สวน เพื่อให้ประเด็นต่างๆ และพยานหลักฐานทั้งหลายที่จะนำเข้าสู่สืบนั้นชัดเจน และจะยอมรับได้ในการพิจารณาคดี การตัดพยานบางส่วนออกไปเพื่อป้องกันลูกขุนจากอคติทั้งหลาย ซึ่งเมื่อศาลได้มีคำสั่งว่าจะยอมรับพยานหลักฐานใดไปแล้ว คู่ความจะไม่มีอำนาจขอให้นำเสนอพยานหลักฐานอื่นใดเพิ่มเติม เว้นแต่จะมีเหตุยกเว้นตามกฎหมาย ศาลและคู่ความจะวางแผนยกร่างกระบวนการพิจารณาและกำหนดวันสำหรับการพิจารณาโดยคณะลูกขุน

(2) การคัดเลือกลูกขุน

ลูกขุนจะเลือกจากบัญชีรายชื่อบุคคลที่มีคุณสมบัติเป็นลูกขุนที่มีที่พักอาศัยอยู่ในเขตอำนาจศาล บัญชีดังกล่าวจัดทำโดยผู้พิพากษาหัวหน้าศาล¹⁰³ ซึ่งในแต่ละปี ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเขต(จังหวัด) จะร้องขอให้รัฐมนตรีการบริหารรัฐกิจและความปลอดภัย(Minister of Public Administrative and Safety) จัดทำขึ้นจากข้อมูลทะเบียนผู้อยู่อาศัยของพลเมืองที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปี และพักอาศัยอยู่ในเขตอำนาจศาล โดยข้อมูลดังกล่าวจะประกอบไปด้วยชื่อ วันเดือนปีเกิด ที่อยู่ และเพศของผู้ที่อาจจะได้รับคัดเลือกให้เป็นลูกขุนและส่งต่อข้อมูลดังกล่าวในรูปของไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ โดยรัฐมนตรีจะส่งข้อมูลดังกล่าวให้ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับการร้องขอ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจะอาศัยข้อมูลดังกล่าวจัดทำบัญชีรายชื่อลูกขุน(Jury pool list) ในแต่ละปี

จำนวนของลูกขุนขึ้นอยู่กับฐานความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหาและการยอมรับความผิด ถ้าความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหาไม่โทษถึงประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต จะต้องใช้ลูกขุน 9 คน ถ้าจำเลยยอมรับสารภาพ จะใช้ลูกขุน 5 คน ส่วนกรณีอื่นๆ ใช้ลูกขุน 7 คน โดยในการคัดเลือกจะต้องทำการเลือกลูกขุนสำรองไว้ไม่เกิน 5 คนในกรณีที่ลูกขุนตัวจริงไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้

วิธีการคัดเลือกลูกขุนจะใช้วิธีแบบของสหรัฐอเมริกา โดยศาลจะทำการเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นลูกขุนมาจำนวนหนึ่งโดยการสุ่ม และจะทำการคัดกรองบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายโดยการใช้อย่างสอบถาม เสร็จแล้วศาลก็จะจัดทำบัญชีรายชื่อลูกขุนที่ประกอบ

¹⁰² มาตรา 11 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

¹⁰³ มาตรา 22 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

ไปด้วยชื่อ เพศ และวันเกิดไปให้กับพนักงานอัยการและทนายจำเลยก่อนวันคัดเลือกลูกขุนอย่างน้อย 2 วัน เมื่อถึงวันคัดเลือก พนักงานอัยการและทนายจำเลยจะมาพร้อมกัน ซึ่งจำเลยอาจจะมาปรากฏตัวในวันคัดเลือกก็ได้ถ้าศาลอนุญาต

คู่ความจะมีสิทธิที่จะคัดค้านลูกขุนด้วยเหตุอคติหรือไม่เป็นกลาง และสามารถคัดค้านลูกขุนโดยไม่ต้องให้เหตุผล โดยสิทธิดังกล่าวจำกัดจำนวนครั้งไว้ตามจำนวนคณะลูกขุน โดยหากลูกขุน 9 คน คู่ความมีสิทธิคัดค้านโดยไม่ต้องระบุเหตุผล 5 ครั้ง หากลูกขุน 7 คน มีสิทธิ 4 ครั้ง และหากลูกขุน 5 คน คู่ความจะใช้สิทธิดังกล่าวได้ 3 ครั้ง

(3) การถ่วงดุลอำนาจระหว่างคณะลูกขุนกับผู้พิพากษา

การพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนจะมีผู้พิพากษา 3 คนเป็นองค์คณะ¹⁰⁴ ลูกขุน ลูกขุนสำรอง พนักงานอัยการและทนายจำเลย ก่อนการพิจารณาคดีลูกขุนและลูกขุนสำรองทุกคนจะต้องทำการสาบานตนก่อนว่าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง โดยผู้พิพากษาหัวหน้าคณะมีหน้าที่จะต้องอธิบายให้ลูกขุนและลูกขุนสำรองทราบถึงอำนาจหน้าที่ของตน กระบวนการพิจารณาและเรื่องอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นอย่างโดยราบรื่น¹⁰⁵ ในระหว่างการพิจารณาคดีต้องจัดให้มีการจดบันทึกขลุ่ย หรือบันทึกเสียงหรือภาพโดยเครื่องบันทึกเสียงหรือวีดิทัศน์ หากไม่มีเหตุใดเป็นพิเศษที่จะขัดแย้ง ซึ่งบันทึกต่างๆ เหล่านี้จะต้องถูกเก็บรักษาแยกต่างหากจากบันทึกการพิจารณาคดี และพนักงานอัยการ จำเลยหรือทนายจำเลยอาจร้องขอสำเนาโดยอาจเสียค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายตามสมควร¹⁰⁶ ลูกขุนที่ถูกเรียกตัวมามีสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี โดยลูกขุนหรือลูกขุนสำรองทุกคนสามารถ ร้องขอให้ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะซักถามจำเลยหรือพยานในเรื่องที่จำเป็นและจดบันทึกและนำขึ้นมาใช้ในชั้นประชุมปรึกษาคดี แต่จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ¹⁰⁷ โดยปกติแล้วการพิจารณาคดีโดยลูกขุนจะเสร็จสิ้นภายในวันเดียว แต่หากมีเหตุที่การ

¹⁰⁴Jae-Hyup Lee, “Getting Citizens Involved: Civil Participation in Judicial Decision-Making in Korea,” *East Asia Law Review* 4(2009) p.192.

¹⁰⁵ มาตรา 42 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

¹⁰⁶ มาตรา 40 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

¹⁰⁷ มาตรา 41(1) รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

พิจารณาจะต้องใช้เวลา 2 วันขึ้นไปจะต้องดำเนินการติดต่อกันทุกวันจนกว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการ เว้นแต่มีเหตุอื่นที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการได้¹⁰⁸

เมื่อการพิจารณาสืบพยานเสร็จสิ้นลง ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะจะต้องอธิบายให้ลูกขุนเข้าใจในประเด็นสำคัญของข้อเท็จจริงตามคำฟ้อง การปรับใช้กฎหมาย ประเด็นสำคัญในข้อกล่าวอ้างและข้อโต้แย้งของจำเลยและทนายจำเลย การรับฟังได้ของพยานหลักฐานและประเด็นที่มีความสำคัญอื่นๆ ในกรณีที่จำเป็น จะต้องอธิบายประเด็นสำคัญของพยานด้วย จากนั้น คณะลูกขุนจะต้องประชุมปรึกษาหารือเพื่อลงมติ¹⁰⁹ โดยในขั้นตอนการประชุมปรึกษาคดี ระบบลูกขุนของเกาหลีได้นำระบบการประชุมปรึกษาคดีของระบบลูกขุนของอเมริกากับระบบผู้พิพากษาสมทบของเยอรมนีมาผสมกัน¹¹⁰ โดยขั้นตอนการประชุมปรึกษาคดีของคณะลูกขุนอาจแบ่งเป็น 2 รอบ ในรอบแรก คณะลูกขุนจะประชุมปรึกษาหารือกันเพื่อให้ได้มติเอกฉันท์ว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ โดยประชุมลับ ในรอบแรกจะใกล้เคียงกับระบบอเมริกาที่ในประชุมผู้พิพากษาจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง แต่หากคณะลูกขุนไม่สามารถบรรลุมติเอกฉันท์ได้ หรือคณะลูกขุนโดยมติเสียงข้างมากให้เชิญผู้พิพากษามาให้ความเห็น การประชุมปรึกษาคดีก็จะเข้าสู่การประชุมรอบที่สอง

การประชุมในรอบที่สองนี้เหมือนกับเยอรมนีตรงที่ในการประชุมปรึกษาคดีจะมีผู้พิพากษามาให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีได้ แต่ผู้พิพากษาจะต้องห้ามแสดงความเห็นว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ การให้มีการประชุมรอบสองนั้นมีเหตุผลเบื้องหลังเพื่อป้องกันปัญหาคณะลูกขุนไม่สามารถหาข้อยุติได้(Hung Jury) และเพื่อเพิ่มความแม่นยำของคำวินิจฉัย หลังจากที่ได้ฟังความเห็นจากผู้พิพากษาแล้ว คณะลูกขุนจะต้องลงมติอีกครั้งโดยจะต้องไม่มีผู้พิพากษาในห้อง ซึ่งการลงมติในการประชุมรอบสองนี้ใช้เพียงมติเสียงข้างมากธรรมดา

หลังจากคณะลูกขุนลงมติแล้วและมีมติว่าจำเลยมีความผิด คณะลูกขุนจะต้องทำการประชุมปรึกษาคดีกับผู้พิพากษาเพื่อกำหนดโทษซึ่งเป็นระบบแบบเยอรมนี¹¹¹ โดยผู้พิพากษาหัวหน้าคณะจะต้องอธิบายขอบเขตของการลงโทษและเงื่อนไขในการกำหนดโทษก่อนที่จะมีการอภิปรายกำหนดโทษทางอาญา ในเรื่องการกำหนดโทษนี้ กฎหมายไม่ได้ระบุไว้โดยเฉพาะถึงกระบวนการตัดสินใจในการกำหนดโทษ กฎเสียงข้างมากไม่นำมาใช้ เพราะว่ากระบวนการกำหนดโทษเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ทางเทคนิคและต้องการความรู้แบบวิชาชีพและเป็นศาสตร์ และหากให้

¹⁰⁸ Jae-Hyup Lee, *supra* note 104, p.193.

¹⁰⁹ มาตรา 46 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

¹¹⁰ Jae-Hyup Lee, *supra* note 104, p.194.

¹¹¹ *Ibid.*, p.195.

ประชาชนกำหนดโทษอาจจะขัดแย้งกับมาตรฐานในการกำหนดโทษอย่างเป็นวิชาชีพและเป็นภาวะวิสัย¹¹²

และหลังจากที่ลูกขุนมีมติแล้ว องค์คณะผู้พิพากษาจะต้องประชุมและลงมติในคำพิพากษา ความเห็นของคณะลูกขุนทั้งมีความผิดหรือไม่มีความผิดและการกำหนดโทษไม่มีผลผูกพันต่อคำพิพากษาของศาล¹¹³ แต่ในคำพิพากษาจะต้องระบุข้อเท็จจริงที่คณะลูกขุนเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีและรวมถึงความเห็นของคณะลูกขุนด้วย และในกรณีที่คำพิพากษาแตกต่างไปจากความเห็นของคณะลูกขุน ผู้พิพากษาจะต้องแสดงเหตุผลไว้ในคำพิพากษานั้นด้วย¹¹⁴ จากนั้นจึงจะต้องจัดเตรียมคำพิพากษาเป็นลายลักษณ์อักษร ในวันที่มีคำพิพากษา ผู้พิพากษาจะต้องแจ้งจำเลยถึงมติของคณะลูกขุนในเวลาที่มีคำพิพากษา ในกรณีที่คำพิพากษากับมติของลูกขุนแตกต่างกัน ผู้พิพากษาจะต้องอธิบายกับจำเลยสาเหตุใดจึงแตกต่างกัน¹¹⁵

คำพิพากษาของศาลที่พิจารณาโดยคณะลูกขุนสามารถอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้ ซึ่งจะแตกต่างไปจากระบบลูกขุนในสหรัฐอเมริกา โดยศาลอุทธรณ์พิจารณาได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งมีข้อดีอย่างมากในแง่ที่ว่าหลักประกันว่าคู่ความจะมีโอกาสได้รับการพิจารณาคดีใหม่ แต่มีข้อเสียอย่างมากที่อาจทำให้กระบวนการลูกขุนในศาลชั้นต้นไม่มีความหมาย เพราะศาลอุทธรณ์มีอำนาจยกฟ้องหรือยกกระบวนการพิจารณาโดยคณะลูกขุนทิ้งไปโดยไม่ต้องใช้คณะลูกขุนเลย ซึ่งนักวิชาการเห็นว่าระบบเช่นนี้จะสร้างปัญหาต่อไปในอนาคต¹¹⁶ แต่อย่างไรก็ดี ในประเด็นดังกล่าวนี้ ศาลสูงสุดของเกาหลีใต้(Supreme Court) ได้มีคำพิพากษาวางแนวบรรทัดฐานไว้ว่าศาลที่พิจารณาอุทธรณ์นั้นจะต้องยึดถือหรือยอมตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นเว้นแต่ศาลสูงจะมีพยานหลักฐานที่ชัดเจน เพียงพอและพิสูจน์หักล้างคำพิพากษาของศาลล่างได้ ซึ่งคำ

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Article 46(5) รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007 see also Kwoncheol Lee, *supra* note 98, p176.

¹¹⁴ มาตรา 49 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

¹¹⁵ มาตรา 48 รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีอาญา ค.ศ.2007

¹¹⁶ Jae-Hyup Lee, *supra* note 104, p.196.

พิพากษาดังกล่าวได้ส่งสัญญาณว่าหากศาลที่พิจารณาอุทธรณ์กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่พิจารณาโดยคณะลูกขุนจะต้องถูกตรวจสอบอย่างเข้มงวด¹¹⁷

7.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญห

7.3.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา

7.3.1.1 ปัญหาของระบบการจ่ายสำนวน

จากการศึกษาระบบการจ่ายสำนวนคดีในระบบศาลไทยทั้งสามระบบ ศาลจะพบว่าใช้ระบบการจ่ายสำนวนแบบดุลพินิจซึ่งมีข้อบกพร่อง 6 ประการ

ประการแรก ระบบการจ่ายสำนวนของศาลไทยไม่ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิประชาชนที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยผู้พิพากษาที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วโดยกฎหมาย (Right to One's Legal/Natural Judge) กล่าวคือโดยหลักการแล้ว ผู้พิพากษาจะมีอำนาจพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งนั้นจะต้องเป็นผู้พิพากษาที่ได้ถูกกำหนดตัวไว้โดยกฎหมายก่อนที่จะมีคดีเกิดขึ้น ไม่ใช่การกำหนดตัวผู้พิพากษาหลังจากที่มีการนำคดีมาสู่ศาลแล้ว และประชาชนที่จะเป็นคู่ความย่อมทราบได้ล่วงหน้าว่าผู้พิพากษาคณะใดจะมาพิจารณาพิพากษาในคดีของตน แต่ในระบบการจ่ายสำนวนของศาลไทยไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว แม้ในศาลยุติธรรมและศาลปกครองจะมีกฎหมายให้ต้องกำหนดองค์คณะผู้พิพากษาไว้ล่วงหน้าก็ตาม แต่การกำหนดองค์คณะดังกล่าวไม่ได้เปิดเผยให้ทราบแก่สาธารณะชนทั่วไป ทำให้ประชาชนทั่วไปไม่อาจทราบได้ว่าผู้พิพากษาคณะใดจะเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนจนกระทั่งเมื่อมีการพิจารณาคดีเกิดขึ้นแล้ว อีกทั้งในกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการจ่ายสำนวนยังเปิดช่องให้ผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนในการไม่จ่ายสำนวนตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยเหตุต่างๆ มากมาย เช่น เป็นคดีที่มีความสำคัญที่จะต้องพิจารณาโดยองค์คณะพิเศษ หรือเป็นคดีที่จะต้องได้รับการพิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่ผู้พิพากษา เป็นต้น

ปัญหาดังกล่าวนี้นปรากฏในระบบการจ่ายสำนวนของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองด้วย แม้ระบบการจ่ายสำนวนในศาลดังกล่าวจะไม่ได้ให้ดุลพินิจแก่ประธานศาลฎีกาในจ่ายสำนวนก็ตาม แต่ใช้วิธีการให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาทำการเลือกตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาด้วยกันที่จะมาเป็นองค์คณะในคดี จากงานวิจัยของนักวิชาการพบว่า การจ่ายสำนวนเช่นนี้ทำให้เกิดกรณีผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในคดีประเภทที่ได้มีการยื่นฟ้องมายังศาล และต้องการเข้าร่วมเป็นองค์คณะก็จะแสดงเจตจำนงต่อผู้พิพากษาร่วมกัน และก็มีผู้พิพากษาบางคน

¹¹⁷ Jae-Hyup Lee, "Korean Jury Trial: Has the New System Brought About Changes?," *Asian-Pacific Law & Policy Journal* 12, p.65 (2010).

ก็แสดงเจตจำนงว่าไม่ประสงค์จะเข้าเป็นองค์คณะในคดีใดๆ เช่นกัน ซึ่งจากข้อเท็จจริงในงานวิจัยฉบับดังกล่าวก็พบว่าผู้พิพากษาบางท่านที่ได้รับการเลือกตั้งให้เป็นองค์คณะผู้พิพากษาในหลายคดี ในขณะที่บางท่านก็ไม่เคยได้รับการเลือกตั้งให้เป็นองค์คณะในคดีใดเลย¹¹⁸ ระบบเช่นนี้จึงมีข้อบกพร่องหากเกิดการตกลงกันในหมู่ผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งที่มีปริมาณที่มากเพียงพอเพื่อเลือกให้ผู้พิพากษาคณใดคนหนึ่งได้รับเลือกตั้งเป็นองค์คณะก็จะที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการกำหนดระบบการจ่ายสำนวนเช่นนี้ที่ไม่ต้องการให้มีผู้ใดมีอำนาจในการกำหนดตัวผู้พิพากษาตามอำเภอใจได้¹¹⁹ อีกทั้งระบบการจ่ายสำนวนโดยการเลือกตั้งองค์คณะผู้พิพากษานี้ยังมีลักษณะเป็นการกำหนดตัวผู้พิพากษาหลังจากที่มีคดีเกิดขึ้นแล้วจึงไม่สอดคล้องกับหลักการที่กล่าวถึงข้างต้นว่าประชาชนควรได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วโดยกฎหมาย ไม่ใช่การเลือกผู้พิพากษาหลังจากที่ได้มีคดีมาสู่ศาลแล้ว

ประการที่สอง ระบบการจ่ายสำนวนในศาลไทยเป็นระบบที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาที่เป็นผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนเป็นอย่างมาก ตั้งแต่อำนาจในการกำหนดองค์คณะ อำนาจในการกำหนดผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญ อำนาจในการจ่ายสำนวนคดีในชั้นตอนสุดท้ายและอำนาจในการเรียกคืนสำนวน แม้จะมีกฎหมายกำกับแต่ก็เป็นเกณฑ์ที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้มีอำนาจในการเลือกที่จะทำหรือไม่ทำก็ได้ เช่นระบบการจ่ายสำนวนของระบบศาลปกครองตามมาตรา 56 ที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจจัดองค์คณะที่จะพิจารณาคดีไว้ล่วงหน้า แต่ในอนุมาตรา (3) กลับบัญญัติว่า “ถ้าไม่มีการจัดองค์คณะตาม ข้อ (1) และ (2)...” แปลว่าการจัดองค์คณะตามที่กำหนดนั้นจะทำหรือไม่ทำก็ได้

ประการที่สาม การขาดการมีส่วนร่วมของผู้พิพากษาอื่นในศาลในกรณีที่มีการกำหนดองค์คณะผู้พิพากษาไว้ล่วงหน้า กฎหมายก็ให้อำนาจดุลพินิจแก่ผู้มีอำนาจในการกำหนดแต่ผู้เดียว ดังนั้นกระบวนการกำหนดองค์คณะดังกล่าวจึงขาดการมีส่วนร่วมและโอกาสในการรับฟังผู้พิพากษาในศาล การให้ผู้พิพากษามีส่วนร่วมในการกำหนดองค์คณะจะทำให้ผู้พิพากษาได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นว่าตนเองมีความถนัดในการพิจารณาคดีแบบใดเป็นพิเศษ หรือมีความประสงค์จะสร้างความเชี่ยวชาญของตนเองในคดีประเภทใด หรือกระทั่งสามารถแจ้งได้ว่าตนเองมีอคติกับคดีประเภทใด การให้ผู้พิพากษามีส่วนร่วมจะทำให้การกำหนดองค์คณะจะมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

¹¹⁸ จันทจิรา เอี่ยมมยุราและคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง “การพัฒนาระบบการจัดการคดีการเมืองในศาลยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนาคดียุติธรรม, 2556, น.187.

¹¹⁹ ธาณิศ เกศพิทักษ์, หัวใจของพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โพลสยาม พรินต์ติ้ง, ม.ป.ท.), น.140. อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุราและคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 118, น.111.

นอกจากนี้ยังเป็นการถ่วงดุลอำนาจในการกำหนดองค์คณะของผู้มีอำนาจได้อีกทางหนึ่ง หากเปรียบเทียบกับมาตรฐานแบบเยอรมนี หรือออสเตรีย กฎหมายบังคับให้ต้องเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษานั้นให้ความเห็น หรือกรณีของออสเตรียถึงกับให้สิทธิในการอุทธรณ์เพื่อเปลี่ยนแปลงแผน

ประการที่สี่ เหตุในการเรียกคืนสำนวนที่ให้ดุลพินิจอย่างมากแก่ผู้มีอำนาจ สำหรับในต่างประเทศจะกำหนดเหตุสำหรับการเรียกคืนสำนวนไว้กรณีเดียวคือ กรณีองค์คณะมีภาระงานคดีจำนวนมากจนถึงกรณีที่ได้รับพิจารณาคดีเพิ่มจะทำให้เสียความยุติธรรมเพราะเหตุล่าช้า แต่เหตุที่กฎหมายไทยกำหนดไว้นอกจากเหตุผลองค์คณะมีภาระงานคดีจำนวนมากแล้ว ยังมีกรณีการเรียกคืนเพราะการพิจารณาคดีอาจกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรม ซึ่งเป็นเหตุครอบคลุมการกำหนดเหตุการณ์เรียกคืนคือสำนวนไว้ด้วยถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงเป็นการให้ผู้มีอำนาจมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางและสุ่มเสี่ยงที่จะทำให้เป็นการใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาในองค์คณะได้

ประการที่ห้า การขาดกลไกในการสร้างความโปร่งใสและระบบการตรวจสอบในการจ่ายสำนวน ที่แม้กฎหมายไทยจะให้ผู้มีอำนาจได้กำหนดองค์คณะผู้พิพากษาไว้ล่วงหน้าแล้ว แต่ก็ไม่มีกฎหมายข้อใดบังคับให้ต้องเปิดเผยการกำหนดองค์คณะต่อสาธารณะที่จะสร้างความโปร่งใสให้กับการจ่ายสำนวน และทำให้เป็นการยากที่จะตรวจสอบได้ว่าการจ่ายสำนวนนั้นสอดคล้องหรือเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ นอกจากนี้ ยังขาดระบบหรือกลไกในร้องเรียนการทำผิดระเบียบว่าด้วยการการจ่ายสำนวนอีกด้วย

ประการสุดท้าย ระบบการกำหนดผู้พิพากษาในคดีของไทยอนุญาตให้ผู้พิพากษาที่ไม่ผ่านระบบการจ่ายสำนวนเข้าไปมีส่วนในการพิจารณาคดีได้ เช่น ผู้รับผิดชอบราชการศาลในระบบศาลยุติธรรมสามารถเข้านั่งพิจารณาคดีใดๆ ก็ได้ในศาลที่ตนเองรับผิดชอบตามที่เห็นสมควรโดยไม่ต้องผ่านระบบการจ่ายสำนวน¹²⁰ เป็นต้น

7.3.1.2 ปัญหาของระบบการควบคุมความเป็นกลาง

ระบบกฎหมายไทยไม่ได้ให้ความสำคัญกับระบบการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษามากเท่าที่ควรเมื่อเปรียบเทียบกับระบบควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาในต่างประเทศ โดยมีประเด็นปัญหา 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาในเหตุแห่งความไม่เป็นกลางในการคัดค้านผู้พิพากษา กล่าวคือเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลทหาร ยกเว้นระบบศาลปกครองไม่ได้ครอบคลุมกรณีผู้พิพากษามีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเชิงอัตวิสัยในกรณีที่ผู้

¹²⁰ มาตรา 11(1) พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และดู ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 9*, น.151.

พิพากษามีความขัดแย้งส่วนตัวกับคู่ความหรือผู้พิพากษามีอคติอื่นใด กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้เป็นพื้นฐานของระบบคัดค้านผู้พิพากษาในทุกระบบศาลได้กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านไว้อย่างเฉพาะเจาะจงและเป็นเหตุในเชิงภาวะวิสัย เช่น เป็นญาติ หรือมีความสัมพันธ์ส่วนตัว เป็นต้น ส่วนเหตุในเชิงอัตวิสัยก็มีเพียงกรณีเดียวคือการมีส่วนได้เสียในคดีที่วินิจฉัยเท่านั้น ส่วนเหตุอัตวิสัยอื่นที่มีสภาพร้ายแรง เช่น มีความโกรธแค้นส่วนตัวไม่ได้รวมอยู่ในเหตุที่อาจคัดค้านผู้พิพากษาได้ในกรณีทั่วไป แต่จะคัดค้านได้เฉพาะกรณีในศาลมีผู้พิพากษาเพียงคนเดียวหรือไม่มีผู้พิพากษาคนอื่นใดในศาลที่สามารถพิจารณาคดีได้¹²¹ ดังนั้น หากผู้พิพากษาได้เคยแสดงอคติส่วนตัวในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดี หรือผู้พิพากษาเคยมีสาเหตุโกรธเคืองกับคู่ความมาก่อนจะไม่เป็นเหตุที่คู่ความสามารถยื่นคัดค้านผู้พิพากษาได้

ประการที่สอง ปัญหาของมาตรการควบคุมความเป็นกลางน้อยเกินไป

โดยในระบบการควบคุมความเป็นกลางของไทยมีมาตรการควบคุมมีเพียงการอนุญาตให้ถอนตัวและการคัดค้านผู้พิพากษาเท่านั้นและไม่ได้กำหนดสภาพบังคับของการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางไว้ให้มีผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาล เมื่อพิจารณาระยะเวลาในการคัดค้านผู้พิพากษาที่กำหนดไว้แล้วก็ไม่อาจโต้แย้งคำพิพากษาด้วยเหตุแห่งความเป็นกลางของผู้พิพากษาได้อีก ดังนั้น ในกรณีที่คู่ความไม่ทราบเหตุคัดค้านเลย แต่มาทราบภายหลังที่ศาลพิพากษาแล้วถือว่ากระบวนการพิจารณาทั้งหมดที่สามารถรวมถึงคำพิพากษาย่อมมีผลสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามผู้พิพากษาที่มีเหตุแห่งการคัดค้านนั่งพิจารณาคดีเป็นแต่เพียงสิทธิของคู่ความที่จะคัดค้านเท่านั้น เมื่อไม่มีการคัดค้าน พิพากษาย่อมมีผลสมบูรณ์ และคู่ความจะอ้างว่าเป็นกระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 27 ก็ไม่ได้¹²² แต่อย่างไรก็ดี มีผู้เห็นว่าสำหรับการพิจารณาคดีอาญา แม้จะไม่มีการคัดค้านผู้พิพากษาก็ต้องถือว่าผู้พิพากษานั้นปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ และกระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบและเป็นกระบวนการพิจารณาที่ต้องถูกยกเลิกเพิกถอนไป¹²³ นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติของกระบวนการพิจารณาก็ไม่มีการแจ้งให้คู่ความรับทราบว่าผู้พิพากษาเป็นใคร ทำให้ยากแก่คู่ความที่รับทราบและคัดค้านผู้พิพากษาโดยเฉพาะอย่าง

¹²¹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สหกรณ์ออมทรัพย์กระทรวงยุติธรรมจำกัด, 2521), 313.

¹²² เพ็ญอ้าง, น.318.

¹²³ คณิต ฦ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2549), น.92.

ยิ่งในการพิจารณาคดีของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาที่โดยปกติแล้วจะไม่มีการออกนั่งพิจารณาทำให้คู่ความไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นผู้พิพากษาและสามารถคัดค้านได้หรือไม่¹²⁴

ประการที่สาม ปัญหาผู้พิพากษานิรนาม(Faceless Judge) คำว่า “ผู้พิพากษานิรนาม” นั้นเกิดขึ้นในอเมริกาได้ สืบเนื่องจากในอเมริกาได้มีปัญหาขบวนการค้ายาเสพติดและมีการข่มขู่และคุกคามผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินคดี จนถึงขั้นทำร้ายร่างกายและฆาตกรรมผู้พิพากษาจำนวนมากจนรัฐบาลต้องนำมาตรการปกปิดชื่อผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีเพื่อรักษาความปลอดภัยของผู้พิพากษา แต่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในคดีเพราะคู่ความไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นผู้ตัดสินคดี เป็นผู้พิพากษาจริงๆ หรือไม่ หรือเป็นเพียงเจ้าหน้าที่รัฐบาล มิพักต้องพูดถึงว่าผู้พิพากษานิรนามดังกล่าวไม่อาจคัดค้านได้เพราะไม่ทราบกระทั่งชื่อของผู้พิพากษาที่ตัดสินคดียุติกันเอง สำหรับในระบบตุลาการไทย ผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งที่มีส่วนในการพิจารณาคดีแต่ไม่ได้เปิดเผยตัวในองค์คณะ คือผู้พิพากษาที่รับผิดชอบราชการศาลที่มีอำนาจในการให้คำแนะนำแก่ผู้พิพากษาในศาล เข้าร่วมพิจารณาคดี ประชุมปรึกษาคดีและลงนามในคำพิพากษา และรวมไปถึงผู้พิพากษาที่มีอำนาจในตรวจสำนวน แม้เหตุที่ผู้พิพากษาเหล่านี้สามารถเข้ามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีได้จะเป็นไปเพื่อให้ลดข้อบกพร่องและเพิ่มคุณภาพของการพิจารณาพิพากษาคดีแต่อย่างไรก็ดี ในแง่ของหลักความเป็นกลางที่ต้องการให้ผู้พิพากษาที่มีส่วนในการพิจารณาคดีปราศจากอคติไม่ว่าประการใดๆ ผู้พิพากษาที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีจึงถูกตรวจสอบตั้งแต่แรกว่ามีความเป็นกลางหรือไม่ ดังนั้น ผู้พิพากษาในระบบตุลาการไทยที่กล่าวมาไม่ได้แสดงตนแต่แรกว่ามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีจึงทำให้คู่ความที่เกี่ยวข้องกับคดีไม่มีโอกาสได้ตรวจสอบว่าผู้พิพากษาแต่ละคนสามารถถูกคัดค้านได้หรือไม่ ระบบดังกล่าวนี้จึงไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาและควรได้รับการแก้ไข

7.3.1.3 ปัญหากระบวนการถ่วงดุลการพิจารณาคดี

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของไทยมีการสร้างระบบการถ่วงดุลผู้พิพากษาในองค์คณะไว้หลายประการ เช่น การกำหนดให้การพิจารณาคดีจะต้องทำเป็นองค์คณะ การให้มีผู้พิพากษาสมทบ หรือระบบตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครอง แต่ในระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการนำระบบการให้ประชาชนประเภททั่วไปที่ไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญหรือผู้มีคุณสมบัติเฉพาะด้านมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี

การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดีมีข้อดีหลัก 4 ประการ ได้แก่ ประการแรก เป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยให้ประชาชนได้ใช้อำนาจตุลาการอันเป็นส่วนหนึ่งของอธิปไตยของตนเองด้วยตนเอง อันจะทำให้การใช้อำนำนนั้นมี

¹²⁴ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 121, น.318.

ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยและสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนเอง และความชอบธรรมทางประชาธิปไตยนี้เองที่จะทำให้การพิจารณาคดีได้รับการยอมรับจากสังคมได้

ประการที่สอง การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจและดุลพินิจของผู้พิพากษาได้ประการหนึ่ง เพราะองค์คณะผู้พิพากษาจะไม่สามารถพิจารณาคดีได้ทั้งคดีโดยลำพัง จะต้องมีการถ่วงดุลหรือขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งที่ประชาชนมีส่วนร่วม

ประการที่สาม การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีสามารถสะท้อนความคิดเห็นของสังคมต่อการใช้อำนาจตีความกฎหมายหรือต่อการตัดสินบรรทัดฐานความถูกต้องของสังคมไม่ให้ถูกผูกขาดโดยผู้พิพากษาหรือฝ่ายตุลาการแต่เพียงฝ่ายเดียว เช่น ในการพิจารณาคดีอาญาที่จะต้องมีการตัดสินว่าการกระทำหนึ่งๆ เป็นการกระทำที่ถูกหรือผิด และหากว่าเป็นความผิด ผู้กระทำควรต้องถูกลงโทษสถานใด ในการพิจารณาความผิดดังกล่าวจะต้องมีการใช้อำนาจตีความกฎหมายเพื่อปรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเข้ากับการกระทำของจำเลย ในขั้นตอนนี้เองที่จะต้องวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวควรจะเป็นความผิดหรือไม่ จึงเป็นเสมือนให้ประชาชนได้กำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของคนในสังคมด้วยตนเอง โดยประชาชนจะอยู่ในฐานะตัวแทนของสังคมโดยทั่วไปที่จะสะท้อนความรู้สึกนึกคิดและยืนยันผลประโยชน์หรือคุณค่าของสังคม

ประการที่สี่ เป็นการเสริมข้อบกพร่องของระบบตุลาการอาชีพได้ ในประเทศที่ใช้ระบบตุลาการอาชีพในการจัดระเบียบผู้พิพากษาที่รับผู้พิพากษาตั้งแต่ยังอายุไม่มากนักจึงทำให้ขาดประสบการณ์ทางสังคม และแม้ผู้พิพากษาจะมีอายุและประสบการณ์ที่มากขึ้นจากการเติบโตในระบบตุลาการอาชีพก็ตาม แต่ประสบการณ์ดังกล่าวก็ไม่ใช่ว่าประสบการณ์ในทางชีวิตของคนทั่วไปในสังคมเนื่องจากในระบบตุลาการอาชีพจะต้องระมัดระวังการเข้าพบปะกับผู้คนในสังคมหรือปลีกตัวออกจากสังคมเพื่อรักษาภาพลักษณ์หรือเพื่อป้องกันเหตุแห่งความไม่กลางที่อาจจะเกิดขึ้นในการพิจารณาคดี วัตรปฏิบัติของผู้พิพากษาในระบบนี้จึงทำให้ผู้พิพากษาไม่ได้มีประสบการณ์ชีวิตแบบคนทั่วไปในสังคมมีและอาจส่งผลทำให้มุมมองของผู้พิพากษาอาจแปลกแยกไปจากความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม การพิจารณาพิพากษาคดีในเรื่องหนึ่งอาจมีตรรกะ สมเหตุสมผลและสอดคล้องกับตัวบทและหลักการในทางกฎหมาย แต่ในมุมมองคนทั่วไปในสังคมอาจเป็นเรื่องที่ยอมรับไม่ได้ยาก กรณีตัวอย่างในประเทศไทยเช่นคดีผู้เยาว์ขับรถโดยประมาทจนทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายเป็นจำนวนมาก ซึ่งศาลได้พิพากษาลงโทษให้จำคุกแต่ให้รอการลงโทษไว้เนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นผู้เยาว์และเป็นเพียงการกระทำโดยประมาท แต่ในสายตาของสังคมทั่วไปมองว่าเป็นการลงโทษที่น้อยเกินไปเพราะเหตุดังกล่าวมีเสียชีวิตจำนวนมากและผู้เสียชีวิตเป็นบุคคลที่สังคมเห็นว่าการมีชีวิตของบุคคลเหล่านั้นจะสร้างประโยชน์ให้สังคมได้อย่างมาก ความแตกต่างในมุมมองนี้เองที่อาจทำให้เกิดความไม่ไว้วางใจหรือเชื่อใจในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการได้ แม้ฝ่ายตุลาการไม่ได้มีเจตนาในทางทุจริตแต่อย่าง

ใด การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีสามารถช่วยเติมเต็มในส่วนประสบการณ์การใช้ชีวิตในสังคมให้แก่องค์กรวิชาชีพกษาศาได้เป็นอย่างดี¹²⁵

ประการสุดท้าย การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีช่วยให้ประชาชนได้เรียนรู้กฎหมาย กระบวนการใช้บังคับกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาคดีในศาลเนื่องจากผู้พิพากษาอาชีพจะต้องอธิบายให้ประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมไม่ว่าในระบบลูกขุนหรือระบบผู้พิพากษาสมทบได้เข้าใจ กระบวนการทำงานร่วมกันระหว่างผู้พิพากษากับประชาชนในระบบนี้จะช่วยให้ประชาชนได้รับประสบการณ์ตรงอันจะสร้างความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของศาลโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการประชาสัมพันธ์ใดๆ

แม้การให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีจะมีข้อบกพร่องในหลายประการเช่นกัน เช่น ในเรื่องของการตัดสินตามกระแสสังคมหรือตามอารมณ์ที่อาจถูกปลุกเร้าโดยทนายความได้โดยง่าย และอาจจะมีปัญหาการทุจริตหรือการถูกข่มขู่คุกคามทำให้การพิจารณาคดีอาจบิดเบือนไปจากข้อเท็จจริงได้ และแม้ในประเทศต้นแบบของการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาจะลดน้อยแต่การพิจารณาให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกยกเลิกไป แต่มีประเทศใหม่ๆ ที่นำระบบลูกขุนไปใช้กับประเทศตัวเองโดยดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาพประเทศของตนเช่น ญี่ปุ่น และเกาหลีใต้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักข้อดีข้อเสียแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าในระบบตุลาการไทยควรจะเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีได้โดยอาจอาจดัดแปลงให้เข้ากับสภาพสังคมไทยเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาคดีมากที่สุด

ในบรรดาระบบการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีระบบที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการเริ่มต้นในประเทศไทยคือระบบลูกขุนให้คำปรึกษาของเกาหลีใต้ก่อนเนื่องจากระบบดังกล่าวเป็นระบบที่เกาหลีใต้ดัดแปลงจากระบบผู้พิพากษาสมทบของเยอรมนีและระบบลูกขุนของสหรัฐอเมริกาเพื่อให้ประชาชนได้ทดลองการเข้าร่วมการพิจารณาคดีของศาล ระบบของเกาหลีใต้ดังกล่าวมีความเหมาะสมกับประเทศไทย เนื่องจาก ประการแรก การไร้ประสบการณ์ในระบบลูกขุน กล่าวคือ สิ่งที่คล้ายคลึงกันระหว่างเกาหลีใต้กับไทย คือเกาหลีใต้ไม่เคยมีระบบลูกขุนมาก่อน แม้จะเคยมีความพยายามผลักดันในช่วงที่ถูกยึดครองโดยญี่ปุ่นแต่ไม่สำเร็จ¹²⁶ ระบบของเกาหลีใต้จึงได้ถูกออกแบบโดยมีวัตถุประสงค์ในการทดลองให้ประชาชนในสังคมรู้จักและยอมรับการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี ประเทศไทยเองในระบบตุลาการสมัยใหม่ยอมรับให้

¹²⁵ Anke Freckman and Thomas Wegerich, *the German Legal System*, (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.113-114.

¹²⁶ Jae-Hyup Lee, *supra note 104*, p.178.

ประชาชนเข้าร่วมตัดสินใจกับผู้พิพากษาอาชีพได้เฉพาะในศาลที่ต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์เฉพาะด้านเท่านั้น การให้ประชาชนคนธรรมดาเข้าร่วมการพิจารณาคดียังไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงจึงไม่ควรเปลี่ยนแปลงแบบกะทันหันทันทีทันใด ควรจะให้สังคมได้ค่อยเรียนรู้และปรับตัวไปพร้อมๆ กัน ระบบลูกขุนในลักษณะที่ไม่ได้ให้มีผลบังคับผูกพันผู้พิพากษาจึงเหมาะสมกับระบอบทดลองเรียนรู้เป็นอย่างยิ่ง

ประการที่สอง ระบบลูกขุนของเกาหลีใต้เป็นระบบทดลอง (Pilot Project) แบบทางเลือกเพื่อวัตถุประสงค์ในการเปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณาคดีอาญาแบบค่อยเป็นค่อยไป โดยการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าวในช่วงเริ่มต้นเป็นระยะเวลา 5 ปี ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 2008 ถึง 2013 เพื่อเป็นการทดลองว่าระบบดังกล่าวสามารถใช้ได้หรือไม่ จากนั้นจึงจะตัดสินใจว่าจะใช้ต่อไปหรือไม่และขยายขอบเขตหรือไม่ ดังนั้นในช่วงแรกของการทดลองนี้จึงกำหนดให้เป็นสิทธิแก่จำเลยในการเลือกว่าจะใช้ระบบลูกขุนหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษาไปตามปกติ ไม่ได้บังคับแต่เริ่มแรก การให้สิทธิแก่จำเลยนี้ทำให้ไม่เป็นการบังคับแก่จำเลยมากเกินไป ในกรณีที่จำเลยยังไม่รู้สึกมั่นใจในกระบวนการดังกล่าว อีกทั้งยังมีการจำกัดการใช้ลูกขุนได้เฉพาะในคดีอาญาร้ายแรงเท่านั้น ไม่ใช่คดีอาญาทุกประเภททำให้ปริมาณคดีไม่มากนัก เมื่อใช้แล้วสามารถนำมาศึกษาวิเคราะห์หาข้อบกพร่องเพื่อปรับปรุง นอกจากนี้ ยังมีการจำกัดผลบังคับผูกพันของคำวินิจฉัยของคณะลูกขุนไว้ให้มีสถานะเป็นเพียงคำปรึกษา ไม่ผูกพันผู้พิพากษาให้ต้องมีคำพิพากษาตามความเห็นของคณะลูกขุน ระบบนี้น่าจะช่วยให้สังคมมีความมั่นใจกับระบบลูกขุนได้และสุดท้ายคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ผ่านการพิจารณาโดยระบบลูกขุนสามารถอุทธรณ์ได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ดังนั้น หากเกิดกรณีที่มีความผิดพลาดจากการพิจารณาโดยคณะลูกขุนก็ยังมีระบบตรวจสอบและลดความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นได้จากการทดลองใช้ในช่วงแรก

ดังนั้น กล่าวโดยสรุป ระบบลูกขุนให้คำปรึกษาจึงเป็นระบบที่น่าสนใจในการริเริ่มให้ประชาชนได้มีส่วนในการใช้อำนาจตุลาการที่เป็นอำนาจของตนได้ในประเทศที่ยังไม่เคยมีระบบลูกขุนมาก่อน

7.3.1.4 ปัญหาของระบบการตรวจสอบสำนวนคดี

ระบบการควบคุมการพิจารณาคดีโดยการตรวจสอบสำนวนนั้นได้รับการยอมรับในระบบตุลาการไทย โดยพิจารณาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการแก้ไขข้อบกพร่องของระบบตุลาการอย่างน้อย 3 ประการด้วยกัน ประการแรก การตรวจสอบสำนวนในศาลชั้นต้นเป็นการตรวจสอบความถูกต้องของการใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษาในคดีก่อนที่คำพิพากษาจะถูกอ่านและมีผลบังคับผูกพัน เนื่องจากในศาลชั้นต้นที่ผู้พิพากษายังมีประสบการณ์ไม่มากนัก อีกทั้งต้องรับภาระงานคดีจำนวนมากมายมหาศาลดังนั้นจึงอาจเกิดความผิดพลาดในการพิจารณาคดีได้เสมอ การตรวจสอบสำนวนจึงเป็นมาตรการป้องกันความผิดพลาดที่ดีกว่าปล่อยให้เกิดความผิดพลาดและไปแก้ไขในชั้น

อุทธรณ์หรือฎีกาอีกทั้งยังเป็นการลดคดีที่นำไปสู่ศาลสูงได้อีกด้วย ประการที่สอง สำหรับการตรวจสอบสำนวนในศาลสูงจะเป็นไปเพื่อสร้างคุณภาพให้แก่กระบวนการใช้อำนาจตุลาการ และประการที่สาม การตรวจสอบสำนวนคดีเป็นระบบส่งผ่านองค์ความรู้จากผู้พิพากษารุ่นหนึ่งต่อไปยังผู้พิพากษาอีกรุ่นหนึ่ง การตรวจสอบสำนวนในศาลฎีกาโดยกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกาจะทำหน้าที่ช่วยดูแลขัดเกลาคำพิพากษาที่ศาลฎีกาองค์คณะที่ตัดสินมาแล้วโดยพิจารณาเพียงว่าคำพิพากษานั้นขัดแย้งกับแนวคำพิพากษาที่แล้วๆ มาหรือไม่ ถ้าขัดแย้งกันมีเหตุผลอะไรที่แตกต่างหรือไม่ เพื่อที่จะให้คำพิพากษาของศาลออกไปด้วยความถูกต้องและเที่ยงธรรมมากที่สุด จากนั้นรองประธานศาลฎีกาที่เป็นผู้ช่วยประธานศาลฎีกาจะช่วยตรวจสอบและให้ข้อคิดของบุคคลต่างๆ เหล่านี้ ซึ่งเป็นระบบที่มีคุณค่าพอสมควรที่จะดำรงไว้¹²⁷

แต่อย่างไรก็ดี ระบบการตรวจสอบสำนวนก็ข้อบกพร่องอย่างมาก 3 ประการ ประการแรก ระบบการตรวจสอบสำนวนคดีไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่มีอำนาจตรวจสอบสำนวนมีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาในองค์คณะซึ่งหากพิจารณาจากรายงานวิจัยและรายงานการศึกษาของผู้พิพากษาเองทุกชั้นยอมรับตรงกันว่าระบบดังกล่าวมีปัญหาต่อความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา¹²⁸

ประการที่สอง ปัญหาความชอบด้วยสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่ได้ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วโดยกฎหมาย(Right to Legal Judge) เนื่องจากระบบการตรวจสอบสำนวนทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบสำนวนไม่ว่าจะเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาทั้งหลาย และหัวหน้าศาลหรือประธานศาลรวมทั้งผู้ดำรงตำแหน่งรองทั้งหลายสามารถมีอิทธิพลต่อผลของคำพิพากษาได้ แม้จะอยู่ในรูปของการการให้คำแนะนำก็ตามซึ่งขัดกับหลักผู้พิพากษาโดยชอบธรรม(Legal/Natural Judge) และขัดกับหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาเพราะคู่ความในคดีไม่มีโอกาสได้รับทราบว่ามีใครบ้างที่จะมีส่วนในการพิจารณาคดี นอกจากนี้การตรวจสอบสำนวนโดยผู้พิพากษาบางตำแหน่ง เช่นอธิบดีผู้พิพากษาศาลฎีกานั้นกฎหมายก็ไม่ได้เปิดช่องให้มีการคัดค้านได้¹²⁹

¹²⁷ คำอภิปรายของนายอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, คณะกรรมาธิการยกร่างพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ...., บันทึกการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 12/2543 , หน้า 53

¹²⁸ อร่ามศักดิ์ ไทพาณิชย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 44, น.5 และดู ชัยวุฒิ โลหิตรัตนนท์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 48, น.16 และดู มัณฑิร อุชชิน, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 50, น.26 – 27.

¹²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 22511/2546 “คำร้องของผู้ร้อง(โจทก์) ขอโอนคดีไปพิจารณาที่ศาลแพ่ง โดยอ้างเหตุว่า ข. อธิบดีผู้พิพากษาศาลฎีกา ผู้ควบคุมดูแลสำนวนใช้อำนาจหน้าที่สั่งการโดยมิชอบก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์เท่านั้น ไม่มีข้อความตอนใดที่เป็นการคัดค้านผู้

ประการที่สาม ปัญหาการตรวจสอบจำนวนเปิดช่องให้เกิดผู้พิพากษานิรนาม (Faceless) ปัญหาผู้พิพากษานิรนามนี้ปัญหาในเรื่องการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่คู่ความในคดีไม่อาจทราบได้ว่าผู้พิพากษาคนใดจะมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีด้วย ซึ่งระบบการตรวจสอบจำนวนเป็นช่องทางหนึ่งที่เปิดให้เกิดกรณีนี้ขึ้น โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบจำนวนไม่ได้ถูกเปิดเผยให้คู่ความได้รับทราบแต่มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีได้

7.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

7.3.2.1 การเปลี่ยนระบบการจ่ายสำนวน

การเปลี่ยนระบบการจ่ายสำนวนนั้นจะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าระบบการจ่ายสำนวนที่มี 3 ระบบนั้นระบบการจ่ายสำนวนแบบใดดีที่สุด ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่าระบบการจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวนเป็นระบบการจ่ายสำนวนที่ดีที่สุด เนื่องจากระบบการจ่ายสำนวนที่ดีจะทำหน้าที่ 3 ประการ ประการแรก ป้องกันการกำหนดผลของคดีโดยการเลือกผู้พิพากษาอันเป็นระบบที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจจ่ายสำนวน ประการที่สอง ประกันสิทธิของประชาชนในผู้พิพากษาโดยชอบธรรมหรือสิทธิของประชาชนที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่ได้กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วโดยกฎหมาย (Right to Legal/Natural Judge) ซึ่งเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งในสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Right to Fair Trial) และประการที่สาม ทำให้สำนวนคดีได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่มีความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญที่สอดคล้องเหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาท

หากวิเคราะห์ระบบการจ่ายสำนวนคดีทั้งสามระบบกับวัตถุประสงค์ของระบบการจ่ายสำนวนแล้ว ระบบการจ่ายสำนวนแบบสุ่มจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์สองประการแรก คือการควบคุมอำนาจของผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนและประกันสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าโดยกฎหมาย แต่จะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ประการหลัง ในขณะที่ระบบการจ่ายสำนวนแบบดุลพินิจจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ประการสุดท้ายคือสามารถเลือกผู้พิพากษาที่เหมาะสมกับคดีพิพาทได้ แต่จะไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์สองประการแรก คือผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนจะสามารถกำหนดผู้พิพากษาได้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วและผู้มีอำนาจจ่ายสำนวนจะต้องมีดุลพินิจในการจ่ายสำนวนได้ แต่ระบบการจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวนเป็นระบบที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ทั้งสามประการ เนื่องจากระบบการจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่าย

พิพากษาในศาลชั้นต้นที่รับผิดชอบคดีนี้ กรณีจึงไม่มีเหตุที่ศาลจะต้องดกระบวนพิจารณาไว้ก่อน ” อ้างถึงใน วรรณชัย บุญบำรุง และคณะ, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.77.

สำนวนนี้เป็นการผสมผสานข้อดีของระบบการจ่ายสำนวน 2 แบบแรกมาจัดข้อบกพร่องของการจ่ายสำนวนในแต่ละรูปแบบ กล่าวคือ ในระบบการจ่ายสำนวนแบบสุ่ม(Random Case Assignment) จะมีข้อบกพร่องในแง่ที่ว่าเป็นการจ่ายสำนวนโดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมของผู้พิพากษาในเรื่องความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ ซึ่งต้องยอมรับว่าคดีที่ฟ้องต่อศาลนั้นมีความยากง่ายไม่เท่ากัน และผู้พิพากษาแต่ละคนในศาลก็มีความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในคดีที่แตกต่างกัน การจ่ายสำนวนแบบสุ่มอาจทำให้สำนวนคดีที่ยากไปตกอยู่กับผู้พิพากษาที่ยังประสบการณ์น้อย หรือทำให้คดีที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญในบางเรื่องอาจจะไปตกอยู่กับผู้พิพากษาที่ไม่ได้มีความเชี่ยวชาญที่มากเพียงพอ ดังนั้น ระบบการจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวนจึงเป็นระบบที่ดีที่สุด

การเปลี่ยนแปลงระบบการจ่ายสำนวนของไทยจึงควรใช้ระบบการจ่ายสำนวนดังกล่าวนี้ โดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบการจ่ายสำนวนควรดำเนินการ 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก การบัญญัติรับรองสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาโดยชอบธรรม(Right to Legal/Natural Judge) ไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “ประชาชนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่ได้ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยกฎหมาย” เพื่อให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสร้างบรรทัดฐานของระบบการจ่ายสำนวนในศาลทุกระบบศาล กฎหมายใดหรือระเบียบใดๆ ไม่ว่าจะตราโดยฝ่ายใดย่อมจะต้องสอดคล้องกับบรรทัดฐานดังกล่าวนี้

ประการที่สอง ตรากฎหมายกำหนดให้ศาลแต่ละนาระบบการจ่ายสำนวนโดยแผนการจ่ายสำนวนแบบเยอรมนีมาใช้ โดยกำหนดให้ในแต่ละปีผู้รับผิดชอบราชการศาลจะต้องจัดทำแผนการจ่ายสำนวนคดีในศาลที่ตนเองรับผิดชอบขึ้นมา โดยการจัดทำแผนดังกล่าวจะต้องให้ผู้พิพากษาในศาลเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำด้วย โดยในแผนดังกล่าวนอกจากจะกำหนดองค์คณะผู้พิพากษาที่จะพิจารณาคดีไว้ล่วงหน้าแล้ว ยังต้องกำหนดตัวและลำดับของผู้พิพากษาที่จะเข้าไปทำหน้าที่แทนกรณีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ เช่น ผู้พิพากษาถูกโยกย้ายก่อนที่การพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้น หรือกรณีที่ผู้พิพากษาค้นสำนวนด้วยเหตุมีภาระงานคดีมากจนอาจทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล่าช้า หรือกรณีที่มีการโอนสำนวนคดีเกิดขึ้น เป็นต้น

ประการที่สาม สร้างระบบการบังคับให้การจ่ายสำนวนเป็นไปตามแผน โดยเมื่อจัดทำแผนการจ่ายสำนวนเสร็จเรียบร้อยแล้วจะต้องกำหนดให้มีการเปิดเผยแผนดังกล่าวให้ประชาชนและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งทนายความและพนักงานอัยการได้รับทราบ โดยการส่งแผนดังกล่าวไปให้สภาทนายความและสำนักงานอัยการ และการเผยแพร่ที่ศาลหรือประกาศผ่านเว็บไซต์ของศาลก็ได้ นอกจากนี้ยังต้องกำหนดให้การจ่ายสำนวนที่มีได้เป็นไปตามแผนสามารถถูกโต้แย้งได้ในศาลด้วยเหตุเพราะการพิจารณาคดีมิได้เป็นไปตามกระบวนการพิจารณาที่กำหนดไว้ใน

กฎหมาย และกำหนดให้การพิจารณาโดยผู้พิพากษาที่ไม่ได้เป็นไปตามแผนหรือบัญชีการจ่ายสำนวน อาจถูกเพิกถอนได้ในภายหลังเพราะเหตุเป็นกระบวนการพิจารณาที่มีชอบด้วยกฎหมาย

ประการสุดท้าย ยกเลิกกฎเกณฑ์ใดๆ ก็ตามที่อนุญาตให้ผู้พิพากษาที่มีได้ ผ่านการจ่ายสำนวนเข้ามามีส่วนในการพิจารณาคดีด้วย ทั้งกรณีการนั่งพิจารณาคดี การทำคำพิพากษาหรือการตรวจสำนวนด้วย รวมไปถึงอำนาจในการเรียกคืนสำนวนด้วยเหตุอื่นๆ โดยการเรียกคืนสำนวนคดีที่ควรจะมีได้ในกรณีเดียวคือผู้พิพากษาที่ได้รับการจ่ายสำนวนคดีภาระงานคดีมากจนอาจทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล่าช้าจนเสียความยุติธรรม

7.3.2.2 การเพิ่มเติมระบบการควบคุมความเป็นกลางของผู้พิพากษา

ในการแก้ไขปัญหาระบบการควบคุมความเป็นกลางควรแก้ไขใน 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก การกำหนดเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษา ที่อนุญาตให้คัดค้านผู้พิพากษาทั้งเหตุเชิงอัตวิสัยและภาวะวิสัยโดยอาจใช้ระบบของศาลปกครองมาเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เป็นพื้นฐานของระบบการคัดค้านผู้พิพากษา

ประการที่สอง อนุญาตให้คู่ความสามารถโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาโดยอาศัยเหตุความเป็นกลางของผู้พิพากษาในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาได้ และกำหนดให้สามารถรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ด้วยเหตุนี้ แต่จำกัดเฉพาะกรณีที่คู่ความไม่ทราบเหตุดังกล่าวมาก่อนโดยมิได้เป็นความผิดของคู่ความเอง

ประการที่สาม ควรยกเลิกระบบการตรวจสำนวนคดี หรือระบบอื่นใดที่ทำให้ผู้พิพากษาที่ไม่อาจถูกคัดค้านได้เข้ามามีส่วนในการพิจารณาพิพากษาคดี

7.3.1.3 การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี

การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีควรเริ่มที่ระบบลูกขุนให้คำปรึกษาแบบเกาหลีใต้ โดยให้สิทธิแก่จำเลยในการเลือกว่าจะให้คณะลูกขุนเข้าร่วมพิจารณาในคดีของตนหรือไม่

7.3.1.4 การยกเลิกระบบการตรวจสำนวนคดี

ระบบการตรวจสำนวนนี้ แม้จะมีเจตนาที่ดีและสามารถบรรลुวัตถุประสงค์ในการควบคุมคุณภาพของการใช้อำนาจตุลาการได้ แต่ก็มีปัญหาว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการที่ผู้พิพากษาจะต้องสามารถตัดสินใจได้อย่างเป็นอิสระตามการประเมินข้อเท็จจริงและความเข้าใจในข้อกฎหมายของตนเอง การตรวจสำนวนเป็นการชักนำให้บุคคลอื่นเข้าร่วมพิจารณาและอาจชักนำให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนต้องเปลี่ยนแปลงดุลพินิจของตนเอง เมื่อชั่งน้ำหนักผลดีผลเสียแล้วผู้เขียนเห็นว่าควรยกเลิกไปแต่จะต้องสร้างระบบหรือนำวิธีการ

อื่นเข้ามาทดแทนที่สามารถทำให้คุณภาพของการใช้อำนาจตุลาการไม่ลดลงแต่ยังสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี อันได้แก่

ประการแรก การปรับปรุงคุณภาพของผู้พิพากษาทุกคน โดยผู้พิพากษาทุกคนจะต้องมีความสามารถในการทำงานโดยปราศจากข้อบกพร่องหรือบกพร่องให้น้อยที่สุด โดยการปรับปรุงคุณภาพอาจทำได้โดยการยืดระยะเวลาในการฝึกฝนทักษะการเป็นผู้พิพากษาตั้งแต่ยังอยู่ในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาให้ยาวนานขึ้นเพื่อเพิ่มประสบการณ์และทักษะในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาให้มากยิ่งขึ้น แต่อาจจะต้องปรับระบบการเลื่อนขั้นเงินเดือนให้สอดคล้องกับการนี้ด้วย

แต่อย่างไรก็ดี ความบกพร่องดังกล่าวอาจจะเกิดจากปัญหาการขาดแคลนผู้พิพากษาทำให้ผู้พิพากษาที่มีอยู่ไม่เพียงพอแก่คดีพิพาทที่ถูกฟ้องร้องมายังศาล การขาดแคลนผู้พิพากษาทำให้ผู้พิพากษาจะต้องรับภาระงานคดีจำนวนมากที่ทำให้ความรอบคอบหรือความถี่ถ้วนในแต่ละคดีจะลดลง ซึ่งหากเป็นกรณีหลังนี้ ผู้มีอำนาจบริหารฝ่ายตุลาการอาจต้องเพิ่มจำนวนผู้พิพากษาให้สอดคล้องกับภาระงานคดีที่จำนวนมากได้

ประการที่สอง กำหนดให้ผู้พิพากษาทุกคนที่เป็นองค์คณะจะต้องพิจารณาคดีในสำนวนนั้นโดยละเอียดถี่ถ้วนแทนที่จะให้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนแต่เพียงผู้เดียว นอกจากนี้อาจกำหนดกฎเกณฑ์ในการจัดองค์คณะให้มีผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์เพียงพอเป็นหัวหน้าองค์คณะเพื่อให้ทำหน้าที่ควบคุมการพิจารณาคดีในองค์คณะ

ประการที่สาม นำระบบตุลาการผู้แถลงคดีแบบศาลปกครองเข้ามาช่วยในการตรวจสอบ โดยแต่งตั้งให้ผู้พิพากษาคนหนึ่งเป็นผู้แถลงคดีแยกต่างหากจากผู้พิพากษาในองค์คณะ และให้มีอำนาจในการตรวจสอบสำนวนคดี ทำความเห็นต่อเฉพาะองค์คณะและมีสิทธิเข้าร่วมในการประชุมปรึกษาคดีได้ แต่จะไม่มีอำนาจในการลงมติพิพากษาคดี โดยผู้แถลงคดีนี้จะต้องแต่งตั้งโดยเปิดเผย แจ้งให้คู่ความได้รับทราบและให้สิทธิแก่คู่ความในการคัดค้านผู้แถลงคดีได้ เป็นต้น

บทที่ 8

การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ

การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการคือการตรวจสอบหลังจากที่ศาลได้พิจารณาพิพากษาคดีไปจนมีคำสั่งหรือคำพิพากษาไปแล้ว โดยในบทที่ 8 นี้จะทำการศึกษาระบบและวิธีการที่ในแต่ละระบบกฎหมายได้จัดไว้สำหรับการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษา โดยแยกออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ (8.1) ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการไทย (8.2) ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการต่างประเทศ และ (8.3) บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

8.1 ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการไทย

การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการไทยอาจแบ่งได้เป็น 4 วิธีการ ได้แก่ (8.1.1) ระบบการอุทธรณ์-ฎีกา (8.1.2) การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ (8.1.3) การตรวจสอบโดยฝ่ายการเมือง (8.1.4) การตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์

8.1.1 ระบบการอุทธรณ์-ฎีกา

ระบบการอุทธรณ์-ฎีกาเป็นระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการปกติที่มีในทุกประเทศแต่มีความแตกต่างกันไปบ้างในรายละเอียด ในการศึกษาจึงแยกศึกษาตามระบบศาล ได้แก่ (8.1.1.1) การอุทธรณ์-ฎีกาในระบบศาลยุติธรรม (8.1.1.2) การอุทธรณ์ในระบบศาลปกครอง และ (8.1.1.3) การอุทธรณ์-ฎีกาในระบบศาลทหาร

8.1.1.1 การอุทธรณ์-ฎีกาในระบบศาลยุติธรรม

การอุทธรณ์คือการร้องขอให้ศาลในลำดับที่สูงขึ้นทบทวนการใช้อำนาจตุลาการของศาลล่างอันเป็นระบบการตรวจสอบทางตุลาการปกติในทุกสถาบันตุลาการ ในระบบศาลยุติธรรมการอุทธรณ์จะสามารถทำได้ 2 ครั้ง ครั้งแรกจะเรียกว่าการอุทธรณ์ ส่วนการอุทธรณ์ครั้งที่สองจะเรียกว่าการฎีกา โดยแต่ละครั้งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) การอุทธรณ์

ระบบการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาใช้ระบบผูกพันหรือที่ระบบกฎหมายไทยเรียกว่า “ระบบสิทธิ” กล่าวคือเป็นระบบที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิของผู้ที่เกี่ยวข้องแต่อาจมีการจำกัดสิทธิไว้ เช่น คดีแพ่งจำกัดสิทธิอุทธรณ์ปัญหา

ข้อเท็จจริงในคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่มากนัก¹ หรือในคดีอาญาจะจำกัดสิทธิของการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงไว้หากศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำเลยด้วยโทษที่ไม่มากนักและจำเลยได้รับเพียงโทษปรับไม่เกิน 1,000 บาท² เป็นต้น ดังนั้น หากการอุทธรณ์ใดไม่ได้ต้องด้วยบทจำกัดสิทธินั้น ผู้ที่กฎหมายกำหนดก็สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลที่กำหนดได้

การยื่นอุทธรณ์ดังกล่าว ผู้อุทธรณ์จะต้องยื่นคำอุทธรณ์ต่อศาลชั้นต้นภายใน 1 เดือนนับแต่วันอ่านคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลชั้นต้นจะทำหน้าที่ตรวจอุทธรณ์ หากเป็นอุทธรณ์ต้องห้ามศาลชั้นต้นมีอำนาจสั่งไม่รับอุทธรณ์³ โดยคู่ความสามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลอุทธรณ์ได้ โดยคำสั่งของศาลอุทธรณ์ให้รับหรือไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณาเป็นที่สุด⁴

ประเด็นที่จะยกให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาได้จะเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายและประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงก็ได้แต่จะต้องเป็นประเด็นที่ได้ยกขึ้นมาก่อนมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นโดยห้ามยกประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใหม่และจะต้องเป็นสาระแก่คดีอันควรได้รับการวินิจฉัยด้วย เว้นแต่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือเป็นเรื่องที่ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ หรือเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่คู่ความไม่ได้ยกขึ้นในศาลชั้นต้น เพราะพฤติการณ์ไม่เปิดช่องให้กระทำได้⁵ แต่ข้อยกเว้นกรณีหลังจำกัดเฉพาะคดีแพ่งเท่านั้น

การพิจารณาอุทธรณ์ของศาลอุทธรณ์จะใช้วิธีการตรวจสอบความของศาลชั้นต้นและพิพากษาคดีเป็นหลัก โดยการวินิจฉัยคดีจะพิจารณาแต่คำฟ้องอุทธรณ์ คำแก้อุทธรณ์ เอกสารและหลักฐานทั้งปวงในสำนวนความซึ่งศาลชั้นต้นส่งมา และหากเป็นการอุทธรณ์มีแต่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ศาลจะต้องถือตามข้อเท็จจริงที่ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยจาก

¹ มาตรา 224 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

² มาตรา 193 ทวิ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³ มาตรา 229 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 198 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁴ มาตรา 236 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และ มาตรา 198 ทวิ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁵ มาตรา 225 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 195 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

พยานหลักฐานในสำนวนเท่านั้น⁶ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้หลายประการ ได้แก่ ประการแรก กรณีที่ศาลอนุญาตให้คู่ความแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือด้วยปากที่ศาลสามารถรับฟังคำแถลงการณ์ซึ่งมีได้อยู่ในสำนวนความของศาลชั้นต้นได้⁷ ประการที่สอง กรณีที่ศาลเห็นสมควรหรือยังไม่พอใจในพยานหลักฐานต่างๆ ที่มีในสำนวน⁸ กฎหมายให้อำนาจแก่ศาลอุทธรณ์ในการสืบพยานเพิ่มเติมในชั้นอุทธรณ์ได้ และประการที่สาม กรณีที่ศาลอุทธรณ์จำต้องถือตามข้อเท็จจริงของศาลชั้นต้น แต่ปรากฏว่าศาลชั้นต้นวินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดต่อกฎหมาย กรณีนี้ศาลอาจฟังข้อเท็จจริงใหม่แทนข้อเท็จจริงของศาลชั้นต้นได้⁹ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลจะพิจารณาจากสำนวนคดีของศาลชั้นต้นเป็นหลักไม่มีการแถลงการณ์ด้วยวาจาหรือหากจะมีการสืบพยานก็จะให้ศาลชั้นต้นสืบพยานเอง¹⁰

และในระหว่างการพิจารณา หากศาลเห็นว่าศาลชั้นต้นยังมิได้พิจารณาหรือวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในประเด็นใด ศาลอุทธรณ์จะต้องออกคำสั่งให้ศาลชั้นต้นพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงนั้นและพิพากษาไปก่อน¹¹

เมื่อศาลอุทธรณ์พิจารณาเสร็จแล้ว ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาได้ 4 ประการ¹² ได้แก่

ประการแรก ยกอุทธรณ์หากศาลเห็นว่าเป็นอุทธรณ์ต้องห้ามตามกฎหมาย โดยไม่ต้องวินิจฉัยในประเด็นแห่งอุทธรณ์

ประการที่สอง ยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น หากเห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นถูกต้องไม่ว่าด้วยเหตุเดียวกันหรือต่างเหตุกัน

⁶ มาตรา 237 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 194 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁷ มาตรา 240(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 205 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁸ มาตรา 240(2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 208 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁹ มาตรา 243(3)(ก) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

¹⁰ วรณชัย บุญบำรุง และคณะ, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), น.670-671.

