



ความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

โดย

นางพจนา สะอาดเอี่ยม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

โดย

นางพจนา สะอาดเอี่ยม



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY NOMINATED BY THE
LEGISLATURE

BY

MRS POJJANA SAARDEIAM



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2016

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางพจนา สะอาดเอี่ยม

เรื่อง

ความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ
ชื่อผู้เขียน	นางพจนา สะอาดเอี่ยม
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 2 บัญญัติไว้ว่า “ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และมาตรา 3 บัญญัติไว้ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ”

การที่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและยอมรับอำนาจสูงสุดของประชาชนดังกล่าว การจัดโครงสร้างเกี่ยวกับอำนาจรัฐจึงต้องเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยด้วย

ตามหลักประชาธิปไตยที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองที่ปกครองโดยประชาชน อำนาจอธิปไตยทั้งหลายจึงต้องมีความเชื่อมโยงไปยังประชาชนเพื่อให้เกิดความชอบธรรมตามหลักประชาธิปไตยในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้น และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่น หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ทำภารกิจของรัฐด้วย การปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภานั้นตามหลักพื้นฐานรัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนจึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุด รัฐสภาจึงเป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าไปใช้อำนาจองค์กรขององค์กรอื่นได้ องค์กรตุลาการก็เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐองค์กรหนึ่ง องค์กรตุลาการจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกันกับองค์กรรัฐองค์กรอื่น ๆ ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการใช้อำนาจตุลาการเป็นการใช้อำนาจที่ผูกพันต่อกฎหมายและเป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทที่มีผลผูกพันคู่กรณีโดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะยอมรับคำวินิจฉัยของศาลหรือไม่ อำนาจตุลาการจึงต้องมีความเป็นอิสระ แต่หลักความเป็นอิสระของตุลาการก็ไม่อาจยกขึ้นอ้างเพื่อปฏิเสธ

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ เพียงแต่รูปแบบการใช้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่ออำนาจตุลาการจะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของตุลาการด้วย การอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในกรณีของอำนาจตุลาการจึงไม่นำไปใช้ในขอบเขตของการทำหน้าที่ในทางตุลาการคือการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงการแต่งตั้งตุลาการด้วย เพราะการแต่งตั้งตุลาการไม่ใช่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ด้วยเหตุนี้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่เรียกร้องต่ออำนาจตุลาการจึงกระทำได้โดยการให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการด้วย นอกจากนั้นการมีส่วนร่วมดังกล่าวเป็นเพียงการมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งเท่านั้นซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจตุลาการ การมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหารจึงไม่ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ นอกจากนั้นเมื่อตุลาการได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแล้ว ตุลาการจะมีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ตุลาการทันที แม้แต่ผู้แต่งตั้งก็ไม่มีอำนาจแทรกแซงการทำหน้าที่ตุลาการของผู้พิพากษาได้ การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่มีผลต่อความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ในฐานะตุลาการของผู้พิพากษาเช่นกัน

จากการศึกษากระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการของต่างประเทศทั้งประเทศที่มีรูปแบบปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาคือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบกึ่งรัฐสภาถึงประธานาธิบดีคือ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดี คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่าไม่ว่าจะมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในรูปแบบใดก็ตามก็จะกำหนดให้องค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการทั้งสิ้น โดยในกรณีของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการสรรหาตุลาการและให้ประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขของรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการ ซึ่งกระบวนการในการสรรหาตุลาการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแยกเป็นกระบวนการในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กระบวนการนี้เป็นการดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น นอกจากนั้นยังมีกระบวนการแต่งตั้งตุลาการของศาลมลรัฐที่ดำเนินการโดยรัฐมนตรียที่รับผิดชอบงานศาลแต่ละประเภทร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการที่ส่วนใหญ่จะประกอบไปด้วยผู้แทนจากสมาชิกรัฐสภาแห่งรัฐ ผู้พิพากษาและทนายความ และกระบวนการแต่งตั้งตุลาการอาชีพของศาลสหพันธ์ จะดำเนินการโดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาที่ประกอบด้วยผู้แทนจากมลรัฐละ 1 คน และผู้แทนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีจำนวนเท่ากับกับผู้แทนของมลรัฐ โดยผู้ที่ได้รับเลือกเป็นคณะกรรมการไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกรัฐสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ส่วนรายชื่อที่จะได้รับการ

คัดเลือกเป็นตุลาการมาจากการเสนอของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่รับผิดชอบศาลที่มีการแต่งตั้งนั้น กรรมการคนใดคนหนึ่งของคณะกรรมการคัดเลือก และคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งศาล ซึ่งคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งศาลประกอบด้วยผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกจากผู้พิพากษาแห่งศาลที่จะมีการแต่งตั้ง คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการและมีอิสระในการเลือกใครก็ได้ ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะให้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน โดยให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งจำนวน 3 คน ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งจำนวน 3 คน และให้ประธานวุฒิสภาแต่งตั้งจำนวน 3 คน ส่วนการแต่งตั้งตุลาการในศาลอื่นให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการซึ่งมีจำนวน 12 คน ประกอบด้วยประธานาธิบดีเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธาน และกรรมการอื่นที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีอีก 10 คน โดยมาจากศาลฎีกา 2 คน มาจากอัยการระดับหัวหน้าอัยการ 1 คน มาจากศาลอุทธรณ์และศาลชั้นต้น 3 คน มาจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ 1 คน และอีก 3 คนมาจากผู้ที่มิได้เป็นตุลาการโดยมาจากประธานาธิบดี 1 คน มาจากประธานสภาผู้แทนราษฎร 1 คน และมาจากประธานรัฐสภา 1 คน โดยคณะกรรมการตุลาการมีอำนาจในการเสนอชื่อบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกา และอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง ส่วนผู้พิพากษาในระดับอื่นๆคณะกรรมการตุลาการเพียงแต่ให้ความเห็นเกี่ยวกับรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาศาลทุกระดับได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความยินยอมของวุฒิสภา จึงเห็นได้ว่าในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่ว่าจะเป็นการปกครองในรูปแบบใดจะให้องค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนโดยตรงเป็นผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการการแต่งตั้งตุลาการทั้งสิ้น

สำหรับกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการในระบบกฎหมายไทย ซึ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนจึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุด องค์กรนิติบัญญัติจึงต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจในองค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาทั่วไปยึดถือกัน แต่จากการศึกษาระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งตุลาการในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 พบว่ากระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการนอกจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วเป็นการดำเนินการโดย

องค์กรภายในขององค์กรตุลาการทั้งสิ้น สำหรับกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นอยู่ตามโครงสร้างตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ให้อำนาจตัดสินใจสุดท้ายเป็นของวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนแต่วุฒิสภาไม่ได้มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันจึงเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ในขณะเดียวกันฝ่ายตุลาการก็มีความเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรงตามหลักประชาธิปไตยด้วย

ในการศึกษาผู้เขียนจึงได้มีข้อเสนอแนะเพื่อให้องค์กรตุลาการศาลยุติธรรม และองค์กรตุลาการศาลปกครองมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยผ่านวุฒิสภาโดยอ้อมในระดับที่ไม่มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการด้วย ทั้งนี้เนื่องจากสภาพทางสังคมวิทยาการเมืองของไทยมีสภาพเป็นการเมืองแบบเผด็จการรัฐสภา กล่าวคือฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกันได้ทำให้มีการใช้อำนาจอย่างบิดเบือนของฝ่ายการเมืองอย่างกว้างขวาง สถาบันตุลาการจึงเป็นสถาบันเดียวที่ยังสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นการสร้างกลไกความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไม่มีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติครอบงำฝ่ายตุลาการด้วย โดยในการกำหนดระดับความเชื่อมโยงระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละศาลจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับผลกระทบที่เกิดจากการใช้อำนาจของแต่ละศาลด้วยว่ามีผลกระทบต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารมากน้อยเพียงใด ดังนี้

ศาลยุติธรรม มีลักษณะของการกระทำในทางตุลาการที่ผูกพันอยู่กับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ซึ่งผลของการกระทำไม่ได้กระทบต่อสถาบันการเมืองหรืออำนาจทางการเมือง หรือแม้แต่อำนาจปกครองของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างศาลยุติธรรมกับฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรกำหนดให้มีความเชื่อมโยงโดยอ้อมโดยการให้มีผู้แทนของวุฒิสภาอยู่ในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมด้วย และจำนวนที่เหมาะสมคือ 2 คน เพราะความเชื่อมโยงกับประชาชนแม้ส่งไปเพียงคนเดียวก็ถือว่าเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว แต่การให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปเป็นกรรมการตุลาการจำนวน 2 คน เพื่อให้การประชุมของคณะกรรมการตุลาการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลแต่ละครั้งมีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ด้วยเสมอไม่มีปัญหาติดขัดกรณีกรรมการบางคนติดภารกิจสำคัญจนไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้

ศาลปกครอง การใช้อำนาจในทางตุลาการของตุลาการศาลปกครองมีผลกระทบกับฝ่ายบริหารด้วย กระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองทั้งสองชั้นศาลที่เหมาะสมกับประเทศไทยในปัจจุบัน คือการกำหนดโครงสร้างให้ศาลปกครองมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรงโดยผ่านประธานศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นประมุขของฝ่ายตุลาการ

ศาลปกครอง โดยให้การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบทั้งจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภาด้วย ส่วนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองอื่นๆไม่ว่าจะเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดก็ตามให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเท่านั้น ในส่วนของโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองที่มีจำนวน 13 คน ให้มีกรรมการที่เป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติ 2 คน และฝ่ายบริหาร 1 คน เมื่อรวมกับประธานศาลปกครองสูงสุดแล้วมีตัวแทนของฝ่ายการเมืองอยู่ในคณะกรรมการตุลาการถึง 4 คน ซึ่งเป็นสัดส่วนที่ไม่มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง ในขณะเดียวกันศาลปกครองก็มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรงโดยผ่านประธานศาลปกครองสูงสุด และโดยอ้อมโดยผ่านคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองด้วย

คำสำคัญ: ตุลาการ, การแต่งตั้งตุลาการ, ความเป็นอิสระของตุลาการ

Thesis Title	THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY NOMINATED BY THE LEGISLATURE
Author	Mrs. Pojjana Saardeiam
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Udom Rathamarit, Ph.D.
Academic Years	2016

ABSTRACT

Section 2 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 provides that “Thailand adopts a democratic regime of government with the King as Head of State.” and Section 3 provides that “Sovereign powers belong to the Thai people. The King as Head of State shall exercise such powers through the National Assembly, the Council of Ministers and the Courts in accordance with the provisions of this Constitution.”

As such, the structure of the state powers shall be subject to the democratic principle.

Under the democratic principle which the sovereign powers belong to the people, the administration is made by the people. The state powers shall relate to the people so that the exercise of such power will be legitimate under the democratic principle and legitimate to other entities or officials assigned for the state affairs. In principle, the democracy under the parliamentary system, the parliament is the only entity elected by the people so it is the most legitimate entity in term of democracy. The parliament is thus entitled to assign organizations or state officials to exercise powers of other organizations. The Judiciary is an entity empowered by the state power. Therefore, the Judiciary is subject to the democratic legitimacy as other state entities. Since the exercise of the judiciary power is bound by the law and the

decisions made by the judges are binding upon the parties whether they accept such decision or not, the Judiciary shall be independent. However, the independence of the Judiciary cannot be claimed to deny the democratic legitimacy, but the reference to such legitimacy shall take into account the independence of the Judiciary. Claiming democratic legitimacy in the case of judicial power is not applicable to the scope of judicial functions, i.e., the making of judgment. This does not include the judicial appointments because the appointment of the judges is not the making of judgment. For this reason, the democratic legitimacy relating to the judicial power can be achieved by allowing other organizations to be a part of the judicial appointment process, in particular, the legislature, which basically comes from the people. In addition, the participation is in the appointment process only, not the exercise of judicial power. So the participation in judicial appointments by the legislative or executive bodies does not conflict with the principle of segregation. Moreover, the judiciary shall be free to act as a judge immediately upon appointment, and the appointer has no power to intervene his/her performance. Therefore, the appointment of the judges by the legislature does not affect the independence of the judiciary as a judge.

This thesis studies the process of the appointment of judges in foreign countries, e.g., the Federal Republic of Germany, which accepts the parliamentary system, the French Republic, which uses the semi-parliamentary and semi-presidential system, and the United States of America, which uses the presidential system. It was found that whether the democratic regime will be in any form, the entities elected by the people take part in the process of judiciary appointment process. In case of the Federal Republic of Germany, the legislature has the power to search for the judges and the President of the State appoints the Judges.

The searching process for Constitutional judges of the Federal Republic of Germany is made solely by the legislature. In the other hand, the appointment process for state court judges is conducted by the Minister responsible for each kind of courts, along with a judicial selection committee, consisting of representatives from state councils, judges and lawyers. In addition, the judicial selection process for

the federal court is conducted by a selection committee, comprising of a representative from each state, whether such representative is a member of the House of Representatives of the federation or not. The Minister of Justice responsible for such court, any member of the selection committee and the counseling board of the court of selection, shall nominate the judges for the selection process. The counseling board comprises of judges appointed by the judges attached to the court of selection. The selection committee participates in the judiciary appointment process, i.e., in case of the appointment of the Constitutional judges, the judiciary is free to select anybody. In case of the French Republic, the legislature appoints nine persons, each three from the President, the President of the House of Representatives and the President of the Senate. The judiciary appointment of other courts is conducted by the twelve-person judiciary committee, consisting of the President, as the chairman, Minister of Justice, as the vice chairman, and the other ten members appointed by the President. Two of which are from the Supreme Court, one is from the high ranking public prosecutors, three are from the Appeal Court and the Court of First Instance each, one is from the State Council and the other three are from non-judiciary nominated by the President, President of the House of Representatives and President of the Parliament each. The judiciary committee is empowered to nominate the candidates for the Supreme Court judges. The director general of the Appeal Court is appointed by the President. Judges in other levels are nominated by the Minister of Justice to the President, with the suggestions of the judiciary committee. In the United States of America, the President, with the advice of the Senate, appoints all the judges. The study shows that in the democratic countries, in whatever forms, the entities elected by the people take part in the judiciary appointment process.

The judiciary appointment process in Thailand, which has the parliamentary system, as the Republic of Germany, the legislature is the entity directly elected by the people and it is regarded as the entity with the highest democratic legitimacy. Therefore, the legislature shall be empowered to appoint the bodies exercising powers in the administrative and judiciary entities in accordance

with the democratic and legitimacy principles adopted in the countries under the parliamentary system. However, having study the current Thai legal system relating to the judiciary appointment, i.e., the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, Act on Regulations for Judicial Officials B.E. 2543 and Act on Establishment of Administrative Courts and Judicial Procedures B.E. 2542, it is found that the judiciary appointment processes, except the case of the Constitutional Court, are conducted by the courts' internal bodies. Although the Senate, which is elected by the people, has the final decision in the appointment of the Constitutional judge pursuant to the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, the Senate is not involved in the selection process. The current appointment process of the Constitutional judges is thus corresponding with the principle of independence. Meanwhile, the judiciary also relates to the legislature, which is the direct representative of the people under the democratic principle.

The study suggests the courts of justice and administrative courts to interrelate to the people through the Senate in a way that not affect its independence. Thai political sociology is the parliamentary dictatorship which the administrative and legislature is not able to counterbalance the exercise of powers and the politics has extensively distorted the exercise of its power. The judiciary is the only institution which effectively examines the exercise of powers of other institutions. Therefore, the creation of the relationship mechanism between the judiciary and legislature shall not allow the legislature to dominate the judiciary. The degree of the interrelation between the judiciary and legislature of each court shall be determined on the effects of the use of power of each court on the legislature or administrative as follows:

The Court of Justice: The nature of judiciary relates to civil and criminal laws. The outcome of its actions does not affect the political institutions or powers, or even the administrative power of the administrative. The court of justice and the legislature should be indirectly interrelated by having the representatives from the Senate in the judiciary official board. Two representatives should be appropriate because the representative from the legislature should present in every meeting of

the judiciary official board but, in some occasions, any of the representatives of the legislature may not be able to attend the meeting.

The Administrative Courts: The exercise of the judiciary power of the administrative judges also affects the administrative. The desired appointment process of the administrative judges for both tiers is to directly link the administrative courts to the legislature, which is the representative of the people, by determining that the president of the Supreme Administrative Court, as the head of the administrative courts, shall be approved by the administrative judicial official board and the Senate. However, other administrative judges, either in the Administrative Courts or Supreme Administrative Court, shall be appointed by the administrative judicial official board. The board, with the total of 13 persons, shall comprise of two representatives from the legislature and one from the administrative. Thus, the representatives from the administrative, including the president of the Supreme Administrative Court, are four persons. Such proportion will not affect the independence of the administrative judges but, at the same time, the administrative courts have a direct link to the people through the president of the Supreme Administrative Court and the administrative judicial official board.

Keywords: the judiciary, judiciary appointment, independence of the judiciary

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่สามารถสำเร็จลงได้เลยหากปราศจากการให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำทางแนวทางการเขียนวิทยานิพนธ์ด้วยความเมตตาอย่างยิ่งของศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต อาจารย์ที่ปรึกษาและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ตามที่เอ่ยนามมาทุกท่าน เป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ที่กรุณาช่วยตรวจแก้งานในรายละเอียดทั้งภาษาไทย ภาษาอังกฤษ และภาษาฝรั่งเศส และขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ที่ช่วยวางโครงการเขียนวิทยานิพนธ์ในส่วนที่เป็นบทวิเคราะห์ และยังช่วยตรวจแก้เนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภาษาเยอรมัน

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณน้องๆ ขวามหาชนรหัส 56 ทุกคน ที่คอยแบ่งปันข้อมูลการศึกษา และการทำวิทยานิพนธ์จนทำให้ผู้เขียนสามารถสำเร็จการศึกษาได้

ขอขอบคุณท่านกฤษฎา วิษณุ อัยการพิเศษฝ่ายคดีแพ่ง 1 ที่กรุณามอบหมายงานแต่พอเหมาะพอควร เพื่อให้ผู้เขียนมีเวลาในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างเต็มที่ ขอขอบคุณน้องเจ้าน้องหมี่ อัยการสำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีแพ่ง 1 ที่เสียสละยอมทำงานหนักเพื่อให้พี่คนนี้มีเวลาเขียนวิทยานิพนธ์ได้เต็มที่ ขอขอบคุณน้องจอยน์ที่ช่วยแปลเอกสารภาษาอังกฤษให้เป็นอย่างดี และขอบคุณเพื่อนพ้องน้องพี่สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีแพ่ง 1 สำนักงานอัยการสูงสุด ทุกคนที่คอยช่วยเหลือปรับแก้งานพิมพ์ และคอยเป็นธุระดูแลงานประจำของผู้เขียนมิให้เสียหายในช่วงที่ผู้เขียนคร่ำเคร่งอยู่กับการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายขอขอบคุณครอบครัวผู้เขียนที่คอยเป็นกำลังใจ และให้การสนับสนุนการศึกษาครั้งนี้ด้วยดีตลอดมา

และท้ายสุด ขอขอบคุณสำนักงานอัยการสูงสุดที่เป็นผู้อนุเคราะห์ทุนการศึกษาในครั้งนี้

นางพจนา สะอาดเยี่ยม

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(6)
กิตติกรรมประกาศ	(11)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 ขอบเขตการศึกษา	4
1.4 วิธีการดำเนินการศึกษา	4
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	4
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ	5
2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ	5
2.1.1 หลักพื้นฐานว่าด้วยทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ	6
2.1.2 ความหมายของการแบ่งแยกอำนาจ	10
2.1.3 สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ	10
2.1.4 การทำให้อำนาจต่าง ๆ สมดุลกัน	11
2.1.5 การดำรงตำแหน่งของบุคคลในแต่ละองค์กร ผู้ใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ	14
2.1.6 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ	15

2.2 หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย	18
2.2.1 หลักประชาธิปไตย	18
2.2.2 หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยกับการแต่งตั้งตุลาการ	20
2.3 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ	24
2.3.1 ความหมายของหลักความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ	25
2.3.2 หลักการพื้นฐานความเป็นอิสระของตุลาการตามมาตรฐานสากล	27
2.3.3 ความสำคัญของหลักความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ	32
2.3.4 หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ	34
 บทที่ 3 การได้มาซึ่งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในต่างประเทศ	 35
3.1 รูปแบบการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ	35
3.1.1 การคัดเลือกโดยให้ประชาชนเลือกตั้งโดยตรง	35
3.1.2 การคัดเลือกโดยองค์กรของรัฐ	36
3.1.3 การการคัดเลือกตุลาการโดยวิธีการสอบคัดเลือก	37
3.2 ระบบการการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ	38
3.2.1. ระบบเปิด	38
3.2.2. ระบบปิด	39
3.3 รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการ	39
3.3.1. รูปแบบที่ใช้บุคคลเพียงคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้แต่งตั้ง	40
3.3.2. รูปแบบที่องค์กรเป็นผู้แต่งตั้ง	40
3.3.3. รูปแบบผสม	40
3.4. การได้มาซึ่งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการใน ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส	41
3.4.1 ระบบศาลของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส	41
3.4.2 การบริหารงานบุคคลของตุลาการ	42
3.4.3 การได้มาซึ่งตุลาการศาลยุติธรรม	44
3.4.4 การได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง	52
3.4.5 การได้มาซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญ	64
3.5 การได้มาซึ่งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในประเทศ	67

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	
3.5.1 การปกครองของเยอรมัน	67
3.5.2 อำนาจตุลาการ	69
3.5.3 ความเป็นอิสระของตุลาการ	69
3.5.4 ระบบศาลของเยอรมนี	70
3.5.5 การได้มาซึ่งตุลาการอาชีพในระบบกฎหมายเยอรมนี	85
3.5.6 ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและองค์กรควบคุมผู้พิพากษา	88
3.6 การได้มาซึ่งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา	90
3.6.1 ระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา	90
3.6.2 การแต่งตั้งตุลาการของรัฐบาลกลาง	91
3.6.3 การแต่งตั้งตุลาการศาลของมลรัฐ	95
บทที่ 4 การแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในระบบกฎหมายไทย	97
4.1 ระบบศาล	97
4.2 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการ ในระบบศาลยุติธรรม	98
4.2.1 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการ ในช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองปี พ.ศ. 2475	99
4.2.2 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการ ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองปี พ.ศ. 2475	101
4.2.3 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และตาม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543	114
4.2.4 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550	117
4.2.5 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560	121
4.2.6 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการศาลยุติธรรมกับอำนาจนิติบัญญัติ	130

4.3 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองและความเป็นอิสระ ของตุลาการศาลปกครอง ในระบบกฎหมายไทย	131
4.3.1 ความเป็นมาของศาลปกครอง	132
4.3.2 ศาลปกครองก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	133
4.3.3 ศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	141
4.4 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและความเป็นอิสระ ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายไทย	142
4.4.1 วิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทย	142
4.4.2 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความเป็นอิสระ ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	143
4.4.3 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความเป็นอิสระ ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	150
4.4.4 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความเป็นอิสระ ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	157
บทที่ 5 วิเคราะห์ความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ	167
5.1 รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับความเป็นอิสระของตุลาการ	168
5.1.1 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงกับความเป็นอิสระ ของตุลาการ	168
5.1.2 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยอ้อมกับความเป็น อิสระของตุลาการ	170
5.2 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับความเป็นอิสระของตุลาการ ในประเทศไทย	173
5.2.1 การแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม	173

	(16)
5.2.2 การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง	180
5.2.3 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	184
5.3 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่เหมาะสมกับประเทศไทย	186
5.3.1 ศาลยุติธรรม	190
5.3.2 ศาลปกครอง	191
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	193
6.1 บทสรุป	193
6.2 ข้อเสนอแนะ	202
บรรณานุกรม	205
ประวัติผู้เขียน	212

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญของปัญหา

ในรัฐสมัยใหม่ที่มีการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย ถือว่าอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นของประชาชน รัฐจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจของรัฐจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือที่เรียกว่าหลักนิติรัฐ แต่เนื่องจากประชาชนในรัฐมีเป็นจำนวนมากและมีความคิดที่หลากหลาย การจะให้ต่างคนต่างใช้อำนาจอธิปไตยย่อมทำให้เกิดความขัดข้องไม่ทันต่อสถานการณ์ จึงมีการคิดค้นทฤษฎีการปกครองโดยระบบตัวแทนที่ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งเข้าไปใช้อำนาจแทนตน ในการใช้อำนาจอธิปไตยนั้นด้วยเหตุที่รัฐมีอำนาจที่ยิ่งใหญ่ไม่มีอำนาจใดเหนือไปกว่า ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่ประชาชนในรัฐ อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี การที่จะให้บุคคลเพียงคนเดียวหรือกลุ่มเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งหมดย่อมก่อให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ดังที่ลอร์ดเอ็กตันได้กล่าวไว้ว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่ไม่ชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมเกิดการกระทำที่ไม่ชอบแน่นอน”¹ จึงได้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจเป็น 3 องค์กรคือ องค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจในการออกกฎหมาย องค์กรบริหารมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และองค์กรตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี และให้องค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวมีความเป็นอิสระจากกันเพื่อให้สามารถตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของกันและกันได้ และองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งสามองค์กรดังกล่าวจะต้องมีความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย โดยเฉพาะอำนาจตุลาการต้องมีความเป็นอิสระปลอดจากอิทธิพลครอบงำใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะอำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่จะต้องตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อมิให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและรัฐธรรมนูญ

¹เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น. 262.

ด้วยเหตุที่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นถือว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ
อธิปไตย ดังนั้นโดยหลักการประชาชนจึงต้องมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งใน
องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ ซึ่งใน
ส่วนขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารไม่มีปัญหา เพราะประเทศที่ปกครองในระบอบ
ประชาธิปไตยทุกประเทศได้ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปใช้อำนาจในองค์กร
ดังกล่าวทั้งสิ้น แต่การมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งจะออกมาในรูปแบบใดขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครองใน
ระบอบประชาธิปไตยที่ประเทศนั้นๆยึดถือ กล่าวคือหากยึดถือรูปแบบการปกครองในระบบ
ประธานาธิบดีทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารต่างก็ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนด้วยกันทั้งสิ้น
เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น แต่หากเป็นการปกครองในระบบรัฐสภาฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายที่
ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนและฝ่ายที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาเป็นผู้จัดตั้งฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล
เช่นประเทศเยอรมัน และประเทศไทย เป็นต้น หรือหากเป็นการปกครองในระบบกึ่งรัฐสภาทั้ง
ประธานาธิบดีประชาชนจะเลือกตั้งทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารหรือประธานาธิบดีเพื่อทำหน้าที่
บริหารและเป็นประมุขของประเทศด้วยโดยประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งและถอดถอนนายกรัฐมนตรี
เช่นประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น แต่ในส่วนขององค์กรตุลาการนั้นประเทศส่วนใหญ่จะไม่ใช้วิธีการให้
ประชาชนเลือกตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งโดยตรง แต่จะใช้วิธีการแต่งตั้งโดยอ้อมโดยผ่านองค์กร
นิติบัญญัติ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น หรือผ่านองค์กรบริหาร เช่น ประเทศ
สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น หรือให้ทั้งองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารใช้อำนาจร่วมกัน เช่น
ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น แต่บางประเทศประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งเลย เช่น ประเทศไทย
 เป็นต้น ซึ่งการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปใช้อำนาจตุลาการโดยผ่านองค์กร
นิติบัญญัตินั้นเป็นการแต่งตั้งตุลาการที่ชอบด้วยหลักประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทาง
ประชาธิปไตย แต่อาจจะเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความเป็นอิสระของ
ตุลาการได้หากปรากฏว่าการเข้าไปมีส่วนในการแต่งตั้งดังกล่าวอยู่ในระดับที่สามารถครอบงำองค์กร
ตุลาการได้ และระบบกฎหมายของประเทศนั้นไม่มีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการที่ดีใน
ระดับที่สามารถป้องกันการครอบงำองค์กรตุลาการโดยองค์อื่นๆได้ จนทำให้องค์กรตุลาการไม่
สามารถตรวจสอบการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรบริหารได้จนอาจทำให้มีการใช้อำนาจ
โดยมิชอบส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักนิติรัฐ แต่อย่างไรก็
ตามในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศการใช้
อำนาจของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐด้วยโดยเฉพาะหลักการแบ่งแยก
อำนาจ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ การที่อำนาจตุลาการเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยและ
เป็นอำนาจของประชาชน การจะให้บุคคลใดเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าวแทนประชาชนจึงควรได้รับ

แต่งตั้งจากประชาชนด้วย ทั้งนี้เพื่อให้องค์กรตุลาการมีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้การให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นฝ่ายที่มีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยสูงที่สุดเป็นผู้แต่งตั้งฝ่ายตุลาการย่อมเป็นการส่งต่อความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยไปยังฝ่ายตุลาการและทำให้ฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมตามหลักประชาธิปไตยได้ แต่เนื่องจากฝ่ายตุลาการและฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีความเป็นอิสระจากกันในขณะที่เดียวกันต้องสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันได้ด้วย ดังนั้นการให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งฝ่ายตุลาการจะต้องไม่เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความเป็นอิสระของตุลาการด้วย ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะนำเสนอรูปแบบการแต่งตั้งตุลาการที่ปรากฏในระบบกฎหมายของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย เปรียบเทียบกับการแต่งตั้งตุลาการในระบบกฎหมายไทย และสุดท้ายก็จะนำเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะว่า อำนาจตุลาการภายใต้ระบบกฎหมายไทยเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความเป็นอิสระของตุลาการหรือไม่ อย่างไร หากยังไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าวสมควรที่จะแก้ไขหรือไม่อย่างไร

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ
2. ศึกษาหลักความเป็นอิสระและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ การเข้าสู่ตำแหน่ง การดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการตามมาตรฐานสากล และกฎหมายต่างประเทศ
3. ศึกษากระบวนการแต่งตั้งตุลาการ ความเป็นอิสระและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการกับอำนาจนิติบัญญัติในระบบกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับหลักปฏิบัติตามมาตรฐานสากล หลักกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา
4. ศึกษาถึงความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

1.3 ขอบเขตการศึกษา

มุ่งศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ หลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ และความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักปฏิบัติตามมาตรฐานสากลและกฎหมายต่างประเทศ

1.4 วิธีการดำเนินการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร โดยการศึกษาวิเคราะห์จากหนังสือ ตำราบทความทางวิชาการ คำพิพากษาของศาล และเอกสารทางวิชาการอื่นๆทั้งของไทย ของต่างประเทศ ตลอดจนข้อมูลที่เผยแพร่ทางอิเล็กทรอนิกส์

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงแนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการและหลักความเป็นอิสระของตุลาการ
2. ได้ทราบถึงหลักความเป็นอิสระและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ การเข้าสู่ตำแหน่ง การดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการตามมาตรฐานสากล และกฎหมายต่างประเทศ
3. ได้ทราบถึงระบบการแต่งตั้งตุลาการ ความเป็นอิสระและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ การตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการกับอำนาจนิติบัญญัติในระบบกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับหลักปฏิบัติตามมาตรฐานสากล หลักกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา
4. ได้ทราบถึงความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการในกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีและวิวัฒนาการของอำนาจอธิปไตย อำนาจตุลาการ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

ตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจอรรถในการชี้ขาดข้อพิพาทที่มีผลเด็ดขาดเป็นที่สุดไม่สามารถโต้แย้งได้ อำนาจตุลาการเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยที่ในรัฐเสรีประชาธิปไตยถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน เมื่อถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจของประชาชนแล้วการที่จะให้บุคคลใดใช้อำนาจดังกล่าวก็ควรต้องได้รับความยินยอมจากประชาชน แต่การจะให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจทุกคนเป็นผู้ให้ความยินยอมเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงมีหลักการปกครองโดยทางผู้แทนซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง ซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภาผู้แทนของประชาชนก็คือฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นตามหลักในระบอบประชาธิปไตยฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรเป็นผู้ที่มีความชอบธรรมในการแต่งตั้งบุคคลทั้งหลายที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยมากที่สุด แต่อย่างไรก็ตามในรัฐเสรีประชาธิปไตยยังมีอีกหลักการหนึ่งซึ่งมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าหลักความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยคือหลักสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะต้องได้รับความปกป้องคุ้มครองจากรัฐด้วย จากหลักการดังกล่าวเรียกร้องให้รัฐเป็นรัฐที่มีเหตุผลอันนำไปสู่หลักนิติรัฐ ในหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อยหลายหลักการ หลักการที่เกี่ยวข้องในประเด็นที่ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดโครงสร้างของรัฐเพื่อไม่ให้บุคคลใดหรือองค์กรใดมีอำนาจเด็ดขาดเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เนื่องจากอำนาจเด็ดขาดนั้นทำให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเกินเลยจนกลายเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ กล่าวคือหากให้อำนาจในการตรากฎหมายหรืออำนาจอธิปไตย อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีรวมอยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากราษฎรตามวิถีทางประชาธิปไตยก็ตามก็ไม่อาจไว้วางใจผู้ปกครองที่มีอำนาจได้ ดังที่ Montesquieu กล่าวไว้ว่า “ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนว่า บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจมี

แนวโน้มที่จะมีแนวโน้มในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจำกัดการของรัฐในลักษณะที่ให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่งได้”¹ นอกจากนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการทางเทคนิคทางรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังปรากฏในมาตรา 16 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ว่า“สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอัติปไตย จะถือว่ามิรัฐธรรมนูญไม่ได้”²

2.1.1 หลักพื้นฐานว่าด้วยทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ

หลักการพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือองค์กรเดียวโดยไม่มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งอาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจอันจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่ดังเช่นที่ ลอร์ด แอ็กตัน ได้กล่าวไว้ว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้อำนาจที่ไม่ชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่มีชอบอย่างแน่นนอน”³ ดังนั้นหากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบแล้วย่อมจะส่งผลให้เสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองย่อมมีอาจเกิดขึ้นได้ ในศตวรรษที่ 18 ได้มีการเคลื่อนไหวทางการเมืองเพื่อเรียกร้องเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ⁴ โดยนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสคือมองเตสกีเออได้เสนอความคิดการแบ่งแยกอำนาจอัติปไตยออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และ อำนาจตุลาการ โดยให้ทั้งสามอำนาจสามารถคานและดุลอำนาจกันได้เพื่อยับยั้งการใช้อำนาจโดยมิชอบ นอกจากนี้มองเตสกีเออยังได้เสนอแนวความคิดในการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกันด้วย

ทั้งนี้แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองอังกฤษซึ่งมีลักษณะภูมิประเทศเป็นเกาะจึงไม่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันที่นิยมการเสริมและรวมอำนาจไว้ที่อำนาจทางการเมือง รัฐที่มีการปกครองโดยกษัตริย์ก็มีองค์กรต่าง ๆ ที่จะทำให้เกิดความสมดุลต่อระบบการผูกขาดอำนาจ ประเทศอังกฤษก็เช่นเดียวกันเป็นรัฐที่ยอมรับการ

¹สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมาย Principle of Law กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (Introduction to Public Law), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น. 176.

²เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2555), น. 261.

³เฟิ่งอ้วง, น. 261.

⁴เฟิ่งอ้วง, น. 262.

รับรองสิทธิมนุษยชนที่ต่อต้านอำนาจ Bill of Right ในปี ค.ศ.1689 ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับทางเทคนิคของการแบ่งแยกหน้าที่ โดยรัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายโดยรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์และต่อมุขมนตรีของกษัตริย์ สถานการณ์ดังกล่าวกระตุ้นให้ จอห์น ล็อก ต่อต้านแนวความคิดระบบการผูกขาดอำนาจโดยกล่าวว่าอำนาจหน้าที่พื้นฐานประการแรกในการปกครองคืออำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนอำนาจบริหารหมายถึงอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและบริหารกิจการภายในของรัฐ ส่วนอำนาจประการที่สามคืออำนาจในการทำสงครามและสันติภาพการทำความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อำนาจสองประการหลังนี้มักจะตกอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว ดังนั้นอำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นอำนาจที่แยกมาและเป็นอำนาจอยู่สูงกว่าอำนาจอื่น มองเตสกีเออได้รับแนวความคิดดังกล่าวและสร้างทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจขึ้นในฝรั่งเศส เพื่อเป็นการต่อต้านระบบการผูกขาดอำนาจอยู่ที่กษัตริย์เพียงผู้เดียว นอกจากนี้มองเตสกีเออเห็นว่าเสรีภาพในสมัยนั้นเปรียบเสมือนเป็นการได้รับอภิสิทธิ์ และได้วิพากษ์วิจารณ์สถาบันการปกครองของฝรั่งเศสในสมัยนั้นอีกด้วย มองเตสกีเออต้องการต่อต้านการปกครองแบบทรราชย์ การปกครองแบบกษัตริย์จะต้องมีการประนีประนอมกับแนวความคิดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งหมายความว่าระบอบการปกครองแบบกษัตริย์จะต้องเอื้ออำนวยต่อการรับรองสิทธิเสรีภาพดังที่เขาได้กล่าวไว้ว่า “เมื่ออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ในบุคคลคนเดียวกันหรือในองค์กรเดียวกัน .เสรีภาพจะไม่มีเลยเพราะเราอาจเกรงว่ากษัตริย์หรือคณะบุคคลอันเดียวกันนั้นจะออกกฎหมายแบบทรราชย์และใช้บังคับกฎหมายอย่างวิธีของทรราชย์ อีกอย่างหนึ่งกรณีจะไม่มีเสรีภาพถ้าอำนาจในการตัดสินไม่แยกออกมาจากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร ถ้าอำนาจนี้รวมกันเข้ากับอำนาจนิติบัญญัติ ชีวิตและเสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องเผชิญกับการควบคุมที่ลำเอียงเพราะผู้พิพากษาจะกลายเป็นผู้ออกกฎหมาย ถ้าอำนาจนี้รวมเข้ากับอำนาจบริหาร ผู้พิพากษาอาจประพฤติตัวแบบรุนแรงและกดขี่ กรณีจะเป็นการอวดสานของทุกสิ่งทุกอย่างถ้าอำนาจทั้งสามนั้นคือ การตรากฎหมาย การบังคับตามมติมหาชน และการพิจารณาคดีของเอกชนได้ถูกใช้โดยบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นกรณีของบรรดาขุนนางหรือประชาชนก็ตาม”⁵ ในส่วนนี้แสดงให้เห็นว่ามองเตสกีเออได้นำแนวคิดของจอห์น ล็อกมาใช้แต่นำอำนาจในการตัดสินคดี ซึ่งต้องแยกอำนาจตุลาการออกมาจากอำนาจของกษัตริย์ โดยให้อำนาจตุลาการมีความเป็นอิสระ ดังที่มองเตสกีเออได้กล่าวว่า “อำนาจตัดสินคดีนี้ไม่ควรมอบให้แก่คณะบุคคลใดเป็นการถาวร แต่ควรให้ใช้อำนาจนี้โดยผ่านกลุ่มบุคคลที่ได้เลือกมาจากประชาชนในช่วงระยะเวลาหนึ่งของรอบปี ตามรูปแบบที่กำหนดโดยกฎหมาย เพื่อประกอบเข้ากันเป็นศาลซึ่งตั้งอยู่

⁵เพ็งอ้าง, น. 264.

เพียงความจำเป็นเรียกร้องเท่านั้น”⁶ แสดงว่ามองเตสกีเอเป็นผู้ตั้งอำนาจตุลาการออกมาวิเคราะหว่าควรแยกออกมาจากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร แต่ไม่ได้เสนอให้แยกเป็นลักษณะขององค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการโดยเฉพาะเท่านั้นซึ่งเห็นได้จากการที่เขามองว่าอำนาจในการตัดสินคดีเป็นการเกิดขึ้นเพียงชั่วคราวทำนองเดียวกับระบบลูกขุนในประเทศอังกฤษ ดังนั้นในทัศนะของมองเตสกีเอจึงไม่มีองค์กรตุลาการเป็นประจำเด่นชัด

แนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอแม้จะยังไม่ได้เสนอให้มีการกำหนดถึงองค์กรตุลาการที่จะมาใช้อำนาจตุลาการอย่างเด่นชัดก็ตาม แต่ตามแนวความคิดของเขาก็ได้แสดงให้เห็นปรากฏอย่างเด่นชัดแล้วว่า อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ควรเป็นอิสระจากกัน โดยเน้นการคานและดุลระหว่างทั้งสามอำนาจร่วมกัน ในเวลาต่อมาเซอร์ วิลเลียม แบล็กสโตน (Sir. William Blackstone) ผู้พิพากษาชาวอังกฤษได้พัฒนาแนวความคิดของ มองเตสกีเอโดยเน้นความมีอยู่ของอำนาจตุลาการในลักษณะของอีกองค์กรหนึ่งนอกจากอำนาจ นิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร และกลุ่มที่ใช้อำนาจตุลาการนี้ต้องได้รับแต่งตั้งเข้ามาโดยกษัตริย์ แต่มิใช่จะพ้นอำนาจตามอำเภอใจ แต่แบล็กสโตนมิได้เสนอให้มีการคานและดุลอำนาจกันของอำนาจ เขานำเสนอเพียงความเป็นอิสระของศาลเท่านั้น

ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมและตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุล (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งรับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และการดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ ทั้งนี้หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบอาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกันเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” (funktionlle Gewaltenteilung) และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล”(personelle Gewaltenteilung) จากหลักการดังกล่าวเรียกร้องให้แต่ละองค์กรมี

⁶Montesquieu, *De L' esprit des Lois*, Livr XI, PARA.13Z1748)(Oeuvres Completes de Montesquieu, Roger Caillois edition 1951) อ้างถึงในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, หนังสืออนุสรณ์งานศพ ศ.ดร.สมภพ โทตระกิจ, (กรุงเทพมหานคร:อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2540), น.311 และอ้างถึงในเกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 265.

เจ้าหน้าที่ของตนเองที่ไม่เป็นเจ้าหน้าที่ขององค์กรอื่นด้วย แต่กำหนดให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจนั้น หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ และในแง่ของตัวบุคคล ลักษณะเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ⁷

ในปัจจุบัน รัฐเสรีประชาธิปไตยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นเกณฑ์ในการจัดโครงสร้างของรัฐ และจัดรูปแบบการปกครอง หากพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วอาจแยกรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยออกเป็น 3 แบบ คือ⁸

(1) การปกครองในระบบประธานาธิบดี เป็นรูปแบบการปกครองที่ทั้งรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติและประธานาธิบดีซึ่งเป็นองค์กรใช้อำนาจปกครองต่างได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน โดยรัฐสภาและประธานาธิบดีเป็นอิสระจากกัน ประธานาธิบดีไม่อาจยุบสภาได้ ในขณะที่ตัวรัฐสภาก็ไม่สามารถเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจประธานาธิบดีได้ ในระบบนี้นอกจากประธานาธิบดีจะเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารแล้ว ประธานาธิบดียังเป็นประมุขของรัฐด้วย ประเทศที่เป็นต้นแบบการปกครองในระบบนี้คือประเทศสหรัฐอเมริกา

(2) การปกครองในระบบรัฐสภา การปกครองในระบบนี้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติได้รับการเลือกตั้งจากประชาชน พรรคการเมืองที่ได้คะแนนข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล รัฐบาลซึ่งใช้อำนาจบริหารย่อมบริหารประเทศด้วยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ แต่ฝ่ายบริหารก็อาจยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้ สำหรับการปกครองในระบบนี้ประมุขของรัฐอาจเป็นพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดีก็ได้ แต่ไม่ว่าประมุขของรัฐจะเป็นประธานาธิบดีหรือพระมหากษัตริย์ก็ตาม ประมุขของรัฐจะไม่มีอำนาจบริหารโดยตรงเนื่องจากอำนาจดังกล่าวเป็นของคณะรัฐมนตรี ประเทศที่เป็นต้นแบบในการปกครองระบอบนี้คือ ประเทศสหราชอาณาจักร

⁷บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2558), น. 24-25.

⁸Maurer, Hartmut: Staatsrecht I, S.366, อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 151.

(3) การปกครองในระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี เป็นการปกครองที่ประชาชนเลือกทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ และเลือกประธานาธิบดีเพื่อทำหน้าที่ในทางบริหารและเป็นประมุขของประเทศด้วย ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนนายกรัฐมนตรี อย่างไรก็ตามนายกรัฐมนตรีต้องบริหารประเทศโดยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร หากสภาผู้แทนราษฎรไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งนายกรัฐมนตรีในระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดีต้องบริหารประเทศโดยรับผิดชอบทั้งต่อประธานาธิบดีและต่อสภาผู้แทนราษฎร ประเทศที่เป็นต้นแบบในการปกครองระบบนี้คือประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐสภา กล่าวคือ ประชาชนเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และโดยปกติแล้วหัวหน้าพรรคการเมืองหรือผู้นำในพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรจะได้รับแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีต้องบริหารราชการแผ่นดินโดยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรมิได้ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีย่อมต้องพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ ในขณะที่นายกรัฐมนตรีย่อมมีหน้าที่จะเสนอแนะให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้⁹

2.1.2 ความหมายของการแบ่งแยกอำนาจ¹⁰

มองเตสกีเออได้นิยามความหมายในการแบ่งแยกอำนาจว่า ได้แก่ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับตามมติมหาชน และการพิจารณาคดีระหว่างเอกชน และเป็นที่แน่ชัดว่าอำนาจบริหารได้รวมถึงกิจการภายในและภายนอกด้วย ความหมายตามนัยดังกล่าวเป็นความหมายที่มองเตสกีเออใช้ในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของรัฐบาลและได้กลายมาเป็นพื้นฐานของแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจในปัจจุบันที่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีการแบ่งแยกองค์กรการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ภายใต้หลักการคานและดุลอำนาจจะหว่างกันอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญในการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้

2.1.3 สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

มองเตสกีเออได้กล่าวไว้ในหนังสือ “ว่าด้วยเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย หรือ De L’esprit des lois” ว่าทุกประเทศมีอำนาจอยู่สามอย่างคือ อำนาจนิติบัญญัติ (Puissance Législative) อำนาจที่จะ

⁹ เฟื่องอ้าง, น. 152.

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 267.

ปฏิบัติกิจการต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (Puisseance exécutrices du droit des gens) ได้แก่อำนาจที่พระมหากษัตริย์หรือข้าราชการทำสัญญาสันติภาพหรือประกาศสงคราม ส่งหรือรับทูต หรือรักษาความสงบเรียบร้อยหรือป้องกันมิให้มีการรุกราน ซึ่งก็คืออำนาจบริหาร และอำนาจที่จะปฏิบัติการต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายเอกชน (Puisseance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil) ซึ่งเป็นอำนาจที่จะพิพากษาคดี (Puisseance de juger) แต่อย่างไรก็ตามความสำคัญของทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจไม่ได้อยู่ที่ว่าควรแบ่งแยกอำนาจเป็นกี่อำนาจ แต่อยู่ที่ทางปฏิบัติควรจะให้ผู้ใช้อำนาจเป็นอิสระจากกันหรือไม่ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 2 ระบบคือ¹¹

(1) การแบ่งแยกอำนาจแบบเด็ดขาด เป็นรูปแบบที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศต่างๆ ในทวีปอเมริกา หลักการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดหมายความว่าไม่ให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเข้ามาเกี่ยวข้องกันและกันเลย ซึ่งในทางปฏิบัติย่อมจะเป็นไปไม่ได้ ตำราอเมริกาได้เขียนภาพลัทธิเป็นรูปม้าคันเดียวมีม้าสามตัวแต่วิ่งไปคนละทาง ซึ่งแสดงว่าไม่รู้จะไปทางไหนและผลที่สูตรก็จะหักทั้งคัน ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงหาวิธีการแก้ไขด้วยการให้พรรคการเมืองเป็นสื่อกลาง นอกจากนั้นยังมีการตั้งคณะกรรมการการของรัฐบาลตรงกับกระทรวงของฝ่ายบริหาร โดยให้คณะกรรมการควบคุมกระทรวงของฝ่ายบริหารโดยทางอ้อม และฝ่ายบริหารมีโอกาสติดต่อฝ่ายนิติบัญญัติผ่านคณะกรรมการ

(2) การแบ่งแยกอำนาจแบบไม่เด็ดขาด เป็นรูปแบบการปกครองที่ยอมให้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติเข้าไปเกี่ยวข้องกันได้บ้าง เช่นให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจยุบสภาผู้แทนราษฎร และให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร มองเตสกีเออเองยอมให้อำนาจต่างๆ เข้ามาเกี่ยวข้องกันได้บ้าง เช่นการให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจยับยั้งการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่ไม่เห็นด้วยที่จะให้ฝ่ายนิติบัญญัติยับยั้งฝ่ายบริหาร¹²

2.1.4 การทำให้อำนาจต่างๆ สมดุลกัน

ในบรรดาอำนาจทั้งสามอำนาจในระบบการแบ่งแยกอำนาจซึ่งได้แก่อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ อำนาจนิติบัญญัติควรจะเป็นอำนาจที่ใหญ่ที่สุดเพราะมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และการที่ฝ่ายบริหารจะบริหารบ้านเมืองได้จะต้องใช้กฎหมายในประเทศที่ประชาชนเลือกตั้งประธานาธิบดี อำนาจประธานาธิบดีอาจเสมอหรือใกล้เคียงกับอำนาจ

¹¹ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), น. 92-96.

¹² เฟิงอว้าง, น. 94.

ของฝ่ายนิติบัญญัติได้บ้าง แต่ในระบอบประชาธิปไตยนั้นอำนาจควรจะกระจายไปยังบุคคลต่างๆเพื่อมิให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีอำนาจมากเกินไป การแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดไม่มีประเทศใดนำไปใช้อย่างเคร่งครัด แต่มักจะมีการประสานงานระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจต่างๆให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันและมีกลไกในการคานและดุลอำนาจเพื่อมิให้อำนาจหนึ่งเหนืออีกอำนาจหนึ่งจนกลายเป็นเผด็จการได้ ดังนั้นในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงมีการกระจายอำนาจไปยังองค์กรต่างๆเพื่อมิให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดหรือคณะบุคคลหนึ่งบุคคลใดมีอำนาจมากเกินไป การที่จะให้อำนาจต่างๆสมดุลกันต้องให้อำนาจหนึ่งมีอำนาจถ่วงดุลหรือยับยั้งอีกอำนาจหนึ่งได้

2.1.4.1 การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ¹³

เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจมากเกินไป รัฐธรรมนูญหลายประเทศจึงได้บัญญัติวิธีการดังต่อไปนี้

(1) การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจยุบสภาของฝ่ายนิติบัญญัติได้ โดยปกติฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบให้มีการยุบสภา เพราะเมื่อยุบสภาแล้วก็ต้องมีการเลือกตั้งใหม่ และเมื่อมีการเลือกตั้งใหม่ก็เป็นการเสี่ยงแก่สมาชิกว่าจะได้รับการเลือกตั้งเข้าไปอีกหรือไม่ ดังนั้นการยุบสภาจึงเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายบริหารใช้ในการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ ในประเทศที่มีพรรคการเมืองเข้มแข็ง และพรรคการเมืองแบ่งออกเป็นพรรคฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาล การยุบสภาย่อมเป็นเครื่องมือของรัฐบาลในการทำให้สมาชิกพรรคมีความสามัคคีกัน เพราะการแตกแยกย่อมไม่อาจได้รับการสนับสนุนจากพรรคอีก แม้แต่สมาชิกพรรคฝ่ายค้านก็ยังกลัวการยุบสภา เพราะการยุบสภาและการเลือกตั้งใหม่ในจังหวะที่ไม่เหมาะสมย่อมทำให้สมาชิกพรรคฝ่ายค้านมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับการเลือกตั้งเช่นเดียวกัน นอกจากนั้นการยุบสภายังเป็นการคืนอำนาจให้ประชาชนใช้การเลือกตั้งเป็นเครื่องมือชี้ขาดว่าฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ได้ตรงตามเจตนาของประชาชนมากที่สุด

(2) การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจนำร่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติลงมติให้ใช้เป็นกฎหมายแล้วไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติได้ ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนยืนยันหรือปฏิเสธร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และในกรณีเช่นว่านี้อาจมีบทบัญญัติด้วยว่า ถ้าประชาชนออกเสียงลงประชามติปฏิเสธร่างกฎหมายให้ถือว่าเป็นการยุบสภาไปในตัว การให้ประชาชนลงประชามติในกรณีนี้เป็นการให้อำนาจประชาชนใช้การเลือกตั้งเป็นเครื่องชี้ขาดว่าฝ่ายใดมีความเห็นตรงตามเจตจำนงของประชาชนเช่นเดียวกัน

¹³เพ็ญอ้าง, น. 115-116.

(3) การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเสนอกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ได้เช่นเดียวกันกับฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายบริหารมีส่วนร่วมเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ และสามารถแสดงความประสงค์ของตนได้ว่าฝ่ายบริหารต้องการกฎหมายแบบใด

(4) การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเข้าร่วมประชุมกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อจะได้ชี้แจงข้อเท็จจริงและแสดงความคิดเห็นได้ เพราะฝ่ายบริหารเป็นผู้ที่ทราบข้อเท็จจริงเป็นอย่างดี เนื่องจากเป็นผู้บังคับบัญชาราชการประจำ การให้ฝ่ายบริหารได้ชี้แจงข้อเท็จจริงในจังหวะที่เหมาะสม ย่อมช่วยให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายได้ถูกต้องและตรงต่อความจริง ดีกว่าที่จะให้ฝ่ายนิติบัญญัติอภิปรายโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อน และเมื่อข้อเท็จจริงคลาดเคลื่อนการลงมติโดยอาศัยข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ย่อมไม่ถูกต้องเช่นเดียวกัน ดังนั้นข้อบังคับประชุมสภาจึงยอมให้รัฐบาลขออภิปรายได้ทุกโอกาส

(5) การยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจยับยั้งกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการยับยั้งร่างกฎหมายอย่างเด็ดขาดหรือเป็นแค่เพียงการถ่วงเวลาให้ล่าช้า ประโยชน์ของการถ่วงเวลาคือการป้องกันการออกกฎหมายด้วยอารมณ์อันร้อนแรง เป็นโอกาสให้ยังทราบมติมหาชนเกี่ยวกับกฎหมายนั้น และให้โอกาสแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องของตน

2.1.4.2 การถ่วงดุลอำนาจบริหาร

วิธีการถ่วงดุลฝ่ายบริหารไม่ให้มีอำนาจมากเกินไปทำได้ดังนี้

(1) การให้การแต่งตั้งฝ่ายบริหารต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องแถลงนโยบายและได้รับความไว้วางใจจากฝ่ายนิติบัญญัติ ก่อนจึงจะบริหารราชการแผ่นดินได้

(2) การให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจบังคับให้ฝ่ายบริหารออกจากตำแหน่งได้ โดยการเปิดอภิปรายทั่วแล้วลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารได้

(3) การให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีสิทธิตั้งกระทู้ถาม ซึ่งเป็นการให้ฝ่ายบริหารต้องแถลงข้อเท็จจริงและแสดงความคิดเห็นในสภาโดยเปิดเผย ทำให้ฝ่ายบริหารต้องระมัดระวังไม่บริหารราชการแผ่นดินโดยผิดกฎหมาย หรือกระทำโดยไม่เที่ยงธรรม เพราะต้องให้เหตุผลประกอบการกระทำของตนหรือของข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนในสภา และอยู่ภายใต้การวิจารณ์ของสาธารณชน

(4) การให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจอนุมัติเงินงบประมาณเพื่อมิให้ฝ่ายบริหารใช้เงินงบประมาณตามอำเภอใจ และนอกจากนั้นก็ให้มีศาลหรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสำหรับตรวจสอบ และรายงานฝ่ายนิติบัญญัติว่าได้มีการใช้จ่ายเงินถูกต้องตามงบประมาณ

(5) การให้ฝ่ายนิติบัญญัติฟ้องฝ่ายบริหารต่อศาลสูง หรือต่อศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะในกรณีที่ฝ่ายบริหารละเมิดรัฐธรรมนูญ

(6) การให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตั้งคณะกรรมการการวิสามัญไปตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร ว่าเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่

(7) การแต่งตั้งข้าราชการชั้นสูงต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การแต่งตั้งอัครราชทูต เป็นต้น

(8) การให้ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาที่เป็นอิสระวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายบริหารในทางอาญา หรือในทางปกครองว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าฝ่ายปกครองทำผิดอาญาก็ต้องรับโทษตามกฎหมาย ในทางปกครองศาลปกครองอาจชี้ขาดว่า การกระทำในทางปกครองขัดต่อกฎหมาย หรือเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หรือนำกฎหมายไปใช้ในทางที่ผิด หรือใช้ดุลพินิจนอกเหนือหรือเกินอำนาจ ซึ่งจะทำให้การกระทำในทางปกครองใช้ไม่ได้

2.1.4.3 การถ่วงดุลอำนาจตุลาการ

วิธีการถ่วงดุลฝ่ายตุลาการไม่ให้มีอำนาจมากเกินไปทำได้ดังนี้

(1) การจัดตั้งศาลและอำนาจของศาลต้องเป็นไปตามกฎหมายหมายความว่า ต้องเป็นกรณีที่อำนาจนิติบัญญัติเห็นสมควรจะมีศาลใดบ้าง และศาลนั้นๆควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเพียงใด

(2) ให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับไม่ได้ซึ่งทำให้ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจวินิจฉัยปัญหานี้ได้

2.1.5 การดำรงตำแหน่งของบุคคลในแต่ละองค์กรผู้ใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁴

ในการนำเสนอแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอนั้น นอกจากมีการจำแนกอำนาจรัฐออกเป็นสามอำนาจแล้ว มองเตสกีเอยังเรียกร้องให้มีการจัดแบ่งอำนาจและแยกตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจเป็นคนละคนอีกด้วย ตามคำกล่าวที่ว่า “ห้ามสวมหัวโขนสองใบในขณะเดียวกัน” ซึ่งเป็นไปตามหลัก Conflict Of Interest คือห้ามบุคคลเดียวกันดำรงตำแหน่งในองค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในขณะเดียวกันเนื่องจากอาจเกิดผลประโยชน์ขัดกันจากการใช้อำนาจระหว่างองค์กรได้ เช่น ผู้ที่เป็นสมาชิกรัฐสภาแล้วดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีในขณะเดียวกันย่อมสามารถลงคะแนนเสียงในฐานะที่เป็นสมาชิกรัฐสภาเพื่อสนับสนุนตัวเองหรือพวกพ้องในฐานะของฝ่ายบริหาร

¹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น. 273.

ได้ ในกรณีเช่นนี้ก็ไม่สามารถมีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันได้อย่างเต็มที่ แต่การแยกตัวบุคคลในการใช้อำนาจนี้ก็มิได้ถือเคร่งครัดในระบบรัฐสภา อย่างไรก็ตามกรณีอาจเป็นปัญหาบุคคลผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารเท่านั้น สำหรับองค์กรตุลาการ หรือศาลทุกระบบได้ถือหลักเคร่งครัดในเรื่องการแยก ตัวบุคคลเป็นสำคัญอยู่แล้ว¹⁵

2.1.6 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ

รัฐธรรมนูญรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วๆไปจะบัญญัติให้แยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหาร ซึ่งรวมเรียกว่า “การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางการเมือง” อย่างเคร่งครัด¹⁶ แต่อย่างไรก็ตามอำนาจทั้งสามอำเนียดังกล่าวมีความสัมพันธ์ในบางส่วน ดังนี้¹⁷

2.1.6.1 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร

อำนาจบริหารโดยหลักแล้วจะแยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ แต่ยังมีตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน คือ รัฐสภา เช่นการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูง การตั้งกระทู้ถามในสภา การลงมติไม่ไว้วางใจทำให้รัฐบาลพ้นจากตำแหน่ง หรือในกรณีกระทำผิดร้ายแรง (impeachment) ในระบบการปกครองแบบประธานาธิบดี ส่วนประธานาธิบดีก็มีอำนาจยับยั้งกฎหมาย (veto) ของฝ่ายนิติบัญญัติได้ นอกจากนั้นในปัจจุบันที่สภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมายมาบังคับใช้ให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองได้ ในทางปฏิบัติ

¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น. 148.

