

บทคัดย่อ

หากจะกล่าวว่ายุคศตวรรษที่ 20 เป็นยุคแห่งอำนาจรัฐสภา รัฐสภามีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด เป็นศตวรรษที่โลกได้พิสูจน์ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยผ่านทางผู้แทนในระบบรัฐสภา แม้จะไม่อาจกล่าวได้ดีที่สุด แต่ก็กล่าวได้ว่าเป็นระบบการปกครองที่เลวร้ายน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับการปกครองระบอบอื่นที่มนุษย์ชาติได้คิดค้นขึ้นมา ในขณะที่นับแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เข้าสู่ศตวรรษที่ 21 รัฐสภาเริ่มเสื่อมอำนาจและเสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ลงอย่างเห็นได้ชัด และเกิดขึ้นทั่วโลก กลายเป็นองค์กรตุลาการที่เข้ามามีอำนาจมากขึ้น คำกล่าวที่ว่านี้ คงไม่ใช่คำกล่าวที่เกินเลยไปจากความเป็นจริง การปรากฏตัวของสำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” เสมือนเป็นสัญญาณบ่งบอกถึงอำนาจที่เพิ่มมากขึ้นขององค์กรตุลาการ บทความนี้ มุ่งศึกษาวิเคราะห์ทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญที่พัฒนามาสู่ยุคกฎหมายหลังสมัยใหม่ (Le droit post-moderne) ในรัฐที่ก้าวเข้าสู่ยุค “รัฐหลังสมัยใหม่” (L’Etat post-moderne) เพื่อทำความเข้าใจปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” (Le gouvernement des juges) ในมุมมองของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยมุ่งหมายจะเปิดประเด็นใหม่ๆ ในทางวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาบทความ การอภิปรายทางวิชาการ และตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญหลายเล่มที่มีการศึกษาแนวคิดเรื่องนี้อย่างต่อเนื่องตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 จนถึงปัจจุบันเข้าสู่ศตวรรษที่ 21 นักกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ศึกษาข้อความคิดนี้อย่างชัดเจนมากขึ้น

คำสำคัญ: ตุลาการ, การปกครอง

1 ดร. , พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครองสูงสุด 10210
E-mail: apinyamai@gmail.com

Abstract

It can be said that the 20th century was the era of the Parliament where the Congress has the ultimate authority. Through century the world has proved that the representative democracy in Parliament System, although it may not be the best system, is comparatively less evil than other systems mankind has invented. However, from the late 20th century into the 21st century, the Congress began to lose power and sanctity drastically. And this phenomenon occurs worldwide. It is not overstated to say that the judges become more powerful. The presence of "Rule of judges" is a sign of the growing power of the judiciary. This article aims to analyze the postmodern legal theory of constitutional law developed in the state entering the era "Postmodern states" to better understand the phenomenon called "Government by Judiciary" in view of the French constitutional scholars. The aim is to open new issues in constitutional law by studying the article, academic debate, Constitutional law textbooks that have studied the issue since the early 20th century and now into the 21st century, the French Constitutional scholars think more clearly in this issue.

keywords: Judges, Gouvernement

2 Ph.D. , Administrative case official (Professional Level) The Supreme Administrative Court office 10210 E-mail: apinyamail@gmail.com

1. บทนำ

แนวคิดเรื่อง “การปกครองโดยตุลาการ” หรืออาจจะเรียกอย่างตรงไปตรงมาว่า “รัฐบาลตุลาการ” ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า *Le gouvernement des juges* ภาษาเยอรมันเรียกว่า *Richtersstaat* และตรงกับหลักกฎหมายในกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน คือ *Rule of judges* หรือ *Gouvernement by Judges* หรือ *Gouvernement by the Judiciary* เป็นหัวข้อที่มีการถกเถียงในประเทศฝรั่งเศสมาเป็นเวลานาน นับแต่ต้นศตวรรษที่ 20 เมื่อ Eduard LAMBERT อาจารย์ทางกฎหมายเปรียบเทียบ แห่งมหาวิทยาลัยลียง ประเทศฝรั่งเศส ได้ตีพิมพ์หนังสือชื่อ “*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*” เมื่อปี ค.ศ. 1921 ชื่อหนังสือแปลเป็นไทยว่า “การปกครองโดยตุลาการ และการต่อการกับการนิติบัญญัติของสังคมในสหรัฐอเมริกา ประสบการณ์การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (ศาลยุติธรรม)” ผู้เขียนได้ศึกษาประวัติศาสตร์และบริบททางสังคมการเมืองของสหรัฐอเมริกา เพื่อทำความเข้าใจและอธิบายถึงทฤษฎีกฎหมายอเมริกันว่าด้วยระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (ศาลยุติธรรม) (*Le système de judicial review à l’américaine*) โดยชี้ให้เห็นว่าระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลยุติธรรมนี้เป็นกลไกหรือเครื่องมือการใช้อำนาจสูงสุดทางการเมือง (*La suprématie politique*) ขององค์กรใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งกล่าวได้ว่าไม่ใช่เรื่องแปลกสำหรับประเพณีกฎหมายระบบ Common Law ที่ศาลมีอำนาจสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจนิติบัญญัติ หรือการที่ศาลในระบบ Common Law จะพิพากษาแก้ร่างอำนาจการออกกฎเกณฑ์เพื่อการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าการที่ศาลในระบบ Common Law ใช้อำนาจแก้ร่างอำนาจทางการเมืองอื่นเช่นนี้จะไม่ถูกต้องแน่ชัด ตรงกันข้ามกลับเป็นประเพณีกฎหมายที่ได้รับการยอมรับ

ก็ตาม แต่ก็ปรากฏว่าศาลสูงแห่งสหพันธรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่มีลักษณะอนุรักษนิยมจัด อำนาจของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐจึงมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับพัฒนาการความก้าวหน้าของสังคม และมักจะเป็นปฏิปักษ์กับการเข้าแทรกแซงและจัดการทางเศรษฐกิจของรัฐบาล³ ดังตัวอย่างคดีประวัติศาสตร์คดีหนึ่งที่แสดงถึงอำนาจทางการเมืองสูงสุดของศาลสูงแห่งสหพันธรัฐอเมริกาที่ศาลใช้อำนาจเชิงอนุรักษนิยมต่อต้านการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของประธานาธิบดี ในคดี New Deal ในสมัยประธานาธิบดี แฟรงกลิน รูสเวลท์ ดังจะได้กล่าวถึงในบทความนี้หัวข้อถัดไป

เมื่อพิจารณาข้อความคิดเรื่องการปกครองโดยตุลาการนี้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law จะพบว่ามีความแตกต่างชนิดตรงกันข้ามจากแนวคิด Common Law โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสที่แนวคิดพื้นฐานตามทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออ เป็นแนวคิดที่ทรงอิทธิพลต่อระบบการเมืองการปกครองและการจัดโครงสร้างองค์กรการเมืองของฝรั่งเศสอย่างมาก สำหรับมงเตสกีเออ กฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน แหล่งที่มาของกฎหมายจึงมีที่มาเพียงแหล่งเดียวคือจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน อำนาจศาลในการตัดสินชี้ขาดคดีไม่ได้มีความสำคัญมากไปกว่าการค้นหาข้อสรุปตามหลักตรรกะด้วยการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้น⁴ ดังนั้นการที่องค์กรตุลาการใช้อำนาจก้ำกึ่งอำนาจการเมืองขององค์กรการเมืองอื่น จึงมีลักษณะเป็น “การปกครองโดยตุลาการ” และการใช้อำนาจเช่นนี้ของศาลย่อมขัดต่อหลักประชาธิปไตย แนวคิดการปกครองโดยตุลาการนี้ได้รับความสนใจยิ่งขึ้นเรื่อยๆ ทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป เมื่อเกิดปรากฏการณ์ที่อำนาจขององค์กรตุลาการโดยเฉพาะองค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญทั่ว

3 MODERNE F. , (2005), Préface. In LAMBERT Edouard, **Le gouvernement des juges**, (IX). Paris : Dalloz, TROPER M., (2001), **Le bon usage des spectres : du gouvernement des juges au gouvernement par les juges**, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Economica, Paris, 2001, p.49.