¹¹ มาตรา 240 (3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

¹² มาตรา 242 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ประการที่สาม กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและออกคำพิพากษาเอง หากเป็นว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นไม่ถูกต้อง และ

ประการที่สี่ แก่คำพิพากษา หากเป็นว่าคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นถูกต้อง บางส่วนและผิดบางส่วน โดยยื่นคำพิพากษาส่วนที่ถูกต้องและกลับคำพิพากษาส่วนที่ไม่ถูกต้องโดยมีคำพิพากษาใหม่แทนส่วนที่กลับ

นอกจากนี้ หากกรณีที่ศาลอุทธรณ์ยังสามารถส่งคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลชั้นต้นได้และย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ได้ ใน 2 กรณี¹³ กรณีแรก คือกรณีที่ศาลอุทธรณ์พบว่ามีการไม่ได้ปฏิบัติตามกระบวนการวิธีพิจารณาความและศาลเห็นสมควรแต่จำกัดเฉพาะในกรณีที่ศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่ว่าด้วยคำพิพากษาและคำสั่ง หรือมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณา หรือศาลชั้นต้นปฏิเสธการสืบพยานตามที่ผู้อุทธรณ์ร้องขอ และกรณีที่สอง กรณีที่ศาลอุทธรณ์ต้องถือตามข้อเท็จจริงของศาลชั้นต้นและข้อเท็จจริงที่ศาลชั้นต้นฟังมาไม่พอกแก่การวินิจฉัยข้อกฎหมาย โดยในกรณีที่ศาลศาลชั้นต้นจะต้องพิจารณาคดีนั้นใหม่ทั้งหมดหรือบางส่วนโดยดำเนินตามคำชี้ขาดของศาลอุทธรณ์และวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตามรูปความ ซึ่งศาลอุทธรณ์สามารถกำหนดได้ว่าจะให้ห้องคณะเดิมหรือผู้พิพากษาใหม่ หรือศาลชั้นต้นเดิม หรือศาลชั้นต้นใหม่พิจารณาก็ได้

(2) การฎีกา

การฎีกาหมายถึงการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์อีกชั้นหนึ่งโดยในระบบศาลยุติธรรมการฎีกานั้นจะพิจารณาโดยศาลฎีกา ซึ่งวิธีการพิจารณาและการพิพากษตามกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาต่างก็ให้นำบทบัญญัติในส่วนอุทธรณ์มาใช้ในการพิจารณาฎีกาด้วย ดังนั้น ในแง่ของการพิจารณาและการพิพากษาในชั้นอุทธรณ์กับชั้นฎีกาจึงเหมือนกัน เว้นแต่เรื่องเดียวคือการฎีกาคดีแพ่งที่มีแต่เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย และศาลฎีกาเห็นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล่างไม่ถูกต้องไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ศาลฎีกาจะมีคำวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมายนั้นและยกคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์หรือศาลชั้นต้นแล้วมีคำสั่งให้ศาลอุทธรณ์หรือศาลชั้นต้นทำคำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่ภายใต้กรอบคำวินิจฉัยของศาลฎีกาได้¹⁴ เป็นการแบ่งเบาภาระในการทำคำพิพากษาของศาลฎีกา¹⁵ กระบวนนี้เพิ่งได้รับการแก้ไขในปี พ.ศ. 2558 นี้เอง

¹³ มาตรา 243 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง,

¹⁴ มาตรา 251 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

¹⁵ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง(ฉบับที่...) พ.ศ...., น.7.

การรับฎีกาไว้พิจารณานั้น มีรายละเอียดดังนี้

ก. การฎีกาในคดีแพ่งทั่วไป

สำหรับการรับฎีกาคดีแพ่งในศาลยุติธรรมเพ่งมีการเปลี่ยนระบบการรับฎีกาจากเดิมเป็นระบบสิทธิหรือระบบผูกพัน มาเป็นระบบดุลพินิจหรือระบบอนุญาตที่ให้ดุลพินิจแก่ศาลฎีกาในการเลือกคดีไว้พิจารณา โดยการอนุญาตให้ฎีกา¹⁶ โดยกฎหมายกำหนดว่าศาลฎีกาจะอนุญาตให้ฎีกาต่อเมื่อเป็นปัญหาสำคัญที่ศาลฎีกาควรวินิจฉัยซึ่งศาลมีดุลพินิจที่จะพิจารณา แต่อย่างไรก็ดี ในกฎหมายกำหนดไว้ว่าให้กรณีเหล่านี้เป็นปัญหาสำคัญดังกล่าวด้วย ได้แก่¹⁷

1. ปัญหาที่เกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะ
2. เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยข้อกฎหมายสำคัญที่ขัดกัน หรือขัดกับแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกา
3. คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยข้อกฎหมายที่สำคัญซึ่งยังไม่มีแนวคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกามาก่อน
4. เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ขัดกับคำพิพากษาหรือคำสั่งอันถึงที่สุดของศาลอื่น
5. เพื่อเป็นการพัฒนาการตีความกฎหมาย
6. เป็นปัญหาสำคัญอื่นตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา ซึ่งในปัจจุบันข้อกำหนดดังกล่าวกำหนดไว้ 2 เหตุด้วยกัน ได้แก่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์มีความเห็นแย้งในสาระสำคัญ และคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยในข้อกฎหมายสำคัญที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันกับประเทศไทย¹⁸

ในการยื่นคำร้องขออนุญาตฎีกานั้นจะต้องยื่นคำร้องพร้อมคำฟ้องฎีกาต่อศาลชั้นต้นภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษา จากนั้นศาลชั้นต้นจะส่งคำร้องดังกล่าวไปให้ศาลฎีกาพิจารณา ในการพิจารณาของศาลฎีกา ประธานศาลฎีกาจะแต่งตั้งองค์คณะผู้พิพากษาที่ประกอบด้วยรองประธานศาลฎีกาและผู้พิพากษาศาลฎีกาอีกอย่างน้อยสามคนทำหน้าที่พิจารณาคำร้องไว้ โดยการวินิจฉัยจะเป็นไปตามเสียงข้างมาก แต่หากคะแนนเสียงเท่ากันให้บังคับตามความเห็นฝ่ายที่อนุญาตคืออนุญาตให้

¹⁶ มาตรา 247 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

¹⁷ มาตรา 249 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

¹⁸ ข้อ 13 ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการขออนุญาตฎีกาในคดีแพ่ง พ.ศ. 2558

ฎีกานั้นเอง¹⁹ โดยเหตุที่ศาลจะไม่อนุญาตให้ฎีกาคือคำร้องฎีกาไม่ได้แสดงถึงปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายที่ขออนุญาตโดยชัดแจ้งและไม่ใช่ปัญหาสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด หรือปัญหาในคำร้องฎีกาไม่ใช่ปัญหาสำคัญที่ศาลฎีกาควรวินิจฉัย²⁰ หากศาลฎีกาไม่อนุญาตให้ฎีกา คำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด²¹

ข. การฎีกาในคดีอาญาทั่วไป

ส่วนการฎีกาในคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังคงใช้ระบบที่แก้ไขในช่วงปี พ.ศ. 2551 คือเป็นระบบสิทธิหรือระบบผูกพันที่หากไม่มีกฎหมายจำกัดสิทธิไว้แล้ว คู่ความสามารถฎีกาคัดค้านคำพิพากษาของศาลได้ แต่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจไม่รับฎีกาไว้พิจารณาก็ได้หากมีเหตุตามที่พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 23 กำหนดโดยเหตุดังกล่าวคือหากศาลเห็นว่าข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่อุทธรณ์หรือฎีกาจะไม่ใช่สาระอันควรแก่การพิจารณาไว้²² ซึ่งหมายถึง ข้ออุทธรณ์หรือฎีกาที่ศาลฎีกาไม่พึงรับไว้พิจารณาพิพากษา เนื่องจากไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงผลคำวินิจฉัยของศาลล่าง และให้รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้

1. เป็นอุทธรณ์หรือฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายซึ่ง

- เคยมีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว และยังไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยเดิม
- เป็นข้อกฎหมายที่ไม่ยุ่งยาก และการวินิจฉัยข้อกฎหมายดังกล่าวจะไม่มีผลเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของศาลล่าง
- เป็นข้อกฎหมายซึ่งศาลล่างได้วินิจฉัยไว้ถูกต้องแล้ว และไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของศาลล่าง
- เป็นข้อกฎหมายที่ถึงแม้จะวินิจฉัยให้เป็นคุณตามข้ออุทธรณ์หรือฎีกา ก็ไม่เป็นที่เหตุที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของศาลล่าง

¹⁹ มาตรา 248 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

²⁰ ข้อ 15 ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการขออนุญาตฎีกาในคดีแพ่ง พ.ศ. 2558

²¹ มาตรา 249 วรรคสี่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

²² มาตรา 23 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม และข้อ 6 ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยการไม่รับคดีซึ่งข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่อุทธรณ์หรือฎีกาจะไม่ใช่สาระอันควรแก่การพิจารณาไว้พิจารณาพิพากษา พ.ศ. 2551

2. เป็นอุทธรณ์หรือฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งศาลล่างได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวไว้ชอบด้วยเหตุผลแล้วและไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของศาลล่างหรือมีเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับดุลพินิจในการกำหนดโทษ รอกการกำหนดโทษ หรือรอกการลงโทษซึ่งไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของศาลล่าง

3. เป็นอุทธรณ์หรือฎีกาที่มีการรับรองหรืออนุญาตให้อุทธรณ์หรือฎีกา และอุทธรณ์หรือฎีกานั้นไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของศาลล่าง

4. เป็นอุทธรณ์หรือฎีกาที่เมื่อพิจารณาอุทธรณ์หรือฎีกาทั้งฉบับแล้วกรณีไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงผลตามคำวินิจฉัยของศาลล่าง

8.1.1.2 การอุทธรณ์ในระบบศาลปกครอง

การอุทธรณ์ในระบบศาลปกครองมีความแตกต่างไปจากระบบของศาลยุติธรรมเนื่องจากการจัดโครงสร้างศาลของศาลปกครองที่มีเพียงสองลำดับชั้นได้แก่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น การตรวจสอบทางตุลาการในระบบศาลปกครองจึงเป็นระบบการอุทธรณ์แบบชั้นเดียว(Single Appellate System) หรือระบบที่ให้สิทธิในการอุทธรณ์เพียงครั้งเดียว

โดยการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

การยื่นอุทธรณ์จะต้องยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้น²³ภายใน 30 วันนับแต่วันมีคำสั่งหรือคำพิพากษา โดยอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะส่งให้องค์คณะในศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาคำอุทธรณ์ว่าจะรับไว้หรือไม่²⁴ หากศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นคำอุทธรณ์ที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วนที่ไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้หรือได้สั่งให้ผู้อุทธรณ์แก้ไขแล้วแต่ไม่ได้มีการแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือเป็นคำอุทธรณ์ต้องห้ามตามกฎหมายหรือยื่นโดยผิดระเบียบ ศาลปกครองชั้นต้นจะสั่งไม่รับอุทธรณ์ไว้พิจารณาก็ได้ โดยคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์สามารถอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครองสูงสุดได้ คำสั่งรับหรือไม่รับอุทธรณ์ของศาลปกครองสูงสุดเป็นที่สุด

²³ ข้อ 102 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

²⁴ ข้อ 104 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

แต่หากศาลปกครองชั้นต้นสั่งรับอุทธรณ์ จะต้องส่งคำอุทธรณ์ให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาต่อไป ในการพิจารณาอุทธรณ์ของศาลปกครองสูงสุด คำอุทธรณ์นั้นจะถูกตรวจสอบโดยตุลาการเจ้าของสำนวนอีกครั้งหนึ่งซึ่งนอกจากจะตรวจสอบในประเด็นเดียวกับศาลปกครองชั้นต้นแล้ว ยังตรวจสอบได้ด้วยว่าอุทธรณ์นั้นมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย หากศาลปกครองสูงสุดเห็นเช่นนั้น ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจที่จะสั่งไม่รับอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณาก็ได้²⁵

ในการพิจารณาอุทธรณ์ของศาลปกครองสูงสุด ศาลสามารถพิจารณาได้ทั้งประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายแต่จะจำกัดพิจารณาเฉพาะประเด็นที่ได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาแล้วในศาลล่าง เว้นแต่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ²⁶ และในกรณีตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่าข้อเท็จจริงจากสำนวนคดี คำอุทธรณ์และคำแก้อุทธรณ์ยังไม่เพียงพอที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งอุทธรณ์ ตุลาการเจ้าของสำนวนก็มีอำนาจดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงต่อไปได้โดยการเรียกพยานเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นๆ เข้ามาพิจารณาได้โดยตรง²⁷ เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่าคดีมีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีได้เมื่อใดแล้ว จะต้องจัดทำบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวนเสนอองค์คณะพิจารณา กำหนดสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง ส่งสำนวนคดีให้ตุลาการผู้แถลงคดี²⁸

การพิจารณาอุทธรณ์ของศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจที่จะพิพากษาหรือมีคำสั่งหรือดำเนินการได้ 4 ประการ ได้แก่

ประการแรก สั่งยกอุทธรณ์หากเห็นว่าคำอุทธรณ์นั้นไม่สมบูรณ์ครบถ้วนและเป็นกรณีที่ไมอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ หรือเป็นคำอุทธรณ์ที่ต้องห้ามตามกฎหมายหรือยื่นโดยผิดระเบียบนี้โดยไม่ต้องวินิจฉัยในประเด็นแห่งอุทธรณ์

²⁵ ข้อ 108 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และ มาตรา 73 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁶ ข้อ 109 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

²⁷ ข้อ 110 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และดู อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2545), น.68.

²⁸ ข้อ 60-63 และ ข้อ 83-94 ประกอบด้วยข้อ 116 และดู เพ็งอ้วน.

ประการที่สอง พินากษาหรือมีคำสั่งยืนตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น หากเห็นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นถูกต้อง ไม่ว่าด้วยเหตุเดียวกันหรือเหตุอื่น

ประการที่สาม พินากษาหรือมีคำสั่งกลับคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ หากเห็นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นไม่ถูกต้อง และ

ประการสุดท้าย แก่คำพิพากษาหากเห็นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นถูกบางส่วนและผิดบางส่วน ให้พิพากษาหรือมีคำสั่งแก้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นโดยพิพากษาหรือมีคำสั่งยืนบางส่วน กลับบางส่วน และพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ในส่วนที่กลับนั้น

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังมีอำนาจสั่งยกคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นและส่งสำนวนคดีคืนไปยังศาลปกครองชั้นต้น เพื่อให้พิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ หากศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรเนื่องจากพบว่าศาลชั้นต้นมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาดีปกครอง ในส่วนที่ว่าด้วยการทำคำพิพากษาและคำสั่ง หรือส่วนที่ว่าด้วยการแสวงหาข้อเท็จจริง หรือมีเหตุที่ศาลได้ปฏิเสธการไต่สวนพยานตามที่ผู้อุทธรณ์มีคำขอ หรือพบว่าข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองชั้นต้นฟังมาไม่พอแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยอาจสั่งให้ศาลปกครองชั้นต้นอาจประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองอื่นนอกจากที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่งมาแล้ว และคำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่นี้อาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นอย่างอื่นนอกจากคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ถูกยกได้ โดยในกรณีหลังสุดศาลปกครองสูงสุดอาจสั่งให้ศาลชั้นต้นพิจารณาโดยดำเนินการตามคำชี้ขาดของศาลปกครองสูงสุด แล้วพิพากษาหรือมีคำสั่งไปตามรูปคดีก็ได้ โดยคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลชั้นต้นกรณีนี้สามารถอุทธรณ์ใหม่ได้²⁹

8.1.1.3 ระบบการอุทธรณ์-ฎีกาของระบบศาลทหาร

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารสามารถอุทธรณ์ได้เฉพาะศาลทหารในกรณีปกติเท่านั้นโดยจะต้องอุทธรณ์ภายใน 30 วันนับแต่วันอ่านคำพิพากษาของคำสั่ง ส่วนคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลทหารในเวลาไม่ปกติ และศาลอาญาศึกษาหรือศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีแทนศาลอาญาจะต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกา³⁰

²⁹ ข้อ 112 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาดีปกครอง พ.ศ. 2543

³⁰ มาตรา 61 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

การอุทธรณ์สามารถอุทธรณ์ได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย เว้นแต่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่มีได้ยกขึ้นมาก่อนตั้งแต่ศาลทหารชั้นต้น เว้นแต่จะเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติอันว่าด้วยการอุทธรณ์และฎีกา³¹ แต่หากอุทธรณ์เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายจะต้องอุทธรณ์โดยตรงไปยังศาลทหารสูงสุด โดยการยื่นอุทธรณ์จะต้องต่อศาลทหารชั้นต้นเพื่อให้ศาลชั้นต้นพิจารณาในประเด็นว่าเป็นอุทธรณ์ปัญหาข้อกฎหมายหรือไม่ หากไม่ใช่ ศาลชั้นต้นจะส่งคำอุทธรณ์ไปให้ศาลทหารกลางพิจารณาโดยผู้อุทธรณ์สามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลทหารสูงสุดได้ แต่หากเป็นการอุทธรณ์เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย ศาลชั้นต้นจะส่งไปให้ศาลทหารสูงสุดพิจารณา แต่หากศาลสูงสุดเห็นว่าเป็นการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงก็จะส่งอุทธรณ์มาให้ศาลทหารกลางพิจารณา³²

การพิจารณาและการพิพากษาอุทธรณ์ฎีกาในศาลทหารให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้³³ ดังนั้นวิธีการพิจารณาอุทธรณ์ฎีกาของศาลทหารจึงเหมือนกับของศาลยุติธรรม

8.1.2 การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่

การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่คือกรณีที่ผู้ร้องต้องการจะให้หรือพ้นคดีที่ศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดไปแล้วขึ้นมาพิจารณาใหม่อันเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่จะทำการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการในระบบกฎหมายไทย แต่อย่างไรก็ดี ในระบบตุลาการไทยไม่ใช่ทุกประเภทคดีที่จะร้องพ้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ และคดีแต่ละประเภทก็จะมีเงื่อนไขที่แตกต่างกันไป โดยแยกพิจารณาออกเป็น (8.1.2.1) การร้องขอให้พิจารณาคดีแพ่งใหม่ (8.1.2.2) การร้องขอให้พิจารณาคดีอาญาใหม่ และ (8.1.2.3) การร้องขอให้พิจารณาคดีปกครองใหม่ในศาลปกครอง

8.1.2.1 การร้องขอให้พิจารณาคดีแพ่งใหม่

การร้องขอให้พิจารณาคดีแพ่งใหม่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอนุญาตให้มีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้กรณีเดียวคือกรณีคำพิพากษามาจากพิจารณาคดีโดยขาดนัด

³¹ มาตรา 63 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

³² มาตรา 61/1 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

³³ มาตรา 45 พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498

เท่านั้น³⁴ โดยจำเลยที่ศาลมีคำพิพากษาให้แพคดีโดยขาดนัดยื่นคำให้การ สามารถยื่นคำขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่ก็ได้โดยจะต้องยื่นภายใน 15 วันนับจากวันที่ได้ส่งคำบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งให้แก่จำเลยที่ขาดนัดยื่นคำให้การ โดยจำเลยจะต้องระบุในคำขอให้ชัดเจนว่าถึงเหตุที่ทำให้จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การและข้อคัดค้านคำตัดสินชี้ขาดของศาลที่แสดงให้เห็นว่าหากศาลได้พิจารณาคดีนั้นใหม่ตนเองอาจเป็นฝ่ายชนะ³⁵ หากศาลเชื่อว่ามีเหตุที่ทำให้จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือมีเหตุผลอันสมควร และจำเลยมีทางชนะคดีตามที่อ้าง ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ คำสั่งอนุญาตดังกล่าวนี้เป็นที่สุด³⁶ โดยกระบวนการขอให้พิจารณาคดีใหม่โดยเหตุจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การนี้ใช้กับกรณีการขาดนัดพิจารณาด้วย³⁷

8.1.2.2 การร้องขอให้พิจารณาคดีอาญาใหม่

สำหรับคดีอาญาสามารถร้องฟื้นขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ตามพระราชบัญญัติการฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 ได้ ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดเหตุที่สามารถร้องขอให้ฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้เหตุผล 2 ประการ ประการแรก พยานหลักฐานที่ศาลได้อาศัยเป็นหลักในการพิจารณาคดีอันเป็นที่สุดนั้นเป็นพยานหลักฐานปลอมหรือเป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้องตรงกับความจริง ไม่ว่าจะเป็พยานบุคคลเบิกความอันเป็นเท็จหรือพยานหลักฐานอื่น โดยประการแรกนี้จะต้องมีคำพิพากษาถึงที่สุดภายในภายหลังแสดงว่าพยานนั้นปลอมหรือเป็นเท็จด้วย³⁸ ส่วนกรณีที่สอง คือมีพยานหลักฐานใหม่ ซึ่งจะต้องเป็นพยานอันชัดเจนและสำคัญซึ่งถ้าได้นำมาสืบในคดีอันถึงที่สุดนั้นจะแสดงว่าบุคคลผู้ร้องรับโทษทางอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นไม่ได้กระทำความผิด³⁹ ซึ่งผู้ยื่นคำร้องจะต้องบรรยายมาในคำร้องถึงรายละเอียดของพยานหลักฐานใหม่ว่ามีความเป็นมาอย่างไร มีเหตุผลอันใดที่ไม่นำมาพิสูจน์ในคดีก่อน

³⁴วรรณชัย บุญบำรุง ธนกร วรปรัชญากุลและสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), น.216.

³⁵ มาตรา 199 ตรี และมาตรา 199 จัตวา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

³⁶ มาตรา 199 เบญจ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

³⁷ มาตรา 207 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

³⁸ มาตรา 5(1)(2) พระราชบัญญัติการฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

³⁹ มาตรา 5(3) พระราชบัญญัติการฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

และมีความสำคัญแก่คดีมากพอจะถึงขั้นสามารถเปลี่ยนแปลงผลของคำวินิจฉัยได้หรือไม่⁴⁰ โดยพยานหลักฐานใหม่จะต้องไม่ใช่พยานหลักฐานที่มีอยู่ก่อนแล้วและจำเลยทราบดีอยู่แล้ว⁴¹

สำหรับผู้มีสิทธิยื่นคำร้องนั้น ตามกฎหมายกำหนดให้บุคคลผู้รับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดเป็นผู้มีสิทธิ ในกรณีที่ผู้รับโทษยังเป็นผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถ ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาลแล้วแต่กรณีจะเป็นผู้ยื่นแทน เช่นเดียวกับกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ได้รับโทษทางอาญา ผู้จัดการหรือผู้แทนนิติบุคคลจะเป็นผู้ยื่น แต่หากว่าผู้รับโทษถึงแก่ความตายก่อนยื่นคำร้อง กรณีนี้กฎหมายกำหนดให้ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามหรือภริยาของผู้รับโทษเป็นผู้ยื่นได้ นอกจากนี้พนักงานอัยการที่มีได้เป็นโจทก์ในคดีเดิมก็อาจยื่นคำร้องได้หากเห็นสมควรหรือเมื่อผู้มีสิทธิร้องขอต่อพนักงานอัยการให้ดำเนินการยื่นคำร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ก็ได้⁴²

ผู้มีสิทธิจะต้องยื่นคำร้องต่อศาลชั้นต้นที่พิจารณาคดีนั้นเว้นแต่กรณีคดีของศาลอาญาศึกษาหรือศาลประจำหน่วยทหารให้ยื่นต่อศาลทหารกรุงเทพ⁴³ โดยศาลจะทำการไต่สวนคำร้องว่ามีมูลเพียงพอหรือไม่ โดยในการไต่สวนคำร้องดังกล่าวศาลจะต้องส่งสำเนาคำร้องและแจ้งวันนัดให้พนักงานอัยการหรือโจทก์ในคดีเดิมทราบ แต่ทั้งสองคนจะมาฟังและซักค้านพยานของผู้ร้องหรือไม่ก็ได้ จากนั้นศาลชั้นต้นจะต้องส่งสำนวนการไต่สวนไปให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัย หากศาลอุทธรณ์เห็นว่าคำร้องมีมูลก็จะส่งรับคำร้องและให้ศาลชั้นต้นดำเนินการพิจารณาคดีที่รื้อฟื้นขึ้นมาพิจารณาใหม่ แต่หากศาลอุทธรณ์เห็นว่าไม่มีมูลก็จะมีคำสั่งยกคำร้อง โดยคำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด กรณีการไต่สวนคำร้องนี้หากเป็นกรณีพนักงานอัยการเป็นผู้ยื่นคำร้อง ศาลชั้นต้นจะไต่สวนคำร้องหรือไม่ก็ได้ แต่หากศาลไม่ไต่สวนคำร้องก็จะมีคำสั่งรับคำร้องและดำเนินการพิจารณาคดีที่รื้อฟื้นขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้⁴⁴

ในการพิจารณาคดีที่รื้อฟื้นขึ้นมาพิจารณาใหม่ หากคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีเดิมนั้นเป็นคำพิพากษาของศาลชั้นต้นหรือศาลอาญาศึกษา และศาลชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาคำร้องได้ด้วยตนเอง

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 826/2534 และ 3292/2548 อ้างถึงใน สันตติ์ สุจริต, “การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่โดยอ้างเหตุพยานหลักฐานใหม่,” (งานเอกสารวิชาการส่วนบุคคลหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง(บ.ย.ส.)” วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550), น.33-35.

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6555/2548

⁴² มาตรา 6-7 พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

⁴³ มาตรา 8 พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

⁴⁴ มาตรา 9-10 พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

โดยหากเห็นว่าบุคคลผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีเดิมได้กระทำความผิด ก็จะพิพากษายกคำร้องนั้น แต่ถ้าเห็นว่าบุคคลผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีเดิมมิได้กระทำความผิด ให้พิพากษายกคำพิพากษาเดิมและพิพากษาว่าบุคคลนั้นมีได้กระทำความผิด แต่หากกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดในคดีเดิมเป็นคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ศาลชั้นต้นจะต้องพิจารณาและทำความเข้าใจส่งสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณี พิจารณาเพื่อพิพากษายกคำร้อง หรือยกคำพิพากษาเดิม และพิพากษาว่าบุคคลนั้นมีได้กระทำความผิด ศาลชั้นต้นจะพิพากษาเองไม่ได้⁴⁵

คำพิพากษาของศาลชั้นต้นสามารถอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้ และคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์สามารถอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาได้⁴⁶

8.1.2.3 การร้องขอให้พิจารณาคดีปกครองใหม่ในศาลปกครอง

สำหรับในศาลปกครอง มาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้สิทธิแก่คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้นสามารถมีคำขอให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองนั้นใหม่ได้ในกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองเสร็จเด็ดขาดแล้วโดยกำหนดเหตุที่จะร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ 4 เหตุด้วยกัน ได้แก่

1. ศาลปกครองฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดหรือมีพยานหลักฐานใหม่ อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ
2. คู่กรณีที่แท้จริงหรือบุคคลภายนอกนั้นมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีหรือได้เข้ามาแล้วแต่ถูกตัดโอกาสโดยไม่เป็นธรรมในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณา
3. มีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม
4. คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ทำขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใด และต่อมาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญซึ่งทำให้ผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งขัดกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายยังมีเงื่อนไขการยื่นคำขอว่าจะยื่นได้เฉพาะเมื่อคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกไม่ทราบถึงเหตุนั้นในการพิจารณาคดีครั้งที่แล้วมา โดยมีใช้ความผิดของผู้นั้นและ

⁴⁵ มาตรา 13 พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

⁴⁶ มาตรา 15 พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

จะต้องยื่นภายใน 90 วันนับแต่วันที่ผู้ยื่นได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใหม่ได้ แต่ไม่เกิน 5 ปีนับแต่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาด

8.1.3 การตรวจสอบโดยฝ่ายการเมือง

การตรวจสอบโดยฝ่ายการเมืองคือการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการโดยองค์กรทางการเมือง อันเป็นระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจระหว่างฝ่ายตามทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจทั่วไป ในระบบกฎหมายไทย ฝ่ายการเมืองทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารต่างก็ทำหน้าที่และใช้อำนาจในการตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายตุลาการอยู่เสมอ โดยอาจจำแนกได้เป็น (8.1.3.1) การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายการเมือง และ (8.1.3.2) การใช้เครื่องมือทางกฎหมายตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

8.1.3.1 การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายการเมือง

ระบบกฎหมายไทยรับเอาหลักการไม่แทรกแซงฝ่ายตุลาการ หรือการวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือศาลมาใช้ด้วยหรือไม่ ไม่ปรากฏตัวบทกฎหมายใดๆ ที่กำหนดเป็นข้อห้ามทั้งในรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา และในทางปฏิบัติก็พบว่าฝ่ายการเมืองมีการวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของศาลอยู่เนือง เช่น ในกรณีคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ศาลพิพากษาให้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ใช้บังคับไม่ได้ ทำให้สมาชิกรัฐสภาเกิดความไม่พอใจอย่างมากถึงขั้นมีการตั้งคณะกรรมการเพื่อการสอบสวนในเรื่องดังกล่าว จนนำไปสู่การก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2489⁴⁷ เพื่อป้องกันไม่ให้ศาลยุติธรรมอ้างอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอีก หรือในช่วงการตรากฎหมายที่กำหนดโครงสร้างระบบศาลยุติธรรมใหม่อันได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ ในช่วงหลังรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ที่ได้ปฏิรูปฝ่ายตุลาการ สมาชิกรัฐสภาก็ได้อภิปรายถึงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา⁴⁸ หรือในช่วงวิกฤตทางการเมืองตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 เป็นต้นมาที่ฝ่ายตุลาการออกมามีบทบาทในทางการเมืองอย่างมากที่สุดก็ปรากฏว่าองค์กรทางการเมือง และผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง นักการเมืองก็หยิบยกขึ้นมากล่าวถึงอย่างกว้างขวางทั้งในสภาและนอกสภา

⁴⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, ตุลาการรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536), น.10-12.

⁴⁸ บันทึกการประชุมร่างพระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. ... และบันทึกการประชุมร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ....

8.1.3.2 การใช้เครื่องมือทางกฎหมายตรวจสอบฝ่ายตุลาการ

ในระบบกฎหมายไทยมีเครื่องมือทางกฎหมายสำหรับใช้ในการตรวจสอบฝ่ายตุลาการอยู่หลายประการ และฝ่ายการเมืองสามารถนำมาใช้เพื่อในกรณีที่ไม่เห็นพ้องด้วยการพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายตุลาการ โดยอาจจำแนกเครื่องมือดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

(1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลบังคับผูกพันของคำพิพากษา

โดยปกติแล้วเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาแล้วในคดีใด คำพิพากษานั้นย่อมต้องผูกพันต่อคู่ความโดยองค์การของรัฐมีหน้าที่จะต้องบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้นโดยเฉพาะในคดีอาญา เช่น การนำจำเลยที่ศาลได้พิพากษาแล้วไปจำคุกที่อยู่ในความดูแลของกรมราชทัณฑ์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายที่ทำหน้าที่ลบล้างผลบังคับผูกพันของคำพิพากษา 2 ประเภท ได้แก่ การอภัยโทษและการนิรโทษกรรม

ประเภทแรก การอภัยโทษ ในระบบกฎหมายไทยแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือการอภัยโทษเฉพาะราย⁴⁹ ที่ให้สิทธิแก่ผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษในคดีอาญาหรือผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องเมื่อคดีถึงที่สุดแล้วจะยื่นเรื่องราวต่อพระมหากษัตริย์เพื่อขอรับพระราชทานอภัยโทษ หรือยื่นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเพื่อให้ถวายเรื่องราวหรือถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ให้พระราชทานอภัยโทษก็ได้⁵⁰ และการอภัยโทษทั่วไปหรือการอภัยโทษหมู่ อันเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์อภัยโทษแก่ผู้ต้องโทษเป็นการทั่วไปโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา⁵¹ การอภัยโทษนี้สามารถทำให้ทั้งการอภัยโทษเด็ดขาดหรือการลดโทษทั้งหมดเลยหรือใช้วิธีปรับลดโทษลงก็ได้⁵² เช่น ลดจากโทษจำคุกเป็นโทษปรับ หรือลดโทษจากจำคุกตลอดชีวิตเป็นจำคุก 20 ปี เป็นต้น

ประการที่สอง การนิรโทษกรรม โดยการตราเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติโดยกำหนดการกระทำบางอย่างไม่เป็นความผิด และให้ผู้ที่ได้กระทำนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้าผู้นั้นรับโทษอยู่ ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง การนิรโทษกรรมนั้นกระทำก่อนหรือหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาก็ได้ เหตุที่ต้องให้การนิรโทษกรรมต้องตราเป็นกฎหมายนั้นก็เนื่องจากการนิรโทษกรรมคือการยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายบางฉบับย้อนหลัง(คือการไม่ให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง

⁴⁹ มาตรา 259 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁵⁰ มาตรา 261 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁵¹ มาตรา 261 ทวิ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

⁵² มาตรา 265 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ที่เกิดขึ้นในอดีตและเป็นการผิดกฎหมาย ให้ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายนั่นเอง) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ดังนั้น หากจะยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายของสภาจึงควรให้สภาเป็นผู้พิจารณานั้นเอง⁵³

(2) การตรากฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานของคำพิพากษา

การตรากฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานของคำพิพากษาคือกรณีที่ฝ่ายการเมืองที่มีอำนาจในการตรากฎหมายไม่เห็นพ้องด้วยกับการตีความกฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ทำให้ความหมายของกฎหมายแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของผู้ตรากฎหมาย ดังนั้น เพื่อแก้ไขความหมายที่ฝ่ายตุลาการได้วางไว้เป็นบรรทัดฐาน ผู้มีอำนาจตรากฎหมายก็จะต้องทำการแก้ไขกฎหมายนั้นเสีย โดยอาจจะตรากฎหมายให้มีถ้อยคำชัดเจนขึ้น หรือเฉพาะเจาะจงมากขึ้นเพื่อไม่ให้ฝ่ายตุลาการตีความเป็นอย่างอื่นได้อำนาจเช่นนี้เป็นอำนาจทั่วไปในการตรากฎหมายซึ่งมิได้มีกฎเกณฑ์ใดที่จะห้ามผู้มีอำนาจฝ่ายการเมืองในการตรากฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์เช่นนั้นได้ และในระบบกฎหมายไทยมีการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานของคำพิพากษาอยู่เป็นประจำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาในคดีภาษีอากร⁵⁴

(3) การตรากฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างศาล

กรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายการเมืองที่มีอำนาจในการกฎหมายกำหนดโครงสร้างและกำหนดเขตอำนาจศาลใช้อำนาจดังกล่าวตรากฎหมายเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างศาลหรือเขตอำนาจศาลโดยเป็นการแสดงความไม่เห็นด้วยอย่างมากกับการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการและทำการตอบโต้ต่อการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการโดยตรง กรณีดังกล่าวในประเทศไทยเพิ่งเคยเกิดขึ้นเพียงครั้งเดียว คือกรณีการตอบโต้โดยตรงต่อคำพิพากษาของศาลอาชญากรรมสงครามของฝ่ายการเมืองในประวัติศาสตร์การเมืองไทยในสมัย พ.ศ. 2489 หลังสงครามโลกครั้งที่สองที่รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เพื่อเอาผิดกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสงครามต่อฝ่ายสัมพันธมิตรในสงครามโลกครั้งที่สอง โดยให้ฟ้องคดีต่อศาลฎีกาซึ่งตามกฎหมายให้ทำหน้าที่เป็นศาลอาชญากรรมสงคราม แต่ศาลฎีกาได้พิพากษาว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดโทษทางอาญาให้มีผลบังคับกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นการตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญในเวลานั้นและเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ และให้ปล่อยจำเลยไป คำพิพากษาดังกล่าวสร้างความไม่พอใจแก่ฝ่ายการเมืองอย่าง

⁵³ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ(โดยสังเขป) (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น.210-212.

⁵⁴ สราวุธ เบญจามิตร, คำอภิปรายในการสัมมนาวิชาการเรื่อง “บทบาทการใช้อำนาจตุลาการกับสถานการณ์บ้านเมือง” วารสารรพี 2557 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.166-167.

มากจนถึงขั้นมีการตั้งคณะกรรมการเพื่อสอบสวนในเรื่องดังกล่าว ต่อมาเมื่อมีการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2489 จึงได้ก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นโดยให้อำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของศาลยุติธรรมไม่ให้มีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายของรัฐสภาอีกต่อไป⁵⁵

8.1.4 การตรวจสอบโดยสาธารณะชน : การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการ

การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการโดยสาธารณะชนสามารถทำได้โดยการวิพากษ์วิจารณ์ ซึ่งได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้ทำการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอยู่ในหลายมาตรา อันได้แก่ มาตรา 45 ซึ่งรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีการอื่นรวมถึงรับรองเสรีภาพของสื่อสารมวลชนในการนำเสนอข้อมูลข่าวสาร อีกทั้งในมาตรา 50 ยังได้รับรองเสรีภาพในทางวิชาการที่จะศึกษาค้นคว้าและวิพากษ์วิจารณ์การใช้อำนาจตุลาการได้ในทางวิชาการ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นย่อมรวมถึงเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของศาลด้วย

นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 65 ยังได้รับรองการวิจารณ์การพิจารณาหรือพิพากษาคดีของศาลปกครองโดยตรง ว่าไม่มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล หรือดูหมิ่นศาลหรือตุลาการ แม้จะมีเงื่อนไขว่าจะต้องกระทำด้วยวิธีการทางวิชาการ แม้ว่าจะมีข้อทักท้วงว่าไม่ควรจำกัดเฉพาะการวิจารณ์ด้วยวิธีทางวิชาการเท่านั้น เพราะจะเป็นการกีดกันการวิจารณ์ให้อยู่ในหมู่นักวิชาการกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์เท่านั้น แต่ควรจะรับรองการวิจารณ์ที่เป็นธรรมในทุกรูปแบบ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็แสดงให้เห็นว่า การวิพากษ์วิจารณ์การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นเป็นเรื่องที่ทำได้

แต่อย่างไรก็ดี การวิพากษ์วิจารณ์การใช้อำนาจตุลาการจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยในระบบกฎหมายไทยมีกฎหมาย 2 ประเภทที่ทำหน้าที่จำกัดการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการดังกล่าว ได้แก่ **ประเภแรก กฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาล** ซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30 – 33 ซึ่งสามารถนำไปใช้ได้โดยตรงในศาลในระบบศาลยุติธรรมทุกชั้นศาล และสามารถนำไปใช้โดยอนุโลมได้ทั้งในศาลทหารโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2497 มาตรา 13 ในศาลปกครองโดยอาศัยอำนาจตาม

⁵⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 47*, น.10-12.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 64 ยกเว้นในศาลรัฐธรรมนูญ⁵⁶

ไทยรับเอาแนวคิดที่ว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลแบบอังกฤษโดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 บัญญัติความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้ใน หมวด 19 มี 4 มาตรา กำหนดความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้ 3 ประเภท อันได้แก่ การประพฤติอาการกริยาไม่เรียบร้อยในศาล การปลอมตัวมาว่าความแทนโจทก์จำเลยโดยไม่ได้รับอนุญาตจากตัวความ และ การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษา⁵⁷ ต่อมาเมื่อเปลี่ยนมาเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อปี พ.ศ. 2478 ได้ตัดกรณีการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทผู้พิพากษาออกไปจากความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล แต่ไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 198 แทน

ตามมุมมองของผู้พิพากษาเห็นว่าความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นเสมือนดาบอาญาสิทธิ์ที่มีวัตถุประสงค์ 3 ประการ⁵⁸ ได้แก่ ประการแรก วัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลมีอำนาจในการควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยเป็นไปได้ด้วยดี ประการที่สอง เพื่อผดุงความศักดิ์สิทธิ์ของอำนาจตุลาการและสถาบันศาลสถิตยุติธรรมเพื่อเป็นที่พึ่งของประชาชนให้เป็นที่เคารพและเชื่อถือของประชาชนตลอดไป การประพฤติตัวไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล ไม่ให้ความยำเกรงต่อ

⁵⁶ วรชัย แสนสිරະ, “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในกรณีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการพิจารณาหรือพิพากษาคดีของศาลภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย,” จุลนิติ, ฉบับที่ 2, ปีที่ 10, เจริญธรรมที่ 4, น.127 (มีนาคม - เมษายน 2556) และดู ภาสพงษ์ เรณูมาศ, “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ (Contempt of Constitutional Court),” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2557, <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1426>.

⁵⁷ มาตรา 136 “ผู้ใดหมิ่นประมาทแก่ผู้พิพากษาในเวลาทำการตามหน้าที่ในศาลหรือหมิ่นประมาทต่อศาลใดๆ ด้วยกายก็ดี ด้วยวาจาก็ดีซึ่งมีบังควรให้ลงโทษแก่ผู้หมิ่นประมาทนั้น ให้จำไว้ไม่เกินกว่าสิบสองเดือน หรือให้ปรับเงินไม่เกินกว่าพันบาท หรือทั้งจำแลปรับด้วยก็ได้”

มาตรา 137 “ถ้าผู้ใดมากระทำการหมิ่นประมาทต่อผู้พิพากษาหรือศาลดังกล่าวไว้ในมาตราข้างบนนี้ ศาลจะสั่งให้จับตัวผู้หมิ่นประมาทคุมขังไว้หรือจะขับไล่ไม่ให้เข้าศาลมีกำหนดเวลาเท่าใดก็ได้ แลถ้าศาลเห็นสมควรจะตัดสินลงโทษ ผู้หมิ่นประมาทนั้น ในวันเดียวกันก็ให้ตัดสินตามควรแก่โทษานุโทษแล้วให้ศาลจดหมายพรรณนาข้อความผิดแลโทษที่ได้ตัดสินไว้ในสำนวนด้วย”

⁵⁸ สติธย์ ลิ้มพงศ์พันธุ์, ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พาสโก, 2522)

สถานที่ ทำให้ลดทอนความเป็นศักดิ์ศรีของสถาบันศาลซึ่งเป็นที่พึงสวดท่ายของประชาชน อาจนำไปสู่ความเสื่อมศรัทธา ทำให้ประชาชนทั่วไปขาดความเลื่อมใส ไม่เคารพต่อกฎหมายบ้านเมืองไปได้ในที่สุด⁵⁹ และประการที่สาม เพื่อไม่ให้มีการนำศาลหรือกระบวนการพิจารณาความในศาลไปใช้ในทางที่ผิด เช่น การถ่วงเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล เป็นต้น⁶⁰

การกระทำที่เป็นละเมิดอำนาจศาลตามกฎหมายดังกล่าวนี้สามารถจัดกลุ่มได้เป็น 4 ประเภท⁶¹ อันได้แก่ ประเภทแรก การประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล(มาตรา 30(1) กรณีการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาล หรือประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล ประเภทที่สอง การไม่ปฏิบัติตามหรือหลีกเลี่ยงคำสั่งของศาล ประเภทที่สาม การขอต่อสู้คดีแบบคนอนาถาที่ไม่มีมูลหรือเป็นเท็จ และ ประเภทที่สี่ การตีพิมพ์เผยแพร่ข้อความที่อาจทำให้เสียความยุติธรรม(มาตรา 32)

หากมีการละเมิดอำนาจศาลเกิดขึ้น(มาตรา 33) ศาลสามารถสั่งลงโทษด้วยการไล่ออกจากบริเวณศาล หรือลงโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกิน 500 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับก็ได้ โดยกระบวนการลงโทษ ศาลก็นำกระบวนการพิจารณาโทษจากคอมมอนลอว์ มาปรับใช้ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ หากการละเมิดอำนาจศาลได้กระทำลงต่อหน้าศาล หรือที่เรียกว่าการละเมิดอำนาจศาลโดยตรง (Direct Contempt) ศาลสามารถลงโทษได้ทันที โดยไม่ต้องไต่สวนพยาน แต่หากเป็นความผิดที่ได้กระทำลับหลังศาล(Indirect Contempt) ศาลจะต้องไต่สวนความจริงเสียก่อนจึงจะลงโทษได้⁶² แต่ศาลได้ขยายความว่า การกระทำละเมิดอำนาจศาลโดยตรงไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นต่อหน้าผู้พิพากษาที่ลงโทษก็ได้ เพียงแต่ต้องอยู่ในอาณาบริเวณของศาล

ประเภทที่สอง ประมวลกฎหมายอาญาที่คุ้มครองเกียรติยศ ชื่อเสียงของผู้พิพากษา ซึ่งมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา 2 บทดังกล่าวได้แก่ บทแรก มาตรา 198 ความผิดฐานดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาหรือพิพากษาคดี หรือกระทำการขัดขวางการพิจารณาหรือพิพากษาของศาล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และ บทที่

⁵⁹ ปวีณา เจตียวงศ์, “ละเมิดอำนาจศาล,” อุลพาท, เล่ม 3, ปีที่ 40, น.109 (พฤษภาคม – มิถุนายน 2536).

⁶⁰ เพ็ญอ้าง.

⁶¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 31 – 32

⁶² ประภาศน์ อวยชัย, “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล,” อุลพาท, เล่ม 3, ปีที่ 35, น.48 – 51 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2531).

สอง มาตรา 326 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะ ทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้อง ระวังโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กับ บุคคลธรรมดาที่ผู้พิพากษาสามารถใช้ได้เช่นเดียวกัน

8.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการในต่างประเทศ

การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการในต่างประเทศอาจแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภทตาม องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบ (8.2.1) การตรวจสอบทางตุลาการ (Judicial Review) และ (8.2.2) การตรวจสอบในทางการเมือง(Political Review)

8.2.1 การตรวจสอบทางตุลาการ (Judicial Review)

การตรวจสอบทางตุลาการคืออันเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการด้วย กันเอง การตรวจสอบดังกล่าวอาจแยกได้เป็น 3 ช่องทาง ได้แก่ (8.2.1.1) ระบบการอุทธรณ์ (8.2.1.2) ระบบร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ และ (8.2.1.3) ระบบการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยฝ่ายตุลา การ

8.2.1.1 ระบบการอุทธรณ์

ระบบการอุทธรณ์อาจจัดแบ่งประเภทได้ตามระบบการจัดลำดับชั้นศาลที่ มักจะมีศาลสามชั้น โดยเรียกอาจว่า (1) ระบบการอุทธรณ์สองชั้นแบบซ้ำซ้อน(Coordinating System) คือระบบที่ให้อุทธรณ์การใช้อำนาจตุลาการของศาลชั้นต้นได้สองครั้ง โดยการพิจารณาอุทธรณ์ทั้งสองครั้ง จะใช้วิธีและรูปแบบการพิจารณาเหมือนกันอาจจะแตกต่างกันข้อจำกัดในอำนาจของศาลสูง ประเทศที่ใช้ ระบบเช่นนี้คือได้แก่ประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์(Common Law) เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกา และ (2) ระบบการอุทธรณ์สองชั้นไม่แบบซ้ำซ้อน(Hierarchical System) คือระบบการให้อุทธรณ์ได้สองชั้น เช่นกัน แต่การพิจารณาของศาลสูงทั้งสองครั้งจะแตกต่างกัน ประเทศที่ใช้ระบบเช่นนี้คือได้แก่ประเทศใน กลุ่มซีวิลลอว์(Civil Law) เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมนี โดยแต่ละระบบมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) ระบบการอุทธรณ์สองชั้นแบบซ้ำซ้อน(Coordinating System)

ระบบการอุทธรณ์สองชั้นแบบซ้ำซ้อนจะจัดระบบการอุทธรณ์เป็นสองชั้น แต่ ละชั้นจะมีข้อจำกัดการอุทธรณ์ที่แตกต่างกัน โดยแบ่งเป็น

ก. การอุทธรณ์ครั้งแรก

การอุทธรณ์ครั้งแรกจะเกิดขึ้นเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา ในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้สกุลกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ใช้ระบบการพิจารณารับอุทธรณ์แบบดุลพินิจ ซึ่งเป็นระบบที่ให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจที่จะเลือกรับอุทธรณ์ไว้พิจารณา สำหรับการอุทธรณ์ในอังกฤษกฎหมายกำหนดเหตุที่ผู้พิพากษาจะอนุญาตให้อุทธรณ์ได้คือการอุทธรณ์ต้องมีทางชนะคดี แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่การอุทธรณ์คำพิพากษาในครั้งแรกมักจะได้รับอนุญาตจากผู้พิพากษาโดยไม่มีข้อจำกัดมากนัก แต่จะจำกัดขอบเขตของการร้องให้ทบทวนคำพิพากษาของศาลล่างอยู่เพียงประเด็นที่ได้ยกขึ้นมาพิจารณามาแล้วในศาลชั้นต้นเท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งศาลระดับอุทธรณ์จะไม่รับวินิจฉัยประเด็นที่ศาลชั้นต้นยังไม่ได้วินิจฉัย⁶³

แม้จะไม่มีกฎหมายห้ามการอ้างข้อหาหรือข้อแก้ตัวใหม่ก็ตามแต่ศาลก็มักจะไม่อนุญาตให้อ้างข้อกล่าวหาหรือข้อแก้ตัวที่ไม่ได้มีการสืบพยานในศาลชั้นต้น เว้นแต่ประเด็นไม่สามารถยกได้ในศาลชั้นต้น นอกจากนี้ การพิจารณาอุทธรณ์ในอังกฤษยังจำกัดขอบเขตการพิจารณาทบทวนเฉพาะในประเด็นข้อกฎหมาย ส่วนประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงจะตรวจสอบเพียงว่าการรับฟังพยานหลักฐานในศาลล่างนั้นถูกต้องหรือไม่ หากไม่ถูกต้องก็ต้องยกเลิกคำพิพากษา และให้ศาลชั้นต้นทำการสืบพยานใหม่โดยคณะลูกขุนชุดใหม่ โดยจะไม่มีวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงเอง

กระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ทั้งในสหรัฐอเมริกาและอังกฤษจะใช้วิธีการพิจารณาจากสำนวนคดีของศาลล่างเป็นหลัก⁶⁴ โดยเป็นกระบวนการที่ถูกกำหนดเพื่อวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบความผิดพลาดของศาลชั้นต้นจากรายงานกระบวนการพิจารณา จึงไม่มีการนำเสนอข้อเท็จจริงหรือการนำเสนอสืบพยานหลักฐานใหม่จากคู่ความ แต่จะให้คู่ความแถลงว่าศาลชั้นต้นผิดพลาดอย่างไร

⁶³ J.A. Jolowicz, "England and Wales," in Civil Procedure in Europe Volume 2: Recourse against Judgments in the European Union, eds. J. A. Jolowicz and C. H. van Rhee (The Hague, the Netherlands: Kluwer Law International, 1999), p.88-89.

⁶⁴ Peter E. Herzog and Delmar Karlen, "Attacks on Judicial Decisions," in International Association of Legal Science, International Encyclopedia of Comparative Law: Vol. 16 Civil Procedure, chief ed. Mauro Cappelletti (Mohr, 1982), p.36 - 38 และดู วรณชัย บุญบำรุง ธนกร และคณะ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34, น.233.

แต่อย่างไรก็ดี แม้ตามกฎหมายอังกฤษจะไม่ได้ห้ามศาลอุทธรณ์ในรับฟังพยานหลักฐานใหม่ที่ไม่เคยนำเสนอในศาลชั้นต้นมาก่อนแต่การรับฟังพยานหลักฐานใหม่จะต้องมีเหตุผลพิเศษจริงๆ ว่าเป็นหลักฐานที่จะทำเปลี่ยนแปลงพื้นฐานข้อเท็จจริงที่ถูกใช้ในการพิพากษาคดีของศาลล่าง โดยมีเงื่อนไข 3 ประการ ประการแรก จะต้องแสดงว่าการไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบในศาลชั้นต้นนั้นไม่ใช่ความเลินเล่อของผู้อ้างพยานในศาลชั้นต้น ประการที่สอง จะต้องเป็นพยานที่มีความสำคัญ ประการที่สาม จะต้องเป็นพยานที่น่าเชื่อถือ อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีที่มีการรับฟังพยานในชั้นอุทธรณ์ทำให้เกิดความสงสัยอย่างมากถึงการพิจารณาพยานหลักฐานในศาลชั้นต้น ศาลชั้นอุทธรณ์อาจย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาสืบพยานใหม่ก็ได้ แต่กรณีนี้เกิดขึ้นน้อยมาก⁶⁵

ในทางปฏิบัติมักจะไม่มีการสืบพยานในศาลที่พิจารณาอุทธรณ์ กระบวนการพิจารณาจากสำนวนคดีเช่นนี้ได้รับอิทธิพลจากระบบลูกขุนในอดีต ที่ถือว่าคำตัดสินของคณะลูกขุนถือเป็นที่สุด การพิจารณาอุทธรณ์จึงเป็นการพิจารณาเพียงว่าศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการผิดพลาดหรือไม่อย่างไร แม้ในปัจจุบันในคดีหลายประเภทจะไม่ได้พิจารณาโดยคณะลูกขุนแล้วก็ตาม แต่กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ในระดับอุทธรณ์ยังคงไม่เปลี่ยนแปลง แต่มีการให้เหตุผลเบื้องหลังที่เปลี่ยนไปกล่าวคือ การที่ศาลอุทธรณ์อังกฤษมักจะปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานใหม่ก็เพราะการอุทธรณ์คือการตรวจสอบข้อผิดพลาดของศาลชั้นต้น หากต้องมีการสืบพยานใหม่ในชั้นศาลอุทธรณ์ก็หมายความว่าศาลชั้นต้นยังไม่เคยรับฟังพยานหลักฐานนี้มาก่อน ดังนั้นจะเป็นการไม่เป็นธรรมหากจะชี้ว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นบกพร่องเพราะศาลชั้นต้นมิได้ประเมินพยานเดียวกับที่ศาลชั้นอุทธรณ์ประเมิน⁶⁶

เมื่อศาลได้พิจารณาอุทธรณ์เห็นว่า มีความผิดพลาดในการรับฟังข้อเท็จจริง หากการรับฟังข้อเท็จจริงในศาลล่างกระทำโดยคณะลูกขุน ศาลอุทธรณ์ทำได้เพียงส่งกลับไปให้ศาลชั้นต้นดำเนินการรับฟังข้อเท็จจริงโดยการตั้งคณะลูกขุนชุดใหม่ แต่หากเป็นการรับฟังข้อเท็จจริงโดยผู้พิพากษา เช่นนี้ในทางทฤษฎี ศาลอุทธรณ์สามารถที่จะมีคำพิพากษาใหม่แทนคำพิพากษาของศาลชั้นต้นได้เลย แต่ในทางปฏิบัติ ศาลอุทธรณ์อาจส่งกลับไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ก็ได้ ด้วยเหตุว่าศาลอุทธรณ์ไม่ได้ทำการรับฟังพยานหลักฐานในศาลชั้นต้นด้วยตนเอง⁶⁷ จึงไม่มีโอกาสที่จะได้ประเมินความถูกต้องและความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานด้วยตนเอง ส่วนในกรณีที่ปัญหาข้อกฎหมาย ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ วรรณชัย บุญบำรุง และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.233 – 234.

