

บทวิเคราะห์ในประเด็นอื่น ๆ อันมีผลกระทบต่อคำวินิจฉัย

นอกจากบทวิเคราะห์เนื้อหาสาระและกระบวนการพิจารณาซึ่งเป็นประเด็นโดยตรงที่ทำให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2542 ผิดพลาดคลาดเคลื่อนแล้ว ประเด็นเรื่ององค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ และจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ก็เป็นอีกส่วนหนึ่งของความผิดพลาดดังกล่าว ดังนั้นเนื้อหาในบทนี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ถึงองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ และจริยธรรมของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้

5.1 บทวิเคราะห์องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ถึงสถานะของศาลรัฐธรรมนูญ ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อันมีผลกระทบต่อคำวินิจฉัยที่ 36/2542 และคำวินิจฉัยในคดีอื่น ไม่ว่าในอดีต ปัจจุบัน และในอนาคต

5.1.1 สถานะของศาลรัฐธรรมนูญ

มีข้อที่ควรพิจารณาคือว่า สถานะของศาลรัฐธรรมนูญ จะอยู่ในสถานะใดระหว่างองค์กรทางการเมือง องค์กรกึ่งตุลาการ หรือองค์กรตุลาการ เพราะการวิเคราะห์สถานะของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมสามารถคาดเดาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากหากศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะขององค์กรทางการเมือง หรือกึ่งตุลาการ คำวินิจฉัยนั้นก็จะมีแนวโน้มไปทางการเมือง เป็นการตีความหรือแปลความกฎหมายในลักษณะที่เพื่อประโยชน์ของฝ่ายการเมือง แต่ถ้าหากศาลรัฐธรรมนูญ อยู่ในสถานะขององค์กรตุลาการ การวินิจฉัยอรรถคดีก็จะวินิจฉัยไปในทางที่จะรักษาไว้ ซึ่งความเป็นธรรมและรักษาไว้ซึ่งหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย

องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคำวินิจฉัยและตีความรัฐธรรมนูญ ในทางวิชาการมี 3 ประเภท คือ

ประเภทแรก เรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” หรือ “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” หรือ “สภารัฐธรรมนูญ” มีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง หรือเป็นองค์กรกึ่งการเมืองที่ประกอบด้วยสมาชิกที่ดำรงตำแหน่ง หรือเคยดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา องค์กรประเภทนี้ลักษณะความเป็นการเมืองจะมีมากกว่าความเป็นศาล¹

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ,” ศาลรัฐธรรมนูญ 1 (1 มกราคม - เมษายน 2542) : 34-35.

ประเภทที่สอง เรียกว่า “ศาลยุติธรรม” เป็นองค์กรทำหน้าที่เป็นศาลยุติธรรมพร้อมกับมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยและตีความรัฐธรรมนูญ หรือเป็นศาลรัฐธรรมนูญไปพร้อมกัน

ประเภทสุดท้าย เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” หรือศาลพิเศษซึ่งเป็นองค์กรอิสระของรัฐ² สำหรับไทยหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ได้นำองค์กรประเภทนี้มาใช้

ในช่วงเริ่มต้นของพัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในภาคพื้นยุโรป ประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็น “องค์กรตุลาการ” หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในการเป็นองค์กรตุลาการของ Laufer ไม่ว่าจะพิจารณาเกณฑ์ในทางกฎหมาย เกณฑ์ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เกณฑ์ความผูกพันต่อกฎหมาย และเกณฑ์ในการจำกัดตนเองของศาลแล้ว สรุปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการ³

5.1.2 ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในเรื่องที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีข้อที่ควรพิจารณาอยู่ 2 ด้านด้วยกันคือ ด้านของตัวองค์กรผู้ทำการแต่งตั้งตุลาการ และด้านของคุณสมบัติเฉพาะตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในด้านของตัวองค์กรผู้ทำการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏว่าเกือบทุกประเทศยกเว้นประเทศกรีก ให้องค์กรนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการในเยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ และเบลเยียม กำหนดให้รัฐสภาเข้ามีส่วนร่วมโดยตรงในการเลือกส่วนในโปรตุเกสนั้น องค์กรนิติบัญญัติเข้าไปมีส่วนร่วมในการเลือกจำนวน 10 คน จากทั้งหมด 13 คน⁴ สำหรับในออสเตรีย อิตาลี สเปน และฝรั่งเศส กำหนดให้มีการแต่งตั้งโดยแบ่งแยกให้องค์กรต่างๆ ร่วมกันเลือก เช่น ในอิตาลี และสเปน ให้ทั้งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการร่วมกันเลือก สำหรับในสหรัฐอเมริกา ประเทศซึ่งมีศาลยุติธรรมทำหน้าที่ตั้งเช่นศาลรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยความเห็นชอบของวุฒิสภา

ประเทศที่มีการเลือกตุลาการโดยองค์กรนิติบัญญัติ และใช้ระบบ 2 สถานั้น ในอิตาลี

² รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23 (เป็นกรณีพิเศษ) วันจันทร์ที่ 21 กรกฎาคม 2540.

³ Laufer, Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts, Festschrift für Leibholz, S.490ff. อ้างอิงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 42.

⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 50.

สเปน และฝรั่งเศส ให้ทั้งสองสภาร่วมกันแต่งตั้ง ในเยอรมัน ออสเตรีย และสวิตเซอร์แลนด์ ให้แต่ละสภาแยกกันแต่งตั้ง ส่วนในโปรตุเกสให้เป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว ตรงกันข้ามกับเบลเยียมที่ให้อำนาจสภาที่สองเป็นผู้เลือกเพียงสภาเดียวเช่นเดียวกับประเทศไทย

มีข้อสังเกตว่าบางประเทศกำหนดว่า ต้องเป็นนักกฎหมาย หรือประกอบอาชีพกฎหมายมาก่อน เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นมาก่อน แต่บางประเทศก็มีได้กำหนดไว้เลยว่าต้องเป็นหรือเคยเป็นผู้ประกอบอาชีพกฎหมายมาก่อน เช่น ในประเทศฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ฝรั่งเศส อิตาลี ออสเตรีย และเยอรมัน เพื่อจะได้วิเคราะห์ว่าที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างไร

ก. ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทย

รัฐธรรมนูญมาตรา 255 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกสิบสี่คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

- ก. ผู้พิพากษาในศาลฎีกา จำนวนห้าคน
- ข. ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนสองคน
- ค. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ จำนวนห้าคน
- ง. ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ จำนวนสามคน

โดยผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ ต้องมีคุณสมบัติประการสำคัญคือ ต้องเคยเป็นรัฐมนตรี กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอธิการบดีสูงสุด อธิบดีหรือเทียบเท่า หรือดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์ (มาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญ)

ข. ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส⁵

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการ 2 ประเภทคือ ตุลาการที่มาจาก การแต่งตั้งและตุลาการตามกฎหมาย⁶

⁵ บรรเจิด สิงคนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 93 - 94.

⁶ มาตรา 56 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ตุลาการจำนวนเก้าคน มีวาระการดำรงตำแหน่งเก้าปี และไม่อาจแต่งตั้งใหม่ได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการเปลี่ยนแปลงตุลาการจำนวนหนึ่งในสามทุกสามปี ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสามคนและประธานวุฒิสภาแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญอีกสามคน

ก. ตุลาการแต่งตั้ง ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งมีจำนวน 9 คน โดยประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง 3 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง 3 คน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้งอีก 3 คน

ข. ตุลาการตามกฎหมาย รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กำหนดให้อดีตประธานาธิบดีเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตลอดชีวิต

แม้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมิได้กำหนดถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ผู้มีอำนาจแต่งตั้งก็มักเลือกที่จะแต่งตั้งนักกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคมเข้ามาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

ค. ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลี⁷

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญ 15 คน โดยตุลาการทั้งหมดจะต้องเป็นนักกฎหมายทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 135 ของรัฐธรรมนูญ โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ก. บุคคลที่มาจากผู้พิพากษาของศาลสูงสุด ข. บุคคลผู้เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายหรือมาจากทนายความ ซึ่งจะต้องประกอบอาชีพมาไม่น้อยกว่า 20 ปี สำหรับหลักการพื้นฐานที่ว่าอำนาจรัฐทั้ง 3 อำนาจความจะเข้ามีส่วนร่วมในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกัน ดังนั้นอำนาจรัฐแต่ละอำนาจจึงเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้จำนวน 1 ใน 3 ของจำนวนทั้งหมด กล่าวคือ ประธานาธิบดี รัฐสภา และผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมและศาลปกครองเลือกโดยวิธีการที่ศาลเป็นผู้กำหนด สำหรับรัฐสภาซึ่งมีสิทธิเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ 5 คนนั้น ในสภาสูงและสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองสภาเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญร่วมกันสำหรับการเลือกโดยประธานาธิบดี 5 คนนั้น ให้ประธานาธิบดีเลือกได้ตามดุลยพินิจของตนเอง

ง. ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย⁸

ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย ประกอบด้วย ประธาน 1 คน รองประธาน 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 12 คน และตุลาการสำรองอีก 6 คน⁹ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด 14 คน รวมทั้งตุลาการสำรองอีก 6 คน ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานศาล

นอกเหนือจากตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคนดังกล่าวแล้ว ผู้เคยดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญตลอดชีพโดยตำแหน่ง ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานมีสิทธิออกเสียงชี้ขาดในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน

⁷ บรรเจิด สิงคนดี, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 110 - 111.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69 - 70.

