

การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ: ศึกษากรณี
ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.
(ฉบับคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ)¹

“The Removal of Constitutional Court Judges from Office and the
Independence of Judiciary: A Case Study on the Organic Bill on Constitutional
Court Procedure B.E. (the Version of Constitutional Drafting Committee)”

ณรงค์เดช สรุโฆษิต²
Narongdech Srukhsit

บทคัดย่อ

หลักความเป็นอิสระของตุลาการถือเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของหลักนิติธรรมซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายและรัฐธรรมนูญไทยแทบทุกฉบับ หลักการนี้มีหลักการย่อยประการหนึ่งคือ หลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ ซึ่งเป็นหลักประกันมิให้มีการออกกฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการ คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม หรือวาระการดำรงตำแหน่ง โดยมุ่งหมายให้ตุลาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญใหม่ใช้บังคับ ต้องพ้นจากตำแหน่งไปทันที

เมื่อพิจารณาเนื้อหามาตรา 76 และมาตรา 77 แห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ฉบับที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้วพบว่า เนื้อความในส่วนที่กำหนดให้นำคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่กำหนดขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาใช้บังคับกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ยังคงดำรงตำแหน่งต่อไปตามวาระย่อมส่งผลให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยชอบ มีคุณสมบัติครบถ้วน และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต้องพ้นจากตำแหน่งไป เพราะเหตุที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามให้สูงขึ้นกว่าเดิม ดังนั้น เนื้อความของร่างกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงขัดต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

¹ เผยแพร่ครั้งแรกในเว็บไซต์เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย <www.public-law.net> เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2560.

² รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นบ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), LL.M. (Cantab.), Doctor of Philosophy (Law), University of Edinburgh, UK.

Abstract

The Independence of Judiciary is an indispensable element of the Rule of Law as recognized and protected under liberal democratic constitutions including almost all Thai constitutions. This principle embraces a sub-doctrine called the tenure and Irremovability of Judges, which serves as a protection of judges against any immediate removal from office as a result of, inter alia, any alteration of rules and procedures for judicial appointment, the length of term of office, and the qualifications as well as disqualifications thereof.

Taking into account particularly sections 76 and 77 of the Organic Bill on Constitutional Court Procedure, which was submitted to the National Legislative Assembly by the Constitutional Drafting Committee, this research finds out that its contents as regards the automatic application, on the incumbent judges of the Constitutional Court, of a set of newly defined qualifications and disqualifications of constitutional court judges as set out in the 2017 Constitution are most likely to be, in my view, incompatible with the Independence of Judiciary.

ในช่วงนี้จนถึง 31 ตุลาคม 2560 สภานิติบัญญัติแห่งชาติเปิดรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. (ต่อไปในบทความนี้เรียกว่า “ร่าง พ.ร.ป.”) ตามที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภา³ นอกเหนือจากประเด็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลซึ่งถูกวิพากษ์วิจารณ์ไปแล้ว⁴ บทความนี้ขอร่วมแสดงความคิดเห็นในอีกประเด็นหนึ่ง คือ การกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ ปัจจุบัน ต้องพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามร่างมาตรา 76 และมาตรา 77 ของร่าง พ.ร.ป. ดังกล่าว อาจละเมิดต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ดังนั้น จึงอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

1. ความนำ

ในการจัดทำร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดนายมีชัย ฤชุพันธุ์ และการพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวในชั้นสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้น ประเด็นหนึ่งที่มีการถกเถียงกันมากและเป็นข่าวยุบย่อย ๆ คือ จะให้ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ อาทิ กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ฯลฯ ที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ ปัจจุบัน พ้นจากตำแหน่ง เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์กรต่าง ๆ นั้นหรือไม่ หรือที่สื่อมวลชนไทยคุ้นเคยกับคำว่า จะเซซซีโร่หรือไม่นั่นเอง

แน่นอนว่า บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญย่อมต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้สำหรับตำแหน่งนั้น ๆ และโดยปกติแล้ว ก็ย่อมเป็นอำนาจของผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ และฝ่ายนิติบัญญัติผู้พิจารณาร่างกฎหมายที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขว่าด้วยคุณสมบัติ

³ <<http://www.senate.go.th/w3c/senate/secretariat.php?url=content&id=816>> เข้าถึง ณ วันที่ 8 ตุลาคม 2560.

⁴ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. มาตรา 38 และมาตรา 39 (ฉบับที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2560) ซึ่งถูกวิจารณ์โดย อาทิ คุณณณณ บุญสุวรรณ โปรดดู <<http://www.komchadluek.net/news/politic/297483>> ฯลฯ.

ลักษณะต้องห้าม และวิธีการได้มาซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ เช่น ต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด อายุขั้นต่ำ 45 ปี ขึ้นสูง 70 ปี ต้องจบปริญญาตรีเป็นอย่างน้อย⁵ ฯลฯ รวมทั้งยังมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในบทเฉพาะกาลว่าจะให้บุคคลที่ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ดังกล่าว อยู่ ณ ปัจจุบัน ยังคงดำรงตำแหน่งต่อไปตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใหม่หรือไม่⁶ ในประเด็นนี้ เท่าที่ผู้เขียนสอบทานกฎหมายและร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง พบว่า อาจจำแนกได้เป็น 3 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรก ให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่ง ณ ปัจจุบัน พ้นจากตำแหน่งทันที ในวันที่กฎหมายใช้บังคับ แต่ให้รักษาการไปพลางก่อน จนกว่าบุคคลที่สรรหาและแต่งตั้งใหม่ จะเข้ามารับหน้าที่ต่อ เช่น กรณีกรรมการการเลือกตั้ง⁷ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁸ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน⁹

แนวทางที่สอง ให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ วันที่กฎหมายใช้บังคับ ยังคงดำรงตำแหน่งต่อไป จนกว่าจะครบวาระหรือมีเหตุอื่นให้พ้นจากตำแหน่ง เช่น กรณีกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน¹⁰ ทั้งนี้ อาจมีการยกเว้นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามบางประการด้วย เช่น กรณีผู้ตรวจการแผ่นดิน¹¹

แนวทางที่สาม ให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ วันที่กฎหมายใช้บังคับ ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วน และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญใหม่กำหนด ดำรงตำแหน่งต่อไป จนกว่าจะครบวาระหรือมีเหตุอื่นให้ต้องพ้นจากตำแหน่ง เช่น กรณีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ¹²

อนึ่ง รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 273 กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป แต่การดำรงตำแหน่งต่อไปจะยาวนานเพียงใดนั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับองค์กรนั้น ๆ จะได้กำหนดไว้ในโอกาสต่อไป ดังนั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในดำรงตำแหน่งต่อไปเช่นไรก็ได้ ทั้งนี้ โดย “คำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสมทั้งในเรื่ององค์ประกอบ หน้าที่และอำนาจของแต่ละองค์กร และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ”¹³

อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการดำรงตำแหน่งต่อไปดังกล่าวนั้น หากเป็นกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อาทิ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คงมิได้มีประเด็นปัญหาความขัดแย้งรัฐธรรมนูญและหลักนิติรัฐ-นิติธรรมให้ถกเถียงกันมากเท่าใดนัก หากแต่เมื่อเป็นกรณีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กลับมีปมปัญหาทฤษฎีรัฐธรรมนูญให้ต้องวิเคราะห์อย่างลึกซึ้ง เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างและองค์ประกอบขององค์กรตุลาการที่ดี การเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของผู้พิพากษา ตุลาการที่ดี หาก

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (6 เมษายน 2560) (รธน. 2560) มาตรา 216.

⁶ รธน. 2560, มาตรา 273 วรรคหนึ่ง.

⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2560 มาตรา 70.

⁸ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. มาตรา 60 (ฉบับที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติเห็นชอบให้ประกาศใช้เป็นกฎหมาย เมื่อวันที่ 14 กันยายน 2560).

⁹ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 108 (ฉบับที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2560).

¹⁰ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 107 (ฉบับที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2560) .

¹¹ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56 (ฉบับที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติเห็นชอบให้ประกาศใช้เป็นกฎหมาย เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560) และโปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 ลงวันที่ 5 กันยายน 2560.

¹² ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. มาตรา 76 และ 77 (ฉบับที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2560).

¹³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 ลงวันที่ 5 กันยายน 2560.

กำหนดให้มีผลใช้บังคับในทันที จนเป็นเหตุให้ผู้พิพากษาศาลาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ ขณะนั้น ต้องพ้นจากตำแหน่งไป อาจถือเป็นการละเมิดต่อหลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญข้อหนึ่งที่ได้รับการยอมรับโดยนานาอารยประเทศและในกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ-นิติธรรม นั่นก็คือ **หลักความเป็นอิสระของตุลาการ (Judicial Independence)**¹⁴

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะลองนำเสนอแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศและศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมทั้งความตกลงระหว่างประเทศ ที่มีผลผูกพันและไม่ผูกพันรัฐไทย ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ เพื่อใช้ในการศึกษาเปรียบเทียบกรณีของไทย โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการโดยกฎหมายใหม่ แต่ส่งผลให้ตุลาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ต้องพ้นจากตำแหน่งไปเพราะเหตุที่มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นใหม่ เพื่อชวนให้ท่านผู้อ่านลองพิจารณาว่า หลักการที่กำหนดไว้ในร่าง พ.ร.บ. มาตรา 76 และ 77 นั้น ขัดต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการหรือไม่ อย่างไร

2. การพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามบทเฉพาะกาลของร่าง พ.ร.บ.

2.1 ร่าง พ.ร.บ. มาตรา 76 และ 77

“มาตรา 76 ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับบรรดาที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 18

ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งต้องอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 24/2560 เรื่อง ให้งดเว้นการคัดเลือกหรือสรรหาบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 23/2560 ลงวันที่ 20 เมษายน พุทธศักราช 2560 บรรดาที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ยังคงอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่

มาตรา 77 ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้องค์กรอิสระแต่งตั้งและส่งชื่อผู้แทนให้สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาเพื่อประกอบเป็นคณะกรรมการสรรหาตามมาตรา 11

เมื่อพ้นกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่งแล้ว หากองค์กรอิสระใดยังไม่อาจแต่งตั้งผู้แทนได้ หรือในกรณีที่ไม่มีผู้มาฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ให้คณะกรรมการสรรหาปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ โดยให้ถือว่าคณะกรรมการสรรหาประกอบด้วยกรรมการสรรหาเท่าที่มีอยู่ แต่ไม่ตัดสิทธิขององค์กรอิสระที่จะแต่งตั้งผู้แทนมาในภายหลัง การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผลให้การดำเนินการของคณะกรรมการสรรหาที่ได้ดำเนินการไปแล้วต้องเสียไป

ภายในสิบห้าวันนับแต่วันพ้นจากระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาพิจารณาและวินิจฉัยว่าประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับผู้ใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

¹⁴ โปรดดู Vicki C. Jackson, ‘Judicial Independence: Structure, Context, Attitude’ ใน Lydia Friederke Müller and others (eds), *Judicial Independence in Transition* (Springer 2012) 19- 86; Peter H. Russell, ‘Toward a General Theory of Judicial Independence’, ใน Peter H. Russell และ David M. O'Brien (eds), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World (Constitutionalism and Democracy)* (University of Virginia Press 2001) 1-24; และ Shimon Shetreet, ‘Judicial Independence and Accountability: Core Values in Liberal Democracies’, ใน H. P. Lee (ed.), *Judiciaries in Comparative Perspective* (CUP 2011) 3-23.

ในกรณีที่คณะกรรมการสรรหามีคำวินิจฉัยว่าประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันถัดจากวันที่คณะกรรมการสรรหามีคำวินิจฉัย และเพื่อประโยชน์ในการรับบำเหน็จตอบแทนตามมาตรา 26 ให้ถือว่า การพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวเป็นการพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุลาออก

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหาให้เป็นที่สุด”

จากบทบัญญัติข้างต้น เห็นได้ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีคุณสมบัติครบถ้วนและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 ยังคงดำรงตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระ 9 ปีตามรัฐธรรมนูญ 2550 (มิใช่วาระ 7 ปีตามรัฐธรรมนูญ 2560)¹⁵ เว้นแต่จะมีเหตุอื่น ๆ ให้พ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ 2560¹⁶ อย่างไรก็ดี หากเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วแต่ยังคงต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อไปตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 24/2560 ตุลาการกลุ่มนี้หากมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม จะอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในช่วงเวลาสั้น ๆ คือ จนกว่าจะมีตุลาการที่สรรหาใหม่เข้ารับหน้าที่ ทั้งนี้ องค์กรผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ใดขาดคุณสมบัติหรือไม่ หรือมีลักษณะต้องห้ามในข้อหนึ่งข้อใดหรือไม่ นั่นคือ คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหา ย่อมถือเป็นที่สุด

2.2 การเปรียบเทียบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 และ 2550

รัฐธรรมนูญ 2560 ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้เข้มงวดกว่ารัฐธรรมนูญ 2550 อาทิ ตุลาการที่มาจากศาลฎีกานั้น รัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดว่า ต้องดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา โดยระบุระยะเวลาการดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วยว่า ต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี¹⁷ ในขณะที่รัฐธรรมนูญ 2550 กำหนดเพียงแค่ว่า ต้องดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา โดยไม่ได้ระบุระยะเวลาการดำรงตำแหน่งไว้¹⁸ ดังนั้น แม้เพียงจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกาได้เพียงวันเดียว ก็อาจได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2550 ได้ นอกจากนั้น ในขณะที่รัฐธรรมนูญ 2550 กำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ว่า ต้องเคยเป็นกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ แต่รัฐธรรมนูญ 2560 กลับกำหนดห้ามผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใดตามรัฐธรรมนูญ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น¹⁹

อนึ่ง ความแตกต่างในเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนั้น สามารถนำบทบัญญัติบางส่วนมาเปรียบเทียบเพื่อเป็นตัวอย่างได้ตามตารางข้างท้ายนี้ โดยขอให้สังเกตตัวอักษรสีเข้มและตัวอักษรที่ขีดเส้นใต้เปรียบเทียบกัน

¹⁵ เทียบ ร.ธ.น. 2560 มาตรา 207 และ ร.ธ.น. 2550 มาตรา 208.