สามารถแก้ไขคำพิพากษาไปได้เลย แต่ในบางกรณีที่เป็นข้อผิดพลาดเล็กน้อยและไม่ได้เป็นสาระสำคัญของคดี ศาลก็อาจจะไม่แก้ไขข้อผิดพลาดนั้นก็ได้⁶⁸

ในอังกฤษ ศาลมักจะไม่นำคำพิพากษาของศาลชั้นต้นในส่วนที่เป็นดุลพินิจของศาลชั้นต้นโดยจะใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเอง เว้นแต่ว่ามีความบกพร่องที่สามารถโต้แย้งได้ของหลักการในคำพิพากษา หรือมีความขัดแย้งในคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่แสดงว่าการแทรกแซงของศาลอุทธรณ์จำเป็นสำหรับการส่งเสริมความสม่ำเสมอหรือความมั่นคงแน่นอนของคำพิพากษาในอนาคต เหตุที่ศาลทำหน้าที่ทบทวนคำพิพากษาของศาลล่างมักจะใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเองนั้นไม่ใช่เพราะศาลไม่ได้รับฟังพยานด้วยตัวเองเท่านั้น แต่เป็นเพราะในทางนโยบายตุลาการ ที่ไม่สนับสนุนให้มีการอุทธรณ์ในประเด็นปัญหาดุลพินิจของผู้พิพากษาของศาลล่าง เพราะการใช้อำนาจของศาลสูงเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นเพียงการแทนที่ความเห็นของผู้พิพากษาศาลชั้นต้นด้วยความเห็นของผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เท่านั้นซึ่งความเห็นดังกล่าวย่อมไม่มีคำตอบที่ถูกต้องเพียงคำตอบเดียว⁶⁹

ข. การอุทธรณ์ครั้งที่สองหรือการฎีกาต่อศาลสูงสุด

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ การอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดหรือที่เรียกในระบบกฎหมายไทยว่าการฎีกานั้นมีลักษณะเป็นการอุทธรณ์ประเภทหนึ่ง กระบวนการพิจารณาในศาลสูงสุดจะไม่แตกต่างไปจากการพิจารณาในศาลอุทธรณ์ โดยจะพิจารณาจากสำนวนคดีและรายงานกระบวนการพิจารณาของศาลล่างเป็นหลัก โดยจะรับฟังเฉพาะประเด็นที่มีการโต้แย้งคัดค้านกันระหว่างทนายความของคู่ความทั้งสองฝ่าย แต่อาจจะแตกต่างในแง่ของความสำคัญและบทบาทของศาลสูงสุด ซึ่งถือว่าทำหน้าที่ในการทำให้กฎหมายชัดเจนขึ้น หรือปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายให้ดียิ่งขึ้น⁷⁰ หรือในกรณีที่มีการแก้ไขกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญอาจไม่ทันการ ศาลก็สามารถอาศัยการตีความแก้ไขเพื่อบรรเทาความล้าสมัยของกฎหมายไปได้บ้าง ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างการอุทธรณ์ครั้งแรกกับการอุทธรณ์ครั้งที่สองมี 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก การรับอุทธรณ์ไว้พิจารณา และ ประการที่สอง ประเด็นที่ศาลสูงสุดมีเขตอำนาจในการพิจารณา

ประการแรก การรับอุทธรณ์ครั้งที่สองไว้พิจารณา สำหรับในอังกฤษ การอุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุดจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลอุทธรณ์ โดยหลังจากที่ศาลอุทธรณ์อ่านคำพิพากษาแล้ว คู่ความที่ประสงค์จะอุทธรณ์จะต้องยื่นคำร้องขออุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ จากนั้นศาลอุทธรณ์จะ

⁶⁸ วรรณชัย บุญบำรุง และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.233 – 234.

⁶⁹ J.A. Jolowicz, *supra note 63*, p.87.

⁷⁰ วรรณชัย บุญบำรุง และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.251.

ดำเนินการไต่สวนและมีคำสั่ง หากศาลอุทธรณ์ปฏิเสธไม่รับฎีกา⁷¹ คู่ความยังสามารถทำคำร้องเป็นหนังสือต่อศาลสูงสุดโดยแสดงเหตุผลเกี่ยวกับข้อผิดพลาดของคำพิพากษาและแสดงเหตุผลความสำคัญหรือกระทบต่อสาธารณะประโยชน์ โดยองค์คณะ(Panel) ที่ประกอบไปด้วยตุลาการ 3 คนจะเป็นผู้พิจารณา โดยอาจเรียกผู้ยื่นคำร้องมาไต่สวนด้วยวาจา และอาจสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาได้⁷² สำหรับการอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดจะต้องเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสูงสุดได้ตัดสินหรือทำให้ชัดเจนยิ่งขึ้นในประเด็นหลักการทางกฎหมาย⁷³

ส่วนศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีกลไกการรับคดีไว้พิจารณามี 3 ช่องทาง⁷⁴ ในการทบทวนคำพิพากษาของศาลล่าง ช่องทางแรกซึ่งเกิดขึ้นได้ยากและน้อยที่สุด ได้แก่ การรับรองให้อุทธรณ์โดยศาลชั้นอุทธรณ์ (Certification) ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐร้องขอให้ศาลสูงสุดให้การรับรองหรือทำให้ประเด็นทางกฎหมายมีความมั่นคงแน่นอน(Make Certain) ช่องทางที่สอง ได้แก่ การอุทธรณ์โดยสิทธิ(Appeal by Right) โดยกฎหมายจะกำหนดให้เป็นสิทธิแก่ประชาชน ซึ่งในทางทฤษฎีหากมีการฎีกาเป็นไปตามเงื่อนไขในกฎหมายศาลสูงสุดจะต้องรับพิจารณาและตัดสินตามเนื้อหาของการฎีกา แต่อย่างไรก็ดี สภาครองเกรซได้จำกัดรูปแบบการอุทธรณ์โดยสิทธิให้เหลือช่องทางน้อยที่สุด กลไกที่สาม เป็นวิธีการทั่วไป ได้แก่ การอนุญาตโดยศาลสูงสุดเองผ่านการออกหมายที่เรียกว่า “เซอติโอราไร”(the Writ of Certiorari) ผู้ที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำตัดสินของศาลชั้นสูงสุดในมลรัฐหรือในศาลอุทธรณ์สหรัฐ จะยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐรับพิจารณา หรือที่เรียกว่าขอให้ออกหมาย Certiorari ประมาณร้อยละ 99 ของคำร้องจะถูกปฏิเสธ ซึ่งมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลล่างเป็นที่สุดทันที

สำหรับกระบวนการพิจารณาคดีของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาแบบอนุญาตให้อุทธรณ์⁷⁵ เมื่อมีการยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุด ผู้ช่วยทางกฎหมายของตุลาการ(Justice Law Clerk) จะอ่านคำร้องและทำสรุปย่อแต่ละคดีไว้ โดยประธานตุลาการจะทำการบัญชีพิจารณาของคดีไว้ ซึ่งตุลาการอื่นก็สามารถเพิ่มคดีเข้าไว้ในบัญชีได้ ในการพิจารณาคำร้องว่าจะออกหมายหรืออนุญาตให้อุทธรณ์หรือไม่ ตุลา

⁷¹ Rule 10 2009 No. 1603 (L. 17) SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, The Supreme Court Rules 2009

⁷² Rule 16 - 17 The Supreme Court Rules 2009

⁷³ J.A. Jolowicz, *supra* note 63, p.86.

⁷⁴ Otis H. Stephens, Jr. and John M. Scheb II, American Constitutional Law: Volume I (2 Volume), Fourth Edition (United States: Thomson Wadsworth, 2008), p.30–31.

⁷⁵ *Ibid.*, p.35.

การจะประชุมร่วมกันโดยจะต้องมีตุลาการเข้าร่วมพิจารณาอย่างน้อย 6 คนจึงเป็นองค์คณะที่มีอำนาจพิจารณา ถ้ามีตุลาการแค่เพียงคนเดียวเห็นว่าเป็นไม่ควรรับคำร้อง คำร้องนั้นจะตกไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งคำร้องกว่าร้อยละ 70 จะตกไปในชั้นตอนนี้ ส่วนการรับคำร้องนั้นให้คะแนนเสียงจากตุลาการอย่างน้อยสี่คะแนนเสียง(Rule of Four) สุดท้ายจะเหลือคำร้องเพียงปีละประมาณ 100 คดีเท่านั้น คำสั่งไม่รับคำร้อง(Denial of Certiorari) มีผลคล้ายคลึงกับคำสั่งยกอุทธรณ์(Dismissals of Appeal) แตกต่างกันเพียงคำสั่งไม่รับคำร้องจะไม่ถือเป็นบรรทัดฐาน(Precedent) ผูกพันศาลล่าง

ประการที่สอง ประเด็นที่ศาลสูงสุดจะพิจารณาคำพิพากษาจะจำกัดเฉพาะประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น ศาลสูงสุดจะไม่พิจารณาตรวจสอบในประเด็นข้อเท็จจริง เมื่อศาลสูงสุดพิจารณาเสร็จสิ้นแล้ว ศาลก็จะมีคำพิพากษา สำหรับในศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาคำพิพากษาศาลมี 3 รูปแบบ⁷⁶ ได้แก่ ยืนตามคำพิพากษาศาลล่าง(affirm) กลับ(Reverse) หรือยก(Vacate) คำพิพากษาของศาลล่าง ในกรณีความผิดพลาดไม่ร้ายแรง ศาลสูงสุดจะไม่เข้าไปแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลง หลักการของสหรัฐอเมริกา “ศาลสูงสุดจะไม่สนใจกับข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิสำคัญของคู่ความ”⁷⁷ คำพิพากษาของศาลสูงสุดเป็นที่สุด(Res Judicata) ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปยังที่ใดได้

(2) ระบบการอุทธรณ์สองชั้นไม่แบบซ้ำซ้อน(Hierarchical System)

ระบบการอุทธรณ์สองชั้นไม่แบบซ้ำซ้อนที่ใช้ในฝรั่งเศสและเยอรมนี การโต้แย้งคำพิพากษาต่อศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่าแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ได้แก่ การอุทธรณ์(Appel/Berufung) และการร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำพิพากษา(Cassation/Revision) ซึ่งทั้งสองประเภทมีกระบวนการขั้นตอนและวิธีพิจารณาที่แตกต่างกันไม่เหมือนกัน

ก. การอุทธรณ์(Appel/Berufung)

การอุทธรณ์ในระบบนี้จะเป็นการอุทธรณ์ตามหลักการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้น(Double degré de Jurisdiction) ที่ว่าคู่ความในคดีมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาพิพากษาจากศาลสองศาลที่มีลำดับชั้นที่ต่างกันภายใต้เงื่อนไขอย่างเดียวกัน โดยศาลชั้นต้นจะเป็นศาลในลำดับชั้นแรก ส่วนศาลอุทธรณ์เป็นศาลในลำดับชั้นต้นที่สอง⁷⁸ (Court of Second Instance) ระบบการ

⁷⁶ U.S. Bureau of International Information Programs, Department of State, *Outline of the U.S. Legal System* (<http://usinfo.state.gov>, 2004), 28 – 31.

⁷⁷ วรณชัย บุญบำรุง และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.251.

⁷⁸ ธนกร วรปรัชญากุล, “ระบบศาลยุติธรรมและการขอให้มีการทบทวนคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศส,” *ตุลาการ*, เล่ม 1, ปีที่ 51, น.59-60(2547).

อุทธรณ์ของฝรั่งเศสและเยอรมันจึงแตกต่างไปจากระบบการอุทธรณ์ของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ใช้สกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ ระบบการอุทธรณ์ของฝรั่งเศสและเยอรมัน ทำหน้าที่ได้ส่วนหรือสืบพยานซ้ำ โดยจะตัดสินใหม่ทั้งปัญหาข้อเท็จจริง และปัญหาข้อกฎหมาย จึงมีการเรียกศาลที่พิจารณาอุทธรณ์ว่าเป็นศาลชั้นต้นที่สอง(Court of Second Instance)⁷⁹

สำหรับการอุทธรณ์ครั้งแรกของฝรั่งเศสและเยอรมันมองว่าการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นนั้นเป็นสิทธิของประชาชน ดังนั้น ระบบการอุทธรณ์คำพิพากษาครั้งแรกของฝรั่งเศสและเยอรมันจึงใช้ระบบผูกพัน⁸⁰ ซึ่งระบบการรับอุทธรณ์เช่นนี้เป็นระบบที่กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขสำหรับการอุทธรณ์ไว้ หากการอุทธรณ์ใดมีคุณสมบัติครบตามเงื่อนไขดังกล่าว ศาลที่มีอำนาจพิจารณาจะต้องรับอุทธรณ์นั้นไว้ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วในการอุทธรณ์ครั้งแรกนี้ กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อจำกัดสิทธิการอุทธรณ์ไว้ไม่มากนัก

ในฝรั่งเศส การอุทธรณ์คำพิพากษาคดีแพ่งของศาลชั้นต้นต่อศาลอุทธรณ์เป็นสิทธิของคู่ความเว้นแต่คำพิพากษาของศาลบางประเภทที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น คำพิพากษาของศาลชุมชน(*Proximité*) ที่มีเขตอำนาจพิพากษาคดีพิพาททางแพ่งที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 4,000 ยูโร โดยกฎหมายจัดตั้งศาลดังกล่าวห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาไว้⁸¹ แต่คู่ความที่ถูกจำกัดสิทธิการอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลสูงสุดตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาได้ (Cassation) ได้ เพียงแต่ศาลสูงสุดมีดุลพินิจที่จะรับคดีไว้พิจารณาหรือไม่(รายละเอียดโปรดดูในหัวข้อถัดไป) ส่วนในเยอรมนีก็ใช้ระบบเดียวกัน กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง(ZPO) กำหนดเงื่อนไขการรับอุทธรณ์ไว้ว่าจะต้องมีเป็นคดีที่มีมูลค่าของประเด็นจะอุทธรณ์จะต้องมากกว่า 600 ยูโร หากการอุทธรณ์มีมูลค่าไม่ถึงตามที่กำหนด ผู้ที่ประสงค์จะอุทธรณ์สามารถร้องขอให้ศาลที่มีคำพิพากษาออกคำสั่งอนุญาตได้ ซึ่งศาลนั้นจะอนุญาตได้ก็ต่อเมื่อเห็นว่า ประเด็นที่อุทธรณ์นั้นเป็นปัญหาพื้นฐานที่สำคัญหรือเป็นประโยชน์

⁷⁹ Catherine Elliott Catherine Vernon and Eric Jeanpierre, *French Legal System*, Second Edition (Essex England; Pearson Education Limited, 2006), p.99 see also Peter L. Murray and Rolf Stürner, *German Civil Justice* (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2004), p.373.

⁸⁰ หรือที่ในระบบกฎหมายไทยเรียกว่า “ระบบสิทธิ” โปรดดู จรัญ ภักดีธนากุล, *กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยอุทธรณ์-ฎีกา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นติ้ง(ประเทศไทย, 2553), น.2.

⁸¹ Catherine Elliott, *supra note 79*, p.90.

ต่อการพัฒนากฎหมายหรือรักษาความเป็นเอกภาพของการใช้การตีความกฎหมายที่ศาลอุทธรณ์ควรจะต้องพิจารณา โดยคำสั่งรับอุทธรณ์ของศาลชั้นต้นผูกพันศาลในระดับสูงกว่าให้ต้องรับคดีไว้พิจารณา⁸² แต่หากศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์มีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำสั่งโดยตรงต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้⁸³

ส่วนการอุทธรณ์คำพิพากษาคดีอาญาทั้งในฝรั่งเศสและเยอรมนี กฎหมายแทบไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ไว้⁸⁴ โดยจะให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากคำพิพากษาของศาลชั้นต้นเป็นผู้มีสิทธิอุทธรณ์ และมีเพียงการจำกัดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ไว้เท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากสิทธิที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาคดีอาญา เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนยุโรป(Article 2 Protocol 7) ที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเคยมีคำวินิจฉัยวางหลักการไว้หลายคดี แต่ที่มีชื่อเสียงคือกรณีคำวินิจฉัยเรื่องการห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลลูกขุนฝรั่งเศส(*Cour d'assises*) ที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่มีโทษระดับสูง แต่เดิมกฎหมายฝรั่งเศสห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาศาลลูกขุนฝรั่งเศส(*Cour d'assises*) โดยให้เหตุผลว่า ประการแรก คำพิพากษามาจากการพิพากษาโดยประชาชนที่หนึ่งเป็นคณะลูกขุนในศาลจึงเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงที่ไม่อาจมีองค์กรใดมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ประการที่สอง ในกระบวนการพิจารณาของศาลลูกขุนมีระบบการไต่สวนคดีก่อนการพิจารณาจึงทำให้การพิจารณาโดยศาลลูกขุนเสมือนผ่านการพิจารณาคดีมาแล้วสองศาล และประการที่สาม ฝรั่งเศสตีความประกาศดังกล่าวว่าซึ่งมีข้อความว่า “จะต้องได้รับการพิจารณาโดยศาลสูงสุด ซึ่งฝรั่งเศสเห็นว่าศาลลูกขุนเป็นศาลสูงสุดตามประกาศดังกล่าว แต่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่เห็นพ้องด้วย ทำให้ฝรั่งเศสต้องตรากฎหมายก่อตั้งศาลลูกขุนชั้นอุทธรณ์(*Cour d'assises d'appel*) มีเขตอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาคดีอาญาของศาลลูกขุนขึ้น⁸⁵

ขอบเขตการพิจารณาอุทธรณ์

ตามหลักการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้นดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น การพิจารณาอุทธรณ์จะต้องมีลักษณะเป็นการพิจารณาคดีใหม่ ดังนั้น ในการพิจารณาอุทธรณ์จึงต้องสามารถ

⁸² มาตรา 511 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน(ZPO) see also Peter L. Murray and Rolf Sturmer, *supra* note 79, p.374-375.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Anke Freckman and Thomas Wegerich, *the German Legal System* (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.164.

⁸⁵ Catherine Elliott, *supra* note 79, p.112.

นำเสนอประเด็น ข้อกล่าวหาหรือข้อต่อสู้ชั้นใหม่และนำเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่การพิจารณาของศาลที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้ใหม่ ขอบเขตของการพิจารณาอุทธรณ์ในระบบเช่นนี้จึงไม่ได้ถูกจำกัดเพียงแต่ประเด็นพิพาทที่ได้รับการพิจารณามาแล้วในศาลล่างแบบระบบแบบคอมมอนลอว์เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี กระบวนพิจารณาดังกล่าวมีส่วนทำให้ต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินคดีที่ยาวนานมากเกินไป จนกลายเป็นความล่าช้าในการดำเนินคดีในศาล ในการปฏิรูประบบการพิจารณาคดีในช่วงขึ้นศตวรรษที่ 21 ทั้งฝรั่งเศสและเยอรมนีจึงได้ปรับระบบการพิจารณาอุทธรณ์ให้กระชับมากยิ่งขึ้น โดยจำกัดขอบเขตของการพิจารณาอุทธรณ์ไว้ที่ประเด็นที่ศาลชั้นต้นได้พิจารณาพิพากษามาแล้ว แต่กฎหมายวิธีพิจารณาความก็ยังเปิดช่องทางให้คู่ความสามารถนำเสนอข้อกล่าวหา ข้อต่อสู้รวมทั้งเสนอพยานหลักฐานใหม่ได้บ้าง ซึ่งแม้จะทำให้การพิจารณาอุทธรณ์ของฝรั่งเศสและเยอรมันมีความใกล้เคียงกับของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา แต่ผู้พิพากษาก็ยังมีดุลพินิจในการพิจารณาคดีในขอบเขตที่กว้างกว่าการอุทธรณ์ในคอมมอนลอว์ของอังกฤษ⁸⁶

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศสจำกัดให้ผู้อุทธรณ์นำเสนอประเด็นได้เฉพาะประเด็นที่ศาลชั้นต้นได้ตัดสินมาแล้ว แต่กฎหมายก็ยังเปิดช่องให้ผู้อุทธรณ์สามารถนำเสนอข้อกล่าวอ้างใหม่และนำเสนอพยานหลักฐานใหม่ในศาลชั้นอุทธรณ์ได้หากว่าเป็นการสนับสนุนข้อกล่าวอ้างที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วในศาลชั้นต้น หรือเสนอข้ออ้างใหม่เพื่อโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเพื่อโต้แย้งข้ออ้างของคู่ความฝ่ายที่สามที่ร้องสอดเข้ามา หรือเพื่อโต้แย้งประเด็นที่เกิดจากข้อเท็จจริง ซึ่งข้ออ้างดังกล่าวจะต้องไม่ใช่ข้ออ้างที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์เดียวกับที่เคยใช้อ้างมาแล้วในศาลชั้นต้น⁸⁷ ส่วนคดีแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะจำกัดขอบเขตมากกว่าของฝรั่งเศส โดยผู้อุทธรณ์จะนำเสนอข้อเท็จจริงและวิธีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงใหม่นั้นได้ก็ต่อเมื่อผู้อุทธรณ์ไม่สามารถนำเสนอข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ในศาลชั้นต้นเพราะความบกพร่องผิดพลาดอย่างร้ายแรงของศาลชั้นต้น หรือเพราะความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณา และความบกพร่องผิดพลาดดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการละเลยของผู้อุทธรณ์⁸⁸ และศาลจะอนุญาตก็ต่อเมื่อเห็นว่าการนำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานใหม่นั้นไม่ใช่การประวิงเวลาการพิจารณาคดี ส่วนการนำเสนอประเด็นข้อกฎหมายใหม่ ในเยอรมันไม่มี

⁸⁶ *Ibid.*, p.185.

⁸⁷ มาตรา 562-566 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส และดู วรรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 34*, น.233.

⁸⁸ มาตรา 531 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน(ZPO)

ข้อจำกัด คู่ความสามารถนำเสนอได้ โดยเยอรมันถือว่าเป็นสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง(Right to be heard)⁸⁹

กระบวนการพิจารณาอุทธรณ์⁹⁰

เมื่อขอบเขตของการอุทธรณ์ไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะประเด็นที่เคยโต้แย้งกันมาแล้วในศาลชั้นต้น แต่ยังมี การนำเสนอประเด็นข้อกล่าวอ้างใหม่หรือข้อเท็จจริงใหม่ จึงทำให้กระบวนการพิจารณาในศาลที่พิจารณาอุทธรณ์มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกระบวนการพิจารณาในศาลชั้นต้น ที่คู่ความมีสิทธิที่จะนำเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่การพิจารณาคดีในศาลอุทธรณ์ได้เหมือนกับศาลชั้นต้น จึงมีการเรียกการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ว่าเป็นการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นครั้งที่สอง(Second instance appeal)⁹¹ วิธีการที่ศาลจะใช้ในการพิจารณาอุทธรณ์จึงใช้วิธีการพิจารณาจากสำนวนคดีของศาลชั้นต้นประกอบกับการสืบพยานเพิ่มเติม โดยการสืบพยานนั้นจะทำในชั้นศาลอุทธรณ์เป็นหลัก แต่ในบางประเทศเช่น ออสเตรีย กฎหมายให้อำนาจผู้พิพากษาที่สืบพยานในศาลชั้นอุทธรณ์เอง หรือจะมีการส่งประเด็นไปสืบในศาลชั้นต้นก็ได้⁹² ในการพิจารณาคดีแพ่งเยอรมัน กฎเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคดีในศาลชั้นอุทธรณ์จึงใช้กฎเกณฑ์เดียวกันกับที่ใช้ในศาลชั้นต้น⁹³

แต่อย่างไรก็ดี ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการปฏิรูปกระบวนการพิจารณาให้มีความกระชับมากยิ่งขึ้นทำให้แต่ละประเทศพยายามสร้างระบบที่มุ่งไปสู่วัตถุประสงค์เช่นว่านั้น สำหรับในคดีแพ่งเยอรมัน กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังได้ให้ดุลพินิจแก่ศาลในการพิจารณายกคำร้องขออุทธรณ์โดยที่ไม่ได้เข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของคดี⁹⁴ โดยศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งยกคำร้องขออุทธรณ์(Beschluss) ได้ หากพบว่าเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ประการแรก การอุทธรณ์นั้นไม่มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จ(หรือไม่มีโอกาสชนะคดี) หรือ ประการที่สอง ประเด็นทางกฎหมายไม่ได้เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ และการพิจารณาอุทธรณ์นี้ไม่ได้เป็นการพัฒนากฎหมายหรือรักษาความเป็นเอกภาพของการใช้การตีความกฎหมายของศาลแต่อย่างใด

⁸⁹ Anke Freckman and Thomas Wegerich, *supra* note 84, p.169.

⁹⁰ Peter E. Herzog and Delmar Karlen, *supra* note 64, p.36-38 และดู วรรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.233.

⁹¹ Harald Koch, "Germany," in *supra* note 63, p.158.

⁹² วรรณชัย บุญบำรุง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น.233.

⁹³ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra* note 79, p.382.

⁹⁴ มาตรา 522 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน(ZPO)

การออกคำสั่งดังกล่าวของศาลที่พิจารณาอุทธรณ์ของเยอรมันจะต้องใช้กระบวนการขั้นตอนพิเศษ ศาลจะออกคำสั่งโดยไม่รับฟังผู้อุทธรณ์ไม่ได้ โดยก่อนการออกคำสั่งเช่นว่านี้ ศาลจะต้องปรึกษากับผู้อุทธรณ์พร้อมให้เหตุผลของการยกคำร้อง และจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้อุทธรณ์ได้แสดงความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนจะมีคำสั่ง โดยคำสั่งดังกล่าวจะต้องระบุเหตุผลถึงการยกคำร้องขออุทธรณ์ไว้แต่จะได้แจ้งเหตุผลต่อผู้อุทธรณ์ไว้แล้วในขั้นตอนการปรึกษา และจะต้องใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์ขององค์คณะ คำสั่งยกคำร้องขออุทธรณ์(*Beschluss*) เป็นที่สุดไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปยังศาลลำดับที่สูงกว่าได้⁹⁵ แต่อย่างไรก็ดี ในระบบกฎหมายเยอรมัน ยังมีระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญรองรับไว้ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์เห็นว่าคำสั่งของศาลดังกล่าวละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง(Right to be heard) ที่ได้รับการรับรองไว้โดยกฎหมายพื้นฐาน(*Grundgesetz*) สามารถยื่นคำร้องทุกข์ได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญ⁹⁶

ส่วนในฝรั่งเศสมีการนำระบบขอคำปรึกษาจากศาลสูงสุดมาเพื่อลดคดีที่จะถูกนำไปสู่ศาลสูงสุด รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 15 พฤษภาคม 1991 อนุญาตให้ศาลล่างขอคำปรึกษาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลสูงสุดก่อนที่จะมีคำพิพากษาได้ โดยศาลสูงสุดจะใช้องค์คณะพิเศษที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาระดับสูงอย่างน้อย 9 คน รวมถึงประธานศาลสูงสุด ประธานแผนกคดีทั้งหกแผนกของศาลสูงสุด และผู้พิพากษาจากแผนกคดีที่เกี่ยวข้องแผนกละ 2 คน คำปรึกษาของศาลสูงสุดมีสถานะเป็นเพียงคำแนะนำ ไม่ได้มีสภาพบังคับให้ศาลล่างต้องมีคำพิพากษาตาม และคู่ความยังสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษาได้หากไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลนี้⁹⁷

การพิพากษาคำอุทธรณ์

ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์สามารถมีคำพิพากษาได้ใน 3 ทาง โดยในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นถูกต้องแล้วหรือไม่พบข้อผิดพลาดของคำพิพากษา ซึ่งก็คือการไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ศาลจะพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น (Affirm) แต่หากศาลเห็นว่าคำพิพากษาของศาลชั้นต้นมีข้อบกพร่อง ศาลอาจยกคำพิพากษาของศาลล่างและย้อนคดีกลับไปให้ศาลล่างพิจารณาใหม่(Remand) หรือศาลอาจจะออกคำพิพากษาเองเพื่อวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีเองแทนคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็ได้ ซึ่งโดยหลักแล้วศาลจะไม่ส่งคดีกลับไปให้ศาลล่างสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม เพราะว่ามันเองก็มีอำนาจสืบพยานหลักฐานได้ เว้นแต่ในบางกรณี เช่น ศาลล่างได้ดำเนินกระบวนการ

⁹⁵ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra* note 79, p.378 – 379.

⁹⁶ *Ibid.*, footnote 57, p.378 – 379.

⁹⁷ Catherine Elliott, *supra* note 79, p.104.

พิจารณาในเรื่องสำคัญผิดพลาดและการส่งกลับไปใช้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่จะทำให้คู่ความได้รับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีของตนครบทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์⁹⁸

ในเยอรมัน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจำกัดเหตุที่ศาลอุทธรณ์จะย้อนคดีกลับไปใช้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ เพราะจะทำให้คดีล่าช้า โดยกำหนดเหตุที่ศาลมีอำนาจย้อนคดีกลับ หากไม่ได้เป็นไปตามเหตุที่กำหนดไว้ดังกล่าวศาลต้องมีคำพิพากษาใหม่แทนคำพิพากษาของศาลชั้นต้น⁹⁹

ข. การร้องขอให้ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษา(Cassation/ Revision)

การอุทธรณ์ครั้งที่สองในระบบนี้คือการร้องขอให้ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษา(Cassation/ Revision) ซึ่งเป็นระบบที่มีต้นกำเนิดในฝรั่งเศสหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในช่วง ปี ค.ศ. 1790 กระบวนการดังกล่าวเป็นมาตรการหนึ่งที่ถูกฝ่ายคณะปฏิวัติหยิบยกขึ้นมาใช้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการโดยการกำหนดว่า หากศาลมีความสงสัยในความหมายของกฎหมายนิติบัญญัติจะต้องยื่นคำร้องไปให้ คณะกรรมาธิการชุดหนึ่งที่เรียกว่า “Tribunal de Cassation” เป็นองค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ตีความหรือให้ความหมายของกฎหมายนั้น นอกจากนี้คณะกรรมาธิการชุดดังกล่าวยังทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่าฝ่ายตุลาการตีความกฎหมายผิดแผกแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ มาตรการดังกล่าวนี้ได้แพร่หลายไปในยุโรปช่วงการขึ้นครองอำนาจของจักรพรรดินโปเลียน ต่อมาคณะกรรมาธิการดังกล่าวได้กลายมาเป็นศาลยุติธรรมสูงสุด(Cour de Cassation) ของฝรั่งเศสจนถึงปัจจุบันที่ได้พัฒนาให้มีบทบาทในการพิพากษา “คำพิพากษา”(Judge the judgments)¹⁰⁰และบทบาทของศาลสูงสุดเช่นนี้ได้ถูกนำไปใช้ในประเทศที่ใช้สกุลกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่น เยอรมนี อิตาลี สเปน เป็นต้น ระบบการร้องขอให้ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษาในปัจจุบัน

เหตุในการยื่นคำร้อง

การร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำพิพากษาไม่ใช่การร้องขอให้ศาลทบทวนคำพิพากษาหรือการอุทธรณ์หรือฎีกา การยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาจึงต้องมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น สำหรับในฝรั่งเศส คำพิพากษาที่จะยื่นให้ศาลสูงสุดพิจารณาได้จะต้องเป็นคำพิพากษานั้นไม่อาจ

⁹⁸ วรรณชัย บุญบำรุง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, น.233-234.

⁹⁹ มาตรา 538(2) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน see also Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra* note 79, p.384 – 386.

¹⁰⁰ Catherine Elliott, *supra* note 79, p.187.

ถูกทบทวนได้โดยวิธีการอื่น(Non-Reviewability)¹⁰¹ เนื่องจากศาลยุติธรรมสูงสุดเป็นศาลแห่งสุดท้าย (Last Resort) เช่น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือคำพิพากษาของศาลชั้นต้นหากเป็นคำพิพากษาที่ไม่อาจอุทธรณ์(Appel) ไปยังศาลอื่นได้ก็จะสามารถยื่นต่อศาลยุติธรรมสูงสุดได้ โดยเหตุที่สามารถยื่นขอให้ศาลนี้พิจารณาได้¹⁰² หรือที่มักเรียกว่า “ข้อโต้แย้งในการฎีกา(Moyens de cassation)”¹⁰³ ซึ่งจะต้องเป็นประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้นมี 4 เหตุด้วยกัน ได้แก่

1. คำพิพากษาของศาลล่างล่วงละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย(La violation de la loi) อันรวมไปถึงการตีความกฎหมายที่ผิดพลาดด้วย
2. การฝ่าฝืนกฎหมายวิธีพิจารณาความ(Vice de Forme) หรือการไม่ปฏิบัติตามรูปแบบของกฎหมายวิธีพิจารณาความ(Violation of Procedural Rules)
3. คำพิพากษาของศาลล่างขัดแย้งกัน(Contrariété de jugement)
4. ศาลใช้อำนาจเกินขอบเขต(Excès de pouvoir) ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดนิยามไว้ว่าหมายถึงกรณีใด มีนักวิชาการบางคนให้ความหมายว่า หมายถึง กรณีที่ศาลล่วงล้ำเข้าไปในแดนอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร หรือศาลตีความสนธิสัญญาที่จะต้องถูกตีความโดยฝ่ายบริหารเท่านั้น หรือการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายบริหารหรือระเบียบของฝ่ายบริหาร หรือ กรณีที่ศาลไม่ยอมรับความคุ้มกันของรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ หรือวิจารณ์ศาลต่างประเทศ หรือใช้ถ้อยแถลงที่ดูหมิ่นต่อบุคคลที่สามในความเห็น เป็นต้น

นอกจากเหตุทั้งสี่ประการตามกฎหมายแล้ว ศาลได้เพิ่มเหตุที่ 5 ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ขาดฐานทางกฎหมายรองรับ(*Manque de base légale*) ซึ่งเป็นกรณีที่การค้นหาคำเท็จจริงไม่สมบูรณ์หรือไม่ชัดเจนจนทำให้ศาลยุติธรรมสูงสุดไม่แน่ใจว่าการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงดังกล่าวถูกต้องหรือไม่

ส่วนเยอรมนี เหตุที่สามารถยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบได้มีกรณีเดียวคือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อกฎหมาย อันหมายถึงว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายไม่ได้ถูกปรับใช้หรือถูกปรับใช้อย่างไม่เหมาะสม ซึ่งไม่เฉพาะแต่ตัวคำพิพากษาฝ่าฝืนต่อกฎหมายเท่านั้น แต่กระบวนการที่จะนำไปสู่คำ

¹⁰¹ Peter Herzog and Martha Weser, *Civil Procedure in France* (The Hague/The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1967), 424-425.

¹⁰² ธนกร วรปรัชญากุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.65 – 67.

¹⁰³ Peter Herzog and Martha Weser, *supra note 101*, p.427-428.

พิพากษาที่ผลกระทบต่อคำพิพากษาฝ่าฝืนต่อกฎหมายด้วยก็ได้ หรือกรณีอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนด¹⁰⁴ เช่น องค์คณะผู้พิพากษาของศาลที่มีคำพิพากษาไม่ต้องตรงกับที่กฎหมายกำหนด ผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการพิพากษาเป็นผู้ที่ต้องห้ามเป็นผู้พิพากษาในคดีดังกล่าว เว้นแต่กรณีที่เป็นการคัดค้านผู้พิพากษาแล้วแต่ องค์คณะผู้พิพากษามีมติไม่รับคำคัดค้านนั้น คู่ความที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาไม่มีตัวแทนว่าความตามกฎหมาย เว้นแต่ว่าได้รับการอนุมัติไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในการฟ้องคดีนั้น หรือ คำพิพากษานั้นวางอยู่บนฐานของการรับฟังการแถลงการณ์ด้วยวาจาที่ฝ่าฝืนต่อระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังพยานหลักฐาน เป็นต้น

การพิจารณาคำร้อง

ในฝรั่งเศส การฟ้องคดีจะต้องยื่นที่สำนักงานเสมียนของศาลยุติธรรมสูงสุด จะต้องระบุชื่อผู้ยื่นฎีกา ผู้ที่ถูกยื่นฎีกา รายละเอียดที่เกี่ยวข้อง เช่น ที่อยู่ คำบรรยายเกี่ยวกับคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องและคำร้องขอให้พิจารณาทบทวนคำพิพากษานี้ใหม่ ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องระบุเหตุทางกฎหมายที่จะร้องขอให้ทบทวน แต่เหตุดังกล่าวจะนำเสนอต่อศาลในภายหลังในชั้นพิจารณาในศาลก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติมักจะมีการระบุถึงเหตุที่ขอให้ทบทวน(*Demande de cassation*) เข้าไปด้วย ส่วนในเยอรมนี คู่ความที่ต้องการให้คดีของตนได้รับการตรวจสอบโดยศาลสูงสุดจะต้องยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบ(*Revisionsschrift*) ต่อศาลอุทธรณ์ที่มีคำพิพากษานั้น โดยระบุว่าเหตุผลทางกฎหมายหรือกระบวนการที่จะให้ศาลพิจารณา และจะต้องได้รับการรับรองจากสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาประจำศาลสูงสุด(the bar of the Federal Supreme Court) ซึ่งศาลอุทธรณ์จะพิจารณาว่าคดีที่จะส่งให้ศาลสูงสุดตรวจสอบนี้เป็นคดีที่มีความสำคัญอย่างมาก(*Grundsätzliche Bedeutung*) หรือเป็นการพัฒนากฎหมายหรือประกันความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้กฎหมาย(die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ein Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert) ที่จำต้องให้ศาลสูงสุดพิจารณาหรือไม่ หากเป็นคดีประเภทที่กฎหมายกำหนดนี้ ศาลอุทธรณ์จะมีคำสั่งอนุญาตให้ยื่นคำร้องซึ่งคำสั่งของศาลอุทธรณ์ผูกพันศาลสูงสุดให้ต้องรับคดีไว้พิจารณาในเนื้อหา แต่หากศาลอุทธรณ์ปฏิเสธ ผู้ยื่นคำร้องมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธของศาลอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดได้ หากศาลสูงสุดปฏิเสธคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์จะเป็นที่สุด แต่หากศาลสูงสุดรับคดีไว้พิจารณาจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

ขอบเขตการพิจารณา

¹⁰⁴ มาตรา 547 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน(ZPO)

กระบวนการพิจารณาในฝรั่งเศสและเยอรมนีนั้นเหมือนกันคือจะพิจารณาแต่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ได้ยกขึ้นมาพิจารณาในศาลล่างแล้ว ซึ่งในฝรั่งเศสนั้นกฎหมายห้ามยกประเด็นหรือข้อต่อสู้ใหม่¹⁰⁵ โดยจะต้องเป็นประเด็นหรือข้อต่อสู้ที่ได้ยกมาอ้างแล้วในศาลล่าง ซึ่งข้อต่อนั้นจะต้องได้ยกขึ้นต่อสู้แล้วในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ หรืออย่างน้อยที่สุดในชั้นศาลอุทธรณ์ แต่หากเป็นกรณีได้ยกข้อต่อสู้ในศาลชั้นต้นแต่ไม่ได้ยกขึ้นต่อสู้ในชั้นศาลอุทธรณ์ก็ต้องห้ามยกขึ้นต่อสู้ในชั้นฎีกาด้วยเช่นกัน และรวมไปถึงการยื่นพยานหลักฐานใหม่ ศาลยุติธรรมสูงสุดจะต้องผูกพันกับข้อเท็จจริงในคำพิพากษาที่ตนเองตรวจสอบ ยกเว้นแต่ว่าคู่ความอาจยกความผิดปกติที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาที่ยื่นคำร้องได้ เช่น การไม่มีผู้พิพากษาในเวลาที่ทำคำพิพากษา การไม่ให้เหตุผล หรือไม่มีข้อกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้ ประเด็นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจถูกยกขึ้นต่อศาลยุติธรรมสูงสุดได้¹⁰⁶ แต่จำกัดเฉพาะในกรณีที่ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นความสงบเรียบร้อยนั้นได้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลล่างแล้ว เพราะศาลยุติธรรมสูงสุดจะค้นหาข้อเท็จจริงเองไม่ได้ ต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่ศาลล่างค้นหาได้เท่านั้นมาเป็นฐานในการตัดสิน เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรศาล ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ สิทธิขั้นพื้นฐานในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม สัญชาติ สถานะของบุคคล การห้ามบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง เป็นต้น

ส่วนในเยอรมนีก็เช่นกัน ศาลสูงสุดจะต้องผูกพันต่อข้อเท็จจริงที่ศาลล่างระบุไว้ในคำพิพากษา เว้นแต่ข้อเท็จจริงนั้นได้มาโดยกระบวนการที่มีข้อขัดแย้งหรือข้อเท็จจริงนั้นขัดแย้งต่อความสมเหตุสมผล กฎธรรมชาติหรือความรู้ทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นที่รับรู้กันทั่วไป ดังนั้น การตรวจสอบข้อเท็จจริงทำได้จำกัด เพราะกฎหมายไม่ได้อนุญาตให้ศาลสูงสุดสืบพยานได้เอง นอกจากนี้ในเยอรมนียังยึดถือหลักการพิจารณาด้วยวาจา(Principal of orality) ในศาลสูงสุดด้วย กล่าวคือศาลสูงสุดจะต้องเปิดโอกาสให้คู่ความแถลงการณ์ด้วยวาจา(Oral argument) ต่อหน้าองค์คณะผู้พิพากษา ก่อนจึงจะสามารถมีคำพิพากษาได้¹⁰⁷

การพิพากษา

สิ่งที่แตกต่างระหว่างการอุทธรณ์กับการร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำพิพากษาอีกประการหนึ่งคือขอบเขตอำนาจของศาล กล่าวคือ ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจที่จะยกคำพิพากษาของศาลล่างและออกคำพิพากษาใหม่ได้ด้วยตัวเอง แต่ศาลที่พิจารณาคำร้องดังกล่าวจะมีอำนาจเพียงสอง

¹⁰⁵ Peter Herzog and Martha Weser, *supra* note 101, p.440-441.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.441-443.

¹⁰⁷ Peter L. Murray and Rolf Stürner, *supra* note 79, p.394.

ประการ คือการยื่นตามคำพิพากษาของศาลล่าง และการยกคำพิพากษาของศาลล่างและย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่เท่านั้น ซึ่งขอบเขตอำนาจของศาลสูงสุดแต่เดิมมีความเคร่งครัดกว่าปัจจุบันมากนัก กล่าวคือ เดิมหากศาลสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลล่างไม่ว่ากรณีใดๆ ก็ทำได้เพียงออกคำวินิจฉัยยกคำพิพากษาของศาลล่างเท่านั้น ศาลจะแก้ไขคำพิพากษาของศาลล่างไม่ได้เลย แม้ในกรณีที่ศาลจะเห็นด้วยในผลของการตีความกฎหมายในคำพิพากษาแต่หากไม่เห็นด้วยในเหตุผลประกอบ ศาลก็ต้องยกคำพิพากษานั้นเสีย ซึ่งระบบดั้งเดิมเป็นผลทำให้การพิจารณาล่าช้าอย่างมาก ในการปฏิรูปกระบวนการพิจารณาคดีของศาลจึงได้มีการแก้ไขให้ศาลสูงสุดมีอำนาจมากยิ่งขึ้น

ในฝรั่งเศส ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำพิพากษานั้นถูกต้องแล้ว ศาลก็จะยกคำร้องและถือว่าสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาในขั้นนี้ แต่หากศาลสูงสุดตรวจสอบแล้วพบว่าคำพิพากษามีข้อบกพร่องตามที่มีคำร้องขอ ศาลจะออกคำสั่งเพิกถอนคำพิพากษานั้น (Cassation) พร้อมทั้งระบุเหตุผล และศาลก็จะย้อนส่ง(Renvoi) สำนวนคดีเรื่องนั้นไปยังศาลอื่นที่เป็นประเภทเดียวกันและอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ให้ทำการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นใหม่ ซึ่งแต่เดิม แม้กระทั่งกรณีที่ศาลเห็นด้วยความผลทางกฎหมายของคำพิพากษาแต่ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลในคำพิพากษาศาลก็ยังสั่งลบล้างคำพิพากษา(Cassation) นั้นและส่งไปให้ศาลล่างทำคำพิพากษาใหม่ แต่เนื่องจากเสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายมาก จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายให้ ในกรณีดังกล่าว ศาลสามารถพิพากษาแก้ไขเหตุผลของคำพิพากษาได้ แต่อย่างไรก็ดี มีบางกรณีที่ศาลมีอำนาจยกฟ้องโดยไม่ทำการย้อนส่งคดีกลับลงไปพิจารณาใหม่ในศาลล่างก็ได้ เช่น กรณีคำพิพากษาเกินขอบอำนาจ หรือกรณีที่เป็คดีอาญาที่มีการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งกรณีละเมิด หากคดีอาญาถูกยกฟ้อง แต่คดีแพ่งยังคงอยู่ระหว่างการพิจารณา กรณีเช่นนี้ ศาลยุติธรรมสูงสุดอาจยกคดีแพ่งไปเลยก็ได้

สำหรับศาลล่างที่ได้รับคดีที่ถูกย้อนส่งกลับมา(Renvoi) จะไม่ถูกผูกพันด้วยคำวินิจฉัยของศาลสูงสุด ศาลล่างยังคงมีดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีได้ตามปกติ และหากศาลล่างมีคำวินิจฉัยเช่นเดียวกับศาลสูงสุดจะถือว่าคดีสิ้นสุดลง แต่ในกรณีที่ศาลล่างมีคำพิพากษาเหมือนเดิมกล่าวคือเหมือนกับคำพิพากษาก่อนที่จะมีการร้องต่อศาลสูงสุด และมีการยื่นคำร้องขอให้ศาลสูงสุดตรวจสอบคดีนั้นเป็นครั้งที่สอง กรณีเช่นนี้ประธานศาลสูงสุดจะต้องนำคำพิพากษาใหม่นั้นเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่(assemblée plénière) ซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 25 คนจากทั้ง 6 แผนก โดยมีประธานตุลาการเป็นประธานองค์คณะ หากที่ประชุมใหญ่เห็นพ้องกับคำพิพากษาของศาลล่างใหม่ ว่าเป็นคำพิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ที่ประชุมใหญ่นั้นมีอำนาจที่จะออกคำสั่งยกคำร้อง และกระบวนการพิจารณานี้ก็เป็นอันสิ้นสุดลง แต่ในกรณีที่ประชุมใหญ่ยังคงยืนยืนตามคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดเดิม ที่

ประชุมมีอำนาจที่จะลบล้างคำพิพากษาของศาลล่างใหม่ แล้วส่งคำพิพากษาไปให้ศาลล่างอื่นอีกศาลหนึ่งที่เป็นศาลประเภทเดียวกันและอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน โดยจะต้องไม่ใช่ศาลล่างเดิมทั้งสองศาล ซึ่งศาลล่างใหม่จะผูกพันกับคำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่โดยต้องทำคำพิพากษาให้เป็นอย่างเดียวกับคำวินิจฉัยนั้น¹⁰⁸

สำหรับในเยอรมนี การพิพากษาคดีของศาลสูงสุดก็คล้ายคลึงกับของฝรั่งเศส แต่มีรายละเอียดเงื่อนไขที่มากกว่าของฝรั่งเศส กล่าวคือ หากศาลพิจารณาแล้วพบว่าคำพิพากษาหรือกระบวนการพิจารณาที่ทำให้เกิดคำพิพากษานั้นมีความบกพร่องจริงตามคำร้อง และความบกพร่องนั้นส่งผลกระทบต่ออย่างสำคัญ (Casual effect) ต่อคำพิพากษานั้น โดยความบกพร่องดังกล่าวอาจแบ่งแยกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ความบกพร่องในเชิงเนื้อหาที่หมายถึงกรณีที่คำพิพากษานั้นไม่สามารถหาเหตุผลทางกฎหมายใดๆ มารองรับได้ และความบกพร่องในกระบวนการพิจารณา ซึ่งความบกพร่องนี้อาจส่งผลกระทบอย่างสำคัญหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับการพิสูจน์โดยเป็นภาระการพิสูจน์ของผู้ยื่นคำร้องที่จะต้องแสดงให้เห็นพ้องด้วยว่าความบกพร่องดังกล่าวส่งผลกระทบต่ออย่างสำคัญจริงๆ ความบกพร่องที่ว่านี้อาจจะเป็นความบกพร่องที่ร้ายแรง หรือผลรวมจากความบกพร่องหลายๆ ครั้งก็ได้¹⁰⁹ ศาลเยอรมนีมีทางเลือกมากกว่าศาลฝรั่งเศส กล่าวคือ ในกรณีปกติศาลจะมีคำสั่งเพิกถอนคำพิพากษาที่บกพร่องของศาลล่าง และย้อนสำนวนคดีกลับไปให้ศาลล่างระดับเดียวกันแต่ไม่ใช่ศาลที่มีคำพิพากษาที่บกพร่องนั้นทำการพิจารณาคดีใหม่เหมือนกับของฝรั่งเศส แต่ศาลสูงสุดเยอรมนีอาจจะระบุนวญวิเคราะห์ทางกฎหมายที่ทำให้คำพิพากษานั้นบกพร่องลงในคำวินิจฉัยของตนก็ได้ แต่ถ้าหากว่าความบกพร่องของศาลล่างนั้นเป็นความบกพร่องในเนื้อหาของกฎหมาย และคดีไม่มีความจำเป็นจะต้องสืบพยานค้นหาข้อเท็จจริงใหม่ หรือการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นสามารถทำได้เพียงแค่แก้ไขข้อกฎหมายให้ถูกต้อง ศาลสูงสุดสามารถปรับใช้ข้อกฎหมายที่ถูกต่อนั้นต่อข้อเท็จจริงที่พิจารณาโดยศาลล่างและออกเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุดเองได้¹¹⁰ ซึ่งจะแตกต่างจากฝรั่งเศสในแง่ที่ว่าระบบกฎหมายเยอรมันยอมให้ศาลสูงสุดมีคำพิพากษาเองได้โดยไม่ต้องย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลล่างพิจารณาก็ได้

¹⁰⁸ ธนกร วรปรัชญากุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.65 – 67.

¹⁰⁹ Peter L. Murray and Rolf Sturmer, *supra note 79*, p.397.

¹¹⁰ มาตรา 563(3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน(ZPO) see also Ibid., p.397.

8.2.1.2 ระบบการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่

ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นช่องทางที่สำคัญช่องทางหนึ่งในการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการซึ่งจัดไว้สำหรับกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นถึงที่สุดไปแล้ว แต่มีเหตุที่อาจทำให้การใช้อำนาจตุลาการดังกล่าวมีข้อบกพร่องที่ควรจะได้รับ การพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยสาระสำคัญของการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่มีดังต่อไปนี้

(1) เหตุในการร้องขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่

การร้องขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่จะต้องมีเหตุพิเศษ เพราะการร้องขอ ดังกล่าวเป็นการทำลายความเป็นที่สุดของคำพิพากษาและความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย โดยเหตุ ที่ได้รับการยอมรับมีเหตุ 4 ประการด้วยกัน ได้แก่ ประการแรก คำพิพากษาก่อทำโดยการพิจารณาคดี ฝ่ายเดียว หรือที่เรียกว่าการพิจารณาคดีโดยขาดนัด ประการที่สอง มีการค้นพบพยานหลักฐานใหม่ ซึ่งไม่ จำเป็นต้องเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นหลังที่ศาลมีคำพิพากษาไปแล้วก็ได้ เป็นพยานหลักฐานที่มีอยู่แต่ เดิมแล้วก็ได้แต่จะจำกัดให้หรือฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้เฉพาะกรณีที่ผู้ร้องไม่ทราบว่ามีพยานหลักฐาน ดังกล่าวอยู่โดยมิใช่ความผิดของฝ่ายผู้ร้อง ประการที่สาม คำพิพากษาเดิมมีความผิดพลาด ซึ่งอาจจะเป็น ความผิดพลาดเพราะพยานหลักฐานปลอม หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยมิชอบ และ ประการที่สี่ คำ พิพากษาของศาลเดิมตั้งอยู่บนฐานของการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นเหตุประการล่าสุดที่มีการแก้ไข เพิ่มเติมในเยอรมนีให้สามารถร้องขอให้พิจารณาคดีประเภทดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้

ตัวอย่าง เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฝรั่งเศส มาตรา 595 กำหนดเหตุที่จะมีการขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้ว่า¹¹¹

-เมื่อปรากฏภายหลังจากมีคำพิพากษาศาลแล้วว่า ศาลได้มีคำพิพากษาไป โดยกลฉ้อฉลของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและคำพิพากษานั้นเป็นประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายที่ฉ้อฉลนั้น

-มีการได้พยานหลักฐานสำคัญในคดีกลับคืนมาจากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่ ยึดถือไว้ ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาแล้ว

-ได้มีการพิพากษาคดีไปโดยอาศัยพยานหลักฐานที่ศาลได้วินิจฉัยหรือที่ได้ ทราบในภายหลังจากมีคำพิพากษาไปแล้วว่าเป็นพยานหลักฐานที่ทำปลอมขึ้นมา

-ได้มีการพิพากษาคดีไปโดยอาศัยคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร หรือ คำให้การด้วยวาจา ที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยในภายหลังจากที่ได้มีคำพิพากษาไปแล้วว่าเป็นเท็จ

¹¹¹ ธนกร วรปรัชญากุล, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 78, น.62 – 63.

ส่วนในคดีอาญา สามารถร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ด้วย 4 เหตุ ได้แก่ กรณีผู้ที่ถูกอ้างว่าได้ถูกฆ่าตายไปแล้วยังมีชีวิตอยู่สำหรับคดีที่ผู้เสียหายเสียชีวิต กรณีมีคำพิพากษาอื่นที่พิพากษาในการกระทำอันเดียวกันและขัดแย้งกับคำพิพากษาที่ร้องขอให้พิจารณาใหม่ โดยจะต้องเป็นคำพิพากษาที่พิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ของผู้ที่ถูกลงโทษคนใดคนหนึ่ง กรณีมีการเบิกความเท็จโดยมีคำพิพากษาศาลลงโทษพยานที่เบิกความเท็จแล้ว และกรณีมีข้อเท็จจริงใหม่¹¹²

ส่วนในคดีปกครองฝรั่งเศส กรณีการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ในศาลปกครอง ยื่นคำร้องได้ในกรณีคำพิพากษาเกิดจากเอกสารชี้แจงผิดพลาด หรือไม่มีเอกสารชี้แจงเนื่องจากคู่ความอีกฝ่ายปิดบังไว้ หรือเกิดจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาดร้ายแรง¹¹³

ในคดีแพ่งเยอรมัน การรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่มี 2 ประเภท¹¹⁴ ประเภทแรก การร้องขอให้ไต่สวนคดีใหม่(*Restitutionsklage*) ซึ่งสามารถร้องขอได้ในกรณีต่างๆ ที่อาจแยกได้เป็น 3 กลุ่ม¹¹⁵ กลุ่มแรก คือ คำพิพากษาที่ได้มาโดยการฉ้อโกงหรือโดยกระทำผิดอาญาเป็นพื้นฐานข้อเท็จจริงของคำพิพากษา เช่น พยานจงใจหรือประมาทเลินเล่อเบิกความเท็จ หรือมีการใช้บันทึกหรือเอกสารที่ทำให้เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงหรือเป็นเอกสารปลอมหรือเท็จ หรือคำให้การของพยานหรือผู้เชี่ยวชาญฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการบอกเล่าความจริง และรวมไปถึงกรณีที่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่มีต่อคู่ความและเป็นการฝ่าฝืนที่สามารถดำเนินคดีได้ตามกฎหมาย กลุ่มที่สอง คือกรณีคู่ความพบว่ามีคำพิพากษาในประเด็นเดียวกันที่เป็นที่สุดและมีผลผูกพันก่อนคดีของตนเอง หรือพบว่ามีบันทึกหรือเอกสารที่อาจมีผลให้คำพิพากษาเป็นคุณต่อผู้ร้อง และกลุ่มที่สามคือกรณีที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยว่ามี การฝ่าฝืนความตกลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและคำพิพากษานั้นได้พิพากษาบนพื้นฐานของการละเมิดสิทธิดังกล่าว

¹¹² พิษญา เหลืองรัตนเจริญ, “การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ : ศึกษากรณีการรื้อฟื้นคดีที่เป็นคุณแก่จำเลย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548) o.28-29.

¹¹³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, น.222.

¹¹⁴ Harold Koch, “Germany,” in *Recourse against Judgments in the European Union*, eds. J.A. Jolowicz and C.H. van Rhee(The Hague, the Netherlands : Kluwer Law International, 1999), p.166-167.

¹¹⁵ มาตรา 580 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน(ZPO)

ส่วนประเภทที่สอง การร้องขอให้ประกาศความเป็นโมฆะของคำพิพากษา (*Nichtigkeitsklag*) คือการร้องขอให้ศาลประกาศความเป็นโมฆะของคำพิพากษาที่มีความบกพร่องในกระบวนการพิจารณาอย่างร้ายแรง¹¹⁶ ซึ่งมี 4 เหตุ ได้แก่

1. คดีถูกพิจารณาโดยศาลหรือผู้พิพากษาไม่มีอำนาจหรือมีการจ่ายสำนวนหรือแต่งตั้งองค์คณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
 2. ถ้าผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีเป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติและถูกห้ามพิจารณาคดีโดยกฎหมาย เว้นแต่กรณีได้มีการคัดค้านผู้พิพากษาแล้ว และคำคัดค้านนั้นถูกวินิจฉัยไปแล้วว่าผู้พิพากษาสสามารถพิจารณาคดีได้
 3. เมื่อผู้พิพากษาที่ได้ถูกคัดค้านและศาลได้วินิจฉัยห้ามผู้พิพากษานั้นพิจารณาคดี แต่ผู้พิพากษานั้นยังเข้าไปเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดี
 4. เมื่อคู่ความไม่ได้ปรากฏตัวในการพิจารณาคดีในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนด
- การร้องด้วยเหตุตามข้อ 1-3 อาจถูกยกคำร้องได้หากได้ยื่นเสนอประเด็นนี้มาแล้วในชั้นอุทธรณ์และศาลที่พิจารณาได้พิจารณาไปแล้ว

หรือในคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี กำหนดเหตุที่สามารถร้องขอให้ศาลรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้¹¹⁷ เช่น เอกสารที่ใช้ในการพิจารณาคดีเป็นเท็จ หรือปลอม พยานหรือผู้เชี่ยวชาญถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดฐานให้การเท็จ รวมไปถึงกรณีผู้พิพากษาที่มีส่วนในการพิพากษาคดีมีความผิดอาญาฐานกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับคดี เว้นแต่การฝ่าฝืนนั้นเกิดจากผู้เสียหายเอง หรือคำพิพากษาของศาลแพ่งที่คำพิพากษาคดีอาญาได้ใช้เป็นฐานได้ถูกเพิกถอนไปโดยคำพิพากษาถึงที่สุด หรือมีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานใหม่ที่อาจทำให้จำเลยพ้นจากความผิดหรือได้รับโทษน้อยลง หรือกรณีศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยว่ามีการฝ่าฝืนความตกลงว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและคำพิพากษานั้นได้พิพากษาบนพื้นฐานของการละเมิดสิทธิดังกล่าว

(2) เงื่อนไขและข้อจำกัด

ในแต่ละประเทศก็จะกำหนดเงื่อนไขและขอบเขตของการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่จะสามารถทำได้ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญาและคดีปกครองทั้งในฝรั่งเศส เยอรมนี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา แต่อาจจะมีข้อจำกัดในแง่ของระยะเวลา ใน

¹¹⁶ มาตรา 579 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน(ZPO)

¹¹⁷ มาตรา 359 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี(StPO)

ฝรั่งเศส การร้องขอให้พิจารณาคดีแพ่งใหม่นี้จะต้องกระทำภายในกำหนดเวลา 2 เดือนนับจากวันที่คู่ความทราบเหตุที่จะร้องขอให้พิจารณาคดีได้ใหม่แล้วจะร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ซ้ำโดยอาศัยเหตุเดิมไม่ได้ อันหมายความว่าจะต้องมีเหตุอื่น จึงจะสามารถร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่อีกครั้งได้¹¹⁸ ส่วนคดีอาญาไม่ได้จำกัดเวลาไว้แต่จะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ถูกลงโทษเท่านั้น¹¹⁹

ส่วนในเยอรมนี สำหรับคดีแพ่ง คำร้องจะต้องยื่นก่อนครบ 1 เดือนนับจากวันที่ผู้ร้องทราบเหตุที่จะร้องขอได้ แต่จะต้องไม่เกิน 5 ปี นับจากวันที่คำพิพากษาถึงที่สุด เว้นแต่เป็นกรณีคำพิพากษาละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน¹²⁰ ส่วนคดีอาญามีเพียงจำกัดไว้ว่าคำร้องจะต้องเป็นประโยชน์ต่อผู้ถูกกล่าวหาและกรณีที่ร้องขอเพราะเหตุมีการกระทำผิดอาญาจะต้องมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด เว้นแต่เป็นกรณีมีพยานหลักฐานใหม่เท่านั้น¹²¹

(3) การพิจารณา

ส่วนกระบวนการพิจารณาในแต่ละประเทศกำหนดไว้แตกต่างกัน ในเยอรมนี คำร้องขอให้พิจารณาใหม่ในคดีอาญาสามารถยื่นต่อศาลที่มีคำพิพากษาในคดีที่ร้องขอให้เปิดการพิจารณาใหม่ หรือศาลที่กฎหมายว่าด้วยเขตอำนาจศาลกำหนดไว้ก็ได้โดยศาลดังกล่าวจะต้องส่งคำร้องไปให้ศาลที่มีเขตอำนาจพิเศษ โดยศาลจะพิจารณาว่ามีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ คำร้องได้ยื่นถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดหรือไม่และมีพยานหลักฐานที่เพียงพอหรือไม่¹²² หากมีการสืบพยาน ผู้พิพากษาอาจอนุญาตให้สำนักงานอัยการ จำเลยหรือทนายจำเลยเข้าร่วมการพิจารณาคดีด้วย¹²³ หากศาลเห็นว่ามีเหตุผลเพียงพอศาลจะมีคำสั่งให้เปิดการพิจารณาคดีใหม่โดยคำสั่งดังกล่าวพนักงานอัยการจะอุทธรณ์ไม่ได้¹²⁴ และในการพิจารณาคดีใหม่ ศาลจะพิพากษาให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยเพิ่มขึ้นไม่ได้¹²⁵

ส่วนคดีอาญาในฝรั่งเศส คำร้องจะถูกพิจารณาโดยองค์คณะพิเศษในศาลสูงสุดที่ประกอบไปด้วยผู้พิพากษาประจำศาลสูงสุดจำนวน 5 คนโดยมีคนหนึ่งมาจากแผนกคดีอาญาจะทำ

¹¹⁸ ธนกร วรปรัชญากุล, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 78*, น.63.

