

ปัญหาการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ปกครอง ซึ่งหากพิจารณากระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ามีปัญหาข้อผิดพลาดในกระบวนการและขั้นตอนการสรรหาในทุกองค์กร โดยในกรณีนี้จะได้ศึกษาถึงปัญหากระบวนการสรรหาในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหาหรือที่ประชุมใหญ่ของศาล และในขั้นตอนการพิจารณาของวุฒิสภา เพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ปัญหาและก่อให้เกิดกระบวนการสรรหาที่มีความชอบธรรม

4.1 ปัญหาการสรรหาในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหาหรือที่ประชุมใหญ่ของศาล

ขั้นตอนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการสรรหาหรือที่ประชุมใหญ่ของศาลเป็นขั้นตอนแรกของกระบวนการสรรหา โดยคณะกรรมการสรรหาหรือที่ประชุมใหญ่ของศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่จัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่เหมาะสมเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเสนอต่อประธานวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภามีมติเห็นชอบ ในที่นี้จะได้ศึกษาถึงปัญหาการสรรหาในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหาหรือที่ประชุมใหญ่ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

4.1.1 ปัญหาการสรรหาในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหา

4.1.1.1 ปัญหาการสรรหาของคณะกรรมการสรรหา

(1) ปัญหาเกี่ยวกับสัดส่วนและองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา

ในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ นั้น จำเป็นที่จะต้องให้ความสำคัญกับสัดส่วนและองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา เพราะถ้ามีคณะกรรมการสรรหาในสัดส่วนที่พอเหมาะและมีโครงสร้างที่เหมาะสมแล้ว ย่อมส่งผลให้การสรรหาเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปลอดภัยจากภาวะกดดันของอิทธิพลต่างๆที่ทำให้กระบวนการสรรหาขาด

ความเป็นกลางและความเป็นอิสระ โดยลักษณะโครงสร้างของคณะกรรมการสรรหาในองค์กรต่างๆนั้นประกอบด้วย ตัวแทนของกลุ่มบุคคล 4 กลุ่ม ได้แก่กลุ่มตัวแทนของฝ่ายตุลาการ กลุ่มตัวแทนของพรรคการเมือง กลุ่มตัวแทนของนักวิชาการและสถาบันอุดมศึกษา และกลุ่มตัวแทนขององค์กรอิสระอื่นๆ ซึ่งมีสัดส่วนและองค์ประกอบโดยอาจสรุปได้ดังนี้

องค์กร องค์ประกอบ	ศาลรัฐธรรมนูญ	กกต.	ปปช.	สตง.
องค์กรตุลาการ	- ประธานศาลฎีกา	- ประธานศาล รัฐธรรมนูญ - ประธานศาล ปกครองสูงสุด	- ประธานศาลฎีกา - ประธานศาล รัฐธรรมนูญ - ประธานศาล ปกครองสูงสุด	- ประธานศาลฎีกา - ประธานศาล รัฐธรรมนูญ - ประธานศาล ปกครองสูงสุด
นักวิชาการ	- คณะบดีคณะ นิติศาสตร์ 4 คน - คณะบดีคณะ รัฐศาสตร์ 4 คน	- อธิบดี สถาบันอุดมศึกษา 4 คน	- อธิการบดี สถาบันอุดมศึกษา 6 คน	- อธิการบดี สถาบันอุดมศึกษา 7 คน
ผู้แทนพรรค การเมือง	4 คน	4 คน	- ฝ่ายค้าน 1 คน - ฝ่ายรัฐบาล 1 คน	5 คน
ตัวแทนองค์กรอิสระ	-	-	- ประธาน กกต. - ประธาน คตง. - ประธาน คณะกรรมการ สิทธิฯ - ผู้ตรวจการ แผ่นดิน	-

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของคณะกรรมการสรรหาแล้วเห็นได้ว่า หากคณะกรรมการสรรหามีสัดส่วนที่เหมาะสมและมีองค์ประกอบที่หลากหลายแล้วจะทำให้กระบวนการสรรหาดำเนินไปได้อย่างถูกต้อง และสามารถลดปัญหาในเรื่องบล็อกโหวตได้ เช่นถ้าจำนวนของคณะกรรมการสรรหานั้นมีจำนวนที่มาก การลอบบี้ในการลงมติเลือกบุคคลในแต่ละครั้งอาจทำได้ลำบากมากยิ่งขึ้นเพราะไม่สามารถที่จะชักจูงคณะกรรมการส่วนใหญ่ได้ นอกจากนี้หากมีการกำหนดสัดส่วนองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาได้อย่างเหมาะสมแล้วก็จะยิ่งทำให้กระบวนการสรรหามีความชอบธรรมมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ ถ้านำนักสัดส่วนของคณะกรรมการสรรหาเน้นหนักไปที่ตัวแทนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมากเกินไป ในการลงคะแนนออกเสียงเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งต่างๆอาจเกิดการลอบบี้หรือบล็อกโหวตได้ หรือหากมีสัดส่วนตัวแทนของกลุ่มพรรคการเมืองมากเกินไปก็อาจทำให้กระบวนการสรรหาถูกแทรกแซงโดยฝ่ายการเมือง จึงต้องมีการกำหนดสัดส่วนและองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาให้เหมาะสม

ในการศึกษาสัดส่วนและองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา ขอแยกพิจารณาองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาเป็น 4 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มองค์กรตุลาการ กลุ่มนักวิชาการ กลุ่มนักการเมือง และกลุ่มองค์กรอิสระต่างๆ ดังนี้

ก. กลุ่มองค์กรตุลาการ

กรรมการสรรหาโดยตำแหน่งหรือกรรมการสรรหาที่มาจากฝ่ายตุลาการนี้ ได้แก่ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลฎีกา ซึ่งลักษณะของตัวองค์กรตุลาการเหล่านี้มีความเป็นอิสระในการทำงาน และไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมืองโดยตรง จึงมีความเป็นอิสระค่อนข้างสูงและระบบการเมืองเข้ามาแทรกแซงได้น้อย แต่หากพิจารณาสัดส่วนของฝ่ายตุลาการดังกล่าวกลับมีจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับตัวแทนของฝ่ายอื่น ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะเพิ่มจำนวนฝ่ายตุลาการให้มากขึ้น โดยเพิ่มจากตุลาการในศาลปกครองและผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม¹ เพราะองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระและมีความเป็น

¹ แม้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระจะเป็นสถาบันในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งจะต้องใช้หลักการในทางมหาชนมาใช้ในการดำเนินการ แต่ในขั้นตอนการได้มาซึ่งบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรเหล่านี้นั้นเห็นว่า แม้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจะไม่ได้เชี่ยวชาญในทางกฎหมายมหาชนก็ตาม ก็มิได้เป็นอุปสรรคในการสรรหาแต่อย่างใด เพราะในกรณีนี้เป็นเรื่องของการพิจารณาคัดเลือกบุคคลซึ่งต้องอาศัยความเป็นกลางและความมีอิสระของผู้ทำหน้าที่ในการคัดเลือก มิใช่เป็นการไปปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรต่างๆที่ต้องอาศัยความรู้ทางกฎหมายมหาชน

กลาง จึงมีความชอบธรรมที่จะแต่งตั้งองค์การตุลาการดังกล่าวเป็นคณะกรรมการสรรหา แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการเพิ่มสัดส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพราะเนื่องจากกระบวนการแต่งตั้งตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีความน่าสงสัยว่าจะได้รับอิทธิพลจากฝ่ายการเมือง ตัวอย่างเช่นองค์ประกอบ ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีตัวแทนพรรคการเมืองทั้ง 4 คนเป็น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของฝ่ายรัฐบาลทั้งหมด โดยไม่มีตัวแทนของพรรคฝ่ายค้านที่จะมาตุล และคานอำนาจ ทำให้การแทรกแซงของผู้มีอำนาจสามารถทำได้ง่าย ประกอบกับในสังคมได้มี เสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีฝ่ายการเมืองเข้ามามีอิทธิพลหรือแทรกแซงความอิสระของ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงทำให้ปราศจากความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ ที่ประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสำคัญในการปฏิรูประบบการเมืองที่มุ่งคุ้มครองสิทธิ ประโยชน์ของประชาชน ดังนั้นจึงไม่ควรเพิ่มสัดส่วนคณะกรรมการสรรหาที่มาจากตัวแทนตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญโดยกำหนดให้มีสัดส่วนเช่นเดิม

ข. กลุ่มนักวิชาการ

กลุ่มตัวแทนของนักวิชาการที่ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหา แยกได้ 2 กรณี

(1) คณะกรรมการสรรหาศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่า ของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ และคณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของ รัฐ

(2) คณะกรรมการสรรหาองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ) ได้แก่ อธิการบดี ของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคล

คณะกรรมการสรรหาที่มาจากกลุ่มนักวิชาการ แยกเป็นคณบดีสถาบันอุดมศึกษาฝ่าย หนึ่งและตัวแทนอธิการบดีฝ่ายหนึ่ง โดยในส่วนของคณบดีของสถาบันอุดมศึกษานี้เป็น องค์ประกอบหนึ่งในคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งต้องการผู้เชี่ยวชาญทางด้าน นิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ที่เป็นนักวิชาการที่แท้จริงมาปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้สรรหาผู้ดำรงตำแหน่งใน องค์การตามรัฐธรรมนูญ แม้ในปัจจุบันพบปัญหาว่า ตัวแทนของคณบดีดังกล่าวส่วนใหญ่จะมา จากตัวแทนของ 4 สถาบัน ซึ่งได้แก่ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ส่วนมหาวิทยาลัยอื่นๆไม่ค่อยเข้ามามี

ส่วนร่วมในกระบวนการสรรหา แต่ก็มิได้ก่อให้เกิดปัญหาในกระบวนการสรรหาแต่อย่างใด²ซึ่งต่างจากกรณีของอธิการบดีของสถาบันอุดมศึกษาที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งในคณะกรรมการสรรหา คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งในปัจจุบันมีการถกเถียงเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาในตำแหน่งอธิการบดีว่าควรให้อธิการบดีเป็นคณะกรรมการสรรหาหรือไม่ และถ้าเห็นว่ามันไม่ควรจะให้นักวิชาการกลุ่มใดมาแทนตำแหน่งอธิการบดี เพราะในปัจจุบันหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกล่าวว่าอิทธิพลทางการเมืองอาจเข้ามามีบทบาทในมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐในเรื่องงบประมาณ จึงอาจทำให้อธิการบดีไม่มีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่ เมื่อพิจารณาแล้ว"องค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาที่มาจากตัวแทนของนักวิชาการควรจะต้องสะท้อนความเป็นนักวิชาการอย่างแท้จริง ไม่ควรยึดโยงกับตำแหน่งอธิการบดีที่สะท้อนถึงตำแหน่งทางบริหารโดยควรให้ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับเลือกจากสภามหาวิทยาลัยเป็นกรรมการสรรหา ซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิที่ควรได้รับเลือกเป็นกรรมการสรรหาที่เป็นตัวแทนนักวิชาการควรมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้³

- (1) ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของอธิการบดี
- (2) ได้รับเลือกโดยสภามหาวิทยาลัย
- (3) มีความเป็นอิสระทางวิชาการ

ผู้ศึกษาเห็นว่าหากสัดส่วนอธิการบดีก่อให้เกิดกระบวนการสรรหาที่ไม่โปร่งใส เพราะอาจเป็นไปได้ว่าอธิการบดีจะเกรงใจประธานรัฐสภาและรัฐบาลเพราะมีความเกี่ยวพันในเรื่องการของงบประมาณอุดหนุนมหาวิทยาลัยจากรัฐบาล ประกอบกับความไม่แน่ใจในระบบคัดเลือกอธิการบดีของสถาบันที่เพิ่งยกฐานะขึ้นมาใหม่เป็นมหาวิทยาลัย โดยพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับการให้ผู้ทรงคุณวุฒิเข้าทำหน้าที่เป็นกรรมการสรรหาแทนตำแหน่งอธิการบดี แม้จะมีความไม่แน่นอนว่าฝ่ายการเมืองจะไม่เข้าไปแทรกแซงสภามหาวิทยาลัยก็ตาม แต่การที่จะปฏิเสธไม่ให้ฝ่ายการเมืองเข้าแทรกแซงในทุกเรื่องนั้นเป็นไปได้ยาก และเมื่อพิจารณาการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิโดยสภามหาวิทยาลัยแล้ว มีความน่าเชื่อว่าอิทธิพลทางการเมืองจะเข้ามามีบทบาทน้อยกว่าการให้อธิการบดีดำรงตำแหน่งกรรมการสรรหา และผู้ทรงคุณวุฒิที่จะมาทำหน้าที่ดังกล่าว นั้น ควรจะ

²หลังจากการยกฐานะสถาบันต่างๆขึ้นเป็นมหาวิทยาลัย ในอนาคตมีแนวโน้มว่าปัญหาตัวแทนคณบดีจากสถาบันต่างๆจะเกิดขึ้นได้

³บรรเจิด สิงคะเนติ, เสวนาทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันที่ 11 มิถุนายน 2548.

