

คำวินิจฉัยของ นายสุวิทย์ ชีรพงษ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๓๘/๒๕๕๕

วันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๕๕

เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖

ประธานรัฐสภา ผู้ร้อง ยื่นคำร้องว่า

ข้อ ๑ พลตำรวจเอก ประทีป สันติประภพ สมาชิกวุฒิสภา กับคณะ จำนวน ๔๑ คน ได้มีหนังสือวุฒิสภา ลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๔ เพื่อขอให้ประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ หรือไม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ บัญญัติว่า

“การสรรหาและการเลือกประธานกรรมการและกรรมการการเลือกตั้ง ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) ให้มีคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งจำนวนสิบคน ซึ่งประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อธิการบดีของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสี่คน ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคละหนึ่งคน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสี่คน ทำหน้าที่พิจารณาสรรหาผู้มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓๗ ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง จำนวนห้าคน เสนอต่อประธานวุฒิสภาโดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อนั้น มติในการเสนอชื่อดังกล่าวต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

(๒) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง จำนวนห้าคน เสนอต่อประธานวุฒิสภา โดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อนั้น

(๓) การเสนอชื่อตาม (๑) และ (๒) ให้กระทำภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีเหตุที่ทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ในกรณีที่คณะกรรมการสรรหาตาม (๑) ไม่อาจเสนอชื่อได้ภายในเวลาที่กำหนด หรือไม่อาจเสนอชื่อได้ครบจำนวนภายในเวลาที่กำหนด ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาเสนอชื่อแทนจนครบจำนวนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ครบกำหนดต้องเสนอชื่อตาม (๑)”

ในการดำเนินการสรรหาบุคคลที่สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งนั้น คณะกรรมการสรรหา ฯ ได้พิจารณาสรรหาผู้มีคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๗ ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง จำนวนห้าคน เสนอต่อประธานวุฒิสภาตามหนังสือ ที่ สว. ๐๐๐๕/๐๒๕๐๖ ลงวันที่ ๒๕ มิถุนายน ๒๕๕๔ โดยมีรายชื่อดังนี้

๑. นายจรัล บุรณพันธุ์ศรี
๒. พลตำรวจโท วาสนา เพิ่มลาภ
๓. นายวีระชัย แนวนบุญเนียร
๔. พลเอก ศรินทร์ รูปกล้า และ
๕. นายสมชัย ศรีสุทธิยากร

และเมื่อวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๕๔ ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้พิจารณาสรรหาผู้สมควรเป็น กรรมการการเลือกตั้ง จำนวนห้าคน เสนอต่อประธานวุฒิสภา โดยมีรายชื่อดังนี้

๑. นายชูชาติ ศรีแสง
๒. นายอุดม เฟื่องฟุ้ง
๓. นายปรีญญา นาคฉัตรีย์
๔. นายปรีชา ชนานันท์ และ
๕. นายพิศาล พิริยะสถิต

หลังจากนั้นวุฒิสภาได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๕ ประกอบกับข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ ทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติ ของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งนั้น รวมทั้งรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอันจำเป็น แล้วรายงานต่อวุฒิสภาเพื่อประกอบการพิจารณาต่อไป

ข้อ ๒ คณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้ง ได้ตรวจสอบกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ แล้ว ปรากฏว่ามีผู้สมัครและมีการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาจำนวน ๕๕ คน ที่ประชุมคณะกรรมการสรรหา ฯ ได้ประชุมลงคะแนนรวม ๗ ครั้ง ดังนี้

รอบที่ ๑ กรรมการสรรหาแต่ละคนเลือกได้ไม่เกินคนละ ๕ คะแนน มีผู้ได้คะแนนไม่น้อยกว่า สามในสี่ หนึ่งคน คือ พลตำรวจโท วาสนา เพิ่มลาภ

รอบที่ ๒ ลงคะแนนคนละไม่เกิน ๔ คะแนน มีผู้ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ หนึ่งคน คือ นายวีระชัย แนวนบุญเนียร

รอบที่ ๓ ลงคะแนนคนละไม่เกิน ๓ คะแนน มีผู้ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ หนึ่งคน คือ นายจรัล บุรณพันธ์ศรี

รอบที่ ๔ ลงคะแนนคนละไม่เกิน ๒ คะแนน มีผู้สมัคร ๓ คน ได้คะแนน ๖, ๗ และ ๖ จึงไม่มีผู้ใดได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่

รอบที่ ๕ ลงคะแนนไม่เกินคนละ ๒ คะแนน อีกครั้งหนึ่งปรากฏผลคะแนนเช่นเดียวกับรอบที่ ๔ จึงไม่มีผู้ใดได้รับคัดเลือก

หลังจากรอบที่ ๕ คณะกรรมการสรรหา ฯ ได้เปลี่ยนกติกาใหม่ให้นำผู้สมัครเฉพาะผู้ได้คะแนนสูงสุด ๓ คน คือ พลเอก ศิริินทร์ ฐูปกล้า นายพยนต์ พันธุ์ศรี และนายสมชัย ศรีสุทธิยากร มาลงคะแนน โดยให้กรรมการสรรหาลงคะแนน คนละ ๑ คะแนน แล้วให้ตัดผู้ได้คะแนนต่ำสุดออกไป จากนั้นจึงนำสองคนที่เหลือมาลงคะแนนอีกครั้งหนึ่งจึงปรากฏผล ดังนี้

รอบที่ ๖ ลงคะแนน คนละ ๑ คะแนน (เพื่อตัดผู้ได้คะแนนต่ำสุดออก) ผลปรากฏว่า พลเอก ศิริินทร์ และนายสมชัย ได้คนละ ๔ คะแนน และนายพยนต์ได้ ๒ คะแนน นายพยนต์ จึงถูกตัดออกจากบัญชีไป

