

ข้อพิจารณาทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

1.1 แนวความคิดของการปกครองระบอบประชาธิปไตยกับการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่ง
ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

1.1.1 หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

การปกครองระบอบประชาธิปไตย ถือเป็นระบบการปกครองชนิดหนึ่งซึ่งการปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง การปกครองแบบประชาธิปไตยนี้จึงหมายถึงการปกครองตนเองของผู้อยู่ภายใต้การปกครอง หรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองซึ่งประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บนความคิดของเสรีภาพ (Liberty) และความเสมอภาค (Equality)¹ ซึ่งสาระสำคัญที่ขาดมิได้ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนี้ ได้แก่ แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ที่ถือว่าปวงชนเป็นเจ้าของประเทศและเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอสูงสุดในการปกครองแผ่นดินนั้น ประกอบด้วย “อำนาจ” และ “อธิปไตย” โดยคำว่า “อำนาจ” ตามพจนานุกรมหมายความว่า ความสามารถที่จะปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งตามพจนานุกรมกฎหมายของต่างประเทศมีคำว่าอำนาจอสองคำคือ “Power” และ “Authority” โดยถือว่า Power คือสิทธิหรือความสามารถที่จะทำการหรืองดเว้นทำการใดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วน Authority คืออำนาจที่ได้รับมอบหมายมา แต่ความแตกต่างระหว่างคำสองคำนี้ปรากฏชัดในกฎหมายเอกชนและกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าในกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งไม่สู้จะเน้นความแตกต่างเท่าใดนัก เช่นเมื่อพูดถึงอำนาจนิตินบัญญัติในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยก็ควรถือว่าเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนจึงเป็น Authority มากกว่า Power แต่ก็ใช้คำว่า

¹ สมยศ เชื้อไทย, คำสอนชั้นปริญญาตรี วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (มปท., 2534), น. 2.

Legislative Power กันทั่วไป ส่วนคำว่า “อำนาจอธิปไตย” นั้น ในทางกฎหมายมหาชนถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ หรืออำนาจที่แสดงความเป็นเจ้าของประเทศ² ดังนั้นเมื่อถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดหรือเป็นอำนาจที่แสดงความเป็นเจ้าของเสียแล้ว โดยปกติก็ไม่ต้องอยู่ในบังคับบัญชาของใคร เว้นแต่จะเป็นไปด้วยใจสมัคร ซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้เป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งของรัฐและเป็นเครื่องวัดว่าดินแดนนั้นเป็นรัฐหรือประเทศเอกราชหรือไม่

โดยคำว่า “อธิปไตย” (Sovereignty) นี้ ใช้เป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1576 โดย Jean Bodin ข้าราชการบริหารของพระเจ้าแผ่นดินฝรั่งเศส เพื่อช่วยให้พระเจ้าแผ่นดินมีพระราชอำนาจเพิ่มมากขึ้น และเพื่อลดอำนาจของฝ่ายศาสนาและอำนาจของ Fedal Lords โดย Bodin ได้เขียนหนังสือชื่อหนังสือหกเล่มว่าด้วยรัฐ (Les Six Livres de la Republique) โดยกล่าวว่าอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นอำนาจสำคัญสำหรับรัฐ ผู้ซึ่งถืออำนาจอธิปไตยไว้(ในที่นี้คือกษัตริย์) มีอำนาจอย่างเด็ดขาดเต็มที่ และไม่อาจที่จะแบ่งอำนาจอธิปไตยนี้ให้ผู้ใดร่วมถือด้วยได้ อย่างไรก็ตามอำนาจของพระเจ้าแผ่นดินนี้ย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งอำนาจของพระเจ้า อำนาจของธรรมชาติและของชาติ โดยอำนาจอธิปไตยนี้มีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการซึ่งประกอบด้วย ความเด็ดขาด(Absoluteness) ความกว้างขวาง (Comprehensiveness) ความถาวร (Permanence) และความแบ่งแยกมิได้ (Indivisibility)³

หลักประชาธิปไตยถือเป็นหลักสำคัญที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐเพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้นโดยแท้จริงแล้วก็คือผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏเป็นจริง ซึ่งตามทฤษฎีประชาธิปไตยมีการถกเถียงถึงเรื่อง “เจตจำนงของประชาชน” ว่าหมายถึงอะไร และอาจเข้าถึงเจตจำนงได้อย่างไร ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ฝ่าย⁴ ดังนี้

² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรการ, 2530), น. 211 -212.

