



การยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนในแนวทาง  
การปกครองตามระบอบประชาธิปไตย

โดย

นายชัยบูรณ์ หนองคูน้อย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนในแนวทาง  
การปกครองตามระบอบประชาธิปไตย

โดย

นายชัยบูรณ์ หนองคูน้อย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

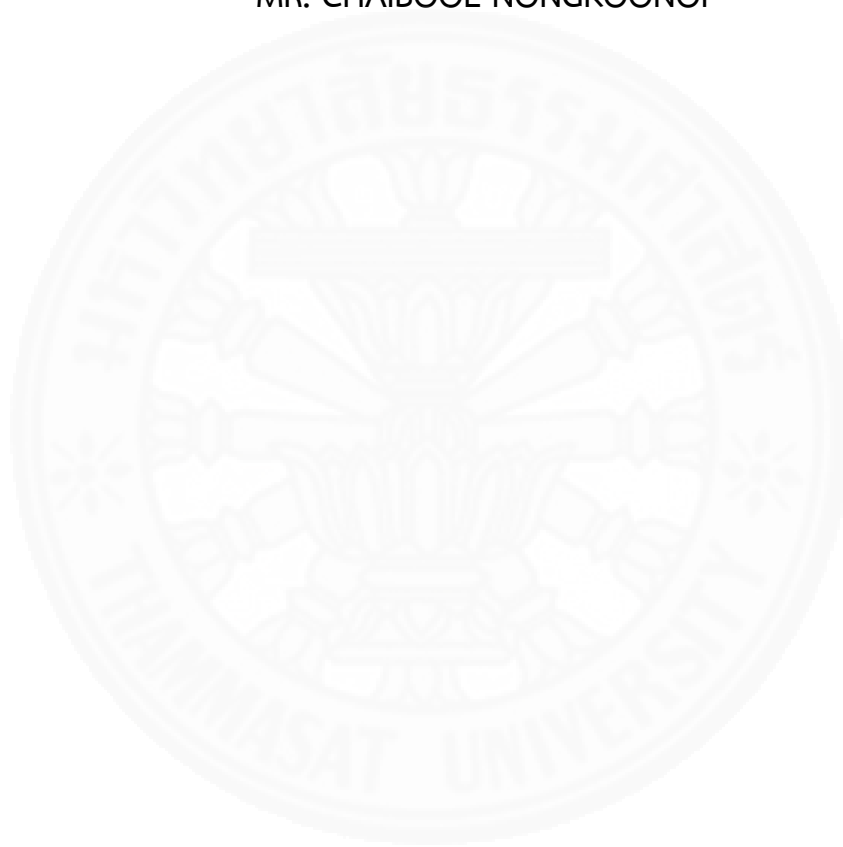
ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE LINKAGE BETWEEN THE ADMINISTRATIVE COURT ORGANIZATION  
AND PEOPLE IN THE DEMOCRATIC REGIME

BY

MR. CHAIBOOL NONGKOONOI



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 2017

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายชัยบูรณ์ หนองคูน้อย

เรื่อง

การยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชน  
ในแนวทางการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(อาจารย์ ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชน ในแนวทางการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย
ชื่อผู้เขียน	นายชัยบุรณ์ หนองคูน้อย
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ
ปีการศึกษา	2560

### บทคัดย่อ

ศาลปกครองหรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองในระบบศาลคู่โดยเฉพาะในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นแม้ได้รับการจัดตั้งขึ้นภายใต้แนวคิดการสร้างระบบความเชี่ยวชาญทางปกครองเฉพาะด้านแยกต่างหากและเป็นอิสระจากศาลยุติธรรมก็ตาม แต่จะเห็นได้ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนอกจากความสำคัญของการจัดวางระบบโครงสร้างขององค์กรดังกล่าวแล้วหลักประกันความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของผู้พิพากษาหรือตุลาการก็ถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในการจัดรูปแบบโครงสร้างองค์กรและการกำหนดที่มาหรือวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองเช่นเดียวกัน หลักประกันความเป็นอิสระมีขึ้นเพื่อคุ้มครองกระบวนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาหรือตุลาการให้เป็นไปโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากองค์กรภายนอกและจากการกระทำที่อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการภายในของผู้พิพากษาหรือตุลาการด้วยตนเอง ในขณะที่หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมีขึ้นเพื่อให้องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในฐานะที่องค์กรตุลาการเป็นองค์กรอธิปไตยส่วนหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจและในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจในทางตุลาการแทนประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

จากการศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดหรือข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดวางรูปแบบโครงสร้างองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง รวมทั้งแนวทางหรือวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองทั้งในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันพบว่าในกรณีของ

หลักประกันความเป็นอิสระนั้นต่างได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายเกี่ยวกับสถานะหรือระบบการบริหารงานบุคคลของฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกัน เช่น ความเป็นอิสระในเชิงองค์กร ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว และความเป็นอิสระในส่วนของการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาหรือตุลาการ เป็นต้น ในขณะที่หลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยหรือระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองกับประชาชนนั้นพบว่า แม้โดยทั่วไปการกำหนดรูปแบบหรือวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการจะแตกต่างกัน แต่หากพิจารณาโดยละเอียดจะเห็นได้ว่าหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยถือเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการจัดรูปแบบองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้สะท้อนหลักการดังกล่าวผ่านกระบวนการการแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการศาลปกครองโดยกำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามในคำสั่งแต่งตั้ง รวมทั้งกำหนดให้องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เช่น ผู้แทนที่มาจาก การแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีหรือผู้แทนที่มาจาก การแต่งตั้งของประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น ได้เข้ามามีส่วนร่วมในองค์ประกอบของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่ในการคัดเลือกตุลาการทั้งในส่วนของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ในขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองและประชาชนโดยทั่วไปมักจะกำหนดให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาผ่านทางองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาด้วยทั้งในส่วนของการคัดเลือกผู้พิพากษาในระดับมลรัฐและผู้พิพากษาในระดับสหพันธรัฐ

ในกรณีของประเทศไทยจากการศึกษาพบว่าในหลักการโดยทั่วไปหลักประกันความเป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยถือว่ามีความสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเช่นเดียวกับการประกันความเป็นอิสระตามหลักการที่กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในแง่ของกระบวนการการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองและประชาชน จะพบว่าในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดกระบวนการยึดโยงเฉพาะกรณีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเท่านั้นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่ง แต่ในกรณีของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นบทบัญญัติของกฎหมายฉบับต่างๆ ตามที่กล่าวมาไม่ได้กำหนดให้กระบวนการการคัดเลือกหรือการแต่งตั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาหรือจากองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก่อนแต่อย่างใดซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่สอดคล้องกับแนวทางในการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการและประชาชนทั้งในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งให้ความสำคัญกับการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองในทุกระดับชั้นทั้งในส่วนของผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลระดับต้นและผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลระดับสูง ทั้งนี้ เพื่อสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ

จากผลการศึกษาตามที่กล่าวมาผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า 1) ในระบบการคัดเลือกหรือการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในระบบกฎหมายไทยโดยเฉพาะในส่วนของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นนั้นควรที่จะต้องกำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจฝ่ายอื่นได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันในองค์กรอธิปไตยแต่ละด้านตามหลักการการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย 2) แก้ไขปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ในมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเพิ่มสัดส่วนของบุคคลภายนอกโดยเฉพาะผู้แทนที่มาจากองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยทั้งในส่วนของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และจากคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ เพื่อสร้างจุดยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองและประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย 3) ในศาลปกครองในระดับภูมิภาคควรมีการนำระบบผู้พิพากษาสมทบเข้ามาใช้เหมือนดังเช่นระบบการพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีอยู่ในสายตาของประชาชนและสร้างกระบวนการการมีส่วนร่วมของประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย 4) ในกระบวนการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ควรจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากกระบวนการพิจารณาคัดเลือกที่ดำเนินการโดย ก.ศป. เช่น การนำเสนอผลงานทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาระบบกฎหมายทางปกครองหรือการนำเสนอเกี่ยวกับแนวคิดหรือหลักการเกี่ยวกับการพัฒนากระบวนการพิจารณาคดีปกครอง เป็นต้น นอกจากนี้ในขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคัดเลือกวุฒิสภาควรจะต้องมีการให้เหตุผลและรายละเอียดพอสมควรเกี่ยวกับการลงมติให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบให้บุคคลใดๆ ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วย และ 5) ในกระบวนการกลั่นกรองบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดของวุฒิสภาควรจะต้องกระทำโดยเปิดเผย ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการต่างๆ เป็นไปด้วยความโปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ในทุกขั้นตอน นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันมิให้อิทธิพลจากกลุ่มการเมืองภายในของวุฒิสภาเข้ามาแทรกแซงหรือครอบงำกระบวนการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วย

**คำสำคัญ:** องค์กรวินิจัยคดีปกครอง, ตุลาการศาลปกครอง, การยึดโยงกับประชาชน

Thesis Title	THE LINKAGE BETWEEN THE ADMINISTRATIVE COURT ORGANIZATION AND PEOPLE IN THE DEMOCRATIC REGIME
Author	Mr. Chaibool Nongkoonoi
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Udom Rathamarit, Doctor en Droit
Thesis Co-Advisor	Professor Bunjerd Singkaneti, Doktor der Rechte
Academic Years	2017

## ABSTRACT

The Administrative Court or administrative tribunal in dual court system, especially in France and Germany, was established under the concept of specialized expertise on the administrative law separately and independently from the court of justice. As a result, under the democratic regime, apart from the importance of the organization of administrative court structure, the guarantee of independence and democratic legitimacy for judges and justices is also another important principle in the organization of administrative court and the appointment of administrative judges. The principle on the independence of judiciary was established in order to protect the court procedure being conducted without the intervention or external interference and internal interference from other judges or justices. In addition, the democratic legitimacy was created in order to provide democratic legitimacy for judicial institution as a part of sovereignty under the concept of the separation of power and as the exercise of judicial power for people owning sovereignty.

According to the comparative study and concepts about the organization of administrative court structure, including guidance and principles on the appointment



of administrative judges in France and Germany, this can be found that the guarantee of the independence of judiciary was provided in constitutional law and law on judicial status and judicial administration such as institutional independence, personal independence, and judicial independence in court procedure. In terms of the principle on the democratic legitimacy or the linkage between administrative court and people, even though the process or method in the appointment of judges is different, the principle on the democratic legitimacy is a basis principle on the organization of judicial institution. In French legal system, this principle is reflected in the process of appointment of judicial councillors or administrative judges by stating that the President will give signature on such appointment, including the specification on the democratic legitimate organs such as representative appointed by the President, or by the president of house of representative, in order to participate in the commission on the judicial administration of administrative judges to appoint administrative judge in the administrative court of first instance and in the administrative court of appeal. In German legal system, generally, the linkage between administrative court institution and people is placed on the legislative as the democratic legitimate institution to participate in the appointment of judges via selection committee in selecting district judges and federal judges.

According to the study, in Thai legal system, generally, the principle on the independence of judiciary is consistent and in conformity with the principle of independence as aforementioned. However, in terms of the attachment between administrative court institution and people, the legal provision in the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017) and in the Act on the Establishment of Administrative Court and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999), specify the attachment only in the case where the appointment of supreme administrative court judges shall be approved by the senate, prior to taking the office. However, in the case of administrative judges in the administrative court of first instance, there is no legal provision stating that the selection or appointment of the judges in the administrative court of first instance shall be approved by the senate or democratic legitimate institution. It is therefore apparent that the latter part is not consistent with the linkage system between administrative court and people in France and Germany. The

importance of the linkage system between administrative judges in both administrative court of first instance and the supreme administrative court and people is to provide democratic legitimacy to judicial institution.

According to the study, the author would provide recommendation as follows: 1) in the system on the selection or the appointment of administrative judges in Thailand, especially those in the administrative court of first instance, there should be another organ participating in this process according to check and balance concept under the principle of separation of power; 2) there should be the amendment of legal provision in Section 198 of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017) about the composition of Judicial Commission of the Administrative Courts (J.C.A.C.) by increasing the portion of outsiders from democratic legitimate institution in the house of representative, senate, and cabinet, in order to connect between the administrative judges and people under the principle of democratic legitimacy; 3) In regional administrative courts, the system on the associate judge should be applied in the same manner as those of German administrative justice system, in order to provide court procedure in open to the public and provide participation of people in the procedure under the democratic governance; and 4) in the approval process from the senate in the appointment of the supreme administrative judge, there should be specific regulation different from selection process proceeded by J.C.A.C. such as the presentation of academic work beneficial to the improvement of administrative legal system, or the presentation on the concept or principle on the improvement of administrative court procedure, and the selection process in senate should be providing reasons and details on the approval or disapproval any person to take the position as the supreme administrative judges; and 5) the process in the examination of any person proposed to be in the position of the Supreme Administrative Judge shall be examined in open in order to make transparency and accountability in every procedure, and to prevent interference from political groups in senate or the influence over the appointment of the Supreme Administrative judges.

**Keywords:** Administrative Court, Administrative judge, Linkage to the people.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากท่าน ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต ที่รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน แม้ท่านอาจารย์จะมีภารกิจในหลายประการแต่ท่านก็ได้เมตตาสละเวลาเพื่อให้คำปรึกษา คำแนะนำต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ รวมทั้งการให้แง่คิดและชี้ให้เห็นถึงประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่ผู้เขียน ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วมให้แก่ผู้เขียน ซึ่งท่านได้ให้ข้อเสนอแนะ และคำแนะนำในประเด็นต่างๆ พร้อมทั้งชี้ให้เห็นถึงแนวคิดและทฤษฎีสำคัญในหลายประการที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านอาจารย์ ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้เสียสละเวลาในการให้ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม ตลอดจนให้คำแนะนำในข้อบกพร่องต่างๆ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้เขียนนำไปปรับปรุงและแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ท้ายสุดนี้ ขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อคุณแม่และครอบครัวของผู้เขียนซึ่งได้ให้การสนับสนุนในด้านการศึกษา และเป็นกำลังใจสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี กราบขอบพระคุณครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียน ตลอดจนผู้แต่งตำรา เจ้าของผลงานทางวิชาการต่างๆ ที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้า และนำมาเรียบเรียงจนเกิดเป็นรูปเล่มวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณพี่น้องเพื่อนนักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน ปีการศึกษา 2557 ที่คอยช่วยเหลือ รับฟัง และเป็นกำลังใจให้กันเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก่อให้เกิดคุณประโยชน์ต่อผู้อ่านประการใด ผู้เขียนขอมอบกตเวทิตาแต่บุพการี และครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ข้าพเจ้า แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือมีความผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายชัยบุรณ์ หนองคูน้อย

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	6
1.3 ขอบเขตและวิธีการศึกษา	6
1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
บทที่ 2 ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยหลักความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรม ทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ	8
2.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรตุลาการ	9
2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ	9
2.1.2 ลักษณะและองค์ประกอบโดยทั่วไปขององค์กรตุลาการ	12
2.1.3 การจัดแบ่งประเภทของผู้พิพากษาหรือตุลาการ	13
2.1.3.1 ผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพ	13
2.1.3.2 ผู้พิพากษาหรือตุลาการสมทบ	14
(1) ผู้เชี่ยวชาญ	14
(2) ผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์	15
(3) ผู้แทนประชาชนในพื้นที่	15

2.2 หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ	15
2.2.1 หลักการพื้นฐานขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระ ของฝ่ายตุลาการ	16
2.2.2 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในประเทศไทย	17
2.3 หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ	20
2.3.1 สาระสำคัญของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย	22
2.3.2 ขอบเขตของการใช้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย	23
2.4 รูปแบบและวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการ	24
2.4.1 การสืบทอดทางมรดกและการซื้อขายตำแหน่ง	24
2.4.2 การคัดเลือกโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของตุลาการ	24
2.4.3 การเลือกตั้ง	26
2.4.3.1 การเลือกตั้งโดยประชาชน	26
2.4.3.2 การเลือกตั้งเฉพาะคนบางกลุ่ม	27
2.4.3.3 การเลือกโดยรัฐสภา	27
2.4.4 การแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร	27
2.4.5 การแต่งตั้งโดยองค์กรพิเศษ	29
บทที่ 3 องค์การวินัยคดีปกครองและการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการ ศาลปกครองของต่างประเทศ	30
3.1 องค์การวินัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส	30
3.1.1 โครงสร้าง และการจัดระบบศาล	30
3.1.1.1 ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ	32
3.1.1.2 ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์	34
3.1.1.3 ศาลปกครองชั้นต้น	35
3.1.2 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระและ ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์การวินัยคดีปกครองของ สาธารณรัฐฝรั่งเศส	36
3.1.2.1 หลักประกันความเป็นอิสระ	36
3.1.2.2 ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์การวินัยคดีปกครอง	38

3.1.3	วิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง	42
3.1.3.1	สมาชิกสภาแห่งรัฐ	42
	(1) คุณสมบัติ	42
	(2) การแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น และการเลื่อนตำแหน่ง	44
3.1.3.2	ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์	45
	(1) คุณสมบัติ	45
	(2) การแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น และการเลื่อนตำแหน่ง	46
3.1.4	การยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองและประชาชน	46
3.2	องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	47
3.2.1	โครงสร้าง และการจัดระบบศาล	47
3.2.1.1	ศาลปกครองสูงสุด	48
3.2.1.2	ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์	49
3.2.1.3	ศาลปกครองชั้นต้น	49
3.2.2	ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	50
3.2.2.1	หลักประกันความเป็นอิสระ	50
3.2.2.2	ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง	52
3.2.3	วิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาศาลปกครอง	57
3.2.3.1	คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้าม	58
	(1) ผู้พิพากษาอาชีพ	58
	(2) ผู้พิพากษาสมทบ	59
3.2.3.2	การคัดเลือก และการแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพ	60
	(1) ผู้พิพากษาในระดับมลรัฐ	61
	(2) ผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์	62
3.2.3.3	การคัดเลือก และการแต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบ	64
3.2.4	การยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองและประชาชน	64

บทที่ 4 องค์การวินิจัยคดีปกครองและการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง ของประเทศไทย	66
4.1 โครงสร้าง และการจัดระบบศาลปกครอง	66
4.1.1 ศาลปกครองสูงสุด	67
4.1.1.1 เขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด	67
4.1.1.2 ตำแหน่ง และลำดับชั้นของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด	68
4.1.2 ศาลปกครองชั้นต้น	69
4.1.2.1 ศาลปกครองกลาง	70
4.1.2.2 ศาลปกครองในภูมิภาค	71
4.1.2.3 ตำแหน่ง และลำดับชั้นของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น	72
4.2 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระและ ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์การวินิจัยคดีปกครองของประเทศไทย	73
4.2.1 หลักประกันความเป็นอิสระ	73
4.2.1.1 ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475	74
4.2.1.2 หลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475	75
4.2.1.3 หลักประกันความเป็นอิสระในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ	76
(1) ช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	76
(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	77
(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	80
(4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	81
4.2.2 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของการดำเนินการจัดตั้งองค์กร วินิจัยคดีปกครองของประเทศไทย	82
4.2.2.1 ช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475	83
4.2.2.2 ช่วงของการหาข้อสรุปว่าควรจัดตั้งศาลปกครอง ขึ้นในประเทศไทยหรือไม่	84
4.2.2.3 แนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณา พิพากษาคดีปกครอง	86

(1) การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลเดี่ยว	86
(2) การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลคู่เป็นเอกเทศ แยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม	88
4.3 คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลปกครอง	95
4.3.1 ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด	96
4.3.1.1 คุณสมบัติ	96
4.3.1.2 ลักษณะต้องห้าม	97
4.3.2 ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น	97
4.3.2.1 คุณสมบัติ	97
4.3.2.2 ลักษณะต้องห้าม	98
4.4 กระบวนการในการคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง	99
4.4.1 คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.)	99
4.4.2 การคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด	100
4.4.2.1 การคัดเลือก	100
4.4.2.2 กระบวนการในการแต่งตั้ง	102
4.4.3 การคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น	105
4.4.3.1 การคัดเลือก	105
4.4.3.2 กระบวนการในการแต่งตั้ง	111
4.5 การยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจัยคดีปกครองและประชาชน	111
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง	114
5.1 ปัญหาการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหลักแห่งความเป็นอิสระ และหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ	114
5.2 ปัญหาการจัดระบบโครงสร้างการบริหารงานบุคคลของศาลปกครอง ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย	119
5.3 ปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของคณะกรรมการตุลาการ ศาลปกครอง (ก.ศป.) และตุลาการศาลปกครอง	122
5.3.1 ปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของคณะกรรมการ ตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.)	125



5.3.2 ปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของตุลาการศาลปกครอง	128
5.4 ปัญหาเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด	131
5.4.1 กรณีวุฒิสภามาจากการเลือกตั้ง	133
5.4.2 กรณีวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง	133
5.4.3 กรณีวุฒิสภามาจากวิธีการผสม	134
5.5 ปัญหาความเหมาะสมของการทำหน้าที่ของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุด	135
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	141
6.1 บทสรุป	141
6.2 ข้อเสนอแนะ	146
บรรณานุกรม	150
ประวัติผู้เขียน	156

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ (Montesquieu) ได้แบ่งแยกประเภทของอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจปกครองสูงสุดภายในรัฐออกเป็น 3 ฝ่าย ซึ่งประกอบด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีเป้าหมายสำคัญ คือ เพื่อสร้างกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance) ทั้งนี้ เพื่อมิให้อำนาจสูงสุดภายในรัฐตกอยู่ในมือขององค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียวจนนำไปสู่การใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสาระสำคัญ

ในหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยนั้นอาจกล่าวได้ว่าองค์กรตุลาการถือเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดในคดีที่เอกชนเป็นคู่พิพาทกันเองแล้ว ฝ่ายตุลาการยังเข้ามามีบทบาทในการถ่วงดุลองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และองค์กรฝ่ายบริหารอีกด้วย กล่าวคือ มีอำนาจหน้าที่ควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รวมถึงการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหาร เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามอำเภอใจอันอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>1</sup> จากความสำคัญขององค์กรตุลาการดังกล่าว ในรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งมีหน้าที่ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงมีแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีเฉพาะด้านขึ้นมาโดยเฉพาะ หนึ่งในนั้นคือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีพิพาทระหว่างปัจเจกชนกับรัฐอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองดังกล่าว นั้นในแต่ละประเทศก็มิได้มีการกำหนดโครงสร้าง รูปแบบ หรือองค์ประกอบที่มีลักษณะเช่นเดียวกันไม่

การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองในรูปแบบขององค์กรตุลาการดังกล่าวนี้จากการศึกษาพบว่า มีหลายแนวคิด ซึ่งโดยปกติจะขึ้นอยู่กับการจัดแบ่งระบบศาลภายในของแต่ละประเทศเป็นหลัก เช่น ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวมีแนวคิดในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมอันเป็นลักษณะของการรวมอำนาจมาใช้เป็นหลัก เนื่องจากอังกฤษถือว่าบุคคลทุกคน

---

<sup>1</sup> วิชามหาคุณ, “การปฏิรูประบบองค์กรตุลาการ: ความท้าทายในบริบทการเมืองไทย,” วารสารจลนนิติ, ปีที่ 10, ฉบับที่ 2, น. 3 (มีนาคม-เมษายน 2556).

มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันและชั้นศาลเดียวกัน ศาลปกครองจึงไม่ได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่เป็นศาลเฉพาะในการพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครอง แต่ถูกจัดอยู่ในระบบของศาลยุติธรรมโดยถือเป็นส่วนหนึ่งหรือแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรม ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภททั้งในส่วนองคดีแพ่งคดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีประเภทอื่น ผลของการจัดประเภทของศาลในระบบศาลเดี่ยวของอังกฤษทำให้การจัดระบบการได้มาซึ่งผู้พิพากษามีได้มุ่งหมายที่จะสร้างความเชี่ยวชาญในทางมหาชนโดยเฉพาะ ผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่ในคดีปกครองในระบบนี้จึงมีคุณสมบัติและความรู้ในทางกฎหมายเป็นการทั่วไป ในทางตรงกันข้ามในกลุ่มประเทศที่จัดแบ่งระบบศาลภายในออกเป็นระบบศาลคู่จะกำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นหลักเท่านั้น ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองจะเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งมีการกำหนดถึงกระบวนการหรือวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการ ตลอดจนมีองค์กรในการบริหารงานบุคคลที่เป็นเอกเทศและเป็นอิสระจากระบบศาลยุติธรรม การได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองจึงมีการกำหนดคุณสมบัติที่เป็นการเฉพาะและเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายปกครองเป็นพิเศษ ลักษณะของการจัดระบบศาลและระบบของผู้พิพากษาหรือตุลาการดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ใช้อยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law)<sup>2</sup> ซึ่งได้แก่ กรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งนำแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจและแนวคิดในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองมาใช้เป็นหลัก ผลสะท้อนจากแนวคิดแรกเห็นได้จากการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองกับฝ่ายตุลาการ โดยไม่ต้องการให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาแทรกแซงหรือพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองของฝ่ายปกครอง ส่วนแนวคิดหลังเห็นได้จากการกำหนดให้สภาแห่งรัฐหรือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งสังกัดฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน นำแนวคิดของหลักนิติรัฐหรือนิติธรรม (The rule of law) มาใช้เป็นหลัก โดยให้ความสำคัญกับการนำกฎหมายควบคุมกับระบบหรือมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐหรือฝ่ายปกครองมาใช้เป็นหลักในการบริหารประเทศ รวมทั้งปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการจัดตั้งศาลปกครองที่เป็นอิสระแยกออกจากศาลยุติธรรมและฝ่ายปกครอง<sup>3</sup>

<sup>2</sup> โภคิน พลกุล, “สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, เล่มที่ 1, ปีที่ 1, น. 64 (มกราคม-เมษายน 2544).

<sup>3</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542), น. 525-526.

ส่วนแนวความคิดในการกำหนดที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองของแต่ละประเทศ จากการศึกษาพบว่าแม้โดยหลักการทุกประเทศจะให้ความสำคัญกับการสร้างความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านก็ตาม แต่ในการกำหนดที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองของแต่ละประเทศก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่แตกต่างกันไป ซึ่งขึ้นอยู่กับประวัติศาสตร์ความเป็นมา วิวัฒนาการของการพัฒนาองค์กรวินิจัยทางปกครอง ตลอดจนระบบการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ เช่น ในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสการเข้ามาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในระดับต้นทั้งในส่วนของสมาชิกสภาแห่งรัฐและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นโดยปกติจะมาจากกระบวนการสอบคัดเลือกจากผู้สำเร็จการศึกษาจากวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (l'Ecole Nationale d'Administration: ENA) และอีกส่วนหนึ่งมาจากกระบวนการคัดเลือกบุคคลภายนอกผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือมีประสบการณ์เกี่ยวกับงานด้านการปกครองเป็นสำคัญ ในกรณีสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันการคัดเลือกผู้พิพากษาอาชีพจะกระทำโดยการสอบคัดเลือกเช่นเดียวกัน โดยคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้พิพากษาอาชีพนั้นจะต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษานิติศาสตร์และสอบได้เนติบัณฑิตชั้นที่ 2 (Staatsexam II) ด้วย จึงจะมีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาศาลปกครอง นอกจากนี้ในระดับศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ยังมีการกำหนดตำแหน่งผู้พิพากษาวิชาชีพ ทั้งนี้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้นักวิชาการจากภายนอก เช่น ศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย เป็นต้น ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลปกครองเป็นกรณีพิเศษ เพื่อเปลี่ยนผ่านองค์ความรู้ด้านวิชาการมาสู่ภาคการปฏิบัติของการดำเนินคดีทางปกครองด้วย รวมถึงกรณีการแต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบเพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนในพื้นที่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาคดีทางปกครอง ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการการมีส่วนร่วมตามแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ในส่วนของประเทศไทยนั้น แม้ศาลปกครองจะได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่ที่ผ่านมาก็ยังมีข้อเรียกร้องจากสังคมว่าองค์กรของรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการนั้นยังขาดความเชื่อมโยงกับประชาชนหรือมีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนในลักษณะที่น้อยจนเกินไป แม้กระทั่งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะได้กำหนดให้การคัดเลือก และการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกระทำโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) ซึ่งมีองค์ประกอบจากผู้แทนที่มาจาก การคัดเลือกของวุฒิสภา และมาจากการคัดเลือกของคณะรัฐมนตรี ตลอดจนกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่ง ซึ่งถือว่าผ่านความเห็นชอบจากองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ตาม แต่หากพิจารณาจากข้อวิจารณ์หรือการแสดงความคิดเห็นของประชาชนยังเห็นว่าองค์กรตุลาการยังแสดงให้เห็นสังคมได้เห็นโดยปราศจากข้อสงสัยไม่ได้ว่าเป็น

องค์กรที่มีความโปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ เช่น การตัดสินใจแบบสองมาตรฐาน หรือการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับทางการเมืองจนถูกมองว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงสังคมโดยระบอบ “ตุลาการภิวัตน์”<sup>4</sup> เป็นต้น นอกจากนี้ยังเห็นว่าในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาองค์กรตุลาการมักจะได้รับคัดเลือกให้เข้าไปดำรงตำแหน่งหรือได้รับการกำหนดให้เข้าไปเป็นกรรมการในส่วนของ การสรรหาบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งที่สำคัญต่างๆ เช่น กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>5</sup> กำหนดให้การสรรหา และการเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กระทำโดยคณะกรรมการสรรหา ซึ่งมีผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ หรือประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นองค์ประกอบในสัดส่วนของคณะกรรมการดังกล่าวด้วยหรือในกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>6</sup> ซึ่งกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงขององค์กรฝ่ายตุลาการเข้าไปเป็นกรรมการในคณะกรรมการสรรหาผู้สมควรได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระต่างๆ เช่น กรรมการการเลือกตั้ง<sup>7</sup> ผู้ตรวจการแผ่นดิน<sup>8</sup> หรือกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ<sup>9</sup> เป็นต้น ซึ่งข้อวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าวอาจจะตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ประชาชนยังไม่เข้าใจถึงภาระหน้าที่ของฝ่ายตุลาการหรืออาจจะเกิดจากการที่ประชาชนมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมหรือมีส่วนร่วมรับรู้ในกระบวนการภายในของศาลทั้งในส่วนของกระบวนการคัดเลือก และแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

นอกจากนี้จากผลของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังส่งผลให้องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยเฉพาะในส่วนของผู้แทนที่มาจาก การคัดเลือกของวุฒิสภา และผู้แทนที่มาจาก การคัดเลือกของ คณะรัฐมนตรี กล่าวคือ ในองค์ประกอบของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของศาลปกครองซึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.)” นั้นในปัจจุบันประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองจำนวนไม่เกิน 2 คน ซึ่งเป็นผู้ที่มาจากการคัดเลือกของ ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง การเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบดังกล่าวหากพิจารณาประกอบกับ

<sup>4</sup> ธนัย เกตวงกต, “บทบาทของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญกับตุลาการภิวัตน์,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2561, จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1477>

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 297.

<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 203 และมาตรา 217.

<sup>7</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 222.

<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 228.

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 232.

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมทั้งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วจะเห็นได้ว่าหลักการในส่วนของกระบวนการสร้างจุดยึดโยงหรือหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองกับประชาชนได้ถูกลดระดับความสำคัญลงไปจากหลักการตามที่กำหนดไว้แต่เดิม

อนึ่ง นอกจากประเด็นตามที่กล่าวมาแล้วในการศึกษาเชิงเปรียบเทียบนั้นผู้เขียนยังต้องการที่จะทำการศึกษาระบบการศึกษาเชิงเปรียบเทียบทั้งในส่วนของคุณค่าพื้นฐานและหลักการที่เกี่ยวข้องกับการจัดแบ่งระบบศาล โครงสร้างภายในของศาลปกครอง ที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง ตลอดจนหลักประกันแห่งความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลปกครองหรือผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครอง เพื่อเปรียบเทียบให้เห็นว่าในการจัดระบบศาลปกครองของไทยเป็นระบบที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของรูปแบบการปกครองของไทยหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าแม้โดยหลักการทั่วไปแต่ละประเทศจะกำหนดรูปแบบ โครงสร้าง หรือกำหนดที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการที่แตกต่างกัน แต่ในส่วนของหลักการสำคัญของการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้นมีหลักการพื้นฐานที่ทุกประเทศจะต้องคำนึงถึง โดยเฉพาะหลักการที่ว่าด้วยการประกันความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ เพียงแต่อาจจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือกระบวนการในเรื่องดังกล่าวที่แตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับบริบทภายในหรือเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ความเป็นมาหรือระบบการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อให้เข้าใจถึงข้อความคิดและหลักการต่างๆ ที่ส่งผลหรือมีอิทธิพลต่อการกำหนดรูปแบบโครงสร้างภายในของศาลปกครอง ที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของประเทศไทย และนอกจากการเปรียบเทียบระหว่างองค์กรศาลปกครองต่างประเทศกับศาลปกครองของไทยแล้ว ผู้เขียนยังต้องการที่จะทำการศึกษารูปแบบการจัดองค์กรของศาลภายในระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรมด้วย โดยเฉพาะในส่วนของการวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ การจัดรูปแบบขององค์กรในการบริหารงานบุคคลของศาล กล่าวคือ ระหว่างคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) และคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) รวมทั้งประเด็นการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกหรือแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการในระบบกฎหมายไทย

จากประเด็นปัญหาตามที่กล่าวมาจึงนำมาสู่การกำหนดหัวข้อวิทยานิพนธ์ เรื่อง การยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนในแนวทางการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย เพื่อทำการศึกษาระบบการศึกษาเชิงเปรียบเทียบระหว่างระบบกฎหมายของต่างประเทศ และระบบกฎหมายภายในของไทยทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ เพื่อนำมาศึกษา วิเคราะห์ และสรุป

แนวทางที่เหมาะสมสำหรับรูปแบบในการกำหนดโครงสร้าง และกระบวนการหรือวิธีการในการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองในระบบกฎหมายไทยต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันความเป็นอิสระ และหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดในการกำหนดโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง

1.2.2 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการจัดวางระบบโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองในระบบศาลคู่ของต่างประเทศ โดยเฉพาะในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของต่างประเทศ ทั้งในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกับประเทศไทย

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางประกอบการพิจารณาสำหรับการจัดระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองในระบบกฎหมายไทย

## 1.3 ขอบเขตและวิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งเน้นทำการศึกษาข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง และข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศไทย โดยศึกษาค้นคว้าเอกสารทั้งในส่วนของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศจากตำรากฎหมาย บทความทางวิชาการ รายงานการวิจัย วารสารที่เกี่ยวข้องในทางกฎหมายมหาชน คำพิพากษาและคำวินิจฉัยของศาล รวมถึงข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงในการกำหนดโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของประเทศไทย ตลอดจนวิเคราะห์กรณีศึกษา และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการในแนวทางดังกล่าว ซึ่งจะนำไปสู่การพิจารณาทบทวน หรือปรับปรุงแนวทางเกี่ยวกับระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองในระบบกฎหมายไทยที่เหมาะสมต่อไป

## 1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.4.1 เพื่อทราบถึงข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการวางหลักประกันความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการศาลปกครองซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

1.4.2 เพื่อทราบถึงเนื้อหาและสาระสำคัญของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโครงสร้าง รูปแบบ และการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง

1.4.3 เพื่อทราบถึงข้อสรุป และผลการวิเคราะห์เกี่ยวกับระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของต่างประเทศ และประเทศไทยในรูปแบบข้อมูลการศึกษาเชิงเปรียบเทียบซึ่งเป็นข้อมูลสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับระบบศาลปกครองในประเทศไทย

1.4.4 เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาทบทวน หรือปรับปรุงแนวทางเกี่ยวกับระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองในระบบกฎหมายไทย



## บทที่ 2

### ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยหลักความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรม ทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ

สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยนั้นองค์กรตุลาการถือเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากองค์กรตุลาการมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย โดยนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดในคดีที่เอกชนเป็นคู่พิพาทกันเองแล้ว ฝ่ายตุลาการยังเข้ามามีบทบาทในการถ่วงดุลองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และองค์กรฝ่ายบริหารอีกด้วย กล่าวคือ มีอำนาจหน้าที่ควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รวมถึงการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหาร เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามอำเภอใจอันอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากสาระสำคัญดังกล่าวจึงจำเป็นที่จะต้องมีการในการคุ้มครองการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการให้เป็นไปโดยอิสระทั้งในส่วนของความเป็นอิสระจากการแทรกแซงขององค์กรอื่น ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว และความเป็นอิสระในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาหรือตุลาการ อย่างไรก็ตามนอกจากหลักที่ว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการดังกล่าวแล้วในรัฐเสรีประชาธิปไตยหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยก็ถือว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน เนื่องจากการปกครองในระบอบดังกล่าวได้พยายามเรียกร้องให้องค์กรของรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนจำเป็นต้องมีจุดยึดโยงหรือเชื่อมโยงกลับไปยังประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเพื่อสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์ ตามหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย<sup>1</sup> ตลอดจนเรียกร้องให้องค์กรที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรงเป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าไปใช้อำนาจองค์กรของรัฐองค์กรอื่นๆ ได้ ดังนั้น ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ลักษณะและองค์ประกอบของฝ่ายตุลาการ ตลอดจนสาระสำคัญและขอบเขตของหลักประกันความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ รวมทั้งการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยซึ่งมีอิทธิพลต่อกระบวนการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครอง

<sup>1</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น. 22.

## 2.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรตุลาการ

### 2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจถือเป็นหลักสำคัญในลัทธิประชาธิปไตยเนื่องจากเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนพลเมืองมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดมีอำนาจสิทธิ์ขาดแต่ผู้เดียวทั้งหมด แต่ให้เมืองค์กรหรือสถาบันที่จะใช้อำนาจแต่ละส่วนไว้เพื่อให้คอยคานอำนาจกัน หลักการแบ่งแยกอำนาจได้ก่อกำเนิดขึ้นตั้งแต่สมัยโบราณ โดยนักปราชญ์ในยุคนั้นได้อธิบายถึงสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวอย่างหลากหลาย เช่น อริสโตเติล (Aristotle) นักปราชญ์ชาวกรีกได้อธิบายไว้ในหนังสือที่ชื่อว่า “Politics” โดยจำแนกองค์ประกอบของรัฐออกเป็นสามส่วนคือ ส่วนที่มีหน้าที่ประชุมปรึกษาในเรื่องการเมืองของรัฐ ส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐ และส่วนที่มีอำนาจในทางตุลาการ หรือ จอห์น ล็อก (John Locke) นักปราชญ์ชาวอังกฤษก็ได้จำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐออกเป็น 3 ส่วนเช่นเดียวกัน โดยเขาได้อธิบายไว้ในหนังสือชื่อ “Second Treatise of Civil Government” (ค.ศ. 1690) ว่าอำนาจหน้าที่พื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการแรกในการปกครองก็คือ การบัญญัติกฎหมาย (Legislation) ประการที่สอง คือ อำนาจบริหาร ซึ่งหมายความถึง อำนาจในการใช้กฎหมายบังคับ และประการสุดท้าย คือ อำนาจในการทำสงครามและสันติภาพ การทำความสัมพันธ์ทางพันธมิตรกับต่างประเทศ<sup>2</sup>

หากกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจผู้ซึ่งเป็นต้นคิดและอธิบายไว้อย่างละเอียดและชัดเจนที่สุด คือ มองเตสกีเออ (Montesquieu) นักปราชญ์ทางนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส มองเตสกีเออ ได้อธิบายหลักการดังกล่าวไว้ในหนังสือชื่อว่า “ว่าด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย” (L’Esprit des Lois) ในขณะที่ใช้ชีวิตอยู่ในประเทศอังกฤษ เมื่อ ค.ศ. 1748 เขาได้อธิบายไว้ในบทที่ 6 ของบรรพที่ 11 ว่าด้วยรัฐธรรมนูญอังกฤษว่า “ในแต่ละรัฐมีอำนาจอยู่ 3 อย่างด้วยกัน คือ อำนาจนิติบัญญัติ (legislative power) อำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับสิ่งที่อยู่ใต้บังคับกฎหมายมหาชน (the law of nations) และอำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับสิ่งที่อยู่ใต้บังคับกฎหมายแพ่ง (the civil law)”<sup>3</sup> นอกจากนี้แนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ส่วนดังกล่าวแล้วมองเตสกีเออยังเห็นว่าควรจะต้องมีการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกันด้วยภายใต้หลักการคานและดุลอำนาจ

<sup>2</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น. 8.

<sup>3</sup> Armin Uhler, Review of Administrative Acts, (Chicago: Callaghan & Company, 1942), p. 6.

ระหว่างกัน (check and balance) เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ<sup>4</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากมองเตสกิเออ เห็นว่า “เมื่อใดอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนคนเดียวหรือองค์กรเจ้าหน้าที่เดียวกัน อิสระภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะจะเกิดความหวาดกลัว เนื่องจากกษัตริย์หรือสภาเดียวกันอาจบัญญัติกฎหมายแบบทรราชย์ ... เช่นเดียวกันอิสรภาพจะไม่มีอยู่ ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและบริหาร หากรวมอยู่กับนิติบัญญัติ ชีวิตและอิสรภาพของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบผลการเพราะตุลาการอาจประพฤติด้วยวิธีรุนแรงและกดขี่ ... ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งอวสาน ถ้าหากคนหรือองค์กรเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็ชนชั้นสูงหรือประชาชนจะใช้ อำนาจทั้งสามเหล่านี้ คือ อำนาจบัญญัติกฎหมาย อำนาจบริหารนโยบายสาธารณะ และอำนาจพิจารณาคดีของบุคคล”<sup>5</sup> อย่างไรก็ตามในส่วนของอำนาจตุลาการนั้นแม้มองเตสกิเออเห็นว่าควรที่จะต้องมีการแยกออกมาจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารก็ตาม แต่เขาก็มิได้เสนอให้แยกเป็นลักษณะขององค์กรใช้อำนาจตุลาการโดยเฉพาะเท่านั้นแนวคิดดังกล่าวจึงได้สะท้อนให้เห็นว่าเขามองอำนาจในการตัดสินคดีเป็นการเกิดขึ้นเพียงชั่วคราวเช่นเดียวกับระบบลูกขุนของประเทศอังกฤษเท่านั้น ดังที่มองเตสกิเออได้กล่าวว่า “อำนาจตัดสินคดีนี้ไม่ควรมอบให้แก่คณะบุคคลใดเป็นการถาวร แต่ควรให้ใช้อำนาจนี้โดยผ่านกลุ่มบุคคลที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนในช่วงระยะเวลาหนึ่งของรอบปีตามรูปแบบที่กำหนดโดยกฎหมาย เพื่อประกอบเข้ากันเป็นศาลซึ่งตั้งอยู่เพียงความจำเป็นเรียกร้องเท่านั้น”<sup>6</sup>

จากสาระสำคัญตามที่กล่าวมาจึงทำให้เห็นได้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นแนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรให้เป็นไปโดยมิชอบเขตจำกัดเพื่อเป็นการป้องกันมิให้บุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจมากกว่าหนึ่งอำนาจ เป็นการถ่วงดุลอำนาจและยับยั้งอำนาจขององค์กรอื่น แนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจนั้นจะมีได้แต่เฉพาะในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ส่วนในประเทศที่ปกครองในระบอบเผด็จการ หรือสังคมนิยม หรือคอมมิวนิสต์ อำนาจทั้งสามจะถูกรวบให้เป็นอำนาจเดียว แต่อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นแต่ละฝ่ายนั้นมีได้หมายความว่าอำนาจที่ถูกแบ่งแยกเป็นแต่ละฝ่ายจะต้องมีองค์กรรองรับการใช้อำนาจที่มีอำนาจเท่าเทียมกันแต่ประการใด จึงเป็นไปได้ที่ว่าองค์กรหนึ่งอาจมีอำนาจเหนือ

<sup>4</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 94.

<sup>5</sup> มองเตสกิเออ, เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย, แปลและเรียบเรียงโดย วิภาวรรณ ตูยานนท์, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), น. 44.

<sup>6</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 96.

องค์กรหนึ่ง เพียงแต่มิใช่การให้อำนาจที่เหนือกว่านั้นเป็นไปอย่างเด็ดขาดและเพื่อสร้างความสามารถในการตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and Balance) จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดมาตรการที่เป็นหลักประกันการใช้อำนาจระหว่างกันอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจตุลาการนั้นควรเป็นอำนาจที่มีอิสระและจะไปอยู่ร่วมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้โดยเด็ดขาด<sup>7</sup> อย่างไรก็ตามแม้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจจะเรียกร้องให้มีการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐประเภทต่างๆ ออกจากกัน แต่หลักการดังกล่าวก็มีได้เรียกร้องให้องค์กรของรัฐแต่ละประเภทจำเป็นต้องมีเพียงองค์กรเดียวไม่ เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกกันได้ แต่อาจแยกออกใช้เป็นส่วนๆ ได้<sup>8</sup> เช่น องค์กรตุลาการ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรตุลาการเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีประเภทต่างๆ หลายองค์กรก็ได้ โดยให้เขตอำนาจขององค์กรตุลาการแต่ละองค์กรเป็นไปตามประเภทของคดี เช่น ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีศาลถึง 3 ประเภท คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsgericht) ศาลยุติธรรม (Ordentliche Gerichte) และศาลชำนาญพิเศษ (Besondere Gerichte) ซึ่งประกอบด้วย ศาลภาษี ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลปกครอง โดยศาลทั้งสามประเภทดังกล่าวต่างก็มีลำดับชั้นภายในของศาลแต่ละประเภทที่แตกต่างกันไป<sup>9</sup> เป็นต้น

โดยสรุปจึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกันเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึง

<sup>7</sup> ภูมิ มูลศิลป์, ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2559), น. 15-16.

<sup>8</sup> ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 8.

<sup>9</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” ใน หนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: พี. เค. พรินต์ติ้งเฮ้าส์, 2531), น. 178-194.

การอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ<sup>10</sup> ซึ่งเป็นเทคนิคหรือวิธีการที่จะทำให้หลักนิติรัฐหรือหลักการปกครองโดยกฎหมายเกิดผลเป็นจริงขึ้นได้ในทางปฏิบัติ<sup>11</sup>

### 2.1.2 ลักษณะและองค์ประกอบโดยทั่วไปขององค์กรตุลาการ

องค์กรตุลาการถือเป็นผู้ที่มีหน้าที่สำคัญในกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมทั้งที่เป็นข้อพิพาทในทางแพ่งและในทางอาญา อย่างไรก็ตาม แม้ในบางกรณีบางองค์กรอาจมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเช่นเดียวกับองค์กรตุลาการ แต่หากพิจารณาโดยละเอียดองค์กรดังกล่าวอาจไม่มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการก็ได้ การพิจารณาว่าองค์กรใดมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่นั้นจึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์และองค์ประกอบต่างๆ ใน 4 ประการ<sup>12</sup> ดังต่อไปนี้

(1) เกณฑ์จากความในทางกฎหมาย โดยพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายหรือพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่ามีการระบุหรือไม่ว่าองค์กรนั้นมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ หากมีการระบุไว้ก็ถือว่าครบเกณฑ์จากความในทางกฎหมาย เช่น ตามรัฐธรรมนูญระบุไว้อย่างชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการ

(2) เกณฑ์ของความเป็นอิสระของผู้พิพากษา คือ ในการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผู้พิพากษาจะต้องมีดุลพินิจโดยอิสระที่จะตัดสินคดีไปตามตัวบทกฎหมายโดยไม่ต้องเกรงกลัวต่ออำนาจหรืออิทธิพลใดๆ กล่าวคือ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการมีความเป็นอิสระปราศจากการครอบงำหรืออยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรใด

(3) เกณฑ์ของการผูกพันต่อกฎหมาย กล่าวคือ ในการที่ศาลจะตัดสินชี้ขาดคดีหรือข้อพิพาทใดๆ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตัดสินบนพื้นฐานของข้อกฎหมายที่กำหนดเอาไว้ การตัดสินคดีจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายมารองรับ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้การตัดสินอยู่บนพื้นฐานของการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หลักเกณฑ์ในข้อนี้ยังรวมถึงการอธิบายอำนาจของศาลในการตีความกฎหมายได้ด้วย เพราะการตีความกฎหมายนั้นเป็นการให้ความหมายต่อถ้อยคำในกฎหมายว่ามีความหมายในลักษณะเช่นใดและความหมายที่เห็นเองที่เป็นกฎเกณฑ์ที่แท้จริงของกฎหมาย

<sup>10</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 24.

<sup>11</sup> อุดม รัฐอมฤต, *ตำราหลักสูตรการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสำหรับนักบริหารระดับสูง กลุ่มวิชาที่ 8: การพัฒนาการเมืองไทย*, (นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า, 2552), น. 17-18.

<sup>12</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 27-28.

