

ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่  
ของศาลรัฐธรรมนูญ

นายวุฒิพงศ์ ผจงจิตสม



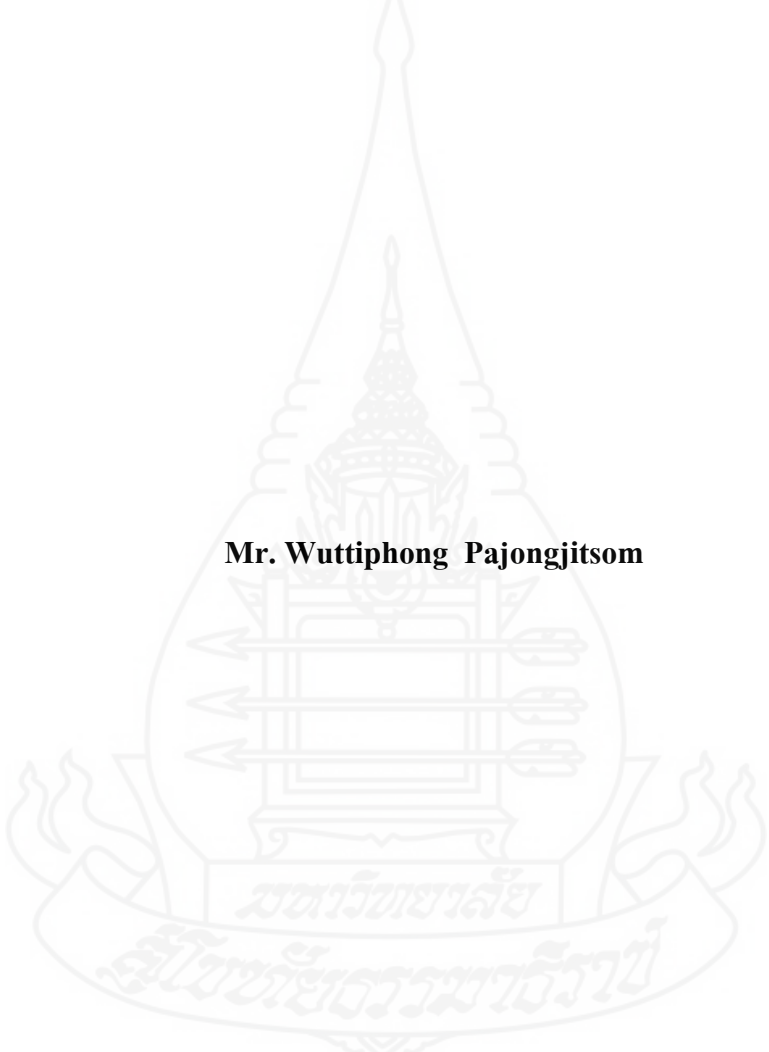
การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2561

**Problems concerning the Legal Status, Structure and Authority  
of the Constitutional Court**

**Mr. Wuttiiphong Pajongjitsom**



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Public Law  
School of Law  
Sukhothai Thammathirat Open University  
2018

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่  
ของศาลรัฐธรรมนูญ  
ชื่อและนามสกุล นายวุฒิพงษ์ ผงจิตสม  
วิชาเอก กฎหมายมหาชน  
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช  
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2562

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ

เสาวนีย์ อัสวโรจน์

ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์)

พรพ

กรรมการ

(รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ)

วุฒิพงษ์

(รองศาสตราจารย์วุฒิ เทพทอง)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ  
ผู้ศึกษา นายวุฒิพงษ์ ผงจิตสม รหัสนักศึกษา 2564001812 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัครโรจน์  
ปีการศึกษา 2561

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด หลักเกณฑ์ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เพื่อให้ทราบถึงสภาพปัญหาและแนวทางที่เหมาะสมไปใช้ในการกำหนดสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีความเหมาะสมสำหรับประเทศไทย

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพในรูปของการวิจัยเอกสาร โดยเน้นการวิเคราะห์และสังเคราะห์ข้อมูลทางกฎหมายเพื่อหาคำตอบตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ ตลอดจนการค้นคว้าข้อมูลทางกฎหมายจากตำรา หนังสือ บทความ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ คำพิพากษา และการสืบค้นจากฐานข้อมูลออนไลน์

ผลจากการศึกษาพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังคงมีปัญหาบางประการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ เนื่องจากยังขาดความชัดเจนและไม่มีความเหมาะสม โดยมีข้อเสนอแนะจากการวิจัย ดังนี้ สถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ควรกำหนดให้ชัดเจนดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน โดยการกำหนดให้อยู่ในหมวดศาล โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ ควรกำหนดองค์ประกอบเสียใหม่เพื่อให้สอดคล้องต่อภารกิจและอำนาจหน้าที่ โดยคำนึงถึงสัดส่วนของผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านการบริหารบ้านเมืองและในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชนประกอบกัน และให้เพิ่มองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญเป็น 2 องค์คณะ ดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน เพื่อรองรับปริมาณคดีที่เพิ่มมากขึ้น ส่วนคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ควรกำหนดให้สูงจนเกินไป โดยให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกและสรรหาเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจ ดังเช่นการแต่งตั้งศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสซึ่งไม่มีการกำหนดคุณสมบัติไว้ การคัดเลือกและสรรหา ตลอดจนการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ควรกำหนดให้ตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วม ดังเช่นการแต่งตั้งศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสหรือศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน และยังคงควรให้ตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมกับการให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระและการแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวด้วย สำหรับการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ควรกำหนดหลักเกณฑ์ที่นำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุคัดค้านและกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตำแหน่งหน้าที่ดังเช่นการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน นอกจากนี้ จากการศึกษา ยังพบปัญหาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งควรจะได้รับการศึกษาในเชิงลึกต่อไป

คำสำคัญ ศาลรัฐธรรมนูญ สถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

**Independent Study title :** Problems concerning the Legal Status, Structure and Authority of the Constitutional Court

**Author :** Mr. Wuttiphong Pajongjitsom; **ID :** 2564001812; **Degree :** Master of Laws;

**Independent Study advisor :** Dr. Saowanee Asawaroj, Professor;

**Academic year :** 2018

### **Abstract**

This objective of this independent study is to study the concepts, criteria, and theories related to the Constitutional Court. It also aims to conduct a comparative study between the Constitutional Court in foreign countries and that of Thailand. This is to know the problems and the appropriate guidelines for the determination of the appropriate legal status, structure, and authority of the Constitutional Court for Thailand.

This independent study is a qualitative research in the form of document analysis, focusing on analyzing and synthesizing legal information to find answers according to the defined goals. The legal information resources including textbooks, books, articles, research, laws, verdicts and searches of various online databases were used in this study.

The results of the study shows that the Constitutional Court in accordance with the 2017 Constitution still has some problems with the legal status, structure, and authority. This is mainly because these issues still lacks of clarity and suitability. The recommendations based on this finding are the following. The legal status of the constitutional court should be clearly defined by being in the court section as the Federal Constitutional Court of Germany. The structure of the constitutional court, its components should be re-defined, taking into account the proportion of people with knowledge, expertise, or experience in the administration of the country and the law, especially in the public law, to correspond with its mission and authority. Moreover, the judge of the constitutional court should be increased to 2 panels as the Federal Constitutional Court of Germany to support increasing lawsuit cases. In terms of the qualifications of the Constitutional Court judges, they should not be set too high. However, this should be left to the discretion of the organization that is responsible for the selection and recruitment of the judges, like the judge appointment for the US Supreme court or the Constitutional Council of France with no particular qualifications. The selection, recruitment, and approval of the constitutional court judges should be required by representatives of organization that was directly from the people like the judge appointment for the US Supreme court or the Constitutional Council of France or the Federal Constitutional Court of Germany. In addition, it is recommended that those representatives should be involved in vacating of the constitutional court judge before the end of term and the appointment of temporary constitutional court judge. In aspects of the objection to the constitutional court judge, rules should be prescribed which can lead to the process of demoting the constitutional court judge which had the grounds of objection and acted adversary per position, as the objection to the Federal Constitutional Court judge of Germany. It is also found that certain significant issues to do with the authority of the Constitutional Court which further in-depth studies are indispensably needed.

**Keywords** The Constitutional Court, The Legal Status, Structure and Authority of the Constitutional Court

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความเมตตากรุณาเป็นอย่างยิ่งจากท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ที่ให้เกียรติรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและเป็นประธานกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ ยอมเสียสละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นทางวิชาการอันทรงคุณค่าในการจัดทำการศึกษาเรื่องปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนช่วยเหลือแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ และด้วยความกรุณาของท่านอาจารย์ รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ ที่ยอมสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ พร้อมทั้งให้คำแนะนำ เสนอแนะ และข้อสังเกตบางประการ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นและสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี โดยผู้วิจัยรู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของท่านอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างยิ่ง

ขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาที่ได้อุปการะเลี้ยงดูและให้ทุกสิ่งแก่ผู้วิจัยตลอดมา ขอขอบพระคุณคณาจารย์ เจ้าหน้าที่สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ที่เมตตากรุณาให้คำแนะนำในจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ และขอขอบคุณนางสาวนรินทร์พร แก้วไพรี ที่ให้กำลังใจและผลักดันให้ตั้งใจทำการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ให้สำเร็จ

ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ จักมีคุณค่าและเป็นประโยชน์ทางวิชาการอยู่บ้าง โดยผู้วิจัยขอยกความดีให้กับทุกท่านที่กล่าวมาทั้งหมด และมอบให้เป็นกตเวทิตาแก่บิดามารดา บุรพจารย์ รวมทั้งผู้มีพระคุณทุกท่าน หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย

วุฒิพงศ์ ผจงจิตสม

มีนาคม 2562

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	3
3. สมมติฐานของการศึกษา .....	4
4. ขอบเขตของการศึกษา .....	4
5. วิธีดำเนินการศึกษา .....	4
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	4
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ .....	6
1. ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ .....	6
1.1 ความเป็นเบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ .....	6
1.2 การจัดทำรัฐธรรมนูญ .....	11
1.3 ลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญ .....	13
1.4 หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ .....	15
2. แนวคิดและความเป็นมาขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมาย มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย .....	17
2.1 สภาผู้แทนราษฎร .....	17
2.2 ศาลยุติธรรม .....	17
2.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ .....	19
2.4 ศาลรัฐธรรมนูญ .....	26
3. แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน .....	49
3.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน .....	49
3.2 หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย .....	63

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.3 หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย .....	69
บทที่ 3 ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศและของประเทศไทย .....	74
1. ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ .....	74
1.1 ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา .....	74
1.1.1 โครงสร้างของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง .....	77
1.1.2 อำนาจและหน้าที่ของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง .....	79
1.1.3 การจัดทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย .....	81
1.2 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส .....	82
1.2.1 โครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ .....	83
1.2.2 อำนาจและหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ .....	87
1.2.3 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย .....	95
1.3 ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน .....	97
1.3.1 โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ .....	100
1.3.2 อำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ .....	108
1.3.3 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย .....	112
2. ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย .....	119
2.1 โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ .....	121
2.2 อำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ .....	131
2.3 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย .....	146
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง	
และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ .....	149
1. ปัญหาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 และ	
คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 .....	150
2. ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ .....	158
3. ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ .....	159
3.1 องค์ประกอบและองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญ .....	159
3.2 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ .....	165



สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.3 การคัดเลือก การสรรหา และการให้ความเห็นชอบ	
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.....	168
3.4 การคัดค้านและการให้พ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ .....	174
3.4.1 การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.....	174
3.4.2 การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง	
ก่อนครบวาระ .....	175
3.4.3 การแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็น	
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราว.....	175
4. ปัญหาอื่น ๆ ที่ควรได้รับการศึกษาในเชิงลึกต่อไป .....	176
4.1 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ	
ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ.....	177
4.2 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ	
ร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ.....	178
4.3 การวินิจฉัยให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง .....	179
4.4 การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ	
องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ.....	180
4.5 การกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม .....	182
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	185
1. บทสรุป.....	185
2. ข้อเสนอแนะ .....	188
บรรณานุกรม .....	201
ประวัติผู้ศึกษา .....	206

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน กฎหมายจึงอยู่ในฐานะของที่มาแห่งอำนาจรัฐและในฐานะบทจำกัดอำนาจรัฐ บรรดาองค์กรของรัฐจะใช้อำนาจหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจอันเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยไม่มีเหตุอันควร และกฎหมายจะต้องมีความชอบธรรมโดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นสัญญาประชาคม (social contract) ที่สมาชิกในสังคมทุกคนร่วมตกลงกันสร้างขึ้นเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น ๆ มีการกำหนดรูปแบบและระบอบการปกครองของประเทศ กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร ตลอดจนสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน ซึ่งการที่จะทำให้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ จำเป็นจะต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ สำหรับประเทศไทยได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าว โดยจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ยุบเลิกไป และสืบต่อกันมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 โดยความคาดหวังว่าศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรที่น่าพาดพิงต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ ให้สามารถขับเคลื่อนไปได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งพัฒนากลไกทางการเมืองและการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย แต่ที่ผ่านมา คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็นจุดพลิกผันทางการเมืองครั้งสำคัญ อาทิ คำวินิจฉัยว่านายสมัคร สุนทรเวช มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และคำวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นกรกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี สิ้นสุดลง เป็นต้น คำวินิจฉัยเหล่านี้ ได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับฝ่ายการเมือง รวมทั้งประชาชนผู้สนับสนุนฝ่ายการเมือง นำไปสู่

การตั้งคำถามถึงความจำเป็นที่จะต้องมีศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย ตลอดจนการหาข้อเสนอกี่ยวกับขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมาในข้างต้น เมื่อในปัจจุบันรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรศึกษาเกี่ยวกับสภาพปัญหาของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 แล้ว จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะมีสถานะทางกฎหมายเป็น “องค์กรศาล” โดยใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแยกออกมาต่างหากจากศาลอื่น ๆ โดยกำหนดให้มีหมวดของศาลรัฐธรรมนูญเอง การแยกออกมาต่างหากจากหมวดศาลเช่นนี้ ย่อมทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญว่ายังคงเป็นองค์กรศาลอยู่หรือไม่ นอกจากสถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่มีความชัดเจนแล้ว ยังพบปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย โดยองค์ประกอบและองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีคุณสมบัติสอดคล้องกับการกิจและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนคุณสมบัติในการคัดเลือกและการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดไว้สูงกว่ารัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ จนอาจทำให้ไม่สามารถทำการคัดเลือกหรือสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือหากสามารถทำการคัดเลือกหรือสรรหาได้ ก็อาจได้ผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งกระบวนการคัดเลือกและสรรหา ตลอดจนการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ยังขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เนื่องจากไม่ได้ดำเนินการโดยองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กลับไปยังประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ทำให้การใช้และการตีความของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนเป็นสำคัญ สำหรับการแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวนั้น ก็ได้ดำเนินการโดยองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเช่นเดียวกัน ส่วนการวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระและการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีที่เหมาะสม

นอกจากนี้ ยังพบปัญหาเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ คือ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้มีการจัดศักดิ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้สูงกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ดังนั้นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงควรกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติทั่วไป

ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากกำหนดให้นำหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น ผู้ที่มีสิทธิในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา และนายกรัฐมนตรี แต่ในทางตำราวิชาการได้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาเท่านั้น ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยให้คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพราะไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ เนื่องจากไม่มีบทนิยามอย่างชัดเจน จึงจะต้องอาศัยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากปัญหาที่จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยนั้น ควรจะเป็นปัญหาที่เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ 2 องค์กรขึ้นไป มิใช่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสงสัยหรือความไม่แน่ใจในการใช้อำนาจหน้าที่ของตนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม เนื่องจากมาตรฐานทางจริยธรรมมีสภาพบังคับและโทษที่ได้รับดังเช่นกฎหมาย การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมนั้น จึงเปรียบเสมือนว่าเป็นการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรากฎหมายซึ่งน่าจะขัดกับหลักการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ ดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนไม่สามารถสร้างความเชื่อมั่นและความไว้วางใจให้เกิดขึ้นได้ อันจะส่งผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเห็นสมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ แล้วนำผลที่ได้มาเป็นแนวทางแก้ไขเพื่อนำไปใช้ในการกำหนดสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีเหมาะสมสำหรับประเทศไทย

## 2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ

2.2 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

2.3 เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560

2.4 เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมนำไปใช้ในการกำหนดสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีเหมาะสมสำหรับประเทศไทย

### 3. สมมติฐานการวิจัย

ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการแก้ไขเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนสามารถสร้างความเชื่อมั่นและความไว้วางใจให้เกิดขึ้นได้

### 4. ขอบเขตของการวิจัย

ในการศึกษาและวิจัยนี้ เป็นการศึกษาและวิจัยเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 โดยทำการเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ และศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมนำไปใช้ในการกำหนดสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีเหมาะสมสำหรับประเทศไทย

### 5. วิธีการดำเนินการศึกษา

เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพในรูปแบบของการวิจัยเอกสาร โดยเน้นการวิเคราะห์และสังเคราะห์ข้อมูลทางกฎหมายเพื่อหาคำตอบตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ ตลอดจนการค้นคว้าข้อมูลทางกฎหมาย จากตำรา หนังสือ บทความ งานวิจัย ด้วบทกฎหมาย คำพิพากษา และการสืบค้นข้อมูลทางกฎหมาย จากฐานข้อมูลออนไลน์

### 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ

6.2 เพื่อทราบถึงสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ  
ของต่างประเทศเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทย

6.3 เพื่อทราบถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่  
ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560

6.4 เพื่อหาแนวทางแก้ไขและข้อเสนอแนะที่เหมาะสมไปใช้ในการกำหนดสถานะ  
ทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีเหมาะสมสำหรับประเทศไทย



## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ

ก่อนที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับสภาพปัญหาของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น มีความจำเป็นจะต้องทำการศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของรัฐธรรมนูญและความจำเป็นที่จะต้องมีส่วนร่วมในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยจะทำการศึกษาเกี่ยวกับ ความรู้ทั่วไปของรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญ ลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญ และหลักประกัน ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รวมถึงจะทำการศึกษาถึงแนวคิดและความเป็นมาของ องค์การที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงหลักการที่ถูกต้อง และทำให้เห็นถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับ สถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่ามีความถูกต้องและเหมาะสม หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าควรศึกษาถึงแนวความคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน ซึ่งได้แก่ แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

#### 1. ความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

ในการปกครองประเทศต่าง ๆ นั้น ย่อมจำเป็นจะต้องมีกฎหมายแม่บทเพื่อเป็นหลัก ในการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้ในการจัดระเบียบของสังคมให้มีความสงบสุข โดยกฎหมายแม่บท ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศนี้ เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งอาจมีสาระสำคัญ แตกต่างกันไปตามระบอบการปกครองของแต่ละประเทศ โครงสร้างหลักของรัฐธรรมนูญจะระบุ เกี่ยวกับการใช้อำนาจในการปกครอง ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ รวมทั้งบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของการปกครองในแต่ละประเทศด้วย

##### 1.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

ประเทศอังกฤษในสมัยพระเจ้าจอห์น ชุมนางและพระสันตะปาปาได้บีบบังคับ ให้พระเจ้าจอห์นลงนามในเอกสารที่เรียกว่า มหากฎบัตร (Magna Carta) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่าง

พระมหากษัตริย์กับกลุ่มขุนนางและกลุ่มนักบวช ความสำคัญของมหากฎบัตรนี้มีด้วยกัน 2 ประการ<sup>1</sup> คือ ประการแรก มหากฎบัตรได้สร้างหลักนิติธรรมให้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เนื่องจากมหากฎบัตรได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ไม่สามารถประพฤติตนตามอำเภอใจได้ เช่น จะเก็บภาษีบางอย่างตามที่กำหนดไว้โดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากสภาสูงไม่ได้ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดว่าเสรีชนทุกคนจะต้องได้รับความยุติธรรมและมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดี โดยจะทำการจับกุม คุมขัง หรือเนรเทศบุคคลใดไม่ได้ หากยังไม่ได้รับการพิจารณาพิพากษา ประการที่สอง มหากฎบัตรเป็นจุดเริ่มต้นของวิวัฒนาการสู่การปกครองระบอบรัฐสภา เนื่องจากได้กำหนดถึงการจัดองค์กรและการบริหารอำนาจของสภาสูง (Magnum Concillium) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า มหากฎบัตรเป็นเอกสารสำคัญสำหรับการปกครองโดยกฎหมาย และเป็นรากฐานสำคัญของการพัฒนาระบบรัฐธรรมนูญ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1776 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประกาศอิสรภาพจากการเป็นดินแดนอาณานิคมของประเทศอังกฤษ และได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกของสหรัฐอเมริกาชื่อว่า รัฐธรรมนูญของ 13 อาณานิคม (The Articles of Confederation) ซึ่งรัฐธรรมนูญนี้ได้สถาปนารูปแบบรัฐบาลแบบสมาพันธ์รัฐ แต่รูปแบบรัฐบาลแบบสมาพันธ์รัฐเป็นรูปแบบที่รัฐบาลกลางมีความอ่อนแอเป็นเหตุให้เกิดปัญหาจนนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาคฉบับใหม่และได้ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1789 โดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The Constitution of the United States) ได้มีการสร้างสถาบันการเมืองอันเป็นต้นแบบของระบบประธานาธิบดี มีหลักการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ตลอดจนมีการกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่เก่าแก่ที่สุดในโลก อีกทั้งยังเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ จำนวนมาก

สำหรับประเทศไทยนับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศหลายฉบับ เริ่มตั้งแต่พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย แต่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ต่อมาได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร เมื่อนับรัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน ทั้งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและฉบับถาวร ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญรวม 20 ฉบับ ซึ่งนับว่ามี

<sup>1</sup> Mark Kent, กฎบัตรแมกนา คาร์ตา กับวิวัฒนาการ “วัฒนธรรมรัฐธรรมนูญ”, ค้นคืน 15 ธันวาคม 2561, จาก <https://www.thairath.co.th/content/504696>

<sup>2</sup> วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (พิมพ์ครั้งที่ 3), กรุงเทพฯ, นิติบรรณาการ, 2530, หน้า 31-35



การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบ่อยครั้งมาก แสดงให้เห็นถึงความขาดเสถียรภาพทางการเมืองของประเทศ แตกต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่นับตั้งแต่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1789 (ในปี พ.ศ. 2332) จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีการยกเลิกทั้งฉบับ มีแต่เพียงการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปเท่านั้น

สำหรับความหมายของรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีการให้ความหมายไว้อย่างหลากหลายดังต่อไปนี้

คำว่า “รัฐธรรมนูญ” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายว่าเป็นบทกฎหมายสูงสุดที่จัดระเบียบการปกครองประเทศ กำหนดรูปแบบและระบอบการปกครองของประเทศ สิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของประชาชน อำนาจหน้าที่ขององค์กร และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร

หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ว่าหมายถึง กฎหมายที่กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเหล่านี้ต่อกันและกัน<sup>3</sup>

ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ว่าหมายถึง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวกับการเลือกสรรผู้ปกครอง การจัดองค์กร และการใช้อำนาจทางการเมืองในรัฐ<sup>4</sup>

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ว่าหมายถึง แม่บทกฎหมายสูงสุดของรัฐที่ใช้ในการปกครองประเทศ ซึ่งเป็นพื้นฐานของการปกครองแบบนิติรัฐที่ทุก ๆ คนในรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย<sup>5</sup>

มานิตย์ จุมปา ได้ให้ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ว่าหมายถึง กฎหมายที่ก่อตั้งสถาบันทางการเมือง ได้แก่ รัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ตลอดจนมีกลไกในการถ่วงดุลอำนาจ (check and balance) ระหว่างสถาบันการเมือง เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจสูงสุดจนล้นพ้น อันอาจนำไปสู่การใช้อำนาจที่มีขอบได้ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น

<sup>3</sup> หยุด แสงอุทัย, *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่ 9), กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2538, หน้า 39

<sup>4</sup> ชาญชัย แสวงศักดิ์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2552, หน้า 60

<sup>5</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*, (พิมพ์ครั้งที่ 3), กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2550, หน้า 85

จะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะรัฐจะก้าวล่วงเข้ามาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้ก็เฉพาะแต่เมื่อรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้เท่านั้น<sup>6</sup>

พรชัย เลื่อนฉวี ได้ให้ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ว่าหมายถึง กฎหมายขั้นมูลฐานของรัฐ ซึ่งกล่าวถึงกฎเกณฑ์ที่จัดวางระเบียบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง เป็นกฎหมายที่อยู่ในฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ทั้งปวง ซึ่งกฎหมายอื่น ๆ จะมีวิธีการจัดทำหรือมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงกฎเกณฑ์การปกครองทางการเมืองอย่างกว้าง ๆ กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดรูปบริหารในทางการเมืองของรัฐหรือประเทศ<sup>7</sup>

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งจัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้น และมอบให้ใช้อำนาจต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ ตลอดจนมีกลไกในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างสถาบันการเมืองเหล่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจสูงสุดเป็นล้นพ้นอันอาจไปสู่การใช้อำนาจในทางที่มีขอบโดยกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

สำหรับการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญนั้น อาจจัดแบ่งได้หลากหลายประเภท โดยขึ้นอยู่กับว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นตัวแบ่งแยก ยกตัวอย่างเช่น

1) ถ้าใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็อาจแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร คือ รัฐธรรมนูญที่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยรวบรวมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองของประเทศไว้และได้จัดทำด้วยวิธีการที่แตกต่างจากการจัดทำกฎหมายธรรมดา ซึ่งอาจมีการบัญญัติไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับก็ได้ สำหรับประเทศที่มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้ในเอกสารฉบับเดียว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศไทย เป็นต้น ส่วนประเทศที่มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้ในเอกสารหลายฉบับ ได้แก่ ประเทศสวีเดน ซึ่งรัฐธรรมนูญประกอบด้วยกฎหมายมูลฐานจำนวน 4 ฉบับ

รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีข้อดีหลายประการ เช่น ทำให้เกิดความแน่นอนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปกครองประเทศ ลดความขัดแย้งระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ และหากมีการละเมิดหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ทำให้

<sup>6</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, (พิมพ์ครั้งที่ 3), กรุงเทพฯ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555, หน้า 1

<sup>7</sup> พรชัย เลื่อนฉวี, กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, กรุงเทพฯ, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550, หน้า 4-5

ทราบได้โดยง่าย เนื่องจากการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ในบางประเทศ ยังได้มีการบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญด้วย แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็มีข้อเสียหลายประการ เช่น รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีความตายตัวมากเกินไป ไม่ยืดหยุ่นตามสถานการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ต้องมีแก้ไขบ่อยครั้ง เมื่อการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นเกิดความไม่เหมาะสมขึ้น และในกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญได้ ก็อาจทำให้เกิดการปฏิวัติหรือรัฐประหารขึ้นได้

(2) รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี คือ รัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วย ขนบธรรมเนียมประเพณีและวิธีการที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานาน รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศทางด้านการเมือง ตลอดจนคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่ได้รับการยอมรับจนกลายเป็นบรรทัดฐาน รวมกันเข้าเป็นบทบัญญัติที่มีอำนาจเป็นกฎหมายสูงสุดในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองประเทศ โดยไม่มีการรวบรวมบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับ สำหรับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศอิสราเอล และประเทศนิวซีแลนด์ เป็นต้น

รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมีข้อดีหลายประการ เช่น มีความยืดหยุ่นสามารถปรับใช้ตามสถานการณ์บ้านเมืองได้ สามารถวิวัฒนาการให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศได้ และเนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญที่สามารถวิวัฒนาการได้ จึงทำให้ไม่มีช่องว่างแห่งรัฐธรรมนูญ ตลอดจนไม่มีการปฏิวัติหรือรัฐประหารเพื่อยกเลิกการใช้รัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็มีข้อเสียหลายประการ เช่น ไม่มีความแน่นอนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปกครองประเทศ อาจทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ และหากมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแล้วก็จะทำให้ทราบได้โดยยาก เนื่องจากไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ไม่เปิดโอกาสให้ทดลองวิธีใหม่ ๆ เพราะต้องใช้การวิวัฒนาการที่มีมาแต่เดิมแล้วจึงค่อย ๆ พัฒนาไป

2) ถ้าใช้หลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็อาจแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก คือ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรซึ่งกำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ เช่น จำนวนผู้เข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องใช้จำนวนมากกว่าการเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

หรือพระราชบัญญัติ หรือต้องอาศัยจำนวนเสียงเพื่อเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม มากกว่าจำนวนเสียงเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือกำหนดให้ต้องมีการออกเสียงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นต้น

(2) รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย คือ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรซึ่งกำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำได้ง่ายเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ เช่น จำนวนผู้เข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่ากับจำนวนเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ หรือจำนวนเสียงเพื่อเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมเท่ากับจำนวนเสียงเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นต้น และรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี เนื่องจากรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขง่ายเพียงเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ รัฐสภาจะแก้ไขเมื่อใดก็ได้

3) ถ้าใช้หลักเกณฑ์กำหนดเวลาในการใช้บังคับ ก็อาจแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญชั่วคราว คือ รัฐธรรมนูญที่มีการบัญญัติขึ้นเพื่อให้ใช้บังคับช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง โดยผู้จัดทำรัฐธรรมนูญมิได้มุ่งหวังให้ใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นการถาวรตลอดไป แต่ใช้บังคับเพื่อแก้ไขสถานการณ์เฉพาะหน้าเท่านั้น รัฐธรรมนูญประเภทนี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่มีขึ้นโดยคณะปฏิวัติ เนื่องจากภายหลังที่คณะปฏิวัติได้ยึดอำนาจจากรัฐบาลเดิม และทำการยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในขณะนั้น ประเทศก็จะปราศจากรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดที่ใช้ในการปกครอง จึงอาจนำมาซึ่งความวุ่นวายได้ ทำให้ต้องจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับเป็นการชั่วคราว จนกว่าจะประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับที่มีความสมบูรณ์ในภายหลัง ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่เกิดหลังจากการรัฐประหาร ซึ่งโดยปกติแล้วจะใช้ชื่อว่า “ธรรมนูญการปกครอง” หรือ “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)” เป็นต้น

(2) รัฐธรรมนูญถาวร คือ รัฐธรรมนูญที่ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญนั้นประสงค์จะใช้บังคับเป็นการถาวรตลอดไป มิได้มุ่งใช้บังคับเพียงช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง โดยรัฐธรรมนูญถาวรจะมีเนื้อหาที่ค่อนข้างสมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ซึ่งเกิดขึ้นหลังจากรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 เป็นต้น

## 1.2 การจัดทำรัฐธรรมนูญ

อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศหรือ “อำนาจอธิปไตย” โดยอำนาจดังกล่าวจะทำการสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์สูงสุด

ของรัฐ และรัฐธรรมนูญก็จะทำการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองที่สำคัญขึ้นมาและมอบอำนาจอธิปไตยให้แก่แต่ละองค์กรใช้ ดังนั้น ผู้ที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนภายในรัฐย่อมต้องอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐ ซึ่งก็คือ “รัฐอธิปไตย” หรือผู้ทรงอำนาจอธิปไตยนั่นเอง

ลักษณะสำคัญของอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญมีอยู่ 3 ประการ

1) อำนาจขององค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นมีอยู่จำกัดเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ ดังนั้น องค์กรที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้นจึงไม่อาจใช้อำนาจจัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ตัวอย่างเช่น รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้น แม้จะมีอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่สามารถตรากฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ หรือรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้น ก็ต้องใช้อำนาจภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ หรือศาลซึ่งเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้น ก็ต้องวินิจฉัยตัดสินคดีไปตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การกระทำขององค์กรอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้<sup>8</sup>

2) การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือ “รัฐอธิปไตย” หรือผู้ทรงอำนาจอธิปไตย เนื่องจากเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นมา และรัฐธรรมนูญจะทำการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองที่สำคัญขึ้นมาและมอบอำนาจอธิปไตยให้แก่แต่ละองค์กรใช้ ดังนั้น การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญโดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นจะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญด้วย เช่น ในระบอบประชาธิปไตย การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญก็ต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนเป็นสำคัญ

3) อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กับอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะเห็นได้จากกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีความแตกต่างจากกระบวนการแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ<sup>9</sup>

สำหรับอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจในการยกร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อนำเสนอให้ผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบแล้วจึงจะใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจคนละส่วนกับอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ โดยอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจต่อเนื่องที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ซึ่งหาก

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพฯ, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554, หน้า 124-125

<sup>9</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 99

ปราศจากอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญแล้ว อำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญย่อมไม่เกิดขึ้น<sup>10</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าผู้ที่มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นบุคคลคนละคนกับผู้ที่มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญเสมอไป ผู้ที่มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญอาจเป็นบุคคลเดียวกับผู้ที่มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญก็ได้ ทั้งนี้ ผู้ที่มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญอาจจำแนกออกเป็น 3 ประเภท คือ

- 1) โดยบุคคลคนเดียว มักเกิดขึ้นจากการกระทำปฏิวัติหรือรัฐประหาร โดยมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราว
- 2) โดยคณะบุคคลหรือคณะกรรมการ มักเกิดขึ้นในประเทศที่เพิ่งมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือเพิ่งได้รับเอกราช โดยคณะบุคคลหรือคณะกรรมการจะคัดเลือกมาจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชาต่าง ๆ ของประเทศ
- 3) โดยสภานิติบัญญัติหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญ มักเป็นกรณีที่ต้องการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเก่าทั้งฉบับ

### 1.3 ลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญ

- 1) สถานะ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ เหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดมีหลายทฤษฎีที่อธิบายเหตุผลไว้ ดังต่อไปนี้
  - (1) คำอธิบายในเชิงอุดมการณ์ทางการเมืองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม (Social Contract) ที่สมาชิกในสังคมทุกคนร่วมตกลงกันสร้างขึ้น เป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น ๆ รัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือทุกส่วนของสังคม<sup>11</sup>
  - (2) คำอธิบายในเชิงกระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญ กล่าวคือ กระบวนการในการจัดทำรัฐธรรมนูญมีกระบวนการพิเศษที่เปิดให้ประชาชนมีส่วนร่วมต่างจากกฎหมายทั่วไป เช่น ประชาชนมีส่วนในการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ และในการร่างรัฐธรรมนูญนั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนประกอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น อาจมีการจัดให้มีการลงคะแนนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญนั้นโดยประชาชน
  - (3) คำอธิบายในเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ได้แก่ “อำนาจอธิปไตย” หรืออำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดในการปกครองประเทศ

<sup>10</sup> เกรียงไกร รอบรู้, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, กรุงเทพฯ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557, หน้า 99-100

<sup>11</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2538, หน้า 18-19

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญส่งผลกระทบต่อสำคัญ 2 ประการ ในระบบกฎหมาย ได้แก่

(1) กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญไม่ได้ หากมีกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญ กฎหมายที่ขัดหรือแย้งนั้นจะใช้บังคับไม่ได้ ดังจะเห็นได้ว่าการกำหนดสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนุญ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนุญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 5 วรรคแรก ว่า “รัฐธรรมนุญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายทั่วไป เนื่องจากรัฐธรรมนุญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญไว้เป็นการเฉพาะและแตกต่างกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญที่กำหนดขึ้นจะดำเนินการได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป เช่น ผู้เข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญต้องมีจำนวนมากว่าการเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป หรือต้องอาศัยจำนวนเสียงเพื่อเห็นชอบร่างรัฐธรรมนุญที่แก้ไขเพิ่มเติมมากกว่าจำนวนเสียงเห็นชอบร่างกฎหมายทั่วไปที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นต้น ยกตัวอย่างเช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญของประเทศไทย โดยรัฐธรรมนุญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 256 ได้กำหนดให้ในวาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการ ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ซึ่งหมายความว่า แม้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่วนใหญ่หรือทั้งหมดเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ แต่หากสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงน้อยกว่า 1 ใน 3 ของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญก็ไม่สามารถผ่านวาระที่ 1 ได้ และหากผ่านวาระที่ 1 และวาระที่ 2 ไปแล้ว ในวาระที่ 3 ขึ้นสุดท้าย นอกจากจะต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนุญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว รัฐธรรมนุญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังได้กำหนดให้ในจำนวนผู้เห็นชอบนั้น จะต้อง มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนุญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญให้กระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป

2) ลักษณะ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีชื่อหรือศัพท์ที่ใช้เรียกให้ เห็นต่างจากกฎหมายทั่วไป เช่น ในประเทศไทย เรียกว่า “ธรรมนูญการปกครอง” หรือ “รัฐธรรมนูญ” หรือในประเทศเยอรมัน เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Basic Law) หรือในประเทศสหรัฐอเมริกา เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” (Constitution)

3) สาระ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบ/โครงสร้างการปกครองประเทศ โดยจะกำหนดว่าองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยนั้นประกอบไปด้วยองค์กรใดบ้าง เช่น ประเทศที่มี องค์กรหลัก ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ย่อมสะท้อนให้เห็นว่าประเทศนั้นอยู่ในระบบรัฐสภา หรือประเทศใดมีองค์กรหลัก ได้แก่ รัฐสภา ประธานาธิบดี และศาล ย่อมสะท้อนให้เห็นว่าประเทศนั้น อยู่ในระบบประธานาธิบดี เป็นต้น

#### 1.4 หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดให้เกิดผล บังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ วิธีการก็คือ การบัญญัติหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เพื่อให้การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญเกิดผลบังคับใช้ในทางกฎหมาย โดยหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญอาจแบ่งออกเป็น 5 ประการ ได้แก่

##### 1) การบัญญัติรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน

รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศโดยส่วนมากจะบัญญัติรับรองความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 5 กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

##### 2) การบัญญัติห้ามมิให้กฎหมายของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐอย่างแท้จริง จะต้องมีการบัญญัติ ห้ามมิให้กฎหมายต่าง ๆ ของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 5 กำหนดให้บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับ เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติมิให้กฎหมายของรัฐขัดหรือแย้ง กับรัฐธรรมนูญนั้น มิได้หมายถึงเนื้อหาสาระของกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงกระบวนการ กฎหมายที่จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 148 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง พระราชบัญญัติว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่



### 3) การบัญญัติห้ามมิให้การกระทำอื่นใดของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ถ้ารัฐมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ทุกประเภทเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิให้ถูกละเมิด แต่กลับปล่อยให้การกระทำอื่นใดที่มีได้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้แล้ว ความศักดิ์สิทธิ์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็อาจถูกลดทอนคุณค่าได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงต้องมี การควบคุมการกระทำอื่นใดของรัฐมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 5 กำหนดให้การกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับ มิได้ นอกจากนี้ ในมาตรา 231 (2) ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง เพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ เมื่อเห็นว่าการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### 4) การบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะและแตกต่างกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป และเพื่อ แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างกันของลำดับศักดิ์ของรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในฐานะกฎหมายสูงสุดของ ประเทศและอยู่เหนือกว่าบรรดากฎเกณฑ์อื่น ๆ จึงต้องบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น กระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาทั่วไป เช่น ผู้เข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญต้องมีจำนวนมากกว่าการเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป หรือต้อง อาศัยจำนวนเสียงเพื่อเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมมากกว่าจำนวนเสียงเห็นชอบร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นต้น

### 5) การบัญญัติให้มีองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้นำมาสู่แนวคิดในการสร้างระบบ ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นอกเหนือไปจากการบัญญัติรับรองความเป็น กฎหมายสูงสุดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือการบัญญัติห้ามมิให้กฎเกณฑ์หรือการกระทำของรัฐขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปโดยวิธีการพิเศษ ที่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาทั่วไป โดยการกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุม กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเกิดผลได้จริง ซึ่งในแต่ละประเทศจะมอบอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ใน องค์กรที่แตกต่างกันไป ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ศาลยุติธรรม ของรัฐบาลกลางเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ หรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

## 2. แนวคิดและความเป็นมาขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

แนวคิดในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยได้เริ่มก่อตัวขึ้นนับแต่วันที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2475 ซึ่งได้รับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก<sup>12</sup> โดยระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้มีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งอาจแบ่งองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยได้เป็น 4 องค์กร ดังนี้

### 2.1 สถาผู้แทนราษฎร

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2475 ได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในเวลานั้นที่ถือว่าองค์กรที่เป็นผู้แทนปวงชนซึ่งเป็นคนออกกฎหมายเท่านั้น จึงจะเป็นผู้ชี้ขาดว่ากฎหมายใดที่รัฐสภาตราออกมาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ การให้องค์กรอื่นมาวินิจฉัยชี้ขาดจะเท่ากับให้องค์กรนั้นมีอำนาจเหนือรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชน<sup>13</sup>

### 2.2 ศาลยุติธรรม

ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2475 ยังมีผลบังคับใช้อยู่ นั้น รัฐบาลไทยโดยการนำของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้นำประเทศไทยเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 โดยร่วมมือกับญี่ปุ่นต่อสู้กับฝ่ายสัมพันธมิตรและแพ้สงครามในที่สุด ภายหลังสงครามสิ้นสุดลง ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามเข้าสู่สภาและประกาศใช้เป็นกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำการตามที่กฎหมายนี้ถือว่าเป็นอาชญากรรม

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2475 มาตรา 61

<sup>13</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (พิมพ์ครั้งที่ 2), หน้า 195

สงคราม ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังกฎหมายนี้ใช้บังคับก็ตาม<sup>14</sup> โดยกำหนดให้ศาลฎีกาเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งต่อมาศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่ลงโทษการกระทำก่อนวันใช้กฎหมายนี้ เป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังจึงขัดกับรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะโดยศาลฎีกาได้ยืนยันว่าตนมีอำนาจในการพิพากษาว่ากฎหมายของรัฐสภาขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผล<sup>15</sup> ดังนี้

1) ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น การที่จะพิจารณาว่าอะไรเป็นกฎหมายคือเป็นกฎหมายที่ใช้ได้หรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาล เพราะถ้าศาลไม่มีอำนาจพิจารณา ศาลย่อมไม่รู้ว่าอะไรเป็นกฎหมายหรือไม่ และศาลจะดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายได้อย่างไร

2) ระบบกฎหมายปกครองตามรัฐธรรมนูญแบ่งอำนาจเป็น 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แต่ละอำนาจย่อมมีอำนาจยับยั้งและกำกับซึ่งกันและกันเป็นการควบคุมกันอยู่ซึ่งเป็นหลักประกันที่มั่นคง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีอำนาจทางนิติบัญญัติออกกฎหมายแล้ว ศาลซึ่งมีอำนาจตุลาการต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นสมควรหรือไม่ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกัน ถ้าสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมาไม่ถูกต้องกับรัฐธรรมนูญหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็ย่อมมีอำนาจแสดงความไม่ถูกต้องนั้นได้

3) เมื่อมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไม่ให้กฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ก็จำเป็นต้องมีองค์กรผู้มีความซื่อสัตย์สุจริตที่ซัดเซาะกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มิฉะนั้นบทบัญญัติที่รับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็จะไม่มีผล กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ออกมาเองจะกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรซึ่งขาดความเป็นกฎหมายดีหรือไม่ ได้อย่างไร หรือจะว่าทางฝ่ายบริหารมีอำนาจซัดเซาะก็ได้ เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่เรื่องฝ่ายบริหาร เช่นนี้ใครเล่าจะมีอำนาจนอกจากศาล ศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรม เป็นการบำบัดทุกข์ร้อนให้แก่ประชาชน บุคคลทั้งหลายย่อมคาดหวังในความยุติธรรมของศาลเป็นที่ตั้ง เมื่อมีบทกฎหมายอันออกมาตัดเสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดงออกเพื่อให้และปกป้องความยุติธรรมให้แก่บุคคลผู้เกี่ยวข้อง ศาลไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของทางฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่มีทางจะหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 มาตรา 3 บัญญัติว่า “การกระทำใดๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าในฐานะเป็นตัวการหรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรมของสงคราม และผู้กระทำเป็นอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้

(1) ทำการติดต่อวางแผนการศึกษาเพื่อทำสงครามรุกราน...