¹⁶ ร.ธ.น. 2560 มาตรา 208 และร่าง พ.ร.ป. มาตรา 18.

¹⁷ ร.ธ.น. 2560 มาตรา 200 และโปรดดู วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นว่า หากไม่อาจเลือกตามนั้นได้ ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาก็อาจเลือกผู้ที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปีได้.

¹⁸ ร.ธ.น. 2550 มาตรา 204.

¹⁹ เทียบ ร.ธ.น. 2560 มาตรา 202 (1) และ ร.ธ.น. 2550 มาตรา 205 (3) ซึ่งก็มีปัญหาต้องตีความต่อไปว่า ห้ามเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระที่ได้รับการแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญ 2560 หรือรวมถึงผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ด้วย.

รัฐธรรมนูญ 2560	รัฐธรรมนูญ 2550
มาตรา 200 ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากบุคคล ดังต่อไปนี้ (1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวนสามคน (2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนสองคน (3) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน (4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปีและยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน (5) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีจำนวนสองคน ในกรณีไม่อาจเลือกผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกาตาม (1) ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาจะเลือกบุคคลจากผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่า ผู้พิพากษาในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีก็ได้ การนับระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้นับถึงวันที่ได้รับการคัดเลือกหรือวันสมัครเข้ารับการสรรหาแล้วแต่กรณี ในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ คณะกรรมการสรรหาจะประกาศลดระยะเวลาตาม	มาตรา 204 ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้ (1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสามคน (2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน (3) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์... (4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น... มาตรา 205 ผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 204 (3) และ (4) ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ (3) เคยเป็นรัฐมนตรี ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด อธิบดีหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางบริหารในหน่วยราชการที่มีอำนาจบริหารเทียบเท่าอธิบดี หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ หรือเคยเป็นทนายความที่ประกอบวิชาชีพอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่องไม่น้อยกว่าสามสิบปีนับถึงวันที่ได้รับการเสนอชื่อ

พรรคหนึ่งหรือพรรคสองลงก็ได้ แต่จะลดลงเหลือ น้อยกว่าสองปีมิได้	
มาตรา 201 ตูลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมี คุณสมบัติดังต่อไปนี้ด้วย (1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด (2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบห้าปี <u>แต่ไม่ถึงหกสิบ แปดปี</u>ในวันที่ได้รับการคัดเลือกหรือวันสมัครเข้ารับ การสรรหา (3) สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือ เทียบเท่า (4) มีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ (5) มีสุขภาพที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมี ประสิทธิภาพ	รัฐธรรมนูญ 2550 ไม่มีเงื่อนไขต้องสำเร็จการศึกษา ปริญญาตรี ซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์ และสุขภาพ ดี
มาตรา 202 ตูลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่มี ลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ (1) เป็นหรือเคยเป็นตูลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใด (3) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด ให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดย ประมาทหรือความผิดลหุโทษ (4) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง หรือสมาชิก สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น<u>ในระยะสิบปีก่อน เข้ารับการคัดเลือกหรือสรรหา</u> (5) เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่ง อื่นของพรรคการเมือง<u>ในระยะสิบปีก่อนเข้ารับการ คัดเลือกหรือสรรหา</u> (10) มีพฤติการณ์อันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติ ตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง	รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 205 (3) กำหนดว่าตูลา การศาลรัฐธรรมนูญประเภทผู้ทรงคุณวุฒิต้องเคย เป็นกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิ มนุษยชนแห่งชาติ รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 205 (4) ประกอบมาตรา 102 (5) กำหนดลักษณะต้องห้ามไว้ว่า เคยต้องคำ พิพากษาให้จำคุกโดยพ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปี... เว้น แต่... มาตรา 205 (5) <u>ไม่เป็น</u>สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภา ท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น มาตรา 205 (6) <u>ไม่เป็นหรือเคยเป็น</u>สมาชิกหรือผู้ ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมือง <u>ในระยะสามปี ก่อนดำรงตำแหน่ง</u> รัฐธรรมนูญ 2550 มิได้กำหนดไว้

เมื่อร่างพ.ร.ป. ดังกล่าวมีผลใช้บังคับ คณะกรรมการสรรหาฯ ก็ต้องวินิจฉัยว่า ประธานและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งอยู่ มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ หรือมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ ในกรณีนี้ หากเป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่เหมือนเดิมตามรัฐธรรมนูญ 2550 ทุกประการ ก็คงไม่มีปัญหาใด ๆ แต่หากเป็นคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามที่เพิ่มเติมเข้ามาใหม่ หรือมีการบัญญัติให้เข้มงวดรัดกุมยิ่งกว่าเดิม เช่นนี้แล้ว เมื่อมีการตีความและนำมาบังคับใช้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ วันที่กฎหมายใช้บังคับ จุดนี้เองที่หมิ่นเหม่ต่อการละเมิดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ดังจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

3. หลักความเป็นอิสระของตุลาการ

หลักความเป็นอิสระของตุลาการเป็นคุณลักษณะพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy)²⁰ เพราะเป็นมิติหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจ²¹ เป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐ²² และเป็นหลักประกันซึ่งสิทธิมนุษยชน²³ หลักการนี้มีขึ้นเพื่อให้ผู้พิพากษาตุลาการแต่ละคนสามารถตัดสินใจคดีตามกฎหมายได้อย่างอิสระ ทั้งอิสระจากองค์กรนิติบัญญัติและบริหาร และอิสระจากผู้พิพากษาตุลาการด้วยกันเอง เพื่อให้ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีไม่ตกอยู่ภายใต้อคติแห่งความหวังและความหวาดกลัว “เป็นการปิดกั้นโอกาสที่ ผู้พิพากษาจะได้รับรางวัลจากคำพิพากษาที่ตัดสินไป และป้องกันมิให้ถูกแกแค้นอันเนื่องมาจากคำพิพากษาดังกล่าว”²⁴ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่า ข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยเอกชนด้วยกันเองจะได้รับการตัดสินอย่างเที่ยงธรรม²⁵ และสิทธิเสรีภาพของเอกชนจะไม่ถูกรัฐล่วงละเมิดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยการให้องค์กรตุลาการนี้สามารถทำหน้าที่ “ตรวจสอบ” การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างถูกต้องเป็นธรรม²⁶

หลักความเป็นอิสระของตุลาการนั้นเป็นหลักการสากลปรากฏในตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ อาทิ หลักการพื้นฐานของสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของตุลาการ (U.N. Basic Principles on the Independence of the Judiciary (1985)) จัดทำขึ้นในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด ครั้งที่ 7 ที่นครมิลาโน และได้รับความเห็นชอบโดยที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติ (General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985)²⁷ หลักการบังกอลอร์ว่าด้วยความประพฤติของตุลาการ (The Bangalore Principles on Judicial Conduct) จัดทำขึ้นโดยกลุ่มตุลาการเพื่อเสริมสร้างหลักความสุจริตเที่ยงธรรมของตุลาการ (the Judicial Group on

²⁰ Peter H. Russell (n 14) 3.

²¹ Daniel Smilov, ‘The Judiciary: The Least Dangerous Branch?’ ใน Michel Rosenfeld และ Andras Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP 2012) 864.

²² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *รัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2555) 158-9; บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 5 วิญญูชน 2558) 30-1 ; Luc Heuschling, ‘Why Should Judges Be Independent?: Reflection on Coke, Montesquieu, and the French Tradition of Judicial Dependence’ ใน Anthony W. Bradley and others (eds), *Constitutionalism and the Role of Parliaments* (Hart Publishing 2007) 199-223.

²³ Aharon Barak, *The Judge in A Democracy* (Princeton University Press 2006) 76.

²⁴ Roderick A. Macdonald และ Hoi Kong, ‘Judicial Independence as a Constitutional Virtue’ ใน Michel Rosenfeld และ Andras Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP 2012) 833.

²⁵ Vicki C. Jackson, (n 14) 21-22.

²⁶ โปรตดู Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (OUP 2013) 89-96.

²⁷ <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>> เข้าถึง ณ วันที่ 8 ตุลาคม 2560.

Strengthening Judicial Integrity) ซึ่งได้รับการรับรองโดยมติคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ (ECOSOC Resolution 2006/23)²⁸ และมติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Commission on Human Rights Resolution: 2004/33) ว่าด้วยความเป็นอิสระและปราศจากอคติขององค์กรตุลาการ ลูกขุน ผู้ตัดสิน และความเป็นอิสระของนักกฎหมาย (Independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers)²⁹ และที่สำคัญ คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 10 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งไทยเป็นภาคีและมีผลผูกพันรัฐไทย ตั้งแต่วันที่ 30 มกราคม 2540 ข้อ 14.1 บทบัญญัติดังกล่าวได้รับรองสิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาอย่างเป็นธรรมโดยองค์กรที่เป็นอิสระ อันเป็นรากฐานของหลักความเป็นอิสระของตุลาการที่ปรากฏในกฎหมายสิทธิมนุษยชน³⁰

เช่นเดียวกัน หลักความเป็นอิสระของตุลาการก็ปรากฏในรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ ไม่ว่าโดยการบัญญัติคำว่า “อิสระ หรือ Independent” ในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือขององค์กรตุลาการไว้โดยชัดแจ้ง เช่น เยอรมนี³¹ สเปน³² อินโดนีเซีย³³ เกาหลีใต้³⁴ แอฟริกาใต้³⁵ หรือโดยการบัญญัติรับรองหลักการย่อย ๆ ของหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้ เช่น อาร์เจนตินา³⁶ อินเดีย³⁷ สหรัฐอเมริกา³⁸ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกประเทศ โดยเฉพาะที่จัดทำขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ล้วนแล้วแต่บัญญัติรับรองหลักการข้อนี้³⁹ รวมถึงรัฐธรรมนูญไทยแทบทุกฉบับก็อยู่ภายใต้กระแสความคิดและวิถียุติธรรมนี้ด้วย

นอกจากนั้น ศาลในระบบคอมมอน ลอว์ เช่น ศาลฎีกาแคนาดา ก็ได้สถาปนาหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการขึ้น ผ่านการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายมาตราประกอบกัน⁴⁰ และถึงขนาดเคยประกาศว่า “มีหลักการหนึ่งของหลักความเป็นอิสระของตุลาการซึ่งแม้มิได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจ

²⁸ <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-bangalore-principles-of-judicial-conduct/>> เข้าถึง ณ วันที่ 9 ตุลาคม 2560.

²⁹ <ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2004-33.doc> เข้าถึงเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2560.

³⁰ Param Kumaraswamy, **Report of the Special Rapporteur: Independence and Impartiality of the Judiciary, Jurors and Assessors and the Independence of Lawyers**, UN Doc E/CN.4/1995/39 P 35 (1995), ย่อหน้า 24. <www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/.../Documents/A_HRC_35_31_EN.docx> เข้าถึง ณ วันที่ 9 ตุลาคม 2560; และ Michael Kirby, ‘Abolition of Courts and Non-Reappointment of Judicial Officers’ (1995) 12 Australian Bar Review 181, 193.

³¹ German Basic Law, มาตรา 97.

³² Spain Constitution, มาตรา 117.

³³ Indonesia Constitution, มาตรา 24.

³⁴ South Korea Constitution, มาตรา 103.

³⁵ South Africa Constitution, มาตรา 165 (2).

³⁶ Argentina Constitution, มาตรา 108-115.

³⁷ India Constitution, มาตรา 124-125.

³⁸ US Constitution, มาตรา 3, วรรค 1.

³⁹ Roderick A. Macdonald และ Hoi Kong (n24) 842-855; Peter H. Russell and David M. O'Brien (eds) (n 24) และ Shimon Shetreet (n 14).

⁴⁰ *Beauregard v. Canada* [1986] 2 S.C.R. 56.

