

คำวินิจฉัยของ ศาสตราจารย์ ดร.กระมล ทองธรรมชาติ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๔๔/๒๕๕๖

วันที่ ๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๖

เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ประธานรัฐสภาส่งคำร้องลงวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ๒๕๕๖ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ โดยอ้างว่ามีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากนายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง สมาชิกวุฒิสภาและคณะ รวม ๕๔ คน ได้มีหนังสือขอให้ประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สรุปข้อเท็จจริงของคำร้องได้ ดังนี้

ตามที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน ๓ คน และสาขาวิชาศาสตร์ จำนวน ๑ คน พ้นจากตำแหน่ง อันเป็นเหตุให้ต้องมีการสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งดังกล่าวแทน คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการสรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน ๖ คน และผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ จำนวน ๒ คน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ (๓) และ (๔) ประกอบมาตรา ๒๖๑ วรรคสอง เสนอต่อประธานวุฒิสภา ดังนี้

ผู้ทรงคุณวุฒิสภานิติศาสตร์ จำนวน ๖ คน คือ นายมานิต วิทยาเต็ม นายประสิทธิ์ เอกบุตร นายสมบัติ เดียววิเศษ นายสุธี สุทธิสมบูรณ์ นายสมพงษ์ วนภา และนางเสาวนีย์ อัสวโรจน์

ผู้ทรงคุณวุฒิสภารัฐศาสตร์ จำนวน ๒ คน คือ นายวิสุทธิ โพธิ์แทน และพลตำรวจเอก สุวรรณ สุวรรณเวช

ในคราวประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ ๒๔ (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันศุกร์ที่ ๘ พฤศจิกายน ๒๕๕๕ ที่ประชุมวุฒิสภาได้ลงมติตั้งคณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิตแทนตำแหน่งที่ว่าง รวมทั้งรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอันจำเป็นแล้วรายงานต่อวุฒิสภาเพื่อประกอบการพิจารณาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓๕ ประกอบข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๕๖ และข้อ ๕๗ ต่อมาในการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ ๖ (สมัยสามัญทั่วไป) วันศุกร์ที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๖ คณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติฯ ดังกล่าว ได้เสนอรายงาน

ต่อที่ประชุมวุฒิสภา ซึ่งที่ประชุมได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวและได้มีมติเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๔ คน คือ นายมานิต วิทยาเต็ม นายสุธี สุทธิสมบุรณ์ นางสาวนีย์ อัสวโรจน์ และพลตำรวจเอก สุวรรณ สุวรรณเวช

ทั้งนี้ ประธานวุฒิสภาได้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งและพระมหากษัตริย์ได้ทรงแต่งตั้ง เรียบร้อยแล้ว

นายเจิมศักดิ์ ฯ และคณะ ผู้ยื่นเรื่องได้ตรวจสอบกระบวนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว เห็นว่ามีกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญ ๓ กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง กระบวนการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

จากการตรวจสอบพบว่าการลงคะแนนเสียงเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสภา นิติศาสตร์ ที่ประชุมคณะกรรมการสรรหาฯ ได้ทำการลงคะแนนเสียง จำนวน ๑๕ ครั้ง และได้มีการหยุด การประชุมเพื่อตกลงหรือเป็นการลับเฉพาะกรรมการสรรหาฯ โดยขอให้เจ้าหน้าที่ออกจากห้องประชุม และไม่มีกรรมการบันทึกการตกลงหรือในระหว่างทำการประชุมลับ ๒ ครั้ง หลังรอบที่ ๑๓ และหลังรอบที่ ๑๗

การกระทำของคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว มีเหตุที่น่าเชื่อว่าการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์กติกา ระหว่างลงคะแนนเสียง โดยทราบผลการลงคะแนนแล้ว จึงมีการตกลงหรือลับซึ่งการตกลงหรือลับ นอกจากจะเป็นการชักชวนให้ลงคะแนนแก่ผู้สมัครผู้หนึ่งแล้ว ยังเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์กติกา ในการลงคะแนน เห็นได้ว่าเป็นการลงคะแนนเสียงที่ไม่โปร่งใสยุติการณที่น่าสงสัย ส่อไปในทางไม่ให้ ความเป็นธรรมในกระบวนการสรรหา สมควรที่จะต้องได้รับการพิจารณาวินิจฉัยว่า ภายหลังจากการลงคะแนน แล้วหลายรอบ กรรมการสรรหาฯ ได้เห็นคะแนนแล้ว การหยุดการประชุมและมีการตกลงหรือลับ โดยให้เจ้าหน้าที่ออกนอกห้องประชุมและไม่มีกรรมการบันทึกการหารือไว้เป็นหลักฐาน และหลัง การตกลงหรือลับ ทำให้คะแนนที่ผู้สมัครได้รับเปลี่ยนแปลงผกผันไป ถือเป็นการใช้ดุลยพินิจ โดยมีขอบเขตต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีที่สอง กรณีการเลือกกันเองของผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคละหนึ่งคนเพื่อเป็นกรรมการสรรหา

ปรากฏว่าผู้แทนพรรคการเมืองที่ได้รับเลือกเป็นกรรมการสรรหา จำนวน ๔ คน เป็นผู้แทนจาก พรรคร่วมรัฐบาลทั้งหมด แม้รัฐธรรมนูญฯ จะไม่ได้กำหนดให้กรรมการสรรหาจะต้องประกอบด้วย ผู้แทนพรรคการเมืองทั้งฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาล แต่การที่มีแต่ผู้แทนพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลทำให้ วิเคราะห์ได้ว่า หากผู้สมัครหรือผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อผู้ใดที่ไม่ผ่านการเห็นชอบของพรรคการเมืองร่วม

