

วารสารนิติสังคมศาสตร์

ผ่านการรับรองคุณภาพของ TCI กลุ่มที่ 1



วารสารที่ผ่านการรับรองคุณภาพของ TCI (จนถึง 31 ธันวาคม 2562)

และอยู่ในฐานข้อมูล TCI และจะถูกคัดเลือกเข้าสู่ฐานข้อมูล ASEAN Citation Index (ACI) ต่อไป

ค้นหา: http://www.kmutt.ac.th/jif/public_html/Evaluation/New/J/2559/News.html

จัดพิมพ์โดยศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ราคา ๑๑๒ บาท



ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่
โทร. 0 5394 2921 โทรสาร. 0 5394 2914

นิติสังคมศาสตร์

ปีที่ 9 ฉบับที่ 1/2559 มกราคม - มิถุนายน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่



นิติสังคมศาสตร์

ปีที่ 9 ฉบับที่ 1/2559

มกราคม - มิถุนายน

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่



เมืองตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน

นิติสังคมศาสตร์

ปีที่ 9 ฉบับที่ 1/2559

มกราคม - มิถุนายน

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่



เมืองตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน



วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

CMU Journal of Law and Social Sciences

ISSN: 1685-9723

ปีที่ 9, ฉบับที่ 1 (2559): มกราคม – มิถุนายน 2559

Vol 9, No 1 (2016): January - June 2016

(เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน)

บทความ
บทความพิเศษ

มรดกทางประวัติศาสตร์และการบังเกิด “ตุลาการภิวัตน์” ในรัฐไทย	สายชล สัตยานุรักษ์
อนาคตสังคมไทยภายใต้อำนาจตุลาการ	อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์

บทความวิชาการ

การเมืองเชิงตุลาการ	สมชาย ปรีชาศิลป์กุล
การปกครองโดยตุลาการ	อภิญา แก้วกำหนด
ศาลและแสง	ปิติเทพ อยู่ยืนยง
หลักการและความเป็นจริงในศาล: การเรียนรู้ผ่านการสังเกตการณ์	ดามร คำไตรย์
กระบวนการพิจารณาคดี	
วรรณกรรมศึกษาตุลาการ: โลกทัศน์ต่อตุลาการใน “พี่น้องคารามาซอฟ”	กฤษณ์พชร โสมณวัตร

บทปริทัศน์หนังสือ

Judicial Review in New Democracies :	สงกรานต์ ป้องบุญจันทร์
Constitutional Court in ASIAN cases	

วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

CMU Journal of Law and Social Sciences

ISSN: 1685-9723

วัตถุประสงค์

1. เพื่อให้เป็นวารสารวิชาการโดยเปิดโอกาสให้นักวิชาการ นักวิจัย นักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไปทั้งภายในและภายนอกคณะนิติศาสตร์และมหาวิทยาลัย มีโอกาสได้เผยแพร่ผลงานวิชาการในรูปของบทความวิชาการและบทความวิจัย
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์ที่สัมพันธ์กับความรู้ทางสังคมศาสตร์ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ด้วยการจัดตีพิมพ์เผยแพร่สู่สาธารณชนผู้สนใจทั่วไป
3. เพื่อยกระดับวารสารนิติสังคมศาสตร์ให้เป็นวารสารระดับชาติ

ขอบเขต

วารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ รับผิดชอบบทความวิชาการ บทความวิจัย และบทปริทัศน์ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของวารสารนิติสังคมศาสตร์ จะครอบคลุมเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายทุกสาขา เช่น กฎหมายมหาชน กฎหมายเอกชน กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งสัมพันธ์กับความรู้ทางด้านสังคมศาสตร์ในสาขาต่างๆ

กำหนดออกตีพิมพ์เผยแพร่

วารสารนิติสังคมศาสตร์ เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์บทความวิชาการและบทความวิจัยจากบุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จัดพิมพ์รายปี ปีละ 2 ฉบับ

ฉบับที่ 1 เดือน มกราคม – มิถุนายน

ฉบับที่ 2 เดือน กรกฎาคม – ธันวาคม

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200
โทร. 053-942921 โทรสาร. 053-942914
E-mail: lawcmu.research@hotmail.com
Website: www.law.cmu.ac.th/ojs/index.php/cmujlss

การพิจารณาบทความ

กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่พิจารณากลับกรองบทความและจะแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ส่งบทความทราบภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ได้รับบทความ ทั้งนี้กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่ประสานงานกับผู้ส่งบทความในทุกขั้นตอน

กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดรูปแบบของบทความให้เป็นระบบเดียวกันทุกบทความ ก่อนนำเสนอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) พิจารณา จากนั้น จึงส่งบทความที่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) จำนวน 2 ท่าน เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการตีพิมพ์เผยแพร่บทความ โดยใช้เวลาพิจารณาแต่ละบทความไม่เกิน 1 เดือน ผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวถือเป็นสิ้นสุด จากนั้น จึงส่งผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิให้ผู้ส่งบทความ หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ผู้ส่งบทความแก้ไขและนำส่งกองบรรณาธิการภายในระยะเวลา 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับผลการพิจารณา

กองบรรณาธิการนำบทความที่ผ่านการพิจารณาและแก้ไขแล้ว เข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และการตีพิมพ์ โดยใช้ระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1-2 เดือน

ผู้ส่งบทความจะได้รับ “วารสารนิติสังคมศาสตร์” จำนวน 2 เล่มเป็นการตอบแทน ภายใน 1 เดือนนับตั้งแต่วารสารนิติสังคมศาสตร์ได้รับการเผยแพร่ และผู้ส่งบทความจะได้รับค่าตอบแทนตามความเหมาะสม

พิมพ์ที่

คี แอนท์ พรินต์ติ้ง
เลขที่ 126 ม.14 ต.สันปูเลย
อ.ดอยสะเก็ด จ.เชียงใหม่
โทรศัพท์ 053-306508

กองบรรณาธิการ

ที่ปรึกษา

ผศ. ชาตรี เรืองเดชณรงค์

คณะบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บรรณาธิการ

รศ. สมชาย ปรีชาศิลปกุล

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

กองบรรณาธิการผู้ทรงคุณวุฒิ

รศ. ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รศ. ดิเรก ควรสมาคม

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ

ดร. มณฑิชา รักดีคง

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ศ. ดร. อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์

คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รศ. ดร. ประภาส ปิ่นตบแต่ง

คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นายชำนาญ จันทรเรือง

แอมเนสตี อินเตอร์เนชันแนล ประเทศไทย

นายวรตลย์ ตลารักษ์

นักวิจัยด้านแรงงาน

กองบรรณาธิการ

ดร. นัทธมน คงเจริญ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ดร. อษณีย์ เอมศิรินันท์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

อาจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ฝ่ายจัดการ

นายทินกฤต นตวงษ์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

นางสาววราลักษณ์ นาคเสน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

- บทความหรือเรื่องได้รับการตรวจทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิจากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ
- ความคิดเห็นใดๆ ที่ลงตีพิมพ์ในวารสารนิตยสารสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เป็นของผู้เขียน (ความคิดเห็นใดๆ ของผู้เขียนกองบรรณาธิการวารสารนิตยสารสังคมศาสตร์ ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)
- กองบรรณาธิการวารสารนิตยสารสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ไม่สงวนสิทธิ์ในการคัดลอกแต่ให้อย่างอิงแหล่งที่มาด้วย

ผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความ (Peer Review)

ศ.ดร.อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์	คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
รศ. จริญญา โฆษณานันท์	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
รศ. ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รศ. ดร. ประภาส ปิ่นตบแต่ง	คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ดร. กรรณิกา สันธิพงษ์	สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง
นายสุรัชย์ ตรงงาม	มูลนิธินิติธรรมสิ่งแวดล้อม
รศ. สมชาย ปรีชาศิลป์กุล	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ดร. อุษณีย์ เอ็มศิรินันท์	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ดร. นัทธมน คงเจริญ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
อาจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

บทบรรณาธิการ

วารสารนิตยสารสังคมศาสตร์ฉบับ “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน” เป็นความตั้งใจที่จะให้ความสำคัญกับสถาบันตุลาการในฐานะวัตถุของการศึกษา โดยเป็นผลสืบเนื่องมาจากบทบาทที่ขยายตัวอย่างกว้างขวางมากขึ้นของฝ่ายตุลาการในสังคมไทยในรอบทศวรรษที่ผ่านมา แต่การศึกษาเกี่ยวกับสถานะ บทบาท และความเปลี่ยนแปลงของสถาบันดังกล่าวยังมีอยู่น้อย หรือหากจะพอมืออยู่ก็จะเป็นการศึกษาไปในเชิง นิติ-สถาบัน ที่ให้ความสำคัญกับกรอบทางกฎหมาย และโครงสร้างอย่างเป็นทางการของสถาบันตุลาการเป็นหลัก ซึ่งเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าความรู้ที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอต่อการทำความเข้าใจสถาบันตุลาการได้อย่างเหมาะสม