เป็นนักวิชาการที่มีความสามารถรอบรู้ มีวิสัยทัศน์โดยพิจารณาจากประวัติและผลงานทางวิชาการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าแค่เป็นนักวิชาการที่ดีมีความเป็นอิสระก็เพียงพอไม่ต้องยึดโยงกับตำแหน่งอธิการบดี

ค. กลุ่มนักการเมือง

คณะกรรมการสรรหาที่มาจากกลุ่มนักการเมือง ได้แก่ ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรค ที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งหมายถึงผู้แทนของพรรคการเมืองที่มีสมาชิกในสังกัดดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี (พรรคฝ่ายรัฐบาล) และผู้แทนพรรคการเมืองที่มีสมาชิกในสังกัดมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี (พรรคฝ่ายค้าน) สามารถแยกคณะกรรมการสรรหาที่มาจากนักการเมืองได้ 2 รูปแบบ ดังนี้

(1) คณะกรรมการสรรหาศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน)

รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้แทนพรรคการเมืองที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคละหนึ่งคนซึ่งเลือกกันเองตามจำนวนที่กำหนด ทำหน้าที่พิจารณาสรรหาผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยมิได้ระบุให้คณะกรรมการสรรหาต้องมาจากผู้แทนพรรคฝ่ายค้านและพรรคฝ่ายรัฐบาลประกอบกัน จึงทำให้มีปัญหาในเรื่องสัดส่วนของคณะกรรมการสรรหาที่มาจากผู้แทนพรรคการเมืองเพราะในความเป็นจริงมีผู้แทนพรรคการเมืองฝ่ายค้านในจำนวนน้อยและในการสรรหาองค์กรตามรัฐธรรมนูญบางครั้งไม่มีตัวแทนจากพรรคฝ่ายค้านร่วมพิจารณาเลย จึงทำให้ไม่มีเสียงที่จะมาคานอำนาจและตรวจสอบกระบวนการสรรหาได้นอกจากนี้ยังทำให้การบล็อกโหวตหรือการลอบบี้ในการลงมติเกิดได้ง่ายขึ้น ตัวอย่างเช่นในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครั้งแรกในปีพ.ศ. 2541 มีผู้แทนพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลเป็นกรรมการสรรหา 3 คน ผู้แทนพรรคการเมืองฝ่ายค้านเป็นกรรมการสรรหา 1 คนจากจำนวนตัวแทนพรรคการเมืองที่เป็นคณะกรรมการสรรหาทั้งหมด 4 คน หรือในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครั้งต่อมา ผู้แทนพรรคการเมืองที่เป็นกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากผู้แทนพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลทั้งหมด 4 คน โดยไม่มีตัวแทนจากพรรคฝ่ายค้าน ซึ่งปัญหาสัดส่วนตัวแทนพรรคการเมืองนี้ยังปรากฏให้เห็นในองค์กรอิสระอื่น เช่น ในการประชุมของตัวแทนพรรคการเมืองเพื่อเลือกกันเองให้เป็นกรรมการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการ

ทุจริตแห่งชาติ ในวันที่ 27 ตุลาคม 2546⁴ สังเกตได้ว่าตัวแทนจากพรรคประชาธิปัตย์และพรรคชาติพัฒนาซึ่งเป็นพรรคฝ่ายค้านในขณะนั้นไม่ได้รับการคัดเลือก โดยตัวแทนจากพรรคประชาธิปัตย์เองยังได้กล่าวว่า การไม่กำหนดให้กรรมการสรรหาต้องเป็นตัวแทนจากฝ่ายค้านและรัฐบาลถือเป็นจุดอ่อน ทำให้เกิดความครอบงำจากเสียงข้างมาก ในขณะที่ตัวแทนจากพรรคไทยรักไทยกล่าวว่า ทุกอย่างเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ⁵

(2) คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (แก้ไข พ.ศ. 2548) มาตรา 297 วรรคสาม บัญญัติว่า “การสรรหาและการเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 257 และมาตรา 258 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้โดยให้มีคณะกรรมการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จำนวน 15 คน ประกอบด้วย...สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองที่สมาชิกในสังกัดดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน และ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองที่สมาชิกในสังกัดมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน...”

เมื่อพิจารณามาตรา 297 ของรัฐธรรมนูญได้มีการแก้ไขสัดส่วนผู้แทนพรรคการเมือง โดยให้คณะกรรมการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติประกอบด้วยผู้แทนพรรคฝ่ายค้านและผู้แทนพรรคการเมืองพรรคฝ่ายรัฐบาล เพื่อให้มีการคานอำนาจและการตรวจสอบซึ่งกันและกัน แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและได้มีการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้แล้ว แต่ก็ยังมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า “มีความเหมาะสมหรือไม่ที่จะให้ผู้แทนของพรรคการเมืองเข้ามามีส่วนร่วมเป็นคณะกรรมการสรรหาองค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหากพิจารณาลักษณะงานขององค์กรอิสระต่างๆแล้วจะเห็นได้ว่าล้วนแต่มีหน้าที่ในควบคุมตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล การที่มีตัวแทนของพรรคการเมืองดังกล่าวจึงเป็นการที่องค์กรผู้รับการตรวจสอบ (พรรคการเมือง) เข้าไปดำเนินการสรรหาองค์กรที่จะเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบ

⁴ ผลปรากฏว่าตัวแทนพรรคการเมืองที่ได้รับการคัดเลือกเป็นกรรมการสรรหาได้แก่ 1. นายสุธรรม แสงประทุม พรรคไทยรักไทย 2. นายมัน พัทโนทัย พรรคราษฎร 3. นายเจษฎา สันติประชาชัย พรรคกิจสังคม 4. นายชิงชัย มงคลธรรม พรรคความหวังใหม่ 5. พ.ต.ท. วิโรจน์ เปาอินทร์ พรรคชาติไทย

⁵ ผู้จัดการออนไลน์ วันที่ 27 ตุลาคม 2546 www.manager.com

พรรคการเมืองเอง นอกจากนี้หากพิจารณาสังคมไทยที่พื้นฐานทางสังคมเป็นระบบอุปถัมภ์ที่มีมายาวนานและยังคงดำรงซึ่งระบบนี้ต่อไป รวมทั้งผู้นำรัฐบาลมีความเข้มแข็งมาก ทำให้เห็นว่าการที่ตัวแทนของพรรคการเมืองเข้าไปทำหน้าที่คณะกรรมการสรรหาจึงอาจทำให้อิทธิพลทางการเมืองเข้าไปแทรกแซงและอาจทำให้กระบวนการสรรหาดำเนินไปโดยไม่โปร่งใสได้ จึงมีความไม่เหมาะสมที่จะให้ผู้แทนพรรคการเมืองเป็นองค์ประกอบหนึ่งในคณะกรรมการสรรหา แม้บางฝ่ายอาจจะเห็นว่าการตัดผู้แทนของพรรคการเมืองออกจากองค์ประกอบคณะกรรมการสรรหาแล้วจะทำให้ไม่มีตัวแทนของประชาชนมาทำหน้าที่ในการสรรหาดังกล่าว ทำให้ไม่เป็นไปตามหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ซึ่งในประเด็นนี้หากพิจารณากระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งหลายจะเห็นได้ว่า กระบวนการสรรหาแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา และขั้นตอนการคัดเลือกโดยวุฒิสภา ซึ่งแม้จะไม่มีผู้แทนในพรรคการเมืองเป็นองค์ประกอบในคณะกรรมการสรรหา แต่ในกระบวนการสรรหานี้ยังมีขั้นตอนการพิจารณาของวุฒิสภาผู้ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรงเช่นกัน จึงทำให้กระบวนการสรรหามีความเชื่อมโยงถึงประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังนั้นเห็นว่าถ้าโครงสร้างของคณะกรรมการสรรหาไม่มีตัวแทนของนักการเมืองแล้ว แม้จะไม่แน่ชัดแต่มีความเป็นไปได้ที่อิทธิพลและการแทรกแซงโดยฝ่ายการเมืองจะลดลงได้ จึงควรตัดตัวแทนของพรรคการเมืองออกจากองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา

ง. กลุ่มตัวแทนขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ⁶

การกำหนดให้มีตัวแทนขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์ประกอบหนึ่งในคณะกรรมการสรรหาเกิดขึ้นหลังจากมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 297 ในวันที่ 11 กรกฎาคม 2548 ซึ่งตัวแทนขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นองค์ประกอบในคณะกรรมการกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งเห็นว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรใด โดยหากปราศจากการแทรกแซงทางการเมืองแล้ว ก็จะมีเหมาะสมที่จะเป็นคณะกรรมการสรรหาเพื่อทำหน้าที่สรรหาบุคคล ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้

⁶ ประกอบด้วย ประธานกรรมการการเลือกตั้ง ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และผู้ตรวจการแผ่นดิน

(2) ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการสรรหา

ก. การพิจารณาตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมควรได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่ง ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ก่อนที่จะถึงขั้นตอนการคัดเลือกบุคคลเพื่อเสนอต่อวุฒิสภานั้น มีวิธีการสรรหาบุคคลผู้มีคุณสมบัติ 3 วิธี คือ 1. การประกาศให้บุคคลมาสมัครด้วยตนเอง 2. การเสนอชื่อโดยกรรมการสรรหา และ 3. การเสนอชื่อโดยหน่วยงานต่างๆ ซึ่งหากพิจารณาวิธีการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแล้ว ส่วนใหญ่จะกระทำโดยการประกาศให้บุคคลมาสมัครด้วยตนเอง จะมีเป็นบางครั้งที่มีการเสนอชื่อโดยคณะกรรมการสรรหาประกอบด้วย ซึ่งวิธีการสรรหาดังกล่าวยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถอย่างแท้จริง เพราะบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่ประสงค์ส่วนใหญ่ไม่ค่อยมาสมัครหรือเข้ารับการคัดเลือก ทั้งนี้ประกอบกับระยะเวลาการสรรหามีระยะสั้น จึงยากที่จะสรรหาบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วน ทำให้อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการสรรหาที่แม้จะมีกระบวนการสรรหาที่ดีแต่อาจสรรหาได้บุคคลที่ไม่เหมาะสม⁷

นอกจากนี้ในกระบวนการหลังจากที่ได้รายชื่อผู้สมัครและผู้ได้รับการเสนอชื่อแล้ว คณะกรรมการสรรหาจะพิจารณาคุณสมบัติผู้เข้ารับการพิจารณา โดยส่วนใหญ่จะพิจารณาจากเอกสารประวัติย่อ ส่วนการสอบถามข้อมูลไปยังต้นสังกัดและจัดให้มีการแสดงวิสัยทัศน์นั้นมีความค่อนข้างน้อย ดังนั้นเห็นได้ว่าการตรวจสอบคุณสมบัติดังกล่าวจึงอาจไม่เพียงพอ ขาดการพิจารณากลับกรองที่ละเอียดรอบคอบ จึงควรที่จะมีกระบวนการในการตรวจสอบคุณสมบัติผู้เข้ารับการพิจารณาเพิ่มเติมให้มีการพิจารณาที่ละเอียดถี่ถ้วน เพื่อจะได้บุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนแท้จริงเพื่อเสนอต่อวุฒิสภาต่อไป⁸

ในกรณีนี้มีข้อสังเกตในเรื่องการกำหนดคุณสมบัติของผู้สมควรดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระที่ได้กำหนดคุณสมบัติไว้ค่อนข้างแคบ และส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นผู้ดำรงตำแหน่งสูงๆทางการเมืองและในระบบราชการ ไม่เปิดโอกาสให้ผู้มี

⁷ นักศึกษากลุ่มที่ 2, “ระบบการสรรหาองค์กรอิสระตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ,” รายงานวิชาการหลักสูตรประกาศนียบัตรชั้นสูง การบริหารงานภาครัฐและกฎหมายมหาชนรุ่นที่ 2 (สถาบันพระปกเกล้า, 2546), น.142-146.

⁸ เพิ่งอ้าง, น.147-148.

ประสบการณ์ได้เข้าไป เพราะยึดโยงตำแหน่งมากเกินไป⁹ และในทางปฏิบัติได้มีปัญหาในการตีความคุณสมบัติของ ผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่นการกำหนดคุณสมบัติว่า “อธิบดีหรือเทียบเท่า”¹⁰ ซึ่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดความหมายให้ชัดเจน คณะกรรมการสรรหาจึงทำหน้าที่ตีความคำว่าอธิการบดีหรือเทียบเท่า ซึ่งที่ผ่านมาการตีความของคณะกรรมการสรรหาได้ตีความขยายขอบเขตจนครอบคลุมถึงผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมที่มีตำแหน่งอธิบดีหรือเทียบเท่า การตีความที่ขยายกว้างออกไปทำให้เกิดช่องทางของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดสามารถเข้ามาสู่กระบวนการสรรหาเพิ่มขึ้นอีกทางหนึ่ง ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสัดส่วนขององค์ประกอบ ปรัชญาและแนวความคิด รวมถึงการมีนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน ทำให้การสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ¹¹

ข. วิธีการคัดเลือกผู้สมควรได้รับการเสนอชื่อต่อวุฒิสภา

ในการศึกษาถึงปัญหาวิธีการคัดเลือกผู้สมควรได้รับการเสนอชื่อต่อวุฒิสภานั้น จะพิจารณาในขั้นตอนหลังจากที่ได้รายชื่อผู้สมัครและผู้ได้รับการเสนอชื่อ โดยพิจารณาถึงขั้นตอนการคัดเลือก การลงมติ และระยะเวลาในการสรรหาผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแยกพิจารณาเป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์การสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้โดยกว้าง มิได้ระบุถึงรายละเอียดในขั้นตอนต่างๆ จึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการสรรหา ซึ่งการกำหนดเกณฑ์ในการสรรหาและลงมติในองค์กรต่างๆนั้นปรากฏว่าไม่ได้มีมาตรฐานอันเดียวกัน ในบางครั้งไม่ได้กำหนดเกณฑ์ไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะดำเนินการสรรหา เช่น กรณีปัญหาเกี่ยวกับการสรรหาในการดำเนินการของคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้งชุดที่ 2 พ.ศ. 2544 คณะกรรมการสรรหา

⁹ พันธ์ ทศนียนนท์, “ผลการสัมมนาเชิงปฏิบัติการคณะกรรมการองค์กรอิสระ พ.ศ. 2546,” www.kpi.ac.th.

¹⁰ ปัญหาการตีความคำว่า “อธิบดีหรือเทียบเท่า” ที่คณะกรรมการสรรหากำหนดให้หมายถึงผู้ที่เคยเป็นข้าราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าระดับ 10 นั้น ได้มีนักวิชาการบางท่านให้ข้อสังเกตว่า ควรจะคำนึงถึงการบริหารงานว่าเทียบเท่ากับตำแหน่งอธิบดีหรือไม่ด้วย

¹¹ พงษกร กิตติทรงภพ, “ปัญหาทางกฎหมายในกระบวนการสรรหาและเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), น. 159.