⁹ มาตรา 147 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์

รัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน และตุลาการสำรอง 3 คน ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งตามข้อเสนอของรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) ส่วนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่วนที่เหลือ ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งจากการเสนอของสภาแห่งชาติ (Nationsrat) สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน และตุลาการสำรอง 2 คน และจากการเสนอของสภาแห่งสหพันธ์ (Budesrat) สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน และตุลาการสำรอง 1 คน¹⁰

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการสำรองจะต้องสำเร็จการศึกษา ด้านนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ และจะต้องทำงานในสาขาที่จบการศึกษามาแล้วอย่างน้อย 10 ปี

จ. ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht หรือที่ใช้อีกชื่อว่า BVerfGG) เป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ¹¹ ที่กำหนดให้ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมี 2 องค์คณะ แต่ละองค์คณะมีผู้พิพากษา 8 คน¹² ในแต่ละองค์คณะ จะต้องเป็นผู้พิพากษาที่คัดเลือกและแต่งตั้งมาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดต่างๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดดังกล่าวไม่น้อยกว่า 3 ปี จำนวน 3 คน¹³ ผู้พิพากษาในแต่ละองค์คณะ กึ่งหนึ่งจะต้องได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ อีกกึ่งหนึ่งจะต้องได้รับเลือกจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐ¹⁴ โดยคุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ¹⁵ ที่สำคัญประการหนึ่งคือต้องสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีทางกฎหมาย¹⁶

จากการศึกษาเปรียบเทียบถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งของประเทศไทย ฝรั่งเศส อิตาลี ออสเตรีย และเยอรมัน จะพียงสังเกตว่า ในด้านองค์กรของผู้คัดเลือกแต่งตั้งนั้นมีข้อสังเกต 3 ประการ คือ

1. ทุกประเทศให้องค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้มีส่วนในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในประเทศออสเตรีย อิตาลี และฝรั่งเศส ให้องค์กรบริหารเข้ามามีส่วนในการแต่งตั้งด้วย

¹⁰ มาตรา 147 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์

¹¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์, 25 (มีนาคม 2538) : 48.

¹² มาตรา 2 BVerfGG

¹³ มาตรา 15 วรรคสอง BVerfGG

¹⁴ มาตรา 94(1) ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์

¹⁵ มาตรา 3 BVerfGG

และโดยเฉพาะในประเทศอิตาลี ให้องค์กรตุลาการมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย

2. ในองค์กรบทบัญญัติซึ่งชาวไทย ฝรั่งเศส อิตาลี ออสเตรีย และเยอรมัน ใช้ระบบสองสภาทุกประเทศนั้น เยอรมัน ออสเตรีย อิตาลี และฝรั่งเศส ให้ทั้งสองสภามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งตุลาการโดยอาจกำหนดให้แยกหรือร่วมกันแต่งตั้งก็ได้ ส่วนของไทยนั้น ให้วุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจคัดเลือกแต่งตั้งเพียงสภาเดียว

3. จากข้อสังเกตประการที่ 1 ซึ่งกล่าวว่าทุกประเทศให้องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีส่วนในการคัดเลือกแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้มีข้อสังเกตว่าอาจทำให้พรรคการเมืองพรรคใหญ่ สามารถแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของตนได้ในทางอ้อม เนื่องจากมีสมาชิกในสภาล่าง และสภาสูง เป็นจำนวนมากนั่นเอง แต่สำหรับประเทศไทย คงเกิดปัญหานี้ขึ้นได้น้อย เพราะรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้วุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจเพียงสภาเดียว และเป็นสภาที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกต้องไม่เป็นสมาชิกพรรคการเมือง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรซึ่งสมาชิกต้องสังกัดพรรคการเมือง ไม่มีอำนาจในการคัดเลือกแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาเรื่องศาลรัฐธรรมนูญในเงาของพรรคการเมืองใดพรรคหนึ่งคงจะไม่เกิดขึ้น

สำหรับการเปรียบเทียบถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในด้านของคุณสมบัติพิเศษของตุลาการ จะสังเกตเห็นว่า

1. ทุกประเทศยกเว้นประเทศฝรั่งเศส ที่ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ ในสัดส่วนของจำนวนตุลาการทั้งหมด ต้องมีตุลาการส่วนหนึ่งเป็นนักกฎหมายหรือต้องจบการศึกษาวิชาชีพกฎหมาย

2. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมันและประเทศไทย ให้ผู้พิพากษาอาชีพเข้ามามีส่วนร่วมในการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญ

3. ในประเทศไทยและออสเตรีย กำหนดให้นักรัฐศาสตร์มีส่วนในการเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

การเปรียบเทียบถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ โปรดดูรายละเอียด ตารางที่ 7 ท้ายนี้ ประกอบ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 7 แสดงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศ

ที่ มา ประเทศ	องค์กรคัดเลือกแต่งตั้ง	คุณสมบัติพิเศษของตุลาการ
ไทย	- วุฒิสภา	- ผู้พิพากษาในศาลสูงสุด (ศาลฎีกา และศาลปกครองสูงสุด) - นักกฎหมาย - นักรัฐศาสตร์
เยอรมัน	- สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundestag) - สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesrat)	- นักกฎหมาย - ผู้พิพากษาในศาลสูงสุด
ออสเตรีย	- รัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ - สภาแห่งชาติ (Nationalrat) - สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesrat)	- นักกฎหมาย - นักรัฐศาสตร์
อิตาลี	- ประธานาธิบดี - รัฐสภา - ศาลยุติธรรมสูงสุดและฝ่ายปก ครอง	- นักกฎหมาย
ฝรั่งเศส	- ประธานาธิบดี - ประธานสภาสูง - ประธานสภาผู้แทนราษฎร	

* ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติพิเศษของตุลาการไว้

จากตารางที่ 7 ข้างต้น พอจะสรุปภาพโดยรวมถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ว่า ทุกประเทศให้องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนมีส่วนในการคัดเลือกแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และทุกประเทศก็กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่า ต้องเป็นนักกฎหมาย ต้องจบการศึกษาทางด้านกฎหมาย เพราะแม้ฝรั่งเศสจะไม่ได้กำหนดคุณสมบัติข้อนี้ไว้ แต่ในทางปฏิบัติผู้มีอำนาจแต่งตั้ง จะแต่งตั้งศาสตราจารย์ทางกฎหมายมาชาน มาดำรงตำแหน่งเป็นส่วนใหญ่

สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พิจารณาวินิจฉัยคดี นายเนวิน ชิดชอบ นี้มี 13 ท่าน ซึ่งจาก 13 ท่านนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า 4 ท่าน จาก 5 ท่าน ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลฎีกาได้ลงมติโดยวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ ยังไม่สิ้นสุด

สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิ สาขานิติศาสตร์ จำนวน 2 คน เห็นว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ ล้นสุด ส่วนอีก 3 คน เห็นว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ ยังไม่ล้นสุด ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์นั้น ทั้ง 3 คน เห็นพ้องกันว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายเนวิน ชิดชอบ ล้นสุดลงแล้ว