ส่งผลให้พระราชบัญญัติที่ลดเงินเดือนผู้พิพากษา สิ้นสภาพบังคับได้”⁴¹ ในทำนองเดียวกัน ศาลอังกฤษก็ได้ยึดถือหลักความเป็นอิสระของตุลาการมาอย่างยาวนาน⁴²

แต่กระนั้นก็ตาม มิได้หมายความว่า เนื้อหาสาระปลีกย่อยของหลักความเป็นอิสระของตุลาการในรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกแห่งจะเหมือนกันเสมอไป⁴³ อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักการดังกล่าวในระบบกฎหมายของหลายประเทศ พบว่า หลักความเป็นอิสระของตุลาการนั้นมุ่งคุ้มครองผู้พิพากษาศาลในการใช้อำนาจตุลาการ (Judicial Power) เพื่อทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาท (adjudicative function)⁴⁴ ซึ่งแน่นอนย่อมรวมถึงการวินิจฉัยสั่งการต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณา เช่น การสั่งดลสืบพยาน การสั่งเลื่อนการพิจารณา ฯลฯ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการตัดสินคดีด้วยเพื่อการนี้ หลักความเป็นอิสระของตุลาการจึงคุ้มครองตุลาการในสองระดับ ได้แก่ ระดับองค์กรตุลาการ (Institutional/Structural Independence) และระดับผู้พิพากษาแต่ละคน (Individual/Personal Independence)⁴⁵

อนึ่ง รัฐธรรมนูญ 2560 ของไทยก็ดำเนินไปในทิศทางสากล โดยมีการรับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการในระดับองค์กร เช่น การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาล⁴⁶ แม้ศาลต่าง ๆ จะตั้งขึ้นได้โดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่จะมีการตั้งศาลใหม่หรือกำหนดวิธีพิจารณาคดีใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งหรือข้อหาใดข้อหาหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้⁴⁷ องค์กรศาลมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร⁴⁸ มีระบบการบริหารงานบุคคลของตุลาการเป็นเอกเทศโดยกรมการส่วนใหญ่ในคณะกรรมการบริหารงานบุคคลมาจากผู้พิพากษาศาลด้วยกันเอง⁴⁹ ผู้พิพากษาศาลามีระบบเงินเดือนและค่าตอบแทนแยกต่างหากจากเจ้าหน้าที่รัฐอื่น⁵⁰ รัฐมีหน้าที่จัดสรรงบประมาณให้เพียงพอแก่การปฏิบัติหน้าที่ของศาล⁵¹ หลักการเหล่านี้มีขึ้นเพื่อมิให้องค์กรตุลาการตกอยู่ภายใต้การครอบงำของฝ่ายนิติบัญญัติผ่านการตรากฎหมายจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดี และการจัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปี ตลอดจนฝ่ายบริหารผ่านการบังคับบัญชาหน่วยธุรการของศาลและการควบคุมระบบการบริหารบุคคล นี่คือนัยหลักประกันอิสระของตุลาการจากภายนอก

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ 2560 ยังรับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการในระดับตัวบุคคล ดังความในมาตรา 188 วรรคสองที่ว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง” ทั้งนี้ การมีระบบการบริหารงานบุคคลดังกล่าวก็ดี ระบบเงินเดือนเป็นเอกเทศก็ดี ก็เป็นหนึ่งในวิธีการสร้างหลักประกันความเป็นอิสระแก่ผู้พิพากษาศาลแต่ละคนในอีกทางหนึ่ง ยิ่งไปกว่านั้น รัฐธรรมนูญไทยในอดีต เช่น รัฐธรรมนูญ 2550 ห้ามโยกย้ายผู้พิพากษา

⁴¹ Re Remuneration of Judges [1997] 3 S.C.R. 3: “there was an unwritten principle of judicial independence in the Constitution of Canada that could have the effect of invalidating statutes that reduced judicial salaries”; อ้างถึงใน Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Thomson Carswell, 2004) 14.

⁴² Luc Heuschling (n 22) 206-207.

⁴³ Peter H. Russell (n 14) 2.

⁴⁴ Roderick A. Macdonald และ Hoi Kong (n 24) 832.

⁴⁵ Peter H. Russell (n 14) 13-23; Frank Cross, ‘Judicial Independence,’ ใน Keith E. Whittington and others (eds), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, (OUP 2010) 557 – 572.

⁴⁶ รธน. 2560, มาตรา 188.

⁴⁷ รธน. 2560, มาตรา 189.

⁴⁸ รธน. 2560, มาตรา 193.

⁴⁹ รธน. 2560, มาตรา 196 และ 198.

⁵⁰ รธน. 2560, มาตรา 193 วรรคสอง.

⁵¹ รธน. 2560, มาตรา 141 วรรคสอง.

โดยไม่ได้รับความยินยอม เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด อาทิ เป็นการโยกย้ายตามวาระปกติ⁵² รัฐธรรมนูญ 2540 บัญญัติชัดเจนว่า การพิพากษาพิพากษาคดีไม่อยู่ภายใต้สายการบังคับบัญชา การย้ายสำนวนต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตามที่กฎหมายกำหนด และจะมีการเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดีไม่ได้ เป็นต้น⁵³ หลักการเหล่านี้กำหนดขึ้นเพื่อให้ผู้พิพากษาศาลการแต่ละคนมีอิสระในการพิพากษาคดี ไม่ตกอยู่ภายใต้อาณัติของผู้บริหารศาล และนี่คือ หลักประกันอิสระของตุลาการจากภายในองค์กรตุลาการนั่นเอง

4. หลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ (Tenure and Irremovability of Judicial Office)

ผู้พิพากษาศาลการได้รับการคุ้มครองภายใต้หลัก Tenure of Judicial Office และ Irremovability of Judges ซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักความเป็นอิสระของตุลาการ⁵⁴ หลักการนี้หมายความว่า ผู้พิพากษาศาลการย่อมมีตำแหน่งงานที่มั่นคง และสามารถดำรงตำแหน่งไปได้เรื่อย ๆ トラบเท่าที่มีพฤติกรรมที่ดี (Good Behavior)⁵⁵ และมีความสามารถ (Competent)⁵⁶ ภายใต้เกณฑ์อายุหรือกำหนดเกษียณอายุงาน เช่น 65 ปี⁵⁷ 70 ปี⁵⁸ หรือ 75 ปี⁵⁹ และเกณฑ์วาระ (Term of Office) (ถ้ามี) เช่น วาระ 7 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว⁶⁰ หรือวาระ 12 ปีและจะดำรงตำแหน่งในวาระต่อเนื่องกันในทันทีได้⁶¹ อย่างไรก็ตาม อาจมีการถอดถอน ผู้พิพากษาศาลการออกจากตำแหน่งก่อนหน้านั้นได้ โดยกระบวนการทางวินัยหรือการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดไว้⁶²

หลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการนี้เป็นหลักประกันความเป็นอิสระในเชิงองค์กร มิให้องค์กรบริหาร องค์กรนิติบัญญัติ หรือแม้แต่องค์กรผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ออกคำสั่ง ออกกฎหมาย หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้ผู้พิพากษาศาลการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ต้องพ้นจากตำแหน่งไปได้โดยง่าย ไม่ว่าจะด้วยการยุบเลิกศาล การปรับปรุงโครงสร้าง องค์ประกอบ หรือเขตอำนาจศาล การยุบเลิกตำแหน่งผู้พิพากษา หรือการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการดำรงตำแหน่งตุลาการ อาทิ คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม วาระการดำรงตำแหน่ง กำหนดเกษียณอายุงาน วิธีการสรรหาและแต่งตั้ง ฯลฯ

⁵² รธน. 2550, มาตรา 197 วรรคสาม.

⁵³ รธน. 2550, มาตรา 249.

⁵⁴ Vicki C. Jackson (n 14) 31-36; ตัวอย่างเช่น Spain Constitution, มาตรา 177 วรรคหนึ่งและสอง; German Basic Law, มาตรา 97(2); Korea Constitution, มาตรา 106 และ 112 (3).

⁵⁵ เช่น ผู้พิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาดำรงตำแหน่งตลอดชีพ (life tenure); US Constitution, มาตรา 3, วรรค 1.

⁵⁶ เช่น ตุลาการศาลแคนาดา; Canada – Constitution Act 1867, มาตรา 99 (1) ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1961 จำกัดอายุไว้ที่ 75 ปี.

⁵⁷ เช่น ตุลาการศาลปกครองไทย เกษียณ ณ วันสิ้นปีงบประมาณที่มีอายุครบ 65 ปี แต่ผ่านการตรวจสมรรถภาพ เลื่อนเกษียณเป็น 70 ปี – พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 21 (3) ประกอบมาตรา 31; ผู้พิพากษาศาลเกาหลีใต้ (Judges) 65 ปี แต่ผู้พิพากษาศาลฎีกา (Justices) เกษียณ 70 ปี – The Court Organization Act 1987, มาตรา 45 (4) (แก้ไขโดย Act No.10861, July. 18, 2011).

⁵⁸ เช่น ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมของไทย เกษียณ ณ วันสิ้นปีงบประมาณที่มีอายุครบ 70 ปี – พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543, มาตรา 8/1 (เพิ่มเติมในปี 2560); ตุลาการศาลออสเตรเลีย – Constitution of Australia, มาตรา 72(ii); ตุลาการศาลอังกฤษ – Judicial Pensions and Retirement Act 1993, มาตรา 26.

⁵⁹ เช่น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทย – รธน. 2560, มาตรา 208 (4); ตุลาการศาลแคนาดา 75 ปีเช่นกัน.

⁶⁰ รธน. 2560, มาตรา 207; หรือประธานศาลฎีกาเกาหลีใต้วาระ 6 ปีและดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ดู Korea Constitution, มาตรา 105 (1).

⁶¹ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมัน วาระ 12 ปี เกษียณที่อายุ 68 ปี – Federal Constitutional Court Act, มาตรา 4.

⁶² ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตเนื้อหาบทความนี้ สำหรับผู้สนใจ โปรดดู Giuseppe Di Federico, 'Judicial Accountability and Conduct: An Overview' ใน Anja Seibert-Fohr (ed.) *Judicial Independence in Transition* (Springer 2012) 87-118.

โดยหลัก แม้ว่าองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะดำเนินการต่าง ๆ ดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ตามที่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศกำหนดขอบเขตอำนาจไว้ อย่างไรก็ดี หากยอมให้รัฐสภาไม่ว่า โดยการตรากฎหมายหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ ส่งผลให้ผู้พิพากษาศาลาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ ขณะนั้น พ้นจากตำแหน่งไปก่อนเวลาอันสมควร เช่นนี้ ก็ย่อมมีความเป็นไปได้สูงที่องค์กรตุลาการและผู้พิพากษาศาลาการแต่ละคนจะตกอยู่ภายใต้การครอบงำของฝ่ายการเมือง เพราะโดยวิสัยมนุษย์แล้ว ย่อมต้อง “เกรงใจ” ผู้มีอำนาจให้คุณให้โทษ ไม่มากก็น้อย จึงย่อมกระทบต่อความเป็นอิสระและความปราศจาก “อคติ” ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเฉพาะในเรื่องที่มีฝ่ายการเมืองเป็นคู่กรณีได้ และหากเกิดเหตุเช่นนั้นจริง ผลอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญย่อมเสียไป เป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น หลักความเป็นอิสระของตุลาการที่ได้รับการยอมรับโดยนานาอารยประเทศและในกฎหมายระหว่างประเทศ จึงถือว่า หลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการนี้เป็นหนึ่งในองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้⁶³ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

4.1 การยุบเลิกตำแหน่งผู้พิพากษาหรือยุบเลิกศาล

โดยหลัก เมื่อมีการเปลี่ยนโครงสร้างศาล หรือยุบเลิกและจัดตั้งศาลใหม่ (Abolition or Restructuring of Judicial Office/ Court) ผู้พิพากษาที่เคยดำรงตำแหน่งอยู่แล้ว ควรได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่อไปในศาลใหม่ด้วย⁶⁴ ตัวอย่างเช่น ในปี ค.ศ. 2009 สหราชอาณาจักรได้มีการปฏิรูปศาล จัดตั้ง UK Supreme Court ขึ้น ในเรื่องนี้ ได้แต่งตั้งตุลาการชุดเดิม 12 ท่าน (Law Lords – Lords of Appeal in Ordinary) ในคณะกรรมการธิการอุทธรณ์ประจำสภาขุนนาง (Appellate Committee of the House of Lords) เป็นตุลาการในศาลใหม่ มีชื่อเรียกว่า “Justices of the UK Supreme Court” เป็นตุลาการชุดแรกด้วย⁶⁵ ในทางตรงกันข้าม การปรับโครงสร้างศาลโดยไม่แต่งตั้งผู้พิพากษาเดิมให้ดำรงตำแหน่งในศาลใหม่ ย่อมกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ (tenure of judicial office) และถือว่าไม่เคารพหลักความเป็นอิสระของตุลาการ⁶⁶

อนึ่ง การยุบเลิกศาลก็ดี การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างและองค์ประกอบของศาลก็ดี หากไม่สามารถแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ ปัจจุบัน ให้ไปดำรงตำแหน่งในศาลอื่นได้ เพื่อมิให้ละเมิดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ก็อาจเฝ้าระวังการต้องพ้นจากตำแหน่ง ด้วยการจ่ายค่าทดแทนเต็มจำนวนแก่ตุลาการที่ต้องพ้นจากตำแหน่งไป หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ว่ามานี้ ปรากฏชัดในรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐเยอรมนีและตุรกี และในตราสารขององค์กรนานาชาติ อันได้แก่

⁶³ Peter H. Russell (n 14) 14-15; the appendix to Recommendation CM Rec (2010)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, adopted on 17 November 2010: “Tenure and irremovability

49. Security of tenure and irremovability are key elements of the independence of judges. Accordingly, judges should have guaranteed tenure until a mandatory retirement age, where such exists”.

⁶⁴ Rebecca Ananian- Welsh and George Williams, **Judicial Independence from the Executive** <http://www.jca.asn.au/wp-content/uploads/2014/07/P62_02_09-Judicial-Independence-from-the-Executive-June-2014.pdf> เข้าถึงเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2560.

⁶⁵ [UK] Constitutional Reform Act 2005, ss. 23-24; และ Roger Masterman, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom* (CUP 2011) 216-8.

⁶⁶ John M. Williams, ‘Judicial Independence in Australia’ in Peter H. Russell and David M. O’Brien (eds), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World (Constitutionalism and Democracy)* (University of Virginia Press, 2001) 182-3; Michael Kirby, ‘Abolition of Courts and Non-Reappointment of Judicial Officers’ (1995) 12 Australian Bar Review 181, 193; และ H P Lee, ‘The Relationship of the Judiciary and Legislature in Australia’ ใน Shimon Shetreet (ed), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace* (Brill 2012) 247-50.

- รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 97 (2) ดังความว่า “ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของศาลหรือเขตอำนาจศาล ผู้พิพากษาอาจได้รับการโยกย้ายไปสู่ศาลอื่น หรืออาจต้องพ้นจากตำแหน่ง ภายใต้เงื่อนไขที่ท่านมีสิทธิได้รับ (ยึดหนึ่ง) เงินเดือนเต็มจำนวน”⁶⁷
- รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 193 ความว่า “ผู้พิพากษาและอัยการจะไม่ถูกปลด หรือให้เกษียณออกจากงานก่อนเกณฑ์อายุที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือจะไม่ถูกพรากไปซึ่งเงินเดือน ค่าใช้สอย หรือสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ที่ได้มาเนื่องจากสถานะของพวกเขา ไม่เว้นแม้แต่กรณีที่เป็ผลมาจากการยุบเลิกศาลหรือยุบเลิกตำแหน่งดังกล่าว”⁶⁸
- มาตรการเสริมประสิทธิภาพแก่หลักการบังกลอร์ว่าด้วยความประพฤติของตุลาการ (Measures for the Effective Implementation of the Bangalore Principles of Judicial Conduct adopted by the Judicial Integrity Group 22 January 2010) ข้อ 16.3 ความว่า “การยุบเลิกศาลซึ่งมีผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งอยู่ ไม่ควรจะเป็นเหตุผลหรือโดยอาศัยเหตุดังกล่าวเพื่อถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่ง หากมีการยุบเลิกหรือปรับโครงสร้างศาล ผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในศาลดังกล่าวทั้งหมดควรได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลอื่นซึ่งมีระดับตำแหน่งและระยะเวลาการดำรงตำแหน่งที่เท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม หากไม่มีตำแหน่งผู้พิพากษาที่มีระดับตำแหน่งและระยะเวลาการดำรงตำแหน่งที่เท่าเทียมกัน ผู้พิพากษาเหล่านั้นก็ควรได้รับค่าชดเชยเต็มจำนวน เพราะเหตุที่ต้องพ้นจากตำแหน่งดังกล่าว”⁶⁹
- แถลงการณ์กรุงปักกิ่งว่าด้วยหลักความเป็นอิสระของตุลาการ (Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary) ข้อ 29 มีเนื้อความเหมือนกับมาตรการเสริมประสิทธิภาพแก่หลักการบังกลอร์ข้างต้น เพียงแต่ย้ำให้ชัดเจนว่า ผู้พิพากษาที่ต้องพ้นจากตำแหน่งเพราะการยุบเลิกหรือเปลี่ยนแปลงโครงสร้างศาล และไม่มีตำแหน่งอื่นทดแทน “จะต้องได้รับค่าชดเชยเต็มจำนวน”⁷⁰
- แถลงการณ์ของสมาคมเนติบัณฑิตนานาชาติว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำของหลักความเป็นอิสระของตุลาการ (The International Bar Association’s Minimum Standards of Judicial Independence (1982)) ข้อ 20

⁶⁷ German Basic Law, มาตรา 97 (2): “... In the event of changes in the structure of courts or in their districts, judges may be transferred to another court or removed from office, provided they retain their full salary”

⁶⁸ Turkish Constitution, มาตรา 193: “Judges and public prosecutors shall not be dismissed, or retired before the age prescribed by the Constitution; nor shall they be deprived of their salaries, allowances or other rights relating to their status, even as a result of the abolition of court or post”.

⁶⁹ “16.3 The abolition of a court of which a judge is a member should not be accepted as a reason or an occasion for the removal of the judge. Where a court is abolished or restructured, all existing members of that court should be re-appointed to its replacement or appointed to another judicial office of equivalent status and tenure. Where there is no such judicial office of equivalent status or tenure, the judge concerned should be provided with full compensation for loss of office”.

<<http://www.judicialintegritygroup.org/measures-for-the-effective-implementation-of-the-bangalore-principles-of-judicial-conduct>> เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2560.

⁷⁰ “29. The abolition of the court of which a judge is a member must not be accepted as a reason or an occasion for the removal of a judge. Where a court is abolished or restructured, all existing members of the court must be reappointed to its replacement or appointed to another judicial office of equivalent status and tenure. Members of the court for whom no alternative position can be found must be fully compensated”.

<https://www.hurights.or.jp/archives/other_documents/section1/1995/08/beijing-statement-of-principles-of-the-independence-of-the-judiciary-in-the-lawasia-region-beijing-1.html> เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2560

อนึ่ง แถลงการณ์ปักกิ่งนี้ จัดทำขึ้นโดยกลุ่ม NGOs คือ Law Association for Asia and the Pacific and the Asia-Pacific Human Rights Information Center (a civil society group located in Osaka, Japan) ได้รับการอ้างอิง (cited) หลายครั้งในรายงานของผู้เชี่ยวชาญพิเศษสหประชาชาติและในคู่มือที่จัดทำโดย International Commission of Jurists อีกด้วย.

(b) ความว่า “ในกรณีที่กฎหมายปรับปรุงโครงสร้างองค์กรศาล ผู้พิพากษาซึ่งดำรงตำแหน่งในศาลดังกล่าวจะต้องไม่ได้รับผลกระทบ เว้นแต่มีการย้ายให้ไปดำรงตำแหน่งในศาลอื่นที่มีสถานะเท่าเทียมกัน”⁷¹

4.2 การเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการดำรงตำแหน่งตุลาการ

นอกเหนือจากการที่รัฐออกกฎหมายยุบเลิกศาลหรือตำแหน่งผู้พิพากษาตาม 4.1 ข้างต้นแล้ว ยังมีอีกกรณี ที่อาจส่งผลให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระหรือเกษียณอายุงานตามปกติคือ การเปลี่ยนแปลง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตำแหน่งตุลาการ วาระการดำรงตำแหน่ง และกำหนด เกษียณอายุงาน หากมีการนำหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่กำหนดขึ้นใหม่ในภายหลังมาปรับใช้ และส่งผลให้ผู้พิพากษาที่ ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ ขณะนั้น ต้องพ้นจากตำแหน่งไป เช่นนี้ย่อมถือว่า ละเมิดหลักประกันความเป็นอิสระของตุลา การแต่ละคน (Independence of Individual judges)⁷²

หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองไว้โดยชัดแจ้งในตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับผู้พิพากษา ตุลาการ อัน ได้แก่ กฎบัตรสากลว่าด้วยตุลาการซึ่งได้รับความเห็นชอบจากสมาคมตุลาการนานาชาติ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 1999 (The Universal Charter of the Judge, approved by the International Association of Judges on 17 November 1999) ข้อ 8 ความว่า

“ผู้พิพากษาไม่อาจถูกโยกย้าย พักงาน หรือถอดถอนออกจากตำแหน่ง เว้นแต่ เป็นไปตามกฎหมายและ โดยคำวินิจฉัยที่ออกโดยกระบวนการทางวินัยที่เหมาะสม

ผู้พิพากษาจะต้องได้รับการแต่งตั้งตลอดชีพหรือภายใต้ช่วงระยะเวลาและเงื่อนไขซึ่งไม่กระทบกระเทือน ต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

การเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับกำหนดเกษียณอายุภาคบังคับของผู้พิพากษาต้องไม่มีผลใช้บังคับ ย้อนหลัง”⁷³

และที่ชัดเจนกว่านั้นคือ แถลงการณ์ของสมาคมเนติบัณฑิตนานาชาติว่าด้วยมาตรฐานขั้นต่ำของ หลักความเป็นอิสระของตุลาการ (The International Bar Association’s Minimum Standards of Judicial Independence (1982)) ข้อ 20 (a) ที่ว่า “กฎหมายซึ่งมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการ ปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการนั้น จะมีการใช้บังคับกับผู้พิพากษาศาสนาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่แล้วในวันที่ออก กฎหมายดังกล่าวมิได้ เว้นแต่เป็นการปรับปรุงหลักเกณฑ์การปฏิบัติหน้าที่ให้ดียิ่งขึ้น”⁷⁴

⁷¹ “20. (b) In case of legislation reorganising courts, judges serving in these courts shall not be affected, except for their transfer to another court of the same status”.

<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/IBA_Resolutions_Minimum_Standards_of_Judicial_Independence_1982.pdf> เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2560.

⁷² Daniel Smilov (n 21) 19.

⁷³ “Article 8. Security of office

A judge cannot be transferred, suspended or removed from office unless it is provided for by law and then only by decision in the proper disciplinary procedure.

A judge must be appointed for life or for such other period and conditions, that the judicial independence is not endangered.

Any change to the judicial obligatory retirement age must not have retroactive effect.”

<<http://www.iaj-uim.org/universal-charter-of-the-judges/>> เข้าถึง ณ วันที่ 11 ตุลาคม 2560.

⁷⁴ “20. (a) Legislation introducing changes in the terms and conditions of judicial services shall not be applied to judges holding office at the time of passing the legislation unless the changes improve the terms of service. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/IBA_Resolutions_Minimum_Standards_of_Judicial_Independence_1982.pdf> เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2560.

อนึ่ง เมื่อศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของบางประเทศและศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว สามารถจำแนกลักษณะการละเมิดหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งของตุลาการได้ ดังนี้

4.2.1 การเพิ่มคุณสมบัติตุลาการให้เข้มงวดขึ้น: คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญบัลแกเรียที่ 8/94 วันที่ 15/9/1994⁷⁵

รัฐสภาบัลแกเรียได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตุลาการ (the Judiciary Act 1994) กำหนดคุณสมบัติการเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาสูงขึ้นกว่าเดิม คือ ต้องประกอบวิชาชีพกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี และเคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอย่างน้อย 5 ปี⁷⁶ ทั้งนี้ เสียงข้างมากในรัฐสภามุ่งหมายที่จะให้นาย Ivan Grigorov ประธานศาลฎีกาในขณะนั้นพ้นจากตำแหน่ง เพราะก่อนได้รับแต่งตั้ง นาย Grigorov ไม่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษามาก่อน⁷⁷ การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวสืบเนื่องจากการที่ นาย Grigorov ได้แสดงตนอย่างเปิดเผยว่า สนับสนุนนโยบายของพรรคฝ่ายค้าน⁷⁸ ต่อมา เมื่อกฎหมายดังกล่าวผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ประธานาธิบดีบัลแกเรียจึงได้เสนอข้อพิพาทไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญบัลแกเรีย วินิจฉัยว่า มาตรา 8 และมาตรา 11 ในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญตุลาการ (the Transitional and Concluding Provisions of the Judiciary Act) ซึ่งให้นำคุณสมบัติที่กำหนดขึ้นใหม่มาใช้กับผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งให้หลักประกันแก่ผู้พิพากษาในการดำรงตำแหน่งดังกล่าวจนกว่าจะเกษียณอายุที่ 65 ปี⁷⁹ เนื่องจากบทเฉพาะกาลดังกล่าวเป็นบทบังคับให้ผู้พิพากษาซึ่งมีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามกฎหมายใหม่ ต้องพ้นจากตำแหน่งไปในทันที⁸⁰ ด้วยเหตุนี้ คุณสมบัติที่กำหนดขึ้นใหม่จึงไม่อาจนำมาใช้เพื่อให้ผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ก่อนวันที่กฎหมายใช้บังคับ พ้นจากตำแหน่งได้⁸¹

4.2.2 การลดเกณฑ์เกษียณอายุงานจาก 70 ปีเหลือ 62 ปี: คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฮังการีที่ 33/2012 (VII.17) วันที่ 16 กรกฎาคม 2012⁸²

ก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2012 ซึ่งรัฐธรรมนูญใหม่ของฮังการี (The Fundamental Law of Hungary) ใช้บังคับนั้น กฎหมายว่าด้วยสถานะและค่าตอบแทนผู้พิพากษา ค.ศ. 1997 (Legal Status and Remuneration of Judges Act) กำหนดให้ผู้พิพากษาศาลฮังการีสามารถดำรงตำแหน่งเกินกว่าเกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไป (the general retirement age – 62 ปี ซึ่งใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น) ได้ จนถึงอายุ 70 ปี⁸³ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญใหม่บัญญัติใหม่ว่า “ยกเว้นเฉพาะกรณีประธานศาลฎีกา, ผู้พิพากษาไม่อาจดำรงตำแหน่งต่อไปหลังจาก

⁷⁵ <<http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>> เข้าถึงเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2560.

⁷⁶ A.E. Dick Howard, ‘Judicial Independence in Post-Communist Central and Eastern Europe’ ใน Peter H. Russell and David M. O’Brien (eds), *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World (Constitutionalism and Democracy)* (University of Virginia Press 2001) 96.

⁷⁷ “Constitutional Watch: Bulgaria”, *East European Constitutional Review*, 3 (1994) น. 5.

⁷⁸ A.E. Dick Howard (n 76) 96.

⁷⁹ Bulgaria Constitution, มาตรา 129.3: “Having completed a five year term of office as a judge, prosecutor or investigating magistrate, and upon attestation, followed by a decision of the Supreme Judicial Council, the judges, prosecutors and investigating magistrates shall become irremovable. They, including the persons referred to in para 2, shall be removed from office only upon:...”

⁸⁰ A.E. Dick Howard (n 76) 96-97.

⁸¹ “Constitutional Watch: Bulgaria”, *East European Constitutional Review*, 4 (1995) น. 7.

⁸² Hungary Constitutional Court Judgement No. 33/2012 (VII.17) 16 July 2012.

