

# การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลฎีกา ในประเทศญี่ปุ่น

## Constitutional review by Supreme Court in Japan

วสิน ยิ้มแย้ม

Wasin Yimyam

อาจารย์ประจำ

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่

ต.ช้างเผือก อ.เมือง จ.เชียงใหม่ 50300

Full-time lecturer

Faculty of Humanities and Social Sciences, Chiang Mai Rajabhat University

Chang Puak Sub-District, Meung District, Chiang Mai 50300

นพดล นิมหนู

Noppadon Nimnoo

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

ต.ขามเรียง อ.กันทรวิชัย จ.มหาสารคาม 44150

Full-time lecturer

Faculty of Law, Mahasarakham University

Khamriang Sub-District, Kantarawichai District, Mahasarakham 44150

Corresponding author Email: wasinyimyam@gmail.com

(Received: February 27, 2021; Revised: April 19, 2021; Accepted: June 4, 2021)

### บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นจัดระเบียบโครงสร้างองค์กรทางการเมืองอิงหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยกำหนดให้รัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหาร และศาลใช้อำนาจทางตุลาการ และยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ พร้อมมอบอำนาจในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้แก่ศาลฎีกา กล่าวคือ ศาลฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น ๆ ผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติปรากฏว่า ด้วยเหตุผลในทางการเมือง ศาลฎีกาจึงมักหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมักเป็นการกระทำที่หวังผลในทางการเมืองมากกว่าหวังผลทางกฎหมายจากคำพิพากษาศาล จึงทำให้ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยว่ากฎหมายของรัฐสภาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

**คำสำคัญ :** การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, ศาลฎีกา, รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น

### Abstract

The Constitution of Japan established a political organization structure based on the principle of Separation of Powers by requiring the parliament to exercise its legislative power, cabinet to do so on executive power and the courts for judicial power. The constitution admits the concept of the Supremacy of the Constitution and the power of the Supreme Court to protect the Supremacy of the Constitution to protect the constitutionality of any law, order, regulation or official act. However, in practice, it appears that filing a petition to the Supreme Court to determine whether the provisions of the law are inconsistent with the constitution, is often done for political rather than legal consequence. Therefore, The Supreme Court likely avoids ruling in the way that the law was inconsistent with the constitution.

**Keywords :** Constitutional review, Supreme Court, Constitution of Japan

## บทนำ

โดยทั่วไป ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและจัดให้มีระบบคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งองค์การทางการเมืองและระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะอยู่เหนือองค์การตามรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์การหนึ่งที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น จึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้<sup>1</sup>

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในโลกปรากฏหลายวิธีแตกต่างกันทั้งองค์การกระบวนการ และขอบเขตอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามบริบท ความเหมาะสม และพัฒนาการเบื้องหลังของรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศ อาทิ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ในขณะที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel)ใช้อำนาจควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญเยอรมันมอบอำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Federal Constitutional Court : Bundesverfassungsgericht)

สำหรับญี่ปุ่นมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสถาบันทางการเมือง ระบบกฎหมาย และระบบศาลครั้งใหญ่ ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกาที่กำลังดูแลญี่ปุ่นในเวลานั้น จนท้ายที่สุด รัฐธรรมนูญฉบับหลังสงครามของญี่ปุ่นก็เป็นฉบับที่ถูกร่างโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่นายพล MacArthur แต่งตั้งขึ้น จนมีการเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า “รัฐธรรมนูญฉบับแมคอาเธอร์” (MacArthur Constitution)<sup>2</sup> ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจึงได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกา รวมถึงแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นก็ได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในระดับหนึ่งด้วย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นกระบวนการสำคัญในทางการเมืองของญี่ปุ่น กล่าวคือ นอกจากจะเป็นการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังถือเป็นการกระทำการทางการเมืองรูปแบบหนึ่งในการถ่วงดุลอำนาจด้วย ฉะนั้น การทำความเข้าใจความสำคัญ ลักษณะ และแบบแผนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นย่อมต้องพิจารณาที่มาทางประวัติศาสตร์ การเมือง และกระบวนการดำเนินพิจารณาของศาลประกอบกัน

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540),” วารสารราชบัณฑิตยสถาน ปีที่ 24 ฉบับที่ 1 (ตุลาคม 2541-มกราคม 2542): 46-68, 46.

<sup>2</sup> Toshiyuki Nishikawa, “The Future of the Japanese Constitution: From the “MacArthur Constitution” to What?,” 比較法文化: 駿河大学比較法研究所紀要 17, 2008 : 51-79, 51.

บทความนี้จะนำเสนอสาระสำคัญ 5 ส่วน ดังนี้ ส่วนแรก ที่มาของแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ส่วนที่สอง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ส่วนที่สาม กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลฎีกา ส่วนที่สี่ สาเหตุสำคัญที่ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ส่วนสุดท้าย ข้อเสนอ

