



การคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะ :
ศึกษากรณีศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

ทัศนกุล ศิริจรูญวงศ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2566

CHALLENGING AND EXCLUDING JUDGES FROM JOINING A
TRIBUNAL : A CASE STUDY OF THE ADMINISTRATIVE
COURT AND CONSTITUTIONAL COURT

BY

TADKAMON SIRICHARONWONG



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 2023

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

ทัศนกุล ศิริจรรยาวงศ์


เรื่อง

การคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะ :
ศึกษากรณีศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ


ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2566

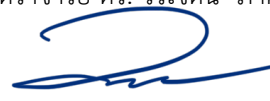
ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์


(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์)

คณบดี


(รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็น องค์คณะ : ศึกษากรณีศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ
ชื่อผู้เขียน	ทัศน์กมล ศิริจรูญวงศ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
ปีการศึกษา	2566

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งศึกษาถึงหลักการคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะ ศึกษาเฉพาะกรณีศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นศาลทางกฎหมายมหาชน เพื่อทำความเข้าใจระบบการคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะในระบบกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยว่ามีการบัญญัติเหตุคัดค้านหรือมีเหตุห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะในกรณีใด ลักษณะใดบ้าง เนื่องจากหลักการดังกล่าวเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างยุติธรรม อันส่งผลทำให้คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลทางมหาชนมีความน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น และเป็นแนวทางในการปรับปรุง เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ดียิ่งขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่คู่กรณี ทั้งเป็นการป้องกันการถูกวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เป็นธรรมหรือการตั้งคำถามถึงความไม่เป็นกลางที่จะส่งผลกระทบต่อองค์ศาลในอนาคตต่อไป

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านตุลาการในระบบศาลทางมหาชน ไม่มีกฎหมายกำหนดเหตุในการคัดค้านตุลาการไว้เป็นการเฉพาะ มีเพียงสาธารณรัฐเยอรมนีที่แม้จะมีได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ตุลาการคัดค้านกันเองได้ แต่ก็มีให้นำหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ซึ่งเป็นหลักการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 105 ให้ตุลาการสามารถเสนอปัญหาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการหากพบว่าตุลาการปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสม ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ศาลมีอำนาจยับยั้งเหตุดังกล่าวนี้ขึ้นพิจารณาได้เองโดยนำเสนอประธานาธิบดีเป็นผู้ถอดถอนตุลาการที่ละเลยไม่ใส่ใจหน้าที่ของตนออกจากการทำหน้าที่ตุลาการได้ โดยประธานาธิบดีจะสั่งปลดหรือไล่ตุลาการผู้นั้นออกจากตำแหน่ง

ตามที่เสนอ ซึ่งจากการศึกษาไม่พบหลักการดังกล่าวนี้ในระบบกฎหมายของประเทศอื่น ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น ไม่ปรากฏชัดเจนว่ามีการบัญญัติลงในกฎหมายว่าให้ตุลาการคัดค้านกันเองได้ แต่ก็มีกรณีการโต้แย้งเกี่ยวกับคุณสมบัติเกี่ยวกับวาระการดำรงตำแหน่งของประธานศาลรัฐธรรมนูญว่ามีวาระครบตามรัฐธรรมนูญฉบับใด ระหว่างรัฐธรรมนูญปี 2550 กับรัฐธรรมนูญปี 2560 แม้ในเรื่องราวดังกล่าวที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นจะมีได้เกิดจากการริเริ่มมาจากประชาชนหรือคู่กรณี แต่เกิดจากการที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่งเรื่องดังกล่าวให้คณะกรรมการสรรหาเป็นผู้มีวินิจฉัย อันเป็นการเสนอเรื่องที่ทำให้งานวินิจฉัยที่จะออกโดยประธานศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อกังวลถึงคุณสมบัติในภายหลังได้ แม้ว่าในประเด็นนี้จะไม่มีการหยิบยกเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือผู้มีสิทธิในการนำเสนอเรื่องดังกล่าวก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การยอมให้มีการคัดค้านตุลาการกันเองได้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายไทยโดยเฉพาะศาลทางมหาชนจึงได้เสนอให้มีการนำหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์มากำหนดไว้ในกฎหมายทั้งในศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่าในศาลปกครองไทยมีการบัญญัติเหตุคัดค้านตุลาการหลักเกณฑ์การพิจารณาคัดค้านตุลาการไว้ในกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าระดับพระราชบัญญัติ โดยกำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฯ อันเป็นการออกบทกฎหมายเอง โดยองค์กรตุลาการซึ่งไม่ถูกต้องตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ควรให้องค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้ออกกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกันสิทธิ ทั้งเมื่อได้ศึกษาจากในระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดค้านตุลาการล้วนแล้วแต่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติทั้งสิ้น ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการบัญญัติเหตุคัดค้านตุลาการ ตลอดจนหลักเกณฑ์การพิจารณาคัดค้านตุลาการไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

คำสำคัญ : หลักการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะ, การคัดค้านตุลาการ, หลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์, ตุลาการศาลปกครอง, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

Thesis Title	CHALLENGING AND EXCLUDING JUDGES FROM JOINING A TRIBUNAL : A CASE STUDY OF THE ADMINISTRATIVE COURT AND CONSTITUTIONAL COURT
Author	Tadkamon Siricharoonwong
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Faculty of LAW Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Worachet Pakeerut, Doktor der Rechte
Academic Year	2023

ABSTRACT

This thesis focused on principles of objection to the judiciary and prohibiting the judiciary from joining a quorum by studying cases of the Administrative Court of Thailand and Constitutional Court of the Kingdom of Thailand as public law courts. The goal was to understand the system of objecting to the judiciary and prohibiting judges from joining a quorum in foreign legal systems compared with Thailand. Grounds for objecting or forbidding a judge from joining a quorum are significant mechanisms for a fair trial, resulting in more reliable public courts judgments and providing guidelines for improving relevant laws to guarantee fairness for the parties, to prevent charges of unfairness or questioning impartiality against judicial organizations in future.

Results in terms of provisions relating to the judicial objection in the public court system indicated no law specifying grounds for objecting to a judge. Only the Republic of Germany, without explicitly provision by the judiciary to oppose, has self-cleaning measures (Selbstreinigung). This principle is stipulated in Article 105 of the Federal Constitutional Court Act of Germany. The judiciary performs duties improperly discredits the Court, which has the power to independently consider the matter by presenting the president as impeachment judge for neglecting duties. Discharged from

judicial duties, the president will order the removal or expulsion of that judge from office as proposed. Related principles were absent from legal systems of other countries. In Thailand, there is no clear legal provision allowing judges to oppose each other. But in case of disputes concerning qualifications of the President of the Constitutional Court in term completion according to the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007) and the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017). The aforementioned controversies arise not by the initiative of the people or parties, but the fact that the Constitutional Court judge referred the matter to the Selection Committee for decision. This proposal may later cause a decision to be issued by the President of the Constitutional Court related to qualifications, absent any mention of qualifications or the right to submit such matters in this regard. Allowing judiciary objections among themselves is significant for the Thai legal system, especially in public courts and the Constitutional Court.

In addition, the Thai Administrative Court has grounds for objection to a judge. Criteria for considering judicial objections are in laws with a lower rank than statute level, in regulations set out on general meeting of Supreme Administrative Court judges. This issuance of legislation by judiciary violates the principle of separation of powers that should allow legislative bodies to issue laws affecting rights and liberties of the people, especially rules for insurance rights. Foreign legal system rules for objection define all judges by statutory law. These findings suggest that grounds for opposing judges be established as well as criteria for considering objections to judges in the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999).

Keywords : Exclusion, Judges, Tribunal, Challenge, Selbstreinigung, Administrative Court judge, Constitutional Court judge

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จได้หากมิได้รับความกรุณา ความเมตตา ความเอาใจใส่ จากศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ในการรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ทั้งได้แนะนำแนวทางในการเขียน เคี้ยวเช็ญ และติดตามทวงถามมาโดยตลอดระยะเวลาการศึกษาในชั้นปริญญาโท ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้ แต่คงมีอาจกล่าวขอบพระคุณอาจารย์ได้เพียงเท่าที่ตัวหนังสือนี้จะสื่อถึงเท่านั้น ยังมีความรู้สึกที่ไม่สามารถเขียนออกมาเป็นตัวหนังสือแทนคำขอบคุณได้ หวังเพียงสิ่งเดียวคือให้อาจารย์มีสุขภาพแข็งแรงสร้างสรรค์งานวิชาการ อยู่ในวงการกฎหมายมหาชนต่อไป

ขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ซึ่งกรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และรองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ ที่ได้รับกรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยอาจารย์ทั้งสองทำให้บรรยากาศในการสอบเปิดและปิดเล่มเป็นบรรยากาศที่น่าจดจำ ส่งพลังงานดี ๆ และได้ให้คำแนะนำที่มีค่าอย่างยิ่งในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งได้ให้ข้อมูลสำคัญอันทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาสาระที่เข้มข้นมากยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา บุคคลสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนได้รู้จักกับอาจารย์ที่ปรึกษาและอยากเข้าศึกษาในชั้นปริญญาโทผู้ซึ่งเป็นที่ชื่นชอบของบิดาผู้ล่วงลับ แม้ว่าในวันที่ผู้เขียนได้เข้าศึกษาและในวันที่ได้จบการศึกษาบิดาจะมีได้รับรู้แล้วก็ตาม ขอบพระคุณมารดาที่คอยสนับสนุนการศึกษาและจัดหาของกินให้ไม่ขาดสาย ซึ่งคำขอบคุณเป็นล้านก็คงไม่พอสำหรับบิดามารดาที่เป็นผู้ให้ทุกอย่างแก่ผู้เขียน ขอขอบคุณสามีที่แม้จะไม่เห็นด้วยกับการศึกษาแต่ก็ยอมขบรณมารับส่งตลอดระยะเวลา ขอบใจน้องของขวัญลูกรักที่เป็นแรงใจและพลังงานที่ดียิ่งกว่าสิ่งใด เป็นกำลังใจและคอยสนับสนุนให้ลาออกอยู่ตลอดเวลา ขอบคุณน้ำดื่ม พี่ต่อ พี่เก้ เจ้ปุม และน้องต๋ม รวมถึง หลานแพรว หลานไหม หลานเมฆ ที่เป็นกำลังใจให้ตลอดมาทั้งพากินพาเที่ยวตลอดเวลา

ขอขอบคุณพี่ปี ผู้ซึ่งเป็นเพื่อนที่เจอกันตั้งแต่วันแรกสัมภาษณ์จบจนวันสุดท้ายของการศึกษา ขอขอบคุณพี่ปีเป็นอย่างยิ่งที่กรุณาพาผู้เขียนมาจนถึงจุดนี้ ขอขอบคุณที่ให้กำลังใจกันในลักษณะที่ตึงกันไปมาตลอด ช่วยตรวจรูปแบบ ประโยค พิสูจน์อักษรให้ผู้เขียนแม้ในขณะที่ยุ่งแสนยุ่ง ขอขอบคุณ น้องแป้ง น้องก้อง น้องเฟื้อ น้องป๊อบและเพื่อนต๋มที่เคยสอบถามความก้าวหน้าของผู้เขียนอยู่ตลอด รวมถึงน้องกล้วยที่คอยแนะนำเทคนิคการจัดหน้าและส่งกำลังใจให้เสมอ ขอขอบคุณพี่ ๆ เพื่อน ๆ ร่วมชั้นปริญญาโท สาขามหาชนทุกท่าน

ขอขอบพระคุณท่านวิชฌุ วรรณัญ ที่ท่านได้เมตตาตามอบคำพิพากษาอันสำคัญยิ่งและเป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ขอขอบพระคุณท่านนพรัตน์ สร้อยแสง ผู้ซึ่งคอยสอบถามความ

คือบ่นอยู่ตลอดและให้ผู้เขียนตั้งใจมุ่งหมายต่อไปจนกว่าจะจบการศึกษา ขอขอบพระคุณท่านสุชาติ วงศ์สินนาค ที่ให้ความกรุณาสนใจติดตามและให้แรงใจในการทำงานวิชาการอยู่เสมอ ขอขอบคุณและขอใจเพื่อนนาง น้องโต ผู้ซึ่งเป็นแรงใจที่ดียิ่งของผู้เขียนเสมอมาทั้งเรื่องงาน เรื่องเรียน โดยเฉพาะ การสนับสนุนของอรรอยมาให้ตลอด เพื่อนพี่ไอ้ต ท่านป๊อบ ซึ่งพร้อมจะช่วยเหลือผู้เขียนเสมอแม้คดีจะ ล้นมือก็ตาม และพี่ ๆ น้อง ๆ สำนักงานศาลปกครองที่ไม่ได้เอ่ยนามไว้ในที่นี้ที่คอยเป็นกำลังใจให้ เสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ใดบ้างไม่มากก็น้อย ผู้เขียนขอยกให้เป็น คุณความดีแก่อาจารย์ผู้มีพระคุณทั้งหลายของผู้เขียน แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อม รับไว้แต่เพียงผู้เดียว และยินดีรับฟังเพื่อนำไปปรับปรุงแก้ไขในโอกาสต่อไป

ทัศนกุล ศิริจรูญวงศ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	3
1.4 วิธีการศึกษา	3
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	4
บทที่ 2 องค์กรตุลาการ	5
2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับองค์กรตุลาการ	5
2.2 หลักนิติรัฐ	7
2.3 หลักความเป็นกลางขององค์กรตุลาการ	9
2.4 หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ	12
2.5 หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรตุลาการ	14
บทที่ 3 การห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะและการคัดค้านตุลาการ ในระบบกฎหมายต่างประเทศ	18
3.1 สหรัฐอเมริกา	18

3.1.1 เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา	23
3.1.1.1 ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดี	24
3.1.1.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความในคดี	26
3.1.1.3 ผู้พิพากษาเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน	26
3.1.1.4 เหตุประการอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาคดีไม่เป็นกลาง	27
3.1.2 กระบวนการพิจารณาเมื่อมีการคัดค้านผู้พิพากษา	27
3.1.3 ระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษา	28
3.1.4 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง	28
3.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	29
3.2.1 หลักการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะหรือหลักการตัดตุลาการ	31
3.2.1.1 ตุลาการที่มีส่วนร่วมในเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องที่เป็นคดี (an der Sache beteiligt)	32
3.2.1.2 ตุลาการที่มีความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี	33
3.2.1.3 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเคยปฏิบัติงาน ที่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมาก่อนหน้า	34
3.2.2 เหตุแห่งการคัดค้านหรือปฏิเสธตุลาการ	34
3.2.2.1 ตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดี	37
3.2.2.2 ตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่กรณี	37
3.2.2.3 ตุลาการเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน (Mitwirkung an früheren Verfahren)	38
3.2.2.4 เหตุอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาคดีไม่เป็นกลาง	40
3.2.3 หลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ (Selbstreinigung)	44
3.2.4 หลักตุลาการคัดค้านกันเอง	47
3.2.5 หลักการกำหนดตัวตุลาการไว้ล่วงหน้าหรือหลักการรู้ตัวตุลาการล่วงหน้า	48
3.2.6 กระบวนการพิจารณาเมื่อมีคำร้องคัดค้านตุลาการ	48
3.2.7 ระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ	49
3.2.8 ผลการพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุต้องห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะ และกรณีมีการคัดค้านตุลาการ	50
3.2.9 การถอนตัวออกจากการพิจารณาโดยตุลาการเอง	51
3.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส	52
3.3.1 หลักความเป็นกลาง	52

3.3.1.1	ความเป็นกลางทางภาววิสัย (impartialité objective)	52
3.3.1.2	ความเป็นกลางทางอัตวิสัย (impartialité subjective)	53
3.3.2	เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ	55
3.3.2.1	มีความสัมพันธ์กับคู่ความ	55
3.3.2.2	ตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน	56
3.3.2.3	ตุลาการมีเหตุประการอื่นที่มีสภาพร้ายแรง	57
3.3.3	ระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ	58
3.3.4	ผลการพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านตุลาการ	60
3.3.5	การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง	60
3.4	สวิตเซอร์แลนด์	61
3.4.1	เหตุแห่งคัดค้านตุลาการ	64
3.4.1.1	ตุลาการมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี	66
3.4.1.2	ตุลาการผู้พิพากษาเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน	67
3.4.1.3	ตุลาการมีความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี	69
3.4.1.4	เหตุประการอื่น	70
3.4.2	ระยะเวลาการคัดค้านหรือปฏิเสธตุลาการ	73
3.4.3	ผลการพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านตุลาการ	75
3.4.4	การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง	75
บทที่ 4	การห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะและการคัดค้านตุลาการในระบบกฎหมายไทย	77
4.1	ข้อความคิดทั่วไป	77
4.2	ศาลรัฐธรรมนูญ	80
4.2.1	เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ	84
4.2.1.1	เคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน	84
4.2.1.2	ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง	85
4.2.1.3	เหตุประการอื่น	88
4.2.2	หลักการพิจารณาเมื่อมีการคัดค้านตุลาการ	89
4.2.3	ระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ	90
4.2.4	ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคำร้องคัดค้านตุลาการ	90

	(10)
4.2.5 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง	90
4.2.6 ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องคัดค้านตุลาการ	92
4.2.7 การตัดตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา	92
4.3 ศาลปกครอง	92
4.3.1 เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ	94
4.3.1.1 การมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี	95
4.3.1.2 ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง	95
4.3.1.3 การมีส่วนเกี่ยวข้องในคดี	99
4.3.1.4 เหตุประการอื่น	102
4.3.2 หลักการพิจารณาเมื่อมีการคัดค้านตุลาการ	105
4.3.2.1 ระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ	105
4.3.2.2 ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคำร้องคัดค้านตุลาการ	106
4.3.3 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง	107
4.3.4 ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดคำคัดค้านตุลาการ	107
4.3.5 การห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา	110
บทที่ 5 บทวิเคราะห์หลักการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะและการคัดค้านตุลาการ ในระบบกฎหมายไทย	111
5.1 ปัญหาการไม่ได้กำหนดเหตุคัดค้านผู้พิพากษาตุลาการไว้ในกฎหมายระดับ พระราชบัญญัติ	111
5.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ	117
5.2.1 ตุลาการมีประโยชน์ได้เสียในคดี	118
5.2.2 ตุลาการมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี	119
5.2.3 การที่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี	122
5.2.4 เหตุประการอื่นซึ่งมีสภาพร้ายแรง	125
5.3 ปัญหาการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำให้ตนเองบริสุทธิ์	133
5.4 ปัญหากระบวนการพิจารณาเมื่อมีเหตุคัดค้านตุลาการ	145
5.4.1 กระบวนการพิจารณาก่อนตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะ ในระบบกฎหมายไทย	145

5.4.2 กระบวนพิจารณาที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของตุลาการ เพื่อทำคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา	146
5.4.3 กระบวนพิจารณาภายหลังจากที่ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะ	147
5.5 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ	148
5.6 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจองค์คณะพิจารณาสั่งคำร้องคัดค้านตุลาการ	150
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	152
6.1 บทสรุป	152
6.2 ข้อเสนอแนะ	154
ศาลรัฐธรรมนูญ	154
ศาลปกครอง	155
บรรณานุกรม	156
ภาคผนวก	159
ภาคผนวก ก คำพิพากษาคดีอาญา ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ : คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6286/2561	160

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อกล่าวถึงอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ส่วนใหญ่ก็จะนึกถึงทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย หรือ Separation of Powers ของมองเตสกีเอ (Montesquieu) ซึ่งมีการนำทฤษฎีดังกล่าวมาประยุกต์ใช้เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของแต่ละประเทศ แต่ละยุคแต่ละสมัย โดยหลักจะมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งสถาบันตุลาการของไทย แม้จะประกอบด้วยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ แต่ในทางวิชาการแล้ว ระบบศาลของไทยเป็นระบบศาลคู่เนื่องจากเป็นระบบที่กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่งและคดีอาญาหรือคดีพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน โดยทั่วไป การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทคดีปกครองหรือคดีที่เอกชนพิพาทกับฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองนั้นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งมีระบบศาลและระบบผู้พิพากษาแยกต่างหากจากระบบศาลและระบบผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง มีอำนาจหน้าที่หลักคือวินิจฉัยคดีชี้ขาดข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน ที่เรียกว่า “คดีปกครอง” รวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ระเบียบ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครอง สัญญาทางปกครองตลอดความรับผิดชอบของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่หลักคือ วินิจฉัยชี้ขาดคดีหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กร การวินิจฉัยชี้ขาดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการการเลือกตั้ง การวินิจฉัยชี้ขาดสมาชิกภาพของรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา รวมไปถึงการควบคุมตรวจสอบพรรคการเมืองให้เป็นประชาธิปไตย กล่าวโดยสรุป สถาบันตุลาการไทยถูกกำหนดให้เป็นสถาบันที่มีบทบาทอำนาจหน้าที่ในการปฏิรูปการเมืองด้วย นอกจากบทบาทอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปที่ต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ ที่อยู่ภายในเขตอำนาจแล้ว ยังกำหนดให้สถาบันตุลาการมีเขตอำนาจในคดีทางการเมืองหรือคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมือง ในแง่ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองนั้นเป็นบทบาทอำนาจหน้าที่ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติธรรม ที่กำหนดให้การออกกฎหมายและรัฐสภามีระบบการตรวจสอบความถูกต้อง ชอบธรรมของกระบวนการพิจารณาให้ความเห็นชอบและการตรวจสอบเนื้อหาสาระของกฎหมาย รวมทั้งระบบการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมาย กฎ คำสั่ง หรือการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐต่าง ๆ ว่าเป็นไปด้วยความถูกต้อง ชอบธรรม ภายใต้ขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้

หรือไม่ ด้วยความคาดหวังถึงความชอบธรรมที่เป็นธรรมของสถาบันตุลาการจึงนำมาสู่ประเด็นข้อสงสัยว่าปัจจุบันในประเทศไทยมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลมีความเป็นกลางปราศจากสิ่งที่ทำให้เกิดความสงสัยถึงความเป็นธรรมของคำพิพากษาหรือไม่ หรือเป็นเพียงฉากในละครที่สมมติขึ้นมาเพื่อแสดงให้เห็นถึงความยุติธรรม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งเน้นศึกษาถึงประวัติศาสตร์ที่มาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในทางมหาชน เฉพาะเพียงศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองเท่านั้น ซึ่งจะกล่าวเปิดด้วยเรื่องขององค์กรของรัฐ เหตุผลในการจัดตั้ง ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวความคิดของนักวิชาการในแต่ละยุคสมัยทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย เพื่อพิจารณาหาข้อสรุปเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาลในทางมหาชนที่จะสามารถนำมาพัฒนาทำให้เกิดความเชื่อมั่น เชื่อถือในคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น และศึกษาถึงความไม่มีส่วนได้เสียของศาลและเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการที่มีการนำวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในศาลทางมหาชนนั้น ก่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่ความในคดีแล้วหรือไม่ ทั้งที่มีวิธีพิจารณาแตกต่างกัน คุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลตุลาการ รวมถึงคู่ความในคดี ย่อมมีความแตกต่างกัน โดยศึกษาจากต่างประเทศที่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองมายาวนานกว่าประเทศไทยว่ามีการนำเอากระบวนการพิจารณาคดีแบบใดมาใช้ในการพิจารณาเมื่อมีการเหตุคัดค้านตุลาการแตกต่างจากประเทศไทยมากน้อยเพียงใด มีการริเริ่มจากผู้ใดได้บ้าง หรือได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการป้องกันหรือมีหลักมิให้เกิดเหตุที่จะทำให้สามารถคัดค้านตุลาการในการพิจารณานั้น ๆ ได้อย่างใด หรือเห็นสมควรให้มีการแก้ไขปรับเปลี่ยนวิธีพิจารณาความในส่วนนี้เพื่อให้เหมาะสมกับประเภทคดีในศาลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน มากกว่าที่จะนำเอาเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการหรือวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิของคู่ความในการป้องกันมิให้ผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินคดีมีโอกาสที่จะใช้กระบวนการดำเนินคดีไปในทางที่มีชอบ รวมถึงกลไกของกฎหมายที่จะป้องกันอคติ ที่อาจเกิดจากตุลาการผู้พิจารณาคดีนั่นเอง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ทั้งตั้งใจและไม่ตั้งใจ เนื่องจากปัจจุบันมีการศึกษาในเรื่องดังกล่าวในหลาย ๆ ด้าน เช่น ในทางเศรษฐศาสตร์ได้ศึกษาและพบว่า การตัดสินใจของปัจเจกบุคคลในการพิพากษาคดีนั้น เป็นการกระทำโดยมนุษย์ซึ่งมนุษย์โดยทั่วไปทุกคนย่อมได้รับอิทธิพลจากความไม่มีเหตุผลอยู่แล้วโดยธรรมชาติ ไม่ว่าจะรู้ตัวหรือไม่ก็ตาม ในการพิพากษาจึงมีความพยายามลดความเป็นอัตวิสัย (Subjectivity) ลงด้วยการที่กำหนดให้ผู้พิพากษาศาลตุลาการต้องยึดถือนิติวิธีในการใช้กฎหมายและอนุญาตให้ใช้ดุลพินิจได้ในขอบเขตจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงบัญญัติบทกฎหมายในยุคต่าง ๆ ที่ได้นำเรื่องหลักการลดความอคติ 4 ประการ ซึ่งได้แก่ ฉันทาคติ ลำเอียงเพราะความรัก โทสาคติ ความโกรธ ภัยาคติ ความกลัว และโมหาคติ ความหลงที่อาจเกิดกับตุลาการมาปรับใช้เพื่อออกข้อกำหนดให้สอดคล้องกับยุคสมัยปัจจุบัน ในระบบกฎหมายไทยเดิมนั้นเห็นว่าผู้พิพากษาศาลตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจในฐานะตัวแทนของกษัตริย์ จึงต้องมีจริยธรรมที่สูงยิ่งกว่าผู้ประกอบอาชีพ

กฎหมายอื่นด้วยเหตุที่ต้องเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดหรือทำคำพิพากษาที่มีผลผูกพันคู่ความ ผู้พิพากษาศาลการต้องวางตัวตามหลักอินทภาษเพื่อที่จะได้ปฏิบัติหน้าที่ได้โดยถูกต้องเที่ยงธรรมให้สามารถดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีที่สำคัญได้อย่างมีประสิทธิภาพและสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่ความในคดี รวมถึงความปราศจากความเคลือบแคลงสงสัยของราษฎรที่มีต่อองค์กรตุลาการ ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความที่ดีจึงมีส่วนสำคัญและสามารถช่วยสนับสนุนควบคุมป้องกันการใช้กระบวนการดำเนินคดีไปในทางที่มีชอบได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

ศึกษาเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศว่า มีความเหมือนหรือแตกต่างกันเช่นไร โดยเน้นการศึกษาทั้งในด้านทบทวนญัตติของกฎหมาย ด้านข้อเท็จจริง คำพิพากษาหรือคำสั่ง รวมทั้งคำวินิจฉัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุในการคัดค้านตุลาการมาในวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีปกครองในส่วนของกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับบริบทของกฎหมายต่างประเทศเพื่อให้วิธีพิจารณาคดีปกครองและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และเพื่อเป็นกลไกในการทำให้การพิจารณาคดีมีความเป็นกลางและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

1.4 วิธีการศึกษา

ศึกษาในเชิงการวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยศึกษาถึงวิวัฒนาการแนวความคิด หลักกฎหมายต่างประเทศ และหลักกฎหมายไทย อันได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับ

แนวทางของกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนหนังสือ บทความ เอกสาร คำพิพากษา รวมทั้งผลงานทางวิชาการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ทำให้ทราบและเข้าใจถึง ที่มา หลักการพื้นฐานของการคัดค้านตุลาการในกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และวิธีพิจารณาของศาลปกครอง ทั้งในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ เพื่อให้เกิดการพัฒนาให้ดียิ่งขึ้น
2. เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจในระบบการคัดค้านตุลาการทั้งในด้านที่เกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายและข้อเท็จจริงอันมีลักษณะเป็นการเปรียบเทียบ
3. เพื่อให้สามารถนำมาวิเคราะห์ถึงอุปสรรค สภาพปัญหา อันจะสามารถนำมาแก้ไขปรับปรุงให้ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาของไทย ทั้งในส่วนวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีปกครองให้ดียิ่งขึ้น

บทที่ 2

องค์กรตุลาการ

2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับองค์กรตุลาการ

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้จัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจอันมีหลักการที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ หลักประชาธิปไตย และ หลักนิติรัฐ โดยมีส่วนของหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญในหลักนิติรัฐ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นการแบ่งแยกหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐหรือการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้ อำนาจรัฐโดยมีกฎหมายเป็นศูนย์กลาง แบ่งออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายที่รับผิดชอบด้านการตรากฎหมาย เรียกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Power) ฝ่ายที่รับผิดชอบด้านการบริหารราชการแผ่นดิน เรียกว่า ฝ่ายบริหาร (Executive Power) และฝ่ายที่รับผิดชอบด้านการพิจารณาพิพากษาคดีไปตามกฎหมาย เรียกว่า ฝ่ายตุลาการ (Judicial Power) โดยองค์กรเหล่านี้เป็นผู้ใช้อำนาจแยกจากกันโดยแต่ละองค์กรจะใช้อำนาจอธิปไตยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างเป็นอิสระเพื่อให้เกิดการตรวจสอบและถ่วงดุล

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการที่แท้จริงนั้นต้องใช้อำนาจที่มีเนื้อหาเป็นอำนาจตุลาการซึ่งเมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของอำนาจแล้ว อำนาจตุลาการคืออำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น และยังมีหน้าที่เพื่อควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากทั้งสององค์กรดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะไปละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก จึงต้องมีระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัด และเพื่อให้องค์กรตุลาการสามารถควบคุมตรวจสอบได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล องค์กรตุลาการจึงต้องเป็นอิสระและมีความเป็นธรรมซึ่งองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้ อำนาจตุลาการที่มีการใช้อำนาจที่มีสภาพบังคับเด็ดขาดเป็นที่สุด คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการจึงไม่อาจถูกเพิกถอนหรือถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยองค์กรอื่น เว้นแต่จะถูกกลับโดยองค์กรตุลาการด้วยกันเองในชั้นเหนือขึ้นไปตามกระบวนการพิจารณาคดีตามปกติของการอุทธรณ์ ฎีกา เท่านั้น ด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาศาลเป็นผู้ที่ต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดี ผลของคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาดังกล่าวจึงต้องมีสภาพบังคับ ดังนั้น จึงต้องกำหนดกลไกให้องค์กรตุลาการสามารถดำรงความเป็นกลาง และมีอิสระไม่ต้องเกรงกลัวต่ออิทธิพลใด ๆ ในระหว่างการพิจารณาคดีไม่ว่าคดีที่ตนได้พิจารณาอยู่นั้นจะเป็นคดีทางการเมืองที่มีอิทธิพลต่อสังคมหรืออาจมีผลกระทบต่อตนเองหรือไม่ และเพื่อเป็นการลดเหตุ

ที่จะทำให้ควินิจฉัยไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม อันเนื่องจากอคติของผู้พิพากษาตุลาการ ซึ่งนอกจากองค์การตุลาการจะต้องมีผู้พิพากษาตุลาการที่มีความรู้ความสามารถในทางกฎหมาย และสามารถตีความกฎหมายโดยปรับใช้กับข้อเท็จจริงให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่ความมากที่สุดแล้ว ยังต้องมีการวางกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความให้มีการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาตุลาการ ให้น้อยที่สุด เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นต่อประชาชนที่มีความศรัทธาต่อองค์การตุลาการให้มากที่สุด

ในทางวิชาการทางกฎหมายของไทยได้มีนักกฎหมายกล่าวถึงการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการไว้ อาทิ เช่น ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ ได้อธิบายเกี่ยวกับการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการที่ต้องมีความเป็นกลางโดยปราศจากอคติว่า “ผู้พิพากษาต้องทำให้จิตใจให้เป็นกลางหมายความว่า ทำจิตใจให้ว่างเวลาคิดเรื่องงานหรือนั่งบัลลังก์ จิตของเราต้องประภัสสร คือ แจ่มใสสว่างจ้า ไม่มีความโลภ ไม่มีโกรธ ไม่มีหลง ผู้พิพากษาถ้าไม่มีตัวกูแล้วจะเป็นกลางทำงานเหมือนเทวดา ไม่มีตัว ไม่ใช่ นาย ก นาย ข แต่เป็นเทวดาในการพิจารณาคดี โดยผู้พิพากษาต้องทนเพื่อความยุติธรรมโดยถ้อยแท้ และมั่นคง ตุลาการต้องเป็นอิสระจากสิ่งที่มีอิทธิพลทางความคิดในการตัดสินใจ เพื่อไม่ให้มีผลต่อการทำความเห็นของตุลาการ อิสระจากผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่า ไม่ให้ส่งผลกระทบต่ออรรถคดีได้ ดังที่ว่า จงให้ความยุติธรรม แม้ฟ้าจะถล่มก็ตามที”¹

ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความหมายของการใช้อำนาจตุลาการว่า “อำนาจตุลาการ คือ อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีหรือข้อพิพาททางกฎหมายให้ยุติเด็ดขาด มีผลทางกฎหมายผูกพันคู่ความในคดี ซึ่งเมื่อการชี้ขาดเสร็จสิ้นเด็ดขาดแล้วเรื่องราวในทางกฎหมายนั้นก็ยุติลง เราเรียกว่า res judicata ลักษณะสำคัญของอำนาจตุลาการนั้นต้องเป็นอำนาจชี้ขาดคดีที่เป็นข้อพิพาททางกฎหมาย ในแง่นี้อำนาจตุลาการไม่ใช่อำนาจชี้ขาดข้อพิพาททางสังคม การเมือง เศรษฐกิจ หรือวัฒนธรรม นอกจากนี้การใช้อำนาจตุลาการต้องใช้โดยองค์กรที่เป็นอิสระ เป็นกลางในความหมายที่ว่าไม่ได้เป็นคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง”²

เครื่องมือที่องค์กรตุลาการต้องใช้ส่วนหนึ่งต้องเป็นการปรับใช้กฎหมายตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี โดยให้เกิดความยุติธรรมกับคู่ความทั้งสองฝ่ายไม่ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นจะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนล่วงหน้าแล้วหรือไม่ จึงเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการที่ต้องตีความกฎหมายโดยอาศัยหลักนิติรัฐและนิติธรรม ให้สอดคล้องกับหลักความเป็นกลางหรือหลักปราศจากอคติ หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ ตลอดถึงหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรตุลาการ ซึ่งจะกล่าวถึงความสำคัญของหลักต่าง ๆ ไว้ในหัวข้อต่อไป

¹ สัญญา ธรรมศักดิ์, *ภยากติจิตประภัสสรของผู้พิพากษา* (วิญญูชน 2553) 8.

² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ด้วยกฎหมายและอุดมการณ์* (Shine Publishing House 2558) 343.

2.2 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐได้กำหนดองค์ประกอบในเชิงรูปแบบให้องค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อกฎหมายและความยุติธรรม โดยให้องค์กรตุลาการมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับองค์การตุลาการย่อมต้องศึกษาและรู้ที่มาของหลักนิติรัฐเสียก่อน ซึ่งหลักนิติรัฐ คือ หลักการที่มีการเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจ โดยทั่วไปหลักนิติรัฐมีพัฒนาการแนวความคิดมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานซึ่งมีความชัดเจนมากขึ้นในปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อรัฐสมัยใหม่มีการเรียกร้องให้กษัตริย์ที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดหากมีการใช้อำนาจโดยต้องคำนึงถึงเหตุผลประกอบด้วย เพื่อเป็นการป้องกันมิให้กษัตริย์ใช้อำนาจที่ตนมีโดยอำเภอใจและมีได้ตั้งอยู่บนหลักการของเหตุผล กระทั่งในต้นศตวรรษที่ 19 ประชาชนได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพมากขึ้น สิทธิดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่า มนุษย์มีสิทธิติดตัวมาตามธรรมชาติ ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย หลักการนี้เกิดขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายไม่ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกัน³ และเป็นหลักการที่อธิบายถึงความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐเพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักแห่งความยุติธรรมหรือหากมีการตรากฎหมายที่มีลักษณะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุในการตรากฎหมายนั้น ๆ ซึ่งหากมองดูจากบริบทแล้ว สิทธิ ก็คืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับผู้อื่น โดยการเรียกให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ตนเอง⁴ ส่วนเสรีภาพนั้นคือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับตนเอง โดยกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะทำและไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะทำ⁵ และเมื่อมีการตรากฎหมาย

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, การอ่าน 2564) 260.

⁴ Alex WEILL, Francois TERRE, *Droit civil : Introduction générale* (4e édition, Paris, Dalloz1979) 20. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง* (วิญญูชน 2565) 37.

⁵ DD. RAPHAEL, *Problems of Philosophy*, (London < zmacmillan Press Ltd.1976)115 ; jean RIVERO, *Les lidertés publiques, Tome I : Les droits de l'homme* (6e edition, Paris, PUF 1991) 20. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง*, (วิญญูชน 2565) 37.

ที่มีลักษณะเป็นการก่อตั้งสิทธิอันใดอันหนึ่งขึ้นมา รัฐย่อมต้องรักษาความมั่นคงและแน่นอน เพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าวที่ได้ก่อตั้งขึ้นด้วย ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์กรรัฐจึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ประการที่ 1 องค์กรรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ บุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐต้องผูกพันตนต่อกฎหมาย และประการที่ 2 รัฐต้องประกันและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานนี้อาจแบ่งได้เป็น สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในความเสมอภาค สิทธิในเสรีภาพ หมายถึง อำนาจของบุคคล ที่กฎหมายรับรองในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดตามที่ตนต้องการ ส่วนสิทธิในความเสมอภาค หมายถึง อำนาจของปัจเจกบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีลักษณะสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีลักษณะสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐอาจใช้อำนาจก้าวล่วงไปในสิทธิดังกล่าวได้ หากเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ⁶ หลักนิติรัฐอาจอธิบายได้ว่า นอกจากรัฐต้องมีการปกครองโดยกฎหมายแล้ว การปกครองด้วยกฎหมายดังกล่าวต้องมีความยุติธรรมอีกด้วย

ในระบบกฎหมายไทยมีการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตั้งแต่มาตรา 27 จนถึงมาตรา 37 แต่ก็ได้มีการจำกัดสิทธิในเสรีภาพบางประการที่เป็นการจำกัดสิทธิในลักษณะที่เปิดกว้างเกินจนเหมือนเป็นการลบหล้างหลักประกันเสรีภาพดังกล่าว⁷ อาจกล่าวได้ว่าหลักนิติรัฐที่แฝงตัวอยู่ในระบบกฎหมายไทยนั้น ยังคงมีส่วนที่มีการขัดแย้งในลักษณะที่ทำให้เกิดช่องว่างในการตรวจสอบกฎหมายได้ และยังมีปัญหาในการปรับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพประสิทธิผลและเป็นไปตามหลักนิติรัฐอยู่ ซึ่งบางส่วนอาจเกิดจากการที่ระบบกฎหมายไทยเกิดการรัฐประหารอยู่บ่อยครั้ง และเมื่ออำนาจอยู่ที่ฝ่ายใด ฝ่ายนั้นก็จะทำการออกแบบและสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อเป็นไปในลักษณะที่เป็นคุณของฝ่ายนั้น

⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (เชิงอรรถ 3) 290.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามมาตรา 44 ได้กำหนดให้มีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ แต่ก็ได้บัญญัติเงื่อนไขการจำกัดสิทธิในวรรคสองว่า การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น และได้มีการตราพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ออกมาเพื่อจำกัดสิทธิในการชุมนุม โดยเหตุที่รัฐออกมาจำกัดสิทธินี้ มีวัตถุประสงค์ให้หลักเกณฑ์การใช้สิทธิชุมนุมสาธารณะมีความชัดเจนและสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ประเทศไทยเป็นภาคี เพื่อให้การชุมนุมสาธารณะเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย ไม่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ และไม่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น

นั่นเอง ดังนั้น แม้หลักนิติรัฐจะมุ่งหมายให้ฝ่ายที่ใช้อำนาจปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหรือต้องมีความยุติธรรมมากเพียงใด ในท้ายที่สุดยังคงตกอยู่ภายใต้แนวคิดอิทธิพลของผู้ร่างกฎหมายอยู่นั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการวางกฎเกณฑ์การใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมิให้มีการอ้างอำนาจตามกฎหมายในลักษณะที่เป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจดังกล่าวในการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้

องค์กรตุลาการจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะสามารถส่งเสริมหลักนิติรัฐให้มีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น และในฐานะองค์กรผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ความชอบด้วยกฎหมายตลอดจนใช้และตีความกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็กฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าหลักนิติรัฐเรียกร้องให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่รักษาความเชื่อมั่นเชื่อถือของประชาชน ทำให้คำตัดสินหรือคำพิพากษามีความยุติธรรมและศักดิ์สิทธิ์มากยิ่งขึ้น ผู้ที่ใช้อำนาจทางตุลาการจึงต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีอคติ ปราศจากความลำเอียง ไม่ถูกครอบงำหรือถูกแทรกแซงจากบุคคลใดหรือองค์กรใด

2.3 หลักความเป็นกลางขององค์กรตุลาการ

เมื่อความคาดหวังของประชาชนต่อองค์กรตุลาการ คือ ความมุ่งหมายให้องค์กรตุลาการเป็นที่พึ่งสุดท้าย องค์กรตุลาการจึงต้องมีความเป็นกลางในการตัดสินคดี โดยไม่ให้เกิดความเอนเอียงไปเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยอำเภอใจ เนื่องจากคำพิพากษาส่งผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีที่ได้ยื่นฟ้องร้องต่อกันไม่ว่าจะทางทรัพย์สิน สิทธิผลประโยชน์ต่าง ๆ ซึ่งหากเป็นในทางคดีอาญาย่อมส่งผลต่อร่างกาย เสรีภาพอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

หลักความเป็นกลางถือเป็นเครื่องมือในประการสำคัญเพื่อให้องค์กรตุลาการต้องยึดถือและดำรงตนอยู่ในหลักการดังกล่าวนี้ แม้ว่าหลักความเป็นกลางจะเป็นเพียงหลักการทั่วไปที่ไม่มีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่หลักความเป็นกลางนี้เป็นที่ยอมรับกันมาตั้งแต่สมัยโบราณ ตั้งแต่ก่อนยุคการก่อตั้งรัฐ ซึ่งในยุคสมัยที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้พิจารณาอรรถติราชฎาก็ต่างมุ่งหวังให้พระมหากษัตริย์ต้องมีความเป็นกลางตัดสินคดีความที่เกิดขึ้นด้วยความยุติธรรมไม่เข้าข้างฝ่ายใดไม่ว่าจะเพราะความต่างด้วย วรรณะ ศาสนา เพศ หรือความเห็นที่แตกต่างกันทางการเมืองก็ตาม เมื่อได้มีการรวมตัวกันของราชฎาร จนก่อตั้งเป็นรัฐ มีการแบ่งแยกอำนาจในการบริหาร ตุลาการ นิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจตุลาการนอกจากต้องมีความเป็นกลางแล้วยังถูกเรียกร้องให้มีความเป็นอิสระเพื่อเป็นหลักประกันในการทำหน้าที่ในการวินิจฉัยทำคำพิพากษาขององค์กรตุลาการอีกด้วย

หลักความเป็นกลางเกิดขึ้นมาเพื่อเป็นเกณฑ์ในการกันตุลาการที่มีเหตุอันทำให้วิญญูชนเห็นได้ว่า การไม่เป็นกลางหรือมีอคตินำเหตุนำผลที่จะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

ในเรื่องนั้น ๆ และเหตุดังกล่าวย่อมทำให้ตุลาการผู้นั้นขาดคุณสมบัติที่จะอำนวยความยุติธรรมในเรื่องนั้น และอาจก่อให้เกิดความกังขา ข้อกังวล หรือความสงสัยในการพิจารณาคดีหรือการทำคำพิพากษาต่อไปได้ ดังนั้น เพื่อให้คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการมีความน่าเชื่อถือและมีความศักดิ์สิทธิ์มากยิ่งขึ้น องค์กรตุลาการต้องไม่มีอคติในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ไม่ตัดสินคดีที่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ในลักษณะที่ตนมีส่วนได้เสีย หรือได้รับอิทธิพลจากผู้อื่น หรืออิทธิพลจากความรู้สึกของประชาชนในสังคม หรือจากสื่อสารมวลชนนั่นเอง

หลักความเป็นกลางจึงเป็นหลักการสำคัญของทุกประเทศ โดยเฉพาะในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจนระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ และอำนาจบริหาร สิ่งที่รัฐจะทำให้ประชาชนเชื่อมั่นในองค์กรดังกล่าวได้ อันเป็นหลักประกันสิทธิให้แก่ประชาชน องค์กรตุลาการจึงต้องมีความเป็นกลาง ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นธรรมปราศจากความเอนเอียงไปเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

หลักความเป็นกลางเป็นหลักการที่ได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายธรรมชาติหรือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ แนวความคิดพื้นฐานของหลักการนี้มีว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ บุคคลนั้นก็จะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจวินิจฉัยสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ หลักการนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐ ที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาตุลาการ ซึ่งนำมาสู่การคัดค้านผู้พิพากษาตุลาการที่มีประโยชน์ได้เสียในคดีมิให้เป็นผู้วินิจฉัยในคดีนั้น หรือหลักความเป็นกลางขององค์กรฝ่ายปกครองที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการ ในคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ หรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสีย ระบบกฎหมายของนานาอารยประเทศต่างยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักความเป็นกลางนี้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป อีกทั้งหลักการความเป็นกลางยังเป็นหลักการที่กำหนดสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาตุลาการที่มีความชอบธรรมอีกด้วย

ในทางสากลได้มีการรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในปฏิญญาสากลแห่งยุโรปว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales) มาตรา 6-1 วรรคหนึ่งว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม เปิดเผย และในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ซึ่งได้มีการตีความหลักดังกล่าวขยายไปถึงกระบวนการพิจารณาทางปกครองด้วย จากการศึกษาถึงพัฒนาการของหลักการคัดค้านผู้พิพากษาตุลาการในต่างประเทศ จะพบได้ว่าการเกิดขึ้นของหลักการดังกล่าวในแต่ละประเทศได้รับการพัฒนามาจากพื้นฐานทางแนวความคิดที่แตกต่างกัน ซึ่งส่งผลให้การปรากฏอยู่ของหลักการดังกล่าวในปัจจุบันแตกต่างกันออกไป เพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาตุลาการเป็นไป

ตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นในคดีเท่านั้น นอกจากนี้ หลักความเป็นกลางยังปรากฏอยู่ในคำสอนของศาสนาต่าง ๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันมาหลายยุคหลายสมัย เป็นการนำสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติร่วมกับสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปว่าอย่างไรถึงมีความเป็นกลาง โดยต้องพิจารณาบนพื้นฐานของความเป็นกลางมากกว่าความลำเอียง หรือความมีอคติ ตุลาการจึงต้องวางตนเป็นกลางมากกว่าเห็นแก่ประโยชน์ได้เสียของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือเพื่อประโยชน์ของตัวผู้พิพากษาศาลการเอง ซึ่งอาจกลายเป็นการจงใจใช้อำนาจตุลาการโดยมิชอบและอาจมีความผิดฐานบิดเบือนการใช้อำนาจดังกล่าวในที่สุด

สำหรับในประเทศไทยหลักความเป็นกลางนำมาใช้ในการคัดค้านผู้พิพากษาศาลการซึ่งเกิดขึ้นเพื่อยกระดับความยุติธรรมให้เพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะองค์กรตุลาการที่เปรียบเสมือนหนึ่งดังที่พึงสุดท้ายของประชาชน ความน่าเชื่อถือในการอำนวยความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งสำคัญ หากประชาชนไม่มีความเชื่อมั่นการอำนวยความยุติธรรมของศาลแล้ว องค์กรตุลาการย่อมดำรงอยู่ไม่ได้สิ่งหนึ่งที่จะช่วยให้องค์กรตุลาการได้รับความเชื่อมั่นในความยุติธรรม คือ การที่ผู้พิพากษาศาลการมีความเป็นกลาง ปราศจากอคติ และดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดโอกาสให้คู่ความในคดีมีสิทธิคัดค้านผู้พิพากษาศาลการได้ ซึ่งได้มีการรับรองการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลการไว้ในมาตรา 188 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้ผู้พิพากษาศาลการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง โดยคำว่า อคติ ในที่นี้สามารถอธิบายได้ตามหลักอินทภาษ ที่ปรากฏในหนังสือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ที่ว่า การจะเป็นตุลาการที่ดีต้องไม่มีอคติ 4 ประการ คือ ฉันทาคติ โทสาคติ โมหาคติ หรือภยาคติ หมายถึง การไม่ลำเอียงเพราะรัก ไม่ลำเอียงเพราะโกรธ ไม่ลำเอียงด้วยลาภยศสรรเสริญ หรือลำเอียงเพราะความกลัว ดังนั้น ผู้พิพากษาศาลการต้องตัดสินคดีโดยไม่มีอคติต่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และไม่ทำให้คู่กรณีเกิดความสงสัยในความเป็นกลางของผู้พิพากษาศาลการผู้ตัดสินคดีของตน แม้จะอยู่ในสภาวะการณ์ใดก็ตาม ไม่ว่าจะลำบาก ด้วยเหตุทางการเมือง หรือสังคมกดดัน และการแบ่งความคิดเห็นทางการเมืองออกเป็นสองฝ่ายก็ตาม ผู้พิพากษาศาลการย่อมต้องพินิจพิเคราะห์ให้ถ่องแท้เสียก่อน ด้วยใจที่เป็นกลาง ปราศจากอคติ พิจารณาจากข้อเท็จจริง บริบทของกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรม โดยไม่เกรงกลัวต่ออุปสรรคและอันตรายทั้งปวง

หลักความเป็นกลางจึงเรียกร้องให้รัฐต้องมีหลักประกันในการคัดกรองผู้พิพากษาศาลการและมีการควบคุม การทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษาศาลการให้มีจิตบริสุทธิ์ ยุติธรรม มีความเป็นกลางไม่ลำเอียงต่อคู่พิพาทฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง และให้ผู้พิพากษาศาลการตัดสินคดีได้อย่างอิสระ เพื่อเป็นการหลักประกันให้แก่ผู้ที่มีบรรทัดฐานชีวิต สิทธิ เสรีภาพ ทรัพย์สิน จะไม่ถูกตัดสินโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น หลักความเป็นกลางและหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการจึงต้องควบคู่ไปด้วยกัน หากขาดหลักใดหลักหนึ่งไปย่อมไม่อาจถือได้ว่าคำพิพากษาที่ถูกถ่ายทอดโดยองค์กร

ตุลาการมีความเป็นธรรมได้อย่างแท้จริง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หากผู้พิพากษาตุลาการมีความเป็นกลางในการพิจารณาแต่ขาดความเป็นอิสระในการทำคำพิพากษาและถูกอิทธิพลบางอย่างกดดันให้ต้องตัดสินคดีไป ย่อมถือได้ว่า ผู้พิพากษาตุลาการผู้นั้นขาดความเป็นอิสระหรือหากมีความเป็นอิสระเพียงอย่างเดียวในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยไม่สนใจอะไรตัดสินเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปโดยมีอคติ ผลคือ คำพิพากษาดังกล่าวย่อมทำให้ประชาชนขาดความเชื่อมั่นในคำพิพากษาหรือในองค์กรตุลาการ สภาพบังคับของคำพิพากษาในท้ายที่สุดอาจกลายเป็นแค่กระดาษที่ลงนามโดยบุคคลที่เรียกว่าผู้พิพากษาตุลาการเท่านั้น

2.4 หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ หมายความว่า การที่ผู้พิพากษาตุลาการสามารถทำหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ ซึ่งผู้พิพากษาตุลาการต้องมีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและต้องทำคำพิพากษาภายใต้หลักมโนธรรมสำนึกของตนเองเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการจะต้องใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาและมีคำตัดสินชี้ขาด ซึ่งในกระบวนการขั้นตอนการพิจารณาคดีต่าง ๆ ต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เช่น เมื่อผู้พิพากษาตุลาการได้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดแล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวนั้นต้องเป็นที่สุด ไม่มีการแก้ไขโดยองค์กรอื่นได้ไม่ว่าจะเป็้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารก็ตาม ยกเว้นเสียแต่องค์กรตุลาการด้วยกันเองในลำดับชั้นที่สูงกว่าที่จะสามารถกลับและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ดังนั้น ความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการย่อมหมายถึงความเป็นอิสระของตุลาการ อาจกล่าวได้ว่ามีความอิสระในด้านต่าง ๆ 3 ประการสำคัญ ได้แก่

ประการแรก ห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเข้ามาแทรกแซงการดำเนินงานของศาล อันหมายรวมถึงผู้พิพากษาตุลาการไม่ว่าจะเป็นการแทรกแซงโดยทางตรงหรือทางอ้อม หลักการนี้จึงทำให้ฝ่ายบริหารไม่อาจสั่งย้ายผู้พิพากษาตุลาการได้เหมือนกับการย้ายข้าราชการทั่วไป

ประการที่สอง ห้ามมิให้มีการแทรกแซงกันเองภายในฝ่ายตุลาการ นอกจากภายนอกไม่อาจแทรกแซงฝ่ายตุลาการได้แล้ว ภายในฝ่ายตุลาการก็จะแทรกแซงกันเองไม่ได้ ซึ่งในเรื่องของการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผู้พิพากษาตุลาการที่นั่งพิจารณาจะต้องมีจำนวนครบองค์คณะตามที่กฎหมายกำหนดด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้พิพากษาตุลาการได้ร่วมกันใช้ดุลพินิจอย่างรอบคอบตามหลักแห่งความเป็นอิสระจากการใช้ข้อเท็จจริงที่ได้รับฟังโดยการนั่งพิจารณาคดีซึ่งมีตุลาการที่ครบองค์คณะ นอกจากนั้นในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของผู้พิพากษาตุลาการต้องไม่ตกอยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาที่ผู้มีตำแหน่งสูงกว่าสามารถสั่งการได้เหมือนดังเช่นข้าราชการทั่วไปด้วย

ประการที่สาม ห้ามเรียกคืนสำนวนคดีจากผู้พิพากษาตุลาการเจ้าของสำนวนคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิพากษาตุลาการท่านใดก็ต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จ ผู้มีตำแหน่งสูงกว่าไม่ว่าจะเป็นอธิบดีหรือประธานของศาลนั้นก็ไม่อาจเรียกคืนสำนวนคดีเพื่อนำไปให้ผู้พิพากษาตุลาการอื่นพิจารณาวินิจฉัยได้

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติความคุ้มครองความเป็นอิสระของตุลาการไว้ในมาตรา 188 จำแนกได้ดังนี้

1. การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์
2. ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง

ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ กล่าวว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจำต้องพิจารณาจากปัจจัยที่สำคัญ ดังนี้

1. ความอิสระของการทำหน้าที่เป็นการคุ้มครองการปฏิบัติการกิจของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งการแทรกแซงจากองค์กรใช้อำนาจรัฐ องค์กรอื่น และการคุ้มครองจากการแทรกแซงทางอ้อมเพื่อให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น
2. ความเป็นอิสระในทางองค์กรมีผลมาจากการแบ่งแยกอำนาจ หมายความว่า อำนาจตุลาการ ต้องไม่อยู่ในลักษณะความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะโดยทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ตาม
3. ความอิสระในทางส่วนบุคคล หมายความว่า โดยหลักแล้วการถอดถอน และการโยกย้ายไม่อาจกระทำได้ หากเป็นการขัดต่อความประสงค์ของผู้พิพากษาเว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล⁸

ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหมายถึง การที่ผู้พิพากษาต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจสั่งการของผู้บริหารศาลและบุคคลอื่นใดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดี และมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายให้ยุติเด็ดขาดเป็นที่สุด นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่า การละเมิดความเป็นอิสระของผู้พิพากษานอกจากจะเกิดจากการสั่งการต่อผู้พิพากษาแล้ว ยังรวมถึงการกระทำในลักษณะอื่นใดที่โดยผลแล้วถือว่าเป็นผู้พิพากษาไม่มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีในทางความเป็นจริงด้วย เช่น การกำหนดบังคับ

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (วิญญูชน 2544) 318.

ให้ผู้พิพากษาต้องทำคำพิพากษาให้ได้ในปริมาณตามที่กำหนดในแต่ละเดือน หรือการตั้งกองเซ็นเซอร์
 บีบให้ผู้พิพากษาต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา⁹

2.5 หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรตุลาการ

การเริ่มต้นของหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรตุลาการนั้น ก่อตัวจากการ
 ออกกฎหมายที่เป็นการให้อำนาจองค์กรตุลาการ และกฎหมายที่บัญญัติถึงกระบวนการพิจารณาคดี
 ซึ่งองค์กรตุลาการย่อมต้องผูกพันต่อบทบัญญัติดังกล่าวในการใช้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีและ
 ในการทำคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา โดยไม่สามารถใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจได้ ดังนั้น ความผูกพัน
 ขององค์กรตุลาการต่อกฎหมาย จึงหมายถึงการห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลาการปฏิเสธกฎหมายหรือ
 บิดเบือนกฎหมายโดยอำเภอใจ¹⁰ แม้ว่าบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลาการจะเห็นว่าการบังคับใช้
 กฎหมายดังกล่าวล้าหลังไม่ทันต่อเหตุการณ์ในปัจจุบัน หรือแม้กระทั่งเห็นว่าการปรับใช้กฎหมาย
 ดังกล่าวในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีที่ตนได้นั่งทำการพิจารณาไม่มีความเป็นธรรมก็ตาม ก็ไม่อาจปรับ
 บทกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการหลีกเลี่ยงต่อข้อกฎหมายดังกล่าวได้ แต่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว
 ย่อมมีอำนาจในการตีความกฎหมายให้เป็นไปตามนิติวิธี และหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ
 กรณีย่อมต้องนำกฎหมายโดยเทียบเคียงอย่างยิ่ง รวมถึงการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ โดยอาศัย
 การอธิบายเหตุผลเพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีหรือคู่ความ ซึ่งเหตุ
 ประการสำคัญที่สามารถอธิบายให้เข้าใจได้โดยง่าย คือ องค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อกฎหมายที่ตน
 มิได้เป็นผู้ร่างนั่นเอง จึงทำให้องค์กรตุลาการมิได้เป็นองค์กรที่มีความเชื่อมโยงต่อประชาชนโดยตรง
 แต่ได้รับอำนาจของรัฐในการพิจารณาคดีผ่านองค์กรนิติบัญญัติที่ได้เชื่อมโยงต่อประชาชน
 โดยตรงและใช้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้น หลักการนี้เกิดขึ้นเพื่อให้องค์กรตุลาการมีเพียงภารกิจ
 เดียวคือ ภารกิจในการตัดสินข้อพิพาทหรือมีคำวินิจฉัยชี้ขาด เพื่อให้การทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นไปด้วย
 ความอิสระและเป็นกลาง องค์กรตุลาการจึงปราศจากความผูกพันต่อเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น และสิ่งเดียว
 ที่จะผูกพันองค์กรตุลาการได้ คือ กฎหมาย¹¹

นอกจากองค์กรตุลาการต้องมีลักษณะที่เป็นกลาง มีความเป็นอิสระ และต้องผูกพัน
 ต่อกฎหมายแล้ว ในการดำรงตนให้มีความประพฤติหรือมีพฤติกรรมต่าง ๆ เพื่อสร้างภาพลักษณ์

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (เชิงอรรถ 3) 282-283.

¹⁰ เพิ่งอ้าง 281.

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะเป็น
 “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ* (วิญญูชน 2560) 109.

ต่อความเชื่อมั่นของประชาชน จึงได้มีการวางเกณฑ์ในการประพฤติปฏิบัติตนของผู้พิพากษาศาลากลาง ด้านจริยธรรม จัดทำขึ้นโดยกลุ่มผู้พิพากษาศาลากลางเพื่อเสริมสร้างหลักความสุจริตเที่ยงธรรมของผู้พิพากษาศาลากลาง (the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity) ซึ่งได้รับการรับรองโดยมติคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ (ECOSOC Resolution 2006/23) ที่กำหนดให้ยกระดับและสนับสนุนในเรื่องสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ เพื่อใช้เป็นต้นแบบของจริยธรรมของประเทศสมาชิก กระทั่งได้มีการจัดทำเป็นร่างจริยธรรมจากกลุ่มหัวหน้าผู้พิพากษาในระบบกฎหมาย common law ช่วยกันสร้างมาตรฐานจริยธรรมของศาลยุติธรรม เพื่อสร้างความเชื่อมั่นต่อหลักนิติธรรมของสาธารณชนจนเกิดเป็นหลักจริยธรรมบังกาลอร์ เนื่องจากหลักการนี้เรียกร้องความเชื่อมั่นจากสาธารณชนในฐานะที่เป็นจุดมุ่งหมายสูงสุดของบทบัญญัติของกฎหมายที่ดี

ต่อมา มีการร่างหลักจริยธรรมขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยกลุ่มหัวหน้าผู้พิพากษาของประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งได้ปรึกษาหารือศาลยุติธรรมมากกว่า 80 ประเทศ เพื่อยกระดับความเชื่อมั่นของประชาชนต่อมาตรฐานจริยธรรมของศาลยุติธรรมที่มีต่อหลักนิติธรรม ซึ่งในการจัดทำร่างดังกล่าวมีการประชุมที่เมืองบังกาลอร์ ประเทศอินเดีย แนวคิดในการร่างหลักการนี้เกิดจากความเชื่อที่ว่า “ความยุติธรรมจะสามารถมีขึ้นได้ หากสาธารณชนไว้วางใจศาลว่ามีความเป็นธรรม”¹² ภายหลังกองกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้มีมติในการประชุมที่ 2003/43 เกี่ยวกับความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาลยุติธรรม โดยร่วมกันรับรองหลักจริยธรรมบังกาลอร์ และนำมาเสนอต่อประเทศสมาชิก และต่อมากองกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนได้มีมติในการประชุมที่ 2003/39 มีมติเชิญชวนให้นำหลักการนี้ไปใช้เพื่อสร้างมาตรฐานสำหรับจริยธรรมของศาลหรือผู้พิพากษา โดยกำหนดเป็นแนวทางว่า ความมีคุณธรรมของศาลสิ่งสำคัญที่ต้องทำเป็นอันดับแรกเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชน เพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีการเลือกปฏิบัติในการบริหารศาลยุติธรรม และศาลอื่น ๆ

หลักจริยธรรมบังกาลอร์ ประกอบด้วยหลักความเป็นอิสระ (independence) หลักความเป็นกลาง (impartiality) หลักความซื่อสัตย์ (integrity) หลักการวางตน (propriety) หลักความเท่าเทียม (equality) และหลักความสามารถในการปฏิบัติงาน (competence and diligence)¹³ โดยหลักนี้จะนำมาปรับใช้ไม่เฉพาะแต่คำพิพากษา แต่รวมถึงกระบวนการพิจารณาที่ทำให้ได้มาซึ่งคำพิพากษา หลักการความเป็นกลางมีรายละเอียด คือ (1) ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการโดยปราศจากการเข้าข้างมีความลำเอียง หรืออคติ (2) ผู้พิพากษาไม่ว่าจะอยู่นอกศาลหรือในศาลต้องแน่ใจว่าจริยธรรม

¹² ถาวร เกษมะณี, ‘หลักความเป็นกลาง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 22.