รัฐบาลจะหมดโอกาสที่จะได้รับการเสนอชื่อเพื่อให้วุฒิสภาเลือก ทั้งนี้เพราะหากไม่ได้รับคะแนน ๔ คะแนน จากพรรคร่วมรัฐบาล ก็หมดโอกาสจะได้คะแนน ๑๐ คะแนน จาก ๑๓ คะแนนเต็ม (หรือได้คะแนน สามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหา) กระบวนการได้มาซึ่งกรรมการสรรหาในส่วนของผู้แทนพรรคการเมือง จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการได้มาซึ่งบุคคลที่จะมาทำหน้าที่ในองค์กรอิสระต่างๆ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็น องค์กรสำคัญที่จะทำให้การปฏิรูปการเมืองสัมฤทธิ์ผล จึงมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ที่จะต้อง พิจารณาว่า

(๑) หากองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาในส่วนของผู้แทนพรรคการเมืองมีที่มา โดยการตกลงกันมาก่อนล่วงหน้าในลักษณะไม่โปร่งใส ไม่เปิดโอกาสให้มีการใช้สิทธิเลือกตั้ง กันเองโดยปราศจากการแทรกแซง จะถือได้หรือไม่ว่า คณะกรรมการสรรหาชุดดังกล่าวมีที่มา ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๒) เมื่อคณะกรรมการสรรหาที่มีองค์ประกอบดังกล่าวตามข้อ (๑) ทำหน้าที่ในการ สรรหาจะถือได้ว่า เป็นการดำเนินการสรรหาที่มีความถูกต้องชอบธรรมตามที่รัฐธรรมนูญมุ่งหวังไว้ และผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหาชุดดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่าเป็น ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการสรรหาโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเมื่อวุฒิสภา ได้ลงมติเลือกผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่าผลการเลือกนั้นก็ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

กรณีที่สาม ปัญหาจากกรณีหนึ่ง เกิดจากการที่วุฒิสภามีได้มีการตราข้อบังคับการประชุมเกี่ยวกับการ กำหนดหน่วยธุรการของคณะกรรมการสรรหาฯ ทำหน้าที่ตั้งกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงคุณวุฒิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๗ (๑) ในส่วนที่เกี่ยวกับการตั้งคณะนิติศาสตร์และ รัฐศาสตร์ตลอดจนผู้แทนพรรคการเมือง การรับสมัครผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อรับการสรรหาเป็นตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ การประชุมคณะกรรมการสรรหาฯ วิธีการลงคะแนนเสียงของคณะกรรมการสรรหาฯ และ เรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงทำให้มีปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาฯ ตลอดมา คณะกรรมการ สรรหาฯ ที่ตั้งขึ้นมาแต่ละครั้งก็จะสร้างกฎเกณฑ์กติกาขึ้นเอง เป็นการเฉพาะกิจเฉพาะคราวไป เมื่อเสร็จ ภารกิจแต่ละครั้งแล้ว กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็เลิกใช้ไป เมื่อมีการตั้งคณะกรรมการสรรหาฯ ขึ้นมาใหม่ คณะกรรมการสรรหาฯ ชุดใหม่ก็สร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาใหม่อีก ซึ่งอาจไม่เหมือนกันกับของเดิม ทำให้มี การปฏิบัติในเรื่องเดียวกันแตกต่างกัน ขาดมาตรฐานเดียวกัน เป็นเหตุให้ขาดความโปร่งใสในกระบวนการ สรรหา ขาดความชัดเจน อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

จึงเป็นปัญหาว่าวุฒิสภามีอำนาจตราข้อบังคับเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ ในส่วนที่มีได้บัญญัติรายละเอียดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๗ (๑) ได้หรือไม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนโปร่งใส ตรวจสอบได้ และเป็นธรรมในกระบวนการสรรหาฯ

นายเจิมศักดิ์ ๑ และคณะ จึงเห็นว่าคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรหนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๗ (๑) เป็นองค์กรที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ที่สำคัญ จึงได้ร่วมกัน เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา เพื่อให้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ส่งความเห็นให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งในทางปฏิบัติทั้ง ๓ ประเด็นปัญหาข้างต้นว่า สามารถกระทำได้หรือไม่เพียงใด

ประธานรัฐสภา ผู้ร้อง พิจารณานั่งสือของนายเจิมศักดิ์ ๑ และคณะแล้ว มีคำร้องขอให้ศาล รัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ เกี่ยวกับกระบวนการสรรหาตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ สรุปได้ว่า

๑. คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๗ (๑) และรัฐธรรมนูญได้กำหนดองค์ประกอบ อำนาจหน้าที่ รวมทั้งวิธีการในการปฏิบัติ หน้าที่ไว้อย่างชัดเจน ซึ่งทำให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะครบถ้วนตาม ความหมายของคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ตามคำวินิจฉัยที่ ๕๘ - ๖๒/๒๕๕๓ ลงวันที่ ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๓ ซึ่งวินิจฉัยว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบคำวินิจฉัยที่ ๓๘/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๕๕ ซึ่งวินิจฉัยว่า คณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ”

๒. คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและสมาชิกวุฒิสภาต่างก็มีบทบาทอำนาจ หน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่ต้องดำเนินการสรรหาผู้ซึ่งมีความเป็นกลางทางการเมืองและ มี ความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หากกระบวนการสรรหาตุลาการศาล รัฐธรรมนูญเป็นไปโดยไม่บริสุทธิ์ ไม่ยุติธรรม ปราศจากการตรวจสอบ อาจเป็นที่เคลือบแคลงสงสัย ของสาธารณชนทั่วไป ซึ่งบัดนี้สมาชิกวุฒิสภามีจำนวนถึง ๕๔ คน ได้โต้แย้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่ากระบวนการพิจารณาสรรหาผู้สมควรเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงอนุโลมได้ว่าเป็นกรณีซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร คือ คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีการปฏิบัติหน้าที่กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภา

๓. รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ได้ให้อำนาจแก่ประธานรัฐสภาในการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ ดังนั้นหากศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนี้ให้เป็นบรรทัดฐานดังเช่นที่ได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วในหลายกรณีก็น่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประชาธิปไตย และการปฏิรูปทางการเมืองเป็นอย่างยิ่งในฐานะประธานรัฐสภา จึงจำเป็นต้องเสนอเรื่องพร้อมความเห็นมายังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยเพียงประเด็นเดียว ดังนี้

การดำเนินการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ภายหลังที่มีการลงคะแนนแล้วหลายรอบ ซึ่งกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้เห็นคะแนนแล้ว การหยุดการประชุมและมีการตกลงหรือเป็นการลับ โดยให้เจ้าหน้าที่ออกนอกห้องประชุมและ ไม่มีการจดบันทึกการหารือไว้เป็นหลักฐาน และภายหลังการตกลงหรือเป็นการลับกลับทำให้คะแนนที่ผู้สมัครได้รับเปลี่ยนแปลงผกผันไป ถือเป็นกรณีการดำเนินการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจคำร้องแล้วลงมติเมื่อวันที่ ๕ มิถุนายน ๒๕๕๖ ให้รับคำร้องไว้ดำเนินการตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๖ ข้อ ๑๒ วรรคหนึ่ง ด้วยคะแนน ๘ เสียง ต่อ ๑ เสียง และมีมติ เมื่อวันที่ ๒๑ สิงหาคม ๒๕๕๖ ด้วยคะแนน ๕ เสียง ต่อ ๒ เสียง รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยและให้ส่งสำเนาคำร้องให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะผู้เกี่ยวข้องทราบ หากประสงค์จะชี้แจงหรือแสดงความคิดเห็นให้ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือ

ปรากฏว่า ประธานกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (นายอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ) ได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๗ ตุลาคม ๒๕๕๖ นำส่งคำชี้แจงพร้อมเอกสารประกอบสรุปได้ดังนี้

๑. เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการประชุมของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ คณะกรรมการสรรหาฯ จึงได้ดำเนินการประชุมโดยยึดแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๘/๒๕๕๕ อย่างเคร่งครัด โดยดำเนินการไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการเดียวกันทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์หรือนิติศาสตร์และเหมือนกันตั้งแต่รอบแรกจนถึงรอบสุดท้าย คณะกรรมการสรรหาฯ แต่ละคนมีอิสระในการลงคะแนน ไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมหรือผูกพันให้ต้องเลือกผู้ทรงคุณวุฒิคนหนึ่งคนใด แม้มีการประชุมเป็นการภายในระหว่างคณะกรรมการสรรหาฯ แต่ก็ไม่มีข้อห้ามมิให้กระทำ อีกทั้งเป็นแนวทางที่เคยปฏิบัติกันมาในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครั้งก่อนๆ และในการประชุมเป็นการภายในก็มิได้มีมติหรือข้อตกลงใดๆ

ให้กรรมการต้องเลือกหรือมิให้เลือกผู้สมัครคนหนึ่งคนใดหรือดำเนินการเพื่อให้มีข้อตกลงหรือมติใด ๆ โดยเฉพาะในทางที่เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้สมัครคนหนึ่งคนใด การสรรหาได้เป็นไปโดยสมัครใจและบนพื้นฐานของความเป็นอิสระในความคิดและการลงคะแนนอย่างเต็มที่ของคณะกรรมการสรรหา

๒. เหตุที่คณะกรรมการสรรหา มีมติให้พักการลงคะแนนและให้ประชุมหารือเป็นการภายในระหว่างกรรมการสรรหาฯ ก็เนื่องจากการลงคะแนนตั้งแต่วันที่ ๑๑ ถึงวันที่ ๑๓ มีรูปแบบเดียวกัน คือ นายไชยวัฒน์ สัตยาประเสริฐ ได้ ๕ คะแนนทั้งสามรอบ และนายปรีชา ชวลิตธำรง ได้ ๗ คะแนนในรอบที่ ๑๑ และ ๑๒ และได้ ๖ คะแนนในรอบที่ ๑๓ โดยมีบัตรเสีย ๑ ใบ จึงเห็นว่าหากให้มีการลงคะแนนเสียงต่อไปเรื่อยๆ ก็คงจะมีลักษณะเช่นนี้ต่อไป ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ได้ครบจำนวน ๖ คน จึงให้พักการลงคะแนนและให้ประชุมหารือเป็นการภายในระหว่างกรรมการสรรหาฯ และเนื่องจากเป็นการหารือเป็นการภายในจึงไม่มีการบันทึกการประชุม

๓. วัตถุประสงค์ของการหารือเป็นการภายในก็เพื่อให้มีการหารือและแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในระหว่างกรรมการสรรหาฯ เกี่ยวกับแนวทางแก้ไขภาวะชะงักงันในการลงคะแนน รวมทั้งพิจารณาคุณสมบัติ ข้อดีและข้อด้อยของผู้สมัครแต่ละคน ซึ่งอาจมีการพาดพิงถึงประวัติส่วนตัวของผู้สมัคร หากให้ผู้ที่มีใช้กรรมการสรรหาฯ ร่วมอยู่ด้วยในการประชุมก็จะเป็นการไม่สมควร และหากเผยแพร่ออกไปอาจมีปัญหาทางกฎหมายได้