³ ศักดิ์ ไทยวัฒน์ และวิญญู อังคนารักษ์, คำสอนชั้นปริญญาตรีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง, (มปท., 2504), น. 160 -161.

⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ระบบเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น. 77.

ฝ่ายที่ 1 อ้างถึงความคิดของ Rousseau เพื่อสนับสนุนความเห็นที่ว่าเจตจำนงของประชาชนก็คือเจตจำนงทั่วไป เจตจำนงทั่วไปกับเจตจำนงของทุกคนนั้นย่อมแตกต่างกัน เจตจำนงทั่วไปย่อมมุ่งประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเจตจำนงของทุกคนนั้นมักจะมุ่งประโยชน์ส่วนตัว เจตจำนงของทุกคนคือจำนวนรวมแห่งเจตจำนงของเอกชนนั่นเอง

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่า เจตจำนงของประชาชนก็คือผลของการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ที่แตกต่างของปัจเจกบุคคลแต่ละคน ซึ่งมีผลประโยชน์แตกต่างกัน กระบวนการที่จะก่อให้เกิดการประนีประนอมจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่ละคนเข้าร่วมได้ด้วยเหตุนี้ผลของการประนีประนอมจึงต้องมาจากผู้เกี่ยวข้องจำนวนมากที่สุด ดังนั้นความคิดเห็นของฝ่ายข้างมากจึงตรงกับเจตจำนงของประชาชนมากที่สุด

ฝ่ายที่ 3 เจตจำนงของประชาชนก็คือผลของการประนีประนอม ซึ่งเป็นการดึงเอาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่อาจแตกต่างกันจนที่สุดซึ่งให้มาประสานกันได้ แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องมีความเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีวิตในประชาคมเดียวกันด้วย ทั้งนี้เพราะปัญหาในสังคมมีอาจตัดสินโดยฝ่ายข้างมากในสังคมเสมอไป ด้วยเหตุนี้จึงมีหลักประกันสิทธิของฝ่ายข้างน้อยด้วย เพราะมีส่วนในสังคมเท่าเทียมกับฝ่ายข้างมาก

ในปัจจุบันยอมรับว่าปวงชนเจ้าของประเทศนั้นเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองที่ปกครองโดยประชาชน ดังนี้อำนาจรัฐทั้งหลายจึงมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน โดยประชาชนจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงในการเลือกตั้ง และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางอ้อมโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ ซึ่งอำนาจอธิปไตยในที่นี้หมายถึงอำนาจในการปกครองของรัฐที่ถือเป็นอำนาจอ้างเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้อำนาจอธิปไตยจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งสำหรับการมีอยู่ของรัฐ นอกเหนือจากอาณาเขตของรัฐ และพลเมืองของรัฐ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นรัฐ โดยในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น จำเป็นจะต้องที่จะมีความเชื่อมโยงมาถึงเจ้าของอำนาจอธิปไตยซึ่งได้แก่ประชาชนทุกคน ไม่ว่าจะเป็นโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม กล่าวคือ องค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐแต่ละองค์กรนั้นจำเป็นที่จะต้องมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ซึ่งหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนี้เรียกร้องให้มีความเกี่ยวพันในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสายจากประชาชนเชื่อมโยงความสัมพันธ์ไปยังองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ โดยหลักดังกล่าวนี้จะถูกนำมาใช้กับองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยทุกองค์กร เพียงแต่รูปแบบและความเคร่งครัดของการใช้หลักดังกล่าวอาจจะ

แตกต่างกันไป เพราะไม่ควรมืองค์กรใดที่ใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากความเกี่ยวข้องกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย และโดยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับการเมืองและเป็นองค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่สำคัญ ซึ่งโดยพื้นฐานเช่นนี้ทำให้ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกับองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอื่นๆ ด้วย