¹⁶ Gerhard Leibholz, La Justice et le pouvoir dans la République fédérale d'Allemagne, Revue de la Commission internationale de Justice, 1963, pp 252-260; International Commission of Jurists, The Rule of Law in a free society, A Report on the International Congress of Jurists, New Delhi. India, 1959, Geneva, pp 279-312, อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครอง กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 3 ตอน 2 , น.42-54, (2537).

¹⁷ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 274.

จึงไม่อาจแยกฝ่ายนิติบัญญัติออกจากฝ่ายบริหารได้อย่างเด็ดขาด¹⁸ ดังนั้นการคานและดุลอำนาจ จึงควรเน้นไปที่การจัดอำนาจและข้อจำกัดขององค์กรมากกว่าการเน้นที่การแยกองค์กรที่ใช้อำนาจ ออกจากกัน เพราะในปัจจุบันแต่ละองค์กรมิได้ใช้อำนาจเดียวตามความหมายในทางทฤษฎีเท่านั้น¹⁹

2.1.6.2 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ

ตามหลักการแล้วอำนาจในการจัดทำกฎหมายเป็นอำนาจของฝ่าย นิติบัญญัติ แต่ในกรณีที่กฎหมายที่ออกมานั้นมีข้อความไม่ชัดเจน หรือต้องมีการพิจารณาว่ากฎหมาย ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นย่อมต้องพิจารณาถึงองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาว่าคือ องค์กรใด ซึ่งจากประเด็นดังกล่าวนี้ได้มีการยอมรับถึงแนวคิดที่ให้ศาลมีอำนาจในการควบคุมกฎหมาย ที่ออกโดยรัฐสภาได้ดังที่ปรากฏในคดีบรรทัดฐานคือคดี *Marbury v. Madison* [5 U.S.C. (ranch) 173 (1803)] ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาคองเกรสตราขึ้นไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้²⁰ ในคดีดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจคือ โดยหลักแล้วองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมาย ดังนั้นการที่จะให้องค์กร ผู้ออกกฎหมายเป็นผู้ตีความกฎหมายที่ตนออกมาเสียเอง ถือเป็นการรวบอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการไว้ที่องค์กรนิติบัญญัติเพียงองค์กรเดียวจึงเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ²¹ จึงถือได้ว่าศาลเป็นองค์กรที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในขณะเดียวกันศาลก็ถูก ฝ่ายอื่นควบคุมได้โดยกำหนดถึงระบบวิธีพิจารณา การให้เงินเดือน การจัดหน่วยงานธุรการ และการ ให้ออกจากตำแหน่งจากการทำผิดร้ายแรงในหน้าที่ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจของตุลาการมากเกินไป หรือใช้ในทางที่ไม่ชอบ แต่ในทางปฏิบัติศาลสูงของอเมริกาได้พยายามจำกัดอำนาจของตนเองลงให้ วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญตามความจำเป็นเท่านั้น

ในส่วนของประเทศไทยก็ได้มีพัฒนาการที่เกี่ยวกับการให้ศาลมีอำนาจ พิพากษาถึงความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญดังปรากฏตามคำพิพากษาคดีอาชญากร สงครามที่ 1/2489 โดยศาลฎีกาเห็นว่า พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 ในส่วนที่กำหนด

¹⁸ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “หลักการแบ่งแยกอำนาจ,” ใน หนังสือรวมบทความทาง วิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โหตระกิตย์, กรุงเทพมหานคร:อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง, 2540), น. 321.

¹⁹เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 275.

²⁰บวรศักดิ์ อุวรรณโน, คำอธิบายกฎหมายมหาชนเล่ม 3, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), น. 147.

²¹เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 276.

โทษในการกระทำที่ได้กระทำลงก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับถือเป็นโมฆะ แม้รัฐธรรมนูญ ปี 2475 จะมีได้บัญญัติให้ผู้ใดเป็นผู้ชี้ขาดความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ก็ต้องมีผู้ชี้ขาดในเรื่องนี้ ไม่เช่นนั้นจะทำให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 61 ที่ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าเป็นโมฆะ” หามีผลบังคับไม่ และเมื่อถือว่าศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นอะไรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้หรือไม่จึงเป็นของศาล ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าทำให้เหตุผลในคดีนี้เทียบเคียงได้กับการให้เหตุผลในคดี *Mabury V. Madison* ของสหรัฐอเมริกา²² ซึ่งถือเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมายโดยศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

อย่างไรก็ตามการตีความกฎหมายของศาลในอดีตศาลมักจะหลีกเลี่ยงความจริงว่าการตีความไม่ใช่การสร้างกฎหมายแต่เป็นการให้ถ้อยคำหรือประกาศหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว แต่ในทางปฏิบัติการตีความกฎหมายของศาลก็คือการสร้างหลักกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย การตีความกฎหมายที่มีจุดประสงค์แตกต่างไปจากจุดประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นการลบล้างอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยองค์กรศาลได้²³ ดังนั้นการวางหลักให้องค์กรนิติบัญญัติองค์กรเดียวเป็นผู้มีอำนาจสร้างกฎหมายจึงไม่เป็นความจริง เนื่องจากอำนาจนิติบัญญัติถูกใช้โดยองค์กรอื่นนอกจากองค์กรนิติบัญญัติได้

2.1.6.3 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นมีการรับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการซึ่งไม่ใช่การคุ้มครองตัวผู้พิพากษาหรือให้อำนาจเบ็ดเสร็จแก่ผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีตามอำเภอใจ หรือตามคำสั่งผู้หนึ่งผู้ใดโดยไม่คำนึงถึงความถูกต้องชอบธรรมของกฎหมาย แต่เป็นการรับรองความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดีด้วยความรอบคอบให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองความยุติธรรม หากเป็นกรณีที่มีฝ่ายปกครองเข้ามาเกี่ยวข้องและมีใช้เป็นการกระทำความผิดทางอาญาของเจ้าหน้าที่ ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจวินิจฉัยเนื่องจากเป็นการกระทำที่เกิดจากอำนาจบริหารเพราะจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ นอกจากนั้นในคดีที่คู่ความหรือจำเลยเป็นฝ่ายปกครองที่มีฐานะเหนือเอกชนตาม “หลักความเหนือกว่าของฝ่ายปกครอง” จึงอาจทำให้ไม่อาจนำหลัก “ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย” มาใช้ในคดีที่ฝ่ายปกครองเป็นจำเลยได้ แต่ต้องใช้กลไกสำหรับการพิจารณาคดีปกครองที่แตกต่างจากการพิจารณา

²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 2, น. 277.

²³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 2, น. 277.

คดีระหว่างเอกชนกับเอกชนทั่วไป ทำให้คดีที่ฝ่ายปกครองเป็นจำเลยไม่อาจถูกพิจารณาในศาลยุติธรรมได้²⁴

2.2 หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

2.2.1 หลักประชาธิปไตย (das demokratische Prinzip)²⁵

หลักประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองชนิดหนึ่งซึ่งการปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองหรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน จึงกล่าวได้ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองซึ่งประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองโดยมีรากฐานอยู่บนความคิดเรื่องเสรีภาพ (liberty) และความเสมอภาค (equality) ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

2.2.1.1 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveraenitaet)

ตามหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองที่ปกครองโดยประชาชน อำนาจอธิปไตยทั้งหลายจึงมีความเชื่อมโยงไปยังประชาชน ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงในการเลือกตั้ง และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางอ้อมโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ อำนาจอธิปไตย (Staatsgewalt) ในที่นี้หมายถึงอำนาจในการปกครองรัฐซึ่งเป็นอำนาจดั้งเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองของรัฐที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้อำนาจอธิปไตยจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งสำหรับการมีอยู่ของรัฐ (Staatsgebiet) และพลเมืองของรัฐ (Staatsvolk) ซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นรัฐ ตามหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ เพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้นโดยแท้จริงแล้วคือผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏเป็นจริง

2.2.1.2 หลักประชาธิปไตยแบบเสรี (Freiheitliche Demokratie)

หลักประชาธิปไตยแบบเสรีเป็นลักษณะของสังคมที่ยอมรับความหลากหลาย กล่าวคือ เป็นสังคมที่ยอมรับความหลากหลายทางความคิดจึงต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น รับรองเสรีภาพในการชุมนุม รับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือกลุ่มบุคคล และโดยเฉพาะต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพในการรวมตัว

²⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 279.

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 19-22.

กันเป็นพรรคการเมืองเพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน สังคมประชาธิปไตยแบบเสรีจึงเป็นสังคมที่ยอมรับความแตกต่าง ยอมรับความขัดแย้งการโต้แย้งบนพื้นฐานของสันติวิธี

2.2.1.3 หลักเสียงข้างมาก (Mehrheitsprinzip)

การปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยเสียงข้างมากซึ่งเป็นเครื่องสะท้อนว่าการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่สิ่งที่สะท้อนจากการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากอย่างน้อยจะต้องไม่มีการบังคับให้เป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ของเสียงข้างมากนั้นนำมาใช้ในการเลือกตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่แทนประชาชนรวมถึงหลักเกณฑ์ในการลงมติของรัฐสภาด้วย หลักเสียงข้างมากยังมีความเกี่ยวข้องกับระบบหลายพรรคการเมือง การให้เสรีภาพในการตั้งพรรคการเมือง และความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมือง จากหลักพื้นฐานของประชาธิปไตยดังกล่าวจึงเป็นประชาธิปไตยที่อาศัยพรรคการเมืองเป็นตัวแทนของประชาชนในการสร้างเจตจำนงของรัฐหรือที่เรียกว่า “ประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง”

2.2.1.4 ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

ระบบประชาธิปไตยทางตรงไม่สามารถนำมาใช้กับสังคมปัจจุบันได้เนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการ การปกครองระบบประชาธิปไตยในปัจจุบันจึงเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งอาจจะเป็นประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภาหรือระบบประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งประธานาธิบดี ในกรณีการปกครองในระบบรัฐสภาตามหลักพื้นฐานแล้วรัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชน จากหลักพื้นฐานดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอื่นๆที่จะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภา ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางรัฐสภารัฐบาลมีความชอบธรรมราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภาในขณะเดียวกันการบริหารงานของรัฐบาลย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภา

ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุดเพราะเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนซึ่งก่อให้เกิดหลักสำคัญ 2 ประการคือ

(1) หลักเงื่อนไขของรัฐสภา (Parlamentsvorbehalt) หมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาต่างๆที่มีความสำคัญจะต้องได้รับการกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ปัญหาหรือกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจให้องค์กรอื่นทำแทนได้ เช่น การออกกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนรายละเอียดอื่นฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดก็ได้

(2) หลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย (ein ununterbrochene Legitimationskette)

2.2.2 หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยกับการแต่งตั้งตุลาการ (Das PrinZip der demo-kratischen Legitimation)²⁶

องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐแต่ละองค์กรจำเป็นจะต้องมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ซึ่งหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนี้เรียกร้องให้มีความเกี่ยวพันในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย(eine ununterbrochene legitimations-Kett) จากประชาชน เชื่อมโยงความสัมพันธ์ไปยังองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินภารกิจของรัฐ แต่ในขณะเดียวกันมิได้หมายความว่าทุกองค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐจะต้องได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเสมอไป

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เรียกร้องความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย (eine ununterbrochene Legitimations-kette) โดยถือว่าประชาชนไม่เพียงแต่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐในความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะต้องถูกใช้เพื่อประชาชน และมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น แต่ยังมีความหมายว่า การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ จะต้องมีความเชื่อมโยงกับประชาชนด้วยเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้น และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่น หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ทำภารกิจของรัฐ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความสัมพันธ์ในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายมาเป็นจุดเกาะเกี่ยวองค์กรของรัฐกับประชาชน ความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนี้เรียกร้องให้องค์กรที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรงเป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าไปใช้อำนาจองค์กรของรัฐองค์กรอื่น ๆ ได้

2.2.2.1 ขอบเขตของการใช้หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้นมิได้ใช้เฉพาะกับองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น แต่หลักดังกล่าวยังใช้กับองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร เพียงแต่รูปแบบและความเคร่งครัดของการใช้หลักดังกล่าวจะแตกต่างกันไป แต่ไม่ควรมององค์กรใดที่ใช้อำนาจรัฐ

²⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร: พี.เพรส, 2548), น. 87. และ บรรเจิด สิงคะเนติ, “วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยโดยอาศัยพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน,”วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 28, น. 483 (กันยายน 2541).

โดยปราศจากความเกี่ยวข้องกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย องค์การตุลาการก็เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐองค์กรหนึ่งเช่นเดียวกับองค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรบริหาร ด้วยเหตุนี้้องค์กรตุลาการจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกับองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่น ๆ ด้วย

โดยที่การใช้อำนาจตุลาการนั้นโดยสาระสำคัญแตกต่างไปจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เพราะการใช้อำนาจในทางตุลาการนั้นมีได้มีลักษณะเป็นการตัดสินใจในทางนโยบาย และมีได้มีลักษณะของการดำเนินการเช่นเดียวกับฝ่ายบริหาร หากแต่เป็นการใช้อำนาจที่ผูกพันต่อกฎหมาย อำนาจในทางตุลาการนั้นเป็นการใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยองค์กรของรัฐซึ่งมีผลเป็นการผูกพันคู่กรณี โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่กรณีจะยอมรับคำวินิจฉัยของศาลหรือไม่

การอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่ออำนาจตุลาการนั้นไม่อาจถูกปฏิเสธเพียงเพราะการกล่าวอ้างหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Richterliche Unabhaengigkeit) เพียงแต่รูปแบบการใช้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรตุลาการจะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เพราะผู้พิพากษาได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยปราศจากคำสั่ง หรือข้อผูกมัดใดๆทั้งสิ้นนอกจากผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น การอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในกรณีของอำนาจตุลาการจึงไม่นำมาใช้ในขอบเขตของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ แต่ไม่รวมถึงการแต่งตั้งตุลาการ

ดังนั้นรูปแบบและหลักประกันของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่เรียกร้องต่ออำนาจตุลาการกระทำได้โดยการให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการ

2.2.2.2 สาระสำคัญของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้นมีผลมาจากข้อความคิดพื้นฐานของหลักประชาธิปไตยโดยถือว่าประชาชนไม่เพียงแต่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐในความหมายว่า การใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของประชาชน แต่ยังมีผลหมายความว่า การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่าง ๆ นั้นจะต้องมีพื้นฐานมาจากประชาชนด้วย หลักประชาธิปไตยได้กำหนดให้พื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐจะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชน โดยความสัมพันธ์พื้นฐานเช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจของรัฐขององค์กรนั้น ๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่น หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความ

เกี่ยวพันต่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย (eine ununterbrochene demokratische Legitimations-kette) เพื่อเป็นจุดเชื่อมโยงต่อประชาชน ความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนี้ไม่จำเป็นที่จะต้องมีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนทุกกรณี แต่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องได้รับการแต่งตั้งจากองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชนหรือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่าบุคคลที่ถูกแต่งตั้งนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้ว ประการสำคัญที่จะถือว่ามี ความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยโดยไม่ขาดสายนั้นก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และการแต่งตั้งนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ มิใช่เป็นเพียงการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป

ดังนั้นหลักความเกี่ยวพันต่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอย่างไม่มีขาดสายมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ นั้นมีพื้นฐานมาจากประชาชน และดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงไปหาประชาชนได้ เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายดังกล่าว การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยหรือองค์กรที่ผ่านการเลือกมาจากประชาชน

2.2.2.3 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายตุลาการด้วยตนเองกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

(1) การแต่งตั้งตุลาการโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเองหรือที่เรียกว่า kooptation

การแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเองเพื่อนำไปสู่การใช้ อำนาจตุลาการนั้นขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เหตุผลในทางเนื้อหาเพราะว่า ตัวแทนของฝ่ายตุลาการที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการนั้นไม่ได้เป็นการกระทำหน้าที่ในทางตุลาการโดยแท้ เพราะตัวแทนของฝ่ายตุลาการดังกล่าวไม่ได้เป็นตัวแทนของอำนาจที่สาม (อำนาจตุลาการ) หากแต่ได้แสดงถึงความเป็นตัวแทนของกลุ่มในทางวิชาชีพ ในกรณีเช่นนี้ตัวแทนของฝ่ายตุลาการดังกล่าวจึงไม่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ตัวแทนของฝ่ายตุลาการจะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อตัวแทนเหล่านั้นได้รับการเลือกจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่มิใช่ได้เลือกโดยตรงมาจากกลุ่มผู้พิพากษาด้วยกันเอง การเลือกตั้งโดยตรงมาจากกลุ่มผู้พิพากษาเองนั้นสามารถอธิบายความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เพียงภายในองค์กรตุลาการเองเท่านั้น แต่ไม่ใช่ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่เนื่องมาจากประชาชน

รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการโดยองค์กรตุลาการเองนั้น อาจจะมีรูปแบบที่ ตัวแทนฝ่ายตุลาการซึ่งถูกเลือกมาจากผู้พิพากษาทั้งหลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจแต่งตั้งโดยลำพังหรือร่วมกับองค์กรอื่นที่ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย โดยเรียกรูปแบบองค์กรแต่งตั้ง

ในลักษณะนี้ว่า positive Kooptation แต่หากตัวแทนของฝ่ายตุลาการโดยลำพังหรือร่วมกับองค์กรอื่นที่ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ได้เข้ามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการในรูปแบบของการใช้สิทธิในการคัดค้าน หรือมีสิทธิที่จะขัดขวางการแต่งตั้งดังกล่าว ในกรณีนี้เรียกว่า negative Kooptation ทั้งสองกรณีนี้ถือได้ว่าการแต่งตั้งดังกล่าวขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

(2) การมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการร่วมกับองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

การที่ตัวแทนของฝ่ายตุลาการเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการร่วมกับองค์กรอื่นที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้น มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า การแต่งตั้งดังกล่าวมีผลแค่ไหนเพียงใด โดยพิจารณาภายใต้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับสิทธิของตัวแทนของฝ่ายตุลาการนั้นว่ามีสิทธิเพียงใด เช่น หากตัวแทนของฝ่ายตุลาการมีสิทธิในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้ง สิทธิในการให้คำปรึกษาหารือ สิทธิในการให้ความเห็นชอบ หรือมีสิทธิในการคัดค้านการแต่งตั้งนั้น หรืออาจจะถามในรูปคำถามอื่นว่า องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจะต้องผูกพันต่อการใช้สิทธิของตัวแทนของฝ่ายตุลาการเพียงใด

การแต่งตั้งตุลาการโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย อาจไม่สมบูรณ์ หากในกรณีที่มีความขัดแย้งเรื่องการแต่งตั้งตุลาการระหว่างองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยกับตัวแทนของฝ่ายตุลาการ และองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ไม่อาจตัดสินใจได้โดยลำพัง แต่ขึ้นอยู่กับความคิดเห็นของตัวแทนของฝ่ายตุลาการด้วย ในกรณีเช่นนี้ องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยย่อมสูญเสียความสามารถในการตัดสินใจของตนเองไป ดังนั้นการเข้ามีส่วนร่วมของตัวแทนของฝ่ายตุลาการในกรณีเช่นนี้จึงขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย การเข้ามีส่วนร่วมของตัวแทนของฝ่ายตุลาการจะไม่ขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อองค์กรเหล่านั้นมีสิทธิเพียงการให้คำปรึกษาแนะนำ หรือมีสิทธิในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้ง แต่สิทธิดังกล่าวไม่ใช่สิทธิในการร่วมตัดสินใจอย่างเท่าเทียมกับองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และไม่ใช้สิทธิที่มีผลผูกพันในทางกฎหมายอย่างเด็ดขาดต่อองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

การมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเองนั้น ยังคงจะต้องมีอยู่ แต่ควรจะต้องดำรงอยู่ในรูปของการให้ข้อคิดเห็น หรือในรูปของการให้คำปรึกษาหารือ ซึ่งควรจะมีผลในทางกฎหมายในขอบเขตที่จำกัด สำหรับสิทธิในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้งนั้น การเสนอชื่อนั้นไม่ควรจะมีผลผูกพันต่อองค์กรที่มีอำนาจในการตัดสินใจ หรืออาจจะให้มีการเสนอเป็นบัญชีรายชื่อเพื่อให้องค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งมีสิทธิในการเลือกได้

2.3 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ

ความเป็นอิสระของตุลาการหมายความว่าตุลาการสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยตุลาการมีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย และการพิจารณาคดีภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น²⁷ หลักความเป็นอิสระของตุลาการเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศทุกประเทศที่เป็นนิติรัฐจะบัญญัติรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการไว้²⁸ ความมุ่งหมายของหลักดังกล่าวมุ่งคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซงโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ²⁹

ความเป็นอิสระของตุลาการวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระ 3 ประการ คือ ความอิสระจากคู่ความ (parteienunabhaengigkeit) ความอิสระจากรัฐ (Staatsunabhaengigkeit) และความอิสระจากสังคม (Gesellschaftsunabhaengigkeit) ความไม่เป็นอิสระจากทั้ง 3 ประการดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความเป็นกลางของตุลาการ ความเป็นอิสระของตุลาการที่ปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ ล้วนมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของตุลาการ³⁰

เหตุผลที่ต้องประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาต้องผูกพันต่อกฎหมาย จะดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ ในที่นี้หมายความว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่มีการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป แล้วแต่กรณี การละเมิดหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษานอกจากอาจจะเกิดขึ้นจากการสั่งการโดยตรงต่อผู้พิพากษาแล้ว ยังรวมถึงการกระทำในลักษณะอื่นใดที่โดยผลแล้วถือว่าทำให้ผู้พิพากษาไม่มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีในความเป็นจริงด้วย เช่น การกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องทำคำพิพากษาคให้ได้ปริมาณตามที่กำหนดในแต่ละเดือน เป็นต้น³¹

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้พิพากษาและตุลาการต้องเป็นอิสระนั้น หมายความว่าแต่เพียงว่าผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องปลอดจากการแทรกแซงในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ว่าโดยทางตรง

²⁷บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.31.

²⁸วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 158.

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 31.

³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 31.

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 31.

หรือทางอ้อม แต่ไม่ได้หมายความว่าผู้พิพากษาและตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดี
อย่างไรก็ได้ เมื่อมีการฟ้องคดีและศาลรับคดีไว้พิจารณาแล้ว ผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องพิจารณาคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความ และจะต้องวินิจฉัยในทุกประเด็นแห่งคดีด้วย³²

สำหรับประเทศไทยนั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกือบทุกฉบับ ได้บัญญัติ
ให้ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ
และกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี
หรือคณะกรรมการตุลาการ ตลอดจนผู้ดำรงตำแหน่งอื่นใดในรัฐจะสั่งการไปยังผู้พิพากษาหรือ
ตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ เช่นจะสั่งดลสืบพยาน สั่งเลื่อนคดี หรือสั่งให้พิพากษาคดี
ไปในทางใดทางหนึ่งไม่ได้ นอกจากนี้คณะกรรมการตุลาการ หรือองค์กรอื่นใดจะลงโทษผู้พิพากษา
หรือตุลาการในทางวินัยโดยอ้างว่าผู้พิพากษาพิจารณาคดีโดยไม่เป็นธรรม หรือพิจารณาพิพากษาคดี
โดยปรับบทกฎหมายหรือตีความกฎหมายผิดพลาดไม่ได้ เว้นแต่ผู้พิพากษาหรือตุลาการจงใจบิดเบือน
กฎหมาย

2.3.1 ความหมายของหลักความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ

ความเป็นอิสระของตุลาการแบ่งได้เป็น 2 ประการคือ³³

(1) ความเป็นอิสระในทางเนื้อหา หมายถึง ผู้พิพากษาและตุลาการย่อม
มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ทางอรรถคดีโดยในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ผู้พิพากษา
และตุลาการมีอิสระในการแสดงความคิดเห็นได้เต็มที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลหรือองค์กรใด
กล่าวคือ บุคคลหรือองค์กรใดจะออกคำสั่งและคำแนะนำตักเตือนต่าง ๆ ที่มีผลต่อเนื้อหาการพิจารณา
พิพากษาคดีแก่ผู้พิพากษาและตุลาการเพื่อให้การวินิจฉัยอรรถคดีของผู้พิพากษาเป็นไปตามคำสั่ง
ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยสิ้นเชิงนอกจากนี้ยังหมายรวมถึง กรณีที่มีคำสั่งที่จะให้มีผลเป็นการให้
ผู้พิพากษาและตุลาการไม่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยทางอ้อมด้วย เช่น ในเรื่อง
การจ่ายสำนวนแก่ผู้พิพากษาและตุลาการ การกำหนดระยะเวลาให้ผู้พิพากษาและตุลาการพิจารณา
พิพากษาคดีให้เสร็จทันภายในระยะเวลาที่จำกัด ตลอดจนการกำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการปฏิบัติ
หน้าที่อย่างอื่น จนไม่มีเวลาเพียงพอสำหรับการพิจารณาคดี เพราะคำสั่งดังกล่าวเท่ากับเป็นการถอด
ถอนอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น การที่กระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นฝ่ายบริหารทำให้ความ

³²บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 7, น. 31.

³³อภิศักดิ์ พรหมสวาสดี, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 188.

เป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาและตุลาการต้องเสียไปจึงมีผลต่อความเป็นอิสระในเนื้อหาด้วย เพราะความเป็นอิสระในทางส่วนตัวเป็นสิ่งที่จะช่วยเสริมความเป็นอิสระในเนื้อหาให้สมบูรณ์ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการในเนื้อหาโดยนัยนี้

(2) ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายถึง ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องกระทำโดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือการกลั่นแกล้งภายหลัง กล่าวคือ ผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องไม่มีความเกรงกลัวหรือหวั่นไหวต่อผลร้ายใดๆ ที่จะบังเกิดขึ้นแก่ตน เมื่อตนได้พิจารณาคดีไต่ไปแล้ว ดังนั้นการเลื่อนตำแหน่ง การแต่งตั้งโยกย้าย การขึ้นเงินเดือน และการลงโทษ ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ อันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจำต้องพิจารณาจากปัจจัยใดบ้างนั้น ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้สรุปสาระสำคัญไว้ดังนี้³⁴

1. ความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ (die sachliche Unabhaengigkeit) เป็นการคุ้มครองการปฏิบัติภารกิจของตุลาการจากอิทธิพลภายนอกทั้งหลาย ทั้งการแทรกแซงจากองค์กรผู้มิอำนาจรัฐองค์กรอื่น และการคุ้มครองจากการแทรกแซงทางอ้อมเพื่อให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น

2. ความเป็นอิสระในทางองค์กร (die organisatorische Unabhaengigkeit) หรือความเป็นอิสระในการจัดองค์กรของศาล ความเป็นอิสระของตุลาการมีผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ความเป็นอิสระในทางองค์กร หมายความว่า อำนาจตุลาการต้องไม่อยู่ในลักษณะความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจองค์กรอื่น ไม่ว่าจะโดยทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ตาม

3. ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคล (die personenliche Unabhaengigkeit) หมายความว่า โดยหลักการแล้ว การถอดถอน และการโยกย้ายไม่อาจกระทำได้ หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคลมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ในทางตุลาการ ซึ่งการก่อให้เกิดผลกระทบต่อความอิสระของตุลาการนั้นมิใช่เกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่มีคำสั่งโดยตรงต่อตุลาการเท่านั้น หากแต่กรณีอาจเป็นการกระทบต่อความเป็นอิสระของ ตุลาการด้วยเช่นกัน หากตุลาการที่วินิจฉัยตัดสินคดีนั้นกล่าวว่าหากวินิจฉัยในทางใดทางหนึ่งแล้วจะเกิดผลกระทบ

³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 7*, น. 31-32.

ต่อสถานะในทางตำแหน่งของตุลาการ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้หลักประกันแก่ตุลาการในการอยู่ในตำแหน่งของตุลาการ

2.3.2 หลักการพื้นฐานความเป็นอิสระของตุลาการตามมาตรฐานสากล

2.3.2.1 หลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ (Basic Principle on the Independences of the Judiciary 1985)³⁵

หลักการดังกล่าวรับรองโดยที่ประชุมองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด ครั้งที่ 7 ซึ่งจัดขึ้นที่กรุงมิลาโน ตั้งแต่วันที่ 26 สิงหาคม ถึงวันที่ 6 กันยายน พ.ศ.2528 (1985) และได้รับการรับรองโดยที่ประชุมทั่วไป โดยมติที่ 40/32 เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2528 (1985) และโดยมติที่ 40/146 เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2528 (1985)

หลักการพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ กำหนดขึ้นเพื่อสนับสนุนประเทศสมาชิกในการกิจของการวางหลักประกันและส่งเสริมความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ควรได้รับความสำคัญและความเคารพจากรัฐบาลภายในกรอบของแนวปฏิบัติ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศ และควรได้รับความใส่ใจจากผู้พิพากษา นักกฎหมาย คณะผู้บริหารประเทศและสมาชิกสภานิติบัญญัติ ตลอดจนสาธารณชนโดยทั่วไป ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดสำหรับผู้พิพากษาอาชีพเป็นสำคัญ แต่ก็ใช้กับผู้พิพากษาสมทบหากมีอย่างเท่าเทียมและตามที่เหมาะสมด้วย ซึ่งตามหลักการพื้นฐานดังกล่าวมีสาระสำคัญเกี่ยวกับผู้พิพากษาศาล ดังนี้

(1) ความเป็นอิสระของตุลาการ ได้แก่

ก. ความเป็นอิสระของตุลาการต้องได้รับการประกันโดยรัฐ และต้องมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายของประเทศนั้นๆ เป็นหน้าที่ของรัฐบาลและองค์กรอื่น ๆ ทุกองค์กรที่จะต้องให้ความเคารพ และปฏิบัติตามหลักการว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล

ข. ศาลพึงตัดสินใจคดีด้วยความยุติธรรม บนพื้นฐานของข้อเท็จจริง และเป็นไปตามกฎหมายโดยปราศจากการดัดทอน การใช้อิทธิพลโดยมิชอบ การกดดัน การข่มขู่หรือแทรกแซง ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมจากบุคคลใด หรือเพื่อวัตถุประสงค์ใด

³⁵โฮเซ่ ไชตุณ, หลักสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้พิพากษา หนวยความ และอัยการ:แนวทางสำหรับนักปฏิบัติลำดับที่ 1, แปลโดย เบ็ญจรัตน์ แซ่ฉั่ว, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2550.), น.97-100.

ค. ศาลพึงมีอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวงที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล นั้นกับมีอำนาจพิจารณาว่า ประเด็นปัญหานั้น ๆ อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลหรือไม่ตามที่กฎหมาย กำหนด

ง. การแทรกแซงกระบวนการศาล หรือการทำให้เกิดการ เปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาลโดยมิชอบ หรือโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย จะกระทำมิได้ แต่หลักการข้อนี้ไม่กระทบต่ออำนาจของฝ่ายตุลาการที่จะพิจารณาคำอุทธรณ์ ฎีกา หรืออำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นในการลดหย่อนผ่อนโทษตามคำพิพากษาที่เป็นไปตามกฎหมาย

จ. บุคคลทุกคนพึงมีสิทธิได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาล ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ การพิจารณาโดยองค์กรที่จัดตั้งเป็นพิเศษให้ทำหน้าที่อย่างศาลนั้น หากไม่มีวิธีพิจารณาที่ชอบธรรมรองรับก็จะกำหนดให้ทำหน้าที่แทนศาลไม่ได้

ฉ. หลักการเรื่องความเป็นอิสระของศาลนั้น ได้ให้อำนาจและหน้าที่ แก่ศาลเพื่อให้เกิดหลักประกันว่า การพิจารณาคดีของศาลจะเป็นไปโดยยุติธรรม และสิทธิของคู่ความ จะได้รับการเคารพ

(2) คุณสมบัติ การคัดเลือก และการฝึกอบรม ผู้พิพากษา โดยผู้ที่ จะได้รับการคัดเลือกให้เป็นผู้พิพากษาพึงเป็นผู้ที่มีความซื่อสัตย์ สุจริต และมีความสามารถพร้อม ด้วยคุณวุฒิ หรือการฝึกอบรมที่เหมาะสมทางกฎหมาย วิธีการคัดเลือกขององค์กรศาลจะต้องมี มาตรฐานที่ป้องกันการแต่งตั้งที่มีความมุ่งหมายในทางที่มีขอบ ในการคัดเลือกผู้พิพากษาจะต้องไม่มี การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยเหตุเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรือ ความคิดเห็นอื่น ๆ แหล่งกำเนิดทางชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานภาพ อย่างไรก็ดีกรณี ขอกำหนดว่าผู้ที่ได้รับการคัดเลือกให้ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาจะต้องเป็นบุคคลสัญชาติของประเทศ นั้น ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

(2.1) เงื่อนไขของการปฏิบัติงานและวาระในการดำรงตำแหน่ง

ก. วาระการดำรงตำแหน่ง ความเป็นอิสระ ความมั่นคง ค่าตอบแทนที่เพียงพอ เงื่อนไขของการปฏิบัติงาน บำเหน็จบำนาญ และกำหนดเวลาเกษียณอายุ ของผู้พิพากษาจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย

ข. ผู้พิพากษาไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งจะต้อง ได้รับหลักประกันในเรื่องของวาระการดำรงตำแหน่งจนกระทั่งเกษียณอายุราชการหรือครบ กำหนดเวลาตามตำแหน่งนั้นแล้วแต่กรณี

ค. ในกรณีที่มีระบบการให้ความดีความชอบหรือเลื่อนตำแหน่งของผู้พิพากษานั้น การให้ความดีความชอบหรือเลื่อนตำแหน่งดังกล่าวต้องเป็นไปตามเหตุผล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องคำนึงถึงเรื่องความสามารถ ความซื่อสัตย์สุจริต และประสบการณ์

ง. การมอบหมายหรือจ่ายสำนวนภายในศาล ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์การบริหารภายในของศาล

(2.2) การคุ้มกันทางวิชาชีพ

ก. ผู้พิพากษาพึงได้รับการคุ้มกันมิให้ถูกฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลซึ่งถูกอ้างว่ามีการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้องสมควรนั้น แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบต่อหลักเกณฑ์เรื่องการดำเนินการทางวินัย หรือสิทธิในการอุทธรณ์ ฎีกา หรือการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากรัฐตามที่กฎหมายกำหนด

ข. กรณีที่มีการดำเนินคดีหรือร้องเรียนกล่าวหาผู้พิพากษาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในศาลหรือในวิชาชีพนั้น จะต้องได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมภายใต้วิธีพิจารณาที่เหมาะสม ผู้พิพากษาที่ถูกดำเนินคดีหรือร้องเรียนดังกล่าวพึงมีสิทธิได้รับการไต่สวนอย่างเป็นธรรม การสอบสวนเบื้องต้นเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวพึงเป็นการลับ เว้นแต่จะได้รับการร้องขอจากผู้พิพากษานั้นเป็นอย่างอื่น

ค. ผู้พิพากษาจะถูกพักงานหรือถอดได้เฉพาะกรณีไร้ความสามารถ หรือมีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่

ง. การดำเนินการทางวินัย การพักงาน หรือการถอดถอน จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานของการปฏิบัติของศาล

จ. คำวินิจฉัยชี้ขาดกรณีการดำเนินการทางวินัย การพักงาน หรือการถอดถอนพึงมีการอุทธรณ์ได้ อย่างไรก็ดี หลักการนี้มีให้นำมาใช้กับกรณีที่เป็นการพิพากษาของศาลสูง ตลอดจนกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าด้วยกระบวนการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง หรือกระบวนการอื่นในลักษณะเดียวกัน

2.3.2.2 ร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยความเป็นอิสระของตุลาการ (Draft Universal Declaration on the Independences of Justice (คำประกาศสิงวี-Singvi Declaration)³⁶

(1) ความเป็นอิสระของตุลาการ

ก. ผู้พิพากษามีอิสระ และเป็นหน้าที่ของพวกเขาที่จะตัดสินคดีต่างๆ ที่ตนพิจารณาอย่างเที่ยงธรรมโดยสอดคล้องกับการประเมินข้อเท็จจริงและความเข้าใจกฎหมาย

³⁶เพ็งอั้ง, น. 119-120.

ของตนโดยปราศจากข้อจำกัด อิทธิพล การชักจูง แรงกดดัน การข่มขู่หรือการแทรกแซงไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม จากฝ่ายใดหรือด้วยเหตุผลใด

ข. ในกระบวนการตัดสินใจ ผู้พิพากษาจะต้องเป็นอิสระจากเพื่อน ตุลาการ และผู้บังคับบัญชา องค์กรตุลาการที่จัดลำดับขั้นใดๆ จะต้องไม่แทรกแซงสิทธิของผู้พิพากษา ในการประกาศคำตัดสินของตนอย่างเสรีในส่วนของผู้พิพากษาทั้งในเชิงปัจเจกชนและในเชิงหมู่คณะ จะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยมีความรับผิดชอบอย่างเต็มที่ในหลักกฎหมายภายในระบบกฎหมายของตน

ค. ตุลาการจะต้องเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

ง. ผู้พิพากษามีสิทธิที่จะปฏิบัติรวมกลุ่มเพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระทางตุลาการของตน

(2) การคัดเลือกผู้พิพากษา

การมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งการดำรงตำแหน่งทางตุลาการโดยฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติหรือโดยการเลือกตั้งทั่วไปนั้น จะสอดคล้องกับความเป็นอิสระของตุลาการก็ต่อเมื่อการมีส่วนร่วมเช่นนั้นไม่ถูกทำให้เป็นโมฆะโดยแรงกระตุ้นและวิธีการที่ไม่ถูกต้อง และได้มีมาตรการป้องกันสิ่งเหล่านั้นอย่างพิถีพิถันในการที่จะให้มีการแต่งตั้งดำรงตำแหน่งที่เหมาะสมที่สุดจากมุมมองของความสามารถทางวิชาชีพและคุณธรรม และเพื่อป้องกันอิสรภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องมีคุณธรรมและความอดสาหัสให้มากที่สุดที่จะเป็นไปได้เพื่อให้มีการปรึกษาหารือกับสมาชิกของตุลาการและผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในการแต่งตั้งผู้พิพากษา หรือจะต้องจัดให้มีการแต่งตั้ง หรือมีข้อเสนอแนะให้แต่งตั้งโดยหน่วยงานที่มีสมาชิกของตุลาการและผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายมีส่วนร่วมอย่างมีประสิทธิภาพ

(3) การเข้าสู่ตำแหน่ง การเลื่อนขั้น และการโยกย้าย

ก. ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้มีการพิจารณาออบหมายงานให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่ง หรือมีการเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการ การมอบหมายงานเช่นนั้นจะต้องดำเนินการไปโดยฝ่ายตุลาการ หรือโดยคณะกรรมการตุลาการที่สูงกว่าหากมีหน่วยงานเช่นนั้นอยู่

ข. การเลื่อนขั้นผู้พิพากษาจะต้องอยู่บนฐานการประเมินที่เป็นวัตถุวิสัยของคุณธรรม ความเป็นอิสระ ความสามารถทางวิชาการ ประสบการณ์ มนุษยธรรม และความมุ่งมั่นที่จะส่งเสริมหลักนิติธรรมของผู้พิพากษาคณนั้น จะต้องไม่มีการเลื่อนขั้นที่เกิดจากแรงจูงใจที่ไม่ถูกต้อง

ค. ผู้พิพากษาจะต้องไม่ถูกโยกย้ายจากขอบเขตอำนาจการพิจารณาหนึ่งไปยังอีกเขตอำนาจการพิจารณาหนึ่งโดยปราศจากความยินยอมของผู้พิพากษานั้น แต่ในกรณีที่มีการโยกย้ายนั้นเป็นไปตามนโยบายที่กำหนดหลังจากที่การพิจารณาอย่างถูกต้องโดยตุลาการ และเป็นนโยบายที่เป็นหนึ่งเดียว การยินยอมเช่นนั้นจะต้องไม่ถูกยับยั้งไว้อย่างไรเหตุผลโดยผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่ง

(4) การดำรงตำแหน่ง

ก. ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษา ความเป็นอิสระ ความมั่นคง ค่าตอบแทนที่เพียงพอ และสภาพการทำงานของผู้พิพากษา จะต้องได้รับการดูแลให้มั่นคงโดยกฎหมาย และจะต้องไม่ถูกเปลี่ยนแปลงให้แย่งสำหรับผู้พิพากษา

ผู้พิพากษาไม่ว่าจะมาจากการแต่งตั้งหรือการเลือกตั้ง จะต้องได้รับการประกันการดำรงตำแหน่งจนกว่าจะถึงอายุเกษียณที่กำหนด หรือถึงวันหมดอายุของตำแหน่งตามกฎหมาย โดยขึ้นอยู่กับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางวินัย และการปลดจากตำแหน่ง

ข. ในระหว่างการดำรงตำแหน่ง ผู้พิพากษาจะได้รับเงินเดือน และหลังจากเกษียณอายุจะได้รับเงินบำเหน็จบำนาญ

เงินเดือนและเงินบำเหน็จบำนาญของผู้พิพากษาจะต้องเพียงพอสมควรกับฐานะ ศักดิ์ศรี และความรับผิดชอบกับตำแหน่ง และจะต้องได้รับการพิจารณาทบทวนเป็นระยะ เพื่อแก้ไขหรือลดปัญหาผลกระทบจากเงินเฟ้อ

อายุเกษียณผู้พิพากษาจะต้องไม่ถูกเปลี่ยนแปลงไปโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้พิพากษา

(5) หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่

ผู้พิพากษาจะต้องได้รับการคุ้มครองให้ไม่ต้องประสบกับการฟ้องร้องส่วนบุคคลต่อตนเองในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการ และจะต้องไม่ถูกฟ้องหรือดำเนินคดีนอกจากภายใต้การอนุญาตของหน่วยงานทางตุลาการที่เหมาะสม

(6) การดำเนินการทางวินัยและการให้ออกจากตำแหน่ง

ก. กระบวนการปลดหรือการดำเนินการทางวินัยของตุลาการ จะต้องดำเนินการโดยศาลหรือคณะกรรมการที่ประกอบด้วยสมาชิกของตุลาการเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม อำนาจในการปลดอาจอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติโดยกระบวนการฟ้องร้องผู้ดำรงตำแหน่ง หรือโดยดำเนินการร่วมกันโดยควรจะเป็นไปตามข้อเสนอแนะของศาล หรือคณะกรรมการเช่นนั้น

ข. ผู้พิพากษาจะต้องไม่ถูกปลดนอกจากบนฐานของการไร้ความสามารถที่ถูกพิสูจน์แล้ว หรือการประพฤติมิชอบที่ทำให้ผู้พิพากษานั้นไม่เหมาะกับการดำรงตำแหน่งต่อไป

2.3.3 ความสำคัญของหลักความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ³⁷

ในทุกประเทศที่มีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยมีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งอำนาจตุลาการนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลางเพื่อให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นต่อสถาบันตุลาการ การที่จะทำให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นดังกล่าว ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องมีจริยธรรม และการปฏิบัติตนที่แสดงให้เห็นปรากฏต่อสาธารณชนว่ามีความเป็นกลางและมีอิสระอย่างแท้จริง ถ้าหากประเทศใดขาดความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาลแล้ว ความศรัทธาต่อกฎหมายก็ย่อมลดน้อยถอยลงตามไปด้วยและศาลก็จะไม่ใช่สถานที่ที่สามารถระงับข้อพิพาทของสาธารณชนได้อีกต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้สาธารณชนก็จะขาดซึ่งความเคารพ และอาจละเมิดกฎหมายได้ ดังนั้นการรักษาไว้ซึ่งหลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้พิพากษา จึงมีความสำคัญหากว่ารัฐมีหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาลที่ไม่เพียงพอแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อความยุติธรรมได้ ดังนั้นในประเทศเสรีประชาธิปไตยจึงมีวิธีการในการรักษาไว้ซึ่งหลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระของศาล แม้จะมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่ทุกประเทศล้วนมีความมุ่งหมายเดียวกันคือการรักษาไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของประชาชนต่อสถาบันศาลยุติธรรม นอกจากนี้ความเป็นกลางเป็นเรื่องของจิตใจ ดังนั้นการที่จะให้สาธารณชนเชื่อมั่นในความเป็นกลางได้ รัฐจึงต้องมีหลักและมาตรฐานในการคัดกรองและควบคุมให้คนที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีด้วยจิตใจที่มีความเป็นกลาง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการฟ้องคดี อันเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในการที่บุคคลจะได้รับการพิจารณาและพิพากษาจากศาลที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง การที่ผู้ทำหน้าที่ตัดสินคดีด้วยความเป็นกลางจะช่วยเป็นหลักประกันชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินว่าจะไม่ถูกเอาไปด้วยความผิดพลาดหรือผิดพลาดเพี้ยนจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย

ดังนั้นหลักความเป็นอิสระของตุลาการจึงเป็นของคู่กันกับหลักความเป็นกลางของศาล กล่าวคือตราบเท่าที่ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาก็สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นกลาง แต่ถ้าหากผู้พิพากษาไม่มีอิสระแล้วความเป็นกลาง

³⁷ถาวร เกษมะณี, “หลักความเป็นกลางของศาล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 11-13.

ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ซึ่งความเป็นกลางหมายความว่า³⁸ หลักที่ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาพิพากษาคืบบนพื้นฐานของหลักความเป็นกลาง (objective criteria) มากกว่าบนพื้นฐานของความลำเอียง (bias) ความมีอคติ (prejudice) หรือความเอนเอียงเข้าข้าง (preferring) ในประโยชน์ได้เสียของฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันสมควร

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการเป็นสิ่งที่ทำให้ความเป็นกลางและการอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเท่านั้นของผู้พิพากษาและตุลาการเป็นจริงขึ้นมาได้ หลักความเป็นอิสระดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นและไม่ใช่ว่าเรื่องที่จะให้สิทธิพิเศษอะไรแก่ผู้พิพากษา หากแต่เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักแห่งความเป็นอิสระดังกล่าว โดยวางตนระหว่างการใช้ปฏิบัติหน้าที่ไม่ให้เกิดข้อครหาต่อความไว้วางใจในความเป็นอิสระแห่งตน ถ้อยคำที่ว่า “ผู้พิพากษาเป็นอิสระ” มีความหมายว่าเป็นอิสระจาก “ใบสิ่ง” ต่าง ๆ ในการตัดสินใจตัดสินคดีนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการจึงไม่อาจรับคำสั่งใดๆ และในกรณีที่มีคำสั่งดังกล่าว ผู้พิพากษาไม่ต้องปฏิบัติตาม³⁹ ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ กล่าวว่า “ผู้พิพากษาเราอยู่เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน ไม่เลือกชาติ ชั้น วรรณะ เราจะอำนวยความยุติธรรมไม่ว่าแก่ผู้ใด บริสุทธ์ เข้มแข็งกล้าต่อสู้ต่ออำนาจที่มาบีบบังคับ อำนาจที่จะมาจากสถานใดก็ตาม อำนาจที่เป็นกำลังอาวุธ กำลังอิทธิพล อีกทั้งอำนาจความชั่วร้าย ชั่วร้ายของวัตถุนิยม เราต้องต่อสู้อำนาจเหล่านั้น จงรักษาความยุติธรรมเหมือนชีวิต เหมือนสุภาษิตลาตินบทหนึ่งว่า “fiat justitia, ruat caelum” แปลว่า “จงให้ความยุติธรรมแม้ฟ้าจะถล่มก็ตาม”⁴⁰ วัฒนธรรมประชาธิปไตยประการหนึ่งคือ การปกครองประเทศจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) หมายความว่า การใช้หลักกฎหมายเป็นฐานในการปกครอง ไม่ใช่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ

ตามประมวลจริยธรรมตุลาการ ข้อ 1 กำหนดว่า “หน้าที่สำคัญของผู้พิพากษาคือการประสาทความยุติธรรมแก่ผู้มีอรรถคดี ซึ่งจักต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เทียงธรรม ถูกต้องตามกฎหมายและนิติประเพณี ทั้งจักต้องแสดงให้เห็นที่ประจักษ์แก่สาธารณชนด้วยว่าตนปฏิบัติอย่างนั้นอย่างเคร่งครัดครบถ้วน เพื่อการนี้ผู้พิพากษายกต้องยึดมั่นในความเป็นอิสระของตนและเทิดทูนไว้ซึ่งเกียรติศักดิ์แห่งสถาบันตุลาการ” เมื่อผู้พิพากษามีความเป็นกลางและมีอิสระปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจใด ๆ

³⁸เพ็ญอ้วน, น. 10.

³⁹สุรสิทธิ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน,” *ตุลาการ*, เล่มที่ 60 ตอน 2, น. 130 (กรุงเทพฯ: 2547).

⁴⁰สัญญา ธรรมศักดิ์, “อุดมการณ์บนเส้นทางสายยุติธรรม,” ในหนังสือ 7 รอบ อาจารย์สัญญา, จัดพิมพ์โดยมูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534, น. 47.

ผู้พิพากษาย่อมมีหลักประกันในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผลที่ตามมา คือประชาชนมีความเชื่อมั่นในระบบและกระบวนการยุติธรรม ประชาชนทุกฐานะ อาชีพ กลุ่มชนต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (Equality before the law) ในขณะเดียวกันฝ่ายบริหารก็ไม่จำเป็นต้องมองศาลในแง่ที่เป็นองค์กรที่ขัดขวางการบริหารของรัฐบาล ตรงกันข้ามรัฐบาลควรมีทัศนคติต่อศาลว่าเป็นองค์กรที่รับรองความมีมาตรฐานของธรรมาภิบาล ในการปกครองประเทศเพราะรัฐบาลยินดีที่จะให้ศาลตรวจสอบการทำงานของตนอย่างเปิดเผยเช่นกัน

2.3.4 หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ⁴¹

หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ คือ มาตรการในการคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการเพื่อเป็นหลักประกันให้ผู้พิพากษาศาลการดำรงความเป็นอิสระอยู่ได้โดยไม่ต้องหวั่นเกรงต่ออิทธิพลใด ๆ หลักประกันหรือมาตรการในการคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเริ่มตั้งแต่การเข้าสู่ตำแหน่ง การเลื่อนชั้น ระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง เงินเดือน และการถอดถอนผู้พิพากษาหรือตุลาการออกจากตำแหน่ง รวมถึงหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในด้านองค์กรที่คอยให้ความคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลการ

⁴¹ โสเช่ ไชยกุล, *อ้าวแล้ว เจริญรณที่ 35*, น. 198-203.

บทที่ 3

การได้มาซึ่งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในต่างประเทศ

โดยที่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงระบบการแต่งตั้งตุลาการที่มีความสอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ดังนั้นในการศึกษาถึงระบบการแต่งตั้งตุลาการในต่างประเทศ จึงมุ่งศึกษาระบบการแต่งตั้งตุลาการของประเทศที่ใช้ระบบการแต่งตั้งตุลาการที่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติในระบบกฎหมายไทยต่อไป

กระบวนการในการได้มาซึ่งตุลาการไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม ตุลาการศาลปกครอง หรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จะมีขั้นตอนในการดำเนินการที่สำคัญ 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรกคือการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ และขั้นตอนที่ 2 คือขั้นตอนในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ ในบางประเทศกระบวนการคัดเลือกและกระบวนการแต่งตั้งอาจจะรวมอยู่ในองค์กร ๑ เดียว แต่ในบางประเทศอาจจะแยกดำเนินการโดยหลายองค์กร

3.1 รูปแบบการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ

ระบบการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการในต่างประเทศอาจแบ่งได้เป็น 3 ระบบใหญ่ๆ คือ

3.1.1 การคัดเลือกโดยให้ประชาชนเลือกตั้งโดยตรง

ระบบนี้มีใช้กันน้อยเพราะเห็นว่าอาจทำให้ได้ผู้พิพากษาที่ขาดความรู้ความสามารถ และทำให้มีการหาเสียงและยุ่งเกี่ยวกับการเมือง¹ แต่การเลือกตั้งเป็นวิธีการคัดเลือกบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐที่สะท้อนความเป็นตัวแทนและความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในระดับสูงสุด แต่อย่างไรก็ตามเราไม่อาจใช้วิธีการเลือกบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐได้ในทุกกรณี เนื่องจากวิธีการเลือกตั้งเป็นวิธีการที่มีความยุ่งยากและสิ้นเปลือง

¹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 1, ตอน 1, น. 98 (2525).

นอกจากนั้นการคัดเลือกบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐจะต้องคำนึงถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นด้วยว่ามีความจำเป็นที่จะต้องเชื่อมโยงกับประชาชนโดยผ่านการเลือกตั้งหรือไม่ โดยทั่วไปวิธีการเลือกตั้งจะถูกนำไปใช้เฉพาะกับองค์กรของรัฐที่มีความสำคัญ และมีความจำเป็นที่จะต้องมีความเชื่อมโยงกับประชาชนและจำเป็นจะต้องมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูง เช่น องค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรบริหาร

แต่อย่างไรก็ตามการคัดเลือกบุคคลให้เข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐโดยวิธีการเลือกตั้งแม้จะเป็นวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งที่ชอบด้วยหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแต่อาจจะเป็นการทำลายหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เพราะการเลือกตั้งโดยประชาชนจะทำให้ผู้พิพากษาดตกอยู่ใต้อิทธิพลทางการเมืองและพรรคการเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในเขตที่ผู้พิพากษานั้นได้รับการเลือกตั้ง²

3.1.2 การคัดเลือกโดยองค์กรของรัฐ

การคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการโดยองค์กรของรัฐมักจะดำเนินการโดยฝ่ายการเมืองโดยอาจจะเป็นการดำเนินการโดยฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ หรือดำเนินการร่วมกันระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในบางประเทศก็เป็นการดำเนินการโดยฝ่ายตุลาการตัวกันเอง โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.1.2.1 การคัดเลือกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร

วิธีการนี้เป็นวิธีการที่นิยมอย่างแพร่หลายในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศเสรีนิยมตะวันตก และให้ผลออกมาเป็นที่น่าพอใจ แต่มีจุดอ่อนคือ ฝ่ายบริหารอาจเลือกตุลาการที่ตนเห็นว่าคล้อยตามจุดยืนทางการเมืองของตนเอง หรือยอมตามอำนาจทางการเมืองของตนได้ แต่การเข้าสู่ตำแหน่งโดยวิธีนี้อาจมีการเพิ่มเติมขั้นตอนบางประการ เช่น การให้หารือกับองค์กรตัวแทนของตุลาการและของรัฐสภาเพื่อถ่วงดุลกับฝ่ายบริหารซึ่งจะทำให้เกิดความรับผิดชอบ ยึดหยุ่น มีโอกาสเลือก และได้ข่าวสารในการคัดเลือกมากกว่า³ ประเทศที่ใช้การคัดเลือกตุลาการโดยฝ่ายบริหาร เช่น การคัดเลือกตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

3.1.2.2 การคัดเลือกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

วิธีการนี้มักนำไปใช้กับศาลที่มีความสำคัญและมีลักษณะพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี เป็นต้น วิธีการนี้จะให้ผู้พิพากษาที่มีคุณภาพก็ต่อเมื่อมีการวางข้อกำหนด

² โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2551), น. 104.

³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 1, น. 98.

คุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับเลือกไว้สูง มิฉะนั้นจะทำให้ผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกเป็นตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองแทน ระบบนี้จึงอาจทำให้ฝ่ายการเมืองแทรกแซงได้ไม่มากนัก⁴

ในการคัดเลือกบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ โดยทั่วไปจะกำหนดให้มีคณะกรรมการหรือคณะทำงานขึ้นทำหน้าที่สรรหาบุคคลที่เหมาะสม โดยคณะกรรมการดังกล่าวมักจะประกอบด้วยบุคคลจากหลากหลายทั้งจากประชาชนทั่วไป องค์กรวิชาชีพ และฝ่ายการเมือง รายชื่อบุคคลที่จะเข้ารับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งนั้นอาจได้มาจากการเปิดรับสมัครทั่วไป หรือการเสนอชื่อจากองค์กรที่เกี่ยวข้อง และอาจมีการสัมภาษณ์แต่จะไม่มี การสอบแข่งขันอย่างวิธีการสอบคัดเลือก แต่สำหรับตำแหน่งผู้พิพากษาระดับสูงจะไม่มีการเปิดรับสมัครทั่วไปแต่จะใช้วิธีการทาบทามบุคคลที่มีความเหมาะสมโดยตรงโดยไม่ต้องมีการสัมภาษณ์ เมื่อได้รายชื่อมาแล้ว คณะกรรมการจะต้องเสนอรายชื่อพร้อมความเห็นต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจแต่งตั้งเพื่อพิจารณาแต่งตั้งต่อไป

3.1.2.3 การคัดเลือกโดยองค์กรตุลาการด้วยตนเอง

วิธีนี้มีใช้เฉพาะการให้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดเป็นผู้แต่งตั้งศาลระดับต่างๆ เท่านั้น ระบบนี้มีแนวโน้มทำให้ได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถที่เหมาะสม แต่อิสระของผู้พิพากษา เสื่อมเสียไปเพราะแม้องค์กรตุลาการจะมีการสืบเนื่อง แต่ผู้พิพากษาแต่ละคนจะไม่มีอิสระของตนเอง

3.1.2.4 การคัดเลือกโดยองค์กรของรัฐมากกว่า 1 องค์กร

(1) การคัดเลือกโดยองค์กรนิติบัญญัติร่วมกับองค์กรบริหาร เช่น การคัดเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น

(2) การคัดเลือกโดยองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการมีส่วนร่วมในการคัดเลือก เช่น การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีใต้ เป็นต้น

3.1.3 การคัดเลือกตุลาการโดยวิธีการสอบคัดเลือก

วิธีการสอบคัดเลือกเป็นวิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) เป็นระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาหรือตุลาการแบบปิด (closed System) ในการดำเนินการคัดเลือกผู้พิพากษาแบบปิดโดยทั่วไปองค์กรบริหารงานบุคคลของศาลซึ่งเป็นหน่วยธุรการของศาล เช่น กระทรวงยุติธรรม เป็นต้น จะเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการสอบคัดเลือกและพิจารณารับสมัครบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา ซึ่งวิธีการนี้เมื่อผ่านการคัดเลือกแล้ว บุคคลที่จะเข้าไปดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาจะต้องผ่านการฝึกอบรมในองค์กรตุลาการเสียก่อนจึงจะได้รับการแต่งตั้ง

⁴ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 98.

ให้เป็นผู้พิพากษา และองค์กรที่จะทำหน้าที่ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือประมุขแห่งรัฐ ระบบตุลาการในประเทศไทยก็ใช้วิธีการคัดเลือกผู้พิพากษาโดยวิธีการสอบคัดเลือกเช่นเดียวกัน โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ในการดำเนินการคือคณะกรรมการข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม

3.2. ระบบการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ⁵

3.2.1. ระบบเปิด (Professional Model) เป็นระบบที่ใช้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ โดยระบบนี้มีที่มาจากระบบอาชีพผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุนี้ประเทศในกลุ่ม Common Wealth และประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำระบบนี้มาใช้ ระบบเปิดมีลักษณะทั่วไปดังนี้

ก. วิธีการได้มาซึ่งตุลาการจะใช้วิธีการคัดเลือกจากบุคคลที่ประสบความสำเร็จและมีประสบการณ์การทำงานในวิชาชีพกฎหมายมาแล้ว และบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกมักอยู่ในวัยกลางคน

ข. การฝึกอบรมผู้พิพากษาในระบบนี้มักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายที่มีประสบการณ์สูง จึงสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยไม่ต้องมีการอบรมจากองค์กรภายในของตุลาการอีก

ค. ความก้าวหน้าในอาชีพ ในระบบนี้ไม่มีการเลื่อนขั้นให้ตุลาการ เพราะปกติผู้ที่ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการมักจะมีตำแหน่งสูงอยู่แล้ว และมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต อย่างไรก็ตามแม้ว่าระบบนี้จะไม่มีการเลื่อนขั้นก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ตัดสิทธิตุลาการในการได้รับตำแหน่งที่สูงขึ้นได้

ง. การปฏิบัติงานและการโยกย้ายตำแหน่ง โดยทั่วไปตุลาการในระบบนี้จะปฏิบัติงานที่ศาลใดศาลหนึ่งที่ตนได้รับแต่งตั้งโดยไม่มีการโอนย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ที่ศาลอื่น แต่การโอนย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ที่ศาลอื่นสามารถทำได้โดยการได้รับความยินยอมจากตัวตุลาการและทำได้เป็นการชั่วคราวเท่านั้น

จึงเห็นได้ว่า ตุลาการในระบบเปิดมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่สูงกว่าตุลาการในระบบปิด

⁵ศิระ ขวัญสุวรรณ, “การได้มาซึ่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 38.