<sup>15</sup> มานิตย์ จุมปา, *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพฯ, นิติธรรม, 2557, หน้า 102-103

คำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ถือว่าเป็นคำพิพากษาลบครั้งแรกที่ออกมาเป็นบรรทัดฐานในประเทศไทยว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดองค์กรชี้ขาดไว้เป็นประการอื่น อันเป็นการเดินตามบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury V. Madison ซึ่งต่อมาศาลฎีกาก็ได้พิพากษาขึ้นตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวในคำพิพากษาฎีกาที่ 766/2505, คำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506, คำพิพากษาฎีกาที่ 562/2508 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1602-1603/2509 เป็นต้น โดยให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวไปตกอยู่แก่องค์กรอื่นเป็นการเฉพาะ

### 2.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ได้ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้น โดยต่างพากันเห็นว่า การที่ศาลฎีกาคัดสินว่ากฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรเป็น โฆษณานั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เพราะถ้อยคำที่ว่า “สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ” ก็ชัดเจนอยู่ในตัวอยู่แล้ว และเป็นการล่วงล้ำหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีหน้าที่ว่าควรให้มีกฎหมายหรือไม่ จนทำให้ต้องมีการตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่ง มีจำนวน 7 คน เพื่อพิจารณาญาติติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่า ศาลมีอำนาจวินิจฉัยความสมบูรณ์ของพระราชบัญญัติหรือไม่ โดยคณะกรรมการวิสามัญมีความเห็นว่าคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากถ้อยคำตามมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความในรัฐธรรมนูญนี้ เป็นถ้อยคำที่ชัดเจนแล้ว และคำว่า “เด็ดขาด” ย่อมหมายถึงอำนาจ โดยเฉพาะที่สงวนไว้ให้แก่สภาผู้แทนราษฎรในการตีความในรัฐธรรมนูญ จากเหตุผลดังนี้ จึงไม่จำเป็นจะต้องมีถ้อยคำที่จะต้องมาเถียงกันอีกว่าจะให้ศาลมีอำนาจตีความหรือให้องค์กรอื่นมีอำนาจตีความ แต่เนื่องจากคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วก็ไม่ควรกระทำกรใด ๆ ให้กระทบกระเทือนต่อคำพิพากษา ความเห็นดังกล่าวนี้จึงเป็นที่มาของการก่อตั้ง “คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” ขึ้นมาเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489<sup>16</sup> เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 ได้นำ 2 ระบบมาผสมกัน กล่าวคือ ถ้าเป็นเรื่องที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด และศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและรายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางการไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อการพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการ

<sup>16</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (พิมพ์ครั้งที่ 2), หน้า 198

รัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วก็ให้แจ้งให้ศาลทราบ คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด และให้ศาลปฏิบัติตามนั้น แต่ถ้าเป็นเรื่องอื่น รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้

ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 ก็ได้นำหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 มาใช้ แต่เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องอำนาจตีความของรัฐสภาเริ่มใช้ถ้อยคำที่แคบกว่ารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 โดยใช้ถ้อยคำว่า “ถ้ามีปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญอันอยู่ในวงงานของวุฒิสภา สภาผู้แทน หรือที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ให้เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะตีความ” ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2495 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 ได้เดินตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 ทั้งสิ้น กล่าวคือ เรื่องใดอยู่ในวงงานของสภาก็ให้สภาตีความ แต่ถ้าเรื่องใดเป็นเรื่องที่ศาลเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลต้องรอการพิจารณาแล้วส่งไปยังคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย แต่ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญแต่เพียงสถาบันเดียว รัฐสภาซึ่งเคยมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญในวงงานของรัฐสภาถูกตัดไม่ให้มีอำนาจ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 จึงมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการตีความรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) โครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แยกตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับได้ ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 มาตรา 89 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีจำนวน 15 คน ประกอบด้วย บุคคลผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งขึ้นเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการรัฐธรรมนูญอีก 14 คน โดยให้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ทุกครั้งเมื่อได้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เพราะเหตุที่สภาผู้แทนราษฎรหมดอายุหรือถูกยุบ

(2) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 มาตรา 168 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีจำนวน 9 คน ประกอบด้วย ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย โดยประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไป รัฐสภาต้องแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ภายใน 30 วันนับแต่วันเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรก โดยสามารถแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่อีกได้<sup>17</sup>

<sup>17</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 มาตรา 170

(3) รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2495 มาตรา 106 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 6 คน ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีก 3 คน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ โดยประธานศาลฎีกาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไป สภาผู้แทนราษฎรต้องแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ภายใน 30 วัน นับแต่วันเปิดสมัยประชุมสภาครั้งแรก โดยสามารถแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ก็ได้<sup>18</sup>

(4) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511 มาตรา 164 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 9 คน ประกอบด้วย ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย โดยประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไป รัฐสภาต้องแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ภายใน 30 วัน นับแต่วันเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรก โดยสามารถแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ก็ได้<sup>19</sup>

(5) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 218 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 9 คน โดยรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการตุลาการ เป็นผู้เลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิ มีจำนวนฝ่ายละ 3 คน โดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำรายชื่อผู้ได้รับเลือกทั้งหมดกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ให้กระทำไปแล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งเป็นประธาน โดยตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานท้องถิ่นไม่ได้<sup>20</sup> และจะดำรงตำแหน่งติดต่อกัน 2 ครั้งมิได้<sup>21</sup>

(6) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 184 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 7 คน ประกอบด้วย ประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกา อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ โดยประธานรัฐสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไป รัฐสภาต้องแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ภายใน 30 วัน นับแต่วันเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรก โดยจะแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งให้เป็น

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2495 มาตรา 108

<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511 มาตรา 166

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 219

<sup>21</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 221

ตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่อีกก็ได้<sup>22</sup> แต่ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจะเป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานท้องถิ่นไม่ได้<sup>23</sup>

(7) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 200 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 10 คน ประกอบด้วย ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์หรือสาขารัฐศาสตร์อีก 6 คน ซึ่งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร แต่งตั้งสภละ 3 คน โดยประธานรัฐสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งจะเป็น สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น ข้าราชการซึ่งมี ตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานส่วนท้องถิ่นมิได้<sup>24</sup> โดยตุลาการ รัฐธรรมนูญซึ่งวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี แต่อาจได้รับ แต่งตั้งใหม่ได้<sup>25</sup>

2) อำนาจและหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ มีดังนี้

(1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ก. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนที่จะ ประกาศใช้บังคับ

ก) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 และ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ในกรณีดังต่อไปนี้<sup>26</sup>

(ก) สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองสภารวมกัน หรือสมาชิกของแต่ละสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และได้เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธาน

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 187

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 185

<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 201

<sup>25</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 202

<sup>26</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 224, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 190 และรัฐธรรมนูญฉบับ

สภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่กรณี และประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวได้ส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยหรือ

(จ) นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ข) การวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติที่เสนอมิให้มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ยับยั้งไว้หรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อสภามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ ในกรณีที่วุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอหรือส่งให้พิจารณานั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ และประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นดังกล่าวให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย<sup>27</sup>

ข. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2495 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว ในกรณีที่ศาลเห็นว่าบทกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วให้รายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย<sup>28</sup>

ค. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดเป็นไปตามเงื่อนไขที่

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 151, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 130 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 143

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 มาตรา 88, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 มาตรา 179, รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2495 มาตรา 114, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511 มาตรา 175, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 225, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 191 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 206



รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ในกรณีที่สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า การตราพระราชกำหนดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศหรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่ และประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวได้ส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย<sup>29</sup>

ง. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าข้อบังคับของการประชุมของวุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร หรือรัฐสภา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีที่สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เห็นว่าข้อบังคับการประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือข้อบังคับการประชุมของรัฐสภาในเรื่องใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ และได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย<sup>30</sup>

(2) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภาและรัฐมนตรี

ก. การวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภาสิ้นสุดลงหรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภาสิ้นสุดลงหรือไม่ ในกรณีสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ได้เข้าชื่อร้องขอต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า สมาชิกภาพของสมาชิกคนใดคนหนึ่งแห่งสภานั้นสิ้นสุดลง และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย<sup>31</sup>

ข. การวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวหรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 173

<sup>30</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 155

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492 มาตรา 81, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511 มาตรา 77, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 105, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 81 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 91

หรือไม่ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลง<sup>32</sup>

(3) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลด้วยกัน

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่น หรือระหว่างศาลอื่นด้วยกัน<sup>33</sup>

(4) อำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา วุฒิสภา หรือสภาผู้แทนราษฎรได้มีมติว่ามีปัญหาที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ และนายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่กรณี ได้ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย<sup>34</sup>

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้ประกาศใช้บังคับแล้ว ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแทนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ภายหลังได้เกิดการรัฐประหารขึ้นในปี พ.ศ. 2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) และได้มีประกาศให้ศาลรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ<sup>35</sup> ต่อมาเมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง โดยกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย

- 1) ประธานศาลฎีกาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ
- 2) ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ
- 3) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือก

โดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 5 คน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ และ

<sup>32</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 170

<sup>33</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 มาตรา 213, รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521 มาตรา 179 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 195

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534 มาตรา 207

<sup>35</sup> ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3

4) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด โดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

สำหรับอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ได้กำหนดให้บรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือเมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>36</sup>

#### 2.4 ศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรพิเศษที่อยู่ในรูปแบบของศาลซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 เพื่อทำหน้าที่แทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ยุบเลิกไป เหตุผลสำคัญในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญพอสรุปได้ ดังนี้

1) ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง เนื่องจากรัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งมาจากผู้ดำรงตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา อธิบดีศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ ซึ่งเป็นผู้ที่มีงานในหน้าที่ประจำอยู่แล้ว จึงทำให้เกิดปัญหาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ ถ้าเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา ศาลยุติธรรม หรืออัยการ แล้วแต่กรณี ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวก็จะคอยปกป้องสถาบันของตนเองไม่ให้ได้รับผลกระทบ ทำให้การปฏิบัติงานของตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งไม่มีประสิทธิภาพและไม่มีอิสระ

2) ปัญหาเกี่ยวกับการครอบงำคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เนื่องจากรัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง ทำให้อาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับการครอบงำจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ อีกทั้งยังได้กำหนดให้อธิบดีกรมอัยการซึ่งเป็นข้าราชการประจำเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งอีกด้วย ทำให้อาจเกิดการครอบงำจากฝ่ายบริหารได้ เนื่องจากเมื่อเป็นข้าราชการประจำก็ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิให้ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ ทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิก็จะถูกครอบงำโดยฝ่ายนิติบัญญัติเนื่องจากเป็นผู้ที่แต่งตั้งคนเข้าไป เมื่อตุลาการรัฐธรรมนูญทั้ง โดยตำแหน่งและที่แต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิถูกครอบงำโดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารแล้ว การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะเป็นไปเพื่อประโยชน์

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มาตรา 35

ของกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมือง เนื่องจากในระบบรัฐสภาของประเทศไทย ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารต่างก็มาจากพรรคการเมืองซึ่งมีความใกล้ชิดกันมาก

3) ปัญหาเกี่ยวกับวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิ เนื่องจากรัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่ได้กำหนดให้มีวาระการดำรงตำแหน่งเท่ากับสภาที่เลือกผู้ทรงคุณวุฒิเข้ามาทำหน้าที่ตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้ามีการยุบสภาหรือสภาสิ้นอายุก็ต้องเลือกผู้ทรงคุณวุฒิเข้ามาทำหน้าที่เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญกันใหม่ และเมื่อไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้เลือกผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเคยดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญมาแล้ว ทำให้สามารถเลือกผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเคยดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วได้ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิ เนื่องจากจะต้องทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของตนเป็นที่พอใจของสภาที่เลือกคนเข้ามาทำหน้าที่เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อตนจะได้รับเลือกเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญอีกครั้ง เมื่อมีการยุบสภาหรือสภาสิ้นอายุ ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิไม่มีอิสระ

ต่อมาได้เกิดการรัฐประหารขึ้นในปี พ.ศ. 2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) และได้มีประกาศให้ศาลรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ซึ่งต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ได้ประกาศใช้บังคับแล้ว ได้มีการกำหนดให้จัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่แทนศาลรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้ประกาศใช้บังคับแล้ว ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแทนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง

ทั้งนี้ สถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 2.4.1 สถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดเจนว่าเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล โดยกำหนดให้อยู่ในหมวดศาล อยู่ร่วมกับศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร

#### 2.4.2 โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 255 ได้กำหนดให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีจำนวน 15 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคล ดังนี้

1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 5 คน

2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน

3) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 5 คน และ

4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 3 คน ทั้งนี้ ให้ผู้ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญแล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 โดยกำหนดให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 9 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคล ดังนี้<sup>37</sup>

1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 3 คน

2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน

3) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 2 คน

4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 2 คน

ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกตาม 1) หรือ 2) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มียกยัดต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม 1) หรือ 2) แล้วแต่กรณี

ทั้งนี้ ให้ผู้ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญแล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

<sup>37</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 204

การสรรหาและการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ  
รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 257 ได้กำหนดขั้นตอนในการสรรหา  
และการเลือกผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) ให้มีคณะกรรมการสรรหาคณะหนึ่ง ประกอบด้วย

(1) ประธานศาลฎีกา

(2) คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง  
ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน

(3) คณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง  
ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน

(4) ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร  
พรรคละ 1 คน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน

2) ให้คณะกรรมการตาม 1) มีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ  
สาขานิติศาสตร์ จำนวน 10 คน และผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ จำนวน 6 คน เสนอต่อประธานวุฒิสภา  
โดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อนั้น ทั้งนี้ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิเหตุ  
ทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว มติในการเสนอชื่อดังกล่าวต้องมีคะแนนเสียง  
ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

3) ให้ประธานวุฒิสภาเรียกประชุมวุฒิสภาเพื่อมีมติเลือกบุคคลผู้ได้รับการ  
เสนอชื่อซึ่งต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ ในการนี้ให้ 5 คนแรกในบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ  
สาขานิติศาสตร์ และ 3 คนแรกในบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ซึ่งได้รับคะแนนสูงสุด  
และมีคะแนนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา เป็นผู้ได้รับเลือกเป็น  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าจำนวนผู้ได้รับเลือกตั้งดังกล่าวจากบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์  
มีไม่ครบ 5 คน หรือจากบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์มีไม่ครบ 3 คนให้นำรายชื่อผู้ไม่ได้  
รับเลือกในคราวแรกในบัญชีนั้นมาให้สมาชิกวุฒิสภาออกเสียงลงคะแนนเลือกอีกครั้งหนึ่งต่อเนื่องกันไป  
และในกรณีนี้ให้ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดเรียงลงไปตามลำดับจนครบจำนวนเป็นผู้ได้รับเลือกให้เป็น  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ถ้ามีผู้ได้รับคะแนนเท่ากันในลำดับใดอันเป็นเหตุให้มีผู้ได้รับเลือกเกิน 5 คน  
หรือ 3 คน แล้วแต่กรณี ให้ประธานวุฒิสภาจับสลากว่าผู้ใดเป็นผู้ได้รับเลือก

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดขั้นตอนในการสรรหาและการเลือกผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ดังต่อไปนี้<sup>38</sup>

1) ให้มีคณะกรรมการสรรหาคณะหนึ่ง ประกอบด้วย

- (1) ประธานศาลฎีกา
- (2) ประธานศาลปกครองสูงสุด
- (3) ประธานสภาผู้แทนราษฎร
- (4) ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรและ
- (5) ประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน

ในกรณีที่ไม่มีกรรมการในตำแหน่งใด หรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ถ้ากรรมการที่เหลืออยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่

2) ให้คณะกรรมการสรรหาตาม 1) ทำหน้าที่สรรหาและคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิ สาขานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นให้แล้วเสร็จ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิเหตุทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว แล้วให้เสนอรายชื่อผู้ได้รับเลือกพร้อมความยินยอมของผู้นั้นต่อประธานวุฒิสภา มติในการคัดเลือกดังกล่าวต้อง ลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ในกรณีที่มิอาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิเหตุ ทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาใน ศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 3 คน และให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อ ดำเนินการแทน

3) ให้ประธานวุฒิสภาเรียกประชุมวุฒิสภาเพื่อมีมติให้ความเห็นชอบบุคคล ผู้ได้รับการคัดเลือกภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ การลงมติให้ใช้วิธีลงคะแนนลับ ในกรณีที่ วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป ในกรณีที่ วุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการ สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการ สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์

<sup>38</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 206

ให้ส่งรายชื่อขึ้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ถ้ามติที่ยืนยันตามมติเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 258 ได้กำหนดให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

- 1) ไม่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ
- 2) ไม่เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือไม่เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของรัฐวิสาหกิจหรือของหน่วยงานของรัฐ
- 3) ไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด
- 4) ไม่ประกอบวิชาชีพอิสระอื่นใด

ในกรณีที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด หรือวุฒิสภาแล้วแต่กรณี เลือกบุคคลตาม 1) 2) 3) หรือ 4) โดยได้รับความยินยอมของบุคคลนั้น ผู้ได้รับเลือกจะเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อเมื่อตนได้ลาออกจากการเป็นบุคคลตาม 1) 2) หรือ 3) หรือแสดงหลักฐานให้เป็นที่เชื่อได้ว่าตนได้เลิกประกอบวิชาชีพอิสระดังกล่าวแล้ว ซึ่งต้องกระทำภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ ได้รับเลือก แต่ถ้าผู้นั้นมิได้ลาออกหรือเลิกประกอบวิชาชีพอิสระภายในเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าผู้นั้นมิได้เคยรับเลือกให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 256 ยังได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิ ดังนี้

- 1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- 2) มีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี บริบูรณ์
- 3) เคยเป็นรัฐมนตรี กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด อธิบดี หรือเทียบเท่า หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์
- 4) ไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังนี้<sup>39</sup>

<sup>39</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 256 ประกอบกับมาตรา 106 และมาตรา 109 (1) (2) (4) (5) (6) (7) (13) และ (14)



- (1) วิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
  - (2) เป็นภิกษุสามเณรนักพรตหรือนักบวช
  - (3) ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย
  - (4) อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง
  - (5) ดิถยาเสพติดให้โทษ
  - (6) เป็นบุคคลล้มละลายซึ่งศาลยังไม่สั่งให้พ้นจากคดี
  - (7) ต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล
  - (8) เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่ 2 ปี ขึ้นไปโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึง 5 ปี เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท
  - (9) เคยถูกไล่ออกปลดออกหรือให้ออกจากราชการ หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจเพราะทุจริตต่อหน้าที่หรือถือว่ากระทำการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ
  - (10) เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ
  - (11) อยู่ในระหว่างต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ
  - (12) เคยถูกวุฒิสภามีมติให้ออกจากตำแหน่งและยังไม่พ้นกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่วุฒิสภามีมติ
- 5) ไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น
  - 6) ไม่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมือง ในระยะ 3 ปี ก่อนดำรงตำแหน่ง
  - 7) ไม่เป็นกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตุลาการศาลปกครอง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน
- สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดคุณสมบัติของประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540<sup>40</sup>

<sup>40</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 207

ในส่วนคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒินั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้คล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

1) คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒินั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ตรงที่ได้เปิดโอกาสให้ผู้ที่เคยเป็นตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด ผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ดำรงตำแหน่งทางบริหารในหน่วยราชการที่มีอำนาจบริหารเทียบเท่าอธิบดี หรือทนายความที่ประกอบวิชาชีพอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องไม่น้อยกว่า 30 ปี นับถึงวันที่ได้รับการเสนอชื่อ สามารถดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วย<sup>41</sup> นอกจากนี้ผู้ที่เคยเป็นรัฐมนตรี กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด อธิบดี หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์

2) ลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒินั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ดังนี้<sup>42</sup>

(1) บุคคลล้มละลาย โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดว่า เป็นบุคคลล้มละลายหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดเพียงแต่ว่าเป็นบุคคลล้มละลายซึ่งศาลยังไม่สั่งให้พ้นจากคดี

(2) เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดว่า เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึง 5 ปี เว้นแต่ในความคิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ โดยไม่ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดว่า เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่ 2 ปี ขึ้นไป โดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึง 5 ปี เว้นแต่ในความคิดอันได้กระทำโดยประมาท

(3) เคยถูกวุฒิสภามีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเพียงแต่ว่าเคยถูกวุฒิสภามีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดว่า เคยถูกวุฒิสภามีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งและยังไม่พ้นกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่วุฒิสภามีมติ

<sup>41</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 205 (3)

<sup>42</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 205 (4) ประกอบมาตรา 100 (2) (5) และ (14)

วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 259 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว โดยให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับแต่งตั้งใหม่จะเข้ารับหน้าที่

นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 260 ยังกำหนดให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

- 1) ตาย
- 2) มีอายุครบ 70 ปี บริบูรณ์
- 3) ลาออก
- 4) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 256
- 5) กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 258
- 6) วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง เนื่องจากมีพฤติการณ์ร้ายแรง

ผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

- 7) ต้องคำพิพากษาให้จำคุก

ถ้าประธานศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เหลืออยู่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ แต่ต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่ไม่น้อยกว่า 9 คน

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540<sup>43</sup> ในส่วนของการพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้คล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้<sup>44</sup>

1) การขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 208

<sup>44</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 209

2) เหตุที่วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจลงมติถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้<sup>45</sup> ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ไม่ได้กำหนดเหตุดังกล่าวไว้

3) การต้องคำพิพากษาให้จำคุก โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุด หรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่คดียังไม่ถึงที่สุด หรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดเพียงว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุก

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีประธานศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เหลืออยู่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ ถ้ามีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่ไม่น้อยกว่า 5 คน ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้ต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่ไม่น้อยกว่า 9 คน

องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 267 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 9 คน ในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัย

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 โดยกำหนดให้ต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 5 คน ในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัย<sup>46</sup>

#### 2.4.3 อำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจและหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ได้ถูกกำหนดให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเกือบทั้งหมด ยกเว้นอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลด้วยกันและอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ

<sup>45</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 274

<sup>46</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 216

ก. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 262 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นเดียวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ก) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และได้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี และประธานแห่งสภาที่ได้รับการเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ข) นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และได้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่ข้อความดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญ ให้เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นยังสามารถประกาศใช้บังคับได้

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 154 ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540

ข. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ จึงไม่ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แต่ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติประกอบ

รัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ จึงได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้<sup>47</sup>

ก) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และได้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี และประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวได้ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย หรือ

ข) นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และได้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ กล่าวคือ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วก่อนนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 141 กำหนดให้ต้องส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อน ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ที่ไม่ได้บังคับ ขึ้นอยู่กับได้มีการเสนอความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่ข้อความดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญ ให้เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนั้นยังสามารถประกาศใช้บังคับได้

<sup>47</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 262 (2)

ค. การวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ยับยั้งไว้หรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 177 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นเดียวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ยับยั้งไว้หรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่วุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอหรือส่งให้พิจารณานั้น เป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ ให้ประธานวุฒิสภาหรือประธาน สภาผู้แทนราษฎรส่งร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ต้องยับยั้งไว้ ให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 149 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยเฉพาะร่างพระราชบัญญัติที่เสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ยับยั้งไว้หรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540

(2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้  
บังคับแล้ว

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังที่ประกาศใช้บังคับแล้ว โดยกำหนดช่องทางในการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. กรณีให้ศาลเป็นผู้เสนอ ช่องทางนี้เป็นช่องทางเดียวกันกับการเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ จะต้องปรากฏว่ามีคดีเกิดขึ้นในศาลก่อน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร หรือศาลอื่น และไม่ว่าจะอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นศาลใดก็ตาม หากคู่ความโต้แย้ง หรือศาลเห็นเองว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับในคดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็น

ดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ถ้าศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว<sup>48</sup>

สำหรับกรณีที่ศาลเป็นผู้เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้บังคับแล้วตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 นั้น จะมีข้อแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ตรงที่ไม่ได้กำหนดให้คู่ความต้องโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผล แต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้คู่ความต้องโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ยังได้กำหนดให้ศาลต้องรอการพิจารณาคดีไว้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดให้ศาลต้องรอการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว ศาลสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปได้ เพียงแต่ต้องรอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ข. กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นเสนอ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินต้องพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนของผู้ร้องเรียน หากเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงจะสามารถเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้<sup>49</sup>

สำหรับกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 นั้น จะมีข้อแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ตรงที่ไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น จึงจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ ถ้าเป็นกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับ

<sup>48</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 264 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 211

<sup>49</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 198 ประกอบมาตรา 197 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 245 ประกอบมาตรา 244



พ.ศ. 2540 กล่าวคือ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงได้โดยไม่ต้องมีการร้องเรียน หากเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

นอกจาก 2 ช่องทางดังกล่าวข้างต้นแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ยังได้เพิ่มช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วอีก 2 ช่องทาง คือ

ค. กรณีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นผู้เสนอ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>50</sup>

ง. กรณีบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นผู้เสนอ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว<sup>51</sup> กล่าวคือ ถ้าบุคคลนั้นสามารถใช้สิทธิทางศาลตาม ก. หรือสามารถใช้สิทธิโดยการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินตาม ข. หรือสามารถใช้สิทธิโดยการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตาม ค. บุคคลนั้นจะต้องใช้สิทธิตามช่องทางนั้นก่อน นอกจากจะไม่สามารถใช้สิทธิตามช่องทางดังกล่าวได้แล้ว จึงจะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

(3) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 219 ประกอบมาตรา 218 วรรคหนึ่งได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นเดียวกับคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่ได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ

<sup>50</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 257 (2)

<sup>51</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 212

ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ให้ประธานแห่งสภานั้น ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 185 ประกอบมาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารเช่นเดียวกัน โดยมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่ทั้งนี้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 กล่าวคือ ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาสามารถเสนอความเห็นว่าการตราพระราชกำหนดนั้นไม่ได้เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนได้อีกกรณีหนึ่ง นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้ประธานแห่งสภานั้นต้องส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็น

(4) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 263 ประกอบมาตรา 262 (2) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน เห็นว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ และได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวได้ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติคล้ายคลึงกับอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่จะมีข้อแตกต่างตรงที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และข้อบังคับการประชุมรัฐสภาซึ่งประกาศใช้บังคับแล้วเท่านั้น

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 155 ประกอบมาตรา 154 ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกัน โดยมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่จำนวนสมาชิกในการเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา เพื่อให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่ง

ความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ต้องมีจำนวนสมาชิก สภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 155 ได้กำหนดให้นำความในมาตรา 154 มาใช้บังคับกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผู้มีสิทธิเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 154 นอกจากประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา โดยการเข้าชื่อของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว มาตรา 154 ยังได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีสิทธิเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ด้วย แต่ในทางคำอธิบายการทำให้ผู้มีสิทธิเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดอยู่เพียงเฉพาะประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา โดยการเข้าชื่อของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภานั้น<sup>52</sup>

2) การวินิจฉัยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการบริหารกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 180 วรรคหกและวรรคเจ็ด ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการบริหารทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เห็นว่าการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมการ มีการเสนอ หรือการแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการบริหาร มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย และได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีการกระทำได้กล่าว การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำดังกล่าวก็จะสิ้นสุดไป

<sup>52</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (พิมพ์ครั้งที่ 6), กรุงเทพฯ, บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2553, หน้า 7

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 168 วรรคหกและวรรคเจ็ด ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการกระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540

3) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และ กรรมการการเลือกตั้ง

(1) การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 96 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภานั้นสิ้นสุดลงหรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาได้เข้าชื่อร้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า สมาชิกภาพของสมาชิกคนใดคนหนึ่งแห่งสภานั้นสิ้นสุดลง ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย โดยอำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับอำนาจของตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่รายละเอียดบางประการ เช่น จำนวนผู้มีสิทธิเข้าชื่อร้องต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาเพื่อให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย รวมทั้งเหตุแห่งการวินิจฉัยว่าขาดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของสมาชิกรัฐสภา เป็นต้น

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 91 ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเช่นเดียวกัน โดยมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่เหตุแห่งการวินิจฉัยการขาดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของสมาชิกรัฐสภา นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 โดยกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสามารถส่งเรื่องไปยังประธานแห่งสภาที่ผู้นั้นเป็นสมาชิก เพื่อให้ประธานแห่งสภานั้นส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกผู้นั้น

(2) การวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 216 วรรคสอง ประกอบมาตรา 96 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาได้เข้าชื่อร้องต่อประธาน

แห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ใดผู้หนึ่งนั้นสิ้นสุดลง ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้อง ส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ซึ่งอำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่รายละเอียดบางประการ เช่น ผู้ที่ร้องขอหรือส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หรือเหตุแห่งการวินิจฉัยว่าขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม เป็นต้น

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 182 วรรคสาม ประกอบมาตรา 91 ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ เช่นเดียวกัน โดยมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่เหตุแห่งการวินิจฉัยการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 โดยกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ด้วย

(3) การวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือกระทำการอันต้องห้ามหรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 142 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือกระทำการอันต้องห้ามของกรรมการการเลือกตั้ง โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ได้เข้าชื่อร้องต่อประธานรัฐสภาว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้าม และประธานรัฐสภาได้ส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 233 ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือกระทำการอันต้องห้ามเช่นเดียวกัน โดยมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่เหตุแห่งการวินิจฉัยว่าขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของกรรมการการเลือกตั้ง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 กล่าวคือ ได้กำหนดระยะเวลาในการส่งเรื่องของประธานรัฐสภาไว้ โดยต้องส่งภายใน 3 วัน นับแต่วันที่รับคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการส่งเรื่องของประธานรัฐสภาไว้แต่อย่างใด

4) การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ตามที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 บัญญัตินั้น จะต้องมิลักษณะของปัญหาเกี่ยวกับการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่เพียงใด หรือมีปัญหาโต้แย้งกันว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำหรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง<sup>53</sup>

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดียวกัน โดยมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า จะต้องเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้องค์กรศาล และต้องเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างสององค์กรขึ้นไปเท่านั้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 กล่าวคือ กำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ด้วย

5) การวินิจฉัยเกี่ยวกับการคุ้มครองหลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมือง และการปกป้องคุ้มครองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(1) วินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่าขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 47 วรรคสามและวรรคสี่ ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิก

<sup>53</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542

ของพรรคการเมือง กรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมืองตามจำนวนที่กำหนดในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง เห็นว่ามติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 65 วรรคสามและวรรคสี่ ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540

(2) *วินิจฉัยอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งพรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง*

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 118 (8) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งพรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิก โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นได้อุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 30 วัน นับแต่วันที่พรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง โดยต้องอุทธรณ์คัดค้านว่ามติดังกล่าวมีลักษณะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของพรรคการเมืองไม่มีลักษณะดังกล่าว ให้ถือว่าสมาชิกภาพสิ้นสุดลงนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของพรรคการเมืองมีลักษณะดังกล่าว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นอาจเข้าเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองอื่นได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 106 (7) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งพรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิก โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540

(3) *การวินิจฉัยว่าบุคคลใดหรือพรรคการเมืองใดใช้สิทธิและเสรีภาพโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ*

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 63 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดหรือพรรคการเมืองใดใช้สิทธิและเสรีภาพโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ถ้ามีบุคคลหรือพรรคการเมืองใดใช้สิทธิและเสรีภาพโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้ทราบการกระทำนั้นย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุด ตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการ ศาลรัฐธรรมนูญ อาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 68 ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดหรือพรรคการเมืองใดใช้สิทธิและเสรีภาพโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่ทั้งนี้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมือง ให้ศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดเป็นระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว

๑) การวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อน

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ทำให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมี



ผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และได้เข้าชื่อเสนอความเห็นดังกล่าวต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย<sup>54</sup>

7) การวินิจฉัยเกี่ยวกับการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ โดยให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นผู้เสนอเรื่องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย<sup>55</sup> ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเสนอเรื่องดังกล่าวให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย<sup>56</sup>

8) อำนาจหน้าที่ในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา ดังนี้

(1) การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้รักษาการ<sup>57</sup>

(2) การเสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการจัดองค์กรหรือที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้รักษาการ<sup>58</sup>

#### 2.4.3 การจัดทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 267 ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

1) ความเป็นมาหรือคำกล่าวหา

<sup>54</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 190 ประกอบมาตรา 154 (1)

<sup>55</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 295

<sup>56</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 263 และมาตรา 264

<sup>57</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 139 (3)

<sup>58</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 142 (3)

2) สรุปข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการพิจารณา

3) เหตุผลในการวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และ

4) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิง

โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก เว้นแต่จะมีบัญญัติเป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะต้องทำคำวินิจฉัยใน ส่วนของตน พร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดทำคำวินิจฉัย และผลของคำวินิจฉัยไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540<sup>59</sup>

ต่อมาเมื่อได้เกิดรัฐประหารขึ้นอีกครั้งในปี 2557 โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ซึ่งได้มีประกาศให้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 สิ้นสุดลง แต่ให้ศาลทั้งหลายซึ่งรวมถึง ศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีตามบทกฎหมายและ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ<sup>60</sup> ซึ่งต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้ประกาศใช้บังคับแล้ว ก็ยังคงกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อไป

### 3. แนวคิด ทฤษฎี และหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน

#### 3.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน

เนื่องจากระบบกฎหมาย (Legal System) ของประเทศที่มีการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมมีอยู่ 2 ระบบ คือ “ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์” (Common Law System) และ “ระบบประมวลกฎหมาย” (Civil Law System) โดยระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบ มีลักษณะสำคัญ และแนวความคิดที่แตกต่างกันมาก แม้ว่าประเทศไทยจะใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่ก็ได้รับอิทธิพล ทางความคิดจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ค่อนข้างมาก ซึ่งอาจทำให้ก่อให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับ

<sup>59</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 267 และมาตรา 268 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 216

<sup>60</sup> ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5

รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนได้ ผู้วิจัยเห็นว่าจำเป็นต้องทำการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับระบบกฎหมายเสียก่อน เพื่อที่จะทำให้เข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนได้ดียิ่งขึ้น

### 3.1.1 แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับระบบกฎหมาย

#### 1) แนวความคิดเกี่ยวกับระบบกฎหมาย

##### (1) ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System)

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ เป็นหลักกฎหมายที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้นจากการตัดสินคดี จึงเรียกว่าเป็น “judge-made law” หรือ “case law” โดยระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นอยู่อย่างมาก โดยถือเอาคำพิพากษาของศาลสูงที่ได้เคยตัดสินคดีในปัญหาทำนองเดียวกันเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง<sup>61</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากอังกฤษมีประวัติศาสตร์ในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมตลอดจนรากเหง้าของกฎหมายมาจากลัทธิศักดินา (Feudalism) การพิจารณาข้อพิพาทได้กระทำในระดับของท้องถิ่น ในแต่ละท้องถิ่นต่างพิพากษารรคดีโดยไม่ทราบว่าท้องถิ่นอื่นพิพากษาว่าอย่างไร แต่ต่อมาคริสตียได้พยายามก่อตั้งอำนาจที่ศูนย์กลางขึ้น โดยได้จัดตั้งศาลของพระองค์ขึ้น และส่งผู้พิพากษาเดินทางหมุนเวียนไปพิพากษาคดีทั่วราชอาณาจักร และผู้พิพากษานี้เองที่ได้ก่อตั้งข้อบังคับที่มีรูปลักษณะเดียวกันเป็นครั้งแรก และได้วางรากฐานความเป็นรูปลักษณะเดียวของกฎหมาย โดยก่อตั้งหลักเกณฑ์ทั่วไปขึ้น ซึ่งเป็นสามัญ (Commom) ตลอดทั่วราชอาณาจักร โดยเหตุนี้จึงเรียกกฎหมายนี้ว่า Commom Law ในเวลาต่อมารัฐสภาซึ่งมีอำนาจตรากฎหมายได้ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ ทำให้ศาลต้องใช้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นและมีผลให้กฎหมายของรัฐสภาเข้ามาตัดทอนขอบเขตของ Commom Law ซึ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ถ้าตัวบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาขัดแย้ง ศาลก็จะนำมาปรับแก้คดี แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีข้อสงสัย ศาลจะตีความให้ความหมายอย่างแคบเพื่อที่จะไม่ให้กฎหมายนั้นเข้ามาตัดทอนขอบเขตของ Commom Law ได้ ทั้งนี้ เพื่อจะรักษาไว้ซึ่งอำนาจศาลให้มากที่สุด โดยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา เป็นต้น

<sup>61</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2538, หน้า 8

## (2) ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)

ระบบประมวลกฎหมายมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน โดยเก็บความส่วนใหญ่จากเนื้อหาของกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนชื่อ Corpus Juris Civilis ซึ่งถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ทันสมัย มีหลักการ และมีการนำไปใช้เป็นแบบอย่างกว้างขวาง ระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอย่างมาก โดยถือว่ากฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นที่มาของกฎหมาย ในการพิพากษาคดี ศาลจะยึดถือบทกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ คำพิพากษาของศาลในคดีก่อนเป็นเพียงตัวอย่างของการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงเท่านั้น ไม่ใช่ที่มาของกฎหมายดังเช่นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ผู้พิพากษาในคดีหลังจึงไม่จำเป็นต้องผูกติดกับคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ โดยมีอิสระในการตัดสินคดีตามตัวบทกฎหมาย ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ได้แก่ ประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศอิตาลี ประเทศสเปน ประเทศโปรตุเกส ประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น และประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ประเทศลาตินอเมริกาในอเมริกากลางและอเมริกาใต้ ประเทศต่าง ๆ ในแอฟริกา นอกจากนี้ ยังมีประเทศที่ไม่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป แต่ได้ใช้ระบบประมวลกฎหมาย คือ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศไทย เป็นต้น

## 2) ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบ พอสรุปได้ ดังนี้<sup>62</sup>

(1) ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายเกิดจากจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาลโดยมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป ส่วนพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนี้มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องและถือเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายทั่วไป แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายได้บัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของพระราชบัญญัติและประมวลกฎหมาย โดยคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงการตีความตัวบทกฎหมาย มิใช่ที่มาของกฎหมายแต่อย่างใด

(2) ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ศาลจะพิพากษาคดีโดยพิจารณาจากเรื่องเฉพาะเรื่องแล้วก่อให้เกิดบรรทัดฐานสำหรับศาลที่จะใช้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป

<sup>62</sup> หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่ 15), กรุงเทพฯ, ประกายพริ้ง, 2545, หน้า 6-8

ในการพิจารณาพิพากษาคดีต่อ ๆ มา แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้น ศาลจะนำตัวบทกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปมาปรับใช้กับคดีเฉพาะเรื่องเป็นรายคดีไป

(3) ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะให้ความสำคัญแก่คำพิพากษาของศาลสูง โดยนักกฎหมายจะให้ความสำคัญต่อคำพิพากษาของศาลสูงเสมอเหมือนกฎหมาย แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้น จะให้ความสำคัญแก่ตัวบทกฎหมาย

(4) ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะถือเอาผลในการพิพากษาคดีเป็นใหญ่ สำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายจะถือเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายเป็นใหญ่

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายว่า ระบบกฎหมายทั้งสองมีความแตกต่างกันที่นิติวิธี ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับความคิด วิธีคิด การใช้ และการตีความกฎหมาย ซึ่งพอจะสรุปได้ว่า<sup>63</sup>

#### (1) ทศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเริ่มต้นจากจารีตประเพณี แต่มิได้มีการนำมารวบรวมไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร บ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายเกือบทั้งหมดมาจากคำพิพากษาของศาลสูง มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร พระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นเป็นเพียงกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง นักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลสูงที่เป็นบรรทัดฐาน

สำหรับระบบประมวลกฎหมายเริ่มต้นจากจารีตประเพณีเช่นกัน แต่มีการปรุงแต่งให้เจริญขึ้นเรื่อย ๆ โดยในระยะแรก จักรวรรดิโรมันได้รวบรวมเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน “กฎหมายสิบสองโต๊ะ” และต่อมาได้นำเอากฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายของนิติศาสตร์ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลมารวมไว้ในประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน นักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมายจึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นระบบเหตุผลที่ถูกต้องและเป็นกฎหมายทั่วไป

#### (2) ทศนคติต่อคำพิพากษา

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะถือว่าคำพิพากษาของศาลสูงเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย คำพิพากษาในคดีต่อมาในกรณีอย่างเดียวกันย่อมต้องตัดสินตามแนวคำพิพากษาของศาลสูงในคดีก่อน ๆ เสมอ

<sup>63</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายความรู้กฎหมายทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 9), กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2546, หน้า 22-24

สำหรับระบบประมวลกฎหมายจะถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายที่นำมาปรับใช้แก่คดี คำพิพากษาจึงมิใช่บ่อเกิดของกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาใหม่จึงอาจจะวางหลักเกณฑ์หรือให้เหตุผลเสียใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปจากแนวคำพิพากษาเดิมเพื่อให้สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายก็ได้

### (3) การใช้และการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะถือว่าหลักกฎหมายเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลสูง ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเท่านั้น ดังนั้น การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีวิธีการพิเศษที่เรียกว่า “การตีความตามตัวอักษร” (literal interpretation) ที่มีลักษณะผูกมัดผู้ตีความให้ติดอยู่กับตัวอักษรในมาตราและไม่อาจนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปใช้โดยวิธีเทียบเคียงได้

สำหรับระบบประมวลกฎหมายนั้น ยอมรับว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายหลักและเป็นกฎหมายทั่วไป ซึ่งสามารถนำไปใช้ปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ทุกกรณีที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายนั้น ๆ ดังนั้น จึงอาจตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยนัยต่าง ๆ ได้โดยพิจารณาตามเหตุผลในตัวบทกฎหมายนั้น ๆ หรือบางครั้งก็อาจใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (analogy) กับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงได้ด้วย

### 3) แนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งประเภทของกฎหมาย

#### (1) แนวความคิดในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นตำรับของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีแนวความคิดมาแต่เดิมที่ปฏิเสธการแบ่งแยกสาขาจากกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนที่เป็นเช่นนี้เนื่องจาก ไคซี (Dicey) นักกฎหมายชาวอังกฤษ ได้เปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษกับกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสไว้ในหนังสือชื่อ “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” โดยกล่าวยกย่อง “หลักนิติธรรม” (the Rule of Law) ของอังกฤษในเรื่องความเสมอภาคกันในกฎหมายไว้ว่า ในประเทศอังกฤษนั้น บุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายธรรมดาของประเทศอย่างทัดเทียมกัน ถ้ามีข้อพิพาทกันก็ขึ้นศาลธรรมดาเช่นเดียวกัน ชาวอังกฤษโชคดีที่ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายปกครองแบบของฝรั่งเศส อันเป็นกฎหมายที่ให้อภิสิทธิ์แก่บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมิได้อยู่ในอำนาจของศาลธรรมดา แต่อยู่ในอำนาจของศาลพิเศษของฝ่ายปกครองและใช้บังคับกฎหมายปกครองซึ่งให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐมากกว่ากฎหมายธรรมดา การที่ประเทศอังกฤษมี “หลักนิติธรรม” ในเรื่องความ

เสมอภาคกันในกฎหมายนี้เองที่เป็นหลักประกันสำหรับสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวอังกฤษ<sup>64</sup> ความเห็นดังกล่าวของไดชีย์ได้มีอิทธิพลอย่างสูงต่อนักกฎหมายชาวอังกฤษในสมัยนั้นและในรุ่นต่อ ๆ มา ทำให้ให้นักกฎหมายชาวอังกฤษไม่สนใจที่จะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง อันมีผลทำให้การพัฒนากฎหมายปกครองในประเทศอังกฤษเกิดความล่าช้า แต่ในปี ค.ศ. 1954 ศาสตราจารย์แฮมซัน (Hamson) แห่งมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ ซึ่งได้เดินทางไปดูงานที่สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเป็นเวลา 1 ปี ได้เขียนหนังสือชื่อ “Executive Discretion and Judicial Control” โดยชี้ให้เห็นถึงความเข้าใจที่ผิดพลาดของไดชีย์ และกล่าวยกย่องระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสว่าสามารถให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรในคดีปกครองได้เป็นอย่างดีและสามารถแก้ปัญหาทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ ได้ดีกว่ากฎหมายของอังกฤษเป็นอย่างมาก หนังสือดังกล่าวของแฮมซัน ได้ปลุกนักกฎหมายชาวอังกฤษให้ตื่นตัวขึ้นมาให้ความสนใจต่อกฎหมายปกครองมากขึ้น<sup>65</sup>

#### (2) แนวความคิดในระบบประมวลกฎหมาย

ระบบกฎหมายนี้มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน โดยกฎหมายเอกชนนั้นใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ซึ่งเอกชนต่างดูแลรักษาผลประโยชน์ส่วนตัว กฎหมายเอกชนจึงใช้หลักความเสมอภาคและหลักความยินยอมของแต่ละฝ่ายในการผูกนิติสัมพันธ์กัน หากมีปัญหาข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล ก็จะใช้วิธีพิจารณาความซึ่งเคารพหลักความเสมอภาค ซึ่งก็คือ “ระบบกล่าวหา” (Accusatorial System) โดยกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำความผิดจริงตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง หากผู้ฟ้องคดีพิสูจน์ไม่ได้ ศาลก็จะยกฟ้อง สำหรับกฎหมายมหาชนนั้นใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนฝ่ายหนึ่งกับรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทั้งสองฝ่ายอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากเอกชนดูแลรักษาผลประโยชน์ส่วนตัว ส่วนรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวม ก็จำเป็นที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีอำนาจที่จะบังคับเอกชนได้โดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน หากจะนำวิธีพิจารณาความแบบระบบกล่าวหามาใช้บังคับ ก็จะทำให้ผู้ฟ้องคดีที่เป็นเอกชนเป็นฝ่ายเสียเปรียบรัฐได้ เพราะพยานหลักฐานอยู่ในความครอบครองของฝ่ายรัฐ อีกทั้งฝ่ายรัฐยังมีข้อได้เปรียบในด้านบุคลากรและกลไกที่จะช่วยต่อสู้คดีได้มากกว่าคู่ความฝ่ายเอกชน จึงจำเป็นต้องใช้วิธีพิจารณาความ

<sup>64</sup> ชาลส์ แฮมซัน, *กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*, (พิมพ์ครั้งที่ 3), กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2556, หน้า 16

<sup>65</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”, *วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ตอน 3*, 2526, หน้า 489-521

แบบระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ซึ่งกำหนดให้ศาลมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการตัดสินคดีบนพื้นฐานของความเป็นจริง

### 3.1.2 ความหมายของกฎหมายมหาชน

คำว่า “กฎหมายมหาชน” จะประกอบด้วยคำสองคำมาประสมกัน คือ คำว่า “กฎหมาย” คำหนึ่ง กับคำว่า “มหาชน” อีกคำหนึ่ง ดังนั้น ในการพิจารณาความหมายของคำว่า “กฎหมายมหาชน” จึงจำเป็นต้องเข้าใจความหมายของคำว่า “กฎหมาย” เสียก่อน โดยความหมายของคำว่า “กฎหมาย” แตกต่างออกไปตามสำนักความคิดแต่ละสำนัก ดังนี้

1) สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) โดยซีเซโร (Cicero) นักปรัชญาชาวโรมันซึ่งเป็นผู้มีแนวคิดในสำนักกฎหมายธรรมชาติ กล่าวว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือ เหตุผลที่ถูกต้อง สอดคล้องกลมกลืนกับธรรมชาติ แม้ชานไปในทุกสรรพสิ่ง เป็นกฎหมายที่สั่งบังคับให้เราปฏิบัติหน้าที่ของเรา ห้ามเรากระทำความชั่ว และเหนี่ยวรั้งเราให้พ้นจากความชั่ว สุจริตชนย่อมไม่เพิกเฉยต่อบทบัญญัติและข้อห้ามของกฎหมายนี้...การแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ ต่อกฎหมายนี้จะกระทำมิได้...กฎหมายนี้จะไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงเอเธนส์ และเป็นอีกอย่างหนึ่งที่กรุงโรม เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับทุกชาติและทุกยุคทุกสมัย...”<sup>66</sup> โดยแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่ากฎหมาย คือ เหตุผลเป็นกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ กล่าวคือ กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เกิดมีมาเองโดยมนุษย์ไม่ได้ทำขึ้น กฎหมายอยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ<sup>67</sup>

2) สำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) โดยจอห์น ออสติน (John Austin) นักปรัชญาชาวอังกฤษซึ่งเป็นผู้มีแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายปฏิฐานนิยม กล่าวว่า “กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐอธิปัตย์” กล่าวคือ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองซึ่งบัญญัติขึ้นโดยรัฐเป็นกฎหมายที่แท้จริง และมีความสมบูรณ์ในตัวเอง ไม่มีกฎหมายอื่นที่เหนือกว่า<sup>68</sup>

3) สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical School of Law) โดยซาวินญี (Savigny) นักกฎหมายชาวเยอรมันซึ่งเป็นผู้มีแนวคิดในสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ กล่าวว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่สั่งสมมาจากพัฒนาการของสังคม กฎหมายเกิดขึ้นและพัฒนาไปตามประวัติศาสตร์

<sup>66</sup> Marcel Prélot, (1966), *Historis des idées politiques*, Paris : Dallo, p.125 อ้างใน เกรียงไกร เจริญชนาวัดณ์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2556, หน้า 18

<sup>67</sup> หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่ 15), หน้า 141

<sup>68</sup> สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญาเบื้องต้น*, (พิมพ์ครั้งที่ 11), กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2550, หน้า 131



ของแต่ละชนชาติ หน้าที่ของนักกฎหมายแต่ละยุคคือ การทำให้เนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกับจิตใจของชนชาติ สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชน<sup>69</sup>

สำนักกฎหมายในแต่ละสำนักได้ให้นิยามความหมายของกฎหมายในแง่มุมที่ต่างกัน ตามแนวความคิดและความเชื่อที่ไม่เหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับตรงกันว่ากฎหมาย หมายถึง กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของบุคคลในสังคม ซึ่งบุคคลจะต้องปฏิบัติตามหรือควรปฏิบัติตาม มิฉะนั้น จะได้รับผลร้ายหรือไม่ได้รับผลดีที่เป็นสภาพบังคับโดยเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมาย จากความหมายดังกล่าว ทำให้สามารถจำแนกลักษณะของกฎหมายได้ 4 ประการ คือ