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงสัดส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากส่วนต่างๆ ประกอบกับผลของคำวินิจฉัยที่ 36/2542 ของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมตั้งสมมติฐานในเบื้องต้นได้ว่า ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีผลกระทบโดยตรงต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่สาเหตุคงมิใช่เพราะตัวองค์กรผู้แต่งตั้งหรือตัวคุณสมบัติของตุลาการโดยตรง เพราะอย่างที่กล่าวแต่ตอนต้นแล้วว่า ประเทศไทยก็คล้ายๆ กับประเทศอื่นๆ ที่องค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการ และตัวตุลาการเองก็ต้องเป็นนักกฎหมาย แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นจะเป็นเพราะนักกฎหมายของไทย ไม่ว่าจะมาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ขาดความรู้ความสามารถในด้านกฎหมายมหาชน อาจเคยชินกับหลักกฎหมายเอกชน นำหลักกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนมาเป็นหลักในการทำคำวินิจฉัย ซึ่งในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้ จะเห็นว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 2 นาย ซึ่งเป็นหนึ่งในจำนวนตุลาการทั้งหมดตามรัฐธรรมนูญ มิได้ร่วมพิจารณาวินิจฉัยด้วย เพราะขณะนั้นยังอยู่ในระหว่างการก่อตั้งศาลปกครอง ยังไม่มีตุลาการในศาลปกครอง ซึ่งถ้ามีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดร่วมพิจารณาวินิจฉัย 2 เสียงนี้ อาจเป็น 2 เสียงที่เห็นด้วยกับฝ่ายข้างน้อย 6 เสียงว่า ความเป็นรัฐมนตรีของคุณเนวิน ชิดชอบ ล้นสุดลงแล้วก็ได้ เพราะ 2 เสียงจากศาลปกครองสูงสุดนี้ คงปฏิเสธไม่ได้ว่าท่านมีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนเป็นอย่างยิ่ง

เมื่อพิจารณาถึงการกำเนิดของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองของไทย ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ประกอบกับหลักสูตรการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนในประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า พัฒนาการด้านกฎหมายมหาชนของไทย ยังคงอยู่ในระยะเริ่มต้นเท่านั้น สถาบันเนติบัณฑิตยสภา สถาบันซึ่งผลิตนักกฎหมายเพื่อเข้าไปเป็นผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม เพิ่งเริ่มจัดให้มีการเรียนการสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง เมื่อ 2-3 ปี ที่ผ่านมานี้เอง ฉะนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา อันเป็นศาลสูงสุดของศาลยุติธรรม คงไม่ได้ผ่านการเรียนการสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองตามหลักสูตรการศึกษากฎหมายมหาชนของไทย หากจะศึกษาก็ต้องโดยการใช้คว้าหาความรู้ด้วยตัวเอง อนาคตเมื่อพัฒนาการด้านกฎหมายมหาชนของไทยพัฒนามากขึ้นกว่านี้ มีนักกฎหมายมหาชนมากขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมีการพัฒนาบุคลากรของตนมากขึ้น และเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนของตุลาการที่มาจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุด กับตุลาการที่มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกาให้ใกล้เคียงกัน ผู้วิจัยเห็นว่าในอนาคต ปัญหาการวินิจฉัยข้อกฎหมายผิดพลาดคงไม่เกิดขึ้นอีก

5.1.3 องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

องค์กรศาลทุกศาล จะต้องกำหนดองค์คณะในการนั่งพิจารณาและทำคำวินิจฉัยของศาลไว้เสมอ เช่น ในศาลยุติธรรม พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ได้กำหนดองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาไว้ว่า ในศาลแขวงต้องมีผู้พิพากษา 1 คน เป็นองค์คณะ ในศาลชั้นต้นอื่นนอกจากศาลแขวงต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย 2 คน เป็นองค์คณะ สำหรับในศาลสูงสุดคือศาลอุทธรณ์และศาลฎีกานั้น ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย 3 คน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีได้

ก. องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 267¹⁷ ได้กำหนดองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่าต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเก้าคน ดังนั้นในการนั่งพิจารณาและทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีความที่ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้น ในทางทฤษฎีแล้ว จะต้องมิตุลาการนั่งพิจารณาและทำคำวินิจฉัยไม่น้อยกว่าเก้าคน คืออาจจะเป็น 9, 10, 11, 12, 13, 14 หรือ 15 แต่ในความเป็นจริงหรือในทางปฏิบัติแล้ว ในการนั่งพิจารณาและทำคำวินิจฉัยต่าง ๆ ที่ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นองค์คณะจะประกอบไปด้วยตุลาการครบ 15 นาย มาโดยตลอด แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 269¹⁸ จะได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถจะกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดไว้ว่า ในจำนวนตุลาการ 15 นาย ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 255 นั้น จะแบ่งเป็นกี่คณะหรือจะแบ่งการนั่งพิจารณาวินิจฉัยคดีกันอย่างไร

ข. องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

รัฐธรรมนูญของเยอรมัน ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ โดยบัญญัติไว้ในหมวดที่ 9 รวม 2 มาตรา เกี่ยวกับเรื่องอำนาจหน้าที่ (มาตรา 93) และเกี่ยวกับเรื่ององค์ประกอบและการเลือกผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 94) ซึ่งในส่วนขององค์คณะของตุลาการได้บัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ชื่อว่ากฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้มี 2 องค์คณะ โดยแบ่งแยกตามอำนาจหน้าที่ดังนี้

¹⁷ มาตรา 267 “องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเก้าคน...”

¹⁸ มาตรา 269 “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ...”

(ก) องค์คณะแรก มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน
- พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง
- ตรวจสอบเกี่ยวกับการเลือกตั้ง
- พิจารณากรณีที่มีข้อขัดแย้งหรือกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาของกฎหมายระดับสหพันธ์ ระดับมลรัฐ หรือระหว่างกฎหมายของมลรัฐกับกฎหมายของสหพันธ์
- พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับสหพันธ์
- พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายระดับมลรัฐกับกฎหมายระดับสหพันธ์ ในกรณีที่มีปัญหาในการใช้กฎหมายดังกล่าว
- พิจารณาในกรณีที่มีปัญหาข้อขัดแย้งว่ากฎหมายของสหพันธ์ ยังมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไปหรือไม่
- พิจารณาเรื่องร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

(ข) องค์คณะที่สอง มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการที่มีการฟ้องประธานาธิบดี
- พิจารณากรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิ หรือหน้าที่ ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ หรือผู้มีส่วนร่วมอื่นๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญหรือระเบียบข้อบังคับขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์นั้นๆ ได้อนุญาตให้บุคคลนั้นใช้สิทธิดังกล่าวได้
- พิจารณากรณีที่มีความเห็นขัดแย้งกันเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของสหพันธ์และของมลรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามกฎหมายของสหพันธ์โดยมลรัฐ และในกรณีที่สหพันธ์ใช้อำนาจในการตรวจสอบมลรัฐ
- พิจารณากรณีที่มีการฟ้องผู้พิพากษาศาลสหพันธ์หรือผู้พิพากษาศาลของมลรัฐ
- ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในหรือไม่

นอกเหนือจากกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) ได้กำหนดให้มีองค์คณะ 2 องค์คณะแล้ว BVerfGG ยังได้กำหนดให้มีองค์คณะร่วมหรือการประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะ และยังได้กำหนดให้มีองค์คณะกลั่นกรองเพื่อช่วยกลั่นกรองเรื่องที่ประชาชนร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญว่ามีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยและเยอรมันพอจะสรุปได้ว่า องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีเพียงองค์คณะเดียว ส่วนของเยอรมัน มี 2 องค์คณะ ในประเทศเยอรมันตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แบ่งเป็น 2 องค์คณะ ๆ ละ 8 คน ซึ่งองค์ประชุมในการพิจารณาวินิจฉัยในแต่ละองค์คณะนั้นต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 6 คน

โดยแต่ละองค์คณะมีการแบ่งแยกหน้าที่กันอย่างชัดเจนทำให้การทำงานเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ ประกอบกับยังมีองค์คณะกลั่นกรองเข้ามาช่วยกลั่นกรองงานด้วย ทำให้มีการตรวจสอบปัญหาที่ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญในชั้นต้น กลั่นกรองคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจหรือไม่เข้าหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย ทำให้งานไม่ล้นศาลหรือไม่ค้างพิจารณาอยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเทศไทยอย่างที่กล่าวแล้วตอนต้น ว่าไม่ได้มีการแบ่งองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดองค์คณะของตุลาการไว้เพียง 9 คน แต่ในทางปฏิบัติตุลาการที่จะนั่งครบทั้ง 15 นาย ตามจำนวนตุลาการที่มีอยู่ทั้งหมด ซึ่งทำให้การพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปค่อนข้างล่าช้า ซึ่งถ้าดูจากสถิติคดีที่ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่ปี 2541 ถึงปัจจุบัน จะพบว่ามีความซับซ้อนสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มขึ้นตามลำดับ โดยประเภทแห่งคดีก็มีความหลากหลาย ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญของไทยน่าจะแบ่งเป็น 2 องค์คณะอย่างเช่นในประเทศเยอรมันได้ เพราะในทางทฤษฎีนั้นกระทำได้อยู่แล้ว โดยให้แต่ละองค์คณะมีตุลาการประจำคณะละ 6 นาย ส่วนอีก 3 นายที่เหลือนั่งพิจารณาคบทั้ง 2 องค์คณะ โดยตุลาการประจำคณะและตุลาการ 3 ท่าน ที่นั่งครบทั้ง 2 องค์คณะนี้ อาจจะสับเปลี่ยนหมุนเวียนกันได้ ตามระเบียบวาระที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้กำหนด ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็ว และมีความเชี่ยวชาญในอำนาจหน้าที่ที่แบ่งแยกออกเป็นสัดส่วน