3.2.2. ระบบปิด (Bureaucratic Model)

ระบบนี้เป็นระบบที่มีการใช้อำนาจในประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น ระบบปิดมีลักษณะทั่วไป ดังนี้

ก. วิธีการได้มาซึ่งตุลาการใช้วิธีการสอบคัดเลือกจากบุคคลทั่วไปที่อายุยังน้อย โดยไม่จำเป็นต้องมีประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ข. หลังจากผ่านการสอบคัดเลือกแล้ว ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจะต้องเข้ารับการฝึกอบรมในองค์กรตุลาการก่อนที่จะปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งตุลาการ

ค. เป็นระบบที่ให้ความสำคัญกับระบบอาวุโสหรือลำดับก่อนหลังในการดำรงตำแหน่งตุลาการซึ่งจะเป็นตัวกำหนดบทบาทของตุลาการภายในองค์กร และส่งผลสำคัญในการพิจารณาโยกย้ายหรือเลื่อนตำแหน่งให้ไปดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น

ง. การปฏิบัติงานมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานทั่วไปโดยสามารถโยกย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ที่ศาลอื่นได้ ไม่ถูกจำกัดอยู่เพียงในศาลใดศาลหนึ่งเท่านั้น

3.3 รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการ

กระบวนการสุดท้ายของการได้มาซึ่งตุลาการคือกระบวนการพิจารณาแต่งตั้งบุคคลที่ผ่านการคัดเลือก ซึ่งรูปแบบการแต่งตั้งตุลาการมีอยู่ด้วยกัน 3 ระบบ ดังนี้⁶

⁶ปัญญา อุดชาชน, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ: ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น. 85-86.

3.3.1. รูปแบบที่ใช้บุคคลเพียงคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้แต่งตั้ง

ในกรณีบุคคลคนเดียวที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการส่วนใหญ่แล้วจะเป็นประมุขของรัฐซึ่งถือว่าเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐ จึงได้ให้อำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ในกรณีการแต่งตั้งโดยบุคคลหลายคนที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มอบอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญให้ประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

3.3.2. รูปแบบที่ใช้องค์กรเป็นผู้แต่งตั้ง

รูปแบบนี้เป็นการมอบอำนาจให้องค์กรเพียงองค์กรเดียวหรือหลายองค์กรเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ ส่วนใหญ่แล้วการให้องค์กรเดียวเข้าไปทำหน้าที่ในการแต่งตั้งตุลาการ ได้แก่ องค์กรรัฐสภา แบ่งออกเป็นสภาผู้แทนราษฎร และสภาสูงหรือวุฒิสภา บางประเทศมอบอำนาจให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง บางประเทศมอบอำนาจให้สภาสูงหรือวุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง แต่บางประเทศก็มอบอำนาจให้ทั้งสองสภามีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการในจำนวนที่เท่ากัน เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ให้สภาผู้แทนแห่งสหพันธ์รัฐ และสภาผู้แทนแห่งมลรัฐ มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญในจำนวนที่เท่ากัน เป็นต้น

3.3.3. รูปแบบผสม

เป็นรูปแบบที่กำหนดตัวบุคคลและองค์กรเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ เช่น ประเทศอิตาลี ที่กำหนดให้ประธานาธิบดี รัฐสภา และศาลสูงเป็นผู้มีอำนาจในการเลือกและแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเท่าเทียมกัน และมีสัดส่วนเท่ากัน คือ จำนวน 1 ใน 3 ของตุลาการทั้งหมด ระบบนี้เป็นการนำเอาระบบแรกและระบบที่ 2 มารวมกัน และแบ่งอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญออกไปโดยให้อำนาจตัวบุคคลและองค์กรต่างๆที่เกี่ยวข้องไปทำการเลือกและแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ

3.4. การได้มาซึ่งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

3.4.1 ระบบศาลของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ระบบศาลของประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบศาลคู่ (the dual system of courts) โดยแบ่งศาลออกเป็น 2 ระบบแยกออกจากกันอย่างเป็นเอกเทศได้แก่ ระบบศาลยุติธรรม (ordinary court) และระบบศาลปกครอง (administrative court)⁸ ในแต่ละระบบศาลมีการจัดองค์กร การบริหารงานบุคคล ตลอดจนระบบผู้พิพากษาหรือตุลาการของตนเองแยกเป็นอิสระออกจากกัน ในขณะที่ระบบกฎหมายของฝรั่งเศสแยกเป็นกฎหมายเอกชน (private law) และกฎหมายมหาชน (public law)⁹ ศาลยุติธรรมแบ่งเป็น 2 ส่วน คือส่วนแพ่ง และส่วนอาญา และแบ่งออกเป็น 3 ชั้นคือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุด¹⁰ และศาลปกครองก็แบ่งออกเป็น 3 ชั้นเช่นกัน ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุดคือสภาแห่งรัฐ¹¹ ระบบศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งครอบคลุมทั้งกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายธุรกิจ กฎหมายแรงงาน และกฎหมายประกันสังคม ระบบศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายปกครอง และกฎหมายภาษีอากร เป็นต้น¹² ในกรณีที่ปัญหาข้อขัดแย้งว่าข้อพิพาทนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดรัฐบัญญัติ ค.ศ. 1872 กำหนดให้มีศาลวินัยชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจศาล เป็นผู้วินัยชี้ขาด นอกจากนั้นยังมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (the Constitutional Court) ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1958 เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับ

⁷Kahn-Freund, Levy and Rudden, A source-book on French Law : system, methods, outlines of contract, 2d ed. (Oxford: The Clarendon Press, 1979), p. 145.

⁸"The Judiciary in France," Accessed June 2, 2017, From http://www.justice.gouv.fr/art_pix/2_plaquette_justiceenFrance_angl.Pdf. p. 25.

⁹วิรัช วิรัชนิการวรรณ, ศาลปกครอง:วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร:นิติธรรม, 2542), น. 209.

¹⁰*supra* note 8, p. 27.

¹¹ฐิติเชษฐ นุชนาฏ, "การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543," วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, (2547), น. 52.

¹²*supra* note 8, p. 27,33.

รัฐธรรมนูญ ความถูกต้องของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตรวจสอบความถูกต้องของการออกเสียงประชามติ เป็นต้น¹³

3.4.2 การบริหารงานบุคคลของตุลาการ

การบริหารงานบุคคลของตุลาการในยุครัฐธรรมนูญระบอบโบราณมีประเพณีการปฏิบัติที่ตุลาการได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลที่กษัตริย์ทรงโปรดปราน รวมทั้งจากบุคคลที่มีทุนทรัพย์มากเพียงพอที่จะทำให้กษัตริย์ทรงโปรดปราน หลังจากปฏิวัติใหญ่มีการให้ประชาชนเลือกตุลาการแทนการใช้ระบบอุปถัมภ์ ต่อมาในสมัยนโปเลียนบอแนปาร์ตได้ยกเลิกการเลือกตั้งตุลาการและประกาศใช้หลักการไม่อาจถอดถอนตุลาการออกจากตำแหน่งได้¹⁴ จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 ได้มีบทบัญญัติรับรองการบริหารงานบุคคลของตุลาการไว้เป็นการเฉพาะในหมวด 8 องค์กรตุลาการ ตั้งแต่มาตรา 64 และ 65 โดยได้บัญญัติถึงหลักความเป็นอิสระของตุลาการ สถานะ การโยกย้าย การถอดถอน และการลงโทษ ทั้งตุลาการศาลยุติธรรมและศาลปกครองไว้ดังนี้

“มาตรา 64 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ประกันความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการของรัฐฝ่ายตุลาการ

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้รับความช่วยเหลือในการดำเนินการดังกล่าวโดยคณะกรรมการตุลาการ

รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดสถานะของผู้พิพากษา

การโยกย้ายผู้พิพากษาโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาจะกระทำมิได้”

“มาตรา 65 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธานโดยตำแหน่ง และอาจทำหน้าที่ประธานแทนประธานาธิบดีได้

คณะกรรมการตุลาการประกอบด้วยสององค์คณะ องค์คณะแรกมีอำนาจในด้านผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี และอีกองค์คณะมีอำนาจในด้านผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พนักงานอัยการ

องค์คณะที่มีอำนาจในด้านผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนอกจากจะประกอบด้วยประธานาธิบดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแล้ว ยังประกอบด้วยผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีจำนวน 5 คน ผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พนักงานอัยการ 1 คน สมาชิก

¹³ วิรัช วิรัชนิการวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 211.

¹⁴ วิรัช วิรัชนิการวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 240.

สภาแห่งรัฐระดับสูงซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากสภาแห่งรัฐ 1 คน และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 3 คนที่มีได้เป็นสมาชิกรัฐสภาและผู้พิพากษาซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาตามลำดับ

องค์คณะที่มีอำนาจในด้านผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พนักงานอัยการนอกจากจะประกอบด้วยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแล้วยังประกอบด้วยผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พนักงานอัยการจำนวน 5 คน และผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี 1 คน สมาชิกสภาแห่งรัฐ 1 คน และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 3 คน ดังกล่าวแล้วในวรรคก่อน

องค์คณะที่มีอำนาจในด้านผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นผู้เสนอแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ และอธิบดีศาลชั้นต้น และเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาในตำแหน่งอื่น

องค์คณะตามวรรคก่อนทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการพิจารณาความผิดทางวินัยของผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี โดยให้ประธานศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการดังกล่าว

องค์คณะที่มีอำนาจในด้านผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พนักงานอัยการเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พนักงานอัยการ เว้นแต่ตำแหน่งที่อยู่ในอำนาจการแต่งตั้งของคณะรัฐมนตรี

องค์คณะตามวรรคก่อนเป็นผู้ที่พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดทางวินัยของผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่พนักงานอัยการ โดยให้อัยการสูงสุดทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการ

รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขต่างๆในการปฏิบัติให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้"

จึงเห็นว่าคณะกรรมการตุลาการเป็นผู้รับผิดชอบการบริหารงานบุคคลของศาลไม่ว่าจะเป็นการถอดถอนหรือการแต่งตั้งก็ตาม การใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีผลต่อความเป็นอิสระของตุลาการเพราะสามารถให้คุณให้โทษตุลาการได้ แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้วจะเห็นว่ามีส่วนของฝ่ายการเมืองเพียง 1 ใน 2 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดประกอบกับในทางปฏิบัติประธานาธิบดีจะเป็นประธานคณะกรรมการเพียงในนามเท่านั้น แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วประธานาธิบดีจะมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการตุลาการแทน ดังนั้นตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการฝ่ายการเมืองจึงไม่อาจครอบงำฝ่ายตุลาการได้

3.4.3 การได้มาซึ่งตุลาการศาลยุติธรรม

การคัดเลือกผู้พิพากษาของฝรั่งเศสอาจแบ่งได้เป็น 3 สมัย สมัยแรกคือสมัยก่อนการปฏิวัติใหญ่ในปี 1789 เป็นสมัยที่พระมหากษัตริย์เป็นผู้มีสิทธิขาดในการแต่งตั้งผู้พิพากษาแต่พระองค์เดียว และการแต่งตั้งก็เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย ต่อมาภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในปี 1789 ตำแหน่งผู้พิพากษาถูกผูกขาดอยู่ในแวดวงของผู้มีวิชาชีพกฎหมาย สมัยที่ 2 คือสมัยหลังการปฏิวัติใหญ่ (1810-1958) การคัดเลือกผู้พิพากษามีการทำอย่างเป็นระบบมากขึ้น กล่าวคือมีการแต่งตั้งจากผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด แต่ก็ไม่มีการฝึกอบรมที่แน่นอน ผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษามust ต้องมีอายุอย่างน้อย 25 ปี และมีความรู้ทางกฎหมายเทียบได้ไม่ต่ำกว่าวุฒิปริญญาตรี (Licencie en droit) นอกจากนั้นต้องมีประสบการณ์โดยเป็นทนายความซึ่งเคยว่าความในศาลมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี ในปี 1908 ได้มีการกำหนดให้มีการสอบคัดเลือกเกิดขึ้น และในปี 1946 ได้ให้สิทธิแก่สตรีในการเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา¹⁵

สมัยที่ 3 เริ่มเมื่อปี 1958 โดยการจัดให้มีการฝึกอบรมผู้ช่วยผู้พิพากษาที่ Center National d'Etudes Judiciares ณ เมือง Bordeaux และต่อมาได้จัดตั้งศูนย์ฝึกอบรมผู้พิพากษาในปี 1970 เรียกว่า École Nationale de la Magistrature ศูนย์ฝึกอบรมผู้พิพากษาดังกล่าวตั้งขึ้นโดยเลียนแบบ École Nationale d'Administration ซึ่งเป็นศูนย์ฝึกอบรมข้าราชการพลเรือนระดับสูงของฝรั่งเศส¹⁶

ตามรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ใช้ระบบการแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยการจัดตั้งองค์กรพิเศษที่เรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการ” หรือ “Conseil Supérieur de la Magistrature” เป็นองค์กรที่มีมาแต่ดั้งเดิมโดยก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 Conseil Supérieur de la Magistrature หมายถึง ศาลฎีกา (Cour de Cassation) ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินัยของผู้พิพากษา ซึ่งเป็นระบบที่มอบให้ผู้พิพากษาอาวุโสดูแลควบคุมความประพฤติการปฏิบัติตัวของผู้พิพากษาด้วยกันเอง¹⁷ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 หรือ

¹⁵สุรเจตน์ วิจิตชลชัย, “การคัดเลือกและฝึกอบรมผู้พิพากษาของประเทศฝรั่งเศส,” อุลพาณ, เล่ม 6, ปีที่ 22, น. 19-23 (พฤศจิกายน – ธันวาคม 2518)

¹⁶เพ็งอ้วน, น. 20

¹⁷Roger PERROT, *Institutions Judiciaires*, Paris, Montchrestie, 1986, p.54, อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ, “ก.ต. ฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 22, น. 361 (มีนาคม 2535).

รัฐธรรมนูญฉบับ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 ได้มีการกำหนดโครงสร้างและองค์ประกอบของ Conseil Supérieur de la Magistrature ให้ประกอบด้วยสมาชิก 14 คน ดังนี้¹⁸

- (1) ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นประธาน
- (2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธาน
- (3) ผู้ทรงคุณวุฒิที่สภาผู้แทนราษฎร (Assemblée Nationale) เลือกจากผู้ที่มีได้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 6 คน ให้ดำรงตำแหน่งเป็นเวลา 6 ปี (ผู้ที่ได้รับเลือกจะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากจำนวน 2/3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร)
- (4) ผู้พิพากษาจำนวน 4 คน โดยได้รับเลือกตั้งมาจากศาลต่างๆ ได้แก่ ศาลฎีกา (Cour de Cassation) ศาลอุทธรณ์ (Cour d'Appel) ศาลคดีแพ่ง (Tribunaux Civils) และศาลคดีอาญา มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 6 ปี

(5) ผู้ทรงคุณวุฒิ 2 คน ซึ่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งและอยู่ในตำแหน่ง 6 ปี โดยต้องแต่งตั้งจากผู้ประกอบวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรม (professions judiciaires) ที่มีได้เป็นผู้พิพากษา และมีได้เป็นสมาชิกรัฐสภา (Parlement) เช่น ทนายความ เป็นต้น

โครงสร้างดังกล่าวข้างต้นเป็นโครงสร้างที่ให้ความสำคัญกับฝ่ายที่มาจากการเลือกตั้งเป็นอย่างมาก (สัดส่วนจากฝ่ายที่มาจากการเลือกตั้ง 10: 4) และผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับเลือกตั้งจากสภาผู้แทนราษฎรก็จะต้องได้รับเลือกตั้งด้วยคะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษถึง 2/3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ดังนั้น Conseil Supérieur de la Magistrature จึงมีอิสระค่อนข้างมาก และมีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลของฝ่ายตุลาการค่อนข้างสูง คือ นอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษา (การเลื่อนชั้น การเลื่อนเงินเดือน การลงโทษทางวินัย) แล้ว การแต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งกระทำโดยกฤษฎีกา (décret) แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐจะต้องเป็นไปตามข้อเสนอแนะของ Conseil Supérieur de la Magistrature ด้วย¹⁹

Le Conseil Supérieur de la Magistrature ตามรัฐธรรมนูญฉบับ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ตามมาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้บัญญัติไว้ว่า “ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้กำกับความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการให้มีคณะกรรมการชุดหนึ่ง

¹⁸รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4 มาตรา 83 , อ้างถึงใน วิษณุ วัลญญู, “ก.ต.ฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 22, น. 361 (มีนาคม 2535).

¹⁹วิษณุ วัลญญู, “ก.ต.ฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 22, น. 362 (มีนาคม 2535).

เรียกว่า Le Conseil Supérieur de la Magistrature ช่วยเหลือประธานาธิบดีในการดังกล่าว สถานะของตุลาการให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique) จะโยกย้ายถ่ายถอนผู้พิพากษาไม่ได้”

สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบของ Le Conseil Supérieur de la Magistrature นั้น ตามรัฐธรรมนูญฉบับ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 มาตรา 65 บัญญัติไว้ว่า

“ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นประธาน Le Conseil Supérieur de la Magistrature รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธานโดยตำแหน่ง และอาจทำหน้าที่แทนประธานาธิบดีได้

Le Conseil Supérieur de la Magistrature ประกอบด้วยสมาชิกอื่นอีก 10 คน ซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ภายใต้บังคับแห่งหลักเกณฑ์ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique)”²⁰

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique) เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญว่ากฎหมายธรรมดา เพราะเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดของสถาบันที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นเพื่อมิให้มีปัญหาที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญอาจจะขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ มาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติไว้ว่า ก่อนประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาและมีคำวินิจฉัยว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเสียก่อน ในกรณีของ Le Conseil Supérieur de la Magistrature ได้มีการออกกฤษฎีกาประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 22 ธันวาคม 1958 (Ordonance Organique 22 décembre 1958) ที่มีการออกเป็นกฤษฎีกาเนื่องจากในระยะเริ่มแรกของการใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 นั้น ยังไม่ได้มีสถาบันการเมืองใดๆตามรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐสภา เป็นต้น มาตรา 92 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบทเฉพาะกาล จึงได้ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจนิติบัญญัติเท่าที่จำเป็นด้วยการออก Ordonance ให้มีผลบังคับเช่นเดียวกับกฎหมาย แต่ก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ก่อน

ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการประกอบด้วยกรรมการ 12 คน มีประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธานโดยตำแหน่ง และประกอบด้วยคณะกรรมการอื่นอีก 10 คน ซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เลขที่ 58-127 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 1958 มาตรา 1 ได้แก่ กรรมการ 3 คน จากศาลฎีกาซึ่งต้องมีอายุการระดับหัวหน้าอัยการ 1 คน และกรรมการ 3 คน แต่งตั้งจากผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์และศาลชั้นต้น กรรมการทั้ง 6 คนนี้ให้คัดเลือกจากรายชื่อที่ศาลฎีกาเป็นผู้เสนอจำนวน 3 เท่าของกรรมการที่ได้รับแต่งตั้ง ส่วนกรรมการที่เหลืออีก

²⁰เฟิ่งอ๋าง, น. 362.

4 คน 1 คน แต่งตั้งจากสมาชิกของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จากบัญชีรายชื่อที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ (Assemblée générale du Conseil d'Etat) เสนอจำนวน 3 คน ส่วนกรรมการอีก 3 คน แต่งตั้งจากผู้ที่ไม่ได้เป็นตุลาการ โดยคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิโดยประธานาธิบดีเลือก 1 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรเลือก 1 คน และประธานวุฒิสภาเลือกอีก 1 คน กรรมการตุลาการที่ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งทั้ง 10 คน อยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี และเป็นซ้ำได้เพียงครั้งเดียว นอกจากนั้นในระหว่างที่เป็นกรรมการตุลาการจะเป็นสมาชิกรัฐสภาหรือทนายความไม่ได้²¹

3.4.3.1 การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรม²²

ระบบ และคุณสมบัติการเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศส สังกัดกระทรวงยุติธรรม เรียกว่า “มายิสตรา”(Magistrat) มี 2 วิธีคือ

(1) การสอบคัดเลือกทั่วไป ผู้พิพากษาส่วนใหญ่จะได้รับการคัดเลือกโดยการสอบแข่งขัน ซึ่งในปี 2002 มีสัดส่วนของผู้พิพากษาที่ผ่านการคัดเลือกโดยวิธีการสอบถึงร้อยละ 72 ของการได้มาซึ่งผู้พิพากษาทั้งหมด²³ ผู้สมัครต้องสำเร็จวิชากฎหมาย อายุไม่ต่ำกว่า 27 ปี โดยการสอบข้อเขียนและสอบปากเปล่า และใช้เวลาในการฝึกอบรม 2 ปี

(2) การทดสอบความรู้ ผู้สมัครต้องเป็นนักกฎหมาย หรือข้าราชการที่มีประสบการณ์ในการทำงาน

3.4.3.2 การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลชั้นต้น

การคัดเลือกบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการ ผู้จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาต้องผ่านการศึกษาและฝึกอบรมกฎหมายจาก “วิทยาลัยตุลาการแห่งชาติ” (L'Ecole Nationale de la Magistrature)²⁴ ซึ่งมีฐานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง สังกัดรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม แต่ผู้บริหารและบุคลากรของ

²¹วิชฌ วรญาณ , *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 363 และ ประทีป เฉลิมภัทรกุล, “โครงสร้างคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม,” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตรมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 16-17.

²²ฐิติเชกษณ์ นุชนาฏ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 53-56.

²³John Bell, *Judiciaries within Europe : a comparative review*, (Cambridge University Press, 2006), pp. 52,53.

²⁴สุรเจตน์ วิจิตชลชัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น. 21

สถาบันส่วนใหญ่จะเป็นผู้พิพากษาและอัยการ²⁵ผู้ศึกษาอบรมกฎหมายในวิทยาลัยแห่งนี้เรียกว่า “Auditeurs de justice”²⁶

คุณสมบัติผู้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกเข้าศึกษาอบรมในวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติ ต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

(1) สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีทางกฎหมาย หรือประกาศนียบัตรของสถาบันการปกครองส่วนภูมิภาค

(2) รับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี

ผู้สมัครสอบแต่ละคนสามารถสมัครเข้าศึกษาต่อในวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติได้ไม่เกิน 3 ครั้ง การคัดเลือกผู้สมัครที่มีประสบการณ์ทางกฎหมาย คือ ต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ต้องได้รับปริญญาเอกทางกฎหมาย หรือเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ หรือนายทหาร มีความรู้ในสาขาวิชานิติศาสตร์ หรือ เศรษฐศาสตร์ หรือ สังคมศาสตร์ แล้วแต่กรณี

ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมของฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือ ชั้นสอง (แบ่งออกเป็น 2 ระดับ) ชั้นหนึ่ง (แบ่งออกเป็น 2 ระดับ) ชั้นพิเศษ (ข้าราชการตุลาการศาลสูงสุด อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หัวหน้าอัยการประจำศาลอุทธรณ์ ข้าราชการตุลาการศาลอุทธรณ์ในกรุงปารีส และข้าราชการในศาลชั้นต้นบางศาล)

รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้สามารถแต่งตั้งบุคคลที่ได้รับปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด ให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาชั้นสองและชั้นหนึ่ง ตามลำดับ ดังนี้

(1) เป็นข้าราชการพลเรือน พนักงานองค์การของรัฐ หรือข้าราชการทหาร ที่ปฏิบัติหน้าที่มาแล้วไม่น้อยกว่า 8 ปี

(2) เป็นศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ที่ได้บรรยายมาแล้ว 2 ปี หรืออาจารย์ที่ได้บรรยายในคณะนิติศาสตร์มาแล้วไม่น้อยกว่า 4 ปี

²⁵Guarnieri and Pederzoli, *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 35.

²⁶ฐิติเชนทร์ นุชนาฏ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 11*, น. 53.

(3) เป็นทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย ผู้ให้บริการในกระบวนการยุติธรรม หรือข้าราชการตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่มาแล้ว 8 ปี²⁷

ในการเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลชั้นต้นนอกจากวิธีการศึกษาและฝึกอบรมจากวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติแล้ว การเข้าสู่ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลชั้นต้นยังสามารถทำได้โดยการสอบแข่งขัน และการคัดเลือก สำหรับการสอบแข่งขันนั้นผู้มีสิทธิสอบแข่งขันต้องจบปริญญาโททางกฎหมาย และมีอายุไม่เกิน 27 ปี กลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่มีสัดส่วนในการเข้าไปเป็นผู้พิพากษามากกว่ากลุ่มอื่นๆ²⁸ ส่วนวิธีการคัดเลือกนั้น ผู้มีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกต้องเป็นพนักงานอัยการ หรือทนายความ หรือเจ้าหน้าที่ศาล ที่มีผลการปฏิบัติงานที่ดีเด่น อายุไม่เกิน 40 ปี ปฏิบัติงานในหน้าที่ดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี โดยศาลแต่ละศาลที่ผู้ขึ้นสังกัดเป็นผู้เสนอชื่อให้แก่คณะกรรมการตุลาการเป็นผู้พิจารณาคัดเลือก เมื่อได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาแล้ว จะต้องเข้ารับการฝึกอบรมกฎหมายเพื่อเตรียมตัวเป็นผู้พิพากษา และจะต้องทำรายงานทางวิชาการเกี่ยวกับวิชาการทางกฎหมายจำนวน 1 ฉบับ เสนอให้แก่คณะกรรมการตุลาการเป็นผู้พิจารณาผลงานทางวิชาการเพื่อประเมินความรู้อีกครั้ง²⁹

3.4.3.3 การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์³⁰

การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ เป็นการคัดเลือกจากตุลาการชั้นที่หนึ่ง หรือเลื่อนชั้นมาจากตุลาการชั้นสอง นอกจากวิธีการคัดเลือกแต่งตั้งและเลื่อนชั้นผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์แล้ว กฎหมายยังเปิดช่องให้มีการรับสมัครผู้ที่มีความรู้ความสามารถ เป็นการเฉพาะให้เป็นตุลาการชั้นหนึ่ง และชั้นสองได้โดยไม่ต้องผ่านการศึกษาในวิทยาลัยตุลาการแห่งชาติมาก่อน โดยให้ประกาศรับสมัครเป็นการเฉพาะ

3.4.3.4 การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุด³¹

การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุด เป็นการคัดเลือกและแต่งตั้งจากผู้พิพากษาชั้นพิเศษ หรือเลื่อนชั้นมาจากผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา (Conseillers Référendaires) หรือเลื่อนชั้นมาจากผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

²⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, “ผู้พิพากษาในประเทศไทยฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง, น. 42-43 (เมษายน 2525).

²⁸ Eva Steiner, French Legal method, (Oxford: Oxford University Press), p. 127.

²⁹ จิตติเชษฐ์ นุชนาฏ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 55.

³⁰ จิตติเชษฐ์ นุชนาฏ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 55.

³¹ จิตติเชษฐ์ นุชนาฏ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 55.

นอกจากวิธีการคัดเลือกแต่งตั้งและเลื่อนชั้นผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดแล้ว กฎหมายยังเปิดช่องให้มีการรับสมัครผู้ที่มีความรู้ความสามารถที่มีคุณสมบัติเฉพาะให้เป็นตุลาการชั้นพิเศษได้โดยให้ประกาศรับสมัครเป็นการเฉพาะ

3.4.3.5 การเลื่อนตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่ง³²

การดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเริ่มตั้งแต่ระดับหนึ่งของผู้พิพากษาชั้นสอง และมีการเลื่อนตำแหน่งไปจนถึงศาลสูงสุดตามกำหนดระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาในแต่ละชั้น

ในการเลื่อนตำแหน่งผู้พิพากษาจะมีคณะกรรมการเลื่อนชั้น (La Commission d'Avancement) ที่ประกอบด้วยกรรมการจำนวน 21 คนมีประธานศาลสูงสุดเป็นประธานกรรมการ ส่วนกรรมการอื่นๆได้รับการเลือกตั้งมาจากตุลาการศาลอุทธรณ์ และอยู่ในตำแหน่งคราวละ 3 ปี มีอำนาจหน้าที่ในการเสนอให้มีการเลื่อนชั้นตุลาการโดยจะต้องจัดทำบัญชีรายชื่อเลื่อนชั้น (Tableau d'Avancement) เสนอต่อคณะกรรมการตุลาการเป็นผู้พิจารณาแต่งตั้ง

3.4.3.6 การเกษียณอายุของตุลาการ³³

ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเกษียณอายุเมื่อมีอายุครบ 65 ปีบริบูรณ์

ผู้พิพากษาศาลสูงสุดเกษียณอายุเมื่ออายุครบ 68 ปี บริบูรณ์

กล่าวโดยสรุป คณะกรรมการตุลาการมีอำนาจในการเสนอชื่อบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกา และอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง ส่วนผู้พิพากษาในระดับอื่น ๆ คณะกรรมการตุลาการเพียงแต่ให้ความเห็นเกี่ยวกับรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งเท่านั้น นอกจากนี้ยังให้ความเห็นด้านการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษา กับการให้ความเห็นเกี่ยวกับการอภัยโทษแก่ประธานาธิบดีด้วย แต่ในเรื่องวินัยของผู้พิพากษาให้ประธานศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นประธาน โดยประธานาธิบดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะไม่เข้าประชุมด้วย³⁴

ส่วนการดำเนินการเกี่ยวกับคณะกรรมการตุลาการบางอย่าง เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกกรรมการตุลาการ หรือการแต่งตั้งผู้พิพากษตามข้อเสนอของ

³² ฐิติเชนทร์ นุชนาฏ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 56.

³³ ฐิติเชนทร์ นุชนาฏ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 56.

³⁴ ทวี ประจวบลาภ, “โครงสร้างคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) กับความเป็นอิสระและการควบคุมตรวจสอบในการพิจารณาพิพากษาคดีของข้าราชการตุลาการ,” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 61.

คณะกรรมการ ตุลาการ หรือการจัดทำตารางเลื่อนชั้นผู้พิพากษา หรือการชี้ขาดคดีทางวินัยของ คณะกรรมการตุลาการนั้น บุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถยื่นเรื่องให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในฐานะที่เป็น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยชี้ขาดได้ ถือว่าสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ การทำงานของคณะกรรมการตุลาการอีกชั้นหนึ่ง³⁵

3.4.3.7 หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

แม้ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 บัญญัติให้ประธานาธิบดีเป็นผู้มี อำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ³⁶ และในการแต่งตั้งตุลาการนั้นให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งจากรายชื่อที่ คณะกรรมการตุลาการเสนอกรณีที่เป็นการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ และ อธิบดีศาลชั้นต้น และจะต้องแต่งตั้งจากรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเสนอโดยผ่านความ เห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ กรณีที่เป็นตุลาการตำแหน่งอื่นนอกจาก 3 ตำแหน่งที่กล่าวมา³⁷ แต่เมื่อพิจารณาโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 มาตรา 65 ทั้ง 12 คน ล้วนแต่เป็นฝ่ายการเมืองทั้งสิ้นเพราะได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ในแง่การเข้าสู่ ตำแหน่งของตุลาการของฝรั่งเศสจึงสามารถถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อ ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการแล้วรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ ว่าประธานาธิบดีเป็นผู้ประกันความเป็นอิสระของตุลาการ การโยกย้ายตุลาการโดยไม่ได้รับความ ยินยอมจากตุลาการนั้นไม่อาจกระทำได้³⁸ และเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแล้วสามารถอยู่ใน ตำแหน่งได้จนเกษียณอายุ กรณีผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเกษียณอายุเมื่อมีอายุครบ 65 ปีบริบูรณ์ ส่วน ผู้พิพากษาศาลสูงสุดเกษียณอายุเมื่ออายุครบ 68 ปี บริบูรณ์ จึงเห็นได้ว่าแม้ฝ่ายการเมืองจะมีอำนาจ ในการแต่งตั้งตุลาการ แต่เมื่อดำรงตำแหน่งแล้วฝ่ายการเมืองไม่อาจแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของ ตุลาการได้ ดังนั้นแม้ฝ่ายการเมืองจะมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการก็ตามแต่ตุลาการก็ยังคงมีความเป็น อิสระในการปฏิบัติหน้าที่ได้

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่าระบบการแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ดี นั้นควรจะให้คณะกรรมการตุลาการประกอบด้วยผู้ที่มิได้รับการแต่งตั้งโดยสถาบันการเมืองเป็นส่วน ใหญ่ นอกเหนือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม และประธานาธิบดีแล้ว กรรมการคนอื่นใน จำนวนระหว่างครึ่งหนึ่งถึง 3 ใน 5 ส่วน อาจจะคัดเลือกจากผู้พิพากษาโดยใช้ระบบตามรัฐธรรมนูญ

³⁵เพ็งอ้าง, น. 61.

³⁶รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 13.

³⁷รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 65.

³⁸รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 64.

ค.ศ.1946³⁹ กล่าวคือคัดเลือกผู้แทน 2 หรือ 3 คน ตามลำดับชั้นของศาลและอาศัยวิธีการอย่างเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อให้คณะกรรมการตุลาการประกอบด้วยผู้พิพากษาแต่เพียงอย่างเดียว โดยควรจะให้บุคคลอื่นที่มีความเป็นอิสระเป็นที่เชื่อถือได้รวมอยู่ด้วย เช่น ผู้แทนสมาคมทนายความ สภานักงานศาล หรือศาสตราจารย์ทางกฎหมาย⁴⁰

3.4.4 การได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง

3.4.4.1 ความเป็นมาของศาลปกครอง

ศาลปกครองของฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการมาจากการเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครองมาตั้งแต่เริ่มแรกโดยแยกออกมาจากศาลยุติธรรมหรือศาลปาร์เลอมองต์ (La Cour de Parlement) ⁴¹ และเมื่อเกิดการปฏิวัติใหญ่ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปเป็นการปกครองแบบสาธารณรัฐ คณะผู้ก่อการปฏิวัติเกรงว่าศาลยุติธรรมจะแทรกแซงฝ่ายบริหารหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร จึงได้ออกกฎหมายให้ศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรมเกิดเป็นระบบศาลคู่ขึ้น จุดเริ่มต้นของศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสจึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรม แต่เกิดจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองคือสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ จากนั้นจึงเป็นสภาแห่งรัฐแล้วจึงพัฒนาการไปสู่การเป็นศาลปกครองที่เป็นอิสระ ทั้งนี้แนวคิดของศาลปกครองของฝรั่งเศสไม่เพียงแต่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ยังเป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและช่วยให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างรอบคอบอีกด้วย และแนวคิดดังกล่าวได้แพร่หลายไปสู่ประเทศต่างๆหลายประเทศรวมถึงประเทศไทย⁴²

จึงเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดที่ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมควรพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น ส่วน

³⁹คณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 มี 14 คน ประกอบด้วยประธานาธิบดีเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธาน กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 6 คน ที่สภาผู้แทนราษฎรเลือกตั้งจากบุคคลที่มีได้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ข้าราชการตุลาการ 4 คน โดยเป็นตัวแทนของข้าราชการตุลาการทุกประเภท และกรรมการอีก 2 คนซึ่งประธานาธิบดีแต่งตั้งจากผู้ที่ประกอบวิชาชีพทางศาลแต่ไม่ได้เป็นสมาชิกรัฐสภาหรือข้าราชการตุลาการ ,อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, “ผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 1, ตอน 1, น.32 (เมษายน 2525).

⁴⁰ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 36.

⁴¹ปัญญา อุดชาชน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 187.

⁴²วิรัช วิรัชนิการ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 203-204.

คดีปกครองอันเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารราชการของฝ่ายปกครองไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่าการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครองด้วย ผู้ที่จะพิจารณาพิพากษาคดีปกครองจึงไม่ควรเป็นเพียงผู้ที่เชี่ยวชาญเกี่ยวกับคดีปกครองแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องเป็นผู้ที่มีจิตวิญญาณของนักบริหารงานทางการปกครองด้วย ทั้งนี้เพื่อที่จะได้ตระหนักถึงผลกระทบของคำวินิจฉัยของศาลที่จะมีต่อการบริหารราชการเพื่อสาธารณประโยชน์ด้วย⁴³

3.4.4.2 ลักษณะเด่นของศาลปกครองของฝรั่งเศส มีดังนี้⁴⁴

(1) ศาลปกครองมีฐานะที่เป็นอิสระจากศาลยุติธรรมโดยเด็ดขาด⁴⁵ ความเป็นอิสระของศาลปกครองดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่คำพิพากษาในข้อกฎหมายของศาลปกครองไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรมสูงสุด

(2) ศาลปกครองจะนำหลักการพิเศษของกฎหมายมาปรับแก้คดีที่อยู่ในอำนาจของตน ได้แก่หลักการของกฎหมายมหาชนซึ่งแตกต่างในข้อสาระสำคัญกับกฎหมายเอกชนอย่างสิ้นเชิง

(3) การแบ่งอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมนั้น คดีใดที่ต้องนำกฎหมายมหาชนมาปรับแก้คดีนั้นเป็นอำนาจของศาลปกครอง ส่วนคดีใดที่ต้องนำกฎหมายเอกชนมาปรับแก้คดีนั้นเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม

(4) ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) เป็นผู้ควบคุมคำพิพากษาของศาลทั้งหลาย ซึ่งมีฐานะเป็นศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้อกฎหมาย

(5) มีการแบ่งแยกผู้พิพากษาศาลปกครองและศาลยุติธรรมออกจากกันอย่างเด็ดขาด กล่าวคือผู้พิพากษาศาลปกครองจะโอนไปเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมิได้ ในทางกลับกันผู้พิพากษาศาลยุติธรรมก็จะโอนไปเป็นผู้พิพากษาศาลปกครองมิได้เช่นเดียวกัน⁴⁶

⁴³วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 93-96.

⁴⁴สิทธิศักดิ์ สลิต, “ปัญหาการเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลปกครองของผู้มีวิชาชีพทนายความ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2548), น. 34.

⁴⁵*supra* note 8, p.33

⁴⁶อิสระ นิติทัศน์ประภาส, “ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย,” ในการประชุมวิชาการ, จัดโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 9 สิงหาคม 2523, น. 119

3.4.4.3 ฐานะของตุลาการศาลปกครอง

ตุลาการในศาลปกครองฝรั่งเศสมีฐานะเป็นข้าราชการพลเรือน แต่มีการบริหารงานบุคคลของตนเองแตกต่างจากข้าราชการพลเรือนทั่วไป⁴⁷ นอกจากนั้นตุลาการศาลปกครองก็ยังมีฐานะทางกฎหมายเหมือนข้าราชการศาลยุติธรรมเพราะตุลาการในศาลปกครองมิได้เป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมและมีกฎหมายของตนเองแยกออกมาต่างหาก⁴⁸ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษก็นำรัฐบัญญัติที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 (the Act 83-634 of 13 July 1983) ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนทั่วไปมาใช้บังคับกับตุลาการศาลปกครองด้วย⁴⁹

3.4.4.4 ระบบและอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง⁵⁰

ศาลปกครองฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือ

ก. ศาลปกครองชั้นต้น (tribunaux administratifs) มีจำนวน 33 ศาล มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญดังนี้

(1) ศาลปกครองชั้นต้นแบ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้นทั่วไป และศาลปกครองชั้นต้นเฉพาะด้าน โดยศาลปกครองชั้นต้นทั่วไปมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเฉพาะด้าน ในขณะที่ศาลปกครองเฉพาะด้านมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองบางประเภทที่อาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษเฉพาะด้าน และมีอำนาจอยู่ในขอบเขตจำกัด

(2) พิจารณาพิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับคำวินิจฉัยหรือสัญญาขององค์กรของรัฐ ซึ่งครอบคลุมคดีปกครองที่ขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่มีพื้นฐานมาจากการที่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการผิดกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจหรือปฏิบัติงานเกินอำนาจตามกฎหมาย การแย่งชิงอำนาจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ การละเลยพิธีการสำคัญ และการฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นต้น

(3) พิจารณาพิพากษาคดีปกครองในเขตที่หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง หรือลงนามในสัญญาที่ถูกนำมาฟ้องมีที่ทำการตั้งอยู่

⁴⁷*supra* note 8, p.33.

⁴⁸Christian and Susan, *The French Legal system*, 2nd ed (London: Sweet & Maxwell), p. 65.

⁴⁹วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 243.

⁵⁰วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 231-240.

(4) มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในปัญหาต่างๆ ตามที่ผู้ว่าราชการปรึกษา แต่อำนาจในการให้คำปรึกษาของศาลปกครองชั้นต้นอยู่ในขอบเขตที่จำกัด มากกว่าการให้คำปรึกษาของศาลปกครองสูงสุด

ข. ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Cour administrative d'appel) เป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 (Law of 31 December 1987) มีจำนวน 5 ศาล โดยจัดตั้งขึ้นในเมืองหลวงและเมืองใหญ่ๆ ทั้งนี้ตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1988 (decrees of 15 February 1988) บัญญัติให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเท่านั้น โดยไม่มีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานของรัฐ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญดังนี้⁵¹

(1) พิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นในคดีที่ฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทน หรือเปลี่ยนแปลงหรือกระทำการนิติกรรมที่ถูกฟ้องใหม่

(2) พิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นในคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีคำร้องขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนมาด้วย

ค. ศาลปกครองชั้นสูงสุด คือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) มี 1 ศาล ตั้งอยู่ในกรุงปารีส

ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจหน้าที่หลักที่สำคัญคือ พิจารณาพิพากษาคดีปกครองและให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล⁵² นอกเหนือจากการเป็นธุรการของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นศาลปกครอง มีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ

ประการที่ 1 อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ในคดีดังต่อไปนี้

(1) คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหมาย รัฐกำหนด หรือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

(2) คดีเกี่ยวกับสถานภาพส่วนบุคคลของข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทหาร และพนักงานรัฐวิสาหกิจที่ได้รับการแต่งตั้งโดยกฎหมายของประธานาธิบดี

(3) คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับเกินเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นศาลใดศาลหนึ่งเพียงศาลเดียว

⁵¹supra note 48, p. 99.

⁵²Brown & Bell, *French administrative Law*, 5th ed, (Oxford: Clarendon Press), pp. 59, 61.

(4) คดีฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองของรัฐมนตรีซึ่งออกโดยได้ปรึกษาสภาแห่งรัฐแล้ว

(5) คดีปกครองที่เกิดขึ้นนอกดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น

(6) คดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการระดับชาติ

(7) คดีที่ขอให้ตีความข้อกฎหมาย พิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำทางปกครองที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองนั้นอยู่ในอำนาจสภาแห่งรัฐ

(8) คดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภายุโรป

(9) พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งของสภาท้องถิ่น⁵³

ประการที่ 2 อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ พิจารณาอุทธรณ์ของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งมีใช้คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎระเบียบของฝ่ายปกครอง และมีได้มีกฎหมายกำหนดให้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นที่สุด โดยสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องการขัดกันระหว่างอำนาจศาลปกครองด้วยกัน รวมทั้งคดีที่มีการฟ้องว่าศาลปกครองชั้นต้นไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา หรือมีคำพิพากษาที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หรือตีความกฎหมายผิด ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจพิพากษายืนหรือยกเลิกคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็ได้ และในกรณีที่คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นให้ถือว่าคำพิพากษานั้นถึงที่สุด

ประการที่ 3 อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดพิจารณาพิพากษาคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ภายใต้เงื่อนไขที่ศาลกำหนด

ประการที่ 4 อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดพิจารณาพิพากษาคำพิพากษาของศาลปกครองเฉพาะด้าน เป็นการพิจารณาพิพากษาในชั้นสุดท้ายของศาลปกครองเฉพาะด้าน เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการตุลาการซึ่งวินิจฉัยในเรื่องวินัยของผู้พิพากษา

ส่วนอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลทำหน้าที่พิจารณาร่างกฎหมาย และให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาลหรือฝ่ายบริหาร

⁵³supra note 48, p. 94.

อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นหน่วยธุรการของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้น เดิมกระทรวงมหาดไทยเป็นหน่วยงานธุรการของศาลปกครองชั้นต้น แต่ต่อมาเมื่อมีการปฏิรูปศาลในช่วงปี ค.ศ. 1987-1988 จึงได้มีการโอนงานบริหารธุรการของศาลปกครองทั้งหมดไปอยู่กับสภาแห่งรัฐ ภายใต้การดูแลรับผิดชอบของรองประธานสภาแห่งรัฐและเลขาธิการสภาแห่งรัฐ

นอกจากนี้ฝรั่งเศสยังมีระบบศาลปกครองพิเศษ ได้แก่ ศาลปกครองชำนาญการเฉพาะด้านมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองบางประเภท เช่น ศาลบัญชีประจำจังหวัดทำหน้าที่ศาลปกครองพิเศษชั้นต้น ศาลบัญชีหรือศาลตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่ศาลปกครองพิเศษชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่ศาลสูงสุดในระบบการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินของรัฐ ทั้งนี้หน่วยธุรการและหน่วยบริหารของศาลปกครองคือสภาแห่งรัฐ⁵⁴

3.4.4.5 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์

ก. โครงสร้างของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์มีหลายชั้นดังนี้

- (1) ตุลาการชั้นสอง
- (2) ตุลาการชั้นหนึ่ง
- (3) ตุลาการชั้นพิเศษ
- (4) หัวหน้าศาลปกครองชั้นต้น
- (5) หัวหน้าศาลปกครองชั้นต้นอาวุโส
- (6) รองหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้นกรุงปารีส
- (7) หัวหน้าศาลปกครองชั้นต้นกรุงปารีส
- (8) หัวหน้าศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

ข. คุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์

(1) ตุลาการชั้นสอง จะแต่งตั้งจากผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากวิทยาลัยการปกครอง จำนวน 3 ใน 4 และคัดเลือกจากตุลาการศาลยุติธรรมหรือข้าราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคหรือส่วนท้องถิ่น ระดับผู้บริหารที่มีอายุรัฐการมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี จำนวน 1 ใน 4

⁵⁴สิทธิศักดิ์ สถิต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น. 35.

(2) ตุลาการชั้นหนึ่ง จะแต่งตั้งจากตุลาการชั้นสองจำนวน 6 ใน 7 และจากตุลาการศาลยุติธรรมที่เป็นผู้พิพากษามาแล้วไม่น้อยกว่า 7 ปี หรือข้าราชการที่มีอายุไม่น้อยกว่า 35 ปี และได้ปฏิบัติหน้าที่ในระดับผู้บริหารมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี

(3) ตุลาการชั้นพิเศษขึ้นไปจะแต่งตั้งตามลำดับอาวุโส

(4) หัวหน้าศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ จะแต่งตั้งจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ หรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดในระดับ *Conseillers d'Etat*

ค. การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์

ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์รวมอยู่ในกลุ่มเดียวกันเพียงแต่ปฏิบัติหน้าที่ต่างศาลกันเท่านั้น โดยส่วนใหญ่จะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นมาก่อน จากนั้นก็ย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และได้รับการเลื่อนตำแหน่งเป็นหัวหน้าศาลปกครองชั้นต้น⁵⁵ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์สังกัดกระทรวงยุติธรรมและอยู่ภายใต้การบริหารงานของเลขาธิการสภาแห่งรัฐ⁵⁶

เกี่ยวกับการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ขึ้นรับผิดชอบเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลซึ่งครอบคลุมการคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ด้วย⁵⁷ ในลักษณะเดียวกันกับคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมซึ่งดูแลการบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรม⁵⁸ กล่าวคือ ตุลาการศาลปกครองได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยออกเป็นรัฐกฤษฎีกา แต่ต้องเป็นไปตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง⁵⁹

⁵⁵วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 9, น. 249.

⁵⁶*supra* note 52, pp. 84-85.

⁵⁷รัฐบัญญัติ ค.ศ.1986 (A Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs) และรัฐบัญญัติ ค.ศ.1987 (Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et des Cours Administrative d'Appel).

⁵⁸วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 9, น. 250.

⁵⁹วิษณุ วัลย์ญ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 19, น. 362. และ วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 9, น. 240 .

ง. คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์

องค์ประกอบคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ มีจำนวน 13 คน ดังนี้

(1) รองประธานสภาแห่งรัฐ เป็นประธานกรรมการ และเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง

(2) เลขาธิการสภาแห่งรัฐ เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง

(3) ประธานคณะผู้ตรวจการปฏิบัติงานของศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ในสภาแห่งรัฐ เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง

(4) เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง

(5) เลขาธิการสำนักงานบริหารงานบุคคลกระทรวงยุติธรรม เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง

(6) ตัวแทนตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ ซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์แต่ละระดับๆ ละ 1 คน รวม 5 คน อยู่ในตำแหน่งคราวละ 3 ปี และสามารถเป็นได้ครั้งเดียว

(7) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา จำนวน 3 คน อยู่ในตำแหน่งคราวละ 3 ปี โดยบุคคลที่มีอำนาจแต่งตั้งดังกล่าวจะแต่งตั้งใครก็ได้เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดกรอบบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเอาไว้ แต่โดยทางปฏิบัติประธานาธิบดีมักจะแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐที่มีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ในการบริหารงานบุคคล ส่วนประธานสภาผู้แทนราษฎรมักจะแต่งตั้งศาสตราจารย์กฎหมาย สำหรับประธานวุฒิสภาคมักจะแต่งตั้งข้าราชการระดับสูงของวุฒิสภา ให้เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในส่วนของตน

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ มีดังนี้

(1) พิจารณาให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับร่างกฎหมายหรือคำสั่งของส่วนราชการต่าง ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับศาลปกครอง เช่น การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองเป็นกรรมการในคณะกรรมการที่จะจัดตั้งขึ้นก่อนที่จะประกาศใช้ร่างกฎหมายหรือคำสั่งดังกล่าว

(2) ดูแลรับผิดชอบการบริหารงานบุคคลของศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ในเรื่อง การแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่ง การโยกย้าย สับเปลี่ยน เป็นต้น โดยเป็นผู้พิจารณาเสนอความเห็นต่อประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจลงนามในกฎีกา

หรือคำสั่งแต่งตั้ง หรือเลื่อนชั้น แล้วแต่กรณี อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในส่วนนี้เป็นหลักประกัน ความเป็นอิสระของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ นับแต่แต่งตั้งคณะกรรมการ ตุลาการขึ้นมา ความเห็นของคณะกรรมการได้รับการปฏิบัติตามในทุกกรณี

(3) เป็นองค์กรพิจารณาวินัยของข้าราชการในศาลปกครองชั้นต้น และชั้นอุทธรณ์

(4) พิจารณาให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงระบบการทำงานของ ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น และชั้นอุทธรณ์

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์มีอำนาจ หน้าที่ดูแลการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์เท่านั้นไม่รวมตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดด้วยแต่อย่างใด เหตุผลเพราะเป็นตุลาการคนละกลุ่มกัน ทั้งนี้ตุลาการ ศาลปกครองสูงสุดมีองค์กรบริหารงานบุคคลอยู่ในศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐอยู่แล้ว และ หากพิจารณาจากองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการในแต่ละชั้นศาลแล้วพบว่า ความเป็นอิสระ ของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์จะมีมากกว่าศาลปกครองสูงสุด

สำหรับขั้นตอนการทำงานของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ชั้นต้น และชั้นอุทธรณ์นั้น เมื่อคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ได้พิจารณา และมีมติในเรื่องใดแล้วก็จะส่งเรื่องต่อไปยังเลขาธิการสภาแห่งรัฐซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบงานธุรการของ สภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองชั้นต้น และชั้นอุทธรณ์ และเลขาธิการสภาแห่งรัฐจะ เสนอเรื่องต่อไปยังประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาลงนามในร่างกฎีกา ร่างระเบียบ หรือร่างคำสั่งที่เกี่ยวข้อง หลังจากนั้นจึงส่งเรื่องไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการให้เป็นไป ตามกฎีกา ระเบียบ หรือคำสั่งต่อไป

จ. หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้น อุทธรณ์

ตามรัฐธรรมนูญเดิมวันที่ 6 มกราคม 1986 (Law of 6 January 1986) มาตรา 1 ได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นทั่วไปซึ่งล้วน เป็นข้าราชการประจำว่าไม่อาจถูกโยกย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่งหรือเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าตัวได้ ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 (Law of 31 December 1987) จัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และได้ขยายหลักประกันความเป็นอิสระให้ครอบคลุมถึง ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วย นอกจากนั้นทั้งศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ไม่ต้องอยู่ในสังกัดของ กระทรวงมหาดไทยอีกต่อไปแต่ให้ไปอยู่ในสังกัดของกระทรวงยุติธรรมภายใต้การกำกับดูแลของ

เลขาธิการสภาแห่งรัฐแทน ทั้งนี้รัฐบัญญัติทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว ได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองชั้นและชั้นอุทธรณ์ไว้หลายประการ ดังนี้

(1) จะโยกย้ายการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากตุลาการไม่ได้แม้จะเป็นการเลื่อนตำแหน่งสูงขึ้นก็ตาม

(2) มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองชั้นและชั้นอุทธรณ์เป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล

(3) การลงโทษทางวินัยตุลาการศาลปกครองในศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์กระทำโดยประธานาธิบดีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการตุลาการ

3.4.4.6 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นสูงหรือสภาแห่งรัฐ

ก. โครงสร้างและการจัดองค์กรของสภาแห่งรัฐ⁶⁰

สภาแห่งรัฐเป็นหน่วยงานที่สังกัดฝ่ายบริหาร และเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร ประกอบด้วยนักการเมืองมีนายกรัฐมนตรี เป็นประธาน ซึ่งในทางปฏิบัตินายกรัฐมนตรีทำหน้าที่เป็นประธานเฉพาะในงานพิธีการที่สำคัญเท่านั้น มีรองประธานสภาแห่งรัฐซึ่งเป็นข้าราชการประจำที่มาจากการเลือกตั้งของสมาชิกสภาแห่งรัฐ และจะทำหน้าที่เป็นประธานที่แท้จริงของสภาแห่งรัฐ

สภาแห่งรัฐมี 6 คณะ ได้แก่ คณะมหาดไทย คณะการคลัง คณะโยธาธิการ คณะสังคม 4 คณะนี้ทำหน้าที่ให้คำปรึกษา และพิจารณาร่างกฎหมายให้แก่รัฐบาล ซึ่งเป็นการทำหน้าที่เช่นเดียวกับคณะกรรมการกฤษฎีกาของไทย คณะพิจารณาคดี เป็นคณะที่ทำหน้าที่ศาลปกครอง และคณะรายงานประจำปีและวิจัย เป็นคณะที่ทำหน้าที่ในการบังคับคดี จัดทำรายงานประจำปี และดำเนินการศึกษาวิจัย เพื่อให้มีการพัฒนากฎหมาย

ในการทำหน้าที่ศาลปกครอง สภาแห่งรัฐมี 4 ฐานด้วยกันคือ

(1) เป็นศาลชั้นต้นและศาลสุดท้ายสำหรับคดีปกครองที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ เช่น คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฤษฎีกา หรือคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง

(2) เป็นศาลอุทธรณ์ พิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นในคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ ระเบียบของฝ่ายปกครอง

(3) เป็นศาลฎีกาพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

(4) เป็นศาลฎีกาพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองผู้ชำนาญการเฉพาะด้าน

⁶⁰ วัชร วิวิธนิภาวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 220-224.

ข. ประเภทของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ⁶¹

ตุลาการศาลปกครองสูงหรือสมาชิกสภาแห่งรัฐมีลำดับหรืออาวุโสจากระดับล่างขึ้นไประดับบนดังนี้

(1) the Auditeurs 2 nd Class หรือตุลาการชั้น 2

(2) the Auditeurs 1 st Class หรือตุลาการชั้น 1

(3) the Maîtres des Requêtes

(4) the Conseillers d'Etat en Extraordinaire จำนวน 12 คน ซึ่งเป็นกรรมการอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี

(5) the Conseillers d'Etat en Service Ordinaire ซึ่งเป็นข้าราชการประจำ

(6) the Presidents de Section หรือหัวหน้าคณะ

(7) the Vice-Presidents หรือประธานสภาแห่งรัฐ

ค. การคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเข้าสู่ตำแหน่งจาก 2 ทางคือการคัดเลือกและการแต่งตั้ง⁶² ดังนี้⁶³

(1) การคัดเลือก the Auditeurs 2 nd Class จะแต่งตั้งจากผู้สำเร็จการศึกษาจากวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (L' Ecole Nationale d' Administration, ENA)

(2) การคัดเลือก Auditeurs 1 st Class จะคัดเลือกจาก Auditeurs 2 nd Class

(3) การคัดเลือก the Maîtres des Requêtes จะคัดเลือกจากบุคคล 2 กลุ่มคือ

กลุ่มที่ 1 คัดเลือกจาก Auditeurs 1st Class ที่ปฏิบัติงานมาแล้ว 8 ปี ในสัดส่วน 3 ใน 4 ของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง

⁶¹วิรัช วิรัชนิการวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 243-248.

⁶²*supra* note 52, p. 78.

⁶³ สิทธิศักดิ์ สติธิตย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น. 58.

กลุ่มที่ 2 ข้าราชการซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่า 30 ปี และเป็นข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการทหาร หรือปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี ในสัดส่วน 1 ใน 4 ในตำแหน่งที่ว่าง

(4) การคัดเลือก the Conseillers d'Etat en Service Ordinaire ซึ่งเป็นข้าราชการประจำ จะคัดเลือกจากบุคคล 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 Maitres des Requetes ที่ปฏิบัติหน้าที่มาแล้วไม่น้อยกว่า 13 ปี ในสัดส่วน 2 ใน 3 ของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง

กลุ่มที่ 2 บุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่า 45 ปี ในสัดส่วน 1 ใน 3 ของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง

(5) การคัดเลือก Conseillers d'Etat en Extraordinaire ซึ่งเป็นกรรมการอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี จำนวน 12 คน จะแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาต่างๆ เพื่อปฏิบัติหน้าที่ในฝ่ายร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาของสภาแห่งรัฐ

(6) การคัดเลือก the Presidents de Section หรือหัวหน้าคณะ จะคัดเลือกจาก Conseillers d'Etat en Service Ordinaire ซึ่งเป็นข้าราชการประจำ

ง. การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ แบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 การแต่งตั้ง Auditeurs และ Maîtres des Requêtes กระทำโดยกฤษฎีกา (decree) ธรรมดา

กรณีที่ 2 การแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐซึ่งมีตำแหน่งสูงกว่ากรณีแรก กระทำโดยกฤษฎีกาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี

จ. การเลื่อนชั้นเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนชั้นเลื่อนตำแหน่งดำเนินการร่วมกันระหว่างรองประธาน สภาแห่งรัฐกับคณะกรรมการข้าราชการสภาแห่งรัฐ (Bureau des Presidents) ซึ่งประกอบด้วย รองประธานสภาแห่งรัฐ และหัวหน้าคณะทั้ง 6 คน เป็นผู้พิจารณาคัดเลือกผู้ที่ได้รับการเลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่ง หรือแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ต่างๆภายในสภาแห่งรัฐ

ฉ. การลงโทษทางวินัย ในการลงโทษทางวินัยของสมาชิกสภาแห่งรัฐ กระทำโดยผู้มีอำนาจแต่งตั้งหลังจากที่ได้หารือคณะกรรมการข้าราชการสภาแห่งรัฐแล้ว

ช. การพ้นจากตำแหน่ง สมาชิกสภาแห่งรัฐพ้นจากตำแหน่งโดยการลาออก ถูกปลดออก และเมื่อมีอายุครบ 68 ปี

ข. หลักประกันความเป็นอิสระของศาลปกครองสูงสุด ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐก็มีหลักประกันความเป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เพราะมีสถานะตามกฎหมายเป็นตุลาการเช่นกัน

กล่าวโดยสรุป ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบศาลคู่กล่าวคือ มีระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครองที่เป็นอิสระแยกออกจากกัน และศาลแต่ละระบบต่างก็มี 3 ชั้น คือ ศาลชั้นต้น ศาลชั้นอุทธรณ์ และศาลฎีกาหรือศาลสูงสุด โดยศาลปกครองสูงสุดมีโครงสร้างที่ประกอบด้วย นักการเมืองคือนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน ส่วนตุลาการอื่นมีทั้งผู้ทรงคุณวุฒิและข้าราชการประจำแต่ส่วนใหญ่เป็นข้าราชการประจำ ในขณะที่ศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์มีข้าราชการประจำเท่านั้นยกเว้นศาลปกครองชั้นต้นที่เป็นศาลปกครองชำนาญการพิเศษที่วินิจฉัยคดีในรูปคณะกรรมการที่เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมด้วย ทั้งนี้ในแต่ละศาลก็มีธุรการที่เป็นข้าราชการประจำคอยให้การสนับสนุน ในส่วนของการคัดเลือกตุลาการของศาลปกครองในทุกชั้นศาลฝรั่งเศสใช้ระบบเปิด กล่าวคือ เปิดให้บุคคลภายนอกเข้ารับการคัดเลือกเป็นตุลาการได้ และมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการหลายประการ เช่น ประเพณีการเลื่อนชั้นเลื่อนตำแหน่งตามหลักอาวุโส มีคณะกรรมการข้าราชการศาลปกครองดูแลรับผิดชอบการบริหารงานบุคคลของตุลาการในศาลปกครองทุกชั้น ศาลศาลปกครองจึงมีอิสระในการพิจารณาคดีทำนองเดียวกับศาลยุติธรรม

3.4.5 การได้มาซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญ

3.4.5.1 สถานะของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ประเทศฝรั่งเศสได้จัดตั้งองค์กรที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการสถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 หมวด 7 ตั้งแต่มาตรา 56 – 68 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐธรรมนูญโดยตรง คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกโต้แย้งได้และผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร⁶⁴ ดังนั้นหากพิจารณาในแง่ของภารกิจแล้วคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสย่อมมีลักษณะเป็นศาลด้วยแม้ว่าจะไม่เต็มรูปแบบเหมือนศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี เพราะเนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีภารกิจในการให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลซึ่งไม่ใช่งานวินิจฉัยข้อพิพาท รวมถึงมีอำนาจในการ

⁶⁴รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 62.