รอบที่ ๗ ลงคะแนน คนละ ๒ คะแนน ปรากฏว่า พลเอก ศิริินทร์ และนายสมชัย ได้คะแนนเต็ม คนละ ๑๐ คะแนน คณะกรรมการสรรหา ฯ จึงเสนอชื่อบุคคลทั้งสองและอ้างว่าได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่

ในคราวประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ ๒๑ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันพฤหัสบดีที่ ๔ ตุลาคม ๒๕๔๔ คณะกรรมาธิการ ฯ ได้เสนอรายงานดังกล่าวต่อที่ประชุมวุฒิสภา และที่ประชุมได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวพร้อมกับได้ลงมติเลือกกรรมการการเลือกตั้งจำนวน ๕ คน โดยมีรายชื่อดังนี้

๑. พลตำรวจโท วาสนา เพิ่มลาภ
๒. พลเอก ศิริินทร์ ฐูปกล้า
๓. นายวีระชัย แนวบุญเนียร
๔. นายจรัล บุรณพันธ์ศรี
๕. นายปริญญา นาคฉัตร์ย์

เมื่อวันที่ ๒๑ ตุลาคม ๒๕๔๔ ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการการเลือกตั้ง

ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่มีปัญหาข้อโต้แย้งว่าการที่คณะกรรมการสรรหา ฯ ลงคะแนนในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะว่าการลงคะแนนรอบที่ ๔ และรอบที่ ๕ คณะกรรมการ

สรรหา ฯ ไม่สามารถสรรหาผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อที่มีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมด ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มิเหตุที่ทำให้ต้องมีการคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้ว ก็ต้องให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาเสนอชื่อแทนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ (๓) ดังนั้น การที่คณะกรรมการสรรหา ฯ ได้เปลี่ยนหลักเกณฑ์ลงคะแนนในรอบที่ ๖ เพื่อคัดคนออกและลงคะแนนต่อไปในรอบที่ ๗ เป็นการหลีกเลี่ยงที่จะให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาทำหน้าที่แทน กล่าวคือ คณะกรรมการสรรหา ฯ ตัดสิทธิผู้สมัครจำนวน ๔๕ คน ไม่นำมาลงคะแนนในรอบที่ ๖ การลงคะแนนในรอบที่ ๖ เป็นการลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครเพียง ๓ คนเท่านั้น คือนายพยนต์ พันธุ์ศรี พลเอก ศิริรินทร์ ชูปเกล้า และนายสมชัย ศรีสุทธิยากร เพื่อคัดคนที่ได้คะแนนน้อยที่สุดออก ประกอบกับการลงคะแนนรอบที่ ๗ คณะกรรมการสรรหา ฯ ได้ตัดสิทธิผู้สมัครออกไปทั้งหมด ๕๐ คน ฉะนั้น การลงคะแนนในรอบที่ ๗ เป็นการลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครเพียง ๒ คน คือ พลเอก ศิริรินทร์ ชูปเกล้า และนายสมชัย ศรีสุทธิยากร จึงไม่ใช่เป็นการลงคะแนนเพื่อสรรหาผู้สมควรได้รับการเสนอชื่อ แต่เป็นการลงคะแนนเพื่อให้ได้มติในการเสนอชื่อดังกล่าวต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ (๑)

ข้อ ๓ ในฐานะประธานรัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่า คณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหา ฯ และสมาชิกวุฒิสภามีบทบาทอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่ต้องสรรหาผู้ซึ่งมีความเป็นกลางทางการเมืองและมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ เป็นกรรมการการเลือกตั้ง หากกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหา ฯ ดำเนินการโดยไม่บริสุทธิ์ ยุติธรรม ปราศจากการตรวจสอบ อาจเป็นที่เคลือบแคลงสงสัยของสาธารณชนทั่วไป ซึ่งสมาชิกวุฒิสภาทั้ง ๔๑ คน ได้โต้แย้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา ฯ ว่ากระบวนการพิจารณาสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา ฯ ที่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาและคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เมื่อพบบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ บัญญัติให้ประธานรัฐสภามีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนี้ให้เป็นบรรทัดฐานดังเช่นที่เคยได้วินิจฉัยไว้แล้วในหลายกรณี ก็น่าที่จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประชาธิปไตยและการปฏิรูปการเมืองอย่างยิ่ง

จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ดังนี้

๑. การที่คณะกรรมการสรรหา ฯ ได้ตัดสิทธิผู้สมัครในรอบที่ ๖ จำนวน ๔๕ คน ไม่นำมารวมเพื่อลงคะแนนสรรหาดังกล่าว คณะกรรมการสรรหา ฯ มีอำนาจตัดสิทธิผู้สมัครอื่น ๆ หรือไม่ และการดำเนินการของคณะกรรมการสรรหา ฯ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

๒. การลงมติในรอบที่ ๗ แม้จะมีคะแนนเสียงในการเสนอชื่อด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จะถือว่าเป็นมติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าหากไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จะถือว่าคณะกรรมการสรรหา ฯ เสนอรายชื่อผู้ซึ่งสมควรเป็นกรรมการเลือกตั้งจำนวนสองคน หรือต้องให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาสรรหาผู้ซึ่งสมควรเป็นกรรมการเลือกตั้งดำเนินการแทน หรือไม่

๓. เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตาม ๑ และ ๒ แล้ว เห็นว่ากระบวนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งขัดต่อรัฐธรรมนูญจะต้องมีการสรรหากรรมการเลือกตั้งใหม่ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเข้าชี้แจงข้อเท็จจริง มีผู้เข้าชี้แจง ๓ คน คือ พลตำรวจเอก ประทีป สันติประภพ ประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้ง วุฒิสภานายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง คณะกรรมการ ฯ วุฒิสภา และนายนิรศ ชัยสูตร อธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในฐานะคณะกรรมการสรรหา ฯ