5.2 บทวิเคราะห์จริยธรรมของตุลาการ

จริยธรรมของตุลาการนั้น เป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง เพราะคนเก่งคนมีความรู้ความสามารถนั้น หากไม่มีคุณธรรมหรือจริยธรรมควบคู่ไปแล้ว ย่อมใช้ความรู้ที่มีนั้นไปในทางที่ผิด คิดหาเอาแต่ผลประโยชน์จนลืมความถูกต้องหรือบาปบุญคุณโทษเสียหมดสิ้น ดังนั้นนักปราชญ์ทางกฎหมายจึงสอนนักกฎหมายรุ่นหลังๆ ต่อๆ กันมาเรื่อยๆ ว่าเป็นนักกฎหมายที่ดีมีคนเคารพนับถือ นั้น ต้องเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้คู่คุณธรรม

สำหรับในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 นี้ มีจริยธรรมของตุลาการหลายเรื่อง ที่จะต้องนำมาวิเคราะห์ เพื่อที่จะได้ทราบถึงปัญหาและหาแนวทางแก้ไขต่อไป โดยในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงการร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ว่าตุลาการผู้มีส่วนได้เสียนั้น ควรร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือไม่ การแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณชน ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาหรือไม่ และในประเด็นว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีประมวลจริยธรรมของตุลาการเหมือนศาลยุติธรรมหรือไม่ เหล่านี้เป็นต้น

5.2.1 การมีส่วนได้เสียในคดีที่พิจารณาวินิจฉัย

ในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีจำนวน 13 นาย ปรากฏว่าหนึ่งในจำนวนนั้นเป็นตุลาการที่มีส่วนได้เสียในคดี เพราะถูกฟ้องดำเนินคดีอาญาอยู่ถึง 2 คดี และคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลยุติธรรมยังไม่ถึงที่สุด และมีกรรณiewicz คำคัดค้านตุลาการดังกล่าวแล้ว แต่ปรากฏว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมาย คือ ไม่ได้วินิจฉัยชี้ขาดผลของคำคัดค้านนั้น กลับดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปเสมือนไม่มีคำคัดค้านแต่อย่างใด ในบทนี้ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาวิเคราะห์ใน 2 ประเด็น คือ

- (1) การร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้มีส่วนได้เสีย
- (2) ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเกรงใจและความถูกต้อง

5.2.1.1 การร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการผู้มีส่วนได้เสีย

ต่อประเด็นปัญหาที่ผู้วิจัยตั้งไว้เป็นประเด็นแห่งการวิเคราะห์ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้มีส่วนได้เสียควรร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดีด้วยหรือไม่นั้น ผู้วิจัยคิดว่า ทุกฝ่ายคงมีความเห็นตรงกันว่าตุลาการผู้มีส่วนได้เสียไม่ควรร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดี เพราะอาจทำให้ประชาชนเกิดความสงสัยในความยุติธรรมว่าตุลาการผู้มีส่วนได้เสีย อาจพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนหรือของพวกพ้อง มากกว่าที่จะยึดถือหลักการแห่งกฎหมาย ซึ่งถ้าความสงสัยเกิดขึ้นแล้ว ความเป็นกลางอย่างสมบูรณ์ของศาล (absolute impartiality) ก็จะไม่ได้รับการยอมรับ เรื่องอาจยุติตามการใช้อำนาจ แต่อาจไม่เป็นธรรมในสายตาของคนทั่วไป

เมื่อเราทราบในเบื้องต้นแล้วว่า ตุลาการผู้มีส่วนได้เสียไม่ควรร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดี แต่ปัญหาต่อไปว่า อย่างไรถึงจะถือว่าตุลาการหรือผู้พิพากษาเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการที่จะพิจารณาหรือพิพากษาคดี ซึ่งในเรื่องนี้น่าจะนำเหตุแห่งการคัดค้านตุลาการ และเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 และที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาประกอบการพิจารณา

เหตุแห่งการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ถูกกำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 7 ความว่า

ตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย
 - (2) เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภริยา หรือญาติของผู้ร้อง หรือผู้คัดค้านฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
- คือ เป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงสามชั้น หรือเป็นญาติทางการสมรสนับได้เพียงสองชั้น

(3) เคยถูกอ้างเป็นพยาน โดยที่ได้อ้างเห็นเหตุการณ์ เว้นแต่เคยมีส่วนร่วมในวิธีพิจารณาตามกระบวนการทางนิติบัญญัติ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้น

(4) เป็นผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้แทน หรือทนายความของผู้ร้องฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาก่อน

(5) เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาในศาลอื่น กรรมการร่างกฎหมาย กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือเป็นอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพิจารณาคำร้องในเรื่องเดียวกันนั้นมาก่อน

(6) มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาที่ตุลาการนั้นเอง สามी ภริยา หรือญาติสืบทอดสายโลหิต ตรงขึ้นไป หรือลงมาของตุลาการนั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับผู้ร้องหรือผู้คัดค้านอีกฝ่ายหนึ่ง สามी ภริยา หรือญาติสืบทอดสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือลงมาของผู้ร้องหรือผู้คัดค้านอีกฝ่ายหนึ่ง

ส่วนสาเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 ความว่า

เมื่อคดีถึงศาล ผู้พิพากษาคณะหนึ่งคนใดในศาลนั้นอาจถูกคัดค้านได้ ในเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้พิพากษานั้นมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

(2) ถ้าเป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง คือว่า เป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

(3) ถ้าเป็นผู้ที่ได้ถูกอ้างเป็นพยานโดยที่ได้อ้างเห็นเหตุการณ์ หรือโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษเกี่ยวข้องกับคดีนั้น

(4) ถ้าได้เป็นหรือเป็นผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้แทน หรือได้เป็นทนายความของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาแล้ว

(5) ถ้าได้เป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว

(6) ถ้ามีคดีอีกเรื่องหนึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณา ซึ่งผู้พิพากษานั้นเอง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของผู้พิพากษานั้นฝ่ายหนึ่ง พินาศกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือภริยา หรือญาติทางสืบสายโลหิตตรงขึ้นไป หรือตรงลงมาของคู่ความฝ่ายนั้นอีกฝ่ายหนึ่ง

(7) ถ้าผู้พิพากษานั้นเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ตุลาการหรือผู้พิพากษาที่อาจถูกคัดค้าน ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 และตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวข้างต้น คือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวเนื่องด้วยคดีที่จะพิจารณาวินิจฉัย ไม่ว่าจะมีความ

สัมพันธ์กับคู่ความในฐานะเครือญาติ ในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง หรือในฐานะลูกหนี้ เจ้าหนี้ หรือเคยเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีเรื่องนั้นมาก่อน ไม่ว่าจะในฐานะพยาน ผู้เคยตัดสินคดีนั้นมาก่อน เหล่านี้ ย่อมเป็นสิ่งที่ชี้ชัดได้โดยตรงอยู่แล้วว่า เป็นผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับคดีที่จะพิจารณา วินิจฉัย แต่ปัญหาอยู่ที่การตีความหรือแปลความ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ (1) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 (1) ว่าคำว่า “เป็นผู้มีส่วนได้เสีย” และคำว่า “เป็นผู้มีผลประโยชน์ได้เสีย” จะมีความหมายมากน้อยเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้ผู้วิจัยใคร่ขอนำบทความของ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณโณ ที่ได้ตีพิมพ์ลงในหนังสือพิมพ์มติชน ฉบับลงวันที่ 21 มิถุนายน 2542 มาประกอบการพิจารณา

“ข้าพเจ้าจะไม่ขอกล่าวถึง มาตรฐาน ของศาลรัฐธรรมนูญไทยในเรื่องส่วนได้เสีย อันจะทำให้การตัดสินคดีมี อคติ หรือ ไม่มีอคติ แต่ข้าพเจ้าขอนำคำพิพากษาศาลฎีกาชั้นภาษาอังกฤษในคดีปิโนเชต์ เรื่องส่วนได้เสียของผู้พิพากษานายหนึ่ง ซึ่งตัดสินคดีดังกล่าวแล้ว เป็นเหตุให้ศาลฎีกาชั้นหนึ่งต้องพิพากษายกเลิกคำพิพากษายกเลิกคำพิพากษาเดิมทั้งหมด เพราะผู้พิพากษานายหนึ่งมีส่วนได้เสีย ห่าง ๆ จากคดี