¹¹⁹ มาตรา 622 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส

¹²⁰ มาตรา 586 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมนี(ZPO)

¹²¹ มาตรา 359 และมาตรา 363 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี(StPO)

¹²² มาตรา 368 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี(StPO)

¹²³ มาตรา 369 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี(StPO)

¹²⁴ มาตรา 372 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี(StPO)

¹²⁵ มาตรา 373 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมนี(StPO)

หน้าที่เป็นหัวหน้าคณะ หากศาลเห็นว่ามิเหตุตามที่กฎหมายกำหนดก็จะสั่งลบล้างคำพิพากษาในคดีเก่า และจะย้อนส่งคดีกลับไปให้ศาลในระดับเดิมพิจารณาคดีใหม่แต่ไม่ใช่ศาลเดิมที่พิจารณาคดี เว้นแต่กรณี คดีไม่อาจสืบพยานได้ เช่น จำเลยเสียชีวิตแล้วหรือวิกลจริต หรือจำเลยมีเหตุไม่ต้องรับโทษทางอาญา หรือ จำเลยไม่เหตุที่จะรับผิดทางอาญาอีกต่อไป กรณีเช่นนี้ ศาลจะสั่งลบล้างคำพิพากษาเดิมอย่างเดียวโดยไม่มี การส่งไปให้ศาลอื่นพิจารณาคดีใหม่¹²⁶

8.2.1.3 ระบบการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยอำนาจตุลาการ

นอกจากการระบอบการทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งขององค์กรตุลาการ ตามลำดับชั้นศาล หรือที่เรียกว่า “การอุทธรณ์หรือฎีกา” แล้ว ในประเทศประชาธิปไตยยังได้มีการสร้าง ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจมหาชนมิให้ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีประสิทธิภาพ จึงได้มีการสร้างระบบที่เปิดช่องให้ประชาชน สามารถฟ้องร้องต่อศาลได้โดยตรงกรณีที่ถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยอำนาจมหาชนต่างๆ แยก ต่างหากจากระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในระบบดังกล่าว ในหลาย ประเทศได้ครอบคลุมการใช้อำนาจในทางตุลาการของศาลหรือผู้พิพากษาด้วย อันเป็นการยอมรับว่า อำนาจตุลาการก็สามารถล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นเดียวกับอำนาจมหาชนอื่น เช่น อำนาจปกครองหรืออำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งระบบดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นระบบที่เปิดช่องให้มีการตรวจสอบ การใช้อำนาจตุลาการอีกระบบหนึ่ง โดยในที่นี้จะหยิบยกมาศึกษาเฉพาะระบบการร้องทุกข์ทาง รัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมนีและสเปน

การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก จะต้องเป็นประเทศที่มีการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญเป็น กฎหมายสูงสุด และประการสอง เป็นการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรตุลาการที่ได้จัดตั้งขึ้น เป็นพิเศษแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการอื่น แม้ว่าการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะเป็นช่องทางหนึ่งที่ทำให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบคำพิพากษาของศาล แต่กระบวนการดังกล่าวก็ทำให้การอุทธรณ์ฎีกา คำพิพากษาไม่ โดยมีความแตกต่างใหญ่ๆ 3 ประการด้วยกัน

ประการแรก ความแตกต่างในแง่วัตถุประสงค์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจ ตุลาการ แม้ทั้งสองเรื่องจะเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการเช่นเดียวกัน แต่การร้องทุกข์ทาง รัฐธรรมนูญจะตรวจสอบได้เพียงประเด็นเดียวคือคำพิพากษานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่การ อุทธรณ์ฎีกานั้นจะตรวจสอบทั้งความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษา ทั้งในแง่กระบวนการและเนื้อหา

¹²⁶ มาตรา 625 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส

ของคำสั่งหรือคำพิพากษา ตลอดจนความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของศาลล่าง ทั้งดุลพินิจในการเลือกใช้กฎหมาย ตีความกฎหมาย และเลือกผลทางกฎหมาย

ประการที่สอง ความแตกต่างในแง่ช่วงเวลาในการวินิจฉัย การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะกระทำได้อีกเมื่อคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว(Res Judicata) ตามหลักการเป็นกระบวนการเสริม แต่การอุทธรณ์ฎีกาจะต้องกระทำในช่วงที่คำพิพากษานั้นยังไม่ถึงที่สุด หากถึงที่สุดแล้วย่อมไม่อาจอุทธรณ์ฎีกาได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้ทำได้ เช่น การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ เป็นต้น

ประการที่สาม ความแตกต่างในแง่องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัย แม้การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยโดยองค์กรตุลาการ แต่ก็ใช้องค์กรตุลาการที่จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่ปกป้องรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งเกือบทั้งหมดได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่ศาลในระบบศาลเดียวกับศาลที่มีคำวินิจฉัย แต่การอุทธรณ์ฎีกาจะพิจารณาโดยศาลในระบบศาลเดียวกันแต่ต่างลำดับชั้น

ระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) การยื่นร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจากการกระทำทางตุลาการ

การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้ผู้ใดที่เดือดร้อนเสียหายจากอำนาจมหาชนทุกประเภทสามารถยื่นคำร้องที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น วัตถุประสงค์สำหรับการพิจารณาหรือการร้องทุกข์จึงเป็นได้ทั้งการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย เช่น การตรากฎหมาย หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การกระทำที่ใช้อำนาจทางบริหาร เช่น คำสั่งทางปกครองหรือกฎ หรือการกระทำที่ใช้อำนาจทางตุลาการ แต่ในที่นี้กำลังกล่าวถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการจึงจะกล่าวถึงแต่เฉพาะการกระทำทางตุลาการที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการร้องทุกข์

ในเยอรมัน การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการร้องทุกข์นั้น หมายถึง การกระทำที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายโดยผู้พิพากษาให้ยุติเด็ดขาดตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ อันได้แก่ บรรดาคำพิพากษาของศาลทั้งหลายทั้งปวงของรัฐเยอรมัน ไม่ว่าจะเป็นศาลในระดับสหพันธ์หรือระดับมลรัฐ และไม่ว่าจะเป็นศาลในระบบใดก็ได้ เช่น ศาลในระบบศาลยุติธรรม หรือระบบศาลปกครอง หรือระบบศาลแรงงาน เป็นต้น และรวมถึงศาลขององค์การวิชาชีพ แต่ไม่รวมถึงศาลศาสนา หรืออนุญาโตตุลาการ ตลอดจนศาลขององค์การเหนือรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ เนื่องจากศาลเหล่านี้ไม่ได้ผูกพันกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ส่วนคำวินิจฉัยของศาล

รัฐธรรมนูญนั้น ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าสามารถเป็นวัตถุแห่งการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ซึ่งส่วนใหญ่เห็นว่าไม่ได้¹²⁷

วัตถุแห่งการร้องทุกข์นั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะผลของคำพิพากษาของศาลเท่านั้น เหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษา ตลอดจนคำสั่งของศาล เช่น คำสั่งกำหนดเงินค่าธรรมเนียม หรือคำสั่งที่ศาลสั่งในระหว่างกระบวนการพิจารณา เช่น คำสั่งปฏิเสธไม่รับฟังคำพยาน คำสั่งไม่อนุญาตให้คู่ความแถลงต่อศาล หรือไม่นำเอาสิ่งที่คู่ความแถลงไปพิจารณา เป็นต้น แม้แต่บุคคลที่สามที่ถูกกล่าวอ้างในคำพิพากษาก็สามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ หากการกล่าวอ้างของศาลล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลที่สามดังกล่าว นอกจากนี้ การดเว้นการกระทำของศาลก็เป็นวัตถุแห่งการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน¹²⁸

(2) ผู้มีสิทธิร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

ในเยอรมนี ระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเป็นระบบที่เปิดช่องให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายฟ้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผู้มีสิทธิฟ้องรัฐต่างๆ จึงกำหนดไว้ให้ผู้เสียหายฟ้องโดยตรงโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาขององค์กรของรัฐอื่นใดอีก หรือที่เรียกว่า ระบบ Subjective Control ซึ่งผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานโดยหลักแล้วได้แก่บุคคลทุกคน เว้นแต่สิทธิขั้นพื้นฐานที่สงวนไว้สำหรับพลเมืองเยอรมันเท่านั้น ซึ่งรวมถึงนิติบุคคลหากเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐาน¹²⁹

ส่วนในสเปน นอกจากผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เดือดร้อนเสียหายแล้ว สเปนยังได้รับอิทธิพลจากการฟ้องคดีอัมปาโร(Amparo) หรือการฟ้องคดีขอให้ศาลคุ้มครองสิทธิของเม็กซิโกจึงได้ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐที่ถูกก่อตั้งขึ้นเพื่อช่วยเหลือประชาชนโดยทำการฟ้องร้องในกรณีดังกล่าวในนามตนเองก็ได้ ซึ่งองค์กรนั้นเรียกว่า “ผู้พิทักษ์ประชาชน (Defensor del Pueblo) หรือพนักงานอัยการฟ้องแทนก็ได้ เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และรัฐธรรมนูญกำหนดให้อัยการมีหน้าที่ในการสนับสนุนการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายและสิทธิของพลเมืองตลอดจนประโยชน์สาธารณะ โดยอาจฟ้องด้วยตนเองหรือผู้มีส่วนได้เสียร้องขอก็ได้¹³⁰

¹²⁷ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, “การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน: วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 39, น.484-495(กันยายน 2553).

¹²⁸ เพิ่งอ้าง, น.485.

¹²⁹ เพิ่งอ้าง, น.480.

¹³⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, “ศาลรัฐธรรมนูญและคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายสเปน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 36, น.532 (กันยายน 2550).

(3) สิทธิที่ได้รับความคุ้มครอง

ในเยอรมันคำว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน”(Grundrechte) หมายถึง สิทธิที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน(GG) หมวด 1 ที่มีวัตถุประสงค์ให้ปัจเจกบุคคลทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะเรียกร้องให้องค์กรใช้อำนาจอธิปไตยเยอรมันต้องเคารพ และสิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐาน(Grundrechtsgleiche Rechte) ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน(GG) มาตรา 20 บรรทัดที่ 3 มาตรา 33 มาตรา 38 มาตรา 101 มาตรา 103 และมาตรา 104¹³¹

ส่วนสเปน สิทธิที่ได้รับความคุ้มครอง ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 14 และในส่วนที่หนึ่งของหมวดที่สอง(ได้แก่ มาตรา 15 ถึงมาตรา 29) อันได้แก่ ความเสมอภาค สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการอยู่อาศัย เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม สิทธิในการมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะ สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล สิทธิในการศึกษา สิทธิในการไม่ต้องรับผิดทางอาญากรณีไม่มีกฎหมายกำหนดการกระทำความผิด สิทธิในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพ¹³²

(4) เงื่อนไขในการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่กระบวนการอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษาแบบปกติ การฟ้องคดีจึงมีเงื่อนไขเป็นพิเศษว่าการอุทธรณ์คดีโดยทั่วไป โดยเงื่อนไขที่สำคัญมี 3 ประการ ได้แก่ ผู้ร้องทุกข์จะต้องเป็นผู้ร้องทุกข์จะต้องเป็นจะต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกระบวนการพิจารณาของศาลโดยอาจจะเป็นคู่ความในคดีหรือบุคคลภายนอก แต่คำพิพากษาของศาลได้ส่งผลกระทบต่อสิทธิของตนเองก็ได้ด้วย ประการที่สอง การหมดสิ้นหนทางเยียวยาตามกฎหมาย อันหมายความว่า ผู้ร้องทุกข์นั้นจะต้องใช้สิทธิทางศาลทุกประการที่ตนมีเพื่อขอจัดการของรัฐที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตน และจะต้องไม่ใช่กรณีที่ผู้ร้องทุกข์นั้นได้ละเลยที่จะใช้สิทธิตามกฎหมาย เช่น ไม่อุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดจนทำให้คำพิพากษาของศาลล่างเป็นที่สุด และ ผู้ร้องทุกข์ไม่มีหนทางอื่นใดอีกที่จะสามารถจัดการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้ และ ประการที่สาม จะต้องยื่นคำร้องภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยเยอรมันกำหนดระยะเวลาไว้สั้นเพียง 1 เดือนเพื่อประกัน

¹³¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127, น.473 – 474.

¹³² ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 130, น.529.

ความมั่นคงแห่งนิติฐานะของคำพิพากษาศาล¹³³ ในสเปนกำหนดไว้เพียง 20 วันนับแต่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด¹³⁴

(5) กระบวนการพิจารณา

กระบวนการพิจารณาร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญอาจแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรก กระบวนการกลั่นกรองคดีก่อนการพิจารณา การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการที่เปิดช่องให้ผู้เดือดร้อนเสียหายจากอำนาจรัฐยื่นฟ้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่ยอมรับได้ว่าจะมีคำร้องทุกข์จำนวนมากเข้าสู่การพิจารณาของศาล ในแต่ละประเทศที่ใช้ระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจึงสร้างระบบการคัดกรองคดีก่อนที่ศาลจะพิจารณาคดี โดยในเยอรมัน การกลั่นกรองคดีนั้นจะทำโดยองค์คณะกลั่นกรองคดี (Kammer) ซึ่งประกอบไปด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 3 คน หรือองค์คณะปกติ (Senat) ซึ่งประกอบไปด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 8 คนก็ได้¹³⁵ ในกรณีที่เป็นวินิจฉัยโดยองค์คณะย่อยเป็นผู้พิจารณา องค์คณะย่อยอาจปฏิเสธที่จะรับคำร้องทุกข์ไว้พิจารณาก็ได้แต่โดยอาศัยมติเอกฉันท์ แต่หากองค์คณะย่อยรับคำร้องทุกข์ไว้พิจารณาจะต้องปรากฏว่ามีการชี้ให้เห็นถึงการต้องบังคับการตามสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมีการให้เหตุผลอย่างชัดเจนในคำร้องทุกข์ ในกรณีนี้้องค์คณะย่อยต้องมีมติเอกฉันท์ให้รับพิจารณา ซึ่งจะมีผลผูกพันเสมือนเป็นการพิจารณาโดยองค์คณะปกติตาม BVerfGG มาตรา 31(1) ในกรณีที่องค์คณะพิจารณา (Senat) เป็นผู้พิจารณา เพียงตุลาการในองค์คณะ 3 คน เห็นสมควรรับคำร้องทุกข์ไว้พิจารณา ก็เพียงพอที่จะให้องค์คณะรับคำร้องไว้พิจารณาต่อไป

ส่วนในสเปน องค์คณะกลั่นกรองประกอบไปด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการอื่นอีก 2 คน โดยองค์คณะกลั่นกรองอาจสั่งไม่รับคำฟ้องได้ในกรณีที่การฟ้องไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของการฟ้องคดี เช่น ไม่มีส่วนได้เสีย ฟ้องไม่ถูกรูปแบบ สิทธิขั้นพื้นฐานไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล คำฟ้องไม่เป็นสาระสำคัญ หรือคำฟ้องเคยถูกสั่งไม่รับฟ้องมาแล้ว¹³⁶

ขั้นตอนที่สอง การพิจารณาคดี โดยภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญอยู่ที่การตรวจสอบว่าคำพิพากษาของศาลในแต่ละประเภทคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้นหรือไม่ ประเด็นที่ว่าคำพิพากษาของศาลในแต่ละประเภทจะชอบด้วยกฎหมายธรรมดาหรือไม่ ไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบ

¹³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127, น.490 – 492.

¹³⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 130, น.531.

¹³⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127, น.492 – 493.

¹³⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 130, น.532–533.

ของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เป็นภารกิจของศาลในแต่ละประเภทคดีที่จะต้องวินิจฉัยเอง¹³⁷ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบเฉพาะว่าคำพิพากษาของศาลในเรื่องนั้นๆ ได้ละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น หรือศาลได้ใช้และตีความกฎหมายธรรมดาให้ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อห้ามการใช้อำนาจตามอำเภอใจ(มาตรา 3 วรรคหนึ่ง) หรือแนวคำวินิจฉัยใหม่ของศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปตรวจสอบคำพิพากษาของศาลได้ต่อเมื่อผลของการตีความของศาลเกินขอบเขตตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ¹³⁸

เกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาล ได้แก่ ความบกพร่องที่เกี่ยวกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการใช้และการตีความกฎหมายธรรมดาซึ่งอาจจะเกิดจากผู้พิพากษาดัดสินหรือประเมินผิด การพิพากษาคดีของศาลปราศจากเหตุผลที่จะยอมรับ หรือพิพากษตามอำเภอใจ นอกจากนี้ ศาลอาจเข้าไปตรวจสอบกรณีมีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในกระบวนการพิจารณาตีความของศาลก็ได้ ซึ่งสิทธิในกระบวนการยุติธรรมได้รับรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของศาลในการใช้บทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งได้ให้หลักประกันในการรับฟังคู่ความในคดี ซึ่งถือว่าเป็นหลักประกันในกระบวนการพิจารณาตีความของศาลอันเป็นเรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรง¹³⁹

(6) คำวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลในแต่ละประเภทดีล่งละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสั่งยกหรือเพิกถอนคำพิพากษาของศาลในแต่ละประเภทคดีเหล่านั้น¹⁴⁰ โดยคำวินิจฉัยเป็นที่สุด ผูกพันทุกองค์กร ไม่อาจอุทธรณ์ได้ต่อไป แต่อย่างไรก็ดี เยอรมนีเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปที่มีระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในระดับภูมิภาค ดังนั้นหากศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้องและผู้เสียหายเห็นว่าตนเองไม่ได้รับปกป้องสิทธิมนุษยชนอย่างเพียงพอ อาจยื่นฟ้องไปที่ศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรปก็ได้

¹³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127*, น.495 – 496.

¹³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), น.176.

¹³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว, 180.

¹⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 127*, น.486.

8.2.2 การตรวจสอบทางการเมือง

การตรวจสอบทางการเมืองในต่างประเทศอาจแบ่งได้เป็น 2 ช่องทางสำคัญ ได้แก่ (8.2.2.1) การตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง และ (8.2.2.2) การตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์

8.2.2.1 การตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย องค์กรทางการเมืองหลักคือฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาและฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วเป็นองค์กรมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ แต่อย่างไรก็ดี การตรวจสอบฝ่ายตุลาการโดยองค์กรทางการเมืองนั้นจะมีมากหรือน้อย หรือระดับความเข้มข้นมากเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับวัฒนธรรมหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางการเมืองของแต่ละประเทศ โดยการตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมืองอาจแบ่งได้ 2 วิธีการ ได้แก่

(1) การวิพากษ์วิจารณ์โดยฝ่ายการเมือง

การตรวจสอบฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายการเมืองที่เป็นพื้นฐานที่สุดคือการวิพากษ์วิจารณ์การทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นการวิพากษ์วิจารณ์ผ่านการปราศรัยหาเสียง การวิจารณ์ผ่านสื่อมวลชนหรือการอภิปรายในรัฐสภาก็ตาม แม้ว่าการวิจารณ์ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้และในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยมักจะยอมรับหลักการทั่วไปที่ว่ารัฐสภาจะไม่อภิปรายหรือวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือคำพิพากษาของศาลเพื่อป้องกันการโจมตีผู้พิพากษาที่อาจทำให้ผู้พิพากษาไม่เป็นอิสระ เว้นแต่จะเป็นการตรวจสอบตามที่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ เช่น การยื่นญัตติถอดถอนผู้พิพากษา แต่ในทางปฏิบัติจริงๆ แล้วหลักการดังกล่าวก็ไม่ใช้หลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์โดยปราศการโต้แย้ง หากพิจารณาในแต่ละประเทศก็จะพบว่า ในทุกๆ ประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ฝ่ายการเมืองเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อฝ่ายตุลาการใช้อำนาจที่ก้าวล่วงเข้ามาในแดนอำนาจของฝ่ายการเมือง เช่น การตรากฎหมาย หรือเรื่องทางนโยบายของฝ่ายบริหาร

ในอังกฤษ¹⁴¹ หลักทั่วไปที่ว่าพฤติกรรมของผู้พิพากษาจะไม่ถูกอภิปรายในรัฐสภาก็ไม่ได้จำกัดการตรวจสอบโดยรัฐสภาอย่างสิ้นเชิง หลักการดังกล่าวถูกโต้แย้งโดยสมาชิกรัฐสภาอยู่บ่อยครั้ง โดยสมาชิกรัฐสภาเห็นว่ารัฐธรรมนูญให้อำนาจควบคุมศาลแก่รัฐสภาที่ไม่ใช่เพียงแต่อำนาจใน

¹⁴¹ Shimon Shetreet, Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of The English Judiciary (Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1976), p.163–178.

การลงมติให้ถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งเท่านั้น รัฐสภายังมีสิทธิและเป็นเอกสิทธิ์ที่จะเข้าไปทำการควบคุมผู้พิพากษาทั้งการดำเนินและวิชาชีพวิจารณ์พฤติกรรมของผู้พิพากษาและคำพิพากษาของศาลผ่านการตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายทั่วไปและการอภิปรายในการพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐสภาอยู่เป็นประจำ นอกจากนี้ ตัวรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเอง บางครั้งก็อาศัยการตอบกระทู้ในการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของผู้พิพากษา แม้ว่ารัฐมนตรีจะสิทธิที่จะไม่ตอบกระทู้ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาก็ได้

นอกจากนี้ อังกฤษยังมีธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Convention) ที่รัฐมนตรีจะต้องไม่วิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาโดยตรง¹⁴² เพราะอาจทำลายความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ แต่ธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวมักไม่ค่อยมีผลบังคับเท่าใดนัก โดยเฉพาะในปัจจุบันที่ฝ่ายตุลาการมีบทบาทเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นโดยการตรวจสอบโดยตุลาการ (Judicial Review) จึงทำให้เกิดการตอบโต้จากฝ่ายการเมือง เช่นกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยสัญชาติ การเข้าเมืองและการลี้ภัย ค.ศ. 2002 (Nationality, Immigration and Asylum Act 2002) ขัดแย้งกับสิทธิมนุษยชน ทำให้รัฐมนตรีมหาดไทยตอบโต้ต่อคำพิพากษาดังกล่าวอย่างรุนแรง (รวมถึงสื่อมวลชนด้วย) โดยให้สัมภาษณ์ในรายการวิทยุแห่งหนึ่งว่าเป็นคำพิพากษาที่ไม่อาจยอมรับได้เพราะเป็นการทำลายเจตจำนงของรัฐสภาและนโยบายของรัฐบาล¹⁴³ นอกจากนี้ นายกรัฐมนตรีของอังกฤษที่เคยวิจารณ์ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษทางอาญา โดยกล่าวว่าจะตรากฎหมายเพื่อจำกัดดุลพินิจดังกล่าวของศาลลงเสีย หากว่าคำพิพากษาของศาลไม่เป็นที่น่าพอใจ¹⁴⁴

ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นชาติแรกในประวัติศาสตร์การเมืองสมัยใหม่ที่ยินยอมให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติและรวมถึงตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอื่นๆ ด้วย (Judicial Review) สหรัฐอเมริกาจึงมีประสบการณ์เรื่องการปะทะกันระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายการเมืองมากกว่ารัฐในชาติยุโรปที่ยอมรับหลักการดังกล่าวช้ากว่าสหรัฐอเมริกาเกือบ 150 ปีหากนับถึงการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญแบบเคลเซินในออสเตรียในปี ค.ศ. 1920 ดังนั้น จึงไม่ใช่เรื่องแปลกที่ในระบบกฎหมายแองโกลอเมริกันทั้งฝ่ายการเมืองเองและนักวิชาการต่างก็ได้สร้างทฤษฎีเพื่อรองรับ

¹⁴² Peter Leyland, *Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2007), p.59 – 60.

¹⁴³ A. W. Bradley and K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14th Edition, (Pearson Education: England, 2007), p.390-391.

¹⁴⁴ *Ibid.*

มาตรการตอบโต้ฝ่ายตุลาการ เช่น ทฤษฎี Departmentalism เป็นทฤษฎีที่นำเสนอโดยนักวิชาการที่ชื่อว่า Edward Corwin ซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายของประธานาธิบดีรูสเวลต์ และเป็นคนออกแบบ Court Packing Plan ทฤษฎีดังกล่าวถูกนำเสนอขึ้นเพื่อป้องกันการตอบโต้ฝ่ายตุลาการของประธานาธิบดีรูสเวลต์ในช่วงต้นทศวรรษที่ 1930¹⁴⁵ โดยโต้แย้งโดยตรงต่อทฤษฎีความสูงสุดของอำนาจตุลาการ (Judicial Supremacy) ที่ถือว่าฝ่ายตุลาการเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญเพราะว่าไม่ว่าฝ่ายใดจะตีความรัฐธรรมนูญอย่างไร แต่ฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลสูงสุด (Supreme Court) จะเป็นผู้ตีความคนสุดท้าย (Final Say) ซึ่งจะมีผลผูกพันทุกฝ่ายตามความหมายนั้น ทฤษฎีนี้แย้งว่าแต่ละฝ่าย หรือ “Departmental” ของรัฐบาล (ในความหมายอย่างกว้าง) ต่างก็มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ใช่ฝ่ายตุลาการตีความแล้วก็เป็นอันจบ กล่าวว่าจะต้องแยกระหว่างความเห็นของศาลในความหมายของรัฐธรรมนูญกับตัวรัฐธรรมนูญจริง เป็นคนละส่วนกัน ดังนั้น หากฝ่ายอื่นไม่เห็นด้วยย่อมมีอำนาจที่จะกระทำการบนความเข้าใจในความหมายของรัฐธรรมนูญของตนเอง และเรียกร้องให้ศาลเคารพต่อหน้าที่ความรับผิดชอบของฝ่ายอื่นตามรัฐธรรมนูญด้วย

ทฤษฎีดังกล่าวนี้กล่าวได้อ้างอิงเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ที่ฝ่ายบริหารได้ตอบโต้การตีความกฎหมายของฝ่ายตุลาการ เช่น ในช่วงประธานาธิบดีเจฟเฟอร์สันเห็นว่า the Sedition Act 1798 ของรัฐสภานั้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่ศาลสูงสุดกลับให้การรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว เจฟเฟอร์สันจึงประกาศว่าฐานะประธานาธิบดีเขาจะยกโทษให้กับผู้ใดก็ตามที่ถูกลงโทษตามกฎหมายฉบับนี้ และโต้แย้งทฤษฎี Judicial Supremacy ว่าเป็นทฤษฎีที่อันตรายเพราะทำให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินสูงสุดในทุกๆ ปัญหาทางรัฐธรรมนูญ

กรณีแอนดรูว์ แจ็คสัน และผู้สนับสนุน ในคดี M’Culloch v. Maryland 17 U.S. 316 ศาลสูงสุดรับรองอำนาจของสภาองเกรสในการก่อตั้งธนาคารแห่งชาติ (National Bank) ซึ่งประธานาธิบดีแจ็คสันไม่เห็นด้วย จึงประกาศว่าแต่ละฝ่ายย่อมมีอำนาจในการตัดสินประเด็นทางรัฐธรรมนูญของตนเอง และเขาจะไม่ผูกพันกับคำพิพากษาคดีนี้ โดยประธานาธิบดีจะใช้อำนาจยับยั้ง (Veto Power) กฎหมายทุกฉบับที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายฉบับนี้

กรณีลินคอล์น คดี Dred scott 60 U.S. 393 ในปี 1857 ที่จำกัดอำนาจของสภาที่การตรากฎหมายกำกับความเป็นทาสในดินแดน และอ้างว่าคนผิวดำไม่สามารถเป็นพลเมืองของ

¹⁴⁵ David S. Tanenhaus, editor in chief, *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States Vol.1*, 5 Volume, (U.S.: Gale, 2008), p.23.

สหรัฐอเมริกาได้ ประธานาธิบดีลินคอล์นได้ ยืนยันหลักการ Departmentalism ตั้งแต่วันเข้ารับตำแหน่ง ประธานาธิบดี ว่าถึงแม้ว่าคำพิพากษาของศาลจะมีผลผูกพันโดยเฉพาะต่อคู่ความในคดี แต่นโยบายของรัฐบาลในประเด็นที่สำคัญที่มีผลกระทบต่อประชาชนทั้งหมดไม่สามารถถูกกำหนดตายตัวอย่างไม่อาจเพิกถอนได้โดยคำตัดสินของศาลสูงสุด หรือประชาชนจะได้สิ้นสุดที่จะเป็นผู้ปกครองตนเองอีกต่อไป โดย ประธานาธิบดีลินคอล์นได้ลงนามในกฎหมายนิติบัญญัติที่ห้ามความเป็นทาสในเขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย (District Columbia) และในดินแดนสหรัฐ และชักนำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติต่อคนผิวดำที่ไม่ได้เป็นทาสในฐานะพลเมืองภายใต้กฎหมายสหรัฐ เช่น การออกหนังสือเดินทางให้ (Passport) และจดทะเบียนทำธุรกรรมให้แก่พวกเขา และได้ผลักดันการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 11 ที่ห้ามการมีทาสโดยถาวร

ทฤษฎี Departmentalism นี้ถูกโต้แย้งใน 2 ประเด็น ได้แก่ เป็นทฤษฎีที่สร้างความไม่มีเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญ เพราะแม้ศาลจะได้ให้ความหมายของรัฐธรรมนูญไปแล้ว แต่ความหมายที่มีประสิทธิภาพที่แท้จริงก็จะขึ้นอยู่กับผู้ที่ชนะการเลือกตั้งครั้งล่าสุดมากกว่ากระบวนการทางกฎหมาย ประเด็นที่สอง ได้แก่ คุณภาพของการตีความรัฐธรรมนูญที่ได้ถูกผลิตและให้คุณค่าในเชิงเนื้อหาที่ควรจะได้รับส่งเสริม ฝ่ายตุลาการมีความเหมาะสมในการตีความรัฐธรรมนูญมากกว่าฝ่ายอื่นเพราะมีการปฏิบัติงานโดยตรงในการตีความรัฐธรรมนูญและความพยายามที่จะรักษาหลักการของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ฝ่ายอื่นตีความรัฐธรรมนูญเพื่อผลประโยชน์ระยะสั้นทางการเมืองและขาดความเชี่ยวชาญและมีส่วนได้เสียในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากนี้ ฝ่ายตุลาการจะต้องตีความอย่างซื่อสัตย์และปรับใช้ลักษณะของการปกป้องสิทธิในรัฐธรรมนูญ แต่ Departmentalism นั้นออกบัตรเชิญให้นักการเมืองเข้ามาทำลายลักษณะนั้นของรัฐธรรมนูญ¹⁴⁶

การตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมืองต่างก็มีขอบเขตจำกัดในกรณีของการตั้งคณะกรรมการของรัฐสภาเพื่อทำการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษาโดยเฉพาะเจาะจง สำหรับในฝรั่งเศส กฎหมายห้ามการตั้งคณะกรรมการในรัฐสภาเพื่อทำการสอบสวนในการใช้อำนาจตุลาการ ในญี่ปุ่นเคยมีการตั้งคณะกรรมการของรัฐสภาเพื่อทำการไต่สวนคำพิพากษาในคดีอาญาที่จำเลยซึ่งเป็นมารดาได้ทำการฆาตกรรมบุตรสามคนของตนเองและพยายามจะฆ่าตัวตายเนื่องจากสามีต้งงาน โดยศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำคุก 3 ปีและให้รอการลงอาญา โดยคณะกรรมการได้เรียกจำเลย สามีของจำเลยและพนักงานอัยการมาสอบสวนและวิจารณ์การกำหนดโทษว่าน้อยเกินไปอย่างรุนแรง ซึ่งศาลสูงสุดออกมาตอบโต้ว่าเป็นการละเมิดความเป็นอิสระของฝ่ายตุลา

¹⁴⁶ *Ibid.*

การ¹⁴⁷ ซึ่งต่อมาจึงได้ยอมรับว่าการไต่สวนโดยกรรมาธิการของรัฐสภาจะสอบสวนคดีที่พิจารณาพิพากษาโดยศาลไม่ได้¹⁴⁸

(2) การใช้เครื่องมือทางกฎหมายในการตอบโต้ฝ่ายตุลาการ

นอกจากการตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์หรืออภิปรายแล้ว ฝ่ายการเมืองมีเครื่องมือทางกฎหมายในการทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือตอบโต้ต่อการใช้อำนาจตุลาการของฝ่ายตุลาการได้โดยอาจแยกได้เป็น 4 เครื่องมือประกอบไปด้วย

ประเภทแรก การแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลบังคับผูกพันของคำพิพากษา

เมื่อศาลมีคำพิพากษามาแล้ว คำพิพากษานั้นย่อมมีผลบังคับผูกพันแก่คู่ความโดยมีหน้าที่ของรัฐที่จะต้องรับคำพิพากษานั้นไปบังคับให้เกิดผลจริง เช่น หากศาลพิพากษาให้จำคุกก็เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องจัดสถานที่และบุคลากรเพื่อดำเนินการตามคำพิพากษาดังกล่าว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลบังคับผูกพันของคำพิพากษาคือกรณีที่ฝ่ายบริหารไม่ทำการบังคับให้เป็นไปตามผลของคำพิพากษานั้น ซึ่งเครื่องมือในการทำเช่นนี้มี 2 ประเภท ได้แก่ การอภัยโทษและการนิรโทษกรรม ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายสามัญของทุกระบบกฎหมายที่ถูกใช้เพื่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงผลบังคับผูกพันของการใช้อำนาจตุลาการ และเป็นเครื่องมือที่ไม่ถือว่าเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการด้วย

ในสหรัฐอเมริกา¹⁴⁹ ตามมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐให้อำนาจประธานาธิบดีในการลดหย่อนหรืออภัยโทษสำหรับความผิดที่กระทำต่อสหรัฐ ยกเว้นคดีการถอดถอนเจ้าหน้าที่รัฐ การใช้อำนาจอภัยโทษของประมุขฝ่ายบริหารในทางประวัติศาสตร์เพื่อถ่วงดุลกับอำนาจนิติบัญญัติที่กำหนดโทษสำหรับความผิดใดความผิดหนึ่งและอำนาจตุลาการที่พิพากษาลงโทษ โดยประธานาธิบดีใช้อำนาจอภัยโทษโดยวัตถุประสงค์ที่หลากหลาย ตั้งแต่ความเมตตา สนับสนุนการให้การในชั้นไต่สวนในการต่อรองคำรับสารภาพ) รักษาบาดแผลของชาติหลังจากความโกลาหลวุ่นวาย ตามอำนาจอภัยโทษ ประธานาธิบดีสามารถที่จะนิรโทษกรรม(amnesties) ยกเว้นการส่งเงินในการชำระค่าปรับ (remitted fines) ลดหย่อนผ่อนโทษจากประหารชีวิตเป็นจำคุกตลอดชีวิต(granted reprieves) และเปลี่ยนแปลงโทษหรือลดหย่อนโทษ (commuted sentences) ได้

¹⁴⁷ Shigenori Maysui, the Constitution of Japan: A Contextual Analysis, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011), p.127.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.84.

¹⁴⁹ Harold J. Krent, "Pardoning Power", in Tanenhaus, David S., editor in chief. Encyclopedia of the Supreme Court of the United States, Vol.4, (U.S.: Gale, 2008), p.9-11.

ส่วนในอังกฤษ¹⁵⁰ การอภัยโทษเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์(พระราชินีนาถ) ตามคำแนะนำของรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทย(Home Secretary) ในกรณีของอังกฤษและเวลส์ ในกรณีของสกอตแลนด์เป็นอำนาจของรัฐมนตรีของสกอตแลนด์ที่จะถวายคำแนะนำ และอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐมนตรีนายเดียว การอภัยโทษจะถูกใช้เป็นเครื่องกีดกันการบังคับคดีอาญา โดยการอภัยโทษจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการพิพากษาแล้วและมีเหตุผลพิเศษบางอย่างที่สามารถตอบคำถามได้ว่าทำไมจึงไม่ควรที่จะลงโทษหรือทำไมผลของคำพิพากษาคควรจะได้รับการละเว้น

แต่เดิมการอุทธรณ์คดีอาญาในอังกฤษไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิแต่เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายอนุญาตให้อุทธรณ์ ดังนั้นการอภัยโทษจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการบรรเทาความยุติธรรมในกรณีที่จำเลยไม่ได้รับอนุญาตให้อุทธรณ์ แต่ในปัจจุบันสิทธิในอุทธรณ์คดีอาญาได้รับการยอมรับในอังกฤษ การอภัยโทษจึงมีความสำคัญน้อยแล้ว และจะไม่อภัยโทษให้หากคดีนั้นยังสามารถอุทธรณ์ได้

การอภัยโทษในอังกฤษแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

1. การอภัยโทษเด็ดขาดหรือการอภัยโทษอิสระ(Absolute of Free Pardon) ซึ่งยกเลิกการจำคุกแต่ไม่ได้ยกเลิกคำพิพากษา(ดู คดี R V Foster[1985] QB 115)
2. การอภัยโทษแบบมีเงื่อนไข(Conditional Pardon) ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงการโทษในรูปแบบหนึ่งไปเป็นโทษในอีกรูปแบบหนึ่ง (แต่ก็ยังคงลงโทษอยู่) เช่น จากประหารชีวิตเป็นจำคุกตลอดชีวิต
3. การบรรเทาโทษ(Remission) อันเป็นการลดปริมาณของโทษโดยที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบของโทษที่ได้รับ เช่น ลดโทษจำคุกจาก 10 ปี เหลือ 5 ปี เป็นต้น ซึ่งมักใช้กับสายลับหรือคนอังกฤษที่ให้ความช่วยเหลือเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ ตำรวจหรืออัยการ

แต่อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจอภัยโทษหรือนิรโทษกรรมมากเกินไปย่อมเป็นการทำลายกระบวนการยุติธรรมเนื่องจากการทำให้กระบวนการลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายใช้ไม่ได้หรือไม่ได้รับการยอมรับเชื่อถือ ดังนั้นผู้ที่ใช้อำนาจอภัยโทษหรือนิรโทษกรรมจึงต้องเป็นฝ่ายการเมืองที่มีความพร้อมรับผิดชอบหรือถูกตรวจสอบและเอาผิดในทางการเมืองได้

ประเภทที่สอง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา

การใช้อำนาจตัดสินคดีของศาลนอกจากจะมีผลบังคับผูกพันต่อคู่ความในคดีแล้ว ยังเกิดผลโดยอ้อมคือการกำหนดความหมายให้กับตัวบทกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “แนวบรรทัดฐาน

¹⁵⁰ A. W. Bradley and K. D. Ewing, *supra* note 143, p.415-416.

ของคำพิพากษา” ทั้งในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ ต่างก็ยอมรับว่าแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาสามารถเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย หรือมีผลผูกพันต่อผู้พิพากษาให้ต้องให้ความหมายต่อกฎหมาย ในการตัดสินคดีในอนาคตที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกับคดีก่อนๆ หากในกรณีที่ศาลให้ความหมายของกฎหมายที่แตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของผู้ตรากฎหมาย ซึ่งได้แก่ฝ่ายการเมืองทั้งหลาย ฝ่ายการเมืองจึงต้องทำการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาให้กลับไปเป็นไปตามเจตนารมณ์เดิมของตน

ในประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ซึ่งยอมรับให้บรรทัดฐานของคำพิพากษาในศาลสูงมีผลบังคับผูกพันต่อศาลล่าง กฎหมายประเภทดังกล่าวจึงเป็นเรื่องปกติในระบบกฎหมาย โดยเรียกกฎหมายประเภทนี้ว่า “Overruling/Corrective Legislation” ส่วนในประเทศกลุ่มซีวิลลอว์ที่แม้ไม่ได้ยอมรับให้บรรทัดฐานของคำพิพากษามีสภาพบังคับเป็นกฎหมายโดยตรง แต่ก็มีกรตรากฎหมายเพื่อแก้ไขแนวบรรทัดฐานดังกล่าว

นอกจากนี้ ในฝรั่งเศสยังมีการกฎหมายพิเศษที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขกรณีดังกล่าวอีกด้วย กฎหมายที่กล่าวถึงนี้มี 4 ประเภท¹⁵¹ ด้วยกัน ได้แก่

-กฎหมายตีความ(Interpretative Law) เป็นกฎหมายที่มุ่งที่จะตีความและกำหนดความหมายที่เฉพาะเจาะจงในขอบเขตของกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้นไว้แล้ว ซึ่งโดยสภาพเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับย้อนหลัง โดยกฎหมายนั้นตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติในช่วงเวลาที่มีกรณีเฉพาะเจาะจงและส่งผลโดยตรงต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ทำให้ศาลจะต้องผูกพันตามกฎหมายตีความนี้

-กฎหมายย้อนหลัง (Retroactive Law) เป็นกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายให้มีผลบังคับย้อนหลัง ซึ่งเป็นการต้องห้ามสำหรับกรณีกฎหมายอาญา เว้นแต่กฎหมายนั้นจะเป็นคุณแก่จำเลย และสามารถใช้ได้กับกฎหมายแพ่ง แต่ไม่ค่อยพบเห็น ศาลยุติธรรมสูงสุดได้ยืนยันว่ากฎหมายย้อนหลังจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ทั่วไปเท่านั้น

-กฎหมายให้ความชอบธรรม(Validating Law) เป็นกฎหมายที่ให้ความชอบธรรมแก่กฎหรือคำวินิจฉัยของฝ่ายบริหาร และได้รับการลงมติรับรองโดยรัฐสภาตามที่ได้รับการร้องขอ ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ากฎหรือคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับศาลปกครอง ซึ่ง

¹⁵¹ Antoine Garapon and Harold Epineuse, “Judicial Independence in France,” in *Judicial Independence in Transition*, ed. Anja serbert-Forh, (Heidelberg: Springer, 2012), p.296-298.

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายให้อำนาจดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ทั่วไป และต้องจำกัดขอบเขต เช่น ไม่ปรับใช้กับคดีที่ได้ตัดสินไปแล้ว เป็นต้น

-กฎหมายนิรโทษกรรม (Law of Amnesty) เป็นกฎหมายนิรโทษกรรมให้กับความผิดอาญาที่เกิดขึ้นแล้ว เมื่อกฎหมายประเภทนี้ได้ถูกตราขึ้นขณะที่คดีกำลังถูกพิจารณาอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอีกต่อไป กฎหมายประเภทนี้จะเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอย่างมาก

ประเภทที่สาม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างฝ่ายตุลาการ

วิธีการที่สามนี้จะมีความแตกต่างไปจากวิธีการ 2 วิธีการแรก เนื่องจากไม่ได้เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในคำพิพากษาหรือผลบังคับผูกพันแห่งคำพิพากษา แต่เป็นปฏิกริยาของฝ่ายการเมืองที่จะส่งสัญญาณให้ฝ่ายตุลาการเห็นว่าฝ่ายตนเองไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยคดีของฝ่ายตุลาการอย่างรุนแรง โดยการอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายตอบโต้โดยตรงต่อฝ่ายตุลาการหรือตัวผู้พิพากษา ซึ่งการตอบโต้ดังกล่าวเคยเกิดขึ้นในหลายประเทศ แต่ละการกระทำก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงจากทั้งนักวิชาการและสาธารณะว่าเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการหรือไม่ โดยอาจแยกวิธีตอบโต้ได้เป็น 2 วิธีการ ได้แก่

วิธีการแรก การตรากฎหมายเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาล เนื่องจากศาลหรือฝ่ายตุลาการมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้กุมอำนาจในการตราหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงรวมถึงการยกเลิกกฎหมาย จึงมีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะตรากฎหมายเปลี่ยนแปลงโครงสร้างศาลตามที่เห็นสมควร ซึ่งอำนาจดังกล่าวได้เคยถูกหยิบยกขึ้นมาใช้เพื่อตอบโต้การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งสามารถทำได้ทั้ง

กรณีแรก การก่อตั้งศาลใหม่หรือยกเลิกศาลที่มีอยู่แล้ว ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอำนาจในการก่อตั้งหรือยกเลิกเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะต้องตรากฎหมายขึ้น ดังนั้น ในกรณีที่ฝ่ายการเมืองเห็นว่าศาลใดศาลหนึ่งไม่เหมาะสมที่จะตัดสินคดีประเภทใดประเภทหนึ่งก็อาจที่จะก่อตั้งศาลขึ้นมาหรือยุบเลิกศาลเพื่อไม่ให้ตัดสินคดีนั้นได้ เช่น การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญในภาคพื้นทวีปยุโรปที่ไม่ต้องการให้ศาลยุติธรรมปกติมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา

การก่อตั้งศาลใหม่ที่เป็นการตอบโต้ฝ่ายตุลาการโดยตรงเกิดขึ้นเป็นเหตุการณ์ที่มีชื่อเสียงอย่างมาก โดยเรียกว่าเป็นกรณีวิกฤตรัฐธรรมนูญในแอฟริกาใต้¹⁵² (ค.ศ. 1952-1961) ที่เรียกว่าเป็นวิกฤตรัฐธรรมนูญ (Constitutional Crisis) ในช่วงนั้นแอฟริกาใต้ยังอยู่ภายใต้ระบอบการปกครองที่มีได้เป็นเสรีประชาธิปไตย กรณีเริ่มต้นเมื่อศาลสูงสุดแห่งแอฟริกาใต้มีคำพิพากษาในคดีระหว่างแฮริสกับกระทรวงมหาดไทยหรือที่รู้จักกันในชื่อ “Colored Vote case” ว่ากฎหมายที่ชื่อว่า the Separate Representation of Voter Act (ปี ค.ศ. 1951) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ว่ากฎหมายตัดสิทธิการเลือกตั้งของบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ รัฐบาลไม่พอใจอย่างยิ่งต่อคำตัดสินของศาล จึงได้ตรากฎหมายที่ชื่อว่า the High Court of Parliament Act ก่อตั้งศาลขึ้นใหม่เรียกว่า “High Court” โดยกำหนดให้สมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเป็น “ผู้พิพากษา” ของศาลใหม่นี้ ซึ่ง High Court ดังกล่าวมีเขตอำนาจในการทบทวนคำพิพากษาของศาลสูงสุดในกรณีที่ศาลพิพากษาว่ากฎหมายของรัฐสภาขัดกับรัฐธรรมนูญซ้ำอีกชั้นหนึ่ง โดยคดีแรกของศาลแห่งนี้เป็นคดีการตรวจสอบคำพิพากษาในคดี Vote case โดย “ศาลสูง” วินิจฉัยว่าคำพิพากษาคดีดังกล่าวนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ผูกพันรัฐสภาอีกต่อไป

ศาลสูงจึงทำการตอบโต้โดยการวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติศาลสูงแห่งรัฐสภา (the High Court of Parliament Act) เป็นกฎหมายที่มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะถือว่าศาลสูงที่ก่อตั้งมาใหม่นี้ไม่ใช่องค์กรตุลาการที่แท้จริง หากแต่เป็น “รัฐสภาจำแลง” (Parliament in disguise) มาใช้อำนาจตุลาการต่างหาก รัฐสภาจึงตอบโต้กลับอีกครั้งโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1956 ห้ามศาลทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาอีกต่อไป

เมื่อแอฟริกาใต้เป็นสาธารณรัฐและได้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1961 ก็ได้ลอกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาใช้โดยการห้ามศาลตรวจสอบกฎหมายของสภา แต่อย่างไรก็ดี ในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1983 จึงได้ย้อนกลับไปใช้ศาลมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายของสภาขึ้นมาใหม่ กรณีนี้แม้ไม่ใช่ตัวอย่างของการตอบโต้คำพิพากษาของศาลโดยแนวคิดที่เป็นไปตามหลักการประชาธิปไตย แต่พอจะแสดงให้เห็นการทำงานของระบบการตรวจสอบทางการเมืองได้เป็นอย่างดี แม้ในช่วงแรกรัฐสภาจะประสบความสำเร็จในการจัดการขัดขวางของศาล แต่ในท้ายที่สุด ระบบก็จะกลับเข้าที่เข้าทางในที่สุด

กรณีที่สอง การเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจหรือการจำกัดอำนาจของศาล ซึ่งเคยเกิดขึ้นในอังกฤษ โดยรัฐสภาจะตรากฎหมายโดยมีข้อความว่าให้คำสั่งของฝ่ายปกครองเป็นที่สุด เพื่อไม่ให้

¹⁵² Mauro Cappelletti. “Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of “Constitutional Justice,” *Catholic University Law Review* 35, p.9-10(1985).

ศาลยุติธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ดี วิธีการดังกล่าวไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะศาลยุติธรรมตีความกฎหมายดังกล่าวว่าศาลก็ยังคงมีอำนาจตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง อยู่ดี และในปัจจุบัน การตรากฎหมายเพื่อไม่ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีหรือข้อพิพาทเหล่านั้นเป็นการ กระทำที่ขัดแย้งต่อหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

วิธีการที่สอง การเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบหรือองค์คณะของศาล กรณีที่มี ชื่อเสียงมากที่สุดคือ กรณีแผนการปรับองค์คณะศาลสูงสุดสหรัฐ(Court Packing Plan) ในสมัยรูสเวลล์ ที่ พยายามผลักดันกฎหมายเพิ่มจำนวนผู้พิพากษาในศาลสูงสุดเพื่อให้ตนเองมีอำนาจในการแต่งตั้งผู้ พิพากษาเข้าไปเพิ่มขึ้นจากเดิมที่ผู้พิพากษาส่วนใหญ่มักจะเห็นตรงข้ามกับรัฐบาลของรูสเวลล์ แต่แผนการ ดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกผลักดันจนสำเร็จ เพราะศาลยินยอมจำกัดอำนาจตนเองลงเพื่อหลีกเลี่ยงการปะทะกับ ฝ่ายการเมือง

ประเภทที่สี่ การประกาศความเสียหายของคำพิพากษา

การประกาศความเสียหายของคำพิพากษาคือกรณีที่รัฐประกาศให้การ กระทำทางตุลาการใดๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาหนึ่งนั้นเสียหายไปหรือเป็นโมฆะไป การประกาศเช่นนี้ ว่านี้เคยเกิดขึ้นกับประเทศที่ถูกยึดครองโดยเผด็จการ และรัฐบาลเผด็จการได้อาศัยกลไกของรัฐรวมถึงฝ่าย ตุลาการด้วยละเมิดสิทธิมนุษยชนของพลเมืองตนเองอย่างรุนแรง เมื่อประเทศกลับเข้าสู่การปกครองใน ระบอบประชาธิปไตย รัฐบาลประชาธิปไตยจึงประกาศไม่ยอมรับการกระทำใดๆ ของรัฐบาลเผด็จการ ดังกล่าว¹⁵³

8.2.2.2 การตรวจสอบโดยสาธารณชน : การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการ

(1) เสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์กับกฎหมายคุ้มครองกระบวนการยุติธรรม

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอัน ปรากฏในรูปเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาหรือการชุมนุมสาธารณะเป็นเส้นเลือด ใหญ่สำคัญที่จะหล่อเลี้ยงระบอบประชาธิปไตยให้เติบโตต่อไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้เสรีภาพในการ แสดงความคิดเห็นในการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลที่มีอำนาจซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของความพร้อมรับผิดของ

¹⁵³ โปรตดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์และปิยบุตร แสงกนกกุล, “การทำลายกฎหมายและคำ พิพากษาในระบอบเผด็จการ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2554, จาก <http://prachatai.com/journal/2012/04/39967> และดู จิรวัฒน์ จงสงวนดี, “การประกาศความเสียหายของกฎหมายและคำ พิพากษาศาลของฝรั่งเศส: ข้อพิจารณาทางประวัติศาสตร์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 13 เมษายน 2559, จาก www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/en/574/c574_1.pdf.

องค์กรของรัฐ ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งย่อมต้องถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้เช่นเดียวกับองค์กรของรัฐอื่น การวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการจะสำเร็จไปได้ก็ต้องมีการรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ในระดับสากล เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น(Freedom of Expression) เป็นสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้คำประกาศสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติเช่นเดียวกับองค์การระหว่างในระดับภูมิภาคต่างก็รับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้เช่นกัน เช่น ในมาตรา 10 วรคหนึ่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹⁵⁴ เป็นต้น ส่วนในระดับรัฐ ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็จะให้การรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น ในสหรัฐอเมริกา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 โดยถือว่ามหาชนต้องมีอำนาจเหนือรัฐบาลและองค์กรของรัฐทุกองค์กร รวมถึงฝ่ายตุลาการ ประชาชนย่อมมีอำนาจหรือเสรีภาพที่จะวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลและองค์กรของรัฐทุกองค์กรได้ โดยจะต้องไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือการวิพากษ์วิจารณ์ รวมถึงฝ่ายตุลาการได้ด้วย โดยสหรัฐอเมริกาเชื่อว่าหนทางที่ดีที่สุดที่จะได้มาซึ่งสังคมและความสว่างไสวของปัญญาคือการให้ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั่นเอง¹⁵⁵

และโดยทั่วไปในประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ประชาชนย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการดำเนินคดีขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐ และสื่อมวลชน

¹⁵⁴ “1. ทุกๆ คนมีสิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก สิทธินี้ประกอบไปด้วยเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และรับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดโดยปราศจากการแทรกแซงโดยองค์กรของรัฐ และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน มาตรการนี้ไม่ห้ามรัฐในการออกใบอนุญาตให้กิจการที่ประกอบกรกระจายภาพและเสียง โทรทัศน์และภาพยนตร์

2. การใช้เสรีภาพเหล่านี้ トラบเท่าที่กระทำตามหน้าที่และความรับผิดชอบ อาจอยู่ภายใต้รูปแบบ เงื่อนไข ข้อจำกัดหรือบทลงโทษตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมายและเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนหรือความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยหรืออาชญากรรม เพื่อปกป้องสุขภาพหรือศีลธรรม เพื่อปกป้องชื่อเสียงหรือสิทธิของบุคคลอื่น เพื่อปกป้องการเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาด้วยความเชื่อใจ หรือเพื่อรักษาอำนาจและความเป็นกลางของฝ่ายตุลาการ”

¹⁵⁵ พนัส ทศนิยานนท์, “การลงโทษการวิพากษ์วิจารณ์หรือติชมศาลฐานละเมิดอำนาจศาลในสหรัฐอเมริกา,” ใน ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย, สถิต ลิ้มพงศ์พันธุ์ บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พาสโก, 2522), น.92-94.

ย่อมมีเสรีภาพในการนำเสนอข่าวสารและแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณะชน ซึ่งเสรีภาพดังกล่าวหากนำมาใช้ในการตรวจสอบ วิพากษ์วิจารณ์การทำงานของศาลหรือผู้พิพากษาย่อมเป็นการตรวจสอบอีกวิธีทางหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี การใช้เสรีภาพดังกล่าวในบางกรณีอาจจะเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เช่น การใช้เสรีภาพในบางกรณีอาจเป็นการสร้างกระแสสังคมเพื่อกดดันผู้พิพากษาให้ตัดสินใจไปตามกระแสนั้น ในประเทศประชาธิปไตยจึงจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของศาลหรือผู้พิพากษา

ในประเทศอังกฤษและประเทศที่ใช้สกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ จะมีกฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาล (Contempt of Court) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่คุ้มครองการดำเนินกระบวนการยุติธรรมของศาล โดยประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ 4 ชุดหลัก อันได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการดูหมิ่นศาลและผู้พิพากษา การคุ้มครองกระบวนการยุติธรรม การคุ้มครองความศักดิ์สิทธิ์ของคำสั่งศาลและการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยในการพิจารณาคดี (Misconduct in the Courtroom) ส่วนในระบบซีวิลลอว์แม้จะไม่มีมีนทัศน์ว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลโดยตรง แต่ก็มีกฎหมายที่ทำหน้าที่ใกล้เคียงกันแต่มุ่งเฉพาะการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยในการพิจารณาคดีเท่านั้น เช่น ในเยอรมัน¹⁵⁶ หรือในฝรั่งเศส¹⁵⁷ กฎหมายคุ้มครองกระบวนการยุติธรรมที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการโดยตรงมี 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก กฎหมายว่าด้วยการดูหมิ่นศาลและผู้พิพากษา (*Scandalizing the Court or Judges*) กฎหมายดังกล่าวมีใช้บังคับในหลายประเทศโดยเฉพาะในอังกฤษและ สหรัฐอเมริกา โดยเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาล¹⁵⁸ เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจะเป็นการกำหนดให้การกระทำที่เป็นการดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษา (*Scandalizing the Court or Judges*) เป็น

¹⁵⁶ Edmind C. Jann, “Contempt of Court in Western Germany,” *The American University Law Review* 8, p.34-42(1959) และดู คณิต ฌ นคร, “ละเมิดอำนาจศาลในเยอรมนี,” ใน *ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย*, สกิต ลิ้มพงศ์พันธุ์ บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ฟ้าสีโก, 2522)

¹⁵⁷ Michael Chesterman, “Contempt: In the Common Law, but not the Civil Law,” *International and Comparative Law Quarterly*, Issue 03, Vol 46, p. 521-560(July 1997).

¹⁵⁸ โปรตดู รองพล เจริญพันธุ์, “ความผิดฐานหมิ่นประมาทศาลในระบบคอมมอนลอว์,” ใน *ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย*, สกิต ลิ้มพงศ์พันธุ์ บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ฟ้าสีโก, 2522), น.59.

ความผิด การกระทำได้กล่าวคือการกระทำหรือข้อเขียนที่ตีพิมพ์เผยแพร่ที่ทำให้ศาลหรือผู้พิพากษาของศาลถูกดูหมิ่น หรือเพื่อลดทอนอำนาจของศาลหรือผู้พิพากษา เป็นการละเมิดอำนาจศาล นอกจากนี้ การกระทำหรือข้อเขียนที่ตีพิมพ์เผยแพร่เพื่อขัดขวางหรือแทรกแซงกระบวนการยุติธรรมของศาลเป็นการละเมิดอำนาจศาล เป็นรูปแบบหนึ่งของการละเมิดอำนาจศาล

องค์ประกอบของความผิดดังกล่าวประกอบไปด้วย องค์ประกอบภายนอกคือ องค์ประกอบด้วยพฤติกรรมกล่าวคือมีการเผยแพร่โดยการตีพิมพ์ กระจายภาพและเสียง หรือทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือกระทำได้คล้ายคลึงกัน เช่น การติดป้ายประกาศนอกศาล การเขียนจดหมายถึงผู้พิพากษา หรือการแถลงการณ์ต่อสื่อมวลชน ในบางประเทศรวมถึงการประท้วงในศาลด้วยเสียงดัง เช่น ในไอร์แลนด์ ส่วนองค์ประกอบภายในเป็นการสมรู้โดยผู้เผยแพร่จะต้องรู้ว่าได้เผยแพร่ข้อความที่เป็นปัญหา และรู้ว่าข้อความนั้นหมายถึงศาล ถ้าผู้เผยแพร่กระทำโดยบริสุทธิ์ใจคือเชื่อว่าข้อความที่เผยแพร่เป็นความจริงหรือข้อความเป็นส่วนหนึ่งของการอภิปรายที่เป็นธรรมในประเด็นที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะสามารถใช้เป็นข้อแก้ตัว (Truth Defense) ได้

ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้รับอิทธิพลของอังกฤษเนื้อหาของกฎหมายละเมิดอำนาจศาลจึงคล้ายคลึงกันโดยการกระทำหรือการแสดงความคิดเห็นใดๆ ที่อาจทำให้เกิดการดูหมิ่นเกลียดชังการบังคับใช้กฎหมายของศาล ทำให้เสื่อมความเคารพนับถือการใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรมของศาล การกระทำใดๆ ที่มุ่งโดยตรงต่อการเป็นปฏิปักษ์ต่อศักดิ์ศรี หรืออำนาจศาล หรือของผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาคดี และการกระทำนั้นเป็นการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมของศาล ซึ่งทำให้เกิดความโน้มเอียงให้ศาลต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือความเคารพนับถือ เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล¹⁵⁹ หากกระทำต่อหน้าบัลลังก์จะเรียกว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลโดยตรง (Direct Contempt) แต่หากกระทำนอกศาลหรือนอกเหนือการรู้เห็นของผู้พิพากษาจะเรียกว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลโดยอ้อม (Indirect Contempt) ซึ่งทั้งสองกรณีจะมีความแตกต่างกัน หากเป็นละเมิดอำนาจศาลโดยตรง ศาลมีอำนาจที่สั่งลงโทษสามารถใช้วิธีพิจารณาคดีแบบรวบรัดได้ทันที แต่หากเป็นการละเมิดอำนาจศาลโดยอ้อมจะต้องใช้กระบวนการพิจารณาคดีปกติ โดยผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับความคุ้มครองดังเช่นจำเลยในคดีอาญา¹⁶⁰

ประเภทที่สอง กฎหมายควบคุมการเผยแพร่ข่าวสารเกี่ยวกับการพิจารณาคดี
การเผยแพร่ข่าวสารเกี่ยวกับการพิจารณาคดีก็การกระทำอีกประการหนึ่งที่อยู่ภายใต้การควบคุมของ

¹⁵⁹ พ้นส์ ทศนิยานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 155*, น.89.

¹⁶⁰ เพ็งอ้าว, น.86 – 89.

