

## 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 ด่วนที่สุด ที่ สผ ๐๐๐๑/๕๖๒๕ ลงวันที่ ๘ ธันวาคม ๒๕๕๒ ถึงประธานศาลรัฐธรรมนูญ ความว่า นายกรัฐมนตรีได้แจ้งให้ทราบฯ ว่า ขณะนี้มีปัญหาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ และมาตรา ๒๗๙ ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งประธานรัฐสภาเห็นว่า เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญ และของนายกรัฐมนตรี อันอาจเป็นผลให้การจัดตั้งศาลปกครองเป็นไปด้วยความล่าช้าและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เมื่อนายกรัฐมนตรีและวุฒิสภามีข้อจำกัดจนไม่สามารถเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการยุติปัญหาข้อขัดแย้งโดยเร็ว อันจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติ และประชาชนที่จะได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลปกครอง จึงจำเป็นต้องใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามคำร้องขอของนายกรัฐมนตรี

ข้อเท็จจริงที่ได้จากการพิจารณา๑. รัฐธรรมนูญ

๑.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๖) พุทธศักราช ๒๕๓๕ บัญญัติว่า

“มาตรา ๒๑๑ เศรษฐ สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้อง จัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาสองร้อยสี่สิบวัน นับแต่วันที่มิสมัชชิสภาร่างรัฐธรรมนูญครบจำนวนตามมาตรา ๒๑๑ ทวิ

ฯลฯ

มาตรา ๒๑๑ ปีฉด เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นแล้วให้นำเสนอต่อรัฐสภา

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) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือก  
จากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง

(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. ๒๕๕๒ บัญญัติว่า

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

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

การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคนใดให้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือก แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

วิธีการคัดเลือกประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ศป. กำหนด โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

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

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งเลือกข้าราชการฝ่ายศาลปกครองคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นเลขานุการ

มาตรา ๕๘ ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้ และมีความรู้ความสามารถ และความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน และให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะคัดเลือกจากผู้สนใจสมัครและผู้ที่ยื่นใบสมัครหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓ (๔) เสนอขึ้น และให้บุคคลดังกล่าวแสดงหลักฐานผลงานทางวิชาการหรือทางประสบการณ์ที่บ่งชี้ถึงความรู้ความสามารถที่เหมาะสมสำหรับตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อสรรหาบุคคลที่มีความรู้ความสามารถเหมาะสมที่สุดตามจำนวนที่กำหนดในวรรคหนึ่ง ในการนี้ ให้เปิดเผยบัญชีรายชื่อบุคคลที่จะคัดเลือกและรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ทราบทั่วไป และเชิญชวนให้บุคคลในวงการกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินให้ข้อคิดเห็น และนำมาพิจารณาก่อนนำรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกในขั้นที่สุดเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป

เมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นอันพ้นจากหน้าที่ และให้ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วยกันเอง เป็นประธานศาลปกครองสูงสุดหนึ่งคน รองประธานศาลปกครองสูงสุดสองคน และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดสี่คน และให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๕๕ ในระยะเริ่มแรก ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับแต่งตั้งตามมาตรา ๕๔ คัดเลือกรายชื่อนุคคลผู้มีคุณสมบัติและมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น 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 และบัญชีรายชื่อนุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พร้อมข้อเสนอข้อสังเกตประกอบการพิจารณา ความว่า

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

๓.๒ การเสนอรายชื่อนุคคลที่จะขอรับการแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งนี้เป็นการเสนอครั้งแรก โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๔ ประกอบกับมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง โดยยังมีได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ ทั้งนี้ เพราะ ก.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 ประกอบกับมีเงื่อนไขบังคับให้ต้องดำเนินการตรากฎหมายให้เสร็จภายในสองปี จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ เพื่อแก้ปัญหานี้ให้ลุล่วงไป มิฉะนั้นจะไม่อาจแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองได้ การจัดตั้งศาลปกครองจะไม่สัมฤทธิ์ผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและความต้องการของประชาชน

