

ที่มา หน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จตุพล โถกนิตย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2564

**SELECTION, DUTIES, POWERS, AND ACCOUNTABILITY
OF CONSTITUTIONAL COURT JUDGES PURSUANT TO
THE CONSTITUTION OF THE KINGDOM OF
THAILAND BUDDHIST ERA 2560**

CHATUPON THOKANIT



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2021



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ที่มา หน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เสนอโดย นายจตุพล โถกนิคย์


สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายมหาชน

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ)


.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุธี อยู่สถาพร)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


.....คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)

วันที่  เดือน  พ.ศ. 

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ที่มา หน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
ชื่อผู้เขียน	จตุพล โถกนิษฐ์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2563

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปรัชญา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ที่มา หน้าที่และอำนาจ ตลอดจนความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อให้ทราบถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมาย ที่เกิดขึ้นและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาให้เป็นอย่างดี ถูกต้องตามปรัชญาแนวคิดและทฤษฎีทางด้านกฎหมายมหาชนและเหมาะสมกับบริบททางสังคมการเมืองการปกครองของประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่าตลอดระยะเวลา 20 กว่าปีที่ผ่านมา นับตั้งแต่มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศไทย จะพบปัญหาในเรื่องที่มา หน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องมาจากปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญ คือการกำหนดที่มา หน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เหมาะสมตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญกล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องอาศัยบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ทางด้านกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เพื่อให้การวินิจฉัยคดีที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นอย่างดี ถูกต้อง เที่ยงธรรมและตรงตามปรัชญา แนวคิด ทฤษฎีทางด้านกฎหมายมหาชน แต่ที่ผ่านมาพบว่า การวินิจฉัยคดียังไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามปรัชญา แนวคิด ทฤษฎีทางด้านกฎหมายมหาชนเท่าที่ควรจะเป็น ปัญหาสำคัญประการต่อมาคือตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทุกองค์กรไม่ว่าองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ จะต้องถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน และจะต้องสามารถตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของทั้งสามองค์กรหลักได้ ปัญหาทางการตรวจสอบและความรับผิดชอบของตุลาการยังมีช่องทางและวิธีการที่จำกัดเป็นไปได้ยากโดยไม่เคยดำเนินการได้สำเร็จ ซึ่งประเด็นปัญหาทั้งหมดดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นศรัทธาของประชาชนที่มีต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

และสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ในการอำนวยความสะดวกธรรมดาตามหน้าที่และเจตนาธรรมของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นประเทศไทยควรกำหนดที่มา หน้าที่ อำนาจและความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมโดยการคำนึงถึงบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ทางด้านกฎหมายมหาชนเป็นหลัก รวมทั้งนำปรัชญา แนวคิด ทฤษฎีทางด้านกฎหมายมหาชนมาปรับใช้กับการกำหนดหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการกำหนดช่องทางในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมโดยจะต้องมีการยึดโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง ทั้งนี้เพื่อให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่อยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เทียงธรรม ปราศจากอคติทั้งปวง ซึ่งจะส่งผลที่ดีต่อความเชื่อมั่นศรัทธาของประชาชนที่มีต่อศาลรัฐธรรมนูญ เกิดความสงบสุขในบ้านเมือง ประเทศชาติพัฒนาเจริญรุ่งเรืองภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

Thesis Title	Selection, Duties, Powers, and Accountability of Constitutional Court Judges Pursuant to the Constitution of the Kingdom of Thailand Buddhist Era 2560
Author	Chatupon Thokanit
Thesis Advisor	Associate Professor Dr. Poom Chokmoh
Department	Law
Academic Year	2020

ABSTRACT

The thesis is a study into the philosophy, ideologies, and theories on the establishment of the Constitutional Court, as well as the selection, duties, powers, and accountability of Constitutional Court judges as provided for in the Constitution of the Kingdom of Thailand Buddhist Era 2560. The thesis aims to ascertain legal issues that have arisen and propose recommendations to address such issues in a manner which is in line with the philosophy, ideologies, and theories of public law and which is appropriate for the social and political context of Thailand.

From research it is found that over the past 20 years since the establishment of the Constitutional Court in Thailand, issues have arisen regarding the selection, duties, and powers of Constitutional Court judges as a result of significant legal problems. Firstly, the provisions on the selection, duties, and powers of Constitutional Court judges are not appropriately in line with the objective of establishing a Constitutional Court. The performance of judicial functions of Constitutional Court judges must be carried out by a qualified person with expertise and experience primarily in public law so as to ensure that the adjudication of cases within the jurisdiction of the Constitutional Court is done so with accuracy, impartiality, and in accordance with the philosophy, ideologies, and theories of public law. However, it has been found that adjudication of cases has not duly been in accordance with the objectives of the law, or the philosophy, ideologies, and theories of public law.

Another significant legal problem concerns the principle of separation of powers. Pursuant to such principle, each organization, whether legislative, executive, or judiciary, must

balance each other's powers and must be able to review the performance of duties of the main three organizations. The review and accountability mechanism of Constitutional Court judges is still limited and difficult and has never been implemented. This directly affects public confidence in the performance of duties of Constitutional Court judges and the Office of the Constitutional Court in the administration of justice in accordance with the duties and objectives of establishing a Constitutional Court.

Consequently, Thailand should stipulate the selection, duties, powers and accountability of Constitutional Court judges in an appropriate manner. Due consideration must be given to persons with knowledge, expertise, and experience in public law. Philosophy, ideologies, and theories of public law should appropriately govern provisions establishing the powers and duties of a Constitutional Court judge as well as mechanisms in reviewing the performance of duties and determining the accountability of Constitutional Court judges. These provisions must reflect the genuine connection to the people to whom sovereignty truly belongs. This is to ensure that Constitutional Court judges perform their duties in accordance with the Constitution and the law, with honesty, impartiality, and without bias, thereby contributing to public confidence in the Constitutional Court, peace and order, and national development under a constitutional monarchy regime.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปราโมทย์ ประจนปัจจนึก ซึ่งได้กรุณาแนะนำ ถ่ายทอดความรู้ ท่านเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์คนแรก แม้ท่านได้ลาออกจากการเป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ ปรีดีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจ บัณฑิตย์แล้ว ก็ยังช่วยประสานงานกับรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ รับเป็นที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน ซึ่งผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ เป็นอย่าง สูงซึ่งได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ตลอดจนชี้แนะแนวทางในการศึกษาและจัดทำ วิทยานิพนธ์นี้จนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดีทุกประการ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุธี อยู่สถาพร ซึ่งต่างก็ได้กรุณาเสียสละเวลามาเป็นประธานและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้ข้อสังเกต และคำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ให้มีความสมบูรณ์

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์ประจำและคณาจารย์พิเศษ ของคณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ซึ่งต่างได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ตลอดจนพิจารณา อนุมัติทุนการศึกษาร้อยละห้าสิบสำหรับค่าหน่วยกิต และเจ้าหน้าที่ทุกท่านซึ่งได้ให้ข้อแนะนำ อำนวยความสะดวกต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการเรียน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิดซึ่งต่างก็คอยส่งเสริม สนับสนุน และเป็นแรงผลักดันให้กับผู้เขียนในการประกอบกิจการงานต่างๆ ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี สมปรารถนาทุกประการตลอดมา

ผู้เขียนขอขอบคุณ นายศรีสวัสดิ์ มลสุวรรณ นายสรภัทร สมจินตนากุล นางสาวปิยนันท์ ช่วงวงษ์หล้า นายนันท์ทวุฒิ จิระเมธาภัทร และนายสิพลคนัย สระคำ เพื่อนร่วมรุ่นสาขากฎหมาย มหาชนที่ช่วยกันส่งเสริม สนับสนุนเกื้อกูลกันตลอดระยะเวลาการศึกษา และ ดร.นิลทิศา ศรีไพบุลย์กิจ โลกนิคย์ ผู้เป็นแรงใจสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จ

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์นี้จะมีคุณค่าทางวิชาการ มีประโยชน์ต่อการ เรียนรู้ และได้รับการเผยแพร่เพื่อนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ซึ่งเกี่ยวข้องต่อไป

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2. แนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับที่มา หน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.....	9
2.1 แนวความคิด ปรัชญาหรือทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ.....	9
2.2 แนวความคิดและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.....	17
2.3 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย.....	23
2.4 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ.....	26
2.5 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.....	29
2.6 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ.....	30
2.7 หลักการพื้นฐานและแนวความคิดที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของตุลาการ.....	32
3. ที่มา อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและความรับผิดชอบของตุลาการ ในต่างประเทศ.....	36
3.1 ที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรเลีย.....	36
3.2 ที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปน.....	42
3.3 ที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี.....	53

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
3.4 ความรับผิดชอบของตุลาการในต่างประเทศ.....	57
4. วิเคราะห์ปัญหาที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	64
4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.....	65
4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.....	79
4.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.....	91
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	97
5.1 บทสรุป.....	97
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	98
บรรณานุกรม.....	100
ประวัติผู้เขียน.....	103



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งรัฐธรรมนูญทำหน้าที่กำหนดโครงสร้างและรูปแบบการปกครอง กลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ค้ำครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กำหนดกฎเกณฑ์ภายในสังคม เป็นต้น เมื่อประเทศไทยกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of constitution) กฎหมายใดไม่ว่าจะตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับไม่ได้การควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งสำคัญที่สุด

ระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในประเทศไทย เกิดขึ้นอย่างเป็นทางการครั้งแรกอยู่ในรูปแบบของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ต่อมาประเทศไทยได้มีระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยจัดตั้งขึ้นในรูปแบบขององค์กรศาล เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นับเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย

ด้วยเหตุที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ถูกยกเลิกไป เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ศาลรัฐธรรมนูญจึงถูกยกเลิกไปด้วย หน้าที่ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและหน้าที่อื่นๆของศาลรัฐธรรมนูญถูกกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2550 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้ในหมวด 10 ส่วนที่ 2 ถือได้ว่าเป็นการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งที่สอง

ต่อมาเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้มีการทำรัฐประหารและได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จากนั้นได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญยังคงเป็นไปตามเดิม

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญถูกบัญญัติไว้ในหมวด 11 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน มีที่มาดังนี้¹

1. ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวนสามคน

2. ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนสองคน

3. ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน

4. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาปัตยกรรมศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปีและยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน

5. ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีจำนวนสองคน

โดยมีหน้าที่และอำนาจดังนี้²

1. พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 200

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 210

2. พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ

3. หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม นอกจากหน้าที่และอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ยังได้ กำหนดหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้³

1. คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย

2. คดีเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ

3. คดีเกี่ยวกับการร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

4. คดีที่ประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตาม รัฐธรรมนูญหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

5. คดีเกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา

6. คดีเกี่ยวกับการเสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับ หลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้

7. คดีเกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมใน การใช้งบประมาณรายจ่าย

8. คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา

9. คดีเกี่ยวกับการสิ้นสุดลงของความเป็นรัฐมนตรี

10. คดีเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

11. คดีที่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ร้องขอว่าการกระทำนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

12. คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561, มาตรา 7

13. คดีอื่นที่รัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาล

จากที่กล่าวไว้ข้างต้นจึงถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และทำหน้าที่อื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งล้วนเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่สำคัญในการกำหนดทิศทางของการปกครองประเทศให้อยู่ในกรอบของหลักนิติธรรมตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งการทำหน้าที่ดังกล่าวมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีบุคคลมาทำหน้าที่ โดยในอดีตที่ผ่านมาก่อนที่จะได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ประเทศไทยมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และพบปัญหาที่เกิดขึ้นคือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบมาจากบุคลากรขององค์กรต่างๆ มารวมตัวกันในรูปแบบของคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือวินิจฉัยเรื่องอื่นๆ ตามอำนาจหน้าที่ เป็นหลัก เมื่อวินิจฉัยเสร็จแล้วก็จะกลับไปปฏิบัติหน้าที่เดิมของตน จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้มีภาระหน้าที่หลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากมีภาระงานประจำอยู่แล้วและยังพบว่าขาดความเป็นอิสระเพราะไม่ได้ทำหน้าที่เหมือนกับองค์กรตุลาการที่จะมีหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ จนกระทั่งได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2540 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นับจากนั้นเป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันเป็นเวลา กว่า 20 ปี แล้ว ซึ่งตลอด 20 กว่าปี ที่ผ่านมามีศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ มีสำนักงานที่ตั้งของศาล มีองค์กรบริหารงานบุคคลเป็นของตนเอง มีความเป็นอิสระทั้งทางด้านองค์กรและการทำหน้าที่ของตุลาการแต่อย่างไรก็ตามตลอดระยะเวลาที่ผ่านไป 20 ปี นับตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเป็นต้นมามีประเด็นปัญหาสำคัญที่สุดคือการสรรหาบุคคลที่จะมาทำหน้าที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร มีความรู้ความสามารถหรือมีความเชี่ยวชาญทางด้านใดบ้าง เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วพบว่าองค์ประกอบหลักของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากผู้พิพากษาของศาลฎีกาซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านคดีแพ่งและคดีอาญา แต่การทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนเป็นหลัก ซึ่งมีนิติวิธี แนวคิด ทฤษฎีที่แตกต่างจากการพิจารณาคดีแพ่ง หรือคดีอาญาทั่วไปอย่างสิ้นเชิง เมื่อพิจารณาองค์ประกอบต่อมาก็คือมาจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แม้ศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายมหาชนเป็น

หลัก ตุลาการศาลปกครองจึงต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนแต่ก็อาจยังไม่เป็นที่คาดหมายได้ว่าจะมีความเชี่ยวชาญด้านศีลรัฐธรรมนุญ องค์ประกอบประการสุดท้ายคือ ผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆ

1. สายวิชาการ

2. สายข้าราชการระดับสูง การกำหนดไว้เช่นนี้ย่อมเป็นการยากที่จะสรรหาบุคคลที่มีความรู้ความสามารถทางด้านศีลรัฐธรรมนุญอย่างแท้จริงมาปฏิบัติหน้าที่ เพราะตลอดเวลาของการทำงานของผู้ทรงคุณวุฒิเหล่านี้ล้วนแต่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่งของตนเองไม่ได้ เกี่ยวข้องกับการพิจารณาวินิจฉัยศีลรัฐธรรมนุญแต่อย่างใด จึงส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยศีลรัฐธรรมนุญซึ่งอาจทำให้คำวินิจฉัยคือออกมาด้วยความไม่เป็นธรรมหรือขัดต่อหลักการ ความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ทางด้านรัฐธรรมนุญและกฎหมายมหาชน ซึ่งจะส่งผลให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอาชาดความเชื่อถือศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมของศาลรัฐธรรมนุญรวมทั้งอาชาดความเชื่อมั่นในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญ และที่สำคัญที่สุดคืออาจส่งผลให้เกิดความแตกแยก วุ่นวายในบ้านเมืองซึ่งจะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศในระยะยาว และอาจตกเป็นเครื่องมือทางการเมืองของฝ่ายการเมืองในการแสวงหาผลประโยชน์ในทางการเมืองจากการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนุญเพื่อต่อรองความได้เปรียบเสียเปรียบทางการเมืองระหว่างฝ่ายที่มีความเห็นต่างทางการเมือง เนื่องจากช่องทาง การฟ้องร้องและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนุญเป็นไปอย่างกว้างขวางมาก

ประเด็นปัญหาประการสำคัญอีกประการต่อมาคือตั้งแต่ปี 2540 จนถึงปัจจุบันเป็นที่ทราบดีว่าประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนรัฐธรรมนุญบ่อยครั้งด้วยเหตุที่เกิดวิกฤติทางการเมือง เมื่อมีการเปลี่ยนรัฐธรรมนุญบ่อยๆ ย่อมส่งผลกระทบต่อ การกำหนดที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญ เนื่องจากต้องเปลี่ยนไปตามที่รัฐธรรมนุญฉบับที่มีการบังคับใช้ในปัจจุบันกำหนด จึงแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญดังกล่าวไม่มีความชัดเจนแน่นอน ไม่มีความมั่นคงเมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรอื่นที่มีฐานะเป็นองค์กรศาล เช่น ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม เพราะว่าแม้จะมีการเปลี่ยนรัฐธรรมนุญบ่อยเพียงใดก็ไม่กระทบต่อที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองหรือผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมแต่อย่างใด ซึ่งตรงกันข้ามกับที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญ ซึ่งคุณสมบัติที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญเองก็สามารถพลิกแพลงไปตามเจตนารมณ์ของผู้ยกร่าง

รัฐธรรมนูญที่จะกำหนดให้เป็นไปในทิศทางใดก็ได้ จึงแตกต่างจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศที่กำหนดที่มาและอำนาจหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนและมีความมั่นคงประการสำคัญที่สุดคือศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศนั้นเป็นองค์กรที่มีความสำคัญมากที่สุด องค์กรหนึ่งในระบบโครงสร้างของรัฐไม่ต่างจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยโดยสิ้นเชิง

ประเด็นปัญหาที่สำคัญประการสุดท้ายคือหากมีการพบว่าตุลาการปฏิบัติหน้าที่ไม่ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ความรับผิดชอบของตุลาการจะเป็นไปอย่างไร การตรวจสอบการ ใช้อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีการกำหนดไว้หรือไม่ และสามารถ ดำเนินการได้โดยวิธีใด เนื่องจากตลอด 20 กว่าปีที่ผ่านมาพบว่าการตรวจสอบการใช้อำนาจของ ตุลาการ รวมทั้งการดำเนินการ ในเรื่องความรับผิดชอบของตุลาการนั้นเกิดขึ้นน้อยมากหรือแทบจะไม่ เกิดขึ้นเลยในประเทศไทย ซึ่งสาเหตุอาจเป็นเพราะปัญหาและอุปสรรคหลายประการซึ่งจะได้ ดำเนินการศึกษาต่อไป

ผู้เขียนจึงมีความตั้งใจที่จะศึกษาที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และของต่างประเทศ ตลอดจนศึกษาในเรื่องความรับผิดชอบของตุลาการของประเทศไทยและของต่างประเทศทั้งที่ใช้ระบบ กฎหมายจารีตประเพณี(Common Law System) และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เพื่อให้เห็นสภาพปัญหาทางกฎหมายในหลากหลายมิติที่เกิดขึ้นจากนั้นจะได้ศึกษาแนว ทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมตามบริบท ของสภาพการเมืองการปกครองภายในสังคมไทยในปัจจุบัน และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการ จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาที่มาแนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับที่มา หน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบของ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และที่มา อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและความรับผิดชอบของตุลาการในต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาที่มา อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและความรับผิดชอบของตุลาการ ใน ต่างประเทศ

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

4. เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดที่มา หน้าที่และอำนาจและความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดองค์ประกอบและคุณสมบัติอันเป็นที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ให้มีที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิด้านต่างๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว องค์ประกอบหลักของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งที่ผ่านมาแสดงให้เห็นถึงความบกพร่องในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญและก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย การตีความปรัชญา แนวความคิด ทฤษฎีและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนที่จะต้องนำมาปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยอรรถคดีของศาลรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังเป็นการยากที่จะสรรหามุคคัลซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดมาปฏิบัติหน้าที่ จึงควรหาแนวทางที่เหมาะสมในการสรรหามุคคัลให้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเพื่อปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และจะต้องศึกษาอำนาจหน้าที่หลักของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่าแท้จริงแล้วควรมีอำนาจหน้าที่อย่างไรโดยเปรียบเทียบกับอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการสรรหามุคคัลที่มีความรู้ความสามารถมีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่องรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริงเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และศึกษาเรื่องความรับผิดชอบของตุลาการ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวกับที่มา อำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตลอดจนศึกษาเรื่องความรับผิดชอบของตุลาการในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยทำการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือกฎหมาย เอกสารทางวิชาการ บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทบัญญัติแห่งกฎหมายและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญ ที่มาหน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับที่มา หน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และที่มา อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและความรับผิดชอบของตุลาการในต่างประเทศ
2. ทราบถึงที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
3. ทราบผลการวิเคราะห์ปัญหาที่ที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
4. ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับที่มา หน้าที่ อำนาจ

และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การศึกษาที่มา หน้าที่ อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความรับผิดชอบของตุลาการ นั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทราบถึงแนวคิด หลักการพื้นฐาน และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องมีการศึกษาถึงความเป็นมาหรือวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญ ของต่างประเทศบางประเทศ และของประเทศไทย

2.1 แนวความคิด ปรัชญาหรือทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมจึงไม่สามารถใช้ชีวิตให้ดำรงอยู่ได้ด้วยตัวเอง ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อมนุษย์เกิดมาเป็นทารกจะต้องได้รับการเลี้ยงดูจากบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิดเสียก่อนและต้องเลี้ยงดูต่อไปจนกว่าจะสามารถเลี้ยงดูตนเองได้ ในขณะที่เดียวกันก็ต้องมีที่ นอน ญาติ ซึ่งถือเป็นครอบครัว และถือเป็นสังคมเล็กๆ สังคมหนึ่งซึ่งเป็นองค์ประกอบของสังคมขนาดใหญ่

เมื่อมนุษย์ได้พัฒนาทั้งร่างกายและสมองทำให้มนุษย์เข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมรู้จักช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ทั้งนี้เพื่อความปลอดภัยและรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของตนเอง โดยยอมสละสิทธิเสรีภาพบางส่วนให้กับสังคมโดยมีผู้นำที่ทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองให้ความปลอดภัยแก่สังคมนั้น และในขณะเดียวกันผู้ปกครองหรือหัวหน้าก็มีหน้าที่และอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ของสังคมให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติเพื่อการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุข ซึ่งผู้นำยุคต้นๆ ของสังคมมนุษย์มาจากผู้ที่แข็งแรงเป็นนักสู้สามารถใช้กำลังปกป้องคุ้มครองสมาชิกในสังคมให้มีความปลอดภัยได้ และเนื่องจากมนุษย์ในสมัยโบราณนั้น ยังไม่สามารถเข้าใจปรากฏการณ์ธรรมชาติ จึงเชื่อว่าปรากฏการณ์ธรรมชาตินั้นเกิดจากการกระทำของเทพเจ้าทำให้เกิดการปกครองระบอบเทวสิทธิหรือระบอบเทวธิปไตย ที่เชื่อว่าผู้นำหรือผู้ปกครองเป็นตัวแทนของพระเจ้าด้วยความเชื่อดังกล่าวการปกครองจากหัวหน้ากลุ่มหัวหน้าเผ่ากลายเป็นการปกครองระบอบเทวธิปไตย เริ่มมีอาณาเขตที่เป็นดินแดนของตนเองมีประชากรที่พูดภาษาเดียวกัน มีขนบธรรมเนียมวัฒนธรรมเดียวกัน มีอำนาจปกครองที่เป็นระบบ มีระเบียบแบบแผนมากขึ้น และในระยะต่อมา

กลายเป็น “รัฐ” ซึ่งความหมายของ “รัฐ” ที่นักนิติศาสตร์และนักรัฐศาสตร์ ให้คำจำกัดความไว้ใกล้เคียงกันพอสรุปได้ว่า “รัฐ” คือ กลุ่มของประชากรที่อยู่รวมกันเป็นปึกแผ่น มีดินแดนเป็นของตัวเองและอยู่ร่วมกันอย่างอิสระภายใต้การปกครองอันเดียวกัน หรือถ้าจะแยกองค์ประกอบของรัฐทางด้านสังคมวิทยาจะประกอบไปด้วย 3 องค์กรใหญ่ๆ คือ ประชากร ดินแดน และอำนาจอธิปไตย ถ้าขาดองค์ประกอบอย่างหนึ่งอย่างใดจะไม่ว่าว่ามีสภาพเป็น “รัฐ”¹

รัฐต่างๆ ได้พัฒนาระบบการปกครองมาจากระบบทวาริปไตยพัฒนามาเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ผู้ปกครองมีอำนาจสูงสุดแต่เพียงผู้เดียวเรียกว่า “กษัตริย์” และการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของทุกรัฐมีความคล้ายคลึงกันอยู่อย่างหนึ่งคือ ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ และไม่สามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในความเหมาะสมพอดีได้จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจจัดซื้อเอาเปรียบประชาชนจึงทำให้เกิดวิธีการแก้ปัญหาคือ และวิธีการแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่มีอำนาจเด็ดขาดอยู่ที่พระมหากษัตริย์เพียงผู้เดียว เป็นการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามฝ่ายตามแนวคิดของ John Locke และ Montesquieu คืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และอำนาจทั้งสามจะไม่อยู่ที่คนๆ เดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน อีกทั้งเป็นการป้องกันไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเกินควรทำให้เกิดความเสียหายเดือดร้อนแก่ประชาชน

ต่อมาในปี ค.ศ. 1788 (พ.ศ. 2331) สหรัฐอเมริกาได้นำแนวความคิดของ John Locke และ Montesquieu ดังกล่าวไปเป็นแนวเขียนหลักเกณฑ์ในการปกครองประเทศ เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” ถือเป็นจุดกำเนิดของรัฐธรรมนูญปัจจุบัน และเป็นจุดกำเนิดของระบอบประชาธิปไตยยุคใหม่ด้วย หลักเกณฑ์สำคัญในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ได้แก่

1. ทุกคนมีความเท่าเทียมกันและเสมอภาคกัน
2. ผู้ปกครองประเทศมาจากความเห็นชอบของประชาชนส่วนใหญ่
3. ผู้ปกครองต้องใช้อำนาจในการปกครองเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และผลประโยชน์ของประชาชน
4. การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องสามารถควบคุมตรวจสอบให้อยู่ในความเหมาะสมพอดีได้²

¹ กิจบติ ชินเบญจกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), น. 221 – 222.

² เพิ่งอ้าง, น. 222 – 223.

แนวความคิดรัฐธรรมนูญ (la notion constitution) คำว่า รัฐธรรมนูญ มีความหมายทั้งในแง่กัมมันต์ (Actif) และในแง่กานันต์ (Passif) กล่าวคือ ในแง่กัมมันต์นั้นนั้นพูดถึงในแง่ความยินยอมทั่วไปที่ใช้กฎหมายรับรองการดำรงอยู่ของอำนาจและการใช้อำนาจ และทำให้อำนาจนั้นเป็นอำนาจตามกฎหมาย (le pouvoir de droit) ส่วนในแง่ของกานันต์นั้นกล่าวถึงองค์ประกอบที่ประกอบไปด้วยสถานภาพ 3 ปัจจัยด้วยกัน คือ ดินแดน ประชากร และการดำรงอยู่ของอำนาจ จะเห็นได้ว่าการให้ความหมายรัฐธรรมนูญทั้งสองรูปแบบดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับแนวความคิดของรัฐมาก³

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้แปรสภาพจากอำนาจตามความเป็นจริงมาเป็นอำนาจตามกฎหมายโดยได้ตระหนักถึงทั้งสามปัจจัย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้สร้างการดำรงอยู่ของรัฐโดยมีขอบเขตจำกัดในแง่ภูมิศาสตร์ มนุษยชาติและทางกฎหมายซึ่งเป็นการจัดแบ่งว่าเป็นคนมีสัญชาตินั้น⁴ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นการดำรงอยู่ของรัฐตามกฎหมายนั้นก็หมายความว่ารัฐนั้นต้องมีรัฐธรรมนูญตามความเป็นจริง การจัดสร้างสถาบันของรัฐจะพบอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นปัญหาของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้นำมาสู่การโต้เถียงของสองสำนักความคิดทางกฎหมายด้วยกัน สำนักแรกได้แก่สำนักกฎหมายธรรมชาติ ที่มองว่ากฎเกณฑ์ตามธรรมชาติมีอยู่แล้วในธรรมชาติและมีมาก่อนรัฐ ดังนั้นจึงอยู่เหนือรัฐ กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติ (droit naturel) ไม่จำเป็นต้องมีการยอมรับจากกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองก็ได้ซึ่งมองว่ากฎเกณฑ์ใดจะเป็นกฎหมายได้นั้นจะต้องเกิดจากรัฐหรือฝ่ายบ้านเมืองบัญญัติขึ้นมาเป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่ากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (droit positif) ซึ่งอันที่จริงแล้วก็คือกฎหมายของรัฐ (droit de l'Etat)⁵

อย่างไรก็ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญไปด้วยกับแนวความคิดทางกฎหมายอย่างแน่นอนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของรัฐ (droit de l'Etat) หรือกฎหมายในรัฐ (droit dans l'Etat) ก็ตาม

³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 88.

⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 88. มาตรา 4 วรคที่ท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “บุคคลผู้บรรลุนิติภาวะทั้งเพศชายและหญิงที่มีสัญชาติฝรั่งเศสและมีสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมือง ย่อมสามารถออกเสียงเลือกตั้งภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย” มาตราดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงการรับรองสิทธิทางแพ่งและทางการเมืองของบุคคลที่มีสัญชาติฝรั่งเศสโดยรัฐธรรมนูญ

⁵ คู่มือวิจารณ์ของ M.Miaille, *Une introduction critique au droit*, 2ed. FM/Fondation, 1982.

ตราบเท่าที่รัฐยังคงที่จะคงไว้ซึ่งหลักการเสรีภาพเพื่อที่จะให้ทุกๆ คนที่อาศัยอยู่ในรัฐมีความสุขตามที่รัฐพยายามสร้างรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายหรือนิติรัฐขึ้นมา⁶

2.1.1 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นหลักที่สำคัญของการปกครองที่รัฐเรียกร้องให้มี ให้ปรากฏ และเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ หลักนิติรัฐจึงมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีอำนาจอธิปไตย⁷

ดังนั้นรัฐที่เป็นนิติรัฐ (Legal State) จึงหมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นแนวคิดที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมการกระทำของรัฐมิให้ดำเนินการไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ใต้กรอบของกฎหมายที่ได้วางไว้ล่วงหน้า บนพื้นฐานความเชื่อว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้จะช่วยสามารถปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ดำรงได้อย่างมั่นคง⁸ การใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐในนิติรัฐต้องเป็นการใช้อำนาจที่สอดคล้องกับความเป็นธรรมตามกฎหมายกล่าวคือต้องเป็นการใช้กฎหมายที่สร้างความเป็นธรรมแก่ทุกๆ คนในรัฐโดยไม่เลือกปฏิบัติ ไม่เลือกชั้นวรรณะ ไม่มีการเลือกข้างเลือกกลุ่ม ไม่ละเมิดหรือขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นก็แสดงว่าการปกครองหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง ดังนั้นจึงต้องมีนิติธรรม (Rule of Law) ในนิติรัฐ แต่ถ้าผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้นแต่กฎหมายดังกล่าวได้สร้างความไม่เป็นธรรม ไม่เคารพและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนถึงแม้จะเป็นการใช้อำนาจตามที่มีกฎหมายรองรับ (Rule by Law)⁹ และสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ปกครองโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตามที่ก็จะถือว่าเป็นการเคารพต่อหลักนิติรัฐคงไม่ได้และผู้ปกครองรัฐจะอ้างว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปตามหลักนิติรัฐก็ไม่ได้เช่นกัน การเคารพซึ่งหลักนิติรัฐนั้นไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจอยู่ภายใต้กฎหมายเพียงอย่างเดียวแต่ต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างเป็นธรรมด้วย การใช้อำนาจภายใต้กฎหมายหรือการใช้อำนาจตามกฎหมายเพียงอย่างเดียวของผู้ปกครองรัฐอาจชอบธรรมตามทฤษฎีความมีประสิทธิภาพของกฎหมายของฮันส์ เกลเซิน (Hans Kelsen) ซึ่งถือว่ากฎหมายที่มาจากผู้มีอำนาจรัฐเมื่อใช้บังคับกับประชาชนได้ก็ถือว่าเป็นกฎหมายแล้วเพราะมีสภาพบังคับของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว ตามทฤษฎี

⁶ เพิ่งอ้าง, น. 89.

⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 106.

⁸ สมชาย ปรีชาศิลป์, “นิติรัฐที่ไร้นิติธรรม,” ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, (10 พฤษภาคม 2553).

⁹ ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ให้ความหมาย Rule by law หรือนิติกลวิธี ซึ่งหมายถึง กฎหมายเป็นใหญ่เมื่อออกกฎหมายแล้วไม่ว่าใครเป็นผู้ออกกฎหมายก็ตาม ต่างได้รับการยอมรับว่าเป็นใหญ่ทั้งสิ้น ทำให้กฎหมายต้องถูกต้องและต้องปฏิบัติตาม, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป).

ดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากเนื่องมาจาก ความหมายของ “กฎหมาย” ตามทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้คำนึงที่มาของกฎหมายว่ามีที่มาจากความชอบธรรมหรือไม่ ดังนั้น ประกาศหรือคำสั่งที่มาจากกลุ่มหรือคณะบุคคลที่ยึดอำนาจจากรัฐที่ก่อการรัฐประหาร (Coup d’Etat) จึงเป็นกฎหมายในความหมายดังกล่าวซึ่งเป็นอันตรายอย่างยิ่งและตรงข้ามกับหลักนิติรัฐ

“กฎหมาย” ในความหมายของนิติรัฐต้องเป็นกฎหมายที่มาจากประชาชนหรือตัวแทนของประชาชน ประชาชนเป็นผู้สร้างความชอบธรรมให้กฎหมายและทำให้เกิด “หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” ดังนั้นทุกๆคนในรัฐจึงต้องเคารพต่อกฎหมายที่ประชาชนสร้างขึ้นเพราะโดยสภาพของกฎหมายนั้นมีความชอบธรรม การเคารพต่อกฎหมายก็คือ การกระทำของทุกคนในรัฐ ทุกองค์กรของรัฐ การบังคับใช้กฎหมายของศาลจะต้องไม่ละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายและต้องมีความเป็นธรรม ณ จุดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การกระทำต่างๆ หรือการบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ดังกล่าวต้องเคารพต่อ “หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité)” ดังนั้นหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักที่มาจากหรือต่อเนื่องมาจากหลักนิติรัฐและการที่ทุกคนต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเท่ากับว่าเป็นการเคารพกฎหมายที่มาจากประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีสัญญาประชาคมตามแนวคิดของฌอง ฌาคส์ รูสโซ และสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่กล่าวว่าอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน ดังนั้นหลักนิติรัฐจึงเป็นหลักที่สอดคล้องและอยู่ในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย¹⁰

2.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมาจากหลักนิติรัฐที่กล่าวว่ารัฐปกครองด้วยกฎหมาย ในอดีตหลักความชอบด้วยกฎหมายจะเน้นเฉพาะผู้ที่อยู่ให้อำนาจปกครองเท่านั้นที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจดำเนินการที่มีผลกระทบต่อประชาชนจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน หากหน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองกระทำการละเมิดสิทธิของประชาชนก็อาจจะถูกประชาชนฟ้องร้องต่อองค์กรยุติธรรมเพื่อให้เยียวยาหรือแก้ไขได้ แต่อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวก็ยังไม่ถูกนำมาใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเหตุผลที่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดอยู่แล้ว ย่อมต้องไม่กระทำการที่ขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญ และการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก็สะท้อนถึงการมีเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน ดังนั้นกฎหมาย

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 110.

ดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ต่อมาเมื่อมีการควบคุมกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญขึ้น โดยอาศัยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นทุกองค์การของรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จะกระทำการที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ในศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมาหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ครอบคลุมไปถึงฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และองค์การของรัฐอื่นๆ ด้วย¹¹

2.1.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

การแบ่งแยกอำนาจนั้นมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ ทางปรัชญา และทางตรรกศาสตร์ หลักดังกล่าวเป็นหลักในการจัดสรรอำนาจในรัฐธรรมนูญในกระบวนการกิจกรรมทางการเมือง แต่เปรียบเสมือนพันธกรณีที่น่าที่ที่แตกต่างกันของรัฐจะต้องได้รับการรับประกัน โดยองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากกันและอย่างน้อยก็ต้องมีความเป็นอิสระในการแต่งตั้งภายในและในการดำเนินกิจกรรมขององค์กรเอง¹² การแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการทางเทคนิคทางรัฐธรรมนูญโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงการผูกขาดอำนาจและเพื่อเป็นการรับประกันเสรีภาพ เทคนิคดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกรอบและแบ่งอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรรัฐที่แตกต่างกัน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ¹³ เป็นการสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ อาจทำให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่ ดังที่ลอร์ดเอ็กตัน ได้กล่าวไว้ว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีขอบและการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดกระทำที่มีขอบอย่างแน่นนอน”¹⁴ ในศตวรรษที่ 18 มองเตสกีเออ นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสได้นำเสนอแนวคิดแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ทั้งสามอำนาจนี้สามารถคานอำนาจและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันได้ เพื่อยับยั้งการใช้อำนาจโดยมิชอบ นอกจากนี้ มองเตสกีเออ ยังได้เสนอแนวคิดในการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกัน¹⁵ โดยการใช้อำนาจรัฐมีสาระสำคัญสามประการคือ ประการแรก รัฐมีอำนาจในการออกกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชนทั่วไปนั่นคืออำนาจนิติ

¹¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 123 – 124.

¹² M.Miaille, l'Etat du droit, op.cit., p.95.

¹³ เพิ่งอ้าง.

¹⁴ เพิ่งอ้าง, น. 268.

¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535),

บัญญัติ ประการที่สองรัฐมีอำนาจดูแลความปลอดภัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ ทั้งนี้เพื่อเป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย ประการสุดท้ายรัฐต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อกระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมาย¹⁶

การแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึงองค์กรที่ใช้อำนาจโดยมีวัตถุประสงค์คือไม่ให้องค์กรใดขององค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจผูกขาด และสามารถมีการแบ่งแยกดังนี้

1. องค์กรนิติบัญญัติ มีอำนาจในการตรากฎหมาย
2. องค์กรบริหาร มีอำนาจในการปกครองประเทศ
3. องค์กรตุลาการ มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและอำนวยความยุติธรรม

หัวใจของหลักการแบ่งแยกอำนาจขององค์กรดังกล่าวข้างต้นจะต้องมีการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกัน (Check and Balance)¹⁷

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าแนวความคิดของมองเตสกีเออมีอิทธิพลครอบงำระบบการเมืองในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 เป็นอย่างมาก ทำให้คนยุคต่อมาให้ความสนใจไปสู่จุดเดียวกันคือ เป็นการก่อให้เกิดขบวนการรัฐธรรมนูญนิยมขึ้น จะเห็นได้จากปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาตรา 16 ว่า “ไม่ว่าสังคมใดก็ตามหากไม่มีการค้ำประกันเสรีภาพของปวงชนและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจแล้วไซ้ร้ สังคมนั้นหากรัฐธรรมนูญไม่”¹⁸ หลักการดังกล่าวได้ปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนในการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1787 ที่ได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออมาใช้อย่างเคร่งครัดและยังคงมีอิทธิพลมาจนถึงปัจจุบัน¹⁹

2.1.4 หลักความเสมอภาค

แนวคิดเรื่องหลักแห่งความเสมอภาคนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานว่าตามธรรมชาติมนุษย์ทุกคนเกิดมาด้วยความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติและทุกคนจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน ถ้าพิจารณาจากแนวคิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นมุมมองของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติที่มองว่าสิ่งเหล่านี้มี มาและติดตัวมาตั้งแต่เกิด และถึงแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมารับรองสิ่งเหล่านี้ก็ตามก็มีผลบังคับ ใช้ได้เพราะเป็นสิ่งธรรมชาติที่รัฐและทุกคนมีอาจปฏิเสธได้ นอกจากนี้

¹⁶ อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 51-52.

¹⁷ เพ็ญอ้อ, น. 275.

¹⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 97. โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์, ความเป็นมาของระบบการปกครองในระบบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทยาการพิมพ์, 2518), น. 2.

¹⁹ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ, หลักรัฐศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : อักษรเจริญทัศน์, 2518), น. 316.

ยังเห็นได้ว่าการยอมรับสิ่งเหล่านี้ก็แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในเรื่องปัจเจกชนนิยมอีกด้วย เพราะการที่รัฐหรือทุกคนต้องยอมรับและเคารพต่อ หลักการดังกล่าวนี้ เท่ากับว่าเป็นการยอมรับสิทธิตามธรรมชาติของแต่ละคนด้วยกัน หลักแห่งความเสมอภาคเป็นอีกหนึ่งของสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับในรูปแบบที่เป็น กฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง กล่าวคือได้รับการพิจารณาในมุมมองทางกฎหมาย มิใช่ในขอบเขตทางปรัชญาแต่เพียงอย่างเดียว ลักษณะดังกล่าวนี้ก็มาจากการอ้อมอ้อมทางความคิดของ ทั้งสองสำนักกฎหมาย คือสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองและสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการแปรสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลมาเป็นสิทธิของบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย²⁰

2.1.5 ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยม

รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) คือ แนวความคิดที่จะใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรให้ เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกอันเป็น โครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) ในการจัดองค์กรบริหารรัฐ ซึ่งการใช้รัฐธรรมนูญในลักษณะสัญญาประชาคมเป็นเครื่องมือในการจัดองค์กร บริหารของรัฐสมัยใหม่นั้นมีวัตถุประสงค์ในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์อันเกิดขึ้นเป็นลำดับแรกและคงอยู่จนปัจจุบันนี้ และวัตถุประสงค์ในการสร้างเสถียรภาพ และประสิทธิภาพให้กับรัฐบาลในระบบการเมืองซึ่งวัตถุประสงค์ข้อนี้ต้องการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เป็นกลไกที่จะทำให้รัฐบาลบริหารบ้านเมืองให้เป็นไปโดยเรียบร้อยต่อเนื่องและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้ และวัตถุประสงค์ประการสุดท้ายคือเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมถึงแม้ว่าการบัญญัติกฎหมาย จะต้องเคารพถึงหลักความเสมอภาคตามกฎหมายก็ตาม แต่ความไม่เท่าเทียมกันในทางปฏิบัติเนื่องจาก สถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมจึงต้องอาศัยหลักการในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎเกณฑ์สูงสุดของประเทศ มาเป็นกฎเกณฑ์คุ้มครองผู้อ่อนแอกว่า จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของกระแสแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนี้มีการ สร้างความเชื่อมโยงระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจสูงสุดกับประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยรัฐจะต้อง ให้การรับรองและคุ้มครองซึ่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ใต้ปกครองและประชาชนจะต้องมีส่วนร่วมในการปกครอง หรือในการใช้อำนาจ

²⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ บุศรา เข้มทอง นิตกรชำนาญการพิเศษ กลุ่มงานบริการวิชาการ 3 สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2556), น. 439.

สูงสุดในการปกครองประเทศ ทั้งนี้จะต้องมีการสร้างระบบควบคุมตรวจสอบการใช้ อำนาจรัฐ และมีการปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพเพื่อจะได้บรรลุวัตถุประสงค์นั่นเอง²¹

2.2 แนวความคิดและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น สามารถแบ่งการพิจารณาได้ดังนี้

2.2.1 แนวความคิดและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ หากมีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมมีฐานะเหนือกว่า ส่งผลให้กฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นโมฆะ ไม่สามารถบังคับได้²² ในทางเนื้อหาส่งผลให้เป็นที่ได้รับความสนใจทางด้านกฎหมายและนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนในทางทฤษฎีถือได้ว่าเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามแนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่ใช่เพียงขัดแย้งในเรื่องรูปแบบ ซึ่งจะทำให้ผลคือเสียเปล่ามาแต่ต้น ไม่มีผลบังคับต่อไป แต่ยังเน้นย้ำว่ารัฐธรรมนูญมีความสำคัญอย่างยิ่งในเรื่องความผูกพันและความบรรลุผลตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มีความสัมพันธ์กับกฎหมายต่างๆ²³

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญทำให้เกิดผลสำคัญอย่างน้อย 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก รัฐธรรมนูญย่อมเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความในชั้นศาลจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนมากที่สุด หลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญจะต้องแตกต่างอย่างชัดเจนกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ และต้องตีความให้แตกต่างไปจากกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ หากมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะต้องให้ความหมายหรือตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างอิสระจากบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักของการแบ่งแยก ไม่ใช่หลักของการมีผลร่วมกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ

²¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ บุศรา เข้มทอง นิตกรชำนาญการพิเศษ กลุ่มงานบริการวิชาการ 3 สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2557), น. 113-114.

²² บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 26. Ekkehart Stein, 14 Aufl., Tubingen 1993; S.13

²³ Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20. Band 1981, S.486

หลักการดังกล่าวจึงเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งห้ามอาศัยการตีความที่จะส่งผลให้ขอบเขตและความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายไม่ชัดเจน

ประการที่สอง หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ไม่ใช่เรื่องของความสัมพันธ์ของกฎหมาย 2 บทบัญญัติ แต่ยังเป็นความสัมพันธ์และอำนาจหน้าที่ขององค์กรด้วย ซึ่งการตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องนั้น ไม่ใช่เพียงให้สิทธิเรียกร้องทางสารบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นเอกสิทธิ์สูงสุด แต่ต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับองค์กรนิติบัญญัติและจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความชอบธรรมเช่นกัน

ประการที่สาม การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอย่างกว้างขวางนั้นก็เพื่อกำหนดโครงสร้างภายในรัฐที่ให้ความสำคัญกับรัฐธรรมนูญและกระบวนการทางการเมือง โดยมีลักษณะเป็นกฎหมายและทำให้ความผูกพันระหว่างกฎหมายและการเมืองมีประสิทธิผลมากขึ้น²⁴

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นมีแนวคิดของนักปรัชญาอเมริกันผู้มีชื่อเสียงของโลก ได้อธิบายไว้ดังนี้

1. ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของ Hans Kelsen

เป็นทฤษฎีที่อธิบายโดยนักตรรกศาสตร์ตามทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (The Pure Theory of Law) โดย Kelsen ได้อธิบายว่า กฎหมายเป็นเรื่องศาสตร์และระบบของบรรทัดฐาน ดังนั้นเรื่องใดที่เป็นบรรทัดฐานคือสิ่งที่ทุกคนควรจะกระทำ (Ought) เมื่อกฎหมายเป็นบรรทัดฐานก็ต้องเป็นสิ่งที่ทุกคนควรกระทำตามกฎหมาย ในสายตาของ Kelsen กฎหมายไม่ใช่สิ่งที่บังคับให้ทุกคนต้องกระทำ (Must) ตามที่จอห์น ออสติน กล่าวว่า กฎหมายเป็นคำสั่งหรือคำสั่งบังคับให้ทุกคนต้องกระทำตาม ดังนั้น Kelsen จึงกล่าวว่า เนื้อหาสาระของกฎหมายเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของสิ่งที่ควรจะเป็นหรือควรจะเป็น กฎหมายจึงเป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยบรรทัดฐานหรือมาตรฐานความประพฤติของมนุษย์ซึ่งมีบรรทัดฐานของลำดับชั้นที่แตกต่างกันออกไปโดยเรียกลำดับชั้นกันเป็นชั้นๆ อย่างเป็นระบบ บรรทัดฐานที่ต่ำสุดจะมีอำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีบรรทัดฐานที่สูงกว่าได้ให้ไว้หรือกำหนดไว้ได้ เรียงไปเช่นนี้จนถึงลำดับชั้นของบรรทัดฐานที่สูงสุดที่เป็นรากฐานของบรรทัดฐาน ชั้นพื้นฐานหรือ Grundnorm เป็นความสัมพันธ์แบบห่วงโซ่ที่ร้อยกันไปจนทำให้เกิดระบบบรรทัดฐานขึ้น²⁵

บรรทัดฐานเหล่านี้คือ กฎหมายแต่ละชนิดมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายสูงต่ำแตกต่างกัน กฎหมายลำดับศักดิ์ที่ต่ำจะเกิดขึ้นและมีอำนาจได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าได้สร้าง

²⁴ เพิ่งอ้าง, น. 27.

²⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 166.
จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 63-71.

ขึ้นหรือให้อำนาจไว้ ร้อยเรียงกันไปจนถึงกฎหมายลำดับสูงสุด ความสัมพันธ์แบบนี้จึงก่อให้เกิดระบบกฎหมายขึ้น ในระบบของรัฐมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นที่มาของกฎหมายทั้งปวงของรัฐ การพิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายตามทฤษฎีของ Kelsen เป็นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์อื่นกับกฎเกณฑ์ที่ออกตามอำนาจของกฎเกณฑ์อื่น ซึ่งจะออกได้และมีผลบังคับเป็นกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อมีกฎเกณฑ์ที่เหนือกว่าให้อำนาจไว้ เช่น ปินัยกรรม สามารถทำได้เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้อำนาจไว้ จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีศักดิ์เหนือกว่าปินัยกรรม ได้ให้อำนาจในการสร้างเกณฑ์ที่เรียกว่าปินัยกรรมไว้ ปินัยกรรมจะมีผลบังคับได้ก็จะต้องทำตามกฎเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ หากไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ก็จะไม่มีผลบังคับเป็นปินัยกรรม แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ออกโดยอำนาจของรัฐธรรมนูญ จึงถือว่ารัฐธรรมนูญมีฐานะหรือศักดิ์สูงกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁶

ดังนั้นทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมายที่ว่า กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์อื่น ย่อมสูงกว่ากฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจที่รับมา รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจึงมีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายอื่นๆ ตรงที่มีศักดิ์และฐานะที่สูงกว่ากฎหมายอื่นๆ ทั้งหมด เพราะรัฐธรรมนูญจะกำหนดองค์กร กระบวนการและรูปแบบของกฎหมายอื่นๆ ในระบบกฎหมายทั้งหมด²⁷

2. ทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Thomas Hobbes

ข้อเสนอดังกล่าวด้วยเหตุที่มนุษย์มีความเห็นแก่ตัวและโหดร้าย ต่อสู้กันอยู่ตลอดเวลา ทำให้เกิดความขัดแย้งจึงต้องการให้มีผู้ตัดสินและคุ้มครอง บุคคลจึงยอมสละประโยชน์ตามธรรมชาติของตนแล้วมาร่วมทำสัญญาเข้ากันเป็นสังคมเพื่ออยู่ร่วมกันอย่างสันติ สังคมจึงเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น ไม่ใช่สิ่งที่มีมาตามธรรมชาติ โดยต่างคนต่างยอมสละเสรีภาพเพื่อความสงบไม่ต้องต่อสู้กันและยอมสละสิทธิทั้งปวงที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่ผู้หนึ่งซึ่งเป็นผู้ปกครองโดย บุคคลที่ร่วมกันทำสัญญานั้นหาได้ทำขึ้นเพราะความคิดในทางจริยธรรมไม่ แต่หากทำขึ้นเพราะความเห็นแก่ตัว เห็นว่าผู้ปกครองนั้นจะสามารถคุ้มครองปกป้องตนได้ ผู้ปกครองจึงมีอำนาจเด็ดขาดในการควบคุมบังคับ รวมทั้งลงโทษคนทั้งปวงเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยอย่างเต็มที่ภายใต้สังคมที่สงบสุขไม่ต้องระแวงภัยต่อผู้กัน เมื่อทำสัญญาแล้วแต่ละคนต้องเคารพสัญญาและผู้ปกครองที่ตนให้อำนาจไปและอำนาจทางการเมืองต้องตกอยู่ในมือของผู้คุมอธิปไตยของรัฐ ซึ่งสงบเองนิยมกษัตริย์มากกว่าบุคคลอื่น โดยต้องคุมอำนาจไว้อย่างสมบูรณ์อำนาจอธิปไตยแต่ถ้าเป็นคณะบุคคลต้องมีเสียงสิทธิ

²⁶ เติ้งอ๋าง, น. 167-168.

²⁷ เติ้งอ๋าง, น. 168.

ขาดเป็นเอกฉันท์ ดังนั้นกฎหมายที่ออกมาจึงยุติธรรมเสมอ เพราะผู้ที่คุมอำนาจเป็นผู้นิยามคำว่า ผิด ถูก ชั่วดี ยุติธรรม อยุติธรรม ประชาชนมีหน้าที่เพียงยอมรับว่าสิ่งที่ผู้มีอำนาจมอบให้ย่อมเหมาะสม และยุติธรรมแล้ว เว้นแต่การยอมรับดังกล่าวจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของตน ประชาชนจึงขัดขึ้น เหตุที่ต้องยอมรับนั้นเพราะต้องการปกป้องให้ตนเองพ้นภัย²⁸

3. ทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซ (Rousseau)

รูสโซ (Rousseau) กล่าวว่า สังคมจะสงบสุขเรียบร้อยต่อเมื่อประชาชนยอมมอบอำนาจ บางส่วนของตนให้ผู้ปกครองเพื่อมาปกครอง คุ้มครองประชาชนในสังคมให้ดีขึ้น โดยมีความสัมพันธ์ที่ต่างก็ขึ้นต่อกันและกันระหว่างราษฎรและผู้ปกครอง กล่าวคือ ผู้ปกครองขึ้นตรงต่อราษฎรเวลาประชุมร่วมกันยอมรับเจตนารมณ์ร่วมป็นเพื่อนำไปใช้ในการปกครองบ้านเมือง และประชาชนต้องขึ้นตรงต่อผู้ปกครองที่บริหารงานตามที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคม²⁹ ดังนั้น ผู้ปกครองที่แท้จริงก็คือผู้อยู่ใต้การปกครองโดยผ่านมาในรูปแบบของเจตจำนงทั่วไป (General Will) ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงความคิดเห็นและความต้องการของส่วนรวม กฎหมายทั้งปวงก็คือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป ดังนั้นการยอมสละเสรีภาพอันไม่มีจำกัดและยอมอยู่ร่วมกัน โดยมีเสรีภาพอันจำกัดตามกฎหมายก็คือการปฏิบัติตามข้อบังคับที่ตนเองมีส่วนตั้งขึ้นนั่นเอง³⁰

ตามทฤษฎีนี้จึงถือว่าสัญญาประชาคมเป็นรัฐธรรมนูญเพราะเป็นการที่สมาชิกของทุกคนในสังคมตกลงร่วมกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้นๆ ว่าจะเป็นไปตามรูปแบบใดเมื่อรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครอง รัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมืองนั้น แต่แนวคิดทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซกับฮ็อบส์ มีความแตกต่างกัน คือ ฮ็อบส์จะมุ่งเน้นการมอบอำนาจของประชาชนให้ผู้ปกครองเป็นผู้ดูแลแต่ผู้เดียวคือสถาบันกษัตริย์ซึ่งเป็นการสนับสนุนการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งอำนาจธิปไตยจะอยู่ที่ผู้ปกครองหรือกษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว ส่วนรูสโซนั้นจะมุ่งเน้นสนับสนุนการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมองว่าสัญญาประชาคมเป็นเจตจำนงทั่วไปที่จะนำไปปกครองตนเอง ไม่ใช่เป็นการมอบเจตจำนงของประชาชนโดยส่วนรวมให้กับผู้หนึ่งผู้ใด อำนาจธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนสามารถล้มล้างรัฐบาลได้ แนวคิด

²⁸ ศ. ศิวรักษ์, นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 81,87.