1) กฎหมายต้องมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ (Norm) หมายความว่า กฎหมายต้องเป็นข้อบังคับที่เป็นมาตรฐานที่ใช้วัดและใช้กำหนดความประพฤติของสมาชิกของสังคมได้ว่าถูกหรือผิด ทำได้หรือไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ บทบัญญัตินี้เป็นข้อกำหนดความประพฤติของมนุษย์ว่า การทำร้ายร่างกายของผู้อื่นนั้นเป็นสิ่งที่ผิดไม่ควรทำ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สิ่งใดไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อบังคับมาตรฐานความประพฤติของมนุษย์ในสังคม สิ่งนั้นก็ไม่ใช่กฎหมาย

2) กฎหมายต้องกำหนดความประพฤติ (Behavior) ของบุคคล ความประพฤติในที่นี้ ได้แก่ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายภายใต้การควบคุมของจิตใจ ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

- (1) ต้องมีการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย และ
- (2) การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวนั้น กระทำภายใต้การควบคุมจิตใจ

นอกจากกฎหมายจะกำหนดความประพฤติแล้ว ความประพฤติที่กฎหมายกำหนดต้องเป็นความประพฤติของบุคคลเท่านั้น บุคคลนี้อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ถ้าหากไม่ใช่มนุษย์แล้ว กฎหมายจะไม่ไปกำหนดความประพฤติ เช่น กฎหมายจะไม่กำหนดความเคลื่อนไหวของสัตว์ พืช และสิ่งของ ทั้งนี้ก็เพราะในระบบกฎหมายนั้นมีหลักอยู่ว่า “บุคคลเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิ” (Subject of Law)

3) กฎหมายต้องมีสภาพบังคับ (Sanction) กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ เพื่อให้มนุษย์จำต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ จึงจำเป็นต้องมีสภาพบังคับในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ กฎเกณฑ์ใดไม่มีสภาพบังคับไม่เรียกว่าเป็นกฎหมาย

<sup>69</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, กรุงเทพฯ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538, หน้า 194

สภาพบังคับของกฎหมายมีทั้งสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายและที่เป็นผลดี สภาพบังคับที่เป็นผลร้าย คือ การกำหนดสภาพบังคับให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายได้รับผลร้าย เช่น สภาพบังคับทางอาญา ซึ่งได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน หรือสภาพบังคับทางแพ่ง เช่น การกำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ การบังคับให้ชำระหนี้ การริบมัดจำ หรือการเรียกเบี้ยปรับ เป็นต้น สำหรับสภาพบังคับที่เป็นผลดี คือ การกำหนดผลประโยชน์ให้แก่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น รัฐบาลมีนโยบายที่จะส่งเสริมการลงทุนที่กระจุกตัวอยู่ในเมืองหลวงให้ไปอยู่ส่วนภูมิภาค แทนที่จะออกกฎหมายบังคับให้บุคคลไปลงทุนยังส่วนภูมิภาค โดยการกำหนดโทษการฝ่าฝืนไว้ รัฐบาลสามารถออกกฎหมายส่งเสริมการลงทุน โดยให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ลงทุนในส่วนภูมิภาค เช่น สิทธิที่จะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรที่ได้จากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เป็นต้น ซึ่งจะจูงใจให้คนไปลงทุนยังส่วนภูมิภาค เพราะได้รับสิทธิพิเศษ

4) กฎหมายต้องมีกระบวนการที่แน่นอน โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบังคับให้เป็นไปตามสภาพบังคับ เนื่องจากการปกครองสมัยใหม่เป็นการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจไว้ กล่าวคือ รัฐเป็นศูนย์รวมอำนาจทั้งการออกกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย รัฐสมัยใหม่จะไม่ยอมให้มีการบังคับกฎหมายโดยประชาชนเอง เพราะจะทำให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคม

กระบวนการบังคับใช้กฎหมายที่รวมศูนย์อยู่ที่รัฐนี้ จะกระทำโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ เช่น ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์ เป็นต้น ตัวอย่างการบังคับใช้โดยกระบวนการของรัฐที่แน่นอน ได้แก่

(1) ในคดีอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น จะต้องแจ้งให้เจ้าพนักงานตำรวจเพื่อดำเนินการสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิด เมื่อได้ตัวผู้กระทำความผิดและสอบสวนเสร็จแล้ว ต้องส่งสำนวนให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาลขอให้ลงโทษผู้กระทำความผิด เมื่อศาลพิจารณาเสร็จแล้วและจะลงโทษผู้กระทำความผิด ก็จะส่งเรื่องให้กรมราชทัณฑ์เป็นผู้บังคับตามคำพิพากษา

(2) ในคดีแพ่งเมื่อมีการก่อให้เกิดหนี้ในทางแพ่งขึ้น ไม่ว่าจะเพราะเหตุผิดสัญญาหรือละเมิด ก็ต้องมีการใช้สิทธิเรียกร้องโดยฟ้องร้องต่อศาล เมื่อศาลพิจารณาเสร็จแล้วและสั่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถร้องขอต่อกรมบังคับคดีเพื่อให้ยึดทรัพย์ของลูกหนี้เพื่อนำขายทอดตลาด แล้วนำเงินมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้

สำหรับความหมายของคำว่า “มหาชน” นั้น พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า คนจำนวนมาก, คนส่วนใหญ่, ชนจำนวนมาก เช่น มติมหาชน, ประชาชนทั่วไป และเมื่อนำคำว่า “กฎหมาย” มาประสมกับคำว่า “มหาชน” แล้ว พจนานุกรมฉบับ

ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายว่า กฎหมายที่วางระเบียบโครงสร้างและการปกครองของรัฐหรือการบริหารราชการแผ่นดิน รวมตลอดทั้งความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับเอกชน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง นอกจากนี้ ในทางวิชาการได้มีนักกฎหมายให้ความหมายของคำว่า “กฎหมายมหาชน” ไว้ ดังนี้

อัลเปียน (Ulpian) นักกฎหมายชาวโรมัน ได้ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนไว้ว่า “บทบัญญัติใดที่เกี่ยวข้องกับกิจการของส่วนรวมของบ้านเมืองโรมัน บทบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายมหาชน ส่วนบทบัญญัติใดที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน บทบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายเอกชน” ในความเห็นของอัลเปียนนั้น กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐโรมัน ในขณะที่กฎหมายเอกชนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเอกชนแต่ละคน<sup>70</sup>

ศาสตราจารย์ โมริซ ดูแวร์แซ (Maurice Duverger) อธิบายว่า กฎหมายมหาชนคือ กฎหมายที่กล่าวถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวกับสถานะและอำนาจของผู้ปกครอง ทั้งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ส่วนกฎหมายเอกชน คือ กฎหมายที่กล่าวถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ที่อยู่ใต้การปกครองด้วยกันเอง<sup>71</sup>

ศาสตราจารย์ มัคส์ กูเน็ล (Max Gounelle) ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนว่าเป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวกับสถานะของรัฐและผู้ปกครองกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับพลเมือง<sup>72</sup>

ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉม ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนว่า คือ กฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ในฐานะที่รัฐและหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ปกครอง<sup>73</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น อาจพบสรุปได้ว่ากฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง หรือกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ

<sup>70</sup> วิษณุ เครืองาม, “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน”, ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน, หน่วยที่ 1, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2526, หน้า 7

<sup>71</sup> Maurice Duverger, (1977), *Élément de droit public*, Paris : P.U.F., p. 5 อ้างใน โกลิน พลกุล, ใน เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525, หน้า 7

<sup>72</sup> Max Gounelle, (1989), *Introduction au droit public*, 2éd, Paris : Montchrestien, p. 6. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ, (พิมพ์ครั้งที่ 3), หน้า 28

<sup>73</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉม, กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2537, หน้า 1-2

### 3.1.3 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน

ปัจจุบัน ได้มีความพยายามที่จะนำทฤษฎี 3 ทฤษฎี มาเป็นเกณฑ์แบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ได้แก่<sup>74</sup>

1) ทฤษฎีตัวการ (Subject Theory) หรือ “เกณฑ์บุคคลผู้ก่อนิติสัมพันธ์” เป็นการพิจารณาถึงตัวการหรือคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ หากนิติสัมพันธ์นั้นเกี่ยวข้องกับองค์กรของรัฐที่ถืออำนาจปกครองหรือมีตัวการแห่งกฎหมายที่เป็นองค์กรของรัฐอย่างน้อยฝ่ายหนึ่ง ก็จัดเป็น “กฎหมายมหาชน” ถ้าไม่เกี่ยวข้องกับรัฐหรือองค์กรของรัฐเลยก็ถือว่าเป็น “กฎหมายเอกชน”

2) ทฤษฎีประโยชน์ (Interest Theory) หรือ “เกณฑ์ทางด้านวัตถุประสงค์” เป็นการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของนิติสัมพันธ์ว่ามุ่งถึงประโยชน์ของใครเป็นสำคัญ หากนิติสัมพันธ์นั้นมุ่งประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมก็จัดว่าเป็นเรื่องของ “กฎหมายมหาชน” แต่ถ้านิติสัมพันธ์มุ่งประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์ของเอกชนก็จัดว่าเป็นเรื่องของ “กฎหมายเอกชน”

3) ทฤษฎีภายใต้การบังคับ (Subordination Theory) หรือ “ทฤษฎีความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน” หรือ “ทฤษฎีอำนาจเหนือ” เป็นการพิจารณาถึงสถานะความเท่าเทียมกันของคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ หากคู่กรณีมีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น มีอำนาจสั่งการให้ปฏิบัติตามหรืออำนาจสั่งให้ลงโทษ กรณีเช่นนี้จัดว่าเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน หากแต่คู่กรณีมีสถานะที่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมิได้มีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ก็จัดว่าเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน

การนำทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นมาปรับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพนั้น จำเป็นต้องนำทั้ง 3 ทฤษฎีมาปรับใช้ร่วมกัน มิฉะนั้น ผู้ใช้กฎหมายจะพบว่า มีข้อจำกัดของแต่ละทฤษฎีที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงเสมอไป ยกตัวอย่างเช่น หากคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นองค์กรของรัฐ การนำแต่เพียงทฤษฎีตัวการแต่เพียงอย่างเดียวมาปรับใช้ ก็จะอธิบายว่านิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน ทั้งที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องนั้นอาจเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนก็ได้ เช่น การที่องค์กรของรัฐเลือกที่จะทำสัญญาทางแพ่งกับเอกชน โดยมีผู้ใช้อำนาจบังคับการแต่อย่างใด หรือหากคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ทั้งสองฝ่ายเป็นเอกชน การนำแต่เพียงทฤษฎีตัวการแต่เพียงอย่างเดียวมาปรับใช้ ก็จะอธิบายว่านิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายเอกชน ทั้งที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องนั้นอาจเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนก็ได้ เช่น การที่รัฐตรากฎหมายให้องค์กรวิชาชีพซึ่งมีสถานะเป็นเอกชนมีอำนาจในการออกใบอนุญาตและเพิกถอนใบอนุญาตแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพได้ เป็นต้น

<sup>74</sup> เกรียงไกร รอบรู้, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 11-13

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายเอกชน (Private Law) หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ ภายใต้เงื่อนไขที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องมีสถานะที่เท่าเทียมกัน ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง และการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว สำหรับกฎหมายมหาชน (Public Law) หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ หรือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน หรือเอกชนฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง และการนั้นมุ่งต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ

เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญจะพบว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่จัดระเบียบการปกครองของประเทศ จัดสรรองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ตลอดจนหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชน ซึ่งหากพิจารณาตามทฤษฎีตัวการ ทฤษฎีภายใต้การบังคับ และทฤษฎีประโยชน์ ก็จะสะท้อนให้เห็นแนวคิดของกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงได้รับการจัดให้เป็นกฎหมายสาขาหนึ่งในกฎหมายมหาชน เมื่อรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง ผู้ใช้กฎหมายจะต้องนำวิธีการ วิเคราะห์ วิธีตีความ และวิธีใช้กฎหมายในระบบกฎหมายมหาชนมาใช้เป็นหลัก เนื่องจากนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมีความแตกต่างจากนิติวิธีทางกฎหมายเอกชนอยู่หลายประการ

### 3.1.4 นิติวิธีทางกฎหมายเอกชนและทางกฎหมายมหาชน

นิติวิธีทางกฎหมาย (juristic method) หมายถึง วิธีการที่จะคิดและวิเคราะห์ให้เป็นระบบในทางกฎหมาย ซึ่งนิติวิธีทางกฎหมายเอกชนและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนนั้นมีพื้นฐานทางความคิดที่แตกต่างกัน ดังนี้

#### 1) นิติวิธีทางกฎหมายเอกชน

นิติวิธีทางกฎหมายกฎหมายเอกชน คือ วิธีการที่จะคิดและวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในทางกฎหมายเอกชนซึ่งกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ ภายใต้เงื่อนไขที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องมีสถานะที่เท่าเทียมกัน ไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การดำเนินการเพื่อประโยชน์ส่วนตัว แต่การแสดงเจตนาของบุคคลนั้นต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาค และนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐต้องเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ทั้งนี้เสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาต้องกระทำภายใต้หลักสุจริตและต้องไม่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งนำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่รัฐต้องออกกฎหมายรับรองบังคับให้ตามเจตนา

## 2) นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน คือ วิธีการที่จะคิดและวิเคราะห์อย่างเป็นระบบ ในทางกฎหมายมหาชนซึ่งกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน หรือเอกชน ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมหาชนที่เหนือกว่าเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ มุ่งต่อประโยชน์ ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนโดยทั่วไปแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติวิธีหลัก ประการหนึ่ง และนิติวิธีประกอบ อีกประการหนึ่ง

นิติวิธีหลัก คือ การคิดวิเคราะห์ในแนวทางของกฎหมายมหาชน ซึ่งนิติวิธีหลัก แยกออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ นิติวิธีเชิงปฏิเสธและนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ โดยนิติวิธีเชิงปฏิเสธ หมายถึง การปฏิเสธไม่นำเอากฎหมายเอกชนไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายเอกชน วิธีการใช้ การตีความกฎหมาย องค์การ และกระบวนการในกฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายมหาชนโดยตรง ทั้งนี้เพราะนิติสัมพันธ์ ตามกฎหมายเอกชนแตกต่างจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนอย่างสิ้นเชิง เมื่อปฏิเสธที่จะบังคับ ใช้กฎหมายเอกชนในนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน จึงจำเป็นต้องสร้างหลักกฎหมายมหาชน คือ นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ โดยการยืมทฤษฎี แนวคิด หรือหลักกฎหมายเอกชนมาเป็นพื้นฐานแล้วปรับให้ เข้ากับกฎหมายมหาชน ทั้งนี้เพราะกฎหมายเอกชนพัฒนามาก่อน แนวคิดหรือทฤษฎีมีความสมบูรณ์ เหมาะที่นำมาดัดแปลง และกฎหมายเอกชนเป็นระบบ มีเหตุผล ง่ายต่อการทำความเข้าใจและศึกษา ถ้านำมาดัดแปลงให้เข้ากับกฎหมายมหาชนก็จะทำให้สะดวกแก่การจัดระบบกฎหมายมหาชน แต่การดัดแปลงนั้นต้องคำนึงถึงการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนอยู่เสมอ โดยการวิเคราะห์เหตุผล ความจำเป็น วิธีการ การดำเนินการ และ ประสิทธิภาพของฝ่ายรัฐไปพร้อม ๆ กับสัดส่วนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้เกิด ความดุลยภาพ (équilibre) ระหว่างประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) กับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน (droits des individus) ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน จึงอาจกล่าวได้ว่า การสร้าง กฎหมายมหาชนที่เป็นนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ต้องอยู่บนพื้นฐานของการกระทำเพื่อประโยชน์ของ สาธารณะและต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดความดุลยภาพในสังคม แต่ถ้าให้ความสำคัญ กับสิ่งใดสิ่งหนึ่งมากเกินไปจนเสียดุลก็จะทำให้เกิดสภาพการณ์ขึ้น 2 ลักษณะ

(1) ให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากเกินไป กฎหมายมหาชน ลักษณะนี้ก็จะกลายเป็นกฎหมายอภิสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง อันจะนำไปสู่การเพิ่มอำนาจฝ่ายปกครอง ขึ้นเรื่อย ๆ จนยอมรับการใช้อำนาจ “อำเภอใจ” ของฝ่ายปกครองในที่สุด ทำให้สิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนหายไปมากที่สุด

(2) ให้ความสำคัญกับสิทธิของเอกชนมากเกินไป ถ้าเป็นเช่นนี้ก็เท่ากับลดรัฐลงไปให้เท่ากับเอกชน เห็นประโยชน์สาธารณะเหมือนกับประโยชน์ส่วนตัวของแต่ละบุคคล การบริหารงานของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะก็จะติดขัดหรือทำได้ยากมากหรือเสียค่าใช้จ่ายมาก

สภาพการณ์ที่ไม่พึงประสงค์ดังกล่าวเกิดขึ้นได้ทุกเมื่อ ถ้านักกฎหมายมหาชนขาดจิตสำนึกในการสร้างคุณภาพให้ 2 สิ่งนี้ประสานกันได้เป็นอย่างดี ไม่ให้ความสำคัญกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งมากเกินไป ดังนั้น คุณสมบัติและทักษะของนักกฎหมายมหาชนจึงสำคัญมากกับการใช้การตีความ และการสร้างกฎหมายมหาชน ในบางประเทศได้เคยมีการนำศาลปกครองไปรวมกับศาลยุติธรรม เช่น ในประเทศเบลเยียมและอิตาลี โดยให้มีศาลชั้นต้นทางปกครองและให้มีแผนกคดีปกครองในศาลฎีกา แต่ผู้พิพากษาส่วนใหญ่มาจากนักกฎหมายเอกชน ผลสุดท้ายก็คือ เกิดสภาพความไม่เข้าใจปัญหาทางปกครองขึ้น ทำให้ไม่มีการควบคุมฝ่ายปกครองหรือมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนเกินควร ด้วยเหตุนี้ ประเทศดังกล่าวข้างต้นจึงมีการตรากฎหมายแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรมในเวลาต่อมา<sup>75</sup>

สำหรับนิติวิธีประกอบในกฎหมายมหาชนนั้น เป็นวิธีคิดวิเคราะห์ที่จะทำให้เข้าถึงนิติวิธีหลักได้เร็วยิ่งขึ้น และทำให้การใช้นิติวิธีหลักในการสร้างหรือในการใช้การตีความกฎหมายมหาชนเป็นไปโดยเหมาะสมกับสภาพกฎหมายมหาชนที่ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนไปพร้อม ๆ กับการให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะ โดยนิติวิธีประกอบจะต้องใช้วิธีการซึ่งอาศัยศาสตร์ต่าง ๆ มาประกอบอย่างน้อย 2 วิธี คือ

(1) การเปรียบเทียบกฎหมาย เป็นนิติวิธีประกอบที่สำคัญที่จะทำให้ นักกฎหมายมหาชนสามารถใช้ประกอบการสร้างหลักกฎหมายมหาชนที่ดีได้ โดยเทียบเคียงกฎหมายมหาชนของระบบต่าง ๆ ในเรื่องเดียวกัน เพื่อวิเคราะห์ว่าหลักกฎหมายมหาชนใดของระบบใดจะมีความเหมาะสม มีคุณภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างดี ซึ่งอาจมีการดัดแปลงนำมาใช้สร้างหลักกฎหมายมหาชนในประเทศได้

(2) การวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา โดยการวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางประวัติศาสตร์นั้น เป็นการศึกษาบทบาทบัญญัติแห่งกฎหมายในอดีตว่าเป็นอย่างไร มีวิวัฒนาการอย่างไร และปัจจุบันเป็นอย่างไร รวมทั้งศึกษาถึงหลักการเหตุผลของบทบัญญัติของเก่าและของใหม่เพื่อให้ทราบถึงความแตกต่างและพัฒนาการทางกฎหมาย การศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมาย จะเป็นการศึกษากฎเกณฑ์ทุกอย่างทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยการศึกษาในลักษณะที่กฎหมายเป็นความสัมพันธ์กับพฤติกรรม

<sup>75</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 291-367

ของคนในสังคมและเป็นความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมของสังคม เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงสาเหตุของกฎหมายและผลของกฎหมาย ซึ่งผลของการเปรียบเทียบกฎหมายนี้จะทำให้นักกฎหมายสามารถสร้างกฎหมายมหาชนที่ดีและเหมาะสมกับสภาพสังคมของตนเอง ส่วนการวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางสังคมวิทยา เป็นวิธีการที่มุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์และหน้าที่ของกฎหมายที่มีต่อสังคม รวมไปถึงเหตุการณ์ทางสังคมที่มีผลก่อให้เกิดกฎหมาย และผลที่กฎหมายก่อให้เกิดกับสังคม ซึ่งเป็นการศึกษาโดยมุ่งเน้นค้นหาความเป็นจริงทางสังคมที่มีอิทธิพลหรือปัจจัยที่มีผลต่อกฎหมาย หรือการค้นหาความเป็นจริงที่กฎหมายนั้นเป็นอยู่ เพื่อเป็นการช่วยอธิบายให้เห็นสภาพของกฎหมายตามความเป็นจริงในสังคม ซึ่งประโยชน์ของวิธีการศึกษาทางสังคมวิทยากฎหมายนั้นมีประโยชน์อยู่หลายประการ คือ เป็นเครื่องมือในการค้นหาความจริงที่สามารถใช้อธิบายพฤติกรรมของคนในสังคม ตลอดจนเป็นเครื่องมือในการช่วยให้การใช้กฎหมายมีความเป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือช่วยในการพัฒนาคุณภาพของกฎหมายทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งมักเป็นกฎหมายมหาชน ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดดุลยภาพกัน<sup>76</sup>

ดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นนิติวิธีหลัก และนิติวิธีประกอบ ล้วนเป็นแนวทางรูปแบบในการวิเคราะห์ เพื่อช่วยให้สามารถเข้าใจกฎหมายได้อย่างลึกซึ้งและถี่ถ้วนรอบด้าน ซึ่งผลสุดท้ายก็จะทำให้การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย การสร้างหลักกฎหมาย และการพัฒนากฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายมหาชน สามารถกระทำได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพของสังคมและเป็นประโยชน์กับสังคมได้อย่างแท้จริง

### 3.2 หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย

ผู้ที่มีอำนาจในการปกครองมักใช้อำนาจอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด และถือเป็นการชอบธรรมที่จะใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางใดก็ได้ ผู้ได้การปกครองจึงจำเป็นต้องสร้างแนวคิดทฤษฎีขึ้นมาเพื่อลดทอนอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของผู้ปกครองลง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือการควบคุมอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตด้วยการสร้าง “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Power) ในทำนองที่ใช้อำนาจกันซึ่งกันและกัน แนวความคิดนี้มีนักปรัชญาที่สำคัญ คือ “จอห์น ล็อก (John Locke)” และ “มงเตสกีเยอ (Montesquieu)”

โดย จอห์น ล็อก ได้กล่าวไว้ในหนังสือ “Second Treatise of Civil Government” ว่าอำนาจธิปไตยแยกออกได้เป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญา และการแลกเปลี่ยนทูต แต่ผู้ที่นำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจมา

<sup>76</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 315-413



เผยแพร่ได้ดีที่สุดก็คือ มงเตสกีเยอ ซึ่งได้อธิบายเรื่องการแบ่งแยกอำนาจออกไปโดยไว้ในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (L’ Esprit des Lois)” โดยอธิบายว่า<sup>77</sup>

ในทุกรัฐ จะมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน และอำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง

อำนาจนิติบัญญัติ คือ อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ และอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย

อำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน คือ อำนาจในการรักษาความสงบสุขหรือทำสงคราม ส่งเอกอัครราชทูตไปประจำอยู่ต่างประเทศหรือยอมรับเอกอัครราชทูตจากต่างประเทศ รักษาความมั่นคงภายใน และป้องกันการรุกรานจากภายนอก อำนาจนี้เรียกว่า “อำนาจบริหารของรัฐ”

อำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง คือ อำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือพิพากษาข้อพิพาทระหว่างเอกชน อำนาจนี้เรียกว่า “อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี”

หากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารรวมกันอยู่ที่ตัวบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรนั้นจะตรากฎหมายพระราชอำนาจเพื่อบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างพระราชอำนาจ ถ้าอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีไปรวมอยู่ที่ตัวบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกัน ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจ เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจบริหารกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่ที่ตัวบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกัน ผู้ใช้อำนาจก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบบังคับได้อย่างเต็มที่และก็จะไม่มีอะไรเหลือเลย และหากบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม ทุกสิ่งทุกอย่างก็จะสูญสิ้นไปหมด การบังคับใช้กฎหมายก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ แล้วถ้าใครไม่กระทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ<sup>78</sup>

ความเห็นดังกล่าวข้างต้นของมงเตสกีเยอ ได้มีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางการเมืองของผู้ซึ่งถูกกดขี่โดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอื่น ๆ ในทวีปยุโรป ตลอดจนผู้ซึ่งไปตั้งรกรากอยู่ในรัฐต่าง ๆ ในทวีปอเมริกาเป็นอย่างมาก โดยบุคคลเหล่านั้นเข้าใจความเห็นของมงเตสกีเยอว่าจะต้องแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร

<sup>77</sup> วิชาญ เจริญงาม, “ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน”, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน, หน่วยที่ 1-7, หน้า 84

<sup>78</sup> เดือน บุญนาค, การแยกอำนาจ, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478, หน้า 8-9

และอำนาจตุลาการ และจะต้องมีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจด้วย โดยให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ให้รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และให้ศาลหรือฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้นำไปสู่ระบบการเมืองที่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด โดยองค์กรใช้อำนาจแต่ละอำนาจดังกล่าวนั้นจะต้องไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันและไม่เข้าไปก้าวก่ายในการใช้อำนาจของกันและกัน ความเข้าใจดังกล่าวปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก คือ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1797 ซึ่งจัดตั้งระบบการเมืองแบบที่มีการแบ่งแยกอำนาจกันอย่างเด็ดขาด โดยเฉพาะในระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>79</sup>

แต่อย่างไรก็ดี ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของมงเตสกิเยอ ที่มีต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังเช่นกรณีศาสตราจารย์การ์เนอร์ (Garner) แห่งมหาวิทยาลัยนอตติงแฮม ประเทศอังกฤษ กล่าวถึงกรณีที่มงเตสกิเยอยกย่องว่าประเทศอังกฤษมีการแบ่งแยกอำนาจที่ดีที่สุดนั้นเป็นความเข้าใจผิดอย่างยิ่ง เพราะประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด สถาบันของรัฐสถาบันใดสถาบันหนึ่งมิได้มีหน้าที่ของตน โดยเฉพาะ แต่ละฝ่ายต่างใช้อำนาจได้หลายอำนาจ เช่น ผู้ดำรงตำแหน่ง “Load Chancellor” นั้น เป็นประธาน “House of Lords” ในฐานะที่เป็นศาลฎีกา เป็นประธาน “House of Lords” ในฐานะที่เป็นวุฒิสภา และเป็นรัฐมนตรีด้วยอีกตำแหน่งหนึ่ง เป็นต้น<sup>80</sup>

ถึงแม้ว่าแนวคิดในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกิเยอได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความผิดพลาดคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริง แต่มงเตสกิเยอก็ได้รับการยกย่องจากนักกฎหมายในปัจจุบันว่าเป็นผู้ก่อตั้งกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ โดยมีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยในการจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยโดยวางอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ มีการกระจายการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการออกจากกัน โดยแต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายอย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น ซึ่งจะเห็นได้ว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” นั้น ไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แบ่งแยกไม่ได้ แต่เป็นการแบ่งแยก

<sup>79</sup> André Hauriou, Jean Gicquel et Patrice Gélard, (1975), *Droit constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris : Editions Montchrestien, pp, 235-236 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*, (พิมพ์ครั้งที่ 3), หน้า 258-259

<sup>80</sup> ออมร จันทรมบูรณ์, *กฎหมายปกครอง*, (พิมพ์ครั้งที่ 9), กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525, หน้า 64-65

องค์กรที่จะมาใช้อำนาจออกเป็นหลายองค์กร เพื่อมิให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดจนนำไปสู่ระบอบเผด็จการ และทำให้ประชาชนถูกลิดรอนการใช้สิทธิและเสรีภาพในที่สุด การแบ่งแยกอำนาจในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแต่ละรัฐมีสาระสำคัญ ทั้งที่เหมือนกันและแตกต่างกันออกไป พอสรุปได้ ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจะบัญญัติให้แยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหาร อย่างเคร่งครัด กล่าวคือ<sup>81</sup>

รัฐธรรมนูญมอบหมายให้องค์กรตุลาการหรือศาลเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว ไม่เปิดโอกาสให้องค์กรอื่นร่วมใช้อำนาจนี้กับศาล ในทางกลับกันศาลก็จะต้องจำกัดตนเองอยู่แต่เฉพาะกับการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเท่านั้น รัฐธรรมนูญไม่เปิดโอกาสให้ศาลร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหารกับองค์กรอื่น

บุคคลที่เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการจะดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกขององค์กรอื่น เช่น เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสมาชิก หรือรัฐมนตรี ในเวลาเดียวกันกับที่เป็นผู้พิพากษาไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเป็นผู้พิพากษานั้นเป็น “ลักษณะต้องห้าม” มิให้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น

การแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารอย่างเคร่งครัดเช่นว่านี้ ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาล ทำให้ศาลอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างปราศจากอคติลำเอียง และไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม

แต่อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ ต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นประกันว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการคุ้มครอง อำนาจใดอำนาจหนึ่งจึงไม่อาจจะอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งได้โดยเด็ดขาด แต่สำหรับองค์กรฝ่ายตุลาการนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องตัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติและจากฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาเป็นไปโดยอิสระ แต่ก็เฉพาะในขอบเขตการทำหน้าที่ในทางตุลาการเท่านั้นที่องค์กรอื่นไม่อาจจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้ ดังนั้น การกำหนดให้องค์กรอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่องค์กรฝ่ายตุลาการนั้น ย่อมก่อให้เกิด

<sup>81</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, *วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ตอน 2*, 2537, หน้า 42-54

ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ อันถือว่าเป็นการควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกัน และจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ ในขณะที่เดียวกันก็จะไม่ทำให้อำนาจขององค์กรฝ่ายตุลาการ มีอำนาจเหนืออำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง<sup>82</sup>

2) ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบการใช้อำนาจธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และทางบริหารนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยมีบทบัญญัติแตกต่างกัน อาจแบ่งออกเป็น 4 ระบบ คือ ระบบสมัชชา ระบบประธานาธิบดี ระบบรัฐสภา และระบบกึ่งประธานาธิบดี ซึ่งพอจะสรุปได้ ดังนี้

(1) ระบบสมัชชา เป็นระบบที่ไม่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตย กระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหารออกจากกัน จะรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น คือ รัฐสภา ซึ่งตามปกติแล้วจะเป็นแบบสภาเดียว โดยประชาชนจะเป็นผู้เลือกสมาชิกรัฐสภา หลังจากนั้น รัฐสภาจะเลือกคณะรัฐมนตรีเพื่อช่วยแบ่งเบาภาระในการบริหารประเทศ ซึ่งคณะรัฐมนตรีในระบบสมัชชา จะมีสถานะเป็นเพียงเจ้าหน้าที่ของรัฐสภาเท่านั้น คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการบริหารประเทศไปตามนโยบายที่รัฐสภากำหนดไว้และต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา โดยรัฐสภามีอำนาจถอดถอน รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคณะออกจากตำแหน่งได้ แต่คณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจยุบสภาแต่อย่างใด

(2) ระบบประธานาธิบดี เป็นระบบที่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตย กระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหารออกจากกันอย่างค่อนข้างเคร่งครัด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ มอบหมายให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และมอบหมายให้ประธานาธิบดี เป็นผู้ใช้อำนาจธิปไตยกระทำการทางบริหาร โดยเปิดโอกาสให้องค์กรหนึ่งเข้าไปร่วมใช้อำนาจ กับอีกองค์กรหนึ่งได้น้อยกรณีมาก ทั้งยังมีข้อห้ามมิให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งสมาชิกรัฐสภาเป็น รัฐมนตรีเพื่อช่วยเหลือตนในการบริหารประเทศอีกด้วย นอกจากนี้ แต่ละองค์กรมีความเป็นอิสระ จากกัน มีการถ่วงดุลและคานอำนาจกันค่อนข้างน้อย ทั้งนี้ เนื่องจากสมาชิกของรัฐสภามาจากการเลือกตั้ง ของประชาชน ประธานาธิบดีซึ่งเป็นทั้งประมุขของรัฐและหัวหน้ารัฐบาลก็มาจากการเลือกตั้งของ ประชาชนเช่นเดียวกัน ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา รัฐสภาไม่ อาจตั้งกระทู้ถามและไม่สามารถเปิดการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล ในทางกลับกันประธานาธิบดีก็ไม่มี อำนาจยุบสภาเช่นกัน

(3) ระบบรัฐสภา เป็นระบบที่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตยกระทำการ ทางนิติบัญญัติและทางบริหารเช่นเดียวกันกับในระบบประธานาธิบดี แต่มีลักษณะไม่เคร่งครัดเท่า

<sup>82</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, กรุงเทพฯ, บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2548, หน้า 85-87

โดยรัฐธรรมนูญมอบหมายให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และมอบหมายให้คณะรัฐมนตรีซึ่งประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร โดยเปิดโอกาสให้รัฐบาลเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติกับรัฐสภาได้ ไม่มีข้อห้ามมิให้แต่งตั้งสมาชิกรัฐสภาเป็นนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี นอกจากนี้ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีมีความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน เนื่องจากสมาชิกของรัฐสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน และรัฐสภาเป็นผู้เลือกนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้ารัฐบาล คณะรัฐมนตรีจึงต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา และอยู่ในตำแหน่งได้นานเพียงพอเท่าที่รัฐสภายังคงให้ความไว้วางใจอยู่เท่านั้น เมื่อรัฐสภามีมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้หนึ่งผู้ใด คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้นั้นต้องออกจากตำแหน่ง แต่ในขณะเดียวกัน คณะรัฐมนตรีก็มีสิทธิที่จะแนะนำและยินยอมให้ประมุขของรัฐซึ่งอาจเป็นพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดียุบสภาเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ก่อนที่จะครบอายุของสภาได้

(4) ระบบกึ่งประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี เป็นรูปแบบที่ผสมผสานระหว่างระบบรัฐสภากับระบบประธานาธิบดี โดยระบบนี้ประธานาธิบดีและรัฐสภาจะมาจากการเลือกตั้งของประชาชนเช่นเดียวกับระบบประธานาธิบดี แต่ประธานาธิบดีจะเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีให้ทำหน้าที่เป็นหัวหน้ารัฐบาล ทั้งประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจในการบริหารงานของประเทศร่วมกัน คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อประธานาธิบดีและรัฐสภา โดยรัฐสภามีอำนาจควบคุมการทำงานของฝ่ายบริหารผ่านการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ ขณะเดียวกันประธานาธิบดีก็มีอำนาจในการยุบสภาได้

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้การจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ ทั้งนี้ ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 3 ที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล โดยการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นไปตามระบบรัฐสภา ซึ่งแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารออกจากกันอย่างไม่เคร่งครัด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร แต่ก็เปิดโอกาสให้คณะรัฐมนตรีเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติกับรัฐสภาได้ เช่น ให้มีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 133 วรรคหนึ่ง (1)) มีสิทธิถวายคำแนะนำและยินยอม

ให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ (มาตรา 172) เป็นต้น และเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารกับคณะรัฐมนตรี เช่น ให้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน (มาตรา 143) ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ (มาตรา 150) เป็นต้น อนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีก็มีลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 151 ที่ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ และความในมาตรา 103 ที่ให้คณะรัฐมนตรีมีสิทธิถวายคำแนะนำและยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรใหม่ ส่วนการแยกศาลซึ่งเป็นองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นไปอย่างเคร่งครัด ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 197 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ซึ่งแสดงว่าศาลผูกขาดการใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีไม่มีโอกาสเข้ามาร่วมใช้อำนาจนี้กับศาลได้

### 3.3 หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานในทางประวัติศาสตร์ เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการจัดการปกครองของประเทศซึ่งมีการนำไปใช้อย่างแพร่หลาย โดยหลักการนี้มุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองเป็นสำคัญ ดังนั้น การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่าง ๆ นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์มาจากประชาชนด้วย เพื่อเป็นจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์จากประชาชนไปยังองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ โดยความสัมพันธ์เช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจของรัฐขององค์กรนั้น ๆ หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ

ความหมายของหลักประชาธิปไตย

คำว่า “ประชาธิปไตย” มาจากคำว่า “ประชา” ซึ่งหมายถึง ปวงชน และคำว่า “อธิปไตย” ซึ่งหมายถึง ความเป็นใหญ่ เมื่อนำทั้งสองคำมารวมกันแล้วจึงหมายความว่า “ความเป็นใหญ่ของปวงชน” โดยมีผู้ให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ไว้อย่างหลากหลาย ดังต่อไปนี้

โกวิท วงศ์สุรวัฒน์ ได้อธิบายว่า คำว่า “ประชาธิปไตย” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Democracy” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษากรีกโบราณ 2 คำ คือ คำว่า “Demos” แปลว่า ประชาชน

และคำว่า “Kratos” แปลว่า อำนาจ เมื่อนำทั้งสองคำมารวมกันแล้วจึงมีความหมายว่า อำนาจของประชาชน หรือประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ<sup>83</sup>

Abraham Lincoln ประธานาธิบดีคนที่ 16 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ให้คำนิยามในการกล่าวสุนทรพจน์ ณ เมืองเกตติสเบิร์ก ในมลรัฐเพนซิลวาเนีย ในวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1863 ตอนหนึ่งความว่า “รัฐบาลของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชน จะไม่มีวันสูญสลายไปจากผืนพิภพนี้” (Government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the Earth.)<sup>84</sup>

สุชุม นวลสกุล และวิศิษฐ์ ทวีเศรษฐ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ว่าหมายถึง รูปการปกครองที่ยึดอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ไม่ว่าจะเป็ระบบประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดี (Presidential Democracy) หรือแบบรัฐสภา (Parliamentary Democracy) ถ้าอำนาจอสูงสุดในการกำหนดการปกครองอยู่ที่ประชาชนแล้ว ก็เป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยทั้งสิ้น<sup>85</sup>

ชานินทร์ กรัยวิเชียร ได้ให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ว่าหมายถึง ระบบการปกครองประเทศระบอบหนึ่ง ซึ่งเป็นการปกครองของประชาชนโดยประชาชนและเพื่อประชาชน คำว่า “ประชาชน” ในที่นี้หมายถึง ปวงชนเหล่านี้ย่อมมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบในการปกครองแผ่นดินอย่างเสมอภาคกัน ระบบประชาธิปไตยมีรากฐานเคารพในความเป็นธรรม (Justice) เหตุผล (Reason) เมตตาธรรม (Compassion) ความศรัทธาในมนุษยชาติ (faith in man) และเคารพในเกียรติภูมิแห่งมนุษยชน (Human dignity)<sup>86</sup>

สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ว่าหมายถึง ระบบการปกครองชนิดหนึ่ง ซึ่งการปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง จึงกล่าวได้ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองซึ่งประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บนความคิดของเสรีภาพ (liberty) และความเสมอภาค (equality)<sup>87</sup>

<sup>83</sup> โกวิท วงศ์สุรวัฒน์, *รัฐศาสตร์กับการเมือง*, กรุงเทพฯ, ตะเกียง, 2534, หน้า 51

<sup>84</sup> Lewis Copeland and Lawrence Lamm eds, (1985), *The World's Great Speeches*, 2nd ed, New York : Dover, p.315 อ้างใน จิรโชค (บรรพต) วีระชัย สุรพล ราชภัณฑจารักษ์ และสุรพันธ์ ทับสุวรรณ, *รัฐศาสตร์ทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่ 13), กรุงเทพฯ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546, หน้า 265

<sup>85</sup> สุชุม นวลสกุล และวิศิษฐ์ ทวีเศรษฐ, *การเมืองและการปกครองของไทย*, กรุงเทพฯ, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539, หน้า 18

<sup>86</sup> ชานินทร์ กรัยวิเชียร, *ระบอบประชาธิปไตย*, กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์กรมแผนที่ทหาร, 2518, หน้า 1

<sup>87</sup> สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, กรุงเทพฯ, เรือนแก้วการพิมพ์, 2535, หน้า 82

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า คำว่า “ประชาธิปไตย” หมายถึงรูปแบบการปกครองที่ยึดถืออำนาจอธิปไตย ทั้งอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการเป็นของประชาชน โดยประชาชนจะใช้อำนาจอ้างกล่าวผ่านผู้แทนของตน ซึ่งจะต้องทำการปกครองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชน

สาระสำคัญของหลักประชาธิปไตย อาจแบ่งได้ ดังนี้

### 1) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ และประชาชนจะใช้อำนาจอ้างกล่าวผ่านทางองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ดังนั้น องค์กรของรัฐจึงต้องมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน อาจกล่าวได้ว่าหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ

### 2) หลักประชาธิปไตยแบบเสรี<sup>88</sup>

หลักประชาธิปไตยแบบเสรีเป็นลักษณะของสังคมที่ยอมรับความหลากหลายทางความคิดต่อการนำเสนอเพื่อแก้ปัญหาใดปัญหาหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ลักษณะของหลักประชาธิปไตยแบบเสรีจึงมีความจำเป็นต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น รับรองเสรีภาพในการชุมนุม รับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือกลุ่มบุคคล และโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน ทั้งนี้ เพื่อรองรับการถกเถียงกันในทางความคิดเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่สังคมยอมรับ สังคมประชาธิปไตยแบบเสรีจึงเป็นสังคมที่ยอมรับความแตกต่าง ยอมรับความขัดแย้ง การโต้แย้งบนพื้นฐานของสันติวิธี

### 3) หลักเสียงข้างมาก<sup>89</sup>

การปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยเสียงข้างมาก และการปกครองโดยเสียงข้างมากนั้นเห็นว่าการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เนื่องจากเสียงส่วนใหญ่เห็นชอบด้วยกับวิธีการดังกล่าว หลักเสียงข้างมากเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจในระบบประชาธิปไตย ระบบการสร้างเจตจำนงของรัฐโดยวิธีการประชาธิปไตยจึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยพื้นฐานของเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ ซึ่งหลักเสียงข้างมากนั้นได้นำมาใช้ในการเลือกตั้งองค์กรที่ทำ

<sup>88</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, กรุงเทพฯ, วิทยุชน, 2555, หน้า 18-19

<sup>89</sup> “เรื่องเดียวกัน” หน้า 19



หน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน หลักเสียงข้างมากจึงเป็นประชาธิปไตยที่อาศัยพรรคการเมืองเป็นตัวแทนของประชาชนในการสร้างเจตจำนงของรัฐหรือที่เรียกว่า “ประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง”

#### 4) ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

การปกครองระบบประชาธิปไตยในปัจจุบันเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งอาจจะเป็นประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบสมัชชา ระบบรัฐสภา หรือระบบประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งประธานาธิบดี ทั้งนี้ เนื่องจากการระบบประชาธิปไตยโดยตรงไม่สามารถนำมาใช้กับการปกครองในสังคมปัจจุบันได้ โดยมีข้อจำกัดหลายประการ การปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนได้ก่อให้เกิดหลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (Das Prinzip der demo-kratischen Legitimation) โดยหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเรียกร้องความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย

#### หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย<sup>90</sup>

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้นมีผลมาจากข้อความคิดพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย โดยถือว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชน ดังนั้น การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่าง ๆ นั้น จะต้องมีความสัมพันธ์จากประชาชนด้วย จึงจำเป็นต้องอาศัยความสัมพันธ์ต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย เพื่อเป็นจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์จากประชาชนไปยังองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ โดยความสัมพันธ์เช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจของรัฐขององค์กรนั้น ๆ หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ ความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงมาจากประชาชนทุกกรณี ถ้าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชนหรือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ในกรณีนี้ก็ย่อมถือได้ว่าบุคคลที่ถูกแต่งตั้งนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้ว

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้นมิได้ใช้เฉพาะกับองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น แต่นำมาใช้กับองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร เพียงแต่รูปแบบและความเคร่งครัดของการใช้หลักดังกล่าวอาจจะแตกต่างกันไป แต่ไม่ควรมืองค์ใดที่ใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากความเกี่ยวพันกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจรัฐในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกับองค์กร

<sup>90</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 89-92

ที่ใช้อำนาจรัฐอื่น ๆ ด้วย การอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่ออำนาจตุลาการนั้น ย่อมไม่อาจถูกปฏิเสธได้เพียงเพราะการกล่าวอ้างถึงความเป็นอิสระของตุลาการ (Richterliche Unabhaengigkeit) เพียงแต่รูปแบบการใช้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรตุลาการนั้น จะต้องคำนึงถึงความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะตุลาการได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยปราศจากคำสั่งหรือข้อผูกมัดใด ๆ ทั้งสิ้น ดังนั้น การกล่าวอ้างหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจึงไม่นำมาใช้ในขอบเขตการทำหน้าที่ในทางตุลาการ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงเรื่องการแต่งตั้งตุลาการ ดังนั้น รูปแบบและหลักประกันของหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่เรียกร้องต่ออำนาจตุลาการกระทำได้โดยการให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการด้วย

สำหรับการแต่งตั้งตุลาการโดยตัวแทนของฝ่ายตุลาการเองเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจตุลาการนั้นขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย นอกจากนี้ การแต่งตั้งตุลาการโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอาจจะไม่สมบูรณ์ หากในกรณีที่มีความขัดแย้งเรื่องการแต่งตั้งตุลาการระหว่างองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยกับตัวแทนของฝ่ายตุลาการ และองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้นไม่อาจจะตัดสินใจได้โดยลำพัง แต่ต้องขึ้นอยู่กับมติของตัวแทนของฝ่ายตุลาการด้วย ในกรณีเช่นนี้องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยย่อมสูญเสียความสามารถในการตัดสินใจของตนเองไป ดังนั้น การเข้ามีส่วนร่วมของตัวแทนฝ่ายตุลาการในกรณีนี้จึงขัดกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย การเข้ามีส่วนร่วมของตัวแทนฝ่ายตุลาการจะสอดคล้องกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อองค์กรเหล่านั้นมีสิทธิเพียงการให้คำปรึกษาแนะนำหรือมีสิทธิในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้ง โดยไม่มีสิทธิร่วมตัดสินใจอย่างเท่าเทียมกับองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

### บทที่ 3

## ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศและของประเทศไทย

ในการศึกษาศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศนั้น ผู้วิจัยได้เลือกศึกษารัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยตะวันตก ซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน ซึ่งถือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบขององค์กรที่ใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อศึกษาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศเพื่อนำมาใช้วิเคราะห์เปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