กฎหมายละเมิดอำนาจศาลและมีผลกระทบต่อการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเกิดจากหลักห้ามการกล่าวถึงคดีที่กำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล(Sub Judice Rule) เนื่องจากการเผยแพร่ข่าวสารในระหว่างที่ศาลกำลังพิจารณาคดีอยู่นั้นอาจก่อให้เกิดกระแสดันการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาได้

ในอังกฤษ พระราชบัญญัติว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาล ค.ศ.1981 (Contempt of Court Act 1981) กำหนดความผิดฐานตีพิมพ์เผยแพร่ข้อความที่ขัดขวางหรือทำลายกระบวนการยุติธรรม โดยองค์ประกอบ 3 ประการ ประการแรก การตีพิมพ์เผยแพร่ทางโทรทัศน์ วิทยุ เว็บไซต์ ต่อสาธารณะโดยทั่วไปหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลบางกลุ่มไม่ว่าโดยทางการกระจายภาพหรือเสียง (Broadcast) ประการที่สอง สร้างความสับสนเสี่ยงว่ากระบวนการยุติธรรมจะถูกทำลายหรือเกิดอคติต่อกระบวนการยุติธรรมอย่างรุนแรง ความเสี่ยงดังกล่าวละเมิดในช่วงเวลาที่มีการตีพิมพ์เผยแพร่และประการที่สาม ต้องเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่กำลังดำเนินการอยู่ ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดโดยที่ไม่ต้องมีเจตนา หรือเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด ศาลมีอำนาจที่จะสั่งห้ามหรือเลื่อนการตีพิมพ์เผยแพร่เนื้อหาของเรื่องดังกล่าวได้

(2) ดุลยภาพระหว่างการตรวจสอบกับการคุ้มครองกระบวนการยุติธรรม

แม้จะมีกฎหมายที่ทำหน้าที่ควบคุมการวิพากษ์วิจารณ์หรือแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับฝ่ายตุลาการก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ในรัฐที่มีกฎหมายดังกล่าวนั้นก็พยายามดุลยภาพระหว่างเสรีภาพของประชาชนกับการคุ้มครองกระบวนการยุติธรรมไว้ ซึ่งจะมีหลักการหรือวิธีการตีความและใช้บังคับกฎหมายที่แตกต่างกันไป แต่มีความมุ่งหมายเหมือนกันคือความพยายามที่จะจำกัดเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ดุลยภาพในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

ในสหภาพยุโรปที่มีการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก หรือการแสดงความคิดเห็นวิพากษ์วิจารณ์ศาล ซึ่งมีหลายกรณีที่พลเมืองของสหภาพยุโรปถูกศาลภายในประเทศสั่งลงโทษจากการใช้เสรีภาพดังกล่าว จึงทำให้มีการเสนอเรื่องไปให้ศาลยุโรปพิจารณาในหลายคดีด้วยกัน โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางหลักเพื่อดุลยภาพระหว่างเสรีภาพกับการคุ้มครองกระบวนการยุติธรรมและเกียรติยศชื่อเสียงของผู้พิพากษาในหลายประการ

ในคดีซันเดย์ไทม์(Sunday times Case) ศาลในประเทศอังกฤษห้ามหนังสือพิมพ์ทำการตีพิมพ์เผยแพร่ข่าวสารเกี่ยวกับผลกระทบต่อตัวอ่อนในครรภ์มารดาของยาชนิดหนึ่ง ซึ่งเป็นคดีฟ้องร้องกันในศาลระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์กับบริษัทที่ผลิตยา โดยขณะตีพิมพ์ข่าวนั้นคดียังอยู่คง

ระหว่างการเจรจาเพื่อยุติคดีในศาลระหว่างคู่ความ ศาลในอังกฤษเห็นว่าการตีพิมพ์ข่าวดังกล่าวเป็นการละเมิดอำนาจศาล (Contempt of Court) แต่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวละเมิดสิทธิของหนังสือพิมพ์ในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารอันเป็นเสรีภาพในแสดงความคิดเห็น เนื่องจากการสั่งลงโทษเพราะการตีพิมพ์ดังกล่าวเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิที่มีได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมในการรักษาอำนาจตุลาการ¹⁶¹

นอกจากคดีนี้แล้ว ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังได้วินิจฉัยวางหลักในเรื่องนี้อีกว่า หากผู้พิพากษาจะฟ้องร้องผู้วิจารณ์เป็นความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทเป็นการส่วนตัวย่อมสามารถทำได้ และกฎหมายที่บัญญัติความผิดดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแต่ในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนั้นจะต้องอนุญาตให้จำเลยได้แก้ตัวในเรื่องการวิจารณ์โดยสุจริตเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือข้อความที่กล่าวนั้นเป็นความจริง เป็นต้น

ข. ตูลยภาพในอังกฤษ

ในอังกฤษ แม้จะมีกฎหมายว่าด้วยการดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษา แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่เคยถูกใช้มาตั้งแต่ ค.ศ. 1930 และรัฐสภาอังกฤษกำลังจะยกเลิกความผิดฐานดังกล่าว แต่ยังคงอนุญาตให้ผู้พิพากษาสามารถฟ้องร้องผู้วิจารณ์ที่เกิดเลยขอบเขตได้ด้วยความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทส่วนตัว

ส่วนกฎหมายว่าด้วยควบคุมการเผยแพร่ข่าวสารของสื่อมวลชน แม้ว่าความผิดดังกล่าวจะเป็นความผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) หรือความรับผิดโดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนากระทำความผิดก็ตาม แต่กฎหมายที่กำหนดความรับผิดดังกล่าวกำหนดบทยกเว้นความผิด 3 ประการ¹⁶² ประการแรก ข้อแก้ตัวว่าตีพิมพ์โดยบริสุทธิ์ใจ (Innocent Publication) หากบุคคลที่เผยแพร่สามารถพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีแล้ว แต่ก็ยังไม่รู้ว่าการกระบวนทางกฎหมายกำลังดำเนินการอยู่ ประการที่สอง เป็นการเผยแพร่ในช่วงเวลาเดียวกันด้วยความเป็นธรรมและเที่ยงตรงของรายงานกระบวนทางกฎหมายต่อสาธารณะ และโดยสุจริต ซึ่งศาลอาจออกคำสั่งให้ถ่วง/เลื่อนเวลาการรายงานออกไปเมื่อจำเป็นที่จะต้องหลีกเลี่ยงความเสี่ยงต่ออคติต่อกระบวนทางยุติธรรม ศาลเคยสั่งระงับรายงาน

¹⁶¹ Sunday Times v. the United Kingdom (1979) 2 EHHR 245. See also Equality and Human Rights Commission, Human Rights Review 2012, p.339, Retrieved on 5 April 2014, from http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/humanrights/ehrc_hrr_full.pdf.

¹⁶² A. W. Bradley and K. D. Ewing, *supra* note 143, p.399 – 404.

สารคดีที่เร้าอารมณ์ความรู้สึก(Drama) ในกระบวนการพิจารณาของศาลในแต่ละวัน แต่ก่อนจะออกคำสั่งศาลจะต้องเรียกผู้ที่จะถูกบังคับตามคำสั่งมาให้ถ้อยคำ และประการที่สาม ข้อแก้ตัวว่าการเผยแพร่มีเนื้อหาถึงการอภิปรายโดยสุจริตต่อกิจการสาธารณะ ถ้ามีความเสี่ยงต่ออคติต่อกระบวนการทางกฎหมายเป็นเพียงผลที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้ตั้งใจต่อการอภิปราย

ค. ตุลยภาพในสหรัฐอเมริกา¹⁶³

แต่เดิมศาลใช้กฎหมายละเมิดอำนาจศาลเพื่อควบคุมการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการอย่างกว้างขวาง โดยใช้หลัก “การพิจารณาแนวโน้ม(Tendency)” ที่ว่าหากการพิมพ์เผยแพร่ข่าวสารใดมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นการขัดขวางการพิจารณาคดีอย่างเที่ยงธรรม ศาลอาจสั่งให้ระงับการเผยแพร่ข่าวสารนั้นได้ โดยมีต้องพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลจริงหรือไม่ เพียงแต่พิสูจน์ว่ามีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นก็เพียงพอแล้ว แต่ในปี ค.ศ. 1954 เกิดคดี Bridges v. California Supreme Court ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา โดยตุลาการแบล็ก(Justice Black) ได้จำกัดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายลง โดยเปลี่ยนจากหลักการพิจารณาแนวโน้มและสร้างหลักการขึ้นมาใหม่ซึ่งเรียกว่า หลักภัยอันตรายที่ชัดเจนและเป็นทันทีทันใด (Clear and Present Danger) อันหมายถึงว่าการพิมพ์โฆษณาที่จะเป็นการละเมิดอำนาจศาลนั้นจะต้องมีลักษณะเป็น “ภัยอันตรายที่เด่นชัดและทันทีทันใด” คือเป็นภัยที่ชัดเจนในปัจจุบัน(a clear and present danger) ต่อการบริหารความยุติธรรมของศาล โดยศาลให้เหตุผลว่า “การยอมรับว่าข้อความที่กล่าวหรือพิมพ์โฆษณาในคดีนี้สามารถมีอิทธิพลอย่างร้ายแรงต่อการพิจารณาของศาลได้ก็จะเท่ากับเป็นการกล่าวหาผู้พิพากษานั้นขาดความหนักแน่นด้วยปัญญา ไร้เกียรติยศซึ่งเป็นข้ออ้างที่ศาลสูงสหรัฐไม่อาจยอมรับได้” ในคดีนี้ได้ถูกใช้เป็นบรรทัดฐานว่า “ข้อความในการพิมพ์หรือโฆษณาใดๆ ที่จะถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลนั้นจะต้องได้กระทำภายใต้พฤติการณ์ที่คาดการณ์ได้ว่าจะเกิดภัยอันตรายต่อกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของศาลจริงๆ และภัยอันตรายนั้นต้องเป็นมิใช่ภัยอันตรายที่ห่างไกล หรือเพียงแต่น่าจะเกิดขึ้นได้แต่จะต้องเป็นภัยอันตรายที่ใกล้ชัดและทันทีทันใด

คำพิพากษาดังกล่าวทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในแนวบรรทัดฐานในการใช้กฎหมายว่าด้วยละเมิดอำนาจศาล เช่น การวิพากษ์วิจารณ์การดำเนินคดีของศาลที่ทำโดยสุจริตไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล หรือคดีที่คำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว จะไม่มีข้อจำกัดในการวิพากษ์วิจารณ์ จะเป็นเพียงการหมิ่นประมาทผู้พิพากษาธรรมดาเท่านั้น ไม่ถือเป็นการละเมิดอำนาจศาล

¹⁶³ พนัส ทศนิยานนท์, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 155*, น.81-107.

ในการใช้เสรีภาพของสื่อสารมวลชน ศาลพยายามจะหลีกเลี่ยงการออกคำสั่งห้ามสื่อมวลชนรายงานข่าว แต่จะใช้วิธีการเลื่อนเวลาการพิจารณาคดีออกไปให้กระแสดราม่าของสังคมลดลงเสียก่อน หรือย้ายสถานที่การพิจารณาคดีไปในพื้นที่ที่ไม่ได้มีการรายงานข่าวเกี่ยวกับคดีดังกล่าว ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ถูกโต้แย้งว่าแม้จะไม่กระทบกระเทือนเสรีภาพสื่อมวลชน แต่กระทบกับสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม กล่าวคือในเวลาที่เหมาะสมและในสถานที่ที่ไม่ทำให้คู่ความโดยเฉพาะจำเลยลำบากจนเกินไปนัก

กล่าวโดยสรุปการจำกัดการแสดงความคิดเห็นต่อฝ่ายตุลาการเป็นเครื่องมือหนึ่งของสาธารณะชนในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ แม้จะมีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเพื่อไม่ให้กระทบกระเทือนถึงสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของคู่ความในคดี แต่ในประเทศเสรีประชาธิปไตยพยายามจะไม่จำกัดหรือจำกัดการใช้เสรีภาพดังกล่าวให้น้อยที่สุด โดยฝ่ายตุลาการ ศาลและผู้พิพากษาทั้งหลายจะต้องมีความอดทนอดกลั้นต่อคำวิจารณ์ทั้งหลายที่มากกว่าปกติ การวิจารณ์อย่างมีเหตุผลได้รับการคุ้มครอง การวิจารณ์คำพิพากษาลงจากที่ศาลได้ตัดสินแล้วได้รับการคุ้มครอง ในหลายประเทศไม่มีกฎหมายหรือได้ยกเลิกกฎหมายควบคุมโดยเฉพาะ แต่หากผู้พิพากษารู้สึกว่าตนเองถูกวิจารณ์อย่างไม่เป็นธรรม ถูกดูหมิ่นเกียรติยศชื่อเสียงส่วนตัวก็ยังคงสามารถฟ้องร้องต่อผู้กระทำความผิดดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทส่วนตัวได้ ซึ่งการบังคับกฎหมายดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ข้อจำกัดสำหรับการวิพากษ์วิจารณ์ด้วยข้อเท็จจริงอย่างเป็นธรรม และเพื่อประโยชน์สาธารณะ

8.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

8.3.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา

ปัญหาของระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการแยกออกเป็น 2 ประเด็นได้แก่ (8.3.1.1) ปัญหาระบบการตรวจสอบทางตุลาการ และ (8.3.1.2) ปัญหาระบบการตรวจสอบทางการเมือง

8.3.1.1 ปัญหาระบบการตรวจสอบทางตุลาการ

ระบบการตรวจสอบทางตุลาการหรือการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยฝ่ายตุลาการด้วยกันเองเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับระบบการตรวจสอบของต่างประเทศพบว่ามีปัญหาข้อบกพร่องที่สำคัญใน 4 ประเด็น ได้แก่ (1) ปัญหาช่องทางการตรวจสอบทางตุลาการที่มีอยู่อย่างจำกัด (2) ปัญหาระบบการอุทธรณ์ (3) ปัญหาบทบาทของศาลฎีกา (3) ปัญหาระบบการรื้อฟื้นการพิจารณาคดีใหม่

(1) ปัญหาช่องทางการร้องขอให้ตรวจสอบทางตุลาการมีจำกัด

การตรวจสอบทางตุลาการคือการตรวจสอบการพิจารณาพิพากษาคดีโดยฝ่ายตุลาการด้วยตนเองเป็นผู้ตรวจสอบ ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบภายในระบบศาลเดียวกันหรือการตรวจสอบโดยศาลคนละระบบกันหรือศาลพิเศษก็ตาม การตรวจสอบทางตุลาการมุ่งไปสู่วัตถุประสงค์หลัก 2 ประการได้แก่ การตรวจสอบตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ ซึ่งจะเป็นการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจตุลาการนั้นสอดคล้องต่อกฎหมายหรือไม่ ทั้งในแง่ของเนื้อหาของกฎหมายว่าศาลได้ตีความและใช้กฎหมายที่ถูกต้องหรือไม่ และในแง่ของกระบวนการที่ศาลได้ปฏิบัติตามกระบวนการใช้อำนาจตุลาการที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ และประการที่สอง การตรวจสอบตามหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งแยกออกเป็น 2 เรื่อง ฝ่ายตุลาการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรมหรือไม่ ตามสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ที่เรียกร้องให้รัฐจัดระบบการพิจารณาคดีที่ประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีของประชาชนโดยเฉพาะสิทธิในการอุทธรณ์ และฝ่ายตุลาการได้ล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนของประชาชนในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่ ระบบการตรวจสอบทางตุลาการที่ดีจึงต้องเป็นระบบที่สามารถตรวจสอบได้ครอบคลุมในทั้งสองวัตถุประสงค์

หากพิจารณาในแง่ช่องทางการตรวจสอบดังกล่าวโดยเปรียบเทียบระบบการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายต่างประเทศด้วยกันเองจะพบว่าระบบการตรวจสอบของเยอรมนีนั้นสมบูรณ์ที่สุด เนื่องจากมีช่องทางสำหรับตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการที่หลากหลายแตกต่างกัน ครอบคลุมในทุกประเด็น และเพียงพอที่จะอำนวยให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ไม่เห็นพ้องด้วยกัน การใช้อำนาจตุลาการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบธรรมของตนเอง จุดเด่นที่สำคัญของระบบการตรวจสอบแบบเยอรมนีคือแต่ละช่องทางการตรวจสอบแต่ละช่องทางไม่ซ้ำซ้อนกันและมีการจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการแต่ละประเภทได้อย่างลงตัวและอย่างน่าสนใจอย่างยิ่ง ดังนี้

ช่องทางแรก กรณีที่คำพิพากษายังไม่ถึงที่สุด ผู้ที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลสามารถร้องขอให้ทบทวนการใช้อำนาจตุลาการได้ 2 ครั้งในประเด็นและเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ครั้งแรกโดยการอุทธรณ์ซึ่งสามารถร้องขอให้ทบทวนได้ทั้งประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและสามารถนำเสนอพยานหลักฐานเข้าสู่การพิจารณาได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และเมื่อศาลได้พิพากษายุติแล้ว คู่ความยังไม่เห็นพ้องด้วยก็สามารถร้องขอให้ร้องขอให้ทบทวนได้อีกครั้งแต่ในครั้งที่สองนี้จะจำกัดเฉพาะการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจตุลาการเท่านั้น

ช่องทางที่สอง สำหรับกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว คือ การร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่สำหรับผู้ที่มีสิทธิสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลนำคดีที่ถึงที่สุดไปแล้วขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ ซึ่งตามเงื่อนไขของกฎหมายสามารถร้องขอให้ทั้งกรณีมีพยานหลักฐานใหม่และมีข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาคดีที่สิ้นสุดไปแล้วด้วย และ

ช่องทางที่สาม กรณีหมดสิ้นหนทางที่จะร้องขอการเยียวยาจากการถูกละเมิดสิทธิโดยฝ่ายตุลาการหรือการกระทำทางตุลาการเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ผู้ถูกละเมิดสิทธิยังสามารถยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งมีไม่กี่ประเทศแต่ยอมรับให้มีช่องทางนี้

จากที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่าระบบการตรวจสอบของเยอรมันนั้นมีครบทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้อำนาจตุลาการโดยระบบการอุทธรณ์ หรือการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยฝ่ายตุลาการเองโดยการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ และตรวจสอบได้ทั้งในช่วงที่คำพิพากษาได้ถึงที่สุดไปแล้วโดยการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่

เมื่อย้อนกลับมาที่ระบบการตรวจสอบของไทย ในแง่ของช่องทางการตรวจสอบจะพบว่าระบบของไทยนั้นยอมรับเพียงการอุทธรณ์-ฎีกาและการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่สำหรับการอุทธรณ์-ฎีกาก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงคดีทุกประเภท การพิจารณาคดีโดยศาลบางประเภท แม้ศาลจะมีคำพิพากษาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของคู่ความในคดีได้ แต่กฎหมายไม่ได้ให้สิทธิอุทธรณ์ไว้ เช่น ศาลทหารในเวลาไม่ปกติและศาลอาญาศึก ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2496 มาตรา 61 ห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาและคำสั่งของศาลในทุกกรณี¹⁶⁴ ส่วนการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ กฎหมายจะเปิดช่องให้สามารถรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาได้ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญาและคดีปกครอง แต่เหตุในการร้องขอให้รื้อฟื้นคดีก็มีอยู่อย่างจำกัดโดยคดีแพ่งจำกัดเฉพาะการพิพากษาไปโดยจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณาคดี หรือในคดีอาญาก็จำกัดเฉพาะกรณีมีพยานหลักฐานใหม่หรือพยานหลักฐานในคดีเก่าปลอมหรือเป็นเท็จ แต่ยังไม่รวมถึงกระบวนการพิจารณาในคดีเก่ามีข้อบกพร่อง ยกเว้นแต่ศาลปกครองที่กำหนดเหตุแห่งการรื้อฟื้นคดีไว้อย่างครอบคลุม

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายไทยยังไม่ยอมรับให้มีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในกรณีการกระทำทางตุลาการของศาลละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ แม้ว่าในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จะได้นำระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ก็ตาม แต่

¹⁶⁴ เสนีย์ พรหมวิวัฒน์, “โครงสร้างองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลทหาร,” (วิทยานิพนธ์ ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), น.154-155.

ก็จำกัดไว้เพียงการโต้แย้งว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น¹⁶⁵ ส่วนการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอื่น หรืออำนาจปกครอง และอำนาจตุลาการไม่รวมถึงด้วย ดังนั้น หากพิจารณาในแง่ช่องทางที่จะร้องขอให้มีการตรวจสอบทางตุลาการของไทยจึงยังมีข้อจำกัดและไม่ครอบคลุมต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอย่างรอบด้านเพียงพอ

(2) ปัญหาของระบบการอุทธรณ์

ระบบการอุทธรณ์ในระบบศาลต่างประเทศอาจแยกได้เป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบอุทธรณ์แบบชีวิลลอว์ที่ใช้หลักการพิจารณาคดีโดยศาลสองชั้น(Double Degree of Jurisdiction) ซึ่งให้ระบบการอุทธรณ์ใช้วิธีการพิจารณาที่เหมือนกับของศาลชั้นต้น โดยอนุญาตให้มีการยื่นข้อต่อสู้ใหม่ได้แต่มีเงื่อนไขบางอย่าง เช่น เป็นข้อต่อสู้ที่สืบเนื่องจากข้อต่อสู้เดิมและเหตุที่ไม่ยกขึ้นต่อสู้ตั้งแต่ในศาลชั้นต้นไม่ได้เป็นความผิดของคู่ความฝ่ายนั้น โดยในการพิจารณาอุทธรณ์สามารถนำพยานหลักฐานเข้าสืบในชั้นศาลอุทธรณ์ได้ ส่วนระบบการอุทธรณ์แบบคอมมอนลอว์จะพิจารณาทบทวนแต่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนประเด็นข้อเท็จจริงจะพิจารณาเฉพาะว่าการสืบพยานในศาลชั้นต้นนั้นชอบด้วยกระบวนการพิจารณาหรือไม่ โดยในการพิจารณาจะใช้วิธีการตรวจสอบสำนวนคดีของศาลล่าง

หากเปรียบเทียบระบบการอุทธรณ์ของสองระบบแล้ว ในแง่ของสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมนั้นระบบอุทธรณ์แบบชีวิลลอว์จะเป็นระบบที่ให้สิทธิแก่คู่ความในการอุทธรณ์มากกว่าระบบแบบคอมมอนลอว์ ดังจะเห็นได้จากการอนุญาตให้กล่าวอ้างข้อต่อสู้และพยานหลักฐานใหม่ได้โดยมีการสืบพยานในชั้นอุทธรณ์ แม้จะมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ก็ตาม โดยศาลที่พิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาได้ทั้งประเด็นข้อเท็จจริงและประเด็นข้อกฎหมายทำให้คดีของคู่ความได้รับการพิจารณาโดยรอบคอบ ในขณะที่ระบบการพิจารณาแบบคอมมอนลอว์ จะเน้นที่ความมั่นคงแน่นอนของคำพิพากษาโดยศาลอุทธรณ์จะตรวจสอบเพียงประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย และจะกลับคำพิพากษาของศาลล่างกรณีมีความผิดพลาดอย่างชัดเจน ระบบการตรวจสอบเช่นนี้ย่อมเป็นระบบที่ไว้วางใจในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นชั้นต้นอย่างมากซึ่งก็จะสอดคล้องกับระบบการจัดระเบียบผู้พิพากษาที่จะคัดเลือกจากผู้ที่มีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาแล้วในระดับหนึ่ง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบการอุทธรณ์ในระบบศาลไทย ในแง่ของระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการของศาลล่าง ระบบการอุทธรณ์ของไทยมีข้อจำกัดในการตรวจสอบมากกว่าระบบของชีวิลลอว์ สำหรับระบบอุทธรณ์ของศาลยุติธรรมและศาลทหารจะจำกัดให้มีการยกข้อต่อสู้ขึ้นใหม่เฉพาะในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ

¹⁶⁵ มาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ประชาชนหรือประเด็นข้อกฎหมายที่ไม่ได้หยิบยกขึ้นมาในศาลชั้นต้นเพราะสภาพไม่เปิดช่องให้กระทำได้เท่านั้นซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิการต่อสู้คดีที่มากกว่าในระบบการพิจารณาแบบซีวิลลอว์ นอกจากนี้ แม้กฎหมายอนุญาตให้มีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบได้แต่ศาลในชั้นอุทธรณ์จะไม่สืบพยานหลักฐานเอง กระบวนพิจารณาเช่นนี้ทำให้ศาลอุทธรณ์ไม่น่าจะอยู่ในฐานะที่จะประเมินความน่าเชื่อถือของพยานได้ แต่กลับมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ไม่น่าจะสอดคล้องกับหลักการพิจารณาคดีเท่าใดนัก ส่วนระบบการพิจารณาอุทธรณ์ของศาลปกครองจะยืดหยุ่นกว่าที่อนุญาตให้มีการยกข้อต่อสู้ขึ้นใหม่ได้หากเป็นประเด็นที่เป็นประโยชน์สาธารณะ และอีกทั้งยังเปิดช่องให้ศาลสามารถเรียกพยานหลักฐานอื่นเข้ามาพิจารณาเพิ่มเติมได้จากที่ปรากฏในสำนวนของศาลชั้นต้น

(3) ปัญหาบทบาทของศาลฎีกา

ในต่างประเทศ ศาลสูงสุดจะมีบทบาทเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจตุลาการของศาลล่างซึ่งหมายความว่าไปถึงการการควบคุมความเป็นเอกภาพของการตีความกฎหมายของศาลล่างดังจะเห็นได้จากการที่กำหนดให้ศาลสูงสุดมีเขตอำนาจเฉพาะประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในฝั่งศาลแบบคอมมอนลอว์แบบอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา และให้วินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของศาลล่างตามแบบศาลสูงสุดในฝั่งซีวิลลอว์แบบเยอรมนีหรือฝรั่งเศส การวางบทบาทของศาลสูงสุดดังกล่าวมีข้อดีหลายประการ

ประการแรก ศาลสูงสุดมีบทบาทที่ชัดเจนในการตรวจสอบตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของการใช้อำนาจตุลาการ และไม่ทำงานซ้ำซ้อนกันกับศาลในชั้นอุทธรณ์

ประการที่สอง หากพิจารณาในแง่ของการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจของฝ่ายตุลาการ การวางบทบาทเช่นนี้จะทำให้ศาลสูงสุดจะเป็นศาลที่มีอำนาจจำกัดเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น

และประการที่สาม ในศาลสูงสุดของฝรั่งเศสและเยอรมนี ยังจำกัดอำนาจในการทำคำพิพากษาอีกด้วย กล่าวคือโดยหลักแล้วศาลจะทำคำพิพากษาในคดีเองไม่ได้ จะต้องให้ศาลล่างเป็นผู้ทำคำพิพากษา กำหนดเนื้อหาในคำพิพากษา อันเป็นการจำกัดอำนาจของศาลสูงสุดไว้ประการหนึ่ง เนื่องจาก ศาลสูงสุดมีอำนาจพิพากษาคดีแล้วเป็นที่สุดทันที คู่ความไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปยังศาลอื่นใดได้ เว้นแต่ในบางประเทศที่มีระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ จึงมีการจำกัดอำนาจของศาลสูงสุดในการทำคำพิพากษา โดยจะต้องย้อนกลับไปให้ศาลล่างทำคำพิพากษา เพื่อให้คำพิพากษาใหม่สามารถถูกตรวจสอบได้อีกครั้งจนแน่ใจได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่ไม่มีข้อผิดพลาดอีกแล้ว

แต่สำหรับศาลสูงสุดของไทย ในศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดของระบบศาลยุติธรรมและศาลทหารสูงสุดในระบบศาลทหาร ยกเว้นศาลปกครองสูงสุด¹⁶⁶ กฎหมายกำหนดให้มีบทบาทในการเป็นศาลอุทธรณ์ชั้นที่สอง ทั้งในแง่ของเขตอำนาจที่ศาลสูงสุดมีอำนาจพิจารณาทั้งประเด็นข้อเท็จจริงและประเด็นข้อกฎหมายอีกทั้งในวิธีพิจารณาคดีตามกฎหมายก็กำหนดให้ศาลใช้วิธีการตรวจสอบสำนวนคดีของศาลล่างเป็นหลักแล้วมีคำสั่งหรือคำพิพากษา ดังนั้นในแง่นี้ ศาลฎีกาและศาลทหารสูงสุดจึงมีบทบาทที่เข้าซ้อนกับศาลในลำดับชั้นอุทธรณ์ นอกจากนี้ ทั้งศาลฎีกาและศาลทหารสูงสุดยังมีอำนาจในการทำคำพิพากษาที่กำหนดเนื้อหาขึ้นใหม่เองได้เหมือนกับศาลในชั้นอุทธรณ์ ทำให้หากเปรียบเทียบกันในการจำกัดอำนาจศาลสูงสุด ศาลสูงสุดของไทยจะถูกจำกัดอำนาจน้อยกว่าศาลสูงสุดในแบบซีวิลลอว์

แม้การกำหนดบทบาทศาลสูงสุดของไทยจะมีข้อดีที่ทำให้คดีได้รับการตรวจสอบซ้ำถึงสองครั้งจนมั่นใจได้ว่าไม่มีข้อบกพร่องผิดพลาดใดๆ อีกแล้วอันเป็นการช่วยลดข้อบกพร่องที่อาจเกิดจากการจัดระเบียบผู้พิพากษาแบบตุลาการอาชีพได้ และยังให้สิทธิแก่คู่ความได้มีโอกาสต่อสู้คดีเพิ่มขึ้นอีกครั้งหนึ่ง แต่การกำหนดบทบาทดังกล่าวเป็นเหตุที่ทำให้การพิจารณาคดีในศาลมีความล่าช้าอย่างมากจนทำให้ต้องมีการนำระบบการรับคดีไว้พิจารณาแบบดุลพินิจมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว แม้อาจจะช่วยลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลฎีกาได้จริง แต่วิธีการดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นการจำกัดอำนาจของศาลสูงสุดแต่อย่างใด และก็ไม่ได้ตอบโจทย์ด้านบทบาทที่เข้าซ้อนกันของศาลสูงทั้งสอง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากปรับบทบาทของศาลสูงสุดให้เป็นแบบศาลฝั่งซีวิลลอว์คือให้ศาลสูงสุดมีอำนาจเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของศาลล่างและจำกัดอำนาจในการทำคำพิพากษาของศาลสูงสุดจะเป็นการวางบทบาทที่สมเหตุผลผลและเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลฎีกาได้อีกด้วย

(4) ปัญหาของระบบการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่

การรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาเป็นระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการระบบหนึ่งแต่จะทำการตรวจสอบหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาไปเสร็จเด็ดขาดแล้ว ระบบการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ในต่างประเทศในฐานะที่เป็นระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการจะมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ประการแรก ระบบการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่จะมีในทุกๆ ประเภทคดีไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญาหรือคดีปกครอง รวมไปถึงคดีรัฐธรรมนูญประเภทที่ศาลมีคำวินิจฉัยเป็นการตัดทอน

¹⁶⁶ เนื่องจากการจัดโครงสร้างศาลของศาลปกครองที่มีเพียง 2 ลำดับชั้นคือศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ทำให้ศาลปกครองสูงสุดต้องทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์และเป็นศาลสูงสุดในขณะเดียวกันโดยปริยาย

สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น ในการถอดถอนผู้พิพากษาของญี่ปุ่นและในเยอรมนี และประการที่สอง เหตุในการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่สามารถแบ่งได้เป็น 4 เหตุใหญ่ๆ ได้แก่ เหตุประการแรก คือ คำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีเก่าวางอยู่ฐานของการใช้พยานหลักฐานปลอมหรือเป็นเท็จ เหตุประการที่สอง กระบวนการพิจารณาคดีเก่ามีความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง เช่น ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเนื่องจากมีความไม่เป็นกลางหรือมีการใช้อำนาจพิจารณาคดีที่เป็นการกระทำความผิดอาญา เหตุประการที่สาม คือมีข้อเท็จจริงหรือมีพยานหลักฐานใหม่ และเหตุประการสุดท้าย การพิจารณาคดีเก่าเกิดการพิจารณาคดีโดยขาดนัด นอกจากนี้ ในเยอรมนียังได้เพิ่มเหตุในการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาได้อีก ในกรณีที่คำพิพากษาของศาลวางอยู่บนเหตุที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วินิจฉัยแล้วว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ของไทยจะพบว่า ระบบการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ของไทยมีปัญหาที่สำคัญในแง่ของการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ ใน 2 ประการ

ประการแรก การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ก็ไม่ได้ครอบคลุมทั่วถึงในทุกประเภทคดี โดยจะมีการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาเฉพาะในคดีอาญาและคดีปกครอง ส่วนคดีแพ่งสามารถรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่เฉพาะกรณีการพิจารณาคดีโดยขาดนัด คดีแพ่งทั่วไปก็ไม่สามารถทำได้ ดังนั้น แม้ต่อมาคู่ความฝ่ายที่แพ้คดีพบว่ามีการพิจารณาคดีมีการใช้พยานหลักฐานเท็จ หรือมีการฉ้อฉลในกระบวนการพิจารณาคดีก็ไม่มีช่องทางที่จะนำคดีกลับเข้าสู่การพิจารณาได้ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีคดีที่ศาลพิเศษอื่นๆ ก็ไม่มีระบบการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่เพราะกฎหมายวิธีพิจารณาความไม่ได้กำหนดให้ทำได้ นอกจากนี้แล้ว การร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ไม่ได้รวมถึงกรณีของคดีพิเศษอีกหลายประเภทที่ศาลได้มีคำพิพากษาดัดถอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไปแล้ว แม้ต่อมาจะพบว่ากระบวนการพิจารณาคดีหรือมีความบกพร่องในพยานหลักฐานก็ไม่มีช่องทางที่จะร้องขอต่อศาลเพื่อให้รื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ เช่น คดีการตัดสิทธิในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีการตัดสิทธิทางการเมืองในศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง แม้ต่อมาจะได้มีคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดแล้วว่า

ประการที่สอง การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่ที่ให้น้ำหนักไปที่หลักความมั่นคงแน่นอนในอำนาจรัฐมากกว่าหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากไม่มีการกำหนดเหตุในการอนุญาตให้รื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ในกรณีที่กระบวนการพิจารณาในคดีเดิมเป็นกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้

พิพากษามีความไม่เป็นกลางในการพิจารณาคดี หรือผู้พิพากษาที่พิจารณาไม่ใช่ผู้พิพากษาที่ผ่านระบบการจ่ายสำนวนคดีโดยถูกต้อง หรือการอนุญาตให้รื้อฟื้นคดีเนื่องจากคำพิพากษาของศาลเดิมตั้งอยู่บนฐานแห่งการละเมิดสิทธิมนุษยชน เป็นต้น แต่กำหนดไว้เพียงกรณีพยานหลักฐานในคดีเดิมปลอมหรือเป็นเท็จ หรือมีพยานหลักฐานใหม่เท่านั้น และหากพิจารณาร่วมกับการวินิจฉัยของศาลว่าจะให้รื้อฟื้นคดีหรือไม่จะพบว่าศาลพิจารณาอย่างถี่ถ้วนโดยให้น้ำหนักกับกับความมั่นคงแน่นอนของคำพิพากษามากกว่าการแก้ไขข้อบกพร่องของกระบวนการพิจารณาคดี

ตัวอย่างเช่น กรณีในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5038/2533 เป็นคดีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำเลยแต่ให้การลงโทษไว้ตามคำรับสารภาพของจำเลยในข้อหาพาอาวุธปืนติดตัวไปในหมู่บ้านและทางสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาต จำเลยมาขอรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ โดยอ้างว่ามีพยานหลักฐานใหม่จากคดีเดิมที่ใช้หลักฐานว่าใบอนุญาตพกปืนของจำเลยได้ถูกยกเลิกไปแล้ว จำเลยจึงไม่มีสิทธิพกปืน แต่ภายหลังจำเลยไปตรวจสอบที่กรมตำรวจและพบว่ากรมตำรวจไม่เคยมีคำสั่งยกเลิกใบอนุญาตดังกล่าว ดังนั้น จำเลยอาจจะไม่มีความผิดในคดีดังกล่าวหากได้มีการนำพยานหลักฐานนี้เข้าไปพิจารณาในคดีก่อน แต่คดีนั้นศาลยกคำร้องเนื่องจากจำเลยได้สารภาพว่ากระทำความผิดจริงในคดีเดิม จึงไม่ต้องด้วยพระราชบัญญัติรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่¹⁶⁷ หรือกรณีการยกคำร้องเพราะเหตุมิได้บรรยายให้ชัดเจนถึงพยานหลักฐานใหม่ในคดี ซึ่งน่าจะแก้ไขได้โดยการให้ผู้ร้องแก้ไขคำร้องหรือเสนอพยานหลักฐานใหม่มาให้ศาลตรวจสอบ

หรือกรณีล่าสุดที่ผู้ร้องถูกศาลพิพากษาลงโทษให้จำคุก 20 ปีด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุ 16 ปีอันมีลักษณะเป็นการโหมหนิง ซึ่งต่อมาผู้เสียหายได้รับสารภาพว่าเบิกความเท็จและมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้เสียหายดังกล่าวโดยศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกผู้เสียหายฐานเบิกความเท็จในคดีศาล คดีสิ้นสุดที่ศาลชั้นต้นเนื่องจากไม่มีการอุทธรณ์คดีต่อไป จำเลยในคดีเดิมจึงนำคำพิพากษาดังกล่าวมาร้องขอให้ศาลอนุญาตให้รื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ตามเหตุที่กำหนดไว้ใน

¹⁶⁷ สันตติ์ สุจริต, “การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นมาพิจารณาใหม่โดยอ้างเหตุพยานหลักฐานใหม่,” (งานเอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง(บ.ย.ส.)” วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550), น.33-35.

กฎหมาย แต่ศาลอุทธรณ์มีคำสั่งไม่อนุญาตให้รื้อฟื้นคดีเนื่องจากไม่เชื่อว่าผู้เสียหายกลับคำให้การเพราะ
สำนึกผิดจริงๆ แต่น่าจะมาจากสาเหตุอื่น¹⁶⁸

หากเปรียบเทียบการรื้อฟื้นการพิจารณาคดีใหม่ในต่างประเทศจะผ่อนคลาย
มากกว่า เช่น ในฝรั่งเศส กรณีข้อเท็จจริงใหม่นั้นเพียงแต่เกิดความสงสัยตามสมควรว่าผู้ต้องคำพิพากษา
อาจจะเป็นผู้บริสุทธิ์ก็ขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ หรือกรณีการเบิกความเท็จของพยานบุคคลที่
เป็นหลักฐานให้ลงโทษในคดีอาญา หากต่อมาพยานดังกล่าวได้รับสารภาพว่าตนเองเบิกความเท็จหลังจาก
ที่คดีอาญาฐานเบิกความเท็จขาดอายุความแล้ว ศาลฝรั่งเศสก็ให้รื้อฟื้นคดีอาญามาพิจารณาใหม่ได้ใน
ฐานะที่คำสารภาพดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานใหม่¹⁶⁹ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในต่างประเทศให้ความสำคัญกับ
เรื่องการแก้ไขข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาคดีและการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายมากกว่าความ
มั่นคงแน่นอนของอำนาจตุลาการ

8.3.1.2 ปัญหาระบบตรวจสอบทางการเมือง

ในการตรวจสอบในทางการเมืองไทย โดยอาจแยกพิจารณาได้เป็น (1) ปัญหา
การขาดเครื่องมือทางกฎหมายที่มีความเหมาะสม และ (2) ปัญหาการตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์

(1) ปัญหาการขาดเครื่องมือทางกฎหมายที่มีความเหมาะสม

การตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมืองจะมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อมีเครื่องมือ
ทางกฎหมายที่เหมาะสมในการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งที่ฝ่ายการเมืองเห็นว่าเป็นความบกพร่อง
ผิดพลาดของฝ่ายตุลาการซึ่งจะมีผลในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น การตรากฎหมายตีความกฎหมาย
(Interpretative Law) ในกรณีที่ศาลใช้และตีความกฎหมายนั้นเกินกว่าเจตนารมณ์ของรัฐสภา หรือการ
ตรากฎหมายเพื่อรับรองความชอบธรรม ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่าย
ปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น แต่ในระบบกฎหมายไทยมีเครื่องมือทางกฎหมายเพียงการนิรโทษ
กรรมและการอภัยโทษที่ใช้สำหรับกรณีศาลมีคำพิพากษาในทางอาญาหรือในทางแพ่ง และการตอบโต้โดย
การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างศาลเท่านั้น นอกนั้น ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายตีความ กฎหมายรับรองความ

¹⁶⁸ คดีหมายเลขดำที่ อพ. 2/2557 อ้างถึงใน เว็บไซต์ไทยรัฐออนไลน์, “ยกคำร้อง 2 ดาบ
ตำรวจเพชรเกษมขอรื้อคดีข่มขืน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2557, จาก <http://www.thairath.co.th/content/455879>.

¹⁶⁹ พิชญา เหลืองรัตนเจริญ, “การรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ : ศึกษาเฉพาะกรณีการ
รื้อฟื้นคดีที่เป็นคุณแก่จำเลย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยสุโขทัย, 2548), น.29-30.

สมบูรณ์ หรือการประกาศความเสียหายของคำพิพากษายังไม่เป็นที่รู้จักในระบบกฎหมายไทย ทำให้บางกรณี ฝ่ายการเมืองไม่มีเครื่องมือที่เหมาะสมในการดำเนินการกับการใช้อำนาจตุลาการที่มีปัญหา

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนคือกรณีที่ศาลรับรองว่าการทำรัฐประหารว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือพิพากษารับรองกฎหมายนิรโทษกรรมตนเองที่ประกาศใช้โดยคณะรัฐประหารว่าเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ได้ หรือกรณีคำพิพากษาที่รับรองว่าการใช้อำนาจในช่วงการปกครองโดยคณะรัฐประหารที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาเหล่านี้เมื่อประเทศกลับเข้าสู่ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยปกติแล้วควรจะต้องได้รับการทบทวนโดยฝ่ายการเมืองที่เป็นตัวแทนประชาชนว่าการใช้อำนาจรัฐในช่วงเวลาดังกล่าวสามารถยอมรับได้หรือไม่ และหากไม่อาจยอมรับให้คำพิพากษาเหล่านี้ดำรงอยู่ในระบบกฎหมายและควรจะต้องเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายจากกรณีดังกล่าว ฝ่ายการเมืองอาจจำเป็นต้องมีเครื่องมือทางกฎหมายอื่นที่เหมาะสมกับกรณีดังกล่าว เช่น กฎหมายที่ให้อำนาจในการประกาศความเสียหายของคำพิพากษาของศาลที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในช่วงการรัฐประหาร เป็นต้น

(2) ปัญหาของการตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์

การตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการเป็นการเปิดโอกาสให้สื่อสารมวลชนและประชาชนทั่วไปมีโอกาสได้สำรวจตรวจสอบ การทำหน้าที่ของศาลและผู้พิพากษา ซึ่งจะสะท้อนความคิดเห็นและความพึงพอใจต่อการใช้อำนาจตุลาการออกมา ผลสะท้อนดังกล่าวอาจจะทำให้ฝ่ายตุลาการได้ตระหนักถึงความบกพร่องของตนเองและแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องความเห็นสาธารณะ หรืออาจทำให้ฝ่ายการเมืองซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อประชาชนโดยตรงรับเอาความคิดเห็นเหล่านั้นไปดำเนินการผลักดันเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องผิดพลาดดังกล่าวได้ แต่อย่างไรก็ดี การตรวจสอบโดยสาธารณะชนดังกล่าวอาจสร้างกระแสสังคมหรือส่งกระทบกระเทือนเชิงลบต่อกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ซึ่งคู่ความในคดีย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม โดยผู้พิพากษาที่จะต้องตัดสินใจคดีไปตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีไปตามความยุติธรรม ซึ่งในการวิจารณ์ศาลในการปฏิบัติหน้าที่อาจส่งผลทำให้ศาลจะต้องตกอยู่ภายใต้กระแสสังคมกดดัน หรือทำให้ผู้พิพากษาไม่อาจตัดสินใจคดีได้โดยเที่ยงธรรม ทั้งสองด้านจึงต้องหาจุดดุลยภาพระหว่างเสรีภาพเพื่อการตรวจสอบกับสิทธิของคู่ความในคดีที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม

การตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์เป็นการตรวจสอบฝ่ายตุลาการขั้นพื้นฐานที่สุดและสามารถตรวจสอบได้โดยประชาชนทุกคน ฝ่ายตุลาการไทยก็ยอมรับการตรวจสอบเช่นนี้เสมอมา แต่ระบบการตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์ในประเทศไทยมีปัญหาในการให้น้ำหนักกับการ

คุ้มครองฝ่ายตุลาการมากกว่าการจะให้เสรีภาพแก่ประชาชนในการตรวจสอบโดยปัญหาดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ประการ ได้แก่ (ก) ปัญหาการจำกัดการวิพากษ์วิจารณ์โดยกฎหมายคุ้มครองฝ่ายตุลาการ (ข) ปัญหาผลกระทบภายนอกของกฎหมายคุ้มครองฝ่ายตุลาการ และ (ค) ปัญหาการไม่วิพากษ์วิจารณ์ศาล

ก. ปัญหาการจำกัดการวิพากษ์วิจารณ์โดยกฎหมายคุ้มครองฝ่ายตุลาการ

ประการแรก ปัญหาการให้น้ำหนักกับการคุ้มครองแก่ฝ่ายตุลาการมากเกินไป

ในระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายที่ทำหน้าที่ควบคุมการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของศาลทั้งกฎหมายที่คุ้มครองกระบวนการยุติธรรมหรือความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายคุ้มครองชื่อเสียงของผู้พิพากษาอันได้แก่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาดูหมิ่นผู้พิพากษา หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือดูหมิ่นบุคคลทั่วไปก็สามารถนำมาปกป้องผู้พิพากษาได้ด้วย แต่ที่ยิ่งไปกว่านั้นคือหากเปรียบเทียบกับศาลในต่างประเทศที่มีกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ ศาลต่างประเทศจะพยายามตีความให้ประชาชนสามารถวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของศาลได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยถือว่าศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องเป็นฝ่ายที่อดทนอดกลั้นต่อเสียงวิพากษ์วิจารณ์เหล่านั้น เพื่อส่งเสริมเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์ของประชาชน แต่ในประเทศไทย ศาลจะตีความโดยให้น้ำหนักกับการคุ้มครองฝ่ายตุลาการมากกว่าจะเปิดช่องให้ประชาชนมีเสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของศาลได้อย่างเต็มที่

ตัวอย่างเช่น การกล่าวว่าศาลตัดสินคดีไม่ยุติธรรมก็เป็นความผิดฐานดูหมิ่นผู้พิพากษาแล้ว หรือการแสดงออกซึ่งความไม่พอใจหรือการประท้วงต่อการทำหน้าที่ของศาลที่แม้ไม่กระทำในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลก็ถูกลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลด้วยเช่นกัน เช่น กรณีที่ศาลสั่งลงโทษกักขังแกนนำกลุ่มบุคคลที่มาชุมนุมที่หน้าศาลแพ่ง โดยมีการนำพวงหรีดมาวางหน้าศาล ชูป้ายข้อความวิจารณ์การทำงานของศาล และร้องเพลงเสียดสีเกี่ยวกับการตัดสินคดีของศาลแพ่ง ถือว่าไม่เคารพยำเกรงต่อกฎหมาย เป็นเรื่องร้ายแรง เป็นการละเมิดอำนาจศาลสั่งกักขังแกนนำเป็นเวลา 1 เดือน¹⁷⁰ หรือ กรณีมีบุคคลนำสีสเปรย์สีดำฉีดยุบสัญลักษณ์อนาธิปไตยทับป้ายหลังข้อความศาลอาญาเนื่องจากไม่พอใจการตัดสินคดีของศาลโดยป้ายดังกล่าวถือเป็นทรัพย์สินของราชการที่อยู่ในบริเวณศาล การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการผิดกฎหมายและยังเป็นการประพฤติดนไม่เหมาะสมบริเวณศาล จึงพิพากษา

¹⁷⁰ มติชนออนไลน์, “ไม่รอลงอาญา! ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้ให้กักขัง “อ.ตุ้ม มธ.” 1 เดือน คดีวางหรีดหน้าศาล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2558, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1448508674.

ลงโทษจำคุก 1 เดือนฐานละเมิดอำนาจศาลแต่ให้รอลงอาญา¹⁷¹ แต่พิพากษาลงโทษในการกระทำความผิดฐานทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์นั้นมิได้เพื่อสาธารณะประโยชน์ อันเป็นบทหนักสุด จำคุก 2 ปี คำรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุกจำเลยไว้ 1 ปี โดยไม่รอลงอาญา¹⁷² ซึ่งกรณีเหล่านี้ถือเป็นการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของศาลในรูปแบบหนึ่งเช่นกัน

การวิพากษ์วิจารณ์หรือการประท้วงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของศาล หากพิจารณาให้ดีแล้วถ้อยคำหรือการกระทำดังกล่าวแม้จะทำให้ผู้ฟังหรือผู้พบเห็นอาจเกิดความรู้สึกที่ไม่ดีแก่ฝ่ายตุลาการ แต่ก็ยังเป็นเพียงคำกล่าวหรือการแสดงออกซึ่งเป็นการตัดพ้อหรือแสดงความไม่พอใจต่อการปฏิบัติหน้าที่ของศาลและมักจะเป็นการกระทำของผู้ที่ไม่ได้รับผลที่คาดหวังจากคำพิพากษาของศาล หากวิญญูชนทั่วไปได้รับทราบข้อเท็จจริงก็สามารถเข้าใจได้ว่าเหตุใดเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ขึ้น คำกล่าวหรือการกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจจะสั่นคลอนความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อฝ่ายตุลาการได้โดยง่ายหากปราศจากมูลความจริง ดังนั้น ฝ่ายตุลาการจึงควรต้องมีความอดทนอดกลั้นต่อการวิพากษ์วิจารณ์หรือการประท้วงเล็กๆ น้อยๆ เหล่านี้ นอกจากนี้ การเปิดช่องให้มีการวิพากษ์วิจารณ์หรือการแสดงออกโดยการประท้วงดังกล่าวยังมีข้อดีในแง่ที่อาจทำให้ฝ่ายตุลาการได้รับทราบถึงข้อบกพร่องในการพิจารณาคดีโดยอาจได้ทราบว่าขั้นตอนใดที่ทำให้ผู้กระทำเห็นว่ามีความไม่ยุติธรรมเกิดขึ้น ฝ่ายตุลาการจะได้อำนาจมาทำการชี้แจงหรือแก้ไขปรับปรุงในขั้นตอนดังกล่าวเพื่อไม่ให้ประชาชนเกิดความรู้สึกเช่นนี้ขึ้นมาได้อีกอันจะเป็นผลดีต่อฝ่ายตุลาการในอีกทางหนึ่งด้วย

ประการที่สอง ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดอำนาจศาลในการควบคุมการวิพากษ์วิจารณ์ศาล หากพิจารณาที่ตัวบทกฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลจริงๆ ก็จะมีพบว่ากฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลไม่ได้กำหนดให้การดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษา (Scandalizing the Court or Judges) เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้โดยตรง และหากพิจารณาในทางประวัติศาสตร์ จะพบว่าก่อนที่มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติวิธี

¹⁷¹ ผู้จัดการออนไลน์, “จำคุก 1 เดือน แต่ให้รอลงอาญา มือพ่นสีสเปรย์ใส่ป้ายศาล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9580000060307>.

¹⁷² ผู้จัดการออนไลน์, “คุก 1 ปี ไม่รอลงอาญา มือบอนพ่นสีสเปรย์ใส่ป้ายหน้าศาล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9580000079597>.

พิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 มีการบัญญัติความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไว้ 4 มาตรา ซึ่งระบุถึงเรื่องการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษาไว้โดยตรงถึง 2 มาตรา คือมาตรา 136 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดหมิ่นประมาทแก่ผู้พิพากษาในเวลาทำการตามหน้าที่ในศาลหรือหมิ่นประมาทต่อศาลใดๆ ด้วยกายก็ดี ด้วยวาจาก็ดีซึ่งมีบังควรให้ลงโทษแก่ผู้หมิ่นประมาทนั้น ให้จำไว้ไม่เกินกว่าสิบสองเดือน หรือให้ปรับเป็นพินัยเงินไม่เกินกว่าพันบาท หรือทั้งจำแลปรับด้วยก็ได้” และมาตรา 137 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดมากระทำการหมิ่นประมาทต่อผู้พิพากษาหรือศาลดังกล่าวไว้ในมาตราข้างบนนี้ ศาลจะสั่งให้จับตัวผู้หมิ่นประมาทคุมขังไว้หรือจะขับไล่ไม่ให้เข้าศาลมีกำหนดเวลาเท่าใดก็ได้ แต่ถ้าศาลเห็นสมควรจะตัดสินลงโทษ ผู้หมิ่นประมาทนั้น ในวันเดียวกันก็ให้ตัดสินตามควรแก่โทษานุโทษ แล้วให้ศาลจดหมายพรรณนาข้อความผิดแลโทษที่ได้ตัดสินไว้ในสำนวนด้วย” แต่เมื่อมีการเปลี่ยนมาใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แม้จะมีบทบัญญัติว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลเช่นกัน แต่ไม่พบว่ามีบทบัญญัติความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทดังกล่าวไว้ แต่พบว่าได้ถูกบัญญัติไว้เป็นความผิดอาญา ทั้งในมาตรา 151 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา¹⁷³ ซึ่งตราขึ้นใช้บังคับในปี พ.ศ. 2455(ร.ศ. 130) และประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งตราขึ้นใช้บังคับในปี พ.ศ. 2499 ซึ่งอาจแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ร่างกฎหมายไม่ประสงค์จะให้ผู้พิพากษาลงโทษการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษาเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลโดยตรงซึ่งเป็นกระบวนการพิเศษ แต่ประสงค์จะให้ดำเนินการลงโทษในฐานะที่เป็นคดีอาญาซึ่งต้องผ่านการสอบสวนจากเจ้าพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการเสียก่อน แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ ศาลได้ใช้กฎหมายละเมิดอำนาจศาลดังกล่าวลงโทษการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลหรือผู้พิพากษา โดยถือว่าเป็นความผิดฐาน “การประพฤติน่าเกลียดในบริเวณศาล” ที่หมายถึง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่ไม่สมควรกระทำอันเป็นแสดงความไม่เคารพศาล หรือเป็นการกระทำที่ก่อความรำคาญหรือการทำให้เกิดความขัดข้องแก่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล¹⁷⁴ ส่วนคำว่า “ในบริเวณศาล” หมายถึงอาคารที่ทำการศาล รวมถึงอาณาบริเวณทั้งหลายของศาล เช่น สนามหญ้า ที่พักรถ ที่จอดรถ และรั้วศาลด้วย¹⁷⁵ ดังนั้น การประพฤติน่าเกลียด แม้จะ

¹⁷³ มาตรา 151 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 130 “ผู้ใดบังอาจหมิ่นประมาทต่อศาลเวลาพิจารณาคดีก็ดีหรือมันกระทำการอันขัดขวางต่อการศาลในเวลาพิจารณาคดีก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง

¹⁷⁴ ประภาศน์ อวยชัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.26 – 27.

¹⁷⁵ *เพ็ญอ้าว*, น.26.

มิได้กระทำต่อหน้าผู้พิพากษาขณะออกนั่งพิจารณาคดีก็ย่อมเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เว้นแต่เกิดขึ้นในวันหรือเวลาที่ศาลปิดทำงาน¹⁷⁶

การนำกฎหมายละเมิดอำนาจศาลไปใช้ในการควบคุมการวิพากษ์วิจารณ์ศาล ก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีก 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก กระบวนการพิจารณาลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลไม่ได้มีกระบวนการที่เป็นหลักประกันการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมเพียงพอ เช่น การไต่สวนความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไม่ต้องกระทำต่อหน้าจำเลย¹⁷⁷ แต่การพิจารณาความผิดอาญาจะต้องกระทำต่อหน้าจำเลยเพื่อให้จำเลยได้รับรู้และคัดค้านได้ถูกต้อง ประการที่สอง หากเป็นกรณีผู้วิพากษ์วิจารณ์ถูกดำเนินคดีในข้อหาหมิ่นประมาทผู้พิพากษา ผู้ถูกกล่าวหาสามารถอ้างเรื่องการติชมโดยสุจริตและเป็นประโยชน์สาธารณะได้มาเป็นบทยกเว้นความผิดได้ แต่หากเป็นการใช้กฎหมายละเมิดอำนาจศาลย่อมไม่สามารถอ้างได้ และ ประการที่สาม เมื่อศาลสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลแล้ว ผู้เสียหายอาจฟ้องขอให้ศาลลงโทษในความผิดอาญาได้อีก เพราะถือว่าเป็นคนละเรื่องกัน สิทธินาคติอาญามาฟ้องไม่ระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 311(4)¹⁷⁸ ซึ่งทำให้การกระทำเดียวอาจถูกลงโทษซ้ำสองครั้ง

ข. ปัญหาผลกระทบภายนอก(Externality) ของกฎหมายคุ้มครองฝ่าย

ตุลาการ

ปัญหาผลกระทบภายนอกหมายถึงปัญหาที่เกิดขึ้นนอกเหนือไปจากความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้น 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก กฎหมายละเมิดอำนาจศาลถูกใช้เป็นเครื่องมือในการยุติการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการ ซึ่งกรณีจะเกิดขึ้นบ่อยครั้งเมื่อมีกระแสการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของฝ่ายตุลาการก็มักจะมีผู้กล่าวอ้างว่าให้ผู้ที่กำลังวิพากษ์วิจารณ์ระมัดระวังจะเป็นการละเมิดอำนาจศาลได้ เช่น กรณีประธานวุฒิสภาออกมากล่าวถึงกรณีการยื่นถอดถอนองค์คณะผู้พิพากษาคดียึดทรัพย์ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรีว่าอาจเป็นการละเมิดศาลและโดนฟ้องกลับได้¹⁷⁹ หรือ การให้สัมภาษณ์ของ

¹⁷⁶ เพ็งอ้าง, น.27.

¹⁷⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1159/2526

¹⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2484 ; ประกาศนัย อวยชัย, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 62, น.27-28.

¹⁷⁹ ทีนิวส์, “ปธ.วุฒิสภาชี้แจงยกศาลรธน.ถอด 9 องค์คณะไม่ได้เตือนข้าราชการวังฟ้องกลับ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2553, จาก <http://politic.tnews.co.th/content/8795/>.

อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาต่อการวิจารณ์คำพิพากษาศาลซึ่งปรากฏในเว็บไซต์หนังสือพิมพ์ไทยโพสต์ว่า “การมองหรือวิจารณ์องค์กรตุลาการของไทยสามารถกระทำได้ แต่ต้องเป็นไปอย่างสุจริต ไม่มีอคติ แสดงความเห็นทางวิชาการ ศาลก็จะไม่ถือความ แต่ถ้าเป็นข้อมูลที่ไม่เป็นความจริงมีอคติโจมตีสถาบันตุลาการอย่างไม่เป็นธรรม ศาลก็จะออกหมายเรียกมาไต่สวน เพราะเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล แต่ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจอีกทีว่าจะดำเนินการขึ้นไต่สวน ตอนนี้กำลังให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบข้อมูลทางเว็บไซต์”¹⁸⁰

หรือกรณีเลขานุการแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในศาลฎีกาแถลงว่า “ตามที่ปรากฏเป็นข่าวทางสื่อมวลชนอยู่เนืองๆ ว่า นายนพดล ปัทมะ ให้สัมภาษณ์ว่า “กระบวนการยุติธรรมถูกแทรกแซง คดีที่ดินรัชดาศาลมีธง” และ นายอรรถพล ไญ้สรวง กับพนักงานอัยการที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ดินรัชดาให้สัมภาษณ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลในการสั่งคดี โดยนายรักเกียรติ กล่าวว่า เนื่องจากขณะนี้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้มีคำสั่งให้ประทับรับฟ้องคดีทุจริตซื้อขายที่ดินย่านรัชดาไว้แล้ว เป็นคดีหมายเลขดำที่ อม. 1/2550 ระหว่างอัยการสูงสุด โจทก์ กับ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร และคุณหญิงพจมาน ภรรยา จำเลยที่ 1-2 ไว้พิจารณาแล้ว คดีดังกล่าวจึงอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล การกระทำของบุคคลดังกล่าวข้างต้น จึงอาจเข้าข่ายเป็นการให้ข้อความ หรือความเห็นโดยประสงค์จะมีอิทธิพลเหนือความรู้สึกรักของประชาชน หรือเหนือศาล หรือเหนือคู่ความ หรือเหนือพยานแห่งคดี ซึ่งพอจะเห็นได้ว่าจะทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไป ทั้งนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จึงขอแจ้งให้บุคคลดังกล่าวข้างต้นและบุคคลอื่นๆ ทราบว่า ไม่ควรกระทำการในลักษณะดังกล่าวอีก เพราะอาจเป็นการกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลได้”¹⁸¹ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นด้วยกับการที่ผู้พิพากษาในนามส่วนตัวจะเขียนบทความเผยแพร่ในสื่อสารมวลชนหรือสำนักงานศาลจะออกแถลงการณ์เพื่ออธิบายการพิจารณาพิพากษาคดีให้แก่ประชาชนในสังคมทั่วไปได้รับทราบเนื่องจากในการใช้การตีความกฎหมายบางกรณีเป็นเรื่องที่จะต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจในทางนิติศาสตร์ หากประชาชนได้รับข้อมูลข่าวสารที่ไม่ครบถ้วนอาจเกิดความคลางแคลงใจสงสัยในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลได้ การกระทำดังกล่าวจะช่วยแก้ไขข้อบกพร่องใน

¹⁸⁰ ไทยโพสต์, “เดือนวิจารณ์คดีสมยศละเมิดอำนาจศาล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2556, จาก <http://www.ryt9.com/s/tpd/1575802/1/4/59>.

¹⁸¹ ผู้จัดการออนไลน์, “ศาลเดือน “นพดล” ระวังปาก! ซ้ำอาจเข้าข่ายละเมิด,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2550, จาก <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9500000081010>.

เรื่องการอธิบายหรือการสื่อสารต่อสังคมที่องค์คณะผู้พิพากษาไม่สามารถบรรยายอธิบายได้ในคำพิพากษาเอง แต่ผู้เขียนเห็นว่าในการอธิบายดังกล่าวไม่จำเป็นจะต้องมีการกล่าวถึงเรื่องการละเมิดอำนาจศาลก็ได้ เพราะจะทำให้เสียบรรยากาศของการอธิบายปรับความเข้าใจของประชาชน ประชาชนที่รับสารอาจจะเกิดความรู้สึกในทางลบต่อคำอธิบายนั้นโดยที่ไม่ได้ไตร่ตรองในเนื้อหาของสารที่ทางฝ่ายตุลาการจะต้องการสื่อก็ได้

ประการที่สอง กฎหมายคุ้มครองฝ่ายตุลาการถูกใช้เป็นบทลงโทษสำหรับการตรวจสอบการทำงานของผู้พิพากษาที่ไม่ประสบความสำเร็จ เช่น การเขียนคำร้องเรียนว่า ศาลจดยางน กระบวนพิจารณาไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่พุดกันในขณะที่จดยางนฯ เป็นการช่วยเหลือฝ่ายจำเลยซึ่งมีอิทธิพล ทำให้โจทก์เสียเปรียบในเชิงคดีและเป็นการไม่ให้ความเป็นธรรมแก่โจทก์ในการดำเนินกระบวนพิจารณา โดยโจทก์ยื่นเป็นคำแถลงต่อสำนักงานอธิบดีผู้พิพากษาศาล และเขียนไปในคำอุทธรณ์ที่ยื่นต่อศาลอุทธรณ์ซึ่งมีลักษณะเป็นการร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา แต่มีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลด้วยการประพาดพิงไม่เรียบร้อย¹⁸² นอกจากนี้ การร้องเรียนว่าผู้พิพากษาดัดสันคดีโดยไม่สุจริตเป็นเท็จ ผู้ร้องมีความผิดฐานดูหมิ่นผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 198 และความผิดฐานหมิ่นประมาทบุคคลทั่วไปตามมาตรา 326 ได้¹⁸³

ประการที่สาม กฎหมายละเมิดอำนาจศาลทำให้เกิดการงดเว้นการวิพากษ์วิจารณ์ศาล โดยเกรงว่าอาจมีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลได้ แนวความคิดดังกล่าวไม่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากระบวนกรายุติธรรมไทยซึ่งมีฝ่ายตุลาการเป็นตัวจักรสำคัญที่จะขับเคลื่อนกระบวนกรไปให้ประสบความสำเร็จ การวิพากษ์วิจารณ์ไม่ใช่การทำลายหรือทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง แม้ในหลายกรณีผู้วิจารณ์ประสงค์จะให้เป็นอย่างนั้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้กฎหมายก็ได้คุ้มครองอยู่แล้ว แต่การวิพากษ์วิจารณ์จะทำให้ทราบว่ามีปัญหาอะไรเกิดขึ้น เพื่อจะได้สามารถแก้ไขปัญหา ปัญหาอาจเกิดได้ในทุกขั้นตอนของกระบวนกร รวมถึงอาจเป็นปัญหาในชั้นศาลหรือผู้พิพากษาเองก็ได้ หากละเว้นจากการวิจารณ์เลยย่อมไม่เป็นผลดี ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงพัฒนาคุณภาพของกระบวนกรยุติธรรมเจ้าหน้าที่ในกระบวนกรรวมถึงตัวผู้พิพากษาจำเป็นต้องใช้ความอดทนอดกลั้นต่อคำวิพากษ์วิจารณ์ที่อาจต้องตรงกับความเป็นจริง หรืออาจจะเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของผู้วิจารณ์ หรือเป็นการวิจารณ์ที่ไม่ต้อง

¹⁸² คำพิพากษาศาลฎีกา 235/2514 อ้างถึงใน ประภาศน์ อวยชัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.52 – 53.