อย่างไรก็ดี ที่ประชุมยังคงถือปฏิบัติในหลักเกณฑ์ว่า ในทุกๆ รอบของการลงคะแนนผู้สมัครทุกคนยังมีสิทธิได้รับการสรรหา จึงไม่มีใครถูกตัดสิทธิการได้รับการสรรหาจากการประชุมหารือเป็นการภายใน ดังนั้น การที่ผู้สมัครรายใดแม้จะไม่มีคะแนนเสียงหรือมีคะแนนเสียงต่ำแต่กลับได้รับคะแนนเสียงเพิ่มเติมในภายหลังจนกระทั่งได้รับคะแนนเสียง ๑๐ คะแนนจาก ๑๓ คะแนน และได้รับการสรรหาจึงเป็นการดำเนินการที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการสรรหาฯ กำหนดไว้แต่ต้นทั้งเป็นเรื่องปกติที่เคยเกิดขึ้นในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครั้งก่อนๆ และในการประชุมหารือเป็นการภายใน คณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ได้มีมติหรือข้อตกลงใดๆ เกี่ยวกับการลงคะแนนเลือกผู้สมัครคนใดเป็นพิเศษ ดังจะเห็นจากผลการลงคะแนนในรอบที่ ๑๔, ๑๕, ๑๖ และ ๑๗ ซึ่งไม่มีผู้สมัครคนใดได้รับเลือกจนกระทั่งผ่านการลงคะแนนในรอบที่ ๑๗ คณะกรรมการสรรหาฯ จึงเห็นสมควรให้มีการประชุมหารือเป็นการภายในอีกครั้งหนึ่ง แต่ผลการลงคะแนนในรอบที่ ๑๘ ก็ยังไม่มีผู้สมัครคนใดได้รับเลือกผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการสรรหาให้เสนอชื่อรายสุดท้ายเพึ่งได้รับเลือกในการลงคะแนนรอบที่ ๑๙

อนึ่ง ในการประชุมหรือเป็นการภายในหลังการลงคะแนนในรอบที่ ๑๗ นั้น คณะกรรมการสรรหาฯ มีความเห็นตรงกันว่า การลงคะแนนได้กระทำกันมาพอสมควรแล้วยังไม่ได้รายชื่อผู้ได้รับการสรรหาครบ จึงเห็นควรให้ลงคะแนนกันตามหลักเกณฑ์และวิธีการเดิมต่อไปอีก ๓ รอบ หากยังไม่ได้รายชื่อผู้ได้รับการสรรหาครบ จึงค่อยเปิดรับสมัครผู้ที่มีคุณสมบัติเพิ่มเติม

โดยสรุป คณะกรรมการสรรหาฯ มิได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาและไม่มีกรรวบรัดหรือต่อรองให้ลงคะแนนหรือไม่ลงคะแนนเลือกผู้สมัครรายใดรายหนึ่งแต่อย่างใด การดำเนินการลงคะแนนของคณะกรรมการสรรหาฯ ตั้งอยู่บนหลักการที่ว่าผู้สมัครทุกคนมีสิทธิได้รับเลือกในทุกรอบและกรรมการสรรหาฯ ทุกคนมีอิสระเต็มที่ในการลงคะแนน ความตกลงของกรรมการสรรหาฯ ที่จะยุติการลงคะแนนเลือกผู้สมัครในรอบที่ ๒๐ หากยังมีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิครบคน แล้วเปิดรับสมัครผู้ที่มีคุณสมบัติเพิ่มเติมนั้นก็เพื่อเป็นเพียงความตกลงหาทางออกเพื่อให้คณะกรรมการดำเนินการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิให้ได้ครบจำนวน ๖ คนตามที่กำหนดโดยรัฐธรรมนูญเท่านั้น

คณะกรรมการสรรหาฯ จึงเห็นว่า การดำเนินการทั้งหมดของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นการดำเนินการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประเด็นพิจารณาและคำวินิจฉัย

เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัย (คำวินิจฉัยที่ ๓๘/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๕๕) ว่า คณะกรรมการสรรหากรรมการเลือกตั้งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีมติรับคำร้องของประธานรัฐสภาไว้พิจารณาวินิจฉัย และคณะกรรมการสรรหาฯ ได้มีคำชี้แจงเกี่ยวกับเรื่องนี้มาแล้วนั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาตามคำร้อง ดังนี้

การดำเนินการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่มีการลงคะแนนแล้วหลายรอบ ซึ่งกรรมการสรรหาฯ ได้เห็นคะแนนแล้ว การหยุดประชุมและมีการตกลงหรือเป็นการลับโดยให้เจ้าหน้าที่ออกนอกห้องประชุมและไม่มีการจดบันทึกการหารือไว้เป็นหลักฐานและภายหลังจากการตกลงหรือเป็นการลับกลับทำให้คะแนนที่ผู้สมัครได้รับเปลี่ยนแปลงผกผันไป ถือเป็นดำเนินการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๑ มาตรา ๒๕๗ กำหนดการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ (๓) และ (๔) กรณีพ้นจากตำแหน่ง โดยคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ ดังนี้

๑. วิธีการสรรหา กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาฯ มีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ (ตามมาตรา ๒๕๕ (๓)) และสาขารัฐศาสตร์ (ตามมาตรา ๒๕๕ (๔))

มีจำนวนเป็นสองเท่าของผู้ซึ่งพ้นจากตำแหน่ง ต่อประธานวุฒิสภา โดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อนั้น และมีมติในการเสนอชื่อดังกล่าวต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

๒. ระยะเวลาการดำเนินการสรรหา กำหนดให้คณะกรรมการสรรหาฯ เสนอชื่อผู้สมัครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อประธานวุฒิสภาและให้วุฒิสภามีมติเลือก โดยให้ดำเนินการเลือกให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง

ข้อเท็จจริงจากสำเนาหนังสือคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ด่วนที่สุด ที่ สว ๐๐๐๘/(ส) ๔๕๖๑ ลงวันที่ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๕ (ซึ่งเป็นเอกสารประกอบคำร้องในเรื่องนี้) ปรากฏรายงานกระบวนการพิจารณาสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงคุณวุฒิฯ ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สรุปได้ ดังนี้

ประชุมครั้งที่ ๑ (วันเสาร์ที่ ๑๒ ตุลาคม ๒๕๔๕)

- มีมติเลือกให้กรรมการสรรหาดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ดังนี้