บทความในวารสารฉบับนี้ ส่วนหนึ่งมาจากการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง “1 ทศวรรษ เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน” โดยมีผู้เข้าร่วมนำเสนอที่มาจากหลายสาขาวิชาที่ไม่ได้จำกัดไว้เพียงทางด้านนิติศาสตร์ แต่ยังมีทางด้านประวัติศาสตร์ รัฐศาสตร์ ซึ่งจะช่วยเปิดมุมมองต่อการศึกษาศาสนาตุลาการที่แตกต่างออกไป และอีกส่วนหนึ่งเป็นบทความที่ให้ความรู้เกี่ยวกับสถาบันตุลาการในแง่มุมต่างๆ ซึ่งหวังว่าบทความที่ปรากฏในนี้จะทำให้เกิดความเข้าใจที่เพิ่มมากขึ้นต่อการวิเคราะห์ ถกเถียง และแลกเปลี่ยนถึงบทบาทของสถาบันตุลาการในสังคมไทยในท่ามกลางวิกฤตทางการเมืองที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่อง

บรรณาธิการ

สารบัญ

มรดกทางประวัติศาสตร์และการบังเกิด “ตุลาการภิวัตน์” ในรัฐไทย สายชล สัตยานุรักษ์	8
อนาคตสังคมไทยภายใต้อำนาจตุลาการ อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์	60
การเมืองเชิงตุลาการ สมชาย ปรีชาศิลปกุล	82
การปกครองโดยตุลาการ อภิญญา แก้วกำเหนิด	126
ศาลและแสง ปิติเทพ อยู่ยืนยง	158
หลักการและความเป็นจริงในศาล: การเรียนรู้ผ่านการสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดี ตามร คำไตรย์	198
วรรณกรรมศึกษาตุลาการ: โลกทัศน์ต่อตุลาการใน “พี่น้องคารามาซอฟ” กฤษณ์เพชร โสมณวัตร	232
บทปริทัศน์หนังสือ Judicial Review in New Democracies : Constitutional Court in ASIAN cases สงกรานต์ ป้องบุญจันทร์	280
คำแนะนำการจัดทำต้นฉบับบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ ในวารสารนิติสังคมศาสตร์	298

มรดกทางประวัติศาสตร์และการบังเกิด “ตุลาการภิวัตน์” ในรัฐไทย

สายชล สัตยานุรักษ์¹

บทคัดย่อ

กระบวนการ “ตุลาการภิวัตน์” เกิดขึ้นได้เนื่องจากวัฒนธรรมทางความคิดที่สั่งสมมายาวนาน ภายใต้ระบบการปกครองแบบเผด็จการที่ชนชั้นกลางขาดอำนาจต่อรองและไม่สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจจึงต้องการให้ “คนดี” มีอำนาจ และใช้ “คุณธรรม” ในการควบคุมผู้ปกครอง ขณะเดียวกันก็พยายามถวายพระราชอำนาจให้สถาบันพระมหากษัตริย์เพื่อ “พึงพระบารมี” ของพระองค์ในการแก้ไขปัญหาเมื่อมีการใช้อำนาจในทางมิชอบ ทำให้ชนชั้นกลางต้องการ “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

วัฒนธรรมความคิดทางการเมืองดังกล่าวข้างต้นสัมพันธ์กับการให้ความหมายว่า “ราษฎรส่วนใหญ่ยังไม่พร้อมสำหรับประชาธิปไตย” “นักการเมืองเป็นคนเลวและไร้สมรรถภาพ” และ “พรรคการเมืองไทยยังอ่อนแอ” เมื่อเกิดปัญหาผู้นำประเทศไม่เป็น “คนดี” จึงไม่อาจพึงพาพระบารมีได้ จำเป็นต้อง “พึงพระบารมี” ของพระมหากษัตริย์ ซึ่งพระราชกรณียกิจต่างๆ และอิทธิพลของ

1 ศาสตราจารย์ประจำภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 50200. E-mail: saicholnid@hotmail.com

อุดมการณ์กษัตริย์นิยมแบบ “พ่อแห่งชาติ” ทำให้ชนชั้นกลางเชื่อมั่นว่าพระองค์ทรงมีพระอัจฉริยภาพและความเมตตากรุณาอย่างสูงต่อราษฎร ทั้งนี้ การสร้างและการผลิตซ้ำความหมายของ “การปกครองแบบไทย” และ “ประชาธิปไตยแบบไทย” ที่พัฒนามาสู่ “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ทำให้บทบาททางการเมืองของพระมหากษัตริย์มีความชอบธรรม เมื่อถึงกลางทศวรรษ 2530 คนหลายกลุ่มแม้แต่ นักวิชาการที่มีความคิดเสรีนิยมต่างก็ให้ความสำคัญแก่พระมหากษัตริย์ในการแก้ไขวิกฤตทางการเมือง ซึ่งมีส่วนเสริมสร้าง “พระราชอำนาจนำ” ให้สูงส่งยิ่งขึ้น และทำให้คนทั้งหลายหวังพึ่ง “พระบารมี” มากยิ่งขึ้น

เมื่อถึงปลายทศวรรษ 2540 มรดกวัฒนธรรมทางความคิดและการผลิตซ้ำความหมายหลายประการ รวมทั้งการสร้างความกลัวต่อ “ระบอบทักษิณ” โดยการสร้างความหมายว่าเป็น “ทุนสามานย์” หรือ “นักการเมืองเลว” ที่จะทำลายความมั่นคงของ “ชาติไทย” และ “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ได้กลายเป็นเงื่อนไขสำคัญของการเกิด “ตุลาการภิวัตน์” เพื่อให้ตุลาการใช้อำนาจทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์ อย่างไรก็ตาม ชนชั้นกลางระดับล่างรับรู้กระบวนการดังกล่าวนี้ว่าเป็นการรักษาอำนาจของ “อำมาตย์” และ “สองมาตรฐาน” จึงเป็นการปะทะกันระหว่างวัฒนธรรมทางความคิดและความหมายสองแบบที่เป็นปัจจัยสำคัญของความขัดแย้งและการต่อสู้ทางการเมืองสืบมา

คำสำคัญ: ตุลาการภิวัตน์, วัฒนธรรมทางความคิด

Historical Legacy and the Construction of Judicial Activism in Thai State

Saichol Satayanurak²

Abstract

Development of “judicial activism” gradually constructs from ideological culture in the extensive time. In the dictatorship era in which the middle class has less bargaining and examining power, so that they want to have “good people” hold the power and employ the “virtue” controlling the government. At the same time, they attempt to bestow such power to the monarch “asking for the monarchical prestige” to resolve the crisis when abuse of power arises. For this reason, the middle class requires “Constitutional Monarchical Democracy.”

Such political ideological culture relates to the idea of “the people are not ready for democracy”; “the politicians are bad and incompetent”; and “political parties are still weak.” When the gov-

2 Professor, Department of History, Faculty of Humanities, Chiangmai University
50200 E-mail: saicholnid@hotmail.com

ernment leader is not a “good people” therefore the Thais cannot rely on the Parliamentary System. Hence, they have to “asking for monarchical prestige” from the King who has the royal activities and influential ideology of royalism as “National Father” in which they have faith. Accordingly, construction and reproduction of “Thai governance” and “Thai democracy” have developed to “Constitutional Monarchical Democracy” and lead to legitimize political role of the monarch. In the mid of 2530s, many groups, include liberal scholars, prioritized the monarchy’s role to cure the political crisis. This type movement reassures “the prerogative” and increasingly inspire many people to rely on “monarchical prestige.”

In the late 2540s, this traditional culture of such idea and reproduction of several significance -- include the fear of “Thaksinomics” signifying various words, namely “evil monetary” or “bad politicians” which will destroy “Thai Nation” and “Constitutional Monarchical Democracy” -- is an important factor to shape “judicial activism” and to pursue the judiciary perform the role for the monarch in politics. However, the middle class and grassroots perceive this formation as the power preservation of the “aristocrats” and “double standard.” Hence, there is a clash between ideological culture and parallel thinking as critical features of the political conflicts since.