4 TROPER M., Ibid., p.50.

โลกมีอำนาจแผ่กว้างมากยิ่งขึ้น ถ้าแค้นอำนาจขององค์กรทางการเมืองอื่น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่องค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญเข้ามาใช้อำนาจเกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมือง จนมีคำกล่าวว่ายุคศตวรรษที่ 20 เป็นยุคแห่งอำนาจรัฐสภา รัฐสภามีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด ในขณะที่นับแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เข้าสู่ศตวรรษที่ 21 รัฐสภาเสื่อมอำนาจและความศักดิ์สิทธิ์ลงจากเหตุและปัจจัยหลายประการ อำนาจการเมืองการปกครองที่แท้ไม่ได้อยู่ที่ผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน เกิดกระแสที่ประชาชนต่อต้านการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายบริหาร และการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ กลายเป็นองค์กรตุลาการที่เข้ามามีอำนาจมากขึ้น การปรากฏตัวของสำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” เสมือนเป็นสัญญาณบ่งบอกถึงอำนาจที่เพิ่มมากขึ้นขององค์กรตุลาการ ซึ่งกระทบอย่างรุนแรงต่อความรู้สึกขององค์กรทางการเมืองอื่นๆ และกระทบต่อประชาชนทั่วไปในฐานะที่ตามทฤษฎีประชาธิปไตยถูกยกให้เป็น “ผู้ทรงอำนาจอธิปไตย” ดังนั้น ภาพการเกิดขึ้นของ “การปกครองโดยตุลาการ” ในมุมมองของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ยึดมั่นในหลักการประชาธิปไตยคลาสสิก จึงเป็นปรากฏการณ์ที่ไม่อาจยอมรับได้ และจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างเป็นวิชาการ

สำหรับประเด็นที่กล่าวว่ารัฐสภาเสื่อมอำนาจและความศักดิ์สิทธิ์ลงนี้ มิใช่เป็นวาทกรรมที่เลื่อนลอย และมีได้พิจารณาเฉพาะระบอบรัฐสภาในประเทศกำลังพัฒนาที่ระบบการเมืองลุ่มๆ ดอนๆ ฝ่ายประชาธิปไตยต่อสู้กับฝ่ายแนวคิดเผด็จการอนุรักษนิยมอย่างประเทศไทย ประเทศในภาคพื้นยุโรปที่การเมืองในระบอบประชาธิปไตยมีความเจริญและมั่นคงแล้วอย่างประเทศฝรั่งเศส ปรากฏการณ์ที่ระบอบรัฐสภาเสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ลงนี้เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริงคดีอื้อฉาวของนักการเมืองฝรั่งเศสทุจริตและกอบโกยผลประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ ทั้งประธานาธิบดี และผู้แทนราษฎรที่เป็นผู้แทนปวงชนในสภาอันทรงเกียรติ ทั้งจากพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายและฝ่ายขวา มิให้เห็นเป็นปัญหาทางวาว⁵ เช่น

5 Wikipédia, Liste d'affaires politico-financières françaises, from https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_d'affaires_politico-financi%C3%A8res_

คดีทุจริตหลายคดีของอดีตประธานาธิบดี ฌาค ชีรัค หรือคดีทุจริตและใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบของอดีตประธานาธิบดี นิโกล่า ซาโกซี หรือคดีฟอกเงินอื้อฉาว Panama Papers ที่เปิดเผยรายชื่อนักการเมือง ผู้นำประเทศ นักธุรกิจ และบุคคลหลากหลายอาชีพที่เกี่ยวกับการฟอกเงิน แสดงให้เห็นว่าประชาชนไม่อาจไว้วางใจต่อผู้แทนที่ได้ผ่านการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตย นักวิชาการในฝรั่งเศสในปัจจุบันมีการเปิดประเด็นวิเคราะห์ว่า ที่กล่าวว่าประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยสูงสุดในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น แท้จริงเป็นเพียงมายาภาพนับแต่ปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1789 ประชาชนฝรั่งเศสไม่เคยมีอำนาจสูงสุดในการปกครองอย่างแท้จริงแต่อย่างใด หากแต่ผู้มีอำนาจปกครองประเทศแท้จริงคือกลุ่มอำนาจทางสังคม กลุ่มอำนาจทางเศรษฐกิจ และกลุ่มอำนาจสื่อสารมวลชน ซึ่งเป็นพลังสำคัญที่มีอิทธิพลชี้้นำให้ประชาชนคล้อยตาม เกิดคำถามว่าประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา กำลังจะถึงกาลอวสานแล้วหรือไม่⁶

อย่างไรก็ดี บทความนี้ผู้เขียนคงมิได้พิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการล่มสลายของระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา รวมถึงแนวทางการพัฒนาปรับปรุงระบอบประชาธิปไตยจากประชาธิปไตยทางผู้แทนไปสู่รูปแบบใหม่ๆ ของการปกครองระบอบประชาธิปไตย แต่มุ่งพิเคราะห์อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในสังคมประชาธิปไตยที่เปิดตัวชัดเจนมากขึ้นในต้นศตวรรษที่ 21 เกิดเป็นประเด็นที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาก็คือ การเกิดขึ้นของ “การปกครองโดยตุลาการ” สอดคล้องกับ “ความเป็นประชาธิปไตย” หรือไม่ และแนวคิดที่ว่าด้วย “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” คืออะไร และมีอยู่จริงหรือไม่ ถ้ามีอยู่จริงขัดกับหลักการประชาธิปไตยหรือไม่ อย่างไร เพื่อที่จะทำความเข้าใจอย่างเป็นวิชาการต่อปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมการเมืองของประเทศไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประสบการณ์และมุมมองของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ

fran%C3%A7aises

6 BUFFIN de CHOSALL Christophe, (2014), *La fin de la démocratie*, Paris, Saint-Remi.

ในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศภาคพื้นยุโรปทั้งในอดีตและปัจจุบัน โดยเฉพาะการศึกษาถึงความคิดของ ฮันส์ เคลเซ่น นักกฎหมายชาวออสเตรีย ซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดศาสตร์รัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลพิเศษที่เป็นต้นแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส แตกต่างจากระบบอเมริกันที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

บทความนี้ นอกจากผู้เขียนจะได้นำเสนอข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วย “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” ในมุมมองทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ยังจะได้วิเคราะห์ถึงความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (La légitimité démocratique) ของการใช้อำนาจ “ปกครอง” โดยองค์กรตุลาการ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสตร์รัฐธรรมนูญที่ใช้ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีพิพาททางรัฐธรรมนูญส่งผลกระทบต่อระบบการเมืองการปกครองของประเทศโดยตรง กล่าวอีกนัยหนึ่ง การศึกษาข้อความคิดนี้ก็คือการวิเคราะห์ถึงผลกระทบหรืออิทธิพลของการกระทำของตุลาการ โดยเฉพาะเจาะจงคือศาสตร์รัฐธรรมนูญ ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งควรต้องกล่าวด้วยว่าผลกระทบต่อระบอบประชาธิปไตยเช่นว่านี้ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายด้านหลายประการทางระบบกฎหมายและการเมือง (Le système juridico-politique) ของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน ทั้งยังขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถและวิสัยทัศน์ของผู้ที่ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ และบทบาทของนักวิชาการในมหาวิทยาลัยประกอบด้วย

นอกจากนี้ ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งในการศึกษาเรื่องการปกครองโดยตุลาการ คือ การวิเคราะห์ถึงอำนาจในการตีความของศาล (Le pouvoir d'interprétation) เพราะเหตุว่า อำนาจการตีความกฎหมายนี้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ (Le pouvoir discrétionnaire) ประเด็นที่ต้องพิจารณาก็คือ ตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถตีความและบังคับใช้รัฐธรรมนูญได้โดยอิสระ หรือโดยมีข้อจำกัดการใช้การตีความรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร รวมทั้งจำเป็นอย่างยิ่ง

วิเคราะห์ถึงขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของตุลาการในสังคมประชาธิปไตยยุคปัจจุบัน ที่ปัญหาทางการเมืองของประเทศต่างๆ มีความยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งข้อพิจารณาประการนี้เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Le pouvoir constituant) ในการออกแบบและวางกรอบการใช้อำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี พึงกล่าวไว้เป็นเบื้องต้นด้วยว่า แนวคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการนี้ แม้จะยังไม่ถือเป็นทฤษฎี แต่ก็ เป็นแนวคิดที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับทฤษฎีและข้อความคิดทางกฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะทฤษฎีประชาธิปไตยหลักแบ่งแยกอำนาจ และหลักการว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน อีกทั้งการศึกษาคิเคราะห์ในเรื่องนี้ มีลักษณะเป็นการพิเคราะห์ข้อความคิดที่ขัดแย้งกัน (Contradictoire) ในหลายประการ อาทิ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เป็นหลักการที่ว่าด้วยการถ่วงดุลและคานอำนาจ จะมีลักษณะที่ขัดแย้ง (Contradictoire) กับหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการที่แยกการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการออกจากการตรวจสอบและถ่วงดุลกับองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอีกสององค์กร หรือข้อความคิดเกี่ยวกับความศักดิ์สิทธิ์แห่งสถาบันตุลาการ (Conception mystique de la justice) จะมีประเด็นพิจารณาที่ขัดแย้งกับข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการ เกิดคำถามที่น่าสนใจว่าแท้จริงแล้วยังมี “ความไม่เป็นอิสระ” ของผู้พิพากษาหรือตุลาการในความเป็นจริงหรือไม่ รวมทั้งข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจตุลาการซึ่งมีหลายประการที่ขัดแย้งกับหลักประชาธิปไตย

2. ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับ “การปกครองโดยตุลาการ”

(Gouvernement des juges)

ในประเทศฝรั่งเศส แนวคิดเรื่อง “การปกครองโดยตุลาการ” นี้ แม้จะมีการใช้อย่างกว้างขวาง แต่ก็ยังไม่มีการให้นิยามที่ชัดเจนในแนวทางเดียวกัน และการกล่าวถึงแนวคิดนี้ส่วนใหญ่จะมีนัยยะไปในทางลบ ขัดต่อหลักการอันศักดิ์สิทธิ์ (Le sacro-saint) ที่เป็น synonyme กับรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย คือ ขัดกับหลักแบ่งแยกอำนาจ⁷ และมีนัยยะที่เกี่ยวข้องกับการที่ตุลาการก้าวล่วงเข้ามามีอำนาจในกิจการทางการเมือง รวมทั้งที่สำคัญคือแสดงถึงลักษณะที่ไม่เป็นประชาธิปไตย (Le caractère non démocratique) ของการใช้อำนาจตุลาการ นับแต่มีการตีพิมพ์หนังสือของ Edouard LAMBERT สำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” (Le gouvernement des juges) มีการใช้อย่างแพร่หลายในการเขียนทางนิติ-รัฐศาสตร์ (politico-juridique) ในความหมายทำนายว่าการที่ตุลาการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจในทางการเมือง (Les pouvoirs politiques) โดยเฉพาะการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย ซึ่งกฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนตามแนวคิดเสรีประชาธิปไตย ในระบอบประชาธิปไตยทุกประเทศทั่วโลกเป็นที่ยอมรับและเข้าใจตรงกันว่าอำนาจสำคัญทางการเมืองการปกครอง อันได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในสังคมเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยที่ผู้ทรงอำนาจสองด้านนี้มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยจากการที่มีเจตยัตยั้งที่ชัดเจนในทางรูปแบบจากประชาชน โดยสำนวน “การปกครอง

7 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789) มาตรา 16 บัญญัติว่า “สังคมใดไม่มีการรับรองคุ้มครองสิทธิ และไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” (Art. 16. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution)

โดยตุลาการ” นี้ใช้ในลุ่มของนักสื่อสารมวลชนและนักการเมืองในเชิงกล่าวหาว่าองค์กรตุลาการทั้ง 3 สถาบันหลัก คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม ใช้อำนาจเกินจากอำนาจตุลาการในการชี้ขาดตัดสินคดี แต่ทำตัวเป็น “ผู้ปกครอง” หรือเป็น “รัฐบาล” อย่างไรก็ดี นักวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศสก็ตระหนักว่าจะต้องศึกษาวิเคราะห์และอธิบายแนวคิดนี้อย่างเป็นทางการ มิใช่เพียงการใช้วาทกรรมกล่าวอ้างอย่างไร้หลักวิชาการ ประเด็นคำถามสำคัญคือ ตุลาการรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับปัญหาทางการเมืองได้หรือไม่ และได้แค่ไหน ในสถานการณ์โลกปัจจุบันจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ ทั่วโลกยิ่งนับวันจะใช้อำนาจเข้าไปก้าวก่ายการปกครองบริหารประเทศมากขึ้นเรื่อยๆ จนกระทั่งในสหรัฐอเมริกา แม้องค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ศาลสูงของสหพันธ์จะมีอำนาจในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวางมาเป็นเวลายาวนาน ก็ยังเกิดข้อความคิดในเรื่องการจำกัดอำนาจของตัวเองโดยองค์กรตุลาการเอง (Judicial self-restraint)⁸ กล่าวคือ ศาลสูงแห่งสหพันธ์ยึดมั่นในประเพณีการเมืองแบบอนุรักษนิยม โดยในภาวะบ้านเมืองเป็นปกติ ศาลจะไม่แทรกแซงนโยบายการเมืองทางเศรษฐกิจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลจะเคารพต่อการเลือกดำเนินนโยบายการเมืองของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ และศาลสูงแห่งสหพันธ์ให้ความเคารพต่อหลักการที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน รวมทั้งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยศาลจะไม่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ มิเช่นนั้นเท่ากับว่าศาลไม่เข้าต่อหลักนิติรัฐ⁹ เว้นแต่ในกรณีที่ประเทศตกอยู่ในภาวะวิกฤตอย่างร้ายแรง ศาลจึงจะใช้อำนาจ Judicial Review เข้าควบคุมตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เช่น

8 TROPER M., (2001), *Le bon usage des spectres : du gouvernement des juges au gouvernement par les juges*, p.56.

9 PECH L., *Le remède au gouvernement des juges : le judicial self-restraint*, In Centre de recherche de droit Constitutionnel, Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, *Gouvernement des juges et Démocratie*, (63-113), Paris : Publications de la Sorbonne.

คติประวัติศาสตร์คติหนึ่งของสหรัฐอเมริกา คือ คติ New Deal ในสมัยประธานาธิบดี แฟรงคลิน รูสเวลท์ ช่วงปี ค.ศ. 1935-1937 เป็นคติที่ศาลสูงแห่งสหพันธ์ตัดสินชี้ขาดในทางตรงกันข้ามกับนโยบายการเมืองของประธานาธิบดี และของรัฐสภา ที่กำหนดนโยบายแทรกแซงเศรษฐกิจ เพื่อแก้ปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ การว่างงาน และการล้มละลายของบริษัทเอกชนอย่างเป็นลูกโซ่ เป็นผลให้กฎหมายและมาตรการต่างๆ ของรัฐบาลถูกพิพากษาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ผลของคตินี้สร้างความขัดแย้งระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการอย่างไม่เคยมีมาก่อนในประวัติศาสตร์การเมืองของสหรัฐอเมริกา¹⁰

การศึกษาถึงข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการจึงเป็นการเปิดประเด็นใหม่เพื่อวิเคราะห์การใช้อำนาจและการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการในสังคมประชาธิปไตยในยุคปัจจุบัน และประการสำคัญคือ เป็นเจตนารมณ์ของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะพัฒนาหลักกฎหมายใหม่ๆ (De nouvelles règles de droit) เกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายที่ใช้บังคับในสังคม (L'interprétation du corpus de normes existantes) และเนื่องจากข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการนี้เป็นเรื่องใหม่จึงแน่นอนว่ายังไม่อาจหาบทสรุปร่วมอันเป็นฉันทามติที่จะทำให้ข้อความคิดนี้เป็น “หลักกฎหมาย” (La doctrine juridique) ที่ปราศจากข้อโต้แย้ง

เบื้องต้น ความท้าทายในการวิเคราะห์ข้อความคิดนี้ มีประเด็นหลักที่ต้องพิจารณา 2 ประการ คือ ประการแรก พิจารณาถึงลักษณะของ “การปกครองโดยตุลาการ” ทั้งในมุมมองทางกฎหมายและมุมมองทางการเมือง ประการที่สอง พิจารณาความสัมพันธ์ของ “การปกครองโดยตุลาการ” กับ “ประชาธิปไตย” โดยพิจารณาว่าความสัมพันธ์นี้เป็นไปในเชิงลบหรือเชิงบวก และมีเหตุผลใดรองรับโดยการศึกษาในส่วนนี้พุ่งเป้าไปที่บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคัดสินความถูกผิดหรือส่งผลทางกฎหมายแก่การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ (L'action du législateur) อันได้แก่ การกระทบต่อการตรากฎหมาย

10 TROPER M., Ibid., PECH L., Ibid.

ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งในเชิงข้อความคิดประชาธิปไตย ฝ่ายนิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้งของประชาชน มีความชอบธรรมที่จะออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับภายในประเทศ รวมถึงการพิจารณาถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดการเลือกตั้งประธานาธิบดีที่ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งโดยตรง