(4) เกณฑ์ในการจำกัดตนเองของศาล กล่าวคือ การจะริเริ่มกระทำการขององค์กรตุลาการจะเริ่มได้ก็ต่อเมื่อมีการเสนอเรื่องมายังศาล หากไม่มีการกระทำในลักษณะดังกล่าว ศาลเองก็ยังไม่มียอำนาจแต่อย่างใด การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนการพิจารณาคำฟ้อง คำให้การ การสืบพยานหลักฐาน การออกคำสั่งหรือคำพิพากษาคัดสินคดีจะต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา หลักการในลักษณะเช่นนี้ทำให้เห็นได้ว่าการกระทำขององค์กรศาลมีลักษณะที่แตกต่างไปจากการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรนิติบัญญัติสามารถที่จะเป็นผู้ริเริ่มในการกระทำการได้ด้วยตนเอง

ดังนั้น องค์กรใดจะมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่จึงจำต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ตามที่กล่าวมาทั้ง 4 ประการ หากขาดองค์ประกอบในข้อใดข้อหนึ่งแล้วองค์กรดังกล่าวย่อมไม่มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ และไม่อาจใช้อำนาจรัฐในทางตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย

### 2.1.3 การจัดแบ่งประเภทของผู้พิพากษาหรือตุลาการ

จากการศึกษาพบว่าในแต่ละประเทศมีการจัดแบ่งประเภทของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่แตกต่างกันไป เช่น ในกรณีของประเทศอังกฤษแบ่งแยกผู้พิพากษาออกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้พิพากษาอาชีพ (Professional Judges) และผู้พิพากษาสมทบ (Lay Magistrate) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจัดแบ่งประเภทของผู้พิพากษาออกเป็น 4 ประเภท ประกอบด้วย ผู้พิพากษาอาชีพ (Richter auf Lebenszeit) ผู้พิพากษาที่ได้รับเชิญ (nebenamtliche Richter) ผู้พิพากษาฝึกงาน (Richter auf Probe) และผู้พิพากษากิตติมศักดิ์ (Ehrenamtliche Richter) หรือผู้พิพากษาสมทบ<sup>13</sup> ทั้งนี้ โดยมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับการจัดวางระบบศาล แนวคิดในการสร้างกระบวนการการมีส่วนร่วมของสังคม ตลอดจนวัตถุประสงค์ในการสร้างความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาหรือตุลาการในคดีแต่ละประเภท อย่างไรก็ตามหากพิจารณาโดยละเอียดแล้วเห็นได้ว่าการจัดแบ่งประเภทของผู้พิพากษาหรือตุลาการในประเทศต่างๆ นั้นส่วนใหญ่แบ่งแยกผู้พิพากษาหรือตุลาการออกเป็น 2 ประเภท คือ ผู้พิพากษาอาชีพ และผู้พิพากษาสมทบ

#### 2.1.3.1 ผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพ

ผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพ ได้แก่ ผู้พิพากษาหรือตุลาการทั่วไปในระบบกฎหมายซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านนิติศาสตร์โดยตรง โดยปกติจะเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาทางด้านกฎหมายจากมหาวิทยาลัยและเนติบัณฑิต ผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพโดยทั่วไป

<sup>13</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 31.

จะปฏิบัติหน้าที่เต็มเวลา (full-time) และจะได้รับการประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ที่สูง โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตและมีขึ้นเงินเดือนที่แน่นอน<sup>14</sup> อย่างไรก็ตามแม้ในการกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยทั่วไปจำเป็นจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ในด้านกฎหมายโดยตรงก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงการกำหนดที่มาของแต่ละประเทศ จะพบว่ามีข้อกำหนดคุณสมบัติที่แตกต่างกันไป เช่น ในประเทศอังกฤษ เปิดโอกาสให้ทนายความของรัฐ (Barrister) หรือทนายความว่าความของเอกชน (Solicitor) สามารถเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาได้เนื่องจากถือว่าเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในวิชาชีพด้านกฎหมายโดยตรง ในขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กำหนดคุณสมบัติของผู้พิพากษาอาชีพไว้ว่าจำเป็นต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์ และสอบได้เนติบัณฑิตชั้นที่ 2 เป็นต้น

### 2.1.3.2 ผู้พิพากษาหรือตุลาการสมทบ

ระบบผู้พิพากษาสมทบเป็นระบบที่เปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปเข้าร่วมใช้อำนาจตุลาการโดยตรง โดยผู้พิพากษาสมทบไม่จำเป็นต้องผ่านการศึกษอบรมอย่างนักกฎหมาย แต่เป็นผู้ที่มีความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ที่จำเป็นแก่การพิจารณาคดี ในบางกรณีผู้พิพากษาสมทบบมีอำนาจในการพิจารณาคดีและออกเสียง (Vote) ได้เช่นเดียวกับผู้พิพากษาอาชีพ กล่าวคือ มีอำนาจในการตัดสินใจร่วมกับผู้พิพากษาในข้อเท็จจริงในสถานการณ์แห่งคดี รวมถึงการปรับใช้กฎหมายด้วย ระบบผู้พิพากษาสมทบเกิดขึ้นมาจากแนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ดังนั้น การใช้อำนาจตุลาการโดยประชาชนจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะแสดงออกถึงลักษณะสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>15</sup> จากการศึกษาพบว่าผู้พิพากษาสมทบอาจแบ่งแยกออกเป็นสามประเภทตามวัตถุประสงค์ของการมีส่วนร่วมในคดี ดังนี้<sup>16</sup>

(1) **ผู้เชี่ยวชาญ (expert judges)** ผู้พิพากษาสมทบประเภทนี้เป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านใดด้านหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีซึ่งเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เกิดความเป็นธรรมสูงสุด เนื่องจากข้อจำกัดของผู้พิพากษาอาชีพซึ่งไม่สามารถที่จะมีความเชี่ยวชาญได้ในทุกเรื่อง ในคดีบางประเภทกฎหมายก็ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาสมทบซึ่งมีความ

<sup>14</sup> ศีระ ขวัญสุวรรณ, “การได้มาซึ่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม: ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 46.

<sup>15</sup> น้ำแท้ มีบุญสร้าง, “การใช้อำนาจตุลาการโดยประชาชน,” *อุทธรณ์*, น. 50 (กันยายน-ตุลาคม 2552).

<sup>16</sup> ศีระ ขวัญสุวรรณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 47.

เชี่ยวชาญเฉพาะเข้าร่วมในการพิจารณาคดีด้วย เช่น คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เป็นต้น

(2) **ผู้แทนกลุ่มผลประโยชน์ (representative judges)** นอกจากความเชี่ยวชาญเฉพาะแล้วผู้พิพากษาสมทบอาจเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาในฐานะตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์หรือคู่ความด้วย โดยทั่วไปกฎหมายจะกำหนดให้ผู้พิพากษาสมทบของคู่ความแต่ละฝ่ายมีจำนวนเท่ากันและมีผู้พิพากษาอาชีพทำหน้าที่คนกลางอีกจำนวนหนึ่ง ผู้พิพากษาสมทบประเภทนี้อาจพบได้ในคดีบางประเภท เช่น คดีแรงงานซึ่งกำหนดให้มีผู้พิพากษาสมทบฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างร่วมพิจารณาคดี เป็นต้น

(3) **ผู้แทนประชาชนในพื้นที่ (community judges)** เป็นผู้พิพากษาที่มาจากประชาชนในเขตพื้นที่ศาล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรศาลสังคมและประชาชนเข้าด้วยกัน เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่องค์กรตุลาการ

## 2.2 หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

จากการที่องค์กรตุลาการเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารตามหลักการการแบ่งแยกอำนาจ อธิปไตย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการจะต้องมีหลักประกันในการคุ้มครองโดยเฉพาะการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นไปโดยอิสระ ปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากองค์กรหรือบุคคลภายนอกซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าหลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญสำหรับการจัดองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ เพราะถือว่าเป็นหลักการสำคัญมิติหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐ และเป็นหลักประกันซึ่งสิทธิมนุษยชน หลักความเป็นอิสระมีขึ้นเพื่อให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการสามารถตัดสินใจคดีตามกฎหมายได้โดยอิสระ ทั้งความเป็นอิสระจากองค์กรนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร และความเป็นอิสระจากผู้พิพากษาหรือตุลาการด้วยกันเอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าในระหว่างข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นจากเอกชนด้วยกันเองจะได้รับการตัดสินอย่างเที่ยงธรรม และสิทธิเสรีภาพของเอกชนจะไม่ถูกรัฐล่วงละเมิดโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วยการให้



องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างถูกต้องเป็นธรรม<sup>17</sup>

### 2.2.1 หลักการพื้นฐานขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ (United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary)

ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นถึงแม้หลักการดังกล่าวจะได้รับการยอมรับในหลายๆ ประเทศก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าแต่ละประเทศก็มีการกำหนดหลักการในการให้ความคุ้มครองในลักษณะที่แตกต่างกันไป บางประเทศให้ความคุ้มครองความเป็นอิสระในหลายประการในขณะที่บางประเทศให้ความคุ้มครองเฉพาะในกรณี que เห็นว่าจำเป็นเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้การกำหนดหลักการดังกล่าวสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน สหประชาชาติจึงได้กำหนดหลักการพื้นฐานว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการขึ้น ซึ่งต่อมาได้รับการรับรองโดยที่ประชุมของสหประชาชาติ ครั้งที่ 7 ว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด ณ เมืองมิลาน ระหว่างวันที่ 26 สิงหาคม – 6 กันยายน 2528 และได้รับการรับรองโดยมติที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ 40/32 เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2528 ทั้งนี้ โดยมีหลักการสำคัญ ในหลายประการ ดังนี้<sup>18</sup>

(1) ความเป็นอิสระของศาลจะต้องได้รับการประกันโดยรัฐ และจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของประเทศนั้นๆ บุคคลหรือองค์กรใดจะเข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงมิได้ ทุกฝ่ายจะต้องให้การยอมรับและเคารพต่อหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ

(2) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ได้รับการรับรองจากรัฐในการกำหนดให้ผู้พิพากษาหรือศาลซึ่งตั้งขึ้นโดยกฎหมายเป็นอำนาจในการพิจารณาคดีแต่เพียงผู้เดียว และจะไม่มีการเข้ามาแทรกแซงใดๆ

(3) หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจะต้องได้รับการยอมรับโดยรัฐ และคู่ความอย่างแท้จริง และมีการปฏิบัติเพื่อให้ได้ผลอย่างจริงจัง

<sup>17</sup> ณรงค์เดช สรุโฆษิต, “การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2561, จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1976>

<sup>18</sup> ภูมิ มูลศิลป์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 34-39.

(4) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องได้รับการรับรองในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในความเชื่อ การคบหาสมาคมและการชุมนุม อย่างไรก็ตามในการใช้สิทธิดังกล่าวนี้ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องดำรงตนอยู่เสมอในทางที่จะรักษาเกียรติภูมิของศาล ความยุติธรรมและความเป็นอิสระของศาลตามธรรมเนียมประเพณีทางศาล

(5) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องได้รับการรับรองในเรื่องคุณสมบัติ และการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงโดยไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออาณัติของผู้ใด

(6) วาระการดำรงตำแหน่ง ความเป็นอิสระ ความมั่นคง ค่าตอบแทนเงื่อนไขของการปฏิบัติงาน บำเหน็จบำนาญ และกำหนดเวลาเกษียณอายุของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย

(7) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะได้รับการรับรองจากรัฐในเรื่องอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายในการตัดสินคดีในศาลโดยการจ่ายสำนวนจากผู้บริหารศาล ซึ่งมีหลักการว่าในการจ่ายสำนวนแก่ผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้น จะต้องมีการจ่ายสำนวนด้วยความเป็นธรรม

(8) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องได้รับการรับรองจากรัฐเรื่องการคุ้มครองในการพิจารณา ความปลอดภัยและความลับในวิชาชีพ ซึ่งมีหลักการว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการต้องรักษาความลับของทางราชการเพื่อมิให้บุคคลภายนอกล่วงรู้อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการของศาลได้

(9) ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะต้องได้รับการรับรองจากรัฐในเรื่องระเบียบวินัยและการลงโทษผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งมีหลักการว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องกระทำโดยปราศจากความหวั่นเกรงว่าจะได้รับผลร้ายในภายหลัง อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาหรือตุลาการ

## 2.2.2 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในประเทศไทย

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในประเทศไทยนั้น แม้โดยทั่วไปจะไม่มีเจตนาความหมายของถ้อยคำดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแต่จากการศึกษาพบว่า มีนักนิติศาสตร์ไทยหลายท่านได้ให้ความหมายและอธิบายถึงสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวดังต่อไปนี้

พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์<sup>19</sup> ได้อธิบายว่า หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หรือตุลาการซึ่งกำหนดเป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นความประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้เป็นหลักประกันเสรีภาพของบุคคล และเป็นหลักประกันที่แน่นอนว่าพระมหากษัตริย์ หรือรัฐบาลจะตั้งศาลเตี้ยชำระความไม่ได้ ศาลใดๆ จะตั้งขึ้นก็แต่โดยพระราชบัญญัติและเมื่อคดี มาสู่ศาลแล้วผู้พิพากษาย่อมมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยนั้นๆ ได้ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญบัญญัติ ให้การแต่งตั้งโยกย้ายและถอดถอนผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการ ก่อนนั้นเป็นหลักประกันอย่างดีของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาคดีให้เป็นไปโดยอิสระอย่างเต็มที่ไม่ต้อง เกรงกลัวอิทธิพลใดๆ จากฝ่ายบริหาร และความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจะดำรงอยู่ได้ก็ต้องมีการ แบ่งแยกหน้าที่ตุลาการให้เสร็จเด็ดขาดไปจากฝ่ายบริหารมิให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามา ก้าวก่ายใช้อำนาจเหนือฝ่ายตุลาการโดยตรงหรือโดยปริยาย

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์<sup>20</sup> อธิบายว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หมายความว่าไม่มีความลำเอียงเพราะการแทรกแซงโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางการเมืองซึ่งเป็นหลักที่รัฐธรรมนูญ ทุกฉบับบัญญัติว่าผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งมีความสำคัญ 2 ประการ คือ ผู้พิพากษามีไม่มีความอิสระในการอื่นนอกจากการพิจารณาพิพากษาคดี แต่มีความเป็นอิสระโดยจำกัดเฉพาะในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น และมีไม่มีความเป็นอิสระ ในการพิจารณาพิพากษาคดีตามใจชอบไม่มีขอบเขตจำกัดแต่ต้องพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตาม กฎหมาย เช่น ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยรับฟังพยานหลักฐานนอกสำนวนไม่ได้ เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร<sup>21</sup> อธิบายว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแบ่ง ออกได้เป็น 2 ประการ คือ

(1) ความเป็นอิสระในเนื้อหา หมายความว่า ในการทำหน้าที่ในทางอรรถคดีของ ผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการไม่อยู่ในอาณัติของบุคคลหรือองค์กรใด คำสั่งและ คำแนะนำต่างๆ เป็นสิ่งที่ต้องห้ามโดยสิ้นเชิง

<sup>19</sup> พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา,” บทบัณฑิตย, เล่มที่ 27, ตอนที่ 1, น. 18-19 (2513).

<sup>20</sup> จิตติ ติงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 134.

<sup>21</sup> คณิต ฦ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร: เนติธรรม, 2528), น. 49.

(2) ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายความว่า ในการทำหน้าที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องกระทำโดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือถูกกลั่นแกล้งภายหลัง และความเป็นอิสระในทางส่วนตัวย่อมเป็นข้อเสริมความสมบูรณ์ของความเป็นอิสระในเนื้อหาของผู้พิพากษาและตุลาการ ซึ่งหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ<sup>22</sup> อธิบายว่า หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งแยกออกได้เป็น 3 ประการ คือ

(1) ความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ ซึ่งให้ความคุ้มครองการทำภาระหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งหลาย และมีใช้การคุ้มครองเฉพาะต่อการแทรกแซงจากองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยอื่นเท่านั้น หากแต่ยังคุ้มครองผู้พิพากษาจากการแทรกแซงโดยทางอ้อมด้วย ซึ่งอาจมีผลต่อการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา

(2) ความเป็นอิสระในทางองค์กร หมายความว่า อำนาจตุลาการ ศาล หรือผู้พิพากษาจะต้องไม่อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะโดยในข้อเท็จจริงหรือในทางกฎหมายก็ตาม

(3) ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคล หมายความว่า โดยหลักการแล้วการถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษาเว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล

ศาสตราจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ<sup>23</sup> อธิบายว่า หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ ความเป็นอิสระในส่วนบุคคลและความเป็นอิสระในภาระหน้าที่ ความเป็นอิสระในส่วนบุคคลมีสาระสำคัญในการคุ้มครองผู้พิพากษามีให้ถูกพิจารณาโยกย้ายหรือถอดถอนออกจากตำแหน่ง ส่วนความเป็นอิสระในภาระหน้าที่ หมายถึง ในการพิจารณาพิพากษารรคดีผู้พิพากษาจะต้องยึดถือกฎหมายและมโนธรรมสำนึกเป็นหลัก และห้ามมีการแทรกแซงจากองค์กรอื่นๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น

<sup>22</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 31-32.

<sup>23</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน”, *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น. 367-368 (กันยายน 2537).

ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์<sup>24</sup> อธิบายว่า เหตุผลที่จะต้องมีการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาก็เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการนั้นผู้พิพากษาต้องผูกพันกับกฎหมาย การดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจึงไม่อาจดำเนินการโดยขัดต่อกฎหมายได้ กฎหมายในความหมายดังกล่าวรวมถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองในเวลาที่มีการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตามหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการตามที่กล่าวมานั้นหมายความแต่เพียงว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องปลอดจากการแทรกแซงในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม แต่ไม่ได้หมายความว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการจะสามารถดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างไรก็ได้

กล่าวโดยสรุป หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการมีขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองแก่การทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษารรคดีของผู้พิพากษาหรือตุลาการให้เป็นไปโดยอิสระโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจหรืออยู่ภายใต้อำนาจการสั่งการจากองค์กรหรือบุคคลภายนอก ทั้งนี้ เพื่อให้การทำหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการเป็นไปโดยชอบธรรมภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นหลักประกันสำคัญในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักการการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย

### 2.3 หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ

ประชาธิปไตย คือ การปกครองโดยประชาชน<sup>25</sup> เป็นหลักการที่ยอมรับนับถือให้การปกครองเป็นไปโดยเจตนารมณ์ของประชาชน กล่าวคือ เป็นระบบการปกครองชนิดหนึ่งซึ่งการปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง การปกครองแบบประชาธิปไตยจึงหมายถึงการปกครองตนเองของผู้ที่อยู่ใต้การปกครองหรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองในขณะเดียวกัน โดยมีรากฐานอยู่บนความคิด

<sup>24</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 179.

<sup>25</sup> หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), น. 39.

ของเสรีภาพ (liberty) และความเสมอภาค (equality)<sup>26</sup> หลักประชาธิปไตยมีสาระสำคัญใน 4 ประการ<sup>27</sup> ดังต่อไปนี้

(1) **หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน** จากสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตยซึ่งให้การยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังนั้นจึงส่งผลให้อำนาจอรัฐทั้งหลายมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้ใช้อำนาจอรัฐโดยตรงในการเลือกตั้ง และเป็นผู้ใช้อำนาจอรัฐในทางอ้อมผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ อำนาจอรัฐในที่นี้หมายถึงอำนาจในการปกครองของรัฐซึ่งเป็นอำนาจดั้งเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองของรัฐที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้อำนาจอรัฐจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งสำหรับการมีอยู่ของรัฐนอกเหนือจากอาณาเขตของรัฐและพลเมืองของรัฐซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นรัฐ

(2) **หลักประชาธิปไตยแบบเสรี** หมายความว่า เป็นสังคมที่ยอมรับความหลากหลายทางความคิดต่อการนำเสนอเพื่อแก้ไขปัญหาใดปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นในสังคม เพื่อให้ได้ข้อสรุปที่สังคมยอมรับ ลักษณะสำคัญของสังคมแบบประชาธิปไตยแบบเสรีจึงเป็นสังคมที่ต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น รับรองเสรีภาพในการชุมนุม รับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือกลุ่มบุคคล และโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องรับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน

(3) **หลักเสียงข้างมาก** หลักเสียงข้างมากถือเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจในระบอบประชาธิปไตย ระบบการสร้างเจตจำนงของรัฐโดยวิธีการประชาธิปไตยจึงจำเป็นต้องอาศัยพื้นฐานของเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์ของเสียงข้างมากนั้นนำมาใช้ในการเลือกตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน รวมทั้งนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการลงมติของรัฐสภาด้วย อย่างไรก็ตามในการใช้หลักเสียงข้างมากในระบอบประชาธิปไตยนั้นจะต้องมีหลักประกันที่ให้ความคุ้มครองแก่เสียงข้างน้อยด้วย ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้หลักเสียงส่วนใหญ่ข่มเหงเสียงส่วนน้อยหรือดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ของฝ่ายเสียงข้างมากแต่เพียงอย่างเดียว

(4) **หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน** โดยที่ระบบประชาธิปไตยโดยตรงไม่สามารถที่จะนำมาใช้ในสังคมยุคปัจจุบันได้เนื่องจากมีข้อจำกัดในหลายประการ ดังนั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตยในยุคปัจจุบันจึงเป็นการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

<sup>26</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น. 82.

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 20-22.

ซึ่งอาจจะเป็นประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภาหรือระบบประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี

หากพิจารณาถึงสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนจะพบว่าประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภาถือว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากกว่าองค์กรอื่นๆ เนื่องจากเป็นองค์กรที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนโดยตรง จากสาระสำคัญดังกล่าว จึงก่อให้เกิดหลักการสำคัญใน 2 ประการ คือ

(1) **หลักเจือปนของรัฐบาล** หลักดังกล่าวมีสาระสำคัญว่าในการกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาต่างๆ ที่สำคัญจะต้องได้รับการกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา โดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจในการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นได้ เช่น การออกกฎหมายที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารไปเป็นผู้กำหนดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของบุคคลได้ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดหลักการสำคัญด้วยตนเอง เว้นแต่เป็นเรื่องรายละเอียดต่างๆ ที่อาจมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ดำเนินการแทน

(2) **หลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย** หลักการดังกล่าวมิได้มีความมุ่งหมายแต่เพียงว่าในการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะต้องถูกใช้เพื่อประชาชนและเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้นแต่ยังมีความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่างๆ นั้นจะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชนด้วย ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้นๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่นหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ

### 2.3.1 สาระสำคัญของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยนั้นมีผลมาจากข้อความคิดพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย โดยถือว่าประชาชนนั้นไม่เพียงแต่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐในความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนแต่ยังมีความหมายว่าการใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ นั้นจะต้องมีพื้นฐานมาจากประชาชนด้วย หลักประชาธิปไตยได้กำหนดให้พื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐจะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชน โดยความสัมพันธ์พื้นฐานเช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจของรัฐขององค์กรนั้นๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่นหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐจึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความเกี่ยวพันต่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายเพื่อเป็นจุดเชื่อมโยงต่อประชาชนอย่างใดก็ตามความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนี้ไม่จำเป็น

ที่จะต้องมีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนทุกกรณี หรือประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจรัฐจะต้องเป็นผู้ใช้อำนาจเองในทุกกรณีโดยเด็ดขาดไม่ เนื่องจากในรัฐสมัยใหม่ที่ภารกิจของรัฐมีความสลับซับซ้อน และมีปริมาณมหาศาลนั้นย่อมเป็นไปได้ที่จะให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจรัฐทุกคนมาร่วมตัดสินใจกระทำ<sup>28</sup> หรือมิได้หมายความว่าองค์กรของรัฐทุกองค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องได้รับการเลือกตั้งโดยตรงมาจากประชาชนเสมอไป ไม่เพียงแต่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชนหรือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ในกรณีนี้ก็ย่อมถือได้ว่าบุคคลที่ถูกแต่งตั้งนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้ว ประการสำคัญที่จะถือว่ามีความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยโดยไม่ขาดสายนั้นก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยและการแต่งตั้งนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะมิใช่เป็นเพียงการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป<sup>29</sup>

### 2.3.2 ขอบเขตของการใช้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

หลักการสำคัญว่าด้วยความชอบธรรมทางประชาธิปไตยนั้นมีได้มุ่งใช้บังคับเฉพาะกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่มุ่งมีผลบังคับใช้กับองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรด้วย แม้กระทั่งองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการก็มีอาจปฏิเสธหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเพียงเพราะการกล่าวอ้างถึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ เพียงแต่รูปแบบการใช้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรตุลาการจะต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเพราะผู้พิพากษาได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยปราศจากคำสั่งหรือข้อผูกมัดใดๆ ทั้งสิ้น นอกเหนือจากการผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น กล่าวโดยเฉพาะคือการอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในกรณีของอำนาจตุลาการไม่อาจนำมาใช้ในขอบเขตของการทำหน้าที่ในทางตุลาการโดยตรงได้ แต่ขอบเขตของหลักการดังกล่าวไม่รวมถึงเรื่องการจัดตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการด้วย ดังนั้น รูปแบบและหลักประกันของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการจึงเรียกร้องให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการ

<sup>28</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น. 209.

<sup>29</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทย โดยอาศัยพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 28, น. 484-485 (กันยายน 2541).



แต่งตั้งตุลาการด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการ<sup>30</sup>

## 2.4 รูปแบบและวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการ

รูปแบบและวิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาและตุลาการนั้นมีหลายวิธีการจากการศึกษาพบว่าในแต่ละประเทศจะมีการกำหนดรูปแบบและวิธีการที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้ เพื่อสร้างหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการจากการแทรกแซงของอำนาจอื่นผ่านกระบวนการการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการ รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล และ ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์ อธิบายว่าวิธีการในการแต่งตั้งหรือคัดเลือกผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นสามารถจำแนกออกเป็น 5 วิธี<sup>31</sup> ได้แก่ การสืบทอดทางมรดกและการซื้อขายตำแหน่ง การคัดเลือกโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของตุลาการ การเลือกตั้ง การแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร และการแต่งตั้งโดยองค์กรพิเศษซึ่งเป็นวิธีการแต่งตั้งเฉพาะที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเท่านั้น

### 2.4.1 การสืบทอดทางมรดกและการซื้อขายตำแหน่ง

การสืบทอดทางมรดกและการซื้อขายตำแหน่งถือเป็นวิธีการเก่าแก่ที่จะพบได้ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปเท่านั้น เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 การสืบทอดทางมรดกและการซื้อขายตำแหน่งถือว่าเป็นวิธีการที่ทำให้ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระอย่างมากในช่วงเวลานั้น อย่างไรก็ตามในระยะเวลาดต่อมาสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้ยกเลิกวิธีการดังกล่าวไปและในปัจจุบันก็ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดที่นำวิธีการดังกล่าวมาใช้สำหรับการกำหนดที่มาของผู้พิพากษาหรือตุลาการ

### 2.4.2 การคัดเลือกโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของตุลาการ

วิธีการคัดเลือกโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของตุลาการเป็นวิธีการที่กระทำโดยองค์กรตุลาการเองโดยตรง ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นวิธีการสอบคัดเลือก เช่น การบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจของประธานศาลฎีกาในการสั่งบรรจุและแต่งตั้ง โดยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม

<sup>30</sup> เฝิงอ้วง, น. 483-484.

<sup>31</sup> โภคิน พลกุลและชาญชัย แสงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2551), น. 102.

(ก.ต.) เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับกระบวนการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ หรือการคัดเลือกโดยวิธีพิเศษ วิธีการคัดเลือกดังกล่าวเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายในองค์กร บริหารงานบุคคลของฝ่ายตุลาการเองโดยไม่มีองค์กรอื่นเป็นผู้ร่วมพิจารณาในการคัดเลือกด้วย เว้นแต่ ในสัดส่วนผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก จำนวน 2 คน ในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมซึ่งมาจากการ คัดเลือกของวุฒิสภา ในการคัดเลือกผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการด้วยตนเอง เช่นนี้ในระบอบการเมืองที่เป็นประชาธิปไตยแบบตะวันตกถือว่าเป็นวิธีการที่สามารถให้หลักประกัน ความเป็นอิสระได้อย่างดีเยี่ยม ทำให้ผู้พิพากษาและตุลาการเป็นอิสระจากการแทรกแซงทางการเมือง อย่างไรก็ดีตามในระบบดังกล่าวก็อาจมีข้อเสียอยู่บ้าง กล่าวคือ อาจก่อให้เกิดความรู้สึกสูงส่งที่เกินควร ของการเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการ

นอกจากนี้หากพิจารณาถึงหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยตามที่กล่าวมา เห็นว่ารูปแบบการแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเองเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจตุลาการนั้น ถือว่าขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากการ ที่ตัวแทนของฝ่ายตุลาการที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการนั้นมีใช่เป็นการกระทำหน้าที่ในทาง ตุลาการโดยแท้เพราะตัวแทนของฝ่ายตุลาการดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นตัวแทนของอำนาจฝ่ายตุลาการ หากแต่เป็นเพียงการแสดงถึงความเป็นตัวแทนของกลุ่มในทางวิชาชีพเท่านั้น ตัวแทนของฝ่ายตุลาการ จะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อตัวแทนเหล่านั้นได้รับการคัดเลือกมาจากฝ่ายนิติ บัญญัติแต่มีใช้ถูกเลือกโดยตรงมาจากกลุ่มผู้พิพากษาเอง การเลือกตั้งโดยตรงจากกลุ่มผู้พิพากษา เองนั้นสามารถจะอธิบายความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เพียงภายในองค์กรตุลาการด้วย กันเองเท่านั้นแต่มิใช่ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่เนื่องมาจากประชาชน รูปแบบของการ แต่งตั้งตุลาการโดยองค์กรตุลาการที่ถือว่าขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยนอกจากกรณีตามที่ กล่าวมาแล้วยังรวมถึงกรณีที่ตัวแทนของฝ่ายตุลาการซึ่งถูกเลือกมาจากผู้พิพากษาทั้งหลายเป็นองค์กร ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งโดยลำพังหรือร่วมกับองค์กรอื่นที่ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (positive Kooptation) หรือกรณีที่ตัวแทนของฝ่ายตุลาการโดยลำพังหรือร่วมกับองค์กรอื่นที่ขาด ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการในรูปแบบของการใช้ สิทธิในการคัดค้านหรือมีสิทธิที่จะขัดขวางการแต่งตั้งดังกล่าว (negative Kooptation)<sup>32</sup> ด้วย

ส่วนกรณีการแต่งตั้งตุลาการโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการร่วมกับองค์กรอื่นที่มี ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาเช่นเดียวกันว่าการเข้าไปมีส่วนร่วม ในกรณีดังกล่าวนั้นเป็นการเข้าไปในลักษณะใด โดยพิจารณาถึงสิทธิของตัวแทนของฝ่ายตุลาการนั้น

<sup>32</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 29*, น. 485.

ว่ามีสิทธิเพียงใด เช่น สิทธิในการให้ความเห็นชอบ สิทธิในการคัดค้านการแต่งตั้งนั้นๆ หรือความผูกพันขององค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้สิทธิของตัวแทนฝ่ายตุลาการ เป็นต้น หากการแต่งตั้งตุลาการระหว่างองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยกับตัวแทนของฝ่ายตุลาการ องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยไม่อาจตัดสินใจได้โดยลำพังตนเอง แต่ขึ้นอยู่กับมติของตัวแทนของฝ่ายตุลาการด้วย ในกรณีเช่นนี้องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยย่อมสูญเสียความสามารถในการตัดสินใจของตนเองไป การเข้าไปมีส่วนร่วมของตัวแทนของฝ่ายตุลาการในกรณีเช่นนี้จึงขัดกับหลักการดังกล่าว การเข้าไปมีส่วนร่วมของตัวแทนของฝ่ายตุลาการจะไม่ขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อองค์กรเหล่านั้นมีสิทธิเพียงการให้คำปรึกษา แนะนำ หรือมีสิทธิในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้ง แต่สิทธิดังกล่าวไม่ใช่สิทธิในการร่วมตัดสินใจอย่างเท่าเทียมกับองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และไม่ใช้สิทธิที่มีผลผูกพันในทางกฎหมายอย่างเด็ดขาดต่อองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย<sup>33</sup>

### 2.4.3 การเลือกตั้ง

ระบบการเลือกตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นมีหลายวิธีการ จากการศึกษาพบว่ามีวิธีการเลือกตั้งที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่างๆ นิยมนำมาใช้ใน 3 วิธีการ คือ

#### 2.4.3.1 การเลือกตั้งโดยประชาชน

การเลือกตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยประชาชนเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้ภายหลังช่วงการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 และในปัจจุบันมลรัฐบางส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังคงใช้วิธีการดังกล่าวในกระบวนการการได้มาซึ่งผู้พิพากษา ในทางทฤษฎีการเลือกตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการถือว่ามีความเป็นประชาธิปไตยสูงสุดเนื่องจากที่มาของฝ่ายตุลาการมีจุดยึดโยงหรือเชื่อมโยงไปยังประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่ในทางกลับกันวิธีการดังกล่าวกลับกลายเป็นการทำลายความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ทั้งนี้ เพราะในระบบการเลือกตั้งย่อมส่งผลให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการอยู่ภายใต้อิทธิพลของอำนาจการเมืองและพรรคการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในเขตที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นได้รับเลือก อย่างไรก็ตามผู้พิพากษาหรือตุลาการของมลรัฐที่มาจากจากการเลือกตั้งนั้นได้รับการวิจารณ์ว่ามีคุณภาพสู้ผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งมาจากการแต่งตั้งไม่ได้ ดังนั้นในบางรัฐจึงพยายามหาแนวทางในการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยนำระบบการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหารและระบบการเลือกตั้งโดยประชาชนมาผสมผสานกันจนกระทั่งเกิดผลสำเร็จเป็นครั้งแรกในรัฐ Missouri และวิธีการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันดีในระบบที่ชื่อว่า “Missouri Plan”

<sup>33</sup> เฝิงอ้วง, น. 486.

### 2.4.3.2 การเลือกตั้งเฉพาะคนบางกลุ่ม

เป็นวิธีการเลือกผู้พิพากษาสำหรับศาลพิเศษบางประเภทที่มีเขตอำนาจไม่มากนักและต้องการผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง ผู้มีสิทธิเลือกตั้งถูกจำกัดเฉพาะสำหรับบุคคลบางประเภทที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ศาลพาณิชย์ (les tribunaux de commerce) ของฝรั่งเศส ผู้พิพากษาจะได้รับเลือกโดยผู้ประกอบกิจการพาณิชย์ เป็นต้น

### 2.4.3.3 การเลือกโดยรัฐสภา

เป็นวิธีการที่เลือกใช้กับองค์กรศาลในระดับสูงและมีลักษณะพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งกำหนดให้การคัดเลือกเป็นหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) และสภาสูง (Bundesrat) และเพื่อที่จะไม่ให้ผู้พิพากษาต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง การเลือกของแต่ละสภาจะต้องมีเสียงเห็นชอบถึง 2 ใน 3 นอกจากนี้วิธีการดังกล่าวจะมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับเลือกไว้สูง เช่น ต้องเป็นผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์ การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติการประกอบวิชาชีพด้านกฎหมาย เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ผู้พิพากษาที่มีคุณภาพ และมีความเหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่ในศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์

### 2.4.4 การแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร

นอกจากวิธีการคัดเลือกผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยองค์กรบริหารงานบุคคลของฝ่ายตุลาการเองแล้ว วิธีการหนึ่งที่เป็นที่นิยมและแพร่หลายในกลุ่มประเทศเสรีนิยมตะวันตกคือ วิธีการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ โดยในแต่ละประเทศจะกำหนดวิธีการและกระบวนการที่แตกต่างกันไป เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาในศาลสูง (Supreme Court) จะได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี และจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาอีกชั้นหนึ่ง จึงจะถือว่ามีผลสมบูรณ์ ซึ่งการเห็นชอบนี้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ผู้นั้นได้รับการแต่งตั้ง แต่หากในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบ ผู้พิพากษานั้นก็จะต้องพ้นจากตำแหน่ง แต่การกระทำใดๆ ที่ได้กระทำไปในระหว่างอยู่ในตำแหน่งนั้นถือว่าสมบูรณ์ อย่างไรก็ตามแม้ผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกาจะได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร แต่หลักประกันว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษาก็ได้รับการค้ำประกันถึงเป็นอย่างมาก เช่น กำหนดให้การแต่งตั้งต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต และหลักประกันในเรื่องของค่าตอบแทน เป็นต้น

ในระบบของประเทศอังกฤษ นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 กระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ ปัจจุบันการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลฎีกากำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา (Judicial

Appointments Commission: JAC)<sup>34</sup> ส่วนการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการแต่งตั้งผู้พิพากษา ซึ่งมีที่มาทั้งจากฝ่ายตุลาการและ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ทั้งนี้ เพื่อแก้ข้อครหาที่ว่ากระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาที่ผ่านมา เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่เพียงอย่างเดียว<sup>35</sup> รวมทั้ง เพื่อต้องการที่จะลดบทบาทของ Lord Chancellor<sup>36</sup> ลงจากเดิมอันมาจากข้อครหาเรื่องความไม่เป็นกลางทางการเมืองและประเด็นเรื่อง ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงกระบวนการในการแต่งตั้งผู้พิพากษา ทั้งในส่วนของผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และผู้พิพากษาศาลฎีกา ถือว่า Lord Chancellor ยังคงมีอิทธิพลต่อกระบวนการการแต่งตั้งผู้พิพากษาอยู่เช่นเดิม เนื่องจาก Lord Chancellor สามารถยับยั้งการเสนอรายชื่อของผู้พิพากษาที่ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการ ดังกล่าวได้ แม้จะไม่มีอำนาจในการเสนอรายชื่อผู้พิพากษาเหมือนดังเช่นในช่วงเวลาที่ผ่านมาก็ตาม

ในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในระดับศาล ปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เป็นอำนาจของประธานาธิบดี โดยการเสนอรายชื่อจาก คณะกรรมการระดับสูงแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Conseil supérieur de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) ซึ่งประกอบด้วย รองประธานสภา แห่งรัฐเป็นประธาน ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่ได้รับเลือก จากตุลาการในแต่ละองค์กร ผู้แทนจากฝ่ายปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิ เป็นกรรมการ<sup>37</sup> ส่วนกรณี การแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในตำแหน่งระดับ Auditeurs และ Maîtres des Requetes จะกระทำโดยกฤษฎีกาธรรมดา โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอชื่อต่อ ประธานาธิบดีเพื่อลงนามในคำสั่งแต่งตั้ง ส่วนการแต่งตั้งสมาชิกของสภาแห่งรัฐซึ่งมีลำดับชั้นสูงกว่า ตำแหน่งในระดับ Auditeurs และ Maîtres des Requetes จะกระทำโดยกฤษฎีกาในที่ประชุม คณะรัฐมนตรี

<sup>34</sup> ชูช ขำเพชร, “การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้ พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น. 152.

<sup>35</sup> ภูมิ มุลศิลป์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น. 55.

<sup>36</sup> Lord Chancellor เป็นตำแหน่งรัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรีของอังกฤษ ในฐานะนี้ จึงถือว่า Lord Chancellor มีฐานะเป็นฝ่ายบริหาร

<sup>37</sup> บุษผา อัครพิมาน, “ความเป็นกลางของตุลาการและความเป็นอิสระของศาล ปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่ 1, ปีที่ 7, น. 14 (มกราคม-เมษายน 2550).

#### 2.4.5 การแต่งตั้งโดยองค์กรพิเศษ

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งมีชื่อเรียกว่า “สภาสูงของฝ่ายตุลาการ” หรือ “คณะกรรมการตุลาการ”<sup>38</sup> (Le Conseil Supérieur de la Magistrature) การแต่งตั้งในลักษณะนี้เป็นวิธีการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อสร้างหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาให้มากที่สุด วิธีการดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946

ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958<sup>39</sup> และกฤษฎีกาประกอบรัฐธรรมนูญฉบับ 22 ธันวาคม 1958 (Ordonnance Organique 22 décembre 1958) กำหนดให้คณะกรรมการตุลาการประกอบด้วยบุคคลต่างๆ ดังต่อไปนี้

- (1) ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นประธาน
- (2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เป็นรองประธาน
- (3) ผู้พิพากษาจากศาลฎีกา จำนวน 3 คน
- (4) ผู้พิพากษาจากศาลอุทธรณ์ และศาลชั้นต้น จำนวน 3 คน  
(ผู้พิพากษาศาลฎีกา ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และผู้พิพากษาศาลชั้นต้น มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี โดยการเสนอรายชื่อจากผู้พิพากษาในแต่ละชั้นศาล)
- (5) สมาชิกของสภาแห่งรัฐ จำนวน 1 คน โดยประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อของสมาชิกสภาแห่งรัฐ จำนวน 3 คน ซึ่งได้รับเลือกตั้งมาจากที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ (Assemblée générale du Conseil d'Etat)
- (6) บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่ข้าราชการตุลาการ จำนวน 2 คน ซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยพิจารณาจากคุณสมบัติทางด้านความรู้ความสามารถ

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการดังกล่าวเห็นได้ว่ากรรมการโดยส่วนใหญ่มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ดังนั้นจึงเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักกฎหมายฝรั่งเศส จนกระทั่งในเวลาต่อมาได้มีการเรียกร้องให้มีการแก้ไของค์ประกอบดังกล่าวเนื่องจากเห็นว่าระบบโครงสร้างนี้เป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารสามารถแทรกแซงฝ่ายตุลาการได้โดยตรง<sup>40</sup>

<sup>38</sup> วิษณุ วรรณุญ, “ก.ต. ฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น. 361 (กันยายน 2537).

<sup>39</sup> Constitution de la Republique Francaise du 4 octobre 1958, Article 65.

<sup>40</sup> วิษณุ วรรณุญ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 38, น. 363.

### บทที่ 3

## องค์รวินิจฉัยคดีปกครองและการได้มาซึ่งผู้พิพากษา หรือตุลาการศาลปกครองของต่างประเทศ

องค์รวินิจฉัยคดีปกครองมีหลายรูปแบบ และมีลักษณะที่แตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นจัดระบบศาลในลักษณะใด หากเป็นระบบศาลเดียวของประเทศอังกฤษ องค์รวินิจฉัยคดีปกครองถือเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรม ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุดตามลำดับ ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศในระบบศาลคู่ ศาลยุติธรรมและองค์รวินิจฉัยคดีปกครองจะแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด โดยในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้จัดแบ่งโครงสร้างของศาลปกครองออกเป็น 3 ชั้น ได้แก่ ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองชั้นต้น หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าองค์รวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ศาลปกครองทั่วไป และศาลปกครองเฉพาะด้านหรือศาลปกครองเชี่ยวชาญพิเศษ ส่วนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ก็มีการจัดแบ่งโครงสร้างองค์รวินิจฉัยคดีปกครองออกเป็น 3 ชั้น เช่นเดียวกัน ซึ่งประกอบด้วย ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองของสหพันธ์รัฐ เพียงแต่จะแตกต่างกันตรงที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษทางปกครองตามแบบประเทศอังกฤษ และสาธารณรัฐฝรั่งเศส<sup>1</sup>

### 3.1 องค์รวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

#### 3.1.1 โครงสร้าง และการจัดระบบศาล

สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีแนวคิดแต่ดั้งเดิมว่าผู้พิพากษาศาลยุติธรรมควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น ส่วนคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม แต่ควรเป็นหน้าที่ของผู้มีความเชี่ยวชาญในคดีปกครอง นอกจากนี้ฝรั่งเศสยังเห็นว่าการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับฝ่ายปกครองเท่ากับเป็นการบริหารงานทางปกครองด้วยดังคำกล่าวที่ว่า “juger l’administration c’est encore administrer” ดังนั้น ผู้ที่จะพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

<sup>1</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542), น. 476-477.

จึงไม่ควรเป็นเพียงผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับคดีปกครองแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่จะต้องเป็นผู้ที่มี “วิญญูณของนักบริหารงานทางปกครอง” อีกด้วย เพื่อที่จะได้ตระหนักถึงผลกระทบของคำวินิจฉัยของศาลที่จะมีต่อการบริหารราชการเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>2</sup> จากเหตุผลดังกล่าวตามที่กล่าวมา จึงก่อให้เกิดผลสำคัญ 4 ประการ<sup>3</sup> ในระบบศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ

(1) ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลปกครอง (Magistrats administratifs) ทั้งใน ส่วนของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองสูงสุดหรือสภา แห่งรัฐ มีสถานภาพเป็นข้าราชการพลเรือน แต่มีการกำหนดคุณสมบัติ วิธีการแต่งตั้ง และระบบ เงินเดือนที่เป็นพิเศษจากข้าราชการพลเรือนทั่วไป

(2) ตุลาการศาลปกครองมีหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือก ตลอดจนระบบการ แต่งตั้งในลักษณะเช่นเดียวกันกับข้าราชการระดับสูงของฝ่ายปกครอง

(3) ตุลาการศาลปกครองจะได้รับการเลือกและแต่งตั้งโดย “ระบบเปิด” (le tour extérieur) กล่าวคือ เป็นระบบที่มีการเปิดโอกาสให้ข้าราชการที่มีความรู้ความสามารถจากส่วนราชการ ต่างๆ สามารถเข้ารับการคัดเลือกเพื่อมาปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลปกครองได้

(4) ตุลาการศาลปกครองสามารถปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นนอกเหนือจากการพิจารณา พิพากษาคดีควบคู่กันไปหรือขอลาไปช่วยราชการหรือไปปฏิบัติงานภายนอกต้นสังกัดเดิมเป็นระยะ เวลาหนึ่ง (détachement) เพื่อเพิ่มพูนความรู้ความเข้าใจและประสบการณ์ในการปฏิบัติงานอย่างอื่น ซึ่งในทางปฏิบัติมีสมาชิกของสภาแห่งรัฐในระดับต่างๆ จำนวนมากที่ออกไปปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง อธิบดี ผู้อำนวยการรัฐวิสาหกิจ ปลัดกระทรวง หรือเลขาธิการรัฐมนตรี ฯลฯ

อนึ่ง จากการศึกษาถึงระบบโครงสร้างและการจัดระบบศาลปกครองของฝรั่งเศส พบว่ามีการจัดแบ่งระบบศาลปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ ระบบศาลปกครองปกติ (les juridictions administratives ordinaires) และระบบศาลปกครองพิเศษ (les juridictions administratives spécialisées) โดยลักษณะขององค์กรศาลปกครองระบบพิเศษนั้นมีอยู่เป็นจำนวนมาก ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นองค์กรวิชาชีพ (les ordres professionnels) ด้านต่างๆ ที่ทำหน้าที่ในการ พิจารณาวินิจฉัยโทษทางวินัย (matière disciplinaire) เช่น สภามหาวิทยาลัย (le conseil de discipline interne à l'université) แพทยสภา (l'ordre de médecins) หรือบรรดาศาลที่ทำหน้าที่ พิจารณาวินิจฉัยความผิดเกี่ยวกับการคลัง (matière financière) เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค

<sup>2</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 42.

<sup>3</sup> โภคิน พลกุล และชาญชัย แสงวงศ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2551), น. 94.



(les chambres regionales des comptes) หรือศาลตรวจเงินแผ่นดิน (la Cour des comptes) ส่วนศาลปกครองในระบบปกติจะจัดแบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้น (les tribunaux administratifs) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (les cours administratives d'appel) และศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'Etat)<sup>4</sup> โดยในส่วนของศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐมีการจัดระบบโครงสร้างและการจัดองค์กรภายในออกเป็น ดังนี้<sup>5</sup>

### 3.1.1.1 ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'Etat)

#### (1) โครงสร้างและการจัดองค์กรภายในสภาแห่งรัฐ

(1.1) มีนายกรัฐมนตรี เป็นประธาน และมีรองประธานกบมีสมาชิกในระดับและตำแหน่งต่างๆ รวมทั้งหมด 301 คน อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติรองประธานสภาแห่งรัฐจะทำหน้าที่เป็นประธานสภาแห่งรัฐ ส่วนนายกรัฐมนตรีซึ่งดำรงตำแหน่งประธานสภาแห่งรัฐจะทำหน้าที่เป็นประธานในงานรัฐพิธีที่สำคัญๆ เท่านั้น

(1.2) สภาแห่งรัฐจัดแบ่งส่วนงานภายในออกเป็น 6 แผนก (Sections) โดยจัดแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม คือ แผนกที่ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาและพิจารณาร่างกฎหมายให้แก่รัฐบาล แผนกที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง และแผนกที่ทำหน้าที่ในการบังคับคดี จัดทำรายงานประจำปี และดำเนินการศึกษาวิจัย เพื่อให้มีการพัฒนากฎหมาย

(1.3) หน่วยธุรการของสภาแห่งรัฐ (Services du Conseil d'Etat) ประกอบด้วยข้าราชการจำนวน 350 คน เพื่อปฏิบัติหน้าที่เป็นจำศาล งานด้านเลขานุการและงานทางธุรการต่างๆ เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติงานของสภาแห่งรัฐ

#### (2) อำนาจหน้าที่ของสภาแห่งรัฐ

ศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐถือเป็นศาลในระดับสูงสุดในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง คดีทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ ภาควิชาจังหวัด เทศบาล องค์การมหาชน หรือนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภท อาทิ องค์กรวิชาชีพ (les ordres professionnels) หรือสมาพันธ์กีฬา (les fédérations sportives) ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะต้องพิจารณาในปัญหาที่เกิดขึ้นเช่นกัน ในส่วนของอำนาจหน้าที่ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญใน 3 ประการ ดังนี้

<sup>4</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 52-54.