¹³ เพิ่งอ้าง 23.

ของตนจะสามารถและส่งเสริมความเชื่อมั่นของสาธารณชน หลักวิชาชีพกฎหมาย และคู่ความต่อความเป็นกลางของศาลหรือผู้พิพากษานั้น (3) ผู้พิพากษาจะต้องดำรงตนตามสมควรให้เกี่ยวข้องกับมูลเหตุที่จะทำให้ผู้พิพากษานั้นขาดคุณสมบัติจากการพิจารณาและตัดสินคดีให้น้อยที่สุด (4) ผู้พิพากษาจะต้องไม่แสดงความคิดเห็นใด ๆ เกี่ยวกับการพิจารณาคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณา อันอาจเป็นที่คาดหมายได้ว่าจะกระทบต่อผลการตัดสิน หรือจะทำให้เสียหายต่อความยุติธรรมโดยชัดแจ้ง และผู้พิพากษาจะต้องไม่แสดงความคิดเห็นใด ๆ ต่อสาธารณะหรืออื่น ๆ ที่อาจกระทบต่อการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมของบุคคลหรือคดี (5) ผู้พิพากษาจะขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดีได้หากวิญญูชนเห็นว่าผู้พิพากษานั้นไม่สามารถที่จะตัดสินคดีได้อย่างเป็นกลาง ในกรณีดังต่อไปนี้ (ก) ผู้พิพากษามีอคติหรือความลำเอียงเกี่ยวกับคู่ความ หรือได้แสดงความคิดเห็นส่วนตัวอย่างชัดแจ้งในเรื่องที่พิพาทเกี่ยวกับการพิจารณา (ข) ผู้พิพากษาเคยทำหน้าที่เป็นทนายความหรือเคยเป็นพยานในเรื่องโต้แย้งกันมาก่อน (ค) ผู้พิพากษา รวมถึงสมาชิกในครอบครัวของผู้พิพากษามีผลประโยชน์ได้เสียทางเศรษฐกิจในผลการตัดสินที่ออกมาจากการโต้แย้งนั้น ในกรณีที่ไม่สามารถหาผู้พิพากษาอื่นมาพิจารณาคดีแทนได้ ผู้พิพากษาผู้ที่มีเหตุขาดคุณสมบัติยังคงพิจารณาคดีต่อไปได้ไม่จำเป็นต้องออกจากองค์คณะ หรือในกรณีจำเป็นเร่งด่วนที่อาจทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไป ¹⁴ คำว่า ครอบครัวของผู้พิพากษา

¹⁴ Bangalore Principles of Judicial Conduct

Value 2 Impartiality Principle

2.1 A judge shall perform his or her judicial duties without favour, bias or prejudice.

2.2 A judge shall ensure that his or her conduct, both in and out of court, maintains and enhances the confidence of the public, the legal profession and litigants in the impartiality of the judge and of the judiciary.

2.3 A judge shall, as far as is reasonable, so conduct himself or herself as to minimize the occasions on which it will be necessary for the judge to be disqualified from hearing or deciding cases.

2.4 A judge shall not knowingly, while a proceeding is before, or could come before, the judge, make any comment that might reasonably be expected to affect the outcome of such proceeding or impair the manifest fairness of the process, nor shall the judge make any comment in public or otherwise that might affect the fair trial of any person or issue.

ตามหลักการนี้ คือ ครอบครัวของผู้พิพากษา รวมถึงคู่สมรส บุตรชาย บุตรสาว บุตรเขย บุตรสะใภ้ และบุคคลอื่นที่เป็นญาติใกล้ชิด หรือบุคคลที่เป็นมิตรหรือลูกจ้างของผู้พิพากษา รวมถึงบุคคลที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของครอบครัวของผู้พิพากษา หรือบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นเพศใดที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้พิพากษา หลักความเป็นกลางนอกจากจะทำให้องค์กรตุลาการเป็นที่เชื่อมั่น ยอมรับแล้วยังเป็นหลักการที่ส่งผลต่อการสร้างกระบวนการพิจารณาในองค์กรตุลาการเพื่อให้มีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น และจากอิทธิพลดังกล่าวส่งผลให้องค์กรตุลาการในต่างประเทศสร้างกระบวนการที่รัดกุมเคร่งครัดเพื่อลดการใช้อำนาจโดยอำเภอใจของผู้พิพากษา แต่ให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยเพียงข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงเพื่อตัดสินวินิจฉัยคดีให้มีความยุติธรรมเท่านั้น¹⁵

2.5 A judge shall disqualify himself or herself from participating in any proceedings in which the judge is unable to decide the matter impartially or in which it may appear to a reasonable observer that the judge is unable to decide the matter impartially.

Such proceedings include, but are not limited to, instances where:

(a) The judge has actual bias or prejudice concerning a party or personal knowledge of disputed evidentiary facts concerning the proceedings ;

(b) The judge previously served as a lawyer or was a material witness in the matter in controversy ; or

(c) The judge, or a member of the judge's family, has an economic interest in the outcome of the matter in controversy ;

Provided that disqualification of a judge shall not be required if no other tribunal can be constituted to deal with the case or, because of urgent circumstances, failure to act could lead to a serious miscarriage of justice.

¹⁵ เหมือน สุขมาตย์, 'ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 15-18.

บทที่ 3

การห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะและการคัดค้านตุลาการ ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

หลักการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาและหลักการคัดค้านตุลาการนั้น ในระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลมาเฉพาะหลักการคัดค้านตุลาการจากกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งแม้จะได้รับอิทธิพลมายาวนานแล้วแต่กลับไม่ปรากฏหลักการคัดค้านตุลาการที่มีความชัดเจนเท่าใดนัก โดยในระบบกฎหมายไทยมักบัญญัติให้นำหลักการคัดค้านตุลาการที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ และไม่มี การแก้ไขให้สอดคล้องกับเหตุการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้นในส่วนของเหตุคัดค้านตุลาการมีหลากหลาย มีทั้งนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมและมีออกกฎหมายกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้ ยังปรากฏว่ามีเหตุห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีอีกด้วย ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาพิพากษามีความเป็นกลางและปราศจากอคติ และขจัดความเคลือบแคลงสงสัยในหมู่ประชาชนเกี่ยวกับความเป็นกลางของตุลาการผู้ตัดสินคดี ดังนั้น เพื่อให้กระบวนการพิจารณาในระบบกฎหมายไทยสอดคล้องกับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น จึงควรศึกษาเพิ่มเติมว่า ระบบกฎหมายต่างประเทศมีแนวทางพัฒนาหลักการคัดค้านตุลาการหรือการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะเช่นใด นอกเหนือจากหลักเกณฑ์ทั้งสองประการแล้ว มีกลไกการรับมือหรือป้องกัน เพื่อให้กระบวนการพิจารณคดีมีความเป็นธรรมอย่างอื่นอีกหรือไม่ เพื่อให้องค์กรตุลาการมีความน่าเชื่อถือ และมีความยุติธรรมมากยิ่งขึ้น และมีหลักเกณฑ์ใดที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ครอบคลุมสามารถตัดความกังวลใจของประชาชนเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลให้น้อยลงหรือไม่ วิทยานิพนธ์นี้จึงขอศึกษาเฉพาะระบบกฎหมายของประเทศที่สำคัญที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทย

3.1 สหรัฐอเมริกา

หลักการคัดค้านตุลาการได้รับอิทธิพลมาจากหลักความเป็นกลางที่ปรากฏอยู่ในคำสอนของศาสนาต่าง ๆ เป็นการนำสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาตินำมารวมกับสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไป ซึ่งหลักความเป็นกลางจะอยู่บนพื้นฐานความเป็นกลางที่ไม่ลำเอียงหรือไม่มีอคติ ในสหรัฐอเมริกาจึงนำหลักความเป็นกลางมากำหนดเป็นบทบัญญัติเพื่อใช้บังคับกับผู้พิพากษา และเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะองค์กรตุลาการที่ถือได้ว่าเป็นอีกที่พึ่งหนึ่งของประชาชน ผู้พิพากษาจึงต้องวางตนเป็นกลางให้มากกว่าที่จะเห็นแก่ประโยชน์ของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือเพื่อประโยชน์ของตัวผู้พิพากษาเอง หลักความ

เป็นกลางมุ่งเน้นให้ผู้พิพากษามีความประพฤติที่ดี ไม่มีอคติ วางตนให้เป็นกลางในการพิจารณาคดี ดังนั้น ความเป็นกลางและความประพฤติของผู้พิพากษา จึงถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้คำพิพากษาทรงคุณค่ามากยิ่งขึ้น และแม้ว่าในสหรัฐอเมริกาจะให้ประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอชื่อแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดก็ตาม แต่เมื่อผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้เข้ามาดำรงตำแหน่งแล้วก็ปรากฏว่าสามารถดำรงตนให้มีความเป็นกลางได้อย่างเคร่งครัด และทำให้ประชาชนยอมรับนับถือคำพิพากษาว่ามีได้เกิดจากความมีอคติเข้าข้างพรรคการเมืองใด หรือแม้แต่ประธานาธิบดีที่เป็นผู้เสนอชื่อตนก็ตาม

สหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการดำรงตนของตุลาการไว้ในประมวลจริยธรรมตุลาการ (A.B.A Code of Judicial Conduct) เดิมนั้นข้อกำหนดนี้ไม่มีสภาพบังคับ แต่เป็นเพียงแค่แนวทางการปฏิบัติตนเท่านั้น แต่ต่อมาในภายหลังหากปรากฏว่าผู้พิพากษาคคนใดไม่ปฏิบัติตามก็จะมีผลทำให้ได้รับโทษทางวินัย ประมวลจริยธรรมฉบับนี้ออกโดยเนติบัณฑิตยสภา เนื้อหาแบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ (1) ว่าด้วยส่วนของข้อบังคับ (2) ว่าด้วยกฎเกณฑ์ และ (3) ว่าด้วยข้อสังเกต เนื้อหาของประมวลจริยธรรมนั้นมุ่งเน้นถึงหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางจากผลประโยชน์ทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง ในส่วนของจริยธรรมได้รับกำหนดไว้ในส่วนที่ 1 แบ่งเป็นข้อย่อยอีก 7 ข้อ ดังนี้ ข้อที่ 1 การดำรงไว้ซึ่งเกียรติศักดิ์ และความเหมาะสมในการปฏิบัติตนของผู้พิพากษา ข้อที่ 2 ละเว้นจากการประพฤติอันไม่สมควร ทั้งในการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ และในชีวิตประจำวัน ตลอดจนไม่ใช่ตำแหน่งผู้พิพากษาเพื่อผลประโยชน์ส่วนตนหรือครอบครัว ข้อที่ 3 การปฏิบัติหน้าที่ในความรับผิดชอบด้วยความเที่ยงธรรมและความซื่อสัตย์สุจริต ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือในด้านงานธุรการและการบริหารศาล รวมถึงการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างการดำรงตำแหน่งหน้าที่กับผลประโยชน์ในคดี ข้อที่ 4 การร่วมในกิจกรรมเพื่อปรับปรุงกฎหมายและบริหารงานยุติธรรม การให้ผู้พิพากษามีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในทางวิชาการ หรือในทางบริหารเพื่อประโยชน์ของงานกฎหมายและงานยุติธรรม ข้อที่ 5 ผู้พิพากษาพึงหลีกเลี่ยงกิจกรรมนอกเหนือตำแหน่งหน้าที่ตุลาการที่เสี่ยงต่อการขัดแย้งกับหน้าที่ในทางตุลาการของตนให้น้อยที่สุด แม้ว่าการนั้นจะเป็นงานที่ไม่เกี่ยวกับวิชาชีพกฎหมาย แต่ก็จำเป็นต้องไม่ให้ขัดต่อเกียรติของตำแหน่งตุลาการ และไม่มีวัตถุประสงค์ทางการเมืองและเศรษฐกิจ ทั้งนี้ สมาชิกในครอบครัวของผู้พิพากษาจะต้องไม่ประกอบกิจการดังกล่าวที่จะมีผลเป็นการแทรกแซงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ และผู้พิพากษาต้องไม่ประกอบอาชีพกฎหมายอื่น หรือเป็นอนุญาโตตุลาการ หรือผู้ไกล่เกลี่ยนอกศาล และไม่พึงรับการแต่งตั้งตำแหน่งในทางบริหารราชการอื่น ๆ ข้อที่ 6 ผู้พิพากษาต้องแสดงทรัพย์สินของตนที่ได้มาจากการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการและแหล่งที่มาจากกิจกรรมอื่น ๆ ข้อที่ 7 พึงละเว้นกิจกรรมทางการเมืองและกิจกรรมที่ไม่เหมาะสมต่อตำแหน่งหน้าที่ตุลาการ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นสองกรณี กรณีที่หนึ่ง

จริยธรรมในการเลือกตั้งทั่วไป และกรณีที่สอง จริยธรรมเกี่ยวกับการหาเสียงเลือกตั้งเพื่อเข้าดำรงตำแหน่งสาธารณะ¹

นอกจากหลักดังกล่าวข้างต้น ในการบัญญัติกฎหมาย สหรัฐอเมริกายังได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมาย Due Process of Law และได้มีการรับรองในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 โดยมีแนวคิดที่รัฐจะกระทำการใดตามอำเภอใจไม่ได้ แต่ต้องกระทำการใด ๆ อย่างยุติธรรมตามกฎหมายเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีทั้งหมดจะต้องเป็นไปอย่างยุติธรรม “...บุคคลใดจะถูกจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากหลักศุภนิติกระบวนการไม่ได้...” รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 “...ในการดำเนินคดีอาญาทั้งหลาย ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิอย่างเต็มที่ที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเปิดเผย โดยคณะลูกขุนที่ไม่มีอคติ...” และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ข้อ 1 “...มลรัฐจะตราหรือบังคับใช้กฎหมายใด ๆ ที่เป็นการตัดเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันของพลเมืองแห่งสหรัฐไม่ได้ มลรัฐจะจำกัดสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากหลักศุภนิติกระบวนการไม่ได้...” นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ผู้พิพากษายังสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้หากมีความประพฤติที่ดี ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 ข้อ 1 “อำนาจตุลาการของสหรัฐอเมริกาเป็นของศาลฎีกาและศาลระดับรองลงมาตามที่รัฐสภาได้จัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ให้ผู้พิพากษาของทั้งศาลฎีกาและศาลระดับรองลงมาดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่มีความประพฤติไม่เสื่อมเสียและให้ได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานในช่วงเวลาดังกล่าว ซึ่งจะไม่มีการลดค่าตอบแทนลงตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งอยู่”² เนื่องจากเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของระบบศาลยุติธรรม โดยเน้นถึงความเชื่อมั่นของสาธารณชนเป็นหลักเพราะหากประชาชนสิ้นศรัทธาในความซื่อสัตย์และความเป็นกลางโดยปราศจากข้อสงสัยของศาลแล้ว ศาลย่อมไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นสถาบันหนึ่งในระบอบประชาธิปไตยได้ กฎหมายของสหรัฐอเมริกาจึงให้ความสำคัญและได้มีการกำหนดเหตุที่ผู้พิพากษาไม่สามารถนั่งพิจารณาพิพากษาคดีได้ และเมื่อมีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นผู้พิพากษาจะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี และหากว่าผู้พิพากษาไม่ยอมถอนตัวออกจากการ

¹ วิชัย อริยะนนทกะ, ‘ประมวลจริยธรรมของตุลาการแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน’ (2531) 3 ตุลาคม 35, 143-167.

² The Constitution of the United States: Article III Section. 1. The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

พิจารณาคดี ก็ย่อมจะทำให้ผู้พิพากษาผู้นั้น เป็นผู้ขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้พิพากษา (disqualification) การกำหนดเหตุไว้เช่นนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อไม่ให้วิญญูชนทั่วไปสงสัยว่าผู้พิพากษาผู้นั้นจะลำเอียง เพียงแค่พบว่ามีข้อเท็จจริงที่อาจทำให้ผู้พิพากษามีประโยชน์ได้เสียในคดี ก็สามารถทำให้ผู้พิพากษาผู้นั้นออกจากการพิจารณาคดีได้แล้วแม้ว่าผู้พิพากษาผู้นั้นจะบริสุทธิ์ใจก็ตาม

ด้วยเหตุนี้ จึงมีการนำกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและถาวรมารวบรวมและจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย เรียกว่า ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code Service : U.S.C.S.) จำนวน 50 หมวด โดยในหมวดที่ 28 ได้บัญญัติเรื่องตุลาการและกระบวนการทางศาลไว้ให้สิทธิคู่ความเมื่อปรากฏว่า ตนเห็นว่าผู้พิพากษาที่มีความลำเอียงหรือเกรงว่าอคติของผู้พิพากษาจะมีผลต่อคดีของตนไว้ในมาตรา 144 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อใดก็ตามที่คู่ความในกระบวนการพิจารณาในศาลชั้นต้นได้ทำคำร้องและยื่นคำให้การอย่างเพียงพอว่า ศาลหรือผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีความลำเอียงหรือมีอคติส่วนตัวต่อคู่ความฝ่ายนั้นหรือเข้าข้างคู่ความฝ่ายตรงข้าม ศาลหรือผู้พิพากษาผู้นั้นจะพิจารณาคดีต่อไปไม่ได้ แต่ให้ศาลหรือผู้พิพากษาคณะอื่นนั่งพิจารณาแทน”

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายจะกำหนดให้สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาได้ แต่การยกเหตุที่จะอ้างถึงความลำเอียงได้ต้องเป็นเหตุที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นจริงและยังคงมีอยู่ ซึ่งตามวรรคสองของมาตราเดียวกัน ได้กำหนดให้คำให้การนั้นจะต้องกล่าวถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลที่ทำให้เชื่อว่าความลำเอียงหรืออคตินั้นยังคงมีอยู่ และจะต้องยื่นไม่น้อยกว่าสิบวันก่อนที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณารับฟังพยานหลักฐาน เว้นแต่มีเหตุอันสมควรที่แสดงได้ว่าไม่สามารถยื่นได้ทันภายในกำหนดเวลานั้น คู่ความอาจจะยื่นคำให้การเพียงอย่างเดียวในคดีก็ได้ และจะต้องมีการรับรองของทนายความบันทึกไว้ว่าคำให้การนั้นได้ทำขึ้นโดยสุจริต³

หลัก Due Process of Law จะนำมาปรับใช้กับคดีในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ โดยเฉพาะ แต่การนำมาใช้ต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อหลักความยุติธรรมด้วย ซึ่งผู้พิจารณาพิพากษาคดีต้องไม่เป็นผู้ที่พิจารณาคดีที่กล่าวอ้างเองเพียงฝ่ายเดียว โดยคู่กรณีดังกล่าวต้องได้รับโอกาสในการรับฟังต่อหน้าคู่กรณีและได้รับข้อเท็จจริงจากคู่กรณีทั้งสองฝ่าย และจะต้องมีการแจ้งกระบวนการพิจารณาให้ครบถ้วน⁴ ผู้พิพากษาต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต และมีความเป็นกลาง ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของบุคคลหนึ่งบุคคลใด คำพิพากษาภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายจะเกิดขึ้นมิได้ หากว่ามีสิ่งใดก็ตามที่ได้กระทำไปโดยขัดแย้งกับแก่นของความยุติธรรม⁵ ดังนั้น เกณฑ์ที่กำหนดว่าขนาดไหนถึงจะถือว่าขาด

³ ถาวร เกษมะณี, ‘หลักความเป็นกลาง’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 45-46.

⁴ คดี Spackman v. Plumstead District of Works (1885) 10 App.Cas.299,p.240.

⁵ ถาวร เกษมะณี (เชิงอรรถ 3) 16.

คุณสมบัตินั้น ต้องพิจารณาจากการที่วิญญูชนทั่วไปที่รู้เหตุการณ์ทั้งหมด อาจเกิดความสงสัยในความเป็นกลางของศาล หากมีข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดความสงสัยในความเป็นกลางของศาล ผู้พิพากษานั้นจะขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดีและต้องขอลอนตัวออกจากการพิจารณาคดี หากไม่ยอมลอนตัวออกจากการพิจารณา และผู้พิพากษาท่านอื่นที่เป็นผู้พิจารณาถึงเหตุของการขาดคุณสมบัตินั้นได้มีคำสั่งยกคำร้องคัดค้านของคุณความ แต่คุณความยังคงเชื่อว่าผู้พิพากษาท่านนั้นยังคงมีความลำเอียงหรืออคติในการตัดสินคดี คุณความย่อมมีสิทธิจะยื่นอุทธรณ์ต่อศาลที่สูงกว่า และสามารถยื่นคัดค้านศาลหรือผู้พิพากษาได้แม้กระบวนการพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้นไปแล้วก็ตาม และหากปรากฏว่าผู้พิพากษาผู้นั้นมีความอคติตามเหตุคัดค้านในภายหลังแล้ว กรณีเป็นการฝ่าฝืนหลักความยุติธรรม ผู้พิพากษาผู้นั้นย่อมถูกถอดถอนได้โดยรัฐสภา (impeachment) ⁶ เช่นกรณีผู้พิพากษาศาลในระดับสหรัฐ John Pickering (1804) วุฒิสภาพิจารณาแล้วพบว่า ผู้พิพากษาเป็นคนที่เหลวไหลและทำสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง หรือกรณีที่มีการเรียกรับสินบนของผู้พิพากษาศาลในระดับสหรัฐ Robert Archbald (1913) วุฒิสภาพบว่ามีความผิดในการเรียกรับสินบนหรือกรณีที่มีการเรียกรับสินบนและให้การเป็นพยานเท็จของผู้พิพากษาศาลในระดับสหรัฐ Alcee Hastings (1989) หรือในกรณีที่หลีกเลี่ยงภาษีของผู้พิพากษาศาลในระดับสหรัฐ Halsted Ritter (1986) หรือการทุจริตในการขอคืนภาษีของผู้พิพากษาศาลในระดับสหรัฐ Harry E. Claiborne (1986) หรือความผิดในการให้การเป็นพยานเท็จของผู้พิพากษาศาลในระดับสหรัฐ Walter Nixon (1989) ⁷

แม้ในสหรัฐอเมริกาจะให้ความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองความเชื่อมั่นของประชาชนเป็นหลักก็ตาม แต่หากมีกรณีที่ไม่สามารถหาผู้พิพากษามาพิจารณาคดีได้แล้ว ก็มีข้อยกเว้นกรณี que se non proferat qui non potest ที่ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติเช่นนั้นให้สามารถพิจารณาคดีต่อไปได้ โดยใช้ “หลักความจำเป็น” (Rule of necessity) ซึ่งหมายถึง กรณีที่ไม่สามารถที่จะหาผู้พิพากษา ที่มีความเป็นกลางอย่างยิ่งในคดีใด

⁶ กระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่ง (impeachment) ผู้ดำรงตำแหน่งเช่น ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี หรือผู้พิพากษา เป็นกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติเสียงข้างมากให้ดำเนินกระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่ง โดยวุฒิสภาจะเป็นผู้รับเรื่องต่อมาแล้วพิจารณาถอดถอนและลงมติตัดสินด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนวุฒิสภาที่เข้าประชุม ผลคือ ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่งและวุฒิสภาอาจมีมติให้ต้องห้ามไม่ให้ดำรงตำแหน่งอื่นใดอีก การถอนถอดดังกล่าวไม่มีผลยกเว้นความรับผิดอื่น ๆ ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่ถือว่าเป็นกรณีขัดต่อหลักการที่ห้ามดำเนินคดีอาญาสองครั้งสำหรับการกระทำผิดครั้งเดียว (Double Jeopardy) มานิตย์ จุมปาและพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา (วิญญูชน 2552) 53-54.

⁷ เฟิงอ้าง 55-56.

คดีหนึ่งได้แล้ว เช่นนี้ผู้พิพากษาที่รับคดีไว้ตั้งแต่แรกเริ่มย่อมไม่ขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้ว่าจะมีเหตุเกี่ยวกับความเป็นกลางของศาลก็ตาม⁸

3.1.1 เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา

การคัดค้านผู้พิพากษานั้น เริ่มจากการที่บุคคลให้ความสำคัญต่อสิทธิของตน เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ที่มุ่งหมายให้การพิจารณาเป็นไปอย่างยุติธรรม สิทธิในการพิจารณาที่บุคคลควรได้รับ และถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการได้รับการพิจารณา โดยผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาครบบองค์คณะ มีความเป็นกลาง ปราศจากความลำเอียง และไม่มีส่วนได้เสีย ปราศจากอคติทั้งปวงตลอดเวลาที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งอาจแยกเหตุที่จะทำให้ผู้พิพากษาผู้นั้นขาดคุณสมบัติในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษา และคู่ความมีสิทธิคัดค้านได้ดังนี้⁹

⁸ ถาวร เกษมะณี (เชิงอรรถ 3) 50.

⁹ United States Code Service (U.S.C.S.) § 455 Disqualification of justice , judge, or magistrate judge.

(a) Any justice, judge, or magistrate judge of the United States shall disqualify himself in any proceeding in which his impartiality might reasonably be questioned.

(b) He shall also disqualify himself in the following circumstances:

(1) Where he has a personal bias or prejudice concerning a party, or personal knowledge of disputed evidentiary facts concerning the proceeding;

(2) Where in private practice he served as lawyer in the matter in controversy, or a lawyer with whom he previously practiced law served during such association as a lawyer concerning the matter, or the judge or such lawyer has been a material witness concerning it ;

(3) Where he has served in governmental employment and in such capacity participated as counsel, adviser or material witness concerning the proceeding or expressed an opinion concerning the merits of the particular case in controversy;

(4) He knows that he, individually or as a fiduciary, or his spouse or minor child residing in his household, has a financial interest in the subject matter in controversy or in a party to the proceeding, or any other interest that could be substantially affected by the outcome of the proceeding ;

3.1.1.1 ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียในคดี

การมีส่วนได้เสียไม่ว่าจะในฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีนั้นเองหรือในฐานะเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็เป็นเหตุทำให้ผู้พิพากษาผู้นั้นขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งคู่ความในคดีอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ โดยหลักเรื่องส่วนได้เสียที่จะทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติ ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียนั้นต้องมีความเกี่ยวข้องกับคู่ความ ไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งการมีส่วนได้เสียของผู้พิพากษาอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

(1) ผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

เมื่อผู้พิพากษาเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเพราะเหตุที่มีคู่ความทำการวิพากษ์วิจารณ์หรือไม่เคารพศาล ผู้พิพากษาผู้นั้นย่อมไม่สามารถพิจารณาคดีที่ตนถูกละเมิดอำนาจศาลได้ แต่หากผู้พิพากษาที่มีเหตุดังกล่าวได้รับความยินยอมจากคู่ความแล้ว ผู้พิพากษานั้นก็สามารถทำหน้าที่พิจารณาต่อไปได้

(2) ผู้พิพากษามีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องในผลของคดี

เมื่อผู้พิพากษามีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียไม่ว่าจะเป็นส่วนได้เสียทางการเงิน (pecuniary) ทางทรัพย์สิน (propriety) ทางส่วนตัว (personal) หรือส่วนได้เสียอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเฉพาะตัวของผู้พิพากษา ซึ่งผลของคดีนั้นจะมีต่อตัวผู้พิพากษาเองไม่ว่าจะเป็นเรื่องหนี้สิน ความรับผิด หรือข้อได้เปรียบหรือกำไรก็จะมีผลทำให้ผู้พิพากษาผู้นั้นขาดคุณสมบัติที่คู่ความในคดีอาจใช้สิทธิคัดค้านผู้พิพากษานั้นได้ ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียต้องเป็นตัวผู้พิพากษานั้นเองที่เกี่ยวข้องโดยตรงและแท้จริงแน่นอน และต้องเป็นเรื่องที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุไม่ใช่เหตุบังเอิญ ไม่ใช่การคาดหมายและไม่ใช่การคาดการณ์ล่วงหน้า

อย่างไรก็ดี หากพบว่าการมีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องในคดีนั้นมีผลต่อผู้พิพากษาคนอื่น ๆ ด้วยโดยส่วนรวม ผู้พิพากษาผู้นั้นย่อมสามารถพิจารณาคดีต่อไปได้ด้วย

(5) He or his spouse, or a person within the third degree of relationship to either of them, or the spouse of such a person:

(i) Is a party to the proceeding, or an officer, director, or trustee of a party ;

(ii) Is acting as a lawyer in the proceeding;

(iii) Is known by the judge to have an interest that could be substantially affected by the outcome of the proceeding;

(iv) Is to the judge's knowledge likely to be a material witness in the proceeding.

เหตุจำเป็นที่ไม่อาจให้ผู้พิพากษาคนอื่นมาแทนได้ เนื่องจากทุกคนล้วนแต่มีส่วนได้เสียและเกี่ยวข้องในเรื่องผลประโยชน์ด้วยทั้งสิ้น เช่น คดี Evans v. Gore แม้ว่าคดีนี้จะมีส่วนเกี่ยวข้องกับภาษีเงินได้ของผู้พิพากษาทั้งหมดก็ตาม แต่ผู้พิพากษาในศาลนั้นก็สามารถที่จะพิจารณาพิพากษาต่อไปได้ แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีเป็นจุดประสงค์หลักของรัฐธรรมนูญในการบัญญัติ (Art.I, S1, cl.6) ว่าค่าตอบแทนของผู้พิพากษา จะต้องไม่ลดลงในระหว่างที่พวกเขาดำรงตำแหน่งต่อไปก็ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของผู้พิพากษา แต่เพื่อดึงดูดผู้ที่เหมาะสมนับบัลลังก์และประกันความเป็นอิสระในการดำเนินการและการตัดสิน ซึ่งจำเป็นต่อการรักษารัฐธรรมนูญและการบริหารงานยุติธรรมอย่างเป็นกลาง เป็นกรณีศาลนำหลักความจำเป็น (Rule of necessary) มาใช้ยกเว้นหลักความเป็นกลางเพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถวินิจฉัยคดีต่อไปได้ในกรณีที่อาจมีส่วนได้เสียกับผลแห่งคดีนั่นเอง

มีข้อสังเกตว่าในคดี Marbury v. Madison (ค.ศ.1803) ซึ่งเป็นคดีที่เป็นหมุดหมายสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการนั้น ถึงแม้จะมีประเด็นเกี่ยวพันกับความเป็นกลางหรือส่วนได้เสียของตุลาการ แต่กลับไม่มีการโต้แย้งในประเด็นดังกล่าวนี้อย่างชัดเจนในคดีนี้ William Marbury ได้ฟ้องศาลสูงสุดแห่งสหรัฐพร้อมกับยื่นคำขอให้ศาลออกหมายสั่งให้ James Madison ส่งมอบตราสารแต่งตั้ง William Marbury เป็นผู้พิพากษาในตำแหน่ง “justice of the peace” ให้แก่ตน คดีนี้ข้อเท็จจริงเกิดจากกรณีที่ John Adam แพ้การเลือกตั้งและต้องพ้นจากตำแหน่งประธานาธิบดี เขาก็รีบชิงแต่งตั้งผู้พิพากษา William Marbury ทันทีในวันสุดท้าย เมื่อ Thomas Jefferson เข้าสู่ตำแหน่งประธานาธิบดีคนใหม่ก็ไม่ดำเนินการแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ John Adam แต่งตั้งเอาไว้ เนื่องจากเห็นว่ากระบวนการแต่งตั้งยังไม่สมบูรณ์ และตกค้างอยู่จึงยังไม่มีผลทางกฎหมาย John Marshall ซึ่งมีบทบาทในการตัดสินคดีนี้ เคยดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในสมัยประธานาธิบดี John Adam และได้รับแต่งตั้งเป็นประธานศาลสูงสุด จึงน่าจะถือได้ว่า John Marshall ไม่มีความเป็นกลางและมีส่วนได้เสียในการตัดสินคดีนี้ แต่ก็ไม่มีคำคัดค้านในเรื่องดังกล่าว และในที่สุด John Marshall ก็ได้วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ให้สิทธิ Marbury ฟ้องคดีนี้ได้โดยตรงต่อศาลสูงสุดขัดต่อรัฐธรรมนูญ อันมีผลเป็นการยืนยันว่าผู้พิพากษามีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่ากฎหมายอื่น ภายหลังจากศาลสูงสุดมีคำพิพากษาในคดี Marbury v. Madison เช่นนี้ Thomas Jefferson ได้ประกาศแสดงความไม่เห็นด้วยกับกรณีที่ศาลเข้ามาตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นขัดรัฐธรรมนูญ และได้วิจารณ์ตอบโต้อย่างรุนแรงว่า อำนาจของศาลเช่นนี้ ทำให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการพิจารณา

ทุกประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอันตรายอย่างยิ่ง หากเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นในปัจจุบัน อาจจะได้ว่า John Marshall มีส่วนได้เสียในคดีได้¹⁰

3.1.1.2 ผู้พิพากษามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความในคดี

(1) ความสัมพันธ์ในทางญาติ

ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านจากการพิจารณาพิพากษาคดีถ้ามีความเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยเป็นญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน หรือเป็นญาติเกี่ยวพันกันทางการแต่งงาน 3 ลำดับชั้นขึ้นไปหรือลงมา

(2) ความสัมพันธ์ในฐานะทนายความ

การมีความสัมพันธ์ในฐานะทนายความของคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอันจะทำให้ผู้พิพากษามีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ ขึ้นอยู่กับค่าจ้างนั้น และอาจคาดหมายได้ว่าจะมีผลต่อคดีหรือไม่

(3) เป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นเจ้าหน้าที่ในบริษัท (Stock holder or Officer of Cooperation)¹¹

การมีผลประโยชน์ในบริษัทโดยเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นเจ้าหน้าที่จะทำให้ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านจากการพิจารณาพิพากษาในคดีที่บริษัทนั้น มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดี แต่หากแค่เคยเป็นผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทนั้นมาก่อนในอดีตไม่ทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติ

3.1.1.3 ผู้พิพากษาเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

(1) เคยพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันในคราวก่อนมาแล้ว

หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงในคดีก่อนและในคดีหลังมีผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลเดียวกันและพยานหลักฐานในการพิสูจน์ความผิดตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ทั้งข้อโต้แย้งเป็นอย่างเดียวกัน ผู้พิพากษาที่ได้เคยเกี่ยวข้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคราวก่อนจะถือว่าขาดคุณสมบัติที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีในครั้งหลังโดยอัตโนมัติ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ได้สืบมูลฟ้องหรือได้มีการขอหมายต่อศาล

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 3, การอ่าน 2564) 237-238.

¹¹ ญัฐพงศ์ กุลเมธี, ‘เหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549) 36.

(2) เป็นพยานในคดี

การที่ผู้พิพากษาเป็นพยานในคดีที่ไม่มีส่วนได้เสีย กล่าวคือ มิใช่เป็นพยานของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีจะไม่ทำให้ผู้พิพากษามีลักษณะต้องห้าม แต่การมีสัมพันธในฐานะพยานของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น จะเป็นเหตุทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดีนั้น ๆ

(3) การเป็นที่ปรึกษากฎหมาย

การขาดคุณสมบัติเพราะเหตุที่เคยเป็นที่ปรึกษากฎหมาย จะใช้บังคับทุกประเภทคดี

(4) เคยมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาขั้นต้นก่อนการพิจารณาในศาลสูง

ในกรณีที่ผู้พิพากษาเคยเป็นผู้ตัดสินคดีมาก่อนในศาลชั้นต้น ต่อมาได้รับการเลื่อนตำแหน่งในศาลชั้นอุทธรณ์และต้องพิจารณาคดีนี้อีกครั้งในศาลชั้นอุทธรณ์

3.1.1.4 เหตุประการอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาคดีไม่เป็นกลาง

กฎหมายไม่ได้ต้องการเพียงเฉพาะผู้พิพากษาที่ไม่มีอคติอย่างแท้จริงเท่านั้น แต่ผู้พิพากษายังต้องเลี่ยงการกระทำใดที่มีลักษณะที่จะแสดงถึงความไม่ยุติธรรม ความมีอคติหรือลำเอียงด้วย ความมีอคติหรือลำเอียง หมายความว่า ทศณะคติทางจิตใจของผู้พิพากษาที่มีต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี โดยมีความรู้สึกในลักษณะชอบหรือไม่ชอบคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

เมื่อมีเหตุที่ทำให้เป็นที่สงสัยต่อคำพิพากษาของศาลว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่ ย่อมเป็นเหตุทำให้ศาลไม่เป็นที่เชื่อมั่นของประชาชนอีกต่อไป เช่น คดี *Bulloch v. United States*¹² ซึ่งได้ตัดสินว่า การที่ศาลได้รับความเสื่อมศรัทธา หรือถูกอิทธิพลครอบงำทำให้ผู้พิพากษาไม่สามารถตัดสินคดีได้อย่างยุติธรรม กรณีนี้เรียกว่า การฉ้อฉลต่อศาล หรือการฉ้อฉลที่มุ่งต่อกระบวนการยุติธรรม

3.1.2 กระบวนการพิจารณาเมื่อมีการคัดค้านผู้พิพากษา

ในสหรัฐอเมริกา เมื่อมีเหตุคัดค้านผู้พิพากษาถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาเองที่จะต้องถอนตัวจากการพิจารณาด้วยตนเอง โดยไม่ต้องรอให้คู่ความมีคำร้องก่อน ซึ่งการถอนตัวดังกล่าวไม่ใช่เป็นเพียงแต่สิทธิเท่านั้น แต่เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องปฏิเสธการเข้าร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดีเมื่อตนเองขาดคุณสมบัติในการพิจารณาพิพากษาคดี และแม้ว่าคู่ความจะได้สละสิทธิในการคัดค้านแล้วก็ตาม ผู้พิพากษาก็ควรที่จะถอนตัวจากคดี และให้ผู้พิพากษาอื่นมาพิจารณาพิพากษาแทนหากผู้พิพากษาปฏิเสธที่จะถอดตัวออกจากการนั่งพิจารณา คู่ความก็สามารถยื่นคำร้อง

¹² *United States V. Sciuto*, 521 F.2d 842, 845 (7th Cir. 1996) อ้างถึงใน ถาวรเกษมณี (เชิงอรรถ 3) 53.

คัดค้านได้โดยอ้างเหตุพร้อมข้อสนับสนุนและเหตุผลที่ทำให้เชื่อว่าขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดี และหากศาลหรือองค์คณะที่พิจารณาคำร้องคัดค้านมีคำสั่งว่าไม่ขาดคุณสมบัติ คู่ความมีสิทธิ ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลที่สูงกว่าได้

3.1.3 ระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านผู้พิพากษา

สำหรับระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้น สามารถทำภายหลังกระบวนการ พิจารณาเสร็จสิ้นไปแล้วก็ได้ แต่ต้องกระทำภายในเวลาที่หลังจากพบว่าผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติ มิเช่นนั้นแล้วจะทำให้เสียสิทธิในการคัดค้านเนื่องจากจะถือว่าเป็นการประวิงคดี การคัดค้านหลังจาก ที่ทราบเหตุไปแล้วเป็นเวลานานเกินไปจะถูกละเลยคำสั่งคัดค้าน¹³

3.1.4 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวผู้พิพากษาเอง

การขอถอนตัวออกจากคดีโดยผู้พิพากษาเองไม่ได้เป็นเพียงสิทธิ เท่านั้น แต่ยังถือว่าเป็นหน้าที่ที่ผู้พิพากษาพึงต้องกระทำเมื่อมีสาเหตุเพียงพอที่จะทำให้เกิดเชื่อว่าการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะไม่ยุติธรรม¹⁴ โดยสามารถถอนตัวในเวลาใดก็ได้เมื่อเห็น ว่าตนเองนั้น มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี โดยได้กำหนดเหตุที่จะถอนตัวไว้ คือ ผู้พิพากษาสูงสุดท่านใดก็ตาม หรือผู้พิพากษาในรัฐท่านใดก็ตาม สามารถถอนตนเองจากองค์คณะผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดีได้ ในเมื่อคดีนั้นตนเองได้มีส่วนในการได้รับผลประโยชน์อย่างสำคัญมาก่อน หรือเคยเป็นพยานที่สำคัญ ในคดีนั้นมาก่อน หรือเคยมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นมาก่อน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเรื่องนั้น มาก่อน หรือเคยให้คำปรึกษาในเรื่องนั้นมาก่อน หรือเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับทนายความหรือผู้ดำเนินการ ในเรื่องนั้นมาก่อน ในระดับที่ตนเองมองเห็นว่าเป็นการไม่บังควรที่ตนจะได้เข้าร่วมในองค์คณะ ผู้พิพากษา เพื่อทำการพิจารณาคดี หรือเพื่อการอุทธรณ์นั้น หรือเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย ประการหนึ่งประการใดก็ย่อมได้¹⁵ และเกณฑ์การพิจารณาว่าผู้พิพากษานั้นควรจะต้องถอนตัวเอง หรือไม่ มาตรฐานการตัดสินใจไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าแท้จริงแล้วผู้พิพากษาเป็นกลางหรือไม่ แต่ขึ้นอยู่กับว่า วิญญูชนอาจตั้งคำถามถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาในทุกสภาวะหรือไม่ ซึ่งบรรทัดฐานทาง จริยธรรมในการถอนตัวของผู้พิพากษานี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติของ ผู้พิพากษาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากผู้พิพากษาฝ่าฝืน กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดี ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด และผู้พิพากษานั้นเองย่อมต้องรับผิดชอบทางวินัยและอาจถูกถอดถอน

¹³ ฌัฐพงศ์ กุลเมธี (เชิงอรรถ 11) 39.

¹⁴ American Jurisprudence, (2 nd ed.,Vol 46) 212. อ้างถึงใน ฌัฐพงศ์ กุลเมธี, (เชิงอรรถ 11) 36.

¹⁵ อารังศักดิ์ หงษ์สุนทร, ‘บทบาทของฝ่ายตุลาการในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2527) 46.

โดยรัฐสภา ซึ่งวิธีการดังกล่าวเป็นระบบที่ใช้ทั้งผู้พิพากษาศาลของรัฐบาลกลางและมลรัฐหรือแม้กระทั่งการถูกดำเนินคดีถึงการปลดออกจากตำแหน่งเป็นการถาวรหรือถูกพักการปฏิบัติหน้าที่

3.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยให้อำนาจประชาชนในการแสดงออกและมีส่วนร่วมในการปกครอง ทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร และการพิจารณาคดี หรือองค์กรตุลาการ ซึ่งได้มีการนำทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางที่มีมาตั้งแต่ยุคกลางนำมาใช้กับฝ่ายตุลาการโดยถือว่าตุลาการเป็นผู้รับใช้ความยุติธรรม ตุลาการจึงต้องไม่มีส่วนได้เสียในคดีที่ตนรับผิดชอบ แต่ในขณะเดียวกันก็นำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ด้วยเช่นกัน โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้รับอิทธิพลมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) และการจัดทำกฎหมายของประเทศออสเตรีย จึงได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการยุติธรรมแห่งจักรวรรดิ (Reichsjustizgesetz) ในปี ค.ศ. 1877 กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับพระธรรมนูญศาล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายล้มละลาย ซึ่งได้มีการกำหนดให้สิทธิบุคคลที่จะรับทราบข้อกล่าวหา และมีการบัญญัติหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ตลอดจนการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย โดยได้นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ คือ พระธรรมนูญศาล ค.ศ. 1877¹⁶ ภายหลังได้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิรูปการเมือง ปฏิรูปการปกครองระบบรัฐสภา และสร้างกลไกในการถ่วงดุลระบบรัฐสภาที่เหมาะสมกับสภาพสังคมวิทยาการเมือง วัฒนธรรมทางการเมืองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและได้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (The Basic Law) ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (The Federal Constitutional Court) และศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ปกป้องและพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน ศาลมีสถานะเป็นอิสระ และเป็นองค์กรที่มีความเข้มแข็งในการพิจารณาและบริหารงาน ปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง แม้ว่าคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา และเพื่อคุ้มครองการทำหน้าที่ของตุลาการ กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 97 ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับความมั่นคงและความเป็นอิสระในการตัดสินใจของตุลาการว่า “(1) ตุลาการมีความเป็นอิสระและอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ... (2) ถ้าตุลาการซึ่งมาจากการแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานเต็มเวลาและปฏิบัติหน้าที่ประจำไม่สมัครใจแล้ว

¹⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ‘รัฐธรรมนูญบิสมาร์ค’ (รายงานวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 46-50.

ไม่อาจถูกถอดถอน หรือหยุดพักทั้งอย่างถาวรหรือชั่วคราว หรือโอนย้าย หรือถูกให้ออกก่อนครบกำหนดเวลาของการดำรงตำแหน่ง ยกเว้นในกรณีที่เป็นการพิพากษาของศาลและอยู่บนพื้นฐานตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดเวลาสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งของตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต และในกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างของศาลหรือพื้นที่ที่จัดตั้งศาล ตุลาการอาจถูกโอนย้ายไปยังศาลอื่นหรือให้ออกจากตำแหน่งได้ แต่ต้องได้รับเงินเดือนเต็มจำนวน”¹⁷

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาจากผู้พิพากษาที่ซบด้วยกฎหมาย (The right to one's lawful judge) ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญของหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อมุ่งคุ้มครองหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล ในเรื่องนี้เคยมีคดีปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ร้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลสังคมชั้นต้นขอให้สำนักงานจัดหางานแห่งชาติให้ทุนสำหรับฝึกอบรมวิชาชีพให้แก่ผู้ร้อง ศาลสังคมชั้นต้นมีคำสั่งให้หน่วยงานจ่ายเงินทุนสำหรับการฝึกอบรมวิชาชีพให้แก่ผู้ร้อง ต่อมา ศาลสังคมสูงสุด (The High Social Court) มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลสังคมชั้นต้นและปฏิเสธคำขอบรรเทาทุกข์ชั่วคราวของผู้ร้อง ผู้ร้องนำคำพิพากษาดังกล่าวมาร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยอ้างว่าคำพิพากษาศาลสังคมสูงสุดละเมิดต่อสิทธิของผู้ร้องที่จะได้รับการพิจารณาและไม่อาจถูกทำให้พ้นจากกระบวนการพิจารณาของผู้พิพากษาโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคำพิพากษาดังกล่าว กระทำโดยผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าคณะ (The Presiding Judge) เพียงผู้เดียวอาศัยกรณีเร่งด่วนและไม่มี การระบุนเหตุผลว่าเหตุใด ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิหรือไม่เหมาะสมที่จะได้รับทุนสำหรับการฝึกอบรมวิชาชีพ การทำคำพิพากษาดังกล่าวจึงขัดต่อมาตรา 101 (1) ประโยคที่สอง ประกอบมาตรา 19 (4) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁸ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่า การทำคำพิพากษาโดยปกติแล้วจะต้องประกอบไปด้วยผู้พิพากษาหัวหน้าองค์คณะ (The Presiding Judge) และผู้พิพากษาอาชีพในองค์คณะ (Professional Judges) อีกสองคนพิจารณาตัดสินประเด็นข้อพิพาทก่อนจะมีคำสั่งศาล แต่กรณีนี้มีเพียงผู้พิพากษาผู้เป็นหัวหน้าองค์คณะเท่านั้นดำเนินการ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลสังคมสูงสุดดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเกิดจากการ

¹⁷ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น* (นิติธรรม 2544) 312-313.

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 (4) หากสิทธิบุคคลใดถูกล่วงละเมิดโดยหน่วยงานของรัฐ บุคคลนั้นสามารถใช้สิทธิทางศาลเยียวยาได้.

กระทำของผู้พิพากษาที่เป็นหัวหน้าองค์คณะเพียงผู้เดียว การกระทำในกระบวนการพิจารณาจึงขัดต่อหลักนิติธรรม¹⁹

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ดังกล่าวเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณา แต่ด้วยเหตุที่การบังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมีข้อจำกัดอยู่มากจึงเป็นเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะและการคัดค้านตุลาการออกจากการพิจารณาคดี

3.2.1 หลักการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะหรือหลักการตัดตุลาการ

หลักการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะหรือหลักการตัดตุลาการ²⁰ หมายถึง การที่ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีไม่สามารถเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาคดีได้เลยเมื่อเข้าเหตุตามที่กำหนดในกฎหมาย ซึ่งเป็นการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะหรือเป็นการตัดตุลาการออกก่อนมีการเริ่มพิจารณาคดี เพื่อไม่ให้ตุลาการผู้นั้นเห็นเองว่าตนยังคงสามารถรักษาความเป็นกลางได้ หรือเปิดโอกาสให้คู่กรณีเห็นว่า ตุลาการผู้นั้นสามารถที่จะวางตัวเป็นกลางได้ กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเหตุห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะได้เลยในทันที โดยไม่ต้องรอการริเริ่มจากคู่กรณีหรือตัวตุลาการเห็นเอง และได้มีการบัญญัติในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 18²¹ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 3 กรณีดังนี้

¹⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คดี BVerfGE1510/17 ค.ศ. 2017 อ้างถึงใน ปัญญา อุดชาชน, *หลักนิติธรรม : คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย-เยอรมนี* (วิญญูชน 2564) 112-113.

²⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ‘รวมข้อเขียนบางเรื่องเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน’ (เอกสารการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต น.737 2561) 18-21.

²¹ Act on the Federal Constitutional Court

(Bundesverfassungsgerichtsgesetz-BVerfGG) § 18

(1) Justices of the Federal Constitutional Court shall be barred from exercising their judicial duties if they

1. are a party to the case, or are or were married to a party, or are or were in a civil partnership with a party, are related by blood or marriage in the direct line up to the third degree or by marriage up to the second degree in the collateral line or

3.2.1.1 ตุลาการที่มีส่วนร่วมในเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องที่เป็นคดี (an der Sache beteiligt)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีส่วนร่วมในเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องที่เป็นคดีนั้น เป็นกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้น ได้เคยมีส่วนร่วมในเนื้อหาของคดี เช่น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นเป็นผู้ยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) หรือ ตุลาการผู้นั้นเคยดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและเป็นส่วนหนึ่งของผู้ร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติฉบับที่มีการยื่นคำร้องได้รับการตราขึ้นโดยขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ (BVerfGE 79,311 (326))²² หรือเคยเป็นหัวหน้าหน่วยงานทางปกครองที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปแล้วต่อมามีข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเกิดขึ้นในศาลอื่นและศาลอื่นนั้นส่งคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (BVerfGE 72,278 (288))²³

อย่างไรก็ตาม การห้ามตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เข้ามาเป็นองค์คณะ หรือมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาก็มีข้อจำกัดตามมาตรา 18 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติ

2. have already been involved in the same case due to their office or profession.

(2) Justices who have an interest in the outcome of the proceedings on the grounds of their marital status, profession, descent, membership of a political party or because of a similarly general consideration, shall not be regarded as parties to the case.

(3) Involvement within the meaning of subsection 1 no. 2 shall not include

1. participating in the legislative process,
2. expressing a scholarly opinion on a point of law which may be relevant to the case.

²² Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, 92. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'รวมข้อเขียนบางเรื่องเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน' (เชิงอรรถ 20) 19.

²³ Klein, in : Maunz/ Schmidt-leibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, §18 RdNr.3. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'รวมข้อเขียนบางเรื่องเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน' (เชิงอรรถ 20) 19.

ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เฉพาะแต่เพียงข้อเท็จจริงที่ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดจะได้รับประโยชน์จากผลของการพิจารณาคดีอันเนื่องมาจากสถานะทางครอบครัว อาชีพ แหล่งกำเนิด การเป็นส่วนหนึ่งของพรรคการเมือง หรือเหตุอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นมีประโยชน์ได้เสียในผลของคดี เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ล้วนแล้วแต่มีผลเป็นการทั่วไปและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจจะมีประโยชน์ได้เสียไม่ว่าทางหนึ่งทางใดทั้งสิ้น เช่น การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับภาษีอากร ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้เสียภาษีก็ย่อมต้องได้หรือเสียประโยชน์เช่นกัน หากถือว่าการนี้เช่นนี้เป็นกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนร่วมในเรื่องที่เป็นคดีแล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนย่อมต้องห้ามมิให้เป็นองค์คณะในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นให้ชัดเจน ซึ่งการพิจารณาถ้อยคำว่า “การมีส่วนร่วมในเรื่องที่เป็นคดี” ย่อมจะต้องอาศัยการตีความเป็นเครื่องแบ่งแยกข้อยกเว้น ตามมาตรา 18 วรรคสองหรือเป็นเรื่องหลักการตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี²⁴

การพิจารณาว่าตุลาการเคยเกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายมาก่อนไม่ว่าฉบับใดฉบับหนึ่งนั้น ก็ย่อมต้องอาศัยการตีความเช่นกัน เพราะหากจะกำหนดไว้อย่างเคร่งครัดว่าตุลาการที่ผ่านการเข้าร่วมในกระบวนการร่างกฎหมายมาแล้วไม่ว่ากรณีใด จะไม่สามารถเป็นผู้พิจารณากฎหมายฉบับนั้นได้เลย อาจเป็นการตีความที่เคร่งครัดจนไม่ได้พิจารณาบริบทอื่นอันเป็นพฤติการณ์พิเศษที่ทำให้เห็นว่า ตุลาการผู้นั้นเคยแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายหรือเคยแสดงออกเกี่ยวกับความคิดเห็นของตนว่ากฎหมายฉบับที่ตนเคยมีส่วนร่วมในร่างดังกล่าวไม่มีทางขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งล้วนเป็นความเห็นในเชิงที่เป็นปฏิบัติต่อผู้ร้อง พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่ามีพฤติการณ์พิเศษที่นอกจากการเคยมีส่วนร่วมและถือว่ามีสภาพร้ายแรงได้ แต่การที่เคยมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายดังกล่าวมาไม่อาจถือได้ว่าตุลาการผู้นั้นจะมีความเห็นอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนแล้วล่วงหน้าหรือมีพฤติการณ์ที่แสดงออกชัดเจนว่าจะไม่เปลี่ยนความคิดเห็นของตนเอง

3.2.1.2 ตุลาการที่มีความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี

อาจแบ่งได้ดังนี้

- (1) เป็นหรือเคยเป็นคู่สมรส
- (2) เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงหรือญาติโดยการสมรส

²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (วิญญูชน 2546) 53-55.

(3) เป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้อง นับได้เพียง 3 ชั้น หรือเป็นญาติทางสมรส นับได้เพียง 2 ชั้น

3.2.1.3 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมาก่อนหน้า

“การเคยเกี่ยวข้อง” (Der Begriff Tätigkeit) หมายถึง การกระทำทุก ๆ รูปแบบที่เกี่ยวกับคดีในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ การกระทำต่าง ๆ เช่น การค้นหาความจริง หรือการกระทำที่มีอิทธิพลต่อขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดี และรวมถึงการกระทำอย่างใดเพื่อให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีขึ้นใหม่ หรือเคยเป็นตุลาการ หรือตุลาการซึ่งตัดสินคดีที่มีผู้ร้องทุกข์คัดค้านคำพิพากษาที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นตัดสินก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไม่รวมถึงการที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเคยมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือเคยเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีที่เป็นวัตถุแห่งการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือเคยแสดงความเห็นทางวิชาการในปัญหาข้อกฎหมายที่อาจมีความสำคัญต่อการพิจารณาวินิจฉัย เนื่องจากความเห็นทางวิชาการมีลักษณะเป็นการทั่วไป ดังนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญท่านใดเคยเป็นสมาชิกรัฐสภาที่เคยมีส่วนในการพิจารณารัฐบัญญัติเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือเคยเป็นรัฐมนตรีร่วมอยู่ในคณะรัฐมนตรีชุดที่เสนอร่างรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวไปยังสภาผู้แทนราษฎร หรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของกระบวนการนิติบัญญัติด้วย จึงไม่อาจตัดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นออกไปจากองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยได้²⁵

ศาลแห่งสหพันธรัฐได้ตีความ คำว่า “คดี” (Sache) ว่า หมายถึงทุก ๆ ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี ตั้งแต่ในขั้นก่อนการสืบสวนสอบสวน (Voremittlung)²⁶

3.2.2 เหตุแห่งการคัดค้านหรือปฏิเสธตุลาการ

เมื่อปรากฏเหตุตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว กรณีย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องคัดค้านตุลาการอีก เนื่องจาก การคัดค้านตุลาการเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่มีลักษณะพิเศษแสดงถึงการไม่ไว้วางใจในความเป็นกลางของตุลาการผู้นั้น และทำให้เกิดความกังวลใจ (Besorgnis) แก่คู่ความว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษามี “ความไม่เป็นกลาง” ซึ่งความกังวลใจในความไม่เป็นกลางของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องถึงขนาดที่เห็นได้ว่าตุลาการผู้นั้นไม่อยู่ในฐานะที่จะให้อภิปรายให้เหตุผลในการประชุมปรึกษาหรือทำคำวินิจฉัยในอีกทางหนึ่งได้เพราะเหตุที่ตุลาการ

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘รวมข้อเขียนบางเรื่องเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน’ (เชิงอรรถ 20) 20.

²⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘การตัดและการปฏิเสธผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน’ (2548) ตุลาพาท 223.

ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถ “สลัด” หลุดจากเหตุในทางส่วนตัวที่ทำให้ตุลาการเกิดอคติในเรื่องที่เป็นประเด็นในการพิจารณาได้²⁷

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรา 19²⁸ กำหนดหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการเนื่องจากขาดความเป็นกลางไว้ดังนี้ คือ (1) ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งถูกคัดค้านเนื่องจากความกังวลในเรื่องความเป็นกลาง ให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าวโดยไม่ให้ตุลาการที่ถูกคัดค้านอยู่ร่วมในการวินิจฉัย ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด (2) การคัดค้านตุลาการต้องมีการให้เหตุผล ให้ตุลาการที่ถูกคัดค้านแถลงความเห็นเกี่ยวกับการถูกคัดค้าน การคัดค้านตุลาการย่อมไม่ได้รับการพิจารณาหากมิได้คัดค้านอย่างช้าที่สุดก่อนเริ่มการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจา (3) ในกรณีที่ตุลาการแสดงการคัดค้านตนเองเนื่องจากปัญหาในเรื่องความเป็นกลาง ให้นำวรรคหนึ่งมาใช้โดยอนุโลม (4) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่าตุลาการที่ถูกคัดค้านหรือตุลาการที่คัดค้านตนเองขาดความเป็นกลางให้ดำเนินการจับสลากเพื่อเลือกตุลาการจากอีกองค์คณะหนึ่งให้มาทำหน้าที่แทนตุลาการที่ถูกคัดค้านประธานขององค์คณะไม่อาจได้รับเลือกให้มาทำหน้าที่แทนได้ รายละเอียดในเรื่องนี้ให้กำหนดในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ²⁹ การยื่นคัดค้านต้องทำเป็นคำร้องระบุว่าจะประสงค์

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘รวมข้อเขียนบางเรื่องเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน’ (เชิงอรรถ 20) 21.

²⁸ Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz-BVerfGG) § 19 (1) If a Justice of the Federal Constitutional Court is challenged on the grounds of possible bias, the Court shall decide in that Justice’s absence; in the event of a tied vote, the presiding Justice shall have a casting vote. (2) The reasons for the challenge shall be stated. The challenged Justice shall comment on the challenge. The challenge shall not be considered if it is made after the oral hearing has commenced. (3) If a Justice who has not been challenged recuses himself or herself, subsection 1 shall apply accordingly. (4) If the Federal Constitutional Court has declared a challenge or self-recusal to be well-founded, lots shall be drawn to select a Justice from the other Senate as a substitute. The presiding Justices of the Senates cannot be designated as substitutes. Further details shall be set out in the Rules of Procedure.

²⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (เชิงอรรถ 24) 256.

จะคัดค้านตุลาการผู้ใดบ้างเป็นรายบุคคล โดยจะคัดค้านองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งองค์คณะไม่ได้ ประกอบทั้งคำร้องต้องมีการให้เหตุผล ซึ่งต่างจากกรณีห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะที่ไม่ต้องให้เหตุผลและผู้มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านให้เฉพาะผู้มีส่วนร่วมในคดีเท่านั้น

ส่วนในคดีปกครองได้กำหนดเหตุห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะและเหตุคัดค้านตุลาการไว้ในมาตรา 54 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง³⁰ โดยมาตรา 54 (1)³¹ กำหนดให้นำความในมาตรา 41 ถึงมาตรา 49 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ ดังนั้น ในคดีปกครองเหตุห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะและเหตุที่ใช้ในการคัดค้านตุลาการพิจารณาได้จากเหตุตามมาตรา 41³² แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนี้

³⁰ Meissner und Schenk, *Verwaltungsgerichtsordnung* in Schoch/Schneider, (Werkstand 40 EL, 2021) § 54 Rn. 30 und 31.

³¹ Code of Administrative Court Procedure (*Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO)) § 54 (1) Sections 41 to 49 of the Code of Civil Procedure (*Zivilprozeßordnung*) shall apply mutatis mutandis to the exclusion and rejection of court officials.

³² Code of Civil Procedure (*Zivilprozeßordnung*) § 41 Disqualification from the exercise of judicial office

A judge is disqualified by law from exercising judicial office :

1. In all matters in which he himself is a party, or in which his relationship to one of the parties in the proceedings is that of a co-obligee,co-obligor, or a party liable to recourse ;

2. In all matters concerning his spouse or former spouse ;

2a. In all matters concerning his partner or former partner under a civil union ;

3. In all matters concerning persons who are or were directly related to him, either by blood or by marriage, or who are or were related as third-degree relatives in the collateral line, or who are or were second-degree relatives by marriage in the collateral line ;

4. In all matters in which he was appointed as attorney of record or as a person providing assistance to a party, or in which he is or was authorised to make an appearance as a legal representative of a party ;

5. In all matters in which he is examined as a witness or expert ;

3.2.2.1 ตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดี

เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างตุลาการกับวัตถุแห่งคดี (Beziehungen des Richters zum Verfahrensgegenstand) ไม่ว่าจะเป็นผู้ร้องหรือผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม ซึ่งอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ตุลาการมีส่วนได้เสียกับเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่หากคู่กรณีในคดีเห็นว่ากรณิดังกล่าวนี้นำส่งผลต่อคำวินิจฉัยและอาจเกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับผลคำวินิจฉัยดังกล่าว ย่อมสามารถใช้สิทธิยื่นคัดค้านได้ โดยคู่กรณีต้องทำเป็นคำร้องพร้อมทั้งแสดงเหตุผล ในกรณีที่ตุลาการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของประกาศเพื่อกำหนดพื้นที่ในทางกฎหมายผังเมือง อาจมีเหตุในการสงสัยในความไม่เป็นกลางของตุลาการในการพิจารณาคดีนี้ได้ หากตุลาการผู้นั้นเป็นผู้ที่อยู่อาศัยอยู่ในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบจากประกาศกำหนดพื้นที่ในทางกฎหมายผังเมืองโดยตรง³³ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้บังคับบัญชาของตุลาการของศาลแห่งหนึ่ง และประธานศาลแห่งนั้นเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาบางประการแทนผู้ถูกฟ้องคดี ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นเหตุแห่งความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการผู้นั้น³⁴

3.2.2.2 ตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่กรณี

โดยอาจแบ่งความสัมพันธ์ได้เป็น 2 รูปแบบ

กรณีที่ 1 ความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย (rechtliche Bindungen) หมายถึง ความสัมพันธ์ตามกฎหมายครอบครัว เช่น ญาติพี่น้อง คู่หมั้น หรือคู่สมรส 1) ความสัมพันธ์ในทางญาติหรือเป็นหรือเคยเป็นสามีภรรยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน 2) ความสัมพันธ์ในฐานะเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือทนายความของผู้ร้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน 3) กรณีที่ตุลาการผู้นั้น สามี ภรรยา หรือญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา

6. In all matters in which he assisted, at a prior level of jurisdiction or in arbitration proceedings, in entering the contested decision, unless this concerns activities of a judge correspondingly delegated or requested.