<http://hunconcourt.hu/letoltesek/en_0033_2012.pdf> เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 กันยายน 2560

⁸³ Hungary – Legal Status and Remuneration of Judges Act (Act LXVII of 1997) section 57 (2): “a judge was entitled to serve beyond the general retirement age, up to the age of seventy.”

พ้นกำหนดเกษียณอายุงานทั่วไปได้”⁸⁴ ไม่เพียงเท่านั้น บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า ผู้พิพากษาที่อายุถึงกำหนดเกษียณอายุงานทั่วไป... ก่อนวันที่ 1 มกราคม 2012 (วันที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับ) ให้พ้นจากตำแหน่งในวันที่ 30 มิถุนายน 2012 แต่หากเป็นผู้ที่อายุถึงเกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไประหว่าง 1 มกราคม ถึง 31 ธันวาคม 2012 ให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งในวันที่ 31 ธันวาคม 2012⁸⁵

เพื่อนำวิธีการตามรัฐธรรมนูญใหม่ รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะและค่าตอบแทนผู้พิพากษา ค.ศ. 2012 ซึ่งมีผลใช้บังคับวันเดียวกับรัฐธรรมนูญ คือ 1 มกราคม 2012 ก็บัญญัติให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่งเมื่ออายุถึงเกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับานาญประกันสังคม ค.ศ. 1997 (Act LXXXI of 1997 on social security pension) ซึ่งกำหนดไว้ที่อายุ 62 ปี และจะขยายเป็น 65 ปีในปี 2022 ผลที่ตามมาคือ ผู้พิพากษาศาลฮังการีประมาณ 274 คนต้องพ้นจากตำแหน่งในเดือนมิถุนายน 2012 ในจำนวนนี้ มีอธิบดีศาลชั้นต้น 6 ท่าน (จากจำนวนอธิบดีศาลทั้งหมด 20 ตำแหน่ง) ประธานศาลอุทธรณ์ 4 ท่าน (จากทั้งหมด 5 ตำแหน่ง) และผู้พิพากษาศาลฎีกา 20 ท่าน (จากทั้งหมด 74 ตำแหน่ง) ด้วย⁸⁶

ต่อมา ผู้พิพากษาที่ต้องพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวจำนวนกว่าร้อยละ ได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญฮังการี ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมติ 8 ต่อ 7 วินิจฉัยว่า การลดกำหนดเกษียณอายุงานของผู้พิพากษาลง โดยให้มีผลใช้บังคับในทันที และให้มีผลย้อนหลังใช้กับผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่แล้ว (the retrospective lowering the retirement age of judges) เป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะตำแหน่งตุลาการตามอำเภอใจ กระทบต่อหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งของตุลาการ (tenure and irremovability of judges) จึงถือว่า ละเมิดหลักความเป็นอิสระของตุลาการซึ่งรัฐธรรมนูญฮังการีรับรองไว้ในมาตรา 26 (1) ดังนั้น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยสถานะและค่าตอบแทนผู้พิพากษา ค.ศ. 2012 ที่กำหนดให้ใช้เกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไปกับผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ และส่งผลให้ต้องพ้นจากตำแหน่งไป จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น (retroactively null and void) แต่กระนั้นก็ดี คำวินิจฉัยนี้หาได้มีผลเป็นคืนตำแหน่งผู้พิพากษาให้แก่บรรดาผู้ที่เกษียณไปแล้วโดยอัตโนมัติไม่⁸⁷

ในคำวินิจฉัยฉบับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญฮังการี ให้เหตุผลไว้ว่า นับแต่กฎหมายตุลาการ ค.ศ. 1869 เรื่อยมา ผู้พิพากษาศาลฮังการีเกษียณอายุงานเมื่ออายุครบ 70 ปี และผู้พิพากษาในประเทศอื่น ๆ ในยุโรปก็เกษียณอายุงานที่อายุระหว่าง 65 ถึง 75 ปี และที่สำคัญ เพื่อสร้างหลักประกันความเป็นอิสระแก่ตุลาการ รัฐบัญญัติว่าด้วยสถานะและค่าตอบแทนผู้พิพากษา ค.ศ. 2012 ต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่า ผู้พิพากษาเกษียณจากงานที่อายุเท่าใด ลำพังเพียงการอ้างอิงเกณฑ์เกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไปตามกฎหมายบ้านาญประกันสังคมนั้น ไม่ถือว่าเป็นการสร้างหลักประกันอย่างเพียงพอแก่ตุลาการ นอกจากนี้ บทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญใหม่มิได้ระบุให้ชัดเจนว่า เกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไปที่อ้างถึงนั้น กำหนดไว้ที่อายุเท่าใด จึงเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการเสียงข้างมาก 8 ท่าน วินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังคงยืนยันอำนาจของรัฐสภาในอันที่จะกำหนดเกณฑ์เกษียณอายุงานของผู้พิพากษาได้ ภายใต้เงื่อนไขว่า ต้องประกาศกำหนดเกษียณอายุงานเป็นการล่วงหน้า เป็นเวลายาวนานพอสมควร เพื่อให้โอกาสแก่ผู้ที่ใกล้จะเกษียณอายุงานตามเกณฑ์ใหม่ ได้มีโอกาสปรับตัวก่อนด้วย⁸⁸

⁸⁴ Fundamental Law of Hungary, มาตรา 26(2).

⁸⁵ Transitional Provisions of Fundamental Law of Hungary, มาตรา 12.

⁸⁶ Gábor Halmai, ‘The Early Retirement Age of the Hungarian Judges’ ใน Fernanda Nicola และ Bill Davies, *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence* (CUP 2017) 471.

⁸⁷ Hungary Constitutional Court **Judgement No. 33/2012** (VII.17) 16 July 2012, ย่อหน้า 77-84 และ 109; Gábor Halmai (n 86) 477.

⁸⁸ Hungary Constitutional Court **Judgement No. 33/2012** (VII.17) 16 July 2012, ย่อหน้า 15 และ 77-79.

อนึ่ง ในส่วนตุลาการเสียงข้างน้อย 7 ท่านนั้น ความเห็นแตกออกเป็น 3 แนว⁸⁹ กล่าวคือ **กลุ่มแรก** ตุลาการ 3 ท่าน เห็นว่า บทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญใหม่มีเจตนารมณ์ที่แท้จริง จะให้ตุลาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่และอายุถึงเกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไปพ้นจากตำแหน่งเป็นสองช่วง คือ 30 มิถุนายน 2012 และ 31 ธันวาคม 2012 โดยลำดับ และในระหว่างการยกย่องรัฐธรรมนูญ ก็ชัดเจนว่า เกณฑ์เกษียณอายุงานทั่วไปที่ผู้ร่างกำลังกล่าวถึงกันอยู่นั้น หมายถึง เกษียณที่อายุ 62 ปี ตามกฎหมายบำนาญประกันสังคม ค.ศ. 1997 ดังนั้น ตุลาการเสียงข้างน้อยเหล่านี้ จึงเห็นว่า เป็นกรณีที่บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวอีก⁹⁰ **กลุ่มที่สอง** 2 ท่านวินิจฉัยว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธินำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ แต่ควรนำคดีไปฟ้องศาลแรงงานแทน⁹¹ และที่น่าสนใจมาก ๆ ก็คือ ความเห็นของตุลาการเสียงข้างน้อย **กลุ่มที่สาม** 2 ท่าน ที่ว่า หลักความมั่นคงในตำแหน่งตุลาการนี้ ห้ามเฉพาะการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งเพราะการตัดสินใจใดคดีหนึ่ง แต่ไม่ห้ามการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการทั่วไป⁹²

อย่างไรก็ดี แม้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้ว แต่รัฐบาลยังการีกกลับเพิกเฉย ไม่ดำเนินการใด ๆ จนกระทั่งรัฐบาลยังการีต้องแพ้คดีในศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (the European Court of Justice) ในประเด็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุอายุ (Age Discrimination) และละเมิดความคาดหวังโดยสุจริต (Legitimate Expectation) ของผู้พิพากษาที่ต้องเกษียณอายุจากกรณีดังกล่าว⁹³ ดังนั้น ในช่วงต้นปี ค.ศ. 2013 รัฐสภาฮังการีจึงได้ตรากฎหมายใหม่กำหนดอายุเกษียณของผู้พิพากษาไว้ที่ 65 ปี โดยให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป มีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2023 เป็นต้นไป ส่วนในระหว่างช่วงเวลาเปลี่ยนผ่าน ค.ศ. 2013 ถึง ค.ศ. 2022 นั้น กำหนดอายุเกษียณจะลดลงเป็นขั้นบันไดระหว่าง 70 ปี ถึง 65 ปี เช่น ผู้พิพากษาที่อายุมากแล้วในวันที่กฎหมายใช้บังคับ ก็จะเกษียณที่อายุ 70 ปี ส่วนผู้ที่ยอายุน้อยกว่านั้นก็จะเกษียณที่อายุ 69, 68, 67, 66 ปี ลดหลั่นกันลงไปโดยลำดับและเป็นช่วง ๆ จนกระทั่งปี 2023 ผู้พิพากษาทุกคนจะเกษียณที่อายุ 65 ปี

และสิ่งที่น่าสนใจกว่านั้น คือ กฎหมายใหม่ที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 2013 เปิดช่องให้ผู้พิพากษาที่ต้องเกษียณอายุงานไปแล้วเมื่อคราวอายุครบ 62 ปี ตามกฎหมายที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าว ต่างก็มีสิทธิที่จะเลือกได้ว่า จะขอกลับเข้าเป็นผู้พิพากษาตามเดิมหรือไม่ก็ได้ ถ้าไม่เลือกเช่นนั้นก็มีทางเลือกอื่น ๆ ให้ เช่น อาจรับเงินเดือนแทนหรือเลือกทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาบางเวลาก็ได้⁹⁴ แต่ถ้าหากตัดสินใจเลือกกลับเข้าเป็นผู้พิพากษาเต็มเวลาตามเดิม ไม่เพียงแต่จะได้รับเงินเดือนเต็มจำนวนในระหว่างที่ต้องหยุดงาน หากบุคคลดังกล่าวเคยดำรงตำแหน่งผู้บริหารศาลมาก่อน แต่ต่อมา ไม่ได้รับการแต่งตั้งให้กลับเข้าสู่ตำแหน่งบริหารเดิมได้ เพราะเหตุที่มีผู้อื่นครองตำแหน่งนั้น ๆ อยู่แล้ว เช่นนี้ ก็จะได้รับเงินค่าตอบแทนประจำตำแหน่งผู้บริหารศาลดังกล่าวต่อไป จนครบวาระของตำแหน่งผู้บริหารศาลดังกล่าวด้วย แม้ในความเป็นจริง จะมีได้ครองตำแหน่งดังกล่าวแล้วก็ตาม⁹⁵

⁸⁹ Gábor Halmai (n 86) 478-479: วิเคราะห์ว่า ตุลาการเสียงข้างน้อย 7 ท่านนี้ ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐสภาที่ครองเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ซึ่งเป็นรัฐสภาที่ริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าว.

⁹⁰ ความเห็นของ Justices Szivos, Lenkovics, และ Szalay; โปรดดู Hungary Constitutional Court **Judgement No. 33/2012** (VII.17) 16 July 2012, ย่อหน้า 142-150 และ 168-188.

⁹¹ ความเห็นของ Justices Pokol และ Stumpf; โปรดดู *ibid*, ย่อหน้า 151-156 และ 157-167.

⁹² ความเห็นของ Justices Balsai และ Dienes-Oehm; โปรดดู *ibid*, ย่อหน้า 111-126 และ 127-141.

⁹³ **Commission v. Hungary**, European Court of Justice, 6 November 2012, Case C-286/12: เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงอายุเกษียณในทันทีโดยไม่มีบทเฉพาะกาลในระยะเปลี่ยนผ่าน ละเมิดหลักความคาดหวังโดยสุจริต (Legitimate Expectation) ของบุคคลผู้เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยคดีนี้ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นความเป็นอิสระของตุลาการแต่อย่างใด โปรดดู Gábor Halmai (n 86) 481.

⁹⁴ **Baka v. Hungary**, Application no. 20261/12 dated 23 June 2016 <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/06/Hungary-CASE-OF-BAKA-v.-HUNGARY.pdf>>, ย่อหน้า 54.

⁹⁵ Gábor Halmai (n 86) 482.