<sup>5</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 45.

(2.1) ทำหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองพิเศษ (les juridictions administratives spécialisées) เฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายในฐานะที่เป็นศาลสุดท้าย

(2.2) ทำหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นในส่วนที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลและสมาชิกสภาแขวง (canton) ในฐานะที่เป็นศาลอุทธรณ์

(2.3) ทำหน้าที่ในการพิจารณาคำร้องทุกข์ขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกา (décrets) หรือคำสั่งของรัฐมนตรี (les actes réglementaires des ministres) เป็นต้น ในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้นและศาลสุดท้าย

### (3) ลำดับชั้นและตำแหน่งต่างๆ ของสมาชิกสภาแห่งรัฐ

สมาชิกของสภาแห่งรัฐ (membres du Conseil d'Etat) มีลำดับชั้นและลำดับอาวุโสจากระดับต้นไปหาระดับสูง ดังนี้<sup>6</sup>

(3.1) เจ้าหน้าที่ผู้เตรียมเรื่องเข้าประชุมชั้นที่สอง (auditeurs de seconde) และชั้นหนึ่ง (auditeurs de première classe) ซึ่งถือเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการจัดเตรียมสำนวน

(3.2) เจ้าหน้าที่ผู้ทำรายงานและเสนอความเห็น (maîtres des requêtes) ในอดีตเป็นตำแหน่งหนึ่งในสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ แต่ในปัจจุบันมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในฐานะเป็นผู้จัดเตรียมสำนวน การทำหน้าที่เป็นเลขธิการของสภาแห่งรัฐหรือในแต่ละคดีจะทำหน้าที่เป็นตุลาการผู้แถลงคดี (commissaires du gouvernement) ของสภาแห่งรัฐ เพื่อเสนอแนวทางการวินิจฉัยตามหลักกฎหมายที่ตนเห็นว่ามีความเหมาะสม

(3.3) สมาชิกสามัญของสภาแห่งรัฐ (conseillers d'Etat en service ordinaire) เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่จัดเตรียมโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำรายงานและเสนอความเห็น หรือเจ้าหน้าที่ผู้เตรียมเรื่องเข้าประชุม

(3.4) สมาชิกในลำดับชั้นสูงสุด ประกอบด้วย ประธานแผนกทั้ง 6 แผนก ซึ่งควบคุมดูแลการทำงานของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสภาแห่งรัฐ และรองประธานสภาแห่งรัฐ

(3.5) สมาชิกประเภทอื่น นอกเหนือจากสมาชิกดังกล่าวซึ่งดำรงตำแหน่งประจำในสภาแห่งรัฐแล้ว ยังมีสมาชิกประเภทอื่นๆ อีก ได้แก่

<sup>6</sup> สำนักงานศาลปกครอง, รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), น. 128-130.

(3.5.1) สมาชิกวิสามัญของสภาแห่งรัฐ (conseillers d'Etat en service extraordinaire) จำนวน 12 คน ซึ่งรัฐบาลเป็นผู้คัดเลือก ส่วนใหญ่จะเป็นข้าราชการระดับสูง มีวาระในการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี และอาจได้รับการแต่งตั้งใหม่ได้ถ้าพ้นจากตำแหน่งที่ดำรงอยู่ไปแล้ว 2 ปี อย่างไรก็ตามสมาชิกวิสามัญของสภาแห่งรัฐไม่อาจเข้าร่วมการดำเนินการต่างๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคดีปกครองได้

(3.5.2) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชั้นสูงซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีเพื่อเข้ามาประสานการทำงานร่วมกับสภาแห่งรัฐหรือประสานความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของตนกับแผนกปกครอง และให้มีตำแหน่งเป็นผู้แทนของรัฐบาล (commissaires du gouvernement) แต่ไม่ใช่เป็นตำแหน่งเดียวกับตุลาการผู้แถลงคดี

(3.5.3) ในเรื่องที่มีใช้คดีปกครอง (formations non contentieuses) รัฐมนตรีสามารถเข้ามาร่วมประชุมในฝ่ายปกครอง และมีอำนาจในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อเข้ามาชี้แจงข้อมูลที่จำเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ในฝ่ายปกครองของสภาแห่งรัฐได้

### 3.1.1.2 ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (les cours administratives d'appel)

#### (1) โครงสร้างการจัดองค์กร และอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1987 เพื่อแบ่งเบาภาระของศาลปกครองสูงสุดหรือสภาแห่งรัฐ ปัจจุบันมีทั้งหมด 7 แห่ง ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในแต่ละศาลมีจำนวนตุลาการทั้งหมด 7 คน ซึ่งประกอบไปด้วย ประธาน ตุลาการหัวหน้าคณะ และตุลาการอื่นอีกจำนวน 3-4 คน นอกจากนี้ในการจัดองค์กรภายในของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในแต่ละแห่งจะมีการจัดแบ่งออกเป็นองค์คณะ (2 หรือ 3 องค์คณะ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความสำคัญ) มีสมาชิกประกอบด้วย หัวหน้าคณะ และตุลาการผู้แถลงคดี จำนวน 2 คน<sup>7</sup>

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งมิใช่คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ ระเบียบของฝ่ายปกครอง เว้นแต่คดีอุทธรณ์ที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด แต่อย่างไรก็ตามศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานของรัฐ

#### (2) ลำดับชั้นและตำแหน่งต่างๆ ในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

ในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้นจะมีการกำหนดตำแหน่งที่แตกต่างกันจากสมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุด รวมทั้งมีการกำหนดลำดับชั้นของตุลาการที่แตกต่างกันจากระดับต้นไปหาระดับสูง ดังนี้

<sup>7</sup> เฟิงอ้วง, น. 160.

- (2.1) ตุลาการชั้นสอง
- (2.2) ตุลาการชั้นหนึ่ง
- (2.3) ตุลาการชั้นพิเศษ
- (2.4) อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น
- (2.5) อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นอาวุโส
- (2.6) รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นกรุงปารีส
- (2.7) อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นกรุงปารีส
- (2.8) ประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

### 3.1.1.3 ศาลปกครองชั้นต้น (les tribunaux administratifs)

#### (1) โครงสร้างการจัดองค์กร และอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองชั้นต้น

เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1953 ปัจจุบันมีจำนวนทั้งหมด 34 แห่ง ในแต่ละศาลประกอบด้วยตำแหน่งประเภทต่างๆ ได้แก่ อธิบดีศาล หัวหน้าคณะ และตุลาการ ซึ่งในแต่ละศาลจะมีจำนวนตุลาการที่แตกต่างกัน โดยศาลปกครองชั้นต้นแห่งนครปารีสซึ่งเป็นศาลที่มีขนาดใหญ่ที่สุดมีตุลาการทั้งหมด 68 คน ศาลปกครองชั้นต้น มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทั่วไปที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้ว่าให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองพิเศษ หรือศาลปกครองสูงสุด<sup>8</sup> กล่าวคือ ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาในสาระแห่งคดี (la compétence ratione materiae) ในฐานะศาลที่มีอำนาจพิพากษาคดีปกครองโดยทั่วไป (juge de droit commun) นอกจากนี้ยังมีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในปัญหาต่างๆ ตามที่ผู้ว่าราชการจังหวัดขอหารืออีกด้วย

นอกเหนือจากอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว ศาลปกครองชั้นต้นยังมีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาอีกด้วย อย่างไรก็ตามบทบาทของศาลปกครองดังกล่าวมีน้อยมาก ปัจจุบันตุลาการศาลปกครองมักถูกร้องขอให้เข้าไปมีส่วนร่วมในฐานะส่วนตัวในการทำงานของหน่วยงานหรือองค์กรปกครองในระดับภูมิภาคต่างๆ<sup>9</sup>

#### (2) ลำดับชั้นและตำแหน่งต่างๆ ในศาลปกครองชั้นต้น

ในศาลปกครองชั้นต้นนั้นจะมีการกำหนดตำแหน่งและคุณสมบัติของการเข้ามาดำรงตำแหน่งในลักษณะเช่นเดียวกับตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

<sup>8</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น. 46-47.

<sup>9</sup> สำนักงานศาลปกครอง, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น. 159.

### 3.1.2 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรวินิจัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

#### 3.1.2.1 หลักประกันความเป็นอิสระ

ข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นหากศึกษาถึงวิวัฒนาการและความเป็นมาจะพบว่าในช่วงเริ่มแรกของการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (Conseil du Roi) ขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13 หลักดังกล่าวยังไม่ปรากฏอย่างชัดเจน เนื่องจากในขณะนั้นสมาชิกของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์มาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ แม้อต่อมาในรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1643-1715 จะมีการปรับปรุงรูปแบบของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์บางส่วนโดยเฉพาะวิธีการคัดเลือกบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งโดยเลือกจากบุคคลทั่วไปที่มีความรู้ความชำนาญพิเศษแทนวิธีการเดิมซึ่งคัดเลือกจากเชื้อสายของกษัตริย์หรือบุคคลผู้ใกล้ชิดกษัตริย์ก็ตาม<sup>10</sup> แต่เป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงในด้านตัวบุคคลเท่านั้น การแต่งตั้งหรือการได้มาซึ่งสมาชิกของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ยังคงเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์อยู่เช่นเดิม กระทั่งต่อมาหลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐรัฐสภาได้ตรารัฐธรรมนูญฉบับวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 เพื่อแบ่งแยกอำนาจของศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกัน โดยมีสาระสำคัญในการกำหนดห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรกระทำทางปกครองทั้งหลาย ซึ่งเห็นได้ว่าความเป็นอิสระในเชิงองค์กรเริ่มเกิดขึ้นในช่วงเวลานี้ และเริ่มเด่นชัดขึ้นเมื่อเนโปเลียน โบนาปาร์ต ได้ประกาศยึดอำนาจในการปกครองแผ่นดินและประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1799 พร้อมทั้งจัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้น ซึ่งเป็นรูปแบบเช่นเดียวกับสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ที่ถูกยกเลิกไปในช่วงหลังการปฏิวัติ

ความเป็นอิสระขององค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือสภาแห่งรัฐเริ่มปรากฏขึ้นอย่างเด่นชัดในช่วงปี ค.ศ. 1875 เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวสมาชิกสภาแห่งรัฐมีความมั่นคงในการดำรงตำแหน่ง การแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐคำนึงถึงความรู้ความสามารถและมีระบบการสอบแข่งขันเป็นสำคัญมากกว่าการพิจารณาจากความเหมาะสมทางด้านการเมือง<sup>11</sup> เหมือนดังเช่นในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา

อย่างไรก็ตามด้วยความที่สภาแห่งรัฐมีรากฐานมาจากสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์และในปัจจุบันสภาแห่งรัฐยังคงมีอำนาจหน้าที่ทั้งในฐานะที่ปรึกษาของรัฐ (section administrative) และในฐานะศาลปกครอง (section du contentieux) ซึ่งในบทบาทดังกล่าวเห็นได้อย่าง

<sup>10</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 189.

<sup>11</sup> *เพ็งอ้าง*, น. 196.

ชัดเจนว่าองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองมีความใกล้ชิดกับฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก ดังนั้น ในปัจจุบัน สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงต้องมีการพัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองเพื่อให้มีความเป็นอิสระมากขึ้น<sup>12</sup> ทั้งนี้ เพื่อป้องกันข้อครหาในเรื่องความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการศาลปกครอง

หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการศาลปกครองนั้น แม้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1958 จะมีได้บัญญัติถึงระบบศาลปกครองและคดีปกครองไว้เป็นการเฉพาะ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (le Conseil constitutionnelle) ของฝรั่งเศสก็ได้วางหลักที่เกี่ยวข้องกับระบบศาลปกครองไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัย ลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 โดยสาระสำคัญในคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันหลักความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง (le juge administratif) ว่าเป็นหลักการสำคัญที่กฎหมายแห่งสาธารณรัฐให้การยอมรับ ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการวินิจฉัยโดยนำหลักเกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้มาปรับใช้กับระบบศาลปกครอง พร้อมกันนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้ยืนยันถึงหลักการดังกล่าวในคำวินิจฉัยด้วยว่าหลักที่ปรากฏในคำวินิจฉัยนั้น เป็นหลักที่มีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญ (de valeur constitutionnelle) ซึ่งหมายความว่า เป็นหลักที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง<sup>13</sup>

ในส่วนของความเป็นอิสระในทางส่วนตัวนั้นจากการศึกษาพบว่าในฝรั่งเศส มีระบบประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลาง (Indépendance et impartialité) ในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการมิให้ถูกแทรกแซงจากองค์กรหรือบุคคลภายนอก ทั้งนี้ โดยมีสาระสำคัญใน 3 ประการ<sup>14</sup> ดังต่อไปนี้

(1) หลักการห้ามโยกย้ายตุลาการโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าตัว (principe d'inamovibilité) กล่าวคือ โดยหลักตุลาการศาลปกครองไม่อาจถูกโยกย้าย รวมถึงการเลื่อนตำแหน่งโดยปราศจากความยินยอมของตุลาการผู้นั้นได้ ในกรณีของสมาชิกสภาแห่งรัฐ หลักการดังกล่าวถือเป็นจารีตประเพณีที่บัญญัติรับรองไว้ในคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (Cour européenne des droits de l'homme) ส่วนตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและ

<sup>12</sup> บุปผา อัครพิมาน, “ความเป็นกลางของตุลาการและความเป็นอิสระของศาลปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่ 1, ปีที่ 7, น. 13 (มกราคม-เมษายน 2550).

<sup>13</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 4, น. 21-22.

<sup>14</sup> ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, “จรรยาบรรณวิชาชีพและวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศส,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่ 2, ปีที่ 15, น. 79-80 (เมษายน-มิถุนายน 2558).

ตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา L. 231-3 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรมทางปกครอง

(2) หลักการได้รับการปกป้องและคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่ (Protection) ในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองย่อมได้รับการปกป้องและคุ้มครองตามที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 11 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการฝรั่งเศสว่าตุลาการศาลปกครองย่อมได้รับการปกป้องและคุ้มครองจากการกระทำใดๆ อันมีลักษณะเป็นการข่มขู่ คุกคาม ละเมิด หรือการกระทำที่ได้รับความเจ็บ หรือการดูหมิ่น ซึ่งอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ

(3) หลักการห้ามตุลาการประกอบอาชีพอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ (principe d'incompatibilité) หลักการดังกล่าวถือเป็นหลักการโดยทั่วไปซึ่งใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือนประเภทอื่นด้วย เช่น ตุลาการศาลปกครองไม่อาจดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกวุฒิสภา หรือผู้แทนสมาชิกสภายุโรป รวมถึงข้อห้ามในการสมัครเข้ารับการเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล หรือสมาชิกสภาจังหวัดที่อยู่ในเขตพื้นที่ศาลที่ตนปฏิบัติหน้าที่อยู่ เป็นต้น

นอกจากนี้เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้มีคำวินิจฉัยเพื่อวางหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนตัวโดยกำหนดว่ารูปแบบหรือกระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองต้องกำหนดโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น และหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมให้นำมาใช้กับตุลาการศาลปกครองด้วย<sup>15</sup>

### 3.1.2.2 ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรวินัยคดีปกครอง

ในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 13 ซึ่งเป็นช่วงที่ฝรั่งเศสปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยมีกษัตริย์เป็นศูนย์กลางของอำนาจ (the monarchical centralization of administration) นั้น กษัตริย์ได้ทรงจัดตั้งสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (Conseil du Roi) ขึ้น โดยมีโครงสร้างหลัก ประกอบด้วย กษัตริย์ พระบรมวงศานุวงศ์ และขุนนางชั้นผู้ใหญ่ เพื่อทำหน้าที่ใน 2 ประการ คือ เป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดินของกษัตริย์หรือฝ่ายบริหารและมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง โดยมีได้มีการแบ่งแยกประเภทของคดีออกเป็นคดีอาญา คดีแพ่ง หรือคดีปกครองแต่อย่างใด ดังนั้นคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ทั้งหมด ต่อมาเมื่อสภาดังกล่าวมีภารกิจเพิ่มมากขึ้นจึงส่งผลให้ไม่มีเวลาเพียงพอในการพิจารณาพิพากษาคดี ประกอบกับวิธีพิจารณาคดีก็มีลักษณะที่ซับซ้อนและยุ่งยากมากยิ่งขึ้นจึงจำเป็นต้องจัดตั้ง

<sup>15</sup> บุนผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น. 13-14.

แผนกพิเศษขึ้นในสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาและคดีแพ่งโดยเฉพาะ แผนกดังกล่าวนี้มีชื่อเรียกว่าศาลปาร์เลอองต์ (La Cour de Parlement)<sup>16</sup> โดยมีผู้พิพากษาอาชีพทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีแทนขุนนางชั้นผู้ใหญ่ สำหรับสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ส่วนที่เหลือก็ยังคงทำหน้าที่ในด้านการถวายคำแนะนำในด้านการเมืองการปกครองต่อกษัตริย์เช่นเดิมรวมทั้งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองด้วย<sup>17</sup>

ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17 พระเจ้าหลุยส์ที่ 13 ได้มีพระบรมราชโองการ ค.ศ. 1641 (L'Edit de Saint Germain de fevrier 1641) เพื่อวางหลักการเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการออกจากกันตามคำแนะนำของพระคาร์ดินัล ริชเชออลิเออ (The Cardinal de Richelieu) ซึ่งเป็นข้าราชการระดับสูงและเป็นที่ปรึกษาสำคัญ สาระสำคัญของพระบรมราชโองการดังกล่าวได้กำหนดห้ามมิให้ศาลยุติธรรมทำการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทหรือคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐ การบริหารงาน และการปกครองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง โดยสงวนอำนาจนั้นไว้ให้กับกษัตริย์และบุคคลที่กษัตริย์ทรงแต่งตั้งเท่านั้น จากผลของการออกพระบรมราชโองการ ค.ศ. 1641 ซึ่งห้ามมิให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองนั้นได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์และศาลยุติธรรมเรื่อยมาในการช่วงชิงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครอง เห็นได้ชัดในช่วงรัชกาลของพระเจ้าหลุยส์ที่ 15 และพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์อันอ่อนแอ ศาลยุติธรรมอาศัยโอกาสดังกล่าวในการเข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ตลอดจนทำการขัดขวางการออกกฎหมายหลายฉบับที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชน ทั้งนี้ เนื่องจากต้องการที่จะผูกขาดอำนาจหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมของคดีทุกประเภทให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม<sup>18</sup>

เมื่อมีการปฏิวัติเพื่อล้มเลิกการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในปี ค.ศ. 1789 สภาร่างรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในขณะนั้นได้วิเคราะห์ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเยอ (Montesquieu) แล้วเห็นว่าสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวนี้มองเตสกีเยอเพียงแต่เสนอว่าอำนาจในการพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิด (คดีอาญา) และข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชน (คดีแพ่ง) เท่านั้นที่ต้องแยกออกจากอำนาจบริหาร ดังนั้น การกำหนดให้องค์กรของฝ่ายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองจึงไม่ขัดแย้งต่อหลักการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้สาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงได้สร้างและพัฒนาองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองขึ้นเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรมโดยจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และสภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัด (Conseils de Préfecture) ขึ้นทำหน้าที่

<sup>16</sup> ศาลดังกล่าวถือเป็นต้นกำเนิดของศาลยุติธรรมฝรั่งเศสในเวลาต่อมา

<sup>17</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 187-188.

<sup>18</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 188-190.



เป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง<sup>19</sup> ทั้งนี้ ในส่วนของสภาแห่งรัฐนั้นกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ใน 2 ประการ คือ การร่างกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหาร และเป็นที่ยี่ปรึกษาของฝ่ายบริหาร โดยในฐานะที่เป็นที่ยี่ปรึกษาของฝ่ายบริหารนี้เองที่สภาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาคำร้องทุกข์ของราษฎรเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตามในช่วงเริ่มแรกสภาแห่งรัฐยังไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องทุกข์ด้วยตนเอง ในขั้นนี้จึงมีอำนาจเพียงแต่เสนอแนะคำวินิจฉัยต่อหัวหน้าของฝ่ายบริหารให้เป็นผู้พิจารณาว่าจะวินิจฉัยชี้ขาดตามที่สภาแห่งรัฐเสนอแนะมาหรือไม่ซึ่งในทางปฏิบัติหัวหน้าฝ่ายบริหารมักจะวินิจฉัยชี้ขาดตามที่สภาแห่งรัฐเสนอแนะเสมอ<sup>20</sup> ซึ่งเรียกระบบดังกล่าวว่า La justice retenue<sup>21</sup>

การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญของสภาแห่งรัฐเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1849 ซึ่งมีการตรากฎหมายกำหนดให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองในขั้นที่สุดโดยไม่ต้องเสนอให้ประมุขของรัฐเป็นผู้ชี้ขาดอีกต่อไป อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้เพียง 2 ปีเท่านั้น เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสกลับไปใช้ระบบที่ประมุขของรัฐเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในขั้นสุดท้ายเช่นเดิม ต่อมาในปี ค.ศ. 1872 สภาแห่งรัฐกลับมามีอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอีกครั้ง<sup>22</sup> โดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 กำหนดให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ด้วยตนเองและเป็นอิสระ และตัดสินคดีในนามของประชาชนฝรั่งเศส นอกจากนี้ยังได้ก่อตั้งศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรม นับตั้งแต่นั้นมากระบวนการยุติธรรมคดีปกครองของฝรั่งเศสจึงเป็นระบบที่สภาแห่งรัฐมีอำนาจในการตัดสินคดีโดยตนเองหรือที่เรียกว่า “La justice déléguée” กล่าวคือ เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปในคดีปกครอง และเป็นศาลชั้นต้นและศาลสุดท้ายในคดีปกครอง<sup>23</sup>

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ข้อร้องเรียนจากการกระทำของฝ่ายปกครองเพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็ว จนทำให้สภาแห่งรัฐไม่สามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้ทันตาม

<sup>19</sup> โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น. 94.

<sup>20</sup> *เพ็งอ้าว*, น. 95.

<sup>21</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 27.

<sup>22</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://www.lawwebservice.com /lawsearch/AcharnVorachet06.pdf>

<sup>23</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 21*, น. 27-28.

กรอบระยะเวลา เมื่อเป็นเช่นนี้จึงได้เกิดการปฏิรูปขึ้นในปี ค.ศ. 1953 และมีการตรากฎหมาย ลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1953 (the decree of 30 September 1953) เพื่อจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้น (the tribunaux administratifs) พร้อมกับโอนอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองซึ่งเคยอยู่ในอำนาจของสภาแห่งรัฐมาให้แก่ศาลปกครองชั้นต้น เพื่อเป็นการลดภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของสภาแห่งรัฐ ดังนั้น โดยผลของการปฏิรูปตั้งแต่ปี ค.ศ. 1953 เป็นต้นมาทำให้ศาลปกครองสูงสุดมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ในขณะที่ศาลปกครองชั้นต้นมีฐานะเป็นศาลปกครองชั้นต้นอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากมีเขตอำนาจอย่างกว้างขวางและทำหน้าที่แทนศาลปกครองชั้นต้นในระดับจังหวัดหรือสภาแห่งจังหวัด ต่อมาในปี ค.ศ. 1987 ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ขึ้นตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1987 (Law of 31 December 1987) เพื่อช่วยแบ่งเบาภาระงานของศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวมีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นไปยังศาลปกครองสูงสุดเป็นจำนวนมากและมีอัตราเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องทำให้ไม่อาจพิจารณาพิพากษาคำอุทธรณ์ดังกล่าวได้แล้วเสร็จภายในเวลาอันสมควรอีกต่อไป ในเบื้องต้นได้มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ขึ้นในกรุงปารีสและเมืองขนาดใหญ่รวมทั้งสิ้น 5 ศาล ได้แก่ Paris, Bordeaux, Lyons, Nancy, และ Nantes ตามกฎหมาย ที่ 88-155 ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1988 (decrees of 88-155 of 15 February 1988) พร้อมกับโอนอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่รอการพิจารณาอยู่ที่ศาลปกครองสูงสุดไปให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เป็นผู้พิจารณาแทนในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป กล่าวคือ กำหนดระยะเวลาในการโอนคดีในแต่ละเรื่องในช่วงเวลาที่แตกต่างกันไป รวมระยะเวลา 6 ปี นับแต่ปี ค.ศ. 1989-1995 ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่จัดตั้งขึ้นใหม่นั้นได้ศึกษาและเรียนรู้ภารกิจงานที่ยังไม่เคยดำเนินการมาก่อนอย่างเป็นระบบ<sup>24</sup>

จากการศึกษาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว ทำให้เห็นได้ว่า Conseil d'Etat มีวิวัฒนาการที่ยาวนาน ตลอดจนผ่านการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอยู่หลายครั้งกว่าที่จะพัฒนาขึ้นเป็น “ศาล” ซึ่งเป็นอิสระและมีอำนาจวินิจฉัยคดีปกครองเช่นในปัจจุบัน รวมทั้งมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการต่อสู้ทางความคิดที่จะให้มีศาล “เฉพาะ” เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีปกครองแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม<sup>25</sup> นอกจากนี้ยังแสดงให้เห็นว่าวิวัฒนาการของการจัดตั้งศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นเป็นผลมาจากข้อความคิดในเรื่องการแยกอำนาจหน้าที่อย่างเด็ดขาดระหว่างอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการและอำนาจหน้าที่ในทางปกครอง แต่เหตุผลของการแยกอำนาจหน้าที่ดังกล่าวในอดีต

<sup>24</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 196-198.

<sup>25</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น. 3.

และปัจจุบันต่างกัน กล่าวคือ ในอดีตนั้นการแยกอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการและในทางปกครองก็เพื่อให้องค์การปกครองไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรม เพราะประชาชนชาวฝรั่งเศสเกรงว่าศาลยุติธรรมจะก่อให้เกิดความยุ่งยากในการบริหารงานขององค์การปกครองดังที่เคยเป็นมาในระบอบเก่า (Ancien Régime) แต่ในปัจจุบันเหตุผลของการแยกอำนาจหน้าที่ในเรื่องดังกล่าวเป็นเหตุผลความจำเป็นในทางเทคนิคอันเป็นผลมาจากกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับองค์การปกครองเป็นกฎเกณฑ์พิเศษที่แตกต่างจากกฎเกณฑ์ของกฎหมายเอกชนอย่างมาก ดังนั้นจึงจำเป็นต้องให้ศาลชำนาญพิเศษ (jurisdiction spécialisée) ซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีความชำนาญพิเศษทางกฎหมายปกครองและมีความรู้ในหลักการบริหารราชการเป็นผู้ตีความกฎหมายปกครอง<sup>26</sup>

### 3.1.3 วิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง

ตุลาการศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแม้จะถือว่ามีสภาพเป็นข้าราชการของฝ่ายปกครอง แต่ก็มีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแต่งตั้ง การให้พ้นจากตำแหน่ง และการบริหารงานบุคคลที่แตกต่างไปจากข้าราชการพลเรือนโดยทั่วไป กล่าวคือ มีการจัดแบ่งกฎเกณฑ์สำหรับตุลาการศาลปกครองออกเป็น 2 ประเภท ประกอบด้วย กฎเกณฑ์สำหรับสมาชิกของสภาแห่งรัฐ และกฎเกณฑ์สำหรับตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

#### 3.1.3.1 สมาชิกสภาแห่งรัฐ

จากการศึกษาพบว่าในกระบวนการการได้มาซึ่งสมาชิกสภาแห่งรัฐนั้น หากเป็นสมาชิกในระดับ Auditeurs ชั้นสอง จะกระทำโดยวิธีการสอบคัดเลือก แต่ถ้าหากเป็นสมาชิกในระดับชั้นที่สูงกว่าตำแหน่งในระดับ Auditeurs ชั้นสอง จะกระทำโดยการคัดเลือกตามลำดับอาวุโสตามสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด นอกจากนี้ยังมีการกำหนดสัดส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิจากภายนอกซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านคดีปกครองและเป็นประโยชน์ต่อการทำหน้าที่ของสภาแห่งรัฐอีกด้วย ตามลักษณะเฉพาะของสภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่วางระบบเกี่ยวกับกระบวนการการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองในระบบเปิด (le tour extérieur) ทั้งนี้ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติ หลักเกณฑ์การคัดเลือก การแต่งตั้ง และการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งดังต่อไปนี้

#### (1) คุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้ง

สมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดถือว่ามีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลที่แตกต่างไปจากข้าราชการพลเรือนโดยทั่วไป โดยเฉพาะในส่วนของ

<sup>26</sup> อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, “ระบบศาลปกครองฝรั่งเศส,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเรื่อง ศาลปกครอง บทความและวิเคราะห์ข้อขัดแย้งที่อภิปรายในสภานิติบัญญัติ, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2517), น. 67.

การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งในสภาแห่งรัฐนั้นจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปในตำแหน่งแต่ละลำดับชั้น ดังนี้

(1.1) ตำแหน่ง Auditeurs ชั้นสอง ผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง Auditeurs ชั้นสอง ในสภาแห่งรัฐนั้นจะต้องเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ<sup>27</sup> (l'Ecole Nationale d'Administration: ENA) ซึ่งถือว่าเป็นสถาบันในการผลิตข้าราชการพลเรือนชั้นสูงของฝรั่งเศส โดยปกติจะมาจากกระบวนการสอบคัดเลือก โดยผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดจะมีสิทธิในการเลือกเข้ารับราชการในสถาบันที่ตนต้องการได้ก่อน ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ที่สอบได้คะแนนสูงมักจะเลือกเข้ารับราชการที่สภาแห่งรัฐเป็นอันดับแรก แต่อย่างไรก็ตามถ้าปฏิบัติงานไปได้เป็นเวลา 2 ปี แล้ว Auditeurs ชั้นสอง อาจถูกโยกย้ายไปยังหน่วยงานอื่นได้หากมีความสามารถไม่เพียงพอ<sup>28</sup>

(1.2) ตำแหน่ง Auditeurs ชั้นหนึ่ง การคัดเลือก Auditeurs ชั้นหนึ่ง จะคัดเลือกจาก Auditeurs ชั้นสอง

(1.3) ตำแหน่ง Maitres des Requêtes จะคัดเลือกจากบุคคล 2 กลุ่ม คือ กลุ่มผู้ดำรงตำแหน่ง Auditeurs ชั้นหนึ่ง ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในสภาแห่งรัฐมาแล้วเป็นเวลา 8 ปี ในอัตราส่วน 3 ใน 4 ของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง และกลุ่มที่สองจะแต่งตั้งจากข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการทหาร ซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่า 30 ปี หรือผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นหรือในหน่วยงานอื่นๆ มาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 10 ปี เช่น ทนายความ ที่ปรึกษาของประธานาธิบดี ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น หรือตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เป็นต้น ในอัตราส่วน 1 ใน 4 ของตำแหน่งที่ว่าง

(1.4) ตำแหน่ง Conseillers d'Etat สมาชิกของสภาแห่งรัฐในระดับ Conseillers d'Etat แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ Conseillers d'Etat en service ordinaire ซึ่งเป็นข้าราชการประจำ และ Conseillers d'Etat en service extraordinaire จำนวน 12 คน ซึ่งมีการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี

<sup>27</sup> วิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (l'Ecole Nationale d'Administration: ENA) เป็นสถาบันการศึกษาที่เน้นการปฏิบัติ ซึ่งถือว่าแตกต่างจากระบบการสอนในสถาบันอุดมศึกษาโดยทั่วไปที่มุ่งเน้นในด้านวิชาการเพียงอย่างเดียว กล่าวคือ ในหลักสูตรการศึกษานอกจากการเรียนรู้อันด้านทฤษฎีแล้วยังมีการฝึกปฏิบัติการร่างกฎหมาย เช่น รัฐบัญญัติ รัฐกฤษฎีกา กฎกระทรวง รวมทั้งหนังสือเวียนต่างๆ เป็นต้น รวมทั้งการออกไปฝึกงานในหน่วยงานต่างๆ เพื่อพัฒนาทักษะเบื้องต้นก่อนไปปฏิบัติหน้าที่จริงในสภาแห่งรัฐ

<sup>28</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 183.

ในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง *Conseillers d'Etat service ordinaire* นั้นจะคัดเลือกจากบุคคล 2 กลุ่ม คือ คัดเลือกจากผู้ซึ่งดำรงตำแหน่ง *Maitres des Requetes* ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนี้มาแล้วไม่น้อยกว่า 13 ปี ในอัตราส่วน 2 ใน 3 ของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง และคัดเลือกจากบุคคลโดยทั่วไปซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่า 45 ปี ในอัตราส่วน 1 ใน 3 ของตำแหน่งที่จะแต่งตั้ง โดยที่ผ่านมาได้มีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกซึ่งดำรงตำแหน่งประเภทต่างๆ เข้ามาเป็น *Conseillers d'Etat* เช่น ที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด ศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย ผู้อำนวยการสำนักงานประกันภัย และอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น เป็นต้น

ส่วนการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง *Conseillers d'Etat en service extraordinaire* ซึ่งเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จะแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาต่างๆ ซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในแต่ละด้านและเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฝ่ายร่างกฎหมาย และการให้คำปรึกษาของสภาแห่งรัฐ โดยที่ผ่านมามีการแต่งตั้งสมาชิกประเภทนี้จากผู้ว่าการมณฑล 2 คน วิศวกร 1 คน ศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย 2 คน อัยการ 1 คน ผู้นำสหภาพแรงงาน 3 คน นักอุตสาหกรรม 2 คน และอดีตสมาชิกวุฒิสภา 1 คน

(1.5) ตำแหน่งประธานแผนก (*Président de section*) ทั้ง 6 คน จะคัดเลือกจาก *Conseillers d'Etat* ซึ่งเป็นข้าราชการประจำ

(1.6) ตำแหน่งรองประธานสภาแห่งรัฐ (*vice président*) การคัดเลือกตำแหน่งดังกล่าวจะคัดเลือกจากประธานแผนกหรือ *Conseillers d'Etat* ซึ่งเป็นข้าราชการประจำ

## (2) การแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น และการเลื่อนตำแหน่ง

สำหรับวิธีการในการแต่งตั้งนั้นในแต่ละตำแหน่งจะมีลักษณะที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ ในการแต่งตั้ง *Auditeurs* และ *Maitres des Requetes* จะกระทำโดยกฤษฎีกาธรรมดาโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอชื่อต่อประธานาธิบดีเพื่อลงนามในคำสั่งแต่งตั้ง แต่ถ้าหากเป็นการแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐในลำดับที่สูงกว่า *Auditeurs* และ *Maitres des Requetes* จะต้องกระทำโดยกฤษฎีกาในที่ประชุมของคณะรัฐมนตรี

การที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการแต่งตั้งอย่างเคร่งครัดนั้น เนื่องจากต้องการให้ดุลพินิจของผู้มีคำสั่งแต่งตั้งเหลืออยู่น้อยที่สุดเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางให้กับสมาชิกสภาแห่งรัฐที่ต้องทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี<sup>29</sup>

ในการเลื่อนชั้นและการเลื่อนตำแหน่งรองประธานสภาแห่งรัฐจะปรึกษาร่วมกันกับคณะกรรมการข้าราชการสภาแห่งรัฐ ซึ่งประกอบด้วย รองประธานสภาแห่งรัฐ

<sup>29</sup>บุปผา อัครพิมาน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น. 15.

และประธานแผนกทั้ง 6 คน เป็นผู้พิจารณาคัดเลือกผู้ที่ได้รับการเลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่งหรือ แต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ ภายในสภาแห่งรัฐ แต่ในทางปฏิบัติได้มีการถือปฏิบัติกันตลอดมา จนกลายเป็นประเพณีแล้วว่าการเลื่อนชั้นและการเลื่อนตำแหน่งจะกระทำตามลำดับอาวุโสโดย อัตโนมัตินี้

### 3.1.3.2 ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์

#### (1) คุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้ง

ในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้นจะมีการกำหนด ตำแหน่งและคุณสมบัติของการเข้ามาดำรงตำแหน่งในลักษณะเดียวกัน ทั้งนี้ โดยมีการกำหนด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการการแต่งตั้ง การเลื่อนชั้นและการเลื่อนตำแหน่งของตุลาการในแต่ละ ลำดับชั้นจากระดับต้นไปหาระดับสูง ดังนี้

##### (1.1) ตุลาการชั้นสอง จะแต่งตั้งจากผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(ก) จำนวน 3 ใน 4 จากผู้สำเร็จการศึกษาจากวิทยาลัยการ ปกครองแห่งชาติ (l'Ecole Nationale d'Administration : ENA) อย่างไรก็ตามในช่วงปี ค.ศ. 1987-1988 ฝรั่งเศสมีความจำเป็นต้องคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ขึ้นมาใหม่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น การคัดเลือกจากผู้สำเร็จการศึกษาจากวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติจึงไม่เพียงพอกับความ ต้องการ ฝรั่งเศสจึงต้องใช้วิธีการคัดเลือกพิเศษโดยการจัดสอบแข่งขันเพื่อคัดเลือกตุลาการจาก บุคคลภายนอก ซึ่งจะเป็นการทดสอบความรู้ทางด้านกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว นอกจากนี้ภายหลังจาก สอบผ่านการแข่งขันแล้วตุลาการใหม่จะต้องเข้ารับการอบรมแบบเร่งรัดที่สภาแห่งรัฐเป็นเวลา กว่า 6 เดือน ก่อนที่จะเริ่มปฏิบัติงานจริง<sup>30</sup>

(ข) จำนวน 1 ใน 4 จากผู้พิพากษาศาลยุติธรรมหรือข้าราชการ ของส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือส่วนท้องถิ่นระดับผู้บริหารซึ่งมีอายุราชการมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี

##### (1.2) ตุลาการชั้นหนึ่ง จะแต่งตั้งจากผู้มีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(ก) จำนวน 6 ใน 7 จากตุลาการชั้นสอง

(ข) จำนวน 1 ใน 7 จากผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ซึ่งได้ปฏิบัติ หน้าที่เป็นผู้พิพากษามาแล้วไม่น้อยกว่า 7 ปี หรือข้าราชการซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่า 35 ปี และได้ปฏิบัติ หน้าที่ในระดับผู้บริหารมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี

##### (1.3) สำหรับตุลาการชั้นพิเศษขึ้นไป จะแต่งตั้งตามลำดับอาวุโส

(1.4) ประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ทั้ง 5 คนนั้น จะแต่งตั้งจาก สมาชิกสภาแห่งรัฐในระดับ Conseillers d'Etat

<sup>30</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 248-249.

## (2) การแต่งตั้ง การเลื่อนชั้น และการเลื่อนตำแหน่ง

การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในระดับศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เป็นอำนาจของประธานาธิบดีโดยการเสนอรายชื่อจากคณะกรรมการระดับสูงแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Conseil supérieur de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ประกอบด้วยกรรมการ จำนวน 13 คน ดังนี้<sup>31</sup>

- (1) รองประธานสภาแห่งรัฐ เป็นประธานกรรมการ
- (2) เลขาธิการสภาแห่งรัฐ
- (3) ประธานคณะผู้ตรวจราชการปฏิบัติงานของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (President de la Mission d'Inspection des Juridictions Administratives) ซึ่งเป็นองค์กรในสภาแห่งรัฐ
- (4) เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี
- (5) เลขาธิการสำนักงานบริหารงานบุคคล กระทรวงยุติธรรม
- (6) ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่ได้รับเลือกจากตุลาการในแต่ละองค์กร จำนวนรวม 5 คน โดยอยู่ในตำแหน่งคราวละ 3 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว
- (7) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา จำนวนรวม 3 คน โดยมีวาระในการดำรงตำแหน่งคราวละ 3 ปี

### 3.1.4 การยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจัยคดีปกครองและประชาชน

ในการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสทั้งในส่วนของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองชั้นต้นและประชาชนนั้น จากการศึกษาพบว่าแม้สมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นจะมีสถานะเป็นข้าราชการพลเรือนเช่นเดียวกันกับข้าราชการพลเรือนอื่น แต่ก็ถือว่าองค์กรดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรศาล เนื่องจากเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนั้นในวิธีการได้มาซึ่งตุลาการในศาลปกครองจึงมีการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรศาลและ

<sup>31</sup> เฟ็งอ้าง, น. 251-252.

ประชาชนผ่านกระบวนการการแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองชั้นต้น ดังนี้

(1) ในส่วนของสภาแห่งรัฐนั้นกำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามในคำสั่งแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐ<sup>32</sup> โดยการเสนอรายชื่อของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเนื่องจากถือว่าประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน การแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐโดยผ่านกระบวนการดังกล่าวจึงถือเป็นการสร้างจุดเชื่อมโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองและประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

(2) สำหรับกรณีการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการศาลปกครองชั้นต้นนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดหลักการในการสร้างจุดยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนผ่านกระบวนการการแต่งตั้งใน 2 ประการ กล่าวคือ

(2.1) กำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการศาลปกครองชั้นต้นกระทำโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

(2.2) ในการเสนอรายชื่อของบุคคลต่อประธานาธิบดีเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการศาลปกครองชั้นต้น กระทำโดยคณะกรรมการระดับสูงแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Conseil supérieur de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) ซึ่งเป็นองค์กรในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ซึ่งหากพิจารณาจากองค์ประกอบของคณะกรรมการดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ามีผู้แทนซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา จำนวนรวม 3 คน ซึ่งถือว่าการกำหนดสัดส่วนในลักษณะดังกล่าวเป็นการสร้างจุดยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนตามแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตลอดจนเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรอื่นโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการอีกส่วนหนึ่งด้วย

### 3.2 องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

#### 3.2.1 โครงสร้าง และการจัดระบบศาล

การจัดตั้งศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นถือเป็นการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาโดยเฉพาะ ทั้งนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐหรือกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 แยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมซึ่งถือว่าเป็นศาลทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครอง

<sup>32</sup> Constitution de la Republique Francaise du 4 octobre 1958 Article 13.



ประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกินขอบเขต โดยการจัดโครงสร้างของศาลปกครอง ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung 1960-VwGO) ซึ่งได้กำหนดให้ศาลปกครองมี 3 ระดับชั้น ประกอบด้วย ศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgericht) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht) และศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) โดยให้ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เป็นศาลในระดับมลรัฐ ส่วนศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์เป็นศาลปกครองระดับสหพันธ์<sup>33</sup>

### 3.2.1.1 ศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) จัดตั้งขึ้นโดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองสหพันธ์ (Gesetz über Bundesverwaltungsgericht, 23.9.1952) โดยถือว่าศาลปกครองแห่งสหพันธ์มีสถานะเช่นเดียวกับศาลยุติธรรมสหพันธ์ (BGH) ศาลภาษีสหพันธ์ (BFH) ศาลแรงงานสหพันธ์ (BAG) และศาลสังคมสหพันธ์ (BSG) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดตามความหมายของมาตรา 95 I ของรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz-GG)<sup>34</sup> โครงสร้างของศาลปกครองสูงสุดประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด และผู้พิพากษาในศาลปกครองสูงสุด<sup>35</sup>

การพิจารณาพิพากษาคดีดำเนินการเป็นองค์คณะ (division) สำหรับจำนวนองค์คณะนั้นมีได้กำหนดไว้แน่นอน โดยปกติมีจำนวน 8-9 องค์คณะสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปกับอีก 2 องค์คณะสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับวินัยและการต่อสู้แก้ต่างคดี ผู้พิพากษาในศาลปกครองสูงสุดของแต่ละองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ (professional judges) จำนวน 5 คน โดยไม่มีผู้พิพากษาสมทบ (lay judge) ร่วมอยู่ในองค์คณะด้วยเหมือนกับองค์คณะในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และศาลปกครองชั้นต้น และบังคับให้คู่ความจะต้องมีทนายความ (Anwaltszwang) แต่ในชั้นศาลอื่นคู่ความจะแต่งตั้งทนายความหรือไม่ก็ได้<sup>36</sup>

<sup>33</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 26.

<sup>34</sup> เฟ็งอ้าง, น. 29.

<sup>35</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 291.

<sup>36</sup> เฟ็งอ้าง, หน้าเดียวกัน.

### 3.2.1.2 ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht)

ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือศาลปกครองชั้นสูง (Oberverwaltungsgericht) ซึ่งบางมลรัฐใช้คำว่า Verwaltungsgerichtshof<sup>37</sup> มีโครงสร้างประกอบด้วย ประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ในปี ค.ศ. 1990 ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ทั่วประเทศมีจำนวน 12 แห่ง กระจายอยู่ในมลรัฐใหญ่มลรัฐละ 1 แห่ง และมลรัฐเล็ก 2 มลรัฐ มี 1 แห่ง ทั้งนี้ จำนวนของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และจำนวนตุลาการขึ้นอยู่กับขนาดของมลรัฐและปริมาณคดีที่มาสู่ศาล

การพิจารณาพิพากษาคดีดำเนินการเป็นองค์คณะ จำนวนองค์คณะในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อาจมีจำนวนมากหรือน้อยได้ขึ้นอยู่กับขนาดและจำนวนคดีที่มาสู่ศาลของแต่ละมลรัฐ ทั้งนี้ ในแต่ละองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน (แต่ในบางกรณีหรือในบางมลรัฐอาจออกกฎหมายให้มีจำนวน 5 คนได้ โดยมีผู้พิพากษาสมทบเพิ่มอีก 2 คน) และผู้พิพากษาสมทบ (lay judge) 2 คน ในบางกรณีอาจมีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยสภาใหญ่หรือที่ประชุมใหญ่ ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์อีก 6 คน ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานวาระละ 2 ปี

### 3.2.1.3 ศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgericht)

ศาลปกครองชั้นต้นนั้นอาจได้รับการจัดตั้งขึ้นหรือยุบเลิกโดยกฎหมายของมลรัฐ จำนวนของศาลปกครองชั้นต้นในแต่ละมลรัฐนั้นแตกต่างกันขึ้นอยู่กับขนาดของมลรัฐ ในมลรัฐเล็กอาจมีจำนวน 1 แห่ง ขณะที่มลรัฐใหญ่อาจมีมากถึง 6-7 แห่ง ในปี ค.ศ. 1990 มีศาลปกครองชั้นต้น 34 แห่ง กระจายอยู่ทั่วประเทศ

โดยทั่วไปคดีปกครองจะเริ่มที่ศาลปกครองชั้นต้น เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้เริ่มคดีที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์หรือศาลปกครองชั้นสูง (Oberverwaltungsgericht)

การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยปกติต้องทำเป็นองค์คณะ ยกเว้นในบางคดีซึ่งพิจารณาพิพากษาโดยผู้พิพากษาอาชีพเพียงคนเดียว และเป็นคดีที่ชัดเจน ไม่มีปัญหาด้านข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย สำหรับจำนวนองค์คณะของศาลปกครองชั้นต้นในแต่ละมลรัฐนั้น ไม่ได้มีการกำหนดจำนวนไว้แน่นอน อาจมีจำนวนมากหรือน้อยได้ขึ้นอยู่กับขนาดและจำนวนคดีของแต่ละมลรัฐ องค์คณะของแต่ละศาลปกครองชั้นต้นจะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน และผู้พิพากษาสมทบ 2 คน ซึ่งมีสิทธิหนึ่งพิจารณาตัดสินด้วยวาจาร่วมกับผู้พิพากษาอาชีพ ได้สวนเกี่ยวกับข้อเท็จจริง (questions of facts) แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการพิพากษาหรือเขียนคำพิพากษา

<sup>37</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 21.

### 3.2.2 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

#### 3.2.2.1 หลักประกันความเป็นอิสระ

กรณีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นจากการศึกษาพบว่านับแต่คริสต์ศตวรรษที่ 15 เป็นต้นมา อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดียังคงเป็นของบรรดาเจ้าผู้ครองแคว้นแคว้น เนื่องจากถือว่าอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีก็คือส่วนหนึ่งของอำนาจในการปกครองนั่นเองซึ่งเท่ากับเป็นการรวมอำนาจในการพิจารณาคดีซึ่งแต่เดิมมีการใช้ระบบลูกขุนให้เข้ามาอยู่ในมือของเจ้าผู้ครองแคว้นแคว้น อย่างไรก็ตามบรรดาเจ้าผู้ครองแคว้นทั้งหลายกลับไม่ใช้อำนาจนี้ด้วยตนเอง หากแต่จะมีการแต่งตั้งบุคคลที่เหมาะสมเข้ามารับภารกิจนี้โดยถือว่าเป็นการกระทำในนามของเจ้าผู้ครองแคว้นแคว้น ดังนั้น หลักว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงมิได้เกิดขึ้นอย่างเด่นชัดในช่วงระยะเวลาดังกล่าว จนกระทั่งในเวลาต่อมาการวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งแคว้นปรัสเซีย (ALR) ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1794 โดยประกันความเป็นอิสระในส่วนบุคคล และประกันความเป็นอิสระในด้านของภาระหน้าที่<sup>38</sup> อย่างไรก็ตามเมื่อกล่าวถึงหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในช่วงแรกๆ นั้น ความเข้าใจในเบื้องต้นหลักแห่งความเป็นอิสระหมายความรวมถึงความเป็นอิสระใน 3 ประการเท่านั้น คือ ความเป็นอิสระจากการแทรกแซงขององค์กรต่างๆ ความเป็นอิสระจากคู่ความ และความเป็นอิสระจากอิทธิพลของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในสังคม<sup>39</sup>

ในปัจจุบันกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) หรือรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 ได้กำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ตลอดจนบทบัญญัติว่าด้วยหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการไว้ ดังนี้

“มาตรา 92 อำนาจตุลาการเป็นของผู้พิพากษา องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการคือศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ศาลสูงสหพันธ์ ศาลสหพันธ์ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายหลักนี้ และศาลแห่งมลรัฐ”

“มาตรา 97 (1) ผู้พิพากษาเป็นอิสระและอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น  
(2) ผู้พิพากษาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาดลอดชีพ การให้ผู้พิพากษาดังกล่าวออกไม่อาจกระทำได้หากขัดกับเจตนา

<sup>38</sup> หลักประกันในส่วนภาระหน้าที่ได้รับอิทธิพลมาจาก The act of settlement ค.ศ. 1701 ของอังกฤษ

<sup>39</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น. 365-366 (กันยายน 2537).