จัดการเลือกตั้งประธานาธิบดี และการออกเสียงประชามติอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครองด้วย⁶⁵

3.4.5.2 โครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งจำนวน 9 คน มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี แต่มีการเปลี่ยนตุลาการจำนวน 1/3 ทุก 3 ปี ในจำนวนตุลาการทั้ง 9 คนนั้นมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี 3 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎร 3 คน และประธานวุฒิสภาอีก 3 คน นอกจากนี้ยังมีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งคืออดีตนายกรัฐมนตรีแห่งสาธารณรัฐทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญตลอดชีพ⁶⁶ ตามโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสแสดงให้เห็นว่าผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งเกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมืองทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เมื่อแต่งตั้งแล้วตุลาการจะมีความเป็นอิสระในการทำงาน และไม่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้แต่งตั้งเพราะมีวาระการดำรงตำแหน่งยาวนานถึง 9 ปี ตามรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ แต่อย่างไรก็ตามตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 57 ได้บัญญัติห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมือง โดยเฉพาะตำแหน่งรัฐมนตรี และสมาชิกสภาในเวลาเดียวกัน⁶⁷ นอกจากนั้นกฎหมายยังห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งในสภาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ⁶⁸ ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองหรือตำแหน่งเป็นที่ปรึกษาหลังจากได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการรับธรรมนูญแล้ว⁶⁹

⁶⁵วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิधिพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2546), น. 89.

⁶⁶รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 56

⁶⁷เพ็งอ้วน.

⁶⁸กฎหมายที่ออกเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 1958,อ้างถึงใน ปิยะพงษ์ นิวัติภัทรพร, “ระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548), น. 47.

⁶⁹กฎหมายที่ออกเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 1959,อ้างถึงใน ปิยะพงษ์ นิวัติภัทรพร, “ระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548), น.47.

3.4.5.3 การสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1958 และกฎหมายอื่นไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด⁷⁰ ในส่วนของตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งก็เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้คือให้อธิบดีประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่ต้องมีการสรรหาหรือแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทนี้ ส่วนตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภานั้นองค์กรดังกล่าวก็มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญได้โดยอิสระโดยไม่ต้องให้องค์กรใดให้ความเห็นชอบ แต่ในทางปฏิบัติองค์กรผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้งดังกล่าวก็จะเลือกบุคคลที่มีความรู้ความสามารถมาทำหน้าที่ตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น ผู้พิพากษาอาชีพระดับสูง และศาสตราจารย์ทางกฎหมาย เป็นต้น⁷¹ และบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกส่วนใหญ่จะต้องมีความสัมพันธ์กับพรรคการเมือง หรือฝ่ายการเมืองเพราะผู้มีอำนาจในการคัดเลือกเป็นผู้มีตำแหน่งในทางการเมืองทั้งสิ้น⁷² จากสถานการณ์ดังกล่าวทำให้มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าผู้ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งจะเป็นผู้ที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนและตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่า ผู้ที่มาจากการเลือกตั้งจะทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนที่เลือกตั้ง แต่ตามหลักสังคมวิทยาก็ได้รับการพิสูจน์แล้วว่าไม่เป็นความจริง ผู้มีอำนาจที่มาจากการเลือกตั้งย่อมมีประโยชน์ส่วนบุคคลของตนอยู่เบื้องหลัง และมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล⁷³

3.4.5.4 การพ้นจากตำแหน่ง⁷⁴

(1) ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยการแต่งตั้ง จะพ้นจากตำแหน่งในกรณีตาย ลาออก และให้ออกเพราะขาดคุณสมบัติ ในกรณีของการลาออกตามมาตรา 9 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 1958 กำหนดให้ทำได้โดยทำหนังสือแจ้งความจำนงลาออกต่อประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ ส่วนการให้ลาออกเพราะขาดคุณสมบัตินั้นตามมาตรา 57 แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ ปี ค.ศ.1958 ประกอบมาตรา 10 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญลง

⁷⁰พงษ์กร กิตติทรงภพ, “ปัญหากฎหมายในกระบวนการสรรหาและเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), น. 88.

⁷¹เพ็ญอ้อ, น.88.

⁷²เพ็ญอ้อ, น.90.

⁷³รชต พนมวัน, “แนวทางพัฒนาความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), น.63.

⁷⁴บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2544), น. 96.

วันที่ 7 พฤศจิกายน 1958 ได้กำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ไปเป็นรัฐมนตรี สมาชิกสภา หรือ สมาชิกสภาเศรษฐกิจและสังคม หรือมีปัญหาด้านร่างกายและสุขภาพจนทำให้ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ต้องพ้นจากการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

(2) ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง การดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทนี้มีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีพ ดังนั้นการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการจึงมีเพียงกรณีเดียวคือการเสียชีวิต ส่วนการลาออกจากตำแหน่งนั้น รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเอาไว้ แต่อย่างไรก็ตามหากตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งไม่ประสงค์จะเป็นตุลาการก็จะใช้วิธีการไม่เข้าร่วมประชุม แต่ก็ยังถือว่าตุลาการนั้นยังเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญอยู่

(3) ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ กรณีเป็นประธานที่มาจากการแต่งตั้งจะพ้นจากตำแหน่งเมื่อครบวาระการดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ ตาย หรือลาออก หรือให้ออก เพราะขาดคุณสมบัติเช่นเดียวกับการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้ง ส่วนประธานตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งก็พ้นตำแหน่งเช่นเดียวกับตุลาการโดยตำแหน่ง

3.4.5.5 หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ.1958 ไม่มีบทบัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาจากวาระการดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งสองประเภทแล้ว การที่รัฐธรรมนูญกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานกรณีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งก็สามารถอยู่ในวาระได้ตลอดชีพ ส่วนตุลาการรัฐธรรมนูญโดยการแต่งตั้งอยู่ในวาระได้ถึง 9 ปี และสามารถได้รับการแต่งตั้งได้วาระเดียวแล้วย่อมทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระได้แม้ว่าจะได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายการเมืองหรือมาจากฝ่ายการเมืองก็ตาม เพราะเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการแล้วผู้แต่งตั้งไม่สามารถให้คุณให้โทษแก่ตุลาการได้อีกต่อไป ดังนั้นตุลาการจึงมีความเป็นอิสระได้ด้วยเหตุนี้

3.5 การได้มาซึ่งตุลาการในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.5.1 การปกครองของเยอรมนี

ประเทศเยอรมันประกอบด้วยมลรัฐต่างๆรวม 16 มลรัฐ มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา⁷⁵ โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐาน (The Basic Law of the

⁷⁵Wikipedia, “ Politics of Germany,” Accessed June 2,2017, From https://en.wikipedia.org/wiki/Politice_of_Germany.

Federal Republic of Germany หรือ Grundgesetz-GG) มาตรา 20 (1) GG ได้กำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐ โดยกำหนดให้ประเทศเยอรมันเป็นสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยและเป็นสังคมนิยม และบัญญัติให้อำนาจของรัฐมาจากประชาชน โดยประชาชนใช้อำนาจดังกล่าวผ่านการเลือกตั้งและการออกเสียงลงคะแนน และการใช้อำนาจรัฐของประชาชนเป็นการใช้ผ่านองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ (มาตรา 20 (2) GG) นอกจากนั้นยังบัญญัติหลักความผูกพันต่อกฎหมาย โดยบัญญัติให้อำนาจนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการต้องผูกพันต่อกฎหมาย (20 (3) GG)⁷⁶ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ส่วนมลรัฐมีส่วนร่วมในการปกครอง และการออกกฎหมายของสหพันธ์รัฐโดยสภาที่ปรึกษา (Bundesrat) คือสภาที่เป็นกลุ่มผู้แทนจากมลรัฐและมาจากการเลือกของรัฐบาลของมลรัฐ ที่ประชุมของสภาทั้งสองเป็นผู้เลือกประธานาธิบดี⁷⁷

รัฐบาลสหพันธ์รัฐประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี (Bundeskanzler) และรัฐมนตรีของสหพันธ์ (Bundesminister) มีสถานะการเมืองที่สูงสุดของอำนาจบริหาร องค์กรปกครองต่างๆ อยู่ภายใต้อำนาจการดูแลของรัฐบาลแห่งสหพันธ์⁷⁸ นายกรัฐมนตรีได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์โดยคำแนะนำของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดนโยบายทางการเมืองและเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมือง นายกรัฐมนตรีจะต้องมีรัฐมนตรีอีก 1 คน ให้เป็นตัวแทนของตน และทำหน้าที่เป็นรองนายกรัฐมนตรีด้วย ส่วนรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์มีการแต่งตั้งและถอดถอนโดยประธานาธิบดีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีแต่ละคนจะบริหารงานในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนอย่างอิสระและภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง⁷⁹

⁷⁶บรรเจิด สิงคะเนติ, “บทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับสังคมเยอรมัน: หลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน,” เอกสารประกอบการสัมมนา, จัดโดยสถาบันนโยบายศึกษา โดยการสนับสนุนของมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ร่วมกับคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ กรุงเทพมหานคร, 2555: น. 1.

⁷⁷กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” ในหนังสือ รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, น. 179-179.

⁷⁸เพ็ญอ้อ, น. 180.

⁷⁹เพ็ญอ้อ, น. 179.

นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นใหม่⁸⁰

3.5.2 อำนาจตุลาการ

เกี่ยวกับอำนาจตุลาการประเทศเยอรมันได้บัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน หมวดที่ 9 การบริหารงานตุลาการ ว่า อำนาจตุลาการเป็นของผู้พิพากษา องค์กรที่มีอำนาจตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ศาลสูงสหพันธ์ ศาลสหพันธ์ และศาลมลรัฐ⁸¹ องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ และอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น อำนาจตุลาการใช้โดยศาลต่างๆ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ (Bundesverfassungsgericht) ศาลยุติธรรม (Ordentliche Gerichte) ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม ศาลภาษีอากร ศาลครอบครัว⁸²

3.5.3 ความเป็นอิสระของตุลาการ⁸³

ประเทศเยอรมันได้แบ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาออกเป็น 2 ส่วน คือ ความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา และความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา หลักประกันดังกล่าวทำให้ศาลดำรงความเป็นกลาง และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นเงื่อนไขสำคัญในการก่อให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น และไม่ใช่ว่าเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ผู้พิพากษา แต่เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักแห่งความเป็นอิสระโดยการวางตนในระหว่างปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้เกิดความไว้วางใจในความเป็นอิสระแห่งตน

ตามมาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐาน มิได้คุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นสิทธิพื้นฐาน (Grundrecht) โดยแบ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ดังนี้

(1) ความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 97 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐานว่า ผู้พิพากษาเป็นอิสระและอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ห้ามให้ผู้พิพากษาพัฒนาหลักกฎหมายใหม่ ๆ ขึ้นมา ซึ่งเป็นผลจากการตีความกฎหมาย หรือการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียง (ยกเว้นการเทียบเคียงที่เป็นผลร้ายแก่จำเลยในคดีอาญา)

⁸⁰เพ็งอ้าง, น. 179.

⁸¹กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 92

⁸²Wikipedia, “Judiciary of Germany,” Accessed June 2, 2017, From https://en.wikipedia.org/wiki/Judiciary_of_Germany.

⁸³สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐาน,” บทบัญญัติ, เล่ม 60, ตอน 2, น. 39.

เนื่องจากความเป็นกลางและการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้นผู้พิพากษาจึงไม่อาจทำหน้าที่อื่นในเวลาเดียวกันได้

(2) ความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร หมายถึงการใช้อำนาจตุลาการไม่อาจมีคำสั่งเป็นเรื่อง ๆ ไป และอิทธิพลอื่น ๆ ที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ไม่ได้ครอบคลุมเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทำคำพิพากษาดัดสินคดี หากแต่ยังรวมถึงการทำคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับเนื้อหาหรือกระบวนการทั้งก่อนและหลังมีคำพิพากษาดัดสินคดี เช่น การกำหนดวันนัด การจ่ายคดีโดยคณะกรรมการของศาลการให้เหตุผลในการตัดสินคดี เป็นต้น อย่างไรก็ตามความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ของศาลนั้นไม่รวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานธุรการของศาล

(3) ความเป็นอิสระจากฝ่ายตุลาการ (Rechtsprechung) ซึ่งแต่เดิมศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันเคยตัดสินไว้ในปี ค.ศ. 1961 ว่าไม่รวมถึงอำนาจตุลาการ ดังนั้นเมื่อผู้พิพากษาดัดสินคดีไปตามแนวคำพิพากษาของศาลที่สูงกว่าจึงเป็นสิ่งที่ทำได้ ซึ่งความเห็นดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายตำราบางส่วนโดยให้เหตุผลว่า มาตรา 97 มีไว้เพียงเพื่อคุ้มครองอำนาจตุลาการจากการแทรกแซงของอำนาจอื่น ๆ ที่ไม่ใช่อำนาจตุลาการ ซึ่งในปี ค.ศ. 1966 ศาลรัฐธรรมนูญได้กลับแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวของตน โดยวินิจฉัยว่า หลักความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นใช้กับอำนาจตุลาการเอง ด้วยเหตุนี้ผู้พิพากษาจึงไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับแนวของคำพิพากษาที่สูงกว่า และสามารถเปลี่ยนแนวของคำพิพากษาของศาลที่สูงกว่าก็ได้ แต่ในบางกรณีหากมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ผู้พิพากษาก็ต้องถูกผูกมัดตามคำพิพากษาของศาลอื่น

ความเป็นอิสระจากเอกชน (Privaten) หลักความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้นใช้กับอิทธิพลต่างๆที่มาจากเอกชนด้วย⁸⁴

หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการตามกฎหมายพื้นฐาน เป็นการให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาแต่ละคนในอันที่จะปฏิเสธอิทธิจากภายนอกอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อำนาจที่ได้มานั้นก็ถือเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ตามหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

3.5.4 ระบบศาลของเยอรมนี⁸⁵

แม้ประเทศเยอรมนีจะมีการปกครองแบบสหพันธรัฐ แต่ในแง่ของระบบศาลแล้วถือได้ว่าเยอรมนีมีระบบศาลที่รวมกันเป็นอันหนึ่งอันเดียว บรรดาศาลต่างๆของสหพันธ์ไม่ได้มีขอบอำนาจในกิจการเฉพาะของสหพันธ์อย่างประเทศที่ปกครองในระบบสหพันธ์อื่น ๆ แต่มีลักษณะ

⁸⁴กฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 97.

⁸⁵ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 72-91.

เป็นศาลสูงของบรรดาศาลต่างๆในมลรัฐอย่างแท้จริง ศาลในเยอรมันมีการแบ่งแยกออกไปตามความชำนาญเฉพาะเรื่อง ปัจจุบันศาลสหพันธ์ประกอบด้วย ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษี⁸⁶ แต่ละศาลดังกล่าวเป็นศาลสูงสุดด้วยในตัวซึ่งจะพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายที่อุทธรณ์มาจากศาลมลรัฐโดยตรงตามระบบของศาลประเภทนั้น สำหรับการแก้ปัญหากรณีคำพิพากษาขัดกันระหว่างศาลต่างๆ ตามกฎหมายวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ.1968 (BGBl. I 661) กำหนดให้มืองค์คณะร่วมกันของผู้พิพากษาในศาลประเภทต่าง ๆ องค์คณะนี้ประกอบด้วยประธานของศาลสหพันธ์ทั้ง 5 ศาล และผู้พิพากษาของศาลสหพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น สำหรับปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญก็มีระบบศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย

3.5.4.1 ระบบศาลยุติธรรม

(1) เขตอำนาจของศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมในประเทศสาธารณรัฐเยอรมันมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง ศาลยุติธรรมแบ่งออกเป็น ศาลชั้นต้นระดับล่าง หรือศาลแขวง (Amtsgericht) ศาลชั้นต้นระดับมลรัฐ (Landgericht) ศาลสูงระดับมลรัฐ (Ober Landgericht) และศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐ หรือศาลฎีกา (Bundesgerichtshof)⁸⁷

ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครองบางประเภท เช่น ข้อพิพาททางสัญญาเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง ข้อพิพาททางละเมิดเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง และคำสั่นไหวทดแทนในการเวนคืน เป็นต้น

ในกรณีที่เป้นคดีแพ่งที่มีทุนทรัพย์ต่ำจะเริ่มคดีที่ศาลแขวงของมลรัฐ จากนั้นก็จะอุทธรณ์ไปยังศาลยุติธรรมจังหวัด แต่ถ้าเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์สูงก็จะเริ่มคดีที่ศาลยุติธรรมจังหวัดแล้วอุทธรณ์ไปยังศาลสูงมลรัฐ จากนั้นก็อาจอุทธรณ์เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายไปยังศาลยุติธรรมสหพันธ์ซึ่งเป็นศาลสุดท้าย

ในคดีที่มีอัตราโทษเล็กน้อยจะเริ่มคดีที่ศาลแขวง หลังจากนั้นก็อุทธรณ์ไปยังศาลยุติธรรมจังหวัด แต่ในคดีที่มีอัตราโทษร้ายแรงให้เริ่มคดีที่ศาลยุติธรรมจังหวัด หลังจากนั้นก็ให้อุทธรณ์ไปยังศาลสูงของมลรัฐ และอุทธรณ์ต่อไปยังศาลยุติธรรมสหพันธ์ได้ตามลำดับ

(2) องค์คณะผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม

สำหรับคดีแพ่งในศาลแขวงประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน ในศาลจังหวัด ประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน ส่วนในคณะพิเศษเกี่ยวกับคดีพาณิชย์ประกอบด้วย

⁸⁶กฎหมายพื้นฐานเยอรมันมาตรา 96.

⁸⁷ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 182.

ผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน เป็นประธาน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน ซึ่งได้รับเลือกโดยหอการค้าและอยู่ในวาระ 3 ปี สำหรับศาลสูงมลรัฐประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน

ส่วนคดีอาญาในศาลแขวงประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน แต่ถ้าจะลงโทษจำคุกเกิน 1 ปี จะต้องผู้พิพากษาสมทบร่วมเป็นองค์คณะด้วย 2 คน และในคดีอาญาสำคัญจะมีเพิ่มจำนวนผู้พิพากษาอาชีพ และผู้พิพากษาสมทบเพิ่มไปอีก เป็นผู้พิพากษาอาชีพ 2 คน ผู้พิพากษาสมทบ 2 คน หรือผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน ผู้พิพากษาสมทบ 2 คน หรือผู้พิพากษาอาชีพ 6 คน ผู้พิพากษาสมทบ 6 คนแล้วแต่ความร้ายแรงของคดี

ผู้พิพากษาสมทบในศาลยุติธรรมระดับแขวงได้รับเลือกโดยคณะเทศมนตรีแห่งท้องถิ่นนั้นๆ และอยู่ในวาระ 2 ปี ส่วนแผนกคดีเด็กและเยาวชนในศาลแขวงองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน แต่ถ้าเป็นคดีสำคัญนอกจากผู้พิพากษาอาชีพแล้วยังมีผู้พิพากษาสมทบด้วย 2 คน หรือผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน แล้วแต่ความสำคัญแห่งคดี

ศาลสูงมลรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน แต่ในคดีความผิดฐานกบฏและทรยศต่อประเทศองค์คณะจะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 5 คน

ศาลยุติธรรมสหพันธรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 5 คน

(3) การได้มาซึ่งตุลาการศาลยุติธรรม

การคัดเลือกตุลาการอาชีพในประเทศเยอรมันเป็นระบบปิดเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยใช้วิธีการสอบคัดเลือกเป็นหลัก โดยบัณฑิตที่จบกฎหมายจากโรงเรียนกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ประสงค์จะเป็นผู้พิพากษาต้องสอบเนติบัณฑิตให้ได้ ซึ่งการสอบเนติบัณฑิตนั้นจะมี 2 ครั้งๆแรกเรียกว่า First Bar ส่วนครั้งที่ 2 เรียกว่า Grand Bar โดยบุคคลที่มีสิทธิสอบจะต้องเป็นบุคคลที่ประกอบอาชีพเป็นพนักงานระดับสูง รวมถึงพนักงานธุรการของศาล และพนักงานอัยการ ผู้ที่ปฏิบัติงานในองค์กรต่างประเทศในตำแหน่งสูง อาจารย์ในมหาวิทยาลัยที่มีผลงานที่จะเป็นศาสตราจารย์ได้ หนายความ โนตารีพับลิก หรือที่ปรึกษากฎหมายในสำนักงานดังกล่าว และผู้ปฏิบัติงานอย่างอื่นซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานในตำแหน่งผู้พิพากษา ส่วนผู้ที่มีตำแหน่งเป็นศาสตราจารย์ทุกคนมีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษาได้โดยไม่ต้องผ่านการฝึกอบรมหรือ

ปฏิบัติงานอย่างอื่นมาก่อน⁸⁸ ทั้งนี้ผู้ที่มีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการจะต้องผ่านการสอบวัดผลที่จัดขึ้นโดยมลรัฐก่อนจึงจะสามารถยื่นผลสอบเพื่อสมัครเป็นตุลาการได้ เกี่ยวกับการได้มาซึ่งตุลาการนั้น ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันได้กำหนดไว้ว่า การคัดเลือกบุคคลเข้าไปเป็นผู้พิพากษาเป็นการดำเนินการในระดับมลรัฐ หลักเกณฑ์การสอบคัดเลือกผู้พิพากษาที่ทุกมลรัฐยึดถือเหมือนกันคือ การพิจารณาผลสอบ นอกเหนือจากนี้แต่ละมลรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมแตกต่างกันไป เช่น บางมลรัฐใช้การสัมภาษณ์เพื่อดูความสามารถในการเข้าสังคม เป็นต้น โดยทั่วไปการรับบุคคลเข้าไปเป็นตุลาการสามารถรับจากบุคคลที่ไม่เคยมีประสบการณ์ทำงานมาก่อนได้แต่ในทางปฏิบัติมักจะมีการรับจากบุคคลที่มีประสบการณ์การทำงานในสาขาอื่นมาก่อน ความแตกต่างจะอยู่ที่ในกรณีที่เป็นการคัดเลือกจากบุคคลที่ไม่มีประสบการณ์ทำงานด้านกฎหมายมาก่อนบุคคลเหล่านี้จะต้องทดลองปฏิบัติงานอย่างน้อย 3 ปี ก่อนได้รับการรับรองให้เป็นผู้พิพากษาประจำ แต่กรณีเป็นการคัดเลือกบุคคลที่มีประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมายมาก่อนระยะเวลาการทดลองงานของบุคคลเหล่านี้อาจลดลงมาเหลือเพียง 1 ปี หลังจากผ่านการทดลองงานแล้ว⁸⁹

3.5.4.2 ระบบศาลปกครอง

(1) เขตอำนาจของศาลปกครอง

ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน เว้นแต่จะมีกฎหมายพิเศษกำหนดให้คดีปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น เช่น คดีสังคม หรือ คดีภาษี เป็นต้น ศาลปกครองมี 3 ระดับ คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลสูงปกครอง ซึ่งเป็นศาลของมลรัฐ และศาลปกครองสหพันธ์ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดและรับอุทธรณ์เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย เท่านั้น นอกจากนั้นศาลปกครองสูงสุดยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งระหว่างองค์กรของรัฐต่างๆ และระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์ คดีเกี่ยวกับสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายอาญาหรือความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคดีทั้ง 4 ประเภทหลังนี้ศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นด้วย ระบบภายในของศาลปกครองเองยังมีการจัดตั้งแผนกหรือศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาคดีความผิดเกี่ยวกับวินัยข้าราชการ โดยในแต่ละมลรัฐมีระบบศาลวินัยของตนเอง ส่วนศาลสหพันธ์ก็มีศาลวินัยของสหพันธ์ และมี

⁸⁸ริสา พันธนะ และชนิษฐา ธรรมาชีวะ, “คุณสมบัติของตุลาการ,” *ตุลพาท*, น. 51-52 (พฤษภาคม – มิถุนายน 2520).

⁸⁹มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การพัฒนาศักยภาพของผู้พิพากษาในด้านการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศ Common Law และ Civil Law , (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานศาลยุติธรรม, ม.ป.ป.), น.141.

ศาลวินัยทหารด้วย การอุทธรณ์ให้อุทธรณ์ไปยังคณะพิเศษทางวินัยของศาลปกครองสหพันธ์ ศาลปกครองชั้นต้นและชั้นสูงของมลรัฐสังกัดกระทรวงยุติธรรมของแต่ละมลรัฐ⁹⁰ ส่วนศาลปกครองระดับสูงสุดในระดับสหพันธ์รัฐจะสังกัดกระทรวงมหาดไทย⁹¹

(2) องค์คณะในศาลปกครอง

ศาลปกครองชั้นต้นของมลรัฐมีองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน ผู้พิพากษาสมทบบมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี ได้รับการคัดเลือกโดยคณะกรรมการคัดเลือกซึ่งประกอบด้วยประธานศาลปกครองสูงสุดแห่งมลรัฐเป็นประธาน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐบาลของมลรัฐ 1 คน และบุคคลอื่นที่ได้รับการคัดเลือกจากสภาแห่งรัฐอีก 7 คน

ศาลปกครองสหพันธ์ องค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพทั้ง 5 คน โดยครึ่งหนึ่งจะต้องเป็นผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์ในงานปกครองมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี และอีกครึ่งหนึ่งต้องเคยเป็นผู้พิพากษาในศาลปกครองมลรัฐมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี เช่นกัน

3.5.4.3 ระบบศาลแรงงาน

(1) เขตอำนาจของศาลแรงงาน

เขตอำนาจของศาลแรงงานเป็นไปตามกฎหมายวันที่ 3 กันยายน 1953 (BGBl.III 320-1) และมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าจ้าง วันหยุดงาน เป็นต้น ระบบศาลแรงงานมี 3 ระดับ คือ ศาลแรงงานชั้นต้น ศาลสูงแรงงาน ซึ่งเป็นศาลในระดับมลรัฐ สำหรับข้อกฎหมายสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลแรงงานสหพันธ์ซึ่งเป็นศาลแรงงานสูงสุด

(2) องค์คณะในศาลแรงงาน

ศาลแรงงานชั้นต้นและศาลแรงงานสูงสุดของมลรัฐ มีองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน เป็นประธาน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน โดยหนึ่งคนเป็นตัวแทนฝ่ายนายจ้าง และอีก 1 คนเป็นตัวแทนฝ่ายลูกจ้าง แต่ถ้าเป็นคดีที่เกี่ยวกับองค์กรธุรกิจ เช่น การดำเนินงานและการอยู่ในตำแหน่งของกรรมการบริหารธุรกิจ ซึ่งเป็นเป็นคดีสำคัญของคณะจะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน เป็นประธาน และผู้พิพากษาสมทบ 4 คน โดยเป็นตัวแทนฝ่ายนายจ้าง 2 คน และเป็นตัวแทนฝ่ายลูกจ้าง 2 คน ผู้พิพากษาสมทบอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี

⁹⁰Mahendra p.Singh, German administrative Law in common law perspective, (Berlin: Springer-Verlag, 2001), p. 106.

⁹¹อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 284.

ในศาลแรงงานชั้นต้น และศาลสูงแรงงานได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานของมลรัฐ

ศาลแรงงานสหพันธ์ องค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน ซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้าง ผู้พิพากษาสมทบอยู่ในตำแหน่ง 4 ปีเช่นเดียวกับผู้พิพากษาสมทบในศาลแรงงานชั้นต้น และศาลแรงงานสูงสุดของมลรัฐ ผู้พิพากษาสมทบได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานสหพันธ์โดยแต่งตั้งจากรายชื่อที่กลุ่มผลประโยชน์เสนอมาโดยตรงโดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาไม่ได้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งด้วยแต่อย่างใด

3.5.4.4 ระบบศาลสังคม

(1) เขตอำนาจของศาลสังคม

เขตอำนาจของศาลสังคมเป็นไปตามกฎหมายวันที่ 3 กันยายน 1953 (BGBl.III 330-1) ศาลสังคมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองบางประเภท เช่น การประกันสังคม การประกันสุขภาพ การประกันภัย การประกันบำเหน็จบำนาญ การประกันการว่างงาน การให้ความช่วยเหลือแก่ผู้หางานและเด็ก การสงเคราะห์ผู้ประสบภัยสงคราม ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย และการดูแลเด็กและแม่เลี้ยงของทหาร เป็นต้น ระบบศาลสังคมมี 3 ระดับ คือศาลสังคมชั้นต้น และศาลสูงสังคม ซึ่งเป็นศาลของมลรัฐ และศาลสังคมสหพันธ์ซึ่งเป็นศาลสังคมสูงสุดและรับพิจารณาพิพากษาเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น

(2) องค์คณะในศาลสังคม

ศาลสังคมชั้นต้น มีองค์คณะ 3 คน ประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 1 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน

ศาลสังคมสูงสุดของมลรัฐและศาลสังคมสหพันธ์ มีองค์คณะ 5 คน ประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน

ผู้พิพากษาสมทบในทุกชั้นศาลมีสิทธิออกเสียงพิพากษาได้เช่นเดียวกับผู้พิพากษาอาชีพและอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี ผู้พิพากษาศาลสมทบสหพันธ์ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานโดยแต่งตั้งจากรายชื่อที่กลุ่มผลประโยชน์เสนอโดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาไม่ได้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งด้วยแต่อย่างใด

3.5.4.5 ระบบศาลภาษี

(1) เขตอำนาจของศาลภาษี

เขตอำนาจของศาลภาษีเป็นไปตามกฎหมายวันที่ 13 ธันวาคม 1919 (BGBl.III 610-1) และกฎหมายวันที่ 6 ตุลาคม 1965 (BGBl.I 1477) มีอำนาจพิจารณาพิพากษา

คดีปกครองบางประเภทที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับองค์กรภาษีประเภทต่างๆ ทั้งภาษีเงินได้ ภาษีการค้า และภาษีศุลกากร แต่สำหรับภาษีท้องถิ่นยังคงเป็นอำนาจของศาลปกครอง ระบบศาลภาษีมีเพียง 2 ระดับ คือศาลภาษีชั้นต้น เป็นศาลของมลรัฐต่างๆซึ่งแม้จะเป็นศาลชั้นต้นแต่มีฐานะเทียบเท่าศาลสูงต่างๆของมลรัฐ เช่นศาลสูงปกครอง ศาลสูงแรงงาน และศาลสูงสังคม เป็นต้น ศาลสูงสุดของระบบนี้คือศาลภาษีสหพันธ์

(2) องค์คณะของผู้พิพากษาในศาลภาษี

ศาลภาษีชั้นต้น มีองค์คณะ 5 คน ประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน ผู้พิพากษาสมทบอยู่ในตำแหน่งคราวละ 4 ปี และมีสิทธิออกเสียงในการพิพากษาเช่นเดียวกับผู้พิพากษาอาชีพ ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบบมีคณะกรรมการคัดเลือกที่ประกอบด้วยประธานศาลภาษีสหพันธ์ ผู้แทนกระทรวงการคลัง และผู้แทนของสภาแห่งมลรัฐเป็นผู้เสนอชื่อ

ศาลภาษีสหพันธ์ มีองค์คณะ 5 คน เป็นผู้พิพากษาอาชีพทั้งหมดโดยผู้พิพากษาครึ่งหนึ่งต้องมีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษาได้ ส่วนอีกครึ่งหนึ่งต้องเคยเป็นผู้มีประสบการณ์สูงในงานปกครองหรือเป็นผู้พิพากษาศาลภาษีชั้นต้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

3.5.4.6 ระบบศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) ตั้งอยู่ที่เมือง Karlsruhe ⁹²เขตอำนาจของศาลเป็นไปตามกฎหมายวันที่ 12 มีนาคม 2951 (BGBl.III 1140-1) และตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กับศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆไม่มีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงเช่นระบบศาลทั้ง 5 ระบบที่กล่าวมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นทั้งศาลชั้นต้นและศาลสูงในตัว

(1) โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ (die Rechtsprechung) ⁹³ ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีแบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (The Federal Constitutional Court) และศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ (Land Constitution Court) ซึ่งตั้งอยู่ในมลรัฐต่างๆจำนวน 16 มลรัฐ โดยมีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายในมลรัฐของตนเอง ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Gesetz über Bundesverfassungsgericht or BVerfGG) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ

⁹²*supra* note 82.

⁹³กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 92

แห่งสหพันธ์มี 2 องค์คณะ (a twin court) แต่ละองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 8 คน⁹⁴ โดยมีองค์ประชุมต้องไม่น้อยกว่า 6 คน แต่ละองค์คณะจะต้องมีผู้พิพากษามาจากศาลสูงสุดของสหพันธ์จำนวน 3 คน และมีประสบการณ์การทำงานมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ในจำนวนผู้พิพากษาจำนวน 3 คนที่มาจากศาลสูงสหพันธ์ของแต่ละองค์คณะนั้น องค์คณะแรกเรียกว่าองค์คณะสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic right panel) องค์คณะนี้มาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จำนวน 1 คน และมาจากการเลือกของสภาสูงแห่งสหพันธ์จำนวน 2 คน องค์คณะที่สองเรียกว่าองค์คณะกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law panel) องค์คณะที่สองนี้มาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จำนวน 2 คน และมาจากการเลือกของสภาสูงแห่งสหพันธ์จำนวน 1 คน⁹⁵ โดยแต่ละองค์คณะมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

องค์คณะสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic right panel) มีอำนาจหน้าที่⁹⁶

- (1) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน
- (2) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
พรรคการเมือง
- (3) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่ง
สหพันธ์
- (4) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
กฎหมายระดับสหพันธ์ และระดับมลรัฐทั้งในด้านรูปแบบและในด้านเนื้อหา
- (5) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับกฎหมายที่ขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายระดับ
สหพันธ์กับกฎหมายระดับมลรัฐด้วยกัน

⁹⁴รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 2, อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ:ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ,” (วิทยานิพนธ์ดุซงกีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น.88.

⁹⁵รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 5 บรรคหนึ่ง, อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน, เพิ่งอ้าง, น. 88.

⁹⁶รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 14 (1), อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน, เพิ่งอ้าง, น. 89-90.

(6) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับข้อพิพาทปัญหาข้อขัดแย้งว่ากฎหมายของสหพันธ์มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไปหรือไม่

(7) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้ง

(8) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับเรื่องร้องทุกข์ต่างๆ

องค์คณะกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional law panel) มีอำนาจหน้าที่ดังนี้⁹⁷

(1) พิจารณาคำร้องเกี่ยวกับการฟ้องประธานาธิบดี

(2) พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์

(3) พิจารณากรณีความเห็นแย้งเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของสหพันธ์และมลรัฐ

(4) พิจารณาข้อสงสัยว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในหรือไม่ และก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลอย่างไร

แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจหน้าที่ขององค์คณะที่หนึ่งและองค์คณะที่สองอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสม หรือคำร้องที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์คณะใด องค์คณะหนึ่งมีปริมาณมากเกินไป อาจเปลี่ยนเขตอำนาจของทั้งสององค์คณะได้

ในกรณีที่มีความไม่ชัดเจน หรือมีข้อสงสัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์คณะ จะมีคณะกรรมการหกคน (committee of six)⁹⁸ ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จำนวน 4 คน โดยมาจากองค์คณะละ 2 คน เป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด

องค์ประชุมของศาลรัฐธรรมนูญ (a quorum) แต่ละองค์คณะต้องมีจำนวนอย่างน้อย 6 คน⁹⁹ ในกรณีเป็นการพิจารณาวินิจฉัยคดีเร่งด่วน แต่มีตุลาการไม่ครบองค์ประชุม หัวหน้าคณะขององค์คณะที่ขาดตุลาการอาจขอตุลาการมาจากอีกองค์คณะหนึ่งเข้าร่วมประชุมด้วย

⁹⁷รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 14 (2) , อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน, *เพ็งอ้วง* น. 89-90.

⁹⁸รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 14 (5), อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน, *เพ็งอ้วง*, น. 89.

⁹⁹รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 15 (1), อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน, *เพ็งอ้วง*, น. 89.

เพื่อให้ครบองค์ประชุม และการมาของตุลาการจากอีกองค์คณะหนึ่งมาโดยวิธีการจับฉลาก องค์คณะร่วม (das Plenum) ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยกรณีที่องค์คณะใดองค์คณะหนึ่งต้องการจะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่แตกต่างจากอีกองค์คณะหนึ่งที่ได้วินิจฉัยไปแล้ว¹⁰⁰ ทำหน้าที่ออกระเบียบข้อบังคับของ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และทำหน้าที่เสนอให้ใครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพ้นจากตำแหน่งแต่ยังไม่มี การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่แทน หรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ

องค์คณะกลั่นกรอง (Kammer) โดยองค์คณะที่ 1 หรือองค์คณะที่ 2 สามารถแต่งตั้งองค์คณะกลั่นกรองที่ประกอบด้วยตุลาการจำนวน 3 คน และมีการเปลี่ยนแปลงทุก ๆ 3 ปี¹⁰¹ ทำหน้าที่กลั่นกรองเรื่องที่ประชาชนร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่จะให้องค์คณะที่ 1 หรือองค์คณะที่ 2 พิจารณาคำร้องต่อไป องค์คณะกลั่นกรองอาจมีหลายองค์คณะก็ได้

ผู้ช่วยค้นคว้า (research assistants) โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนสามารถมีผู้ช่วยค้นคว้าได้จำนวน 3 คน มาจากข้าราชการประจำของสหพันธ์รัฐหรือมลรัฐก็ได้ มีระยะเวลาการทำงาน 3 ปี ทำหน้าที่ค้นคว้าหลักกฎหมาย คำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้อง และงานวิชาการให้แก่ตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ไม่สามารถเข้าร่วมวินิจฉัยขององค์คณะได้

(2) การได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ก. การสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นรูปแบบการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ตามกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน ค.ศ. 1949 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ครึ่งหนึ่งคือจำนวน 8 คน มาจากการเลือกของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และอีกครึ่งหนึ่งจำนวน 8 คนเช่นกัน มาจากการเลือกของสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat)¹⁰² โดยรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นไปตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 (Gesetz über Bundesverfassungsgericht or

¹⁰⁰รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 16, อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน *เพ็งอ้วง*, น. 90.

¹⁰¹รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1998 มาตรา 15, อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน *เพ็งอ้วง*, น. 90

¹⁰²กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 94.

BVerfGG) และตาม BVerfGG ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้ดังนี้¹⁰³

(1) องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น 2 องค์คณะละ 8 คน รวมจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด 16 คน ในจำนวนตุลาการแต่ละองค์คณะนั้นต้องมีตุลาการที่มาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ที่มีประสบการณ์การปฏิบัติหน้าที่ในศาลใดศาลหนึ่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี จำนวน 3 คน ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์คือ ศาลยุติธรรมสูงสุด ศาลปกครองสูงสุด ศาลแรงงานสูงสุด ศาลสังคมสูงสุด และศาลภาษีอากรสูงสุด ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ 3 คนดังกล่าวมาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 2 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 1 คน และมาจากการเลือกของสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 1 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 2 สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อีก 5 คน มาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 2 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 3 คน และมาจากการเลือกของสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 3 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 2 คน สรุปแล้วทั้งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีจำนวนเท่าๆกันคือองค์คณะละ 5 คน

(2) กระบวนการในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีกระบวนการที่สำคัญ ดังนี้¹⁰⁴

การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) ตามมาตรา 6 BVerfGG ได้กำหนดให้สภาผู้แทนแห่งสหพันธ์เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อมโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะเลือกคณะกรรมการสรรหาจำนวน 12 คน ตามสัดส่วนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองเพื่อทำหน้าที่เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยพรรคการเมืองแต่ละพรรคจะเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ คณะกรรมการสรรหาพร้อมลงคะแนนเสียงและคัดเลือกรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีการเสนอโดยถือเสียงข้างมาก ในกรณีที่ผู้ได้รับคะแนนเสียงข้างมากไม่สามารถดำรงตำแหน่งได้ให้ผู้ที่ได้คะแนนรองลงไปเป็นผู้ดำรงตำแหน่งแทน

¹⁰³ปัญญา อุดชาชน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 91-97.

¹⁰⁴กมลชัย รัตนสากววงศ์, “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ,” *วารสารกฎหมาย*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 15, น. 58-62 (กันยายน 2540). และพงษ์กร กิตติทรงภพ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 70*, น. 71-74

กรรมการที่มีอายุมากหรืออาวุโสที่สุดเป็นผู้เรียกประชุมคณะกรรมการสรรหาและทำหน้าที่ในการเป็นประธานที่ประชุม กรรมการทุกคนจะต้องรักษาความลับเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและการลงคะแนนของคณะกรรมการ การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ จะต้องเลือกจากบัญชีรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้จัดทำจากบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วน และจะต้องจัดเก็บบัญชีรายชื่ออีกบัญชีหนึ่งไว้ บัญชีนี้เป็นบัญชีเป็นรายชื่อผู้สมัครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดที่เสนอจากกลุ่มของสภาผู้แทนราษฎร รัฐบาลสหพันธ์ หรือรัฐบาลมลรัฐ รวมถึงบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วน บัญชีรายชื่อจะต้องทำให้ทันสมัยต่อเนื่องและจัดส่งต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์อย่างน้อยหนึ่งสัปดาห์ก่อนการเลือก คือ ภายใน 1 สัปดาห์เพื่อเลือกและดำเนินการประชุมจนกว่าจะเลือกตุลาการเสร็จ ผู้ที่ได้รับการเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องได้คะแนนเสียงอย่างน้อย 8 เสียง หรือ 2 ใน 3 ของคณะกรรมการ กรณีกรรมการสรรหาความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ทรงคุณวุฒิ กรรมการผู้นั้นจะต้องออกเสียงและห้ามอภิปราย

การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) สภานี้มีวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างไปจากวิธีการสรรหาของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) กล่าวคือ การคัดเลือกของสภาสูงแห่งสหพันธ์ใช้วิธีการคัดเลือกโดยตรงในที่ประชุมของสภาสูงเนื่องจากสภาสูงมีสมาชิกไม่มากนัก แต่ในทางปฏิบัติการเลือกตุลาการของสภาสูงนั้นสภาสูงแห่งสหพันธ์จะตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ในการเตรียมการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ซึ่งกรรมการชุดนี้มีหน้าที่ในการเสนอแนะว่าบุคคลใดควรได้รับการเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อสภาสูงแห่งสหพันธ์ เดิมคณะกรรมการชุดนี้จะประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม 11 มลรัฐ การที่คณะกรรมการได้ทำการเสนอแนะว่าบุคคลใดควรได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต่อสภาสูงแห่งสหพันธ์แล้ว ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาในที่ประชุมของสภาสูงแห่งสหพันธ์ได้เลือกตุลาการตามที่คณะกรรมการดังกล่าวเสนอมาตลอด และผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับเลือกเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกของสภาสูงแห่งสหพันธ์ทั้งหมด¹⁰⁵ การให้สภาสูงแห่งสหพันธ์เข้ามามีบทบาทในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จำนวนครั้งหนึ่งนั้นเป็นการคำนึงถึงหลักสหพันธ์เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐต่างๆในการเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ

¹⁰⁵ มาตรา 7 BVerfGG.

การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในกรณีพิเศษ¹⁰⁶ ตามมาตรา 7 a BVerfGG ¹⁰⁷ กำหนดไว้ว่าถ้าไม่มีการจัดให้มีการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มาแทนตำแหน่งที่ว่างภายใน 2 สัปดาห์ นับจากวันครบกำหนดตามวาระ หรือพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระให้กรรมการสรรหาที่มีอายุมากที่สุดเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์โดยไม่ชักช้าเพื่อให้ดำเนินการในเรื่องการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว องค์คณะรวมทั้งสององค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการนี้โดยใช้เสียงข้างมากธรรมดาว่าจะเสนอผู้ใดเป็นผู้พิพากษาดังกล่าว ในกรณีที่จะต้องเลือกผู้พิพากษาเพียง 1 คน ให้ดำรงตำแหน่งก็ให้ที่ประชุมร่วมเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ 3 คน และถ้าจะต้องเลือกมากกว่านั้นในขณะเดียวกัน ก็ให้ที่ประชุมร่วมเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเท่าตัว ถ้าตำแหน่งที่ว่างเป็นตำแหน่งของผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกมาจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ให้ประธานสภาที่ปรึกษาหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนในขณะนั้นทำหน้าที่เป็นกรรมการสรรหาที่มีอายุมากที่สุด

สำหรับการเลือกประธานและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐและสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐ จะผลัดกันเลือกประธานและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ โดยรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวจะต้องเลือกจากผู้พิพากษาในอีกองค์คณะหนึ่งที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้อยู่ในองค์คณะนั้น ในการเลือกครั้งแรกให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐเลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญ และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐเลือกรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ¹⁰⁸ ประธานาธิบดีจะเป็นผู้แต่งตั้งผู้ที่ได้รับเลือกเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ และผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ¹⁰⁹

คุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มีดังนี้¹¹⁰

(1) มีอายุไม่ต่ำกว่า 40 ปีบริบูรณ์ และมีคุณสมบัติที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และผู้นั้นได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือว่าตนพร้อมที่จะเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

(2) สำเร็จการศึกษาวิชาชีพกฎหมาย

¹⁰⁶มาตรา 7 a BVerfGG.

¹⁰⁷ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 104, น. 60-61.

¹⁰⁸มาตรา 9 BVerfGG.

¹⁰⁹มาตรา 10 BVerfGG.

¹¹⁰มาตรา 3 BVerfGG.

(3) ไม่เป็นสมาชิกรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรี ในกรณีที่ผู้ขึ้นเป็นสมาชิกรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีอยู่ หากได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์แล้วจะต้องพ้นจากการเป็นสมาชิกรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีทันที

(4) การปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐย่อมไม่อาจประกอบอาชีพอื่นทั้งปวงนอกจากเป็นผู้บรรยายกฎหมายในมหาวิทยาลัย อย่างไรก็ตามการปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นี้มีความสำคัญกว่าการบรรยายกฎหมายในมหาวิทยาลัย

ข. การดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง¹¹¹

วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมาย BVerfGG กำหนดไว้ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีวาระการดำรงตำแหน่ง 12 ปี แต่ต้องไม่เกินอายุเกษียณรัฐการ โดยผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเกษียณอายุในเดือนที่มีอายุครบ 68 ปีบริบูรณ์ เมื่อเกษียณอายุรัฐการแล้วให้ผู้พิพากษาผู้นั้นยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่มารับหน้าที่ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวเท่านั้น¹¹² การกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดำรงตำแหน่งได้ยาวนานทำให้ตุลาการสามารถปรับตัวไปตามพัฒนาการทางการเมืองได้ ส่วนการกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวเป็นการป้องกันการแทรกแซงโดยอิทธิพลทางการเมืองที่มีผลต่อความเป็นอิสระเป็นการให้หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการจากอิทธิพลทางการเมืองเพราะการได้รับเลือกเป็นสมัยที่ 2 นั้นเป็นสิ่งที่มิอันตรายนอกจากการจะได้รับเลือกหรือไม่ขึ้นอยู่กับฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นความเป็นกลางของตุลาการและระยะเวลา 12 ปีทำให้ตุลาการสามารถรักษาความต่อเนื่องของอำนาจตุลาการของศาลได้

การพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก่อนครบวาระอาจเกิดจากหลายสาเหตุ กล่าวคือนอกจากการพ้นจากวาระเพราะตายแล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจพ้นวาระด้วยการลาออก โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถลาออกจากตำแหน่งได้ตลอดเวลาโดยยื่นคำร้องต่อประธานาธิบดี ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ประกาศการลาออกจากตำแหน่งของตุลาการ¹¹³ ตามมาตรา 98 วรรคสอง GG ประกอบมาตรา 105 (1) Nr.1 BVerfGG ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ

¹¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร: พี.เพรส, 2548), น. 97.

¹¹² มาตรา 4 BVerfGG.

¹¹³ มาตรา 12 BVerfGG.

สหพันธ์อาจมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีดำเนินการให้ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพ้นจากตำแหน่งได้ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นระยะเวลาต่อเนื่องยาวนาน นอกจากนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจต้องออกจากตำแหน่งหากได้กระทำการอันเป็นการเสื่อมเสียเกียรติ หรือได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน หรือผู้นั้นได้กระทำความผิดอันเป็นการละเมิดหน้าที่อย่างร้ายแรง ในกรณีนี้ให้บุคคลนั้นพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ(มาตรา 15 (1) Nr.2)

การดำเนินการเพื่อให้ประธานาธิบดีดำเนินการเพื่อให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 15 (1) Nr.1 BVerfGG หรือให้พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 15 (1) Nr.2 BVerfGG นั้น จะต้องให้ที่ประชุมร่วมของศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย (มาตรา 15 (3) BVerfGG) การมอบอำนาจเพื่อให้ประธานาธิบดีดำเนินการตามวรรคหนึ่งนั้นจะต้องได้รับความยินยอมด้วยเสียง 2 ใน 3 ของที่ประชุมร่วมของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (มาตรา 15 (4) BVerfGG)

ค. หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ¹¹⁴

ตามกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 มาตรา 92 บัญญัติไว้ว่า อำนาจตุลาการเป็นของผู้พิพากษา องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการคือศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ศาลสูงสหพันธ์ ศาลสหพันธ์ และศาลมลรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงมีองค์กรทางการเมืองแต่มีฐานะเป็นศาลอย่างแท้จริง¹¹⁵ ตามกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ.1949 มาตรา 97 (1) บัญญัติไว้ว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการมีความเป็นอิสระและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงได้รับการประกันความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ด้วย นอกจากนี้ตาม BVerfGG มาตรา 1 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีสถานะที่เสมอกันกับรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีของสหพันธ์รัฐ และได้จัดอยู่ในหน่วยงานของฝ่ายบริหารอย่างศาลยุติธรรมหรือศาลชำนาญพิเศษอื่นที่มีกระทรวงยุติธรรมหรือกระทรวงมหาดไทยเป็นหน่วยธุรการ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐบริหารงบประมาณของตนเองโดยเสนอโดยตรงต่อรัฐสภา ฝ่ายบริหารไม่อาจเข้ามาแทรกแซงได้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่อยู่

¹¹⁴กมลชัย รัตนสกววงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 104*, น.59.

¹¹⁵วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *ศาลรัฐธรรมนูญ:วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น*, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2544), น. 312-318.

ภายใต้การควบคุมทางวินัย เว้นแต่การควบคุมตนเองจึงมีความเป็นอิสระโดยหลักประกันในตัวบท (de jure) และมีความเป็นอิสระในความเป็นจริง (de facto) ด้วย

ในส่วนของการดำรงตำแหน่งตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 97 (2) บัญญัติไว้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกถอดถอน ถูกให้หยุดพักงานชั่วคราวหรือถาวร ถูกโอนย้าย หรือถูกให้ออกก่อนครบกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากตุลาการนั่นเอง ซึ่งตามมาตรา 4 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ลงวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ.1951 ได้บัญญัติถึงวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ 12 ปี แต่ไม่เกินเวลาเกษียณอายุซึ่งกำหนดเวลาเกษียณอายุของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคือ วันสุดท้ายของเดือนที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีอายุครบ 68 ปี และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

โดยสรุปแล้วการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของประเทศเยอรมนีเป็นอำนาจของประธานาธิบดี แต่ประธานาธิบดีมีความผูกพันที่จะต้องแต่งตั้งบุคคลที่สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์และสภาที่ปรึกษาสหพันธ์เลือกเท่านั้น และการที่กฎหมายกำหนดให้มีการดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญได้เพียงวาระเดียว แต่อยู่ในวาระได้ยาวนานถึง 12 ปี และสามารถบริหารงบประมาณด้วยตนเอง ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายการเมืองที่เลือกตนเองเข้าไปดำรงตำแหน่ง การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จึงชอบด้วยหลักประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

3.5.5 การได้มาซึ่งตุลาการอาชีพในระบบกฎหมายเยอรมนี¹¹⁶

ผู้พิพากษาอาชีพในระบบกฎหมายเยอรมันมีสภาพเหมือนข้าราชการ โดยเฉพาะในศาลชั้นต้นมีฐานะเหมือนข้าราชการยกเว้นในเรื่องที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาที่ได้รับแต่งตั้งแล้วจะอยู่ในตำแหน่งจนเกษียณอายุ แต่ในกรณีของศาลสูงจะแตกต่างออกไป คือผู้พิพากษาศาลสูงไม่ได้เลื่อนมาจากศาลล่าง แต่จะเปิดให้มีการคัดเลือกนักกฎหมายที่เหมาะสมได้ บ่อยครั้งที่มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงจากทนายความ อัยการ หรือข้าราชการที่มีประสบการณ์และมีความเหมาะสม

3.5.5.1 การแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพในศาลมลรัฐ

ผู้พิพากษาในศาลของมลรัฐได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหารในมลรัฐ (Ministerpräsident) โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีแห่งมลรัฐ (Staatsregierung) ส่วนวิธีการแต่งตั้งนั้นตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 98 ให้อำนาจมลรัฐในการออกกฎหมายว่าให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งมลรัฐสรรหาผู้พิพากษาร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา แต่ละรัฐจึงมี

¹¹⁶ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.92-101.

ระบบการแต่งตั้งผู้พิพากษาที่แตกต่างกันบ้าง เช่นให้มีการเลือกอย่างเป็นพิธีการ หรือให้เป็นเพียงการปรึกษาหารือ ส่วนรัฐธรรมนูญที่มีส่วนสำคัญก็ให้รัฐธรรมนูญว่าการกระทรวงที่รับผิดชอบงานศาลประเภทนั้นๆทำการแทนรัฐธรรมนูญว่าการกระทรวงยุติธรรม คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาในมลรัฐโดยทั่วไปจะประกอบด้วยผู้แทนจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ ผู้พิพากษา และทนายความ

ผู้พิพากษาอาชีพในศาลแรงงานของมลรัฐ นั้นมีกฎหมายของสหพันธ์กำหนดการคัดเลือกโดยตรงโดยให้คณะกรรมการคัดเลือกเป็นผู้เสนอชื่อ ซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่าย คือตัวแทนสหภาพแรงงาน สมาคมนายจ้าง และผู้พิพากษาในศาลแรงงาน

ผู้พิพากษาอาชีพในศาลสังคมแห่งมลรัฐ กฎหมายสหพันธ์ก็ได้กำหนดให้คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาประกอบด้วยบุคคลที่เป็นตัวแทนของผู้เอาประกัน นายจ้าง และมีสิทธิได้รับการสงเคราะห์

3.5.5.2 การแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพในศาลสหพันธ์

การแต่งตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 40 ปี ผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตามแบบพิธีคือประธานาธิบดี โดยประธานาธิบดีจะต้องแต่งตั้งตามที่สภาผู้แทนมลรัฐแห่งสหพันธ์ และคณะผู้เลือกตั้งของสภาผู้แทนราษฎรเสนอ คณะผู้เลือกตั้งของสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวน 12 คน ประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองต่างๆตามสัดส่วนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และใช้ระบบ d'Hont system ในการกำหนดจำนวนผู้แทนของแต่ละพรรค ในการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญของสภาผู้แทนราษฎรแห่งมลรัฐ มลรัฐต่างๆจะตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อให้ข้อเสนอแนะโดยมีตัวแทนจากทุกมลรัฐซึ่งมักจะเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐนั้น ฝ่ายบริหารในมลรัฐ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และกระทรวงกิจการสหพันธ์ของบางมลรัฐ ส่วนการคัดเลือกของคณะผู้คัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ก็จะมีการศึกษาหารือระหว่างพรรคการเมืองโดยผ่านตัวแทนพรรคการเมืองในคณะผู้เลือกตั้ง ในกรณีที่ทั้งสภาผู้แทนมลรัฐแห่งสหพันธ์และสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะมีการเลือกผู้พิพากษาเข้าดำรงตำแหน่งพร้อมๆกันก็จะมี การแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างกัน ส่วนศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในทางปฏิบัติเกี่ยวข้องกับกระบวนการสรรหาน้อยมาก แต่ในบางครั้งก็ได้รับเชิญไปแสดงความเห็นในคณะผู้เลือกตั้ง ประกอบด้วยทำนองเดียวกับสมาคมผู้พิพากษาเยอรมัน สื่อมวลชนและองค์กรทางศาสนาต่างให้ความสนใจการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญด้วย เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตอำนาจที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้วอยู่ในตำแหน่ง 12 ปี แต่ต้องมีอายุไม่เกิน 68 ปี

การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสหพันธ์อื่นๆคือ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษี ผู้พิพากษาศาลสหพันธ์เหล่านี้ต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 35 ปี (โดยเกษียณเมื่อมีอายุครบ 65 ปี) และได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี แต่มีวิธีการที่แตกต่างจากกรณีของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ โดยมีคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาเสนอชื่อให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแห่งสหพันธ์ที่รับผิดชอบงานศาลนั้นๆเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงให้ความเห็นชอบแล้วก็เสนอชื่อต่อประธานาธิบดีเพื่อแต่งตั้ง อำนาจแต่งตั้งแท้จริงอยู่ที่ประธานาธิบดีเพราะประธานาธิบดีจะไม่ต้องตั้งจากรายชื่อที่รัฐมนตรีเสนอก็ได้

คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลแห่งสหพันธ์ประกอบด้วยผู้แทนจากมลรัฐละ 1 คน และผู้แทนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีจำนวนเท่ากับผู้แทนของมลรัฐ¹¹⁷ โดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะพิจารณาให้แต่ละคนที่ตนเลือกมีที่มาจากแต่ละมลรัฐ บุคคลที่ได้รับเลือกให้เป็นคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์แต่อย่างใด แม้ว่าปกติจะคัดเลือกจากสมาชิกด้วยกันเองก็ตาม สำหรับผู้แทนของแต่ละมลรัฐนั้นคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงรับผิดชอบของศาลประเภทเดียวกันนั้นในมลรัฐ หรือผู้แทนของรัฐมนตรีผู้นั้น ส่วนรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบศาลนั้นในสหพันธ์จะทำหน้าที่เป็นประธานของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุม

ในการเสนอชื่อผู้ที่สมควรได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาให้คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาทำการคัดเลือก ผู้มีสิทธิเสนอชื่อได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแห่งสหพันธ์ผู้รับผิดชอบงานศาลนั้น กรรมการคนใดคนหนึ่งในการคณะกรรมการคัดเลือก และคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งศาล (Präsidialrat) ซึ่งคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งศาลประกอบด้วยผู้พิพากษากลุ่มหนึ่งได้รับเลือกให้เป็นผู้แทนมาจากบรรดาผู้พิพากษาในศาลที่จะมีการแต่งตั้ง แต่คณะกรรมการคัดเลือกจะเลือกผู้ใดก็ได้ไม่มีข้อผูกมัด¹¹⁸ ผลการคัดเลือกให้ถือเสียงข้างมากโดยไม่ต้องมีมติพิเศษอย่างกรณีการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับการเลือกประธานศาลสหพันธ์ต่างๆ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงผู้รับผิดชอบแห่งสหพันธ์จะเป็นผู้เสนอชื่อให้คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ให้ความเห็นชอบเพื่อแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาไม่มีบทบาทในการเลือกประธานศาล

¹¹⁷กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 96.