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

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

จะใช้ร่างของกรมการ หรือของผู้สงวนคำแปรญัตติ และที่ประชุมเสียงข้างมากเห็นชอบด้วยกับร่างของกรมการ ประธานในที่ประชุมได้ตั้งข้อสังเกตว่า ถ้าบัญญัติตามร่างของกรมการก็ขัดต่อมาตรา 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 วุฒิสภาไม่มีทางใดที่จะแก้ไขร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้อีกทั้งปัญหาดังกล่าวไม่อาจแก้ไขได้ด้วยวิธีการตราเป็นพระราชบัญญัติ เพราะองค์ประกอบของบุคคลตามมาตรา ๒๗๕ (๑) และ (๒) ยังไม่เกิด ครั้นจะเขียนกฎหมายกำหนดให้ ก.ศป. ประกอบด้วยบุคคลอื่นก็ขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๕ จึงจำเป็นต้องปล่อยให้ผ่านไปเช่นนั้น หากมีปัญหาวาดด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว สมาชิกยังมีโอกาสที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก่อนที่จะนำความกราบบังคมทูลได้ แต่ไม่ปรากฏว่ามีสมาชิกขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงได้รับการตราเป็นกฎหมาย และใช้บังคับนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นมา

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 ก็ใกล้เคียงกับ ก.ศป. ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเลย นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญไม่บัญญัติยกเว้นไว้ในที่ใดว่า วุฒิสภาสามารถให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งบุคคลใด โดยที่บุคคลนั้นยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของ ก.ศป. ก่อนได้ กรณีจึงเห็นได้ชัดว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ กำหนดขบวนการในการแต่งตั้งไว้แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นเช่นนี้ วุฒิสภาจึงต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยไม่มีทางเลือกเลย เมื่อรายชื่อบุคคลทั้งสี่สิบสามคน ยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของ 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 ซึ่งผลการวินิจฉัยดังกล่าวย่อมผูกพันวุฒิสภาดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๘ ประกอบกับมาตรา ๓๒๐ วุฒิสภาจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้อีก

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



มีผู้อ้างเจตนารมณ์ที่ว่า จะต้องดำเนินการจัดตั้งศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายในสองปี มาเป็นเหตุผลในการที่จะให้วุฒิสภาดำเนินการให้ความเห็นชอบรายชื่อบุคคลดังกล่าว นั้น เห็นว่า การจัดตั้งศาลปกครองได้ดำเนินการแล้วเสร็จภายในสองปี ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ในขณะที่อยู่ในระหว่างการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครอง อันเป็นอีกขั้นตอนหนึ่ง ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่า จะต้องทำให้แล้วเสร็จเมื่อใด และถึงแม้จะมีการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ในวันนี้ ก็เลยสองปีแล้ว (ครบสองปีเมื่อวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๕๒) ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ยิ่งไปกว่านั้น แม้จะได้ตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว ศาลปกครองก็ยังดำเนินการพิจารณาคดีไม่ได้ เพราะยังไม่มีศาลปกครองชั้นต้น

ประการสำคัญที่สุด การอาศัยระยะเวลาสองปี ดังกล่าวมาเป็นเจตนารมณ์หลักจนล้มเจตนารมณ์ของขบวนการในการตั้งตุลาการศาลปกครองอย่างสิ้นเชิง น่าจะไม่ชอบด้วยหลักการ เพราะถ้าพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ และมาตรา ๒๗๙ แล้ว จะเห็นได้ชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์อย่างแรงกล้าที่จะให้ขบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองเป็นกระบวนการอิสระได้รับความคุ้มครอง และมีมาตรฐาน รวมทั้งให้ตุลาการศาลปกครองมีส่วนร่วมอย่างใกล้ชิด เจตนารมณ์นี้บัญญัติไว้ถึง ๓ มาตรา ในบทถาวร หากจะนำบทเฉพาะกาลที่เขียนไว้เพียงสั้นๆ เรื่องระยะเวลา มาลบล้างเจตนารมณ์ดังกล่าวน่าจะเป็นการไม่ชอบ ระยะเวลาที่กำหนดไว้เป็นเพียงการบังคับองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จโดยเร็วเท่านั้น คงมิได้มุ่งหมายถึงขนาดที่ว่า จะทำอย่างไรก็ได้ แต่ขอให้เสร็จภายในสองปี