พลตำรวจเอก ประทีป สันติประภพ ชี้แจงว่า ก่อนที่จะมีการลงคะแนนเลือกกรรมการเลือกตั้งนั้น คณะกรรมการสรรหา ฯ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสรรหาไว้ ๔ ข้อ โดยยึดรัฐธรรมนูญเป็นหลัก คือ

ข้อ ๑ การลงคะแนนใช้วิธีลงคะแนนลับ

ข้อ ๒ การลงคะแนนครั้งแรก ให้คณะกรรมการสรรหา ฯ แต่ละคนออกเสียงลงคะแนนเลือกได้ไม่เกิน ๕ คน ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุด และได้คะแนนไม่น้อยกว่า ๓ ใน ๔ ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ได้รับการเลือก ถ้ามีผู้ได้รับเลือกไม่ครบ ๕ คน ให้ลงคะแนนในครั้งต่อไป

ข้อ ๓ การลงคะแนนในครั้งต่อไปให้นำรายชื่อที่เหลือโดยเรียงลำดับคะแนนที่ได้รับมาให้คณะกรรมการสรรหา ฯ ลงคะแนนเลือกอีก คณะกรรมการสรรหา ฯ แต่ละคน ลงคะแนนได้ตามจำนวนที่ยังขาดอยู่ ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่า ๓ ใน ๔ ของกรรมการสรรหาทั้งหมดถือว่าเป็นผู้ที่ได้รับเลือก

ข้อ ๔ หากยังมีผู้ได้รับเลือกไม่ครบจำนวน ๕ คนให้นำวิธีการลงคะแนนเลือกตามข้อ ๓ มาใช้จนกว่าจะได้ครบตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด

คณะกรรมการ ๑ วุฒิสภา เห็นว่าการลงคะแนนเลือกในรอบ ๖ และ ๗ นั้น คณะกรรมการสรรหา ๑ ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่วางไว้ คือ การสรรหาครั้งนี้ต้องเลือกทั้งหมดรวม ๗ รอบ รอบที่ ๑ พลตำรวจโท วาสนา เพิ่มลาภ ได้ ๕ คะแนน รอบที่ ๒ นายวีระชัย แนวนบุญเนียร ได้รับ ๕ คะแนน รอบที่ ๓ นายจรัล บุรณะพันธ์ศรี ได้รับ ๔ คะแนน ถือว่าคนทั้งสามได้รับเลือกถูกต้องเพราะได้คะแนนไม่น้อยกว่า ๓ ใน ๔ ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมด รอบที่ ๔ มีผู้ได้คะแนนเพียง ๓ คน คือ ได้คะแนน ๖, ๗, ๖ ซึ่งได้คะแนนน้อยกว่า ๓ ใน ๔ ของกรรมการสรรหา จึงถือว่าในรอบนี้ไม่มีใครได้รับเลือก และรอบที่ ๕ คะแนนออกมาที่ ๓ คนเดิมและได้คะแนนเหมือนเดิม คือได้คะแนน ๖, ๗, ๖ ยืนยันอยู่อย่างนี้ คณะกรรมการสรรหา ๑ จึงเปลี่ยนวิธีการเลือกในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ เป็นเหตุให้ในรอบที่ ๗ ได้รับเลือก ๒ คน คือ พลเอก ศิริพันธ์ รูปกล้า และนายสมชัย ศรีสุทธิยากร ซึ่งได้คนละ ๑๐ คะแนน คณะกรรมการ ๑ ได้เชิญคณะกรรมการสรรหา ๑ มาชี้แจงมีผู้เข้าชี้แจง ๓ คน คือ นายอดิศร เพียงเกษ พลตำรวจโท วิโรจน์ เปาอินทร์ และนายปรีชา จรุงกิจอนันต์ โดยนายอดิศร เพียงเกษ ชี้แจงว่า เมื่อการเลือกในรอบที่ ๔ และรอบที่ ๕ คะแนนชนกันเช่นนี้ จึงได้เสนอว่า ให้กรรมการสรรหาแต่ละคนลงคะแนนรอบที่ ๖ ได้คนละ ๑ คะแนน แล้วตัดคนที่ได้คะแนนน้อยออก ส่วนที่เหลืออีก ๒ คน ที่ได้คะแนนมากกว่าให้ถือว่าเป็นผู้ได้รับเลือก ที่ประชุมไม่มีการทักท้วงและได้ทำไปตามนั้น โดยในรอบที่ ๗ นำ ๒ คนที่ได้คะแนนมากในรอบที่ ๖ มาให้กรรมการสรรหาลงคะแนนเพื่อให้ได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า ๓ ใน ๔ ตามรัฐธรรมนูญ พลตำรวจโท วิโรจน์ เปาอินทร์ กรรมการสรรหาอีกคนหนึ่งชี้แจงทำนองเดียวกันว่าเรื่องที่ให้นำเฉพาะผู้ที่ได้คะแนนในรอบที่ ๔ และรอบที่ ๕ จำนวน ๓ คน มาเลือกในรอบที่ ๖ และให้กรรมการสรรหาเลือกคนละ ๑ คนนี้ ฝ่ายอธิการบดีเป็นผู้เสนอ เพราะฝ่ายอธิการบดีเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญ มีความรู้ในเรื่องกฎเกณฑ์ต่างๆ และข้อเสนอนี้ที่ประชุมไม่มีการทักท้วง นายปรีชา จรุงกิจอนันต์ อธิการบดีสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ชี้แจงว่าเมื่อผ่านรอบที่ ๔ ที่ ๕ แล้ว ในการพิจารณารอบที่ ๖ อธิการบดีมหาวิทยาลัยมหิดลเป็นผู้เสนอความคิดขึ้นมาว่า ให้กรรมการสรรหา ๑ แต่ละคนลงคะแนนในรอบที่ ๖ ได้คนละ ๑ คะแนน และเอาคนที่ได้คะแนนน้อยที่สุดออก แล้วนำ ๒ คนที่เหลือมาลงคะแนนกันในรอบที่ ๗ เพื่อให้ได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า ๓ ใน ๔ ตามรัฐธรรมนูญ กรรมการทุกคนตกลง ซึ่งพลตำรวจเอก ประทีป สันติประภพ ผู้ชี้แจง เห็นว่าการลงคะแนนเช่นนั้น ขัดหลักเกณฑ์ที่วางไว้ และขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะไม่ใช้การสรรหาอีกประการหนึ่งในรอบที่ ๖ การที่คณะกรรมการสรรหา ๑ ตัดคนออก ๔๕ คน ซึ่งคณะกรรมการสรรหา ๑