นายปิโนเชต์ (PINOCHET) เป็นประธานาธิบดีชิลีตั้งแต่วันที่ 11 กันยายน 1973 ถึง 11 มีนาคม 1990 ในระหว่างอยู่ในอำนาจและเจ็บป่วย นายปิโนเชต์ก็เดินทางมารักษาตัวในอังกฤษ ตั้งแต่เดือนตุลาคม 1998 ในระหว่างอยู่ในอังกฤษ รัฐบาลสเปนก็ขอให้อังกฤษส่งตัวนายปิโนเชต์ไปดำเนินคดีฐานก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

คดีก็มาสู่ศาลฎีกาชั้นหนึ่ง (HOUSE OF LORDS) ของอังกฤษว่าจะส่งตัวนายปิโนเชต์ให้สเปน ในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้หรือไม่

ศาลฎีกาชั้นหนึ่งพิจารณาคดีนี้ในเดือนพฤศจิกายน 2541 มีผู้พิพากษาที่เป็นท่านลอร์ด 5 นาย เป็นองค์คณะ ก่อนจะเริ่มสืบพยาน องค์การนิรโทษกรรมสากล หรือ AMNESRT INTER-NATIONAI ที่ขอเรียกลูก ๆ ว่า AI ยื่นคำร้องขอเข้ามาแถลงสนับสนุนอัยการอังกฤษขอให้ส่งตัว ศาลอนุญาต

ท้ายที่สุด ศาลฎีกาชั้นหนึ่ง โดยผู้พิพากษาท่านลอร์ด 5 นาย ก็ลงมติด้วยคะแนน 3 ต่อ 2 ให้ส่งตัวปิโนเชต์ไปสเปน เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2541 คดีถึงที่สุด

ต่อมามีคนเปิดเผยออกมาว่า ลอร์ดฮอฟฟ์แมน 1 ใน 3 ผู้พิพากษาที่ตัดสินให้ส่งตัวปิโนเชต์ มีภรรยาทำงานเป็นเจ้าหน้าที่ธุรการอยู่ที่ AI และตัวลอร์ดฮอฟฟ์แมนเอง ก็เป็นผู้อำนวยความสะดวกและประสานมูลนิธิการุณให้ AI

เมื่อได้ข้อมูลเช่นนี้ ทนายความของปิโนเชต์ก็ยื่นคำคัดค้านต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (มท. 1) ของอังกฤษ (ตามกฎหมายของอังกฤษ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน) ว่าจะส่งตัวปิโนเชต์ตามคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นไม่ได้ เพราะว่าลอร์ดฮอฟฟ์แมน มีส่วนได้เสียอันอาจทำให้เกิดอคติในการทำคำพิพากษา มท. 1 อังกฤษดูแล้วก็ยกคำร้องว่าไม่มีเหตุผลเพียงพอ

ทนายความปิโนเชต์ก็ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาขุนนาง คัดค้านคำพิพากษาที่ให้ส่งตัว โดยขอให้ศาลฎีกาขุนนางตัดสินคดีใหม่ทั้งหมด หรืออย่างน้อยก็ขอให้คำพิพากษาส่วนของลอร์ดฮอฟฟ์แมนไม่มีผลใดๆ เพราะมีสัมพันธกับ AI ผู้ร้องสอดในคดี จึงทำให้เกิดข้อสงสัยว่ามีอคติ (appearance of possible bias)

ศาลฎีกาขุนนางก็เปิดการไต่สวนคดีใหม่ โดยคณะผู้พิพากษาอีกคณะหนึ่ง เมื่อได้ฟังพยานหลักฐานแล้ว ศาลฎีกาขุนนาง ได้ตัดสินข้อกฎหมายสำคัญ 2 ข้อคือ

1. แม้คำพิพากษาจะถึงที่สุดแล้ว ศาลฎีกาขุนนางในฐานะศาลสูงสุด ก็เพิกถอนคำพิพากษาที่สุดไปแล้วได้ หากเกิดความอยุติธรรม (any injustice) ขึ้น เพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษาของตนเองได้ หากคำพิพากษานั้นไม่เป็นไปตามกฎหมาย

2. จากการนำสืบในคดีพบว่า แม้ลอร์ดฮอฟฟ์แมนไม่ได้มีส่วนได้เสียโดยตรงทางการเงิน หรือทรัพย์สิน แต่การที่ลอร์ดฮอฟฟ์แมนทำงานให้มูลนิธิที่หาทุนให้ AI และ AI ร้องสอดเข้ามาในคดีขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็ต้องถือว่าลอร์ดฮอฟฟ์แมนลอร์ดมีส่วนได้เสียในการส่งเสริมประโยชน์ของ AI ซึ่งเป็นผู้ร้องสอด

ในคำพิพากษานี้ ลอร์ดบราวน์ - วิลคินสัน (LORD Browne - Wilkinson) กล่าวอย่างจับใจว่า “ถ้าความเป็นกลางอย่างสมบูรณ์ของศาลต้องเป็นหลักที่ยึดถือ จะต้องมีการเกณฑ์ที่ทำให้ผู้พิพากษาที่เกี่ยวข้องในการส่งเสริมประโยชน์ของคุณความในคดี ไม่ว่าจะในฐานะส่วนตัวหรือในฐานะผู้อำนวยการมูลนิธิมหาลิทธิที่จะนั่งพิจารณาคดี เพราะจะต้องเคารพสิ่งที่ลอร์ดเฮวาร์ด เคยตัดสินไว้ว่า เป็นความสำคัญขั้นพื้นฐานที่ว่า ไม่เพียงแต่จะต้องทำให้เกิดความยุติธรรมขึ้นเท่านั้น แต่ต้องทำให้คนเห็นปรากฏชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยใดๆ ว่ามีความยุติธรรมขึ้นจริง”

เป็นอันว่าศาลฎีกาขุนนางในคดีหลัง พิพากษาเป็นเอกฉันท์ให้เพิกถอนคำพิพากษาถึงที่สุดของตนในคดีก่อน เพราะลอร์ดฮอฟฟ์แมนมีส่วนได้เสีย

สิ่งที่ข้าพเจ้าอยากชี้ให้สังคมไทยเห็นก็คือ วัฒนธรรมพื้นฐานของกฎหมายและบทบาทของผู้พิพากษานั้นเหมือนพระ คือคนจะต้องไม่สงสัยในความยุติธรรมที่ประสาทให้ เพราะถ้าคนสงสัยในความยุติธรรมเสียแล้ว ความยุติธรรมนั้นก็ไม่ใช่ความเป็นธรรมอีกต่อไป ดังที่ลอร์ดเฮวาร์ดและลอร์ดบราวน์กล่าวไว้ว่าผู้พิพากษา “ไม่เพียงแต่จะต้องทำให้เกิดความยุติธรรมขึ้นเท่านั้น แต่ต้องทำให้คนเห็นปรากฏชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยใดๆ ว่ามีความยุติธรรมเกิดขึ้นจริง”

ด้วยเหตุนี้ แม้คนสงสัยว่ามีส่วนได้เสียทำให้เกิดอคติ ไม่ต้องถึงกับมีส่วนได้เสียอันทำให้เกิดอคติจริง ก็ทำให้ผู้พิพากษาพิจารณาคดีนั้นไม่ได้เสียแล้ว เพราะจะทำให้คนมีข้อสงสัยว่า ความยุติธรรมเกิดขึ้นจริงหรือไม่ และถ้าคนสงสัยเสียแล้ว ความเป็นกลางอย่างสมบูรณ์ของศาล (absolute impartiality) ก็จะไม่ได้รับการยอมรับ เรื่องอาจยุติตามการใช้อำนาจแต่อาจไม่เป็นธรรมในสายตาคนทั่วไป

อำนาจตัดสินคดีอาจเป็นเรื่องหนึ่ง แต่ความยุติธรรมที่ปราศจากข้อสงสัยของคนทั้งหลายเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ถ้าให้ความสำคัญกับสิ่งแรกและละเลยสิ่งหลัง เราก็จะต้องยึดหลัก “อำนาจคือธรรม” แต่ถ้าให้ความสำคัญกับสิ่งหลังมากกว่าสิ่งแรก เราก็ยึดหลัก “ธรรมคืออำนาจ”

ศาลสหประชาชาติอังกฤษ ซึ่งว่ากันตามกฎหมาย เป็นองค์กรทางการเมืองด้วย เข้าไปเลือกที่จะยึดหลักธรรมคืออำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญไทยซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนาให้เป็นศาล มากกว่าองค์กรทางการเมือง จะเลือกกับหลักใด ก็ขึ้นอยู่กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกท่าน เพราะอำนาจเป็นของท่าน แต่ “ธรรม” เป็นของประชาชน”