²⁹ ศ. ศิวรักษ์, นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 119.

³⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 205.

ของรุสโซได้สานต่อให้เกิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนและก่อให้เกิดแนวความคิดที่ว่า กษัตริย์ครองราชย์แต่ไม่ได้เป็นผู้ปกครอง กษัตริย์เป็นเพียงประมุขของประเทศแต่ไม่มีอำนาจก้าว ง่ายการบริหารประเทศ แต่แนวคิดของฮอบส์สะท้อนให้เห็นว่าบัลลังก์กษัตริย์ไม่เคยว่างเปล่าต้องมีการสืบทอดไปเรื่อยๆ ตามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์³¹

4. ทฤษฎีก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองของซีเยส์ (Sieyès)

ซีเยส์ (Sieyès) กล่าวว่าสังคมทุกสังคมจะมีอำนาจหนึ่งเรียกว่า อำนาจในการก่อตั้ง องค์กรสูงสุดทางการเมือง (Pouvoir Constituant) จะเป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา เช่น ประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้กฎหมาย องค์กรชี้ขาดข้อพิพาท องค์กรที่แต่งตั้งนี้จะ อยู่ภายใต้อำนาจที่ก่อตั้ง อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองนั้นแสดงออกมาโดยผ่านทาง รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ทำให้เกิดรัฐธรรมนูญขึ้นซึ่งเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่อมี รัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญจะก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการ ใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง อันมีผลให้รัฐธรรมนูญอยู่นอกกฎหมายอื่นๆ ทั้งหมด และ องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้น เช่น องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือตุลาการ องค์กรเหล่านี้เป็นเพียง องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญและต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้นอำนาจในการก่อตั้ง องค์กรทางการเมืองจึงถูกเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้เกิดระบบ กฎหมายที่เรียกว่าลำดับชั้นของกฎหมายขึ้น ทำให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้ง รัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้นองค์กรที่ถูกตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ จะไปแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญนั่นเอง ดังนั้นเมื่อจะมีการ แก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ต้องหาองค์กรที่มีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญซึ่งก็คืออำนาจในการก่อตั้ง องค์กรสูงสุดทางการเมือง อำนาจในการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ถือเป็นอำนาจต่อเนื่องมาจาก อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุด ศัพท์ทางวิชาการเรียกว่า อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับ มอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร³²

2.2.2 ผลของการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เป็นที่ทราบดีว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ในส่วนนี้ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาเพื่อให้ทราบถึงผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.2.2.1 กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

³¹ เพิ่งอ้าง, น. 172.

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, (ม.ป.ท.: ม.ป.ท, ม.ป.ป), น. 20.

เมื่อพิจารณาถึงศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) รัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายภายในทั่วไป (Domestic Law) บรรดากฎหมายทั้งหมดภายในรัฐไม่ว่าจะประกาศใช้ก่อนหรือหลังรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้³³

หากมีการยินยอมให้กฎหมายอื่นในระบบกฎหมายมีศักดิ์ที่เหนือกว่าหรือขัดกับรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ได้ ย่อมเป็นการขยายอำนาจให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ ส่งผลให้เป็นอันตรายสำหรับประชาชนหากมีการปล่อยให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายตามอำเภอใจ John Marshall ผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury V. Madison กล่าวว่า “เราจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของกฎหมายอื่นทั้งหลายมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่นทั้งหลาย และไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกันกับกระบวนการตรากฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งผลก็คือหากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญก็สามารถทำได้ตามอำเภอใจตลอดเวลา³⁴

2.2.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการยาก

ด้วยการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ย่อมเป็นการยากที่จะแก้ไขเพิ่มเติมโดยองค์กรหรือวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่น สภาพนี้เรียกว่า “ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ”³⁵

2.2.3 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบดังนี้

2.2.3.1 การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Erschwerung der Verfassungsänderung)

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นก็ด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจ แบ่งแยกอำนาจ และจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรใช้อำนาจทั้งหลาย ด้วยเหตุนี้จึงแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญจึงทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สำคัญกว่ากฎหมายอื่นๆ จึงทำให้รัฐธรรมนูญกลายเป็นกฎหมายที่ควรแก้ไขยากกว่ากฎหมายอื่น หากองค์กรนิติบัญญัติสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ง่ายเหมือนกับแก้ไข

³³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ม.ป.ป), น. 175. วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 669-677.

³⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 48-49.

³⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 :ที่มาและนิติวิธี, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 17.

กฎหมายธรรมดา จะส่งผลกระทบต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้วิธีเดียวกันกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา³⁶

2.2.3.2 การให้สิทธิในการต่อต้าน (das Widerstandrecht)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดย่อมส่งผลกระทบต่อบัญญัติของรัฐธรรมนูญและความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ และความมั่นคงของรัฐธรรมนูญก็ขึ้นอยู่กับความผูกพันองค์การของรัฐที่มีต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการเชื่อมโยงความมั่นคงกับสิทธิในการต่อต้าน

สิทธิในการต่อต้านได้รับการอธิบายในปรัชญาว่าด้วยรัฐของยุคกลาง (die scholastische Staatsphilosophie) และได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครองที่ปกครองโดยไม่ชอบ แต่เห็นว่าการใช้สิทธิในการต่อต้านดังกล่าวไม่อาจใช้ได้หากเป็นการต่อต้านการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการปกครองโดยพระราช ในทางทฤษฎีวัตถุประสงค์และความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญมีขอบเขตอยู่ที่ความเชื่อฟังของผู้ใต้ปกครอง แต่ในทางปฏิบัติมีปัญหาว่า กรณีที่เกินขอบเขตต้องเป็นกรณีที่รุนแรงจริงๆ ที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจแบบเผด็จการของผู้ปกครอง และกรณีนี้ย่อมสามารถใช้สิทธิต่อต้านได้ ด้วยเหตุนี้สิทธิในการต่อต้านในรัฐธรรมนูญของประเทศยุโรปตะวันตกจึงแยกออกจากการควบคุมอำนาจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ³⁷

2.3 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ระบบการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ คือ

2.3.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (die abstrakte Normenkontrolle)

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมหรือการควบคุมเชิงป้องกัน สามารถแบ่งออกเป็นสองกรณีคือ การควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและการควบคุมหลังประกาศใช้กฎหมาย

2.3.1.1 การควบคุมในเชิงป้องกันหรือควบคุมก่อนการประกาศใช้ (Preventive Normenkontrolle)

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 30.

³⁷ เพิ่งอ้าง, น. 31.

ประเทศที่ยึดหลักการควบคุมแบบนามธรรมก่อนการประกาศใช้เป็นประเทศที่เคารพเจตจำนงขององค์กรรัฐสภาที่ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน จึงไม่ยอมรับแนวคิดที่จะให้องค์กรอื่นมาเพิกถอน แต่อย่างไรก็ตามเจตจำนงดังกล่าวก็ไม่อาจขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ จึงได้มีการออกแบบระบบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อจะรักษาทั้งเจตจำนงขององค์กรตัวแทนประชาชนและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยให้มีการตรวจสอบกฎหมายก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับ โดยถือว่าก่อนประกาศใช้กฎหมายเจตจำนงขององค์กรตัวแทนประชาชนไม่ใช่เจตจำนงสุดท้ายจึงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่หากมีการประกาศใช้บังคับกฎหมายไปแล้วจะไม่สามารถยกเลิกกฎหมายที่ออกโดยเจตจำนงที่ถูกต้องสมบูรณ์ได้ ประเทศที่ถือแนวคิดนี้คือประเทศฝรั่งเศส แนวคิดเรื่องการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน จึงไม่สามารถควบคุมกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยผู้แทนปวงชนได้ แต่การควบคุม “ร่างกฎหมาย” ที่ยังไม่มีการลงนามโดยประมุขของรัฐและยังไม่มี การประกาศใช้ การควบคุมร่างกฎหมายดังกล่าวเพื่อไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญย่อมจึงสามารถทำได้³⁸ แต่หลักการดังกล่าวก็มีความยืดหยุ่นมากขึ้นต่อมาสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ยอมรับให้มีการควบคุมภายหลังประกาศใช้กฎหมายได้เช่นกัน

การควบคุมเชิงป้องกันนำมาใช้กับกฎหมายที่ออกในระดับต่างๆ ได้ เช่น กฎหมายส่วนกลาง กฎหมายมลรัฐ กฎหมายในระดับภูมิภาค หรือกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งในการตรวจสอบนั้นจะใช้หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญหรือจะนำหลักเกณฑ์เรื่องการแบ่งแยกอำนาจในการตรากฎหมายมาตรวจสอบก็ได้

2.3.1.2 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเชิงแก้ไข หรือการควบคุมแบบนามธรรมหลังการประกาศใช้ (Repressive Normenkontrolle)

การควบคุมระบบนี้เป็นการควบคุมในเชิงแก้ไข เป็นกรณีที่ผ่านมากระบวนการนิติบัญญัติเรียบร้อยแล้วและมีการประกาศบังคับใช้กฎหมายแล้ว ระบบนี้ไม่ต้องรอให้เกิดคดีพิพาทก่อนจึงหยิบยกประเด็นขึ้นมาว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่ให้สิทธิแก่องค์กรต่างๆ เช่น สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐบาล สามารถยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หากพบกรณีสงสัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อความมั่นคงของรัฐธรรมนูญและเพื่อคุ้มครองเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย

³⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 152.

ความมุ่งหมายของการควบคุมแบบนามธรรมหลังการประกาศใช้มี 2 กรณี คือ

1. มุ่งคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยในสภา ที่อาจเป็นปัญหาเชื่อมโยงมาจากชั้นพิจารณา กฎหมาย ซึ่งฝ่ายข้างน้อยอาจเห็นว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่แพ้เสียงส่วนใหญ่ และเมื่อ กฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว ฝ่ายข้างน้อยอาจเข้าชื่อกันเพื่อเสนอศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยใน ประเด็นความเห็นของตนได้ ซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการถ่วงดุลระบบเสียงข้างมากในสภาและเป็น การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2. จากเหตุผลในข้อ 1 กฎหมายมักจะกำหนดองค์กรที่เป็นผู้ยื่นเรื่องไว้ก่อนข้างแคบ จำกัดเฉพาะองค์กรที่เกี่ยวข้องเท่านั้น เช่น สมาชิกรัฐสภา รัฐบาล หรือองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบ การใช้อำนาจรัฐ เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ทั้งนี้เพื่อให้องค์กรเหล่านี้ตรวจสอบเบื้องต้น ก่อนที่จะยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบคือ กฎหมายระดับ พระราชบัญญัติ หรือ รัฐบัญญัติ ของส่วนกลาง ของรัฐ หรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจออกกฎหมาย

ดังนั้นระบบการควบคุมแบบนามธรรมหลังการประกาศใช้เห็นว่าตราบใดที่กฎหมายยังไม่บังคับใช้ถือว่าเป็นกระบวนการของนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจก้าวล่วงได้ และระบบนี้ ยังเป็นระบบที่คุ้มครองเสียงส่วนน้อยในสภาเพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจเสียงส่วนใหญ่ในสภา และ คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง³⁹

2.3.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (die konkrete Normenkontrolle)

การควบคุมรูปแบบนี้เป็นกรณีที่เกิดคดีพิพาทขึ้นในศาล และมีประเด็นสำคัญคือ กฎหมายที่ใช้พิจารณาคดีอยู่นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ

2.3.2.1 ระบบการกระจายการควบคุม (Decentralized Judicial)

ระบบนี้มีที่มาจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา คดี Marbury v. Madison ซึ่งศาล พิพากษาว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายของรัฐสภาได้ ศาลมี หน้าที่ใช้กฎหมายให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และต้องห้ามมิให้ใช้กฎหมายที่ตราขึ้น โดยขัดกับรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้⁴⁰

ระบบนี้เป็นการให้อำนาจการควบคุมตรวจสอบกระจายไปให้องค์กรตุลาการทุกศาลมี อำนาจตรวจสอบ เนื่องจากผู้พิพากษามีอำนาจตีความกฎหมายเพื่อนำไปใช้ให้ถูกต้อง หากเกิดกรณี

³⁹ เพิ่งอ้าง, น. 51 - 53

⁴⁰ อนันต์ จันทร์โอภากร, “Judicial Review ของศาลสหรัฐอเมริกา,” ในบทความทางวิชาการเรื่องใน โอกาสครบรอบ 80 ปี ศ.ไพโรจน์ ชัยนาม, น. 253(2536).

กฎหมายขัดแย้งกันจะต้องใช้กฎหมายที่สูงกว่าบังคับ (lex superior derogate legi inferior) ผู้พิพากษาจะต้องใช้รัฐธรรมนูญบังคับก่อนกฎหมายธรรมดาตนเอง เป็นระบบที่เหมาะสมกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี Common law System ⁴¹

2.3.2.2 ระบบการการควบคุมแบบรวมศูนย์ (Centralized Judicial Review)

ระบบนี้จะตรงกันข้ามกับระบบกระจายการควบคุม เป็นระบบที่ให้อำนาจศาลใดศาลหนึ่งเพียงศาลเดียวเท่านั้นมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ระบบนี้มีแนวคิดมาจาก Hans kelsen ใช้ในประเทศออสเตรีย⁴² โดยรัฐธรรมนูญออสเตรียกำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีแล้วเห็นว่ามิได้มีประเด็นกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลนั้นจะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย⁴³

2.4 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีหลักพื้นฐานทางทฤษฎีของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เกี่ยวข้องดังนี้

2.4.1 หลักประชาธิปไตย (Demokratieprinzip) กับศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนี้มีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ คือ⁴⁴

- ก. หลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน
- ข. หลักประชาธิปไตยแบบเสรี
- ค. หลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก
- ง. หลักประชาธิปไตยโดยตัวแทน

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการที่มีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้เหตุผลว่า การที่ยอมให้ศาลทำหน้าที่ดังกล่าวขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาหรือขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยของประชาชน และปฏิเสธอำนาจตุลาการในการตรวจสอบความชอบของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา เพราะเห็นว่าเป็นการให้อำนาจศาลกระทำการต่อเจตจำนงของประชาชนได้

⁴¹ วิจิตร ฟูงัดดา, *เพ็ญอ้วง*, น. 176.

⁴² Albrecht Weber, น. 73.

⁴³ มาตรา 89 วรรคสอง และ มาตรา 140 รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2558), น. 20.

อย่างไรก็ตามมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดข้างต้นเช่นกัน ซึ่งฝ่ายนี้เห็นว่า เจตจำนง

เสียงข้างมากนั้น ไม่ใช่เจตจำนงของประชาชนทั้งหมด เป็นเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น การตรวจสอบกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการนั้นเป็นการประกันฝ่ายเสียงข้างน้อยในการป้องกันทางบทบัญญัติของกฎหมายและเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงไม่เป็นการขัดกับหลักอธิปไตยแต่อย่างใด เป็นเพียงการขัดแย้งต่อความเห็นส่วนใหญ่ แต่ก็ไม่ใช่ความเห็นทั้งหมดของปวงชน (das Volk)⁴⁵

ดังนั้นตามความเห็นของเสียงส่วนใหญ่จึงสรุปได้ว่าองค์กรศาลรัฐธรรมนูญไม่ขัดต่อหลักประชาธิปไตย และที่สำคัญยังเป็นองค์กรที่สำคัญของหลักประชาธิปไตยด้วย⁴⁶

2.4.2 หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) กับศาลรัฐธรรมนูญ

การปกครองโดยหลักนิติรัฐคือการปกครองโดยกฎหมายกล่าวคือ จะต้องมีความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ รวมถึงหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีหลักพื้นฐานที่กำหนดว่า การตรวจสอบจะต้องกระทำโดยองค์กรอื่นที่มีความเป็นกลาง ซึ่งการควบคุมตนเองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ถือว่ามีหลักประกันอย่างเพียงพอ ดังนั้นรัฐสภาจึงไม่อาจใช้อำนาจตัดสินการกระทำของตนเองได้⁴⁷ และการบัญญัติกฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างเพียงพอ⁴⁸

ดังนั้นความเกี่ยวพันระหว่างหลักนิติรัฐกับศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกรณีให้เห็นว่าเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นต้องตรวจสอบความผูกพันดังกล่าว เพราะหลักความชอบด้วยกฎหมายของหลักนิติรัฐจะผูกพันเฉพาะกฎหมายที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ⁴⁹

2.4.3 หลักสหพันธรัฐ (Bundesstaatsprinzip) กับศาลรัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่เป็นสหพันธรัฐศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เช่นรัฐของเยอรมันเป็นสหพันธรัฐ รากฐานของศาลรัฐธรรมนูญมาจากความสัมพันธ์ของรัฐต่างๆ

⁴⁵ C. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, S.27

⁴⁶ D. Grim, Verfassungsgerichtsbarkeit – Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen staat, in: Verfassungs und Verwaltungsrecht, Bd. II, hrsg. Von Hoffmann – Reim, Munchen 1977, s.89

⁴⁷ D. Marten, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1980, S.773 และ น. 775.

⁴⁸ U. Scheuner, Problem und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1952, S.295

⁴⁹ D. Merten, *เพิ่งอ้าง*, น. 774.

จึงจำเป็นจะต้องมีการควบคุมมลรัฐ ในขณะที่เดียวกันรัฐต่างๆ ก็ต้องได้รับการคุ้มครองจากการกระทำของสหพันธรัฐ หากเกิดข้อพิพาทระหว่างกัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเหล่านั้น⁵⁰

2.4.4 การคุ้มครองหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยศาลรัฐธรรมนูญ

หลักเสรีประชาธิปไตยนั้นมีความอันตรายมากและมีความขัดแย้งในตัวของมันเอง⁵¹ กล่าวคือผู้กุมอำนาจทางการเมืองคือผู้ที่มีเสียงข้างมากย่อมมีความชอบธรรมในการกระทำของตนเองโดยอาศัยเสียงข้างมากและมักจะมีแนวโน้มที่จะขยายรักษาและขยายอำนาจของตนเองโดยจำกัดอำนาจของฝ่ายที่มีเสียงข้างน้อย ซึ่งอาจจะนำไปสู่การแสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเองและพวกพ้อง โดยการจัดโครงสร้างองค์กรใหม่ให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตน โดยไม่สนใจต่อผลประโยชน์ส่วนรวมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด⁵²

ด้วยเหตุนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อรัฐเสรีประชาธิปไตย ที่จะเข้ามามีอำนาจในการคุ้มครอง ควบคุม ตรวจสอบและป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายเสียงข้างมากที่จะก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีที่มาจากแนวความคิดการรวมอำนาจซึ่งเห็นว่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่พิเศษดังกล่าวข้างต้น มีความเป็นอิสระทั้งด้านโครงสร้างองค์กรและตัวบุคคล โดยให้ความสำคัญพิเศษเฉพาะด้านแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมอื่น เช่น ศาลแพ่งหรือศาลอาญา ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะคดีแพ่ง คดีอาญาเท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจพิจารณาคดีที่พิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องมีความรู้ความสามารถทางด้านกฎหมายมหาชนซึ่งจะต้องอาศัยผู้ที่มีประสบการณ์ มีความรู้ความสามารถพิเศษที่เกี่ยวข้อง มีความเชี่ยวชาญ (Specialist) ไม่ใช่ตุลาการซึ่งมีความสามารถทั่วไป (Generalist) มาพิจารณาวินิจฉัยคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ⁵³

⁵⁰ U. Scheuner, *เพิ่งอ้าง*, น. 295

⁵¹ V. Bruneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, S.134

⁵² Bruneck, *เพิ่งอ้าง*, น. 134

⁵³ พงษ์กร กิตติทรงภพ, “ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารบุคคล กับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมันและญี่ปุ่น,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), น. 32.

2.5 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การศึกษาหลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษาหลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทวีปยุโรปเป็นหลัก ดังนี้

2.5.1 การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

ประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปได้มีการกำหนดจำนวนและองค์กรที่มีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังนี้

1. จำนวนตุลาการ

การกำหนดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่างนั้นจะกำหนดแตกต่างกันออกไปอยู่ระหว่าง 9 – 16 คน ตามความสำคัญ อำนาจหน้าที่และความเหมาะสมของแต่ละประเทศ⁵⁴

2. องค์กรที่มีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้ง

ส่วนใหญ่แล้วจะให้้องค์กรนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง เช่น ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สมาพันธรัฐสวิส และราชอาณาจักรเบลเยียม จะให้รัฐสภาเข้ามีส่วนร่วมโดยตรงในการเลือกส่วนสาธารณรัฐโปรตุเกสให้เข้ามามีส่วนร่วมในการเลือก 10 คน จาก 13 คน สำหรับสาธารณรัฐอิตาลี ราชอาณาจักรสเปน กำหนดให้้องค์กรต่างๆ เป็นผู้เลือก และยังให้้องค์กรตุลาการมีส่วนในการเลือกด้วย⁵⁵

ในประเทศที่มี 2 สภา ที่เป็นสหพันธรัฐที่ให้้องค์กรนิติบัญญัติเลือกตุลาการ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สมาพันธรัฐสวิส จะกำหนดให้ทั้ง 2 สภามีส่วนร่วมในการเลือก โดยจะแยกแต่ละสภา ส่วนสาธารณรัฐอิตาลี ราชอาณาจักรสเปน ให้ทั้งสองสภาร่วมกันแต่งตั้ง แต่ในโปรตุเกสเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร⁵⁶

3. การมีส่วนร่วมของพรรคการเมือง

การปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นพรรคการเมืองสถาบันทางการเมืองที่มีความสำคัญ ซึ่งมีอิทธิพลในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจึง

⁵⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 60.

Albrecht Weber, Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, S.49 ff.

⁵⁵ Kurt Heller, Der Supreme Court der Vereinig Staaten von Amerikas; Probleme eines Höchstgerichts, EuGRZ, 1985, S.693

⁵⁶ Albrecht Weber, *เพิ่งอ้าง*, น. 50.

เป็นเงื่อนไขสำคัญของการมีบทบาทดังกล่าว อย่างไรก็ตามพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งไม่อาจมีอิทธิพลโดยเด็ดขาดเพราะสภาพบังคับที่ทำให้พรรคการเมืองต้องหันหน้ามาตกลงกันเพื่อจะได้คะแนนเสียงข้างมากในการเลือกตุลาการคนใดคนหนึ่ง เช่น ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี กำหนดให้ได้รับความเห็นชอบสองในสาม⁵⁷

2.5.2 คุณสมบัติของตุลาการ

เงื่อนไขในการกำหนดคุณสมบัติในเรื่องอายุมีในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรเบลเยียม เท่านั้นที่กำหนดอายุ 40 ปี อีกประการหนึ่งคือการสำเร็จการศึกษาด้านกฎหมายและมีประสบการณ์ในวิชาชีพมาแล้วตามที่กำหนด เช่น ในสาธารณรัฐออสเตรีย 10 ปี สาธารณรัฐอิตาลี และ ราชอาณาจักรสเปน 15 ปี เป็นต้น ในราชอาณาจักรเบลเยียมหากเป็นผู้พิพากษาต้องเป็นมาแล้ว 5 ปี หากเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเป็นมาแล้ว 8 ปี ส่วนสมาพันธ์รัฐสวิสไม่ได้กำหนดคุณสมบัติพิเศษแต่กำหนดให้เป็นนักกฎหมายที่มีประสบการณ์ทางวิชาชีพเท่านั้น ส่วนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสบุคคลซึ่งมีตำแหน่งทางการเมือง หรือบุคคลซึ่งประสบความสำเร็จทางวิชาชีพก็มีโอกาสสูงที่จะได้รับแต่งตั้ง⁵⁸

2.6 หลักการพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาถึงแนวความคิด ทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าหน้าที่และอำนาจหลักของศาลรัฐธรรมนูญก็คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อคงไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ที่จะส่งผลให้กฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจะมีอายุไขบังคับได้ นอกจากหน้าที่และอำนาจหลักนี้แล้ว รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศในทวีปยุโรป ก็ได้กำหนดหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศของตนไว้แตกต่างกันออกไปซึ่งผู้เขียนจะขอยกตัวอย่าง 2 ประเทศดังต่อไปนี้

1. สาธารณรัฐออสเตรีย

กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยกรณีดังต่อไปนี้

1) เรื่องเกี่ยวกับสิทธิในทางทรัพย์สินของสหพันธรัฐหรือของรัฐ หรือขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอันเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิทางศาลยุติธรรมได้ หรือไม่อาจดำเนินการได้โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁵⁹

⁵⁷ Albrecht Weber, *เพิ่งอ้าง*, น. 51.

⁵⁸ Albrecht Weber, *เพิ่งอ้าง*, น. 53.

⁵⁹ มาตรา 137 รัฐธรรมนูญออสเตรีย

2) ข้อพิพาทเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจอันเป็นข้อพิพาทระหว่างศาลทั่วไปกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือระหว่างศาลปกครองและศาลอื่นๆ รวมทั้งข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์กับรัฐ หรือรัฐกับรัฐ⁶⁰

3) โดยคำร้องของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือของฝ่ายบริหารนั้นเป็นอำนาจของสหพันธ์หรือของรัฐ⁶¹

4) วินิจฉัยเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างองค์กรผู้ตรวจสอบบัญชีกับองค์กรสูงสุดของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งได้กำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ตรวจสอบบัญชี⁶²

5) ข้อพิพาทระหว่างสัญญาระหว่างรัฐ⁶³

6) เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย⁶⁴ ของกฤษฎีกา⁶⁵ และของสัญญาระหว่างประเทศ⁶⁶

7) ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง การวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการวินิจฉัยเกี่ยวกับการโต้แย้งผลการลงประชามติ⁶⁷

8) วินิจฉัยเกี่ยวกับการฟ้ององค์กรของรัฐของสหพันธ์หรือของมลรัฐให้รับผิดชอบ รัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมาย⁶⁸

9) ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองพิเศษ⁶⁹

2. ราชอาณาจักรสเปน

กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจวินิจฉัยกรณีดังต่อไปนี้

1) ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม⁷⁰

⁶⁰ มาตรา 138 รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶¹ มาตรา 138 วรรคสอง รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶² มาตรา 126a รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶³ มาตรา 138 a รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶⁴ มาตรา 138 a รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶⁵ มาตรา 139 รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶⁶ มาตรา 140 a รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶⁷ มาตรา 141 รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶⁸ มาตรา 142 และมาตรา 143 รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁶⁹ มาตรา 144 รัฐธรรมนูญออสเตรีย

⁷⁰ มาตรา 161 (1) (a) รัฐธรรมนูญสเปน, และ Titel II, Kapitel I, II, IV ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Ley Organica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional หรือ LOTC)

- 2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายก่อนประกาศใช้⁷¹
 - ก. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสัญญาระหว่างประเทศ
 - ข. การควบคุมความชอบด้วยร่างกฎหมายของหน่วยการปกครองอิสระของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ
- 3) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบรูปธรรม⁷²
- 4) ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับหน่วยปกครองอิสระหรือระหว่างหน่วยปกครองอิสระด้วยกัน⁷³
- 5) ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือมติใดๆ ของหน่วยงานปกครองอิสระ⁷⁴
- 6) กรณีการร้องทุกข์ของประชาชน ในกรณีมีการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามมาตรา 14 และสิทธิเสรีภาพตามหมวด 1 และหมวด 2 ของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการละเมิดนั้นเป็นผลมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย การกระทำในทางกฎหมายหรือการกระทำทั่วไปของอำนาจมหาชนของรัฐ หรือของหน่วยการปกครองอิสระหรือองค์การมหาชนอื่นๆ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวด้วย⁷⁵

2.7 หลักการพื้นฐานและแนวความคิดที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของตุลาการ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาหลักการพื้นฐานและแนวความคิดที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของตุลาการ ตลอดจนศึกษาลักษณะความรับผิดชอบของตุลาการ เพื่อให้ทราบว่าความรับผิดชอบของตุลาการนั้นจะเกิดขึ้นด้วยการกระทำเช่นใดมีลักษณะความผิดอย่างไร

2.7.1 หลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁷⁶

ปัจจุบันประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยแทบจะทุกประเทศได้ให้ความสำคัญกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมากทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันไม่ให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลถูกละเมิดจากการกระทำของรัฐ การใช้อำนาจของรัฐในทางนิติบัญญัติ

⁷¹ LOTC, Titel VI

⁷² มาตรา 163 รัฐธรรมนูญสเปน, และ LOTC, Titel II, Kapitel L, III, IV

⁷³ มาตรา 161 (1) (c) รัฐธรรมนูญสเปน, และ LOTC, Titel IV, Kapitel I, II

⁷⁴ มาตรา 16 (2) รัฐธรรมนูญสเปน, และ LOTC, Titel V

⁷⁵ มาตรา 61 (1) รัฐธรรมนูญสเปน, และดู Francisco Rubio Lorente, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, S.267 ff.