¹⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1124/2507

ตรงกับข้อเท็จจริงเลยก็ยังมีประโยชน์ในแง่ที่ว่าทำให้ทราบว่าการกระทำหรือเรื่องบางเรื่องมีคนจำนวนหนึ่งยังคงไม่เข้าใจข้อเท็จจริง อันแสดงว่ากระบวนการสร้างความเข้าใจในฝ่ายตุลาการยังมีไม่เพียงพอเป็นข้อบกพร่องที่จำต้องได้รับการแก้ไข¹⁸⁴

ค ปัญหาเชิงวัฒนธรรมการไม่วิพากษ์วิจารณ์ศาล

ในประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ฝ่ายตุลาการจะไม่ได้เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองอย่างเคร่งครัดและมักจะเคารพดุลพินิจของฝ่ายการเมือง เนื่องด้วยเป็นตัวแทนประชาชน ซึ่งมีการเรียกสถานการณ์เช่นกันว่า “การโอนอ่อนผ่อนตามของฝ่ายตุลาการ” (Judicial Deference) แต่ในประเทศไทย สถานการณ์กลับตาลปัตรตรงกันข้าม ประชาชนทุกๆ ไปมักจะหลีกเลี่ยงในการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของศาล โดยมีวาทกรรมหลายวาทกรรมที่ทำให้ศาลไม่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ เช่น ในกรณีที่คำพิพากษาของศาลอาญาขัดแย้งกับกระแสสังคมในลักษณะที่ศาลไม่ได้ลงโทษจำเลย ก็มักจะมีคำกล่าวว่า “ศาลยกฟ้องเพราะตำรวจและอัยการทำสำนวนอ่อน” หรือกรณีศาลพิพากษาลงโทษจำเลยแต่ต่อมามีหลักฐานพิสูจน์ได้ว่าผู้ที่ถูกศาลพิพากษาลงโทษมิได้เป็นผู้กระทำความผิดจริงๆ ที่โดยทั่วไปเรียกว่า “แพะ” ก็จะมีคำกล่าวว่า “ศาลตัดสินใจไปตามสำนวนของตำรวจและอัยการ” “ตำรวจและอัยการทำสำนวนมาอย่างไร ศาลก็ต้องพิพากษาไปตามนั้น” หรือ “ศาลตัดสินใจในพระปรมาภิไธย การวิจารณ์ศาลเท่ากับการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์” เป็นต้น

คำกล่าวเหล่านี้อาจจะจริงหรือไม่ก็ได้ แต่เป็นคำกล่าวที่ทำให้มองข้ามความพร้อมรับผิดของศาลหรือผู้พิพากษาในคดี ผู้พิพากษาคงจะต้องถูกตรวจสอบเช่นกันว่าศาลมีเหตุผลเช่นใดในการพิพากษายกฟ้องจำเลย หรือศาลใช้พยานหลักฐานใดในการพิพากษาลงโทษจำเลยในขณะนั้น ศาลได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้วหรือไม่กับพยานหลักฐานในสำนวน เหตุผลนั้นรับฟังได้หรือไม่ อย่างไร

แม้วาทกรรมดังกล่าวนี้อาจจะมีข้อดีในแง่ของการรักษาความเชื่อมั่นสาธารณะต่อฝ่ายตุลาการ ไม่ให้ลดน้อยถอยลงจากการวิพากษ์วิจารณ์ที่ไม่ต้องตรงกับความเป็นจริง แต่อย่างไรก็ดีก็มีผลเสียเช่นกัน กล่าวคือทำให้ฝ่ายตุลาการขาดเสียงสะท้อนหรือการประเมินผลการปฏิบัติหน้าที่ที่แท้จริงจากสังคม การวิพากษ์วิจารณ์จะทำให้ฝ่ายตุลาการจะต้องทำการตรวจสอบว่าสิ่งที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์มีมูลความจริงหรือไม่ หากเป็นความจริง ฝ่ายตุลาการก็ควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องเพื่อไม่ให้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในจุดเดิมซ้ำอีกอันเป็นการช่วยส่งเสริมและพัฒนาฝ่ายตุลาการให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนได้มากที่สุดด้วย

¹⁸⁴ โปรตดู นิธิ เอียวศรีวงศ์, “หมิ่นศาล,” ใน พิพากษ์ศาล (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2555), น.28-33.

นอกจากนี้ การไม่วิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการอาจเกิดจากการที่ฝ่ายตุลาการเป็นฝ่ายที่มีงบประมาณเพื่อสนับสนุนการวิจัยทางกฎหมายหรือจ้างนักวิชาการไปเป็นวิทยากรในการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่หรือผู้พิพากษาในศาล ในปัจจุบันฝ่ายตุลาการไทย ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญต่างก็มีหน่วยงานธุรการเป็นของตนเองที่ดำเนินงานภายใต้การควบคุมของฝ่ายตุลาการอย่างเป็นอิสระจากฝ่ายอื่นๆ โดยในหน่วยงานธุรการดังกล่าวนอกจากจะรับผิดชอบเรื่องงานธุรการของศาลต่างๆ แล้ว ยังมีหน่วยงานทางวิชาการที่ทำหน้าที่สร้างองค์ความรู้ใหม่ๆ ป้อนให้กับผู้พิพากษาศาลาการซึ่งนับเป็นเรื่องที่ดีที่นอกจากจะทำให้เกิดการพัฒนาคำพิพากษาของผู้พิพากษาศาลาการในศาลเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการใช้การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักวิชาแล้ว ยังเป็นการเพิ่มองค์ความรู้ให้แก่วงการกฎหมายโดยรวมอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี ในแง่ดีย่อมมีข้อที่ต้องกังวล ในแง่ของการวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการด้วย เนื่องจากผู้ที่ทำหน้าที่วิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการอย่างสำคัญและมีอิทธิพลต่อสังคมอย่างมากคือการวิพากษ์วิจารณ์โดยนักวิชาการหรืออาจารย์ภายในมหาวิทยาลัยที่จะคอยตรวจสอบว่าฝ่ายตุลาการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีสอดคล้องกับหลักวิชาที่มีการเรียนการสอนภายในมหาวิทยาลัยหรือไม่ เมื่อฝ่ายตุลาการเป็นหน่วยงานที่ให้ทุนในการทำงานวิจัยหรือทำการแต่งตั้งหรือเชิญนักวิชาการเข้าไปเป็นที่ปรึกษาหรือเข้าไปร่วมงาน จะส่งผลให้นักวิชาการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการน้อยลงหรือไม่ นักวิชาการอาจจะไม่วิจารณ์ฝ่ายตุลาการมากเนื่องจากเกรงว่าอาจทำให้ไม่ได้รับทุนหรือได้รับเชิญจากฝ่ายตุลาการให้มาบรรยายพิเศษก็ได้ ข้อกังวลกรณีนี้เป็นกรณีเช่นเดียวกับวิชาชีพสื่อมวลชนที่มีข้อสังเกตว่าสื่อไม่วิจารณ์รัฐเพราะหน่วยงานรัฐนำเงินโฆษณาไปให้แก่สื่อมวลชนรายนั้น ดังนั้น สื่อมวลชนจึงไม่น่าเสนอข่าวที่เป็นด้านลบต่อหน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของโฆษณาเพราะเกรงว่าจะไม่ได้รับเงินค่าโฆษณาอีกต่อไป

8.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างระบบของไทยและของต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ ดังต่อไปนี้

8.3.2.1 การปรับปรุงช่องทางการตรวจสอบทางตุลาการ

การเปลี่ยนระบบการตรวจสอบทางตุลาการโดยใช้ระบบของเยอรมนีเป็นฐานเนื่องจากเป็นระบบที่มีช่องทางที่ครบถ้วนในการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการได้ทุกมิติและไม่ซ้ำซ้อนกัน โดยระบบการตรวจสอบทางตุลาการของไทยเมื่อปฏิรูปแล้วจะประกอบไปด้วย

ระบบแรก ระบบการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีเป็นครั้งแรก ระบบการอุทธรณ์นี้ที่จะต้องกำหนดให้เป็นสิทธิแก่ผู้ที่มีส่วนได้เสียมีโอกาสได้อุทธรณ์คำพิพากษาอย่างน้อยหนึ่งครั้ง การจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ครั้งแรกนี้ไม่ควรจะมีการจำกัดสิทธิการอุทธรณ์ใดๆ เลย หรือหากมีก็ควรจำกัดให้น้อยที่สุด และเปิดช่องทางสำหรับผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิได้อุทธรณ์การถูกจำกัดสิทธิอย่างน้อยหนึ่งครั้ง เช่น กรณีของผู้มีส่วนได้เสียแต่ถูกจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ย่อมสามารถร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาได้ ระบบการอุทธรณ์เช่นนี้มีอยู่แล้วในทุกกระบวนศาล แต่จะต้องเปลี่ยนแปลงข้อจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ในกระบวนวิธีพิจารณาคดีในบางประเภท และจะต้องเปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณาอุทธรณ์จากเดิมที่ศาลพิจารณาโดยการตรวจสอบสำนวนความ โดยเปิดช่องให้มีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบข้อกล่าวอ้างเพิ่มเติมได้แต่อาจจำกัดเฉพาะประเด็นหรือพยานหลักฐานที่ไม่สามารถนำเสนอในศาลชั้นต้นโดยมิใช่ความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของคู่ความเอง

ระบบที่สอง ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจตุลาการ โดยเปลี่ยนระบบการฎีกาแบบเดิมในระบบศาลยุติธรรมหรือระบบศาลทหารที่เป็นระบบอุทธรณ์ครั้งที่สองให้เป็นระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจตุลาการแบบเยอรมนีหรือฝรั่งเศส เพื่อให้การอุทธรณ์สองครั้งไม่ซ้ำซ้อนกันและเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลสูงสุดด้วย ส่วนกรณีของระบบศาลปกครองอาจใช้ระบบแบบเดิมก็ได้ หรืออาจเพิ่มศาลปกครองขึ้นอีกหนึ่งชั้นเพื่อให้ระบบเช่นนี้เป็นไปได้

ระบบที่สาม ระบบการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ในทุกประเภทคดีที่มีผลจำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยไม่จำกัดว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครองหรือคดีรัฐธรรมนูญ โดยเหตุที่จะอนุญาตให้สามารถรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ จะต้องมิทั้งกรณีมีพยานหลักฐานหรือข้อเท็จจริงใหม่ และกรณีกระบวนพิจารณาคดีเดิมบกพร่องอย่างร้ายแรง และ

ระบบที่สี่ ระบบการร้องขอให้ศาลตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการกระทำทางตุลาการ โดยก่อตั้งระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่รองรับกรณีดังกล่าวไว้สำหรับกรณีที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญโดยการกระทำทางตุลาการไม่ว่าจะโดยคำสั่งคำพิพากษาหรือกระบวนวิธีพิจารณาคดีของศาล และไม่มีหนทางอื่นใดอีกแล้วที่จะได้รับการเยียวยาตามกฎหมาย โดยศาลที่ควรมีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าวคือศาลรัฐธรรมนูญ

8.3.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการตรวจสอบทางการเมือง

(1) การสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเพิ่มเติม

เครื่องมือทางกฎหมายที่อาศัยการตรากฎหมายธรรมดา เช่น กฎหมายตีความหรือกฎหมายให้ความชอบธรรมเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าวอยู่แล้ว เพียงแต่รัฐสภาจะหยิบมาใช้หรือไม่ แต่ที่น่าจะต้องได้รับการแก้ไขคือกรณีการใช้อำนาจตุลาการที่มีผลเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในช่วงที่ประเทศไม่ได้ปกครองในระบอบประชาธิปไตยปกติ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยการใช้การรื้อถอนหรือการนิรโทษกรรม ฝ่ายการเมืองอาจจะต้องพิจารณาใช้มาตรการทางกฎหมายในการจัดการแก้ไขเรื่องราวต่างๆ ที่มีผลในทางกฎหมาย เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อสอบสวนเรื่องราวต่างๆ อาจจะต้องมีการก่อตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน และหากพบว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการกระทำทางตุลาการ ฝ่ายการเมืองจะต้องนำมาตราการประกาศความเสียหายของคำพิพากษามาใช้ แต่อย่างไรก็ดี มาตรการดังกล่าวนี้เป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการอย่างชัดเจน จึงไม่ใช่เครื่องมือในกรณีปกติของฝ่ายการเมืองและควรถูกใช้ในฐานะข้อยกเว้นอย่างมากของหลักความเป็นอิสระดังกล่าว โดยผู้เขียนเห็นว่าหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้น หากการกระทำทางตุลาการใดที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง หลักความเป็นอิสระก็ไม่ควรที่จะคุ้มครองการกระทำดังกล่าวได้ และการนำหลักความเป็นอิสระดังกล่าวมาอ้างขึ้นเพื่อคุ้มครองการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็จะเป็นการอาศัยหลักการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไปปกป้องการละเมิดสิทธิมนุษยชนอันเป็นความลึกลับซ่อนเร้นอย่างยิ่ง นอกจากนี้มาตรการนี้ควรจำกัดให้ใช้เฉพาะในช่วงที่ประเทศไม่ได้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งส่งผลทำให้กระบวนการยุติธรรมกลับผิดเพี้ยนไปโดยการละเมิดต่อหลักการประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงจนถึงขนาดที่ในระบบกฎหมายที่เป็นประชาธิปไตยไม่อาจยอมรับให้ดำรงอยู่ได้ แต่หากเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการกระทำทางตุลาการที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาปกติก็ควรจะใช้ช่องทางปกติ เช่น การสร้างระบบร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

(2) การสร้างระบบการวิจารณ์ฝ่ายตุลาการที่มีดุลยภาพ

จากปัญหาที่ได้กล่าวมาข้างต้น คือปัญหาการที่กฎหมายให้การคุ้มครองฝ่ายตุลาการมากเกินไปทำให้การใช้เสรีภาพในการวิพากษ์วิจารณ์สามารถทำได้ในขอบเขตจำกัดและเกิดวัฒนธรรมการไม่วิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการแต่ในขณะเดียวกันการวิพากษ์วิจารณ์ในบางกรณีก็ส่งผล

กระทบกระเทือนต่อความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ดังนั้นการแก้ไขปัญหานี้จึงต้องสร้างกฎหมายใหม่เปิดบรรยากาศให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ในขณะเดียวกันก็สามารถควบคุมการวิพากษ์วิจารณ์ที่เกินเลยกว่าข้อเท็จจริงและอาจสร้างความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรมได้ โดยจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้

ประการแรก รับรองสิทธิในการวิจารณ์การใช้อำนาจตุลาการไว้ให้ชัดเจน โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในเสรีภาพในการแสดงออก หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ว่าจะให้รวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการโดยสุจริตหรือติชมด้วยความเป็นธรรมไว้ด้วย การตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพการวิพากษ์วิจารณ์นี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่เพื่อการคุ้มครองกระบวนการยุติธรรมในภาพรวมและคุ้มครองเกียรติยศชื่อเสียงผู้พิพากษาเป็นการส่วนตัว การบัญญัติรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนจะช่วยให้เกิดผลสองประการ ประการแรก เมื่อมีกฎหมายคุ้มครองเสรีภาพการวิจารณ์ฝ่ายตุลาการไว้โดยเฉพาะแล้ววัฒนธรรมการวิจารณ์ก็สามารถเกิดขึ้นได้เอง และประการที่สอง กรณีที่มีการฟ้องร้องว่าการวิพากษ์วิจารณ์นั้นเป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทผู้พิพากษา ผู้ถูกลงโทษอาจดำเนินร้องขอให้มีการตรวจสอบได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนหรือไม่ โดยระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญก็ได้

ประการที่สอง การยกเลิกกฎหมายละเมิดอำนาจศาลและการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างการประชุมภาคีของศาล ซึ่งจะสามารถใช้ได้ ศาลทุกประเภท ในแบบฝรั่งเศสหรือเยอรมนีที่ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการออกคำสั่งและกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อควบคุมให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยสะดวกเรียบร้อยแต่จำกัดเฉพาะในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น หากเป็นกรณีเกิดขึ้นในบริเวณศาลแต่ไม่ใช่ในระหว่างการพิจารณาคดีควรจะใช้กระบวนการทางกฎหมายปกติในการจัดการ นอกจากนี้ในกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจลงโทษจำคุกในกรณีการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาลโดยให้อำนาจเพียงการจัดการกับการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทที่รบกวนการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น แต่ไม่ตัดสิทธิให้ผู้พิพากษาที่ได้รับความเสียหายสามารถนำคดีไปฟ้องเป็นคดีแยกต่างหากเอง หรืออาจจะให้สำนักงานศาลเป็นตัวแทนฟ้องร้องก็ได้

ประการสุดท้าย การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบอาญาฐานดูหมิ่น หมิ่นประมาทผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยกำหนดเจตนาพิเศษเข้าไปว่าเพื่อให้เกิดการเสื่อมเสียความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบอย่างรุนแรง และกำหนดให้การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่ส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการพิจารณาคดีที่ศาลกำลังดำเนินการอยู่ หากเป็นการวิพากษ์วิจารณ์หลังจากที่ศาลได้พิพากษาคดีไปแล้วไม่ให้ถือเป็นความผิดฐานนี้

เพื่อให้การลงโทษในฐานะความผิดดังกล่าวได้ถูกใช้เพื่อคุ้มครองกระบวนการยุติธรรมจริงๆ และหากการกระทำนั้นไม่เข้าเหตุตามบทบัญญัตินี้ ผู้พิพากษาที่ได้รับความเสียหายยังสามารถอาศัยกฎหมายดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทบุคคลธรรมดาดำเนินการเพื่อให้ตนเองได้รับความเป็นธรรมได้อยู่



บทที่ 9

การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ถูกก่อตั้งครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มีฐานะเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งมิได้อำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั่วไปเหมือนกับศาลปกติทั่วไปเช่น ศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรือศาลทหาร แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางรัฐธรรมนูญทั้งหลายหรือประเด็นพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเมืองเท่าที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นกำหนดเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นศาลพิเศษที่แตกต่างไปจากศาลปกติ แม้ว่าโดยสภาพขององค์กรและลักษณะการใช้อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นการใช้อำนาจตุลาการก็ตาม ด้วยลักษณะพิเศษของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรทางรัฐธรรมนูญและมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจขององค์กรทางรัฐธรรมนูญด้วยกัน เช่น การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราไว้โดยรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรี หรือการวินิจฉัยความเป็นสมาชิกภาพของสมาชิกสภาหรือการกระทำบางอย่างของรัฐมนตรีว่าสอดคล้องกับบรรทัดฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเพิ่มเติมไปจากหลักการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการทั่วไปใน 3 ประการ ได้แก่

*ประการแรก การถ่วงดุลและตรวจสอบตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ*ที่จะต้องจัดกลไกให้องค์กรทางรัฐธรรมนูญต่างๆ มีอำนาจที่ใกล้เคียงกันโดยจะต้องไม่มีองค์กรใดที่มีอำนาจเหนือกว่าองค์กรอื่นอย่างชัดเจนอันเป็นการป้องกันไม่ให้มีองค์กรใดสามารถเผด็จอำนาจรัฐไว้ได้โดยองค์กรเดียว การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องจัดให้มีกลไกที่ป้องกันไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเหนือกว่าองค์กรทางรัฐธรรมนูญอื่นได้อย่างถาวร

*ประการที่สอง การถ่วงดุลและตรวจสอบตามหลักประชาธิปไตย*อันเป็นหลักที่รับรองอำนาจอิสระสูงสุดของประเทศเป็นของประชาชน การดำเนินการใดๆ ของรัฐย่อมต้องสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่แสดงออกผ่านรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบว่าองค์กรตัวแทนประชาชนใช้อำนาจตรากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม แต่ก็ยังจะต้องใช้อำนาจที่สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนในที่สุด ดังนั้น จึงต้องมีกลไกในการป้องกันไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินขอบเขตจนกลายเป็นองค์กรที่เป็นปฏิปักษ์ต่อประชาธิปไตย(Anti-Democracy) และกลายเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดตามเจตจำนงของตนเองหรือที่เรียกว่า “ตุลาการธิปไตย” (Juristocracy) และ

ประการสุดท้าย การถ่วงดุลและตรวจสอบตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ที่บรรทัดฐานใดๆ หรือการใช้อำนาจใดๆ ภายในรัฐจะขัดหรือแย้งหรือไม่สอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญที่เป็น บรรทัดฐานสูงสุดได้ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นบรรทัดฐานในการตรวจสอบการใช้ อำนาจขององค์กรทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ หรืออาจจะเรียกได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้พิทักษ์ รัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญเองก็อาจมีโอกาสนำใช้อำนาจอันเป็นการล่วงละเมิดต่อบรรทัด ฐานสูงสุดนี้เช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นโดยตั้งใจหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น จึงต้องจัดระบบและกลไกในการถ่วงดุลและ ตรวจสอบเพื่อไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นผู้ล่วงละเมิดต่อรัฐธรรมนูญเสียเอง

ในบทนี้จะศึกษาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบที่มุ่งไปสู่วัตถุประสงค์ทั้งสามประการ อัน เป็นระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบที่แตกต่างไปจากมาตรการและกลไกในการตรวจสอบศาลปกติ โดย แบ่งเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ (9.1) การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญไทย (9.2) การถ่วงดุลและ ตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ และ (9.3) บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญหา

9.1 การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญไทย

การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญไทยที่มีวัตถุประสงค์ดังที่กล่าวมาข้างต้นมี 2 ประการเท่านั้น ได้แก่ (9.1.1) การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และ (9.1.2) การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ

9.1.1 การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถถ่วงดุลอำนาจของศาล รัฐธรรมนูญได้โดยการให้องค์กรอื่นเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือก¹ ในรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้ให้องค์กรอื่นที่เข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการที่อาจจัดได้ว่าเป็นการถ่วงดุลอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง โดยในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 แม้จะลดจำนวนตุลาการลงแต่ วิธีการถ่วงดุลยังคงเดิม โดยวิธีการดังกล่าวอาจแยกได้เป็น 2 วิธีซึ่งระบบกฎหมายไทยใช้ผสมกัน ได้แก่ (9.1.1.1) ระบบโควตา และ (9.1.1.2) ระบบการคัดเลือกร่วมกัน

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม รัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.25-26.

9.1.1.1 ระบบโควตา

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีจำนวนทั้งหมด 9 คน การคัดเลือกตุลาการทั้ง 9 คนมีการนาระบบโควตามาใช้โดยแบ่งโควตาออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้

ส่วนแรก ตุลาการจำนวน 3 คน จะต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ²

ส่วนที่สอง ตุลาการจำนวน 2 คนจะต้องเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ³ โดยการเสนอแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น วุฒิสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ⁴

และส่วนที่สาม ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน 2 คน และสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์หรือสังคมศาสตร์อื่นอีกจำนวน 2 คนรวมเป็น 4 คนผู้ทรงคุณวุฒินี้มาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาและได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา

การแบ่งโควตาจะทำให้ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจคัดเลือกตุลาการได้ทั้งหมดในศาลที่จะทำให้สามารถครอบงำศาลรัฐธรรมนูญได้

9.1.1.2 ระบบการคัดเลือกร่วมกัน

นอกจากระบบโควตาแล้ว อีกระบบหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ในการถ่วงดุลอำนาจศาลรัฐธรรมนูญด้วยคือระบบการคัดเลือกร่วมกันซึ่งใช้ในส่วนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประเภทผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 4 คน โดยองค์กรสององค์กรที่จะต้องมาคัดเลือกร่วมกันคือคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภา

คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีสมาชิกจำนวน 5 คน ประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรและประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เลือกกันเอง 1 คน

² มาตรา 204(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

³ มาตรา 204(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่แทนศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541

ส่วนวุฒิสภาประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 150 คนมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในแต่ละจังหวัด จังหวัดละ 1 คน⁵ ส่วนที่เหลือจะมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาที่ประกอบไปด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานกรรมการการเลือกตั้ง ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาในศาลฎีกาที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามอบหมาย 1 คนและ ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมอบหมาย 1 คนรวมเป็น 7 คน⁶

กระบวนการสรรหาจะแบ่งเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่

ขั้นตอนแรก ขั้นตอนการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา จะเริ่มเมื่อมีตำแหน่งตุลาการประเภทผู้ทรงคุณวุฒิว่างลง คณะกรรมการสรรหาจะต้องเริ่มทำหน้าที่สรรหาและคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสองสาขาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มิเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว โดยมติในการคัดเลือกดังกล่าวต้องลงคะแนนโดยเปิดเผยและจะต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในกรณีที่ไม่มีกรรมการที่เหลืออยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่ เมื่อได้รายชื่อแล้วก็จะเสนอรายชื่อผู้ได้รับเลือกพร้อมความยินยอมของผู้นั้นต่อประธานวุฒิสภา

ในกรณีที่มิเหตุขัดข้องทำให้ไม่สามารถคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ตามระยะเวลาที่กำหนด รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการสำรองไว้โดยให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาในศาลฎีกาจำนวน 3 คน และที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการแทนคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว

ขั้นตอนที่สอง การให้ความเห็นชอบด้วยวุฒิสภา

เมื่อประธานวุฒิสภาได้รายชื่อแล้ว ประธานวุฒิสภาก็จะเรียกประชุมวุฒิสภาเพื่อมีมติให้ความเห็นชอบ โดยจะต้องลงมติภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ การลงมติให้ใช้วิธีการลงคะแนนลับ ในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรง

⁵ โดยในช่วงแรกของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีจำนวนจังหวัดรวมกรุงเทพมหานครจำนวน 76 จังหวัด สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งจึงมีจำนวน 76 คน ต่อมามีการจัดตั้งจังหวัดบึงกาฬเป็นจังหวัดที่ 77 ของประเทศไทยสัดส่วนสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญจึงเปลี่ยนไปเป็นสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งมีจำนวน 77 คน ส่วนที่จะมาจากการสรรหามีจำนวน 73 คน

⁶ มาตรา 113 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

แต่งตั้งต่อไป ในกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยในรายชื่อใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาฯ ไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภา และมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเสียงเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ถ้ามติที่ยืนยันตามเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว

เมื่อได้จำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดแล้ว ให้ผู้ที่ได้รับเลือกทั้งหมด 9 คนมาประชุมกันเพื่อคัดเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและจากนั้นจะนำรายชื่อทั้งหมดขึ้นทูลเกล้าถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าแต่งตั้งเป็นอันเสร็จสิ้นกระบวนการโดยสมบูรณ์

9.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่สุด และไม่มีกำหนดระบบการอุทธรณ์หรือการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ไว้ ดังนั้น การตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงทำให้เหลือกรณีเดียวคือการตรวจสอบในทางการเมือง อันได้แก่การวิพากษ์วิจารณ์การใช้อำนาจของศาลซึ่งได้กล่าวถึงไปแล้วในบทที่ 8 แต่อย่างไรก็ดี ในการตรวจสอบทางการเมืองต่อศาลรัฐธรรมนูญมีเครื่องมือหนึ่งที่แตกต่างกันจากการตรวจสอบศาลอื่นๆ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนับตั้งแต่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 มี 2 กรณีที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานที่วางไว้โดยศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีแรก เป็นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ที่กำหนดให้การทำหนังสือสัญญาบางประเภทของฝ่ายบริหาร มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาโดยรัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว⁷ กรณีปัญหาเกิดจากรัฐบาลได้ทำแถลงการณ์ร่วมไทย-

⁷ มาตรา 190 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

กัมพูชาสนับสนุนให้กัมพูชานำโบราณสถานพระวิหารขึ้นทะเบียนเป็นมรดกโลกต่อองค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) หรือ ยูเนสโก (UNESCO) ฝ่ายตรงข้ามรัฐบาลจึงนำกรณีดังกล่าวไปฟ้องร้องทั้งต่อศาลปกครองว่าเป็นแถลงการณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนแถลงการณ์ดังกล่าว และยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าแถลงการณ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารจะต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อนที่ฝ่ายบริหารจะดำเนินการ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 วินิจฉัยว่าแถลงการณ์ดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ “อาจ” มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทย จึงเป็นหนังสือสัญญาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง กำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวได้รับการโต้แย้งอย่างกว้างขวางในหมู่นักวิชาการว่าเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีโดยขัดแย้งกับหลักวิชา⁸ และศาลได้เพิ่มเติมคำว่า “อาจ” เข้าไปในรัฐธรรมนูญเองทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดบ้างจะต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน ต่อมาในปี พ.ศ. 2554 รัฐบาลจึงได้ผลักดันร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยให้รัฐสภาตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของหนังสือสัญญาที่จะต้องให้รัฐสภาเห็นชอบก่อน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติของฝ่ายบริหาร⁹ กรณีนี้จึงเป็นกรณีตัวอย่างของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นไปเพื่อเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานที่วางไว้โดยศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีที่สอง การสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ที่มีการแก้ไขบรรทัดฐานเดิมที่วางไว้โดยศาลรัฐธรรมนูญ โดยกรณีเกิดจากในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้หลายมาตรา แต่ได้บัญญัติไว้ตอนท้ายว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งมีเจตนารมณ์จะให้รัฐสภาตรากฎหมายขึ้นมากำหนดรายละเอียดแห่งสิทธิและเสรีภาพต่างๆ เอง แต่รัฐสภายังไม่ได้ตรากฎหมายดังกล่าวออกมา ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยหลายฉบับวางบรรทัดฐานว่าหากรัฐสภายังไม่ได้ตรากฎหมายดังกล่าวออกมา ประชาชนก็จะยังไม่มีสิทธิในเรื่องดังกล่าว¹⁰ ดังนั้น ในการพิจารณาร่าง

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ศาลเขียน รธน. ใหม่,” ใน จุดไฟในสายลม, (กรุงเทพมหานคร : โอเพ่นบุ๊คส์, 2552), น.235-247 และดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, “บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 191,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2556, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1247>.

⁹ หมายเหตุท้ายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2550

¹⁰ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 59/2545

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จึงได้ทำการตัดคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกไปเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาก่อน¹¹

9.2 การถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศมีหลากหลายกว่าในระบบกฎหมายไทย ซึ่งในบทนี้จะเลือกศึกษากลไกของเยอรมนีและฝรั่งเศสเป็นหลัก 4 กลไกที่สำคัญ ได้แก่ (9.2.1) การคัดเลือกองค์กรตุลาการ (9.2.2) การกำหนดเงื่อนไขการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ (9.2.3) การยับยั้งอำนาจตนเอง (Judicial Self-Restraint) และ (9.2.4) การสร้างระบบการตรวจสอบทางการเมือง

9.2.1 การคัดเลือกองค์กรตุลาการ

การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศมีลักษณะที่แตกต่างไปจากระบบการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยอย่างมาก โดยในหัวข้อนี้จะได้แยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ (9.2.1.1) องค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการ และ (9.2.1.2) มาตรการถ่วงดุลและประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

9.2.1.1 องค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการ

การถ่วงดุลอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกลไกแรกสุดคือการให้องค์กรทางการเมืองเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการคัดเลือก แม้ในแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันไปในเรื่องว่าจะให้องค์กรใดบ้างมีอำนาจในการคัดเลือกแต่องค์กรทางการเมืองจะเป็นองค์กรหลักที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการเสมอ เช่น

-ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์ของเยอรมนีมีจำนวน 16 คน มาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ (Bundestag) 8 คน และของสภาที่ปรึกษาสหพันธ์ (Bundesrat) อีก 8 คน¹²

¹¹สำนักกรรมาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ตารางความแตกต่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับ พุทธศักราช 2550, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551), น.20-21.

¹² มาตรา 95(1) กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี(GG)

-คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจำนวน 9 คนมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดีจำนวน 3 คน ประธานาธิบดีบัญญัติแห่งชาติจำนวน 3 คนและประธานวุฒิสภาอีก 3 คน¹³

-ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียมีตุลาการ 14 คนและตุลาการสำรองจำนวน 6 คน โดยตุลาการจะมาจากการคัดเลือกของคณะรัฐมนตรี 8 คน สมาชิกผู้แทนราษฎรสหพันธ์ 3 คน และสภาที่ปรึกษาสหพันธ์อีก 3 คน ส่วนตุลาการสำรองจะมีการคัดเลือกของคณะรัฐมนตรี 3 คน สมาชิกผู้แทนราษฎรสหพันธ์ 2 คนและสภาที่ปรึกษาสหพันธ์ 1 คน¹⁴

-ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีจำนวน 15 คน มาจากการคัดเลือกของคณะรัฐมนตรี 5 คน รัฐสภา 5 คนและศาลต่างๆ 5 คน¹⁵

-ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสเปนจำนวน 12 คนมาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎร 4 คน วุฒิสภา 4 คน รัฐบาล 2 คนและคณะกรรมการขององค์กรใช้อำนาจตุลาการ 2 คน โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบไปด้วยกรรมการจำนวน 20 คนมาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในจำนวนที่เท่ากัน¹⁶

-ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้จำนวน 9 คนมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดี 3 คน รัฐสภา 3 คน และประธานศาลสูงสุด 3 คน¹⁷

¹³ มาตรา 56 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 1958

¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิधिพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), น.74-75.

¹⁵ มาตรา 135 รัฐธรรมนูญอิตาลี และดู จำปี หยกอุบล, “ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี,” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.19.

¹⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, “ศาลรัฐธรรมนูญและคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายสเปน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 36, น.518-519 (กันยายน 2550).

¹⁷ มาตรา 111 รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ และดู วรรณภา สุพรรณธะริตา, “ศาลรัฐธรรมนูญและวิधिพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ฉบับที่ 28, ปีที่ 10, น.88 (มกราคม-เมษายน 2551).

9.2.1.2 มาตรการถ่วงดุลและประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

แม้ในต่างประเทศจะให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการก็ตามแต่เพื่อป้องกันไม่ให้มีกลุ่มการเมืองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวสามารถควบคุมครอบงำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้เนื่องจากโดยสภาพ ฝ่ายการเมืองก็ย่อมต้องการที่จะให้บุคคลที่ตนเองเชื่อมั่นว่ามีแนวคิดทางการเมืองที่สนับสนุนหรือใกล้เคียงกับนโยบายของฝ่ายการเมืองนั้นเพื่อไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นอุปสรรคขัดขวางการดำเนินนโยบายของตนเองหากฝ่ายตนได้เป็นรัฐบาล ซึ่งอาจส่งผลทำให้ศาลนั้นถูกควบคุมครอบงำโดยฝ่ายการเมืองใดแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น จึงต้องมีมาตรการถ่วงดุลไม่ให้ฝ่ายการเมืองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจคัดเลือกตุลาการได้ทั้งหมดและสร้างมาตรการประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้เพื่อให้ตุลาการสามารถตัดสินใจคดีได้โดยไม่ต้องมีความกังวลใด ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีหลากหลายมาตรการและในแต่ละรัฐก็นำไปใช้ผสมผสานกัน ทำให้ระบบการคัดเลือกของแต่ละรัฐแตกต่างกัน โดยอาจจำแนกมาตรการที่สำคัญๆ ดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของผู้ที่จะได้รับการคัดเลือก

การกำหนดคุณสมบัติเป็นมาตรการพื้นฐานที่ใช้สำหรับคัดกรองบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งให้มีความรู้ความสามารถที่เหมาะสมกับตำแหน่ง แต่สำหรับในบางประเทศได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะเอาไว้ทำให้แม้ฝ่ายการเมืองจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกแต่ก็ไม่อาจคัดเลือกบุคคลใดก็ได้ตามอำเภอใจ เช่น เยอรมนีกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์และสภาที่ปรึกษาสหพันธ์จะต้องคัดเลือกบุคคลจากบัญชีรายชื่อที่จัดทำโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมสหพันธ์โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์กำหนดให้มีบัญชีรายชื่อ 2 บัญชี บัญชีแรกจำกัดไว้จะต้องเป็นบัญชีรายชื่อผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหพันธ์ที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 40 ปี มีคุณสมบัติที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์และแสดงเจตจำนงเป็นหนังสือว่าประสงค์จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการ ส่วนบัญชีที่สองจะต้องเป็นรายชื่อบุคคลที่ถูกเสนอชื่อโดยกลุ่มการเมืองในสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐบาลสหพันธ์หรือรัฐบาลมลรัฐ โดยบุคคลดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษารัฐบัญญัติสหพันธ์ว่าด้วยผู้พิพากษา¹⁸ กล่าวโดยสรุปการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ถูกจำกัดให้คัดเลือกเฉพาะผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหพันธ์และบุคคลที่ถูกเสนอรายชื่อโดยองค์กรทางการเมืองที่กำหนดเท่านั้น จะคัดเลือกบุคคลอื่นไปไม่ได้

เช่นเดียวกับ ในออสเตรีย การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของคณะรัฐมนตรีสหพันธ์ที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการได้ 6 คนและตุลาการสำรอง 3 คนก็จะต้องคัดเลือกจากผู้

¹⁸ มาตรา 8(1) รัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์(BVerfGG)

พิพากษา ข้าราชการฝ่ายปกครองและศาสตราจารย์คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยเท่านั้น นอกเหนือไปจากคุณสมบัติพื้นฐานของตุลาการที่จะต้องสำเร็จการศึกษาวินิจฉัยศาสตร์และมีประสบการณ์ในการทำงานมาแล้วอย่างน้อย 10 ปี¹⁹ หรือในสเปนจะต้องคัดเลือกจากผู้พิพากษา อัยการ ศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย ข้าราชการและทนายความ²⁰ หรืออิตาลีจะต้องคัดเลือกจากผู้พิพากษาศาลสูง ศาสตราจารย์ทางกฎหมายในมหาวิทยาลัยและทนายความที่มีประสบการณ์มาแล้วอย่างน้อย 20 ปี²¹

แต่อย่างไรก็ดี ในหลายๆ ประเทศก็กำหนดไว้เพียงคุณสมบัติและลักษณะ ต้องห้ามพื้นฐานไว้เท่านั้นแต่ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะดังกล่าวไว้ หรือบางประเทศก็ไม่ได้กำหนด คุณสมบัติใดๆ ไว้เลย โดยปล่อยให้ป็นดุลพินิจขององค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกอย่างเต็มที่ เช่น ฝรั่งเศส เป็นต้น

(2) ระบบถ่วงดุลอำนาจในการคัดเลือก

ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่ละประเทศได้สร้างกลไกการ ถ่วงดุลอำนาจในการคัดเลือกไว้ โดยการกำหนดให้กระจายอำนาจการแต่งตั้งตุลาการไปให้กับองค์กรที่ แตกต่างกันหลายองค์กรมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง อันจะทำให้ไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์กร เดียวมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการทุกคนในศาล ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 2 กลไก ได้แก่

กลไกแรก การกำหนดให้การแต่งตั้งเป็นอำนาจขององค์กรร่วม (Share Appointment) กล่าวคือให้ 2 องค์กรที่แตกต่างกันต้องร่วมกันใช้อำนาจคัดเลือกโดยองค์กรหนึ่งเป็นผู้ เสนอรายชื่อส่วนอีกองค์กรหนึ่งให้ความเห็นชอบในรายชื่อก็ได้ เช่น ในเยอรมนี สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ และสภาที่ปรึกษาสหพันธ์เป็นองค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกแต่จะต้องเลือกจากบัญชีรายชื่อผู้พิพากษาในศาล สูงสุดสหพันธ์หรือจากรายชื่อที่เสนอโดยกลุ่มการเมืองในสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ รัฐบาลสหพันธ์หรือ รัฐบาลมลรัฐ เป็นต้น หรือกรณีในฝรั่งเศสที่ให้ประธานาธิบดี ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและประธาน วุฒิสภามีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 ประธานาธิบดีจะต้องเสนอชื่อบุคคลที่ตนเองคัดเลือกไว้ให้แก่คณะกรรมการการถ่วงดุลประจำสภานิติ

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น.74-75.

²⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น.519.

²¹ มาตรา 135 วรรคสอง รัฐธรรมนูญอิตาลี

บัญญัติแห่งชาติและคณะกรรมการการถาวรประจำวุฒิสภาให้ความเห็นชอบก่อน²² เช่นเดียวกับ ประธานสภาทั้งสองที่จะต้องเสนอรายชื่อบุคคลที่ตนเองคัดเลือกให้แก่คณะกรรมการการถาวรประจำสภาของตนเองให้ความเห็นชอบเสียก่อนเช่นกันอันเป็นการถ่วงดุลอำนาจขององค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกนี้เอง²³

กลไกที่สอง คือ ระบบโควตา(Quota System) ที่จะแบ่งจำนวนไปให้องค์กรทางการเมืองแต่ละองค์กรทำการคัดเลือกตุลาการในส่วนของตนเอง แต่จะไม่มีองค์กรใดที่จะมีอำนาจคัดเลือกตุลาการได้ครบทุกคนในศาล ระบบเช่นนี้ใช้แพร่หลายมากที่สุด ทั้งในฝรั่งเศส อิตาลี และ เกาหลีใต้ ใช้มาตรการแบ่งโควตาในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 3 ส่วนในสัดส่วนเท่าๆ กัน แต่กระจายโควต้าให้องค์กรที่แตกต่างกันโดยในฝรั่งเศส ประธานาธิบดี ประธานสภานิติบัญญัติ แห่งชาติและประธานวุฒิสภาจะได้รับโควตาคัดเลือกตุลาการองค์กรละ 3 คนเท่ากัน ส่วนในอิตาลีและ เกาหลีใต้กระจายโควตาให้แก่ประธานาธิบดี รัฐสภาและฝ่ายตุลาการ โดยในอิตาลีจะได้รับโควตาองค์กร ละ 5 คน ส่วนในเกาหลีใต้ ได้รับโควตาองค์กรละ 3 คน เป็นต้น

(3) การใช้มติเสียงข้างมากพิเศษ

ในการคัดเลือกตุลาการ ซึ่งจะเป็นกรณีที่มีการพิจารณาแต่งตั้งกระทำโดย องค์กรกลุ่ม การใช้เสียงข้างมากพิเศษอาจจะเป็นคะแนนเสียงสองในสามหรือสามในห้าของจำนวนสมาชิก ทั้งหมดก็ได้ ซึ่งจะทำให้เกิดการประนีประนอมกันในหมู่องค์กรคณะที่มีอำนาจคัดเลือกตุลาการ มาตรการ ดังกล่าวกำหนดโดยสภาพของการเมืองการเลือกตั้งในประเทศที่เป็นประชาธิปไตย กล่าวคือจะไม่มีพรรค การเมืองใดหรือกลุ่มการเมืองใดจะมีเสียงข้างมากเด็ดขาดในสภา การกำหนดให้ใช้เสียงข้างมากพิเศษเป็น การบังคับให้กลุ่มการเมืองหลายกลุ่มต้องทำการประนีประนอมกัน เช่นในเยอรมนี การคัดเลือกโดย คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจะต้องได้รับคะแนน เสียงเห็นชอบอย่างน้อย 8 เสียงจากจำนวนทั้งหมด 12 เสียง²⁴ ส่วนการคัดเลือกโดยสภาที่ปรึกษาสหพันธ์ จะต้องใช้คะแนนเสียงสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภา²⁵ ดังนั้น กลุ่มการเมืองต่างๆ ในสภา

²² มาตรา 56 ประกอบ มาตรา 13 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 1958 และดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสเพื่อการปฏิรูปสถาบันการเมือง,” วารสาร นิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 36, น.141-142 (ธันวาคม 2550).

²³ มาตรา 56 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 1958 และดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.41-142.

²⁴ มาตรา 6(5) รัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์(BVerfGG)

²⁵ มาตรา 7 รัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์(BVerfGG)

จึงต้องทำการการประนีประนอมกันระหว่างเสียงข้างมากในสภากับพรรคฝ่ายค้าน โดยมีการทำความตกลงกันระหว่างสองพรรคใหญ่ คือพรรค Christian Democrat Party ; CDU และ พรรค Christian Social Union in Bavaria; CSU กับ พรรค Social Democratic Party; SPD ซึ่งในทางปฏิบัติ พรรคฝ่ายหนึ่งจะเสนอรายชื่อ ส่วนอีกพรรคหนึ่งจะคัดค้าน ซึ่งจะคัดค้านบุคคลที่มีความคิดสุดโต่งจนเกินไป จนกระทั่งยอมรับไม่ได้โดยกระบวนการต่อรองดังกล่าวเกิดขึ้นในทางกลับ ซึ่งหากการตกลงกันไม่ได้เกิดถูกเปิดเผยขึ้นผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อมักจะขอถอนตัว เช่นกรณีของอดีตรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม Herta Däubler-Gmelin (SPD) ที่ถูกคัดค้านโดยอีกสองพรรคคือ CDU/CSU²⁶ เป็นต้น

(4) การเลื่อนระยะเวลาดำรงตำแหน่ง

การเลื่อนระยะเวลาดำรงตำแหน่งหมายถึงการกำหนดให้วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการแต่ละคนสิ้นสุดไม่พร้อมกันซึ่งมีวัตถุประสงค์สองประการ ประการแรก เพื่อให้การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายการเมืองจะสามารถแต่งตั้งได้เพียงตำแหน่งที่ว่างลงเท่านั้น ไม่ใช่แต่งตั้งตุลาการทั้งหมด และประการที่สอง เพื่อความต่อเนื่องขององค์กร เมื่อตุลาการคนหนึ่งหรือจำนวนหนึ่งในศาลพ้นจากตำแหน่งไปเนื่องจากหมดวาระก็จะมีตุลาการเดิมที่ยังไม่พ้นจากตำแหน่งทำหน้าที่ต่อไปและตุลาการที่ได้รับเลือกมาใหม่ที่จะเข้าไปเรียนรู้วิธีการปฏิบัติหน้าที่จากตุลาการเดิมที่ทำให้ตุลาการชุดใหม่เข้าไปดำรงตำแหน่งจะไม่ต้องเรียนรู้หรือวางระบบงานใหม่ทั้งหมด ประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น ฝรั่งเศสทุกๆ 3 ปี จะมีตุลาการพ้นจากตำแหน่ง 3 คนโดยเป็นตุลาการที่มาจากการคัดเลือกของแต่ละองค์กร องค์กรละ 1 คน²⁷ ดังนั้น การคัดเลือกตุลาการเข้าไปใหม่โดยองค์กรต่างๆ จึงสามารถคัดเลือกได้เพียงองค์กรละ 1 คนในแต่ละรอบเท่านั้น

(5) มาตรการประกันการดำรงตำแหน่งอื่นๆ

นอกจากกลไกที่กล่าวมาข้างต้น ในแต่ละประเทศยังได้สร้างมาตรการประกันการดำรงตำแหน่งอื่นๆ เพื่อประกันว่าตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งเข้าไปจะเป็นอิสระจากผู้แต่งตั้งซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง โดยการประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวเพื่อให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีได้อย่างไม่ต้องกังวลว่าจะได้รับผลร้ายจากการปฏิบัติหน้าที่ของตน ซึ่งหลักประกันที่รัฐต่างๆ ให้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็คล้ายคลึงกับหลักประกันที่ให้ผู้พิพากษาศาลปกติทั่วไป โดยอาจแบ่งได้เป็น 5 ประการ ได้แก่

²⁶ Werner Heun, *the Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2011), 169.

²⁷ มาตรา 56 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 1958

ประการแรก การประกันวาระการดำรงตำแหน่ง โดยกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับหลักประกันการดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่ประพตติดี แต่อาจมีการกำหนดอายุเกษียณไว้ เช่นในเยอรมนี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีวาระการดำรงตำแหน่ง 12 ปี และมีกำหนดอายุเกษียณที่ 68 ปี²⁸ ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปีไม่อาจได้รับการแต่งตั้งใหม่ได้²⁹ เช่นเดียวกับสเปน³⁰และอิตาลี³¹

ประการที่สอง การห้ามแต่งตั้งซ้ำ โดยกำหนดให้ตุลาการที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วไม่อาจได้รับเลือกให้เป็นตุลาการได้อีกครั้ง ซึ่งเป็นการประกันความเป็นอิสระไม่ให้ตุลาการต้องเอาใจฝ่ายการเมือง เพื่อหวังจะได้รับการแต่งตั้งซ้ำอีกครั้ง

ประการที่สาม การให้เอกสิทธิ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้รับเอกสิทธิ์เช่นเดียวกับสมาชิกรัฐสภา กล่าวคือ ไม่อาจถูกจับกุมคุมขัง ไม่อาจถูกตรวจค้นตัวหรือที่อยู่อาศัย หรือพรากเสรีภาพส่วนตัว หรือจับกุมคุมขัง เว้นแต่โดยคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด หรือถูกจับกุมในขณะกระทำความผิด³²

ประการที่สี่ การไม่อยู่ภายใต้ระบบการควบคุมพฤติกรรมจากองค์กรใดๆ โดยตุลาการเหล่านี้ยังไม่อยู่ภายใต้ระบบการควบคุมพฤติกรรมหรือวินัยจากองค์กรใด ซึ่งถือว่าเป็นตำแหน่งที่มีความเป็นอิสระอย่างมาก เช่น ในเยอรมัน การพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใช้ระบบการควบคุมตรวจสอบกันเอง(Self-Regulation) โดยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการทั้งหมดมอบอำนาจให้กับประธานาธิบดีสั่งให้ตุลาการที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่หน้าที่ได้ติดต่อกันเป็นระยะเวลานานให้เกษียณอายุราชการก่อนกำหนด หรือให้ถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่กระทำการอันเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือจงใจใช้อำนาจขัดต่อหน้าที่ตามกฎหมายอย่างชัดแจ้ง³³

²⁸ มาตรา 5 BVerfGG

²⁹ มาตรา 56 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 1958

³⁰ มาตรา 159 (3) รัฐธรรมนูญสเปน

³¹ มาตรา 135 วรรคสาม รัฐธรรมนูญอิตาลี

³² จำปี หยกอุบล, “ศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลี,” 20; มาตรา 68 วรรคสอง รัฐธรรมนูญอิตาลี

³³ มาตรา 105 กฎหมายพื้นฐานเยอรมัน(GG) และดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่* 14, น.28.

9.2.2 การกำหนดข้อจำกัดในการพิจารณาคดี

กลไกถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญประการที่สองนี้คือการอาศัยกฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนดข้อจำกัดในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อปริมาณคดีลดลงโอกาสที่ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจเกินขอบเขตย่อมลดลงไปด้วย โดยข้อจำกัดดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเภทคดีและแต่ละบทวิธีพิจารณาคดีของแต่ละประเทศ โดยอาจแบ่งข้อจำกัดดังกล่าวออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ (9.2.2.1) การจำกัดผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (9.2.2.2) การกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการพิจารณา (9.2.2.3) การกำหนดระบบกลั่นกรองคดี และ (9.2.2.4) การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจัยลำดับสอง

9.2.2.1 การจำกัดผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

การจำกัดผู้มีสิทธิยื่นคำร้องเป็นกลไกพื้นฐานทั่วไปของศาลทุกศาลที่ใช้เพื่อลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลโดยให้เหลือคดีที่มีความสำคัญและจำเป็นจริงๆ อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีของศาลด้วย สำหรับศาลรัฐธรรมนูญก็มีการใช้กลไกนี้เพื่อจำกัดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลเช่นเดียวกัน โดยการกำหนดให้องค์กรของรัฐบางองค์กรเท่านั้นที่สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ เช่น ในฝรั่งเศส³⁴ คดีการร้องขอให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติก็จะจำกัดไว้ให้เฉพาะประธานาธิบดี ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประธานวุฒิสภาหรือสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือสมาชิกวุฒิสภาในจำนวนที่กำหนดเป็นองค์กรที่มีอำนาจยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือกรณีการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐบาลและรัฐบาล หากมีประเด็นพิพาทที่องค์กรหนึ่งใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่ง องค์กรที่เห็นว่าตนเองถูกก้าวล่วงอำนาจจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจยื่นคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย สำหรับในฝรั่งเศสมีเพียงคดีวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและสมาชิกวุฒิสภาเท่านั้นที่เปิดช่องให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องได้โดยตรง แต่ก็จำกัดให้เฉพาะบุคคลที่มีชื่ออยู่ในบัญชีเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งและผู้สมัครรับเลือกตั้งเท่านั้นที่มีสิทธิยื่นคำร้อง

เช่นเดียวกับในเยอรมนี³⁵ คดีเกือบทุกประเภทที่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ อำนาจในการยื่นคำร้องจะถูกจำกัดไว้ให้เฉพาะองค์กรของรัฐเท่านั้น เช่น คดีพิพาทระหว่างองค์กรทางรัฐธรรมนูญ องค์กรหลักที่มีอำนาจยื่นคำร้องให้ศาลพิจารณาคดี

³⁴ เฟ็งอ้าง, น.95-98.

³⁵ เฟ็งอ้าง, น.39-44.

ประธานาธิบดีสหพันธ์ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ สภาที่ปรึกษาสหพันธ์ รัฐบาลสหพันธ์ หรือคดียุติธรรม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติในเชิงนามธรรม องค์กรที่มีอำนาจได้แก่รัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ในจำนวนที่กำหนด แต่อย่างไรก็ดี ในเยอรมนีมีคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่เปิดช่องให้ประชาชนมีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่ระบบการพิจารณาคดีได้สร้างเงื่อนไขและระบบการกลั่นกรองคดีไว้ดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

9.2.2.2 การกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณา

กลไกที่สองคือการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณาซึ่งมีกำหนดที่อาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเภทคดีและประเทศ โดยอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) เงื่อนไขในการฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้แบบเป็นนามธรรม(Abstract Control)

การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้แบบเป็นนามธรรมคือการให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ได้ตราออกมาแล้วนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่จำเป็นจะต้องมีคดีพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายฉบับนั้นเกิดขึ้นเสียก่อน ในคดีประเภทนี้ ในแต่ละประเทศจะกำหนดองค์กรที่มีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่จะกำหนดเงื่อนไขเวลาไว้ เช่น ในสเปนกำหนดให้ผู้มีอำนาจต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 3 เดือน นับแต่มีการประกาศกฎหมายลงในราชกิจจานุเบกษา(มาตรา 33 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1979) เพื่อต้องการคุ้มครองหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย เพราะหากไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้ องค์กรผู้ที่มีอำนาจอาจจะร้องขอให้วินิจฉัยได้ทุกเมื่อ อันจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนในสถานะของกฎหมายว่าจะใช้บังคับได้หรือไม่ได้ ไปจนถึงเมื่อใด ประการที่สอง เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรผู้ที่มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญบิดเบือนกลไกการตรวจสอบไปเป็นเครื่องมือในการต่อสู้ทางการเมือง³⁶

(2) เงื่อนไขในคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

ในเยอรมนีกำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า ผู้ยื่นคำร้องจะต้องหมดสิ้นหนทางทางกฎหมายในการป้องกันสิทธิของตนเองอีกแล้ว จึงจะสามารถมายื่นคำร้องทุกข์ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย กล่าวคือผู้ที่ร้องทุกข์ได้นั้นจะต้องได้ใช้สิทธิตามกฎหมายปกป้องตนเองในทุกทางแล้วก็ยังไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม หากผู้ร้องละเลยที่จะใช้สิทธิตามกฎหมายก็ย่อมไม่อาจร้อง

³⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 16, น.529-530.

ทุกซ์ทางรัฐธรรมนูญได้ โดยผู้ร้องจะต้องยื่นคำร้องภายในหนึ่งเดือนนับแต่มีการแจ้งคำพิพากษา และศาลจะรับคำร้องไว้พิจารณาก็ต่อเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องทุกซ์ทางรัฐธรรมนูญ³⁷

ในสเปน เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว สำหรับการกระทำทางนิติบัญญัติที่ไม่มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติจะต้องฟ้องภายใน 3 เดือนนับแต่การกระทำนั้นมิผลถึงที่สุด การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจะต้องฟ้องภายใน 20 วันนับแต่วันที่การกระทำนั้นถึงที่สุดโดยการพิพากษาของศาลทั่วไปและการกระทำของฝ่ายตุลาการจะต้องฟ้องภายใน 20 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำพิพากษาของศาล³⁸

9.2.2.3 การกำหนดระบบกลั่นกรองคดี

ระบบกลั่นกรองคดีคือการสร้างกำหนดให้มืองค์กรหนึ่งขึ้นมาทำหน้าที่ในการวินิจฉัยกลั่นกรองคำร้องก่อนที่จะถูกส่งมาให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้คดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเป็นคดีที่มีความสำคัญจริงๆ และจำเป็นที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ซึ่งระบบกลั่นกรองดังกล่าวพบใน (1) การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเป็นรูปธรรม และ (2) การร้องทุกซ์ทางรัฐธรรมนูญ

(1) การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเป็นรูปธรรม

กรณีนี้เป็นกรณีที่มีข้อพิพาทหรือคดีกำลังพิจารณาอยู่ในศาลแล้ว และมีการโต้แย้งว่ากฎหมายที่จะมาใช้แก้คดีนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจะให้สิทธิแก่คู่ความในคดีสามารถโต้แย้งประเด็นดังกล่าวได้ แต่การเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านการพิจารณาโดยศาลที่พิจารณาคดีนั้นอยู่ โดยแบ่งเป็น 2 รูปแบบใหญ่ๆ ได้แก่

รูปแบบแรก ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเบื้องต้นเท่านั้นและต้องส่งประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา โดยการวินิจฉัยเบื้องต้นจะไม่ใช่การวินิจฉัยในประเด็นว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น ในฝรั่งเศสที่เพิ่งมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2008 เพิ่มเขตอำนาจให้คณะ

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การร้องทุกซ์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน : วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 39, น.488 (กันยายน 2553).

³⁸ บรรเจิด สิงคนติ, “การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 38, น. 236 (มิถุนายน 2552).

ตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวได้ด้วย โดยคู่ความสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่กำลังพิจารณาคดีของตนเองอยู่ว่ากฎหมายที่จะบังคับใช้แก้คดีเป็นกฎหมายที่มีปัญหาการขัดแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ โดยศาลที่พิจารณาคดีจะต้องพิจารณาใน 3 ประเด็น ได้แก่ กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีที่มีการฟ้องร้องหรือไม่ บทบัญญัติที่มีการกล่าวอ้างนั้นยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว และประเด็นที่กล่าวอ้างนั้นมีลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่งอันมีสาระสมควรได้รับการพิจารณาโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และหากศาลที่พิจารณาได้พิจารณาว่าคำร้องมีลักษณะทั้งสามครบถ้วนแล้วจะต้องยื่นให้ศาลสูงสุดในระบบศาลของตนพิจารณาซ้ำอีกครั้งในประเด็นเดียวกัน และจะต้องพิจารณาอีกว่า ประเด็นที่จะส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยจะต้องเป็นปัญหาใหม่ที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นยังไม่เคยนำมาปรับใช้แก่กรณีนั้นเลย³⁹

รูปแบบที่สอง ศาลมีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญจึงส่งประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา แต่หากเห็นว่าไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญศาลก็จะไม่ส่งประเด็นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ ระบบนี้ใช้ในเยอรมนี มาตรา 100 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐาน(GG) ศาลจะส่งประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ก็ต่อเมื่อศาลได้พิจารณาในประเด็นดังกล่าวแล้ว และ “แนใจ” (*Überzeugung*) ว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และไม่มีหนทางที่จะตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้⁴⁰ และเป็นประเด็นที่จำเป็นจะต้องได้รับการวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ (*Entscheidungserheblichkeit*) ในระดับที่ว่าหากศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อน การวินิจฉัยคดีของศาลนั้นจะไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ หรือหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้ถูกวินิจฉัยว่าใช้บังคับไม่ได้จะทำให้คำ

³⁹ เจษฎา พรไชยา และกรรณิกา สุทธิประสิทธิ์, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ : การตรวจสอบว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่, ถอดความและเรียบเรียงจาก Jean-Marie Crouzatier, *Le Conseil constitutionnel français et la question prioritaire de constitutionnalité*,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 10, น.6-10 (กันยายน-ธันวาคม 2553).

⁴⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานวิจัยเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 265 และ มาตรา 266, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553), น.72-73.

พิพากษาของศาลเปลี่ยนแปลงไป⁴¹ ในรูปแบบที่สองนี้ให้อำนาจแก่ศาลปกติในการกรองคดีที่เข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะยกคำร้องไม่รับประเด็นที่ถูกส่งมาทางช่องทางนี้ได้

(2) การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

คดีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ในศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมนีจะมีการก่อตั้งองค์คณะย่อย(Kammer) ภายในศาลซึ่งประกอบไปด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 3 คน เพื่อพิจารณาในเบื้องต้นว่าจะรับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาหรือไม่ หากองค์คณะย่อยมีมติเอกฉันท์ไม่รับคำร้องทุกข์นั้นไว้พิจารณา คำร้องทุกข์นั้นก็จะตกไป แต่หากมีมติเอกฉันท์ให้รับไว้พิจารณา คำร้องทุกข์ก็จะถูกนำไปพิจารณาในองค์คณะปกติ(Senat) ต่อไป โดยองค์คณะย่อยจะรับคำร้องทุกข์ในกรณีที่มีการชี้ให้เห็นถึงการต้องบังคับการตามสิทธิขั้นพื้นฐานโดยมีการให้เหตุผลอย่างชัดเจนในคำร้องทุกข์นั้น⁴²

9.2.2.4 การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์

กรณีเช่นนี้ใช้ในเยอรมนีที่ออกแบบให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับสถานะภาพของสมาชิกขององค์กรทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ เช่น คดีควบคุมตรวจสอบการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการเลือกตั้งและสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการตรวจสอบในประเด็นดังกล่าวเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรเอง แต่เมื่อสภาผู้แทนราษฎรมีมติแล้วอาจมีการยื่นคำร้องโต้แย้งมติดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือกรณีการยื่นฟ้องถอดถอนประธานาธิบดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ที่กฎหมายพื้นฐานมาตรา 61(1) ให้อำนาจแก่สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์หรือสภาที่ปรึกษาสหพันธ์ที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ถอดถอนประธานาธิบดีสหพันธ์ออกจากตำแหน่งได้ แต่จะต้องผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์โดยมีมติให้ถอดถอนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หรือสภาที่ปรึกษาสหพันธ์มีมติให้ถอดถอนด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนคะแนนเสียงทั้งหมดจึงจะสามารถยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ หรือการถอดถอนผู้พิพากษาสหพันธ์ออกจากตำแหน่งตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 98 วรรคสอง กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์จะต้องพิจารณาลงมติให้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แล้วศาลรัฐธรรมนูญจึงจะมีอำนาจพิจารณาเป็นลำดับต่อไป

การกำหนดบทบาทเช่นนี้ในลักษณะเช่นนี้ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรที่ตัดสินชี้ขาดชีวิตทางการเมืองของฝ่ายการเมืองโดยตรง แต่เป็นบทบาทใน

⁴¹ เฟ็ฮ์อ้าง, น.75.

