

บทที่ 2

กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ฝ่ายรัฐบาลมีอำนาจมากในสภา ประกอบกับระบบการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารที่ไม่อาจเป็นจริงได้ ส่งผลให้มีแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรที่มาทำหน้าที่เสริมระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ โดยจัดให้มีการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระขึ้นเป็นองค์กรที่อิสระปลอดจากการแทรกแซงของผู้ใช้อำนาจต่างๆ เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในบทนี้จะศึกษาถึงกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญในต่างประเทศซึ่งได้แก่ ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการควบคุมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรนั้นๆ ด้วย

2.1 กระบวนการสรรหาในประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1.1 ลักษณะทั่วไปของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา¹

ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบการเมืองการปกครองและการบริหารเป็นไปตามระบบประธานาธิบดี พร้อมกับมีลักษณะของรัฐแบบสหพันธรัฐ มีรัฐธรรมนูญของประเทศและรัฐธรรมนูญของมลรัฐรวมทั้งมีโครงสร้างระบบศาลที่แบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ ศาลระดับชาติหรือศาลระดับรัฐบาลกลาง และศาลระดับมลรัฐ แต่ละระดับมี 3 ชั้น

ในระบบศาลของสหรัฐอเมริกานั้น ศาลระดับรัฐบาลกลางจะยึดถือรัฐธรรมนูญของประเทศเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี ขณะที่ศาลระดับมลรัฐทุกมลรัฐต่างยึดถือรัฐธรรมนูญของมลรัฐตนเองเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญของประเทศ

¹ วิรัช วิรัชภาวรณ ,ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้างอำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน และญี่ปุ่น,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,2544), น. 145-185.

และกฎหมายของรัฐบาลกลาง (federal laws) ยังเป็นกฎหมายที่ออกมารองรับโครงสร้างของศาลในระดับรัฐบาลกลาง (federal courts) ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐ (state laws) ในแต่ละมลรัฐจะออกมารองรับโครงสร้างของศาลในระดับมลรัฐในแต่ละมลรัฐ และถึงแม้ศาลระดับมลรัฐจะเป็นสถาบันหรือองค์กรที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระ แต่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทั้ง 2 ระดับมิได้แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดโดยในบางกรณีก็มีความสัมพันธ์กัน

บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา² ได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะศาลสูงสุดของประเทศมีอำนาจสูงสุดและถือเป็นที่สุดในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทและคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ โดยโครงสร้างอำนาจหน้าที่และการบริหารงานบุคคลของศาลดังกล่าวนี้ได้รับการรองรับโดยรัฐธรรมนูญของประเทศและโดยกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทหรือคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศ รวมตลอดถึงอำนาจในการตรวจสอบและตีความกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือกฎหมายอื่นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศหรือไม่อีกด้วย โดยอำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดของประเทศนี้ แบ่งเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกเป็นอำนาจหน้าที่ในการรับคดีเริ่มแรกมาพิจารณาวินิจฉัยซึ่งต้องเป็นคดีทั้งหลายที่เกี่ยวกับการทูต รัฐมนตรีและกงสุล รวมทั้งคดีที่มลรัฐเข้าไปเป็นคู่กรณีด้วย อีกส่วนหนึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ในการรับคดีอุทธรณ์มาพิจารณาวินิจฉัย โดยรับอุทธรณ์คดีมาจากศาลชั้นล่างของรัฐบาลกลางและจากศาลของมลรัฐ

อนึ่ง ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นการวาง แนวทางหรือวางมาตรฐานเพื่อใช้เป็นแนวทางสำหรับพิจารณาวินิจฉัยคดีต่อไป คำวินิจฉัยจึงมิใช่เพียงส่งผลกระทบระหว่างคู่กรณีในวงแคบเท่านั้น แต่อาจส่งผลกระทบถึงประเทศชาติในวงกว้างพร้อมกับให้ความรู้ต่อสาธารณะว่าหลักการพื้นฐานในการปกครองที่ต้องยึดถือคืออะไรอีกด้วย อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของประเทศอาจถูกยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศได้ ทั้งนี้ศาลสูงสุดของประเทศไม่จำเป็นต้องยึดถือคำวินิจฉัยในอดีตเสมอไป เพราะคำวินิจฉัยดังกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขใหม่ได้²

² เฟิงอ้าง, น.201.

2.1.2 กระบวนการสรรหาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

ก. โครงสร้างของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งระบบการบริหารและการปกครองของประเทศเป็นการปกครองระดับประเทศและการปกครองระดับมลรัฐ ทำให้มีทั้งรัฐธรรมนูญของประเทศ (the United States Constitution) และรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐ (state constitutions) โดยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน รวมทั้งมีได้มีบทบัญญัติที่แยกศาลรัฐธรรมนูญออกจากศาลยุติธรรมทั้งในระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐ แต่ได้กำหนดให้มีศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่ใช้อำนาจตุลาการ (judicial power) หรือมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดี เช่นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง ตลอดจนคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าศาลยุติธรรมทำหน้าที่เป็นศาลที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญด้วย ลักษณะดังกล่าวนี้เป็นลักษณะของระบบศาลเดี่ยวทำนองเดียวกับอังกฤษและตามความหมายของประเทศในยุโรป ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมเท่านั้น โดยเฉพาะศาลยุติธรรมในระดับรัฐบาลกลางหรือระดับประเทศที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศไปพร้อมกันไปด้วย สำหรับศาลระดับมลรัฐนั้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปซึ่งรวมทั้งคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐของตนเอง ทั้งนี้ คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลระดับมลรัฐจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของประเทศ และเมื่อใดก็ตามที่มีข้อพิพาทหรือคดีของศาลระดับมลรัฐมีสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับรัฐบาลกลางในเรื่องการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศ กฎหมายของรัฐบาลกลางหรือสนธิสัญญา ต้องส่งเรื่องหรือยื่นอุทธรณ์ไปให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในระดับรัฐบาลกลางพิจารณาวินิจฉัย³

ในการศึกษาโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ ขอเน้นที่ศาลยุติธรรมระดับประเทศที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญระดับประเทศที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทหรือคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศอันเป็นกฎหมายสูงสุด ทั้งนี้ไม่รวมศาลระดับมลรัฐทั้งหลายที่แม้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ แต่ก็ยังเป็นรัฐธรรมนูญของมลรัฐของตนเองเท่านั้น อำนาจจึงจำกัดอยู่ในแต่ละมลรัฐไม่ครอบคลุมไปถึงระดับประเทศ

³ William C. Louthan, "The United States Supreme Court : Lawmaking in the Third Branch of Government," (Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall, Inc, 1991), p.30 ในวิรัช วิรัชภาวรณ, เพิ่งอ้าง, น.175.

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญสูงสุดของประเทศนั้น มิได้มีวิวัฒนาการอย่างช้าๆผ่านคริสต์ศตวรรษต่างๆเหมือนดังเช่นศาลคอนมอนลอว์ของอังกฤษ หรือศาลซีวิลลอว์ของประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นตามบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญของประเทศ ปี ค.ศ. 1789 (the U.S. Constitution of 1789) มาตรา 3 ส่วนที่ 1 (Article III Section 1) ที่บัญญัติให้มี “ศาลสูงสุดของประเทศ” (one supreme Court) ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลสุดท้ายที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศ (the final arbiter of American's constitutional issues) มีจำนวน 1 แห่งอยู่ที่กรุงวอชิงตัน ดี.ซี.⁴ โดยแยกต่างหากจากบทบัญญัติว่าด้วยฝ่ายนิติบัญญัติ และประธานาธิบดีในมาตรา 1 และมาตรา 2 ตามลำดับ

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญนั้นจะประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 9 คน โดยประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งโดยได้รับคำแนะนำและยินยอมจากวุฒิสภา⁵ นอกจากการจัดให้มีศาลสูงสุดของสหรัฐแล้วรัฐธรรมนูญของประเทศยังบัญญัติให้มีศาลรองอื่น (inferior Courts) ในระดับรัฐบาลกลาง อันได้แก่ “ศาลอุทธรณ์ของประเทศ” (the U.S. (circuit) courts of appeals) และ “ศาลชั้นต้นของประเทศ” (the U.S. district courts) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญชั้นอุทธรณ์และชั้นต้นตามลำดับอีกด้วย จะเห็นได้ว่าแม้รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีศาลสูงสุดของประเทศเพียงศาลเดียวอย่างชัดเจน ในเวลาเดียวกันก็ได้บัญญัติให้มีศาลรองอื่นอีกด้วยแต่มิได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญของประเทศบัญญัติให้รัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายจัดตั้งศาลรองอื่นขึ้นได้ (inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish) ศาลรองจำนวน 2 ศาลดังกล่าวได้จัดตั้งขึ้นทันทีในการประชุมรัฐสภาครั้งแรกของประเทศ โดยออกเป็นกฎหมายที่เรียกว่า the Judiciary Act of 1789 กฎหมายนี้ทำให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่มีหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในระดับประเทศมีจำนวน 3 ศาลหลัก ยิ่งไปกว่านั้นยังแสดงให้เห็นถึงความสำเร็จของรัฐสภาที่สามารถดำเนินการให้สหรัฐอเมริกาที่มีรัฐบาลกลางที่เข้มแข็งได้ด้วยการมีศาลสูงและศาลรองของ

⁴ เพิ่งอ้าง, น. 177.

⁵ เหตุที่ให้ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลสูงสุดของประเทศ เพราะคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคงต้องการป้องกันมิให้อำนาจทางการเมืองเข้าแทรกแซงการแต่งตั้งตุลาการในศาลสูงสุดของประเทศพร้อมกับปรารถนาให้การแต่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชี่ยวชาญในอาชีพเท่านั้น โดยรัฐสภามีอำนาจกำหนดจำนวนตุลาการศาลสูงสุดของประเทศ

ประเทศเพื่อร่วมมือกันดำเนินกิจกรรมด้านตุลาการกับศาลมลรัฐทั้งหลายที่มีอยู่เดิมแทนที่การมีเฉพาะศาลของรัฐบาลมลรัฐที่มีความเป็นอิสระและมีระบบศาลของตนเองเท่านั้น

ในส่วนของศาลระดับมลรัฐ เนื่องจากแต่ละมลรัฐต่างมีรัฐธรรมนูญของตนเอง ดังนั้นเมื่อมีปัญหาข้อพิพาท หรือคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐ จึงเป็นหน้าที่ของศาลระดับมลรัฐของแต่ละมลรัฐที่จะพิจารณาวินิจฉัยกันเอง โดยศาลสูงสุดแต่ละมลรัฐจะทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐอีกด้วย แต่ถ้ามีปัญหาหรือคดีเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศหรือหลังจากที่ศาลระดับมลรัฐวินิจฉัยและประกาศว่ากฎหมาย (statutes) โคขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศแล้ว ก็จะต้องส่งคำวินิจฉัยหรือประกาศดังกล่าวไปยังศาลของรัฐบาลกลางที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญด้วย โดยอาจเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์หรือศาลสูงสุดของประเทศแล้วแต่กรณี⁶

คุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาจะทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศ ดังนั้นคุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมสูงสุด (Supreme court) ก็คือคุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศมิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิได้รับคัดเลือกและแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาไว้ เช่น มิได้กำหนดภูมิหลังเรื่องถิ่นที่อยู่ อายุ การศึกษา หรืออาชีพ อีกทั้งมิได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาส่งสำเร็จการศึกษาหรือได้รับปริญญาตามกฎหมาย เหตุผลส่วนหนึ่งเนื่องจากโรงเรียนกฎหมายที่มีอยู่ในทุกวันนี้ในสหรัฐอเมริกายังไม่ได้จัดก่อตั้งขึ้นจนกระทั่งช่วงหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 19 และหลังจากสงครามโลกครั้งแรกสิ้นสุดลง การฝึกหัดวิชาชีพกฎหมายในสำนักกฎหมายยังคงเป็นวิธีการสำคัญที่จำเป็นสำหรับเข้าไปสู่การเป็นนักกฎหมายอาชีพ และนับแต่ปี ค.ศ.1957 เป็นต้นมา ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาทุกคนสำเร็จปริญญาตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามแม้รัฐธรรมนูญของประเทศมิได้กำหนดคุณสมบัติไว้ดังกล่าว แต่เกณฑ์พื้นฐานในการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาส่วนใหญ่จะพิจารณาจากผู้สำเร็จการศึกษาด้านกฎหมายด้วยคะแนนสูงจากโรงเรียนกฎหมายที่มีชื่อเสียง หรือผู้ที่ปฏิบัติงานด้านกฎหมายดีเด่นมาหลายปีหรือเคยประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะมานาน นอกจากประธานาธิบดีแต่ละท่านจะกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อจะได้นำไปใช้ในการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของประเทศเช่น⁷

⁶ วิรัช วิรัชภาวรณ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น.179.