¹¹⁸1961 BGBl.1972.

การแต่งตั้งหัวหน้าคณะในศาลต่างๆ ปรธานแห่งศาลนั้นๆจะเป็นผู้เสนอชื่อผู้พิพากษา 3 คนให้รัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ผู้รับผิดชอบศาลนั้นพิจารณา ในการพิจารณารัฐมนตรีจะปรึกษากับคณะที่ปรึกษาแห่งศาลแล้วเสนอชื่อให้คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ให้ความเห็นชอบ

ในการแต่งตั้งรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเคยไม่เห็นด้วยกับรายชื่อที่คณะกรรมการคัดเลือกเสนอแต่มีจำนวนน้อยมาก และประธานาธิบดีก็ไม่เข้าแทรกแซงการทำงานของคณะกรรมการคัดเลือกโดยไม่สมควร แต่เคยมีบ้างที่ประธานาธิบดีไม่ยอมแต่งตั้งบุคคลหนึ่งคนเป็นผู้พิพากษาศาลสหพันธ์เนื่องจากเคยมีประวัติแสดงความไม่เป็นตัวของตัวเองในสมัยนาซี

การแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลของมลรัฐ บางมลรัฐมีประเพณีแต่งตั้งศาสตราจารย์เป็นผู้พิพากษาทำหน้าที่ไม่เต็มเวลาในศาลสูงของมลรัฐด้วย

3.5.6 ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและองค์กรควบคุมผู้พิพากษา¹¹⁹

การที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้ว่า อำนาจตุลาการเป็นของผู้พิพากษา องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการคือศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ศาลสูงสหพันธ์ ศาลสหพันธ์ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายพื้นฐาน และศาลมลรัฐ¹²⁰ การตั้งศาลจึงต้องตั้งขึ้นโดยกฎหมาย การตั้งศาลพิเศษจะกระทำมิได้¹²¹ ดังนั้นการรวมศาลจึงต้องทำเป็นกฎหมายด้วย¹²² การเพิ่มลดจำนวนศาลที่ตั้งขึ้นรัฐสภาจึงมีส่วนเข้าไปตรวจสอบดูแล กระทรวงผู้ดูแลรับผิดชอบจึงไม่สามารถดำเนินการตามอำเภอใจได้ กรณีดังกล่าวย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการอย่างหนึ่ง แต่กระทรวงฝ่ายบริหารก็เป็นผู้รับผิดชอบดูแลการปฏิบัติงานของศาลในแง่ของการตั้งงบประมาณ งานธุรการ การจัดองค์กร และการกำหนดวิธีพิจารณา นอกจากนั้นกระทรวงที่รับผิดชอบยังมีหน้าที่รับผิดชอบในการแต่งตั้งผู้พิพากษาแต่ก็มีสภาพจำกัด ในเยอรมนีกระทรวงที่ดูแลรับผิดชอบงานศาลมีหลายกระทรวงตามความสัมพันธ์ที่เห็นว่าเหมาะสม ในระดับสหพันธ์กระทรวงยุติธรรมมีหน้าที่รับผิดชอบงานศาลยุติธรรม ศาลภาษี และศาลปกครอง กระทรวงแรงงานสหพันธ์ดูแลงานศาลแรงงานและศาลสังคม ส่วนศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อยู่ในการดูแลของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ ส่วนในระดับมลรัฐโดยปกติกระทรวงยุติธรรมจะดูแลงานของศาลชั้นต้นและศาลสูงมลรัฐ กระทรวงแรงงานดูแลศาลปกครอง กระทรวงการคลังดูแลศาลภาษี

¹¹⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 98-100.

¹²⁰ กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 92.

¹²¹ กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 101.

¹²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 98.

อย่างไรก็ตามแม้ว่าองค์กรศาลจะต้องอยู่ในการควบคุมดูแลและถ่วงดุลจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ความเป็นอิสระของตุลาการก็ได้รับการคุ้มครองอย่างเข้มข้น โดยกฎหมายพื้นฐานของเยอรมนีได้บัญญัติรับรองหลักประกันของตุลาการไว้หลายประการ ในการเข้ารับหน้าที่ผู้พิพากษาจะต้องสาบานว่าจะใช้อำนาจตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยจะพิจารณาพิพากษาคำพิพากษาคด้วยความรู้ความสามารถและสติปัญญาที่ดีที่สุดโดยไม่คำนึงถึงบุคคลใด และจะทำเพื่อความจริงและความยุติธรรมเท่านั้น โดยที่การยุติธรรมดำเนินการในนามของประชาชนจึงมีระบบนำประชาชนเข้ามาร่วมเป็นผู้พิพากษาสมทบในศาลต่างๆด้วยเพื่อให้ประชาชนมีความเชื่อมั่นในสถาบันศาล แต่ระบบผู้พิพากษาสมทบนั้นบางครั้งมีเหตุผลทางด้านความชำนาญพิเศษและเป็นตัวแทนกลุ่มผลประโยชน์อยู่ด้วย ผู้พิพากษาสมทบนั้นแม้จะมีวาระการดำรงตำแหน่งแต่ก็มีสิทธิหน้าที่และความเป็นอิสระเช่นเดียวกันกับผู้พิพากษาอาชีพ ตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 97 ได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ในมาตรา 97 ว่า “ผู้พิพากษาเป็นอิสระและอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น ผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งเป็นการถาวรและปฏิบัติงานเต็มเวลา โดยมีตำแหน่งที่แน่นอน การถอดถอนผู้พิพากษาหรือให้พ้นงานเป็นการถาวรหรือชั่วคราว หรือย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่นหรือให้เกษียณอายุโดยผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องไม่ยินยอมจะกระทำได้ก็แต่โดยคำพิพากษาและโดยเหตุผลและตามวิธีที่กำหนดไว้โดยกฎหมายเท่านั้น กฎหมายอาจกำหนดอายุที่ผู้พิพากษาต้องพ้นจากตำแหน่งในกรณีที่มีการแต่งตั้งเป็นการตลอดชีพ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงองค์การของศาล หรือขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาล อาจมีการโอนผู้พิพากษาไปสังกัดศาลอื่น หรือให้พ้นจากตำแหน่งได้โดยให้ได้รับเงินเดือนเต็ม” ซึ่งในการพิจารณาให้ออกก่อนกำหนดนี้ สำหรับกรณีผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ยื่นคำร้องกล่าวหาผู้พิพากษาคนใดว่ากระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือความสงบเรียบร้อยก็จะมี การพิจารณาร่วมกันเต็มคณะโดยศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยประธานาธิบดีจะถอดออกจากตำแหน่งเมื่อได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ส่วนกรณีของผู้พิพากษาในศาลอื่นอาจเป็นไปโดยคำพิพากษาของศาลอาญาในการลงโทษทางอาญา หรือศาลวินัยในความผิดทางวินัย ในกรณีการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลวินัยต้องมีองค์คณะที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาล้วน ซึ่งมีทั้งในระดับสหพันธ์และมลรัฐ ประธานของศาลอาจตรวจสอบการทำงานของศาลนั้นได้ แต่ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่าการตรวจสอบนั้นมีผลเสียต่ออิสระในการทำงานของตนก็อาจร้องขอให้ศาลวินัยพิจารณาได้ นอกจากนั้นผู้พิพากษาจะปฏิบัติหน้าที่ในฝ่ายบริหารหรือรัฐสภาของสหพันธ์หรือของมลรัฐในขณะเดียวกันไม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

3.6 การได้มาซึ่งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.6.1 ระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบการปกครองแบบสหพันธรัฐประกอบไปด้วยมลรัฐจำนวน 50 มลรัฐ แต่ละมลรัฐมีฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการของตนเอง ด้วยเหตุนี้ระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็มี 2 ส่วน คือระบบศาลของมลรัฐ และระบบศาลของรัฐบาลกลาง แต่อย่างไรก็ตามระบบศาลทั้ง 2 ส่วนนี้ก็ไม่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากมีเขตอำนาจที่เหลื่อมทับกันอยู่ เช่น ศาลรัฐบาลกลางมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งตามกฎหมาย สนธิสัญญา และรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ในขณะที่เดียวกันศาลรัฐบาลกลางก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เรียกว่า ความแตกต่างของพลเมือง (diversity of citizenship case หรือ diversity case) ซึ่งเป็นคดีที่คู่ความเป็นพลเมืองต่างมลรัฐและมีข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายของมลรัฐ และอยู่ในเขตอำนาจของศาลมลรัฐ เป็นต้น¹²³

โดยทั่วไปแล้ว ศาลมลรัฐและศาลของรัฐบาลกลางจะเป็นอิสระจากกัน แต่เนื่องจากศาลมลรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายของรัฐบาลกลางด้วย ดังนั้นศาลสูงของรัฐบาลกลางจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ศาลมลรัฐได้วินิจฉัยในประเด็นกฎหมายของรัฐบาลกลาง และไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาของศาลสูงของมลรัฐเท่านั้น แม้เป็นคำพิพากษาของศาลชั้นต้นของมลรัฐหากวินิจฉัยข้อกฎหมายของรัฐบาลกลาง ก็อยู่ในอำนาจของศาลสูงของรัฐบาลกลางด้วย¹²⁴

ระบบศาลของสหรัฐอเมริกาเป็นระบบศาลเดี่ยว คือ ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีรัฐธรรมนูญ¹²⁵ ซึ่งระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) หลักการของระบบศาลเดี่ยวคือ บุคคลมีความเสมอภาคกันทางกฎหมาย และจะต้องตกอยู่ในบังคับ

¹²³วิสาร พันธนะ, “ระบบศาลสหรัฐอเมริกา,” วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, ฉบับที่ 1, ปีที่ 11, น. 27 (มิถุนายน, 2542).

¹²⁴เพ็ญอ้าง, น. 28.

¹²⁵Administrative Office of the U.S. Court, The Federal Court System in the United State, 4th ed, (Washington D.C. ,2016) p. 8.

ของกฎหมายฉบับเดียวกัน และชั้นศาลเดียวกัน ระบบนี้จึงไม่มีความแตกต่างระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองซึ่งหมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ¹²⁶

3.6.2 การแต่งตั้งตุลาการของรัฐบาลกลาง

ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหมวด 3 (Article 3) บัญญัติให้มีศาลสูง 1 ศาล และศาลล่างตามที่รัฐสภาสหรัฐจะจัดตั้งขึ้น เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ต่อมาในปี ค.ศ.1789 รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ตราบัญญัติ The Judiciary Act Of 1789 จัดตั้งศาลชั้นต้น ได้แก่ ศาลจังหวัด (District Court) ศาลอุทธรณ์ (CourtS of appeals) และศาลสูงสุด หรือศาลฎีกา (Supreme Court) และในปี ค.ศ.1968 รัฐสภาได้ตราบัญญัติจัดตั้งศาลแขวง (Magistrates Courts) เพิ่มขึ้น เพื่อแบ่งเบาภาระงานของศาลจังหวัด¹²⁷

3.6.2.1 การแต่งตั้งตุลาการศาลชั้นต้น

ศาลชั้นต้นประกอบด้วยศาลจังหวัด ศาลแขวง และศาลพิเศษอื่นๆ

ศาลจังหวัด มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญกำหนดมีทั้งหมด 94 ศาล¹²⁸ โดยตั้งอยู่ในเขตวอชิงตัน ดี.ซี จำนวน 1 ศาล และตั้งอยู่ในมลรัฐต่างๆจำนวน 89 ศาล ซึ่งในมลรัฐหนึ่งจะต้องมีศาลจังหวัดอย่างน้อย 1 ศาล ทั้งนี้ในแต่ละมลรัฐจะมีศาลได้กี่ศาลขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรและจำนวนคดี เช่นบางมลรัฐอาจจะมีจำนวน 2 หรือ 3 ศาล ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เท็กซัส และนิวยอร์ก มีอยู่ถึงมลรัฐละ 4 ศาลส่วนอีก 4 ศาลจัดตั้งอยู่ในดินแดนที่อยู่ในอาณัติของสหรัฐอเมริกาแห่งละ 1 ศาล ได้แก่ เปอร์โตริโก เกาะกวม หมู่เกาะเวอร์จิน และหมู่เกาะมาเรียนาเหนือ¹²⁹ จำนวนผู้พิพากษาศาลจังหวัดแต่ละแห่งก็แตกต่างกัน มีตั้งแต่ 1 คนในศาลจังหวัดเล็กๆ เช่น ของมลรัฐโอไฮโอ ไปจนถึง 27 คนในศาลจังหวัดเขตใต้ของมลรัฐนิวยอร์ก ซึ่งรวมเกาะแมนฮัตตันด้วย¹³⁰

การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลจังหวัด ผู้พิพากษาศาลจังหวัดได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีด้วยความเห็นชอบจากวุฒิสภา (senate)¹³¹ ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษาไว้ ประธานาธิบดีจึงมีอิสระเต็มที่ในการคัดเลือกและแต่งตั้ง

¹²⁶วิรัช วิรัชนิการวรรณ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 9, น.87-88.

¹²⁷วิสาร พันธนะ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 123, น. 28.

¹²⁸supra note 125, p. 8.

¹²⁹วิสาร พันธนะ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 123, น. 28.

¹³⁰วิสาร พันธนะ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 123, น.29.

¹³¹supra note 125, p.15.

ให้บุคคลใดเป็นผู้พิพากษา แต่ในทางปฏิบัติประธานาธิบดีมักจะแต่งตั้งบุคคลที่มีความรู้ความสามารถให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาเสมอ ทั้งนี้ผู้พิพากษาศาลจังหวัดจะต้องมีภูมิลำเนาในเขตของศาลจังหวัดที่ได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ ยกเว้นผู้พิพากษาศาลจังหวัดเขตวอชิงตัน ดี.ซี. ศาลจังหวัดที่มีผู้พิพากษามากกว่า 1 คน ผู้พิพากษาอาวุโสที่มีอายุงานมากที่สุดเป็นผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าศาลรับผิดชอบจ่ายคดีให้ผู้พิพากษาอื่น และควบคุมให้มีการปฏิบัติตามกฎระเบียบของศาล¹³²

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อได้รับแต่งตั้งแล้วสามารถอยู่ในตำแหน่งได้ตลอดชีวิต¹³³ ตราบเท่าที่ไม่มีความประพฤติเสื่อมเสีย¹³⁴ ผู้พิพากษาจะพ้นจากตำแหน่งได้ด้วยกระบวนการถอดถอนของรัฐสภา เรียกว่า impeachment¹³⁵ เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาอาจพ้นจากตำแหน่งได้ด้วยการลาออก กล่าวคือ ผู้พิพากษาที่มีอายุครบ 65 ปี และเป็นผู้พิพากษามาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปีหรือผู้พิพากษาที่มีอายุครบ 70 ปี และเป็นผู้พิพากษามาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี สามารถลาออกจากตำแหน่งได้ และได้รับเงินเดือนเต็ม และสามารถกลับไปทำงานในตำแหน่งผู้พิพากษาอาวุโสได้ นอกจากนี้ในขณะดำรงตำแหน่งจะต้องได้รับเงินเดือนและจะถูกลดเงินเดือนลงไม่ได้¹³⁶ โดยผู้พิพากษาในแต่ละชั้นจะเป็นผู้พิพากษาในระดับเดียวกันได้รับเงินเดือนเท่ากันหมด ตั้งแต่เริ่มเข้ารับราชการจนถึงออกจากราชการ

3.6.2.2 การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีที่คู่ความที่ไม่พอใจคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็มีสิทธิอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจได้เสมอ การกิจสำคัญของศาลอุทธรณ์ คือ การแก้ไขข้อผิดพลาดของศาลล่างทั้งในเรื่องของข้อกฎหมายและการพิจารณาคดี ศาลอุทธรณ์พิจารณาพิพากษาคดีจากสำนวนที่ศาลชั้นต้นจัดทำขึ้น คำแถลงการณ์ของคู่ความและการแถลงการณ์ด้วยวาจาของทนายความทั้งสองฝ่าย โดยศาลอุทธรณ์ต้องฟังข้อเท็จจริงตามที่ศาลล่างและคณะลูกขุนได้ตัดสินมาแล้ว

ศาลอุทธรณ์สหรัฐมีทั้งหมด 13 ศาลประจำอยู่ในส่วนต่างๆของประเทศ ซึ่งแบ่งพื้นที่ออกเป็น 12 เขต สำหรับศาลอุทธรณ์เขตวอชิงตัน ดี.ซี.นอกจากมีอำนาจพิจารณา

¹³²วิสาร พันธนะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 123*, น.29.

¹³³วิสาร พันธนะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 123*, น. 29.

¹³⁴รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา หมวด 3 มาตรา 1.

¹³⁵รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา หมวด 1 มาตรา 3.

¹³⁶วิสาร พันธนะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 123*, น. 29.

พิพากษาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลจังหวัดเขตวอชิงตัน ดี.ซี.แล้วยังมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์คำวินิจฉัยของหน่วยงานบริหารต่างๆ เช่น คณะกรรมการการค้าแห่งชาติ คณะกรรมการคมนาคมแห่งชาติ และคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ เป็นต้น¹³⁷

ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา และมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการเช่นเดียวกับศาลชั้นต้น

3.6.2.3 การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงของสหรัฐประกอบด้วยประธานศาลสูง 1 คน และผู้พิพากษาศาลสูงอีก 8 คน รวมเป็น 9 คน มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับมูลคดีหรือคู่ความระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่ง หรือระหว่างรัฐบาลของรัฐหนึ่งกับรัฐบาลอีกรัฐหนึ่งคดีเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางคดีเกี่ยวกับการตีความ และคดีรัฐธรรมนูญ¹³⁸

การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงเป็นอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา และมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการเช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์

กล่าวโดยสรุป การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสหรัฐทุกชั้นศาลเป็นอำนาจของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา¹³⁹ แต่เมื่อได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการแล้วผู้พิพากษาของสหรัฐอยู่ในตำแหน่งได้ตลอดชีวิต จะถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้โดยรัฐสภาโดยวิธี impeachment และในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งอยู่นั้นจะมีการลดเงินเดือนไม่ได้ จากบทบัญญัติดังกล่าวย่อมทำให้ผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกามีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่อย่างแท้จริงแม้ว่าตามรัฐธรรมนูญจะไม่ได้มีบทบัญญัติว่าศาลมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม แม้แต่ประธานาธิบดีที่เป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาก็ไม่สามารถใช้อิทธิพลกดดันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาได้ เพราะเมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งแล้วประธานาธิบดีไม่มีอำนาจในการให้คุณให้โทษผู้พิพากษาได้อีกต่อไป การให้ประธานาธิบดีซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาเพื่อไปใช้อำนาจตุลาการซึ่งเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยและเป็นอำนาจของประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย จึงเป็นไปตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยและการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งอยู่ในตำแหน่งได้ตลอดชีวิตจึงนับเป็นการตัดอำนาจและอิทธิพลของผู้มีอำนาจแต่งตั้งออกไป

¹³⁷ วิจารณ์ พานิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 123*, น. 30.

¹³⁸ รัฐธรรมนูญฯ นุชนาฏ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 51.

¹³⁹ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด 2 มาตรา 2.

ทำให้ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งมีความเป็นอิสระไม่ถูกครอบงำโดยผู้มีอำนาจแต่งตั้งอีกต่อไป นอกจากนั้นการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าผู้พิพากษาได้รับเงินเดือนตลอดเวลาที่ดำรงตำแหน่งและจะมีการลดเงินเดือนลงไม่ได้นั้น ก็เป็นหลักประกันความมั่นคงในการดำรงชีวิตทำให้ผู้พิพากษาไม่ต้องกังวลว่าจะมีปัจจัยเพียงพอในการดำรงชีวิตหรือไม่ ทำให้กาปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง

3.6.2.4 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีความจำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาเป็นอย่างมาก ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระมากที่สุด เนื่องจากมีหลักประกันที่ดีตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหมายถึงความเป็นอิสระในการทำหน้าที่เท่านั้น ไม่ใช่ความเป็นอิสระจากการถูกตรวจสอบจากองค์กรอื่นแต่อย่างใด การตรวจสอบการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาศาสตราจารย์ดังนี้

ก. การตรวจสอบโดยเนติบัณฑิตยสภา (American Bar Association (ABA)) ABA ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1878 มีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการทำหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยกำหนดมารยาทในการประกอบอาชีพของนักกฎหมายในสาขาต่างๆ เช่น ทัศนคติ อัยการ ผู้พิพากษา หรือเรียกว่าประมวลจริยธรรมของนักกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชน สำหรับผู้พิพากษาแม้จะมีอิสระในการทำหน้าที่ก็ต้องมีการควบคุมตรวจสอบเพื่อให้สาธารณชนไว้วางใจ และในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาก็มีประมวลจริยธรรมของผู้พิพากษา เหตุที่ ABA สามารถตรวจสอบการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาได้เนื่องจากผู้พิพากษาส่วนใหญ่เป็นสมาชิกของ ABA ซึ่ง ABA ทำหน้าที่ตรวจสอบมารยาทของสมาชิก ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึงเงื่อนไขการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาไว้ว่า หากประพฤติตนในทางที่ไม่เหมาะสมก็就会被ถอดถอนออกจากตำแหน่ง

ข. การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยวิธี Impeachment ซึ่ง เป็นการกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำความผิดอาญาร้ายแรง ความผิดอาญาต่างๆ ใช้ อำนาจโดยมิชอบ และเจ้าพนักงานรับสินบน ผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกามีความเป็นอิสระสูงและมีอำนาจอย่างมากในการสร้างหลักกฎหมาย และยังมีอำนาจตรวจสอบการกระทำหรือกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย¹⁴⁰ แม้ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาแต่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งเนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ผู้พิพากษาอยู่ในตำแหน่งตลอดชีวิต (Lifetime Tenure) รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้มีการตรวจสอบโดยรัฐสภา โดยการ

¹⁴⁰รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด 3 มาตรา 2.

ถอดถอนผู้พิพากษาต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา รัฐธรรมนูญจึงกำหนดวิธี Impeachment โดยผู้พิพากษาของสหรัฐจะถูกถอดถอนเมื่อปรากฏว่าได้มีการกระทำความผิดร้ายแรง วิธี Impeachment กระทำโดยเสียงข้างมากของสภาผู้แทนราษฎร (The House of Representatives) โดยใช้คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด ดังนั้นผู้พิพากษาของสหรัฐแม้จะมีความเป็นอิสระสูง แต่ก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนด้วย

3.6.3 การแต่งตั้งตุลาการของศาลมลรัฐ¹⁴¹

วิธีการคัดเลือกตุลาการของแต่ละมลรัฐไม่เหมือนกัน แต่สามารถสรุปได้เป็น 3 กลุ่มดังนี้

3.6.3.1. วิธีการแต่งตั้ง (Appointment)

เป็นการคัดเลือกตุลาการโดยให้ผู้ว่าการรัฐ หรือสภานิติบัญญัติของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการ ทั้งนี้บางรัฐก็ให้อำนาจผู้ว่าการรัฐเป็นผู้แต่งตั้งโดยตรงโดยไม่ต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบในกรณีที่เป็นการแต่งตั้งตุลาการศาลชั้นต้นที่มีอำนาจจำกัด ในบางมลรัฐก็ให้ผู้ว่าการรัฐเป็นผู้แต่งตั้งโดยต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาสูงของมลรัฐ บางมลรัฐการแต่งตั้งตุลาการต้องได้รับความเห็นชอบทั้งจากสภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงแห่งมลรัฐ และตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งสามารถอยู่ในตำแหน่งได้ตั้งแต่ 4 ถึง 10 ปีแล้วแต่มลรัฐ

3.6.3.2. วิธีการเลือกตั้ง (Election)

เป็นวิธีการคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการโดยการให้ผู้ที่ประสงค์จะดำรงตำแหน่งตุลาการไปสมัครรับเลือกตั้งเช่นเดียวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารของรัฐ โดยในการเลือกตั้งนั้นอาจจะเป็นการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับพรรคการเมือง (Partisan Election) หรือไม่เกี่ยวกับพรรคการเมือง (Non-Partisan Election) ก็ได้ แล้วแต่กฎเกณฑ์ที่แต่ละรัฐกำหนดไว้ ซึ่งวิธีการแรกเป็นวิธีการที่พรรคการเมืองจะมีส่วนในการกำหนดตัวผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นตุลาการในนามของพรรค ส่วนวิธีที่ 2 เป็นวิธีที่ห้ามมิให้พรรคการเมืองเข้าไปเกี่ยวข้องกับการหาเสียงหรือการกำหนดตัวผู้สมัครรับเลือกตั้ง

ระยะเวลาการในการดำรงตำแหน่งของตุลาการแต่ละรัฐก็กำหนดเวลาการดำรงตำแหน่งไว้ไม่เท่ากันแต่อยู่ในช่วงเวลา 5-10 ปี แต่ไม่มีมลรัฐใดกำหนดให้ตุลาการที่ได้รับ

¹⁴¹สุรศักดิ์ ศิริวิเชียร, “การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543,” (ภาคนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.36-38.

การเลือกตั้งอยู่ในตำแหน่งได้ตลอดชีวิต หรือตลอดเวลาที่มีความประพฤติดีเหมือนการแต่งตั้งผู้พิพากษาของรัฐบาลกลาง รัฐที่ใช้ระบบการแต่งตั้งบางรัฐก็อาจกำหนดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งเป็นเวลา 4,6,8 หรือ 10 ปีก็มี

3.6.3.3. วิธีการมิสซูรี (Missouri Plan)

วิธีการนี้มีใช้อยู่ในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นวิธีการคัดเลือกตุลาการโดยใช้รูปแบบการแต่งตั้งและการเลือกตั้งผสมกัน โดยมีขั้นตอนในการดำเนินการ 4 ขั้นตอนคือ

ก. ตั้งคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความซื่อสัตย์สุจริต และนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงและไม่ฝักใฝ่พรรคการเมืองทำหน้าที่คัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมเป็นตุลาการจำนวน 3 รายชื่อ

ข. ฝ่ายบริหารโดยผู้ว่าการรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการจำนวน 1 คน จากรายชื่อที่คณะกรรมการดังกล่าวเสนอขึ้นมาเท่านั้น

ค. หลังจากได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการแล้ว 1 ปี จะต้องให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งของมลรัฐนั้นตรวจสอบ (Review) เพื่อให้ความเห็นชอบ ในการตรวจสอบนี้จะกำหนดให้ออกเสียงเฉพาะเรื่อง ตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งต่อไปหรือไม่เท่านั้น

ง. เมื่อครบกำหนดการดำรงตำแหน่งในแต่ละวาระแล้วให้มีการออกเสียงทั่วไปว่า ตุลาการผู้นั้นมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งต่อไปอีก 1 วาระหรือไม่ ทั้งนี้โดยไม่มีผู้อื่นสมัครรับเลือกตั้งแข่งขันด้วย

วิธีการนี้เป็นวิธีการแก้จุดอ่อนของวิธีการคัดเลือกตุลาการโดยการแต่งตั้งและการเลือกตั้ง และเป็นวิธีที่เนติบัณฑิตยสภาอเมริกันให้ความเห็นชอบและส่งเสริมให้มีการใช้วิธีนี้โดยทั่วไปแล้วตุลาการที่ได้รับการคัดเลือกโดยวิธีนี้มักจะเป็นผู้พิพากษาในศาลสูงและศาลชั้นต้นที่สำคัญๆเท่านั้น และเป็นวิธีที่มีการศึกษาและยอมรับว่าเป็นวิธีการคัดเลือกตุลาการที่ดีและเหมาะสมที่สุด

อย่างไรก็ตามการคัดเลือกตุลาการของมลรัฐทั้ง 3 วิธีดังกล่าว บุคคลที่จะได้รับการคัดเลือกต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาวิชากฎหมายและเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาของมลรัฐนั้น โดยบางมลรัฐยังกำหนดไว้ว่าต้องเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา หรือประกอบวิชาชีพทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่ากี่ปีด้วย

บทที่ 4

การแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในระบบกฎหมายไทย

4.1 ระบบศาล

ระบบศาลของประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส คือมีการจัดตั้งศาลขึ้นมาพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายมหาชนออกจากศาลยุติธรรม ได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญมีชั้นเดียวและมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมแบ่งเป็น 2 ส่วนคือ ศาลแพ่งและศาลอาญาและมี 3 ชั้นคือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ทั้งปวงยกเว้นคดีที่กฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น และศาลปกครองมี 2 ชั้นคือ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาททางปกครอง นอกจากนั้นในแต่ละศาลมีการจัดองค์กร การบริหารงานบุคคล ตลอดจนระบบผู้พิพากษาหรือตุลาการของตนเองแยกเป็นอิสระออกจากกัน ระบบกฎหมายของไทยก็แยกเป็นระบบกฎหมายมหาชน และระบบกฎหมายเอกชน ในกรณีที่มีปัญหาว่าข้อพิพาทนั้นอยู่ในอำนาจของศาลใด ก็จะมีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจตุลาการไว้ในหมวด 10 โดยได้บัญญัติรับรองอำนาจของตุลาการไว้ในมาตรา 188 ว่าการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ และผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายไทยก็เช่นเดียวกับระบบกฎหมายในประเทศเสรีนิยมประชาธิปไตยทั้งหลายที่บัญญัติให้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเป็นของศาลและตุลาการ และอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวเป็นอำนาจที่เป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้อาณัติของอำนาจใดๆ นอกจากรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น นอกจากนั้นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 190 ได้บัญญัติไว้ว่าพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่ง ยกเว้นกรณีเป็นการพ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุตามวาระ หรือพ้นจากราชการเพราะถูกลงโทษให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงทราบ อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลดังกล่าวเป็นอำนาจในทางรูปแบบ แต่ก่อนที่จะมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้พิพากษาศาล จะมีการกระบวนการในการคัดเลือกผู้พิพากษาศาล ซึ่งกระบวนการในการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลใน

ระบบกฎหมายไทยที่เป็นระบบศาลคู่คือมีการแยกศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป คดีปกครอง และคดีรัฐธรรมนูญออกจากกัน กระบวนการในการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลฎาลาการในแต่ละระบบจึงมีความแตกต่างกันด้วย ในการศึกษากระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลฎาลาการจึงได้แยกศึกษาเป็นแต่ละระบบศาล ส่วนศาลทหารเป็นศาลที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายปกครอง คือ กระทรวงกลาโหม กระบวนการในการคัดเลือกและการแต่งตั้งก็เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารไม่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่ขอกล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

4.2 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในระบบศาลยุติธรรม

ระบบศาลยุติธรรมเป็นระบบศาลที่เก่าแก่ที่สุดในระบบกฎหมายไทย ระบบศาลยุติธรรมแบ่งเป็น 3 ชั้น คือศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา¹ ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรมในประเทศไทยจึงมีวิวัฒนาการมาเป็นเวลานานกว่าจะมาเป็นระบบการคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรมอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

จากการศึกษาระบบการแต่งตั้งตุลาการในต่างประเทศพบว่า ระบบการคัดเลือกและแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรมแบ่งเป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ คือกลุ่มประเทศที่มีคณะกรรมการตุลาการ กับกลุ่มประเทศที่ไม่มีคณะกรรมการตุลาการ กลุ่มประเทศที่มีคณะกรรมการตุลาการคือ ประเทศที่ตั้งคณะกรรมการตุลาการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการคัดเลือกตุลาการเป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส สำหรับกลุ่มประเทศที่ไม่มีคณะกรรมการตุลาการทำหน้าที่ในการคัดเลือกตุลาการเป็นการเฉพาะก็จะมีระบบการคัดเลือกและแต่งตั้งเป็นพิเศษของตน เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 สำหรับประเทศไทยใช้ระบบการแต่งตั้งตุลาการโดยการจัดตั้งองค์กรพิเศษเรียกว่า คณะกรรมการตุลาการ เช่นเดียวกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการบรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการไม่เกิน 2 คน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนด² ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2543 ได้กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่า

¹พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 1.

²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 196.

คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 12 คน ประกอบด้วยข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาและได้รับเลือกจากศาลฎีกาจำนวน 6 คน ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์และที่ได้รับเลือกจากศาลอุทธรณ์จำนวน 4 คน และผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลและได้รับเลือกจากศาลชั้นต้นยกเว้นผู้ช่วยผู้พิพากษาจำนวน 2 คน กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 2 คน ซึ่งวุฒิสภาคัดเลือกจากบุคคลที่ไม่เป็นข้าราชการศาลยุติธรรม³ แต่ก่อนที่คณะกรรมการตุลาการจะมีองค์ประกอบตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้มีวิวัฒนาการมาตามลำดับดังนี้

4.2.1 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการในช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองปี พ.ศ. 2475

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นยุคสมัยที่ประเทศไทยได้รับเอกราชและนิยมการปกครองตามแบบประเทศตะวันตก ทั้งยังมีการส่งนักศึกษารุ่นแรกไปเรียนที่ต่างประเทศรวมถึงกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทยซึ่งทรงศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษด้วย นักกฎหมายรุ่นนี้จึงได้รับเอาความคิดและขนบธรรมเนียมอันดีงามของประเทศอังกฤษเข้ามาถ่ายทอดและปลูกฝังในประเทศไทยพร้อมกับการจัดตั้งระบบศาลสมัยใหม่ขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 วิชาชีพตุลาการในสมัยรัชกาลที่ 5 และที่ 6 จึงได้รับการปลูกฝังให้เป็นสถาบันและวิชาชีพที่ทรงเกียรติ

ในช่วงแรกที่มีการจัดตั้งศาลสมัยใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 5 ไปจนถึงสมัยรัชกาลที่ 7 ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศไทยมีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ หลักเรื่องการแบ่งแยกอำนาจยังไม่เป็นที่รู้จักในประเทศไทย เพราะอำนาจการปกครองทั้งหมดรวมศูนย์อยู่ที่พระมหากษัตริย์เพียงพระองค์เดียว การแบ่งแยกอำนาจปกครองจึงยังไม่มี แต่เนื่องจากนักกฎหมายรุ่นแรกที่จบจากประเทศอังกฤษที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่มีธรรมเนียมว่าศาลต้องยึดถือกฎหมายเป็นหลักในการตัดสินคดีแม้ในทางทฤษฎีศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ก็ตาม ดังที่ลอร์ด ฮอลส์บรี ได้กล่าวไว้ในคำรากฎหมายของท่านว่า “พระมหากษัตริย์และรัฐมนตรีของพระองค์จะต้องไม่รบกวนในกิจการงานของฝ่ายยุติธรรม พระมหากษัตริย์จะต้องไม่ใช้พระบรมเดชานุภาพบังคับบัญชาความเห็นในการวินิจฉัยคดีของผู้พิพากษา โดยวิธีการทำให้เกรง

³พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 มาตรา 36.

กลัวการถูกปลดออกจากราชการ จึงมีกฎหมายตั้งไว้ว่าผู้พิพากษาย่อมจะดำรงตำแหน่งอยู่ตลอดเวลาที่มีความประพฤติดี” ข้อความดังกล่าวได้มีการถ่ายทอดในโรงเรียนกฎหมายของไทยด้วย⁴

เสนาบตีกระทรวงยุติธรรมในช่วงต้นในสมัยรัชกาลที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 มีกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เป็นต้น ส่วนมากได้รับการศึกษาจากประเทศอังกฤษ ถึงแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามเสนาบตีแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล แต่ในทางปฏิบัติตลอดระยะเวลาของสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์และเสนาบตีกระทรวงยุติธรรมปล่อยให้ตุลาการพิจารณาพิพากษาคดีไปตามกฎหมายโดยไม่เข้าแทรกแซงการทำหน้าที่ของศาลแต่ประการใด ตุลาการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์จึงมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตามแม้แต่ละประเทศจะมีความพยายามในการพัฒนาสถาบันตุลาการเพื่อให้ตุลาการมีความเป็นอิสระ แต่เนื่องจากแต่ละประเทศมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันการพัฒนาสถาบันตุลาการจึงมีความแตกต่างกันไปด้วย ในประเทศแองโกลอเมริกันเริ่มต้นด้วยการแต่งตั้งตุลาการโดยพระมหากษัตริย์ แต่เพื่อให้ตุลาการอยู่ภายใต้อาณัติของผู้แต่งตั้ง จึงได้มีการสร้างหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการด้วยการกำหนดให้ตุลาการอยู่ในตำแหน่งตลอดเวลาที่มีความประพฤติดี ถ้าจะปลดจะต้องมีเหตุตามกฎหมาย ดำเนินการตามขั้นตอนและกระบวนการตามกฎหมายจะปลดตามอำเภอใจไม่ได้⁵ จึงเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระของตุลาการในขณะดำรงตำแหน่งด้วยการสร้างหลักประกันต่างๆที่สามารถให้ความคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ได้ให้ความสำคัญของความเป็นอิสระที่กระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่าหากมีหลักประกันความเป็นอิสระในขณะดำรงตำแหน่งดีแล้วก็ย่อมคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการได้ไม่ว่าตุลาการจะได้รับการแต่งตั้งจากใครก็ตาม

สำหรับประเทศไทยก็มีประวัติศาสตร์การต่อสู้เพื่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการจากอำนาจอื่นที่พยายามแทรกแซงอำนาจตุลาการเช่นกัน ซึ่งการแทรกแซงอำนาจตุลาการจะเริ่มตั้งแต่กระบวนการแต่งตั้งตุลาการไปจนถึงการให้ตุลาการออกจากตำแหน่ง ในยุคที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการในระหว่างการดำรงตำแหน่ง ผู้มีอำนาจย่อมแทรกแซงอำนาจของตุลาการได้ทุกขั้นตอนเริ่มตั้งแต่การแต่งตั้งบุคคลที่ตนสามารถส่งได้เข้าไปเป็น

⁴ปรีดี เกษมทรัพย์, “ระบบ ก.ต.และความเป็นอิสระของตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น. 336 (กรกฎาคม 2537).

⁵เพ็ญอ้าง, น. 337.

ตุลาการ และหากในระหว่างการดำรงตำแหน่งตุลาการคนใดไม่ฟังคำสั่งของผู้มีอำนาจก็จะมีอำนาจปลดออกจากตำแหน่งได้ ในสถานะเช่นนี้ย่อมทำให้ตุลาการเกรงกลัวผู้มีอำนาจจนทำให้ตุลาการไม่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ในยุคที่ไม่มีกฎหมายคุ้มครองหลักความเป็นอิสระของตุลาการจึงต้องอาศัยคุณธรรมของผู้มีอำนาจในการที่จะไม่เข้าไปแทรกแซงอำนาจของตุลาการซึ่งเป็นเรื่องของอติวิสัยจึงไม่มีความแน่นอน สำหรับประเทศไทยก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 มีระบอบการปกครองเป็นแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่อำนาจรวมศูนย์อยู่ที่พระมหากษัตริย์เพียงพระองค์เดียวไม่มีการแบ่งแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการออกจากกัน แต่เนื่องจากในการตั้งกระทรวงยุติธรรมและศาลในยุคแรกๆ เจ้ากระทรวงและผู้พิพากษาส่วนใหญ่ได้รับการศึกษาจากประเทศอังกฤษบุคคลเหล่านี้จึงได้นำคตินิยมทางศาลของประเทศไทยมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการศาล ด้วยเหตุนี้แม้ในความเป็นจริงเสนาบดีจะมีอำนาจในการแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีเพราะมีอำนาจแต่งตั้งโยกย้ายและลงโทษข้าราชการตุลาการได้โดยตรงแต่เสนาบดีก็มิใช่อำนาจของตนแทรกแซงอำนาจตุลาการ ดังนั้นในยุคก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองผู้พิพากษาศาลจึงมีความเป็นอิสระในทางปฏิบัติแม้ว่าไม่มีกฎหมายกำหนดหลักประกันความเป็นอิสระไว้เลยก็ตาม

4.2.2 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองปี พ.ศ. 2475

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 2475 จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยหรือระบอบรัฐธรรมนูญ โดยให้พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมาย⁶ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้⁷ แต่ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักประกันความเป็นความเป็นอิสระของตุลาการไว้ อำนาจตุลาการจึงถูกแทรกแซงได้โดยง่ายดังจะเห็นได้จากคดีที่รัฐบาลเป็นโจทก์ฟ้องรัชกาลที่ 7 ให้คืนทรัพย์สินให้แก่รัฐบาลและได้ขอคุ้มครองชั่วคราวขอให้ศาลยึดและอายัดทรัพย์สินของพระองค์ไว้ชั่วคราว พระสุทธธรรณมณต์ (สุทธิ เลขยานนท์) อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งและเป็นตุลาการเจ้าของคดีไม่ยอมมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามที่รัฐบาลขอ นอกจากนั้นหัวหน้ารัฐบาลในยุคดังกล่าวได้มีคำสั่งให้ปลดพระบรมฉายาลักษณ์ของรัชกาลที่ 7 ที่ประดับอยู่ตามสถานที่ราชการออก แต่ศาลแพ่งยังไม่ปฏิบัติตาม ประกอบกับขณะนั้นอธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งแม้อายุยังไม่ครบ 60 ปี แต่รับราชการมานานเข้าเกณฑ์ตามกฎหมายที่จะให้ออกจากราชการได้ รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้มีคำสั่งกระทรวง

⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 2.

⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 60.

ยุติธรรมให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งออกจากราชการฐานรับราชการนาน^๑ การกระทำของรัฐบาลในขณะนั้นส่งผลกระทบต่ออำนาจตุลาการอย่างมากและไม่เคยปรากฏการกระทำเช่นนี้มาก่อน ทำให้เป็นที่ตระหนักว่าต่อไปผู้พิพากษาไม่มีความปลอดภัย เมื่อมีการเปลี่ยนหัวหน้ารัฐบาลจึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2477 ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ได้เคยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2471 ขึ้นเป็นกฎหมายฉบับแรกที่วางระเบียบเกี่ยวกับข้าราชการตุลาการโดยตรง และในมาตรา 12 ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กล่าวถึงความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ฝ่ายบริหารยังคงมีอำนาจในการบริหารงานบุคคลของตุลาการ แต่ได้เปลี่ยนจากเสนาบติกระทรวงยุติธรรมไปเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจในการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตามแบบฉบับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการแต่อย่างใด

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2477 เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ในยุคที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองโดยคณะราษฎร ฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่เป็นกฎหมายฉบับแรกที่กล่าวถึงหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ โดยจัดให้มีคณะกรรมการตุลาการอันประกอบด้วย อธิบดี ศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีศาลอุทธรณ์ นายกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ผู้ประศาสน์การมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง คณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่ปรึกษา และให้คำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในเรื่องต่างๆตามที่ระบุไว้ เช่น การแต่งตั้งโยกย้าย การลงโทษทางวินัย เป็นต้น แต่เมื่อคณะกรรมการตุลาการปรึกษาแล้วให้รายงานรัฐมนตรี ถ้าวินิจฉัยไม่เห็นด้วยให้เสนอคณะรัฐมนตรีวินิจฉัย นอกจากนั้นยังมีข้อสังเกตว่าการดำรงตำแหน่งของข้าราชการชั้นสูง ๔ ตำแหน่งคือ อธิบดีผู้พิพากษาศาลฎีกา ข้าราชการพลเรือน และผู้พิพากษาหัวหน้ากองในศาลอุทธรณ์ ให้อยู่ในตำแหน่งตลอดเวลาที่มีความประพฤติดี แต่ให้อยู่ในอำนาจพระมหากษัตริย์ที่จะถอดถอนได้ หมายความว่าฝ่ายบริหารเสนอและความรับผิดชอบอยู่ที่รัฐบาล แต่ต้องผ่านสภาผู้แทนราษฎรก่อน กล่าวคือให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะถอดถอนผู้พิพากษาด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรด้วยเท่านั้น

^๑ วิจารณ์ เมลาณนท์, “ที่เด็ดของ “บริหาร” ตุลาการเคย “พบมาแล้ว”, “วารสารนิติศาสตร์”, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น. 350-351 (กรกฎาคม 2537).

ระบบคณะกรรมการตุลาการที่เกิดขึ้นใหม่นี้มีเพียงหน้าที่ปรึกษา และให้คำปรึกษารัฐมนตรีในเรื่องการแต่งตั้งโยกย้าย การเลื่อนชั้น การปรับเงินเดือน และการลงโทษทางวินัยข้าราชการตุลาการ แต่อำนาจเด็ดขาดอยู่ที่รัฐมนตรี ในส่วนตำแหน่งตุลาการชั้นสูงคือ อธิบดีผู้พิพากษา กรรมการศาลฎีกา ข้าราชการยุติธรรม และผู้พิพากษาหัวหน้ากองในศาลอุทธรณ์ แม้กฎหมายจะกำหนดให้อยู่ในตำแหน่งตลอดเวลาที่มีความประพฤติดี แต่ฝ่ายบริหารก็ถอดถอนได้โดยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร อำนาจถอดถอนตุลาการชั้นผู้ใหญ่ก็เป็นสิทธิขาดของรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง อำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการจึงเป็นของฝ่ายการเมือง ส่วนตุลาการตำแหน่งอื่นโดยทั่วไปการแต่งตั้งถอดถอนเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงเห็นได้ว่าการแต่งตั้งตุลาการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และยังเป็นการขัดกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการด้วย พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้เพียงสองปีก็ถูกยกเลิก และได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2479 ขึ้นใช้บังคับ

ในขณะที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2479 นั้น ประเทศไทยอยู่ภายใต้การปกครองโดยคณะราษฎร ฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ยังมีบทบัญญัติรับรองความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการไว้ในมาตรา 60 และตามกฎหมายฉบับนี้ได้ตัดอำนาจของคณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรมิให้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งถอดถอนตุลาการอีกต่อไป โดยกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมใช้อำนาจร่วมกับคณะกรรมการตุลาการที่ประกอบด้วย กรรมการจำนวน 7 คนได้แก่กรรมการโดยตำแหน่งตามเดิมคืออธิบดีศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม และอธิบดีศาลอุทธรณ์ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีก 4 คน ได้แก่ผู้แทนเนติบัณฑิตยสภา ผู้แทนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง และข้าราชการตุลาการบำนาญ 2 คน ซึ่งได้รับเลือกจากผู้พิพากษา กรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 4 คน จะต้องไม่ใช่ข้าราชการเมือง หรือทนายความอาชีพ ตามกฎหมายฉบับนี้แม้จะมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการได้เป็นอย่างดีเพราะฝ่ายการเมืองไม่สามารถแทรกแซงอำนาจตุลาการได้ แต่การแต่งตั้งตุลาการและการใช้อำนาจตุลาการไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เพราะอำนาจตุลาการไม่มีความยึดโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ 3 ปี หลังจากนั้นได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2482

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2482 เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ในยุครัฐบาลที่ฝ่ายการเมืองไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่รัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ยังมีบทบัญญัติรับรองความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการไว้ในมาตรา 60 อยู่เช่นเดิม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2482 ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ 2479 และเปลี่ยนองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการใหม่โดยการตัดผู้แทนเนติบัณฑิตยสภา และผู้แทนของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมืองออกไป แต่ให้กรรมการมาจากตุลาการชั้นพิเศษ 1 คน ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้เลือก และเพิ่มข้าราชการบำนาญอีก 1 คน แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจรัฐมนตรีอย่างกว้างขวางในการให้ตุลาการสามัญออกจากตำแหน่งโดยไม่มีความผิดแต่รัฐมนตรีเห็นว่ามัลทินมัวหมองและอาจเสียหายแก่ราชการโดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ นอกจากนี้รัฐมนตรียังมีอำนาจให้ตุลาการออกจากราชการเพื่อรับบำนาญอย่างข้าราชการพลเรือนทั่วไปด้วย จึงเป็นกฎหมายที่ทำให้ฝ่ายบริหารกลับมาใช้อำนาจครอบงำฝ่ายตุลาการได้อีกครั้ง ตามกฎหมายฉบับนี้ถือได้ว่าการใช้อำนาจตุลาการไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเพราะเพราะฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนไม่ได้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการอำนาจตุลาการจึงไม่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน นอกจากนั้นการที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการถอดถอนตุลาการได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการถือเป็นการที่ฝ่ายบริหารแทรกแซงอำนาจตุลาการจึงเป็นการขัดกับหลักการความเป็นอิสระของตุลาการด้วย พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มีผลใช้บังคับอยู่เพียง 3 ปี หลังจากนั้นได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2485

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2485 มีการประกาศใช้ในยุคของคณะราษฎรที่ฝ่ายการเมืองไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ยังมีบทบัญญัติรับรองความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการไว้ในมาตรา 60 โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ 2485 นี้ก็ยังเป็นโครงสร้างเดียวกันกับโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ 2482 แต่ได้เพิ่มบทบัญญัติให้รัฐมนตรีมีอำนาจปลดผู้พิพากษาหรือสั่งไล่ออกโดยไม่ต้องสอบสวน และให้ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ตามนโยบายที่รัฐบาลแถลง⁹ ตามกฎหมายฉบับนี้ก็ยังถือว่าการใช้อำนาจตุลาการไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเพราะอำนาจตุลาการไม่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน นอกจากนั้นการที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการถอดถอนตุลาการได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ และการที่กฎหมายฉบับนี้ได้เพิ่มบทบัญญัติให้รัฐมนตรีมีอำนาจปลด

⁹ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 341.

ผู้พิพากษาหรือสั่งไล่ออกโดยไม่ต้องสอบสวน ยังเป็นการทำลายหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอีกด้วย

แต่ในขณะที่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับอยู่นั้นได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2489 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2475¹⁰ และได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการโดยการบัญญัติให้การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน โยกย้าย และการถอดถอนผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการก่อน¹¹ ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 บทบัญญัติในส่วนของความเป็นอิสระของตุลาการมีหลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2489¹² แต่ในส่วนของการแต่งตั้ง โยกย้าย และการถอดถอนตุลาการนอกจากจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการแล้ว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2492 ยังบัญญัติเพิ่มเติมว่าการแต่งตั้งโยกย้ายและถอดถอนตุลาการเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์¹³ และก่อนนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการก่อน การแต่งตั้งถอดถอนและโยกย้ายตุลาการจึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นับแต่บัดนั้นเป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน โดยผลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2489 และ 2492 ทำให้ฝ่ายการเมืองไม่อาจครอบงำฝ่ายตุลาการได้อีก แต่แม้ฝ่ายตุลาการจะมีความเป็นอิสระไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายการเมืองใดๆแล้วก็ตาม แต่การใช้อำนาจตุลาการก็ยังไม่เป็นไปตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เพราะในการคัดเลือกและแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการไม่มีตัวแทนของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมในการคัดเลือกและแต่งตั้งเลย จะเห็นได้จากโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการที่เป็นผู้มีอำนาจในการคัดเลือกตุลาการไม่มีตัวแทนของประชาชนร่วมอยู่ด้วย พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับจนถึง ปี 2497 จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2497

¹⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2489 มาตรา 83.

¹¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2489 มาตรา 84.

¹²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2492 มาตรา 165.

¹³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2492 มาตรา 166.

ในช่วงที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2497 นั้นเป็นช่วงเดียวกันกับช่วงที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี¹⁴ และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า การแต่งตั้ง โยกย้าย และถอดถอนตุลาการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล¹⁵ และกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง โยกย้าย ถอดถอนตุลาการ¹⁶ ตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2497 ประกอบด้วยคณะกรรมการตุลาการจำนวน 11 คน เป็นกรรมการโดยตำแหน่งจำนวน 5 คนได้แก่ ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา ปลัดกระทรวงยุติธรรม และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงโปรดเกล้าแต่งตั้งด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้โดยมีรัฐธรรมนูญว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นประธาน นอกจากนั้นตามกฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเลื่อนขึ้นเงินเดือนของตุลาการเมื่อคณะกรรมการตุลาการเห็นชอบ กระบวนการแต่งตั้งตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้มีรูปแบบที่ชอบด้วยหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงเพราะคณะกรรมการตุลาการมีองค์ประกอบที่มาจากสภาผู้แทนราษฎรที่ถือเป็นผู้แทนของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ในสัดส่วนที่เป็นเสียงข้างมากจึงเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการ แต่อย่างไรก็ตามความชอบธรรมที่ว่านั้นเป็นเพียงความชอบธรรมในทางรูปแบบเท่านั้นเพราะในยุคดังกล่าวสภาผู้แทนราษฎรไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนแต่มาจากการแต่งตั้งทั้งหมด¹⁷ นอกจากนั้นการที่โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการมีส่วนของผู้แทนราษฎรเกินครึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่ากับฝ่ายการเมืองมีอำนาจครอบงำฝ่ายตุลาการและสามารถให้คุณให้โทษตุลาการได้เพราะเป็นผู้มี

¹⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2475 มาตรา 60.

¹⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มาตรา 105.

¹⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มาตรา 104.

¹⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มาตรา 115.

อำนาจแต่งตั้งโยกย้ายและถอดถอนตุลาการ ดังนั้นแม้รัฐธรรมนูญจะมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ก็ตามแต่ตุลาการก็ไม่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ต่อมาในปี 2500 จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนี้โดยออกเป็นพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500

ในช่วงที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497 นั้นเป็นช่วงเดียวกันกับช่วงที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มีผลใช้บังคับอยู่ เช่นเดียวกับการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2497 โดยปรากฏเหตุผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497 นี้ว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2497 มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้อำนาจอื่นเข้าไปควบคุมอำนาจตุลาการได้โดยง่ายอันเป็นการผิดหลักการประชาธิปไตยในส่วนที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจให้สมดุลกัน และไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติให้ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาคดี จึงจำเป็นที่จะต้องแก้ไขกฎหมายฉบับนี้เพื่อให้อำนาจตุลาการซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงใช้ทางศาลได้เป็นไปโดยอิสระและมีหลักประกันมั่นคง” ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 ฉบับนี้ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2497 โดยโครงสร้างคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วยกรรมการโดยตำแหน่ง 3 คน ได้แก่ ประธานศาลฎีกา เป็นประธาน อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และปลัดกระทรวงยุติธรรม และประกอบด้วยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 8 คน โดยผู้พิพากษาเลือกจากผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา 4 คน และข้าราชการตุลาการบำนาญซึ่งมิได้เป็นทนายความและนักการเมืองอีก 4 คน ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 นี้ฝ่ายรัฐบาลยอมตัดอำนาจของตนเองโดยถอนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมออกจากตำแหน่งประธานคณะกรรมการข้าราชการตุลาการ และคืนตำแหน่งดังกล่าวให้ประธานศาลฎีกาเหมือนเช่นเคยที่เป็นมาแต่เดิม นอกจากนี้ตามกฎหมายฉบับนี้ยังบัญญัติไว้ว่าหากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมไม่เห็นด้วยกับมติคณะกรรมการตุลาการ รัฐมนตรีจะขอให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณาใหม่ได้ แต่เมื่อคณะกรรมการตุลาการมีมติยืนยันตามมติเดิมหรือแก้ไขเพิ่มเติมประการใดให้ดำเนินการไปตามมติคณะกรรมการตุลาการ

ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497 ในส่วนที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการ แม้จะมีหลักการที่เป็นหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการในระดับสูง แต่ปรากฏว่าในโครงสร้าง

ของคณะกรรมการตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการกลับไม่มีตัวแทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจตุลาการรวมอยู่ด้วยแต่อย่างใด การแต่งตั้งตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้จึงไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย สำหรับปลัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นกรรมการตุลาการโดยตำแหน่งเป็นเพียงตัวแทนของฝ่ายบริหารเท่านั้น ไม่ได้เป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยแต่อย่างใด

ในระหว่างการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2501 จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้กระทำการปฏิวัติรัฐประหารและขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี และได้ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ซึ่งตามธรรมนูญการปกครองดังกล่าวได้กล่าวถึงหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้¹⁸ แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้แต่อย่างใด หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการจึงเป็นไปตามตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497 ต่อมาในปี 2506 จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ถึงแก่อสัญกรรม และจอมพลถนอม กิตติขจร ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีแทน ได้เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกับคณะกรรมการตุลาการเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการจึงได้มีการออกพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2508 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2497 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการว่าในกรณีที่คณะกรรมการตุลาการไม่เห็นชอบกับรัฐมนตรีให้แจ้งไปยังรัฐมนตรีพร้อมด้วยเหตุผล และให้รัฐมนตรีเสนอเรื่องให้คณะกรรมการตุลาการพิจารณาใหม่ หรือดำเนินการตามมติคณะกรรมการตุลาการภายใน 30 วัน ส่วนหลักการอื่นยังคงเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2497

ต่อมาเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2511 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 แทนธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 โดยมีบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการคือมีการบัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย¹⁹ และได้บัญญัติถึงการแต่งตั้ง โยกย้าย และถอดถอนตุลาการ เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์²⁰ นอกจากนั้น

¹⁸ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 มาตรา 19.

¹⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 161.

²⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 162.

ได้บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า การแต่งตั้ง โยกย้าย และถอดถอนผู้พิพากษา จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการตุลาการ ก่อนแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล การเลื่อนตำแหน่ง และการเลื่อนเงินเดือนผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ²¹ หลักความเป็นอิสระของตุลาการและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเป็น อย่างเดียวกันกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2497 หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2513 รัฐบาลได้เสนอ ร่างกฎหมายระเบียบข้าราชการตุลาการโดยแก้ไขให้มีการลดอำนาจของคณะกรรมการตุลาการลงให้ เหลือเพียงเป็นที่ปรึกษาแต่ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีสิทธิขาดเพียงผู้เดียวและไม่ต้อง ปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการตุลาการแต่ร่างกฎหมายดังกล่าวถูกต่อต้านจากหลายฝ่าย ร่างกฎหมายดังกล่าวจึงตกไป ต่อมาในปี 2515 ได้มีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 299 แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497 โดยอ้างว่ากฎหมายดังกล่าวฝ่ายตุลาการ ไม่มีความเชื่อมโยงกับฝ่ายบริหาร โดยได้บัญญัติหลักการที่สำคัญคือ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ยุติธรรมเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจเรียกสำนวน ศาลมาดูเพื่อการเลื่อนชั้นผู้พิพากษาได้ กฎหมายฉบับนี้ก็ถูกต่อต้านจากหลายฝ่ายเช่นกันคณะปฏิวัติ จึงได้ยกเลิกประกาศฉบับดังกล่าวไป พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497 ใช้บังคับจนถึงปี 2521 จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 แต่ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 นั้นได้มีการ ประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่ออำนาจตุลาการจำนวน 5 ฉบับ ได้แก่

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของ ตุลาการไว้ว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย²² แต่ไม่มี บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ แต่หลักประกันความเป็นอิสระของ ตุลาการยังคงเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 แก้ไข เพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2497

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของ

²¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 163.

²²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 มาตรา 19

ตุลาการไว้ว่าผู้พิพากษาศาลฎีกามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย²³ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง²⁴ และได้บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล และการเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ²⁵ นอกจากนั้นยังได้กำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการว่า คณะกรรมการตุลาการประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธาน ข้าราชการฝ่ายตุลาการเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง 3 คนตามที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีก 8 คน ซึ่งข้าราชการตุลาการเลือกจากข้าราชการตุลาการ 4 คน และจากตุลาการบำนาญที่ไม่ได้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ไม่เป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือทนายความ อีก 4 คน โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีการเปลี่ยนแปลงจากโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497 เล็กน้อย คือมีการเพิ่มกรรมการโดยตำแหน่งจาก 3 คน เป็น 4 คน และไม่ให้ปลัดกระทรวงยุติธรรม เป็นคณะกรรมการตุลาการอีกต่อไป อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้นอกจากจะไม่เป็นไปตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยตามหลักประชาธิปไตยแล้วยังหลุดลอยไปจากการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างสมบูรณ์แบบมากกว่าโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497 อีกด้วย

(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย²⁶ แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ แต่หลักประกันความเป็นอิสระของ

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 206.