### 1. ศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

#### 1.1 ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา (United States of America) มีลักษณะของรัฐแบบหลายรัฐ (multi) หรือสหพันธรัฐ (federal state) ซึ่งประกอบด้วยรัฐ 50 รัฐ และหนึ่งเขตปกครองกลาง (District of Columbia) อันเป็นที่ตั้งของเมืองหลวง กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. (Washington, D.C.) รวมถึงดินแดนที่อยู่ภายใต้การปกครองของสหรัฐอเมริกาด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการจัดระบบการปกครองและการบริหารประเทศเป็นแบบสหพันธรัฐนิยม (federalism) ที่แบ่งการบริหารราชการออกเป็น 2 ระดับ อันได้แก่

- 1) การบริหารราชการของรัฐบาลกลาง (federal government) และ
- 2) การบริหารราชการของรัฐบาลมลรัฐ (state governments) ซึ่งรวมการบริหารราชการของรัฐบาลในท้องถิ่น (local governments) ไว้กับการบริหารราชการของรัฐบาลมลรัฐด้วย

โดยรัฐบาลแต่ละระดับมีอำนาจออกกฎหมาย กฎเกณฑ์ และข้อบังคับมาใช้ในการบริหาร พร้อมทั้งมีอำนาจหน้าที่ที่เป็นอิสระแยกจากกันในส่วนหนึ่ง ทั้งนี้เป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> วิรัช วิรัชนิการวรรณ, ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และ การบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น, กรุงเทพฯ, นิติธรรม, 2544, หน้า 161

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบการเมืองเป็นไปตามระบบประธานาธิบดี โดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The Constitution of the United States) ได้กำหนดให้รัฐบาลกลาง ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางบริหารนั้นประกอบด้วย ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี และคณะรัฐมนตรี โดยประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีมาจากระบบของการเลือกตั้ง โดยอ้อมผ่านทางคณะผู้เลือกตั้ง (electoral college)<sup>92</sup> ประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาดำรงตำแหน่งในฐานะประมุขแห่งรัฐและหัวหน้ารัฐบาล ซึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่การทูต ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง โดยได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภา มีอำนาจทำสนธิสัญญา โดยได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภา และมีอำนาจในการออกคำสั่งบรรเทาโทษและนิรโทษกรรมต่อการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสหรัฐอเมริกา ยกเว้นกรณีที่ถูกฟ้องให้ออกจากตำแหน่ง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจยุบสภา แต่ก็ยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบหรือยับยั้งกฎหมาย (Veto) แต่อำนาจในการยับยั้งกฎหมายนั้นย่อมสิ้นสุดลงหากรัฐสภามีมติยืนยันตามร่างกฎหมายเดิมด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 สำหรับรองประธานาธิบดีนั้นจะดำรงตำแหน่งเป็นประธาณวุฒิสภาด้วย โดยจะมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในวุฒิสภาได้เฉพาะในกรณีที่มิใช่คะแนนเสียงเท่ากัน ซึ่งประธาณวุฒิสภาจะออกเสียงลงคะแนนเพื่อเป็นเสียงชี้ขาด

ในส่วนของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้รัฐสภา (Congress) ประกอบด้วย วุฒิสภา (Senate) และสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives)<sup>93</sup> ซึ่งสมาชิกของทั้งสองสภาได้รับเลือกจากประชาชนโดยตรง โดยรัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมายและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีอำนาจในการกำหนดและจัดเก็บภาษีอากร ภาษีศุลกากร และภาษีสรรพสามิต มีอำนาจอนุมัติการเบิกจ่ายเงินงบประมาณจากกระทรวงการคลัง มีอำนาจในการก่อตั้งศาลที่มีระดับรองจากศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม รัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจตั้งกระทู้ถามและไม่อาจขอเปิดการอภิปรายไม่ไว้วางใจประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี แต่ก็ยังมีอำนาจในการติดตามตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลกลาง โดยดำเนินการผ่านทางคณะกรรมการต่าง ๆ และอำนาจในการเรียกบุคคลเข้ามาให้การ นอกจากนี้ รัฐสภายังมีอำนาจเฉพาะในการปลดและดำเนินการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง (impeachment) ไม่ว่าจะเป็นประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี และผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

<sup>92</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 2 (1)

<sup>93</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 1 (1)

สำหรับในส่วนของศาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการนั้น เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีการจัดระบบการปกครองและการบริหารเป็นแบบสหพันธรัฐ ซึ่งแบ่งการบริหารราชการออกเป็น 2 ระดับ คือ รัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ โดยทั้งรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐต่างก็มีความจำเป็นที่ต้องมีระบบศาลของตนเองเพื่อปรับใช้กฎหมายและตีความกฎหมาย ดังนั้น รัฐบาลในแต่ละระดับต่างก็มีการจัดตั้งศาลของตนเองตามเขตอำนาจที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ เป็นระบบศาลเดี่ยวที่มีลักษณะซ้อนกันอยู่ 2 ชั้น ได้แก่ ศาลของรัฐบาลกลาง (federal court) และศาลของมลรัฐ (state court) แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลในแต่ละระดับจะเป็นอิสระแก่กันโดยสิ้นเชิง ศาลของรัฐบาลกลางและศาลของมลรัฐยังคงมีการประสานการทำงานร่วมกันอยู่ ทั้งนี้เนื่องจากศาลทั้งสองระดับต่างก็มีความมุ่งหมายที่จะชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายและให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามกฎหมาย

ศาลของรัฐบาลกลางแบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล ดังนี้

1) ศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง (federal district courts หรือ the U.S. district courts)

ในแต่ละมลรัฐจะต้องมีศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางอย่างน้อย 1 ศาล ในบางมลรัฐมี 2 - 4 ศาล โดยศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางจะมีอำนาจพิจารณาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา มีผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาข้อกฎหมายและลูกขุนเป็นผู้ชี้ขาดข้อเท็จจริง โดยปกติการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางประกอบด้วยผู้พิพากษา จำนวน 1 คน เป็นองค์คณะ เว้นแต่ในกรณีที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือเมื่อคู่กรณีแสดงเหตุผลให้ศาลเชื่อว่าเป็นเรื่องสำคัญที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ การพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวจะประกอบด้วยผู้พิพากษา จำนวน 3 คน เป็นองค์คณะ โดยผู้พิพากษา 1 ใน 3 คนนั้นต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางซึ่งมาจากเขตพื้นที่ที่ศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางตั้งอยู่ และถ้ามีการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางที่มีผู้พิพากษาจำนวน 3 คน เป็นองค์คณะ ก็จะต้องอุทธรณ์โดยตรงต่อศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางแทนที่จะอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางดังเช่นกรณีปกติที่มีผู้พิพากษา จำนวน 1 คน เป็นองค์คณะ

2) ศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง (federal appellate courts หรือ the U.S. (circuit) court of appeals)

สหรัฐอเมริกามีศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง จำนวน 13 ศาล โดยแบ่งเป็น 12 ภาค (Circuit) กับ 1 เขต ได้แก่ เขต District of Columbia (D.C.) ซึ่งเป็นเมืองหลวงของสหรัฐอเมริกา โดยศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางในแต่ละภาคมีอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางในภาคของตน นอกจากนี้ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจากหน่วยงานทางปกครองก็ทำการพิจารณาที่ศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางในภาคนั้น ๆ ด้วย ซึ่งโดยปกติการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางจะประกอบด้วย ผู้พิพากษาจำนวน 3 คน เป็นองค์คณะ

### 3) ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง (the U.S. supreme court)

ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางถือเป็นศาลสูงสุดในระบบศาลของสหรัฐอเมริกา และเป็นเพียงศาลเดียวที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้โดยตรง มีจำนวน 1 ศาล ตั้งอยู่ในเขต District of Columbia (D.C.) ซึ่งเป็นเมืองหลวงของสหรัฐอเมริกา โดยศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางมีอำนาจรับคดีอุทธรณ์ทั้งปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงที่ส่งมาจากศาลสูงสุดของมลรัฐ หรือส่งมาจากบรรดาศาลระดับรัฐบาลกลางที่ต่ำกว่า ซึ่งได้แก่ ศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางเฉพาะในบางกรณี และศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง โดยศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางมีผู้พิพากษาทั้งสิ้นจำนวน 9 คน ประกอบด้วยประธานศาลสูงสุด 1 คน และผู้พิพากษาอีกจำนวน 8 คน ซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง โดยได้รับคำแนะนำและความยินยอมจากวุฒิสภา

นอกจากศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง ศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง และศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 1 (8) ได้กำหนดให้รัฐสภามีอำนาจในการก่อตั้งศาลที่มีระดับรองจากศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง ทำให้ในเวลาต่อมา รัฐสภาได้จัดตั้งศาลพิเศษของรัฐบาลกลางขึ้นมาเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่จำกัดโดยพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีเท่านั้น ตัวอย่างเช่น the U.S. Court of Military Appeals, the U.S. Tax Court หรือ the U.S. Court of Veterans' Appeals เป็นต้น

สำหรับศาลของมลรัฐนั้น ในแต่ละมลรัฐจะมีลักษณะที่แตกต่างกันไป แต่ส่วนมากจะเดินตามโครงสร้างทั่วไปของศาลของรัฐบาลกลาง โดยจะประกอบด้วย

- 1) ศาลชั้นต้นของมลรัฐ (state trial courts)
- 2) ศาลอุทธรณ์ของมลรัฐ (state appellate courts)
- 3) ศาลสูงสุดของมลรัฐ (state supreme courts)

#### 1.1.1 โครงสร้างของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน รวมทั้งมิได้มีบทบัญญัติที่แยกศาลรัฐธรรมนูญออกจากศาลยุติธรรมทั้งในระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐ แต่ได้กำหนดให้มีศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่ใช้อำนาจด้านตุลาการหรือมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดี<sup>94</sup> เช่น คดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง ตลอดทั้งคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ อันมีลักษณะเป็นระบบศาลเดี่ยวทำนองเดียวกับอังกฤษและตามความหมายของประเทศในยุโรป ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมเท่านั้น โดยเฉพาะศาลยุติธรรมในระดับรัฐบาลกลาง (federal court) ทั้ง 3 ชั้นศาล ซึ่งได้แก่ ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

<sup>94</sup> รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มาตรา 3 (1)

ศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง และศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง จะทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญของประเทศพร้อมกันไปด้วย สำหรับศาลมลรัฐนั้น ไม่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศ แต่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปซึ่งรวมทั้งคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐตนเองเท่านั้น ดังนั้น การพิจารณาศึกษาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา จึงหมายถึงการพิจารณาศึกษาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลในระดับรัฐบาลกลาง ทั้งในศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง ศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง และศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง โดยไม่รวมถึงศาลระดับมลรัฐทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยได้เลือกศึกษาเฉพาะศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางเท่านั้น เพื่อนำไปเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ที่มาของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 2 (2) ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง แต่ต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมของวุฒิสภา การที่กำหนดไว้เช่นนี้ก็เพราะคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาต้องการป้องกันมิให้อำนาจทางการเมืองเข้าแทรกแซงการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง พร้อมกับปรารถนาให้การแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางอยู่บนพื้นฐานของความเชี่ยวชาญในอาชีพเท่านั้น<sup>95</sup>

จำนวนของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามีได้กำหนดจำนวนของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางไว้ รัฐสภาจึงมีอำนาจที่จะกำหนดจำนวนของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง โดยปัจจุบันมีผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง จำนวน 9 คน ประกอบด้วย ประธานศาลสูงสุด 1 คน และผู้พิพากษาอีกจำนวน 8 คน

คุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามีได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางไว้ ทำให้ประธานาธิบดีมักจะแต่งตั้งผู้พิพากษาที่มีค่านิยมและวิสัยทัศน์ที่สอดคล้องกับตน ส่งผลให้ผู้พิพากษานั้นออกเสียงไปในทิศทางที่สนับสนุนประธานาธิบดี นักวิชาการที่ศึกษาเกี่ยวกับศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางยอมรับว่า ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดมิได้มาจากการแต่งตั้งตามระบบคุณธรรมอย่างแท้จริง แต่หลายคนได้รับแต่งตั้งเข้าไปโดยเหตุผลทางการเมือง

<sup>95</sup> John C. Hughes, (1995), *The Federal Courts, Politics, and the Rule of Law*, New York : Harper Collins College Publishers, pp.84 อ้างใน วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น*, หน้า 193

เป็นหลัก โดยเป็นการแต่งตั้งเพื่อตอบแทนหรือเอาอกเอาใจสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือบุคคลสำคัญของพรรคการเมืองในระดับท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม ประชานาธิปไตยก่อนข้างที่จะแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณลักษณะของผู้มีสติปัญญาไหวพริบเฉียบแหลมและได้รับการยอมรับว่าดีเลิศ โดยผู้ได้รับแต่งตั้งส่วนใหญ่จะพิจารณาจากผู้สำเร็จการศึกษาด้านกฎหมายด้วยคะแนนสูงจากโรงเรียนกฎหมายที่มีชื่อเสียง หรือผู้ที่ปฏิบัติงานด้านกฎหมายดีเด่นมาหลายปี หรือเคยประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับสาขาระยะมานาน หรือเคยปฏิบัติงานในรัฐสภา หรือเคยดำรงตำแหน่งในคณะรัฐมนตรี<sup>96</sup>

วาระการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 3 (1) ได้กำหนดให้ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่มีความประพฤติไม่เสื่อมเสีย ซึ่งหมายความว่าผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางสามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดชีวิตตราบเท่าที่ยังคงมีความประพฤติดี สำหรับการพ้นจากตำแหน่งของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวไว้ โดยเฉพาะ ดังนั้น ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางสามารถดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่มีความประพฤติไม่เสื่อมเสีย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางอาจพ้นจากตำแหน่งได้ตามกระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของประเทศ (impeachment) ซึ่งจะต้องมีการพิสูจน์ว่าได้กระทำความผิดด้วย กล่าวคือ เสียงส่วนใหญ่ของสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรต้องลงมติว่าได้กระทำความผิด จากนั้นสภาสูงจึงดำเนินการสอบสวน และต้องลงมติว่าได้กระทำความผิดด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาสูง

### 1.1.2 อำนาจและหน้าที่ของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

ในการพิจารณาอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในที่นี่จำกัดเฉพาะอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมในระดับรัฐบาลกลาง ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญของประเทศด้วย โดยผู้วิจัได้เลือกที่จะทำการศึกษาเฉพาะอำนาจและหน้าที่ของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางเท่านั้น ซึ่งสามารถจัดแบ่งตามที่มาของคดีได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้

#### 1) อำนาจและหน้าที่ในการรับคดีเริ่มแรกมาพิจารณาวินิจฉัย

ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศตั้งแต่เริ่มแรกในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้นของประเทศ โดยไม่ต้องให้ศาลระดับอื่นพิจารณาวินิจฉัยมาก่อน ดังนี้

<sup>96</sup> วิรัช วิรัชนิการวรรณ, ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น, หน้า 195-196



(1) เมื่อเป็นปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง

(2) เมื่อเป็นปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีระหว่างมลรัฐตั้งแต่ 2 มลรัฐขึ้นไป

(3) เมื่อเป็นปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับเอกอัครราชทูตของต่างประเทศ รัฐมนตรีของต่างประเทศ กงสุล ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของต่างประเทศ ทั้งนี้ ต้องไม่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

(4) เมื่อเป็นปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีที่ริเริ่มจากมลรัฐโดยมลรัฐหนึ่งฟ้องร้องพลเมืองหรือคนต่างด้าวที่อยู่ในอีกมลรัฐหนึ่งหรือฟ้องร้องประเทศใดประเทศหนึ่ง

## 2) อำนาจและหน้าที่ในการรับคดีอุทธรณ์มาพิจารณาวินิจฉัย

ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางมีอำนาจรับคดีอุทธรณ์ทั้งปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศที่ส่งมาจากศาลสูงสุดของมลรัฐ หรือส่งมาจากบรรดาศาลระดับรัฐบาลกลางที่ต่ำกว่า ซึ่งได้แก่ ศาลชั้นต้นของประเทศเฉพาะในบางกรณี และศาลอุทธรณ์ของประเทศ โดยทั่วไปแล้ว ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางจะรับคดีอุทธรณ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศไว้พิจารณาวินิจฉัย สำหรับคดีอื่นศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจะรับคดีอุทธรณ์ไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ โดยพิจารณาในประเด็นที่ว่า คดีที่ยื่นอุทธรณ์นั้นเป็นปัญหาสำคัญที่เกี่ยวข้องกับประเทศหรือรัฐบาลกลางหรือไม่

โดยอำนาจและหน้าที่ของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในการรับคดีอุทธรณ์มาพิจารณาวินิจฉัย อาจแบ่งได้ดังนี้

(1) ศาลระดับมลรัฐ สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางได้ โดยเฉพาะ ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. ศาลระดับมลรัฐ ได้ประกาศว่ากฎหมายหรือสนธิสัญญาของรัฐบาลกลาง หรือบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศ

ข. ศาลระดับมลรัฐ ได้อ้างหรือยืนยันว่ากฎหมายหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของมลรัฐขัดหรือแย้งกับกฎหมาย สนธิสัญญา หรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศ

(2) ศาลระดับรัฐบาลกลางทั้งหลายที่อยู่ต่ำกว่าศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง

ก. ศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง ในกรณีดังต่อไปนี้

ก) อ้างว่ากฎหมายหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของมลรัฐขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือสนธิสัญญาของรัฐบาลกลางหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศ

ข) อ้างว่ากฎหมายของรัฐบาลกลางขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศ

ข. ศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง ในกรณีดังต่อไปนี้

ก) อ้างว่ากฎหมายของรัฐบาลกลางขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศ หรือเป็นคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางที่ประกาศว่า กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาขัดรัฐธรรมนูญของประเทศ

ข) ประเทศเข้าไปมีส่วนในการฟ้องร้องทางแพ่งภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลางว่าด้วยการค้าระหว่างมลรัฐ การติดต่อสื่อสาร หรือการต่อต้านการรวมกิจการ

ค) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางที่มีองค์คณะ 3 คน ซึ่งเป็นคดีสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะ

ง) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางและเป็นคดีสำคัญมากที่จำเป็นต้องพิจารณาพิพากษาโดยเร่งด่วน

ค. ศาลอื่น ๆ ของประเทศ คดีอุทธรณ์จะส่งมาจากศาลอุทธรณ์พิเศษของประเทศที่มีอำนาจจำกัด หรือศาลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยเฉพาะในกรณีที่ว่ากฎหมายของรัฐบาลกลางขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำทางแพ่ง การฟ้องร้องหรือการปฏิบัติราชการ

### 1.1.3 การจัดทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย

ในชั้นพิจารณาคดี ศาลจะออกนั่งฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้คู่ความได้อธิบายข้ออ้างและข้อเถียงของตน เมื่อแถลงการณ์ด้วยวาจาสิ้นสุดลง ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางจะจัดให้มีการประชุมขึ้นภายในสัปดาห์เดียวกันเพื่อจัดทำคำวินิจฉัยเบื้องต้น ประธานศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางจะกล่าวนำอภิปรายโดยอ่านรายงานการประชุมและออกความเห็นเป็นลำดับแรก หลังจากนั้นให้ตุลาการอาวุโสสูงสุดอภิปรายและลดหลั่นกันไปตามลำดับอาวุโส แต่ในการลงมตินั้นให้ตุลาการอาวุโสที่น้อยสุดลงมติก่อนเพื่อมิให้ความเห็นของตุลาการที่มีอาวุโสกว่าชักจูงโน้มน้าวให้ตุลาการที่มีอาวุโสที่น้อยคล้อยตาม การลงมติก่อนจะต้องได้คะแนนเสียง 5 ใน 9 จึงจะเป็นเสียงข้างมากและเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลตามกฎหมาย<sup>97</sup>

การที่ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยรัฐธรรมนูญของประเทศเป็นศาลสุดท้าย ส่งผลให้คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางมีลักษณะเป็นการวางแนวทางเพื่อใช้พิจารณาวินิจฉัยคดีต่อไป และมีใช้เพียงส่งผลระหว่างคู่กรณีในวงแคบเท่านั้น แต่อาจส่งผลกระทบต่อประเทศชาติในวงกว้างอีกด้วย นั่นก็คือ คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางจะกำหนดมาตรฐานซึ่งอาจใช้เป็นแนวทางสำหรับการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทหรือคดีในเรื่อง

<sup>97</sup> วิชาญ เครื่องงาม, “เรื่องของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา”, วารสารกฎหมาย 1, 3, (กันยายน 2517), หน้า 17-18

ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้นในอนาคต หรือใช้ในการขยายความหลักการของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางถือว่าเป็นที่สุด แต่ก็อาจถูกยกเลิกได้ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศ นอกจากนี้ ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางไม่จำเป็นต้องยึดถือคำวินิจฉัยในอดีตเสมอไป อาจยึดแนวคำพิพากษาเดิมหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขใหม่ได้<sup>98</sup>

## 1.2 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีชื่ออย่างเป็นทางการคือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) เป็นรัฐเดี่ยวที่มีระบบการปกครองแบบรวมอำนาจ แบ่งการบริหารราชการออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น มีการเมืองตามระบบกึ่งประธานาธิบดี (semi-presidential system) อันเป็นการผสมผสานระหว่างระบบรัฐสภา (parliamentary system) ของอังกฤษกับระบบประธานาธิบดี (presidential system) ของสหรัฐอเมริกา เข้าด้วยกัน โดยรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ “รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 เป็นรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 5 ซึ่งได้กำหนดให้สถาบันที่ใช้อำนาจด้านการบริหารมีอยู่ 2 สถาบัน ได้แก่ ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี โดยประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งในฐานะประมุขของรัฐ และผู้นำของฝ่ายบริหาร ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนและต้องได้รับเลือกตั้งโดยเสียงข้างมาก” ส่วนนายกรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งในฐานะหัวหน้ารัฐบาล โดยประธานาธิบดีจะเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีซึ่งนายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอรายชื่อ<sup>100</sup> ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้บริหารประเทศร่วมกัน โดยประธานาธิบดีจะเป็นผู้ดูแลให้มีการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และใช้อำนาจที่มีอยู่ดูแลการดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐให้เป็นไปโดยปกติ และให้มีความต่อเนื่อง ประกันความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน และการดูแลให้มีการปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ส่วนนายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินงานของรัฐบาล รับผิดชอบด้านการป้องกันประเทศ ดูแลการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงมีอำนาจตรากฎหมายที่อยู่นอกขอบเขตอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภา ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทั้งต่อประธานาธิบดีและรัฐสภา โดยรัฐสภาขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้ แต่ในขณะเดียวกันประธานาธิบดีก็มีอำนาจยุบสภาผู้แทนราษฎรภายหลังที่ได้ปรึกษากับนายกรัฐมนตรีและประธานสภาทั้งสองแล้ว นอกจากนี้

<sup>98</sup> วิรัช วิรัชนิการวรรณ, *ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น*, หน้า 189-190

<sup>99</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 6 และ มาตรา 7

<sup>100</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 8

ประธานาธิบดียังมีอำนาจขอให้รัฐสภาพิจารณาทบทวนร่างรัฐบัญญัตินั้นใหม่ทั้งฉบับหรือบางมาตรา โดยที่รัฐสภาไม่สามารถปฏิเสธได้

ในส่วนของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎร (the National Assembly) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และวุฒิสภา (the Senate) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยอ้อม<sup>101</sup> กล่าวคือ ประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจะเลือกผู้แทนในระดับท้องถิ่นที่เรียกว่า “คณะผู้เลือกตั้ง” ซึ่งประกอบด้วย สมาชิกสภาเทศบาล สมาชิกสภาจังหวัด สมาชิกสภาภาค และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จากนั้นคณะผู้เลือกตั้งเหล่านี้จะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชนในการเลือกสมาชิกวุฒิสภา รัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมายและควบคุมการปฏิบัติงานของรัฐบาล สามารถตั้งกระทู้ถามหรือเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ ถ้าสภาผู้แทนราษฎรมิเห็นชอบในญัตติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือไม่เห็นชอบแผนการดำเนินงานหรือคำแถลงนโยบายทั่วไปของรัฐบาล นายกรัฐมนตรีต้องเสนอการลาออกของรัฐบาลต่อประธานาธิบดี

สำหรับในส่วนของศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการนั้น ประเทศฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นระบบศาลคู่ (the dual system of courts) ระบบนี้มีการแบ่งศาลออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง โดยกำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญา ส่วนศาลปกครองให้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะคดีปกครอง ในแต่ละระบบจะมี 3 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุด โดยมีการจัดองค์กร การบริหารงานบุคคล ตลอดจนระบบผู้พิพากษาหรือตุลาการของตนเองอย่างเป็นอิสระจากกันและกัน สาเหตุที่มีการแบ่งแยกศาลออกเป็น 2 ระบบ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีการแยกระบบกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน<sup>102</sup>

### 1.2.1 โครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เดิมประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ไม่มีองค์กรที่ใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากเห็นว่า กฎหมาย คือ การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ดังนั้น จึงไม่สามารถควบคุมกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยผู้แทนปวงชนได้ แต่ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทำให้

<sup>101</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 24

<sup>102</sup> วิรัช วิรัชนิการวรรณ, ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น, หน้า 261

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กลายเป็นองค์กรสำคัญขององค์กรหนึ่งในระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศสในปัจจุบัน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 หมวด 7 ตั้งแต่มาตรา 56 ถึงมาตรา 63

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีได้มีลักษณะเป็นองค์กรศาล แต่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง ซึ่งประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้งและตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยตำแหน่ง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 วรรคหนึ่งและวรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

#### 1) ตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้ง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 56 วรรคหนึ่ง กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้งประกอบด้วย ตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน โดยให้มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และไม่อาจรับตำแหน่งใหม่ได้อีก ทั้งนี้ ให้มีการเปลี่ยนตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 1 ใน 3 ทุก 3 ปี โดยในการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในวาระเริ่มแรกในปี ค.ศ. 1959 นั้น องค์กรสูงสุดของรัฐทั้ง 3 องค์กร ได้แก่ ประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร จะทำการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญองค์กรละ 3 คน โดยจะแต่งตั้งแต่ตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งให้ดำรงตำแหน่ง 9 ปี ตุลาการรัฐธรรมนูญอีกคนหนึ่งให้ดำรงตำแหน่ง 6 ปี และตุลาการรัฐธรรมนูญอีกคนหนึ่งให้ดำรงตำแหน่ง 3 ปี<sup>103</sup> และในระยะเวลาทุก ๆ 3 ปี จะมีตุลาการรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง 3 คน และมีตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการแต่งตั้งเข้ามาใหม่ 3 คน โดยองค์กรสูงสุดของรัฐทั้ง 3 องค์กร จะทำการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญองค์กรละ 1 คน

ในกรณีที่ตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการคัดเลือกและแต่งตั้งว่างลงเนื่องจากเสียชีวิตหรือลาออกในระหว่างดำรงตำแหน่ง ให้องค์กรที่เกี่ยวข้องทำหน้าที่ในการคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญคนใหม่แทน แต่ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญคนใหม่อยู่ในตำแหน่งเท่าวาระที่เหลืออยู่ของผู้ที่ตนแทน อย่างไรก็ตาม ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เข้าไปดำรงตำแหน่งแทนนั้น อาจได้รับเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญได้อีกครั้งหนึ่ง หากวาระการดำรงตำแหน่งที่ตนเข้าไปแทนนั้นน้อยกว่า 3 ปี

<sup>103</sup> อิศระ นิธิกันต์ประกาศ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย, กรุงเทพฯ, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2546, หน้า 16

ในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏว่าไม่มีกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับอายุ อาชีพ หรือวุฒิการศึกษาของตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ และไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายกำหนดกระบวนการคัดเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้ ประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรจึงมีอิสระอย่างยิ่งในการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ ทำให้อำนาจในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางว่าเป็นการแต่งตั้งที่มีการเมืองเข้ามาแทรกแซงอย่างมาก เพราะการที่กฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไว้เลย ทำให้มีอิสระสามารถแต่งตั้งพรรคพวกทางการเมืองให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับการแต่งตั้งส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นนักกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคมเข้ามาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับประกาศนียบัตรซึ่งสามารถประกอบวิชาชีพเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษาศาลปกครองได้ หรือเป็นผู้ได้รับปริญญาเอกทางกฎหมาย หรือเป็นอาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ หรือเป็นอดีตสมาชิกวุฒิสภาหรืออดีตรัฐมนตรี เป็นต้น นอกจากนี้ บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญยังอยู่ในสถานะที่ได้รับความเคารพและอยู่ในสถานะที่ได้รับการประกัน ในความมีอิสระและความมีศักดิ์ศรีในภาระหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญ

## 2) ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นโดยตำแหน่ง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 56 วรรคสอง ได้กำหนดให้บรรดาอดีตประธานาธิบดีทุกคนดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตลอดชีพ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมิได้มีจำนวนที่แน่นอน แต่ผันแปรไปตามจำนวนของอดีตประธานาธิบดีที่ยังมีชีวิตอยู่

### การแต่งตั้งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

สำหรับการแต่งตั้งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 56 วรรคสาม ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้งหรือตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยตำแหน่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ในทางปฏิบัติประธานาธิบดีจะแต่งตั้งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจากตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้งของตนเสมอ โดยประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในกรณีมติที่ออกมามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด นอกจากนี้ ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจบางอย่างตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายจารีตประเพณี ทั้งอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาและอำนาจในงานทางธุรการและทางปกครอง เช่น อำนาจในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ

ผู้รับผิดชอบสำนวน อำนาจในการเป็นประธานการประชุมปรึกษาคดี อำนาจในการเสนอประธานาธิบดี แต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ อำนาจในการกำหนดการใช้งบประมาณประจำปี ทั้งนี้ ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญยังเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของบรรดาเจ้าหน้าที่ และถือว่าเป็นผู้แทนของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในการติดต่อสัมพันธ์กับองค์กรต่าง ๆ ตลอดจนในงานรัฐพิธีด้วย

ห้ามมิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งบางอย่าง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณฝรั่งเศส มาตรา 57 ได้กำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีหรือสมาชิกรัฐสภา สำหรับการกำหนดตำแหน่งอื่นที่ไม่อาจดำรงตำแหน่งพร้อมกับตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญได้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาได้มีรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขยายขอบเขตของงานหรือตำแหน่งที่ไม่สอดคล้องกับการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ นั่นก็คือ การดำรงตำแหน่งที่มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ผู้นำหรือผู้รับผิดชอบในพรรคการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในรัฐวิสาหกิจ สถาบันการเงิน หรือบริษัทต่าง ๆ ที่รับทำงานให้รัฐหรือองค์กรของรัฐ หรือข้าราชการ โดยยกเว้นอาจารย์มหาวิทยาลัยซึ่งสามารถได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญพร้อม ๆ กันได้ สำหรับการประกอบอาชีพส่วนตัวอื่น ๆ นอกจากนี้ ถ้าไม่ขัดต่ออิสระและศักดิ์ศรีของการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญก็สามารถทำได้<sup>104</sup> การห้ามดำรงตำแหน่งต่าง ๆ เหล่านี้ก็เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างมีอิสระและไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือชี้นำขององค์กรหรือบุคคลใด และเมื่อมีการห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบอาชีพอื่นควบคู่กันไป จึงมีการกำหนดค่าตอบแทนให้แก่ตุลาการรัฐธรรมนูญค่อนข้างสูง เว้นแต่อาจารย์มหาวิทยาลัยที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้ค่าตอบแทนครั้งเดียว

อย่างไรก็ตาม การห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งที่ขัดกับความเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญหาได้มีความหมายเลยไปถึงขนาดที่ห้ามมิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญลงสมัครรับเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งที่ขัดกับความเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยไม่ ตุลาการรัฐธรรมนูญอาจลงสมัครรับเลือกตั้งเพื่อเป็นประธานาธิบดีหรือเป็นสมาชิกรัฐสภาได้ โดยไม่จำเป็นต้องลาออกจากการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน เพียงแต่เมื่อได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้นั้นจะต้องตัดสินใจว่าตนจะดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญต่อไปหรือจะดำรงตำแหน่งที่ตนได้รับเลือกตั้ง

<sup>104</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 16-17

### 1.2.2 อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีอำนาจและหน้าที่ใน 2 ลักษณะ ได้แก่

1) อำนาจและหน้าที่ในลักษณะที่เป็นศาล ซึ่งได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การควบคุมขอบเขตการใช้อำนาจในการออกกฎหมายระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร การควบคุมตรวจสอบการจัดการเลือกตั้ง หรือควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของการลงประชามติ

2) อำนาจและหน้าที่ในลักษณะของที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งได้แก่ อำนาจในการให้ความเห็นแก่ประธานาธิบดีในกรณีที่จะต้องใช้อำนาจฉุกเฉิน หรืออำนาจในการให้คำปรึกษาในการดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ

โดยอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ อาจแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

#### 1) อำนาจและหน้าที่ในลักษณะที่เป็นศาล

##### (1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ประเทศฝรั่งเศสยังไม่มี การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพราะยังมีแนวความคิดที่ว่ากฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากสภานิติบัญญัติแล้วไม่ควรจะอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด เนื่องจากสภานิติบัญญัติประกอบด้วยผู้แทนของปวงชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การที่สภานิติบัญญัติได้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาทั่วไปของประชาชน จึงไม่ควรอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด จนกระทั่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขและการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ จะทำให้การปกครองระบอบรัฐสภาเป็นไปด้วยหลักการของเหตุผลมากยิ่งขึ้น และแม้ว่ากฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตนาร่วมกันของประชาชนก็ตาม แต่การควบคุมร่างกฎหมายที่ยังไม่ได้มีการลงนามและประกาศใช้ นั้น ถือได้ว่าไม่ขัดกับหลักการดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจึงได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>105</sup>

<sup>105</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ, บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2549, หน้า 105-106



หลักเกณฑ์ในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น หมายถึง บรรดากฎหมายต่าง ๆ จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ตลอดจนรวมถึงกฎอื่นที่อยู่ในสถานะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้มีการกล่าวรับรองถึงบรรดาสหิทธิต่าง ๆ ของประชาชนตามที่กำหนดไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 และในปฎิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสำหรับประเทศฝรั่งเศส จึงหมายถึงการควบคุมกฎหมายต่าง ๆ ไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฎิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789

อนึ่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางแนวคำวินิจฉัยในกรณีร่างกฎหมายที่ผ่านการออกเสียงประชามติไว้ว่า ร่างกฎหมายที่ผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว ไม่อาจถูกควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากไม่อาจถือได้ว่าร่างกฎหมายที่ผ่านการออกเสียงประชามติมีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติทั่วไป เพราะร่างกฎหมายดังกล่าวประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบ ไม่ใช่รัฐสภาดังเช่นกรณีของกฎหมายอื่นทั่วไป ร่างกฎหมายที่ผ่านการออกเสียงประชามติจึงไม่อยู่ในกรอบอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้<sup>106</sup>

โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังต่อไปนี้

*ก. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และร่างข้อบังคับการประชุมของสภา*

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และร่างข้อบังคับการประชุมของสภาเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบบังคับ กล่าวคือ เมื่อมีการตรารัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมสภาแล้ว ก่อนนำเอาร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างข้อบังคับการประชุมของสภาดังกล่าวไปประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 61 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ต้องส่งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างข้อบังคับการประชุมสภา แล้วแต่กรณี ไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>106</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 108

โดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาส่งไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีได้กำหนดระยะเวลาในการส่งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้แต่ทั้งนี้เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 10 ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีประกาศใช้รัฐบัญญัติของรัฐสภาภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รัฐบาลได้รับร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแล้ว ดังนั้น จึงทำให้นายกรัฐมนตรีต้องส่งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเร็วภายในกรอบเวลาดังกล่าว

ขอบเขตในการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ในทางปฏิบัติคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบทั้งรูปแบบและเนื้อหาของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นว่ามีส่วนใดที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>107</sup> โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบประเด็นหลัก 3 ประเด็น ด้วยกัน กล่าวคือ

ก) ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นอย่างถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 46 หรือไม่

ข) ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาอันอยู่ในขอบอำนาจการตราเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ และ

ค) ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาสาระทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งที่ขัดหรือแย้งหรือไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

เมื่อตรวจสอบแล้ว ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีเนื้อหาสาระที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และประธานาธิบดีจะต้องประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นภายในกำหนดระยะเวลาตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 10 กำหนดไว้ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มาตรา 21 กำหนดว่าการประกาศว่าร่างกฎหมายไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ทำให้ระยะเวลาประกาศใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ

<sup>107</sup> Favoreu, Philip, (1995), *Les grandes decisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz 8e edition, Paris, p.201

แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 10 ซึ่งหยุดลงเริ่มนับต่อ ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงต้องรีบประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นก่อนที่ระยะเวลาตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 10 จะสิ้นสุดลง แต่อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีอาจใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 10 วรรคสอง กล่าวคือ ขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ ซึ่งเมื่อรัฐสภาพิจารณาครั้งใหม่เสร็จแล้ว ก็จะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่อีกครั้งหนึ่ง

แต่ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือมีบทบัญญัติบางมาตราที่มีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญซึ่งไม่สามารถแยกออกจากร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่สามารถประกาศใช้บังคับได้ ประธานาธิบดีก็จะขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 10 วรรคสอง ใดก็ตาม หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีบทบัญญัติบางมาตราที่มีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัตินั้นไม่สำคัญซึ่งสามารถแยกออกจากร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่มีบางมาตราที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถแยกออกจากร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ และประธานาธิบดีสามารถดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

ก) ประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น โดยยกเว้นบทบัญญัติส่วนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และจัดให้มีการดำเนินการร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เฉพาะบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

ข) ขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 10 วรรคสอง

สำหรับข้อบังคับการประชุมของสภานั้น รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้ประธานสภาซึ่งเป็นเจ้าของข้อบังคับนั้นส่งเรื่องไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีได้กำหนดระยะเวลาในการส่งร่างข้อบังคับการประชุมของสภาให้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้ ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุม

ที่ตรวจสอบสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ สภาซึ่งเป็นเจ้าของข้อบังคับการประชุมนั้นก็สามารนำมาใช้บังคับได้ทันที แต่ถ้าหากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าข้อบังคับการประชุมนั้นไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะส่งข้อบังคับการประชุมนั้นกลับไปให้สภาเจ้าของข้อบังคับประชุมพิจารณาใหม่

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 61 วรรคสาม ตลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างข้อบังคับการประชุมสภา แล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รัฐบาลร้องขอว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน จะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างข้อบังคับการประชุมสภาดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เหตุผลที่ต้องบังคับให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพิเศษที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับจึงต้องทำการตรวจสอบว่าได้จัดทำขึ้น โดยถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ และมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่เช่นกัน เนื่องจากเนื้อหาของข้อบังคับการประชุมรัฐสภาส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมาย ซึ่งหากขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมายผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ก็จะทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไปด้วย<sup>108</sup>

#### ข. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้น เป็นการควบคุมตรวจสอบแบบไม่บังคับ กล่าวคือ หลังจากที่ร่างรัฐบัญญัติได้รับความเห็นชอบแล้ว และอยู่ในช่วงระยะเวลาการประกาศใช้บังคับ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 61 วรรคสอง กำหนดให้ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างน้อย 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภาอย่างน้อย 60 คน อาจร้องขอต่อตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

<sup>108</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 24

โดยรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 61 วรรคสาม ศาลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติให้แล้วเสร็จภายใน 1 เดือน แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รัฐบาลร้องขอว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน จะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน และในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดและผลของคำวินิจฉัยกรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัตินั้น เป็นเช่นเดียวกับกรณีการวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัยกรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

#### ค. การควบคุมความด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศ

ก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันหรืออนุญาตให้มีการตกลงทำสัญญา ระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 54 ได้กำหนดให้ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 60 คน อาจยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศได้

ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พันธกรณีระหว่างประเทศใด ปราศจากข้อความที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พันธกรณีระหว่างประเทศนั้นย่อมได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบ แต่ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จะต้องแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก่อนที่จะให้สัตยาบันหรือให้ความเห็นชอบพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น

(2) อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มีบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและเพิ่มอำนาจในการตรากฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหาร กล่าวคือ แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นเจ้าของอำนาจในการตรากฎหมาย แต่ก็ถูกจำกัดอำนาจในการตรากฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 34 กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรา รัฐบัญญัติได้เฉพาะบางเรื่อง ส่วนเรื่องอื่น ๆ ที่มีได้ระบุไว้ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 37 ได้กำหนดให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีหน้าที่ควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ใช้อำนาจตรากฎหมายซึ่งแท้จริงแล้วเป็นของอีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ถูกกล่าวอ้างอาจร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ตามรัฐธรรมนูญ

แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 41 วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดภายใน 8 วัน

(3) อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาคดีและเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง  
ประธานาธิบดี

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 58 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่เป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องในการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีบทบาทสำคัญในการเลือกตั้งประธานาธิบดี กล่าวคือ ก่อนการเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้จัดทำเอกสารเกี่ยวกับการระเบียนการเลือกตั้งของผู้สมัคร ประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งอย่างเป็นทางการในรัฐกิจจานุเบกษา ในการเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลให้การเลือกตั้งประธานาธิบดีเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจแต่งตั้งบุคคลให้เป็นผู้ดูแลการเลือกตั้งในพื้นที่ต่าง ๆ ได้ เมื่อการเลือกตั้งเสร็จสิ้นแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ตรวจสอบการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและพิสูจน์ทราบจำนวนคะแนนเสียงซึ่งผู้สมัครรับเลือกตั้งแต่ละคนได้รับ ในขณะที่เดียวกันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบข้อร้องเรียนทั้งหลายและคำร้องของผู้เลือกตั้งหรือของผู้สมัครรับเลือกตั้ง หลังจากนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะประกาศว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้รับคะแนนเสียงมากที่สุด ได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดี ในกรณีที่มีความผิดปกติในการเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเพิกถอนคะแนนเสียงบางส่วนหรือเพิกถอนผลการลงคะแนนเสียงทั้งหมด<sup>109</sup>

ข. อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง  
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 59 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดความถูกต้องในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ในกรณีที่มีการคัดค้านการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือผู้ที่ได้รับเลือกตั้ง โดยผู้คัดค้านจะต้องยื่นคำร้องคัดค้านผลการเลือกตั้งต่อคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายใน 10 วัน

<sup>109</sup> อิศสระ นิตินันท์ประกาศ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 26-28

นับแต่วันประกาศผลการเลือกตั้ง หากไม่มีผู้ใดยื่นคำร้องเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ต้องสันนิษฐานว่าการเลือกตั้งเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย

(4) อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของการลงประชามติ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 60 ได้กำหนดให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องของกระบวนการออกเสียงประชามติ ต่อร่างกฎหมายที่ประธานาธิบดีกำหนดให้มีการลงประชามติ กระบวนการออกเสียงประชามติต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และกระบวนการออกเสียงประชามติต่อการเปลี่ยนแปลงเขตดินแดนของประเทศ รวมถึงเป็นผู้ประกาศผลการออกเสียงลงประชามติดังกล่าว

(5) อำนาจในการวินิจฉัยว่าประธานาธิบดีไม่สามารถทำหน้าที่ต่อไปได้

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 7 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดี หากได้รับคำร้องขอจากรัฐบาล ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากเด็ดขาดว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ ให้ประธานวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่ที่ประธานาธิบดีเป็นการชั่วคราว แต่หากประธานวุฒิสภาไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ก็ให้รัฐบาลเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างถาวร ให้จัดให้มีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่า 20 วันและไม่เกินกว่า 35 วัน หลังจากรวันที่มีการประกาศว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างถาวร

2) อำนาจและหน้าที่ในลักษณะของที่ปรึกษากฎหมาย

(1) อำนาจในการให้ความเห็นแก่ประธานาธิบดีในกรณีที่จะต้องใช้อำนาจฉุกเฉิน

อำนาจฉุกเฉิน

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 16 ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการให้ความเห็นแก่ประธานาธิบดีในกรณีที่จะต้องใช้อำนาจฉุกเฉิน กล่าวคือ ในกรณีที่สถาบันต่าง ๆ ของรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงโดยฉับพลัน และการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นในการดำเนินการกับสถานการณ์นั้น ๆ ได้ ภายหลังจากที่ได้หารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสอง และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการแล้ว โดยมาตรการต่าง ๆ จะต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้อุบัติการณ์ต่าง ๆ ของรัฐตามรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติตามภารกิจของตนได้ภายในระยะเวลาที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้ โดยมีการหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้มาตรการต่าง ๆ

(2) อำนาจในการให้คำปรึกษาในการดำเนินการจัดให้มีการออกเสียง  
ประชามติ

รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ได้กำหนดให้รัฐบาลขอคำแนะนำปรึกษาต่อ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ซึ่งคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญอาจให้ความเห็นต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ โดยความเห็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นเพียงความเห็นในลักษณะเชิงแนะนำเท่านั้น โดยไม่มี สภาพบังคับและผูกมัดต่อการตัดสินใจของประธานาธิบดีแต่อย่างใด<sup>110</sup>

มีข้อสังเกตว่า อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ด้วยเหตุนี้ การจะเพิ่มอำนาจหน้าที่ให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่อาจตรากฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เพิ่มอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้<sup>111</sup>

### 1.2.3 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย

ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยการหารือกับเลขานุการคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญจะเรียกประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อปรึกษาคดีและลงมติวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป ในกรณีที่ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่สามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้ รัฐบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญที่อาวุโสสูงสุดทำหน้าที่ดังกล่าวแทน ตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมาประชุม อย่างน้อย 7 คน จึงจะเป็นองค์ประชุมและมีความสามารถในการลงมติวินิจฉัยชี้ขาด

ในการประชุมปรึกษาคดีและวินิจฉัยชี้ขาด ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้รับผิดชอบ สำนวนจะรายงานข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ปรากฏในกระบวนการพิจารณา พร้อมทั้งแสดงความเห็น ของตนว่าควรจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีดังกล่าวอย่างไร พร้อมกับให้เหตุผลประกอบว่าทำไมจึงควรวินิจฉัย เช่นนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งคณะจะร่วมกันถกเถียงและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นก่อนทำ คำวินิจฉัย โดยรายงานข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นของตุลาการรัฐธรรมนูญผู้รับผิดชอบ สำนวนจะเป็นวัตถุแห่งการอภิปรายถกเถียง

<sup>110</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 120-121

<sup>111</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญ ต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545, หน้า 86



การออกเสียงลงมติโดยทั่วไปจะต้องเป็นไปตามเสียงข้างมาก ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 56 วรรคท้าย กำหนดให้ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ เนื่องจากในกรณีนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีมติด้วยเสียงข้างมากเด็ดขาด

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีความยาวค่อนข้างมาก เนื่องจากคำวินิจฉัยจะประกอบด้วยหลักการและเหตุผลที่สมบูรณ์ชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องตลอดจนสาธารณชนทั่วไป และเมื่อทำคำวินิจฉัยเสร็จสิ้นแล้ว ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะ และเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะลงนามในคำวินิจฉัย และส่งคำวินิจฉัยที่ได้มีการลงนามแล้วนั้นไปยังองค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนประกาศคำวินิจฉัยลงในราชกิจจานุเบกษา