อนึ่ง วุฒิสภามีได้อำนาจหน้าที่ตีความ จึงไม่สามารถใช้หลักการอุดช่องว่างมาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการได้ เมื่อเกิดกรณีมีปัญหาขึ้น วุฒิสภาได้แต่ละดำเนินการไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนอยู่แล้ว ส่วนจะมีการตีความอย่างไร ย่อมต้องเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอย่างไร ก็จะถือเป็นเด็ดขาดและที่สุดได้

๔.๕.๕ มีผู้ตั้งข้อสงสัยว่า เมื่อวุฒิสภาสงสัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เหตุใดจึงไม่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในชั้นนั้น ซึ่งเรื่องนี้ชี้แจงได้ว่า วุฒิสภามีได้อำนาจหรือหน้าที่ในการส่งร่างพระราชบัญญัติใดๆ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หากแต่เป็นสิทธิของสมาชิกที่จะเข้าชื่อกันตามจำนวนที่กำหนด เมื่อสมาชิกมิได้เข้าชื่อกันย่อมเป็นอันสุดวิสัยที่จะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือจะบังคับชักชวนอย่างไรก็ได้ อยากรู้ก็ตาม ปัญหาเรื่องนี้มิได้อยู่ที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ โดยตรง หากแต่อยู่ที่รัฐธรรมนูญมิได้เขียนช่องทางไว้ให้ ในชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้มีการอภิปรายถึงช่องทางที่จะทำให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญแล้ว แต่ไม่พบช่องทางใดที่จะทำได้ อันจะเห็นได้จากรายงานการประชุมของวุฒิสภา

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

๔.๕.๗ ปัญหาในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองนั้น ยังมีได้สิ้นสุดเพียงเท่านี้ เพราะตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ บัญญัติว่า เมื่อได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว ให้คณะกรรมการคัดเลือก ฯ เป็นอันสิ้นสุดลง แต่การแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดนั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ต้องได้รับความเห็นชอบของ ก.ศป. ก่อนไปวุฒิสภาอีกเช่นกัน แม้นในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ จะบัญญัติให้ตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวนยี่สิบสามคนเป็นผู้คัดเลือก ก็จะทำให้เกิดปัญหาอีกครั้งหนึ่งว่า จะกระทำได้หรือไม่ และยิ่งในชั้นที่จะแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นซึ่งจะต้องผ่าน 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 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้พิจารณาให้ตราขึ้นเพื่อนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง

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

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การจัดตั้งศาลปกครองสามารถกระทำได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จึงปรากฏว่า ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้พิจารณากำหนดกลไกในการดำเนินการเพื่อให้มีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกเกิดขึ้น และให้เป็นองค์กรดำเนินการต่าง ๆ ในอันที่จะเปิดทำการศาลปกครองเพื่อรับคดีจากประชาชนได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ถ้าจะกล่าวโดยเฉพาะสำหรับการพิจารณาของวุฒิสภาในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนว่า หลังจากที่วุฒิสภาเห็นชอบด้วยกับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัตินี้ที่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎร ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และคณะกรรมการ ฯ ได้ดำเนินการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงวิธีการในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวในสาระสำคัญเป็นอันมาก (ซึ่งปรากฏในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ มาตรา ๕๙ และมาตรา ๑๐๐ ของพระราชบัญญัติที่ประกาศใช้บังคับแล้ว) โดยได้ปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดขึ้นใหม่ทั้งหมด 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 สมาชิกวุฒิสภาส่วนใหญ่ได้ลงมติเห็นชอบกับวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชุดแรก (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 โดยไม่มีอำนาจหน้าที่พิจารณากลับกรองตัวบุคคลที่ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการคัดเลือกฯ แต่วุฒิสภาได้กำหนดหน้าที่ของวุฒิสภาไว้ว่า วุฒิสภาจะเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบในตัวบุคคลที่ผ่านการคัดเลือกจากคณะกรรมการดังกล่าวว่า สมควรแต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครอง เพื่อทำหน้าที่ดำเนินการต่างๆ รวมทั้งการจัดให้มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ต่อไป