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 208.

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 209.

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 23.

ตุลาการยังคงเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497

(4) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ยกเลิกธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ในธรรมนูญการปกครองฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย²⁷ แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ แต่หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการยังคงเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2497

(5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ยกเลิกธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่าผู้พิพากษาศาลฎีกามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย²⁸ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง²⁹ และได้บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการก่อนแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล และการเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ³⁰

ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 ได้แบ่งข้าราชการออกเป็น 3 ประเภท คือ

- (1) ข้าราชการตุลาการ มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี
 - (2) คณะตุลาการ มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม
 - (3) ข้าราชการธุรการมีหน้าที่ในทางธุรการ
- ข้าราชการ 2 ประเภทแรกการบริหารงานบุคคลอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการตุลาการ ซึ่งประกอบด้วยกรรมการ 2 ประเภทคือ กรรมการโดยตำแหน่ง 4 คนคือประธานศาลฎีกา

²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2520 มาตรา 29.

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 173.

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 175.

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 176.

อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลฎีกาซึ่งมีอาวุโสสูงสุด และปลัดกระทรวงยุติธรรม (ตำแหน่งปลัดกระทรวงยุติธรรมต้องเคยเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการมาก่อน) และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิประเภทข้าราชการตุลาการ 4 คน ประเภทข้าราชการตุลาการบำนาญ 4 คน โดยข้าราชการตุลาการที่ได้รับเงินเดือนตั้งแต่ขั้นสองขึ้นไปเป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการบำนาญที่เคยดำรงตำแหน่งตั้งแต่ชั้น 7 ขึ้นไปและต้องไม่เป็นสมาชิกพรรคการเมือง สมาชิกวุฒิสภา กรรมการพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่พรรคการเมืองหรือทนายความ³¹ ประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะกรรมการและเลขานุการส่งเสริมงานตุลาการเป็นเลขานุการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่ง 2 ปี แต่มีสิทธิได้รับการเลือกให้เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีกได้ไม่จำกัดวาระ

คณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ในบรรดาคณะกรรมการตุลาการทั้ง 12 คน มีจำนวนถึง 11 คนเป็นข้าราชการตุลาการที่เป็นคณะกรรมการโดยตำแหน่ง 3 คน เป็นข้าราชการตุลาการที่มาจากการเลือกของข้าราชการตุลาการด้วยกันเอง 4 คน และเป็นข้าราชการตุลาการบำนาญที่มาจากการเลือกของข้าราชการตุลาการอีก 4 คน การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้แม้จะทำให้ตุลาการมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างสูงยิ่ง แต่การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เพราะประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยไม่มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการเพื่อเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยของตนเลย

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 ใช้บังคับจนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการ จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 และใช้มาจนถึงปัจจุบัน แต่ก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 นั้นได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่ออำนาจตุลาการจำนวน 3 ฉบับ ได้แก่

(1) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 เป็นธรรมนูญการปกครองที่ประกาศใช้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ที่ถูกประกาศยกเลิกโดยหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ในธรรมนูญการปกครองฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตาม

³¹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 มาตรา 34.

กฎหมาย³² แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ แต่หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการยังคงเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ประกาศใช้แทนธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่าผู้พิพากษาตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย³³ และผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมืองไม่ได้³⁴ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง³⁵ และได้บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่าการแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการก่อนแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล และการเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ³⁶ ทั้งหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีลักษณะแบบเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการยังคงเป็นโครงสร้างเดียวกันกับโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 อีกด้วย ความเป็นอิสระของตุลาการและความชอบธรรมของอำนาจตุลาการตามหลักประชาธิปไตย หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจึงเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับอำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว

(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 5) พุทธศักราช 2538 ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่าผู้พิพากษาตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย³⁷ และผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการ

³²ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 29.

³³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 190.

³⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 191.

³⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 192.

³⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 193.

³⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 190.

การเมืองไม่ได้³⁸ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง³⁹ และได้บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่า การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาและตุลาการพ้นจากตำแหน่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการก่อนแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล และการเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ⁴⁰ ทั้งหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีลักษณะแบบเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการยังคงเป็นโครงสร้างเดียวกันกับโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 อีกด้วย ความเป็นอิสระของตุลาการและความชอบธรรมของอำนาจตุลาการตามหลักประชาธิปไตย หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย จึงเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับอำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว

4.2.3 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ประกาศใช้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ร่างขึ้นโดยสภาร่าง-รัฐธรรมนูญที่ได้รับเลือกตั้งจากรัฐสภาจำนวน 90 คน ซึ่งรัฐสภาในขณะนั้นประกอบด้วยวุฒิสภา และสภาผู้แทนราษฎร⁴¹ วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งจำนวน 200 คน⁴² และมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปี⁴³ ส่วนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งของประชาชนจำนวน

³⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 191.

³⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 192.

⁴⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ครั้งที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 193.

⁴¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 90.

⁴²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 121.

⁴³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 130.

500 คน⁴⁴ ผู้ที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้จะต้องสังกัดพรรคการเมือง⁴⁵ และมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี นับแต่วันเลือกตั้ง⁴⁶ ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการอันเป็นหลักการทั่วไปที่ใช้ทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่าผู้พิพากษาศาลการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้หลายประการ กล่าวคือการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาศาลการไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น การเรียกคืนสำนวนหรือการโอนสำนวนคดีจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี การโยกย้ายผู้พิพากษาศาลการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาศาลการนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติ การเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างการถูกดำเนินการทางวินัย หรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา⁴⁷ และผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมืองไม่ได้⁴⁸ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง ทั้งนี้การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมพ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้น⁴⁹ เงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นของผู้พิพากษาและตุลาการ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้จะนำระบบเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับไม่ได้⁵⁰ บุคคลจะดำรงตำแหน่งกรรมการในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม กรรมการในคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือกรรมการในคณะกรรมการตุลาการของศาลอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นในเวลาเดียวกันไม่ได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกรรมการโดยตำแหน่งหรือกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ⁵¹ นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลยุติธรรมไว้เป็นการเฉพาะว่า การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมก่อนแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมต้อง

⁴⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 98.

⁴⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 107 (4).

⁴⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 114.

⁴⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 249.

⁴⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 250.

⁴⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 151.

⁵⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 253.

⁵¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 254.

ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม⁵² คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธาน กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในแต่ละชั้นศาล ชั้นศาลละ 4 คน รวมเป็น 12 คน ซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการในทุกชั้นศาล กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 2 คน ซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการและได้รับเลือกจากวุฒิสภา⁵³ ศาลยุติธรรมมีหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา การแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ⁵⁴ บทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ยังไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ การให้วุฒิสภามีอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปเป็นกรรมการในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการเพียง 2 คน ไม่มีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรมได้เพราะคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมมีจำนวน 12 คน และการลงมติให้ใช้คะแนนเสียงข้างมาก การให้มติตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในคณะกรรมการตุลาการด้วย นั้นฝ่ายนิติบัญญัติทำได้เพียงตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการทำให้ฝ่ายตุลาการมีความรับผิดชอบต่อประชาชน และใช้อำนาจอย่างระมัดระวัง ไม่ใช้อำนาจในทางที่มิชอบ ทำให้อำนาจตุลาการไม่หลุดลอยออกไปจากการตรวจสอบและถ่วงดุลจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังบัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีที่จะไม่ถูกก้าวก่ายจากผู้บังคับบัญชาด้วย

บทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักการใหญ่ แต่รายละเอียดและขั้นตอนในการดำเนินการบังคับใช้จะปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการศาลยุติธรรมหรือ ก.ต. ประกอบด้วยประธานศาลฎีกาเป็นประธาน กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 12 คน ซึ่งข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาลยกเว้นผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการในชั้นศาลของตนดังนี้ ศาลฎีกาให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่า

⁵²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 273.

⁵³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 274.

⁵⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 275.

ผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 4 คน ศาลอุทธรณ์ ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์ภาคในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาคจำนวน 4 คน ศาลชั้นต้นให้เลือกจากข้าราชการตุลาการผู้มีอาวุโสสูงสุด 100 คนแรกในศาลชั้นต้นซึ่งมิใช่ข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาวุโสจำนวน 4 คน ศาลชั้นต้นให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลชั้นต้นในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจำนวน 2 คน และกรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งวุฒิสภาเป็นผู้เลือกจากบุคคลที่ไม่เป็นข้าราชการตุลาการจำนวน 2 คน⁵⁵ โดยรายละเอียดเหล่านี้ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 แต่อย่างใด

ต่อมาเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ทำการปฏิวัติรัฐประหารเป็นผลสำเร็จ และได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 เป็นอันว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ถูกยกเลิกโดยปริยาย ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่าผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญ⁵⁶ แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของตุลาการและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้แต่อย่างใด และเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

4.2.4 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระในทางเนื้อหาของผู้พิพากษาศาลฎีกาไว้ว่าผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย⁵⁷ และได้บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาศาลฎีกาเพื่อให้ความเป็นอิสระในทางเนื้อหาของผู้พิพากษาศาลฎีกามีผลในทางปฏิบัติไว้ว่า การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้นจะกระทำไม่ได้เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้

⁵⁵พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 36.

⁵⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 18.

⁵⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรค 2.

สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุอื่นอันไม่อาจก้ำวล่วงเสียได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้พิพากษาจะเป็นข้าราชการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองก็ได้⁵⁸ เงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และประโยชน์ตอบแทนอื่นของผู้พิพากษาและตุลาการ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้จะนำระบบเงินเดือน หรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับไม่ได้⁵⁹ และได้บัญญัติกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการไว้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตุลาการ และทรงให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย⁶⁰ แต่การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมพ้นจากตำแหน่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล⁶¹ ส่วนการเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมเช่นกัน⁶² และได้กำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการซึ่งมีอำนาจในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลยุติธรรมและมีผลโดยตรงต่อความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของตุลาการศาลยุติธรรมไว้ว่า คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในแต่ละชั้นศาลได้แก่ ศาลฎีกา 6 คน ศาลอุทธรณ์ 4 คน และศาลชั้นต้น 2 คน ซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และได้รับการเลือกจากข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 2 คน ซึ่งไม่เป็นข้าราชการตุลาการและได้รับเลือกจากวุฒิสภา⁶³ โดยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี และให้ดำรงตำแหน่งได้ไม่เกิน 2 วาระ⁶⁴ นอกจากนั้นยังได้บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระโดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา ซึ่งเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมมาจากการเสนอชื่อของประธานศาลฎีกา และ

⁵⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรค 2 และวรรค 3.

⁵⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 202 วรรค 1.

⁶⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 200.

⁶¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 220 วรรค 1.

⁶²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 220 วรรค 2.

⁶³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 221.

⁶⁴พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม มาตรา 40.

ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการศาลยุติธรรม และสำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริการงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ⁶⁵

หลักความเป็นอิสระ และหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ส่วนใหญ่ไม่แตกต่างจากหลักความเป็นอิสระและหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ยกเว้นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น การจ่ายสำนวน การเรียกคืนสำนวน การโอนสำนวน เท่านั้นที่ไม่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แต่แม้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ไม่ได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ก็ตาม แต่ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 66 ซึ่งยังมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้บัญญัติไว้ว่า ข้าราชการตุลาการต้องไม่เข้าไปก้าวก่ายหรือแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของข้าราชการตุลาการอื่น หรือกระทำการใดๆ อันเป็นเหตุให้การพิจารณาพิพากษาคดีของข้าราชการตุลาการอื่นขาดความเป็นอิสระหรือความยุติธรรม ดังนั้นแม้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องหลักการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น การจ่ายสำนวน การเรียกคืนสำนวน การโอนสำนวน เฉกเช่นที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ก็ตาม แต่ในการพิจารณาพิพากษาคดีผู้บังคับบัญชาก็ไม่สามารถสั่งการใดๆ แก่ผู้พิพากษาได้ถ้าการสั่งการนั้นทำให้ผู้พิพากษาดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดี หรือกระทำการใดๆ ที่มีผลเป็นการทำให้ผู้พิพากษาไม่มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี

การที่หลักการเกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มีสาระสำคัญไม่แตกต่างไปจากหลักการเกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 หลักการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 ในสาระสำคัญจึงไม่มีความแตกต่างไปจากหลักการเดิมหลังมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 เช่นกัน

บทบัญญัติเกี่ยวกับศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นฉบับที่ 2 ที่ให้มิตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในองค์กรที่มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลยุติธรรม จึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการทำให้

⁶⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 222.

ฝ่ายตุลาการมีความรับผิดชอบต่อประชาชน และใช้อำนาจอย่างระมัดระวังมากขึ้น ไม่ใช้อำนาจในทางที่มิชอบ ทำให้อำนาจตุลาการไม่หลุดลอยออกไปจากการตรวจสอบและถ่วงดุลจากฝ่ายนิติบัญญัติ อันเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยการให้อำนาจแต่ละอำนาจสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันได้ แต่การที่ให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในคณะกรรมการตุลาการเพียง 2 คน จากกรรมการที่มีอยู่ทั้งหมด 15 คน อีกทั้งในการประชุมของคณะกรรมการตุลาการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม⁶⁶ การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน⁶⁷ ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายการเมืองจึงไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ที่อำนาจตุลาการไม่ชอบด้วยหลักประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย นอกจากนั้นการที่สมาชิกวุฒิสภาจำนวนครึ่งหนึ่งมาจากการแต่งตั้ง⁶⁸ ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั้งหมดเหมือนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁶⁹ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าวุฒิสมาชิกเป็นตัวแทนของประชาชนได้เต็มที่

ต่อมาเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ทำการปฏิวัติรัฐประหารเป็นผลสำเร็จ และได้ประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง และต่อมาเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ว่าผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญ⁷⁰ แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของตุลาการและหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการไว้แต่อย่างใด และเมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ.2560 ได้มีการประกาศใช้

⁶⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 45 วรรค 1.

⁶⁷พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 45 วรรค 5.

⁶⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 11 วรรค 1.

⁶⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 121 วรรค 1.

⁷⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 26.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

4.2.5 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการและความเป็นอิสระของตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระในทางเนื้อหาของผู้พิพากษาศาลฎีกาและผู้พิพากษาศาลชั้นต้นในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย⁷¹ และได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาศาลฎีกาเพื่อให้ความเป็นอิสระในทางเนื้อหาของผู้พิพากษาศาลฎีกามีผลในทางปฏิบัติไว้ว่า ดังนี้

(1) ให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการที่มีความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น โดยให้มีหัวหน้าหน่วยงานที่ขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา⁷²

(2) ให้ศาลยุติธรรมมีระบบเงินเดือนและค่าตอบแทนเป็นการเฉพาะตามความเหมาะสม ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ⁷³

(3) การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับผู้พิพากษาศาลยุติธรรมต้องมีความเป็นอิสระและดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมที่ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา เป็นประธานและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการบรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการไม่เกิน 2 คน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้⁷⁴

นอกจากนั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ผู้พิพากษาศาลฎีกาพ้นจากตำแหน่ง แต่ในกรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย เกษียณอายุตามวาระ หรือพ้นจากราชการเพราะถูกลงโทษให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงทราบ⁷⁵

⁷¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรค 2.

⁷²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 193 วรรค 1.

⁷³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 193 วรรค 2.

⁷⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 196.

⁷⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 190.

หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลยุติธรรมนอกจากที่มีบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 แล้วยังมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 ด้วย

ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 ได้กำหนดตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรมไว้ ดังนี้⁷⁶

- (1) ประธานศาลฎีกา
- (2) รองประธานศาลฎีกา
- (3) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา
- (4) ผู้พิพากษาศาลฎีกา
- (5) ประธานศาลอุทธรณ์
- (6) ประธานศาลอุทธรณ์ภาค
- (7) รองประธานศาลอุทธรณ์
- (8) รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค
- (9) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์
- (10) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาค
- (11) ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์
- (12) ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค
- (13) อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น
- (14) อธิบดีผู้พิพากษาศาลภาค
- (15) รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น
- (16) ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล
- (17) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลชั้นต้น
- (18) ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น
- (19) ผู้พิพากษาประจำศาล
- (20) ผู้ช่วยผู้พิพากษา
- (21) ผู้พิพากษาอาวุโส⁷⁷

⁷⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 11.

⁷⁷พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 21.

ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 ได้บัญญัติหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของตุลาการศาลยุติธรรมไว้หลายประการ ดังนี้

หลักประกันในด้านเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และงบประมาณ ตุลาการศาลยุติธรรมได้รับเงินเดือนตามตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งดังนี้⁷⁸

- (1) ประธานศาลฎีกาได้รับเงินเดือนชั้น 5
 - (2) รองประธานศาลฎีกา ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา และผู้พิพากษาศาลฎีกา ได้รับเงินเดือนชั้น 4
 - (3) ประธานศาลอุทธรณ์ และประธานศาลอุทธรณ์ภาค ได้รับเงินเดือน ชั้น 4
 - (4) รองประธานศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค ได้รับเงินเดือนชั้น 3-4
 - (5) อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น อธิบดีผู้พิพากษามาตร รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล และผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลชั้นต้น ให้ได้รับเงินเดือนชั้น 3 แต่ในกรณีที่เห็นสมควรคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมจะให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งข้าราชการตุลาการซึ่งได้รับเงินเดือนชั้น 4 ให้ดำรงตำแหน่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น อธิบดีผู้พิพากษามาตร รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ให้ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งดังกล่าวได้รับเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนในอัตราที่ไม่ต่ำกว่าอัตราที่ได้รับอยู่เดิม
 - (6) ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นให้ได้รับเงินเดือนชั้น 2-3 โดยให้ได้รับเงินเดือนในขั้นต่ำของชั้น 2
 - (7) ผู้พิพากษาประจำศาลให้ได้รับเงินเดือนชั้น 1 โดยให้ได้รับเงินเดือนในขั้นต่ำของชั้น 1
 - (ข) ผู้ช่วยผู้พิพากษาให้ได้รับเงินเดือนในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา โดยให้เริ่มรับเงินเดือนในขั้นต่ำของตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา
- ให้ผู้พิพากษาได้รับเงินประจำตำแหน่งตามตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้น
- การปรับเพิ่มเงินเดือนในอัตราส่วนที่เท่ากันและไม่เกินร้อยละ 10 ของอัตราเงินเดือนที่ใช้บังคับอยู่ให้ทำได้โดยการออกเป็นพระราชกฤษฎีกา⁷⁹

⁷⁸พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 13.

⁷⁹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 10.

ส่วนในด้านการงบประมาณ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 141 วรรค 2 มีบทบัญญัติบังคับไว้ว่า รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของศาลในกรณีที่เห็นว่างบประมาณที่ได้รับจัดสรรอาจไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ ศาลจะยื่นคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการการโดยตรงก็ได้ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาลได้เป็นอย่างดีเพราะเงินงบประมาณนับเป็นปัจจัยสำคัญของการบริหารงานของฝ่ายตุลาการ การจัดท่างบประมาณเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ส่วนการอนุมัติงบประมาณเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงมีความเป็นไปได้ที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติจะนำเรื่องงบประมาณมาเป็นข้อต่อรองในการบังคับให้ฝ่ายตุลาการกระทำการตามความต้องการของตนทำให้ฝ่ายตุลาการสูญเสียความเป็นอิสระในทางส่วนตัวได้ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติบังคับให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้ศาลให้เพียงพอเช่นนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจึงไม่อาจนำเรื่องเงินมาเป็นข้อต่อรองในการครอบงำฝ่ายตุลาการได้

หลักประกันเกี่ยวกับการบรรจุ การแต่งตั้ง การโยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง เลื่อนเงินเดือน การให้พ้นจากตำแหน่ง มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) การบรรจุข้าราชการและการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ให้ประธานศาลฎีกาเป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้งโดยวิธีการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้หรือการคัดเลือกพิเศษตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543⁸⁰

(2) การแต่งตั้งผู้พิพากษาประจำศาลให้แต่งตั้งจากผู้ช่วยผู้พิพากษาที่ได้รับการฝึกอบรมจากสำนักงานศาลยุติธรรมตามระยะเวลาที่ประธานศาลฎีกากำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 ปี ในระหว่างการฝึกอบรม ผู้ช่วยผู้พิพากษาคณใดไม่เหมาะที่จะดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการต่อไป หรือเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษามาเป็นเวลานานเกินกว่าระยะเวลาที่ประธานศาลฎีกากำหนดถึงหนึ่งปีแล้ว และผลการศึกษาอบรมไม่เป็นไปตามมาตรฐานของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ให้ประธานศาลฎีกาด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการมีอำนาจสั่งให้ออกจากราชการ หรือโอนไปเป็นข้าราชการศาลยุติธรรมได้⁸¹

(3) การพิจารณาแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการที่มีตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา การโยกย้ายแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง และการงดการเลื่อนเงินเดือนและเงินประจำ

⁸⁰พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 14.

⁸¹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 15.

ตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการก่อน⁸² เว้นแต่เป็นการสั่งให้ตุลาการไปช่วยทำงานชั่วคราวในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการในตำแหน่งข้าราชการตุลาการที่ไม่ต่ำกว่าตำแหน่งที่ดำรงอยู่ในปัจจุบันโดยมีกำหนดเวลาไม่เกิน 6 เดือน ประธานศาลฎีกามีอำนาจสั่งได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการก่อน⁸³ นอกจากนั้นกรณีการโยกย้ายแต่งตั้งข้าราชการตุลาการ หรือการสั่งให้ตุลาการไปช่วยทำงานชั่วคราวในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการในตำแหน่งข้าราชการตุลาการที่ไม่ต่ำกว่าตำแหน่งที่ดำรงอยู่ในปัจจุบันโดยมีกำหนดเวลาไม่เกิน 6 เดือนจะต้องได้รับความยินยอมจากข้าราชการผู้นั้นด้วย เว้นแต่เป็นการแต่งตั้งโยกย้ายตามวาระการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้นเป็นกรณีที่ผู้นั้นอยู่ในระหว่างการถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัย หรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้⁸⁴ หรือกรณีการมีคำสั่งให้ช่วยทำงานชั่วคราวเป็นกรณีที่หากให้ผู้นั้นอยู่ปฏิบัติหน้าที่ในศาลนั้นต่อไปจะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงเสียได้ แต่กรณีนี้เมื่อประธานศาลฎีกามีคำสั่งแล้วประธานศาลฎีกาต้องนำเรื่องเข้าขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในการประชุมนัดแรกนับแต่วันมีคำสั่ง⁸⁵

(4) การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลชั้นต้นให้แต่งตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี เว้นแต่กรณีที่มิได้เหตุผลความจำเป็นในทางราชการ คณะกรรมการข้าราชการตุลาการจะมีมติไม่ให้แต่งตั้งจากผู้พิพากษาประจำศาลที่ดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี ก็ได้⁸⁶

(5) การเลื่อนชั้นเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง ตุลาการศาลยุติธรรม ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังนี้⁸⁷

⁸²พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 17
วรรค 1.

⁸³พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 21.

⁸⁴พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 18.

⁸⁵พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 21.

⁸⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 17 วรรค 2.

⁸⁷พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 20.

(ก) รองประธานศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์ภาค ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ เมื่ออยู่ในชั้น 3 มาครบ 7 ปี ให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งเป็นชั้น 4

(ข) ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น เมื่ออยู่ในชั้น 2 มาครบ 5 ปี ให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งเป็นชั้น 3 ขั้นต่ำ และเมื่ออยู่ในชั้น 3 ขั้นต่ำมาครบ 3 ปีแล้ว ให้ได้รับพิจารณาเพื่อเลื่อนขึ้นเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งเป็นชั้น 3 ขั้นสูงได้

(ค) ให้ปรับเงินเดือนผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาประจำศาล และผู้ช่วยผู้พิพากษาสูงขึ้น 1 ขั้นทุกปี เว้นแต่ข้าราชการตุลาการผู้นั้นได้รับเงินเดือนขั้นสูงสุดของชั้นที่ตนดำรงอยู่ ทั้งนี้โดยไม่มีการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปี

(6) การโอนข้าราชการตุลาการไปเป็นข้าราชการพลเรือน ข้าราชการศาลยุติธรรม หรือข้าราชการฝ่ายอื่นให้ประธานศาลฎีกาสั่งได้เมื่อข้าราชการตุลาการผู้นั้นยินยอมและคณะกรรมการข้าราชการตุลาการเห็นชอบ⁸⁸

(7) ข้าราชการตุลาการที่พ้นจากตำแหน่งโดยไม่มีความผิดหรือมีมลทินมัวหมองในราชการ หรือโอนไปเป็นข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการฝ่ายอื่น หรือข้าราชการศาลยุติธรรมประสงค์จะขอกลับหรือโอนกลับเข้ารับราชการตุลาการ ให้ประธานศาลฎีกาสั่งบรรจุโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ โดยให้ได้รับเงินเดือนไม่สูงกว่าขณะพ้นจากตำแหน่งตุลาการ ยกเว้นกรณีข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมที่โอนไปรับราชการในสำนักงานศาลยุติธรรมในตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมให้กลับเข้ารับราชการในลำดับอาวุโสที่เคยครอง และได้รับเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งในชั้นและขั้นเดียวกับข้าราชการตุลาการที่อยู่ในลำดับอาวุโสเท่ากัน ในขณะที่ดำรงข้าราชการตุลาการ⁸⁹

(8) ข้าราชการตุลาการพ้นจากตำแหน่งเมื่อ ตาย ลาออก เกษียณอายุราชการ โอนไปรับราชการฝ่ายอื่น ถูกให้ออก ไล่ออก ปลดออก หรือวุฒิสภามีมติถอดถอนออกจากตำแหน่ง⁹⁰

การให้ตุลาการออกจากตำแหน่งมีได้หลายกรณี ดังนี้

(1) ขาดคุณสมบัติในการรับราชการตุลาการ โดยให้ประธานศาลฎีกาสั่งโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ⁹¹

⁸⁸พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 23.

⁸⁹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 24.

⁹⁰พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 34.

⁹¹พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 34 และ 35.

(2) กระทำผิดวินัยร้ายแรงหรือมีมลทินมัวหมองหากรับราชการต่อไปจะเป็นการเสียหายแก่ทางราชการ⁹²

(3) บกพร่องต่อหน้าที่หรือหย่อนความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือประพฤติตนไม่สมควร⁹³

(4) เจ็บป่วยจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้สม่ำเสมอ แต่ไม่ถึงขนาดทุพพลภาพ⁹⁴

(5) ขาดสัญชาติไทย เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁹⁵

ในกรณีของการการแต่งตั้ง โยกย้าย เลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่ง นั้น เมื่อคณะกรรมการข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง โยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง การกลับเข้ารับราชการของข้าราชการตุลาการ ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯแต่งตั้งต่อไป⁹⁶ ส่วนการพ้นจากตำแหน่งซึ่งมิใช่ตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาเพราะเสียชีวิต ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงทราบ การพ้นตำแหน่งในกรณีอื่นๆ ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่ง⁹⁷

คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลของตุลาการ องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการจึงย่อมมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของตุลาการด้วย องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มีจำนวน 15 คนดังนี้⁹⁸

(1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ

⁹²พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 35 (1).

⁹³พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 35 (2).

⁹⁴พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. .2543 มาตรา 35 (3).

⁹⁵พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 35 (4).

⁹⁶พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 543 มาตรา 19 และ 24.

⁹⁷พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 32.

⁹⁸พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 36.

(2) กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 12 คนซึ่งข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล ยกเว้นผู้ช่วยผู้พิพากษา เป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการในชั้นศาลของตน ดังนี้

(ก) ศาลฎีกา ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 6 คน

(ข) ศาลอุทธรณ์ ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ภาคในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาคจำนวน 4 คน

(ค) ศาลชั้นต้น ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลชั้นต้นในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจำนวน 2 คน

(3) กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 2 คน ซึ่งวุฒิสภาเลือกจากบุคคลที่ไม่เป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม

องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการที่กล่าวมาข้างต้น เป็นองค์ประกอบตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁹⁹ซึ่งมีองค์ประกอบบางส่วนที่แตกต่างจากองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือองค์ประกอบในส่วนที่เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการจำนวน 2 คน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ข้าราชการตุลาการเป็นคนเลือก¹⁰⁰ ไม่ใช่วุฒิสภาอย่างเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้นนับแต่วันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีผลใช้บังคับ วุฒิสภาจึงไม่มีอำนาจเลือกคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมอีกต่อไปแม้ว่าตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 จะยังมีบทบัญญัติให้วุฒิสภาเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 2 คนก็ตาม ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลใช้บังคับ¹⁰¹

กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงเป็นบุคคลที่ได้รับการเลือกมาจากฝ่ายตุลาการทั้งหมด และเป็นข้าราชการตุลาการถึง 12 คน เมื่อ

⁹⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 221.

¹⁰⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 196.

¹⁰¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5.

องค์กรดังกล่าวมีอำนาจในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลยุติธรรม การแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรมจึงเป็นการแต่งตั้งโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเอง หรือ Kooptation การแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันจึงขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตย ทั้งนี้เพราะตัวแทนของฝ่ายตุลาการที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการ ศาลยุติธรรมไม่ได้เป็นการทำหน้าที่ในทางตุลาการโดยแท้เพราะตัวแทนของฝ่ายตุลาการดังกล่าวไม่ได้เป็นตัวแทนของอำนาจตุลาการ เพียงแต่เป็นการแสดงออกถึงความเป็นตัวแทนกลุ่มในทางวิชาชีพเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ตัวแทนของฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมจึงไม่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ตัวแทนของฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมจะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อตัวแทนเหล่านั้นได้รับการเลือกจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่มิใช่ได้เลือกโดยตรงจากกลุ่มผู้พิพากษาศาลยุติธรรมด้วยกันเอง การเลือกตั้งโดยตรงมาจากกลุ่มตุลาการศาลยุติธรรมด้วยกันเองนั้นสามารถอธิบายความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เพียงภายในองค์กรตุลาการศาลยุติธรรมด้วยกันเองเท่านั้น แต่ไม่ใช่ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่เนื่องมาจากประชาชนตามหลักประชาธิปไตย

การแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันนั้น นอกจากจะไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้ว ยังขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย เพราะตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมดังกล่าวทำให้ฝ่ายตุลาการหลุดลอยไปจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอื่นคือฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารไม่สามารถถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้

แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่ได้อานิสงส์จากโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามระบบกฎหมายปัจจุบันคือความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของตุลาการศาลยุติธรรม แต่ถึงแม้ว่าโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมจะมีบุคคลที่ได้รับการเลือกจากฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่หากสัดส่วนที่มาจากการเลือกของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มีสัดส่วนที่เป็นฝ่ายข้างมากในคณะกรรมการข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมแล้ว การมีกรรมการที่มาจากการเลือกของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการได้เพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถครอบงำฝ่ายตุลาการได้ เนื่องจากในการประชุมของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมนั้นให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งมี 1 เสียง และห้ามงดออกเสียง ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มอีก 1 เสียงเป็นเสียงชี้ขาด ซึ่งปกติประธานในที่ประชุมก็คือประธานศาลฎีกานั้นเอง¹⁰²

¹⁰²พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 45.

4.2.6 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการศาลยุติธรรมกับอำนาจนิติบัญญัติ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติให้วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนตุลาการศาลยุติธรรมออกจากตำแหน่งได้หากตุลาการมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจริยธรรมอย่างร้ายแรง¹⁰³ ซึ่งวุฒิสมาชิกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด¹⁰⁴ วุฒิสมาชิกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูง การให้วุฒิสภาดูแลตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการด้วยการถอดถอนตุลาการที่มีการกระทำความผิดกล่าวข้างต้น ทำให้อำนาจตุลาการสามารถถูกตรวจสอบและถ่วงดุลจากอำนาจอื่นตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทำให้อำนาจตุลาการไม่หลุดลอยไปจากการตรวจสอบและถ่วงดุลของอำนาจอื่นตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจตุลาการ โดยการถอดถอนตุลาการที่มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจริยธรรมอย่างร้ายแรง อย่างเช่นกรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่อย่างไรก็ตาม โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้แต่เพียงว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีหน้าที่ไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม เพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต¹⁰⁵ ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแล้วพบว่ายังมีบทบัญญัติให้วุฒิสภาถอดถอนตุลาการออกจากตำแหน่งได้ แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นในช่วงของการ

¹⁰³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 303 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 270.

¹⁰⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 121.

¹⁰⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 (2).

บังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และ 2550 ที่มีบทบัญญัติให้วุฒิสภามีอำนาจในการถอดถอนฝ่ายตุลาการได้¹⁰⁶ แต่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ในส่วนที่เกี่ยวกับการถอดถอนตุลาการของวุฒิสภาก็เป็นบทบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงไม่มีผลใช้บังคับ¹⁰⁷ และถือว่าในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการถอดถอนฝ่ายตุลาการได้ ดังนั้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 จึงมีบทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจตุลาการ ศาลยุติธรรมอยู่เพียงกรณีเดียวคือการจัดตั้งศาลจะทำได้แต่โดยพระราชบัญญัติเท่านั้น¹⁰⁸ ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเลย นอกจากนั้นอำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีความยึดโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามหลักประชาธิปไตยด้วย อำนาจตุลาการจึงไม่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

4.3 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองและความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง ในระบบกฎหมายไทย

4.3.1 ความเป็นมาของศาลปกครอง¹⁰⁹

การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของไทยมีมาช้านานแล้ว นับย้อนไปถึงสมัยสุโขทัยและมีวิวัฒนาการผ่านสมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ ในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อมีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในปี พ.ศ. 2434 ในสมัยดังกล่าวอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรวมอยู่ที่พระมหากษัตริย์และฝ่ายปกครอง ในสมัยสุโขทัยพระมหากษัตริย์ทรงพิจารณาวินิจฉัยคดีด้วยพระองค์เอง เห็นได้จากกรณีในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ส่วนในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้น

¹⁰⁶พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 มาตรา 58-65.

¹⁰⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5.

¹⁰⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 189.

¹⁰⁹ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครอง: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคล กับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542), น. 350-352.

พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชภารกิจมากจึงไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยคดีด้วยพระองค์เองได้ จึงทรงมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองที่เป็นพระบรมวงศานุวงศ์ บุคคลใกล้ชิดที่ทรงไว้วางพระราชหฤทัยมีความรู้และความซื่อสัตย์เป็นผู้ทำหน้าที่แทน ต่อมาเมื่อคดีมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น ได้มีการตั้งคณะลูกขุนสังกัดกรมลูกขุน หลังจากนั้นจึงได้มีพระบรมราชโองการแยกตุลาการที่สังกัดกรมลูกขุนให้ไปสังกัดกรมต่างๆ ซึ่งเรียกว่าศาลของกรมหรือศาลของกระทรวง และให้อธิบดีของกรมหรือเสนาบดีของกระทรวงต่างๆเข้าไปมีส่วนร่วมดูแลและพิจารณาวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับกรมหรือกระทรวงของตน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งเกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกับกรมหรือกระทรวง สำหรับคดีปกครองหรือคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มิอยู่บ้าง โดยไม่ใช้การฟ้องหน่วยงานฝ่ายปกครองโดยตรง แต่เป็นการฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐให้รับผิดชอบการส่วนตัวเท่านั้น เช่น การอุทธรณ์หรือฟ้องตัวตุลาการหรือผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นธรรม เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามถ้าประชาชนหรือเอกชนคนใดได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ด้วยการทูลเกล้าฯถวายฎีกาต่อพระมหากษัตริย์ได้ ทั้งนี้มีข้อน่าสังเกตว่าการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลของกรมหรือศาลของกระทรวงนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับศาลปกครอง คือ มีการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย แต่มิใช่การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะเท่านั้น คดีที่พิจารณาส่วนใหญ่คือคดีแพ่งและคดีอาญา จนล่วงถึงรัชสมัยของรัชกาลที่ 5 มีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นพร้อมทั้งมีการนำศาลของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นศาลของกรมหรือศาลของกระทรวงต่างๆมาสังกัดกระทรวงยุติธรรมเพียงอย่างเดียว นับแต่นั้นมาศาลยุติธรรมจึงเริ่มมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองมากขึ้น ซึ่งรูปแบบเช่นนี้เป็นรูปแบบของระบบศาลเดียว และในรัชสมัยเดียวกันนั้นก็ได้มีการนำระบบประมวลกฎหมายมาใช้ ต่อมาหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่มีการบัญญัติรับรองการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเป็น 3 ฝ่าย ทำให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีรวมถึงคดีปกครองด้วย และได้มีความพยายามจัดตั้งศาลปกครอง แต่ก็มีเหตุขัดข้องทำการจัดตั้งศาลปกครองเป็นไปด้วยความล่าช้า เช่น การเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ข้าราชการต่อต้านเพราะเกรงว่าจะถูกฟ้องร้องง่ายขึ้น และความขัดแย้งทางความคิดเกี่ยวกับรูปแบบของศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นว่าจะให้สังกัดอยู่กับศาลยุติธรรมหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร เป็นต้น

ที่ผ่านมาประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญหลายฉบับ แต่ฉบับที่มีการกล่าวถึงศาลปกครองก็เริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และหลังจากนั้นก็มีการบัญญัติเกี่ยวกับศาลปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด แต่มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นผลสำเร็จหลังจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยได้มีการ

ประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน แต่ก่อนมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว นับแต่รัชสมัยของรัชกาลที่ 5 เป็นต้นมาในประเทศไทยนอกจากจะมีศาลยุติธรรมเป็นองค์กรหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองใช้กฎหมายธรรมดาตามหลักระบบศาลเดียวแล้ว ยังมีองค์กรของฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่คล้ายศาลปกครองที่อยู่ในรูปของสภาแห่งรัฐด้วย คือคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 และต่อมาเปลี่ยนเป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 ที่ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยเรื่องราวร้องทุกข์ หรือข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นลักษณะของคดีปกครอง ตามวิธีพิจารณาที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินั้นและตามระเบียบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพียงแต่คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยไม่มีสภาพบังคับจะต้องเสนอให้นายกรัฐมนตรีวินิจฉัยสั่งการอีกชั้นหนึ่ง จึงจะมีผลใช้บังคับต่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ แต่ไม่มีกฎหมายบังคับว่านายกรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยเรื่องราวร้องทุกข์

4.3.2 ศาลปกครองก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2560

4.3.2.1 โครงสร้างของศาลปกครอง

ศาลปกครองมี 2 ชั้น คือศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด¹¹⁰ โดยศาลปกครองสูงสุดมีอยู่เพียงแห่งเดียวมีที่ตั้งในกรุงเทพมหานคร ส่วนศาลปกครองชั้นต้นแบ่งเป็นศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาค ศาลปกครองกลางมีที่ตั้งในเขตกรุงเทพมหานคร หรือจังหวัดใกล้เคียงโดยมีเขตอำนาจตลอดท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนครปฐม จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี จังหวัดราชบุรี จังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรสาคร และจังหวัดสมุทรสงคราม ทั้งนี้ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองภูมิภาคจะเปิดทำการเมื่อใดให้ประธานศาลปกครองสูงสุดประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹¹¹

¹¹⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 และ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 7.

¹¹¹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 8.

4.3.2.2 ตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง

(1) ตุลาการศาลปกครองสูงสุด¹¹² มีตำแหน่งตุลาการดังนี้

ก ประธานศาลปกครองสูงสุด

ข รองประธานศาลปกครองสูงสุด

ค ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

ง ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

จ ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามที่

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ประกาศกำหนด

ตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะมีจำนวนเท่าใดให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองกำหนด โดยความเห็นชอบของรัฐสภา

บุคคลที่จะได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด เช่น มีสัญชาติไทย มีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี เป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือในการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองกำหนด และมีคุณสมบัติอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ เป็นหรือเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือกรรมการกฤษฎีกา เคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา หรือเทียบเท่าหรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารสูงสุด เป็นหรือเคยเป็นผู้สอนวิชาในสาขาวิชานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือวิชาที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินในสถาบันอุดมศึกษา และดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์หรือศาสตราจารย์พิเศษเป็นต้น นอกจากนั้นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามในขณะดำรงตำแหน่ง เช่น เป็นข้าราชการอื่นซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ เป็นพนักงานหรือลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใด เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบการบริหารพรรคการเมือง สมาชิกพรรคการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง กรรมการในรัฐวิสาหกิจ กรรมการในหน่วยงานของรัฐ เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง กรรมการ ผู้จัดการ หรือที่ปรึกษา หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกันในหุ้นส่วนบริษัท¹¹³

¹¹²พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 12.

¹¹³พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 13

(2) ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นต้นแต่ละศาล มีตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง ดังต่อไปนี้¹¹⁴

ก อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น

ข รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น

ค ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น

ง ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น

จ ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่เรียกชื่ออย่างอื่น ตามที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกาศกำหนด

ทั้งนี้ตามจำนวนที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองกำหนด โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

สำหรับบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นต้องมีคุณสมบัติ เช่น มีสัญชาติไทย อายุไม่ต่ำกว่า 35 ปี เป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือในการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองกำหนด และมีคุณสมบัติอื่นอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ รับราชการหรือเคยรับราชการไม่น้อยกว่า 3 ปี ในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลแพ่งหรือผู้พิพากษาศาลอาญาหรือเทียบเท่า หรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารกลาง เป็นหรือเคยเป็นผู้สอนวิชาในวิชานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือวิชาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดินในสถาบันอุดมศึกษา และดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งรองศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์พิเศษไม่น้อยกว่า 3 ปี เป็นต้น นอกจากนั้นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามในขณะดำรงตำแหน่ง เช่นเดียวกับตุลาการศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมาข้างต้น¹¹⁵

4.3.2.3 อำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง

ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแล

¹¹⁴พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

¹¹⁵พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรืออันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ¹¹⁶ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็คงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังกล่าว แต่ได้เพิ่มองค์กรของรัฐที่จะต้องถูกศาลปกครองตรวจสอบอีก 1 องค์กรคือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ¹¹⁷

อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองนอกจากจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังกล่าวแล้วยังต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ด้วย ทั้งนี้เนื่องจากหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญเป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆ จึงจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายลูก เช่น คดีปกครองครอบคลุมคดีประเภทใดบ้างยกเว้นคดีประเภทใดบ้าง เพราะโดยหลักศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเท่านั้น ไม่รวมคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในคดีอาญา เช่น การสอบสวนของพนักงานสอบสวน หรือการพิจารณาสั่งคดีของพนักงานอัยการ เป็นต้น หรือคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลอื่นอยู่แล้ว เช่น คดีภาษีอากร และคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญเป็นต้น นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ยังได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นไว้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เว้นแต่เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจ

¹¹⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9.

¹¹⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 7.

พิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด¹¹⁸ ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองสูงสุดไว้ ดังนี้¹¹⁹

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

นอกจากนั้น ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยใช้ระบบศาลคู่จึงย่อมประสบปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใด รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ของศาลเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว¹²⁰

4.3.2.4 การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การแต่งตั้ง และการให้ตุลาการศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล แต่ถ้าเป็นการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด และการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วย นอกจากนั้นการเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองด้วยเช่นเดียวกัน¹²¹

¹¹⁸พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 30.

¹¹⁹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 31.

¹²⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 248 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 199.

¹²¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 224 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 277.

แต่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 15 ได้กำหนดวิธีการคัดเลือกและแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดไว้ว่า เมื่อคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองพิจารณาคัดเลือกเสร็จแล้ว ให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองส่งรายชื่อให้นายกรัฐมนตรีเพื่อนำรายชื่อเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ แสดงว่าการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดทุกตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนพูลเกล้าฯรายชื่อ การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดจึงเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้¹²²

- (1) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ
- (2) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 9 คน ซึ่งเป็นตุลาการศาลปกครอง และได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง
- (3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภา 2 คนและ
คณบดี 1 คน

กรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 9 คนนั้น ให้ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเลือกจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 6 คน และให้ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเลือกจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจำนวน 3 คน¹²³ ส่วนกรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิที่ไม่เป็นตุลาการศาลปกครอง 3 คน จะต้องไม่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการในองค์กรอิสระ หรือกรรมการในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ไม่เป็นข้าราชการ อัยการ ตำรวจ ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ตุลาการศาลทหาร และทนายความ ไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่นผู้บริหารท้องถิ่น

¹²²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 279 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 226.

¹²³พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 35.

กรรมการพรรคการเมือง สมาชิกพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง¹²⁴ โดยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอยู่ในวาระ 2 ปีและเป็นติดต่อกันเกิน 2 วาระไม่ได้¹²⁵

การที่กฎหมายกำหนดให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด รวมถึงจากโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองทั้งระบบ มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนอยู่ด้วยทำให้อำนาจตุลาการของศาลปกครองเป็นไปตามหลักการการแบ่งแยกอำนาจเพราะอำนาจตุลาการของศาลปกครองมีการตรวจสอบและถ่วงดุลจากอำนาจอื่น นอกจากนั้นยังชอบด้วยหลักประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยด้วย ทั้งนี้ หากเป็นอำนาจตุลาการของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 จะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงกว่าอำนาจตุลาการของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 เพราะวุฒิสมาชิกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 จำนวน 200 คนมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งหมด¹²⁶ ส่วนวุฒิสมาชิกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาจากการการเลือกตั้งของประชาชนเพียง 76 คนจากสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด 150 คน¹²⁷ เท่านั้น

4.3.2.5 ความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง

ตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองไว้เช่นเดียวกับศาลยุติธรรมว่าผู้พิพากษาศาลปกครองมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญ¹²⁸ และได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองไว้ หลายประการดังนี้

(1) การบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจำนวน

¹²⁴พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 35/1.

¹²⁵พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 39.

¹²⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 121.

¹²⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 111.

¹²⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197.

10 คน จากคณะกรรมการที่กฎหมายกำหนดไว้จำนวน 13 คน ล้วนแต่มาจากฝ่ายตุลาการทั้งสิ้น ตามที่กล่าวมาแล้ว การบริหารงานบุคคลโดยคณะกรรมการตุลาการจึงเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองได้เป็นอย่างดี

(2) ให้ศาลปกครองมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระ มีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด การแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครองมีอิสระในการบริหารงานบุคคล งบประมาณ และการดำเนินการอื่นตามที่กฎหมายกำหนด¹²⁹

(3) การเรียกคืนสำนวน หรือการโอนสำนวนคดีจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี¹³⁰

(4) การโยกย้ายผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากตัวผู้พิพากษาศาลการนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายกำหนด เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ระหว่างการถูกดำเนินการทางวินัย หรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา¹³¹

(5) เงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นของผู้พิพากษาศาลการ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้จะนำระบบเงินเดือน หรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับไม่ได้¹³²

หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองตามที่กล่าวมานี้ ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของตุลาการศาลปกครองได้เป็นอย่างดี แม้ว่าจะมีบุคคลภายนอกเข้าไปอยู่ในองค์กรที่มีอำนาจในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองบ้างก็ตาม แต่การเข้าไปมีส่วนร่วมของบุคคลภายนอกองค์กรดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะ

¹²⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 280 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 227.

¹³⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249 วรรค 4.

¹³¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249 วรรค 5 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรค 3 .

¹³²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 253 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 202.

เป็นการครอบงำองค์กรตุลาการด้วย และการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองจึงไม่กระทบต่อหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการศาลปกครอง

4.3.3 ศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

โครงสร้างของศาลปกครอง ตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง และอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ส่วนใหญ่ยังเป็นแบบเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 แต่มีหลักการบางประการที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนี้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198 บัญญัติไว้ว่า การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองต้องมีความเป็นอิสระและดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองซึ่งประกอบด้วยประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธาน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองไม่เกิน 2 คน บรรดาที่ได้รับเลือกจากตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งโดยผลของบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีบทบาทในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองอีกต่อไป เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้การบริหารงานบุคคลจะต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเท่านั้น และกฎหมายก็ได้ตัดบุคคลที่มาจากการคัดเลือกของรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีออกไปจากการเป็นกรรมการตุลาการศาลปกครองจนหมดสิ้น

ผลกระทบที่มีต่ออำนาจตุลาการของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้คือ ตุลาการศาลปกครองขาดความชอบธรรมในการใช้อำนาจเพราะอำนาจตุลาการของศาลปกครองไม่มีความยึดโยงกับประชาชน จึงไม่ชอบด้วยหลักประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย นอกจากนี้ยังไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย เพราะอำนาจตุลาการของศาลปกครองหลุดลอยไปจากการตรวจสอบถ่วงดุลของอำนาจอริปไตยอื่นๆ

ในประเด็นเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาลปกครองนั้น แม้ว่ากฎหมายจะกีดกันฝ่ายนิติบัญญัติออกจากโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง และกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง ก็ตาม แต่ก็ไม่มีผลทำให้ความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองเปลี่ยนแปลงไป เพราะการให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองที่ผ่านมาไม่ได้มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองเลย ดังนั้นการกีดกันไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการจึงไม่มีผลทำให้ความเป็นอิสระของตุลาการเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นเช่นกัน

ในด้านการงบประมาณ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 141 วรรค 2 มีบทบัญญัติบังคับไว้ว่า รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการ

ปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของศาล ในกรณีที่เห็นว่างบประมาณที่ได้รับจัดสรรอาจไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ศาลจะยื่นคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการโดยการโดยตรงก็ได้ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาลได้เป็นอย่างดีเพราะเงินงบประมาณนับเป็นปัจจัยสำคัญของการบริหารงานของฝ่ายตุลาการ การจัดท่างบประมาณเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ส่วนการอนุมัติงบประมาณเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงมีความเป็นไปได้ที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติจะนำเรื่องงบประมาณมาเป็นมาเป็นข้อต่อรองในการบังคับให้ฝ่ายตุลาการกระทำการตามความต้องการของตนทำให้ฝ่ายตุลาการสูญเสียความเป็นอิสระในทางส่วนตัวได้ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติบังคับให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้ศาลให้เพียงพอ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจึงไม่อาจนำเรื่องเงินมาเป็นข้อต่อรองในการครอบงำฝ่ายตุลาการได้

4.4 การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในระบบกฎหมายไทย

4.4.1 วิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทย

ตั้งแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ.2475 จนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญใช้บังคับรวมทั้งสิ้น 19 ฉบับ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วพบว่าระบบกฎหมายไทยยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ สำหรับองค์กรที่ทำหน้าที่ในการชี้ขาดว่าบทกฎหมายใดขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ในระยะเริ่มแรกรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรใดจนกระทั่งเกิดปัญหาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2489 ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ได้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ว่า “องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษให้องค์กรใดวินิจฉัย นั้น อำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญก็คือศาลยุติธรรม” ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติคือสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าตามรัฐธรรมนูญมาตรา 62 สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ¹³³ ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการในคดีอาชญากรรมสงครามดังกล่าวส่งผลให้มีการสร้างองค์กรพิเศษขึ้นเรียกว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ

¹³³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 มาตรา 62 บัญญัติไว้ว่า “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้”.

หลายฉบับต่อมา ได้แก่รัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2489, 2492, 2495, 2511 และ 2534 เพื่อให้ทำหน้าที่วินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นเห็นว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นเรื่องที่ไม่ควรให้ศาลยุติธรรมตัดสิน เนื่องจากไม่ใช่การตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชน

หลังจากมีการใช้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ไประยะหนึ่ง หลายฝ่ายเริ่มมองเห็นว่าการทำหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีจุดอ่อนและมีปัญหาเพราะโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นในลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง โดยมีองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการโดยตำแหน่ง เช่น ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ หรือสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรเป็นคนแต่งตั้ง¹³⁴ คณะตุลาการดังกล่าวส่วนใหญ่เป็นตำแหน่งที่มาจากฝ่ายการเมือง จากโครงสร้างดังกล่าวทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับผลประโยชน์ขัดกัน นอกจากนั้นการให้ตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิสามารถดำรงตำแหน่งได้มากกว่า 1 วาระ¹³⁵ ย่อมทำให้มีโอกาสที่จะถูกรัฐสภาครอบงำ และส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่

จากปัญหาโครงสร้างของตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงได้เปลี่ยนโครงสร้างขององค์กรที่มีหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญให้อยู่ในรูปแบบศาล เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” นับว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 เป็นผู้ให้กำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ ลักษณะเด่นของรัฐธรรมนูญฉบับนี้คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เกิดผลอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ ในการศึกษาความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ จึงจะทำการศึกษาเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, 2550 และ 2560 ซึ่งเป็นฉบับที่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ เท่านั้น

4.4.2 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

4.4.2.1 โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นทั้งศาลแรกและศาลสูงสุดเพียงศาลเดียว มีโครงสร้างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมี 15 คน ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการ

¹³⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2543 มาตรา 200.

¹³⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2543 มาตรา 202.

รัฐธรรมนูญอื่นอีก 14 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา และได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา 5 คน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภากว่า 5 คน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ซึ่งได้รับการเลือกจากวุฒิสภากว่า 3 คน ให้ผู้ที่ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว¹³⁶

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่ได้มีที่มาจากผู้ดำรงตำแหน่งประจำ เช่น ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ประธานศาลฎีกาหรืออัยการสูงสุดเหมือนรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา เหตุผลน่าจะเป็นเพราะต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

4.4.2.2 การสรรหาและการคัดเลือกตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิ

การสรรหาและการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และสภารัฐศาสตร์ ให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการสรรหา ที่ประกอบด้วย¹³⁷

(1) ประธานศาลฎีกา

(2) คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน

(3) คณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน

¹³⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 259.

¹³⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 257 (1).

(4) ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคละ 1 คน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน

คณะกรรมการสรรหามีหน้าที่สรรหา และจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 255 (3) จำนวน 10 คน และตามมาตรา 255 (4) จำนวน 6 คน เสนอต่อประธานวุฒิสภาโดยต้องเสนอความเห็นพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อ ทั้งนี้ภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว มติในการเสนอชื่อต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ในการคัดเลือกตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิของวุฒิสภจะทำโดยวิธีการลงคะแนนลับ และพิจารณาเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์จำนวน 5 คนแรกในบัญชีรายชื่อ และผู้ทรงคุณวุฒิ 3 คนแรกในบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับคะแนนสูงสุดและมีคะแนนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ แต่ถ้าจำนวนผู้ได้รับเลือกจากบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์หรือสภารัฐศาสตร์ดังกล่าวไม่ครบ 5 หรือ 3 คน ตามลำดับ ให้นำบัญชีรายชื่อผู้ไม่ได้รับเลือกในบัญชีนั้นมาให้วุฒิสภากลับเสียงลงคะแนนเลือกอีกครั้งต่อเนื่องกันไป และในกรณีนี้ให้ผู้ได้รับคะแนนสูงสุดเรียงลงไปตามลำดับจนครบจำนวนเป็นผู้ได้รับเลือกให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ถ้ามีผู้ได้รับคะแนนเท่ากันในลำดับใดอันเป็นเหตุให้มีผู้ได้รับเลือกเกิน 5 คนหรือ 3 คนแล้วแต่กรณี ให้ประธานวุฒิสภাজบฉลากว่าผู้ใดเป็นผู้ได้รับเลือก

เมื่อได้บุคคลผู้ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิครบแล้ว พระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งบุคคลผู้นั้นเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำแนะนำของวุฒิสภา โดยประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งทั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการรัฐธรรมนูญ

4.4.2.3 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้¹³⁸

- (1) ไม่เป็นข้าราชการหรือมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ
- (2) ไม่เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือข้าราชการส่วนท้องถิ่น หรือไม่เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ
- (3) ไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด

¹³⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 258.

(4) ไม่ประกอบวิชาชีพอิสระอื่นใด

นอกจากนั้นหากเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ด้วย¹³⁹

(1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด

(2) มีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี

(3) เคยเป็นรัฐมนตรี กรรมการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด อธิบดีหรือเทียบเท่า หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์

(4) ไม่มีลักษณะต้องห้าม เช่น วิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ เป็นภิกษุ อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ดิยาเสพติด เป็นบุคคลล้มละลาย ถูกไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการเพราะทุจริตต่อหน้าที่ เป็นต้น

(5) ไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น

(6) ไม่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมืองในระยะ 3 ปี ก่อนดำรงตำแหน่ง

(7) ไม่เป็นกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตุลาการศาลปกครอง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

เกี่ยวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกานั้นเคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541¹⁴⁰ ว่าวุฒิสภาไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบบุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้พิจารณาเลือกมาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ต่อมารัฐสภาได้มีมติให้ตั้งคณะกรรมการวิสามัญการศึกษาวิเคราะห์คำวินิจฉัยดังกล่าวตามข้อเสนอของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทสมบุรณ์ คณะกรรมการวิสามัญมีความเห็นต่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยเห็นว่า วุฒิสภาน่าจะมีอำนาจดังกล่าว โดยอ้างว่า ตามหลักรัฐธรรมนูญที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้ (The King

¹³⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 256.

¹⁴⁰เป็นคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ปฏิบัติหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 320.

can do no wrong) ซึ่งหมายความว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายและในทางการเมือง พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงปฏิบัติราชการแผ่นดินได้โดยลำพังพระองค์ หากจะต้องใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของสถาบันใดสถาบันหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และต้องมีการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ โดยผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการจะเป็นผู้รับผิดชอบแทนพระมหากษัตริย์ เมื่อนำหลักรัฐธรรมนูญนี้มาปรับใช้กับอำนาจของวุฒิสภาที่จะถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงย่อมมีผลทางกฎหมาย การแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการกระทำของวุฒิสภาเองหาใช่เป็นการกระทำของพระมหากษัตริย์ไม่ และเมื่อวุฒิสภาจะต้องรับผิดชอบแทนพระมหากษัตริย์ วุฒิสภาจึงต้องมีอำนาจในการตัดสินใจได้ว่าสมควรถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งบุคคลซึ่งได้รับเลือกบุคคลใดให้เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ¹⁴¹

ศาลรัฐธรรมนูญคณะแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้งเมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2541¹⁴²

4.4.2.4 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ มีดังนี้

(1) ควบคุมกฎหมายหรือร่างกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำได้ทั้งก่อน¹⁴³และหลังบังคับใช้กฎหมาย¹⁴⁴

(2) วินิจฉัยสถานะภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง¹⁴⁵

(3) อำนาจหน้าที่อื่นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ได้แก่

ก. พิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร

ต่างๆ¹⁴⁶

¹⁴¹สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานของคณะกรรมการวิสามัญศึกษาวิเคราะห์อำนาจของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541”, 2541 น.4-5 อ้างถึงใน วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 115*, น. 146-147.

¹⁴²*อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 115*, น. 114.

¹⁴³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262, 177, 219 และ 263.

¹⁴⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 และ 198.

¹⁴⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 96, 216, 139 และ 295

¹⁴⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266

ข. พิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองใด กระทำการโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่¹⁴⁷

ค. พิจารณาวินิจฉัยว่า มติหรือข้อบังคับใดของพรรคการเมืองขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือไม่¹⁴⁸

ง. พิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกพรรคการเมืองที่ร้องขอให้วินิจฉัยกรณีพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกมีมติให้ตนพ้นจากการเป็นสมาชิกภาพ¹⁴⁹

จ. พิจารณาวินิจฉัยว่า การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร หรือของคณะกรรมการธิการ การเสนอการแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการธิการมีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่¹⁵⁰

4. อำนาจหน้าที่อื่นตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 กำหนดไว้ ได้แก่

ก. กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการสั่งรับหรือไม่รับจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมืองตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยตามมาตรา 17

ข. การมีมติให้สมาชิกภาพของสมาชิกพรรคการเมืองสิ้นสุดลงตามมาตรา 22

ค. การสั่งให้หัวหน้าพรรคการเมืองกระทำการหรือสั่งให้ออกจากตำแหน่งตามมาตรา 27

ง. การวินิจฉัยว่าข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 28

จ. การตอบรับการเปลี่ยนแปลงนโยบายพรรค ข้อบังคับพรรค หรือรายการที่เกี่ยวกับรายชื่อ อาชีพ ที่อยู่ และลายมือชื่อของคณะกรรมการบริหารพรรค หรือการตั้งสาขาพรรค ตามมาตรา 33

¹⁴⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198.