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้นมีผลมาจากข้อความคิดพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย โดยถือว่าประชาชนนั้นไม่เพียงแต่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐในความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชน แต่ยังมี ความหมายว่า การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ นั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงไปถึงประชาชน โดยความสัมพันธ์พื้นฐานเช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้นๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่นหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความเกี่ยวข้องต่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสาย เพื่อเป็นจุดเชื่อมโยงต่อประชาชน โดยความเกี่ยวข้องในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนทุกกรณี แต่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องได้รับการแต่งตั้งโดยองค์กรที่ถูกเลือกมาจากราชน หรือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยซึ่งในการแต่งตั้งนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ มิใช่เป็นเพียงการกำหนดไว้เป็นการทั่วไป⁵ ลักษณะเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าบุคคลที่ถูกแต่งตั้งนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้ว เช่นในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องอ้างถึงหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายโดยจัดให้มีองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งแม้ว่าลักษณะของการใช้อำนาจตุลาการจะต้องคำนึงถึงความเป็นความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้องค์กรใด แต่หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นใช้เฉพาะในการพิจารณาพิพากษารรคดีให้เป็นไปโดยปราศจากคำสั่งหรือข้อผูกมัดใดๆ ทั้งสิ้นเท่านั้น ไม่รวมถึงกระบวนการเข้าสู่ตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 318.

จำเป็นจะต้องมีองค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดให้มีองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานโดยตรงมาจากประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งด้วย นอกจากนี้ในกรณีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน แม้ว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะมีความอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม แต่ในกระบวนการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรดังกล่าว ก็ต้องคำนึงถึงหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยด้วย

โดยสรุปแล้ว หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ นั้น มีพื้นฐานมาจากประชาชนและดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงไปถึงประชาชนได้ เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

1.1.2 ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจและไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าการแบ่งแยกอำนาจตามทัศนะของมองเตสกีเออ คือการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐเพื่อให้มีองค์กรต่างๆปฏิบัติหน้าที่และเป็นอิสระซึ่งกันและกัน กล่าวคือในรัฐหนึ่งๆจะต้องมีหน้าที่ดังนี้⁶

ก. หน้าที่นิติบัญญัติ ได้แก่ หน้าที่ตรากฎหมายข้อบังคับหรือใช้บังคับแก่บุคคลในรัฐ หน้าที่นี้ได้รับการยกย่องให้เป็นหน้าที่สำคัญที่สุด ถึงกับมีผู้กล่าวว่าเป็นหน้าที่ที่ทำให้รัฐมีหน้าที่อื่นๆ เช่นหน้าที่บริหารและหน้าที่ตุลาการ

ข. หน้าที่บริหาร ได้แก่ หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและภายในขอบเขตของกฎหมายและเพื่อให้เป็นไปตามหน้าที่ หน้าที่บริหารจึงคลุมถึงอำนาจตั้งแต่ข้าราชการ พนักงานเจ้าหน้าที่ การมอบอำนาจให้ข้าราชการทำนิติกรรมสัญญาเอกชน รวมทั้งการทำสนธิสัญญากับนานาประเทศ

ค. หน้าที่ตุลาการ ได้แก่ หน้าที่ป้องกันและปราบปรามการฝ่าฝืนกฎหมาย การวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ รวมถึงการดำรงไว้ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญ

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอนั้น มีผู้เข้าใจผิดว่าจะต้องแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ฝ่าย คือฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ แยกเป็นอิสระแยกจากกัน ไม่มีความสัมพันธ์กัน ซึ่งความเข้าใจในทางที่ถูกต้อหน้านั้นจะต้องเข้าใจหลักในการแบ่งแยกอำนาจว่าไม่ควรมุ่งหมายเบื้องต้นเฉพาะแต่กรณีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ (Function) แต่ควรมุ่งประเด็นการดำรงไว้ซึ่งการคานกันแห่งอำนาจ (power balancing) ขององค์กรทั้งสามเป็นสำคัญโดยมีจุดหมายเพื่อป้องกันมิให้พระราชหรือคณะบุคคลรวบอำนาจปกครองทั้งหมดที่ส่วนใดส่วนหนึ่งหรือเพื่อมิให้อำนาจ “ทั้งหมด” ขององค์กรหนึ่งในรัฐบาลได้ถูกใช้在手ข้างเดียวกันที่มีอำนาจทั้งหมดในอีกองค์กรหนึ่ง มิฉะนั้น “...พื้นฐานแห่งความอิสระตามรัฐธรรมนูญจะถูกทำลายโดยสิ้นเชิง”⁷ ดังนั้นทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออจึงมิได้มุ่งที่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการโดยเด็ดขาด หากแต่ยินยอมให้องค์กรฝ่ายต่างๆใช้อำนาจขององค์กรอื่นบ้างแต่เพียงส่วนน้อยเท่าที่จะไม่เป็นการรวบอำนาจมากกว่าหนึ่งหรือสองอำนาจ จนอาจทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อการคานและดุลกันขององค์กรที่ใช้อำนาจหลัก