⁷ เฟิงอ้าง, น. 195-196.

- (1) มีอุปนิสัยหรือภาวะจิตใจที่เป็นผู้พิพากษา
- (2) เป็นผู้เชี่ยวชาญมืออาชีพที่มีความสามารถ
- (3) มีความซื่อสัตย์ทั้งในฐานะส่วนตัวและในอาชีพอย่างแท้จริง
- (4) มีความหลักแหลม คล่องแคล่วว่องไว และมีจิตใจที่โปร่งใส
- (5) มีภูมิหลังด้านการศึกษาหรือการฝึกอบรมที่เหมาะสม
- (6) มีความสามารถในการถ่ายทอดทั้งด้านการพูดและการเขียน

ข. อำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ศาลยุติธรรมทุกศาลทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญโดยไม่มีการจัดตั้งองค์กรศาลพิเศษขึ้นมาใหม่ และไม่ได้แยกเป็นเขตอำนาจพิเศษ ดังนั้น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาก็มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่ทั้งปวงรวมทั้งคดีเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งหากพิจารณาประเภทคดีที่ศาลสูงสุดของอเมริกาแล้วอาจแบ่งแยกได้ดังนี้⁸

1) คดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐอันเป็นข้อพิพาทระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐ หรือข้อพิพาทระหว่างมลรัฐด้วยกัน นอกจากนี้รวมถึงเรื่องเกี่ยวกับทูตและกงสุลด้วย

2) คดีที่ได้มีการโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ของสหพันธ์ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการวินิจฉัยคดีประเภทนี้เมื่อศาลล่างของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว มีกรณีข้อยกเว้นให้คัดค้านคำพิพากษาของศาลนั้นได้โดยเสนอไปยังศาลสูงสุดเนื่องจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาไม่ใช่ศาลพิเศษดังเช่น ศาลรัฐธรรมนูญในยุโรป ดังนั้น คดีที่เกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยกฎหมายทุกประเภทจึงอาจเสนอมายังศาลสูงสุดได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีการเสนอเรื่องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานมายังศาลสูงสุดได้

ค. ขั้นตอนการสรรหาคourtสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกามาจากผู้พิพากษาอาชีพของศาลยุติธรรม จึงทำให้ระบบการได้มาซึ่งผู้พิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามี 2 ระดับ ได้แก่ ระดับมลรัฐและระดับสหรัฐ ซึ่งมีวิธีการคัดเลือกดังนี้

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), น.61.

(1) ระดับมลรัฐ

การสรรหาตุลาการในระดับมลรัฐมีวิธีการคัดเลือกผู้พิพากษาในระบบที่แตกต่างกันซึ่งมีถึง 6 รูปแบบ คือ

- (1.1) การเลือกตั้งแบบมีพรรค
- (1.2) การเลือกตั้งแบบไม่มีพรรค
- (1.3) การคัดเลือกตามระบบคุณธรรมจากผู้พิพากษาระดับต่างๆ
- (1.4) การแต่งตั้งโดยผู้ว่าการรัฐ
- (1.5) การเลือกโดยองค์กรนิติบัญญัติ
- (1.6) การคัดเลือกโดยผู้พิพากษาที่อยู่ในหน้าที่ขณะนั้น

รัฐส่วนใหญ่กว่า 40 รัฐใช้ระบบการเลือกตั้ง ในระดับศาลแขวง ซึ่งระบบนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์มากในปัจจุบันว่าทำให้ผู้พิพากษาที่ได้มาแบ่งเป็นฝ่ายและไม่ได้มาตรฐาน แต่ระบบการเลือกตั้งดังกล่าวมีข้อดีที่ทำให้การสรรหาผู้พิพากษากลับไปสู่การเลือกตั้งเป็นระยะ ทำให้รู้ถึงความรู้สึกและความต้องการของประชาชน⁹

(2) ระดับสหรัฐ

ในการสรรหาผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญในระดับสหรัฐนั้นใช้ระบบแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีตามความเห็นชอบของวุฒิสภา ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลฎีกา 9 คน (ศาลสูงสุด) โดยเป็นประธาน 1 คน หรือการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลอื่นของสหรัฐอเมริกา อาทิเช่นในศาลอุทธรณ์และในศาลชั้นต้น

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดวิธีการดังกล่าวเอาไว้ แต่ในปัจจุบันมีธรรมเนียมปฏิบัติเกิดขึ้นเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยฝ่ายบริหาร โดยมีการเสนอให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบหลายประการ เพื่อให้กระบวนการสรรหาเป็นระบบที่โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ กล่าวคือ ในระดับสหรัฐนั้นประธานาธิบดีจะพยายามหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจของตนแต่เพียงคนเดียวดังแต่ก่อน จึงมีระบบกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาโดยคณะทำงานของประธานาธิบดีและขอความเห็นชอบต่อสหภาพทนายความอเมริกา (American Bar Association) ดังจะเห็นได้ว่าในยุคประธานาธิบดีเรแกนมีการตั้งที่ปรึกษาประธานาธิบดี โดยมี Attorney General ข้าราชการระดับสูงของกระทรวงยุติธรรม และทำเนียบขาว 7 คน เสนอรายชื่อคนที่เหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา ในการนี้จะให้ เอฟ.บี.ไอ. ตรวจสอบและให้สหภาพทนายความอเมริกาให้

⁹ อภาพงศ์ กฤตเวทิน, "ปัญหาคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น.40.

ความเห็นในด้านความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ และความประพฤติแล้วจึงเสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อนำเสนอวุฒิสภาให้เห็นชอบต่อไป¹⁰

2.1.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการสรรหาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาปกครองในระบอบประธานาธิบดีจึงทำให้ประธานาธิบดีมีฐานะเป็นทั้งประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหารเสมือนหนึ่งว่าประธานาธิบดีเป็นทั้งพระมหากษัตริย์และนายกรัฐมนตรีในขณะเดียวกัน¹¹ โดยประธานาธิบดีที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนนี้จะต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชนแต่มีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาซึ่งหมายความว่าประธานาธิบดีจะปลอดจากการถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตามมิใช่ว่าประธานาธิบดีจะมีอำนาจเด็ดขาด เพราะฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะมีการถ่วงดุลซึ่งกันและกันทำให้ต่างฝ่ายต่างควบคุมซึ่งกันและกันได้ในบางกรณีตามหลักการคานและดุลแห่งอำนาจ โดยในกระบวนการแต่งตั้งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกานี้ประธานาธิบดีจะเป็นผู้เสนอชื่อผู้ควรได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาและประธานศาลฎีกาซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร จากนั้นประธานาธิบดีจะเป็นผู้ลงนามแต่งตั้งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาอันเป็นการใช้อำนาจในฐานะประมุขของประเทศ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจประธานาธิบดีในการแต่งตั้งศาลสูงสุดนี้ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 2 วรรคสอง ของหมวดที่ 2 ซึ่งบัญญัติว่า “...ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกา โดยได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา...” ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในกระบวนการแต่งตั้งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีจะทำหน้าที่ในการเสนอชื่อบุคคล ผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดไปยังวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาดำเนินการลงมติให้ความเห็นชอบ หากวุฒิสภามีมติเห็นชอบกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อแล้ว ประธานาธิบดีก็จะเป็นผู้ลงนามแต่งตั้งอย่างเป็นทางการต่อไป

ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแต่งตั้งไว้ เพียงแต่กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอชื่อบุคคลผู้สมควรเป็นผู้พิพากษาของศาลสูงสุดเท่านั้น ประธานาธิบดีจึงมีอิสระในการที่จะเสนอชื่อบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ส่งผลให้ในกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดไม่มีที่หลักเกณฑ์แน่นอน

¹⁰ เพิ่งอ้าง, น.41.

¹¹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2523), น.198.

ซึ่งในทางปฏิบัติประธานาธิบดีแต่ละคนจะสร้างหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเสนอชื่อบุคคลเพื่อรับการพิจารณาแต่งตั้งไว้ แต่อย่างไรก็ตามประธานาธิบดีมักจะเลือกบุคคลที่มีความเห็นในทางการเมืองคล้ายตนเป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อ ดังนั้นกฎหมายจึงวางดุลป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของประธานาธิบดีโดยกำหนดให้วุฒิสภาซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่พิจารณาตรวจสอบและให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลสูงสุดอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหลักการคานและดุลอำนาจนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเสียงข้างมากในวุฒิสภามีใช่มาจากพรรคการเมืองเดียวกับประธานาธิบดีเพราะวุฒิสภาจะไม่มีมติเห็นชอบกับบุคคลที่ประธานาธิบดีเสนอชื่อทุกครั้งไป แต่บ่อยครั้งที่การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดก็เป็นการเล่นเกมทางการเมือง เช่น เมื่อครั้งที่ประธานาธิบดีวอชิงตันเสนอ นายรัทเลดจ์ (Johm Rutledge) ให้เป็นประธานศาลฎีกาคนแรกของประเทศ ปรากฏว่าวุฒิสภาเล่นแง่ว่านายรัทเลดจ์เป็นผู้เคยคัดค้านสนธิสัญญาบางฉบับที่สหรัฐอเมริกาทำกับอังกฤษ จึงลงมติไม่ยอมรับทั้งที่ประธานาธิบดีวอชิงตันปรามว่าไม่ควรถือเอาเรื่องความคิดเห็นไม่ตรงกันมาเป็นอารมณ์ หรือกรณีที่ประธานาธิบดีไทเลอร์ได้เสนอชื่อนายสเปนเซอร์ (John C. Spencer) ให้เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาแทนตำแหน่งที่ว่าง แต่ปรากฏว่าสเปนเซอร์เคยมีเรื่องขัดแย้งกับผู้นำเสียงข้างมากในวุฒิสภาซึ่งต่างพรรคกับประธานาธิบดีอยู่แล้ว ทำให้สเปนเซอร์ไม่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา ประธานาธิบดีจึงเสนอชื่อนายวอลเวิร์ธ (Reuben H. Walworth) ซึ่งมีนิสัยไม่เข้าใครออกใครกลับเข้าไปใหม่ แต่วุฒิสภาก็ถ่วงเรื่องไว้ยาวนานจนในที่สุดประธานาธิบดีจึงเสนอชื่อบุคคลที่สามารถเข้ากับวุฒิสภาได้เป็นอย่างดีวุฒิสภาจึงมีมติยอมรับบุคคลดังกล่าว¹² ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการที่ประธานาธิบดีอยู่ต่างพรรคกับเสียงข้างมากในวุฒิสภาส่งผลให้มีการชงชิงอำนาจกัน แต่การที่ประธานาธิบดีสังกัดพรรคเดียวกับเสียงข้างมากในวุฒิสภาอาจมีผลเสียกว่านั้นเพราะประธานาธิบดีอาจเสนอบุคคลใดๆก็ได้ที่มีทัศนคติทางการเมืองเช่นเดียวกับตนโดยไม่คำนึงถึงคุณสมบัติหรือคุณธรรมของบุคคลนั้นได้