ได้อ่านบทความของ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ แล้ว หลายฝ่ายคงมีความเคารพและศรัทธาศาลสหประชาชาติอังกฤษเหมือนอย่างผู้วิจัย โดยเฉพาะตัวผู้พิพากษาของศาลสหประชาชาติอังกฤษ ซึ่งมีความเป็นธรรมเป็นอย่างยิ่ง จากคำกล่าวของลอร์ดบราวน์-วิลคินสัน และลอร์ดเฮวาร์ด ย่อมชี้ให้เห็นว่าผู้พิพากษาอังกฤษให้ความสำคัญกับหลักเรื่องการมีส่วนได้เสียของตัวผู้พิพากษาเป็นอย่างมาก เพราะแม้ลอร์ดฮอฟฟ์แมน จะไม่ได้เป็นคู่ความหรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคู่ความโดยตรง แต่เมื่อเป็นผู้อำนวยการและประธานมูลนิธิหาทุนในองค์การนิรโทษกรรมสากล (AI) เมื่อองค์การนิรโทษกรรมสากลยื่นคำร้องสอดเข้ามาในคดีระหว่างรัฐบาลอังกฤษและรัฐบาลสเปน โดยสนับสนุนให้รัฐบาลอังกฤษส่งตัวนายปิโนเชต์ไปให้รัฐบาลสเปน ศาลสหประชาชาติอังกฤษถือว่าลอร์ดฮอฟฟ์แมนมีส่วนได้เสียในคดีแล้ว

สำหรับในคดีที่ 36/2542 ของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนายหนึ่ง ที่นำวิเคราะห์ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีที่ 36/42 นี้หรือไม่ ข้อเท็จจริงคือว่า ขณะที่พิจารณาวินิจฉัยคดีนี้อยู่ในตุลาการดังกล่าวถูกฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญา 2 คดี คือ คดีแรก นายสุภร ประศาสน์วินิจัย อดีตอัยการพิเศษ เป็นโจทก์ฟ้องขณะที่ดำรงตำแหน่งอัยการสูงสุด ฐานละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ศาลชั้นต้นยกฟ้องปี 2540 ต่อนายสุภร ยื่นอุทธรณ์ ส่วนคดีที่สองนายรังสรรค์ ต่อสุวรรณ นักธุรกิจชื่อดังเป็นโจทก์ฟ้อง¹⁹ ซึ่งหากคดีใดคดีหนึ่งหรือทั้งสองคดี ศาลยุติธรรมมีคำพิพากษาว่ามีความผิด และกำหนดโทษจำคุก แต่โทษจำคุกนั้นให้รอการลงโทษไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ตุลาการดังกล่าวก็จะอยู่สถานการณ์เดียวกันกับรัฐมนตรีเนวิน เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้การพ้นจากตำแหน่งของรัฐมนตรี²⁰ และการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ²¹ นั้นเหมือนกัน คือ เมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก ดังนั้นหนึ่งเสียงของตุลาการดังกล่าวจึงมีผลต่อการตีความคำว่า

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ ชี้ช่องทบทวนคดีเนวิน” มติชน, (21 มิ.ย. 42) : 20.

²⁰ รัฐธรรมนูญมาตรา 216 (4) “ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวเมื่อ... (4) ต้องคำพิพากษาให้จำคุก”

²¹ รัฐธรรมนูญมาตรา 260 (7) “นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งเมื่อ... (7) ต้องคำพิพากษาให้จำคุก”

“ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ในรัฐธรรมนูญ เพราะถ้าตีความคำว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุกว่าไม่จำเป็นต้องจำคุกจริง แม้ศาลรอกการลงอาญาหรือรอกการลงโทษ รัฐมนตรีเนวินก็ต้องพ้นจากตำแหน่งตุลาการดังกล่าวก็ต้องผูกพันบรรทัดฐานในคดีนี้ไปใช้กับกรณีของตัวเองด้วย ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นอาจต้องพ้นจากตำแหน่ง เมื่อคดีใดคดีหนึ่งที่ถูกฟ้องร้องนั้น ศาลมีคำพิพากษาว่ามีความผิด

เมื่อเปรียบเทียบกรณีของลอร์ดฮอฟฟ์แมนในคดีปีโนเชต์ และกรณีของตุลาการนายหนึ่งในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 ดังกล่าวข้างต้น ย่อมชี้ให้เห็นว่าตุลาการดังกล่าวนี้เป็นผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 7 (1) ซึ่งตุลาการดังกล่าวอาจถูกคัดค้านได้แต่โดยหลักจริยธรรมของการเป็นตุลาการแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าตุลาการดังกล่าวควรถอนตัวออกจากพิจารณาวินิจฉัยคดีมากกว่าที่จะรอคำคัดค้านของคู่ความในคดีหรือผู้ประโยชน์เกี่ยวข้องในคดี เนื่องจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 8 เปิดช่องให้ตุลาการที่อาจถูกคัดค้านฐานมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในเรื่องที่ขอให้วินิจฉัยตามข้อ 7 สามารถแถลงต่อศาลแสดงเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านและขอถอนตัวออกจากพิจารณาคดีเรื่องนั้นได้

เมื่อทราบความหมายของการเป็นผู้มีส่วนได้เสียของตุลาการ ทราบว่าตุลาการผู้มีส่วนได้เสียไม่ควรร่วมพิจารณาวินิจฉัยคดี และทราบว่าหลักเกณฑ์ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญถอนตัวออกมาได้หากตนมีส่วนได้เสีย แต่เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นอีก ผู้วิจัยขอแนะนำประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการข้อหนึ่ง ซึ่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมยึดถือปฏิบัติกันมาในเรื่องการถอนตัวฐานเป็นผู้มีส่วนได้เสียมาให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายึดถือ ความว่า “ผู้พิพากษาพึงถอนตัวจากการพิจารณาและพิพากษาคดี เมื่อมีเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านได้ตามกฎหมาย หรือเมื่อมีเหตุประการอื่นที่เกี่ยวกับตัวผู้พิพากษาอันจะทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเสียความยุติธรรม”²² ซึ่งสอดคล้องกับบทสัมภาษณ์ของประธานศาลรัฐธรรมนูญในขณะนั้นว่าเรื่องแบบนี้เคยมีกรณีที่ตุลาการขอถอนตัวจากการตัดสินความ เนื่องจากมีส่วนได้เสียมาแล้ว ซึ่งถือเป็นการสำนึกเอง รู้เอง²³

²² ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 14.

²³ เซาว์น สายเชื้อ, “เซาว์นปลุกจิตสำนึกโกเมน” กรุงเทพธุรกิจ (19 มิถุนายน 2542) : 2.

5.2.1.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเกรงใจและความถูกต้อง

ประเด็นเรื่องนี้ สืบเนื่องจากการวิเคราะห์ในหัวข้อ 5.2.1.1 ที่ผ่านมา ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่อาจถูกคัดค้าน เพราะเหตุมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ขอให้วินิจฉัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้นั้น อาจแถลงต่อศาล แสดงเหตุผลที่ตนอาจถูกคัดค้านและขอถอนตัวออกจากการพิจารณาเรื่องนั้นได้ เพราะตุลาการผู้มีส่วนได้เสียไม่ควรร่วมพิจารณาและวินิจฉัยคดี อันเป็นหลักทั่วไปขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยคดี ไม่ว่าจะองค์กรนี้จะเป็นศาลหรืออนุญาโตตุลาการ หรือองค์กรที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 ปรากฏชัดเจนว่าตุลาการผู้มีส่วนได้เสียมิได้ถอนตัวออกจากการพิจารณาแต่อย่างใด

ประเด็นเรื่องความเกรงใจกับความถูกต้องเกิดขึ้น เมื่อ ศ.ดร.อมร รักษาสัตย์ นายกษัตริย์ธรรมนูญเพื่อประชาชนในขณะนั้น ยื่นคำคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ข้อ 7 ซึ่งตามกฎหมายแล้ว เมื่อมีการคัดค้านตุลาการตามข้อ 7 ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นก่อนที่จะมีการพิจารณาต่อไปเว้นแต่การพิจารณาเรื่องตามมาตรา 180วรรคเจ็ด²⁴ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²⁵ โดยศาลรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดวิธีดำเนินการเพิ่มเติมว่า เมื่อมีการคัดค้านตุลาการผู้ใดในเรื่องใด และตุลาการผู้นั้นไม่ขอถอนตัวออกจากการพิจารณาเรื่องนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงความเห็นสมควรโดยตุลาการผู้ถูกคัดค้านจะร่วมพิจารณาหรือออกเสียงลงคะแนนชี้ขาดมิได้ การชี้ขาดให้ถือตามคะแนนเสียงข้างมาก ตุลาการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ถือตามคำคัดค้าน²⁶ แต่จากข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 หลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องคัดค้านของ ศ.ดร.อมร รักษาสัตย์ แล้ว ประธานศาลรัฐธรรมนูญก็ได้แจกคำคัดค้านดังกล่าวต่อที่ประชุม โดยตุลาการที่ถูกคัดค้านนั้นก็จัดทำหนังสือชี้แจงแจกจ่ายในที่ประชุมด้วยเหมือนกัน ซึ่งโดยกฎหมายแล้วศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องชี้ขาดในเรื่องที่คัดค้านนั้นก่อนที่จะมีการพิจารณาต่อไปว่าจะให้เป็นไปตามคำคัดค้านหรือจะอนุญาตให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกคัดค้านร่วมพิจารณาวินิจฉัยต่อไป หรือจะถือว่าคำคัดค้านของ ศ.ดร.อมร รักษาสัตย์ ไม่เป็นคำคัดค้านตามความหมายของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ดำเนินการตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตุลาการทุกคนได้ร่วมกันเขียนขึ้นมาโดยมติเอกฉันท์