ไม่มีอำนาจตัดผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๗ ออก และรอบที่ ๗ ก็เช่นเดียวกัน
ไปตัดคนออก ๕๐ คน ก็ไม่มีอำนาจเช่นกัน คณะกรรมการสรรหาฯ ชุดนี้ไม่ได้คำนึงถึงว่ารัฐธรรมนูญ
ได้บัญญัติเพื่อไว้แล้วว่า ถ้าไม่สามารถสรรหาได้ทันภายใน ๓๐ วัน หรือสรรหาได้ไม่ครบจำนวนภายใน
๓๐ วัน จะต้องส่งให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นผู้พิจารณาเสนอชื่อแทน เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ
ต้องการให้ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเป็น กกต. ได้คะแนนเสียงมากที่สุด เพื่อที่จะได้คนที่เป็กลางและ
ซื่อสัตย์สุจริตจริงๆ วิธีเลือกในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ นั้น จะทำให้เกิดการเล่นพรรคเล่นพวกได้
นอกจากนั้น หนังสือของประธานคณะกรรมการสรรหาฯ ที่มีไปถึงประธานวุฒิสภาแจ้งวิธีการเลือก
กรรมการการเลือกตั้งว่ากรรมการสรรหาแต่ละคนเลือกรอบแรกได้ไม่เกินคนละ ๕ คะแนน รอบที่ ๒
ไม่เกินคนละ ๔ คะแนน รอบที่ ๓ ไม่เกินคนละ ๓ คะแนน รอบที่ ๔ ไม่เกินคนละ ๒ คะแนน
รอบที่ ๕ ไม่เกินคนละ ๒ คะแนน แต่รอบที่ ๖ ใช้คำว่าลงคะแนนคนละ ๑ คะแนน รอบที่ ๗
ลงคะแนนคนละ ๒ คะแนน ข้อความที่ไม่ตรงกัน คือ ในรอบ ๑ ถึง รอบ ๕ ใช้คำว่าลงคะแนนได้
ไม่เกินคนละ ๕, ๔, ๓, ๒ และ ๒ ตามลำดับ แต่รอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ใช้คำว่าลงคะแนน
คนละ ๑ คะแนน และลงคะแนนคนละ ๒ คะแนน จึงมีความหมายแตกต่างกันเพราะ คำว่า “ไม่เกิน”
หมายถึงว่า จะลงคะแนนไม่ถึงก็ได้หรืองดออกเสียงคือไม่เลือกใครเลยก็ได้ อย่างในรอบที่ ๑ ใช้คำว่า
ไม่เกิน ๕ คะแนน หรือ ๕ คน หมายความว่า จะไม่เลือกเลย หรือเลือกไม่ถึง ๕ คน ก็ได้ แต่ในรอบที่ ๖
ใช้คำว่าลงคะแนนคนละ ๑ คะแนน รอบที่ ๗ ก็เช่นเดียวกัน ใช้คำว่าคนละ ๒ คะแนน ดังนั้น
ในรอบที่ ๖ แต่ละคนจะต้องลง ๑ คะแนน จะไม่เลือกใครเลยไม่ได้ ในรอบที่ ๗ ก็เช่นเดียวกัน
แต่ละคนจะต้องลงคนละ ๒ คะแนน คือเลือก ๒ คน จะไม่เลือกเลยหรือเลือกคนเดียวไม่ได้ จะเห็นว่า
รอบที่ ๖ คะแนนออกมา ๔, ๔, ๒ และรอบที่ ๗ ทั้ง ๒ คน ได้ ๑๐ คะแนนเต็ม เพราะฉะนั้นในรอบที่ ๖
และรอบที่ ๗ เหมือนถูกบังคับให้เลือก ๑ คน และ ๒ คน ตามลำดับ คณะกรรมการสรรหาฯ
จะไม่ปฏิบัติตามไม่ได้เพราะผิดข้อตกลง การที่ไปตกลงกันเช่นนี้ถือว่าคะแนนที่ได้ไม่น้อยกว่าสามในสี่
ของจำนวนกรรมการสรรหา นั้น จึงไม่ใช่คะแนนที่แท้จริงเพราะผู้เลือกอาจจะไม่ได้สมัครใจเลือกผู้ที่ได้รับเลือก
ก็ได้

พลตำรวจเอก ประทินฯ ชี้แจงต่อไปว่า การลงคะแนนในรอบที่ ๖ รอบที่ ๗ ไม่ชอบด้วย
รัฐธรรมนูญ เพราะรอบที่ ๖ คณะกรรมการสรรหาฯ ได้ตกลงกันใหม่ คือไม่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์
ที่ได้กำหนดไว้ เพราะในรอบที่ ๖ กรรมการสรรหาแต่ละคนมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ ๒ คะแนน
เพราะมีคนที่ต้องเลือกอีก ๒ คน แต่มากำหนดกันว่า ให้เลือกได้คนละ ๑ คะแนน แล้วยังกำหนดอีกว่า
เอาคนที่ได้คะแนนน้อยสุดออก เรื่องนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญชัดเจน การลงคะแนนในรอบที่ ๗ เอาคนมาให้เลือก