หากพิจารณากระบวนการแต่งตั้งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา กฎหมายเปิดโอกาสให้ประธานาธิบดีมีอิสระเต็มที่ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นไปตามนโยบายการดำเนินงานของประธานาธิบดีซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจในฐานะประมุขของรัฐ นอกจากนี้ในการพิจารณาของวุฒิสภาที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติแต่งตั้งบุคคลนอกเหนือจากการใช้อำนาจตรากฎหมายก็ไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการคัดเลือกบุคคลดังกล่าว จึงเป็นการเปิดโอกาสให้วุฒิสภากำหนดแนวทางในการดำเนินงานใน

¹² วิษณุ เครืองาม, “ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาดำรงตนเป็นอิสระได้อย่างไร,” บทบัณฑิตย ตอนที่ 2 ปีที่ 31 (2517), น. 259-261.

การพิจารณาของตนโดยอิสระได้เช่นเดียวกัน ในลักษณะเช่นนี้ทำให้การตรวจสอบความชอบของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีเพียงการตรวจสอบโดยองค์กรวุฒิสภาเพื่อตรวจสอบการสรรหาของประธานาธิบดีอีกชั้นตอนหนึ่งเท่านั้น อย่างไรก็ตามในกรณีของการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกานี้เคยมีข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าศาลสูงเป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความไม่ชอบของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดในคดี Marbury V. Madison ซึ่งเกิดขึ้นในสมัยของประธานศาลฎีกาจอห์น มาแชล (John Marshall) ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

ในปี ค.ศ. 1801 ในคืนสุดท้ายที่อยู่ในตำแหน่งประธานาธิบดีสหรัฐ จอห์น อัดัมส์ ได้ลงนามแต่งตั้งสมาชิกจากพรรค Federalists จำนวน 42 คนซึ่งสังกัดพรรคการเมืองที่พ่ายแพ้ในการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1800 ให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา แต่ปรากฏว่าหนังสือแต่งตั้งบางฉบับได้หายไปเนื่องจากผู้นำสารรีบร้อนในการนำหนังสือแต่งตั้งไปยังกระทรวงการต่างประเทศเพื่อให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศประทับตราสหรัฐอเมริกา ซึ่งในบรรดาหนังสือแต่งตั้งที่สูญหายไปนี้มีหนังสือที่แต่งตั้งให้วิลเลียม มาร์บิวรีเป็นผู้พิพากษาศาลประจำกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. รวมอยู่ด้วย ในขณะเดียวกันพรรครีพับลิกันของโธมัส เจฟเฟอร์สัน ซึ่งได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งและได้เป็นประธานาธิบดีคนต่อมาถัดจากจอห์น อัดัมส์ แค้นเคืองการแต่งตั้งผู้พิพากษาของอดีตประธานาธิบดีอดัมส์เพราะเห็นว่าเป็นการฉวยโอกาสแต่งตั้งในคืนสุดท้ายแห่งการดำรงตำแหน่งจึงไม่มอบตำแหน่งให้ผู้พิพากษาที่อดัมส์แต่งตั้ง

ในเวลาต่อมา วิลเลียม มาร์บิวรี ได้ยื่นฟ้องต่อศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาเพื่อให้ศาลออกหมายสั่งให้เจมส์ เมดิสัน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศคนใหม่ส่งมอบตำแหน่งผู้พิพากษาที่อดีตประธานาธิบดีอดัมส์ได้แต่งตั้งตนไว้ จอห์น มาแชลซึ่งเป็นประธานศาลฎีกาได้หาทางเลี่ยงการปะทะกันระหว่างศาลกับประธานาธิบดีและสภานิติบัญญัติ โดยวินิจฉัยว่า

1. มาร์บิวรีมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับตำแหน่งผู้พิพากษาดังกล่าว
2. คำสั่งศาลที่ให้มีการคืนตำแหน่งให้มาร์บิวรีมีผลบังคับตามสิทธิ
3. ศาลไม่มีอำนาจออกหมายบังคับให้คืนตำแหน่ง ทั้งนี้เนื่องมาจากการที่ศาลวินิจฉัย

ว่ารัฐธรรมนูญตุลาการ (ค.ศ. 1789) ในส่วนที่บัญญัติให้อำนาจศาลในการออกหมายบังคับฝ่ายบริหารได้ว่าตกเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน และเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติว่าองค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัย ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยด้วยเหตุผลที่ว่า

ก. การวินิจฉัยเช่นนี้เป็นอำนาจตุลาการ

ข. เมื่อกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของนิติบัญญัติหรือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารแล้วจะส่งเรื่องนี้กลับไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้อย่างไร จึงต้องให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นกลางเป็นผู้วินิจฉัย

ค. ศาลมีหน้าที่ใช้กฎหมาย จึงอยู่ในฐานะที่จะรู้ว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นกฎหมาย เมื่อกฎหมายหรือการกระทำขัดต่อรัฐธรรมนูญสิ่งนั้นก็ไม่ใช่กฎหมาย

จอห์น มาร์แชล ประธานศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาในสมัยนั้นได้ยืนยันอำนาจผู้พิพากษาของศาลสูงสุดไว้ในคำพิพากษานี้ว่า ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งมีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐเป็นโมฆะ ซึ่งคำพิพากษานี้ได้สร้างลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้น 2 ประการ คือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งกฎหมายธรรมดาจะมีข้อความขัดหรือแย้งไม่ได้ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้องค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัย ศาลย่อมอ้างอำนาจนั้นได้¹³

แม้กรณีนี้จะเป็นเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่หากพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลจะเห็นได้ว่า

1. รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเท่านั้นมิได้กำหนดถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งดังกล่าวไว้ เช่นเดียวกับการไม่ระบุไว้ชัดเจนว่าองค์กรใดเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตัดสินใจการกระทำใดๆของฝ่ายบริหารหรือของรัฐสภาของรัฐบาลกลางหรือมลรัฐใดมลรัฐหนึ่งเป็นการกระทำที่ “ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” หรืออีกนัยหนึ่งขัดแย้งต่อบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งหากพิจารณาจากข้อเขียนหรือคำแถลงของสมาชิกบางคนที่เข้าร่วมประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญก็พออนุมานได้ว่า ที่ประชุมของผู้แทนแห่งรัฐรับโดยปริยายว่า องค์กรอันทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้แก่องค์กรศาล ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามาตรา 2 ของหมวด 6 บัญญัติว่า “ให้รัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายของอเมริกาที่จะบัญญัติขึ้นตามรัฐธรรมนูญและบรรดาสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นหรือจะทำขึ้นตามอำนาจแห่งอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน และให้ผู้พิพากษาในแต่ละมลรัฐต้องยึดถือตามทั้งหมด ไม่ว่าจะมีบทใดๆในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ตาม” โดยศาลของสหรัฐอเมริกาก็ได้

¹³ เพิ่งอ้าง, น.355-356.

อ้างว่าศาลควรจะเป็นผู้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว และคนส่วนใหญ่ก็ยินยอมรับให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยตลอดมาจนถึงปัจจุบัน¹⁴

ในเรื่องการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดนี้ มาร์บิวรีผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความไม่ชอบของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดได้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาจนมีคำพิพากษาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าเมื่อปรากฏว่ามีกฎหมายหรือการกระทำของบุคคลไม่ว่าฝ่ายบริหารหรือรัฐสภาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลสูงสุดแล้ว องค์การศาลมีอำนาจเข้ามาพิจารณาตรวจสอบการใช้อำนาจที่ไม่ชอบได้แม้อำนาจดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติก็ตามและในกรณีนี้ก็ไม่ถือเป็นการละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการปกครองที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยด้วย

2. หากพิจารณาการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดเป็นการใช้อำนาจของประธานาธิบดีและวุฒิสภา จึงไม่อาจให้องค์การดังกล่าวมาพิจารณาตรวจสอบการกระทำของตนเองได้ จึงจำเป็นต้องมีองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาตรวจสอบความชอบซึ่งได้แก่องค์กรศาลเพื่อเป็นหลักประกันและคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามหลักของนิติรัฐ

3. เนื่องจากโครงสร้างระบบศาลในสหรัฐอเมริกาเป็นระบบศาลเดียวที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีทั้งปวง ในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดจึงเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม และควรจะให้อยู่ในอำนาจของศาลสูงสุดเท่านั้น เพราะหากให้ศาลล่างมีอำนาจพิจารณาแล้วอาจถูกเปลี่ยนแปลงคำตัดสินโดยศาลที่มีอำนาจสูงกว่าได้

จากการพิจารณาดังกล่าวข้างต้นไม่ปรากฏมีบทบัญญัติของกฎหมายหรือวิธีการใดที่ระบุถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาไว้โดยตรง และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกรณีปัญหาดังกล่าว อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในคำพิพากษาของศาลในคดี Marbury and Madison จะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาการกระทำของบุคคลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลสูงสุดและยังมีอำนาจก้าวล่วงเข้ามาพิจารณาการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเมื่อปรากฏความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามหลักของนิติรัฐได้

¹⁴ เพิ่งอ้าง, น. 354-355.

2.2 กระบวนการสรรหาในประเทศเยอรมัน

2.2.1 ลักษณะทั่วไปของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของระบบศาลของเยอรมัน มีความเก่าแก่ไล่เลี่ยกับกฎหมายมูลฐาน โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้จัดตั้งในปี ค.ศ. 1951 และเริ่มปฏิบัติหน้าที่ในเดือนกันยายนปีเดียวกัน มีอำนาจหน้าที่กว้างขวางมาก โดยได้รับอิทธิพลมาจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย ซึ่งศาลนี้ได้พัฒนามาเป็นสถาบันที่มีความสำคัญ โดยรัฐธรรมนูญปัจจุบันมีความมุ่งหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยบรรดาข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือระหว่างองค์กรในระดับสหพันธ์และระหว่างมลรัฐต่างๆ นอกจากนี้ยังมุ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นองค์กรที่รักษาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐกับประชาชนให้อยู่ในลักษณะของประชาธิปไตยแบบนิติรัฐ และให้เกิดความเชื่อมั่นว่าอำนาจใดอำนาจหนึ่งนั้นไม่อาจจะครอบงำอำนาจอื่นได้อย่างเบ็ดเสร็จ ดังนั้นในรัฐธรรมนูญจึงมีการบัญญัติหลักการให้มีการตรวจสอบการวินิจฉัยขององค์กรนิติบัญญัติกับความชอบตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งให้องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ในกรณีที่เกิดละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจมหาชน ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมันที่มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาอย่างยิ่ง¹⁵

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในปัจจุบันมีอำนาจอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่เคยมีศาลรัฐธรรมนูญมาในประวัติศาสตร์ของเยอรมันและหากจะเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆแล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจกว้างกว่าบรรดาศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั้งนี้ก็เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการขัดขวางอันตรายใดๆที่อาจเกิดขึ้นต่อหลักนิติรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักเสรีภาพ และจะไม่มีประวัติศาสตร์ย้อนรอยดังเช่นยุคของรัฐธรรมนูญไวมาร์ ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันนี้แบ่งเป็น 2 ระดับ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐและศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐ ซึ่งในที่นี้จะเน้นศึกษาที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐซึ่งเป็นศาลรัฐธรรมนูญระดับสูงสุดที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายมูลฐาน

¹⁵ วิรัช วิรัชภาวรณ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น.295.