7. In all matters concerning court procedures of excessive duration, if he assisted in the impugned proceedings at the level of jurisdiction, the duration of which is the basis for the claim to compensation.

8. In all matters in which he assisted in mediation proceedings or in any other alternative conflict resolution procedures.

³³ Meissner und Schenk (เชิงอรรถ 30) § 54 Rn. 37.

³⁴ คำสั่งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมืองเบอร์ลิน (Berlin OVG v. 28. 6. 68 V B 1/68).

ของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพาทกันกับคู่กรณี สามี่ ภรรยา หรือญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

กรณีที่ 2 ความสัมพันธ์ภายใน (innere Bindungen) หรือที่เรียกว่า ความสัมพันธ์ทางจิตใจ (emotionale Bindungen) นั้น หมายถึง ความสัมพันธ์ที่ไม่มีกฎหมายรองรับโดยตรง แต่เป็นความสัมพันธ์ทางจิตใจที่อาจส่งผลกระทบต่อ การตัดสินใจของตุลาการไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะเป็นความสัมพันธ์ในทางที่เป็นมิตร (freundschaftlich) หรือในทางที่เป็นศัตรู (feindselig) ก็ตาม เช่น ความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นซึ่งส่งผลทำให้เกิดข้อสงสัยของคู่ความได้ หรือการไปให้ความ สนับสนุนกับคู่ความในคดีที่ตนได้พิจารณาอยู่ หรือการที่ผู้พิพากษาได้ไปเล่นเทนนิสกับจำเลย หลังจาก เล่นเสร็จก็ไปรับประทานอาหารร่วมกันกับจำเลย (BGH StrV 1986,369) ³⁵ และการให้เหตุผลเพื่อตั้ง ข้อกังขาเกี่ยวกับความเป็นกลางของตุลาการนั้น เป็นเหตุผลที่เพียงพอแล้วหากพิจารณาจากมุมมอง ของคู่กรณีแล้วมีเหตุผลอันสมควรในทางภววิสัย (hinreichende objektive Gründe) อันเป็นเหตุผล ที่ประเมินจากสถานการณ์อย่างรอบด้านแล้ว เป็นเหตุผลที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยในการดำรงความเป็น กลางของตุลาการ เหตุผลที่จะเกิดข้อสงสัยในการดำรงความเป็นกลางของตุลาการเช่นว่านี้ อาจเกิดขึ้นได้ ในกรณีที่ตุลาการและคู่กรณีมีความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวเช่นกัน ³⁶

3.2.2.3 ตุลาการเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน (Mitwirkung an früheren Verfahren)

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 54 (2) ได้บัญญัติใน ลักษณะเช่นเดียวกัน ให้บุคคลซึ่งมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่ผ่านมาจะต้องถูก ห้ามมิให้ใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นตุลาการ หรือเป็นผู้พิพากษาสมทบ ³⁷ ตามบัญชีกำหนดรายชื่อ ผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษาสมทบ เช่น เคยมีส่วนร่วมในการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดที่ถูกฟ้องร้องนั้น ในคดีก่อนหน้านี้ หรือในกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ หรือเคยเข้าไปมีส่วนร่วมใน กระบวนการพิจารณาไกล่เกลี่ย หรือในกระบวนการพิจารณาอื่นของการระงับข้อพิพาททางเลือก หรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในฐานะที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการ หรือเคยเป็นตัวแทนขององค์กร

³⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 26) 227-228.

³⁶ คำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ องค์คณะที่ 4 (BVerwG (4. Senat), Beschluss vom 14.09.2015 - 4 B 16.15)

³⁷ ผู้พิพากษาสมทบ คือ บุคคลธรรมดาไม่จำเป็นต้องสำเร็จการศึกษากฎหมาย มีอายุสามสิบปีบริบูรณ์ และมีสัญชาติเยอรมัน เป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากคณะกรรมการคัดเลือก ของศาล ให้สามารถนั่งพิจารณา และประชุมปรึกษาในคดีได้

ที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาท กรณีดังกล่าวนี้ล้วนเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน ยกเว้นแต่กรณีการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาตามที่ได้รับการแต่งตั้งหรือตามการร้องขอ

ส่วนกรณีที่ตุลาการซึ่งเคยได้ตัดสินคดีในขณะที่ได้ดำรงตำแหน่งในศาลชั้นต้นแล้วต่อมา ได้รับตำแหน่งเป็นตุลาการศาลสูง คู่ความได้อุทธรณ์คำพิพากษาและตุลาการผู้นั้นได้รับมอบหมายให้พิจารณาคดีดังกล่าวนั้น ตุลาการผู้นั้นย่อมถูกตัดออกจากการพิจารณาคดีโดยผลของกฎหมาย

หากในการพิจารณาคดีตุลาการได้เคยรู้ข้อเท็จจริงในคดีมาก่อนไม่ว่าจะอยู่ในฐานะเป็นผู้พิพากษา ตุลาการในศาลอื่น กรรมการกฤษฎีกา อนุญาโตตุลาการ กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งการพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน ย่อมเป็นกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เลยว่า อิทธิพลจากความเห็นในครั้งก่อนที่ตนเคยได้ให้ไว้ในคดีจะเปลี่ยนไป หรือกรณีที่ตุลาการเคยมีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีมาก่อน เป็นเหตุที่มุ่งเน้นไปในกรณีที่ตุลาการคนเดียวกันในลำดับศาลชั้นเดียวกันได้ดำเนินกระบวนการที่แตกต่างกัน แต่ยังเป็นกระบวนการที่ยังอยู่ในคดีเดียวกัน เช่น ในกรณีที่ศาลสูงได้มีคำวินิจฉัยย้อนสำนวนกลับมายังศาลชั้นต้น และตุลาการท่านเดิมที่เคยได้ตัดสินคดีได้รับสำนวนดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง ย่อมถือว่าเป็นเหตุที่สามารถยกขึ้นคัดค้านตุลาการได้ เนื่องจากตุลาการที่ได้เคยตัดสินคดีใดไปก่อนแล้วย่อมเป็นการยากที่จะกลับคำตัดสินของตนเอง

อย่างไรก็ดี หากกระบวนการที่ต่างกันออกไปที่ได้รับการพิจารณาโดยตุลาการคนเดียวกันมิใช่การพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นหลักแห่งคดี ก็ย่อมมิใช่เหตุแห่งความไม่เป็นกลางต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการแต่อย่างใด แม้ประเด็นดังกล่าวจะได้รับการพิจารณาจากตุลาการรายเดียวกันกับที่พิจารณาประเด็นหลักแห่งคดีก็ตาม เช่น การพิจารณาคำขอเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล คำขอเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือกรณีคดีที่ได้รับการทบทวนโดยศาลสูง และศาลสูงได้ย้อนสำนวนมายังศาลล่าง กรณีเช่นนี้ การที่ตุลาการคนเดียวกับที่พิจารณาคำพิพากษาหรือคำสั่งเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีที่มีการย้อนสำนวนมาจากศาลสูงเช่นนี้ มิใช่เหตุที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการแต่อย่างใด³⁸ การที่ตุลาการรายหนึ่งได้เป็นผู้ทำคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาก่อนที่จะมาพิจารณาคดีเดียวกันในประเด็นหลักแห่งคดียังไม่เพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ตุลาการขาดความเป็นกลางในการวินิจฉัยประเด็นหลักแห่งคดี³⁹

³⁸ Meissner und Schenk (เชิงอรรถ 30) § 54 Rn. 39 und 40.

³⁹ คำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ (BVerwG, Beschluss vom 07.09.1989–2 B 110.89).

3.2.2.4 เหตุอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาคดีไม่เป็นกลาง

ด้วยเหตุที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเคร่งครัดมากเกี่ยวกับทัศนคติ และพฤติกรรมของตุลาการ (Verhalten des Richters innerhalb und außerhalb des Verfahrens) การโต้แย้งความไม่เป็นกลางของตุลาการด้วยเหตุอันเนื่องมาจากความประพฤติหรือพฤติกรรมของตุลาการนี้จึงสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง พฤติกรรมของตุลาการในการพิจารณาคดี (Verfahrensbegleitende Handlungen) และกรณีที่สอง พฤติกรรมของตุลาการนอกการพิจารณาคดี (Verhalten außerhalb des Rechtsstreits)

(1) พฤติกรรมระหว่างการพิจารณาคดี หมายถึง กรณีที่ตุลาการได้ให้คำแนะนำหรือเบาะแสในการดำเนินกระบวนการพิจารณาแก่คู่กรณี การอนุญาต หรือปฏิเสธคำขอบางประการ วิธีการถามพยาน เป็นต้น ทั้งนี้ ต้องพิจารณาความไม่เป็นกลางตามข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป กรณีการให้คำแนะนำของตุลาการ ที่เป็นการชี้ให้เห็นถึงทางเลือกต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดเหตุในการคัดค้านความไม่เป็นกลางของตุลาการในการพิจารณาคดีได้⁴⁰ แม้คำแนะนำของตุลาการที่ชี้้นำให้คู่กรณีเห็นว่ามีทางเลือกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพียงทางเดียว ทั้งที่ยังมีทางเลือกอื่นที่คู่กรณีสามารถใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ ก็มีเหตุคัดค้านความไม่เป็นกลางของตุลาการในการพิจารณาคดีได้⁴¹

ความมีอคติของผู้พิพากษาต่อคู่ความในคดีไม่ว่าจะด้วยทางใดย่อมทำให้ไม่สามารถที่จะพิจารณาพิพากษาคดีได้อีก เช่น กรณีที่ผู้พิพากษากล่าวต่อนายจำเลยว่า จำเลยจะต้องถูกพิพากษาลงโทษอย่างแน่นอน (KG StrV 1988,98) หรือแม้กระทั่งการพูดกับบุคคลทั่วไปในบริเวณศาล เช่น ผู้พิพากษาได้พูดขณะอยู่ที่โรงอาหารของศาลว่า ตัวผู้พิพากษาเองเห็นได้เลยว่า จำเลยเกี่ยวข้องกับยาเสพติด (BGH NStZ 1991,144) และการที่ผู้พิพากษาได้พูดขณะอยู่ที่โรงอาหารของศาลโดยพูดคุยกับพยานในคดีเชิงตำหนิตัวจำเลยที่มีอยู่ในคำฟ้อง (Anklagevorwurf) (AG Bremen StrV 1993,181) หรือการสนทนาในระหว่างการพิจารณาคดี เช่น ผู้พิพากษาที่ทำการพิจารณาคดีพูดกับจำเลยว่า จำเลยมีอาการผิดปกติเกี่ยวกับจิต (geistesgestört)⁴²

การแสดงออกถึงความอคติที่มีกับจำเลยในคดีอันเนื่องมาจากมีความเห็นที่แตกต่างทางการเมือง ผู้พิพากษาได้บอกว่าจำเลยมีความเห็นทางการเมืองอย่างสุดโต่ง (LG Freiburg StrV 1982,111) หรือกรณีที่ผู้พิพากษาได้แสดงความเห็นอย่างเปิดเผยว่ามีแนวคิดทาง

⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ (BVerwG, Beschl. v. 10.10.2017-9 A 16/16).

⁴¹ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองคัสเซิล (VGH Kassel, Beschluß vom 11-10-1982-V TE 58/82).

⁴² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 26) 227.

การเมืองเชียงใหม่ และได้มีคำพิพากษาในคดีที่จำเลยมีแนวคิดทางการเมืองเชียงใหม่ ย่อมถือได้ว่าผู้พิพากษาผู้นี้ย่อมมีอคติต่อจำเลยล่วงหน้าแล้วในเรื่องเกี่ยวกับการเมืองด้วยมุมมองและการแสดงออกทางการเมืองที่แตกต่างกัน

การใช้ถ้อยคำของผู้พิพากษาที่ได้พูดในระหว่างการพิจารณาคดี กรณีย่อมส่งผลให้ผู้พิพากษาผู้นั้นไม่สามารถพิจารณาคดีต่อไปได้ เช่น การที่ผู้พิพากษาได้ต่อว่าจำเลยในระหว่างพิจารณาคดีว่า “คุณโกหกอย่างไรร้ายอาาย” ในคดีที่จำเลยมีสัญชาติกานา หรือกล่าวว่าผู้พิพากษารู้ดีว่า “โดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวแอฟริกันชอบพูดโกหกจนใคร ๆ ก็รู้”⁴³ หรือการที่ผู้พิพากษาดังกล่าวถามเกี่ยวกับคุณสมบัติในทางวิชาชีพของทนายความซึ่งเป็นไปในทางดูถูกทนายความ เช่น พูดว่า “ฉันทัน” (ผู้พิพากษา) ก็ถามตัวเองอยู่เหมือนกันว่า “คุณ” (ทนายความ) เรียนกฎหมายมาจากไหน⁴⁴ หรือการใช้ถ้อยคำที่ไม่เหมาะสม เช่น พนักงานอัยการอยู่ในฐานะของทนายจำเลยที่ 4⁴⁵

(2) พฤติกรรมของตุลาการภายนอกการพิจารณาคดี (Verhalten außerhalb des Rechtsstreits) หมายถึง กรณีที่ตุลาการได้เข้าร่วมการเสวนาสาธารณะ หรือแสดงความคิดเห็นของตนในรูปแบบอื่น แม้อาจจะมิได้เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีโดยตรง อาจเกิดจากการแสดงความคิดเห็นหรือความเชื่อบางประการของตุลาการ (Meinungsäußerungen Bekenntnisse) ซึ่งเป็นการแสดงความคิดเห็นที่อาจกระทบภาพลักษณ์และหน้าที่ของตุลาการในการดำรงความเป็นกลางโดยทั่วไปก็ได้ แต่การที่ตุลาการได้เข้าร่วมงานเสวนาสาธารณะที่มีลักษณะทั่วไป มิได้เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดียังไม่ใช่เหตุที่จะคัดค้านความไม่เป็นกลางของตุลาการในการพิจารณาคดีได้⁴⁶ หรือการแสดงความคิดเห็นทางวิชาการมาก่อนหน้าแม้จะเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ตนกำลังวินิจฉัยก็ตาม ก็ยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ตุลาการถึงขนาดขาดสภาพความเป็นกลางในการวินิจฉัยคดีได้ หากไม่ปรากฏว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ เนื่องจากความคิดเห็นทางวิชาการสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา⁴⁷ อย่างไรก็ตาม ในกรณีเดียวกันนี้ ตุลาการอาจถูกปฏิเสธเนื่องจากขาดความเป็นกลางได้หากปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งว่า การที่ได้แสดงความคิดเห็นของตนออกไปแล้วยังคงวินิจฉัยคดีโดยไม่เปลี่ยนแปลงความเห็นจากที่ตนแสดงไว้ก่อนหน้านี้ แต่ถ้าเป็นการให้ความเห็นที่มีลักษณะเป็นความเห็นเฉพาะที่ชัดแจ้ง ย่อมต้องห้ามมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะตุลาการได้

⁴³ Köln StrV 1992,149.

⁴⁴ LG Frankfurt StrV 1990 , 258.

⁴⁵ BGH NStZ 1991,348.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองมันไฮม์ VGH Mannheim , Beschluss vom 24.7.1985 - 5 S 1616/85

⁴⁷ Meissner und Schenk (เชิงอรรถ 30) § 54 Rn. 46.

กรณีที่เกิดจากความเชื่อส่วนบุคคลของตุลาการนั้น อาจเกิดขึ้นได้จากทั้งความเชื่อทางศาสนา (religiöses Bekenntnis) และความเชื่อทางการเมือง (politisches Bekenntnis) เช่น การเป็นคนที่มีความเชื่อทางศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือการเข้าเป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง ทั้งนี้ต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงประการอื่นด้วยว่าความเชื่อทางศาสนาหรือทางการเมืองเช่นว่านั้นมีผลกระทบต่อการวินิจฉัยคดีหรือไม่ เช่น กรณีนี้ผู้ยื่นคำร้องได้ยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ เพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติว่าด้วยการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำของมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์ค ฉบับลงวันที่ 27 กรกฎาคม 1987 (Gesetzes zur Änderung des Wassergesetzes für Baden-Württemberg) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บค่าธรรมเนียมการบริหารจัดการน้ำ (Entgelt für Wasserentnahmen) แต่ผู้ร้องเห็นว่า ตุลาการที่ชื่อว่า Kirchhof มีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางในการวินิจฉัยคดีเนื่องจากตุลาการรายดังกล่าวได้จัดทำรายงานการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวเพื่อเสนอต่อรัฐบาลแห่งมลรัฐบาเดิน-เวือร์ทเทิมแบร์ค (baden-württembergische Landesregierung) ก่อนที่จะเข้าดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์⁴⁸

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐวินิจฉัยว่า ถึงแม้ข้อเท็จจริงจะรับฟังได้ว่า ตุลาการรายดังกล่าวจะได้แสดงความคิดเห็นของตนที่มีต่อรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวให้ปรากฏแก่สาธารณะแล้วก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า เราไม่อาจกล่าวหาถึงความไม่เป็นกลางของตุลาการได้ เพียงเพราะเหตุที่ว่าตุลาการรายนั้นได้เคยวินิจฉัยคดีที่มีข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญแห่งคดีเช่นเดียวกันกับคดีที่กำลังตัดสินอยู่ หลักการเช่นว่านี้สามารถนำมาใช้ในกรณีที่ตุลาการได้แสดงความคิดเห็นของตนไว้ในผลงานทางวิชาการเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เนื่องจากการตีความกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสาขากฎหมายรัฐธรรมนูญ มีลักษณะของการประยุกต์ใช้นิติวิธีซึ่งแม้จะมีการตรวจสอบและวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างรอบด้านแล้ว ก็ไม่อาจจะได้คำตอบที่ถูกต้องสมบูรณ์และปราศจากข้อโต้แย้งใด ๆ ได้ การแสดงความคิดเห็นในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการแสดงความคิดเห็นที่ผู้แสดงความคิดเห็นสามารถเปลี่ยนแปลงความเห็นของตนได้ตลอดเวลา กรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นเหตุคัดค้านตุลาการได้

กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นผู้แทนภาคประชาชนเพื่อต่อต้านการใช้อาวุธเคมีและอาวุธนิวเคลียร์ เมื่อเดือนพฤศจิกายน 1983 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอต่อผู้แทนสภาเมือง S. ผู้ถูกฟ้องคดีให้พิจารณาบังคับใช้มาตรการเพื่อมิให้เกิดการผลิต ขนส่ง การทดลอง หรือการเก็บอาวุธทางเคมี

⁴⁸ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (BVerfG, Beschluß vom 05-04-1990-2 BvR 413/88)

และอาวุธนิวเคลียร์ ให้มีผลบังคับใช้ทั่วทั้งเมือง S. แต่ผู้แทนสภาเมือง S. ปฏิเสธที่จะพิจารณาคำขอดังกล่าว หลังจากที่ผู้แทนสภาเมือง S. ปฏิเสธที่จะพิจารณาคำขอดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยกล่าวอ้างมาในคำฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ที่จะให้คำปรึกษาและพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดี ระหว่างการสืบพยานผู้ถูกฟ้องคดีได้กล่าวอ้างว่า ตุลาการสองรายที่ร่วมการพิจารณาคดีดังกล่าวได้ร่วมลงชื่อในจดหมายเปิดผนึกเพื่อต่อต้านการผลิต ขนส่ง การทดลอง หรือการเก็บอาวุธทางเคมีและอาวุธนิวเคลียร์ ทำให้ตุลาการสองรายนั้นขาดสภาพความเป็นกลางในการพิจารณาคดี⁴⁹ การให้เหตุผลในการคัดค้านตุลาการสองรายว่า การลงนามของตุลาการทั้งสองรายมิได้ลงนามในฐานะประชาชนทั่วไป แต่เป็นการลงนามโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ที่ตนเป็นตุลาการ การกระทำดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการดำรงความเป็นกลางของตุลาการ อันเป็นเหตุผลที่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีกังวลถึงความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการได้นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบริบทของถ้อยคำและลักษณะของการลงนามโดยรวมแล้ว ทำให้เข้าใจได้ว่า ตุลาการทั้งสองรายที่ถูกคัดค้านมีจุดยืนที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการผลิต ขนส่ง การทดลอง หรือการเก็บอาวุธทางเคมีและอาวุธนิวเคลียร์อย่างชัดเจน และจะไม่เปลี่ยนความคิดเห็นของตนในระหว่างการพิจารณาคดีนี้ได้โดยง่าย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะสงสัยในความเป็นกลางในการตัดสินคดีของตุลาการทั้งสองรายดังกล่าว

นอกจากการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะและการให้สิทธิคู่กรณีในการคัดค้านตุลาการที่มีเหตุเสี่ยงต่อความมีอคติในการพิจารณาคดีเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาแล้ว ยังปรากฏว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการป้องกันเหตุอื่นที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีไม่เป็นธรรมไว้อย่างเคร่งครัดอีกประการหนึ่ง คือ การสร้างวิธีการปลดตุลาการที่ไม่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาได้และให้ออกจากการพิจารณาไป ซึ่งเรียกหลักการนี้ว่า หลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ (Selbstreinigung)

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองคาสเซิล (VGH Kassel, Beschluß vom 18. 10. 1984-2 TE 2437/84).

3.2.3 หลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ (Selbstreinigung)

หลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ หมายถึง กรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้นของคณะตุลาการที่พิจารณาพิพากษาคดีจะต้องดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องนั้น เพราะนอกจากการที่ตุลาการต้องทำตัวดีไม่ต่างพร้อย ไม่มีข้อตำหนิแล้ว ก็ยังไม่เพียงพอ แต่ต้องทำตัวไม่ให้เป็นที่ยังสงสัยของประชาชนด้วย ต้องให้ความเป็นธรรมโดยแท้จริงปราศจากอคติ แต่เพียงไม่ทำผิดเท่านั้นจึงยังไม่พอสำหรับตุลาการหากต้องไม่ทำอะไรให้เป็นที่ระแวงสงสัยด้วย และต้องปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนให้ดีไม่ปล่อยปะละเลยให้ล่าช้า หรืออาศัยความเป็นอิสระไม่ใส่ใจในการทำงานตามอำนาจหน้าที่ของตน

หลักการนี้เป็นหลักการริเริ่มกระบวนการพิจารณาตามหน้าที่โดยศาลเองไม่จำเป็นต้องมีคู่กรณีร้องขอก่อน เป็นกรณีที่กำหนดตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี “มาตรา 105⁵⁰ (1) ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์รัฐมีอำนาจ 1. ปลดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

⁵⁰ Act on the Federal Constitutional Court

(Bundesverfassungsgerichtsgesetz BVerfGG) §105

(1) The Federal Constitutional Court may authorise the Federal President to

1. retire a Justice of the Federal Constitutional Court due to permanent incapacity for office;

2. remove a Justice of the Federal Constitutional Court from office if the Justice, by final judgment, has been convicted for committing a dishonourable act or sentenced to more than six months' imprisonment, or if the Justice has committed such a grave breach of duty that his or her remaining in office is impossible.

(2) The decision to initiate proceedings pursuant to subsection 1 shall be taken by the Plenary of the Federal Constitutional Court.

(3) The general procedural rules, § 54 (1) and § 55 (1), (2), (4) to (6) shall apply accordingly.

(4) An authorisation pursuant to subsection 1 shall require the consent of two thirds of the members of the Court.

(5) Once proceedings have been initiated pursuant to subsection 2 , the Plenary of the Federal Constitutional Court may temporarily suspend the Justice from office. The same shall apply if main proceedings in a criminal case have been

แห่งสหพันธ์ออกจากตำแหน่งอย่างถาวร เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสม 2. ไล่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ออกจากตำแหน่งถ้าตุลาการนั้นถูกตัดสิทธิลงโทษโดยไม่อาจอุทธรณ์ได้ในคดีเกี่ยวกับการกระทำที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือถูกตัดสิทธิลงโทษให้จำคุกมากกว่า 6 เดือน หรือยอมรับว่าปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมาะสมจนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ (2) ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดตามวรรคหนึ่งข้างต้น (3) ให้นำบทบัญญัติวิธีพิจารณาทั่วไป และบทบัญญัติของมาตรา 54 (1) และ 55 (1) , (2) , (4) ถึง (6) ข้างต้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม (4) การดำเนินการตามวรรคหนึ่งต้องได้รับความยินยอมด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (5) เมื่อมีการเริ่มกระบวนการพิจารณาตามวรรคสองแล้วที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่งเป็นการชั่วคราว ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กระทำผิดทางอาญาและมีการเริ่มดำเนินการพิจารณาแล้วที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจสั่งให้ตุลาการผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งชั่วคราวได้เช่นกัน การให้พ้นจากตำแหน่งเป็นการชั่วคราวต้องใช้คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (6) เมื่อถูกไล่ออกตามวรรคหนึ่ง (2) ตุลาการไม่อาจเรียกร้องสิทธิใด ๆ อันเนื่องมาจากการอยู่ในตำแหน่ง”⁵¹

กล่าวคือ ในกรณีที่ตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นเวลายาวนาน และไม่สามารถกลับมาปฏิบัติหน้าที่ได้อีก แต่ไม่ยอมลาออกหรือตุลาการกระทำการเสื่อมเสียต่อเกียรติยศชื่อเสียง หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือจงใจใช้อำนาจขัดต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอย่างชัดแจ้ง ไม่แถลงเหตุดังกล่าวให้องค์คณะทราบ ผลคือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจถูกลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนตุลาการทั้งหมด โดยมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีสั่งให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถจะปฏิบัติหน้าที่ได้ติดต่อกันเป็นระยะเวลาอันเกียติอายุราชการก่อนกำหนด หรือสั่งให้ถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแล้วพบว่าตามกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจได้เลย ดังนั้นประธานาธิบดีจึงไม่มีดุลพินิจเหลืออยู่และต้องสั่งให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นเกษียณอายุก่อนกำหนดหรือสั่งปลดเท่านั้น หากประธานาธิบดีไม่ทำก็ได้ แต่อาจต้องรับผิดชอบทางการเมืองหรืออาจ

opened against the Justice. Temporary removal from office shall require the consent of two thirds of the members of the Court.

(6) Upon removal from office pursuant to subsection 1 no. 2, the Justice shall lose all rights arising from the office.

⁵¹ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ (เชิงอรรถ 17) 316-317.

จะถือว่าประธานาธิบดีละเลยต่อหน้าที่⁵² หรือเป็นกรณีที่ถือว่าตุลาการผู้นั้นกระทำการอันเป็นปรปักษ์กับตำแหน่งหน้าที่ และเป็นเหตุให้องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลงมติมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้

ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ส่วนที่ 6 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาที่ประชุมใหญ่ตามมาตรา 105 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อ 50 (1) กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อย 6 คน อาจยื่นคำร้องให้เปิดกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 105 วรรคหนึ่ง และกรณีตามมาตรา 105 (1) ข้อ 1 อาจกระทำได้โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญร่วมกัน ให้ส่งคำร้องพร้อมทั้งเหตุผลประกอบคำร้องให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนโดยประทับตราลับ และให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลงนามยืนยันการรับเอกสารคำร้องดังกล่าวด้วย⁵³ ซึ่งตุลาการที่ถูกกล่าวหาสามารถชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษรและสามารถแถลงด้วยวาจาได้ต่อที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Plenum)⁵⁴ โดยมติที่ให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องมีคะแนนเสียงจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ต่ำกว่า 8 คน ประชุมปรึกษาและลงมติ โดยไม่ให้ตุลาการที่ถูกกล่าวหาอยู่ในที่ประชุม คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่กรณีนี้ไม่ต้องให้เหตุผลแต่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ประชุมและลงมติต้องลงนามในคำวินิจฉัย และให้แจ้งตุลาการที่ถูกกล่าวหาทราบ⁵⁵ เมื่อลงนามเปิดกระบวนการพิจารณาตามข้อกล่าวหาแล้ว ให้ที่ประชุมใหญ่ฯ แต่งตั้งตุลาการผู้ทำการไต่สวนข้อกล่าวหา โดยรับฟังตุลาการผู้ถูกกล่าวหามาให้ถ้อยคำเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน ให้ตุลาการผู้ไต่สวนทำรายงานผลการไต่สวนเป็นลายลักษณ์อักษรและให้ระบุข้อเสนอสำหรับการวินิจฉัยเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และในระหว่างการศึกษาพิจารณาโดยวาจา ไม่ให้ตุลาการผู้ไต่สวนร่วมประชุมปรึกษาและออกเสียงวินิจฉัย⁵⁶ โดยหลักกระบวนการดังกล่าวมิให้ทำโดยเปิดเผย เว้นแต่ผู้ถูกกล่าวหามีคำร้องขอให้ดำเนินกระบวนการโดยเปิดเผยได้⁵⁷ แต่กระบวนการพิจารณาดังกล่าวเป็นอันระงับไปเมื่อตุลาการผู้ถูกกล่าวหาพ้นจากตำแหน่งโดยการยื่นคำขอให้ตนพ้นจากตำแหน่งและประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ได้ประกาศการพ้นจาก

⁵² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘รวมข้อเขียนบางเรื่องเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน’ (เชิงอรรถ 20) 21.

⁵³ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อ 50.

⁵⁴ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อ 51.

⁵⁵ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อ 52.

⁵⁶ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อ 53.

⁵⁷ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อ 54.

ตำแหน่ง⁵⁸ หรือดำรงตำแหน่งเมื่อครบวาระ 12 ปี หรือขอเกษียณอายุโดยคำร้องเพราะไม่สามารถดำรงตำแหน่งได้อีกต่อไป⁵⁹ หรือมีการถอนคำร้องก่อนที่ประชุมใหญ่จะมีมติให้เปิดกระบวนการพิจารณา เว้นแต่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีมติให้ดำเนินกระบวนการต่อไป⁶⁰

3.2.4 หลักตุลาการคัดค้านตนเอง

หลักตุลาการคัดค้านตนเอง คือ กรณีที่ตุลาการในองค์คณะเห็นว่าตุลาการที่พิจารณาคดี มีเหตุไม่เป็นกลางแต่มีได้แก่ลงพฤติการณ์ต่อองค์คณะ หรือขอถอนตัวออกจากการพิจารณา และเป็นกรณีที่คู่กรณีได้ยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ ซึ่งตุลาการในองค์คณะหรือศาลได้หยิบยกขึ้นพิจารณาเอง โดยถือว่าตุลาการผู้นั้นกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตำแหน่งหน้าที่และนำไปสู่กระบวนการถอนถอนตุลาการผู้นั้นต่อไป ด้วยเหตุที่ว่าหากปล่อยให้ตุลาการผู้นั้นทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยออกไป คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมถือว่ามีข้อบกพร่อง และทำให้ไม่เป็นที่ยอมรับของคู่กรณี กรณีเช่นนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้ตุลาการคัดค้านตนเองได้ แต่กฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของตุลาการผู้ที่มีเหตุดังกล่าวต้องแสดงเหตุซึ่งอาจถูกคัดค้านและขอถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีเอง หากตุลาการผู้นั้นไม่ทำตามหน้าที่ เมื่อมีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมันยอมรับให้นำ “หลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์” มาใช้ เพื่อให้ตุลาการในองค์คณะหรือศาลสามารถหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาให้องค์คณะพิจารณาดำเนินการกับตุลาการที่กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวได้ ศาลหรือตุลาการสามารถเริ่มกระบวนการพิจารณาได้เอง โดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 105 ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ศาลไม่อาจเริ่มกระบวนการพิจารณาได้เอง แต่สามารถเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ต่อเมื่อมีคำร้อง ศาลหรือตุลาการจะลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนตุลาการทั้งหมดมอบอำนาจให้

⁵⁸ Act on the Federal Constitutional Court

(Bundesverfassungsgerichtsgesetz–BVerfGG) § 12

The Justices of the Federal Constitutional Court may at any time request to be discharged from office. The Federal President shall declare the discharge.

⁵⁹ Bundesverfassungsgerichtsgesetz–BVerfGG § 98

(1) Justices of the Federal Constitutional Court shall retire upon expiry of their term of office (section 4 (1), (3) and (4)).

(2) Justices of the Federal Constitutional Court shall be retired in the event of permanent incapacity for office.

⁶⁰ ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อ 55.

ประธานาธิบดีสั่งให้ตุลาการผู้ที่จะทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตำแหน่งหน้าที่ตุลาการ หรือตุลาการ ซึ่งไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ติดต่อกันเป็นเวลานานให้เกษียณอายุราชการก่อนกำหนด หรือมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีถอดถอนตุลาการที่ทำการอันเสื่อมเสียต่อเกียรติยศชื่อเสียง หรือตุลาการที่ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือตุลาการที่จงใจใช้อำนาจขัดต่อหน้าที่ตามกฎหมายอย่างชัดแจ้งให้ออกจากตำแหน่งได้

3.2.5 หลักการกำหนดตัวตุลาการไว้ล่วงหน้าหรือหลักการรู้ตัวตุลาการล่วงหน้า

ระบบกฎหมายเยอรมันได้กำหนดแนวทางการป้องกันมิให้ตุลาการรับผลประโยชน์อื่นจากการพิจารณาและให้ความสำคัญเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมปราศจากอคติ โดยกำหนดสิทธิและรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 101 อนุมาตราหนึ่ง ประโยคที่สองว่า บุคคลมีสิทธิที่จะมีตุลาการตามกฎหมาย ไม่ว่าผู้ใดก็มีอาจถูกพรากจากตุลาการตามกฎหมายของตนได้⁶¹ หลักการดังกล่าวนี้จึงเป็นการกำหนดตัวตุลาการล่วงหน้าไว้ก่อนที่จะมีคดีเกิดขึ้น ซึ่งเรียกในภาษาเยอรมันว่า “Das Recht auf den gesetzlichen Richter”⁶² หรือสิทธิที่จะมีผู้พิพากษาตามกฎหมาย⁶³ ในทางปฏิบัติจะมีการประกาศแบ่งภารกิจติดไว้ที่ศาลในแต่ละปี ไม่ว่าจะเป็ศาลมลรัฐหรือศาลสหพันธ์ เพื่อให้ประชาชนสามารถทราบได้ว่าหากมีคดีของตนเกิดขึ้น ตุลาการผู้พิพากษาผู้ใดจะเป็นผู้ที่พิจารณาพิพากษาคดีของตน หากมีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าว กระบวนพิจารณาอาจเสียไป

3.2.6 กระบวนการพิจารณาเมื่อมีคำร้องคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านแล้ว ต้องเปิดโอกาสให้ตุลาการผู้ที่ถูกคัดค้านได้แถลงต่อศาล วันแต่ศาลเห็นว่าการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการนั้น เป็นการจงใจกลั่นแกล้ง ศาลย่อมมีอำนาจปฏิเสธคำร้องดังกล่าวได้โดยไม่ต้องให้ตุลาการผู้ถูกคัดค้านนั้นแถลงแต่อย่างใด ในทางกลับกันหากมิใช่เป็นการกลั่นแกล้งตุลาการคนใดคนหนึ่ง ย่อมต้องเปิดโอกาสให้ตุลาการผู้นั้นได้แถลงต่อองค์คณะ เมื่อมีการแถลงต่อศาลแล้ว ศาลจะมีการประชุมปรึกษากันโดยห้ามมิให้ตุลาการผู้นั้นอยู่ในที่ประชุมแล้วลงมติ ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานมีอำนาจออกเสียงชี้ขาดเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียง และ

⁶¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, ‘สิทธิของประชาชนที่จะมีผู้พิพากษาตามกฎหมาย’ (2564) ฉบับที่ 386 ข่าวเนติบัณฑิตยสภา 34, 19.

⁶² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ‘รัฐธรรมนูญโบสถ์นักบุญปอล’ (รายงานวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565) 43.

⁶³ คูปัญหาการแปลถ้อยคำจากภาษาเยอรมันเป็นภาษาอังกฤษอาจถอดความได้ว่า “ไม่ว่าผู้ใดก็มีอาจถูกพรากจากเขตอำนาจของผู้พิพากษาตามกฎหมายของตนได้” อ้างใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ (เชิงอรรถ 56) 19.

ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญถูกคัดค้านทุกคนก็ให้เริ่มวินิจฉัยเรียงลำดับกันไปทีละคน หากในช่วงการพิจารณาเป็นเรื่องของตุลาการผู้ที่ถูกคัดค้านก็ให้ตุลาการผู้นั้นออกจากที่ประชุมไป

รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 วรรคสาม ได้บัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจคัดค้านตัวเองได้ โดยต้องแถลงพฤติการณ์ของตนที่อาจเป็นเหตุให้มีการคัดค้านตุลาการได้เนื่องจากความมีอคติ ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับในคดี หรือเหตุอื่นใดที่ทำให้เกิดความสงสัยและมีผลต่อความเชื่อมั่นของคู่ความในคดีหรือประชาชนทั่วไปซึ่งอาจตั้งคำถามถึงเหตุนี้ได้โดยการแถลงถึงเหตุนี้ส่วนตัวตุลาการเองสามารถกระทำได้ตลอดเวลาในระหว่างพิจารณาคดีจนกว่าจะได้อ่านคำวินิจฉัยหรือมีคำพิพากษา ซึ่งกรณีดังกล่าวในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าเป็นหน้าที่ของตัวตุลาการเอง หากไม่มีการแสดงเหตุดังกล่าวให้องค์คณะทราบแล้ว ย่อมถือว่าตุลาการผู้นั้นกระทำการเป็นปรปักษ์ต่อหน้าที่และอาจนำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการออกจากตำแหน่งได้

จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า การคัดค้านโดยตัวตุลาการเองหรือการคัดค้านตนเองนั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับการถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี แต่ต้องให้องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนอื่นลงมติว่าจะให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นพ้นไปจากองค์คณะนั้นหรือไม่ โดยผู้ที่คัดค้านนั้นต้องไม่อยู่ในที่ประชุมด้วย หรือกรณีคดีไม่มีคู่ความในคดี ตุลาการอาจคัดค้านตัวเองได้ เช่นคดีที่ศาลอื่นได้มีการส่งเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญให้ความเห็นว่า กฎหมายที่ใช้ในการพิจารณานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คดีดังกล่าวย่อมไม่ปรากฏว่ามีคู่ความในคดีคัดค้าน แต่เมื่อตัวตุลาการเห็นว่าตนมีเหตุที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาไม่มีความเป็นกลางแล้วย่อมสามารถยื่นคำคัดค้านตนเองโดยแสดงเหตุต่อองค์คณะพิจารณาได้

3.2.7 ระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ

ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 (2) ได้กำหนดเกี่ยวกับการยื่นคัดค้านต่อระบุมเหตุการคัดค้าน โดยต้องยื่นคัดค้านอย่างช้าที่สุดก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาโดยวาจา ซึ่งกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา เป็นวิธีพิจารณาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 (1) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีว่า ให้ศาลพิจารณาคดีและวินิจฉัยโดยอาศัยพื้นฐานการพิจารณาด้วยวาจา หมายถึงเฉพาะข้อเท็จจริงที่ได้จากการพิจารณาด้วยวาจาเท่านั้นที่จะสามารถนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี เนื่องจากหลักการพิจารณาด้วยวาจามีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองบุคคลที่สาม ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาด้วยวาจาได้ หากปรากฏว่าคู่ความทุกฝ่ายแสดงเจตนาสละการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจา

ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 45 วรรคหนึ่ง ประกอบกับรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 44 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดแต่เพียงว่า คำขอเพื่อโต้แย้งความเป็นกลางของตุลาการเป็นคำขอที่ต้องยื่นขอศาลที่ตุลาการที่ถูกโต้แย้งสังกัดอยู่เท่านั้น คู่กรณี

ต้องการโต้แย้งตุลาการสามารถยื่นคำขอเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโต้แย้งด้วยวาจาเพื่อให้มีการจดบันทึกไว้ในกระบวนการพิจารณาก็ได้ แต่คู่กรณีจะต้องโต้แย้งก่อนที่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลนั้น ๆ จะสิ้นสุดลง การโต้แย้งนั้นจะต้องกระทำต่อตุลาการ (Richter) เป็นรายบุคคล โดยการระบุชื่อตุลาการที่ต้องการโต้แย้ง หรือมิได้ระบุชื่อแต่บรรยายข้อเท็จจริงให้เข้าใจได้ว่าการโต้แย้งตุลาการคนใด การโต้แย้งความเป็นกลางของศาลทั้งศาล (ganzes Gericht) ในฐานะที่เป็นองค์กร หรือการโต้แย้งตุลาการทั้งองค์คณะ (Spruchkörper) จึงไม่สามารถกระทำได้⁶⁴ ซึ่งระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการนั้น โดยหลักต้องยื่นก่อนวันสืบพยานครั้งแรก แต่หากปรากฏว่าคู่กรณีรับรู้เหตุที่จะคัดค้านในภายหลัง ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีแพ่ง มาตรา 44 (4) กำหนดสามารถยื่นคำคัดค้านได้ภายหลังวันสืบพยานครั้งแรก ในกรณีดังนี้ 1) เหตุคัดค้านเกิดขึ้นภายหลัง หรือผู้มีส่วนคัดค้านได้ทราบในภายหลังระยะเวลาสืบพยานครั้งแรก 2) การคัดค้านได้กระทำเพราะมีเหตุคัดค้านเกิดขึ้นในทันใดนั้น อย่างไรก็ตามก็ต้องยื่นคัดค้านก่อนสืบพยานเสร็จ

3.2.8 ผลการพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุต้องห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะ และกรณีมีการคัดค้านตุลาการ

ผลของคำวินิจฉัยที่ได้กระทำลงโดยตุลาการที่มีเหตุต้องห้าม คำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมกลายเป็นคำวินิจฉัยที่บกพร่อง (fehlerhaft) แต่ยังคงมีผลในทางกฎหมาย เนื่องจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่อาจที่จะถูกโต้แย้งได้ การฟ้องขอให้แสดงความเสียหายหรือความเป็นโมฆะของคำวินิจฉัยจึงไม่อาจกระทำได้⁶⁵

เมื่อมีการคัดค้านตุลาการไม่ว่าจะด้วยเหตุอย่างใดก็ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น กระบวนการพิจารณาต้องหยุดไว้ชั่วคราว และรอให้มีการลงมติเกี่ยวกับการโต้แย้งดังกล่าวก่อน ยกเว้นกรณีที่เป็นการพิจารณาที่ไม่สามารถเลื่อนออกไปได้ (Verfahrenshandlungen, die keinen Aufschub gestatten) ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีไปและต้องใช้ในกรณีที่เป็นการขอยกเว้นอย่างยิ่ง ได้แก่ การกำหนดนัดหมายต่าง ๆ (Terminsbestimmung) หรือกระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดี (Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes)⁶⁶

โดยตุลาการผู้ถูกคัดค้านต้องแสดงเหตุผล และแถลงความเห็นของตนเกี่ยวกับเหตุที่ถูกคัดค้าน เพื่อชี้แจงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเหตุที่ตนถูกโต้แย้งถึงความไม่เป็นกลาง เช่นว่านั้น และการโต้แย้งดังกล่าวต้องเป็นการโต้แย้งที่มีสาระ (ernst gemeinten Ablehnungsgesuch)

⁶⁴ Meissner und Schenk (เชิงอรรถ 30) § 54 Rn. 49.

⁶⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (เชิงอรรถ 24) 55.

⁶⁶ Meissner und Schenk (เชิงอรรถ 30) § 54 Rn 52.

มิใช่เพียงการโต้แย้งเพื่อการถ่วงเวลาในการพิจารณาคดีเท่านั้น ศาลโดยองค์คณะจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ปัญหาตามคำร้องคัดค้านก่อนโดยไม่ให้ตุลาการที่ถูกคัดค้านอยู่ร่วมในการวินิจฉัยด้วย และหากในการลงมติมีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานเป็นผู้ออกเสียงเพิ่มอีกหนึ่งเสียงเพื่อตัดสินชี้ขาด หากผลมติที่ประชุมเสียงส่วนใหญ่เห็นว่ามิเหตุอันควรยอมรับตามคำคัดค้าน การพิจารณาทั้งหลายที่ได้ดำเนินไปก่อนเสนอคำคัดค้านย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป เพราะเหตุที่มีการคัดค้านตุลาการนั้น เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และหากมติที่ประชุมขององค์คณะตุลาการเห็นว่า คำคัดค้านดังกล่าวไม่มีเหตุตามคำร้อง คำร้องดังกล่าวย่อมตกไปด้วยเหตุที่มีการยกคำร้องนั้น ตุลาการผู้ถูกคัดค้านย่อมชอบที่จะอยู่ร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป

ในคดีปกครองนั้น คำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำขอคัดค้านตุลาการดังกล่าว ศาลจะทำในรูปแบบของคำสั่ง โดยเป็นคำสั่งที่แยกออกจากการคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับประเด็นหลักแห่งคดี ไม่ว่าคำวินิจฉัยในประเด็นหลักแห่งคดีจะต้องกระทำออกมาในรูปของคำพิพากษาหรือคำสั่งก็ตาม และผลของคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุดตามมาตรา 146 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง⁶⁷

3.2.9 การถอนตัวออกจากการพิจารณาโดยตุลาการเอง

การถอนตัวออกจากการพิจารณาที่เกิดจากตัวตุลาการเองนั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ตุลาการควรถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีมีลักษณะเดียวกันกับกรณีที่ตุลาการคัดค้านตัวเอง ตามรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 (4) ที่ตุลาการผู้นั้นสามารถกระทำเมื่อใดก็ได้ และกรณีที่พบข้อเท็จจริงว่าตุลาการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางได้ ตุลาการอาจปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีและถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีด้วยตัวเองได้โดยแสดงเหตุที่ทำให้ตนไม่สามารถทำหน้าที่อย่างเป็นกลางได้ต่อศาลที่ตนสังกัดอยู่ โดยให้องค์คณะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย โดยห้ามมิให้ตุลาการผู้นั้นอยู่ในที่ประชุม ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 19 (1)

⁶⁷ Meissner und Schenk (เชิงอรรถ 30) § 54 Rn 56.

3.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

เมื่อสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในประชาคมยุโรป ทำให้ต้องเคารพต่อกฎหมายที่เป็นผลมาจากอนุสัญญาต่าง ๆ และหลักกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานอันสำคัญของกลุ่มประชาคมยุโรป คือ มาตรา 6 อนุมาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ซึ่งยังเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง และเป็นส่วนสำคัญของคำวินิจฉัยศาล หลักความเป็นกลางหรือหลักปราศจากอคติของศาล (le principe d'impartialité) จึงเป็นหลักทั่วไปแห่งกฎหมาย ซึ่งศาลในสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะให้การยอมรับและนำมาปรับใช้ในคดีเป็นการนำมาใช้เพื่อการอุดช่องว่างของกฎหมาย กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนของเนื้อหาที่ชัดเจน หรืออาจไม่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเพียงพอ สภาแห่งรัฐได้เคยวินิจฉัยว่า หลักความเป็นกลางนั้นให้ใช้บังคับกับศาลปกครองทุกแห่งและมีผลผูกพันต่อฝ่ายปกครองทุกองค์กร ทั้งนี้ การปรับใช้หลักความเป็นกลางมีผลรวมไปถึงฝ่ายปกครองที่เป็นองค์กรอิสระด้วย

3.3.1 หลักความเป็นกลาง

เมื่อพิจารณาจากความไม่เป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการแล้ว เราอาจแยกความไม่เป็นกลางออกได้เป็นสองลักษณะ คือ ความไม่เป็นกลางในทางภววิสัยและความไม่เป็นกลางในทางอัตวิสัย

3.3.1.1 ความไม่เป็นกลางทางภววิสัย (impartialité objective) เป็นการพิจารณาจากลักษณะที่ปรากฏภายนอก ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาได้จากการทำหน้าที่ของตุลาการ ทั้งนี้ ความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ยังแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ

(1) ความไม่เป็นกลางของตุลาการในกรณีที่โน้มเอียงไปสู่แรงจูงใจซึ่งอาจทำให้การวินิจฉัยคดีเกิดความขัดแย้งต่อคู่กรณีได้ คือ แนวทางของการวินิจฉัยคดีของตุลาการนั้นจะวางหลักอยู่บนพื้นฐานทางความคิดที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักการวินิจฉัยคดีทั่วไประหว่างตุลาการกับคู่กรณี แต่การวินิจฉัยคดีนั้นจะมีข้ออันชวนสงสัยได้ว่า ตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีนั้นได้วินิจฉัยคดีในฐานะโดยความเห็นเป็นส่วนตัว หรือได้วินิจฉัยไปตามที่ยอมรับกันในองค์คณะที่นั่งพิจารณาร่วมกัน ซึ่งหลักการนี้จะรวมไปถึงความไม่เป็นกลางที่เกิดจากการวินิจฉัยทั้งในลักษณะทางปกครองและในลักษณะทางตุลาการด้วย (decision soit administrative ou juridictionnelle)

(2) ความไม่เป็นกลางที่เกี่ยวกับการทำหน้าที่อันแตกต่างกัน ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวอาจมีลักษณะความขัดแย้งกับอีกหน้าที่หนึ่งได้ การปฏิบัติหน้าที่อันแตกต่างกันจึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางได้

3.3.1.2 ความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัย (impartialité subjective)

ความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัยเป็นการที่ตุลาการนั้นมีแนวคิดก่อนวินิจฉัยคดีโดยอาจมีแนวคิดที่สนับสนุนหรือคัดค้านคำร้องของคู่กรณี ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในใจของตุลาการ ทั้งนี้ การเกิดความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้อาจก่อให้เกิดข้อบกพร่องต่อความเป็นกลาง (défaut de neutralité) ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องเพิกถอนการวินิจฉัยที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ การเกิดขึ้นของความไม่เป็นกลางทางอัตวิสัยอาจเกิดจากอคติของบุคคลที่มีประโยชน์ส่วนบุคคล (intérêt personnel) มาเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีก็ได้ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Code de justice administrative) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา L 2⁶⁸ บัญญัติว่า การวินิจฉัยคดีเป็นการกระทำในนามของประชาชนชาวฝรั่งเศส และมาตรา L 721-1⁶⁹ บัญญัติว่า หากปรากฏเหตุผลสำคัญอันก่อให้เกิดข้อสงสัยในเรื่องความเป็นกลางของตุลาการแล้ว การคัดค้านตุลาการผู้นั้นให้กระทำโดยคำร้องขอของคู่กรณี เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองนั้น มีเพียงบทบัญญัติในมาตรา L 721-1 เท่านั้นที่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องหลักความเป็นกลางไว้โดยกำหนดให้มีผลเป็นการคัดค้านตุลาการได้ และโดยที่ความเป็นกลางของตุลาการ (impartialité du magistrat) ย่อมหมายถึง การไม่เอนเอียง ซึ่งเป็นความมุ่งหมายอันเป็นพื้นฐานของหลักเกณฑ์ในกระบวนการพิจารณา (régularité du procès) โดยคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมประสงค์ที่จะให้ตุลาการไม่มีอคติหรือเอนเอียงต่อประโยชน์ส่วนบุคคล เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่เพียงกรณีของตุลาการนั้น เพราะการวินิจฉัยคดีของตุลาการมีความสำคัญและเป็นที่สุดในการใช้บังคับกฎหมาย ตุลาการมีหน้าที่วินิจฉัยคดีในนามของประชาชน ตามมาตรา L 2 จึงต้องทำหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองและประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากปราศจากการประกันซึ่งหลักความเป็นกลางแล้ว (garantie d' impartialité) ย่อมก่อให้เกิดความไม่เชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมอย่างใดก็ตาม การแก้ปัญหาในประเด็นที่มีได้มีการบัญญัติหลักความเป็นกลางในกรณีการพิจารณาของฝ่ายปกครองไว้ แนวทางตามกฎหมายฝรั่งเศสก็ใช้หลักการแห่งบรรทัดฐานทางคดี โดยสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า หลักความเป็นกลางนั้น ผู้ก้ำพันต้ององค์กรฝ่ายปกครองทุกองค์กรด้วย การวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในลักษณะนี้มีผลให้หลักความเป็นกลางผูกพันต่อการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองด้วย⁷⁰

⁶⁸ Code de justice administrative (CJA)

Article L. 2 Les jugements sont rendus au nom du peuple français.

⁶⁹ Article L.721-1 La récusation d'un member de la juridiction est prononcée ,à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité.

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีการยอมรับว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ได้รับการสถาปนาจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 จึงมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเนื่องจากการจัดตั้งขึ้นโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐบาล อำนาจปกครองและอำนาจตุลาการเป็นที่ยอมรับของนักวิชาการว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นศาลด้วย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีโครงสร้างตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 9 ปี ประกอบด้วยสมาชิก 2 ประเภท ประเภทแรก คือ ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง โดยประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรมีสถานะเสมือนหนึ่งเป็นผู้พิพากษา มีความเป็นอิสระ ประเภทที่สอง คือ ประเภทที่เป็นโดยตำแหน่งซึ่งเป็นอดีตประธานาธิบดี แต่หากยังคงมีตำแหน่งอื่นใดทางการเมือง บุคคลนั้นจะต้องสละตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่ยังคงทำหน้าที่ในทางการเมืองอยู่ และประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ซึ่งวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐกำหนด หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1958 แต่ก็ไม่ได้มีการบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั่วไปที่ต้องใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญประเภทต่าง ๆ นั้น มีเพียงบทบัญญัติเพียง 3 มาตรา (มาตรา 13 ถึงมาตรา 15) ซึ่งเป็นเรื่องการเรียกประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การกำหนดจำนวนตุลาการในการทำคำวินิจฉัย และการจัดองค์การของสำนักงานเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁷¹ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าไม่มีการกำหนดเหตุในการคัดค้านคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีเพียงเหตุห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งอื่นตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสตามมาตรา 57 ห้ามมิให้ตุลาการดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และกรณีดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหาร ตลอดจนตำแหน่งในสภาเศรษฐกิจและสังคม และกำหนดไว้เพียงให้ตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องดำรงตนให้สมแก่เกียรติศักดิ์แห่งการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ และห้ามกระทำการใด ๆ อันส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระแห่งตน โดยตุลาการรัฐธรรมนูญจะแสดงความเห็นให้ปรากฏต่อสาธารณะเกี่ยวกับเรื่องที่เคยเป็นหรืออาจจะเป็นคดีไม่ได้ เว้นแต่เป็นการแสดงความเห็นในการสอนในมหาวิทยาลัย และการให้ความเห็นเป็นการส่วนตัว โดยไม่มีคำตอบแทน

⁷¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย (เชิงอรรถ 24) 89-100.

ในระบบศาลปกครองฝรั่งเศส แบ่งเป็นศาลปกครอง 3 ชั้นศาล ดังนี้ ศาลปกครองสูงสุด (สภาแห่งรัฐ) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งรัฐบาลฝรั่งเศส ได้รวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับศาลปกครองทั้ง 3 ชั้น ไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Code de justice administrative-CJA) เป็นฉบับเดียวกัน และเริ่มบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2544⁷² โดยกำหนดให้การทำคำพิพากษาของศาลปกครองต้องกระทำโดยองค์คณะ ซึ่งจำนวนองค์คณะในแต่ละชั้นศาลมีจำนวนแตกต่างกัน ศาลปกครองชั้นต้นมีจำนวน 3 คน ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีจำนวน 5 คน และในศาลปกครองสูงสุดมีองค์คณะหลายระดับที่จะใช้กับคดีในแต่ละประเภท แบ่งได้เป็น 4 ระดับ ดังนี้ 1. องค์คณะวินิจฉัยคดีที่ไม่มีข้อยุ่งยากมีจำนวน 3 คน 2. องค์คณะที่ประกอบด้วยตุลาการย่อยรวมกันมีจำนวนตุลาการอย่างน้อย 5 คน 3. องค์คณะที่ประกอบด้วยตุลาการทั้งหมดของแผนกคดีปกครอง และ 4. ที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État)⁷³

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดค้านตุลาการศาลปกครองถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา R 721-1⁷⁴ อาจแบ่งได้เป็นเหตุต่าง ๆ ดังนี้

3.3.2 เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ

3.3.2.1 มีความสัมพันธ์กับคู่ความ

(1) ในฐานะญาติ ถ้าตัวตุลาการ หรือคู่สมรสเป็นสมาชิกในครอบครัว หรือเป็นญาติโดยการสมรสของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือคู่สมรสของคู่ความนับได้ใน 4 ลำดับชั้นของญาติที่เกิดจากญาติในลำดับชั้นต้นรวมถึง การคัดค้านอาจกระทำได้ต่อศาลแม้ในกรณีที่มีการหย่าร้าง หรือการตายของคู่สมรส ถ้าตุลาการ เป็นญาติทางการสมรสกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนับได้ใน 2 ชั้น หรือถ้าตุลาการหรือคู่สมรส อยู่ในสถานะที่ไม่มีความเป็นอิสระในความสัมพันธ์ต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

⁷² Philippe MARTIN, *กฎหมายปกครองและคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส* (สำนักวิจัยและวิชาการศาลปกครอง 2552) 8.

⁷³ เฟ็งอ้าง 52-55.

⁷⁴ Code de justice administrative-CJA ในตำรากฎหมายไทยมีการแปลโดยเรียกชื่อกฎหมายฉบับดังกล่าวแตกต่างกัน ดังนี้ 1. ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง 2. ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง 3. ประมวลกฎหมายแห่งความยุติธรรมทางปกครอง 4. ประมวลกฎหมายปกครอง ในวิทยานิพนธ์นี้เพื่อป้องกันการสับสนจึงกำหนดให้หมายถึงเฉพาะ ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

(2) ในฐานะผู้ปกครอง ถ้าตุลาการ หรือคู่สมรสเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้ปกครอง (deputy guardian)

(3) ในฐานะที่มีความสัมพันธ์ฉันมิตรหรือความเป็นอริ ไม่ว่าจะกับตุลาการโดยตรง หรือคู่สมรสก็ตาม

(4) ในฐานะอื่นที่เกี่ยวข้องกับคู่ความในคดี ถ้าตุลาการ หรือคู่สมรสเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้ปกครอง (deputy guardian) ทรสต์ หรือเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายของบริษัท หรือมีส่วนร่วมในการบริหารหรือการให้คำปรึกษา ซึ่งการมีส่วนร่วมนั้นมีผลประโยชน์เกี่ยวกับการฟ้องร้องและการต่อสู้คดีนั้น หรือในฐานะลูกจ้าง นายจ้าง หรือแม้กระทั่งการเป็นลูกหนี้ เจ้าหนี้ ทายาท หรือผู้รับบริจาคของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

3.3.2.2 ตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

(1) ในฐานะที่เคยรู้ข้อเท็จจริงในคดีมาก่อน ไม่ว่าจะในฐานะที่มีส่วนเกี่ยวข้องเป็นตุลาการ อัยการ อนุญาโตตุลาการหรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย หรือถ้าเขาได้เบิกความในฐานะพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดี ตุลาการต้องไม่เคยเป็นผู้ที่ได้ตัดสินหรือให้ความเห็นที่เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีมาก่อน หรือเคยทำความเห็นในกรณีนั้นมาก่อน เช่น เคยเป็นตุลาการผู้แถลงคดีทำความเห็นในเรื่องนั้นไว้ ต่อมา ได้รับแต่งตั้งให้ไปทำงานในศาลสูง และได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีนั้น เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลสูงโดยหลักแล้วตุลาการผู้นั้นย่อมต้องขอถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี ซึ่งการให้ความเห็นโดยทั่วไปว่ากฎหมายในเรื่องนั้นว่าอย่างไร มีแนวคำพิพากษาเป็นเช่นใด แต่มิได้ให้ความเห็นของตนต่อผลของคดี กรณีนี้จะไม่ถือว่าเป็นเหตุในการคัดค้านได้ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ตุลาการผู้แถลงคดีเคยเสนอคำแถลงการณ์ในปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว ต่อมา มีการยื่นฟ้องคดีใหม่ซึ่งมีข้อเท็จจริงเป็นเช่นเดียวกับคดีที่ตนได้เป็นตุลาการผู้แถลงคดี แต่ในคดีใหม่นี้ตนได้เป็นตุลาการในองค์คณะ ย่อมไม่ถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความไม่เป็นกลางจนทำให้ไม่สามารถพิจารณาคดีต่อไปได้แต่อย่างใด โดยหลัก เหตุที่ทำให้ตุลาการไม่สามารถพิจารณาคดีต่อไปได้นั้น คือ ต้องเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดีนั้น ๆ ซึ่งเป็นคดีเดียวกัน⁷⁵

ตามแนวคำวินิจฉัยของฝรั่งเศสนั้น มีแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองวินิจฉัยไว้ ซึ่งเป็นเหตุคล้ายคลึงกับเหตุที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ เช่น เหตุอันเกิดจากการที่เคยมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีนั้นมาก่อน ไม่ว่าจะเป็กรณีที่ตุลาการนั้นเป็นผู้ออกกฎหรือคำสั่งที่ถูกโต้แย้งเองหรือมีส่วนร่วมในการออกกฎหรือคำสั่งนั้น (CE., 7 jan 1998, Trany ; 2 mars 1973) หรือเคยเป็นผู้แถลงคดีในคดีนั้น (CE., 22 juin 1982, Elect. De Limoux) หรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการพิจารณา (ในคดีปกครอง

⁷⁵ Philippe MARTIN, *กฎหมายปกครองและคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส* (เชิงอรรถ 72) 55-57.

อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากผู้ที่ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลปกครองมาจากตำแหน่งอื่นของหน่วยงานทางปกครองได้) (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Dlle Arbousset ลงวันที่ 2 มีนาคม 1973) หรือกรณีที่ตุลาการที่เป็นองค์คณะนั้น เป็นตุลาการผู้แถลงคดีมาก่อนไม่ว่าจะเป็นการทำคำแถลงการณ์ในชั้นวินิจฉัยคดีหรือในชั้นการแสวงหาข้อเท็จจริง (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Elect. De Limoux ลงวันที่ 22 มิถุนายน 1928) หรือในกรณีอุทธรณ์ ตุลาการผู้นั้นเคยเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีนั้นในศาลชั้นต้น แม้จะมีใช้ตุลาการเจ้าของสำนวนก็ตาม แต่ได้เป็นตุลาการในองค์คณะที่ทำคำพิพากษา หรือองค์คณะที่ได้ทำคำสั่งใดคำสั่งหนึ่งในสำนวนศาลต้นมาก่อน (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Pinto ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 1994) ⁷⁶

(2) ตุลาการ หรือคู่สมรสเคยดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(3) ตุลาการ หรือคู่สมรสเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีเอง

3.3.2.3 ตุลาการมีเหตุประการอื่นที่มีสภาพร้ายแรง

กรณีมีเหตุประการอื่นที่มีสภาพร้ายแรงจนอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาไม่เป็นกลาง หมายถึง กรณีมีสิ่งซึ่งชัดเจนร้ายแรงเพียงพอที่จะนำไปสู่การตั้งข้อสงสัยถึงความ เป็นกลางของตุลาการ หรือคู่สมรสต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น ความสัมพันธ์ในการบังคับบัญชา ตุลาการเคยทำงานในกระทรวง ทบวง กรมใดมาก่อน ต่อมามีการฟ้องคดีโดยมีคำขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกับหน่วยงานที่ตุลาการผู้นั้นเคยทำงานหรือเคยให้ความเห็นในเรื่องนั้นไว้ หรือกรณี ที่ตุลาการมีความใกล้ชิดหรือสนิทกับผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือคู่กรณี หรือเคยไปร่วมรับประทานอาหารด้วยกันมาก่อนในบ้านของตุลาการ หรือเคยร่วมดื่มกัน หรือเคยรับของขวัญจากคู่ความ ⁷⁷ ที่แสดง ถึงความสนิทคุ้นเคยกันมาก่อน เช่น กรณีตุลาการในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เคยพิพากษาคดีนั้นใน ขณะที่เป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น หรือเหตุอื่น ๆ ที่อาจส่งผลต่อความเป็นกลางของตุลาการ เช่น ตุลาการเป็นบุตรของสมาชิกสภาเทศบาลที่ถูกฟ้องคดีหรือเคยเป็นลูกจ้างของหน่วยงานที่ถูกฟ้องคดี ⁷⁸

บุคคลที่จะมีสิทธิในการยื่นคำร้องเพื่อให้ออกคำสั่งได้นั้น อาจเป็นคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ และมีการรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา L721-1 แห่งประมวลกฎหมายว่า

⁷⁶ เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล และบรรเจิด สิงคะเนติ, 'วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ' (รายงานการศึกษาวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง 2549) 209-211.

⁷⁷ ถาวร เกษมณี (เชิงอรรถ 3) 57.

⁷⁸ เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล และบรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 76) 209.

ด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง⁷⁹ บัญญัติว่า คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นขอคัดค้านตุลาการได้ หากมีเหตุผลที่หนักแน่นว่ามีความน่าสงสัยเกี่ยวกับความเป็นกลางของตุลาการนั้น และมาตรา R 721-3⁸⁰ บัญญัติให้ การคัดค้านต้องกระทำโดยตัวคู่ความเองหรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจเป็นพิเศษ ในคดีปกครองนั้น คู่ความหลัก ได้แก่ ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีหมายถึง ผู้ที่ยื่นคำฟ้อง ต่อศาล ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และประสงค์ให้ศาล มีคำพิพากษาเพิกถอนการกระทำดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นเอกชนหรือนิติบุคคล เช่น นิติบุคคลหรือ อาจเป็นบุคคลคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ส่วนผู้ถูกฟ้องคดี ส่วนใหญ่แล้วได้แก่ นิติบุคคลมหาชน คือ หน่วยงานทางปกครองที่ได้มีการระบุมาในคำฟ้องหรือเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามคำฟ้องนั่นเอง ส่วนผู้ที่ ได้รับมอบอำนาจเป็นพิเศษ ได้แก่ สมาคมที่ได้รับการรับรองว่าเป็นสมาคมคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สามารถฟ้องคดีและดำเนินคดีแทนผู้อื่นได้ ในกรณีที่บุคคลหลายคนได้รับความเสียหายจากการ กระทำความผิดกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เป็นเหตุเดียวกัน และโดยผู้กระทำการ คนเดียวกัน ต้องได้รับมอบอำนาจจากผู้เสียหายอย่างน้อยสองคน การมอบอำนาจต้องทำเป็น ลายลักษณ์อักษรโดยระบุวัตถุประสงค์ในการมอบอำนาจให้ชัดเจน

3.3.3 ระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ

กฎหมายกำหนดระยะเวลาการยื่นคำร้อง ผู้ใช้สิทธิต้องยื่นคำร้องโดยทันที ภายหลังจากที่ได้ทราบเหตุแห่งการคัดค้านนั้น ซึ่งการคัดค้านนั้นจะกระทำได้จนกระทั่งถึงเวลาสิ้นสุดการ แสวงหาข้อเท็จจริง แต่ต้องก่อนที่การนั่งพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้นลง⁸¹ โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อจำศาล หรือโดยการแถลงถ้อยคำที่ได้ลงนามรับรองโดยจำศาล ต้องระบุเหตุผลของการคัดค้านที่ชัดเจนพร้อม

⁷⁹ Code of Administrative Justice (Code de justice administrative – CJA) Article L721-1 A member of the court may be disqualified from sitting, at the request of a party, if there is a serious reason to suspect that member's impartiality.

⁸⁰ CJA Article R 721-3 The objection must be made by the party concerned or by their agent, who must have a special power of attorney.

⁸¹ CJA Article R 721-2 Any party that wishes to object to a judge must, on pain of their objection being held inadmissible, make this objection known as soon as they are aware of the reason for the objection.

An objection to a judge cannot under any circumstances be made after the end of the hearing.

ทั้งเอกสารหลักฐานประกอบคำคัดค้าน⁸² เมื่อตุลาการผู้ถูกคัดค้านได้รับคำคัดค้านดังกล่าวแล้ว จะต้องหยุดการปฏิบัติหน้าที่ไว้ก่อนจนกว่าจะมีการพิจารณาคำคัดค้านจนเสร็จสิ้น และหากเป็นกรณีเร่งด่วนให้ตุลาการอื่นปฏิบัติหน้าที่แทนเท่าที่จำเป็น⁸³ ตุลาการผู้นั้นต้องทำหนังสือชี้แจงว่า ตนได้ยอมรับเหตุตามคำคัดค้านดังกล่าวหรือไม่ หากไม่ยอมรับต้องให้เหตุผลในการที่ไม่ยอมรับคำร้องดังกล่าว ภายใน 8 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งการคัดค้าน⁸⁴ และหากตุลาการผู้นั้นได้ยอมรับตามคำคัดค้านดังกล่าว ต้องมีการแต่งตั้งตุลาการอื่นเข้ามาทำหน้าที่แทน หากตุลาการไม่ยอมรับศาลต้องมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่ต้องระบุเหตุผลประกอบ และไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้คัดค้านทราบถึงกำหนดวันพิจารณาคำคัดค้าน เว้นแต่มีคำขอจากผู้คัดค้านประสงค์จะแถลงด้วยวาจาประกอบคำคัดค้านที่ได้ยื่นมาก่อนที่ศาลจะกำหนดวันพิจารณาคำคัดค้าน ซึ่งในการพิจารณาคำคัดค้านตุลาการผู้นั้นไม่สามารถที่จะอยู่ในการพิจารณาได้ ทั้งนี้ตามมาตรา R 721-9⁸⁵ แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

⁸² CJA Article R 721-4 Objections are filed, in the form of a written document, with the court registry, or by means of a declaration of which an official record is made by the court registry. The objection must, on pain of being held inadmissible, explain exactly why the party objects to the judge and must be accompanied by exhibits in support. A receipt is issued for the objection.

⁸³ CJA Article R721-6 As soon as the member objected to receives the objection, he or she must stand down until a ruling has been given on the objection.

If the case is urgent, another member of the court is appointed to carry out the necessary duties.

⁸⁴ CJA Article R721-7 Within one week of this notification, the member who has been objected to must make known in writing whether he or she acquiesces to the objection, or the reasons why he or she opposes it.

⁸⁵ CJA Article R721-9 If the member of the court against whom the objection has been lodged acquiesces to the objection, he or she is replaced immediately.

If he or she does not acquiesce to the objection, the court must reach a decision on the objection, but is not required to produce reasons for that decision. The parties are only informed of the date of the hearing at which the objection will be examined if the party that raised the objection asked to be allowed to present their oral observations, before the list was drawn up.

3.3.4 ผลการพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านตุลาการ

ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มาตรา R 721-8⁸⁶ ได้กำหนดว่า กระบวนการพิจารณาทั้งหลายที่ตุลาการนั้นได้กระทำขึ้นก่อนที่จะได้รับแจ้งการคัดค้านย่อมมีผลใช้ได้ต่อไป ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ได้ถูกคัดค้าน

3.3.5 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง

ตุลาการเองอาจถอนตัวจากการพิจารณาได้ โดยมาตรา R 721-1 ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง บัญญัติให้ตุลาการใดเห็นว่าตนมีเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้ หรือเห็นเองว่าตนจะต้องถอนตัว อาจขอถอนตัวจากการพิจารณาวินิจฉัยคดีนั้นได้ โดยให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นที่ตนสังกัดอยู่สั่งให้ตุลาการอื่นปฏิบัติหน้าที่แทน⁸⁷ และในกรณีที่ตุลาการไม่ยอมถอนตัวออกจากการพิจารณา ศาลปกครองที่ตุลาการนั้นปฏิบัติหน้าที่อยู่อาจขอให้ตุลาการที่มีเหตุดังกล่าวถอนตัวได้ การร้องขอต้องทำก่อนที่การพิจารณาสิ้นสุดลง การที่ตุลาการได้ถอนตัวจากการพิจารณาถือว่าไม่กระทบต่อการใด ๆ ที่ตุลาการผู้ที่ถอนตัวได้ทำลงไปก่อนหน้านี้ เช่น ตุลาการเคยทำงานในกระทรวง ทบวง กรมใดมาก่อน ต่อมามีการฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกับหน่วยงานที่ตุลาการผู้นั้นเคยทำงาน หรือเคยให้ความเห็นในเรื่องนั้นไว้ หรือกรณีที่ตุลาการมีความใกล้ชิดหรือสนิทสนมกับผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น หรือคู่กรณี ตุลาการก็จะถือว่าตนมีส่วนเกี่ยวข้องและขอถอนตัวออกไป อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีใช้บังคับ แต่เป็นดุลพินิจของตุลาการ ซึ่งขึ้นอยู่กับสามัญสำนึกของตุลาการแต่ละคนถึงขอบเขตที่เหมาะสมว่าตนมีส่วนเกี่ยวข้องแค่ไหน⁸⁸

The court rules without the member or members against whom the objection was lodged. The decision may only be challenged before the court of appeal or at the cassation stage at the same time as the judgment or decision that is rendered at a later date.

⁸⁶ CJA Article R721-8 Acts carried out by the member objected to before he or she was aware of the objection cannot be challenged.

⁸⁷ CJA Article R721-1 Any member of the court who is aware of a reason why he or she should not hear a particular case, or considers in all good conscience that he or she should stand down, must arrange to be replaced by another member who is appointed by the president of the court to which he or she belongs or, at the Council of State, the President of the Litigation Section.

⁸⁸ Philippe MARTIN (เชิงอรรถ 72) 56.

3.4 สวิตเซอร์แลนด์

สวิตเซอร์แลนด์เป็นเอกราชจากจักรวรรดิโรมันในปี ค.ศ.1648 เริ่มแรกเป็นสมาพันธรัฐที่ประกอบด้วยรัฐต่าง ๆ กระทบในปี ค.ศ. 1799 ถูกฝรั่งเศสเข้ายึดครองและบีบบังคับให้รวมกันเป็นรัฐเดี่ยว และมีชื่ออย่างเป็นทางการว่า สาธารณรัฐเฮลเวเทีย ต่อมาในปี ค.ศ. 1848 ได้มีการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่จากการต่อสู้กันระหว่างฝ่ายที่ต้องการให้คงรูปแบบการปกครองแบบสมาพันธรัฐกับฝ่ายที่ต้องการเปลี่ยนรูปแบบเป็นสหพันธรัฐ ซึ่งปรากฏว่าฝ่ายที่ต้องการเปลี่ยนรูปแบบเป็นสหพันธรัฐชนะ จึงได้เปลี่ยนรูปแบบมาเป็นสหพันธรัฐ แต่ยังคงใช้ชื่อสมาพันธรัฐสวิสเหมือนเดิม สมาพันธรัฐสวิสประกอบด้วย มลรัฐ หรือกังตอง ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Kanton ภาษาอังกฤษและฝรั่งเศสใช้คำว่า canton รวมทั้งสิ้น 23 กังตองหรือมลรัฐ เมืองศูนย์กลางระดับสหพันธรัฐ คือ รัฐสภาแห่งสหพันธ์ คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ และศาลแห่งสหพันธรัฐ มีระบบการเมืองเป็นระบอบประชาธิปไตยกึ่งทางตรง ซึ่งโดยหลักการแล้วการใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ จะมีการแบ่งแยกอำนาจและถ่วงดุลอำนาจกัน แต่ในระบอบประชาธิปไตยของสวิสจะเน้นการใช้ประชาธิปไตยโดยตรงเป็นอย่างมาก และตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1874 เน้นให้พลเมืองเข้ามามีส่วนเป็นตัวแทนถ่วงดุลแห่งอำนาจ คานทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร การปกครองในสวิสจึงมีเอกลักษณ์เฉพาะตัวประเทศอื่นแม้จะนำไปปรับใช้ตามก็ไม่ประสบผลสำเร็จ⁸⁹

ระบบศาลของสวิตเซอร์แลนด์มีศาลสูงสหพันธ์ (le Tribunal Fédéral) เป็นทั้งศาลสูงในคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครองและเป็นศาลรัฐธรรมนูญด้วย โดยศาลสูงสหพันธ์มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับเขตอำนาจระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐ ข้อพิพาทระหว่างมลรัฐด้วยกัน คำร้องขอประชาชนว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ศาลสูงสหพันธ์มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของมลรัฐเท่านั้น ไม่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของสหพันธ์⁹⁰

สวิตเซอร์แลนด์ ได้รับอิทธิพลหลักความเป็นกลางมาจากอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 6-1 เช่นเดียวกับฝรั่งเศส และนำมาบัญญัติไว้ในประมวลจริยธรรมของศาล โดยกำหนดให้ศาลต้องมีความเป็นกลาง ตุลาการต้องเคารพศักดิ์ศรีของแต่ละบุคคลโดยเฉพาะผู้ฟ้องคดีและผู้รับมอบอำนาจของผู้ฟ้องคดี ตุลาการจะต้องหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติใด ๆ เพราะเหตุความแตกต่างทางวัฒนธรรม แนวคิดทางการเมือง ศาสนา เพศ เชื้อชาติเผ่าพันธุ์ หรือความเป็นพลเมือง

⁸⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (เชิงอรรถ 67) 168.

⁹⁰ ชาญชัย แสวงศักดิ์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ* (วิญญูชน 2560) 172.

ซึ่งตุลาการจะพิจารณาข้อเท็จจริงและปรับใช้กฎหมายโดยปราศจากอคติ โดยทั่วไปตุลาการจะต้องหลีกเลี่ยงจากการให้แสดงความคิดเห็นของตนต่อคดีในศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณา และจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้อิทธิพลใด ๆ ที่อาจเป็นเหตุทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างปราศจากความยุติธรรม และทำให้เป็นที่น่าสงสัยเคลือบแคลงถึงความลำเอียง⁹¹ หรือเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต อำนาจตามอำเภอใจ หรือปฏิเสธการให้ความยุติธรรมของศาลนั้น ซึ่งหลักการนี้ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐที่ว่า “ชาวสวิสทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย” (tous les suisses sont égaux devant la loi) กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดมีอภิสิทธิ์พิเศษเนื่องจากสถานที่ เนื่องจากการเกิด หรือจากการเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือมาจากครอบครัวใดครอบครัวหนึ่ง และเพื่อเป็นหลักประกันเรื่องความเป็นอิสระของศาลมีต่อคู่ความ กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดหลักการเรื่องเหตุคัดค้านผู้พิพากษาไว้ หลักการนี้เป็นการรับรองสิทธิให้มีความเท่าเทียมกัน และเพื่อเป็นหลักประกันโดยการควบคุมของศาล (La récusation)⁹² และรับรองเกี่ยวกับหลักนิติรัฐไว้ในมาตรา 5 การดำเนินงานของรัฐจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักความเชื่อถือและความไว้วางใจ สหพันธ์และกึ่งต้องต้องเคารพกฎหมายระหว่างประเทศ⁹³ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดหลักประกันสิทธิของคู่ความที่จะได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (fairen Verfahren) ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิสส่งผลต่อความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการผู้พิพากษา รวมถึงเจ้าหน้าที่ศาลที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจคดีด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ศาลมีส่วนร่วมในการตัดสินใจองค์คณะผู้พิพากษาและมีสิทธิในการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่องค์คณะผู้พิพากษานั้น⁹⁴

⁹¹ Code of judicial Conduct II. Impartiality 5. Judges shall respect the dignity of each person, particularly litigants and their legal representatives. They shall avoid any form of discrimination based on culture, political orientation, religion, gender, race, ethnicity or citizenship. 6. Judges shall consider only the facts and shall apply the law without preconceptions. 7. Judges shall generally refrain from commenting on court cases in progress. They shall avoid exerting any influence that might undermine fair court proceedings and raise suspicions of partiality”

⁹² วรรณชัย บุญบำรุง ธนภฤต วรรณชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2556) 173.

⁹³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (เชิงอรรถ 67) 171.

⁹⁴ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 5A_462/2013 vom 12.11.2013 E. 3.2)

ตามกฎหมายสิทธิอื่นนอกจากคู่ความจะสามารถคัดค้านตุลาการได้แล้ว ยังสามารถคัดค้านผู้อื่นได้อีกด้วย โดยกำหนดให้สามารถคัดค้านบุคลากรของศาลได้ ซึ่งมีส่วนสำคัญต่อการพิจารณาคดีของตุลาการได้อีกด้วย ทั้งมีการกำหนดให้ตุลาการสามารถถอนตัวออกจากการพิจารณาได้ด้วยตนเอง หากมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางตามมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung, ZPO) เหตุผลในการร่างมาตราดังกล่าวเพื่อเป็นการให้สิทธิคู่ความต่อกระบวนการพิจารณาของศาลที่ต้องปราศจากอคติ (unparteiisches Gericht) ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธ์รัฐรับรองไว้⁹⁵ มาตรา 47 จึงเป็นต้นแบบและได้มีการบัญญัติบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกันไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลแห่งสมาพันธ์รัฐ (Gesetz über das Bundesgericht, BGG) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung, StPO) เพื่อให้การใช้สิทธิในการคัดค้านตุลาการและการถอนตัวของตุลาการด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งระบบกฎหมาย

ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ได้มีคำพิพากษารับรองบทบัญญัติมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่า เป็นบทบัญญัติที่ทำให้คู่ความมีสิทธิได้รับการพิจารณาโดยปราศจากอคติ (unparteiisches Gericht) ได้ประกันสิทธิให้แก่คู่ความที่จะได้รับคำวินิจฉัยของศาล จากบุคลากรของศาลที่ปราศจากอคติ เป็นกลาง ไม่มีแนวโน้มที่จะโน้มเอียงไปยังคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และปราศจากอิทธิพลจากสิ่งรบกวนต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในกระบวนการพิจารณา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการส่งเสริมให้คู่ความได้รับการพิจารณาคดีอย่างถูกต้อง (korrekt) และเป็นธรรม (fair) เพื่อในท้ายที่สุดแล้วจะได้ผลผลิตออกมาเป็นคำพิพากษาที่ยุติธรรมต่อทุกฝ่าย (gerechtes Urteil) นั้นเอง⁹⁶

⁹⁵ ดูเหตุผลในการร่างกฎหมาย Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) <<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf>> สืบค้นเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2566.

⁹⁶ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGE 140 III 221) คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGE 137 I 227 E. 2.1) และคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGE 139 III 433 E. 2.2)<http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2016&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=BGE+140+III+221&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F140-III-221%3Ade&number_of_ranks=1&aazaclir=clir> สืบค้นเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2566.

หลักการคัดค้านตุลาการ (la récusation) ที่กำหนดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นกรณีที่ตุลาการมีความเกี่ยวข้องทั้งโดยตรงและโดยอ้อมกับวัตถุแห่งคดีหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือกรณีที่เหตุคัดค้านดังกล่าวมีลักษณะเป็นสภาพบังคับที่ศาลจะต้องแสดงเหตุคัดค้านด้วยตนเอง เช่น กรณีที่ตุลาการหรือญาติของตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง หรือตุลาการเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน เช่น เคยทำหน้าที่ไต่หน้าที่หนึ่งมาก่อนที่จะเป็นตุลาการในคดีนี้เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ ทนายความ ตัวแทน พยานบุคคล และกรณีที่เหตุดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นสภาพบังคับ ซึ่งเป็นการให้สิทธิคู่ความที่ยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการได้ หรือตุลาการยกขึ้นเองเท่านั้น เช่น กรณีที่ตุลาการมีความสัมพันธ์ฉันมิตรสนิท หรือคดีเกี่ยวกับนิติบุคคลที่ตุลาการเกี่ยวข้อง หรือเหตุอื่นที่แสดงว่าการมีคำพิพากษาดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างไม่เป็นธรรมเพราะความมีอคติดังกล่าว⁹⁷ เหตุอันมีลักษณะเป็นสภาพบังคับดังกล่าว อาจถือได้ว่าเป็นเหตุที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับหลักการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะพิพากษาคดีของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี ดังนั้น จึงสามารถแบ่งการเป็นการคัดค้านที่มีลักษณะบังคับและการคัดค้านที่มีลักษณะไม่บังคับตามมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเหตุในการตัดตุลาการออกจากการพิจารณาและเป็นเหตุในการคัดค้านตุลาการได้ดังนี้

3.4.1 เหตุแห่งคัดค้านตุลาการ

หลักการคัดค้านตุลาการในระบบกฎหมายสวิสปรากฏตามมาตรา 47⁹⁸ วรรคหนึ่ง (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ทำให้คู่ความมีสิทธิได้รับ

⁹⁷ วรรณชัย บุญบำรุง ธนภฤต วรรณชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ (เชิงอรรถ 92) 173.

⁹⁸ Art. 47 Ausstandsgründe

(1) Eine Gerichtsperson tritt in den Ausstand, wenn sie:

a. in der Sache ein persönliches Interesse hat;

b. in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeiständin oder Rechtsbeistand, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, als Mediatorin oder Mediator in der gleichen Sache tätig war;

c. mit einer Partei, ihrer Vertreterin oder ihrem Vertreter oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet ist oder war, in eingetragener Partnerschaft lebt oder lebte oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt;

การพิจารณาโดยปราศจากอคติ (unparteiisches Gericht) และต้องได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรม ตามที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิส มาตรา 30 วรรคหนึ่ง บทบัญญัติดังกล่าว ได้ประกันสิทธิให้แก่คู่ความที่จะได้รับคำวินิจฉัยของศาลจากบุคลากรของศาลที่ปราศจากอคติ เป็นกลาง ไม่มีแนวโน้มที่จะโน้มเอียงไปยังคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และปราศจากอิทธิพลจากสิ่งรบกวนต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในกระบวนการพิจารณา กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการส่งเสริมให้ คู่ความได้รับการพิจารณาคดีอย่างถูกต้อง (korrekt) และเป็นธรรม (fair) เพื่อในท้ายที่สุดแล้วจะได้ ผลผลิตออกมาเป็นคำพิพากษาที่ยุติธรรมต่อทุกฝ่าย (gerechtes Urteil) นั่นเอง การประเมินถึงความ ไม่เป็นกลางของศาลไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกส่วนตัวของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (subjektive Empfinden einer Partei) แต่ต้องประเมินด้วยวิธีการในเชิงภววิสัย (objektive Weise) และต้องถูก นำมาใช้อย่างเป็นข้อยกเว้นเท่านั้นเพราะหากเหตุดังกล่าวถูกนำมาใช้ได้อย่างง่ายดายแล้ว ก็ย่อม ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อการที่บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลจะถูกทำให้ไร้ผลไป⁹⁹

การคัดค้านตุลาการต้องกระทำก่อนล่วงหน้าเพื่อเป็นการป้องกันเหตุไว้ก่อน (vorbeugend) และต้องระบุตำแหน่งเป็นรายบุคคล หรือหากระบุผู้ดำรงตำแหน่งทั้งหมด โดยมิได้ แยกแยะให้เห็นถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเฉพาะตัวบุคคล อาจเป็นกรณีคัดค้านตุลาการ ในทางที่ไม่ชอบ (rechtsmissbräuchlich) อันจะส่งผลทำให้คู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียไม่อาจกล่าว อ้างเหตุเช่นนั้นได้อีก¹⁰⁰

เหตุตามมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นเหตุคัดค้าน ตุลาการที่เป็นไปโดยผลของกฎหมาย และเป็นกรณีที่ศาลจะต้องแสดงเหตุคัดค้านด้วยตนเอง ไม่จำเป็นต้องมีคู่ความยื่นคำร้องคัดค้านเกี่ยวกับเหตุดังกล่าว เหตุคัดค้านตุลาการที่กำหนดไว้ในมาตรา 47

d. mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist;

e. mit der Vertreterin oder dem Vertreter einer Partei oder mit einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder im zweiten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist;

f. aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte.

⁹⁹ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 105 Ia 157E. 6a) และคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 122 II 471)

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 5A_269/2012 vom 13.11.2012 E. 4.2) และคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 105 Ib 301)

แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีดังต่อไปนี้ ข้อ a มีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี ข้อ b ดำรงตำแหน่งอื่นอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในคดีเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ เป็นที่ปรึกษากฎหมาย เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ เป็นพยานบุคคล หรือเป็นผู้ไกล่เกลี่ย ข้อ c มีความสัมพันธ์กับคู่ความหรือตัวแทนของคู่ความ ที่เป็นผู้พิพากษาที่ได้วินิจฉัยคดีดังที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันมาแล้วในลำดับศาลชั้นก่อนหน้า สมรสหรือเคยสมรส อยู่ร่วมกันในฐานะที่เป็นคู่ชีวิตที่จดทะเบียนแล้ว หรืออยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาในทางความเป็นจริงกับตน ข้อ d มีความสัมพันธ์กับคู่ความ ในฐานะญาติที่ห่างกันไม่เกินสามลำดับชั้น ข้อ e มีความสัมพันธ์กับผู้แทนของคู่ความหรือพิพากษาที่ได้วินิจฉัยคดีดังที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันมาแล้วในลำดับศาลชั้นก่อนหน้า ในฐานะญาติที่ห่างกันไม่เกินสองลำดับชั้น ข้อ f เหตุประการอื่น

ความอคติและความเป็นไม่เป็นกลางในการกระบวนพิจารณาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้พิจารณาในมุมมองที่เป็นภววิสัยแล้ว มีสถานการณ์อย่างใดที่ทำให้เกิดความเคลือบแคลงใจต่อความเป็นกลางของตุลาการ การประเมินถึงความเป็นไม่เป็นกลางของตุลาการจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกส่วนตัวของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (subjektives Empfinden einer Partei) แต่ต้องประเมินด้วยวิธีการในเชิงภววิสัย (objektive Weise) ดังนั้น เพียงแค่มีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 47 วรรคหนึ่ง (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ข้อ a ถึงข้อ f ก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าตุลาการจะได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่อย่างใดในระหว่างการพิจารณาคดี สามารถแยกพิจารณาการคัดค้านตุลาการในระบบกฎหมายสวิสออกเป็น 4 กลุ่มได้ดังนี้

3.4.1.1 ตุลาการมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี

กรณีที่ตุลาการมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับข้อนี้ เป็นผลประโยชน์ส่วนบุคคล มีหมายความคล้ายกับมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ข้อ b ถึง e แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลแห่งสหพันธรัฐ (Gesetz über das Bundesgericht, BGG) อาจเกิดจากความสัมพันธ์โดยตรงหรือโดยอ้อมหรือมีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ แต่จะต้องมีความเกี่ยวข้องกับวัตถุแห่งคดี (Streitgegenstand) ในระดับคนทั่วไปสามารถสัมผัสได้ถึงความรู้สึกของความสัมพันธ์เช่นนั้นได้อย่างชัดเจน (spürbar) ไม่ว่าจะความสัมพันธ์เช่นนั้นจะเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะที่จับต้องได้ (materiell) หรือไม่สามรถจับต้องได้ (ideell) และไม่ว่าความสัมพันธ์เช่นนั้นจะส่งผลกระทบต่อข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายในคดีก็ตาม แต่อย่างน้อยที่สุดความสัมพันธ์เช่นนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในหลักความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาคดี โดยอาจจะเป็นความสัมพันธ์ต่อบุคคลที่สามก็ได้ หากเป็นความสัมพันธ์ที่ส่งผลต่อการวินิจฉัยของตุลาการให้เป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์หรือเป็นโทษต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากยิ่งขึ้น¹⁰¹

¹⁰¹ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐสวิส (Bem. L. KUMMER in iusfocus 8/2014 Nr. 211)

แต่ไม่รวมถึงความสัมพันธ์ที่คนจำนวนมากต้องพบเจอในชีวิตประจำวัน เช่น การประเมินคุณค่าเกี่ยวกับบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจราจร อันเป็นสิ่งที่ต้องประสบพบเจอตั้งเช่นบุคคลทั่วไปในกรณีเช่นนี้ตุลาการก็ยังสามารถตัดตนเองออกจากความคิดเห็นส่วนบุคคลที่มีต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวและวินิจฉัยด้วยความเป็นกลางได้อยู่ เว้นเสียแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ (qualifizierten Betroffenheit) อย่างไรก็ดีอย่างหนึ่งต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว จึงจะถือว่าไม่เป็นกลางและอาจถูกถอดออกจากระบวนพิจารณาได้

3.4.1.2 ตุลาการผู้พิพากษาเคยเกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน

คำว่า ในเรื่องเดียวกัน (in der gleichen Sache) ตามความหมายของมาตรา 47 วรรคหนึ่ง ข้อ b แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น เป็นความหมายในเชิงรูปแบบ (formell) กล่าวคือ เป็นกระบวนการซึ่งนำไปสู่ผลของการวินิจฉัยคดีอย่างใดอย่างหนึ่งของศาลมีความหมายรวมถึงกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลอื่นที่กำลังดำเนินอยู่หรือที่จบไปแล้วก็ได้ หากกระบวนการพิจารณานั้นเกี่ยวข้องกับคดีที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันและมีคู่ความที่เกี่ยวข้องเป็นคู่ความคนเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การจะเป็นการพิจารณา “ในเรื่องเดียวกัน” ตามความหมายของมาตรา 47 วรรคหนึ่ง ข้อ b แห่งประมวลกฎหมายเดียวกันนั้น จะต้องเป็นคู่ความคนเดียวกัน (Identität von Parteien) ในกระบวนการทางศาลอย่างเดียวกัน (Identität von Parteien) อันเป็นการวินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีอย่างเดียวกัน (Identität von strittigen Fragen) และตุลาการผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งความไม่เป็นกลางจะต้อง “ดำรงตำแหน่งอื่น” (in einer anderen Stellung) ในการวินิจฉัยอย่างหนึ่งอย่างใดในเนื้อหาแห่งคดีเดียวกันเช่นว่านั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ศาลสูงมีคำสั่งยกย้อนสำนวนกลับมายังศาลชั้นต้น และตุลาการที่เคยตัดสินคดีนั้นเป็นผู้รับสำนวนดังกล่าว เนื่องจากตุลาการผู้นั้นจะต้องวินิจฉัยคดีใหม่อีกครั้งจากการยกย้อนสำนวนเช่นว่านั้นด้วยเหตุที่ต้องมีการทบทวนคำวินิจฉัยของตนอีกครั้งให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลสูงที่ได้ยกย้อนมานั้นเอง¹⁰²

การพิจารณาว่าความมีส่วนได้เสียในลักษณะเช่นใดที่อาจทำให้ตุลาการผู้นั้นไม่สามารถวินิจฉัยคดีต่อไปได้ ต้องพิจารณาจากสถานการณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดี ที่แสดงให้เห็นว่า คำวินิจฉัยที่เป็นไปได้อย่างหนึ่งแต่ตุลาการผู้นั้นก็จะมีข้อสรุปเบื้องต้นที่สามารถวินิจฉัยคดีไปในแนวทางอื่นได้อยู่ เช่น กรณีที่ตุลาการได้เคยปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาที่มีการพิจารณาคดีที่มีมูลแห่งคดีเดียวกันทั้งสองคดีอาจถูกคัดค้านได้เนื่องจากมีความ

¹⁰² คำพิพากษาศาลสูงที่สุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 1B_243/2009 vom 14.12.2009 E. 3.1)

เป็นไปได้ว่าจะนำแนวความเห็นของตนในคดีแรกมาใช้ในการพิจารณาคดีหลัง และอาจทำให้ผลของคดีหลังไม่เปลี่ยนไปจากคดีแรก แต่กรณีดังกล่าวนี้ไม่รวมถึงตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นองค์คณะ¹⁰³

(1) ตุลาการผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งอื่นอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในคดีเรื่องเดียวกันโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่

(2) เป็นที่ปรึกษากฎหมาย

(3) เป็นพยานผู้เชี่ยวชาญ ต้องเป็นกรณีที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีอย่างยิ่ง เช่น พยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นลูกค้าเงินกู้กับธนาคารซึ่งเป็นคู่ความในคดีและได้จำนองที่ดินของตนไว้เป็นหลักประกันแก่เงินกู้ และคดีมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า การชำระเงินกู้ในส่วนที่เหลือจะยังต้องพึ่งพาการตัดสินใจของธนาคารผู้ให้กู้ยืมหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่พยานผู้เชี่ยวชาญเป็นลูกค้าของธนาคาร¹⁰⁴

(4) เป็นพยานบุคคล

(5) เป็นผู้ไกล่เกลี่ย

อย่างไรก็ดี แม้มีเหตุตามที่บัญญัติในมาตรา 47 วรรคสอง (2)¹⁰⁵ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ก็ไม่ถึงว่าขาดความเป็นกลางแต่อย่างใด กล่าวคือ เมื่อตุลาการผู้นั้น ข้อ a เคยวินิจฉัยคำขอที่เกี่ยวข้องกับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ข้อ b เคยมีส่วน

¹⁰³ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 126 I 168 E. 4a) และคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 114 Ia 143 E. 7b) <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2013&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=BGE+126+I+168&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F126-I-168%3Ade&number_of_ranks=5&azaclir=clir> สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2565.

¹⁰⁴ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 1P.294/2002 vom 9.8.2002)

¹⁰⁵ (2) Kein Ausstandsgrund für sich allein ist insbesondere die Mitwirkung:
a. beim Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege;
b. beim Schlichtungsverfahren;
c. bei der Rechtsöffnung nach den Artikeln 80–84 SchKG;
d. bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen;
e. beim Eheschutzverfahren.

ร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ย ข้อ c เคยมีส่วนร่วมในการริเริ่มกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 80 ถึง 84 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับชำระหนี้และการล้มละลาย ข้อ d เคยวินิจฉัยคำขอเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา ข้อ e เคยมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อคุ้มครองการสมรส

การยื่นคำร้องคัดค้านกรณีข้างต้น คู่ความต้องระบุชื่อตุลาการเป็นรายบุคคลไป (Einzelperson) มิใช่ยื่นคัดค้านตุลาการทั้งศาล เนื่องจากการอ้างถึง “ศาล” ในฐานะที่เป็นองค์กรไปปรับใช้ในกรณีตามข้อเท็จจริงนั้น ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะการมอบหมายคดีให้แก่ศาลอื่นนอกจากศาลที่รับผิดชอบคดีตั้งแต่ต้น เป็นสิ่งที่กระทบต่อหลักการตามมาตรา 58 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส มากกว่าการมอบหมายคดีให้ผู้พิพากษาอื่นในศาลเดียวกัน¹⁰⁶ อาจอธิบายได้ว่าเหตุดังกล่าวนี้ล้วนเป็นกรณีที่ตุลาการเป็นกรณีที่เคยมีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีมาก่อนหน้า เช่น

(1) กรณีที่ตุลาการได้เคยมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาลในคดีมาก่อน

ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 47 (2)

ข้อ a เป็นกรณีที่ตุลาการเคยวินิจฉัยคำขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ไม่ว่าจะเป็นการมีคำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมีคำสั่งยกคำขอเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาลก็ตาม เหตุดังกล่าวนี้แม้จะได้มีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการก็ไม่อาจถือได้ว่าตุลาการที่มีคำสั่งดังกล่าวไม่เป็นกลาง

(2) ตุลาการเคยมีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ย

(3) ตุลาการเคยมีส่วนร่วมในการริเริ่มกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 80 ถึง 84 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการบังคับชำระหนี้และการล้มละลาย

(4) ตุลาการเคยวินิจฉัยคำขอเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา

(5) ตุลาการเคยมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาเพื่อคุ้มครองการสมรส

3.4.1.3 ตุลาการมีความสัมพันธ์กับคู่ความในคดี

(1) ตุลาการมีความสัมพันธ์กับคู่ความหรือตัวแทนของคู่ความ

¹⁰⁶ BGE105Ia157E.6,6b [Idem:BGer5A_109/2012 vom 3.5.2012 E.3]
<http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2013&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=BGE+105+Ia+157&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=1&highlight_docid=atf%3A%2F%2F105-IA-157%3Ade&number_of_ranks=13&aazclir=clir>
สืบค้นเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2566

ความสัมพันธ์ตามข้อนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นคู่ชีวิต (partnerschaftliche Beziehungen) ของตุลาการ เป็นคู่สมรสหรือเคยสมรสกับคู่ความในคดี และอยู่ร่วมกันในฐานะที่เป็นคู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมาย หรืออยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาในทางความเป็นจริงกับตนก็ถือเป็นเหตุที่สามารถคัดค้านได้ รวมถึงกรณีที่สามีภรรยาตุลาการเป็นตัวแทนของคู่ความด้วย เช่น กรณีที่สามีของตุลาการได้เคยปฏิบัติหน้าที่เป็นทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายหนึ่งในคดีก่อน ซึ่งคดีที่ใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดียาวนาน ก็อาจเป็นสิ่งที่แสดงความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันกว่าบุคคลทั่วไปได้¹⁰⁷

ส่วนการที่ตุลาการและทนายความเป็นสมาชิกสมาคมเดียวกัน อันเป็นสมาคมที่มีการจัดกิจกรรมพบปะสังสรรค์กันทุกอาทิตย์ และมีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นทางกฎหมายระหว่างสมาชิกในบางโอกาสไม่ถือว่าเป็นเหตุไม่เป็นกลาง¹⁰⁸

(2) ตุลาการมีความสัมพันธ์กับคู่ความในฐานะญาติที่ห่างกันไม่เกิน 3 ลำดับ รวมถึงกรณีที่เป็นพี่หรือน้องของคู่สมรสของตุลาการด้วย เนื่องจากความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด (familiären Nähe)¹⁰⁹

(3) ตุลาการมีความสัมพันธ์กับผู้แทนของคู่ความในฐานะญาติที่ห่างกันไม่เกิน 2 ลำดับชั้น

3.4.1.4 เหตุประการอื่น ตามความหมายคำว่า “ด้วยเหตุอื่นใด” (aus anderen Gründen) ตามข้อ f เป็นบททั่วไป (Generalklausel) ที่มีความหมายถึงเหตุที่เกิดจากตัวบุคคล อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ฉันมิตรหรือฉันศัตรู ต้องเป็นความสัมพันธ์กับคู่ความเป็นพิเศษ ในลักษณะที่เป็นมิตร (Freundschaft) หรือศัตรู เป็นความสัมพันธ์ที่หากพิจารณาในแง่มุมมองทางภววิสัย

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 140 III 221 (4A_62/2014 vom 20.5.2014) E. 5.2.1 und 5.2.2)

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 5A_253/2010 vom 10.5.2010)

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 117 Ia 170 E. 3b) และคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 4A_62/2014 vom 20.5.2014) <http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query &page=1 from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_62%2F2014%2A&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F20-05-2014-4A_62-2014&number_of_ranks=1> สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2565.

แล้วอยู่ในระดับที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาได้ กรณีที่ตุลาการผู้วินิจฉัยได้เคยมีปัญหาโต้เถียงกับทนายความของกลุ่มความ จำต้องถอนตัวออกจากคดีไป ไม่อาจถือว่ามิเหตุเพียงพอที่จะถือว่าเป็นศัตรูกันได้¹¹⁰

ความสัมพันธ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ทั่วไปไม่อาจหลีกเลี่ยงจากความความเป็นจริงทางสังคม (soziale Wirklichkeit) ที่ต้องพบปะผู้คนมากมายหลายตาในชีวิตประจำวัน โดยหลักแล้วจึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้พิพากษาศาลาการทุกคน แม้กระทั่งผู้พิพากษาสมทบสามารถตัดสินคดีได้โดยปราศจากอคติและเป็นอิสระจากอิทธิพลของกลุ่มความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้พิพากษาและกลุ่มความซึ่งเป็นเสมือนศาลที่ทำงานอยู่ในอาคารเดียวกันกับผู้พิพากษา¹¹¹ หรือเพื่อนบ้าน เพื่อนร่วมชั้น หรือผู้ที่รู้จักมักคุ้นกันที่มีการติดต่อพูดคุยกันเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่การงานบ้างเป็นครั้งคราว¹¹²

ความสัมพันธ์อื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ความสัมพันธ์ในทางอาชีพ (beruflich) หรือความสัมพันธ์ทางการเงิน (finanziell) ระหว่างตุลาการและกลุ่มความ กรณีที่ตุลาการศาลอุทธรณ์รับตำแหน่งเป็นอาจารย์พิเศษของมหาวิทยาลัยซึ่งเป็นกลุ่มความในคดีที่ตนเป็นผู้พิจารณา¹¹³ หรือกรณีที่ตุลาการหรือเจ้าหน้าที่ละเอียดที่จะปฏิบัติหน้าที่ของตน¹¹⁴

การแสดงความคิดเห็นของตุลาการ ที่ได้แสดงไว้ก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณา หรือขณะที่กระบวนการพิจารณากำลังดำเนินอยู่ในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าตุลาการผู้วินิจฉัยยึดติดกับความคิดเห็นที่ตนได้แสดงไว้เป็นที่เรียบร้อย เป็นสิ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางในตัวผู้พิพากษาได้¹¹⁵

การแสดงความคิดเห็นเชิงวิชาการมีลักษณะเป็นการทั่วไป จะถือว่าตุลาการไม่เป็นกลางก็ต่อเมื่อเป็นการแสดงความคิดเห็นในลักษณะที่ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ตุลาการผู้วินิจฉัยจะวินิจฉัยคดีไปในแนวทางเดียวกันกับที่ตนได้เคยแสดงความคิดเห็นไว้เท่านั้น เช่น การที่

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 5A_701/2017 vom 14.5.2018 E. 4.3 – 4.5)

¹¹¹ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 1B_164/2009 vom 31.8.2009 E. 2.1)

¹¹² คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 9C_366/2013 vom 2.12.2013 E. 5.2.1 m.H.)

¹¹³ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 5A_109/2012 vom 3.5.2012 E. 3.4: (3.4.1))

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 5A_819/2011 vom 13.12.2011)

¹¹⁵ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGE 134 I 238 E. 2: (E. 2.1))

อนุญาโตตุลาการได้แสดงความคิดเห็นทางกฎหมายของตนไว้ในวารสารวิชาการก่อนล่วงหน้า ต่อมาได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่ให้พิจารณาคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายที่ตนได้แสดงความคิดเห็นไว้ กรณีย่อมทำให้เกิดข้อสงสัยถึงความเป็นกลางได้¹¹⁶ แต่การที่ตุลาการได้เคยแสดงความคิดเห็นเชิงวิชาการ อันเป็นการแสดงในเห็นในนามส่วนบุคคล ไม่ได้กล่าวถึงคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือเขียนคำอธิบายการใช้มาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งไว้ในหนังสืออธิบายกฎหมายแบบเรียงมาตรา ไม่อาจถือว่าตุลาการผู้นั้นจะวินิจฉัยไปในแนวทางที่ตนได้อธิบายไว้ในหนังสือเล่มนั้นเท่านั้น¹¹⁷

พฤติกรรมต่าง ๆ ที่มีต่อคู่ความที่อาจก่อให้เกิดเหตุแห่งความไม่เป็นกลางได้ หากพิจารณาในมุมมองที่เป็นภววิสัยแล้ว เนื้อหาและวิธีการของการติดต่อสื่อสารระหว่างศาลหรือบุคลากรของศาลและคู่ความมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการให้คุณหรือให้โทษเป็นพิเศษ หรือการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมบางประการ การแลกเปลี่ยนหมายเลขติดต่อเพื่อใช้ในการนัดหมายหรือการสอบถามเกี่ยวกับการบริหารจัดการทั่วไปในคดีหรือในกระบวนการใกล้เคียงในชั้นศาล¹¹⁸ การให้คำแนะนำที่มีลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิในการอุทธรณ์และการจ่ายค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ หรือการที่ได้ชี้แจงว่าหากมีการขอถอนอุทธรณ์สามารถขอรับค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์คืนได้กรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นการกดดันคู่ความโดยไม่ชอบแต่อย่างใด¹¹⁹ หรือการรู้จักมักคุ้นกันระหว่างบุคลากรของศาลกับคู่ความเนื่องจากการทำงานในแวดวงกฎหมายเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม การที่ตุลาการกดดันหรือชักจูงให้ทนายความถอนคำอุทธรณ์ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม¹²⁰ หรือการพูดคุยกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกี่ยวกับเนื้อหาของคดี ก็ย่อมก่อให้เกิดข้อกังขาว่า ตุลาการหรือคู่ความจะได้ให้คำมั่นสัญญาประการใดประการอื่นแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลบางประการที่ส่งผลกระทบต่อรูปคดีได้ มาตรฐานในความระมัดระวังในกรณีเช่นนี้จึงต้องสูงมากเป็นพิเศษ เพียงแค่การกระทำเล็กน้อยที่อาจส่งผลกระทบต่อความไม่เป็นกลางของตุลาการก็อาจเป็นเหตุให้เกิดการคัดค้านตุลาการได้¹²¹

¹¹⁶ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 133 I 89 E. 3)

¹¹⁷ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 4A_377/2014 vom 25.11.2014 E. 6.2)

¹¹⁸ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (OGer/ZH vom 23.7.2013 (PC130031-O) E. II/2.1, SJZ 2014 N 2 S. 22: (E. II/2.1))

¹¹⁹ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 1C_791/2013 vom 6.12.2013 E. 2.3)

¹²⁰ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGE 137 I 227 (1B_407/2010 vom 4.5.2011) E. 2.6.2 – 2.6.4:)

การดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาคดีที่ผิดพลาดเพียงประการหนึ่ง ประการใด ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่มีอคติได้ เว้นแต่ ความผิดพลาด อย่างร้ายแรงหรือเป็นความผิดพลาดที่เกิดขึ้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า ซึ่งต้องถือว่าเป็นข้อบกพร่องอย่างยิ่ง¹²² ส่วนการที่ตุลาการเลือกใช้กระบวนการพิจารณาแบบใด หรือมาตรการใดในทางกระบวนการพิจารณานั้น (Verfahrens-massnahmen) ไม่ว่าจะการที่เลือกใช้นั้นถูกหรือผิดก็มีสาเหตุที่จะถือว่าไม่เป็นกลางหรือ มีอคติแต่อย่างใด¹²³ แม้จะเป็นตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในแผนกเดียวกันหรือองค์คณะเดียวกัน กับตุลาการที่ถูกคัดค้านก็สามารถวินิจฉัยคำคัดค้านตุลาการผู้นั้นได้¹²⁴ เนื่องจากตุลาการแต่ละคน ซึ่งเป็นสมาชิกขององค์คณะ เป็นตำแหน่งที่เป็นอิสระจากกัน การที่ตุลาการเป็นเพื่อนร่วมองค์คณะกัน จึงยังไม่เกิดเหตุแห่งความไม่เป็นกลางในตัวตุลาการ¹²⁵

3.4.2 ระยะเวลาการคัดค้านหรือปฏิเสธตุลาการ

มาตรา 49 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กำหนดให้คู่ความสามารถ คัดค้านตุลาการได้ดังนี้ (1) คู่ความที่ต้องการจะคัดค้านความไม่เป็นกลางของตุลาการจะต้องยื่นคำร้อง ต่อศาลโดยพลัน นับแต่เวลาที่ตนได้รู้ถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางนั้น และผู้ยื่นคัดค้านจะต้องแสดง และยืนยันข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเช่นว่านั้น (2) ตุลาการที่ถูกคัดค้าน ความไม่เป็นกลางต้องชี้แจงเพื่อให้เห็นว่าตนมิได้มีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางตามคำร้องของคู่ความ หากพ้นระยะเวลาดังกล่าว คู่ความย่อมไม่มีสิทธิที่จะคัดค้านตุลาการได้ในภายหลัง และต้องคัดค้าน ตุลาการที่มีเหตุแห่งความไม่กลางในระหว่างที่กระบวนการพิจารณากำลังดำเนินอยู่ หากरणจนกระทั่ง ตุลาการมีคำวินิจฉัยในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เป็นผลร้ายแก่ตนแล้วจึงใช้สิทธิดังกล่าว ย่อมเป็นการกระทำ ที่ขัดต่อความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (Treu und Glauben)¹²⁶

¹²² คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 4A_140/2012 vom 25. 4. 2012 E. 3.2.2)

¹²³ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 4A_314/2010 vom 30.7.2010 E. 2) คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 1P.404/2005 du 26.9.2005 E. 2.1) และคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 1P.618/2003 vom 15.1.2004 E. 3)

¹²⁴ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 4A_182/2013 vom 17.7.2013 E. 4)

¹²⁵ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 4A_388/2014 vom 26.9.2014 E. 3.3)

¹²⁶ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGer 4A_62/2014 vom 20.5.2014 E. 3.1 – 3.3 n.v. in BGE 140 III 221: (E. 3.1))

แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการใช้สิทธิคัดค้านตุลาการไว้แน่นอน แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าการใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องกระทำทันที กล่าวคือ ภายในไม่กี่วันหลังจากที่รู้ถึงเหตุความไม่เป็นกลาง¹²⁷ การคัดค้านตุลาการโดยคู่ความ (Ausstandsgesuch) สามารถคัดค้านได้ทั้งตุลาการ พยานผู้เชี่ยวชาญ โดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ได้ แต่ต้องกระทำ “โดยพลัน” (unverzüglich) นับแต่ได้รู้ถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางดังกล่าว ซึ่งคำว่า “กระทำโดยพลัน” (unverzüglich) จะต้องกระทำภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ผู้คัดค้านรู้ถึงเหตุนั้น¹²⁸ หรือภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ผู้คัดค้านรู้ถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางนั้น เป็นสิ่งที่ศาลไม่สามารถกระทำได้¹²⁹ ในกรณีที่ปล่อยเวลาล่วงเลยถึง 40 วัน นับแต่วันที่รู้เหตุนั้น ศาลย่อมไม่อาจรับไว้พิจารณาได้¹³⁰ แต่หากเป็นเหตุที่ร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้ตุลาการจำเป็นต้องถอนตัวตั้งแต่นั้น ผู้คัดค้านก็ยังสามารถกล่าวอ้างเหตุดังกล่าวได้อยู่ แม้จะล่วงเลยระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ไปแล้วก็ตาม หรือกรณีที่ยังไม่ได้รับแจ้งว่า ตุลาการคนใดจะเข้ามาพิจารณาคดีของตนบ้าง ก็เป็นกรณีที่คู่ความยังไม่อาจประเมินได้ว่า สิทธิของตนในการที่จะได้รับการวินิจฉัยคดีจากตุลาการที่เป็นกลางจะได้รับการคุ้มครองหรือไม่ ซึ่งการที่คู่ความยังไม่ได้รับรู้ถึงตัวตุลาการที่จะมาพิจารณาพิพากษาคดีของตนเช่นนี้ก็ย่อมส่งผลต่อไปว่า คู่ความยังไม่สามารถคัดค้านตุลาการด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นกลางได้ แต่หากได้มีประกาศรายชื่อของตุลาการที่จะเข้ามาพิจารณาคดีเป็นสาธารณะ ก็ย่อมเป็นกรณีที่นายความสามารถตรวจสอบรายชื่อตุลาการได้โดยง่าย หากตุลาการผู้นั้นมีเหตุแห่งความไม่กลางก็ย่อมถือได้ว่าคู่ความได้ทราบถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางแล้ว นับแต่เวลาที่มีการประกาศรายชื่อตุลาการเป็นสาธารณะ โดยสิทธิของคู่ความในการที่จะได้รู้ตัวตุลาการที่จะมาวินิจฉัยคดีของตนถือว่าได้รับการตอบสนองแล้ว เมื่อคู่ความสามารถเข้าถึงรายชื่อตุลาการที่จะมาวินิจฉัยคดีของตนผ่านทางปฏิทินตารางนัดหมายที่จัดทำโดยรัฐ (Staatskalender) หรือผ่านทางอินเทอร์เน็ต โดยที่คู่กรณีไม่มีสิทธิถึงขนาดที่จะให้ศาลเปิดเผยตารางการแบ่งหน้าที่ของตุลาการ (Geschäftsverteilungsplan) ซึ่งเป็นเอกสารภายในที่มีวัตถุประสงค์เพื่อความสะดวกในการบริหารจัดการงานของศาลแต่อย่างใด¹³¹

¹²⁷ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (TF 1B_277/2008 du 13.11.2008 c. 2.3 ; TF 2C_239/2010 du 30.6.2010)

¹²⁸ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 1B_274/2013 vom 19.11.2013 E. 4.1)

¹²⁹ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 4A_600/2015 vom 1.4.2016 E. 6.3)

¹³⁰ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 4A_104/2015 vom 20.5.2015 E. 6)

¹³¹ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธรัฐสวิส (BGer 5D_141/2014 vom 22.1.2015 E. 3 n.v. in BGE 141 III 97)

3.4.3 ผลการพิจารณาเมื่อปรากฏเหตุคัดค้านตุลาการ

ผลการพิจารณาก่อนหน้าที่ตุลาการที่มีเหตุคัดค้านได้ดำเนินกระบวนการพิจารณา ย่อมเสียไปทั้งหมด และต้องดำเนินกระบวนการใหม่ทั้งหมดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง มาตรา 51¹³² ซึ่งบัญญัติไว้ ดังนี้ (1) กระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำลงโดยตุลาการที่มีเหตุ แห่งความไม่เป็นกลาง ต้องถูกเพิกถอนและดำเนินกระบวนการนั้นใหม่อีกครั้ง หากคู่ความแสดง ความประสงค์ที่จะให้มีการเพิกถอนกระบวนการพิจารณานั้นต่อศาลภายในสิบวัน นับแต่ที่ตนรู้ถึง เหตุแห่งความไม่เป็นกลางนั้น (2) หากกระบวนการรับฟังพยานหลักฐานใดไม่อาจกระทำได้อีกครั้ง ให้ศาลสามารถนำพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรับฟังพยานหลักฐานนั้น มาประกอบการ พิจารณาได้ (3) หากผู้มีส่วนได้เสียพบถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางในตัวตุลาการเมื่อกระบวนการ พิเคราะห์แล้ว ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์มาใช้บังคับโดยอนุโลม “กระบวนการพิจารณา” (Amtshandlungen) ตามความหมายของมาตรา 51 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่งนี้ เป็นกระบวนการพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง ไม่ได้หมายความเพียงแต่กระบวนการ พิเคราะห์ที่มีผลต่อคำพิพากษาโดยตรง เช่น การอุทธรณ์ หรือ การขอให้พิจารณาใหม่เท่านั้น แต่ยังหมายความ รวมถึง กระบวนการอื่น ๆ ด้วย เช่น การพิจารณาคัดพยานหลักฐานต่าง ๆ¹³³

3.4.4 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง

ด้วยเหตุแห่งความไม่เป็นกลางเป็นสถานะที่อยู่ภายในตัวบุคคล (innerer Zustand) ซึ่งโดยธรรมชาติของเรื่องแล้วไม่อาจกำหนดเกณฑ์ในการพิสูจน์ได้ เนื่องจากเป็นเหตุ ที่อยู่ภายในตัวบุคคลซึ่งการจะนำหลักเกณฑ์มาเป็นมาตรฐานย่อมยากเกินไป โดยทั่วไปแล้วจึงไม่มี กระบวนการพิจารณาเพื่อพิสูจน์ถึงความไม่เป็นกลางในตัวตุลาการแยกต่างหากออกมาจากกระบวนการ อื่น ด้วยเหตุนี้ ตุลาการซึ่งสามารถใช้วิธีการพิจารณารับรู้ถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางที่อาจเกิดขึ้น

¹³² (1) Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, sind aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert zehn Tagen verlangt, nachdem sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat.

(2) Nicht wiederholbare Beweismassnahmen darf das entscheidende Gericht berücksichtigen.

(3) Wird der Ausstandsgrund erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt, so gelten die Bestimmungen über die Revision.

¹³³ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสมาพันธ์รัฐสวิส (BGE 138 III 702 (4A_217/2012 et 277/2012 vom 9.10.2012): (E. 2))

ในกระบวนการพิจารณาได้ต้องถอนตัวออกจากคดีนั้นไปด้วยตนเอง เพื่อป้องกันมิให้เกิดข้อกล่าวหาในเรื่องการประพฤติผิดในหน้าที่ของตุลาการ จึงกำหนดให้สามารถถอนตัวออกจากกรพิจารณาคดีได้ตามมาตรา 48 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งกำหนดให้ตุลาการที่มีเหตุให้ต้องสงสัยถึงความไม่เป็นกลาง ต้องแสดงตนให้เห็นถึงความไม่เป็นกลางนั้น ภายในระยะเวลาอันสมควร และเมื่อฟังความได้ว่ามีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางจริง ให้ตุลาการผู้นั้นถอนตัวออกจากกระบวนการพิจารณาตุลาการที่มีเหตุก่อให้เกิดความไม่เป็นกลางต่อการปฏิบัติหน้าที่ประการใดประการหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีหน้าที่ที่ต้องแสดงตนให้เห็นถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางดังกล่าว (Pflicht zur Selbstanzeige) โดยต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุแห่งความไม่เป็นกลางดังกล่าวภายในเวลาอันสมควร (rechtzeitig) กล่าวคือ ก่อนที่จะปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง ในกระบวนการพิจารณาที่ตนมีส่วนได้เสีย และจากนั้นต้องถอนตัวออกจากกระบวนการพิจารณานั้นไป นอกจากนี้ หน้าที่ดังกล่าวยังเป็นหน้าที่ที่มีผลไปถึงพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้ที่เป็นผู้ทำงานช่วยเหลือในด้านคดีในศาลอีกด้วย โดยมีการกำหนดไว้ในมาตรา 183 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ให้นำเหตุแห่งความไม่เป็นกลางของตุลาการตามมาตรา 47 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย¹³⁴ เช่น กรณีที่ผู้พิพากษาได้ร้องทุกข์ในคดีอาญาคดีหมิ่นประมาทและได้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายจากคู่กรณีจะต้องถอนตัวจากการพิจารณาคดีที่คู่กรณีเดิมของตนเป็นคู่ความ¹³⁵

¹³⁴ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐสวิส (BGer 4A_286/2011 vom 30.8.2011 E. 3.1)

¹³⁵ คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐสวิส (BGE 134 I 20 E. 4.3.2, PRA 2008, 73)

บทที่ 4

การห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะและการคัดค้านตุลาการ ในระบบกฎหมายไทย

4.1 ข้อความคิดทั่วไป

แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือคัดค้านตุลาการในระบบกฎหมายไทยนั้น ในอดีตไม่เคยปรากฏเรื่องของการคัดค้าน (ตัด) หรือปฏิเสธตุลาการมิให้เข้ามาพิจารณาพิพากษาคดี คงมีแต่เพียงการกำหนดถึงความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น เนื่องจากการวินิจฉัยของศาลเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าประชาชนให้การนับถือ เหตุผลส่วนหนึ่งมาจากการที่ถือว่าศาลเป็นคนกลาง ดังที่มีการกำหนดไว้ในศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง โดยพระร่วงเจ้าหรือพ่อขุนศรีอินทราทิตย์ หรือพ่อขุนรามคำแหง ซึ่งมีการจารึกเกี่ยวกับการพิจารณาคดีของตนไว้ ปรากฏในข้อ 5 ว่า “ไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุนมิแล ผิดแผกแสบกว้างกัน สวดดูแท้แล้ว จึงแล่งความแก่ข้าด้วยชื่อ บ่เข้าผู้ลักมักผู้ช่อน” ซึ่งหมายถึงในการได้สวนคดีความของพ่อขุนรามคำแหงในสมัยสุโขทัยนั้น ท่านได้สวนคดีความโดยไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นั้นเอง ประกอบกับข้อ 6 ซึ่งเป็นการนำเรื่องความเป็นกลางเกี่ยวในการวินิจฉัยคดี กล่าวว่า “เห็นข้าวท่านบใครพิณ เห็นสินท่านบใครเดือด ไมโลภไม่ต้องการลาภสักการไม่ฟุ้งสร้านอยากได้ของใคร” เป็นต้น¹

ต่อมาในยุคที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดทางกฎหมายมาจาก “กฎหมายมนุษยธรรมศาสตร์” หรือ “ธรรมศาสตร์ของมโนสาร หรือ มนุ” มีที่มาจากตำนานในหนังสือธรรมศาสตร์รามัญ เกี่ยวกับคดีไร่แดงใกล้กันจนเกิดข้อพิพาทว่า “แดงที่เลื้อยเข้าไปโตอยู่ในที่ดินของอีกฝ่ายจะตกเป็นของผู้ใด” จึงมาร้องทุกข์ต่อมโนสารอำมาตย์ มโนสารอำมาตย์จึงบังคับว่า “ไร่แดงมีถนนกลางและแดงอยู่ในไร่ผู้ใด แแดงก็เป็นของผู้นั้น” แต่การตัดสินเช่นนั้นเกิดความไม่พอใจแก่คู่ความในคดีเห็นว่าไม่เป็นธรรมจึงนำเรื่องร้องทุกข์ต่อพระยามหาสมมุติราช พระยามหาสมมุติราชจึงตั้งบุคคลอื่นไปตัดสินคดีดังกล่าว โดยได้มีการหาต้นแดงเพื่อดูปลายยอดแล้วจึงกลับเอายอดมาไว้ที่ต้น คู่ความเห็นเช่นนั้นต่างยินดี มโนสารอำมาตย์จึงเกิดความอดสูหนีไปวช และได้เห็นบาฬีคำภีร์พระธรรมศาสตร์

¹ หลวงสุทธีวาทนฤพุมิ (สอ้าน), *คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512-2513* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2516) 147.