เพียง ๒ คน ก็ไม่ถูกต้อง เพราะเนื่องจากว่าคนที่มีสิทธิมีคุณสมบัติครบถ้วนมีอีกถึง ๕๐ คน เลือกมาเฉพาะ ๒ คน การได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่เป็นการคัดเลือก เพราะหากคนมา ๒ คนแล้วให้เลือก ๒ คนนี้เท่านั้น ไม่ใช่เป็นการสรรหา อันเป็นการเปิดช่องทางให้เล่นพรรคเล่นพวกได้เพราะกรรมการสรรหามีมาจากพรรคการเมือง ๔ คน จากอธิการบดี ๔ คน และผู้สมัคร ๒ คนที่นำมาให้เลือกในรอบที่ ๓ นี้คนหนึ่งเป็นผู้ที่อธิการบดีเป็นผู้เสนอ คือรองศาสตราจารย์สมชัย ศรีสุทธิยากร ส่วนอีกคนหนึ่ง คือ พลเอก ศิริรินทร์ ฐูปกล้า เป็นผู้ที่มีความเกี่ยวพันกับพรรคความหวังใหม่มาก่อน ดังนั้น ในรอบที่ ๔ ที่ ๕ คะแนนจึงย่นกันอยู่ที่ ๖ - ๗ - ๖ จะเห็นได้ว่าคนที่เสนอให้ยกเลิกหลักเกณฑ์เดิมและให้ใช้วิธีเลือกใหม่คือนายอดิศร เพียงเกษ ซึ่งเป็นกรรมการสรรหาที่มาจากพรรคการเมือง คะแนนในรอบ ๖ จะเห็นได้ว่าคะแนนออกมา ๔ - ๔ - ๒ แยกฝ่ายชัดเจน พรรคการเมือง อธิการบดี และผู้ไม่เกี่ยวข้องกับฝ่ายใด

นายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง ชี้แจงว่า มีข้อสังเกต ๓ ประการ คือ

ประการที่ ๑ ความผิดปกติในการเลือกรอบสุดท้ายคือรอบที่ ๗ ที่ทั้ง ๒ คนได้ ๑๐ คะแนนเต็ม เพราะทุกรอบที่ผ่านมาไม่มีใครได้คะแนนเต็มเลย

ประการที่ ๒ ทำไมรอบที่ ๖ คะแนนรวมเท่ากับ ๑๐ คะแนน (คือ ๔, ๔, ๒) ทั้งที่จริงแล้ว คณะกรรมการสรรหา ๗ มี ๑๐ คน มีสิทธิเลือกคนละ ๒ คะแนนรวมแล้วต้องมี ๒๐ คะแนน แสดงว่าต้องมีข้อตกลงอะไร ทำไมทุกคนเปลี่ยนมาลงได้เพียง ๑ เบอร์หมด เพราะธรรมดาจะลงได้ ๒ เบอร์ ทำไมลงเบอร์เดียว เป็นไปได้อย่างไร รอบ ๔ รอบ ๕ กรรมการสรรหาลงคนละ ๒ เบอร์ แต่ทันทีทันใดพอรอบที่ ๖ ทุกคนลงได้เบอร์เดียวและพอรอบที่ ๗ ทุกคนกลับลงได้คนละ ๒ เบอร์ ทำให้ผู้ได้รับเลือกได้เต็ม ๑๐ คะแนนทั้ง ๒ คน

ประการที่ ๓ คือ หลังจากตรวจพบความผิดปกติดังกล่าว คณะกรรมการ ๗ จึงเชิญ กรรมการสรรหา ๗ มาชี้แจง ซึ่งนายอดิศร เพียงเกษ ชี้แจงว่า “ลงคะแนนครั้งที่ ๕ ที่ ๖ สู้กันอยู่ ๓ คน คือมี สมชัย พยนต์ ศิริรินทร์ ไล่กันอยู่ ๒ ครั้ง ผมจำคะแนนไม่ได้แล้ว เลยบอกในที่ประชุมว่าเอาอย่างนี้ ก็แล้วกัน ๓ คนนี้ให้ที่ประชุม ๑๐ คน โหวตคนละคะแนนว่า ๓ คนนี้ มีใครได้คะแนนมากอันดับ ๑ อันดับ ๒ มีสิทธิเป็นเลย อันนี้หมายความว่า หากคะแนนนิยมแล้วมีสิทธิเป็นเลย ส่วนได้อันดับ ๓ หลุดไปเลยนะ ว่าเช่นนั้น ก็ลงคะแนนจนกระทั่งรอบที่ ๖ คุณพยนต์ ๗ ได้น้อยกว่าเพื่อนก็เลยเกิดครั้งที่ ๗ เราก็ลงคะแนนโหวตเพื่อให้ได้สามในสี่ตามรัฐธรรมนูญ” พลตำรวจโท วิโรจน์ เปาอินทร์ ชี้แจงว่า “ในที่ประชุมเริ่มมีการแสดงความคิดเห็นในเรื่องที่ว่ารอบนี้ใครที่ยังไม่ได้สามในสี่แล้วจะคัดใครเพื่อเลือกต่อให้ได้สามในสี่นี้ ก็เป็นมติที่ประชุมซึ่งส่วนใหญ่ผมขอเรียนตรงๆ ว่าเป็นความเห็นของตัวแทนฝ่าย

อธิการบดีว่าเช่นนี้” ส่วนนายปรีชา จรุงกิจอนันต์ อธิการบดีของนิด้า พูดว่า “ไม่ได้มีกฎหมาย ๓ คน ผมจำได้ว่ามีเบอร์ ๑๓, ๓๑ และ ๔๕ ธรรมศาสตร์ส่งมาคนหนึ่ง อีกคนหนึ่งที่ว่าโดนใบเหลือง อีกคนหนึ่งคือ คุณพยนต์ ฯ โหวตกันแล้วได้ ๓ คนนี้ ผมจำคะแนนไม่ได้ แต่ไม่มีใครได้ ๘ คะแนน โหวตรอบแรกไม่มีใครได้ ๘ คะแนน โหวตรอบที่ ๒ ไม่มีใครได้ ๘ คะแนนอีก มีอธิการบดีมหาวิทยาลัยมหิดลเป็นผู้เสนอว่า น่าจะตัดคนที่ได้คะแนนน้อยออก โหวตคนละแต้มเดียว แล้วตัดคนได้คะแนนน้อยออก ก็โหวตกัน คุณพยนต์ ฯ ได้คะแนนน้อยจึงตัดออก ที่นี้พอเหลือ ๒ คน โหวต ๒ ครั้ง ได้ ๑๐ คะแนน เต็มไปทั้ง ๒ คน” นอกจากนั้น หนังสือของประธานคณะกรรมการสรรหา ฯ ไปถึงประธานวุฒิสภาก็บอกแต่เพียงว่าในรอบที่ ๔ ที่ ๕ ที่ ๖ ไม่มีผู้ใดได้สามในสี่ไม่ได้ชี้แจงกระบวนการสรรหาในรอบที่ ๖ ว่า ให้ตกลงคนละ ๑ คะแนน แล้วจึงเขียนว่ารอบ ๗ มีผู้ได้รับเลือกจำนวน ๒ คน คือ พลเอก ศิริรินทร์ ฐูปกล้า และรองศาสตราจารย์สมชัย ศรีสุทธยากร โดยที่ไม่ได้บอกคะแนน คือ กรรมการสรรหารายงานไปโดยไม่ได้บอกว่าได้เปลี่ยนหลักเกณฑ์ครึ่งทาง คือหลังจากรอบ ๔ รอบ ๕ ไม่ได้คะแนนสามในสี่แล้ว จึงมาเปลี่ยนหลักเกณฑ์ในรอบที่ ๖ ที่ ๗

นายนิรุต ชัยสูตร ชี้แจงว่า

ในรอบที่ ๑ กรรมการสรรหาโหวตได้คนละ ๕ คน มีคนได้ ๘ คะแนน ๑ คน จะลดลงเหลือ ๔ เหลือ ๓ ในรอบที่ ๒ ที่ ๓ พอมารอบที่ ๔ ที่ ๕ โหวตอย่างไรก็ยังไม่มีการได้คะแนน ๘ คะแนน เพราะฉะนั้นก็มีการคนคนหนึ่ง คืออธิการบดีมหาวิทยาลัยมหิดล เสนอว่าใช้วิธีโหวตคนละ ๑ คะแนน และนำคนคะแนนน้อยที่สุดออกไป ซึ่งการเอาคนคะแนนน้อยออกเป็นการโหวตในรอบที่ ๖ พอรอบที่ ๗ ทุกคนก็ลงคะแนนให้ผู้ที่เหลืออีก ๒ คน การลงคะแนนให้ ๒ คนนี้เป็นสิทธิของกรรมการ คือไม่บังคับว่า จะต้องโหวตให้ แต่พอดีคะแนนออกมาทั้ง ๒ คนได้ ๑๐ คะแนนเต็ม แสดงว่ากรรมการสรรหาทุกคนเลือกทั้ง ๒ คน

พิเคราะห์แล้วประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยมีว่า

๑. การเลือกผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ ในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

๒. หากกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้งในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จะต้องมีการสรรหากรรมการการเลือกตั้งอีก ๒ คน เพื่อให้วุฒิสภาเลือกใหม่หรือไม่และใครจะเป็นผู้สรรหา

ในประเด็นข้อที่หนึ่ง ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าก่อนที่จะมีการเลือกกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหา ฯ ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสรรหาไว้ ๔ ข้อ คือ

ข้อ ๑ ลงคะแนนโดยวิธีลงคะแนนลับ

ข้อ ๒ การลงคะแนนครั้งแรก กรรมการสรรหาแต่ละคนสามารถลงคะแนนเลือกผู้มีคุณสมบัติได้ไม่เกิน ๕ คน ผู้ได้รับคะแนนสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ถือว่าผู้นั้นได้รับเลือก หากไม่มีผู้ได้รับเลือกหรือผู้ได้รับเลือกไม่ถึง ๕ คน ให้ลงคะแนนครั้งต่อไป

ข้อ ๓ การลงคะแนนครั้งต่อไปให้นำรายชื่อผู้ได้รับการเสนอชื่อที่เหลือ และมีคะแนนเรียงตามลำดับ มาให้กรรมการสรรหาทุกคนลงคะแนนเลือกครั้งต่อไป กรรมการสรรหาแต่ละคนสามารถลงคะแนนเลือกได้ตามจำนวนที่ยังขาดอยู่ ผู้ได้รับคะแนนสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ เป็นผู้ได้รับเลือก

ข้อ ๔ หากมีผู้ได้รับเลือกไม่ครบจำนวน ๕ คนอีกให้นำวิธีลงคะแนนตามข้อ ๓ มาใช้จนกว่าจะได้ผู้มีคุณสมบัติครบจำนวนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดที่ให้เสนอชื่อต่อประธานวุฒิสภา

ปรากฏว่ามีผู้สมัครและมีผู้ได้รับการเสนอชื่อให้คณะกรรมการสรรหา ๗ เลือกทั้งหมด ๕๕ คน ซึ่งคณะกรรมการสรรหา ๗ จะต้องเลือกเพื่อเสนอวุฒิสภาเพียง ๕ คน คณะกรรมการสรรหา ๗ ได้ใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเลือกผู้ที่เหมาะสมที่จะเป็นกรรมการการเลือกตั้งได้ผลดังนี้

รอบที่ ๑ มีผู้ที่ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเพียง ๑ คน คือ พลตำรวจโท วาสนา เพิ่มลาภ

รอบที่ ๒ มีผู้ที่ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเพียง ๑ คน คือ นายวีระชัย แนวนบุญเนียร