ของผู้พิพากษานั้น การให้ผู้พิพากษาออกก่อนระยะเวลาหรือให้พักจากตำแหน่ง  
 ในระยะเวลาหนึ่ง หรือโยกย้ายไปอยู่ในตำแหน่งอื่น หรือการให้เกษียณอายุ  
 ก่อนระยะเวลา อาจกระทำได้เฉพาะโดยคำพิพากษาของศาลและเฉพาะจากเหตุผล  
 และตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย ให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดการเกษียณอายุ ในกรณีที่  
 ผู้พิพากษามีอายุครบเกษียณให้ผู้พิพากษานั้นมีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญ  
 การเปลี่ยนแปลงหน่วยงานของศาลหรือเขตพื้นที่การปกครองอาจมีการโยกย้าย  
 ผู้พิพากษาไปยังศาลอื่นได้ หรืออาจให้ออกจากตำแหน่งได้แต่ทั้งนี้จะต้องได้รับ  
 เงินเดือนเต็มจำนวน”

จากสาระสำคัญดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ  
 ที่สำคัญในการจัดองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะหลักการที่ว่าด้วยความเป็นอิสระของ  
 ผู้พิพากษานั้นประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน 3 ประการ<sup>40</sup> ดังต่อไปนี้

(1) **ความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ (die sachliche Unabhängigkeit)** ซึ่งให้ความคุ้มครองแก่การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพล  
 ภายนอกทั้งหลาย ทั้งในส่วนของแทรกแซงโดยองค์กรใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่น และจากการ  
 แทรกแซงโดยทางอ้อมจากผลของการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา

(2) **ความเป็นอิสระในทางองค์กร (die organisatorische Unabhängigkeit)** ซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลาการ ศาล หรือผู้พิพากษาจะต้องไม่อยู่ในลักษณะของความ  
 สัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะโดยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ตาม

(3) **ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคล (die persönliche Unabhängigkeit)** หมายความว่าโดยหลักแล้วการถอดถอนและโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้ หากเป็น  
 การขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ โดยมีความ  
 มุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ (die sachliche  
 Unabhängigkeit) ของผู้พิพากษา นอกจากนี้ความเป็นอิสระในส่วนบุคคลยังหมายความรวมถึง  
 การคุ้มครองสภาพของความเป็นผู้พิพากษาด้วย กล่าวคือ มีการคุ้มครองในสายการบังคับบัญชา  
 โดยกฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษาเยอรมัน (DRiG) มาตรา 26 ได้กำหนดให้การบังคับบัญชาจะกระทบถึง  
 ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีได้ และหากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นผู้พิพากษาซึ่งได้รับผลกระทบนั้น  
 อาจร้องต่อศาลที่ระบุนั้นในกฎหมายได้<sup>41</sup>

<sup>40</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 33*, น. 19.

<sup>41</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 39*, น. 367-370.

### 3.2.2.2 ความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง

ประวัติศาสตร์ความเป็นมาในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น อาจจัดแบ่งวิวัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองออกเป็นสองช่วง กล่าวคือ ช่วงก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง และช่วงที่มีการจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองที่มีลักษณะเป็นศาลพิเศษที่เรียกว่า “ศาลปกครอง” (Verwaltungsgericht) โดยในช่วงแรกเกิดขึ้นในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 15 จากผลการปฏิรูปอาณาจักรได้ส่งผลให้ระบบศาลของเยอรมันเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ เปลี่ยนจากระบบศาลที่ขึ้นกับกษัตริย์ (Koenigsgericht) มาเป็นศาลที่ขึ้นตรงต่ออาณาจักร (Reichskammergericht) โดยเริ่มขึ้นที่เมืองฟรังเฟิร์ต จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1693 ลักษณะขององค์กรศาลดังกล่าวมีรูปแบบที่เป็นอิสระโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของกษัตริย์ มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีเกี่ยวกับเจ้าที่ดินหรือเจ้าขุนมูลนาย (Lehen) ตลอดจนคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของกษัตริย์ คำฟ้องตั้งต้นคดีสามารถยื่นโดยตรงต่อศาลชั้นต้นที่เรียกว่า Kammergericht แต่ถ้าเป็นคำฟ้องเกี่ยวกับอาณาจักรหรือการปฏิเสธรในเรื่องให้สิทธิแก่ประชาชนต้องยื่นต่อศาลสูงถัดไป ซึ่งเรียกว่า Reichskammergericht ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้น แต่ถ้าหากเป็นคำฟ้องเกี่ยวกับสิทธิพิเศษของพวกขุนนาง (Reichsfuersten) ให้ยื่นต่อศาลสูงสุด (das hoechste Gericht im Reiche) แต่อย่างไรก็ตามลักษณะของคำพิพากษาในช่วงระยะเวลาดังกล่าวหาได้เป็นพื้นฐานของคำพิพากษาคดีปกครองแต่อย่างใดไม่แม้องค์กรดังกล่าวจะเคยรับพิจารณาคดีทางปกครองมาก่อน เช่น คดีเกี่ยวกับภาษีอากร คดีการประกอบการค้า ระเบียบต่างๆ ที่ออกโดยฝ่ายปกครองและตำรวจ ทั้งนี้ เนื่องจากในสังคมยุคสมัยนั้นยังไม่มีกรหยาบยกเรื่องการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน เพียงแต่มองว่ากฎหมายมหาชนเป็นเรื่องผลประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น ภายหลังจากได้มีการพยายามจำกัดอำนาจในการฟ้องคดีของประชาชนเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างเจ้าผู้ครองเมืองและประชาชนด้วยการแยกเรื่องของศาลและเรื่องของฝ่ายปกครองออกจากกัน กล่าวคือ ในการดำเนินงานของฝ่ายปกครองนั้นไม่อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ ศาลมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาเฉพาะเรื่องของศาลเท่านั้น ผลของการจำกัดอำนาจในการฟ้องคดีดังกล่าวทำให้คำพิพากษาในคดีปกครองในช่วงระยะเวลาดังกล่าวออกมาน้อยมาก ส่งผลให้การคุ้มครองพิทักษ์สิทธิในคดีปกครองโดยศาลอาณาจักรขาดหายไป จนกระทั่งต่อมาอีก 2 ปี จึงมีการประกาศยุบศาลอาณาจักรไปในที่สุด<sup>42</sup>

<sup>42</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, “วิวัฒนาการและรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองของประเทศเยอรมัน,” ใน การประชุมสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง, จัดโดยคณะกรรมการการปกครอง สภาผู้แทนราษฎร (กรุงเทพมหานคร, 2540), น. 2-3.

ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 17 ได้มีการจัดตั้งองค์กรวินิจัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองเรียกว่า Kammerjustiz เนื่องจากเจ้าผู้ครองเมืองไม่ต้องการที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลอาญาจักร จึงพยายามจัดตั้งศาลของตนเอง มีผู้พิพากษาหรือตุลาการของตนเอง เพื่อต้องการตั้งอำนาจในการวินิจัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองมาจากศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตามองค์กรศาลดังกล่าวล้วนมีรูปแบบและโครงสร้างที่แตกต่างกันไป ซึ่งขึ้นอยู่กับความเข้มแข็งของฝ่ายการเมืองและฝ่ายปกครอง ควบคู่ไปกับความต้องการที่จะตั้งอำนาจการพิจารณาชี้ขาดคดีมาจากศาลยุติธรรม

ต่อมาในตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 อำนาจของศาลยุติธรรมในสมัยนั้นก็ได้ถูกจำกัดลงอีกโดยกฎหมาย ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1709 ถัดจากนั้นในปี ค.ศ. 1749 ได้มีการออกกฎหมายลงวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 1749 กำหนดให้คดีที่เป็นผลประโยชน์ของเอกชนสามารถฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมได้ ส่วนคดีปกครอง เช่น คดีเกี่ยวกับการทหาร การภาษีอากร และการปฏิบัติการของตำรวจ ให้ฟ้องคดีต่อองค์กรวินิจัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ในการจัดตั้งองค์กรในรูปแบบดังกล่าวนี้ มลรัฐที่จัดตั้งได้อย่างสมบูรณ์ที่สุด คือ มลรัฐปรัสเซีย ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1782 องค์กรขององค์กรดังกล่าวประกอบด้วย ประธาน ตุลาการ และที่ปรึกษา โดยในส่วนของที่ปรึกษานั้นจะแต่งตั้งมาจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในทางปกครองนั้นๆ นอกจากนี้ในส่วนองวิธีพิจารณาคดี องค์กรดังกล่าวได้กำหนดให้มีวิธีพิจารณาคดีทำนองเดียวกับศาลยุติธรรม และมีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการรับพิจารณาอุทธรณ์อีกส่วนหนึ่งด้วย จากผลของการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวขึ้นในมลรัฐปรัสเซียทำให้ในเวลาต่อมามลรัฐอื่นก็เริ่มจัดตั้งองค์กรวินิจัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองที่อยู่ในสังกัดของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกัน จนกระทั่งในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ทุกมลรัฐของเยอรมนีได้เปิดโอกาสให้เอกชนสามารถยื่นฟ้องคดีปกครองต่อองค์กรดังกล่าว และศาลยุติธรรมไม่อาจที่จะรับพิจารณาคดีในเรื่องดังกล่าวได้อีกต่อไป<sup>43</sup>

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า Kammerjustiz เป็นองค์กรที่วินิจัยชี้ขาดคดีปกครอง และเป็นที่มาของศาลปกครองเยอรมัน เนื่องจาก Kammerjustiz เน้นคุ้มครองสิทธิของประชาชนในคดีปกครอง และมุ่งให้สิทธิและความยุติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองต่อประชาชน ตลอดจนมีวิธีพิจารณาที่เปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาความในศาลยุติธรรม แม้ว่า Kammerjustiz จะรับวินิจัยข้อพิพาทคดีแพ่งตามความเข้าใจของคำสอนนิติศาสตร์สมัยใหม่ด้วยก็ตาม<sup>44</sup>

ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 ได้มีการเรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลซึ่งมีความเป็นกลางและเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางปกครอง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1843 รัฐธรรมนูญฉบับ Paulkirche ได้วางบทบัญญัติปฏิเสธอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการ

<sup>43</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 267.

<sup>44</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37*, น. 38.

วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดยให้ศาลมีอำนาจตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิในทุกกรณี อย่างไรก็ตามภายหลังจากความล้มเหลวในการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ Paulkirche ปรากฏความไม่ลงรอยทางความคิดเห็นเกี่ยวกับรูปแบบของศาลซึ่งจะเข้ามามีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ความแตกต่างดังกล่าวแยกออกเป็นสองความเห็น ความเห็นแรกเสนอโดย Otto Bahr ทั้งนี้ โดย Otto Bahr เห็นว่าศาลยุติธรรมควรมีอำนาจในการให้ความคุ้มครองเอกชนจากการละเมิดสิทธิในทุกกรณีไม่ว่าการละเมิดสิทธินั้นจะเกิดจากการกระทำของเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ตาม ในขณะที่ Rudolf von Gneist เห็นว่าศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาไม่เหมาะสำหรับการตรวจสอบการกระทำทางปกครองและการปรับใช้กฎหมายมหาชน อย่างไรก็ตามภายใต้ความแตกต่างทางความคิดดังกล่าวความเห็นของ Rudolf von Gneist ได้รับการยอมรับมากกว่าในเวลาต่อมา<sup>45</sup>

ในปี ค.ศ. 1863 มลรัฐ Baden เป็นมลรัฐแรกที่จัดตั้งศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgerichtshof) ที่เป็นอิสระแห่งแรกขึ้น โดยการออกกฎหมายของมลรัฐ เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1863 จัดตั้งศาลปกครองอิสระขึ้น ประกอบด้วย ประธาน 1 คน และที่ปรึกษากฎหมายอีก 6 คน มีองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาไม่ต่ำกว่า 5 คน นอกจากนี้ยังมีตุลาการสำรองซึ่งแต่งตั้งจากผู้มีความรู้ทางกฎหมาย และซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยอีกส่วนหนึ่ง มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย พร้อมกับมีหลักประกันให้ประชาชนใช้สิทธิทางศาลปกครองด้วย แต่อย่างไรก็ตามเขตอำนาจของศาลปกครองในขณะนั้นยังไม่กว้างขวางมากนัก แต่จำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น (enumerativ) นอกจากนี้ในส่วนของผู้ฟ้องคดีปกครอง ก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลจะต้องผ่านขั้นตอนการยื่นคำร้องขอภายในฝ่ายปกครองตามลำดับสายการบังคับบัญชาของฝ่ายปกครองหรือต้องผ่านขั้นตอนการยื่นคำร้องขอต่อองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางการปกครองชั้นต้นของฝ่ายปกครอง (Bezirksraete) มาก่อน ผลของการจัดตั้งศาลปกครองที่เป็นอิสระขึ้นดังกล่าวในมลรัฐบาเดนทำให้เป็นที่นิยมของประชาชนเป็นอย่างมาก และส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐสนับสนุนโดยการขยายเขตอำนาจของศาลปกครองพร้อมทั้งส่งเสริมให้ศาลปกครองมีอิสระมากขึ้น ตามกฎหมายฉบับ ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1880 และวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1884<sup>46</sup>

ในระหว่างปี ค.ศ. 1872-ค.ศ. 1875 มลรัฐปรัสเซีย (Prussia) ได้จัดตั้งศาลปกครองที่เป็นอิสระขึ้น 3 ชั้นศาล กล่าวคือ มีคณะกรรมการเคาน์ตี (county committees) เป็นศาลปกครองในระดับล่างสุด คณะกรรมการภาค (regional committees) เป็นศาลปกครองในระดับกลาง และศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐปรัสเซีย (Prussian Supreme Administrative Court) เป็นศาล

<sup>45</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น. 3-4.

<sup>46</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 269-270.

ปกครองสูงสุดของมลรัฐ อย่างไรก็ตามในประเด็นของความเป็นอิสระขององค์กรนั้น ศาลปกครองในระดับสูงของมลรัฐจะมีความเป็นอิสระมากกว่า เนื่องจากเป็นองค์กรที่แยกออกมาต่างหากจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ในขณะที่ศาลปกครองในระดับล่างยังไม่มีความเป็นอิสระมากนัก ทั้งนี้เนื่องจากยังถือว่าศาลปกครองในระดับล่างเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครอง ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ ในสัดส่วนของคณะกรรมการคานันตีซึ่งเป็นศาลปกครองในระดับล่าง รัฐธรรมนูญของมลรัฐปรัสเซียยังกำหนดให้ประกอบด้วยข้าราชการประจำ และผู้พิพากษาสมทบ (lay judges) จำนวน 6 คน เป็นหนึ่งในองค์ประกอบ<sup>47</sup>

ในอีกไม่กี่ปีต่อมามลรัฐปรัสเซียและมลรัฐบาวาเรียได้นำประสบการณ์ของศาลปกครองจากมลรัฐบาเดินมาเป็นแบบอย่าง พร้อมทั้งได้ปรับปรุงในเรื่องของความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองให้มีความเป็นอิสระมากขึ้น โดยทั้งสองมลรัฐได้ทำการออกกฎหมายเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1879 เพื่อจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐ (Oberverwaltungsgerichtsraete) ขึ้น พร้อมกับบัญญัติให้ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐมีสิทธิเช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลแพ่งในเรื่องเงินเดือน บำนาญ และลำดับชั้น รวมทั้งมีข้อกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐด้วย อย่างไรก็ตามในตอนต้นของการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในมลรัฐต่างๆ ทั้งในส่วนของมลรัฐบาเดิน มลรัฐปรัสเซีย และมลรัฐบาวาเรียนั้น ศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้นในแต่ละมลรัฐยังมีความแตกต่างกันและยังไม่เป็นเอกภาพ แม้ภายหลังช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ในช่วงปี ค.ศ. 1914-1918 จนกระทั่งเข้าสู่การปกครองแบบสาธารณรัฐ รัฐธรรมนูญไวมาร์ ค.ศ. 1919 จะได้พยายามสนับสนุนให้มีการจัดตั้งศาลปกครองเพิ่มมากขึ้นควบคู่ไปกับการสนับสนุนให้มีการจัดตั้งศาลปกครองของราชอาณาจักรให้อยู่ในลักษณะเดียวกันทั้งหมด แต่ก็ยังไม่สามารถกระทำได้แม้จำนวนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและคดีปกครองที่ฟ้องต่อศาลปกครองจะมีอัตราส่วนที่เพิ่มขึ้นเป็นอย่างมากก็ตาม<sup>48</sup> ทั้งนี้ โดยมีสาเหตุหลายประการ สาเหตุสำคัญก็คือฝ่ายปกครองต้องการความมีประสิทธิภาพในการทำงานในช่วงที่เยอรมันพ่ายแพ้สงคราม ประกอบกับฝ่ายนิติบัญญัติเกรงว่าศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้นจะเป็นตัวถ่วงการก่อตั้งเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติเอง<sup>49</sup>

ศาลปกครองตามมลรัฐต่างๆ ได้พัฒนาในเรื่องความเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองและเขตอำนาจให้กว้างขวางมากขึ้น จนกระทั่งในช่วงปี ค.ศ. 1933 เป็นต้นมา ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาก่อนเกิดสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เนื่องจากฮิตเลอร์ (Hitler) ซึ่งเป็นผู้นำประเทศในขณะนั้นได้ปกครองประเทศแบบเผด็จการหรือระบอบรวมอำนาจแบบ

<sup>47</sup> เฟิงอ้าง, น. 270.

<sup>48</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 37*, น. 52-53.

<sup>49</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 21*, น. 62.



เบ็ดเสร็จ (Totalitarian regime) พร้อมกันนั้นได้ประกาศใช้นโยบายการกระทำของรัฐบาล (Acts of Government) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่ต้องการให้การปกครองประเทศมีเอกภาพไม่เกิดความวุ่นวายหรือความขัดแย้งระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง และไม่ต้องการให้ศาลปกครองมาควบคุมการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ฮิตเลอร์ยังได้ออกกฎหมายว่าด้วยการทำเรื่องทางปกครองให้ย่ำลงวันที่ 28 สิงหาคม ค.ศ. 1939 (Die Vereinfachung der Verwaltung vom 28 August 1939) เพื่อลดอำนาจของศาลปกครองลงจากเดิม โดยการกำหนดให้เอกชนยื่นคำร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแทนการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง พร้อมกับบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นของฝ่ายปกครองทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นนับแต่วันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1939 เป็นต้นมา ส่วนศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐนั้น แม้จะยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองแต่ก็อยู่ภายในขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น<sup>50</sup>

ในปี ค.ศ. 1945 ซึ่งเป็นปีที่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง โดยเยอรมนีเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ประเทศมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งยึดครองเยอรมนีได้ตระหนักถึงความสำคัญและความจำเป็นของการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อควบคุมการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง แต่เห็นว่าการนำระบบศาลปกครองเดิมมาใช้ย่อมเป็นไปได้ยากเพราะประเทศได้รับความเสียหายจากสงครามเป็นอย่างมาก อีกทั้งประเทศยังถูกแบ่งและครอบครองโดยประเทศมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตร อย่างไรก็ตามเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1946 กรุงเบอร์ลิน ได้มีกฎหมาย (Nr. 36 Art. 1) จัดตั้งศาลปกครองขึ้นในทุกมลรัฐที่ถูกยึดครอง ในขณะที่มลรัฐที่อยู่ในเขตยึดครองของสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการไฮเดลเบอร์ก (Heidelberger Ausschluss) เพื่อร่างกฎหมายที่จำเป็นสำหรับศาลปกครอง และได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ที่เมืองสตัทท์การ์ท (Stuttgart) ซึ่งอยู่ในมลรัฐวูเทมเบอร์ก (Wurttemberg) ผลของการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว รวมทั้งผลจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. 1949 หรือที่เรียกว่ากฎหมายมูลฐาน ค.ศ. 1949 (The Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949) ซึ่งได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองซึ่งเป็นศาลพิเศษที่เป็นอิสระขึ้น ได้มีส่วนสำคัญในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในหลายมลรัฐ ที่สำคัญเห็นได้จากในมลรัฐบาเดน-วูเทมเบอร์ก (Baden-Wurttemberg) รัฐธรรมนูญของมลรัฐดังกล่าวได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองของมลรัฐที่เป็นอิสระ และแยกออกจากฝ่ายปกครองและศาลยุติธรรมอย่างเด็ดขาด กำหนดให้ศาลปกครองมี 2 ชั้นศาล ประกอบด้วย ศาลปกครองชั้นต้นของมลรัฐ (Verwaltungsgericht) และศาลปกครองระดับสูงของมลรัฐ (Verwaltungsgerichtshof) นอกจากนี้กฎหมายของมลรัฐบาเดน-วูเทมเบอร์ก (The Implementing Act on the Baden-Wurttemberg Administrative Courts Oder) ยังได้

<sup>50</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 271-272.

บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่แมนไฮม์ (Mannheim) และศาลปกครองชั้นต้นในอีกหลายเมือง ประกอบด้วย Stuttgart, Karlsruhe, Freiburg และ Sigmaringen โดยกำหนดให้คุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับสูง กล่าวคือ ต้องเป็นบุคคลที่สำเร็จการศึกษาจากเนติบัณฑิตเยอรมัน ชั้นที่ 2 หรือเคยเป็นอาจารย์สอนวิชากฎหมายปกครองในมหาวิทยาลัยของประเทศเยอรมนี ประธานของตุลาการทั้ง 2 ชั้นศาล และตุลาการศาลปกครองอย่างน้อย 2 คน ของทุกองค์คณะจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการตลอดชีวิต นอกจากนี้ยังมีส่วนประกอบของที่ปรึกษาซึ่งมาจากการแต่งตั้งของผู้พิพากษาศาลสูงยุติธรรมของมลรัฐ หรือจากเจ้าหน้าที่ตรวจเงินแผ่นดินระดับสูง หรือจากศาสตราจารย์สอนกฎหมายมหาชนในมหาวิทยาลัย ในส่วนของเขตอำนาจนั้น ศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้นสามารถพิจารณาพิพากษาคดีปกครองได้อย่างกว้างขวาง (Generalklausel) ยกเว้นคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น ส่วนในระดับสหพันธ์ ผลจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์ทำให้เมื่อวันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1952 ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองของสหพันธ์หรือเรียกว่าศาลปกครองสูงสุด (a Federal Administrative Court) ขึ้น จำนวน 1 แห่ง และต่อมาในปี ค.ศ. 1960 สหพันธ์รัฐได้ตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ค.ศ. 1960 (Die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960) ประกาศใช้บังคับทั่วสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เมื่อวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 พร้อมกับยกเลิกกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองที่ประกาศใช้ก่อนหน้านั้นและบัญญัติให้มีศาลปกครองอย่างเป็นระบบและเป็นรูปแบบเดียวกันในทุกมลรัฐ ซึ่งในเวลาต่อมาแต่ละมลรัฐได้มีการออกกฎหมายเพื่อรองรับการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในมลรัฐของตนเอง โดยยึดระบบและรูปแบบการจัดตั้งให้สอดคล้องกับกฎหมายในระดับสหพันธ์รัฐ<sup>51</sup> ส่งผลให้ในปัจจุบันศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีการจัดแบ่งศาลออกเป็น 3 ระดับ ประกอบด้วย ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ซึ่งถือเป็นศาลปกครองสูงสุด ศาลสูงคดีปกครองแห่งมลรัฐ (Oberverwaltungsgericht หรือ Verwaltungsgerichtshof) และศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgericht) ซึ่งเป็นระบบศาลระบบหนึ่งเคียงคู่ไปกับระบบศาลอื่นๆ<sup>52</sup>

### 3.2.3 วิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาศาลปกครอง

ในการจัดแบ่งประเภทของผู้พิพากษาศาลปกครองนั้น โดยทั่วไปผู้พิพากษาศาลปกครองของเยอรมันมิได้ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งควบทั้งฝ่ายปกครองและเป็นผู้พิพากษาศาลปกครองพร้อมกันไป รวมทั้งมิได้ทำหน้าที่ร่างกฎหมายหรือให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายบริหาร ดังเช่นศาลปกครองสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือมิได้เป็นผู้พิพากษาธรรมดาเช่นอังกฤษ

<sup>51</sup> เฟ็งอ้าง, น. 272-274.

<sup>52</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น. 3-4.

แต่ผู้พิพากษาในศาลปกครองของเยอรมันเป็นผู้พิพากษาอาชีพในสาขาการปกครองโดยเฉพาะ โดยไม่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการบริหารของทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติได้ จากการศึกษาโครงสร้างของศาลปกครองเยอรมันพบว่าในปัจจุบันผู้พิพากษาในศาลปกครองแบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>53</sup> คือ ผู้พิพากษาอาชีพ (Richter auf Lebenszeit) และผู้พิพากษาสมทบ (Ehrenamtliche Richter) ทั้งนี้ โดยมีการกำหนดคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม รวมทั้งวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาในแต่ละประเภท ดังนี้

### 3.2.3.1 คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้าม

#### (1) ผู้พิพากษาอาชีพ

คุณสมบัติเบื้องต้นของผู้พิพากษาอาชีพนั้นจะต้องเป็นผู้สำเร็จการศึกษานิติศาสตร์ ซึ่งจะต้องสอบได้เนติบัณฑิตชั้นที่ 2 (Staatsexam II)<sup>54</sup> ตามกฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษาของเยอรมัน (Deutsches Richtergesetz 1972-DRiG) มาตรา 5 ผู้สอบได้เนติบัณฑิตชั้นที่ 2 นี้ เรียกว่า “Assessor” ถือว่าเป็นการสำเร็จการศึกษาวินิจฉัยทางกฎหมาย ในทางปฏิบัติผู้สำเร็จการศึกษาจะเลือกเป็นผู้พิพากษาศาลปกครองเป็นอันดับแรกและเลือกเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเป็นอันดับถัดไป

ในกรณีของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาศาลปกครองสหพันธ์จะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีบริบูรณ์ (มาตรา 15 (3) VwGO) ผู้พิพากษาอาชีพไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาในศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ หรือศาลปกครองสหพันธ์จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาดำรงชีวิต (auf Lebenszeit) ซึ่งหมายถึงได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่จนกว่าจะเกษียณอายุราชการ (มาตรา 21 (2) Nr.5 DRiG)

ในศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ผู้พิพากษาที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตในศาลอื่นหรือศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาจได้รับแต่งตั้งให้เป็น

<sup>53</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 33*, น. 31-34.

<sup>54</sup> ในระบบการศึกษากฎหมายในประเทศเยอรมันนั้นโดยทั่วไปนักศึกษาจะต้องสอบและได้รับประกาศบัตรทางกฎหมาย หลังจากการศึกษาในมหาวิทยาลัยมาแล้วไม่น้อยกว่า 8 ภาคการศึกษา จึงจะมีสิทธิสมัครสอบเนติบัณฑิตชั้นที่ 1 และเมื่อผ่านกระบวนการสอบข้อเขียนการสัมภาษณ์ ตลอดจนการเข้าฝึกงานในหน่วยงานราชการ สำนักงานทนายความ หรือศาลต่างๆ เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ภาคการศึกษาแล้วจึงจะมีสิทธิสมัครสอบเป็นเนติบัณฑิตชั้นที่ 2 และเมื่อสอบผ่านเป็นเนติบัณฑิตชั้นที่ 2 แล้วก็จะถือว่าเป็นผู้มีคุณสมบัติสำหรับการเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้ประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายทั้งในส่วนของผู้พิพากษาอาชีพ พนักงานอัยการ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับกลาง

ผู้พิพากษาวิชาชีพ (nebenamtliche Richter) ได้ ทั้งนี้ ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ไม่น้อยกว่า 2 ปี แต่ต้องไม่เกินระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งเดิม (มาตรา 16 VwGO) ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาที่ได้รับเชิฐถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสำคัญอย่างมาก เช่น ภาศศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัย ลักษณะดังกล่าวเป็นการแสดงถึงรูปแบบของการเปลี่ยนผ่านจากทางวิชาการมาสู่แนวทางการปฏิบัติและในทางตรงกันข้ามกลับทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่าประสบการณ์ในการทำหน้าท่เป็นผู้พิพากษาของศาสตราจารย์จะมีส่วนช่วยอย่างสำคัญในการพัฒนาทางวิชาการที่จะมีผลต่อนักศึกษาและผู้ช่วยทางวิชาการต่อไป

นอกจากนี้ในกรณีของศาลปกครองชั้นต้นอาจมีผู้พิพากษาฝึกงาน (Richter auf Probe) และที่โอนมาจากเจ้าหน้าที่รัฐ (Richter kraft Auftrag) ผู้พิพากษาฝึกงานส่วนใหญ่แล้วเป็นผู้พิพากษาใหม่ที่เพิ่งเริ่มต้นการเป็นผู้พิพากษา ซึ่งอยู่ในช่วงของการทดลองงาน ทั้งนี้โดยมีความมุ่งหมายเพื่อจะพิจารณาถึงความเหมาะสมในการเป็นผู้พิพากษาอาชีพหรือความเหมาะสมสำหรับการเป็นอัยการ (Staatsanwalt)

## (2) ผู้พิพากษาสมทบ (Ehrenamtliche Richter)

ผู้พิพากษาสมทบนั้นถือว่าเป็นบุคคลทั่วไป ซึ่งสามารถร่วมนั่งพิจารณาและร่วมทำการวินิจฉัยอย่างเท่าเทียม ตลอดจนมีหลักประกันความเป็นอิสระเช่นเดียวกับผู้พิพากษาอาชีพ สาละสำคัญของกรณีผู้พิพากษาสมทบคือการเข้ามามีส่วนร่วมของสังคมในการวินิจฉัยของศาลนั้นมีสาเหตุที่เกี่ยวพันกับความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ที่มีการเรียกร้องจากประชาชนให้อำนาจศาลมีลักษณะเป็นประชาธิปไตยโดยการมีศาลลูกขุน ด้วยเหตุนี้เองศาลปกครองจึงยอมให้มีผู้พิพากษาที่เป็นบุคคลทั่วไป

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) มาตรา 20-22 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้พิพากษาสมทบไว้ในหลายประการ ดังนี้

### (2.1) คุณสมบัติ

(2.1.1) เป็นผู้ที่มีสัญชาติเยอรมัน

(2.1.2) มีอายุ 30 ปีบริบูรณ์

(2.1.3) มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตพื้นที่ของเขตอำนาจศาลนั้นเป็นเวลา

ไม่น้อยกว่า 1 ปี

### (2.2) ลักษณะต้องห้ามเนื่องจากคุณสมบัติ (มาตรา 21)

(2.2.1) เป็นบุคคลซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าขาดคุณสมบัติในการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเคยถูกพิพากษาลงโทษจำคุกเกินกว่า 6 เดือน สำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยเจตนา

(2.2.2) เป็นบุคคลซึ่งได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งและถูกดำเนินคดี ซึ่งอาจทำให้ขาดคุณสมบัติในการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(2.2.3) เป็นบุคคลซึ่งมีคำสั่งให้จำกัดสิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน

(2.2.4) เป็นบุคคลซึ่งไม่มีสิทธิในการเลือกตั้งองค์กรนิติบัญญัติของมลรัฐ

(2.3) ลักษณะต้องห้ามเนื่องจากการดำรงตำแหน่งอื่น (มาตรา 22)

(2.3.1) เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ สมาชิกสภายุโรป สมาชิกขององค์กรนิติบัญญัติของมลรัฐ สมาชิกของรัฐบาลสหพันธ์ หรือสมาชิกของรัฐบาลมลรัฐ

(2.3.2) เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการ

(2.3.3) เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือพนักงานในภาครัฐเท่าที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวในฐานะกิตติมศักดิ์

(2.3.4) เป็นทหาร

(2.3.5) เป็นอัยการ ทนายความ หรือบุคคลซึ่งโดยอาชีพแล้วมีหน้าที่รับผิดชอบเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายให้แก่บุคคลอื่น

### 3.2.3.2 การคัดเลือก และการแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพ

ในกระบวนการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษานั้นเยอรมันให้อำนาจแก่ฝ่ายการเมืองเข้ามามีส่วนร่วมในกรณีดังกล่าวด้วย เนื่องจากเยอรมันถือหลักการสำคัญที่ว่า “ห้ามผู้พิพากษาคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาเอง” (Kooptationsverbot) กล่าวคือ ห้ามผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่แล้วเป็นผู้คัดเลือกผู้พิพากษาเอง เพราะการกระทำในลักษณะดังกล่าวจะมีผลเป็นการตัดหวังโชแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตย<sup>55</sup> โดยในการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาทั้งในส่วนของผู้พิพากษาของศาลในระดับมลรัฐหรือผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์รัฐจะมีการกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้เข้ามามีส่วนร่วมด้วย โดยอย่างน้อยกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการเข้ามามีส่วนในการคัดเลือกผู้พิพากษาร่วมกับฝ่ายตุลาการหรือในบางมลรัฐก็อาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนในมลรัฐได้เข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกผู้พิพากษาดังนี้ เนื่องจากรัฐสภาของเยอรมันเห็นว่าหากกำหนดให้การแต่งตั้งผู้พิพากษาเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการแต่เพียงอย่างเดียวแล้วอาจจะก่อให้เกิดข้อครหาในเรื่องของ

<sup>55</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การปฏิรูปองค์กรตุลาการ: ความท้าทายในบริบทการเมืองไทย,” วารสารจตุลนิติ, ปีที่ 10, ฉบับที่ 2, น. 16 (มีนาคม-เมษายน 2556).

ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย<sup>56</sup> จากการศึกษาพบว่าในระบบการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีหลักการที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้<sup>57</sup>

### (1) ผู้พิพากษาในระดับมลรัฐ

กฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษาหรือรัฐบัญญัติระเบียบบริหารราชการตุลาการ ค.ศ. 1972 ได้กำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้มีสิทธิได้รับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาไว้ 4 กรณี คือ

- (1.1) เป็นผู้ถือสัญชาติเยอรมันตามรัฐธรรมนูญ
- (1.2) เป็นผู้ยึดมั่นในหลักประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ
- (1.3) มีคุณสมบัติที่จะเป็นพนักงานยุติธรรม (Judicial Officer) และ
- (1.4) สามารถทำงานร่วมกับผู้อื่นได้ หรือเข้ากับผู้อื่นในสังคมได้

ส่วนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการคัดเลือกผู้พิพากษาในระดับมลรัฐว่า ในมลรัฐอาจกำหนดให้ผู้พิพากษาในระดับมลรัฐได้รับการคัดเลือกจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในมลรัฐร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาก็ได้ ดังนั้น โดยหลักการจึงถือว่าโดยปกติอำนาจในการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับมลรัฐเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งมลรัฐนั้นๆ แต่ถ้าหากในมลรัฐนั้นมีการตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา การคัดเลือกผู้พิพากษาก็จะต้องให้คณะกรรมการคณะดังกล่าวได้เข้าไปมีส่วนร่วมด้วย

ส่วนในมลรัฐใดที่ไม่มีการตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา การพิจารณาคัดเลือกจะเริ่มจากการพิจารณาเอกสารการสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาของผู้สมัคร โดยจะพิจารณาจากผลการสอบวัดระดับและผลการฝึกงานในรายงานตลอดทั้ง 2 ปี ในการพิจารณาข้อมูลในขั้นนี้บางมลรัฐกระทรวงยุติธรรมจะแต่งตั้งคณะกรรมการสรรหาผู้พิพากษา ซึ่งมักจะประกอบด้วยข้าราชการระดับสูงในกระทรวงยุติธรรมหรือประธานศาลต่างๆ หรืออาจจะรวมทั้งข้าราชการระดับสูงและประธานศาลต่างๆ ร่วมกันก็ได้ และในบางมลรัฐอาจกำหนดให้มีการสอบสัมภาษณ์ซึ่งอาจมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ และเมื่อดำเนินการในขั้นตอนดังกล่าวเสร็จสิ้นแล้วก็จะส่งผลการคัดเลือกของผู้สมัคร รวมทั้งผลการพิจารณาทางเอกสารและผลการสอบสัมภาษณ์ให้แก่

<sup>56</sup> ภูมิ มูลศิลป์, ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2559), น. 85.

<sup>57</sup> เพ็งอ้าง, น. 88-94.

ผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในมลรัฐนั้นๆ ซึ่งอาจจะเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือประธานศาลสูงประจำแคว้นเป็นผู้แต่งตั้งต่อไป

สำหรับมลรัฐที่กำหนดให้การคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาเป็นอำนาจของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษานั้น กระบวนการคัดเลือกโดยทั่วไปจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการคัดเลือกตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่อาจจะแตกต่างกันตรงที่อำนาจในการพิจารณาข้อมูลจากเอกสารของผู้สมัคร ผลการสอบวัดระดับ และผลการสอบสัมภาษณ์จะเป็นอำนาจของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา

ส่วนการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษานั้นโดยทั่วไปมักจะกำหนดให้มีจำนวนกรรมการประมาณ 11-15 คน โดยมาจากตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติในมลรัฐ ฝ่ายตุลาการในมลรัฐ และฝ่ายบริหารในมลรัฐด้วยสัดส่วนและจำนวนที่แตกต่างกันไป แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่สังเกตได้ว่าในทุกมลรัฐที่มีการตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษานั้นมักจะกำหนดสัดส่วนของกรรมการที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่ากรรมการที่มาจากส่วนอื่นๆ เช่น ในมลรัฐ Baden-Wurttemberg กำหนดให้มีคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา จำนวน 15 คน โดยประกอบด้วยกรรมการที่เป็นสมาชิกรัฐสภาแห่งมลรัฐ จำนวน 6 คน เป็นผู้พิพากษา จำนวน 6 คน เป็นผู้พิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจเกี่ยวข้อง จำนวน 2 คน ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ จำนวน 2 คน และกำหนดให้รัฐมนตรีดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการ หรือในกรณีกรุงเบอร์ลิน ก็กำหนดให้มีคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา จำนวน 12 คน โดยเป็นสมาชิกวุฒิสภาแห่งมลรัฐ จำนวน 6 คน เป็นผู้พิพากษา จำนวน 5 คน เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ จำนวน 1 คน และกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานคณะกรรมการ เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากเยอรมันเห็นว่าการกำหนดให้รัฐสภาแห่งมลรัฐได้มีส่วนร่วมในการคัดเลือกผู้พิพากษาก็เปรียบเสมือนการให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการคัดเลือกผู้พิพากษาโดยอ้อมนั่นเอง เนื่องจากถือว่าสมาชิกรัฐสภาเป็นตัวแทนของประชาชน

## (2) ผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์

ในการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์ซึ่งถือว่าเป็นศาลสูงสุดในแต่ละสาขานั้นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน<sup>58</sup> กำหนดให้การคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลในระดับนี้จะต้องผ่านการพิจารณาของรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ซึ่งรับผิดชอบในแต่ละด้าน โดยรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์จะต้องพิจารณาร่วมกับคณะกรรมการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษา (Richterwahlausschuss)<sup>59</sup> ซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรีแห่งมลรัฐในแขนงที่เกี่ยวข้อง

<sup>58</sup> The Basic Law of the Federal Republic of Germany B.E. 1949 Article 95.

<sup>59</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 39*, น. 369-370.

จาก 16 มลรัฐ และกรรมาธิการอีก 16 คน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกมาโดยใช้วิธีการเลือกตั้งตามสัดส่วน โดยเลือกจากผู้ที่มีประสบการณ์ทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามการพิจารณา ร่วมกันดังกล่าวนี้หมายความว่ารัฐมนตรีแห่งสหพันธ์มีสิทธิเพียงการวิโต้เท่านั้นแต่ไม่มีสิทธิ ออกเสียงในการลงมติ ดังนั้น ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบร่วมกันระหว่างรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์และคณะกรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษา

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีคณะกรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษา เพื่อทำหน้าที่ในการคัดเลือกผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์นั้นเนื่องจากต้องการให้ใช้วิธีการ ประนีประนอมกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ตลอดจนการกำหนดความสัมพันธ์ใน ระหว่างผู้พิพากษาและประชาชนตามแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยทางอ้อมผ่าน ทางสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน

ในการพิจารณาของคณะกรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษา กรรมาธิการแต่ละคนมีสิทธิเสนอชื่อบุคคลที่เหมาะสมได้ และการตัดสินใจของคณะกรรมาธิการ จะกระทำโดยการลงคะแนนเสียงแบบลับ อย่างไรก็ตามในกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษาของ คณะกรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษานั้นจะทำหน้าที่เฉพาะสำหรับการคัดเลือกผู้พิพากษา เท่านั้น ส่วนการดำรงตำแหน่งภายในของแต่ละศาล เช่น ประธานศาล หรือรองประธานของศาลแห่ง สหพันธ์นั้นๆ จะเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ซึ่งรับผิดชอบในแต่ละด้าน

อนึ่ง ในกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษตามที่กล่าวมานั้น คณะ กรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษาจะต้องรับฟังความเห็นจากคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อ กลั่นกรองผู้สมัคร (Präsidentialrat) ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาล รองประธานศาล ผู้พิพากษา 2 คน ซึ่งได้รับเลือกจากคณะกรรมการตุลาการ (Presidium) และผู้พิพากษาอีก 3 คน ซึ่งได้รับเลือกจากที่ ประชุมผู้พิพากษา โดยคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อกลั่นกรองผู้สมัครจะทำหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับ ตัวผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษา รวมทั้งจัดทำความเห็นดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่ คณะกรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษภายใน 1 เดือน แต่ทั้งนี้ความเห็นของคณะกรรมการ ที่ปรึกษาจะไม่มีผลผูกพันการทำความเห็นของคณะกรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษาแต่อย่างใด<sup>60</sup> ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการจัดทำความเห็นดังกล่าวเป็นเพียงความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น

ในส่วนของการแต่งตั้งผู้พิพากษาประจำศาลแห่งสหพันธ์จะกระทำ โดยประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์เช่นเดียวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองและสมาชิกสภาแห่งรัฐ ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กระบวนการการแต่งตั้งดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน พยายามแบ่งแยกองค์การในการคัดเลือกและองค์การในการแต่งตั้งผู้พิพากษาออกจากกัน ทั้งนี้

<sup>60</sup> ภูมิ มูลศิลป์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 56*, น. 95-96.



เพื่อป้องกันมิให้อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษานั้นอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

### 3.2.3.3 การคัดเลือก และการแต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบ

สำหรับการแต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบซึ่งมีเฉพาะในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้นมาตรา 26 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความพิพากษา (VwGO) ระบุว่าให้กระทำโดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบ<sup>61</sup> ซึ่งได้รับการแต่งตั้งขึ้นในศาลปกครองทุกศาล ประกอบด้วย ประธานศาลปกครองชั้นต้นนั้น เป็นประธานคณะกรรมการ ข้าราชการหนึ่งคน ซึ่งรัฐบาลมลรัฐเป็นผู้กำหนด และประชาชน 7 คน เป็นกรรมการ ประชาชนดังกล่าวจะต้องอาศัยอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้น ตัวแทนของประชาชนเหล่านี้จะได้รับการเลือกโดยสภาของมลรัฐหรือโดยกรรมาธิการของสภาของมลรัฐหรือตามที่กฎหมายของมลรัฐกำหนด อย่างไรก็ตาม ประชาชนที่จะได้รับการคัดเลือกให้เข้าไปเป็นกรรมการนั้นจะต้องมีคุณสมบัติของการเป็นผู้พิพากษาสมทบได้

ในทุก 4 ปี แต่ละจังหวัดจะต้องจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้พิพากษาสมทบ โดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบจะเป็นผู้กำหนดจำนวนของผู้ที่จะได้รับการเสนอชื่อให้แก่จังหวัด โดยกำหนดจำนวนไว้เป็นสองเท่าของผู้พิพากษาสมทบตามจำนวนที่จะต้องมีการที่จะได้รับการเสนอชื่อลงในบัญชีรายชื่อดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบไม่น้อยกว่าจำนวนสองในสามของสมาชิกองค์กรนิติบัญญัติของจังหวัด บัญชีรายชื่อผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อนอกจากระบุชื่อแล้วจะต้องระบุสถานที่เกิด วันเดือนปีเกิด อาชีพ และส่งให้แก่ประธานศาลปกครองที่มีเขตอำนาจ (มาตรา 28 VwGO)

ในการสรรหาคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบจะสรรหาจากบัญชีรายชื่อดังกล่าวและแต่งตั้งจากผู้ที่ได้รับเลือกด้วยคะแนนเสียงอย่างน้อยสองในสาม และเมื่อบุคคลใดได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาสมทบแล้ว บุคคลนั้นจะต้องอยู่ในตำแหน่งไปจนกว่าจะมีการคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบคนใหม่เข้ามาดำรงตำแหน่งแทน (มาตรา 29 VwGO)

### 3.2.4 การยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจคดีปกครองและประชาชน

ในกระบวนการการแต่งตั้งผู้พิพากษาของเยอรมันนั้นจากการศึกษาพบว่ามี การสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจคดีปกครองหรือศาลปกครองกับประชาชนเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพียงแต่มีหลักในการกำหนดความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกำหนดให้รัฐมนตรีแห่งสหพันธ์เป็นผู้พิจารณาร่วมกับกรรมาธิการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษา (Richter-

<sup>61</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 33*, น. 34.

wahlausschuss) ซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรีแห่งมลรัฐในแขนงที่เกี่ยวข้องจาก 16 มลรัฐ และกรรมาธิการอีก 16 คน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกมาโดยใช้วิธีการเลือกตั้งตามสัดส่วน โดยเลือกจากผู้ที่มีประสบการณ์ทางกฎหมาย การกำหนดสัดส่วนดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าเยอรมันต้องการที่จะให้สภาผู้แทนราษฎรในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยตรง<sup>62</sup> มาจากประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครองด้วยตามหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย

นอกจากนี้ในกรณีการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับมลรัฐนั้นจะมีการกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวผ่านทางองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาในแต่ละมลรัฐด้วย และจากการศึกษาพบว่าโดยทั่วไปมลรัฐส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้มีผู้แทนที่มาจากสัดส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติในมลรัฐมากกว่าผู้แทนที่มาจากฝ่ายอื่น ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมโดยทางอ้อมในการแต่งตั้งผู้พิพากษาผ่านทางสมาชิกรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชนในมลรัฐนั้น

ส่วนกรณีการแต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบในระบบกฎหมายของเยอรมันนั้นแม้มิใช่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์หรือในระดับมลรัฐก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าการกำหนดความสัมพันธ์ดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็มีความพยายามในการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมกับฝ่ายตุลาการเพิ่มมากขึ้น รวมทั้งต้องการให้กระบวนการพิจารณาคดีของศาลอยู่ในสายตาของประชาชนเพื่อให้เกิดความมั่นใจในกระบวนการยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>63</sup>

<sup>62</sup> The Basic Law of the Federal Republic of Germany B.E. 1949 Article 38.

<sup>63</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 301.

## บทที่ 4

### องค์การวินิจัยคดีปกครองและการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของประเทศไทย

ศาลปกครองหรือองค์การวินิจัยคดีปกครองของประเทศไทยได้รับการจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>1</sup> และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการ<sup>2</sup>

#### 4.1 โครงสร้าง และการจัดระบบศาลปกครอง

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>3</sup> และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>4</sup> ได้กำหนดให้จัดตั้งศาลปกครองชั้น 2

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276.

<sup>2</sup> โภคิน พลกุล, “สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, เล่มที่ 1, ปีที่ 1, น. 63 (มกราคม-เมษายน 2544).