นอกจากนี้แล้ว การพิเคราะห์ข้อคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการนี้ยังเกี่ยวข้องกับการพิจารณาทางกฎหมายหลายประเด็น โดยเฉพาะจำเป็นต้องพิเคราะห์ถึงหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ (La souveraineté des Etats) ข้อความคิดว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย (La hiérarchie des normes juridiques) และหลักกฎหมายพื้นฐาน (Les droits fondamentaux) อันเป็นการพิเคราะห์ถึงระบบที่ว่าด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Le système normatif) ซึ่งในประเด็นเกี่ยวกับหลักกฎหมายพื้นฐานนี้ มีข้อพิจารณาถึงสาระของหลักกฎหมายพื้นฐาน (La substance des droits fondamentaux) และบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทสำคัญประจวบกับหลวงผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไป (Le grand prêtre des droits fondamentaux) อันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Le pouvoir normatif) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกโต้แย้งได้แม้จากประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย

สำหรับการประเด็นการพิเคราะห์ลักษณะความเป็นประชาธิปไตย (La notion de démocratie) ของข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการ ก็มีประเด็นต้องพิจารณาถึงพัฒนาการความเปลี่ยนแปลงของแนวคิดประชาธิปไตยที่เปลี่ยนจากแนวคิดดั้งเดิมในเรื่องประชาธิปไตยเสียงข้างมาก (La démocratie majoritaire) มาสู่การให้ความสำคัญที่สาระของประชาธิปไตย ซึ่งก็คือ สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งพัฒนาการของแนวคิดประชาธิปไตยเช่นนี้เองที่นำมาซึ่งความชอบธรรม (Légitimité) ในทางประชาธิปไตยของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะเป็นองค์กรที่เป็น “ตัวคานอำนาจ” (Le contre-pouvoir) กับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และองค์กรฝ่ายบริหาร

สำหรับประเด็นคำถามต่อความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (légitimité démocratique) กับการใช้อำนาจของตุลาการ โดยเฉพาะตุลาการรัฐธรรมนูญ ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดสองประการ คือ หลักประชาธิปไตย กับ แนวคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการ ซึ่งหลักประชาธิปไตยมีภาพไปในทางบวก ขณะที่การปกครองโดยตุลาการจะไปในเชิงลบ ไม่ว่าจะเป็นมุมมองทางการเมือง หรือมุมมองทางกฎหมาย โดยหลักแล้ว สำหรับการปกครองระบอบประชาธิปไตย องค์กรตุลาการทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดคดีข้อพิพาทต่างๆ องค์กรตุลาการจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ ที่ขาดไม่ได้ในสังคมประชาธิปไตย ตุลาการเป็นส่วนสำคัญในนิติรัฐ และยิ่งเห็นความสำคัญมากยิ่งขึ้นสำหรับบทบาทขององค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะการใช้อำนาจมีผลต่อการดำเนินกิจกรรมทางการเมือง จึงน่าสนใจที่กล่าวว่าการปกครองโดยตุลาการนั้น ตุลาการรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในการปกครองอย่างไร จากจุดเริ่มต้น อำนาจศาลตามหลักแบ่งแยกอำนาจ “ศาลเป็นเสมือนปากเสียงของบทกฎหมาย” (la bouche de la loi) อย่างไรก็ดี ในแง่ของการคานอำนาจ นอกจากหลักแบ่งแยกอำนาจแล้ว ยังมีอีกมุมมองหนึ่ง คือ หลัก “un poids et un contre-poids” ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทเป็น un contre-poids ต่ออำนาจการเมืองอื่น

นักวิชาการฝรั่งเศสส่วนใหญ่เห็นว่า “การปกครองโดยตุลาการ” มีนัยในเชิงลบ และพยายามวิเคราะห์ว่าจริงแล้ว “การปกครองโดยตุลาการเป็นข้อความคิด (Concept) ที่มีอยู่จริงหรือไม่ และถ้ามีอยู่ จะมีโครงสร้างของความคิดอย่างไร และทำงานอย่างไร และการวิเคราะห์ข้อความคิดนี้ ควรเป็นการวิเคราะห์ที่ลักษณะของตัวข้อความคิดนั่นเอง ไม่ใช่การวิเคราะห์จากบริบทสถานการณ์การเมือง ซึ่งจะได้ศึกษาในหัวข้อถัดไป

3. ข้อถกเถียงต่อที่มาและความหมายของ “การปกครองโดยตุลาการ” (Le gouvernement des juges)

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการเป็นความพยายามของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะวิเคราะห์หลักการนี้อย่างเป็นวิชาการ และเป็นความพยายามที่ยังหาฉันทามติอันจะทำให้เกิดเป็น “หลักกฎหมาย” (La doctrine) ยังมิได้ แม้กระทั่งการเริ่มต้นที่จะให้นิยามแก่สำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” นี้ ก็ยังไม่อาจให้นิยามในเชิงหลักการและทฤษฎีเพียงประการเดียวและเป็นที่ยอมรับร่วมกันได้ แต่อย่างน้อยที่สุดก็เป็นการเปิดประเด็นเพื่อนำมาสู่การวิเคราะห์หลักการปกครองโดยตุลาการในทางทฤษฎีกฎหมาย

ที่มาของสำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” นี้ ย้อนไปถึง ปี ค.ศ. 1914 ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้พิพากษา Walter Clark¹¹ ได้ใช้สำนวนที่ว่า Government by judge เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในลักษณะเหนือกว่าของศาลที่อยู่เหนือกว่าองค์กรการเมืองที่เป็นผู้ใช้อำนาจ “ปกครอง” ประเทศ อีก 2 องค์กร นั่นคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ซึ่งการกล่าวสำนวนนี้แสดงถึงความไม่สมดุลของอำนาจขององค์กรทางการเมืองทั้งสามองค์กร โดยที่อำนาจหนึ่งในสามอำนาจ แทนที่จะใช้อำนาจภายในขอบเขตของตน กลับใช้อำนาจก้าวล่วงอำนาจอื่นในลักษณะที่เป็นการชี้นำหรือเป็นการ “ปกครอง” อีกสองอำนาจ โดยก่อนหน้านี้เมื่อปี ค.ศ. 1884 Woodrow Wilson¹² ได้กล่าวอีกสำนวนในลักษณะเดียวกัน แต่แสดงถึงความเหนือกว่าขององค์กรรัฐสภา นั่นคือสำนวนที่ว่า Congressional

11 อ้างใน BRONDEL S, FOULQUIER N. et HEUSCHLING L., (2001), Introduction : d'un non sujet vers un concept scientifique. In Centre de recherche de droit Constitutionnel, Centre d'analyse comparative des systèmes politiques, **Gouvernement des juges et Démocratie**, (13-14), Paris : Publications de la Sorbonne.

12 Ibid.

Government อันเป็นการยืนยันหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (La suprématie du Congrès)

นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่ง ซึ่งมี Claude Klein รวมอยู่ด้วย¹³ ได้อธิบายถึงกำเนิดของถ้อยคำ “การปกครองโดยตุลาการ” ว่าอาจตีความได้จาก คัมภีร์ไบเบิลเล่มเก่า (L’ancien testament) ในเล่มที่วาดด้วยผู้พิพากษาตุลาการ (Le livre des juges) ในขณะที่นักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งพิจารณาที่มาของสำนวนนี้ว่าเริ่มต้นขึ้นในสมัยใหม่ และกำเนิดขึ้นพร้อมๆ กับทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออ ซึ่งตามทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจนี้ บทบาทของศาลมีจำกัด ผู้พิพากษาตุลาการใช้อำนาจหน้าที่เป็นเพียง “กระบอกเสียงของกฎหมาย” (La bouche de la loi) โดยกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (Une légitimité démocratique) ศาลมีหน้าที่เพียงปรับใช้บทกฎหมายแก้คดีพิพาทเท่านั้น หากศาลใช้อำนาจเกินไปกว่านี้ก็เข้าลักษณะเป็น “การปกครองโดยตุลาการ” ซึ่งขัดต่อหลักแบ่งแยกอำนาจและหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย ตามนัยนี้ “ประชาธิปไตย” มีความหมายบ่งชี้ถึง “อำนาจสูงสุดของรัฐสภา” (La souveraineté du Parlement)

ในประเทศฝรั่งเศส Michel TROPER เขียนบทความ¹⁴ ถึงการปรากฏตัวของสำนวนสองสำนวน ที่มีนัยยะเดียวกัน คือ “การปกครองของตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” (Le gouvernement des juges) และ “การปกครองโดยตุลาการ” (Le gouvernement par les juges) โดยกล่าวอ้างอิงถึง Edouard LAMBERT ว่าเป็นผู้ใช้สำนวน « Le gouvernement des juges » นี้เป็นคนแรกในฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1921 โดย Edouard LAMBERT อธิบายว่า การปกครองโดยตุลาการนั้นเกิดขึ้นจริง จากตัวอย่างของศาลสูงอเมริกาในการตรวจสอบความ

13 Ibid., p. 15.

14 TROPER M., Le bon usage des spectres du gouvernement des juges au gouvernement par les juges., p.49-65.

ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในบริบท Common Law ไม่ใช่เรื่องน่าแปลก ที่ผู้พิพากษาร่างหลักกฎหมาย และด้วยเหตุนี้จึงกล่าวว่าผู้พิพากษาศาลสูงอเมริกัน มีส่วนสำคัญในการปกครองประเทศ นับตั้งแต่คดีประวัติศาสตร์ Marbury & Madison

จะเห็นได้ว่า สำนวนที่ว่า “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาล ตุลาการ” นี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสได้ใช้ในความหมายที่ต่างจากประเทศอื่น และที่สำคัญคือ มีนัยในเชิงลบ ซึ่งเหตุผลสนับสนุนอีกประการหนึ่งก็คือ ประเทศฝรั่งเศส ยึดหลักการแยกการใช้อำนาจตุลาการออกจากอำนาจปกครอง โดยห้ามศาล ยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดในกิจการที่เป็นการใช้อำนาจมหาชน และหลักการนี้บัญญัติ รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ฉบับปี ค.ศ. 1791 รวมทั้งมองว่าการที่ตุลาการใช้ อำนาจในลักษณะที่เป็นการปกครองโดยตุลาการนี้เป็นสิ่งที่เลวร้าย (Une chose affreuse) เช่น Otto PFERSMANN¹⁵ เรียกข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดย ตุลาการนี้ว่า “ตุลาการผู้ร่วมตรากฎหมาย” (La colégislation juridictionnelle) และกล่าวว่าเป็นข้อความคิดที่เลวร้าย « monstruosité conceptuelle » ดังนั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อความคิดพื้นฐาน (Fondement) ของการใช้อำนาจ ตุลาการเช่นว่านี้ ซึ่งการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงลึกก็จะเกี่ยวข้องกับข้อความคิดพื้นฐาน 3 ประการ คือ กฎหมาย (Le droit) ประชาธิปไตย (La démocratie) และ บทบาทของศาลหรือองค์กรตุลาการ (Le rôle du juge)

ประเทศฝรั่งเศส นับแต่แนวความคิดว่าด้วยหลักแบ่งแยกอำนาจของ มงเตสกิเออ ถือว่า อำนาจของตุลาการนั้นมิได้มีความสำคัญมาก เพราะเหตุว่า หน้าที่ของผู้พิพากษาก็คือการหยิบยกบทบัญญัติที่กฎหมายตราขึ้นไว้แล้ว มาปรับใช้ แหล่งกำเนิดของกฎหมายมีเพียงแหล่งเดียวคือบทบัญญัติกฎหมาย ที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา อันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน (La loi est l'expression de la volonté générale) นั่นคือ ฝรั่งเศสยึดหลักอำนาจสูงสุด

15 อ้างใน BRONDEL S, FOULQUIER N. et HEUSCHLING L., Ibid, (15-16).

ของรัฐบาล (La Suprématie du parlement) ผู้พิพากษาที่สร้างกฎหมายจึงเป็นสถาบันที่ต่อต้านประชาธิปไตย (Une institution anti-démocratique) ดังนั้นวิธีการที่แน่นอนที่สุดที่จะค้ำจุนประชาธิปไตยก็คือจะต้องกันผู้พิพากษาออกจากระบวนการสร้างกฎหมาย เมื่อนักวิชาการทางกฎหมายในฝรั่งเศสไม่ยอมรับหลักการปกครองโดยตุลาการเช่นนี้แล้ว คำถามจึงมีเพียงว่า หลักการนี้ปรากฏตัวขึ้นในฝรั่งเศสหรือไม่

Michel Troper กล่าวว่า การพิจารณาว่าข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการปรากฏตัวขึ้นหรือไม่ อาจอธิบายได้หลายลักษณะ ประการแรก การปกครองโดยตุลาการจะเกิดขึ้นเมื่อตุลาการใช้อำนาจในการตีความ (Le pouvoir d'interprétation) เพราะว่าการตีความเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจพิจารณากรณีที่ไม่มีความหมายบัญญัติไว้ (Le pouvoir discrétionnaire) หรือมิฉะนั้น ก็อาจปฏิเสธว่าไม่มีการปกครองโดยตุลาการ โดยอธิบายว่าแม้ว่าตุลาการจะใช้อำนาจตีความรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุว่า การใช้อำนาจตีความ ไม่เป็นการใช้อำนาจที่ไม่มีขอบเขตจำกัด ดังนั้น ข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการจะมีอยู่หรือไม่ ขึ้นอยู่กับการนิยาม “การตีความ” รัฐธรรมนูญของศาล ว่าเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจเบ็ดเสร็จหรือไม่ (L'interprétation est discrétionnaire ?) นอกจากนี้ยังมีประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ว่าเป็นการใช้อำนาจในลักษณะเป็นการปกครองโดยตุลาการ และโดยแท้จริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหรือไม่ ซึ่งข้อพิจารณาประการนี้จะเกี่ยวข้องกับการพิเคราะห์ถึงทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ นั่นคือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

จากข้อถกเถียงถึงที่มาและความหมายของ “การปกครองโดยตุลาการ” นำมาสู่การพิเคราะห์ถึงความมีอยู่และพัฒนาการของข้อความคิดดังกล่าวในลำดับถัดไป

4. หลัก “การปกครองโดยตุลาการ” มีอยู่จริงหรือไม่? และการพัฒนาการของแนวคิดดังกล่าว

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าข้อพิจารณาเบื้องต้นของผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับหลักการนี้มุ่งไปที่นัยยะในเชิงลบของถ้อยคำสำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” ซึ่งจากถ้อยคำย่อมนำมาสู่ข้อความคิด และการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงลึกก็จะเกี่ยวข้องกับข้อความคิดพื้นฐาน 3 ประการ คือ กฎหมาย (Le droit) ประชาธิปไตย (La démocratie) และบทบาทของศาลหรือองค์กรตุลาการ (Le rôle du juge) โดยข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการมีนัยของการพิจารณาความสัมพันธ์ของข้อความคิดพื้นฐานทางกฎหมายทั้ง 3 ประการดังกล่าว และอาจแบ่งระดับความเข้มข้นของการใช้อำนาจของตุลาการเพื่อพิจารณาว่ามีการปกครองโดยตุลาการอยู่จริงหรือไม่ ดังนี้¹⁶

นัยยะแรก การปกครองโดยตุลาการเกิดขึ้นเมื่อตุลาการมีอำนาจอิสระ (Un pouvoir autonome) นั่นคือ เมื่อตุลาการมีอำนาจตีความ (Un pouvoir d'interprétation) ชนิดที่ศาลกระทำการตามเจตจำนงในการเลือกใช้ดุลพินิจอิสระ (Des choix discrétionnaires) จากการที่ศาลมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ศาลอาจมีส่วนร่วมในการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (l'élaboration de la norme) กรณีนี้ศาลมิได้เป็นเพียง “กระบอกเสียงของกฎหมาย” (La bouche de la loi) แต่ศาลกลายเป็นผู้ทรงอำนาจอย่างแท้จริงในการใช้การตีความกฎหมายโดยไม่ผูกพันกับฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นมา ตรงนี้เองที่เรียกว่า “ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง” ด้วยเช่นเดียวกัน ดังที่ Michel TROPER ใช้สำนวนว่า การปกครองโดยตุลาการ« Gouvernement par les juges » อย่างไรก็ตามการอธิบายข้อความคิด “การปกครองโดยตุลาการ” ตามนัยยะนี้ เป็นการวิเคราะห์เชิงพรรณนา (Descriptif) กล่าวคือ เป็นการให้ความเห็นที่เป็นกลาง (Neutre) นั่นคือ เป็นการพรรณนาถึงการขยายอำนาจของศาลในระบบกลไกการเมือง

16 Ibid., p.15-18.

การปกครอง เป็นการวิเคราะห์เชิงภววิสัย (Une analyse objective) ของการใช้ อำนาจ โดยไม่ตีความคุณค่า (Des valeurs) ของการใช้อำนาจของศาลในลักษณะ ดังกล่าว ซึ่ง Prof. TROPER¹⁷ ปฏิเสธที่จะวิเคราะห์การใช้อำนาจตุลาการเช่นนี้ โดยนำไปเชื่อมโยงกับความสอดคล้องกับอุดมการณ์ประชาธิปไตย และเช่นเดียวกับนักกฎหมายสำนักกฎหมายบ้านเมืองท่านอื่นๆ ที่เห็นว่า การพิเคราะห์ข้อความ คตินี้โดยนำไปโยงกับปัญหาความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของการใช้อำนาจ ตุลาการนั้น ไม่ใช่ประเด็นวิเคราะห์ในเชิง “ศาสตร์” (La science) หากแต่เป็น ปัญหาในเชิง “อุดมการณ์” (l'idéologie)¹⁸ และนำมาสู่การพิจารณาลักษณะเฉพาะ ข้อความคิดว่าด้วย “กระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ” (La justice constitutionnelle) และของศาลรัฐธรรมนูญ

นัยยะที่สอง การปกครองโดยตุลาการจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ ผู้พิพากษา หรือตุลาการมีอำนาจมากเกินไป (Les juges ont trop de pouvoir) สำหรับการ ใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตย นักกฎหมายที่มีความ เห็นตามนัยยะนี้ได้แก่ Etienne PICARD อธิบายว่า ในระบอบประชาธิปไตย ในนามของการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศาลย่อมมีอำนาจบางประการ แม้กระทั่งเป็นอำนาจดุลพินิจ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะไม่ก้าวล่วงหรือเกินเลย จากจุดที่อาจถูกวิพากษ์วิจารณ์ (Un seuil critique) ได้ ตามนัยยะนี้จึงเป็นการ พิเคราะห์ที่อุดมการณ์ประชาธิปไตย ยิ่งกว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับ อำนาจตุลาการ สำหรับจุดที่อาจถูกวิพากษ์วิจารณ์นั้น มีนักกฎหมายหลายท่าน อธิบายอย่างเป็นรูปธรรม เช่น การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหยิบยกคดีขึ้น พิจารณาได้เอง (Un droit d'auto saisine) การที่ศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไป ตรวจสอบการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Le pouvoir constituant) ไม่ว่าจะ เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Le pouvoir constituant originaire)

17 Ibid., p. 16.

18 Ibid.

หรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Le pouvoir constituant dérivé) เพราะว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจอธิปไตยซึ่งตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยถือว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (La souveraineté du peuple) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อำนาจหรือสิทธิที่จะชี้ขาดเป็นเสียงที่สุดคือเสียงของประชาชน (Le droit du dernier mot du peuple) ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หาใช่เสียงของผู้พิพากษาศาลาการไม่

นัยยะที่สาม อธิบายโดย Gérard Timsit และ Guy Scoffoni มุ่งพิจารณาที่ใช้ใช้อำนาจตีความของตุลาการเมื่อระบบองค์กรการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ถูกสร้างขึ้นอย่างลงตัวแล้ว เกิดคำถามว่าศาลสร้างกฎหมายอย่างไร และมีคุณค่าใดที่ศาลใช้อำนาจดุลพินิจ นั่นคือ ศาลจะใช้ดุลพินิจตีความอย่างไรให้สอดคล้องกับอุดมการณ์ประชาธิปไตย Gérard Timsit ให้ข้อสังเกต 2 ประการในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ ประการแรก ศาลใช้ดุลพินิจพิพากษาคดีตามคุณค่าที่สังคมเรียกร้อง กล่าวคือ ตัดสินตามกระแสสังคม ประการที่สอง ศาลใช้ดุลพินิจจากความคิดเห็นของตนเอง หรือจากผลประโยชน์ขององค์กรตุลาการนั่นเอง ด้วยเจตนาที่จะเป็นผู้ชี้แนะแก่สังคมส่วนรวม ทั้งสองกรณีนี้ เข้าลักษณะเป็น “การปกครองโดยตุลาการ”

5. ข้อพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการเหมือนศาลอื่นๆ หรือไม่

การวิเคราะห์ในหัวข้อนี้ เป็นการพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจที่เป็นอำนาจตุลาการหรือไม่ เพื่อที่จะตอบคำถามว่าหากศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินเลยไปจากขอบเขตอำนาจของตนนั้น เป็นการปกครองโดยตุลาการหรือไม่ ในประเด็นนี้ ฮันส์ เคลเซน นักกฎหมายชาวออสเตรีย ซึ่งถือว่าเป็นผู้ให้กำเนิดศาลรัฐธรรมนูญในระบบศาลพิเศษ ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจน ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป

ในเบื้องต้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในแนวคิด “การปกครองโดยตุลาการ” สิ่งแรกที่ต้องสร้างความกระจ่างก็คือ “ตุลาการ” (Les juges) และ “การปกครอง” หรือ “รัฐบาลในฐานะผู้ปกครอง” (Le gouvernement) และเราอาจพิจารณาจากลักษณะ “งาน” ของ “รัฐบาล” ที่ทำหน้าที่ในงาน “การปกครอง” อย่างไรก็ดี คำว่า “การปกครอง” หรือ Government นี้ ความหมายที่ใช้ในภาษาอังกฤษมีความหมายกว้างกว่า Gouvernement ในภาษาฝรั่งเศสมาก สำหรับแนวความคิดของ ฌ็อง ฌาคส์ รูสโซ ความหมายของ การปกครองในสำนวนนี้ ในฝรั่งเศสจะหมายถึงเพียงแค่ การที่ศาลเข้ามาใช้อำนาจ “บริหาร” ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือ คณะรัฐมนตรี (Le conseil des ministres) ในขณะที่ความหมายที่ใช้ในอเมริกา “การปกครอง” จะกินความรวมถึงการใช้อำนาจรัฐที่สำคัญทั้งสามอำนาจ นั่นคือ หมายถึงการที่ศาลใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามด้านในการปกครองประเทศนั่นเอง

ดังนั้น สำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” ในประเทศฝรั่งเศส ช่วงแรกๆ จึงมุ่งหมายที่จะใช้เพื่อโต้แย้งตั้งแต่การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ หรือที่ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ที่จุดเริ่มต้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมุ่งสร้างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อเป็นผู้ช่วยของฝ่ายบริหารในการคานอำนาจกับรัฐสภา และแม้ภายหลังมีศาลรัฐธรรมนูญเต็มรูปแบบแล้ว สำนวนนี้ก็มุ่งโต้แย้งการขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้ถือว่าเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศฝรั่งเศสที่ไม่ไว้วางใจศาล แตกต่างจากการใช้สำนวนนี้ในประเทศอื่น ทั้งในอเมริกาและเยอรมันที่ไม่ได้ใช้ในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อองค์กรตุลาการ

อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสการวิพากษ์เช่นนี้มิได้เป็นการโต้แย้งหรือปฏิเสธคุณภาพหรือคุณสมบัติของตุลาการ เพียงแต่พิเคราะห์เพื่อจะยืนยันว่า ตุลาการไม่มีหน้าที่ใน “การปกครอง” ในฝรั่งเศสไม่มีใครโต้แย้งผู้พิพากษาตุลาการในเชิงคุณภาพ เพียงแต่โต้แย้งเกี่ยวกับการเข้ามาก้าวร้าวกับงานการปกครอง แทน

จะไม่มีนักปรัชญาหรือนักวิชาการทางกฎหมายที่ยืนยันชัดเจนว่าตุลาการสามารถ “ปกครอง” ประเทศ อย่างดีก็เพียงปฏิเสธว่าตุลาการที่เข้าก้าวก่าย “การปกครอง” นี้ มิได้มีสถานะเป็นตุลาการ ซึ่งตรงกับคำอธิบายของ ฮันส์ เคลเซิน¹⁹ ที่ตอบ อธิบายต่อคำถามที่ว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Le contrôle de constitutionnalité) เป็นการละเมิดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ใช่หรือไม่ เพราะว่าเป็นการที่ตุลาการเข้ามาตรากฎหมาย เคลเซินตอบว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่ตุลาการ (La cour constitutionnelle n'est pas un juge) เพราะว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่ในทางตุลาการ (Elle n'exerce pas une fonction juridictionnelle) แต่เป็นการทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ (Une fonction législative) กรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ (Un législateur) แม้ว่าจะเป็นผู้นิติบัญญัติที่ปฏิบัติการเชิงปฏิเสธ และตราบไต่ที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เกินออกไปจากกรอบนี้ ก็ไม่ใช่เหตุที่จะพิจารณาว่ากระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ฮันส์ เคลเซิน กล่าวสรุปว่า องค์การที่ได้รับมอบอำนาจให้ทำหน้าที่ยกเลิกเพิกถอนบทบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แม้ว่าโดยสถานะความเป็นอิสระขององค์กรดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการ แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการอย่างแท้จริง