รอบที่ ๓ มีผู้ที่ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเพียง ๑ คน คือ นายจรัล บุรณพันธ์ศรี

รอบที่ ๔ และรอบที่ ๕ ไม่มีผู้ใดได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่คณะกรรมการสรรหา ๗ เห็นว่าไม่อาจจะหาผู้ที่จะได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดได้แน่นอน จึงตกลงเปลี่ยนวิธีเลือกใหม่ โดยไม่ใช้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และตกลงว่าในรอบที่ ๖ ให้นำผู้ที่ได้คะแนนมากที่สุดในรอบที่ ๕ จำนวน ๓ คน คือ พลเอก ศิริินทร์ รูปกล้า นายพยนต์ พันธุ์ศรี และนายสมชัย ศรีสุทธยากร มาให้คณะกรรมการสรรหา ๗ ลงคะแนนเลือกโดยให้กรรมการสรรหาแต่ละคนเลือกได้เพียง ๑ คน แล้วนำคนที่ได้คะแนนสูงสุด ๒ คน มาเลือกในรอบที่ ๗ ซึ่งในรอบที่ ๗ ตกลงกันว่าให้กรรมการสรรหาทุกคนเลือก ๒ คน ดังนั้นในการเลือกรอบที่ ๖ ได้คนที่ได้คะแนนสูงสุด ๒ คน คือ พลเอก ศิริินทร์ ๗ และนายสมชัย ๗ จึงนำคนทั้งสองมาเลือกในรอบที่ ๗ ซึ่งปรากฏว่า

ในรอบที่ ๗ นี้ ทั้งพลเอก ศิริรินทร์ ๑ และนายสมชัย ๑ ได้คนละ ๑๐ คะแนน เป็นคะแนนที่ไม่น้อยกว่าสามในสี่ของกรรมการสรรหา ๑ ถือว่าคนทั้งสองได้รับเลือก คณะกรรมการสรรหา ๑ จึงนำชื่อของคนทั้งสองร่วมกับอีก ๓ คน ซึ่งได้รับเลือกในรอบที่ ๑ รอบที่ ๒ และรอบที่ ๓ เสนอประธานวุฒิสภาว่าเป็นผู้ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งที่เลือกโดยคณะกรรมการสรรหา ๑

ปัญหามีว่าการเลือกของคณะกรรมการสรรหา ๑ ในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ นั้น ถูกต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ (๑) บัญญัติว่า “การสรรหาและการเลือกประธานกรรมการและกรรมการการเลือกตั้ง ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) ให้มีคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง จำนวนสิบคน ซึ่งประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อธิการบดีของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคลทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสี่คน ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคนซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสี่คน ทำหน้าที่พิจารณาสรรหาผู้มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓๗ ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง จำนวนห้าคน เสนอต่อประธานวุฒิสภา โดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อนั้น มติในการเสนอชื่อดังกล่าวต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่”

แม้ว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ มิได้บัญญัติว่าคณะกรรมการสรรหา ๑ จะต้องใช้หลักเกณฑ์หรือวิธีการอย่างไรในการเลือกบุคคลที่เหมาะสมเพื่อเสนอประธานวุฒิสภา แต่มาตรา ๑๓๘ ก็ได้กำหนดไว้ว่าคณะกรรมการสรรหาจะต้อง “ทำหน้าที่พิจารณาสรรหาผู้มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๓๗ ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งจำนวนห้าคน” ดังนั้นสมควรพิจารณาว่าการเลือกในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ เป็นการสรรหาหรือไม่ ปรากฏว่าในรอบที่ ๖ คณะกรรมการสรรหา ๑ เปลี่ยนหลักเกณฑ์ในการเลือกซึ่งใช้เลือกในรอบที่ ๑ ถึงรอบที่ ๕ โดยนำผู้ได้คะแนนสูงสุดในรอบที่ ๕ จำนวน ๓ คน และบังคับให้กรรมการสรรหาทุกคนเลือกผู้รับเลือกได้เพียงคนเดียวแล้วตัดคนที่ได้คะแนนน้อยออกเพื่อนำ ๒ คนที่เหลือไปเลือกในรอบที่ ๗ ซึ่งความจริงแล้วในรอบที่ ๖ นี้ กรรมการสรรหาทุกคนควรมีสិทธิเลือกได้ไม่เกิน ๒ คน เท่าจำนวนที่ยังขาดอยู่ แต่คณะกรรมการสรรหา ๑ ไม่ยอมให้ทำเช่นนั้นเพราะหวังผลว่าการเลือกเช่นนี้จะทำให้การเลือกในรอบที่ ๗ ผู้ได้รับเลือกจะมีคะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหา การเปลี่ยนหลักเกณฑ์ในการเลือกในรอบที่ ๖ นั้น เห็นว่าเมื่อไม่ใช้หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเลือกในรอบที่ ๑ ถึงรอบที่ ๕ เช่นนี้ ก็สมควรนำผู้ที่ยังมีได้รับการคัดเลือกทั้งหมดจำนวน ๕๒ คน มาเลือกในรอบที่ ๖ ด้วย เพราะเป็นการเปลี่ยนวิธีเลือกใหม่ จึงเป็นสิทธิของบุคคล