⁴² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 37, น.493.

ลักษณะองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองอีกทอดหนึ่ง หรือบทบาทในการให้ความเป็นธรรมแก่องค์กรทางการเมือง เช่น การวินิจฉัยสมาชิกสภาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สมาชิกที่ถูกลงมติให้พ้นสมาชิกภาพอาจถูกกลั่นแกล้งหรือมีการใช้อำนาจจากเสียงข้างมากในสภาที่ไม่ชอบธรรม ศาลรัฐธรรมนูญก็จะทำหน้าที่ตรวจสอบในประเด็นนั้น

9.2.3 การยับยั้งอำนาจตนเอง

นอกจากโครงสร้างทางกฎหมายที่จะช่วยถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลพิเศษให้สมดุลกับการใช้อำนาจอื่นๆ ลักษณะที่สำคัญอย่างมากอีกประการหนึ่งคือการที่ฝ่ายตุลาการจะต้องตีความกฎหมาย หรือใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการยับยั้งหรือจำกัดอำนาจตนเองไม่ให้เป็นการแทรกแซง หรือทำลาย ไม่เคารพการใช้อำนาจขององค์กรอื่นโดยไม่จำเป็นหรือเกินกว่าความจำเป็น ในศาลรัฐธรรมนูญของประเทศที่เป็นประชาธิปไตยจะตระหนักถึงหลักการดังกล่าวเป็นอย่างดี และปรากฏผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเอง กลายมาเป็นหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ การยับยั้งอำนาจตนเองอาจแยกพิจารณาได้ (9.2.3.1) การจำกัดอำนาจอำนาจของตนเองในกระบวนการพิจารณา (9.2.3.2) การจำกัดอำนาจตนเองในทางเนื้อหา และ (9.2.3.3) การจำกัดอำนาจตนเองในผลของคำวินิจฉัย

9.2.3.1 การจำกัดอำนาจตนเองในกระบวนการพิจารณา

กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลตีความกฎหมายที่กำหนดเขตอำนาจของตนเองอย่างจำกัดภายใต้หลักที่เรียกว่า “*Enumerationsprinzip*” ที่กำหนดว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เรื่องใดก็ตามที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนเรื่องดังกล่าวย่อมไม่อาจนำมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ และแม้โดยความเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจของตน ก็ไม่อาจตีความขยายเขตอำนาจของตนเองนอกเหนือไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ ไม่ว่ากรณีใดๆ ก็ตาม⁴³

หลักการนี้เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการจำกัดอำนาจของศาลไม่ให้มากเกินไป สำหรับศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะถือหลักทั่วไปที่ว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีการกำหนดไว้โดยชัดเจนโดยกฎหมาย ดังนั้น เรื่องใดก็ตามที่มิได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนเรื่องดังกล่าวย่อมไม่อาจนำมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้ในการตีความกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจของศาลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็จะตีความขยายความจากเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้ หรือจะใช้การเทียบเคียงกฎหมายหรือตีความโดยคำนึงถึงนโยบายเพื่อขยายอำนาจ

⁴³ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 40*, น.5.

ของศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ หรืออาจกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญมีอาจอ้างเหตุผลอื่นใด เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีภาระหน้าที่ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ หรือเพียงเพราะว่าเป็นปัญหาข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญก็ได้⁴⁴ นอกจากนี้ การจะกำหนดเขตอำนาจเพิ่มเติมให้กับศาลรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกฎหมายธรรมดานั้น จะทำได้ก็ต่อเมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตามที่กฎหมายอื่นกำหนดได้ หากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ กรณีต้องถือว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงเท่าที่ได้บัญญัติไว้เท่านั้น⁴⁵

9.2.3.2 การจำกัดอำนาจตนเองในทางเนื้อหา

การยับยั้งตนเองในทางเนื้อหาคือการที่ศาลได้พิจารณาถึงเนื้อหาของประเด็นข้อพิพาทแล้วเห็นว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยหรือไม่วินิจฉัยในทุกมิติหรือทุกประเด็นโดยอาจจะจำกัดการพิจารณาไว้เพียงบางประเด็น ซึ่งการจำกัดอำนาจตนเองในทางเนื้อหาอาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี ได้แก่

กรณีแรก การจำกัดอำนาจตนเองในทฤษฎีการกระทำทางรัฐธรรมนูญ หรือ ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง ในคดีที่มีการร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจกระทำการบางอย่าง เช่น การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกิจการในทางเศรษฐกิจซึ่งถือว่าเป็นแดนอำนาจโดยอิสระของฝ่ายการเมือง ในเยอรมนี ศาลจะเคารพการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่เสมอ โดยเห็นว่าเป็นอำนาจทางการเมืองของฝ่ายเสียงข้างมากในสภาที่ศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ หรือกรณีที่เป็นเรื่องกิจการในทางเศรษฐกิจศาลก็จะจำกัดอำนาจตนเองโดยถือว่าเรื่องดังกล่าวมีความสลับซับซ้อนซึ่งศาลไม่มีความสามารถมากไปกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ โดยศาลจะตรวจสอบเพียงว่าฝ่ายนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจเกินเลยกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ หรือการตรากฎหมายนั้นมีข้อผิดพลาดอย่างชัดเจนและเห็นได้ชัดว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีเหตุผลในการตรากฎหมาย⁴⁶ แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีของการตรากฎหมายที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลจะเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเต็มที่⁴⁷

⁴⁴ เพิ่งอ้าง, น.5-6.

⁴⁵ เพิ่งอ้าง, น.35.

⁴⁶ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 43, น.119-122 (มีนาคม 2557).

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น.122-125.

กรณีที่สอง การจำกัดอำนาจตนเองโดยการใช้หลักการตีความรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ศาลจะนำหลักการตีความรัฐธรรมนูญเข้าไปใช้เพื่อจำกัดอำนาจตนเอง โดยมี 2 หลักการสำคัญ ได้แก่

หลักการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁴⁸ หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของการตีความกฎหมายทั่วไปและสามารถนำมาใช้กับการตีความรัฐธรรมนูญได้ด้วย กล่าวคือในกรณีที่การตีความกฎหมายสามารถทำได้หลายทาง แต่การตีความในทางหนึ่งจะทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ การตีความในกรณีเช่นนี้ก็ต้องเลือกตีความไปในทางที่ใช้บังคับได้ ฉะนั้นได้แก่นั้น การตีความกฎหมายเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากกฎหมายนั้นสามารถตีความได้หลายทาง แต่การตีความในทางหนึ่งจะทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญอันจะทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ศาลก็ต้องพึงเลือกการตีความที่ทำให้กฎหมายนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเยอรมนี การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเป็นรูปธรรมที่กฎหมายกำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีอยู่มีอำนาจในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาหากได้วินิจฉัยแล้วว่ากฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้นั้นมี ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจริง แต่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะไม่รับคำร้องไว้พิจารณาหากว่าศาลนั้นได้ละเลยต่อหลักการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ(*die verfassungskonforme Auslegung*) กล่าวคือศาลที่พิจารณาคดีสามารถตีความให้กฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้แต่ศาลไม่ทำ⁴⁹ และ

หลักการเคารพภารกิจขององค์กรทางรัฐธรรมนูญ ที่ในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพต่อภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่องค์กรโดยเฉพาะ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักว่าตนเองเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่น้อยกว่ารัฐสภา ในการวินิจฉัยดังกล่าวจึงต้องปรากฏชัดแจ้งว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร ไม่ใช่เพียงศาลไม่เห็นพ้องนโยบายหรือเห็นว่านโยบายที่กฎหมายตราออกมาไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้⁵⁰

⁴⁸ บุญศรี มีวงศ์โสม, “ขอบเขต อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง,” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), 141-143.

⁴⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 40*, น.72-73.

⁵⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักการตีความกฎหมายมหาชน,” ใน หลักการตีความกฎหมายมหาชน, รวบรวมโดย กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), น.173-175.

กรณีที่สาม การเพิ่มบรรทัดฐานทางกฎหมายขึ้นเอง กรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลวางบรรทัดฐานในทางเนื้อหาของกฎหมายที่มากกว่าที่กฎหมายกำหนดเพื่อไม่ให้เป็นผลร้ายแก่ฝ่ายที่จะต้องเสียหายมากเกินไป เช่น คดียุบพรรคการเมืองในเยอรมัน ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายเยอรมนีให้อำนาจแก่ศาลในการวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองหากมีวัตถุประสงค์ที่ขัดแย้งต่อหลักการประชาธิปไตย ซึ่งมีคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลว่า พรรคการเมืองจะมีความเชื่อในทฤษฎีของมาร์กซ์และเลนินซึ่งเป็นทฤษฎีที่ปฏิเสธการปกครองในระบอบรัฐธรรมนูญนั้นจะสามารถดำเนินการประกอบกิจกรรมทางการเมืองได้หรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าลำพังเพียงการที่พรรคการเมืองมีความเชื่อในทฤษฎีของมาร์กซ์และเลนินดังกล่าวก็ยังมีได้หมายความว่าพรรคคนนั้นจะขัดต่อรัฐธรรมนูญที่จะต้องถูกวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองไปเสีย แต่จะขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อพรรคคนนั้นลงมือใช้กำลังเข้าต่อสู้ หรือมีท่าทีเป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบการปกครองที่เป็นอยู่⁵¹ หรือกรณีพรรคการเมืองได้ทำการต่อต้านบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน หรือการต่อต้านองค์กรทางรัฐธรรมนูญจึงยังไม่ใช่เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พรรคการเมืองที่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญได้นั้นจะต้องมีเจตนาทำลายคุณค่าและหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มิใช่เฉพาะบทบัญญัติปลีกย่อยบทใดบทหนึ่งในรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁵²

9.2.3.3 การจำกัดอำนาจตนเองในผลของคำวินิจฉัย

การจำกัดอำนาจตนเองกรณีนี้เป็นกรณีของการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งหากศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญก็จะทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ไปทันที การกระทำเช่นนี้เป็นการใช้อำนาจของศาลเข้าไปปะทะกับอำนาจของฝ่ายที่ตรากฎหมายโดยตรง อีกทั้งคำวินิจฉัยของศาลในกรณีนี้มักจะมีผลบังคับเป็นการทั่วไป(Erga Omnes) อันเป็นการไม่เปิดช่องให้ทางเลือกอื่นๆ แก่ฝ่ายที่จำเป็นที่จะต้องอาศัยกฎหมายดังกล่าวไปดำเนินการอะไรมานัก

ในฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงได้คิดค้นเทคนิคการตีความรัฐธรรมนูญที่จะหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นใช้บังคับไม่ได้ทั้งหมดซึ่งเรียกว่า “การวินิจฉัยว่ากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน” (*conformité*

⁵¹ BverfGE 5, 85(141) อ้างถึงใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.28.

⁵² BverfGE 2, 1(12f) อ้างถึงใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.128.

sour réserves) ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี⁵³ ได้แก่ *กรณีแรก* การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ร้องขอนั้นไม่มีผลในทางกฎหมาย (*Interprétation neutralisante*) คือกรณีที่บทบัญญัตินั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญจริง แต่แทนที่ศาลจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ คณะตุลาการก็เลยไปวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นไม่มีผลทางกฎหมาย เมื่อไม่มีผลทางกฎหมายบทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ อันทำให้กฎหมายนั้นยังสามารถใช้ต่อไปได้ แต่จะนำบทบัญญัติดังกล่าวนั้นไปใช้ไม่ได้ *กรณีที่สอง* คือ การตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายอันจะทำให้บทบัญญัติที่ร้องขอให้พิจารณานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (*Interprétation constructive*) กรณีนี้เป็นกรณีที่บทบัญญัติที่คณะตุลาการกำลังพิจารณานั้นหากพิจารณาแต่เพียงถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทจะมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่คณะตุลาการไม่ได้วินิจฉัยให้กฎหมายฉบับนั้นใช้บังคับไม่ได้ทันที แต่ได้วินิจฉัยว่าโดยเพิ่มเติมหรือขยายความเนื้อหาของบทบัญญัติออกไปที่หากบทบัญญัตินั้นมีข้อความที่มีรายละเอียดดังกล่าว กฎหมายนั้นก็เลยไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้กฎหมายนั้นใช้บังคับต่อไปได้เพียงแต่จะต้องใช้ในเนื้อหาที่คณะตุลาการได้เพิ่มเติมเข้าไปด้วย และ *กรณีที่สาม* การตีความโดยการกำหนดหรือแสดงให้ชัดเจนซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (*Interprétation directive*) กรณีนี้เป็นกรณีที่คณะตุลาการได้กำหนดแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายเพิ่มเติมไปจากที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากผู้บังคับใช้กฎหมาย ใช้กฎหมายไปในแนวทางดังกล่าวนี้กฎหมายนี้ก็จะไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

9.2.4 ระบบการตรวจสอบในทางการเมือง

การที่ยอมให้ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญหรือคดีการเมือง จำต้องสร้างระบบที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบ แม้ในทางหลักการแล้ว คำวินิจฉัยของศาลเมื่อเป็นที่สุดแล้วในทางกฎหมายย่อมผูกพันองค์กรที่เกี่ยวข้อง หรือผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร (*Erga Omnes*) แต่อย่างไรก็ดี ในโครงสร้างจำต้องสร้างระบบการตรวจสอบไว้เพื่อรองรับกรณีที่ศาลใช้อำนาจที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือกรณีคำวินิจฉัยนั้นไม่เป็นที่ยอมรับแต่สาธารณชน ระบบการตรวจสอบทางการเมืองจะประกอบไปด้วย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการเปิดโอกาสให้พหุวิชาชีพวิจารณ์คำวินิจฉัยของศาลโดยทั้งสองกรณีผู้เขียนได้กล่าวถึงไปแล้วในบทที่ 8 ว่าด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการจึงไม่ขอกล่าวถึงซ้ำ

⁵³ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 36, น.42-47 (มีนาคม 2550).

9.3 บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไขปัญห

9.3.1 บทวิเคราะห์สภาพปัญหา

ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญไทยมีปัญหา 4 ประการ ได้แก่ (9.3.1.1) ปัญหาการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (9.3.1.2) ปัญหาการกำหนดเขตอำนาจและข้อจำกัดการพิจารณาคดี (9.3.1.3) ปัญหาการไม่ยับยั้งอำนาจตนเอง และ (9.3.1.4) ปัญหากระบวนการตรวจสอบทางการเมือง

9.3.1.1 ปัญหาการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ กลไกการถ่วงดุลศาลรัฐธรรมนูญกลไกแรกและเป็นกลไกที่สำคัญที่สุดคือการกำหนดให้อำนาจในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจขององค์กรทางการเมืองอื่น เช่น องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็ด้วยเหตุผลสองประการ ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัยคดีการเมืองที่ส่งผลกระทบต่อระบบการเมืองและประชาชนในวงกว้าง เช่น การวินิจฉัยให้กฎหมายฉบับหนึ่งที่ตราโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนประชาชนใช้บังคับไม่ได้ เป็นต้น ดังนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยสูงมาก การคัดเลือกจึงควรให้ฝ่ายการเมืองที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนเป็นผู้คัดเลือกโดยตรงเพื่อให้สามารถส่งผ่านความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับผูกพันต่อองค์กรทางการเมืองต่างๆ ดังนั้น การจะทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับจึงต้องอาศัยความยินยอมพร้อมใจของฝ่ายการเมืองด้วย การให้ฝ่ายการเมืองเป็นผู้คัดเลือกจะช่วยให้ฝ่ายการเมืองยอมรับในคำวินิจฉัยได้ง่ายขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศก็ไม่ได้ละเลยปล่อยให้ฝ่ายการเมืองเป็นผู้คัดเลือกตุลาการได้ตามดุลพินิจโดยเสรี แต่ก็มีกำหนดกลไกในการถ่วงดุลการคัดเลือกเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นระบบโควตาที่กระจายอำนาจในการคัดเลือกไปให้องค์กรทางการเมืองหลายองค์กร ไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือกลุ่มการเมืองใดกลุ่มการเมืองหนึ่งมีอำนาจคัดเลือกตุลาการได้ทั้งหมด อีกทั้งยังสร้างระบบการประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้อีกด้วย เช่น การให้ดำรงตำแหน่งวาระเดียวและไม่สามารถได้รับการแต่งตั้งซ้ำได้ซึ่งจะป้องกันไม่ให้ตุลาการปฏิบัติหน้าที่เอาใจฝ่ายการเมืองเพื่อหวังจะได้รับการแต่งตั้งกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งอีก เป็นต้น

หากย้อนกลับมาพิจารณาระบบการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยแม้จะมีการถ่วงดุลโดยใช้การแบ่งโควตาไปให้กับองค์กรต่างๆ แต่เป็นการแบ่งโควตาให้กับฝ่ายตุลาการ

ทั้งหมด ตุลาการจำนวน 5 คนจากทั้งหมด 9 คนมาจากศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ส่วนอีก 4 คนมาจากการสรรหาที่มีบุคคลที่เป็นตัวแทนหรือมาจากการคัดเลือกที่มีฝ่ายตุลาการเป็นเสียงข้างมากในคณะกรรมการสรรหา อีกทั้งการคัดเลือกสำรองที่หากกระบวนการคัดเลือกปกติไม่สามารถสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งได้ก็ยังคงเป็นการคัดเลือกที่บุคคลที่เป็นตัวแทนฝ่ายตุลาการเป็นผู้คัดเลือก ดังนั้น กระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยจึงเป็นการคัดเลือกโดยฝ่ายตุลาการด้วยตนเอง ไม่ใช่ให้ฝ่ายการเมืองเป็นผู้คัดเลือกดังนั้นจึงศาลรัฐธรรมนูญจึงขาดระบบการถ่วงดุลโดยการให้ฝ่ายการเมืองเป็นผู้คัดเลือกตุลาการ

ระบบการคัดเลือกที่ให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้คัดเลือกเองทั้งหมดนั้นนอกจากจะทำให้ขาดกลไกในการถ่วงดุลฝ่ายตุลาการแล้วยังทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีข้อบกพร่องใน 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเพราะการคัดเลือกไม่ได้มาจากประชาชนหรือองค์กรที่ได้รับคัดเลือกจากประชาชน ประการที่สอง จะทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับจากฝ่ายการเมืองได้ยากเนื่องจากฝ่ายการเมืองไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกแต่อย่างใด

และประการที่สาม การคัดเลือกโดยฝ่ายตุลาการด้วยตนเองทำให้ไม่มีความพร้อมรับผิดในกระบวนการคัดเลือก กล่าวคือ หากกระบวนการคัดเลือกดำเนินการโดยฝ่ายการเมือง หากฝ่ายการเมืองคัดเลือกบุคคลที่ประชาชนไม่ยอมรับ หรือบุคคลที่ไม่เหมาะสม ฝ่ายการเมืองจะต้องพร้อมรับผิดต่อประชาชนที่จะวิพากษ์วิจารณ์ความสามารถในการแสวงหาความร่วมมือจากบุคคลที่มีความรู้ความสามารถ การไม่สามารถค้นหาบุคคลที่เหมาะสมย่อมแสดงถึงการด้อยความสามารถในการบริหารงานและย่อมส่งผลกระทบต่อคะแนนนิยมของฝ่ายการเมืองผู้คัดเลือกด้วย นอกจากนี้ หากต่อมาบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกจากฝ่ายการเมืองได้กระทำการที่เป็นไม่ถูกต้องชอบธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ ฝ่ายการเมืองที่เป็นผู้คัดเลือกก็ยังไม่พ้นจากความพร้อมรับผิดในทางการเมืองในฐานะเป็นผู้คัดเลือกบุคคลที่ไม่เหมาะสมมาดำรงตำแหน่ง ในขณะที่การคัดเลือกโดยฝ่ายตุลาการของไทยเอง แม้จะคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไร หรือต่อมาบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกจากฝ่ายตุลาการประพฤติปฏิบัติตนไม่ถูกต้องชอบธรรม ฝ่ายตุลาการก็ไม่จำเป็นต้องพร้อมรับผิดต่อองค์กรใดๆ การวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนในเรื่องความไม่เหมาะสมไม่ได้มีผลกระทบกระเทือนใดๆ ต่อฝ่ายตุลาการ กรณีนี้อาจเทียบเคียงได้กับกรณีการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาที่เป็นการสรรหาโดยตัวแทนจากฝ่ายตุลาการ⁵⁴ และต่อมามีสมาชิกวุฒิสภา

⁵⁴ ในคณะกรรมการสรรหาประกอบไปด้วยมีตัวแทนที่มาจากฝ่ายตุลาการโดยตรง 3 คน คือ ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาที่เป็นตัวแทนจากศาลฎีกาและตุลาการศาลปกครองที่เป็น

จำนวนหนึ่งถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้พ้นสมาชิกภาพเนื่องจากการกระทำที่เป็นการขัดกันทางผลประโยชน์โดยการถือหุ้นในบริษัทที่รัฐธรรมนูญห้าม⁵⁵ แต่อย่างไรก็ดี คณะกรรมการสรรหาดังกล่าวก็เพียงแค่ดำเนินการสรรหาบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งแทนที่ตำแหน่งเดิมเท่านั้น ไม่ต้องรับผิดชอบในการเมืองในกรณีดังกล่าวต่อประชาชนหรือองค์กรใดๆ

9.3.1.2 ปัญหาการกำหนดเขตอำนาจและข้อจำกัดในการพิจารณาคดี

หากเปรียบเทียบกับเขตอำนาจและระบบการจำกัดการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศจะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยมีเขตอำนาจอย่างกว้างขวางและมีข้อจำกัดในการพิจารณา คดีน้อยทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีโอกาสที่จะใช้อำนาจแทรกแซงอำนาจของฝ่ายการเมืองอื่นได้มากขึ้นเป็นการล่วงละเมิดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักประชาธิปไตยได้ง่าย ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ 4 กรณี ได้แก่

กรณีแรก การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ระบบกฎหมายไทยให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้ทั้งก่อนการประกาศใช้กฎหมาย และหลังการประกาศใช้กฎหมาย การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถเปิดช่องให้ทำได้ทั้งการควบคุมแบบเป็นนามธรรมและเป็นรูปธรรม และการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่เปิดช่องให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ทั้งก่อนและหลังการประกาศใช้กฎหมาย แต่จำกัดกรณีที่ควบคุมหลังให้สามารถทำได้เฉพาะกรณีการควบคุมแบบเป็นรูปธรรมเท่านั้น และจำกัดเฉพาะประเด็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ในขณะที่เยอรมนีจะเปิดช่องให้ตรวจสอบได้เฉพาะหลังการประกาศใช้กฎหมายแล้วเท่านั้น

กรณีการควบคุมหลังการประกาศใช้กฎหมายแบบเป็นรูปธรรม ในระบบกฎหมายไทยใช้ระบบการกรองคดีแบบให้ศาลวินิจฉัยเฉพาะว่าคำร้องถูกต้องครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ ไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลในการกลั่นกรองคำร้องมากนัก เมื่อเปรียบเทียบกับระบบแบบเยอรมนีที่ให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาคดีอยู่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลต้องแน่ใจว่ากฎหมายนั้นมีความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อีกทั้ง หากศาลที่พิจารณาคดีอยู่เห็นว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าศาลได้ละเลยต่อการตีความ

ตัวแทนจากศาลปกครองสูงสุด ส่วนกรรมการสรรหาอีก 4 คนเป็นบุคคลที่มาจากการคัดเลือกโดยคณะกรรมการสรรหาที่มีตัวแทนจากฝ่ายตุลาการเป็นเสียงข้างมาก ซึ่งอาจกล่าวได้เป็นการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาเป็นการสรรหาโดยตัวแทนจากฝ่ายตุลาการ

⁵⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-14/2553

กฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะไม่รับคำร้องไว้พิจารณา ในขณะที่ระบบของไทย แม้จะมีข้อจำกัดเช่นเดียวกัน ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่าคดีไม่เป็นสาระอันควรแก่การวินิจฉัย ซึ่งเป็นข้อจำกัดที่มีให้ดุลพินิจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการเลือกรับคดีไว้พิจารณาไม่ใช่ข้อจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีที่สอง การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาหรือความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรี โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาตามมาตรา 91 และเขตอำนาจในการวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวหรือไม่ตามมาตรา 182 ซึ่งทั้งสองกรณีรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขมากนักสำหรับการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยการยื่นคำร้องให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาเข้าชื่อร้องต่อประธานสภาที่ตนสังกัดและให้ประธานสภาที่ได้รับคำร้องยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่มีกระบวนการการกลั่นกรองข้อเท็จจริงใดๆ ในรัฐสภาเลย ซึ่งเขตอำนาจกรณีนี้พบในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี แต่กรณีของเยอรมนีจะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์มากกว่าเป็นองค์กรที่วินิจฉัยกรณีนี้โดยตรง โดยอำนาจในการวินิจฉัยขั้นแรกเป็นของรัฐสภา และหากรัฐสภาลงมติให้พ้นจากตำแหน่ง ผู้ที่กฎหมายกำหนดจึงจะสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ อันเป็นระบบหนึ่งที่จำกัดอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญได้

กรณีที่สาม การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยในกระบวนการภายในขององค์กรทางการเมือง ซึ่งมีคดี 3 ประเภทได้แก่ ประเภทแรก คดีวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศใดเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามมาตรา 190 วรรคสอง คดีที่สอง คดีตรวจสอบว่าร่างกฎหมายใหม่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งไว้หรือไม่ตามมาตรา 140 วรรคสองและมาตรา 149 และประเภทที่สาม คดีตรวจสอบการเสนอการแปรรูปที่ดินหรือการกระทำประการใดๆ ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่ายว่ามีผลให้สมาชิกสภาหรือกรรมการมีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ตามมาตรา 168 วรรคเจ็ด คดีทั้งสามประเภทนี้เป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเข้าไปตรวจสอบกระบวนการทำงานภายในขององค์กรทางการเมืองอื่นซึ่งไม่พบว่าในศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศจะกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในลักษณะนี้ การกำหนดเขตอำนาจไว้เช่นนี้เปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าแทรกแซงกิจการภายในขององค์กรเหล่านี้ได้ง่าย

กรณีที่ดี การวินิจฉัยคดีที่ให้ประชาชนเป็นผู้เริ่มคดี ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทหลักๆ ได้แก่ คดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญและคดีร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 คดีทั้งสองประเภทนี้รัฐธรรมนูญได้กำหนดระบบการกลั่นกรองคดีไว้แล้ว โดยการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องหมดสิ้นหนทางที่จะเยียวยาความเสียหายใดๆ ได้อีกแล้วจึงจะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีการร้องขอให้ศาลพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงก่อนแล้วจึงให้อัยการสูงสุดยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหากเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีมูล แต่อย่างไรก็ดี ในคดีประเภทหลังศาลรัฐธรรมนูญกลับไม่ได้ให้ความสำคัญกับระบบการกลั่นกรองคดีเลยโดยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าว 3 ครั้งหลังสุด⁵⁶ ศาลออกคำสั่งรับคำร้องที่ยื่นมาโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่ผ่านการพิจารณาจากอัยการสูงสุดมาก่อน กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความสำคัญกับระบบการกลั่นกรองคดีดังกล่าวเลย

9.3.1.3 ปัญหาการไม่ยับยั้งอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญ

การยับยั้งอำนาจตนเองเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการรักษาสมดุลแห่งอำนาจ โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำต้องตระหนักในบทบาทและตำแหน่งแห่งที่ของตนเองในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่ตนเองมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่น้อยกว่าองค์กรทางการเมืองอื่นๆ มีความเชี่ยวชาญและเครื่องมือในการวิเคราะห์ทางเศรษฐกิจน้อยกว่า อีกทั้งยังไม่ต้องรับผิดชอบต่อประชาชนโดยตรง แม้จะมีการกีดกันในการปกป้องรัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชนแต่ก็เป็นภารกิจจะต้องเคารพภารกิจขององค์กรทางการเมืองอื่นด้วยเช่นกัน การใช้อำนาจที่จะทำให้ได้ดุลยภาพตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำต้องยับยั้งอำนาจตนเองให้ใช้ได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น จากการศึกษาจากต่างประเทศพบว่าการยับยั้งตนเองเป็นกลไกสำคัญในการถ่วงรั้งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมิให้ไปแทรกแซงแดนอิสระของฝ่ายอื่นมากเกินไปจนเกินกว่าที่จำเป็นโดยการใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเองจะพบทั้งในกระบวนการพิจารณาเนื้อหาและผลคำวินิจฉัย แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญพบว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ใช้อำนาจแบบยับยั้งตนเองเลยแต่เป็นไปในทางตรงกันข้าม โดยอาจแยกพิจารณาการไม่ยับยั้งอำนาจตนเองออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

รูปแบบแรก การไม่ยับยั้งอำนาจตนเองในกระบวนการพิจารณา โดยกรณีที่เป็นตัวอย่างของการไม่ยับยั้งตนเองในรูปแบบนี้ที่ชัดเจนคือคดีที่มีประชาชนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า

⁵⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁵⁷ ซึ่งศาลก็ได้รับคำร้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยให้การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งในคดีนี้หากพิจารณาตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ การยื่นคำร้องตามมาตรา 68 จะต้องยื่นให้อัยการสูงสุดพิจารณาก่อนแล้วอัยการสูงสุดจึงค่อยยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับรับคำร้องที่ยื่นโดยประชาชนโดยตรงเองจึงเป็นการขยายผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อีกทั้งเนื้อหาของการพิจารณาในคดีดังกล่าวนี้เป็นการพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในกรณีดังกล่าวได้ กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญขยายเขตอำนาจของตนเองอีกด้วย

รูปแบบที่สอง การไม่ยับยั้งอำนาจตนเองในเนื้อหา กรณีการไม่ยับยั้งอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหากรณีตัวอย่าง 3 กรณีได้แก่

กรณีแรก คือ กรณีที่ศาลได้ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาถึงความเหมาะสมของนโยบายรัฐบาลและยังได้คาดการณ์ล่วงหน้าเกินถึงความสำเร็จของโครงการของรัฐบาลซึ่งเป็นการก้าวเข้าไปวินิจฉัยในแดนอิสระของฝ่ายการเมือง ในคดีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ.... หรือที่เรียกว่า “พรบ.เงินกู้สองล้านล้าน” ดังจะเห็นได้จากเนื้อหาในคำวินิจฉัยที่ระบุว่า “...ประกอบกับร่างพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจำนวนมากถึงสองล้านล้านบาทแต่ไม่มีความชัดเจนในรายละเอียดของแผนงานหรือโครงการที่จะใช้จ่ายเงินอันเกี่ยวกับการวางแผนการเงินการจัดหารายได้เพื่อชดใช้หนี้ หรือการบริหารจัดการกำกับกับการใช้จ่ายเงิน อีกทั้งเป็นการสร้างภาระผูกพันทางการเงินแก่ประเทศเป็นจำนวนมหาศาล และเป็นระยะเวลายาวนาน โดยไม่มีหลักประกันความเสี่ยงภัยทางการเงิน การคลังและระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างเพียงพอ..”⁵⁸ ซึ่งเป็นการที่ศาลเข้าประเมินความสามารถในการชำระหนี้ในอนาคตของรัฐบาล หรือ “...การที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ยกเว้นระบบงบประมาณตามปกติ ยิ่งเอื้อให้เกิดช่องทางการทุจริตเกิดขึ้นได้ง่าย หรือเสี่ยงที่จะทำให้เงินแผ่นดินรั่วไหลได้ ประกอบกับเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีจำนวนมากถึงสองล้านล้านบาท ยิ่งมีความเสี่ยงที่จะถูกบุคคลที่ทุจริตประพฤติมิชอบเข้ามาแสวงหาประโยชน์มากตามไปด้วย สุดท้ายจะยิ่งทำให้ประเทศชาติได้รับความเสียหายอย่างรุนแรงและประชาชนสวนรวมได้ประโยชน์ไม่คุ้มคากับความเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหายและการชำระคืน

⁵⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557

⁵⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557

หนี้เงินกู้ยืมหลักเลียงไม่ได้ที่จะมีผลกระทบต้องงบประมาณรายจ่ายของประเทศและภาระภาษีของประชาชน...”⁵⁹ ข้อความที่เป็นตัวเอนคือกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญคาดการณ์ไว้ล่วงหน้าว่าจะเกิดการทุจริตในโครงการและโครงการจะประสบความล้มเหลวหรือได้ประโยชน์ไม่คุ้มกับความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต นอกจากนี้ในขณะพิจารณาคดี ตุลาการท่านหนึ่งได้แสดงทัศนะในเชิงไม่เห็นด้วยกับนโยบายของรัฐบาลโดยตรงอีกด้วย⁶⁰

กรณีที่สอง ศาลตีความโดยเพิ่มเติมหรือขยายขอบเขตของเนื้อหาในรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลมีอำนาจควบคุมฝ่ายการเมืองได้ ในกรณีนี้มี 2 คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญขยายอำนาจตนเองในลักษณะดังกล่าว เช่น คดีวินิจฉัยแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาว่าเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบหรือไม่ตามมาตรา 190 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดว่าหนังสือสัญญาที่มีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับไปเพิ่มเติมว่าหนังสือสัญญาที่ “อาจ” มีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วย⁶¹ กรณีนี้เป็นอีกกรณีหนึ่งที่ศาลตีความรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มเติมเนื้อหาในรัฐธรรมนูญเสียเองและเป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาอีกด้วย

หรือ คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุการรับจ้างทำรายการสาริตการทำอาหารออกโทรทัศน์อันมีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ตามมาตรา 267⁶² ประเด็นสำคัญในคดีดังกล่าวคือการที่นายกรัฐมนตรีไปรับจ้างทำรายการสาริตการทำอาหารออกโทรทัศน์นั้นเป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีไปเป็น “ลูกจ้าง” ของบุคคลอื่นหรือไม่ ซึ่งคำว่า “ลูกจ้าง” นี้หากตีความโดยเคร่งครัดตามความหมายในทางกฎหมายทั่วไปย่อมหมายถึงเฉพาะกรณี

⁵⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 ชัดเส้นใต้โดยผู้เขียน

⁶⁰ มติชนออนไลน์, “โปรดฟังอีกครั้ง! ตุลาการศาลธน.ชี้ไทยควรทำถนนลูกรังให้หมดไปก่อนทำรถไฟความเร็วสูง!”, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มกราคม 2557, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1389255930.

⁶¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5-7/2551

⁶² มาตรา 267 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา 265 มาใช้บังคับแก่นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีด้วย เว้นแต่เป็นการดำรงตำแหน่งหรือดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและจะดำรงตำแหน่งใดในทางหุ้นส่วน บริษัทหรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรมาแบ่งปันกันหรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็ได้ด้วย”

การจ้างแรงงาน และการตีความดังกล่าวน่าจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมากกว่าที่ไม่ต้องการให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายจ้างตามสัญญาจ้าง

แต่กรณีนี้ศาลกลับเลือกใช้ความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่มีความหมายกว้างกว่าความหมายทั่วไปโดยวินิจฉัยว่า “...คำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 จึงมีความหมายกว้างกว่าคำนิยามของกฎหมายอื่น โดยต้องแปลความตามความหมายทั่วไป ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานฉบับปี พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” หมายถึง “ผู้รับจ้างทำงาน ; ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” โดยมีได้คำนี้ว่าจะมีการทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรหากมีการตกลงเป็นผู้รับจ้างทำงานแล้ว ย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 ทั้งสิ้น...”⁶³

กรณีนี้จึงเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเลือกใช้ความหมายอย่างกว้างเพื่อวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งไป แทนที่จะเลือกใช้ความหมายตามปกติธรรมดาในทางกฎหมายเพื่อจำกัดอำนาจของตนเอง และเมื่อพิจารณาในภาพรวมทั้งคดีจะทำให้เห็นว่าคดีดังกล่าวนี้เป็นการตีความกฎหมายที่เกิดผลประหลาดเนื่องจากเพียงการรับจ้างทำรายการสาริตการอาหารออกโทรทัศน์ถึงกับต้องพ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยที่ไม่ใช่กรณีการทุจริต หรือบกพร่องต่อหน้าที่หรือฝ่าฝืนต่อบรรทัดฐานความประพฤติที่ร้ายแรงแต่ประการใด

กรณีที่สาม ศาลอาศัยเหตุแห่งการที่ไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้มาเป็นเหตุในการวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจะพิจารณาเปรียบเทียบบทบัญญัติที่เป็นปัญหานั้นกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แล้วพิจารณาจากเนื้อหาของบทบัญญัติทั้งสองว่าขัดแย้งกันหรือไม่ แต่กรณีที่สามนี้ ศาลได้นำผลที่เกิดจากการปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไปเป็นเหตุในการวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย โดยมีกรณีตัวอย่าง ได้แก่ คดีวินิจฉัยพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ที่ศาลวินิจฉัยพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 108 วรรคสองเพราะเหตุ “ไม่สามารถจัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร”⁶⁴ ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ว่า “...วันเลือกตั้งต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร” และหากพิจารณาวันเลือกตั้งที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะพบว่าได้กำหนดไว้เป็นวันเดียวกันคือ

⁶³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551

⁶⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557

วันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 จึงเห็นได้ว่ากรณีนี้ไม่ใช่กรณีเนื้อหาของกฎหมายขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่เป็นกรณีการปฏิบัติตามกฎหมายที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายได้เท่านั้น กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่ศาลกลับยึดเอาการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามกฎหมายมาเป็นเหตุในการวินิจฉัยให้กฎหมายขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

รูปแบบที่สาม การไม่ยับยั้งอำนาจตนเองในผลคำวินิจฉัย ซึ่งมีตัวอย่างในกรณีการวินิจฉัยให้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง(10) ที่กำหนดว่าบุคคลที่มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการจะไม่มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คดีดังกล่าวเป็นการยื่นคำร้องโดยผู้ตรวจการแผ่นดินตามหนังสือร้องเรียนของผู้พิการคนหนึ่งที่ถูกคณะกรรมการตุลาการไม่ให้สิทธิในการสมัครสอบคัดเลือกเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอน แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนว่ากายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการนั้นมีขอบเขตอำนาจอย่างไร บทบัญญัติดังกล่าวจึงเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็น อันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการได้ แต่สุดท้ายเหตุผลจริงๆ ที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยให้บทบัญญัตินี้ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญคือเหตุผลว่าบทบัญญัตินี้ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 30 มิใช่เหตุที่ว่าบทบัญญัตินี้ขัดแย้งต่อเนื้อหาที่ไม่ชัดเจนและเปิดช่องให้ดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐในการจำกัดสิทธิมากเกินไปเกินความจำเป็นตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 แต่อย่างใด⁶⁵

และหากพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะพบว่ามีความพิการบางประการที่ทำให้ไม่สามารถจะดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาบางตำแหน่งได้ เช่น ตาพิการหรือหูพิการจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาที่ต้องนั่งพิจารณาคดีสืบพยานโดยตรงไม่ได้เพราะตำแหน่งผู้พิพากษาดังกล่าวจะต้องรับฟังการนำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อสนับสนุนข้อเท็จจริงของคู่ความในคดี ผู้พิพากษาจำต้องใช้ประสาทสัมผัสที่ครบถ้วนสมบูรณ์ในการรับรู้และวิเคราะห์ถึงความจริงแท้ของพยานหลักฐาน ความทุพพลภาพดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคที่ทำให้ขาดความสามารถที่จะเป็นผู้พิพากษาได้ ดังนั้น บทบัญญัตินี้จึงมีส่วนที่ใช้ได้จริงโดยที่ไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และส่วนที่หากตีความแล้วอาจจะขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เช่น หากมีการตีความจำกัดสิทธิของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในการสมัครเข้ารับการสอบคัดเลือกดังกล่าวว่าเป็นผู้ที่มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม กรณี

⁶⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555

ดังกล่าวนี้หากจะเป็นปัญหาก็น่าจะเป็นปัญหาเพียงการใช้บังคับกฎหมายนี้ที่มีปัญหาการกีดกันต่อผู้พิการบางประเภทที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาเท่านั้น แต่แทนที่ศาลจะเลือกวินิจฉัยให้ยกคำร้องหรือวินิจฉัยจำกัดเฉพาะกรณีการใช้กฎหมายที่มีผลเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมดังกล่าว เช่น ศาลอาจวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวของบทบัญญัตินั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วแต่การตีความไปในทางในทางเลือกปฏิบัติดังเช่นในกรณีดังกล่าวจึงจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลเลือกที่จะวินิจฉัยให้บทบัญญัติทั้งอนุมาตราานั้นใช้บังคับไม่ได้เลยจึงแสดงให้เห็นว่าศาลไม่ได้ยับยั้งอำนาจตนเองแต่อย่างใด

9.3.1.4 ปัญหากระบวนการตรวจสอบทางการเมือง

ระบบการตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยมีปัญหาข้อบกพร่องใน 3 ประการได้แก่ ประการแรก ปัญหาการตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือทางกฎหมายประการหนึ่งที่ฝ่ายการเมืองสามารถใช้เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือตอบโต้การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างเขตอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งๆ ที่ในรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเขตอำนาจไว้โดยตรง แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอำนาจว่าเป็นการตรวจสอบตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการล้มล้างระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยหรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจปกครองประเทศโดยมิได้เป็นไปตามวิถีทางตามรัฐธรรมนูญ แม้คำวินิจฉัยดังกล่าวจะสร้างความไม่พอใจแก่สมาชิกรัฐสภาฝ่ายรัฐบาลจำนวนมาก แต่รัฐสภาก็ไม่ได้ดำเนินการใดๆ ที่จะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานนี้ และหากยังไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานดังกล่าวนี้ หากรัฐสภาต้องการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในฐานะการตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก็จะถูกศาลรัฐธรรมนูญอ้างเขตอำนาจเข้ามาตรวจสอบอยู่เสมอ เครื่องมือนี้นี้จึงไม่สามารถใช้ได้โดยปริยาย

ประการที่สอง ปัญหากระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ระบบการถอดถอนที่ให้ ป.ป.ช. กับวุฒิสภาพิจารณาก็เป็นระบบที่เป็นปัญหาเนื่องจากองค์กรเหล่านี้มาจากการคัดเลือกของประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเอง ซึ่งประเด็นนี้เคยกล่าวไว้แล้วในบทที่ 6 ความรับผิดชอบของผู้พิพากษา

และ ประการที่สาม การขาดระบบการร้องขอให้ศาลวินิจฉัยมาพิจารณาใหม่ กล่าวคือ ในศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่นในเยอรมัน หากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญใดที่มีผลเป็นการ

จำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและหากต่อมากพบว่า มีข้อบกพร่องในการพิจารณาของศาลในคดีก่อนๆ เช่น มีการใช้พยานหลักฐานปลอมหรือเท็จที่เป็นสาระสำคัญของคดีในการพิจารณา หรือมีข้อเท็จจริงใหม่ที่อาจทำให้บุคคลนั้นไม่ถูกตัดทอนสิทธิ กรณีเช่นนี้ เยอรมนีเปิดช่องให้มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญนำคดีนั้นขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ แต่ในระบบกฎหมายไทยไม่พบช่องทางที่จะรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ ดังตัวอย่างกรณีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคไทยรักไทยเนื่องจากกรรมการบริหารพรรคมีความเกี่ยวข้องกับการทุจริตการเลือกตั้ง แต่ในเวลาต่อมาคดีทุจริตการเลือกตั้งในเป็นที่ยุติในศาลยุติธรรมโดยศาลได้พิพากษายืนยันว่าการทุจริตดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องใดๆ กับกรรมการบริหารพรรคตั้งที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย กรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่ามีข้อเท็จจริงใหม่ที่ศาลรัฐธรรมนูญควรจะได้ทบทวนการพิจารณาคดีของตนเอง แต่ก็ไม่ปรากฏช่องทางที่ศาลจะรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ เช่น คดียุบพรรคไทยรักไทยโดยศาลรัฐธรรมนูญเชื่อว่ากรรมการบริหารพรรคไทยรักไทยได้ว่าจ้างพรรคเล็กลงสมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ถูกนำไปฟ้องเป็นคดีอาญาและสิ้นสุดที่ชั้นศาลอุทธรณ์โดยศาลพิพากษาว่าไม่พบหลักฐานที่ชัดเจนกรรมการบริหารพรรคไทยรักไทยดังกล่าวได้กระทำการอย่างที่ถูกกล่าวหาจึงให้ยกฟ้อง คำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าข้อเท็จจริงที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้นั้น ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าไม่มีน้ำหนักเพียงพอให้เชื่อถือได้ กรณีดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่ควรจะให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ทบทวนคำวินิจฉัยเดิมเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งแต่ก็ไม่มีช่องทางใดๆ ที่จะฟื้นคืนสิทธิของกรรมการบริหารพรรคที่ถูกตัดสิทธิทางการเมือง และพรรคการเมืองที่ถูกยุบไปแล้วก็ไม่อาจกลับมาดำเนินการได้อีก

9.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

9.3.2.1 การเปลี่ยนระบบการคัดเลือกตุลาการ

ระบบการคัดเลือกตุลาการควรเปลี่ยนมาใช้ระบบการคัดเลือกแบบโควตา โดยตุลาการทั้งหมด 9 คนให้มาจากการคัดเลือกของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีและศาลหรือฝ่ายตุลาการ ฝ่ายละ 3 คน การคัดเลือกของรัฐสภาจะต้องใช้คะแนนเสียงข้างมากพิเศษอย่างน้อยสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ส่วนฝ่ายบริหารจะต้องจำกัดให้มีอำนาจคัดเลือกเฉพาะจากศาสตราจารย์ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายมหาชนในมหาวิทยาลัย หรือจากข้าราชการหรือพนักงานของรัฐที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายมหาชน ส่วนฝ่ายตุลาการที่สามารถคัดเลือกได้ 3 คนจะแบ่งโควตาให้แต่ละระบบศาล ในระบบศาลยุติธรรมจะต้อง

คัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกา 1 คน ระบบศาลปกครองจะต้องคัดเลือกจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด 1 คนและระบบศาลทหารจะต้องคัดเลือกจากตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด 1 คน

และใช้ระบบคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการโดยให้มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปีและจะได้รับการแต่งตั้งซ้ำไม่ได้ และจะต้องให้เหลือเวลาดำรงตำแหน่งโดยตุลาการที่มาจากการคัดเลือกของแต่ละฝ่ายจะต้องพ้นวาระไป 1 คนในทุกๆ 3 ปีเพื่อให้มีการคัดเลือกตุลาการเข้าไปใหม่ทุกๆ 3 ปี และไม่ใช้การคัดเลือกที่เดียวทุกตำแหน่งเพื่อไม่ให้มีกลุ่มการเมืองใดสามารถครอบงำตุลาการได้ทั้งศาล

9.3.2.2 การกำหนดเขตอำนาจและเงื่อนไขการใช้อำนาจ

ควรมีการกำหนดเขตอำนาจและกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจใหม่ โดยมุ่งเน้นให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน และลดการเปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาแทรกแซงกิจการภายในขององค์กรทางการเมืองต่างๆ มากจนเกินไป โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจและเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณาโดยอาจแยกเป็น 5 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก คดีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คดีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายควรลดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้เหลือการควบคุมหลังการประกาศใช้กฎหมายเท่านั้น และจำกัดขอบเขตการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไว้ที่กรณีกฎหมายละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เท่านั้น

ประเภทที่สอง คดีวินิจฉัยขอบเขตอำนาจขององค์กรทางการเมือง ควรลดให้เหลือเฉพาะปัญหาความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนเขตอำนาจในกรณีอื่นที่มีลักษณะเป็นการเปิดช่องทางให้ฝ่ายค้านอาศัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการยับยั้งฝ่ายเสียงข้างมากในสภาควรยกเลิกเสีย เช่น การวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีหลักการเดียวกับร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งหรือไม่ หรือการแปรญัตติของสมาชิกรัฐสภาเป็นการแปรญัตติที่ทำให้สมาชิกรัฐสภามีส่วนในการใช้งบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือไม่ หรือวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านี้เป็นกรณีความขัดแย้งระหว่างฝ่ายต่างๆ ในรัฐสภา ที่ควรจะเป็นอำนาจพิจารณาตนเองภายในรัฐสภา ไม่ใช่อำนาจของศาลที่จะเข้าไปก้าวก้าวได้

ประเภทที่สาม คดีที่ประชาชนสามารถยื่นคำร้องที่ศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ที่มี 2 ประเภทคือการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญและการร้องขอให้ศาลพิทักษ์รัฐธรรมนูญควรกำหนดระบบการกลั่นกรองคดีก่อน โดยในกรณีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญควรมีการก่อตั้งองค์คณะย่อยให้ทำหน้าที่

กลั่นกรองคดีก่อนที่จะให้เข้าสู่การพิจารณาคดีขององค์คณะใหญ่ ส่วนคดีร้องขอให้พิทักษ์รัฐธรรมนูญควร
จะบัญญัติให้ชัดเจนว่าจะต้องยื่นคำร้องที่พนักงานอัยการเพื่อให้ทำการสอบสวนเรื่องราวข้อเท็จจริง
เสียก่อน และหากพนักงานอัยการเห็นว่าคดีมีมูลจึงค่อยยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณา

*ประเภทที่สี่ คดีที่ศาลมีอำนาจเกี่ยวกับสถานะภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทาง
การเมือง* เช่น วินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภาหรือวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการขัดกันทาง
ผลประโยชน์ คดีเหล่านี้ควรกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์ โดยให้เป็นอำนาจของ
รัฐสภาที่จะพิจารณาและมีมติว่าสมาชิกรัฐสภาหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นยังมีสมาชิกภาพต่อไป
หรือไม่ และหากรัฐสภามีมติให้พ้นจากตำแหน่ง ผู้ที่ได้รับผลร้ายจากมติดังกล่าวจึงมีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาล
รัฐธรรมนูญพิจารณาว่ามติดังกล่าวนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นการใช้อำนาจของเสียงข้างมาก
กลั่นแกล้งโดยไม่ชอบธรรมหรือไม่

ประเภทที่ห้า คดีที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งหรือพรรคการเมือง ควรให้เป็น
อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมที่จะวินิจฉัย

9.3.2.3 การบัญญัติรับรองหลักการยับยั้งอำนาจตนเองไว้ในรัฐธรรมนูญ

การยับยั้งอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องขององค์ความรู้เกี่ยวกับ
ศาลรัฐธรรมนูญและเป็นเรื่องทางวัฒนธรรมการใช้การตีความกฎหมายซึ่งมิได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร
ศาลรัฐธรรมนูญไทยเพิ่งเริ่มก่อตั้งจึงยังขาดองค์ความรู้และวัฒนธรรมดังกล่าว แนวทางการแก้ไขจึงใช้การ
บัญญัติหลักการยับยั้งอำนาจตนเองดังกล่าวให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร โดยบัญญัติไว้เฉพาะหลักการที่
สำคัญ ดังนี้

ประการแรก หลักการจำกัดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้ว่า
“ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาคดีดังต่อไปนี้เท่านั้นและคดีใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติโดยชัดแจ้ง
คดียุั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ” และบัญญัติเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ด้วยคำที่มี
ความหมายเฉพาะเจาะจงเท่านั้นเพื่อไม่เปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญขยายเขตอำนาจโดยการตีความ
รัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง หลักการตีความรัฐธรรมนูญ กรณีคดีวินิจฉัยความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจจะบัญญัติรับรองหลักการตีความรัฐธรรมนูญว่า การตีความกฎหมายในการ
วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความให้กฎหมายสอดคล้องกับ
รัฐธรรมนูญเสียก่อน หรือศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้เฉพาะ
กรณีไม่มีหนทางที่จะตีความกฎหมายให้เป็นอย่างอื่นได้ เป็นต้น

ประการที่สาม หลักการยับยั้งอำนาจตนเองในคำวินิจฉัย โดยการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเครื่องมือทางกฎหมายในการเลือกวินิจฉัยที่มากกว่าแค่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเลือกที่จะวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ เช่น ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยกำหนดแนวทางในการตีความกฎหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

9.3.2.4 การปรับปรุงระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจ

ระบบการตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญนอกจากการถอดถอนตุลาการที่ใช้ระบบเดียวกับการถอดถอนผู้พิพากษาทั่วไปซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 6 ระบบการตรวจสอบที่จะต้องแก้ไขมี 2 ระบบ ได้แก่ ระบบแรกคือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยในรัฐธรรมนูญจะต้องมีบทบัญญัติห้ามศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนเพื่อแก้ไขบรรทัดฐานเดิมที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางเอาไว้ หรือหากจะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญควรจำกัดขอบเขตไว้ให้ชัดเจน เช่น ให้ตรวจสอบเฉพาะการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ละเมิดต่อความผูกพันด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีต่อองค์การระหว่างประเทศ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย เป็นต้น และศาลรัฐธรรมนูญจะต้องไม่มีอำนาจในการพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ทำโดยประชามติของประชาชนไม่ว่ากรณีใดๆ

ระบบที่สอง คือ การให้คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วมีผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคลไปในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น จะต้องมีระบบการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ หากต่อมาปรากฏว่าข้อเท็จจริงที่ศาลใช้เป็นฐานในการวินิจฉัยได้เปลี่ยนแปลงไป หรือพบในภายหลังว่ามีข้อเท็จจริงใหม่โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นสาระสำคัญในคดี เป็นต้น



บทที่ 10

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทสุดท้ายนี้จะนำเสนอผลสรุปที่ได้จากการศึกษาเปรียบเทียบในภาพรวมและเสนอข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงข้อบกพร่องของระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

10.1 บทสรุป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยโดยเปรียบเทียบกับระบบของต่างประเทศ ซึ่งทำการศึกษาในทั้งในแง่พัฒนาการ มโนทัศน์ที่เป็นหลักการพื้นฐานของฝ่ายตุลาการ ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการรวมถึงการจัดระเบียบผู้พิพากษา และระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายตุลาการซึ่งรวมถึงการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาพบว่าระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยมีข้อบกพร่องที่ควรจะได้รับการแก้ไขดังต่อไปนี้

1. ปัญหาหลักการพื้นฐานของฝ่ายตุลาการไทยที่ไม่สมดุล

ในภาพรวมของการศึกษาเปรียบเทียบระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการของไทยและของต่างประเทศพบว่าหลักการอันเป็นรากฐานของการจัดโครงสร้าง กำหนดเขตอำนาจหน้าที่ ระบบการบริหารงานตลอดไปจนระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการของประเทศที่มีการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้นจะวางอยู่บนคุณภาพของหลักการที่สำคัญ 2 ด้านด้วยกัน ได้แก่ หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ และหลักความพร้อมรับผิดของฝ่ายตุลาการและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการซึ่งจะต้องวางให้สมดุลกัน ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น ความเป็นอิสระที่มีพร้อมรับผิด(Accountable Independence)

แต่จากการศึกษาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการไทยกลับพบว่ามีعدمสมดุลในการรากฐานของฝ่ายตุลาการขึ้น ในระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครองจะให้ความสำคัญไปที่หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการอย่างมากโดยพยายามลดความสัมพันธ์กับฝ่ายอื่นให้เหลือน้อยที่สุดเนื่องจากมองว่าความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นช่องทางที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการถูกแทรกแซงได้ ดังนั้น ระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการเป็นอิสระจึงเป็นระบบการตรวจสอบกันเองภายในฝ่าย

ตุลาการ(Judicial Self-Regulation) หรือให้ฝ่ายตุลาการได้ปกครองตนเอง(Judicial Self-Government) ความเป็นอิสระดังกล่าวมีลักษณะเป็นความเป็นอิสระแบบสัมบูรณ์(Absolute Independence) อันส่งผลทำให้ระบบและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการจึงน้อยกว่าที่ควรจะเป็น

ส่วนระบบของศาลทหารจะเป็นตรงกันข้าม กล่าวคือ ระบบศาลทหารจะไม่ได้แยกสถานะความเป็นตุลาการออกจากฝ่ายบริหาร ตุลาการศาลทหารมีสถานะเป็นข้าราชการทหารที่ไม่ได้มีหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวมากเท่าใดนัก ทำให้ระบบศาลทหารขาดความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการที่ควรจะเป็นรากฐานที่สำคัญของระบบศาล

2. ปัญหาของการจัดโครงสร้างการบริหารและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหาร

เมื่อรากฐานของฝ่ายตุลาการไม่สมดุลกันระหว่างความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการกับความพร้อมรับผิดและความชอบธรรมทางประชาธิปไตย การจัดโครงสร้างการบริหารและกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารจึงไม่สมดุลตามไปด้วย โดยการจัดโครงสร้างการบริหารระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองจะคล้ายคลึงกันตรงที่ใช้รูปแบบอเมริกันที่ให้ฝ่ายตุลาการรับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะเอง แต่ระบบของไทยที่ให้น้ำหนักไปที่ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมากดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว โครงสร้างการบริหารของไทยจึงได้ปรับให้ฝ่ายตุลาการมีความเป็นอิสระในการบริหารที่มากไปกว่าประเทศต้นแบบจนทำให้ขาดกลไกที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารได้

ตัวอย่างของการขาดกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหาร เช่น การควบคุมองค์กรบริหาร กล่าวคือ ในการจัดโครงสร้างการบริหารรูปแบบอเมริกัน องค์กรที่มีอำนาจบริหารจะต้องได้รับการคัดเลือกมาจากฝ่ายการเมือง และอาจกำหนดความพร้อมรับผิดในการบริหารแก่องค์กรบริหารด้วย เช่น ในญี่ปุ่น สภาตุลาการแห่งศาลสูงสุดที่มีอำนาจในการบริหารฝ่ายตุลาการญี่ปุ่นจะมาจากการคัดเลือกโดยคณะรัฐมนตรีและผ่านความเห็นชอบจากประชาชนในการเลือกตั้งทั่วไป อีกทั้งจะต้องถูกลงมติโดยประชาชนว่าจะให้ดำรงตำแหน่งต่อไปหรือไม่ทุกๆ 10 ปี หรือกรณีของเกาหลีใต้ที่องค์กรบริหารมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติและมีการกำหนดวาระสำหรับองค์กรที่มีอำนาจบริหารฝ่ายตุลาการเอาไว้ด้วย นอกจากนี้ ในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา เช่นในญี่ปุ่นจะให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้มีอำนาจบริหารจัดการแต่จะถูกถ่วงดุลโดยการจะต้องให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเสมอ แต่การบริหารงานบุคคลของไทย อำนาจดังกล่าวถูกรวมศูนย์ไว้ที่คณะกรรมการตุลาการแต่เพียงองค์กรเดียวเท่านั้น ยกเว้นการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่จะต้องให้วุฒิสภาให้

ความเห็นชอบเพียงกรณีเดียวที่มีการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายตุลาการ เป็นต้น คณะกรรมการตุลาการจึงแทบเป็นองค์กรที่ไม่ได้ถ่วงดุลการใช้อำนาจแต่อย่างใด

ส่วนกรณีของศาลทหารที่ใช้โครงสร้างการบริหารแบบยุโรปที่ให้ฝ่ายบริหารหรือกระทรวงกลาโหมรับผิดชอบการบริหาร ซึ่งระบบเช่นนี้จะต้องมีการก่อตั้งคณะกรรมการอิสระหรือที่เรียกว่าคณะกรรมการตุลาการทำหน้าที่ถ่วงดุลการใช้อำนาจบริหาร แต่คณะกรรมการตุลาการของศาลทหารกลับประกอบไปด้วยกรรมการที่เป็นข้าราชการทหารโดยตำแหน่งทั้งหมด อีกทั้งกฎหมายที่ก่อตั้งคณะกรรมการดังกล่าวยังเป็นกฎหมายลำดับรองที่อาจถูกยกเลิกได้เสมอ ดังนั้น คณะกรรมการตุลาการจึงยังไม่ใช่องค์กรที่สามารถถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ การบริหารระบบศาลทหารจึงมีปัญหาในเรื่องการประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลทหาร

3. ปัญหาของการจัดระเบียบผู้พิพากษา

การจัดระเบียบผู้พิพากษาหรือการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาในแต่ละระบบศาลมีกลไกการจัดระเบียบที่แตกต่างกันไป แต่เนื่องจากปัญหาเชิงโครงสร้างที่อำนาจในการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษาของทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองถูกรวมศูนย์ไว้ที่คณะกรรมการตุลาการได้กล่าวถึงไปแล้วในหัวข้อก่อน ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงจะกล่าวถึงเฉพาะปัญหาในเชิงระบบและปัญหาเชิงกลไกการจัดระเบียบ

สำหรับการจัดระเบียบผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมจะใช้ระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการแบบเข้มข้น และใช้ระบบปิด เช่น การเปิดรับเฉพาะผู้พิพากษาในตำแหน่งระดับล่าง และให้ผู้พิพากษานั้นค่อยๆ ไล่เต้าขึ้นไปสู่ตำแหน่งในระดับบนโดยใช้เกณฑ์อาวุโสเป็นหลักในการพิจารณา การจัดระเบียบเช่นนี้จะทำให้เกิดเป็นปัญหาระบบปิดในการบริหารงานและอาจทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นอิสระภายในฝ่ายตุลาการโดยผู้พิพากษาระดับสูงที่มีอาวุโสมากจะมีอิทธิพลครอบงำความรู้สึกนึกคิดของผู้พิพากษาในระดับล่าง