⁶ ประพันธ์ ทรัพย์แสง, คู่มือนักศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (มปท.,2515), น.70 – 71.

⁷ ถาวร เกียรติทับทิว, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), น. 75-76.

ต้องเสียไป ฉะนั้นการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจมากกว่าหนึ่งอำนาจ ซึ่งอาจมีทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการปะปนกันอยู่บ้าง ก็มิได้หมายความว่า เป็นการขัดกับเจตนารมณ์แห่งการแบ่งแยกอำนาจ เว้นแต่ว่าองค์กรเหล่านี้มีและใช้อำนาจโดยไม่มีองค์กรอื่นคอยเหนี่ยวรั้งหรือคานกันจนใช้อำนาจเกินขอบเขต⁸ ดังนั้นหากพิจารณาความมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มิได้มุ่งหมายที่จะให้อำนาจในการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่องค์กรที่ใช้อำนาจใดเป็นภาระขององค์กรที่ใช้อำนาจนั้นเท่านั้น หากแต่อยู่บนหลักที่ว่า การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละอำนาจจะต้องให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งนั้นด้วย อันถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมตรวจสอบ และจากการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ และก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ กับประชาชนซึ่งเป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตย⁹

1.2 รูปแบบและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสรรหาองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

1.2.1 รูปแบบขององค์กรในการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

การสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีหลายรูปแบบ ซึ่งอาจแบ่งได้ดังนี้

1.2.1.1 การสรรหาโดยประมุขของรัฐ

การสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยประมุขของรัฐ เช่น การสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 2 วรรค 2 ของหมวดที่ 2 บัญญัติว่า "...ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งชุด กงสุล ผู้พิพากษาในศาลฎีกา และเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารอื่นของสหรัฐโดยได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา..." ซึ่งในกรณีนี้ประธานาธิบดีจะเป็นผู้สรรหาบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งที่สำคัญเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาคัดเลือกอีกครั้งหนึ่ง ตัวอย่างเช่นการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุด ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาจะเป็นผู้ทำหน้าที่แต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของ

⁸ เพิ่งอ้าง, น.76.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 316.

โดยได้รับการยินยอมจากเสียงส่วนใหญ่ของวุฒิสภาเพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาต้องการป้องกันมิให้อำนาจทางการเมืองเข้าแทรกแซงการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาพร้อมกับปรารถนาให้การแต่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชี่ยวชาญในอาชีพเท่านั้น¹⁰

หากพิจารณารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารกับนิติบัญญัติค่อนข้างจะเด็ดขาด โดยองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรนิติบัญญัติต่างก็มีอิสระและมีฐานอำนาจที่แยกจากกัน กล่าวคือ ประธานาธิบดีมีฐานะเป็นทั้งประมุขของรัฐและหัวหน้าฝ่ายบริหารมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยคณะผู้เลือกตั้ง (Electoral College) ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของแต่ละมลรัฐในทุกๆ 4 ปี (มาตรา 2 ส่วนที่ 1) และประธานาธิบดีมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี และจะดำรงตำแหน่งได้ไม่เกิน 2 ครั้งติดต่อกัน สามารถแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรีในคณะรัฐบาลของตน และสามารถดำเนินการใดๆ ได้ โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ความไว้วางใจของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นประธานาธิบดีจึงมีความเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและหากพิจารณาอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ทำให้ประธานาธิบดีมีความเหมาะสมในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาประกอบกับการพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเปิดโอกาสให้ประธานาธิบดีได้คัดเลือกผู้พิพากษาศาลสูงสุดโดยอิสระเพื่อให้ประธานาธิบดีสามารถดำเนินการตามนโยบายของตนได้ นอกจากนี้ประธานาธิบดียังถือเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรง เพราะเป็นผู้ได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจึงมีความเชื่อมโยงไปสู่ประชาชน¹¹

¹⁰ วิรัช วิรัชภาวรณ, ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างอำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), น. 175.