เล่มโต จึงจำกำหนดในบาฬีนั้นกลับมาแต่งเป็นคัมภีร์พระธรรมศาสตร์² ต่อมาได้นำ พระธรรมศาสตร์ มาบัญญัติรวมไว้ในกฎหมายตราสามดวง (ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166) และ ถูกบัญญัติขึ้นนำเป็นเรื่องหนึ่งในกฎหมายดังกล่าว และในบทบัญญัติเรื่องที่ 2 นั้น เป็นการบัญญัติ ถึงลักษณะผู้จะเป่นกระลาการ ว่า บุคคลผู้เป่น กระลาการ ล่วงเสียยุติธรรม ฉันทา โทษา ภยา โมหา ด้วยอคติทั้ง 4 ประการ คือ รัก โกรธ กลัว และหลง แล้วพิจารณาความผิดจากพระธรรมศาสตร์ และ ลำเอียงเข้าด้วยโจทก์ จำเลย บทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปตามคำสอนในพระพุทธศาสนาอคติ 4 ประการ อันได้แก่ ฉันทาคติ (ลำเอียงเพราะรักหรือชอบ) โทษาคติ (ลำเอียงเพราะโกรธ) ภยาคติ (ลำเอียงเพราะ กลัว) และโมหาคติ (ลำเอียงเพราะหลง โง่ ไม่รู้) บทบัญญัตินี้เป็นจุดเริ่มต้นในการกล่าวถึงความ เป็นกลางในการพิพากษาคติของตุลาการ อย่างไรก็ตาม อคติ 4 ประการเป็นเพียงข้อเตือนใจในการ ประพฤติตนในการทำหน้าที่เท่านั้น มิได้มีบทกฎหมายกำหนดเหตุห้ามหรือมีบทบังคับโดยตรง จึงไม่มี การป้องกันหากมีกรณีผู้พิพากษาคัดสินคดีโดยอคติ กระทั่งกรมหลวงราชบุรีได้จัดทำมีการทำสมุด กฎหมายราชบุรี เพื่อเป็นแนวทางหรือคู่มือในการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาศระลาการ และเจ้าหน้าที่ ทางกฎหมาย อันจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดสภาวะที่อาจทำให้ผู้พิพากษาศระลาการขาดความเป็น กลาง ขาดความเที่ยงธรรม ในการไต่สวนและในการนั่งพิจารณาคดี โดยธรรมชาติแล้วเมื่อประชาชน ต้องการเรียกร้องสิทธิของตนเองเพิ่มมากขึ้น ก็จะทำให้ข้อเรียกร้องทางจริยธรรมที่ผู้พิพากษา ศระลาการพึงต้องมีและควรปฏิบัติอย่างมีอาจปฏิเสธได้ กระทั่ง ในสมัยรัชกาลที่ 5 ทรงมีดำริให้จัดทำ ประมวลกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และมีการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้น โดยมีการบัญญัติเกี่ยวกับเหตุที่สามารถคัดค้านผู้พิพากษาได้

ที่มาและเหตุผลแห่งการคัดค้านตุลาการหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคติ ของประเทศไทย จึงมีบทบัญญัติที่ถือเป็นแม่แบบหรือกฎหมายหลัก คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง ที่นับว่าเป็นจุดเริ่มในการนำเหตุดังกล่าวมายกขึ้นอ้างในกฎหมายอีกหลาย ๆ ฉบับ ในการศึกษาเกี่ยวกับบ่อเกิดและที่มาของหลักการคัดค้านตุลาการหรือผู้พิพากษาเกิดขึ้นเมื่อใด ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องศึกษาถึงประวัติศาสตร์การชำระประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในส่วนที่เกี่ยวข้องมาตรา 11 ว่า มีที่มาอย่างไร และกระบวนการร่างข้อบังคับของศาลปกครอง ตั้งแต่แรกเริ่มในการร่างข้อบังคับของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนของการคัดค้านตุลาการนั้นมีจุดเกาะ เกี่ยวแรกเริ่มอย่างไร

² ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวง ตรา 3 ดวง เล่ม 1 (ม.ป.ท., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2482) 13-14.

เมื่อมองตามประวัติศาสตร์ของประเทศไทยพบว่าได้รับอิทธิพลของหลักกฎหมายธรรมชาติตั้งแต่ยุคสุโขทัย กระทั่งมีการนำหลักอินทภาษามาใช้กับผู้ที่จะมาพิจารณาพิพากษาคดี โดยมีการกำหนดหลักการอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการตัดตุลาการที่มีเหตุไม่เป็นกลางเข้ามาทำการพิจารณาพิพากษาคดี เริ่มต้นปรากฏในสมัยอยุธยาในกฎหมายลักษณะตระลาการ แผ่นดินพระเจ้าท้ายสระ มาตรา 113 ที่บัญญัติว่า “โจทก์ก็ดี จำเลยก็ดี ฝ่ายข้างหนึ่งเป็นญาติพี่น้องตระลาการ ท่านมิให้ตระลาการนั้นพิจารณาเป็นอันขาดทีเดียว”³ หมายความว่า ห้ามมิให้ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้น ทำการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นญาติพี่น้องของผู้พิพากษานั้นเอง และได้มีการปฏิรูปหลักการดังกล่าวอีกครั้งโดยนำกฎหมายเก่าหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติจัดการศาลยุติธรรม ร.ศ. 111 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 115 มาเป็นโครงร่างของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ของผู้พิพากษา มีข้อห้ามมิให้กระทำการนั้นเป็นอันขาด ในข้อที่จะกล่าวต่อไปนี้ คือ 1) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นผู้มีประโยชน์ที่ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ในคดีอันนั้นด้วยก็ดี 2) หรือถ้าเป็นญาติวงศ์วารกับคู่ความฝ่ายใด ๆ โดยสายโลหิตสืบตระกูลต่อกันหรือโดยทางเป็นลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงใน 3 ชั้นก็ดี หรือเป็นวงศ์วารเกี่ยวพันกันโดยทางแต่งงานนับได้เพียง 2 ชั้นก็ดี 3) หรือถ้าเป็นผู้ที่ได้เบิกความเพนพยานโดยที่ารู้เห็นหรือโดยเป็นผู้ชำนาญการพิเศษ ในข้อหนึ่งข้อใดเหล่านี้ห้ามมิให้เป็นผู้พิพากษาในคดีนั้นอันขาด”⁴ ซึ่งข้อห้ามเหล่านี้เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาต้องระมัดระวังถ้าหากสงสัยว่าตนมีกรณีเกี่ยวข้อง อันอาจถูกคัดค้านได้ก็ควรถอนตัวออกจากการพิจารณา นอกจากประเด็นนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่ายังมีประเด็นที่ควรต้องพิจารณาเพิ่มเติมว่าในกรณีที่คู่ความร้องคัดค้านขึ้นแต่ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี กฎหมายในขณะนั้นยังไม่มีการบัญญัติว่าต้องดำเนินการเช่นใด ซึ่งจะนำเสนอแนวคิดดังกล่าวในบทต่อไป

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายของอังกฤษ และต่อมาได้มีการชำระประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งครั้งใหญ่ในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยมีนายริวีแอร์ (Rivière) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเป็นผู้นำช่วยยกร่างกฎหมายดังกล่าว ซึ่งได้นำเค้าโครงเดิมจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 และกฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113⁵ มาเป็นต้นฉบับในการร่างประมวลกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นการผสมผสานระหว่างวิธีพิจารณาความแพ่ง

³ หลวงสุทริวาทนฤพุมิต (สอ้าน) (เชิงอรรถ 1) 151.

⁴ พระนิติการณประสม, *คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477: กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง* (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง) 32-34.

⁵ วรณชัย บุญบำรุง ธนกฤต วรณชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ, *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2556) 156-157.

ของฝรั่งเศสและวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษและมีลักษณะผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน จากเนื้อหาของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านผู้พิพากษาไว้โดยให้เป็นสิทธิของคู่ความ และไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามผู้พิพากษาไม่ให้เข้ามาในการพิจารณาคดีเหมือนกับกฎหมายลักษณะตุลาการหรือตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 อีกต่อไป ทำให้ระบบกฎหมายไทยในยุคนั้นรวมถึงในยุคปัจจุบันกำหนดให้การคัดค้านผู้พิพากษาเป็นเพียงสิทธิของคู่กรณีในคดีเท่านั้นที่สามารถริเริ่มยื่นคัดค้านผู้พิพากษาในคดีตนได้

4.2 ศาลรัฐธรรมนูญ

การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตย ทำให้มีการตราพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาใช้บังคับ และมีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในรูปแบบของ “คณะกรรมการ” ส่งผลโดยตรงต่อวิธีพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญมีการพิจารณาที่ไม่เปิดเผย และไม่มีหลักประกันขั้นพื้นฐานในวิธีพิจารณาเหมือนกับวิธีพิจารณาทั่วไปขององค์กรในรูปแบบ “ศาล”⁶ ทั้งทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบริหารและความเป็นอิสระ ในการทำหน้าที่ดังกล่าว ต่อมาในปี พ.ศ. 2540 จึงได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และในบทเฉพาะกาลตามมาตรา 320 ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญนี้ จากบทมาตราดังกล่าวจึงได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และมีพัฒนาการต่อมาเรื่อย ๆ ศาลรัฐธรรมนูญถือได้ว่ามีสภาพเป็นองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งที่มีสถานะไม่ต่างจากองค์กรตุลาการองค์กรอื่น ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ใช้ระบบพิจารณาคดีแบบไต่สวน ศาลมีหน้าที่และอำนาจในการแสวงหาความจริงมิได้จำกัดการพิสูจน์ที่ขึ้นอยู่กับการเสนอพยานหลักฐานของคู่กรณีเพียงอย่างเดียว มีการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย เปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องมีการให้เหตุผลประกอบ และผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดและมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และหน่วยงานของรัฐ⁷

⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายวิชากรกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2563) 213.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 211 วรรคสาม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องใดไว้พิจารณาแล้ว ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดจะปฏิเสธไม่วินิจฉัยโดยอ้างว่าเรื่องนั้นไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมิได้

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน มาจากศาลฎีกา 3 คน ศาลปกครองสูงสุด 2 คน ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ 1 คน ผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ หรือ รัฐประศาสนศาสตร์ 1 คน และผู้ทรงคุณวุฒิจากผู้รับหรือเคยรับราชการระดับหัวหน้าส่วนราชการ หรือเทียบเท่าหัวหน้าส่วนราชการหรือรองอัยการสูงสุด 2 คน⁸ ในการนั่งพิจารณาและการทำ คำวินิจฉัยต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 7 คน⁹

ในองค์คณะพิจารณาคำร้องจะมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งคนใดเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัย ตามมติของศาลก็ได้¹⁰ ซึ่งในการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการในองค์คณะพิจารณาคำร้องทุกคนต้องทำความเข้าใจส่วนตนตามประเด็นและตามลำดับประเด็นที่จะพิจารณาวินิจฉัย โดยทำเป็นหนังสือ พร้อมทั้งแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุม และให้ที่ประชุมปรึกษาหารือร่วมกันแล้ว จึงลงมติ¹¹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ให้ศาล ปรึกษาหารือกันจนกว่าจะได้ข้อยุติ ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะพิจารณาคำร้องทุกคนจะงดออกเสียง ในประเด็นใดประเด็นหนึ่งตามที่กำหนดไว้มิได้¹² เว้นแต่ตุลาการซึ่งมิได้ร่วมในการพิจารณาในเนื้อหา คติใดก็จะไม่มีอำนาจในการทำคำวินิจฉัยคดีนั้นได้ ให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยก่อนที่จะดำเนินกระบวนการ

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 200

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 211 วรรคหนึ่ง องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยต้องประกอบด้วย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเจ็ดคน

¹⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 75 วรรคสาม การทำคำวินิจฉัยของศาล องค์คณะอาจมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งคนใดเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยตามมติของศาลก็ได้

¹¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 75 วรรคหนึ่ง ในการวินิจฉัยคดี ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนต้องทำความเข้าใจ ส่วนตนเป็นหนังสือ พร้อมทั้งแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุม และให้ที่ประชุมปรึกษาหารือร่วมกันก่อนแล้ว จึงลงมติ

¹² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 72 คำวินิจฉัยของศาลให้ถือเสียงข้างมาก เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ให้ศาลปรึกษาหารือกันจนกว่าจะได้ข้อยุติ

ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะงดออกเสียงในประเด็นใดประเด็นหนึ่งตามที่ศาลได้กำหนดไว้มิได้ เว้นแต่มีเหตุตามมาตรา 52 วรรคสาม

พิจารณาต่อไป เว้นแต่การไม่ร่วมทำคำวินิจฉัยจะทำให้องค์คณะเหลือไม่ถึง 7 คน¹³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความจำเป็นหรือสมควรตามความเป็นธรรมแห่งกรณี¹⁴ และคำวินิจฉัยของศาลให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย

ในวาระเริ่มแรกศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนการคัดค้านตุลาการได้นำเหตุตามมาตรา 11-14 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม ต่อมาจึงได้ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 โดยเหตุในการคัดค้านตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ซึ่งได้กำหนดเหตุการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ในข้อ 7 แบ่งได้ดังนี้ 1. มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย 2. เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภรรยาหรือญาติของผู้ร้องหรือผู้คัดค้านฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง 3. เคยอ้างถูกเป็นพยานโดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น 4. เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือทนายความของผู้ร้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน 5. เป็นผู้พิพากษา ตุลาการในศาลอื่น กรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน 6. มีคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภรรยา หรือ

¹³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 52 วรรคสาม ตุลาการซึ่งมิได้ร่วมในการพิจารณาในประเด็นสำคัญแห่งคดีโดยอ้อม ไม่มีอำนาจ ในการทำคำวินิจฉัยคดีนั้น หากมีปัญหาว่าตุลาการคนใดร่วมในการพิจารณาในประเด็นสำคัญแห่งคดีนั้นหรือไม่ ให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยก่อนที่จะดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ เว้นแต่การไม่ร่วมทำคำวินิจฉัยจะทำให้มีองค์คณะเหลือไม่ถึงเจ็ดคน

¹⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาล หากมีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย ให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควร ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีและให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับของศาลต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย หรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และประเภทคดีที่กำหนดในข้อกำหนดของศาล.

ญาติสืบสายโลหิตขึ้นไปหรือลงมาตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พิพาทกับผู้ร้องหรือผู้คัดค้านอีกฝ่ายหนึ่ง สามมี ภรรยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของผู้ร้องหรือผู้คัดค้านอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁵ ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงเหตุในการคัดค้าน¹⁶ อีกครั้งตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 แทน โดยตัดเหตุที่อาจถูกคัดค้านได้ในกรณีที่เป็นกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์ที่พิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อนแล้วเพิ่ม “กรรมการกฤษฎีกา กรรมการการ เลือกลง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” จากนั้นก็ได้มีการกำหนดเหตุดังกล่าวไว้ในข้อ 7¹⁷ และข้อ 10¹⁸ และมีการตัดคำว่าผู้แทน หรือทนายความออก

การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถออกข้อกำหนดว่าด้วย วิธีพิจารณาเองได้โดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และให้ประกาศข้อกำหนดดังกล่าว ในราชกิจจานุเบกษา จึงมีนักวิชาการหลายคนตั้งคำถามว่าเหตุใดจึงให้อำนาจองค์กรที่ใช้อำนาจ ตุลาการสามารถใช้อำนาจออกกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นศาลได้เอง ทั้งที่เป็นกฎหมายสำคัญ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ในกระบวนการพิจารณา โดยหลักแล้วการตัดสินใจ ตรากฎหมายดังกล่าวต้องเป็นการตัดสินใจของรัฐสภาซึ่งมีรากฐานความชอบธรรมจากประชาชน โดยตรง¹⁹ ดังนั้น การอ้างความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขัดขวางมิให้รัฐสภาใช้อำนาจ ที่โดยสภาพเป็นอำนาจของประชาชนในฐานะผู้แทน จึงไม่มีน้ำหนักมากเพียงพอที่จะรับฟังได้ ทำให้ มีการเสนอแนวคิดว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ควรจะเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการ ตราขึ้นโดยองค์กรที่ทรงอำนาจนิติบัญญัติรวมถึงสถานะของข้อกำหนดดังกล่าว ควรมีสถานะ ไม่ต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติจึงได้มีการกำหนดการคัดค้านตุลาการไว้ในพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 แล้ว และศาลรัฐธรรมนูญได้ ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562²⁰ ข้อกำหนดดังกล่าว มีการบัญญัติเหตุคัดค้านตุลาการไว้มีสาระสำคัญ ดังนี้

¹⁵ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 7.

¹⁶ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 8.

¹⁷ ข้อกำหนดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยองค์คณะในการพิจารณาพิพากษา วิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2549 ข้อ 7.

¹⁸ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 10.

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณี ของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (วิญญูชน 2546) 176.

²⁰ มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งได้ ประกาศเมื่อวันที่ 17 กันยายน 2562 จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 18 ตุลาคม 2562.

4.2.1 เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ

เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการนั้น เดิมมีการกำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 7 ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 8 ข้อกำหนดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2549 ข้อ 7 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 10²¹ กระทั่งได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 โดยได้กำหนดว่า “ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน (2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น (3) เคยให้ถ้อยคำหรือให้ความเห็นในฐานะพยานโดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ในคดีศาลอื่นซึ่งพิจารณาวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน (5) มีหรือเคยมีคดีที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพากษากับคู่กรณี สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง²² หรือในกรณีที่ตุลาการมีส่วนได้เสียหรือมีเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจมีผลทำให้การพิจารณาวินิจฉัยเสียความยุติธรรม”²³ อาจแบ่งเหตุในการคัดค้านได้ ดังนี้

4.2.1.1 เคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน

ด้วยเหตุที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีคุณสมบัติ²⁴ ที่อาจทำให้เสี่ยงต่อการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งที่อาจก่อให้เกิดการตั้งคำถามจากประชาชนได้ว่ามีอคติหรือไม่ จึงได้มีการบัญญัติเหตุในการคัดค้านตุลาการว่าในกรณีที่ตุลาการประจำคดีหรือตุลาการในองค์คณะเคยพิจารณาวินิจฉัย

²¹ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 10.

²² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32.

²³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 33.

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 200.

ในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน ในฐานะต่าง ๆ ดังนี้ 1) ผู้พิพากษาในที่นั่ง ย่อมหมายถึงผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ทั้งศาลแพ่งและศาลอาญา 2) ตุลาการในศาลอื่น ตุลาการศาล ปกครอง หรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหาร 3) อนุญาโตตุลาการ อาจถูกคัดค้านและต้องออกจากการ พิจารณาทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งได้

บทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายให้สิทธิแก่คู่ความที่จะคัดค้าน ตุลาการคนใด ก็ได้แต่จะต้องเป็นตุลาการผู้ที่จะพิจารณาคดีไม่ว่าจะเป็นตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนหรือ ตุลาการในองค์คณะพิจารณาทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง หากคู่ความไม่คัดค้าน แต่ตุลาการเห็นว่าตนเอง มีเหตุดังกล่าวนี้อาจขอถอนตัวออกจากการพิจารณาได้โดยได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมองค์คณะ เช่น ในระหว่างการพิจารณาคดี ผู้ร้องขอคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 2 คน ที่เป็นองค์คณะ พิจารณา แต่ตุลาการทั้ง 2 คนดังกล่าวที่ถูกคัดค้านได้ขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีเช่นกันเนื่องจาก เห็นว่าตนเคยเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่เป็นองค์คณะพิจารณาคดีเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติ ฉบับนี้มาก่อนซึ่งที่ประชุมองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้อนุญาตให้ถอนตัวออกจากการพิจารณาได้ ผลจากการขอถอนตัวดังกล่าวคำร้องคัดค้านจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาอีกต่อไป²⁵ หรือกรณีที่เคยมีส่วนร่วม ร่วมในการแสดงความคิดเห็นคัดค้านร่างกฎหมายที่ได้ยื่นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²⁶

ส่วนเหตุที่ตุลาการไม่สามารถขอถอนตัวได้เนื่องจากที่องค์คณะมีมติ ไม่อนุญาตให้ถอนตัวออกจากการพิจารณาได้หากเหตุผลที่ขอถอนตัวไม่เป็นไปตามข้อกำหนดศาล รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 10 (6) และต้องทำการพิจารณา ทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งต่อไป เช่น กรณีที่อ้างว่า ตุลาการได้เป็นโจทก์ฟ้อง นาย พ กับพวก ในดีอาญา ซึ่งผู้ถูกร้องเป็นบุคคลหนึ่งร่วมกันให้ข่าว แต่มิได้ระบุชื่อไว้ในคำฟ้องโดยตรงในขณะที่ฟ้อง แต่หาก มีการสืบพยานอาจต้องมีการเบิกความถึงบุคคลที่ให้ข่าวซึ่งหมายถึงผู้ถูกร้อง²⁷

4.2.1.2 ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ความสัมพันธ์ใกล้ชิดเกี่ยวข้องกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น อาจแบ่งได้เป็น

(1) ความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาเป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภรรยาความสัมพันธ์ นี้อาจเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงก็ได้ หรือกรณีที่ได้หย่าร้างไป แล้วหรือเลิกกรากัน ความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลต่อความเชื่อมั่นในผลของคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง ศาลรัฐธรรมนูญ

²⁵ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2552 และคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2552.

²⁶ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 46/2552.

²⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2555.

(2) ความสัมพันธ์ทางญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

เป็นกรณีที่ตุลาการที่เป็นองค์คณะทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งหรือตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายในฐานะต่าง ๆ ดังนี้ (1) บุพการี และคำว่า “บุพการี” หมายถึง ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป กล่าวคือ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด (2) ผู้สืบสันดานคำว่า “ผู้สืบสันดาน” หมายถึง ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา กล่าวคือ ลูก หลาน เหลน ลื้อ (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่มารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดาเดียวกัน คำว่า “พี่น้อง” หมายถึงญาติผู้เป็นพี่ หรือเป็นน้องร่วมสายโลหิตเดียวกัน ที่จะเป็นบิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดา หรือมารดาเดียวกันก็ได้ (4) ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น (5) ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน นับได้เพียงสองชั้น

ปัญหาเกี่ยวกับการนับลำดับญาติมีนักกฎหมายหลายท่านได้ตีความและพยายามอธิบายคำว่าลำดับชั้นดังกล่าวในลักษณะที่ต่างกัน ดังนี้

พระนิติการณประสม อธิบายว่า ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายใน 3 ชั้น คือ พี่น้อง ลุง ป้า น้า อาว์ และบุตรของพี่น้อง ลุง ป้า น้า อาว์ ญาติโดยทางแต่งงานนับได้เพียง 2 ชั้น คือ บิดามารดา ปู่ ย่ายาย พี่น้องของภรรยา ลุง ป้า น้า อาว์ และบุตรของพี่น้อง ลุงป้า น้า อาว์ของภรรยา²⁸

หลวงจ่ารัฐเนติศาสตร์ (จ่ารัฐ โปษยานนท์) อธิบายว่า พี่น้องหมายความว่า พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดา หรือร่วมแต่มารดาเดียวกัน ส่วนการนับชั้นลูกพี่ลูกน้องนับระหว่างตัวผู้พิพากษากับบุตรของลุงป้า น้าอาผู้พิพากษา ถ้าลุงป้า น้าอา นั้นเป็นผู้ชาย พี่สาว น้องชาย น้องสาวร่วมบิดามารดาของบิดา หรือมารดาผู้พิพากษา บุตรของลุงป้า น้าอา นั้น นับว่าเป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 1 กับผู้พิพากษา แต่ถ้าลุงป้า น้าอา นั้นเป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 1 ของบิดาหรือมารดาผู้พิพากษา บุตรของเขานับว่าเป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 2 ของผู้พิพากษา นับกันเช่นนี้เป็นการนับไป เช่น เมื่อบุตรของลุงป้า น้าอา เป็นคู่ความ ผู้พิพากษาอาจถูกคัดค้านได้ และหากลุงป้า น้าอา เป็นคู่ความเอง ถ้าลุงป้า น้าอา อยู่ภายใน 3 ชั้น ผู้พิพากษาก็ถูกคัดค้านได้เช่นเดียวกัน ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานก็นับเช่นเดียวกัน โดยนับจากหญิงหรือชายซึ่งเป็นผู้ทำให้เกิดความเกี่ยวพันทางแต่งงานนั้นเป็นต้นไป²⁹

ศาสตราจารย์ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ได้อธิบายว่า ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายใน 3 ชั้นนับดังนี้ พี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้อง เป็นชั้นที่ 1 และบุพการี หรือผู้สืบสันดานของตนนับต่อไปอีก 2 ชั้น คือ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย บุตร หรือหลานของสามี หรือภรรยา คำว่า “ญาติเกี่ยวพัน

²⁸ พระนิติการณประสม, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 : กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (เชิงอรรถ 4) 32.

²⁹ หลวงจ่ารัฐเนติศาสตร์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2483 : ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง) 144-145.

ทางแต่งงานนับได้เพียง 2 ชั้น” หมายถึง บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย บุตร หรือหลานของคู่สมรส โดยถือว่า บิดามารดาของคู่สมรสเป็น ญาติชั้นที่ 1 สายตรงขึ้นไป บุตรของคู่สมรส (ซึ่งติดมากับคู่สมรสคนก่อน) เป็นญาติชั้นที่ 1 สายตรงลงมา ปู่ ย่า ตา ยาย ของคู่สมรส เป็นญาติชั้นที่ 2 สายตรงขึ้นไป และหลานของคู่สมรสเป็นญาติ ชั้นที่ 2 สายตรงลงมา คำว่า “หลาน” หมายถึงเฉพาะหลาน ซึ่งเป็นบุตรของบุตรเท่านั้น ไม่หมายรวมไปถึงบุตรของพี่หรือของน้อง ซึ่งเป็นหลานเช่นกันแต่ไม่รวมถึงกรณีหย่าร้าง โดยถือตามความเป็นจริง³⁰

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายว่า “ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น นับดังนี้ เป็นลูกของลุง ป้า น้า อา เป็นหลานลุง หลานป้า หลานน้า หลานอา” คำว่า “ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น นับได้ดังนี้ เป็นพ่อตา แม่ยายหรือพ่อผัว แม่ผัว หรือเป็นพี่เขย น้องเขย พี่สะใภ้”³¹

เนื่องจากการตีความเกี่ยวกับการนับลำดับญาติดังกล่าวตามความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น ยังมีการตีความและให้ความหมายที่แตกต่างกัน กับทั้งในปัจจุบันยังคงมีข้อถกเถียงกันอยู่ แต่แม้จะมีการถกเถียงกันถึงความหมายของการนับญาติดังกล่าว ผู้ร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก็ยังคงนำเอาถ้อยคำดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเกิดปัญหาในการตีความเช่นเดิม และมีการเสนอให้แก้ปัญหาดังกล่าวแตกต่างกันออกเป็น 3 แนวทาง คือ ฝ่ายที่หนึ่ง เสนอให้มีการระบุลำดับญาติไว้ในกฎกระทรวง ฝ่ายที่สองเสนอว่า ควรนำเหตุตามที่กำหนดในมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ และฝ่ายที่สาม เสนอให้ระบุไว้ให้ชัดเจนว่าหมายถึงผู้ใดบ้าง และควรตัดเรื่องลำดับญาติ 2 ชั้น หรือ 3 ชั้น ออก

โดยศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาตรา 13 (3) ว่า ไม่ควรนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในส่วนที่บัญญัติว่า ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายใน 3 ชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียง 2 ชั้น มาใช้เนื่องจากสำนวนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นสำนวนเก่า ทั้งมีนักนิติศาสตร์หลายท่านนับลำดับญาติไม่เหมือนกัน เพื่อขจัดปัญหาดังกล่าวควรบัญญัติลงในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยไม่อ้างอิงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ควรระบุลงไปให้ชัดเจนว่า “เป็นบุพการี หรือ

³⁰ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง) 224 -225.

³¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *คำอธิบาย “กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”* (มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง 2566) 65-66.

ผู้สืบสันดาน หรือเป็นพี่หรือน้องของพ่อหรือแม่ หรือลูกของลุง หรือลูกของพี่หรือน้องของพ่อหรือแม่ ลูกของลุง ลูกของป้า ลูกของน้า ลูกของอา หลานลุง หลานป้า หลานน้า หลานอา”³²

เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ใกล้ชิดอาจรวมถึงการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทนหรือทนายความ หมายความว่า ตุลาการอาจเคยเป็นหรือได้เคยเป็นผู้แทนโดยธรรม ผู้แทน หรือทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว ถ้าได้นั่งพิจารณาคดีนั้นอีก จะทำให้เกิดการลำเอียงเสียความยุติธรรมได้ คู่ความจึงอาจยกขึ้นเป็นเหตุคัดค้านได้

โดยคำว่า “ผู้แทนโดยชอบธรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งตามกฎหมายมีสิทธิจะทำการแทนบุคคลผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นบุคคลที่จะต้องให้คำอนุญาต หรือให้ความยินยอมแก่ผู้ไร้ความสามารถในอันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1(13)) ได้ให้นิยามคำว่า “ผู้แทน” หมายถึง ผู้แทนของคู่ความไม่ว่าในกรณีใด ๆ คำว่า “ทนายความ” เห็นว่าไม่หมายความแต่เฉพาะเคยเป็นทนายแก้ต่างว่าต่างในคดีที่ผู้พิพากษานั้นกำลังจะพิจารณา หรือคดีที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องเดียวกัน แต่รวมถึงเคยรับปรึกษาคดีหรือเรื่องนั้นในฐานะเป็นทนายด้วย

4.2.1.3 เหตุประการอื่น

มีหรือเคยมีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั่นเอง สามी ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพาทกับคู่กรณี สามी ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือวินิจฉัยเสียความยุติธรรมไป ในการพิจารณาว่าเหตุอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไปหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป มิใช่ที่ว่าเมื่อคู่ความคัดค้านแล้ว ศาลจะต้องรับฟังและปฏิบัติตามคำคัดค้านเสมอไป เพราะคู่ความอาจแก้คัดค้านเพื่อหาเหตุประวิงเวลาหรือเพื่อเหตุประการอื่น ๆ ก็ได้ เช่น เหตุคัดค้านเนื่องมาจากการเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่ความ การเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หมายถึง การเป็นหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ว่ามูลหนี้จะเกิดจากสัญญาหรือละเมิด ส่วนกรณีที่เป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น หมายถึงนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น และจะต้องกำลังเป็นนายจ้างอยู่ หากได้ชำระหนี้กันไปแล้วหรือขาดจากการเป็นนายจ้างแล้วไม่เข้าข้อนี้

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘โครงการรับฟังความคิดเห็นเพื่อประกอบการประเมินผลสัมฤทธิ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่....) พ.ศ. (ครั้งที่ 2)’ (เสวนา, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 19 พฤษภาคม 2565).

กรณีที่ตุลาการหรือภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของตุลาการกำลังพิพาทกับคู่ความกับภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของคู่ความ ไม่ว่าในคดีทางแพ่งหรือทางอาญาย่อมมีผลทำให้ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ เช่น นาย จ. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยื่นขอถอนตัวเนื่องจากภริยาเป็นโจทก์ฟ้องผู้ถูกร้องเป็นจำเลยในคดีอาญา และคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณา ศาลอนุญาตให้นาย จ. ถอนตัวจากการพิจารณาคดีได้³³

4.2.2 หลักการพิจารณาเมื่อมีการคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีการยื่นคำร้องดังกล่าวแล้ว ศาลต้องงดกระบวนการพิจารณาไว้ก่อนจนกว่าจะได้มีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นแล้ว ยกเว้นกระบวนการพิจารณาที่จะต้องดำเนินโดยมิชักช้า ส่วนกระบวนการพิจารณาทั้งหลายที่ได้ดำเนินไปก่อนได้ยื่นคำร้องคัดค้าน และกระบวนการพิจารณาทั้งหลายในคดีที่จะต้องดำเนินโดยมิชักช้าย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป เพราะเหตุที่มีการคัดค้านตุลาการ³⁴ เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น ในการพิจารณาเหตุคัดค้านตุลาการ ให้ศาลประชุมปรึกษาหารือเพื่อพิจารณาเหตุคัดค้านโดยต้องฟังคำชี้แจงของตุลาการที่ถูกคัดค้านประกอบด้วย เมื่อเห็นเป็นประการใดให้ลงมติให้กระทำโดยวิธีการลับ โดยตุลาการผู้ถูกคัดค้านจะเข้าร่วมในการพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดมิได้ ในการลงคะแนนเสียงให้ถือตามคะแนนเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ผู้ทำหน้าที่ประธานออกเสียงเพิ่มอีกหนึ่งเสียงแล้วแจ้งมติดังกล่าวให้ตุลาการผู้ถูกคัดค้านและคู่กรณีทราบ หากการมติยอมรับคำคัดค้านดังกล่าวเป็นเหตุให้มีตุลาการเหลืออยู่ปฏิบัติหน้าที่ไม่ถึง 7 คน ให้ศาลร้องขอต่อประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดให้ดำเนินการตามมาตรา 21³⁵ แต่งตั้งตุลาการผู้ทำหน้าที่ตุลาการเฉพาะคดีนั้นให้ครบ 7 คน³⁶

³³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2555.

³⁴ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 8 วรรคสาม การพิจารณาทั้งหลายที่ได้ดำเนินไปก่อนเสนอคำคัดค้านย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่มีการคัดค้านตุลาการ เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น.

³⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 21 ในกรณีที่ตุลาการต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่เพราะถูกกล่าวหาและศาลฎีกาหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองประทับรับฟ้อง และมีตุลาการหรืออยู่ไม่ถึงเจ็ดคนให้ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดร่วมกันแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับตุลาการทำหน้าที่เป็นตุลาการเป็นการชั่วคราวให้ครบตามจำนวนที่ต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่แต่ไม่เกินเก้าคน โดยให้ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งทำหน้าที่ในฐานะตุลาการได้จนกว่าตุลาการที่ตนทำหน้าที่แทนจะปฏิบัติหน้าที่ได้หรือจนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งแทน ในการแต่งตั้งดังกล่าวให้คำนึงถึงองค์ประกอบตามมาตรา 8 ด้วย.

ผู้มีสิทธิยื่นคัดค้านนั้น คือ คู่กรณี ซึ่งหมายถึง ผู้ร้องหรือผู้ถูกร้อง และผู้มีสิทธิกระทำการแทน โดยผู้ร้อง หมายความว่า ผู้มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ผู้ถูกร้อง หมายความว่า ผู้ถูกกล่าวหาตามคำร้องหรือผู้ซึ่งต้องปฏิบัติตามหนังสือที่ยื่นต่อศาลพิจารณาวินิจฉัย หากเป็นบุคคลภายนอกคดีย่อมไม่อาจยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการเข้ามาในคดีได้ เช่น คดีนี้ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง ก. ระหว่างการพิจารณาคดี บุคคลที่มีใช้คู่กรณียื่นคำร้องขอคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ร้องมิใช่คู่กรณีจึงไม่มีสิทธิยื่นคำร้องได้ตามมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 จึงให้ยกคำร้อง³⁷

4.2.3 ระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ

เดิมนั้นตามข้อ 8 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 มิได้มีการกำหนดว่าต้องยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการเมื่อใด แต่ไม่อาจยื่นคำร้องดังกล่าวภายหลังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในเรื่องที่ยื่นคำร้องไปแล้วได้ ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขและประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการซึ่งต้องระบุเหตุที่จะคัดค้านอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 32 หรือมาตรา 33 โดยยื่นต่อศาลได้ตลอดเวลาการพิจารณาคำร้องก่อนที่มีศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด แต่อย่างช้าต้องไม่เกินสิบวันนับแต่วันที่ทราบเหตุคัดค้านนั้น

4.2.4 ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคำร้องคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีผู้ยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ ศาลต้องชี้ขาดคำร้องดังกล่าวโดยเร็ว ศาลจะประชุมปรึกษาหารือเพื่อพิจารณาเหตุถอนตัวหรือเหตุคัดค้านนั้น โดยตุลาการที่ถูกคัดค้านหรือได้มีการขอถอนตัวจะร่วมพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดคำขอถอนตัวหรือคำร้องที่คัดค้านตนเองมิได้ เว้นแต่ในกรณีจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

4.2.5 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง

เดิมนั้นได้กำหนดให้ตุลาการผู้ใดมีเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านสามารถขอถอนตัวออกจากพิจารณาเรื่องนั้นก็ได้³⁸ เมื่อตุลาการผู้นั้นขอถอนตัวแล้ว องค์กรคณะไม่มีสิทธิขัดขวางการถอนตัว

³⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 37.

³⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562.

³⁸ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 9 วรรคหนึ่ง.

ของตุลาการผู้ยื่นได้ แต่การกำหนดให้ตุลาการสามารถขอลอนตัวได้โดยอัตโนมัติ ก็เป็นที่ถกเถียงกันว่ากรณีดังกล่าวอาจทำให้มีจำนวนตุลาการที่จะมาเป็นองค์คณะไม่เพียงพอตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด และทำให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะ

ต่อมา จึงมีการแก้กฎหมายให้องค์คณะเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้ถอนตัวได้ และให้กำหนดเป็นหลักว่า ตุลาการจะไม่สามารถขอลอนจากการพิจารณาคดีหรือการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งคดีได้ เว้นแต่จะมีถูกคัดค้านตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 หรือมาตรา 33³⁹ โดยสามารถถอนตัวออกจากการพิจารณาได้เฉพาะกรณีมีเหตุสุดวิสัย หรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ หรือมีเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร⁴⁰ เมื่อมีการถอนตัวและให้ตุลาการซึ่งขอลอนตัวออกจากการพิจารณาคดีงดการปฏิบัติหน้าที่ในคดีนั้น⁴¹ องค์คณะที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีจะประชุมปรึกษาหารือเพื่อพิจารณาเหตุที่ตุลาการผู้ยื่นขอลอนตัว และให้โอกาสตุลาการชี้แจงถึงเหตุขอลอนตัวดังกล่าว โดยตุลาการผู้ขอลอนตัวจะร่วมพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดคำขอลอนตัวมิได้ เว้นแต่มีกรณีจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น การลงคะแนนลับชี้ขาดถือตามคะแนนเสียงข้างมากถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ผู้ที่ทำหน้าที่ประธานออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด⁴²

³⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32.

⁴⁰ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 14.

⁴¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 34 ตุลาการจะขอลอนตัวจากการพิจารณาหรือการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งคดีไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุที่อาจถูกคัดค้านตามมาตรา 32 หรือมาตรา 33

เมื่อมีการขอลอนตัวตามวรรคหนึ่งและศาลอนุญาตแล้ว ให้ตุลาการซึ่งถอนตัวงดการปฏิบัติหน้าที่ในคดีนั้น

⁴² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 37 วรรคหนึ่ง เมื่อมีการขอลอนตัวตามมาตรา 34 หรือยื่นคำร้องคัดค้านตามมาตรา 35 ให้ศาลประชุมปรึกษาหารือเพื่อพิจารณาเหตุขอลอนหรือเหตุคัดค้านนั้น โดยตุลาการซึ่งขอลอนตัวหรือถูกคัดค้านจะร่วมพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดคำขอลอนตัวหรือคำร้องที่คัดค้านตนเองมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้.

4.2.6 ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีผลการชี้ขาดคำขอถอนตัวของตุลาการเกี่ยวกับคำร้องคัดค้านตุลาการเป็นประการใดแล้ว ให้แจ้งตุลาการผู้นั้นและคู่กรณีทราบ การพิจารณาที่องค์คณะได้ดำเนินไปก่อนที่ศาลมีคำสั่งชี้ขาดย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป เพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งชี้ขาดไว้แต่ศาลจะกำหนดเป็นอย่างอื่น⁴³

4.2.7 การตัดตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา

จากการศึกษาเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญทั้งก่อนและหลังการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญไม่ปรากฏว่ามีการนำเรื่องการตัดตุลาการที่มีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางหรือมีเหตุอันปรากฏความสงสัยหรือความกังวลต่อการพิจารณาคดีที่จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมมาใช้กับการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ทั้งที่กระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการพิจารณาคำร้องซึ่งมีผลเป็นการทั่วไปและมีผลกระทบเป็นวงกว้างเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยอย่างใดอย่างหนึ่ง

4.3 ศาลปกครอง

ศาลปกครองซึ่งมีฐานะเป็นองค์กรตุลาการแยกออกจากศาลยุติธรรมได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 197 ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือการดำเนินการทางปกครอง แต่ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และได้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ดังนี้ 1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร 3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร 4) คดีพิพาทเกี่ยวกับ

⁴³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 37 วรรคหก การพิจารณาที่ได้ดำเนินไปก่อนที่ศาลมีคำสั่งชี้ขาดย่อมสมบูรณ์ ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งชี้ขาดให้ถอนตัวหรืออนุญาตตามคำคัดค้าน เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น.

สัญญาทางปกครอง 5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด 6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาล⁴⁴

ต่อมา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 ประกอบมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยแบ่งออกเป็นทั้งหมด 4 ภาค ดังนี้ ภาค 1 เป็นบททั่วไป ภาค 2 วิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งกำหนดวิธีพิจารณาตั้งแต่การเสนอคำฟ้อง การแสวงหาข้อเท็จจริง การสรุปสำนวน การรับฟังพยานหลักฐาน วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา การร้องสอด การรวมคดี การแยกคดี การโอนคดี และการถอนคำฟ้อง การนั่งพิจารณาคดี และการพิพากษาคดี ภาค 3 วิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุด ภาค 4 การบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง

ส่วนการคัดค้านตุลาการศาลปกครองตามมาตรา 63⁴⁵ ให้นำเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการในมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ ในกรณีที่ต้องคดีคณะตุลาการเจ้าของสำนวนหรือตุลาการผู้แถลงคดีอาจถูกคัดค้านได้ ซึ่งมีการบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียวเท่านั้น ส่วนหลักเกณฑ์ในการคัดค้านตุลาการ การยื่นคำคัดค้าน การพิจารณาคำคัดค้านการสั่งให้ผู้ถูกคัดค้านงดการปฏิบัติหน้าที่ และการสั่งให้ผู้อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน รวมถึงการขอถอนตัวออกจากคดี ให้เป็นไปตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอาศัยอำนาจตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 45 วรรคห้า มาตรา 56 วรรคสาม มาตรา 57 วรรคห้า มาตรา 58 วรรคห้า และวรรคหก มาตรา 61 (5) และมาตรา 63 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ไว้ในหมวด 4 ตั้งแต่ข้อ 14 ถึงข้อ 18

⁴⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง.

⁴⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 63 วรรคหนึ่ง ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษาหรือผู้แถลงคดีปกครองอาจถูกคัดค้านได้ตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งรวมทั้งเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม.

4.3.1 เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองไม่ได้กำหนดเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการไว้ดังเช่นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ทั้งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544⁴⁶ ก็มีได้มีการกำหนดไว้เช่นกัน แต่ให้อิงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดเรื่องการคัดค้านผู้พิพากษาไว้ในหมวด 2 ตั้งแต่มาตรา 11 ถึงมาตรา 14 ว่า เมื่อคดีมาถึงศาล ผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ ในเหตุดังนี้ (1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น (2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคือ เป็นบุพการี หรือเป็นผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงภายในสองชั้น (3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ารู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น (4) ถ้าเป็นผู้หรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว (5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว (6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง (7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁴⁷ ตามบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งเหตุได้ดังนี้

⁴⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการ ศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 14 วรรคหนึ่ง ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีหรือที่เป็นตุลาการผู้แถลงคดีอาจถูกคัดค้านได้ตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11.

4.3.1.1 การมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี

การมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี หมายความว่า กฎหมายให้สิทธิแก่คู่ความในอันที่จะคัดค้านตุลาการคนใดก็ได้ แต่ตุลาการคนนั้นจะต้องเป็นคนที่นั่งพิจารณาคดีนั้นในศาล และเหตุที่คัดค้านได้จะต้องมาจากการมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดี ไม่ว่าจะโดยส่วนตัวหรือเกิดจากการทำหน้าที่ตุลาการ

(1) เป็นคู่กรณีเอง

เมื่อมีคดีฟ้องต่อศาล ในศาลปกครองชั้นต้นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะเป็นผู้พิจารณาและแต่งตั้งองค์คณะใดองค์คณะหนึ่งเป็นผู้พิจารณาทำคำพิพากษา ซึ่งองค์คณะที่ได้รับการแต่งตั้งดังกล่าว จะมีตุลาการหัวหน้าคณะมีอำนาจในการตั้งตุลาการเจ้าของสำนวน และในการทำคำพิพากษาจะมีตุลาการผู้แถลงคดีทำความเข้าใจเกี่ยวกับคดีดังกล่าวแต่ไม่ได้มีอำนาจลงมติในการทำคำพิพากษา ซึ่งตุลาการเจ้าของสำนวน หรือตุลาการในองค์คณะที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดีหรือตุลาการผู้แถลงคดีอาจมีส่วนได้เสีย ในการพิจารณาคดีตุลาการเจ้าของสำนวน หรือองค์คณะพิจารณา รวมถึงตุลาการผู้แถลงคดีที่ถูกคู่กรณีคัดค้านจากการทำหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย เช่น ตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะได้มีคำสั่งใดเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาลในระหว่างการพิจารณาคดี ถือได้ว่ากรณีนี้ตุลาการย่อมเป็นคู่กรณีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลดังกล่าว

(2) มีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องในผลของคดี

คำว่า “ผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้อง” หมายความว่า ถ้าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแพ้หรือชนะคดีนั้นแล้ว จะกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของตุลาการด้วย เช่น ภรรยาตุลาการฟ้องเรียกหนี้สินต้องนับว่ามีผลประโยชน์เกี่ยวข้องด้วย หรือตุลาการเป็นผู้รับพินัยกรรมของผู้ตาย ผู้รับพินัยกรรมคนอื่นพิพาทกับทายาทโดยธรรมของผู้ตาย ในเรื่องพินัยกรรมนั้นว่าใช้ได้หรือไม่⁴⁸ และเช่นกรณี คดีห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ซึ่งตุลาการผู้นั้นมีหุ้นส่วนอยู่ด้วย⁴⁹ หุ้นส่วนในที่นี้หมายถึง หุ้นส่วนทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วนประเภทใดตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.3.1.2 ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(1) ความสัมพันธ์ทางญาติ

เป็นกรณีที่ตุลาการเป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยทางสายโลหิตสืบตระกูลต่อกัน และรวมถึงกรณีที่ตุลาการหรือภริยา หรือบุพการี เป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยทางสายโลหิตสืบต่อตระกูลต่อกัน และรวมถึงกรณีที่ตุลาการ หรือผู้สืบสันดานของตุลาการนั้น กำลังพิพาทกับคู่ความหรือภริยา หรือบุพการี หรือ ผู้สืบสันดานของคู่ความ คดีอีกเรื่อง

⁴⁸ หลวงจำรูญเนติศาสตร์ (เชิงอรรถ 29) 170-171.

⁴⁹ พระนิติการณ์ประสม (เชิงอรรถ 4) 32.

หนึ่งที่พิพาทกันจะต้องอยู่ในระหว่างพิจารณา โดยจะอยู่ในศาลใดก็ได้ จะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ก็ได้ โดยกฎหมายจัดลำดับญาติได้ 5 ประเภทด้วยกัน คือ (1) บุพการี (2) ผู้สืบสันดาน (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่มารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดาเดียวกัน (4) ลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายใน 3 ชั้น (5) ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียง 2 ชั้น ไม่รวมถึงกรณีที่ได้หย่าขาดจากกันแล้ว

พระนิติการณประสม ได้อธิบายว่า ความเป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทางสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือโดยตรงลงมาก็ดี ไม่ว่าจะห่างไกลหรือใกล้ชิดกันแค่ไหน การนับชั้นลูกพี่ลูกน้องนับระหว่างตัวผู้พิพากษากับบุตรของลุงป้าน้าอาผู้พิพากษา ถ้าลุงป้าน้าอาเป็นพี่ชาย พี่สาวน้องชายน้องสาวร่วมบิดามารดาหรือมารดาผู้พิพากษา บุตรของลุงป้าน้าอา นับว่าเป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 1 กับผู้พิพากษา แต่ถ้าลุงป้าน้าอาเป็นลูกพี่ลูกน้องชั้นที่ 2 ของผู้พิพากษา นับกันเช่นนี้เป็นลำดับไป⁵⁰ ดังนั้น ความเป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยทางสายโลหิตสืบตระกูลต่อกัน คือ บิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ทวด บุตร หลาน เหลน

มารดาของผู้ไร้ความสามารถเป็นน้องสาวร่วมบิดามารดาเดียวกันกับยายของโจทก์ ฐานะของโจทก์เกี่ยวข้องเป็นน้ำหลานของผู้ไร้ความสามารถ นับว่าอยู่ในลำดับญาติใกล้ชิดกว่าลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายใน 3 ชั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 11 (2) เสียอีก ความเกี่ยวพันระหว่างโจทก์กับผู้ไร้ความสามารถจึงควรนับได้ว่าเป็นญาติสนิทตามมาตรา 1575 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵¹ ซึ่งตามมาตรา 1575 บัญญัติว่า ถ้าในกิจการใดประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครอง หรือประโยชน์ของคู่สมรสหรือบุตรของผู้ใช้อำนาจปกครองขัดกับประโยชน์ของผู้เยาว์ ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องได้รับอนุญาตจากศาล ก่อนจึงทำกิจการนั้นได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ

(2) ความสัมพันธ์ในฐานะทนายความ

ความสัมพันธ์ในฐานะทนายความ ตุลาการผู้พิพากษาเคยเป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้วก่อน ไม่หมายเฉพาะแต่เคยเป็นทนายแก้ต่างว่าต่างในคดีที่ตุลาการนั้นกำลังจะพิจารณา หรือคดีที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องเดียวกันเท่านั้น แต่รวมถึงเคยรับปรึกษาคดีหรือเรื่องนั้นในฐานะเป็นทนายด้วย

ในคดีปกครองคู่กรณีจะดำเนินการด้วยตนเอง หรือจะมอบอำนาจให้ทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วดำเนินการแทนได้ ส่วนกรณีหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมอบอำนาจให้ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างแล้วแต่กรณีของหน่วยงาน

⁵⁰ พระนิติการณประสม (เชิงอรรถ 4) 144-145.

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 936/2516.

ทางปกครองที่สังกัดอยู่ หรือพนักงานอัยการดำเนินคดีปกครองแทนได้⁵² หรือกรณีการตั้งผู้แทนดำเนินคดี⁵³

(3) ความสัมพันธ์ในฐานะผู้แทนหรือผู้แทนโดยชอบธรรม

ในคดีปกครองบุคคลไร้ความสามารถจะฟ้องคดีได้เมื่อได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสามารถ⁵⁴ หรือกรณีผู้เยาว์อายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี บริบูรณ์ ถ้าศาลอนุญาตก็สามารถดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง⁵⁵

⁵² ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการในศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 20 คู่กรณีในคดีปกครองอาจมอบอำนาจให้ทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วและมีความรู้ความสามารถที่อาจดำเนินการแทนผู้มอบอำนาจได้ ฟ้องคดีหรือดำเนินคดีปกครองแทนคู่กรณีได้

คู่กรณีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมอบอำนาจให้ข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างแล้วแต่กรณีของหน่วยงานทางปกครองนั้น หรือของหน่วยงานทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นสังกัดอยู่ หรือพนักงานอัยการฟ้องคดีหรือดำเนินคดีปกครองแทนได้.

⁵³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 45 วรรคสาม ในกรณีที่มิใช่ประสงค์จะฟ้องคดีปกครองหลายคนในเหตุเดียวกันบุคคลเหล่านั้นอาจยื่นคำฟ้องร่วมกันเป็นฉบับเดียว โดยจะมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีคนใดเป็นผู้แทนของผู้ฟ้องคดีทุกคนในการดำเนินคดีต่อไปก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ให้ถือว่ากรกระทำของผู้แทนของผู้ฟ้องคดีในกระบวนการพิจารณาผูกพันผู้ฟ้องคดีทุกคน.

⁵⁴ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการในศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 26 วรรคหนึ่ง บุคคลไร้ความสามารถจะฟ้องคดีปกครองได้เมื่อได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสามารถ.

⁵⁵ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการในศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 27 ในกรณีที่ผู้เยาว์ซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์ประสงค์จะฟ้องคดีปกครองด้วยตนเอง ถ้าศาลเห็นสมควร จะอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีปกครองด้วยตนเองก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้พนักงาน

ส่วนการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หมายความว่า ตุลาการอาจเคยเป็นหรือได้เคยเป็นผู้แทนโดยธรรม ผู้แทนของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว ถ้าได้นั่งพิจารณาคดีนั้นอีก จะทำให้เกิดการลำเอียงเสียความยุติธรรมได้ คู่ความจึงอาจยกขึ้นเป็นเหตุคัดค้านได้ “ผู้แทนโดยชอบธรรม” หมายความว่า บุคคลซึ่งตามกฎหมายมีสิทธิ จะทำการแทนบุคคลผู้ไร้ความสามารถหรือเป็นบุคคลที่จะต้องให้คำอนุญาต หรือให้ความยินยอมแก่ผู้ไร้ความสามารถในอันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ส่วนคำว่า “ผู้แทน” หมายถึง ผู้แทนของคู่ความไม่ว่าในกรณีใด ๆ

(4) ความสัมพันธ์ในฐานะเป็นเจ้าของหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

การที่ตุลาการมีความสัมพันธ์ในฐานะเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือนายจ้างกับคู่ความคู่กรณีมาก่อนอาจเป็นเหตุทำให้เกิดความสงสัยหรือระแวงต่อผลของคำพิพากษาอันเกิดจากตุลาการดังกล่าวได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ยังมีหนี้ต่อกัน การเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หมายถึง การเป็นหนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ไม่ว่าจะมูลหนี้จะเกิดจากสัญญาหรือละเมิด ส่วนกรณีที่เป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น หมายถึงนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น และจะต้องกำลังเป็นนายจ้างอยู่ หรือความเป็นนายจ้างกับตุลาการในระหว่างที่ได้มีการพิจารณาคดี หากได้มีการชำระหนี้ดังกล่าวแล้วหรือความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างขาดกันแล้วย่อมไม่ถือว่ามีเหตุตามความหมายนี้⁵⁶

สำหรับกรณีที่คู่ความยื่นคัดค้านตุลาการทุกคน เคยปรากฏคำสั่งศาลปกครองเรื่องนี้ว่า ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลปกครองทุกคนรวมถึงอธิบดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเคยยื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กับพวก ต่อศาลปกครองเชียงใหม่ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกคำสั่งรับโอนผู้ฟ้องคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่มีคำว่าบรรจุและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการ

เจ้าหน้าที่ของศาลแจ้งให้ผู้แทนโดยธรรมของผู้เยาว์ดังกล่าวทราบ และศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องให้ข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อประกอบการพิจารณาได้.

⁵⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 177/2553 การอ้างเหตุว่าตุลาการเคยเป็นหัวหน้าสายงานนิติกรของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อนที่จะทำหน้าที่ตุลาการในคดีไม่ถือว่ามีเหตุที่ทำให้เสียความยุติธรรม เช่น คดีนี้ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องคัดค้านตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นโดยอ้างว่าเคยเป็นหัวหน้าสายงานนิติกรซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่แก้คำฟ้องคดี หากให้ตุลาการผู้ถูกคัดค้านทำหน้าที่พิจารณาคดีนี้อีกอาจทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรม เห็นว่า ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีไม่เข้าเหตุในการคัดค้านตุลาการและไม่ใช่เหตุอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมตามมาตรา 11 และมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงมีคำสั่งยกคำร้องคัดค้าน.

พลเรือนสามัญตามคดีหมายเลขดำที่ บ. 27/2560, หมายเลขดำที่ บ. 103/2560 และในเรื่องอื่น ๆ อีกตามคดีหมายเลขดำที่ บ. 104/2560 หมายเลขดำที่ 3-4/2549 พร้อมทั้งได้คัดค้านตุลาการในองค์คณะที่พิจารณาพิพากษาในคดีดังกล่าวมาโดยตลอด แต่อธิบดียังคงจ่ายสำนวนคดีนี้ให้องค์คณะเดิมอีก นอกจากนี้ ตุลาการนาย พ. และนางสาว ก. เคยพิจารณาคดีที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องเรื่องเดียวกันนี้ในศาลปกครองกลาง จำนวนหลายคดี อีกทั้ง ตุลาการนาย ป. ยังมีนามสกุลเดียวกันกับอดีตผู้ว่าราชการจังหวัด ก. ซึ่งเป็นข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ของกระทรวงมหาดไทยจึงถือว่ามีสภาพร้ายแรงอันส่งผลให้คดีไม่ได้รับความเป็นธรรมได้ ศาลเห็นว่าไม่มีเหตุแห่งการคัดค้านตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงมีคำสั่งไม่รับคำคัดค้านดังกล่าวไว้พิจารณา⁵⁷

4.3.1.3 การมีส่วนเกี่ยวข้องในคดี

(1) เคยพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันในคราวก่อนมาแล้ว

กรณีการคัดค้านตุลาการที่เคยเป็นผู้พิจารณาคดีมาก่อน หมายถึง การคัดค้านตุลาการที่เคยเป็นผู้พิพากษา ซึ่งได้นั่งพิจารณาคดีกันในศาลอื่นมาก่อนแล้วเท่านั้น⁵⁸ หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว⁵⁹ คดีที่เคยนั่งพิจารณามาก่อนจะต้องเป็นคดีเดียวกันถ้าคดีหนึ่งเคยเป็นคดีแพ่ง อีกคดีหนึ่งเป็นคดีอาญาถือว่าเป็นคนละคดีกัน⁶⁰ การสั่งคำร้องเพียงอย่างเดียวไม่อาจถือว่าเคยเป็นผู้พิจารณาคดี มาก่อน หรือการที่ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาคดีในชั้นอุทธรณ์แม้ผู้พิพากษาจะเคยพิพากษาคดีแพ่งในศาลชั้นต้นมาก่อน แต่ประเด็นของคดีแพ่งในศาลชั้นต้นเป็นเรื่องขอตั้งผู้จัดการมรดกของเจ้ามรดกมีประเด็นเดียวกันกับคดีนี้ในศาลชั้นอุทธรณ์ที่เป็นเรื่องทรัพย์สินมรดกของเจ้ามรดกเพียงแต่มีความเกี่ยวเนื่องกัน การที่ผู้พิพากษาคณะนั้นพิพากษาคดีนี้ในชั้นอุทธรณ์หาเป็นการฝ่าฝืนต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (5) ไม่⁶¹

กรณีผู้ฟ้องคดียื่นคำคัดค้านตุลาการโดยอ้างว่า ตุลาการศาลปกครองที่เป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ทั้งในศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดเป็นตุลาการที่ได้พิจารณาคดีเดียวกันมาแล้ว ดังนั้น เมื่อศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาคำคัดค้านดังกล่าวแล้วมีคำสั่งให้ยกคำคัดค้านของผู้ฟ้องคดี คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นที่สุดและต้องห้ามอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว

⁵⁷ คำสั่งศาลปกครองเชียงใหม่ คดีหมายเลขแดงที่ บ. 24/2561.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (3).

⁵⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (5).

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2472.

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 43/2538.

ต่อศาลปกครองสูงสุดตามข้อ 100 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543⁶²

หากคู่ความกล่าวอ้างมาลอย ๆ ไม่มีเหตุรับฟังได้ ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำร้องคัดค้านดังกล่าว เช่น คดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่และมีคำขอให้องค์คณะตุลาการชุดใหม่เป็นผู้พิจารณาคำขอพิจารณาคดีใหม่ของผู้ฟ้องคดี เพื่อให้การพิจารณามีความยุติธรรมอย่างแท้จริง ศาลเห็นว่าคำขอดังกล่าวเป็นฟ้องซ้ำเนื่องจากมีการยื่นมาหลายครั้งแล้ว ส่วนคำขอให้ตุลาการศาลปกครององค์คณะใหม่เป็นผู้พิจารณาคำขอให้พิจารณาคดีใหม่นั้น ผู้ฟ้องคดีมิได้อ้างเหตุผลตามกฎหมายมาในคำขอจึงไม่มีเหตุที่จะต้องพิจารณา ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งอีก 4 ครั้ง และศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งยืนตามศาลปกครองชั้นต้น ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่เป็นคดีนี้อีกเป็นครั้งที่ 5 ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำขอผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์อีก ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอในอุทธรณ์โดยขอให้องค์คณะตุลาการชุดใหม่พิจารณาคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ของผู้ฟ้องคดีโดยอ้างมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมาตรา 11 (5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างไม่ใช่เหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมาย⁶³

การที่ศาลมีคำสั่งไม่เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดีร่วมกับผู้ฟ้องคดี แม้จะได้ความว่าศาลได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดียืนยันว่าจะให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดีหรือไม่ และต่อมาผู้ฟ้องคดียืนยันว่าประสงค์ แต่ศาลกลับมีคำสั่งไม่รับคำร้องขอให้เรียกบุคคลภายนอกเข้ามาในคดี ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์คำสั่งศาลที่ไม่รับคำร้องดังกล่าวโดยขอให้เพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบและขอคัดค้านองค์คณะตุลาการที่มีคำสั่งดังกล่าว เนื่องจากเป็นองค์คณะเดียวกันกับที่พิจารณาคดีหมายเลขแดงที่ 1442/2554 ซึ่งเป็นคู่กรณีเดียวกันและพิพาทในเรื่องเดียวกันตามสัญญาฉบับเดียวกันกับคดีนี้ซึ่งได้มีคำพิพากษายกฟ้องของผู้ฟ้องคดีมาแล้ว จึงมีสภาพร้ายแรงเว้นแต่จะมีการพิจารณาโดยองค์คณะตุลาการชุดใหม่ ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวโดยเห็นว่า อุทธรณ์คำสั่งของผู้ฟ้องคดีเป็นเพียงการโต้แย้งคำสั่งไม่รับคำร้องให้เรียกบุคคลภายนอกเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นการทำคำร้องคัดค้านตุลาการตามข้อ 15 วรรคหนึ่ง ระเบียบของที่

⁶² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2554.

⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 358/2552.

ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการในศาลปกครองการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำร้องขอให้เพิกถอนกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบหรือไม่รับคำคัดค้านองค์คณะตุลาการของผู้ฟ้องคดี รวมทั้งคำสั่งที่ไม่รับคำร้องขอให้ศาลหมายเรียกบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นคู่กรณีร่วมในคดี ล้วนเป็นคำสั่งที่มีได้มีผลให้คดีนี้เสร็จไปจากศาลไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามข้อ 100 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ส่วนที่อ้างว่า คำร้องของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้เรียกบริษัท ร. เข้ามาเป็นคู่กรณีร่วมในคดี เป็นการเสนอข้อหาต่อศาลจึงเป็นคำฟ้องเมื่อศาลต้นไม่รับคำร้อง ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดนั้น เห็นว่าคำร้องดังกล่าวเป็นเพียงคำร้องที่ยื่นต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีหมายเรียกบริษัทดังกล่าวเข้ามาในคดีเท่านั้น มิได้เป็นการเสนอข้อหาต่อศาลแต่อย่างใด⁶⁴

(2) เป็นพยานในคดี

การมีส่วนเกี่ยวข้องในคดีโดยเคยทำหน้าที่หนึ่งหรือหน้าที่ใดมาก่อน เป็นกรณีที่ตุลาการได้เคยเป็นพยาน ไม่ว่าจะพยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานที่ารู้เห็นเหตุการณ์ หรือพยานบุคคล ที่มีส่วนรู้เห็นในคดีมาก่อนที่จะทำหน้าที่ตุลาการเอง ซึ่งการอ้างตุลาการเป็นพยานที่จะเป็นเหตุอันจะทำให้คัดค้านตุลาการไม่สามารถนั่งพิจารณาพิพากษาคดีได้ ต้องเป็นกรณีที่ตุลาการนั้นเป็นผู้ได้รู้ได้เห็นเหตุการณ์จริง ๆ หรือว่าเป็นผู้ชำนาญพิเศษที่เกี่ยวข้องในคดีหรือเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น เช่น คดีพิพาทเรื่องทรัพย์สินมรดก ตุลาการเคยเป็นผู้จัดการแบ่งทรัพย์สินมรดกรู้เหตุการณ์พิเศษมาแล้ว คู่ความจะกล่าวอ้างลอย ๆ มาเฉย ๆ เพื่อป้องกันมิให้ตุลาการไม่สามารถพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไม่ได้

(3) เป็นที่ปรึกษามาก่อน

กรณีที่ผู้พิพากษาเคยเกี่ยวพันในคดีมาก่อนเช่น เคยอยู่ในกระบวนการพิจารณาคดีศาลชั้นต้นในฐานะที่ปรึกษาทนายความ ต่อมา ได้มาพิจารณาคดีนั้นในชั้นอุทธรณ์ในฐานะผู้พิพากษาไม่ถือได้ว่าผู้พิพากษานั้นพิจารณาคดีเดียวกันในศาลอื่นแล้วตามมาตรา 11 (5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁶⁵

⁶⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 421-422/2556.

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1111/2479.

4.3.1.4 เหตุประการอื่น

เหตุประการอื่น ต้องเป็นเหตุอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาเสียความยุติธรรม เป็นกรณีที่ไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสภาพภายในความคิดในจิตใจของตุลาการเองหรือการกระทำอันใดอันหนึ่งที่ทำให้เกิดความสงสัยผลแห่งคำพิพากษาที่เกิดจากตุลาการรายนั้น และการพิจารณาว่าเหตุคัดค้านนั้นมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไปหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป มิใช่ว่าเมื่อคู่ความคัดค้านแล้ว ศาลจะต้องรับฟังและปฏิบัติตามคำคัดค้านเสมอไป เพราะอาจเป็นการหาเหตุประวิงเวลาหรือเพื่อเหตุประการอื่น ๆ ก็ได้

การยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการผู้ยื่นต้องระบุเหตุในการคัดค้านให้ชัดเจนว่าต้องการคัดค้านตุลาการผู้นั้นด้วยสาเหตุใด หากไม่ได้ระบุเหตุเพียงแต่ยื่นคำร้องคัดค้านเพียงอย่างเดียว ศาลย่อมไม่อาจพิจารณาคำร้องดังกล่าวให้ได้ การที่ผู้ฟ้องคดีร้องคัดค้านตุลาการศาลปกครองสูงสุดทั้งองค์คณะ โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีเตรียมพิจารณาคดีใหม่ หากให้ตุลาการศาลปกครองสูงสุดทั้งองค์คณะพิจารณาจะทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับความธรรม โดยไม่ได้ระบุถึงเหตุคัดค้านตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรง จึงเป็นคำคัดค้านตุลาการที่ไม่มีเหตุแห่งการคัดค้าน⁶⁶

การที่ภริยาตุลาการกับภริยานายดำ เคยมีคดีฟ้องร้องกันต่อศาล ตั้งแต่ นั้นตุลาการกับนายดำไม่ถูกกัน หรือกรณีที่คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดชอบพอเป็นเพื่อนสนิทกับตุลาการ หรือกรณีตุลาการเคยเป็นผู้ออกคำสั่งในคดีที่นำมาฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ได้เคยออกไว้ หรือการระบุเหตุในคำร้องขอให้เปลี่ยนองค์คณะผู้พิพากษาซึ่งทำการพิจารณาพิพากษาคดีว่า “ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนผู้พิจารณาคดีนี้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไม่เป็นกลางอย่างเที่ยงธรรมแก่คู่ความทุกฝ่าย โดยเฉพาะไม่เป็นธรรมแก่โจทก์ มีเจตนากลั่นแกล้งโจทก์โดยทุจริตเพราะมีอคติต่อโจทก์ทำให้โจทก์เสียหายอันมีสภาพร้ายแรง ทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมไป ฯลฯ ไม่รับบัญชีพยานเพิ่มเติมครั้งที่ 1 อันดับ 2 และ 3 ของโจทก์ด้วยมีเจตนากลั่นแกล้งโจทก์” ซึ่งปรากฏเพียงว่าเดิมศาลสั่งรับบัญชีพยานของโจทก์ไว้แล้ว ต่อมา 2 - 3 วัน ศาลได้แก้ไขคำสั่งเดิมและสั่งใหม่เป็น ไม่รับบัญชีพยานอันดับ 2 และ 3 การแก้ไขคำสั่งจึงไม่มีเหตุอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาเรียกข้อความเกินไปจากความจริง หากผู้ถูกกล่าวหาไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวก็สามารถโต้แย้งคัดค้านคำสั่งดังกล่าวได้ตามกระบวนการพิจารณา การที่ผู้ถูกกล่าวหาเรียกข้อความดังกล่าวจึงเป็นการประพฤติด

⁶⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 723/2550.

ตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาลโทษที่จะรอการลงโทษได้นั้น ต้องเป็นโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 จะรอการลงโทษก็ทำไม่ได้⁶⁷

การที่ศาลระบุ พ.ศ. ผิดพลาดในการส่งหมายเลื่อนวันนัดนั่งพิจารณาคดี ครั้งแรกย่อมไม่ใช่เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶⁸ การพิมพ์ พ.ศ. ของระเบียบที่ใช้ในการออกคำสั่งไม่รับคำฟ้อง ผิดไป ก็เป็นเพียงการผิดพลาดเล็กน้อยในการทำคำสั่งจึงไม่ถือเป็นเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม⁶⁹

แม้ว่านาย ข. ตุลาการองค์คณะพิจารณาคดีนี้เคยเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของเลขาธิการสำนักงานแห่งหนึ่งซึ่งมีข้อพิพาทกับผู้ฟ้องคดี หรือนาย ม. เคยเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของผู้ถูกฟ้องคดีมาก่อนก็ตาม แต่โดยที่บุคคลดังกล่าวได้ลาออกจากราชการในตำแหน่งเดิมก่อนมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่ามีเหตุประการอื่นอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม⁷⁰

การที่ตุลาการมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในการขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่กรณีย่อมไม่อาจยกขึ้นมาเป็นเหตุเพื่ออ้างในการคัดค้านตุลาการได้ เช่น

ผู้ฟ้องคดียื่นคำคัดค้านตุลาการอ้างว่า ดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นแสวงหาข้อเท็จจริงไม่เที่ยงธรรม กล่าวคือ ในวันไต่สวนผู้ฟ้องคดีขออนุญาตศาลซักถามพยานศาลอนุญาตแต่เป็นการถามผ่านศาล โดยศาลจะเป็นผู้ซักถามให้แต่ผู้ฟ้องคดีซักถามพยานโดยตรงผู้ฟ้องคดีไม่เชื่อฟังศาล จึงไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีถาม การที่ตุลาการผู้ถูกคัดค้านไม่อนุญาตให้ซักถามเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามระเบียบแล้ว มีคำสั่งยกคำคัดค้านตุลาการของผู้ฟ้องคดี⁷¹

การกล่าวอ้างว่าตุลาการเจ้าของสำนวนได้ทำการตกแต่งข้อเท็จจริงในส่วนข้อเท็จจริงที่รับฟังได้ จนเกินไปกว่าข้อเท็จจริงตามที่มีอยู่จริงในสำนวนคดี มิใช่เหตุที่จะนำมาคัดค้านตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งมิได้มีลักษณะที่แสดงให้เห็นว่า ตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้านมีส่วนได้เสียในคดีอันมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องเสียความยุติธรรมแต่อย่างใด การร้องคัดค้านของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เข้าองค์ประกอบของคำคัดค้านที่จะรับไว้พิจารณาได้ตามมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3818/2533.

⁶⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 273/2552.

⁶⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/2550.

⁷⁰ ศาลปกครองนครศรีธรรมราช คดีหมายเลขแดงที่ บ. 14/2562.

⁷¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 553/2546.

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งยกคำร้องคัดค้านตุลาการศาลปกครองเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีของผู้ฟ้องคดีแล้ว ถือได้ว่าตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้านยอมเข้าร่วมเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีในองค์คณะเดิมได้ และมีอำนาจดำเนินการพิจารณาได้ตามปกติ มิต้องงดการปฏิบัติหน้าที่ตามข้อ 15 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 แต่อย่างไรได้⁷²

การอ้างเหตุว่าศาลมิได้ไต่สวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงในประเด็นเกี่ยวกับเอกสารรายงานการประชุมคณะกรรมการสรรหาและคัดเลือกบุคลากรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อันเป็นประเด็นสำคัญของคดี ซึ่งหากยังไม่สิ้นกระแสความ ศาลย่อมไม่อาจพิพากษาคดีได้ จึงเป็นเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นกรณีที่ไม่เข้าเหตุแห่งการคัดค้าน จึงไม่รับคำคัดค้านของผู้ฟ้องคดี⁷³

ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดอันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่ฟังเป็นยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ หรือมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม จึงยื่นคำคัดค้านตุลาการหรือพนักงานคดีปกครองที่เคยรับราชการที่กระทรวงศึกษาธิการ รวมทั้งคัดค้านตุลาการที่เคยพิจารณาอุทธรณ์ในระดับอนุกรรมการครูทั้งหมด ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีไม่ต้องด้วยเหตุคัดค้านตุลาการตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบมาตรา 11 (5) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบทั้งผู้ฟ้องคดีไม่ได้เสนอพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่กล่าวอ้างมีเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม⁷⁴

ผู้ฟ้องคดีมีคำขอในคำร้องอุทธรณ์คำสั่งให้องค์คณะตุลาการชุดใหม่พิจารณาคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ของผู้ฟ้องคดี และได้ยื่นคำร้องขอเปลี่ยนองค์คณะตุลาการเมื่อเหตุผลแห่งการไม่รับคำขอให้พิจารณาคดีใหม่เป็นเหตุเดียวกัน เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง ไม่ใช่เหตุที่จะคัดค้านได้ตามกฎหมาย อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีในส่วนนี้ฟังไม่ขึ้น

⁷² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 110/2558.

⁷³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 236/2556.

⁷⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 507/2555.

เช่นกัน การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณานั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น⁷⁵

4.3.2 หลักการพิจารณาเมื่อมีการคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีเหตุที่จะคัดค้านหรือมีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการแล้ว ให้ตุลาการผู้นั้น ยื่นคำบอกกล่าวต่อประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลชั้นต้นแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน⁷⁶ และงดการปฏิบัติหน้าที่ไว้จนกว่าจะได้มีคำสั่งชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นแล้ว ยกเว้นกระบวนการพิจารณาที่จะต้องดำเนินต่อเนื่องหรือต้องดำเนินคดีโดยมิชักช้า⁷⁷ ส่วนกระบวนการพิจารณาทั้งหลายที่ได้ดำเนินไปก่อนได้ยื่นคำร้องคัดค้าน และกระบวนการพิจารณาทั้งหลายในคดีที่จะต้องดำเนินโดยมิชักช้าย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป เพราะเหตุที่มีการคัดค้านตุลาการ เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น⁷⁸ หากองค์คณะที่พิจารณาคำคัดค้านตุลาการดังกล่าวแล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยก คำสั่งดังกล่าวให้เป็นที่สุด ซึ่งในกรณีนี้ระเบียบดังกล่าวบัญญัติเพียงให้องค์คณะอื่นเป็นผู้สั่งยอมรับหรือยก ปัญหาว่า องค์คณะใดจะเป็นผู้ออกคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าว ระหว่างองค์คณะตุลาการที่ถูกคัดค้านหรือ องค์คณะตุลาการอื่นที่ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแต่งตั้งให้เป็น องค์คณะผู้ชี้ขาดคำร้องคัดค้านตุลาการ ในกรณีที่เห็นเป็นที่ประจักษ์ในเชิงรูปแบบว่าเป็นคำร้องโดยมิชอบ เช่น ไม่มีสิทธิยื่นคำคัดค้าน หรือยื่นเกินพ้นระยะเวลาหรือไม่มีเหตุในการยื่นคำคัดค้านหรือ เป็นกรณีที่ยื่นเพื่อประวิงเวลาในการพิจารณาคดีของศาล

4.3.2.1 ระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีเหตุที่ตุลาการศาลปกครองอาจถูกคัดค้านได้ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอาจ ยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลได้ ไม่ว่าจะเวลาใด ๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี แต่ต้องไม่ช้ากว่าสิบห้าวันนับแต่วันที่คู่กรณีนั้นทราบถึงเหตุที่จะคัดค้าน

⁷⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 633/2553.

⁷⁶ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 14.

⁷⁷ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 15.

⁷⁸ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 16.

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคัดค้านตุลาการในองค์คณะว่า ไม่มีความเหมาะสมเนื่องจากผู้ร้องและผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาท และ คำพิพากษาไม่เป็นไปตามข้อเท็จจริง โดยผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างถึงหนังสือที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นส่วนสำคัญ ในการนำมาวินิจฉัยคดี แต่ศาลปกครองชั้นต้นไม่นำหนังสือดังกล่าวมาประกอบการวินิจฉัยคดี การวินิจฉัยคดีจึงขัดกับหลักเกณฑ์ที่หนังสือดังกล่าวกำหนด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดี คัดค้านตุลาการศาลปกครองชั้นต้นเมื่อได้มีคำพิพากษาแล้ว จึงล่วงเลยระยะเวลาการยื่นคำร้องดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจยกข้อกล่าวอ้างดังกล่าวได้ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่อาจรับวินิจฉัยในประเด็นนี้⁷⁹

กรณีนี้ ผู้ฟ้องคดีขอให้เปลี่ยนองค์คณะตุลาการเจ้าของสำนวน ในศาลปกครองชั้นต้นเนื่องจากตุลาการเจ้าของสำนวนมีความคุ้นเคยกับหน่วยงานของผู้ฟ้องคดี การพิจารณาจึงเสียความยุติธรรม และขอให้รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาต่อไป ผู้ฟ้องคดีจะต้อง ดำเนินการขอคัดค้านตุลาการก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษา ในกรณีนี้เมื่อผู้ฟ้องคดีได้คัดค้านตุลาการ เจ้าของสำนวนหลังจากที่ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาไปแล้วเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2548 จึงเป็นการล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้คัดค้านได้⁸⁰

การยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการนอกจากจะต้องยื่นภายในระยะเวลาดังกล่าว ข้างต้นแล้ว คู่กรณีย่อมต้องยื่นคำร้องได้เฉพาะในเขตอำนาจศาลที่ตนต้องการคัดค้านเท่านั้น ในกรณี ที่ผู้ฟ้องคดีคัดค้านตุลาการเจ้าของสำนวน ผู้ฟ้องคดีชอบที่จะยื่นคัดค้านตุลาการเจ้าของสำนวน ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่คดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณา ส่วนกรณีขอให้ศาลได้สวนพยานบุคคล เก็บบันทึกเสียงภาพ และเก็บเอกสารที่เกี่ยวข้อง บัญชีไตสวน ห้องไตสวน ที่ศาลปกครองชั้นต้น ในส่วนภูมิภาคนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำคัดค้านตุลาการเจ้าของสำนวน ต่อศาลปกครองอื่นที่มีไซศาลปกครองชั้นต้นที่คดีนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณา จึงมีเพียงประเด็นว่า ศาลปกครองมีอำนาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้ได้หรือไม่เท่านั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่อาจรับ คำขอคัดค้านตุลาการของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้⁸¹

4.3.2.2 ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคำร้องคัดค้านตุลาการ

เมื่อมีคำร้องคัดค้านเข้ามาที่องค์คณะที่เป็นผู้พิจารณาคดี กฎหมาย กำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง ซึ่งมีได้ถูกคัดค้านขึ้นเป็นองค์คณะเพื่อเป็นผู้ชี้ขาดคำคัดค้าน หากเป็นกรณีที่ตุลาการศาลปกครอง ทั้งหมดในศาลปกครองชั้นต้นใดถูกคัดค้าน หรือตุลาการศาลปกครองที่เหลืออยู่ในศาลปกครองชั้นต้นนั้น

⁷⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 183/2552.

⁸⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 95/2552.

⁸¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 1502/2559.

ไม่เพียงพอจะเป็นองค์คณะได้ ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้องค์คณะในศาลปกครองสูงสุด คณะหนึ่งคณะใดเป็นผู้ชี้ขาดคำคัดค้านดังกล่าว และหากตุลาการศาลปกครองทั้งหมดในศาลปกครองสูงสุดถูกคัดค้าน หรือตุลาการศาลปกครองที่เหลือในศาลปกครองสูงสุดไม่เพียงพอที่จะเป็นองค์คณะได้ ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ชี้ขาดคำคัดค้านนั้น⁸²

4.3.3 การถอนตัวออกจากคดีโดยตัวตุลาการเอง

โดยหลักแล้วเมื่อตุลาการเห็นว่าตนเองมีเหตุตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ถึงมาตรา 14 จะต้องยื่นคำบอกกล่าวต่อประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอถอนตัวออกจากคดีนั้นก็ได้⁸³ เมื่อได้รับอนุญาตให้ถอนตัวออกจากคดี ให้ประธานศาลปกครองหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองหรือตุลาการผู้แถลงคดีอื่น ในศาลนั้น หรือศาลอื่นหรือตนเองปฏิบัติหน้าที่แทน⁸⁴

4.3.4 ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดคำคัดค้านตุลาการ

การกระทำใด ๆ ของตุลาการศาลปกครองคนนั้นที่ได้กระทำไปแล้ว รวมทั้งการดำเนินคดีปกครองทั้งหลายในคดีปกครองที่ต้องดำเนินการต่อเนื่องหรือจะต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้า แม้ว่าจะได้ดำเนินการหลังจากที่ได้มีการยื่นคำคัดค้านการดำเนินคดีปกครองดังกล่าวยอมสมบูรณ์ ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมรับคำคัดค้าน เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดเป็นอย่างอื่น ผลของการที่ศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเกี่ยวกับคำคัดค้านตุลาการผู้นั้น ไม่กระทบถึงการพิจารณาที่ได้กระทำโดยตุลาการที่ถูกคัดค้านนั้น หมายถึง กระบวนการพิจารณาคดีก่อนหน้าทั้งหมดยอมสมบูรณ์ แม้ปรากฏในภายหลังว่าตุลาการนั้นมีเหตุตามที่ถูกคัดค้านและได้มีคำสั่งยอมรับคำคัดค้านนั้นไว้ รวมถึงกรณีที่ตุลาการผู้นั้นได้ขอถอนตัวออกจากการพิจารณาคดีด้วยตนเอง

⁸² ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 17.

⁸³ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 14.

⁸⁴ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 18 วรรคสอง.

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะกรรมการจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 18 สอดคล้องกับมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อได้มีการร้องคัดค้านขึ้น และผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านไม่ยอมถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีให้ศาลฟังคำแถลงการณ์ของคุณความฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และของผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านกับทำการสืบพยานหลักฐานที่บุคคลเหล่านั้นได้นำมาและพยานหลักฐานอื่นตามที่เห็นสมควร แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น คำสั่งเช่นนี้ให้เป็นที่สุด” เมื่อศาลที่ผู้พิพากษาแห่งศาลนั้นเองถูกคัดค้าน จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดคำคัดค้าน ห้ามมิให้ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านนั้นนั่งหรือออกเสียงกับผู้พิพากษาอื่น ๆ ในการพิจารณา และชี้ขาดคำคัดค้านนั้น ถ้าผู้พิพากษาใดได้ขอถอนตัวออกจากการนั่งพิจารณาคดีก็ดี หรือศาลได้ยอมรับคำคัดค้านผู้พิพากษาใดก็ดี ให้ผู้พิพากษาคนอื่นทำการแทน

การพิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการหรือองค์คณะนั้น เมื่อมีการยื่นร้องคัดค้านตุลาการและตุลาการผู้นั้นมิได้ขอถอนตัวออกจากการพิจารณา ในศาลปกครองชั้นต้นให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือในศาลปกครองสูงสุดให้ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นผู้แต่งตั้งตุลาการซึ่งมิได้ถูกคัดค้านขึ้นเป็นองค์คณะเพื่อเป็นผู้ชี้ขาดคำคัดค้านดังกล่าว ในการพิจารณาต้องพิจารณาจากคำคัดค้านและบันทึกคำชี้แจงของตุลาการศาลที่ถูกคัดค้าน โดยอาจฟังคำแถลงของคุณความที่เกี่ยวข้องและตุลาการที่ถูกคัดค้าน รวมทั้งพยานอื่นตามที่เห็นสมควรก็ได้

คำสั่งศาลในการสั่งคำร้องคัดค้านตุลาการนั้นแบ่งเป็นได้ 2 ประการคือ

(1) คำสั่งยอมรับคำคัดค้าน เป็นกรณีที่องค์คณะพิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการเห็นว่า เหตุผลในการยื่นคำร้องคัดค้านของคุณความมีเหตุผลรับฟังได้ว่าเป็นเหตุตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง องค์คณะที่พิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการดังกล่าวจะทำคำสั่งยอมรับคำร้องคัดค้านตุลาการ และแจ้งคำสั่งดังกล่าวให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น เพื่อให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะได้แจ้งคำสั่งยอมรับให้องค์คณะหรือตุลาการที่ถูกคัดค้านทราบ มีผลให้ตุลาการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากการพิจารณาไปและต้องให้ตุลาการอื่นทำการแทนต่อไป ผลของการที่ศาลสั่งยอมรับคำคัดค้านตุลาการ คือ การดำเนินการใด ๆ ที่ตุลาการคนนั้นได้กระทำไปแล้ว ย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไป ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการต่อเนื่องหรือจะต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้า หรือการดำเนินการหลังจากที่มีการยื่นคัดค้านแล้วก็ตาม⁸⁵ และ

⁸⁵ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะกรรมการจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 16

(2) คำสั่งยกเสียซึ่งคำคัดค้านตุลาการ เป็นกรณีที่ต้องคณะพิจารณาคำร้องคัดค้าน ตุลาการเห็นว่า เหตุผลในการยื่นคำคัดค้านรับฟังได้ว่าไม่มีพฤติการณ์ การกระทำใดที่มีสภาพร้ายแรง หรือไม่ใช่เหตุตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือเป็นเพียงการยกเหตุขึ้นลอย ๆ โดยไม่มีข้อเท็จจริงที่สนับสนุนเพียงพอที่จะฟังได้ว่าตุลาการที่ถูกคัดค้านจะไม่เป็นกลางหรือมีอคติอันส่งผลต่อคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ๆ หรือเป็นเพียงข้ออ้างในการประวิงเวลา หรือเป็นเพียงการโต้แย้งการทำหน้าที่ขององค์คณะ หรือตุลาการเท่านั้น องค์คณะที่พิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการดังกล่าวจะทำคำสั่งรับคำร้องคัดค้านตุลาการ และแจ้งคำสั่งดังกล่าวให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น เพื่อที่อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น จะได้แจ้งคำสั่งยกให้องค์คณะหรือตุลาการที่ถูกคัดค้านทราบ และมีผลทำให้องค์คณะหรือตุลาการที่ถูกคัดค้านสามารถดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ต่อไป

ผลคำสั่งศาลทั้งยอมรับและยกคำร้องคัดค้านตุลาการ คือ เป็นที่สุด⁸⁶ ผู้ร้องไม่สามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวได้ตามข้อ 100 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 และศาลขอที่จะมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ดังกล่าว

ในกรณีที่ตุลาการศาลปกครองทั้งหมดในศาลปกครองชั้นต้นใดถูกคัดค้าน หรือตุลาการที่ไม่ถูกคัดค้านไม่เพียงพอที่จะเป็นองค์คณะได้ ซึ่งถือว่าเป็นเหตุจำเป็นอื่นอันมีอาจกล่าวได้ว่า⁸⁷

การที่ตุลาการศาลปกครองผู้ถูกคัดค้านถูกสั่งให้งดการปฏิบัติหน้าที่หรือตุลาการศาลปกครองถอนตัวเพราะมีเหตุที่อาจถูกคัดค้านนั้น ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงการกระทำใด ๆ ของตุลาการศาลปกครองคนนั้นที่ได้กระทำไปแล้ว รวมทั้งการดำเนินคดีปกครองทั้งหลายในคดีปกครองที่ต้องดำเนินการต่อเนื่องหรือจะต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้าว่าจะได้ดำเนินการหลังจากที่ได้มีการยื่นคำคัดค้านการดำเนินคดีปกครองดังกล่าวย่อมสมบูรณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลมีคำสั่งยอมรับคำคัดค้าน เว้นแต่ศาลจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น.

⁸⁶ ข้อ 18 วรรคหนึ่ง เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลปกครองคนใดและตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้านไม่ขอถอนตัวออกจากคดีนั้น ให้องค์คณะที่พิจารณาคำคัดค้านนั้นพิจารณาคำคัดค้านและบันทึกคำชี้แจงของตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้าน โดยอาจฟังคำแถลงของคู่กรณีเกี่ยวข้องและตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้าน รวมทั้งพยานอื่นตามที่เห็นสมควรแล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น คำสั่งดังกล่าวให้เป็นที่สุด.

⁸⁷ ข้อ 7 วรรคหนึ่ง ในระหว่างการพิจารณาคดีใด หากมีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมีอาจกล่าวได้ว่าทำให้ตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีนั้นไม่อาจนั่งพิจารณาคดีหรือทำคำพิพากษาได้ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้น หรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นซึ่งประธานศาลปกครองสูงสุด

ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดตั้งองค์คณะในศาลปกครองสูงสุดองค์คณะหนึ่งเป็นผู้ชี้ขาดคำคัดค้าน หรือกรณีตุลาการศาลปกครองทั้งหมดในศาลปกครองสูงสุดถูกคัดค้าน หรือตุลาการที่ไม่ถูกคัดค้าน ไม่เพียงพอที่จะเป็นองค์คณะได้ ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ชี้ขาดคำคัดค้านนั้น

4.3.5 การห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา

จากการศึกษาทั้งก่อนและหลังมีการจัดตั้งศาลปกครองพบว่า ไม่มีบทบัญญัติ กำหนดห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะ มีแต่บทบัญญัติให้สิทธิคู่ความคัดค้านหรือให้ตุลาการ แสดงเจตนาถอนตัวจากการพิจารณาเท่านั้น ดังนั้น จึงอาจมีปัญหากรณีคู่ความไม่ได้โต้แย้งหรือ ตุลาการไม่แสดงเจตนาถอนตัว

หรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแต่งตั้ง มีอำนาจนั่งพิจารณาคดีนั้นหรือประชุมลงมติพิพากษาหรือ มีคำสั่งหรือลงลายมือชื่อในคำพิพากษาหรือคำสั่งแทนได้.

บทที่ 5

บทวิเคราะห์หลักการคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะ ในระบบกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักการคัดค้านตุลาการและการห้ามตุลาการมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายไทยแล้ว พบว่ามีประเด็นปัญหาที่สมควรนำมาวิเคราะห์ ดังต่อไปนี้ คือ ปัญหาการไม่ได้กำหนดเหตุคัดค้านตุลาการศาลปกครองไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่ระบบกฎหมายไทยไม่ได้เปิดช่องให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลปกครองสามารถคัดค้านกันเองได้ ปัญหากระบวนการเมื่อมีเหตุคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลปกครอง ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลปกครอง และปัญหาเกี่ยวกับอำนาจองค์คณะพิจารณาสั่งคัดค้านตุลาการศาลปกครอง ผู้เขียนจะได้เสนอปัญหาและการวิเคราะห์เป็นลำดับไป ดังนี้

5.1 ปัญหาการไม่ได้กำหนดเหตุคัดค้านตุลาการไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการคัดค้านผู้พิพากษาตุลาการพบว่า ระบบกฎหมายไทย มีการกำหนดเหตุในการคัดค้านผู้พิพากษาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹

¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11

เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคนหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่าเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น
- (3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่รู้เห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น
- (4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทนหรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งมาแล้ว

แม้ต่อมาจะมีการจัดตั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ก็ไม่มีการกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญในวาระเริ่มแรกได้ออกข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณา ซึ่งกระทำโดยมติเอกฉันท์ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม และนำเหตุคัดค้านตุลาการมากำหนดในข้อกำหนดศาล เช่น ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 7² และได้มีการปรับเปลี่ยนเหตุคัดค้านตุลาการบางประการซึ่งต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การยกเว้นกรณีที่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติหรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น ไม่ถือว่ามีเหตุคัดค้านและแม้จะได้มีการนำพระราชบัญญัติ

(5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้วหรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว

(6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณาซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พิพาทกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

(7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

² ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541

ข้อ 7 ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของผู้ร้องหรือผู้คัดค้านฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ารู้เห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น

(4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือทนายความของผู้ร้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) เป็นผู้พิพากษา ตุลาการในศาลอื่น กรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน

(6) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภริยาหรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของผู้ร้องหรือผู้คัดค้านอีกฝ่ายหนึ่ง สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของผู้ร้องหรือผู้คัดค้าน.

ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาใช้บังคับในเวลาต่อมา มิได้มีการกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ดังเช่นข้อบังคับฉบับเดิม ๆ ในส่วนนี้ทั้งมิได้บัญญัติให้เป็นกรณีที่สามรถคัดค้านตุลาการได้เช่นกัน และมีการตัดในเรื่องของความสัมพันธ์ที่อาจเกิดขึ้นระหว่างคู่ความในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความมาก่อน และได้มีการแก้ไขเรื่องของเหตุที่จะสามารถนำมาคัดค้านตุลาการ จำนวน 4 ครั้ง ดังนี้

(1) ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 8³

(2) ข้อกำหนดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาวิธีพิจารณา และการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2549 ข้อ 7⁴

³ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546

ข้อ 8 ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ...

(1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของ**คู่กรณี**ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้อ้างเห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น

(4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือทนายความของ**คู่กรณี**ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) เป็นผู้พิพากษา ตุลาการในศาลอื่น **กรรมการกฤษฎีกา** อนุญาโตตุลาการ **กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน** ซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน

(6) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภริยา หรือญาติสืบสาโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของ**ตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่กรณี** สามี ภริยา หรือญาติสืบสาโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของ**คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง**.

⁴ ข้อกำหนดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาวิธีพิจารณา และการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2549

ข้อ 7 ตุลาการรัฐธรรมนูญอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย

(3) ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550
ข้อ 10⁵

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ารู้เห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น

(4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) เป็นกรรมการกฤษฎีกา อนุญาโตตุลาการ ซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน

(6) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีที่ตุลาการรัฐธรรมนูญนั่นเอง สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นฝ่ายหนึ่ง พิพาทกับคู่กรณี สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง.

⁵ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550

ข้อ 10 ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่รู้เห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น

(4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) กรรมการกฤษฎีกา อนุญาโตตุลาการ ซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน

(6) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พิพาทกับคู่กรณี สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง.

(4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561⁶ และประกาศลงราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2561 โดยบัญญัติเหตุที่ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ไว้ในมาตรา 32

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า เดิมนั้นศาลรัฐธรรมนูญมีการกำหนดเหตุในการคัดค้านตุลาการไว้ในข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการออกโดยองค์คณะตุลาการเอง โดยมิได้นำเสนอผ่านองค์กรนิติบัญญัติ แต่ในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติเหตุคัดค้านและหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติแล้ว

ส่วนศาลปกครองได้กำหนดเรื่องการคัดค้านตุลาการไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยกำหนดว่า “ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษาหรือผู้แถลงคดีปกครองอาจถูกคัดค้านได้ตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งเหตุอื่นที่มีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่า บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวแยกเหตุคัดค้านตุลาการออกเป็น 2 กรณี คือ

⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยให้ถ้อยคำ หรือให้ความเห็นในฐานะพยานโดยที่ารู้เห็นเหตุการณ์ในคดีในศาลอื่นซึ่งพิจารณาวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) มีหรือเคยมีคดีที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่กรณี สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง.

กรณีที่ 1 เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11

กรณีที่ 2 เหตุตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 63 ซึ่งเป็นเหตุอื่น ๆ อันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 63 วรรคสอง ได้กำหนดให้การขอถอนตัวออกจากคดี การยื่นคำคัดค้าน การพิจารณาคำคัดค้าน การสั่งให้ผู้ถูกคัดค้านงดการปฏิบัติหน้าที่ และการสั่งให้ผู้อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน ให้เป็นไปตามที่กำหนดในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดีการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการและหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการถูกกำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งออกโดยมติเอกฉันท์ของตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนจึงเกิดคำถามขึ้นว่ามีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด ด้วยเหตุที่ว่าเป็นการกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการและหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการ โดยองค์กรตุลาการซึ่งอาจเป็นผู้จะถูกคัดค้าน และศาลปกครองมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการพิพากษาคดีไปตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา แม้จะปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายมอบอำนาจให้สามารถออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้เองก็ตาม แต่องค์กรตุลาการมิได้มีหน้าที่ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจให้สามารถมีอำนาจในการตรากฎหมายใด ๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนได้ เมื่อการใช้สิทธิคัดค้านตุลาการศาลปกครองเป็นการให้สิทธิแก่คู่กรณีในการที่จะได้การรับประกันว่าตนจะได้รับการพิจารณาคดีโดยตุลาการที่มีความเป็นกลางและปราศจากอคติใด ๆ จึงเป็นการไม่สมควรที่จะให้องค์กรตุลาการกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการและหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการได้เอง องค์กรตุลาการควรได้รับมอบอำนาจเฉพาะการกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติงานภายในเท่านั้น ไม่ใช่กฎหมายที่กระทบกับสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณา

การกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการไว้ในระเบียบหรือข้อกำหนดดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง จึงดูย้อนแย้งและไม่เป็นไปตามหลักประกันการใช้สิทธิทางศาล (Rights of Judicial Relief) ทั้งที่หลักการประกันการใช้สิทธิทางศาลเป็นเรื่องสำคัญ และเป็นกระบวนการพิจารณาของศาล จึงไม่ควรให้องค์กรตุลาการหรือศาลมีอำนาจออกข้อกำหนดที่ศาลต้องใช้ในการพิจารณาเหตุคัดค้านตนเองอันเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐ เหตุคัดค้านตุลาการและหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการจึงสมควรให้องค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้ที่ออกข้อกำหนดดังกล่าวในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นไป เพื่อจะทำให้ประชาชนคลายความกังวลที่จะไม่ได้รับความยุติธรรมจากองค์กรตุลาการหรือศาล และทำให้ประชาชนได้

รู้สิทธิของตนเองอย่างชัดเจนว่าต้องดำเนินการอย่างไร เมื่อตนได้ทราบเหตุว่าตุลาการที่พิจารณาคดีของตนมีส่วนได้เสีย หรือมีเหตุอันพึงกังวลในความไม่เป็นกลาง

ในระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่าในระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการกำหนดบทบัญญัติอย่างเคร่งครัดเพื่อสกัดไม่ให้ตุลาการที่มีเหตุอาจถูกคัดค้านที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของประชาชน โดยบัญญัติห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGo) (โดยให้นำมาตรา 41-49 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ) และในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้มีการกำหนดเหตุคัดค้านผู้พิพากษาไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายศาลปกครอง และบทบัญญัติเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ส่วนในระบบกฎหมายสวิสก็ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung ZPO) และสำหรับระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งเคร่งครัดเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมโดยเน้นความเชื่อมั่นของสาธารณชน เดิมมีเพียงการกำหนดการดำรงตนของผู้พิพากษาไว้ในประมวลจริยธรรมตุลาการของสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกัน (United States Code Service) แต่ต่อมาได้มีการจัดทำเป็นประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา เห็นได้ว่าในระบบกฎหมายต่างประเทศต่างก็ยอมรับว่า สิทธิของประชาชนในการใช้สิทธิคัดค้านตุลาการมีความสำคัญ และได้กำหนดเหตุคัดค้านตุลาการ หลักเกณฑ์ในการคัดค้านตุลาการไว้ในบทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติทั้งสิ้น และเป็นการตราโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งแตกต่างจากศาลปกครองไทยที่กำหนดไว้ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดฯ เท่านั้น

จากการศึกษาดังกล่าวทำให้ทราบว่า มีเพียงการคัดค้านตุลาการและหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการในศาลปกครองในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น ที่ยังคงถูกกำหนดอยู่ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดีการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ที่ออกโดยองค์กรตุลาการเช่นเดิม จึงสมควรแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ โดยบัญญัติเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

หัวข้อนี้จะเป็นการวิเคราะห์ความแตกต่างในการกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการของแต่ละประเทศเปรียบเทียบกับกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการในระบบกฎหมายไทยโดยพิจารณาเฉพาะศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งศาลปกครองได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดค้าน

ตุลาการไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 14 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า ตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีหรือที่เป็นตุลาการผู้แถลงคดีอาจถูกคัดค้านได้ตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งรวมทั้งเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรง ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรม และในศาลรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเหตุคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 และมาตรา 33 ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

5.2.1 ตุลาการมีประโยชน์ได้เสียในคดี

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 11 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 การที่ตุลาการมีผลประโยชน์ได้เสียในคดี หมายถึง (1) ตุลาการมีส่วนได้เสียในคดีโดยตรง คือ การที่ตุลาการผู้นั้นเป็นคู่กรณีเสียเอง (2) ผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีหรือประโยชน์ได้เสียโดยใกล้ชิดกับผลของคดี กล่าวคือ ผลของคดีนั้นมีส่วนสัมพันธ์ถึงผลประโยชน์ของตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีไม่ว่าทางใดทางหนึ่งนั่นเอง อาจเทียบเคียงกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็นเกี่ยวกับกรณีเช่นนี้ไว้ ในเรื่องเสร็จที่ 605/2549 ว่า นอกจากการพิจารณาส่วนได้เสียโดยตรงแล้ว ยังต้องพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์ในทางอ้อมหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ที่มีอยู่อาจจะเป็นความสัมพันธ์ในเชิงบริหารโดยเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทนผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคลที่มีการกระทำกับเทศบาล หรือความสัมพันธ์ในเชิงทุน โดยเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งสามารถครอบงำการจัดการบริษัทได้⁷

ในส่วนเหตุดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเหตุอันเกิดจากการที่ตุลาการมีประโยชน์ได้เสียทั้งทางตรงและทางอ้อมหรือผลประโยชน์ใกล้ชิดกับผลของคดีไม่ว่าทางการเงิน หรือผลประโยชน์ที่อาจคาดหมายหรือคาดการณ์ได้และไม่ไกลเกินกว่าเหตุ หรือสามีหรือภรรยา หรือคู่ชีวิต หรือบุตรของตุลาการมีความสัมพันธ์ในเชิงบริหาร โดยเป็นผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ตัวแทนผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของบุคคลธรรมดาหรือของนิติบุคคล หรือ

⁷ ภาสพงษ์ เรณูมาศ, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ (นิติธรรม 2566) 193.

ความสัมพันธ์ในเชิงทุน ที่อาจได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีของตุลาการผู้หนึ่ง ซึ่งเมื่อตุลาการผู้หนึ่งได้พิจารณาคดีที่มีประโยชน์ดังกล่าวแล้ว ย่อมอาจทำให้การวินิจฉัยคดีเกิดอคติได้ แม้ว่าในการทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง จะต้องกระทำ โดยรูปแบบขององค์คณะก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้ประชาชนเชื่อมั่นได้ว่าคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย ดังกล่าวมีความโปร่งใสเป็นธรรมแก่คู่กรณีอย่างเพียงพอ

จึงควรนำเหตุในข้อนี้ไปกำหนดเป็นเหตุห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะ พิจารณาเนื่องจากขาดคุณสมบัติในการพิจารณาคดี หากปล่อยให้คู่กรณีเป็นผู้เสนอคัดค้านเพียง ฝ่ายเดียวอาจไม่เพียงพอเพราะในทางปฏิบัติคู่กรณีอาจทราบเหตุดังกล่าวในภายหลังและจะทำให้ ไม่มีการคัดค้านตุลาการภายในระยะเวลาที่กำหนดส่งผลให้ตุลาการที่มีประโยชน์ได้เสียนั้น สามารถ พิจารณาพิพากษาต่อไปได้ซึ่งไม่ถูกต้อง

5.2.2 ตุลาการมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณี

ความสัมพันธ์ส่วนตัวกับคู่กรณีนี้ หมายถึงกรณีที่ตุลาการผู้พิจารณาคดี มีความสัมพันธ์ทั้งทางตรง คือ เป็นผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยตรง หรือกรณีที่มีความสัมพันธ์ ทางอ้อมผ่านทางคู่สมรส ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวย่อมมีผลต่อจิตใจของตุลาการที่อาจก่อให้เกิดอคติได้ แม้ว่าตุลาการผู้หนึ่งจะรู้ตัวหรือไม่ก็ตาม และอาจส่งผลให้คู่กรณีที่เป็นคู่พิพาทในคดีอาจเกิดความไม่ ไว้วางใจในการดำรงตนของตุลาการรายนั้นได้ อันอาจมีผลกระทบโดยตรงต่อผลแห่งคดีด้วยเหตุนี้ ย่อมอาจทำให้การพิจารณาขาดความเป็นกลาง ซึ่งในบทบัญญัติของกฎหมายก็ได้มีการระบุเรื่องนี้ ไว้ในมาตรา 11 (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมาตรา 32 (2) แห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ซึ่งอาจแยกพิจารณา เป็น 2 กรณี คือ

(1) เป็นญาติกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือมีความสัมพันธ์ทางแต่งงาน

1. ความสัมพันธ์ทางแต่งงาน ในศาลปกครอง ใช้คำว่า สามีหรือภรรยา ส่วนใน ศาลรัฐธรรมนูญ ใช้คำว่า “เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภรรยา” ซึ่งหมายความถึงกรณีที่ได้หย่าร้างกันไป แล้วด้วย ซึ่งเหตุนี้ควรนำมากำหนดในศาลปกครองด้วยเช่นกัน และเพิ่มเติมในส่วนของคู่ชีวิต ทั้งในศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ และกำหนดคานิยามของคำว่า “คู่ชีวิต” หมายความว่า การอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา ไม่ว่าจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศเช่น หญิงชาย หรือหญิงหญิง หรือ ชายชาย ก็ตาม

2. ญาติทางสายโลหิตสืบตระกูลต่อกัน คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน มารดา บิดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด บุตร หลาน เหลน หรือเป็นพี่น้องไม่ว่าจะร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือเป็น พี่น้องร่วมมารดาเดียวกัน หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายใน 3 ชั้น คือ พี่น้อง ลุง ป้า น้า อา และ บุตรของพี่น้อง ลุง ป้า น้า อา นั่นเอง

3. ญาติทางแต่งงาน เป็นกรณีที่ตุลาการได้แต่งงานโดยชอบด้วยกฎหมาย และการเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนั้น ให้นับได้เพียง 2 ชั้น คือ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย พี่น้องของ คู่สมรส ลุง ป้า น้า อา และบุตรของพี่น้องลุง ป้า น้า อาของคู่สมรส

4. กรณีที่มีอีกคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาตุลาการผู้นั้นหรือภริยาหรือญาติ ทางสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของตุลาการฝ่ายหนึ่ง พิพาทกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือ ภริยาหรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

การกำหนดความเป็นญาติ โดยระบุให้นับลำดับชั้นญาติ ซึ่งแม้จะมีความสะดวก ในการเขียนและทำให้ตัวบทกฎหมายกระชับก็ตาม แต่อาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ในระบบกฎหมายต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดลำดับ ชั้นของลูกพี่ลูกน้อง จำนวน 3 ลำดับชั้น ญาติทางสมรส 2 ลำดับชั้น สวิตเซอร์แลนด์ กำหนด ลำดับชั้นความสัมพันธ์ทางญาติที่ห่างไม่เกิน 3 ลำดับชั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดลำดับชั้นคู่สมรส ของคู่ความนับได้ 4 ลำดับชั้น ที่เกิดจากญาติในลำดับชั้น ถ้าตุลาการเป็นญาติทางสมรสกับคู่ความ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนับได้ 2 ลำดับชั้น และในสหรัฐอเมริกาได้กำหนดลำดับชั้นญาติทางแต่งงานนับได้ 3 ลำดับชั้น แต่กลับไม่พบว่ามีปัญหาเรื่องการตีความลำดับชั้นญาติเหมือนกับระบบกฎหมายไทย ปัญหาการตีความลำดับชั้นญาติดังกล่าวของนักวิชาการทางด้านกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

ปัญหาการตีความลำดับชั้นของญาติจนอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดี โดยตุลาการรายนั้นเกิดความไม่เป็นธรรมได้ ในส่วนนี้ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็น ของศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁸ ที่ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ควรระบุลงไปกฎหมายให้ชัดเจน ว่า มีบุคคลใดบ้างที่เป็นลำดับญาติที่ต้องห้ามมิให้ตุลาการผู้พิจารณาคดีรายนั้นห้ามเป็นองค์คณะ ที่พิจารณาพิพากษาคดี เช่น ห้ามมิให้ญาติ ได้แก่ “เป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดาน หรือเป็นพี่หรือน้อง ของพ่อหรือแม่ หรือลูกของพี่หรือน้องของพ่อหรือแม่ ลูกของลุง ลูกของป้า ลูกของน้า ลูกของอา หลานลุง หลานป้า หลานน้า หลานอา” ตามความเป็นจริงของตุลาการและคู่สมรสของตุลาการ ซึ่งมีผลดีในการที่ตุลาการและคู่กรณีจะได้เข้าใจลำดับชั้นญาติของตุลาการไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึง ผู้ใดบ้าง โดยไม่จำเป็นต้องไปตีความลำดับชั้นญาติอีกครั้งหนึ่ง⁹

⁸ โครงการรับฟังความคิดเห็นเพื่อประกอบการประเมินผลสัมฤทธิ์ของ พระราชบัญญัติวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อรับฟังความคิดเห็นต่อร่าง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... (ครั้งที่ 2) วันพฤหัสบดีที่ 19 พฤษภาคม 2565.

⁹ ปัจจุบันได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดกรณีเหตุอื่นตามมาตรา 13 (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีเจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณา

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า ในส่วนเหตุคัดค้านตุลาการโดยควรรระบุเพิ่มเติมว่า “เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภรรยา เป็นหรือเคยเป็นคู่ชีวิต” ในกรณีการนับญาติ 2 ชั้น หรือ 3 ชั้น ควรแก้ไขโดยระบุให้ชัดเจนว่า “ลูกของลุง ลูกของป้า ลูกของน้า ลูกของอา หลานลุง หลานป้า หลานน้า หลานอา” และ “บุพการีหรือผู้สืบสันดานของคู่สมรส”

(2) ความสัมพันธ์ใกล้ชิดคู่กรณี

1. การที่ตุลาการผู้นั้น เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เมื่อมีเหตุดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลต่ออิทธิพลในการลงความเห็นในการทำคำพิพากษาคดี จึงเป็นกรณีที่ต้องเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านหรือห้ามมิให้ตุลาการผู้มีเหตุเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณา โดยการเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น หนึ่งดังกล่าวนี้ย่อมหมายถึงเฉพาะหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายและอาจฟ้องร้อง รวมถึงสามารถบังคับได้มิใช่ไม่สามารถบังคับได้เพราะเหตุขาดอายุความ กับทั้งสถานะของหนี้จะต้องคงมีอยู่ในขณะที่พิจารณาคดีนั้น หากว่าความเป็นหนี้นั้นได้สิ้นสุดลงในระหว่างการพิจารณาก็ไม่มีเหตุที่จะนำมาคัดค้านได้ ในความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้มีเพียงเฉพาะของศาลปกครอง แต่ในศาลรัฐธรรมนูญเหตุดังกล่าวนี้มิได้ถูกกำหนดอยู่ในเหตุคัดค้านตุลาการ แต่อาจถือว่าหากมีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นย่อมถือได้ว่าเป็นกรณีที่ตุลาการมีสภาพร้ายแรงได้

2. การที่ตุลาการผู้นั้น เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือเป็นตัวแทน หรือได้เป็นทนายความ ของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คำว่า “ผู้แทนโดยชอบธรรม” หมายถึง ผู้แทนโดยธรรมตามหมายในมาตรา 1 (13) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า ผู้แทนโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจาก บิดามารดาของผู้เยาว์แล้วยังมีความหมายถึง ผู้อนุบาลและผู้พิทักษ์ด้วย ส่วนคำว่า ตัวแทน หมายความว่า การเป็นผู้แทนของตัวความไม่ว่าในกรณีใด ๆ เช่น ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้แทนเฉพาะคดี

ทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 1 มิถุนายน 2566 ไว้ดังนี้ (1) เคยเป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี (2) เป็นหรือเคยเป็นผู้ซึ่งอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสกับคู่กรณี (3) เป็นหรือเคยเป็นผู้ซึ่งอยู่กินกับคู่กรณีที่เป็นบุคคลเพศเดียวกัน โดยกำเนิดในลักษณะเดียวกันกับชายหญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยา (4) เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน ในความเป็นจริงว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องในความเป็นจริงนับได้เพียงภายในสามชั้นของคู่กรณี (5) เป็นหรือเคยเป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรณี หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้รับ คู่กรณี เป็นบุตรบุญธรรม (6) เป็นลุง ป้า น้า อา ของคู่กรณี (7) เป็นผู้พักอาศัยอยู่ร่วมกับคู่กรณีในสถานที่เดียวกันในลักษณะครัวเรือนเดียวกัน (8) เป็นลูกจ้างหรือที่ปรึกษาซึ่งได้รับค่าตอบแทนของคู่กรณี

ซึ่งศาลมีคำสั่งแต่งตั้งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนผู้ไร้ความสามารถตามมาตรา 56 วรรคท้าย แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และรวมไปถึงผู้เข้าดำเนินคดีความในศาลโดยมอบอำนาจ หรือในฐานะผู้จัดการมรดก ส่วนที่ทำได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้วหมายถึง คดีที่ผู้พิพากษากำลังพิจารณาอยู่นั้นเอง แต่ไม่ได้หมายความว่าเพียงเป็นทนายความแก้ต่างให้เท่านั้น แม้เพียงเคยปรึกษาคดีเรื่องนั้นในฐานะทนายความก็อยู่ในฐานะที่จะถูกคัดค้านได้เช่นกัน ส่วนการ เคยเป็นทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายใดในคดีอื่นไม่เข้าเหตุคัดค้านได้ ในส่วนนี้ศาลรัฐธรรมนูญ ใช้ข้อความว่า “เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน”¹⁰

ในกรณีของศาลปกครองผู้เขียนเห็นว่า ผู้แทนโดยชอบธรรมต้องรวมถึงผู้รับมอบ อำนาจให้ดำเนินคดีปกครองที่เคยพิพาทมาก่อนด้วย เช่น ตุลาการผู้ยื่นเคยเป็นผู้รับมอบอำนาจจาก หน่วยงานทางปกครองในขณะดำรงตำแหน่งอื่นก่อนมาเป็นตุลาการ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ได้เป็นผู้รับ มอบอำนาจของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีอื่น ดังนั้น ศาลปกครองควรกำหนดเหตุในลักษณะ เดียวกับ ศาลรัฐธรรมนูญโดยกำหนดลงในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542 และในศาลรัฐธรรมนูญควรกำหนดเพิ่มเติมลงในพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ว่า “เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบ ธรรม ผู้แทน หรือผู้รับมอบอำนาจของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน”

5.2.3 การที่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี

(1) ตุลาการผู้ยื่นเป็นพยานในคดี โดยการที่ตุลาการได้ถูกอ้างเป็นพยานที่รู้เห็น เหตุการณ์ หรือเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น หมายถึง กรณีที่ตุลาการ ถูกอ้างเป็นพยาน ไม่ว่าจะป็นประจักษ์พยาน หรือพยานพฤติเหตุแวดล้อมกรณี ซึ่งประจักษ์พยาน คือ พยานที่รับรู้ข้อเท็จจริงโดยอยู่เฉย ๆ ก็รู้เห็นข้อเท็จจริง หรือเข้าไปรับรู้ข้อเท็จจริงในคดี พยานพฤติ เหตุแวดล้อมกรณี คือ เป็นพยานที่มีใช่เป็นทั้งประจักษ์พยานและพยานหลักฐานโดยตรงในข้อเท็จจริง ที่เป็นประเด็นแห่งคดีที่ศาลจะต้องวินิจฉัย โดยเป็นข้อเท็จจริงที่ได้มาจากพยานบุคคลพยานเอกสาร เป็นเรื่องของพฤติเหตุที่เกิดจากการกระทำของคนซึ่งอาจเป็นคู่ความ ผู้เสียหาย หรือบุคคลภายนอก อาจเป็นพฤติเหตุที่เกิดขึ้นก่อนในขณะที่หรือภายหลังเกิดเหตุก็ได้¹¹ พยานผู้เชี่ยวชาญ คือ เป็นพยาน ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่มาเบิกความออกความเห็นในศาลในข้อเท็จจริงโดยอาศัยความรู้พิเศษของตน เช่น เป็นผู้เชี่ยวชาญทางศิลปะ วิทยาศาสตร์ กฎหมายต่างประเทศ การแพทย์ หรือทางวิศวกรรม ซึ่งการเบิกความเช่นนั้น เรียกว่าพยานความเห็นเป็นการให้เหตุผล โดยการอนุมานจากการพิจารณา

¹⁰ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 (4).

¹¹ ไพโรจน์ วายุภาพ, *ข้อเท็จจริงและการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง* (ปณรชช 2560) 352.

ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งแล้วผลออกมาเป็นอะไรหรือเป็นอย่างไร และในคดีรัฐธรรมนูญกรณีเคยให้ถ้อยคำ ความเห็นในฐานะพยานที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ในคดีในศาลอื่นที่ได้ส่งประเด็นที่เกี่ยวข้องคดีที่ขอให้วินิจฉัยมาก่อนแต่การเป็นพยานดังกล่าวมานี้ไม่รวมถึงกรณีที่ตุลาการถูกอ้างเป็นพยานในคดีอื่นด้วย

(2) ตุลาการผู้นั้นได้นั่งพิจารณาคดีเดียวกันในศาลอื่นมาแล้ว ไม่ว่าในฐานะเคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่น หรือเป็นอนุญาโตตุลาการคดีนี้มาก่อน กรณีนี้ย่อมหมายถึงเฉพาะตุลาการนั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลชั้นต้นแล้วต่อมาในชั้นอุทธรณ์คำพิพากษาก็ได้มาเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนอีกในฐานะตุลาการในศาลสูง แต่ต้องเป็นกรณีที่เป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครองเหมือนกันหากแต่คดีหนึ่งเคยนั่งพิจารณาในคดีแพ่งแล้วต่อมานั่งพิจารณาในคดีปกครองดังนี้ ย่อมถือว่าเป็นคนละคดีกันและไม่ถือว่าเข้าเหตุคัดค้านประการนี้ แต่อาจเข้าเหตุคัดค้านประการอื่นได้ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ได้มีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา และในส่วนของศาลปกครอง ซึ่งมีตุลาการที่มีคุณสมบัติแตกต่างจากคดีแพ่ง จึงควรกำหนดไปให้ชัดเจนว่าเป็นตุลาการที่เคยเกี่ยวข้องในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในคราวก่อน

ในส่วนวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญนั้น กรณีที่เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่น หรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยมาก่อน¹² การระบุเพียงว่าประเด็นที่เกี่ยวข้อง ปัญหาว่า มีความหมายกว้างหรือแคบเพียงใด เนื่องจากทำให้ตีความได้ว่า “ประเด็น” หมายความว่าถึงกรณีใดบ้าง เป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่คู่ความยกขึ้นอ้างหรือข้อเถียงในคดีในศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัย หรือประเด็นแห่งคดีกับทั้งปัญหาที่คู่ความยกขึ้นกล่าวอ้างมาในคำคู่ความที่ศาลต้องวินิจฉัย ไม่ว่าปัญหานั้นจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย คำวินิจฉัยของศาลจะเป็นการแสดงผลของคดี แต่ย่อมไม่รวมถึงกรณีที่คู่ความยื่นคำร้องเข้ามาในคดีแล้วศาลได้วินิจฉัยคำร้องหรือประเด็นนั้น แต่ไม่มีผลกระทบต่อผลของคดี จึงจะถือว่าเป็นประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้อง

ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “ประเด็น” ในที่นี้ ย่อมหมายถึง ประเด็นต่าง ๆ ที่คู่ความได้ยกขึ้นโต้แย้งกันในคดีก่อนและศาลได้เคยยกขึ้นวินิจฉัยแล้วซึ่งเป็นการวินิจฉัยทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในรูปแบบของคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย ดังนั้น ในส่วนของศาลปกครองควรระบุว่า “เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นหรือเคยเป็นอัยการหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน หรือเคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมาก่อนหน้าแต่ไม่รวมถึงการร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือแสดงความ

¹² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 (1) เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่น หรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยมาก่อน.

เห็นทางวิชาการในปัญหา ข้อกฎหมาย” สำหรับศาลรัฐธรรมนูญ ควรระบุว่า “เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน หรือเคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมาก่อนหน้าแต่ไม่รวมถึงการร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือแสดงความเห็นทางวิชาการในปัญหาข้อกฎหมาย”

ส่วนกรณีที่ตุลาการเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมาก่อนหรือเคยมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัตินั้น ในระบบกฎหมายต่างประเทศได้มีการกำหนดเป็นเหตุห้ามมิให้เข้ามาเป็นองค์คณะหรือกำหนดเป็นเหตุในการคัดค้านตุลาการไว้อย่างชัดเจน แต่ต้องเป็นกรณีที่พบว่ามีความผิดพิเศษที่ทำให้เห็นได้อย่างชัดแจ้งโดยวิญญูชนว่า พฤติกรรมเช่นนั้นเป็นการแสดงออกถึงความมีอคติเอนเอียงต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดข้อกังขาต่อความเชื่อมั่นของประชาชน ด้วยเหตุที่คุณสมบัติของตุลาการไม่ว่าจะเป็นคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยว่าตุลาการผู้นั้น จะเป็นผู้ที่ไม่เคยผ่านการเป็นกรรมการร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมาก่อนหรือมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่ง ตัวอย่างเช่นเดียวกับในกรณีของสหรัฐอเมริกาที่มีคดีที่เกี่ยวข้องกับภาษีเงินได้ของผู้พิพากษาทั้งหมดก็ตาม แต่ผู้พิพากษายังคงพิจารณาต่อไปได้ หรือในสาธารณรัฐเยอรมนีการที่ตุลาการวินิจฉัยความชอบของรัฐบัญญัติเกี่ยวกับภาษีอากรนั้น เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นเหตุที่จะทำให้ตุลาการมีอาจเข้ามาเป็นองค์คณะได้เนื่องจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้พิจารณาความชอบดังกล่าวย่อมอยู่ในฐานะผู้เสียภาษีหรือเสียประโยชน์เช่นเดียวกัน จึงไม่อาจฟังได้ว่าตุลาการมีส่วนเกี่ยวข้องหรือจะได้รับประโยชน์จากผลการพิจารณาคดีโดยตรง ส่วนการที่จะพิจารณาว่าตุลาการที่เคยเกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายมาก่อนอันจะมีสภาพร้ายแรงหรือไม่นั้น ต้องอาศัยการตีความตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่า ในระบบกฎหมายไทย คุณสมบัติข้อหนึ่งของตุลาการศาลปกครอง คือ เป็นหรือเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมาย ดังนั้น หากตีความว่าการที่เคยเป็นกรรมการร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมาก่อนย่อมทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางนั้น อาจทำให้พบสภาวะปัญหาไม่สามารถหาตุลาการมาเป็นผู้พิจารณาคดีได้ หรือในท้ายที่สุดจะทำให้มีจำนวนตุลาการไม่ครบองค์คณะที่จะทำคำพิพากษาในส่วนนี้จึงควรปล่อยให้เป็นการตีความตามกรณี ๆ ไปที่เกิดขึ้นตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏเท่านั้น ซึ่งเป็นพฤติการณ์พิเศษ หรือมีส่วนได้เสียพิเศษที่ชัดแจ้งจากสถานการณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดี เช่น การแสดงความเห็นของตนเองในที่สาธารณะเกี่ยวกับกฎหมายข้อใดข้อหนึ่งในลักษณะที่ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ตุลาการผู้นั้นจะวินิจฉัยคดีไปในแนวทางเดียวกันกับที่ตนได้เคยแสดงความเห็นไว้เท่านั้นที่จะถือได้ว่ามีสภาพร้ายแรงอันขัดต่อหน้าที่ของตุลาการ แต่การที่ตุลาการบรรยายข้อกฎหมายในลักษณะเป็นการให้ความรู้ทางวิชาการ มิได้มีการให้ความคิดเห็นส่วนตนไปในแนวทางใดย่อมไม่อาจถือได้ว่าตุลาการผู้นั้นมีอคติหรือไม่เป็นกลาง

5.2.4 เหตุประการอื่นซึ่งมีสภาพร้ายแรง

เหตุประการอื่นที่มีสภาพร้ายแรงนั้น ความร้ายแรงดังกล่าวต้องถึงขนาดที่ส่งผลทำให้การพิจารณาพิพากษาเสียความยุติธรรมไป แต่ย่อมไม่รวมถึงกรณีการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลที่จะถือเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรง ในส่วนนี้ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองต้องกำหนดขึ้นมาเฉพาะส่วนของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนว่ามีความหมายเช่นใด หรือหมายถึงกรณีใด

เหตุประการอื่นซึ่งมีสภาพร้ายแรงที่อาจก่อให้เกิดความไม่ไว้วางใจหรือความกังวลในความเป็นกลาง ได้แก่ ความเป็นมิตร ความเป็นปรปักษ์ การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคู่กรณีอย่างมีอคติ ตลอดจนเหตุอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ซึ่งเกณฑ์ในการแบ่งว่าเหตุใดเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรง ย่อมต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป หากเป็นเพียงการที่ตุลาการได้เคยออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิใช่การวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นแห่งคดี ย่อมไม่ถือว่ามีสภาพร้ายแรงได้ เช่น การที่ได้เคยออกคำสั่งที่พิพากษาในฐานะผู้ออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ต่อมา ได้เป็นตุลาการเจ้าของสำนวนซึ่งต้องมาพิจารณาเกี่ยวกับคำสั่งเช่นนั้นอีกครั้ง และในฐานะตุลาการองค์คณะทำคำพิพากษา หรือการพบปะสังสรรค์กันปีละครั้งระหว่างเพื่อนร่วมรุ่น หรือในงานต่าง ๆ ย่อมไม่ถือว่ามีเหตุที่มีสภาพร้ายแรง

แต่ในกรณีที่ตุลาการพาคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดีไปรับประทานอาหารที่มีลักษณะเป็นส่วนตัว หรือการพาไปทานอาหารที่บ้าน กรณีดังกล่าวนี้เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายรู้ย่อมทำให้เกิดความสงสัยในคำพิพากษาที่เกิดจากตุลาการรายดังกล่าวได้ หรือการใช้ถ้อยคำว่า “เมียน้อย” ในการเรียกคู่กรณีในคดีเกี่ยวกับยื่นคำร้องขอตั้งผู้จัดการมรดก หรือการถูกรวบงำโดยองค์คณะที่มีอคติต่อคู่กรณี

การให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีใดคดีหนึ่ง แล้วต่อมาตนได้พิจารณาคดีนั้น ซึ่งมีเนื้อหาเหมือนหรือมีเนื้อหาลักษณะคล้ายคลึงกับคดีที่เคยได้ให้ความเห็นไว้ซึ่งไม่มีการเปลี่ยนแปลงความเห็นของตน ส่วนการที่ตุลาการได้เคยแสดงความคิดเห็นอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเป็นการแสดงความคิดเห็นของตนหรือได้วิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับพรรคการเมืองหนึ่งต่อบุคคลอื่นหรือในที่สาธารณะ ซึ่งอาจเป็นการแสดงความคิดเห็นในทางลบ หรือเป็นปฏิบัติการต่อพรรคการเมืองนั้น หรือความเห็นในเชิงสนับสนุน หรือเห็นด้วยกับกระบวนการหรือวิธีการของพรรคการเมืองนั้น และต่อมาตุลาการผู้นั้นต้องทำการวินิจฉัยคดีของพรรคการเมืองดังกล่าว

การแสดงความคิดเห็นของตุลาการในระหว่างการพิจารณาคดีที่มีการแสดงทัศนคติที่ไม่เป็นกลางต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ดังเช่นกรณีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้ถ้อยคำในระหว่างการไต่สวนคำร้องที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่งความเห็นของสมาชิกพรรคประชาธิปัตย์ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ...หรือร่าง พรบ.เงินกู้ 2 ล้านล้าน มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติหรือไม่ โดยกล่าวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมว่า “รถไฟความเร็วสูงไม่จำเป็นสำหรับไทย และเป็นไปได้ควรให้ถนน

ลูกครึ่งหมดไปจากประเทศก่อน และเงินกู้ 2 ล้านล้านนี้ คุณชัชชาติ (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ในขณะนั้น) ตายไปเกิดใหม่มารุ่นลูกรุ่นหลานก็ยังไม่หมดเลย”¹³ ซึ่งจากกรณีดังกล่าวทำให้เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ของประชาชนจำนวนมากในการดำรงตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แม้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะได้ออกมาแถลงข่าวว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นส่วนตัวเท่านั้นก็ตาม เป็นต้น

กรณีที่เกิดจากเหตุอื่น ๆ ที่มีข้อบ่งชี้ว่าเหตุดังกล่าวส่งผลให้คำพิพากษาเสียความยุติธรรมไป เช่น ตุลาการเป็นเพื่อนสนิท เป็นอริกับคู่กรณีหรือพยาน หรือมีความเกี่ยวข้องกับสถาบันหรือองค์กร หรือตุลาการในคดีนั้นเป็นประธานหรือเป็นกรรมการบริหารขององค์กรการกุศล หรือเป็นสมาชิก หรือเป็นที่ปรึกษา ผู้บริหารโรงเรียนซึ่งเป็นคู่กรณีในคดี หรือมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องทางการเงิน หรือกรณีให้ความเคารพนับถือเสมือนบิดา มารดา หรือญาติพี่น้อง เหตุตั้งนี้ย่อมถือว่า มีสภาพร้ายแรงได้และการทำคำพิพากษาโดยตุลาการที่มีสภาพร้ายแรงย่อมส่งผลต่อความเชื่อมั่นในคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลได้ และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ต้องยึดถือความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายมากกว่าการคุ้มครองศาล

เหตุที่ใช้ในการคัดค้านกรณีตุลาการมีสภาพร้ายแรง ต้องระบุในคำร้องคัดค้านตุลาการซึ่งต้องเป็นเหตุที่สามารถรับฟังได้ และปรากฏเหตุว่าตุลาการมีส่วนได้เสียหรือมีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางจริง หากเป็นเพียงข้อกล่าวอ้างลอย ๆ หรือเป็นเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือเป็นการใช้เทคนิคในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่กรณีเพื่อให้มีการเปลี่ยนตุลาการเจ้าของสำนวนโดยคาดหวังถึงผลของคำพิพากษานั้น ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาไม่รับคำร้องหรือสั่งยกคำร้องเช่นว่านั้นได้ และอาจถือว่าเป็นการยื่นคำร้องที่มีเจตนาไม่สุจริต ประวิงเวลาและอาจเป็นเหตุให้ศาลมีคำสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลได้ เช่น

กรณีที่คู่ความในคดีที่ชนะคดีได้ยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งลงโทษละเมิดอำนาจศาล คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งได้ให้สัมภาษณ์เกี่ยวกับผลแห่งคดี และในระหว่างการพิจารณาคำร้องของศาล เพื่อทำการไต่สวนหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีละเมิดอำนาจศาล คู่กรณีฝ่ายที่ถูกกล่าวหาได้ยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการเพื่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งในการพิจารณาคำร้องละเมิดอำนาจศาลโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการคัดค้านตุลาการอย่างแท้จริง เช่น

นาย บ ผู้กล่าวหา ได้ยื่นขอคำร้องลงวันที่ 29 เมษายน 2559 และวันที่ 27 พฤษภาคม 2559 ขอให้ศาลปกครองสูงสุดลงโทษนายหนึ่งและนายสอง ผู้ถูกกล่าวหาในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เนื่องจากเห็นว่านายหนึ่งและนายสอง ได้แสดงความเห็นและให้สัมภาษณ์ผ่านทางสื่อต่าง ๆ ต่อสาธารณะเกี่ยวกับคำพิพากษาในคดีที่นาย บ เป็นฝ่ายชนะและคำพิพากษา

¹³ ‘รายงานข่าว ศาล ธรณ.ค้ำเงิน 2 ล้านล้าน รอดนลูกครึ่งหมดก่อน’ (8 มกราคม 2557)< <https://www.voicetv.co.th/read/93476>> สืบค้นเมื่อ 6 พฤษภาคม 2566.