สำหรับความผูกพันต่อคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 62 วรรคสอง ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุดและมีผลผูกพันสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐ ตลอดจนองค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาล โดยบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงสถานะของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังนี้

- 1) คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือเป็นที่สุดและเด็ดขาด ไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้
- 2) คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้ผูกพันเฉพาะกับผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณานั้น แต่ยังผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ

ความผูกพันต่อคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ เป็นทั้งความผูกพันต่อผลของคำวินิจฉัยและเหตุผลในคำวินิจฉัยซึ่งเป็นฐานของคำวินิจฉัยด้วย เนื่องจากความเป็นเหตุเป็นผลที่มีความสัมพันธ์กันระหว่างเนื้อหาของคำวินิจฉัยและการตีความอันเป็นมูลเหตุแห่งการวินิจฉัย จึงทำให้การตีความเหล่านี้มีผลบังคับผูกพันต่อทุกองค์กรเช่นเดียวกับคำวินิจฉัย<sup>112</sup>

<sup>112</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 128-129

### 1.3 ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันมีชื่อเรียกเป็นทางการว่า “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน” (Federal Republic of Germany) มีลักษณะของรัฐแบบสหพันธรัฐ (federal state) ซึ่งประกอบด้วย 16 รัฐ โดยมีการจัดระบบการปกครองและการบริหารประเทศเป็นแบบสหพันธรัฐที่แบ่งการบริหารราชการออกเป็น 2 ระดับ เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การบริหารราชการของรัฐบาลกลาง (federal government) และการบริหารราชการของรัฐบาลมลรัฐ (state governments) ซึ่งรวมการบริหารราชการของรัฐบาลในท้องถิ่น (local governments) ไว้กับการบริหารราชการของรัฐบาลมลรัฐด้วย โดยในแต่ละระดับมิได้แบ่งแยกการปกครองออกจากกันอย่างเด็ดขาด เนื่องจากมลรัฐและท้องถิ่นยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐบาลกลาง

ประเทศเยอรมันมีระบบการเมืองเป็นไปตามระบบรัฐสภา ซึ่งมีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยกระทำทางนิติบัญญัติและทางบริหารเช่นเดียวกันกับในระบบประธานาธิบดี แต่มีลักษณะไม่เคร่งครัดเท่า โดยเปิดโอกาสให้องค์กรหนึ่งเข้าไปร่วมใช้อำนาจกับอีกองค์กรหนึ่ง มีการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน โดยรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (The Basic Law for the federal Republic of Germany) ได้กำหนดให้รัฐบาลแห่งสหพันธ์ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางบริหารนั้น ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ (Chancellor) และคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ โดยนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์นั้นมาจากการเลือกตั้งของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์โดยการเสนอชื่อของประธานาธิบดี<sup>113</sup> ส่วนรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์นั้นมาจากการแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์<sup>114</sup> โดยนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ดำรงตำแหน่งในฐานะเป็นผู้นำฝ่ายบริหารและผู้นำรัฐบาลแห่งสหพันธ์มีอำนาจกำหนดนโยบาย เสนอร่างกฎหมาย และเสนอให้ประธานาธิบดีประกาศยุบสภาในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์แล้ว แต่ไม่สามารถเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์คนใหม่ได้โดยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกที่มีอยู่ของสภา อย่างไรก็ตาม ตำแหน่งของนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์และรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ย่อมสิ้นสุดลงในวันที่สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ที่ได้รับเลือกตั้งใหม่ประชุมกันครั้งแรก

นอกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์และรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ดังกล่าวแล้ว กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้กำหนดให้มีตำแหน่งประธานาธิบดี โดยมาจากการเลือกตั้งของที่ประชุมสหพันธ์ (Federal Convention) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎร

<sup>113</sup> กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 63 (1)

<sup>114</sup> กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 64 (1)

แห่งสหพันธ์ (Bundestag) ทั้งหมดร่วมกับบุคคลที่สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกในจำนวนที่เท่ากัน<sup>115</sup> ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งในฐานะประมุขแห่งรัฐ แต่ไม่มีอำนาจในทางการเมือง เป็นเพียงสัญลักษณ์ทางการเมืองและศูนย์รวมจิตใจของประชาชน มีเพียงบทบาทในทางพิธีการเท่านั้น

ในส่วนของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางนิติบัญญัตินั้น กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้กำหนดให้รัฐสภาแห่งสหพันธ์ประกอบด้วย 2 สภา คือ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) โดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน<sup>116</sup> โดยใช้ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วนผสม (Mixed Member Proportional) ซึ่งประกอบด้วย การเลือกตั้งแบบแบ่งเขตและแบบบัญชีรายชื่อ ส่วนสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์มาจากสมาชิกที่เป็นรัฐมนตรีของมลรัฐที่ได้รับการแต่งตั้งโดยมลรัฐ<sup>117</sup> ในแต่ละมลรัฐจะมีสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์มากหรือน้อยขึ้นอยู่กับขนาดของประชากรในแต่ละรัฐ โดยรัฐสภาแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมาย แก้ไขรัฐธรรมนูญ และตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ ทั้งนี้ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ รวมถึงมีอำนาจการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ เฉพาะนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ในแบบเชิงสร้างสรรค์ (Constructive Vote of no Confidence) กล่าวคือ หากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ต้องหาผู้มาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์คนใหม่ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกที่มีอยู่ของสภาภายใน 48 ชั่วโมง ถ้าไม่สามารถทำได้นายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์คนเดิมสามารถเสนอให้ประธานาธิบดีประกาศยุบสภาได้ภายใน 21 วัน สำหรับศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางตุลาการนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วนได้แก่

ส่วนที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญ

ส่วนที่ 2 ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ

ส่วนที่ 3 ศาลมลรัฐ

โดยกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ มาตรา 96 ได้กำหนดให้ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐตั้งขึ้นเพื่อให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับคดีอาญาและคดีแพ่ง คดีปกครอง คดีการเงิน คดีพิพาทแรงงาน และคดีสังคม ซึ่งในระบบศาลของประเทศเยอรมันเป็น

<sup>115</sup> กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 29 (1) และ (3)

<sup>116</sup> กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 38 (1)

<sup>117</sup> กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 51 (1)

รูปแบบเดียวกันทั่วประเทศ ทำให้สามารถแบ่งศาลของประเทศเยอรมันออกเป็น 5 สาขา โดยแต่ละสาขาเป็นอิสระต่อกัน<sup>118</sup> ทั้งนี้ไม่รวมศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) ศาลยุติธรรม แบ่งเป็นศาลอาญาและศาลแพ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาและคดีแพ่ง รวมทั้งคดีเกี่ยวกับการจดทะเบียน ครอบครัว และมรดก โดยในระดับมลรัฐแบ่งเป็น 2 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลยุติธรรมชั้นต้นและศาลยุติธรรมอุทธรณ์ ส่วนในระดับสหพันธ์สาธารณรัฐ คือ ศาลยุติธรรมสูงสุด

2) ศาลปกครอง มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยในระดับมลรัฐแบ่งเป็น 2 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ส่วนในระดับสหพันธ์สาธารณรัฐ คือ ศาลปกครองสูงสุด

3) ศาลแรงงาน มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างและระเบียบการทำงาน โดยในระดับมลรัฐแบ่งเป็น 2 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลแรงงานชั้นต้นและศาลแรงงานชั้นอุทธรณ์ ส่วนในระดับสหพันธ์สาธารณรัฐ คือ ศาลแรงงานสูงสุด

4) ศาลสังคม มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการประกันสังคม และการประกันการว่างงาน โดยในระดับมลรัฐแบ่งเป็น 2 ชั้นศาล ได้แก่ ศาลสังคมชั้นต้นและศาลสังคมชั้นอุทธรณ์ ส่วนในระดับสหพันธ์สาธารณรัฐ คือ ศาลสังคมสูงสุด

5) ศาลภาษีอากร มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับภาษีอากร การเงิน และสิทธิในการประกอบอาชีพ โดยในระดับมลรัฐแบ่งเป็น 1 ชั้นศาล คือ ศาลภาษีอากรชั้นอุทธรณ์ ส่วนในระดับสหพันธ์สาธารณรัฐ คือ ศาลภาษีอากรสูงสุด

นอกจากนี้ ยังมีศาลทะเบียนสิทธิบัตรซึ่งมิได้แยกออกเป็นศาลอิสระอีกสาขาหนึ่ง มีฐานะเป็นศาลอุทธรณ์ โดยเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมและอยู่ภายใต้ศาลยุติธรรมสูงสุด มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจดทะเบียนสิ่งประดิษฐ์ใหม่

ถ้าปรากฏว่าศาลแต่ละสาขามีข้อโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจภายในสาขาของตน โดยปกติแล้วศาลในระดับชั้นที่สูงกว่าหรือศาลสูงสุดของสาขานั้น ๆ จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด แต่ถ้าเป็นกรณีที่เขตอำนาจของศาลแต่ละสาขาขัดกัน ก็มีองค์กรที่เรียกว่า สภาศาลสูงสุด (Gemeinsamer Senat) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการรักษาความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาของศาลสูงสุด ลงวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 1969 ทำหน้าที่ควบคุมเอกภาพของคำพิพากษาของศาลทั้งหมดทั้งใน

<sup>118</sup> Donald P. Kommers, (1990), *The Government of West Germany*, in Michael Curtis (ed.), *Introduction to Comparative Government*, (Second Edition), New York : Harper & Row Publishers, P. 235 อ้างใน วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคล กับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น*, หน้า 291

เนื้อหาของกฎหมายและในเรื่องเขตอำนาจ โดยสภาศาลสูงสุดประกอบด้วยตัวแทนจากศาลสูงสุดในแต่ละสาขา รวมทั้งผู้พิพากษาหัวหน้าคณะหรือตุลาการหัวหน้าคณะของคณะที่พิจารณาคดี และผู้พิพากษาหรือตุลาการจากคณะนั้น คณะละ 1 คน<sup>119</sup>

### 1.3.1 โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมีอยู่ 2 ระดับ คือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Federal Constitutional Court) และศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐ (Land Constitutional courts) ในที่นี้ผู้วิจัยได้ศึกษาเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเท่านั้น เนื่องจากเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหา ข้อพิพาท และคดีเกี่ยวกับกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีสถานะในทางกฎหมาย 2 ประการ กล่าวคือ เป็น “ศาล” ประการหนึ่ง และเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” อีกประการหนึ่ง

ในฐานะของศาลนั้น กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 92 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ มีการจัดโครงสร้าง องค์กร ภาระหน้าที่ และวิธีพิจารณาทำนองเดียวกับศาลอื่น ด้วยเหตุนี้บทบาทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับศาลจึงสามารถนำมาใช้บังคับกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ด้วย

ในฐานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีฐานะเป็นองค์กรอิสระ ไม่เป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงแห่งสหพันธ์ ได้รับงบประมาณเฉพาะของตนเอง สามารถออกข้อกำหนดใช้บังคับภายในศาลรัฐธรรมนูญได้เอง มีประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการและพนักงานของศาลรัฐธรรมนูญ สถานะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตลอดจนนิติสัมพันธ์ที่มีต่อรัฐ ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

#### ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 16 คน โดยรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 2 ได้กำหนดให้มีการแบ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์กรคณะ แต่ละองค์กรคณะจะประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 8 คน โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน

<sup>119</sup> โกลิน พลกูด, “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง”, วารสารนิติศาสตร์ ฉบับปกครอง, 2524, หน้า 38-87

ของแต่ละองค์คณะจะต้องเลือกมาจากบรรดาผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐที่ดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

สำหรับการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 5 ได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนครึ่งหนึ่งของแต่ละองค์คณะ และให้สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนอีกครึ่งหนึ่งของแต่ละองค์คณะ ดังนี้

1) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน ของแต่ละองค์คณะ ซึ่งเลือกจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐที่ดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปีนั้น ให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกองค์คณะหนึ่ง 2 คน อีกองค์คณะหนึ่งเลือก 1 คน ส่วนที่เหลือของแต่ละองค์คณะนั้น ให้สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือก

2) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เหลือ จำนวน 5 คน ของแต่ละองค์คณะ ให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกองค์คณะหนึ่ง 2 คน อีกองค์คณะหนึ่งเลือก 3 คน ส่วนที่เหลือของแต่ละองค์คณะนั้น ให้สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือก

การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์นั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 6 ได้กำหนดให้ใช้วิธีเลือกโดยทางอ้อม โดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จะต้องเลือกคณะกรรมการขึ้นมากณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์นั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 7 ได้กำหนดให้ใช้วิธีการเลือกตั้งโดยตรง แต่ในทางปฏิบัตินั้นสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์จะตั้งคณะกรรมการขึ้นมากณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ในการเตรียมการในการเลือกผู้พิพากษา คณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่เพียงเสนอว่าบุคคลใดควรจะได้รับเสนอเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรที่เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันถือว่าเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการและเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจของรัฐองค์กรหนึ่งตามหลักการพื้นฐานของการจัดองค์กรของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรฝ่ายตุลาการจะต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย<sup>120</sup>

<sup>120</sup> Emst-Wolfgang Boeckenfoerde, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, S.61 อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ*, หน้า 85

### คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 3 ได้กำหนดคุณสมบัติพื้นฐานของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) ต้องมีอายุ 40 ปีบริบูรณ์ โดยบุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้มีสิทธิได้รับเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ได้ และผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อนั้นจะต้องมีหนังสือแสดงเจตนาว่าพร้อมที่จะรับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยยื่นหนังสือดังกล่าวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์

2) ต้องมีคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาได้ ซึ่งผู้ที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา จะต้องได้รับการศึกษานิติศาสตร์ ซึ่งตามระบบการศึกษานิติศาสตร์ของประเทศเยอรมันนั้น จะต้องผ่านการสอบที่จัดขึ้นโดยกระทรวงยุติธรรมของแต่ละมลรัฐ ภายใต้ความร่วมมือของมหาวิทยาลัยที่มีการเรียนการสอนคณะนิติศาสตร์ ซึ่งจะเป็นการสอบที่เน้นทั้งในส่วนของสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ โดยผู้ที่เข้าสอบจะต้องผ่านการศึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัยและผ่านการฝึกงานภาคปฏิบัติตามหน่วยงานของรัฐมาแล้วด้วย นอกจากนี้ ยังให้สิทธิแก่ศาสตราจารย์ประจำทางด้านนิติศาสตร์ที่สังกัดมหาวิทยาลัยสามารถเข้าดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาได้ด้วย

3) ต้องไม่ดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลสหพันธ์รัฐ หรือไม่ดำรงตำแหน่งลักษณะเดียวกันในองค์กรใดของมลรัฐ ซึ่งเมื่อได้รับแต่งตั้งแล้ว ต้องเลิกดำรงตำแหน่งในองค์กรดังกล่าว

นอกจากคุณสมบัติพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีคุณสมบัติเฉพาะสำหรับผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐซึ่งได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคือ จะต้องดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐมาแล้วเป็นเวลาอย่างน้อย 3 ปี

ทั้งนี้ บุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนอย่างน้อยในวันที่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี และเมื่อได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งก็ไม่อาจจะประกอบอาชีพอื่นไปพร้อมกับการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญได้ นอกจากการเป็นผู้บรรยายวิชากฎหมายในมหาวิทยาลัยเท่านั้น

ข้อสังเกต เดิมทีประเทศเยอรมันเคยมีความคิดว่า ควรเปิดโอกาสให้ผู้ที่มิใช่นักกฎหมายเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนประสบการณ์ที่อยู่นอกเหนือไปจากวงการนิติศาสตร์ ดังปรากฏในร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งเสนอโดยพรรคสังคมนิยมเยอรมัน แต่ในที่สุดรัฐสภาก็ได้ตัดสินใจไปในทางที่เป็นเรื่องของนักกฎหมายและผู้ที่มีคุณสมบัติในการดำรงตำแหน่งข้าราชการระดับสูงเท่านั้น แต่เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ไม่สามารถอุทธรณ์

หรือถูกถอดออกไปได้อีก ทำให้ในการจัดทำคำวินิจฉัยจึงมีความจำเป็นต้องมีความพิถีพิถันเป็นพิเศษ ในแง่ของคุณภาพทางวิชาการนิติศาสตร์ อันจะมีผลในการสร้างความเชื่อมั่นต่อคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งในการนี้จำเป็นต้องอาศัยพื้นฐานทางหลัก กฎหมายมหาชนเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยปิดโอกาสสำหรับผู้ที่มิคุณสมบัติในการดำรงตำแหน่ง ข้าราชการระดับสูงไม่ให้เข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีกต่อไป<sup>121</sup>

การเลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 9 ได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) เลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญสลับกัน โดยให้เลือกรองประธาน ศาลรัฐธรรมนูญจากองค์คณะที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ทำหน้าที่อยู่ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และรองประธานศาลรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่เป็นประธานในแต่ละองค์คณะ

การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในการแต่งตั้งผู้ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 11 ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องสาบานตนก่อนเข้ารับตำแหน่งต่อประธานาธิบดี ทั้งนี้ประธานาธิบดี มีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่มี อำนาจตรวจสอบดุลพินิจของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์แต่อย่างใด<sup>122</sup>

วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 4 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนมีวาระการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 12 ปี แต่ไม่เกินอายุ 68 ปี บริบูรณ์ และห้ามมิให้มีการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งแล้วเข้ามาดำรงตำแหน่งได้อีก องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การแบ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นการแบ่งโดยเด็ดขาด ซึ่งได้กำหนดอำนาจหน้าที่และภาระความรับผิดชอบของแต่ละองค์คณะไว้ การพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์คณะใด ย่อมเป็นอำนาจโดยเด็ดขาด ขององค์คณะนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะอาจกำหนดอำนาจหน้าที่ของ

<sup>121</sup> อิศระ นิติศัพท์ประกาศ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 49

<sup>122</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 96



แต่ละองค์คณะให้แตกต่างกันไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่เกิดข้อสงสัยว่า องค์คณะใดมีอำนาจในการพิจารณาปัญหาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งซึ่งประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อีก 4 คน ซึ่งมาจากองค์คณะ ๆ ละ 2 คน เป็นผู้ชี้ขาด<sup>123</sup>

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนจะได้รับการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า บุคคลนั้นอยู่ในองค์คณะใด การทำหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่างองค์คณะอาจทำได้ในกรณี ข้อยกเว้นพิเศษเท่านั้น โดยได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน มาตรา 15 (2) กล่าวคือ ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเป็นพิเศษ ถ้าองค์คณะใดองค์คณะหนึ่ง ไม่อาจประชุมได้ เนื่องจากมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ครบองค์ประชุม ให้ประธานของอีกองค์คณะหนึ่ง กำหนดโดยใช้วิธีจับสลากเพื่อหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ไปทำหน้าที่แทนในอีกองค์คณะหนึ่ง แต่ประธานขององค์คณะไม่อาจไปทำหน้าที่แทนในอีกองค์คณะหนึ่งได้

ที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะ

ที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะหรือที่ประชุมใหญ่มีภารกิจหลักในการชำระ รักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในกรณีที่องค์คณะใดองค์คณะหนึ่งมีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างจากคำวินิจฉัยที่องค์คณะ อีกองค์คณะหนึ่งเคยวินิจฉัยไว้แล้ว และต้องการวินิจฉัยคดีที่อยู่ในอำนาจของตนให้แตกต่างออกไป องค์คณะนั้นต้องเสนอเรื่องให้ที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะวินิจฉัยชี้ขาด<sup>124</sup> นอกเหนือจาก ภารกิจดังกล่าว ที่ประชุมร่วมของทั้งสองคณะยังมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ คือ

- อำนาจในการตราข้อกำหนดภายในขึ้นใช้บังคับ (รัฐธรรมนูญที่ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 1 (3))
- มีมติเสนอชื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่ ในกรณีที่ตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพ้นจากตำแหน่งแล้ว แต่ยังไม่มีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คนใหม่แทน หรือในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพ้นจากตำแหน่งก่อนระยะเวลา และองค์กรที่รับผิดชอบไม่อาจเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่ได้เมื่อระยะเวลาได้ผ่านพ้นไป เป็นเวลา 2 เดือนแล้ว (รัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 7 a)

<sup>123</sup> รัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 14 (5)

<sup>124</sup> รัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 16 (1)

- มีมติกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์คณะให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ใน รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 14 (4))

- พิจารณาเสนอให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ดำเนินการให้ตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพักราชการหรือให้พ้นจากตำแหน่ง (รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 105 (1))

องค์คณะกลั่นกรอง

เนื่องจากในระยะหลัง ๆ ปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมันมีจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับองค์คณะที่มีอำนาจในการพิจารณา คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยประชาชน ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการแก้ไขรัฐบัญญัติว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยกำหนดให้มีองค์คณะกลั่นกรองขึ้นมาเพื่อ ทำหน้าที่ในการตรวจสอบคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญว่าเข้าเงื่อนไขที่จะรับไว้พิจารณาหรือไม่ ก่อนที่จะให้ห้ององค์คณะที่มีอำนาจในเรื่องดังกล่าวพิจารณาต่อไป โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 15 a ได้กำหนดให้แต่ละองค์คณะแต่งตั้งองค์คณะกลั่นกรองขึ้น องค์คณะหนึ่งหรือหลายองค์คณะก็ได้ โดยแต่ละองค์คณะจะต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน

การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจเข้ามาเป็นองค์คณะเพื่อพิจารณาวินิจฉัย คดีรัฐธรรมนูญได้ หากปรากฏเหตุตามที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมันกำหนดไว้ ดังนี้

1) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยผลของกฎหมาย

การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกจากกระบวนการพิจารณาในกรณีนี้ เป็นผลมาจากกฎหมาย โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 18 (1) 1. ได้กำหนดให้ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้หนึ่งผู้ใดเป็นญาติหรือคู่สมรส หรือมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติกับคู่สมรสของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้นั้นจะเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยไม่ได้

นอกจากนี้ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน มาตรา 18 (1) 2. ยังกำหนดให้ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้หนึ่งผู้ใดได้เคยมีส่วนร่วม ในการปฏิบัติงานในฐานะใดฐานะหนึ่งต่อเรื่องที่เสนอมายังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน ยกตัวอย่างเช่น เคยทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเรื่องนั้นมาแล้ว หรือ

เคยทำหน้าที่เป็นตุลาการในการวินิจฉัยคดีเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือเคยทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ในกระบวนการสอบสวนในทางอาญาหรือกระบวนการในทางปกครองในเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น<sup>125</sup> โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นจะเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยไม่ได้แต่อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 18 (3) ได้กำหนดไว้ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้หนึ่งผู้ใดเคยมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติหรือเคยแสดงความเห็นทางวิชาการในปัญหาข้อกฎหมายซึ่งอาจมีความสำคัญต่อการพิจารณาวินิจฉัยยังไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติงานตามความหมายดังกล่าว ดังนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นจึงเป็นองค์คณะได้

ในกรณีที่ปรากฏเหตุต้องห้ามมิให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเข้าร่วมเป็นองค์คณะตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 18 (1) 1. หรือ 2. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะอนุญาตให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวเข้าร่วมเป็นองค์คณะไม่ได้ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีคำร้องคัดค้านจากผู้ที่มีส่วนร่วมในคดีแต่อย่างใด<sup>126</sup> ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวมีหน้าที่ต้องแสดงว่าตนมีเหตุต้องห้ามให้เห็นเป็นประจักษ์ และในกรณีที่ปัญหาต้องวินิจฉัยว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดมีเหตุต้องห้ามตามกฎหมายที่ทำให้ไม่อาจเป็นองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยได้ ให้องค์คณะนั้นประชุมปรึกษาเพื่อลงมติ โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวจะอยู่ร่วมในการประชุมปรึกษาไม่ได้

2) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากขาดความเป็นกลาง ซึ่งอาจแบ่งได้ 2 กรณี ดังนี้

(1) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยผู้มีส่วนร่วมในคดี

กรณีที่คู่ความในคดีเห็นว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้หนึ่งผู้ใดซึ่งเป็นองค์คณะได้พิจารณาหรือวินิจฉัยคดีโดยขาดความเป็นกลาง รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 19 ได้กำหนดให้คู่ความฝ่ายนั้นอาจร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นได้ แต่ทั้งนี้ความไม่เป็นกลางดังกล่าวจะต้องได้รับการพิจารณาจากสภาการันและได้พินิจพิเคราะห์จากพฤติการณ์แวดล้อมอย่างมีเหตุมีผลแล้วว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้น

<sup>125</sup> Benda/Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, S. 101 อังโน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ*, หน้า 116-117

<sup>126</sup> วรเจตน์ ภาศิริตัน, *รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 36

ไม่เหมาะสมที่จะพิจารณาวินิจฉัยคดีต่อไป การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 19 จึงต้องเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์อย่างอื่นเป็นพิเศษที่แสดงให้เห็นถึงการไม่อาจไว้วางใจในความเป็นกลางของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นได้ เช่น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสมาชิกพรรคการเมืองย่อมถูกคัดค้านเนื่องจากความกังวลใจในความเป็นไม่เป็นกลางในกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองพรรคนั้นได้<sup>127</sup>

การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากความไม่เป็นกลางตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 19 จะต้องกระทำเป็นคำร้องโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ไม่อาจหยิบยกประเด็นที่ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งมีความไม่เป็นกลางขึ้นพิจารณาได้เอง นอกจากนี้ คำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องมีการให้เหตุผลด้วย โดยที่ผู้ยื่นคำร้องต้องระบุให้ชัดเจนในคำร้องว่าต้องการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใด การคัดค้านองค์คณะโดยไม่ได้ระบุตัวตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นรายบุคคลไม่อาจกระทำได้ ทั้งนี้ ผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากความไม่เป็นกลางจำกัดเฉพาะผู้มีส่วนร่วมในคดีเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่คดีนั้นเป็นคดีที่ไม่มีผู้มีส่วนร่วมในคดี เช่น คดีที่ศาลอื่นส่งเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันพิจารณา วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ต้องใช้ในคดีขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีเช่นนี้ย่อมจะไม่มีคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากความไม่เป็นกลาง โดยหลักแล้วผู้มีส่วนร่วมในคดีสามารถคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากความไม่เป็นกลางได้ตลอดเวลาจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะมีคำวินิจฉัยในคดีนั้น เว้นแต่ในกรณีที่คดีดังกล่าวเป็นคดีที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา ผู้มีส่วนร่วมในคดีย่อมจะต้องใช้สิทธิคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อนที่จะเริ่มกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา<sup>128</sup>

ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะวินิจฉัยคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากความไม่เป็นกลาง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะต้องเปิดโอกาสให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกคัดค้านมีโอกาสแถลงข้อเท็จจริงต่อศาล การเปิดโอกาสให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่คัดค้านแถลงข้อเท็จจริงต่อศาลย่อมไม่จำเป็นต้องกระทำ หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเห็นว่าการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นการบิดเบือนการใช้กฎหมาย ในกรณีที่การยื่นคำร้องดังกล่าวไม่ใช่การบิดเบือนการใช้กฎหมายและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้

<sup>127</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 37

<sup>128</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 19 (2)

เปิดโอกาสให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกคัดค้านแถลงข้อเท็จจริงแล้ว ให้ประชุมปรึกษาและลงมติ โดยห้ามมิให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกคัดค้านอยู่ในที่ประชุม ในกรณีที่มีมติออกมามีคะแนนเสียง เท่ากัน ให้ประธานที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

(2) การคัดค้านโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเอง

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้หนึ่งผู้ใดอาจขอลอนตัวออกจากกระบวนการพิจารณาได้ หากเห็นว่าตนเองอาจขาดความเป็นกลางในการวินิจฉัยชี้ขาดในคดีนั้น โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 19 (1) ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะต้องแถลงพฤติการณ์ของตนที่อาจเป็นเหตุให้มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากความไม่เป็นกลาง การแถลงพฤติการณ์ดังกล่าวนี้สามารถทำได้ตลอดเวลา จนกว่าจะมีคำวินิจฉัย เมื่อมีกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคัดค้านตนเอง ให้องค์คณะพิจารณาวินิจฉัย โดยห้ามมิให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นอยู่ในที่ประชุม ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับความเป็นกลางไม่ยอมแถลงพฤติการณ์ดังกล่าว ย่อมถือว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งอาจนำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 105

**1.3.2 อำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ**

อำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งพอจะสรุปในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้ ดังนี้

1) กรณีที่บุคคลใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างเกินขอบเขต โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการพิมพ์ เสรีภาพในการสอน เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ความลับของจดหมายไปรษณีย์และโทรเลข สิทธิทรัพย์สิน หรือสิทธิในการเลือกตั้ง เพื่อที่จะโจมตีระบอบเสรีประชาธิปไตย บุคคลผู้นั้นจะต้องถูกรอนสิทธิเสรีภาพทั้งหมด การรอนสิทธิเสรีภาพและขอบเขตของการรอนให้เป็นที่ไปตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 18 และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (1))

2) กรณีที่พรรคการเมืองใดมุ่งขัดขวางหรือทำลายระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือเป็นภัยต่อการดำรงคงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

ปัญหาการขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าว (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 21 (2) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (2))

3) กรณีที่มีการร้องทุกข์โต้แย้งมติของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งเกี่ยวข้องกับความต้องการของการเลือกตั้งและสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ทั้งนี้เนื่องจากอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งเป็นของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ แต่เมื่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีมติแล้ว ก็อาจมีการร้องทุกข์โต้แย้งมติของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 41 (2) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (3))

4) กรณีที่มีสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ได้กล่าวหาประธานาธิบดีต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในข้อหาว่าได้ละเมิดกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือกฎหมายอื่นใดของสหพันธ์โดยเจตนา โดยข้อกล่าวหาดังกล่าวจะต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาเป็นผู้เสนอสำหรับมติที่จะฟ้องร้องประธานาธิบดีจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ แล้วแต่กรณี (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 61 และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (4))

5) การตีความกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์หรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือตามข้อกำหนดวิธีการดำเนินงานขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 93 (1) 1. และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (5))

6) กรณีที่มีข้อโต้แย้งหรือสงสัยว่ากฎหมายของสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือไม่ ทั้งนี้ ตามที่รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ทั้งหมดร้องขอ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 93 (1) 2. และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (6))

7) กรณีที่มีข้อโต้แย้งที่มีต่อสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างสหพันธ์รัฐกับมลรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิบัติตามกฎหมายของสหพันธ์รัฐ รวมทั้งการใช้อำนาจในการควบคุมดูแลของสหพันธ์รัฐ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 93 (1) 3. และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (7))

8) กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐ ระหว่างมลรัฐด้วยกัน หรือภายในมลรัฐ เว้นแต่จะมีสิทธิฟ้องร้องไปยังศาลอื่น (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 93 (1) 4. และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (8))

9) กรณีที่มีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ยื่นโดยบุคคลซึ่งอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิอันใดอันหนึ่งตามกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันของตนได้รับการละเมิดอำนาจโดยรัฐ นอกจากนี้ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีอำนาจในการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้อีกด้วย หากปรากฏว่าสิทธิในการปกครองตนเองได้รับการฝ่าฝืนโดยกฎหมาย (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 93 (1) 4a. และ 4b. และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (8a))

10) กรณีที่มีผู้พิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐหรือผู้พิพากษาของศาลมลรัฐได้กระทำการละเมิดต่อหลักการของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ถ้าสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ร้องขอ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีอำนาจพิจารณาพิพากษาด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เข้าร่วมในการประชุมปรึกษาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยอาจย้ายผู้พิพากษาไปดำรงตำแหน่งอื่นหรือปลดออกจากตำแหน่ง ถ้าปรากฏว่ามีเจตนา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันอาจสั่งให้พ้นจากตำแหน่งได้ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 98 (2) และ (5) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (9))

11) กรณีที่มีกฎหมายของมลรัฐบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญภายในมลรัฐ เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 99 และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (10))

12) กรณีที่มีคดีขึ้นสู่ศาลและศาลเห็นว่ากฎหมายที่จะต้องปรับใช้ในคดีนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ศาลนั้นต้องระงับกระบวนการพิจารณา

และส่งคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่า กฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดีนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 100 (1) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (11))

13) กรณีที่มีข้อสงสัยว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งสหพันธ์หรือไม่ และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อปัจเจกชนโดยตรงหรือไม่ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 100 (2) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (12))

14) การตีความกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐได้มีความประสงค์ที่จะไม่ยึดหลักตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐอื่น โดยจะต้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันพิจารณาพิพากษาเสียก่อน (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 100 (3) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (13))

15) กรณีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไปของกฎหมายแห่งสหพันธ์ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 126 และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (14))

16) กรณีอื่นที่ฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์มอบหมายให้ (กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 93 (3) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 13 (15))

ข้อสังเกต เมื่อแรกตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ได้กำหนดให้มีอำนาจในการให้ความเห็นทางกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวดำรงอยู่จนถึง ค.ศ. 1956 เท่านั้น ทั้งนี้ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเองเห็นว่าการให้ความเห็นทางกฎหมายเป็นภารกิจที่ไม่สอดคล้องกับสาระของภารกิจของตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากการกิจของศาลก็คือการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างคู่ความที่พิพาทกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง<sup>129</sup>

<sup>129</sup> Eckart Klein, *Verfassungsprozeßrecht – Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, § 23 RdNr. 2 อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 26



### 1.3.3 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย

โดยปกติในแต่ละองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะกำหนดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้รับผิดชอบจำนวน โดยคำนึงถึงความเชี่ยวชาญเฉพาะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคน โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้รับผิดชอบจำนวนจะเป็นผู้ที่มีบทบาทในกระบวนการพิจารณาเรื่องนั้น ๆ และจะเป็นคนเสนอความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรในการตัดสินใจต่อองค์คณะ

ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น หากมีประเด็นต้องวินิจฉัยหลายประเด็น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะต้องวินิจฉัยเรียงตามประเด็น ซึ่งสามารถวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยฐานจากกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา กล่าวคือ จากพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ได้มาจากการออกนั่งพิจารณา เว้นแต่กรณีตกลงกันอย่างชัดเจนที่จะสละการพิจารณาด้วยวาจา สำหรับกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันอาจจะไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาก็ได้ หากเห็นว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาดังกล่าวจะไม่มีส่วนช่วยใด ๆ ต่อการพิจารณาวินิจฉัย

#### การประชุมปรึกษาเพื่อลงมติ

โดยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นองค์กรตุลาการ จึงมีลักษณะทำนองเดียวกับศาลอื่น ๆ กล่าวคือ ตกอยู่ภายใต้หลักแห่งการต้องตัดสินใจ (Entscheidungszwang) ซึ่งการตัดสินใจจะต้องกระทำโดยการประชุมปรึกษาโดยลับ ทั้งนี้ โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ได้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจาและจากเอกสารพยานหลักฐานทั้งหลายทั้งปวงในคดี<sup>130</sup>

ในการประชุมปรึกษาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้น องค์คณะจะเป็นผู้กำหนดวิธีการประชุม โดยประธานที่ประชุมจะเป็นผู้ดำเนินการประชุมปรึกษา ในการประชุมปรึกษาเพื่อตัดสินใจคดีนั้น เฉพาะแต่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีมาตั้งแต่เริ่มแรกเท่านั้นจึงจะมีสิทธิอยู่ในที่ประชุมได้<sup>131</sup> ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีมาตั้งแต่เริ่มแรก ตลอดจนผู้ช่วยปฏิบัติงานทางวิชาการหรือเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานในศาลจะอยู่ในที่ประชุมซึ่งมีการปรึกษาชี้ขาดคดีไม่ได้

<sup>130</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 30 (1)

<sup>131</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับองค์ประชุมที่จะทำให้องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีความสามารถในการลงมติได้นั้น ได้รับการกำหนดเอาไว้แตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการประชุมปรึกษาในองค์คณะย่อย หรือองค์คณะ หรือที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะ โดยในการประชุมปรึกษาขององค์คณะย่อยนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดองค์ประชุมที่จะทำให้องค์คณะย่อยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีความสามารถในการลงมติได้ แต่มีความเห็นที่ได้รับการยอมรับอันเป็นที่ยุติว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 3 คน ในองค์คณะย่อยจะต้องมาประชุม จึงจะทำให้มีความสามารถในการลงมติได้ ในส่วนของการประชุมปรึกษาขององค์คณะนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 15 (2) ได้กำหนดให้ต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาประชุมไม่น้อยกว่า 6 คน จึงจะทำให้องค์คณะนั้นมีความสามารถในการลงมติได้ ในกรณีที่มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาประชุมจำนวนไม่ถึง 6 คน อาจจะเนื่องจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญป่วย ลาพักผ่อน หรือต้องห้ามมิให้เข้าร่วมเป็นองค์คณะ หรือเพราะตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในองค์คณะนั้นว่างลง องค์คณะนั้นจะดำเนินการประชุมปรึกษาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดีไม่ได้ จะต้องขอให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในอีกองค์คณะหนึ่ง มาปฏิบัติหน้าที่ในองค์คณะของตนเพื่อให้องค์คณะของตนมีความสามารถในการลงมติวินิจฉัยชี้ขาดคดี และอาจจะต้องดำเนินการพิจารณาด้วยวาจาตั้งแต่ต้นใหม่สำหรับคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเคยออกนั่งพิจารณาด้วยวาจา<sup>132</sup> ในส่วนการประชุมปรึกษาของที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 16 (2) ได้กำหนดให้จะต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของแต่ละองค์คณะมาประชุม กล่าวคือ ในแต่ละองค์คณะจะต้องมีจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาประชุมไม่น้อยกว่า 6 คน จึงจะทำให้ที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะมีความสามารถในการลงมติวินิจฉัยชี้ขาด

การลงมติวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องกระทำที่ละประเด็น โดยกระทำเป็นลำดับตามประเด็นปัญหา เช่น จะต้องลงมติในปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำร้องก่อนว่าเป็นคำร้องที่จะได้รับอนุญาตให้ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้หรือไม่ เป็นคำร้องที่ยื่นโดยผู้มีสิทธิเริ่มคดีหรือไม่ คำร้องดังกล่าวถูกต้องตามรูปแบบหรือไม่ ผู้ร้องเคยยื่นคำร้องในลักษณะเดียวกันและยังเป็นคดีอยู่ในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (ฟ้องซ้อน) หรือไม่

<sup>132</sup> Ulsamer, in : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, § 15 RdNr. 11 a อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 41

หรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวไปแล้ว (ฟ้องซ้ำ) หรือไม่ เป็นต้น<sup>133</sup> ก่อนที่จะลงมติในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับเนื้อหาของคดี ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันเกี่ยวกับลำดับของปัญหาที่จะต้องวินิจฉัย ให้องค์คณะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย ในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ถือลำดับการวินิจฉัยปัญหาตามลำดับที่ประธานในที่ประชุมกำหนดขึ้น

ในการลงมตินั้นให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้รับผิดชอบสำนวนลงมติก่อน และประธานที่ประชุมออกเสียงเป็นคนสุดท้าย สำหรับลำดับการออกเสียงลงมติในบรรดาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เหลือนั้น ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีวุฒิน้อยกว่าลงมติก่อน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีวุฒิมากกว่าลงมติกายหลัง ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดการออกเสียงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีวุฒิมากกว่ามีอิทธิพลต่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีวุฒิน้อยกว่า

มติซึ่งเป็นการชี้ขาดคดีรัฐธรรมนูญได้รับการกำหนดเอาไว้แตกต่างกันออกไปโดยขึ้นอยู่กับประเภทของคดี ถ้าเป็นคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องว่าบุคคลใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างเกินขอบเขต หรือกรณีที่มีการฟ้องว่าพรรคการเมืองมุ่งขัดขวางหรือทำลายระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นภัยต่อการดำรงคงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือกรณีที่เป็นการฟ้องประธานาธิบดีหรือผู้พิพากษา จะต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เข้าร่วมในการประชุมปรึกษาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดี สำหรับในกรณีอื่น ๆ องค์คณะจะลงมติวินิจฉัยชี้ขาดโดยเสียงข้างมากของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เข้าร่วมในการประชุมปรึกษาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดคดี<sup>134</sup> โดยเหตุที่จำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ประกอบเป็นองค์คณะในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นจำนวนคู่ กรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่การลงมติวินิจฉัยชี้ขาดคดีจะมีคะแนนเสียงออกมาเท่ากัน ในกรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะวินิจฉัยว่าบทกฎหมายที่เป็นประเด็นในคดีขัดต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่ได้ ซึ่งหมายความว่า กรณีดังกล่าวจะต้องถือว่าบทกฎหมายที่เป็นประเด็นในคดีไม่ขัดต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั่นเอง กรณีนี้มีข้อสังเกตว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่ได้กำหนดให้ประธานที่ประชุมมีอำนาจออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

<sup>133</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์, รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 43

<sup>134</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 15 (4)

### การทำคำวินิจฉัยและคำสั่ง

คำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 25 (4) ได้กำหนดให้กระทำในนามของประชาชน ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ คำวินิจฉัยและคำสั่งชี้ขาด โดยกระบวนการพิจารณาใดเป็นกระบวนการพิจารณาที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันออกนอกระบบพิจารณาด้วยวาจา ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันทำคำตัดสินในรูปของคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา สำหรับกระบวนการพิจารณาใดที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่ได้ออกนอกระบบพิจารณาด้วยวาจา ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันทำคำตัดสินในรูปของคำสั่งชี้ขาด โดยคำวินิจฉัยและคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะต้องมีการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนที่ร่วมในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดต้องลงนามในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดนั้น แล้วแต่กรณี<sup>135</sup> โดยให้ประธานที่ประชุมเป็นผู้ลงนามก่อนและให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งอาวุโสลงนามถัดไปตามลำดับ

ขอบเขตแห่งเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น องค์คณะแต่ละองค์คณะจะเป็นผู้กำหนด โดยไม่จำเป็นต้องแสดงข้อโต้แย้งทุกประเด็นที่มีการนำสืบกัน ในทางปฏิบัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะใช้วิธีการแยกพิจารณาระหว่างเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงและเหตุผลเกี่ยวกับคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะสรุปข้อเท็จจริงแห่งคดีในลักษณะที่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจได้ว่าเหตุใดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงวินิจฉัยเช่นนั้น แนวทางปฏิบัติดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีส่วนช่วยให้เกิดความกระจ่างแก่คำวินิจฉัยและส่งเสริมให้เกิดความเข้าใจในคำวินิจฉัยได้ง่ายยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อปกป้องกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเท่านั้น<sup>136</sup>

### การทำความเข้าใจ

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 30 (2) ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินขององค์คณะ สามารถทำความเข้าใจแย้งแบบไว้กับคำตัดสินได้ ความเห็นแย้งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

- 1) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยไม่เห็นด้วยในผลของคำตัดสิน

<sup>135</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 25 (2) และมาตรา 30 (1)

<sup>136</sup> อีสสระ นิตินันท์ประกาศ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 67–68

2) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยเห็นด้วยในผลของคำตัดสิน แต่ไม่เห็นด้วยในเหตุผลของคำตัดสิน

โดยองค์คณะอาจจะกำหนดให้มีการแจ้งสัดส่วนของคะแนนเสียงที่ลงมติไว้ในคำตัดสินก็ได้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนที่เป็นองค์คณะย่อมมีหน้าที่ต้องลงนามในคำตัดสิน ซึ่งรวมทั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยด้วย แต่สำหรับความเห็นแย้งที่แนบไปกับคำตัดสินนั้น เฉพาะแต่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยซึ่งทำความเห็นแย้งเท่านั้นที่จะต้องลงนาม<sup>137</sup>

การบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด

ในการบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 35 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันอาจจะระบุไว้ในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดนั้นได้ว่า จะให้ใครเป็นผู้บังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด ตลอดจนสามารถกำหนดวิธีการในการบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดในแต่ละกรณีได้ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการร้องขอแต่อย่างใด

มีข้อสังเกตว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีอำนาจในการกำหนดว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจในการบังคับตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดและจะบังคับด้วยวิธีการอย่างไร แต่ในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับความเคารพต่อคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน โดยองค์กรของรัฐองค์กรอื่นเป็นสำคัญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีมาตรการใด ๆ ในการบังคับให้องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดได้ นอกจากอาศัยความเห็นของสาธารณชน ตลอดจนแรงกดดันในทางการเมือง<sup>138</sup> ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันระมัดระวังการใช้อำนาจของตนเอง ตลอดจนการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดอย่างรอบคอบรัดกุมเท่าไร ก็จะมีผลต่อภาพลักษณ์ในทางที่ดีต่อคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมากขึ้นเท่านั้น และจะส่งผลให้คู่ความเคารพต่อคำตัดสินและลดการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้

<sup>137</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 45

<sup>138</sup> Säcker, (1989), *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl, S. 83 อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 49

ผลผูกพันของคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด

ผลผูกพันของคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น อาจแยกได้ 2 กรณี คือ

1) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย

คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นย่อมมีค่าบังคับในทางกฎหมาย ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นค่าบังคับในทางกฎหมายในทางรูปแบบ และค่าบังคับในทางกฎหมายในทางเนื้อหา

(1) ค่าบังคับในทางกฎหมายในทางรูปแบบ

ค่าบังคับในทางกฎหมายในทางรูปแบบ หมายถึง คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่อาจถูกโต้แย้งโดยกระบวนการในทางกฎหมายได้อีกต่อไป<sup>139</sup> เนื่องจากไม่มีศาลใดที่จะอยู่เหนือกว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะมีผลบังคับในทางกฎหมายในทางรูปแบบก็ต่อเมื่อได้มีการอ่านคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด หรือได้มีการส่งคำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั้นให้คู่กรณีทราบ

(2) ค่าบังคับในทางกฎหมายในทางเนื้อหา

ค่าบังคับในทางกฎหมายในทางเนื้อหา หมายถึง บุคคลผู้เป็นคู่ความและผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีย่อมถูกผูกพันตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ทำให้ไม่สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้อีก และในขณะเดียวกันตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยวัตถุแห่งข้อพิพาทย่อมถูกผูกพันตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเช่นเดียวกัน ทำให้ไม่อาจวินิจฉัยวัตถุแห่งข้อพิพาทในเรื่องเดียวกันให้แตกต่างกันไปจากคดีแรกได้<sup>140</sup>

ผลของความผูกพันในทางกฎหมายของคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด

ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 31 (1) ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นมีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และมลรัฐ รวมทั้งศาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลาย โดย

<sup>139</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 52

<sup>140</sup> “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 57

ผลของความผูกพันดังกล่าวมิได้มีความมุ่งหมายให้มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป หากแต่มีความมุ่งหมายต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนเท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย

การผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น จะต้องผูกพันต่อเนื้อหาของคำวินิจฉัยและเหตุผลที่เป็นสาระสำคัญของคำวินิจฉัยด้วย โดยข้อความใดข้อความหนึ่งของคำวินิจฉัยซึ่งมีความเกี่ยวพันกันอย่างมากกับเนื้อหาของคำวินิจฉัย มีผลทำให้เนื้อหาของคำวินิจฉัยนั้นมีความสมบูรณ์ ย่อมถือว่าเป็นเหตุผลที่เป็นส่วนสาระสำคัญของคำวินิจฉัย ซึ่งมีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และมลรัฐ รวมทั้งศาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลาย เช่นเดียวกับเนื้อหาของคำวินิจฉัย<sup>141</sup>

2) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย

คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย หมายความว่า ผลของคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีผลบังคับต่อทุกคนเป็นการทั่วไป มิได้มีผลบังคับเฉพาะกับคู่ความในคดีเท่านั้น หากแต่มีผลต่อบุคคลภายนอกด้วยเช่นเดียวกับการที่บุคคลทั่วไปจะต้องผูกพันต่อกฎหมายนั่นเอง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า “ค่าบังคับเป็นกฎหมาย” คือ การขยายขอบเขตของค่าบังคับในทางกฎหมายกับทุก ๆ คน โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 31 (2) ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีผลบังคับเป็นกฎหมาย โดยมีผลผูกพันบุคคลทุกคน ทั้งนี้ เนื่องจากคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวย่อมมีค่าบังคับต่อกฎหมายฉบับนั้น ด้วยเหตุนี้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวจึงอยู่ในลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายฉบับนั้น และเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในทางกฎหมาย มิใช่เพื่อให้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันดังกล่าวมีผลบังคับเป็นกฎหมาย จึงได้กำหนดให้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาของสหพันธ์โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์ ซึ่ง

<sup>141</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 60-62

การมีผลของคำบังคับเป็นกฎหมายจะมีผลเมื่อได้อ่านหรือส่งคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดดังกล่าวให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เช่นเดียวกับการมีผลบังคับในทางกฎหมาย<sup>142</sup>

โดยคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่มีคำบังคับเป็นกฎหมายอาจถูกโต้แย้งได้ เนื่องจากคำบังคับเป็นกฎหมายนั้นย่อมอยู่ภายใต้ขอบเขตของเวลา เพราะฉะนั้นการร้องทุกข์ของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงไม่ได้ถูกห้าม หากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ คำบังคับเป็นกฎหมายนั้นย่อมมีผลเฉพาะกรณีของวัตถุแห่งคดีที่เหมือนกัน ดังนั้นหากผู้ร้องทุกข์โต้แย้งการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยมีเหตุมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในกรณีนี้ย่อมถือว่าวัตถุแห่งคดีนั้นแตกต่างไปจากเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว คำร้องทุกข์ดังกล่าวจึงรับไว้พิจารณาได้<sup>143</sup>

## 2. ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ประเทศไทยมีชื่ออย่างเป็นทางการว่า ราชอาณาจักรไทย มีลักษณะของรัฐแบบรัฐเดี่ยว ซึ่งแบ่งการบริหารราชการออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น มีระบบการเมืองเป็นไปตามระบบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้รัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางบริหารนั้น ได้แก่ คณะรัฐมนตรี ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกิน 35 คน นายกรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งในฐานะหัวหน้ารัฐบาล โดยมาจากบุคคลซึ่งสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบ<sup>144</sup> ส่วนรัฐมนตรีมาจากการเสนอรายชื่อของนายกรัฐมนตรี ทั้งนี้ พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงแต่งตั้ง นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี โดยคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารเพื่อกำหนดนโยบายและบริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน ให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อรัฐสภาซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ และต้องชี้แจงแหล่งที่มาของรายได้ที่จะนำมาใช้จ่ายในการดำเนินนโยบายด้วย

<sup>142</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 69-72

<sup>143</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 73-74

<sup>144</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 158



ในส่วนของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยสภาผู้แทนราษฎร มาจากการเลือกตั้งของประชาชนแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและแบบบัญชีรายชื่อของพรรคการเมือง<sup>145</sup> ส่วนที่มาของวุฒิสภานั้นแบ่งออกเป็น 2 ช่วง โดยในช่วงวาระเริ่มแรกได้กำหนดให้วุฒิสภามาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) หลังจากนั้น เมื่อวุฒิสภาชุดแรกหมดวาระลง ก็ได้กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตนเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงาน ด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายของสังคม<sup>146</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มิได้ มีที่มาจากเลือกตั้งของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริงดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 โดยรัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมายมาใช้เป็น กฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศ มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของ รัฐบาล ตรากฎหมาย และมีอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 หรือกฎหมายได้ กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภา

เนื่องจากการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นไปตามระบบรัฐสภา ซึ่งมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารอย่างไม่เคร่งครัด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับนี้เปิดโอกาสให้คณะรัฐมนตรีเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติกับรัฐสภาได้ เช่น ให้มีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติ หรือให้มีสิทธิถวายคำแนะนำ และยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ เป็นต้น และเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารกับคณะรัฐมนตรีได้ เช่น ให้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน เป็นต้น นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีจะมีลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน เช่น ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ หรือ ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ หรือให้คณะรัฐมนตรีมีสิทธิถวายคำแนะนำและยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นต้น

<sup>145</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 81

<sup>146</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 107 และ 269

สำหรับศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจทางตุลาการนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาล เฉพาะศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารเท่านั้น โดยไม่ได้รวมเอาศาลรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดของศาลดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) ศาลยุติธรรม แบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่ คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

2) ศาลปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง

3) ศาลทหาร มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหารและคดีอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้แยกศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร และรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติอย่างเคร่งครัด ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 188 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ซึ่งแสดงว่าศาลผูกขาดการใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีไม่มีโอกาสเข้าร่วมใช้อำนาจนี้กับศาลได้

## 2.1 โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติเรื่องของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในหมวด 11 แยกต่างหากจากหมวด 10 ว่าด้วยเรื่องของศาล โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน มาจากการคัดเลือก จำนวน 5 คน และจากการสรรหา จำนวน 4 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง<sup>147</sup>

โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากคัดเลือก จำนวน 5 คน จะทำการคัดเลือกจากบุคคลดังต่อไปนี้

<sup>147</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 200 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 8

1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งได้รับการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวน 3 คน

ในกรณีไม่อาจเลือกผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จะเลือกบุคคลจากผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปีก็ได้

2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุด มาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ซึ่งได้รับการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากกรรมาธิการ จำนวน 4 คน จะทำการสรรหาจากบุคคลดังต่อไปนี้

1) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 1 คน

2) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 1 คน

3) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี จำนวน 2 คน

โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 203 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 11 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสรรหาคณะหนึ่ง ทำหน้าที่ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย

- 1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ
- 2) ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร เป็นกรรมการ
- 3) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นกรรมการ
- 4) บุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งจากผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามของการเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และไม่เคยปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ในศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระองค์กรละ 1 คน เป็นกรรมการ

ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการสรรหาตาม 2) หรือกรรมการสรรหาตาม 4) มิได้ครบไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือพ้นกำหนดเวลาการคัดเลือกกรรมการสรรหาตาม 4) แล้ว มิได้มีการเสนอชื่อ ให้คณะกรรมการสรรหาเท่าที่มีอยู่ปฏิบัติหน้าที่และใช้อำนาจไปพลางก่อนได้ โดยในระหว่างนั้นให้ถือว่าคณะกรรมการสรรหาประกอบด้วยกรรมการสรรหาเท่าที่มีอยู่

ให้เลขาธิการวุฒิสภาเป็นเลขานุการของคณะกรรมการสรรหา และให้สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาพปฏิบัติหน้าที่เป็นหน่วยธุรการของคณะกรรมการสรรหา

กระบวนการคัดเลือกและสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 203 มาตรา 204 และมาตรา 206 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 12 ได้กำหนดวิธีการคัดเลือกและการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ ดังต่อไปนี้

1) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรือคณะกรรมการสรรหา ปรีกษาหารือเพื่อคัดสรรให้ได้บุคคลซึ่งมีความรับผิดชอบสูง มีความกล้าหาญ ในการปฏิบัติหน้าที่ และมีพฤติกรรมทางจริยธรรมเป็นตัวอย่างที่ดีของสังคม รวมตลอดทั้งมีทัศนคติที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ให้เกิดผลสำเร็จ โดยนอกจากการประกาศรับสมัครแล้ว ให้คณะกรรมการสรรหาคำเนินการสรรหาจากบุคคลซึ่งมีความเหมาะสมทั่วไปได้ด้วย แต่ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความหลากหลายของประสบการณ์ที่แตกต่างกันในแต่ละด้านประกอบด้วย และเพื่อประโยชน์แห่งการนี้ ให้คณะกรรมการสรรหาใช้วิธีการสัมภาษณ์หรือให้แสดงความคิดเห็นในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาล หรือวิธีการอื่นใดที่เหมาะสม เพื่อประกอบการพิจารณาด้วย

2) ในการคัดเลือกหรือสรรหา ให้ใช้วิธีลงคะแนนโดยเปิดเผย และให้กรรมการสรรหาแต่ละคนบันทึกเหตุผลในการเลือกไว้ด้วย

3) ผู้ได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต้องได้รับคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี สำหรับผู้ได้รับการสรรหาต้องได้รับคะแนนเสียงถึง 2 ใน 3 ของจำนวนทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของคณะกรรมการสรรหา

ถ้าไม่มีบุคคลใดได้รับคะแนนเสียงคะแนนไม่เกินกึ่งหนึ่งหรือไม่ถึง 2 ใน 3 แล้วแต่กรณี หรือมีแต่ยังไม่ครบจำนวนที่จะต้องสรรหาหรือคัดเลือก ให้มีการลงคะแนนใหม่สำหรับผู้ใดคะแนนไม่เกินกึ่งหนึ่งหรือไม่ถึง 2 ใน 3 แล้วแต่กรณี ถ้ายังได้ไม่ครบตามจำนวน ให้มีการลงคะแนนอีกครั้งหนึ่ง ในการลงคะแนนครั้งหลังนี้ยังได้บุคคลไม่ครบตามจำนวนที่จะต้องสรรหาหรือคัดเลือก ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกใหม่สำหรับจำนวนที่ยังขาดอยู่

4) เมื่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการสรรหา คัดเลือกหรือสรรหาได้บุคคลใดแล้ว ให้เสนอชื่อไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยผู้ได้รับคัดเลือกหรือสรรหา นั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

ในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหารายใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อ นั้นกลับไปยังที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และคณะกรรมการสรรหา แล้วแต่กรณี พร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกบุคคลใหม่แทนผู้นั้น ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบ แล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป โดยผู้ซึ่งไม่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาในครั้งนี้ จะเข้ารับการสรรหาหรือคัดเลือกในครั้งใหม่ไม่ได้

5) เมื่อมีผู้ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้ว หากเป็นกรณีที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งด้วย ให้ผู้ได้รับความเห็นชอบประชุมร่วมกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งยังไม่พ้นจากตำแหน่ง ถ้ามี เพื่อเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ และแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ ในกรณีที่ผู้ซึ่งวุฒิสภาให้ความเห็นชอบยังได้ไม่ครบจำนวนที่ต้องสรรหาหรือคัดเลือก แต่เมื่อรวมกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งยังดำรงตำแหน่งอยู่ ถ้ามี มีจำนวนถึง 7 คน ก็ให้ดำเนินการประชุมเพื่อเลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญได้ และเมื่อโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจต่อไปพลางก่อนได้ โดยในระหว่างนั้นให้ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่มีอยู่ และให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกเพิ่มเติมให้ครบตามจำนวนที่ต้องสรรหาหรือคัดเลือกต่อไปโดยเร็ว

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 201 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 9 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

- 1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- 2) มีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปีแต่ไม่ถึง 68 ปีในวันที่ได้รับการคัดเลือกหรือวันสมัครเข้ารับการสรรหา
- 3) สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า
- 4) มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์
- 5) มีสุขภาพที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 202 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 10 ยังได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังนี้

- 1) เป็นหรือเคยเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใด
- 2) ตีดยาเสพติดให้โทษ
- 3) เป็นบุคคลล้มละลายหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต
- 4) เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใด ๆ
- 5) เป็นบุคคลผู้มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้งเพราะเหตุ
  - (1) เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช
  - (2) อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไม่ว่าคดีนั้นจะถึงที่สุดแล้วหรือไม่
  - (3) วิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
- 6) อยู่ระหว่างถูกระงับการใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นการชั่วคราวหรือถูกเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง
- 7) ต้องคำพิพากษาให้จำคุกและถูกคุมขังอยู่โดยหมายของศาล
- 8) เคยได้รับโทษจำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึง 10 ปี นับถึงวันคัดเลือกหรือสรรหาเว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ
- 9) เคยถูกสั่งให้พ้นจากราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจเพราะทุจริตต่อหน้าที่หรือถือว่ากระทำการทุจริตหรือประพฤติมิชอบในวงราชการ
- 10) เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอันถึงที่สุดให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะร่ำรวยผิดปกติ หรือเคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกเพราะกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต
- 11) เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุดว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่กระทำโดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน กฎหมายว่าด้วยยาเสพติดในความผิดฐานเป็นผู้ผลิต นำเข้า ส่งออก หรือผู้ค้า กฎหมายว่าด้วยการพนันในความผิดฐานเป็นเจ้ามือหรือเจ้าสำนัก กฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ำมนุษย์ หรือกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในความผิดฐานฟอกเงิน
- 12) เคยต้องคำพิพากษาอันถึงที่สุดว่ากระทำการอันเป็นการทุจริตในการเลือกตั้ง
- 13) อยู่ในระหว่างต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

## 14) เคยพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุ

(1) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย

(2) ศาลฎีกาหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีคำพิพากษาว่ามีพฤติการณ์ร้ายชัดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

15) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

16) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในระยะเวลา 10 ปี ก่อนเข้ารับการศึกษาหรือสรรหา

17) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมืองในระยะเวลา 10 ปี ก่อนเข้ารับการศึกษาหรือสรรหา

18) เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ

19) เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือกรรมการหรือที่ปรึกษาของหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ

20) เป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด

21) เป็นผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ

22) มีพฤติการณ์อันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

ทั้งนี้ ผู้ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยที่ยังมิได้พ้นจากตำแหน่งตาม 18) 19) หรือ 20) หรือยังประกอบวิชาชีพตาม 21) อยู่ ต้องแสดงหลักฐานว่าได้ลาออกหรือเลิกประกอบวิชาชีพแล้วต่อประธานวุฒิสภาภายในเวลาที่ประธานวุฒิสภากำหนด ซึ่งต้องเป็นเวลาก่อนที่ประธานวุฒิสภาจะนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ไม่แสดงหลักฐานภายในกำหนดเวลาดังกล่าว รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 205 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 13 ให้ถือว่าผู้นั้นสละสิทธิ และให้ดำเนินการคัดเลือกหรือสรรหาใหม่

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้สมัคร ผู้ได้รับการคัดเลือก หรือได้รับการสรรหา รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 203 วรรคห้า และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 14 ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหาให้เป็นที่สุด ทั้งนี้ การวินิจฉัยให้ใช้วิธีลงคะแนนโดยเปิดเผย

วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 207 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. มาตรา 17 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ทั้งนี้ ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใหม่แทน

นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 208 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 18 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ ดังนี้

- 1) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของการเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
- 2) ตาย
- 3) ลาออก ในกรณีที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญลาออกจากตำแหน่งให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย
- 4) มีอายุครบ 75 ปี
- 5) ศาลรัฐธรรมนูญมีมติให้พ้นจากตำแหน่งด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เพราะเหตุฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
- 6) พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากศาลฎีกาวินิจฉัยว่าฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีคำพิพากษาว่ามีพฤติการณ์ร้ายชัดปดพิทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

ในกรณีที่มีปัญหาว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดพ้นจากตำแหน่งตาม 1) หรือ 3) หรือไม่ ให้เป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหาให้เป็นที่สุด



ในกรณีที่มิผู้ร้องขอโดยมีหลักฐานตามสมควรว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ใดพ้นจากตำแหน่งตาม 1) หรือ 3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 22 ได้กำหนดให้เลขาธิการวุฒิสภาเสนอเรื่องต่อประธานกรรมการสรรหาภายใน 5 วัน นับแต่วันที่ได้รับการร้องขอ และให้คณะกรรมการสรรหาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จโดยเร็ว ในการวินิจฉัยให้ถือเสียงข้างมาก กรณีที่มีเสียงเท่ากันให้ประธานกรรมการสรรหาออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

การสรรหาหรือคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใหม่

เมื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใหม่ภายในหนึ่ง 120 วัน ก่อนวันที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครบวาระ แต่ถ้าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุอื่นนอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ตำแหน่งว่างลง<sup>148</sup>

การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราว

ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง และยังไม่มีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่เหลืออยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ แต่ถ้ามีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่ไม่ถึง 7 คน จะนั่งพิจารณาหรือทำคำวินิจฉัยมิได้ ในกรณีเช่นนั้นหากมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของประเทศ ให้ศาลรัฐธรรมนูญร้องขอให้ประธานสภาฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดร่วมกันแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราวเพื่อให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครบ 7 คน<sup>149</sup>

ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่เพราะถูกกล่าวหาและสภาฎีกาหรือสภาฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองประทับฟ้อง และมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่ไม่ถึง 7 คน พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 21 ได้กำหนดให้ประธานสภาฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดร่วมกันแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว ให้ครบตามจำนวนที่ต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่

<sup>148</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 19

<sup>149</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 209 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 20 ประกอบมาตรา 21

แต่ไม่เกิน 9 คน โดยให้ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งทำหน้าที่ในฐานะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้จํานวนกว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ตนทำหน้าที่แทนจะปฏิบัติหน้าที่ได้หรือจนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งแทนในการแต่งตั้งดังกล่าวให้คํานึงถึงองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญด้วย

#### องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 211 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 52 ได้กำหนดให้องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทําคําวินิจฉัย ต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 7 คน โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนต้องร่วมพิจารณาคดีและร่วมทําคําวินิจฉัย เว้นแต่มีเหตุถูกคัดค้านหรือมีเหตุจําเป็นอื่นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้ร่วมในการพิจารณาในประเด็นสำคัญแห่งคดีใดย่อมไม่มีอำนาจในการทําคําวินิจฉัยคดีนั้น หากมีปัญหาว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดร่วมในการพิจารณาในประเด็นสำคัญแห่งคดีนั้นหรือไม่ ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยก่อนที่จะดำเนินการสอบสวนพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ เว้นแต่การไม่ร่วมทําคําวินิจฉัยจะทำให้มีองค์คณะเหลือไม่ถึง 7 คน

#### องค์คณะย่อย

เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 49 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 3 คน เป็นผู้พิจารณาโดยให้ถือเสียงข้างมาก ทั้งนี้ จะแต่งตั้งให้มีมากกว่าหนึ่งคณะก็ได้

ในกรณีที่คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับการแต่งตั้งมีความเห็นควรสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ให้เสนอศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 5 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นพ้องด้วยกับความเห็นนั้น ให้จัดทําเป็นคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นพ้องด้วย ให้ดำเนินการตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญ

#### การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

##### 1) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยผลของกฎหมาย

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจถูกคัดค้านด้วยเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 ดังต่อไปนี้

(1) เคยเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นหรือเคยเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเคยพิจารณาวินิจฉัยในคดีหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน

(2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยให้ถ้อยคำหรือให้ความเห็นในฐานะพยาน โดยที่ได้รู้เห็นเหตุการณ์ในคดีในศาลอื่นซึ่งพิจารณาวินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวกับคดีที่ขอให้วินิจฉัยนั้นมาก่อน

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) มีหรือเคยมีคดีที่ตุลาการนั้นเอง สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พิพาทกับคู่กรณี สามี ภริยา หรือญาติสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปหรือลงมาของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

## 2) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากขาดความเป็นกลาง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 33 ได้กำหนดให้ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนได้เสียหรือมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 32 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นอาจถูกคัดค้านด้วยเหตุอันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาหรือวินิจฉัยเสียความยุติธรรมไป

เมื่อมีเหตุที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจถูกคัดค้านได้ตามข้อ 1) หรือข้อ 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 35 ได้กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกข้อคัดค้านขึ้นอ้างโดยทำเป็นคำร้องคัดค้านยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ก่อนมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งชี้ขาด แต่อย่างช้าต้องไม่เกิน 10 วัน นับแต่วันที่ทราบเหตุคัดค้านนั้น โดยคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องระบุเหตุที่จะคัดค้าน พร้อมทั้งข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องใดมีมากกว่า 1 คน ให้คู่กรณีจัดทำคำร้องแยกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละรายไป<sup>150</sup> และเมื่อมีการยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นโดยเร็ว

โดยปกติตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะขอถอนตัวจากการพิจารณาคดีหรือการทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งคดีไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุที่อาจถูกคัดค้านตามข้อ 1) หรือข้อ 2) เมื่อมีการขอถอนตัวและศาลรัฐธรรมนูญอนุญาตแล้ว ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งขอถอนตัวงดการปฏิบัติหน้าที่ในคดีนั้นได้<sup>151</sup>

<sup>150</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 36

<sup>151</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 34

เมื่อมีการขอลอนตัวหรือยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามข้อ 1) หรือข้อ 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 37 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประชุมปรึกษาหารือเพื่อพิจารณาเหตุขอลอนตัวหรือเหตุคัดค้านนั้น โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งขอลอนตัวหรือถูกคัดค้านจะร่วมพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดคำขอลอนตัวหรือคำร้องที่คัดค้านตนเองมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในการพิจารณาเหตุขอลอนตัวหรือเหตุคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญฟังคำชี้แจงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ขอลอนตัวหรือถูกคัดค้านประกอบด้วย โดยการชี้ขาดเหตุขอลอนตัวหรือเหตุคัดค้านให้ถือตามคะแนนเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ผู้ที่ทำหน้าที่ประธานออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด ในการลงมติให้กระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ

สำหรับการพิจารณาที่ได้ดำเนินไปก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งชี้ขาดยอมสมบรูณ์ไม่เสียไปเพราะเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งชี้ขาดให้ถอนตัวหรืออนุญาตตามคำคัดค้าน เว้นแต่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้กำหนดไว้ในคำสั่งเป็นอย่างอื่น

เมื่อมีการชี้ขาดเหตุขอลอนตัวหรือเหตุคัดค้านแล้ว ถ้าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ปฏิบัติหน้าที่เหลืออยู่ไม่ถึง 7 คน ให้ศาลรัฐธรรมนูญร้องขอต่อประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดให้ดำเนินการแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะคดีนั้นให้ครบ 7 คน

## 2.2 อำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

โดยอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ซึ่งพอจะสรุปในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

### 2.2.1 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>152</sup>

1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ

(1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

<sup>152</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 210 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (1)

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าเป็นการตรวจสอบก่อนที่กระบวนการตรากฎหมายจะแล้วเสร็จและประกาศใช้บังคับ ซึ่งเป็นการควบคุมทั้งในด้านเนื้อหาและรูปแบบหรือกระบวนการตรากฎหมายว่าถูกต้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรพิจารณาวินิจฉัย “ร่างพระราชบัญญัติ” หรือ “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” ที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว และก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย โดยมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

ก. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 148 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ดังนี้

ก) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และได้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ข) นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่ข้อความดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญ ให้เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นยังสามารถประกาศใช้บังคับได้

ข. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 132 ได้กำหนดให้กระทำเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 132 ประกอบมาตรา 148 โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่มีข้อแตกต่างกันตรงที่จำนวนสมาชิกในการเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา เพื่อให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ต้องมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา แต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน

(2) การวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอมีให้มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ยับยั้งไว้หรือไม่

โดยทั่วไปการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจะต้องเริ่มต้นเสนอที่สภาผู้แทนราษฎรก่อน เมื่อสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้วจึงเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ตาม ในขั้นตอนนี้หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วย ถือว่าวุฒิสภาได้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อนและส่งกลับคืนให้สภาผู้แทนราษฎร หรือหากวุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติ แต่สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นด้วยกับการแก้ไข และได้มีการตั้งคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณา แต่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย ในกรณีเช่นนี้ถือว่ามีกรยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน ซึ่งระหว่างที่มีการยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว สภาผู้แทนราษฎรจะยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ต่อเมื่อระยะเวลา 180 วัน ได้ล่วงพ้นไปแล้ว เว้นแต่จะเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรอาจยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ต่อเมื่อระยะเวลา 10 วัน ได้ล่วงพ้นไปแล้ว และในระหว่างที่มีการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ ห้ามมิให้คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ยับยั้งไว้

โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 139 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (6) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ยับยั้งไว้หรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่วุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอหรือส่งให้พิจารณานั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ ให้ประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

## 2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังที่ประกาศใช้บังคับแล้ว โดยกำหนดช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ศาลเป็นผู้เสนอ<sup>153</sup> โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ จะต้องปรากฏว่ามีคดีเกิดขึ้นในศาลก่อน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร และไม่ว่าคดีจะอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นศาลใดก็ตาม หากคู่ความโต้แย้งหรือศาลเห็นเองว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับในคดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่มีข้อแตกต่างกันตรงที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมโดยให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาในคดีอาญาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นผู้ไม่เคย

<sup>153</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 212

กระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้ยื่นข้อร้องเรียนยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ

(2) ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นเสนอ<sup>154</sup> โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณา วินิจฉัย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่มีข้อแตกต่างตรงที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยไม่ต้องมีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินก่อนดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

(3) บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้เป็นผู้เสนอ<sup>155</sup> โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยคดีได้<sup>156</sup> ถ้าบุคคลนั้นเห็นว่าการละเมิดดังกล่าวเป็นผลมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และได้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินภายในกำหนดเวลาแล้ว แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ พร้อมความเห็นภายใน 60 วัน นับแต่วันที่รับคำร้องจากผู้ร้อง หรือได้ยื่นคำร้องเมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว<sup>157</sup>

มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

<sup>154</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 231 (1)

<sup>155</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 213 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (11)

<sup>156</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46

<sup>157</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 48



3) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด  
ของฝ่ายบริหาร

คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนด ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติได้ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ เมื่อได้มีการตราพระราชกำหนดแล้ว คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติ ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นหรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยื่นยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

แต่ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะอนุมัติพระราชกำหนดนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 173 ประกอบมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่ได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ และประธานแห่งสภานั้นได้ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่ได้กำหนดเวลาให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็น และให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคำวินิจฉัยภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

4) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของ  
ฝ่ายนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 149 ประกอบมาตรา 148 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (8) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา หรือร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

### **2.2.2 การวินิจฉัยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ การกระทำใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ**

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 144 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (7) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ การกระทำใด เพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาเห็นว่า การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมการ การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย ให้เสนอศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่จะมีข้อแตกต่างตรงที่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมให้สมาชิกสภาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาซึ่งได้กระทำการดังกล่าวต้องสิ้นสุดลงนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยและให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้นั้น ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้กระทำการ หรืออนุมัติให้กระทำการหรือรู้ว่ามีกระทำการดังกล่าว แต่มิได้สั่งยับยั้ง ให้คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย และให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่งนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้อยู่ในที่ประชุมในขณะที่มีมติ และให้ผู้กระทำการดังกล่าวต้องรับผิดชอบใช้นั้นคืนพร้อมด้วยดอกเบี้ย

นอกจากจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังกำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจในการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ การกระทำใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณได้

เมื่อได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้จัดทำโครงการหรืออนุมัติหรือจัดสรรเงินงบประมาณและได้ทำการสอบสวนแล้วเห็นว่ากรณีมีมูล

### 2.2.3 การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภาและรัฐมนตรี

#### 1) การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 82 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (5) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภานั้นสิ้นสุดลงหรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ

(1) ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ได้เข้าชื่อร้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า สมาชิกภาพของสมาชิกคนใดคนหนึ่งแห่งสภานั้นสิ้นสุดลง ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

(2) ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งมีเหตุสิ้นสุดลง ให้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่

(1) เหตุแห่งการวินิจฉัยการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของสมาชิกรัฐสภา

(2) หากปรากฏเหตุอันควรสงสัยว่าสมาชิกผู้ถูกร้องมีกรณีตามที่ถูกร้อง รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกคำสั่งให้สมาชิกผู้ถูกร้องหยุดปฏิบัติหน้าที่จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยได้ ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ไม่มีอำนาจดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกผู้ถูกร้องสิ้นสุดลง รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้สมาชิกผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่หยุดปฏิบัติหน้าที่ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้สมาชิกผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

(4) ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งมีเหตุสิ้นสุดลง รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสามารถส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้เลย

ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องส่งเรื่องไปยังประธานแห่งสภาที่ผู้ยื่นเป็นสมาชิก และให้ประธานแห่งสภานั้นเป็นผู้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

## 2) การวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 170 วรรคสาม ประกอบมาตรา 82 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (9) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ

(1) ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ได้เข้าชื่อร้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ใดผู้หนึ่งนั้นสิ้นสุดลง ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

(2) ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าความเป็นรัฐมนตรีของคนใดคนหนึ่งนั้นสิ้นสุดลง ให้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่

(1) เหตุแห่งการวินิจฉัยการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของความเป็นรัฐมนตรี

(2) หากปรากฏเหตุอันควรสงสัยว่ารัฐมนตรีผู้ถูกร้องมีกรณีตามที่ถูกร้อง รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกคำสั่งให้รัฐมนตรีผู้ถูกร้องหยุดปฏิบัติหน้าที่จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยได้ ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ไม่มีอำนาจดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลง รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่หยุดปฏิบัติหน้าที่ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือกระทำการอันต้องห้ามดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

### 2.2.4 การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 210 (2) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (2) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ต้องเป็นปัญหาซึ่งเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจที่เกิดขึ้นแล้ว โดยในกรณีที่ปัญหานั้นเกิดขึ้นกับหน่วยงานใด ให้หน่วยงานนั้นเป็นผู้มีสิทธิยื่นหนังสือต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่ปัญหาได้แย้งระหว่างหน่วยงาน ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีสิทธิยื่นหนังสือต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย<sup>158</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างตรงที่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดเพียงแต่ว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น

### 2.2.5 การวินิจฉัยว่าบุคคลใดใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 49 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (3) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ถ้ามีบุคคลใดใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ผู้ทราบว่ามีกระทำความดังกล่าว ย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้ ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีที่พรรคการเมืองใดใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองใดได้

<sup>158</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 44

กระทำการอันเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือพรรคการเมืองกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย หรือมีเหตุอันจะต้องยุบพรรคการเมืองตามที่กฎหมายกำหนด พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 ได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งสามารถยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นได้ และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการได้สวนแล้ว มีหลักฐานว่าพรรคการเมืองได้กระทำการตามเหตุดังกล่าว ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น

2) ไม่รวมถึงกรณีที่บุคคลใดใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

3) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ผู้ที่ทราบการกระทำดังกล่าวสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ หากได้ใช้สิทธิร้องต่ออัยการแล้ว แต่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอหรือไม่ดำเนินการภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ที่กำหนดให้ผู้ที่ทราบการกระทำนั้นมีสิทธิเพียงเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวเท่านั้น

## 2.2.6 การวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 178 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (10) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อน โดยมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่มีข้อแตกต่างตรงที่ผู้ที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ คือ คณะรัฐมนตรี แต่สำหรับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาไม่มีอำนาจในการเข้าชื่อเสนอความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

โดยหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้แก่

1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมี

สิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

4) หนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจสังคมหรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง

### 2.2.7 การวินิจฉัยคดีที่ประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 51 ได้กำหนดให้การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวด 5 ถ้าการนั้นเป็นการทำให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชนที่จะติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ รวมตลอดทั้งฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดให้ประชาชนหรือชุมชนได้รับประโยชน์นั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (4) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ บุคคลหรือชุมชนซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการทำหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ และได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ หรือการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนหรือล่าช้าเกินสมควร ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

1) บุคคลหรือชุมชนนั้นได้ร้องขอให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องจัดให้ตนหรือชุมชนได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐปฏิเสธไม่ดำเนินการ หรือไม่ดำเนินการภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับการร้องขอหรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้อง และบุคคลหรือชุมชนได้โต้แย้งการดำเนินการหรือไม่ดำเนินการดังกล่าวเป็นหนังสือต่อหน่วยงานนั้นภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ทราบหรือวันที่ได้รับแจ้งหรือถือว่าได้รับแจ้ง และ

2) บุคคลหรือชุมชนได้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่า หน่วยงานของรัฐมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิหนังสือโต้แย้งตาม 1) ในกรณีนี้ หากผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าหน่วยงานของรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญถูกต้องครบถ้วนแล้ว ให้แจ้งให้ผู้ร้องและหน่วยงานของรัฐทราบ แต่หากผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าหน่วยงานของรัฐยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน ให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีทราบถึงการดังกล่าว

3) ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินและสั่งการตามที่เห็นสมควร ในการนี้ คณะรัฐมนตรีอาจมอบหมายให้คณะกรรมการหรือหน่วยงานใดเป็นผู้พิจารณาและเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีก็ได้ เมื่อคณะรัฐมนตรีสั่งการเป็นประการใดแล้ว ให้แจ้งให้บุคคลหรือชุมชนทราบ หากบุคคลหรือชุมชนเห็นว่าคำสั่งการของ

คณะรัฐมนตรียังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามรัฐธรรมนูญ หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ อาจยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง

## 2.2.8 การวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข

### เพิ่มเติม

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 255 ได้กำหนดห้ามมิให้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 256 (8) ยังได้กำหนดให้ในกรณีที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ก่อน ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวแล้ว จึงให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

ถ้าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อมาตรา 255 หรือมาตรา 256 (8) แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 256 (9) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (12) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ก่อนที่นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) โดยให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้



มีข้อสังเกตว่า

1) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าข้อบังคับของพรรคการเมืองที่ได้ยื่นต่อ นายทะเบียนพรรคการเมืองมีลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดความแตกแยกระหว่างคนในชาติ หรือครอบงำหรือเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 17 วรรคสามและวรรคสี่ ได้กำหนดให้นายทะเบียนพรรคการเมืองรายงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อพิจารณา และมีมติให้เพิกถอนข้อบังคับนั้น และให้แจ้งมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองทราบภายใน 7 วัน นับแต่วันที่มามีมติ ภายหลังจากที่รับทราบมติดังกล่าวแล้ว หัวหน้าพรรคการเมืองนั้นมีสิทธิยื่นคำร้องคัดค้านมติให้เพิกถอนข้อบังคับพรรคการเมืองของคณะกรรมการการเลือกตั้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งมติของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

2) รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยยุทธศาสตร์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งพรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่และอำนาจที่นอกเหนือจากการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) การเสนอแนะความเห็นต่อร่างกฎหมาย

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 132 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ กล่าวคือ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ให้รัฐสภาส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไปยังศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความเห็น ถ้าศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี ไม่มีข้อทักท้วงภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ก็ให้รัฐสภาดำเนินการต่อไป แต่ถ้าศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระ

ที่เกี่ยวข้อง เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็ให้เสนอความเห็นนั้นไปยังรัฐสภาและให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง ตามที่เห็นสมควรได้ โดยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็นดังกล่าว และเมื่อดำเนินการเสร็จแล้วให้รัฐสภาดำเนินการต่อไป

#### 2) อำนาจหน้าที่ในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้โดยตรงดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 131 (1) ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยผ่านคณะรัฐมนตรี

#### 3) การพิจารณาแต่งตั้งบุคคลหรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นคณะกรรมการสรรหา

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 217 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลเป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระนอกจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 14 ยังบัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 1 คน ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (กสทช.) ด้วย

#### 4) การกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 219 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระร่วมกันกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมขึ้นใช้บังคับแก่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน โดยในการจัดทำมาตรฐานทางจริยธรรม ให้รับฟังความคิดเห็นของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีประกอบด้วย และเมื่อประกาศใช้บังคับแล้วให้ใช้บังคับแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีด้วย แต่ไม่ห้ามสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรีที่จะกำหนดจริยธรรมเพิ่มขึ้นให้เหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่ของตน แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับมาตรฐานทางจริยธรรม

### 2.3 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย

สำหรับการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 210 วรรคสอง ได้กำหนดว่า นอกจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 75 ได้กำหนดให้ในการวินิจฉัยคดีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนต้องทำความเห็นส่วนตัวเป็นหนังสือ พร้อมทั้งแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุม และให้ที่ประชุมปรึกษาหารือร่วมกันก่อนแล้วจึงลงมติ โดยองค์คณะอาจมอบหมายให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งคนใดเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยตามมติของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อยต้องประกอบด้วย<sup>159</sup>

- 1) ข้ออ้างและคำขอตามที่ปรากฏในคำร้องหรือหนังสือขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย
- 2) ข้อโต้แย้งในคำชี้แจงข้อกล่าวหา
- 3) ประเด็นแห่งคดี
- 4) สรุปข้อเท็จจริงที่ได้จากการพิจารณา
- 5) เหตุผลในการวินิจฉัยในแต่ละประเด็น
- 6) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอ้างอิง
- 7) ผลแห่งคำวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 211 วรรคสอง ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องถือเสียงข้างมาก เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมให้ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ให้ศาลรัฐธรรมนูญปรึกษาหารือกันจนกว่าจะได้ข้อยุติ

ในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในคำวินิจฉัยนั้น โดยศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งหลังวันอ่านคำวินิจฉัย หรืออาจกำหนดเงื่อนไขหรือมาตรการในการบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ทั้งนี้ ตามความจำเป็นหรือสมควรตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และให้องค์กร หน่วยงานของรัฐ หรือบุคคลใดที่มีหน้าที่

<sup>159</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 73

ในการบังคับรายงานผลการปฏิบัติหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามคำบังคับต่อศาลรัฐธรรมนูญ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 75 วรรคสองและวรรคสี่ ได้กำหนดให้ความเห็นส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ต้องเผยแพร่ต่อสาธารณะ สำหรับคำวินิจฉัยของศาลของรัฐธรรมนูญ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิมีคำวินิจฉัย

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 211 วรรคสี่ ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้มีผลในวันอ่าน ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในคดีที่มีคู่กรณี ถ้าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย แล้วแต่กรณี ทราบนัดโดยชอบแล้วไม่มา ให้ศาลรัฐธรรมนูญบันทึกไว้และให้ถือว่าคำวินิจฉัยนั้นได้อ่านโดยชอบแล้ว สำหรับในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในคดีที่ไม่มีผู้ถูกร้อง ให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยของศาลแก่ผู้ร้อง หรือผู้มีหนังสือขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย และให้ถือว่าวันที่ศาลรัฐธรรมนูญลงมติซึ่งเป็นวันที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเป็นวันอ่าน<sup>160</sup>

คำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือจำหน่ายคดี

ในการทำคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือจำหน่ายคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 77 ประกอบกับมาตรา 75 วรรคสาม ได้กำหนดให้องค์คณะอาจมอบหมายให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งคนใดเป็นผู้จัดทำคำสั่งตามมติของศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ โดยคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือจำหน่ายคดี ต้องประกอบด้วย

- 1) ความเป็นมาโดยย่อของคดี
- 2) เหตุผลในการมีคำสั่ง
- 3) ความเห็นประกอบ และ
- 4) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอ้างอิง

<sup>160</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 76 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม

เมื่อจัดทำคำสั่งเสร็จแล้วให้แจ้งคู่กรณีทราบ พร้อมปิดประกาศไว้ ณ ที่ทำการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 15 วัน โดยคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญให้มีผลในวันที่ศาลลงมติซึ่งเป็นวันที่ปรากฏในคำสั่ง

การแก้ไขคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 78 ได้กำหนดให้ในกรณีที่คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญมีข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเล็กน้อย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นเองหรือเมื่อคู่กรณีร้องขอและศาลรัฐธรรมนูญเห็นสมควร ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเล็กน้อยเช่นว่านั้นให้ถูกต้องก็ได้ แต่การทำคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการกลับหรือแก้ผลในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเดิม เมื่อได้ทำคำสั่งเช่นว่านั้นแล้ว ให้แจ้งคู่กรณีทราบ



## บทที่ 4

# วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเทศไทยได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ยุบเลิกไป และสืบต่อกันมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 โดยความคาดหวังว่าศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรที่น่าพาดพิงแตกต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ ให้สามารถขับเคลื่อนไปได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งพัฒนากลไกทางการเมือง และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย แต่ที่ผ่านมามีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้เป็นจุดพลิกผันทางการเมืองครั้งสำคัญ อาทิ คำวินิจฉัยว่านายสมัคร สุนทรเวช มีลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และคำวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตาม วิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี สิ้นสุดลง เป็นต้น คำวินิจฉัยเหล่านี้ได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับฝ่ายการเมือง รวมทั้งประชาชนผู้สนับสนุนฝ่ายการเมือง นำไปสู่การตั้งคำถามถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการมีศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย ตลอดจนการหาข้อเสนอกว่าเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับ สภาพปัญหาของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขให้ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จากการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการ ที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของ ศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกา ตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน รวมทั้งสถานะ ทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โดยจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มีปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับสถานะ ทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ เนื่องจากยังขาดความชัดเจนและไม่มีความเหมาะสม

ปัญหาดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ผิดเพี้ยนไปจากความคาดหวังที่ควรจะเป็น โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 เป็นคำวินิจฉัยที่สะท้อนให้เห็นถึงสภาพปัญหาดังกล่าวได้เป็นอย่างดี ผู้วิจัยจึงได้นำคำวินิจฉัยดังกล่าวมาวิเคราะห์ โดยมีวัตถุประสงค์ให้เห็นเป็นตัวอย่างว่าสภาพปัญหาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยผู้วิจัยขอแยกวิเคราะห์ประเด็นปัญหา ดังนี้

## 1. ปัญหาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 นั้น เป็นเรื่องที่ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... มาตรา 56 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากเห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ โดยแบ่งออกเป็น 2 ช่วงเวลา คือ ในระหว่างที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 267 บุคคลดังกล่าวยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป โดยการพ้นจากตำแหน่งให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และในกรณีที่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 267 แล้ว การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ซึ่งคำว่า “ต่อไปเพียงใด” นั้น ย่อมมีความหมาย 2 กรณี คือ ให้ดำรงตำแหน่งอยู่ต่อไปหรือไม่ หรือให้ดำรงตำแหน่งอยู่ต่อไปอีกเป็นระยะเวลาเท่าใด คำว่า “เพียงใด” น่าจะหมายถึง แต่เพียงช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งที่เหมาะสมตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 267 จะกำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลเท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงการให้บุคคลดังกล่าวดำรงตำแหน่งต่อไปจนครบวาระการดำรงตำแหน่งทั้งหมดเท่าที่เหลืออยู่ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 ไม่มีบทบัญญัติโดยยกเว้นว่าไม่ต้องนำคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และ

ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้มาใช้บังคับ  
 ดังนั้น แม้จะมีบทบัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และ  
 ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ตามพระราชบัญญัติ  
 ประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องจะได้บัญญัติไว้ก็ตาม แต่ก็ต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ  
 ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น การที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย  
 ผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... มาตรา 56 บัญญัติให้ยกเว้นคุณสมบัติบางประการตามรัฐธรรมนูญ  
 เพื่อให้ดำรงตำแหน่งอยู่ต่อไปได้ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย  
 ผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... มาตรา 56 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่า  
 บทเฉพาะกาลที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจำเป็นต้อง  
 มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน  
 เพื่อให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างราบรื่นและเหมาะสมกับสภาพบ้านเมืองในระยะเริ่มแรก  
 รวมทั้งเพื่อให้องค์กรนั้นสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง  
 โดยมีให้เกิดช่องว่างอันจะส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ต้องหยุดชะงัก จนกว่ากลไกที่กำหนดขึ้นใหม่  
 หรือใช้บังคับนั้นมีความพร้อมหรือสามารถดำเนินการได้ แล้วแต่กรณี หลักการนี้ได้มีการบัญญัติ  
 ไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง โดยเป็นการรับรองสถานะของตุลาการ  
 ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่  
 ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่าน  
 การบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่ง  
 ดังกล่าวเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ซึ่งการรับรองสถานะข้างต้นได้กำหนดไว้เป็น 2 ช่วงเวลา กล่าวคือ  
 ช่วงที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560  
 มาตรา 267 การพ้นจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฉบับ  
 พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และช่วงที่มีพระราชบัญญัติ  
 ประกอบรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 267 ประกาศใช้บังคับแล้ว  
 การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ  
 ที่จัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 267 โดยรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลา  
 ในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือการพ้นจากตำแหน่ง รวมถึงเหตุยกเว้นคุณสมบัติไว้แต่อย่างใด ซึ่งการ  
 จะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดนั้น อาจกำหนดได้หลายรูปแบบ ทั้งนี้  
 การจะกำหนดในรูปแบบใดจะต้องคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสมทั้งในเรื่อง  
 องค์ประกอบ หน้าที่ และอำนาจของแต่ละองค์กร และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ



สำหรับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... นั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาตามบริบทความจำเป็นของกฎหมายและหลักนิติธรรมอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและผู้ตรวจการแผ่นดิน ก็มิได้มีความเห็นที่ไม่สอดคล้องต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยร่างบทบัญญัติดังกล่าวได้ กำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปออกเป็น 2 ส่วน คือ

1) ระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งต่อไป ร่างบทบัญญัตินี้กำหนดให้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2542

2) คุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ ร่างบทบัญญัตินี้กำหนดมิให้นำคุณสมบัติบางประการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติมาใช้ โดยกำหนดให้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุตามมาตรา 18 แต่มิให้นำกรณีตาม (3) ในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 8 มาใช้บังคับ

เมื่อร่างมาตรา 56 เป็นเพียงร่างบทบัญญัติว่าด้วยการรับรองสถานะของประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้กฎหมายฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างราบรื่น รวมทั้งเพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง โดยมีให้เกิดข้อกังวลว่าจะส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องหยุดชะงัก การกำหนดในรูปแบบของบทเฉพาะกาลดังกล่าวจึงเป็นไปตามหลักนิติธรรมที่คำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น ความเหมาะสม และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแล้ว โดยการกำหนดรูปแบบดังกล่าวของผู้ตรวจการแผ่นดินก็อาจมีความแตกต่างจากรูปแบบขององค์กรอิสระอื่นได้

ส่วนข้อที่ว่า ร่างมาตรา 56 ที่กำหนดให้ยกเว้นการนำมาตรา 8 มาใช้บังคับ ซึ่งเป็นคุณสมบัติของผู้ตรวจการแผ่นดินที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 228 มีผลให้ร่างมาตราดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น เห็นว่า เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้กำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดของผู้ดำรงตำแหน่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้พิจารณากำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหรือการพ้นจาก

