

บทคัดย่อ

นับตั้งแต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ได้เกิดความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับบทบาทของฝ่ายตุลาการอย่างสำคัญ การจัดทำรัฐธรรมนูญของหลายประเทศที่เกิดขึ้นในห้วงเวลานี้ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ได้ขยายขอบเขตไปอย่างกว้างขวาง ทั้งประเด็นเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน การปกป้องสิทธิของชนกลุ่มน้อย การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และเฉพาะอย่างยิ่งกับปัญหาความขัดแย้งทางการเมือง ซึ่งปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้ถูกเรียกว่าเป็น “การเมืองเชิงตุลาการ”

การขยายบทบาทของฝ่ายตุลาการได้ถูกทำให้เกิดการตั้งคำถามในด้านของแนวคิดและผลกระทบที่เกิดขึ้นในความเป็นจริง ในด้านของแนวคิดจะพบว่า การเมืองเชิงตุลาการมีความแตกต่างไปอย่างมากจากแนวความคิดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งบทบาทหน้าที่ของฝ่ายตุลาการจะถูกจำกัดไว้เพียงการวินิจฉัยประเด็นปัญหาทางกฎหมายในข้อพิพาทต่างๆ ขณะที่การศึกษาถึงผลที่เกิดขึ้นจริงก็จะพบว่าการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่เพียงส่งผลกระทบต่อ การส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น หากยังสามารถทำให้เกิดปัญหาในทางการเมืองติดตามมาด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ: การเมืองเชิงตุลาการ, บทบาทของฝ่ายตุลาการ

1 รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 50200,
E-mail: ajarnlek@hotmail.com

Abstract

Since World War II, there is a significant change on the role of the judicial power. Postwar constitutions recognize the establishment of special constitutional courts to safeguard the constitutional rights. Constitutional court jurisdiction expands extensively including the people's rights, environmental protection and political conflict. This incident is widely known as "judicialization of politics".

The expansion of the judicial power leads to the conceptual question and the "de facto" effect. Concept of judicialization of politics is different from the idea of separation of powers in which the role of judiciary limits to legal problem. But the concept of judicialization of politics advocates the role of the judicial powers. However, there are many studies suggests that the role of judiciary not only create the positive but also the negative effect in the politics.

Keyword: judicialization of the politics, role of judiciary

² Associate Professor, Faculty of Law, Chiangmai University 50200.
E-mail: ajarnlek@hotmail.com

บทนำ

นับตั้งแต่ พ.ศ. 2549 เป็นต้นมาจวบจนกระทั่งการรัฐประหารเมื่อเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2557 ฝายตุลาการได้เข้ามามีบทบาทอย่างกว้างขวางในสังคมการเมืองไทยอย่างที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตัดสินข้อพิพาทต่างๆ ที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองอย่างสำคัญ เช่น การยุบพรรคการเมืองที่ได้รับความนิยมจากประชาชนอย่างมาก การวินิจฉัยให้ความเป็นนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลง เป็นต้น การแสดงบทบาทของฝายตุลาการในลักษณะดังกล่าวได้นำมาสู่การถกเถียงในหลากหลายประเด็น ทั้งในด้านของแนวทางและเหตุผลของการวินิจฉัยในข้อพิพาท บทบาทของฝายตุลาการเฉพาะอย่างยิ่งการทำหน้าที่วินิจฉัยในข้อพิพาทประเด็นปัญหาทางด้านการเมือง

ท่ามกลางการถกเถียงที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง ดูราวกับว่าแนวทางในการถกเถียงจะยังคงมีกรอบในการพิจารณาอย่างจำกัดระหว่างฝายที่สนับสนุนบทบาทของตุลาการในลักษณะที่ถูกเรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์” และฝายอื่นที่มีความเห็นแตกต่างกันไป บทความนี้ต้องการทำความเข้าใจแนวทางการวิเคราะห์ถึงบทบาทของฝายตุลาการซึ่งเป็นปรากฏการณ์ร่วมสมัยในประเทศอื่นๆ ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการทำความเข้าใจบทบาทของฝายตุลาการในประเทศที่มีลักษณะประชาธิปไตยใหม่ เพื่อที่จะทำให้การทบทวนและประเมินถึงสถานะและบทบาทของฝายตุลาการในสังคมไทยจะได้สามารถดำเนินไปได้โดยมีมุมมองที่รอบด้าน อันจะเป็นแนวทางที่นำไปสู่การทำความเข้าใจกับปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมไทยได้อย่างลึกซึ้งมากขึ้น

1. กำเนิดใหม่ “ตุลาการศึกษาศาสตร์” (Judicial Studies)³

ประสบการณ์ของประเทศต่างๆ ในยุโรปภายใต้ระบอบฟาสซิสต์ที่มาจากการเลือกตั้ง (democratically elected fascist regimes) ในช่วงก่อนและระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ส่งผลให้การจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นหลังเหตุการณ์ดังกล่าว ในหลายประเทศให้ความสำคัญกับหลักการใน 2 ประเด็น⁴ คือ การรับรองถึงสิทธิขั้นพื้นฐานและการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นพิเศษเพื่อปกป้องสิทธิเหล่านี้ ซึ่งนับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยชี้ขาดต่อประเด็นปัญหาต่างๆ ในหลายประเทศ เช่น การตัดสินใจในการดำเนินนโยบายทางการค้าของรัฐบาล การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การวินิจฉัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้งและการรับรองหรือปฏิเสธผลของ

- 3 ในโลกการศึกษาของต่างประเทศ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกาและยุโรป มีสถาบันและหลักสูตรที่ใช้ชื่อว่า Judicial Studies Program หรือ Judicial Studies Center ซึ่งหากแปลเป็นภาษาไทยก็อาจให้ความหมายที่ใกล้เคียงกับคำว่า “ตุลาการศึกษาศาสตร์” ซึ่งถูกนำมาใช้เป็นชื่อสำหรับงานชิ้นนี้ แต่คำว่า Judicial Studies ที่ถูกใช้ในต่างประเทศทั้งในเชิงของหลักสูตรหรือหน่วยงาน ดูจะเป็นการสร้างกลไกในการพัฒนาบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมให้มีความสามารถในทางวิชาการเพิ่มมากขึ้น หรือเป็นการเสริมสร้างความเข้าใจที่เพิ่มมากขึ้นเกี่ยวกับการทำงานของกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในชั้นศาล ทั้งนี้สามารถดูตัวอย่างเหล่านี้ได้ เช่น หลักสูตร Master of Judicial Studies ของ Duke University ใน <http://law.duke.edu/judicialstudies/degree/> หรือ Judicial Studies Degree Programs ของ University of Nevada ใน <http://www.judicialstudies.unr.edu/> อย่างไรก็ตาม สำหรับความหมายของตุลาการศึกษาศาสตร์ในที่นี้มีความแตกต่างออกไป แม้ความหมายส่วนหนึ่งอาจเหมือนกับคำว่า Judicial Studies ที่ถูกใช้ในต่างประเทศ แต่ความตั้งใจของผู้เขียนต้องการชี้ให้เห็นถึงฝ่ายตุลาการในฐานะเป็น “วัตถุ” ของการศึกษา และเป็นการทำความเข้าใจในเชิงสถาบันที่ขยายตัวกว้างขวางมากขึ้น รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงบทบาทซึ่งแตกต่างไปจากเดิมอย่างสำคัญภายใต้บริบทของความเปลี่ยนแปลงในระดับกว้าง โดยมีใช่เป็นการศึกษาที่มุ่งเน้นไปยังการปฏิบัติหน้าที่ของปัจเจกบุคคลในฐานะผู้พิพากษาแต่อย่างใด
- 4 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies* (New York: Cambridge University Press, 2003) p. 2

การเลือกตั้ง เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การปกป้องสภาพแวดล้อม เป็นต้น

บทบาทดังกล่าวถือเป็นการทำหน้าที่แตกต่างไปจากแนวความคิดและบรรทัดฐานของฝ่ายตุลาการที่มีต่อสถาบันการเมืองต่างๆ ในแบบเดิมเป็นอย่างมาก และบทบาทของฝ่ายตุลาการในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่ได้ปรากฏขึ้นเฉพาะประเทศในยุโรปเท่านั้น หากยังมีการขยายตัวออกอย่างกว้างขวางไปยังประเทศต่างๆ ทั้งประเทศที่มีระบอบประชาธิปไตยลงหลักปักฐานแบบมั่นคง (established democracies) หรือในกลุ่มประเทศประชาธิปไตยใหม่ (new democracies)⁵ จนกล่าวได้ว่าเรากำลังอยู่ในช่วงเวลาของการแผ่ขยายอำนาจระดับโลกของฝ่ายตุลาการ (We are in the midst of a global expansion of judicial power)

มิใช่เพียงการขยายอำนาจของฝ่ายตุลาการที่เพิ่มขึ้นเท่านั้น หากยังเป็นภาวะของการเปลี่ยนแปลงที่นำไปสู่การโต้แย้งถึงแนวความคิดของการจัดวางความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมืองในแบบดั้งเดิม บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้ส่งผลกระทบต่อขอบเขตอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญได้เพิ่มสูงมากขึ้นในหลายด้านทั้งการจำกัดความสามารถในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบและควบคุมการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรหลักๆ ตามแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจแบบเดิมจึงมีคำอธิบายที่เปลี่ยนแปลงไป สะท้อนให้เห็นถึงความเสื่อมถอยของแนวความคิดว่าอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (The decline and fall of parliamentary sovereignty) หรือกลายเป็นความหายนะของหลักการการพิจารณาปัญหาในทางการเมือง (the demise of

5 Bjorn Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia* (New York: Routledge, 2012) งานชิ้นนี้เป็นความร่วมมือการศึกษารoles บทบาทของฝ่ายตุลาการในหลายประเทศในเอเชีย โดยได้จัดแบ่งกลุ่มประเทศที่ศึกษาเป็น 3 กลุ่ม คือ ประเทศที่ประชาธิปไตยลงหลักปักฐานมั่นคง ประเทศประชาธิปไตยใหม่ และในประเทศที่มีลักษณะอำนาจนิยมหรือกึ่งอำนาจนิยม

political question doctrine)⁶ ที่ได้วางหลักการว่าฝ่ายตุลาการจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาทางการเมือง

ในด้านหนึ่ง บทบาทที่เปลี่ยนแปลงไปของฝ่ายตุลาการมีผลอย่างสำคัญต่อการรับรองและปกป้องสิทธิของพลเมืองในหลายประเทศรวมทั้งในระดับระหว่างประเทศ หรือที่มักถูกเรียกกันว่า “ตุลาการภิวัตน์” (judicial activism) อันทำให้ฝ่ายตุลาการได้รับความเชื่อมั่นเพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็ว และได้ถูกอธิบายว่ามีส่วนต่อการทำให้เกิดกระบวนการแห่งการสนทนา (process of dialogue) เนื่องจากเห็นว่าคำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการมิใช่เป็นผลจากการทำหน้าที่ของบุคคลพิเศษบางกลุ่ม หากเป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ของรัฐ และได้กลายเป็นพื้นที่ให้คนเสียงข้างน้อยสามารถใช้ในการต่อรองต่อประเด็นสาธารณะต่างๆ กับฝ่ายเสียงข้างมาก ดังนั้น บทบาทของตุลาการที่กว้างขวางมากขึ้นจึงมีความหมายที่เป็นคุณูปการต่อการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยให้เข้มแข็งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ปรากฏการณ์ดังกล่าวก็ได้ถูกโต้แย้งและมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ดำเนินควบคู่กันไป ซึ่งปรากฏทั้งในระดับของแนวคิดและปฏิบัติการจริงทางการเมือง ในเบื้องต้น การขยายอำนาจของฝ่ายตุลาการเข้าไปเหนือสถาบันที่มาจากการเลือกตั้ง ย่อมทำให้เกิดข้อขัดแย้งระหว่างรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตย (democratic assembly) กับผู้พิพากษาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง (unelected judges) โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจของสถาบันที่มาจากการเลือกตั้งที่สามารถถูกยับยั้งหรือเพิกถอนได้โดยฝ่ายตุลาการ ขณะที่รัฐสภาได้รับความชอบธรรมในการทำหน้าที่มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน แต่ฝ่ายตุลาการกลับมีความสัมพันธ์กับประชาชนอย่างเบาบาง ทำให้เกิดคำถามพื้นฐานว่าฝ่ายตุลาการจะอ้างอิงความชอบธรรมใดในการทำหน้าที่ดังกล่าว สภาวะเช่นนี้ได้ถูกเรียกว่าเป็นความยุ่งยากในการ

6 แนวความคิดดังกล่าวถูกพัฒนาขึ้นในศาลสูงของสหรัฐอเมริกา โดยหลักการนี้ถือว่าศาลจะไม่ทำการวินิจฉัยในประเด็นที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมาย หรือไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาปรับใช้ได้ ในกรณีเช่นนี้ต้องมอบให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสิน

เป็นปฏิปักษ์ต่อฝ่ายเสียงข้างมาก (countermajoritarian difficulty)⁷ เฉพาะอย่างยิ่งการขยายบทบาทเข้าไปในพื้นที่ความขัดแย้งหลักทางการเมือง (core political controversies) ที่มากขึ้น ซึ่งอาจเป็นการนำไปสู่รูปแบบของตุลาการธิปไตย (juristocracy)⁸ โดยฝ่ายตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาทซึ่งเดิมอยู่ในอาณัติของกรรมาธิการทางการเมือง และฝ่ายตุลาการได้แปรสภาพเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเหนือกว่าฝ่ายใดในการตัดสินข้อพิพาทต่างๆ