⁷⁶ สุนิสา อธิชัยโย, “ความรับผิดชอบของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 9.

บริหาร และตุลาการนั้น จะต้องชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้กำหนดอำนาจไว้ให้กระทำได้และสามารถตรวจสอบได้

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะประสบผลสำเร็จได้นั้น จะต้องอาศัยหลักการสำคัญนั่นก็คือหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งได้แก่ อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ โดยแต่ละอำนาจเหล่านี้จะต้องมีกระบวนการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน และถ่วงดุลกัน (Check and Balance) ทั้งจะต้องไม่มีอำนาจใดอยู่เหนืออำนาจอื่น โดยเด็ดขาด หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญมาของหลักนิติรัฐ เนื่องจากหากไม่มีหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติรัฐก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้

หลักการแบ่งแยกอำนาจอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1. การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ เป็นการแบ่งแยกอำนาจตามความแตกต่างของอำนาจหน้าที่ของรัฐ เป็นการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตของอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน

2. การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล เป็นการให้อำนาจหน้าที่ที่แบ่งแยกนั้นแก่เจ้าหน้าที่ของตนเอง ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่น โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้จะรวมถึงการให้องค์กรอื่นๆ มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจ หรือการให้สิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่น หรือสิทธิในการตรวจสอบทั้ง “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล”⁷⁷

2.7.2 หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ⁷⁸

เป็นหลักที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักการนี้จะถือว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ได้หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้น แม้การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายแม้จะได้รับความคุ้มครองหรือมีเอกสิทธิพิเศษที่เหนือกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองอื่นๆ แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่า การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจะกระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ และการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจึงต้องอยู่ภายใต้หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เช่นเดียวกับทุกองค์กรของรัฐ

⁷⁷ เพิ่งอ้าง, น. 10-11

⁷⁸ เพิ่งอ้าง, น. 13

2.7.3 ลักษณะความรับผิดชอบของตุลาการ⁷⁹

ลักษณะความผิดพลาดที่เกิดจากการกระทำทางตุลาการนั้นอาจเกิดขึ้นจากหลายสาเหตุ อันจะทำให้ตุลาการต้องมีความรับผิดชอบ โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

กระบวนการพิจารณาของศาลนั้นจะประกอบด้วยโครงสร้าง 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นวิธีการ และส่วนที่เป็นเนื้อหา โดยโครงสร้างส่วนที่เป็นวิธีการจะเป็นเรื่องของการกระทำต่างๆ ที่เกี่ยวกับการพิจารณาซึ่งอาจจะเป็นการกระทำของศาลเอง เช่น การพิจารณา และวินิจฉัยคดี หรือเป็นการกระทำของกลุ่มความ เช่น การเสนอคำร้องขอ การเสนอพยานหลักฐาน การยื่นคำให้การ เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้จะเกี่ยวพันด้วยความชอบด้วยกฎหมาย หรือมีผลตามกฎหมาย สำหรับโครงสร้างที่เป็นเนื้อหานั้น คือเป้าหมายของกระบวนการพิจารณา เช่น การค้นหาความจริง การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมาย และการกำหนดโทษ

ดังนั้นผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งทำหน้าที่ซึ่งต้องมีบทบาทอยู่ในทั้งสองโครงสร้างดังกล่าว ความผิดพลาดอาจเกิดขึ้นได้จากขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการพิจารณา ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. กระบวนการพิจารณาที่ผิดพลาด

การดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาลจะต้องเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมายบัญญัติ แต่บางครั้งการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของศาลก็อาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้เช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น

1. ในการพิจารณาคดีนั้นมีการกำหนดข้อเท็จจริงผิดพลาดไม่ถูกต้อง เนื่องมาจากการรับฟังพยานหลักฐานอันเป็นเท็จ หรือกรณีที่จำเลยปฏิเสธการยกข้อเท็จจริงขึ้นเป็นข้อต่อสู้

2. การทำคำสั่งหรือการออกคำสั่งและการควบคุมกระบวนการพิจารณาไม่ถูกต้อง เช่น การพิจารณาที่ล่าช้าใช้เวลานานเกินไปจนเป็นเหตุให้สูญเสียความเป็นธรรมหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกคุมขัง หรือกรณีที่ผู้พิพากษาปล่อยให้ฝูงชนที่บ้าคลั่ง (Mob) มีอิทธิพลเหนือการพิจารณาคดีจนถึงขนาดว่าการพิพากษาออกฟ้องจำเลยแทบเป็นไปไม่ได้ โดยจะต้องพิพากษาลงโทษจำเลยสถานเดียวเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยตามรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุให้การพิจารณาคดีไม่ชอบด้วยกฎหมายและจะต้องถูกเพิกถอนได้⁸⁰

⁷⁹ เพิ่งอ้าง, น. 17-20.

⁸⁰ เกษม คมสัจธรรม, “การยกเลิกการพิจารณาที่มีชอบของศาลในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น. 55-56.

การดำเนินการสอบสวนพิจารณาที่ผิดพลาดดังกล่าวอาจเกิดขึ้นด้วยเหตุปัจจัยหลายอย่างซึ่งเป็นเหตุแทรกแซงระหว่างการพิจารณาทำให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในขณะนั้นดำเนินการสอบสวนพิจารณาที่ผิดพลาดโดยไม่ได้มีเจตนาทุจริตแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามหากการดำเนินการสอบสวนพิจารณาที่ผิดพลาดดังกล่าวเกิดจากการกระทำโดยทุจริตของผู้พิพากษาหรือตุลาการกรณีนี้ต้องถือได้ว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ทุจริตนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบเกิดขึ้น ซึ่งการดำเนินการสอบสวนพิจารณาที่ผิดพลาดทั้งสองกรณีดังกล่าวหากปล่อยให้มีการพิจารณาคดีไปจนเสร็จสิ้นโดยไม่มีผู้ใดคัดค้านเมื่อมีคำพิพากษาออกมาย่อมเกิดความเสียหายต่อรัฐและประชาชน ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการในการหาผู้กระทำผิดมารับโทษ

ข. การใช้ดุลพินิจผิดกฎหมาย

นอกจากความผิดพลาดที่เกิดจากการดำเนินการสอบสวนพิจารณาที่ไม่ชอบแล้ว บางกรณีแม้จะดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ตาม ความผิดพลาดอาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน ซึ่งอาจจะเกิดจากผู้พิพากษาหรือตุลาการใช้กฎหมายไม่ถูกต้องนั่นเอง อาจจะเป็นไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ล้วนแต่เป็นไปได้ทั้งสิ้น เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีใดนั้นเป็นเรื่องความเข้าใจและเป็นเรื่องความเห็นหรือดุลพินิจของแต่ละบุคคลโดยอาศัยพื้นฐานทางการศึกษาค้นคว้า ฝึกอบรม หรือวิจัย ประกอบกับประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมาย ปัญหานี้มักจะเกิดกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ซึ่งมีคณะลูกขุนที่ไม่ใช่นักกฎหมายเข้าร่วมในการพิจารณาคดี ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) นั้น ก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีปัญหาการใช้ดุลพินิจผิดกฎหมายหรือผิดพลาดเลย เนื่องจากผู้พิพากษาซึ่งปฏิบัติหน้าที่นั้นก็เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งความผิดพลาดจากการทำงานย่อมเกิดขึ้นได้ทั้งสิ้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีของศาลย่อมเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ในหลายขั้นตอน และเหตุแห่งความผิดพลาดนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อคู่ความหรือคู่กรณี หรือผู้มีส่วนได้เสียซึ่งเกี่ยวข้องทั้งหมด รวมทั้งกระทบต่อระบบยุติธรรมของรัฐด้วย เมื่อความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ ตามหลักนิติรัฐประชาชนต้องได้รับความคุ้มครองกล่าวคือจะต้องมีหลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นสำคัญ เมื่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคล บุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้นชอบที่จะได้รับการเยียวยาจากรัฐ และในส่วนของผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งกระทำผิดเหล่านั้นก็จะต้องมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกัน

บทที่ 3

ที่มา อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และความรับผิดชอบของตุลาการในต่างประเทศ

ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับที่มา อำนาจหน้าที่ของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ ในต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐออสเตรีย ราชอาณาจักรสเปน และสาธารณรัฐเกาหลี รวมทั้ง ศึกษาความรับผิดชอบของตุลาการของต่างประเทศบางประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System)

3.1 ที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย

3.1.1 วิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย

ศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย มีการพัฒนามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1868 ขณะนั้นเรียกว่า “ศาลอาณาจักร (Reichsgericht)” โดยมีอำนาจหน้าที่ดังนี้

1. วินิจฉัยชี้ขาดกรณีที่มีความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาล
2. คู่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองซึ่งเกิดการละเมิดจากฝ่ายปกครองหรือองค์กร

ศาล

3. วินิจฉัยกรณีที่มีการฟ้องร้องว่ามีการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยผู้ใช้ อำนาจรัฐทั้งหลาย

ในเวลาต่อมาได้มีการออกกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (Bundesverfassungsgesetz von 1920 – B – VG) ได้บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจของศาล รัฐธรรมนูญ ((Verfassungsgerichtshof - VfGH) และได้มีการขยายอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมี

อำนาจมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (die Gesetzesprüfungskompetenz)¹

พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย ในยุคใหม่ได้รับการพัฒนาในทางทฤษฎีจากสำนักทฤษฎีกฎหมายของสาธารณรัฐออสเตรีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจาก Adolf Merkl² Hans Kelsen³ และ Frantisek Weyr⁴ ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย⁵ ตามแนวความคิดของ Adolf Merkl เห็นว่ากฎหมายนั้นเป็นระบบการจัดของลำดับชั้น โดยกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจและกฎหมายนั้นก็ให้อำนาจในการออกกฎหมายต่อไป ซึ่งเรียกว่า “ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย” กฎหมายที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการของกระบวนการบัญญัติกฎหมาย เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับคำสั่งทางปกครอง หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย⁶

นับตั้งแต่ ค.ศ. 1925 (พ.ศ. 2468) Hans Kelsen ได้เขียนบทความเรื่อง “ระบบและพัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญ” ว่า ความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นความสัมพันธ์ที่บทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ลำดับที่ต่ำกว่าจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า⁷ เท่าที่กฎหมายต้องผูกพันต่อกฎหมาย การใช้กฎหมายดังกล่าวจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ ความถูกต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้เองเป็นสิ่งที่สามารถตรวจสอบได้ ด้วยเหตุนี้เองการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจึงอาจเป็นวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบของศาลได้⁸ หลักการดังกล่าวข้อมนำมาใช้กับการใช้กฎหมายทั้งหลาย รวมทั้งนำมาใช้กับองค์กรณีบัญญัติด้วยเท่าที่องค์กรณีบัญญัติจะต้องผูกพันต่อกฎหมาย

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น. 75. อ้างจาก Ernst Hellbling, *Die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, JBI. 1951, S.197 ff.

² Adolf Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, JBI. 1918, S.425 ff.

³ Hans Kelsen, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1923/1924, S.425 ff.

⁴ Frantisek Weyr, *Rahmengesetze*, *Wiener staatswissenschaftlicher Studien*, Band 11/1913, S.647 ff.

⁵ Rene Marcic, *Verfassungsgerichtsbarkeit als Sinn der reinen Rechtslehre*, *FS Leibholz*, Tübingen 1966, Band 2, S.481 ff.

⁶ *เพ็ญอ้าง*, น. 76.

⁷ Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL* 5 (1929), S.32

⁸ Rene Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, S.70 ff.

(รัฐธรรมนูญ) ความคิดและความเข้าใจดังกล่าวในโครงสร้างของระบบกฎหมายและความเป็นไปได้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาศัยองค์กรศาล จึงเป็นพื้นฐานทางความคิดอันสำคัญสำหรับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ⁹

3.1.2 องค์ประกอบและคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

3.1.2.1 องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย ประกอบด้วย ประธาน 1 คน รองประธาน 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อีก 12 คน รวมทั้งตุลาการสำรองอีก 6 คน¹⁰ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงมีทั้งหมด 14 คน แต่จะมีตุลาการสำรองอีก 6 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน ตุลาการสำรอง 3 คน ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งตามข้อเสนอของรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) กลุ่มบุคคลที่ได้รับการเสนอจากรัฐบาลสหพันธ์อยู่ในกลุ่มของบุคคลผู้เป็นผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาสตราจารย์ด้านกฎหมาย ส่วนการแต่งตั้งตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญส่วนที่เหลือ คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน และตุลาการสำรอง 3 คนนั้น ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งจากการเสนอของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (Nationsrat) โดยให้เสนอแต่งตั้งสำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน และตุลาการสำรอง 2 คน ส่วนสภาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ให้เสนอเพื่อแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน และตุลาการสำรอง 1 คน¹¹

3.1.2.2 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการสำรองจะต้องสำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ รวมทั้งจะต้องทำงานในสาขาตามที่จบมาแล้วอย่างน้อย 10 ปี ในทางปฏิบัติการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการสำรองของศาล ต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มีการพิจารณาจากที่มาของอาชีพในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน¹² และมาจากรัฐต่างๆ เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น พรรคการเมืองใหญ่ สองพรรคของ

⁹ Karl Korinek, Verfassungsgerichtsbarkeit in Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S.26 ff.

¹⁰ มาตรา 147 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์

¹¹ มาตรา 147 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (-VG)

¹² ในแง่ของอาชีพเดิมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาดังนี้ ตุลาการศาล 4 คน มาจากข้าราชการจำนวน 2 คน มาจากข้าราชการที่เกษียณแล้ว จำนวน 3 คน มาจากศาสตราจารย์ จำนวน 2 คน มาจากทนายความจำนวน 1 คน มาจากอดีตทนายความ จำนวน 1 คน มาจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจำนวน 1 คน และจำนวน 1 คน มาจากผู้พิพากษาศาลปกครองที่เกษียณอายุแล้ว

ออสเตรียมีข้อตกลงสุขภาพนุญเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างลง ดังนั้น พรรคการเมืองสองพรรคจึงมีบทบาทในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 7 คน และตุลาการสำรอง 3 คน¹³

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะให้ถูกออกจากตำแหน่งได้เฉพาะจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น¹⁴ และพ้นจากตำแหน่งเมื่ออายุครบ 70 ปีบริบูรณ์

ดังนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย จึงมาจากกลุ่มบุคคลซึ่งเป็นผู้พิพากษาอาชีพ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย และอาชีพทางกฎหมายอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถประกอบอาชีพเดิมของตนต่อไปได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีคุณสมบัติทางวิชาการตามที่กำหนดไว้จะได้นำประสบการณ์ในทางปฏิบัติเหล่านั้นมาเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างไรก็ตาม หลักในเรื่องดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นในกรณีของข้าราชการ เพราะข้าราชการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องพ้นจากการเป็นข้าราชการ เนื่องจากการทำหน้าที่ทั้งเป็นข้าราชการและเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในเวลาเดียวกันอาจจะกระทบต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการได้ เนื่องจากข้าราชการจะต้องผูกพันต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชา¹⁵

3.1.3 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย

3.1.3.1 บทบาทหน้าที่ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย มีดังนี้

1. ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ
2. คู่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
3. วินิจฉัยกรณีที่ทำหน้าที่ระหว่างศาลขัดแย้งกัน
4. การทำหน้าที่เป็นศาลเลือกตั้ง
5. การทำหน้าที่เป็นศาลแห่งรัฐกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันในอำนาจหน้าที่
6. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารัฐ
7. การวินิจฉัยสิทธิเรียกร้องในทางทรัพย์สินระหว่างสหพันธรัฐกับนิติบุคคลในทาง

มหาชน

¹³ เฟ็งอ้าง.

¹⁴ มาตรา 10 ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (VerfGG)

¹⁵ เฟ็งอ้าง.

การทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย จะทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเมื่อมีการยื่นคำร้องหรือร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญมายังศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องจำนวนมากที่ยื่นมายังศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย นั้นส่วนใหญ่เป็นเรื่องร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ โดยการร้องทุกข์ดังกล่าวผู้ร้องมักจะยืนยันว่า สิทธิของผู้ร้องถูกละเมิดจากการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองหรือการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญหรือใช้กฎระเบียบขัดต่อกฎหมาย แต่หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของศาลรัฐธรรมนูญคือที่มีผลต่อประชาชนทั่วไปคือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการความชอบด้วยกฎหมายของกฎระเบียบ รวมทั้งการตรวจสอบระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง

สำหรับการความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เฉพาะกรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม ซึ่งสามารถยื่นคำร้องได้เฉพาะองค์กรสูงสุดของรัฐเท่านั้น ซึ่งแต่เดิมเฉพาะรัฐบาลสหพันธ์สามารถใช้สิทธิในการยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีกฎหมายของมลรัฐขัดต่อรัฐธรรมนูญ และในกรณีของรัฐบาลมลรัฐสามารถยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้กรณีกฎหมายของสหพันธ์ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เกี่ยวกับกับองค์กรของรัฐทั้งหมด¹⁶

ตั้งแต่ ค.ศ. 1929 (พ.ศ.2472) ศาลยุติธรรมสูงสุดและศาลปกครองสูงสุดจึงมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่เฉพาะกรณีที่เป็นรูปธรรม (konkret) หมายถึงกรณีที่บทบัญญัติที่จะมาใช้ในการตัดสินใจและกรณีมีข้อสงสัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และตั้งแต่ ค.ศ. 1975 (พ.ศ.2515) ก็ขยายสิทธิให้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 1 ใน 3 มีสิทธิยื่นเรื่องดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ และได้มีการขยายสิทธิให้ศาลในระดับ 2 หรือศาลอุทธรณ์มีสิทธิยื่นคำร้องเฉพาะกรณีเช่นเดียวกันกับศาลสูงอีกทั้งยังอนุญาตให้ “บุคคล” มีสิทธิยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้กรณีมีการกล่าวอ้างว่ากฎหมายหรือกฎระเบียบ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่บุคคลนั้นกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิโดยตรงจากบทบัญญัติของกฎหมาย และไม่สามารถใช้สิทธิในทางอื่นและ บุคคลดังกล่าวก็สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยได้

ต่อมา ค.ศ. 1988 (พ.ศ.2531) ได้ให้สิทธิสมาชิกสภาสูงแห่งสหพันธ์จำนวน 1 ใน 3 มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เฉพาะ “กฎหมายสหพันธ์” ในส่วนของ “กฎหมายมลรัฐ” ให้สิทธิแก่สมาชิกสภาของมลรัฐ จำนวน 1 ใน 3

¹⁶ Rudolf Machacek, Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof, 5. Aufl., Wien 2004, S.15 และ น. 16.

ใน ค.ศ. 1991 (พ.ศ.2534) ได้ให้สิทธิหน่วยงานทางปกครองที่เป็นอิสระยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อความเป็นอิสระขององค์กรนั้นๆ

มาตรา 148f ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในกรณีมีปัญหาความขัดแย้งระหว่างอัยการกับรัฐบาลสหพันธ์ อัยการเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของอัยการ

ค.ศ. 1993 (พ.ศ.2536) ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินกับหน่วยงานอื่น อันเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน¹⁷

3.1.3.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (VerfGG) มีดังนี้

1. เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินของสหพันธ์ มลรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถดำเนินการได้
2. ข้อพิพาทเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และระหว่างศาลปกครองกับศาลอื่น รวมทั้งข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์กับรัฐ หรือระหว่างรัฐกับรัฐ
3. วินิจฉัยอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร เป็นอำนาจของสหพันธ์รัฐหรือของรัฐ มาตรา 138 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย
4. วินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างองค์กรผู้ตรวจสอบบัญชีกับองค์กรสูงสุดของฝ่ายปกครอง มาตรา 124a และมาตรา 148 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย
5. ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในสหพันธ์รัฐ ตามมาตรา 138a รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย
6. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
7. ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง การวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการวินิจฉัยเกี่ยวกับการโต้แย้งผลการลงประชามติ ตามมาตรา 141 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย

¹⁷ เพิ่งอ้าง, น. 80.

8. วินิจฉัยเกี่ยวกับการฟ้องร้องของรัฐของสหพันธ์หรือของรัฐให้รับผิดชอบ รัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมาย ตามมาตรา 142 และมาตรา 143 รัฐธรรมนูญ สาธารณรัฐออสเตรเลีย

9. ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองพิเศษ ตามมาตรา 144 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรเลีย

3.2 ที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปนเพื่อให้ทราบถึงโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรสเปน

3.2.1 โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปน

ราชอาณาจักรสเปนได้มีการกำหนดโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

1. ที่มาและคุณสมบัติของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญประเทศสเปนประกอบด้วยตุลาการ 12 คน ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ โดยมีที่มาจาก 4 กลุ่มดังนี้¹⁸

มาจากสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบด้วยเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป จำนวน 4 คน

มาจากวุฒิสภาให้ความเห็นชอบด้วยเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป จำนวน 4 คน

มาจากการเสนอชื่อโดยรัฐบาล จำนวน 2 คน

มาจากการเสนอชื่อโดยคณะกรรมการขององค์กรใช้อำนาจตุลาการจำนวน 2 คน¹⁹

โดยคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นนักกฎหมาย ตามมาตรา 159 วรรคสองกำหนดให้เลือกรับจากผู้พิพากษา อัยการ ศาสตราจารย์ทางนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย ข้าราชการ และทนายความ แต่ส่วนใหญ่มาจากผู้พิพากษาและศาสตราจารย์ มากกว่าอาชีพอื่น

¹⁸ ปิยบุตร แสงกนกกุล, “ศาลรัฐธรรมนูญและคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายสเปน,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 36, ฉบับที่ 4, น. 518 (ธันวาคม 2550). มาตรา 159 วรรคแรกแห่งรัฐธรรมนูญ

¹⁹ คณะกรรมการองค์กรตุลาการประกอบไปด้วยกรรมการ 20 คน แบ่งที่มาได้ 4 กลุ่ม ดังนี้ 4 คน สภาผู้แทนราษฎรเลือกมาจากทนายความและนักกฎหมายที่ประกอบอาชีพมาแล้ว 15 ปีขึ้นไป ด้วยคะแนนเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป

4 คน วุฒิสภาเลือกมาจากทนายความและนักกฎหมายที่ประกอบอาชีพมาแล้ว 15 ปีขึ้นไป ด้วยคะแนนเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป

6 คน สภาผู้แทนราษฎรเลือกจากผู้พิพากษาในศาลต่างๆ ด้วยคะแนนเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป

6 คน วุฒิสภาเลือกจากผู้พิพากษาในศาลต่างๆ ด้วยคะแนนเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป

หลักประกันความเป็นอิสระ

รัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปนสร้างหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี โดยไม่สามารถดำรงตำแหน่งสองวาระติดต่อกัน²⁰

2) ต้องไม่ดำรงตำแหน่งอื่นหรือประกอบอาชีพอื่นที่ขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ ดังนี้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น สมาชิกพรรคการเมือง สมาชิกสหภาพแรงงาน ตำแหน่งที่ใช้อำนาจทางการเมืองหรืออำนาจปกครอง ตำแหน่งในองค์กรตุลาการและอัยการ กิจกรรมอื่นที่เกี่ยวกับวิชาชีพหรือการค้า²¹

3) ในระหว่างวาระการดำรงตำแหน่งไม่อาจย้ายหรือถูกปลดออกจากตำแหน่งได้²²

เว้นแต่ (1) ลาออกโดยได้รับอนุญาตจากประธานศาลรัฐธรรมนูญ (2) สิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่ง (3) เป็นบุคคลไร้ความสามารถตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดสำหรับองค์กรตุลาการ (4) ดำรงตำแหน่งต้องห้าม (5) ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ (6) ปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามที่กำหนด (7) มีความผิดร้ายแรง สำหรับกรณี (3) ถึง (7) ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด โดยในกรณีที่ (3) และ (4) ให้ใช้เสียงข้างมากธรรมดา ส่วนกรณีที่ (5) ถึง (7) ต้องใช้เสียงสองในสามขึ้นไป²³

4) ไม่อาจถูกฟ้องร้องจากการปฏิบัติหน้าที่ เว้นแต่เป็นคดีอาญา และต้องฟ้องต่อแผนกคดีอาญาของศาลฎีกาเท่านั้น²⁴

2. การจัดโครงสร้างองค์กร

2.1 องค์กรตุลาการ

การเลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตุลาการ 1 คนเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องได้รับเสียง 2 ใน 3 หากไม่มีผู้ได้รับคะแนนเสียงสูงสุดให้เลือกใหม่เป็นครั้งที่สอง โดยให้ผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดดำรงตำแหน่ง หากได้รับคะแนนเท่ากัน ให้เลือกใหม่เป็นครั้ง

²⁰ มาตรา 159 วรรคสามแห่งรัฐธรรมนูญ และมาตรา 16 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979

²¹ มาตรา 159 วรรคสี่แห่งรัฐธรรมนูญ

²² มาตรา 159 วรรคห้าแห่งรัฐธรรมนูญ

²³ มาตรา 23 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979

²⁴ มาตรา 22 และมาตรา 26 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979

ที่สาม หากเท่ากันอีก ให้ตุลาการที่ดำรงตำแหน่งนานที่สุดเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ และหากยังเท่ากันอีกให้ตุลาการที่มีอายุมากที่สุดเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ²⁵

การแบ่งองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น 2 องค์คณะ องค์คณะละ 6 คน โดยให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นตุลาการหัวหน้าคณะในองค์คณะแรก และให้รองประธานเป็นหัวหน้าคณะในองค์คณะที่สอง ทั้งสององค์คณะแบ่งออกเป็น 2 แผนก มีตุลาการแผนกละ 3 คน โดยที่ประชุมใหญ่ประกอบด้วยตุลาการทั้ง 12 คน ทำหน้าที่บริหารและพิจารณาคดี²⁶

2.2 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

กำหนดให้มีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชา แต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นผู้เลือกจากข้าราชการระดับสูงในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เลขาธิการมีหน้าที่บริหารสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เช่น บริหารงานบุคคล งบประมาณ เป็นต้น²⁷

3.2.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรสเปน²⁸

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ไม่ให้เกิดกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 (พ.ศ.2521) เนื่องจากประเทศสเปนเกิดจากการรวมตัวของแคว้นปกครองตนเองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนจึงให้อำนาจแคว้นปกครองตนเองมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับภายในแคว้นของตนเอง แต่หากมีกรณีเป็นที่สงสัยว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณา โดยมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ดังนี้

1.1 กฎหมายที่กำหนดความเป็นอิสระในการปกครองของแคว้นปกครองตนเองและกฎหมายประกอบที่เกี่ยวข้อง

1.2 กฎหมายของรัฐ (State Law) กฎเกณฑ์ข้อบังคับ (Regulations) และการตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับของรัฐ สำหรับกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับ (Delegated Legislation) แต่หากการมอบอำนาจดังกล่าวทำให้อำนาจของ

²⁵ มาตรา 9 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979

²⁶ เพิ่งอ้าง, น. 521.