กรรมการการเลือกตั้งได้เปลี่ยนกฎเกณฑ์การลงคะแนนหลังจากที่มีการเริ่มลงคะแนนไปแล้ว และ ยังได้ตัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกในการลงคะแนน

(2) บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการสรรหาดำเนินการสรรหา ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อเสนอรายชื่อต่อประธานวุฒิสภา โดยผู้ได้รับการเสนอชื่อจะต้องได้รับคะแนน เสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ สังเกตได้ว่าแม้จะ กำหนดให้ได้รับคะแนนเสียง 3 ใน 4 เพื่อให้มีการพิจารณากลับกรงอย่างละเอียด แต่ในทาง ปฏิบัติ 3 ใน 4 นั้นเป็นไปได้ยากมาก เห็นได้จากในขั้นตอนการสรรหาที่ต้องมีการลงคะแนนกัน หลายรอบจึงจะได้ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับคะแนนเสียงตามที่กำหนด หรือในตัวอย่างกรณีคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545 ดังนี้หากมีการเปลี่ยนแปลงมติการลงคะแนนเสียงในการสรรหา ผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว น่าจะทำให้กระบวนการสรรหาดำเนินไปได้อย่างรวดเร็วและไม่เกิดปัญหาการ ตัดสิทธิของผู้เข้ารับการคัดเลือกเช่นในอดีต

(3) ในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น กฎหมายได้ กำหนดระยะเวลาการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิเป็นเวลา 30 วันนับแต่มีเหตุให้มีการเลือกบุคคลดังกล่าว ซึ่งในช่วงระยะเวลา 30 วันนี้ คณะกรรมการสรรหาจะต้องดำเนินการสรรหา ประกาศคัดเลือก และตรวจสอบคุณสมบัติผู้ทรงคุณวุฒิ โดยจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดอย่าง รวดเร็ว จึงอาจทำให้การสรรหาปราศจากความละเอียดรอบคอบเท่าที่ควร ส่งผลให้อาจคัดเลือก อาจได้ผู้ที่มีคุณสมบัติไม่ครบถ้วน ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากมีการขยาย ระยะเวลาในการสรรหาออกไปแล้วจะทำให้กระบวนการสรรหาดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ มากยิ่งขึ้น

4.1.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาในขั้นตอนของ คณะกรรมการสรรหา

ในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ หากปรากฏความไม่ชอบด้วย กฎหมายของการกระทำของคณะกรรมการสรรหาแล้ว จำเป็นต้องมีกระบวนการอย่างใดอย่าง หนึ่งเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้กระบวนการสรรหาเป็นไปอย่างถูกต้อง โดย ในกรณีนี้จะพิจารณาถึงความชอบด้วยระเบียบของคณะกรรมการสรรหาและความชอบด้วย กฎหมายของมติคณะกรรมการสรรหา อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) ระเบียบของคณะกรรมการสรรหา

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาทำหน้าที่สรรหาผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดในการดำเนินการของ คณะกรรมการสรรหาไว้ คณะกรรมการสรรหาจึงได้ดำเนินการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อนำไปสู่การ ปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการสรรหาผู้ที่เหมาะสมสอดคล้องต่อประธานวุฒิสภา ในกรณีนี้จะได้ พิจารณาถึงระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการสรรหาว่ามีลักษณะหรือสถานะอย่างไร เพื่อนำไปสู่ การพิจารณาตรวจสอบระเบียบของคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว โดยลำดับแรกจะได้กล่าวถึง ความหมายและลักษณะของระเบียบภายในและกฎ ดังนี้

ก. ระเบียบภายใน

“ระเบียบภายใน” หมายถึง สิ่งที่มีอำนาจในองค์กรได้ออกใช้ภายในองค์กรที่ตนมี อำนาจบังคับบัญชาเพื่อเป็นการกำหนดหลักการจัดระเบียบและการดำเนินงานภายในโดยทั่วไป ขององค์กรนั้นๆ โดยระเบียบภายในนี้จะไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเป็นการกระทำต่อ บุคคลภายนอก แต่จะมีผลบังคับผูกพันเฉพาะบุคคลในองค์กรนั่นเองในลักษณะที่เป็นคำสั่ง หรือ ข้อแนะนำหรือแนวทางการปฏิบัติงานด้านต่างๆตลอดจนเป็นข้อแนะนำในการใช้ดุลพินิจต่างๆ ทั้งนี้เพื่อให้ดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ซึ่งระเบียบภายในนี้มีลักษณะเป็นอำนาจที่อิสระ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องรอการมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทดังเช่นการกระทำทางปกครอง¹² เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

ข. กฎ

“กฎ” เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์หรือ กฎ ที่มีผล บังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้เจาะจงตัวบุคคลที่ได้รับผลกระทบ และตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้คำนิยามความหมายของคำว่า “กฎ” ว่า หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือ บุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ประการที่ 1 กฎหรือกฎหมายลำดับรองจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ ทางปกครอง กรณีที่ออกโดยองค์กรอื่นซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่นอย่างเช่นทางนิติบัญญัติหรือทาง

¹² สมคิด เลิศไพฑูรย์, “รายงานการวิจัย เรื่อง คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคดีปกครอง,” (มปท. : มปป., 2541), น.55.

ตุลาการไม่ถือว่าเป็นกฎ และในการออกกฎนี้องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องออกโดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหรือกฎหมายลำดับรองจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จะมีแหล่งที่มาจากจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้¹³

เนื่องจากกฎมีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองที่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะของกฎจึงต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎ และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหรือกฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระสำคัญของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรากฎหมายลำดับรองแทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง¹⁴

ประการที่ 2 กฎจะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่ไม่เฉพาะเจาะจง

ประการที่ 3 กฎจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้

ประการที่ 4 กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

จากที่กล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือหรือมาตรการภายในขององค์กรฝ่ายปกครองในอันที่จะกำหนดหลักการจัดระเบียบการดำเนินงานภายในโดยทั่วไปขององค์กรฝ่ายปกครอง จึงไม่มีผลบังคับถึงบุคคลภายนอกองค์กรดังเช่นกฎ นอกจากนี้ระเบียบภายในยังมีลักษณะที่เป็นอำนาจที่อิสระผู้มีอำนาจออกระเบียบในองค์กรนั้นจึงสามารถออกระเบียบภายในได้โดยไม่ต้องได้รับการมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บท ซึ่งต่างจากกฎที่จะมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอก และในการออกกฎจะต้องอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอพระราชบัญญัติเท่านั้น

¹³ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, "การควบคุมการออกกฎของฝ่ายปกครองในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.26.

¹⁴ เพิ่งอ้าง, น.28.

เมื่อพิจารณาระเบียบของคณะกรรมการสรรหาที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการและขั้นตอนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอนการรับสมัครและวิธีการคัดเลือกบุคคล เช่น หลักเกณฑ์วิธีการลงมติ หลักเกณฑ์วิธีการรับสมัคร ซึ่งระเบียบของคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวนี้นี้แม้จะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบไปยังบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไป แต่ระเบียบดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นเพียงระเบียบภายในของคณะกรรมการสรรหาเท่านั้น เพราะหากพิจารณาในแง่ที่มาของอำนาจในการออกระเบียบจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการสรรหาได้ดำเนินการออกระเบียบขึ้นมาเพื่อเป็นการกำหนดหลักการจัดระเบียบและดำเนินงานขึ้นเองโดยมิได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเลย ระเบียบดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นระเบียบภายใน และเมื่อกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นระเบียบภายในที่เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของคณะกรรมการสรรหาแล้ว ในการตรวจสอบระเบียบนี้จะกระทำได้ต่อเมื่อการใช้ระเบียบของคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวไปกระทบสิทธิต่อบุคคลภายนอก เช่น คณะกรรมการสรรหาได้ดำเนินการตามระเบียบที่ไม่ชอบโดยกระทำออกมาในรูปของมติของคณะกรรมการสรรหาและผลจากการกระทำนั้นมีผลไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยตรง ในกรณีเช่นนี้ก็จะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในมติของคณะกรรมการสรรหาได้ และถือว่ามีเหตุให้ศาลเข้ามาพิจารณาว่าระเบียบชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในการออกระเบียบของคณะกรรมการสรรหา¹⁵นี้จะต่างจากการออกระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เพราะในการออกระเบียบดังกล่าว คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ออกระเบียบ¹⁶โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 30 ซึ่งบัญญัติว่า

¹⁵ ได้แก่ คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

¹⁶ ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543

“ให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา 28 และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 29 เพื่อเสนอต่อประธานวุฒิสภา¹⁷

หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนด¹⁸”

ในการออกระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนี้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 ออกระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ซึ่งระบียบดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับต่อบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่น ระเบียบที่กำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปไม่ได้บังคับใช้เฉพาะคณะกรรมการสรรหาเอง เพราะในการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ผู้สมัครซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจะต้องพิจารณาถึงระเบียบของคณะกรรมการสรรหาเพื่อตรวจสอบรายละเอียดและเตรียมพร้อมในการสมัครรับเลือก ระเบียบดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “กฎ” ซึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ที่ออกโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนี้ มีข้อพิจารณาว่าองค์กรใดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบ เนื่องจากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และในการออกกฎนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องการใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ แต่เป็นการออก “กฎ” ที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเพื่อให้การทำหน้าที่ขององค์กรนั้นๆเป็นไปตามวัตถุประสงค์

การพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. พิจารณาโดยอาศัยรูปแบบขององค์กรที่ใช้อำนาจ กล่าวคือ หากองค์กรที่ใช้อำนาจเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจะเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าการกระทำใดๆนั้นกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองแล้วศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่การพิจารณาโดยอาศัยรูปแบบของ

¹⁷ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง

¹⁸ มาตรา 30 วรรคสาม

องค์กรนี้จะทำให้ศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้เลยแม้การกระทำดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้

2. พิจารณาโดยอาศัยเนื้อหาสาระของการกระทำ กล่าวคือ พิจารณาลักษณะของการใช้อำนาจหรือลักษณะของการกระทำว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญหรือการกระทำในทางปกครอง โดยไม่คำนึงว่าองค์กรนั้นจะเป็นองค์กรใดหรือสังกัดในหน่วยงานใด และหากพิจารณามาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง ว่าหมายถึง กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครอง” ซึ่งเป็นการพิจารณาเนื้อหาหรือลักษณะของการใช้อำนาจมากกว่าพิจารณาตามรูปแบบขององค์กร

เมื่อพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรหนึ่งแล้ว จะเห็นได้ว่าในแต่ละองค์กรสามารถใช้อำนาจได้หลายลักษณะ เช่นการดำเนินการของรัฐบาล รัฐบาลสามารถดำเนินการได้ทั้งในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร และในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง องค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน คือมีการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง ดังนี้ในกรณีการออกกฎโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ทำหน้าที่เป็นกรรมการสรรหาที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการใช้อำนาจในลักษณะทางปกครองเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรได้บรรลุผล จึงควรที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 24/2543 กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยระเบียบของกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ว่า “ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นบทบัญญัติอันมีผลเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงย่อมถือได้ว่าเป็น “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจเสนอเรื่องให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ และเมื่อกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่

มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญหมวด 6 ส่วนที่ 4 มิใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง การพิจารณา "ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" จึงเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 วรรคหนึ่งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอมาได้"

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 พิจารณาได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยอาศัยลักษณะรูปแบบขององค์กรเท่านั้น หาได้พิจารณาลักษณะของการใช้อำนาจหรือเนื้อหาของการกระทำไม่ กล่าวคือ ในกรณีดังกล่าวหากเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองแล้วไม่ว่าองค์กรนั้นจะเป็นองค์กรใด ไม่ว่าองค์กรนั้นจะมีชื่อเรียกว่าอะไร การใช้อำนาจดังกล่าวก็เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าหน่วยงานนั้นเป็นหน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลหรือไม่ก็ตาม โดยหลักทั่วไปการใช้อำนาจทางปกครองย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ เพราะความมุ่งหมายของคดีปกครองมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชน และเพื่อให้การใช้อำนาจมหาชนเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้จึงยอมให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งอำนาจมหาชนได้ เพื่อให้ศาลทำการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้นการพิจารณาองค์กรในทางรูปแบบดังกล่าวจะไม่มีมีความสำคัญแต่อย่างใด¹⁹ หากคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยพิจารณาในเนื้อหาของการกระทำ

นอกจากนี้หากพิจารณาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่มีเขตอำนาจโดยเฉพาะเจาะจงเท่าที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจเท่านั้น ซึ่งในมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือ

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, "ปัญหาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ," วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 1 (กันยายน - ธันวาคม 2544), น. 31.

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครองแล้วแต่กรณี" เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 บัญญัติถึงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและองค์การที่มีอำนาจในการตรวจสอบซึ่งมี 2 องค์การคือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง โดยมีได้บัญญัติชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย จึงไม่อาจตีความขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีเขตอำนาจเพิ่มขึ้นได้ตามหลัก Enumerationsprinzip ประกอบกับการพิจารณาลักษณะตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบ เพื่อแบ่งเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง โดยอาศัยหลักการตีความบทบัญญัติมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ตามมาตรา 264 ได้แก่กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกฤษฎีกา ที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว เมื่อพิจารณาลักษณะตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบ คำว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญจะสอดคล้องกับ "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ของมาตรา 264 ดังนั้นกฎหมายลำดับรองซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบและข้อบังคับจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ²⁰

เมื่อพิจารณามาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญประกอบกับมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้นิยามคำว่า "กฎ" ว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และมาตรา 9 ว่า "ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด..." การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า องค์การหนึ่งๆสามารถใช้อำนาจได้ในหลายลักษณะ และในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหา นั้นไม่สามารถพิจารณาเฉพาะลักษณะของรูปแบบองค์กรที่ออก

²⁰ เพิ่งอ้าง, น. 35.

กฎได้ แต่จะต้องพิจารณาลักษณะในทางเนื้อหาหรือลักษณะของการใช้อำนาจ และเนื่องจาก ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะที่กฎหมายบัญญัติไว้ประกอบกับการตีความ กฎหมายอย่างเป็นระบบ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ"กฎ" จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญ แต่อยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองตามมาตรา 276 ของ รัฐธรรมนูญประกอบมาตรา และมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากการพิจารณาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ระเบียบกฎเกณฑ์ที่ออกโดย คณะกรรมการสรรหา แม้จะมีผลต่อบุคคลภายนอกแต่ระเบียบดังกล่าวก็มีสถานะเป็นเพียง ระเบียบภายในเท่านั้น เพราะเป็นระเบียบที่คณะกรรมการสรรหาออกโดยอิสระมิได้อำนาจ ของกฎหมายแม่บท ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเลย ต่างจากกรณีการออกระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการ สรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินออกโดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ระเบียบของ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงมีลักษณะเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและสามารถถูก ควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรศาลตามที่ได้พิจารณาแล้วข้างต้น

(2) มติของคณะกรรมการสรรหา

เมื่อมีการประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญจนได้ รายชื่อผู้สมัครที่มีคุณสมบัติแล้ว คณะกรรมการสรรหาจะดำเนินการคัดเลือกและมีการลงมติ เสนอชื่อบุคคลที่ได้รับเลือกต่อประธานวุฒิสภา ซึ่งก่อนที่จะมีการลงมติเสนอชื่อ คณะกรรมการ สรรหาอาจมีการลงมติในเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้องกับการสรรหานี้ได้ โดยขั้นตอนการคัดเลือกและลงมติ นี้ถือเป็นขั้นตอนสำคัญเพื่อจะได้บุคคลที่มีความเหมาะสมอย่างแท้จริง ซึ่งในกรณีนี้จะได้พิจารณา ถึงมติของคณะกรรมการสรรหา โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีดังนี้

(2.1) มติเสนอชื่อ

ในการคัดเลือกบุคคลและเสนอชื่อโดยคณะกรรมการสรรหานี้เป็นการกระทำของ คณะกรรมการสรรหาในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับอำนาจตามที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญให้เป็นผู้ทำหน้าที่สรรหาผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ จึงถือเป็นการใช้อำนาจ ในทางมหาชนในการใช้ดุลพินิจสรรหาและคัดเลือกบุคคลที่องค์กรอื่นไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบ ความชอบด้วยมตินี้ได้ อย่างไรก็ตามมติเสนอชื่อของคณะกรรมการสรรหานี้อาจถูกโต้แย้งโดย องค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นที่ทำให้เกิดเป็นปัญหาความขัดแย้งระหว่างองค์กรได้ เช่นในการลงมติ

เสนอชื่อโดยคณะกรรมการสรรหา หากองค์กรวุฒิสภาเห็นว่าคณะกรรมการสรรหาไม่มีอำนาจที่จะเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญและปฏิเสธไม่รับการเสนอชื่อ จึงเกิดเป็นความขัดแย้งระหว่างคณะกรรมการสรรหาและองค์กรวุฒิสภา จึงเข้าลักษณะข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่เป็นปัญหาความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กร คือ คณะกรรมการสรรหาและวุฒิสภา ซึ่งคณะกรรมการสรรหา วุฒิสภาหรือเสียงข้างน้อยในสภา²¹ สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญได้ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรจะมีการกำหนดระยะเวลาการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอาจกำหนดให้ยื่นคำร้องทันทีที่มีเหตุให้เกิดสิทธิยื่นคำร้อง หรือก่อนที่การดำเนินการในขั้นตอนของวุฒิสภาในการลงมติคัดเลือกและเห็นชอบแก่บุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อจะเสร็จสิ้นลง เพราะหากไม่มีการกำหนดเวลาหรือกำหนดอายุความในการยื่นคำร้องให้มีระยะเวลานานจะทำให้เกิดความล่าช้าและความไม่ชอบธรรมในกระบวนการสรรหาได้