¹⁴⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 47 วรรค 3.

¹⁴⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 118 (8).

¹⁵⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 180.

ฉ. การยุบพรรคการเมือง ตามมาตรา 45, 67, 72 และ 73

ช. การสั่งให้พรรคการเมืองระงับการดำเนินการของพรรคการเมืองไว้

ชั่วคราวตามมาตรา 67

4.4.2.5 หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในอดีตถูกโต้แย้งมากในเรื่องความเป็นอิสระ เห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญไทยในอดีตก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีการมอบอำนาจเด็ดขาดในการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นของวุฒิสภาหรือสภาใดสภาหนึ่ง ส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจมีความเป็นกลางได้อย่างแท้จริง เพราะวุฒิสภาเป็นองค์กรทางการเมืองและเป็นการรวมตัวของกลุ่มผลประโยชน์ การคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปโดยคำนึงถึงความสำคัญภายในกลุ่มทางการเมืองซึ่งก็ส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งที่จะต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างตนและกลุ่มที่แต่งตั้งตนมาโดยปริยาย แต่หลังจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็มีความเป็นอิสระอย่างมาก เนื่องจากฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้เข้ามามีส่วนในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังมีหลักประกันความเป็นอิสระที่สำคัญ คือ

ความมั่นคงในตำแหน่ง ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานคือ 9 ปี และดำรงตำแหน่งได้วาระเดียว การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้มีส่วนสำคัญทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระเพราะมีความมั่นคงในตำแหน่ง สำหรับการพ้นจากตำแหน่ง นอกจากการพ้นตามวาระแล้ว ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจพ้นจากตำแหน่งก่อนครบกำหนดตามวาระได้หากตาย ลาออก มีอายุครบ 70 ปีบริบูรณ์ ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และถูกวุฒิสภาถอดถอนออกจากตำแหน่งกรณีถูกกล่าวหาว่าร้ายวญผิดปกติ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับค่าตอบแทนสูง ค่าตอบแทนในที่นี้รวมทั้งเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่น ซึ่งตามพระราชบัญญัติเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นของประธานศาลรัฐธรรมนูญตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2541 บัญญัติให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีสิทธิได้รับประโยชน์ตอบแทนอื่นคือ การประกันสุขภาพ และค่าใช้จ่ายในการเดินทาง และหากดำรงตำแหน่งไม่น้อยกว่า 1 ปี

บริบูรณ์ ยังมีสิทธิได้รับบำเหน็จตอบแทนเป็นเงินซึ่งจ่ายครั้งเดียวเมื่อพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ ครบกำหนดตามวาระ หรือลาออก หรือมีอายุครบ 70 ปีบริบูรณ์

ศาลรัฐธรรมนูญมีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระทั้งในด้านการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชา และขึ้นตรงต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตามพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2542 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

จึงเห็นได้ว่าตามโครงสร้างเกี่ยวกับการคัดเลือก การสรรหา และการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อำนาจตัดสินใจสุดท้ายในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย แต่การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกจากตำแหน่งได้หากมีกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญกระทำการส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อกฎหมาย¹⁵¹ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้โดยนัยนี้

4.4.3 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

4.4.3.1 โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีโครงสร้างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 204 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมี 9 คน ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา และได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา 3 คน
- (2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน
- (3) ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภากันจำนวน 2 คน

¹⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 303.

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสภาวิชาชีพซึ่งได้รับการเลือกจากวุฒิสภาจำนวน 2 คน
ให้ผู้ที่ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เลือกประธาน
ศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้ง
ประธาน-ศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และดำรง
ตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว¹⁵²

4.4.3.2 การสรรหาและการคัดเลือกตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิ

การสรรหาและการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสภา
สาขานิติศาสตร์ และสาขารัฐศาสตร์ ให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการสรรหา ที่ประกอบด้วย¹⁵³

- (1) ประธานศาลฎีกา
- (2) ประธานศาลปกครอง
- (3) ประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (4) ผู้นำฝ่ายค้าน
- (5) ประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน

คณะกรรมการสรรหามีหน้าที่สรรหา และจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ
ตามมาตรา 204 (3) และตามมาตรา 204 (4) เสนอต่อประธานวุฒิสภาโดยต้องเสนอความเห็นพร้อม
ความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อ ทั้งนี้ภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคล
ให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว มติในการเสนอชื่อต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวน
กรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ในการคัดเลือกตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิของวุฒิสภาจะทำโดยวิธีการ
ลงคะแนนลับ ในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรง
แต่งตั้งต่อไป ในกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้ส่งรายชื่อกลับไป
ยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลในการให้สรรหาใหม่
หากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิม
ด้วยคะแนนเป็นเอกฉันท์ให้ส่งรายชื่อให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป

¹⁵²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 208.

¹⁵³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 206.

แต่ถ้ามติยืนยันไม่เป็นเอกฉันท์ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่มีเหตุให้ต้องสรรหา

4.4.3.3 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคุณสมบัติ

ดังนี้¹⁵⁴

- (1) ไม่เป็นข้าราชการหรือมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ
 - (2) ไม่เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือข้าราชการส่วนท้องถิ่น หรือไม่เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ
 - (3) ไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด
 - (4) ไม่ประกอบวิชาชีพอิสระอื่นใด
- นอกจากนั้นหากเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ด้วย¹⁵⁵

- (1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- (2) มีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี
- (3) เคยเป็นรัฐมนตรี ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด อธิบดีหรือเทียบเท่า หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ หรือทนายความที่ประกอบอาชีพอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องไม่น้อยกว่า 30 ปีนับถึงวันที่ได้รับเสนอชื่อ
- (4) ไม่มีลักษณะต้องห้าม เช่น วิกจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ เป็นภิกษุ อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ดิตยาเสพติด เป็นบุคคลล้มละลาย ถูกไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการเพราะทุจริตต่อหน้าที่ เป็นต้น
- (5) ไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น
- (6) ไม่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมือง ในระยะ 3 ปี ก่อนดำรงตำแหน่ง

¹⁵⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 207.

¹⁵⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 205.

(7) ไม่เป็นกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตุลาการศาลปกครอง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

4.4.3.4 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายอื่น มีสาระสำคัญดังนี้

(1) ควบคุมกฎหมายหรือร่างกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ก พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย¹⁵⁶

ข พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เสนอหรือส่งให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการตามร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ต้องยับยั้งไว้¹⁵⁷

ค พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยัน แต่นายกรัฐมนตรียังไม่ได้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ¹⁵⁸

ง พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ¹⁵⁹

¹⁵⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141.

¹⁵⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 149.

¹⁵⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154.

¹⁵⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 155.

จ พิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีเสนอไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสอง¹⁶⁰

ฉ พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแก่คดีใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ¹⁶¹

ช พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ และเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้¹⁶²

ซ พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดิน¹⁶³

ณ พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ¹⁶⁴

(2) อำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยสภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และกรรมการการเลือกตั้ง ดังนี้

ก พิจารณาวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้¹⁶⁵

ข พิจารณาวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 182 (2) - (4), (6)¹⁶⁶

ค พิจารณาวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 230¹⁶⁷

¹⁶⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 185.

¹⁶¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211.

¹⁶²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212.

¹⁶³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245.

¹⁶⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257.

¹⁶⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 91.

¹⁶⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 182 ประกอบมาตรา 81 และมาตรา 92.

¹⁶⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 233.

(3) อำนาจหน้าที่อื่นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

ก. พิจารณาวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข¹⁶⁸

ข. พิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศไทยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเลิกการกระทำความดังกล่าว¹⁶⁹

ค. พิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ร้องขอให้วินิจฉัยเพราะเหตุว่าพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกมีมติให้ตนพ้นจากการเป็นสมาชิก¹⁷⁰

ง. พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร หรือคณะกรรมการธิการ มีการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย¹⁷¹

จ. พิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งเกี่ยวกับหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาล¹⁷²

ฉ. อำนาจหน้าที่อื่นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2550 เป็นต้น

4.4.3.5 หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

หลังจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็มีความเป็นอิสระอย่างมาก ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้

¹⁶⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 65 วรรค .3

¹⁶⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68.

¹⁷⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 106 (7).

¹⁷¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 วรรค 7.

¹⁷²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ยังคงมีอยู่อย่างมากเหมือนเดิม ดังนี้

เกี่ยวกับความมั่นคงในตำแหน่ง ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 กำหนดให้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานคือ 9 ปี และดำรงตำแหน่งได้วาระเดียว การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้มีส่วนสำคัญทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระเพราะมีความมั่นคงในตำแหน่ง สำหรับการพ้นจากตำแหน่ง นอกจากการพ้นตามวาระแล้ว ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจพ้นจากตำแหน่งก่อนครบกำหนดตามวาระได้หาก ตาย ลาออก มีอายุครบ 70 ปีบริบูรณ์ ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และถูกวุฒิสภาลดถอนออกจากตำแหน่งกรณีถูกกล่าวหาว่า ร่ำรวยผิดปกติ

เกี่ยวกับค่าตอบแทน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับค่าตอบแทนสูง ค่าตอบแทนในที่นี้รวมทั้งเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่น ซึ่งตามพระราชบัญญัติเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นของประธานศาลรัฐธรรมนูญตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ.ศ.2541 บัญญัติให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีสิทธิได้รับประโยชน์ตอบแทนอื่นคือ การประกันสุขภาพ และค่าใช้จ่ายในการเดินทาง และหากดำรงตำแหน่งไม่น้อยกว่า 1 ปี บริบูรณ์ ยังมีสิทธิได้รับบำเหน็จตอบแทนเป็นเงินซึ่งจ่ายครั้งเดียวเมื่อพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ ครบกำหนดตามวาระ หรือลาออก หรือมีอายุครบ 70 ปีบริบูรณ์

นอกจากนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีหลักประกันเกี่ยวกับเงินตอบแทนเพิ่มเติมว่า ในการปรับเพิ่มเงินเดือนหากเป็นการปรับเพิ่มในอัตราไม่เกินร้อยละ 10 ของเงินเดือนที่ใช้อยู่และปรับเพิ่มเท่ากันทุกอัตราให้ทำได้ โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา¹⁷³

เกี่ยวกับหน่วยงานธุรการ ลักษณะของหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังคงเป็นแบบเดียวกันกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คือมีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการ ที่มีความเป็นอิสระทั้งในด้านการบริหารงานบุคคลการงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็น

¹⁷³พระราชบัญญัติเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นของประธานศาลรัฐธรรมนูญตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ.ศ.2541 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2555.

ผู้บังคับบัญชา และขึ้นตรงต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตามพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2542 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

โครงสร้างของกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คล้ายกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยอำนาจตัดสินใจสุดท้ายในกระบวนการแต่งตั้งไม่ได้เป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตย และไม่เป็นไปตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เช่นเดียวกันกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นอกจากนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังสามารถถูกตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ในลักษณะเดียวกันกับการตรวจสอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁷⁴

4.4.4 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

4.4.4.1 โครงสร้าง การแต่งตั้ง การดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(1) โครงสร้างของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีโครงสร้างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 200 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมี 9 คน ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

ก ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา 3 คน

ข ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่ต่ำกว่า 3 ปี ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

¹⁷⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 270.

ค ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาจำนวน 1 คน

ง ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา จำนวน 1 คน

จ ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี จำนวน 2 คน

ตามโครงสร้างของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ทรงคุณวุฒิมีการเปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คือมีการลดจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ลงเหลือสาขาละ 1 คน แต่ได้เพิ่มผู้ทรงคุณวุฒิในกลุ่มผู้ที่เคยรับราชการประจำจำนวน 2 คน ส่วนผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ได้เพิ่มสาขารัฐประศาสนศาสตร์มาอยู่ในกลุ่มเดียวกันอีกสาขาหนึ่ง นอกจากนั้นยังได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์หรือสาขารัฐประศาสนศาสตร์สูงกว่าเดิมกล่าวคือต้องเป็นศาสตราจารย์มาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการอยู่ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิไว้สูงเช่นนี้ย่อมทำให้สาธารณชนมีความเชื่อถือในความรู้ความสามารถของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และมีความเชื่อมั่นและศรัทธาในสถาบันศาลรัฐธรรมนูญว่าสามารถปฏิบัติหน้าที่ในคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(2) การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 204 บัญญัติไว้ว่า ผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

ในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือก รายใด ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกบุคคลใหม่แทนผู้นั้น แล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป

เมื่อผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้วให้เลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการดำเนินการกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบรายชื่อที่ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาไว้ดังกล่าวเป็นไปตามหลัก The King can do no wrong กล่าวคือในกรณีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบแต่ผู้ที่ต้องรับผิดชอบในกรณีนี้คือประธานวุฒิสภาเพราะเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ดังนั้นจึงต้องให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหาด้วย

นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 206 ได้บัญญัติไว้ว่า ในกรณีที่มีผู้ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 7 คน ให้ผู้ได้รับความเห็นชอบเลือกกันเองให้เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ โดยไม่ต้องรอให้มีผู้ได้รับความเห็นชอบครบ 9 คน และเมื่อโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจต่อไปพลางก่อน โดยในระหว่างนั้นให้ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่มีอยู่

(3) การดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง

ก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว¹⁷⁵

ข นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระแล้ว ยังพ้นจากตำแหน่งได้ในกรณีดังต่อไปนี้¹⁷⁶ ขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ตาย ลาออก อายุครบ 75 ปี ศาลรัฐธรรมนูญมีมติให้พ้นจากตำแหน่งด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เพราะเหตุฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ถูกศาลฎีกาหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีคำพิพากษาว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีพฤติการณ์ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง หรือกรณีอื่น

ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ และยังไม่มีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่มีอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ แม้ว่าจะเหลือตุลาการอยู่ไม่ถึง 7 คนก็ตาม¹⁷⁷

¹⁷⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 207.

¹⁷⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 208.

¹⁷⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 209.

วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้สั้นลงกว่าวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แต่ขยายอายุเกษียณราชการยาวขึ้นกว่าเดิม

4.4.4.2 การสรรหาและการคัดเลือกตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิ

การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ ให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการสรรหา ที่ประกอบด้วย¹⁷⁸

- (1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธาน
- (2) ประธานศาลปกครองสูงสุด
- (3) ประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (4) ผู้นำฝ่ายค้าน
- (5) บุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งองค์กรละ 1 คน รวม 5 คน

ส่วนหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับแต่อย่างใด

4.4.4.3 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคุณสมบัติดังนี้¹⁷⁹

- (1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- (2) มีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี แต่ไม่ถึง 68 ปีในวันที่ได้รับการคัดเลือกหรือวันสมัครเข้ารับการสรรหา
- (3) สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า
- (4) มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์
- (5) มีสุขภาพที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

และจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้¹⁸⁰

- (1) เป็นหรือเคยเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ดำรงตำแหน่งใน

องค์กรอิสระใด

¹⁷⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 206.

¹⁷⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 201.

¹⁸⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 202.

(2) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น ติดยาเสพติด เป็นบุคคลล้มละลายหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการ หนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใดๆ เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอน สิทธิเลือกตั้งไม่ว่าคดีนั้นจะถึงที่สุดแล้วหรือไม่ ต้องคุมขังโดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วย กฎหมาย เป็นต้น

(3) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก เว้นแต่ เป็นความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(4) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการ การเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่นในระยะ 10 ปีก่อนเข้ารับการศึกษาหรือสรรหา

(5) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมืองใน ระยะ 10 ปี ก่อนเข้ารับการศึกษาหรือสรรหา

(6) เป็นข้าราชการที่มีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ

(7) เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือกรรมการหรือที่ปรึกษาของหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ

(8) ผู้ดำรงตำแหน่งในห้างหุ้นส่วนบริษัท หรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่ง หารผลกำไร หรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด

(9) เป็นผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ

(10) มีพฤติการณ์อันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐาน ทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

(11) ไม่เป็นกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตุลาการศาลปกครอง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

4.4.4.4 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีสาระสำคัญดังนี้

(1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและ ร่างกฎหมาย¹⁸¹

ก พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความ เห็นชอบแล้ว หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยัน แต่นายกรัฐมนตรียังไม่ได้นำขึ้นทูลเกล้า

¹⁸¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 (1).

ทุลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามคำร้องของประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี¹⁸²

ข พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามคำร้องของ นายกรัฐมนตรี¹⁸³

ค พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ¹⁸⁴

ง พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามคำโต้แย้งของคู่ความในคดี หรือความเห็นของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดี¹⁸⁵

จ พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดิน¹⁸⁶

(2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ¹⁸⁷ ได้แก่

ก พิจารณาวินิจฉัยว่าการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการ การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใดมีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ ตามคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาแล้วแต่กรณี¹⁸⁸

¹⁸²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 148 (1).

¹⁸³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 148 (2).

¹⁸⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 149.

¹⁸⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 212.

¹⁸⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 231 (1).

¹⁸⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 (2).

¹⁸⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 144 วรรค 2 และวรรค 3.

ข พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอหรือส่งให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณา มีหลักการอย่างเดียวกัน หรือคล้ายกันกับหลักการตามร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้¹⁸⁹

(3) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁹⁰ ได้แก่

ก พิจารณาวินิจฉัยให้บุคคลเลิกใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข¹⁹¹

ข พิจารณาวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาสิ้นสุดลงตามมาตรา 101 (3), (5), (6), (7), (8), (9), (10) หรือ (12) หรือมาตรา 111 (3), (4), (5) หรือ (7) ตามคำร้องของประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาแล้วแต่กรณี¹⁹²

ค พิจารณาวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำโครงการ หรืออนุมัติหรือจัดสรรงบประมาณ โดยรู้ว่าการดำเนินการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการ การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ ตามคำร้องของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ¹⁹³

ง พิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสืออื่นที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมด หรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ตามคำร้องของคณะรัฐมนตรี¹⁹⁴

¹⁸⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 139.

¹⁹⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 (3).

¹⁹¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 49.

¹⁹²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 82.

¹⁹³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 144 วรรค 4 และวรรค 6.

¹⁹⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178.

จ พิจารณาวินิจฉัยว่ามีการกระทำละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ตามคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้¹⁹⁵

ฉ พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องเกี่ยวกับอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ตามคำร้องของประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี¹⁹⁶

4.4.4.5 หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(1) ความมั่นคงในตำแหน่ง ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2560 กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานคือ 7 ปี และดำรงตำแหน่งได้วาระเดียว การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้มีส่วนสำคัญทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระเพราะมีความมั่นคงในตำแหน่ง และไม่ต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความกดดันเพราะเกรงว่าจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอีกหรือไม่ สำหรับการพ้นจากตำแหน่ง นอกจากการพ้นตามวาระแล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจพ้นจากตำแหน่งก่อนครบกำหนดตามวาระได้หาก ตาย ลาออก มีอายุครบ 75 ปี บริบูรณ์ ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ศาลรัฐธรรมนูญมีมติให้พ้นจากตำแหน่งด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เพราะเหตุฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือ ถูกศาลฎีกาหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีคำพิพากษาว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีพฤติการณ์ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง หรือกรณีอื่น

(2) ค่าตอบแทน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังคงได้รับค่าตอบแทนสูงเช่นเดิม ค่าตอบแทนในที่นี่รวมทั้งเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นซึ่งตามพระราชบัญญัติเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นของประธานศาลรัฐธรรมนูญตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2541 บัญญัติให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีสิทธิได้รับประโยชน์ตอบแทนอื่นคือ การประกันสุขภาพ และค่าใช้จ่ายในการเดินทาง และหากดำรงตำแหน่งไม่น้อยกว่า 1 ปี บริบูรณ์ ยังมีสิทธิได้รับบำเหน็จตอบแทนเป็นเงินซึ่ง

¹⁹⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213.

¹⁹⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9).

จ่ายครั้งเดียวเมื่อพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ ครบกำหนดตามวาระ หรือลาออก หรือมีอายุครบ 75 ปีบริบูรณ์

นอกจากนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักประกันเกี่ยวกับเงินตอบแทนเพิ่มเติมว่า ในการปรับเพิ่มเงินเดือนหากเป็นการปรับเพิ่มในอัตราไม่เกินร้อยละ 10 ของเงินเดือนที่ใช้อยู่และปรับเพิ่มเท่ากันทุกอัตราให้ทำได้ โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา¹⁹⁷ เช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 141 วรรค 2 ยังมีบทบัญญัติบังคับไว้ว่า รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของศาล ในกรณีที่เห็นว่างบประมาณที่ได้รับจัดสรรอาจไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ศาลจะยื่นคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการการโดยตรงก็ได้ ยิ่งเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาลได้เป็นอย่างดีเพราะฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจนำเรื่องเงินมาเป็นข้อต่อรองในการครอบงำฝ่ายตุลาการได้

(3) หน่วยงานธุรการ ลักษณะของหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังคงเป็นแบบเดียวกันกับศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คือมีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการที่มีความเป็นอิสระทั้งในด้านการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชา และขึ้นตรงต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตามพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2542 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีฐานะเป็นกรมตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ที่ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหารายใด ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกบุคคลใหม่แทนผู้นั้น แล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไปนั้น แสดงว่าอำนาจตัดสินใจสุดท้ายในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นของวุฒิสภา และเมื่อพิจารณาถึงที่มาของวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนตามกลุ่มอาชีพ ทำให้อำนาจตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ทั้งนี้แม้ว่าตาม

¹⁹⁷พระราชบัญญัติเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และผลประโยชน์ตอบแทนอื่นของประธานศาลรัฐธรรมนูญตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2541 (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2555.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะให้อำนาจวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหาให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจในการคัดเลือกหรือสรรหาด้วย ดังนั้นจึงไม่มีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติครอบงำฝ่ายตุลาการ ส่วนความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างสูงอยู่แล้ว ดังนั้นแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีส่วนในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในสัดส่วนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ก็ไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

แต่สำหรับการตรวจสอบการใช้อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระและศาลยุติธรรม¹⁹⁸ ซึ่งทั้งสององค์กรดังกล่าวไม่ใช่องค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่ถือเป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงถือว่าอำนาจตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญไม่มีการตรวจสอบและถ่วงดุลจากฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

¹⁹⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 (1) และ 235.

บทที่ 5

วิเคราะห์ความเป็นอิสระของตุลาการกรณีได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

การให้ฝ่ายนิติบัญญัติแต่งตั้งตุลาการก็เพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนตามหลักประชาธิปไตยที่ถือว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่เนื่องจากฝ่ายตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระ การให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองที่มีเรื่องผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง และเป็นฝ่ายที่จะต้องถูกตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการนั้นอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการได้ ซึ่งหลักความเป็นอิสระของตุลาการก็เป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย หลักความเชื่อมโยงกับประชาชน กับหลักความเป็นอิสระจึงเป็นหลักการที่มีคุณค่าในสังคมประชาธิปไตยทั้งคู่ กล่าวคือในสังคมประชาธิปไตยไม่อาจปฏิเสธหลักการใดหลักการหนึ่งได้ จึงจำเป็นที่จะต้องประสานหลักการทั้งสองหลักนี้เข้าด้วยกัน แต่การจะกำหนดกติกาไว้ในกฎหมายโดยให้น้ำหนักกับหลักการใดหลักการหนึ่งแค่นั้นเพียงไรนั้นขึ้นอยู่กับสภาพสังคมของแต่ละสังคมด้วยว่า สมาชิกในสังคมมีจิตสำนึกตระหนักรู้ในคุณค่าของหลักการทั้งสองนี้มากน้อยแค่ไหนด้วย การพิจารณาว่าสังคมนั้นมีจิตสำนึกและตระหนักรู้ในคุณค่าของหลักการทั้งสองนี้มากน้อยเพียงใดสามารถใช้ประวัติศาสตร์เป็นตัวชี้วัดได้ กล่าวคือหากสังคมใดมีการกำหนดกติกาไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศให้ฝ่ายตุลาการมาจากการแต่งตั้งของฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารก็ตามทั้งหมด หรือส่วนใหญ่ หรือครั้งหนึ่ง หรือไม่ถึงครั้งหนึ่งแต่อยู่ในสัดส่วนที่สามารถขึ้นนำการตัดสินใจได้แล้วในสังคมนั้นไม่มีปัญหาเรื่องการแทรกแซงอำนาจตุลาการเกิดขึ้น กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นตัวชี้วัดว่าสังคมนั้นมีจิตสำนึกตระหนักรู้ในคุณค่าของหลักประชาธิปไตยและหลักความเป็นอิสระของตุลาการ จึงเป็นสังคมที่สามารถกำหนดกติกาในกฎหมายสูงสุดของประเทศโดยให้น้ำหนักกับหลักความเชื่อมโยงกับประชาชนมากกว่าหลักความเป็นอิสระของตุลาการได้ เพราะหลักการดังกล่าวมีลักษณะเป็นแต่เพียงหลักการในทางรูปแบบเท่านั้นแต่สิ่งสำคัญคือจิตสำนึกของคนในสังคม แต่ถ้าหากในสังคมใดเลือกใช้หลักการตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วมีปัญหาการแทรกแซงอำนาจตุลาการเกิดขึ้น การกำหนดกติกาในกฎหมายสูงสุดของประเทศย่อมมีความจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการมากกว่าหลักการเชื่อมโยงกับประชาชน แต่ไม่ได้หมายความว่าอะไรจะนิ่งเฉยต่อหลักการเชื่อมโยงกับประชาชนเพราะสังคมประชาธิปไตยไม่สามารถปฏิเสธหลักการนี้ได้ เพียงในการกำหนดกติกาความเชื่อมโยงกับประชาชนต้องกำหนดให้มีสัดส่วนของฝ่ายการเมืองให้มีลักษณะที่ไม่สามารถครอบงำหรือแทรกแซงอำนาจตุลาการได้ ดังนั้นการกำหนดความสัมพันธ์ความเชื่อมโยงกับประชาชนของอำนาจตุลาการจึงต้องพิจารณาถึงบริบทของสังคมด้วย

5.1 รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับความเป็นอิสระของตุลาการ

จากการศึกษารูปแบบการแต่งตั้งตุลาการของต่างประเทศพบว่า การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนมีอยู่ด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง และการแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยอ้อม การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติทั้ง 2 รูปแบบมีระดับความเชื่อมโยงและผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการแตกต่างกันออกไป

5.1.1 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง กับความเป็นอิสระของตุลาการ

การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง เพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรง คือการแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายนิติบัญญัติร่วมกับฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง

5.1.1.1 การให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการฝ่ายเดียว

รูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ในการแต่งตั้งตุลาการของสหรัฐหรือของรัฐบาลกลาง และประเทศเยอรมันใช้ในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การแต่งตั้งตุลาการศาลสูง ศาลอุทธรณ์ และศาลชั้นต้นของสหรัฐหรือของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบจากวุฒิสภา ส่วนการคัดเลือกผู้พิพากษานั้นดำเนินการโดยประธานาธิบดี ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้พิพากษาไว้ ดังนั้นประธานาธิบดีจึงมีอิสระในการเลือกผู้พิพากษาเต็มที่ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติประธานาธิบดีจะคัดเลือกจากรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเสนอ และตามคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ซึ่งรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเสนอ และแนะนำนั้นเป็นรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้มาจากการเสนอของเนติบัณฑิตยสภาแห่งสหรัฐ และได้มีการตรวจสอบประวัติของผู้ที่ถูกเสนอโดยหน่วยสืบราชการลับแล้ว ดังนั้นปัญหาเรื่องแต่งตั้งบุคคลในพรรคการเมือง หรือเพื่อพรรคการเมืองจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ¹

สำหรับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมันนั้น เป็นการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกับการแต่งตั้งตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่แตกต่างกัน

¹ จิตติ ดิงศภัทย์, “ข้อสังเกตในระบบกฎหมายอเมริกา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2560, <http://www.library.coj.go.th>.

ที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแต่งตั้งโดยสภาสูงหรือวุฒิสภาเท่านั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ได้มีส่วนในการแต่งตั้งด้วยแต่อย่างใด ส่วนของประเทศเยอรมันเป็นการใช้อำนาจร่วมกันระหว่างสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกสภาผู้แทนมลรัฐ กล่าวคือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมีทั้งหมด 16 คน และให้มาจากการแต่งตั้งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 8 คน และมาจากการแต่งตั้งของสมาชิกสภาผู้แทนมลรัฐ 8 คน

5.1.1.2 การให้ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการร่วมกัน

รูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่ใช้ในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสประกอบด้วยตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งจำนวน 9 คน และตุลาการโดยตำแหน่งที่ประกอบด้วยอดีตนายกรัฐมนตรีของประเทศฝรั่งเศสทุกคน โดยตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งนั้นจะมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีจำนวน 3 คน มาจากการแต่งตั้งโดยประธานสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 3 คน และมาจากการแต่งตั้งโดยประธานวุฒิสภาจำนวน 3 คน ตามโครงสร้างของตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจึงมาจากฝ่ายการเมืองทั้งหมด

การแต่งตั้งตุลาการของทั้ง 3 ประเทศตามที่กล่าวมาข้างต้น เป็นการแต่งตั้งที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนในระดับสูงสุดเพราะเป็นการแต่งตั้งโดยตัวแทนที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน แต่อย่างไรก็ตามการที่ฝ่ายตุลาการมาจากการแต่งตั้งของฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นผู้ที่จะต้องถูกฝ่ายตุลาการตรวจสอบการใช้อำนาจ การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายการเมืองจึงกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการในการทำหน้าที่ในทางตุลาการ เพราะฝ่ายตุลาการย่อมถูกฝ่ายการเมืองครอบงำ และสามารถถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองได้โดยง่าย ดังนั้นถ้าพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว การพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายตุลาการจึงขาดความเป็นอิสระ จึงเห็นได้ว่าหากให้การแต่งตั้งตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนในระดับสูง ความเป็นอิสระของตุลาการย่อมถูกระทบในระดับสูงเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามการที่ทั้ง 3 ประเทศมีการใช้ระบบการแต่งตั้งตุลาการในรูปแบบตามที่กล่าวมาเป็นระยะเวลายาวนานตราบเท่าถึงปัจจุบันโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลง ย่อมแสดงให้เห็นว่าการใช้ระบบการแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศนั้น จึงทำให้ไม่มีปัญหาเกิดขึ้น

นอกจากนี้ระบบการแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหาร ส่วนใหญ่ใช้กับการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ เหตุผลเพราะลักษณะการใช้อำนาจตุลาการของ

ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมีผลกระทบกับอำนาจขององค์การการเมืองอื่นๆ และยังส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมด้วย

5.1.2 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยอ้อมกับความเป็นอิสระของตุลาการ

การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยอ้อม คือ การให้ตัวแทนของฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเข้าไปอยู่ในองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ เช่นการแต่งตั้งตุลาการหรือผู้พิพากษาอาชีพของศาลสหพันธ์ของประเทศเยอรมัน และการแต่งตั้งตุลาการหรือผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมและศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส

5.1.2.1 การแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพของประเทศเยอรมัน

การแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพของศาลสหพันธ์ เป็นการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยมีคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาเสนอรายชื่อให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแห่งสหพันธ์ที่รับผิดชอบงานศาลนั้นๆเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงให้ความเห็นชอบแล้วก็จะเสนอชื่อให้ประธานาธิบดีเพื่อแต่งตั้ง การแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพของสหพันธ์จึงเป็นการแต่งตั้งตุลาการที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อม ซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาประกอบด้วยผู้แทนจากมลรัฐๆละ 1 คน รวมเป็น 16 คน และผู้แทนจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีจำนวนเท่ากับผู้แทนของมลรัฐคือ 16 คน ซึ่งในการคัดเลือกผู้แทนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์นั้น สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะพิจารณาให้แต่ละคนที่ตนเลือกมีที่มาจากแต่ละมลรัฐ บุคคลที่ได้รับเลือกให้เป็นคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์แต่อย่างใด แม้ว่าปกติจะคัดเลือกจากสมาชิกด้วยกันเองก็ตาม สำหรับผู้แทนของแต่ละมลรัฐนั้นคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงผู้รับผิดชอบศาลประเภทเดียวกันนั้นในมลรัฐ หรือผู้แทนของรัฐมนตรีผู้นั้น ส่วนรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบศาลนั้นในสหพันธ์จะทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุม

ผู้มีสิทธิเสนอชื่อบุคคลที่สมควรได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาให้คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาทำการคัดเลือก คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแห่งสหพันธ์ผู้รับผิดชอบศาลที่มีการคัดเลือก กรรมการคนใดคนหนึ่งในการคณะกรรมการคัดเลือก และคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งศาลซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกจากบรรดาผู้พิพากษาในศาลที่จะมีการแต่งตั้ง แต่คณะกรรมการคัดเลือกจะเลือกบุคคลใดก็ได้ไม่มีข้อผูกมัด

ในการแต่งตั้งตุลาการ รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเคยไม่เห็นด้วยกับรายชื่อที่คณะกรรมการคัดเลือกเสนอแต่มีจำนวนน้อยมาก และประธานาธิบดีก็ไม่เคยเข้าแทรกแซงการทำงานของคณะกรรมการคัดเลือกโดยไม่สมควร แต่เคยมีบ้างที่ประธานาธิบดีไม่แต่งตั้งผู้ที่ได้รับเลือกจาก

คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการให้เป็นผู้พิพากษาศาลแห่งสหพันธ์จำนวน 1 คน เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเคยมีประวัติแสดงความเป็นตัวของตัวเองในสมัยนาซี

แม้การแต่งตั้งตุลาการของประเทศเยอรมันจะเป็นการแต่งตั้งตุลาการที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อมก็ตาม แต่ตามโครงสร้างของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลแห่งสหพันธ์ของประเทศเยอรมันดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับฝ่ายการเมืองอย่างมากในระดับที่เป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะเลือกใครเป็นผู้พิพากษาบ้าง โครงสร้างดังกล่าวจึงเป็นการสะท้อนว่าประเทศเยอรมันได้ให้ความสำคัญกับอำนาจประชาชนอย่างสูง เพราะประเทศเยอรมันถือว่าการยุติธรรมดำเนินการในนามของประชาชน อำนาจตุลาการจึงต้องมีความเชื่อมโยงกับประชาชนในระดับสูง การแทรกแซงอำนาจตุลาการจึงสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอนของการแต่งตั้งโดยเริ่มตั้งแต่การคัดเลือกผู้พิพากษาของคณะกรรมการคัดเลือก การพิจารณาให้ความเห็นชอบของรัฐมนตรีกว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศาลที่มีการคัดเลือก ไปจนถึงการแต่งตั้งของประธานาธิบดี ในทางรูปแบบฝ่ายตุลาการจึงสามารถถูกครอบงำโดยฝ่ายการเมือง ฝ่ายตุลาการจึงไม่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่อย่างไรก็ตามการที่ระบบการแต่งตั้งตุลาการโดยคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการดังกล่าวมีการใช้ต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลายาวนานแสดงให้เห็นว่าในทางข้อเท็จจริงอำนาจการเมืองไม่ได้เข้าไปแทรกอำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี คืออำนาจแต่ละอำนาจมีความเคารพซึ่งกันและกันจึงไม่มีการก้าวท้าวอำนาจกัน แสดงให้เห็นว่าสังคมเยอรมันเป็นสังคมที่มีการเคารพกฎหมาย ระบบการแต่งตั้งตุลาการโดยให้ความสำคัญกับการเชื่อมโยงกับประชาชนตามหลักประชาธิปไตยจึงมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศเยอรมัน

5.1.2.2 การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส

สำหรับประเทศฝรั่งเศสใช้รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรมและศาลปกครองโดยให้อำนาจตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อมเช่นเดียวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพแห่งสหพันธ์ของประเทศเยอรมัน ในการแต่งตั้งตุลาการทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการของแต่ละศาล ซึ่งคณะกรรมการตุลาการของแต่ละศาลจะมีโครงสร้างที่แตกต่างกัน กล่าวคือคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม มี 12 คน ประกอบด้วย ประธานาธิบดี เป็นประธาน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธาน กรรมการจากศาลฎีกา 2 คน จากอัยการระดับหัวหน้าอัยการ 1 คน จากศาลอุทธรณ์และศาลชั้นต้น 2 คน กรรมการทั้ง 6 คนนี้ประธานาธิบดีจะต้องคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อที่ศาลฎีกาเป็นผู้เสนอเป็นจำนวน 3 เท่าของจำนวนกรรมการที่จะได้รับการแต่งตั้ง จากสภาแห่งรัฐ 1 คน โดยประธานาธิบดีต้องคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อ ที่ที่ประชุม

ใหญ่ของสภาแห่งรัฐเป็นผู้เสนอจำนวน 3 คน ส่วนกรรมการที่เหลืออีก 3 คน ต้องแต่งตั้งจากผู้ที่ไม่ได้เป็นตุลาการโดยประธานาธิบดีเลือก 1 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรเลือก 1 คน และประธานวุฒิสภาเลือก 1 คน

ตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม ประกอบด้วยบุคคลที่มาจากฝ่ายการเมืองและฝ่ายตุลาการในสัดส่วนที่เท่ากัน แสดงให้เห็นว่าการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักความเชื่อมโยงกับประชาชน กับหลักความเป็นอิสระของตุลาการในสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน

สำหรับคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง มี 13 คน ประกอบด้วยรองประธานสภาแห่งรัฐเป็นประธานกรรมการ และมีกรรมการอื่นอีก 12 คน ได้แก่ เลขาธิการสภาแห่งรัฐ ประธานคณะผู้ตรวจการปฏิบัติงานของศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการสำนักงานบริหารบุคคลกระทรวงยุติธรรม ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น และชั้นอุทธรณ์จำนวน 5 คน ที่ได้รับเลือกจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์แต่ละระดับละ 1 คน และกรรมการอีก 3 คนจากการเลือกของประธานาธิบดี 1 คน มาจากการเลือกของประธานสภาผู้แทนราษฎร 1 คน และมาจากการเลือกของประธานวุฒิสภาจำนวน 1 คน

ตุลาการศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีฐานะเป็นข้าราชการพลเรือน และสังกัดฝ่ายบริหารคือสภาแห่งรัฐ มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง ตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส ที่กำหนดให้มีสัดส่วนที่เป็นข้าราชการประจำสูงกว่าฝ่ายการเมือง โดยมีสัดส่วนที่เป็นข้าราชการประจำสูงถึง 10 คน และมีฝ่ายการเมืองเพียง 3 คน สะท้อนให้เห็นว่าในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักความการแบ่งแยกอำนาจมากกว่าหลักความเป็นอิสระของตุลาการและหลักความเชื่อมโยงกับประชาชน ทั้งตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองดังกล่าว แม้ว่าอำนาจตุลาการศาลปกครองจะไม่อาจถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองได้ เพราะมีฝ่ายการเมืองอยู่ในคณะกรรมการเพียง 3 คน จึงไม่มีอำนาจชี้ขาด แต่อำนาจตุลาการศาลปกครองก็ไม่สามารถเป็นอิสระได้เพราะในคณะกรรมการตุลาการมีฝ่ายปกครองซึ่งจะต้องเป็นผู้ที่จะถูกฝ่ายตุลาการตรวจสอบการกระทำอยู่ถึง 5 คน ซึ่งหากฝ่ายปกครองกับฝ่ายการเมืองร่วมมือกันก็จะกลายเป็นฝ่ายที่มีอำนาจชี้ขาด และสามารถใช้อำนาจนั้นแทรกแซงฝ่ายตุลาการจนทำให้ฝ่ายตุลาการขาดความเป็นอิสระได้ ดังนั้นแม้ฝ่ายการเมืองจะไม่ได้มีส่วนใหญ่ในคณะกรรมการตุลาการก็ตาม แต่หากคณะกรรมการตุลาการมีสัดส่วนของกรรมการที่เป็นคนนอกมากกว่าคนในองค์กรตุลาการเอง ก็มิได้ผลให้อำนาจตุลาการไม่เป็นอิสระได้

จะเห็นได้ว่า การแต่งตั้งตุลาการใน 3 ประเทศตามที่กล่าวมา เน้นวิธีการแต่งตั้งโดยให้อำนาจตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนตามหลักประชาธิปไตยในระดับที่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการทั้งสิ้น แต่รูปแบบของความเชื่อมโยงจะมากหรือน้อยก็ขึ้นอยู่กับประเภทของศาล ยกเว้นประเทศสหรัฐอเมริกาที่เน้นความเชื่อมโยงกับประชาชนในระดับที่เท่ากันในทุกชั้นศาล แต่อย่างไรก็ตามประเทศเหล่านั้นก็ยังคงใช้รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการตามที่กล่าวมาแล้วอยู่ แสดงให้เห็นว่านักการเมืองของประเทศต่างๆ เหล่านั้นนอกจากจะมีจิตสำนึกยึดมั่นกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว ยังมีจิตสำนึกยึดมั่นในกับความเป็นอิสระของตุลาการด้วย ฝ่ายการเมืองจึงไม่เข้าไปแทรกแซงอำนาจของฝ่ายตุลาการแม้ว่าตามโครงสร้างของอำนาจจะสามารถทำเช่นนั้นได้ก็ตาม ดังนั้นการให้ฝ่ายการเมืองเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการโดยไม่ทำให้ฝ่ายตุลาการสูญเสียความเป็นอิสระนั้น จึงเหมาะสมกับประเทศที่นักการเมืองมีจิตสำนึกยึดมั่นกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และมีจิตสำนึกยึดมั่นในกับความเป็นอิสระของตุลาการ เท่านั้น

5.2 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับความเป็นอิสระของตุลาการในประเทศไทย

ในประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่ที่แยกศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกัน ในการกำหนดรูปแบบการให้อำนาจตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนในศาลแต่ละศาลก็มีรูปแบบที่ต่างกันด้วย โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของอำนาจหน้าที่ของแต่ละศาล และในการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ในแต่ละรูปแบบก็ประสบกับปัญหาการถูกแทรกแซงอำนาจตุลาการโดยฝ่ายการเมือง จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการกับความเชื่อมโยงกับประชาชนในแต่ละประเภทศาลมาตลอด ในการศึกษาถึงความเป็นอิสระของตุลาการกับความเชื่อมโยงของประชาชน จึงแยกพิจารณาเป็นแต่ละศาล ดังนี้

5.2.1 การแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม

ระบบศาลยุติธรรมของไทยใช้ระบบการแต่งตั้งตุลาการโดยการจัดตั้งองค์กรพิเศษเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการ” ให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการที่ได้รับเลือกจาก

บรรดาข้าราชการตุลาการไม่เกิน 2 คน และตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการไว้ว่า คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 12 คนประกอบด้วยข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาและได้รับเลือกจากศาลฎีกาจำนวน 6 คน ผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์และได้รับเลือกจากศาลอุทธรณ์จำนวน 4 คน และผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลและได้รับเลือกจากศาลชั้นต้นที่ไม่ใช่ผู้ช่วยผู้พิพากษาจำนวน 2 คน กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 2 ซึ่งวุฒิสภาคัดเลือกจากบุคคลที่ไม่เป็นข้าราชการตุลาการ ตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ตัดอำนาจของวุฒิสภาในการเลือกคณะกรรมการตุลาการจำนวน 2 คนออกไปโดยให้เป็นอำนาจของข้าราชการตุลาการแทน ดังนั้นตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคณะกรรมการตุลาการจึงมาจากการเลือกของข้าราชการตุลาการทั้งหมด อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงไม่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน

แต่อย่างไรก็ตาม การไม่ให้ฝ่ายการเมืองเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการดังกล่าวเพราะเกรงว่าฝ่ายการเมืองจะไปแทรกแซงฝ่ายตุลาการ ความวิตกกังวลว่าน่าจะมีเหตุผล เพราะในอดีตฝ่ายการเมืองได้ใช้อำนาจแทรกฝ่ายตุลาการโดยมิชอบหลายครั้ง เช่น ในช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยใหม่ ๆ และสมัยนั้นยังไม่มีการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการขึ้นเพื่อทำหน้าที่บริหารงานบุคคลของตุลาการ รัฐบาลในสมัยนั้นได้ฟ้องรัชกาลที่ 7 ให้คืนทรัพย์สินให้แก่รัฐบาล และได้ขอคุ้มครองชั่วคราวขอให้ศาลยึดและอายัดทรัพย์สินของพระองค์ไว้ชั่วคราว แต่อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งในขณะนั้นและเป็นผู้พิพากษาเจ้าของคดีไม่ยอมมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามที่รัฐบาลขอ รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้มีคำสั่งกระทรวงยุติธรรมให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งท่านนั้นออกจากราชการ² การปลดผู้พิพากษาจึงเป็นเหตุผลทางการเมือง การกระทำของรัฐบาลในสมัยนั้นส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการเป็นอย่างมากและไม่เคยปรากฏการกระทำเช่นนี้ในสมัยที่ยังมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 จึงได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการขึ้นเป็นครั้งแรก ที่ประกอบไปด้วย อธิบดีศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีศาลอุทธรณ์ นายกรรมการเนติบัณฑิตยสภา ผู้ประศาสน์การ

² วิกรม เมลานนท์, “ที่เด็ดของ “บริหาร” ตุลาการเคย “พบมาแล้ว,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น. 350-351 (กรกฎาคม 2537).

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง แต่คณะกรรมการชุดนี้มีเพียงหน้าที่ให้คำปรึกษารัฐมนตรีในเรื่องการแต่งตั้งโยกย้ายเท่านั้นส่วนอำนาจแต่งตั้งเป็นของรัฐมนตรี และอำนาจถอดถอนเป็นของสภาผู้แทนราษฎร อำนาจตุลาการจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรง แต่ขาดความเป็นอิสระ เพราะถูกฝ่ายการเมืองครอบงำ การดิ้นรนเพื่อความเป็นอิสระของตุลาการจึงยังคงดำเนินต่อไป โดยการพยายามไม่ให้ฝ่ายการเมืองเข้ามายุ่งเกี่ยวกับฝ่ายตุลาการ และได้มีการพยายามปรับปรุงโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการด้วยการตัดอำนาจของฝ่ายการเมืองออกไปไม่ให้ฝ่ายการเมืองมายุ่งเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการ แต่ไม่สามารถตัดอำนาจของฝ่ายการเมืองออกไปได้ตลอด เพราะบางครั้งฝ่ายการเมืองสามารถกลับมาใช้อำนาจในการแต่งตั้งตุลาการได้อีก พัฒนาการของการต่อสู้ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายการเมือง สะท้อนให้เห็นจากการที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการตุลาการ ตามลำดับ ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ 2479 ตัดอำนาจของคณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองออกไปไม่ให้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งถอดถอนตุลาการอีกต่อไปและให้มีคณะกรรมการตุลาการที่ประกอบด้วย อธิบดีศาลฎีกา ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีก 4 คน ประกอบด้วย ผู้แทนเนติบัณฑิตยสภา ผู้แทนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง และข้าราชการตุลาการบำนาญที่ได้รับเลือกจากผู้พิพากษาทั่วประเทศ และตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิจะต้องไม่เป็นนักการเมืองหรือทนายความ ตามกฎหมายฉบับนี้ฝ่ายการเมืองไม่สามารถแทรกแซงฝ่ายตุลาการได้ และฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยผ่านปลัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายการเมือง

(2) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2482 มีการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการใหม่ โดยตัดผู้แทนของเนติบัณฑิตยสภาและผู้แทนของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองออก โดยให้มีคณะกรรมการตุลาการชั้นพิเศษที่รัฐมนตรีเป็นผู้เลือก 1 คน และเพิ่มตุลาการบำนาญ 1 คน แต่ตามกฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีในการให้ตุลาการออกจากตำแหน่งโดยมิได้กระทำผิด แต่รัฐมนตรีเห็นว่ามิมลทิน หรือมัวหมองและอาจเสียหายแก่ทางราชการ โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ นอกจากนี้รัฐมนตรียังให้อำนาจให้ตุลาการออกจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญอย่างข้าราชการพลเรือนได้ด้วย กฎหมายฉบับนี้ทำให้ฝ่ายการเมืองกลับมาใช้อำนาจครอบงำฝ่ายตุลาการอีกครั้ง ตามกฎหมายฉบับนี้ทำให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชน แต่ทำให้ฝ่ายตุลาการไม่มีความเป็นอิสระ และฝ่ายการเมืองได้ครอบงำฝ่ายตุลาการในลักษณะเช่นนี้ต่อไปอีกเป็นเวลายาวนาน จนเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495 และตาม

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว กำหนดให้การแต่งตั้งโยกย้ายและถอดถอนผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการก่อน จึงทำให้ฝ่ายตุลาการปลอดจากการครอบงำของฝ่ายการเมืองอย่างเด็ดขาดเป็นครั้งแรก และทำให้ฝ่ายตุลาการมีอิสระอย่างแท้จริง แต่ฝ่ายตุลาการไม่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน

(3) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497 ได้เปลี่ยนโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการโดยให้น้ำหนักกับกรรมการที่มาจากฝ่ายการเมืองมากกว่าฝ่ายตุลาการ ตามกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีคณะกรรมการตุลาการจำนวน 11 คน เป็นคณะกรรมการโดยตำแหน่ง 6 คน คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นประธาน ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 5 คน และมาจากการแต่งตั้งของสภาผู้แทนราษฎร ตามกฎหมายฉบับนี้สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชน แต่ขาดความเป็นอิสระ ซึ่งในขั้นตอนของการเสนอร่างกฎหมายฉบับนี้ฝ่ายการเมืองอ้างว่า คณะกรรมการตุลาการต้องมีการควบคุมจากรัฐสภา เพราะรัฐสภามาจากประชาชน ให้รัฐสภามีส่วนแต่งตั้งคณะกรรมการตุลาการจึงเท่ากับให้ประชาชนมีส่วนควบคุมคณะกรรมการตุลาการด้วย จึงชอบด้วยประชาธิปไตย แต่ประชาชนกลับคัดค้านการออกกฎหมายฉบับนี้อย่างกว้างขวาง³ แสดงให้เห็นว่าประชาชนต้องการให้ตุลาการมีความเป็นอิสระมากกว่าการให้ตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชน การต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระของตุลาการจึงยังคงดำเนินต่อไป และในปี 2500 ฝ่ายตุลาการจึงหลุดพ้นจากการครอบงำของฝ่ายการเมืองอีกครั้ง

(4) พระราชบัญญัติข้าราชการตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2479 คณะกรรมการตุลาการประกอบด้วยกรรมการ 11 คน มีกรรมการโดยตำแหน่ง 3 คน คือประธานศาลฎีกา เป็นประธาน อธิบดีศาลอุทธรณ์ ปลัดกระทรวงยุติธรรม และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 8 คน โดยมาจากการเลือกเลือกตั้งของผู้พิพากษาทั่วประเทศจากข้าราชการตุลาการ 4 คน ข้าราชการตุลาการบำนาญที่ไม่เป็นทนายความและนักการเมือง 4 คน การให้ปลัดกระทรวงยุติธรรมเป็นกรรมการตุลาการด้วยนั้น เนื่องจากปลัดกระทรวงยุติธรรมแต่งตั้งจากข้าราชการตุลาการที่กระทรวงขอโอนมาเพื่อดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงยุติธรรม และเพื่อเป็นตัวเชื่อมระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายรัฐบาลเพื่อให้รู้ทัศนะซึ่งกันและกัน และตามกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจในการแต่งตั้งตุลาการอยู่ที่คณะกรรมการตุลาการ ไม่ใช่

³ ปรีดี เกษมทรัพย์, “ระบบ ก.ต. และความอิสระของตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น.344 (กรกฎาคม 2537).

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม⁴ ฝ่ายตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้จึงมีความเป็นอิสระ ในขณะเดียวกันก็มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อมโดยผ่านปลัดกระทรวงยุติธรรมที่ได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายการเมือง

การที่คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ ตามที่กล่าวมาแล้ว ฝ่ายการเมืองจึงพยายามแทรกแซงฝ่ายตุลาการด้วยการปรับเปลี่ยนโครงสร้างของ คณะกรรมการตุลาการให้มีตัวแทนที่ประกอบด้วยฝ่ายการเมืองมากขึ้น ดังกรณีที่เกิดขึ้นในปี 2514 รัฐบาลโดยหลวงจำลองเนติศาสตร์ อดีตประธานศาลฎีกา และเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการโดยแก้ไขโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นประธานคณะกรรมการตุลาการ แทนประธานศาลฎีกา แต่ปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับการประณามจากนักศึกษและประชาชนทันทีอย่าง กว้างขวางว่าเป็นกฎหมายโง่ดำ ทำให้หัวหน้ารัฐบาลในขณะนั้นคือจอมพลถนอม กิตติขจร ยอมถอน ร่างพระราชบัญญัตินี้⁵ เหตุการณ์ตามทีกล่าวแสดงให้เห็นว่าประชาชนทั่วไปรวมถึงปัญญาชนให้ ความสำคัญแก่ความเป็นอิสระของตุลาการเป็นลำดับแรกๆ

(5) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 ได้กำหนด โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการให้มีกรรมการจำนวน 12 คน เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง 4 คน ได้แก่ ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลฎีกาซึ่ง มีอาวุโสสูงสุด และปลัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งเคยเป็นข้าราชการตุลาการมาก่อน กรรมการตุลาการ ผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นข้าราชการตุลาการ 4 คน ข้าราชการตุลาการบำนาญ 4 คน ที่ไม่เป็นสมาชิก พรรคการเมือง สมาชิกวุฒิสภา กรรมการพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่พรรคการเมืองหรือทนายความ

โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้แตกต่างกับ โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497 เล็กน้อยคือมี การเพิ่มรองประธานศาลฎีกาที่มีอาวุโสสูงเป็นกรรมการโดยตำแหน่งเพิ่มขึ้นอีก 1 ตำแหน่ง เท่านั้น แต่มีความเหมือนกันคือฝ่ายตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้มีความเป็นอิสระ ในขณะเดียวกันก็มีความ เชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อมโดยผ่านปลัดกระทรวงยุติธรรมที่ได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายการเมือง เช่นเดียวกัน

⁴ เฟื่องอ้าง, น. 346.

⁵ เฟื่องอ้าง, น. 349.

(6) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 คณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้มีจำนวน 15 คน ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา เป็นประธาน กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นข้าราชการตุลาการและได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาลชั้นศาลละ 4 คนรวม 12 คน และกรรมการผู้ทรงวุฒิ 2 คน ซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการและได้รับเลือกจากวุฒิสภา จำนวน 2 คน โครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายฉบับนี้มีการผสมผสานหลักการที่สำคัญ 3 ประการเข้าด้วยกันอย่างลงตัว กล่าวคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประชาธิปไตย และหลักความเป็นอิสระ

ความสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ การที่ให้มีผู้แทนของวุฒิสภาที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในคณะกรรมการตุลาการที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยผ่านกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการ เป็นการควบคุมตรวจสอบความรู้ ความสามารถ ซึ่งการควบคุมตรวจสอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถกระทำต่อฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้นั้น สามารถทำได้ในขั้นตอนของการแต่งตั้ง และการให้พ้นจากตำแหน่งเท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถควบคุมตรวจสอบการทำหน้าที่ตุลาการของฝ่ายตุลาการในระหว่างการดำรงตำแหน่งได้ เพราะฝ่ายตุลาการได้รับการคุ้มครองความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ในทางตุลาการ

ความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย คือ การที่ให้มีผู้แทนของวุฒิสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชนร่วมอยู่ในคณะกรรมการตุลาการที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ ถือว่าการเข้าสู่ตำแหน่งของฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยอ้อม ในการเข้าสู่ตำแหน่งของฝ่ายตุลาการจึงสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย

สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ คือ การให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติในคณะกรรมการตุลาการเพียง 2 คน จากกรรมการทั้งหมด 14 คน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถแทรกฝ่ายตุลาการได้ การให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการโดยอ้อมโดยผ่านคณะกรรมการตุลาการในสัดส่วนที่ไม่สามารถชี้นำการทำงานของคณะกรรมการตุลาการได้ เช่น 2 คน ตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 จึงไม่มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการ

จากการศึกษาถึงพัฒนาการความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมตามที่กล่าวมาข้างต้น พบว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการก่อนฉบับปี 2500 มีการเปลี่ยนแปลงบ่อย เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมายที่มีการเปลี่ยนแปลงพบว่า บางฉบับเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการแต่งตั้งฝ่ายตุลาการ บางฉบับพบว่าเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายตุลาการแต่งตั้งตุลาการกันเองโดยไม่มีฝ่ายการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง

นอกจากนั้น ยังปรากฏว่าเมื่อใดที่ฝ่ายการเมืองมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ มักจะมีปัญหาเรื่องฝ่ายการเมืองเข้าไปแทรกแซงการแต่งตั้งถอดถอนตุลาการ ดังเช่นกรณีในช่วงของการบังคับใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ.2471 ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งถอดถอนตุลาการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่งในสมัยนั้นออกจากราชการเพราะผู้พิพากษาท่านดังกล่าวไม่ยอมตัดสินคดีให้เป็นไปตามความต้องการของฝ่ายการเมือง หลังจากนั้นฝ่ายตุลาการจึงพยายามกีดกันฝ่ายการเมืองไม่ให้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม แต่ฝ่ายการเมืองก็พยายามแก้กฎหมายให้ตนเองมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการโดยตรง โดยอ้างว่าเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชน แต่ก็ถูกต่อต้านจากสังคมอย่างกว้างขวาง ดังเช่น ในปี 2513 ฝ่ายรัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2513 ที่มีสาระสำคัญว่าให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งโยกย้ายผู้พิพากษา ส่วนคณะกรรมการตุลาการเป็นเพียงองค์กรที่ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาเท่านั้น การเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวถูกต่อต้านจากนักศึกษาและประชาชนอย่างหนัก กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงตกไป แต่ฝ่ายการเมืองก็ไม่ละความพยายามอีกโดยในปี 2515 ได้ออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 299 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2500 โดยอ้างว่าตามกฎหมายฉบับเดิมฝ่ายตุลาการไม่มีความเชื่อมโยงกับฝ่ายบริหาร โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจโยกย้ายข้าราชการตุลาการได้ ในครั้งนี้ นักศึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้เดินขบวนคัดค้านกฎหมายดังกล่าว ท้ายที่สุดฝ่ายบริหารยอมยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าวไป⁶ การที่นักศึกษาประชาชนต่อต้านกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายการเมืองแต่งตั้งตุลาการโดยตรงเป็นภาพสะท้อนว่า สังคมไทยให้ความสำคัญกับความเป็นอิสระของตุลาการเหนือสิ่งอื่นใดจึงได้ต่อต้านการกระทำทุกอย่างที่มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการ นอกจากนั้นกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการที่ไม่มีการประนีประนอมระหว่างหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการกับหลักการเชื่อมโยงกับประชาชนมักจะมีระยะเวลาการบังคับใช้ในช่วงเวลาอันสั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายที่มีการประนีประนอมระหว่างหลักการทั้งสองโดยการให้ฝ่ายการเมืองมีอำนาจแต่งตั้งตุลาการโดยอ้อมโดยผ่านคณะกรรมการตุลาการ โดยให้มีสัดส่วนของฝ่ายตุลาการในคณะกรรมการตุลาการใน

⁶ มานิตย์ สุขอนันต์, “ข้อดีข้อเสียขององค์กร ก.ต. ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับโครงสร้าง ก.ต. ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540,” (เอกสารวิชาการของการอบรมหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง” รุ่นที่ 16 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2555), น. 24-25.