เหล่านี้ที่จะต้องได้รับโอกาสในการได้รับเลือก แต่คณะกรรมการสรรหาฯ กลับคัดเอาบุคคลที่ได้คะแนนสูงสุดในรอบที่ ๕ เพียง ๓ คน คือ พลเอก ศิริรินทร์ นายสมชัย และนายพยนต์ มาเลือกในรอบที่ ๖ ซึ่งในการเลือกในรอบที่ ๖ นั้น พลเอก ศิริรินทร์ได้ ๔ คะแนน นายสมชัยได้ ๔ คะแนน และนายพยนต์ได้ ๒ คะแนน ในรอบที่ ๗ คณะกรรมการสรรหาฯ ดัดนายพยนต์ซึ่งได้คะแนนในรอบที่ ๖ น้อยที่สุดออก นำเฉพาะ พลเอก ศิริรินทร์ และนายสมชัย มาให้กรรมการสรรหาฯ ทั้ง ๑๐ คนเลือก และให้ลงคะแนนเลือกคนละ ๒ คะแนน หรือ ๒ คน เท่ากับเป็นการบังคับให้ลงคะแนนเลือก พลเอก ศิริรินทร์ และนายสมชัย เพราะมีผู้ให้เลือกเหลือเพียง ๒ คน เท่านั้น จะไม่เลือกใครเลยหรือเลือกเพียงคนเดียวไม่ได้เพราะผิดข้อตกลง ดังนั้น พลเอก ศิริรินทร์ และนายสมชัย จึงได้รับเลือกโดยได้ ๑๐ คะแนนเต็ม คือ กรรมการทุกคนลงคะแนนเลือก ทั้งๆ ที่ในรอบที่ ๖ มีกรรมการสรรหาเลือกคนทั้งสองนี้เพียง ๔ คน หรือ ๔ คะแนน และในรอบที่ ๑ ถึงรอบที่ ๕ คนทั้งสองก็ไม่เคยได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ดังนั้น ในการเลือกในรอบที่ ๖ และที่ ๗ จึงไม่เป็นการสรรหาตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ เพราะการสรรหาควรมีจำนวนผู้ให้เลือกมากกว่าจำนวนที่ต้องการ และจะต้องไม่บังคับผู้เลือกกว่าจะต้องเลือกจำนวนเท่าใด ผู้เลือกจะต้องมีสิทธิที่จะเลือกหรือไม่เลือกก็ได้ แต่ถ้าจะเลือกต้องเลือกได้ไม่เกินจำนวนที่ต้องการ แต่วิธีการที่คณะกรรมการสรรหาฯ ใช้ในการเลือกในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ นั้น เป็นวิธีการที่จะทำอย่างไรจึงจะทำให้ผู้ที่ได้รับเลือกได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

นอกจากนี้การที่ประธานคณะกรรมการสรรหาฯ ทำหนังสือรายงานการสรรหากรรมการการเลือกตั้งถึงประธานวุฒิสภาให้ทราบนั้น ได้รายงานว่าการเลือกกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหาฯ ได้วางหลักเกณฑ์ในการเลือกไว้ ๔ ข้อ และรายงานต่อไปว่าคณะกรรมการสรรหาฯ ได้ดำเนินการเลือกตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยได้ดำเนินการเลือกทั้งหมด ๗ รอบ ในรอบที่ ๑ เลือกได้ ๑ คน รอบที่ ๒ เลือกได้ ๑ คน รอบที่ ๓ เลือกได้ ๑ คน รอบที่ ๔, ที่ ๕ และที่ ๖ ไม่มีผู้ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมด รอบที่ ๗ เลือกได้ ๒ คน โดยไม่ได้รายงานว่าเป็นรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ นั้น ไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ ๔ ข้อที่วางไว้ และไม่ได้รายงานว่าเป็นรอบที่ ๗ คนทั้งสองได้ ๑๐ คะแนนเต็ม แสดงให้เห็นว่าหลังจากการเลือกในรอบที่ ๗ แล้ว คณะกรรมการสรรหาฯ ทราบแล้วว่าการเลือกในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงไม่กล้ารายงานต่อประธานวุฒิสภาตามความเป็นจริงว่ามีการเปลี่ยนหลักเกณฑ์ในรอบที่ ๖ และที่ ๗ เพื่อให้ได้คะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ดังนั้น วิธีการเลือกผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ ในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘

ส่วนประเด็นที่ ๒ ที่ว่า หากกระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ ในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จะต้องมีการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง อีก ๒ คน เพื่อให้วุฒิสภาเลือกใหม่หรือไม่ และใครจะเป็นผู้สรรหา นั้น เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่าการเลือกกรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหาในรอบที่ ๖ และที่ ๗ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วเช่นนี้ถือว่า พลเอก ศิริรินทร์ ฐปกล้า และนายสมชัย ศรีสุทธิยากร ไม่เคยได้รับเลือกจากคณะกรรมการสรรหา ฯ ด้วยคะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของกรรมการสรรหาทั้งหมดมาก่อน ดังนั้นการที่คณะกรรมการสรรหา เสนอชื่อ พลเอก ศิริรินทร์ ฯ และนายสมชัย ฯ ให้วุฒิสภาเลือก และวุฒิสภาเลือก พลเอก ศิริรินทร์ ฯ เป็นกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการการเลือกตั้งเลือก พลเอก ศิริรินทร์ ฯ เป็นประธานกรรมการการเลือกตั้งนั้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญเสมือน พลเอก ศิริรินทร์ ฯ ไม่เคยได้รับเลือกเป็นกรรมการการเลือกตั้งและไม่เคยได้รับเลือกเป็นประธานกรรมการการเลือกตั้งมาก่อน

ส่วนปัญหาที่ว่าเมื่อการเลือกในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นเหตุให้ พลเอก ศิริรินทร์ ฯ และนายสมชัย ฯ เสมือนไม่ได้รับเลือกเช่นนี้ จะต้องมีการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งเพื่อให้วุฒิสภาเลือกใหม่หรือไม่ หากต้องสรรหาใหม่ ใครจะเป็นผู้สรรหา คณะกรรมการสรรหา ฯ ชุดเดิมหรือคณะกรรมการสรรหา ฯ ชุดใหม่ หรือที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา นั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของประธานวุฒิสภาจะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๘ ศาลรัฐธรรมนูญ ไม่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการในเรื่องนี้

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงวินิจฉัยว่าการเลือกผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งของคณะกรรมการสรรหา ฯ ในรอบที่ ๖ และรอบที่ ๗ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

นายสุวิทย์ ชีรพงษ์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