ตำแหน่ง รวมถึงเหตุยกเว้นคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การที่ร่างมาตรา 56 กำหนดการยกเว้นคุณสมบัติบางประการตามรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่กรณีที่ร่างมาตรา 56 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 ได้บัญญัติรับรองสถานะของประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ และเมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องที่จัดทำขึ้นตามมาตรา 267 ใช้บังคับแล้ว การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยไม่ได้บัญญัติยกเว้นว่าไม่ต้องนำคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้มาใช้บังคับ ดังนั้น แม้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินจะยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ตามที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... จะได้บัญญัติไว้ก็ตาม แต่ก็ต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย การที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... มาตรา 56 กำหนดคบทยกเว้นในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 8 มิให้นำมาใช้บังคับ ซึ่งมาตรา 8 ได้กำหนดคุณสมบัติไว้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 228 วรรคหนึ่ง จึงเป็นกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... มาตรา 56 ได้กำหนดคบทยกเว้นไม่ต้องนำคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 228 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 ไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ... มาตรา 56 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 ซึ่งก็คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 โดยประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ส่งความเห็นของสมาชิกนิติบัญญัติแห่งชาติให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 185 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... มาตรา 185 ที่บัญญัติให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดใน

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 19 เว้นแต่กรณีตามมาตรา 19 (3) ในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 9 และลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 11 (1) และ (18) มิให้นำมาใช้บังคับนั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 216 (3) ประกอบกับมาตรา 202 (1) และ (4) และมาตรา 273 เนื่องจากยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 11 (1) และ (18) มาใช้กับกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติชุดปัจจุบัน อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง มิได้กำหนดบทยกเว้นว่าไม่ต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระมาใช้บังคับกับกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติชุดปัจจุบันซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ และคำว่า “เพียงใด” นั้น น่าจะมีความหมายเพียงว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีอำนาจกำหนด “ระยะเวลา” ที่จะให้ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระชุดปัจจุบันยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป โดยมีได้หมายความว่าถึงการยกเว้นลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญให้แก่บุคคลกลุ่มดังกล่าวด้วย แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2560 แล้วก็ตาม แต่ยังมีได้วินิจฉัยในประเด็นว่าการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง จะสามารถยกเว้น ไม่นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 216 (3) ประกอบมาตรา 202 มาใช้บังคับกับผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระชุดปัจจุบันได้หรือไม่

โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... มาตรา 185 ในส่วนที่เกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 11 (1) และ (18) มิให้นำมาใช้บังคับ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยทำนองเดียวกันกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 ว่า บทเฉพาะกาลที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจำเป็นต้องมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน เพื่อให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างราบรื่นและเหมาะสมกับสภาพบ้านเมืองในระยะเริ่มแรก รวมทั้งเพื่อให้องค์กรต่าง ๆ สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง โดยมีให้เกิดช่องว่างอันจะส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ต้องหยุดชะงัก จนกว่ากลไกที่กำหนดขึ้นใหม่หรือใช้บังคับนั้นมีความพร้อมหรือสามารถดำเนินการได้ แล้วแต่กรณี หลักการนี้ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 273 วรรคหนึ่ง โดยมีความมุ่งหมายเพื่อรับรองสถานะของผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างต่อเนื่องในช่วงเปลี่ยนผ่านของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใด

ย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องขององค์กรนั้น ๆ ซึ่งได้จัดทำขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 267 โดยบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือการพ้นจากตำแหน่ง รวมถึงเหตุยกเว้นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด โดยที่รัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงองค์กรอิสระแต่ละองค์กร ทั้งโครงสร้าง คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และวาระการดำรงตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวไว้แตกต่างกันไปจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 การที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะกำหนดรูปแบบใด จะต้องคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสม ทั้งในเรื่ององค์ประกอบ หน้าที่ และอำนาจของแต่ละองค์กร และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวเนื่องกับรัฐธรรมนูญ โดยมีไว้เพื่อกำหนดรายละเอียดที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเห็นได้ว่าในช่วงเวลาเปลี่ยนผ่านหรือช่วงเวลาตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญได้ยกเว้นการบังคับใช้คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่กำหนดขึ้นใหม่กับผู้ดำรงตำแหน่งที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อไปนั้นไว้ในเบื้องต้นแล้ว รวมทั้งยังยอมรับในหลักการของความแตกต่างระหว่างหน้าที่และอำนาจขององค์กรอิสระของแต่ละองค์กร บทเฉพาะกาลของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงอาจกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระนั้นดำรงตำแหน่งต่อไปจนครบวาระเดิมที่มีอยู่ โดยมีการยกเว้นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามที่กำหนดขึ้นใหม่บางประการ หรือบัญญัติให้เฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระที่มีคุณสมบัติครบถ้วนคงอยู่ในตำแหน่งต่อไป หรือบัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในปัจจุบันพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ ขึ้นอยู่กับเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสมของแต่ละองค์กร เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กรสามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อประโยชน์สูงสุดของประเทศชาติเป็นสำคัญ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2560 วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. .... มาตรา 56 ที่กำหนดยกเว้นคุณสมบัติบางประการตามรัฐธรรมนูญมิให้นำมาใช้บังคับกับผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งอยู่ในตำแหน่งก่อนวันประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวมิได้วินิจฉัยครอบคลุมถึงลักษณะต้องห้าม ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายของคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามและการนำมาใช้แล้ว จะเห็นได้ว่าคุณสมบัติหรือมาตรการในการคัดเลือกและควบคุมพฤติกรรมบุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและเป็นเรื่องถูกกำหนดไว้เพื่อผลอย่างเดียวกัน จึงถือได้ว่าทั้งคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์สอดคล้องเชื่อมโยงกันอย่างใกล้ชิด

ทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2560 วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้กำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไป เพียงใจของผู้ดำรงตำแหน่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้พิจารณากำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือการพ้นจากตำแหน่ง รวมถึงเหตุยกเว้นคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น การที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 263 เป็นผู้พิจารณาและเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 185 โดยกำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งในช่วงเปลี่ยนผ่านเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งเป็นไปอย่างต่อเนื่องตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ได้พิจารณาตามหลักนิติธรรมและคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสม ทั้งในเรื่ององค์ประกอบ หน้าที่ และอำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติและเป็นการสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอันมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าวเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยที่ 1/2560 เนื่องจากเห็นว่า คำวินิจฉัยทั้งสองของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหลักการในทางกฎหมายมหาชน โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ แม้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 จะได้มอบอำนาจให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้พิจารณากำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่ง ในองค์กรอิสระซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่า จะสามารถกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้โดยไม่มีข้อจำกัด การที่จะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวดำรงตำแหน่งต่อไปนั้น ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด ดังนั้น การที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 185 บัญญัติไม่ให้นำลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา 11 (1) และ (18) มาใช้บังคับ โดยที่ลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 11 (1) และ (18) นั้น เป็นลักษณะต้องห้ามทั่วไปของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 216 (3) ประกอบมาตรา 202 (1) และ (4) จึงเป็นกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 185

ได้กำหนดบทยกเว้นไม่ต้องนำลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 216 (3) ประกอบมาตรา 202 (1) และ (4) มาใช้บังคับ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 273 ไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 185 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 267 วรรคสอง จะเห็นได้ว่า การจัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น สถานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... ก็จะต้องจัดทำให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยการเอารัฐธรรมนูญมาเป็นกรอบในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แต่สถานิติบัญญัติแห่งชาติกลับจัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. .... โดยกำหนดให้การยกเว้นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ จึงเป็นการไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และหากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 แล้ว จะพบว่ามีความมุ่งหมายให้มีการปฏิรูปองค์กรอิสระซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สุจริต และเที่ยงธรรมดังที่ปรากฏในคำปรารภรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 จึงได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระไว้สูงกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อน ดังนั้น การที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 185 ยกเว้นลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ จึงทำให้การปฏิรูปองค์กรอิสระให้มีความอิสระอย่างแท้จริงไม่สามารถดำเนินการได้โดยเร็วตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติของประชาชน อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ... มาตรา 185 ยังมีผลทำให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไป จึงเป็นการตรากฎหมายที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่เป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับ มาตรา 26 อันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรมอีกด้วย

โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 เป็นตัวอย่างที่แสดงถึงความไม่สอดคล้องกับหลักการในกฎหมายมหาชน ทั้งยังเป็นการขัดหรือแย้งต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอีกด้วย เหตุผลส่วนหนึ่งอาจเกิดจากปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ตระหนัก

ถึงสถานะความเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล ซึ่งจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งหลักการทั่วไปของกฎหมายด้วย โดยเฉพาะในการปกป้องรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน และเหตุผลอีกส่วนหนึ่งอาจเกิดจากปัญหาโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งขาดผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชนและผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในการบริหารบ้านเมือง รวมทั้งการที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กลับไปหาประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นมา ทำให้การใช้และการตีความของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนเป็นสำคัญ

## 2. ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะมีสถานะทางกฎหมายเป็น “องค์กรตุลาการหรือศาล” ซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ซึ่งแต่เดิมศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรศาลเช่นเดียวกัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ต่างก็ได้กำหนดให้อยู่ในหมวดศาล โดยอยู่ร่วมกับศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร แต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแยกออกมาต่างหากจากศาลอื่น ๆ โดยกำหนดให้มีหมวดของศาลรัฐธรรมนูญเอง การแยกศาลรัฐธรรมนูญออกมาต่างหากจากหมวดศาลเช่นนี้ ย่อมทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายว่ายังคงเป็นองค์กรศาลอยู่หรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 3 ได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นของปวงชนชาวไทยนั้น ทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นองค์กรศาลซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาวินิจฉัยคดีแล้ว จะถือว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรใดในการใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ จะถือว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรอิสระก็ได้ เนื่องจากไม่ได้รวมอยู่ในหมวดขององค์กรอิสระ หากพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 แล้ว จะพบว่า ได้มีการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจและหน้าที่อย่างอื่นนอกเหนือจากการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญด้วย อาทิ การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยผ่านคณะรัฐมนตรี การพิจารณาแต่งตั้งบุคคลหรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นคณะกรรมการสรรหา และการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม ซึ่งมีค่าบังคับกฎหมายเป็นต้น ยิ่งทำให้มีผู้เข้าใจคลาดเคลื่อนว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นองค์กรศาล

เพราะหากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรศาลแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ อยู่ในหมวดอื่นแยกต่างจากหมวดศาล หรือเป็นองค์กรศาลที่อยู่เหนือองค์กรศาลอื่น หรือเป็นองค์กรศาล ที่รวมใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารได้ จึงต้องนำไปบัญญัติไว้เป็นพิเศษในหมวดอื่น แยกต่างหากจากหมวดศาล การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแยกต่างหากจากหมวดศาลเช่นนี้ ประกอบกับ การเพิ่มอำนาจอย่างอื่นที่มีให้อำนาจขององค์กรศาลให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ว่า ศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันไม่ได้เป็นองค์กรศาลอีกต่อไป หากแต่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสูงสุด ชนิดใหม่ ความเข้าใจคลาดเคลื่อนดังกล่าวได้ส่งผลต่อภาพลักษณ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ และทำให้ประชาชนขาดความเชื่อมั่นต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ เมื่อไม่ได้กำหนดให้ ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวดศาลแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงความเป็น องค์กรศาลซึ่งจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย รวมทั้งหลักการทั่วไปของกฎหมายด้วย และในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่ได้รับการประกันความเป็นอิสระ ซึ่งจะส่งผลต่อการตีความและการบังคับใช้ กฎหมายให้ผิดเพี้ยนไปจากความคาดหวังที่ควรจะเป็น และจะส่งผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญในที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 210 วรรคสาม ก็จะเห็นได้ว่ามีการให้นำบทบัญญัติในมาตรา 188 มาตรา 190 มาตรา 191 และมาตรา 193 ซึ่งเป็นบททั่วไปของศาล มาใช้บังคับแก่ศาลรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม ประกอบ กับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่แล้ว จะเป็นอำนาจเกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยคดี จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ก็มีสถานะทางกฎหมายเป็น องค์กรศาลอยู่เช่นกัน ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ประกอบกับให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตระหนักถึงความเป็นองค์กรศาลซึ่งจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณา วินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งหลักการทั่วไปของ กฎหมายด้วย จึงเห็นควรกำหนดสถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญเสียใหม่

### 3. ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ

#### 3.1 องค์ประกอบและองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญ

##### 3.3.1 องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ

องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องสำคัญที่ส่งผลต่อความน่าเชื่อถือ ขององค์กรและคำวินิจฉัย เพราะหากเกิดความเคลือบแคลงสงสัยในความเหมาะสมของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ยากที่สังคมจะยอมรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญ



ใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบการดำเนินงานภายในวงงานของรัฐสภา ตลอดจนการวินิจฉัยชี้ขาดความสมบูรณ์ในดำรงตำแหน่งของสมาชิกของรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี เมื่อพิจารณาจากภารกิจและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าต้องผูกพันกับแนวคิดและทฤษฎีทางการเมือง ตลอดจนหลักการและแนวคิดในทางกฎหมายมหาชน ดังนั้น องค์ประกอบและที่มาของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นที่จะสอดคล้องกับหลักการและแนวคิดดังกล่าว โดยจะต้องคัดเลือกและสรรหาให้ได้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชน และผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านการบริหารบ้านเมือง

หากกล่าวถึงองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แล้ว อาจกล่าวได้ว่ายังขาดผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชน และผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านการบริหารบ้านเมือง โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 15 คน ดังนี้

1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 5 คน

2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน

3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 5 คน และ

4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 3 คน ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน ดังนี้

1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 3 คน

2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน

3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 2 คน

4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขาวิทยาศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือก จำนวน 2 คน

โดยจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 จะประกอบด้วย ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายส่วนหนึ่ง ซึ่งได้แก่ ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ ในสัดส่วนที่มากกว่าผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารบ้านเมือง ซึ่งได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิสาขาวิทยาศาสตร์ การกำหนดองค์ประกอบศาลรัฐธรรมนูญไว้เช่นนี้ได้ส่งผลต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา เนื่องจากขาดผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารบ้านเมือง มาให้คำแนะนำเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีทางการเมือง ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้แบบเดียวกัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน ดังนี้

1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งได้รับการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวน 3 คน

2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

3) ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 1 คน

4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขาวิทยาศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 1 คน

5) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี จำนวน 2 คน

โดยจะเห็นได้ว่า องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 โดยยกเว้นผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด จะประกอบด้วย ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย ซึ่งได้แก่ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม

ตุลาการในศาลปกครอง และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ โดยมีจำนวนรวมกันถึง 6 คน ซึ่งเป็นสัดส่วนที่มากกว่าผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารบ้านเมือง ซึ่งได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ โดยมีจำนวนจำกัดเพียง 1 คน เมื่อพิจารณาถึงสัดส่วนระหว่างผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายกับผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารบ้านเมือง ประกอบกับความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะให้มีความเข้มแข็งในการพิจารณาการเมืองแล้ว ก็จะเห็นได้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีการเพิ่มจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์

สำหรับองค์ประกอบของผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้มาจากผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมในสัดส่วนที่มากกว่าตุลาการในศาลปกครอง ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้แบบเดียวกัน กล่าวคือ ได้กำหนดให้มาจากผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม จำนวน 3 คน ในขณะที่กำหนดให้มาจากตุลาการในศาลปกครองมีเพียงจำนวน 2 คน การกำหนดให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายซึ่งมาจากผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมในสัดส่วนที่มากกว่าตุลาการในศาลปกครองน่าจะสิ่งที่ไม่มีความเหมาะสม หากพิจารณาจากระบบการปฏิบัติงานและอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีในปัจจุบันที่มีการแยกระบบศาลยุติธรรมออกจากระบบศาลปกครองโดยเด็ดขาดแล้ว เนื่องจากจะก่อให้เกิดปัญหาความไม่สมดุลระหว่างทัศนคติทางกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนสะท้อนจากสัดส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะนำหลักการ วิธีการตีความ ตลอดจนปรัชญาของกฎหมายในสาขาเอกชนมาใช้กับการตีความเพื่อค้นหาความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญซึ่งมีหลักการและวิธีคิดหลายประการที่สะท้อนถึงปรัชญาทางกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ เนื่องจากได้รับอิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมายสาขาเอกชน อันเกิดจากจำนวนที่มีอยู่เป็นสัดส่วนข้างมากในศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ยังคงจำเป็นที่จะต้องมีส่วนของผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายที่สามารถสะท้อนแนวคิดและปรัชญาทางกฎหมายของสาขากฎหมายเอกชนร่วมอยู่ในศาลรัฐธรรมนูญด้วย แต่ก็ควรกำหนดสัดส่วนให้เท่าเทียมกันระหว่างผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายที่มาจากศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

ดังที่กล่าวมาในข้างต้นแล้วว่าองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญมีความจำเป็นที่จะต้องมีส่วนที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชน ดังนั้น เมื่อได้กำหนดให้สัดส่วนผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายที่มาจากศาลยุติธรรมและศาลปกครองเท่าเทียมกันแล้ว ก็ควรกำหนดเฉพาะเจาะจงลงไปให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์นั้น ต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชนเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายในสาขากฎหมายเอกชนเพิ่มขึ้นมาอีก แต่อย่างไรก็ตาม

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ทำการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์จากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ ซึ่งเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ไว้สูงกว่ารัฐธรรมนูญฉบับ ทั้งนี้ในปัจจุบันผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมีจำนวนที่น้อยมาก การกำหนดให้ต้องดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังคงต้องมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ ทำให้ผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวที่จะได้รับการสรรหาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญน้อยลงไปอีก หากจะกำหนดให้ต้องทำการสรรหาจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชนเท่านั้น ก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาไม่สามารถทำการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์จึงเห็นควรกำหนดให้ทำการสรรหาจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายในทุกสาขาวิชา โดยไม่เจาะจงว่าจะต้องผู้เป็นที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชนเท่านั้น

สำหรับผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ทำการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าว ไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านกฎหมายโดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชน และไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในการบริหารบ้านเมือง เนื่องจากหากทำการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่าแล้ว แม้จะทำให้ได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการบริหารจัดการ แต่ก็เฉพาะภายในองค์กรที่ตนเองเป็นผู้กำกับดูแล ซึ่งไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในการบริหารบ้านเมือง จึงไม่อาจเข้าใจบริบททางด้านการเมืองได้ และหากเป็นการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการในหน่วยงานของรัฐแล้ว บุคคลดังกล่าวก็必将มีความใกล้ชิดกับฝ่ายบริหารเป็นอย่างมาก เนื่องจากจะต้องเคยทำงานภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าเคยมีผลประโยชน์ร่วมกับฝ่ายบริหารมาก่อน เมื่อมาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ก็อาจมีปัญหาเกิดการแทรกแซงจากฝ่ายบริหารได้ ซึ่งจะมีผลทำให้การพิจารณาวินิจฉัยคดีเกิดความไม่เป็นกลาง หรืออาจเคยเป็นคู่ขัดแย้งกับฝ่ายบริหารมาก่อน เมื่อมาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ก็อาจพิจารณาวินิจฉัยคดีด้วยความอคติได้ นอกจากนี้ หากพิจารณาแนวทางในการตีความของคณะกรรมการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ผ่านมาแล้ว ก็จะเห็นได้ว่ามีการตีความขยายความของคำว่า “ตำแหน่งอธิบดีหรือเทียบเท่า” ออกไปจนครอบคลุมถึงผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ซึ่งหากคณะกรรมการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิในชุดปัจจุบันได้ตีความขยายความของตำแหน่งอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่าออกไปตามแนวทางเดิมก็จะทำให้เกิดปัญหาขึ้น เนื่องจากจะไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้กำหนดช่องทางให้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือตุลาการในศาลปกครองเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ทั้งยังอาจมีผลทำให้สัดส่วนอันเป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไปจากที่ควรจะเป็น และหากทำการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด ก็จะทำได้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายในสาขากฎหมายเอกชนเพิ่มขึ้นไปอีก ซึ่งจะมีผลทำให้ได้รับอิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมายสาขาเอกชนอันเกิดจากจำนวนที่มีอยู่ร่วมกับจำนวนผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมเป็นสัดส่วนข้างมากในศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นการขัดต่อความต้องการของศาลรัฐธรรมนูญที่อยากได้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายโดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชน ผู้วิจัยจึงเห็นว่าไม่ควรทำการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด

### 3.1.2 องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญ

ถ้ารับองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีองค์คณะเพียงองค์คณะเดียว เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 แต่ทั้งนี้เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจและหน้าที่มากกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา ซึ่งอาจทำให้ปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญมีจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และอำนาจในการวินิจฉัยคดีที่ประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ ซึ่งได้กำหนดให้ประชาชนสามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้โดยตรง หากได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างครบถ้วน ดังนั้นการที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีองค์คณะเพียงองค์คณะเดียว จึงอาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจแบกรับภารกิจดังกล่าวได้ ซึ่งจะมีผลทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ ทั้งนี้แตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันที่ได้กำหนดให้มีการแบ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะ ซึ่งจะช่วยให้สามารถรองรับปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากได้

### 3.2 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาดำรงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้สูงกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา ซึ่งแตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกา ตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้พิพากษาหรือตุลาการไว้แต่อย่างใด แต่ให้เป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจแต่งตั้งที่จะทำการคัดเลือกบุคคลให้มาดำรงตำแหน่ง โดยในการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดคุณสมบัติทั้งเรื่องการดำรงตำแหน่งและระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการคัดเลือก กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้ว ไม่น้อยกว่า 3 ปี ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะเรื่องการดำรงตำแหน่งมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา โดยไม่ได้กำหนดว่าจะต้องดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดคุณสมบัติในการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาไว้สูงเช่นนี้ อาจทำให้เกิดปัญหาในการคัดเลือกได้ ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามีจำนวนเพียง 45 คน ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนที่น้อยมาก การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ต้องดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้ว ไม่น้อยกว่า 3 ปี ก็จะทำให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาที่มีคุณสมบัติดังกล่าวมีน้อยลงไปอีกหรืออาจไม่มีเลย ซึ่งจะส่งผลให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาไม่อาจทำการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาได้ ทั้งนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 แล้ว ก็จะเห็นได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้ทราบถึงปัญหาดังกล่าวเป็นอย่างดี จึงได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่า ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาจะเลือกบุคคลจากผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาในศาลฎีกามาแล้ว ไม่น้อยกว่า 3 ปีก็ได้ ซึ่งก็อาจจะเป็นไปได้ว่าจะต้องทำการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาโดยอาศัยข้อยกเว้นดังกล่าวแต่เพียงอย่างเดียว หรือในกรณีที่สามารทำการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้ว ไม่น้อยกว่า 3 ปีได้ ก็อาจได้ผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะมาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เนื่องจากผู้พิพากษาในศาลฎีกาที่มีคุณสมบัติดังกล่าวมิให้เลือกน้อยมาก ทำให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาต้องพิจารณาเฉพาะเรื่องคุณสมบัติในการดำรงตำแหน่งและระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยไม่สามารถพิจารณาเรื่องความเหมาะสมหรือคุณสมบัติอย่างอื่นได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วก็จะส่งผลกระทบต่อศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้ผู้ที่มีคุณสมบัติตรงตามที่

กฎหมายกำหนดไว้ แต่ก็ไม่ได้เป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือมีความเหมาะสมอย่างแท้จริงไปทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดคุณสมบัติทั้งเรื่องการดำรงตำแหน่งและระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกเช่นกัน กล่าวคือ จะต้องเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะเรื่องการดำรงตำแหน่งมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดคุณสมบัติในการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไว้สูงกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา โดยกำหนดให้ต้องดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ซึ่งถือว่าเป็นระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานมาก หากนำไปเปรียบเทียบกับผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐซึ่งได้รับเลือกไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันแล้ว ก็ถือได้ว่ามีระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานกว่า โดยผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐซึ่งจะได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันนั้น จะต้องดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐมาแล้วเป็นเวลาอย่างน้อย 3 ปี และหากนำไปเปรียบเทียบกับคุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งจะได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ แม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาทำการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกา โดยกำหนดคุณสมบัติว่าจะต้องดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกาและจะต้องดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ก็ตาม แต่ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วยว่า หากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาไม่สามารถทำการคัดเลือกผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกาได้แล้ว ก็ให้สามารถดำเนินการคัดเลือกผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวแล้ว การกำหนดคุณสมบัติเรื่องระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาในศาลฎีกานั้น จะมีระยะเวลาการดำรงตำแหน่งที่น้อยกว่าตุลาการในศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ มีระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งเพียง 3 ปี เท่านั้น การที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติให้ต้องดำรงตำแหน่งในศาลปกครองสูงสุดด้วยระยะเวลาที่ยาวนานเช่นนี้ อาจทำให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเกิดปัญหาในการคัดเลือกได้ เนื่องจากในปัจจุบันมีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพียง 43 คน ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนที่น้อยมาก การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งในศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี นั้น จะทำให้มีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่มีคุณสมบัติดังกล่าวมีน้อยลง

ไปอีกหรืออาจไม่มีเลย ซึ่งจะส่งผลให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่อาจทำการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ หรือหากสามารถทำการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ ก็อาจได้ผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่มีคุณสมบัติดังกล่าวมิให้เลือกน้อยมาก จึงต้องพิจารณาคุณสมบัติเรื่องการดำรงตำแหน่งและระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งซึ่งเป็นคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อน ไม่สามารถพิจารณาเรื่องความเหมาะสมหรือคุณสมบัติอย่างอื่นของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้

สำหรับคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ ซึ่งจะได้รับการสรรหาให้ดำรงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้สูงกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา โดยกำหนดให้นำเอาคุณสมบัติทั้งเรื่องการดำรงตำแหน่งและระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง รวมถึงการมีผลงานเป็นที่ประจักษ์มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการสรรหากล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเพียงแต่ให้ทำการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒินิติศาสตร์ หรือให้ทำการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงเท่านั้น การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดคุณสมบัติในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิไว้สูงเช่นนี้ ย่อมเป็นการไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันซึ่งมีผู้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์อยู่น้อยมาก ทั้งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังกำหนดให้ต้องดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี ยิ่งทำให้ผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวน้อยลงไปอีกหรืออาจไม่มีเลย ซึ่งจะมีผลทำให้เกิดปัญหาไม่สามารถทำการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ได้ หรือหากสามารถทำการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ได้ ก็อาจได้ผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวมิให้เลือกน้อยมาก จึงต้องพิจารณาคุณสมบัติเรื่องการดำรงตำแหน่งและระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งซึ่งเป็นคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อน ไม่สามารถพิจารณาเรื่องความเหมาะสมหรือคุณสมบัติอย่างอื่นได้ ทั้งการที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวต้องมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์นั้น ยังเป็นการกำหนดคุณสมบัติที่มีลักษณะเป็นนามธรรมมากเกินไป และไม่ได้หมายความว่าผู้ที่มีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์จะเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและมีความเหมาะสมในการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด



### 3.3 การคัดเลือก การสรรหา และการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากการใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่าง ๆ นั้น จะต้องมีพื้นฐานมาจากประชาชนด้วย เพื่อเป็นจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์จากประชาชนไปยังองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ โดยความสัมพันธ์เช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจของรัฐขององค์กรนั้น ๆ หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ ทั้งนี้ ไม่ควรมีองค์ใดที่ใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากความเกี่ยวพันกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจรัฐในการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ควรจะต้องมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงกว่าองค์กรตุลาการอื่นใด หากพิจารณาถึงศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกา ตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ล้วนแต่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กลับไปยังประชาชนทั้งสิ้น เนื่องจากการแต่งตั้งจากองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชน โดยผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกา มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ส่วนตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสมาจากการคัดเลือกและแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่วนหนึ่ง และมาจากอดีตประธานาธิบดีทุกคน อีกส่วนหนึ่ง สำหรับผู้พิพากษาในศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน มาจากการคัดเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จำนวนครึ่งหนึ่งและสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์จำนวนอีกครึ่งหนึ่ง แต่ในการคัดเลือก การสรรหา และการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 กลับไม่ปรากฏว่ามีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กับประชาชนแต่อย่างใด เนื่องจากการคัดเลือก การสรรหา และการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ได้กระทำโดยประชาชนหรือองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชนแต่อย่างใด

โดยการคัดเลือกบุคคลให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ทำการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดต่างก็เป็นตัวแทนขององค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งมีใช้องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน เนื่องจากไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งโดยประชาชนหรือองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชน จึงเท่ากับว่าเป็นการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยตัวแทนขององค์กรตุลาการเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจตุลาการ โดยไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กับประชาชนแต่อย่างใด การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่

ศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ทำการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550

สำหรับการสรรหาบุคคลให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการสรรหา คณะหนึ่งทำหน้าที่ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่ คณะกรรมการสรรหาดังกล่าวโดยส่วนมากจะประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่ไม่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชน เนื่องจากไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งโดยประชาชนหรือองค์กร ที่ถูกเลือกมาจากประชาชน โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหา ดังกล่าวประกอบด้วย

- 1) ประธานศาลฎีกา
- 2) คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่ง เลือกกันเองให้เหลือ 4 คน
- 3) คณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่ง เลือกกันเองให้เหลือ 4 คน และ
- 4) ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคละ 1 คน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน

ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาดังกล่าว ประกอบด้วย

- 1) ประธานศาลฎีกา
- 2) ประธานศาลปกครองสูงสุด
- 3) ประธานสภาผู้แทนราษฎร
- 4) ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และ
- 5) ประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน

โดยจะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 จะกำหนดให้คณะกรรมการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชนก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นสัดส่วนข้างน้อย ในคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหา ดังกล่าวประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชน ซึ่งก็คือ ผู้แทนพรรคการเมือง ทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยมีจำนวน 4 คน จากคณะกรรมการสรรหาทั้งหมด จำนวน 13 คน ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาดังกล่าวประกอบด้วย

ตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน ซึ่งก็คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร รวมแล้วมีจำนวน 2 คน จากคณะกรรมการสรรหาทั้งหมดจำนวน 5 คน โดยประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ถือว่าเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน เนื่องจากคณะกรรมการสรรหาองค์กรอิสระส่วนมากจะประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งโดยประชาชนหรือองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชน ทั้งกระบวนการให้ความเห็นชอบองค์กรอิสระก็มีปัญหา เนื่องจากวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรในการให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 นั้น ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั้งหมด แต่มาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาส่วนหนึ่ง

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ประกอบด้วย

- 1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ
- 2) ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร เป็นกรรมการ
- 3) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นกรรมการ
- 4) บุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งจากผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามของการเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และไม่เคยปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ในศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระองค์กรละ 1 คน เป็นกรรมการ

จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 จะกำหนดให้คณะกรรมการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน ซึ่งก็คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร แต่ก็ถือว่าเป็นสัดส่วนข้างน้อยในคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว โดยคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวจะประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน ซึ่งได้แก่ ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุด โดยถือว่าเป็นตัวแทนขององค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งมิใช่องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น สำหรับบุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งนั้นก็ไม่ได้ถือว่าเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน เนื่องจากองค์กรอิสระทั้ง 5 องค์กร ซึ่งได้แก่

- 1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง
- 2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน
- 3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
- 4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และ
- 5) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ต่างก็เป็นองค์กรที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งโดยประชาชนหรือองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชน แต่มาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาซึ่งประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเป็นสัดส่วนข้างมาก ซึ่งสามารถแบ่งคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวได้ 2 คณะ ดังนี้

1) คณะกรรมการสรรหาบุคคลให้มาดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระที่ (1) – (4) โดยมีองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาเช่นเดียวกับกับคณะกรรมการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพียงแต่จะมีการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาเพียงเล็กน้อย โดยกำหนดให้บุคคลซึ่งแต่งตั้งโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นกรรมการสรรหาแทนที่บุคคลซึ่งแต่งตั้งโดยองค์กรอิสระที่ต้องการสรรหา<sup>161</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวก็จะประกอบด้วย ตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนแค่เพียงประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นสัดส่วนข้างน้อยในคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว

2) คณะกรรมการสรรหาบุคคลให้มาดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระที่ (5) ซึ่งประกอบด้วย<sup>162</sup>

- (1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ
- (2) ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร เป็นกรรมการ
- (3) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นกรรมการ
- (4) ผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน องค์กรละ 1 คน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 3 คน เป็นกรรมการ
- (5) ผู้แทนสภานายความ 1 คน ผู้แทนสภาวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน และผู้แทนสภาวิชาชีพสื่อมวลชนเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน เป็นกรรมการ
- (6) อาจารย์ประจำหรือผู้เคยเป็นอาจารย์ประจำในสถาบันอุดมศึกษาซึ่งสอนหรือทำงานวิจัยหรือทำงานด้านสิทธิมนุษยชนมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบปี ซึ่งกรรมการตาม (1) (2) (3) (4) และ (5) มีมติเลือกด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 จำนวน 1 คน เป็นกรรมการ

ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้คณะกรรมการสรรหาดังกล่าวจะประกอบด้วย ตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน ซึ่งก็คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านใน

<sup>161</sup> รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 217

<sup>162</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มาตรา 11

สภาผู้แทนราษฎร แต่ก็ถือว่าเป็นสัดส่วนข้างน้อยในคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว โดยคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวจะประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน ซึ่งได้แก่ ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุด โดยถือว่าเป็นตัวแทนขององค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งมิใช่องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น สำหรับผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน ผู้แทนสภาพนายควม ผู้แทนสภาวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุข และผู้แทนสภาวิชาชีพสื่อมวลชน ก็ไม่ถือว่าเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน เนื่องจากไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งโดยประชาชนหรือองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชน

นอกจากคณะกรรมการการสรรหาบุคคลให้มาดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระทั้ง 5 องค์กร จะประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนในสัดส่วนข้างมากแล้ว ต่อมาเมื่อได้รับการสรรหาให้มาดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งโดยประชาชนหรือจากองค์กรที่มาจากการเลือกของประชาชนเช่นกัน หากวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการสรรหารายใด ก็ต้องดำเนินการสรรหาบุคคลใหม่แทนผู้นั้น จึงอาจเปรียบเสมือนว่าวุฒิสภาเป็นผู้ดำเนินการสรรหาด้วยตนเองโดยผ่านคณะกรรมการสรรหา ดังนั้น องค์กรอิสระทั้ง 5 องค์กร จึงมิใช่องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน ซึ่งมีผลทำให้บุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งก็ไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กลับไปยังประชาชนเช่นเดียวกัน

ดังนั้น หากคิดสัดส่วนของคณะกรรมการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่าคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวโดยส่วนมากจะประกอบด้วยตัวแทนขององค์กรที่ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่า การสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 นั้น เป็นการขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

ต่อมาเมื่อคัดเลือกและสรรหาบุคคลให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้แล้ว ขั้นตอนต่อมาก็ต้องให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชนดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 หรือมาจากการเลือกตั้งของประชาชนบางส่วนดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แต่ได้กำหนดให้วุฒิสภามาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) หลังจากนั้นเมื่อวุฒิสภาหมดวาระลงแล้ว ก็ได้กำหนดให้วุฒิสภาในวาระต่อไปมาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายของสังคม ดังนั้น จะเห็นได้ว่าวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญฉบับ

พ.ศ. 2560 ไม่ใช่องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อนที่จะนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังกำหนดว่า ถ้าวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหารายใด ให้ดำเนินการคัดเลือกหรือสรรหาบุคคลใหม่แทนผู้นั้น แล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป ผู้ซึ่งไม่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาจะเข้ารับการสรรหาหรือคัดเลือกในครั้งใหม่ไม่ได้ จึงอาจเปรียบเสมือนว่าวุฒิสภาเป็นผู้ดำเนินการคัดเลือกหรือสรรหาด้วยตนเองโดยผ่านองค์กรที่ทำหน้าที่ให้การคัดเลือกหรือสรรหา เนื่องจากจะได้เฉพาะแต่บุคคลที่วุฒิสภาต้องการ ทั้งที่วุฒิสภามิมีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กับประชาชน แต่กลับมีอำนาจอย่างมากมายในการที่จะให้ความเห็นชอบบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหารายใดแล้ว ผู้นั้นก็ไม่สามารถที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้เลย แม้ว่าผู้นั้นจะได้รับการคัดเลือกหรือสรรหามาแล้วว่าเป็นผู้ที่มีประสิทธิภาพ มีความรู้ความเชี่ยวชาญ และเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้เช่นนี้ ย่อมทำให้เกิดความเสื่อมค่าต่อกระบวนการและองค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกและสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากต้องทำการคัดเลือกและสรรหาบุคคลจนกว่าจะเป็นที่พอใจของวุฒิสภา ซึ่งทำให้ต้องเสียเวลาและงบประมาณไปกับการคัดเลือกและสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างเปล่าประโยชน์

ด้วยเหตุดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กับประชาชนแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกและสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน แม้ในการสรรหาจะมีตัวแทนขององค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนร่วมอยู่ด้วย แต่ก็ถือว่าเป็นสัดส่วนข้างน้อย หากเทียบสัดส่วนกับองค์กรที่ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน นอกจากนี้ เมื่อได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาให้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรที่มีหน้าที่ให้ความเห็นชอบก็คือ วุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนอีกเช่นเดียวกัน ดังนั้น กระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 จึงขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และเมื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กลับไปหาประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแล้ว การใช้และการตีความของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนเป็นสำคัญ นอกจากนี้ การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น

เป็นสิ่งที่คู่ขนานกัน เนื่องจากเป็นการกำหนดให้องค์ของรัฐที่ไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กับประชาชน มาปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่มาจากฉันทามติของประชาชน

### 3.4 การคัดค้านและการให้พ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ

#### 3.4.1 การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาจถูกคัดค้านได้ใน 2 กรณี คือ 1) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยผลของกฎหมาย และ 2) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากขาดความเป็นกลาง เช่นเดียวกับการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน แต่จะมีข้อแตกต่างกันตรงที่การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยผลของกฎหมายนั้น รับบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวจะเข้ามาเป็นองค์คณะพิจารณาวินิจฉัยไม่ได้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวมีหน้าที่ต้องแสดงว่าตนมีเหตุต้องห้ามให้เห็นเป็นประจักษ์ โดยไม่จำเป็นต้องมีคำร้องคัดค้านจากคู่กรณีแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ที่ไม่ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวห้ามมิให้เข้าร่วมเป็นองค์คณะในการพิจารณาวินิจฉัยคดี แต่ให้เป็นสิทธิของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะขอถอนตัวจากการพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือไม่ก็ได้ หรือให้เป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่โต้แย้งคัดค้านว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นมีเหตุต้องห้ามดังกล่าว การกำหนดไว้เช่นนี้ย่อมทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวสามารถพิจารณาวินิจฉัยคดีต่อไปได้ หากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นไม่ได้ขอถอนตัวจากการพิจารณาวินิจฉัยคดี เว้นแต่คู่กรณีจะได้โต้แย้งคัดค้านว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นมีเหตุต้องห้ามดังกล่าว ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งไม่ถูกต้องมากนัก เนื่องจากเหตุต้องห้ามโดยผลของกฎหมายนั้น เป็นเหตุต้องห้ามที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถเห็นได้เอง โดยประจักษ์อยู่แล้วว่าตนเองมีเหตุต้องห้ามดังกล่าว โดยที่ไม่ต้องให้ใครมาโต้แย้งคัดค้าน ดังนั้นจึงควรเป็นหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ต้องแสดงให้เป็นประจักษ์ว่าตนมีเหตุต้องห้ามโดยไม่จำเป็นต้องมีคำร้องคัดค้านจากคู่กรณีแต่อย่างใด ตรงกันข้ามหากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามไม่ยอมแถลงถึงพฤติการณ์ดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นได้กระทำการอันเป็นปฏิกิริยาต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งควรกำหนดให้นำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ เช่นเดียวกันกรณีที่มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากขาดความเป็นกลาง หากคู่กรณีซึ่งได้ยื่นคำร้องโต้แย้งคัดค้านสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้โดยประจักษ์ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถูกคัดค้านได้ทราบถึงเหตุความไม่เป็นกลางดังกล่าวแล้ว แต่ไม่ยอมแถลง

ให้ศาลรัฐธรรมนูญทราบเพื่อให้มีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว ย่อมถือว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นได้กระทำการอันเป็นปฏิบัติต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งควรกำหนดให้นำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน

### 3.4.2 การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ

ในกรณีที่มีปัญหาว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระเนื่องจากการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือลาออก รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัย แต่เนื่องจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาด้วยกัน 2 ส่วน โดยมาจากการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ในศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดส่วนหนึ่ง และมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาอีกส่วนหนึ่ง การให้คณะกรรมการสรรหาเพียงองค์กรเดียวเป็นผู้วินิจฉัยว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระหรือไม่ จึงน่าจะเป็นการไม่เหมาะสม เนื่องจากคณะกรรมการสรรหาไม่ได้เป็นผู้ที่ทำการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด นอกจากนี้ การให้คณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัยว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากกรรมการสรรหาพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระด้วยเหตุที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามนั้น เท่ากับเป็นการให้คณะกรรมการสรรหาต้องยอมรับว่ากระบวนการสรรหาของตนเองมีข้อผิดพลาด ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและอาจทำให้เกิดกรณีที่คณะกรรมการสรรหาไม่ยอมรับข้อผิดพลาดดังกล่าว โดยอาศัยช่องว่างแห่งกฎหมายตีความให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นกลับมามีคุณสมบัติครบถ้วนหรือไม่มีลักษณะต้องห้ามได้

### 3.4.3 การแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราว

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้สามารถแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวได้ใน 3 กรณี คือ

1) กรณีที่มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง และมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่ไม่ถึง 7 คน ถ้ามีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของประเทศ ให้ศาลรัฐธรรมนูญร้องขอให้ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดร่วมกันแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราวเพื่อให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครบ 7 คน

2) กรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่เพราะถูกกล่าวหาและศาลฎีกาหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองประทับฟ้อง ถ้ามีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเหลืออยู่ไม่ถึง 7 คน ให้ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดร่วมกันแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ



ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว ให้ครบตามจำนวนที่ต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่ แต่ไม่เกิน 9 คน

3) กรณีที่มีการชี้ขาดเหตุขอถอนตัวหรือเหตุคัดค้าน ถ้าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ปฏิบัติหน้าที่เหลืออยู่ไม่ถึง 7 คน ให้ศาลรัฐธรรมนูญร้องขอต่อประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดให้ดำเนินการแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะคดีนั้นให้ครบ 7 คน

โดยจะเห็นได้ว่าทั้ง 3 กรณี รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่เฉพาะประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดในการแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราว แต่เนื่องจากประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นตัวแทนขององค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาล ซึ่งมีใช้องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน เนื่องจากไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งของประชาชนหรือองค์กรที่ถูกเลือกมาจากประชาชน จึงเท่ากับว่าเป็นการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยตัวแทนขององค์กรตุลาการเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจตุลาการ โดยไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กับประชาชนแต่อย่างใด การแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 จึงขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ทั้งการให้อำนาจแก่ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดในการแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวนั้น โอกาสที่จะได้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือตุลาการในศาลปกครองมาทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวย่อมมีความเป็นไปได้สูงมาก ซึ่งหากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งหรือที่ต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่มาจากการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิโดยคณะกรรมการสรรหาแล้ว ก็จะทำให้สัดส่วนต่าง ๆ ที่เป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไปจากความคาดหวัง และหากแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวแล้ว ก็จะทำให้ได้รับอิทธิพลทางความคิดของนักกฎหมายสาขาเอกชนอันเกิดจากจำนวนเพิ่มมากขึ้นในศาลรัฐธรรมนูญ

#### 4. ปัญหาอื่น ๆ ที่ควรได้รับการศึกษาในเชิงลึกต่อไป

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 จะมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายและโครงสร้างดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น จากการศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนจนสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศและศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ผู้วิจัยยังพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังคงมีปัญหาอื่น ๆ อันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ซึ่งควรจะได้รับการศึกษาในเชิงลึกต่อไป ดังนี้

#### 4.1 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับมีอยู่หลายประเภทและมีชื่อเรียกแตกต่างกัน จึงได้มีการจัดศักดิ์ของกฎหมายเพื่อเป็นการพิจารณาลำดับชั้นแห่งค่าบังคับของกฎหมาย โดยกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ การจัดศักดิ์ของกฎหมายจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการต่าง ๆ ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการใช้ การตีความ และการยกเลิกกฎหมาย ทั้งนี้ ได้มีการจัดศักดิ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ แต่ให้มีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป เนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อธิบายขยายความเพื่อประกอบเนื้อความในรัฐธรรมนูญให้มีความสมบูรณ์และละเอียดชัดเจนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยถือว่ากฎหมายประเภทนี้มีลักษณะและหลักเกณฑ์พิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดกระบวนการในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติทั่วไป โดยกำหนดในลักษณะที่ให้ความสำคัญกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมากกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงควรกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากการตรวจสอบความชอบด้วยพระราชบัญญัติทั่วไป ดังเช่นที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังสอดคล้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส แต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 กลับกำหนดให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติทั่วไป ซึ่งมีผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีสิทธิตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับก่อนบังคับใช้ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะมีสิทธิตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และได้เสนอความเห็นดังกล่าวต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี และประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย หรือกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่าง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และได้ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ถ้าไม่มีการเสนอความเห็นดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีสิทธิตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชประกอบรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 132 จะได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ แต่ก็เป็นการเสนอแนะความเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอำนาจวินิจฉัยให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นหรือข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงแต่อำนาจเสนอความเห็นนั้นไปยังรัฐสภาและให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอของศาลรัฐธรรมนูญตามที่เห็นสมควร จึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเพียงอำนาจในการเสนอแนะความเห็นเกี่ยวกับการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา ซึ่งอำนาจดังกล่าวน่าจะไม่ใช่อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีเมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องมีอำนาจวินิจฉัยให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นหรือข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ไม่ใช่เพียงการเสนอความเห็นนั้นไปยังรัฐสภา และให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอของศาลรัฐธรรมนูญตามที่เห็นสมควร การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 132 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการเสนอแนะให้ความเห็นในการตรากฎหมายต่อรัฐสภา ผู้วิจัยเห็นว่าไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ และอาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปก้าวก่ายในอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภามากเกินไป

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 148 ได้กำหนดให้ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติมีอยู่ 2 กรณี คือ

1) ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา

หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และได้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

2) นายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 149 ได้กำหนดให้นำความในมาตรา 148 มาใช้บังคับแก่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรมีอยู่ 2 กรณี กล่าวคือ กรณีที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย และกรณีที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ในทางตำราวิชาการกลับให้ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดอยู่เพียงเฉพาะประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาเท่านั้น ซึ่งก็อาจเป็นไปได้เนื่องจากข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติใช้บังคับเฉพาะสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา จึงควรให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาเท่านั้น ที่เป็นผู้มีสิทธิเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้เป็นเช่นนั้นแล้ว ก็ควรกำหนดไว้ให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญลงไปเลยว่าให้นำความในมาตรา 148 (1) มาใช้บังคับแก่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 การกำหนดให้นำความในมาตรา 148 ทั้งมาตรามาใช้บังคับ ย่อมทำให้เกิดความสับสนได้ว่าใครบ้างที่เป็นผู้มีอำนาจในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอาจนำไปสู่การโต้เถียงกันได้ในอนาคต

### 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 160 (4) ได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ ความเป็นรัฐมนตรีย่อมสิ้นสุดลง โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560