ระดับที่เป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ ส่วนฝ่ายบริหารมีอำนาจเพียงแต่ให้ความคิดเห็น หรือข้อเสนอแนะเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2500 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2479 ที่มีผลบังคับใช้จนถึงปี 2521 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 ที่มีผลบังคับใช้จนถึงปี 2543 กฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้มีตัวแทนของฝ่ายบริหารอยู่ในคณะกรรมการตุลาการ 1 คน และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2543 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ถึงปัจจุบันได้กำหนดให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติที่มาจากการเลือกของวุฒิสภาจำนวน 2 คน ซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดของคณะกรรมการบริหารและการยุติธรรมวุฒิสภา ในปี 2539 ซึ่งมีนายสมภพ โหตระกิตย์ เป็นประธานคณะกรรมการ ที่มีความเห็นว่าฝ่ายตุลาการควรมีความเชื่อมโยงกับประชาชน แต่ยังไม่ควรกำหนดให้ข้าราชการตุลาการต้องมาจากประชาชน ควรกำหนดให้มีการเชื่อมโยงทางอ้อมโดยผ่านฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในรูปแบบที่เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงของสังคมไทยด้วย วิธีให้บุคคลที่เป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้มีโอกาสเข้าไปเป็นคณะกรรมการตุลาการฝ่ายละ 1 คน เพื่อร่วมพิจารณาและรับรู้การบริหารงานบุคคลของฝ่ายตุลาการ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการเลย เพราะเป็นเพียงเสียงข้างน้อยในคณะกรรมการตุลาการ ผลที่ได้คือฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติสามารถที่จะถ่วงดุลการใช้อำนาจตุลาการได้ ทำให้การดำเนินการของฝ่ายตุลาการเป็นไปอย่างโปร่งใส หากฝ่ายตุลาการไม่สามารถบริหารให้ตอบสนองความต้องการของประชาชน ตัวแทนของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้เสนอแนะต่อฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติให้ทำการตรากฎหมายบังคับการให้ตรงต่อความต้องการของประชาชนได้⁷

5.2.2 การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ศาลปกครองมี 2 ชั้น คือ ศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมาย การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองต้องมีความเป็นอิสระ และดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองที่ประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธาน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นตุลาการในศาลปกครอง และ

⁷ ทวี ประจวบลาภ, “โครงสร้างคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) กับความเป็นอิสระและการควบคุมตรวจสอบในการพิจารณาพิพากษาคดีของข้าราชการตุลาการ,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539,) น. 98.

ผู้ทรงคุณวุฒิที่ไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการศาลปกครอง บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนด⁸

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ว่า ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกันเอง ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ส่วนศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดกำหนด คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น⁹ คำพิพากษาของศาลปกครองทั้งสองชั้นศาลจึงมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การปฏิบัติหน้าที่ของศาลปกครองจึงต้องมีความเป็นกลาง เพื่อให้ศาลปกครองสามารถทำหน้าที่ได้อย่างอิสระ การที่จะให้ศาลปกครองมีความเป็นกลางเพื่อให้ทำหน้าที่ได้อย่างอิสระนั้น บุคคลที่มาเป็นกรรมการในคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองจึงต้องมีความเป็นกลาง เพื่อให้การทำหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองมีความเป็นอิสระด้วย องค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองจึงต้องมีความเป็นกลางด้วยเพื่อให้การแต่งตั้งตุลาการมีวัตถุประสงค์ในทางที่มิชอบ

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้กำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองให้มีคณะกรรมการจำนวน 13 คน ประกอบด้วย

(1) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197 และ มาตรา 198.

⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา

(2) กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 9 คน ดังนี้

(ก) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวน 5 ซึ่งได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

(ข) ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นจำนวน 3 คน ซึ่งได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

(3) กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิที่ไม่เป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 3 คน ดังนี้

(ก) ได้รับเลือกจากวุฒิสภาจำนวน 2 คน

(ข) ได้รับเลือกจากคณะรัฐมนตรี 1 คน¹⁰

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตาม (3) ปัจจุบันไม่มีแล้ว เพราะตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองมาจากเลือกของตุลาการศาลปกครองทั้งหมด เพียงแต่ให้เลือกจากบุคคลภายนอกที่ไม่เป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 2 คนด้วยเท่านั้น

นอกจากนั้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุดไว้แตกต่างกัน ดังนี้

(1) ศาลปกครองสูงสุด ให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 13 และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ให้คณะกรรมการตุลาการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนหนึ่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด แล้วเสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำเสนอความเห็นชอบจากวุฒิสภา ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับการเสนอชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ส่วนการแต่งตั้งรองประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุดให้คณะกรรมการตุลาการ

¹⁰ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 35.

ศาลปกครองพิจารณาคัดเลือก แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป¹¹ การแต่งตั้งศาลปกครองสูงสุดจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรง เพราะได้รับการแต่งตั้งโดยผ่านความเห็นชอบจากวุฒิสภา แต่จะทำให้ศาลปกครองสูงสุดไม่มีความเป็นกลาง เพราะได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นกลุ่มผลประโยชน์และเป็นผู้ที่จะต้องถูกศาลปกครองสูงสุดตรวจสอบในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่มีใช้การกระทำในทางนิติบัญญัติ ดังนั้นฝ่ายการเมืองจึงสามารถแทรกแซงฝ่ายตุลาการได้ตั้งแต่กระบวนการแต่งตั้ง ดังจะเห็นได้จากกรณีเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 2560 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาให้ความเห็นชอบผู้ที่สมควรดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดเพียง 14 คน จากผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อจำนวน 15 คน¹² โดยไม่ปรากฏเหตุผลที่เหมาะสมว่าเพราะอะไรจึงไม่ให้ความเห็นชอบบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่ออีก 1 คน จึงมองได้ว่าการไม่ให้ความเห็นชอบบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่ออีก 1 คนนั้นเป็นเรื่องของการเมือง นอกจากนั้นเมื่อผู้ที่จะถูกตรวจสอบเป็นผู้ตั้งผู้ตรวจสอบการตรวจสอบย่อมไม่มีประสิทธิภาพ เพราะผู้ตรวจสอบย่อมทำการตรวจสอบอย่างลำเอียงเข้าข้างผู้ถูกตรวจสอบที่ตั้งตัวเองขึ้นมา การทำหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดจึงไม่อาจเป็นกลางได้ การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดในปัจจุบันจึงมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเป็นอย่างมาก

(2) ศาลปกครองชั้นต้น ให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 18 และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง และให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองพิจารณาคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเพื่อดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง¹³ การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจึงมีความเชื่อมโยง

¹¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15.

¹² ข่าวการเมือง, “สนช. เห็นชอบ “ปิยะ” นั่งประธานศาลปกครองสูงสุดแทน “หัสวุฒิ” พร้อมเห็นชอบ 14 ตุลาการ “สุชาติ” ไม่ผ่าน,” สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2560, <http://www.mamager.co.th>.

¹³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 19.

กับประชาชนโดยอ้อมโดยผ่านคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจำนวน 7 คน ที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากวุฒิสภา แต่เนื่องจากสัดส่วนของกรรมการตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับการแต่งตั้งจากวุฒิสภามีสัดส่วนสูงกว่ากรรมการที่ไม่ได้มาจากฝ่ายที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งจากวุฒิสภา ฝ่ายการเมืองจึงมีอำนาจครอบงำการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น เช่นเดียวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ดังนั้นฝ่ายการเมืองสามารถครอบงำตุลาการศาลปกครองได้เบ็ดเสร็จ สถานการณ์ความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจึงมีสภาพอย่างเดียวกันกับตุลาการศาลปกครองสูงสุด

5.2.3 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย หรือร่างกฎหมาย ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์การอิสระ และหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁴ เช่น พิจารณาวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 101 (3), (5), (6), (7), (8), (9), (10) หรือ (12)¹⁵ หรือมาตรา 111 (3), (4), (5), หรือ (7) และพิจารณาวินิจฉัยว่า มีการกระทำละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญตามคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้¹⁶ เป็นต้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนอกจากจะกระทบกับสถาบันหรืออำนาจทางการเมืองแล้ว ยังมีผลกระทบต่อประชาชนทั่วไปด้วย ดังนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องมีความเป็นอิสระเพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีทั้งหมดจำนวน 9 คน ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา 3 คน

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210.

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 82.

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213.

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่ต่ำกว่า 3 ปี ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาจำนวน 1 คน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาปัตยกรรมศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา จำนวน 1 คน

(5) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี จำนวน 2 คน

ส่วนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 204 บัญญัติไว้ว่า ผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกรายใด ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกบุคคลใหม่แทนผู้นั้น แล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป เมื่อผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้วให้เลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ตามโครงสร้างของการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวมาข้างต้นได้กำหนดที่มาของศาลรัฐธรรมนูญว่าจะต้องมาจากที่ใดไว้โดยชัดแจ้ง และจำนวนตุลาการเกินครึ่งของจำนวนตุลาการทั้งหมด คือ 5 คน มาจากสถาบันตุลาการที่มีมาตรฐานด้านความกลาง ความโปร่งใส และความเป็นธรรม ส่วนตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหารัฐธรรมนูญได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับการสรรหาไว้สูง และรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสรรหาจำนวน 9 คน ประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา เป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้าน และบุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งองค์ละ 1 คน รวม 5 คน เป็นกรรมการ กรรมการสรรหาสรรหา 7 ใน 9 คนมาจากสถาบันศาลและองค์กรอิสระที่มีหลักประกันความเป็นกลาง ในขั้นตอนของกระบวนการคัดเลือก และสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายการเมืองจึงไม่สามารถแทรกแซงได้ ดังนั้นแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดวุฒิสภา

เป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการก็ไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญปัจจุบันจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยไม่ทำให้กระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการด้วย

5.3 การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่เหมาะสมกับประเทศไทย

โดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา ที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ด้วยเหตุนี้ในการแต่งตั้งองค์กรเจ้าหน้าที่เพื่อเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยในองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ จึงต้องมีความเชื่อมโยงกับประชาชนด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนโดยตรงจึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในการแต่งตั้งองค์กรเจ้าหน้าที่เพื่อเข้าไปใช้อำนาจต่างๆของรัฐมากที่สุด ในส่วนขององค์กรบริหารมีลักษณะของการกระทำที่เป็นทั้งการกระทำในทางการเมืองและทางปกครองที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในทางมหาชนของประชาชนโดยตรง องค์กรบริหารจึงต้องมีความเชื่อมโยงกับองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรง ซึ่งตามโครงสร้างของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี¹⁷ซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารจึงมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง ส่วนการแต่งตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆนอกจากศาลยุติธรรมและศาลปกครอง รัฐธรรมนูญปัจจุบันกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบตามรายชื่อที่คณะกรรมการสรรหาเป็นผู้เสนอ¹⁸

การมอบหมายอำนาจให้วุฒิสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งองค์กรเจ้าหน้าที่เพื่อเข้าไปใช้อำนาจในองค์กรอิสระทั้งหลายและรวมศาลรัฐธรรมนูญด้วยนั้น ตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่าวุฒิสภจะต้องมีความเป็นกลางทางการเมือง ในการทำหน้าที่คัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หากได้ทำบนพื้นฐานของความอิสระเป็นกลาง และภายใต้มนโสน้ำนักของตนอย่างเที่ยงแท้ไม่ถูกแทรกแซงทางการเมือง กระบวนการเช่นนี้

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 158.

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 203, 204 และ 217

จะได้บุคคลที่เหมาะสมไปดำรงตำแหน่งนั้นๆ¹⁹ ตามโครงสร้างของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 200 คน มาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่างๆ ที่หลากหลายของสังคม ในการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งทุกคนอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้²⁰ วุฒิสภาจึงเป็นศูนย์รวมของกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองที่หลากหลาย การทำหน้าที่ของวุฒิสภาย่อมทำเพื่อประโยชน์ของกลุ่มตนเอง การทำหน้าที่ของวุฒิสภาก็ไม่มีความเป็นกลางทางการเมือง การให้วุฒิสภามีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการจึงมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการได้

ดังนั้นในการนำทฤษฎีประชาธิปไตยมาใช้ในประเทศไทยเราจึงต้องคำนึงถึงสภาพสังคม วิทยาการเมืองของสังคมไทยด้วยว่ามีสภาพสังคมอย่างไร สภาพการเมืองของประเทศไทยตามที่ปรากฏในปัจจุบันคือการมีเผด็จการรัฐสภาโดยนักธุรกิจการเมืองที่ควบคุมทั้งอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งสาเหตุเกิดจากการบังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสังกัดพรรคการเมืองและนายกรัฐมนตรีต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น²¹ เผด็จการรัฐสภามีมานานแล้วและมีการทุจริตและคอร์รัปชันซึ่งเป็นผลมาจากเผด็จการรัฐสภามาโดยตลอด การที่พรรคการเมืองหลายๆ พรรคมารวมกันเป็นเสียงข้างมากในสภาและจัดตั้งรัฐบาลจึงเกิดการเผด็จการและมีการบิดเบือนการใช้ อำนาจ ซึ่งระบบรัฐสภาจึงแก้ไขปัญหาได้ด้วยตัวเองไม่ได้ เนื่องจากเสียงข้างมากในรัฐสภาเป็นอำนาจ และเป็นพรรคพวกเดียวกันกับฝ่ายบริหาร เป็นการผูกขาดอำนาจโดยแท้จริง สาเหตุของการเกิดเผด็จการรัฐสภาเกิดจากความเห็นแก่ตัวของนักการเมืองอันเป็นปัญหาทางพฤติกรรมอันเป็นธรรมชาติของมนุษย์²² เช่น กรณีที่เกิดขึ้นในปี 2544 ซึ่งอยู่ในช่วงของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญปี 2540 ที่พรรคไทยรักไทยชนะการเลือกตั้งได้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนจำนวน 248 คน ได้เป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล และสามารถรวบรวมจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองขนาดเล็กและขนาด

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, “การแทรกแซงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเรื่องชี้วัดความล้มเหลวของการปฏิรูปการเมือง,” ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ 2, (กรุงเทพมหานคร:ขอคิดด้วยคน, 2547), น. 268-270.

²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107.

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, ปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 2 พรรคทางเลือกที่สามเพื่อการปฏิรูปการเมืองครั้งใหม่ ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2547), น.40.

²² เพิ่งอ้าง, น. 25-26.

กลางเพื่อจัดตั้งรัฐบาลได้ถึง 364 คน²³ ระบบการตรวจสอบถ่วงดุลจึงไม่สามารถทำหน้าที่ของมันได้ เพราะผู้ตรวจสอบกับผู้ถูกตรวจสอบเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน จึงทำให้เกิดเหตุการณ์ที่เป็นที่กังขาของประชาชน เช่น ในช่วง ปี 2546 มีความเปลี่ยนแปลงในตลาดหุ้นเกิดขึ้น กล่าวคือ หุ้นแต่ละตัวในตลาดหุ้นไทยมีผลตอบแทนโดยเฉลี่ยประมาณร้อยละ 58 แต่มีหุ้นกลุ่มหนึ่งที่นักลงทุนบางคนเรียกว่าหุ้นทักษิณมีผลตอบแทนการลงทุนสูงกว่าค่าเฉลี่ยของตลาดมาก ผลตอบแทนของหุ้นในกลุ่มดังกล่าวเกิดจากราคาที่เพิ่มสูงขึ้นมาก ซึ่งการขยับขึ้นของราคาหลายครั้งเกิดขึ้นพร้อมๆกับการที่รัฐบาลมีมาตรการต่างๆ ออกมา แล้วเป็นผลดีต่อผลประโยชน์ของบริษัทเหล่านี้ เรื่องดังกล่าวทำให้เกิดข้อสงสัยว่ารัฐบาลได้เอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทในเครือญาติอย่างที่เราเรียกว่าคอร์ปชั่นเชิงนโยบายหรือไม่²⁴ หรือในกรณีของการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 หรือที่เรียกกันว่า “พระราชกำหนดภาษีสรรพสามิตกิจการโทรคมนาคม” ที่คนจำนวนไม่น้อยเห็นว่ามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดดังกล่าวตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁵ การที่กลไกการตรวจสอบการกระทำทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารขาดประสิทธิภาพเกิดจากโครงสร้างของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญปี 2540 ที่มีคณะกรรมการ 12 คน ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา คณะบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน คณะบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน และผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคละ 1 คน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน ผลปรากฏว่าตัวของพรรคการเมืองที่เป็นกรรมการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญล้วนเป็นผู้แทนจากพรรครัฐบาลทั้งสิ้น และบุคคลที่จะได้รับการเลือกให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับคะแนนเสียง 3 ใน 4 ของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ บุคคลที่จะได้รับการเลือกจึงต้องได้รับคะแนนเสียงอย่างน้อย 10 เสียง จากสัดส่วนดังกล่าว หากผู้แทนของพรรคการเมืองมีเอกภาพย่อมสามารถปฏิเสธบุคคลที่พรรคการเมืองไม่พึงประสงค์ออกไปได้ แม้บุคคลนั้นจะมีความรู้ความสามารถเพียงใดก็ตาม หากพรรคการเมืองไม่สนับสนุนอย่างมากบุคคลนั้นก็

²³ เกษม ศิริสัมพันธ์, “ทักษิณกับประชาธิปไตยในระบบพรรคการเมือง,” ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: ขอดิดด้วยคน, 2547), น.27.

²⁴ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, “สายสัมพันธ์ทางการเมืองกับผลตอบแทนในตลาดหุ้นไทย,” ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ 2, (กรุงเทพมหานคร: ขอดิดด้วยคน, 2547) น. 105.

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “โครงสร้างและกลไกของรัฐธรรมนูญกับอำนาจของนายกฯทักษิณ,” ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ 2, (กรุงเทพมหานคร: ขอดิดด้วยคน, 2547), น. 297.

ได้คะแนนเสียงเพียง 9 เสียงเท่านั้น²⁶ ดังนั้น จึงทำให้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ค้ำความรู้สึกของประชาชนตามที่กล่าวมาแล้ว เฝ้าพิจารณาการรัฐสภาในช่วงที่มีการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ทำให้สถาบันการเมืองคือฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารไม่สามารถตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ จึงทำให้มีการใช้อำนาจอย่างบิดเบือนจนนำไปสู่วิกฤตการเมือง และกลไกการเมืองไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทำให้กองทัพออกมายึดอำนาจในที่สุด ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ยังกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสังกัดพรรคการเมือง และนายกรัฐมนตรีต้องมาจากสภาผู้แทนราษฎร²⁷ จึงทำให้เกิดเหตุการณ์รัฐสภาขึ้นอีก มีการบิดเบือนการใช้อำนาจจนนำไปสู่วิกฤตการเมือง และกลไกการเมืองไม่สามารถแก้ปัญหาได้ ทำให้กองทัพออกมายึดอำนาจในที่สุดอีกครั้งเช่นกัน ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ยังมีบทบัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสังกัดพรรคการเมือง และนายกรัฐมนตรีต้องมาจากสภาผู้แทนอยู่²⁸ เช่นเดิม เฝ้าพิจารณาการรัฐสภาจึงยังคงดำรงอยู่ในโครงสร้างของสถาบันการเมืองของไทย ทำให้สถาบันการเมืองไม่สามารถตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ และเป็น การเปิดช่องให้มีการใช้อำนาจอย่างบิดเบือนเพื่อประโยชน์ของพวกพ้อง ที่ฟังที่ดูที่สุดที่มีอยู่ในขณะนี้คือ องค์กรอิสระ และสถาบันตุลาการ ดังนั้นในการจัดโครงสร้างของอำนาจรัฐจะต้องไม่เปิดช่องให้ฝ่ายการเมืองมีอำนาจครอบงำฝ่ายตุลาการ มิฉะนั้นกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐก็จะเป็นอัมพาตอย่างถาวร และส่งผลเสียหายต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง

จากสภาพสังคมวิทยาทางการเมืองของไทยตามที่กล่าวมา ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชนเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนจึงต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการเป็นสำคัญเพราะเป็นองค์กรเดียวที่เป็นหลักให้บ้านเมือง แต่อย่างไรก็ตามในสังคมประชาธิปไตยซึ่งเป็นสังคมที่ไม่อาจปฏิเสธอำนาจของประชาชนได้ และระบบศาลไทยก็มีถึง 3 ศาล การใช้อำนาจของศาลแต่ละศาลก็มีความแตกต่างกัน ผลกระทบต่อการใช้อำนาจที่มีต่อสถาบันการเมืองก็แตกต่างกันด้วย ในการกำหนดระดับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติของศาลแต่ละศาลจึงแตกต่างกันไปด้วย ดังนั้นในการพิจารณาการแต่งตั้งตุลาการให้มีความเชื่อมโยงกับประชาชนที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย จึงต้องแยกพิจารณาเป็นแต่ละศาล

²⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 19*, น. 269.

²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 103 และ 172.

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 97 และ 158.

นอกจากนั้น ในการกำหนดระดับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติ ยังต้องคำนึงถึงผลของการกระทำในทางตุลาการด้วยว่ามีผลกระทบต่อสถาบันทางการเมือง หรือ อำนาจทางการเมืองหรือไม่ กล่าวคือถ้าผลของการกระทำในทางตุลาการมีผลกระทบต่อสถาบันทางการเมืองหรืออำนาจทางการเมืองในระดับสูง เช่น กรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ทำให้ผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 เป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทำให้การเลือกตั้งในครั้งนั้นเสียไปทั้งหมด²⁹ เป็นต้น ซึ่งผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปทำลายอำนาจทางการเมืองของประชาชนโดยตรงคือการเลือกตั้ง การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชนกับศาลรัฐธรรมนูญก็จะต้องใช้รูปแบบการเชื่อมโยงโดยตรง แต่ถ้าผลของการกระทำในทางตุลาการไม่มีผลกระทบต่อสถาบันการเมืองหรืออำนาจทางการเมืองเลยมีแต่เพียงเป็นการรับรองความมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายให้มีผลในทางปฏิบัติเท่านั้น เช่น การกระทำในทางตุลาการของศาลยุติธรรม และศาลปกครอง การกำหนดความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรตุลาการกับประชาชนก็ใช้วิธีการเชื่อมโยงโดยอ้อมโดยการให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการคือ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม หรือตุลาการศาลปกครอง แล้วแต่กรณีก็เพียงพอแล้ว แต่ไม่ว่าจะเป็นการเชื่อมโยงโดยตรงหรือโดยอ้อมก็จะต้องมีกลไกในการคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการด้วย เพราะทั้งหลักการเชื่อมโยงกับประชาชนและหลักความเป็นอิสระของตุลาการล้วนแต่เป็นหลักการที่มีคุณค่าด้วยกันทั้งคู่ ดังนั้นในการพิจารณาการแต่งตั้งตุลาการให้มีความเชื่อมโยงกับประชาชนที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย จึงต้องแยกพิจารณาเป็นแต่ละศาล ระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันสามารถรักษาความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในขณะเดียวกันก็ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรงแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก ส่วนระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม และศาลปกครอง ยังมีประเด็นเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเชื่อมโยงกับประชาชนอยู่ ศาลยุติธรรมและศาลปกครองจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบการแต่งตั้งตุลาการเพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และความเชื่อมโยงกับประชาชน ดังนี้

5.3.1. ศาลยุติธรรม มีลักษณะของการกระทำในทางตุลาการที่ผูกพันอยู่กับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ไม่ว่าข้อพิพาททางแพ่งหรือทางอาญานั้นจะเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน เอกชนกับรัฐ เอกชนกับผู้ที่มีอำนาจ ผู้มีอำนาจกับรัฐ หรือระหว่างผู้มีอำนาจกับผู้ที่มีอำนาจด้วยกันเอง ก็ตาม ซึ่งผลของการกระทำไม่ได้กระทบต่อสถาบันการเมืองหรืออำนาจทางการเมือง หรือ

²⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557.

แม้แต่อำนาจปกครองของฝ่ายปกครองเลย ภารกิจของศาลยุติธรรมจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของประชาชน และคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ เช่น การพิจารณาพิพากษาให้ทรัพย์สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ถูกกล่าวหาว่าร่ำรวยผิดปกติตกเป็นของแผ่นดิน³⁰ เป็นต้น การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างศาลยุติธรรมกับฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้ศาลยุติธรรมมีความเชื่อมโยงกับประชาชน จึงควรกำหนดให้มีความเชื่อมโยงโดยอ้อมโดยการให้มีตัวแทนของวุฒิสภาอยู่ในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมด้วย และจำนวนที่เหมาะสมคือ 2 คน เหตุผลเพราะการให้ฝ่ายนิติบัญญัติส่งตัวแทนเข้าไปเป็นคณะกรรมการตุลาการก็เพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชน ซึ่งความเชื่อมโยงกับประชาชนแม้ส่งไปเพียงคนเดียวก็ถือว่าเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว แต่การให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปเป็นกรรมการตุลาการจำนวน 2 คนเพราะในการให้ตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปเป็นกรรมการตุลาการนั้น นอกจากเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว ยังมีเรื่องการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายตุลาการเพื่อให้การทำงานของฝ่ายตุลาการมีความโปร่งใสด้วย การส่งตัวแทนเข้าไป 2 คน เพื่อให้การประชุมของคณะกรรมการตุลาการแต่ละครั้งมีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ด้วยเสมอไม่มีปัญหาติดขัดกรณีกรรมการบางคนติดภารกิจสำคัญจนเป็นเหตุให้ไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้ นอกจากนั้นการให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในคณะกรรมการตุลาการมากกว่า 2 คน อาจจะเป็นชนวนให้เกิดความขัดแย้งในสังคมได้เพราะมีผู้ไม่เห็นด้วยจำนวนมากโดยเฉพาะจากฝ่ายตุลาการ และอดีตตุลาการ เช่น นายธานินทร์ กรัยวิเชียร เป็นต้น³¹

5.3.2 ศาลปกครอง กระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองทั้ง 2 ชั้นศาลในปัจจุบันทำให้ศาลปกครองมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรง แต่มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง เพราะเปิดช่องให้ฝ่ายการเมืองมีอำนาจครอบงำศาลปกครองได้ กระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองทั้งศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้นที่เป็นอยู่ในปัจจุบันจึงไม่เหมาะสมกับสังคมวิทยาทางการเมืองของประเทศไทย การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองที่เหมาะสมกับสังคมวิทยาการเมืองของประเทศไทยจะต้องไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถครอบงำฝ่ายตุลาการศาลปกครองได้

³⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 38.

³¹ บทบรรณาธิการ, “ถอยตามองคมนตรี,” สืบค้นเมื่อ 29 กรกฎาคม 2560, <http://www.thaipost.net>. และ “องคมนตรีทำหนังสือถึงประยุทธ์ ค้าน รธน.หมวดศาล,” สืบค้นเมื่อ 29 กรกฎาคม 2560, <http://www.bangkokbiznews.com>.

กระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองทั้งสองชั้นศาลที่เหมาะสมกับประเทศไทยในปัจจุบัน คือการกำหนดโครงสร้างให้ศาลปกครองมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรงโดยผ่านประธานศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นประมุขของฝ่ายตุลาการศาลปกครอง โดยให้การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบทั้งจากคณะกรรมการตุลาการและวุฒิสภาด้วย ส่วนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดก็ตามให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเท่านั้น ในส่วนของโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองที่มีจำนวน 13 คนให้มีกรรมการที่เป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติ 2 คน และฝ่ายบริหาร 1 คน เมื่อรวมกับประธานศาลปกครองสูงสุดแล้วมีตัวแทนของฝ่ายการเมืองอยู่ในคณะกรรมการตุลาการถึง 4 คน ซึ่งเป็นสัดส่วนที่ไม่มีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง ในขณะที่เดียวกันศาลปกครองก็มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรงโดยผ่านประธานศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง และรูปแบบดังกล่าวก็เป็นรูปแบบที่เคยใช้ในรัฐธรรมนูญปี 2540³² ด้วย

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 278 และ 279.

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ และความเป็นอิสระของตุลาการพบว่า อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจการปกครองของรัฐที่ประกอบไปด้วยอำนาจในตรากฎหมายคืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายคืออำนาจบริหาร และอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทที่มีผลบังคับเด็ดขาดไม่สามารถโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้คืออำนาจตุลาการ อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่ยิ่งใหญ่มหาศาล การจะให้บุคคลเพียงคนเดียวหรือกลุ่มเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันอาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจทำให้ผู้อยู่ใต้การปกครองถูกกดขี่ข่มเหงได้ จึงได้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็น 3 องค์กรคือองค์กรนิติบัญญัติ เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร เป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ และองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้ง 3 องค์กรดังกล่าวจะต้องสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้ เพราะอำนาจทั้ง 3 อำนาจนี้มีได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด การจะให้อำนาจแต่ละอำนาจสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลกันได้นั้นจะต้องให้แต่ละองค์กรมีเจ้าหน้าที่ของตนเองที่ไม่เป็นเจ้าหน้าที่ขององค์กรอื่นด้วย แต่กำหนดให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจในองค์กรนั้น หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่น หรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบ ความสัมพันธ์ในลักษณะเช่นนี้จะทำให้อำนาจต่างๆสามารถยับยั้งซึ่งกันและกันได้

หากจะพิจารณาถึงแก่นแท้ของการแบ่งแยกอำนาจแล้วจะเห็นได้ว่า โดยเนื้อแท้แล้วไม่ใช่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นส่วน ๆ แต่เป็นการแบ่งแยกตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจในแต่ละอำนาจออกจากกันเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจโดยมิชอบ ดังนั้นอำนาจอธิปไตยจึงยังเป็นของประชาชนอยู่เช่นเดิม ในบรรดาอำนาจทั้ง 3 อำนาจนั้น อำนาจนิติบัญญัตินับเป็นอำนาจที่ใหญ่ที่สุดเพราะเป็นอำนาจที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจะแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจกระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหาร ซึ่งรวมเรียกว่า การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางการเมือง อย่างเคร่งครัด

เมื่อถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นการปกครองโดยประชาชน แต่เนื่องจากระบบประชาธิปไตยทางตรงไม่สามารถนำมาใช้ได้ในทุกกรณีเพราะมีข้อจำกัดหลายประการ ปัจจุบันจึงได้มีการนำระบบประชาธิปไตยทางผู้แทนมาใช้โดยประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยอ้อมโดยผ่านองค์กรต่างๆของรัฐ ซึ่งอาจจะเป็นประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา หรือระบบประธานาธิบดี หรือกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดีก็ได้ แต่ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในระบบใดก็ตามการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายจะต้องมีความเชื่อมโยงกลับไปยังประชาชนเพื่อให้การใช้อำนาจนั้นมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และความเชื่อมโยงดังกล่าวจะต้องเป็นความเชื่อมโยงที่ไม่ขาดสายด้วย องค์การตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนองค์กรหนึ่งด้วยเหตุนี้องค์การตุลาการจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยด้วยเช่นกันและไม่อาจอ้างหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษามาปฏิเสธหลักการดังกล่าวได้ เพียงแต่รูปแบบการใช้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต้ององค์การตุลาการจะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาด้วย เพราะผู้พิพากษาได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยปราศจากคำสั่ง หรือข้อผูกมัดใดๆทั้งสิ้นนอกจากข้อผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น การอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในกรณีของอำนาจอตุลาการจึงไม่นำมาใช้ในขอบเขตของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ แต่ไม่รวมถึงการแต่งตั้งตุลาการด้วย ดังนั้นรูปแบบของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่นำไปใช้กับองค์การตุลาการคือการให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการ ในการปกครองในระบบรัฐสภา ๆ เป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนจึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุด จากหลักการดังกล่าวส่งผลให้องค์กฤษฎีกาเป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปใช้อำนาจองค์กรของรัฐองค์กรอื่นได้ซึ่งรวมถึงองค์การตุลาการด้วย แต่จะมีรูปแบบและความเคร่งครัดแตกต่างกันไป

หลักความเป็นอิสระของตุลาการที่จะต้องมีการคำนึงถึงในกรณีการนำหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมาใช้ในการแต่งตั้งตุลาการนั้น หลักความเป็นอิสระของตุลาการในที่นี้หมายความว่า ตุลาการสามารถทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการนั้นมุ่งคุ้มครองตุลาการจากการแทรกแซงของ ฝ่ายตุลาการด้วย

จากการศึกษากระบวนการแต่งตั้งตุลาการในประเทศที่มีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยทั้ง 3 ประเทศคือประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น พบว่าในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่มีรูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติได้รับการเลือกตั้งจากประชาชน และฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากเป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล จะให้ฝ่าย

นิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการสรรหาตุลาการและให้ประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขของรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการ ซึ่งกระบวนการในการสรรหาตุลาการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแยกเป็นกระบวนการในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กระบวนการนี้เป็นเป็นการดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น นอกจากนั้นยังมีกระบวนการแต่งตั้งตุลาการของศาลมลรัฐที่ดำเนินการโดยรัฐมนตรีที่รับผิดชอบงานศาลแต่ละประเภทพร้อมกับคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการที่มีส่วนใหญ่มักจะประกอบไปด้วยผู้แทนจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ ผู้พิพากษาและทนายความ และกระบวนการแต่งตั้งตุลาการอาชีพของศาลสหพันธ์ จะดำเนินการโดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาที่ประกอบด้วยผู้แทนจากมลรัฐๆละ 1 คน และผู้แทนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีจำนวนเท่ากับผู้แทนของมลรัฐ โดยผู้ที่ได้รับเลือกเป็นคณะกรรมการไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ส่วนรายชื่อที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการมาจากการเสนอของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่รับผิดชอบศาลที่มีการแต่งตั้งนั้น กรรมการคนใดคนหนึ่งของคณะกรรมการคัดเลือก และคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งศาล ซึ่งคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งศาลประกอบด้วยผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกจากผู้พิพากษาแห่งศาลที่จะมีการแต่งตั้ง คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการมีอิสระในการเลือกใครก็ได้

ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบบกึ่งรัฐสภาทั้งประธานาธิบดีที่ประชาชนเลือกตั้งทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ และเลือกประธานาธิบดีเพื่อทำหน้าที่ในทางบริหารและเป็นประมุขของประเทศ จะให้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการ กล่าวคือ กรณีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีจำนวน 3 คน มาจากการแต่งตั้งของประธานสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 3 คน และมาจากการแต่งตั้งของประธานวุฒิสภาจำนวน 3 คน ส่วนการแต่งตั้งตุลาการในศาลอื่นมีการตั้งคณะกรรมการตุลาการให้เป็นผู้มีหน้าที่ในการคัดเลือกตุลาการ ซึ่งคณะกรรมการตุลาการมีจำนวน 12 คน ประกอบด้วยประธานาธิบดีเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นรองประธาน และกรรมการอื่นที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีอีก 10 คน โดยมาจากศาลฎีกา 2 คน มาจากอัยการระดับหัวหน้าอัยการ 1 คน มาจากศาลอุทธรณ์และศาลชั้นต้น 3 คน มาจากสมาชิกสภาแห่งรัฐ 1 คน และอีก 3 คนมาจากผู้ที่มิได้เป็นตุลาการโดยมาจากประธานาธิบดี 1 คน มาจากประธานสภาผู้แทนราษฎร 1 คน และมาจากประธานรัฐสภา 1 คน โดยคณะกรรมการตุลาการมีอำนาจในการเสนอชื่อบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกา และอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง ส่วนผู้พิพากษาในระดับอื่นๆคณะกรรมการตุลาการเพียงแต่ให้ความเห็นเกี่ยวกับรายชื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบบประธานาธิบดีที่ประชาชนเลือกตั้งทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาเพื่อทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ และเลือกประธานาธิบดีเพื่อทำหน้าที่ในทางบริหารและเป็นประมุขของประเทศด้วย เช่นเดียวกับระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา แต่ว่างกันที่แต่ละฝ่ายต่างเป็นอิสระต่อกัน สำหรับกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นศาลทุกระดับได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความยินยอมของวุฒิสภา

จึงเห็นได้ว่าในประเทศที่มีการปกครองในระบบประชาธิปไตยไม่ว่าจะเป็นการปกครองในรูปแบบใดจะให้องค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนโดยตรงเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการทั้งสิ้น ทั้งนี้เพื่อให้องค์กรตุลาการมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจทั้งต่อตัวองค์กรตุลาการเองและต่อองค์กรอื่น แต่เมื่อฝ่ายตุลาการได้รับการแต่งตั้งไปแล้วองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งไม่สามารถให้คุณให้โทษกับฝ่ายตุลาการได้ ทั้งนี้เพราะการมีส่วนร่วมดังกล่าวเป็นเพียงการมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งเท่านั้นซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจตุลาการ การมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหารจึงไม่ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ นอกจากนี้เมื่อตุลาการได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแล้วตุลาการจะมีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ตุลาการทันที และมีหลักประกันความเป็นอิสระในขณะดำรงตำแหน่งไว้มากมาย เช่น ความเป็นอิสระในค่าตอบแทน ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลที่ให้ดำเนินการโดยองค์กรภายในของตุลาการเอง เป็นต้น ซึ่งแม้แต่ผู้แต่งตั้งก็ไม่มีอำนาจแทรกแซงการทำหน้าที่ตุลาการของผู้พิพากษาได้ การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่มีผลต่อความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ในฐานะตุลาการของผู้พิพากษาแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม การให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารสามารถแทรกแซงและครอบงำฝ่ายตุลาการได้ตั้งแต่กระบวนการในการแต่งตั้งแล้ว การแต่งตั้งตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจึงมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการได้ แต่การที่ทั้งประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการอยู่แสดงให้เห็นว่าในทางข้อเท็จจริงผู้มีอำนาจแต่งตั้งมิได้ใช้อำนาจแทรกแซงการแต่งตั้ง จึงทำให้ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการ การให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการจึงเหมาะสมกับสังคมวิทยาการเมืองของประเทศดังกล่าว

สำหรับกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการในระบบกฎหมายไทย ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนจึงควรเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจในองค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ เพื่อให้องค์กรดังกล่าวมีความ

เชื่อมโยงกับประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ประเทศที่ปกครองในระบบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาทั่วไปยึดถือกัน แต่จากการศึกษาระบบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 และพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 พบว่ามีระบบการแต่งตั้งตุลาการในแต่ละศาล ดังนี้

(1) ศาลยุติธรรม ใช้ระบบการแต่งตั้งตุลาการโดยการจัดตั้งองค์กรพิเศษเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการ” ให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการ ตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการที่ได้รับเลือกจากบรรดาข้าราชการตุลาการไม่เกิน 2 คน และตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการไว้ว่า คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 12 คน ประกอบด้วยข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาและได้รับเลือกจากศาลฎีกาจำนวน 6 คน ผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์และได้รับเลือกจากศาลอุทธรณ์จำนวน 4 คน และผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลและได้รับเลือกจากศาลชั้นต้นที่ไม่ใช่ผู้ช่วยผู้พิพากษาจำนวน 2 คน กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 2 ซึ่งวุฒิสภาคัดเลือกจากบุคคลที่ไม่เป็นข้าราชการตุลาการ ตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ตัดอำนาจของวุฒิสภาในการเลือกคณะกรรมการตุลาการจำนวน 2 คนออกไปโดยให้เป็นอำนาจของข้าราชการตุลาการแทน ดังนั้นตามโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคณะกรรมการตุลาการจึงมาจากการเลือกของข้าราชการตุลาการทั้งหมด อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงไม่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน

(2) ศาลปกครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองต้องมีความเป็นอิสระ และดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองที่ประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธาน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิที่ไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการศาลปกครอง บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้ตามที่กฎหมายกำหนด

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้กำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองให้มีคณะกรรมการจำนวน 13 คน ประกอบด้วย

ก ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ

ข กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 9 คน ดังนี้ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวน 5 ซึ่งได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และ ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นจำนวน 3 คน ซึ่งได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

ค กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิที่ไม่เป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 3 คน ได้รับเลือกจากวุฒิสภาจำนวน 2 คน และได้รับเลือกจากคณะรัฐมนตรี 1 คน¹

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตาม (3) ปัจจุบันไม่มีแล้ว เพราะตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองมาจากเลือกของตุลาการศาลปกครองทั้งหมด เพียงแต่ให้เลือกจากบุคคลภายนอกที่ไม่เป็นตุลาการศาลปกครองจำนวน 2 คนด้วยเท่านั้น นอกจากนั้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดไว้แตกต่างกัน ดังนี้

ก. ศาลปกครองสูงสุด ให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 13 และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ให้คณะกรรมการตุลาการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนหนึ่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด แล้วเสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำเสนอความเห็นชอบจากวุฒิสภา ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับการเสนอชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ส่วนการแต่งตั้งรองประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุดให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองพิจารณาคัดเลือก แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป² การแต่งตั้งศาลปกครองสูงสุดจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชน

¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 35.

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15.

โดยตรง เพราะได้รับการแต่งตั้งโดยผ่านความเห็นชอบจากวุฒิสภา แต่จะทำให้ศาลปกครองสูงสุดไม่มีความเป็นกลางเพราะได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นกลุ่มผลประโยชน์และเป็นผู้ที่จะต้องถูกศาลปกครองสูงสุดตรวจสอบในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่มีใช้การกระทำในทางนิติบัญญัติ ดังนั้น ฝ่ายการเมืองจึงสามารถแทรกแซงฝ่ายตุลาการได้ตั้งแต่กระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดในปัจจุบันจึงมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองสูงสุดเป็นอย่างมาก

ข. ศาลปกครองชั้นต้น ให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 18 และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าแต่งตั้ง และให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองพิจารณาคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเพื่อดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าแต่งตั้ง การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อมโดยผ่านคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจำนวน 7 คน ที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากวุฒิสภา แต่เนื่องจากสัดส่วนของกรรมการตุลาการจากศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับการแต่งตั้งจากวุฒิสภามีสัดส่วนสูงกว่ากรรมการที่ไม่ได้มาจากฝ่ายที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งจากวุฒิสภา ฝ่ายการเมืองจึงมีอำนาจครอบงำการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น เช่นเดียวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ดังนั้นฝ่ายการเมืองสามารถครอบงำตุลาการศาลปกครองได้เบ็ดเสร็จ สภาพความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจึงมีสภาพอย่างเดียวกันกับตุลาการศาลปกครองสูงสุด

(3) ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีทั้งหมดจำนวน 9 คน ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

ก. ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา 3 คน

ข. ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่ต่ำกว่า 3 ปี ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

ค. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาจำนวน 1 คน

ง. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา จำนวน 1 คน

จ. ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี จำนวน 2 คน

ส่วนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 204 บัญญัติไว้ว่า ผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกรายใด ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกบุคคลใหม่แทนผู้นั้น แล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป เมื่อผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้วให้เลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ตามโครงสร้างของการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวมาข้างต้น ได้กำหนดที่มาของศาลรัฐธรรมนูญว่าจะต้องมาจากที่ใดไว้โดยชัดแจ้ง และจำนวนตุลาการเกินครึ่งของจำนวนตุลาการทั้งหมด คือ 5 คน มาจากสถาบันตุลาการที่มีมาตรฐานด้านความกลาง ความโปร่งใส และความเป็นธรรม ส่วนตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหารัฐธรรมนูญได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับการสรรหาไว้สูง และรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสรรหาจำนวน 9 คน ประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา เป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้าน และบุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งองค์กรละ 1 คน รวม 5 คน เป็นกรรมการ กรรมการสรรหาสรรหา 7 ใน 9 คนมาจากสถาบันศาลและองค์กรอิสระที่มีหลักประกันความเป็นกลาง ในขั้นตอนของกระบวนการคัดเลือก และสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายการเมืองจึงไม่สามารถแทรกแซงได้ ดังนั้นแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดวุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการก็ไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้

การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญปัจจุบันจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยไม่ทำให้กระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการด้วย

โดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนโดยตรงจึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในการแต่งตั้งองค์กรเจ้าหน้าที่เพื่อเข้าไปใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐมากที่สุดรวมถึงองค์กรตุลาการด้วย เพื่อให้อำนาจตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชน และตามรัฐธรรมนูญปัจจุบันกำหนดให้วุฒิสภาเป็นผู้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

การมอบหมายให้วุฒิสภามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการตั้งอยู่บนสมมติฐานว่าวุฒิสภาจะต้องมีความเป็นกลางทางการเมือง แต่ตามโครงสร้างของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญปัจจุบันที่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 200 คนนั้น มาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่างๆที่หลากหลายของสังคม ในการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งทุกคนอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ วุฒิสภาจึงเป็นศูนย์รวมของกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองที่หลากหลาย การทำหน้าที่ของวุฒิสภาย่อมทำเพื่อประโยชน์ของกลุ่มตนเอง การทำหน้าที่ของวุฒิสภาก็ไม่มีความเป็นกลางทางการเมือง การให้วุฒิสภามีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการจึงมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการได้

ดังนั้นในการนำทฤษฎีประชาธิปไตยมาใช้ในประเทศไทยเราจึงต้องคำนึงถึงสภาพสังคม วิทยาการเมืองของสังคมไทยด้วยว่ามีสภาพสังคมอย่างไร สภาพการเมืองของประเทศไทยตามที่ปรากฏในปัจจุบันคือการมีเผด็จการรัฐสภาโดยนักธุรกิจการเมืองที่ควบคุมทั้งอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งสาเหตุเกิดจากการบังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสังกัดพรรคการเมืองและนายกรัฐมนตรีต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น ระบบการตรวจสอบถ่วงดุลจึงไม่สามารถทำหน้าที่ของมันได้เพราะผู้ตรวจสอบกับผู้ถูกตรวจสอบเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน จึงทำให้นักการเมืองมีการใช้อำนาจอย่างบิดเบือน ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชนเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนจึงต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการเป็นสำคัญเพราะเป็นองค์กรเดียวที่เป็นหลักให้บ้านเมือง นอกจากนั้นในการกำหนดระดับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติยังต้องคำนึงถึงผลของการกระทำในทางตุลาการด้วยว่ามีผลกระทบต่อสถาบันทางการเมืองหรืออำนาจในทางการเมืองหรือไม่ กล่าวคือถ้าผลของการกระทำในทางตุลาการมีผลกระทบต่อสถาบันการเมืองหรืออำนาจทางการเมืองในระดับสูง เช่นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชนกับศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องใช้รูปแบบการเชื่อมโยงโดยตรง แต่ถ้าผลของการกระทำในทาง

ตุลาการไม่มีผลกระทบต่อสถาบันการเมืองหรืออำนาจทางการเมืองเลยมีแต่เพียงเป็นการรับรองความมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายให้มีผลในทางปฏิบัติเท่านั้น เช่นการกระทำในทางตุลาการของศาลยุติธรรม และศาลปกครอง การกำหนดความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรตุลาการกับประชาชนก็ใช้วิธีการเชื่อมโยงโดยอ้อมโดยการให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการคือคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม หรือตุลาการศาลปกครอง แล้วแต่กรณีก็เพียงพอแล้ว แต่ไม่ว่าจะเป็นการเชื่อมโยงโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตามก็ต้องมีกลไกในการคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการด้วย เพราะทั้งหลักการเชื่อมโยงกับประชาชนและหลักความเป็นอิสระของตุลาการล้วนแต่เป็นหลักการที่มีคุณค่าด้วยกันทั้งคู่ ดังนั้นในการพิจารณาการแต่งตั้งตุลาการให้มีความเชื่อมโยงกับประชาชนที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย จึงต้องแยกพิจารณาเป็นแต่ละศาล ระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันสามารถรักษาความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในขณะเดียวกันก็ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความเชื่อมกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรงแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก ส่วนระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม และศาลปกครอง ยังมีประเด็นเกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเชื่อมโยงกับประชาชนอยู่ ศาลยุติธรรมและศาลปกครองจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบการแต่งตั้งตุลาการเพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และความเชื่อมโยงกับประชาชน

6.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้ศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยไม่กระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการ จึงขอเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม และระบบการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง ดังนี้

6.2.1 การแต่งตั้งตุลาการศาลยุติธรรม

ใช้ระบบเดิมตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 คือให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม³ และให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประกอบด้วย⁴

³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 มาตรา 19.

⁴ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 มาตรา 36.

(1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ

(2) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 12 คนประกอบด้วยข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาและได้รับเลือกจากศาลฎีกาจำนวน 6 คน ผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์และได้รับเลือกจากศาลอุทธรณ์จำนวน 4 คน และผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลและได้รับเลือกจากศาลชั้นต้นที่ไม่ใช่ผู้ช่วยผู้พิพากษาจำนวน 2 คน

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 2 คนซึ่งวุฒิสภาคัดเลือกจากบุคคลที่ไม่เป็นข้าราชการตุลาการ

การกำหนดให้วุฒิสภามีสิทธิคัดเลือกกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมจำนวน 2 คน เพื่อให้ตุลาการศาลยุติธรรมมีความเชื่อมโยงกับประชาชน ซึ่งความเชื่อมโยงกับประชาชนแม้ส่งไปเพียงคนเดียวก็ถือว่าเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว แต่การให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปเป็นกรรมการตุลาการจำนวน 2 คนเพราะในการให้ตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปเป็นกรรมการตุลาการนั้น นอกจากเพื่อให้ฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว ยังมีเรื่องการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายตุลาการ เพื่อให้การบริหารงานบุคคลของฝ่ายตุลาการมีความโปร่งใสด้วย การส่งตัวแทนเข้าไป 2 คนเพื่อให้การประชุมของคณะกรรมการตุลาการแต่ละครั้งมีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ด้วยเสมอไม่มีปัญหาติดขัดกรณีกรรมการบางคนติดภารกิจสำคัญจนเป็นเหตุให้ไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้ นอกจากนั้น การให้มีตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ในคณะกรรมการตุลาการมากกว่า 2 คน อาจจะเป็นชนวนให้เกิดความขัดแย้งในสังคมได้เพราะมีผู้ไม่เห็นด้วยจำนวนมาก

6.2.2 การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง

ให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง โดยแยกเป็นการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุด และการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ดังนี้

6.2.2.1 การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุด

ต้องได้รับความเห็นชอบทั้งจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภาด้วย

6.2.2.2 การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองอื่นๆ

ไม่ว่าจะเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดก็ตามให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเท่านั้น

ในส่วนของโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนี้⁵

- (1) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ
- (2) กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากการเลือกของตุลาการศาลปกครองสูงสุด 6 คน และมาจากการเลือกของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น 3 คน
- (3) กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิที่ไม่เป็นตุลาการศาลปกครองที่มาจากการเลือกของวุฒิสภา 2 คน และมาจากการเลือกของคณะรัฐมนตรี 1 คน

รูปแบบการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองตามที่กล่าวมาทำให้ศาลปกครองมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนทั้งโดยตรงโดยผ่านประธานศาลปกครองสูงสุด และโดยอ้อมโดยผ่านคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ความเชื่อมโยงดังกล่าวสอดคล้องกับภารกิจของศาลปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ในขณะที่เดียวกันก็สามารถรักษาความเป็นอิสระของศาลปกครองไว้ได้ด้วย

⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 35.

บรรณานุกรม

หนังสือ

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- กุลพล พลวัน. พัฒนาการแห่งองค์การกระบวนการยุติธรรมประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: ไอแอมพรินต์, 2556.
- จ้ง จากส์ รุสโซ. สัญญาประชาคม. แปลและเรียบเรียงโดย จินดา จิตนเสรี. กรุงเทพมหานคร: ศรีพรการพิมพ์, 2552.
- เดือน บุญนาค และไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (รวมทั้งกฎหมายเลือกตั้งด้วย) ภาค 1 หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: นิติสาส์น, 2477.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการวิจัยเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร: พีเพรส. 2548.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- _____. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2544.
- _____. ปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 2 พรรคทางเลือกที่สามเพื่อการปฏิรูปการเมืองครั้งใหม่ ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบรรณ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโน. คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- โกสิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. 2551.
- วรเจตน์ ภาคิรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา. 2555.
- _____. วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญศึกษาเปรียบเทียบกรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2546.

- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- วิรัช วิรัชนิการวรรณ. ศาลปกครอง:วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542.
- _____. ศาลรัฐธรรมนูญ:วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2544.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai legal History). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. ตุลาการรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.
- สมยศ เชื้อไทย. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- _____. คำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535.
- สำนักงานศาลยุติธรรม. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลยุติธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., ม.ป.ท.
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2526.
- _____. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

บทความ

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. "ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน." ใน หนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: พี เค พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531.
- _____. "ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ." วารสารกฎหมาย. ฉบับที่ 1. ปีที่ 15. (กันยายน 2540).
- เกษม ศิริสัมพันธ์, "ทักษิณกับประชาธิปไตยในระบบพรรคการเมือง." ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ. พิมพ์ครั้งที่ 4. หน้า 17 - 29. กรุงเทพมหานคร: ขอดิดด้วยคน. 2547,
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. "องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน." วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 1 ตอน 1. (เมษายน 2525).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. "ผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศส." วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 1 ตอน 1 (เมษายน 2525).

- เดือน บุญนา. "การแบ่งแยกอำนาจ." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 9. (ธันวาคม 2524).
- บุญศรี มีวงศ์โสม. "หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 22. (กรกฎาคม 2537)
- บรรเจิด สิงคะเนติ. "วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยโดยอาศัยพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 28. (กันยายน 2541).
- บรรเจิด สิงคะเนติ. "การแทรกแซงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเรื่องชี้วัดความล้มเหลวของการปฏิรูปการเมือง." ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ 2 หน้า 261 - 281. กรุงเทพมหานคร: ขอดิดด้วยคน, 2547.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. "ระบบ กต.และความอิสระของตุลาการ." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 22. (กรกฎาคม 2537).
- สุรเจตน์ วิจิตชลชัย. "การคัดเลือกและฝึกอบรมผู้พิพากษาของประเทศฝรั่งเศส," ตุลาพาห. เล่ม 6.ปีที่ 22. (2518)
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. "ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน." ตุลาพาห. เล่ม 60 ตอน 2.(2547).
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, "สายสัมพันธ์ทางการเมืองกับผลตอบแทนในตลาดหุ้นไทย." ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ 2 หน้า 99 - 111 . กรุงเทพมหานคร: ขอดิดด้วยคน, 2547
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. "โครงสร้างและกลไกของรัฐธรรมนูญกับอำนาจของนายคาทักษิณ." ใน หนังสือรวมบทความรู้ทันทักษิณ 2 หน้า 283 - 301. กรุงเทพมหานคร: ขอดิดด้วยคน, 2547.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. "ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ." วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 3 ตอน 2.(2537).
- วิกรม เมลานนท์. "ที่เด็ดของ "บริหาร" ตุลาการ "เคยพบมาแล้ว". วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 22. (กรกฎาคม 2537).
- วิชญ์ วรรณ. "ก.ต.ฝรั่งเศส." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 22. (มีนาคม 2535).
- วิสาร พันธนะ. "ระบบศาลสหรัฐอเมริกา." วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมมาธิราช. ฉบับที่ 1. ปีที่ 11. (มิถุนายน 2542).

วิทยานิพนธ์

- ซัช ข้าเพชร. "การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

- ฐิติเชษฐ หนูนาฏ. "การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- ณัฐชาวีร์ บุญยกฤษฎีกุล. "การได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศไทย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558
- นิทราวดี ฤทธิพันธุ์. "ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการทำคำพิพากษาคดีอาญา." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554.
- ถาวร เกษะมณี. "หลักความเป็นกลางของศาล." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ทวี ประจวบลาภ. "โครงสร้างคณะกรรมการตุลาการ (กต.) กับความเป็นอิสระ และการควบคุมตรวจสอบในการพิจารณาพิพากษาคดีของข้าราชการตุลาการ." สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- ปัญญา อุดชาชน. "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ." วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.
- ปิยะพงษ์ นิวัติภัทรพร. "ระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548
- พงษ์กร กิตติทรงภพ. "ปัญหาทางกฎหมายในกระบวนการสรรหาและเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ," วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- รชต พนมวัน. "แนวทางพัฒนาความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศไทย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538.
- ศิระ ขวัญสุวรรณ. "การได้มาซึ่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- สิทธิศักดิ์ สดิต. "ปัญหาการเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลปกครองของผู้มีวิชาชีพทนายความ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.
- สุรศักดิ์ ศิริวิเชียร. "การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการศาลยุติธรรม พ.ศ.2534." สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

อภาพงศ์ กฤตเวทิน. “ปัญหาคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.”
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

ข่าวการเมือง. “สนช. เห็นชอบ “ปิยะ” นั่งประธานศาลปกครองสูงสุดแทน “หิรัญ” พร้อมเห็นชอบ 14
ตุลาการ “สุชาติ” ไม่ผ่าน.” <http://www.mamager.co.th>, 22 กรกฎาคม 2560.

จิตติ ตังศภัทย์. “ข้อสังเกตในระบบกฎหมายอเมริกา.” <http://www.library.coj.go.th>, 23 กรกฎาคม
2560.

บทบรรณาธิการ. “ถอยตามองคมนตรี.” <http://www.thaipost.net>, 29 กรกฎาคม 2560.

_____. “องคมนตรีทำหนังสือถึงประยุทธ์ ค้าน รธน.หมวดศาล.” <http://www.bangkbiznews.com>, 29 กรกฎาคม 2560.

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แปลจาก The Constitution of the United State: A Transcription,
<http://www.parliament.go.th> , 30 มีนาคม 2556.

เอกสารอื่นๆ

มานิตย์ สุขอนันต์, “ข้อดีข้อเสียขององค์กร ก.ต. ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 กรณีศึกษาเปรียบเทียบกับ
โครงสร้าง ก.ต. ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540” (เอกสารวิชาการของการอบรมหลักสูตร “ผู้บริหาร
กระบวนการยุติธรรมระดับสูง” รุ่นที่ 16 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2555).

มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การพัฒนาศักยภาพของผู้พิพากษาใน
ด้านการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศ Common law และ Civil
Law (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานศาลยุติธรรม: ม.ป.ป.)

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 56 ,แปลโดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ,(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน,
2548).

รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แปลจาก The Basic Law of the Federal Republic of
Germany (revise edition: 31 December 1961 , (สภาวิจัยแห่งชาติจัดแปลและจัดพิมพ์,
2516).

โฮเซ ไชตุณ, หลักสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้พิพากษา
ทนายความ และอัยการ:แนวทางสำหรับนักปฏิบัติลำดับที่ 1, แปลโดยเบญจรัตน์ แซ่ฉั่ว,
(กรุงเทพมหานคร),

Books

Administrative Office of the U.S. Court. The Federal Court System in the United State. 4th ed, Washington D.C.,2016.

Brown, L. Neville, John S. Bell ,and Jean-Michel Galabert. French administrative Law. 5th ed, Oxford: Clarendon Press, 1998.

Danomo, Christian and Susan Farran.The French Legal System, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Steiner, Eva. French Legal Method. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Guarnieri, Carlo and Patrizia Pederzoli. The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Bell, John. Judiciaries within Europe : A Comparative Review. Cambridge University Press, 2006.

Kahn-Freund, Otto. Claudine Levy. Bernard Rudden. A Source-Book on French Law : System, Methods, Outlines of Contract, 2nd ed. Oxford: The Clarendon Press, 1979.

Singh, Mahentra P. German Administrative Law in Common Law Perspective. Berlin: Springer-Verlag, 2001.

Electronic Medias

Ministère de la Justice,“The Judiciary in France.” http://www.justice.gouv.fr/art_pix/2plaquette_justiceenFrance_angl.Pdf. June 2, 2017.

Wikipedia. “Federal Judiciary of the United States.” [https://en Wikipedia.org/ wiki/Federal_of_United State](https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_of_United_State), June 2, 2017.

Wikipedia. "United States Attorneys." [https://www.justice.gov/usao/justice-101/Federal Court](https://www.justice.gov/usao/justice-101/FederalCourt), June 2, 2017.

Wikipedia. "About Federal Courts." www.uscourts.gov/about-federal-court, June 2, 2017.

Wikipedia. "Judiciary of Germany." https://enWikipedia.org/wiki/Judiciary_of_Germany, June 2, 2017.

Wikipedia. "Politics of Germany." https://enWikipedia.org/wiki/Politice_of_Germany, June 2, 2017.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางพจนา สะอาดเอี่ยม
วันเดือนปีเกิด	14 มิถุนายน 2508
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2531 : นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ตำแหน่ง	อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการสูงสุด