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 197 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น

ระดับชั้น ประกอบด้วย ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น โดยในส่วนของศาลปกครองชั้นต้นได้จัดแบ่งออกเป็นศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาค

#### 4.1.1 ศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นนั้นมีเขตอำนาจ รวมทั้งการกำหนดตำแหน่ง และลำดับชั้นของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

##### 4.1.1.1 เขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดมีเขตอำนาจทั่วราชอาณาจักร ดังนั้นจึงไม่มีข้อจำกัดในด้านของเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี และไม่ว่ามูลคดีจะเกิดขึ้นที่ใดหรือผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ที่ใดก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดได้ เพียงแต่ต้องยื่นฟ้องให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ คดีนั้นต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง<sup>5</sup> ถ้าเป็นคดี

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์การอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์การอิสระนั้นๆ

การจัดตั้ง วิธีพิจารณาคดี และการดำเนินงานของศาลปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

<sup>4</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 7 ศาลปกครองแบ่งออกเป็นสองชั้น คือ

- (1) ศาลปกครองสูงสุด
- (2) ศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่
  - (ก) ศาลปกครองกลาง
  - (ข) ศาลปกครองในภูมิภาค

ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นอาจแบ่งเป็นแผนกหรือหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่น และจะให้มีอำนาจในคดีประเภทใดหรือคดีในท้องที่ใดซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของแต่ละศาลนั้น แยกต่างหากโดยเฉพาะก็ได้ ทั้งนี้ ให้ออกเป็นประกาศประธานศาลปกครองสูงสุดโดยความเห็นชอบของ ก.บ.ศป.

ประกาศประธานศาลปกครองสูงสุดตามวรรคสอง เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

<sup>5</sup> มาตรา 47 การฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้น

การฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด

ตามมาตรา 11 (1) (2) และ (3) <sup>6</sup> หรือยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้น<sup>7</sup> ถ้าเป็นคดีอุทธรณ์ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 11 (4)

#### 4.1.1.2 ตำแหน่ง และลำดับชั้นของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 12 กำหนดให้ในศาลปกครองสูงสุดประกอบด้วยตุลาการในตำแหน่งต่างๆ ตามลำดับชั้น ดังต่อไปนี้

- (1) ประธานศาลปกครองสูงสุด
- (2) รองประธานศาลปกครองสูงสุด

ในกรณีที่ศาลปกครองใดพิพากษาว่าคดีที่ฟ้องต่อศาลปกครองนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองอื่น ให้ส่งคำฟ้องนั้นไปให้ศาลปกครองที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณา ในกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีความเห็นขัดแย้งกันในเรื่องเขตอำนาจศาล ให้ศาลปกครองที่รับคำฟ้องไว้หลังสุดเสนอความเห็นต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อมีคำสั่งในเรื่องเขตอำนาจศาล

การพิจารณาคดีที่ยื่นไว้ต่อศาลปกครองใดจะต้องกระทำในศาลปกครองนั้นตามวันเวลาทำการ เว้นแต่ในกรณีที่มิเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นหรือเพื่อความสะดวกของคู่กรณี ศาลปกครองจะสั่งให้ดำเนินการพิจารณาในสถานที่อื่นหรือในวันหยุดหรือในวันเวลาใดก็ได้

<sup>6</sup> มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

- (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด
- (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี
- (3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด
- (4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

<sup>7</sup> มาตรา 73 การคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้น ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่得有คำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ตามกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด

คำพิพากษาหรือคำสั่งตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึง คำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาด

ในกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำอุทธรณ์ใดมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดจะสั่งไม่รับอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณาก็ได้

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดให้เป็นที่สุด

- (3) ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด
- (4) ตุลาการศาลปกครองสูงสุด
- (5) ตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามที่ ก.ศป. ประกาศ

กำหนด

ทั้งนี้ ตามจำนวนที่ ก.ศป. กำหนด อย่างไรก็ตามนอกจากตำแหน่งต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้วในศาลปกครองสูงสุดยังมีตำแหน่งตุลาการในกระบวนการพิจารณาอีก 2 ตำแหน่ง ประกอบด้วย ตุลาการเจ้าของสำนวน และตุลาการผู้แถลงคดี การแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด เป็นอำนาจของประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งโดยปกติจะแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งอาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด หรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดก็ได้ แต่ประธานศาลปกครองสูงสุดอาจแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุดจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นตำแหน่งใดก็ได้<sup>8</sup>

ในกรณีที่ประธานศาลปกครองสูงสุดต้องการแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุดจำนวนหนึ่งจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ประธานศาลปกครองสูงสุดจะต้องหารือกับอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นก่อน ซึ่งผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุดในกรณีนี้อาจทำหน้าที่ตุลาการผู้แถลงคดีหรือเป็นองค์คณะในศาลปกครองชั้นต้นในขณะเดียวกันกับการเป็นตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุดก็ได้<sup>9</sup> ซึ่งแตกต่างจากตุลาการผู้แถลงคดีที่มาจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ไม่อาจทำหน้าที่ใดๆ ในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุดได้ เว้นแต่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด หรือเป็นกรณีที่ได้รับแต่งตั้งจากประธานศาลปกครองสูงสุดให้ปฏิบัติหน้าที่แทนตุลาการที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากเหตุสุดวิสัย

#### 4.1.2 ศาลปกครองชั้นต้น

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 7 จัดแบ่งศาลปกครองชั้นต้นออกเป็น 2 ประเภท คือ ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาค ทั้งนี้ โดยมีการจัดแบ่งโครงสร้างและเขตอำนาจของศาลแต่ละประเภท ดังนี้

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 58

<sup>9</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 12.

#### 4.1.2.1 ศาลปกครองกลาง

มีเขตอำนาจตลอดท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนครปฐม จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี จังหวัดสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรสาคร รวมทั้งจังหวัดที่มีได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองในภูมิภาคด้วย กล่าวคือ ครอบคลุมพื้นที่จังหวัดกาญจนบุรี จังหวัดนครนายก จังหวัดพระนครศรีอยุธยา จังหวัดลพบุรี จังหวัดสระบุรี จังหวัดสิงห์บุรี จังหวัดสุพรรณบุรี จังหวัดอ่างทอง ทั้งยังอาจรับพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองในภูมิภาคต่างๆ ที่มายื่นฟ้องต่อศาลปกครองกลางได้ด้วย<sup>10</sup>

นอกจากนั้นระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองเพิ่มเติมขึ้นอีก 2 ประการ คือ

(1) คำฟ้องซึ่งอาจยื่นต่อศาลปกครองได้สองศาลหรือหลายศาลไม่ว่าจะเป็นเพราะภูมิลำเนาของผู้ฟ้องคดี เพราะสถานที่ที่มูลคดีเกิด หรือเพราะมีข้อหาหลายข้อ ถ้ามูลคดีมีความเกี่ยวเนื่องกัน ผู้ฟ้องคดีจะยื่นคำฟ้องต่อศาลหนึ่งศาลใดก็ได้<sup>11</sup> ซึ่งหมายความว่าผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเลือกในการที่จะฟ้องคดีต่อศาลใดศาลหนึ่งก็ได้ หากเป็นไปตามกรณีดังกล่าว และศาลไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่รับคดีดังกล่าวไว้พิจารณา

(2) ในกรณีที่มูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร แต่ผู้ฟ้องคดีมีสัญชาติไทย และไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ก็ให้มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองกลางได้<sup>12</sup> ทั้งนี้ เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทย ซึ่งมีได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร สามารถฟ้องหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของไทยในต่างประเทศได้ หากบุคคลนั้นได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของไทยในกรณีดังกล่าว

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 8  
วรรค 4

<sup>11</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี  
ปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 29 วรรค 2

<sup>12</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี  
ปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 29 วรรค 3

#### 4.1.2.2 ศาลปกครองในภูมิภาค

แม้บทบัญญัติมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะกำหนดให้ในวาระเริ่มแรกให้จัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาคขึ้นจำนวน 16 แห่ง และต่อมาในปี พ.ศ. 2555 ได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาคเพิ่มเติมอีกจำนวน 3 แห่ง ประกอบด้วย (1) ศาลปกครองนครสวรรค์ (2) ศาลปกครองเพชรบุรี และ (3) ศาลปกครองภูเก็ตก็ตาม แต่ในทางข้อเท็จจริงในปัจจุบันศาลปกครองในภูมิภาคสามารถเปิดทำการได้เพียง 11 แห่ง เท่านั้น คือ ศาลปกครองเชียงใหม่ ศาลปกครองสงขลา ศาลปกครองนครราชสีมา ศาลปกครองขอนแก่น ศาลปกครองพิษณุโลก ศาลปกครองระยอง ศาลปกครองนครศรีธรรมราช ศาลปกครองอุดรธานี ศาลปกครองอุบลราชธานี ศาลปกครองเพชรบุรี และศาลปกครองนครสวรรค์ โดยมีเขตอำนาจครอบคลุมพื้นที่ทั่วประเทศ ดังนี้

(1) ศาลปกครองเชียงใหม่ ตั้งอยู่ในจังหวัดเชียงใหม่ มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดเชียงใหม่ จังหวัดเชียงราย จังหวัดแม่ฮ่องสอน จังหวัดลำปาง และจังหวัดลำพูน และมีเขตอำนาจเพิ่มเติมในจังหวัดน่าน จังหวัดพะเยา และจังหวัดแพร่

(2) ศาลปกครองสงขลา ตั้งอยู่ในจังหวัดสงขลา มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดสงขลา จังหวัดตรัง จังหวัดพัทลุง จังหวัดสตูล และมีเขตอำนาจเพิ่มเติมในจังหวัดนราธิวาส จังหวัดปัตตานี และจังหวัดยะลา

(3) ศาลปกครองนครราชสีมา ตั้งอยู่ในจังหวัดนครราชสีมา มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดนครราชสีมา จังหวัดชัยภูมิ และมีเขตอำนาจเพิ่มเติมในจังหวัดบุรีรัมย์ จังหวัดสุรินทร์

(4) ศาลปกครองขอนแก่น ตั้งอยู่ในจังหวัดขอนแก่น มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดขอนแก่น จังหวัดกาฬสินธุ์ จังหวัดมหาสารคาม และมีเขตอำนาจเพิ่มเติมในจังหวัดมุกดาหาร

(5) ศาลปกครองพิษณุโลก ตั้งอยู่ในจังหวัดพิษณุโลก มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดพิษณุโลก จังหวัดกำแพงเพชร จังหวัดตาก จังหวัดพิจิตร จังหวัดสุโขทัย และจังหวัดอุตรดิตถ์

(6) ศาลปกครองระยอง ตั้งอยู่ในจังหวัดระยอง มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดระยอง จังหวัดจันทบุรี จังหวัดฉะเชิงเทรา จังหวัดชลบุรี จังหวัดตราด จังหวัดปราจีนบุรี และจังหวัดสระแก้ว

(7) ศาลปกครองนครศรีธรรมราช ตั้งอยู่ในจังหวัดนครศรีธรรมราช โดยมีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดนครศรีธรรมราช จังหวัดกระบี่ จังหวัดพังงา จังหวัดภูเก็ต และจังหวัดสุราษฎร์ธานี และมีเขตอำนาจเพิ่มเติมในจังหวัดชุมพร และจังหวัดระนอง



(8) ศาลปกครองอุดรธานี ตั้งอยู่ในจังหวัดอุดรธานี มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดเลย จังหวัดหนองคาย จังหวัดหนองบัวลำภู จังหวัดอุดรธานี และมีเขตอำนาจเพิ่มเติมในจังหวัดนครพนม จังหวัดบึงกาฬ และจังหวัดสกลนคร

(9) ศาลปกครองอุบลราชธานี ตั้งอยู่ในจังหวัดอุบลราชธานี มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดยโสธร จังหวัดร้อยเอ็ด จังหวัดศรีสะเกษ จังหวัดอุบลราชธานี และจังหวัดอำนาจเจริญ

(10) ศาลปกครองเพชรบุรี ตั้งอยู่ในจังหวัดเพชรบุรี มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดเพชรบุรี จังหวัดราชบุรี และจังหวัดสมุทรสงคราม

(11) ศาลปกครองนครสวรรค์ ตั้งอยู่ในจังหวัดนครสวรรค์ มีเขตอำนาจตลอดท้องที่จังหวัดชัยนาท จังหวัดนครสวรรค์ จังหวัดเพชรบูรณ์ และจังหวัดอุทัยธานี

อย่างไรก็ตามในระหว่างที่ยังไม่อาจเปิดทำการศาลปกครองในภูมิภาคครบตามที่กำหนด ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจออกประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดให้ศาลปกครองในภูมิภาคที่เปิดทำการแล้วมีเขตอำนาจในจังหวัดใดที่อยู่ใกล้เคียงกับศาลปกครองนั้นเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร<sup>13</sup>

#### 4.1.2.3 ตำแหน่ง และลำดับชั้นของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 17 กำหนดให้ในศาลปกครองชั้นต้นแต่ละศาล ประกอบด้วยตุลาการในตำแหน่งต่างๆ ตามลำดับชั้น ดังต่อไปนี้

- (1) อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น
- (2) รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น
- (3) ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น
- (4) ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น
- (5) ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามที่ ก.ศป. ประกาศ

กำหนด

ทั้งนี้ ตำแหน่งดังกล่าวจะมีจำนวนเท่าใดนั้นต้องเป็นไปตามที่ ก.ศป. กำหนด โดยตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นทั้ง 4 ตำแหน่งนั้นผูกพันกับอัตราเงินเดือนและอัตราเงินประจำตำแหน่งที่กำหนดไว้ตายตัวในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตามในศาลปกครองชั้นต้นยังมีตำแหน่งตุลาการในวิธี

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 103 วรรค 2

พิจารณาคดีปกครองที่สำคัญอีก 2 ตำแหน่งเช่นเดียวกับศาลปกครองสูงสุด แต่มิได้มีการกำหนดให้ผูกพันกับอัตราเงินเดือนและอัตราเงินประจำตำแหน่ง คือ<sup>14</sup> (1) ตุลาการเจ้าของสำนวน ที่แต่งตั้งโดยตุลาการหัวหน้าคณะจากตุลาการในองค์คณะนั้น ซึ่งอาจเป็นตุลาการหัวหน้าคณะ หรือในกรณีที่มีการกำหนดให้องค์คณะประกอบด้วยตุลาการตำแหน่งใด ไม่ว่าจะ เป็นอธิบดี รองอธิบดี หัวหน้าคณะ หรือตุลาการในศาลปกครองคนใดเป็นองค์คณะ ตุลาการผู้นั้นก็อาจได้รับการกำหนดให้เป็นตุลาการเจ้าของสำนวนได้ และ (2) ตุลาการผู้แถลงคดี ซึ่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น จะแต่งตั้งจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นในศาลปกครองนั้น แต่ต้องมีใช้ตุลาการในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดี<sup>15</sup> ซึ่งในทางปฏิบัติ อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นต้องประกาศกำหนดให้ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นจำนวนหนึ่งเป็นตุลาการผู้แถลงคดีภายในกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน และในการจ่ายสำนวนคดีของอธิบดีให้แก่องค์คณะนั้น<sup>16</sup> อธิบดีต้องกำหนดด้วยว่าตุลาการคนใดเป็นตุลาการผู้แถลงคดีในคดีนั้น<sup>17</sup>

#### 4.2 ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นมาของการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของประเทศไทย

##### 4.2.1 หลักประกันความเป็นอิสระ

หลักที่ว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในประเทศไทยนั้น มีวิวัฒนาการและประวัติศาสตร์ความเป็นมาที่ยาวนานเช่นเดียวกัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีพัฒนาการในแต่ละช่วงเวลาที่แตกต่างกัน ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงแนวคิดและพัฒนาการในแต่ละ

<sup>14</sup> สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, “ความเป็นมาของศาลปกครอง” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 1, เล่มที่ 1, น. 72-73 (มกราคม-เมษายน 2544).

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 58 วรรค 3

<sup>16</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวนคดี การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 12.

<sup>17</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวนคดี การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 8.

ช่วงเวลาโดยเริ่มตั้งแต่ช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ช่วงภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รวมทั้งหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งวางรากฐานสำคัญในการประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกอันเป็นผลมาจากการจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่ขึ้นในประเทศไทย ตลอดจนพัฒนาการของหลักการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

#### 4.2.1.1 ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ในสมัยสุโขทัย สมัยอยุธยา ตลอดจนสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการรวมอยู่ในองค์พระมหากษัตริย์ซึ่งถือว่าเป็น “สมมติเทพ” และโดยที่อำนาจตุลาการเป็นอำนาจส่วนหนึ่งของพระมหากษัตริย์ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีระงับกรณีพิพาทนั้นพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชวินิจฉัยด้วยพระองค์เองทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตามในการใช้อำนาจดังกล่าวพระองค์ก็ได้ทรงหวงอำนาจตุลาการเอาไว้สำหรับพระองค์เท่านั้นแต่ยังทรงพระราชทานอำนาจตุลาการให้แก่ขุนนางหรือเหล่าข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ที่ทรงไว้วางพระราชหฤทัยเพื่อใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีความด้วย โดยพระมหากษัตริย์ยังทรงพระราชอำนาจในการรับและวินิจฉัยฎีกาในคดีที่ราษฎรไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการพิจารณาของตุลาการ หรืออำนาจในการวินิจฉัยในชั้นสุดท้าย<sup>18</sup> ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นพระราชอำนาจสูงสุดตามประเพณีของการปกครองแบบราชาธิปไตย

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้มีการปฏิรูปการปกครองครั้งใหญ่ โดยทรงโปรดให้รวบรวมศาลต่างๆ ซึ่งกระจัดกระจายให้อยู่ในสังกัดกระทรวงยุติธรรม<sup>19</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีทั้งหลายเป็นอำนาจของศาล โดยเฉพาะต้องดำเนินการตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ อันเป็นการแบ่งแยกอำนาจของศาลในการพิจารณาอรรถคดีออกเป็นอิสระจากอำนาจบริหารอื่นๆ ด้วย อย่างไรก็ตามหากจะอธิบายถึงความหมายหรือความเข้าใจอันว่าด้วยหลักความเป็นอิสระในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนี้ เห็นว่าหลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในระบบกฎหมายดั้งเดิมยังเป็นหลักการที่มุ่งเน้นหลักความเป็นกลางหรือความไม่มีอคติอันเป็นปัจจัยภายในตัวผู้พิพากษาหรือตุลาการเอง ซึ่งเห็นได้ชัดว่าค่อนข้างแตกต่างจากหลักความเป็นอิสระแบบตะวันตกที่มุ่งเน้นในด้านปัจจัยภายนอก

<sup>18</sup> อภิศักดิ์ พรหมสวัสดิ์, “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), น. 111-113.

<sup>19</sup> เฝิงอ้าง, น. 115.

ตัวผู้พิพากษาหรือตุลาการที่อาจส่งผลกระทบต่อตัวผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นสำคัญ ซึ่งได้แก่ การแบ่งแยกอำนาจ และองค์การใช้อำนาจให้เป็นอิสระจากกันเพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระในทางคดี<sup>20</sup> อย่างไรก็ตามแม้หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางจะมีได้บัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในช่วงนั้นเกิดขึ้นจากคตินิยมทางศาลของประเทศอังกฤษโดยขุนนางหรือเสนาบดีชั้นผู้ใหญ่ซึ่งได้รับการศึกษาอบรมมาจากประเทศอังกฤษ เป็นผู้วางแนวทางการปฏิบัติ ดังนั้น เสนาบดีแม้จะมีอำนาจในการแทรกแซงการพิจารณาคดีได้ และมีอำนาจที่จะแต่งตั้ง โยกย้าย ลงโทษข้าราชการฝ่ายตุลาการได้โดยตรงก็ตาม<sup>21</sup> แต่ในทางความเป็นจริง ฝ่ายการเมืองก็มีได้ใช้อำนาจนั้นเพื่อเข้าไปแทรกแซงอำนาจของฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด

#### 4.2.1.2 หลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ในปี พ.ศ. 2475 อำนาจของฝ่ายตุลาการได้รับการบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 กล่าวคือ มีการแบ่งแยกอำนาจตุลาการออกมาเป็นสัดส่วนจากอำนาจของฝ่ายบริหาร เพื่อให้ผู้ใช้อำนาจตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนี้ยังมีความพยายามในการรับรองความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการให้เป็นอิสระจากรัฐบาล ในขั้นแรกมีการกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการแต่งตั้งโยกย้ายผู้พิพากษาได้ เพียงแต่การใช้อำนาจดังกล่าวยังไม่อาจกระทำได้เป็นสิทธิขาดโดยลำพังแต่จะต้องได้รับคำปรึกษาและคำแนะนำจากคณะกรรมการตุลาการตาม พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการตุลาการ พ.ศ. 2477 ก่อน และในกรณีที่ความเห็นไม่ตรงกันก็ต้องเสนอความเห็นของทั้งสองฝ่ายไปให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัย อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างมาก เนื่องจากเห็นว่าข้าราชการฝ่ายตุลาการต้องตกอยู่ภายใต้อาณัติและไม่เป็นอิสระจากฝ่ายการเมืองทั้งในส่วนของคณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎร<sup>22</sup> จนมีการเรียกร้องอิสระภาพของฝ่ายตุลาการให้พ้นจากการครอบงำของฝ่ายรัฐบาลจนในที่สุดได้มีการตรา พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2479 โดยกำหนดให้การแต่งตั้ง เลื่อนชั้น โยกย้าย ถอดถอนตุลาการจะกระทำต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจาก

<sup>20</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “อิสระตุลาการ: คือตัวตนของศาลยุติธรรม,” วารสารวิชาการศาลยุติธรรม, ฉบับที่ 3, ปีที่ 8, น. 5 (กรกฎาคม-กันยายน 2558).

<sup>21</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, “ระบบ ก.ต. และความอิสระของตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 22, น. 337-338 (กันยายน 2537).

<sup>22</sup> พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการถอดถอนผู้พิพากษาได้ โดยการเสนอของฝ่ายบริหาร และผ่านการให้ความเห็นชอบโดยสภาผู้แทนราษฎร

คณะกรรมการตุลาการแล้วเท่านั้น<sup>23</sup> กล่าวคือ ตัดอำนาจของคณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรมิให้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้พิพากษาหรือตุลาการอีกต่อไป

แม้บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการจะได้รับการปรับปรุงแก้ไขจนสามารถสร้างหลักประกันให้แก่ผู้พิพากษาหรือตุลาการได้เป็นอย่างดีในช่วงเวลาดังกล่าวก็ตามแต่ปรากฏว่ากระบวนการการแทรกแซงอำนาจตุลาการของฝ่ายบริหารยังคงดำเนินมาอย่างต่อเนื่องทั้งในส่วนของการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการเพื่อให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจในการสั่งให้ข้าราชการตุลาการสามัญออกจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการฝ่ายพลเรือน หรือมีอำนาจในการปลดข้าราชการตุลาการโดยเหตุที่บุคคลนั้นรับราชการมาเป็นเวลานานโดยไม่ต้องกราบบังคมทูลอีกต่อไป<sup>24</sup> รวมทั้งการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการเข้ามาควบคุมตุลาการอย่างใกล้ชิดโดยกำหนดให้ฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามนโยบายที่รัฐบาลแถลง<sup>25</sup> แต่ด้วยการยื่นหยัดในการทำหน้าที่เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่โดยไม่ยอมอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองจึงเป็นเหตุให้ฝ่ายตุลาการได้รับความเชื่อถือไว้วางใจจากสาธารณชนอย่างกว้างขวางจนเกิดเป็นพลังสนับสนุนและเรียกร้องให้มีการรับรองหลักนิติธรรมและหลักอิสรภาพของตุลาการอย่างเข้มแข็ง ซึ่งนำไปสู่การวางหลักประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการไว้ในรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา

#### 4.2.1.3 หลักประกันความเป็นอิสระในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

การประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการนอกจากจะได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะซึ่งได้แก่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการแล้วในระยะเวลาต่อมาหลักประกันความเป็นอิสระซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยมีพัฒนาการของหลักการดังกล่าว ตลอดจนรายละเอียดของหลักประกันความเป็นอิสระโดยสรุป ดังนี้

##### (1) ช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ในปี พ.ศ. 2495 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ซึ่งแสดงออกถึงการยอมรับหลักความมีอิสระของตุลาการไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือรัฐธรรมนูญกำหนดให้การแต่งตั้ง การย้าย และการถอดถอนผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการก่อน ซึ่งกล่าวได้ว่า

<sup>23</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 8.

<sup>24</sup> *เพ็ญอ้าง*, น. 9.

<sup>25</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น. 341.

เป็นการวางหลักประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในทางส่วนตัวในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก<sup>26</sup>

ต่อมาการวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญถือเป็นหลักการสำคัญที่ได้รับการคำนึงถึงมาโดยตลอดแม้กระทั่งในรัฐธรรมนูญฉบับที่ประกาศใช้โดยคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารก็ตาม กล่าวคือ รัฐธรรมนูญทุกฉบับนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ต่อมาจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ต่างบัญญัติรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการไว้ในลักษณะเช่นเดียวกันว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย” บทบัญญัติดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นว่าหลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการถือเป็นหลักการสำคัญที่จำเป็นต้องรับรองไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อสร้างหลักประกันการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการให้เป็นไปโดยอิสระตามหลักการการแบ่งแยกอำนาจอย่างแท้จริง

## (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกาศใช้บังคับ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นอิสระแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมในระบบศาลคู่ โดยกำหนดอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี การจัดโครงสร้างภายใน กระบวนการแต่งตั้ง การดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่ง ระบบการบริหารงานบุคคล รวมทั้งการจัดตั้งหน่วยธุรการของศาลที่เป็นอิสระออกจากกันอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการแล้วพบว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมหรือตุลาการศาลปกครองไว้ในหลายกรณีดังต่อไปนี้

### 1. ความเป็นอิสระในส่วนของการทำงานที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการ

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติคุ้มครองการทำงานที่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระอย่างเต็มที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น ซึ่งรวมถึงการวางระบบการส่งจ่ายคดี การเรียกคืนสำนวนหรือการโอนสำนวนคดี ก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย<sup>27</sup>

<sup>26</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 10.

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249.

## 2. ความเป็นอิสระในทางองค์กร

ศาลยุติธรรมและศาลปกครองเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระโดยมิได้อยู่ภายใต้อำนาจการกำกับดูแลจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ความเป็นอิสระในทางองค์กรยังรวมถึงกรณีการมีหน่วยธุรการของศาลที่เป็นอิสระทั้งในด้านการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ในกรณีศาลยุติธรรมมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาโดยขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา<sup>28</sup> ในกรณีศาลปกครองกำหนดให้มีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด<sup>29</sup>

นอกจากนี้เพื่อเป็นการป้องกันการแทรกแซงจากองค์กรภายนอก โดยเฉพาะฝ่ายการเมือง รัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อห้ามเอาไว้อย่างชัดเจนว่าผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมิได้<sup>30</sup> ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าเมื่อเข้ามาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตุลาการแล้วจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางหรือปราศจากอคติในทางใดๆ ทั้งในทางส่วนตัว และในการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

## 3. ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคล

3.1 การกำหนดให้มีองค์กรในการบริหารงานบุคคลโดยเฉพาะ เพื่อสร้างหลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการจากการแทรกแซงขององค์กรหรือบุคคลภายนอก รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้การบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรมและศาลปกครองกระทำโดยองค์กรบริหารงานบุคคลที่เป็นอิสระ กล่าวคือ กำหนดให้การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการพ้นจากตำแหน่ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนระดับ การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษทางวินัย เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของแต่ละศาล ดังนี้

**กรณีศาลยุติธรรม** กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ซึ่งประกอบด้วยบุคคลต่างๆ ดังต่อไปนี้<sup>31</sup>

- (1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ
- (2) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในแต่ละชั้นศาล ชั้นศาลละ 4 คน รวมเป็น 12 คน ซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และมาจากการเลือกของข้าราชการตุลาการทุกชั้นศาล

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 275.

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 280.

<sup>30</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 250.

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 274.

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 2 คน ซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการ โดยมาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา

**กรณีศาลปกครอง** กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งประกอบด้วยบุคคลต่างๆ ดังต่อไปนี้<sup>32</sup>

(1) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ

(2) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 9 คน ซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและเป็นผู้ซึ่งได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครอง

(3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 3 คน โดยมาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา จำนวน 2 คน และจากการเสนอของคณะรัฐมนตรี จำนวน 1 คน

และเฉพาะกรณีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะกระทำได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภา โดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้ง

3.2 หลักการห้ามโยกย้ายผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยมิได้รับความยินยอม โดยหลักการการโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการก่อน เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัย หรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา<sup>33</sup> ทั้งนี้ เพื่อสร้างหลักประกันในการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาหรือตุลาการเพื่อมิให้ต้องกังวลหรือเกรงกลัวต่ออิทธิพลใดๆ ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดี

3.3 การมีระบบเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งที่เป็นอิสระ การประกันความเป็นอิสระของฝ่ายผู้พิพากษาหรือตุลาการยังรวมไปถึงการมีระบบเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และประโยชน์ตอบแทนอื่นโดยเฉพาะ โดยไม่นำระบบบัญชีเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับ<sup>34</sup> ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการต้องกังวลอยู่กับการทำมาหาเลี้ยงชีพหรือใช้อำนาจหน้าที่ไปโดยมีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง<sup>35</sup>

<sup>32</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 279.

<sup>33</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 249.

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 253.

<sup>35</sup> ชลัช จงสีปพันธ์ และคณะ, ความเป็นอิสระขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร: ธรรมดาเพรส จำกัด, 2551), น. 146.



### (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

การวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่วนใหญ่ยังคงหลักการเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เช่น การกำหนดให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย การกำหนดให้การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการก่อน เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งการกำหนดห้ามมิให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง<sup>36</sup>

นอกจากนี้ยังมีหลักการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการเกี่ยวกับระบบเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และประโยชน์ตอบแทนอื่น โดยไม่นำระบบบัญชีเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับ<sup>37</sup> รวมทั้งการประกันความเป็นอิสระในระบบการบริหารงานบุคคลโดยเฉพาะของแต่ละศาล ในกรณีศาลยุติธรรมมีคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลฎีกาเป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในแต่ละชั้นศาล ได้แก่ ศาลฎีกา 6 คน ศาลอุทธรณ์ 4 คน และศาลชั้นต้น 2 คน ซึ่งได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาลจากข้าราชการตุลาการในชั้นศาลนั้นๆ และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นบุคคลภายนอก จำนวน 2 คน โดยมาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา<sup>38</sup>

ในกรณีศาลปกครอง กำหนดให้การบริหารงานบุคคลเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 9 คน ซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภา 2 คน และจากคณะรัฐมนตรี 1 คน<sup>39</sup>

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197.

<sup>37</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 202.

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 221.

<sup>39</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 226.

ประการสุดท้ายคือการวางหลักประกันความเป็นอิสระของหน่วยงานด้านธุรการโดยการจัดตั้งหน่วยธุรการของศาลที่เป็นอิสระทั้งในส่วนของการทำงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ในกรณีศาลยุติธรรมมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาโดยตรงต่อประธานศาลฎีกา<sup>40</sup> ในกรณีศาลปกครองกำหนดให้มีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด<sup>41</sup>

#### (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังคงหลักการเดิมที่มีความสำคัญตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ หลักการสำคัญของการแบ่งแยกอำนาจโดยกำหนดให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ หลักความเป็นอิสระในส่วนของการทำงานที่ฝ่ายตุลาการโดยกำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยอิสระภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายและในการทำหน้าที่ดังกล่าวของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องเป็นไปด้วยความรวดเร็วเป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง<sup>42</sup>

การวางหลักประกันเกี่ยวกับระบบเงินเดือนและค่าตอบแทนเป็นการเฉพาะตามความเหมาะสม<sup>43</sup> รวมทั้งการวางระบบความเป็นอิสระของหน่วยงานด้านธุรการโดยการกำหนดให้แต่ละศาลมีหน่วยงานธุรการที่มีความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น โดยมีหัวหน้าหน่วยงานคนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานของแต่ละศาล<sup>44</sup>

อย่างไรก็ตามจากการพิจารณาศึกษาพบว่าหลักการสำคัญว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในบางส่วนรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวกลับมิได้นำมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น หลักการที่กำหนดให้การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการ

<sup>40</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 222.

<sup>41</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 227.

<sup>42</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188.

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 193 วรรคสอง.

<sup>44</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 193 วรรคหนึ่ง.

จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาหรือตุลาการก่อน หรือหลักการที่กำหนดห้ามมิให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น

นอกจากนี้ในระบบการบริหารงานบุคคลของแต่ละศาล รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดหลักการที่แตกต่างไปจากเดิมทั้งในส่วนขององค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) และคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) กล่าวคือ ในสัดส่วนของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการนั้นมิได้มีการกำหนดสัดส่วนไว้อย่างชัดเจนว่าในแต่ละชั้นศาลสามารถคัดเลือกผู้พิพากษาหรือตุลาการในจำนวนเท่าใด รวมทั้งผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมาจากสัดส่วนของบุคคลภายนอกก็มีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องมาจากการคัดเลือกของวุฒิสภาในกรณีศาลยุติธรรม<sup>45</sup> หรือต้องมาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา และจากการเสนอชื่อของคณะรัฐมนตรีในกรณีของศาลปกครอง<sup>46</sup> เพียงแต่กำหนดเป็นหลักการไว้ว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการ และต้องเป็นบุคคลที่ผ่านการคัดเลือกจากข้าราชการตุลาการเท่านั้น ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์การบริหารงานบุคคลของแต่ละศาลซึ่งมีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ การกำหนดหลักการเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในระบบการบริหารงานบุคคลเช่นนี้เห็นได้ชัดว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ในการวางระบบประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นหลักสำคัญอันดับแรก และให้ความสำคัญกับการสร้างจุดยึดโยงหรือความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจตุลาการและประชาชนซึ่งเป็นหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเป็นหลักการในลำดับรอง

#### 4.2.2 ความเป็นมาและวิวัฒนาการของการดำเนินการจัดตั้งองค์กรวินัยคดีปกครองของประเทศไทย

เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจถึงแนวทางในการจัดตั้งศาลปกครองหรือองค์กรวินัยคดีปกครองในประเทศไทย ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความเป็นมา และวิวัฒนาการของการดำเนินการจัดตั้งองค์กรวินัยคดีปกครอง ทั้งแนวคิดของการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลเดียว และการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลคู่ ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้เห็นถึงหลักการพื้นฐาน รวมทั้งการจัดวางระบบโครงสร้างของศาลปกครอง ที่มาของตุลาการศาลปกครอง หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ ตลอดจนการสร้างระบบการเชื่อมโยงความชอบธรรมทางประชาธิปไตยระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองกับประชาชน

<sup>45</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 196.

<sup>46</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198.

#### 4.2.2.1 ช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475

จากการศึกษาพบว่าแต่เดิมนั้นในสมัยสุโขทัย สมัยอยุธยา และสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นการร้องเรียนของประชาชนต่อความเดือดร้อนที่ได้รับจากเจ้าหน้าที่ของบ้านเมื่อนั้นกระทำโดยวิธีการร้องทุกข์ต่อเสนาบดีหรือพระมหากษัตริย์เพื่อทรงวินิจฉัย ตราบจนกระทั่งในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้ทรงมีพระบรมราชโองการประกาศว่าด้วยเคาน์ซิลแลพระราชบัญญัติจัดตั้งคณะที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน เรียกว่า “เคาน์ซิลออฟสเตต” (Council of State) เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2417 และต่อมาได้ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ตรา “พระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟสเตตคือที่ปลุกยาราชการแผ่นดิน” เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ. 2417 โดยกำหนดให้ “เคาน์ซิลออฟสเตต” ประกอบด้วย พระบาทสมเด็จพระเจ้าแผ่นดินเป็น “เพรสซิเดน” และ “เคาน์ซิลออฟสเตต” (Council of State) จำนวน 10-20 คน มีอำนาจหน้าที่ในสองประการ คือ เป็นที่ปรึกษาของพระองค์ในการบริหารราชการแผ่นดินและในการร่างกฎหมาย และมีหน้าที่ในการพิจารณาแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของราษฎร<sup>47</sup> การจัดตั้ง Council of State ในประเทศไทยขึ้นเป็นครั้งแรกในช่วงเวลานั้นมีเหตุผลสำคัญประการหนึ่งคือเพื่อหลีกเลี่ยงการล่าอาณานิคมของมหาอำนาจตะวันตก ดังนั้นพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงมีพระราชดำริที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงประเทศให้ก้าวหน้าทัดเทียมนานาอารยประเทศ เพื่อดำเนินการคุกคาม ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศมหาอำนาจตะวันตกเหล่านั้นมักอ้างเหตุผลในการเข้ายึดครองดินแดนของประเทศต่างๆ โดยอ้างว่าเป็นการกระทำไปเพื่อสร้างความเจริญให้แก่ดินแดนที่ยังมีความล้าหลัง<sup>48</sup> อย่างไรก็ตามเนื่องจากข้าราชการไทยในสมัยนั้นยังไม่มีความรู้และความเข้าใจในหน้าที่และวัตถุประสงค์อย่างแท้จริงของเคาน์ซิลออฟสเตต การดำเนินงานของคณะที่ปรึกษาราชการแผ่นดินจึงยังไม่เป็นไปตามพระราชประสงค์ เพราะคณะที่ปรึกษาราชการแผ่นดินยังไม่เข้าใจและรู้สึกว่ตนอยู่ระหว่างพระมหากษัตริย์กับเสนาบดี จึงทำให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเปลี่ยนมาใช้วิธีทำงานด้วยพระองค์เอง เมื่อทรงเห็นว่ามีข้อบกพร่องอย่างใดก็มีพระราชหัตถเลขาและพระราชดำริไปยังเสนาบดีโดยตรง จนกระทั่งพระองค์ได้โปรดเกล้าฯ ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟสเตต พ.ศ. 2417 นั้นเสียใน พ.ศ. 2437 การร้องทุกข์เรื่องในกระทรวงหรือที่เรียกว่าคดีปกครองจึงยังคงให้ว่ากล่าวในกระทรวงนั้นๆ เช่นเดิม<sup>49</sup>

<sup>47</sup> สำนักงานศาลปกครอง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 7.

<sup>48</sup> สำนักงานศาลปกครอง, *วิวัฒนาการศาลปกครองไทย ครบรอบ 9 ปี ศาลปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2549), น. 9.

<sup>49</sup> สำนักงานศาลปกครอง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14*, น. 8.

หากพิจารณาจากโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน (Council of State) แล้วทำให้เห็นได้ว่าแนวทางในการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (Conseil du Roi) หรือสภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในอดีต ทั้งในส่วนของตำแหน่งต่างๆ ในสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดินที่แต่งตั้งจากเสนาบดี ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ หรือพระบรมวงศานุวงศ์ และในส่วนของอำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดินที่มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญใน 2 ประการ ทั้งการเป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดินของพระมหากษัตริย์ และการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ของบ้านเมืองและราษฎร

#### 4.2.2.2 ช่วงของการหาข้อสรุปว่าควรจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยหรือไม่

เมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 รัฐบาลในสมัยนั้นโดยดำริของนายปรีดี พนมยงค์ ก็มีความพยายามที่จะจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย เพื่อทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนโดยให้มีสภาพเช่นเดียวกับสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศฝรั่งเศส และกลุ่มประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปอื่นๆ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ อิตาลี เป็นต้น อย่างไรก็ตามเนื่องจากในเวลานั้นรัฐบาลไม่ประสงค์ที่จะใช้คำว่า “ศาล” เนื่องจากเกรงว่าจะเป็นช่องทางให้ประเทศตะวันตกเข้ามาแทรกแซงการบริหารราชการแผ่นดินได้โดยอาศัยสนธิสัญญา สงวนสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่ทำไว้กับประเทศไทย รัฐบาลในขณะนั้นจึงเสนอให้เรียกศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นว่า “คณะกรรมการ” พร้อมกันนี้ได้เสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 เพื่อจัดตั้ง “คณะกรรมการกฤษฎีกา” ขึ้น โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาล และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยมีองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

- (1) นายกรัฐมนตรี เป็นประธานคณะกรรมการ
- (2) กรรมการกฤษฎีกา และ
- (3) เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

อย่างไรก็ดีแม้พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 จะกำหนดให้การพิจารณาคดีปกครองเป็นอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ตามแต่การจะดำเนินการตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ก็จะต้องมีการตรากฎหมายให้อำนาจเช่นนั้นอีกชั้นหนึ่งก่อน ดังนั้นแม้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับแต่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ยังไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองได้โดยตรงส่งผลให้ในทางความเป็นจริงคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงมีเพียงกรมการร่างกฎหมายประเภทเดียวเท่านั้นที่ทำหน้าที่ในด้านกร่างกฎหมายและการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย

แก่ฝ่ายบริหาร<sup>50</sup> และแม้ว่าในช่วงระยะเวลาต่อมาจะมีความพยายามในการผลักดันกฎหมายหลายฉบับต่อสภาผู้แทนราษฎรโดยการเสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกาในคดีปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ในปี พ.ศ. 2478 หรือร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง พ.ศ. .... ในปี พ.ศ. 2489 เพื่อให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองก็ตาม แต่การดำเนินการตามแนวทางดังกล่าวก็ยังไม่สำเร็จเป็นรูปธรรมเนื่องจากในขณะนั้นสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่ายังไม่ถึงเวลาที่จะต้องมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย<sup>51</sup>

ในปี พ.ศ. 2492 รัฐบาลในสมัยนั้นได้มีการตราพระราชบัญญัติเรื่องราวร้องทุกข์ พุทธศักราช 2492 เพื่อจัดตั้ง “คณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์” ขึ้น แยกต่างหากจากคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทในทางปกครองโดยให้สิทธิแก่เอกชนที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรของเจ้าหน้าที่ รัฐบาลหรือเทศบาลสามารถยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์เพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยได้ ซึ่งหากคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์ได้ทำการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวแล้วก็จะต้องเสนอผลการพิจารณาต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อสั่งการตามที่เห็นควร ซึ่งนายกรัฐมนตรีจะสั่งการตามความเห็นของคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์หรือไม่ก็ได้ อย่างไรก็ตามความพยายามในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนเมื่อได้รับความเดือดร้อนจากหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐในรูปแบบของคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์นั้นเห็นได้ว่าไม่ค่อยประสบผลสำเร็จเท่าใดนัก ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะการดำเนินการส่วนใหญ่ยังอาศัยหลักกฎหมายในทางแพ่งมากเกินไปหรือเพราะขาดการวางระบบการพิจารณาที่เหมาะสม ดังนั้นในช่วงระยะเวลาต่อมาจึงได้มีความพยายามครั้งใหม่ที่จะผลักดันให้เกิดองค์กรที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในรูปแบบขององค์กรตุลาการ เพื่อให้สามารถดำเนินการวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินคดีได้โดยอิสระจากฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง<sup>52</sup>

ต่อมาในปี พ.ศ. 2499 รัฐบาลของ จอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้มีดำริให้เสนอร่างกฎหมายเพื่อเตรียมการจัดตั้งศาลปกครองอีกครั้งหนึ่ง แต่ในที่สุดก็ต้องระงับไปเนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล ที่เป็นเช่นนี้เป็นเพราะนักกฎหมายส่วนใหญ่ในเวลานั้นได้รับการอบรมและ

<sup>50</sup> เฟิงอ้วง, น. 9.

<sup>51</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), น. 80.

<sup>52</sup> สำนักงานศาลปกครอง, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 17.

มีความนึกคิดตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษซึ่งถือว่าการพิจารณาคดีทุกประเภทเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมเท่านั้น<sup>53</sup>

จนกระทั่งภายหลังเหตุการณ์เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ได้มีการจัดตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการร่างรัฐธรรมนูญ พร้อมกันนี้ได้มีการรื้อฟื้นถึงแนวความคิดในการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติก็มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าวโดยฝ่ายหลังยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจในฐานะที่เป็นกฎหมายตายตัว (dogma) และการขาดหลักประกันถึงความเป็นอิสระของศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้น อย่างไรก็ตามในที่สุดแนวความคิดแรกก็ได้รับความเห็นชอบจากเสียงส่วนใหญ่และได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ความว่า

*“มาตรา 212 ศาลปกครอง และศาลในสาขาแรงงาน สาขาภาษี หรือสาขาสังคม จะจัดตั้งขึ้นก็ได้โดยพระราชบัญญัติ*

*การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ของศาล ตลอดจนวิธีพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้น”*

#### 4.2.2.3 แนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษา

##### คดีปกครอง

ภายหลังจากที่ได้ข้อสรุปในเบื้องต้นแล้วว่าควรมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย แต่ก็ยังปรากฏว่ามีข้อขัดแย้งในเรื่องรูปแบบขององค์กรที่จะจัดตั้งขึ้นว่าจะจัดตั้งศาลปกครองตามแนวทางของ “ระบบศาลเดี่ยว” หรือ “ระบบศาลคู่” ทั้งนี้ โดยมีพัฒนาการของแนวความคิดในแต่ละด้าน ดังนี้

##### (1) การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลเดี่ยว

แนวความคิดในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลเดี่ยวในระบบศาลยุติธรรมนั้นเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2521 โดยในปีดังกล่าวกระทรวงยุติธรรมได้ดำเนินการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ขึ้นและเสนอให้คณะรัฐมนตรีในขณะนั้นพิจารณา ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ส่งร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตรวจพิจารณา

ในการดำเนินการดังกล่าวกระทรวงยุติธรรมได้ตั้งคณะกรรมการศึกษาแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลเดี่ยว พร้อมทั้งกำหนดรูปแบบของศาลปกครองให้อยู่

<sup>53</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 81.

ในระบบศาลยุติธรรม และกำหนดให้ศาลปกครองมี 2 ระดับชั้น ประกอบด้วย ศาลปกครองชั้นต้น และศาลฎีกาคดีปกครอง ทั้งนี้ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้<sup>54</sup>

1. กำหนดให้ผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นต้นมี 2 ประเภท ได้แก่

1.1 ผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งรับราชการประจำ โดยแต่งตั้งจากข้าราชการตุลาการผู้ที่ได้รับเงินเดือนไม่ต่ำกว่าชั้น 5 ที่ผ่านการฝึกอบรมแล้วหรือพนักงานคดีปกครองชั้น 3 ซึ่งเป็นข้าราชการรัฐการระดับ 9-10

1.2 ผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมาจากการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา โดยคัดเลือกจากผู้ที่เคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือในตำแหน่งที่เทียบเท่ากับตำแหน่งดังกล่าว หรือผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นผู้สอนในหมวดวิชากฎหมายมหาชน หมวดวิชารัฐศาสตร์ หรือหมวดวิชารัฐประศาสนศาสตร์ที่เกี่ยวกับการปกครอง การบริหารราชการ การบริหารการคลัง หรือหมวดวิชาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิชาที่ใช้ในศาลปกครองในมหาวิทยาลัยของรัฐมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี ทั้งนี้ โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี เมื่ออายุครบ 60 ปีแล้วก็ไม่เป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติผู้พิพากษาศาลปกครอง

2. ผู้พิพากษาศาลฎีกาคดีปกครอง จะต้องแต่งตั้งจากผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น และในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลปกครองหรือรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลปกครองจะต้องแต่งตั้งจากผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นฎีกา ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) เช่นเดียวกับผู้พิพากษาศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ดีแม้ในเวลาต่อมาคณะรัฐมนตรีจะมีมติรับหลักการและเห็นควรให้นำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร แต่ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรพิจารณารับหลักการแล้วก็ปรากฏว่ามีการประกายสภาผู้แทนราษฎรเสียก่อน จึงส่งผลให้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวต้องตกไปในที่สุด จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2532 กระทรวงยุติธรรมได้นำเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ต่อคณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่ง แต่คณะรัฐมนตรีในขณะนั้น ซึ่งมี พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีมติไม่รับหลักการร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว พร้อมทั้งมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไปพิจารณาปรับปรุงโครงสร้างของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้มีรูปแบบ อำนาจหน้าที่ และการดำเนินการในลักษณะของศาลปกครองแทนการจัดตั้งศาลปกครอง<sup>55</sup> ในระบบศาลเดี่ยว

<sup>54</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), น. 199-200.

<sup>55</sup> เพ็งอ้าง, น. 82.



## (2) การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลคู่เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม

ข้อความคิดหรือหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับแนวทางในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยในระบบศาลคู่ นั้น ในมุมมองของนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ไทยมีผู้แสดงทรรศนะถึงเหตุผลและความจำเป็นของการจัดตั้งศาลปกครองดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้แสดงความเห็นว่า ถึงแม้ว่าในประเทศเสรีประชาธิปไตยทุกประเทศจะมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงรูปแบบการจัดโครงสร้างขององค์กรฝ่ายตุลาการแล้วแต่ละประเทศก็ทำได้มอบหมายหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ศาลชนิดเดียวกันไม่ เช่น ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา อินเดีย ญี่ปุ่น ฯลฯ มอบหมายให้ศาลธรรมดาหรือศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในขณะที่บางประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ฯลฯ กลับจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาโดยเฉพาะโดยแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงบริบทของประเทศไทยถึงแม้ในช่วงเวลาที่ผ่านมา ศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองก็ตามแต่ในระบบการควบคุมดังกล่าวก็ยังมีข้อบกพร่องที่เห็นควรจะต้องนำมาพิจารณาประกอบใน 4 ประการ<sup>56</sup> คือ

1. กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เอกชนกับเอกชนเป็นคู่ความ และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการแสวงหาตัวผู้กระทำความผิดอาญามาลงโทษมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนและทำให้คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงจึงไม่เหมาะแก่การที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องการความรวดเร็วและประหยัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสวงหาความจริงในกฎหมายวิธีพิจารณาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวเน้นหนักไปในทางระบบกล่าวหา (Accusatory System) ซึ่งหลักการกระทำการพิสูจน์ให้ตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นการบั่นทอนกำลังใจของเอกชนที่จะเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะโดยปกติแล้วฝ่ายปกครองเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์ความจริง

<sup>56</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2544), น. 71-73.

2. มีหลายกรณีที่เอกชนไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยตรง เช่น ไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งการฝ่าฝืนเป็นความผิดอาญาไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ต้องรอให้ตนเองถูกฟ้องเป็นจำเลยในข้อหาว่าฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองนั้นเสียก่อนจึงค่อยให้การต่อสู้ว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งในทางข้อเท็จจริงคงไม่มีเอกชนคนใดที่จะเสี่ยงฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองเพื่อให้ได้มีโอกาสขอให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงอาจมีกฎหมายลำดับรองที่ออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายแต่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่เพราะศาลไม่มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเลย

3. ถึงแม้ว่าศาลจะพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็หาไม่อำนาจในการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองไม่ คงมีอำนาจแต่เพียงปฏิเสธที่จะนำกฎหมายลำดับรองนั้นมาบังคับแก่คดีที่ตนกำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น ดังนั้น กฎหมายลำดับรองนั้นจึงยังคงมีผลบังคับอยู่และฝ่ายปกครองก็อาจใช้กฎหมายลำดับรองนั้นบังคับกับเอกชนคนอื่นต่อไปอีกก็ได้

4. ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมได้รับการศึกษาอบรมให้มีความรู้ความชำนาญในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเท่านั้น ยังขาดความรู้ความเข้าใจในกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน อีกทั้งยังขาดประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจในระดับที่ควรจะเป็น ซึ่งความรู้ความเข้าใจดังกล่าวมิได้มุ่งหมายถึงความรู้ความเข้าใจในเนื้อหาสาระของพระราชบัญญัติเฉพาะแต่ละฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนเท่านั้นไม่ หากแต่ยังหมายรวมถึงความรู้ความเข้าใจในข้อความคิดและหลักการพื้นฐาน (Basic Concepts and Principles) อันเป็นส่วนหนึ่งของนิติวิธี (Legal Method) ของกฎหมายมหาชนด้วย

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทสมบุรณ์ เห็นว่าประโยชน์ของการจัดตั้งศาลปกครองนั้นอาจสรุปได้ 5 ประการ<sup>57</sup> คือ

1. การจัดตั้งศาลปกครองทำให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้มากขึ้น เพราะหลักเกณฑ์การวินิจฉัยของศาลปกครองจะสร้างการควบคุม

<sup>57</sup> ธิดา ชาลีจันทร์, “วิเคราะห์และสรุปแนวความคิดขัดแย้งเกี่ยวกับศาลปกครองของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเรื่อง ศาลปกครอง: บทความและวิเคราะห์ข้อขัดแย้งที่อภิปรายในสภานิติบัญญัติ, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2517), น. 21-22.

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งกฎหมายเอกชนที่ใช้อยู่ไม่อาจเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้

2. ข้าราชการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครองจะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำตามอำเภอใจของผู้บังคับบัญชาได้มากขึ้น

3. ระบบศาลปกครองจะเปิดโอกาสให้มีการมอบหมายอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้แก่ผู้บังคับบัญชาได้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมอบหมายการสั่งการให้แก่ข้าราชการส่วนภูมิภาค อันจะทำให้เกิดความคล่องตัวในระบบการบริหารเพราะศาลปกครองจะเป็นกลไกตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของข้าราชการโดยคอยรับเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่มีชอบเหล่านั้น

4. เป็นการส่งเสริมระบบการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น เพราะศาลปกครองจะเป็นกลไกตรวจสอบการสั่งการหรือการควบคุมของกระทรวงมหาดไทยต่อเทศบาลให้ต้องอยู่ในกรอบของอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้ให้ไว้มิให้กระทรวงมหาดไทยกระทำการนอกอำนาจหรือใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่ชอบ การควบคุมของศาลปกครองจะทำให้ท้องถิ่นมีความเป็นอิสระมากขึ้น

5. เป็นการป้องกันการคอร์รัปชัน เพราะการใช้ดุลพินิจของข้าราชการจะได้รับการตรวจสอบในความสุจริตใจของผู้กระทำการเมื่อมีผู้มาร้องเรียน

แนวความคิดของการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลคู่ซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะพัฒนาบุคลากรและกระบวนการวินิจฉัยเรื่องทางปกครองเพื่อนำไปสู่การจัดตั้งศาลปกครองที่เป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรมนั้นนอกจากจะได้รับการสนับสนุนจากนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ของไทยตามที่กล่าวมาแล้ว จากการศึกษาพบว่ารัฐบาลในช่วงเวลาที่ผ่านมาก็ได้ให้ความสำคัญกับการวางระบบโครงสร้างการจัดตั้งศาลปกครองตามแนวทางดังกล่าวอย่างต่อเนื่องเช่นกัน ทั้งนี้ โดยปรากฏผลการพิจารณาดังต่อไปนี้<sup>58</sup>

ในสมัยรัฐบาล พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ เป็นนายกรัฐมนตรี รัฐบาลมีแนวคิดในการพิจารณาปรับปรุงโครงสร้างของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เพื่อให้มีรูปแบบ อำนาจหน้าที่ และการดำเนินงานในลักษณะของศาลปกครองแทนการจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลเดี่ยวตามที่กระทรวงยุติธรรมนำเสนอ ซึ่งในการดำเนินการตามแนวทางดังกล่าว รัฐบาลได้แต่งตั้ง “คณะกรรมการพิจารณากำหนดโครงการและแผนงานสำหรับการปรับปรุงคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน รวมทั้งได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการขึ้น 3 คณะ ประกอบด้วย (1) คณะอนุกรรมการพิจารณากำหนดโครงการและแผนงานสำหรับการปรับปรุงคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (2) คณะอนุกรรมการเฉพาะกิจพิจารณาปรับปรุงหลักสูตรคณะนิติศาสตร์และคณะรัฐศาสตร์

<sup>58</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 51*, น. 83-90.

ในมหาวิทยาลัยเกี่ยวกับวิชากฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชน และ (3) คณะอนุกรรมการเฉพาะกิจพิจารณากำหนดแนวทางในการปรับปรุงระบบการบรรจุผู้สำเร็จการศึกษาวินิจฉัยคดีในสาขากฎหมายต่างๆ เข้ารับราชการในส่วนราชการ

ซึ่งต่อมาคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้ดำเนินการจัดทำโครงการและแผนงานไว้หลายประการและได้นำเสนอผลการดำเนินงานบางส่วนต่อคณะรัฐมนตรีแล้ว แต่เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลโดยคณะผู้รักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ การดำเนินการของคณะกรรมการฯ และคณะอนุกรรมการฯ จึงได้ระงับไป

ในสมัยรัฐบาล นายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี รัฐบาลมีแนวทางในการพัฒนาบุคลากรและกระบวนการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ รวมทั้งการเตรียมความพร้อมเพื่อนำไปสู่การจัดตั้งศาลปกครองเช่นกัน กล่าวคือ รัฐบาลได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2535 ว่ารัฐบาลมีนโยบายที่จะพัฒนาบุคลากรและกระบวนการวินิจฉัยเรื่องราวยุติธรรม ตลอดจนเตรียมปัจจัยที่เกี่ยวข้องให้พร้อมเพื่อนำไปสู่การจัดตั้งศาลปกครองให้ทันภายใน 4 ปี และเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำแถลงดังกล่าวคณะรัฐมนตรีจึงได้แต่งตั้ง “คณะกรรมการพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดิน” (ค.พ.ร.) ซึ่งมีรองนายกรัฐมนตรี (นายบัญญัติ บรรทัดฐาน) เป็นประธาน และแต่งตั้ง “คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบงานบุคลากรภาครัฐและจัดตั้งศาลปกครอง” เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการศึกษา วิเคราะห์และเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดแนวทาง นโยบาย กลยุทธ์และมาตรการในการพัฒนาระบบงานบุคคลภาครัฐ ฯลฯ และการจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล

ต่อมาคณะอนุกรรมการฯ ชุดดังกล่าวได้เสนอแนะมาตรการและแผนงานในการจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาลต่อ ค.พ.ร. ซึ่ง ค.พ.ร. ได้พิจารณาแล้วเห็นชอบด้วย แต่เห็นว่าควรเร่งรัดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปี แทนที่จะเป็น 4 ปี ตามที่กำหนดไว้ในนโยบายรัฐบาล ทั้งนี้โดยเห็นควรกำหนดมาตรการและขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการในระยะเวลาดังกล่าวโดยแยกออกเป็น 4 มาตรการ คือ มาตรการที่หนึ่ง : การตรากฎหมายว่าด้วยการพิจารณาเรื่องทางปกครองและการดำเนินการรองรับกฎหมายดังกล่าว มาตรการที่สอง : การพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และอำนาจหน้าที่เพื่อการจัดตั้งศาลปกครอง มาตรการที่สาม : การพัฒนาบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองเพื่อนำไปสู่การจัดตั้งศาลปกครอง และมาตรการที่สี่ : การจัดเตรียมปัจจัยที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปสู่การจัดตั้งศาลปกครอง

อย่างไรก็ดีในการประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2537 นายกรัฐมนตรีได้มีบัญชาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานำร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เพื่อให้มีการจัดตั้งศาลปกครองที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เตรียมการไว้แล้วเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเป็นการด่วน เพื่อพิจารณาไปพร้อมกันกับมาตรการและแผนงานที่ ค.พ.ร. กำลังจะเสนอขึ้นมา ต่อมาเมื่อร่างกฎหมายดังกล่าวข้างต้นกับมาตรการและแผนงาน

ในการจัดตั้งศาลปกครองของ ค.พ.ร. ได้รับการบรรจุให้อยู่ในวาระการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ในการประชุมเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2537 รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีได้ขอถอนร่างกฎหมายดังกล่าวกลับมาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาปรับปรุงรายละเอียดให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยให้แยกเรื่องการจัดตั้งศาลปกครองไปบัญญัติเป็นร่างกฎหมายอีกฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ซึ่งกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม และมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองแยกต่างหากจากคณะกรรมการตุลาการของศาลยุติธรรม และร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการกฤษฎีกาคือสถาบันที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน ประกอบด้วยศาลปกครองและคณะกรรมการร่างกฎหมาย โดยยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการับผิดชอบงานธุรการของศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้น

สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ยกร่างขึ้นนั้นหากพิจารณาศึกษาอย่างละเอียดจะพบว่ามีกำหนดที่มาของตุลาการศาลปกครองไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ กำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองใช้ “ระบบเปิด” โดยผ่านกระบวนการคัดเลือกจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง และผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ทั้งนี้เพื่อให้มีการกลั่นกรองและคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมอย่างแท้จริงและสาธารณชนทั่วไปสามารถตรวจสอบได้ ส่วนในกรณีการดำรงตำแหน่งนั้นกำหนดให้เป็นตุลาการประจำซึ่งดำรงตำแหน่งจนถึงอายุ 60 ปี เพื่อให้มีความมั่นคงในการประกอบอาชีพซึ่งจะเป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี<sup>59</sup>

อย่างไรก็ตามเนื่องจากมีการประกาศยุบสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 19 พฤษภาคม 2538 ก่อนที่ ค.พ.ร. จะนำร่างกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ และแผนงานดังกล่าวเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ดังนั้นจึงส่งผลให้ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับไม่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร

ในสมัยรัฐบาล นายบรรหาร ศิลปอาชา เป็นนายกรัฐมนตรี รัฐบาลก็มีแนวทางในการดำเนินการเพื่อจัดตั้งศาลปกครองเช่นกัน กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา เมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม 2538 ว่ารัฐบาลจะปรับปรุงกระบวนการอำนวยความสะดวกยุติธรรม ทั้งทางปกครอง ทางแพ่ง และทางอาญา ให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว เป็นธรรม และทั่วถึง รวมทั้ง

<sup>59</sup> วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542), น. 341.

พัฒนาให้ทันสมัย เป็นระบบที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยในการดำเนินตามนโยบายดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับการปรับปรุงกระบวนการอำนวยความสะดวกทางปกครองให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็ว เป็นธรรม และทั่วถึงนั้น รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายโกศล พลกุล) ได้มอบนโยบายให้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยให้มีการจัดตั้งระบบศาลปกครอง ขึ้นเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม และให้แยกศาลปกครองจากคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยให้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการของศาลปกครองด้วย ซึ่งนายกรัฐมนตรี พิจารณาแล้วมีคำสั่งเห็นชอบให้ดำเนินการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีต่อไปได้ แต่โดยที่คณะกรรมการปฏิรูปการเมืองได้แต่งตั้ง “คณะอนุกรรมการพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญ กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง และวิธีปฏิบัติต่างๆ ที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง” เพื่อพิจารณาเสนอแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและ นโยบายของรัฐบาล รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายโกศล พลกุล) จึงให้รอผลการพิจารณา ของคณะอนุกรรมการดังกล่าว และคณะกรรมการปฏิรูปการเมืองเพื่อนำข้อคิดเห็นมาประกอบการ พิจารณาดำเนินการต่อไป

ต่อมาเมื่อคณะกรรมการปฏิรูปการเมืองได้พิจารณาแนวทางการจัดตั้ง ศาลปกครองตามที่คณะอนุกรรมการฯ เสนอแล้วเห็นชอบด้วย แต่สำหรับหน่วยงานธุรการของศาล ปกครองนั้นเห็นว่าอาจมีทางเลือกได้หลายหน่วยงาน คือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กระทรวง ยุติธรรม หรือจัดตั้งหน่วยงานใหม่ขึ้นมาทำหน้าที่หน่วยงานธุรการของศาลปกครองโดยเฉพาะ

รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายโกศล พลกุล) ได้นำความเห็น ของคณะกรรมการปฏิรูปการเมือง และร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ปรับปรุงตามความเห็นของคณะกรรมการปฏิรูปการเมืองเสนอด่อนายก รัฐมนตรีเพื่อพิจารณานำเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป แต่เนื่องจากการยุบสภาผู้แทนราษฎรเสียก่อน การเสนอเรื่องดังกล่าวจึงได้ระงับไป

ในสมัยรัฐบาล พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ เป็นนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี ได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภาเมื่อวันที่ 11 ธันวาคม 2539 เกี่ยวกับแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองว่า “รัฐบาลจะเร่งรัดผลักดัน... ให้มีศาลปกครองขึ้นเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรมโดยสอดคล้อง กับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ” ในการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าว รัฐมนตรี ประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายโกศล พลกุล) ซึ่งได้รับมอบหมายให้เป็นผู้กำกับดูแลการปฏิบัติ ราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติ

คณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่เคยนำเสนอรัฐบาลที่แล้ว เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ขณะเดียวกันนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (นายสุวิทย์ คุณกิตติ) ก็ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเช่นเดียวกัน

ในระหว่างนั้นได้เกิดการคัดค้านและสนับสนุนในเรื่องการจัดตั้งศาลปกครองออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกคือกระทรวงยุติธรรม ซึ่งต้องการให้ศาลปกครองอยู่ในสังกัดของกระทรวงยุติธรรม และฝ่ายที่สอง คือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ต้องการให้ศาลปกครองอยู่ในสังกัดของคณะกรรมการกฤษฎีกา ในส่วนของฝ่ายแรกที่ประกอบด้วยนักกฎหมายทั้งในฝ่ายบริหารและผู้พิพากษาได้ร่วมกันคัดค้านโดยอ้างเหตุผลหลักว่าหากมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งผลให้หน่วยงานดังกล่าวขาดความเป็นอิสระและต้องตกอยู่ภายใต้การครอบงำของฝ่ายบริหารเนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ซึ่งอาจส่งผลต่อการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองและทำให้ศาลปกครองที่เกิดขึ้นไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ในฐานะศาลได้อย่างบริสุทธิ์และยุติธรรม ในขณะที่ฝ่ายสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ยกเหตุผลขึ้นมาคัดค้านเช่นเดียวกันว่าผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมนั้นมีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะหลักกฎหมายในทางอาญาและทางแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น แต่คดีปกครองจำเป็นที่จะต้องใช้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ทางด้านการปกครองและการบริหารมาเป็นตุลาการศาลปกครองซึ่งองค์ความรู้ในเรื่องดังกล่าวไม่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย<sup>60</sup>

อย่างไรก็ตามแม้ในระหว่างนั้นจะมีผู้ที่ออกมาคัดค้านและไม่เห็นด้วยกับแนวทางของการจัดโครงสร้างศาลปกครอง แต่ในขณะเดียวกันก็มีการเรียกร้องจากกลุ่มสมาชิกคนจน ซึ่งประกอบด้วยคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยต่างๆ ให้รัฐบาลเร่งดำเนินการจัดตั้งศาลปกครองโดยเร็ว<sup>61</sup> จนในที่สุดคณะรัฐมนตรีต้องตัดสินใจนำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีในวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2540 พร้อมทั้งมีมติเห็นชอบในหลักการที่จะจัดตั้งศาลปกครองที่เป็นอิสระ และมีหน่วยงานตุลาการที่เป็นอิสระโดยไม่ขึ้นตรงต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือกระทรวงยุติธรรม รวมทั้งมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายคณะพิเศษในการพิจารณาและปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติต่างๆ ในรายละเอียดให้เหมาะสมและมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ทั้งนี้ต้องสอดคล้องกับแนวทางในการจัดตั้งศาลปกครองตาม

<sup>60</sup> เฟิงอ้วง, น. 342-343.

<sup>61</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 51, น. 89.

รูปแบบดังกล่าว พร้อมกันนี้เห็นควรให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่มีความรู้ความสามารถทั่วไป เพื่อให้ได้ข้อมูลที่หลากหลายซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการจัดตั้งศาลปกครองต่อไป

ต่อมาเมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและกรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษได้ตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทั้ง 3 ฉบับ ซึ่งประกอบด้วย ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เสร็จเรียบร้อยแล้ว จึงได้มีการนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง และต่อมาคณะรัฐมนตรีได้นำเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาต่อไปแล้ว

และในท้ายที่สุดศาลปกครองก็ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276-มาตรา 280 ในระบบศาลคู่แยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม และศาลอื่นๆ โดยมีการกำหนดอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีปกครอง การแต่งตั้งและการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลปกครอง รวมทั้งการกำหนดให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเป็นองค์กรในการบริหารงานบุคคล ตลอดจนให้มีการจัดตั้งหน่วยงานธุรการของศาลปกครองที่เป็นอิสระขึ้นโดยเฉพาะทั้งในส่วนของการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ดี เพื่อให้การจัดตั้งศาลปกครองเป็นไปอย่างสมบูรณ์ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐบาลซึ่งมีนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี จึงได้ทำการแต่งตั้ง “คณะกรรมการนโยบายและประสานงานการดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ” และคณะกรรมการคณะดังกล่าวได้มีมติมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ต่อมาเมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณา ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวเสร็จเรียบร้อยแล้ว คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติให้นำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร เพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป จนในที่สุดร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ได้ผ่านความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาและประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2542

#### 4.3 คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลปกครอง

จากแนวคิดของการแบ่งแยกระบบกฎหมาย ในประเทศซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย มีแนวคิดในการจัดวางโครงสร้างองค์กรในการวินิจฉัยชี้ขาดและระบบวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างกันไปในแต่ละสาขา ซึ่งรวมถึงการกำหนดคุณสมบัติของตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณา



พิพากษาคดีด้วย โดยเฉพาะในคดีปกครองคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองถือเป็นส่วนสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ดังนั้นจึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ตุลาการศาลปกครองจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายมหาชน รวมทั้งมีประสบการณ์ในการบริหารรัฐกิจ ทั้งนี้ เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกบุคคลและประโยชน์สาธารณะอย่างสมบูรณ์<sup>62</sup> จากการศึกษาถึงการกำหนดที่มาของตุลาการศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถือว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวได้จัดวางระบบที่สอดคล้องกับแนวคิดตามที่กล่าวมาเป็นอย่างดี กล่าวคือ ทั้งในส่วนของตุลาการศาลปกครองสูงสุด และตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นได้มีการกำหนดคุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามในส่วนที่สำคัญดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

##### 4.3.1.1 คุณสมบัติ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 13 กำหนดว่าผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะดังต่อไปนี้

- (1) มีสัญชาติไทย
- (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบห้าปี
- (3) เป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือในการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ศป. กำหนด และ
- (4) มีคุณสมบัติเฉพาะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้
  - (4.1) เป็นหรือเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือกรรมการกฤษฎีกา
  - (4.2) รัับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น
  - (4.3) รัับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือเทียบเท่าหรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารสูงสุด
  - (4.4) รัับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอัยการพิเศษประจำเขตหรือเทียบเท่า

<sup>62</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 51*, น. 120-121.

(4.5) รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่าหรือตำแหน่งอื่นในหน่วยงานของรัฐที่เทียบเท่าตามที่ ก.ศ.ป. ประกาศกำหนด

(4.6) เป็นหรือเคยเป็นผู้สอนวิชาในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือวิชาที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน ในสถาบันอุดมศึกษา และดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์หรือศาสตราจารย์พิเศษ

(4.7) เป็นหรือเคยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไม่น้อยกว่ายี่สิบปี และมีประสบการณ์ในคดีปกครองตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ศ.ป. ประกาศกำหนด

#### 4.3.1.2 ลักษณะต้องห้าม

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 14 กำหนดว่าตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามในขณะดำรงตำแหน่ง ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นข้าราชการอื่นซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ
- (2) เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใด
- (3) เป็นผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง สมาชิกพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง
- (4) เป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจ
- (5) เป็นกรรมการในหน่วยงานของรัฐ เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจาก ก.ศ.ป.
- (6) เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือที่ปรึกษา หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายกันในห้างหุ้นส่วนบริษัท
- (7) เป็นทนายความหรือประกอบอาชีพหรือวิชาชีพอย่างอื่นหรือดำรงตำแหน่งหรือประกอบกิจการใดๆ อันขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบที่ ก.ศ.ป. กำหนด

#### 4.3.2 ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

##### 4.3.2.1 คุณสมบัติ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 18 กำหนดว่าผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นจะต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และคุณสมบัติเฉพาะดังต่อไปนี้

- (1) มีสัญชาติไทย
- (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบห้าปี

(3) เป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือในการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ศ.ป. กำหนด และ

(4) มีคุณสมบัติเฉพาะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(4.1) รับราชการหรือเคยรับราชการไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งพนักงานคหิปปกรองในระดับที่ ก.ศ.ป. กำหนด

(4.2) รับราชการหรือเคยรับราชการไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลชั้นต้นหรือเทียบเท่า ซึ่งได้รับเงินเดือนในชั้น 3 หรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารกลาง

(4.3) รับราชการหรือเคยรับราชการไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งอัยการจังหวัดหรือเทียบเท่า

(4.4) รับราชการหรือเคยรับราชการไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าข้าราชการพลเรือน ระดับ 8 หรือข้าราชการพลเรือนประเภทวิชาการ ระดับชำนาญการพิเศษ ประเภทอำนวยการ หรือประเภทบริหาร หรือปฏิบัติงานหรือเคยปฏิบัติงานไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งที่เทียบเท่าตามที่ ก.ศ.ป. ประกาศกำหนด ในหน่วยงานของรัฐ องค์การมหาชน หรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา

(4.5) เป็นหรือเคยเป็นผู้สอนวิชาในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือวิชาที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน ในสถาบันอุดมศึกษา และดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์พิเศษไม่น้อยกว่าสามปี

(4.6) สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทหรือปริญญาเอกด้านนิติศาสตร์สาขากฎหมายมหาชน และรับราชการในหน่วยงานของรัฐหรือปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ องค์การมหาชน หรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา เป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบปีนับแต่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโท หรือไม่น้อยกว่าหกปีนับแต่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอก

(4.7) เป็นหรือเคยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไม่น้อยกว่าสิบสองปี และมีประสบการณ์ในคหิปปกรองตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ศ.ป. ประกาศกำหนด

#### 4.3.2.2 ลักษณะต้องห้าม

ลักษณะต้องห้ามของการดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น มีลักษณะเช่นเดียวกับลักษณะต้องห้ามของการดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

#### 4.4 กระบวนการในการคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดกระบวนการในการพิจารณาคัดเลือก และกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีตุลาการศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการอาจดำเนินการได้ในสองกรณี คือ การพิจารณาเลื่อนตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นขึ้นมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด โดยคำนึงถึงหลักอาวุโส ความรู้ความสามารถ ความรับผิดชอบ ความเหมาะสม ประวัติดี และผลงานการปฏิบัติราชการ และวิธีที่สอง คือ การพิจารณาคัดเลือกบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดในอัตราส่วนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด<sup>63</sup> ส่วนกรณีการคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้นให้กระทำโดยวิธีการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ หรือการคัดเลือก ทั้งนี้ ตามระเบียบที่ ก.ศป. กำหนดโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด<sup>64</sup> โดยในการดำเนินการคัดเลือกและการเสนอรายชื่อเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองทั้งสองกรณีให้กระทำโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งเป็นองค์กรในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครอง

##### 4.4.1 คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.)

ในกระบวนการการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองตามที่กล่าวมาทั้งในส่วนของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้น ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>65</sup> กำหนดให้กระทำโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองซึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง” (ก.ศป.) ซึ่งมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้ คือ ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองไม่เกินสองคน ซึ่งเป็นบุคคลผู้ที่ได้รับเลือกจากราชการตุลาการศาลปกครอง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ประกอบกับกระบวนการในการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15.

<sup>64</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 19.

<sup>65</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198.

ในปัจจุบันแล้วจะเห็นได้ว่าการกำหนดหลักการดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในสองประการ กล่าวคือ ประการแรก ในกระบวนการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองทั้งในส่วนของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นในหลักการเดิมนั้นได้กำหนดให้ผู้แทนที่มาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา และจากคณะรัฐมนตรีเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองผ่านทางองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ด้วย ในขณะที่หลักการใหม่ไม่ได้กำหนดให้ผู้แทนซึ่งมาจากการคัดเลือกของทั้งสององค์กรเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองแต่อย่างใด องค์ประกอบซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่คงมีแต่เพียงผู้แทนของฝ่ายตุลาการเท่านั้น ประการที่สอง ในหลักการเดิมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่ง ในขณะที่หลักการใหม่กระบวนการในการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภามีได้มีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหากแต่เป็นหลักการที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น<sup>66</sup> ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าตามหลักการเดิมรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้วุฒิสภาได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองใน 2 กรณี คือ กรณีแรก การมีส่วนร่วมผ่านทางองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) กรณีที่สอง คือ การให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในขณะที่หลักการใหม่ได้มีการกำหนดให้วุฒิสภาเข้ามามีส่วนร่วมเฉพาะในกรณีการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น

#### 4.4.2 การคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

กระบวนการการคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2560 กำหนดให้กระทำตามขั้นตอนต่างๆ ดังต่อไปนี้

##### 4.4.2.1 การคัดเลือก

(1) การคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด

<sup>66</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 และมาตรา 15/1.

ในการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเพื่อเลื่อนชั้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น ให้ ก.ศป. พิจารณาจากผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น โดยพิจารณาตามหลักอาวุโสในขณะที่บุคคลนั้นดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ความรู้ความสามารถ ความรับผิดชอบ ความเหมาะสม ประวัติและผลงานการปฏิบัติราชการ และประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่ได้รับการพิจารณาคัดเลือกนั้น

### **(2) การคัดเลือกบุคคลซึ่งมิได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในขณะนั้นเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด**

ส่วนกรณีการดำเนินการคัดเลือกบุคคลซึ่งมิได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในขณะนั้นเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดให้ดำเนินการโดยวิธีตรวจสอบคุณสมบัติ ตรวจสอบสุขภาพ พิจารณาหลักฐานที่แสดงประสิทธิภาพในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการ ทดสอบความรู้ความสามารถ และความเหมาะสมโดยการสอบสัมภาษณ์ และรับฟังความคิดเห็นของบุคคลในแวดวงกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน

ให้ ก.ศป. เป็นผู้ออกประกาศรับสมัคร และกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับตำแหน่งที่คัดเลือก คุณสมบัติของผู้สมัคร การสมัคร ขั้นตอนการคัดเลือก การประเมินผล การคัดเลือก และการประกาศผลการคัดเลือก

ทั้งนี้ ในการดำเนินการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้ ให้ ก.ศป. แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยรองประธานศาลปกครองสูงสุดที่มีอาวุโสสูงสุด เป็นประธานกรรมการ รองประธานศาลปกครองสูงสุดที่มีอาวุโสลำดับถัดไป เป็นรองประธานกรรมการ รองประธานศาลปกครองสูงสุดที่เหลือ ประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดทุกคน เป็นกรรมการ เพื่อทำหน้าที่ในการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเพื่อเลื่อนชั้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และคัดเลือกบุคคลซึ่งมิได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในขณะนั้นเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด พร้อมทั้งความเห็นในการดำเนินการดังกล่าวเสนอต่อ ก.ศป. เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ

### **(3) การคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด**

การคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542 มาตรา 15/1 และระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2560 กำหนดให้การแต่งตั้งต้องกระทำตามวิธีการดังต่อไปนี้

(3.1) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด โดยพิจารณาตามหลักอาวุโส ประกอบกับความรู้ความสามารถและความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

(3.2) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด โดยพิจารณาตามหลักอาวุโส ประกอบกับความรู้ความสามารถและความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด

(3.3) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด โดยพิจารณาตามหลักอาวุโส ประกอบกับความรู้ความสามารถและความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด

(3.4) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากรองประธานศาลปกครองสูงสุด โดยพิจารณาตามหลักอาวุโส ประกอบกับความรู้ความสามารถและความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด

อย่างไรก็ตามหากมีกรณีที่ไม่อาจปฏิบัติตามวิธีการตามที่กล่าวมา ก.ศป. อาจพิจารณาคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนใดคนหนึ่ง โดยพิจารณาตามหลักอาวุโส ประกอบกับความรู้ความสามารถและความเหมาะสม เพื่อแต่งตั้งให้บุคคลนั้นดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลปกครองสูงสุด หรือตำแหน่งที่เทียบเท่ากับตำแหน่งต่างๆ ข้างต้น แล้วแต่กรณี

#### 4.4.2.2 กระบวนการในการแต่งตั้ง

##### (1) การเสนอรายชื่อบุคคลผู้ได้รับการคัดเลือกต่อนายกรัฐมนตรี

เมื่อ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกบุคคลผู้สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว ก.ศป. จะต้องเสนอรายชื่อดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีมีรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ โดยนายกรัฐมนตรีไม่มีอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบในรายชื่อที่ ก.ศป. เสนอมาแต่อย่างใด

## (2) การพิจารณาให้ความเห็นชอบของวุฒิสภา<sup>67</sup>

ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งทำหน้าที่วุฒิสภาได้กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในส่วนที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

(2.1) การตั้งคณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลผู้ซึ่งได้รับการเสนอชื่อเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด รวมทั้งรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอันจำเป็น จำนวนไม่เกิน 21 คน<sup>68</sup> เพื่อจัดทำรายงานและนำเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เพื่อประกอบการพิจารณาต่อไป โดยต้องกระทำให้เสร็จสิ้นภายใน 45 วัน นับแต่วันที่ตั้งคณะกรรมการสามัญ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้เป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้ ในสัดส่วนของจำนวนกรรมการในคณะกรรมการสามัญนั้น ให้แต่งตั้งจากสมาชิกที่คณะกรรมการวิสามัญกิจการสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสนอชื่อ จำนวนไม่เกิน 5 คน ในส่วนจำนวนที่เหลือให้ที่ประชุมสภาตั้งจากรายชื่อสมาชิกที่คณะกรรมการสามัญประจำสภาเสนอจากกรรมการในแต่ละคณะ คณะละ 1 คน<sup>69</sup>

(2.2) การดำเนินการในขั้นตอนของคณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรม

(2.2.1) คณะกรรมการสามัญจะดำเนินการออกหนังสือเชิญบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมาให้ข้อเท็จจริง หรือชี้แจงเกี่ยวกับประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรมที่ประสงค์จะทราบ หรืออาจให้บุคคลนั้นแสดงวิสัยทัศน์ด้วยก็ได้ หรือชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อ หากปรากฏว่ามีข้อมูลหรือข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้น และข้อมูลหรือข้อเท็จจริงนั้นยังไม่เป็นที่ยุติ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแก่บุคคลดังกล่าว

<sup>67</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 263 กำหนดว่า ในระหว่างที่ยังไม่มีสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ทำหน้าที่รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาต่อไปจนกว่าจะถึงวันก่อนวันเรียกประชุมรัฐสภาครั้งแรกภายหลังการเลือกตั้งทั่วไป

<sup>68</sup> ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ข้อ 131.

<sup>69</sup> ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ข้อ 132.



(2.2.2) เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตรวจสอบประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อ คณะกรรมการมีอำนาจ ในการเรียกเอกสารหรือพยานหลักฐานอันจำเป็นจากบุคคลใด หรือเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริง หรือแสดงความเห็นได้ตามที่เห็นสมควร

(2.2.3) ในการประชุมของคณะกรรมการให้กระทำการเป็นการลับ โดยผู้ที่เข้าฟังการประชุมได้ต้องเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประชุมและได้รับอนุญาตจากประธาน คณะกรรมการ

(2.2.4) เมื่อคณะกรรมการดำเนินการตามกระบวนการ ดังกล่าวเสร็จสิ้นแล้ว ให้เสนอรายงานต่อประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยรายงานฉบับดังกล่าว บางส่วนจะจัดทำเป็นรายงานลับก็ได้ พร้อมทั้งระบุข้อมูล หรือข้อเท็จจริง พยานหลักฐานอันจำเป็น พร้อมทั้งจัดทำทสรุปรายละเอียดเป็นรายบุคคล

(2.3) การพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งของสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรายงานของคณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรม

(2.3.1) เมื่อประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้รับรายงานของ คณะกรรมการแล้ว ให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติบรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็น เรื่องด่วน

(2.3.2) ในการนำเสนอรายงานของคณะกรรมการต่อที่ ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้คณะกรรมการร้องขอต่อที่ประชุมสภา เพื่อให้มีการดำเนินการ ประชุมเป็นการลับ

(2.3.3) เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติดำเนินการพิจารณารายงาน ของคณะกรรมการเสร็จสิ้นแล้ว สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะดำเนินการออกเสียงลงคะแนนลับ ซึ่งมี วิธีการดังต่อไปนี้<sup>70</sup>

(ก) ใช้เครื่องออกเสียงลงคะแนนตามที่ประธานสภา นิติบัญญัติแห่งชาติกำหนด

(ข) เขียนเครื่องหมายบนแผ่นกระดาษใส่ซองที่เจ้าหน้าที่ จัดให้ โดยผู้เห็นด้วยให้เขียนเครื่องหมายถูก (✓) ผู้ไม่เห็นด้วยให้เขียนเครื่องหมายกากบาท (x) ส่วน ผู้ไม่ออกเสียงให้เขียนเครื่องหมายวงกลม (o)

<sup>70</sup> ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ข้อ 68.

(ค) วิธีอื่นใดซึ่งที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติเห็นสมควรเฉพาะกรณี

(2.4) ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด บุคคลที่จะได้รับความเห็นชอบให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงข้างมากของที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

**(3) การเสนอรายชื่อบุคคลผู้ได้รับความเห็นชอบให้เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง**

เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาให้ความเห็นชอบรายชื่อของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

#### 4.4.3 การคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

ในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากกระบวนการในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ ในการดำเนินการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>71</sup> ได้กำหนดให้ ก.ศป. เป็นผู้พิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา 18 และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น เสนอต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง โดยไม่มีกระบวนการเสนอรายชื่อต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบแต่อย่างใด ทั้งนี้ โดยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการการคัดเลือก และการแต่งตั้งในแต่ละกรณีดังต่อไปนี้

##### 4.4.3.1 การคัดเลือก

**(1) การพิจารณาคัดเลือกบุคคล เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการศาลปกครองชั้นต้น**

การพิจารณาคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการศาลปกครองชั้นต้นนั้น มาตรา 19/1 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ได้กำหนดวิธีการในการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองในกรณีดังกล่าว ดังนี้

<sup>71</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 19.

(1.1) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นซึ่งผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรที่ ก.ศป. กำหนด และผลของการอบรมเป็นไปตามมาตรฐานของ ก.ศป. ว่าเป็นผู้มีความซื่อสัตย์สุจริต ความรู้ความสามารถ ความรับผิดชอบและความประพฤติเหมาะสมที่จะเป็นตุลาการศาลปกครอง โดยในการพิจารณาเสนอรายชื่อเพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ ก.ศป. พิจารณาจากลำดับรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น ตามที่ ก.ศป. ประกาศกำหนด

(1.2) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นหรือตำแหน่งที่เทียบเท่า ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งมีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งไม่น้อยกว่าสามปี เป็นผู้ผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่ ก.ศป. กำหนด และเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ และมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น

(1.3) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือตำแหน่งที่เทียบเท่า ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นหรือตำแหน่งที่เทียบเท่า ซึ่งมีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งไม่น้อยกว่าสองปี เป็นผู้ผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่ ก.ศป. กำหนด และเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ และมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น

(1.4) การคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือตำแหน่งที่เทียบเท่า ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกจากรองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือตำแหน่งที่เทียบเท่า ซึ่งมีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งไม่น้อยกว่าสองปี เป็นผู้ผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่ ก.ศป. กำหนด และเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ และมีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น

อย่างไรก็ตามหากมีความจำเป็นหรือมีเหตุอันสมควรหรือเป็นกรณีที่ไม่อาจปฏิบัติตามวิธีการตามที่กล่าวมา ก.ศป. อาจพิจารณาคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นคนใดคนหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถและความเหมาะสม เพื่อแต่งตั้งให้บุคคลนั้นดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น หรือตำแหน่งที่เทียบเท่ากับตำแหน่งต่างๆ ข้างต้น แล้วแต่กรณี

## (2) การคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

โดยผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2560 ส่งผลให้กระบวนการคัดเลือก และการแต่งตั้งตุลาการ

ในศาลปกครองชั้นต้นเปลี่ยนไปจากเดิม กล่าวคือ กำหนดให้การคัดเลือกสามารถกระทำได้ใน 3 วิธีการ คือ การสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ หรือการคัดเลือก ทั้งนี้ โดยเป็นไปตามระเบียบที่ ก.ศป. กำหนดโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด นอกจากนี้ยังกำหนดให้มีกระบวนการฝึกอบรมและการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นก่อนการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นมีความพร้อมอย่างเต็มที่ก่อนที่จะไปปฏิบัติหน้าที่จริงในฐานะตุลาการศาลปกครอง จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันกระบวนการการคัดเลือก และการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 19 และระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น พ.ศ. 2560 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดเลือก และการแต่งตั้งตามลำดับดังต่อไปนี้

### (2.1) การคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครอง

#### ชั้นต้น

สำหรับวิธีการในการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นนั้น เป็นไปตาม ประกาศ ก.ศป. เรื่อง การรับสมัครบุคคลเข้ารับการสอบคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น โดยมีรายละเอียด ดังนี้

#### (2.1.1) การคัดเลือกโดยวิธีการสอบ

การสอบคัดเลือกจะกระทำโดยการสอบข้อเขียนเพื่อพิจารณาความรู้ความสามารถในระดับที่จะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นได้ การทดสอบใช้ข้อสอบฉบับเดียวกันทุกคน เป็นข้อสอบแบบอัตนัย จำนวน 9 ข้อ โดยแบ่งออกเป็น

(ก) กลุ่มกฎหมายวิธีสบัญญัติ จำนวน 4 ข้อ เพื่อทดสอบความรู้เกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความ กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง) กฎหมายว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 ข้อบังคับคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลว่าด้วยการเสนอเรื่องการพิจารณาและวินิจฉัย พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และระเบียบคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่เกี่ยวข้อง) เป็นต้น

(ข) กลุ่มกฎหมายสารบัญญัติ จำนวน 5 ข้อ เพื่อทดสอบความรู้เกี่ยวกับหลักการพื้นฐานสำคัญในกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมทั้งกฎหมายในกลุ่มดังต่อไปนี้ คือ กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน กฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการต่างๆ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ

ราชการทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ กฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ กฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายเกี่ยวกับการคลังมหาชน เป็นต้น

ผู้ที่สอบได้คะแนนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ของคะแนนการสอบข้อเขียนทั้งหมด จึงถือว่าผ่านการทดสอบข้อเขียน และมีสิทธิเข้ารับการตรวจสอบคุณสมบัติ

### (2.1.2) การรับฟังความคิดเห็น

เมื่อประกาศรายชื่อผู้ที่ผ่านการตรวจสอบคุณสมบัติแล้ว ศาลปกครองจะมีหนังสือเชิญชวนให้บุคคลในแวดวงกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินให้ข้อคิดเห็น เพื่อนำไปใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาสอบสัมภาษณ์

### (2.1.3) การประเมินประสบการณ์ในการทำงานหรือผลงานทาง

#### วิชาการ

การประเมินประสบการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการเพื่อพิจารณาความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสมในการปฏิบัติงาน โดยผู้ผ่านการสอบข้อเขียนต้องส่งหลักฐานที่แสดงประสบการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการที่บ่งชี้ถึงความรู้ความสามารถที่เหมาะสมสำหรับตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง รวมกันแล้ว 5 เรื่อง/ชิ้น ได้แก่

#### (2.1.3.1) หลักฐานที่แสดงประสบการณ์ในการทำงาน

เช่น ผลการทำงานสำคัญๆ ที่แสดงให้เห็นถึงศักยภาพในการทำงานที่เหมาะสมกับตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง และสอดคล้องกับคุณสมบัติที่สมัคร หรือรายงาน บันทึกความเห็น รายงานการประชุม หรือเอกสารอื่นใดที่แสดงให้เห็นว่าเป็นผลงานหรือความเห็นที่แสดงความรู้ความสามารถของผู้สมัคร หรือคู่มือที่จัดทำขึ้นในการปฏิบัติราชการหรือปฏิบัติงานในองค์กรหรือหน่วยงานนั้นๆ โดยผู้สมัครได้รับมอบหมายให้จัดทำขึ้น และได้มีการนำไปใช้ประโยชน์ หรือใช้เป็นคู่มือสำหรับการปฏิบัติงานใดงานหนึ่งโดยเฉพาะ

#### (2.1.3.2) ผลงานทางวิชาการ เช่น ตำราทางวิชาการ

บทความทางวิชาการที่ลงพิมพ์ในหนังสือ วารสาร หรือหนังสือพิมพ์ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ หรือรายงานที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักสูตรการศึกษาในระดับที่สูงกว่าปริญญาตรี หรือหลักสูตรการอบรมสำหรับผู้ที่มีความรู้ตั้งแต่ระดับปริญญาตรีขึ้นไป ผลงานศึกษาหรือวิจัยที่จัดพิมพ์เป็นรูปเล่มและมีการเสนอต่อองค์กรหรือหน่วยงานภาครัฐหรือเอกชน หรือบทความที่เสนอต่อที่ประชุมสัมมนาทางวิชาการ ไม่ว่าจะลงพิมพ์ในวารสารหรือจัดพิมพ์เป็นหนังสือหรือไม่

ทั้งนี้ โดยผู้สมัครต้องระบุด้วยว่าหลักฐานและผลงานที่เสนอแต่ละเรื่องนั้น แสดงให้เห็นว่าตนมีความรู้ความสามารถเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอย่างไรและถ้ามีบุคคลอื่นร่วมทำงานหรือผลงานนั้นด้วยต้องระบุด้วยว่ามีใครบ้างและผู้สมัครและบุคคลอื่นนั้นมีส่วนร่วมในการทำงานหรือผลงานนั้นอย่างไร เป็นสัดส่วนเท่าใด

หลักฐานการประเมินประสพการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการ จำนวน 5 เรื่อง/ชิ้น จะมีการกำหนดค่าคะแนน เรื่อง/ชิ้นละ 20 คะแนน คะแนนเต็ม 100 คะแนน ทั้งนี้ ผลการประเมินประสพการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการที่ผ่านมาจะไม่มีผลผูกพันกับผลของการประเมินประสพการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการในปัจจุบัน

ผู้ที่มีผลคะแนนการประเมินประสพการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการไม่ต่ำกว่า 50 คะแนน จึงจะถือว่าผ่านการประเมินประสพการณ์หรือผลงาน และมีสิทธิเข้ารับการสอบสัมภาษณ์

#### (2.1.4) การสอบสัมภาษณ์

การสอบสัมภาษณ์ กำหนดให้มีคำถามหลัก จำนวน 2 คำถาม คำถามแรก เป็นคำถามเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดิน และคำถามที่สอง เป็นคำถามเกี่ยวกับกฎหมายที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาคดี เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ พ.ศ. 2540 เป็นต้น โดยให้ผู้เข้าสอบสัมภาษณ์เลือกตอบคำถามหลักเพียง 1 คำถาม ทั้งนี้ ผู้สัมภาษณ์อาจมีคำถามอื่นเพิ่มเติมที่เป็นการสอบถามความคิดเห็นเพื่อพิจารณาความรู้ทั่วไป ความคิดริเริ่มสร้างสรรค์ ปฏิภาณ ไหวพริบ ประสพการณ์ ท่วงทีวาจา อุปนิสัย อารมณ์ ทัศนคติ จริยธรรม และคุณธรรม จรรยาบรรณของข้าราชการ การปรับตัวกับผู้ร่วมงาน รวมทั้งสภาพสังคมและสิ่งแวดล้อม และบุคลิกภาพอย่างอื่น เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ซึ่งได้คะแนนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 จึงจะถือว่าผ่านการสอบสัมภาษณ์

#### (2.1.5) การตรวจสุขภาพ

ในการตรวจสุขภาพจะตรวจทั้งสุขภาพทางร่างกายและทางจิตใจ โดยในส่วนของ การตรวจสุขภาพทางร่างกายจะมีการเอ็กซเรย์ ตรวจปัสสาวะ และตรวจเลือดเพื่อตรวจโรคต่างๆ รวมทั้ง

(ก) โรคเรื้อนในระยะติดต่อหรือในระยะที่ปรากฏอาการเป็นที่รังเกียจแก่สังคม

(ข) วัณโรคในระยะอันตราย  
 (ค) โรคเท้าช้างในระยะที่ปรากฏอาการเป็นที่รังเกียจ  
 แก่สังคม  
 (ง) โรคติดยาเสพติดให้โทษ  
 (จ) โรคพิษสุราเรื้อรัง

สำหรับการตรวจสุขภาพทางจิตใจ จะตรวจสอบด้วย  
 วิธีการให้ทำแบบทดสอบ หรือวิธีการสัมภาษณ์ หรือวิธีการอื่นใดก็ได้  
 การตรวจสุขภาพดังกล่าวจะกระทำโดยแพทย์ซึ่งได้รับ  
 มอบหมายจากคณะกรรมการแพทย์ตามที่ ก.ศป. กำหนด

#### (2.1.6) การประเมินผลการสอบคัดเลือก

เมื่อได้ดำเนินการคัดเลือกตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และ  
 ขั้นตอนข้างต้นแล้ว ก.ศป. จะประเมินผลการคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติและมีความเหมาะสมที่จะ  
 แต่งตั้งเป็นตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นจากผลรวมของคะแนนการทดสอบข้อเขียน คะแนน  
 การประเมินประสบการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการ และคะแนนการสอบสัมภาษณ์ ทั้งนี้  
 ผู้ที่มีผลคะแนนการสอบคัดเลือกในแต่ละภาคไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 และผลรวมของคะแนนทั้งสามภาค  
 ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 60 ของคะแนนเต็มทั้งหมด และจะต้องเป็นผู้ผ่านการตรวจสุขภาพจึงจะถือว่าผ่าน  
 การสอบคัดเลือก

#### (2.1.7) การประกาศผลการสอบคัดเลือก

การประกาศผลการคัดเลือก ให้เรียงตามลำดับ  
 ผลรวมของคะแนนการทดสอบข้อเขียน คะแนนการประเมินประสบการณ์ในการทำงานหรือผลงานทาง  
 วิชาการ และคะแนนการสอบสัมภาษณ์ หากผลรวมของคะแนนเท่ากันให้เรียงลำดับตามผลคะแนน  
 การทดสอบข้อเขียน หากคะแนนการสอบข้อเขียนเท่ากันให้พิจารณาจากผลคะแนนการประเมิน  
 ประสบการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการและผลคะแนนการสอบสัมภาษณ์ตามลำดับ  
 หากเท่ากันอีก ให้ใช้วิธีการจับฉลากเพื่อจัดลำดับในระดับคะแนนเท่ากัน

### (2.2) การคัดเลือกตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นเพื่อแต่งตั้ง เป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น

ผู้ผ่านการสอบคัดเลือกจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นตุลาการ  
 ประจำศาลปกครองชั้นต้น โดยได้รับเงินเดือนในชั้น 1 แต่ยังไม่มียศได้รับเงินประจำตำแหน่ง และ  
 จะต้องเข้ารับการฝึกอบรมตามหลักสูตรที่ ก.ศป. กำหนด เป็นระยะเวลาประมาณ 1 ปี ผู้ที่ผ่านการ  
 ฝึกอบรมตามหลักสูตรดังกล่าว และมีผลการฝึกอบรมเป็นไปตามมาตรฐานของ ก.ศป. จึงจะมีสิทธิได้รับ  
 การเสนอชื่อเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นต่อไป ดังนั้น หากตุลาการประจำ

ศาลปกครองชั้นต้นผู้ใดไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น หรือผลการฝึกอบรมไม่เป็นไปตามมาตรฐานของ ก.ศป. กฎหมายให้อำนาจประธานศาลปกครองสูงสุดโดยความเห็นชอบของ ก.ศป. มีอำนาจในการสั่งให้ออกจากราชการ หรือดำเนินการเพื่อให้มีการโอนไปเป็นข้าราชการฝ่ายศาลปกครองได้

#### 4.4.3.2 กระบวนการในการแต่งตั้ง

เมื่อ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นซึ่งผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรที่ ก.ศป. กำหนด และผลการฝึกอบรมเป็นไปตามมาตรฐานของ ก.ศป. ว่าเป็นผู้มีความซื่อสัตย์สุจริต ความรู้ความสามารถ ความรับผิดชอบ และความประพฤติเหมาะสมที่จะเป็นตุลาการศาลปกครองเสร็จแล้ว ก็จะมีการเสนอรายชื่อบุคคลดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อที่นายกรัฐมนตรีจะได้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นต่อไป

### 4.5 การยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองและประชาชน

หากพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวได้คำนึงถึงหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการกำหนดความเชื่อมโยงหรือการยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองและประชาชนตามหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีข้อกำหนดกระบวนการหรือวิธีการในการสร้างจุดยึดโยงใน 3 กรณี ดังต่อไปนี้

(1) การสร้างระบบการยึดโยงผ่านองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) โดยการกำหนดให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 2 คน มาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เนื่องจากต้องการให้กระบวนการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการเป็นไปด้วยความโปร่งใส มีความชัดเจน และสะท้อนแนวความคิดของบุคคลภายนอกซึ่งมีต่อองค์กรตุลาการ ตลอดจนเพื่อสร้างความเชื่อมโยงไปสู่องค์กรอัยการอื่น โดยเฉพาะในส่วนของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุด<sup>72</sup> นอกจากนี้หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ในการกำหนดองค์ประกอบของ ก.ศป. โดยมีสัดส่วนของบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาล

<sup>72</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สภาร่างรัฐธรรมนูญ, วันอังคารที่ 24 มิถุนายน 2540, น. 77-78.



ปกครองนั้น เนื่องจากต้องการให้ผู้แทนขององค์กรอื่นเข้ามามีส่วนรับรู้ในกระบวนการภายในของฝ่ายตุลาการ อันมีลักษณะเป็นการพยายามเปิดพื้นที่องค์กรตุลาการให้บุคคลภายนอกได้เข้ามามีส่วนร่วม และสะท้อนแนวคิดในการพัฒนาระบบการคัดเลือก การแต่งตั้ง และระบบวิธีพิจารณาคดีทางปกครองเป็นหลักเท่านั้น แต่มิใช่มีเจตนารมณ์ในการสร้างระบบการควบคุมตรวจสอบภายใน ซึ่งอาจลุกลามไปสู่วิถีทางการเมือง จนกระทั่งส่งผลให้ระบบการคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองถูกแทรกแซง ตลอดจนกระทบต่อหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ และความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่

อย่างไรก็ตามหลักการสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรฝ่ายตุลาการผ่านกระบวนการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากคัดเลือกของวุฒิสภาดังกล่าว ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าวุฒิสภายังมีส่วนร่วมในกระบวนการการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองเท่านั้น ดังนั้นหากมีการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และยกเลิกองค์ประกอบของผู้แทนที่มาจากคัดเลือกของวุฒิสภาในองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) แล้ว ก็ย่อมส่งผลให้การแปลหลักการดังกล่าวต้องเปลี่ยนแปลงไป<sup>73</sup>

(2) การกำหนดให้การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา โดยมาตรา 15/1 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ ก.ศป. เป็นผู้พิจารณาคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนหนึ่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด แล้วเสนอชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับการเสนอชื่อ ทั้งนี้ เพื่อสร้างระบบการยึดโยงระหว่างผู้ดำรงตำแหน่งสูงสุดขององค์กรศาลปกครองกับประชาชนผ่านกระบวนการการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภา ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เนื่องจากได้รับการเลือกตั้งโดยตรงมาจากประชาชน

(3) กำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาเช่นเดียวกับผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ เพื่อสร้างระบบการยึดโยงระหว่างผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดกับประชาชนผ่านกระบวนการการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภา โดยบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.

<sup>73</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198 กำหนดให้การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธาน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองไม่เกิน 2 คน บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

2542 มาตรา 15 กำหนดให้ ก.ศป. เป็นผู้นำรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง  
ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสนอต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อที่นายกรัฐมนตรีจะได้นำรายชื่อดังกล่าวเสนอ  
ขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายในกำหนดเวลา 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ



## บทที่ 5

### วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและระบบการได้มา ซึ่งตุลาการศาลปกครอง

จากการศึกษาระบบโครงสร้างศาลปกครอง และที่มาหรือระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำให้เห็นได้ว่าระบบโครงสร้างของศาลปกครอง และที่มาของตุลาการศาลปกครองนั้นได้รับอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปทั้งสิ้น โดยเฉพาะสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ทั้งในส่วนของ การวางหลักประกันความเป็นอิสระ และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ เพียงแต่อาจจะแตกต่างกันในส่วนของรายละเอียดของแต่ละหลักการซึ่งขึ้นอยู่กับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครอง การจัดระบบโครงสร้างของศาลภายในประเทศ หรือแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงการจัดวางระบบโครงสร้างดังกล่าวของศาลปกครองไทยพบว่ายังมีปัญหาสำคัญในหลายประการที่จะต้องมีการทบทวน และวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะปัญหาด้านโครงสร้าง และระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครอง ปัญหาในการสร้างจุดยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนตามแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตลอดจนปัญหาในกระบวนการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครอง

#### 5.1 ปัญหาการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหลักแห่งความเป็นอิสระและหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ

หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญสำหรับการจัดองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ เพราะถือว่าเป็นหลักการสำคัญมิติหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐ และเป็นหลักประกันซึ่งสิทธิมนุษยชน หลักความเป็นอิสระมีขึ้นเพื่อให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการสามารถตัดสินคดีตามกฎหมายได้โดยอิสระ ทั้งความเป็นอิสระจากองค์กรนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร และความเป็นอิสระจากผู้พิพากษาหรือตุลาการด้วยกันเอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าในระหว่างข้อพิพาทซึ่งเกิดขึ้นจากเอกชนด้วยกันเองจะได้รับการตัดสินอย่างเที่ยงธรรม และสิทธิเสรีภาพของเอกชนจะไม่ถูกรัฐล่วงละเมิดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ด้วยการให้องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายนิติบัญญัติ

และฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างถูกต้องเป็นธรรม<sup>1</sup> แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักประกันแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการแล้ว หลักคิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดโครงสร้างหรือการจัดระบบศาลภายในของแต่ละประเทศก็คือหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เนื่องจากรูปแบบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ดังนั้น องค์กรของรัฐซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีจุดยึดโยงหรือเชื่อมโยงกลับไปยังประชาชนตามหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่องค์กรของรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน ตลอดจนเพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเป็นสำคัญ

จากการศึกษาถึงการจัดระบบโครงสร้างขององค์กรตุลาการทั้งในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะเห็นได้ว่าการจัดระบบโครงสร้างดังกล่าวของทั้งสองประเทศได้คำนึงถึงหลักการพื้นฐานที่สำคัญตามที่กล่าวมาทั้งสองประการ โดยในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแม้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 จะมีได้บัญญัติถึงระบบศาลปกครองและคดีปกครองไว้เป็นการเฉพาะ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสก็ได้วางหลักที่เกี่ยวข้องกับระบบศาลปกครอง และหลักแห่งความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งยืนยันถึงหลักการดังกล่าวในคำวินิจฉัยด้วยว่าเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญให้การรับรอง และนอกจากสาระสำคัญที่กำหนดไว้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว หลักแห่งความเป็นอิสระของตุลาการยังได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายอีกหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายว่าด้วยความยุติธรรมทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการฝรั่งเศส เป็นต้น ซึ่งกำหนดหลักการสำคัญเกี่ยวกับหลักประกันแห่งความเป็นอิสระของตุลาการในหลายประการ เช่น หลักการห้ามโยกย้ายตุลาการโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าตัว หลักการได้รับการปกป้องและคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่ และหลักการห้ามตุลาการประกอบอาชีพอื่นที่อาจส่งผลกระทบต่อการทำงานที่ตุลาการ เป็นต้น ส่วนหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้พยายามสร้างกระบวนการการยึดโยงระหว่างอำนาจตุลาการและประชาชนผ่านองค์กรในการบริหารงานบุคคลของศาล ซึ่งกำหนดให้องค์ประกอบของคณะกรรมการบางส่วนมาจากผู้แทนขององค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เช่น มาจากการเสนอชื่อ

<sup>1</sup> ณรงค์เดช สุรโฆษิต, “การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2561, จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1976>

ของประธานาธิบดี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น นอกจากนี้ยังกำหนดให้การแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์กระทำโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐอีกด้วย เนื่องจากถือว่าประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนชาวฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่สังเกตได้ว่าการกำหนดสัดส่วนของผู้แทนขององค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้นเป็นการกำหนดสัดส่วนที่สะท้อนให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมขององค์กรอื่นในกระบวนการการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองเท่านั้น นอกจากนี้ในการกำหนดสัดส่วนดังกล่าวก็มิได้มีจำนวนที่มากจนเกินไปหากเปรียบเทียบกับอัตราส่วนขององค์กรอื่นที่อยู่ในองค์ประกอบของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครอง

กรณีสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 และรัฐบัญญัติระเบียบบริหารราชการตุลาการแห่งสหพันธ์รัฐ ค.ศ. 1972 ซึ่งกำหนดหลักการพื้นฐานไว้หลายประการ เช่น หลักประกันความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ โดยเฉพาะการให้ความคุ้มครองแก่การทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอก ทั้งในส่วนของ การป้องกันการแทรกแซงโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่น และจากการแทรกแซงโดยทางอ้อมจากผลของการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา การวางหลักประกันความเป็นอิสระในทางองค์กร เพื่อมิให้การใช้อำนาจตุลาการอยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรอื่น รวมทั้งการวางหลักประกันความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคล โดยเฉพาะหลักการห้ามโยกย้ายตุลาการโดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าตัว เว้นแต่จะได้กระทำโดยคำพิพากษาของศาล ส่วนในกรณีการสร้างระบบความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรตุลาการและประชาชนนั้น รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันกำหนดให้การแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์จะต้องกระทำร่วมกันระหว่างรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ซึ่งรับผิดชอบในแต่ละด้าน และคณะกรรมการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษาซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรีแห่งมลรัฐในด้านที่เกี่ยวข้องจาก 16 มลรัฐ และกรรมการอีก 16 คน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกมาโดยใช้วิธีการเลือกตั้งตามสัดส่วน การกำหนดสัดส่วนดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้คำนึงถึงหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เนื่องจากในสัดส่วนของคณะกรรมการได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยสูงสุดได้มีส่วนร่วมในกระบวนการการแต่งตั้งผู้พิพากษา และนอกจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาขององค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในระดับสหพันธ์แล้วในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับมลรัฐ บางมลรัฐยังกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งผู้พิพากษาด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่างๆ ยึดโยงหรือเชื่อมโยงกลับไปยังประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

สำหรับประเทศไทยการวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ตลอดจนหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการและประชาชนนั้นจากการศึกษาพบว่าหลักการสำคัญต่างๆ ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยในส่วนของหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นได้มีการบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนของความเป็นอิสระในเชิงองค์กรและความเป็นอิสระในแง่ของการพิจารณาพิพากษาคดี โดยรัฐธรรมนูญของไทยนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ต่อมาจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต่างบัญญัติรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการไว้ในลักษณะเช่นเดียวกันว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ซึ่งนอกจากหลักประกันความเป็นอิสระในส่วนของการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงแล้ว หลักประกันความเป็นอิสระยังได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในหลายประการ เช่น หลักการห้ามโยกย้ายผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยมิได้รับความยินยอม การมีระบบเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งที่เป็นอิสระ โดยไม่นำระบบบัญชีเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับ การห้ามมิให้ผู้พิพากษาและตุลาการดำรงตำแหน่งข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การกำหนดให้มีหน่วยธุรการของศาลที่เป็นอิสระทั้งในด้านการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น และการกำหนดให้มีองค์กรในการบริหารงานบุคคลโดยเฉพาะเพื่อสร้างหลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการจากการแทรกแซงขององค์กรหรือบุคคลภายนอก อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในส่วนของหลักการที่ว่าด้วยหลักแห่งความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้น หากศึกษาเปรียบเทียบระหว่างองค์กรศาลยุติธรรมและองค์กรศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบว่าหลักการที่แตกต่างกันในบางกรณี โดยเฉพาะในส่วนของการกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาและตุลาการ กล่าวคือ

ในกรณีศาลยุติธรรม กำหนดให้องค์กรบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรม<sup>2</sup> ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการ บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการไม่เกินสองคน หากพิจารณาจากองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในสัดส่วนของคณะกรรมการทั้งหมดนั้นมาจากตัวแทนของฝ่ายตุลาการทั้งสิ้น ซึ่งถือว่าแตกต่างจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดให้วุฒิสภา

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 196.

ในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาด้วย ทั้งนี้ เพื่อสร้างจุดยึดโยงหรือสร้างความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรศาลยุติธรรมและประชาชน ดังนั้น หากพิจารณาลักษณะความสัมพันธ์ของหลักการดังกล่าวในปัจจุบันจึงอาจกล่าวได้ว่าหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาศาลยุติธรรมไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญอีกต่อไป

ในกรณีศาลปกครอง รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรบริหารงานบุคคลของศาลปกครอง<sup>3</sup> มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับองค์กรบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรม กล่าวคือ ประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองไม่เกินสองคน บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการศาลปกครอง อย่างไรก็ตามแม้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะได้ยกเลิกหลักการเกี่ยวกับความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยโดยการกำหนดให้องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ไม่มีสัดส่วนของผู้แทนที่มาจากกรคัดเลือกของวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่าในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ยังกำหนดให้การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วย ทั้งนี้ เพื่อคงไว้ซึ่งหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยผ่านกระบวนการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

โดยสรุป ในการจัดระบบโครงสร้างองค์กรตุลาการศาลปกครองของประเทศไทยได้คำนึงถึงหลักแห่งความเป็นอิสระ และหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกับการจัดโครงสร้างขององค์กรตุลาการศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อย่างไรก็ตามในส่วนของการให้น้ำหนักความสำคัญของหลักการทั้งสองนั้น จากการศึกษาพบว่าแนวทางในการกำหนดความสัมพันธ์ของหลักประกันความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมักจะได้รับการคำนึงถึงมากกว่าหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ทั้งนี้ เนื่องจากเห็นว่าในการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะหน้าที่ในกระบวนการการวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นภารกิจที่สำคัญที่องค์กรฝ่ายตุลาการจำเป็นที่จะต้องมีการจัดการในการคุ้มครอง เพื่อให้การอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนเป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในขณะที่หลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแม้โดยทั่วไปจะมีการกำหนดให้องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการการคัดเลือกหรือการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงข้อความคิดพื้นฐานจะพบว่าการกำหนดความสัมพันธ์ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เข้ามามีส่วนร่วม เพื่อสร้างจุดยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการและประชาชน และเพื่อให้องค์กรผู้ใช้

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198.

อำนาจรัฐฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเท่านั้น แต่การเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าว จะต้องไม่กระทบต่อหลักประกันแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการ อย่างไรก็ตามแม้หลักประกันแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะมีน้ำหนักความสำคัญมากกว่าหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยก็ตามแต่หากพิเคราะห์ถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการ ศาลปกครองกับประชาชนตามแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญยังได้รับการคำนึงถึงมาโดยตลอดจนอาจกล่าวได้ว่าหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเป็นหลักความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญที่ส่งผลให้องค์กรซึ่งได้รับการแต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้นมีความชอบธรรมอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้แม้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะส่งผลให้องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมโดยไม่มีสัดส่วนของผู้แทนที่มาจากพรรคการเมืองวุฒิสภา หรือมาจากการคัดเลือกของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผลให้หลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยถูกลดระดับความสำคัญลงไปที่ตาม แต่จากผลของการศึกษายังพบว่าในปัจจุบันหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการศาลปกครองยังคงปรากฏอยู่ในกระบวนการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอยู่เช่นเดิม

## 5.2 ปัญหาการจัดระบบโครงสร้างการบริหารงานบุคคลของศาลปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย

หากพิเคราะห์ถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจตามหน้าที่ที่จะเห็นได้ว่าในส่วนขององค์กรตุลาการ รัฐธรรมนูญกำหนดให้การทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีจะต้องผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาเป็นไปโดยอิสระจึงจำเป็นที่จะต้องตัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบของอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารที่มีต่ออำนาจตุลาการในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามอำนาจหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญในการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ และเฉพาะในขอบเขตการทำหน้าที่ในทางตุลาการเท่านั้น ที่องค์กรอื่นไม่อาจจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้ แต่อย่างไรก็ตามนอกเหนือจากภาระหน้าที่ในทางตุลาการแล้วผู้พิพากษาหรือตุลาการยังอาจมีภาระหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลของศาลหรืองานในทางปกครองอื่นๆ ด้วย งานในลักษณะเช่นนี้ย่อมมีอาจถูกจำกัดจากการถูกตรวจสอบจากองค์กร



ที่ใช้อำนาจอื่นได้<sup>4</sup> นอกจากนี้แม้ความมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจจะมีวัตถุประสงค์สำคัญในการสร้างกระบวนการการควบคุมตรวจสอบองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งจำเป็นที่จะต้องกำหนดสถานะและโครงสร้างขององค์กรตุลาการเพื่อให้เอื้อต่อการแสวงหาข้อเท็จจริงจากข้อพิพาทของคู่กรณีทุกฝ่ายเพื่อให้ได้ข้อยุติและตัดสินข้อโต้แย้งของคู่กรณีให้เป็นที่ยอมรับอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม โดยการกำหนดให้การจัดทำคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นไปอย่างอิสระ ปราศจากซึ่งอคติและความลำเอียงก็ตาม<sup>5</sup> แต่ก็ได้มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรผู้ใช้อำนาจฝ่ายตุลาการมีอิสระอย่างเต็มที่ในกระบวนการการสรรหาหรือการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ ดังนั้น การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละอำนาจจะต้องให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งนั้นด้วย ทั้งนี้ เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจและก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ กับประชาชนซึ่งเป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตย<sup>6</sup>

นอกจากนี้หากพิจารณาการตีความคำว่า “ความเป็นอิสระ” ของผู้พิพากษาหรือตุลาการของศาสตราจารย์ธานินทร์ ภัยวิเชียร แล้วจะเห็นได้ว่าความเป็นอิสระดังกล่าวหมายความเฉพาะความเป็นอิสระในกระบวนการพิจารณาอรรถคดีเท่านั้น ซึ่งเป็นหลักสากลที่นานาประเทศให้การยอมรับ เพื่อให้การทำหน้าที่ของผู้พิพากษาปราศจากอิทธิพลอันไม่ชอบทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นอคติทั้งหลายจากภายในตัวผู้พิพากษาเองหรือจากการแทรกแซงครอบงำโดยบุคคลอื่น แต่ความเป็นอิสระดังกล่าวมิได้หมายความรวมถึงการห้ามตรวจสอบคุณภาพของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลด้วย<sup>7</sup> ดังนั้นฝ่ายตุลาการจึงไม่อาจอ้างหลักแห่งความเป็นอิสระดังกล่าวเพื่อให้ความหมายรวมไปถึงความเป็นอิสระในด้านอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลด้วย

เกี่ยวกับระบบการประกันความเป็นอิสระผ่านทางองค์กรบริหารงานบุคคลของศาลนั้น รองศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปกรติ เห็นว่าแม้การแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นกรรมการ

<sup>4</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), น. 316.

<sup>5</sup> ภูมิ มูลศิลป์, ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2559), น. 23.

<sup>6</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทย โดยอาศัยพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 28, น. 482 (กันยายน 2541).

<sup>7</sup> ธานินทร์ ภัยวิเชียร, “การปรับปรุงศาลยุติธรรม,” วารสารจตุรนิติ, ปีที่ 10, ฉบับที่ 2, น. 58 (มีนาคม-เมษายน 2556).

ภายในคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของศาล ฝ่ายตุลาการอาจเห็นว่าเป็นความพยายามในการแทรกแซงและครอบงำการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจนอาจกระทบต่อหลักแห่งความเป็นอิสระก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันในสังคมปัจจุบันก็มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าฝ่ายตุลาการยังปรับตัวให้โปร่งใสหรือเป็นองค์กรที่สามารถตรวจสอบได้ หรือยังแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมได้ไม่เพียงพอ ดังนั้น การเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกวงการผู้พิพากษาหรือตุลาการเข้ามามีส่วนรับรู้ถึงความเป็นไปในองค์กรการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาหรือตุลาการจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง<sup>8</sup> สอดคล้องกับความเห็นของฝ่ายผู้พิพากษาศาลยุติธรรมซึ่งเห็นว่านับแต่มีการเพิ่มองค์ประกอบของบุคคลภายนอก จำนวน 2 คน ในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สัดส่วนดังกล่าวถือว่าเป็นจำนวนที่เหมาะสมดีแล้ว หากมีการเพิ่มสัดส่วนกรรมการที่มาจากบุคคลภายนอกเกินกว่าอัตราตามที่กล่าวมาก็อาจจะเป็นการเพิ่มโอกาสให้แก่คนนอกในการเข้ามาแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามากขึ้นตามไปด้วย โดยเฉพาะในเรื่องของการแต่งตั้งโยกย้ายผู้พิพากษา<sup>9</sup>

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198 ซึ่งกำหนดให้การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธาน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองไม่เกิน 2 คน บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการศาลปกครองแล้วจะเห็นได้ว่าโครงสร้างของคณะกรรมการดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมตามที่กำหนดไว้ทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยเฉพาะในส่วนของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา จำนวน 2 คน และมาจากการเสนอชื่อโดยคณะรัฐมนตรี จำนวน 1 คน ซึ่งถูกตัดออกจากองค์ประกอบของคณะกรรมการชุดดังกล่าว การจัดระบบโครงสร้างตามที่กล่าวมาหากพิจารณาศึกษาจากสาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วเห็นได้ว่าไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวอย่างชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากถือว่าองค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอื่นไม่อาจเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองด้วย นอกจากนี้หากจะถือว่าองค์กรวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

<sup>8</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “อิสระตุลาการ: คือตัวตนของศาลยุติธรรม,” วารสารวิชาการศาลยุติธรรม, ฉบับที่ 3, ปีที่ 8, น. 18 (กรกฎาคม-กันยายน 2558).

<sup>9</sup> สมชาติ ัญญาวินิชกุล, “การปฏิรูปศาลยุติธรรมตามร่างรัฐธรรมนูญกับความเห็นอิสระของอำนาจตุลาการ,” วารสารวิชาการศาลยุติธรรม, ปีที่ 8, ฉบับที่ 3, น. 23 (กรกฎาคม-กันยายน 2558).

ยังมีบทบาทหรือมีส่วนร่วมในกระบวนการทำให้ความเห็นชอบของผู้ได้รับการเสนอชื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่กระบวนการดังกล่าวเกิดขึ้นกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในศาลระดับสูงสุดเท่านั้น แต่ในส่วนของ การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นวุฒิสภากลับไม่มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแต่อย่างใด ซึ่งในท้ายที่สุดในส่วนของการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นก็จะเกิดจากกระบวนการแต่งตั้งกันภายในระหว่างฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง

จากประเด็นข้อเสนอนี้ทางวิชาการตามที่กล่าวมาผู้เขียนมีความเห็นที่สอดคล้องกับความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปกรติ และความเห็นของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม เนื่องจากหากพิจารณาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในเชิงของภาระหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการได้รับความคุ้มครองจากหลักประกันความเป็นอิสระเฉพาะในส่วนของการทำงานที่ในด้านการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเท่านั้นที่ฝ่ายอื่นไม่อาจเข้าไปแทรกแซงหรือครอบงำการใช้อำนาจดำเนินการในเรื่องดังกล่าวได้ แต่ในส่วนของ การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการควรที่จะให้องค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายอื่นได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันในองค์กรอธิปไตยแต่ละด้าน แต่อย่างไรก็ตามการเข้าไปมีส่วนร่วมขององค์กรอื่นในกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นจะต้องมีอัตราส่วนที่เหมาะสม เพื่อมิให้กระทบกับกระบวนการแต่งตั้งโยกย้ายผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่การพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายผู้พิพากษาหรือตุลาการได้

### 5.3 ปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) และตุลาการศาลปกครอง

สาระสำคัญของหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยคือการปกครองโดยประชาชน ดังนั้น ผู้ที่เป็นเจ้าของอำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตยคือประชาชน องค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจของรัฐทั้งในส่วนของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ ตลอดจนอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นใดย่อมจะต้องสามารถเชื่อมโยงกลับไปหาประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้ในกรณีกลับกันหากอำนาจขององค์กรของรัฐองค์กรใดก็ตามที่ไม่สามารถเชื่อมโยงกลับไปหาประชาชนได้ อำนาจขององค์กรนั้นย่อมถือว่าขัดกับหลักการความชอบธรรมทางประชาธิปไตย<sup>10</sup> หลักการดังกล่าว

<sup>10</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 12.

มิได้มุ่งใช้บังคับเฉพาะกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่มุ่งมีผลบังคับใช้กับองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทุก องค์กรด้วยแม้กระทั่งองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการก็มีอาจปฏิเสธหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เพียงเพราะการกล่าวอ้างถึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ เพียงแต่รูปแบบการใช้หลักความ ชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรตุลาการจะต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเพราะ ผู้พิพากษาได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยปราศจาก คำสั่งหรือข้อผูกมัดใดๆ ทั้งสิ้น นอกเหนือจากการผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น กล่าวโดยเฉพาะคือ การอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในกรณีของอำนาจตุลาการไม่อาจนำมาใช้ในขอบเขต ของการทำหน้าที่ในทางตุลาการโดยตรงได้ แต่ขอบเขตของหลักการดังกล่าวไม่รวมถึงเรื่องการแต่งตั้ง เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการด้วย ดังนั้น รูปแบบและหลักประกันของหลักความชอบธรรมในทาง ประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการจึงเรียกร้องให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการ แต่งตั้งตุลาการด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรง มาจากประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการ<sup>11</sup>

ในกระบวนการการสร้างความเชื่อมโยงความชอบธรรมทางประชาธิปไตยระหว่างองค์กร ตุลาการและประชาชนผ่านวิธีการในการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้น จากการศึกษาพบว่ามีหลายวิธี เช่น ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐมีการใช้วิธีการเลือกตั้งผู้พิพากษา ซึ่งในทางทฤษฎีถือว่าวิธีการดังกล่าวมีความเป็นประชาธิปไตยสูงสุดเนื่องจากที่มาของฝ่ายตุลาการ มีจุดยึดโยงหรือเชื่อมโยงไปยังประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ในกรณีของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมันการแต่งตั้งผู้พิพากษาทั้งในระดับมลรัฐและในระดับสหพันธ์รัฐจะเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารเข้ามามีส่วนร่วมด้วย เนื่องจากสาธารณรัฐเยอรมันให้ความสำคัญกับหลักการทาง ประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก องค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งในส่วนของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจ บริหาร และอำนาจตุลาการจึงจำเป็นที่จะต้องมีความยึดโยงกับประชาชน<sup>12</sup> เพื่อสร้างความชอบธรรม ทางประชาธิปไตย

ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวว่า โดยหลักการแล้วในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งในส่วนของฝ่ายนิติ บัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจะต้องมีความยึดโยงกลับไปยังประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจ อธิปไตย ส่วนจะเชื่อมโยงมากหรือน้อยนั้นถือเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงมีอาจปฏิเสธ หลักการดังกล่าวได้ หากปฏิเสธย่อมความหมายว่าองค์กรนี้ปฏิเสธหลักความชอบธรรมทาง ประชาธิปไตย และย่อมส่งผลให้การใช้อำนาจของศาลหรือองค์กรตุลาการขาดความชอบธรรมทาง

<sup>11</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 484.

<sup>12</sup> ภูมิ มูลศิลป์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น. 85.

ประชาธิปไตยไปในที่สุด ส่วนกรณีที่มีผู้โต้แย้งว่าการกำหนดที่มาของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะต้องมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยหรือต้องมีความเชื่อมโยงกับประชาชนนั้นอาจส่งผลให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการเข้าไปพัวพันกับฝ่ายการเมืองจนขาดความเป็นอิสระหรืออาจถูกแทรกแซงได้นั้นเห็นว่าเป็นคนละประเด็นกัน เนื่องจากในระบบกฎหมายสามารถสร้างหลักประกันความเป็นอิสระได้ในหลายวิธี เช่น การกำหนดให้องค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกเป็นคนละองค์กรกับองค์กรที่มีหน้าที่ในการแต่งตั้ง หรือการกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้เสนอชื่อ และฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ<sup>13</sup> เป็นต้น

ในขณะที่ นายวีรพัฒน์ ปริยวงศ์ นักกฎหมายอิสระ เห็นว่าแนวคิดและที่มาขององค์กรตุลาการนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากแนวคิดและที่มาของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทหน้าที่ทั้งในส่วนของการตรากฎหมาย และการแก้ไขปัญหาเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน และบางกรณีอาจต้องร่วมมือกับฝ่ายบริหารในการแก้ไขปัญหาาร่วมกัน ในขณะที่ฝ่ายตุลาการเป็นผู้มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย แต่ไม่มีหน้าที่ในการดูแลความต้องการของประชาชน ดังนั้น การกำหนดที่มาขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจึงต้องใกล้ชิดเชื่อมโยงกับประชาชน ซึ่งต่างจากการกำหนดที่มาของฝ่ายตุลาการที่จะต้องคำนึงถึงบุคคลที่มีความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายโดยตรง อย่างไรก็ตามหากต้องการที่จะให้อำนาจตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประชาชนก็สามารถที่จะทำได้โดยการกำหนดให้ผู้พิพากษาในตำแหน่งระดับสูง เช่น ประธานศาลฎีกา ภายหลังจากที่ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) แล้วก็ต้องให้รัฐสภาเป็นผู้คัดเลือกอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งวิธีการนี้อาจนำไปใช้กับการกำหนดที่มาของตุลาการศาลปกครองได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ยังเสนอให้สร้างระบบการถ่วงดุลองค์กรตุลาการโดยนำรูปแบบคณะลูกขุนหรือผู้พิพากษาสมทบมาใช้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม<sup>14</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. บรรณเจติ สิงคะเนติ เห็นว่าแม้ข้อความคิดพื้นฐานของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐแต่ละองค์กรนั้นจำเป็นที่จะต้องมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็มิได้หมายความว่าองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเสมอไปหรือประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจรัฐจะต้องเป็นผู้ใช้อำนาจเองในทุกกรณีโดยเด็ดขาดไม่ เพียงแต่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินภารกิจของรัฐบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ถูก

<sup>13</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 14-15.

<sup>14</sup> วีรพัฒน์ ปริยวงศ์, “การปฏิรูปองค์กรตุลาการ: ความท้าทายในบริบทการเมืองไทย,” *วารสารจลนนิติ*, ปีที่ 10, ฉบับที่ 2, น. 30-33 (มีนาคม-เมษายน 2556).

เลือกมาจากประชาชนหรือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ในกรณีนี้ก็ย่อมถือได้ว่าบุคคลที่ถูกแต่งตั้งนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้ว ประการสำคัญที่จะถือว่ามีความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนั้นก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยและการแต่งตั้งนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะมิใช่เป็นเพียงการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป<sup>15</sup>

หากพิจารณาจากสาระสำคัญของหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และแนวทางการแสดงความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยตามที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าในระบบการคัดเลือกหรือการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองของไทยยังมีปัญหาสำคัญในหลายประการ โดยเฉพาะปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งเป็นองค์กรในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครอง และความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้ โดยสามารถนำมาวิเคราะห์เพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาสำคัญในแต่ละประเด็น ดังนี้

### 5.3.1 ปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.)

โดยที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ก่อน ทั้งในส่วนของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น จึงถือว่า ก.ศป. เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนการการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้ เพราะเห็นว่า ก.ศป. จะต้องเป็นผู้พิจารณาคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติและมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองในชั้นแรก และกระบวนการโดยส่วนใหญ่ได้กระทำโดย ก.ศป. ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการศึกษาระบบโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้ เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นไปโดยเหมาะสมหรือไม่

ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198 ได้กำหนดให้การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งประกอบด้วย (1) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ (2) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครอง และ (3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองไม่เกิน 2 คน บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการศาลปกครอง

<sup>15</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น. 483.

เมื่อพิจารณาการจ้ดระบบโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) แล้วจะเห็นได้ว่าการจัดโครงสร้างดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบภายในที่ต่างไปจากเดิม กล่าวคือ ประการแรก ในส่วนของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองปกครองนั้น มิได้กำหนดจำนวนไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นไปได้ว่าอาจเป็นไปตามสัดส่วนที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นตุลาการในศาลปกครองมีจำนวน 9 คน โดยเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 6 คน ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และมาจากการคัดเลือกของตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น จำนวน 3 คน จากผู้ซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ประการที่สอง ยกเลิกสัดส่วนผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นบุคคลภายนอก ทั้งผู้แทนที่ได้รับการคัดเลือกจากวุฒิสภา จำนวน 2 คน และผู้แทนที่มาจากจากการคัดเลือกของคณะรัฐมนตรี จำนวน 1 คน และประการสุดท้าย กำหนดให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในสัดส่วนของบุคคลภายนอก จำนวน 2 คน มาจากการคัดเลือกของข้าราชการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งหมายความว่าเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น

การกำหนดโครงสร้างดังกล่าวของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) หากพิจารณาประกอบกับข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่กล่าวมาข้างต้นแล้วเห็นว่าจะมีข้อโต้แย้งในทางวิชาการในหลายกรณี ดังนี้

(1) เห็นว่าการกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ดังกล่าวแม้จะมีเจตนารมณ์ในการป้องกันมิให้องค์กรภายนอกโดยเฉพาะฝ่ายการเมืองเข้ามาแทรกแซงการดำเนินงานขององค์กรตุลาการ โดยเฉพาะในกระบวนการแต่งตั้ง โยกย้ายตุลาการก็ตาม แต่หากพิจารณาศึกษาถึงหลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วจะเห็นได้ว่า องค์กรตุลาการศาลปกครองมีอาจปฏิเสธหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้ โดยเฉพาะหากพิจารณาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาทั้งในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หลักการดังกล่าวได้รับการค้ำประกันถึงมาโดยตลอด ทั้งนี้ เนื่องจากต้องการให้กระบวนการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการเป็นไปด้วยความโปร่งใส มีความชัดเจน และสะท้อนแนวความคิดของบุคคลภายนอกซึ่งมีต่อองค์กรตุลาการตลอดจนเพื่อสร้างความเชื่อมโยงไปสู่องค์กรอัยการอื่น โดยเฉพาะในส่วนของรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุด

(2) ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจตุลาการนั้นถือว่าขัดกับหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะการที่ตัวแทนของฝ่ายตุลาการที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองนั้น มิได้เป็นการกระทำหน้าที่ในทางตุลาการโดยแท้ เพราะตัวแทนของฝ่ายตุลาการดังกล่าวไม่ได้เป็น

ตัวแทนของอำนาจที่สาม (อำนาจตุลาการ) หากแต่ได้แสดงถึงความเป็นตัวแทนของกลุ่มในทางวิชาชีพ ตัวแทนของฝ่ายตุลาการจะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ก็ต่อเมื่อตัวแทนเหล่านั้นได้รับการคัดเลือกมาจากรัฐสภา แต่ไม่ใช่ถูกเลือกโดยตรงมาจากกลุ่มผู้พิพากษาเอง การเลือกตั้งโดยตรงจากกลุ่มผู้พิพากษาเองนั้นสามารถจะอธิบายความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้เพียงภายในองค์กรตุลาการเองเท่านั้น แต่ไม่ใช่ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่เนื่องมาจากประชาชน

นอกจากนี้หากพิจารณาศึกษาเปรียบเทียบกับกำหนดที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะเห็นได้ว่าเยอรมันให้ความสำคัญกับหลักแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในระบบการได้มาซึ่งผู้พิพากษานั้นมีหลักที่สำคัญประการหนึ่งว่าห้ามผู้พิพากษาคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาด้วยกันเอง (Kooptationsverbot) เพราะการกระทำในลักษณะดังกล่าวถือว่าเป็นการตัดหวังโชแห่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยลง ดังนั้น การคัดเลือกผู้พิพากษาจึงกระทำในรูปแบบของคณะกรรมการซึ่งประกอบไปด้วยผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งมาจากทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร หรืออาจจะมาจากตัวแทนของฝ่ายตุลาการก็ได้ แต่ตัวแทนดังกล่าวจะต้องได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร<sup>16</sup> ซึ่งถือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

(3) การกำหนดให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 2 คน ซึ่งเป็นสัดส่วนของบุคคลภายนอกและมาจากการคัดเลือกของข้าราชการตุลาการศาลปกครองนั้นเห็นว่าแม้อัตราส่วนดังกล่าวจะมีผู้ใช้ซึ่งดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองซึ่งถือว่าเป็นบุคคลภายนอกองค์กรตุลาการศาลปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลที่มาจากองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย เช่น มาจากสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรี เป็นต้น ดังนั้น บุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งกรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการไม่แน่นอนว่าจะเป็นบุคคลที่มาจากผู้แทนขององค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยหรือไม่

โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาสาระสำคัญของหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแล้ว องค์กรตุลาการศาลปกครองควรที่จะต้องสร้างจุดยึดโยงหรือความเชื่อมโยงระหว่างตุลาการศาลปกครองและประชาชน โดยเฉพาะในการกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลจะต้องประกอบด้วยผู้แทนขององค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ซึ่งถือว่าเป็นหลักการสำคัญที่ทั้งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันต่างก็ให้การยอมรับ ทั้งนี้ เพราะในการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้นจำเป็นต้องให้องค์กรของรัฐทั้งในส่วนขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย เพื่อให้

<sup>16</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น. 16.



การใช้อำนาจของแต่ละฝ่ายเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามในการกำหนดสัดส่วนของบุคคลภายนอกนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการด้วย ทั้งนี้ เพื่อมิให้กระทบกระเทือนต่อการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลหรือกระทบต่อการแทรกแซงหรือครอบงำต่อกระบวนการการแต่งตั้งหรือโยกย้ายตุลาการศาลปกครอง

### 5.3.2 ปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของตุลาการศาลปกครอง

จากการศึกษาพบว่า การคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็น “ระบบเปิด” กล่าวคือ กำหนดให้สามารถแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ และเฉพาะในกรณีของตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน ทั้งนี้ เนื่องจากต้องการให้อำนาจตุลาการเกาะเกี่ยวกับประชาชนมากยิ่งขึ้น ซึ่งเห็นได้ว่ามีลักษณะที่แตกต่างจากกระบวนการในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ซึ่งใช้ “ระบบปิด” กล่าวคือ ในระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม จะใช้วิธีการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ และการคัดเลือกพิเศษ และมีการเลื่อนระดับขึ้นไปโดยอัตโนมัติตั้งแต่ในระดับศาลชั้นต้นจนถึงผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งบุคคลภายนอกจะเข้าไปเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกา หรือศาลในระดับสูงไม่ได้<sup>17</sup>

เมื่อพิจารณาจากระบบหรือวิธีการในการคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองโดยทั่วไปแล้วพบว่าในส่วนของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นมาจากระบบการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ หรือการคัดเลือก ส่วนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดใช้วิธีการพิจารณาเลื่อนตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น และการคัดเลือกเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เนื่องจากเจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมนั้น ต้องการที่จะกำหนดให้ผู้พิพากษาคดีปกครองเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในคดีทางปกครองโดยเฉพาะ กล่าวคือ เป็นผู้มีความรอบรู้ในระบบการบริหารราชการแผ่นดิน และสามารถให้เหตุผลปรัชญาในทางกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนเกิดหลักเกณฑ์ของกฎหมายในทางปกครองอย่างชัดเจน<sup>18</sup> ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างจากผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรม ซึ่งระบบการศึกษาและระบบการสอบคัดเลือกจะเน้นหรือให้ความสำคัญในรายวิชากฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา

<sup>17</sup> มานิตย์ จุมปลา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2546), น. 521-522.

<sup>18</sup> เพ็งอ้าง, น. 503.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งระหว่างเอกชนกับเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาศึกษาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่ว่าในระบบรัฐสภา ระบบประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งรัฐสภาทั้งประธานาธิบดีทุกระบบดังกล่าวมีหลักการในทางประชาธิปไตยที่เหมือนกัน กล่าวคือ ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และจะต้องมีจุดเชื่อมโยงหรือจุดเกาะเกี่ยวกลับไปหาประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้ แต่ในส่วนของที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของประเทศไทยในปัจจุบันกลับพบว่ายังไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวโดยเฉพาะในส่วนของตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากที่มาของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นนั้นมาจากกระบวนการการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ หรือการคัดเลือกโดย ก.ศป. ซึ่ง ก.ศป. จะเป็นผู้พิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น และเสนอรายชื่อนั้นต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากระบวนการในการคัดเลือกและแต่งตั้งจึงกระทำโดย ก.ศป. โดยบุคคลอื่นไม่มีส่วนร่วมในการดำเนินการพิจารณาคัดเลือกแต่อย่างใด นอกจากนี้แม้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดให้ ก.ศป. เสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นต่อนายกรัฐมนตรีก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงรูปแบบพิธีการเท่านั้น เนื่องจากนายกรัฐมนตรีไม่มีอำนาจในการยับยั้ง หรือไม่มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบ หรือไม่ให้ความเห็นชอบในรายชื่อดังกล่าวแต่อย่างใด

ส่วนกรณีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น แม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 จะกำหนดให้ ก.ศป. เป็นผู้พิจารณาเลื่อนตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นขึ้นมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด โดยคำนึงถึงหลักอาวุโส ความรู้ความสามารถ ความรับผิดชอบ ความเหมาะสม ประวัติ และผลงานการปฏิบัติราชการ และการพิจารณาคัดเลือกบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดในอัตราส่วนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด และให้เสนอรายชื่อนั้นต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อที่นายกรัฐมนตรีจะได้นำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ และเมื่อได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้ว นายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นผู้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไปก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าเจตนารมณ์ในการขอความเห็นชอบจากวุฒิสภานั้นต้องการที่จะทำให้อำนาจของฝ่ายตุลาการเกาะเกี่ยวกับประชาชนมากยิ่งขึ้น ซึ่งเห็นได้ว่าโดยหลักการพื้นฐานวุฒิสภาจะต้องมา

จากกระบวนการการเลือกตั้งของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยตรง แต่ในกรณีที่วุฒิสภามาจากกระบวนการแต่งตั้งทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ก็อาจส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากถือว่าวุฒิสภาที่มาจากกระบวนการแต่งตั้งไม่มีความยึดโยง หรือเชื่อมโยงไปยังประชาชนอย่างแท้จริง เช่น กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>19</sup> ซึ่งกำหนดให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนรวมหนึ่งร้อยห้าสิบคนโดยมาจากการเลือกตั้งในแต่ละจังหวัด จังหวัดละหนึ่งคน และมาจากการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งเป็นระบบผสมระหว่างการเลือกตั้งและการสรรหาหรือในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>20</sup> ซึ่งในบทเฉพาะกาล กำหนดให้ในวาระเริ่มแรกให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสองร้อยห้าสิบคนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติถวาย

<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 111

มาตรา 111 วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนรวมหนึ่งร้อยห้าสิบคน ซึ่งมาจากการเลือกตั้งในแต่ละจังหวัด จังหวัดละหนึ่งคน และมาจากการสรรหาเท่ากับจำนวนรวมข้างต้นหักด้วยจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้ง

ในกรณีที่มีการเพิ่มหรือลดจังหวัดในระหว่างวาระของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้ง ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกเท่าที่มีอยู่

ในกรณีที่ตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ และยังมีได้มีการเลือกตั้งหรือสรรหาขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง แล้วแต่กรณี ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภาเท่าที่มีอยู่

ในกรณีที่มีเหตุการณ์ใดๆ ทำให้สมาชิกวุฒิสภาไม่ครบจำนวนตามวรรคหนึ่ง แต่มีจำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละเก้าสิบห้าของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด ให้ถือว่าวุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนดังกล่าว แต่ต้องมีการเลือกตั้งหรือการสรรหาให้ได้สมาชิกวุฒิสภาครบจำนวนตามวรรคหนึ่งภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่มีเหตุการณ์ดังกล่าว และให้สมาชิกวุฒิสภาที่เข้ามานั้นอยู่ในตำแหน่งเพียงเท่าอายุของวุฒิสภาที่เหลืออยู่

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 269 วรรคหนึ่ง

“มาตรา 269 ในวาระเริ่มแรก ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสองร้อยห้าสิบคนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติถวายคำแนะนำ โดยในการสรรหาและแต่งตั้งให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ให้มีคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาคณะหนึ่งซึ่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ในด้านต่างๆ และมีความเป็นกลางทางการเมืองจำนวนไม่น้อยกว่าเก้าคนแต่ไม่เกินสิบสองคน มีหน้าที่ดำเนินการสรรหาบุคคลซึ่งสมควรเป็นสมาชิกวุฒิสภา”

คำแนะนำ โดยมาจากกระบวนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาซึ่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติเป็นผู้แต่งตั้ง เป็นต้น

#### 5.4 ปัญหาเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด

จากการศึกษาถึงเจตนารมณ์ในการกำหนดบทบาทหน้าที่ของวุฒิสภามาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>21</sup> แล้ว เห็นว่าในหลักการของการทำหน้าที่ของวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนนั้น ต้องการที่จะมอบหมายให้เป็นองค์กรในการตรวจสอบ ทั้งในส่วนของการตรวจสอบสภาผู้แทนราษฎร และการตรวจสอบฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล ดังนั้น ในกระบวนการของการสรรหาหรือในการแต่งตั้งหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลใดๆ ดำรงตำแหน่งในองค์กรการตรวจสอบต่างๆ วุฒิสภาจะต้องเป็นผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับศักดิ์ศรีของการเป็นตัวแทนของปวงชนชาวไทย<sup>22</sup> เช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

ในหลักการเกี่ยวกับการกำหนดให้วุฒิสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้นในการกำหนดที่มาหรือระบบการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองในต่างประเทศพบว่าทั้งในส่วนองสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีการกำหนดกระบวนการเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือวุฒิสภาแต่อย่างใด จะมีเฉพาะในกรณีการเข้าไปมีส่วนร่วมในคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของศาลหรือในสัดส่วนของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อสร้างจุดยึดโยงทางประชาธิปไตยระหว่างองค์กรฝ่ายตุลาการ และประชาชนผ่านกระบวนการการแต่งตั้งผู้พิพากษา

นอกจากนี้หากพิจารณาถึงบทบาทของวุฒิสภาในกระบวนการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการในระบบกฎหมายไทย นอกจากกรณีการให้ความเห็นชอบแก่บุคคลผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 และมาตรา 15/1 แล้ว การให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการจะมีเฉพาะในกรณีการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติ

<sup>21</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 121.

<sup>22</sup> รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 26 (เป็นพิเศษ) วันศุกร์ที่ 25 กรกฎาคม 2540, น. 20.