Keywords: judicial activism, ideological culture

ความนำ

บทความนี้ให้ความสำคัญแก่การพิจารณา "วัฒนธรรมความคิดทางการเมือง" โดยเน้นความคิดและความหมายอันเกี่ยวเนื่องกับ "การปกครองแบบไทย" ที่ได้รับการสร้างและการผลิตซ้ำท่ามกลางการต่อสู้ทางการเมืองอย่างยาวนาน จนฝังเข้าไปในความรู้สึกนึกคิดของชนชั้นกลาง กลายเป็นรากฐานของการเกิด "ตุลาการภิวัตน์" ที่ชนชั้นกลางเห็นว่าบทบาททางการเมืองของตุลาการมีความชอบธรรม ทั้งๆ ที่สถานภาพทางอำนาจของตุลาการไม่ได้ยึดโยงกับอำนาจอธิปไตยของประชาชน และการเข้ามามีบทบาททางการเมืองของศาลไม่ได้มุ่งส่งเสริมระบบคุณค่าหรือหลักการสำคัญในระบอบเสรีประชาธิปไตย รวมทั้งสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นๆ

การอธิบายกระบวนการ "ตุลาการภิวัตน์" ที่ผ่านมามักเน้นว่าหลังจากพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำรัสต่อประธานศาลปกครองสูงสุดและประธานศาลฎีกาในวันที่ 25 เมษายน พ.ศ.2549 แล้ว ก็ได้เกิดการเคลื่อนไหวของตุลาการ นักกฎหมาย และนักวิชาการ เพื่อสนับสนุนให้ตุลาการปฏิบัติงานสนองพระราชดำรัส ส่งผลให้เกิดกระบวนการ "ตุลาการภิวัตน์" ขึ้นมา³ บทความนี้ไม่ได้ปฏิเสธคำอธิบายข้างต้น อีกทั้งยอมรับคำอธิบายที่ว่าอำนาจทางการเมืองของตุลาการไทยเป็นผลมาจาก "อำนาจแห่งอัตลักษณ์ของตุลาการ" ที่ตุลาการมีอัตลักษณ์เป็น "คนดี คนเก่ง และผู้ดี" ซึ่งได้รับการสร้างและผลิตซ้ำมาหลายทศวรรษแล้ว⁴ บทความนี้มีคำอธิบายเพิ่มเติมว่า มรดกวัฒนธรรมความคิดทางการเมืองของชนชั้นกลางที่เป็นรากฐานของการนิยามและการปรับเปลี่ยนความหมายของเรื่องต่างๆ ทำให้ "ตุลาการภิวัตน์แบบไทย" เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วและมีความชอบธรรม

3 โปรตดู เกษียร เตชะพีระ, "รัฐประหาร 19 กันยายน พ.ศ.2549 กับการเมืองไทย" รัฐศาสตร์สาร 29,3 (กันยายน-ธันวาคม 2551): 1-83.

4 โปรตดู กฤษณ์พชร โสมณวัตร, "อำนาจแห่ง 'อัตลักษณ์' ตุลาการ" นิตีสังคมศาสตร์ 7, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2557).

วัฒนธรรมความคิดทางการเมืองของชนชั้นกลางไทย

แหล่งที่มาสำคัญของวัฒนธรรมทางความคิดของชนชั้นกลางไทยคือ ความรู้และความหมายที่ ปัญญาชนกระแสหลักสร้างขึ้นเกี่ยวกับการเมืองและการปกครองของไทย⁵ สารสำคัญของความคิดก็คือการให้ความสำคัญแก่ผู้นำที่เป็น “คนดี” ซึ่งความเป็น “คนดี” นี้มีศีลธรรมหรือ “ทศพิธราชธรรม” เป็นรากฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความมีปัญญาและความเมตตากรุณาต่อราษฎร พร้อมกันนั้นก็เห็นว่าประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดการศึกษาและไม่มีความสามารถที่จะใช้เหตุผล รวมทั้งในการเลือกตั้งหรือการมีส่วนร่วมทางการเมือง ประชาชนจึงควรยอมรับการแบ่งคนออกเป็นลำดับชั้นและทำหน้าที่โดยไม่เรียกร้องสิทธิใดๆ ความชอบธรรมของผู้นำส่วนหนึ่งจะมาจากการอ้างอิงหลัก “อเนกชนนิกรสโมสรสมมุติ” หรือ “มหาชนนิกรสโมสรสมมุติ”⁶ คือการเลือกตั้งผู้ปกครอง ซึ่งภายหลังการปฏิวัติ พ.ศ.2475 หลักการนี้ยังคงได้รับการอ้างอิง⁷ เนื่องจากชนชั้นนำที่มีบทบาทอยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่านบางส่วนคาดหวังว่าความสำนึกในความสืบเนื่องระหว่างระบอบใหม่กับระบอบเก่าจะช่วยให้ทุกฝ่ายประนีประนอมและยอมรับระบอบใหม่ได้ง่ายขึ้น⁸ รวมทั้งยอมรับความเปลี่ยนแปลงในลักษณะวิวัฒนาการหรือ “ค่อยเป็นค่อยไป” แทนที่จะเปลี่ยนอย่างถอนรากถอนโคนซึ่งอาจนำไปสู่การนอง

5 โปรตดู สายชล สัตยานุรักษ์, 10 ปัญญาชนสยาม เล่ม 1 และเล่ม 2 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โอเพ่นบุคส์, 2558.

6 คำทั้งสองนี้เป็นสร้อยพระนามที่จารึกในพระสุพรรณบัฏในรัชกาลที่ 4 และรัชกาลที่ 5 ตามลำดับ

7 เช่น ในกรณีพระยามโนปกรณนิติธาดา และพระยาศรีวิสารวาท โปรตดู สมชาย ปรีชาศิลปกุล, ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญของไทยตั้งแต่ พ.ศ.2475-2550, เชียงใหม่: คีแอนท์ พรินติ้ง, 2558. หน้า 15 – 18.

8 นอกจากจะมีการอ้างอิงหลัก “อเนกชนนิกรสโมสรสมมุติ” แล้ว ปัญญาชนบางพระองค์ เช่น กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ ยังทรงนำหลัก “ธรรมราชา” มาใช้เพื่อถวายพระราชสมัญญานามแด่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าฯ ว่า “นิติธรรมมิกษัตริราช” โดยหวังว่าพระองค์จะทรงยอมรับการเป็นพระมหากษัตริย์ในระบอบรัฐธรรมนูญ

เลือดเช่นในฝรั่งเศสและรัสเซีย⁹

แม้ว่าหลังการปฏิวัติ พ.ศ. 2475 รัฐบาลในระบอบใหม่จะให้ความสำคัญแก่ “มติมหาชน” แต่ “มติมหาชน” ไม่ได้มาจากราษฎรที่มีสิทธิเสรีภาพทางความคิด เพราะรัฐบาลดำเนินนโยบาย “มนุสสปฏิวัติ” เพื่อเปลี่ยนความคิดจิตใจและร่างกายของพลเมือง โดยต้องการปกครองชีวญาณ (governmentality) ของประชาชนจนถึงระดับที่ผู้นำประเทศ “เป็นตัวมติมหาชน เพราะพูดอะไรทำอะไร คนก็จะพูดตาม ทำตาม”¹⁰ ซึ่งความหมายของ “มติมหาชน” ในแง่นี้ย่อมไม่นำไปสู่การปกครองที่ประชาชนมีส่วนร่วม และการกำกับตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้

ในช่วงทศวรรษ 2500 เป็นต้นมา เมื่อมีการขยายตัวอย่างรวดเร็วของชนชั้นกลาง ความคิดเกี่ยวกับการ “เลือกคนดีเป็นผู้ปกครอง” หรือ “การเลือกตั้งผู้นำที่เป็นคนดี” ก็มีความสำคัญมากขึ้น โดยชนชั้นกลางหวังจะใช้ “คุณธรรมของผู้ปกครอง” ในการกำกับควบคุมผู้นำประเทศ เพราะชนชั้นกลางเองไม่มีทั้ง “อำนาจ” และ “อิทธิพล” ในขณะที่ “ตัวแทน” (ส.ส.) ก็ขาดสมรรถภาพในการกำกับตรวจสอบรัฐบาล ส่วนเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ก็ได้อันตรธานไปนานแล้ว ชนชั้นกลางจึงพยายามต่อสู้กับอำนาจเผด็จการด้วยความคิดที่ว่าถ้าหากผู้ปกครอง “ไม่ใช่คนดี” ก็ควรจะมีการเลือกตั้งเพื่อเปลี่ยนตัวผู้ปกครอง หรือมีฉันทันที “ฟังพระบารมี” เพื่อขอ “นายกฯ พระราชทาน” ซึ่งชนชั้นกลางประสบความสำเร็จเป็นอย่างดี ดังจะเห็นได้จากการเรียกร้องรัฐธรรมนูญที่นำไปสู่เหตุการณ์ 14 ตุลาคม

9 โปรตุเกสแนวความคิดที่นิยมความเปลี่ยนแปลงแบบค่อยเป็นค่อยไปของ “สำนักคิดประเพณี” ที่วิเคราะห์โดย นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, “วาทกรรมการเมืองว่าด้วยประชาธิปไตยของไทย” ใน *ความคิด ความรู้ และอำนาจการเมืองในการปฏิวัติสยาม 2475*, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: ฟาเดียวกัน, 2546, หน้า 79-120.