แม้จะเกิดการขยายตัวอย่างกว้างขวางของบทบาทฝ่ายตุลาการ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เกิดปฏิกริยาหรือการตอบโต้จากสถาบันการเมืองเสียงข้างมากต่อศาล ซึ่งมีบทบาทอย่างเด่นชัด อันสะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างฝ่ายตุลาการและสถาบันการเมืองในระบบตัวแทน การตอบโต้ต่อการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ⁹ เช่น การออกกฎหมายภายหลังคำพิพากษาเพื่อแก้ไขผลของคำพิพากษา การเข้าไปมีบทบาทในการแต่งตั้งผู้พิพากษา การยุบฝ่ายตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภารกิจทางการเมือง การจำกัดเขตอำนาจศาลให้หดแคบลง เป็นต้น หากพิจารณาในแง่นี้ บทบาทของตุลาการที่แผ่ขยายเข้าไปในสังคมต่างๆ จึงอาจส่งผลต่อสถาบันการเมืองที่ดำรงอยู่และได้รับการตอบโต้ในเงื่อนไขที่แตกต่างกันไป

นอกจากนี้การสถาปนาอำนาจของฝ่ายตุลาการก็ไม่เพียงแต่จะเป็นด้านที่เป็นคุณูปการแต่เพียงอย่างเดียว หากยังแปรไปสู่ด้านที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิด

7 การพิจารณาประเด็นปัญหา “ความยุ่งยากในการเป็นปฏิปักษ์ต่อฝ่ายเสียงข้างมาก” ได้ถูกพิจารณาในสถานการณ์ที่ฝ่ายตุลาการได้พยายามขยายอำนาจของตนเข้าไปในพื้นที่ต่างๆ ที่แตกต่างไปจากเดิม ดูรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นนี้ใน Barry Friedman, “A History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy,” *N.Y.U. Law Review* 333 vol. 73 (1998)

8 Ran Hirschl, *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004)

9 Ran Hirschl, “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Op. cit.*, p. 747-749

แบบเสรีประชาธิปไตย ดังปรากฏข้อสังเกตว่าการขยายบทบาทของฝ่ายตุลาการในเอเชีย ซึ่งถูกเรียกว่าเป็น “ดินแดนแห่งประชาธิปไตยที่ไม่เสรี” (home of illiberal democracy)¹⁰ อาจส่งผลในแง่ลบที่แตกต่างออกไปจากแนวโน้มซึ่งได้เกิดขึ้นในยุโรปหรือสหรัฐอเมริกา หรือแม้กระทั่งบทบาทของฝ่ายตุลาการที่อยู่ภายใต้ระบอบอำนาจนิยมหรือกึ่งอำนาจนิยม ก็อาจกลายเป็นสถาบันซึ่งทำหน้าที่ในการสร้างความชอบธรรมให้กับระบอบการปกครองเหล่านั้นและมีผลให้ระบอบดังกล่าวสามารถดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคง บทบาทของฝ่ายตุลาการในช่วงต้นของศตวรรษที่ 21 จึงมีความเปลี่ยนแปลงที่จำเป็นต้องได้รับการใส่ใจและให้ความสำคัญเพิ่มมากขึ้น

2. การเมืองเชิงตุลาการ (The Judicialization of Politics): นัยและความสำคัญ

นับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 มาจนกระทั่งต้นศตวรรษที่ 21 ฝ่ายตุลาการในหลายประเทศได้เข้ามามีบทบาทต่อการพิจารณาประเด็นปัญหาต่างๆ ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกิดขึ้นในแต่ละสังคม ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการเจริญพันธุ์ ความยุติธรรมทางอาญา การปกป้องด้านสิ่งแวดล้อม การแต่งงานของคู่รักเพศเดียวกัน การค้าระหว่างประเทศ สิทธิของคนต่างด้าว การตัดสินผลการเลือกตั้งระหว่างคู่ขัดแย้งทางการเมือง การตัดสินยุบพรรคการเมือง สิทธิของชนกลุ่มน้อยในการแบ่งแยกออกเป็นรัฐอิสระ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

บทบาทที่เข้ามาสัมพันธ์กับประเด็นซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับ “การเมือง” มากขึ้น ทำให้การทำหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวมีความแตกต่างไปจากแนวความคิดที่เคยมีต่อฝ่ายตุลาการอย่างสำคัญ โดยแต่เดิมแนวความคิดตามแบบดั้งเดิมหรือรูปแบบนิยม (formalism) อธิบายว่าผู้พิพากษามีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย

10 Tom Ginsburg, Op. cit., p. 11

และบทบัญญัติต่างๆ โดยไม่ได้ตัดสินอย่างเป็นทางการเมือง (judges simply apply the law and act apolitically)¹¹ ผู้พิพากษาจะวินิจฉัยประเด็นต่างๆ ไปตามบทบัญญัติของกฎหมายบนพื้นฐานความเชื่อว่ามีคำวินิจฉัยที่ถูกต้องดำรงอยู่ อย่างเป็นอิสระ ในแง่นี้คำอธิบายต่อบทบาทของฝ่ายตุลาการตามแนวรูปแบบนิยม จึงย่อมมีข้อจำกัดต่อการทำความเข้าใจถึงปรากฏการณ์ที่กำลังแผ่ขยายไปอย่างกว้างขวางในห้วงเวลาของต้นศตวรรษที่ 21 การก้าวเข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยประเด็นปัญหาในหลายคดี ทั้งการตัดสินและการให้เหตุผลไม่ว่าจะเป็นไปทางสนับสนุนหรือคัดค้านต่อข้อพิพาทต่างๆ ล้วนต้องสัมพันธ์กับแนวความคิดอุดมการณ์ หรือความเชื่อในแนวทางแบบใดแบบหนึ่งเป็นสำคัญ

2.1 ความหมายของการเมืองเชิงตุลาการ

ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ถูกพิจารณาจากแวดวงวิชาการซึ่งให้ความสนใจต่อบทบาทของฝ่ายตุลาการ โดยได้มีการใช้คำว่า Judicialization of Politics หรืออาจแปลในภาษาไทยว่า “การเมืองเชิงตุลาการ”¹² ทั้งนี้ มีความพยายามในการให้คำอธิบายต่อความหมายหรือลักษณะโดยรวมของปรากฏการณ์โดยกลุ่มนักวิชาการซึ่งมีผลงานในการบุกเบิกการศึกษาได้เสนอกรอบความคิดของการเมืองเชิงตุลาการไว้ในเบื้องต้น ดังตัวอย่างต่อไปนี้

- 11 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies* (New York: Cambridge University Press, 2003) p. 69
- 12 เนื่องจากแนวความคิดนี้ยังไม่เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวาง ในโลกวิชาการที่ใช้ภาษาไทย ถ้อยคำดังกล่าวจึงยังไม่มีมีการประดิษฐ์ขึ้น ผู้เขียนตระหนักว่าหากแปลด้วยการยึดความหมายของภาษาอังกฤษแล้ว The Judicialization of Politics ควรต้องแปลให้มีความหมายที่ครอบคลุม “กระบวนการในการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้ามาอยู่ในกระบวนการวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการ” หรือ “เป็นการทำให้ประเด็นปัญหาทางการเมืองต่างๆ อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายตุลาการ” แต่ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “การเมืองเชิงตุลาการ” เพื่อความกระชับในการกล่าวขึ้น แนวความคิดนี้ จึงถือว่าถ้อยคำนี้เป็นการทดลองเสนอของผู้เขียน ซึ่งหากอนาคตข้างหน้าจะมีผู้ใดที่สามารถแปลถ้อยคำดังกล่าวได้เหมาะสมยิ่งกว่า ผู้เขียนก็ไม่ปฏิเสธที่จะปรับเปลี่ยนคำแปลดังกล่าวนี้

“ความไว้วางใจที่เพิ่มมากขึ้นต่อศาลและกระบวนการทางศาลในการพิจารณาประเด็นปัญหาทางศีลธรรม คำถามในนโยบายสาธารณะ และความขัดแย้งทางการเมือง” (the ever-accelerating reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies)¹³

สำหรับ Bjorn Dressel อธิบายถึงความหมายของการเมืองเชิงตุลาการใน 2 แง่มุม คือ¹⁴ หากพิจารณาในความหมายอย่างแคบ การเมืองเชิงตุลาการมีความหมายถึงแนวทางที่ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจในการตรวจสอบเพื่อทำให้เกิดหรือส่งผลกระทบต่อนโยบายสาธารณะ, กระบวนการซึ่งฝ่ายตุลาการเข้ามามีบทบาทนำในการกำหนดนโยบายสาธารณะ (a term refers to the way judges in exercising judicial review contribute to or influence public policy, the process by which courts come to dominate the making public policy) ซึ่งแต่เดิมาเคยเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร และหากพิจารณาแบบกว้าง ก็มีความหมายถึงการปรากฏตัวเพิ่มขึ้นของกระบวนการของฝ่ายตุลาการและคำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการในวิถีชีวิตทางการเมืองและสังคม

โดย Ran Hirschl จำแนกการเมืองเชิงตุลาการออกเป็น 3 ประเภท คือ¹⁵

ประเภทแรก การเมืองเชิงตุลาการมีความหมายถึงการแผ่ขยายของวาทกรรมทางกฎหมาย (legal discourse), โวหาร (jargon), กฎเกณฑ์ และกระบวนการทางกฎหมายเข้าไปในพื้นที่ทางการเมือง (political sphere) รวมถึง

13 Ran Hirschl, “The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, *Fordham Law Review*, volume 75 Issue 2, p. 721

14 Bjorn Dressel, “The Judicialization of Politics in Asia: towards a framework of analysis”, in Bjorn Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia* (London and New York: Routledge, 2013) p. 4

15 Ran Hirschl, Op. cit., p. 723 - 727

กระบวนการในการจัดทำนโยบายสาธารณะ การเมืองเชิงตุลาการในความหมายนี้เป็นการจัดวางความสัมพันธ์ทางสังคมและวัฒนธรรมสาธารณะเข้ามาสัมพันธ์กับแนวคิดในระบบกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็น “การเมืองเชิงตุลาการของความสัมพันธ์ทางสังคม” (judicialization of social relation)

ประเภทที่สอง การเมืองเชิงตุลาการหมายถึงการแผ่ขยายพื้นที่ของฝ่ายตุลาการและผู้พิพากษาในการกำหนดนโยบายสาธารณะโดยผ่านแนวความคิดเรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญ และการปรับเปลี่ยนตำแหน่งแห่งที่ตามกฎหมายระหว่างหน่วยงานรัฐใหม่ (judicial redrawing of boundaries between state organs) ซึ่งปรากฏการณ์อันเป็นรูปธรรมที่เห็นได้บ่อยครั้งก็คือ คำวินิจฉัยในคดีที่เป็นประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพของพลเมือง, สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, สิทธิในความเป็นส่วนตัว, ความเสมอภาคอย่างเป็นทางการ และที่ชัดเจนก็จะปรากฏในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรมเชิงกระบวนการ

สำหรับความเปลี่ยนแปลงในลักษณะดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่จะเป็นผลมาจากโครงสร้างที่เปิดช่องทางให้การเคลื่อนไหวในทางกฎหมายเพิ่มมากขึ้น เช่น การเปิดกว้างให้การฟ้องคดีโดยกลุ่มองค์กรต่างๆ ที่อาจไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง เป็นต้น ทำให้องค์กรที่สนับสนุนเรื่องสิทธิ นักกฎหมาย องค์กรพัฒนาเอกชนสามารถใช้ช่องทางของฝ่ายตุลาการในการผลักดันประเด็นที่ตนเองหรือองค์กรให้ความสนใจ เฉพาะอย่างยิ่งการบังคับใช้ความเป็นธรรมในเชิงกระบวนการ (enforcement of procedural fairness) ซึ่งการเคลื่อนไหวในลักษณะนี้ Ran Hirschl เรียกว่า “การเมืองเชิงตุลาการจากข้างล่าง” (judicialization from below)

ประเภทที่สาม การเมืองเชิงตุลาการในแนวทางนี้ให้ความสำคัญกับบทบาทของฝ่ายตุลาการในการทำหน้าที่พิจารณาในประเด็น “อภិการเมือง” (megapolitics) อันมีความหมายถึงความขัดแย้งหลักในทางการเมืองซึ่งมีผลอย่างสำคัญกับการเมืองในภาพรวม ประเด็นที่ถือเป็นอภิการเมือง เช่น การวินิจฉัยความถูกต้อง

ต้องของกระบวนการเลือกตั้ง การตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารในการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ การสนับสนุนการเปลี่ยนผ่านของระบอบ เป็นต้น ประเด็นตัวอย่างที่ได้กล่าวมาเป็นข้อพิพาทซึ่งคำวินิจฉัยไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่งจะส่งผลกระทบต่อระบบการเมืองโดยรวมต่อไป การเข้ามามีบทบาทในอาณาบริเวณของอภิการเมืองถือได้ว่าเป็นบทบาทที่ทำให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีปฏิสัมพันธ์กับการเมืองอย่างเข้มข้น