เมื่อขั้นตอนในการดำเนินการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) และพระมหากษัตริย์ได้ทรง

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

๖.๒ สำหรับปัญหาในหลักกฎหมายว่า การดำเนินการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามที่บัญญัติในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ 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 และสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ฉะนั้น การใช้รัฐธรรมนูญ จึงต้องเข้าใจไปในทางที่จะทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้

การที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทเฉพาะกาล บัญญัติเรื่องการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกไว้  
จึงไม่อาจจะเข้าใจ หรือแปลความหมายของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไปในทางที่ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ  
มีความประสงค์ที่จะต้องแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ก่อนที่จะจัดให้มีศาลปกครองขึ้น เพราะ  
คงจะเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดอย่างยิ่งที่รัฐธรรมนูญจะสร้างกลไกไว้เช่นนั้น ความเข้าใจในเรื่องนี้  
จึงต้องเข้าใจในหลักเรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมายว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการให้มีตุลาการ  
ในศาลปกครองครั้งแรกเพื่อให้ไปทำหน้าที่ก่อนที่จะมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเกิดขึ้น แต่มี  
ความประสงค์ที่จะให้ศาลปกครองเกิดขึ้นในเวลาที่กำหนดไว้แน่นอน และความจำเป็นต้องมีตุลาการ  
ในศาลปกครองครั้งแรกเป็นสิ่งที่ยอมรับว่า จะต้องดำเนินการให้มีขึ้นก่อน จึงเป็นภาระหน้าที่ขององค์กร  
ที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องสร้างกลไกไว้ในกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่ออนุวัติการให้เป็น  
ไปตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความครบถ้วนสมบูรณ์ และสามารถปฏิบัติตามความประสงค์ของ  
รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับในทางวิชาการ ทางกฎหมาย และเข้าใจกันทั่วไป และกรณีนี้  
มิใช่เป็นเรื่องแรก หากแต่ได้มีการดำเนินการในหลายเรื่อง เพื่อให้รัฐธรรมนูญใช้บังคับได้ เช่น การเข้าชื่อ  
ถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๘๖ ซึ่งบัญญัติไว้เพียงแต่จำนวนคะแนนเสียงที่จะ  
ให้ถอดถอน แต่มิได้บัญญัติวิธีการเริ่มต้นในการเสนอให้มีการถอดถอน รัฐสภาจึงจำเป็นต้องสร้างกลไก  
ในกฎหมายเพิ่มเติมเพื่ออนุวัติการตามมาตราดังกล่าวให้เกิดความครบถ้วนขึ้น ฉะนั้น วิธีการอุดช่อง  
ว่างของกฎหมาย จึงเป็นการบัญญัติในสิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ แต่เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีเพื่อให้  
รัฐธรรมนูญบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ ไม่อาจถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้แก้ไขในสิ่งใด  
ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้ว หลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น รัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา)  
ซึ่งเป็นองค์กรทางนิติบัญญัติก็ได้นำมาใช้เพื่อแก้ไขในเรื่องดังกล่าว โดยได้ตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล  
ปกครอง ฯ อนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเรื่องศาลปกครอง โดยได้กำหนดวิธีการ  
คัดเลือกตุลาการศาลปกครองในวาระแรก จึงต้องถือว่า รัฐสภาได้ปฏิบัติหน้าที่ในทางนิติบัญญัติตาม  
รัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อให้สามารถ  
ปฏิบัติให้เป็นไปได้อย่างแท้จริง

ดังนั้น เมื่อกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบให้มีขึ้น การที่องค์กร  
ที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายดังกล่าวเสนอปัญหาว่า จะสามารถทำได้โดยขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อีก  
หลังจากที่ได้เห็นชอบกับวิธีการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและมีผลใช้บังคับไปแล้ว จึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อ  
ความเป็นจริง และจะต้องระลึกถึงหลักในทางกฎหมาย และความเป็นจริงว่า ในการตรากฎหมายให้มีผล  
ใช้บังคับนั้นต้องมีองค์กรที่เกี่ยวข้องอยู่ ๓ องค์กร คือ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และพระมหากษัตริย์

พระราชบัญญัติที่เป็นปัญหานี้เป็นพระราชบัญญัติที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา การที่วุฒิสภายกประเด็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมแสดงว่า การให้คำแนะนำและยินยอมต่อพระมหากษัตริย์นั้น มิได้เป็นไปโดยความรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสื่อมวลชนจากผู้รับผิดชอบในเรื่องนี้ที่อ้างว่า การที่ผ่านกฎหมายในขณะนั้น เพราะต้องรีบดำเนินการ เนื่องจากไม่มีเวลาเพียงพอ อันเป็นข้ออ้างที่แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น

๖.๓ ในส่วนของข้อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่มีผู้เสนอไว้ นั้น เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอเพื่อประกอบการพิจารณา ดังนี้

๖.๓.๑ ข้อเสนอที่ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพิ่มบทเฉพาะกาล เรื่องการไม่นำมาตรา ๒๗๗ ของรัฐธรรมนูญมาใช้ในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกนั้น โดยที่ได้ให้ความเห็นไว้ข้างต้นว่า การดำเนินการตามขั้นตอนในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกนี้ เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายให้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญบังคับได้อย่างครบถ้วนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นกรณีที่เป็นปัญหาว่า บทบัญญัติมาตรา ๘๗ และมาตรา ๘๘ 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 ซึ่งบัญญัติว่าเมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นให้นำเสนอต่อรัฐสภา และให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยจะแก้ไขเพิ่มเติมประการใดมิได้ และบัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาชุดดังกล่าว นั้น ทำหน้าที่เป็นสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาได้จนกว่าจะมีการเลือกตั้งใหม่ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาที่เป็นอยู่



ในขณะนี้เป็นองค์กรเดิมที่ให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญ และถูกห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมตั้งแต่แรก การที่องค์กรเดิมนั้นจะขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในภายหลัง จึงอาจถูกโต้แย้งได้ ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาตามรัฐธรรมนูญแทรกซ้อนขึ้นอีกประการหนึ่ง นอกจากนี้ ยังอาจมีปัญหาที่ไม่อาจคาดเห็นได้ตามมาอีก เพราะหากรัฐบาลตกลงที่จะริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญ การเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐบาลเช่นนั้นย่อมไม่ขัดสิทธิบุคคลหรือองค์กรอื่นที่กำหนดอยู่ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ในอันที่จะขอแก้ไขในประเด็นอื่นอีกด้วย

๖.๓.๒ ข้อเสนอให้มีการส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย นั้น โดยที่ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏชัดเจนแล้วว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาจนประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว หากจะพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วยการตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญก็จะเห็นว่า มาตรา ๒๖๒ ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และนายกรัฐมนตรีเห็นว่า มีปัญหาว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการก่อนที่จะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้า ฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ดังนั้น มาในวันนี้การที่เห็นว่า ควรจะเสนอศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาจึงไม่อาจกระทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ ได้เคยเป็นประเด็นการพิจารณาของวุฒิสภามาก่อนแล้ว และวุฒิสภาได้พิจารณาเห็นชอบให้ตราบทบัญญัติดังกล่าว แต่หลังจากนั้นก็มิได้มีองค์กรใดเสนอประเด็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ จนในขณะนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับให้ทุกองค์กรที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามแล้ว การที่จะให้คณะรัฐมนตรีมีมติส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป ไม่ว่าจะตั้งประเด็นเช่นใดย่อมต้องเกี่ยวข้องพันกับการพิจารณาว่า 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 เดิมการร่างกฎหมายและการพิจารณาพิพากษาบรรดาอรรถคดีที่ปวงอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม ต่อมาเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน 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 และได้ผลดี ประกอบกับมีผู้ศึกษาวิชากฎหมายมหาชนมากขึ้น จึงเกิดแนวความคิดที่จะให้มีศาลปกครองโดยเฉพาะ จนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ ซึ่งเป็นผลให้เกิดสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้น ตลอดทั้งปรับปรุงโครงสร้างทางการเมือง

ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ และให้ดำเนินการตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้จัดตั้งศาลปกครองภายในสองปีนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ต่อมารัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบ และประกาศใช้บังคับแล้ว

๘.๒ ในรายงานการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ที่ ๒๓/๒๕๕๐ หน้า ๒๖๓ และ ๒๖๔ ปรากฏว่า

“.....

ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ : ท่านแก้วสรรครับ

นายแก้วสรร อติโพธิ : ท่านประธานครับ ผมขอเรียนถามกรรมการนะครับ คือ ในชั้นแรกเริ่มของการตั้งศาลปกครองนี้ สิ่งที่มีนัยต้องเกิดขึ้นก่อนก็คืออะไรกันแน่ เพราะตามระบบนี้ะครับ มีนัยต้องมีผู้พิพากษาซึ่งจะมาได้ก็ต้องมี ก.ต. ศาลปกครอง แล้วถ้ามี ก.ต. ศาลปกครองได้ก็ต้องมีผู้พิพากษามาเลือกเสียก่อน ปัญหาในชั้นกำเนิดของศาลปกครองนี้ะครับที่เป็นปัญหาของร่าง ๑ ของรัฐบาลในคราวที่แล้ว เพราะเป็นที่กริ่งเกรงกันมากกว่าในชั้นแรกตั้งนั้น ถ้าฝ่ายรัฐบาลสามารถหรือรัฐสภาสามารถมีอิทธิพลในการตั้ง ก.ต. ได้ ศาลปกครองก็จะหมดความเป็นอิสระ เป็นต้น ผมไม่ทราบว่าจะประเด็นนี้จะปล่อยให้เป็นเรื่องของรัฐสภาภายนอกเขาหาทางแก้กัน หรือกรรมการได้มีความคิดไว้อย่างไร จะใส่ในบทเฉพาะกาลได้หรือไม่ ผมได้พยายามพลิกดูแล้วนะครับ แล้วข้อที่ ๒ กำหนดเวลาในบทเฉพาะกาลที่ว่า ให้ตั้งศาลปกครองใน ๒ ปีนั้น การตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่จำเป็นต้องมีการศึกษามีการอบรมนะครับ ทั้งข้าราชการที่อยู่ทีอาจจะถูกฟ้องนะครับ ต้องมีการอบรมผู้ที่เข้าเป็นผู้พิพากษานะครับ นี่ยังไม่พักพุดถึงสถานที่นะครับ ผมก็คิดว่าระยะเวลา ๒ ปีที่กำหนดไว้ในท้ายบทเฉพาะกาลนั้นช่วยคำนวณถึงสิ่งเหล่านี้ไปด้วยนะครับ เพราะฉะนั้นที่เป็นคำถามก็มีแต่เฉพาะว่า ในชั้นแรกตั้งศาลปกครองท่านได้ดำริไว้อย่างไร หรือจะปล่อยให้เป็นเรื่องของรัฐสภาครับ

ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ : เชิญกรรมการครับ

รองศาสตราจารย์สมคิด เลิศไพฑูรย์ (กรรมการ) : ท่านประธาน ผม สมคิด เลิศไพฑูรย์ กรรมการครับ อาจารย์แก้วสรรคงมีคำตอบอยู่แล้วนะครับว่า จริงๆ กรรมการเขาต้องการให้เป็นอำนาจของรัฐสภาครับ ไปทำหน้าที่ตัดสินใจว่าจะใช้วิธีแบบไหน อย่างไรบ้างนะครับคงไม่ได้เขียนรายละเอียดอยู่ในรัฐธรรมนูญโดยตรงครับ

.....”

๘.๓ นายกรัฐมนตรีมีหนังสือที่ นร ๐๒๐๔/๒๓๓๕ ลงวันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๑ ถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร เสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... โดยมีบทเฉพาะกาลว่า

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

ให้เลขาธิการศาลปกครองเป็นเลขานุการ ในกรณีที่ยังไม่มีเลขาธิการศาลปกครอง ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งเลือกข้าราชการฝ่ายศาลปกครองคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นเลขานุการ

ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกผู้มีความเหมาะสมตามพระราชบัญญัตินี้และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดหนึ่งคนและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดยี่สิบสองคน และให้สำนักงานศาลปกครองเปิดเผยรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ทราบทั่วไป และนำเสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นำความในมาตรา ๑๘ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

เมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามวรรคสามแล้ว ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นอันพ้นจากหน้าที่

ในระยะเริ่มแรกให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับแต่งตั้งตามวรรคสี่คัดเลือกรายชื่อบุคคลผู้มีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหนึ่งคนและตุลาการศาลปกครองชั้นต้นยี่สิบคน และให้สำนักงานศาลปกครองเปิดเผยรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ทราบทั่วไป พร้อมทั้งเสนอรายชื่อให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้ง

เมื่อมีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นตามมาตราแล้ว ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้มีการเลือกกรรมการตุลาการศาลปกครองภายในเก้าสิบวัน ทั้งนี้ สำหรับการเลือกกรรมการตุลาการศาลปกครองของตุลาการในศาลปกครองให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนด”

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

“ประธานวุฒิสภา : ทำตามกรรมาธิการก็จะผิดมาตรา ๒๗๗ ทำตามคุณวีระชัย ก็จะมีผิดมาตรา ๒๗๕ ไม่รู้จะทำทางไหนดี รัฐธรรมนูญเขียนไว้ ถ้าทำให้ถูกต้องทั้ง ๒ มาตรา ศาลปกครองก็เกิดไม่ได้ เชิญคุณอมร

นายอมร จันทรมบูรณ์ : ท่านประธานวุฒิสภาที่เคารพ กระผม อมร จันทรมบูรณ์ ปัญหาก็เป็นอย่างที่ท่านประธาน ฯ กล่าวนะครับว่า เราเขียนไว้ไม่สมบูรณ์ ดังนั้น กระผมคิดว่า สำหรับความเห็นกระผม กระผมถือตามคณะกรรมาธิการ เพราะอย่างไรๆ ถ้ามีใครจะติงใจก็จะต้องไปตัดสินกันที่ศาลรัฐธรรมนูญ ขอบคุณครับ

ฯลฯ

ประธานวุฒิสภา : ตกลงผ่านไปใช่ไหมครับ

นายวีระชัย สุตรสุวรรณ (กรรมาธิการ) : กระผมอยากจะให้โหวตครับ ถึงแพ้ก็ไม่เป็นไรครับ

ประธานวุฒิสภา : ถ้าคุณวีระชัยชนะ เวลากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ คุณวีระชัยก็ผิดคนเดียว แต่ถ้าคุณวีระชัยแพ้ เวลากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ 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 ๕๕ 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)

๘.๕ ก่อนที่นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินี้ขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน 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 อำนวยหน้าที่ของศาล ตลอดจนวิธีพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้น” แต่รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับที่ ๕) พุทธศักราช ๒๕๓๘ มาตรา ๑๕๕ ตรี วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล” ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา ๒๗๕ กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองไว้แล้ว แต่มิได้มีบทเฉพาะกาลบัญญัติว่าในระยะแรกคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุด และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการศาลปกครองและได้รับการคัดเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยกันเองนั้น ยังไม่มีประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครอง จะแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองอย่างไร พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงบัญญัติบทเฉพาะกาลให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (มาตรา ๕๘) ซึ่งมีโครงสร้างของกรรมการคล้ายกับคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น จัดทำรายชื่อบุคคลที่สนใจสมัครและผู้ที่ตั้งบ้านหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓ (๔) เสนอ และให้บุคคลดังกล่าว.... และให้คณะกรรมการฯ นี้ คัดเลือกผู้มีคุณสมบัติ ความรู้และความสามารถ และความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน และให้นำมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม คือ เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภา.... เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