10 โปรตุเกส สายชล สัตยานุรักษ์, “มติมหาชน: ฐานทางความคิดของระบอบประชาธิปไตยไทยยุคเชื่อนำชาติพ้นภัย” ใน *สิริลักษณ์ สัมปชลิต, ศิริพร ยอดกมลศาสตร์ (บรรณาธิการ), คือความภูมิใจ รวมบทความเพื่อเป็นที่ระลึกในโอกาสศาสตราจารย์ฉัตรทิพย์ นาถสุภา เกษียณอายุราชการ*, กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์, 2545, หน้า 615-630.

พ.ศ. 2516 การเคลื่อนไหวต่อต้านการครองอำนาจอย่างยาวนานของนายกรัฐมนตรีที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งใน พ.ศ. 2531 และการเคลื่อนไหวต่อต้านรัฐบาลพลเอกสุจินดา คราประยูร ใน พ.ศ. 2535

ตราบจนกระทั่งปลายทศวรรษ 2540 ชนชั้นกลางจึงหันมาต่อต้านการเลือกตั้ง เนื่องจากเกิดวิกฤตทางการเมืองภายหลังการคว่ำบวมพรรคการเมืองขนาดกลาง 3 พรรคเข้ากับพรรคไทยรักไทยที่ทำให้พรรคไทยรักไทยได้รับชัยชนะอย่างท่วมท้นใน พ.ศ. 2548 และพรรคฝ่ายค้านในรัฐสภามี ส.ส.เพียง 175 คน ซึ่งไม่อาจเปิดประชุมอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีได้¹¹ การต่อต้านการเลือกตั้งในช่วงปลายทศวรรษ 2540 นี้เองที่นำไปสู่การรื้อฟื้นและการผลิตซ้ำความคิดที่ว่าประชาธิปไตยแบบตะวันตกหรือแบบเลือกตั้งไม่เหมาะกับสังคมไทย เพราะประชาชนในชนบท “ขาดการศึกษา” และถูกนักการเมือง “ซื้อ” หรือ “หลอก” ซึ่งถ้ามีการเลือกตั้งภายใต้สภาพการณ์เช่นนี้ก็จะทำให้กลุ่มทุนใหญ่สามารถผูกขาดอำนาจและแสวงหาผลประโยชน์อย่างปราศจากคุณธรรมยิ่งกว่าในยุคใดๆ ที่ผ่านมา¹²

สำหรับการถ่วงดุลและตรวจสอบระหว่างอำนาจบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการนั้น ชนชั้นกลางเห็นว่า “นักการเมืองเลวและไร้สมรรถภาพ” และ “พรรคการเมืองอ่อนแอ” จึงไม่คาดหวังว่ารัฐสภาจะทำหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายบริหารอย่างมีประสิทธิภาพ แต่มีความเข้าใจและรับรู้ว่า “ตุลาการ” พึงดำรงตนอยู่ห่างๆ หรือไม่ควรจะเข้าเกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อจะสามารถรักษาความเป็นกลางและความยุติธรรมเอาไว้ได้ บทบาททางการเมืองของตุลาการในความคาดหวังของชนชั้นกลางจึงได้แก่การเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายที่มีส่วนร่วม

11 แพทย์ พิจิตร (นามแฝง), “รัฐบาลทักษิณเข้าข่ายระบอบอำนาจนิยมหรือไม่?” ใน **มติชนสุดสัปดาห์** 36, 1857 (18-24 มีนาคม 2559): 55. (รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 กำหนดว่าจะอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีได้ก็ต่อเมื่อมี ส.ส. ร่วมลงนามจำนวน 200 คนขึ้นไป)

12 โปรตุเกตุการสร้างควมหมายในเรื่องเหล่านี้โดยนักวิชาการที่สนับสนุน “ตุลาการภิวัตน์” ข้างหน้า

ในการร่างรัฐธรรมนูญและการตัดสินใจในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์
เมื่อผู้มีอำนาจตกเป็นจำเลยในศาล

อาจกล่าวได้ว่าหลังการปฏิวัติ พ.ศ. 2475 ชนชั้นกลางไทยซึ่งปราศจากทั้ง
“อำนาจ” และ “อิทธิพล” เป็นของตนเอง จำเป็นต้องพึ่ง “อิทธิพล” หรือ
“พระบารมี” ของสถาบันพระมหากษัตริย์ในการคาน “อำนาจ” ของผู้นำประเทศ
ตามทฤษฎีเรื่อง “อำนาจ” และ “อิทธิพล” ของโยชิฟูมิ ทามาตะ และนิธิ เอียวศรี
วงศ์¹³ ขณะเดียวกันก็หวังพึ่งการตัดสินใจของตุลาการในพระปรมาภิไธย
ของพระองค์ โดยมีความเชื่อมั่นว่าพระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งทศพิธราชธรรม
พระราชกรณียกิจต่างๆ รวมทั้ง “โครงการในพระราชดำริ” จำนวนมาก และ
พระราชดำรัสในโอกาสสำคัญๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขวิกฤตทางการเมืองใน
อดีตที่ผ่านมา ไม่เพียงแต่จะทำให้ชนชั้นกลางสำนึกในพระมหากรุณาธิคุณและ
มีความจงรักภักดีอย่างลึกซึ้งเท่านั้น ยังเชื่อมั่นมากขึ้นด้วยว่าพระมหากษัตริย์
จะทรงกำกับดูแลการใช้อำนาจของผู้นำประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ พร้อมกันนั้น
ชนชั้นกลาง (รวมทั้งกลุ่มทุนเชื้อสายจีนซึ่งมีความวิตกกังวลอย่างลึกซึ้งเกี่ยวกับ
สถานภาพของตนเองใน “ชาติไทย” และการที่ต้นทุนในการประกอบธุรกิจของ
ตนเองจะสูงเกินไปจากการแสวงหา “ค่าเช่าทางเศรษฐกิจ” ของผู้มีอำนาจ) ก็ได้
พร้อมใจกัน “ถวายพระราชอำนาจ” และให้ความร่วมมือในการเสริมสร้าง
“พระราชอำนาจนำ” อย่างเต็มที่ ซึ่งทำให้ชนชั้นกลางสามารถ “พึ่งพระบารมี”

- 13 โยชิฟูมิ ทามาตะ. “อิทธิพล” และ “อำนาจ”: การเมืองไทยด้านที่ไม่เป็นทางการ” ใน อมรา
พงศาพิชญ์และปรีชา คุวินทร์พันธุ์ (บรรณาธิการ) **ระบบอุปถัมภ์**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่ง
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543. นิธิ เอียวศรีวงศ์ ได้ใช้มนต์คาถาเรื่อง “อิทธิพล” และ
“อำนาจ” ของโยชิฟูมิ ทามาตะในการวิเคราะห์ “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย” ซึ่งแม้ว่า
นิธิ เอียวศรีวงศ์ จะมีได้กล่าวถึง “อิทธิพล” ของสถาบันพระมหากษัตริย์ แต่ก็ได้วิเคราะห์
ว่า “คนไทยอาจไม่ได้คิดถึงการควบคุม ‘อำนาจ’ ด้วยกลไกทางกฎหมายและสิทธิพลเมือง
แต่คิดถึงการใช้ ‘อิทธิพล’ ควบคุม ‘อำนาจ’ มากกว่า” พร้อมกันนั้นก็ “ใช้ ‘อิทธิพล’ อื่นที่
ใหญ่กว่ามาคาน ‘อิทธิพล’ ที่เป็นอันตรายต่อตัวเองอยู่” โปรดดู นิธิ เอียวศรีวงศ์, “รัฐธรรมนูญ
ฉบับวัฒนธรรมไทย” ใน **ชาติไทย เมืองไทย แบบเรียน และอนุสาวรีย์**, กรุงเทพฯ: มติชน,
2538, หน้า 159 , 163.