4.2.3 การให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่งโดยบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญและเพิ่มคุณสมบัติตุลาการให้เข้มงวดขึ้น: คำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป คดี *Baka v. Hungary*⁹⁶

กรณีนี้เกี่ยวข้องกับคดีการลดกำหนดเกษียณอายุงานของตุลาการฮังการีตามข้อ 4.2.2 ข้างต้น โดยมีข้อเท็จจริงว่า ในปี ค.ศ. 2009 นาย András Baka ได้รับเลือกโดยรัฐสภาฮังการีให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกามีวาระ 6 ปี จะครบวาระในวันที่ 22 มิถุนายน 2015 ก่อนหน้านั้น นาย Baka เคยเป็นตุลาการในศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Court of Human Rights) เป็นเวลา 17 ปี และเป็นตุลาการศาลอุทธรณ์ประจำกรุงบูดาเปสต์อีกประมาณปีเศษ ๆ⁹⁷ ต่อมา ในวันที่ 1 มกราคม 2012 นาย Baka พ้นจากตำแหน่งประธานศาลฎีกาตามที่บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญใหม่กำหนดไว้

ในระหว่างที่นาย Baka ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกาและประธานคณะกรรมการยุติธรรมแห่งชาตินั้น นาย Baka เคยแสดงความเห็นต่อสาธารณะหลายครั้ง คัดค้านนโยบายการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมของรัฐบาลฮังการี อาทิ วิจารณ์ร่างกฎหมายที่จะลดล้างผลคำพิพากษาที่เคยตัดสินว่า ผู้สลายการชุมนุมของประชาชนในปี ค.ศ. 2006 มีความผิด (the Nullification Bill) ร่างกฎหมายว่าด้วยองค์กรตุลาการและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตลอดจนคัดค้านการลดกำหนดเกษียณอายุงานของผู้พิพากษาจากเดิม 70 ปี เหลือ 62 ปี ให้เท่ากับกำหนดเกษียณอายุทั่วไปซึ่งใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ⁹⁸ การออกมาแสดงจุดยืนของนาย Baka พร้อมกับผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งในประเด็นต่าง ๆ ดังกล่าว ทำให้พรรคร่วมรัฐบาลในขณะนั้น อันประกอบด้วย พรรค Fidesz–Magyar Polgári Szövetség (Fidesz–Hungarian Civic Union – “Fidesz”) และ พรรค the Christian Democratic People’s Party (“KDNP”) ซึ่งรวมกันครองเสียงข้างมาก กว่า 2 ใน 3 ในรัฐสภาฮังการี ไม่พอใจเป็นอย่างมาก⁹⁹

ในช่วงปี ค.ศ. 2010-2011 รัฐสภาฮังการีได้จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ มีการยุบเลิกศาลฎีกาเดิม “Supreme Court” จัดตั้งเป็นศาลฎีกาใหม่ เรียกว่า “Kúria” ซึ่งเป็นชื่อดั้งเดิมของศาลฎีกาในภาษาฮังการี¹⁰⁰ แต่โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลฎีกาเดิมและศาลฎีกาใหม่ไม่ได้แตกต่างกันเท่าใดนัก¹⁰¹ นอกจากนี้ ในส่วนบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ แม้กำหนดให้ผู้พิพากษาศาลฎีกาเดิมเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาใหม่ และให้คงดำรงตำแหน่งต่อไปก็ตาม¹⁰² แต่ในความเป็นจริง ผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 20 คนจากทั้งหมด 74 คน ต้องพ้นจากตำแหน่งไปเพราะเหตุเกษียณที่อายุ 62 ปี ตามกฎหมายว่าด้วยสถานะและค่าตอบแทนผู้พิพากษาฉบับใหม่¹⁰³ ดังที่อธิบายไว้แล้วในข้อ 4.2.2 ข้างต้น ไม่เพียงเท่านั้น บทเฉพาะกาลดังกล่าวยังกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกาต้องพ้นจากตำแหน่งในทันทีที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับอีกด้วย¹⁰⁴ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายว่าด้วยองค์กรศาลฉบับใหม่ (The Organization and Administration of the Courts Act 2011) ยังเพิ่มเงื่อนไขอีกว่า ประธานศาลฎีกาต้องเลือกจากผู้พิพากษาศาลฮังการี ซึ่งมีประสบการณ์ในตำแหน่ง ตุลาการในศาลฮังการีเป็นเวลา 5 ปีขึ้น

⁹⁶ *Baka v. Hungary*, Application no. 20261/12 dated 23 June 2016.

⁹⁷ *ibid*, ย่อหน้า 12.

⁹⁸ *ibid*, ย่อหน้า 15-23.

⁹⁹ Gábor Halmai, *ibid*, น. 472.

¹⁰⁰ *ibid*, ย่อหน้า 24.

¹⁰¹ Gábor Halmai (n 86) 484.

¹⁰² Transitional Provision of the Fundamental Law of Hungary, มาตรา 11 (1).

¹⁰³ Gábor Halmai (n 86) 471.

¹⁰⁴ Transitional Provision of the Fundamental Law of Hungary, มาตรา 11 (2) และ; และให้รัฐสภาเลือกตั้งประธานและรองประธานศาลฎีกาใหม่ในทันที; Fundamental Law of Hungary, มาตรา 26 (3) และ The Organization and Administration of the Courts Act (Act CLXI of 2011) มาตรา 177 และ 185.

ไปด้วย¹⁰⁵ ดังนั้น จึงไม่เพียงแต่นาย Baka ต้องพ้นจากตำแหน่งประธานศาลฎีกาในทันทีเท่านั้น ยังไม่มีทางที่นาย Baka จะได้รับแต่งตั้งเป็นประธานศาลฎีกาได้อีกเลย เนื่องจากนาย Baka เคยดำรงตำแหน่งตุลาการในศาลฮังการี ไม่ครบ 5 ปี ส่วนประสบการณ์การเป็นตุลาการในศาลระหว่างประเทศของนาย Baka นั้น ไม่ว่าจะนานกี่ปี ก็ไม่อาจนำมาคำนวณนับรวมได้¹⁰⁶

หลังรัฐธรรมนูญใหม่ใช้บังคับได้ไม่นาน รองประธานศาลฎีกาท่านหนึ่งซึ่งต้องพ้นจากตำแหน่งไป ในวันที่รัฐธรรมนูญใหม่ใช้บังคับ (1 มกราคม 2012) ก็ได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญฮังการี อ้างว่า “การให้ตนพ้นจากตำแหน่งนั้นละเมิดหลักนิติธรรม เพราะเป็นการใช้บังคับกฎหมายย้อนหลัง และละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตน ดังนั้น บทเฉพาะกาลของกฎหมายว่าด้วยองค์กรศาล ค.ศ. 2011 ซึ่งส่งผลให้ตนพ้นจากตำแหน่งรองประธานศาลฎีกาในทันทีจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ” อย่างไรก็ตาม คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญฮังการีตัดสินด้วยคะแนน 8 ต่อ 7 เสียว่า การพ้นจากตำแหน่งดังกล่าวและบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นไปตามเนื้อความที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแล้ว¹⁰⁷

ในช่วงเวลาไล่เลี่ยกัน นาย Baka อดีตประธานศาลฎีกาฮังการี ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights - ECtHR) ร้องทุกข์ว่า รัฐบาลฮังการีได้ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปรับรองไว้ ศาล ECtHR โดยที่ประชุมใหญ่ (Grand Chamber) วินิจฉัยว่า การให้นาย Baka พ้นจากตำแหน่งประธานศาลฎีกาในทันที ณ วันที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับ (1 มกราคม 2012) โดยไม่มีช่องทางใด ๆ ให้นาย Baka นำคดีไปสู่ศาลได้เลยนั้น ถือเป็นการละเมิดอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป มาตรา 6 วรรคหนึ่งซึ่งรับรองสิทธิในคดีมาสู่ศาล (right to access to a court) ไว้¹⁰⁸ เนื่องจากการพ้นจากตำแหน่งของนาย Baka เป็นไปตามเนื้อความที่บัญญัติไว้โดยตรงในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น นาย Baka จึงไม่อาจยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือฟ้องคดีต่อศาลใด ๆ ในฮังการีได้¹⁰⁹ นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่า การกระทำของรัฐบาลฮังการีถือเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามที่รับรองไว้ในมาตรา 10 ของอนุสัญญาดังกล่าวอีกด้วย เนื่องจากการที่ให้นาย Baka ถูกปลดออกจากตำแหน่งนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากการแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณะของนาย Baka คัดค้านนโยบายของรัฐบาลเกี่ยวกับการปฏิรูปศาล¹¹⁰

อนึ่ง แม้ศาล ECtHR ไม่ได้วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นการออกกฎหมายใหม่เปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของตุลาการและทำให้ตุลาการพ้นจากตำแหน่ง เป็นการละเมิดหลักความเป็นอิสระของตุลาการหรือไม่ แต่ศาล ECtHR ก็ได้อธิบายเชื่อมโยงระหว่างสิทธิของนาย Baka ที่อาจถูกละเมิดอันมาจากการถูกปลดออกจากตำแหน่งประธานศาลฎีกาเข้ากับหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้อย่างน่าสนใจ สรุปความได้ว่า **ประการแรก** นาย Baka มีสิทธิที่จะดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกาจนครบวาระ 6 ปี ตามที่รัฐธรรมนูญฮังการีซึ่งใช้บังคับในขณะที่ตั้งนาย Baka เข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวกำหนดไว้ **ประการที่สอง** สิทธิดังกล่าวสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความมั่นคงของตำแหน่งตุลาการ (Irremovability of Judges) ซึ่งรัฐธรรมนูญฮังการีได้ให้การรับรองไว้ และ**ประการที่สาม** การที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายซึ่งออกใหม่ในภายหลังมีผลทำให้นาย Baka ต้องพ้นจากตำแหน่งนั้น เท่ากับเป็นการที่กฎหมายมีผลใช้บังคับย้อนหลังเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าวของนาย Baka ดังนั้น จึงเป็นสิ่งที่ไม่น่าจะกระทำได้โดยชอบ¹¹¹

¹⁰⁵ The Organization and Administration of the Courts Act (Act CLXI of 2011) มาตรา 114(1).

¹⁰⁶ **Baka v. Hungary, Application no. 20261/12** dated 23 June 2016, ย่อหน้า 62.

¹⁰⁷ Hungary Constitutional Court Judgement No. 3076/2013 (III.27) 19 March 2013; อ้างถึงใน *ibid*, ย่อหน้า 55-56.

¹⁰⁸ **Application no. 20261/12** dated 23 June 2016, ย่อหน้า 121-122.

¹⁰⁹ *ibid*, ย่อหน้า 88-91.

¹¹⁰ *ibid*, ย่อหน้า 140-176.

¹¹¹ *ibid*, ย่อหน้า 107-110.

และที่น่าสนใจไปกว่านั้น คือ คำวินิจฉัยของศาล ECtHR ได้อ้างอิงความเห็นของหลายบุคคลและองค์กร อันได้แก่ คณะกรรมการยุโรปว่าด้วยประชาธิปไตยผ่านกฎหมาย (European Commission for Democracy through Law) หรือที่รู้จักกันในนามคณะกรรมการ เวนิส (Venice Commission)¹¹² ผู้ตรวจการสิทธิมนุษยชนของสภายุโรป (The Council of Europe Commissioner for Human Rights)¹¹³ สมาชิกผู้แทนรัฐสภาของชาติสมาชิกสภายุโรป (The Parliamentary Assembly of the Council of Europe)¹¹⁴ รัฐมนตรียุติธรรมของสหภาพยุโรป (the European Union Justice Commissioner) และคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (the European Commission)¹¹⁵ ตลอดจนรัฐสภายุโรป (European Parliament)¹¹⁶ ซึ่งล้วนแต่เห็นพ้องต้องกันว่า การที่รัฐธรรมนูญใหม่และกฎหมายองค์กรศาลฉบับใหม่กำหนดให้ประธานศาลฎีกาอ้างการพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

ในบรรดาองค์กรต่าง ๆ ที่กล่าวถึงในวรรคก่อน ความเห็นของคณะกรรมการเวนิส (Venice Commission) ได้ชี้ชัดตรงประเด็น มาตั้งแต่เมื่อครั้งที่เสนอความเห็นในระหว่างการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ของฮังการี ว่า การเปลี่ยนแปลงคุณสมบัติเกี่ยวกับระยะเวลาการดำรงตำแหน่งตุลาการนั้น “ไม่ควรจะถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อให้วาระการดำรงตำแหน่งตุลาการที่ได้รับเลือกหรือแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนต้องสิ้นสุดลง”¹¹⁷ หลังจากนั้นไม่นาน รัฐบาลฮังการีได้มีหนังสือตอบกลับมาว่า “รัฐธรรมนูญใหม่...จะไม่ให้มีผลกระทบต่อผู้ที่ดำรงตำแหน่งตุลาการอยู่ก่อนแล้ว”¹¹⁸ ด้วยเหตุนี้ บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญใหม่ จึงกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลฎีกาเดิม (Supreme Court) เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาใหม่ (Kuria) และดำรงตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระ ยกเว้น ตำแหน่งประธานศาลฎีกาที่จะต้องมีการเลือกกันใหม่ และเมื่อเป็นเช่นนั้น Venice Commission จึงได้วิจารณ์อีกครั้งหนึ่งอย่างชัดเจนและรุนแรงยิ่งกว่าเดิมว่า การออกกฎหมายโดยมุ่งหมายให้ประธานศาลฎีกาคนปัจจุบันพ้นจากตำแหน่งนั้น ขัดต่อหลักนิติธรรม ดังความว่า

“หลายท่านเชื่อว่า หลักเกณฑ์ใหม่มุ่งหมายที่จะกีดกันมิให้บุคคลคนหนึ่ง – คือ ประธานศาลฎีกาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ ขณะนั้น – มีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะเป็นประธานศาลฎีกาใหม่ (Curia) ได้ แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะได้รับการบัญญัติขึ้นภายใต้ถ้อยคำและเนื้อความที่มีลักษณะทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจงก็ตาม แต่ผลของบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งมุ่งต่อบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะนั้น ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม”¹¹⁹

¹¹² *ibid*, ย่อหน้า 57-60.

¹¹³ *ibid*, ย่อหน้า 61.

¹¹⁴ *ibid*, ย่อหน้า 62-63.

¹¹⁵ *ibid*, ย่อหน้า 64-68.

¹¹⁶ *ibid*, ย่อหน้า 71.

¹¹⁷ **Opinion on the Fundamental Law of Hungary** adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011, CDL-AD(2011)016), para 140; อ้างถึง **Baka v. Hungary**, ย่อหน้า 57.

¹¹⁸ **Baka v. Hungary**, para 58.