มาตรา 170 วรรคสาม ประกอบมาตรา 82 ได้กำหนดให้ผู้ที่มิอำนาจในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยมีอยู่ 2 กรณี คือ

1) ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภา แล้วแต่กรณี เป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภากำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ได้เข้าชื่อร้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า ความเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงเนื่องจากไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ และประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องนั้น ได้ส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

2) คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าความเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงเนื่องจากไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ และได้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

แต่การวินิจฉัยให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพราะไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์นั้น จะต้องอาศัยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากคำว่า “ซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์” ไม่มีบทนิยามอย่างชัดเจนว่ามีความหมายว่าอย่างไร จึงต้องขึ้นอยู่กับการตีความของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเกิดความไม่มั่นคงในการบริหารประเทศ เนื่องจากสามารถพ้นจากตำแหน่งได้โดยง่ายเพียงเพราะศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่านายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีไม่มีความซื่อสัตย์สุจริต หรือเห็นว่านายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมีความซื่อสัตย์สุจริต แต่ยังไม่เป็นที่ประจักษ์ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการบริหารประเทศให้ต้องหยุดชะงักลง เนื่องจากนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเกิดความไม่แน่ใจในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองว่ายังคงอยู่ในความหมายของคำว่าซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ในขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้ว่าจะได้ปฏิบัติตามกฎหมายและวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์อย่างเพียงพอแล้วก็ตาม

#### 4.4 ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 แต่จะมีข้อแตกต่างตรงที่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เป็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรใดบ้าง ซึ่งมีผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องตีความว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้แก่องค์กรใดบ้างดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 โดยลักษณะของปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตาม

รัฐธรรมนูญนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ ในกรณีแรกจะมีลักษณะของปัญหาเกี่ยวกับการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่เพียงใด และในกรณีที่สองจะมีลักษณะของปัญหาเป็นการโต้แย้งกันว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำหรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ซึ่งการกำหนดไว้เช่นนี้จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอย่างกว้างขวางและมากขึ้นจากเดิม เนื่องจากมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้ความขัดแย้งระหว่างองค์กรเกิดขึ้นเสียก่อน แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงการที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญนั้น เกิดขึ้นจากความจำเป็นเนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ได้มีการบัญญัติรับรององค์กรของรัฐที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นใหม่ไว้ค่อนข้างมาก อาทิ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น ซึ่งเป็นไปได้ยากที่จะแบ่งขอบเขตการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐเหล่านี้ได้อย่างชัดเจนแน่นอน ทำให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอาจมีปัญหาหรือเกิดความขัดข้องได้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 คงเล็งเห็นปัญหาเช่นนี้ จึงได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาด แต่จะเห็นได้ว่าสภาพปัญหาดังกล่าวในปัจจุบันไม่มีอีกแล้ว เนื่องจากองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และสืบต่อกันมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 จนกระทั่งได้ถูกบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 อีกครั้งหนึ่ง แม้ว่าจะมีการบัญญัติเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ไปบ้าง แต่ก็เป็นส่วนน้อย องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญยังคงมีภารกิจหลักอยู่เช่นเดิม ดังนั้น องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญย่อมเข้าใจในอำนาจและหน้าที่ของตนเองเป็นอย่างดี เนื่องจากได้ปฏิบัติภารกิจดังกล่าวมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 จนกระทั่งถึงปัจจุบัน และด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรศาลซึ่งใช้อำนาจทางตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยนั้น ควรจะเป็นปัญหาที่เกิดจากความขัดแย้งขึ้นระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป มิใช่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสงสัยหรือความไม่แน่ใจในการใช้อำนาจหน้าที่ของตนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นองค์กรให้คำปรึกษาเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ จึงไม่น่าจะใช่เจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 จึงได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

เช่นกัน แต่ต้องเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตั้งแต่ 2 องค์กรขึ้นไปเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัย เห็นด้วยกับผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 โดยเห็นว่าในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ ขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยหลักทั่วไปแล้วองค์กรใดเป็นผู้ใช้กฎหมายก็ย่อมเป็นผู้ตีความกฎหมายนั้น ว่ามีผลบังคับอย่างไร ไม่จำเป็นต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจ กระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ เพียงใด หากองค์กรใดตีความว่าตนมีอำนาจกระทำการใน เรื่องใดแล้ว และได้ใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวจนเป็นเหตุให้ล่วงล้ำหรือกระทบกระเทือนอำนาจ หน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง เช่นนี้แล้วจึงจะเป็นอำนาจในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

#### 4.5 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ ร่วมกันกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมขึ้นใช้บังคับแก่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งใน องค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและ องค์กรอิสระ โดยในการจัดทำมาตรฐานทางจริยธรรมนั้น ให้รับฟังความคิดเห็นของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีประกอบด้วย และเมื่อประกาศใช้บังคับแล้วให้ใช้บังคับแก่สมาชิก สภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีด้วย ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยหรือมีการ กล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ไล่สวนข้อเท็จจริง และหากมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ เห็นว่าผู้นั้นมีพฤติการณ์หรือกระทำความผิดตามที่ไล่สวนให้เสนอเรื่องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย ในกรณีที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาว่าผู้ถูกกล่าวหา มีพฤติการณ์หรือกระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา แล้วแต่กรณี ให้ผู้ต้องคำพิพากษานั้นพ้นจากตำแหน่ง และให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้นั้น และจะเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมีกำหนดเวลาไม่เกิน 10 ปี ด้วยหรือไม่ก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรฐาน ทางจริยธรรมดังกล่าวมีผลบังคับตั้งกฎหมาย เนื่องจากมาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าวไม่ได้ ใช้บังคับเฉพาะภายในองค์กรที่ได้กำหนดขึ้นมา ซึ่งก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ รวมทั้ง ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ แต่ยังให้ ใช้บังคับแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีซึ่งไม่ได้มีส่วนร่วมใน การกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมแต่อย่างใด แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 จะกำหนดให้ต้อง รับฟังความคิดเห็นของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีก็ตาม แต่ในปัจจุบันยังไม่มี สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา จึงต้องรับฟังความคิดเห็นจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) แทน ในขณะที่คณะรัฐมนตรีชุดปัจจุบันก็คือ คณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งมาจากการรัฐประหาร

ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งแต่อย่างใด ดังนั้น มาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าวจึงมีปัญหาไม่มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้ถูกบังคับใช้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะสภาผู้แทนราษฎรและคณะรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้ง นอกจากนี้ การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดให้เพียงแต่ต้องรับฟังความคิดเห็นของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี แต่ไม่ได้กำหนดให้ต้องปรับแก้ไขตามความคิดเห็นของของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี ดังนั้น หากสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งทำหน้าที่แทนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติในฐานะคณะรัฐมนตรีได้เสนอความคิดเห็นใด ๆ ซึ่งไปขัดหรือแย้งกับศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระความคิดเห็นเหล่านั้นจะถูกบรรจุลงในมาตรฐานทางจริยธรรมมากน้อยเพียงใด ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าความคิดเห็นเหล่านั้นจะไม่ได้ถูกบรรจุลงในมาตรฐานทางจริยธรรมเลยก็ได้

นอกจากมาตรฐานทางจริยธรรมจะมีผลใช้บังคับต่อองค์กรที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการกำหนดขึ้นมาแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังได้กำหนดบทลงโทษต่อองค์กรที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ซึ่งก็คือ ให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง และเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้นั้น รวมทั้งจะเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมีกำหนดเวลาไม่เกิน 10 ปี ด้วยหรือไม่ก็ได้ ซึ่งนับว่าเป็นบทลงโทษที่รุนแรงมากเช่นเดียวกับกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายยพิศปกติ ทูจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่และใช้อำนาจขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจะแตกต่างกันที่การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงไม่มีบทลงโทษให้ริบทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรฐานทางจริยธรรมเปรียบเสมือนเป็นกฎหมายในทางจริยธรรม การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมร่วมกับองค์กรอิสระนั้น จึงเปรียบเสมือนว่าเป็นการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรากฎหมายซึ่งนำมาใช้ควบคุมองค์กรทางการเมืองด้วย ซึ่งน่าจะขัดกับหลักการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย โดยองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายควรที่จะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา มิใช่อำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลแต่อย่างใด การกำหนดไว้เช่นนี้ย่อมมีผลเป็นการดึงให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการเมืองมากกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 จะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะในการควบคุมตรวจสอบทางการเมือง แต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพิ่มขึ้นในการกำหนดกฏเกณฑ์ในการควบคุมทางการเมืองได้ด้วย

อย่างไรก็ตาม มาตรฐานทางจริยธรรมได้มีการประกาศใช้บังคับแล้ว โดยใช้ชื่อว่า มาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ พ.ศ. 2561



ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 4 หมวด ได้แก่ หมวด 1 มาตรฐานทางจริยธรรมอันเป็นอุดมการณ์ หมวด 2 มาตรฐานทางจริยธรรมอันเป็นค่านิยมหลัก หมวด 3 จริยธรรมทั่วไป และหมวด 4 การฝ่าฝืนและไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรม ทั้งนี้ ได้กำหนดให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานกรรมการการเลือกตั้ง ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ร่วมกันรักษาการตามมาตรฐานทางจริยธรรมนี้ ซึ่งการกำหนดไว้เช่นนี้น่าจะเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากมาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าวมีผลใช้บังคับแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีด้วย



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

ประเทศไทยเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน กฎหมายจึงอยู่ในฐานะของที่มาแห่งอำนาจรัฐและในฐานะบทจำกัดอำนาจรัฐ บรรดาองค์กรของรัฐ จะใช้อำนาจหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจอันเป็นการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีเหตุอันควร ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมีความชอบธรรม โดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยเป็นสัญญาประชาคม (social contract) ที่สมาชิกในสังคมทุกคนร่วมตกลงกันสร้างขึ้นเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น ๆ มีการกำหนดรูปแบบและระบอบการปกครองของประเทศ กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร ตลอดจนสิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของประชาชน ซึ่งการจะทำให้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ จำเป็นต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าว แต่จากการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางในประเทศสหรัฐอเมริกา ตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน รวมทั้งสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มีปัญหาทางกฎหมาย บางประการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ เนื่องจากยังขาดความชัดเจน และไม่มีความเหมาะสม

โดยทั่วไปแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะมีสถานะทางกฎหมายเป็น “องค์กรศาล” ซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแยกออกมาต่างหากจากศาลอื่น ๆ โดยกำหนดให้มีหมวดของศาลรัฐธรรมนูญเอง การแยกออกมาต่างหากจากหมวดศาลเช่นนี้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับ

สถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญว่ายังคงเป็นองค์กรศาลอยู่หรือไม่ ประกอบกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจและหน้าที่อย่างอื่นนอกเหนือจากการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญด้วย ยิ่งทำให้มีผู้เข้าใจคลาดเคลื่อนว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นองค์กรศาล หากแต่เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดชนิดใหม่ ความเข้าใจเช่นนี้ได้ส่งผลต่อภาพลักษณ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ การที่ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวดศาล ย่อมทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ตระหนักว่าตนยังเป็นองค์กรศาลซึ่งจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งหลักการทั่วไปของกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลต่อการตีความและการบังคับใช้กฎหมายให้ผิดเพี้ยนไปจากความคาดหวังที่ควรจะเป็น และจะส่งผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในที่สุด

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะมีสถานะทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแล้ว โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญก็ยังมีปัญหาอีกหลายประการด้วยกัน กล่าวคือ กรณีปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องผูกพันอยู่กับแนวคิดและทฤษฎีทางการเมือง ตลอดจนจนหลักการและแนวคิดในทางกฎหมายมหาชน แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า สัดส่วนของผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมีมากกว่าผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารบ้านเมือง ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ประสงค์ให้พิจารณาทางด้านการเมืองด้วย และผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายนั้น โดยส่วนใหญ่จะมาจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายในสาขากฎหมายเอกชน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่สมดุลระหว่างทัศนคติทางกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนสะท้อนจากสัดส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอย่างกว้างขวางและมากขึ้นจากเดิม การที่กำหนดให้องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงองค์คณะเดียว อาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจแบกรับภารกิจที่เพิ่มมากขึ้นซึ่งจะมีผลทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติในการคัดเลือกและการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาดำรงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้สูงกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา ทำให้ผู้ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวมีให้เล็กลงหรืออาจไม่มีเลย ซึ่งจะส่งผลให้ไม่อาจทำการคัดเลือกหรือสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือหากสามารถทำการคัดเลือกหรือสรรหาได้ ก็อาจได้ผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับการคัดเลือกและสรรหา ตลอดจนการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กลับไปยังประชาชนแต่อย่างใด ซึ่งผิดไปจากศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ล้วนแต่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กลับไปยังประชาชนทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เช่นเดียวกับการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ซึ่งจะนำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุคัดค้านและกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับการให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ เนื่องจากได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัยการพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก่อนครบวาระ แต่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาด้วยกัน 2 ส่วน โดยมาจากการคัดเลือกส่วนหนึ่ง และมาจากการสรรหาอีกส่วนหนึ่ง การให้คณะกรรมการสรรหาเพียงองค์กรเดียวเป็นผู้วินิจฉัยจึงน่าจะไม่มี ความเหมาะสม หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราว เนื่องจากให้ประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้แต่งตั้ง โดยประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นตัวแทนขององค์กรศาล ซึ่งมีใช้องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน การแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราว จึงเป็นการขัดต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และมีโอกาสที่จะได้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือตุลาการในศาลปกครองมาทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวย่อมเป็นไปได้สูง ซึ่งอาจทำให้สัดส่วนต่าง ๆ ที่เป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไปจาก ความคาดหวัง

ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังคงมีปัญหาอีกหลายประการซึ่งควรได้รับการศึกษาในเชิงลึกต่อไป อาทิ กรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้กำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบเช่นเดียวกันกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติทั่วไป หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากในทางตำราวิชาการได้จำกัดผู้ที่มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบอยู่กับเฉพาะประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาเท่านั้น หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง เพียงเพราะศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ ซึ่งจะต้องอาศัยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เพียงอย่างเดียว หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะมีผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ อันไม่ใช่ภารกิจหน้าที่ขององค์กรตุลาการหรือศาลแต่อย่างใด หรือกรณีปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม เนื่องจากมาตรฐานทางจริยธรรมมีสภาพบังคับและโทษที่จะได้รับดังเช่นกฎหมาย การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมี

อำนาจในการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมนั้น จึงเปรียบเสมือนว่าได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งน่าจะขัดกับหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย เป็นต้น

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจน สถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศและของ ประเทศไทย จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ยังคงมีปัญหาทางกฎหมาย บางประการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้มีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

2.1 สถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อไม่ให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดสถานะทางกฎหมายของ ศาลรัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยให้อยู่ในหมวดศาล ร่วมกับศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ดังเช่นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เช่นนี้ก็จะทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึง สถานะทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญว่ายังคงเป็นองค์กรศาลที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณา วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ และเมื่อได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวดศาลแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้อง กำหนดให้นำบทบัญญัติทั่วไปในหมวดศาลมาใช้บังคับกับศาลรัฐธรรมนูญอีก เนื่องจากสามารถนำ บทบัญญัติทั่วไปในหมวดศาลมาใช้บังคับกับศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ อยู่ในหมวดศาลเช่นนี้ ย่อมทำให้เกิดความชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล ซึ่ง จะทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับการประกันความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ในการพิจารณา วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ทั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเองก็ต้องตระหนักถึงความเป็นองค์กรตุลาการ หรือศาลซึ่งจะต้องทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย รวมทั้งหลักการทั่วไปของกฎหมาย โดยจะส่งผลให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ผิดเพี้ยนไปจากที่ควรจะเป็น

2.2 โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ โดยผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

2.2.1 องค์กรประกอบและองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาคำวิจัยเห็นว่าควร เพิ่มองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญอีกหนึ่งองค์คณะ ดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันที่มี การแบ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มีอำนาจอย่างกว้างขวางและมากขึ้นจากเดิม การที่กำหนดให้องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญ มีเพียงองค์คณะเดียว อาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจแบกรับภารกิจที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งจะมีผลทำให้

เกิดความล่าช้าในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ โดยในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน เมื่อกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย 2 องค์คณะ จึงมีความจำเป็นต้องเพิ่มจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกจำนวน 9 คน ซึ่งรวมแล้วจะมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนทั้งสิ้น 18 คน โดยมาจากการคัดเลือก จำนวน 8 คน และมาจากการสรรหาอีกจำนวน 10 คน โดยให้แต่ละองค์คณะประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากคัดเลือกและสรรหาในจำนวนที่เท่ากัน ดังนี้

1) ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากคัดเลือก จำนวน 4 คน อยู่องค์คณะที่หนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากคัดเลือก จำนวน 4 คน ให้อยู่องค์คณะที่สอง โดยแต่ละองค์คณะจะต้องมีสัดส่วนของผู้พิพากษาในศาลฎีกาและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในจำนวนที่เท่ากัน และ

2) ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากสรรหา จำนวน 5 คน อยู่องค์คณะที่หนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากสรรหา จำนวน 5 คน ให้อยู่องค์คณะที่สอง โดยแต่ละองค์คณะจะต้องมีสัดส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายและทางด้านรัฐศาสตร์ในจำนวนที่ใกล้เคียงกัน

โดยให้องค์กรที่มีหน้าที่ให้ความเห็นชอบเป็นผู้กำหนดว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนจะอยู่ในองค์คณะใด และให้เพิ่มตำแหน่งรองประธานศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาด้วย โดยให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญอยู่กันคนละองค์คณะ ทั้งนี้ ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนเป็นผู้เลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญเอง เมื่อแบ่งองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะแล้ว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดอำนาจหน้าที่และภาระความรับผิดชอบของแต่ละองค์คณะไว้อย่างชัดเจน โดยการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์คณะใด ย่อมเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดขององค์คณะนั้น รวมทั้งให้ประกาศรายชื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่อยู่ในองค์คณะ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและทำให้หลักการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติได้จริง นอกจากนี้ เห็นควรให้มีที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะหรือที่ประชุมใหญ่ โดยให้มีภารกิจหน้าที่เกี่ยวกับการตราข้อกำหนดภายในชั้นใช้บังคับในศาลรัฐธรรมนูญ หรือการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์คณะให้แตกต่างไปจากที่ได้กำหนดไว้ หรือการวินิจฉัยในกรณีที่องค์คณะใดขององค์คณะหนึ่งมีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างจากคำวินิจฉัยที่องค์คณะอีกองค์คณะหนึ่งเคยวินิจฉัยไว้ และต้องการวินิจฉัยคดีที่อยู่ในอำนาจของตนให้แตกต่างออกไป ทั้งนี้ ในการประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะหรือที่ประชุมใหญ่จะประกอบด้วย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดจำนวน 18 คน ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าในการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะหรือที่ประชุมใหญ่นั้น จะไม่ได้รับคะแนนเสียงข้างมาก ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดให้ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการลงคะแนนเสียงเพิ่มอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาดในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากัน

เมื่อได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย 2 องค์คณะแล้ว ผู้วิจัยจึงเห็นควรกำหนดองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 เสียใหม่ โดยการกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิทางรัฐศาสตร์มีจำนวนเพิ่มขึ้น จากเดิมที่กำหนดไว้มีจำนวน 1 คน ให้เพิ่มขึ้นมาเป็นจำนวน 5 คน เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนของผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านการบริหารบ้านเมืองเพิ่มขึ้นมา สำหรับผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายนั้น เห็นควรปรับเพิ่มจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา จากเดิมที่กำหนดไว้มีจำนวน 3 คน ให้เพิ่มขึ้นมาเป็นจำนวน 4 คน และปรับเพิ่มจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุด จากเดิมที่กำหนดไว้มีจำนวน 2 คน ให้เพิ่มขึ้นมาเป็นจำนวน 4 คน เพื่อให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายที่มาจากศาลปกครองมีจำนวนเท่ากับที่มาจากศาลยุติธรรม สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรปรับเพิ่มจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย จากเดิมที่กำหนดไว้มีจำนวน 1 คน ให้เพิ่มขึ้นมาเป็นจำนวน 5 คน โดยไม่เจาะจงว่าจะต้องเป็นผู้เป็นที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชนเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาไม่สามารถทำการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังเห็นว่าไม่ควรกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่าหรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด เนื่องจากไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านการบริหารบ้านเมือง โดยเฉพาะในสาขากฎหมายมหาชน และไม่ใช่ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในด้านการบริหารบ้านเมือง และอาจมีผลทำให้สัดส่วนอันเป็นองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไปจากที่ควรจะเป็น

2.2.2 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยไม่ต้องสูงมาก แล้วปล่อยให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกและสรรหาเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจเอง การกำหนดคุณสมบัติเช่นนี้จะส่งผลให้มีผู้ที่มีคุณสมบัติที่อยู่ในข่ายจะได้รับการคัดเลือกและการสรรหาเพิ่มมากขึ้น ทำให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกและสรรหาสามารถพิจารณาเรื่องความเหมาะสมหรือคุณสมบัติอย่างอื่นได้ นอกจากการพิจารณาคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยผู้วิจัยเห็นว่าควรปรับลดคุณสมบัติเรื่องการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมโดยให้ตัดเรื่องการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกาออก และให้ทำการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี และเห็นควรปรับลดคุณสมบัติเรื่องระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จากเดิม 5 ปี ให้ลงมาเหลือเท่ากับคุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลฎีกา คือ

ดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับคุณสมบัติเฉพาะสำหรับผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์สาธารณรัฐซึ่งได้รับเลือกให้เป็นตุลาการในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน สำหรับคุณสมบัติในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒินั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรเอาคุณสมบัติเรื่องระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งออก เพื่อให้มีผู้ที่มีคุณสมบัติที่อยู่ในข่ายจะได้รับการสรรหาเพิ่มมากขึ้น และเห็นว่าควรเพิ่มผู้ดำรงตำแหน่งรองศาสตราจารย์หรือเคยดำรงตำแหน่งรองศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี ด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันที่ยังมีผู้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์น้อยมาก นอกจากนี้ ยังเห็นควรตัดคำว่ามีผลงานเป็นที่ประจักษ์ออก เนื่องจากเป็นคุณสมบัติที่เป็นนามธรรมและเป็นคุณสมบัติที่ควรจะได้รับพิจารณาควบคู่ไปกับคุณสมบัติและความเหมาะสมในการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาจะต้องเป็นผู้พิจารณาอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องนำมากำหนดไว้ในกฎหมายแต่อย่างใด การนำเอาคุณสมบัติเรื่องผลงานเป็นที่ประจักษ์มา กำหนดไว้ในกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว จะมีผลทำให้คณะกรรมการสรรหาต้องคำนึงถึงแต่ผลงานของผู้ที่จะได้รับการสรรหา จนละเลยถึงคุณสมบัติหรือความเหมาะสมในการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของผู้นั้นได้

2.2.3 การคัดเลือก การสรรหา และการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่าง ๆ นั้น จะต้องมีความมีพื้นฐานมาจากประชาชนด้วย เพื่อเป็นจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์จากประชาชนไปยังองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ โดยความสัมพันธ์เช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจของรัฐขององค์กรนั้น ๆ หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ ดังนั้น เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย จึงเห็นควรกำหนดให้ขั้นตอนในการคัดเลือก การสรรหา หรือการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องกระทำโดยองค์กรที่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชน ดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนของการให้ความเห็นชอบซึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ควรจะต้องกระทำโดยองค์กรที่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชนมากกว่าขั้นตอนใด

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดให้ตัวแทนขององค์กรที่ไม่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชนในคณะกรรมการสรรหามีจำนวนน้อยลง โดยการกำหนดให้ตัวแทนองค์กรวิชาชีพและตัวแทนทางวิชาการที่เหมาะสมเข้าไปทำหน้าที่แทนประธานศาลฎีกาและประธานศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล มิใช่องค์กรที่มีพื้นฐาน โดยตรงมาจากประชาชน ทั้งยังทำหน้าที่ใน



การคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จึงไม่ควรมีส่วนร่วมในกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก และกำหนดให้ตัวแทนองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ในการกำกับและตรวจสอบมีจำนวนน้อยลง เนื่องจากมีองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเช่นกัน นอกจากนี้ยังเห็นควรปรับเปลี่ยนจากวิธีการให้ความเห็นชอบตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นวิธีการเลือกแทนโดยการกำหนดให้องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเป็นผู้ทำหน้าที่ในการเลือกผู้ที่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับขั้นตอนในการเลือกนั้น ในองค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกหรือสรรหาเสนอรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาเป็นจำนวน 2 เท่า ของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะแต่งตั้ง เพื่อให้องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเป็นผู้ทำหน้าที่ในการเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้ง ในการนี้องค์กรดังกล่าวจะต้องเลือกเฉพาะบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหามาแล้วเท่านั้น ไม่สามารถขอให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกหรือสรรหาคำเนิการคัดเลือกหรือสรรหาใหม่ได้ นอกจากจะปรากฏว่าบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาขาดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงจะขอให้ดำเนินการคัดเลือกหรือสรรหาใหม่แทนบุคคลนั้นได้ การที่กำหนดไว้เช่นนี้ย่อมมีส่วนสำคัญ ทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระ โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ เนื่องจากที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยส่วนสำคัญทั้ง 2 ส่วน กล่าวคือ

- 1) การคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด และการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา และ
- 2) การเลือกผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหาโดยองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชน

โดยผู้วิจัขอเสนอวิธีการคัดเลือก การสรรหา และการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใน 2 รูปแบบ ดังนี้

- 1) ให้วุฒิสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในเลือกผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหาในกรณีที่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน โดยให้ทำการคัดเลือกและสรรหา ดังนี้

(1) ในการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอรายชื่อผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือก จำนวน 8 คน และให้ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดเสนอรายชื่อตุลาการที่ได้รับการคัดเลือก จำนวน 8 คน ต่อวุฒิสภาเพื่อให้เป็นผู้ทำหน้าที่ในการเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้ง

(2) ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒินั้น ให้มีคณะกรรมการสรรหาคณะหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย

ก. ตัวแทนภาคประชาชนซึ่งประกอบด้วย ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร

ข. ตัวแทนองค์กรวิชาชีพที่เหมาะสมซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนองค์กรเอกชน ด้านสิทธิมนุษยชน เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน ผู้แทนสภาวิชาชีพสื่อมวลชน เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน และผู้แทนสภาพนายความ เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน

ค. ตัวแทนของนักวิชาการซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนคณบดีคณะนิติศาสตร์ หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษา เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน ผู้แทนคณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษา เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน และผู้แทนคณบดีคณะสังคมศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษา เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน

ง. ตัวแทนขององค์กรของรัฐที่มีหน้าที่กำกับและตรวจสอบซึ่งประกอบด้วย บุคคลซึ่งองค์กรอิสระร่วมกันแต่งตั้ง จำนวน 1 คน

โดยให้คณะกรรมการสรรหาเสนอรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านรัฐศาสตร์ จำนวน 10 คน และผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย จำนวน 10 คน ต่อวุฒิสภาเพื่อเป็นผู้ทำหน้าที่ในการเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้ง ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิที่จะได้รับเสนอชื่อ จะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากและต้องมีคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่ง

2) ให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในเลือกผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหา ในกรณีที่วุฒิสภามาจากการแต่งตั้งโดยคำแนะนำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) หรือมาจากการเลือกกันเองของแต่ละกลุ่มอาชีพ โดยให้ทำการคัดเลือกและสรรหา ดังนี้

(1) ในการคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดนั้น ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอรายชื่อผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือก จำนวน 8 คน และให้ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดเสนอรายชื่อตุลาการที่ได้รับการคัดเลือก จำนวน 8 คน ต่อสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้เป็นผู้ทำหน้าที่ในการเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้ง

(2) ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒินั้น ให้มีคณะกรรมการสรรหาคณะหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย

ก. ตัวแทนภาคประชาชนซึ่งประกอบด้วย ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร

ข. ตัวแทนองค์กรวิชาชีพที่เหมาะสมซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนองค์กรเอกชน ด้านสิทธิมนุษยชน เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน ผู้แทนสภาวิชาชีพสื่อมวลชน เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน และผู้แทนสภาพนายความ เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน

ค. ตัวแทนของนักวิชาการซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนคณบดีคณะนิติศาสตร์ หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษา เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน ผู้แทนคณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษา เลือกกันเองให้เหลือ 1 คน

ง. ตัวแทนขององค์กรของรัฐที่มีหน้าที่กำกับและตรวจสอบซึ่งประกอบด้วย บุคคลซึ่งองค์กรอิสระร่วมกันแต่งตั้ง จำนวน 1 คน

โดยให้คณะกรรมการสรรหาเสนอรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านรัฐศาสตร์ จำนวน 10 คน และผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย จำนวน 10 คน ต่อวุฒิสภาเพื่อเป็นผู้ทำหน้าที่ในการเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้ง ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิที่จะได้รับเสนอชื่อจะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากและต้องมีคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม การที่ได้กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการคัดเลือกหรือสรรหาต้องเสนอรายชื่อเป็นจำนวน 2 เท่า ของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะแต่งตั้งนั้น อาจทำให้องค์กรดังกล่าวต้องใช้เวลาในการคัดเลือกหรือสรรหาเพิ่มขึ้น ทำให้ล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ อันจะส่งให้การคัดเลือกหรือสรรหาที่ดำเนินมาทั้งหมดนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นจึงควรจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการขอขยายระยะเวลาการดำเนินการคัดเลือกหรือสรรหาออกไปได้จากระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ หากว่ามีความจำเป็นเพียงพอ ทั้งนี้ ภายใต้ความเห็นชอบขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.2.4 การคัดค้านและการให้พ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ โดยผู้วิชัยได้มีข้อเสนอแนะดังนี้

1) การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยผู้วิชัยเห็นว่าควรกำหนดหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน โดยกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจเข้ามาเป็นองค์คณะเพื่อพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญได้ หากปรากฏเหตุต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่จำเป็นต้องมีคำร้องคัดค้านจากผู้ที่มีส่วนร่วมในคดีแต่อย่างใด ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามดังกล่าวมีหน้าที่ต้องแสดงว่าตนมีเหตุต้องห้ามให้เห็นเป็นประจักษ์ ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุต้องห้ามไม่ยอมแถลงพฤติการณ์ดังกล่าว ย่อมถือว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นได้กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งควรมีข้อกำหนดให้นำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ เช่นเดียวกับกรณีที่มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากขาดความเป็นกลาง หากคู่กรณีซึ่งได้ยื่นคำร้องโต้แย้งคัดค้านสามารถพิสูจน์ให้เห็นได้โดยประจักษ์ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถูกคัดค้านได้ทราบถึงเหตุความไม่เป็นกลางดังกล่าวแล้ว แต่ไม่ยอมแถลงให้ศาลรัฐธรรมนูญทราบ เพื่อให้มีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว ย่อมถือว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นได้กระทำการอันเป็น

ปฏิบัติต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งควรมีข้อกำหนดให้นำไปสู่กระบวนการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน

2) การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อได้กำหนดให้องค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเป็นผู้ทำหน้าที่ในการเลือกผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหาให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ถ้ามีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระเนื่องจากการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือลาออก ก็ควรให้เป็นอำนาจและหน้าที่ขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกเป็นผู้วินิจฉัย เนื่องจากองค์กรดังกล่าวมีอำนาจในการเลือกผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหาให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ย่อมต้องมีอำนาจในการวินิจฉัยให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่งเช่นกัน อีกทั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกมิได้มีส่วนร่วมในกระบวนการคัดเลือกและสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด จึงถือไม่ได้ว่าองค์กรดังกล่าวได้มีส่วนร่วมในความผิดพลาดของกระบวนการคัดเลือกหรือสรรหา นอกจากนี้ หากให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกเป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการวินิจฉัยแล้ว กระบวนการในการวินิจฉัยให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ ก็จะมีลักษณะเป็นการลงมติในสภา ซึ่งจะมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อกลั่นกรองและตรวจสอบเสียก่อน หลังจากนั้นก็จะเป็นการใช้ดุลพินิจตัดสินใจร่วมกันของสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่าการแต่งตั้งและถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้กระทำโดยองค์กรที่มีจุดเชื่อมโยงความสัมพันธ์กับประชาชน ทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอย่างเต็มรูปแบบ

3) การแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นอำนาจและหน้าที่ขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกเช่นเดียวกัน เนื่องจากองค์กรดังกล่าวทำหน้าที่ในการเลือกผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหาให้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว เมื่อมีเหตุให้ต้องแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราว ก็ควรเป็นอำนาจและหน้าที่ขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกเป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และการกำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวนั้น จะทำให้ใช้ระยะเวลาในการแต่งตั้งน้อยลง เนื่องจากสามารถใช้บัญชีรายชื่อเดิมของผู้ที่ได้รับการคัดเลือกและสรรหา แต่ไม่ได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในครั้งแรกได้ โดยถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีความเหมาะสมในการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว เพียงแต่ไม่ได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งจะทำให้ไม่ต้องเสียเวลาทำการคัดเลือกหรือ

สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวอีก สามารถแต่งตั้งบุคคลที่อยู่ในบัญชีรายชื่อเดิมได้เลย โดยในการแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวนั้น ผู้วิจัยเห็นควรให้ใช้บัญชีรายชื่อเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ต้องพ้นจากตำแหน่งหรือต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่หรือ ขอลถอนตัวหรือถูกคัดค้าน ยกตัวอย่างเช่น ถ้าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุดังกล่าวมาจากการ คัดเลือก ก็ให้ใช้บัญชีรายชื่อเดิมของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ได้รับการคัดเลือก แต่ถ้าตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญที่มีเหตุดังกล่าวมาจากการสรรหา ก็ให้ใช้บัญชีรายชื่อเดิมของผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการ สรรหา เช่นนี้ก็จะทำให้องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องผิดเพี้ยนไป อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยได้เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย 2 องค์คณะ ดังนั้น การแต่งตั้งบุคคลให้ทำหน้าที่ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชั่วคราวจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าไม่สามารถขอให้ตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญอีกองค์คณะหนึ่งมาร่วมในการพิจารณาวินิจฉัยได้เท่านั้น

2.3 ปัญหาอื่น ๆ อันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่ควรได้รับการศึกษา ในเชิงลึกต่อไป ซึ่งผู้วิจัยได้มีข้อเสนอแนะในเบื้องต้น ดังนี้

2.3.1 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้มีการจัดศักดิ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ แต่ให้มีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ดังนั้น การตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงต้องมีความแตกต่างไปจาก พระราชบัญญัติทั่วไป โดยผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ดังเช่นที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้ กล่าวคือ เมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อน โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังสอดคล้องกับการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของ ประเทศฝรั่งเศสด้วย เมื่อได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับแล้ว ผู้วิจัยจึงเห็นควรยกเลิกอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในการให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 132 เนื่องจากเป็นเพียงการเสนอแนะความเห็นต่อรัฐสภาเท่านั้น ซึ่งน่าจะขัดหรือแย้งกับ ภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ และอาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปก้าวก้าวในอำนาจในการตรา กฎหมายของรัฐสภามากจนเกินควร นอกจากนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพบ้านเมืองและสังคมที่ เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งอาจเป็นสาเหตุให้ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จนส่งผลให้พระราชบัญญัติ

ประกอบรัฐธรรมนูญเกิดการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไข ผู้วิจัยจึงเห็นควรกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ด้วย

2.3.2 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้ผู้ที่มีอำนาจในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาเท่านั้น ก็ควรกำหนดให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 149 ว่า ให้นำความในมาตรา 148 เฉพาะ (1) มาใช้บังคับเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันความสับสนว่าผู้ใดบ้างที่เป็นผู้มีอำนาจในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่นที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 263 ได้กำหนดให้นำความในมาตรา 262 เฉพาะ (2) มาใช้บังคับ

2.3.3 การวินิจฉัยให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพียงเพราะไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไม่ถือว่ามีกำหนดเขตอำนาจไว้เป็นการทั่วไป หากแต่ต้องมีการกำหนดไว้ให้ชัดเจนโดยกฎหมาย แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพียงเพราะไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ โดยไม่ได้กำหนดคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ของการไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ไว้ จึงจำเป็นต้องอาศัยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว เท่ากับเป็นการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้นิยามความหมายของคำว่าซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์เอง ซึ่งน่าจะไม่เหมาะสมกับภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญมากนัก เพราะจะกลายเป็นว่าศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล แต่กลับมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายโดยผ่านกระบวนการตีความในคำวินิจฉัยของตน และอาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความขยายขอบเขตของความหมายของคำว่า “ความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์” ออกไปจนกว้างขวางอันเป็นเหตุให้กระทบต่อฝ่ายการเมืองได้ ซึ่งจะมีผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากเกี่ยวกับการใช้อำนาจดังกล่าว นอกจากนี้ หากจะกำหนดคำนิยามหรือหลักเกณฑ์ของคำว่าซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์แล้ว ก็จะได้เห็นได้ว่าเป็นการยากที่จะกำหนดให้ครอบคลุมความหมายของทั้งหมดได้ เนื่องจากการให้คำนิยามและระดับของการซื่อสัตย์สุจริตของแต่ละคนย่อมไม่เหมือนกัน ด้วยเหตุทั้งหมดที่กล่าวมานี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุที่ไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์นั้น ควรกลับไปใช้หลักทั่วไปของการปกครองในรูปแบบรัฐสภา โดยให้ถือเป็นอำนาจของรัฐสภาที่เป็นตัวแทนของประชาชนในการที่จะให้ความไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนนั้นดำรงตำแหน่งต่อไปหรือไม่ โดยอาศัยกระบวนการในลักษณะของการลงมติไว้วางใจ

ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ก็สามารรถอธิบายได้ตามหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและหลักความรับผิดชอบต่อรัฐสภา เพราะเมื่อสภาเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้งรัฐมนตรีแล้ว สภาก็ย่อมมีสิทธิลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเพราะเหตุที่ไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ได้

2.3.4 การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งใช้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญหรือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยนั้น ควรจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ 2 องค์กรขึ้นไป มิใช่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากความสงสัยหรือความไม่แน่ใจในการใช้อำนาจหน้าที่ของตน ดังนั้น ผู้วินิจฉัยเห็นควรกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ระหว่างสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเท่านั้น ดังเช่นที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้

2.3.5 การกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม เนื่องจากในการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมนั้น จำเป็นต้องมีสอดคล้องกับประเพณีวัฒนธรรมขององค์กรที่ถูกบังคับใช้ด้วย ดังนั้น องค์กรที่ถูกบังคับใช้จึงจำเป็นต้องมีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระร่วมกันกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม และให้มีผลใช้บังคับแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีมิได้มีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมแต่อย่างใด แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 จะกำหนดให้ต้องรับฟังความคิดของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีก่อนประกาศใช้บังคับก็ตาม แต่ก็ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระจะต้องปรับแก้ไขตามความเห็นของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี ดังนั้น ผู้วินิจฉัยเห็นว่าไม่ควรนำมาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าวมาใช้บังคับกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี แต่หากจะนำมาใช้บังคับกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี ก็จำเป็นต้องกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรม โดยอาจกำหนดให้เข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดทำมาตรฐานทางจริยธรรมฉบับใหม่หรือดำเนินแก้ไขมาตรฐานทางจริยธรรมฉบับปัจจุบัน ซึ่งจะมีผลให้มาตรฐานทางจริยธรรมซึ่งมีสภาพบังคับและโทษที่ได้รับ ดังเช่นกฎหมาย ไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอีกต่อไป เนื่องจากได้จัดทำโดยองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย ทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับประเพณีวัฒนธรรมของ

องค์กรที่ถูกบังคับใช้ด้วย และจะมีผลทำให้การวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมในการบังคับใช้  
มาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าวหมดไป และเมื่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีเข้ามา  
มีส่วนร่วมในการจัดทำหรือแก้ไขมาตรฐานทางจริยธรรมแล้ว ก็เห็นควรกำหนดให้ประธานรัฐสภา  
ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และนายกรัฐมนตรีร่วมเป็นผู้รักษาการตามมาตรฐาน  
ทางจริยธรรมด้วย เพื่อให้ครอบคลุมทุกองค์กรที่ถูกบังคับใช้





บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

- โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. (2534). *รัฐศาสตร์กับการเมือง*. กรุงเทพฯ. ตะเกียง
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2550). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- เกรียงไกร รอบรู้. (2557). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- จรัญ โฆษณานันท์. (2538). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยรามคำแหง
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2538). *พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2556). *กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2526). “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”. *วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ตอน 3*
- เดือน บุนนาค. (2478). *การแยกอำนาจ*. โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง
- ธานีินทร์ ทรายวิเชียร. (2518). *ระบอบประชาธิปไตย*. กรุงเทพฯ. โรงพิมพ์กรมแผนที่ทหาร
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). *รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ. บริษัท พี.เพรส จำกัด
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2555). *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537). *กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2554). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3. (2549, 20 กันยายน). *ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 95 ก. หน้า 5*

- ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2557. (2557, 26 พฤษภาคม). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131  
ตอนพิเศษ 84 ง. หน้า 4
- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561. (2561, 2 มีนาคม).  
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอน 12 ก หน้า 1-31
- พรชัย เลื่อนฉวี. (2550). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง*. กรุงเทพฯ. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์  
โกศิน พลกุล. (2524). “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง”. *วารสารนิติศาสตร์ ฉบับปกครอง*  
มานิตย์ จุมปา. (2555). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ.  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- มานิตย์ จุมปา. (2557). *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ. นิติธรรม  
รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489. (2489, 10 พฤษภาคม). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 63 ตอนที่ 30. หน้า 318-368  
รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2492. (2492, 23 มีนาคม). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 66 ตอนที่ 17.  
หน้า 1-80
- รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2495. (2495, 8 มีนาคม). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 69  
ตอนที่ 15. หน้า 1-40
- รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511. (2511, 20 มิถุนายน). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 85 ตอนพิเศษ.  
หน้า 1-68
- รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517. (2517, 7 ตุลาคม). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 91 ตอนที่ 169.  
หน้า 1-90
- รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2521. (2521, 22 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 95 ตอนที่ 146.  
หน้า 1-66
- รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2534. (2534, 9 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 108 ตอนที่ 216.  
หน้า 1-80
- รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540. (2540, 11 ตุลาคม). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก. หน้า 1-99  
รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549. (2549, 1 ตุลาคม). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 102 ก.  
หน้า 1-14
- รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550. (2550, 24 สิงหาคม). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก หน้า 1-127  
รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557. (2557, 22 กรกฎาคม). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 55 ก.  
หน้า 1-17
- รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560. (2560, 6 เมษายน). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก. หน้า 1-90

- วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. (2544). *ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น*. กรุงเทพฯ. นิติธรรม
- วิษณุ เครืองาม. “เรื่องของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา”. *วารสารกฎหมาย* 1, 3. (กันยายน 2517)
- วิษณุ เครืองาม. (2526). “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน” ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน*. หน่วยที่ 1. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
- วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ. นิติบรรณาการ
- วิษณุ เครืองาม. “ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน”. *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน*. หน่วยที่ 1-7
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2545). *รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศักยภาพของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”. *วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ตอน 2*
- สุขุม นวลสกุล และวิศิษฐ์ ทวีเศรษฐ. (2539). *การเมืองและการปกครองของไทย*. กรุงเทพฯ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2553). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ. บริษัท พี.เพรส จำกัด
- สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ. เรือนแก้วการพิมพ์
- สมยศ เชื้อไทย. (2546). *คำอธิบายความรู้กฎหมายทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- สมยศ เชื้อไทย. (2550). *นิติปรัชญาเบื้องต้น*. (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- หยุด แสงอุทัย. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ. ปรกาศพิริกอ
- อมร จันทรสมบูรณ์. (2525). *กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ. โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- อิสสระ นิตินันท์ประภาศ และคณะ. (2546). *รายงานการวิจัยเรื่องระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย*. กรุงเทพฯ. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
- อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2549). *รายงานการวิจัยเรื่องสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ. บริษัท พี. เพรส จำกัด
- André Hauriou, Jean Gicquel et Patrice Gélard. (1975). *Droit constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris : Editions Montchrestien, อ้างใน ชาญชัย แสงวงศ์ดี. *กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3)

- Benda/Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ
- Bundesverfassungsgerichtsgesetz Federal Constitutional Court Act.
- Donald P. Kommers. (1990). *The Government of West Germany*, in Michael Curtis (ed.), Introduction to Comparative Government. (Second Edition). New York : Harper & Row Publishers. อ้างใน วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น
- Eckart Klein. *Verfassungsprozeßrecht – Versuch einer Systematik anHand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*. อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ
- Ernst-Wolfgang Boeckenfoerde. *Verfassungsfragen der Richterwahl*. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ
- Favoreu, Philip. (1995). *Les grandes decisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz 8e edition. Paris. อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ
- John C. Hughes. (1995). *The Federal Courts, Politics, and the Rule of Law*. New York : Harper Collins College Publishers. อ้างใน วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น
- Lewis Copeland and Lawrence Lamm eds. (1985). *The World's Great Speeches*. 2nd ed. New York : Dover. อ้างใน จิตรโชค (บรรพต) วีระสัย, สุรพล ราชกัญญารักษ์ และสุรพันธ์ ทับสุวรรณ. (2546). *รัฐศาสตร์ทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- Mark Kent. (2558). กฎบัตรแมกนา คาร์ตา กับวิวัฒนาการ “วัฒนธรรมรัฐธรรมนูญ”. ค้นคืน 15 ธันวาคม 2561. จาก <https://www.thairath.co.th/content/504696>
- Marcel Prélot. (1966). *Historis des idées politiques*. Paris : Dalloz. p.125 อ้างใน เกียรติกร เจริญชนาวัดน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ. วิญญูชน
- Maurice Duverger. (1977). *Elément de droit public*. Paris : P.U.F. อ้างใน โภคิน พลกุล. (2525). *เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน*. คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Max Gounelle. (1989). *Introduction au droit public*. Paris : Montchrestien, อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์.

กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ. (พิมพ์ครั้งที่ 3)

Säcker. (1989). *Das Bundesverfassungsgericht*. 4. Aufl. อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานผลการวิจัย

เรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับ  
ศาลรัฐธรรมนูญ

The Basic Law of the Federal Republic of Germany

The Constitution of the United States.

The Constitution of France.

Ulsamer, in : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*.

อ้างใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานผลการวิจัยเรื่องวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ :  
ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญ



## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายวุฒิพงษ์ ผจงจิตสม
วัน เดือน ปีเกิด	24 ตุลาคม 2527
สถานที่เกิด	เขตบางกอกน้อย กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2550 ประกาศนียบัตรหลักสูตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่ง สภานายความ พ.ศ. 2554
สถานที่ทำงาน	สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่ง	นักสืบสวนสอบสวนปฏิบัติการ