ได้อย่างดียิ่งตลอดมา และเนื่องจากเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้ผู้นำทางทหารหรือผู้นำจากพรรคการเมืองยอมอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพระมหากษัตริย์โดยดุษณีก็คือ ความจงรักภักดีอย่างสูงสุดต่อองค์พระประมุขของชาติ ขนชั้นกลางจึงให้ความสำคัญแก่ “ความจงรักภักดี” ของผู้นำประเทศเป็นอย่างมาก

อนึ่ง การที่ “คนชั้นกลางคิดว่าตัวสามารถควบคุมอำนาจสมบูรณาญาสิทธิได้ในระดับหนึ่ง โดยอาศัยเครื่องมือ...คือกฎหมายแพ่งและอาญา”¹⁴ ทำให้ชนชั้นกลางให้ความสำคัญแก่การเป็น “คนดี” ของตุลาการ รวมทั้งการมีคุณธรรมคือความจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ และเนื่องจากชนชั้นกลางกับตุลาการในศาลของไทยมีทัศนคติหรือค่านิยมทางสังคมและการเมืองคล้ายคลึงกันเพราะผ่านการหล่อหลอมกล่อมเกลามาได้วัฒนธรรมทางความคิดเดียวกัน เมื่อประกอบกับอัตลักษณ์ตุลาการที่ได้รับการสร้างขึ้นภายใต้พลังของวัฒนธรรมแห่งชาติ ขนชั้นกลางจึงมีความเชื่อมั่นในสถาบันตุลาการมากกว่าองค์กรอื่นๆ ของรัฐ¹⁵ การเข้ามามีบทบาททางการเมืองของตุลาการจึงเป็นเรื่องที่ชนชั้นกลางชื่นชมยินดี เมื่อประกอบกับการใช้อำนาจทางการเมืองของตุลาการเกิดขึ้นจาก “พระราชดำรัส” ก็ยิ่งทำให้ชนชั้นกลางมีความเชื่อมั่นในสถาบันตุลาการมากขึ้น

ควรกล่าวด้วยว่าการ “พึงพระบารมี” ของสถาบันพระมหากษัตริย์ในการต่อสู้ทางการเมือง เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นตั้งแต่ทศวรรษ 2490 แล้ว ดังจะเห็นได้ว่า “กลุ่มกษัตริย์นิยม” ซึ่งต่อสู้กับรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้ร่างรัฐธรรมนูญ

14 นิธิ เอียวศรีวงศ์, “วัฒนธรรมทางการเมืองไทย” วารสารสถาบันวัฒนธรรมและศิลปะ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 12, 2 (24) มกราคม – มิถุนายน 2554): 59. (ปาฐกถาพิเศษ เรื่อง “วัฒนธรรมการเมืองไทย” ในการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 9 ประจำปี 2550 ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2550).

15 สถาบันพระปกเกล้าได้สำรวจความคิดเห็นของประชาชนต่อสถาบันตุลาการ ใน พ.ศ.2544 ประชาชนเชื่อมั่นต่อศาลยุติธรรม ร้อยละ 73.4 และมีความเชื่อมั่นเพิ่มมากขึ้นทุกปี จนถึงปีพ.ศ. 2547 เชื่อมั่นมากถึงร้อยละ 86.7 ในขณะที่ปี พ.ศ.2545 เชื่อมั่นร้อยละ 75 ปีพ.ศ. 2546 เชื่อมั่นร้อยละ 83.2 โปรดดู ปัทมา สุปกัาปิง, “สถาบันตุลาการไทย” ค้นเมื่อวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2559 จาก <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=สถาบันตุลาการไทย>.

พ.ศ. 2492 ใน “มาตรา 59” ระบุว่า “กำลังทหารเป็นของชาติ อยู่ในบังคับบัญชาสูงสุดของพระมหากษัตริย์ ไม่ขึ้นต่อเอกชน คณะบุคคล หรือพรรคการเมืองใดๆ”¹⁶ และในช่วงเวลาที่จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เริ่มแยกตัวออกจากการเป็นฐานอำนาจของรัฐบาล (ก่อนที่จะก้าวขึ้นเป็นผู้บัญชาการทหารบก) ก็ได้จัด “พิธีถวายสัตย์ปฏิญาณตนและสวนสนามของทหารรักษาพระองค์” ขึ้นเป็นครั้งแรกใน พ.ศ. 2496 ด้วย¹⁷

ในการธำรงรักษาอำนาจของฝ่ายตุลาการที่ “พึ่งพระบารมี” ของพระมหากษัตริย์เช่นกัน มีการเน้นว่าพระองค์ทรงเป็นที่มาของความยุติธรรมเพื่อสืบทอดคติการตัดสินคดีความในพระปรมาภิไธย นิธิ เอียวศรีวงศ์ วิเคราะห์ว่า “หลังวันที่ 24 มิถุนายน 2475 ...ผู้ถืออำนาจ...กลายเป็นนักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งหรือมาจากปลายกระบอกลูกปืน นับจากนั้นมาฝ่ายตุลาการก็พยายามแสวงหาอิสรภาพจากฝ่ายบริหาร (และในที่สุดก็ประสบความสำเร็จ) ฝ่ายตุลาการจึงเป็นฝ่ายเดียวที่สามารถรักษาความ “ศักดิ์สิทธิ์” ของตำแหน่งเอาไว้ได้ แต่ความศักดิ์สิทธิ์ของฝ่ายตุลาการ เป็นความศักดิ์สิทธิ์ที่ผูกไว้กับสถาบันพระมหากษัตริย์เหมือนกับสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์”¹⁸

16 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 **ราชกิจจานุเบกษา**. เล่ม 66 วันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2492.

17 จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เคยดำรงตำแหน่งผู้บังคับการกรมทหารราบที่ 1 รักษาพระองค์ ซึ่งเป็นหน่วยกำลังสำคัญ ต่อมาใน พ.ศ.2493 ได้ดำรงตำแหน่งแม่ทัพกองทัพภาคที่ 1 และรักษาการผู้บัญชาการกองพลที่ 1 ในวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2496 มีการจัด “พิธีถวายสัตย์ปฏิญาณตนและสวนสนามของทหารรักษาพระองค์” ขึ้นเป็นครั้งแรกเนื่องในวันคล้ายวันสถาปนากรมทหารราบที่ 1 มหาดเล็กรักษาพระองค์ฯ (ร.1 รอ.) (ขึ้นกับกองพลที่ 1 รักษาพระองค์) หน่วยงานนี้มีหน้าที่ถวายความปลอดภัยและถวายพระเกียรติแด่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวและพระบรมวงศานุวงศ์ทุกพระองค์โดยใกล้ชิด พิธีถวายสัตย์ปฏิญาณตนและสวนสนามฯ วางเว้นไปในระหว่าง พ.ศ.2497-2503 เริ่มจัดอีกครั้งหนึ่งเนื่องในวันเฉลิมพระชนมพรรษา พ.ศ.2504 และจัดอย่างต่อเนื่องทุกปีจนถึงปัจจุบัน).

18 นิธิ เอียวศรีวงศ์, “ศาลเจ้า” ใน **พิพากษ์ศาล** , กรุงเทพฯ: มติชน, 2555, หน้า 19-21. (เน้นโดยนิธิ เอียวศรีวงศ์).