²⁴ มาตรา 180 วรรคเจ็ด เป็นเรื่องที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องงบประมาณแผ่นดิน ซึ่งไม่เกี่ยวกับเรื่องนี้

²⁵ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 8

²⁶ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 9

สาเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำชี้ขาด ในเรื่องคำคัดค้านของ ศ.ดร.อมรรักษ์าสัตย์ อาจเกิดจากความเกรงใจระหว่างตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วยกัน อันเป็นลักษณะนิสัยทั่วไปของคนไทยที่มีมาแต่โบราณ หรืออาจจะเกิดจากตุลาการนายอื่นเห็นว่าควรให้ตุลาการที่ถูกคัดค้านนั้นใช้ดุลยพินิจพิจารณาขอถอนตัวออกไปเองจะดีกว่า เพื่อเป็นการรักษาเกียรติของตุลาการผู้หนึ่งเองและของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุใด ผู้วิจัยมีความเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญกระทำไม่ถูกต้อง เป็นการยึดถือความเกรงใจมากกว่าความถูกต้อง มองข้ามหลักการแห่งกฎหมายที่ตนเองวางเอาไว้ เพราะในทางที่ถูกต้องแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคำชี้ขาดในเรื่องคำคัดค้านนั้นเสียก่อน ว่าคำคัดค้านนั้นเป็นผล ตุลาการผู้ถูกคัดค้านต้องออกจากการพิจารณาคดี หรือว่าคำคัดค้านนั้นไม่เป็นผล เพราะไม่ถึงว่าตุลาการที่ถูกคัดค้านนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือเพราะคำคัดค้านนั้น มิได้เป็นคำคัดค้านที่ถูกต้องตามข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นเมื่อข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมาย และศาลรัฐธรรมนูญมิได้ดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย มิได้ดำเนินการกระบวนพิจารณาให้เป็นไปตามวิธีพิจารณาของศาล คำวินิจฉัยนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ต้องยกเลิกเพิกถอนคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยนั้น แล้วดำเนินการกระบวนพิจารณาวินิจฉัยคดีนั้นใหม่ทั้งหมด

5.2.2 การแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณชน

การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีทั้งจากภายในคือจากศาลรัฐธรรมนูญเอง และจากภายนอกคือวิญญูชนคนทั่วไป การแสดงความคิดเห็นเช่นนี้อาจเกิดขึ้นในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญกำลังพิจารณา หรือหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีเสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงการแสดงความคิดเห็นที่เกิดจากภายในเท่านั้น ว่าการแสดงความคิดเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณานั้นถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญควรมีประมวลจริยธรรมของตุลาการ เพื่อวางกรอบแนวทางในการแสดงความคิดเห็นหรือไม่อย่างไร

5.2.2.1 การให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เกี่ยวกับเรื่องการแสดงความคิดเห็นในคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยขอ นำบทสัมภาษณ์ของนายสุทัศน์ เงินหมื่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ซึ่งให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ฉบับหนึ่ง ความว่า “เมื่อรัฐธรรมนูญมาตรา 268 ระบุคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรของรัฐ เป็นบรรทัดฐานที่ประชาชนต้องปฏิบัติตาม แต่ตนขอตั้งข้อสังเกตว่า ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัย สื่อมวลชนได้รายงานข้อเท็จจริง เกี่ยวกับการประชุมปรึกษาคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาเป็นลำดับว่า

เสียงส่วนใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่านายเนวิน ชิดชอบยังไม่พ้นจากการเป็นรัฐมนตรี มีเสียงส่วนน้อยเห็นว่าพ้นจากความ เป็นรัฐมนตรี ตนจึงสงสัยว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญท่านใด เป็นผู้ให้ข่าว และสงสัยว่าก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะอ่านคำวินิจฉัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สามารถวิจารณ์ หรือให้ความเห็นแก่สื่อมวลชนได้หรือไม่ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เป็นกลาง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องรักษาความลับของการพิจารณาคดี และไม่ควรรให้ สัมภาษณ์ระหว่างการพิจารณา²⁷

จากบทสัมภาษณ์ของนายสุทัศน์ เงินหมื่น ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐมนตรีสุทัศน์ ไม่เห็นด้วยกับการที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ออกมาแสดงความคิดเห็น หรือให้ข่าวกับสื่อมวลชน เกี่ยวกับคดีที่ตนกำลังพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งในเรื่องนี้ถ้าเป็นในศาลยุติธรรมคงไม่เกิดมีขึ้นเป็นแน่แท้ เพราะนอกจากผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม จะผ่านการอบรมคุณธรรมจริยธรรมตามหลักสูตร ของการเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาแล้ว ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ยังมีประมวลจริยธรรมข้าราชการ ตุลาการ เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานและการวางตนในสังคม ซึ่งในส่วนของ การแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคดีที่ตนพิจารณานั้น ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการในหมวดที่ว่าด้วย จริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี ข้อที่ 6 ได้วางหลักไว้ว่า “ผู้พิพากษาจักต้องละ เว้นการกล่าวถึงข้อเท็จจริงในคดีที่อาจกระทบกระเทือนต่อบุคคลใด ไม่วิจารณ์หรือให้ความเห็น แก่คู่ความหรือบุคคลภายนอกเกี่ยวกับคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาหรือกำลังจะขึ้นสู่ศาล” ซึ่งจะ สังเกตได้ว่า ปัญหาเรื่องข่าวรั่วข่าวไหลแทบจะไม่เกิดมีขึ้นในศาลยุติธรรม ศาลฎีกาในฐานะศาลสูง สุดของศาลยุติธรรม จึงเป็นที่เคารพของมหาชนตราบนานทุกวันนี้

จากบทสัมภาษณ์ของนายสุทัศน์ เงินหมื่น ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ และแนวทางการวางตน เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นในคดีของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม ผู้ วิจัยจึงไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง ที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะมาให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีที่อยู่ในระหว่าง การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม และไม่ว่าจะเกี่ยว หรือไม่เกี่ยวกับประเด็นในคดีก็ตาม เพราะตุลาการต้องรักสันโดษ รักความเป็นธรรม และความ เป็นกลาง ความสงสัยในความยุติธรรมย่อมเกิดขึ้น หากบุคคลภายนอกเห็นตุลาการออกมาให้ข่าว เกี่ยวกับคดี ดังนั้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรหยุดออกให้ข่าวกับสื่อมวลชนโดยเด็ดขาดและใน ทุกเรื่อง เพราะงานศาลนั้นแบ่งเป็นงานธุรการกับงานคดี งานคดีอยู่ในความรับผิดชอบของ ตุลาการ ตุลาการก็พิจารณาวินิจฉัยไปตามขอบเขตอำนาจของกฎหมาย งานธุรการทั้งปวง ก็ให้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้แถลงในทุก ๆ เรื่อง เพราะภาพพจน์ที่ดีจะสร้างความศรัทธาให้ เกิดกับประชาชน

²⁷ มติชน, ฉบับวันที่ 18 มิถุนายน 2542, คอลัมน์ “สุทัศน์” สงสัยเสียทำไมข่าวรั่ว

5.2.2.2 การมีประมวลจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

จริยธรรมของตุลาการเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง เพราะการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการนั้น ไม่เพียงแต่การประสาทความยุติธรรมให้แก่คู่ความเท่านั้น ตุลาการยังต้องสร้างความเชื่อถือศรัทธาให้เกิดขึ้นกับประชาชนด้วย บรรพตุลาการทั้งหลายในอดีตจึงยึดถือและปฏิบัติเป็นประเพณีสืบต่อกันมาเป็นเวลานาน ตั้งแต่ “หลักอินทภาษ” ที่ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา และรวบรวมไว้ในกฎหมายตราสามดวง ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ จนกระทั่งประมาณปี พ.ศ. 2527 คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่ง มีนายธานินทร์ กรัยวิเชียร เป็นประธาน เพื่อรวบรวมจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ที่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ และประเพณีของบรรพตุลาการที่ยังมีได้มีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรมาไว้ ณ ที่เดียวกัน และด้วยความร่วมมือกันของตุลาการในศาลยุติธรรม หลักจริยธรรมของตุลาการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับสมบูรณ์จึงได้ถือกำเนิดเกิดขึ้นในชื่อว่า “ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ”²⁸ โดยประธานศาลฎีกาในฐานะประธานคณะกรรมการตุลาการ ได้ประกาศใช้ประมวลจริยธรรมนี้ตั้งแต่วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 เป็นต้นมา

สำหรับในศาลรัฐธรรมนูญ ไม่มีหลักจริยธรรมของตุลาการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เหมือนอย่างประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการในศาลยุติธรรม การปฏิบัติงานและการวางตนของตุลาการในสังคม จึงขึ้นอยู่กับหลักประพฤติปฏิบัติเป็นปกติวิสัยของตุลาการแต่ละนาย ดังนั้นต่อปัญหาว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีประมวลจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผู้วิจัยขอเสนอข้อเท็จจริงและบทวิพากษ์วิจารณ์ทางสื่อมวลชนที่เกิดขึ้นในคำวินิจฉัยที่ 36/2542 มาพิจารณาประกอบ

ข้อเท็จจริงประการแรก คือ ตุลาการบางท่านถูกฟ้องเป็นคดีอาญา คดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล และท่านอาจต้องพ้นจากตำแหน่ง หากวินิจฉัยให้รัฐมนตรีเนวิน ชิดชอบ พ้นจากตำแหน่ง เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้การพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและรัฐมนตรีเหมือนกันเมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก อันถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคำวินิจฉัย²⁹ แต่กลับไม่พิจารณาถอนตัวออก ยังคงร่วมพิจารณาและร่วมทำคำวินิจฉัย จนมีบุคคล

²⁸ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ แบ่งเป็น 5 หมวด คือ

หมวดที่ 1 ว่าด้วยเรื่องอุดมการณ์ของผู้พิพากษา

หมวดที่ 2 ว่าด้วยเรื่องจริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี

หมวดที่ 3 ว่าด้วยเรื่องจริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางธุรการ

หมวดที่ 4 ว่าด้วยเรื่องจริยธรรมเกี่ยวกับกิจการอื่น

หมวดที่ 5 ว่าด้วยเรื่องจริยธรรมเกี่ยวกับการดำรงตนและครอบครัว

²⁹ “จีโกเมนลาออก,” มติชน (21 มิถุนายน 2542) : 2.

หลายฝ่ายแสดงความไม่เห็นด้วย เช่น นายอมร รักษาสัตย์ นายกสมาคมรัฐธรรมนูญเพื่อประชาชนในขณะนั้น ได้ยื่นคำร้องคัดค้านตุลาการท่านดังกล่าว ตัวประธานศาลรัฐธรรมนูญเอง ก็กล่าวว่า เรื่องแบบนี้เคยมีกรณีที่ตุลาการขอถอนตัวจากการตัดสินความ เนื่องจากมีส่วนได้เสียมาแล้ว ซึ่งถือเป็นการสำนึกตัวเอง³⁰ ซึ่งปัญหาเช่นนี้คงจะไม่เกิดขึ้น หากศาลรัฐธรรมนูญมีประมวลจริยธรรมของตุลาการดังเช่นผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม เพราะประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ หมวด 2 ว่าด้วยเรื่องจริยธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดี ได้วางแนวประพฤติปฏิบัติในกรณีที่ผู้พิพากษาคดีเมื่อมีเหตุที่ตนอาจถูกคัดค้านได้ตามกฎหมาย หรือมีเหตุประการอื่นที่เกี่ยวกับตัวผู้พิพากษา อันอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเสียความยุติธรรม”

³¹ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ที่เห็นว่า

“บทบาทของผู้พิพากษานั้นเหมือนพระ คือคนจะต้องไม่สงสัยในความยุติธรรมที่ประสาทให้ เพราะถ้าคนสงสัยในความยุติธรรมแล้ว ความยุติธรรมนั้นก็ไม่ใช่ความเป็นธรรมอีกต่อไป ด้วยเหตุนี้ แม้คนสงสัยว่ามีส่วนได้เสีย ทำให้เกิดอคติ ไม่ต้องถึงกับมีส่วนได้เสียอันทำให้เกิดอคติจริง ก็ทำให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไม่ได้เสียแล้ว เพราะจะทำให้คนมีข้อสงสัยว่าความยุติธรรมเกิดขึ้นจริงหรือไม่”³²

ข้อเท็จจริงประการที่สองคือก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยดังนี้ สื่อมวลชนได้รายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการประชุมปรึกษาคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาเป็นลำดับ ว่าเสียงส่วนใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า นายเนวิน ชิดชอบ ยังไม่พ้นจากการเป็นรัฐมนตรี มีเสียงส่วนน้อยเห็นว่าพ้นจากความเป็นรัฐมนตรี จนเป็นการตั้งข้อสงสัยว่าตุลาการนายโตเป็นผู้ให้ข่าว ซึ่งนายสุทัศน์ เงินหมื่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้น ได้แสดงความคิดเห็นในเรื่องนี้ผ่านทางสื่อมวลชนว่า รู้สึกเป็นห่วงกรณีความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นความลับ ได้รั่วไหลออกมา ซึ่งในอนาคตอาจมีการใช้วิธีการที่ไม่ชอบ ทำให้การตัดสินคดีเสียความเป็นธรรมไปได้ เนื่องจากปัจจุบันไม่มีประมวลจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรายละเอียดในการดำรงตนไว้ ต่อไปควรจะบัญญัติประมวลจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร³³

นอกจากปัญหาในเรื่องผลการลงมติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รั่วไหลออกสู่สาธารณชน ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยแล้ว ข้อเท็จจริงในเรื่องการให้สัมภาษณ์หรือให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาก็ยังเป็นอีกปัญหาหนึ่ง ที่หลายฝ่ายเห็นว่าเป็น

³⁰ เซาว์น สายเชื้อ, “เซาว์นปลุกจิตสำนึกโกเมน” กรุงเทพฯธุรกิจ(19มิถุนายน 2542) : 2.

³¹ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 14.

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ ชี้ช่องทบทวนคดีเนวิน” มติชน, (21 มิ.ย. 42) : 20.

³³ “สุทัศน์สงสัยทำไมข่าวรั่ว”, ไทยรัฐ (18 มิถุนายน 2542) : 3.

พฤติกรรมที่หมิ่นต่อจรรยาบรรณตุลาการ³⁴ ซึ่งถ้าเป็นในศาลยุติธรรม ปัญหาเช่นนี้คงจะไม่เกิดขึ้นเป็นแน่แท้ เพราะผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมจักต้องละเว้นการกล่าวถึงข้อเท็จจริงในคดีที่อาจกระทบกระเทือนต่อบุคคลใด ไม่วิจารณ์ หรือให้ความเห็นแก่คู่ความหรือบุคคลภายนอกเกี่ยวกับคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาหรือกำลังจะขึ้นสู่ศาล³⁵

จากสภาพปัญหาและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทั้งหมด ผู้วิจัยจึงมีความเห็นด้วยที่ศาลรัฐธรรมนูญควรมีประมวลจริยธรรมของตุลาการ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติงาน และการดำรงตนในสังคม เพราะแม้จะไม่มีบทลงโทษที่รุนแรง แต่หากตุลาการไม่ประพฤติและปฏิบัติตาม การตรวจสอบความชอบธรรมของตุลาการผู้นั้นโดยสาธารณชน ก็สามารถกระทำได้สะดวกขึ้น ซึ่งคงจะไม่มีตุลาการผู้ใดที่จะลดความน่าเชื่อถือของตัวเอง โดยการไม่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมของตุลาการเป็นแน่แท้ โดยในระหว่างที่ยังไม่มีประมวลจริยธรรมให้ยึดถือและปฏิบัติ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรยึดถือหลักการถอนตัวจากการพิจารณาและวินิจฉัยคดี หากพิเคราะห์แล้วเห็นว่าตัวเองอาจต้องคำครหาว่ามีส่วนได้เสีย และไม่ควรแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาควรให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้แจง ในฐานะที่เป็นหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ” เพราะจะเป็นความสง่างามของตุลาการและของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁴ “จีโกเมนลาออก,” มติชน (21 มิถุนายน 2542) : 2.

³⁵ ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 6.