เห็นได้ว่า แม้ว่าฮันส์ เคลเซิน จะไม่ได้ใช้สำนวนว่า “การปกครองโดยตุลาการ” แต่เคลเซิน ก็นำข้อความคิดเรื่องนี้มาใช้ เมื่อเคลเซินอธิบายข้อความคิดที่ว่าตุลาการเข้ามาใช้อำนาจทางการเมืองที่สำคัญ ก้าวล่วงจากการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ การพิเคราะห์ข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการจึงไม่ใช่เพียงการพิเคราะห์จากการใช้สำนวนดังกล่าวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการพิเคราะห์ว่าทฤษฎีที่อธิบายถึงข้อความคิดดังกล่าวด้วย จึงอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นที่เรียกว่า “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” นั้น ก็คือ การที่

19 TROPER M., Le bon usage des spectres du gouvernement des juges au gouvernement par les juges., p.50-52.

ตุลาการเข้าปฏิบัติหน้าที่ใช้อำนาจทางการเมืองที่สำคัญ เกินเลยไปจากหน้าที่ในทางตุลาการ

ดังนั้น เราอาจเรียกว่าเป็นการปกครองโดยตุลาการ เมื่อตุลาการมีอำนาจในการตีความ เพราะว่าอำนาจการตีความมีลักษณะเป็นอำนาจดุลพินิจโดยแท้ (L'interprétation est discrétionnaire) รวมทั้ง กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ก็เข้าลักษณะเป็น การใช้ อำนาจในลักษณะเป็นการปกครองโดยตุลาการเช่นเดียวกัน เพราะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองที่สำคัญ

เมื่อพิจารณาถึงจุดนี้จึงเกิดคำถามว่า “ตุลาการรัฐธรรมนูญ” เป็น “ตุลาการ” เหมือนตุลาการศาลอื่นหรือไม่ ต่อคำถามนี้ ฮันส์ เคลเซิน อธิบายไว้สั้นๆว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น มีลักษณะเป็นการปกครองประการหนึ่ง แต่ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้มีลักษณะเป็นตุลาการอย่างแท้จริง สำหรับประเด็นว่าการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นจะกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ เคลเซิน อธิบายว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าบทกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับ เป็นเพียงการใช้อำนาจนิติบัญญัติในเชิงปฏิเสธ (Législation négative) และเป็นเพียงการใช้อำนาจอย่างเบาบาง ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ใช้อำนาจตุลาการ หรือไม่ใช้การทำหน้าที่อย่างตุลาการ แต่ทำหน้าที่ทางนิติบัญญัติ ดังนั้น จึงไม่ใช่เรื่องการปกครองโดยตุลาการ แต่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติอีกองค์กรหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าเคลเซินจะไม่ได้ใช้สำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” แต่เคลเซินได้อธิบายถึงข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการว่าจะเกิดขึ้นต่อเมื่อตุลาการใช้อำนาจทางการเมืองอย่างมีนัยสำคัญ เกินไปจากการใช้อำนาจในหน้าที่ตุลาการ

6. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของการใช้อำนาจ “ปกครอง” โดยตุลาการ

ก่อนที่จะวิเคราะห์ถึง “ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย” ของ “การปกครองโดยตุลาการ” ควรที่จะพิจารณาความหมายของ “ประชาธิปไตย” โดยสังเขป ซึ่งหากพิจารณาข้อความคิดจากถ้อยคำ “ประชาธิปไตย” หมายถึง การมีส่วนร่วมของประชาชนในกิจการบ้านเมือง หรือในกิจการมหาชน และหากเป็นไปได้ประชาชนควรต้องมีส่วนร่วมในกิจการบ้านเมืองทุกระดับ และมีส่วนร่วมตลอดเวลา²⁰ ประชาธิปไตยเป็นปรัชญาหรืออุดมการณ์ทางการเมืองการปกครองที่วางด้วยความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองในกิจการบ้านเมืองหรือในการบริหารราชการแผ่นดิน คำกล่าวที่แสดงถึงความหมายของประชาธิปไตยได้อย่างชัดเจน คือ คำกล่าวของอดีตประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา อับบราฮัม ลินคอล์น ที่กล่าวไว้ว่า “ประชาธิปไตย คือ การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน” การปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงแสดงออกได้ด้วยการออกเสียงและการเลือกตั้ง ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นการแสดงออกถึงความเป็นประชาธิปไตยในทางรูปแบบ อย่างไรก็ตาม อุดมการณ์ประชาธิปไตยสมัยใหม่ตามแนวคิดของนักปรัชญายุคแสงสว่างจะต้องมีลักษณะทางเนื้อหาที่สัมพันธ์กับแนวคิดปัจเจกชน นั่นคือ แนวคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน (La liberté individuelle) ซึ่งต่างจากข้อความคิดว่าด้วยประชาธิปไตยในยุคกรีกโบราณที่ยังไม่มีแนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน²¹ ดังนั้น รัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องมีการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งเพื่อให้ประชาธิปไตยในทางเนื้อหาบรรลุผลจะต้องมีหลักแบ่งแยกอำนาจ สอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ

20 MATHIEU B., VERPEAUX M., (2004), *Droit constitutionnel*, (1eme édition), Paris : Presses Universitaires de France, p.315-316.

21 Ibid.

ของมนุษย์และพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789) มาตรา 16 ว่า “สังคมใดไม่มีการรับรองคุ้มครองสิทธิ และไม่มีหลักแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”

ดังนั้น “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ รัฐธรรมนูญที่เกินเลยจากอำนาจตุลาการ ก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรทางการเมืองอื่น ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ทำให้ทั้งในเชิงถ้อยคำสำนวน และในเชิงข้อความคิด จึงเป็นการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่ขัดต่อหลักแบ่งแยกอำนาจ และเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะพยายามหยาบยคมุมมองและข้อสนับสนุนในทางตรงกันข้ามมาเสนอว่ามีข้อสนับสนุนใดบ้างที่จะอธิบายได้ว่าการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่เข้าลักษณะเป็นการปกครองโดยตุลาการเช่นนั้น อาจจะไม่ขัดต่อหลักการของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่จะใช้อำนาจในลักษณะเช่นนั้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีข้อสนับสนุนอย่างน้อย 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) มุมมองเกี่ยวกับจุดยึดโยงกับประชาชน ในทัศนะนี้มองว่า ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องมีความสัมพันธ์หรือมีที่มาที่สามารถเชื่อมโยงไปหาประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งหากพิจารณาข้อความคิดที่มาจากอำนาจรัฐเช่นนี้ ย่อมจะทำให้องค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญที่ตัดขาดจากประชาชนย่อมมีลักษณะขององค์กรที่ไม่เป็นประชาธิปไตย แต่ไม่ได้หมายความว่าตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยอ้อมจากประชาชน หากแต่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย

อย่างไรก็ดี การพิจารณาจากลักษณะความเป็นประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญนี้ อาจจะไม่เป็นประเด็น ถ้าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีอำนาจมากมาย ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจข้องเกี่ยวกับการเมืองเลย หรือเข้ามาใช้อำนาจ

ข้องเกี่ยวกับการเมืองเพียงเล็กน้อย ดังนั้น ข้อความคิดเกี่ยวกับจุดยึดโยงกับประชาชนเช่นนี้ เป็นข้อความคิดที่ไม่สมควรนำมาเป็นหลักคิดเพียงประการเดียวในการพิจารณาว่า การใช้อำนาจของศาลที่มีลักษณะเป็นการปกครองโดยตุลาการมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยหรือไม่ กล่าวคือ หากนำตรรกะในเรื่องจุดยึดโยงกับประชาชนมาพิเคราะห์การปกครองโดยตุลาการ ย่อมทำให้เกิดคำอธิบายว่า หากศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาจากประชาชนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมจะเป็นองค์กรที่ชอบด้วยหลักประชาธิปไตย และย่อมมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในการใช้อำนาจอย่างใดก็ได้ ดังนั้น การที่ศาลจะใช้อำนาจเกินเลยก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรการเมืองอื่น ย่อมไม่เป็นการปกครองโดยตุลาการ เพราะศาลมีจุดยึดโยงกับประชาชน ซึ่งการพิเคราะห์ด้วยทัศนะเช่นนี้มีข้อโต้แย้ง²² เนื่องจากการพิจารณาลักษณะความเป็นประชาธิปไตย (Le caractère démocratique) ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งนั้น ไม่น่าจะพิจารณาเพียงแค่จุดกำเนิดหรือที่มาของอำนาจเท่านั้น หากจะต้องพิจารณาถึงระดับของอำนาจของศาล (Le degré de puissance des cours) นั้นด้วยว่ามีมากน้อยเพียงใด กล่าวคือ ไม่ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีที่มาหรือมีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนหรือไม่ก็ตาม หากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเล็กน้อยมาก (Une puissance nulle ou une puissance faible) และเป็นการใช้อำนาจที่ไม่มีความสำคัญและไม่มีผลกระทบแต่อย่างใดต่อการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดิน เช่นนี้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มีจุดยึดโยงกับประชาชนก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เช่น อำนาจของคณะตุลาการฝรั่งเศสในช่วงเริ่มแรกที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีอำนาจเพียงแค่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปแบบว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ก้าวล่วงไปตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือไม่ ซึ่งในยุคเริ่มต้นนี้ คณะตุลาการ