²⁷ เพิ่งอ้าง.

²⁸ พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 11, เล่มที่ 33, น. 17-23(กันยายน – ธันวาคม 2552).

ศาลสูญเสียไป (Prejudice) การมอบอำนาจนั้นจะต้องกำหนดให้มีการตรวจสอบและควบคุมเป็นรายกรณีไป

1.3 สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

1.4 ข้อบังคับเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา

1.5 กฎหมาย กฎเกณฑ์ข้อบังคับ และการตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับของแคว้นปกครองตนเอง

1.6 ข้อบังคับการปฏิบัติหน้าที่ของสภาแห่งแคว้นปกครองตนเอง (The Legislative assemblies of the Autonomous Communities)

2. การตัดสินปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร ได้แก่

2.1 อำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐบาลกลาง (State) กับแคว้นปกครองตนเอง (Autonomous Community) หนึ่งแคว้นหรือหลายแคว้น

2.2 อำนาจหน้าที่ระหว่างแคว้นปกครองตนเองด้วยกัน

2.3 อำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายรัฐบาล (Government) สภาผู้แทนราษฎร (Congress of Deputies) วุฒิสภา (Senate) สภาแห่งศาล (General Council of the Judiciary) หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ (Constitutional Bodies)

3. ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

4. การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

3.2.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

3.2.3.1 การควบคุมแบบนามธรรม

ในอดีตศาลรัฐธรรมนูญสเปนมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมทั้งก่อนและหลังกฎหมายใช้บังคับ แต่ปัจจุบันเหลือเพียงการควบคุมแบบหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น²⁹

ก. การควบคุมก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญองค์กรที่มีหน้าที่ในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบ ได้แก่ นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 50 คนขึ้นไป สมาชิกวุฒิสภา 50 คนขึ้นไป ผู้พิทักษ์ประชาชน (Defensor

²⁹ เพิ่งอ้าง, น. 522.

del Pueblo)³⁰ และประชาคมปกครองตนเอง (Comunidad autónoma) และจะต้องยื่นคำร้องภายใน 3 วันนับจากวันที่ร่างประกอบรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบและก่อนที่จะมีการประกาศใช้³¹

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาก่อนที่จะมีผลใช้บังคับ โดยรัฐบาล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาอาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยที่สนธิสัญญานั้นต้องลงนามแล้วแต่ยังไม่มีการให้สัตยาบัน³²

ข. การควบคุมหลังกฎหมายใช้บังคับ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับ ได้แก่ (1) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (2) พระราชบัญญัติและกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติของประชาคมปกครองตนเอง (3) พระราชกำหนดและกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่าย นิติบัญญัติ (4) ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา ข้อบังคับการประชุมร่วมของสภาทั้งสอง และข้อบังคับการประชุมสภาของประชาคมปกครองตนเอง³³

องค์กรที่มีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ นายกรัฐมนตรี ผู้พิทักษ์ประชาชน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 50 คนขึ้นไป สมาชิกวุฒิสภา 50 คนขึ้นไป และฝ่ายบริหารหรือสภาของประชาคมปกครองตนเอง กรณีเฉพาะพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่มีผลกระทบต่อการปกครองตนเองเท่านั้น³⁴ การยื่นคำร้องจะต้องยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 3 เดือน นับแต่กฎหมายนั้นๆ ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา³⁵ โดยมีเหตุผลดังนี้

³⁰ ผู้พิทักษ์ประชาชน (Defensor del Pueblo) เทียบได้จากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

(Ombudsman)

³¹ สเปนให้สิทธิการปกครองตนเองแก่ดินแดนบางดินแดน โดยเรียกว่า ประชาคมปกครองตนเอง (Comunidad autónoma) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสเปนกับประชาคมปกครองตนเองไม่ได้ห่างกันถึงขนาดแบบสหพันธรัฐกับมลรัฐและไม่ได้ใกล้ชิดแบบรัฐบาลกับองค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น ประชาคมปกครองตนเองของสเปนซึ่งเป็นที่รู้จักก็เช่น บาสก์ มีเมืองบิลเบาเป็นเมืองหลวง และคาตาลัน มีเมืองบาเซโลน่าเป็นเมืองหลวง

³² มาตรา 95 แห่งรัฐธรรมนูญ

³³ เพิ่งอ้าง, น. 523.

³⁴ มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979

³⁵ มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979

1) หากไม่มีการกำหนดกรอบระยะเวลาเอาไว้ องค์การที่มีอำนาจอาจจะยื่นเมื่อต่อศาลรัฐธรรมนูญเมื่อใดก็ได้เรื่อยไปไม่มีเวลาสิ้นสุด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสถานะความมั่นคงของกฎหมายนั้นๆ

2) จะเห็นได้ว่าองค์การที่มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญล้วนแต่เป็นองค์กรทางการเมือง หากไม่มีการกำหนดเวลาไว้ อาจกลายเป็นเครื่องมือในการต่อสู้ทางการเมืองของแต่ละฝ่าย ทั้งฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาล³⁶

3.2.3.2 การควบคุมแบบรูปธรรม

เป็นกรณีเกิดข้อพิพาทในศาลใดศาลหนึ่งแล้วคู่ความหรือศาลยกประเด็นขึ้นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในคดีนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และศาลส่งประเด็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งระบบกฎหมายสเปนนั้นมีหลักเกณฑ์ความแตกต่างจากการควบคุมแบบนามธรรมดังนี้

1) กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีนั้นมีประเด็นที่น่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่การควบคุมแบบนามธรรมเป็นการที่องค์กรที่มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

2) องค์กรที่มีอำนาจการควบคุมแบบรูปธรรมคือศาล ส่วนองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมแบบนามธรรมคือองค์กรทางการเมือง

3) การควบคุมแบบรูปธรรมไม่มีกำหนดระยะเวลา ส่วนการควบคุมแบบนามธรรมกำหนดระยะเวลาไว้ 3 เดือนนับแต่ประกาศใช้กฎหมาย³⁷

เงื่อนไขของศาลในการส่งประเด็นให้ศาลวินิจฉัยมี 2 กรณี คือ

ก. องค์กรที่มีอำนาจคือศาลทุกศาล เช่น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร รวมถึงองค์กรในศาลรัฐธรรมนูญ³⁸ โดยกำหนดให้มีอำนาจในทุกชั้นศาล และผู้พิพากษาที่จะส่งประเด็น

³⁶ BON Pierre, "Le Tribunal constitutionnel : étude ensemble," in BON Pierre, MODERNE

Franck et

RODRIGUEZ Yves, La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, 1984, p.87.

³⁷ เพิ่งอ้าง, น. 525.

³⁸ กรณีที่องค์กรในศาลรัฐธรรมนูญอาจส่งประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้แก่

กรณีคำฟ้องตรงเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Le recours d'amparo) ที่ผู้ฟ้องต้องฟ้องต่อองค์กรในศาลรัฐธรรมนูญ

ซึ่งมี 2 องค์กรละ 6 คน

นั้น ได้ต้องเป็นผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการพิจารณาเนื้อหาในคดีเท่านั้น ทั้งจะต้องเป็นกฎหมายที่จะบังคับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นด้วย³⁹

ข. กฎหมายที่สงสัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นต้องเป็นประเด็นสำคัญของคดีที่จะส่งผลกระทบต่อผลคำพิพากษาคดีนั้น⁴⁰

3.2.4 การฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนนั้นรัฐธรรมนูญสเปนกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญหากถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งการฟ้องตรงดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบกับ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) การฟ้องตรงถือเป็นคำฟ้องพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบของกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญจะมุ่งผลเป็นการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

2) การฟ้องตรงเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะกำหนดให้อำนาจองค์กรทางการเมืองในกรณีการควบคุมแบบนามธรรม และศาลในกรณีควบคุมแบบรูปธรรม

3) การฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นคำฟ้องเสริม ซึ่งไม่ได้หมายความว่าประชาชนซึ่งถูกละเมิดจะสามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ทันที แต่จะต้องใช้สิทธิฟ้องในศาลธรรมดาก่อนและศาลธรรมดาได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว หากยังไม่เป็นที่พอใจโดยเห็นว่าถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่และไม่ได้รับการเยียวยาอย่างเพียงพอถึงจะมีอำนาจฟ้องตรง ทั้งนี้หากมีการกำหนดให้ฟ้องตรงได้ทันทีคดีความอาจจะสิ้นศาล⁴¹

3.2.3.1 สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครอง

รัฐธรรมนูญมาตรา 53 ววรรคสองกำหนดให้ประชาชนสามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หากมีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 14 และ หมวด 2 ตั้งแต่มาตรา 15 ถึงมาตรา 29 ได้แก่ ความเสมอภาค สิทธิในร่างกาย เสรีภาพในเรื่องความเชื่อ การแสดงความคิดเห็น ความเป็นอยู่ส่วนตัว เคหสถาน การเดินทาง การอยู่อาศัย การชุมนุม การรวมตัวเป็นสมาคม การมีส่วนร่วมในกิจการของสาธารณะ การฟ้องคดีต่อศาล การศึกษา การไม่ต้องรับผิดทางอาญาหากไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด การเข้าเป็นสมาชิกสหภาพ⁴²

³⁹ เฟ็งอ้าง.

⁴⁰ เฟ็งอ้าง.

⁴¹ เฟ็งอ้าง, น. 528.

⁴² เฟ็งอ้าง, น. 528 – 529, *Ibid*, pp. 111 - 112.

สิทธิดังกล่าวล้วนเป็นสิทธิของบุคคลที่มีมาตั้งแต่กำเนิด ซึ่งเรียกว่า “สิทธิลำดับที่หนึ่ง” ส่วนสิทธิลำดับที่สอง คือสิทธิในกลุ่มบุคคล ก็ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน แต่ไม่ใช่กรณีของกรรมสิทธิ์ เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองเรื่องกรรมสิทธิ์ไว้ต่างหาก ตามมาตรา 33 แต่อย่างไรก็ตามสิทธิในทางเศรษฐกิจและสังคม หรือสิทธิลำดับที่สาม ไม่สามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้⁴³

3.2.3.2 การกระทำที่อาจถูกฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ

การกระทำที่สามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 41 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ นั้น ได้มีการกำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนไว้กว้างๆ โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ ดังนี้

1) การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

คำวินิจฉัย คำสั่ง หรือการกระทำใดๆ ที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือสภาของประชาคมปกครองตนเองที่ไม่มีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ หากมีการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน สามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ผลแห่งการกระทำนั้นสิ้นสุดลง⁴⁴ ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจแบ่งเป็นข้อพิจารณา 3 ประการ ดังนี้⁴⁵

ก. การกระทำขององค์กรเหล่านั้นต้องไม่ใช่กฎหมายที่มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติ เนื่องจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น มีช่องทางต่างหากอยู่แล้ว ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้สิทธิฟ้องตรงเฉพาะกรณีที่เป็นกรกระทำขององค์กรนิติบัญญัติที่ไม่ใช่การออกพระราชบัญญัติ ยกตัวอย่างเช่น ระเบียบสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องการไต่สวนข้อมูล และสภาผู้แทนราษฎรไม่รับเรื่องร้องเรียนจากประชาชน จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐสภาเท่านั้น ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมาย

ข. ในกรณีที่เป็นกรกระทำทางนิติบัญญัติ ต้องเป็นคดีในศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญก่อนและศาลเหล่านั้นได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ซึ่งจะไม่สามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ทันที

ค. ต้องมีการฟ้องตรงภายใน 3 เดือน นับแต่วันตุแห่งคดีของการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติมีผลถึงที่สุดแล้ว

⁴³ เพิ่งอ้าง, น. 529

⁴⁴ มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979

⁴⁵ Bon Pierre, op.cit., pp. 113-115.

2) การกระทำของฝ่ายปกครอง

การฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่เป็นกรกระทำของฝ่ายปกครองนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้⁴⁶

ก. การกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นการกระทำทางกฎหมาย เช่น คำสั่งทางปกครอง กฎ และการปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การกระทำทางกายภาพที่ละเมิดต่อเอกชน ทั้งที่เป็นการกระทำที่เป็นคำสั่งโดยชัดแจ้ง และ โดยปริยาย เช่น การนิ่งไม่ดำเนินการออกคำสั่งภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งถือว่าปฏิเสธโดยปริยาย

ข. การยื่นคำร้อง โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญที่การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็น การละเมิดหรือกระทบสิทธิของเอกชนนั้น ไม่อาจฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ทันที แต่ต้องไป ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก่อน และต้องให้ศาลดังกล่าวนั้นมีคำพิพากษาถึงที่สุด

ค. กำหนดระยะเวลาของการฟ้องตรงนั้น กฎหมายกำหนดให้ฟ้องภายใน 20 วันนับแต่ วันที่ศาลได้มีคำพิพากษาในเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นถึงที่สุด

3) การกระทำขององค์กรตุลาการ

การกระทำขององค์กรตุลาการที่สามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ มีข้อพิจารณาดังนี้⁴⁷

ก. ต้องเป็นการกระทำขององค์กรตุลาการ โดยองค์กรตุลาการนั้นมีคำพิพากษาที่ กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งในการรับหรือไม่รับคำฟ้อง หรือการไม่อำนวยความสะดวก ยุติธรรม เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงการกระทำทางปกครองขององค์กรตุลาการ เช่น การออกกฎ การออก คำสั่งลงโทษทางวินัย ไม่อยู่ในกรณีนี้

ข. การกระทำขององค์กรตุลาการต้องแยกออกจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดย ชัดเจน กล่าวคือที่เหตุที่ฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นเหตุมาจากการกระทำทางตุลาการ ขององค์กรตุลาการเท่านั้น หากเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ต่อมาผู้ฟ้องคดี ฟ้องเพิกถอนคำสั่งนั้น แต่ศาลปกครองสูงสุดยกฟ้อง เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการฟ้องตรงต่อศาล รัฐธรรมนูญที่มีวัตถุประสงค์เกิดจากการกระทำขององค์กรตุลาการ แต่วัตถุประสงค์มาจากการกระทำ ของฝ่ายปกครอง แต่หากเป็นกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม และศาลยุติธรรมยกฟ้อง หรือไม่ รับคำฟ้อง เช่นนี้สามารถฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เพราะวัตถุประสงค์มาจากการกระทำของ องค์กรตุลาการ ซึ่งจะต่างกับกับกรณีแรกและจุดกำเนิดของคดีเป็นคนละประเภทกัน

⁴⁶ เพิ่งอ้าง, น. 530 – 531.

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น. 531.

ค. กำหนดระยะเวลาฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ คือ 20 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด

3.2.5 การวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญในราชอาณาจักรสเปนนั้นกำหนดไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979 (พ.ศ. 2522) จึงไม่เกิดปัญหาในเรื่องความสับสนหรือซ้ำซ้อนแต่อย่างใด ดังนั้น ในกรณีเกิดความขัดแย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ก็สามารถยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดได้ แต่ก็มีองค์กรบางประเภทที่ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.5.1 องค์กรฝ่ายบริหาร

ก. พระมหากษัตริย์

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979 (พ.ศ. 2522) มาตรา 59 ไม่ได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีนักวิชาการบางคนมีความเห็นแย้งด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก เมื่อพิจารณาเรื่องเนื้อหาจะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ถูกรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเพียงใช้อำนาจในเชิงสัญลักษณ์ แต่ก็อาจเกิดความขัดแย้งกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น เมื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติพูลเกล้าแล้วพระมหากษัตริย์ทรงไม่ลงพระปรมาภิไธย หรือรัฐบาลเสนอแต่งตั้งผู้พิพากษาระดับสูงแต่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงแต่งตั้ง เป็นต้น⁴⁸

ข. รัฐบาล

แม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979 (พ.ศ. 2522) มาตรา 59 กำหนดให้รัฐบาลเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไว้อย่างชัดเจน ก็ตาม แต่ก็เคยเกิดคดีรัฐธรรมนูญระหว่างรัฐบาลกับวุฒิสภาในเรื่องอำนาจหน้าที่กรณี ร่างพระราชบัญญัติการทำแท้งเสรีอย่างรีบด่วนแต่ถูกวุฒิสภาปฏิเสธโดยไม่พิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว⁴⁹

การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของนายกรัฐมนตรีในนามของตนเอง บางกรณี เช่น การแต่งตั้งหรือปลดรัฐมนตรี การเสนอให้มีการทำประชามติ อาจกระทบต่อองค์กรรัฐตามรัฐธรรมนูญอื่น

⁴⁸ CARPENTIER Elise, la resolution juridictionnelle des conflits entre organs constitutionnels, These Aix – Marseille, 2004, pp. 51-52.

⁴⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 234/2000 ลงวันที่ 3 ตุลาคม 2000

ในเรื่องอำนาจหน้าที่ได้ เป็นเหตุให้เกิดความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ดังกล่าว แม้นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีไม่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ตาม⁵⁰

3.2.5.2 องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979 (พ.ศ. 2522) มาตรา 59 ทั้งนี้ให้หมายความรวมถึงรัฐสภาด้วยโดยปริยายในกรณีที่มีการประชุมร่วมกัน

แต่ตำแหน่งต่างๆ เช่น ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือใน ส่วนสำนักงาน หรือส่วนงานต่างๆ ไม่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถใช้อำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เว้นแต่จะได้มีการกระทำในนามของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา

คณะกรรมการต่างๆ ไม่ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าผลจากการปฏิบัติหน้าที่อาจส่งผลกระทบต่อภายนอก หรือเกิดความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ เช่นนี้ ต้องให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา เท่านั้นทำหน้าที่ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย คณะกรรมการต่างๆ ไม่สามารถยื่นคำร้องด้วยตนเองได้⁵¹

3.2.5.3 องค์กรฝ่ายตุลาการ

ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง สำนักงานอัยการ และศาลฎีกา ไม่ถือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หากเกิดกรณีขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ (Conseil général du pouvoir judiciaire) ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979 (พ.ศ. 2522) มาตรา 59⁵²

3.2.5.4 องค์กรที่มีสถานะใกล้เคียงกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

องค์กรเหล่านี้ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญหรือระบบกฎหมายของสเปน แต่ถูกนำมาใช้โดยศาลรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะเรียกองค์กรบางประเภทที่มีความคล้ายคลึงหรือก้ำกึ่งกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรเหล่านี้จะถูกแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ แต่รายละเอียดต่างๆ ขององค์กรจะถูกกำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ การยุบเลิกองค์กรเหล่านี้จะกระทำได้โดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

⁵⁰ CARPENTIER Elise, op.cit., p. 58.

⁵¹ เพิ่งอ้าง, น. 535.

⁵² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 147/1982 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/1986

ผู้พิทักษ์ประชาชน (Defensor del Pueblo) มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน⁵³ และเป็นเพียงองค์กรที่มีสถานะใกล้เคียงกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

พรรคการเมือง เป็นที่ยอมรับว่าไม่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยได้รับการยืนยันจากศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นเพียงสมาคมของเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในทางการเมืองและอำนาจมหาชน การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองกระทำได้โดยยื่นคำร้องโดยตรงเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น⁵⁴

3.2.5.5 ประชาคมปกครองตนเอง

การปกครองของประเทศสเปนมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือเป็นรัฐเดี่ยวที่มีการปกครองแบบกระจายอำนาจการปกครอง รัฐบาลจะกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่อย่างไรก็ตามด้วยบริบทของสภาพสังคมและประวัติศาสตร์ทำให้ประเทศสเปนให้สิทธิในการปกครองตนเองแก่ดินแดนบางดินแดน เรียกว่า “ประชาคมปกครองตนเอง (Comunidad autónoma)” โดยไม่ใช่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล แต่ไม่ถึงขนาดแยกออกเป็นมลรัฐ แต่จะมีอำนาจนิติบัญญัติและบริหารรวมทั้งงบประมาณเป็นของตนเอง ซึ่งในทางทฤษฎีไม่ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 ตุลาคม 1979 (พ.ศ. 2522) มาตรา 59 แต่หากมีข้อพิพาทเรื่องอำนาจหน้าที่กับรัฐธรรมนูญสเปนกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีดังกล่าว เสมือนเป็นการขัดแย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง⁵⁵

3.3 ที่มาและอำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี

สาธารณรัฐเกาหลีมีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) มีวิวัฒนาการในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังนี้⁵⁶

⁵³ มาตรา 54 แห่งรัฐธรรมนูญ

⁵⁴ เพิ่งอ้าง.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง, น. 538 – 540.

⁵⁶ นำพงษ์ ไกยเดช, “การกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554), น. 135 – 136.

ช่วงแรก ปี ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกมีองค์กรที่ใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเรียกว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ช่วงที่สอง ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่

ช่วงที่สาม เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม

ช่วงที่สี่ กลับมาใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้ง โดยได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1987 (พ.ศ. 2530) และได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้

3.3.1 องค์ประกอบและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

องค์ประกอบและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 หัวข้อ ดังนี้

3.3.1.1 องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประเทศสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หมวด 6 มาตรา 111 (2) ดังนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีจำนวน 9 คน โดยได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี⁵⁷

3.3.1.2 ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วนดังนี้⁵⁸

1. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้งหรือคัดเลือกของสภาแห่งชาติ จำนวน 3 คน

2. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดี จำนวน 3 คน

3. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการคัดเลือกโดยประธานสภาผู้แทน จำนวน 3 คน

ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2009)⁵⁹ (พ.ศ. 2532)

3.3.1.3 การแบ่งองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น 2 องค์คณะ ได้แก่⁶⁰

⁵⁷ มาตรา 111 (2) , รัฐธรรมนูญ

⁵⁸ เพิ่งอ้าง, น. 136 – 137.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง, น. 137.

⁶⁰ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 22

1. องค์กรคณะใหญ่ ซึ่งจะประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 9 คน การพิจารณาวินิจฉัยคดีต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่อย่างน้อย 7 คน การลงมติจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเสียงข้างมากเท่านั้น

2. องค์กรคณะเล็ก แบ่งออกเป็น 3 องค์กรคณะ มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญองค์กรละ 3 คน

3.3.1.4 คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นถูกกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) มาตรา 5 ดังนี้⁶¹

ก. คุณสมบัติ

1. มีอายุ 40 ปี ขึ้นไป

2. มีประสบการณ์ในการดำรงตำแหน่งดังต่อไปนี้มาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี

1) ผู้พิพากษา อัยการหรือทนายความ

2) เป็นผู้ซึ่งมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันทนายความโดยปฏิบัติหน้าที่ทางด้านกฎหมายในหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานที่รัฐบาลร่วมทุน หรือบริษัทอื่นๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน

3) เป็นผู้ซึ่งมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันทนายความและเป็นอาจารย์ด้านกฎหมายในสถาบันอุดมศึกษาที่ได้รับการรับรองจากรัฐซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่าหรือสูงกว่าตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ยกตัวอย่างเช่น เป็นอาจารย์สอนวิชากฎหมายในสถาบันหรือมหาวิทยาลัยของรัฐซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์หรือตำแหน่งที่สูงกว่า

ข. ลักษณะต้องห้าม

มาตรา 5 (2) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลซึ่งจะมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

1) ห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน

2) เคยต้องโทษทางอาญาให้จำคุกหรือโทษที่หนักกว่าจำคุก

3) ห้ามเป็นบุคคลซึ่งถูกลงโทษถอดถอนออกจากตำแหน่งมาแล้วเป็นระยะเวลาไม่ถึง 5 ปี

ค. ข้อห้ามอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) ได้กำหนดข้อห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

⁶¹ เพิ่งอ้าง, น. 143 – 144.

1) ห้ามเข้าไปเกี่ยวข้องกับทางการเมือง ทั้งนี้เพื่อป้องกันการถูกแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่จากฝ่ายการเมือง อันจะส่งผลกระทบต่อการศึกษาของศาลรัฐธรรมนูญ อาจเกิดความเอนเอียงไม่เป็นกลางและไม่เป็นธรรม⁶²

2) ห้ามประกอบธุรกิจเพื่อการค้ากำไร⁶³

3) ต้องไม่เป็นสมาชิกองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ เช่น สภาแห่งชาติ สภาท้องถิ่น⁶⁴

4) เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการพลเรือนของสภาแห่งชาติ รัฐบาล หรือศาล⁶⁵

5) ต้องไม่เป็นที่ปรึกษา เจ้าหน้าที่ หรือลูกจ้างของบริษัทหรือองค์กรอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน⁶⁶

3.3.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญดังนี้⁶⁷

1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคำร้องขอของศาลอื่น

2) พิจารณาวินิจฉัยการถอดถอนออกจากตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงโดยสภาแห่งชาติ

3) พิจารณาวินิจฉัยการยุบพรรคการเมือง

4) พิจารณาวินิจฉัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานส่วนท้องถิ่น หรือในระหว่างหน่วยงานส่วนท้องถิ่นด้วยกัน

5) พิจารณาวินิจฉัยการร้องทุกข์เกี่ยวกับคดีรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายกำหนด

⁶² พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 9

⁶³ พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 14

⁶⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 14 (1)

⁶⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 14 (2)

⁶⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 มาตรา 14 (3)

⁶⁷ รัฐธรรมนูญ มาตรา 111

3.4 ความรับผิดของตุลาการในต่างประเทศ

ในเรื่องความรับผิดของตุลาการในต่างประเทศตามหัวข้อนี้ผู้เขียนมุ่งเน้นที่จะศึกษาความรับผิดของตุลาการในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) คือ ประเทศอังกฤษ และศึกษาความรับผิดของตุลาการในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.4.1 ความรับผิดของตุลาการในประเทศอังกฤษ⁶⁸

ในประเทศอังกฤษความรับผิดของรัฐถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย The Crown Proceedings Act 1947 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ราชบัลลังก์จะต้องรับผิดเหมือนกับบุคคลทั่วไป หากเอกชนได้รับความเสียหายก็สามารถฟ้องราชบัลลังก์ให้ชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เมื่อราชบัลลังก์ได้มีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายไปแล้วก็สามารถที่จะไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ซึ่งกระทำละเมิดได้ ความรับผิดของราชบัลลังก์ จึงเป็นความรับผิดแทนองค์กรเจ้าหน้าที่ของตนไปก่อนเท่านั้น โดยผู้ซึ่งจะต้องรับผิดเป็นส่วนตัวก็ยังคงเป็นเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดเช่นเดิม⁶⁹

สำหรับความรับผิดของตุลาการในประเทศอังกฤษนั้น เป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดของรัฐ ซึ่งได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 2 (5) ของ The Crown Proceedings Act 1947⁷⁰ เป็นการกำหนดข้อยกเว้นหากเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจตุลาการ และการดำเนินกระบวนการพิจารณา เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจดังกล่าวกระทำละเมิดก่อให้เกิดความเสียหาย ราชบัลลังก์ไม่ต้องรับผิด และยังขยายความไปต่ออีกว่าตัวผู้พิพากษาเองก็ไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวหากการทำคำพิพากษานั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจและด้วยความสุจริต โดยมีเหตุผลสำคัญคือ เนื่องจากการใช้อำนาจตุลาการจะต้องเป็นไปด้วยความอิสระ ราชบัลลังก์ไม่มีอำนาจที่จะไปสั่งผู้พิพากษาและตุลาการ ดังนั้นจึงไม่ควรที่จะให้ราชบัลลังก์ต้องมีความรับผิดจากการกระทำละเมิดของผู้พิพากษาตุลาการ แม้จะมีการลงโทษผิดก็ตาม และฝ่ายตุลาการเองก็ไม่เห็นชอบด้วยที่จะนำมูลกรณีละเมิดมาใช้ในการรื้อฟื้นคดี

⁶⁸ สุนิสา อิศรชัยโย, “ความรับผิดของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 42 – 51.