แม้แนวความคิดเรื่องการเมืองเชิงตุลาการจะได้รับความสนใจจากแวดวงวิชาการเพิ่มมากขึ้น และมีความพยายามในการให้คำนิยามหรือความหมายต่อปรากฏการณ์ดังกล่าว แต่ก็ดูเหมือนว่ามีความเห็นร่วมกันอยู่เพียงบางส่วนในการให้ความหมายของปรากฏการณ์ รวมทั้งปัจจัยต่อการเกิดขึ้น (what is driving it) และผลกระทบที่ติดตามมา (what its effects are)¹⁶ ความยุ่งยากนี้ส่วนสำคัญเป็นผลสืบเนื่องมาจากความหลากหลายของปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในบริบทที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นผลให้ในด้านหนึ่งก็อาจเป็นปัญหาในแง่ของกรอบแนวคิดและวิธีวิทยาของการศึกษาที่มีความลื่นไหลเป็นอย่างมาก แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นผลให้การศึกษาคำความเข้าใจในประเด็นการเมืองเชิงตุลาการยังคงสามารถเปิดให้มีการถกเถียง แลกเปลี่ยน และความเข้าใจในพื้นที่และประเด็นต่างๆ ได้อย่างกว้างขวาง

2.2 พื้นที่ในการปรากฏตัวของการเมืองเชิงตุลาการ

การปรากฏตัวของฝ่ายตุลาการในมิติที่มีความสัมพันธ์กับประเด็นปัญหาทางการเมือง ได้เกิดขึ้นอย่างเด่นชัดผ่านการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญจะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันต่างๆ ทางการเมือง รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและสถาบันทางการเมืองในประเด็นเรื่อง

16 Bjorn Dressel , Op. cit., p. 4

สิทธิเสรีภาพระหว่างบุคคล กลุ่มชน กับหน่วยงานรัฐ จึงทำให้ประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญมักจะมีความเป็นการเมืองอยู่เสมอ อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศที่ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา เป็นต้น ศาลสูงก็มักจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทบาทในลักษณะของการเมืองเชิงตุลาการก็สามารถปรากฏตัวได้ผ่านคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวได้เช่นกัน

ทั้งนี้ บทบาทของฝ่ายตุลาการในเชิงการเมืองนั้นได้ถูกพิจารณาว่าสามารถมองเห็นได้อย่างเด่นชัดในประเด็นดังต่อไปนี้

1) ผู้กำกับกฎเกณฑ์ประชาธิปไตย (Lord of Democracy)

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 21 เป็นต้น การเมืองเชิงตุลาการปรากฏอย่างเด่นชัดในกระบวนการของการเลือกตั้ง ซึ่งอาจเรียกว่าเป็น “กฎเกณฑ์ของประชาธิปไตย” (the law of democracy) โดยฝ่ายตุลาการได้มีบทบาทในการวินิจฉัยประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง เช่น การแบ่งเขตเลือกตั้ง การบริจาการเงินสนับสนุนพรรคการเมือง การโฆษณาหาเสียงทางโทรทัศน์ระหว่างการเลือกตั้ง การวินิจฉัยถึงผลทางกฎหมายของการเลือกตั้ง เป็นต้น ฝ่ายตุลาการในหลายประเทศได้รับรองและตัดสินสิทธิทั้งพรรคการเมืองและผู้สมัครรับเลือกตั้งในห้วงทศวรรษที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญใน 25 ประเทศ ได้เข้ามามีบทบาทในการชี้ขาดอนาคตทางการเมืองของผู้นำซึ่งมีความโดดเด่นผ่านกระบวนการถอดถอน (impeachment)¹⁷ ดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญรัสเซียได้จำกัดการดำรงตำแหน่งในสมัยที่ 3 ของ ประธานาธิบดี Boris Yeltsin ขณะที่ศาลสูงของโคลอมเบีย รับรองการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งเคยห้ามการลงรับสมัครเลือกตั้งของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นสมัยที่ 2 อันเป็นผลให้ประธานาธิบดี Alvaro Uribe สามารถลงสมัครและได้รับการเลือกตั้งเป็นสมัยที่ 2

17 Ran Hirschl, *Op. cit.*, , p. 729

บทบาทของฝ่ายตุลาการในการเลือกตั้งที่สำคัญอีกด้านหนึ่งคือการเป็นผู้วินิจฉัยเกี่ยวกับผลของการเลือกตั้งระดับชาติ ในอิตาลี ค.ศ. 2006 ศาลสูงของอิตาลียืนยันชัยชนะของ Romano Prodi เหนือนักการเมืองฝ่ายขวา Silvio Berlusconi ด้วยคะแนนที่ห่างกันประมาณ 25,000 เสียง ในเม็กซิโกมีการฟ้องและโต้แย้งเกิดขึ้นอย่างมากในศาลเลือกตั้ง (Mexico's Federal Electoral Court) ใน ค.ศ. 2006 ศาลได้ตัดสินให้ข้ออ้างเรื่องการทุจริตในการเลือกตั้งจากฝ่ายที่พ่ายแพ้ในการเลือกตั้งตกไป คำตัดสินทำให้นักการเมืองฝ่ายขวาสามารถดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีด้วยคะแนนการเลือกตั้งที่เหนือกว่าคู่แข่งเพียง 0.6 เปอร์เซ็นต์ กรณีการต่อสู้ในชั้นศาลระหว่างผู้สมัครประธานาธิบดีสหรัฐ George Bush และ Al Gore ในการชิงตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา ก็ถือเป็นช่วงเวลาอันแปลกประหลาด (idiosyncratic moment) ในประวัติศาสตร์ร่วมสมัยของการเมืองรัฐธรรมนูญเชิงเปรียบเทียบ (comparative constitutional politics)¹⁸

2) เอกสิทธิ์ของสถาบันจากการเลือกตั้ง (Core Executive Prerogatives)

พื้นที่ซึ่งฝ่ายตุลาการได้มีบทบาทเพิ่มขึ้นอย่างสำคัญอีกด้านคือ อำนาจซึ่งเคยเป็นเอกสิทธิ์ (prerogative) ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เฉพาะอย่างยิ่งในการดำเนินการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความมั่นคงของรัฐและนโยบายด้านการคลัง

ศาลสูงของแคนาดา (The Supreme Court of Canada) ได้ปฏิเสธหลักการเรื่องข้อถกเถียงในทางการเมือง (the political question doctrine)¹⁹ ภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ค.ศ. 1982

18 ดูรายละเอียดได้ใน Richard Hasen, A Critical Guide to Bush v. Gore Scholarship, *Annual Review of Political Science* volume 7 (2004) pp. 297-313

19 สำหรับการตกต่ำของหลักการข้อถกเถียงในทางการเมืองในสหรัฐอเมริกา ดูรายละเอียดใน Mark Tushnet, Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine, 80 *N.C. Law Review* (2002) 1203

(Canadian Charter of Rights and Freedom) ในคำพิพากษาซึ่งเป็นบรรทัดฐานเอาไว้ในคดี Operation Dismantle v The Queen ศาลได้วินิจฉัยว่า

“ถ้าในคดีดังกล่าวมีประเด็นว่าการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติขัดละเมิดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลก็จะเป็นผู้ตอบคำถามดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงลักษณะทางการเมืองของความขัดแย้ง... ข้อถกเถียงเกี่ยวกับธรรมชาติของนโยบายทางการเมืองหรือนโยบายต่างประเทศสามารถให้คำตอบอย่างถูกต้องได้โดยศาล (Disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the court)”²⁰

การวางบทบาทของศาลในลักษณะเช่นนี้ทำให้ศาลสูงของแคนาดา กลายเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการชี้ขาดในประเด็นปัญหาต่างๆ นับตั้งแต่อนาคตของมลรัฐควิเบค (Quebec) ไปถึงนโยบายด้านสุขภาพของรัฐบาล

ศาลรัฐธรรมนูญของรัสเซีย (Russian Constitutional Court) ในคดี Chechnya ได้รับคำร้องของฝ่ายค้านในสภา Duma ซึ่งตั้งคำถามถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด (decree) ของประธานาธิบดีซึ่งให้กองทัพรัสเซียเข้าไปในพื้นที่ของ Chechnya ผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้ยืนยันว่าการธำรงรักษาความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและเอกภาพของรัสเซียเป็นหลักที่จะปฏิเสธความเป็นไปได้ของการสืบทอดกองทัพติดอาวุธในมลรัฐใดๆ

การเข้าแทรกแซงในประเด็นของนโยบายทางการเมืองคลั่งและนโยบายด้านสาธารณสุขก็เป็นอีกพื้นที่หนึ่งในการแสดงบทบาทของฝ่ายตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญฮังการี (Hungarian Constitutional Court) ได้ตัดสินคดี Austerity Package Decisions 1995 ได้ยกเลิกบทบัญญัติ 26 ข้อ ของแผนฉุกเฉินทางเศรษฐกิจ (26 provisions of a comprehensive economic emergency

20 Operation Dismantle v. The Queen, (1985) 1 S.C.R. 441

plan) ซึ่งมาจากการผลักดันของรัฐบาล โดยรัฐบาลต้องลดสถานะการขาดดุลงบประมาณจำนวนมหาศาลและหนี้ต่างประเทศ แผนฉุกเฉินทางเศรษฐกิจนี้ จะมีการลดทอนงบประมาณการใช้จ่ายทางด้านประกันสังคม การจ่ายบำนาญ การศึกษาและสาธารณสุข แต่ก็ต้องเผชิญกับการโต้แย้งจากบทบาทของฝ่ายตุลาการ²¹ บทบาทของฝ่ายตุลาการในนโยบายเศรษฐกิจระดับมหภาคเช่นนี้ ก็ปรากฏในประเทศอาร์เจนตินาเช่นกัน โดยศาลสูงของอาร์เจนตินา (Supreme Court of Argentina) ได้ยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในนโยบายของรัฐบาลที่เรียกว่า pesification plan (การกำหนดสกุลเงินเปโซของอาร์เจนตินาแบบตายตัวกับสกุลเงินดอลลาร์ของสหรัฐอเมริกา)

บทบาทของฝ่ายตุลาการในพื้นที่ที่เคยเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติได้เพิ่มขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ทั้งในด้านการดำเนินนโยบายต่างประเทศ นโยบายการคลัง หรือความมั่นคงของรัฐ ซึ่งสามารถปรากฏขึ้นไม่เพียงในด้านของการโต้แย้งต่อนโยบายของรัฐบาลเท่านั้น การวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของนโยบายหรือแผนงานทางด้านเศรษฐกิจ ก็เป็นส่วนหนึ่งที่ยืนยันว่าฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดประเด็นปัญหาเหล่านี้ ข้อถกเถียงในประเด็นเหล่านี้เคยเป็นพื้นที่ทางการเมืองจึงได้ถูกทำให้กลายเป็นประเด็นที่ถูกวินิจฉัยโดยฝ่ายตุลาการได้ อย่างไรก็ตาม Ran Hirschl ได้ตั้งข้อสังเกตว่าแม้ฝ่ายตุลาการจะมีบทบาทในนโยบายทางเศรษฐกิจ แต่จะพบว่าฝ่ายตุลาการยังคงนิ่งเฉยในนโยบายทางสังคม การกระจายความมั่งคั่งและทรัพยากร (courts have remained passive with respect to social policy and redistribution of wealth and resources)²² โดยฝ่ายตุลาการส่วนใหญ่ในหลายประเทศไม่เข้าไปแสดงบทบาทที่จะทำให้เกิดความก้าวหน้าในเรื่องของความยุติธรรมเชิงแบ่งปัน (distributive justice) เช่น การสร้างความเท่าเทียมในการกระจาย

21 อ้างใน Ran Hirschl, *Op. cit.*, , p. 731

22 Ran Hirschl, *Op. cit.*, p. 732

รายได้ การจัดความยากจน หรือสิทธิพื้นฐานของการดำรงชีวิต ซึ่งประเด็นปัญหาต่างๆ เหล่านี้ต้องการการแทรกแซงของรัฐอย่างกว้างขวางรวมทั้งการปรับเปลี่ยนลำดับการใช้จ่ายของรัฐอย่างสำคัญ (ทั้งนี้มีบางประเทศเท่านั้นที่ฝ่ายตุลาการได้แสดงบทบาทในประเด็นที่กล่าวมา เช่น แอฟริกาใต้ อินเดีย)

3) การรับรองต่อการเปลี่ยนแปลงของระบอบ (Corroboration of Regime Change)

การเข้าไปมีส่วนร่วมของฝ่ายตุลาการในทางการเมืองประการหนึ่งคือการให้การรับรอง (และไม่รับรอง) ต่อการเปลี่ยนแปลงของระบอบการปกครอง (validation of regime change) บทบาทในลักษณะเช่นนี้จะปรากฏขึ้นในประเทศที่การเปลี่ยนแปลงมักจะไม่ได้นำไปทำตามกรอบของกฎหมาย ดังการรัฐประหารเพื่อล้มล้างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่มาจากเลือกตั้ง ซึ่งจะทำให้มีการจัดตั้งฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติขึ้นมาใหม่ และรวมถึงการดำเนินการในทางการเมืองอีกหลายประการที่ทำให้เกิดข้อถกเถียงถึงความชอบด้วยกฎหมายขึ้น เช่น การตั้งองค์กรขึ้นภายหลังการรัฐประหารเพื่อตัดสินการกระทำของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในทางการเมืองก่อนหน้ารัฐประหาร เป็นต้น บทบาทของฝ่ายตุลาการในรูปแบบนี้ก็เป็นกรณีพิเศษที่เป็นการแสดงบทบาทในฐานะของผู้ให้การรับรอง (หรือการไม่รับรอง) ต่อการเปลี่ยนแปลงที่ได้บังเกิดขึ้น