(2.2) มติอื่นของคณะกรรมการสรรหา

มติอื่นของคณะกรรมการสรรหาที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการศึกษานี้ ได้แก่ มติอื่นของคณะกรรมการสรรหานอกจากมติเสนอชื่อ ที่มีผลไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น มติของคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งที่เป็นการตัดสิทธิผู้สมัครไม่ให้ได้เข้ารับเลือกเป็นกรรมการการเลือกตั้ง ในการสรรหากรรมการการเลือกตั้งในปี พ.ศ. 2544 ซึ่งในเรื่องนี้มีข้อเท็จจริงว่า คณะกรรมการสรรหาได้มีการประชุมและกำหนด

²¹ในกรณีที่ต้องคัดค้านรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม เช่น สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรี เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องตามมาตรา 266 จะต้องได้รับเสียงข้างมากจากสมาชิกองค์กรกลุ่มดังกล่าว โดยหลักทั่วไปแล้วหากเป็นปัญหาขององค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่งซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม การจะเสนอเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยควรผ่านความเห็นชอบจากสมาชิกองค์กรกลุ่มดังกล่าว ลำพังสมาชิกขององค์กรกลุ่มคนใดคนหนึ่งไม่อาจจะใช้สิทธิขององค์กรเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ เว้นแต่เป็นกรณีการคุ้มครองเสียงข้างน้อยในสภา เนื่องจากฝ่ายข้างน้อยไม่อาจจะเรียกร้องให้เสียงข้างมากมีมติเสนอเรื่องดังกล่าวได้ กรณีนี้จึงอาจเป็นข้อยกเว้นที่ให้อำนาจฝ่ายข้างน้อยเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาได้ (ชุตินา เหลืองอุทัยศิลป์, "อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ," วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 55.

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงคะแนนการคัดเลือกไว้ และได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาจนกระทั่งในการลงมติเลือกผู้สมัครเป็นคณะกรรมการการเลือกตั้งในการประชุมลงคะแนนในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 คณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งได้เปลี่ยนกติกาการลงคะแนนใหม่ กล่าวคือ ในการลงคะแนนรอบที่ 6 เหลือผู้สมัครทั้งสิ้น 3 คน คณะกรรมการสรรหาจึงกำหนดให้มีการลงคะแนนได้คนละ 1 คะแนน และถ้าผู้สมัครคนใดได้คะแนนน้อยที่สุดให้ตัดผู้สมัครคนนั้นออก แล้วดำเนินการลงคะแนนในรอบที่ 7 ต่อไป ปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การลงคะแนนของคณะกรรมการสรรหาในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 นี้ ขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้คณะกรรมการสรรหาคัดเลือกบุคคลโดยคะแนนเสียงข้างมากสามในสี่ จึงเป็นการไม่ชอบ มติของคณะกรรมการสรรหาที่เกิดจากการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงมีความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้ในกรณีที่ที่ประชุมของคณะกรรมการสรรหามีมติตัดผู้สมัครที่ได้คะแนนน้อยที่สุดในการลงคะแนนรอบที่ 6 ออกนี้ทำให้ผู้สมัครดังกล่าวเสียสิทธิในการที่จะได้รับคัดเลือกเป็นกรรมการการเลือกตั้ง จึงเป็นการไปกระทบสิทธิของผู้สมัครที่ถูกตัดชื่อออกโดยตรง หรือกรณีตัวอย่างที่คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีมติตัดสิทธิพลโทวิชัย รอดเรืองศรี ไม่ให้เป็นผู้เข้ารับเลือกเป็นกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติโดยอ้างว่าพลโทวิชัยไม่มีคุณสมบัติตามที่กำหนด ซึ่งกรณีปัญหานี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง โดยศาลปกครองได้รับคำร้องนี้ไว้พิจารณาในวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2549 คดีดำเลขที่ 466/2549 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการมีมติของคณะกรรมการสรรหาที่มีผลไปกระทบสิทธิของบุคคลโดยตรงนี้ หากพิจารณาตามหลักนิติรัฐแล้วบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำขององค์กรของรัฐนั้นควรที่จะได้รับการคุ้มครองเยียวยา โดยจัดให้มีการพิจารณาตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐอีกครั้งหนึ่ง ในกรณีนี้จึงควรที่จะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในมติอื่นของคณะกรรมการสรรหาได้

ก่อนที่จะพิจารณาถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในมติอื่นของคณะกรรมการสรรหา จะได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาลักษณะการกระทำขององค์กรของรัฐว่าเป็นการกระทำในทางรัฐธรรมนูญหรือการกระทำทางปกครอง เพราะองค์กรของรัฐหนึ่งๆ สามารถกระทำการได้ในหลายสถานะ โดยขึ้นอยู่กับว่าได้กระทำการในสถานะใด เช่น ในการลงมติของคณะรัฐมนตรีที่คณะรัฐมนตรีสามารถลงมติทั้งในสถานะที่เป็นการกระทำของรัฐบาล และสถานะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ หากคณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับการดำเนินงานในด้าน

นโยบายของประเทศที่เป็นการกระทำของ รัฐบาล ไม่ใช่เป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง อันเป็นการแสดงทิศทางของการบริหารประเทศ เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการดำเนินนโยบายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นงานนโยบาย จึงไม่ถูกควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล แต่มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จะถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาและประชาชนในแง่ของความรับผิดชอบทางการเมือง²²

แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีมีมติที่มีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีข้อความบังคับเป็นการเฉพาะเจาะจง ในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจเช่นเดียวกับการออกคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้ ส่วนมากจะมีลักษณะเป็นการแต่งตั้งบุคคลเพื่อเป็นกรรมการในคณะกรรมการต่างๆ เช่น มติคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ ตามมาตรา 14 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มติของรัฐมนตรีนี้จะมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง²³

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการพิจารณาการกระทำขององค์กรของรัฐ จะต้องพิจารณาจากลักษณะเนื้อหาของการกระทำว่าองค์กรนั้นๆกระทำในสถานะใดมากกว่าการพิจารณาโดยคำนึงถึงรูปแบบขององค์กรนั้น โดยพิจารณาลักษณะของการกระทำได้ดังนี้

1. การกระทำทางรัฐธรรมนูญ

การกระทำทางรัฐธรรมนูญ คือผลผลิตของการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยมีองค์ประกอบดังนี้

1.1 เป็นการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น สามารถพิจารณาได้จากความหมายอย่างกว้างขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหลักกฎหมายของประเทศเยอรมัน โดยสรุปได้ดังนี้²⁴

²² สุวิมล สังขพันธุ์, "สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี," (วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัยศิลปากร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น.375.

²³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สื่อปัญญา), น.134.

²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 19, น. 5.

(1) ข้อพิจารณาในทางรูปแบบ (formelle Kriterien)

(1.1) พิจารณาในแง่ของการก่อตั้ง องค์กรดังกล่าวจะต้องได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ

(1.2) พิจารณาในแง่ของการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ อำนาจหน้าที่ขององค์กานั้นจะต้องได้รับการบัญญัติรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

(2) ข้อพิจารณาในทางเนื้อหา (substantielle Kriterien)

(2.1) พิจารณาในแง่บทบาทหน้าที่ องค์กานั้นจะต้องเป็นองค์กรของรัฐสูงสุดที่มีบทบาทสำคัญในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจของรับ หรือเป็นองค์กรที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจของรัฐในลักษณะของการควบคุม ตรวจสอบ ถ่วงดุลการใช้อำนาจของรัฐองค์กรอื่นๆ

(2.2) พิจารณาในแง่ความเป็นอิสระ องค์กานั้นจะต้องมีความอิสระในการดำเนินงาน และไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรใด

(2.3) พิจารณาในแง่สถานะและความสัมพันธ์กับองค์กรอื่น องค์กานั้นเป็นองค์กรที่มีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ

1.2 เป็นการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

2. การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง คือผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายปกครองของฝ่ายปกครอง²⁵ กล่าวคือ การกระทำทางปกครองได้แก่ผลผลิตของการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง รวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระ ที่เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าของหน่วยงานของรัฐและองค์กรของรัฐ ดังนี้ การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่ผลผลิตของการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นอันมีค่าเสมอกับพระราช บัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจจัดเป็นการกระทำทางปกครองได้เลย

²⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำทางปกครอง," ใน อาจารย์บุษยา รวบบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ์, รวบรวมและจัดพิมพ์โดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2545), น. 132.

การกระทำทางปกครองนี้สามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือการกระทำฝ่ายเดียว ได้แก่ กฎ คำสั่งทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง และการกระทำสองฝ่าย ได้แก่ สัญญาทางปกครอง ซึ่งลักษณะการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่พิจารณานี้ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง โดยคำสั่งทางปกครองนี้ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะราย ซึ่งในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้นในระบบกฎหมายปกครองไทย คำสั่งทางปกครองจึงมีสองความหมาย คือ ความหมายตามที่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้บัญญัติเป็นกรณีในกฎกระทรวงประการหนึ่งและความหมายโดยแท้ก็อีกประการหนึ่ง²⁶

หากพิจารณาในแง่บทบัญญัติที่ให้อำนาจหน้าที่คณะกรรมการสรรหาในการปฏิบัติหน้าที่สรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ สามารถแยกคณะกรรมการสรรหาได้เป็น 3 กลุ่ม คือ 1. คณะกรรมการสรรหาที่อำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 2. คณะกรรมการสรรหาที่อำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และ 3. คณะกรรมการสรรหาที่อำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในการพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยมติของคณะกรรมการสรรหานี้จะขอแยกพิจารณาออกเป็น 3 กรณีดังนี้

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 107.

1. มติของคณะกรรมการสรรหาที่อำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการสรรหาที่อำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

หากพิจารณาลักษณะของคณะกรรมการสรรหาทั้งสองนี้จะเห็นได้ว่า เป็นองค์กรที่ได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ โดยมีการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเรื่องการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนี้มีหลักเบื้องต้นว่า ในกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติแล้ว การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องถือว่าเป็นการกระทำในแดนของกฎหมายปกครอง คำสั่ง คำวินิจฉัยต่างๆอาจถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบในทางกฎหมายของศาลปกครองได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นกระทำในแดนของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ในกรอบของกฎหมายปกครอง ถือว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจคณะกรรมการสรรหาที่มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในการดำเนินการสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญนี้ ปรากฏว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาได้รับการบัญญัติไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ใช้ถ้อยคำอย่างเดียวกันกับรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติลอกอำนาจของคณะกรรมการสรรหาที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าการกระทำของคณะกรรมการสรรหาที่กระทำออกมาในรูปของมตินี้มีลักษณะอย่างไร เพราะการมีมตินี้อาศัยอำนาจทั้งจากรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้หากพิจารณาหลักการพื้นฐานความเป็นมาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการสรรหาทำหน้าที่สรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรนั้นๆ จะเห็นได้ว่าลักษณะงานของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นงานที่มีเนื้อหาจัดอยู่ในแดนของกฎหมายปกครอง ไม่ใช่งานในแนวนโยบายหรืองานในทางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาการมีมติอื่นนอกจากมติเสนอชื่อของคณะกรรมการสรรหาที่มีผลไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพเฉพาะรายเป็นสำคัญก็มีเนื้อหาในทางปกครอง เพราะเป็นการกระทำเพื่อให้การสรรหาบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญให้สำเร็จลุล่วงมิใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับ

การจัดโครงสร้างของรัฐหรือเกี่ยวกับการดำเนินงานของสถาบันสูงสุดของรัฐที่เป็นเรื่องในทางรัฐธรรมนูญโดยแท้ ดังนั้นการมีมติอื่นของคณะกรรมการสรรหาจึงเกิดขึ้นโดยฐานของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ²⁷

ดังนี้ การมีมติอื่นของคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้งและคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีผลไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

นอกจากนี้หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกระบวนการสรรหาคณะกรรมการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติที่ศาลปกครองได้เคยวินิจฉัยว่าปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง จะเห็นได้ว่าลักษณะการดำเนินการและขั้นตอนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับกระบวนการสรรหาคณะกรรมการจัดสรรคลื่นความถี่ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ในกระบวนการสรรหาจะมีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการสรรหา” ขึ้นมาทำหน้าที่สรรหาผู้มีความคุณสมบัติที่เหมาะสม และทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติต่างก็เป็นองค์กรของรัฐที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ซึ่งแต่ละองค์กรต่างก็มีความเป็นอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้องค์กรใด เพียงแต่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่คณะกรรมการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ มีลักษณะเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง เพราะได้รับการก่อตั้งและมีอำนาจหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้

เมื่อคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจโดยอาศัยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว การกระทำดังกล่าวก็จะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง เช่นเดียวกับคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติเมื่อได้กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง

²⁷ เพิ่งอ้าง, น.115.

2. มติอื่นของคณะกรรมการสรรหาที่มีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการสรรหาที่มีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังนี้

มาตรา 312 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า

“คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ประกอบด้วยประธานกรรมการคนหนึ่งและกรรมการอื่นอีกเก้าคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้มีความชำนาญและประสบการณ์ด้านการตรวจเงินแผ่นดิน การบัญชี การตรวจสอบภายใน การเงินการคลัง และด้านอื่น²⁸

คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การสรรหาและการเลือกให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญแผ่นดินว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน”²⁹

มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

การสรรหาและการเลือกกรรมการให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

“(1) ให้ประธานวุฒิสภาจัดให้มีคณะกรรมการจำนวนสิบห้าคน และให้คณะกรรมการสรรหามีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเสนอต่อประธานวุฒิสภา...”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้รับการก่อตั้งและมีอำนาจหน้าที่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังนี้ในการมีมติอื่นของคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการการตรวจเงินแผ่นดินจึงเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง และเมื่อการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว การกระทำดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

²⁸ มาตรา 312 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

²⁹ มาตรา 312 วรรคเจ็ด ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

3. มติอื่นของคณะกรรมการสรรหาที่มีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการสรรหาที่มีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาที่มาของกฎหมายก่อตั้งและที่มาของการใช้อำนาจของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับการก่อตั้งและมีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ในเรื่องการพิจารณาการใช้อำนาจขององค์กรใดๆ นั้นไม่อาจพิจารณาจากที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจได้เพียงอย่างเดียว โดยจะต้องคำนึงถึงลักษณะเนื้อหาของการใช้อำนาจนั้นเป็นสำคัญ ซึ่งหากพิจารณามติอื่นนอกจากมติเสนอชื่อของคณะกรรมการสรรหาอันมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพโดยเฉพาะเจาะจงนี้มีลักษณะหรือเนื้อหาในทางปกครอง เพราะเป็นการดำเนินการของคณะกรรมการสรรหาเพื่อให้การสรรหาบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญสำเร็จลุล่วงมิใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างของรัฐหรือเกี่ยวกับการดำเนินงานของสถาบันสูงสุดของรัฐที่เป็นเรื่องในทางรัฐธรรมนูญโดยแท้ ประกอบกับการพิจารณาเปรียบเทียบกับลักษณะการมีมติอื่นของคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต คณะกรรมการสรรหากรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ที่เป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่สรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่ามติอื่นของคณะกรรมการทั้งสามนั้นมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในการพิจารณาการใช้อำนาจขององค์กรหนึ่งๆ นั้นควรพิจารณา ลักษณะการใช้อำนาจโดยพิจารณาจากเนื้อหาหรือลักษณะของการกระทำมากกว่าการพิจารณา ที่มาของการใช้อำนาจ และเมื่อได้ศึกษาระบบการสรรหาบุคคลโดยคณะกรรมการสรรหาแล้วจะเห็นได้ว่า เมื่อคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการสรรหากรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ได้มีมติอื่นที่มีผลไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยตรงแล้ว มติดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น "คำสั่งทางปกครอง" ดังนี้ การที่คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจลงมติอื่นนอกจากมติเสนอชื่อที่มีผลไปกระทบบุคคลอื่นโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว จึงเป็นการใช้อำนาจในรูปของคำสั่งทางปกครองที่สามารถตรวจสอบความชอบกฎหมายโดยองค์กรตุลาการได้

4.1.2 ปัญหาการสรรหาในขั้นตอนของที่ประชุมใหญ่ของศาล

การศึกษาในหัวข้อนี้จะพิจารณาศึกษาระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาลและมติของที่ประชุมใหญ่ของศาล ดังต่อไปนี้

4.1.2.1 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาล

รัฐธรรมนูญกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยมีได้กำหนดรายละเอียดในการสรรหาองค์กรทั้ง 2 ไว้ ซึ่งที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาได้มีการออกระเบียบว่าด้วยการเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและกรรมการการเลือกตั้ง โดยกำหนดรายละเอียดการรับสมัคร คุณสมบัติ ตลอดจนการลงคะแนนเสียงคัดเลือกซึ่งต่างจากการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดที่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การสรรหาไว้ เพียงแต่กำหนดให้มีการรับสมัครและคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาการคัดเลือกบุคคลโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและ ศาลปกครองสูงสุดนั้น โดยวิเคราะห์วิธีการคัดเลือกของที่ประชุมใหญ่ของศาลดังกล่าวไม่สามารถยืนยันได้ว่าผู้ที่ผ่านการคัดเลือกของแต่ละองค์กรจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเหมาะสมกับตำแหน่ง เพราะหากวิเคราะห์ในแง่จิตวิทยาองค์กรแล้ว ไม่มีองค์กรใดที่อยากสูญเสียผู้ที่มีความรู้ความสามารถให้กับองค์กรอื่น³⁰ นอกจากนี้ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้มีการลงคะแนนลับ จึงอาจทำให้เกิดการลอบบี้ในการลงคะแนนเสียงได้ง่าย ประกอบกับการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่นี้เป็นการคัดเลือกภายในแต่ละหน่วยงานนั่นเอง จึงอาจมีการอาศัยความรู้จักคุ้นเคยของผู้สมัครบางคนเพื่อให้บุคคลนั้นเป็นผู้ได้รับการคัดเลือก ส่งผลให้ไม่สามารถได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถอย่างแท้จริงเพื่อปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่อไป ซึ่งในการคัดเลือกบุคคลโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลนี้ เคยมีคณะกรรมการสิทธิการสามัญตรวจสอบประวัติของผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้เคยให้

³⁰ สุรพล นิติไกรพจน์, ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 98.

ข้อสังเกตเกี่ยวกับกระบวนการคัดเลือกของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาไว้อย่างน่าสนใจ (กรณีการคัดเลือกกรรมการการเลือกตั้ง) ดังนี้³¹

1. ระเบียบศาลฎีกาว่าด้วยกระบวนการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2540 นั้นมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันหรือไม่ เนื่องจากผลการคัดเลือกผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ได้รับการยอมรับจากสาธารณชนในระดับหนึ่งที่เป็นผลให้ศาลฎีกาไม่ปรับปรุงระเบียบดังกล่าวให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น กล่าวคือแบบฟอร์มการเสนอประวัติและความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการการเลือกตั้งทำระยะเบี่ยนนั้น ยังคงใช้แบบเดิมมิได้มีการแก้ไขให้ผู้ถูกเสนอชื่อได้แสดงถึงปัญหาอุปสรรคของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ผ่านมา ตลอดจนแนวทางแก้ไขเพื่อประกอบการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา

2. การตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติที่ประธานศาลฎีกาแต่งตั้งนั้น ได้ดำเนินการตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิได้มีการตรวจสอบคุณสมบัติประวัติและความประพฤติในทางลับและทางลึกลับแต่อย่างใด

3. ก่อนการลงคะแนนเลือกของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีได้เชิญผู้ได้รับการเสนอชื่อมาแสดงวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาแต่อย่างใด

4. ก่อนการลงคะแนนเลือกมิได้มีการอภิปรายถึงความเหมาะสมของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อ หรืออภิปรายเหตุผลในกรณีอื่นๆแต่อย่างใด

5. กรณีผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา ซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกเป็นผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งด้วยคะแนนสูงสุดนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่

จากการรับฟังและซักถามผู้ที่เกี่ยวข้องและมาชี้แจงต่อคณะกรรมการฯ ผู้ที่เกี่ยวข้องส่วนใหญ่มีความเห็นสอดคล้องกับคณะกรรมการฯ ว่าหากมีการปรับปรุงแก้ไขระเบียบและขั้นตอนการประชุมใหญ่ของศาลฎีกาในการคัดเลือกผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งแล้วก็จะทำให้กระบวนการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งมีความสมบูรณ์ ความเหมาะสมยิ่งขึ้น

³¹ สมโภช มูลจันทิ, "การตรวจสอบกระบวนการสรรหาองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยวุฒิสภา : อีกหนึ่งมิติของการปฏิรูปการเมือง," *จุลนิติ*, ปีที่ 2 ฉบับที่ 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2548), น. 46.

และอาจเป็นผลให้การลงมติคัดเลือกเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีและนำไปสู่ความสำเร็จในการปฏิรูปการเมืองต่อไป

ในส่วนการพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาลนี้จะเห็นได้ว่า ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาลซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ ระเบียบที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกผู้พิพากษาเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและกรรมการการเลือกตั้งซึ่งระเบียบดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการของที่ประชุมใหญ่ของศาลที่มีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติและวิธีคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งมีผลเป็นการภายในของที่ประชุมใหญ่เท่านั้น จึงถือว่าระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบภายในของศาลฎีกาอันถือเป็นการใช้อำนาจในทางบริหารของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งในการตรวจสอบระเบียบดังกล่าวจะกระทำได้เมื่อการใช้ระเบียบนั้นเป็นการไปกระทบสิทธิของบุคคลภายนอกโดยตรง จึงมีเหตุให้ศาลเข้ามาพิจารณาระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาลชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

4.1.2.2 มติของที่ประชุมใหญ่ของศาล

หน้าที่หลักในการดำเนินการสรรหาโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่การลงมติคัดเลือกผู้พิพากษาหรือตุลาการเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยในกรณีนี้จะศึกษาพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในมติของที่ประชุมใหญ่ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

(1) มติเสนอชื่อ

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่สรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่ประชุมใหญ่ของศาลจึงมีหน้าที่คัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติที่เหมาะสมและจัดทำบัญชีรายชื่อเสนอต่อวุฒิสภาซึ่งถือเป็นดุลพินิจในการใช้อำนาจทางมหาชนที่มีการบัญญัติอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนี้เมื่อที่ประชุมใหญ่ของศาลได้มีดุลพินิจลงมติเสนอชื่อบุคคลต่อวุฒิสภาแล้วองค์กรอื่นก็ไม่สามารถก้าวล่วงมาโต้แย้งได้

อย่างไรก็ตามอาจมีกรณีการโต้แย้งมติเสนอชื่อของที่ประชุมใหญ่ของศาลจนเข้าลักษณะปัญหาความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 ได้ เช่น วุฒิสภาโต้แย้งว่าที่ประชุมใหญ่ของศาลไม่มีอำนาจเสนอชื่อบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กร

ตามรัฐธรรมนูญและปฏิเสธไม่รับการเสนอชื่อนั้น หรือกรณีที่ประชุมใหญ่ของศาลได้แย้งอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาว่าไม่มีอำนาจปฏิเสธไม่รับบัญชีรายชื่อที่ที่ประชุมใหญ่ของศาลเสนอมา

ตัวอย่างเช่น ในปัจจุบัน (พ.ศ. 2549) ตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งว่างลง แต่ในข้อเท็จจริงปรากฏว่าไม่มีคณะกรรมการสรรหาที่ทำหน้าที่สรรหาบุคคลเพื่อเข้ารับการคัดเลือกเป็นกรรมการการเลือกตั้ง เนื่องจากองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาไม่ครบถ้วนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพราะไม่มีตัวแทนจากพรรคการเมืองมาทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการสรรหา ดังนั้นหากที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาได้ทำการคัดเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งและทำการเสนอชื่อไปยังวุฒิสภา หากวุฒิสภาปฏิเสธไม่รับบัญชีรายชื่อของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาแล้ว ในกรณีนี้จะเข้าลักษณะเป็นปัญหาความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรวุฒิสภาและที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจพิจารณาได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 หรือในกรณีตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541 กรณีที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยกรณีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกากับวุฒิสภา ในประเด็นที่ว่า “เมื่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาเลือกบุคคลใดเป็น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 255(1) ของรัฐธรรมนูญแล้ว วุฒิสภาจะมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบบุคคลนั้นได้หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้รับเรื่องนี้ไว้พิจารณาตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาปัญหาเบื้องต้นว่า “คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะรับพิจารณาปัญหาซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอมาได้หรือไม่ โดยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้แยกพิจารณาในเรื่องนี้เป็น 3 ประเด็น คือ

1. ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็น “องค์กร” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญมาตรา 266 หรือไม่ เนื่องจากมาตรา 266 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ในประเด็นนี้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีลักษณะเป็นองค์กร เนื่องจากมีลักษณะครบถ้วนตามคำจำกัดความขององค์กรที่ประกอบด้วย 1. บุคคล 2. วัตถุประสงค์การดำเนินการ 3. งบประมาณ และ 4. สถานที่ทำงาน ประกอบกับที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาเพื่อส่งให้วุฒิสภาดำเนินการต่อไป จึงถือว่าที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266

2. การที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอปัญหาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 266 หรือไม่ เนื่องจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้เสนอขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภามีได้เสนอให้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งเป็น “องค์กรนั้น”

ในประเด็นนี้ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากเห็นว่าเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องระหว่างอำนาจหน้าที่ของทั้ง 2 องค์กร คือวุฒิสภากับที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ดังนั้นที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาจึงมีสิทธิเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้

3. กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 แล้วหรือไม่ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าได้มีข้อโต้แย้งของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา ตามมาตรา 255 แล้ว จึงเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาและที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับเรื่องที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอมาไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในการมีมติเสนอชื่อของที่ประชุมใหญ่ของศาลนี้ องค์กรอื่นไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการเสนอชื่อของที่ประชุมใหญ่ของศาลได้ แต่หากมีกรณีที่เป็นปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างที่ประชุมใหญ่ของศาลกับ องค์กรวุฒิสภา องค์กรวุฒิสภาหรือที่ประชุมใหญ่ของศาลสามารถเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามมาตรา 266 ได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเพียงชี้ว่าปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเป็นอำนาจขององค์กรใดเท่านั้น

(2) มติอื่นของที่ประชุมใหญ่ของศาล

ก่อนการลงมติเสนอชื่อต่อประธานวุฒิสภา ที่ประชุมใหญ่ของศาลอาจมีการลงมติอื่นที่เกี่ยวกับการคัดเลือกผู้พิพากษาหรือตุลาการเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ เช่นเดียวกับการสรรหาในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหา โดยในการลงมติอื่นของที่ประชุมใหญ่ของศาลนี้อาจเป็นไปได้ว่าผลของมติจะมีผลไปกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของผู้สมัครโดยตรงได้ ดังนั้นจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ในการมีมติอื่นของที่ประชุมใหญ่ของศาลที่มีผลไปกระทบสิทธิของบุคคลอื่นนี้จะมืองค์กรใดเข้ามาทำหน้าที่เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในมติอื่นของที่ประชุมใหญ่ของศาลได้หรือไม่ และอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจขององค์กรใด

เมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่าที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองเป็นองค์กรที่ได้รับการก่อตั้งและมีอำนาจหน้าที่สรรหาและคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 138 และมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ³² เมื่อที่ประชุมใหญ่ของศาลได้กระทำการมีมติอื่นซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ การกระทำได้ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญ³³ ซึ่งอาจอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันแม้การกระทำได้ดังกล่าวจะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญแต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของที่ประชุมใหญ่ของศาล และในกรณีนี้ก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาพิจารณาตามมาตรา 266 แห่งรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับวินิจฉัยได้ตามมาตรา 266 นี้จะต้องเป็นปัญหาความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญสององค์กรขึ้นไป แต่กรณีปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติอื่นของที่ประชุมใหญ่ของศาลที่มีผลไปกระทบสิทธิของผู้สมัครรับเลือกโดยตรงนี้เป็นปัญหาความขัดแย้งระหว่างที่ประชุมใหญ่ของศาลกับผู้สมัครรับเลือกซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาไม่ใช่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่ปัญหาความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจเข้ามาพิจารณาตามมาตรา 266 ได้

³² ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541 ในประเด็นเบื้องต้นว่า “ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเนื่องจากมีลักษณะครบถ้วนตามคำจำกัดความขององค์กรที่ประกอบด้วย 1. บุคคล 2. วัตถุประสงค์การดำเนินการ 3. งบประมาณและสถานที่ทำงาน ประกอบกับที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาเพื่อส่งให้วุฒิสภาดำเนินการต่อไป จึงถือว่าที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266”

³³ บทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ที่ประชุมใหญ่ของศาลในการสรรหาหรือคัดเลือกนี้เป็นอำนาจที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแต่อย่างใด การกระทำใดๆของที่ประชุมใหญ่ของศาลจึงเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญ กรณีนี้จะต่างจากการกระทำของคณะกรรมการสรรหาที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ การกระทำของคณะกรรมการสรรหา (การมีมติอื่น) จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง

4.2 ปัญหากระบวนการสรรหาในขั้นตอนของวุฒิสภา

ภายหลังจากที่คณะกรรมการสรรหาหรือที่ประชุมใหญ่ของศาลได้สรรหาและคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนและจัดทำบัญชีรายชื่อเพื่อเสนอให้วุฒิสภาพิจารณาแล้ว จะเป็นอำนาจของวุฒิสภาในการคัดเลือกบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยวุฒิสภาจะแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งนั้น รวมทั้งรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอันจำเป็นและรายงานต่อวุฒิสภาเพื่อประกอบการพิจารณาของวุฒิสภา โดยในกรณีนี้จะได้ศึกษาถึงปัญหาที่เกี่ยวกับคณะกรรมการ บทบาทอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับวิธีการสรรหาของวุฒิสภา ดังต่อไปนี้

4.2.1 ปัญหาการสรรหาของวุฒิสภา

4.2.1.1 ปัญหาการดำเนินการของคณะกรรมการ

คณะกรรมการได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยจะทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา ซึ่งในทางปฏิบัติได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะกรรมการ ดังต่อไปนี้

(1) ในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดระยะเวลาในการสรรหาไว้ค่อนข้างน้อย ส่งผลให้ระยะเวลาในการดำเนินการของคณะกรรมการในการตรวจสอบประวัติค้นหาข้อเท็จจริงต่างๆมีระยะเวลาน้อยเมื่อเทียบกับภาระหน้าที่ในการสรรหาข้อเท็จจริงเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาของวุฒิสภา ซึ่งระยะเวลาอันสั้นนี้อาจส่งผลกระทบให้การตรวจสอบประวัติและความประพฤติของผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อขาดการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบได้

(2) ในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการทำงานของคณะกรรมการตามมาตรา 135 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน บัญญัติให้การดำเนินการของคณะกรรมการเป็นไปตามวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา³⁴ ซึ่งตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ.2544 ได้ระบุ

³⁴ มาตรา 135 วรรคสอง

การดำเนินการของคณะกรรมการตามมาตรา 135 ไว้ในหมวด 5 โดยมีการกำหนดไว้เพียง 10 ข้อเท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ในการทำงานของคณะกรรมการตามมาตรา 135 นี้ยังมีความชัดเจนพอ ทำให้แต่ละคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมานั้นมีหลักเกณฑ์ในการทำงานแตกต่างและลักลั่นกันออกไป ดังจะเห็นได้จากกรณีการสรรหากรรมป.ป.ช ค.ต.ง. และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการจะเปิดโอกาสให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นมายังคณะกรรมการ แต่ในกรณีการสรรหา ก.ต. คณะกรรมการไม่ได้ทำเช่นนี้ เป็นต้น นอกจากนี้ในการทำงานของคณะกรรมการตามมาตรา 135 ยังมีความซ้ำซ้อนกับการทำงานของคณะกรรมการสรรหา กล่าวคือ ในทางปฏิบัติคณะกรรมการตามมาตรา 135 จะมีหน้าที่ในการรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอันจำเป็นเพื่อรายงานต่อวุฒิสภา และการทำหน้าที่นี้จะต้องขอข้อมูลไปยังหน่วยงานต่างๆ และโดยที่ข้อมูลดังกล่าวนี้คณะกรรมการสรรหาที่เคยดำเนินการขอข้อมูลเช่นเดียวกัน แต่ทางปฏิบัติเนื่องจากเป็นหน้าที่ของแต่ละฝ่าย จะกลับไปขอข้อมูลจากคณะกรรมการสรรหาไม่ได้ คณะกรรมการจึงต้องทำงานนับหนึ่งใหม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ทำให้หน่วยงานราชการซึ่งเป็นผู้ให้ข้อมูลเบี่ยงเบนการทำงานซ้ำซ้อนของคณะกรรมการตามมาตรา 135 กับคณะกรรมการสรรหา การร่วมมือจึงอาจทำแบบขอไปทีหรือไม่ค่อยมีประสิทธิภาพ จึงควรให้คณะกรรมการหรือวุฒิสภาออกหลักเกณฑ์เพื่อให้คณะกรรมการสรรหาส่งข้อมูลที่ได้จากการตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอันจำเป็นต่อคณะกรรมการด้วย เพื่อขจัดปัญหาความซ้ำซ้อนในการทำงานและยังสามารถลดเวลาในการทำงานของคณะกรรมการในส่วนได้อีกด้วย³⁵

(3) ในการดำเนินการตรวจสอบประวัตินั้น คณะกรรมการได้ตรวจสอบจากใบสมัครและใบยินยอมของผู้สมัครจากหน่วยงานที่เคยสังกัด หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก ซึ่งถือว่าได้รับการร่วมมือด้วยดี แต่ยังมีประเด็นปัญหาในการจัดส่งเอกสารมาให้คณะกรรมการยังมีความล่าช้า และในการตรวจสอบความประพฤติโดยคณะกรรมการแม้จะมีการเชิญผู้ผ่านการสรรหามาแลกเปลี่ยนความคิดเห็น เชิญคณะกรรมการสรรหามาร่วมประชุมและให้กรรมการ

³⁵ ถวัลย์ สุพรม, "ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเลือก แต่งตั้ง ให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2547), น.117-119.

แต่ละคนตรวจสอบได้ แต่ยังขาดการเปิดโอกาสให้ประชาชนโดยทั่วไปได้แสดงความคิดเห็นหรือแสดงข้อเสนอแนะเพราะถือว่าเสียงของประชาชนเป็นสิ่งที่สำคัญและยังทำให้ได้ข้อมูลมากขึ้น

(4) ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภากำหนดให้มีกรรมการไม่เกิน 11 คน³⁶ มาจากบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อจากคณะกรรมการวิสามัญกิจการวุฒิสภาและคณะกรรมการสามัญประจำวุฒิสภา จำนวนและองค์ประกอบของคณะกรรมการอาจไม่เหมาะสม เพราะวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทำให้การตรวจสอบประวัติ การรวบรวมพยานหลักฐานอาจไม่ค่อยได้รับความร่วมมือจากองค์กรต่างๆ ประกอบกับสมาชิกมาจากหลากหลายอาชีพ แต่อาจจะขาดผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องเฉพาะนั้นๆ ฉะนั้นการกำหนดให้คณะกรรมการมีจำนวนมากกว่าในปัจจุบันน่าจะมีความเหมาะสม

4.2.1.2 ปัญหาอำนาจของวุฒิสภา

หากพิจารณาขั้นตอนการสรรหาของวุฒิสภา นอกจากปัญหาในเรื่องการประชุมของวุฒิสภาและการลงมติที่มีปัญหาว่าวุฒิสภาควรจะมีการพิจารณาโดยเปิดเผยหรือไม่แล้วนั้น ยังมีปัญหาที่สำคัญซึ่งควรจะพิจารณาได้แก่ ปัญหาอำนาจของวุฒิสภาในการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญว่า วุฒิสภามีอำนาจในการพิจารณาคัดเลือกหรือแต่งตั้งบุคคลเพียงใด เนื่องจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้วุฒิสภามีอำนาจเลือก แต่งตั้ง ให้คำแนะนำแก่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีวุฒิสภาเป็นผู้เลือก

ได้แก่ กรณีการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา ซึ่งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้วุฒิสภานำหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลดังกล่าว โดยวุฒิสภามีอำนาจใช้ดุลพินิจคัดเลือกบุคคลหรือมีมติแต่งตั้งบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อมาได้

³⁶ ในทางปฏิบัติมีการขอใช้ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2544 ในเรื่องนี้ โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการจำนวนมากกว่า 11 คน ในระยะหลังกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของวุฒิสภาว่าให้คณะกรรมการประจำวุฒิสภาทุกคณะได้มีตัวแทนเข้ามามีส่วนร่วมในคณะกรรมการตามมาตรา 135 (เพ็ญอ้าง, น.115.)

(2) กรณีวุฒิสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ

ได้แก่ กรณีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาล ตามมาตรา 255 (1) และ (2) โดยในกรณีนี้วุฒิสภามีอำนาจเพียงเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลนั้นเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2541 ที่ว่า “วุฒิสภาไม่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือก เพราะวิธีการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มี 3 ช่องทาง คือ

1. ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 5 คน
2. ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 คน
3. วุฒิสภาเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน 5 คน และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ จำนวน 3 คน

โดยกระบวนการดังกล่าวมีวิธีการที่แตกต่างกันและแต่ละองค์กรต่างมีอำนาจหน้าที่พิจารณาบุคคลที่เห็นว่าเหมาะสมและมีคุณสมบัติครบถ้วน” ดังนั้นในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาล วุฒิสภามีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ได้รับการคัดเลือกเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 ก็มีได้บัญญัติชัดเจนให้วุฒิสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่คัดเลือก เพียงแต่บัญญัติว่าให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ “ถวายคำแนะนำ” แต่พระมหากษัตริย์เท่านั้น ประกอบกับหากพิจารณากระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่ากระบวนการสรรหาศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ แบ่งเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่

1. ขั้นตอนการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาและการคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาล และ
2. ขั้นตอนการคัดเลือกโดยวุฒิสภา

โดยกระบวนการดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะให้ขั้นตอนในการสรรหา มีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างกัน มิให้องค์กรใดมีอำนาจเด็ดขาดในการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ องค์กรผู้ทำหน้าที่สรรหาจะดำเนินการสรรหารายชื่อบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้วุฒิสภามีหน้าที่คัดเลือก โดยวุฒิสภามีอำนาจคัดเลือกบุคคลเฉพาะที่องค์กรผู้ทำหน้าที่สรรหาได้เสนอชื่อมาเท่านั้น จึงเป็นการถ่วงดุลอำนาจระหว่าง

องค์กรผู้สรรหา กับองค์กรผู้คัดเลือก ซึ่งเป็นไปตามความมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่มีได้มุ่งหมายจะให้อำนาจในการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่องค์กรที่ใช้อำนาจใดเป็นภาระขององค์กรนั้นๆ เท่านั้น หากแต่อยู่บนหลักที่ว่า การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละอำนาจจะต้องให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่น (โดยเฉพาะองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เช่น องค์กรวุฒิสภา) เข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งนั้นด้วย อันถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมตรวจสอบ และจากการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจและก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ กับประชาชนซึ่งเป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตย³⁷

นอกจากนี้หากพิจารณาหลักรัฐธรรมนูญที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) อันหมายความว่า กษัตริย์จะไม่ต้องรับผิดชอบในทางกฎหมาย และในทางการเมือง กษัตริย์มีอาจปฏิบัติราชการแผ่นดินได้โดยลำพัง หากจะต้องใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของสถาบันหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีการลงนามรับสนองพระราชโองการซึ่งจะเป็นผู้รับผิดชอบแทนกษัตริย์ การที่กษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภานั้นย่อมเป็นการกระทำของวุฒิสภาเองหาใช่เป็นการกระทำของกษัตริย์ไม่ ฉะนั้นวุฒิสภาจึงต้องมีอำนาจในการตัดสินใจว่าสมควรถวายคำแนะนำให้กษัตริย์ทรงแต่งตั้งบุคคลที่ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ³⁸

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจาก การสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา วุฒิสภาก็จะมีอำนาจใช้ดุลพินิจคัดเลือกบุคคลดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ ต่างจากกรณีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจาก การคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลที่ตราบไดยังไม่การกลับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2541 วุฒิสภาก็จะมีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบแก่บุคคลผู้ที่ที่ประชุมใหญ่ของศาลเสนอชื่อมาเท่านั้น วุฒิสภาไม่มีอำนาจปฏิเสธไม่ให้ความเห็นชอบได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความมุ่งหมายของกระบวนการสรรหาที่แยกขั้นตอนการสรรหาเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนการสรรหาและขั้นตอนการคัดเลือก

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น.316.

³⁸ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, “รายงานของคณะกรรมการวิสามัญศึกษาวิเคราะห์อำนาจของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541,” น.4-5.

ประกอบกับหลักรัฐธรรมนูญที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดมิได้” แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาควรที่จะมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการคัดเลือกแก่บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ของศาลเสนอมา ทั้งนี้เพื่อเป็นการถ่วงดุลตรวจสอบให้กระบวนการสรรหามีความถูกต้องและชอบธรรมมากยิ่งขึ้น

4.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาในขั้นตอนของวุฒิสภา

หลังจากได้รับบัญชีรายชื่อจากคณะกรรมการสรรหาและที่ประชุมใหญ่ของศาลแล้ว วุฒิสภาจะดำเนินการพิจารณาและคัดเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยในการศึกษานี้จะได้พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของมติของวุฒิสภา ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

4.2.2.1 มติแต่งตั้งบุคคล

ในปัจจุบันมีการแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเป็น 3 องค์กร ได้แก่ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ที่ทำหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในสังคม องค์กรฝ่ายบริหาร ที่ทำหน้าที่จัดการบริหารบ้านเมืองให้สงบสุข และองค์กรฝ่ายตุลาการ ที่ทำหน้าที่รักษาความสงบและประสานความขัดแย้งระหว่างบุคคล โดยในการใช้อำนาจอธิปไตยนั้นนอกจากองค์กรนิติบัญญัติจะมีอำนาจตรากฎหมาย กฎระเบียบแล้ว ยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยด้วย

เมื่อพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยที่แบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเป็น 3 องค์กร โดยแยกอิสระต่อกันไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรใดจะเห็นได้ว่า แม้มีการแบ่งแยกการใช้ อำนาจออกเป็นสามฝ่าย แต่อำนาจทั้งสามก็มีได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดในลักษณะที่ไม่สามารถเข้าไปก้าวกาลังการใช้ อำนาจขององค์กรนั้นๆ ได้เลย กล่าวคือ ในการใช้อำนาจขององค์กร หนึ่งๆ นั้น องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรอื่นสามารถเข้าไปตรวจสอบหรือเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนั้นได้ เช่น การที่ให้อวุฒิสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการยอมรับหลักการที่ให้องค์กรอื่นสามารถเข้ามาตรวจสอบการดำเนินงานหรือการใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อให้เกิดความถ่วงดุลการใช้ อำนาจและทำให้เกิดความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น ดังนี้ในการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจึงสามารถถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยอื่น เช่น การให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชบัญญัติ ตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตามในการกำหนดให้องค์กร

ตุลาการเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัตินี้จะต้องปรากฏว่ามีกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการไว้อย่างชัดเจน เพราะหากยอมให้องค์กรตุลาการเข้ามามีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติอย่างไม่จำกัดแล้วก็จะเป็นการที่องค์กรตุลาการเข้าไปก้าวกาล่งการใช้อำนาจนิติบัญญัติที่เกินขอบเขตไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

หากพิจารณาการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า องค์กรวุฒิสภาเป็นองค์กรที่ได้รับการก่อตั้งและมีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และเมื่อการมีมติแต่งตั้งบุคคลนี้เป็นการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ การกระทำของวุฒิสภาในการมีมติแต่งตั้งนี้จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจจะถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่เมื่อพิจารณาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจโดยเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น จึงทำให้การกระทำในทางรัฐธรรมนูญบางอย่างไม่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้แม้จะยอมรับให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติของวุฒิสภาได้ แต่ในกรณีการมีมติแต่งตั้งบุคคลของวุฒิสภาที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญนี้ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาได้ ในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถเข้าไปพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยมติแต่งตั้งของวุฒิสภาได้

ในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยมติแต่งตั้งของวุฒิสภานี้จะต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ

1. ดุลพินิจในการแต่งตั้งบุคคล กล่าวคือ ในการใช้ดุลพินิจของวุฒิสภาในการที่จะเลือกบุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น ถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของวุฒิสภาที่จะเลือกบุคคลใดก็ได้ที่ตนเห็นว่าเหมาะสม จึงไม่อาจไปก้าวกาล่งพิจารณาตรวจสอบความชอบดุลพินิจของวุฒิสภาได้

2. วิธีการหรือเนื้อหาของสาระของมติแต่งตั้ง ได้แก่ การพิจารณาตรวจสอบความชอบของกระบวนการ ขั้นตอนหรือวิธีการ หรือเนื้อหาของสาระของการลงมติแต่งตั้งของวุฒิสภา ซึ่งองค์กรอื่นสามารถที่จะเข้าไปพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ โดยในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของวิธีการหรือเนื้อหานี้มีข้อสังเกตบางประการที่เชื่อมโยงไปสู่กระบวนการตรวจสอบหรือเพิกถอนมติแต่งตั้งของวุฒิสภา ดังนี้

2.1 กรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายของมติแต่งตั้งเกิดขึ้นเพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนด ในกรณีนี้ถือว่าวิธีการหรือขั้นตอนของกฎหมาย

ไม่ถือเป็นเงื่อนไขในการสั่งเพิกถอนมติแต่งตั้งนั้น เพราะการที่กฎหมายกำหนดวิธีการและขั้นตอนในการทำนิติกรรมมหาชนก็เพื่อบังคับให้มีการดำเนินการโดยโปร่งใสมีความละเอียดรอบคอบเท่านั้น จึงไม่จำเป็นต้องเพิกถอนมติแต่งตั้งดังกล่าว อย่างไรก็ตามถ้าวิธีการหรือกระบวนการดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญของมติแต่งตั้ง กรณีนี้จะเข้าลักษณะเงื่อนไขในการสั่งเพิกถอนนิติกรรมมหาชนมติแต่งตั้งได้

2.2 กรณีเกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์ของมติแต่งตั้งโดยตรง ซึ่งถือว่ากระทบต่อสาระของนิติกรรมมหาชนที่จะต้องเพิกถอนนิติกรรมนั้น ในกรณีการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมติของวุฒิสภาก็ต้องพิจารณาว่ามติของวุฒิสภามีความชอบด้วยกฎหมายหรือมีข้อบกพร่องอย่างไร โดยพิจารณาจากสาระของการมีมติของวุฒิสภา เช่น การลงมติของวุฒิสภา วุฒิสภาลงมติโดยทราบข้อมูลครบถ้วนหรือถูกปิดข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญหรือไม่หรือมีเหตุที่ทำให้วุฒิสภาเกิดความสำคัญผิดในการใช้ดุลพินิจของวุฒิสภาหรือไม่ หากมีการกระทำได้กล่าวถึงจะถือเป็นเหตุอันชอบให้มีการเพิกถอนมติแต่งตั้งได้³⁹

4.2.2.2 มติอื่นของวุฒิสภา

ในกระบวนการสรรหาในขั้นตอนของวุฒิสภา วุฒิสภามีอำนาจในการลงมติอื่นที่เกี่ยวกับการสรรหานี้ได้ เช่นมติของวุฒิสภาในการไม่รับการเสนอชื่อโดยคณะกรรมการสรรหาหรือที่ประชุมใหญ่ของศาล ซึ่งมีปัญหาว่าวุฒิสภามีอำนาจในการปฏิเสธไม่รับการเสนอชื่อได้หรือไม่ โดยปัญหานี้มีลักษณะเป็นข้อขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรผู้ทำหน้าที่เสนอชื่อและองค์กรวุฒิสภาที่กระทำการในฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยในกรณีนี้ที่ประชุมใหญ่ของศาลวุฒิสภาหรือเสียงข้างน้อยในสภาสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 266 แห่งรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตามในกรณีคำร้องตามมาตรา 266 นี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเพียงวินิจฉัยว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจขององค์กรใด หรือวินิจฉัยว่าวุฒิสภามีอำนาจไม่รับการเสนอชื่อได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปพิจารณาในประเด็นอื่นได้

³⁹ อมร จันทรสมบูรณ์, “ปัญหาการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกับพื้นฐานกฎหมายมหาชนของประเทศไทย,” www.pub-law.net, น.34.

4.3 ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาโดยศาลรัฐธรรมนูญ

ในปัจจุบันเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรหรือหน่วยงานต่างๆจะมีการนำเสนอปัญหาดังกล่าวโดยจัดทำเป็นคำร้องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญ โดยในที่นี้จะได้พิจารณาถึงขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ดังนี้

4.3.1 การพิจารณาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาพื้นฐานที่มาของศาลรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นจากความต้องการให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำของบุคคล แต่ด้วยความจำเป็นของภารกิจของรัฐที่เพิ่มขึ้นจึงทำให้มีการขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มากขึ้นกว่าเดิม ประกอบกับเมื่อพิจารณาผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จะมีผลผูกพันองค์กรต่างๆโดยเฉพาะอย่างยิ่งมีผลไปเพิกถอนกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจ ซึ่งเป็นไปตามหลัก Enumerationprinzip ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นศาลที่มีขอบเขตอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น ซึ่งต่างจากศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีโดยทั่วไป ดังนั้นในการพิจารณาปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใดๆว่าจะอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นๆว่าได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาหรือไม่ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจไว้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจจะเข้าไปก้าวล่วงวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวได้

ในกรณีนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่ประการใด และหากพิจารณามาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาเป็นฐานอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการสรรหาแล้ว มิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาไว้อย่างชัดแจ้ง และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติดังกล่าวนี้เองก็มิได้ครอบคลุมปัญหาของ

กระบวนการสรรหาในทุกกรณี ในกรณีนี้จึงเกิดที่มีการถกเถียงในเชิงวิชาการถึงขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อต่อไป

4.3.2 การพิจารณาวัตถุแห่งคดีของข้อพิพาท ตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า ไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง ซึ่งในปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญจะรับพิจารณาวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการสรรหาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

ตัวอย่างเช่นกรณีวุฒิสภาได้แย้งกระบวนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งว่ามีความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในคำวินิจฉัยที่ 38/2545 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวไว้พิจารณาวินิจฉัยโดยอาศัยฐานอำนาจตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าพิจารณาตามหลักนิติวิธีแล้วจะเห็นได้ว่าปัญหาดังกล่าวมิได้เป็นปัญหาความขัดแย้งระหว่างองค์กรอันเป็นข้อพิพาทที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับวินิจฉัยได้ โดยในที่นี้จะพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545 ว่าในกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการสรรหานี้ อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับวินิจฉัยหรือไม่ ดังนี้

1. ข้อเท็จจริงโดยสรุป

คณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 138 ได้พิจารณาสรรหาผู้มีคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 137 ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง จำนวนห้าคน เสนอต่อประธานวุฒิสภา เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2544 โดยวุฒิสภาได้แต่งตั้งคณะกรรมการธิการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งคณะกรรมการธิการได้ตรวจสอบกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ แล้ว ปรากฏว่า มีผู้สมัครและมีผู้ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาจำนวนห้าสิบคน ซึ่งที่ประชุมคณะกรรมการสรรหา ฯ ได้ประชุมลงคะแนน รวม 7 ครั้ง ดังนี้

“การลงคะแนนเพื่อเลือกผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง

รอบที่ 1 กรรมการสรรหาแต่ละคนเลือกได้ไม่เกินคนละ 5 คะแนน มีผู้ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ หนึ่งคน คือพลตำรวจโทวาสนา เพิ่มลาภ

รอบที่ 2 ลงคะแนนคนละไม่เกิน 4 คะแนน มีผู้ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่หนึ่งคน คือ นายวีระชัย แนวนบุญเนียร

รอบที่ 3 ลงคะแนนคนละไม่เกิน 3 คะแนน มีผู้ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่หนึ่งคน คือ นายจรัส บุรณพันธุ์ศรี

รอบที่ 4 ลงคะแนนคนละไม่เกิน 2 คะแนน มีผู้สมัครสามคนได้คะแนน 6, 7, และ 6 จึงไม่มีผู้ใดได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่

รอบที่ 5 ลงคะแนนไม่เกินคนละ 2 คะแนนอีกครั้งหนึ่ง ปรากฏผลคะแนนเช่นเดียวกับรอบที่ 4 จึงไม่มีผู้ใดได้รับคัดเลือก

หลังจากรอบที่ 5 คณะกรรมการสรรหาได้เปลี่ยนกติกาใหม่ให้นำผู้สมัครเฉพาะผู้ได้คะแนนสูงสุด 3 คน คือพลเอก ศิริรินทร์ ฐูปกล้า นายพยนต์ พันธุ์ศรี และนายสมชัย ศรีสุทธิยากร มาลงคะแนน โดยให้คณะกรรมการสรรหาลงคะแนน คนละ 1 คะแนน แล้วให้ตัดผู้ได้คะแนนต่ำสุดออกไป จากนั้นจึงนำเสนอคนที่เหลือมาลงคะแนนอีกครั้งหนึ่ง จึงปรากฏผล ดังนี้

รอบที่ 6 ลงคะแนน คนละ 1 คะแนน (เพื่อตัดผู้ได้คะแนนต่ำสุดออก) ผลปรากฏว่าพลเอกศิริรินทร์ และนายสมชัย ได้คนละ 4 คะแนน นายพยนต์ ได้ 2 คะแนน จึงถูกตัดออกจากบัญชีไป

รอบที่ 7 ลงคะแนน คนละ 2 คะแนน ปรากฏว่า พลเอก ศิริรินทร์ และนายสมชัยได้คะแนนเต็มคนละ 10 คะแนน คณะกรรมการสรรหาจึงเสนอชื่อบุคคลทั้งสองและอ้างว่าได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่"

หลังจากนั้นวุฒิสภาได้ประชุมเพื่อมีมติคัดเลือกกรรมการการเลือกตั้ง ในการประชุมครั้งที่ 21 สมัยสามัญนิติบัญญัติ (วันที่ 4 ตุลาคม 2544) โดยได้มีมติเลือกกรรมการการเลือกตั้งจำนวน 5 คน คือ พลตำรวจโทวาสนา เพิ่มลาภ พลเอก ศิริรินทร์ ฐูปกล้า นายวีระชัย แนวนบุญเนียร นายจรัส บุรณพันธุ์ศรี และนายปริญญานาคฉัตรีย์ ทั้งนี้ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2544

คณะกรรมการการสามัญฯ จึงได้มีหนังสือเสนอรายงานการพิจารณาของคณะกรรมการการสามัญฯ ต่อประธานวุฒิสภา ซึ่งในเวลาต่อมา พลตำรวจเอก ประทิน สันติประภพ สมาชิกวุฒิสภา กับคณะ รวมสี่สิบเอ็ดคนได้มีหนังสือลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2544 เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภาว่า การตัดสินใจผู้สมัครในการลงคะแนนทั้ง ๒ รอบดังกล่าว มีประเด็น

ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา โดยประธานวุฒิสภาได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสมาชิกวุฒิสภาทั้งสี่สิบเอ็ดคน ได้โต้แย้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาฯ ว่ากระบวนการพิจารณาสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาฯ ที่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาและคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 266 บัญญัติให้ประธานรัฐสภามีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ ประธานรัฐสภาจึงส่งเรื่องดังกล่าวมาเพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยดังนี้

ก. คณะกรรมการสรรหาฯ มีอำนาจตัดสินสิทธิผู้สมัครอื่น ๆ ในรอบที่ 6 จำนวนสี่สิบเก้าคน ไม่นำมารวมเพื่อลงคะแนนสรรหาดังกล่าว หรือไม่ และการดำเนินการของคณะกรรมการสรรหาฯ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ข. การลงมติในรอบที่ 7 แม้จะมีคะแนนเสียงในการเสนอชื่อไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จะถือว่าเป็นมติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ หากไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะถือว่าคณะกรรมการสรรหาฯ เสนอรายชื่อผู้ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งจำนวนสองคน หรือต้องให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาสรรหาผู้ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งแทนหรือไม่

ค. เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตาม 1 และ 2 แล้ว เห็นว่ากระบวนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องมีการสรรหากรรมการการเลือกตั้งใหม่ หรือไม่

2. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม 2545

กรณีนี้เป็นกรณีที่ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 กรณีการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา 2 ประเด็นได้แก่

ประเด็นที่ 1 การพิจารณาเบื้องต้นว่าจะรับคำร้องของประธานรัฐสภาพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 ได้หรือไม่

ตามคำร้องเป็นกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาก่อนว่า คณะกรรมการสรรหาฯ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 138(1) กำหนดให้มี "คณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง" และกำหนดองค์ประกอบอำนาจหน้าที่รวมทั้งวิธีการในการปฏิบัติหน้าที่ไว้อย่าง

ชัดเจนในมาตราเดียวกัน ซึ่งทำให้คณะกรรมการสรรหา ฯ มีลักษณะครบถ้วนตามความหมายของ "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ตามนัยคำวินิจฉัยที่ 58-62/2543 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2543 ซึ่งวินิจฉัยว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสรรหา ฯ จึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามความหมายในรัฐธรรมนูญ มาตรา 266

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยที่ 54/2542 ลงวันที่ 28 ธันวาคม 2542 เกี่ยวกับลักษณะของกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไว้แล้วว่า หมายถึง (1) ลักษณะของการมีปัญหาว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือไม่ เพียงใด หรือ (2) ลักษณะของการที่ องค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปมีปัญหาได้แย้งกันว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำ หรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งกรณีตามคำร้องนี้มีปัญหาว่าในการดำเนินกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้งของ คณะกรรมการสรรหา ฯ นั้น คณะกรรมการสรรหา ฯ มีอำนาจในการตัดสินใจผู้สมควรบางคนออกจากการพิจารณาในการพิจารณารอบที่ 6 ของคณะกรรมการสรรหา ฯ หรือไม่ กรณีจึงมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 138 (1) ของคณะกรรมการสรรหา ฯ ซึ่งเป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 ได้

ประเด็นที่ 2 การสรรหากรรมการการเลือกตั้งในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 ของ คณะกรรมการสรรหาฯ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และต้องมีการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง ตาม รัฐธรรมนูญอีกหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญโดยมติเสียงข้างมาก จำนวน 9 คน โดยนายสุจินดา ยงสุนทร วินิจฉัย ว่าการสรรหากรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ เฉพาะในรอบที่ 7 ไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ ส่วนอีก 8 คน วินิจฉัยว่า การสรรหากรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ ในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเนื่องจากการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง เป็นกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 138 กำหนดขั้นตอนไว้ คือ ให้มีการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งเบื้องต้นโดยคณะกรรมการสรรหา ฯ และโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ฝ่ายละห้าคน ให้แต่ละฝ่ายเสนอรายชื่อผู้ได้รับการสรรหาต่อวุฒิสภาเพื่อเลือกผู้ได้รับการ สรรหาที่ได้เสนอชื่อมา จำนวนห้าคน เป็นผู้ได้รับเลือกเป็นกรรมการการเลือกตั้ง แม้ว่าอำนาจใน การเลือก ผู้เป็นกรรมการการเลือกตั้งจะอยู่ที่วุฒิสภา แต่บุคคลที่วุฒิสภาจะลงมติเลือกให้เป็น

กรรมการการเลือกตั้งได้ จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับการสรรหาและเสนอชื่อเข้าสู่การเลือกของวุฒิสภาโดยคณะกรรมการสรรหา ฯ และที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเท่านั้น ดังนั้นหากการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง โดยคณะกรรมการสรรหา ฯ หรือโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาซึ่งเป็นกระบวนการเบื้องต้นในการสรรหาเพื่อเสนอชื่อบุคคลให้วุฒิสภาเลือกเป็นกระบวนการสรรหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าในขั้นตอนใด ผู้ได้รับการสรรหาในขั้นตอนของกระบวนการสรรหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้น ก็ต้องเป็นผู้ได้รับการสรรหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย และแม้ผู้นั้นจะได้ถูกเสนอชื่อเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภาและได้รับเลือกเป็นกรรมการการเลือกตั้งแล้ว ผลของการได้รับเลือกก็ย่อมไม่สมบูรณ์ เนื่องจากเป็นผู้ได้รับการสรรหามาจากกระบวนการสรรหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน คือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ เมื่อกระบวนการสรรหาขั้นตอนใดกระทำโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผลที่ได้จากการกระทำเฉพาะขั้นตอนนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากได้วินิจฉัยแล้วว่า การสรรหากรรมการการเลือกตั้งในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 ของคณะกรรมการสรรหา ฯ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ต้องถือว่าผู้ได้รับการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา ฯ ในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 จำนวนสองคน คือ พลเอก ศิริรินทร์ ฯ และนายสมชัย ฯ ไม่เป็นผู้ได้รับการสรรหา อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมาก จึงวินิจฉัยว่า การสรรหากรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ เฉพาะในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 138 (1) และต้องมีการสรรหากรรมการการเลือกตั้งใหม่ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 138

3. วิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับกระบวนการสรรหาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545 กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถรับคำร้องของประธานรัฐสภาในกรณีขอให้พิจารณาวินิจฉัยกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 หรือไม่

เมื่อพิจารณา มาตรา 266 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

ในการที่ศาลจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์มาตรา 266 ได้นั้น จะต้องปรากฏว่า

1. วัตถุประสงค์หรือข้อพิพาทแห่งคดีนั้นจะต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับ “อำนาจหน้าที่” ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

2. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่จะต้องเป็นกรณีที่เป็นอำนาจหน้าที่ของ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ”

3. อำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ หากเป็นอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอื่น กรณีนั้นจะต้องเกี่ยวพันกับรัฐธรรมนูญ

วัตถุประสงค์หรือข้อพิพาทแห่งคดีตามมาตรา 266 จะต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งลักษณะปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนี้มีนักกฎหมายให้ความเห็นเป็น 2 แนวทาง⁴⁰ กล่าวคือ

ความเห็นประการแรก เห็นว่าลักษณะของปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนอกจากจะเป็นกรณีที่มีปัญหาขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปแล้ว ยังหมายรวมถึงเมื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญเกิดความสงสัยในอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญว่าองค์กรนั้นมีอำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการในเรื่องไหนเพียงใด การสงสัยในอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้ อาจเกิดขึ้นเพราะองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรนั้นเห็นเอง หรืออาจเป็นองค์กรของรัฐองค์กรอื่น หรือบุคคลอื่นเห็นก็ได้ อย่างไรก็ตามพึงไม่ลืมว่าแม้กรณีนี้จะมีผู้เห็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้หลากหลาย แต่ก็มิได้หมายความว่าใครก็ได้ที่สามารถส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย⁴¹

ความเห็นฝ่ายที่สอง เห็นว่า เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำว่า “อำนาจหน้าที่” และเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 266 นั้นเห็นว่าจะมีความหมายแคบกว่าและน่าจะมุ่งไปถึงปัญหาเรื่องขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือเฉพาะเมื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเกิดมีปัญหาคัดแย้งกันว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่งเท่านั้น โดยอาจเป็นเรื่องที่มีปัญหาเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ขัดซ้อนกัน หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอ้างว่าตนไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น ทั้งที่ความจริงแล้วมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การที่ต้องมีบทบัญญัติดังกล่าวก็เนื่องจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นอาจถูกกำหนดโดยกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่

⁴⁰ ชูติมา เหลืองอุทัยศิลป์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21, น.74.

⁴¹ อีระ สุธีวรานุ, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ,” จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 2 ฉบับที่ 5 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2542), น. 6.

กำหนดโดยรัฐธรรมนูญนั้นองค์กรต่างๆที่ใช้อำนาจรัฐไม่มีอำนาจไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง (เว้นแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้) เนื่องจากรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกติกาที่อยู่เหนือและใช้บังคับแก่องค์กรของรัฐทั้งหมด องค์กรของรัฐทั้งหมดต้องปฏิบัติตามเพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐและการใช้อำนาจหน้าที่ต่างๆขององค์กรดังกล่าวเป็นไปตามบทบัญญัติและเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 266 นั้นไม่รวมถึงกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญสงสัยในอำนาจหน้าที่ของตนด้วย

ผู้ศึกษามีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นประการที่ 2 ที่เห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหมายถึงปัญหาขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น เนื่องจากหากพิจารณา “วัตถุแห่งคดีหรือข้อพิพาทแห่งคดีตามมาตรา 266” ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้คำว่า “ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญ” แล้วจะเห็นได้ว่ามีความหมายกว้าง แต่ถ้าพิจารณาจากคำชี้แจงของเลขานุการคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญจะพบว่ามาตรา 266 เป็นเรื่ององค์กรในรัฐธรรมนูญ เช่น ผู้ตรวจการรัฐสภา คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีอำนาจหน้าที่ซ้ำซ้อนกัน ซึ่งเดิมมีการใช้ถ้อยคำว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญซ้ำซ้อนกัน” แต่ต่อมาคณะทำงานและคณะอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติให้ตัดคำว่า “ซ้ำซ้อนกัน” ออก เนื่องจากเห็นว่านอกจากกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญอาจเกิดการขัดแย้งกันในลักษณะที่ใช้อำนาจหน้าที่ซ้ำซ้อนกันแล้ว กรณีอาจเป็นไปได้ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญอาจขัดแย้งกันในลักษณะที่ต่างฝ่ายต่างโต้แย้งว่าอำนาจนั้นไม่ได้เป็นอำนาจของตน ซึ่งเมื่อพิเคราะห์จากแนวความคิดในชั้นยกร่างแล้วจะเห็นได้ชัดเจนว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าความขัดแย้งนั้นจะเป็นความขัดแย้งในทางบวกคือเป็นกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญต่างก็เห็นว่าตนมีอำนาจเช่นนั้น หรือความขัดแย้งในทางลบคือเป็นกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญต่างก็เห็นว่าตนไม่มีอำนาจหน้าที่เช่นนั้น แต่อำนาจดังกล่าวเป็นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นคู่พิพาท โดยการจำกัดความหมายของตัวบทไว้ในลักษณะนี้เพื่อเป็นการรักษาดุลยภาพขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปกระทำการที่กระทบกับอำนาจขององค์กรอื่นในกรณีที่ไม่มี ความขัดแย้งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดความรับผิดชอบในการตัดสินใจตามกฎหมายในอำนาจหน้าที่ของ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญและทำให้การเสนอข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญมีความชัดเจนแน่นอนเป็นระบบ⁴²

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงจะพบว่าไม่มีความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากวุฒิสภาสงสัยว่าการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาก็ย่อมมีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยตามมาตรา 266 ได้ แต่ในกรณีนี้วุฒิสภากลับมีมติเห็นชอบด้วยกับการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาโดยลงมติเลือกบุคคลที่ได้รับการสรรหามาเป็นกรรมการการเลือกตั้งครบทั้ง 5 คน ซึ่งเท่ากับว่าวุฒิสภาได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่มีปัญหาในเรื่องอำนาจหน้าที่หรือกระบวนการทำงานของคณะกรรมการสรรหา จึงดำเนินการลงมติเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งจนครบ 5 คนและประธานวุฒิสภาได้นำความกราบบังคมทูลเพื่อแต่งตั้ง จึงเห็นได้ว่า กระบวนการสรรหา คัดเลือก และแต่งตั้งกรรมการการเลือกตั้งได้เสร็จสิ้น และปัญหาต่างๆได้ยุติลงแล้ว จึงไม่สามารถอาศัยอำนาจตามมาตรา 266 ให้ศาลรัฐธรรมนูญย้อนกลับมาพิจารณาว่า การสรรหาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อีกเพราะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในกรณีนี้คือวุฒิสภามีได้มีความเห็นว่ามีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องอำนาจหน้าที่ของกรรมการสรรหาเกิดขึ้นแต่อย่างใด และหากจะมีปัญหาดังกล่าวจริงปัญหานี้ก็อยู่ในอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาจะวินิจฉัยชี้ขาดว่าจะรับเอากระบวนการดำเนินการดังกล่าวมาลงมติเลือกหรือไม่ และเมื่อที่ประชุมวุฒิสภาได้มีมติในเรื่องนี้เสร็จสิ้นไปแล้ว จึงไม่มีกรณีที่จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรใดตามรัฐธรรมนูญอีก⁴³

ดังนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 266 จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในเรื่องต่างๆขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดขององค์กรหนึ่งมีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่เพียงใด หรือเป็นลักษณะของการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปมีปัญหาโต้แย้งกันว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่

⁴²วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “คำตอบสำหรับบทโต้แย้งทางวิชาการกรณีตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ (ตอนที่ 1)”, www.pub-law.net . น. 2-3.

⁴³คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ข้อสังเกตและทัศนะของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง, แลงการณของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 22-23.

ล่วงหน้าหรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งหรือไม่เท่านั้น หากไม่ใช่กรณีดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจพิจารณาตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญได้

4.3.3 การพิจารณาขอบเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาขอบเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 266 นี้ จะต้องพิจารณาถึงลักษณะคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย เพื่อจะได้รู้ถึงลักษณะประเภทของคดีและขอบเขตที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยได้ ดังนี้

ประเภทของคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยโดยพิจารณาจากเนื้อหาของคำวินิจฉัย แบ่งได้เป็น 3 ประเภท⁴⁴ คือ

1. คดีที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยเป็นการพิสูจน์สิทธิ

ในคดีประเภทนี้ศาลจะได้ทำการพิจารณาถึงสภาพพื้นฐานแห่งสิทธิของบุคคลหรือองค์กร ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วคำวินิจฉัยประเภทนี้มิได้ก่อตั้งสิทธิใหม่แต่อย่างใด เนื้อหาคำวินิจฉัยประเภทนี้จึงเป็นการรับรองสิทธิหรือเป็นการประกาศให้ทราบถึงสภาพการณ์ในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น และไม่จำเป็นต้องมีการบังคับคดีแต่อย่างใด เช่น คดีเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง ตามมาตรา 47 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ คดีเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยชี้ขาดกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญ

2. คดีที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยเป็นการก่อตั้งสิทธิ

คดีที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยที่เป็นการก่อตั้งสิทธินี้จะเป็นการวินิจฉัยของศาลที่ก่อให้เกิดสิทธิขึ้นโดยตรง ผลของคำวินิจฉัยทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีสิทธิหรือไม่มีสิทธิในเรื่องนั้นๆ เช่น คดีเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองที่ได้รับการวินิจฉัยว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), น.244-245.

3. คดีที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการ โดยมุ่งหมายให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น คดีที่ศาลมีคำวินิจฉัยตามมาตรา 27 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยให้หัวหน้าพรรคการเมืองระงับหรือจัดการแก้ไขการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือคดีที่ศาลมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการสิ้นสมาชิกภาพและเป็นกรณีที่จะต้องมีการให้คืนเงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นที่ผู้นั้นได้รับมาเนื่องจากการดำรงตำแหน่งดังกล่าว ตามมาตรา 97 ของรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาลักษณะคำร้องตามมาตรา 266 มีลักษณะเป็นคดีที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยที่เป็นการพิสูจน์สิทธิ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาถึงสภาพพื้นฐานแห่งสิทธินั้นๆ เท่านั้น มิได้เป็นคดีที่มีลักษณะก่อตั้งสิทธิหรือเป็นคดีที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยให้กระทำการ โดยศาลจะพิจารณาเพียงชี้ว่าอำนาจหน้าที่ในเรื่องที่รับไว้วินิจฉัยเป็นขององค์กรหนึ่งองค์กรใดเท่านั้น หากมีอำนาจก้าวล่วงไปวินิจฉัยในประเด็นอื่นๆ ที่ไม่ใช่เรื่องการวินิจฉัยที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ แต่ในทางปฏิบัติเมื่อศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้ตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยถึงประเด็นอื่นๆ นอกจากการวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วย เช่นในคำวินิจฉัยที่ 38/2545 กรณีประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 เรื่องปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า "การสรรหาในรอบที่ 6 และ 7 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต้องถือว่าผู้ได้รับการสรรหาในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 ไม่เป็นผู้ได้รับการสรรหา แม้ว่าพลเอก ศิริรินทร์ฯ จะได้รับเลือกจากวุฒิสภาให้เป็นกรรมการการเลือกตั้งในการสรรหาในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 การเลือกนั้นก็ไม่สมบูรณ์อันมีผลให้ต้องมีการสรรหากรรมการการเลือกตั้งใหม่"

เมื่อพิจารณาอำนาจในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 266 ศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงอำนาจชี้ว่าเรื่องดังกล่าวเป็นอำนาจขององค์กรใดเท่านั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 38/2545 ให้การสรรหากรรมการการเลือกตั้งในรอบที่ 6 และรอบที่ 7 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันมีผลให้มีการสรรหาใหม่ จึงเป็นการที่ศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงวินิจฉัยว่าการเลือกนั้นไม่สมบูรณ์จนเป็นผลให้มีการสรรหาใหม่หรือผู้ได้รับเลือกหรือแต่งตั้งนั้นจะต้องพ้นจากตำแหน่ง จึงเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตราอื่นๆ ที่กำหนดให้เป็นอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยสมาชิกภาพของ ผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ แล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติกำหนด

อำนาจหน้าที่และระบุนโยบายในการรับเรื่องวินิจฉัยดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน เช่นการวินิจฉัยสมาชิกภาพของส.ส.,ส.ว. (มาตรา 96) การวินิจฉัยสมาชิกภาพของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา 142) ในขณะที่มาตรา 266 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญและไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขในการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวได้เลย⁴⁵

ปัจจุบันปัญหาเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เชื่อมโยงถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องนี้จึงยังเป็นปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข

⁴⁵ ศณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36, น. 23-24.