ดังกล่าวถึงที่สุดแล้วหลายครั้ง ในทางไม่ดีและเสียหาย จึงขอให้ศาลมีคำสั่งให้นายหนึ่งและนายสอง และบุคคลอื่นหยุดการกระทำดังกล่าว ต่อมา นาย ข ซึ่งเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนได้เรียก นายหนึ่ง นายสอง และนายสาม มาไต่สวนเกี่ยวกับคำร้องดังกล่าว

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องของนาย บ นายหนึ่งยื่นคำร้องลงวันที่ 22 มิถุนายน 2559 ชี้แจงคำร้องละเมิดอำนาจศาลและยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ นาย ข ซึ่งเป็นเจ้าของสำนวนและตุลาการในองค์คณะที่ 2 ทั้งหมด ต่อมาศาลมีคำสั่งลงวันที่ 5 สิงหาคม 2559 ยกคำคัดค้านตุลาการของนายหนึ่งโดยให้เหตุผลว่า คำร้องคัดค้านดังกล่าวเป็นกรณีที่นายหนึ่งต้องการมิให้ นาย ข ซึ่งเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนใช้อำนาจในการสั่งลงโทษนายหนึ่ง นายสอง และนายสาม เท่านั้น จึงเป็นการร้องคัดค้านตุลาการในการที่จะพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาล ซึ่งในชั้นนี้ยังไม่มี การดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือดูหมิ่นศาล หากศาลเห็นว่าอาจเข้าข่ายการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือดูหมิ่นศาล จะต้องตั้งสำนวนใหม่เป็นคดีละเมิดอำนาจศาล และส่งเรื่องให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้จ่ายสำนวนให้แก่องค์คณะเพื่อพิจารณาหรือมีคำสั่งใหม่ เมื่อยังไม่มี การดำเนินการเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือไม่ จึงไม่มีเหตุที่นายหนึ่งจะยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ

ภายหลังมีคำสั่งยกคำคัดค้าน องค์คณะที่ 2 ซึ่งมีนาย ข เป็นตุลาการเจ้าของสำนวนได้เรียกให้นายหนึ่ง นายสอง และนายสาม มาไต่สวน และได้มีคำสั่งลงวันที่ 22 ธันวาคม 2559 ลงโทษนายหนึ่ง นายสอง และนายสาม สถานเบาในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล โดยมีคำสั่งตกเดือน นายหนึ่ง นายสอง และนายสาม เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยคำสั่งฉบับนี้ ตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง (1) ¹⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 64 นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และเมื่อมีการละเมิดอำนาจศาลให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษได้ดังนี้

- (1) ตกเดือน โดยจะมีคำตำหนิเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้
- (2) ไล่ออกจากบริเวณศาล
- (3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

การสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลพึงใช้อย่างระมัดระวังและเท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี และหากเป็นการสั่งลงโทษตาม (3) ให้องค์คณะอื่นที่มีชื่อของคณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นผู้พิจารณาและสั่งลงโทษ.

นายหนึ่ง ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าวจึงยื่นคำร้องลงวันที่ 27 มีนาคม 2560 ขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีละเมิดอำนาจศาลใหม่ โดยอ้างว่าการลงโทษละเมิดอำนาจศาลไม่มีการแจ้งว่ามีการตั้งสำนวนคดีละเมิดอำนาจศาลให้ตุลาการนายใดเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีทำให้นายหนึ่ง ไม่มีโอกาสใช้สิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเต็มที่ เป็นการขัดต่อความยุติธรรมทางอาญาสากลที่ปฏิบัติต่อกันโดยทั่วไป และการที่องค์คณะตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่มีคำสั่งลงโทษนายหนึ่ง เป็นองค์คณะเดียวกันกับที่ นายหนึ่ง คัดค้านไว้ตามคำร้องคัดค้านตุลาการ ทั้งคำสั่งที่ยกคำคัดค้านตุลาการดังกล่าวยังได้มีการวินิจฉัยในประเด็นที่ นายหนึ่ง ยื่นคัดค้าน จึงเชื่อได้ว่าการมีคำสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลมิได้ใช้ความระมัดระวังตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และอาจทำให้การวินิจฉัยไม่ถูกต้องและเกิดความเสียหายแก่นายหนึ่ง

ศาลปกครองสูงสุดองค์คณะที่ 3 เห็นว่า การที่ตุลาการองค์คณะที่ 2 ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่พิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการ มีคำสั่งยกคำคัดค้านของนายหนึ่ง เนื่องจากยังไม่มีการดำเนินคดีละเมิดอำนาจศาล ทั้งที่ในความเป็นจริง ณ ขณะนั้น มีคดีละเมิดอำนาจศาลพิพาทอยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล การที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งลงวันที่ 5 สิงหาคม 2559 ยกคำร้องคัดค้านตุลาการจึงเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยข้อ 18 วรรคหนึ่ง¹⁵ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 อันเป็นกรณีมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม

ศาลปกครองสูงสุดองค์คณะที่ 3 จึงรับคำร้องของนายหนึ่ง ไว้พิจารณา และได้มีคำสั่งเกี่ยวกับคดีละเมิดอำนาจศาลของนายหนึ่งใหม่ว่า “แม้ถ้อยคำของนายหนึ่ง อาจจะมีลักษณะเป็นการวิพากษ์วิจารณ์การทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาลว่า ใช้หลักรัฐศาสตร์มากกว่า

¹⁵ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 (ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะฯ)

มาตรา 18 วรรคหนึ่ง เมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลปกครองคนใดและตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้านไม่ขอถอนตัวออกจากคดีนั้น ให้องค์คณะที่พิจารณาคำคัดค้านนั้นพิจารณา คำคัดค้านและบันทึกคำชี้แจงของตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้าน โดยอาจฟังค่าแถลงของคู่กรณีเกี่ยวข้อง และตุลาการศาลปกครองที่ถูกคัดค้าน รวมทั้งพยานอื่นตามที่เห็นสมควรแล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสีย ซึ่งคำคัดค้านนั้น คำสั่งดังกล่าวให้เป็นที่สุด

หลักนิติศาสตร์มาตัดสิน อันอาจมีส่วนทำให้ผู้อ่านสื่อบางคนเข้าใจว่าศาลมิได้พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และอาจมีลักษณะเป็นการดำเนินหรือกล่าวหาว่าการพิจารณาพิพากษาของศาลเป็นไปโดยไม่รอบคอบก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้มีการวิพากษ์วิจารณ์การทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาล ซึ่งในการวินิจฉัยคดีศาลใช้ดุลพินิจทั้งในส่วนของข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งในส่วนของข้อกฎหมายที่จะใช้ในการเปิดโอกาสให้มีการวิพากษ์วิจารณ์ศาลจึงเป็นเรื่องจำเป็น เพื่อให้การทำหน้าที่ของศาลเป็นไปตามครรลองหลักของความยุติธรรมที่สังคมยอมรับ เพียงแต่การวิพากษ์วิจารณ์นั้นจะต้องเป็นไปตามหลักวิชาการ เมื่อการวิจารณ์ของนายหนึ่ง เกิดจากเจตนาและความปรารถนาดีต่อประเทศชาติ และไม่มี ความเข้าใจมากเพียงพอเกี่ยวกับการใช้และตีความกฎหมายของศาล ทั้งเป็นการแสดงออกถึงข้อสงสัยที่พอเข้าใจได้ในมุมมองของประชาชนทั่วไป และถ้อยคำไม่ได้มีลักษณะเป็นการใช้อารมณ์ความรู้สึก แต่เพียงอย่างเดียว อันจะเข้าข่ายกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล จึงมีคำสั่งยกคำร้องของนาย บลงวันที่ 29 เมษายน 2559 และลงวันที่ 27 พฤษภาคม 2559”¹⁶

กรณีดังกล่าวมีปัญหาโต้แย้งกันว่า ศาลจะมีอำนาจพิจารณาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีละเมิดอำนาจศาลใหม่ได้หรือไม่ จึงมีการนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาในที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2565 ว่า กรณีคำสั่งลงโทษละเมิดอำนาจศาลนั้น เป็นการใช้อำนาจทางตุลาการของศาลที่ออกคำสั่งแก่คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกเพื่อควบคุมกระบวนการพิจารณาของศาลให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย รวมทั้งเพื่อรักษาสถานะของสถาบันตุลาการมิให้ได้รับความเสียหาย กรณีจึงไม่เข้าลักษณะเป็น “คดี” ตามบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา 1 (2)¹⁷ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้น คำสั่งศาลอันถึงที่สุดที่ลงโทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 64 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงมิใช่คำสั่งที่อาจขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดใหม่ได้ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง¹⁸ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

¹⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ล. 1/2565.

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (2) “คดี” หมายความว่า กระบวนการพิจารณานับตั้งแต่เสนอคำฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้รับรองคุ้มครองบังคับตามหรือเพื่อการใช้ซึ่งสิทธิหรือหน้าที่

¹⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 75 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่ศาลปกครองได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองเสร็จเด็ดขาดแล้ว คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียหรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีอาจมีคำขอให้ศาลปกครอง

จากกรณีดังกล่าวมีข้อสังเกต 2 ประการ ดังนี้

1. ในระหว่างการพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาล ผู้ถูกกล่าวหาว่าละเมิดอำนาจศาลสามารถยื่นคัดค้านตุลาการองค์คณะที่พิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาลได้ หรือไม่
2. คดีที่ศาลได้มีคำสั่งลงโทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไปแล้ว หากผู้ถูกลงโทษไม่พอใจในคำสั่งลงโทษละเมิดอำนาจศาล สามารถยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการองค์คณะที่ออกคำสั่งลงโทษตนเอง ได้หรือไม่

ข้อสังเกตที่ 1 ผู้เขียนเห็นว่า ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 14 ได้ให้สิทธิคู่กรณีสามารถคัดค้านตุลาการในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีหรือที่เป็นตุลาการผู้แถลงคดี ดังนั้น ในระหว่างการพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาลแล้วมีผู้ยื่นคัดค้านตุลาการ อาจอธิบายได้ในทำนองเดียวกันกับที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดข้างต้นว่า สิทธิในการยื่นคัดค้านตุลาการนั้น ต้องเป็นการยื่นในคดีที่ได้เริ่มต้นตั้งแต่มีการเสนอคำฟ้องเพื่อขอให้รับรองคุ้มครองบังคับตามหรือเพื่อการใช้ซึ่งสิทธิหรือหน้าที่อันมิใช่คดีในความหมายที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลสามารถยื่นคำคัดค้านตุลาการองค์คณะที่พิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาลได้

ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลเป็นกฎหมายพิเศษที่ให้อำนาจศาลในการค้นหาข้อเท็จจริง โดยไม่จำเป็นต้องมีคำฟ้อง ไม่จำเป็นต้องให้โอกาสแก้ข้อกล่าวหา ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตัดสินเพื่อที่ศาลจะมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในระหว่างการพิจารณาคดี อันเป็นการควบคุมความประพฤติของคู่กรณีคุ้มครองกระบวนการพิจารณาคดีในศาลและคุ้มครองสถาบันศาลในการพิจารณาคดี ในกรณีจำเป็นเพื่อความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล และในคดีดังกล่าวนี้ตุลาการองค์คณะผู้พิจารณาย่อมมีฐานะเป็นผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกกล่าวหาย่อมมีฐานะเป็นผู้ถูกฟ้องคดีในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ดังนั้น อาจได้คำตอบที่ว่า ในระหว่างการพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาล ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งเสมือนเป็นผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจยื่นคัดค้านตุลาการหรือองค์คณะผู้พิจารณาความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลได้นั่นเอง แม้ในการยื่นคำร้องในกรณีข้างต้นจะริเริ่มจากคู่กรณีในคดีก็ตาม แต่ในเบื้องต้นศาลย่อมต้องเป็นผู้พิจารณาว่ามีมูลในการพิจารณาความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือไม่

ข้อสังเกตที่ 2 คดีที่ศาลได้มีคำสั่งลงโทษในความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไปแล้ว หากผู้ถูกลงโทษไม่พอใจในคำสั่งลงโทษละเมิดอำนาจศาล สามารถยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการองค์คณะ

พิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองนั้นใหม่ได้ (3) มีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม.

ที่ออกคำสั่งลงโทษตนเอง ได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ในประเด็นนี้สามารถตอบคำถามได้อย่างเดียวกันกับข้อสังเกตที่ 1 ที่ว่า คำสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล ไม่สามารถคัดค้านตุลาการองค์คณะที่ออกคำสั่งลงโทษได้ ไม่ว่าคำสั่งลงโทษละเมิดอำนาจศาลจะเป็นกรณีที่องค์คณะเดิมพิจารณาลงโทษตั้งเดือน โดยมีคำดำเนินเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไล่ออกจากบริเวณศาล หรือเป็นกรณีที่องค์คณะอื่นที่ไม่ใช่ องค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีมีคำสั่งลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท ก็ตาม กรณียอมไม่เกิดสิทธิแก่ผู้ถูกลงโทษจากคำสั่งดังกล่าวให้มีสิทธิในการคัดค้านตุลาการผู้ออกคำสั่งได้

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวของผู้ถูกกล่าวหาเปรียบเทียบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นว่า เกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อความใดเป็นข้อความดูหมิ่นศาลหรือไม่นั้น ศาลฎีกาจะพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า ข้อความดังกล่าวมีลักษณะเป็นการดูหมิ่นศาลในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ โดยพิจารณาจากข้อความหรือความเห็นเกี่ยวกับการพิจารณาคดีไปจนมีคำพิพากษาเป็นที่สิ้นสุด และพิจารณาต่อมาเป็น ความประสงค์จะให้มียุติพลเหนือความรู้สึกของประชาชน หรือเหนือศาล หรือเหนือคู่ความ หรือเหนือพยานแห่งคดีซึ่งพอเห็นได้ว่าจะทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไปหรือไม่ เช่น การลงข้อความและบทความในหนังสือพิมพ์เป็นเชิงเปรียบเทียบทำให้เข้าใจว่าผู้พิพากษาสั่งเลื่อนคดีโดยไม่ยุติธรรม หรือความยุติธรรมหาไม่ได้ ข้อความดังกล่าวมีเจตนาให้มีสิทธิพลเหนือความรู้สึกของพยานและเหนือศาลที่จะทำให้การพิจารณาเสียความยุติธรรม จึงมีความผิดฐานละเมิดอำนาจ ให้จำคุก 2 เดือน¹⁹ และกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่า ไม่เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล เช่น กรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาเขียนข้อความลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์ว่า กฎหมายระบุให้ผู้ยื่นคำร้องขอดำเนินคดีอย่างคนอนาถต้องสาบานตนว่าเป็นคนยากจน ที่จะต้องทำต่อหน้าศาล แต่ศาลจังหวัดปราจีนบุรีให้สาบานตนตรงหน้าที่รับคำคู่ความทำให้คนมองกันเป็นตาเดียวเหมือนกับประจานความยากจนของผู้ร้องจึงอยากให้มีการปรับปรุงแก้ไข ข้อความดังนี้มีมียุติพลเหนือประชาชนแต่อย่างใด²⁰

การอ้างเหตุในการคัดค้านตุลาการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์แอบแฝง เพื่อให้มีการเปลี่ยนองค์คณะที่จะพิจารณาคดีของตนเพื่อผลประโยชน์ของคดีตนเอง ซึ่งมีใช่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการคัดค้านตุลาการอย่างแท้จริง เช่น กรณีที่ผู้ฟ้องคดีเคยยื่นฟ้องต่อศาลปกครองแล้ว แต่ศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ต่อมาผู้ฟ้องคดีนำคดีมายื่นฟ้องเป็นอีกคดีหนึ่ง แต่ทราบว่าจะตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นตุลาการองค์คณะเดิมที่ได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้อง ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการเจ้าของสำนวนและตุลาการศาลปกครองกลางทั้งหมด ต้องการให้คดีนี้เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด โดยอ้างเหตุว่า กล่าวว่าจะไม่ได้รับความยุติธรรมจากการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ โดยไม่มีการกล่าวอ้างเหตุใดเหตุหนึ่งซึ่งตุลาการเจ้าของสำนวนหรือตุลาการศาล

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2611/2523.

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1896/2531.

ปกครองกลางทั้งหมดนั้นอาจถูกคัดค้านแต่อย่างไร คำร้องคัดค้านตุลาการของผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีผลตามกฎหมายที่ศาลจะรับไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องนี้ไว้พิจารณา²¹

ส่วนการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ไม่ถือว่า มีสภาพร้ายแรง และไม่อาจยกเป็นเหตุในการคัดค้านตุลาการได้นั้น เช่น กรณีที่ตุลาการเจ้าของสำนวน ใช้ถ้อยคำในระหว่างการไต่สวนผู้ฟ้องคดีเกี่ยวกับความเสียหายที่ได้รับ โดยตุลาการเจ้าของสำนวนได้อธิบายและแนะนำผู้ฟ้องคดีในกรณีที่เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถบรรยายความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อีกทั้งไม่มีเอกสารประกอบที่แสดงถึงความเสียหายดังกล่าว ตุลาการเจ้าของสำนวนจึงพูดชักจูงให้ผู้ฟ้องคดีถอนฟ้องในส่วนค่าเสียหายที่ไม่สามารถบรรยายฟ้องได้ในลักษณะว่า “ฟ้องหน่วยงาน ก เรื่อง แก้ววันที่ 18 เป็นวันที่ 14 ไม่เห็นเสียหายอะไร จะเป็นวันที่ 14 หรือวันที่ 18 บันไดก็ล้าอยู่ดี” และ “อธิบายเสียหายอย่างไรไม่ได้ก็แพ้คดีแน่ ๆ เดียวไปยื่นคำขอถอนค่าธรรมเนียม 200,000 บาท กลับไปนอนกอดให้อุ่นใจดีกว่า ศาลไม่อยากรีดค่าธรรมเนียมอาจารย์ เคยทำคดีมาเรียก 17,000,000 บาท แพ้โดนยึดค่าธรรมเนียมศาลฟรี” ซึ่งคำพูดของตุลาการเจ้าของสำนวนดังกล่าว เป็นเพียงการยกตัวอย่างในลักษณะอธิบายเกี่ยวกับบทกฎหมายทั่วไปเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีใช้ประกอบการตัดสินใจในการขอถอนคำฟ้องดังกล่าว ซึ่งหลังจากการไต่สวนผู้ฟ้องคดีได้ถอนฟ้องตามคำแนะนำ กรณีตามพฤติการณ์จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าเป็นการล่อลวง ชูเชิญ ให้สัญญาหรือกระทำการใดเพื่อจูงใจให้ผู้ฟ้องคดีให้ถ้อยคำหรือทำการถอนคำฟ้องโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ฟ้องคดีนำเหตุดังกล่าวมาคัดค้านจึงไม่เข้าเหตุใดเหตุหนึ่งอันจะเป็นเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และมีเหตุอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรมตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542²²

กรณีที่ศาลใช้อำนาจในการเรียกบุคคลภายนอกคดีเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดีเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดี แม้บุคคลภายนอกที่ศาลเรียกเข้ามาจะเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ฟ้องคดีก็ตาม เช่น การที่ตุลาการเจ้าของสำนวนมีคำสั่งเรียกให้ นายดำ เข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยเพราะเหตุคำพิพากษาอาจมีผลกระทบต่อนายดำ หากศาลไม่เรียกนายดำ เข้ามา และมีคำพิพากษาเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของนายดำแล้ว ย่อมกระทบโดยตรงต่อสิทธิของนายดำ ซึ่งนายดำ จะมีได้เข้าโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงของตนเอง อันขัดต่อหลักการฟังความสองฝ่าย อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการดำเนินการอื่นใดอันมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะอ้างว่า นายดำ เคยเป็นผู้คัดค้านทั้งในทางแพ่ง ทางอาญา และเคยขู่ฆ่าวางเพลิงผู้ฟ้องคดี จนทำให้ผู้ฟ้องคดีเกรงว่าจะไม่ได้รับ

²¹ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 3106/2555.

²² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 272/2561.

ความเป็นธรรม ด้วยที่นายดำ เป็นผู้มีอิทธิพล ลูกน้องของนายดำ วนเวียนอยู่ใกล้บ้านผู้ฟ้องคดีเป็นประจำทุกวัน²³

ผลจากการที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งยกคำร้องคัดค้านตุลาการศาลปกครองของผู้ฟ้องคดีแล้ว ตุลาการศาลปกครองผู้ที่ถูกคัดค้านยอมเข้าร่วมเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีในองค์คณะเดิมได้ และมีอำนาจดำเนินกระบวนการได้ตามปกติไม่จำเป็นต้องงดการปฏิบัติหน้าที่ตามข้อ 15 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะการจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้าน ตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครองและการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544²⁴

5.3 ปัญหาการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการทำให้ตนเองบริสุทธิ์

ปัจจุบันในระบบกฎหมายไทย การคัดค้านตุลาการให้เป็นเพียงสิทธิของคู่กรณีในคดีเท่านั้น ที่สามารถริเริ่มก่อนได้ โดยการเปิดโอกาสให้แก่คู่ความหรือคู่กรณีเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาล ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านหรือคู่กรณีนั้น ย่อมแบ่งแยกได้เป็น 1. ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการในความหมายอย่างแคบ คือ คู่กรณีที่ได้รับผลกระทบต่อตุลาการผู้มีเหตุแห่งการคัดค้านโดยตรง และ 2. ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ คู่กรณีที่อาจไม่ได้รับผลกระทบโดยตรงแต่ได้ใช้สิทธิยื่นคัดค้านเพื่อป้องกันสิทธิของตนที่อาจถูกกระทบ แต่อาจมิใช่เป็นบุคคลคนอื่นใดก็ได้ที่มีลักษณะเปิดกว้างเกินไป

การคัดค้านตนเองดังกล่าวของตุลาการมิได้มีความหมายให้ตุลาการอีกคนหนึ่งคัดค้านตุลาการอีกคนหนึ่งแบบที่คู่ความคัดค้านหรือตุลาการคัดค้านตนเอง แต่เป็นกรณีที่ปรากฏว่า ตุลาการที่มีเหตุในการคัดค้านไม่ทำหน้าที่ด้วยการแสดงเหตุที่อาจถูกคัดค้านและขอถอนตนเองออกจากการพิจารณาคดีเพื่อแสดงความบริสุทธิ์ใจต่อองค์คณะพิจารณา หากปรากฏเหตุดังกล่าว จึงควรให้ศาลหรือตุลาการเป็นผู้หยิบยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาให้องค์คณะพิจารณา เพื่อดำเนินการกับตุลาการผู้ที่ไม่ทำหน้าที่ของตุลาการที่มีเหตุซึ่งอาจถูกคัดค้านได้ต่อไป อาจถูกปลดออกจากการทำหน้าที่ตุลาการต่อไปเพราะเหตุที่ไม่มีความเป็นกลางในการพิจารณาคดี และทำให้เกิดความไม่เชื่อมั่นของประชาชนต่อองค์คณะทำคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาได้

²³ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ ส. 9/2558.

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 110/2558.

จากการศึกษาในระบบกฎหมายไทย ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติให้สิทธิแก่ตุลาการที่ร่วมองค์คณะในการพิจารณาคดีเพื่อจัดทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดี สามารถหยิบยกกรณี que tuale ผู้มีเหตุซึ่งอาจถูกคัดค้านได้แล้ว ไม่แสดงเหตุหรือแจ้งขอถอนตัวเองออกจากการพิจารณาเพื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาและอาจถูกถอนถอดหรือถูกปลดออก ดังนั้น หากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นเท่ากับว่าตุลาการในองค์คณะพิจารณาต้องทำคำพิพากษาต่อไป ถึงแม้จะรู้ว่าตุลาการท่านอื่นในองค์คณะมีเหตุขาดคุณสมบัติหรือมีเหตุแห่งความไม่เป็นกลางนั้นก็ตาม โดยไม่สามารถแจ้งหรือขอให้ถอดถอนตุลาการผู้นั้นออกจากการพิจารณาได้ และต้องทำคำพิพากษาต่อไปทั้งที่ตนได้รู้เหตุเช่นว่านั้น และถ้าคัดค้านไม่ได้ก็เท่ากับคำพิพากษาเกิดขึ้นจากตุลาการที่มีเหตุอันควรกังวลในความไม่เป็นกลางและไม่มีกรทำให้ความกระจ่างขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมไม่ถูกต้อง และก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ของประชาชนต่อความเชื่อมั่นในคำพิพากษาได้ อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวอาจเป็นการประพฤติดินผิดจริยธรรมตุลาการศาลปกครอง หรือผิดวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครองได้²⁵ ซึ่งในการประพฤติดินผิดวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครองอาจทำให้เป็นเหตุให้ถูกไล่ออกจากตำแหน่งตุลาการศาลปกครองได้ หากพบว่าเป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามที่กำหนดในวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครองดังกล่าว²⁶

แม้หลักการไม่เปิดโอกาสให้ตุลาการสามารถคัดค้านตุลาการกันเองได้นั้น ไม่ว่าจะด้วยเหตุเพื่อเป็นการร่นระยะเวลาการพิจารณาคดี หรือเนื่องด้วยเหตุเพื่อเป็นการป้องกันการกลั่นแกล้งกันเอง หรือเป็นการเคารพให้เกียรติกันระหว่างตุลาการด้วยกันเองก็ตาม แต่เมื่อซึ่งน้ำหนักถึงความเชื่อมั่นในระบบความยุติธรรมหรือเป็นการคุ้มครองคำพิพากษาให้มีความศักดิ์สิทธิ์เที่ยงธรรมมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนเห็นว่า นอกจากคู่มือที่เกี่ยวกับคดีแล้ว ควรจะมีบทบัญญัติให้อำนาจตุลาการหากปรากฏว่าตุลาการที่มีเหตุอาจถูกคัดค้านได้ไม่แสดงเหตุต่อองค์คณะ โดยนำ “กรณีการทำให้ตนเองบริสุทธิ์” มาใช้โดยเปิดโอกาสให้ตุลาการคนอื่นสามารถนำเรื่องดังกล่าวเสนอต่อองค์คณะเพื่อพิจารณา และนำไปสู่การพิจารณาดำเนินการกับตุลาการผู้นั้น เพราะจะช่วยทำให้คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลออกมาสู่ประชาชนเป็นที่น่าศรัทธามากยิ่งขึ้น และคงความยุติธรรมได้ด้วยเช่นกัน

²⁵ ประกาศ ก.ศป. ฉบับลงวันที่ 11 มีนาคม 2562 เรื่อง วินัยแห่งการเป็นข้าราชการตุลาการศาลปกครอง.

²⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 23 ก.ศป. อาจมีมติไล่ตุลาการศาลปกครองออกได้ในกรณี ดังต่อไปนี้ (1) ทุจริตต่อหน้าที่ (2) กระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามที่กำหนดในวินัยแห่งการเป็นตุลาการศาลปกครอง (3) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ในระบบกฎหมายไทย แม้จะไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติกรณีดังกล่าวไว้ให้มีการคัดค้านกันเองระหว่างตุลาการผู้มีอำนาจทำคำพิพากษาก็ตาม แต่ก็มีกรณีที่อาจเทียบเคียงได้ กรณีการถกเถียงกันระหว่างตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับประเด็นระยะเวลาการดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญของนายวรวิทย์ กังศศิเทียม ที่ดำรงตำแหน่งมาตั้งแต่วันที่ 9 กันยายน 2557 เป็นเวลา 7 ปี 6 เดือน และกำลังจะมีอายุครบ 70 ปี ในวันที่ 1 มีนาคม 2565 นี้ (เกิดวันที่ 1 มีนาคม 2495)

ประเด็นที่หนึ่งว่า นายวรวิทย์ มีวาระครบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว หรือไม่

ประเด็นที่สองว่า ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวาระการดำรงตำแหน่งดังกล่าวของนายวรวิทย์

ในประเด็นที่หนึ่งนั้น มีปัญหาว่าควรจะมีระยะเวลาที่กำหนดตามรัฐธรรมนูญปี 2550 หรือรัฐธรรมนูญปี 2560 ซึ่งรัฐธรรมนูญปี 2550 กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีวาระในตำแหน่งไม่เกิน 9 ปี หรือต้องอายุไม่เกิน 70 ปี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเรื่องใดมาถึงก่อนหลัง กรณีของนายวรวิทย์” จะอายุครบ 70 ปี ก่อนถึงวาระ 9 ปี ซึ่งนายวรวิทย์ ได้รับการแต่งตั้งเมื่อวันที่ 9 กันยายน 2557 และอยู่ในตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาแล้ว 7 ปี 6 เดือน สำหรับรัฐธรรมนูญปี 2560 กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีวาระในตำแหน่งไม่เกิน 7 ปี หรือต้องอายุไม่เกิน 70 ปี แต่สามารถขยายอายุไม่เกิน 75 ได้ ในประเด็นแรกนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 9 คน มีความเห็นที่แตกต่างกันแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายที่หนึ่งเห็นว่านายวรวิทย์ ไม่สามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้เนื่องจากต้องยึดตามรัฐธรรมนูญปี 2550 ที่กำหนดว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีอายุไม่เกิน 70 ปี ส่วนฝ่ายที่สองเห็นว่านายวรวิทย์ สามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญปี 2560 ที่กำหนดว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีอายุได้ถึง 75 ปี ซึ่งได้มีการประชุมเกี่ยวกับวาระนี้ไปแล้วแต่ในการประชุมมีนายวรวิทย์ ที่ไม่ควรอยู่ในห้องประชุม เพราะตนเองมีส่วนได้ส่วนเสีย เนื่องจากมีแนวโน้มว่า นายวรวิทย์ จะเข้าร่วมโหวตวาระดังกล่าวด้วยเพราะหากตัดคะแนนของ นายวรวิทย์ ออกจะทำให้คะแนนเสียงของสองฝ่ายเท่ากันที่ 4 ต่อ 4 เสียง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้นายวรวิทย์ดำรงตำแหน่งต่อไปนั้น จึงเสนอเรื่องดังกล่าวผ่านสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สองว่า ผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวาระการดำรงตำแหน่งดังกล่าวของนายวรวิทย์ เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 18 วรรคสาม ในกรณีที่มีปัญหาว่าตุลาการผู้ใดพ้นจากตำแหน่งตาม (1) หรือ (3) หรือไม่ ให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหาให้เป็นที่สุด และมาตรา 22 วรรคหนึ่ง เมื่อมีผู้ร้องขอโดยมีหลักฐานตามสมควรว่าตุลาการผู้ใดพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 18 (1) หรือ (3) ให้เลขาธิการวุฒิสภาเสนอเรื่องต่อประธานกรรมการสรรหาภายในห้าวันนับแต่วันที่ได้รับการร้องขอ และให้คณะกรรมการสรรหาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จโดยเร็ว ในการวินิจฉัยให้ถือเสียงข้างมาก กรณีที่มีเสียงเท่ากันให้ประธานกรรมการสรรหาออก

เสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด โดยคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า นายวรวิทย์ ได้รับการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 9 กันยายน 2557 จึงเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งยังไม่ครบวาระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ใช้บังคับ ต่อมาเมื่อวุฒิสภาให้ความเห็นชอบบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 4 คน ประกอบด้วย นายอุดม นายวิรุฬห์ นายจิรนิติ และนายณภดล บุคคลทั้งสี่ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ยังดำรงตำแหน่งไม่ครบวาระ จำนวน 4 คน ประกอบด้วย นายวรวิทย์ นายทวีเกียรติ นายนครินทร์ และนายปัญญา ได้เลือกกันเองให้นายวรวิทย์ เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ และได้รับการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2563 จึงถือได้ว่านายวรวิทย์ ได้ดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในมาตรา 81 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ส่วนบทบัญญัติที่ว่าประธานศาลรัฐธรรมนูญซึ่งลาออกจากตำแหน่งให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย²⁷ นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายให้ตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นตำแหน่งที่ต้องได้รับการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งเป็นการเฉพาะและเพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการสลับตำแหน่งระหว่างประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ นายวรวิทย์ จึงยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปได้จนกว่าจะครบวาระตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 79 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ได้บัญญัติรับรองสถานะการดำรงตำแหน่งของนายวรวิทย์ กังศศิเทียม ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ไว้อย่างชัดเจนแล้วในบทเฉพาะกาล ดังนั้น คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีมติเป็นเอกฉันท์ว่า นายวรวิทย์ มิได้เป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 202 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งแต่ประการใด

กรณีที่เกิดขึ้นย่อมอาจถือได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยแม้ไม่มีการกำหนดหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ไว้ในเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้มีการนำมาใช้ในลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบกันเองได้ว่า ตุลาการที่จะมาพิจารณาพิพากษาหรือทำคำวินิจฉัยต้องไม่เป็น

²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 208 วรรคสอง.

ผู้ขาดคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ในกรณีนี้แม้จะมีผู้ยื่นคำร้องเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว แต่ตุลาการในศาลรัฐธรรมนูญเองก็สามารถหยิบยกกรณีดังกล่าวมาเพื่อเป็นประเด็นเกี่ยวกับความชอบธรรมในการดำรงตำแหน่งของประธานศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยส่งเรื่องให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้มีข้อยุติในข้อกฎหมายและเกิดความชัดเจนเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี และผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญป้องกันปัญหาที่อาจมีคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกโต้แย้งความสมบูรณ์ของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในภายหลังได้ รวมทั้งแสดงถึงความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ยังปรากฏการคัดค้านกันเองของตุลาการแต่การคัดค้านดังกล่าวมิได้ทำในฐานะของตุลาการที่พิจารณาพิพากษาคดี แต่เป็นการคัดค้านในระหว่างการทำหน้าที่ในกระบวนการสอบสวนความผิดทางวินัยของตุลาการด้วยตนเอง และในท้ายที่สุดกลับเป็นเหตุนำไปสู่การฟ้องร้องดำเนินคดีทางอาญา โดยกรณีนี้เกิดจากการที่ประชุมคณะกรรมการตุลาการมีมติสั่งพักราชการและให้ดำเนินการสอบสวนวินัยกับตุลาการ นาย ก แต่ปรากฏว่าในชั้นกรรมการสอบสวนทางวินัยมีการยื่นคัดค้านกันเองโดย นาย บ และนาย น คัดค้านว่า ตุลาการนาย ข ซึ่งเป็นกรรมการผู้แทนที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ส่งมาไม่มีความเป็นกลางเพราะเหตุที่รู้สึกสนิทสนมกับ นาย ก แต่สุดท้ายทาง ก.พ. ก็ยืนยันการส่งนาย ข ซึ่งจากการคัดค้านกรรมการดังกล่าว ทำให้นาย ก เชื่อว่าเป็นกรณีที่กรรมการ นาย บ และนาย น ประสงค์หวังผลให้กรรมการคนหนึ่งเกษียณอายุราชการไปก่อนที่มีการลงมติว่ามีการกระทำความผิดวินัยจริงหรือไม่ และเป็นการถ่วงเวลาถึงเรื่องการสอบสวนให้ช้า ทั้งที่ระเบียบของ ก.ศ.ป. ว่าด้วยการสอบสวนระบุชัดเจนว่าให้มีการสอบสวนโดยเร็วไม่เกิน 60 วัน ซึ่งนับถึงขณะนั้นก็ล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดมาแล้ว ส่งผลให้ นาย ก รู้สึกไม่ได้รับความเป็นธรรม

นาย ก จึงยื่นฟ้อง นาย บ รองประธานศาล ในฐานะเป็นประธานกรรมการสอบสวน และ นาย น ตุลาการหัวหน้าคณะ ในฐานะเป็นกรรมการสอบสวนและเลขานุการ ฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157 และมาตรา 83 ฐานเป็นตัวการและผู้สนับสนุนต่อศาลอาญา โดยบรรยายฟ้องว่า “จำเลยทั้งสองเป็นตุลาการศาลสูงและเป็นกรรมการตุลาการศาลผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งทราบถึงระเบียบหลักเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่กรรมการสอบสวนและระเบียบฯ ว่าด้วยการสอบสวนเป็นอย่างดีว่า กรรมการสอบสวนที่ได้รับการแต่งตั้งจาก ก.ศ.ป. ไม่มีอำนาจที่จะโต้แย้งกรรมการสอบสวนที่ได้รับการแต่งตั้งจาก ก.พ. การกระทำของจำเลยจึงมีเจตนาเพื่อให้การสอบสวนเป็นไปโดยล่าช้าและประวิงเวลาในการสอบสวนเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ และมีผลให้โจทก์ไม่สามารถกลับไปปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่งเดิมได้ในระหว่างการสอบสวน การกระทำความผิดดังกล่าวของจำเลยทั้งสองจึงเป็นความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ หรือมีเจตนาที่จะกลั่นแกล้งโจทก์ให้ได้รับความเสียหาย เลื่อมเสียว

ชื่อเสียงเกียรติคุณของโจทก์ที่สร้างสมมาเป็นเวลากว่า 40 ปี และไม่อาจกลับมาปฏิบัติหน้า
ประธานศาลสูงสุดได้โดยเร็ว การกระทำของจำเลยทั้งสองจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา
มาตรา 157 และมาตรา 83...”²⁸ ซึ่งต่อมาศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษายกฟ้องเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม
2559²⁹ เนื่องจากเห็นว่าคดีไม่มีมูล โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

ต่อมาโจทก์ฎีกา ศาลฎีกาพิพากษายืน³⁰ และได้วินิจฉัยโดยมีสาระสำคัญแยกพิจารณา
ตามประเด็นได้ ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง นาย ข เป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการเป็นกรรมการสอบสวนเพราะเหตุไม่
เป็นกลาง หรือไม่

ในประเด็นนี้ ศาลฎีกาเห็นว่า “เมื่อพิจารณาถึงสถานะที่ นาย ข เคยรับราชการในศาล
ปกครองสูงสุดมาเป็นเวลานาน เคยดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ยิ่งไปกว่านั้นเคย
ดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดที่มีโจทก์เป็นองค์คณะเป็นเวลาหลายปี
กับทั้งขณะได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนโจทก์ นาย ข ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาในศาลปกครอง
สูงสุด และประธานกรรมการมูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งมีโจทก์
เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงมีเหตุให้เชื่อว่าหาก นาย ข เป็นกรรมการ
สอบสวนโจทก์ก็ย่อมจะทำให้บุคคลทั่วไปเกิดความสงสัยในความสุจริต โปร่งใส และเป็นกลาง
ของ นาย ข ได้ และกรณีที่โจทก์ถูกกล่าวหาจนเป็นที่มาของการตั้งคณะกรรมการสอบสวนนั้น
เป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อสื่อมวลชน จึงเชื่อได้ว่าหากสื่อมวลชนทราบว่ามี การตั้ง นาย ข เป็น
กรรมการสอบสวนโจทก์ ย่อมส่งผลกระทบต่อศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นสถาบันที่ประชาชนให้ความ
เคารพศรัทธาเกิดความเสื่อมเสียได้ ”

ประเด็นที่สอง คณะกรรมการสอบสวนมีอำนาจคัดค้านกันเอง หรือไม่

ศาลฎีกาเห็นว่า “แม้ว่าระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการ
ศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544 ข้อ 9 จะกำหนดให้สิทธิ
ตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาจะคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนตนก็ตามแต่ก็หา
มีข้อใดที่ห้ามกรรมการสอบสวนคัดค้านกันเองไม่ และหากจะตีความว่ากรรมการสอบสวนไม่มีอำนาจ
คัดค้านกรรมการด้วยกันเองเพราะไม่มีข้อกำหนดไว้เป็นการเฉพาะดังเช่นตุลาการศาลปกครอง

²⁸ ‘รายงานข่าว ปธ. ศาลปกครองสูงสุด ฟ้อง 2 กก.สอบสวนฐานผิด ม.157 ไม่สอบ
คดีจนเกินกำหนด 60 วัน’ MGR online (19 พฤษภาคม 2558) < [https://www. Mgronline.com/politics/detail/9580000056836](https://www.Mgronline.com/politics/detail/9580000056836)> สืบค้นเมื่อ 18 มิถุนายน 2566.

²⁹ คำพิพากษาศาลอาญา คดีหมายเลขแดงที่ อ. 2059/2559.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6286/2561.

ผู้ถูกกล่าวหาแล้วก็อาจจะทำให้กรรมการคนที่ได้รับแต่งตั้งโดยไม่ชอบหรือมีคุณสมบัติไม่เหมาะสม ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการ ซึ่งจะเป็ผลร้ายแก่กระบวนการสอบสวนเป็นอย่างมาก การที่กรรมการสามารถคัดค้านกรรมการด้วยกันได้น่าจะเป็นผลดียิ่งกว่า และหากตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาเห็นว่ากรรมการที่ได้รับแต่งตั้งให้ทำการสอบสวนมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดตามระเบียบ ก.ศป. ดังกล่าว ข้อ 9 ตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนตนได้ ซึ่งจะทำให้การสอบสวนเกิดความสุจริต โปร่งใส และเป็นธรรมด้วยกันทั้งสองฝ่าย ดังนั้น การที่จำเลยที่ 2 ทำหนังสือหรือจำเลยที่ 1 และให้คณะกรรมการ ก.ศป. ประชุมกันเพื่อหาข้อยุติในเรื่องดังกล่าวตามหนังสือเรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน จึงเป็นการกระทำที่ปกป้องชื่อเสียงสถาบันของตนเองด้วยความชอบธรรม การกระทำของจำเลยทั้งสองจึงนับว่ามีเหตุอันสมควร ...”

กรณีข้างต้นไม่ปรากฏว่า มีบทบัญญัติให้อำนาจกรรมการสอบสวนวินัยตุลาการสามารถคัดค้านกันเองได้ มีเพียงการกำหนดให้สิทธิผู้ที่สามารถคัดค้านกรรมการได้ ดังนี้

1. ผู้ที่ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิคัดค้านกรรมการสอบสวนได้ ถ้ามีเหตุซึ่งอาจถูกคัดค้านได้ตามที่กำหนดในระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544 ข้อ 9³¹ ซึ่งเป็นระเบียบที่ใช้ในขณะนั้น ต่อมาได้มีการแก้ไขและยกเลิกระเบียบดังกล่าวโดยในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการ

³¹ ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544

ข้อ 9 วรรคหนึ่ง ตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวน ถ้าผู้นั้นมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) รู้เห็นเหตุการณ์ในขณะตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหากระทำการตามเรื่องที่ถูกกล่าวหา

(2) มีประโยชน์ได้เสียในเรื่องที่สอบสวน

(3) มีสาเหตุโกรธเคืองกับตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหา

(4) เป็นผู้กล่าวหา หรือเป็นคู่หมั้น คู่สมรส บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่น้องร่วมบิดา มารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาของผู้กล่าวหา

(5) มีเหตุอื่นซึ่งอาจทำให้การสอบสวนเสียความเป็นธรรม

สอบสวนและสิทธิของข้าราชการตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งหรือกระทำผิดวินัย พ.ศ. 2562 ข้อ 13³²

2. กรรมการคัดค้านตัวเอง เป็นกรณีที่กรรมการสอบสวนผู้มีเหตุอันอาจถูกคัดค้านได้ต้องรายงานต่อ ก.ศป. โดย กศป. จะเป็นผู้พิจารณาว่าตุลาการผู้นั้น มีเหตุหรือไม่ โดยมีคำสั่งอย่างไรอย่างหนึ่ง ดังนี้

1) สั่งไม่รับคำร้องคัดค้าน หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด เป็นกรณีที่มีกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมจากฉบับเดิม³³

2) สั่งยกคำร้องคัดค้าน หากคำร้องไม่มีเหตุผลรองรับได้

3) สั่งให้กรรมการผู้ถูกคัดค้านพ้นจากการเป็นกรรมการสอบสวน และตั้งกรรมการคนใหม่แทน หากคำร้องมีเหตุผลรองรับได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงการสอบสวนที่ได้กระทำไปแล้ว

คดีนี้กฎหมายไม่ได้บัญญัติ ให้คณะกรรมการสอบสวนสามารถคัดค้านกันเองได้ตามระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. 2544 และได้กำหนดให้เพียงผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้มีสิทธิคัดค้านผู้ได้รับการ

³² ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของข้าราชการตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งหรือกระทำผิดวินัย พ.ศ. 2562

ข้อ 13 วรรคหนึ่ง ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิคัดค้านกรรมการสอบสวน ถ้าผู้นั้นมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) รู้เห็นเหตุการณ์ในขณะที่ผู้ถูกกล่าวหากระทำการตามเรื่องที่ถูกกล่าวหา

(2) มีประโยชน์ได้เสียในเรื่องที่สอบสวน

(3) มีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้ถูกกล่าวหา

(4) เป็นผู้กล่าวหา หรือเป็นเจ้าของหนี้หรือลูกหนี้ของผู้ถูกกล่าวหา

(5) เป็นคู่หมั้น คู่สมรส หรือบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้นของผู้กล่าวหา

(6) มีเหตุอื่นซึ่งอาจทำให้การสอบสวนไม่เป็นกลางหรือเสียความเป็นธรรม

³³ ระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของข้าราชการตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งหรือกระทำผิดวินัย พ.ศ. 2562

ข้อ 14 ในกรณีที่ผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนผู้ใดเห็นว่าตนมีเหตุอันอาจถูกคัดค้านตามข้อ 13 วรรคหนึ่ง ให้ผู้นั้นรายงานต่อ ก.ศป. และให้นำข้อ 13 วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลม

แต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนตนเองได้เท่านั้น ซึ่งศาลฎีกาได้เข้าไปวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการยื่นคัดค้าน กรรมการดังกล่าวว่า นอกจากผู้ถูกกล่าวหาจะสามารถยื่นคัดค้านกรรมการได้แล้ว ในการดำเนินการสอบสวนความผิดวินัยดังกล่าวแม้จะมีการดำเนินการสอบสวนวินัยกับผู้ถูกกล่าวหาในระดับที่มีฐานะเป็น ตุลาการ และมีกรรมการผู้ซึ่งทำการสอบสวนเป็นตุลาการเช่นกัน ก็ไม่อาจเชื่อถือได้ว่า ตุลาการผู้ที่เป็น คณะกรรมการสอบสวนดังกล่าวจะมีความบริสุทธิ์ ยุติธรรมได้อย่างเต็มที่ หากปรากฏว่า ตุลาการผู้ที่จะมาเป็นกรรมการสอบสวนมีพฤติการณ์อันมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การสอบสวนไม่เป็นกลางได้ ศาลฎีกาได้ ให้เหตุผลเกี่ยวกับสภาพความร้ายแรงของ นาย ข ไว้ว่า หากนาย ข เข้ามาเป็นกรรมการสอบสวนอาจ ก่อให้เกิดความไม่เชื่อมั่น เกิดความสงสัยในความสุจริต ไม่เป็นกลาง ดังนี้ 1. เคยเป็นตุลาการในศาล เดียวกันกับนาย ก ผู้ถูกกล่าวหามาเป็นเวลานาน 2. เคยดำรงตำแหน่ง รองประธานศาลปกครองสูงสุด 3. เคยดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะ ซึ่งมีนาย ก เป็นองค์คณะด้วยเป็นเวลาหลายปี 4. เป็นที่ปรึกษา ในศาลปกครองสูงสุด และประธานกรรมการมูลนิธิวิจัยและพัฒนาการระบวงการยุติธรรมทางปกครอง ในขณะที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวน

แม้กฎหมายต่าง ๆ จะไม่ได้บัญญัติให้สิทธิบุคคลอื่นในการคัดค้านได้ นอกจากบุคคลที่มี ส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง แต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า หากตีความตัวบทกฎหมายในลักษณะที่เคร่งครัดตาม ตัวอักษรมากเกินไปก็จะทำให้เกิดผลประหลาดในการตีความรวมถึงการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งตาม ข้อเท็จจริง พฤติการณ์เป็นที่รับรู้โดยทั่วไปว่า นาย ก และ นาย ข มีความสัมพันธ์ฉันมิตร หรือเคยเป็น เพื่อนร่วมงาน แต่ไม่มีผู้ใดสามารถโต้แย้งเรื่องดังกล่าวได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดสิทธิไว้และต้อง ดำเนินการสอบสวนต่อไป กล่าวคือ หากปล่อยให้ นาย ข ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันไม่อาจทำหน้าที่กรรมการ สอบสวน นาย ก ได้ แต่ นาย ข เมื่อได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนดังกล่าวไม่แสดงความบริสุทธิ์ ใจของตนในการเข้าทำหน้าที่และขอถอนตัวออกจากการเป็นกรรมการดังกล่าว ทั้งไม่ปรากฏว่ามีผู้อื่น คัดค้าน โดยนาย ข ยังคงเป็นกรรมการสอบสวนต่อไป ผลคือ ไม่ว่าคณะกรรมการสอบสวนดังกล่าวจะมีมติ เป็นประการใด ย่อมทำให้เกิดข้อกังขาต่อความเป็นกลางในระบบการสอบสวนตุลาการเป็นอย่างแน่นอน ซึ่งศาลฎีกาได้ตีความกรณีดังกล่าว นอกเหนือจากการตีความเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมายและความ มุ่งหมายอันเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ยังชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลดีกับผลร้ายระหว่างการปล่อยให้ ตุลาการซึ่งเป็นกรรมการสามารถคัดค้านกันเองได้ กับการไม่ให้กรรมการสอบสวนสามารถคัดค้านกันเองได้ โดยให้เหตุผลที่ทำให้เห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกานี้ยอมรับหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์โดยนำมาใช้ เพื่อเป็นการปกป้ององค์กรตุลาการไม่ให้อ่อนแอเสีย เป็นที่หมดศรัทธาของประชาชน และยังคงความ ยุติธรรมได้

ในกรณีที่คณะกรรมการคัดค้านกันเองภายในฝ่ายปกครอง เนื่องจากเห็นว่าการลงมติ ในการประชุมคณะกรรมการไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุที่หนึ่งในกรรมการมีส่วนได้เสียและจงใจ ให้กรรมการคนอื่นเข้าใจผิดและลงมติเป็นตามที่ถูกจงใจ โดยนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ศาล

มีคำพิพากษาเพิกถอนผลการประชุมหรือมติครั้งที่ 2 ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณา ในประเด็นเกี่ยวกับ ความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นกรรมการสภาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และเป็นหนึ่งใน กรรมการสภาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่เข้าร่วมประชุมครั้งที่ 1 ที่ถูกยกเลิกโดยการประชุมครั้งที่ 2 ผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสได้รับทราบวาระการประชุมก่อน ทำให้ไม่มีโอกาสอภิปรายแสดงความคิดเห็น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายและมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล และศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัย เป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติที่ประชุมครั้งที่ 2 ระเบียบวาระที่ 1 เรื่องประธาน แจ้งที่ประชุมทราบ 1.1.5 พิจารณายกเลิกการประชุมครั้งที่ 1 รวมทั้งยกเลิกคำสั่งทุกคำสั่งที่ได้ ออกตามมติที่ประชุมดังกล่าว เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ ในประเด็นนี้เป็นกรณีที่ ประธานในที่ประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เสนอต่อที่ประชุมเพื่อพิจารณายกเลิกการประชุม ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ครั้งที่ 2 ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ชุดเก่าซึ่งพ้น ตำแหน่งตามวาระย่อมหมดหน้าที่ในการที่จะเข้าประชุมในครั้งที่ 1 เมื่อปรากฏว่าในการประชุมครั้งที่ 1 มีกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีชุดใหม่แล้วแต่ไม่มาเข้าประชุม มีเพียงกรรมการชุดเก่าที่ยังคงเข้าประชุม ทำให้กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีเท่าที่มีอยู่ในขณะประชุมมีจำนวนไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการ ทำให้ไม่สามารถเป็นองค์ประชุมได้และมีผลให้การประชุมรวมทั้งมติต่าง ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่ต้องยกเลิกการประชุมครั้งที่ 1 เพราะเหตุที่กรรมการในชุดเก่านั้นพ้นวาระก่อนการลงมติ ในครั้งที่ 1 แล้ว การที่กรรมการชุดเก่ายังคงลงมติยอมส่งผลให้การลงมติไม่ชอบ การยกเลิกจึงชอบ ด้วยข้อด้วยกฎหมายแล้ว

กรณีที่สอง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติที่ประชุมครั้งที่ 2 ระเบียบวาระที่ 4 เรื่องเสนอ พิจารณา 4.1 พิจารณาแต่งตั้งรักษาราชการแทนอธิการบดีมหาวิทยาลัย ป เป็นการกระทำที่ชอบด้วย กฎหมาย หรือไม่ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นกรรมการชุดเก่าโต้แย้งว่า มติเสนอ ชื่อ นาย ป เป็นผู้รักษาราชการแทนอธิการบดีไม่ชอบ เนื่องจากนาย ป ถูกคณะกรรมการสอบสวน ข้อเท็จจริงและมีกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวจูงใจให้กรรมการคนอื่นเข้าใจผิดเกี่ยวกับ คุณสมบัติของนาย ป เป็นผู้มีส่วนได้เสีย นั้น ไม่ปรากฏว่า นาย ป มีลักษณะต้องห้ามหรือขัดต่อการ ดำรงตำแหน่ง ทั้งการถูกกล่าวหาและตั้งกรรมการสอบข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าเป็นผู้ที่ต้องห้ามมิให้ ได้รับการเสนอชื่อแต่อย่างใด ส่วนกรณีที่มีกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ทรงคุณวุฒิได้อภิปรายให้ ข้อมูลในที่ประชุมเกี่ยวกับกรณีมีการฟ้องศาลปกครองในเรื่องการขาดคุณสมบัติของรองศาสตราจารย์ ป นั้น ก็เป็นการแสดงความคิดเห็นในทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการฟ้องคดีตามธรรมดาของกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิและเป็นการแสดงความคิดเห็นของกรรมการ รวมทั้งลักษณะข้อความก็หาได้เป็นการจูงใจ กรรมการคนใด การเลือกบุคคลดังกล่าวรักษาราชการแทนอธิการบดีหรือไม่ย่อมเป็นดุลพินิจของ กรรมการแต่ละคนและกรรมการแต่ละคนย่อมที่จะแสดงความคิดเห็นต่าง ๆ ได้ อีกทั้งกรรมการแต่ละ

คนที่มีวุฒิภาวะสูงเกินที่จะให้บุคคลใดมากล่าวเพื่อจูงใจให้เกิดความสำคัญผิดได้ ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดี จึงฟังไม่ขึ้น พิพากษายกฟ้อง³⁴

จากปัญหาที่เกิดขึ้นข้างต้น ไม่พบว่ามีการให้การให้ตุลาการคัดค้านกันเอง โดยอาศัยเหตุคัดค้านเช่นเดียวกับที่คู่กรณีหรือตุลาการคัดค้านตัวเอง มีเพียงกรณีทำให้ตนเองบริสุทธิ์ ในระบบกฎหมายเยอรมันเท่านั้น ที่องค์คณะหรือตุลาการคนอื่นสามารถหยิบยกประเด็นที่ตุลาการ ผู้ซึ่งมีเหตุอาจถูกคัดค้านได้ขึ้นเสนอให้องค์คณะพิจารณา จึงควรนำหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ ดังกล่าวมาบัญญัติไว้ระบบกฎหมายไทยด้วยในกรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้น องค์คณะตุลาการที่พิจารณา พิพากษาคดีสามารถดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องได้เอง และสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งที่ได้ รับความไว้วางใจจากประชาชนโดยไม่ปล่อยปละละเลยคดีให้ล่าช้า หรืออาศัยความเป็นอิสระในการ พิจารณาคดีมาเป็นเหตุทำให้ไม่ใส่ใจในการทำงานตามอำนาจหน้าที่ของตน ทั้งในการดำรงตนเองของ ตุลาการนั้น ต้องวางตัวให้เป็นกลางปราศจากข้อสงสัยของประชาชน ต้องให้ความเป็นธรรมและทำให้ เป็นที่ไว้วางใจของประชาชนอย่างแท้จริงว่าองค์คณะตุลาการได้พิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากอคติ

ผู้เขียนเห็นว่า ในระบบกฎหมายไทย ศาลรัฐธรรมนูญควรมีการกำหนดหลักการทำให้ ตนเองบริสุทธิ์ไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เมื่อปรากฏว่า ตุลาการที่มีเหตุ อาจถูกคัดค้านได้ ไม่ทำหน้าที่ในการแสดงตนต่อองค์คณะว่าตนเองมีเหตุดังกล่าว หรือในกรณี ที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นเวลายาวนาน ไม่ใส่ใจหน้าที่ของตนเอง และ ไม่สามารถกลับมาปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ยอมลาออกหรือตุลาการกระทำการเสื่อมเสียต่อเกียรติยศ ชื่อเสียง หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือจงใจใช้อำนาจขัดต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดอย่างชัดแจ้งไม่แฉลงเหตุที่ตนอาจมีส่วนได้เสียดังกล่าวให้องค์คณะทราบ แม้ตาม กฎหมายจะกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุเมื่อครบ 75 ปี³⁵ และการถอดถอน ตุลาการออกจากตำแหน่งทำได้เพียงกระบวนการทางวินัยหรือตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เท่านั้น

โดยกำหนดให้ศาลหรือตุลาการอื่นสามารถแก้ไขข้อบกพร่องนั้นได้เอง โดยกำหนดให้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อย 6 คน อาจยื่นคำร้องให้เสนอเรื่องต่อประธานศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเข้าที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ และในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องเป็นการ พิจารณาแบบลับ และให้ส่งคำร้องพร้อมทั้งเหตุผลประกอบคำร้องเพื่อให้ตุลาการทุกคน และให้ ตุลาการทุกคนลงนามยืนยันการรับเอกสารคำร้องตุลาการผู้ถูกกล่าวหาสามารถชี้แจงเป็น

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสงขลา คดีหมายเลขแดงที่ 87/2555.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 208 (4) มีอายุครบ เจ็ดสิบห้าปี

ลายลักษณ์อักษรและสามารถแถลงด้วยวาจาได้ต่อหน้าที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และให้ตุลาการทั้งหมดลงมติเพื่อเปิดกระบวนการพิจารณา และแจ้งให้ตุลาการผู้ถูกกล่าวหาทราบให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่งตั้งตุลาการผู้ไต่สวนข้อกล่าวหา โดยรับฟังตุลาการผู้ถูกกล่าวหาให้ถ้อยคำประกอบพยานหลักฐาน แต่ไม่ให้ตุลาการผู้ไต่สวนร่วมประชุมปรึกษาและออกเสียงวินิจฉัย ให้คณะตุลาการหรือศาลมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ตุลาการที่ไม่สามารถจะปฏิบัติหน้าที่ได้ติดต่อกันเป็นระยะเวลาอันเกินอายุราชการก่อนกำหนด หรือสั่งให้ถอดถอนตุลาการได้

ส่วนในศาลปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองเกษียณอายุเมื่อครบ 65 ปี และหากผ่านการประเมินสมรรถภาพก็สามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้ถึงอายุครบ 70 ปี บริบูรณ์³⁶ และการถอดถอนตุลาการออกจากตำแหน่งทำได้เพียงกระบวนการทางวินัยเท่านั้น ดังนั้น ควรนำหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์มากำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ชัดเจนว่า กรณีที่ปรากฏว่า ตุลาการมีพฤติการณ์จงใจไม่แจ้งเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านโดยบอกกล่าวต่อประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านแล้วขอถอนตัวออกจากคดีนั้น และเป็นกรณีที่ไม่มีคู่กรณีใดคัดค้านตุลาการผู้นั้น³⁷

ให้ตุลาการศาลปกครองอย่างน้อย 6 คน อาจยื่นคำร้องให้เสนอเรื่องต่อประธานศาลปกครองสูงสุดเพื่อเข้าที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองได้ และในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องเป็นการพิจารณาแบบลับ และให้ส่งคำร้องพร้อมทั้งเหตุผลประกอบคำร้องเพื่อให้ตุลาการศาลทุกคน และให้ตุลาการศาลทุกคนลงนามยืนยันการรับเอกสารคำร้อง ตุลาการผู้ถูกกล่าวหาสามารถชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษรและสามารถแถลงด้วยวาจาได้ต่อหน้าที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครอง

³⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 21 (3) สิ้นปีงบประมาณที่ตุลาการศาลปกครองผู้นั้นมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์ เว้นแต่จะผ่านการประเมินสมรรถภาพให้ดำรงตำแหน่งต่อไปตามมาตรา 31 และมาตรา 31 วรรคสาม ตุลาการศาลปกครองซึ่งผ่านการประเมินสมรรถภาพตามวรรคหนึ่ง ให้ดำรงตำแหน่งต่อไปได้จนถึงวันสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์

³⁷ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะฯ ข้อ 14 วรรคสอง เมื่อมีเหตุที่จะคัดค้านอย่างหนึ่งอย่างใดดังที่กล่าวในวรรคแรกเกิดขึ้นแก่ตุลาการศาลปกครองคนใด ตุลาการศาลปกครองนั้นเองจะยื่นคำบอกกล่าวต่อประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้าน แล้วขอถอนตัวออกจากคดีนั้นก็ได้.