การ “ฟังพระบรมมหาราช” ในการต่อต้านอำนาจเผด็จการทหาร ยังเกิดขึ้นในหมู่นักศึกษาและนักวิชาการด้วย นอกจากกรณี “14 ตุลาคม พ.ศ.2516” แล้ว ใน พ.ศ.2531 มีนักวิชาการ 99 คน ทำหนังสือ “กราบบังคมทูลพระกรุณาทราบใต้ฝ่าละอองพระบาท” เกี่ยวกับ “ความวุ่นวายสับสนในทางการเมือง” และ “ประเทศชาติต้องการดำเนินตามครรลองประชาธิปไตยแบบรัฐสภาโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอย่างแท้จริง” อันเป็นการ “ฟังพระบรมมหาราช” ด้วยเป้าหมายที่ต้องการให้นายกรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งแทนพลเอกเปรม ติณสูลานนท์¹⁹ และในกลางทศวรรษ 2535 ซึ่งเกิดเหตุการณ์ “พฤษภาทมิฬ” สื่อหนังสือพิมพ์และปัญญาชนสาธารณะก็ได้ “ฟังพระบรมมหาราช” เพื่อขอให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจยุบ พระราชทานนายกรัฐมนตรี “คนกลาง” หรือนายกรัฐมนตรี “พระราชทาน” มีการถวายฎีกา “สภากระเจก” ซึ่งอาศัยพระราชอำนาจในการก่อตั้งสมาชิกแห่งชาติเพื่อช่วยงานรัฐสภา แม้แต่ข้อเรียกร้องให้มี “การปฏิรูปการเมือง” ก็เสนอให้สถาบันพระมหากษัตริย์มีส่วนในการกำหนดผู้นำการปฏิรูป รวมทั้งเสนอความคิดเรื่อง “ถวายพระราชอำนาจ” เพราะต้องการกีดกันมิให้รัฐสภาใช้อำนาจในการกำหนดการปฏิรูป ซึ่งกระแสดังกล่าวที่สื่อหนังสือพิมพ์และปัญญาชนสาธารณะเสนอต่อสังคมในช่วงนี้มีลักษณะสำคัญอย่างน้อย 3 ประการ คือ “สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นตัวแทนเจตจำนงของประชาชนมากกว่านักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง...สถาบันพระมหากษัตริย์สามารถแสดงความเป็นผู้นำในการกำหนดวาระทางสังคมได้มากกว่านักการเมือง และ...มีข้อเสนอว่าควรขยายพระราชอำนาจในรัฐธรรมนูญให้สถาบันพระมหากษัตริย์” พร้อมกันนั้นก็เสนอว่าควรจำกัดการใช้ อำนาจของนักการเมือง²⁰

19 อังใน ธนาพล อัฐกุล, “เสาหลักทางจริยธรรมชื่อเปรม” *ฟ้าเดียวกัน* 4, 1 (มกราคม-มีนาคม 2549): 110.

20 โปรตดู กิตติศักดิ์ สุจิตตารมย์, “ทัศนะของสื่อหนังสือพิมพ์และปัญญาชนสาธารณะที่มีต่อสถานะและบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์ ระหว่าง พ.ศ.2535-2540” วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาประวัติศาสตร์ คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

ในขณะที่เกิดวิกฤตทางการเมืองใน พ.ศ. 2535 กลุ่มนักวิชาการ 42 คน (เช่น ประเวศ วะสี ธีรยุทธ บุญมี ชาญวิทย์ เกษตรศิริ สมคิด เลิศไพฑูรย์ สุรพล นิติไกรพจน์ ฯลฯ) ได้ร่วมกัน “ถวายเป็นปฏิภาณ” โดยจัดทำ “หนังสือกราบบังคมทูลถวายความเห็นเกี่ยวกับสถานการณ์บ้านเมือง” ส่งไปยังราชเลขาธิการ อ่างเหตุผลภายใต้วัฒนธรรมทางความคิดของชนชั้นกลางที่ให้ความสำคัญแก่การตรวจสอบเรื่องคอร์รัปชัน และถือว่า “คนดี” ย่อมไม่มีความปรารถนาใน “อำนาจ”²¹ เช่น หนังสือถวายฎีกากล่าวว่าผู้ปกครองที่พินิจคำสัญญาที่ให้ไว้ว่าจะเข้ามาแก้ปัญหาคอร์รัปชัน พินิจสัญญาว่าจะไม่รับตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และประชาชนถูกหลอกให้ไปเลือกตั้งเพื่อสร้างความชอบธรรมให้อำนาจของทหาร²² หนังสือ “ถวายเป็นปฏิภาณ” นี้ระบุด้วยว่า “องค์พระมหากษัตริย์เป็นสถาบันเดียวที่รื้อรวมจิตใจของคนในชาติ และเป็นสถาบันเดียวเท่านั้นที่จะคลี่คลายวิกฤตการณ์ครั้งนี้ให้ลุล่วงไปได้...สถาบันพระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะให้คำแนะนำตักเตือนรัฐบาลได้ตามประเพณีแห่งรัฐธรรมนูญของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ทางออกที่เป็นไปได้ประการหนึ่ง คือ การพระราชทานข้อแนะนำให้นายกรัฐมนตรียุบสภาเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่”²³

นอกจากนี้ นักวิชาการที่มีแนวคิดเสรีนิยมอีกหลายคนได้กล่าวถึงความสำคัญของ “การพึ่งพระบารมี” เช่น นิธิ เอียวศรีวงศ์ เขียนบทความว่า “หากปราศจากซึ่งพระบารมีในองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวแล้ว ป่านนี้การสังหารหมู่ในท้องถนนจะยุติลงอย่างไร”²⁴ ส่วนชาญวิทย์ เกษตรศิริ กล่าวว่า “เราคิดว่า

21 โปรตุเกส สายชล สัตยานุรักษ์, *คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2*, กรุงเทพฯ: มติชน, 2550, หน้า 47.

22 กิตติศักดิ์ สุจิตตารมย์, “ทัศนะของสื่อหนังสือพิมพ์และปัญญาชนสาธารณะที่มีต่อสถานะและบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์ ระหว่าง พ.ศ.2535-2540”, (อ้างแล้ว), หน้า 69.

23 เรื่องเดียวกัน, หน้า 68-69.

24 นิธิ เอียวศรีวงศ์, “มโนธรรมของชนชั้นนำทางอำนาจ” *ผู้จัดการรายวัน* (27 พฤศจิกายน 2535): 9. กิตติศักดิ์ สุจิตตารมย์, “ทัศนะของสื่อหนังสือพิมพ์และปัญญาชนสาธารณะที่มี

องค์พระมหากษัตริย์เป็นสถาบันเดียวที่จะทำให้สถานการณ์คลี่คลายไปได้ จึงเข้า
ชื่อกันเพื่อถวายฎีกาเอาพระมหากรุณาธิคุณเป็นที่ตั้ง”²⁵ เป็นต้น

สำหรับชนชั้นกลางเชื้อสายจีนซึ่งต้องการให้ผู้มีอำนาจและอิทธิพลทาง
การเมืองถูกกำกับตรวจสอบเพื่อมิให้แสวงหา “ค่าเช่าทางเศรษฐกิจ” จนเกิน
ขอบเขต นับเป็นกลุ่มคนมืหมาในสังคมไทยที่ยึดถือวัฒนธรรมทางความคิดดังกล่าว
ข้างต้นนี้ โดยได้สร้างสำนักทางประวัติศาสตร์ที่เชื่อมโยงตนเองเข้ากับสถาบันพระ
มหากษัตริย์มาตั้งแต่ทศวรรษ 2510 มีการเขียนวรรณกรรม ประวัติตระกูล และ
ความทรงจำภายใต้โครงเรื่อง “เสื่อผืนหมอนใบภายใต้พระบรมโพธิสมภาร” ดังนั้น
“ประชาธิปไตย” ในทัศนะของชนชั้นกลางเหล่านี้จึงต้องมีพระมหากษัตริย์ไทยคอย
“ปกเกล้าปกกระหม่อม” หรือจะต้องเป็น “ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรง
เป็นประมุข”²⁶ เพื่อจะได้ “พึ่งพระบารมี” นั้นเอง

วัฒนธรรมความคิดทางการเมืองของชนชั้นกลางและการให้ความหมายกับ
สถาบันต่างๆ ผูกพันอย่างใกล้ชิดกับการคลี่คลายของวัฒนธรรมทางความคิดเรื่อง
“การปกครองแบบไทย” และ “ประชาธิปไตยแบบไทย” ที่นำมาสู่ความหมายของ
“ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ดังนั้น จึงควร
วิเคราะห์การสร้างความคิดและความหมายของระบอบการปกครองต่างๆ เหล่านี้
อย่างละเอียด เพื่อจะเข้าใจการผลิตซ้ำและการปรับเปลี่ยนความหมายที่เกี่ยวกับการ
การเมืองการปกครองไทยท่ามกลางวัฒนธรรมทางความคิดเหล่านี้ และเข้าใจใน
พลังของวัฒนธรรมทางความคิดเหล่านี้ที่เอื้อให้ “ตุลาการภิวัตน์” เกิดขึ้นใน พ.ศ.
2549 ในฐานะที่เป็นส่วนสำคัญในการต่อสู้กับนักการเมือง ซึ่งเป็นกลุ่มทุนใหญ่ที่ได้

ต่อสถานะและบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์ ระหว่าง พ.ศ.2535-2540”, (อ้างแล้ว),
หน้า 6.

25 กิตติศักดิ์ สุจิตตารมย์, “ทัศนะของสื่อหนังสือพิมพ์และปัญญาชนสาธารณะที่มีต่อสถานะ
และบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์ ระหว่าง พ.ศ.2535-2540”, (อ้างแล้ว), หน้า 72.