- (๑) นายอรธนิติ ดิษฐอำนาจ เป็นประธานคณะกรรมการสรรหาฯ
- (๒) พลตำรวจโท วิโรจน์ เปาอินทร์ เป็นรองประธาน
- (๓) ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ เป็นเลขานุการ
- (๔) รองศาสตราจารย์ ดร.ธีรภัทร์ เสรีรังสรรค์ เป็นโฆษก

- มีมติให้ดำเนินการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ (กรณีที่ ๑ คือ พ้นจากตำแหน่งเมื่ออายุครบ ๗๐ ปีบริบูรณ์) จำนวน ๑ คน และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ จำนวน ๒ คน กับสาขารัฐศาสตร์ จำนวน ๑ คน รวม ๓ คน (กรณีที่ ๒ คือ พ้นตำแหน่งตามวาระ) รวมไปในคราวเดียวกัน

- มีมติกำหนดแนวทางในการดำเนินการสรรหา ดังนี้

๑. การรับสมัครและการเสนอชื่อ

๑.๑ โดยการเปิดรับสมัครบุคคลทั่วไป จากบุคคลผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ ยื่นใบสมัครด้วยตนเอง ระหว่างวันที่ ๑๔ ตุลาคม ๒๕๔๕ - ๒๐ ตุลาคม ๒๕๔๕ ณ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

๑.๒ โดยการเสนอชื่อ ให้กรรมการสรรหาแต่ละคนเสนอชื่อผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ ได้โดยไม่จำกัดจำนวน และต้องได้รับความยินยอมจากผู้ได้รับการเสนอชื่อด้วย ทั้งนี้ต้องเสนอชื่อภายในกรอบเวลาเดียวกัน ๑.๑

๒. วุฒิกการศึกษาของผู้สมัครหรือผู้ได้รับการเสนอชื่อ

มีมติไม่กำหนดเรื่องวุฒิกการศึกษาว่าจะต้องสำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่าทางด้านนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ด้านใดด้านหนึ่งเป็นการเฉพาะ

๓. ความประสงค์ในการเข้ารับการสรรหา

มีมติกำหนดให้ผู้สมัครหรือผู้ได้รับการเสนอชื่อ ต้องระบุว่าประสงค์จะเข้ารับการสรรหาในประเภทผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ หรือสาขาวิชา รัฐศาสตร์ สาขาใดสาขาหนึ่งเพียงสาขาเดียวเท่านั้น

การประชุมครั้งที่ ๒ (วันพฤหัสบดีที่ ๒๔ ตุลาคม ๒๕๔๕)

พิจารณาข้อมูลผู้สมัคร

- ผู้สมัครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์	๒๕ คน
- ผู้สมัครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสถาวิชา รัฐศาสตร์	๗ คน
รวม	๓๒ คน

(แบ่งเป็นผู้มาสมัครด้วยตนเอง ๒๗ คน ได้รับการเสนอชื่อ ๕ คน)

พิจารณาคุณสมบัติเบื้องต้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ (๓)

- ลงมติว่า ผู้สมัครสาขา นิติศาสตร์ ลำดับที่ ๓๐ พลโท เดโช สนธิศิริ ไม่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๒๕๖ (๓) จึงมีผู้อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะได้รับการพิจารณาเบื้องต้น จำนวน ๓๑ คน

- มีมติให้เชิญผู้สมัครและได้รับการเสนอชื่อมาแสดงวิสัยทัศน์ โดยใช้เวลาดำเนินการ ๒ วัน

ประชุมครั้งที่ ๓ (วันจันทร์ที่ ๒๘ ตุลาคม ๒๕๔๕)

- พิจารณาทบทวนมติกรณี พลโท เดโช ฯ แล้ว มีมติรับผู้สมัครดังกล่าวเป็นผู้มีคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ (๓)

- ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล ฯ ขอลาออกจากตำแหน่งเลขานุการ และที่ประชุมแต่งตั้งให้ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิติพันธ์ ฯ เป็นเลขานุการแทน

- มีมติตั้งคำถามเพียงคำถามเดียว เพื่อให้ผู้สมัครและผู้ได้รับการเสนอชื่อแสดงวิสัยทัศน์

- ให้ผู้สมัคร และผู้ได้รับการเสนอชื่อ แสดงวิสัยทัศน์

ประชุมครั้งที่ ๔ (วันอังคารที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๔๕)

- ให้ผู้สมัคร และผู้ได้รับการเสนอชื่อ แสดงวิสัยทัศน์ (ต่อ)

ประชุมครั้งที่ ๕ (วันพฤหัสบดีที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๔๕)

๑. กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงลงคะแนน

(๑) ลงคะแนนโดยวิธีการลงคะแนนลับ และแยกลงคะแนนสำหรับผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์กับผู้ทรงคุณวุฒิสถาวิชา รัฐศาสตร์

(๒) การลงคะแนนครั้งแรก กรรมการสรรหาแต่ละคนสามารถลงคะแนนเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ได้ไม่เกิน ๖ คน ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ได้ไม่เกิน ๒ คน ผู้ใดได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ถือว่าผู้นั้นได้รับเลือก ถ้ามีผู้ได้รับเลือกไม่ถึง ๖ คน หรือ ๒ คน ตามลำดับ แล้วแต่กรณี ก็ให้ลงคะแนนครั้งต่อไป

(๓) การลงคะแนนครั้งต่อไปให้นำรายชื่อผู้ได้รับการเสนอชื่อที่เหลือมาให้กรรมการสรรหาทุกคนลงคะแนนเลือกครั้งต่อไป โดยไม่มีการตัดชื่อผู้สมัครรายใดออก กรรมการสรรหาแต่ละคนสามารถลงคะแนนเลือกได้ตามจำนวนที่ยังขาดอยู่ในแต่ละสาขา ผู้ใดได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เป็นผู้ได้รับเลือก