¹¹ การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาโดยประธานาธิบดีมีบ่อยครั้งที่การแต่งตั้งอยู่บนพื้นฐานทางการเมืองอย่างชัดเจน โดยเป็นการแต่งตั้งเพื่อตอบแทนคนบางคน นอกจากนี้ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งผู้พิพากษาที่มีค่านิยมและวิสัยทัศน์สอดคล้องกับตน ส่งผลให้ผู้พิพากษานั้นออกเสียงไปในทิศทางที่สนับสนุนประธานาธิบดี แต่ก็มีความเห็นบางเห็นว่าการแต่งตั้งค่อนข้างที่จะแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณลักษณะของผู้มีสติปัญญาไหวพริบเฉียบแหลม และหลังจากได้รับแต่งตั้งเข้าไปแล้ว บ่อยครั้งที่ผู้พิพากษาได้รับแต่งตั้งเข้าไบนั้นทำให้ประธานาธิบดีผิดหวัง (เพ็งอ้วง, น. 177-178)

1.2.1.2 การสรรหาโดยสภาผู้แทนราษฎรและสภาสูง

การสรรหาประเภทนี้ สภาทั้ง 2 คือ สภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงจะเป็นเป็นผู้ทำหน้าที่สรรหาและคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน¹² ที่กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ และสภาสูงแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรผู้คัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อที่พรรคการเมืองได้สรรหามา จากนั้นจะดำเนินการให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งต่อไป

1.2.1.3 การสรรหาโดยประมุขของรัฐและตัวแทนฝ่ายรัฐสภา¹³

ในกรณีนี้ทั้งประมุขของรัฐและตัวแทนจากฝ่ายรัฐสภาจะร่วมกันทำหน้าที่สรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น การสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสประกอบด้วยตุลาการจำนวนเก้าคน โดยประธานาธิบดีจะเป็นผู้ทำหน้าที่แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสามคน และประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาจะทำหน้าที่แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญคนละสามคน ในการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนี้จะเห็นได้ว่ามีองค์กรผู้ทำหน้าที่สรรหาหลายองค์กร ได้แก่ ประธานาธิบดีซึ่งมีฐานะเป็นประมุขของรัฐ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาที่มาจากฝ่ายรัฐสภา ต่างจากการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการสรรหาเพียงองค์กรเดียว

1.2.1.4 การสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา

การสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาเป็นการตั้งองค์กรกลุ่มขึ้นมาองค์กรหนึ่งที่มาจากบุคคลในหลายสาขาอาชีพซึ่งมีความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับผู้ที่ได้รับการสรรหาให้เป็นองค์กรกลางทำหน้าที่ในการสรรหา โดยจากนั้นคณะกรรมการสรรหาจะจัดทำบัญชีรายชื่อเสนอต่อองค์กรผู้มามีหน้าที่คัดเลือกต่อไป เช่น การสรรหาศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทย เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร จึงมีความจำเป็นต้องตั้งองค์กร

¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, “รายงานวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ,” เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กันยายน 2542),” น. 72.

¹³ เพ็งอ้าง, น. 7.

ที่มีความเป็นอิสระไม่เกี่ยวข้องกับองค์กรผู้ถูกตรวจสอบ (องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ) และต้องมีความเป็นกลางมาทำหน้าที่สรรหาองค์กรดังกล่าว ลักษณะของคณะกรรมการสรรหาของไทยนี้มีลักษณะคล้ายกับคณะกรรมการผู้ทำหน้าที่คัดเลือกและเสนอชื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เพื่อเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรในประเทศเยอรมัน เพียงแต่แตกต่างที่คณะกรรมการสรรหาของเยอรมันเป็นบุคคลที่มาจากตัวแทนของพรรคการเมืองทั้งสิ้น ส่วนคณะกรรมการสรรหาของไทยมีที่มาจากบุคคลหลายฝ่ายประกอบกันไม่เฉพาะแต่พรรคการเมืองเท่านั้น