26 สิทธิเทพ เอกสิทธิพงษ์, “ลูกจีนรักชาติ”: สำนักประวัติศาสตร์และนิยามประชาธิปไตย”
วารสารมนุษยศาสตร์ 16, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 112-156.

รับการให้ความหมายจากชนชั้นกลางว่าเป็น “ทุนสามัญที่ไร้คุณธรรมจริยธรรม” ที่ลอกใช้มวลชนคนชนบทมาเป็นเครื่องมือทางการเมือง

การสถาปนาความคิดเรื่อง “การปกครองแบบไทย” และ “ประชาธิปไตยแบบไทย” ในทศวรรษ 2500

การเกิดขึ้นและการคลี่คลายของความคิดเรื่อง “การปกครองแบบไทย” และความคิดเรื่อง “ประชาธิปไตยแบบไทย”²⁷ ดำเนินไปพร้อมๆ กับการผลิตซ้ำความหมายของคนกลุ่มต่างๆ ในสังคมไทย เช่นความหมายของ “ประชาชน” “นักการเมือง” “พรรคการเมือง” เพื่อเน้นว่า “ประชาธิปไตยแบบตะวันตกไม่เหมาะสมกับสังคมไทย” จึงนำผลร้ายต่างๆ มาสู่ชาติบ้านเมือง ซึ่งความหมายเหล่านี้เกิดขึ้นมาในสังคมไทยตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์และได้รับการผลิตซ้ำอย่างต่อเนื่องในทศวรรษ 2490 เป็นต้นมา โดยมีการปรับเปลี่ยนจุดเน้นและความหมายให้สอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปในช่วงเวลาต่างๆ จนกลายมาเป็นวาทกรรม “ประชาธิปไตยแบบตะวันตกและประชาธิปไตยแบบเลือกตั้งไม่เหมาะสมกับสังคมไทย” และ “ประเทศไทยควรมีการปกครองแบบไทยคือประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เพื่อให้คนไทยได้ “ฟังพระบารมี” ในทุก เรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ “ฟังพระบารมี” ในการกำกับตรวจสอบผู้ปกครองประเทศ หรือการพระราชทาน “คนดี” มาเป็นนายกรัฐมนตรี

แนวความคิดเกี่ยวกับการปกครองที่เหมาะสมกับประเทศสยามซึ่งเป็นรากฐานของวัฒนธรรมความคิดทางการเมืองของชนชั้นกลางไทย เริ่มมีร่องรอยมา

27 คำว่า “การปกครองแบบไทย” ใช้โดย ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช เพื่อโต้แย้งคำว่า “ประชาธิปไตยแบบไทย” ที่ใช้โดยฝ่ายรัฐบาลในครั้งหลังของทศวรรษ 2500 ควรกล่าวด้วยว่าทั้งกระแสโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 และการขยายตัวของชนชั้นกลางที่ต้องการการเลือกตั้ง ทำให้รัฐบาลไม่อาจปฏิเสธ “ประชาธิปไตย” อย่างสิ้นเชิง นอกจากนี้ยังต้องการให้สถาบันพระมหากษัตริย์แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเพื่อให้ผู้นำทางทหารมีความชอบธรรมทางการเมืองอย่างยาวนาน จึงใช้คำว่า “ประชาธิปไตยแบบไทย” (โปรดดูรายละเอียดข้างหน้า).

ตั้งแต่สมัยต้นรัตนโกสินทร์ ดังปรากฏในจารึกหลักที่ 1 ซึ่งได้รับการเผยแพร่โดย พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าฯ ที่แสดงให้เห็นว่า “พ่อขุน” ทรงปกครองประชาชน ให้อยู่เย็นเป็นสุขเสมือน “พ่อปกครองลูก” โดยอาศัยธรรมะของพุทธศาสนา ทรง ตัดสินคดีความอย่างยุติธรรม และทรงรับรองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน ทำให้ “สุโขทัยนี้ดี”²⁸ (หรือทำให้ “เมืองไทยนี้ดี”) ทั้งนี้ หนังสือ นานาธรรมวิจารณ์ ที่พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าฯ ทรงพระราชนิพนธ์ ระบุคุณสมบัติของผู้ปกครอง ซึ่งเป็น “พระมหาสมมุติราช” (หรือราชาที่มาจากทางเลือกตั้ง) ว่า “มีสติปัญญา อุตสาห ความเพียรมาก อยากจะให้คนทั้งปวงเป็นสุขเสมอกัน รักการยุติธรรมเป นที่ยิ่ง” และ “ยุติธรรมนี้ อำนวย ความรู้ ความฉลาดของคนซื้อตรง แลมีเมตตา ปราณีแก่คนทั้งปวง ย่อมคิดเห็นถูกต้องโดยมากได้”²⁹ สะท้อนว่าพระองค์ทรงให้ ความสำคัญแก่ปัญญาและคุณธรรมของผู้ปกครองในการอำนวยความสะดวก “ยุติธรรม” (ซึ่งหมายถึงความถูกต้องชอบธรรม)

เมื่อเกิดรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้นมา ความคิดเรื่องการปกครองที่เหมาะสมกับสังคมไทยปรากฏอย่างชัดเจนใน “พระบรมราชาธิบายว่าด้วยความสามัคคี” ดังความตอนหนึ่งว่า

“ราษฎรคงจะเชื่อเจ้าแผ่นดินมากกว่าผู้ซึ่งจะมาเป็นเมมเบอร์ออฟ ปาติเมนต์ เพราะปกติทุกวันนี้ ราษฎรย่อมเชื่อถือเจ้าแผ่นดินว่าเป็น ผู้อยู่ในยุติธรรม และเป็นผู้รักใคร่คิดจะทำนุบำรุงราษฎรให้อยู่เย็น เป็นสุขยิ่งกว่าผู้อื่นทั้งสิ้น...

...จะเพลินถือเอาความคิดของพวกที่เป็นผู้คิดราชการในประเทศยุโรป บ้าง...มาจัดการในเมืองไทยก็จะเป็นการไม่ถูกกันเลย ด้วยพื้นเพ การงานทั้งปวงไม่เหมือนกัน เหมือนหนึ่งจะไปลอกเอาตำราทำนา

28 ประชุมศิลาจารึกสุโขทัย

29 โปรตดู ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ “กำเนิดการเมืองและความยุติธรรม” ใน ไพโรกระดมพีแห่ง กรุงรัตนโกสินทร์ , กรุงเทพฯ: มติชน, 2549, หน้า 106-108.

ปลูกข้าวสาเลีในเมืองยุโรปมาปลูกข้าวเจ้าข้าวเหนียวในเมืองไทย...ถ้าจะตั้งเป็นปอิติกัลปาตี...ก็จะมีแต่พวกละเก้าคนสิบคน...แต่ยังมีพวกอื่นอีกที่เป็นอย่างเก้าๆ อยู่ขึ้นตั้งร้อย พวกที่ถือตัวเป็นปอิติกัลปาตีทั้งสองสามพวกก็ต้องเห็นต้องดูถูกคนตั้งร้อยนั้น...เพราะเหตุที่คนตั้งร้อยนั้นไม่มีความรู้ทุนรอนอันใด...ในพวกปอิติกัลปาตี...คงจะมีพวกออปโปสิชั่นมากอยู่...มักจะชักให้เกิดความแตกร้า่วิวาทกันอันไม่เป็นประโยชน์”³⁰

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ ทรงเน้นด้วยว่า “คนในเมืองไทยเคยรวบรวมนกันเป็นความคิดอันหนึ่งอันเดียว คือเอากระแสพระราชดำริพระเจ้าแผ่นดินเป็นประมาณ...เหตุว่ากระแสพระราชดำริของพระเจ้าแผ่นดิน...ย่อมตั้งอยู่ในความชอบธรรม อาศัยพระเมตตากรณาต่ออาณาประชาราษฎร์อันแรงกล้าเป็นที่นิยมยินดีชอบใจของราษฎรทั้งปวง จึงเป็นที่เชื่อใจวางใจของคนทั้งปวง”³¹ แนวพระราชดำริดังกล่าวนี้ได้รับการผลิตซ้ำในหลายรูปแบบ รวมทั้งการสถาปนาความหมาย “สมเด็จพระปิยมหาราช” ด้วยอนุสาวรีย์และพิธีกรรม ซึ่งเมื่อประกอบกับมรดกทางวัฒนธรรมที่ตกทอดมาแต่โบราณก็ทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์มีความสำคัญอย่างยิ่งในรัฐไทยจนกระทั่งคณะราษฎรไม่สามารถจะยกเลิกได้

ภายหลังเกิดการปฏิวัติ พ.ศ.2475 แล้ว การถกเถียงเรื่องประเทศไทยควรปกครองแบบตะวันตกหรือไม่ คนไทยส่วนใหญ่พร้อมหรือไม่สำหรับการเลือกตั้งและระบบรัฐสภา และระบบรัฐสภามีผลดีหรือผลร้ายอย่างไรต่อสังคมไทย ยังคงมีมาโดยตลอด ในส่วนที่เกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์นั้น ถึงแม้ว่าในช่วง 15 ปีแรกความสำคัญและบทบาททางการเมืองของพระมหากษัตริย์จะลดน้อยถอยลงมาก ดังจะเห็นได้จากการอภิปรายและการลงมติในสภาร่างรัฐธรรมนูญและสภาผู้

30 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบรมราชาธิบายว่าด้วยความสามัคคี” ใน ประวัติศาสตร์และการเมือง , กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516, หน้า 169-176.