ส่วนการจัดระเบียบตุลาการในศาลปกครองจะแตกต่างออกไป แม้จะใช้ระบบการปกครองตนเองของฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกับศาลยุติธรรม แต่โดยระบบมีลักษณะที่เปิดมากกว่า เช่น การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิ การให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบแก่การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด เป็นต้น ทำให้การจัดระเบียบตุลาการศาลปกครองมีลักษณะที่สอดคล้องกับการจัดระเบียบผู้พิพากษาในต่างประเทศและเป็นระบบที่เปิดมากกว่าของระบบศาลยุติธรรม

ส่วนการจัดระเบียบตุลาการศาลทหาร เป็นระบบที่มีปัญหามากที่สุดเนื่องจากการไม่แยกสถานะข้าราชการทหารออกจากความเป็นตุลาการ ไม่มีกำหนดกฎเกณฑ์ในการคัดเลือก การเลื่อนชั้นเลื่อนตำแหน่ง หรือระบบลงโทษทางวินัยที่ชัดเจนและแยกต่างหากจากของข้าราชการทหารทั่วไป แม้จะต้องให้คณะกรรมการตุลาการให้ความเห็นชอบก่อนก็ตาม แต่คณะกรรมการตุลาการต่างก็เป็นกรรมการโดยตำแหน่งซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาตามสายการบังคับบัญชาทางทหาร การจัดระเบียบของตุลาการศาลทหารจึงมีข้อบกพร่องมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับของระบบศาลอื่นๆ

4. ปัญหาความรับผิดชอบของผู้พิพากษา

ในประเทศไทย ผู้พิพากษาสามารถรับผิดชอบได้ทั้งความรับผิดทางรัฐธรรมนูญหรือถูกถอดถอนได้โดยรัฐสภา ความรับผิดทางแพ่งและอาญา และความรับผิดทางวินัย แต่อย่างไรก็ดี ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาทั้งหมดเมื่อเปรียบเทียบกับความรับผิดชอบของผู้พิพากษาในต่างประเทศจะพบข้อบกพร่องในหลายประการ ดังนี้

ความรับผิดทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2550 กำหนดเรื่องการถอดถอนผู้พิพากษาโดยจำกัดไว้เพียงผู้พิพากษาบางตำแหน่ง อันได้แก่ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลสูงสุด ตุลาการหัวหน้าศาลทหารและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนผู้พิพากษาศาลอื่นๆ ไม่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบประเภทนี้ ส่วนกระบวนการพิจารณาลงโทษตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็มีปัญหามากเช่นกัน เนื่องจากให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและวุฒิสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยโดยที่ทั้งสององค์กรนี้มาจากการคัดเลือกโดยคณะกรรมการสรรหาที่มีประธานศาลทั้งหลายเป็นกรรมการจึงเกิดเป็นปัญหาขัดกันเกาหลังที่มีข้อสงสัยในความเป็นกลางขององค์กรที่มีอำนาจพิจารณาได้

ส่วนความรับผิดทางแพ่งและอาญานั้น ระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีการบัญญัติความรับผิดทางแพ่งสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการพิจารณาพิพากษาคดีที่ชัดเจนไว้ อีกทั้งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่เป็นกฎหมายคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐก็ได้ครอบคลุมตำแหน่งผู้พิพากษา ดังนั้น ความรับผิดทางแพ่งดังกล่าวจึงต้องย้อนกลับไปใช้บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งไม่ได้มีระบบการคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่มากเพียงพอ

ส่วนความรับผิดทางอาญาสำหรับกรณีการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษามีกำหนดไว้เพียงการรับสินบนเท่านั้น ไม่ได้มีการกำหนดความรับผิดกรณีการพิจารณาคดีโดยมีเจตนาไม่สุจริตดังเช่น

ในเยอรมนีที่มีความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ระบบกฎหมายไทยจึงย้อนกลับไปใช้บทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งมีปัญหาในเรื่องของความไม่ครอบคลุมกรณีการพิจารณาคดีโดยมิได้มีเจตนาทุจริตแต่ใช้อคติบิดเบือนกฎหมายเพื่อให้ได้ผลตามที่ผู้พิพากษาต้องการ นอกจากนี้ ความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญายังมีปัญหาในการใช้การตีความกฎหมายที่ผู้พิพากษาจะพิจารณาเพียงแค่ว่าผู้พิพากษามีเขตอำนาจในการกระทำในประเด็นพิพาทหรือไม่ หากมีอำนาจและผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจกระทำภายในเขตอำนาจนั้นก็ไม่มีผลแต่ไม่ได้ตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายเหมือนกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐตำแหน่งอื่น

ส่วนความรับผิดชอบทางวินัย ทั้งระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองใช้ระบบปิดในการพิจารณาลงโทษซึ่งระบบดังกล่าวไม่ได้เปิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการลงโทษและไม่ได้มีหลักประกันสิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาไว้ที่มากเพียงพอ

5. ปัญหาการถ่วงดุลและตรวจสอบการกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี

มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีของไทยพบว่ามีข้อบกพร่องในแง่ที่มาตรการควบคุมของไทยนั้นให้ดุลพินิจแก่ผู้ที่เป็นหัวหน้าศาลในการควบคุมกระบวนการมากเกินไป และประชาชนไม่มีช่องทางในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีได้มากนัก

ในเรื่องการให้ดุลพินิจแก่หัวหน้าศาลในการควบคุมมากเกินไปนั้นจะเห็นได้ชัดเจนในระบบการจ่ายสำนวนคดีของไทยที่ศาลยุติธรรมและศาลปกครองใช้ระบบดุลพินิจโดยให้ผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าศาลทำหน้าที่ในการกำหนดองค์คณะก่อน แล้วให้จ่ายสำนวนคดีไปตามองค์คณะที่กำหนด แต่การกำหนดองค์คณะดังกล่าวไม่ได้มีความเคร่งครัดมากเนื่องจากกฎหมายยังเปิดช่องให้หัวหน้าศาลมีดุลพินิจที่จะจ่ายสำนวนไปตามความเหมาะสมของคดี อีกทั้งในระบบกฎหมายไทยยังเปิดช่องให้ผู้พิพากษาศาลาการที่มีได้รับการแต่งตั้งเป็นองค์คณะในคดีสามารถเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้ เช่น ผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบราชการศาลสามารถเข้าร่วมการพิจารณาคดีได้ก็ได้ในศาลที่ตนเองรับผิดชอบอยู่ นอกจากนี้ ผู้เป็นหัวหน้าศาลยังมีอำนาจในการตรวจสอบคดีขององค์คณะผู้พิพากษาที่อยู่ในศาลรวมถึงอำนาจในการให้คำแนะนำแก่ผู้พิพากษาในคดีได้อีกด้วยอีกทั้ง ยังมีอำนาจในการเรียกสำนวนคดีคืนจากองค์คณะโดยเหตุแห่งความยุติธรรมซึ่งเป็นเหตุที่กว้างขวางอย่างมากอีกด้วย

ส่วนกรณีของการที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีได้มากนักจะเห็นได้จากการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีในระบบกฎหมายไทยอนุญาตเฉพาะผู้ที่มี

ประสบการณ์พิเศษ หรือมีความรู้ความสามารถพิเศษเท่านั้น เช่น ผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนและครอบครัวหรือในศาลแรงงาน แต่ยังไม่ได้อนุญาตให้ประชาชนทั่วไปเข้าร่วมพิจารณาคดีกับผู้พิพากษาในคดีแพ่ง คดีอาญาหรือคดีปกครอง และในมาตรการควบคุมความเป็นกลางในระบบศาลยุติธรรมที่เปิดช่องให้เฉพาะการอนุญาตให้ผู้พิพากษาได้ถอนตัวออกจากคดีและให้สิทธิคู่ความในการยื่นคัดค้านผู้พิพากษาที่เหตุแห่งความไม่เป็นกลางเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดผลทางกฎหมายของการพิจารณาคดีที่ฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางไว้ดังเช่นในต่างประเทศที่คำพิพากษาที่ถูกพิพากษาโดยการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางอาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้ในภายหลัง หรืออาจถูกรื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ ดังนั้น หากคู่ความในคดีไม่ได้คัดค้านผู้พิพากษาไว้ ก็ไม่อาจร้องขอให้ตรวจสอบในประเด็นดังกล่าวได้อีก

6. ปัญหาของระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ

ปัญหาของระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการในภาพรวมอยู่ที่การให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในเรื่องความมั่นคงแน่นอนของการใช้อำนาจตุลาการ มากกว่าการให้ความสำคัญกับการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายและหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังจะเห็นได้จากการที่ในระบบการตรวจสอบทางตุลาการนั้นมีช่องทางในการตรวจสอบฝ่ายตุลาการที่จำกัด กล่าวคือมีเพียงการอุทธรณ์-ฎีกา และการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่เท่านั้น ยังขาดระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจตุลาการและระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ตรวจสอบการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยฝ่ายตุลาการเอง

ส่วนการตรวจสอบทางการเมืองในระบบกฎหมายไทยยังขาดเครื่องมือทางกฎหมายในการตรวจสอบที่เหมาะสม เช่น ยังไม่มีการประกาศความเสียหายของคำพิพากษาคriminalละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยฝ่ายตุลาการในช่วงการปกครองแบบเผด็จการ นอกจากนี้ ในการตรวจสอบโดยการวิพากษ์วิจารณ์ฝ่ายตุลาการ กฎหมายและศาลยังให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ฝ่ายตุลาการและกระบวนการยุติธรรมมากกว่าจะให้เสรีภาพแก่ประชาชนในการตรวจสอบได้

7. ปัญหาระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยมีปัญหาอย่างมากในเรื่องของการขยายเขตอำนาจของตนเองเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นโดยปราศจากกฎหมายรองรับที่ชัดเจน และใช้อำนาจแบบไม่ยับยั้งอำนาจตนเองจนทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรที่มีอิทธิพลต่อระบบการเมืองอย่าง

มาก ซึ่งปัญหาเกิดจากระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วางไว้มีข้อบกพร่อง เช่น การขาดระบบการถ่วงดุลโดยองค์กรฝ่ายการเมือง กล่าวคือการถ่วงดุลศาลรัฐธรรมนูญประการแรกในต่างประเทศคือการให้ฝ่ายการเมืองเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการ แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับให้ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการด้วยตนเอง นอกจากนี้กฎเกณฑ์ในเรื่องการพิจารณาคดีของศาลก็ไม่ช่วยในการจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เป็นตรงกันข้ามกฎเกณฑ์เหล่านั้นกลับช่วยส่งเสริมให้ศาลรัฐธรรมนูญมีโอกาสใช้อำนาจในการตรวจสอบฝ่ายการเมืองได้มาก อีกทั้งตัวตุลาการเองก็ใช้อำนาจแบบไม่ยับยั้งอำนาจตนเอง และยังเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย ทำให้กลายเป็นปัญหา “ตุลาการภิวัตน์” ในปัจจุบัน

10.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาดังกล่าว วิชยานิพนธ์เล่มนี้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาไว้ในทุกบท โดยอาจสรุปแนวทางดังกล่าวได้ดังนี้

1. การรับรองหลักความเป็นอิสระที่มีความพร้อมรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการไว้ในรัฐธรรมนูญ(Accountable Independence)

การแก้ไขปัญหารากฐานของฝ่ายตุลาการอาจทำได้โดยรับรองหลักการพื้นฐานที่สำคัญไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่ออาศัยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญวางบรรทัดฐานที่สอดคล้องกับหลักการนั้น ซึ่งได้แก่ “หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการแบบมีความพร้อมรับผิดชอบ” (Accountable Independence) ซึ่งหลักการดังกล่าวจะต้องบรรจุไว้ทั้งด้านการรับรองความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ และด้านความพร้อมรับผิดชอบและความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ

โดยในด้านการรับรองความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการนั้นจะต้องประกอบไปด้วย

1. ความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ที่ผู้พิพากษาจะต้องไม่อยู่ภายใต้คำสั่งหรือคำสั่งบังคับบัญชาจากผู้ใดและจะต้องจัดให้มีระบบการร้องเรียนหากมีการแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดี
2. ความเป็นอิสระในการบริหารฝ่ายตุลาการที่จะต้องได้รับงบประมาณที่เพียงพอในการจัดบริการสาธารณะทางตุลาการที่มีคุณภาพให้แก่ประชาชนโดยเสียค่าใช้จ่ายเท่าที่จำเป็น
3. ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว โดยจะต้องรับรองการดำรงตำแหน่งตามวาระ และปลดให้พ้นจากตำแหน่งได้เฉพาะโดยคำพิพากษาของศาล เว้นแต่ในช่วงทดลองปฏิบัติหน้าที่ รับรองค่าตอบแทน

การเลื่อนตำแหน่ง เลื่อนขั้นเงินเดือนตามกฎหมายที่ได้ประกาศไว้อย่างชัดเจนล่วงหน้า และผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการที่มีตัวแทนของฝ่ายตุลาการอย่างน้อยครึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด และรับรองระบบการให้โทษการลงโทษทางวินัยที่มากกว่าการตักเตือนจะต้องผ่านการพิจารณาจากศาลวินัย

ส่วนด้านที่เป็นความพร้อมรับผิดชอบจะต้องรับรองหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ โดยผู้พิพากษาทุกคนจะต้องเป็นองค์กรที่ได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และรับรองหลักความพร้อมรับผิดชอบของฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายตุลาการและผู้พิพากษาจะอ้างความเป็นอิสระเพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบที่ได้ถูกกำหนดกระบวนการขึ้นตอนไว้ตามกฎหมายไม่ได้ โดยกำหนดให้มีการก่อตั้งศาลวินัยเพื่อพิจารณาความผิดทางวินัยแก่ผู้พิพากษาด้วย

2. ปฏิรูปโครงสร้างการบริหารฝ่ายตุลาการโดยเปิดให้องค์กรภายนอกได้มีส่วนร่วมในการบริหารและสร้างกลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารที่เหมาะสม

การปฏิรูปโครงสร้างการบริหารอาจทำได้โดย

ประการแรก ปรับโครงสร้างการบริหารให้ใช้รูปแบบอเมริกันเหมือนเดิมแต่ปรับองค์กรบริหารและเพิ่มระบบการถ่วงดุลและตรวจสอบในการบริหารให้มากขึ้น โดยองค์กรบริหารศาลจะประกอบไปด้วย

-ประธานศาล รับผิดชอบการบริหารสาธารณะทางตุลาการ มาจากความเห็นชอบของรัฐสภาโดยมติพิเศษสองในสาม มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปีหรือครบกำหนดเกษียณอายุราชการ มีสำนักงานศาลเป็นหน่วยงานธุรการและมีเลขาธิการสำนักงานเป็นผู้รับผิดชอบงานในสำนักงานโดยมาจากการแต่งตั้งของประธานตามความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ

-คณะกรรมการตุลาการมีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบในเรื่องการบริหารฝ่ายตุลาการที่สำคัญและการบริหารงานบุคคลผู้พิพากษา เช่น การคัดเลือกผู้พิพากษาและการเลื่อนขั้นเงินเดือนและเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาประกอบไปด้วยสมาชิก 15 คน มีประธานศาลเป็นประธานกรรมการ ส่วนกรรมการอีก 14 คน แบ่งเป็นกรรมการที่มาจากการเลือกตั้งของผู้พิพากษาในระบบศาลเดียวกัน 6 คน ตามลำดับชั้นศาลเท่าๆ กัน ส่วนกรรมการที่เหลืออีก 8 คนเป็นบุคคลภายนอกในระบบศาล โดยมีปลัดกระทรวงยุติธรรมเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ส่วนกรรมการที่เหลืออีก 7 คนมาจากการคัดเลือกของรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่มีการจำกัดดุลพินิจของรัฐสภาโดยให้เลือกจากบุคคลที่มี

คุณลักษณะที่กำหนดหรือเลือกจากบัญชีรายชื่อที่เสนอมาโดยองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องกับการบริการ
สาธารณะทางตุลาการ ดังนี้ คัดเลือกจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรครัฐบาล 1 คนและสังกัด
พรรคฝ่ายค้าน 1 คนจากรายชื่อที่เสนอโดยคณะกรรมการกิจการที่เกี่ยวข้องกับการตุลาการ คัดเลือก
พนักงานอัยการ 1 คนจากบัญชีรายชื่อที่เสนอมาโดยองค์กรอัยการ คัดเลือกทนายความ 1 คนจากบัญชี
รายชื่อที่เสนอมาโดยสภาทนายความ คัดเลือกอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายในสถาบันอุดมศึกษา 1 คนจาก
คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย 1 คน คัดเลือกเจ้าพนักงานตำรวจ 1 คนจากบัญชีรายชื่อที่เสนอมาโดย
สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และ คัดเลือกตุลาการศาลปกครอง 1 คนจากบัญชีรายชื่อที่เสนอมาโดยศาล
ปกครอง คณะกรรมการที่มาจากการคัดเลือกโดยรัฐสภานี้มีวาระการดำรงตำแหน่ง 2 ปีและดำรงตำแหน่ง
ซ้ำได้ไม่เกิน 2 ครั้งและสามารถถูกถอดถอนได้โดยรัฐสภาเพื่อเป็นการสร้างความพร้อมรับผิดให้กับ
คณะกรรมการตุลาการ

-คณะอนุกรรมการตุลาการมาจากการเลือกตั้งจากผู้พิพากษาในแต่ละชั้นศาล มี
อำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษา หรือการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษา

-ศาลแผนกคดีวินัยผู้พิพากษาในศาลชั้นอุทธรณ์และศาลชั้นสูงสุด มีเขตอำนาจ
พิจารณาคดีวินัยผู้พิพากษาและตรวจสอบการแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา คำพิพากษาของ
ศาลชั้นอุทธรณ์สามารถอุทธรณ์ต่อแผนกคดีวินัยในศาลสูงสุดได้

-คณะกรรมการบริหารประจำศาลที่ประกอบไปด้วยผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเป็น
ประธานและตัวแทนของผู้พิพากษาในศาลทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่หัวหน้าศาลในการบริหารงานของศาล
แต่ละแห่ง รวมถึงการการบริหารงานบุคคลภายในศาลด้วย

ประการที่สอง การสร้างกลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบบริหาร

โดยกลไกการถ่วงดุลและตรวจสอบการบริหารจะต้องมีดังต่อไปนี้

กลไกแรก การตรวจสอบโดยรัฐสภา โดยรัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อ
ควบคุมหรือจำกัดการบริหารฝ่ายตุลาการได้ มีอำนาจในการอนุมัติงบประมาณของฝ่ายตุลาการ และควร
ก่อตั้งคณะกรรมการสามัญที่รับผิดชอบกิจการตุลาการประจำสภาทั้งสองโดยอาจจะแยกเป็น
คณะกรรมการกิจการตุลาการโดยเฉพาะหรือรวมเป็นกิจการยุติธรรมก็ได้แต่คณะกรรมการชุดนี้
จะต้องมีอำนาจตรวจสอบการบริการสาธารณะทางตุลาการอย่างใกล้ชิด และรวมถึงรับผิดชอบปรับปรุง
แก้ไขหรือเสนอให้ตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการด้วย

กลไกที่สอง ระบบการถ่วงดุลการบริหารงานบุคคล ให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแก่การแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับล่างคือระดับศาลชั้นต้นและระดับศาลชั้นอุทธรณ์ ส่วนผู้พิพากษาศาลสูงสุดจะต้องให้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา

กลไกที่สาม การตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ ยังคงไว้แต่จะต้องเปลี่ยนแปลงที่มาขององค์กรอิสระทั้งหลายไม่ให้มาจากการสรรหาโดยประธานศาลหรือตัวแทนศาลอีกต่อไป หรือภายในฝ่ายตุลาการเองอาจก่อกำตั้งผู้ตรวจการกิจการตุลาการโดยเฉพาะ ซึ่งสำหรับระบบศาลยุติธรรมอาจให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลฎีกาได้รับผิดชอบในตำแหน่งนี้ได้ มีอำนาจรับเรื่องร้องเรียน สอบสวนและจัดทำรายงานเสนอแนะต่อประธานศาลหรือคณะกรรมการการของรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง โดยอาจให้มีอำนาจในการฟ้องร้องต่อศาลวินัยเพื่อให้ลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาที่มีข้อสงสัยว่าทำผิดวินัยได้

กลไกที่สี่ การอนุญาตให้ผู้พิพากษาก่อตั้งสหภาพหรือรวมกลุ่มอย่างเป็นทางการ เพื่อประโยชน์ในการเสนอความคิดเห็นที่เกี่ยวข้องกับสถานะของผู้พิพากษาและการตรวจสอบการบริหารฝ่ายตุลาการจากภายในฝ่ายตุลาการเอง

3. ปรับปรุงการจัดระเบียบให้เป็นระบบเปิดมากยิ่งขึ้นและลดระบบการควบคุมภายในลง

การปรับปรุงการจัดระเบียบผู้พิพากษาจะต้องปรับปรุงกลไกการจัดระเบียบผู้พิพากษาใน 4 กลไกสำคัญดังต่อไปนี้

กลไกแรก ระบบการคัดเลือกผู้พิพากษา

ในการคัดเลือกผู้พิพากษาคควรใช้ระบบการคัดเลือกคู่ขนานแบบของศาลปกครองที่เปิดรับตุลาการทั้งในระดับศาลชั้นต้นและระดับศาลสูงสุด สำหรับระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรมนั้นควรจะต้องเปลี่ยนระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาระบบพิเศษให้สามารถเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาชั้นศาลอุทธรณ์หรือชั้นศาลฎีกาได้ตามคุณสมบัติและความสามารถ หรือนำระบบการแต่งตั้งชั่วคราวมาใช้โดยคัดเลือกและแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายเข้าดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาในช่วงระยะเวลาหนึ่งหรือจนครบกำหนดเกษียณอายุ แต่อาจจำกัดอำนาจ เช่น จะเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าคณะไม่ได้ หรือจะดำรงตำแหน่งทางบริหารไม่ได้ เป็นต้น เพื่อดึงดูดผู้ทรงคุณวุฒิเข้าสู่ระบบศาลยุติธรรมอันเป็นการเปิดให้ความรู้ ความคิดเห็นหรือมุมมองของสังคมอื่นๆ เข้าสู่ฝ่ายตุลาการ

กลไกที่สอง ระบบการเลื่อนตำแหน่ง

ระบบการเลื่อนตำแหน่ง ควรปรับปรุงโดยนำระบบของฝรั่งเศสมาใช้โดยแบ่งออกเป็น 2 ระดับ โดยการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาในระดับล่าง กล่าวคือเลื่อนตำแหน่งจากผู้พิพากษา

ศาลชั้นต้นไปเป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ควรใช้ระบบอัตโนมัติที่พิจารณาจากลำดับอาวุโสที่เมื่อครบกำหนดระยะเวลาที่จะได้รับการเลื่อนตำแหน่งแล้วแต่ไม่มีตำแหน่งว่าง หรือถูกลงโทษทางวินัยโดยศาลวินัย ส่วนระดับสูง คือการเลื่อนเข้าสู่ตำแหน่งในผู้พิพากษาในศาลสูงสุด หรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ให้พิจารณาจากความสามารถโดยคณะกรรมการตุลาการจะพิจารณาจากผลการประเมินการปฏิบัติหน้าที่ในทุกๆ ปีประกอบกับความรู้ความสามารถของผู้พิพากษาในขณะที่พิจารณา นอกจากนี้ยังควรนำหลักความโปร่งใสของฝรั่งเศสมาใช้ในการเลื่อนตำแหน่งโดยการเปิดเผยว่าผู้พิพากษาคนใดจะได้รับการเลื่อนตำแหน่งเพื่อให้ผู้พิพากษาดูด้วยกันทำการตรวจสอบความเหมาะสมและเป็นการป้องกันการทุจริตหรือการเล่นพรรคเล่นพวกในการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาได้

กลไกที่สาม ระบบการกำหนดค่าตอบแทน

ระบบค่าตอบแทนเดิมที่เป็นระบบอัตราก้าวหน้านั้นมีความเหมาะสมอยู่แล้ว แต่การเลื่อนขั้นเงินเดือนควรจะเป็นระบบอัตโนมัติที่จะได้รับการเลื่อนขั้นเมื่อครบระยะเวลาที่กำหนดหรือการเลื่อนขั้นตามการเลื่อนตำแหน่ง ไม่ควรจะให้มีดุลพินิจในการเลื่อนขั้นเงินเดือน แต่การลดขั้นเงินเดือนหรือการไม่เลื่อนขั้นเงินเดือนนั้นจะต้องถือเป็นโทษทางวินัยที่จะต้องได้รับการพิจารณาลงโทษจากศาลวินัย นอกจากนี้ควรยกเลิกเงินช่วยค่าครองชีพชั่วคราวเนื่องจากไม่น่าจะมีความจำเป็นสำหรับผู้พิพากษาที่มีค่าตอบแทนสูงมากอยู่แล้ว

กลไกที่สี่ ระบบการควบคุมภายในผู้พิพากษา

ระบบการควบคุมภายในผู้พิพากษาศาลควรปรับปรุงในเรื่องดังต่อไปนี้

ประการแรก ควรยกเลิกระบบที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการพิจารณาคดี เช่น อำนาจในการเข้าร่วมนั่งพิจารณาคดีหรือทำคำพิพากษา การตรวจสำนวน เป็นต้น และใช้ระบบการจ่ายโดยแผนการจ่ายสำนวนในการแก้ไขปัญหากรณีมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำวล่วงได้

ประการที่สอง ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลควรมีอำนาจควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไป โดยอาจกำหนดกฎเกณฑ์ด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการบริหารศาล และมีอำนาจลงโทษผู้พิพากษาเล็กน้อย เช่น การตำหนิหรือการตักเตือนเท่านั้น ส่วนการลงโทษผู้พิพากษาที่มากกว่านี้จะต้องผ่านการพิจารณาจากศาลวินัย

ประการที่สาม ให้นำระบบการอุทธรณ์การควบคุมของหัวหน้าศาลแบบเยอรมนีมาใช้โดยผู้พิพากษาคณะใดเห็นว่าตนเองกำลังถูกหัวหน้าศาลแทรกแซงการพิจารณาคดีจะต้องมีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลวินัยพิจารณาตรวจสอบว่าเป็นการแทรกแซงการพิจารณาคดีหรือไม่

4. กำหนดระบบความรับผิดชอบของผู้พิพากษาให้ชัดเจนและมีบทคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและกระบวนการพิจารณาความผิดที่เหมาะสม

ความรับผิดชอบของผู้พิพากษาที่ควรกำหนดแบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก ความรับผิดชอบทางรัฐธรรมนูญหรือการถอดถอนผู้พิพากษา ที่กำหนดให้รัฐสภามีอำนาจถอดถอนผู้พิพากษาตุลาการได้ในทุกระบบศาลและทุกลำดับชั้น รวมไปถึงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้พิพากษาในตำแหน่งบริหารต่างๆ ด้วย ในข้อหาฝ่าฝืนหรือการไม่ปฏิบัติตามจริยธรรมอย่างร้ายแรงหรือจงใจใช้อำนาจให้ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ส่วนกระบวนการพิจารณาควรแยกขั้นตอนการพิจารณาเบื้องต้นกับขั้นตอนการพิจารณาลงมติออกจากกันให้องค์กรสององค์กรที่มีที่มาแตกต่างกันพิจารณา เช่น อาจจะให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรพิจารณาเบื้องต้น ส่วนวุฒิสภาเป็นองค์กรที่พิจารณาลงมติเช่นเดียวกับกระบวนการของสหรัฐอเมริกาก็ได้ ส่วนสภาพบังคับควรให้เหลือเพียงการให้พ้นจากตำแหน่งเท่านั้น โทษอุปกรณ์ควรยกเลิกไปเพราะการถอดถอนเป็นกระบวนการทางการเมือง ไม่ได้หลักประกันในการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมที่มากเพียงพอที่จะใช้กระบวนการดังกล่าวจำกัดสิทธิของผู้พิพากษามากจนเกินไปนัก

ประเภทที่สอง ความรับผิดชอบทางแพ่ง ควรตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดสำหรับผู้พิพากษาหรือเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้ครอบคลุมการใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษาด้วย โดยให้ผู้ได้รับความเสียหายจากการพิจารณาพิพากษาคดีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้พิพากษามีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายได้ แต่จะต้องฟ้องร้องที่รัฐหรือสำนักงานศาลให้รับผิดชอบ โดยรัฐอาจไต่เบี่ยผู้พิพากษาได้แต่เฉพาะกรณีที่ผู้พิพากษาจงใจใช้อำนาจเพื่อก่อกวนแก่ผู้เสียหายหรือใช้อำนาจโดยทุจริต

ประเภทที่สาม ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้พิพากษา ควรบัญญัติความรับผิดชอบอาญานับเป็นอนกฎหมายเพื่อประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยทุจริตหรือโดยอคติสำหรับผู้พิพากษาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจน แยกต่างหากจากความรับผิดชอบฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแต่อาจกำหนดข้อยกเว้นเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความแน่นอนมากยิ่งขึ้นและเป็นหลักประกันที่เหมาะสม คือกรณี “เพียงการตีความกฎหมายที่แตกต่างไปจากบรรทัดฐานคำพิพากษาปกติธรรมดาไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา” กล่าวโดยสรุปคือผู้พิพากษาจะมีความผิดก็ต่อเมื่อรู้ว่าการตีความเช่นนั้นเป็นการบิดเบือนกฎหมาย และมีเหตุจงใจอันองค์ประกอบภายในคือเพื่อให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลอื่นหรือโดยทุจริต

ประเภทที่สี่ ความรับผิดชอบทางวินัย ควรจัดให้มีศาลวินัยหรือแผนกคดีวินัยผู้พิพากษาในการพิจารณาความรับผิดชอบทางวินัยของผู้พิพากษา ส่วนในแง่ของกระบวนการพิจารณาลงโทษ ควรปรับปรุงโดย

การนำระบบเปิดแบบฝรั่งเศสเข้ามาใช้กล่าวคือให้สิทธิประชาชนในการฟ้องร้องต่อศาลวินัยให้ลงโทษผู้พิพากษาที่มีความประพฤติที่อาจขัดแย้งต่อบรรทัดฐานความประพฤติของผู้พิพากษาได้โดยตรง ซึ่งกรณีเช่นนี้ อาจมีการจัดตั้งองค์คณะผู้พิพากษาที่พิจารณาได้สวนมูลฟ้องก่อนเพื่อกลับกรองข้อกล่าวหาว่ามีมูลหรือไม่ก่อนก็ได้ นอกจากนี้ ควรเปิดช่องให้ ผู้ตรวจการแผ่นดินและหัวหน้าศาลในฐานะผู้ควบคุมดูแลพฤติกรรมของผู้พิพากษายื่นเรื่องต่อศาลวินัยให้พิจารณาได้ และให้คำพิพากษาศาลวินัยอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาแผนกคดีวินัยผู้พิพากษาได้ นอกจากนี้ ในกระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยควรจะมีการประกันสิทธิของผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาให้ได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม เช่น สิทธิที่จะได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายจากทนายความ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาที่ได้ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยกฎหมาย การให้กระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย สิทธิที่จะได้รับการรับฟังหรือต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ และสิทธิที่จะอุทธรณ์คำวินิจฉัยที่เป็นผลร้ายต่อตนเอง เป็นต้น

5. ปรับปรุงระบบการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีโดยลดอำนาจดุลพินิจของหัวหน้าศาลลง และเปิดช่องให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีให้มากขึ้น

มาตรการควบคุมกระบวนการพิจารณาคดีที่ควรจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงมี 4 มาตรการ ได้แก่ *มาตรการแรก ระบบการจ่ายสำนวน* ควรเปลี่ยนจากระบบดุลพินิจมาใช้ระบบการจ่ายสำนวนตามแผนการจ่ายสำนวนแทน โดยการจัดทำแผนการจ่ายสำนวนจะต้องให้ผู้พิพากษาในศาลได้มีส่วนร่วมในกระบวนการ และแผนการจ่ายสำนวนจะต้องเผยแพร่สู่สาธารณะโดยการประกาศผ่านเว็บไซต์ของศาล เพื่อให้สาธารณะชนได้รับทราบและร่วมตรวจสอบ นอกจากนี้ยังต้องกำหนดสภาพบังคับของการจ่ายสำนวนที่ไม่ได้เป็นไปตามแผนโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรด้วย เช่น ผู้จ่ายสำนวนจะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย และคำพิพากษาที่เกิดจากการจ่ายสำนวนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นย่อมเป็นคำพิพากษาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนโดยศาลตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด

มาตรการที่สอง การเพิ่มมาตรการควบคุมความเป็นกลางที่มากขึ้น จากเดิมที่เป็นเหตุให้คู่ความสามารถคัดค้านผู้พิพากษาหรือผู้พิพากษาอาจขอถอนตัวออกจากคดีได้โดยเพิ่มสภาพบังคับในกรณีที่คำพิพากษาที่เกิดจากผู้พิพากษาที่มีความไม่เป็นกลางย่อมเป็นคำพิพากษาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด

มาตรการที่สาม การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีโดยเฉพาะในคดีอาญา โดยในระยะแรกอาจนำระบบลูกขุนให้คำปรึกษาของเกาหลีใต้มาใช้ในคดีอาญาที่มีโทษร้ายแรง

ก่อน และติดตามประเมินผล หากประสบความสำเร็จอาจขยายให้ใช้ในคดีอื่นๆ เช่น คดีปกครอง เป็นต้น หรือเปลี่ยนมาใช้ใช้ระบบลูกขุนพิพากษาแบบเต็มรูปแบบก็ได้

และมาตรการสุดท้าย ยกเลิกระบบการตรวจสอบสำนวนโดยอาจใช้ระบบตุลาการผู้แถลงคดีแทน หรือหากไม่ยกเลิกก็ควรจะต้องมีการเปิดเผยชื่อผู้มีอำนาจตรวจสอบสำนวนโดยให้คู่ความสามารถคัดค้าน โดยเหตุความไม่เป็นกลางได้ และกำหนดตัวผู้ตรวจสอบสำนวนจะต้องถูกกำหนดไว้ในแผนการจ่ายสำนวนด้วย

6. ปรับปรุงระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการให้สามารถตรวจสอบได้ครอบคลุมรอบด้าน และเปิดให้ประชาชนได้ตรวจสอบฝ่ายตุลาการได้ด้วย

การปรับปรุงระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการจะต้องกระทำดังนี้

ประการแรก จัดให้มีระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการให้ครอบคลุมในทุกมิติ ทั้ง 4 ระบบ ได้แก่ ระบบแรก ระบบการอุทธรณ์แบบไม่จำกัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิแต่อย่างน้อย 1 ครั้ง โดยคู่ความที่ถูกจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ควรมีสิทธิร้องขอให้ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษาได้ และในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ควรเปิดให้คู่ความสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยสามารถนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมในชั้นอุทธรณ์ได้

ระบบที่สอง ระบบการร้องขอให้ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษาแบบเยอรมนีหรือฝรั่งเศส โดยแทนการฎีกาแบบเก่าที่ซ้ำซ้อนกับการอุทธรณ์

ระบบที่สาม คือ ระบบการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ ในทุกประเภทคดี และจะต้องกำหนดเหตุในการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ให้ครอบคลุมถึงกรณีมีข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาคดีเก่าอย่างร้ายแรง และกรณีคำพิพากษาของศาลในคดีเก่าตั้งอยู่ฐานของการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วย

ระบบสุดท้าย การร้องขอให้ศาลตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการกระทำทางตุลาการ หรือนำระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญแบบเยอรมนีมาใช้

ประการที่สอง การสร้างเครื่องมือทางกฎหมายเพิ่มเติม เช่น กฎหมายตีความ กฎหมายให้ความชอบธรรม เป็นต้น แต่ที่สำคัญคือการสร้างระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการในช่วงเผด็จการและการประกาศความเสียหายของคำพิพากษาที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนในช่วงการปกครองแบบเผด็จการ

ประการที่สาม การปฏิรูประบบการวิพากษ์วิจารณ์ศาลเพื่อให้ประชาชนสามารถวิพากษ์วิจารณ์การทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการได้ โดยจะต้องยกเลิกกฎหมายที่เป็นอุปสรรคแก่การวิพากษ์วิจารณ์ศาล อันได้แก่ ยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการละเมิดอำนาจศาลและตราพระราชบัญญัติว่าด้วย

การควบคุมความสงบเรียบร้อยในการพิจารณาดีของศาลเพื่อให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการออกคำสั่ง และกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อควบคุมให้การพิจารณาดีเป็นไปโดยสะดวกเรียบร้อย แต่ไม่ให้มีอำนาจลงโทษในกรณีการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทศาล แต่เปิดช่องให้ผู้พิพากษาที่ได้รับความเสียหายจากการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทดังกล่าวสามารถนำคดีไปฟ้องฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทผู้พิพากษาเป็นการส่วนตัวแต่ละต้องอนุญาตให้ผู้ถูกกล่าวหาได้พิสูจน์ความจริงหรือประโยชน์สาธารณะในการวิพากษ์วิจารณ์นั้น นอกจากนี้ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดในการดูหมิ่นผู้พิพากษาในการพิจารณาดีโดยกำหนดเจตนาพิเศษเข้าไปว่าเพื่อให้เกิดความเสื่อมเสียความเชื่อมั่นต่อในกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบอย่างรุนแรง และกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อเมื่อได้กระทำในระหว่างที่มีการพิจารณาดีอยู่ และเมื่อศาลได้พิพากษาแล้วจะไม่เป็นความผิดเพื่อเปิดช่องให้ประชาชนได้ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของศาลได้มากขึ้น

7. ปฏิรูปศาลรัฐธรรมนูญโดยให้มีบทบาทเฉพาะการปกป้องสิทธิมนุษยชน มากกว่าจะเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางการเมือง และให้องค์กรทางการเมืองเข้าไปถ่วงดุลและตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญให้มากขึ้น และกำหนดหลักการยับยั้งอำนาจตนเองให้เป็นลายลักษณ์อักษร

ปัญหาของศาลรัฐธรรมนูญคือการมีเขตอำนาจในการตรวจสอบฝ่ายการเมืองอย่างกว้างขวาง และขาดซึ่งกลไกที่จะสามารถถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น แนวทางการแก้ไขปัญหาคือการลดบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญและจัดกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม ดังนี้

ประการแรก การลดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญลงเหลือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว และให้ตรวจสอบได้เฉพาะกรณีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ คดีพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และคดีวินิจฉัยความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางรัฐธรรมนูญ ส่วนคดีการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภาและความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีควรปรับให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์หลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติในเรื่องดังกล่าวแล้ว ส่วนคดีประเภทอื่นให้ยกเลิกไป เช่นคดีที่เป็นการตรวจสอบกิจการภายในของฝ่ายอื่นๆ เช่น คดีการวินิจฉัยหลักการของร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้ง หรือคดีวินิจฉัยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ส่วนคดีเลือกตั้ง หรือคดียุบพรรคการเมือง หรือคดีอื่นๆ ควรให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นๆ เช่น ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

ประการที่สอง การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมาจากฝ่ายการเมืองแต่จะต้องมีระบบถ่วงดุลอำนาจในการคัดเลือกโดยใช้ระบบโควตากระจายอำนาจในการคัดเลือกไปให้องค์กรต่างๆ มีส่วนร่วม และสร้างหลักประกันที่คุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการด้วย

ประการที่สาม การบัญญัติหลักการยับยั้งอำนาจตนเองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจน เพื่อบังคับให้ศาลจะต้องใช้อำนาจด้วยความระมัดระวัง เช่น หลักการตีความรัฐธรรมนูญที่จะต้องไม่ตีความกฎหมายให้ไปในทางที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือบัญญัติให้ชัดแจ้งว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และศาลรัฐธรรมนูญจะตีความขยายเขตอำนาจของตนไม่ได้ เป็นต้น การบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้จะทำให้การตรวจสอบว่าศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินเลยขอบเขตอำนาจของตนเองหรือไม่ทำได้ง่ายขึ้น และช่วยจำกัดขอบเขตดุลพินิจในการใช้การตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้หากมีการใช้อำนาจที่เกินเลยขอบเขตดังกล่าวจะเห็นได้โดยง่ายและก็เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายการเมืองที่จะพิจารณาตรวจสอบต่อไป และ

ประการสุดท้าย การจัดระบบการตรวจสอบทางการเมืองแก่ศาลรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ การอนุญาตให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ศาลรัฐธรรมนูญได้ และการให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขความผิดพลาดของศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งกรณีหลังจะต้องไม่บัญญัติให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- จรัญ ภักดีธนากุล. กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยอุทธรณ์-ฎีกา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : พลสยามพริ้นติ้ง(ประเทศไทย), 2553.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุราและคณะ. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง “การพัฒนาระบบการจัดการคดีการเมืองในศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี สำนักงานศาลยุติธรรม , 2556.
- ธทอง จันทรางศุ ศารทูล สันติวาสะและมานิตย์ จุมปา. รายงานวิจัยเรื่องจริยธรรมของตุลาการศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2546.
- ธานีศ เกศพิทักษ์. หัวใจของพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : Pholsan Printing and Publishing(Thailand) Limited Partnership, 2552.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.
- นิธิ เอียวศรีวงศ์. พิพากษาศาล. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2555.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบการตรวจสอบการทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง(Impeachment). กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.), 2538.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2551.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ บรรณาธิการ. 70 ปี นิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ 2477 – 2547 : เป็นศรี เป็นศักดิ์ เป็นหลักของสังคมไทย 27 มิถุนายน 2547. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ(โดยสังเขป) เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตอน 1. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.
- ไพโรจน์ ชัยนาม และ เตือน บุนนาค. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ(รวมทั้งกฎหมายการเลือกตั้งด้วย) ภาค 1 หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พระนคร : นิติสารัน, 2477.

ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 5.

กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2550.

มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2542.

มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2552.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2546.

_____. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ : ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

_____. จุดไฟในสายลม. กรุงเทพมหานคร : โอเพ่นบุ๊ก, 2552.

_____. ด้วยกฎหมายและอุดมการณ์. กรุงเทพมหานคร : ไซน์พับลิชชิงเฮาส์, 2558.

วรรณชัย บุญบำรุง ชนกร วรปรัชญากุล และสิริพันธ์ พลรบ. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. 2 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2548.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. รายงานวิจัยเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 265 และ มาตรา 266. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553.

สำนักประธานศาลฎีกา สำนักงานศาลยุติธรรม. นโยบายการบริหารงานศาลยุติธรรมและภารกิจที่สำคัญของประธานศาลฎีกาปีงบประมาณ พ.ศ. 2544 – 2550. กรุงเทพมหานคร : บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์(1447) จำกัด, 2550.

สถิตย์ ไพเราะ และคณะ. รายงานการวิจัยเชิงสำรวจความคิดเห็นเกี่ยวกับระบบศาลยุติธรรม : รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร : โครงการศึกษาและยกร่างกฎหมายกลางว่าด้วยระบบศาลยุติธรรมของคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อขยายโอกาสในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของรัฐและติดตามการบังคับใช้กฎหมาย (คณะที่ 4), 2550.

สถิต ลัมพงค์พันธุ์ บรรณาธิการ. ละเมิดอำนาจศาลกับสังคมไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พาสโก, 2522.

อมร จันทรสมบูรณ์. คอนสติติวชันแนลลิซึม ทางออกประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2537.

แอล ดูปาร์ต. กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย : การศาลในประเทศฝรั่งเศส. คำสอนชั้นปริญญาโททางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478.

โฮเซ ไชตุน. หลักการสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้พิพากษา
ทนายความและอัยการ : แนวทางสำหรับนักปฏิบัติลำดับที่ 1. เบญจรัตน์ แซ่ฉั่ว แปล. เจนีวา
 : International Commission of Jurists, 2550.

วิทยานิพนธ์

กมล แจ่มสุข. “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม”.

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2541.

กนิษฐา เชี่ยววิทย์. “การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

กันตพัฒน์ จีรวงศ์ณิพร. “ปัญหาความเป็นอิสระของศาลทหาร”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.

ซัช ข้าเพชร. “การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ฐิติเชษฐ นุชนาฏ. “การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.

ณวัฒน์ ศรีปัดถา. “ความเป็นไปได้ในการนำหลักการในระบบอิมพีชเมนต์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้กับการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

ถาวร เกษมะณี. “หลักความเป็นกลางของศาล”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ทวี ชูโต. “ความเป็นไปได้ในการนำรูปแบบของผู้พิพากษาสมทบมาใช้ในคดีอาญา”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

ประทีป ทองสีมา. “ระบบลูกขุนสำหรับประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

ไพโรจน์ ทองเพชร. “วิธีพิจารณาคดีปกครองกับบทบาทของตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.

ภิรม ธงสันติ. “การตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม”. วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต, คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

รัฐนาถ พัฒนธรรม. “ความเป็นอิสระของตุลาการพระธรรมนูญศาลทหาร: ศึกษากรณีการดำรงตำแหน่งและถอดถอนตุลาการพระธรรมนูญศาลทหาร”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.

สายันต์ ขุนขจี. “ระบบศาลทหาร”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

สิริยา พรหมราชยศ. “ปัญหาสถานะ และอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

เสนีย์ พรหมวิวัฒน์. “โครงสร้างองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลทหาร”. วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553

สุนิสา อธิธิชัยโย. “ความรับผิดชอบของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

อภิศักดิ์ พรหมสวาสดี. “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

บทความวารสาร

กมลชัย รัตนสกววงศ์. “ระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศเยอรมัน”. ดุลพินิจ. ปีที่ 35. ฉบับที่ 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2536): 117-151.

คณินท์ ชัยชนะ. “การร้องทุกข์ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนเยอรมัน”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 41. ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2555): 301-313.

จรัญ ภักดีธนากุล. “การแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการในประเทศไทย”. วารสารกฎหมาย. ปีที่ 8. ฉบับที่ 1 (2526): 34-54.

เจตน์ สถาวรศิลป์. “จรรยาบรรณกับตุลาการศาลปกครองไทย”. วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 6. ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2549): 49-59.

_____. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ ที่มีใช้เกิดจากการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายฝรั่งเศส : ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำในกระบวนการยุติธรรม”. วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 8. ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2551): 49-65.

- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. “องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”. วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ 1. ฉบับที่ 1 (2525): 72-101.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. ผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง. ปีที่ 1. ฉบับที่ 1(2525): 26-71.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “การปรับปรุงศาลยุติธรรม”. ตุลาพาห. ปีที่ 55. เล่ม 1(มกราคม – เมษายน 2551): 14-37.
- ธนกร วรปรัชญากุล. “ระบบศาลยุติธรรมและการขอให้มีการทบทวนคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศส”. ตุลาพาห. ปีที่ 51. เล่ม 1, (2547): 50-68.
- บรรเจิด สิงคนดี. “วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยโดยอาศัยหลักพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 28. ฉบับที่ 3(2541) : 479-492.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. “หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 22. ฉบับที่ 3 (กันยายน 2535): 365-370.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. โครงสร้างการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาในบางประเทศ. ใน หนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศักดิ์ย์. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย : 15-43.
- บุญเขตร์ พุ่มทิพย์. “หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”. ตุลาพาห. ปีที่ 44. เล่ม 1 (มกราคม – มีนาคม 2540): 63-87.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. “ศาลรัฐธรรมนูญและคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายสเปน”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 3. (กันยายน 2550): 516-547.
- _____. “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสเพื่อการปฏิรูปการเมือง”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. เล่มที่ 4 (2550) : 729-758.
- พงศ์เทพ เทพกาญจนา. “สรุปข้อเท็จจริงวิกฤตตุลาการภาค 1 และ ภาค 2”, ตุลาพาห. ปีที่ 39. เล่ม 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2535): 14-22.
- ไพจิตร บุญญพันธุ์. คำสั่งจำหน่ายคดีและการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองกลางเป็นการกระทำละเมิดได้อย่างไร. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 32. เล่มที่ 3 (กันยายน 2545): 553-554.
- พิเชษฐ์ เมลานนท์. “ผู้พิพากษาต้องประพฤติถึงเช่นไรในญี่ปุ่นจึงจะถูก “ถอดถอน” . วารสารศาลยุติธรรม : 72-79.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. “การพิจารณาคดีอาญาโดยลูกขุนตามกฎหมายอเมริกัน”. ตุลาพาห. ปีที่ 42. เล่ม 2 (เมษายน - มิถุนายน 2538): 89-111.
- ฤทัย หงส์สิริ. “ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 31. เล่มที่ 3(กันยายน 2544): 512-571.

- วิชัย อริยะนันท์ทะเล ผู้แปล. “ประมวลจริยธรรมของตุลาการแห่งเนติบัณฑิตสภาอเมริกัน(ABA Code of Judicial Conduit)”. บทบัญญัติ. ปีที่ 50. ตอน 3, (กันยายน 2537): 142–167.
- วรชัย แสนสีระ. “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในกรณีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการพิจารณาหรือพิพากษาคดีของศาลภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย”. จุลนิติ. ปีที่ 10. ฉบับที่ 2(มี.ค.–เม.ย. 2556): 125–132.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน : วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 39. ฉบับที่ 3 (กันยายน 2553) : 469–509.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. “ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ 2550”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2550): 1–27.
- สัญญา สัจจวานิช. “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”. บทบัญญัติ. ปีที่ 29. เล่ม 4(2515): 1–16.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน”. บทบัญญัติ. ปีที่ 60. ตอน 2(2547): 129–140.
- สุดา วัชรวัฒนากุล. “ระบบศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่น”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 17. ฉบับที่ 3 (2520): 92–108.
- สุรัช รัตนอุดม. “ความเหมาะสมพอดีในหน้าที่ผู้พิพากษา”. วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์. ปีที่ 6. ฉบับที่ 4 (เม.ย. – พ.ค. 2555): 103-114.
- อุดม เฟื่องฟุ้ง. “พ.ร.ก.ยึดอำนาจตุลาการ”. ตุลพาท. ปีที่ 39. ฉบับที่ 3 (พ.ค.-มิ.ย.35): 47-74.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. “เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2550): 28-50.

เอกสารอื่นๆ

- ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และคณะ. รายงานวิจัย เรื่อง ประวัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.
- ชัยวุฒิ โลหิตธานนท์. “ศึกษาเฉพาะกรณีการตรวจสอบสำนวนคดีของศาลในเขตอำนาจสำนักงานอธิบดีผู้พิพากษาศาล 5”. งานวิจัยหลักสูตรกระบวนการยุติธรรมระดับสูง วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.
- มันทรี อูซชิน. “การตรวจร่างคำพิพากษาของผู้พิพากษาในกองผู้ช่วยผู้พิพากษาของศาลในชั้นอุทธรณ์ : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ตรวจ”. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร “ผู้บริหาร

กระบวนการยุติธรรมระดับสูง(บ.ย.ศ.)” รุ่นที่ 10. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550.

อร่ามศักดิ์ ไทพาณิชย์. “การบริหารงานคดีของผู้พิพากษาหัวหน้าศาล(ศึกษากรณีการตรวจสอบ)”. รายงานผลงานส่วนบุคคล หลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น”. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2553.

Books and Books Articles

A W Bradley and K D Ewing. Constitutional and Administrative Law, 14th Edition. England: Pearson Education, 2007.

Abimbola A. Olowofoyeku. Suing Judges: A Study of Judicial Immunity. Oxford: Clarendon Press, 1993.

Administrative Office of the United States. The Federal Court system in the United States: An introduction for judges and judicial administrators in the other countries. Third Edition. Washington D.C.: U.S., 2010.

Allan R. Brewer-Carias. Constitutional Protection of Human Rights in Latin America : A Comparative Study of Amparo Proceedings. New York: Cambridge University Press. 2009.

Anja Seibert-Fohr. “Constitutional Guarantee of Judicial Independence in Germany”, in Recent Trends in German and European Constitutional Law, Eibe Riedel and Rudiger Wolfrum Editors. Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2006.

Anja Seibert-Fohr Editor. Judicial Independence in Transition. Heidelberg-New York-Dordrecht-London : Springer, 2012.

Anke Freckman and Thomas Wegerich. The German Legal System. London: Sweet & Maxwell, 1999.

Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli. The Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy. C. A. Thomas. English Editor. New York : Oxford University Press, 2003.

Carlos Santiso. “Economic Reform and Judicial Governance in Brazil : Balancing Independence with Accountability” in Democratization and the Judiciary, Siri

- Gloppen, Roberto Gargarella and Elin Skaar Editors. London–Portland–OR: Frank Cass, 2003.
- Catherine Elliott, Catherine Vernon and Eric Jeanpierre. French Legal System. Second Edition. London: Pearson Education Publishing, 2006.
- Daniel H. Foote Editor. Law in Japan: A Turning Point. Seattle and London: University of Washington press, 2007.
- David S. Tanenhaus, editor in chief. Encyclopedia of the Supreme Court of the United States. 5 Volume. U.S.: Gale, 2008.
- Eva Steiner. French Law: a Comparative Approach. New York: Oxford University Press. 2010.
- Gabriele Kucsko-Stadlmayer Editor. European Ombudsman-Institutions: A comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea. Austria: Springer-Wien-New York, 2008.
- Gary Slapper and David Kelly. The England Legal System. Eleventh Edition. London and New York: Routledge Taylor&Francis Group, 2010-2011.
- Giuseppe Di Federico Editor. Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain. Bologna: Institute on Judicial System-National Research Council, 2005.
- J. A. Jolowicz and C. H. van Rhee Editors. Civil Procedure in Europe Volume 2 : Recourse against Judgments in the European Union. The Hague, the Netherlands: Kluwer Law International, 1999.
- J. Mark Ramseyer Editor. Japanese Law: Readings in the Political Economy of Japanese Law. Great Britain: The Cromwell Press, 2001.
- John Bell. Judiciaries within Europe: A Comparative Review. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Kate Malleson and Peter H. Russell Editors. Appointment Judges in an Age of Judicial Power: A Critical perspectives from around the World. Toronto Buffalo London: University of Toronto Press, 2007.
- Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen and Gregory A. Caldeira Editors. Oxford Handbook of Politics and Jurisprudence. New York: Oxford University Press, 2008.

- Korea Legislation Research Institute Editor. Introduction to Korea Law. Heidelberg: Springer, 2013.
- Office of Democracy and Governance. Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality. Revised Edition. Washington: Office of Democracy and Governance, 2002.
- Office of the High Commissioner for Human Rights in cooperation with the International Bar Association. Professional Training Series No.9 : Human Rights in the Administration of Justice : A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers. New York and Geneva: United Nation, 2003.
- Otis H. Stephens Jr. and John M. Scheb II. American Constitutional Law. 2 Volume. Fourth Edition. U.S.A.: Thomson Wardsworth, 2008.
- Peter Herzog and Martha Weser. Civil Procedure in France. The Hague/The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1967.
- Peter L. Murray and Rolf Stürner. German Civil Justice. Carolina Academic Press: Durham. North Carolina, 2004.
- Peter Leyland. The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2007.
- Philip M. Langbroek and Marco Fabri Editors. The Right Judge for Each Case: A Study of Case Assignment and Impartiality in Six European Judiciaries. Antwerp-Oxford: Intersentia, 2007.
- Ran Hirschl. Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004.
- Rangnhildur helgadóttir. The Influence of American Theories of Judicial Review on Nordic Constitutional Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Shigenori Maysui. The Constitution of Japan : A Contextual Analysis. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.
- Shimon Shetreet. Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary. Amsterdam : North-Holland Publishing Company, 1976.
- Werner Heun. The Constitution of Germany: A Contextual Analysis. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2011.

Wim Voermans and Pim Albers. Councils for the Judiciary in EU Countries. Report for Europe Commission for Efficiency of Justice(CEPEJ) Council of Europe . Brussels: Pena Language Services, 2003

Articles

Andreas Wimmel. "Theorizing the Democratic Legitimacy of European Governance: a Labyrinth with No Exit?". European Integration. Vol. 31. No. 2(March 2009): 181-199.

Charles Gardner Geyh. "Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric". Case Western Reserve Law Review. Vol. 56. No. 4(2006): 911-935.

Christopher M. Larkins. "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis". The American Journal of Comparative Law. Vol. 44, No. 4 (Autumn, 1996): 605-626.

David S. Clark. "The Selection and Accountability of Judges in West Germany: Implementation of a Rechtsstaat". Southern California Law Review 61(1988): 1795-1847.

Edmind C. Jann. "Contempt of Court in Western Germany". The American University Law Review 8(1959): 34-42.

Francesco Contini and Richard Mohr. "Reconciling independence and accountability in judicial systems". Utrecht Law Review. Vol. 3, Issue 2(December 2007): 26-43.

Ian Greene. "The doctrine of judicial independence developed by the supreme court of Canada". Osgood Hall Law Journal. Vol. 26, No. 1(Spring 1998): 177-206.

J. William Clifford. "Judicial Administration in a System of Independence: A Tribe with Only Chiefs". Brigham Young University Law Review 39, (1978): 39-63.

Jeffrey M. Shaman. "Judicial Immunity from Civil and Criminal Liability". San Diego Law Review. Vol. 27, No. 1(1991): 1-28.

John O. Haley. "The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges". The American Journal of Comparative Law 54 (Fall 2006): 281-291.

Joseph Romagnoli. "What Constitutes a Judicial Act for Purposes of Judicial Immunity?". Fordham Law Review 53(1984-1985): 1503-1518.

- Jacqueline Lucienne Lafon. "The judicial career in France: theory and practice under the Fifth Republic". Judicature. Vol. 75, No. 2(August-September, 1991): 97-106.
- Luis Muniz-Aguelles and Migdalia Fraticelli-Torres. "Selection and Training of Judge in Spain, France, West Germany, and England". Boston College International and Comparative Law Review. Vol. 8, Issue 1(1985): 1-37.
- Marco Fabri and Philip M. Langbroek. "Is There a Right Judge for Each Case? A Comparative Study of Case Assignment in Six European Countries". EJLS. Vol.1. No.2, 2007. 1-28.
- Mauro Cappelletti. "Judicial Review in Comparative Perspective". California Law Review. Vol. 58, No. 5(1970): 1017 – 1053.
- Mauro Cappelletti. "Repudiating Montesquieu?: The expansion and legitimacy of "Constitutional Justice". Catholic University Law Review 35(1985): 1-32.
- Michael Chesterman. "Contempt: In the Common Law, but not the Civil Law". International and Comparative Law Quarterly. Vol. 46, Issue 3(July 1997): 521-560.
- Michel Troper. "The Judicial Power and Democracy". European Journal of Legal Studies. Vol. 1, No. 2(Autumn/Winter 2007): 1-16.
- Mark Bovens. "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework". European Law Journal. Vol. 13, No. 4(July 2007): 447-468.
- Mauro Cappelletti. "Who Watches the Watchmen?": A Comparative Study on Judicial Responsibility". The American Journal of Comparative Law. Vol.31, No. 1(Winter, 1983): 1-62.
- Nicholas L. Georgakopoulos. "Discretion of career and recognition judiciary", Roundtable 7(2002): 205 – 225.
- Nuno Garoupa and Tom Ginsburg. "The Comparative Law and Economics of Judicial Councils". Berkeley Journal of International Law. Vol. 27, No. 1(2009): 53-83.
- Owen M. Fiss. "The Limits of Judicial Independence". University of Inter-American Law Review 25(1993): 57-76.
- Ronald Holzhaacker. "Democratic Legitimacy and the European Union". Journal of European Integration. Vol. 29, No.3 (2007): 257-269.

Stephen B. Burbank. "What do we mean by "Judicial Independence". Ohio State Law Journal 64(2003): 323-339.

Steven Lubet. "Judicial Discipline and Judicial Independence". Law and Contemporary Problems. Vol. 61, No. 3(Summer, 1998): 59-74.

Takaaki Hattori. "The role of the Supreme court of Japan in the field of judicial administration". Washington Law Review 60(1984-1985): 69-86.

Tonja Jacobi. "The Senatorial Courtesy Game: Explaining the Norm of Informal Vetoes in Advice and Consent Nominations". Legislative Studies Quarterly. Vol. 30, No. 2(May, 2005): 193-217.

Electronic Media

Committee on Financial Disclosure. " Filing Instructions for judicial Officers and Employees. " January 2010, <https://www.judicialwatch.org/files/documents/2011/2010-judicialfinancialdisclosureinstructions.pdf>, October 9, 2014.

Denis Steven Rutkus. "Supreme Court Appointment Process: Roles of the President, Judiciary Committee and Senate". <http://fpc.state.gov/documents/organization/50146.pdf>, January 7, 2015).

François FELTZ. "The General Inspectorate of Judicial Services" <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/inspection-generale-des-services-judiciaires-10027>, March 23, 2013.

Henry B. Hogue and Maureen Bearden. "Recess Appointments Made by President Barack Obama". <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42329.pdf>, January 7, 2015).

Judicial Appointment & Conduct Ombudsman. "How to Complaint about the handling of complaints concerning the personal conduct of the judiciary". https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/377048/how-to-complain-personal-judiciary.pdf, January 7, 2015).

Kai-Andreas Otto. "Civil Service Salary System in Germany and Recent Reform Trends". Paper on Conference on Civil Service Salary System in Europe, Bucharest, 25

April 2007. <http://www.oecd.org/site/sigma/Publicationsdocuments/38655690.pdf>, September 22, 2013).

Lin Hammergren. "Fifteen Years of Judicial Reform in Latin American: Where we are and why we haven't made more progress". <ftp://pogar.org/LocalUser/pogarp/Judiciary/linn2/latin.pdf>, October, 2014.

L'Union Syndicale des Magistrats ;USM, "Magistrats : vos droits" (édition 2013). http://www.union-syndicale-magistrats.org/web/p575_-magistrats-vos-droits-edition-2013.html, May 10, 2014).

Sang Hoon Han and Kwangbai Park. "Citizen Participation in Criminal Trials of Korea: A Statistical Portrait of the First Four Years". [http:// people.ucsc.edu/~hfukurai/documents/2-Han-Park.pdf](http://people.ucsc.edu/~hfukurai/documents/2-Han-Park.pdf), January 7, 2015.

Yuichiro Tsuji, "Independence of the Judiciary and Judges in Japan". [http://www.surugadai.ac.jp/sogo/media/bulletin/Hougaku24-03/Hougaku.24-3.\(63\).pdf](http://www.surugadai.ac.jp/sogo/media/bulletin/Hougaku24-03/Hougaku.24-3.(63).pdf), January 12, 2014.

Laurent Berthier and Hélène Pauliat. "Administration and Management of Judicial Systems in Europe" . http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes10Admin_en.pdf, January 7, 2015.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย ฤทธิภูมิ กัลยาณภัทรศิษฐ์
วันเดือนปีเกิด	30 ตุลาคม 2524
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต(กฎหมายมหาชน) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ บัณฑิตยสภา
ประวัติการทำงาน	อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง