

คำวินิจฉัยของ นายประเสริฐ นาสกุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๕๔/๒๕๕๒

วันที่ ๒๘ ธันวาคม ๒๕๕๒

เรื่อง การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ประธานรัฐสภามีคำร้องเป็นหนังสือ ค่วนที่สุด ที่ สผ ๐๐๐๑/๕๖๒๕ ลงวันที่ ๘ ธันวาคม ๒๕๕๒ ถึงประธานศาลรัฐธรรมนูญ ความว่า นายกรัฐมนตรีได้แจ้งให้ทราบว่า ขณะนี้มีปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ และมาตรา ๒๗๙ ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งประธานรัฐสภาเห็นว่า เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์กรมรัฐธรรมนูญ และของนายกรัฐมนตรี อันอาจเป็นผลให้การจัดตั้งศาลปกครองเป็นไปด้วยความล่าช้าและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เมื่อนายกรัฐมนตรีและวุฒิสภามีข้อจำกัดจนไม่สามารถเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการยุติปัญหาข้อขัดแย้งโดยเร็ว อันจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติ และประชาชนที่จะได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลปกครอง จึงจำเป็นต้องใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามคำร้องขอของนายกรัฐมนตรี

ข้อเท็จจริงที่ได้จากการพิจารณา๑. รัฐธรรมนูญ

๑.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๖) พุทธศักราช ๒๕๓๕
บัญญัติว่า

“มาตรา ๒๑๑ เทรส สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้อง จัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาสองร้อยสี่สิบวัน นับแต่วันที่มิสสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญครบจำนวนตามมาตรา ๒๑๑ ทวิ

ฯลฯ

มาตรา ๒๑๑ บัณรส เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นแล้ว ให้นำเสนอต่อรัฐสภา



LIRT

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีสิทธิเข้าชี้แจงประกอบร่างรัฐธรรมนูญนั้นในที่ประชุมร่วมกัน
ของรัฐสภาได้

ให้รัฐสภาพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ โดยจะแก้ไขเพิ่มเติม
ประการใดมิได้...

“ล๑”

๑.๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติว่า

“มาตรา ๗ ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้น
ไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

มาตรา ๒๗๗ การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติก่อน แล้วจึงนำความ
กราบบังคมทูล

ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินอาจได้รับ
แต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ การแต่งตั้งให้บุคคลดังกล่าวเป็นตุลาการในศาลปกครอง
สูงสุด ให้แต่งตั้งไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด และต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล

การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษตุลาการในศาลปกครอง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา ๒๗๘ การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครอง
สูงสุดนั้น เมื่อได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภาแล้ว ให้นายก
รัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป

มาตรา ๒๗๙ คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกอบด้วยบุคคล ดังต่อไปนี้

- (๑) ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ
- (๒) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง
- (๓) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภาสองคน และจากคณะรัฐมนตรีอีก
หนึ่งคน

คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และวิธีการเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้เป็นไปตามที่
กฎหมายบัญญัติ

มาตรา ๓๒๐

ฯลฯ

ฯลฯ

ในระหว่างที่ยังไม่มีศาลปกครองสูงสุด มิให้นำมาตรา ๒๕๕ (๒) มาใช้บังคับ และให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกสิบสองคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากบุคคลตามมาตรา ๒๕๕ (๑) (๓) และ (๔)

มาตรา ๓๓๔ ในวาระเริ่มแรก ให้ดำเนินการต่างๆ ดังต่อไปนี้ ให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด

ฯลฯ

(๓) ให้ดำเนินการจัดตั้งศาลปกครองตามมาตรา ๒๗๖ ให้แล้วเสร็จภายในสองปี นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้

ฯลฯ”

๒. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า

“มาตรา ๑๕ ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓ และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนหนึ่ง เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด แล้วให้เสนอชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับการเสนอชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนใดให้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือก แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

วิธีการคัดเลือกประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ศป. กำหนด โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด



LIRT

มาตรา ๕๗ การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกเมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ประกอบด้วยข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาสองคน ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้พิพากษาในศาลฎีกาสองคน ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา และได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการอัยการหนึ่งคน ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนหนึ่งคน ผู้แทนคณะกรรมการสภาพนายความหนึ่งคน ผู้แทนคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสองคน และผู้แทนคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน เป็นกรรมการ และให้กรรมการดังกล่าวเลือกกรรมการด้วยตนเองคนหนึ่งเป็นประธานกรรมการ

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งเลือกข้าราชการฝ่ายศาลปกครองคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นเลขานุการ

มาตรา ๕๘ ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้ และมีความรู้ความสามารถ และความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน และให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะคัดเลือกจากผู้สนใจสมัครและผู้ที่ยื่นขอหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓ (๔) เสนอขึ้น และให้บุคคลดังกล่าวแสดงหลักฐานผลงานทางวิชาการหรือทางประสบการณ์ที่บ่งชี้ถึงความรู้ความสามารถที่เหมาะสมสำหรับตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อสรรหาบุคคลที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมที่สุดตามจำนวนที่กำหนดในวรรคหนึ่ง ในการนี้ ให้เปิดเผยบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะคัดเลือกและรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ทราบทั่วไป และเชิญชวนให้บุคคลในวงการกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินให้ข้อคิดเห็น และนำมาพิจารณาก่อนนำรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกในขั้นที่สุดเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป

เมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นอันพ้นจากหน้าที่ และให้ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วยตนเอง เป็นประธานศาลปกครองสูงสุดหนึ่งคน รองประธานศาลปกครองสูงสุดสองคน และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดสี่คน และให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม



LIRT

มาตรา ๕๕ ในระยะเริ่มแรก ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับแต่งตั้งตามมาตรา ๕๔ คัดเลือกรายชื่อบุคคลผู้มีคุณสมบัติและมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นศาลละหนึ่งคน และตุลาการศาลปกครองชั้นต้นอีกไม่เกินหนึ่งร้อยสามสิบคน และให้ดำเนินการตามมาตรา ๕๔ วรรคสอง โดยอนุโลม ก่อนเสนอรายชื่อให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง”

๓. นายกรัฐมนตรีมีหนังสือ ที่ นร ๐๒๐๑/๖๑ (พิเศษ) ลงวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ถึงประธานวุฒิสภา ส่งสำเนาหนังสือประธานกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ สป ๐๐๐๑/๖๕๓ ลงวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ และบัญชีรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พร้อมกับเสนอข้อสังเกตประกอบการพิจารณา ความว่า

๓.๑ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๔ การดำเนินการตั้งแต่ขั้นตอนแรกเพื่อให้ได้มาซึ่งรายชื่อบุคคลที่สมควรคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จนถึงขั้นสุดท้ายที่ต้องคัดเลือกให้ได้รายชื่อผู้มีความรู้ ความสามารถ และความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกิน ๒๓ คน และเสนอรายชื่อไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไปนั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งตั้งขึ้นตามมาตรา ๕๗ โดยที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมิได้อำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด นอกจากรับรายชื่อจากคณะกรรมการดังกล่าวแล้วนำเสนอต่อวุฒิสภากายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ

๓.๒ การเสนอรายชื่อบุคคลที่จะขอรับการแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งนี้เป็นการเสนอครั้งแรก โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๔ ประกอบกับมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง โดยยังมิได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ ทั้งนี้ เพราะก.ศป. จะเกิดขึ้นได้ เมื่อมีบุคคลตามมาตรา ๒๗๕ ครบถ้วน แต่องค์ประกอบตามมาตรา ๒๗๕ จะเกิดขึ้นได้ เมื่อมีประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครอง ดังนั้น การที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ ที่ว่า “ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล” จึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจปฏิบัติได้ ปัญหาข้อนี้เคยมีการยกขึ้นพิจารณาแล้ว ทั้งในชั้นการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา แต่ก็ไม่อาจหาทางออกเป็นประการอื่นได้ ทุกฝ่ายจึงเห็นว่า ควรดำเนินการโดยใช้หลักในการอุดช่องว่างกฎหมายและตีความกฎหมายไปในทางที่ให้เกิดผลใช้บังคับได้มากที่สุด เพื่อให้มีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดระยะแรกให้ทันภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด

ต่อจากนั้น จึงให้คณะตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการเพื่อกระทำการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติให้สำเร็จเรียบร้อย แม้เมื่อถึงขั้นที่รัฐสภาส่งร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ให้รัฐบาลเพื่อนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย รัฐบาลก็ได้หารือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอย่างเป็นทางการอีกครั้งหนึ่ง และได้รับคำชี้แจงยืนยันว่า เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนั้น แต่ไม่อาจปฏิบัติได้ ประกอบกับมีเงื่อนไขบังคับให้ต้องดำเนินการตามกฎหมายให้เสร็จภายในสองปี จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อแก้ปัญหาให้ลุล่วงไป มิฉะนั้นจะไม่อาจแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองได้ การจัดตั้งศาลปกครองจะไม่สัมฤทธิ์ผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและความต้องการของประชาชน

๔. ประธานวุฒิสภามีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ สว ๐๐๐๘/๓๑๒๒ ลงวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ถึงนายกรัฐมนตรี ความว่า การเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนยี่สิบสามคน ตามบัญชีรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีเสนอนั้น ไม่ได้ผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ และรัฐธรรมนูญมิได้ยกเว้นให้วุฒิสภาสามารถให้ความเห็นชอบรายชื่อดังกล่าวโดยที่ยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองได้ ดังนั้น วุฒิสภาจึงมีมติไม่รับพิจารณารายชื่อดังกล่าว

ต่อมา เลขานุการวุฒิสภามีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ สว ๐๐๐๒/๓๒๗๑ ลงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๒ ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ส่งความเห็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด พร้อมด้วยสำเนารายงานการประชุมวุฒิสภาเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. สรุปความได้ว่า ในขั้นที่มีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในวาระที่สอง-สาม ได้มีปัญหว่า ในวาระเริ่มแรก จะดำเนินการอย่างไร ผู้ร่างได้หาทางออก โดยการกำหนดบทเฉพาะกาลไว้ในมาตรา ๕๗ ว่า ในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกนั้น ให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดชั้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนหน่วยราชการต่างๆ และผู้แทนคณะกรรมการสภานายความ รวมทั้งสิ้นสิบคน โดยให้คณะกรรมการดังกล่าวทำหน้าที่คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน แล้วเสนอให้นายกรัฐมนตรีเพื่อนำเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล แต่สมาชิกวุฒิสภา (นายวีระชัย สุตรสุวรรณ) สงวนคำแปรญัตติ โดยเห็นว่า การบัญญัติเช่นนั้นเป็นการไม่ชอบ เพราะรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ กำหนดไว้ชัดเจนว่า การแต่งตั้งจะต้องได้รับความเห็นชอบจาก ก.ศป. ก่อน เมื่อร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีคณะกรรมการขึ้นเป็นพิเศษเพื่อดำเนินการแต่งตั้ง จึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ตามวุฒิสภามีมติในประเด็นว่า ร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากแต่มีมติว่า

จะใช้ร่างของกรรมาธิการ หรือของผู้สงวนคำแปรญัตติ และที่ประชุมเสียงข้างมากเห็นชอบด้วยกับร่างของกรรมาธิการ ประธานในที่ประชุมได้ตั้งข้อสังเกตว่า ถ้าบัญญัติตามร่างของกรรมาธิการก็ขัดต่อมาตรา ๒๗๗ แต่ถ้าบัญญัติตามข้อเสนอของผู้สงวนคำแปรญัตติก็จะขัดมาตรา ๒๗๕ และในขณะนั้นวุฒิสภาไม่อาจดำเนินการแก้ไขอย่างใดได้ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

๔.๑ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓๔ (๓) ให้ดำเนินการจัดตั้งศาลปกครองให้เสร็จภายในสองปีนับแต่วันที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับ ขณะนั้นระยะเวลาสองปี ใกล้จะครบแล้ว (วุฒิสภาพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ วาระที่ ๒ และวาระที่ ๓ เมื่อวันที่ ๒ กรกฎาคม ๒๕๕๒ แต่วันที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับครบสองปี คือ วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๕๒)

๔.๒ ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติใด ๆ รัฐธรรมนูญกำหนดให้วุฒิสภาต้องดำเนินการให้เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าเป็นกฎหมายธรรมดาต้องเสร็จภายในหกสิบวัน ถ้าเป็นกฎหมายการเงินต้องเสร็จภายในสามสิบวัน หากจำเป็นอาจขยายระยะเวลาได้อีกไม่เกินสามสิบวัน ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ เป็นกฎหมายการเงิน และวุฒิสภาได้ขยายระยะเวลาเต็มอัตราแล้ว

๔.๓ วุฒิสภาไม่มีทางใดที่จะแก้ไขร่างพระราชบัญญัตินี้ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้อีกทั้งปัญหาดังกล่าวไม่อาจแก้ไขได้ด้วยวิธีการตราเป็นพระราชบัญญัติ เพราะองค์ประกอบของบุคคลตามมาตรา ๒๗๕ (๑) และ (๒) ยังไม่เกิด ครั้นจะเขียนกฎหมายกำหนดให้ ก.ศป. ประกอบด้วยบุคคลอื่นก็ขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๕ จึงจำเป็นต้องปล่อยให้ผ่านไปเช่นนั้น หากมีปัญหาวาดด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว สมาชิกยังมีโอกาสที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก่อนที่จะนำความกราบบังคมทูลได้ แต่ไม่ปรากฏว่ามีสมาชิกขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงได้รับการตราเป็นกฎหมาย และใช้บังคับนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นมา

๔.๔ ต่อมาคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้คัดเลือกบุคคลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา ๕๘ จำนวนยี่สิบสามคน เสนอไปยังนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีได้เสนอไปยังวุฒิสภา โดยนายกรัฐมนตรีตั้งข้อสังเกตไปด้วยว่า รายชื่อที่เสนอไปนี้มีได้ผ่านความเห็นชอบของ ก.ศป.

๔.๕ นอกจากนี้ ได้ส่งเหตุผลของวุฒิสภามาด้วย สรุปได้ว่า

๔.๕.๑ ในการดำเนินการของวุฒิสภา ต้องตรวจสอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องก่อน ในกรณีที่รัฐธรรมนูญแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติ วุฒิสภาจะต้องยึดตามรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา ๖ ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ อีกทั้งจะต้องคำนึงถึงคำปฏิญาณก่อนเข้ารับตำแหน่งที่ว่า “จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ” ด้วย



๔.๕.๒ เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ บัญญัติว่า การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) แต่บทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ กำหนดให้แต่งตั้งได้ โดยมีคณะกรรมการพิเศษเป็นการเฉพาะที่จะคัดเลือก โดยคณะกรรมการดังกล่าวมิใช่ ก.ศป. และมีได้มีองค์ประกอบใดๆ ใกล้เคียงกับ ก.ศป. ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเลย นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญไม่บัญญัติยกเว้นไว้ในที่ใดว่า วุฒิสภาสสามารถให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งบุคคลใด โดยที่บุคคลนั้นยังมีได้ผ่านความเห็นชอบของ ก.ศป. ก่อนได้ กรณีจึงเห็นได้ชัดว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ กำหนดขบวนการในการแต่งตั้งไว้แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นเช่นนี้ วุฒิสภาจึงต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยไม่มีทางเลือกเลย เมื่อรายชื่อบุคคลทั้งสี่สิบสามคน ยังมีได้ผ่านความเห็นชอบของ ก.ศป. ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความเห็นชอบได้

๔.๕.๓ มีปัญหาว่า วุฒิสภาจะวินิจฉัยเช่นนั้นได้หรือไม่ เหตุใดจึงไม่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย คำตอบคือ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดจะต้องได้รับความเห็นชอบของ ก.ศป. ก่อน แม้สมาชิกวุฒิสภามีข้อสงสัย วุฒิสภาก็ไม่อยู่ในฐานะที่จะอาศัยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ เพราะปัญหาทำนองนี้เคยเกิดขึ้นกับวุฒิสภาครั้งหนึ่งแล้ว คือ ในกรณีวุฒิสภาจะต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีปัญหาว่า เมื่อศาลฎีกาส่งรายชื่อบุคคลที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาคัดเลือกจำนวนห้าคนให้วุฒิสภา วุฒิสภาจะตรวจสอบและไม่ให้ความเห็นชอบได้หรือไม่ วุฒิสภาได้มีมติว่า กรณีเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา จึงให้ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในฐานะศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กรณียังไม่เป็นปัญหาที่จะต้องวินิจฉัย หากวุฒิสภาเห็นอย่างไร ให้ดำเนินการไป ซึ่งผลการวินิจฉัยดังกล่าวย่อมผูกพันวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๘ ประกอบกับมาตรา ๓๒๐ วุฒิสภาจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้อีก

๔.๕.๔ มีผู้เสนอแนะว่า เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นทางตัน ควรจะใช้หลักแห่งการอุดช่องว่างในการตีความกฎหมาย กล่าวคือ ถือเอาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะให้จัดตั้งศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายในสองปี มาเป็นหลักนั้น เห็นว่า การจะอุดช่องว่างใดๆ ตามหลักการดังกล่าว ต้องมิใช่เป็นการอุดช่องว่างจนเป็นผลให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศโดยสิ้นเชิง มิเช่นนั้นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็จะหมดความหมาย และสามารถเปลี่ยนแปลงได้ง่ายๆ

มีผู้อ้างเจตนารมณ์ที่ว่า จะต้องดำเนินการจัดตั้งศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายในสองปี มาเป็นเหตุผลในการที่จะให้วุฒิสภาดำเนินการให้ความเห็นชอบรายชื่อบุคคลดังกล่าว นั้น เห็นว่า การจัดตั้งศาลปกครองได้ดำเนินการแล้วเสร็จภายในสองปี ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ในขณะที่อยู่ในระหว่างการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง อันเป็นอีกขั้นตอนหนึ่ง ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่า จะต้องทำให้แล้วเสร็จเมื่อใด และถึงแม้จะมีการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ในวันนี้ ก็เลยสองปีแล้ว (ครบสองปีเมื่อวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๒) ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ยิ่งไปกว่านั้น แม้จะได้ตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว ศาลปกครองก็ยังดำเนินการพิจารณาคดีไม่ได้ เพราะยังไม่มีศาลปกครองชั้นต้น

ประการสำคัญที่สุด การอาศัยระยะเวลาสองปี ดังกล่าวมาเป็นเจตนารมณ์หลักจกนลิมเจตนารมณ์ของขบวนการในการตั้งตุลาการศาลปกครองอย่างสิ้นเชิง น่าจะไม่ชอบด้วยหลักการ เพราะถ้าพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ และมาตรา ๒๗๙ แล้ว จะเห็นได้ชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์อย่างแรงกล้าที่จะให้ขบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองเป็นกระบวนการอิสระได้รับความคุ้มครอง และมีมาตรฐาน รวมทั้งให้ตุลาการศาลปกครองมีส่วนร่วมอย่างใกล้ชิด เจตนารมณ์นี้บัญญัติไว้ถึง ๓ มาตรา ในบทถาวร หากจะนำบทเฉพาะกาลที่เขียนไว้เพียงสั้น ๆ เรื่องระยะเวลา มาลบล้างเจตนารมณ์ดังกล่าวน่าจะเป็นการไม่ชอบ ระยะเวลาที่กำหนดไว้เป็นเพียงการบังคับองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จโดยเร็วเท่านั้น คงมิได้มุ่งหมายถึงขนาดที่ว่า จะทำอย่างไรก็ได้แต่ขอให้เสร็จภายในสองปี

อนึ่ง วุฒิสภามีได้มีอำนาจหน้าที่ตีความ จึงไม่สามารถใช้หลักการอุดช่องว่างมาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการได้ เมื่อเกิดกรณีมีปัญหาค้น วุฒิสภาได้แต่จะดำเนินการไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้ว ส่วนจะมีการตีความอย่างไร ย่อมต้องเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอย่างไร จึงจะถือเป็นเด็ดขาดและที่สุดได้

๔.๕.๕ มีผู้ตั้งข้อสงสัยว่า เมื่อวุฒิสภาสงสัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เหตุใดจึงไม่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในชั้นนั้น ซึ่งเรื่องนี้ชี้แจงได้ว่า วุฒิสภามีได้มีอำนาจหรือหน้าที่ในการส่งร่างพระราชบัญญัติใดๆ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หากแต่เป็นสิทธิของสมาชิกที่จะเข้าชื้อกันตามจำนวนที่กำหนด เมื่อสมาชิกมิได้เข้าชื้อกันยอมเป็นอันสุดวิสัยที่จะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือจะบังคับชักชวนอย่างไรก็ไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ปัญหาเรื่องนี้มิได้อยู่ที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ โดยตรง หากแต่อยู่ที่รัฐธรรมนูญมิได้เขียนช่องทางไว้ให้ ในชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้มีการอภิปรายถึงช่องทางที่จะทำให้อุดช่องว่างตามรัฐธรรมนูญแล้ว แต่ไม่พบช่องทางใดที่จะทำได้ อันจะเห็นได้จากรายงานการประชุมของวุฒิสภา

๔.๕.๖ มีผู้ตั้งข้อสงสัยว่า วุฒิสภาอาศัยอำนาจใดในการส่งคืนให้นายกรัฐมนตรี ดูเสมือนเป็นการปฏิเสธที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้น ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า เมื่อนายกรัฐมนตรีส่งรายชื่อไปให้วุฒิสภา โดยแจ้งว่า ยังมีได้ผ่านความเห็นชอบของ ก.ศป. ข้อเท็จจริงจึงชัดเจนว่า รายชื่อดังกล่าวยังมีได้เป็นไปตาม ขั้นตอนและเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วุฒิสภาก็มีมติว่า ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบถึงมติดังกล่าวพร้อมทั้งเหตุผล (มีได้ส่งคืนหรือปฏิเสธที่จะปฏิบัติหน้าที่) เพราะอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภานั้นมีได้มีอย่างปราศจากขอบเขต การจะทำได้หรือไม่เพียงใด ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ สิ่งใดที่มีได้เป็นไปตามขั้นตอนหรือเงื่อนไขดังกล่าว วุฒิสภาย่อมไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาได้ เช่น รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า การเสนอร่างพระราชบัญญัติ จะต้องเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน เมื่อสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบแล้ว จึงให้เสนอวุฒิสภาพิจารณาต่อไป หากมีผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติมายังวุฒิสภาโดยยังมีได้ผ่านการเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาย่อมไม่มีอำนาจที่จะพิจารณา แต่จะแจ้งกลับไปหรืออีกตัวอย่างหนึ่ง หากมีการส่งรายชื่อบุคคลมาให้วุฒิสภาเพื่อเลือกให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีได้ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการสรรหาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๗ (๑) หรือคณะกรรมการสรรหามีได้ประกอบด้วยบุคคลตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๗ (๑) หรือมาตรา ๓๑๕ แล้วแต่กรณี วุฒิสภาย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาได้เช่นเดียวกัน

๔.๕.๗ ปัญหาในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองนั้น ยังมีได้สิ้นสุดเพียงเท่านั้น เพราะตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ บัญญัติว่า เมื่อได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว ให้คณะกรรมการคัดเลือก ฯ เป็นอันสิ้นสุดลง แต่การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดนั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ต้องได้รับความเห็นชอบของ ก.ศป. ก่อนไปวุฒิสภาอีกเช่นกัน แม้นในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ จะบัญญัติให้ตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวนยี่สิบสามคนเป็นผู้คัดเลือก ก็จะทำให้เกิดปัญหาอีกครั้งหนึ่งว่า จะกระทำหรือไม่ และยิ่งในขั้นที่จะแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นซึ่งจะต้องผ่าน ก.ศป. อีกเช่นเดียวกัน รวมความว่า ถ้ามีได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดให้เป็นที่ยุติ การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองแต่ละระดับจะถูกพิจารณาโดยคณะบุคคลแตกต่างกันไป โดยไม่ถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

๕. นายกรัฐมนตรีมีหนังสือ ที่ นร ๐๒๐๑/๖๗ (พิเศษ) ลงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๒ ถึงประธานรัฐสภา ขอให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย รวม ๒ ประเด็น คือ



๕.๑ การอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญโดยการให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ทำหน้าที่คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แทนการให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แล้วเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกให้นายกรัฐมนตรีเสนอไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นกรณีที่ปฏิบัติ หรือดำเนินการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

๕.๒ การที่วุฒิสภามีมติในคราวประชุมครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ไม่รับรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่นายกรัฐมนตรีเสนอต่อวุฒิสภาไว้พิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยอ้างว่า “การเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนยี่สิบสามคน ตามรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีเสนอนั้น ไม่ผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ และรัฐธรรมนูญไม่ยกเว้นให้วุฒิสภาสามารถให้ความเห็นชอบรายชื่อดังกล่าว โดยที่ยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ได้” นั้น เป็นการปฏิบัติ หรือดำเนินการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

พร้อมกันนี้ได้ส่งความเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ให้ประธานรัฐสภาพิจารณาประกอบด้วย

๖. เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า

๖.๑ การที่นายกรัฐมนตรีส่งรายชื่อบุคคลผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวนยี่สิบสามคน เพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบนั้น เป็นการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้พิจารณาให้ตราขึ้นเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง

ข้อเท็จจริงในการบัญญัติมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตราอื่นๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ นั้น ปรากฏชัดแจ้งในการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาว่า สภาทั้งสองได้ตระหนักดีว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองไว้เพียงในมาตรา ๒๗๗ และมาตรา ๒๗๘ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่จะนำมาใช้ในกรณีปกติเมื่อศาลปกครองมีองค์ประกอบครบถ้วนและเปิดทำการแล้ว แต่ในครั้งแรกที่ยังไม่มีตุลาการในศาลปกครองเกิดขึ้น รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า ให้กระทำโดยวิธีการใด

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การจัดตั้งศาลปกครองสามารถกระทำได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จึงปรากฏว่า ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้พิจารณากำหนดกลไกในการดำเนินการเพื่อให้มีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกเกิดขึ้น และให้เป็นองค์กรดำเนินการต่าง ๆ ในอันที่จะเปิดทำการศาลปกครองเพื่อรับคดีจากประชาชนได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ถ้าจะกล่าวโดยเฉพาะสำหรับการพิจารณาของวุฒิสภาในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว ปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนว่า หลังจากที่วุฒิสภาเห็นชอบด้วยกับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัตินี้ที่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎร ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญชั้นคณะหนึ่ง เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และคณะกรรมการ ฯ ได้ดำเนินการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงวิธีการในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในสาระสำคัญเป็นอันมาก (ซึ่งปรากฏในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ มาตรา ๕๙ และมาตรา ๑๐๐ ของพระราชบัญญัติที่ประกาศใช้บังคับแล้ว) โดยได้ปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดชั้นใหม่ทั้งหมด ปรับปรุงวิธีการดำเนินงานของคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก่อนที่จะเสนอรายชื่อให้วุฒิสภาเห็นชอบและที่สำคัญอย่างยิ่ง คือ คณะกรรมการของวุฒิสภาได้เพิ่มมาตรา ๑๐๐ โดยบัญญัติว่า เมื่อมีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นเป็นครั้งแรกตามวิธีการที่กำหนดในร่างพระราชบัญญัตินี้แล้ว ให้ดำเนินการให้มีการเลือกกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ขึ้นภายในเก้าสิบวัน

เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเท่ากับว่า คณะกรรมการของวุฒิสภาเป็นผู้พิจารณากำหนดรายละเอียดวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรก และเป็นผู้กำหนดว่า หลังจากจัดให้มีตุลาการในศาลปกครองแล้ว จึงจะสามารถดำเนินการให้มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ฉะนั้น ความเข้าใจว่าการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรก ไม่อาจมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) จึงเป็นที่ยอมรับตั้งแต่ในชั้นการพิจารณาพระราชบัญญัตินี้แล้ว

ต่อมาเมื่อคณะกรรมการ ฯ ได้เสนอร่างแก้ไขต่อวุฒิสภาในวาระที่สอง ได้มีสมาชิกวุฒิสภาท่านหนึ่งแปรญัตติโดยหยิบยกปัญหาว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่คณะกรรมการ ฯ แก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะไม่มีการเสนอรายชื่อผ่านคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งคณะกรรมการ ฯ ชี้แจงว่า คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองไม่อาจเกิดขึ้นได้ ถ้าไม่มีตุลาการในศาลปกครองชุดแรกเกิดขึ้น จึงต้องมีบทบัญญัติกำหนดวิธีการในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชุดแรก เพื่อให้มีองค์ประกอบเป็นคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.)

ต่อไป เมื่อมีข้อโต้แย้งว่า มาตรา ๕๗ และบทบัญญัติส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดวิธีการในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรก จะสามารถบัญญัติเช่นนั้นได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ วุฒิสภาจึงลงมติในประเด็นดังกล่าว และปรากฏว่า สมาชิกวุฒิสภาส่วนใหญ่ได้ลงมติเห็นชอบกับ วิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชุดแรก (ด้วยคะแนนเสียง ๑๐๕ ต่อ ๒๓)

เมื่อร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาและส่งกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณา สภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบตามร่างที่วุฒิสภาแก้ไข และปัจจุบันได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายไปตามนั้น

จากข้อเท็จจริงความเป็นมาดังกล่าวข้างต้น จึงปรากฏว่า บทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตราอื่นที่เกี่ยวข้อง เป็นบทบัญญัติที่วุฒิสภาเป็นผู้ตราขึ้นโดยแท้ และได้มีการพิจารณาจนลงมติเห็นชอบในประเด็นว่า การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรก ให้กระทำการตามวิธีการที่กำหนดในกฎหมายนี้ โดยไม่มีการผ่านการให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งยังไม่อาจเกิดขึ้นได้ในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรก โดยเห็นกันว่า ไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

สำหรับกลไกการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติที่วุฒิสภาเป็นผู้กำหนดขึ้นนั้น ได้กำหนดไว้ว่า ให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ประกอบด้วย ผู้แทนขององค์กรต่างๆ ซึ่งผู้แทนขององค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายดังกล่าวจะเป็นผู้ดำเนินการคัดเลือก และเมื่อคณะกรรมการคัดเลือกได้คัดเลือกบุคคลที่สมควรเป็นตุลาการในศาลปกครองตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว จึงจะส่งรายชื่อให้นายกรัฐมนตรีเพื่อส่งต่อไปให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ เพื่อที่นายกรัฐมนตรีจะได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการคัดเลือกฯ ตามพระราชบัญญัตินี้มิใช่เป็นบุคคลที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง นายกรัฐมนตรีจะมีหน้าที่เพียงแต่นำรายชื่อทั้งหมดที่คณะกรรมการคัดเลือกฯ ส่งให้วุฒิสภา โดยไม่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาถ่วงดุลในตัวบุคคลที่ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการคัดเลือกฯ แต่วุฒิสภาได้กำหนดหน้าที่ของวุฒิสภาไว้ว่า วุฒิสภาจะเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบในตัวบุคคลที่ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการดังกล่าวว่า สมควรแต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครอง เพื่อทำหน้าที่ดำเนินการต่างๆ รวมทั้งการจัดให้มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ตป.) ต่อไป

เมื่อขั้นตอนในการดำเนินการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) และพระมหากษัตริย์ได้ทรง

ลงพระปรมาภิไธยให้ใช้บังคับเป็นกฎหมาย การดำเนินการของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งและการปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามที่วุฒิสภาได้เป็นผู้กำหนดวิธีการเช่นนั้น โดยรับรองว่า เป็นการถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อเป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่วุฒิสภาประสงค์จะให้ เป็นวิธีการในการให้มีศาลปกครองตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาจึงไม่มีเหตุที่จะยกขึ้นอ้างว่า การปฏิบัติตามกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ครบถ้วนของรัฐธรรมนูญเป็นการดำเนินการที่ขัดกับรัฐธรรมนูญขึ้นได้ ในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมต้องถือว่า เป็นการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อย่างชัดแจ้ง

๖.๒ สำหรับปัญหาในหลักกฎหมายว่า การดำเนินการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามที่บัญญัติในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ จะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในปัญหานี้ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้เคยพิจารณาและวินิจฉัยแล้วว่า กลไกที่สร้างขึ้นตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับการให้มีศาลปกครองเกิดขึ้น และสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น

อย่างไรก็ตาม เพื่อความชัดเจนในหลักกฎหมาย จึงเห็นสมควรชี้แจงหลักกฎหมายที่นำมาใช้ในการตรากฎหมายนี้ ดังนี้ การที่มาตรา ๒๗๗ และมาตรา ๒๗๕ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อนนั้น ต้องเข้าใจต่อไปด้วยว่า ในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกนั้น ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง เนื่องจากยังไม่มีตุลาการในศาลปกครอง ไม่ว่าจะเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการในศาลปกครอง ซึ่งต้องเลือกกันเองก่อน จำนวนเก้าคน ที่จะมาเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกไว้ แต่ในขณะเดียวกันมาตรา ๓๓๔ (๓) ได้บัญญัติบังคับว่า ต้องดำเนินการจัดตั้งศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายในสองปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จึงปรากฏให้เห็นชัดเจนว่า จะต้องดำเนินการให้มีการจัดตั้งศาลปกครอง และสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ฉะนั้น การใช้รัฐธรรมนูญ จึงต้องเข้าใจไปในทางที่จะทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้



การที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทเฉพาะกาล บัญญัติเรื่องการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกไว้ จึงไม่อาจจะเข้าใจ หรือแปลความหมายของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไปในทางที่ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ มีความประสงค์ที่จะต้องแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ก่อนที่จะจัดให้มีศาลปกครองขึ้น เพราะคงจะเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดอย่างยิ่งที่รัฐธรรมนูญจะสร้างกลไกไว้เช่นนั้น ความเข้าใจในเรื่องนี้ จึงต้องเข้าใจในหลักเรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมายว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการให้มีตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกเพื่อให้ไปทำหน้าที่ก่อนที่จะมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเกิดขึ้น แต่มีความประสงค์ที่จะให้ศาลปกครองเกิดขึ้นในเวลาที่กำหนดไว้แน่นอน และความจำเป็นต้องมีตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกเป็นสิ่งที่ยอมรับว่า จะต้องดำเนินการให้มีขึ้นก่อน จึงเป็นการระงับหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องสร้างกลไกไว้ในกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความครบถ้วนสมบูรณ์ และสามารถปฏิบัติได้ตามความประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับในทางวิชาการ ทางกฎหมาย และเข้าใจกันทั่วไป และกรณีนี้มีใช่เป็นเรื่องแรก หากแต่ได้มีการดำเนินการในหลายเรื่อง เพื่อให้รัฐธรรมนูญใช้บังคับได้ เช่น การเข้าชื่อถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ ซึ่งบัญญัติไว้เพียงแต่จำนวนคะแนนเสียงที่จะให้ถอดถอน แต่มิได้บัญญัติวิธีการเริ่มต้นในการเสนอให้มีการถอดถอน รัฐสภาจึงจำเป็นต้องสร้างกลไกในกฎหมายเพิ่มเติมเพื่ออนุวัติการตามมาตราดังกล่าวให้เกิดความครบถ้วนขึ้น ฉะนั้น วิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย จึงเป็นการบัญญัติในสิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ แต่เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีเพื่อให้รัฐธรรมนูญบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ ไม่อาจถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้แก้ไขในสิ่งใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้ว หลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น รัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) ซึ่งเป็นองค์กรทางนิติบัญญัติก็ได้นำมาใช้เพื่อแก้ไขในเรื่องดังกล่าว โดยได้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ อนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเรื่องศาลปกครอง โดยได้กำหนดวิธีการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองในวาระแรก จึงต้องถือว่า รัฐสภาได้ปฏิบัติหน้าที่ในทางนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อให้สามารถปฏิบัติให้เป็นไปได้อย่างแท้จริง

ดังนั้น เมื่อกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบให้มีขึ้น การที่องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายดังกล่าวเสนอปัญหาว่า จะสามารถทำได้โดยขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อีก หลังจากที่ได้เห็นชอบกับวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและมีผลใช้บังคับไปแล้ว จึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อความเป็นจริง และจะต้องระลึกถึงหลักในทางกฎหมาย และความเป็นจริงว่า ในการตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับนั้นต้องมืองค์กรที่เกี่ยวข้องอยู่ ๓ องค์กร คือ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และพระมหากษัตริย์

พระราชบัญญัติที่เป็นปัญหานี้เป็นพระราชบัญญัติที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา การที่วุฒิสภายกประเด็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมแสดงว่า การให้คำแนะนำและยินยอมต่อพระมหากษัตริย์นั้น มิได้เป็นไปโดยความรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสื่อมวลชนจากผู้รับผิดชอบในเรื่องนี้ที่อ้างว่า การที่ผ่านกฎหมายในขณะนั้น เพราะต้องรีบดำเนินการ เนื่องจากไม่มีเวลาเพียงพอ อันเป็นข้ออ้างที่แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้น

๖.๓ ในส่วนของข้อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามที่มีผู้เสนอไว้ นั้น เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอเพื่อประกอบการพิจารณา ดังนี้

๖.๓.๑ ข้อเสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อบทเฉพาะกาล เรื่องการไม่นำมาตรา ๒๗๗ ของรัฐธรรมนูญมาใช้ในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกนั้น โดยที่ได้ให้ความเห็นไว้ข้างต้นว่า การดำเนินการตามขั้นตอนในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกนี้ เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายให้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญบังคับได้อย่างครบถ้วนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นกรณีที่เป็นปัญหาว่า บทบัญญัติมาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การจะแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีกระบวนการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกเพิ่มขึ้น จึงไม่มีกรณีที่ต้องดำเนินการ

อย่างไรก็ตาม หากจะมีการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งจากข้อเสนอทำให้เข้าใจได้ว่า คงจะประสงค์ให้รัฐบาลเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการนั้น ซึ่งในประเด็นนี้ ดังได้กล่าวแล้วว่า ในเรื่องนี้นายกรัฐมนตรี (ไม่ใช่คณะรัฐมนตรี) มีหน้าที่ตามกฎหมายเพียงนำรายชื่อของผู้ที่ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการคัดเลือก ฯ ส่งให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบเท่านั้น ประกอบกับมิได้มีปัญหาว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่น่าเป็นไปได้ที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้ดำเนินการเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยยังไม่ต้องพูดถึงปัญหาว่า สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในปัจจุบันจะมีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เพียงใด เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๖) พุทธศักราช ๒๕๓๕ ซึ่งบัญญัติว่าเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นให้นำเสนอต่อรัฐสภา และให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยจะแก้ไขเพิ่มเติมประการใดมิได้ และบัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาชุดดังกล่าว นั้น ทำหน้าที่เป็นสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาได้จนกว่าจะมีการเลือกตั้งใหม่ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาที่เป็นอยู่

ในขณะนี้เป็นองค์กรเดิมที่ให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญ และถูกห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมตั้งแต่แรก การที่องค์กรเดิมนั้นจะขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในภายหลัง จึงอาจถูกโต้แย้งได้ ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาตามรัฐธรรมนูญแทรกซ้อนขึ้นอีกประการหนึ่ง นอกจากนี้ ยังอาจมีปัญหาที่ไม่อาจคาดเห็นได้ตามมาอีก เพราะหากรัฐบาลตกลงที่จะริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญ การเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐบาลเช่นนั้นย่อมไม่ตัดสิทธิบุคคลหรือองค์กรอื่นที่กำหนดอยู่ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ในอันที่จะขอแก้ไขในประเด็นอื่นอีกด้วย

๖.๓.๒ ข้อเสนอให้มีการส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย นั้น โดยที่ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏชัดเจนแล้วว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาจนประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว หากจะพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วยการตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญก็จะเห็นว่า มาตรา ๒๖๒ ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และนายกรัฐมนตรีเห็นว่า มีปัญหาว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการก่อนที่จะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้า ฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ดังนั้น มาในวันนี้การที่เห็นว่า ควรจะเสนอศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาจึงไม่อาจกระทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ ได้เคยเป็นประเด็นการพิจารณาของวุฒิสภามาก่อนแล้ว และวุฒิสภาได้พิจารณาเห็นชอบให้ตราบทบัญญัติดังกล่าว แต่หลังจากนั้นก็มิได้มีองค์กรใดเสนอประเด็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ จนในขณะนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับให้ทุกองค์กรที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามแล้ว การที่จะให้คณะรัฐมนตรีมีมติส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป ไม่ว่าจะตั้งประเด็นเช่นใดย่อมต้องเกี่ยวพันกับการพิจารณาว่า กฎหมายนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นกรณีที่ล่วงเลยการดำเนินการไปแล้ว จึงเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่อาจอ้างข้อกฎหมายในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ และกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องการดำเนินการของวุฒิสภา โดยคณะรัฐมนตรีมิได้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายนี้ การอ้างบทบัญญัติมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญนั้น ต้องเป็นปัญหาขององค์กรนั้นโดยตรง คณะรัฐมนตรีจึงมิใช่เป็นองค์กรที่จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

ส่วนข้อเสนอให้มีการส่งคืนวุฒิสภานั้น เห็นว่า หากเป็นเรื่องที่ยอมรับและเข้าใจกฎหมายตรงกัน ก็เป็นเรื่องที่รัฐบาลอาจประสานเพื่อทำความเข้าใจในการดำเนินการต่อไปกับรัฐสภาได้

๗. เลขานุการสำนักงานศาลปกครองมีความเห็นสรุปได้ว่า

เมื่อวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ และพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแล้ว วุฒิสภาจึงต้องดำเนินการตามกระบวนการที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ

มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ คือ จะต้องให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบรายชื่อผู้ซึ่งได้รับการคัดเลือกยี่สิบสามคนที่นายกรัฐมนตรีเสนอ การที่วุฒิสภาส่งรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกยี่สิบสามคนคืนรัฐบาล จึงเป็นกระบวนการที่นอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ที่ให้อำนาจวุฒิสภาที่จะกระทำเช่นนั้นได้

๘. ตรวจสอบแล้วปรากฏว่า

๘.๑ เดิมการร่างกฎหมายและการพิจารณาพิพากษาบรรดาอรรถคดีทั้งปวงอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. ๒๔๗๕ ปรากฏว่า มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ เมื่อวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๔๗๕ ให้โอนกรมร่างกฎหมายในกระทรวงยุติธรรมมาขึ้นตรงต่อคณะกรรมการราษฎร เพื่อความสะดวกในการร่างกฎหมาย คณะกรรมการราษฎรซึ่งเป็นรัฐบาลในขณะนั้นประสงค์จะให้มืองค์กรประเภทหนึ่งทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน โดยให้มีสภาพเช่นเดียวกับสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของฝรั่งเศส จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช ๒๔๗๖ ให้กรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองตามกฎหมายวิธีพิจารณาที่จะได้ตราขึ้น แต่การตรากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองยังมิได้รับความสนับสนุนจากรัฐสภา (บทความ เรื่อง “ความเป็นมาและงานของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา” ในหนังสือ ๖๐ ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หน้า ๔) ต่อมา มีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ให้กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องร้องทุกข์ที่กล่าวโทษส่วนราชการและข้าราชการ และเสนอไปยังนายกรัฐมนตรี เมื่อนายกรัฐมนตรีมีคำสั่งประการใดแล้ว ให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตาม ประกอบกับในระยะหลังส่วนราชการ ข้าราชการ รวมทั้งนักการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี ถูกฟ้องคดีในข้อหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ต่อศาลยุติธรรมมากขึ้น และเห็นว่า ถ้าจะให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีอาญาประเภทนี้ต่อไป ย่อมจะล่าช้า ไม่เป็นธรรมแก่คู่ความ และไม่ได้ผลดี ประกอบกับมีผู้ศึกษาวิชากฎหมายมหาชนมากขึ้น จึงเกิดแนวความคิดที่จะให้มีศาลปกครองโดยเฉพาะ จนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ ซึ่งเป็นผลให้เกิดสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้น ตลอดทั้งปรับปรุงโครงสร้างทางการเมือง

ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ และให้ดำเนินการตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้จัดตั้งศาลปกครองภายในสองปีนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ต่อมารัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบ และประกาศใช้บังคับแล้ว

๘.๒ ในรายงานการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ที่ ๒๓/๒๕๔๐ หน้า ๒๖๓ และ ๒๖๔ ปรากฏว่า

“.....

ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ : ท่านแก้วสรรครับ

นายแก้วสรร อติโพธิ : ท่านประธานครับ ผมขอเรียนถามกรรมการนะครับ คือ ในชั้นแรกเริ่มของการตั้งศาลปกครองนี้ สิ่งที่มีันต้องเกิดขึ้นก่อนก็คืออะไรกันแน่ เพราะตามระบบนี้ะครับ มีันต้องมีผู้พิพากษาซึ่งจะมาได้ก็ต้องมี ก.ต. ศาลปกครอง แล้วถ้ามี ก.ต. ศาลปกครองได้ก็ต้องมีผู้พิพากษามาเลือกเสียก่อน ปัญหาในชั้นกำเนิดของศาลปกครองนี้ะครับที่เป็นปัญหาของร่าง ฯ ของรัฐบาลในคราวที่แล้ว เพราะเป็นที่ที่กริ่งเกรงกันมากกว่าในชั้นแรกตั้งนั้น ถ้าฝ่ายรัฐบาลสามารถหรือรัฐสภาสามารถมีอิทธิพลในการตั้ง ก.ต. ได้ ศาลปกครองก็จะหมดความเป็นอิสระ เป็นต้น ผมไม่ทราบว่าประเด็นนี้จะปล่อยให้เป็นเรื่องของรัฐสภาภายหลังเขาหาทางแก้กัน หรือกรรมการได้มีความคิดไว้อย่างไร จะใส่ในบทเฉพาะกาลได้หรือไม่ ผมได้พยายามพลิกดูแล้วนะครับ แล้วข้อที่ ๒ กำหนดเวลาในบทเฉพาะกาลที่ว่า ให้ตั้งศาลปกครองใน ๒ ปีนั้น การตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่จำเป็นต้องมีการศึกษามีการอบรมนะครับ ทั้งข้าราชการที่อยู่ที่จะอาจจะถูกฟ้องนะครับ ต้องมีการอบรมผู้ที่จะเข้าเป็นผู้พิพากษานะครับ นี่ยังไม่พอกสุดถึงสถานที่นะครับ ผมก็คิดว่าระยะเวลา ๒ ปีที่กำหนดไว้ในท้ายบทเฉพาะกาลนั้นช่วยคำนวณถึงสิ่งเหล่านี้ไปด้วยนะครับ เพราะฉะนั้นที่เป็นคำถามก็มีแต่เฉพาะว่า ในชั้นแรกตั้งศาลปกครอง ท่านได้ดำริไว้อย่างไร หรือจะปล่อยให้เป็นเรื่องของรัฐสภาครับ

ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ : เชิญกรรมการครับ

รองศาสตราจารย์สมคิด เลิศไพฑูรย์ (กรรมการ) : ท่านประธาน ผม สมคิด เลิศไพฑูรย์ กรรมการครับ อาจารย์แก้วสรรคงมีคำตอบอยู่แล้วนะครับว่า จริงๆ กรรมการเขาต้องการให้เป็น อำนาจของรัฐสภาครับ ไปทำหน้าที่ตัดสินใจว่าจะใช้วิธีแบบไหน อย่างไรก็ตามบางนะครับคงไม่ได้เขียนรายละเอียดอยู่ในรัฐธรรมนูญโดยตรงครับ

.....”



LIART

๘.๓ นายกรัฐมนตรีมีหนังสือที่ นร ๐๒๐๔/๒๓๓๕ ลงวันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑ ถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร เสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. โดยมีบทเฉพาะกาลว่า

“มาตรา ๗๘ การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรก เมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกอบด้วยประธานศาลฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา คณบดีคณะนิติศาสตร์ หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสี่คน และคณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสองคน เป็นกรรมการ และให้กรรมการดังกล่าวคัดเลือกบุคคลผู้มีความเหมาะสมคนหนึ่งที่มีได้เป็นกรรมการอยู่แล้วเป็นประธานกรรมการ

ให้เลขาธิการศาลปกครองเป็นเลขานุการ ในกรณีที่ยังไม่มีเลขาธิการศาลปกครอง ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งเลือกข้าราชการฝ่ายศาลปกครองคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นเลขานุการ

ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกผู้มีความสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดหนึ่งคนและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดยี่สิบสองคน และให้สำนักงานศาลปกครองเปิดเผยรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ทราบทั่วไป และนำเสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นำความในมาตรา ๑๘ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

เมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามวรรคสามแล้ว ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นอันพ้นจากหน้าที่

ในระยะเริ่มแรกให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับแต่งตั้งตามวรรคสี่ คัดเลือกรายชื่อบุคคลผู้มีความสมบัติและมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหนึ่งคนและตุลาการศาลปกครองชั้นต้นยี่สิบคน และให้สำนักงานศาลปกครองเปิดเผยรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ทราบทั่วไป พร้อมทั้งเสนอรายชื่อให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้ง

เมื่อมีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรานี้แล้ว ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้มีการเลือกกรรมการตุลาการศาลปกครองภายในเก้าสิบวัน ทั้งนี้ สำหรับการเลือกกรรมการตุลาการศาลปกครองของตุลาการในศาลปกครองให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนด”



๘.๕ ในคราวประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ ๒ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันศุกร์ที่ ๒ กรกฎาคม ๒๕๕๒ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ ปรากฏในรายงานการประชุมว่า

“ประธานวุฒิสภา : ทำตามกรรมาธิการก็จะผิดมาตรา ๒๗๗ ทำตามคุณวีระชัย ก็จะผิดมาตรา ๒๗๘ ไม่รู้จะทำทางไหนดี รัฐธรรมนูญเขียนไว้ ถ้าทำให้ถูกต้องทั้ง ๒ มาตรา ศาลปกครองก็เกิดไม่ได้ เชิญคุณอมร

นายอมร จันทรมบูรณ์ : ท่านประธานวุฒิสภาที่เคารพ กระผม อมร จันทรมบูรณ์ ปัญหาที่เป็นอย่างที่ท่านประธาน ฯ กล่าวนะครับว่า เราเขียนไว้ไม่สมบูรณ์ ดังนั้น กระผมคิดว่า สำหรับความเห็นกระผม กระผมถือตามคณะกรรมาธิการ เพราะอย่างไรๆ ถ้ามีใครจะติงใจก็คงต้องไปตัดสินกันที่ศาลรัฐธรรมนูญ ขอบคุณครับ

ฯลฯ

ประธานวุฒิสภา : ตกลงผ่านไปใช่ไหมครับ

นายวีระชัย สุตรสุวรรณ (กรรมาธิการ) : กระผมอยากจะให้โหวตครับ ถึงแพ้ก็ไม่เป็นไรครับ

ประธานวุฒิสภา : ถ้าคุณวีระชัยชนะ เวลากฎหมายจัดรัฐธรรมนูญ คุณวีระชัยก็ผิดคนเดียว แต่ถ้าคุณวีระชัยแพ้ เวลากฎหมายจัดรัฐธรรมนูญ คณะกรรมาธิการทั้งคณะผิด

ฯลฯ

(มีสมาชิก ฯ เห็นด้วย ๒๓ คะแนน ไม่เห็นด้วย ๑๐๕ คะแนน)

ฯลฯ

ประธานวุฒิสภา : ไม่มี ผมจะขอมติในวาระที่สามว่า จะเห็นชอบด้วยกับร่างที่คณะกรรมาธิการได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ครับ เชิญลงคะแนนได้ เรียบร้อยนะครับ รวมคะแนนได้

(สมาชิก ฯ เห็นด้วย ๑๒๒ คะแนน ไม่เห็นด้วย ๖ คะแนน)”

จึงต้องถือว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ (รวมทั้งมาตรา ๕๙ ด้วย) ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยอนุโลมการตีความตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๗) เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ บัญญัติว่า รัฐสภาเป็นผู้ตีความรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๗๕ มาตรา ๖๒, ฉบับพุทธศักราช ๒๔๘๕ มาตรา ๘๖ ฉบับพุทธศักราช ๒๔๙๐ มาตรา ๕๔, ฉบับพุทธศักราช ๒๔๙๒ มาตรา ๑๗๗ และฉบับพุทธศักราช ๒๕๑๑ มาตรา ๑๗๓)



LIRT

๘.๕ ก่อนที่นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินี้ขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภาพร้อมกัน หรือนายกรัฐมนตรีไม่เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๒ ทั้งๆ ที่ปรากฏว่า ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ ไม่มีบทบัญญัติว่าการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

๘.๖ คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา ๕๗ นั้น มีลักษณะเช่นเดียวกันกับคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๕๗ (๑) คงมีรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช ๒๕๑๗ มาตรา ๒๑๒ วรรคสอง บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ของศาล ตลอดจนวิธีพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้น” แต่รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับที่ ๕) พุทธศักราช ๒๕๓๘ มาตรา ๑๕๕ ตี วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล” ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา ๒๗๕ กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองไว้แล้ว แต่มิได้มีบทเฉพาะกาลบัญญัติว่าในระยะแรกคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการศาลปกครองและได้รับการคัดเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยกันเองนั้น ยังไม่มีประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครอง จะแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองอย่างไร พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงบัญญัติบทเฉพาะกาลให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (มาตรา ๕๘) ซึ่งมีโครงสร้างของกรรมการคล้ายกับคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น จัดทำรายชื่อบุคคลที่สนใจสมัครและผู้ที่ย้ายมาหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓ (๔) เสนอ และให้บุคคลดังกล่าว.... และให้คณะกรรมการฯ นี้ คัดเลือกผู้มีคุณสมบัติ ความรู้และความสามารถ และความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน และให้นำมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม คือ เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภา... เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง



๘.๓ ในส่วนที่เกี่ยวกับวุฒิสภานั้น ปรากฏว่า รัฐธรรมนูญให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิสถาขานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งต้องมีไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด (มาตรา ๒๗๗ วรรคสอง) ให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (มาตรา ๒๗๘) และเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิสองคนจากวุฒิสภา ฯ (มาตรา ๒๗๕ (๓)) ส่วนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ได้บัญญัติบทเฉพาะกาลเพื่อแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกเสริมรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกที่ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง โดยให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจัดทำรายชื่อบุคคลผู้มีคุณสมบัติที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และคัดเลือกบุคคลดังกล่าวไม่เกินยี่สิบสามคนเสนอนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำเสนอวุฒิสภา โดยให้วุฒิสภามีอำนาจพิจารณาให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน (มาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง) และให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดหนึ่งคน รองประธานศาลปกครองสูงสุดสองคน และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดสี่คน (มาตรา ๑๕ วรรคสอง และมาตรา ๕๘ วรรคสาม) เท่านั้น ซึ่งวุฒิสภามีมติว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ดังมีรายละเอียดปรากฏใน ๘.๔

๘.๔ ในหนังสือที่นายกรัฐมนตรีมีถึงประธานวุฒิสภา ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏใน ๘.๓ และ ๘.๔ แสดงให้เห็นว่า นายกรัฐมนตรีเห็นว่า การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะถ้านายกรัฐมนตรีเห็นว่า การกระทำดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมจะไม่เสนอรายชื่อบุคคลทั้งยี่สิบสามคนที่คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเสนอแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เพียงแต่มีได้แจ้งในสิ่งที่ควรต้องแจ้งให้วุฒิสภาทราบ คือ บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ทรงคุณวุฒิสถาขานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินหรือไม่ การแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีจำนวนถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วรรคสอง หรือไม่ กลับท้อในสิ่งที่ไม่ต้องทำ คือการทำข้อสังเกตดังกล่าวซึ่งไม่จำเป็น ไม่สร้างสรรค์ และไม่เป็นประโยชน์ เพราะวุฒิสภาทราบเรื่องทั้งหมดดีแล้ว

ข้อเท็จจริงที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับมีเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้แล้ว ไม่จำเป็นต้องแสวงหาพยานคนอีก



LIART

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีสิทธิเข้าชี้แจงประกอบร่างรัฐธรรมนูญนั้นในที่ประชุมร่วมกัน
ของรัฐสภาได้

ให้รัฐสภาพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ โดยจะแก้ไขเพิ่มเติม
ประการใดมิได้...

“ล๑”

๑.๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติว่า

“มาตรา ๗ ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้น
ไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

มาตรา ๒๗๗ การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล

ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินอาจได้รับ
แต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ การแต่งตั้งให้บุคคลดังกล่าวเป็นตุลาการในศาลปกครอง
สูงสุด ให้แต่งตั้งไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด และต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล

การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษตุลาการในศาลปกครอง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา ๒๗๘ การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครอง
สูงสุดนั้น เมื่อได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภาแล้ว ให้นายก
รัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป

มาตรา ๒๗๙ คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกอบด้วยบุคคล ดังต่อไปนี้

- (๑) ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ
- (๒) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง
- (๓) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภาสองคน และจากคณะรัฐมนตรีอีก
หนึ่งคน

ปัญหาที่สอง เห็นว่า ปัญหาที่ประธานรัฐสภาส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานี้ คือการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกที่ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจะต้องปฏิบัติอย่างไร จากข้อเท็จจริงที่ได้จากการพิจารณาดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการได้ระหว่างที่ยังไม่มีศาลปกครองสูงสุด (มาตรา ๓๒๐ วรรคสาม) ให้จัดตั้งศาลปกครองภายในสองปีนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (มาตรา ๓๓๔ (๓)) ซึ่งต้องหมายความรวมถึงการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกเพื่อให้ศาลปกครองปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วย และรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเป็นคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา ๒๗๘ วรรคสอง และวรรคสาม) ซึ่งเปิดโอกาสให้รัฐสภาใช้ดุลพินิจตรากฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ดูคำอภิปรายของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญใน ๘.๒) จึงไม่มีบทเฉพาะกาลว่า ในระหว่างที่ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง เนื่องจากยังไม่มีตุลาการในศาลปกครอง ไม่ว่าจะเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการศาลปกครอง ซึ่งจะต้องเลือกกันเองก่อนเท่านั้น จะแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองอย่างไรในระยะแรก ดังนั้น เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยมีบทเฉพาะกาลให้แต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกได้ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนที่จะได้มีศาลปกครองสำหรับพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างส่วนราชการ ๑ กับเอกชน หรือระหว่างส่วนราชการ ๑ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล ซึ่งเป็นผลอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือละเว้นการกระทำที่ส่วนราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย หลังจากที่มีความพยายามจัดตั้งมาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๓๖ แต่ไม่สำเร็จจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ซึ่งเป็นเวลาเกือบเจ็ดสิบปีแล้ว จึงต้องนำหลักการตีความกฎหมายที่ว่า จะต้องตีความกฎหมายเท่าที่จะทำได้เพื่อมิให้กฎหมายนั้นไร้ผล (Statute will be construed as far as possible to avoid absurdity) มาใช้ในกรณีแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกที่ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

นอกจากนี้ ปรากฏว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ (รวมตลอดถึงมาตรา ๕๕) ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาล มีข้อความใกล้เคียงกันกับร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. มาตรา ๗๘ ที่นายกรัฐมนตรีเสนอต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรนั้น วุฒิสภาได้ลงมติเมื่อวันที่ ๒ กรกฎาคม ๒๕๕๒ ว่า ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และไม่มีผู้ใดใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๒ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ประกอบกับคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีโครงสร้างระดับเดียวกัน

และคล้ายกันกับคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่คัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ (๓) และ (๔) อีกทั้งรัฐธรรมนูญ ฯ (ฉบับที่ ๕) พุทธศักราช ๒๕๓๘ มาตรา ๑๕๕ ตรี วรรคหนึ่ง บัญญัติให้การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงต้องอนุโลมตีความพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ ว่า ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ด้วยเหตุผลดังกล่าวตอนท้ายของ ๘.๔

อาศัยเหตุดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ เป็นบทบัญญัติที่เสริมและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ และมาตรา ๒๗๙ เพราะรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกที่ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

นายประเสริฐ นาสกุล
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