2.2.2 กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

ก. โครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์¹⁶

ประเทศเยอรมันมีการปกครองแบบสหพันธ์รัฐ แบ่งเป็นรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ ดังนั้นจึงแบ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็น 2 ระดับ คือ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundeseverfassungsgericht) และศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐ (Staatsgerichtshofe) โดยรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ (die Rechtsprechung) โดยบัญญัติไว้ในหมวดที่ 9 รวม 2 มาตราเกี่ยวกับเรื่องอำนาจหน้าที่ (มาตรา 93) และเกี่ยวกับเรื่ององค์ประกอบและการเลือกผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 94)

มาตรา 94 (ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์และองค์ประกอบของศาล)

“(1) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ประกอบด้วยผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์และผู้พิพากษาอื่นๆ ผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และอีกครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะเป็นสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ สภาสูงแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งสหพันธ์และองค์กรในลักษณะเดียวกันของมลรัฐไม่ได้

(2) ให้ออกกฎหมายของสหพันธ์กำหนดเกี่ยวกับธรรมนูญและวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และให้กำหนดว่าในกรณีใดที่คำพิพากษาของศาลมีผลบังคับเป็นกฎหมาย นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวอาจกำหนดเงื่อนไขให้มีการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่มีการดำเนินการในศาลต่างๆจนถึงที่สุดแล้ว และอาจกำหนดขั้นตอนการรับเรื่องร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นกรณีเฉพาะได้”

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดว่า ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ควรจะประกอบด้วยองค์คณะกี่คณะ และองค์คณะหนึ่งๆควรจะประกอบด้วยผู้พิพากษาที่คนซึ่งมาตรา 94 วรรคสองได้มอบให้ผู้ออกกฎหมายในระดับสหพันธ์เป็นผู้พิจารณาความเหมาะสมในเรื่องดังกล่าว รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Gesetz ueber Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfGG) ซึ่งเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือ Law on the Federal Constitutional Court โดยในกฎหมายฉบับนี้ได้ขยายความตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ คลอบคลุมส่วนที่

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, น. 82-87.

เกี่ยวกับโครงสร้างอำนาจหน้าที่และการบริหารบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ด้วย โดยอาจพิจารณาองค์ประกอบของตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญได้ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้กำหนดให้มีองค์คณะ 2 องค์คณะ องค์คณะละ 8 คน โดยองค์คณะของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในแต่ละองค์คณะจะต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาจากศาลสูงสุดของสหพันธ์ 3 คน และผู้ที่ได้รับเลือกจากศาลสูงสุดของสหพันธ์นั้นจะต้องอยู่ในตำแหน่งดังกล่าวไม่น้อยกว่า 3 ปี ทั้งนี้เพื่อให้องค์คณะของศาลในแต่ละองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพซึ่งได้ผ่านประสบการณ์ การฝึกฝนในการเขียนคำพิพากษารวมทั้งการให้เหตุผลในคำพิพากษารวมอยู่ในแต่ละองค์คณะด้วย อันจะเป็นการช่วยทำให้แต่ละองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ที่แตกต่างหลากหลายกัน ซึ่งในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfGG) ได้กำหนดให้องค์คณะแต่ละองค์คณะมีอำนาจหน้าที่ที่แน่นอนชัดเจน โดยได้บัญญัติอำนาจไว้ในมาตรา 14 BVerfGG ดังนี้

(1) องค์คณะแรก หรือคณะสิทธิพื้นฐาน ซึ่งตามมาตรา 14 BVerfGG กำหนดให้ องค์คณะแรกมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง พิจารณาตรวจสอบเกี่ยวกับการเลือกตั้งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ พิจารณาข้อขัดแย้งหรือข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาของกฎหมายระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐกับรัฐธรรมนูญ พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับสหพันธ์และมลรัฐหรือระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐ กรณีที่มีปัญหาในการใช้กฎหมายดังกล่าววินิจฉัยข้อพิพาท พิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งว่ากฎหมายของสหพันธ์ว่ามีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไปหรือไม่ และพิจารณาเรื่องร้องทุกข์

(2) องค์คณะที่สอง หรือคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Constitutional law panel) มาตรา 14 (2) BVerfGG ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะที่สองให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากรณีที่มีการฟ้องประธานาธิบดี พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ซึ่งรัฐธรรมนูญหรือระเบียบข้อบังคับขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์นั้นๆ ได้อนุญาตให้บุคคลนั้นใช้สิทธิดังกล่าว พิจารณากรณีความเห็นแย้งกับสิทธิหน้าที่ของสหพันธ์และมลรัฐ พิจารณากรณีที่มีการฟ้องผู้พิพากษาศาลสหพันธ์และศาลมลรัฐ พิจารณาในกรณีมีข้อสงสัยว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในหรือไม่ และกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่แก่ปัจเจกบุคคลหรือไม่

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนจะต้องได้รับการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลนั้นอยู่ในองค์คณะใด ดังนั้นในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องมีการระบุอย่างชัดเจนว่าตุลาการที่ได้รับเลือกนั้นจะอยู่องค์คณะใด ส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการต่างองค์คณะอาจทำได้ในกรณีข้อยกเว้นพิเศษเท่านั้นที่ตุลาการจากองค์คณะหนึ่งอาจไปทำหน้าที่ในอีกองค์คณะหนึ่งได้ ซึ่งนอกจากจะกำหนดให้มีองค์คณะ 2 องค์คณะแล้ว กฎหมายว่าด้วยสหพันธ์ BVerfGG ยังได้กำหนดให้มีองค์คณะร่วมหรือการประชุมร่วมของทั้งสององค์คณะ (das Plenum) และองค์คณะกลั่นกรอง (Kammern) ขึ้นมา โดยกำหนดให้ที่ประชุมร่วมของศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยกรณีที่องค์คณะใดองค์คณะหนึ่งต้องการจะวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่ปรากฏในคำวินิจฉัยให้แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของอีกคณะหนึ่ง ส่วนองค์คณะกลั่นกรองนั้นได้จัดตั้งขึ้นมาเพราะในระยะหลังๆ ศาลรัฐธรรมนูญมีงานเพิ่มขึ้นมาจนศาลไม่อาจจะพิจารณาคดีได้ทัน จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยสหพันธ์ โดยกำหนดให้มีองค์คณะกลั่นกรอง (Kammer) เพื่อทำหน้าที่กลั่นกรองเรื่องที่ประชาชนร้องมายังศาลก่อนที่จะให้องค์คณะที่มีอำนาจในเรื่องดังกล่าวพิจารณาต่อไป ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีการขยายอำนาจให้แก่องค์คณะกลั่นกรองให้มีอำนาจมากขึ้น โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 15a ให้แต่ละองค์คณะแต่งตั้งองค์คณะกลั่นกรองขึ้นขององค์คณะหนึ่งหรือหลายองค์คณะก็ได้ แต่ละองค์คณะจะต้องประกอบด้วยตุลาการ 3 คน และองค์ประกอบขององค์คณะกลั่นกรองจะมีการเปลี่ยนแปลงทุกๆ 3 ปี โดยก่อนเริ่มต้นแผนงานในแต่ละปีให้มีการแต่งตั้งองค์คณะกลั่นกรองและองค์ประกอบขององค์คณะกลั่นกรอง รวมทั้งตัวแทนของคณะกลั่นกรองนั้นๆ

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์¹⁷

คุณสมบัติตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมิได้กำหนดไว้ชัดเจน แต่ก็มีบทบัญญัติตามมาตรา 94 ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์และตุลาการอื่นๆ ตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ส่วนอีกครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาสูงแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesrat) โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ สภาสูงแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งสหพันธ์และองค์กรในลักษณะเดียวกันของมลรัฐไม่ได้

¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, "ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ," รายงานการวิจัยเพื่อเสนอศาลรัฐธรรมนูญ, น. 76.

บุคคลที่จะได้รับการเสนอชื่อให้เป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องมียุ 40 ปี บริบูรณ์ (โดยกำหนดให้เกียณอายุเมื่อ 68 ปี) แต่ในสภาพความเป็นจริงแล้วมียุกว่า 40 ปี เป็นจำนวนมาก เพราะต้องเป็นผู้มีชื่อเสียงและประสบผลสำเร็จในวิชาชีพทางกฎหมายมาแล้ว นอกจากนั้นบุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้มีสิทธิได้รับเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนแห่งสหพันธ์ได้ (มาตรา 38 วรรคสอง และวรรคสาม ประกอบกับมาตรา 15 กฎหมายเลือกตั้งของสหพันธ์) และ ผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อนั้นจะต้องมีหนังสือแสดงเจตนาว่าบุคคลนั้นจะรับตำแหน่งผู้พิพากษาศาล รัฐธรรมนูญ (มาตรา 3 วรรคหนึ่ง BVerfGG) นอกจากนี้ยังมีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะกรณีของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหพันธ์ ที่ในแต่ละองค์คณะจะประกอบไปด้วย ผู้พิพากษาของศาล สูงสุดของสหพันธ์องค์คณะละ 3 คน ผู้พิพากษาเหล่านี้จะต้องเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของ สหพันธ์มาแล้วเป็นเวลาอย่างน้อย 3 ปี

เงื่อนไขที่สำคัญที่สุดสำหรับการได้รับเลือกเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ คือ บุคคลนั้นจะต้องสำเร็จการศึกษาทางด้านกฎหมายโดยเป็นผู้สอบได้เป็นเนติบัณฑิต ตามมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษาของเยอรมัน นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ในทางกฎหมายของ สถาบันอุดมศึกษาของเยอรมันเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ (มาตรา 7 DRiG) โดยในกรณีของศาสตราจารย์ในทางกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องสอบได้เป็น เนติบัณฑิต

เงื่อนไขต่างๆที่กล่าวมาทั้งหมดนั้น บุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อจะต้องมีคุณสมบัติอย่าง ครบถ้วนในวันที่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี โดยผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็น ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นั้นไม่อาจจะประกอบอาชีพอื่นไปพร้อมกับการเป็นผู้พิพากษาศาล รัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้นอกจากการเป็นผู้บรรยายทางด้านกฎหมายในมหาวิทยาลัยเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามงานของศาลรัฐธรรมนูญอยู่ลำดับที่มีความสำคัญกว่า (มาตรา 3 วรรคสี่) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่เป็นกลางของผู้พิพากษา

ข. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) และยังสามารถบัญญัติซ้ำไว้ในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ โดยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันมีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังต่อไปนี้¹⁸

- 1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล (มาตรา 18 GG และมาตรา 13 ข้อ 1 BVerfGG)

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, น.87-89.