## 1. ที่มาของแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

### 1.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรัฐธรรมนูญเมจิ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิญี่ปุ่น (Constitution of the Empire of Japan, 1889) หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “รัฐธรรมนูญเมจิ” (Meiji Constitution)<sup>3</sup> ไม่ปรากฏว่ามีแนวคิดหรือบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการแต่อย่างใด สาเหตุสำคัญประการหนึ่งอาจเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญเมจิได้รับอิทธิพลการร่างจากระบบการปกครองของปรัสเซีย/เยอรมัน (Prussia) และอังกฤษ<sup>4</sup> ซึ่งในขณะนั้นทั้งสองประเทศไม่มีแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อีกทั้งภารกิจต่อเนื่องสำคัญอีกประการหนึ่งขององค์กรตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้องค์กรของรัฐทั้งหลายใช้อำนาจละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครอง ทว่ามุมมองการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเมจิแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของตะวันตก กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเมจิมองว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นเพียงของขวัญที่พระเจ้าทรงโปรดประทานพระราชทานให้เท่านั้น ไม่ใช่สิทธิเสรีภาพอันเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ตามคติรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้ การรับรองสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญเมจิจึงมาพร้อมการสงวนอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพผ่านการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งว่ากันตามทฤษฎีกฎหมายมหาชน หลักคิดดังกล่าวสอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่ปรากฏในประเทศเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ องค์กรของรัฐจะไม่สามารถกระทำการได้ โดยเฉพาะการกระทำที่กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือในการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย กฎหมายที่ตราจะผ่านการอภิปรายถกเถียงจากผู้แทนของประชาชนในสภา หากเสียงข้างมากของผู้แทนประชาชนเห็นว่าการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวไม่ได้ทำลายสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ สภาก็จะผ่านกฎหมายฉบับนั้นออกมาบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม แนวคิดนิติรัฐตามคติดังกล่าวไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญเมจิ เพราะรัฐสภา (สภาโตเอะ) ไม่ได้มีอำนาจนิติบัญญัติอย่างแท้จริง รัฐสภาเป็นเพียงตรายางของพระเจ้าทรงโปรดเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ในยุครัฐธรรมนูญเมจิ รัฐสภาไม่ใช่

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของญี่ปุ่น

<sup>4</sup> Hein Patrick, *How the Japanese became foreign to themselves: the impact of globalization on the private and public spheres in Japan*. (LIT Verlag Münster, 2009), p. 72.

องค์กรที่ประชาชนสามารถให้ความไว้วางใจในการทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพได้<sup>5</sup> ซึ่งโดยปกติ หากองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้ องค์กรตุลาการมักเป็นองค์กรที่สามารถใช้อำนาจป้องกันหรือลดผลกระทบจากการกระทำขององค์กรของรัฐที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในช่วงรัฐธรรมนูญเมจิ บทบาทขององค์กรตุลาการมีเพียงการพิจารณาคดีตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กล่าวคือ ผู้พิพากษาเป็นเพียงเครื่องมือของพระจักรพรรดิในการใช้อำนาจพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ ต่อประชาชนเท่านั้น จะเห็นได้จากทัศนคติของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเมจิที่ว่า “พระจักรพรรดิซึ่งเป็นองค์อธิปัตย์เป็นที่มาแห่งความยุติธรรม (Fountain of Justice) ผู้พิพากษาเป็นเพียงรูปแบบในการใช้อำนาจอธิปไตยของพระจักรพรรดิเท่านั้น”<sup>6</sup> ด้วยคตินี้กล่าวมา ทำให้องค์กรตุลาการสมัยรัฐธรรมนูญเมจิไม่ได้มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

## 1.2 การก่อตั้งระบบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

การก่อตั้งระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการในญี่ปุ่นเกิดขึ้นบนสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้า ระบบกฎหมายญี่ปุ่นไม่มีแนวคิดในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดโดยให้องค์กรตุลาการเพื่อทำหน้าที่ควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐอื่นไม่ให้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญมอบให้ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 บทบาทขององค์กรตุลาการของญี่ปุ่นได้เปลี่ยนไป โดยเฉพาะการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ควรต้องทำความเข้าใจถึงพื้นฐานความคิดอันอยู่เบื้องหลังรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเพื่อเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือเข้าใจแนวคิดเบื้องหลังของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในประเด็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เป็นที่ทราบกันดีว่า เมื่อจักรวรรดิญี่ปุ่น (the Empire of Japan) ประกาศยอมแพ้สงครามเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2488 (ค.ศ.1945) รัฐบาลญี่ปุ่นยังคงมีอำนาจปกครองประเทศ รูปแบบพื้นฐานทางกฎหมายต่าง ๆ ของรัฐ (Kokutai) ยังคงมีผลสมบูรณ์ และรัฐบาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญเมจิ อย่างไรก็ตาม นายพล Douglas MacArthur ได้รับเร้าให้รัฐบาลญี่ปุ่นแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขในการยอมแพ้ของญี่ปุ่นที่ระบุในปฏิญญา Potsdam (Potsdam Declaration)<sup>7</sup> รัฐบาลญี่ปุ่นจึงแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการศึกษาปัญหารัฐธรรมนูญ” (the Research Committee on Constitutional Issues) มีนายโจจิ มัตสึโมโตะ (Joji Matsumoto) เป็นหัวหน้าคณะ คณะกรรมการได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญเมจิสองแบบ ซึ่งทั้งสองแบบไม่ปรากฏว่ามีข้อเสนอเกี่ยวกับการควบคุม

<sup>5</sup> Kawagishi Norikazu, “The birth of judicial review in Japan,” *International Journal of constitutional law* 5.2 (2007): 308-331, p. 312.

<sup>6</sup> Hirobumi Ito and Miyoji Ito, *Commentaries on the constitution of the Empire of Japan*, Tokio : Chu-o Daigaku (Central University), 1906, p. 112.

<sup>7</sup> Yasuo Hasebe, “Constitutional borrowing and political theory,” *International Journal of Constitutional Law* Vol. 1 No. 2 (Oxford University Press, 2003), p. 224.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการแต่อย่างใด<sup>8</sup> ประกอบกับร่างเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงมีเนื้อหาอนุรักษ์นิยมซึ่งไม่เข้ากับบรรยากาศของสังคมโลกที่ต่อต้านการปกครองในลักษณะจักรวรรดินายพล MacArthur เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการมัตสึโมโตะไม่สอดคล้องกับความต้องการสร้างระบอบการปกครองประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในญี่ปุ่น<sup>10</sup> จึงได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญของตนเอง (MacArthur Draft) และเรียกร้องให้รัฐบาลญี่ปุ่นแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญที่เขาเสนอไป

ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญ MacArthur มาตรา 73 ได้กำหนดให้มีการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการแบบจำกัด (a limited version of judicial review) กล่าวคือ ศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะคดีที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเท่านั้น หากเป็นคดีอื่น ๆ ที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาเหล่านั้นจะถูกตรวจสอบการตีความรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา ร่างมาตรา 73 มีสาระสำคัญที่สามารถสรุปดังนี้

“ศาลฎีกาเป็นศาลสุดท้ายในการพิจารณารอคติ ซึ่งกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐ คดีที่ต้องพิจารณาคัดสินภายใต้หรือมีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิของประชาชน คำพิพากษาศาลฎีกาถือเป็นที่สุด หากเป็นคดีอื่น ๆ ที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐ (คดีที่ไม่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หมวด 3) คำพิพากษาของศาลต้องได้รับการตรวจสอบจากรัฐสภา (the Diet)”<sup>11</sup>

หลังจากพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของนายพล MacArthur รัฐบาลญี่ปุ่นได้ยอมรับแนวคิดการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการตามร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพียงแต่ญี่ปุ่นต้องการให้องค์กรตุลาการสามารถใช้อำนาจตุลาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมด จึงต้องการให้นำข้อความที่มีลักษณะจำกัดอำนาจตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญออก เพราะรัฐบาลญี่ปุ่นเชื่อมั่นต่อความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการและความไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อองค์กรตุลาการ แต่ฝ่ายสัมพันธมิตรกังวลว่าระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญใหม่จะกลายเป็นการปกครองโดยตุลาการ (judicial oligarchy) หากให้อำนาจต่อองค์กรตุลาการมากเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ท้ายสุดแล้วภายหลังเจรจากัน คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญก็ปรับเปลี่ยนข้อความเป็น “ศาลฎีกาเป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งปรากฏในมาตรา 81 ตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Po Liang Chen and Jordan T. Wada, “Can the Japanese Court Overcome the Political Question Hurdle,” *Washington International Law Journal* 26, no. 2 (April 2017): 349-380, p. 354.

<sup>9</sup> บุญศรี มีวงศ์ไธสง, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 195.

<sup>10</sup> Po Liang Chen and Jordan T. Wada, “Can the Japanese Court Overcome the Political Question Hurdle”

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid., p. 355.

จากที่กล่าวมา สรุปได้ว่า ที่มาของแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในญี่ปุ่นมาจากสหรัฐอเมริกาผ่านร่างรัฐธรรมนูญของนายพล MacArthur ไม่ได้มาจากความต้องการของรัฐบาลของญี่ปุ่นเองแต่อย่างใด แต่ก็ปรับเปลี่ยนจากร่างรัฐธรรมนูญของนายพล MacArthur จากเดิมที่ให้อำนาจศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่จำกัดเฉพาะคดีกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เปลี่ยนเป็นศาลมีอำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมด

## 2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

ดังที่กล่าวมาก่อนหน้า รัฐธรรมนูญปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงโฉมหน้าการเมืองการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปเป็นประชาธิปไตย กำหนดโครงสร้างสถาบันที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักแบ่งแยกอำนาจ และสร้างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกัน โดยกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่สามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 41) ให้อำนาจบริหารเป็นของคณะรัฐมนตรี (รัฐธรรมนูญ มาตรา 65) และให้อำนาจตุลาการแก่ศาลฎีกาและศาลล่างอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนด (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76 วรรคแรก) เน้นการมีส่วนร่วมในการปกครองของประชาชนเนื่องจากประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย (รัฐธรรมนูญ มาตรา 1) คู่มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานเช่นเดียวกับสังคมตะวันตก (รัฐธรรมนูญ มาตรา 97) ยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 98) ด้วยคติประชาธิปไตยดังกล่าว รัฐธรรมนูญจึงให้ศาลฎีกา (Supreme Court) เป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจคุ้มครองรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดไม่ให้ถูกกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือการกระทำอื่นใดของรัฐละเมิดรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 81)

### 2.1 โครงสร้างของศาลฎีกา

รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจในการพิพากษาคดีทั้งหมดให้แก่ศาลฎีกาและศาลล่างที่จัดตั้งโดยกฎหมาย ซึ่งตรขึ้นจากรัฐสภา (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76 วรรคแรก) ปัจจุบันโครงสร้างของศาลยุติธรรมญี่ปุ่นประกอบด้วยศาลดังต่อไปนี้ (1) ศาลฎีกา (Supreme Court) (2) ศาลอุทธรณ์ (High Courts) (3) ศาลคดีครอบครัว (Family Courts) (4) ศาลจังหวัด (District Courts) (5) ศาลแขวง (Summary Courts) รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติศาลยุติธรรม พ.ศ. 2490 (the Judiciary Act, 1947) จัดตั้งศาลฎีกาและศาลอื่น ๆ ในระบบศาลยุติธรรม

อย่างไรก็ดี บทความนี้มุ่งศึกษาอำนาจของศาลฎีกาในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น เพื่อไม่ให้บทความนี้เยิ่นเย้อ จึงจะขอกล่าวเฉพาะโครงสร้างและอำนาจของศาลฎีกาในการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ศาลฎีกาประกอบด้วยประธานศาลฎีกา (Chief Justice) ซึ่งคณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลฎีกาเพื่อให้พระจักรพรรดิทรงแต่งตั้ง (รัฐธรรมนูญ มาตรา 6) ส่วนพระธรรมนูญศาลยุติธรรมกำหนดให้จำนวนผู้พิพากษาในศาลฎีกา (Associate Justice) มีจำนวน 14 คน คณะรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยคุณสมบัติของบุคคลผู้สามารถดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาได้ คือ อายุมากกว่า 40 ปีบริบูรณ์ และมีความรู้ความเข้าใจกฎหมายเป็นอย่างดี แม้พระธรรมนูญศาลยุติธรรมไม่ได้กำหนดให้คุณสมบัติของ

บุคคลที่สามารถดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาได้ต้องเป็นนักกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาในคณะศาลฎีกา จำนวนไม่น้อยกว่า 10 คนในจำนวนทั้งหมด 15 คน ต้องมีประสบการณ์ร่วมกันไม่น้อยกว่า 10 ปี ในฐานะผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอุทธรณ์ (chief judges of the High Court) หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือมีประสบการณ์ร่วมกันไม่น้อยกว่า 20 ปีในฐานะผู้พิพากษาหัวหน้าศาลอุทธรณ์ หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือผู้พิพากษาในศาลแขวง (Summary Court judges) หรือพนักงานอัยการ หรือทนายความ หรือศาสตราจารย์ ในมหาวิทยาลัย ซึ่งวาระการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาในศาลฎีกาไม่ได้ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาเกษียณจากตำแหน่งเมื่ออายุ 70 ปีบริบูรณ์<sup>13</sup>

ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาของญี่ปุ่นจะมีระบบให้สาธารณชนตรวจสอบ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 79 วรรคสอง กำหนดให้การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลฎีกาต้องดำเนินการสอบถามและขอความเห็นชอบจากประชาชนในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อพ้นเวลา 10 ปีจะต้องดำเนินการสอบถามและขอความเห็นชอบจากประชาชนในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในครั้งแรกหลังพ้นเวลาดังกล่าวอีกครั้ง ด้วยวิธีการเดียวกัน (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76 วรรคสอง)

ในทางกฎหมาย คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกา แม้ว่าการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกา ครั้งแรก คณะรัฐมนตรีจะเลือกตามคำแนะนำของคณะที่ปรึกษา (an advisory board) แต่คณะที่ปรึกษาดังกล่าวเป็นเพียงคณะที่ถูกจัดตั้งเพียงชั่วคราวเท่านั้น หลังจากนั้นนายกรัฐมนตรีมีดุลพินิจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาจากผู้สมัครที่มีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขของกฎหมาย<sup>14</sup>

## 2.2 ลักษณะการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 81 บัญญัติว่า “ศาลฎีกาเป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของรัฐชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมอบอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรคคดีทั้งหลายให้แก่องค์กรตุลาการ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 76) ด้วยเหตุนี้ ศาลสามารถจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในคดีพิพาทได้<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Matsui Shigenori, “Why is the Japanese supreme court so conservative,” *Washington University Law Review* 88(6) (2011): 1375-1424.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Yasuo Hasebe, “The Supreme Court of Japan. A Judicial Court, Not Necessarily a Constitutional Court,” *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*. (New York: Cambridge University Press, 2018), p. 289.



ตั้งที่กล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจัดทำโดยได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกา จึงทำให้ระบบศาลของญี่ปุ่นเป็นไปตามระบบศาลของสหรัฐอเมริกา ฉะนั้น ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นจึงเดินตามระบบอเมริกัน<sup>16</sup> การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นจึงเป็นการควบคุมแบบกระจายอำนาจ ซึ่งประเด็นนี้ ศาลฎีกาเคยกล่าวในคำพิพากษาใน พ.ศ. 2491 ว่าแม้ปราศจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 แต่ศาลก็ทุกศาลย่อมมีอำนาจตามข้อเท็จจริงในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญโดยการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้ในคดีพิพาทซึ่งตนพิจารณาได้ ข้อความของศาลฎีกาญี่ปุ่นนี้ นำมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาคดี *Marbury v. Madison*<sup>17</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 จะเห็นอย่างชัดแจ้งว่า รัฐธรรมนูญมอบอำนาจพิเศษให้ศาลฎีกาเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น ๆ ของรัฐได้<sup>18</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่สามารถจะพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผ่านคำร้องโดยตรงโดยปราศจากข้อพิพาท (การตรวจสอบทางนามธรรม) เหมือนกรณีศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมันหรือไทยได้ ศาลฎีกาจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ผ่านรูปแบบการฟ้องคดีที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นโดยผ่านกระบวนการอุทธรณ์ได้แก่ที่เรียกว่า โจโคคุ (*jokoku*)<sup>19</sup> หรือ โคโคคุ (*kokoku*)<sup>20</sup>

เมื่อวิเคราะห์บรรทัดฐานการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่น จะเห็นว่า กรณีที่มีคำร้องต่อศาลฎีกาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดก็ตามขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะผ่อนปรนคล้อยไปทางความเห็นของฝ่ายรัฐบาล ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด อาทิ คดี *Japan v. Sakata (Sunagawa Case)* ข้อเท็จจริงโดยสรุป คือ ในฤดูใบไม้ร่วง พ.ศ. 2500 (1957) มีบุคคลจำนวน 7 คน ประท้วงการขยายฐานที่พของสหรัฐอเมริกาในเมืองสุนะกาวะ (Sunagawa) บุคคลเหล่านี้ถูกตั้งข้อหาฐานบุกรุกฐานที่พอากาศของสหรัฐอเมริกาตามกฎหมายอาญาพิเศษ (the Special Criminal Law) มาตรา 2 ศาลจังหวัดโตเกียวได้ตัดสินว่าจำเลยในคดีนี้ไม่มีความผิดตามข้อกล่าวหา และพิพากษาว่าสนธิสัญญาความมั่นคงระหว่างสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น (พ.ศ. 2495) ที่อนุญาตให้กองทหารอเมริกันอยู่ในญี่ปุ่นได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 วรรคสอง คำพิพากษาของศาลจังหวัดโตเกียวเป็นที่ถกเถียงอย่างมากถึงการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 เมื่อคดีมาสู่ชั้นฎีกา ศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาของศาลจังหวัดโตเกียวและได้จำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเด็นปัญหาทางการเมือง (political question)<sup>21</sup> และคดี

<sup>16</sup> Kawagishi Norikazu, *Ibid.*, p. 320.

<sup>17</sup> Yasuo Hasebe, "The Supreme Court of Japan. A Judicial Court, Not Necessarily a Constitutional Court," p. 289.

<sup>18</sup> Meryll Dean, *Japanese Legal System*. 2nd ed. (London: Cavendish, 2002), p. 352

<sup>19</sup> ประกอบด้วย (1) การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ (2) การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลจังหวัด หรือศาลครอบครัว หรือศาลแขวงตรงมาชั้นศาลฎีกา (3) คำอุทธรณ์ที่ต้องพิจารณาโดยศาลอุทธรณ์แต่ด้วยเงื่อนไขพิเศษจึงถูกส่งมาให้ศาลฎีกาพิจารณา (4) การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในฐานะศาลชั้นต้นเป็นกรณีพิเศษ และ (5) การอุทธรณ์โดยอัยการสูงสุดต่อคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีอาญาเฉพาะกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หรือมีความขัดแย้งกับบรรทัดฐานของศาลฎีกา สำหรับคดีแพ่งและคดีปกครองการอุทธรณ์จะเปิดกว้างกว่า เนื่องจากอาจมีกรณีละเมิดรัฐธรรมนูญ กฎหมาย หรือข้อบัญญัติอื่น ๆ เกี่ยวข้องกับคำพิพากษา

<sup>20</sup> สามารถจัดแบ่งประเภทออกเป็นการอุทธรณ์ในประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและประเด็นทั่วไปที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 419-2 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 433 กำหนดให้สามารถอุทธรณ์แบบโคโคคุเป็นพิเศษต่อศาลฎีกา และดำเนินการกับคำพิพากษาที่มีการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญผิดพลาด

<sup>21</sup> Po Liang Chen and Jordan T. Wada, "Can the Japanese Court Overcome the Political Question Hurdle", p. 358.

Japan v. Nozaki Bros. (Eniwa case) ศาลฎีกายังคงหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่ากรกล่าวถึงประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความจำเป็นในการพิจารณาคดี ในคดีเอนิวะ (Eniwa case) มีการถกเถียงกันในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 9<sup>22</sup> กับกฎหมายกองกำลังป้องกันตนเองแห่งญี่ปุ่น (the Japanese Self-Defense Forces Law) มาตรา 121 ที่กำหนดให้ผู้ใดที่ทำลายอาวุธ เครื่องกระสุน อากาศยาน หรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่ใช้เพื่อป้องกันตนเองของกองกำลังป้องกันตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 50,000 เยน แต่ศาลก็เลี่ยงในการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวโดยการยืนยันการกระทำอื่นของรัฐแทน<sup>23</sup>

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลฎีกาใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายความว่า รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ศาลฎีกาเป็นองค์กรสำคัญที่มีบทบาทพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไม่ให้องค์กรของรัฐกระทำการใด ๆ อันละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่มุ่งที่จะใช้อำนาจในด้านการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมากนัก กล่าวคือ ศาลฎีกามักปฏิเสธการวินิจฉัยประเด็นปัญหาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ คราวผ่านหลักเกณฑ์ที่เข้มข้นในการรับพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ทำให้โดยมากศาลฎีกาจึงปฏิเสธการละเมิดรัฐธรรมนูญแทบทั้งหมดโดยยอมรับเหตุผลโต้แย้งของรัฐบาลและรัฐสภา ในกรณีมีปัญหาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>24</sup> ซึ่งศาลฎีกามีคำพิพากษาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งสิ้นเพียง 10 คดี<sup>25</sup> โดยขอนำเสนอตัวอย่างคดีสำคัญที่ศาลฎีกาพิพากษาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้

คดี *Aizawa v. Japan* (1970 (A) 1310, 1973) ข้อเท็จจริงโดยสรุปของคดีนี้ คือ จิโยะ โอซาวะ (Aizawa Chiyo) ถูกบิดาของตนเองล่วงละเมิดทางเพศตั้งแต่เด็กจนถึงครรภ์ 11 ครั้ง สุดท้ายจิโยะทนไม่ไหวจึงได้ฆ่าบิดาของตนเพื่อให้พ้นจากสภาพดังกล่าว จิโยะถูกฟ้องเป็นจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 ซึ่งกำหนดความผิดเกี่ยวกับการฆ่าบุพการีมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ทางฝ่ายจำเลยโต้แย้งว่าบทบัญญัติมาตรา 200 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกาเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 200 มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 วรรคหนึ่งที่กำหนดให้บุคคลทุกคนเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย ศาลฎีกาจึงพิพากษากฎหมายอาญา มาตรา 200 ไม่มีผลใช้บังคับ (invalid)<sup>26</sup>

<sup>22</sup> ซึ่งเป็นการห้ามญี่ปุ่นอย่างชัดเจนในการใช้สิทธิอธิปไตยแห่งรัฐ ในการก่อสร้างหรือเข้าสู่สงครามเพื่อระงับความขัดแย้งระหว่างประเทศ รวมไปถึงการห้ามจัดตั้งกองทัพทางทหาร

<sup>23</sup> Jun-ichi Satoh, "Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight," *Loyola of Los Angeles Law Review* 41 (2008): 603-628, p. 609.

<sup>24</sup> Matsui Shigenori, "Why is the Japanese supreme court so conservative?"

<sup>25</sup> Tsuji, Yuichiro, "Constitutional Law Court in Japan," *筑波法政* 66 (2016): 65-87, p. 65.

<sup>26</sup> Jun-ichi Satoh, "Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight"

คดี *Sumiyoshi K.K. v. Japan (1968(Gyo-Tsu)120, 1975)* ศาลฎีกาได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเภสัชกรรม (the Pharmaceutical Act) ในการกำหนดสถานที่ตั้งร้านขายยา ในคดีนี้ ฝ่ายรัฐบาลอ้างว่า หากร้านขายยาที่เปิดใหม่ (new pharmacies or drugstores) ได้รับอนุญาตให้เปิดใกล้กับร้านขายยาที่มีอยู่เดิมมากเกินไป อาจเกิดการแข่งขันกันดุเดือดจนผู้ประกอบการอาจเพิกเฉยต่อความปลอดภัยของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องด้วยกับเหตุผลของรัฐบาล ศาลเห็นว่า การปฏิเสธใบอนุญาตตามกฎหมายเภสัชกรรมไม่ชอบด้วยเหตุผลและขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 วรรคหนึ่ง ในส่วนของการคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ<sup>27</sup>

คดี *Hiraguchi v. Hiraguchi (1984 (O) 805, 1987)* ในคดีนี้ศาลฎีกาพิจารณาว่าพระราชบัญญัติป่าไม้ (the Forest Act) มาตรา 186 ที่ห้ามมิให้เรียกร้องการแบ่งพื้นที่ป่าที่มีบุคคลอื่นเป็นเจ้าของร่วม เว้นแต่ผู้เรียกร้องจะมีส่วนแบ่งของป่ามากกว่าครึ่งหนึ่งนั้นเป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายป่าไม้ฉบับนี้มีเจตนารมณ์ป้องกันไม่ให้เกิดการแบ่งแยกพื้นที่ป่าออกจากกัน (balkanization of the forest) เพื่อจะได้ให้ป่าไม้มีความสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาตั้งข้อสังเกตว่า การบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้ไม่ให้เกิดการแบ่งแยกพื้นที่ป่าจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการดูแลรักษาป่าได้อย่างมีประสิทธิภาพจริงหรือไม่ เนื่องจากอาจส่งผลให้เกิดข้อพิพาทระหว่างเจ้าของร่วมอย่างยืดเยื้อได้ ศาลจึงพิพากษาว่า กฎหมายป่าไม้ มาตรา 186 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ที่คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน<sup>28</sup>

### 3. กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลฎีกา

รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้รัฐสภากำหนดเขตอำนาจของศาลทั้งหลาย ปัจจุบันรัฐสภากำหนดระบบตุลาการญี่ปุ่นเป็นระบบศาลเดียว ให้อำนาจในการพิพากษารรคดีเป็นของศาลยุติธรรม (ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิพากษาคดีทุกประเภททั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง และคดีรัฐธรรมนูญ) ซึ่งประกอบด้วยศาลชั้นต้น (ศาลจังหวัด, ศาลครอบครัว, และศาลแขวง), ศาลอุทธรณ์, และศาลฎีกา ตามลำดับ

รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดให้อำนาจสำคัญทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมอยู่ที่ศาลฎีกา ได้แก่<sup>29</sup>

- (1) อำนาจในการพิพากษาชั้นฎีกาทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง
- (2) วางระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและแนวทางปฏิบัติ
- (3) ใช้อำนาจบริหารงานบุคคล เช่น การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การโยกย้ายผู้พิพากษา เป็นต้น
- (4) เป็นศาลสุดท้ายที่มีอำนาจพิจารณาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>27</sup> Matsui Shigenori, "Why is the Japanese supreme court so conservative?"

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Tonami Koji, "Judicial review in Japan and its problems," *Waseda Bulletin of Comparative Law* 33 (2015): 1-11, 2.

ในส่วนของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายปรากฏกระบวนการในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลฎีกา ดังนี้

ก. การยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : คดีแพ่ง

คู่ความสามารถอุทธรณ์คดีต่อศาลฎีกาเฉพาะเมื่อคำพิพากษาของศาลล่างอาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือศาลล่างได้ตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไป ในอดีตการอุทธรณ์คดีต่อศาลฎีกาสามารถดำเนินการได้ทั้งในกรณีการละเมิดบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือละเมิดต่อกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อผลของคำพิพากษา อย่างไรก็ตามใน พ.ศ. 2539 (1996) ได้มีการแก้ไขกฎหมายให้คู่ความในคดีสามารถเสนอคำร้องต่อศาลฎีการับคดีไว้พิจารณาเท่านั้น ดังนั้น บางกรณีคู่ความในคดีแพ่งจะส่งทั้งคำอุทธรณ์และคำร้องต่อศาลเพื่อให้รับคดีไว้พิจารณา

ข. การยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : คดีอาญา

ในคดีอาญา จำเลยในคดีหรือพนักงานอัยการสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาเมื่อศาลล่างละเมิดรัฐธรรมนูญ หรือศาลล่างได้ตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญผิดเพี้ยนไป หรือมีการละเมิดบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลฎีกา ศาลฎีกาจะรับคดีไว้พิจารณาได้ก็ต่อเมื่อคดีดังกล่าวมีประเด็นสำคัญในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลฎีกาจะต้องยกเลิกคำพิพากษาของศาลล่าง หากคำพิพากษาของศาลล่างขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาจะออกคำพิพากษายกเลิกคำพิพากษาของศาลล่างได้ในกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่า การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้ในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญกระทบต่อผลของคำพิพากษา ทำให้โดยมากจะเป็นฝ่ายจำเลยที่ยื่นคำร้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยคาดหวังว่าศาลจะรับคดีไว้พิจารณา และตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือตรวจสอบการพิจารณาคดีของศาลล่าง

ค. องค์คณะในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลฎีกาอาจดำเนินการบรรณพิจารณาโดยองค์คณะชุดใหญ่หรือองค์คณะชุดเล็กก็ได้ โดยแรกเริ่ม คดีจะถูกพิจารณาโดยผู้พิพากษาจำนวนหนึ่งในสามขององค์คณะชุดเล็ก (สมาชิก 5 คน) ขั้นตอนนี้จะดำเนินการเฉพาะศาลฎีกาดำเนินการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือกฎที่คู่ความโต้แย้ง กรณีศาลฎีกาเห็นเองว่ากฎหมายหรือกฎขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกรณีศาลฎีกาจะกลับหลักการตีความรัฐธรรมนูญตามบรรทัดฐานเดิมจะต้องส่งไปยังองค์คณะชุดใหญ่ หากเป็นกรณีอื่น ๆ นอกจากที่กล่าวมานี้ ศาลฎีกาโดยองค์คณะชุดใหญ่จะใช้ดุลพินิจพิจารณา

#### 4. สาเหตุสำคัญที่ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ตามที่กล่าวข้างต้น นับแต่รัฐธรรมนูญก่อตั้งศาลฎีกาและมอบอำนาจให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดและเป็นศาลสุดท้ายที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลฎีกายังใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้เข้าตรวจสอบการกระทำทางนิติบัญญัติน้อยมาก ๆ กล่าวคือ หากใช้กรอบระยะเวลาเท่า ๆ กัน ประเทศต้นแบบศาลในญี่ปุ่นอย่างสหรัฐอเมริกาปรากฏว่าศาลฎีกาได้พิพากษาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ต่ำกว่า 900 ฉบับ ในขณะที่ศาลฎีกาญี่ปุ่นพิพากษากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ถึง 10 ฉบับ สำหรับเหตุผลที่ศาลฎีกาญี่ปุ่นหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือหลีกเลี่ยงการพิพากษาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ สามารถสรุปได้พอสังเขปดังต่อไปนี้

(1) วัฒนธรรมญี่ปุ่นที่มีอิทธิพลต่อการที่ทำให้องค์กรตุลาการหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติ ได้แก่ วัฒนธรรมของข้าราชการญี่ปุ่น (Culture of the Kan) ที่เน้นการทำงานเพื่อประโยชน์ของชาติเป็นหลักใหญ่ กล่าวคือ แม้ว่าบางครั้งผู้พิพากษาอาจมีความเห็นทางการเมืองแตกต่างไปจากพรรครัฐบาล แต่ก็เคารพหน้าที่ของตนในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐในการรักษาเสถียรภาพและไม่ต้องการเข้าไปแทรกแซงกิจการของรัฐบาลและฝ่ายปกครองที่กำลังขับเคลื่อนเศรษฐกิจและการดำเนินการเพื่อพัฒนาประเทศ อีกทั้งยังรวมถึงวัฒนธรรมอนุรักษ์นิยม และวัฒนธรรมที่ไม่ต้องการก่อให้เกิดความขัดแย้ง วัฒนธรรมเหล่านี้ ทำให้ศาลฎีกาวางตัวไม่ต้องการพิพากษาคดีที่มีความเกี่ยวพันในทางการเมือง<sup>30</sup>

(2) สืบเนื่องจากภายหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตั้งแต่หลังสงครามจนปัจจุบัน การเมืองของญี่ปุ่นตกอยู่ภายใต้การครอบงำของพรรค Liberal Democratic Party (LDP) จึงเป็นเรื่องยากมากที่ศาลฎีกาจะตัดสินคดีให้แตกต่างจากความต้องการของรัฐบาล ดังที่กล่าวมาก่อนหน้า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจัดทำขึ้นผ่านแรงกดดันจากสหรัฐอเมริกา ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ประกาศใช้โดยมีทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายที่ไม่เห็นชอบกับรัฐธรรมนูญ แม้กระทั่งในพรรค LDP ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกพรรคที่มีความหลากหลายในเรื่องอุดมการณ์ทางการเมืองทั้งฝ่ายซ้ายจนถึงฝ่ายขวา ดังนั้น หลักการสำคัญประการหนึ่งของพรรค LDP คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 จากความหลากหลายทางการเมืองของการเมืองญี่ปุ่นส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เกิดขึ้น และทำให้ศาลฎีกาจำกัดอำนาจของตนเองในการไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เสนอโดยรัฐบาล<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Law David S., "Why has judicial review failed in Japan," *Washington University Law Review* 88 (2010): 1425-1466.

<sup>31</sup> Tonami Koji, "Judicial review in Japan and its problems," p. 3-4.