ดังเช่นใน ค.ศ. 2006 ศาลสูงของเนปาล (Supreme Court of Nepal) ได้วินิจฉัยในกรณีที่คณะกรรมการควบคุมการคอร์รัปชัน (Royal Commission for Corruption Control: RCCC) ซึ่งได้ถูกแต่งตั้งภายหลังการรัฐประหาร ค.ศ. 2005 และคณะกรรมการชุดนี้ได้มีคำสั่งจำคุกอดีตนายกรัฐมนตรี Bahadur Deuba ศาลสูงเนปาลมีความเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทำให้ต้องมีการปล่อยตัวอดีตนายกรัฐมนตรีจากการคุมขัง

ใน ค.ศ. 2004 ศาลรัฐธรรมนูญของเกาหลีใต้ (Constitutional Court of South Korea) ได้เพิกถอนการถอดถอนประธานาธิบดี Roh Moo-hyun ซึ่งกระทำ

โดยสภาแห่งชาติ ซึ่งถือเป็นครั้งแรกในระบอบรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ที่กระบวนการถอดถอนประธานาธิบดีโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ถูกเปลี่ยนแปลงโดยคำตัดสินของฝ่ายตุลาการ²³

กรณีตัวอย่างที่สำคัญคือคำวินิจฉัยของศาลสูงของปากีสถาน (Pakistani Supreme Court) ซึ่งให้เหตุผลในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการยึดอำนาจที่เกิดขึ้นใน ค.ศ. 1999 โดยในการรัฐประหารดังกล่าว นายพล Pervez Musherraf ได้ยึดอำนาจจากนายกรัฐมนตรี Nawaz Sharif และประกาศให้ตนเองเป็นผู้นำคนใหม่ นายพล Musharraf ได้สั่งจำคุกอดีตนายกรัฐมนตรีและนักการเมืองอีกหลายคน แต่ได้มีฝ่ายต่อต้านยื่นคำฟ้องต่อศาลสูงถึงความชอบด้วยกฎหมายในการล้มล้างรัฐบาลและการประกาศกฎอัยการศึก รวมถึงการเรียกร้องให้มีการปล่อยตัวอดีตนายกรัฐมนตรีและให้รัฐบาลเดิมกลับมาปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ศาลสูงปากีสถานมีคำตัดสินเมื่อ ค.ศ. 2000 โดยยืนยันถึงหลักการความจำเป็นของรัฐ (doctrine of state necessity) ในการให้การรับรองต่อการรัฐประหารที่เกิดขึ้นว่าเป็นความจำเป็นในการเยียวยาประเทศจากภาวะโกลาหลและการล่มสลาย ศาลได้ให้เหตุผลดังนี้

“ในสถานการณ์ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่สามารถให้ทางออก และการแทรกแซงของกองทัพโดยวิธีการพิเศษทางรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยง ซึ่งเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายบนหลักการของความจำเป็นและหลักการสวัสดิภาพของประชาชนคือกฎหมายสูงสุด (salus populi suprema lex)”²⁴

23 Youngjae Lee, Law, Politics, and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-hyun from a Comparative Constitutional Perspective, 53 *American Journal Comparative Law*, 403 (2005) อ้างใน Ran Hirschl, Op. cit., p. 733

24 Zafar Ali Shah v. Pervez Musharraf, Chief Executive of Pakistan, P.L.D. 2000 Supreme Court p. 869 สำหรับหลักการสวัสดิภาพของประชาชนคือกฎหมายสูงสุดหรือ salus populi suprema lex ในภาษาละติน ในภาษาอังกฤษได้แปลว่า “Let the good

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Irshad Hasan Khan ได้เพิ่มเติมว่า

“การขยายระยะเวลาของกองทัพในการมีส่วนร่วมในกิจการของพลเรือน จะทำให้เกิดความเสี่ยงของการเปลี่ยนเป็นเรื่องการเมือง ซึ่งจะไม่ใช่ประโยชน์ของชาติ ดังนั้น กฎเกณฑ์ของพลเรือนในประเทศจะต้อง ถูกนำกลับมาภายในระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่เป็นไปได้”²⁵

ทั้งนี้ ศาลได้กำหนดระยะเวลา 3 ปี ในการดำเนินการปฏิรูปทางเศรษฐกิจ และการเมืองรวมทั้งการปฏิรูปประชาธิปไตย โดยได้ประกาศว่านายพล Musharaff ต้องเลือกกำหนดการที่ไม่น้อยกว่า 90 วัน ก่อนที่จะครบรอบ 3 ปี สำหรับการเลือกตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สภาทองถิ่นและวุฒิสภา เป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการต่อสู้ถึงความชอบด้วยกฎหมายทางการเมืองของนายพล Musharaff ได้รับการต่อยอดโดยการทำหน้าที่ของศาลสูงปากีสถาน

4) การสร้างความหมายของวาทกรรมเกี่ยวข้องกับชาติ

นอกจากประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ “การเมือง” โดยตรงแล้ว บทบาทที่สำคัญ อีกด้านหนึ่งของฝ่ายตุลาการที่ปรากฏขึ้นก็คือ การพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของวาทกรรมต่างๆ ที่สะท้อนให้เห็นนิยามของตัวตนในสถาบันต่างๆ ซึ่งมีความสัมพันธ์อัตลักษณ์รวมหมู่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นรัฐ ศาสนา จารีตประเพณี ดังเช่น ศาสนรัฐธรรมนูญของตุรกี ได้มีบทบาทในการปกป้องความเป็นฆราวาสของระบบการเมืองตุรกี (secular nature of Turkey’s political system) และการทำให้ฝ่ายต่อต้านเป็นกลุ่มที่ผิดกฎหมาย บทบาทของศาลในการจัดวางสถานะของความเชื่อศาสนาในประเทศที่มีความหลากหลายเช่นอียิปต์หรือมาเลเซีย การพิจารณาถึงสถานะและขอบเขตในสิทธิของชนกลุ่มน้อยในแคว้นควิเบก ในแคนาดา ล้วนแต่

of the people be the supreme law” or “The welfare of the people shall be the supreme law” ดูตัวอย่างได้ใน <http://definitions.uslegal.com/s/salus-populi-est-suprema-lex/>

25 Ibid, p. 1219

สะท้อนถึงบทบาทที่กว้างขวางมากขึ้นของฝ่ายตุลาการในการสร้างความหมายเกี่ยวกับวาทกรรมต่างๆ ในหลายประเทศ การพิจารณาถึงบทบาทของศาลในบางประเทศจะช่วยให้สามารถมองเห็นลักษณะเหล่านี้ได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

บทบาทของศาลสูงอิสราเอล (Supreme Court of Israel) ในการตอบคำถามเกี่ยวกับอัตลักษณ์หมู่ของพลเมืองว่า “ใครคือยิว” (who is a Jew) เป็นประเด็นสำคัญเพราะส่งผลต่อการได้รับสิทธิที่แตกต่างกัน ตามกฎหมายแห่งการทวนคืน (Law of Return) ชาวยิวที่อพยพกลับคืนสู่อิสราเอลจะได้รับสิทธิประโยชน์อย่างเต็มที่เช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐ แต่บุคคลอพยพที่ไม่ใช่ชาวยิว จะไม่ได้รับสิทธิในลักษณะเดียวกัน ความเป็นชาวยิวจึงขึ้นอยู่กับ การให้ความหมายว่าใครคือยิว

โดยที่ฝ่ายการเมืองไม่มีความสามารถและเจตจำนงในการจัดการกับประเด็นนี้ ใน ค.ศ. 1989 ศาลสูงสุดของอิสราเอลได้วินิจฉัยว่าเพื่อเป้าหมายสำหรับการอพยพ ไม่ว่าใครก็ตามที่เปลี่ยนศาสนาเป็นยิว (Judaism) นอกดินแดนอิสราเอล จะสามารถได้รับสิทธิเช่นเดียวกับชาวยิวอพยพ (Jewish immigrant) คำตัดสินดังกล่าวได้ทำให้บุคคลที่มีเชื้อชาวยิวแต่อาศัยอยู่ในอิสราเอล (ซึ่งส่วนมากเป็นแรงงานต่างด้าวและผู้อพยพชาวสหภาพโซเวียต) ทำการเปลี่ยนศาสนาออกประเทศ ก่อนเดินทางกลับเข้ามาเพื่อให้ได้รับสิทธิในฐานะเช่นเดียวกับชาวยิว ซึ่งทางรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยไม่ให้การรับรองกับบุคคลกลุ่มดังกล่าว แต่ศาลสูงสุดอิสราเอลก็ได้ให้การรับรองต่อการเปลี่ยนศาสนาเป็นยิวที่ได้กระทำนอกประเทศ และมีคำสั่งให้กระทรวงมหาดไทยจดทะเบียนบุคคลเหล่านี้ในฐานะพลเมืองอิสราเอลที่เป็นยิว²⁶

สำหรับในแคนาดา การวินิจฉัยประเด็นแนวความคิดการใช้สองภาษา (bilingualism) และอนาคตทางการเมืองของแคว้นควิเบก ในท่ามกลางความพยายามแบ่งแยกตนเองจากแคนาดา นับเป็นการเข้ามามีบทบาทในลักษณะ

26 Ran Hirschl, *Op. cit.*, p. 739-740

ที่ไม่เคยปรากฏขึ้นมาก่อนของศาลสูงแคนาดา (Supreme Court of Canada) ซึ่งปรากฏอยู่ใน Reference re Secession of Quebec²⁷

ทั้งนี้ ประเด็นสำคัญก็คือเป็นการทดสอบครั้งแรกของประเทศประชาธิปไตยกับประเด็นทางกฎหมายในการขอแบ่งแยกเพื่อจัดตั้งขึ้นเป็นรัฐใหม่ โดยในเดือนกันยายน ค.ศ. 1996 หลังจากการทำประชามติเรื่องการแบ่งแยกแคว้นควิเบก โดยมีผู้ลงประชามติไม่เห็นด้วยกับการแบ่งแยก 50.6 เปอร์เซ็นต์ ผู้ที่เห็นด้วย 49.4 เปอร์เซ็นต์ รัฐบาลของแคนาดาได้เสนอประเด็นให้ศาลสูงแคนาดาพิจารณาว่าการประกาศแบ่งแยกโดยฝ่ายเดียวของรัฐบาลควิเบกเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลสูงแคนาดาได้มีคำตัดสินใน ค.ศ. 1998 อย่างเป็นทางการว่าเป็นเอกฉันท์ว่าการประกาศแบ่งแยกโดยฝ่ายเดียวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ และลำพังเสียงข้างมากในควิเบกก็ไม่เป็นเงื่อนไขเพียงพอต่อการประกาศแบ่งแยกอย่างถูกกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากเสียงข้างมากในควิเบกได้ลงประชามติสนับสนุนการแบ่งแยก ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องก็ควรทำความตกลงเรื่องการแบ่งแยกด้วยเจตนารมณ์ที่ดี (good faith) คำตอบของศาลสูงถือว่าเป็นการยอมรับทั้งแนวทางของฝ่ายนิยมสหพันธรัฐ (federalists) และฝ่ายที่สนับสนุนการแบ่งแยก (separatists)

หากพิจารณาในมิติทางกฎหมาย คำวินิจฉัยของศาลสูงตัดสินว่าการแบ่งแยกของแคว้นควิเบกจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้ทุกฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องเข้ามาอยู่ในกระบวนการนี้ ทั้งนี้ศาลสูงแคนาดา ยืนยันว่ารัฐธรรมนูญของแคนาดาวางอยู่บนหลักการ 4 ประการเท่าเทียมกัน คือ สหพันธรัฐ (federalism) ประชาธิปไตย (democracy) รัฐธรรมนูญนิยมและหลักนิติธรรม (constitutionalism and rule of law) และการปกป้องชนกลุ่มน้อย (the protection of minorities) โดยไม่มีหลักการใดอยู่เหนือกว่าหลักการใด เพราะฉะนั้น

27 Reference re Secession of Quebec, (1998) 2 S.C.R. 217

หากเสียงข้างมากของ Quebec ลงประชามติสนับสนุนการแบ่งแยกออกเป็นรัฐใหม่ กระบวนการดังกล่าวเป็นการให้ความชอบธรรมกับความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อแบ่งแยกออกไปตามวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลสูงแคนาดาตีความเห็นว่าสิทธิในการกำหนดอนาคตของตน (right of self-determination of peoples) ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถปรับใช้กับประชาชนในควิเบกได้ เพราะประชาชนไม่ได้ถูกปฏิเสธความสามารถในการเข้าถึงการพัฒนาทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ภายใต้รัฐที่ดำรงอยู่และพวกเขาก็ไม่ได้ถูกกดขี่แฉก เช่นอาณานิคม จึงไม่สามารถอ้างถึงสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองได้แฉกเช่นประชาชนในดินแดนอาณานิคม หรือชนกลุ่มน้อยที่ถูกกดขี่และเอารัดเอาเปรียบอย่างรุนแรงในบางประเทศ

รัฐบาลของควิเบกได้แสดงท่าทีต่อคำวินิจฉัยนี้ด้วยการบัญญัติกฎหมายที่ยืนยันว่าถ้าเสียงข้างมาก 50 เปอร์เซ็นต์บวก 1 (50% plus 1) ในการลงประชามติ ก็จะเป็นการแสดงถึงเสียงข้างมากที่ชัดเจน (clear majority) ของการแบ่งแยก อย่างไรก็ตาม รัฐบาลกลางได้เสนอกฎหมายซึ่งได้รับการรับรองจากรัฐสภาใน ค.ศ. 2000 ซึ่งได้สงวนสิทธิว่ารัฐบาลกลางมีสิทธิในการพิจารณาว่าคำถามของรัฐบาลควิเบกที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตนั้นเป็นคำถามที่มีความชัดเจนหรือไม่

ประเด็นสำคัญของการพิจารณาเรื่องการแบ่งแยกของควิเบกแสดงให้เห็นว่าศาลสูงสุดของแคนาดาได้กลายเป็นพื้นที่ของการตัดสินใจในประเด็นที่มีความสลับซับซ้อนเกี่ยวกับสถานะของแคว้นควิเบก และความสัมพันธ์กับส่วนต่างๆ ที่เหลือของแคนาดา ไม่ว่าจะผลลัพธ์ของประเด็นดังกล่าวนี้จะมีบทสรุปในลักษณะเช่นใดก็ตาม แต่การแสดงบทบาทของศาลสูงแคนาดาในช่วง 2 ทศวรรษที่ผ่านมา ก็ได้ทำให้ประเด็นข้อถกเถียงที่เคยเป็นคำถามอยู่ในพรมแดนทางการเมืองได้เคลื่อนเข้ามาอยู่ภายใต้พื้นที่อำนาจของฝ่ายตุลาการ (judicialized) ในการวินิจฉัยชี้ขาด

3. การถูกสร้างและการสร้างตนเองของฝ่ายตุลาการ

การปรากฏตัวของการเมืองเชิงตุลาการในช่วงปลายทศวรรษที่ 20 เป็นผลสืบเนื่องอย่างสำคัญจากการ “เขียน” บทบาทและหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ในรัฐธรรมนูญที่แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญแบบดั้งเดิม อันทำให้ฝ่ายตุลาการสามารถเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและมีบทบาทในทางการเมืองเพิ่มขึ้น เฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล (jurisdiction) องค์ประกอบ (composition) การเข้าถึง (access) ความเปลี่ยนแปลงในลักษณะนี้เป็นความพยายามของผู้ ออกแบบรัฐธรรมนูญในการสร้างบทบาทของฝ่ายตุลาการเฉพาะอย่างยิ่งโดยศาล รัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่มีหน้าที่วินิจฉัยประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญ²⁸ หรือกล่าว อีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะของสถาบันที่ถูกสร้างขึ้น อย่างไรก็ตาม อำนาจของฝ่ายตุลาการไม่ได้จำกัดอยู่เพียงบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น หาก พิจารณาฝ่ายตุลาการในฐานะของสถาบันการเมืองประเภทหนึ่ง ฝ่ายตุลาการมิได้ เป็นเพียงองค์กรที่ปฏิบัติหน้าที่ไปตามระบบที่วางไว้เท่านั้น แต่ฝ่ายตุลาการก็ได้ สร้างอำนาจของตนเองให้เกิดขึ้นด้วยเช่นกันควบคู่ไปกับอำนาจที่ได้รับมาตาม รัฐธรรมนูญ การพิจารณาถึงพลวัตของการเมืองเชิงตุลาการจึงต้องกระทำทั้งในด้าน ของการถูกสร้างขึ้นและการสร้างตนเองควบคู่กัน²⁹

28 เนื่องจากในการจัดตั้งองค์กรที่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในประเด็นที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ มีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยส่วนใหญ่จะเรียกว่าเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” หรือตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ในบางประเทศก็อาจไม่ได้เรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ในไต้หวัน เรียกว่า Council Grand Justices แต่ในบทความนี้จะเรียกโดยรวมว่าเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ยกเว้นในบางประเทศที่จะไม่ได้ใช้ระบบศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นสหรัฐอเมริกาที่จะเป็นศาลสูง (Supreme Court)

29 สำหรับประเด็นเรื่องการถูกสร้างและการสร้างตนเองของฝ่ายตุลาการนี้ ผู้เขียนนำมาจาก ข้อเสนอของ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies* (New York: Cambridge University Press, 2003) ในบทที่ 2 และบทที่ 3 ซึ่งได้มีการอภิปรายประเด็น ดังกล่าวนี้ไว้อย่างน่าสนใจ อันจะขยายขอบเขตการทำความเข้าใจถึงการดำรงอยู่ของการเมือง เชิงตุลาการได้เป็นอย่างดี

3.1 การเมืองเชิงตุลาการที่ถูกสร้าง

บทบาทของฝ่ายตุลาการที่เปลี่ยนแปลงและกลายเป็นการเมืองเชิงตุลาการอันสืบเนื่องมาจากการกำหนดบทบาทและหน้าที่ซึ่งแตกต่างไปจากบทบาทในแบบดั้งเดิม โดยมีประเด็นสำคัญที่จะแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างออกไปได้ใน 5 ประเด็นสำคัญ คือ การเข้าถึง ผลกระทบของคำตัดสิน กลไกการแต่งตั้งและความรับผิดชอบ ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง และขนาดของศาล

1) การเข้าถึง (Access)

การเข้าถึงหมายความว่าข้อพิพาทจะถูกนำไปสู่การพิจารณาของศาลด้วยวิธีการอย่างไร การเข้าถึงเป็นสาระสำคัญของอำนาจตุลาการเพราะจะเป็นเงื่อนไขในการกำหนดว่าบุคคลหรือองค์กรใดสามารถใช้ประโยชน์จากกลไกดังกล่าวนี้ได้

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutional review system) มีความแตกต่างกันอย่างมากในประเด็นที่ว่าบุคคลใดจะมีสิทธิในการนำคดีไปสู่ศาล โดยอาจมีลักษณะจำกัดตามรูปแบบดั้งเดิมที่เกิดขึ้นในแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ซึ่งกำหนดให้เป็นสิทธิของหน่วยงานรัฐและรัฐบาลกลาง (federal governments) หรือในแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (German Constitutional Court) ซึ่งปัจเจกบุคคลสามารถนำคดีไปสู่ศาลและผู้พิพากษาศาลยุติธรรมก็สามารถส่งข้อพิพาทไปได้เช่นกัน รัฐธรรมนูญของอินเดียก็ให้การรับรองต่อการนำคดีไปสู่ศาลสูงในประเด็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) รวมทั้งศาลสามารถรับฟังคำถามในเชิงปรึกษา (advisory questions) ทำให้เขตอำนาจศาลของอินเดียกว้างขวางกว่าศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ซึ่งจำกัดไว้ในกรณีที่เป็นประเด็นข้อพิพาทในเชิงรูปธรรม (concrete cases)

ความแตกต่างในการเข้าถึงอีกประการหนึ่งก็คือ ศาลจะสามารถพิจารณาข้อพิพาทที่เป็นลักษณะในเชิงรูปธรรม (concrete legal cases) หรือจะสามารถ

พิจารณาคดีในเชิงนามธรรม (abstract cases) โดยข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรมหมายถึงการยื่นฟ้องคดีว่าด้วยความชอบธรรมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทชัดเจนสำหรับข้อพิพาทในเชิงนามธรรมหมายถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ต่างๆ โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นเป็นการเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส (The French Conseil Constitutionnel) สามารถรับฟังคดีในเชิงนามธรรม ส่วนศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและสเปน สามารถพิจารณาคดีได้ทั้งคดีในเชิงรูปธรรมและนามธรรม

ประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องประการหนึ่งก็คือ ช่วงเวลาของการตรวจสอบซึ่งสามารถจำแนกได้เป็นการตรวจสอบก่อน (Ex ante review) และการตรวจสอบภายหลัง (Ex post review) การตรวจสอบก่อนจะเป็นขั้นตอนในการตรวจสอบถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศเป็นกฎหมาย ร่างกฎหมายที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถถูกประกาศเป็นกฎหมาย ขณะที่การตรวจสอบภายหลังจะเปิดโอกาสให้มีการกล่าวอ้างได้อย่างกว้างขวางมากกว่าในการตรวจสอบถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในด้านหนึ่งการตรวจสอบภายหลังก็ส่งผลในลักษณะเดียวกันกับการตรวจสอบก่อนที่จะทำให้การบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่สามารถมีผลบังคับได้ แต่ขณะเดียวกันการตรวจสอบภายหลังก็เปิดโอกาสให้สามารถนำข้อมูลต่างๆ อันเป็นผลสืบเนื่องเข้ามาสู่การพิจารณาประกอบได้มากขึ้น

2) ผลของคำตัดสิน (Effect of Judicial Decision)

คำตัดสินของศาลในคดีที่เป็นรูปธรรมมีผลที่มีความแตกต่างกันในสหรัฐอเมริกา คำตัดสินของศาลสูงจะไม่มีผลต่อการที่กฎหมายถูกวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากตามหลักของคำพิพากษาบรรทัดฐาน (the rule of stare decisis)³⁰ ข้อพิพาทในลักษณะเดียวกันที่เกิดขึ้นในภายหลังจะต้องเป็นไป

30 ตามแนวความคิดนี้อธิบายว่าคำพิพากษาถือเป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญ เมื่อได้มีการวินิจฉัยในคดีหนึ่งคดีใดเกิดขึ้นแล้ว หากต่อมามีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันเกิดขึ้น

ตามคำพิพากษาที่ตัดสินวางบรรทัดฐานไว้ก่อนหน้า

แต่ในระบบศาลแบบรวมอำนาจ³¹ ศาลจะมีอำนาจในการประกาศให้กฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้ เหตุที่ทำให้ต้องประกาศว่ากฎหมายไม่มีผลใช้บังคับก็เนื่องจากในระบบนี้จะไม่ใช้หลักคำพิพากษาบรรทัดฐาน ดังนั้น หากไม่มีการประกาศให้กฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ ศาลอื่นก็อาจนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ได้ ซึ่งจะมีผลกระทบอย่างสำคัญต่อหลักความคาดหมายและความสอดคล้อง (predictability and consistency) ของระบบกฎหมาย

สำหรับผลของคำตัดสินในรูปแบบอื่นสามารถพบได้ในระบบกฎหมายของเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีทางเลือก 2 ทางในการวินิจฉัยเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประการแรก ศาลสามารถตัดสินใจให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ (void/nichtig) หรือไม่สอดคล้อง (incompatible/unvereinbar) กับกฎหมายพื้นฐาน โดยในกรณีที่ศาลประกาศว่ากฎหมายไม่สอดคล้องแต่ไม่ถึงขนาดไม่มีผลบังคับใช้ ก็จะมีการกำหนดระยะเวลาให้ฝ่ายนิติบัญญัติทำการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวด้วยแนวทางเป็นการเฉพาะไว้ กรณีนี้ศาลได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากต่อการให้คำแนะนำฝ่ายนิติบัญญัติ ดังใน ค.ศ. 1975 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้มีคำแนะนำสำหรับการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง หรือในกรณีอื่นๆ ศาลก็ได้มีคำแนะนำเงื่อนไขสำหรับการปรับใช้กฎหมายและอาจมีคำ

คำวินิจฉัยก็ต้องเดินตามแนวคำวินิจฉัยที่ไว้วางไว้ก่อนหน้า

31 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้นมี 2 ระบบใหญ่ คือ ระบบการกระจายอำนาจ (the decentralized type) และระบบรวมอำนาจ (the centralized type) โดยระบบกระจายอำนาจจะให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้แก่ศาลทุกศาล หรือเรียกอาจเรียกว่าเป็นระบบการตรวจสอบแบบสหรัฐอเมริกา เนื่องจากมีจุดเริ่มต้นในประเทศนี้ สำหรับระบบรวมอำนาจจะให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก่องค์กรตุลาการเพียงองค์กรใดองค์กรเดียวเท่านั้น หรืออาจเรียกว่าเป็นระบบการตรวจสอบแบบออสเตรเลีย เนื่องจากเป็นประเทศแรกที่สถาปนาระบบดังกล่าวนี้ขึ้นตามข้อเสนอแนะของ Hans Kelsen

เตือนว่ากฎหมายอาจจะถูกพิจารณาให้ไม่มีผลบังคับใช้ในอนาคตได้³²

คำตัดสินในแนวทางนี้สืบเนื่องจากการประกาศให้กฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ
อาจนำมาซึ่งความยุ่งยาก รวมทั้งอาจมีเนื้อหาเพียงบางส่วนของกฎหมายที่ไม่ชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลในหลายประเทศได้ใช้แนวทางดังกล่าวในการวินิจฉัยด้วยการ
ให้ฝ่ายนิติบัญญัติทำการปรับแก้มากกว่าการประกาศให้กฎหมายไม่มีผลบังคับ
ใช้ทั้งหมด แต่คำตัดสินในลักษณะนี้ย่อมทำให้เกิดข้อโต้แย้งจากมุมมองของ
หลักนิติธรรม (rule of law) เฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกฎหมายถูกพิจารณาว่า
ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแต่ยังสามารถมีผลใช้บังคับต่อไป หรือในมุมมอง
ของหลักการแบ่งแยกอำนาจก็อาจถือว่าเป็นการใช้อำนาจเหนือของฝ่ายตุลาการ
ต่อฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ในหลายประเทศที่ได้ยึดถือแนวทางการควบคุม
ของระบบรัฐสภาต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (parliamentary control of
constitutionality) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญจะไม่มีผลผูกพันโดยตรง ฝ่ายนิติบัญญัติยังมีอำนาจในการยอมรับหรือ
ปฏิเสธคำวินิจฉัยของศาลซึ่งอาจเป็นไปได้ด้วยการใช้เสียงข้างมากหรือเสียงข้างมาก
แบบเด็ดขาด

3) กลไกการแต่งตั้งและความรับผิดชอบ

(Mechanisms of Appointment and Accountability)

กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่มีความ
สำคัญ หากผู้ออกแบกรัฐธรรมนูญเชื่อว่ากลุ่มของพวกเขามีแนวโน้มจะ
พ่ายแพ้ในการเลือกตั้งภายหลังประกาศใช้ หน้าที่พื้นฐานของผู้ออกแบก็คือ
การเลือกกระบวนการแต่งตั้งที่จะเพิ่มโอกาสให้ผู้พิพากษาตีความบทบัญญัติไป
ทิศทางที่สอดคล้องกับอุดมการณ์ของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

กระบวนการในการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่ตำแหน่งมี 3 รูปแบบสำคัญ คือ
แบบที่หนึ่ง กระบวนการแต่งตั้งโดยองค์กรเดียว (single body appointment

32 Tom Ginsberg, Op. cit., p. 40 - 41

mechanisms/professional appointment) แบบที่สอง กระบวนการแต่งตั้งแบบร่วมมือ (cooperative appointing mechanisms) แบบที่สาม กระบวนการแต่งตั้งแบบตัวแทน (representative appointing mechanisms)

กระบวนการแต่งตั้งแบบองค์กรเดียว จะเป็นการแต่งตั้งสมาชิกทั้งหมดของศาลรัฐธรรมนูญโดยบุคคลคนเดียวและปราศจากการตรวจสอบหรือถ่วงดุลจากฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น ประธานาธิบดีของไต้หวันเป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกทั้งหมดของ Council Grand Justices จากบัญชีรายชื่อที่นำเสนอโดยคณะกรรมการซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง แม้ว่ากระบวนการนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่เนื่องจากประธานาธิบดีจะเป็นผู้นำของพรรคที่ใหญ่ที่สุด ดังนั้นกลไกดังกล่าวในทางปฏิบัติจึงเป็นการแต่งตั้งโดยบุคคลคนเดียว³³

กระบวนการแต่งตั้งแบบร่วมมือต้องการความเห็นชอบจากองค์กร 2 องค์กรในการแต่งตั้ง กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกา รัสเซียและฮังการี ที่เสนอโดยประธานาธิบดีต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ และกระบวนการแต่งตั้งแบบร่วมมืออาจดำเนินไปด้วยการใช้คะแนนเสียงข้างมากแบบเด็ดขาด (supermajority) เพื่อเป็นหลักประกันต่อการได้รับการสนับสนุนที่กว้างขวางสำหรับบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญ แต่ในบางครั้งก็อาจนำไปสู่ทางตัน (deadlock) ในทางการเมืองได้ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นและไม่สามารถนำไปสู่ข้อสรุปร่วมกัน

สำหรับกระบวนการแต่งตั้งแบบตัวแทน จะเป็นกระบวนการที่มีองค์กรหลายองค์กรเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น ในอิตาลี ประธานาธิบดี รัฐสภา และศาลสูงสุด ต่างมีอำนาจเสนอตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขององค์กรละ 3 คน โดยแต่ละองค์กรมีอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลในสัดส่วนของตน ระบบดังกล่าวนี้ได้ถูกนำไปปรับใช้ในหลายประเทศโดยอาจมีการปรับเปลี่ยนตามสถาบันการเมืองภายในของแต่ละ

33 ดูรายละเอียดได้ใน Tom Ginsburg, Op. cit., บทที่ 5 Confucian Constitutionalism? The Grand Justices of the Republic of China

แห่ง ในกระบวนการนี้ ผู้ถูกแต่งตั้งจะมีความสัมพันธ์กับผู้แต่งตั้งในแต่ละส่วนโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรอื่น จึงไม่มีความจำเป็นในการประนีประนอมระหว่างองค์กรในกระบวนการแต่งตั้ง โดยที่แต่ละฝ่ายมีอำนาจในการแต่งตั้งเพียงหนึ่งในสามจึงทำให้จะไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถกำหนดแนวทางของคำวินิจฉัยได้อย่างเด็ดขาด

หากเปรียบเทียบกันระหว่างกระบวนการแต่งตั้งแบบตัวแทนกับแบบร่วมมือ กระบวนการแต่งตั้งแบบตัวแทนอาจทำให้เกิดคำวินิจฉัยที่มีความเห็นภายในแตกต่างกันและมีคุณภาพต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยจากองค์กรที่ถูกแต่งตั้งแบบร่วมมือ ดังนั้น กระบวนการแต่งตั้งแบบร่วมมือจะสามารถสร้างความเห็นพ้องในคำวินิจฉัยแต่อาจประสบปัญหาในการแต่งตั้ง ขณะที่การแต่งตั้งแบบตัวแทนจะสามารถดำเนินการในการแต่งตั้งได้สะดวกแต่อาจประสบปัญหาความเสี่ยงในการวินิจฉัย

4) ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง

(Term Length of Constitutional Justices)

ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของความเป็นอิสระทางตุลาการ และมักเป็นที่เข้าใจกันว่าระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งที่ยาวนานจะทำให้ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการใช้ดุลพินิจ (the longer the term of appointment, the freer a judge will be in exercising discretion) ซึ่งในการกำหนดระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลรัฐธรรมนูญมี 2 ประเภท คือ การดำรงตำแหน่งแบบตลอดชีพ (lifetime appointment) และการดำรงตำแหน่งแบบมีเวลาจำกัด (designed appointment)

สำหรับการดำรงตำแหน่งแบบตลอดชีพนั้น บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจะอยู่ในตำแหน่งตลอดไปตราบนานกระทั่งเสียชีวิต สำหรับแบบมีเวลาจำกัดก็จะมีกำหนดระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งหรืออายุที่ต้องพ้นไปจากตำแหน่ง

เอาไว้ แม้จะเป็นที่เข้าใจกันว่า การดำรงตำแหน่งแบบตลอดชีพจะมีระยะเวลาที่ยาวกว่าแบบมีเวลาจำกัด แต่ก็อาจไม่ใช่สิ่งที่ปรากฏขึ้นในความเป็นจริงเสมอไป เนื่องจากในการแต่งตั้งการดำรงตำแหน่งแบบตลอดชีพอาจเกิดขึ้นในช่วงบั้นปลายชีวิตของผู้ได้รับการแต่งตั้ง เพื่อเป็นการตอบสนองต่อความจงรักภักดีในทางการเมืองมากกว่าการพิจารณาถึงความเป็นอิสระในการพิพากษาคดี

สมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (French Conseil Constitutionnel) ดำรงตำแหน่งได้วาระเดียวนาน 9 ปี ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันดำรงตำแหน่งวาระเดียว 12 ปี ในบางประเทศกำหนดให้สามารถดำรงตำแหน่งได้มากกว่าหนึ่งวาระ ความเป็นไปได้ของการถูกแต่งตั้งเข้ามาดำรงตำแหน่งใหม่ (possibility of reappointment) มีผลอย่างสำคัญต่อความเป็นอิสระของตุลาการ เนื่องจากในช่วงท้ายของการดำรงตำแหน่งของบุคคลซึ่งต้องการดำรงตำแหน่งต่อไปอีกก็จะต้องตระหนักต่อผลประโยชน์ทางการเมืองขององค์กรที่มีอำนาจในการคัดเลือกบุคคลเข้าสู่ตำแหน่ง อันทำให้การตัดสินใจพิพากษาต่างๆ อยู่ภายใต้อิทธิพลดังกล่าวเป็นอย่างมาก

5) ขนาดของศาล (Court Size)

ผู้ออกแบบรัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญถึงจำนวนของผู้พิพากษา ประเด็นสำคัญก็คือการเลือกระหว่างความเร็วและความแม่นยำ (speed and accuracy) จำนวนผู้พิพากษาที่เพิ่มขึ้นจะทำให้เกิดต้นทุนของการถกเถียง (the greater the number of judges, the higher the costs of deliberation) หากพิจารณาแบบสุดขั้ว การกำหนดผู้พิพากษาเพียงคนเดียวเป็นผู้รับผิดชอบในการตัดสินจะเป็นวิธีการที่มีต้นทุนในกระบวนการตัดสินใจที่ถูกลง แต่ก็จะมีต้นทุนของความผิดพลาดในระดับที่สูง จึงเป็นผลให้จำนวนของฝ่ายตุลาการมักจะมีขนาดใหญ่ขึ้นรวมถึงการเพิ่มขึ้นตอนของการอุทธรณ์

แม้จะเป็นที่เข้าใจกันว่าจำนวนผู้พิพากษาที่มีจำนวนมากจะมีประสิทธิภาพที่ดีและสามารถช่วยลดต้นทุนความผิดพลาดให้น้อยลงด้วยการถกเถียงแลกเปลี่ยนความเห็นระหว่างกัน แต่ก็มีหลักฐานแสดงให้เห็นว่าการเพิ่มจำนวนขึ้นจนพ้นระดับหนึ่งแล้วจะนำไปสู่การตัดสินใจที่ด้อยลง Richard Posner ได้โต้แย้งว่าการขยายจำนวนของผู้พิพากษาสัมพันธ์กับคุณภาพที่ต่ำลง³⁴ แต่ก็อาจต้องมีการแยกแยะระหว่างจำนวนของผู้พิพากษา (court size) กับองค์คณะในการพิจารณาคดี (panel size) อย่างไรก็ตาม องค์คณะในการพิจารณาคดีมักจะถูกกำหนดไว้ในคดีที่เป็นข้อพิพาทในศาลยุติธรรม แต่สำหรับศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญมักจะถูกกำหนดให้เป็นการพิจารณาแบบเต็มองค์คณะ (en banc)

ทั้งนี้ มีหลักฐานแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีขนาดใหญ่กว่าศาลสูงสุดที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในกรณีอื่น โดยศาลรัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นหลัง ค.ศ. 1989 จะมีจำนวนเฉลี่ยที่ 11.25 สำหรับศาลสูงสุดในช่วงเวลาเดียวกันจำนวนเฉลี่ยคือ 8.25

โดยสรุป การออกแบบเชิงโครงสร้างที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญในประเด็นต่างๆ ที่กล่าวมา จะมีผลอย่างสำคัญถึงบทบาทหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในการเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการเมือง หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญตระหนักว่าทางฝ่ายของกลุ่มตนหรือกลุ่มที่มีอุดมการณ์ใกล้เคียงมีโอกาสกลายเป็นเสียงข้างน้อยภายใต้กระบวนการเลือกตั้ง ก็จะมีการทำให้ฝ่ายตุลาการสามารถมีบทบาทอย่างกว้างขวางในประเด็นต่างๆ ที่นำเสนอมา แต่ในทางตรงกันข้าม หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะกลายเป็นเสียงข้างมากทางการเมือง บทบาทของตุลาการก็อาจไม่ได้ถูกขยายออกอย่างกว้างขวาง

34 Richard Posner, "Is the Ninth Circuit Too Large? A Statistical Study of Judicial Quality," *Journal of Legal Studies* 711 (2000)

3.2 การสร้างตนเองของฝ่ายตุลาการ

แม้ว่าอำนาจของในการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการจะถูกเขียนขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายตุลาการก็มีใช่เพียงผู้กระทำในเชิงรับ (passive players) หากแต่ยังสามารถสร้างบทบาทใหม่สำหรับตนเองไปพร้อมกัน ซึ่งในการมองเรื่องการเมืองเชิงตุลาการจะให้คำอธิบายว่ากฎหมายคือผลผลิตของปฏิสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมืองต่างๆ (product of interactions among various political institutions)³⁵ โดยศาลมีใช่เป็นเพียงสถาบันที่สร้างกฎหมายขึ้นในระบบการเมืองเท่านั้น แต่เป็นการสร้างกฎหมายที่วางอยู่บนการได้รับความยอมรับจากสถาบันอื่นด้วยเช่นกัน ดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติสามารถผ่านกฎหมายซึ่งอาจเป็นการแก้ไขการตีความของศาล หรือฝ่ายบริหารก็อาจปฏิเสธในการบังคับใช้คำวินิจฉัยของศาล รวมทั้งองค์กรทางการเมืองสามารถมีผลต่อองค์กรที่ทำหน้าที่ตัดสินได้โดยผ่านกระบวนการในการแต่งตั้ง ด้วยการมีปฏิสัมพันธ์ผ่านกลไกต่างๆ เหล่านี้ฝ่ายตุลาการจึงมีส่วนอยู่ในท่ามกลาง “บทสนทนาทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional dialogues) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างความเข้าใจในสิ่งที่รัฐธรรมนูญได้ถูกให้ความหมาย/ตีความ/วินิจฉัย ได้มีงานศึกษาแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมในสหรัฐอเมริกาซึ่งแสดงให้เห็นถึงลักษณะของปฏิสัมพันธ์ระหว่างตุลาการและฝ่ายอื่นๆ ในการทำให้เกิดการปรับ (shaping) ทิศทางการตีความกฎหมายและรัฐธรรมนูญ³⁶ ความเข้าใจในลักษณะดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นแนวทางการศึกษาฝ่ายตุลาการที่แตกต่างไปจากเดิม

35 Rafael Gely and Pablo Spiller, “The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelt’s Court-Packing Plan,” 12 *International Review of Law and Economics* 45 (1992)

36 ตัวอย่างงานที่แสดงให้เห็นการมีบทสนทนาทางรัฐธรรมนูญระหว่างตุลาการและฝ่ายอื่น เช่น Barry Friedman, “Dialogues and Judicial Reviews,” 91 *Michigan Law Review* 577 (1993), William Eskridge, “The Judicial Review Game,” 88 *Northwestern University Law Review* 382 (1993)