- 2) คดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง (มาตรา 21 วรรค 2 GG และมาตรา 13 ข้อ 2 BVerfGG)
- 3) การตรวจสอบการเลือกตั้ง (มาตรา 41 วรรค 2 GG และมาตรา 13 ข้อ 3 BVerfGG)
- 4) คดีฟ้องประธานาธิบดีสหพันธ์ (มาตรา 61 GG และมาตรา 13 ข้อ 4 BVerfGG)
- 5) คดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 93 วรรค 1 GG และมาตรา 13 ข้อ 6 BVerfGG)
- 6) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม (มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 GG และมาตรา 13 ข้อ 6 BVerfGG)
- 7) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์รัฐโดยเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามกฎหมาย (มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 GG และมาตรา 13 ข้อ 7 BVerfGG)
- 8) คดีข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอื่น ๆ ระหว่างสหพันธ์รัฐกับมลรัฐหรือระหว่างมลรัฐด้วยกันเท่าที่ศาลอื่น ๆ ไม่ได้กำหนดเขตอำนาจศาลในเรื่องนั้น (มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 GG และมาตรา 13 ข้อ 8 BVerfGG)
- 9) การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a และ 4b GG และมาตรา 13 ข้อ 8a BVerfGG)
- 10) คดีฟ้องผู้พิพากษาของสหพันธ์หรือของมลรัฐ (มาตรา 98 วรรค 2 ข้อ 5 GG และมาตรา 13 ข้อ 9 BVerfGG)
- 11) คดีข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐในกรณีที่กฎหมายของมลรัฐได้กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (มาตรา 99 GG และมาตรา 13 ข้อ 10 BVerfGG)
- 12) การควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม (มาตรา 100 วรรค 1 GG และมาตรา 13 ข้อ 11 BVerfGG)
- 13) การตรวจสอบกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าเป็นกฎหมายภายใน หรือไม่ (มาตรา 100 วรรค 2 GG และมาตรา 13 ข้อ 12 BVerfGG)
- 14) การควบคุมเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการตีความคดีรัฐธรรมนูญ (มาตรา 100 วรรค 3 GG และมาตรา 13 ข้อ 13 BVerfGG)
- 15) วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ยังมีผลบังคับต่อไปหรือไม่ (มาตรา 136 GG และมาตรา 13 ข้อ 15 BVerfGG)

16) ในกรณีอื่นๆตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสหพันธ์ (มาตรา 136 GG และมาตรา 15 ข้อ 1 BVerfGG)

ค. ขั้นตอนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

ในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น มาตรา 94 วรรคหนึ่งแห่งรัฐธรรมนูญเยอรมันได้กำหนดไว้แต่เพียงว่า ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ครึ่งหนึ่งได้รับการเลือกจากสภาผู้แทนแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และอีกครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) เท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดอื่นไว้ ดังนั้นรายละเอียดต่างๆจึงต้องบัญญัติไว้ใน กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวได้แบ่งศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะ แต่ละองค์คณะมีผู้พิพากษา 8 คน ประกอบด้วย

(1) ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์รัฐที่ดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี จำนวน 3 คน โดยให้สภาผู้แทนราษฎรเลือกผู้พิพากษา 2 คน และสภาสูงแห่งสหพันธ์เลือก 1 คน

(2) บุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 5 คนซึ่งสภาที่สูงแห่งสหพันธ์เป็นผู้คัดเลือก

การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) นั้น มาตรา 6 ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ ได้กำหนดไว้ว่าให้ใช้วิธีเลือกโดยทางอ้อม โดยสภาผู้แทนราษฎรจะต้องเลือกคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการในการเลือก คณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 12 คน โดยให้แต่ละพรรคการเมืองเป็นผู้เสนอ ส่วนจำนวนตัวแทนของแต่ละพรรคการเมืองในคณะกรรมการดังกล่าวให้เป็นไปตามสัดส่วนของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละพรรคการเมือง

ส่วนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) นั้น เป็นไปตามมาตรา 7 ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐที่ได้กำหนดให้ใช้วิธีการเลือกตั้งโดยตรง เนื่องจากสภาสูงแห่งสหพันธ์นั้นมีจำนวนสมาชิกไม่มากนัก การให้สภาสูงแห่งสหพันธ์ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐบาลแห่งมลรัฐต่างๆเข้ามามีส่วนร่วมในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญครึ่งหนึ่งนั้นเป็นการคำนึงถึงหลักสหพันธ์รัฐ (Bundesstaat) เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสหพันธ์รัฐและบรรดามลรัฐต่างๆในการเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งองค์การตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจอรัฐ

ในการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธ์และผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและสภาที่สูงแห่งสหพันธ์นั้น ให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงยุติธรรม โดยจะมีบัญชีรายชื่อ 2 บัญชี บัญชีแรกเป็นบัญชีรายชื่อของผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธรัฐทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนอีกบัญชีหนึ่งเป็นบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งไม่รวมถึงผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหพันธรัฐที่บรรดาพรรคการเมืองรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ และรัฐบาลแห่งมลรัฐเป็นผู้เสนอ โดยการเสนอบัญชีรายชื่อให้เสนอไปยังประธานสภาของสภานั้นๆ¹⁹

ในกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อาจแยกขั้นตอนในการสรรหาได้ดังต่อไปนี้²⁰

(1) กระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์โดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag)

รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ใช้วิธีการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์โดยวิธีใด ด้วยเหตุนี้มาตรา 6 (1) BVerfGG จึงได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยวิธีการเลือกโดยทางอ้อม โดยให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ตั้งคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามสัดส่วนของคะแนนเสียงของแต่ละพรรคการเมือง โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิก 12 คน²¹ พรรคการเมืองทุกพรรคอาจเสนอชื่อคณะกรรมการการเลือกผู้พิพากษาได้คะแนนเสียงที่ลงให้แก่ผู้ที่รับการเสนอชื่อแต่ละบุคคลให้จัดลำดับผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดตามลำดับ ถ้ากรรมการคนใดคนหนึ่งพ้นจากวาระให้บุคคลที่มีชื่อในลำดับถัดไปได้รับการเสนอชื่อให้เป็นกรรมการแทน (มาตรา 6 (2) BVerfGG) โดยผู้ได้รับเลือกตั้งดังกล่าวให้มีวาระตลอดสมัยของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 314.

²⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17, น. 72-75.

²¹ ในกรณีมีการเลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐต่างๆจะต้องตั้งคณะกรรมการเฉพาะการขึ้นเพื่อให้ข้อเสนอแนะโดยมีตัวแทนทุกมลรัฐซึ่งมักจะเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐนั้น ต่อมาได้ขยายให้รวมถึงหัวหน้าฝ่ายบริหารของมลรัฐ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและกระทรวงกิจการสหพันธ์ของบางมลรัฐ ส่วนกรณีการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีการปรึกษาหารือระหว่างพรรคการเมือง โดยผ่านทางตัวแทนพรรคการเมืองในคณะผู้เลือกตั้ง กรณีที่ทั้งสภาผู้แทนมลรัฐและสภาผู้แทนแห่งสหพันธ์มีการเลือกตุลาการหรือผู้พิพากษาเข้าดำรงตำแหน่งใหม่พร้อมกัน ก็จะมีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างสองฝ่ายด้วย ส่วนศาลรัฐธรรมนูญเองในทางปฏิบัติเกี่ยวข้องกับกระบวนการสรรหาตุลาการน้อยมาก แต่บางครั้งได้รับเชิญไปแสดงความคิดเห็นในคณะผู้เลือกตั้งด้วย

ในกรณีที่มีการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้กรรมการที่มีอาวุโสสูงสุดของคณะกรรมการฯ เรียกประชุมกรรมการโดยไม่ชักช้าและให้ทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุม กรรมการจะต้องรักษาความลับเกี่ยวกับรายละเอียดส่วนบุคคลของผู้ได้รับการเสนอชื่อให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและความลับเกี่ยวกับการลงคะแนนเสียงของคณะกรรมการ การเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์นั้นให้เลือกจากบัญชีรายชื่อผู้ได้รับการเสนอชื่อ (มาตรา 8 BVerfGG) โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเสนอบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิได้รับการเสนอชื่อ เป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีคุณสมบัติตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (มาตรา 8 (1)) และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเสนอบัญชีรายชื่อบุคคลอื่นๆที่ได้รับการเสนอจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือจากรัฐบาลแห่งมลรัฐโดยบุคคลนั้นๆจะต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (มีอายุครบ 40 ปีบริบูรณ์ และเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติอาจได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ได้) และมาตรา 3 วรรคสอง (เป็นผู้จบการศึกษานิติบัณฑิต) (มาตรา 8 (2)) บัญชีรายชื่อดังกล่าวนั้นจะต้องทำการเพิ่มเติมให้เป็นปัจจุบันอยู่เสมอ และจะต้องเสนอให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์อย่างช้าที่สุด 1 สัปดาห์ ก่อนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 8 (3)) บุคคลที่จะได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับเสียงอย่างน้อย 8 เสียง (มาตรา 6 (5))

(2) กระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์โดยสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat)

การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาสูงแห่งสหพันธ์นั้นแตกต่างไปจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ การเลือกโดยสภาสูงแห่งสหพันธ์ใช้วิธีการเลือกโดยตรงจากที่ประชุมของสภาสูงแห่งสหพันธ์ ส่วนกระบวนการเลือกนั้นมิได้มีการกำหนดวิธีการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นการพิเศษ แต่ในทางปฏิบัตินั้นสภาสูงแห่งสหพันธ์ได้มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ในการเตรียมการในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่เพียงเสนอแนะต่อสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) เท่านั้นว่าบุคคลใดควรจะได้รับเสนอเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ แต่เดิมนั้นคณะกรรมการดังกล่าวของสภาสูงแห่งสหพันธ์ประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐ 6 มลรัฐ และนับแต่ทศวรรษ 1960 เป็นต้นมาคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของทั้ง 11 มลรัฐ (เยอรมันตะวันตก) ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาโดยตลอดนั้นที่ประชุมของสภาสูงแห่งสหพันธ์ได้เลือกผู้พิพากษามาตามข้อเสนอของคณะกรรมการฯ มาโดยตลอด โดยบุคคลที่ได้รับการเลือกจากสภาสูงแห่งสหพันธ์นั้นจะต้องได้รับเสียง 2 ใน 3 (มาตรา 7 BVerfGG)

(3) กระบวนการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญในกรณีพิเศษ

กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1956 ได้บัญญัติกระบวนการในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในกรณีพิเศษ โดยกำหนดว่าหากหลังจากการสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งที่ว่างลงตามมาตรา 6 ยังไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 2 เดือน ให้กรรมการที่อาวุโสสูงสุดของคณะกรรมการการเลือกตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์เรียกร้องให้มีการเสนอรายชื่อบุคคลที่ควรได้รับการเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ให้ที่ประชุมร่วมของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Plenum) พิจารณาโดยเสียงข้างมากเสนอชื่อบุคคลที่ควรได้รับการเสนอชื่อให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ถ้ามีตำแหน่งที่ว่างลงหลายตำแหน่ง ให้ศาลรัฐธรรมนูญเสนอรายชื่อไปเป็นจำนวน 2 เท่าของตำแหน่งที่ว่างลงแต่อย่างไรก็ตามองค์การผู้เลือกตุลาการ (สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาสูงแห่งสหพันธ์) มีสิทธิที่จะเลือกบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่บุคคลที่ศาลรัฐธรรมนูญเสนอชื่อมาได้ (มาตรา 7a BVerfGG)

(4) การเลือกประธานและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาสูงแห่งสหพันธ์เลือกประธานและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญสลับกัน ส่วนรองประธานศาลรัฐธรรมนูญนั้นให้เลือกจากองค์คณะที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นสมาชิกอยู่ และในการเลือกตั้งครั้งแรกกฎหมายได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญ และให้สภาสูงแห่งสหพันธ์เลือกรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 9 BVerfGG)

(5) การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ในการแต่งตั้งผู้ได้รับการเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นั้นให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง (มาตรา 10 BVerfGG) และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องสาบานตนก่อนเข้ารับตำแหน่งต่อประธานาธิบดี (มาตรา 11 BVerfGG) การแต่งตั้งถือว่าการสิ้นสุดกระบวนการในการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในกรณีที่ผู้ได้รับการแต่งตั้งดำรงตำแหน่งใน องค์กรอื่นๆ เช่น สมาชิกสภาผู้แทนแห่งสหพันธ์ สมาชิกสภาสูงแห่งสหพันธ์หรือสมาชิกของ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ เป็นต้น ให้บุคคลนั้นพ้นจากตำแหน่งนั้น ประธานาธิบดีมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรที่เลือก ผู้พิพากษานั้น

2.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมัน รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับการคัดเลือกโดยทางอ้อมจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และได้รับการคัดเลือกโดยตรงจากสภาสูงแห่งสหพันธ์ กล่าวคือ ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยสภาสูงแห่งสหพันธ์จะใช้วิธีการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งในการคัดเลือกนี้ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดวิธีการคัดเลือกไว้เป็นพิเศษ ในทางปฏิบัติจึงมีการตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่จัดเตรียมในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวนี้จะมีหน้าที่เพียงให้คำแนะนำต่อสภาสูงแห่งสหพันธ์เท่านั้น ส่วนในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์นั้น มาตรา 6(1) BVerfGG กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ตั้งคณะกรรมการที่มาจากตัวแทนของพรรคการเมืองขึ้นมาคณะหนึ่งจำนวน 12 คน เพื่อทำหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามสัดส่วนของคะแนนเสียงของแต่ละพรรคการเมือง และเมื่อคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ลงคะแนนเสียงเลือกบุคคลใดแล้ว การเลือกตั้งดังกล่าวถือว่าเป็นอันสิ้นสุด ไม่จำเป็นต้องได้รับการรับรองหรือได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) อีก

ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นหากเกิดกรณีที่มีความบกพร่องในกระบวนการเลือกจะไม่ส่งผลกระทบต่อการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด²² ซึ่งบุคคลที่มีอำนาจในการตรวจสอบว่ากระบวนการถูกต้องหรือไม่เป็นอำนาจของประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายมิได้กำหนดให้มีการฟ้องโต้แย้งกระบวนการสรรหาตุลาการแต่อย่างใด²³ หากพิจารณามาตรา 10 BVerfGG ได้บัญญัติให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์เป็นผู้แต่งตั้งบุคคลที่ได้รับการเลือก ซึ่งในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดีนี้ต่างเห็นต้องกันว่าประธานาธิบดีย่อมมีสิทธิในการตรวจสอบความชอบในทางกฎหมายของการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ เช่นบุคคลที่ได้รับการเลือกเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งกรณีเหล่านี้ย่อมเป็นกรณีที่ประธานาธิบดีย่อมมีความผูกพันต่อกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามประธานาธิบดีไม่อาจตรวจสอบเรื่องความเหมาะสมได้ เช่น บุคคลที่ได้รับการเลือกนั้นมีความรู้ทางด้านกฎหมายมหาชนเพียงพอหรือไม่

²² Maunz u.a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kanmentar, Munchen 1995, § 6 Rdur 9 .

²³ Maunz u.a., เพิ่งอ้าง, § 6 Rdur 11.

ดังนี้ เมื่อพิจารณากระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันแล้วจะเห็นว่า ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์จะเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีอำนาจในการตรวจสอบความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการคัดเลือกเท่านั้น มิได้มีอำนาจเข้าไปพิจารณาตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการคัดเลือกบุคคลได้ และเมื่อที่ประธานาธิบดีได้ดำเนินการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ถือเป็นอำนาจเด็ดขาดในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดีซึ่งจะไม่มีกระบวนการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งนั้นอีก

2.3 กระบวนการสรรหาในประเทศฝรั่งเศส

2.3.1 ลักษณะทั่วไปของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ระบบศาลและระบบกฎหมายของฝรั่งเศสแตกต่างจากกลุ่มประเทศแองโกล-แซกซอน เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ระบบศาลและระบบกฎหมายของฝรั่งเศสมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดและแยกออกจากกันได้ยาก โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันซึ่งให้ความสำคัญกับกฎหมายที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร หรือซีวิลลอว์²⁴ โดยในอดีตประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ไม่มีระบบศาลรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เนื่องจากถือว่า "กฎหมาย" เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ดังนั้นจึงไม่สามารถควบคุมกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยผู้แทนปวงชนได้ แต่ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้จัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบางประเภท คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นองค์กรสำคัญขององค์กรหนึ่งในระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน²⁵

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นมีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง มิได้มีลักษณะเป็นองค์กรอย่างศาล โดยทำหน้าที่เพียงลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล มิได้มีวัตถุประสงค์เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่งผลให้ระบบการควบคุมกฎหมายของฝรั่งเศสมีเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและไม่มีบทบัญญัติ

²⁴ วิรัช วิรัชถาวรณ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 248.

²⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17, น. 3.

ให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว โดยในการเสนอปัญหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นก็ถูกจำกัดเฉพาะแต่นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกรัฐสภาให้มีอำนาจเสนอเท่านั้น

ตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นประกอบด้วยตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งและตุลาการตามกฎหมาย โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งเก้าปีและตลอดชีวิตตามลำดับ และเพื่อให้ตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถทำงานได้อย่างอิสระ ไม่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์การหรือบุคคลใด จึงได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบอาชีพบางอย่าง เช่น ห้ามตุลาการดำรงตำแหน่งสมาชิกรัฐสภา หรือห้ามตุลาการศาลรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีซึ่งหมายความว่าตำแหน่งนายกรัฐมนตรีด้วย นอกจากนี้ยังมีการห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ผู้นำหรือผู้รับผิดชอบในพรรคการเมือง ห้ามเสนอชื่อตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อเข้าทำงานกับรัฐในขณะดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ รวมทั้งห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญให้ข้อคิดเห็นใดๆ แก่สาธารณชนในปัญหาที่ตุลาการกำลังพิจารณาอันจะทำให้เกิดความเข้าใจว่าเป็นความคิดเห็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอีกด้วย

2.3.2 กระบวนการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญ

ก. โครงสร้างของตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ของฝรั่งเศสที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1958 นั้น มิได้มีลักษณะเป็นองค์กรอย่างศาล แต่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง ทำหน้าที่ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล และไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโครงสร้างของตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นแสดงให้เห็นถึงการผสมผสานและความขัดแย้งในตัวของตัวเอง กล่าวคือ การแต่งตั้งบุคคลใดเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจแต่งตั้ง แต่เมื่อแต่งตั้งไปแล้วตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการทำงานและไม่อยู่ใต้อำนาจของผู้แต่งตั้ง เนื่องจากมีสถานะและวาระการดำรงตำแหน่งที่เหมาะสม²⁶

²⁶ เพิ่งอ้าง, น.6-7.

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ
ฝรั่งเศสไว้ในมาตรา 56 ว่า

“คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการจำนวนเก้าคน มีวาระการดำรง
ตำแหน่งเก้าปีและไม่อาจแต่งตั้งใหม่ได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการเปลี่ยนแปลงตุลาการ
จำนวนหนึ่งในสามทุกสามปี ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสาม
คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสามคน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้ง
ตุลาการรัฐธรรมนูญอีกสามคน

นอกเหนือจากตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคนดังกล่าวแล้ว ผู้เคยดำรงตำแหน่ง
ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญตลอดชีพโดยตำแหน่ง

ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ
ประธานมีสิทธิออกเสียงชี้ขาดในกรณีที่จะแนบเสียงเท่ากัน”

จากบทบัญญัติมาตรา 56 แห่งรัฐธรรมนูญ ตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจึง
ประกอบด้วยตุลาการ 2 ประเภท²⁷ ได้แก่

1) ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้ง

ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งมีจำนวน 9 คน โดยประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยจะมี
วาระการดำรงตำแหน่งเก้าปี และให้มีการเปลี่ยนตุลาการจำนวนหนึ่งในสามทุกสามปี โดยคณะ
ตุลาการรัฐธรรมนูญชุดแรกที่ถูกตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญฉบับลง
วันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1958 ได้กำหนดว่า ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งแต่ละคนแต่งตั้งตุลาการ 3 คน
มีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี 3 คนมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และอีก 3 คน มีวาระการดำรง
ตำแหน่ง 9 ปี ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการสับเปลี่ยนให้ตุลาการรัฐธรรมนูญชุดต่อมาเป็นไปตาม
บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงเห็นได้ว่า การกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีจำนวน 9 คน มี
วาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และมีการเปลี่ยนให้ผู้ที่อยู่ครบ 9 ปี ซึ่งมีจำนวน 1 ใน 3 ออกทุก 3 ปี
จึงเป็นตัวเลขที่ลงตัวและทำให้เกิดความต่อเนื่องในการทำงานของตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่อย่าง
น้อยก็ต้องมีคนเก่าอยู่ก่อนในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทุกชุดที่จะไม่มีวันประกอบด้วยคนใหม่
ทั้ง 9 คน ส่วนการกำหนดให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวก็เพื่อให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีอิสระ
ในการทำงาน ไม่อยู่ภายใต้อาณัติของผู้แต่งตั้งและไม่ต้องพะวักพะวงว่าจะได้รับแต่งตั้งเข้ามาอีก
หรือไม่

²⁷ เพิ่งอ้าง, น. 4-6.

2) ตุลาการตามกฎหมายหรือตุลาการโดยตำแหน่ง

นอกจากจะกำหนดให้มีตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งจำนวน 9 คนแล้ว บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญตามกฎหมายด้วย ซึ่งได้แก่อธิบดีประธานาธิบดี โดยมีวาระในการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตของอดีตประธานาธิบดีคนนั้น

จากโครงสร้างของตุลาการรัฐธรรมนูญนี้เห็นได้ว่า เมื่อผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมืองทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ประกอบกับอดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐก็เป็นอดีตผู้นำฝ่ายบริหารซึ่งเกี่ยวข้องกับการเมืองอย่างมาก องค์การดังกล่าวจึงมีลักษณะเกี่ยวข้องกับการเมืองตามไปด้วยไม่มากนักน้อย อีกทั้งกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็แตกต่างจากศาล เช่นอาจพิจารณาวินิจฉัยเกินจากคำร้องได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ในบางครั้งจึงเรียกว่าเป็นศาลการเมือง ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของในวงวิชาการของฝรั่งเศสที่ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นเป็นองค์กรการเมือง²⁸

ดังนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นจะประกอบด้วยตุลาการ 2 ประเภท ซึ่งได้แก่ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้ง และตุลาการตามกฎหมาย โดยนอกจากตุลาการทั้งสองประเภทนี้แล้ว มาตรา 56 วรรคสาม แห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจากบรรดาตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมิได้กำหนดถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่นักวิชาการต่างให้ความสนใจกันมากว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีความเหมาะสม มีความรู้ความสามารถพอที่จะทำหน้าที่ดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งในปี ค.ศ. 1959 ศาสตราจารย์ EISENMANN นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งก็ได้แสดงความเห็นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญชุดแรกเอาไว้ว่า เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว เห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญควรจะต้องประกอบด้วยบุคคลผู้มีประสบการณ์ทางด้านวิชาชีพกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและศาลปกครองระดับสูง ทนายความที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับ อาจารย์สอนกฎหมายมหาชนหรือรัฐศาสตร์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามแม้จะขาดกฎเกณฑ์ว่าผู้ที่มีคุณสมบัติเช่นใดควรได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่แล้วผู้มีอำนาจแต่งตั้งก็มักเลือกที่จะแต่งตั้งนักกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคมเข้ามาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะมีผู้คอยจ้องมองดูการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาก นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็

²⁸ วิรัช วิรัชภาวรณ, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 250.

มิได้กำหนดถึงอายุของผู้ที่จะมาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้ว่าจะต้องมีอายุไม่น้อยกว่าหรือไม่มากกว่าเท่าใด ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นส่วนใหญ่อายุของตุลาการรัฐธรรมนูญจะอยู่ในระหว่าง 50 ถึง 70 ปี²⁹ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญและกฎหมายลูกอื่นได้กำหนดข้อห้ามสำหรับตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ เช่น รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 57 บัญญัติห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมืองโดยเฉพาะตำแหน่งรัฐมนตรีหรือสมาชิกรัฐสภาในเวลาเดียวกัน หรือกฎหมายอื่นที่กำหนดห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าดำรงตำแหน่งในสภาเศรษฐกิจและสังคม ห้ามดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองหรือตำแหน่งที่คล้ายคลึงกันในช่วงเวลาที่ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ไม่มีกฎหมายใดห้ามตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งเป็นข้าราชการประจำ แต่ตุลาการรัฐธรรมนูญคนใดที่ดำรงตำแหน่งเป็นข้าราชการประจำด้วยนั้น ไม่อาจได้รับการเลื่อนขั้นหรือปูนบำเหน็จรางวัลเนื่องจากกระทำคุณงามความดีใดๆ และในกรณีที่เกิดความสงสัยเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งหรือการทำกิจกรรมใดของตุลาการรัฐธรรมนูญว่าเป็นข้อห้ามหรือไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็สามารถร่วมกันวินิจฉัยได้³⁰

ข. อำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญ³¹

อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นมีมากมายหลายประการ ซึ่งนอกจากจะมีอำนาจในการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วยังมีอำนาจหน้าที่อื่นอีก เช่น อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและอำนาจเกี่ยวกับการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ โดยอาจแยกพิจารณาอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ดังต่อไปนี้

1) อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้มีหลายรูปแบบ แต่มีสาระเดียวกัน กล่าวคือกฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1789

ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นั้นได้กล่าวรับรองถึงสิทธิต่างๆ ของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 เอาไว้ ดังนั้น จึงทำให้คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946

²⁹ นันทวัฒน์ บรรมานันท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17, น. 8.

³⁰ วิรัช วิรัชภาวรณ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, น. 259.

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, น. 98-109.

และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันและอยู่ในสถานะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย

นอกจากนี้กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับชั้นสูงกว่ามิได้และกฎหมายจะต้องไม่ทำผิดแบบวิธี เช่น แบบวิธีในการร่าง การตรวจสอบหรือผู้มีอำนาจในการร่าง ระบบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญมี 3 ประเภทด้วยกัน ได้แก่

1.1) การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิตินิติบัญญัติ ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 กำหนดจำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหาร โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิตินิติบัญญัติได้ กล่าวคือ แม้รัฐสภาจะเป็นเจ้าของอำนาจนิตินิติบัญญัติ แต่ก็ถูกจำกัดอำนาจในมาตรา 34 โดยมาตรา 34 ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐสภาในการตราบัญญัติ (loi) ได้เฉพาะบางเรื่อง ส่วนเรื่องอื่นที่มีได้ระบุไว้ในมาตรา 34 ก็จะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (Règlement) ได้

1.2) การควบคุมที่รัฐธรรมนูญบังคับให้ต้องทำร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) และร่างข้อบังคับรัฐสภา (règlements des assemblées parlementaires) จะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนบังคับใช้

1.3) การควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้ กฎหมายธรรมดาและพันธกรณีระหว่างประเทศ อาจถูกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้หากมีการร้องขอ

2) อำนาจอื่นๆของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

2.1) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับรัฐสภา ปัจจุบันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยจะควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครว่ามีสิทธิสมัครเข้ารับการเลือกตั้งหรือไม่ และควบคุมการประกอบอาชีพอื่นที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

2.2) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับประธานาธิบดีในระบบการเมืองปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมการเลือกตั้งประธานาธิบดี แต่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของประธานาธิบดี นอกจากเกิดกรณีประธานาธิบดีไม่อยู่ เช่น หายสาบสูญ ถูกลักพาตัวไป ป่วยหนักรักษาไม่หาย หรือเป็นบ้า หรือเกิดกรณี Impeachment กล่าวคือ กรณีรัฐสภากล่าวหาว่าประธานาธิบดีกระทำความผิดในหน้าที่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่งได้

2.3) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับประชาชน รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ประชาชนสามารถออกเสียงประชามติได้ 3 กรณี คือ

2.3.1) การออกเสียงประชามติต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.3.2) การออกเสียงประชามติต่อร่างกฎหมายที่ประธานาธิบดีเสนอให้ประชาชนออกเสียงประชามติ

2.3.3) การออกเสียงประชามติต่อการเปลี่ยนแปลงเขตดินแดนของประเทศ

ทั้ง 3 กรณีนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงประชามติ และทำหน้าที่ประกาศผล

ค. ขั้นตอนการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญ³²

เนื่องจากคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มาทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงมักจะสรรหามาจากผู้มีวิชาชีพทางด้านกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษา ทนายความ ศาสตราจารย์ทางกฎหมายและนักการเมือง ซึ่งส่วนใหญ่จะได้แก่อดีตรัฐมนตรี โดยมาตรา 56 แห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ตุลาการ 2 ประเภท ได้แก่ ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งและตุลาการตามกฎหมาย

ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้งมีจำนวน 9 คน โดยประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง 3 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง 3 คน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้งอีก 3 คน ส่วนตุลาการตามกฎหมาย ได้แก่ อดีตประธานาธิบดีทุกคนซึ่งถือว่าเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งด้วย โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้ง

ประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา เป็นผู้ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน ส่วนนายกรัฐมนตรีที่ถือว่าเป็นบุคคลหมายเลข 2 ของประเทศนั้นกลับไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเลย ซึ่งในทางปฏิบัติตุลาการรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะมีที่มาจากอำนาจนิติบัญญัติ ทั้งนี้เพราะโดยทั่วไปแล้วประธานาธิบดีและประธานสภาผู้แทนราษฎรจะมาจากพรรคการเมืองพรรคเดียวกัน

2) ตุลาการโดยตำแหน่ง

มาตรา 56 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญ กำหนดให้อดีตประธานาธิบดีเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตลอดชีวิต โดยการกำหนดดังกล่าวนี้เพื่อรองรับให้การพ้นจาก

³² นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17, น.7-9.

ตำแหน่งของประธานาธิบดีเป็นไปอย่างสมศักดิ์ศรีและสามารถประกอบอาชีพอื่นได้จนกว่าจะสิ้นชีวิต

เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า ให้อดีตประธานาธิบดีเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตลอดชีวิต จึงเปรียบเสมือนเป็นการบังคับว่า อดีตประธานาธิบดีทุกคน “ต้อง” เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง จึงเกิดปัญหาว่า หากอดีตประธานาธิบดีที่ไม่ต้องการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญจะลาออกได้หรือไม่ กรณีดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะใช้วิธีไม่มาประชุมเนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดถึงเรื่องการลาออกของตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งเอาไว้

3) ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

มาตรา 56 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ก็ได้ขยายความเรื่องดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจากบรรดาตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งประเภทที่ได้รับการแต่งตั้งและโดยตำแหน่ง ซึ่งการคัดเลือกตัวบุคคลที่จะแต่งตั้งให้เป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเป็นดุลพินิจของประธานาธิบดีและไม่มีหลักเกณฑ์ใดๆทั้งสิ้น โดยปกติแล้วประธานาธิบดีจะแต่งตั้งประธานจากตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทที่ได้รับการแต่งตั้งและส่วนใหญ่อีกเช่นกันที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งประธานจากบุคคล 1 ใน 3 คนที่ตนเองเป็นผู้แต่งตั้งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

2.3.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันองค์กรตุลาการของประเทศฝรั่งเศสส่วนใหญ่จะมาจากการแต่งตั้ง โดยเห็นได้จากในยุคการปกครองระบอบโบราณ (ancient régime) ได้ยึดถือประเพณีปฏิบัติที่ตุลาการจะได้รับแต่งตั้งมาจากบุคคลที่กษัตริย์ทรงโปรดปรานและบางส่วนอาจเป็นบุคคลที่มีทุนทรัพย์มากเพียงพอที่จะทำให้นักษัตริย์ทรงโปรดปราน แต่หลังจากปฏิวัติใหญ่ ประชาชนก็ได้เข้ามีส่วนร่วมในการเลือกตุลาการแทนการใช้ระบบอุปถัมภ์ ซึ่งนโปเลียน โบนาปาร์ตก็ได้ยกเลิกวิธีดังกล่าวในเวลาต่อมาและได้ประกาศใช้ “หลักการไม่อาจถอดถอนตุลาการออกจากตำแหน่งได้ (irremovability)”³³ จนกระทั่งในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้

³³ วิรัช วิรัชนิการวรรณ, “ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส,” รัฐสภาสาร ปีที่ 49 ฉบับที่ 6 (มิถุนายน 2544), น.96.

บัญญัติให้ "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการจำนวนเก้าคน มีวาระการดำรงตำแหน่งเก้าปีและไม่อาจแต่งตั้งใหม่ได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการเปลี่ยนแปลงตุลาการจำนวนหนึ่งในสามทุกสามปี ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสามคน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสามคน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญอีกสามคน"³⁴

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในกระบวนการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาจะเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น และในปัจจุบันเมื่อมีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วไม่ปรากฏว่ามีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากพิจารณากระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอื่นที่มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่าองค์กรตุลาการสามารถเข้ามาทำหน้าที่เป็นองค์กรควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการได้มาซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นได้ เช่น กระบวนการได้มาซึ่งประธานาธิบดีกล่าวคือ

ในการเลือกตั้งประธานาธิบดีของฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน มาตรา 6 ได้บัญญัติไว้ว่า

"ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้รับการออกเสียงเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน และมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี

วิธีการในการดำเนินการตามมาตรานี้ ให้กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ"³⁵

และมาตรา 7 บัญญัติว่า

"ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้รับเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากเด็ดขาดของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง หากไม่ได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาดในการลงคะแนนรอบแรกให้จัดให้มีการ

³⁴ มาตรา 56 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

³⁵ ได้แก่ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ 62-1292 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 ซึ่งมีเนื้อหาที่สำคัญเกี่ยวกับการประกาศรายชื่อผู้สมัครเข้าชิงตำแหน่ง ค่าใช้จ่ายในการหาเสียงเลือกตั้ง บทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบและประกาศผลการเลือกตั้ง การสนับสนุนการเลือกตั้ง นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของไทย, (กรุงเทพมหานคร : สุขุมและบุตร จำกัด, 2541), น.165-166.

ลงคะแนนรอบที่สองในวันที่สิบสี่หลังจากวันที่มีการลงคะแนนรอบแรก เฉพาะผู้สมัครรับเลือกตั้งสองคนซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงที่สุดในการลงคะแนนรอบแรกที่ไม่ได้ถอนตัวออกจากการเลือกตั้งเท่านั้นที่จะมีสิทธิเข้าสูการลงคะแนนรอบที่สอง³⁶

³⁶ มาตรา 7 “ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้รับเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากเด็ดขาดของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง หากไม่ได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาดในการลงคะแนนรอบแรกให้จัดให้มีการลงคะแนนรอบที่สองในวันที่สิบสี่หลังจากวันที่มีการลงคะแนนรอบแรก เฉพาะผู้สมัครรับเลือกตั้งสองคนซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงที่สุดในการลงคะแนนรอบแรกที่ไม่ได้ถอนตัวออกจากการเลือกตั้งเท่านั้นที่จะมีสิทธิเข้าสูการลงคะแนนรอบที่สอง

การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเริ่มขึ้นตามที่รัฐบาลประกาศกำหนด

การเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่จะต้องจัดให้มีขึ้นภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่ายี่สิบวันและไม่เกินกว่าสามสิบห้าวันก่อนวันสิ้นสุดวาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีที่ดำรงตำแหน่งอยู่

ในกรณีที่ตำแหน่งประธานาธิบดีว่างลงด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง หรือในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับคำร้องขอจากรัฐบาลได้วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากเด็ดขาดของตุลาการรัฐธรรมนูญว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ ให้ประธานวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่ที่ประธานาธิบดีไปพลางก่อนแต่จะปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 11 และมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญไม่ได้ และในกรณีที่ประธานวุฒิสภาที่ปฏิบัติหน้าที่ที่ประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ ให้รัฐบาลเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

ในกรณีที่ตำแหน่งประธานาธิบดีว่างลงหรือในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้เป็นการถาวร การเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่จะต้องมีขึ้นภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่ายี่สิบวันและไม่เกินกว่าสามสิบห้าวันหลังจากวันที่ตำแหน่งประธานาธิบดีว่างลงหรือหลังจากวันที่มีการประกาศว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้เป็นการถาวร ทั้งนี้เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัยที่ปรากฏต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ถ้าในระยะเวลาเจ็ดวันก่อนวันสิ้นสุดการรับสมัครเลือกตั้งประธานาธิบดี หากบุคคลใดซึ่งได้ประกาศต่อสาธารณะว่าตนจะสมัครรับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีภายในระยะเวลาสามสิบวันก่อนหน้าวันดังกล่าวได้ถึงแก่กรรมหรือต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเลื่อนการเลือกตั้งประธานาธิบดีออกไปได้

ในกระบวนการได้มาซึ่งประธานาธิบดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดีได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 58 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า

“คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบข้อร้องเรียนและประกาศผลการเลือกตั้ง”

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดี กล่าวคือ³⁷

ถ้าก่อนการลงคะแนนรอบแรก หากผู้สมัครรายใดรายหนึ่งถึงแก่กรรมหรือต้องห้ามมิให้สมัครหรือต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องเลื่อนการเลือกตั้งออกไป

ในกรณีที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งทั้งสองคนที่ได้รับคะแนนเสียงสูงสุดในการลงคะแนนรอบแรกถึงแก่กรรมหรือต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งก่อนที่จะมีการประกาศผลในตัวของผู้สมัครคนหนึ่งใด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องประกาศให้เริ่มกระบวนการเลือกตั้งใหม่ และให้ดำเนินการอย่างเดียวกันสำหรับกรณีที่เกิดการถึงแก่กรรมหรือการต้องห้ามมิให้สมัครรับเลือกตั้งของผู้สมัครคนใดคนหนึ่งทั้งสองคนที่เหลืออยู่ก่อนการลงคะแนนรอบที่สอง

ในทุกกรณี ให้ส่งเรื่องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในวรรคสองของมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญหรือตามเงื่อนไขเกี่ยวกับการเสนอตัวสมัครเข้ารับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 ดังกล่าวข้างต้น

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจขยายระยะเวลาดังที่บัญญัติไว้ในวรรคสามและวรรคห้าออกไปได้ แต่การออกเสียงลงคะแนนจะต้องมีขึ้นภายในสามสิบห้าวันหลังจากวันที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว และถ้าการใช้บทบัญญัติในวรรคนี้ทำให้ต้องเลื่อนการเลือกตั้งออกไปหลังจากพ้นจากตำแหน่งตามวาระของประธานาธิบดีที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ให้ประธานาธิบดีที่ดำรงตำแหน่งอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการประกาศชื่อประธานาธิบดีคนใหม่

มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 49 มาตรา 50 และมาตรา 89 แห่งรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับในระหว่างที่ตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐว่าง หรือในระหว่างที่มีการประกาศว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างถาวรจนมีการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่”

³⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมาย ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2531), น.66.

(1) การเตรียมการเลือกตั้ง หน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คือ เตรียมคำสั่งต่างๆเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เป็นที่ปรึกษาของรัฐบาลเกี่ยวกับการจัดเตรียมการเลือกตั้ง ทำหน้าที่รับสมัครและตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครตลอดจนจัดทำรายชื่อผู้สมัครเสนอสู่สาธารณะชน

(2) การควบคุมดูแลขั้นตอนการหาเสียงเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปแทรกแซงในขั้นตอนของการหาเสียงเลือกตั้ง เพราะเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมการเลือกตั้งซึ่งทำหน้าที่ควบคุมการหาเสียงและให้ความยุติธรรมแก่ผู้สมัครทุกคนในการหาเสียง

(3) การประกาศผล คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะควบคุมการนับคะแนนโดยตรวจสอบจำนวนเสียงของผู้สมัครแต่ละคนที่ได้รับในรอบแรกและรอบสอง และจะประกาศชื่อผู้สมัครที่ได้คะแนนเสียงข้างมากเป็นประธานาธิบดี ซึ่งในกรณีที่มีปัญหาและผู้สมัครรายใดรายหนึ่งเห็นว่ามีความผิดอันควรสงสัย ก็สามารถร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใน 48 ชั่วโมงนับจากการประกาศผลเพื่อขอคัดค้านกระบวนการเลือกตั้งทั้งหมดได้

นอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งของฝ่ายนิติบัญญัติ ตลอดจนการควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ ดังนี้³⁸

(1) การตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งฝ่ายนิติบัญญัติ

มาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า "ในกรณีที่มีการคัดค้านผลการเลือกตั้ง ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดเกี่ยวกับความถูกต้องของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา" บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังนี้

(1.1) ในกรณีแรก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งของฝ่ายนิติบัญญัติก็ต่อเมื่อมีการร้องโดยผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือผู้ที่ได้รับเลือกตั้ง ซึ่งจะต้องร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใน 10 วันนับแต่วันประกาศผลการเลือกตั้ง

(1.2) ในกรณีที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่พิจารณากระบวนการเลือกตั้งทั้งหมด แต่จะพิจารณาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการประกาศผลเท่านั้น

(2) การควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งและการประกอบอาชีพอื่นที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

(2.1) การควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งนั้นเป็นหน้าที่ของ "ตัวแทนรัฐบาลประจำภาค" (Commissaire de la Republique) ที่จะต้องตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัคร

³⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้าง, น.64-65.

รับเลือกตั้งว่ามีสิทธิที่จะสมัครหรือไม่ ถ้ามีข้อสงสัยก็จะต้องระงับการลงทะเบียนไว้ก่อนและร้องไปยังศาลปกครองชั้นต้น (tribunal administrative) ภายใน 24 ชั่วโมงนับแต่การระงับลงทะเบียนดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจสั่งห้ามผู้สมัครผู้นั้นสมัครเข้ารับเลือกตั้งได้ในกรณีขาดคุณสมบัติดังกล่าว ซึ่งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นนี้อาจถูกคัดค้านได้ถ้ามีการร้องต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญขอให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ

ถ้าตัวแทนรัฐบาลประจำภาคไม่ไปร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นภายใน 24 ชั่วโมง ถือว่าตัวแทนรัฐบาลประจำภาคต้องลงทะเบียนรับสมัครผู้นั้น ถ้าผู้ขาดคุณสมบัติเข้ารับเลือกตั้งได้รับเลือกตั้ง ผู้สมัครรับเลือกตั้งอื่นหรือผู้ที่ได้รับเลือกตั้งอื่นอาจร้องคัดค้านการเลือกตั้งนั้นต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้ภายใน 10 วันนับแต่วันประกาศผล คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดว่าการเลือกตั้งนั้นเป็นโมฆะถ้าผู้ได้รับเลือกตั้งนั้นขาดคุณสมบัติจริง

ถ้าระยะเวลา 10 วันนับแต่ประกาศผลการเลือกตั้งได้ล่วงพ้นไปแล้ว ผู้ที่มีอำนาจร้องต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญว่าการเลือกตั้งเป็นโมฆะเพราะผู้ได้รับเลือกตั้งขาดคุณสมบัติ คือสภาใดสภาหนึ่ง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม หรืออัยการ

(2.2) การควบคุมการประกอบอาชีพอื่นที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรณีนี้เกิดขึ้นภายหลังการเลือกตั้ง ผู้มีอำนาจร้องต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือสภาใดสภาหนึ่งและถ้าคณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าผู้ได้รับเลือกตั้งประกอบอาชีพอื่นซึ่งต้องห้ามก็จะถูกปลดออกจากตำแหน่ง

เมื่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งดังกล่าวแล้ว หากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยืนยันความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งหรือวินิจฉัยว่าการเลือกตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้ผูกพันเฉพาะกับผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาเท่านั้น แต่ยังผูกพันกับอำนาจมหาชนอื่นๆ ด้วย อันเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญมาตรา 61 วรรคสองที่บัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญผูกพันอำนาจมหาชนทั้งหลาย ผู้ก้ำกึ่งหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนศาลและไม่ให้มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ³⁹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในประเทศฝรั่งเศสไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีกระบวนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณากระบวนการได้มาซึ่งบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอื่นที่มีสถานะเป็นองค์กรตาม

³⁹ พรชัย เลื่อนฉวี, "คณะกรรมการรัฐธรรมนูญในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2547), น.70.

รัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว เช่น กระบวนการเลือกตั้งประธานาธิบดีหรือกระบวนการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่ควบคุมความถูกต้องของกระบวนการได้มาซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปอย่างถูกต้องและชอบธรรม