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>23</sup> เท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น กำหนดให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งได้รับการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาจำนวน 3 คน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน และผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้องจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่ง ซึ่งถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่เคยวินิจฉัยไว้ใน คำวินิจฉัยที่ 1/2541 ซึ่งได้วางหลักการสำคัญไว้ว่าตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 กำหนดให้เฉพาะแต่ตุลาการซึ่งได้รับการสรรหาตามบทบัญญัติมาตรา 257 เท่านั้น ซึ่งได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิสภาวิชาชีพที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และที่มาจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดนั้น รัฐธรรมนูญได้แยกที่มาของบุคคลที่จะเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และได้กำหนดวิธีการคัดเลือกไว้แล้ว และไม่มียกข้อยกเว้นมาตราใดที่กำหนดให้วุฒิสภากำหนดการคัดเลือกอีกครั้งหนึ่ง วุฒิสภาคงมีหน้าที่แต่ถวายคำแนะนำตามมาตรา 255 วรรคหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น วุฒิสภาจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลผู้ได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และบุคคลที่ได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดแต่อย่างใด

อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่าจากผลการวิเคราะห์ตามที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในระบบการพิจารณาให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาในการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น องค์การตุลาการที่วุฒิสภาเข้ามามีบทบาทในการแต่งตั้ง

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 204 ผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

ในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกรายใด ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกบุคคลใหม่แทนผู้นั้น แล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป

เมื่อผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้ว ให้เลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ประกอบด้วย 2 องค์กร เท่านั้น คือ ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองสูงสุด แต่ในกรณีองค์กรศาลยุติธรรม หรือศาลทหาร การแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือตุลาการในศาลทหารกลับไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายใดกำหนดให้การแต่งตั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนแต่อย่างใด ทั้งที่องค์กรดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการและใช้อำนาจในทางตุลาการเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตามแม้ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 และมาตรา 15/1 จะกำหนดหลักการสำคัญเกี่ยวกับกระบวนการในการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไว้ว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนแล้วจึงนำความกราบบังคมทูล ทั้งนี้ เพื่อสร้างจุดยึดโยงระหว่างตุลาการศาลปกครองสูงสุดกับประชาชนตามแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็ตาม แต่จากการพิจารณาศึกษาพบว่า หลักการดังกล่าวยังมีข้อโต้แย้งในทางวิชาการในประเด็นต่างๆ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับที่มาของวุฒิสภา ดังนี้

#### 5.4.1 กรณีวุฒิสภามาจากการเลือกตั้ง

วุฒิสภาที่มาจากกระบวนการการเลือกตั้งโดยตรงนั้นเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ด้วยผลสะท้อนของปัญหาที่เกิดขึ้นจากระบบการแต่งตั้งวุฒิสภาในอดีตที่ผ่านมา ที่สังคมมองว่าวุฒิสภาที่มาจากกระบวนการแต่งตั้งนั้นขาดความเชื่อมโยงกับประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย อย่างไรก็ตามด้วยความที่วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาจะต้องอาศัยฐานเสียงทางการเมืองของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือพรรคการเมืองในพื้นที่ ส่งผลให้สมาชิกวุฒิสภาถูกรวบอำนาจจากฝ่ายบริหาร และไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แต่หากพิจารณาในแง่ของความชอบธรรมทางประชาธิปไตยนั้น วุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้งถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเป็นอย่างยิ่ง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุด ดังนั้น จึงย่อมส่งผลให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผู้ซึ่งได้รับการคัดเลือกหรือการแต่งตั้งจากวุฒิสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยตามไปด้วย

#### 5.4.2 กรณีวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง

หากพิจารณาศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานของการกำหนดให้วุฒิสภามาจากการแต่งตั้งนั้นจะเห็นได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภามีความเป็นอิสระและเป็นกลางทางการเมือง ซึ่งจะส่งผลให้การทำหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาเป็นไปอย่างอิสระและเป็นกลาง ปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ในภาพรวมของประเทศมากกว่าการตอบแทน

ผลประโยชน์ในทางการเมือง นอกจากนี้ระบบการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภายังถือเป็นการเปิดโอกาสให้วุฒิสภามีที่มาอย่างหลากหลาย ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการทำหน้าที่กลั่นกรองกฎหมาย และหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากกระบวนการสรรหาหรือมาจากการแต่งตั้งนั้นแม้จะเป็นผลดีต่อกระบวนการการตรากฎหมายหรือการตรวจสอบองค์กรต่างๆ แต่จากการศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นก็ยังมีผลสะท้อนจากสังคมว่าระบบการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภานั้นขาดความเชื่อมโยงกับประชาชน<sup>24</sup> ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาโดยทั่วไปแล้วส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้ทำหน้าที่ในส่วนสำคัญๆ เช่น การให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการศาลปกครองสูงสุด หรือการให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 272 เป็นต้น

#### 5.4.3 กรณีวุฒิสภามาจากวิธีการผสม

วุฒิสภาในรูปแบบผสมเกิดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดให้วุฒิสภามีที่มาใน 2 ทาง กล่าวคือ มาจากการเลือกตั้งส่วนหนึ่งและมาจากการสรรหาอีกส่วนหนึ่ง ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้วุฒิสภาปลอดจากอิทธิพลของพรรคการเมืองมากขึ้น การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาส่วนหนึ่งมาจากการสรรหานั้นก็เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภามีความเป็นอิสระและเป็นกลางทางการเมือง รวมทั้งเพื่อให้สมาชิกวุฒิสภามีที่มาอย่างหลากหลายมากยิ่งขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นประโยชน์ต่อการทำหน้าที่ของวุฒิสภาเป็นอย่างยิ่ง แต่อย่างไรก็ตามในส่วนของวุฒิสภาที่มาจากกระบวนการสรรหา นั้นยังขาดความเชื่อมโยงในทางประชาธิปไตย ซึ่งต่างจากสมาชิกวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้ง

นอกจากนี้หากพิจารณาในส่วนของการทำหน้าที่ของวุฒิสภาที่มาจากรูปแบบผสมดังกล่าวยังก่อให้เกิดปัญหาในทางวิชาการด้วยว่าในการใช้อำนาจหน้าที่ต่างๆ เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยหรือเป็นการไม่ชอบด้วยหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย เนื่องจากในการใช้อำนาจกระทำต่างๆ ไม่สามารถที่จะแบ่งแยกอำนาจออกมาเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดโดยเฉพาะได้

<sup>24</sup> สุธีรา ชูบัณฑิต, “การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมสำหรับระบอบประชาธิปไตยไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 120.

## 5.5 ปัญหาความเหมาะสมของการทำหน้าที่ของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด

จากการศึกษาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วจะพบว่าในระบบกฎหมายไทยได้กำหนดให้องค์กรวุฒิสภาเข้ามามีบทบาทเกี่ยวข้องกับกระบวนการคัดเลือก และการให้ความเห็นชอบแก่บุคคลผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งในองค์กรฝ่ายตุลาการในสองกรณีด้วยกันคือ กรณีแรก การให้ความเห็นชอบแก่บุคคลผู้ซึ่งได้รับการคัดเลือกหรือการสรรหาเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ<sup>25</sup> และกรณีที่สอง คือ การให้ความเห็นชอบแก่บุคคลผู้ซึ่งได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 และมาตรา 15/1 แต่ในขณะที่องค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการในส่วนอื่นทั้งในส่วนของผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมและตุลาการในระบบศาลทหารกลับไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรฝ่ายตุลาการและวุฒิสภาซึ่งถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแต่อย่างใด แม้ที่ผ่านมาในส่วนของการแต่งตั้งหรือโยกย้ายผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรม รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้วุฒิสภามีอำนาจในการคัดเลือกผู้แทน จำนวน 2 คน เพื่อร่วมเป็นองค์ประกอบในคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรมซึ่งถือเป็นกระบวนการในการสร้างจุดยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลยุติธรรมกับวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบันแล้วจะพบว่าในองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ซึ่งเรียกโดยย่อว่า “ก.ต.” นั้น กลับไม่มีสัดส่วนของผู้แทนที่มาจากคัดเลือกของวุฒิสภาเหมือนดังเช่นที่เคยกำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>26</sup> และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>27</sup> แต่อย่างใด นอกจากนี้หากพิจารณาถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกระบวนการการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมก็พบว่าหลักการตามที่กล่าวมาก็ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน

<sup>25</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 204.

<sup>26</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 274.

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 221.



จากประเด็นข้างต้นหากพิจารณาเปรียบเทียบถึงประเด็นความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการและประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นองค์กรที่มีลักษณะยึดโยงกับประชาชนมากที่สุด รองลงมาคือตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม และตุลาการศาลทหาร ตามลำดับ

ในกรณีศาลรัฐธรรมนูญการกำหนดให้ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่งนั้นถือว่าเป็นกระบวนการที่มีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเห็นว่าหากพิจารณาถึงบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว ถือว่ามีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายอื่นเป็นอย่างมาก ทั้งในส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เช่น มีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย การพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ<sup>28</sup> การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลใดๆ ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้<sup>29</sup> เป็นต้น นอกจากนี้หากพิจารณาศึกษาถึงเจตนารมณ์สำคัญในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาโดยเฉพาะนั้นจะเห็นได้ว่าแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะโครงสร้างหรือการจัดระบบโดยทั่วไปเช่นเดียวกับศาลอื่นก็ตาม แต่หากพิจารณาโดยละเอียดศาลรัฐธรรมนูญก็มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากศาลอื่น ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวคือ<sup>30</sup>

(1) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลเดียวที่ไม่มีลำดับชั้นของศาลเหมือนกับการจัดระบบโครงสร้างของศาลโดยทั่วไป เช่น ศาลยุติธรรม กำหนดให้ประกอบด้วย 3 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา หรือในกรณีศาลปกครองรัฐธรรมนูญก็กำหนดให้มี 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด เป็นต้น ดังนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงศาลเดียวที่ไม่มีลำดับชั้นของศาลดังเช่นศาลทั่วไป คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องหนึ่งเรื่องใดจึงมีผลเป็นการเด็ดขาด<sup>31</sup> ซึ่งหมายความว่าจะมีการอุทธรณ์หรือฎีกาเหมือนดังเช่นในระบบศาลโดยทั่วไปไม่ได้

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210.

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213.

<sup>30</sup> ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์, ศาลรัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรมในคดีรัฐธรรมนูญ: ศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264, (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2542), น. 32-34.

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 211.

(2) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเอง โดยเฉพาะ อันแตกต่างไปจากวิธีพิจารณาของศาลอื่น ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรือศาลทหารที่กฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลดังกล่าวรัฐสภาจะเป็นผู้ตราให้ใช้บังคับ

(3) องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญจะมีที่มาอย่างหลากหลายทั้งในส่วนของศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านรัฐศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการ ที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด<sup>32</sup>

(4) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 7 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว<sup>33</sup> อันแตกต่างไปจากผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือตุลาการในศาลปกครองที่เมื่อได้รับการโปรดเกล้าฯ จากพระมหากษัตริย์ให้ดำรงตำแหน่งแล้ว หากยังไม่ถึงแก่ความตาย ลาออก หรือจำเป็นต้องพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุอื่นก็จะยังคงดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตุลาการได้ต่อไป จนกว่าจะเกษียณอายุราชการ

(5) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือว่ามีผลในระบบกฎหมายไทยมาก เพราะมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ<sup>34</sup> ซึ่งแตกต่างไปจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่มีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่โดยหลักก็มีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี เว้นแต่คำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการเพิกถอน “กฎ” เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ ที่มีผลเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะแต่คู่ความในคดี อนึ่ง สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและมีผลให้ใช้บังคับไม่ได้นั้นนับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบอันแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของศาลอื่นเช่นกัน

แต่หากพิจารณาถึงระบบการสร้างความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองและประชาชนแล้วพบว่าแม้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะมีเจตนารมณ์สำคัญในการสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้แก่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็ตาม แต่ในระบบการพิจารณาให้ความเห็นชอบในกระบวนการของวุฒิสภาผู้เขียนยังเห็นว่ายังมีปัญหาความเหมาะสมของกระบวนการพิจารณาในหลายประการ ทั้งนี้ โดยผู้เขียนขอยกกรณีศึกษาการทำหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ซึ่งทำหน้าที่วุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ

<sup>32</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 200.

<sup>33</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 207.

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 211.

ศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 6 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ประกอบมาตรา 15 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในคราวการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 14/2559 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 3 มีนาคม 2559 ซึ่งในการประชุมครั้งดังกล่าวที่ประชุมได้มีมติออกเป็น 2 แนวทาง แนวทางแรก คือ การลงมติให้ความเห็นชอบบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตามที่ ก.ศป. เสนอ จำนวน 14 คน แนวทางที่สอง คือ การลงมติไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อจาก ก.ศป. ให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด<sup>35</sup> จำนวน 1 คน ซึ่งเป็นรายชื่อที่ได้รับการเสนอมาในคราวเดียวกัน ผลของการลงมติในกรณีดังกล่าวทำให้ผู้เขียนเห็นว่าอาจมีข้อโต้แย้งในหลายประการ ดังนี้

ประการแรก เห็นว่าหากพิจารณาขั้นตอนและกระบวนการในการพิจารณาให้ความเห็นชอบของ สนช. ซึ่งทำหน้าที่วุฒิสภา ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการการسامัญ คณะกรรมการมีอำนาจเพียงการเชิญบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้มาให้ข้อเท็จจริงหรือชี้แจงเกี่ยวกับประวัติ ความประพฤติและพฤติกรรมทางจริยธรรมหรืออาจกำหนดให้บุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อแสดงวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น<sup>36</sup> แต่ในขณะที่ขั้นตอนและกระบวนการในการคัดเลือกบุคคลขององค์กรบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองซึ่งเรียกโดยย่อว่า “ก.ศป.” นั้น มีขั้นตอนประกอบการพิจารณาคัดเลือกในหลายประการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 เช่น การคำนึงถึงหลักอาวุโส การพิจารณาจากความรู้ ความสามารถ ความรับผิดชอบ ความเหมาะสม ประวัติ และผลงานการปฏิบัติราชการ เป็นต้น นอกจากนี้การพิจารณาคัดเลือกยังจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2560 อีกส่วนหนึ่งด้วย ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากระบวนการในการพิจารณาของคณะกรรมการการسامัญของ สนช. จึงเป็นเพียงกระบวนการส่วนหนึ่งของการพิจารณาคัดเลือกซึ่งกระทำโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) เท่านั้น กระบวนการในการพิจารณาดังกล่าวไม่มีลักษณะที่แตกต่างที่อาจแสดงให้เห็นถึงลักษณะพิเศษที่จะเป็นข้อมูลสำคัญที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคัดสินใจของ สนช. แต่อย่างใด

<sup>35</sup> บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 14/2559 วันพฤหัสบดีที่ 3 มีนาคม 2559

<sup>36</sup> ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ข้อ 133.

ประการที่สอง โดยผลของบทบัญญัติในข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ข้อ 134 ซึ่งได้กำหนดให้การประชุมของคณะกรรมการการสาธารณสุขจะต้องกระทำเป็นการลับ โดยผู้ที่เข้าฟังการประชุมได้จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการประชุมและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการสาธารณสุขเท่านั้น นอกจากนี้ในข้อบังคับการประชุมข้อที่ 137 ยังกำหนดให้การพิจารณา รายงานของคณะกรรมการการสาธารณสุขต้องกระทำเป็นการลับ โดยเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการที่จะต้องร้องขอต่อที่ประชุมสภาเพื่อให้มีการดำเนินการประชุมลับ และเมื่อมีการพิจารณารายงานดังกล่าวเสร็จแล้ว ข้อบังคับการประชุมยังกำหนดให้สมาชิกต้องส่งคืนสำเนารายงานลับของคณะกรรมการการสาธารณสุขต่อเลขาธิการในที่ประชุมสภา เพื่อนำไปทำลายตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ต่อไป ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าในกระบวนการพิจารณาของ สนช. ทั้งในส่วนของการดำเนินการโดยคณะกรรมการการสาธารณสุข และที่ประชุม สนช. เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายในการรับรู้ของ สนช. เท่านั้น โดยที่บุคคลอื่นหรือประชาชนไม่อาจรับรู้ถึงเหตุผลสำคัญของการพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดแต่อย่างใด เนื่องจากข้อมูลดังกล่าวมิได้มีการนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน เพื่อประกาศให้ประชาชนได้รับทราบเป็นการทั่วไปเหมือนดังเช่นผลการพิจารณาในเรื่องสำคัญอื่นๆ

ประการสุดท้าย หากพิจารณาถึงการกำหนดที่มาของตุลาการศาลปกครองสูงสุดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 แล้วจะเห็นได้ว่าการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น ก.ศป. อาจดำเนินการได้ใน 2 วิธีการ คือ การพิจารณาเลื่อนตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นขึ้นมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และวิธีที่สอง คือ การพิจารณาคัดเลือกบุคคลซึ่งมิได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในขณะนั้น ซึ่งถือว่าเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือในการบริหารราชการแผ่นดิน ให้เข้ามาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ หากบุคคลในทั้งสองส่วนได้รับการเสนอชื่อจาก ก.ศป. ให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดเช่นเดียวกัน แต่หากในขั้นตอนการพิจารณาให้ความเห็นชอบของ สนช. มีมติไม่ให้ความเห็นชอบให้บุคคลดังกล่าวดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผลจากการลงมติดังกล่าวอาจทำให้เกิดผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีแรก หากบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อจาก ก.ศป. เป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น แม้บุคคลนั้นไม่ได้รับความเห็นชอบจาก สนช. ให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดก็ตาม แต่ก็ถือว่าบุคคลดังกล่าวขาดจากการเป็นตุลาการในศาลปกครองแต่อย่างใด เนื่องจากบุคคลนั้นยังสามารถดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นต่อไปได้ ซึ่งไม่สามารถหาเหตุผลมาอธิบายได้ว่าการที่ สนช. ไม่ให้ความเห็นชอบให้เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด แต่เหตุใดบุคคลนั้น

ยังมีฐานะเป็นตุลาการในศาลปกครองอยู่เช่นเดิม แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่บุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ทรงคุณวุฒิจากภายนอก การที่ สนช. มีมติไม่ให้ความเห็นชอบให้บุคคลดังกล่าวดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผลที่เกิดขึ้นก็คือถือว่าบุคคลนั้นไม่เคยดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองเลย



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

จากผลการศึกษาทั้งหมดตามที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าในรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างก็ให้ความสำคัญกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร โดยการจัดตั้งองค์กรวินิจัยคดีทางปกครองเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขึ้นมาโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามแม้ในหลักการทุกประเทศทั้งในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน รวมถึงประเทศไทยจะกำหนดให้มีองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลปกครองขึ้นมาทำหน้าที่ดังกล่าวก็ตามแต่จากการศึกษาพบว่าในทุกประเทศก็มีการกำหนดรูปแบบโครงสร้างของศาลปกครอง ตลอดจนที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครองที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ โดยขึ้นอยู่กับเหตุผลภายในของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งจากผลของการศึกษาสามารถสรุปได้ ดังนี้

กรณีสาธารณรัฐฝรั่งเศส จากการศึกษาพบว่ามี การจัดแบ่งตุลาการในศาลปกครองออกเป็นสองประเภท คือ สมาชิกสภาแห่งรัฐ ตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น รวมทั้งมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับที่มาหรือวิธีการในการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีสมาชิกสภาแห่งรัฐ การได้มาซึ่งบุคคลในตำแหน่งดังกล่าวจะมีที่มาจากสองทาง คือ การสอบคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิจากภายนอก โดยในกรณีการสอบคัดเลือกหากเป็นสมาชิกในระดับ *auditeurs* ชั้นสอง จะกระทำโดยวิธีการคัดเลือกจากบุคคลผู้ที่จบการศึกษาจากวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (*l'Ecole Nationale d'Administration: ENA*) ซึ่งเป็นสถาบันในการผลิตข้าราชการพลเรือนชั้นสูงที่มีประสิทธิภาพของฝรั่งเศสตามหลักเกณฑ์การจัดลำดับซึ่งกำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ถ้าหากเป็นสมาชิกในระดับชั้นที่สูงกว่าระดับ *auditeurs* ชั้นสอง จะกระทำโดยการคัดเลือกตามลำดับอาวุโสตามสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด ส่วนกรณีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านคดีปกครองและเป็นประโยชน์ต่อการทำหน้าที่ของสภาแห่งรัฐ การแต่งตั้งก็จะเป็นไปตามสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของผู้มีคำสั่งแต่งตั้งเหลืออยู่น้อยที่สุดเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาแห่งรัฐ ในกรณีตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการศาลปกครองชั้นต้นนั้น แม้โดยทั่วไปการได้มาจะมีวิธีการและรูปแบบในลักษณะเช่นเดียวกับการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งรัฐก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าในการดำเนินการ

คัดเลือกจะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของแต่ละองค์กร กล่าวคือ ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในระดับศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้นจะกระทำโดยคณะกรรมการระดับสูงแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Conseil supérieur de tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) ซึ่งประกอบด้วย รองประธานสภาแห่งรัฐ เป็นประธาน ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่ได้รับเลือกจากตุลาการในแต่ละองค์กร ผู้แทนจากฝ่ายปกครองและผู้ทรงคุณวุฒิ เป็นกรรมการ ทั้งนี้ เพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรในการคัดเลือกและเสนอรายชื่อบุคคลผู้สมควรได้รับการแต่งตั้งต่อประธานาธิบดี ส่วนการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งรัฐก็จะกระทำโดยคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของสภาแห่งรัฐโดยเฉพาะ ซึ่งประกอบด้วย รองประธานสภาแห่งรัฐ เป็นประธาน และกรรมการอื่น ซึ่งเป็นผู้ที่ดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะในสภาแห่งรัฐ ทั้งนี้ เพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรในการคัดเลือกและเสนอรายชื่อบุคคลผู้สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาแห่งรัฐต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เพื่อที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะได้นำรายชื่อดังกล่าวเสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อลงนามในคำสั่งแต่งตั้งต่อไป

ส่วนกรณีการสร้างความปลอดภัยทางประชาธิปไตยให้แก่องค์กรตุลาการผ่านระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจัยคดีปกครองและประชาชนของฝรั่งเศสนั้น จากการศึกษาพบว่า แม้สมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นจะมีสถานะเป็นข้าราชการพลเรือนเช่นเดียวกันกับข้าราชการพลเรือนอื่น แต่ก็ถือว่าองค์กรดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรศาล เนื่องจากเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกับผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมของฝรั่งเศส ดังนั้น ในวิธีการได้มาซึ่งตุลาการในศาลปกครองจึงมีการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรศาลและประชาชนผ่านกระบวนการแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐหรือตุลาการในศาลปกครอง ดังนี้ คือ 1) ในส่วนของสภาแห่งรัฐกำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามในคำสั่งแต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งรัฐ ทั้งนี้ เนื่องจากถือว่าประธานาธิบดีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน 2) สร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนผ่านกระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ใน 2 ประการ คือ ประการแรก กำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองกระทำโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประการที่สอง กำหนดให้การคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และตุลาการศาลปกครองชั้นต้น กระทำโดยคณะกรรมการระดับสูงแห่งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ซึ่งมีองค์ประกอบบางส่วนจากผู้แทนขององค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยทั้งในส่วนของผู้แทนซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา การกำหนดสัดส่วนในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการสร้างจุดยึดโยง

ระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชน ตลอดจนเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรอื่นโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายตุลาการอีกส่วนหนึ่งด้วย

ในระบบของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จากการศึกษาพบว่าในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นได้จัดแบ่งผู้พิพากษาในศาลปกครองออกเป็นสองประเภท คือผู้พิพากษาอาชีพ และผู้พิพากษาสมทบ โดยในส่วนของ การคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาอาชีพเยอรมันได้กำหนดหลักการที่แตกต่างกันระหว่างการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์รัฐ และการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับมลรัฐ กล่าวคือ ในการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันกำหนดให้ การคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลในระดับนี้จะต้องผ่านการพิจารณาของรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ซึ่งรับผิดชอบในแต่ละด้าน โดยรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์จะต้องพิจารณาพร้อมกับคณะกรรมการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษา (Richterwahlausschuss) ซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรีแห่งมลรัฐในสาขาที่เกี่ยวข้องจาก 16 มลรัฐ และกรรมการอีก 16 คน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกมาโดยใช้วิธีการเลือกตั้งตามสัดส่วน โดยเลือกจากผู้ที่มีประสบการณ์ทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามการพิจารณาร่วมกันดังกล่าวนี้หมายความว่ารัฐมนตรีแห่งสหพันธ์มีสิทธิเพียงการยับยั้ง (veto) เท่านั้นแต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการลงมติ ส่วนการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับมลรัฐ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดหลักการเบื้องต้นเอาไว้ว่า ในมลรัฐอาจกำหนดให้ผู้พิพากษาในระดับมลรัฐได้รับการคัดเลือกจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในมลรัฐร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาก็ได้ ดังนั้นโดยหลักการจึงถือว่าโดยปกติอำนาจในการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับมลรัฐเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งมลรัฐนั้นๆ แต่ถ้าหากในมลรัฐนั้นมีการตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา การคัดเลือกผู้พิพากษาก็จะต้องให้คณะกรรมการคณะดังกล่าวได้เข้าไปมีส่วนร่วมด้วย ซึ่งในแต่ละมลรัฐก็จะมีข้อกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการในสัดส่วนที่แตกต่างกันไป แต่โดยทั่วไปมักจะกำหนดให้มีจำนวนกรรมการประมาณ 11-15 คน โดยมาจากตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติในมลรัฐ ฝ่ายตุลาการในมลรัฐ และฝ่ายบริหารในมลรัฐ อย่างไรก็ตามเป็นที่สังเกตได้ว่าในทุกมลรัฐที่มีการตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษานั้นมักจะกำหนดสัดส่วนของกรรมการที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่ากรรมการที่มาจากส่วนอื่นๆ ส่วนกรณีการแต่งตั้งผู้พิพากษาสมทบ ซึ่งมีเฉพาะในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองระบุว่าให้กระทำโดยคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาสมทบซึ่งได้รับการแต่งตั้งขึ้นในศาลปกครองทุกศาล ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองชั้นต้นนั้น เป็นประธานคณะกรรมการข้าราชการหนึ่งคนซึ่งรัฐบาลมลรัฐเป็นผู้กำหนด และประชาชน 7 คน เป็นกรรมการ ทั้งนี้ ประชาชนซึ่งเป็นผู้แทนในสัดส่วนของคณะกรรมการดังกล่าวนี้จะต้องเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้น และจะต้องมีคุณสมบัติของการเป็นผู้พิพากษาสมทบได้ด้วย



ส่วนแนวคิดในการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองและประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบอบกฎหมายของเยอรมันนั้น จากการศึกษาพบว่ามีการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลปกครองกับประชาชนเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพียงแต่มีหลักในการกำหนดความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกำหนดให้รัฐมนตรีแห่งสหพันธ์เป็นผู้พิจารณาร่วมกับคณะกรรมการเพื่อการคัดเลือกผู้พิพากษา (Richterwahlausschuss) ซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรีแห่งมลรัฐในด้านที่เกี่ยวข้องจาก 16 มลรัฐ และกรรมการอีก 16 คน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกมาโดยใช้วิธีการเลือกตั้งตามสัดส่วน โดยเลือกจากผู้ที่มีประสบการณ์ทางกฎหมาย การกำหนดสัดส่วนดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าเยอรมันต้องการที่จะให้สภาผู้แทนราษฎรในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยตรงมาจากประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครองด้วยตามหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย นอกจากนี้ในกรณีการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับมลรัฐนั้น จะมีการกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวผ่านทางองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาในแต่ละมลรัฐด้วย และจากการศึกษาพบว่าโดยทั่วไปมลรัฐส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้มีผู้แทนที่มาจากสัดส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติในมลรัฐมากกว่าผู้แทนที่มาจากฝ่ายอื่น ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมโดยทางอ้อมในการแต่งตั้งผู้พิพากษาผ่านทางสมาชิกรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชนในมลรัฐนั้น ส่วนกรณีการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครองในระบบกฎหมายของเยอรมันนั้นแม้มิใช่มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาในระดับสหพันธ์หรือในระดับมลรัฐก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าการกำหนดความสัมพันธ์ดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก็มีความพยายามในการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมกับฝ่ายตุลาการเพิ่มมากขึ้น รวมทั้งต้องการให้กระบวนการพิจารณาคดีของศาลอยู่ในสายตาของประชาชนเพื่อให้เกิดความมั่นใจในกระบวนการยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีของประเทศไทย จากการศึกษาพบว่าในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการในการคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองที่แตกต่างกันไป ในส่วนของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้กระทำได้ในสองวิธี คือ การคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และการคัดเลือกบุคคลซึ่งมิได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในขณะนั้นเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ในกรณีการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเพื่อเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ให้ ก.ศป. พิจารณาจากผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการ

หัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น โดยพิจารณาตามหลักอาวุโสในขณะที่บุคคลนั้นดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ความรู้ความสามารถ ความรับผิดชอบ ความเหมาะสม ประวัติและผลงานการปฏิบัติราชการ และประโยชน์ของทางราชการเป็นสำคัญ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่ได้รับการพิจารณาคัดเลือกนั้น ส่วนการดำเนินการคัดเลือกบุคคลซึ่งมิได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองในขณะนั้นเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดให้ดำเนินการโดยวิธีตรวจสอบคุณสมบัติ ตรวจสอบสุขภาพ พิจารณาหลักฐานที่แสดงประสบการณ์ในการทำงานหรือผลงานทางวิชาการ ทดสอบความรู้ความสามารถ และความเหมาะสมโดยการสอบสัมภาษณ์ และรับฟังความคิดเห็นของบุคคลในแวดวงกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ ในการดำเนินการคัดเลือกบุคคลผู้สมควรได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดทั้งสองกรณีดังกล่าว ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2560 กำหนดให้ ก.ศป. แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย รองประธานศาลปกครองสูงสุดที่มีอาวุโสสูงสุด เป็นประธานกรรมการ รองประธานศาลปกครองสูงสุดที่มีอาวุโสลำดับถัดไป เป็นรองประธานกรรมการ รองประธานศาลปกครองสูงสุดที่เหลือ ประธานแผนกในศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดทุกคน เป็นกรรมการ เป็นผู้ทำหน้าที่ในการคัดเลือกพร้อมทั้งเสนอความเห็นในการดำเนินการดังกล่าวต่อ ก.ศป. เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ รายชื่อบุคคลผู้ได้รับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งสองกรณีดังกล่าวหาก ก.ศป. ได้พิจารณาแล้วและมีมติให้ความเห็นชอบ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 15 และมาตรา 15/1 ได้กำหนดให้ ก.ศป. เป็นผู้เสนอรายชื่อบุคคลผู้ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อที่นายกรัฐมนตรีจะได้นำรายชื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภา ทั้งนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ และนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามขั้นตอนต่อไป

ส่วนกรณีการคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นนั้น มาตรา 19 กำหนดให้การคัดเลือกสามารถกระทำได้ใน 3 วิธีการ คือ การสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ หรือการคัดเลือก ซึ่งผู้ผ่านการสอบคัดเลือกจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น โดยได้รับเงินเดือนในชั้น 1 แต่ยังไม่มียศได้รับเงินประจำตำแหน่ง และจะต้องเข้ารับการฝึกอบรมตามหลักสูตรที่ ก.ศป. กำหนด เป็นระยะเวลาประมาณ 1 ปี ผู้ที่ผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรดังกล่าวและมีผลการฝึกอบรมเป็นไปตามมาตรฐานของ ก.ศป. จึงจะมีสิทธิได้รับการเสนอชื่อเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นต่อไป อย่างไรก็ตามหากตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นผู้ใดไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นหรือผลการฝึกอบรมไม่เป็นไปตามมาตรฐาน

ของ ก.ศป. กฎหมายให้อำนาจประธานศาลปกครองสูงสุดโดยความเห็นชอบของ ก.ศป. มีอำนาจในการสั่งให้ออกจากราชการหรือดำเนินการเพื่อให้มีการโอนไปเป็นข้าราชการฝ่ายศาลปกครองได้

สำหรับแนวคิดในการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองและประชาชนในระบบกฎหมายของไทยนั้นหากพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดกระบวนการหรือวิธีการในการสร้างจุดยึดโยงใน 2 กรณี ดังต่อไปนี้ คือ 1) การสร้างระบบการยึดโยงผ่านองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) โดยกำหนดให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 2 คน มาจากการคัดเลือกของวุฒิสภา ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เนื่องจากต้องการให้กระบวนการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการเป็นไปด้วยความโปร่งใส มีความชัดเจน และสะท้อนแนวความคิดของบุคคลภายนอกซึ่งมีต่อองค์กรตุลาการ ตลอดจนเพื่อสร้างความเชื่อมโยงไปสู่องค์กรอัยการอื่น โดยเฉพาะในส่วนของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุด 2) กำหนดให้การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่ง ทั้งนี้ เพื่อสร้างระบบการยึดโยงระหว่างผู้ดำรงตำแหน่งสูงสุดขององค์กรศาลปกครองกับประชาชนผ่านกระบวนการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาซึ่งถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

1) หากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 198 ซึ่งกำหนดให้การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธาน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นตุลาการในศาลปกครองไม่เกิน 2 คน บรรดาที่ได้รับเลือกจากข้าราชการตุลาการศาลปกครองแล้วจะเห็นได้ว่าโครงสร้างของคณะกรรมการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ เนื่องจากถือว่าองค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอื่นไม่อาจเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองด้วย นอกจากนี้หากจะถือว่าองค์กรวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยยังมีบทบาทหรือมีส่วนร่วมในกระบวนการให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการเสนอชื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่กระบวนการดังกล่าวเกิดขึ้นกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในศาลระดับสูงสุดเท่านั้น แต่ในส่วนของการแต่งตั้งตุลาการศาล

ปกครองชั้นต้นวุฒิสภากลับไม่มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแต่อย่างใด ซึ่งในท้ายที่สุดในส่วนของการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นก็จะเกิดจากกระบวนการการแต่งตั้งกันภายในระหว่างฝ่ายตุลาการด้วยกันเองซึ่งอาจทำให้เกิดข้อครหาต่อสังคมได้ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวผู้เขียนจึงเห็นว่าในองค์ประกอบของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของศาลปกครองนั้น ควรที่จะให้องค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายอื่นได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันในองค์กรอธิปไตยแต่ละด้าน แต่อย่างไรก็ตาม การเข้าไปมีส่วนร่วมขององค์กรอื่นในกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้นจะต้องมีอัตราส่วนที่เหมาะสม เพื่อมิให้กระทบกับกระบวนการแต่งตั้งโยกย้ายผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่การพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายผู้พิพากษาหรือตุลาการได้

โดยเฉพาะหากพิจารณาถึงรูปแบบการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการในต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสหรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น แล้วจะเห็นได้ว่าค่อนข้างให้ความสำคัญกับการเข้ามามีส่วนร่วมขององค์กรอธิปไตยอื่นๆ เช่น การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในระดับศาลชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกระทำโดยคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ซึ่งมีองค์ประกอบจากบุคคลในหลายภาคส่วนทั้งตัวแทนจากสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุด ผู้แทนตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ผู้แทนจากฝ่ายปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิจากภายนอก จำนวน 3 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา หรือในกรณีการคัดเลือกและการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครองในระดับสหพันธรัฐของเยอรมันก็มีการกำหนดสัดส่วนที่หลากหลายทั้งในส่วนของรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ รัฐมนตรีแห่งมลรัฐในด้านที่เกี่ยวข้องจาก 16 มลรัฐ และกรรมาธิการอีก 16 คน ซึ่งมาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ เป็นต้น

2) จากการศึกษาถึงที่มาหรือวิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองของประเทศไทยหากพิจารณาในแง่ของหลักประชาธิปไตยซึ่งมีเจตนารมณ์ในการสร้างจุดยึดโยงระหว่างอำนาจตุลาการกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแล้วจะเห็นได้ว่าตุลาการศาลปกครองโดยเฉพาะในส่วนของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นนั้นยังมีลักษณะของการยึดโยงกับประชาชนในลักษณะที่น้อยจนเกินไป ทั้งนี้ เนื่องจากเห็นว่าในระบบการแต่งตั้งโดยส่วนใหญ่กระทำโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งเมื่อพิจารณาองค์ประกอบของ ก.ศป. แล้วก็จะเห็นว่าโดยส่วนใหญ่ประกอบไปด้วยตุลาการในศาลปกครอง ทั้งในส่วนของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น นอกจากนี้โดยผลของการแก้ไของค์ประกอบของ ก.ศป. โดยบทบัญญัติแห่งมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว ยิ่งทำให้การคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือจุดยึดโยงระหว่างตุลาการศาลปกครองกับประชาชนซึ่งถือว่าเป็น

ขัดกับหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น เพื่อเป็นการสร้างจุดยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการและประชาชนให้เพิ่มมากขึ้น รวมทั้งสามารถทำให้บุคคลภายนอกสามารถแสดงบทบาทและสะท้อนมุมมองเกี่ยวกับการกระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองได้มากขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงองค์ประกอบของ ก.ศป. ในมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มสัดส่วนของบุคคลภายนอกโดยเฉพาะผู้แทนที่มาจากองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยทั้งในส่วน of สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และจากคณะรัฐมนตรี ดังนี้

“มาตรา 198 การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับตุลาการศาลปกครองต้องมีความเป็นอิสระและดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองซึ่งประกอบด้วย

- (1) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธานกรรมการ
- (2) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยกันเอง
- (3) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสามคนซึ่งได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี

คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และวิธีการเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

การเพิ่มอัตราส่วนดังกล่าวหากพิจารณาประกอบกับข้อความคิดพื้นฐานตามที่กล่าวมาถือว่าสอดคล้องกับแนวคิดของกระบวนการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการทั้งในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยนอกจากถือเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรอธิปไตยอื่นๆ ได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองแล้ว องค์ประกอบในสัดส่วนดังกล่าวยังได้สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดสำคัญในการสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้แก่องค์กรตุลาการศาลปกครองด้วย นอกจากนี้ยังเห็นว่าหากพิจารณาถึงองค์ประกอบของคณะกรรมการโดยรวมทั้งหมดแล้วยังถือว่าประกอบด้วยกรรมการจากผู้แทนของฝ่ายตุลาการเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น การเพิ่มผู้แทนจากบุคคลภายนอกเข้าไปบางส่วนจึงไม่อาจสร้างอิทธิพลหรือแทรกแซงกระบวนการแต่งตั้งโยกย้ายตุลาการได้ ในทางตรงกันข้ามอาจส่งผลดีต่อกระบวนการทำงานของฝ่ายตุลาการทั้งในส่วนของมุมมอง แนวคิด หรือการสะท้อนสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากประสบการณ์การทำงานโดยตรงของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้อีกด้วย

3) วิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลปกครองขั้นต้นโดยวิธีการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้หรือการคัดเลือกนั้นถือเป็นวิธีการที่ดีเนื่องจากเป็นวิธีการที่แสดงให้เห็นถึงการคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถในทางวิชาการอย่างแท้จริงซึ่งส่งผลให้กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองมีประสิทธิภาพตามไปด้วย แต่อย่างไรก็ตามเพื่อสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนในพื้นที่ ตลอดจนเพื่อสร้างจุดยึดโยงความชอบธรรมทางประชาธิปไตยระหว่างองค์กรตุลาการศาล

ปกครองและประชาชนให้เพิ่มมากขึ้น ในศาลปกครองในระดับภูมิภาคควรมีการนำระบบผู้พิพากษาสมทบเข้ามาใช้เหมือนดังเช่นระบบการพิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีอยู่ในสายตาของประชาชนและสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามการนำระบบผู้พิพากษาสมทบมาใช้นั้นจะต้องคำนึงถึงความพร้อมของแต่ละพื้นที่ด้วย นอกจากนี้เพื่อเป็นการสร้างความเชี่ยวชาญพิเศษทางปกครอง การกำหนดคุณสมบัติของผู้พิพากษาสมทบนั้นจะต้องเป็นคุณสมบัติที่สอดคล้องกับคุณสมบัติโดยทั่วไปของการสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นด้วย

4) หลักการที่ว่าด้วยการสร้างระบบการยึดโยงระหว่างองค์กรตุลาการศาลปกครองสูงสุดและประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยการกำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ทั้งในส่วนของผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนการดำรงตำแหน่งนั้นเห็นว่าเป็นหลักการที่ดีและมีความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตามในกระบวนการพิจารณาของวุฒิสภาทั้งในชั้นคณะกรรมการธิการและในการพิจารณาของที่ประชุมวุฒิสภานั้น ควรจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากกระบวนการพิจารณาคัดเลือกที่ดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) เช่น การนำเสนอผลงานทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาระบบกฎหมายทางปกครองหรือการนำเสนอเกี่ยวกับแนวคิดหรือหลักการเกี่ยวกับการพัฒนากระบวนการพิจารณาคดีปกครอง เป็นต้น นอกเหนือจากการพิจารณาตรวจสอบประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อ นอกจากนี้ในขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคัดเลือกวุฒิสภาควรจะต้องให้เหตุผลและรายละเอียดพอสมควรเกี่ยวกับการลงมติให้ความเห็นชอบหรือการไม่ให้ความเห็นชอบให้บุคคลใดๆ ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวได้รับทราบถึงเหตุผลสำคัญในการพิจารณา ตลอดจนเพื่อเป็นแนวทางแก่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับการพิจารณาคัดเลือกบุคคลมาดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในอนาคตต่อไป

5) ในกระบวนการกลั่นกรองบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดของวุฒิสภาควรจะต้องกระทำโดยเปิดเผยทั้งในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการธิการสามัญและการพิจารณาของที่ประชุมวุฒิสภา ทั้งนี้ เพื่อให้กระบวนการกลั่นกรองเป็นไปด้วยความโปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ในทุกขั้นตอน นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันมิให้อิทธิพลจากกลุ่มการเมืองภายในของวุฒิสภาเข้ามาแทรกแซงหรือครอบงำกระบวนการแต่งตั้งหรือการให้ความเห็นชอบให้บุคคลใดๆ ดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วย

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.
- \_\_\_\_\_. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร: เนติธรรม, 2528.
- จิตติ ดิงศภัทย์. หลักวิชาซีพนักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- ชลัช จงสีบพันธ์ และคณะ. ความเป็นอิสระขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร: ธรรมดาเพรส จำกัด, 2551.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- \_\_\_\_\_. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- \_\_\_\_\_. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- ประยูร กาญจนดุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ภูมิ มูลศิลป์. ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2559.

- โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2551.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2546.
- มองเตสกิเออร์. เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย. แปลและเรียบเรียงโดย วิภาวรรณ ตูยานนท์. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- วิรัช วิรัชฉนิภาวรรณ. ศาลปกครองไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542.
- สมยศ เชื้อไทย. คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- สำนักงานศาลปกครอง. รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.
- สำนักงานศาลปกครอง. สำนักวิจัยและวิชาการ. วิวัฒนาการศาลปกครองไทย ครบรอบ 9 ปี ศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2549.
- หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.
- อุดม รัฐอมฤต. ตำราหลักสูตรการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสำหรับนักบริหารระดับสูง กลุ่มวิชาที่ 8: การพัฒนาการเมืองไทย. นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า, 2552.

## บทความ

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” ใน หนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์. จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 178-194. กรุงเทพมหานคร: พี. เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531.
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. “อิสระตุลาการ: คือตัวตนของศาลยุติธรรม.” วารสารวิชาการศาลยุติธรรม. ฉบับที่ 3. ปีที่ 8. (กรกฎาคม-กันยายน 2558) : 5.



- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “การปรับปรุงศาลยุติธรรม.” วารสารจลนิตี. ปีที่ 10. ฉบับที่ 2. (มีนาคม-เมษายน 2556) : 58.
- ธิดา ซาลีจันท์. “วิเคราะห์และสรุปแนวความคิดขัดแย้งเกี่ยวกับศาลปกครองของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ.” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเรื่อง ศาลปกครอง: บทความและวิเคราะห์ข้อขัดแย้งที่อภิปรายในสภานิติบัญญัติ. จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 21-22. กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2517.
- น้ำแท้ มีบุญสร้าง. “การใช้อำนาจตุลาการโดยประชาชน.” วารสารจลนิตี. (กันยายน-ตุลาคม 2552) : 50.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. “วิเคราะห์ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยโดยอาศัยพื้นฐานทางทฤษฎีของเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 28. (กันยายน 2541) : 484.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. “หลักแห่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 3. ปีที่ 22. (กันยายน 2535) : 367.
- บุปผา อัครพิมาน. “ความเป็นกลางของตุลาการและความเป็นอิสระของศาลปกครอง.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. ฉบับที่ 1. ปีที่ 7. (มกราคม-เมษายน 2550) : 13.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. “ระบบ ก.ต. และความเป็นอิสระของตุลาการ.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 22. (กันยายน 2537) : 337-338.
- ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์. “จรรยาบรรณวิชาชีพและวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศส.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. ฉบับที่ 2. ปีที่ 15. (เมษายน-มิถุนายน 2558) : 79-80.
- พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” บทบัญญัติ. เล่มที่ 27. ตอนที่ 1. น. 18-19 (2513).
- โกศิน พลกุล. “สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. เล่มที่ 1. ปีที่ 1. (มกราคม-เมษายน 2544) : 64.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การปฏิรูปองค์กรตุลาการ: ความท้าทายในบริบทการเมืองไทย.” วารสารจลนิตี. ฉบับที่ 2. ปีที่ 10. (มีนาคม-เมษายน 2556) : 16.
- วิชา มหาคุณ. “การปฏิรูปองค์กรตุลาการ: ความท้าทายในบริบทการเมืองไทย.” วารสารจลนิตี. ปีที่ 10. ฉบับที่ 2. (มีนาคม-เมษายน 2556) : 3.
- วิษณุ วัลญญ. “ก.ต. ฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 22. (กันยายน 2537) : 361.
- วีรพัฒน์ ปริยวงศ์. “การปฏิรูปองค์กรตุลาการ: ความท้าทายในบริบทการเมืองไทย.” วารสารจลนิตี. ปีที่ 10. ฉบับที่ 2. (มีนาคม-เมษายน 2556) : 30-33.
- สำนักงานศาลปกครอง. สำนักวิจัยและวิชาการ. “ความเป็นมาของศาลปกครอง.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. เล่มที่ 1. ปีที่ 1. (มกราคม-เมษายน 2544) : 7.

สมชาติ ธัญญาวิณิชกุล. “การปฏิรูปศาลยุติธรรมตามร่างรัฐธรรมนูญกับความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ.” วารสารวิชาการศาลยุติธรรม. ปีที่ 8. ฉบับที่ 3. (กรกฎาคม-กันยายน 2558) : 23.

อิสสระ นิตินันท์ประภาศ. “ระบบศาลปกครองฝรั่งเศส.” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการเรื่องศาลปกครอง บทความและวิเคราะห์ข้อขัดแย้งที่อภิปรายในสภานิติบัญญัติ. จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 67. กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2517.

### วิทยานิพนธ์

ซัช ข้าเพชร. “การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ศิระ ขวัญสุวรรณ. “การได้มาซึ่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม: ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

สุธีรา ชูบัณฑิต. “การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมสำหรับระบอบประชาธิปไตยไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

อภิสิทธิ์ พรหมสวัสดิ์. “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

### เอกสารประกอบการประชุมการสัมมนา

กมลชัย รัตนสากววงศ์. “วิวัฒนาการและรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองของประเทศเยอรมัน.” ในการประชุมสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง ครั้งที่ 1. จัดโดยคณะกรรมการการปกครอง สภาผู้แทนราษฎร กรุงเทพมหานคร, 2540

### เอกสารอื่นๆ

ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2560

บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 14/2559 วันพฤหัสบดีที่ 3 มีนาคม 2559.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์. งานวิจัยส่วนบุคคล เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรมในคดีรัฐธรรมนูญ: ศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264. กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2542.

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวนคดี การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สภาร่างรัฐธรรมนูญ, วันอังคารที่ 24 มิถุนายน 2540.

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 26 (เป็นพิเศษ) วันศุกร์ที่ 25 กรกฎาคม 2540.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำบรรยายระดับปริญญาโท วิชา น. 630 กฎหมายรัฐธรรมนูญชั้นสูง กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

## สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. “การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ.” <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1976>, 23 มีนาคม 2561.

ธัญญ์ เกตวงกต. “บทบาทของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญกับตุลาการภิวัฒน์.” <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1477>, 5 เมษายน 2561.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” <http://www.lawwebservice.com/lawsearch/AcharnVorachet06.pdf>, 11 เมษายน 2561.

**BOOKS**

Armin Uhler, Review of Administrative Acts, (Chicago: Callaghan & Company, 1942)

Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl, München 1992.

**OTHER MATERIALS**

<http://www.admincourt.go.th/admincourt/site/01structure.html>

Constitution de la Republique Francaise du 4 octobre 1958

[http://elib.coj.go.th/Article/d44\\_1\\_2.pdf](http://elib.coj.go.th/Article/d44_1_2.pdf)

<http://www.library.coj.go.th/indexarticle.php>

<http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ศาลปกครอง>

The Basic Law of the Federal Republic of Germany B.E. 1949



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายชัยบูรณ์ หนองคูน้อย
วันเดือนปีเกิด	11 เมษายน 2525
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2547: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2554: เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
ตำแหน่ง	นิติกรชำนาญการพิเศษ สำนักกรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
ผลงานทางวิชาการ	
	ชัยบูรณ์ หนองคูน้อย. “การยึดโยงระหว่างองค์กรศาลปกครองกับประชาชนในแนวทางการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2548 – 2561 นิติกร สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร