

คำวินิจฉัยของ ศาสตราจารย์อนันต์ เกตุวงศ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๕๔/๒๕๕๒

วันที่ ๒๘ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๒

เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ กรณีปัญหาการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ประธานรัฐสภาได้ส่งเรื่อง ขอเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ลงวันที่ ๘ ธันวาคม ๒๕๕๒ ตามคำร้องของนายกรัฐมนตรีในเรื่องเดียวกัน ลงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๒ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖

ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องเข้าสารบบตามข้อ ๑๐ ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๑ ในการประชุมเมื่อวันที่ ๕ ธันวาคม ๒๕๕๒ และรับเรื่องไว้เพื่อพิจารณาวินิจฉัยในการประชุมวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๕๒

ตามคำร้องสรุปความได้ว่า ในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็ดี หรือการที่ต่อไปจะต้องแต่งตั้งตุลาการคนหนึ่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดก็ดี และการที่จะต้องแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอีกหลายคนในอนาคตก็ดี รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อนเสมอ ซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา ๒๗๘ โดยมีได้มีข้อยกเว้นเป็นพิเศษหรือมีบทเฉพาะกาลขกเว้นการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองครั้งแรกไว้เป็นอย่างอื่น จึงเป็นปัญหาเพราะรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองไว้ในมาตรา ๒๗๕ ว่า “คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

- (๑) ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ
- (๒) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง
- (๓) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภาสองคน และจากคณะรัฐมนตรีอีกหนึ่งคน คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และวิธีการเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ทำให้เห็นได้ว่าการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อนแล้วจึงเสนอวุฒิสภาให้ความเห็นชอบ แต่องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครอง ดังนั้นชั้นตอนมาตรา ๒๗๗ จึงไม่อาจดำเนินการได้ในทางปฏิบัติ

ส่วนพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง ว่า

มาตรา ๕๗ “การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกเมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ประกอบด้วยข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาสองคนซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้พิพากษาในศาลฎีกาสองคนซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาและได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการอัยการหนึ่งคน ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนหนึ่งคน ผู้แทนคณะกรรมการสหราชอาณาจักรหนึ่งคน ผู้แทนคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสองคน และผู้แทนคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคนเป็นกรรมการ และให้กรรมการดังกล่าวเลือกกรรมการด้วยกันเองคนหนึ่งเป็นประธานกรรมการ

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งเลือกข้าราชการฝ่ายศาลปกครองคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นเลขานุการ”

มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง “ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้และมีความรู้ความสามารถและความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน และให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

มาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง “ให้ ก.ศ.ป. พิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓ และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วให้เสนอรายชื่อต่อนายกรัฐมนตรีและให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง”

การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะเมื่อคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา ๕๗ ได้คัดเลือกผู้สมควรได้รับแต่งตั้ง

เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเสร็จแล้ว จึงมีหนังสือลงวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ เสนอรายชื่อ
ต่อนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือลงวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ เสนอรายชื่อ
ผู้ได้รับการคัดเลือก จำนวน ๒๓ คน ให้วุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ แต่ในคราวประชุมวุฒิสภา
ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ มีมติว่ารายชื่อตามบัญชีรายชื่อ
ที่นายกรัฐมนตรีเสนอนั้นไม่ได้ผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามที่
บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ ที่ประชุมวุฒิสภาจึงมีมติไม่รับรายชื่อดังกล่าวไว้พิจารณา โดยประธาน
วุฒิสภาได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ เพื่อแจ้งมติให้นายกรัฐมนตรีทราบ

นายกรัฐมนตรีได้หารือกับส่วนราชการและบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว จึงได้มีหนังสือลงวันที่
๒ ธันวาคม ๒๕๔๒ ถึงประธานรัฐสภาเพื่อขอให้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยใน
สองประเด็นคือ

(๑) เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด
ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับวุฒิสภาเช่นนี้ และเป็นกรณีที่ถือว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี
พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญ การที่คณะกรรมการคัดเลือก
ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแทนการให้ความเห็นชอบของ
ก.ศป. แล้วเสนอบัญชีรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกให้นายกรัฐมนตรีเสนอไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้
ความเห็นชอบนั้น เป็นกรณีที่สามารถปฏิบัติหรือดำเนินการได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

(๒) ไม่ว่าคำวินิจฉัยในประเด็นตามข้อ (๑) จะเป็นประการใดก็ตาม การที่วุฒิสภามีมติ
ในคราวประชุมครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๔๒ ไม่รับรายชื่อผู้ได้รับ
การคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่นายกรัฐมนตรีเสนอต่อวุฒิสภาไว้พิจารณาให้ความเห็นชอบ
โดยอ้างว่า “การเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน
ตามบัญชีรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีเสนอนั้นไม่ได้ผ่านความเห็นชอบจาก ก.ศป. ตามที่บัญญัติไว้ใน
รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ และรัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติยกเว้นให้วุฒิสภาสามารถให้ความเห็นชอบ
รายชื่อดังกล่าวโดยที่ยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของ ก.ศป. ได้” การมีมติไม่รับเรื่องโดยเหตุผลดังกล่าว
เป็นการปฏิบัติหรือการดำเนินการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นควรรับเรื่องไว้เพื่อทำการวินิจฉัยต่อไป เพราะเป็นกรณีที่ประธานรัฐสภาเป็นผู้ส่ง
เรื่องมาและเป็นเรื่องขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ วุฒิสภาที่ได้มีมติไม่รับรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็น
ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ส่งให้โดยนายกรัฐมนตรีได้ โดยมีเหตุผลว่าเรื่องนี้ยังมีได้ผ่านการเห็นชอบของ
ก.ศป. มาก่อนตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๘ จึงถือว่าวุฒิสภาไม่อาจดำเนินการได้

เพราะขัดกับรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาก็มีมติให้ส่งเรื่องคืนไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป กรณีจึงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติของการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเกิดขึ้น และเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ เนื่องจากมาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล” และในวรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดิน อาจได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้และต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติและได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล” แต่ในกรณีนี้รายชื่อผู้ได้รับคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดยังมีได้ผ่านการเห็นชอบจาก ก.ศป. วุฒิสภาก็ไม่อาจพิจารณาให้ความเห็นชอบได้ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ทำให้วุฒิสภาไม่อาจทำหน้าที่ได้ เมื่อเรื่องถูกส่งกลับไปยังนายกรัฐมนตรี และมีการนำเรื่องเข้าพิจารณาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีแล้วก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ นายกรัฐมนตรี จึงได้ส่งเรื่องให้ประธานรัฐสภาเพื่อส่งมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ดังกล่าว

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ และมาตรา ๒๗๙ ได้บัญญัติในเรื่องการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไว้ในลักษณะที่เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ มาตรา ๒๗๙ บัญญัติว่า “คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองประกอบด้วยบุคคล ดังต่อไปนี้

- (๑) ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ
- (๒) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง
- (๓) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภาสองคน และจากคณะรัฐมนตรีอีกหนึ่งคน คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และวิธีการเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

มาตรา ๒๗๘ บัญญัติว่า “การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดนั้น เมื่อได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป”

ดังนั้น เมื่อมาตรา ๒๗๗ กำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของ ก.ศป. ตามที่กฎหมายบัญญัติก่อน และมาตรา ๒๗๘ กำหนดว่า การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครอง

ให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดนั้น เมื่อได้รับความเห็นชอบของ ก.ศป. และวุฒิสภาแล้ว จึงเห็นได้ชัดเจนว่าถ้ายังไม่มี ก.ศป. เกิดขึ้น จะแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ และถ้าไม่มี ตุลาการในศาลปกครองก็ไม่อาจแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดได้เช่นกัน แต่มาตรา ๒๗๕ กลับไประบุ องค์ประกอบของ ก.ศป. ที่ประกอบด้วยประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการ และกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิอีกเก้าคนซึ่งต้องเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง อีกด้วย ดังนั้น การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองจึงไม่อาจกระทำได้ในทางปฏิบัติครั้งแรก และไม่มี บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญกล่าวเป็นข้อยกเว้นในเรื่องนี้ไว้แต่ประการใด

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกบุคคล ผู้มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้และมีความรู้ความสามารถและความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้ง เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคน และให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง มาใช้ บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

การที่มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่มาตรา ๑๕ วรรคหนึ่งได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “ให้ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติ ตามมาตรา ๑๓ และมีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วให้เสนอรายชื่อ ต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภาภายใน สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูล เพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้ง” จะเห็นว่ามาตรา ๑๕ วรรคหนึ่งดังกล่าวได้กำหนดวิธีการแต่งตั้ง ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการแต่งตั้งทั้งหมดและใช้ได้เฉพาะกรณีที่มี ก.ศป. แล้วเท่านั้นไม่อาจใช้ได้กับการแต่งตั้งในครั้งแรก

เมื่อทั้งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ บัญญัติไว้ในลักษณะที่ไม่สามารถแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ในทางปฏิบัติเพราะกำหนดให้ต้อง ผ่านความเห็นชอบของ ก.ศป. ในขณะที่เดียวกันก็ได้กำหนดให้ ก.ศป. ประกอบไปด้วยบุคคลที่ได้รับแต่งตั้ง เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานกรรมการของ ก.ศป. ด้วย ปัญหา ดังกล่าวจึงเป็นการบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีได้คำนึงถึงความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ แม้ในการ บัญญัติบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา ๕๘ ก็มีได้บัญญัติให้เป็นไปตามแนวทางหรือความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง ซึ่งเปิดโอกาสให้กฎหมายสามารถกำหนดวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครอง

สูงสุดครั้งแรกได้ แต่บทบัญญัติมาตรา ๕๘ วรรคหนึ่งกลับบัญญัติให้นำมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่งมาใช้บังคับ อันเป็นเหตุให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกเป็นไปไม่ได้ และนำไปสู่ปัญหาตามข้อเท็จจริงที่กล่าวมาทั้งหมด

อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวจะเกิดขึ้นเฉพาะการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกเท่านั้น เมื่อองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งตุลาการ ฯ ครั้งนี้ยังหาทางแก้ปัญหาไม่ได้จึงส่งเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรงที่ไม่ได้กำหนดบทเฉพาะกาลไว้ ดังนั้น เพื่อให้การแต่งตั้งตุลาการ ฯ ครั้งแรกมีความเป็นไปได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จึงมีความเห็นว่าการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง คือการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของ ก.ศป. ตามที่กฎหมายบัญญัติก่อน และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติให้คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทำการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้และมีความรู้ความสามารถและความประพฤติเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกิน ๒๓ คน และให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม คือ ให้เสนอรายชื่อดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภากภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับรายชื่อ และเมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคับทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้ง ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะให้มีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองโดยเร็ว จึงต้องตีความกฎหมายในแนวทางที่เป็นไปได้และเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม จึงพิจารณาได้ว่าในการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกนี้จะต้องดำเนินการต่อไปได้ และมาตรา ๕๘ วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงวินิจฉัยว่า ข้อความในมาตรา ๕๘ วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง และดำเนินการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต่อไปได้

ศาสตราจารย์อนันต์ เกตุวงศ์

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