สูงสุด และให้ตุลาการทั้งหมดลงมติด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของตุลาการทั้งหมด เพื่อให้ประธานศาลปกครองสูงสุดส่งเรื่องเข้าสู่กระบวนการทางวินัยตามระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของข้าราชการตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งหรือกระทำผิดวินัย พ.ศ. 2562 ต่อไป หากผลการสอบสวนเป็นประการใดแล้ว ก.ศป. อาจมีมติให้ออกจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการหรือกฎหมายว่าด้วยกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการแล้วแต่กรณี³⁸ เว้นแต่ตุลาการผู้นั้นจะได้ยื่นขอลาออกและประธานศาลปกครองสูงสุดได้อนุญาตแล้ว³⁹ หรือมีการถอนคำร้องก่อนเข้ามีการดำเนินกระบวนการสอบสวนวินัยตุลาการผู้นั้นให้ถือว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นอันระงับไป

5.4 ปัญหากระบวนการพิจารณาเมื่อมีเหตุคัดค้านตุลาการ

5.4.1 กระบวนการพิจารณาก่อนตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะในระบบกฎหมายไทย

ในการพิจารณาคดีปกครองและคดีรัฐธรรมนูญ ไม่มีการคัดกรองหรือการตัดตุลาการออกจากองค์คณะซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายของเยอรมันที่มีการกำหนดในรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการตัดตุลาการออกจากกระบวนการพิจารณาก่อนเข้ามาเป็นองค์คณะเป็น 4 กรณี ดังนี้

- (1) ตุลาการที่มีส่วนร่วมในเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องที่เป็คดี เช่น ตุลาการเป็นผู้ยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ
- (2) ตุลาการมีความสัมพันธ์กับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นหรือเคยเป็นคู่สมรส หรือเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงหรือเป็นญาติโดยการสมรสโดยตรงหรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้นหรือเป็นญาติทางสมรสนับได้เพียงสองชั้น
- (3) ตุลาการเคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมาก่อนหน้าแล้ว ตุลาการที่มีเหตุห้ามไม่ให้พิจารณาคดีย่อมมีหน้าที่ต้องแสดงว่าตนมีเหตุห้ามดังกล่าวเป็นที่ประจักษ์ คำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาที่ได้กระทำไปโดยฝ่าฝืน ย่อมส่งผลให้เป็นคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาที่บกพร่อง แต่ไม่ถึงกับทำให้เสียไปโดยยังคงมีผลทางกฎหมายการพิจารณาคดีที่มีความเป็นกลาง บ่งบอกว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณียิ่งกว่ามุ่งคุ้มครองเฉพาะผู้พิพากษาที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้คำพิพากษา

³⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 22.

³⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 26.

มีความศักดิ์สิทธิ์มากยิ่งขึ้นโดยปราศจากข้อสงสัยหรือความกังวลใจเกี่ยวกับความมีอคติของตุลาการ ซึ่งเป็นกรณีตัดความกังวลของคู่กรณี และเพื่อไม่ให้ตุลาการที่ไม่สามารถสลัดเหตุที่ตนมีอคติออกได้ ต้องถูกตัดออกจากการมีส่วนร่วมพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งเป็นหลักที่ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าตุลาการมีเหตุ แต่ยังคงมีความยุติธรรมหรือ คู่กรณีสละเหตุในการคัดค้านเนื่องจากมีความไว้วางใจในตัวตุลาการผู้นั้น โดยที่การห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดยื่นคำร้อง แต่ตุลาการนั้นได้ถูกห้ามมิให้เข้ามาได้โดยผลทางกฎหมายอยู่แล้วนั่นเอง

(4) ตุลาการเป็นคู่ความในคดีเองในคดีละเมิดอำนาจศาล หรือมีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ

5.4.2 กระบวนพิจารณาที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของตุลาการเพื่อทำคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา

จากปัญหาการขาดการกำหนดกระบวนพิจารณาเกี่ยวกับการคัดค้านตุลาการที่ชัดเจนทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ส่งผลให้คู่กรณีสามารถยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการในระหว่างการพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง การคัดค้านตุลาการนายเดี่ยว โดยในทางปฏิบัติเมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านเข้ามาองค์คณะที่พิจารณาต้องหยุดการพิจารณาคดีทั้งหมดไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดแล้วทำบันทึกถึงอธิบดีศาล เพื่อส่งคำร้องพร้อมด้วยสำนวน ให้อธิบดีมีคำสั่งตั้งองค์คณะพิจารณาคำร้องคัดค้านดังกล่าว เมื่อได้องค์คณะพิจารณาคำร้องแล้ว ตุลาการผู้ถูกคัดค้านย่อมต้องส่งคำชี้แจงต่อองค์คณะของตน และองค์คณะนั้นต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่ามีเหตุตามคำร้องหรือไม่ และควรให้ตุลาการผู้นั้นถอนตัวหรือไม่ แล้วทำเป็นคำสั่งองค์คณะส่งมายังองค์คณะที่พิจารณาคำร้องคัดค้านดังกล่าว

กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาเกิดขึ้นอย่างแน่นอนว่า กระบวนพิจารณาเป็นธรรมเพียงพอหรือไม่ หากว่าการให้เพียงแค่ตุลาการผู้นั้นทำคำชี้แจงของตนและให้องค์คณะของตนพิจารณาในเบื้องต้น ผลก็คือ ส่วนน้อยที่จะปรากฏว่า องค์คณะนั้น ๆ ของตุลาการผู้ถูกคัดค้านจะเห็นควรให้มีการถอนตัวออกจากการพิจารณา และประเด็นถัดมา คือ องค์คณะที่พิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการ มีอำนาจในการไต่สวนหรือแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอได้หรือไม่ องค์คณะพิจารณาคำร้องคัดค้านสามารถให้ตุลาการผู้มีเหตุผู้นั้น มาไต่สวนหรือสอบถามเพิ่มเติมนอกเหนือจากคำชี้แจง

ที่ได้ยื่นแล้วได้หรือไม่ และหากมีการยื่นคำชี้แจงจากผู้ร้องคัดค้านองค์คณะพิจารณาคำร้องคัดค้านจำต้องส่งคำชี้แจงของผู้ร้องให้ทราบหรือไม่

กรณีที่สอง การคัดค้านตุลาการทั้งองค์คณะ เมื่อมีเหตุเช่นว่านี้หรือมีการคัดค้านตุลาการทั้งศาลปกครองชั้นต้นนั้น ๆ องค์คณะต้องส่งเรื่องไปยังศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณาคำร้องดังกล่าว และต้องเรียกให้ตุลาการทั้งศาลปกครองชั้นต้นทำคำชี้แจง หากการยื่นคำร้องคัดค้านดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อประวิงคดี ศาลสามารถลงโทษละเมิดอำนาจศาลผู้ร้องคัดค้านได้เพียงใด

5.4.3 กระบวนพิจารณาภายหลังจากที่ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะ

ปัญหาการขาดการกำหนดกระบวนพิจารณาที่ชัดเจนทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ทำให้ประชาชนไม่อาจทราบได้ว่าศาลมีกระบวนตรวจสอบเกี่ยวกับเหตุคัดค้านเพียงใด มีระยะเวลาการยื่นคำร้องในช่องทางใดได้บ้าง และภายในระยะเวลาเท่าใด การอ้างเหตุในการยื่นคำคัดค้านนั้น สามารถอ้างเหตุใดได้บ้าง และเหตุใดเป็นการอ้างเพื่อประวิงคดี โดยหลักแล้ววิธีพิจารณาคดีปกครองและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญนั้น การที่ศาลได้มีคำสั่งยอมรับคำร้องคัดค้านหรือเหตุขอถอนตัวของตุลาการ ย่อมไม่เป็นเหตุทำให้การพิจารณาก่อนหน้ามีคำร้องต้องเสียไป

ในระบบกฎหมายไทย การกำหนดให้กระบวนพิจารณาที่กระทำโดยตุลาการที่ไม่เป็นกลางมีผลให้การดำเนินกระบวนพิจารณาที่ผ่านมาสมบูรณ์อยู่ จึงอาจทำให้คู่กรณีในคดีมีข้อสงสัยต่อผลของคำพิพากษาที่มาจากกระบวนพิจารณาโดยตุลาการที่ไม่มีความเป็นกลาง หรือมีความลำเอียงมีการดำเนินกระบวนพิจารณาที่เป็นไปในทางที่เอื้อประโยชน์ต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้การพิจารณาของตุลาการที่มีเหตุในการคัดค้านนั้น มีผลสมบูรณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ตุลาการผู้นั้นต้องออกจากการพิจารณา ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยตุลาการที่ไม่มีส่วนได้เสีย ดังนั้น หากปรากฏว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ดำเนินมาโดยตุลาการที่มีความลำเอียงหรือมีอคติหรือมีส่วนได้เสีย กระบวนพิจารณาที่ผ่านมาก่อนย่อมต้องไม่ชอบด้วยกระบวนพิจารณาและต้องมีผลให้เสียไปทั้งหมดไม่มีผลผูกพันคู่กรณี ยกเว้นในขั้นตอนการรับฟ้องหรือรับคำร้องเพื่อป้องกันมิให้การพิจารณาคดีต้องล่าช้าออกไป

กระบวนพิจารณาภายหลังนั้น ควรนำหลักการแก้ไขข้อบกพร่องหรือการทำให้ตนบริสุทธิ์ตามระบบกฎหมายเยอรมัน มาใช้เพื่อแก้ไขวิธีพิจารณาคดีปกครองและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญให้รัดกุมและเหมาะสมมากขึ้น เมื่อปรากฏกรณีที่ตุลาการนั้น ไม่สามารถพิจารณาคดี

ต่อไปได้ไม่ว่า ด้วยเหตุที่ตุลาการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นเวลายาวนาน และไม่สามารถกลับมาปฏิบัติหน้าที่ได้แล้ว ตุลาการผู้นั้นไม่ยอมลาออกหรือตุลาการกระทำการเสื่อมเสียต่อเกียรติยศชื่อเสียง หรือต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือจงใจใช้อำนาจขัดต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอย่างชัดแจ้งไม่แถลงเหตุดังกล่าวให้องค์คณะทราบ หรือเหตุอื่น ๆ ที่ทำให้กระบวนการพิจารณาต้องหยุดไม่สามารถพิจารณาต่อไปได้ หรือเป็นกรณีที่มีการพิจารณาคดีล่าช้าเกินไป หรือเป็นกรณีที่ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษามีอคติ ซึ่งเป็น การเกิดความลำเอียงในภายหลังการเริ่มกระบวนการพิจารณาแล้ว ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญทราบเหตุในภายหลัง ย่อมต้องให้ผู้มีอำนาจสามารถถอดถอนตุลาการคนดังกล่าวได้ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ได้ให้อำนาจประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจถอดถอน ในประเทศไทยนั้น หากตุลาการมีเหตุดังกล่าวข้างต้น ตุลาการจะไม่ถูกถอดถอนได้เลย นอกเสียจากว่ามีการฝ่าฝืน จริยธรรมตุลาการอย่างร้ายแรงหรือขาดคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

5.5 ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการ

ปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาที่ขาดความชัดเจนทำให้เกิดความสับสนของคู่ความ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้คู่ความที่เกี่ยวข้องยื่นคำร้องคัดค้าน ก่อนวันสืบพยาน หรือในระหว่างการพิจารณาต้องยื่นคำร้องคัดค้านไม่ช้ากว่าวันสืบพยานครั้งต่อไป และตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องได้ก่อนมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดต้องไม่เกินสิบวันนับแต่วันทราบเหตุ และตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดีการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครอง และการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 กำหนดให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลได้ ไม่ว่าในเวลาใด ๆ ก่อนศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี แต่ต้องไม่ช้ากว่าสิบห้าวันนับแต่วันที่คู่กรณีนั้นทราบถึงเหตุที่จะคัดค้าน ดังนั้น การกำหนดระยะเวลาเพียง 10 และ 15 วัน จึงเป็นการจำกัดสิทธิของคู่กรณีในการใช้สิทธิคัดค้านเพื่อ รักษาสิทธิตัวเองหรือไม่ เช่น

ในระหว่างการไต่สวนคำฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ต่อว่าและพุดจาทำนองเย้ยหยัน ผู้ฟ้องคดี แต่ตุลาการเจ้าของสำนวนไม่ได้ห้ามปราม และต่อมาศาลนัดไต่สวนอีกครั้งเกี่ยวกับคำขอวิธีการ คืบครองชั่วคราวก่อนการพิพากษา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยังคงพุดจาไม่เหมาะสมและชี้แจงข้อเท็จจริงที่ไม่ เกี่ยวข้องกับคดี ศาลก็ไม่ได้ห้ามปรามรวมทั้งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีชก้านผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เกี่ยวกับ พื้นที่ที่ขุดกู่หลักฐานทางโบราณคดีครั้งที่ 2 และแปลนการก่อสร้างอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต่อมา

ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองกลางเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2552 หากผู้ฟ้องคดีจะยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการเจ้าของสำนวนต้องยื่นไม่ช้ากว่า 15 วัน นับแต่วันไต่สวน หรือวันที่ผู้ฟ้องคดีรับทราบคำสั่งศาลปกครองสูงสุด โดยจะต้องยื่นภายในวันที่ 5 กันยายน 2551 หรือวันที่ 20 สิงหาคม 2552 หรือวันที่ 15 กรกฎาคม 2552 ก็ได้แล้วแต่กรณี แต่การที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องคัดค้านตุลาการในวันที่ 22 สิงหาคม 2554 จึงเป็นการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลปกครองเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด จึงมีคำสั่งยกคำคัดค้าน⁴⁰

การกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้านในระบบกฎหมายไทยแตกต่างจากระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยการกำหนดระยะเวลาในสหรัฐอเมริกา สามารถยื่นได้ภายหลังกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นไปแล้วก็ได้แต่ต้องกระทำในทันทีนับแต่วันที่รู้ หรือระบบกฎหมายฝรั่งเศส กำหนดให้สามารถยื่นคำร้องได้ทันทีภายหลังจากที่ทราบเหตุ จนกระทั่งการสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง แต่ก่อนการนั่งพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้นลง หรือระบบกฎหมายเยอรมันที่กำหนดให้การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องกระทำก่อนเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีโดยวาจา หรือระบบกฎหมายสวีเดนที่กำหนดเพียงให้สามารถยื่นได้โดยพลันนับแต่วันที่รู้เหตุ มิได้มีการกำหนดระยะเวลาว่าควรยื่นก่อนเมื่อใด แต่เมื่อรู้เหตุควรยื่นในทันทีเท่านั้น เห็นได้ว่าระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้านตุลาการในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้นมีลักษณะให้สิทธิของคู่กรณีในการคัดค้านตุลาการที่กว้างและจำกัดสิทธิของคู่กรณีน้อยกว่าในระบบกฎหมายไทย

จากแนวคำสั่งศาลปกครองดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า การกำหนดระยะเวลาเพียง 15 วัน มีปัญหาและทำให้คู่กรณีไม่สามารถใช้สิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้อย่างเต็มที่หรือไม่ เป็นระยะเวลาที่น้อยเกินไปหรือไม่ เนื่องจากการที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดให้ต้องพิจารณาเหตุในการคัดค้านตุลาการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อาจทำให้คู่กรณีที่ต้องการใช้สิทธิในการคัดค้านตุลาการเกิดความสับสนว่าต้องยื่นคัดค้านตุลาการ โดยอ้างเหตุตามกฎหมายใด และกว่าที่คู่กรณีจะทราบเหตุที่จะคัดค้านตุลาการได้ก็พ้นกำหนดเวลาแล้วดังนี้ อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิดังกล่าวควรจะมีระยะเวลาในการยื่นไม่เกินวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวคู่กรณีสามารถใช้สิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนได้อย่างเต็มที่แล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า ในส่วนนี้ควรแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า “เมื่อมีเหตุที่ตุลาการศาลปกครองอาจถูกคัดค้านได้ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอาจ

⁴⁰ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1286/2551.

ยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลได้โดยพลัน นับแต่วันที่ทราบเหตุที่จะคัดค้าน แต่ไม่เกินวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง” และควรแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 “เมื่อมีเหตุที่ตุลาการศาลปกครองอาจถูกคัดค้านได้ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องอาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องยื่นต่อศาลได้โดยพลัน นับแต่วันที่ทราบเหตุ แต่ต้องยื่นล่วงหน้า 10 วัน ก่อนศาลมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดคดี”

5.6 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจองค์คณะพิจารณาสั่งคำร้องคัดค้านตุลาการ

ปัญหาว่าการพิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการว่ายื่นภายในระยะเวลาหรือไม่ มีเหตุในการคัดค้านหรือไม่ ควรเป็นอำนาจในการพิจารณาของตุลาการองค์คณะผู้ถูกคัดค้านหรือไม่ หรือควรเป็นขององค์คณะอื่นที่ทำหน้าที่พิจารณาคำร้องคัดค้านตุลาการ เป็นปัญหาที่มีแนวคำตอบแตกต่างกันออกเป็นสองทาง คือ

ฝ่ายที่หนึ่ง ดีความในลักษณะที่เป็นการป้องกันกระบวนการพิจารณาของศาล หรือมุ่งคุ้มครองสิทธิของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณามากกว่าสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับหลักประกันการใช้สิทธิทางศาล มีทัศนะไปในทางที่ว่าเมื่อมีคำร้องคัดค้านตุลาการองค์คณะที่พิจารณาคืออยู่นั้น ตุลาการองค์คณะที่ถูกคัดค้านมีดุลพินิจที่จะพิจารณาคำร้องนั้นได้เองว่า 1. คำร้องดังกล่าวเป็นคำร้องที่ยื่นภายในระยะเวลาหรือไม่ 2. มีเหตุในการคัดค้านตุลาการหรือไม่ ในกรณีตามข้อ 1 หากปรากฏว่าคำร้องดังกล่าวเป็นคำร้องคัดค้านตุลาการที่ยื่นเกิน 15 วัน นับแต่วันที่ทราบเหตุ หรือยื่นภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว ตุลาการองค์คณะที่ถูกคัดค้านจะมีคำสั่งไม่รับคำร้องคัดค้านนั้น และกรณีข้อ 2 หากเหตุในการคัดค้านไม่ใช่เหตุตามที่กฎหมายกำหนด ตุลาการองค์คณะที่ถูกคัดค้านสามารถใช้ดุลพินิจตีความเหตุดังกล่าวและมีคำสั่งยกคำร้องคัดค้านหรือมีคำสั่งไม่รับคำร้องคัดค้านได้เลย

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า เมื่อมีคำร้องคัดค้านตุลาการแล้ว ตุลาการผู้นั้นและตุลาการองค์คณะผู้ถูกคัดค้านไม่มีอำนาจพิจารณาคำร้องได้เลย และอยู่ในฐานะเสมือนเป็นคู่กรณีเองในกรณีที่ถูกคัดค้าน ดังนั้น จึงต้องรายงานต่ออธิบดีศาลปกครองกลางหรือประธานศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณีว่าตนเองถูกคัดค้าน เพื่อที่จะได้ตั้งองค์คณะอื่นพิจารณาคำคัดค้านนั้น แล้วดำเนินการกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับคำคัดค้านนั้น โดยให้ตุลาการผู้ถูกคัดค้านทำคำชี้แจง หรือฟังคำแถลงของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ทั้งพยานหลักฐานอื่น แล้วออกคำสั่งยอมรับหรือยกเสียซึ่งคำคัดค้านนั้น จากแนวคิดของฝ่ายที่สองนี้ สอดคล้องต่อหลัก ผู้พิพากษาไม่อาจพิจารณาคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสียได้ และเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับความเป็นธรรมจากตุลาการที่ปราศจากอคติ

โดยเหตุที่ทัศนะในเรื่องนี้แตกต่างกันออกเป็นสองทางดังที่กล่าวมานี้ จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องตัดสินใจกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีความชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไข

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ว่า ในการสั่งไม่รับ คำคัดค้านควรให้องค์คณะใดเป็นผู้มีอำนาจ โดยระบุให้องค์คณะที่มีชื่อองค์คณะที่ถูกคัดค้านเป็นผู้พิจารณาคำคัดค้านและมีอำนาจในการสั่งไม่รับคำร้องที่ยื่นเมื่อพ้นระยะเวลา หรือสั่งไม่รับคำคัดค้านที่ไม่มีเหตุในการคัดค้าน



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักการห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะ หลักการคัดค้านตุลาการ หลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ หลักการประกาศตัวตุลาการล่วงหน้า ในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายไทยพบว่า หลักการคัดค้านตุลาการเป็นหลักการประกันสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาของศาล แต่สถานะที่ระบุในกฎหมายไทยยังขาดความชัดเจน โดยในศาลปกครองไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่กลับกำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ ทั้งที่เป็นกฎหมายที่สำคัญ ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายสวิส ในศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีการบัญญัติเหตุดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2561 แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีการจัดตั้งศาลมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 แล้วก็ตาม จึงอาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยยังไม่ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวหลักประกันการใช้สิทธิทางศาลอย่างเพียงพอ ดังนั้น จึงควรกำหนดเหตุคัดค้านตุลาการและหลักเกณฑ์การคัดค้านตุลาการโดยนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

สำหรับเหตุในการคัดค้านตุลาการในกรณีเป็นญาติหรือลำดับญาติของตุลาการนั้น แม้จะมีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 แต่ถ้อยคำสำนวนดังกล่าวเป็นสำนวนดั้งเดิมที่มีความคลุมเครือและไม่ชัดเจน ซึ่งอาจเกิดความสับสนแก่คู่กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความลำดับญาติที่แตกต่างกันของนักวิชาการ จึงสมควรจะกำหนดลำดับญาติให้ชัดเจน นอกจากนี้ยังรวมถึงญาติของคู่สมรสและญาติของคู่ชีวิตของตุลาการด้วย เพื่อให้เกิดความชัดเจนเนื่องจากปัจจุบันมีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น รวมถึงยังมีกรณีอื่นที่ไม่เคยกำหนดไว้ เช่น สภาพความร้ายแรงในกรณีที่ตุลาการได้ให้ความเห็นของตนหรือได้วิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับพรรคการเมืองหนึ่งต่อบุคคลอื่นหรือในที่สาธารณะ ซึ่งอาจเป็นการแสดงความคิดเห็นในทางลบหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อพรรคการเมืองหรือความเห็นในเชิงสนับสนุน หรือเห็นด้วยกับกระบวนการ นโยบายหรือวิธีการของพรรคการเมืองนั้น และต่อมาตุลาการรายนั้น ต้องทำการวินิจฉัยคดีของพรรคการเมืองดังกล่าวหรือการแสดงความคิดเห็นของตุลาการในระหว่างการพิจารณาคดี อันเป็นการแสดงทัศนคติที่ไม่เป็นกลางต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งควรมีการระบุสภาพความร้ายแรงเป็นหนึ่งในเหตุที่สามารถคัดค้านตุลาการได้

ส่วนระยะเวลาในการยื่นคำร้องคัดค้านนั้น ในศาลปกครองกำหนดระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่ทราบเหตุ ก่อนมีคำพิพากษาหรือคำสั่งขาดคดี และในศาลรัฐธรรมนูญสามารถยื่นคำร้อง ก่อนมีคำวินิจฉัยหรือมีคำสั่งชี้ขาดต้องไม่เกิน 10 วัน นับแต่วันที่ทราบเหตุ กรณีดังกล่าวมีปัญหาและ ทำให้คู่กรณีไม่สามารถใช้สิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้อย่างเต็มที่ และกำหนดระยะเวลา เพียง 10 วัน หรือ 15 วัน เป็นระยะเวลาที่น้อยเกินไป ผู้เขียนเห็นว่า ในศาลปกครองควรจะกำหนด ให้ยื่นได้โดยพลัน แต่ไม่เกินวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง¹ ในศาลรัฐธรรมนูญ ควรยื่นได้โดยพลัน นับแต่วันที่ทราบเหตุ แต่ต้องยื่นล่วงหน้า 10 วัน ก่อนศาลมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดคดี เพื่อเป็นการ ป้องกันการประวิงเวลาของคู่กรณี ระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาพอสมควรที่จะทำให้คู่กรณีทราบ ได้ว่าตุลาการเจ้าของสำนวนเป็นใครบ้างในวันที่ได้รับหมายแจ้งกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง ดังกล่าว และทำให้สามารถยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการได้ทัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์เพื่อเปิดโอกาสให้องค์คณะ หรือตุลาการคนอื่นเมื่อพบปัญหาสามารถหยิบยกปัญหาดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาได้เอง เมื่อปรากฏว่าตุลาการที่มีเหตุอาจถูกคัดค้านไม่แสดงแถลงเหตุดังกล่าวให้องค์คณะทราบและเป็นกรณี ตุลาการรายใดรายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือประพฤติดนทำให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แก่การ เป็นตุลาการ หรือตุลาการต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกินกว่า 6 เดือน หรือจงใจใช้อำนาจขัดต่อ หน้าที่ตามกฎหมายอย่างชัดแจ้ง ศาลสามารถแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้เอง ซึ่งเป็นหลักการยกเว้น ในการเริ่มกระบวนการพิจารณาของคู่กรณีในคดี แต่เป็นกรณีที่ศาลสามารถเริ่มกระบวนการพิจารณาได้เอง ซึ่งกรณีดังกล่าวหากปล่อยให้ตุลาการรายนั้นเข้ามาเป็นองค์คณะอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม ต่อคู่กรณีได้ แต่หลักการนี้ก็กลับไม่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย ทั้งที่หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการ ที่เหมาะสมในการนำมาใช้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลปกครอง เนื่องจากตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลปกครองนั้น เป็นตุลาการที่เคยปฏิบัติงานที่หน่วยงานของรัฐใน

¹ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 62 วรรคหนึ่ง เมื่อองค์คณะได้รับสำนวนคดีจากตุลาการเจ้าของสำนวนแล้ว หากเห็นว่าไม่มีกรณีที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ให้ตุลาการหัวหน้าคณะมีคำสั่งกำหนดวัน หนึ่งวันใดเป็นวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีนั้น

ให้ศาลแจ้งให้คู่กรณีทราบกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงล่วงหน้าไม่น้อย กว่าสิบวัน

บรรดาคำฟ้องเพิ่มเติม คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ คำให้การเพิ่มเติม รวมทั้ง พยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ยื่นต่อศาลหลังวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง ไม่ให้ศาลรับไว้เป็นส่วนหนึ่ง ของสำนวนคดีและไม่ต้องส่งสำเนาให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

หน่วยงานอื่นมาก่อน หรือเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการ ซึ่งเคยทำคดีที่เกี่ยวข้องกับคู่กรณีของตนเองเคยเกี่ยวข้องมาก่อน แต่เหตุดังกล่าวอาจไม่เข้าเหตุคัดค้านตุลาการตามที่กฎหมายกำหนด ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักการดังกล่าวมาใช้เพื่อให้องค์คณะหรือศาลสามารถทำตนเองให้บริสุทธิ์ได้

นอกจากนี้ ควรนำเรื่องเหตุห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะหรือตัดตุลาการออกจากการพิจารณาดังเช่น ระบบกฎหมายเยอรมันมาบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อตัดมิให้ตุลาการผู้ที่มีเหตุส่อเสี่ยงเป็นตุลาการที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดี และควรกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคัดค้านตุลาการโดยใช้ถ้อยคำให้มีความชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นญาติ

สำหรับกระบวนการพิจารณาคัดค้านตุลาการผู้ถูกกล่าวหาหรือตุลาการทั้งองค์คณะนั้น ควรให้เป็นตุลาการอื่นหรือตุลาการองค์คณะอื่นเป็นผู้พิจารณาคัดค้านไม่ควรให้ตุลาการผู้คัดค้านหรือตุลาการองค์คณะที่ถูกคัดค้านสามารถพิจารณาคัดค้านตัวเอง ไม่ว่าจะ เป็นกรณีของการยื่นคัดค้านเมื่อพ้นระยะเวลาคัดค้าน แล้ว หรือเป็นกรณีที่ไม่มีเหตุในการคัดค้านหรือไม่มีอำนาจยื่นคัดค้าน

6.2 ข้อเสนอแนะ

ศาลรัฐธรรมนูญ

6.2.1 ตุลาการไม่อาจเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดได้ หากมีเหตุดังต่อไปนี้

1. เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน หรือเคยปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมาก่อนแต่ไม่รวมถึงการร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือแสดงความเห็นทางวิชาการในปัญหาข้อกฎหมาย

2. ตุลาการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคู่ความในคดี เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภรรยา หรือเป็นหรือเคยคู่ชีวิต หรือเป็นญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ในส่วนของความเป็นญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งควรบัญญัติกฎหมายระบุให้ชัดเจนไม่ควรใช้ถ้อยคำตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ การเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้นหรือญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงภายในสองชั้น

3. ตุลาการเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีโดยตรงหรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในคดีหรือเคยมีส่วนร่วมในเนื้อหาของคดี หรือเคยให้ถ้อยคำหรือให้ความเห็นในฐานะพยานโดยที่ผู้รู้เห็นเหตุการณ์ในคดีศาลอื่นซึ่งพิจารณาวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน

4. เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือผู้รับมอบอำนาจของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

5. เคยหรือมีคดีที่ตุลาการนั้นเอง สามी ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่งพิพาทกับคู่กรณี สามी ภริยา หรือญาติสืบสันดานโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

6.2.2 ควรนำหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์ เหตุคัดค้านตุลาการ หลักเกณฑ์การพิจารณาคำคัดค้านตุลาการ เพิ่มเติมไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกัน ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

6.2.3 กำหนดระยะเวลาในการยื่นคำคัดค้านตุลาการ “โดยพลันนับแต่วันทราบเหตุแต่ยื่นล่วงหน้า 10 วัน ก่อนศาลมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด”

6.2.4 ควรกำหนดให้กระบวนการพิจารณาคดีที่กระทำโดยตุลาการที่มีเหตุอาจถูกคัดค้านได้เสียไปทั้งหมด เว้นแต่เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนการรับฟ้อง หรือรับคำร้อง

ศาลปกครอง

6.2.5 ควรนำเหตุคัดค้านตุลาการ หลักเกณฑ์การพิจารณาคำคัดค้านตุลาการ การห้ามมิให้ตุลาการเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณา โดยกำหนดลงในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

6.2.6 โดยระบุลำดับญาติให้ชัดเจนในส่วนของความเป็นญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ควรบัญญัติกฎหมายระบุให้ชัดเจน ไม่ควรใช้ถ้อยคำตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ การเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้นหรือญาติเกี่ยวพันทางแต่งงาน นับได้เพียงภายในสองชั้น

6.2.7 การกำหนดระยะเวลาการคัดค้านตุลาการศาลปกครอง ควรระบุให้ชัดเจน ให้สิทธิยื่นคัดค้านตุลาการ “โดยพลันนับแต่ทราบเหตุ แต่ก่อนวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง”

6.2.8 ควรนำหลักการทำให้ตนเองบริสุทธิ์มากำหนดไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกันกับศาลรัฐธรรมนูญโดยให้มีสิทธิในการยื่นเปิดกระบวนการพิจารณาทางวินัย

6.2.9 กำหนดให้กระบวนการพิจารณาคดีที่กระทำโดยตุลาการที่มีเหตุอาจถูกคัดค้านได้เสียไปทั้งหมด เว้นแต่เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนการรับฟ้อง หรือรับคำร้อง

6.2.10 ในการสั่งไม่รับคำคัดค้านควรให้องค์คณะใดเป็นผู้มีอำนาจ โดยระบุให้องค์คณะที่มีใช้องค์คณะที่ถูกคัดค้านเป็นผู้พิจารณาคำคัดค้านและมีอำนาจในการสั่งไม่รับคำร้องที่ยื่นเมื่อพ้นระยะเวลา หรือสั่งไม่รับคำคัดค้านที่ไม่มีเหตุในการคัดค้าน

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

Philippe MARTIN, *กฎหมายปกครองและคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส* (สำนักวิจัยและวิชาการ ศาลปกครอง 2552).

ชาญชัย แสวงศักดิ์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ต่างประเทศ* (วิญญูชน 2560).

ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง* (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง).

บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (วิญญูชน 2544).

-- *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะเป็น “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ* (วิญญูชน 2560).

บวรศักดิ์ สุวรรณโน, *กฎหมายมหาชน เล่ม 4 รัฐ* (วิญญูชน 2560).

-- *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2563).

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).

ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวง ตรา 3 ดวง เล่ม 1 (ม.ป.ท., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2482).

ปัญญา อุดชาชน, *หลักนิติธรรม : คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย-เยอรมนี* (วิญญูชน 2564).

พระนิติการณประสม, *คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2477 : กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง* (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง).

ไพโรจน์ วายุภาพ, *ข้อเท็จจริงและการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง* (ปณรัชช 2560).

ภาสพงษ์ เรณูมาศ, *คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ* (นิติธรรม 2566).

มานิตย์ จุมปาและพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา* (วิญญูชน 2552).

วรเจตน์ ภาคิรินทร์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, การอ่าน 2564).

-- *ด้วยกฎหมายและอุดมการณ์* (Shine Publishing House 2558).

-- *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (วิญญูชน 2546).

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, คำอธิบาย “กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” (มูลนิธิจัยและพัฒนา
กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง 2566).

--รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง (วิญญูชน 2565).

วรรณชัย บุญบำรุง ธนกฤต วรณัชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณา
ความแพ่ง เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2556).

วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการ
บริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น
(นิติธรรม 2544).

สัญญา ธรรมศักดิ์, ภายาคติจิตประภัสสรของผู้พิพากษา (วิญญูชน 2553).

หลวงสุทธิวาทนฤพุมิ (สอ้าน), คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช
2512-2513 (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2516).

หลวงจำรูญเนติศาสตร์, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2483 : ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
ความแพ่ง (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง 2485).

หนังสือต่างประเทศ

Meissner und Schenk, *Verwaltungsgerichtsordnung in Schoch/ Schneider* (Werkstand 40 EL,
2021).

บทความ

ภาษาไทย

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, ‘สิทธิของประชาชนที่จะมีผู้พิพากษาตามกฎหมาย’ (2564) 386 ข่าวนิติบัณฑิตยสภา
34.

วิชัย อริยะนันท์, ‘ประมวลจริยธรรมของตุลาการแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน’ (2531) 3
ตุลพาท 35.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘การตัดและการปฏิเสธผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีตาม
กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน’ (2548) เล่ม 2 ตูลพาท 223.

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

ณัฐพงศ์ กุลเมธี, ‘เหตุห้ามและเหตุคัดค้านผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549).

ถาวร เกษมะณี, 'หลักความเป็นกลาง' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).

ธำรงค์ดี หงส์ขุนทด, 'บทบาทของฝ่ายตุลาการในประเทศไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2527).

เหมือน สุขมาตย์, 'ความบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).

งานวิจัย

ภาษาไทย

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , 'รัฐธรรมนูญบิสมาร์ค' (รายงานวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563).

-- รัฐธรรมนูญโบสถ์นักบุญปอล' (รายงานวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565).

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และบรรเจิด สิงคะเนติ, 'วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ' (รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง 2549).

เอกสารการบรรยาย

ภาษาไทย

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'โครงการสัมมนาพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เพื่อรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่...) พ.ศ...วันที่ 22 เมษายน 2565

-- 'รวมข้อเขียนบางเรื่องเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเยอรมัน' (เอกสารการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต น.737 2561).



ภาคผนวก ก

คำพิพากษาคดีอาญา ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ :

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6286/2561



(๓๓)

คำพิพากษา



ส่วนชั้นศาลใต้

ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ที่ ๖๒๘๖/๒๕๖๑

ศาลฎีกา

วันที่ ๑๓ เดือน กันยายน พุทธศักราช ๒๕๖๑

ความอาญา

ระหว่าง

โจทก์

ที่ ๒

จำเลย

เรื่อง

ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ (ชั้นได้ส่วนมูลฟ้อง)



○ (๓๑ พ.)



สำหรับศาลใช้

- ๒ -

โจทก์	ฎีกาคัดค้าน	คำพิพากษา
ศาลอุทธรณ์	ลงวันที่ ๒๗ เดือน พฤษภาคม	พุทธศักราช ๒๕๖๐
ศาลฎีกา	รับวันที่ ๘ เดือน พฤศจิกายน	พุทธศักราช ๒๕๖๐

โจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นตุลาการศาลปกครองตำแหน่งประธานศาลปกครอง
สูงสุด จำเลยทั้งสองเป็นตุลาการศาลปกครอง ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการตุลาการ
ศาลปกครอง (ก.ตป.) ตามคำสั่ง ก.ตป. ที่ ๓๒๕๕๘ เป็นคณะกรรมการสอบสวนโจทก์
กรณีถูกกล่าวหาตามระเบียบ ก.ตป. ข้อ ๓๐ ด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการ
ศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุที่ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๕๙ กรณีสนับสนุน
รองผู้กำกับกีฬารถยนต์ตำรวจนครบาลหัวหมาก ให้ได้รับ

แต่งตั้งเป็นผู้กำกับกีฬารถยนต์ เมื่อประมาณกลางเดือนมีนาคม ถึงต้นเดือนพฤษภาคม ๒๕๕๘
เวลากลางวันต่อเนื่องกัน จำเลยทั้งสองร่วมกันปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่
โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต
กล่าวคือ จำเลยที่ ๑ ในฐานะประธานกรรมการสอบสวน และจำเลยที่ ๒ ในฐานะ



○ (๑๓๑ พ.)



สำหรับศาลใต้

กรรมการและเลขานุการคณะกรรมการสอบสวน มีหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวนให้เสร็จ โดยเร็วแต่ต้องไม่เกิน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งจาก ก.ศป. ถ้ามีความจำเป็น สามารถขยายเวลาออกไปได้ไม่เกิน ๒ ครั้ง ครั้งละไม่เกิน ๑๕ วัน โดยก่อนการสอบสวน จำเลยทั้งสองจะต้องจัดให้มีการประชุมกำหนดแนวทางการสอบสวนและเสนอความเห็นต่อ ก.ศป. ว่าสมควรจะส่งที่ราชการใดบ้างเพื่อมิให้ถูกยึดหมายที่ราชการต่อไป อันจะเป็น ความเสียหายแก่ราชการหรือไม่ ตามข้อ ๑๑ และข้อ ๑๒ แห่งระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วย การสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๔๔ แต่ปรากฏว่าจนถึงปัจจุบันได้ล่วงเลยระยะเวลาการสอบสวนมากกว่า ๖๐ วัน จำเลยทั้งสองยังไม่ได้ดำเนินการสอบสวนและจัดให้มีการประชุมคณะกรรมการสอบสวน แต่อย่างใด อีกทั้งจำเลยทั้งสองร่วมกันมีหนังสือถึงคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ให้ทบทวนมติที่ได้แต่งตั้งให้ [REDACTED] เป็นกรรมการสอบสวน ตามข้อ ๖ (๔) แห่งระเบียบ ก.ศป. ว่าด้วยการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่า มีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๔๔ ทั้งๆ ที่จำเลยทั้งสองเป็นตุลาการศาลปกครอง สูงสุดและเป็นกรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งทราบถึงระเบียบหลักเกณฑ์



○ (๓๑ ๗.)



สำหรับพลใต้

- ๔ -

การปฏิบัติหน้าที่คณะกรรมการสอบสวนและระเบียบ ก.ศ.ป. ว่าด้วยการสอบสวนฯ เป็นอย่างอื่นว่า

กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจาก ก.ศ.ป. ไม่มีอำนาจที่จะโต้แย้งกรรมการสอบสวนที่ได้รับ
การแต่งตั้งจากคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน การกระทำของจำเลยทั้งสองมีเจตนา
เพื่อให้การสอบสวนเป็นไปโดยล่าช้าและประวิงเวลาการสอบสวนเพื่อทำให้เกิดความเสียหาย
แก่โจทก์ เนื่องจากจำเลยทั้งสองทรงจบเป็นอย่างดีก็ถูกคำสั่งพิพากษาการที่ไม่ชอบด้วย
กฎหมายตามมติคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ครั้งที่ ๑๘๔-๕/๒๕๕๕ เมื่อ
วันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๕ ซึ่งควรประวิงเวลาการสอบสวนหรือทำให้การสอบสวนดำเนินไป
ด้วยความล่าช้าก็จะมีผลทำให้โจทก์ไม่สามารถอุทธรณ์การปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่ง
ประธานศาลปกครองสูงสุดได้ในระหว่างที่การสอบสวนยังไม่แล้วเสร็จ -การกระทำของ

จำเลยทั้งสองเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ได้อยู่บนรากฐานของหลักเกณฑ์ตามกฎหมายและ
มิได้อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล แต่เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจเกินขอบเขต
ของกฎหมาย ก่อนฟ้องคดีมีโจทก์ได้มีหนังสือเร่งรัดให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการ
ตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการสอบสวน แต่จำเลยทั้งสองยังคงเพิกเฉย
ไม่ปฏิบัติหน้าที่และไม่ดำเนินการจัดประชุมคณะกรรมการสอบสวนเพื่อกำหนดแนวทาง



○ (๓๑ พ.)



สำหรับศาลใช้

- ๕ -

การสอบสวน ตลอดจนเริ่มการสอบสวนแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยทั้งสองมีเจตนา
กลับแก้งโจทก์ให้ได้รับความเสียหายเสื่อมเสียชื่อเสียง เหตุเกิดที่แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๕๗, ๑๖๓

ระหว่างได้ส่วนมูลฟ้อง โจทก์ลงแก่ความตาย

โจทก์ ยื่นคำร้องขอเข้าดำเนินคดีต่างผู้ขอ ศาลชั้นต้นมีคำสั่งอนุญาต

ศาลชั้นต้นได้ส่วนมูลฟ้องแล้ว เห็นว่า คดีไม่มีมูล พิพากษายกฟ้อง

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์ฎีกา โดยผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาลงชื่อในคำพิพากษาศาลชั้นต้น

อนุญาตให้ฎีกา

ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์มีว่า คดีโจทก์มีมูลตามฟ้องหรือไม่

ที่โจทก์ฎีกาว่า จำเลยที่ ๑ ได้รับแต่งตั้งเป็นประธานกรรมการ และจำเลยที่ ๒ ได้รับแต่งตั้ง

เป็นกรรมการและเลขานุการคณะกรรมการสอบสวน เมื่อวันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๕๘

สนค้ำสั่ง ก.ศ.ป. ที่ ๗/๒๕๕๘ เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เอกสารหมายเลข ๑.๓



○ (๓๓ พ.)



สำหรับศาลใต้

- b -

แต่จำเลยทั้งสองไม่ดำเนินการสอบสวนโจทก์ตามวิธีการ ขึ้นข้อ ณ ระยะเวลาที่กฎหมาย

และระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนด โดยทำหนังสือโต้แย้งคัดค้านที่ประชุมคณะกรรมการ

ข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ที่มีมติแต่งตั้ง [REDACTED] เป็นคณะกรรมการ

สอบสวนโจทก์ และประวิงเวลาไม่ดำเนินการสอบสวน ทั้งๆ ที่จำเลยทั้งสองทราบดีอยู่แล้วว่า

โจทก์ถูกสั่งพักราชการระหว่างการสอบสวน ย่อมได้รับพระเมตตาหรือช่วยเหลือตลอดเวลา

ที่การสอบสวนยังไม่แล้วเสร็จ จำเลยทั้งสองมีเจตนาทรมานแก้อ้างโจทก์ให้ได้รับความเสียหาย

และเสื่อมเสียชื่อเสียง การกระทำของจำเลยทั้งสองจึงเป็นความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติ

หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบนั้น โจทก์มี [REDACTED]

[REDACTED] มีความได้ความทำงานเองเดียวกันว่า ในกรณีนี้โจทก์ถูกกล่าวหาว่า

มีความประสงค์ที่จะสนับสนุน [REDACTED] ของผู้กำกับการ

สถานีตำรวจนครบาลหัวหมาก ให้ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้กำกับการ และมอบหมายให้

[REDACTED] เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง แจ้งความประสงค์ดังกล่าว

ต่อรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติและผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาตินั้น ต่อมาคณะกรรมการ

ตุลาการศาลปกครองมีมติให้ตั้งคณะกรรมการสอบสวนโจทก์ในเรื่องดังกล่าว วันที่ ๑๗ มีนาคม



○ (๓๑ พ.)



สำหรับศาลใต้

- ๗ -

๒๕๕๘ พยานทั้งสามได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนโจทก์ โดยมีจำเลยที่ ๓ เป็นประธานกรรมการ และจำเลยที่ ๒ เป็นกรรมการและเลขานุการ ตามสำเนาคำสั่ง ก.ศป. ที่ ๗/๒๕๕๘ เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เอกสารหมาย จ.๓ ซึ่งวิธีการสอบสวนตุลาการศาลปกครองที่ถูกกล่าวหาว่ามีระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๕๕ ข้อ ๗ กำหนดว่า ให้อัตโนมัติกรรมการสอบสวนมีหนังสือแจ้งคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนให้ตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาทราบโดยเร็ว... และข้อ ๓๓ กำหนดว่า ให้อัตโนมัติกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนให้เสร็จโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งจาก ก.ศป. ถ้ามีความจำเป็นไม่อาจสอบสวนได้ทันภายในกำหนดเวลานั้นให้ขยายเวลาออกไปได้ไม่เกินสองครั้ง ครั้งละไม่เกินสิบห้าวัน โดยก่อนที่จะขยายเวลาแต่ละครั้งให้แจ้ง ก.ศป. ทราบก่อน แต่ถ้าขยายระยะเวลาแล้วยังสอบสวนไม่เสร็จ จะขยายเวลาต่อไปอีกได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุมัติจาก ก.ศป. จำเลยที่ ๓ ในฐานะประธานกรรมการมีหน้าที่ต้องนัดประชุมและดำเนินการตามระเบียบที่ ก.ศป. กำหนด จำเลยที่ ๒ ในฐานะเลขานุการ มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งของประธาน



○ (๓๑๑ พ.)



สำหรับศาลใต้

- ๘ -

กรรมการที่ได้รับมอบหมาย และคณะกรรมการสอบสวนมีหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวนให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งจาก ก.ศ.ป. แต่จำเลยทั้งสองหาได้กระทำการตามระเบียบดังกล่าว โดยจำเลยที่ ๒ ทำหนังสือหรือจำเลยที่ ๓ เรื่องที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนมีมติแต่งตั้ง ██████████ เป็นที่ปรึกษาสอบสวนโจทก์ และให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ค.ศ.ป.) ประชุมกันเพื่อหาข้อยุติในเรื่องดังกล่าวตามหนังสือเรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เอกสารหมายเลข ๘๕ จึงทำให้การสอบสวนล่าช้า การสอบสวนโจทก์เริ่มมีการนัดประชุมคณะกรรมการสอบสวนครั้งแรกในวันที่ ๑๕ มิถุนายน ๒๕๖๔ ซึ่งเป็นเวลาเกินกว่าที่ระเบียบ ก.ศ.ป. กำหนดที่จะระเบียบ ก.ศ.ป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวนและสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกล่าช้ากว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๖๔ ข้อ ๔ ไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการสอบสวนทำการคัดค้านกรรมการสอบสวนด้วยตนเอง แต่ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาเมื่อคดีคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนนั้น เห็นว่า แม้ระเบียบข้อ ๗ และข้อ ๑๑ ดังกล่าวกำหนดกรอบเวลาให้คณะกรรมการสอบสวนต้องดำเนินการสอบสวนให้เสร็จโดยเร็วก็ตาม แต่เหตุที่จำเลยทั้งสองไม่ดำเนินการสอบสวนโจทก์ตามระยะเวลาที่กำหนดก็เนื่องมาจากคณะกรรมการข้าราชการ



(๓๓๖ พ.)



สำหรับศาลใจ

- ๘ -

พลเรือน (ก.พ.) มีมติแต่งตั้ง [REDACTED] เป็นคณะกรรมการสอบสวนโจทก์ จึงเมื่อพิจารณาถึงสถานะที่ [REDACTED] เคยรับราชการในศาลปกครองสูงสุดมาเป็นเวลานาน เคยดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ยิ่งไปกว่านั้นเคยดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดที่มีโจทก์เป็นองค์คณะมาเป็นเวลาหลายปี กับทั้งขณะได้ยื่นแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการสอบสวนโจทก์ [REDACTED] ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาในศาลปกครองสูงสุด และประธานกรรมศาลอุทธรณ์วิธีและที่ปรึกษากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งมีโจทก์เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงมีเหตุให้เชื่อว่าหาก [REDACTED] เป็นกรรมการสอบสวนโจทก์ก็ย่อมจะก่อให้เกิดความสงสัยในความสุจริต โปร่งใส และเป็นกลางของ [REDACTED] ได้ และกรณีที่มีโจทก์ถูกกล่าวหาจนเป็นชี้มาของการตั้งคณะกรรมการสอบสวนนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อสื่อมวลชน จึงเชื่อได้ว่าหากสื่อมวลชนทราบว่ามีกรณี [REDACTED] เป็นกรรมการสอบสวนโจทก์ย่อมส่งผลกระทบต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นสถาบันที่ประชาชนให้ความเคารพศรัทธาเกิดความเสื่อมเสียได้ ที่โจทก์ฎีกาว่าระเบียบ ก.ศ.ป. ไม่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการสอบสวนทำการคัดค้านกรรมการสอบสวนด้วยตนเอง แต่ให้อำนาจตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็น



○ (๓๑ พ.)



สำหรับศาลใต้

- ๑๐ -

กรรมการสอบสวนนั้น เห็นว่า แม้จะเรียงดังกล่าว ข้อ ๙ จะกำหนดให้สิทธิอุทธรณ์

ศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาจะคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนคนที่ตาม

แต่ก็ห้ามข้อใดที่ห้ามกรรมการสอบสวนคัดค้านกันเองไม่ และหากจะตีความว่า

กรรมการสอบสวนไม่มีอำนาจคัดค้านกรรมการด้วยกันเองเพราะไม่มีข้อกำหนดไว้เป็น

การเฉพาะดังเช่นตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาแล้วก็จะทำให้กรรมการคนใดที่ได้รับ

แต่งตั้งโดยไม่ชอบหรือมีคุณสมบัติไม่เหมาะสมได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการ ซึ่งจะเป็นผลร้าย

แก่กระบวนการสอบสวนเป็นอย่างมาก การที่กรรมการสามารถคัดค้านกรรมการด้วยกันได้

น่าจะเป็นผลดียิ่งกว่า และหากตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาเห็นว่ากรรมการที่ได้รับ

แต่งตั้งให้ทำการสอบสวนมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดตามระเบียบ ก.ศ.ป. ว่าด้วยวิธีการสอบสวน

และสิทธิของตุลาการศาลปกครองซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง พ.ศ. ๒๕๕๔

ข้อ ๙ ตุลาการศาลปกครองผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิคัดค้านผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวน

คนใด ซึ่งจะทำให้การสอบสวนเกิดจากความสุจริต โปร่งใส และเป็นธรรมด้วยกันทั้งสองฝ่าย

ดังนั้น การที่จำเลยที่ ๒ ทำหนังสือหรือจำเลยที่ ๑ และให้คณะกรรมการตุลาการ

ศาลปกครอง (ก.ศ.ป.) ประชุมกันเพื่อหาข้อยุติในเรื่องดังกล่าวตามหนังสือเรื่องตั้ง



○ (๓๑ พ.)



สำหรับศาลใช้

- ๑๑ -

คณะกรรมการสอบสวน เอกสารหมายเลข ๓.๕ นั้น จึงเป็นการกระทำที่ปกป้องชื่อเสียง
 สถาบันของตนเองด้วยความชอบธรรม การกระทำของจำเลยทั้งสองจึงนับว่ามีเหตุสมควร
 นอกจากนี้ภายหลังที่จำเลยที่ ๒ มีหนังสือถึงจำเลยที่ ๑ เรื่องที่คณะกรรมการ
 ข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) มีมติแต่งตั้ง [redacted] เป็นคณะกรรมการสอบสวน
 โจทก์แล้ว จำเลยที่ ๑ ได้นำความอันชอบของจำเลยที่ ๒ ตามหนังสือดังกล่าวแจ้งให้โจทก์
 ในฐานะประธานกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่กำหนดระเบียบ
 ราชการประชุมทราบ และให้นำเรื่องดังกล่าวเข้าหารือในที่ประชุมคณะกรรมการตุลาการ
 ศาลปกครองเพื่อหาข้อยุติโดยเร็ว ซึ่งทางโจทก์ไม่เห็นชอบ โจทก์จะไม่บรรจุเรื่องดังกล่าว
 เข้าที่ประชุมคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก็ได้ แต่โจทก์กลับเห็นชอบและบรรจุ
 เรื่องดังกล่าวไว้ในระเบียบวาระการประชุม - ตามสำเนาหนังสือ เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการ
 สอบสวน เอกสารหมายเลข ๓.๖ แม้ข้อนี้โจทก์ฎีกาในทำนองว่า โจทก์ให้ความเห็นชอบบรรจุเรื่อง
 คุณสมบัติของ [redacted] ในระเบียบวาระการประชุมตามที่จำเลยทั้งสองเสนอ โจทก์มิได้
 เห็นพ้องด้วยว่ากรรมการสอบสวนสามารถคัดค้านกันเองได้ก็ตาม แต่เอกสารหมายเลข ๓.๖
 เป็นหนังสือที่ [redacted] เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง เสนอต่อโจทก์ มีข้อความ



○ (๓๓ พ.)



สำหรับศาลใต้

- ๑๒ -

โดยสรุปในหัวข้อที่ ๑ ว่า จำเลยที่ ๒ มีหนังสือถึงจำเลยที่ ๑ เพื่อขอให้พิจารณารณ

กรรมการข้าราชการพลเรือนซึ่งได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)

ว่าจะเป็นผู้มีคุณสมบัติที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา ๒๔ วรรคหนึ่ง

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และเป็น

ผู้มีกรณีพิพาทตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

พ.ศ. ๒๕๓๔ หรือไม่ หัวข้อที่ ๒ ว่า จำเลยที่ ๑ ในฐานะประธานกรรมการสอบสวนโจทก์

มีความเห็นถึงโจทก์ในฐานะประธานคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) ว่า เนื่องจาก

ยังมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการข้าราชการพลเรือนซึ่งได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการ

ข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ที่จะร่วมเป็นกรรมการสอบสวนโจทก์ จึงเห็นสมควรนำเรื่องดังกล่าว

เข้าหารือในที่ประชุมคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) เพื่อพิจารณาวินิจฉัยคดี

โดยเร็วที่สุด .. และหัวข้อที่ ๔ ว่า สำนักงานศาลปกครอง ในฐานะฝ่ายเลขานุการ

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) พิจารณาแล้วเห็นว่ากรกำหนดระเบียบวาระ

การประชุมคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) เป็นอำนาจหน้าที่ของประธาน

กรรมการตุลาการศาลปกครองซึ่งก็คือโจทก์ ดังนั้น เพื่อให้การบริหารจัดการประชุม



○ (๓๑ พ.)



สำนักวิชาไล้

- ๑๓ -

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) เป็นไปด้วยความเรียบร้อย จึงขอให้โจทก์
 ให้ความเห็นชอบในการบรรจุเรื่องดังกล่าวไว้ในระเบียบวาระการประชุม...และโจทก์ได้
 ลงนามเห็นชอบท้ายหนังสือดังกล่าว จากข้อเท็จจริงดังกล่าวกรณีจึงถือได้ว่า โจทก์ได้ให้
 ความเห็นชอบในการบรรจุเรื่องการคัดค้านการเป็นกรรมการสอบสวนของ ████████ ใน
 ระเบียบวาระการประชุมตามที่จำเลยทั้งสองเสนอ หากโจทก์เห็นชอบบรรจุเรื่องคุณสมบัติ
 ของ ████████ ในระเบียบวาระการประชุมดังที่โจทก์มีคำไม่ การที่โจทก์ให้ความเห็นชอบ
 ดังกล่าว โจทก์ย่อมคาดหมายไว้ตั้งแต่ต้นว่าการสอบสวนไม่สามารถดำเนินการตามระยะเวลาที่
 ระเบียบ ก.ศป. กำหนดได้ อีกทั้งในกรณีประชุมคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.)
 (วันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๘) ที่โจทก์ให้ความเห็นชอบนั้นก็ปรากฏว่ามีกรรมการตุลาการ
 ศาลปกครองหลายคนได้อภิปรายกันอย่างกว้างขวางถึงความไม่เหมาะสมที่คณะกรรมการ
 ชำระการพลเรือน (ก.ท.) แต่งตั้ง ████████ เป็นกรรมการสอบสวนโจทก์ และที่ประชุม
 มีมติเห็นชอบให้สำนักงานศาลปกครองมีหนังสือแจ้งข้อเท็จจริงเพื่อให้คณะกรรมการชำระการ
 พลเรือนทบทวนมติที่แต่งตั้ง ████████ เป็นคณะกรรมการสอบสวนโจทก์ เนื่องจากอาจจะเป็น



○ (๓๑ พ.)



สำหรับศาลใช้

- ๑๙ -

ผู้มีความประพฤติไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา ๒๔ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ และอาจเป็นผู้มีกรณีที่เกี่ยวข้องตาม

มาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๔ ตามสำเนา

รายงานการประชุมคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง เอกสารหมายเลข ๑๗ นอกจากนี้

ยังมีตุลาการศาลปกครองมากกว่า ๓๐ คนทั้งหมดซึ่งมีจำนวนที่ ๑ ในฐานะ

ประธานกรรมการสอบสวนโจทก์ ขอให้พิจารณาทบทวนความเหมาะสมที่ [REDACTED] เป็น

คณะกรรมการสอบสวนโจทก์ พร้อมทั้งเสนอให้พิจารณาความเหมาะสมของกรรมการสอบสวน

เอกสารหมายเลข ๑๗ ดังนั้น การที่จำเลยทั้งสองไม่เริ่มดำเนินการสอบสวนโจทก์ แต่

กระทำการต่างๆ เพื่อให้การสอบสวนโจทก์เป็นไปด้วยความสุจริต โปร่งใส และเป็นธรรม ทั้ง

จำเลยทั้งสองมิได้กระทำการโดยพลการ แต่กระทำให้ตามมติที่ประชุมคณะกรรมการตุลาการ

ศาลปกครอง (ก.ศป.) ประกอบกับระยะเวลาที่จำเลยทั้งสองและคณะกรรมการตุลาการ

ศาลปกครอง (ก.ศป.) ระยะเวลาที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) ประชุมกัน

เพื่อพิจารณาเรื่องดังกล่าว ระยะเวลาที่เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองและเลขาธิการ





(๓๑ พ.)



สำหรับศาลใต้

- ๓๑ -

คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) มีหนังสือโต้ตอบกัน ซึ่งดำเนินการประมาณ
เดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ ถึงเดือนพฤษภาคม ๒๕๕๘ ตามสำเนาหนังสือแต่งตั้ง
กรรมการข้าราชการพลเรือนเป็นกรรมการในคณะกรรมการสอบสวน สำเนา
รายงานการประชุมคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) และสำเนาหนังสือ
แจ้งข้อเท็จจริงประกอบกรณีพิจารณาทบทวนกรณีการแต่งตั้งกรรมการข้าราชการพลเรือน
(ก.พ.) เอกสารหมายเลข ๑.๔ จ.๖, ๑.๕ และ ๑.๑๑ ถึง ๑.๑๖ ก็นับว่าเป็นระยะเวลา
ที่มีความรวดเร็วพอสมควร อันได้แก่ขึ้นทบทวนระยะเวลาการสอบสวนโจทก์ที่ดำเนินการใน
เวลาต่อมา ที่ประชุมคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ก็รับทราบและมีมติให้
ขยายเวลาในการสอบสวนออกไป ตามสำเนารายงานการประชุมคณะกรรมการตุลาการ
ศาลปกครอง เอกสารราชการหมายเลข ๓.๓ (มีมติที่ ๒) และสำเนาหนังสือแจ้งมติที่ประชุม
คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) เอกสารหมายเลข ๑.๕ การกระทำของจำเลยทั้งสอง
จึงไม่มีมูลเป็นความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามที่
ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าคดีโจทก์ไม่มีมูลนั้น ศาลฎีกาเห็นฟ้องด้วย ฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น



○ (๓๓๑ ๗.)



สำหรับศาลใต้

- ๑๖ -

ส่วนฎีกาข้อนี้ล้วนเป็นรายละเอียดปลีกย่อย ไม่มีผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลต้องเปลี่ยนแปลง

ไป ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย

พิพากษาอื่น

นายโสฬส ตูววัฒนเนตร

นายบุญไชย ธนพันธ์สิน

นายชวลิต อองพานิชย์