(๔) หากมีผู้ได้รับเลือกไม่ครบจำนวน ๖ คน หรือ ๒ คน อีก แล้วแต่กรณี ให้ลงคะแนนตามข้อ (๓) ต่อเนื่องไป จนกว่าจะได้ผู้ทรงคุณวุฒิแต่ละสาขาครบจำนวน

คณะกรรมการสรรหาได้ลงคะแนนตามหลักเกณฑ์ข้างต้น โดยลำดับแรกคณะกรรมการสรรหาได้ลงคะแนนเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งมีผู้สมัคร จำนวน ๗ คน ก่อนแล้วจึงลงคะแนนเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งมีผู้สมัคร จำนวน ๒๕ คน ตามลำดับ

๒. คณะกรรมการสรรหาฯ ได้ลงคะแนนเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ จำนวน ๒ คน โดยลงคะแนน รอบที่ ๑ ปรากฏว่า นายวิสุทธิ์ โภธิแทน ได้รับเลือก และรอบที่ ๒ พลตำรวจเอก สุวรรณ สุวรรณเวช ได้รับเลือก

๓. คณะกรรมการสรรหาได้ลงคะแนนเลือกผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ จำนวน ๔ คน

รอบที่ ๑ นายมานิต วิทยาเต็ม ได้รับเลือก

รอบที่ ๒ ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร และนายสมบัติ เดียววิเศษ
ได้รับเลือก

รอบที่ ๓ และรอบที่ ๔ ไม่มีผู้ได้รับเลือก

รอบที่ ๕ นายสุธี สุทธิสมบูรณ์ ได้รับเลือก

รอบที่ ๖ ถึงรอบที่ ๘ ไม่มีผู้ได้รับเลือก

รอบที่ ๑๐ นายสมพงษ์ วนากา ได้รับเลือก

รอบที่ ๑๑ ถึงรอบที่ ๑๘ ไม่มีผู้ได้รับเลือก

รอบที่ ๑๙ ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ได้รับเลือก

๕. คณะกรรมการสรรหาฯ จึงมีมติเสนอชื่อบุคคลดังต่อไปนี้ต่อประธานวุฒิสภาตามหนังสือ
ด่วนที่สุด ที่ สว ๐๐๐๘ (ส) ๔๕๖๑ ลงวันที่ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๕

๕.๑ ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ จำนวน ๖ คน คือ

๑. นายมานิต วิทยาเต็ม
๒. ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร
๓. นายสมบัติ เดียววิศเรศ
๔. นายสุธี สุทธิสมบูรณ์
๕. นายสมพงษ์ วนาภา
๖. ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์

๕.๒ ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขารัฐศาสตร์ จำนวน ๒ คน คือ

๑. นายวิสุทธิ โพธิแทน
๒. พลตำรวจเอก สุวรรณ สุวรรณเวช

พิจารณาแล้ว รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสาขา
นิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ โดยคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ตุลาการศาล
รัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิประเภทนั้นๆ พ้นจากตำแหน่ง ใ่ว่างกว้างๆ ว่า ให้ คณะกรรมการสรรหาฯ
ทำหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสถานนิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ จำนวนสองเท่า
ของผู้ซึ่งพ้นจากตำแหน่งพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อเสนอต่อประธานวุฒิสภา โดยมี
ในการเสนอชื่อดังกล่าวต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่
ดังนั้น คณะกรรมการสรรหาฯ ก็ย่อมที่จะมีอิสระในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการเพื่อให้ได้มา
ซึ่งผู้สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสถานนิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์
โดยอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๑ ประกอบมาตรา ๒๕๗ บัญญัติไว้ คือ เสนอชื่อ
โดยได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น และมติในการเสนอชื่อแต่ละบุคคลจะต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า
สามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ (กรรมการสรรหาฯ ทั้งหมดมีจำนวน ๑๓ คน คะแนนเสียง
สามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด คือ ๙.๗๕ ซึ่งเท่ากับ ๑๐ คะแนน)

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการสรรหาฯ กำหนดขึ้นเช่นนี้ จะต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์
ของรัฐธรรมนูญในเรื่องของการสรรหาด้วย ซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในเรื่องการสรรหาบุคคล คือ
การเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติที่มีความเหมาะสมจะดำรงตำแหน่งที่ต้องมีการสรรหา การสรรหาจึงหมายถึง
การเลือกบุคคลคนหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งจากหลายคน เพื่อให้ผู้สรรหาได้มีการเปรียบเทียบแล้วเลือกบุคคล

ผู้เหมาะสม (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๘/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๔๕) สำหรับการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์โดยคณะกรรมการสรรหาฯ ชุดนี้ เมื่อพิจารณาการดำเนินการสรรหา ทั้ง ๑๕ รอบ รวมถึงรอบที่หลังจากการประชุมลับแล้วคือตั้งแต่รอบที่ ๑๔ เป็นต้นมา คณะกรรมการสรรหาฯ ก็ยังคงให้อิสระกรรมการสรรหาฯ ในการลงคะแนนให้ผู้สมัครและผู้เสนอชื่อรับการสรรหาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งพิจารณาได้จากผลการลงคะแนนตั้งแต่รอบที่ ๑๔ เป็นต้นมา ก็มีผู้ได้รับคะแนนหลากหลายกัน ไม่ให้มีการลงคะแนนให้บุคคลในจำนวนที่ถูกจำกัด ดังเช่นกรณีการดำเนินการของคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้งในสองรอบสุดท้าย ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๓๘/๒๕๔๕ ซึ่งมีการจำกัดให้กรรมการสรรหาฯ ลงคะแนนให้บุคคลเพียง ๒ คนเท่านั้น กระบวนการลงคะแนนของกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงไม่ได้ขัดกับเจตนารมณ์ในเรื่องของการสรรหาแต่อย่างใด