(3) แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะก่อตั้งระบบศาลญี่ปุ่นในลักษณะเดียวกับระบบศาลของสหรัฐอเมริกา ในแง่ของความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ ยังมีความเชื่อกันว่า มรดกทางความคิดจากองค์กรตุลาการสมัยรัฐธรรมนูญเมจิยังคงปรากฏอยู่ในระบบศาลตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน กล่าวคือ ในสมัยรัฐธรรมนูญเมจิ ผู้พิพากษาเป็นข้าราชการชั้นสองของระบบการปกครองยุคเมจิที่ไม่สามารถยื่นหยัดได้แย้งองค์กรบริหารและองค์กรนิติบัญญัติได้ รวมทั้งแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดที่แปลกปลอมในวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์ญี่ปุ่น แนวคิดเหล่านี้ยังคงฝังอยู่ในองค์กรตุลาการทำให้ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือหลีกเลี่ยงไม่ยอมพิพากษาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>32</sup>

(4) รัฐธรรมนูญมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่รัฐสภาเพียงองค์กรเดียว หากเป็นร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอต่อรัฐสภา ก่อนที่จะนำเสนอเข้าสู่สภาร่างกฎหมายดังกล่าวจะถูกตรวจสอบอย่างเข้มข้นโดยสำนักงานด้านนิติบัญญัติของคณะรัฐมนตรี (Cabinet Legislation Bureau) ดังนั้น ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาจึงไม่ค่อยถูกพิจารณาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรก ในขณะที่กฎหมายที่ออกโดยสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งปัจจุบันมีมากกว่า 1,700 ฉบับ ไม่ปรากฏว่าศาลฎีกาพิพากษาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายของส่วนท้องถิ่นจะใช้ได้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เมื่อกฎหมายไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎที่ตราออกมาภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจ กฎดังกล่าวย่อมไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด<sup>33</sup>

(5) ดังที่กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่นใช้ระบบการควบคุมแบบเดียวกับสหรัฐอเมริกา ศาลไม่สามารถเข้าไปพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้โดยปราศจากคดีที่อยู่ในศาล หรือศาลฎีกาไม่สามารถใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมันได้ กล่าวคือ ศาลฎีกาจะเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เมื่อมีการยื่นคดีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลอย่างถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีปรากฏว่า ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดีนั้น หากการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ได้ทำให้ประเด็นแห่งคดีนั้นเป็นที่ยุติ ดังนั้น จึงปรากฏเพียงไม่กี่คดีเท่านั้นที่ศาลฎีกาพิพากษาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Ibid. p. 1435-1444.

<sup>33</sup> Tonami Koji, "Judicial review in Japan and its problems," p.5.

<sup>34</sup> Ibid.

## 5. สรุป

รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นมอบอำนาจให้ศาลฎีกาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญทั้งจากการกระทำทางนิติบัญญัติของรัฐสภา (สภาไดเอะ) และการกระทำของรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นการกระทำในขอบเขตการใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือการกระทำในขอบเขตการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองก็ตาม โดยญี่ปุ่นใช้ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญรูปแบบเดียวกับสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ไม่มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อมาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแยกออกจากศาลปกติ ดังนั้น กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นจึงเป็นระบบการตรวจสอบแบบบูรณาการเช่นเดียวกับระบบอเมริกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะได้รับอิทธิพลเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากอเมริกาก็ตาม แต่ปรากฏว่าการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในญี่ปุ่น ศาลฎีกามักไม่ค่อยใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะคดีที่เป็นประเด็นทางการเมืองหรือประเด็นอื่นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลฎีกามักเลือกวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการเมือง มากกว่าจะล้มล้างการกระทำของรัฐบาล เนื่องจากการล้มล้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราออกมาของรัฐสภาด้วยความสนับสนุนจากรัฐบาลอาจก่อให้เกิดการเผชิญหน้าระหว่างฝ่ายการเมืองและฝ่ายตุลาการ ซึ่งแตกต่างจากศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาที่ญี่ปุ่นใช้เป็นต้นแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในทางปฏิบัติ ส่วนใหญ่แล้วการยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น คู่ความฝ่ายที่ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลฎีกาพิจารณาวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ได้ต้องการผลที่ว่าศาลฎีกาจะล้มล้างกฎหมายที่ร้องไป เพราะเป็นการยากที่ศาลฎีกาจะพิพากษาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คู่ความที่ยื่นคำร้องมักต้องการแค่ผลในทางการเมืองเพื่อกดดันผ่านทางสื่อมวลชนให้ประชาชนรับรู้ถึงความบกพร่องของกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลให้รัฐสภาและรัฐบาลดำเนินการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวต่อไป กล่าวอีกแง่หนึ่ง ศาลฎีกาญี่ปุ่นยอมดำรงตนอยู่ในขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายของรัฐสภากำหนด ไม่ก้าวล่วงล่วงล้ำประเด็นทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีประเด็นทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลายครั้งที่ศาลฎีกาหลีกเลี่ยงการพิพากษาว่ากฎหมายของสภาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ปล่อยให้ฝ่ายการเมืองไม่ว่าจะเป็นรัฐบาลหรือรัฐสภาแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยการเมือง แม้ในช่วงหลัง ศาลฎีกาจะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมากขึ้น อาทิ คำพิพากษาที่ 1999(O)1767, 2001(Gyo-Tsu)82 และ 2006(Gyo-Tsu)135 และเมื่อ พ.ศ. 2556 ศาลฎีกาได้ออกคำพิพากษาที่ 2012(Ku)984 (2013) พิพากษาให้มาตรา 900 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในอนาคต ไม่น่าว่าศาลฎีกาญี่ปุ่นอาจปรับเปลี่ยนบทบาทจากที่เคยหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วมาควบคุมการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารมากขึ้นก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับปัจจัยทางการเมืองของญี่ปุ่นเป็นสำคัญ