๘.๓ ในส่วนที่เกี่ยวกับวุฒิสภานั้น ปรากฏว่า รัฐธรรมนูญให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งต้องมีไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้งหมด (มาตรา ๒๗๗ วรรคสอง) ให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (มาตรา ๒๗๘) และเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิสองคนจากวุฒิสภา ฯ (มาตรา ๒๗๕ (๓)) ส่วนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ได้บัญญัติบทเฉพาะกาลเพื่อแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกเสริมรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญได้บัญญัติวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกที่ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง 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. ๒๕๔๒ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะถ้านายกรัฐมนตรีเห็นว่า การกระทำดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมจะไม่เสนอรายชื่อบุคคลทั้งยี่สิบสามคนที่คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเสนอแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เพียงแต่มีได้แจ้งในสิ่งที่ควรต้องแจ้งให้วุฒิสภาทราบ คือ บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินหรือไม่ การแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีจำนวนถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วรรคสอง หรือไม่ กลับทำในสิ่งที่ไม่ต้องทำ คือการทำข้อสังเกตดังกล่าวซึ่งไม่จำเป็น ไม่สร้างสรรค์ และไม่เป็นประโยชน์ เพราะวุฒิสภาทราบเรื่องทั้งหมดดีแล้ว

ข้อเท็จจริงที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับมีเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้แล้ว ไม่จำเป็นต้องแสวงหาพยานหลักฐานอื่นใดอีก

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

## ๑. รัฐธรรมนูญ

- พุทธศักราช ๒๕๑๗ มาตรา ๒๑๒
- (ฉบับที่ ๕) พุทธศักราช ๒๕๓๘ มาตรา ๑๕๕ ตรี
- (ฉบับที่ ๖) พุทธศักราช ๒๕๓๙ มาตรา ๒๑๑ เดรส และมาตรา ๒๑๑ ปีณรส
- พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๗ มาตรา ๒๖๖ มาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘

มาตรา ๒๗๙ มาตรา ๓๒๐ และมาตรา ๓๓๔

๒. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๓ มาตรา ๑๕ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙

ปัญหาที่ต้องพิจารณา

(๑) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องนี้หรือไม่

(๒) การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรก ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

คำวินิจฉัย

ปัญหาแรก เห็นว่า การเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนยี่สิบสามคน ตามรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีเสนอนั้นยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ โดยรัฐธรรมนูญมิได้ยกเว้นให้วุฒิสภาสามารถให้ความเห็นชอบรายชื่อดังกล่าวที่ยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) และที่ประชุมวุฒิสภามีมติว่า ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ เมื่อนายกรัฐมนตรีได้พิจารณาตามกระบวนการแล้ว เห็นว่า ไม่มีทางเลือกอื่นใดนอกจากจะขอให้ประธานรัฐสภาเสนอเรื่องนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย และประธานรัฐสภาเห็นว่า เมื่อนายกรัฐมนตรีและวุฒิสภามีข้อจำกัดจนไม่สามารถเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้เพื่อเป็นการยุติปัญหาข้อขัดแย้งโดยเร็วอันจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติ และประชาชนที่จะได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลปกครอง ประธานรัฐสภาจึงใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาคำร้องนี้ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖



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 ไม่จัดตั้งรัฐธรรมนูญ และไม่มีผู้ใดใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๒ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ประกอบกับคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีโครงสร้างระดับเดียวกัน

และคล้ายกันกับคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่คัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสถาขานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิสถาขารัฐศาสตร์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ (๓) และ (๔) อีกทั้งรัฐธรรมนูญ ฯ (ฉบับที่ ๕) พุทธศักราช ๒๕๓๘ มาตรา ๑๕๕ ตรี วรรคหนึ่ง บัญญัติให้การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงต้องอนุโลมตีความพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ ว่า ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญตามประเด็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ด้วยเหตุผลดังกล่าวตอนท้ายของ ๘.๔

อาศัยเหตุดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตรา ๕๙ เป็นบทบัญญัติที่เสริมและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ และมาตรา ๒๗๙ เพราะรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองระยะแรกที่ยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

นายประเสริฐ นาสกุล

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