1) ข้อโต้แย้งต่อแนวทางการศึกษาแบบเจตคตินิยมและรูปแบบนิยม

การทำความเข้าใจต่อบทบาทของฝ่ายตุลาการโดยอธิบายว่าเป็นผลจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายต่างๆ เป็นสิ่งที่ไม่ลงรอยกับแนวทางสำคัญของตุลาการศึกษาศึกษาซึ่งมีอิทธิพลเป็นอย่างมาก โดยแนวทางแรกคือ เจตคตินิยม (Attitudinalism) ซึ่งให้คำอธิบายว่าผู้พิพากษาจะขยายพื้นที่ของอุดมการณ์ตามแนวความเชื่อของตน โดยมีได้มีการกระทำที่เป็นไปโดยมีการคำนึงถึงผลดีผลเสียแต่อย่างใด (without acting strategically) อีกแนวความคิดหนึ่งคือ รูปแบบนิยม (Formalism) ที่อธิบายว่าผู้พิพากษาจะปรับใช้กฎหมายและกระทำการโดยไม่มีการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง กฎหมายจะเป็นตรรกะที่ดำรงอยู่อย่างเป็นอิสระและความรู้ทางด้านกฎหมายสามารถนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขข้อพิพาทได้ แนวทางของรูปแบบนิยมแตกต่างจากแนวทางเจตคตินิยม โดยรูปแบบนิยมเน้นว่าทางเลือกของผู้พิพากษาคือกฎหมายทั้งหมด (all law) เจตคตินิยมถือว่าเป็นอุดมการณ์ (all ideology) รูปแบบนิยมให้ความสำคัญกับการค้นหาหลักการที่เป็นกลางในการตัดสิน แต่เจตคตินิยมถือว่าผู้พิพากษาก็คือนักการเมืองประเภทหนึ่ง

แต่แนวทางการศึกษาถึงฝ่ายตุลาการทั้งสองแนวทางก็ล้วนมีจุดอ่อน แนวทางแบบเจตคตินิยมไม่สามารถอธิบายต่อการศึกษากฎหมายที่แสดงถึงการวินิจฉัยของศาลที่ไม่ได้ดำเนินตามแรงจูงใจส่วนตัวแต่มักจะเป็นไปตามบทบัญญัติกฎหมาย ขณะที่รูปแบบนิยมก็ไม่สามารถอธิบายถึงการปฏิบัติหน้าที่ของศาลในประเทศประชาธิปไตยใหม่ได้ เฉพาะอย่างยิ่งการปรับใช้กฎหมายซึ่งไม่ควรจะมีความแตกต่างกันในระบอบการเมืองที่แตกต่างกัน แต่ก็ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการเปลี่ยนผ่านจากระบอบการเมืองแบบเผด็จการมาสู่ประชาธิปไตยก็มีผลต่อแนวทางการวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการด้วยเช่นกัน อันแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้ดำรงอยู่ในสุญญากาศแต่อย่างใด

นอกจากนี้ จะพบว่าอำนาจของฝ่ายตุลาการภายใต้ระบอบประชาธิปไตยจะขยายตัวมากขึ้น ซึ่งทิศทางดังกล่าวทำให้ตุลาการต้องระมัดระวังต่อการจัดวาง

สถานะของตนลงในระบบ รวมทั้งปฏิกริยาที่อาจเกิดขึ้นในด้านตรงกันข้ามอันทำให้ อำนาจของฝ่ายตุลาการมักจะปรากฏเพิ่มอย่างค่อยเป็นค่อยไป เป้าหมายของฝ่าย ตุลาการจึงไม่อาจจำกัดไว้เฉพาะการพิจารณาการปรับใช้หลักการที่วางไว้ก่อนหน้า แต่มีส่วนอย่างสำคัญในการพัฒนารัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญ จึงมีความหมายถึงเอกสารที่มีชีวิต (living documents) ซึ่งไม่ได้ดำรงอยู่ใน อาณาจักรอันบริสุทธิ์หรือการค้นพบจากผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายแต่อย่างใด อำนาจ ของฝ่ายตุลาการจะทำให้เกิดกระบวนการสนทนาและการขีดเส้นแบ่งของพรมแดน กิจกรรมทางการเมือง การสนทนาจะทำให้เกิดการก่อตัวของระบอบประชาธิปไตย (democratic self-articulation) รัฐธรรมนูญจะปรากฏขึ้นไม่ใช่เพราะการประกาศ ของผู้ทรงปัญญาแต่เป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ด้วยการทำความเข้าใจใน แนวทางเช่นนี้ ฝ่ายตุลาการจึงสามารถมีบทบาทในสร้างเสริมความมั่นคงทางการเมือง รวมทั้งการสร้างวงจรแห่งคุณธรรม (virtuous circle) ที่ทำให้เกิดการยอมรับ และปฏิบัติรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายเสียงข้างน้อยสามารถโต้แย้งถึงความชอบด้วย รัฐธรรมนูญในข้อถกเถียงเกี่ยวกับนโยบายด้วยการนำคดีไปสู่การพิจารณาในชั้น ศาล อย่างไรก็ตาม อาจปรากฏความผิดพลาดในกรณีที่ฝ่ายตุลาการได้ทำลายต่อ สถาบันที่มีอำนาจมากในทางการเมืองอันอาจนำมาซึ่งการตอบโต้ได้

2) ปฏิกริยา 4 ทิศทาง

ในแนวทางของการตัดสินใจแบบมีเหตุผล (rationalist approach) การตัดสินใจของแต่ละฝ่ายที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลจะเกิดขึ้นเมื่อ ผลประโยชน์ในอนาคตมีมากกว่าราคาของการปฏิบัติตามในคำตัดสินนั้น ถ้าราคา ของการปฏิเสธคำตัดสินถูกกว่าการปฏิบัติตามก็อาจทำให้เกิดการปฏิเสธต่อ คำตัดสิน คำอธิบายดังกล่าวทำให้มีประเด็นที่ฝ่ายตุลาการต้องพิจารณา คือ

ประการแรก ถ้าศาลเลือกคดีที่มีต้นทุนของการปฏิบัติตามสูง ก็อาจสร้าง ความเสี่ยงต่อการไม่ปฏิบัติตามและส่งผลกระทบต่อสถาบันในระยะยาว ประการ ที่สอง ในระยะเริ่มแรกของระบอบประชาธิปไตย ความเป็นไปได้ของการปฏิบัติตาม

เป็นส่วนหนึ่งที่จะสะท้อนให้เห็นถึงความต่อเนื่องของระบอบประชาธิปไตย ถ้าผลประโยชน์ในอนาคตมีอยู่ในระดับต่ำก็อาจทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการปฏิเสธคำตัดสินเกิดขึ้น ดังนั้น ฝ่ายตุลาการต้องไม่สันคลอนผลประโยชน์ของผู้มีอำนาจทางการเมืองรวมทั้งไม่กระตุ้นให้เกิดการปฏิเสธคำวินิจฉัยจากฝ่ายอื่นเกิดขึ้นเช่นกัน ศาลที่มีความระมัดระวังจะสร้างอำนาจขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปและช่วยลดความเสี่ยงต่อการคาดหมายถึงการล้มลงของระบอบ

นอกจากการปฏิบัติตามแล้ว คำตัดสินก็อาจมีแนวทางที่ปฏิเสธ (ignore) และการปรับเปลี่ยน (overrule) อันเป็นการไม่ยอมรับคำตัดสิน ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรอื่นได้ออกกฎหมายเพื่อจำกัดบทบาทของฝ่ายตุลาการในการทำหน้าที่บางด้าน รวมทั้งอาจเป็นการแก้ไขกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของศาล ตัวอย่างที่สำคัญได้แก่ โดยฝ่ายต่อต้านการทำแท้ง (pro - life) พยายามที่จะเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีการปกป้องชีวิตของทารกในครรภ์ เพื่อตอบโต้กับคำวินิจฉัยคดี Roe v. Wade³⁷ ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับการทำแท้งของหญิงในช่วงเวลาระยะแรกของการตั้งครรภ์ แม้ความพยายามดังกล่าวจะไม่ประสบความสำเร็จ แต่ก็ยังมีความพยายามที่จะทำให้คำพิพากษามีผลบังคับใช้น้อยลงในวิถีทางอื่น เช่น การพยายามจำกัดงบประมาณสำหรับการทำงาน เป็นต้น

ความเป็นไปได้ของการปรับเปลี่ยนคำพิพากษามีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐธรรมนูญแต่ละระบบ หากรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้อย่างง่ายก็จะเป็นการจำกัดอำนาจของตุลาการช่องทางหนึ่ง การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ยากหรือง่ายเป็น

37 คดี Roe v. Wade เป็นข้อพิพาทในประเด็นเรื่องสิทธิในการทำแท้งของหญิงที่ตั้งครรภ์ โดยศาลสูงของอเมริกาได้ตัดสินให้เป็นสิทธิที่หญิงสามารถกระทำได้ ซึ่งทำให้เกิดข้อถกเถียงอย่างกว้างขวางระหว่าง 2 ฝ่ายที่มีความเห็นแตกต่างกัน โดยฝ่ายที่สนับสนุนหรือกลุ่ม pro-choice ถือว่าควรเป็นสิทธิที่หญิงสามารถมีอำนาจตัดสินใจ ขณะที่ฝ่ายที่คัดค้านหรือกลุ่ม pro-life เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ควรต้องถูกห้าม คดีนี้ถือเป็นคดีที่มีความสำคัญต่อการรับรองสิทธิของหญิงในมุมมองของกลุ่มสตรีนิยมและนำมาซึ่งข้อถกเถียงอย่างกว้างขวาง

ปัจจัยหนึ่งที่สามารถคาดหมายได้ถึงการใช้รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจริงในแต่ละประเทศ นอกจากนี้อาจปรากฏการโต้ต่อฝ่ายตุลาการได้ในกรณีที่คำวินิจฉัยส่งผลกระทบต่อฝ่ายที่มีอำนาจในทางการเมือง ซึ่งอาจปรากฏในรูปแบบของการโต้สวนเพื่อถอดถอนผู้พิพากษา (impeaching justices) ลดงบประมาณสำหรับฝ่ายสนับสนุนของสถาบันตุลาการ ปฏิเสธการขึ้นเงินเดือนในหัวงเวลาที่เกิดภาวะเงินเฟ้อ เปลี่ยนตัวผู้พิพากษาในการวินิจฉัยคดี

ปฏิกริยาในทั้ง 4 ทิศทางล้วนส่งผลไม่มากก็น้อยต่อการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการต่อการทำหน้าที่และแนวการวินิจฉัยข้อพิพาท

3) เงื่อนไขของระบอบและกลยุทธ์

(Regime type and strategic constraint)

ในกระบวนการเปลี่ยนผ่านสู่ประเทศประชาธิปไตยใหม่ แต่ละประเทศมีบริบททางการเมืองที่แตกต่างกันไปซึ่งอาจมีผลการจัดวางสถานะของฝ่ายตุลาการ

หากพิจารณาในด้านของกลุ่มอำนาจทางการเมือง สามารถจำแนกได้ออกเป็นระบบที่พรรคการเมืองมีอำนาจครอบงำ (dominant party regimes) และระบอบอำนาจนิยมโดยทหาร (military authoritarian regimes) ระบบที่พรรคการเมืองมีอำนาจครอบงำหมายถึงสถาบันที่มีอำนาจอยู่ภายใต้อำนาจของพรรคการเมือง พรรคการเมืองสามารถสืบเนื่องในระยะเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตยและสามารถใช้อำนาจด้วยการควบคุมทรัพย์สินทางเศรษฐกิจ และโครงสร้างองค์กร ขณะที่ระบอบทหารประสบความสำเร็จมากกว่าในการเปลี่ยนผ่านสู่ระบอบประชาธิปไตย โดยจะต้องถอนตัวออกจากสถาบันทางการเมืองแม้ว่าอาจมีความพยายามในการมีอิทธิพลทางการเมืองอยู่เบื้องหลังหรือพยายามจัดตั้งพรรคการเมืองในการเข้าแข่งขัน

ระหว่างพรรคการเมืองกับผู้นำทหารมีความสามารถที่ต่างกันในการจัดการกับคำพิพากษาที่ฝ่ายตนไม่เห็นด้วย พรรคการเมืองมีความชอบธรรมจากการ

เลือกตั้งและการดำรงตำแหน่งในฝ่ายนิติบัญญัติที่จะปรับเปลี่ยนหรือลงโทษต่อผู้พิพากษาผ่านกลไกทางรัฐธรรมนูญ สำหรับฝ่ายทหารมีเครื่องมือที่น้อยกว่าในการจัดการฝ่ายตุลาการเฉพาะอย่างยิ่งด้วยการใช้กลไกตามรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายตุลาการจะเป็นอิสระจากระบอบทหารมากกว่าระบอบพรรคการเมือง อาจมีการตอบโต้แบบรุนแรงในกรณีที่เห็นว่าบทบาทของฝ่ายตุลาการอาจสร้างความยุ่งยากให้เกิดขึ้น

นอกจากรูปแบบของระบอบแล้ว ระบบรัฐบาลระหว่างระบบประธานาธิบดีกับระบบรัฐสภาก็มีผลต่อฝ่ายตุลาการเช่นกัน Bruce Ackerman ชี้ว่าระบบประธานาธิบดีจะช่วยเสริมสร้างบทบาทศาลให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยระหว่างองค์กรที่มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย³⁸ ซึ่งอาจพบได้ในประเทศที่มีพรรคชนที่ต่างกันระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐสภา หรืออาจเป็นสถานการณ์ที่ระบบการเมืองไม่ถูกผูกขาดไว้ด้วยพรรคการเมืองเพียงพรรคหนึ่งพรรคใด (อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องพิจารณาถึงกลไกทางรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีประกอบด้วย หากประธานาธิบดีมีอำนาจมากอันทำให้ต้นทุนต่ำในการไม่ปฏิบัติตามหรือตอบโต้ต่อฝ่ายตุลาการ การใช้วิธีการตอบโต้ก็อาจเป็นทางเลือกหนึ่ง)