1.2.2 หลักการดำเนินงานของคณะกรรมการ

“คณะกรรมการ” ได้แก่กลุ่มของบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการบางอย่างซึ่งมีลักษณะที่เป็นการกระทำของกลุ่ม (Group action) ที่ต้องการความอิสระในการแลกเปลี่ยนแนวความคิดระหว่างกรรมการด้วยกัน โดยจะดำเนินการด้วยการประชุมพิจารณาปรึกษาหารือแล้วรวบรวมวินิจฉัย ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่คณะกรรมการจะเริ่มมีอำนาจเมื่อมีองค์ประกอบครบตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กฎหมายกำหนดให้มีคณะกรรมการประกอบไปด้วยบุคคลจำนวน 10 คน คณะกรรมการนี้จะเริ่มมีอำนาจก็ต่อเมื่อมีการแต่งตั้งคณะกรรมการครบ 10 คนแล้ว จึงจะสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายได้ และเมื่อคณะกรรมการได้ดำเนินการภายหลังที่มีองค์ประกอบของคณะกรรมการครบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว แม้อต่อมาภายหลังกรรมการนั้นต้องพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม การดำเนินการของคณะกรรมการดังกล่าวก็มีผลสมบูรณ์

โดยในการพิจารณาของคณะกรรมการนั้นจะต้องเคารพหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1.2.2.1 หลักการดำเนินงานโดยที่ประชุม

การใช้อำนาจพิจารณาของคณะกรรมการจะต้องกระทำโดยที่ประชุมของคณะกรรมการคณะนั้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความรอบคอบลดปัญหาที่เกิดจากระบบการผูกขาดอำนาจในการตัดสินใจไว้ที่บุคคลเพียงคนเดียวที่อาจจะใช้อำนาจโดยมิชอบหรือมีอคติหรือลำเอียงได้ โดยในการประชุมนั้นคณะกรรมการจะต้องมาประชุมครบองค์ประชุมตามที่กำหนดไว้ นอกจากนี้บุคคลที่มีได้เป็นกรรมการในคณะกรรมการอาจได้รับอนุญาตให้เข้าแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมได้ แต่ต้องห้ามมิให้อยู่ในที่ประชุมในระหว่างที่มีการอภิปรายและลงมติ

1.2.2.2 หลักการลงมติ

การลงมติวินิจฉัยข้อปรึกษาของที่ประชุมคณะกรรมการ จะต้องมีการคะแนนเสียงครบจำนวนตามที่กฎหมายกำหนด โดยกรรมการแต่ละคนจะมีหนึ่งเสียงในการลงคะแนนและการลงมติของที่ประชุมนี้ให้ถือเสียงข้างมาก

1.2.2.3 หลักการไม่มีส่วนได้เสีย

กรรมการในคณะกรรมการต้องห้ามมิให้เข้าร่วมประชุมเพื่อพิจารณาเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม เช่น ในการสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสรรหาจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาสรรหาบุคคลดังกล่าว โดยคณะกรรมการสรรหาจะต้องไม่เป็นบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อเอง หรือไม่เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือมีคดีข้อพิพาทกับบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น ไม่เป็นคู่หมั้น คู่สมรส ญาติ เจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ของผู้ได้รับการเสนอชื่อ ทั้งนี้เนื่องจากหากกรรมการที่มีส่วนได้เสียอยู่ในที่ประชุมของคณะกรรมการแล้วอาจทำให้กรรมการอื่นๆเกิดความเกรงใจไม่กล้าอภิปรายแสดงความคิดเห็นและออกเสียงลงคะแนนตามมโนธรรมของตน ดังนั้นจึงไม่อาจวางใจได้เลยว่าการดำเนินการวินิจฉัยนั้นจะเป็นผลผลิตของเจตนาอันร่วมกันของบรรดาบุคคลที่ประกอบกันขึ้นเป็นคณะกรรมการคณะนั้นที่ได้แสดงออกมาโดยทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างรอบด้านแล้ว¹⁴

¹⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง,” ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, น. 60.