ส่วนการที่คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กำหนดให้มีการประชุมลับเมื่อดำเนินการสรรหาไปได้ระยะหนึ่งแล้ว นั้น การประชุมลับเป็นวิธีการดำเนินการประชุมพิจารณาเพื่อคัดเลือก ไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในการคัดเลือก ซึ่งหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกจะเริ่มตั้งแต่การเปิดรับสมัครและการเสนอชื่อ การตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครและผู้ได้รับการเสนอชื่อ การให้โอกาสผู้สมัครและผู้ได้รับการเสนอชื่อแสดงวิสัยทัศน์ และการลงคะแนนคัดเลือกของคณะกรรมการสรรหาฯ ส่วนการประชุมเป็นเพียงวิธีดำเนินการของคณะกรรมการสรรหาฯ เพื่อให้มีการมาร่วมกันของกรรมการสรรหาฯ แล้วดำเนินการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ตลอดจนเริ่มดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กรรมการสรรหาฯ ได้ร่วมกันกำหนดไว้ ซึ่งการประชุมนั้น อาจมีได้ทั้งการประชุมเปิดเผยเป็นการทั่วไป และการประชุมลับซึ่งการประชุมทั้งสองลักษณะนี้ เป็นลักษณะของการประชุมที่ใช้เป็นการทั่วไปในการประชุมขององค์กรต่างๆ หลายองค์กร โดยปรากฏเป็นกฎเกณฑ์ลายลักษณ์อักษร เช่น ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๔๔ หมวด ๒ การประชุมรัฐสภาข้อ ๕ ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๑๓ ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๔๔ ข้อ ๑๑ เป็นต้น

สำหรับวิธีการที่ปฏิบัติกันในการประชุมลับนั้น โดยทั่วไปแล้วจะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ๓ เรื่องคือ

๑. การกำหนดบุคคลที่จะขอให้มีการประชุมลับ
๒. การกำหนดบุคคลที่จะอยู่ในการประชุมลับ
๓. การกำหนดการจัดทำรายงานและการเปิดเผยรายงานการประชุมลับ

การกำหนดบุคคลที่จะขอให้มีการประชุมลับ สำหรับการประชุมรัฐสภาที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ ข้อ ๕ การประชุมวุฒิสภาที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๕๔ ข้อ ๑๓ และการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๕๔ ข้อ ๑๑ ซึ่งกำหนดในทำนองเดียวกันว่า ให้คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภามีสิทธิร้องขอให้แต่ละสภาที่ตนเป็นสมาชิกประชุมลับได้

การกำหนดบุคคลที่จะอยู่ในการประชุมลับ ทั้งรัฐสภา วุฒิสภา และสภาผู้แทนราษฎรจะกำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมในข้อเดียวกับที่กำหนดบุคคลผู้มีสิทธิขอให้มีการประชุมลับ โดยการประชุมของรัฐสภาและสภาผู้แทนราษฎร กำหนดเป็นหลักการทำนองเดียวกันว่า การประชุมลับ นั้น ห้ามบุคคลภายนอกเข้าฟังการประชุม เว้นแต่ผู้ที่ได้รับอนุญาตจากประธานเท่านั้น ส่วนการประชุมวุฒิสภากำหนดบุคคลผู้อยู่ในการประชุมลับไว้แต่เฉพาะสมาชิก รัฐมนตรี และผู้ที่ได้รับอนุญาตจากประธานของที่ประชุมเท่านั้น

การกำหนดการจัดทำรายงานและเปิดเผยรายงานการประชุมลับ สำหรับรัฐสภาตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ฯ ข้อ ๒๕ และ ๒๖ กำหนดว่าที่ประชุมรัฐสภาอาจมีมติไม่ให้จดยางานการประชุมลับครั้งใดทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ แต่ให้มีบันทึกเหตุการณ์ไว้ และการเปิดเผยรายงานการประชุมลับ ให้เป็นไปตามมติของที่ประชุมรัฐสภา ส่วนวุฒิสภา ตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภาฯ ข้อ ๒๕ และ ๓๐ กำหนดว่าวุฒิสภาอาจมีมติให้จดยางานการประชุมลับครั้งใดทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ แต่ให้มีบันทึกเหตุการณ์ไว้ และการเปิดเผยรายงานการประชุมลับ ให้เป็นไปตามมติของวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรฯ ข้อ ๒๗ และ ๒๘ กำหนดว่า สภาอาจมีมติไม่ให้จดยางานการประชุมลับครั้งใดทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วนก็ได้ แต่ให้มีบันทึกเหตุการณ์ และการเปิดเผยรายงานการประชุมลับให้คณะกรรมาธิการตรวจรายงานการประชุมพิจารณาและเสนอความเห็นเพื่อให้สภามีมติว่าจะเปิดเผยหรือไม่

พิจารณาวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการประชุมลับของรัฐสภา วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรแล้ว เห็นได้ว่าการกำหนดให้มีการประชุมลับ การจำกัดบุคคลที่จะอยู่ในที่ประชุมลับและการจัดทำรายงานการประชุมลับ ตลอดจนการเปิดเผยรายงานการประชุมลับ จะเป็นเรื่องเฉพาะขององค์กรที่จะต้องดำเนินการประชุมนั้นๆ เอง และก็เป็นวิธีปฏิบัติทั่วไปขององค์กรต่าง ๆ แม้แต่ในรัฐสภาและวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่นายเจิมศักดิ์และคณะเป็นสมาชิกอยู่

สำหรับการประชุมของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการประชุมเพื่อสรรหา และคัดเลือกบุคคลที่จะเสนอวุฒิสภามีมติเลือกต่อไป การดำเนินการสรรหาและการคัดเลือกในบางครั้ง หรือบางเหตุการณ์ มีความจำเป็นต้องดำเนินการโดยวิธีประชุมลับ เพราะอาจต้องอภิปรายถึงประวัติ คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามบางประการของผู้สมัครหรือผู้ได้รับการเสนอชื่อโดยละเอียด และการ อภิปรายดังกล่าวก็เป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อน ซึ่งอาจมีความจำเป็นต้องดำเนินการเป็นการภายใน ในที่ประชุมของคณะกรรมการสรรหาฯ และไม่สมควรที่จะมีการจัดทำและเปิดเผยรายงานการประชุมลับ ดังกล่าวต่อบุคคลภายนอก คณะกรรมการสรรหาฯ ก็มีสิทธิที่จะกำหนดให้มีการประชุมลับและไม่ให้มีการ จัดทำรายงานการประชุมลับหรือหากจัดทำก็อาจจะไม่ให้มีการเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกได้ เพราะเป็น เรื่องการดำเนินการภายในของคณะกรรมการสรรหาฯ เอง ซึ่งไม่ใช่เป็นกรณีที่ผิดปกติไปจากการประชุมลับ ทั่วๆ ไป ขององค์กรต่างๆ เช่น รัฐสภา วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการ สรรหาและคัดเลือกโดยการประชุมลับของคณะกรรมการสรรหาฯ ก็จะต้องไม่ให้ขัดกับเจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญ ในเรื่องของการสรรหาบุคคล ดังที่ได้กล่าวไว้ตอนต้นแล้วว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐาน ความหมายของการสรรหาไว้ในคำวินิจฉัยที่ ๓๘/๒๕๔๕ ว่า การสรรหา หมายถึง การเลือกบุคคล คนหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งจากหลายคน เพื่อให้ผู้สรรหาได้มีการเปรียบเทียบแล้วเลือกบุคคลผู้เหมาะสม ซึ่งข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากสำเนารายงานกระบวนการพิจารณาสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฯ ของ คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่เป็นเอกสารประกอบคำร้องนี้ เห็นได้ว่าหลังจาก การประชุมลับครั้งแรก (หลังจากการลงคะแนนรอบที่ ๑๓) คือ ตั้งแต่การลงคะแนนรอบที่ ๑๔ และ หลังจากการประชุมลับครั้งที่สอง คือ หลังจากการลงคะแนนรอบที่ ๑๗ เป็นต้นมา กรรมการสรรหา ทุกคน ก็ยังคงมีอิสระที่จะลงคะแนนให้ผู้สมัครหรือผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อที่ยังคงเหลือทั้งหมดคนใดก็ได้ ดังจะเห็นได้ว่ารับคะแนนหลากหลายในการลงคะแนนตั้งแต่รอบที่ ๑๔ เป็นต้นมา โดยมีได้มีลักษณะ เปลี่ยนแปลงผกผันแต่อย่างใด จนกระทั่งถึงรอบที่ ๑๕ จึงได้ผู้ที่ได้รับการสรรหาด้วยคะแนนเสียงสามในสี่ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

เมื่อการทำให้มีการประชุมลับ เป็นเรื่องที่คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สามารถ มีดุลพินิจที่จะจัดให้มีการประชุมลับโดยกำหนดวิธีการภายในการประชุมลับและจัดทำหรือไม่จัดทำรายงาน การประชุมลับหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่การดำเนินการต้องไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในเรื่องของ การสรรหาแล้ว ไม่ว่าจะในการประชุมลับดังกล่าวนั้นจะมีการชักชวนของกรรมการสรรหาบางท่านให้เลือก บุคคลใด เพราะเหตุใด หรือไม่นั้น ก็เป็นเรื่องปกติธรรมดาของการประชุมของคณะกรรมการสรรหา และไม่ใช่เป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องของการสรรหาแต่ประการใด เพราะกรรมการสรรหาฯ

ทุกคนย่อมมีอิสระในการพูด แสดงความคิดเห็น และเลือกลงคะแนนให้ผู้ที่เราเห็นสมควร และพฤติการณ์ที่ปรากฏจากจำนวนคะแนนเสียงที่ผู้สมัครหรือผู้ได้รับการเสนอชื่อแต่ละคนได้รับหลังจากที่มีการประชุมลับก็ไม่ได้แสดงว่ากรรมการสรรหาผู้ใดถูกบังคับหรือเสียอิสระในการทำหน้าที่กรรมการสรรหา

ดังนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้ออ้างของนายเจิมศักดิ์ และคณะ ที่ยื่นต่อผู้ร้องเป็นเพียงการแสดง ความสงสัยว่าการที่คณะกรรมการสรรหาฯ ทำการประชุมลับถึง ๒ ครั้ง และภายหลังการประชุมลับ ทำให้คะแนนที่ผู้สมัครได้รับเปลี่ยนแปลงผกผันไปนั้น น่าจะขัดกับรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๕๗ (๑) โดยไม่ได้แสดงหลักฐานที่ชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างไร ไม่มีน้ำหนักและไม่สามารถหักล้างคำชี้แจงของประธานกรรมการสรรหาฯ ที่ว่าการหยุดประชุมและตกลงประชุมลับถึงสองครั้ง หลังจากที่ได้ลงคะแนนไปแล้วในรอบที่ ๑๓ และรอบที่ ๑๗ ซึ่งแม้จะปรากฏว่าคะแนนที่ผู้สมัครบางคน ได้รับเปลี่ยนแปลงผกผันไปหลังจากการประชุมลับครั้งที่สองไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพราะหลัง การประชุมหรือเป็นการลับกรรมการสรรหาฯ แต่ละคนยังมีความเป็นอิสระที่จะลงคะแนนให้แก่ผู้สมัคร เข้ารับการสรรหาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดก็ได้เนื่องจากผู้สมัครทุกคนมิได้ถูกตัดสิทธิในการ รับการสรรหาแต่อย่างใด

อาศัยเหตุผลดังกล่าว จึงวินิจฉัยว่า การดำเนินการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นประเด็นตามคำร้องนี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

ศาสตราจารย์ ดร.กระมล ทองธรรมชาติ

ประธานศาลรัฐธรรมนูญ