เพราะฉะนั้น กระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจึงเป็นอำนาจอิสระแบบมีปฏิสัมพันธ์ (interdependent law-making power) ฝ่ายตุลาการไม่ได้ดำรงอยู่ในความว่างเปล่าแต่ต้องมีความสัมพันธ์และถูกจำกัดโดยองค์กรอื่นๆ ในประเทศประชาธิปไตยใหม่ ปัจจัยสำคัญต่อการประกอบสร้างอำนาจของฝ่ายตุลาการคืออำนาจในทางการเมือง ฝ่ายทหารหรือพรรคการเมืองที่เข้มแข็งอาจเป็นอุปสรรคต่ออำนาจตุลาการ ในอีกด้านหนึ่ง ระบบการเมืองที่อำนาจทางการเมืองมีความทัดเทียมกันก็จะช่วยขยายพื้นที่ของฝ่ายตุลาการในการเข้ามาแก้ไขข้อขัดแย้งต่างๆ สภาวะที่อำนาจทางการเมืองกระจัดกระจายเป็นเงื่อนไขให้ฝ่ายตุลาการสร้างความชอบธรรมและเข้ามาฝังตัวอยู่ในกติกาของรัฐธรรมนูญ

38 Bruce Ackerman, "The Rise of World Constitutionalism," 83 *Virginia Law Review* 789, (1997)

4. ความพลิกผันของการเมืองเชิงตุลาการ

ท่ามกลางการปรากฏตัวของการเมืองเชิงตุลาการในประเทศต่างๆ Bjorn Dressel ได้จำแนกความเปลี่ยนแปลงนี้ออกเป็น 2 ลักษณะสำคัญด้วยกัน คือ³⁹

ประการแรก เป็นการเมืองเชิงตุลาการที่มาจากข้างล่าง (from below) เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคมในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการจำกัดอำนาจของรัฐบาง

ประการที่สอง เป็นการเมืองเชิงตุลาการที่มาจากข้างบน (from above) อันเป็นการเปลี่ยนแปลงที่มาจากชนชั้นนำเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเอง ด้วยการใช้เครื่องมือที่เป็นปฏิปักษ์กับระบบเสียงข้างมาก (counter – majoritarian means)

โดยบทบาทในลักษณะที่สองนี้เป็นที่ตระหนักถึงอย่างมากในเอเชียที่ซึ่งผลกระทบของอำนาจตุลาการได้เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ ในบางประเทศอำนาจตุลาการได้ทำการตรวจสอบและถ่วงดุลกับอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยยืนยันถึงอำนาจสูงสุดของกฎหมายและปกป้องสิทธิของประชาชน แต่ขณะที่ในบางแห่งอำนาจของตุลาการกลับมีบทบาทในการสั่นคลอนต่อหลักนิติธรรม กร่อนเซาะต่อกลไกความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐเพื่อประโยชน์อันคับแคบของกลุ่มตน

การปรากฏตัวขึ้นของการเมืองเชิงตุลาการในห้วงเวลาของการปรับตำแหน่งแห่งที่ (reposition) ของอำนาจตุลาการจึงสามารถเป็นไปได้ทั้งในทางที่เป็นการส่งเสริมต่อระบอบประชาธิปไตยและความเป็นธรรม และก็สามารถที่จะเป็นไปได้ในทิศทางตรงกันข้ามได้เช่นกัน เพราะฉะนั้น ความเปลี่ยนแปลงของอำนาจตุลาการจึงไม่ใช่กระบวนการที่จะบังเกิดขึ้นในลักษณะของเส้นตรง (a linear process) มีความเป็นไปได้อย่างมากที่ผู้พิพากษามักจะสัมพันธ์กับอำนาจดั้งเดิม

39 Bjorn Dressel , “The Judicialization of Politics in Asia: towards a framework of analysis”, in Bjorn Dressel (ed.), *The Judicialization of Politics in Asia*, p. 2

ที่ไม่เป็นเสรี และอาจนำไปสู่ภาวะอันตรายเมื่อฝ่ายตุลาการได้กลายเป็นผู้ที่มีบทบาทอย่างโดดเด่นในทางการเมือง หรือในฐานะของผู้กำหนดนโยบาย

Bjorn Dressel ได้เสนอว่าการแสดงบทบาทในทางการเมืองของฝ่ายตุลาการอาจปรากฏออกมาได้ใน 4 ทิศทางสำคัญ โดยหากพิจารณาจากระดับความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการในความเป็นจริง (degree of de facto judicial independence) ประกอบกับระดับการมีบทบาทของฝ่ายตุลาการในการเมือง (degree of judicial involvement in mega – politics) ซึ่งจะทำให้สามารถจำแนกการเมืองเชิงตุลาการได้ ดังนี้

ระดับความเป็นอิสระของศาลในทางปฏิบัติ	มาก	ตุลาการจำกัดตนเอง (Judicial Restraint) เช่น ญี่ปุ่น	ตุลาการวิวัฒน์ (Judicial Activism) เช่น เกาหลีใต้ อินโดนีเซีย
	น้อย	ตุลาการเงียบเสียง (Judicial Muteness) เช่น กัมพูชา	ตุลาการการเมือง (Politicization of the Judiciary) เช่น ไทย (ค.ศ. 2006-2012)
		น้อย	มาก
ระดับการมีส่วนร่วมในทางการเมือง			

แผนภาพแสดงบทบาทของตุลาการที่สามารถแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ⁴⁰

40 แผนภาพดังกล่าวนำมาจาก Bjorn Dressel , “The Judicialization of Politics in Asia: towards a framework of analysis”, in Bjorn Dressel (ed.), **The Judicialization of Politics in Asia** (London and New York: Routledge, 2013) p. 8 แต่ได้แปลเป็นภาษาไทยเพิ่มเติมในงานชิ้นนี้

สำหรับสองทิศทางแรกนั้น ฝ่ายตุลาการจะไม่ได้แสดงบทบาทให้เห็นอย่างชัดเจนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเมือง โดยส่วนหนึ่งอาจเป็นผลมาจากการที่ฝ่ายตุลาการในประเทศนั้นๆ ไม่ได้มีความเป็นอิสระในทางปฏิบัติจริง อันหมายถึงอาจถูกครอบงำหรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้มีอำนาจทางการเมือง ในกรณีนี้ถูกพิจารณาว่าเป็นตุลาการเงียบเสียง (judicial muteness) กรณีอาจเป็นการพิจารณาถึงปัจจัยภายนอกที่มีผลกระทบต่อสถาบันตุลาการและนำมาสู่การรับบทบาทในสังคมการเมือง และถึงแม้ว่าฝ่ายตุลาการจะมีความเป็นอิสระอยู่มากในทางปฏิบัติจริง แต่ฝ่ายตุลาการก็อาจไม่ได้แสดงบทบาทปรากฏให้เห็นก็ได้ โดยกรณีนี้ถูกเรียกว่าเป็นตุลาการจำกัดตนเอง (judicial restraint)

สำหรับอีกสองทิศทางจะเป็นกรณีที่ฝ่ายตุลาการได้แสดงบทบาทให้เห็นอย่างกว้างขวาง บทบาทในลักษณะดังกล่าวเป็นความเข้าใจที่มีต่อฝ่ายตุลาการซึ่งถูกเรียกว่าตุลาการก้าวหน้า (judicial activism) บทบาทของฝ่ายตุลาการในแนวทางเช่นนี้เป็นการพิจารณาถึงการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในด้านที่เป็นส่วนหนึ่งของการสร้างความเข้มแข็งกับระบอบประชาธิปไตยและการปกป้องสิทธิของประชาชนจากอำนาจรัฐ อย่างไรก็ตาม บทบาทที่กว้างขวางของฝ่ายตุลาการไม่ใช่เพียงการทำหน้าที่ที่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ในบางประเทศได้เกิดปรากฏการณ์ที่ฝ่ายตุลาการได้เข้ามามีบทบาทในทางการเมืองหรือเป็นสถานการณ์ที่ถูกเรียกว่าตุลาการการเมือง (politicization of the judiciary) อันมีความหมายถึงบทบาทของฝ่ายตุลาการที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการการต่อสู้ ช่งชิงและสร้างความชอบธรรม ในทางการเมือง ซึ่งในความเห็นของ Bjorn Dressel ได้จำแนกให้บทบาทของฝ่ายตุลาการในประเทศไทยอยู่ในทิศทางดังกล่าวนี้

5. หวนพิณิจถึง “ตุลาการภิวัตน์” แบบไทยๆ

การพิจารณาถึงบทบาทของฝ่ายตุลาการที่เพิ่มมากขึ้นนับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา บทบาทที่ขยายตัวของฝ่ายตุลาการจึงมิได้หมายความว่าเพียงการสร้างเสริมความเข้มแข็งให้กับระบอบประชาธิปไตยหรือการส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น แต่ฝ่ายตุลาการก็สามารถที่จะแสดงบทบาทไปในทิศทางตรงกันข้ามได้เช่นกัน เพราะฉะนั้น ในการพิจารณาถึงฝ่ายตุลาการจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจถึงเงื่อนไข บริบทและลักษณะภายในบางด้านของสังคมแต่ละแห่งที่อาจมีผลทำให้การทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการให้มีแนวโน้มที่แตกต่างกันออกไปอย่างสำคัญ

ความเข้าใจในลักษณะเช่นนี้นับว่าจะจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการทำความเข้าใจและประเมินถึงบทบาทของฝ่ายตุลาการในสังคมไทย สืบเนื่องมาจากบรรดาฝ่ายที่เห็นด้วยกับแนวทาง “ตุลาการภิวัตน์” ก็จะมีได้ให้คำอธิบายใดที่มากกว่าการสนับสนุนบทบาทของฝ่ายตุลาการแม้ว่าจะเป็นการเข้าก้าวก่ายในการตัดสินใจที่มีลักษณะเป็นนโยบายทางการเมือง บนพื้นฐานความเชื่อว่าบทบาทดังกล่าวจะทำให้สังคมการเมืองไทยสามารถเดินไปข้างหน้าได้ แต่หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงด้วยใจที่มีความเป็นกลางอยู่บ้าง ก็จะพบว่าการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการนอกจากจะไม่สามารถคลี่คลายความขัดแย้งในสังคมไทยให้เบาบางลงไปแล้ว ตรงกันข้าม บทบาทของฝ่ายตุลาการในลักษณะดังกล่าวกลับนำไปสู่การวิพากษ์วิจารณ์ต่อสถาบันตุลาการอย่างไม่เคยปรากฏขึ้นมาก่อนในสังคมไทย หากเราสามารถทำความเข้าใจต่อบทบาทของฝ่ายตุลาการในมุมมองที่กว้างขวางมากขึ้นก็อาจเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดความตระหนักได้ว่าการเปลี่ยนแปลงบทบาทของฝ่ายตุลาการนั้นนอกจากจะเป็นไปในด้านที่ส่งผลด้านบวกต่อสังคมแล้ว ก็ยังสามารถที่ส่งผลกระทบในด้านลบได้ไม่น้อยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อการพิจารณาถึงเงื่อนไขปัจจัยภายในต่างๆ ของแต่ละสังคมที่เป็นเนื้อดินอันสำคัญต่อการเติบโตของฝ่ายตุลาการว่าจะดำเนินไปในทิศทางเช่นใด

การทำความเข้าใจกับตุลาการภิวัตน์ของสังคมไทยก็เช่นเดียวกันจำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงเงื่อนไขปัจจัยต่างๆ ประกอบ อันจะให้เห็นความเปลี่ยนแปลงของสถาบันตุลาการที่เป็นจริงได้มากกว่าเพียงการพร่ำสวดภาวนาถึง “ตุลาการภิวัตน์” ราวกับเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่มาบรรดลให้สังคมไทยเปลี่ยนผ่านไปสู่อุสภวะที่ดีขึ้นดังที่เป็นอยู่กันอย่างกว้างขวางในผู้คนจำนวนไม่น้อย

บรรณานุกรม

Book

Bjorn Dressel (ed.), **The Judicialization of Politics in Asia**. New York: Routledge, 2012.

Tom Ginsburg, **Judicial Review in New Democracies**. New York: Cambridge University Press, 2003.

Article

Barry Friedman, **A History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy**, N.Y.U. Law Review 333 vol. 73 (1998).

Barry Friedman, **Dialogues and Judicial Reviews**, 91 Michigan Law Review 577 (1993).

Bruce Ackerman, **The Rise of World Constitutionalism**, 83 Virginia Law Review 789, (1997).

Mark Tushnet, **Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine**, 80 N.C. Law Review (2002) 1203.

Rafael Gely and Pablo Spiller, **The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelt's Court-Packing Plan**, 12 International Review of Law and Economics 45 (1992).

Ran Hirschl, **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**, *Fordham Law Review* vol. 75 Issues 2.

Ran Hirschl, **Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

Richard Hasen, **A Critical Guide to Bush v. Gore Scholarship**, *Annual Review of Political Science* volume 7 (2004).

Richard Posner, **Is the Ninth Circuit Too Large? A Statistical Study of Judicial Quality**, *Journal of Legal Studies* 711 (2000).

William Eskridge, “The Judicial Review Game,” 88 **Northwestern University Law Review** 382 (1993).

Youngjae Lee, Law, Politics, and Impeachment: The Impeachment of Roh Moo-hyun from a Comparative Constitutional Perspective, 53 **American Journal Comparative Law** , 403 (2005).