22 TROPER M., Ibid., p.52.

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเป็นเพียงผู้ช่วยของฝ่ายบริหารเท่านั้น แม้ว่าคณะตุลาการฝรั่งเศสจะมีที่มาที่มีจุดยึดโยงกับประชาชนก็ตาม ในทางตรงกันข้าม หากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจมากและมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อการเมืองการปกครอง และการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ว่ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นมานั้นใช้บังคับได้หรือไม่ ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือมีอำนาจชี้ว่าพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลกระทบอย่างมากต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เช่นนี้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีที่มาที่ยึดโยงกับประชาชนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม การที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการปกครองโดยตุลาการก้าวล่วงไป ในอำนาจขององค์กรทางการเมืองอื่น ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อหลักการประชาธิปไตย กล่าวโดยสรุปก็คือ การพิจารณาเกี่ยวกับความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (légitimité démocratique) ของศาลรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนี้ ไม่อาจนำเรื่องที่มาที่ยึดโยงกับประชาชนมาเป็นข้อพิจารณาหลักเพียงประการเดียว หากจะต้องพิจารณาถึงระดับความสำคัญของอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย

(2) มุมมองว่าด้วยอำนาจต้านอำนาจ (Le contre-pouvoir)

จากแนวคิดตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเออที่มองว่า หากให้อำนาจการปกครองรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว ย่อมทำให้เกิดการบิดเบือนการใช้อำนาจ (Abus de pouvoir) ได้ง่าย ดังนั้น ในรัฐจึงต้องมีการแบ่งแยกอำนาจรัฐที่สำคัญ 3 ด้าน คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้อำนาจ และให้มีการถ่วงดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน ซึ่งตามความคิดของมงเตสกีเออ องค์กรของรัฐที่ ต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ส่วนองค์กรตุลาการนั้นไม่ได้มีอำนาจมาก เพราะศาลเป็นเสมือนปากเสียงของบทกฎหมาย

(la bouche de la loi) กฎหมายว่าไว้อย่างไร ศาลก็ต้องพิจารณาวินิจฉัยไปตามนั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมและกฎหมายมีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงไป ปัญหาทางกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดินมีความซับซ้อนมากขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทเป็นตัวคานอำนาจ (Un contre-poids) ต่ออำนาจการเมืองอื่น และช่วยให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยสมบูรณ์ยิ่งขึ้น จึงเกิดคำอธิบายในแง่ของการคานอำนาจว่า นอกจากหลักแบ่งแยกอำนาจแล้ว ยังมีอีกมุมมองหนึ่งของการคานอำนาจ คือ หลัก “un poids et un contre-poids” หรือ un pouvoir et un contre-pouvoir ตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมสำหรับมุมมองนี้ คือ การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างน้อยที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายเสียงข้างมากนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นตัวคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ และคุ้มครองเสียงข้างน้อยในสภาผู้แทนราษฎร ทำให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภามีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

(3) มุมมองเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

มุมมองประการนี้สัมพันธ์กับมุมมองในประการที่สอง แต่กรณีนี้มองที่เป้าหมาย และดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่าประเด็นการพิเคราะห์ลักษณะความเป็นประชาธิปไตย (La notion de démocratie) ของข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยตุลาการ มีประเด็นต้องพิจารณาถึงพัฒนาการความเปลี่ยนแปลงของแนวคิดประชาธิปไตยที่เปลี่ยนจากแนวคิดดั้งเดิมในเรื่องประชาธิปไตยเสียงข้างมาก (La démocratie majoritaire) มาสู่การให้ความสำคัญที่สารถยะของประชาธิปไตย ซึ่งก็คือ สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งพัฒนาการของแนวคิดประชาธิปไตยเช่นนี้เองที่นำมาซึ่งความชอบธรรม (Légitimité) ในทางประชาธิปไตยของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะเป็นองค์กรที่เป็น “ตัวคานอำนาจ” (Le contre-pouvoir) กับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และองค์กรฝ่ายบริหาร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตัวอย่าง

ของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้หัวใจของการปกครองระบอบประชาธิปไตยคือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพสัมฤทธิ์ผล ได้แก่ กรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสวางหลักเรื่อง “กรอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” (Bloc de constitutionnalité) โดยเฉพาะการที่ศาลสร้างหลักการพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) และหลักการทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่จำเป็นต่อยุคสมัย (Les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps) และจากกรอบทางรัฐธรรมนูญดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วินิจฉัยรับรองสิทธิเสรีภาพหลายๆ ประการว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีค่าบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

กล่าวโดยสรุปสำหรับประเด็นความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของการใช้อำนาจของตุลาการ โดยเฉพาะเมื่อตุลาการใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรการเมืองอื่นที่เรียกว่าเป็นการปกครองโดยตุลาการนั้น เมื่อพิจารณาจากมุมมองทั้ง 3 ประการดังกล่าวโดยเฉพาะมุมมอง 2 ประการหลัง ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในการใช้อำนาจที่เกินเลยไปจากอำนาจตุลาการ หากสามารถอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าเป็นการคานอำนาจกับอำนาจการเมืองอื่น และการใช้อำนาจที่เกินเลยนั้นมีเหตุผลสำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

7. บทสรุป

ดังที่ได้กล่าวไว้ตั้งแต่ต้นแล้วว่า การพิเคราะห์ถึงข้อความคิดว่าด้วย “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” นี้ แม้จะยังไม่มีลักษณะเป็น ข้อความคิดทางกฎหมายที่ได้รับฉันทามติว่าเป็นหลักกฎหมาย แต่นับว่าเป็นความ พยายามของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะสร้างและพัฒนาข้อความคิดทางกฎหมาย ที่ชัดเจนจากปรากฏการณ์ในการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการโดยเฉพาะศาล รัฐธรรมนูญ ที่ใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรการเมืองอื่น โดยเฉพาะ ก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร และยิ่งไปกว่านั้น คือ การที่ศาล รัฐธรรมนูญก้าวล่วงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เป็นผู้ให้กำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ โดยต้องไม่ปล่อยให้ข้อความคิดทางกฎหมายนี้เป็นเพียงวาทกรรมทางกฎหมาย บทความนี้ ถือเป็นโอกาสที่จะเปิดประเด็นวิเคราะห์ต่อยอดเกี่ยวกับ “ศาล รัฐธรรมนูญไทย” ตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ว่าเข้าลักษณะเป็น “การปกครอง โดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ที่กล่าวเช่น นี้ ก็เนื่องจากว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีข้อน่าพิจารณาเกี่ยวกับการเพิ่มอำนาจ ให้กับศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้นอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อน และอำนาจบางประการ ก็ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย การเพิ่มอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติ รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นนี้ย่อมทำให้เกิด “การปกครองโดยตุลาการที่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ” แต่ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

บรรณานุกรม

Book

- BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert et HEUSCHLING Luc (sous la direction de), (2001), **Gouvernement des juges et démocratie**, Paris, Publications de la Sorbonne.
- CHEVALLIER Jacques, (2004), **L’Etat post-moderne**, 2e édition, Paris, LGDJ.
- GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Eric, WACHSMANN Patrick (sous la direction de), (2005), **La notion de la justice constitutionnelle**, Paris, Dalloz.
- KELSEN Hans, (2006), **Qui doit être le gardien de la constitution ?**,.
- LAMBERT Edouart, (2005), **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois**, Dalloz.
- ROUSSEAU Dominique, **La justice constitutionnelle en Europe**, 1998
- ROUSSEAU Dominique, **Droit du contentieux constitutionnel**, 2001
- TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique, **Traité international de droit constitutionnel**. Tome I. 2012.

Article

BREDIN Jean-Denis, (1994), Un gouvernement des juges ?, Pouvoirs, numéro 68, pp. 77-85.

TROPER Michel, (2001), Le bon usage des spectres : du gouvernement des juges au gouvernement par les juges, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Economica, Paris, 2001, p. 49.