⁶⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4*, น. 4-5.

⁷⁰ 2. Liability of the Crown in tort.

(5) No proceedings shall lie against the Crown by virtue of this section in respect of anything done or omitted to be done by any person while discharging or purporting to discharge any responsibilities of a judicial nature vested in him, or any responsibilities which he has in connection with the execution of judicial process. สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2564, จาก <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/10-11/44/section/2>

ที่ได้มีคำพิพากษาไปแล้วเช่นกัน และควรที่จะขยายหลักความคุ้มกันความรับผิดไปยังกรณีอื่นๆ ที่คล้ายกันด้วย

สำหรับความรับผิดต่อส่วนตัวนั้น ในประเทศอังกฤษผู้พิพากษาในศาลสูงเมื่อปฏิบัติหน้าที่ตุลาการจะไม่ต้องรับผิดในทางแพ่งทุกกรณี ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ ไม่ต้องรับผิดทั้งกรณีที่เข้าใจผิดในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แม้จะกระทำไปโดยเจตนา เห็นแก่สินบน หรือใช้ตำแหน่งหน้าที่บังคับ แต่หากกรณีศาลชั้นต้นผิดพลาดต่อตำแหน่งหน้าที่ ผู้เสียหายก็สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงได้ แม้ตุลาการในประเทศอังกฤษจะไม่ต้องรับผิดในทางแพ่งเนื่องจากมีเอกสิทธิ์คุ้มครอง แต่เมื่อผู้เสียหายฟ้องละเมิด ตุลาการนั้นอาจจะถูกถอดถอนจากตำแหน่งได้ เพราะว่าละเมิดเงื่อนไขของความประพฤติที่ดี

ตุลาการในประเทศอังกฤษไม่ต้องรับผิดในทางแพ่งเพราะประเทศอังกฤษยึดหลักที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการซึ่งกระทำไปในขอบเขตอำนาจนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากการถูกฟ้องละเมิด ทั้งนี้เพื่อให้ผู้พิพากษามีความอิสระ การพิจารณาพิพากษาคดีจะต้องไม่ตกอยู่ในความกลัวต่อความรับผิดเหมือนบุคคลธรรมดา และการกระทำทางตุลาการจะไม่สามารถฟ้องร้องผู้พิพากษาต่อศาลสูงได้ จะเห็นได้ว่าตุลาการได้รับความคุ้มกันการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มที่ ในการปฏิบัติหน้าที่ทางตุลาการนั้นราชบัลลังก์ไม่ต้องรับผิดและผู้พิพากษาก็ไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตามเมื่อผู้พิพากษากระทำโดยทุจริต ผู้นั้นก็ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการเช่นกัน

ก. ข้อยกเว้นความคุ้มกันฝ่ายตุลาการในประเทศอังกฤษ

ถึงแม้ว่าตุลาการในประเทศอังกฤษจะได้รับเอกสิทธิ์คุ้มกันอย่างมากมาย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความคุ้มกันนี้จะมีอย่างเด็ดขาด แต่จะมีข้อยกเว้นอยู่บางประการที่จะทำให้ความคุ้มกันลดน้อยลงหรือบางกรณีอาจจะเป็นการยกเลิกความคุ้มกันไปเลย เช่น ข้อจำกัดความคุ้มกันเนื่องจากการกระทำละเมิดโดยผิดกฎหมายและโดยเจตนา

เมื่อบุคคลใดกระทำละเมิดโดยผิดกฎหมายต่อบุคคลอื่นโดยเจตนา ก็จะต้องมีความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น จากการกระทำละเมิดนั้น ผู้พิพากษาและตุลาการในประเทศอังกฤษก็ต้องอยู่ภายใต้เช่นเดียวกัน หากผู้พิพากษาใช้อำนาจทางตุลาการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายและโดยเจตนา ก็จะต้องรับผิดต่อผู้เสียหาย เมื่อการกระทำละเมิดจากการใช้อำนาจตุลาการนั้นเกิดจากมูลเหตุจูงใจส่วนตัวไม่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ หรือไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยสุจริต ย่อมถือได้ว่ามูลเหตุเหล่านี้เป็นข้อจำกัดความคุ้มกันของฝ่ายตุลาการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง คือ ข้อจำกัดความคุ้มกันอันเนื่องมาจากการกระทำที่มีเจตนาร้าย ซึ่งการมีเจตนาร้ายนั้นให้เกิดการกระทำ รวมถึงการกระทำที่ชั่วร้ายหรือมีเจตนาร้าย

ประการที่สอง คือ การกระทำละเมิดโดยจงใจ ซึ่งกรณีนี้จะมีการกระทำที่ไม่สุจริตเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยความไม่สุจริต จะหมายถึงความถึง การฉ้อฉล รับสินบน และสมคบคิดกันกระทำ ความผิด ล้วนแต่เป็นการกระทำที่จงใจและตามกฎหมายถือเป็นการกระทำที่เป็นเจตนาร้าย แต่อย่างไรก็ดีในบางกรณีผู้พิพากษาซึ่งฉ้อฉล หรือรับสินบนนั้น อาจกระทำไปโดยไม่มีเจตนาชั่วร้ายก็ได้ ดังนั้นการกระทำที่มีเจตนาร้าย และการกระทำโดยไม่สุจริต จึงสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) การกระทำที่มีเจตนาร้าย

ความรับผิดที่เกิดจากการกระทำที่มีเจตนาร้ายนั้นมีหลากหลายแนวความคิดที่เกี่ยวข้อง แต่ที่ได้รับความนิยมคือ การกำหนดขอบเขตที่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนาร้าย เนื่องจากการมีเจตนาร้ายนั้นเป็นเรื่องของจิตใจโดยลำพังแล้วจะเห็นได้ว่าไม่สามารถที่จะฟ้องร้องกันได้ หากไม่เกิดความเสียหายขึ้น

ในส่วนของความเสียหายที่เกิดจากการใช้อำนาจทางตุลาการนั้น การพิจารณาว่าตุลาการใช้อำนาจโดยมิชอบจะต้องมีการบัญญัติลักษณะของการกระทำไว้ก่อนแล้วว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นความผิด และจะต้องมีเหตุผลประกอบด้วยว่าเพราะเหตุใดการกระทำของเหล่านั้นจึงไม่ควรที่จะได้รับความคุ้มกัน กรณีนี้เองจึงเป็นความแตกต่างระหว่างการที่ประชาชนที่เป็นบุคคลธรรมดากระทำความผิดโดยมีเจตนาร้าย

อย่างไรก็ตามก็จะพบปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาข้อจำกัดความคุ้มกันของผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากเจตนาชั่วร้าย ก็คือเรื่องเจตนาชั่วร้ายนั้นเป็นมูลเหตุภายในจิตใจ และสภาวะทางจิตใจของบุคคลซึ่งเป็นการยากต่อการพิสูจน์ และการฟ้องร้องผู้พิพากษาในกรณีนี้มีจำนวนน้อยมาก

(2) การกระทำโดยไม่สุจริต

ข้อจำกัดความคุ้มกันฝ่ายตุลาการโดยเหตุที่อ้างว่าผู้พิพากษากระทำการโดยไม่สุจริตหมายความว่า หากผู้พิพากษาซึ่งใช้อำนาจทางตุลาการโดยไม่สุจริตแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นจะไม่ได้รับความคุ้มกันนั่นเอง โดยคำว่า “ไม่สุจริต” ได้แก่ การกระทำที่สมคบคิดกัน ฉ้อฉลและทุจริต หรือกระทำโดยวิธีการอื่นๆ อันมีลักษณะที่คล้ายกัน จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของการกระทำที่ไม่สุจริตกับการกระทำที่มีเจตนาร้ายตามกฎหมายนั้นจะมีลักษณะเหมือนกัน และนำไปเทียบเคียงกันได้ ซึ่งจะเป็นมูลเหตุฟ้องร้องอยู่เสมอ และถือว่าการฉ้อฉลและทุจริตเป็นการกระทำความผิดอาญาด้วย หากผู้เสียหายจะฟ้องร้องผู้พิพากษาเป็นคดีอาญาในฐานความผิดปฏิบัติ

หน้าที่โดยฉ้อฉลหรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตนั้น จะต้องมีพยานหลักฐานที่เพียงพอเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่เป็นไปโดยไม่สุจริต

(3) การกระทำละเมิดโดยจงใจ

การกระทำละเมิดโดยจงใจของผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่ของประเทศอังกฤษนั้น เกิดขึ้นได้น้อยมาก และเป็นการยากต่อการพิสูจน์ แต่ทั้งนี้หากพบว่าผู้พิพากษาก่อการกระทำละเมิดโดยจงใจเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นได้ และผู้พิพากษาเหล่านั้นก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

ตัวอย่างคดีที่ผู้พิพากษาจะไม่ได้รับความคุ้มครองและจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

1. ผู้พิพากษาก่อการที่อยู่นอกเขตอำนาจ ผู้พิพากษานั้นจะไม่ได้รับความคุ้มครองในทุกรณี โดยจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ซึ่งได้รับอันตรายจากการกระทำนั้น⁷¹

2. คดีที่ Justice of the Peace ถูกฟ้องเนื่องจากการสั่งลงโทษผิดพลาดและก้าวล่วง ไปออกคำสั่งกักขังผู้เยาว์โดยไม่แจ้งสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือตามกฎหมาย ซึ่งผู้เยาว์สามารถมีผู้แทนได้ตามกฎหมาย⁷²

3.4.2 ความรับผิดชอบของตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷³

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีผู้พิพากษามีสถานะเป็น “ข้าราชการ” โดยมีผลมาจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการขยายความกฎหมายแพ่ง ผู้พิพากษาเยอรมันจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและกฎหมายแพ่งประกอบกันโดยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 839⁷⁴ วรรคสองและวรรคสาม ได้บัญญัติความรับผิดชอบของผู้พิพากษาไว้ว่า

⁷¹ Examples concerning magistrates are *Jone v. Gurdon* (1842) 2 QB 600; *Clark v. Woods* (1848) 2 Ex. 395; *R.v. Manchester Magistrates' Court ex p. Davies* (1988) 1 Wlr 667; and see *Beaurian v. Scott* (above, p. 497). But honest mistake of fact was a defence: *Pease v. Chaytor* (1861) 1 B. & s. 658; *London Corporation v. Cox* (1867) LR 2 HL 239 at 263.

⁷² *Re McC.* (above), decided on the preliminary question whether the action lay.

⁷³ *เพิ่งอ้าง*, น. 86 – 90.

⁷⁴ German Civil Code BGB

Section 839 Liability in case of breach of official duty

(1) If an official intentionally or negligently breaches the official duty incumbent upon him in relation to a third party, then he must compensate the third party for damage arising from this. If the official is

“ข้าราชการผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำการละเมิดหน้าที่ทางราชการซึ่งเขาได้รับมอบหมายต่อบุคคลภายนอก จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกนั้น เพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นแต่การละเมิดนั้น ถ้าความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นแต่เพียงให้ถือเอาได้ว่าเป็นความผิดของข้าราชการผู้นั้น เขาจะต้องรับผิดชอบเมื่อผู้เสียหายไม่สามารถจะได้รับความชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากทางอื่น

ในกรณีที่ข้าราชการกระทำการอันเป็นการละเมิดหน้าที่ทางราชการในการพิพากษาอรรถคดี ข้าราชการผู้นั้นต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวนั้น ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดหน้าที่ซึ่งเป็นการผิดอาญา บทบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับกับการปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่ตามตำแหน่งล่าช้า

หน้าที่ในการใช้ค่าสินไหมทดแทนย่อมไม่เกิดขึ้น ถ้าบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย จงใจหรือประมาทเลินเล่อในการละเว้นกระทำการเพื่อที่จะขจัดปัดเป่าหรือบรรเทาความเสียหายโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรม”

ผู้พิพากษาในที่นี้หมายความว่าผู้พิพากษาซึ่งได้รับการบรรจุแต่งตั้งโดยรัฐและหมายความรวมถึง ผู้พิพากษาสมทบด้วย แต่จะไม่รวมถึงอนุญาโตตุลาการ เมื่อพิจารณามาตรา 839 แล้วอาจจะเป็นที่เข้าใจได้ว่าประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดสามารถฟ้องผู้พิพากษาได้โดยตรง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ขยายความครอบคลุมไปถึงกฎหมายแพ่ง จึงเป็นการโอนความรับผิดชอบของผู้พิพากษาไปเป็นความรับผิดชอบของรัฐ เมื่อประชาชนผู้ได้รับความเสียหายฟ้องผู้พิพากษากรณีนี้จึงไม่ใช่การฟ้องผู้พิพากษาเป็นการส่วนตัว แต่เป็นการฟ้องรัฐให้รับผิดชอบ เมื่อรัฐได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายไปแล้วก็สามารถไต่เบี่ยเอาจากตัวผู้พิพากษาได้ ซึ่งกรณีนี้จะมีลักษณะเช่นเดียวกับข้าราชการฝ่ายปกครองกระทำละเมิดตามตำแหน่งหน้าที่เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายนั่นเอง แต่ตัวผู้พิพากษานั้นจะได้รับเอกสิทธิ์คุ้มกันเหนือกว่าข้าราชการฝ่ายปกครองทั่วไป หากข้าราชการฝ่ายปกครองกระทำละเมิดต่อ

only responsible because of negligence, then he may only be held liable if the injured person is not able to obtain compensation in another way.

(2) If an official breaches his official duties in a judgment in a legal matter, then he is only responsible for any damage arising from this if the breach of duty consists in a criminal offence. This provision is not applicable to refusal or delay that is in breach of duty in exercising a public function.

(3) Liability for damage does not arise if the injured person has intentionally or negligently failed to avert the damage by having recourse to appeal. (English Version), สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2564, จาก https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

หน้าที่แม้จะยังไม่ถึงกับเป็นความผิดอาญา ผู้เสียหายก็สามารถฟ้องรัฐให้รับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ เมื่อรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไปแล้วก็สามารถไต่เบี่ยงเอาจากข้าราชการผู้กระทำละเมิดได้หากพบว่าข้าราชการกระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา 839 วรรคแรก แต่ในกรณีของผู้พิพากษาเมื่อได้กระทำละเมิดในตำแหน่งหน้าที่ซึ่งเป็นการประมาทเลินเล่อธรรมดาเป็นเหตุให้บุคคลได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการตัดสินใจ ผู้เสียหายในกรณีนี้จะไม่สามารถฟ้องรัฐให้รับผิดชดใช้ค่าเสียหายได้ แต่จะฟ้องรัฐได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้พิพากษากระทำผิดพลานั้นถึงขนาดที่เข้าองค์ประกอบความผิดอาญา ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิดอาญาฐานกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งหากพบว่ากระทำผิดอาญาจริง ผู้เสียหายก็สามารถฟ้องรัฐให้รับผิดได้ เมื่อรัฐได้ชดใช้ค่าเสียหายไปแล้วก็สามารถไต่เบี่ยงเอาจากผู้พิพากษาได้ แต่การไต่เบี่ยงจะเกิดขึ้นทุกกรณีเพราะการที่ศาลตัดสินว่ามีความผิดอาญาซึ่งจะเห็นได้ว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะตัดสินว่าผู้พิพากษานั้นกระทำผิดจริง

อนึ่งมีข้อยกเว้นอยู่ในวรรคสอง ซึ่งเป็นกรณีการฟ้องรัฐให้รับผิดจากการกระทำละเมิดของผู้พิพากษานั้นจะฟ้องได้เมื่อการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา แต่ในตอนท้ายของวรรคสองได้กำหนดข้อยกเว้นไว้สองกรณี คือ การปฏิเสธไม่ปฏิบัติหน้าที่ และการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความล่าช้า ซึ่งทั้งสองกรณีแม้จะไม่มี ความผิดอาญา ผู้เสียหายก็สามารถฟ้องรัฐได้

ส่วนกรณีที่เป็นกรกระทำ ความผิดอาญาที่รัฐจะต้องรับผิดแทนผู้พิพากษาตามมาตรา 839 ก็คือ ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย ตามมาตรา 339⁷⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน และผู้พิพากษาธิบดีบน

ซึ่งความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายนั้นนอกจากผู้พิพากษา และเจ้าพนักงานของรัฐแล้วยังหมายรวมถึงอนุญาโตตุลาการด้วย ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 339 บัญญัติว่า “ผู้พิพากษา เจ้าพนักงานของรัฐ หรืออนุญาโตตุลาการ ผู้ปฏิบัติ

⁷⁵ German Criminal Code

Section 339 Judicial perversion of justice

Judges, other public officials or arbitrators who, in the course of conducting or deciding a legal matter, bend the law for the benefit or to the detriment of a party incur a penalty of imprisonment for a term of between one year and five years. (English Version), สืบค้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2564, จาก https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p3234.

หน้าที่หรือวินิจฉัยในปัญหาข้อกฎหมาย กระทำการบิดเบือนกฎหมาย ก่อให้เกิดประโยชน์หรือความเสียหายของกลุ่มความ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี”⁷⁶



⁷⁶ เหมือน สุขมาตย์, “ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 59.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาที่มา หน้าที่และอำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ตามที่ได้กล่าวข้างต้นว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดโดยการกระทำใดๆ ของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหน้าที่อื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งตลอด 20 กว่าปีที่ผ่านมา นับแต่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาในประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงปัจจุบันประชาชนจะมองเห็นภาพการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไปในมุมมองทางด้านการเมืองเป็นส่วนใหญ่ ยกตัวอย่างเช่นการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง การพิจารณาเรื่องคุณสมบัติของการเป็นสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของนักการเมือง เป็นต้น และผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเหล่านั้น ก็ล้วนส่งผลกระทบต่อส่วนได้เสียทางการเมืองและผลกระทบต่อจิตใจของประชาชนผู้ให้การสนับสนุน หรือต่อต้านองค์การทางการเมืองตามผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของหน้าที่หลักในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กลับกลายเป็นไม่ได้รับความนิยม หรือบทบาทหน้าที่เหล่านี้ในประเทศไทยยังถือว่าน้อยกว่าประเด็นทางการเมืองดังกล่าวข้างต้นอย่างชัดเจน

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏตามที่กล่าวมา ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อส่วนได้เสียขององค์การทางการเมือง หรือบุคคล ที่ส่งผลกระทบต่อผู้ซึ่งสนับสนุนหรือต่อต้าน แน่แน่นอนว่าเมื่อผู้ซึ่งเสียผลประโยชน์จากคำวินิจฉัยเหล่านั้น ย่อมต้องเกิดความไม่พอใจ หรือไม่เห็นด้วย และเกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ในแง่ที่ไม่ดี และเคลือบแคลงสงสัยหรือขาดความเชื่อมั่นในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีว่าเป็นไปตามหลักหรือเจตนารมณ์ทางกฎหมาย ถูกต้องและเป็นธรรมหรือไม่ หากพบว่าหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าตุลาการศาล

รัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริตในการวินิจฉัยคดีจนเป็นเหตุให้ส่งผลกระทบต่อคู่ความและความเชื่อมั่นของประชาชน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จะมีความรับผิดชอบหรือไม่อย่างไร

ในทางกลับกันฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็จะอาศัยความได้เปรียบนี้ทำลายฝ่ายตรงข้าม และประเด็นปัญหาสำคัญที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้คือการแสวงหาผลประโยชน์ทางการเมืองโดยอาศัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือ ทำให้ภาพลักษณ์องค์กรของศาลรัฐธรรมนูญอาจถูกประชาชนมองในแง่ลบได้ ประเด็นปัญหาที่สำคัญประการสุดท้ายคือการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการหากพบว่ามีเจตนาที่จะปฏิบัติหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายจะมีช่องทางดำเนินการเอาผิดกับตุลาการอย่างไร

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่มา หน้าที่อำนาจและความรับผิดชอบของตุลาการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เกิดขึ้นพร้อมทั้งศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป ดังนี้

4.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เพื่อให้เห็นถึงสภาพปัญหาทางกฎหมาย ดังนี้

4.1.1 องค์ประกอบอันเป็นที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากบุคคล ดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวนสามคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนสองคน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิสิตศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปีและยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน

(5) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีจำนวนสองคน¹

คำอธิบายประกอบมาตรา 200 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(1) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคน ซึ่งเป็นจำนวนเดิมตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างไรก็ตาม ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้สูงขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหน้าที่และอำนาจที่เพิ่มขึ้นและเกิดความเชื่อมั่นในความรู้และประสบการณ์แก่สังคมยิ่งขึ้น โดยมีความมุ่งหมายให้มีการคัดเลือกหรือสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) (2) (3) (4) และ (5) โดยกำหนดจำนวนและคุณสมบัติจากผู้พิพากษาศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิสิตศาสตร์

และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์รวมทั้งผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันอื่นด้วย

(2) การคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกามาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน ตามความในอนุมาตรา (1) ได้วางหลักสำคัญใหม่ในการพิจารณาว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาคนใดจะได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คือ 1) ในขณะที่ได้รับการคัดเลือกต้องดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกา และ 2) ต้องดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี ทั้งนี้ คำว่า“ผู้พิพากษา” นั้น หมายถึงผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกาซึ่งมีคุณสมบัติดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม โดยที่คำนึงว่าอาจมีกรณีที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาไม่สามารถคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้ว

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 200

ไม่น้อยกว่าสามปี เพื่อคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) ได้ จึงได้วางหลักไว้ในวรรคสองว่าให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกบุคคลจากผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อคงหลักการในเรื่ององค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่าจะต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา

(3) การสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 200 (3) และ (4) จากผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ซึ่งเคย

ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ ในสาขานิติศาสตร์จำนวนหนึ่งคน สาขารัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์จำนวนหนึ่งคนมีความหมายดังนี้

1) ความว่า “ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทย” หมายถึง ศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทย ซึ่งต้องได้รับการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งเฉพาะบุคคลซึ่งมีผลงานผ่านเกณฑ์ที่คณะกรรมการการอุดมศึกษากำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ การที่กำหนดคุณสมบัติทางวิชาการสูงถึงระดับศาสตราจารย์ เนื่องจากการที่จะดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ได้นั้น บุคคลนั้นย่อมมีการศึกษากว้างขวางลึกซึ้ง คิดค้น วิจัยทางวิชาการ และมีผลงานเป็นที่ยอมรับ ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญสั่งสมประสบการณ์อันเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2) ความหมายของการมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ มิได้หมายถึงเพียงการที่บุคคลดังกล่าวยังคงแสดงความรู้ความสามารถทางวิชาการในสาขาที่เคยได้รับตำแหน่งทางวิชาการ โดยเฉพาะการผลิตงานเขียนตำรา งานวิจัย หรือบทความ แต่ยังเป็นคุณสมบัติของบุคคลซึ่งยังดำเนินกิจกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมในทางวิชาการสาขานั้น ๆ อย่างต่อเนื่อง เช่น ยังคงปฏิบัติหน้าที่เป็นอาจารย์หรือเป็นวิทยากรบรรยายในสาขาที่เคยได้รับตำแหน่งทางวิชาการในงานสัมมนาทางวิชาการต่าง ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ หรือผลงานวิชาการที่เคยสร้างสรรค์มานั้นยังได้รับการยอมรับ ตีพิมพ์ หรืออ้างอิงอยู่อย่างสม่ำเสมอ

(4) ความในอนุมาตรา (5) กำหนดให้ผู้ซึ่งจะเข้ามาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องรับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งเทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี จำนวนสองคน โดยมุ่งหมายให้เป็นบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งกำหนดว่าต้องรับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า ส่วนราชการนั้นจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องเป็นผู้ทำหน้าที่บริหารส่วนราชการนั้นอย่างแท้จริง เช่น ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเป็นหัวหน้าส่วน

ราชการจังหวัด หรือเอกอัครราชทูตซึ่งเป็นหัวหน้าส่วนราชการในต่างประเทศ เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งอื่น ซึ่งแม้จะมีระดับตำแหน่งเทียบได้ระดับเดียวกับอธิบดี แต่มิได้เป็นหัวหน้าส่วนราชการนั้น เช่น รองหัวหน้าส่วนราชการซึ่งมีหัวหน้าส่วนราชการเทียบได้กับปลัดกระทรวง และรองหัวหน้าส่วนราชการนั้นมีระดับตำแหน่งเทียบได้กับอธิบดี เช่น รองปลัดกระทรวง รองผู้อำนวยการสำนักงานประมาณ ฯลฯ ในกรณีเช่นนี้ ไม่ถือว่าผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมีตำแหน่งเป็นหัวหน้าส่วนราชการซึ่งเทียบเท่ากับอธิบดี เพราะมิได้เป็นหัวหน้าส่วนราชการการซึ่งกำหนดให้ต้องมีฐานะอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งเทียบเท่า โดยมุ่งเน้นความเป็นหัวหน้าส่วนราชการ เนื่องจากเป็นผู้บริหารซึ่งมีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ในการบังคับบัญชาและบริหารงาน บริหารบุคคล และบริหารงบประมาณ ในระดับไม่ต่ำกว่าอธิบดีมาแล้วตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้มั่นใจได้ว่าเป็นผู้บริหารซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ รวมทั้งเชื่อได้ว่า ในเวลาใช้อำนาจในฐานะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือกรรมการขององค์การอิสระแล้วจะทำให้คำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ รอบด้านอันเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตน สำหรับความที่ “ต้องดำรงตำแหน่งดังกล่าวเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี” นั้น การนับระยะเวลาดำรงตำแหน่งไม่จำเป็นต้องดำรงตำแหน่งต่อเนื่องหรือติดต่อกัน ไม่น้อยกว่าห้าปี แต่สามารถนับระยะเวลาที่ไม่ต่อเนื่องมารวมกันได้ นอกจากนี้ เมื่อใช้ความว่า “หัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า” ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งรองหัวหน้าส่วนราชการ จึงไม่อยู่ในความหมายของความว่า “หัวหน้าส่วนราชการ” ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญนี้ กรณีอธิการบดีมหาวิทยาลัยเป็นตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่ากรม อธิการบดีมหาวิทยาลัยจึงมีคุณสมบัติตามความใน (5) ของมาตรา 200 แต่สำหรับตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ข้าราชการพลเรือนผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งระดับ 11 หรือศาสตราจารย์ระดับ 11 ไม่ใช่ตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการจึงไม่ถือเป็นคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในมาตรานี้เป็นต้น²

จากการศึกษาองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 200 จะพบว่า สามารถแบ่งแยกสัดส่วนองค์ประกอบอันเป็นที่มาของ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกคือผู้พิพากษา ตุลาการ กลุ่มที่สองคือผู้ทรงคุณวุฒิสายวิชาการ และกลุ่มที่สามคือผู้ทรงคุณวุฒิสายข้าราชการ เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเช่นนี้อาจจะเป็นเพราะว่าต้องการที่จะนำประสบการณ์ ความรู้ ความสามารถในการทำงานด้านต่าง ๆ ของแต่ละกลุ่มมาปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีตามหน้าที่และอำนาจที่

² ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบประมวลมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ยกตัวอย่างเช่น กลุ่มแรกผู้พิพากษา ตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นกลุ่มที่มีบทบาทสำคัญที่จะต้องอาศัยประสบการณ์จากการประกอบอาชีพผู้พิพากษา ตุลาการ มาทำหน้าที่ในการทำคำวินิจฉัยต่างๆ ส่วนกลุ่มที่สองคือผู้ทรงคุณวุฒิสาขาวิชาการทั้งสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งกลุ่มนี้จะต้องอาศัยหลักพื้นฐานทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะทางด้านกฎหมายมหาชน และหลักความคิดทางด้านรัฐศาสตร์ เพื่อจะทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องอยู่บนหลักพื้นฐานตามทฤษฎีของกฎหมาย และกลุ่มที่สามคือผู้ทรงคุณวุฒิสายข้าราชการซึ่งกลุ่มนี้จะต้องอาศัยประสบการณ์ด้านบริหารราชการแผ่นดินเข้ามาปรับใช้ในการทำคำวินิจฉัยเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 255 ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกสิบสี่คนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนห้าคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งได้รับเลือกตามมาตรา 257 จำนวนห้าคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ซึ่งได้รับเลือกตามมาตรา 257 จำนวนสามคน

ให้ผู้ได้รับเลือกตามวรรคหนึ่ง ประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภารับให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 205 ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสามคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวนสองคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวนสองคน

ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกตาม (1) หรือ (2) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณีเลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่กรณี

ให้ผู้ได้รับเลือกตามวรรคหนึ่ง ประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

ให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด 15 คน โดยมีที่มาจากกลุ่มผู้พิพากษาศาลฎีกา ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันวิชาการด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะบัญญัติให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน โดยยังคงมีที่มาจากกลุ่มผู้พิพากษาศาลฎีกา ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันวิชาการด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริง และยังได้กำหนดผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริง เพิ่มขึ้นมาด้วย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าว จะพบว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับยังให้น้ำหนักกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ที่ผู้พิพากษาในศาลฎีกาเป็นหลัก แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังกำหนดเพิ่มเติมไว้อีกว่า จะต้องดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 จะกำหนดหน้าที่และอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้ซึ่งเจตนารมณ์จะมุ่งเน้นไปในทางการใช้การตีความกฎหมายตามนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย

การวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตลอดจนการวินิจฉัยหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา รวมทั้งหน้าที่และอำนาจอื่นๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จะเห็นได้ว่าหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องอาศัยผู้ซึ่งมีความรู้ความสามารถและมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริงเป็นสำคัญ ดังนั้นผู้ซึ่งจะดำรงตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคุณสมบัติที่สำคัญที่สุดอันดับแรกที่จะต้องมามี คือ มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชน

จากการวิเคราะห์สภาพปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับองค์ประกอบอันเป็นที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 200 พบว่า องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน มีตุลาการที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี จำนวน 3 คน ซึ่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาเป็นผู้ซึ่งมีความรู้ความสามารถด้านกฎหมายเอกชนและตลอดการประกอบอาชีพจะต้องใช้กฎหมายเอกชนเป็นหลัก อาจจะมีกฎหมายอื่นรวมอยู่ด้วย แต่ก็ไม่ได้ใช้กฎหมายมหาชน เมื่อมาปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชน ในส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี จำนวน 2 คน การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองนั้นจะต้องใช้กฎหมายมหาชนเป็นหลักและดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ย่อมมีประสบการณ์จากการปฏิบัติหน้าที่จึงถือได้ว่าเป็นผู้ซึ่งมีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนมากกว่ากลุ่มตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา แต่กลับมีจำนวนน้อยกว่า จะเห็นได้ว่าสัดส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้ยังไม่เหมาะสม

ปัญหาทางกฎหมายประการต่อมาพบว่าในกลุ่มของผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทย มาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์นั้น การกำหนด ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์หรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยไว้เช่นนี้ เป็นการกำหนดคุณสมบัติไว้สูงเกินไป และเมื่อพิจารณาถึงคุณสมบัติของศาสตราจารย์สาขานิติศาสตร์ตามมหาวิทยาลัยต่างๆ ในประเทศไทยที่มีผลงานเป็นที่ประจักษ์นั้นจะมีผู้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ทางกฎหมายหลากหลายด้านแตกต่างกันออกไป ไม่ใช่ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายมหาชนเพียงอย่างเดียว และมีจำนวนน้อย จำกัดอยู่

เพียงไม่กี่มหาวิทยาลัยในประเทศไทย จึงเป็นการยากที่จะสรรหาบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมายบัญญัติ จากการศึกษาพบว่าปัญหาทางกฎหมายของผู้ซึ่งจะมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในกลุ่มของผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์โดยไม่ได้กำหนดว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ทางด้านกฎหมายมหาชนอาจจะส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีตามหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายบัญญัติ เนื่องจากการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องอาศัยแนวคิด ทฤษฎีพื้นฐาน และนิติวิธีทางด้านกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เมื่อพิจารณาประกอบกับกลุ่มที่มาจากผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกาจะเห็นว่าเมื่อรวมกันแล้วจะมีกลุ่มตุลาการที่อาจไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนมีจำนวนถึง 4 คน โดยยังไม่รวมถึงกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี อีก 1 คน และกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิจึงได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งเทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี อีกจำนวน 2 คน

ปัญหาประการสุดท้ายคือกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิจึงได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่า อธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งเทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี จากการศึกษาพบว่ากลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิจึงมาจากข้าราชการระดับสูงนี้ ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นครั้งแรกต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิจึงมาจากข้าราชการระดับสูงไว้ต่างหาก แยกออกจากกลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ เหตุผลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้กลุ่มผู้ทรงคุณวุฒิจึงมาจากข้าราชการระดับสูงเป็นองค์ประกอบของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเนื่องมาจากมีความมุ่งหมายให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงมาปฏิบัติหน้าที่ แต่เมื่อพิจารณาประสบการณ์ทำงานหรือการรับราชการของผู้ทรงคุณวุฒิเหล่านี้แล้วจะพบว่าแม้จะมีประสบการณ์ในการบริหารราชการแผ่นดินและเป็นผู้บริหารระดับสูงก็ตาม แต่ประสบการณ์ในการรับราชการหรือบริหารราชการแผ่นดินนั้นล้วนเป็นไปตามกรอบอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง ซึ่งอาจจะมีประสบการณ์ทางด้านกฎหมายมหาชนอยู่บ้าง ในส่วนของกฎหมายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งจะไม่เกี่ยวข้องกับการการใช้แนวคิดทฤษฎี ที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเลย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน มีเพียงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในกลุ่มที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดเท่านั้นที่พอจะคาดหมายได้ว่ามีประสบการณ์ มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนซึ่งมีเพียง 2 คน จากจำนวนตุลาการทั้งหมด 9 คน ส่วนตุลาการในกลุ่มอื่นๆ อีก 7 คนนั้นจะพบว่าอาจจะมี 1 คนซึ่งมาจากผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์แต่ก็ไม่สามารถคาดหมายได้ว่าเป็นผู้ซึ่งมีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ แต่อีกจำนวน 5 คนนั้น ไม่อาจเป็นที่คาดหมายได้โดยว่าจะมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชน หรือมีความเชี่ยวชาญด้านการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จากการศึกษาปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับองค์ประกอบอันเป็นที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของตุลาการมีสัดส่วนที่ไม่เหมาะสม ย่อมส่งผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายๆ คดีที่ผ่านมามีจุดอ่อน หรือไม่เป็นที่น่าพอใจพื้นฐานทางทฤษฎี ทำให้นักกฎหมาย นักวิชาการ และประชาชนวิพากษ์วิจารณ์คำวินิจฉัยอยู่เสมอ ส่งผลกระทบต่อหลักนิติรัฐ นิติธรรม ความยุติธรรม ความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักที่จะควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ รวมถึงคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และความเชื่อถือศรัทธาต่อระบบยุติธรรมของประเทศไทย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

4.1.2 ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

หัวข้อนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเพื่อให้ทราบถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ 3 ประเทศ ดังนี้

1. สาธารณรัฐออสเตรีย (Republic of Austria)³

ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย ประกอบด้วย ประธาน 1 คน รองประธาน 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อีก 12 คน รวมทั้งตุลาการสำรองอีก 6 คน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงมีทั้งหมด 14 คน แต่จะมีตุลาการสำรองอีก 6 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน ตุลาการสำรอง 3 คน ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งตามข้อเสนอของรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) กลุ่มบุคคลซึ่งได้รับการเสนอจากรัฐบาลสหพันธ์อยู่ในกลุ่มของบุคคลผู้เป็นผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาสตราจารย์ด้านกฎหมาย ส่วนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่วนที่เหลือ คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน และตุลาการสำรอง 3 คนนั้น ให้

³ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, น. 77 – 78.

ประธานาธิบดีแต่งตั้งจากการเสนอของข สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (Nationsrat) โดยให้เสนอแต่งตั้ง
สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน และตุลาการสำรอง 2 คน ส่วนสภาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat)
ให้เสนอเพื่อแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน และตุลาการสำรอง 1 คน

โดยที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิซึ่ง
เสนอมาโดยกลุ่มบุคคล ดังต่อไปนี้

1. รัฐบาลแห่งสหพันธ์ (Bundesregierung) โดยคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้เสนอ
ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการคัดเลือกจากผู้พิพากษา ข้าราชการฝ่ายปกครอง และศาสตราจารย์คณะ
นิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คนและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง 3 คน

2. สภาแห่งชาติ (Nationsrat) จะเสนอผู้ทรงคุณวุฒิเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน
และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง 2 คน

3. สภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) จะเสนอผู้ทรงคุณวุฒิเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
3 คนและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง 1 คน

และมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 12 ปี ทั้งนี้ คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและ
ตุลาการ

ศาลรัฐธรรมนูญสำรองจะต้องสำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ รวมทั้ง
จะต้องประกอบอาชีพในสาขาที่จบมาอย่างน้อย 10 ปี ยิ่งไปกว่านั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและ
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง

จะดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมือง รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐ สภาผู้แทนราษฎร
ตลอดจนในสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ไม่ได้

อนึ่ง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับหลักความประกันเป็นอิสระของผู้พิพากษา

โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะถูกออกจากตำแหน่งได้เฉพาะจากคำวินิจฉัยของศาล
รัฐธรรมนูญเท่านั้นและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะพ้นจากตำแหน่งหากบุคคลนั้นมีอายุ 70 ปี
บริบูรณ์ และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวเท่านั้น

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการสำรองจะต้องสำเร็จการศึกษาด้าน
นิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ รวมทั้งจะต้องทำงานในสาขาที่จบมาแล้วอย่างน้อย 10 ปี ในทาง
ปฏิบัติการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการสำรองของศาล ต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาที่
แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มีการพิจารณาจากที่มาของอาชีพในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน และมา
จากมลรัฐต่างๆ เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น พรรคการเมืองใหญ่สองพรรคของ
ออสเตรียมีข้อตกลงสุภาพบุรุษเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างลง

ดังนั้น พรรคการเมืองสองพรรคจึงมีบทบาทในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 7 คน และตุลาการสำรอง 3 คน

ดังนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย จึงมาจากกลุ่มบุคคลที่เป็นผู้พิพากษาอาชีพ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย และอาชีพทางกฎหมายอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรีย ได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถประกอบอาชีพเดิมของตนต่อไปได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีคุณสมบัติทางวิชาการตามที่กำหนดไว้จะได้นำประสบการณ์ในทางปฏิบัติเหล่านั้นมาเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างไรก็ตาม หลักในเรื่องดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นในกรณีของข้าราชการ เพราะข้าราชการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องพ้นจากการเป็นข้าราชการเนื่องจากการทำหน้าที่ทั้งเป็นข้าราชการและเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในเวลาเดียวกันอาจจะกระทบต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการได้ เนื่องจากข้าราชการจะต้องผูกพันต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

2. ราชอาณาจักรสเปน (Kingdom of Spain)⁴

ศาลรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรสเปนประกอบด้วยตุลาการ 12 คนซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ โดยมีที่มาจาก 4 กลุ่มดังนี้

1. มาจากสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบด้วยเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป จำนวน 4 คน
2. มาจากวุฒิสภาให้ความเห็นชอบด้วยเสียง 3 ใน 5 ขึ้นไป จำนวน 4 คน
3. มาจากการเสนอชื่อโดยรัฐบาล จำนวน 2 คน
4. มาจากการเสนอชื่อโดยคณะกรรมการขององค์กรใช้อำนาจตุลาการจำนวน 2 คน

โดยคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นนักกฎหมาย ตามมาตรา 159 วรรคสองกำหนดให้เลือกรับจากผู้พิพากษา อัยการ ศาสตราจารย์ทางนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย ข้าราชการ และทนายความ แต่ส่วนใหญ่มาจากผู้พิพากษาและศาสตราจารย์ มากกว่าอาชีพอื่น

การเลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตุลาการ 1 คนเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องได้รับเสียง 2 ใน 3 หากไม่มีผู้ได้รับคะแนนเสียงสูงสุดให้เลือกใหม่เป็นครั้งที่สอง โดยให้ผู้ซึ่งได้คะแนนสูงสุดดำรงตำแหน่ง หากได้รับคะแนนเท่ากัน ให้เลือกใหม่เป็นครั้งที่สาม หากเท่ากันอีก ให้ตุลาการซึ่งดำรงตำแหน่งนานที่สุดเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ และหากยังเท่ากันอีก ให้ตุลาการซึ่งมีอายุมากที่สุดเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ

⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล, “ศาลรัฐธรรมนูญและคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายสเปน,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 36, ฉบับที่ 4, น. 518-521 (ธันวาคม 2550).

การแบ่งองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น 2 องค์คณะ องค์คณะละ 6 คน โดยให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นตุลาการหัวหน้าคณะในองค์คณะแรก และให้รองประธานเป็นหัวหน้าคณะในองค์คณะที่สอง ทั้งสององค์คณะแบ่งออกเป็น 2 แผนก มีตุลาการแผนกละ 3 คน โดยที่ประชุมใหญ่ประกอบด้วยตุลาการทั้ง 12 คน ทำหน้าที่บริหารและพิจารณาคดี

3. สาธารณรัฐเกาหลี (Republic of Korea)⁵

องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หมวด 6 มาตรา 111 (2) ดังนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีจำนวน 9 คน โดยได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี

ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วนดังนี้

1. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการแต่งตั้งหรือคัดเลือกของสภาแห่งชาติ จำนวน 3 คน

2. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดี จำนวน 3 คน

3. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการคัดเลือกโดยประธานศาลฎีกา จำนวน 3 คน

ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ.2531) (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2009) (พ.ศ. 2552)

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น 2 องค์คณะ ได้แก่

1. องค์คณะใหญ่ ซึ่งจะประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 9 คน การพิจารณาวินิจฉัยคดีต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่อย่างน้อย 7 คน การลงมติจะต้องได้รับความเห็นชอบจากเสียงข้างมากเท่านั้น

2. องค์คณะเล็ก แบ่งออกเป็น 3 องค์คณะ มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญองค์คณะละ 3 คน

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นถูกกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ.2531) มาตรา 5 ดังนี้

⁵ นำพงษ์ ไกยเดช, “การกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554), น. 135 – 136.

ก. คุณสมบัติ

1. มีอายุ 40 ปี ขึ้นไป
2. มีประสบการณ์ในการดำรงตำแหน่งดังต่อไปนี้มาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี
 - 1) ผู้พิพากษา อัยการหรือทนายความ
 - 2) เป็นผู้ซึ่งมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันทนายความโดยปฏิบัติหน้าที่ทางด้านกฎหมายในหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานที่รัฐบาลร่วมทุน หรือบริษัทอื่นๆ ที่มีลักษณะเดียวกัน
 - 3) เป็นผู้ซึ่งมีคุณสมบัติเช่นเดียวกันทนายความและเป็นอาจารย์ด้านกฎหมายในสถาบันอุดมศึกษาที่ได้รับการรับรองจากรัฐซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่าหรือสูงกว่าตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ยกตัวอย่างเช่น เป็นอาจารย์สอนวิชากฎหมายในสถาบันหรือมหาวิทยาลัยของรัฐซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์หรือตำแหน่งที่สูงกว่า

ข. ลักษณะต้องห้าม

มาตรา 5 (2) แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธาณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของบุคคลซึ่งจะมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

- 1) ห้ามเป็นข้าราชการพลเรือน
- 2) เคยต้องโทษทางอาญาให้จำคุกหรือโทษที่หนักกว่าจำคุก
- 3) ห้ามเป็นบุคคลซึ่งถูกลงโทษถอดถอนออกจากตำแหน่งมาแล้วเป็นระยะเวลาไม่ถึง 5 ปี

ค. ข้อห้ามอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

รัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสาธาณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1988 (พ.ศ. 2531) ได้กำหนดข้อห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

- 1) ห้ามเข้าไปเกี่ยวข้องกับทางการเมือง ทั้งนี้เพื่อป้องกันการถูกแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่จากฝ่ายการเมือง อันจะส่งผลกระทบต่อการศึกษาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ อาจเกิดความเอนเอียงไม่เป็นกลางและไม่เป็นธรรม
- 2) ห้ามประกอบธุรกิจเพื่อการค้ากำไร
- 3) ต้องไม่เป็นสมาชิกองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ เช่น สภาแห่งชาติ สภาท้องถิ่น
- 4) เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการพลเรือนของสภาแห่งชาติ รัฐบาล หรือศาล
- 5) ต้องไม่เป็นที่ปรึกษา เจ้าหน้าที่ หรือลูกจ้างของบริษัทหรือองค์กรอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน

เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบหลักของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นส่วนใหญ่แล้วจะมีที่มาจากผู้

ประกอบอาชีพผู้พิพากษา ศาสตราจารย์ทางด้านนิติศาสตร์ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าล้วนแต่เป็นนักกฎหมายทั้งสิ้น ยกตัวอย่างเช่น สาธารณรัฐออสเตรีย ส่วนราชอาณาจักรสเปนนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นนักกฎหมาย โดยคัดเลือกจากผู้พิพากษา อัยการ ศาสตราจารย์ทางนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย ข้าราชการ และทนายความ แต่ส่วนใหญ่ล้วนมาจากผู้พิพากษาและศาสตราจารย์มากกว่าอาชีพอื่น สำหรับสาธารณรัฐเกาหลีก็เช่นเดียวกัน โดยจะมุ่งเน้นไปที่ผู้พิพากษา อัยการ นักกฎหมาย และอาจารย์ด้านกฎหมายในสถาบันอุดมศึกษาที่ได้รับการรับรองจากรัฐซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่าหรือสูงกว่าตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์

ด้วยบริบททางสังคมในแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกัน การกำหนดที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงแตกต่างกัน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเหมาะสมตามระบอบการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศเหล่านั้น แต่อย่างไรก็ตามที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศเหล่านั้นยังคงให้ความสำคัญกับผู้ประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายเป็นหลักหลัก เช่น ผู้พิพากษา และอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายในมหาวิทยาลัย เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้หลักกฎหมาย แนวคิด ทฤษฎีทางด้านกฎหมาย โดยเฉพาะด้านกฎหมายมหาชนเป็นสำคัญ จึงต้องใช้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริงเข้ามาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้คำวินิจฉัยต่างๆ อยู่ในกรอบของแนวคิดทฤษฎีทางด้านกฎหมายมหาชน และเกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม

4.1.3 สรุปปัญหาเกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560

จากการศึกษาจึงพบประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังนี้

1. องค์ประกอบยังไม่เหมาะสม โดยมีสัดส่วนที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกามากเกินไป
2. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์มีน้อยและอยู่ในวงจำกัดมีเพียงไม่กี่มหาวิทยาลัยของรัฐเท่านั้นและอาจจะไม่ใช่ศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายมหาชน
3. ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากข้าราชการระดับสูง ปัญหาคือประสบการณ์ในการบริหารงานนั้นล้วนแต่เป็นไปตามกรอบอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคดีรัฐธรรมนูญเลย จึงไม่อาจคาดหมายได้ว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

4.1.4 สรุปแนวทางการแก้ปัญหา

1. สัดส่วนที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดควรมีมากกว่าที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา ดังนั้นควรมีที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด จำนวน 3 คน และ ที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 2 คน

2. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันศึกษานั้นจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริง โดยเฉพาะด้านรัฐธรรมนูญด้วย และดำรงตำแหน่งตั้งแต่รองศาสตราจารย์ขึ้นไป มีประสบการณ์ในการสอนกฎหมายมหาชน และรัฐธรรมนูญ ไม่น้อยกว่า 15 ปี มีผลงานเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 2 คน

3. ไม่ควรมีผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากข้าราชการระดับสูง เนื่องจากไม่สามารถคาดหมายได้เลยว่าประสบการณ์จากการทำงานนั้นจะนำมาเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ที่จะต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจ แนวคิดทฤษฎีพื้นฐานทางด้านกฎหมายมหาชนและรัฐธรรมนูญเป็นหลัก แต่ควรมีผู้ทรงคุณวุฒิด้านรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ บริหารรัฐกิจ ซึ่งเคยหรือดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ ในมหาวิทยาลัยและมีผลงานเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 2 คน

4.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีลักษณะพิเศษที่ดั่งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ โดยให้มีหน้าที่และอำนาจเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 โดยไม่มีชั้นศาล คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นที่สุดและผูกพันต่อทุกองค์กรของรัฐซึ่งจะแตกต่างจากศาลยุติธรรมและศาลปกครอง อย่างสิ้นเชิง

4.2.1 หน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจดังต่อไปนี้

1. พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย
2. พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ

3. หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁶

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ยังได้กำหนดหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

⁶ มาตรา 210, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1. คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย
2. คดีเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์การอิสระ
3. คดีเกี่ยวกับการร้องขอให้เลิกการกระทำล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
4. คดีที่ประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ
5. คดีเกี่ยวกับการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา
6. คดีเกี่ยวกับการเสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้
7. คดีเกี่ยวกับการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย
8. คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา
9. คดีเกี่ยวกับการสิ้นสุดลงของความเป็นรัฐมนตรี
10. คดีเกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา
11. คดีที่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ร้องขอว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
12. คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
13. คดีอื่นที่รัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาล⁷

เมื่อพิจารณาหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นแล้วพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจไว้อย่างกว้างขวางเป็นอย่างมาก

4.2.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

1. สาธารณรัฐออสเตรเลีย⁸

⁷ มาตรา 7, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

3.1 บทบาทหน้าที่ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย มีดังนี้

1. ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ
2. คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
3. วินิจฉัยกรณีที่อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลขัดแย้งกัน
4. การทำหน้าที่เป็นศาลเลือกตั้ง
5. การทำหน้าที่เป็นศาลแห่งรัฐกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันในอำนาจหน้าที่
6. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารัฐ
7. การวินิจฉัยสิทธิเรียกร้องในทางทรัพย์สินระหว่างสหพันธรัฐกับนิติบุคคลในทาง

มหาชน

การทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรียจะทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเมื่อมีการยื่นคำร้องหรือร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญมายังศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องจำนวนมากที่ยื่นมายังศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรียนั้นส่วนใหญ่เป็นเรื่องร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ โดยการร้องทุกข์ดังกล่าวผู้ร้องมักจะยืนยันว่า สิทธิของผู้ร้องถูกละเมิดจากการวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญหรือใช้กฎระเบียบขัดต่อกฎหมาย แต่หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของศาลรัฐธรรมนูญคือที่มีผลต่อประชาชนทั่วไปคือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการความชอบด้วยกฎหมายของกฎระเบียบ รวมทั้งการตรวจสอบระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง

สำหรับการความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เฉพาะกรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม ซึ่งสามารถยื่นคำร้องได้เฉพาะองค์กรสูงสุดของรัฐเท่านั้น ซึ่งแต่เดิมเฉพาะรัฐบาลสหพันธ์สามารถใช้สิทธิในการยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีกฎหมายของรัฐขัดต่อรัฐธรรมนูญ และในกรณีของรัฐบาลรัฐสามารถยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ กรณีกฎหมายของสหพันธ์ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เกี่ยวกับกับองค์กรของรัฐทั้งหมด

ตั้งแต่ ค.ศ. 1929 (พ.ศ. 2472) ศาลยุติธรรมสูงสุดและศาลปกครองสูงสุดจึงมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่เฉพาะกรณีที่เป็นรูปธรรม (konkret) หมายถึงกรณีที่บทบัญญัติที่จะมาใช้ในการตัดสินคดีและกรณีมีข้อสงสัยว่า

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, วิญญูชน, 2560), น. 79 – 81.

บทบัญญัติดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และตั้งแต่ ค.ศ. 1975 (2518) ก็ขยายสิทธิให้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 1 ใน 3 มีสิทธิยื่นเรื่องดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ และได้มีการขยายสิทธิให้ศาลในระดับ 2 หรือศาลอุทธรณ์มีสิทธิยื่นคำร้องเฉพาะกรณีเช่นเดียวกันกับศาลสูง อีกทั้งยังอนุญาตให้ “บุคคล” มีสิทธิยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้กรณีมีการกล่าวอ้างว่ากฎหมายหรือกฎระเบียบ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่บุคคลนั้นกล่าวอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิโดยตรงจากบทบัญญัติของกฎหมาย และไม่สามารถใช้สิทธิในทางอื่นและ บุคคลดังกล่าวก็สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยได้

ต่อมา ค.ศ. 1988 (พ.ศ.2531) ได้ให้สิทธิสมาชิกสภาสูงแห่งสหพันธ์จำนวน 1 ใน 3 มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เฉพาะ “กฎหมายสหพันธ์” ในส่วนของ “กฎหมายรัฐ” ให้สิทธิแก่สมาชิกสภาของมลรัฐ จำนวน 1 ใน 3

ใน ค.ศ. 1991 (พ.ศ.2534) ได้ให้สิทธิหน่วยงานทางปกครองที่เป็นอิสระยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อความเป็นอิสระขององค์กรนั้นๆ

มาตรา 148f ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรเลียกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในกรณีมีปัญหาความขัดแย้งระหว่างอัยการกับรัฐบาลสหพันธ์ อัยการเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของอัยการ

ค.ศ. 1993 (พ.ศ. 2536) ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยกรณีมีความขัดแย้งระหว่างสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินกับหน่วยงานอื่น อันเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน

3.1.3.1 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มีดังนี้

1. เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินของสหพันธ์ รัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่เป็นกรณีซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถดำเนินการได้

2. ข้อพิพาทเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และระหว่างศาลปกครองกับศาลอื่น รวมทั้งข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์กับรัฐ หรือระหว่างรัฐกับรัฐ

3. วินิจฉัยอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร เป็นอำนาจของสหพันธ์รัฐหรือของรัฐ
มาตรา 138 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรเลีย

4. วินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างองค์กรผู้ตรวจสอบบัญชีกับองค์กรสูงสุดของฝ่ายปกครอง มาตรา 124a และมาตรา 148 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรเลีย

5. ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาในสาธารณรัฐ ตามมาตรา 138a รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย

6. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

7. ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง การวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการวินิจฉัยเกี่ยวกับการโต้แย้งผลการลงประชามติ ตามมาตรา 141 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย

8. วินิจฉัยเกี่ยวกับการฟ้ององค์กรของรัฐของสาธารณรัฐหรือของรัฐให้รับผิดชอบ รัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมาย ตามมาตรา 142 และมาตรา 143 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย

9. ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองพิเศษ ตามมาตรา 144 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย

2. ราชอาณาจักรสเปน

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรสเปน⁹

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ไม่ให้เกิดกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 (พ.ศ.2521) เนื่องจากประเทศสเปนเกิดจากการรวมตัวของแคว้นปกครองตนเองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนจึงให้อำนาจแคว้นปกครองตนเองมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับภายในแคว้นของตนเอง แต่หากมีกรณีเป็นที่สงสัยว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณา โดยมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ดังนี้

1.1 กฎหมายที่กำหนดความเป็นอิสระในการปกครองของแคว้นปกครองตนเองและกฎหมายประกอบที่เกี่ยวข้อง

1.2 กฎหมายของรัฐ (State Law) กฎเกณฑ์ข้อบังคับ (Regulations) และการตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับของรัฐ สำหรับกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับ (Delegated Legislation) แต่หากการมอบอำนาจดังกล่าวทำให้อำนาจของศาลสูญเสียไป (Prejudice) การมอบอำนาจนั้นจะต้องกำหนดให้มีการตรวจสอบและควบคุมเป็นรายกรณีไป

1.3 สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

⁹ พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 11, เล่มที่ 33, น. 17-23 (กันยายน – ธันวาคม 2552).

1.4 ข้อบังคับเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือ รัฐสภา

1.5 กฎหมาย กฎเกณฑ์ข้อบังคับ และการตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับของแคว้นปกครองตนเอง

1.6 ข้อบังคับการปฏิบัติหน้าที่ของสภาแห่งแคว้นปกครองตนเอง (The Legislative Assemblies of the Autonomous Communities)

2. การตัดสินใจปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร ได้แก่

2.1 อำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐบาลกลาง (State) กับแคว้นปกครองตนเอง (Autonomous Community) หนึ่งแคว้นหรือหลายแคว้น

2.2 อำนาจหน้าที่ระหว่างแคว้นปกครองตนเองด้วยกัน

2.3 อำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายรัฐบาล (Government) สภาผู้แทนราษฎร (Congress of Deputies) วุฒิสภา (Senate) สภาแห่งศาล (General Council of the Judiciary) หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ (Constitutional Bodies)

3. ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

4. การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

3. สาธารณรัฐเกาหลี

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้¹⁰

1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคำร้องขอของศาลอื่น

2) พิจารณาวินิจฉัยการถอดถอนออกจากตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงโดยสภาแห่งชาติ

3) พิจารณาวินิจฉัยการยุบพรรคการเมือง

4) พิจารณาวินิจฉัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับหน่วยงานส่วนท้องถิ่น หรือในระหว่างหน่วยงานส่วนท้องถิ่นด้วยกัน

5) พิจารณาวินิจฉัยการร้องทุกข์เกี่ยวกับคดีรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายกำหนด

¹⁰ น่านงษ์ ไกยเดช, “การกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2554), น. 142.

4.2.3 สรุปปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้วพบว่า หน้าที่และอำนาจศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้นมีขอบเขตที่กว้างขวางมากกว่าในต่างประเทศอยู่ค่อนข้างมาก ซึ่งในปัจจุบันการใช้อำนาจหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะมุ่งเน้นหนักไปวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับทางด้านการเมืองเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็ยังมีคำวินิจฉัยในส่วนของการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอยู่บ้าง แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ออกมามักจะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการ หรือนักกฎหมายอยู่บ่อยครั้งว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามแนวคิด ทฤษฎี หรือนิติวิธีทางด้านกฎหมายมหาชน

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในส่วนของหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยคดี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นไปตามแนวคิด ทฤษฎี หรือนิติวิธีทางด้านกฎหมายมหาชน และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย 3 คำวินิจฉัย ดังนี้

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2564 ซึ่งผู้ร้องเรียนในคดีนี้คือกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่ามติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 ที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งบทบัญญัติแห่งมาตรานี้มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญใช้สิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ตามความมุ่งหมายที่ได้กำหนดไว้ในความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 กำหนดหลักการและวิธีการในการคุ้มครองบุคคลจากการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำอธิบายประกอบ

บทบัญญัตินี้เป็นหลักการใหม่ ซึ่งเป็นบทบัญญัติรองรับกับมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ได้ขยายสิทธิของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ เพื่อใช้สิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ให้ขยายรวมถึง “การกระทำ” ที่ไม่ชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งเดิมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (มาตรา 212) ให้สิทธิบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เฉพาะกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น การที่ความคุ้มครองของมาตรานี้ขยายไปถึงการกระทำนั้น เป็นการเพิ่มความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยการอุดช่องว่างในกรณีที่ไม่มียานาจของศาลใดเข้าไปคุ้มครอง และเพื่อให้ความคุ้มครองไม่เพียงแต่การละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ หรือแม้แต่การกระทำของเอกชนก็อยู่ในข่ายที่อาจถูกโต้แย้งว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน ซึ่งได้ให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง เพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการขยายการคุ้มครองสิทธิตามวรรคหนึ่งเป็นเรื่องที่อาจมีขอบเขต

กว้างขวาง และเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องรับภาระเกินสมควร จึงได้มีการกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิตามมาตรานี้ไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ¹¹

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ โดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือ

เสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยคดีตามมาตรา 7 (11) ได้ โดยจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเสียก่อน ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว เว้นแต่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ก็ให้ยื่นคำร้องได้ครบที่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ และให้นำความในมาตรา 48 วรรคหนึ่งและวรรคสอง มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม โดยต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือวันที่พ้นกำหนดเวลาที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ยื่นคำร้องต่อศาลตามมาตรา 48 วรรคสอง

ภายใต้บังคับมาตรา 42 การยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง ต้องระบุการกระทำที่อ้างว่าเป็น

การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตน โดยตรงให้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำใดและละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของตนอย่างไร ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำร้องตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควร

¹¹ ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213, น. 366.

ได้รับการวินิจฉัย ศาลจะไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ และถ้าศาลเห็นว่าเป็นกรณีต้องห้ามตามมาตรา 47 ให้ศาลสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา¹²

มาตรา 47 การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐและต้องมีใช่เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) การกระทำของรัฐบาล
- (2) รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการร้องหรือผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว
- (3) กฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ และยังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้นครบถ้วน
- (4) เรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิพาทพิพาทคดีของศาลอื่น หรือเรื่องที่ศาลอื่นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว
- (5) การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192
- (6) การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง คณะกรรมการตุลาการทหาร รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร¹³

มาตรา 48 ภายใต้บังคับมาตรา 47 ผู้ใดถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ถ้าผู้นั้นเห็นว่าการละเมิดนั้นเป็นผลจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน และให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลพร้อมด้วยความเห็นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำร้องจากผู้ร้อง โดยให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ร้องทราบภายในสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว

ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง หรือไม่ยื่นคำร้องภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ผู้ถูกละเมิดมีสิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลได้

ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับแก่กรณีผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพประสงค์จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม

¹² มาตรา 46, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

¹³ มาตรา 47, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

ให้นำความในมาตรา 46 วรรคสองและวรรคสามมาใช้บังคับแก่การยื่นและการพิจารณา คำร้องตามมาตรา 46 นี้ด้วยโดยอนุโลม

แต่กรณีนี้ผู้ร้องเป็นหน่วยงานของรัฐ โดยอ้างว่ามติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ¹⁴

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 และ มาตรา 46 มาตรา 47 มาตรา 48 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 จะพบว่าเจตนารมณ์แห่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น จึงจะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยมีขั้นตอนและกระบวนการตามที่กำหนดในมาตรา 46 มาตรา 47 มาตรา 48 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 แต่ข้อเท็จจริงของคดีนี้พบว่าผู้ร้องเรียนเป็นหน่วยงานของรัฐ คือกระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย อ้างว่าถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจากมติที่ประชุมใหญ่ศาลปกครอง ดำเนินการร้องเรียนไปยังผู้ตรวจการแผ่นดิน จากนั้นผู้ตรวจการแผ่นดินในฐานะผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 (1) มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 วันพุธที่ 27 พฤศจิกายน 2545 ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องเรียนตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 25 วรรคสาม มาตรา 188 และมาตรา 197 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องไว้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า กรณีเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข จึงรับคำร้องไว้วินิจฉัย โดยไม่ได้ให้เหตุผลว่า กระทรวงคมนาคมและการรถไฟแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องเรียนตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ อย่างไรก็ตาม จากนั้นศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ามติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 18/2545 วันพุธที่ 27 พฤศจิกายน 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และ มาตรา 197 วรรคสี่

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 213 แล้วพบว่าแนวความคิดในเรื่องนี้มีอยู่ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเรียกว่า “การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้ปัจเจกชนสามารถใช้

¹⁴ มาตรา 48, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

สิทธิฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ หากพบว่าตนเองถูกกระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไม่เพียงแต่การละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ หรือแม้แต่การกระทำของเอกชนที่อยู่ในข่ายที่อาจถูกโต้แย้งว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน ซึ่งได้ให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง เพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งช่องทางนี้เป็นช่องทางสุดท้ายเมื่อผู้ถูกระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่มีช่องทางอื่นตามกฎหมาย หรือใช้สิทธิตามกฎหมายหรือช่องทางอื่นจนหมดแล้ว

ดังนั้นด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/2564 ยังไม่เป็นไปตามแนวคิด ทฤษฎี หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย

2. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 มติเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ซึ่งบัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 หรือมาตรา 28 ที่ระบุว่าบุคคลชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมเสมอกันในทางกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียม จะเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยความแตกต่างในเรื่องของถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ เพศ ภาษา สภาพทางกาย หรือสุขภาพ ความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ โดยให้มีผลเมื่อพ้น 360 วันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีมติเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด” ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77 ที่กำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีกฎหมาย หรือยกเลิกปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต โดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการระต่อประชาชน รวมทั้งให้

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และมาตรา 305 เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์¹⁵

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวพบประเด็นปัญหาคือการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐต้องจัดให้มีกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมายปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต โดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการต่อประชาชน รวมทั้งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา และต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ในเรื่องของการทำแท้ง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พุทธศักราช 2564 ซึ่งการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเช่นนี้ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยการออกคำสั่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปดำเนินการยกเลิกเพิกถอนและออกกฎหมายใหม่อันจะถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจองค์กรอีกองค์กรหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเหนือกว่าองค์กรนิติบัญญัติอันจะถือได้ว่าเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

ปัญหาประการสุดท้ายผู้เขียนเห็นว่า การที่ได้มีการกำหนดหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างกว้างขวางนั้น จะพบว่าการนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นสามารถทำได้ง่าย และมีหลายช่องทาง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วที่ผ่านมาจะพบว่าเป็นคดีทางการเมืองจำนวนมาก ศาลรัฐธรรมนูญอาจตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายการเมืองในการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อทำลายฝ่ายตรงข้ามและสถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยตลอด 10 กว่าปีที่ผ่านมาพบว่าเกิดความแตกแยกในหมู่ประชาชนคนไทยด้วยกันเองเป็นอย่างมากและทวีความรุนแรงขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นหากศาลรัฐธรรมนูญตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายการเมืองประเทศไทยก็อาจจะขาดความสงบสุข ย่อมส่งผลกระทบต่อการพัฒนาประเทศและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

4.2.4 แนวทางการแก้ปัญหา

1. กำหนดขอบเขตของหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมเป็นไปตามแนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

¹⁵ ศาลชี้กฎหมายเอาผิดหญิงทำแท้งขัดรัฐธรรมนูญ, “ข่าวไทยพีบีเอสออนไลน์” วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2563,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2564, จาก <https://news.thaipbs.or.th/content/289118>

2. กำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เหมาะสม

4.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะมุ่งเน้นศึกษาในส่วนของความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ เพื่อให้ทราบว่าทราบถึงความรับผิดชอบของตุลาการมีกรณีใดบ้างและมีวิธีการดำเนินการอย่างไร

4.3.1 การปฏิบัติหน้าที่ได้รับความคุ้มครองโดยมีหลักประกันความเป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

เป็นที่ทราบกันดีว่าการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา ตุลาการ นั้น จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย โดยมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งเป็นหลักสากลที่ทุกๆ ประเทศต้องมีและยอมรับหลักนี้ รวมทั้งประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามตุลาการนั้นก็ยังเป็นมนุษย์ปุถุชนคนธรรมดาเช่นกันจึงอาจจะมีความรัก โลภ โกรธ หลง อยู่บ้างเป็นธรรมดา ด้วยเหตุปัจจัยดังกล่าวการปฏิบัติหน้าที่อาจจะส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความ หรือกระบวนการยุติธรรมได้ ผู้เขียนจึงตั้งใจที่จะศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบของตุลาการเฉพาะที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 กำหนดไว้

4.3.2 ความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1. ความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดไว้ มาตรา 208 นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

- (1) ขาดคุณสมบัติตามมาตรา 201 หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 202
- (2) ตาย
- (3) ลาออก
- (4) มีอายุครบเจ็ดสิบห้าปี
- (5) ศาลรัฐธรรมนูญมีมติให้พ้นจากตำแหน่งด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เพราะเหตุฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
- (6) พ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุตามมาตรา 235 วรรคสาม

ประธานศาลรัฐธรรมนูญซึ่งลาออกจากตำแหน่ง ให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย

ในกรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใหม่แทน

ในกรณีที่มีปัญหาว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดพ้นจากตำแหน่งตาม (1) หรือ (3) หรือไม่

ให้เป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสรรหาตามมาตรา 203 เป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของ

คณะกรรมการสรรหาให้เป็นที่สุด

การร้องขอ ผู้มีสิทธิร้องขอ การพิจารณา และการวินิจฉัยตามวรรคสี่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

2. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

มาตรา 18 นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ตุลาการพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

(1) ขาดคุณสมบัติตามมาตรา 8 หรือมาตรา 9 หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 10

(2) ตาย

(3) ลาออก

(4) มีอายุครบเจ็ดสิบห้าปี

(5) ศาลมีมติให้พ้นจากตำแหน่งด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของตุลาการทั้งหมด

เท่าที่มีอยู่เพราะเหตุฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการ

(6) ต้องคำพิพากษาศาลฎีกาหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ว่าเป็นผู้มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ หรือกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

ประธานศาลรัฐธรรมนูญซึ่งลาออกจากตำแหน่งให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการด้วย

ในกรณีที่มีปัญหาว่าตุลาการผู้ใดพ้นจากตำแหน่งตาม (1) หรือ (3) หรือไม่ ให้เป็นหน้าที่และ

อำนาจของคณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหาให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญ หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ตุลาการเลือกตุลาการคนหนึ่งทำหน้าที่แทนประธานศาลรัฐธรรมนูญ

3. ความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

“เจ้าพนักงานของรัฐ” หมายความว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และคณะกรรมการ ป.ป.ช.

“ทุจริตต่อหน้าที่” หมายความว่า ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ซึ่งตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือกระทำการอันเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาหรือตามกฎหมายอื่น

มาตรา 28 คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) ไต่สวนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง

(2) ไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

(3) กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระและเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะรวมทั้งตรวจสอบและเปิดเผยผลการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของบุคคลดังกล่าว

(4) ใต้อำนาจเพื่อดำเนินการในฐานความผิดอื่นที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้กำหนดหรือที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

(5) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายอื่น

ในการดำเนินการตาม (4) ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะดำเนินการเอง หรือมอบหมายให้หน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินการเป็นผู้ดำเนินการก็ได้

3.1 การดำเนินคดีทุจริตต่อหน้าที่หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

มาตรา 76 เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติลงความเห็นว่ามีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ มีพฤติการณ์ทุจริตต่อหน้าที่ หรือ

จงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงาน ส่วนงานการไต่สวน เอกสาร พยานหลักฐาน และความเห็น พร้อมสำเนาอิเล็กทรอนิกส์ไปยังอัยการสูงสุดภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มามีมติ เพื่อให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่อไป ทั้งนี้ โดยไม่ต้องส่งตัวผู้ถูกกล่าวหาให้อัยการสูงสุดแต่ต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ

3.2 การดำเนินคดีกรณีฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง
มาตรา 87 เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไต่สวนและมีความเห็นว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติ

ตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอเรื่องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัยการเสนอเรื่องต่อศาลฎีกาตามวรรคหนึ่ง และการพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกาให้เป็นไป

ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาซึ่งต้องกำหนดให้ใช้ระบบไต่สวนและให้ดำเนินการโดยรวดเร็วให้นำความในมาตรา 81 และมาตรา 86 มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

การเสนอเรื่องต่อศาลฎีกาตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจมอบหมายให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการในศาลแทนได้

3.3 บทกำหนดโทษ

มาตรา 167 ผู้มีหน้าที่ยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด

ตามมาตรา 28 (3) กรรมการตามมาตรา 42 หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 148 ผู้ใดจงใจ

ไม่ยื่นบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือประธานวุฒิสภาแล้วแต่กรณี ภายในเวลาที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้กำหนด หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินหรือหนี้สินด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ และมีพฤติการณ์อันควรเชื่อได้ว่ามีเจตนาไม่แสดงที่มาแห่งทรัพย์สินหรือหนี้สิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากการศึกษาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 ดังกล่าวข้างต้นแล้วพบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ค่อนข้างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบและวิธีการดำเนินการเอาไว้ แต่ประเด็นปัญหาที่พบก็คือ ขั้นตอนกระบวนการตรวจสอบหรือดำเนินการนั้นเป็นไปได้ยากมากและที่ผ่านมามีพบว่าไม่มีผู้ใดดำเนินการในเรื่องนี้สำเร็จเลยเนื่องจากมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ประกอบกับความไม่ชัดเจนในเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งการตรวจสอบหรือดำเนินการดังกล่าวก็ไม่ได้ยึดโยงไปถึงประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริงในการตรวจสอบหรือดำเนินการเอาผิดกับตุลาการในกรณีพบว่ามีกรกระทำการทุจริตหรือมีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือแม้แต่กระบวนการถอดถอนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 208 (5) ศาลรัฐธรรมนูญมีมติให้พ้นจากตำแหน่งด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เพราะเหตุฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วกระบวนการถอดถอนนี้เป็นไปได้ยาก เพราะองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ดำเนินการถอดถอนกันเองและกรณีเช่นนี้ไม่เคยเกิดขึ้นเลย

4.3.3 สรุปแนวทางการแก้ปัญหา

1. เพิ่มช่องทางการตรวจสอบ ถ่วงดุล ให้ยึดโยงกับประชาชน
2. มุ่งเน้นการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาปรับใช้กับการตรวจสอบ โดยให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลหรือรับรู้ข่าวสาร การเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน

3. ในการศึกษาหัวข้อนี้ผู้เขียนได้พบว่าในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเรื่องความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา และมีวิทยานิพนธ์ เรื่อง ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน โดย เหมือน สุขมาตย์¹⁶ ซึ่งได้วิจัยโดยมีข้อเสนอแนะโดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติ เรื่อง ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย



¹⁶ เหมือน สุขมาตย์, “ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมัน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560).

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

จากการศึกษาถึงปัญหาที่มา หน้าที่ อำนาจ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามขอบเขตของการศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์นี้ ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาปรัชญา แนวความคิด ทฤษฎีพื้นฐาน ตลอดจนนิติวิธีทางด้านกฎหมายมหาชน ทำให้ได้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่มา อำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังนี้

5.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1. องค์ประกอบยังไม่เหมาะสม โดยมีสัดส่วนที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกามากเกินไป
2. ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ซึ่งดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์มีน้อย และอยู่ในวงจำกัด มีเพียงไม่กี่มหาวิทยาลัยของรัฐเท่านั้นและอาจจะไม่ใช่ศาสตราจารย์ซึ่งมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชน
3. ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากข้าราชการระดับสูงปัญหาคือประสบการณ์ในการบริหารงานนั้นล้วนแต่เป็นไปตามกรอบอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือตามมาตรฐานกำหนดตำแหน่ง ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับคดีรัฐธรรมนูญเลย จึงไม่อาจคาดหมายได้ว่าเป็นผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในด้านที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

5.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่เป็นไปตามแนวคิด ทฤษฎี หรือนิติวิธีทางด้านกฎหมายมหาชน และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2564 และ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 เป็นการวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยในคำวินิจฉัยมีลักษณะเป็นการออกคำสั่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปดำเนินการยกเลิกเพิกถอนและออกกฎหมายใหม่ อันจะถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจองค์กรอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเหนือกว่าองค์กรนิติบัญญัติอันจะถือได้ว่าเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

2. หน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างกว้างขวางนั้น จะพบว่าการนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นสามารถทำได้ง่ายและมีหลายช่องทาง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วที่ผ่านมาจะพบว่าเป็นคดีทางการเมืองจำนวนมาก ศาลรัฐธรรมนูญอาจตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายการเมืองในการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อทำลายฝ่ายตรงข้ามซึ่งจะส่งผลให้เกิดความวุ่นวายทางการเมืองเหมือนที่เกิดขึ้นตลอดระยะเวลา 10 กว่าปีที่ผ่านมา

5.1.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของตุลาการ

1. แม้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบและวิธีการดำเนินการเอาไว้ แต่ประเด็นปัญหาที่พบก็คือขั้นตอนกระบวนการตรวจสอบหรือดำเนินการนั้นเป็นไปได้ยากมากและที่ผ่านมาพบว่าไม่มีผู้ใดดำเนินการในเรื่องนี้สำเร็จเลยเนื่องจากมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ประกอบกับความไม่ชัดเจนในเรื่องหน้าที่และอำนาจขององค์กรที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งการตรวจสอบหรือดำเนินการดังกล่าวก็ไม่ได้ยึดโยงไปถึงประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง

2. ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเรื่องความผิดฐานบิดเบือนกฎหมาย

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 ข้อเสนอแนะเรื่องที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1. สัดส่วนที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดควรมีมากกว่าที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา ดังนั้นควรมีที่มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด จำนวน 3 คน และ ที่มาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 2 คน

2. ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์นั้นจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริงโดยเฉพาะด้านรัฐธรรมนูญด้วย และดำรงตำแหน่งตั้งแต่รองศาสตราจารย์ขึ้นไป มีประสบการณ์ในการสอนกฎหมายมหาชน และรัฐธรรมนูญ ไม่น้อยกว่า 15 ปี มีผลงานเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 2 คน

3. ไม่ควรมีผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากข้าราชการระดับสูง เนื่องจากไม่สามารถคาดหมายได้เลยว่าประสบการณ์จากการทำงานนั้นจะนำมาเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ที่จะต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจ แนวคิดทฤษฎีพื้นฐานทางด้านกฎหมายมหาชนและรัฐธรรมนูญเป็นหลัก แต่ควรมีผู้ทรงคุณวุฒิด้านรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ บริหารรัฐกิจ ซึ่งเคยหรือดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยและมีผลงานเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 2 คน

5.2.2 ข้อเสนอแนะเรื่องหน้าที่และอำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1. กำหนดขอบเขตของหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมเป็นไปตามแนวความคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

2. กำหนดคุณสมบัติผู้ซึ่งจะมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เหมาะสม

5.2.3 ข้อเสนอแนะเรื่องความรับผิดชอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

1. เพิ่มช่องทางการตรวจสอบ ถ่วงดุล ให้ยึดโยงกับประชาชน

2. มุ่งเน้นการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาปรับใช้กับการตรวจสอบ โดยให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลหรือรับรู้ข่าวสาร การเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน

3. เพื่อให้เกิดความชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมอาจจะต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติ เรื่องความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย



DRU

บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กิจบดี ชินเบญจกุล. “กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง.” ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.
- เกรียงไกร เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- เกรียงไกร เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน โครงการตำราและสื่อการสอน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- ข่าวไทยพีบีเอสออนไลน์. “ศาลชี้กฎหมายเอาผิดหญิงทำแท้งขัดรัฐธรรมนูญ. 20 กุมภาพันธ์ 2563.” <http://news.thaipbs.or.th/content/289118>, 11 พฤษภาคม 2564.
- นำพงษ์ ไกยเดช. การกำหนดคุณสมบัติและกระบวนการสรรหากับความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และญี่ปุ่น.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2555.
- บรรเจิด ลิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- บุศรา เข้มทอง. แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ นิติกรชำนาญการพิเศษ กลุ่มงาน. ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2558.
- “บริการวิชาการ 3 สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร อ่างจาก (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์.” น. 439 (2556).
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. “ศาลรัฐธรรมนูญและคดีรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายสเปน.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 4. (ธันวาคม 2550).
- พงษ์กร กิตติทรงภพ. “ปัญหาทางกฎหมายในกระบวนการสรรหาและเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.

พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 11. เล่มที่ 33. น. 17 – 23

(กันยายน – ธันวาคม 2552).

สุนิสา อธิรัชชัย. “ความรับผิดชอบของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

เหมื่อน สุขมาตย์. “ความผิดฐานบิดเบือนกฎหมายของผู้พิพากษา: ศึกษาเปรียบเทียบกับ

กฎหมายเยอรมัน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2560.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นายจตุพล โถกนิษฐ์

พ.ศ. 2546 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

พ.ศ. 2552 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 62

สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (2552)

วิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ

แห่งสภาทนายความ รุ่นที่ 28

นิติกร

งานกฎหมาย คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี

มหาวิทยาลัยมหิดล