¹¹⁹ “Many believe that the new criterion was aimed at preventing an individual person – the actual president of the Supreme Court – from being eligible for the post of the President of the Curia. Although the Law was formulated in a general way, its effect was directed against a specific person. Laws of this type are contrary to the rule of law.” **Opinion on the Legal Status and Remuneration of Judges Act (Act CLXII of 2011) and the Organisation and Administration of the Courts Act (Act CLXI of 2011)**, adopted by the Venice Commission at its 90th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2012, CDL-AD(2012)001) ย่อหน้า 112.

4.2.4 วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการสิ้นสุดลงเพราะเหตุที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่: ความเห็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee – ICCPR) กรณี *Pastukhov v. Belarus*¹²⁰

นาย Mikhail Ivanovich Pastukhov ได้รับเลือกจากรัฐสภาเบลารุสให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1994 โดยมีวาระ 11 ปี จะครบวาระในวันที่ 14 มีนาคม 2005 แต่หลังจากดำรงตำแหน่งได้ไม่ถึง 3 ปี ประธานาธิบดีเบลารุสได้ออกรัฐกฤษฎีกา (Presidential Decree) เมื่อวันที่ 24 มกราคม 1997 ประกาศให้นาย Pastukhov พ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างเหตุว่า วาระการดำรงตำแหน่งของเขาได้สิ้นสุดลงนับแต่วันที่รัฐธรรมนูญใหม่ประกาศใช้ คือ 25 พฤศจิกายน 1996 แล้ว ได้พยายามฟ้องคดีต่อศาลในประเทศแล้วแต่ไม่มีศาลใดประทับรับฟ้องเลย นาย Pastukhov จึงได้ยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน วินิจฉัยว่า การปลดนาย Pastukhov ออกจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก่อนครบวาระ 11 ปีตามกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะที่มีการเลือกตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งนั้น ไม่อาจกระทำได้ และรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวมิได้ออกโดยเหตุผลว่า มีการเปลี่ยนศาลรัฐธรรมนูญเดิมเป็นศาลใหม่ หากแต่ได้ระบุเฉพาะเจาะจงไปที่นาย Pastukhov ว่า วาระการดำรงตำแหน่งของเขาสิ้นสุดแล้ว ดังนั้น การปลดเขาออกจากตำแหน่งหลายปีก่อนครบวาระ จึงเป็นการละเมิดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ หลักความเสมอภาค และละเมิดสิทธิในการดำรงตำแหน่งสาธารณะด้วย¹²¹

4.3 รัฐธรรมนูญไทยกับหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ 2560 แล้ว พบว่า หลักความเป็นอิสระของตุลาการถือเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งจัดทำขึ้นภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติธรรม ไม่เพียงเท่านั้น รัฐธรรมนูญไทยเกือบทุกฉบับ ไม่เว้นแม้แต่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ใช้บังคับในช่วงที่มีการรัฐประหาร ก็ล้วนแล้วแต่รับรองหลักความเป็นอิสระของตุลาการไว้ทั้งสิ้น¹²² ดังนั้น จึงน่าจะถือได้ว่า หลักความเป็นอิสระของตุลาการนี้เป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยไม่เคยบัญญัติหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการดังกรณีตามข้อ 4.1 และ 4.2 ดังกล่าวไว้อย่างแจ้งชัด เฉกเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญต่างประเทศและในตราสารระหว่างประเทศที่ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้น และไม่เคยมีคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลไทยวินิจฉัยในลักษณะที่คล้ายคลึงกับกรณีตามข้อ 4.2.1 ถึง 4.2.4 ก็ตาม แต่หากต้องการจะให้องค์กรตุลาการไทยสามารถทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างสมบูรณ์ การดำรงไว้ซึ่งหลักประกันหลักความเป็นอิสระของตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความมั่นคงใน

¹²⁰ Communication No. 814/1998, 17 September 2003, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/814/1998 (2003). <<http://juris.ohchr.org/Search/Details/1059>> เข้าถึงเมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2560.

¹²¹ *ibid.*, ย่อหน้า 7.3.

¹²² ไม่ปรากฏหลักความเป็นอิสระของตุลาการในรัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว 2475 เพียงฉบับเดียว. และโปรดดู รัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 188, 189, 193; รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) 2557, มาตรา 26; รัฐธรรมนูญ 2550, มาตรา 197, 198, 202; รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) 2549, มาตรา 18; รัฐธรรมนูญ 2540, มาตรา 234, 235, 249, 253; รัฐธรรมนูญ 2534, มาตรา 188, 189, 190, 193; ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2534, มาตรา 29; รัฐธรรมนูญ 2521, มาตรา 171, 172, 173, 176; ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2520, มาตรา 29; รัฐธรรมนูญ 2519, มาตรา 29; รัฐธรรมนูญ 2517, มาตรา 204, 205, 206, 209; ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2515, มาตรา 19; รัฐธรรมนูญ 2519, มาตรา 159, 160, 161, 163; ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2502, มาตรา 19; รัฐธรรมนูญ 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495, มาตรา 101, 102, 103, 105; รัฐธรรมนูญ 2492, มาตรา 163, 164, 165, 167; รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) 2490, มาตรา 90, 91, 92; รัฐธรรมนูญ 2489, มาตรา 82, 83, 84; รัฐธรรมนูญ 2475, มาตรา 60.

การดำรงตำแหน่งตุลาการ มิให้ถูกสั่นคลอนได้โดยง่าย ผ่านการออกกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือ การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอันจะขาดเสียมิได้ เพราะมีเช่นนั้นแล้ว ผู้พิพากษาตุลาการไทยก็มีอาจ ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษารรคดีโดยอิสระได้อย่างแท้จริง ดังนั้น หลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ ไม่เพียงแต่ถือเป็นหนึ่งในหลักนิติธรรมอันเป็นที่ยอมรับในนานาอารยประเทศที่เป็นประชาธิปไตยและใน กฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น หลักการนี้ยังเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ 2560 และเป็น ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในฐานะที่เป็นองค์ประกอบข้อ หนึ่งของหลักความเป็นอิสระของตุลาการด้วย

5. การยกเว้นคุณสมบัติบางข้อของผู้ตรวจการแผ่นดิน: คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 วันที่ 5 กันยายน 2560

ในคำวินิจฉัยที่ 1/2560 ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณากรณีที่มีสมาชิก สนช. เสียขางน้อย ยื่นคำร้องว่า การ ที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56 กำหนดให้ประธาน ผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะ ครบวาระตาม กฎหมายเดิม (พ.ร.บ. ผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552) หรือพ้นจากตำแหน่งตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใหม่ แต่ได้ ยกเว้นมิให้ต้องพ้นจากตำแหน่งในกรณีที่มาตรา 8 ของกฎหมายใหม่นั้น ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ เนื่องจากผู้ร้องเห็นว่า บทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 273 ที่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ วันที่ รัฐธรรมนูญประกาศใช้ มิได้กำหนดยกเว้นมิให้นานหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรง ตำแหน่งต่าง ๆ มาใช้บังคับ ดังนั้น ผู้ที่จะดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ต่อไปตามรัฐธรรมนูญใหม่ ย่อมต้องมีคุณสมบัติและ ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญใหม่กำหนดไว้ด้วย

สนช. ฝ่ายเสียงข้างมาก ชี้แจงว่า การบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นบทเฉพาะกาลที่มีผลกระทบต่อสถานะของ บุคคลต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมและความมั่นคงแห่งนิติฐานะ บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินที่มี คุณสมบัติครบถ้วนและได้รับการแต่งตั้งโดยชอบ ย่อมคาดหมายได้ว่า ตนจะสามารถดำรงตำแหน่งจนครบวาระ และจะไม่มีมีการบัญญัติกฎหมายใดมากระทบสิทธิที่มีอยู่ และเป็นนิติประเพณีการร่างบทเฉพาะกาลของกฎหมายที่ จะคำนึงถึงและรับรองสิทธิของบุคคลที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิมให้ดำรงอยู่ต่อไป ทั้งนี้ การที่จะให้ผู้ดำรงตำแหน่งใน องค์การอิสระเดิมคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปหรือไม่นั้น จะวิเคราะห์ถึงเหตุผล ประสพการณ์ อำนาจหน้าที่ และการ ทำงานในแต่ละองค์กร ด้วยเหตุดังนี้ สมาชิก สนช. เสียงข้างมาก จึงเห็นว่า การที่บทเฉพาะกาลของร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. บัญญัติไว้ในลักษณะดังกล่าว ไม่ขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณากรณีดังกล่าวแล้ว สามารถสรุปข้อวินิจฉัยได้ดังนี้

ประการแรก บทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ เพื่อแก้ไขปัญหา ในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างรัฐธรรมนูญเดิมกับรัฐธรรมนูญปัจจุบัน เพื่อให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญเป็นไปอย่าง ราบรื่นและเหมาะสมกับสภาพบ้านเมือง เพื่อให้องค์กรต่าง ๆ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างต่อเนื่อง มิให้เกิด ช่องว่างในการปฏิบัติหน้าที่ จนกว่ากลไกใหม่สามารถดำเนินการได้

ประการที่สอง บทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 273 เป็นการรับรองสถานะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้ ยังคงอยู่ในตำแหน่ง เพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่านการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน โดยแบ่งเป็นสอง ช่วงเวลา คือ ช่วงที่ยังไม่มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน การพ้นจากตำแหน่งของผู้

ดำรงตำแหน่งดังกล่าวย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน พ.ศ. 2550 และช่วงที่มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแล้ว ทั้งนี้ การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับจะกำหนดไว้

ประการที่สาม บทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเรื่องระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป การพ้นจากตำแหน่ง หรือเหตุยกเว้นคุณสมบัติไว้ ดังนั้น จึงอาจกำหนดได้หลายรูปแบบ เช่น ให้ดำรงตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน หรือให้พ้นจากตำแหน่งทั้งหมด หรือให้เฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันดำรงตำแหน่งต่อไปได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสมทั้งในเรื่ององค์ประกอบ หน้าที่และอำนาจของแต่ละองค์กร และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จึงถือได้ว่า รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้พิจารณากำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามมาตรา 273

ประการที่สี่ การกำหนดรูปแบบในบทเฉพาะกาลของผู้ตรวจการแผ่นดินจึงอาจมีลักษณะแตกต่างจากรูปแบบขององค์กรอิสระอื่น ๆ ได้

ด้วยเหตุนี้ การที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56 กำหนดยกเว้นคุณสมบัติบางประการตามรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่กรณีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

6. บทวิเคราะห์และเสนอแนะ

6.1 การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม พ้นจากตำแหน่งตามร่าง พ.ร.บ. อาจขัดต่อหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ

เมื่อพิเคราะห์เนื้อความบทบัญญัติมาตรา 76 และมาตรา 77 ของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. แล้ว สามารถจำแนกประเด็นเกี่ยวกับหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการได้ดังนี้

6.1.1 กรณีตุลาการที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วแต่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งหัวหน้า คสช. ที่ 24/2560

สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งตามวาระ 9 ปีตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 208 กำหนดไว้ แต่ยังคงอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปตามความในข้อ 2 แห่งคำสั่งคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 24/2560 เรื่อง ให้งดเว้นการคัดเลือกหรือสรรหาบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 23/2560 ลงวันที่ 20 เมษายน พุทธศักราช 2560 นั้น¹²³ การให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาและวินิจฉัยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการกลุ่มนี้ว่า เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดไว้หรือไม่ มิได้เป็นการละเมิดหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ เพราะอันที่จริง ตุลาการกลุ่มนี้พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว ก่อนวันที่กฎหมายจะใช้บังคับ ดังนั้น การกำหนดบทเฉพาะกาลมาตรา 76 และ 77 ของร่างพ.ร.บ. ในลักษณะดังกล่าว จึงถือว่า ไม่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

6.1.2 การกำหนดให้วาระการดำรงตำแหน่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ 2550

ร่างมาตรา 76 กำหนดว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ 2550 คือ 9 ปี มิใช่

¹²³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 109 ง ลงวันที่ 20 เมษายน 2560, น. 22.

7 ปีตามรัฐธรรมนูญ 2560 เช่นนี้ ถือว่าสอดคล้องกับหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ หลักความเป็นอิสระของตุลาการ และเป็นการเคารพต่อหลักความมั่นคงในนิติฐานะของบุคคลด้วย

6.1.3 การใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ยังคงดำรงตำแหน่งต่อไปตามวาระเดิม

สำหรับกรณีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ยังดำรงตำแหน่งไม่ครบวาระ 9 ปีตามที่รัฐธรรมนูญ 2550 กำหนดไว้ การนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาใช้บังคับ จะขัดต่อหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการหรือไม่นั้น จำเป็นต้องแยกการพิจารณาออกเป็นสองกรณี กล่าวคือ

กรณีแรก หลักเกณฑ์ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 เป็นเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ 2550 อาทิ ต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด¹²⁴ ต้องไม่เป็นพนักงาน ลูกจ้าง กรรมการ หรือที่ปรึกษาในรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ¹²⁵

สำหรับกรณีนี้ แม้นำมาบังคับใช้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ วันที่กฎหมายใช้บังคับ ก็ไม่เป็นการละเมิดหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการแต่อย่างใด

กรณีที่สอง หลักเกณฑ์ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ 2550

(ก) การขาดคุณสมบัติโดยอัตโนมัติ เช่น

- เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกาไม่ถึง 2 ปี เคยเป็นศาสตราจารย์ไม่ถึง 2 ปี หรือเคยเป็นอธิบดีไม่ถึง 2 ปี ซึ่งรัฐธรรมนูญ 2550 มิได้กำหนดเงื่อนไขไว้¹²⁶

- ได้รับแต่งตั้งเพราะเคยประกอบอาชีพทนายความมาไม่น้อยกว่า 30 ปี ซึ่งรัฐธรรมนูญ 2560 ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติข้อนี้ไว้¹²⁷

(ข) การมีลักษณะต้องห้าม โดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ เช่น

- เคยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระเช่น กกต. ปปช. มาก่อน ซึ่งเดิม ตามรัฐธรรมนูญ 2550 เคยถือเป็นหนึ่งในทางเลือกเกี่ยวกับคุณสมบัติ¹²⁸

- เคยเป็น ส.ส. ส.ว. ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในระยะเวลา 10 ปีก่อนดำรงตำแหน่งตุลาการ ซึ่งแต่เดิม รัฐธรรมนูญ 2550 บังคับว่า ต้องไม่เป็น ณ ขณะที่เป็นตุลาการ¹²⁹

- เคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองในระยะเวลา 10 ปีก่อนดำรงตำแหน่งตุลาการ ซึ่งแต่เดิม รัฐธรรมนูญ 2550 กำหนดไว้เพียง 3 ปี¹³⁰

- เคยเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แต่ลาออกจากตำแหน่งมาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งแต่เดิม ไม่ถือว่าเป็นเหตุให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการด้วย¹³¹

¹²⁴ เทียบรัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 201 (1) และรัฐธรรมนูญ 2550, มาตรา 205 (1).

¹²⁵ เทียบรัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 201 (7) และรัฐธรรมนูญ 2550, มาตรา 207 (2).

¹²⁶ รัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 200. โดยเฉพาะวรรคสามที่ว่า “...ในกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ คณะกรรมการสรรหาจะประกาศลดระยะเวลาตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองก็ได้ แต่จะลดเหลือน้อยกว่าสองปีมิได้” กรณีที่ดำรงตำแหน่งอยู่แล้ว ถือว่า เป็นความจำเป็นโดยอาจหลีกเลี่ยงได้โดยสภาพ ดังนั้น จึงต้องถือระยะเวลา 2 ปี มิใช่ 5 ปีตามมาตรา 200 วรรคหนึ่ง.

¹²⁷ รัฐธรรมนูญ 2550, มาตรา 205 (3).

¹²⁸ เทียบรัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 202 (1) และรัฐธรรมนูญ 2550, มาตรา 205 (3).

¹²⁹ เทียบรัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 202 (4) และรัฐธรรมนูญ 2550, มาตรา 205 (5).

¹³⁰ เทียบรัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 202 (5) และรัฐธรรมนูญ 2550, มาตรา 205 (6).

¹³¹ รัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 208 วรรคสอง.

สำหรับกรณีที่สองนี้ หากนำมาบังคับใช้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ณ วันที่กฎหมายใช้บังคับ และเป็นเหตุให้บุคคลเหล่านั้นต้องพ้นจากตำแหน่งไปในทันทีที่กฎหมายใช้บังคับหรือโดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหา เช่นนี้ ย่อมเป็นการละเมิดหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

6.1.4 กรณีที่อาจนำหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นใหม่มาบังคับใช้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะดำรงตำแหน่งต่อไปจนครบวาระ

อนึ่ง สิ่งต่าง ๆ ที่อธิบายไปข้างต้นมิได้หมายความว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญใหม่ จะไม่สามารถใช้บังคับกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญ 2550 ได้เลยทุกกรณี แต่ทั้งนี้ ต้องพิจารณาถึงสภาพของหลักเกณฑ์และสภาพของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง สองปัจจัยนี้ประกอบกัน ดังต่อไปนี้

(ก) **พิจารณาจากสภาพของหลักเกณฑ์** กล่าวคือ หลักเกณฑ์บางข้อที่แม้รัฐธรรมนูญ 2550 มิได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่โดยลักษณะของตำแหน่งหน้าที่แล้ว คุณสมบัติดังกล่าวถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องมีอยู่โดยสภาพ อาทิ รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 201 (5) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมีสุขภาพที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่รัฐธรรมนูญ 2550 มิได้บัญญัติข้อนี้ไว้ เช่น สมมุติว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญท่านหนึ่งดำรงตำแหน่งมาเพียง 5 ปี แต่ป่วยเป็นโรคอัลไซเมอร์รุนแรง เช่นนี้ ย่อมถือว่าขาดคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ 2560

(ข) **พิจารณาจากสภาพของข้อเท็จจริง** กล่าวคือ ปัญหาว่า คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามข้อใดจะนำมาใช้ได้หรือไม่ เพียงไรนั้น ขึ้นอยู่กับว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ เป็นเช่นไร **หากเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยุติแล้ว** เช่น ก่อนเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เคยเป็นอธิบดีเพียง 1 ปี หรือ 5 ปีก่อนเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเคยเป็นสมาชิกพรรคการเมืองมาก่อน ข้อเท็จจริงเหล่านี้ ยุติแล้ว ไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ จึง**ไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาใช้บังคับ** ถือเป็นเหตุให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งได้ มิเช่นนั้น ย่อมกระทบกระเทือนหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ และละเมิดหลักความมั่นคงในนิติฐานะ (Legal Certainty) หรือกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือ หลักการคุ้มครองความคาดหวังสุจริต (Legitimate Expectation) ซึ่งศาลของหลายประเทศและในกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็ยอมรับว่าหลักการเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม

ในทางตรงกันข้าม แม้บางเรื่องเป็นเรื่องคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 ซึ่งไม่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 2550 มาก่อน แต่หากมี**ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ภายหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญ 2560 ใช้บังคับแล้ว** เช่นนี้ **อาจนำหลักเกณฑ์ใหม่มาใช้**วินิจฉัยปัญหาการพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ ตัวอย่างเช่น ภายหลังวันที่รัฐธรรมนูญใหม่ใช้บังคับ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญป่วยหนักจนไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถาวร หรือไปซื้อหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชน อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 202 (2) ประกอบมาตรา 98 (3) เช่นนี้ ย่อมพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น หากเป็นกรณีที่**ข้อเท็จจริงเกิดขึ้นในอดีตแต่ยังคงดำเนินมาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน** เป็นต้นว่า ตุลาการมีหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ก่อนวันที่รัฐธรรมนูญ 2560 ใช้บังคับ และยังคงถือหุ้นต่อมาเรื่อย ๆ ดังนี้แล้ว **อาจนำหลักเกณฑ์ใหม่มาใช้บังคับได้** อย่างไรก็ดี ก่อนจะบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าว ควรจะกำหนดบทเฉพาะกาลในกฎหมาย ให้เวลาแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการจัดลักษณะต้องห้ามเสียก่อน เช่น ให้โอกาสโอนหุ้นดังกล่าวออกไป เป็นต้น

หลักกฎหมายที่ผู้เขียนเสนอไว้นี้เป็นผลจากการวิเคราะห์และสังเคราะห์เหตุผลที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญบัลแกเรียที่ 8/94 วันที่ 15/9/1994 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฮังการีที่ 33/2012 (VII.17) วันที่ 16 กรกฎาคม 2012 คำวินิจฉัยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป คดี *Baka v. Hungary* คำพิพากษาศาล

ยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปคดี *Commission v. Hungary*, 6 November 2012, Case C-286/12 และความเห็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee – ICCPR) กรณี *Pastukhov v. Belarus* ดังที่ได้เคยให้อธิบายไว้แล้วข้างต้น

6.2 สถานิติบัญญัติแห่งชาติต้องเคารพหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ

แม้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 ได้รับรองว่า สถานิติบัญญัติแห่งชาติมีอำนาจที่จะกำหนดรูปแบบการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระต่าง ๆ ตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 273 โดยจะกำหนดเช่นใดก็ได้ และจะกำหนดสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรหนึ่งให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้สำหรับอีกองค์กรหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้ ตามเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสมทั้งในเรื่ององค์ประกอบ หน้าที่และอำนาจของแต่ละองค์กร แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนกลับเห็นว่า อำนาจของสถานิติบัญญัติแห่งชาติดังกล่าวจะใช้ในลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 3 วรรคสอง กำหนดให้รัฐสภา ซึ่งย่อมหมายถึงสถานิติบัญญัติแห่งชาติด้วย¹³² ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม ดังนั้น หลักนิติธรรมก็ดี หรือหลักการใด ๆ ที่ถือว่าเป็นหลักการอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญก็ดี ย่อมเป็นกรอบอำนาจหน้าที่ที่สถานิติบัญญัติแห่งชาติต้องเคารพ โดยเฉพาะในการพิจารณาร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดรูปแบบการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4 ที่ว่า หลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเป็นอิสระของตุลาการอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ 2560 เป็นหลักการที่รับรองในรัฐธรรมนูญไทยแทบทุกฉบับ จนถือเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นหลักนิติธรรมไทย และเป็นหลักนิติธรรมที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศที่เป็นประชาธิปไตยและในกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงถือได้ว่า หลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการ คือ หนึ่งในกรอบอำนาจที่สถานิติบัญญัติแห่งชาติต้องเคารพและปฏิบัติตามในการพิจารณากำหนดรูปแบบการดำรงตำแหน่งต่อไปของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย

ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ร่างกฎหมาย และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และเป็นหนึ่งในองค์กรตุลาการซึ่งต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ¹³³ ศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมแตกต่างจากองค์กรอิสระอื่นและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระเหล่านั้น¹³⁴ ทั้งคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนั้น รูปแบบการดำรงตำแหน่งต่อไปของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. จึงจำเป็นต้องกำหนดให้แตกต่างไปจากรูปแบบที่กำหนดไว้สำหรับผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระอื่น ๆ

¹³² รัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 263.

¹³³ แม้รัฐธรรมนูญ 2560 มิได้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไปบรรจุไว้ในหมวด 10 ว่าด้วยศาล แต่แยกเป็นหมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการเฉพาะ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นศาลโดยสภาพ นอกจากนี้ มาตรา 210 วรรคสามก็นำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับศาลมาใช้บังคับกับศาลรัฐธรรมนูญด้วย.

¹³⁴ เทียบ Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ecuador, Inter-American Court of Human Rights, judgment of 23 August 2013, ย่อหน้า 144: “...the scope of judicial guarantees and effective judicial protection for judges must be examined in relation to the standards on judicial independence. In the case of *Reverón Trujillo v. Venezuela*, the Court emphasized that judges, unlike other public officials, enjoy specific guarantees due to the independence required of the judiciary, which the Court has understood as “essential for the exercise of the judiciary.”

และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้องกำหนดให้สอดคล้องกับหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการและหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. มาตรา 76 และมาตรา 77 ได้กำหนดรูปแบบการดำรงตำแหน่งต่อไปของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างจากผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอื่น ๆ คือ ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละท่าน หากมีคุณสมบัติครบถ้วนก็ให้ดำรงตำแหน่งต่อไป จนครบวาระ 9 ปีตามรัฐธรรมนูญ 2550 แต่ล้าพังการกำหนดไว้ในลักษณะดังกล่าว ก็หาได้เป็นการเคารพต่อหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการอย่างถูกต้องเหมาะสมและเพียงพอไม่ เนื่องจาก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีคุณสมบัติครบถ้วน ไม่มีลักษณะต้องห้าม และได้รับการแต่งตั้งโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ 2550 ก็อาจจะขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามที่เพิ่มขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญ 2560 ได้ ในกรณีเช่นนี้ หากเป็นคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยุติแล้วในอดีตไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ ตุลาการเหล่านี้ก็ย่อมต้องถูกคณะกรรมการสรรหาฯ วินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งไป ดังที่ได้นำเสนอไว้ใน 6.1.3 และ 6.1.4 แล้ว ความข้อนี้ย่อมขัดต่อหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการที่ว่า หลักเกณฑ์ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการตามกฎหมายใหม่จะบังคับใช้ให้มีผลย้อนหลังกับตุลาการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ก่อนหน้านั้นไม่ได้

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความในร่างมาตรา 76 และมาตรา 77 เฉพาะในส่วนที่ให้นำคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาใช้บังคับกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ยังดำรงตำแหน่งอยู่ตามวาระ ดังที่ปรากฏในร่างมาตรา 76 วรรคแรกนั้น ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

6.3 ข้อเสนอแนะ

เพื่อเคารพต่อหลักความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตุลาการและหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ผู้เขียนเสนอแนะว่า บทเฉพาะกาลมาตรา 76 ของร่าง พ.ร.บ. ดังกล่าว ควรบัญญัติไว้ดังนี้

“ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 18 แต่ทั้งนี้ มิให้นำความในมาตรา 8 มาตรา 10 (1) (18) และ (19) เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเคยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว และมาตรา 18 วรรคสอง มาใช้บังคับแก่ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปตามความในวรรคนี้”

7. ความสงท้าย

เนื้อหาสาระที่วิเคราะห์และนำเสนอไว้ในบทความนี้จัดทำขึ้นภายใต้แนวคิดที่ว่า การบัญญัติกฎหมายต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีและหลักกฎหมาย และควรต้องพิจารณากรอบแบบภววิสัย (Objectivity) โดยไม่คำนึงว่า บุคคลผู้อยู่ในข่ายบังคับของกฎหมายจะเป็นใคร เพราะสาระัตถะของอำนาจนิติบัญญัตินั้น คือ การวางกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงกรณีหรือตัวบุคคล พร้อมกันนั้น ก็หวังว่า บทความนี้จะเป็ประโยชน์ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ของคณะกรรมการการวิสามัญ สภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่สองต่อไป