31 เรื่องเดียวกัน, หน้า 179.

แทนราษฎรในระหว่าง พ.ศ.2475 – 2489 ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ยืนยันในหลักการ “อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน” แม้แต่พระยามโนปกรณนิติธาดาก็กล่าวว่า “อำนาจอธิปไตย...มาจากชาติคือราษฎรรวมกัน...แล้วพระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้น...แต่ว่าท่านมิได้ทรงใช้ตามพระทัย ทรงใช้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ”³² ส่วนการถกเถียงเกี่ยวกับการถวายพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านการลงมติของรัฐสภาแล้วนั้น เสียงส่วนใหญ่ในรัฐสภาทั้งใน พ.ศ. 2477 และ พ.ศ. 2489 ก็ลงมติไม่รับรอง โดยยืนยันในหลักการ “อำนาจสูงสุด” ของรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของราษฎร³³

จนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สถานภาพทางอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์จึงเริ่มสูงขึ้นเนื่องจากคณะราษฎรได้สูญเสียอำนาจภายหลังการรัฐประหาร พ.ศ. 2490 ในขณะที่นักคิด นักเขียน นักหนังสือพิมพ์ ตลอดจนข้าราชการและชนชั้นกลางทั่วไป ซึ่งประสบความเดือดร้อนจากสภาวะสงคราม และได้พบเห็นการแย่งชิงอำนาจทางการเมืองและการใช้อำนาจโดยมิชอบของชนชั้นนำในระบอบใหม่ พวกกันเห็นวาระบอบ “ประชาธิปไตย” ทำให้สังคมไทยเลวลง ในขณะที่ความหมายของ “ความเป็นไทย” ในด้านการปกครองได้รับการเชิดชูโดยกลุ่ม “กษัตริย์นิยม” ที่ต่อสู้กับรัฐบาลของคณะรัฐประหาร โดยมีการนำเอาความคิดเดิม เช่น “ธรรมราชา” และ “พ่อปกครองลูก” กลับมาใช้ พร้อมกับมีการปรับเปลี่ยนจุดเน้นและความหมายเป็นระยะๆ เพื่อตอบสนองบริบทที่เปลี่ยนไปอย่างมีพลัง ทำให้ความคิดว่า “ประชาธิปไตย” ของไทย “มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ได้รับการบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2492 และรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับการถวายพระราชอำนาจสำคัญบางประการแก่พระมหากษัตริย์ เช่น การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา และ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้ให้เหตุผลเอาไว้ด้วยว่า “ระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมืออันทรงประสิทธิภาพที่สุดไว้ให้

32 สมชาย ปรีชาศิลปกุล, ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์การจัดทำ รัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ.2475-2550 , เชียงใหม่: คีแอนท์ พรินติ้ง, 2558, หน้า15-18.

33 เรื่องเดียวกัน, หน้า 90-97.

เราป้องกันเผด็จการ トラบโดที่อำนาจสูงสุดยังอยู่กับพระมหากษัตริย์และฉะนั้นจึง
 ปลอดภัยของพวกมันใหญ่ใฝ่สูงทางการเมืองแล้ว トラบโดนั้นก็ไม่มี
 ปรารถนาในหมู่คนเมืองที่จะเป็นจอมเผด็จการ”³⁴ ในเวลาต่อมาแนวความคิด
 ดังกล่าวนี้ก็ได้รับการขยายความและการผลิตซ้ำอย่างเข้มข้นโดยมีการให้เหตุผล
 และการยกตัวอย่างรูปธรรมให้น่าเชื่อถือท่ามกลางการผลิตซ้ำความหมายของ
 “ความเป็นไทย” ที่มีพระมหากษัตริย์และพุทธศาสนาเป็นหัวใจ³⁵ จนเกิดการ
 ยอมรับอย่างกว้างขวางและมีผลอย่างลึกซึ้งต่อวัฒนธรรมทางความคิดของชนชั้น
 กลาง ในขณะเดียวกันก็มีการเน้นว่า “ประชาธิปไตยแบบตะวันตกไม่เหมาะกับ
 สังคมไทย” เนื่องจาก “สังคมไทยมีคนที่มีความรู้และความพร้อมสำหรับการ
 ปกครองตนเองจำนวนน้อยมาก” เช่นเดียวกับความคิดที่ว่า “นักการเมืองเลวและ
 พรรคการเมืองไร้คุณภาพและสมรรถภาพ” อันเป็นภาพลักษณ์ที่ได้รับการสร้างขึ้น
 และผลิตซ้ำอย่างเข้มข้นตั้งแต่ทศวรรษ 2490 เป็นต้นมา แม้แต่ กุหลาบ สาย
 ประดิษฐ์ ก็เขียนบทความในวันที่ 16 พฤษภาคม พ.ศ. 2490 ความว่า

“การศึกษาและความใส่ใจในการปกครองตนเองของราษฎร ยังอยู่
 ในระดับต่ำ ...ภาวะการณ์เช่นนี้ไม่เป็นนิมิตมงคลแก่ประชาธิปไตย
 อยู่แล้ว...เราได้เห็นความทุจริต ความเสื่อมทางจิตใจ ความระแวง
 สงสัยและความไม่เชื่อถือไว้วางใจกัน ปรากฏแพร่หลายทวีขึ้นทั่วๆ
 ไป, ในที่สุดเราก็ได้เห็นความไม่มั่นคงทางการเมือง ได้เห็นความ
 ประพฤติดันพียงรังเกียจไม่น่าเชื่อถือไว้วางใจของนักการเมืองหลายคน,
 ได้เห็นความแตกร้าวรุนแรงระหว่างพรรคการเมือง ทั้งที่ไม่เห็นความ
 แตกต่างระหว่างนโยบายพรรค”³⁶

34 แพลและอั้งใน เกษียร เตชะพีระ, ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น
 ประมุข”, *ฟ้าเดียวกัน* 9, 1 (มกราคม-มีนาคม 2554): 97.

35 โปรตุส สายชล สัตยานุรักษ์, *ศีกฤทธิ์กับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2 ยุคจอม
 พลสฤษดิ์ถึงทศวรรษ 2530*, กรุงเทพฯ: มติชน, 2550.

36 กุหลาบ สายประดิษฐ์, *เสถียรภาพทางการเมือง* ใน สุชาติ สวัสดิ์ศรี (บรรณาธิการ), *มนุษย์*

การผลิตซ้ำ “ความสำคัญของผู้นำที่เป็นคนดี” และ “ความอ่อนต่อโลกของประชาชน” ช่วยเสริมความหมายของนักการเมืองและพรรคการเมืองที่เลวและไร้สมรรถภาพดังกล่าวข้างต้นให้เด่นชัดขึ้น เช่น ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช กล่าวว่า “นักการเมืองนั้น...เมื่อมีอำนาจทางการเมืองก็ย่อมจะใช้อำนาจนั้นส่งเสริมฐานะของตนให้ดีขึ้นทุกทาง”³⁷ และยังเขียนขึ้นชมจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ โดยระบุด้วยว่า “คนดียังมีอยู่”³⁸ ส่วนประชาชนนั้น “ยังไม่รู้สึกในหน้าที่...อ่อนต่อโลก...ขาดความรับผิดชอบ...อยู่ห่างไกลความเจริญ...ยากจน...ไม่มีผลประโยชน์ใดๆ ที่จะต้องรักษา ไม่มีความหวังใดๆ ในชีวิต ขาดการศึกษา ขาดความเจนจัดต่อโลก...ไม่รู้วาทะตนเองนั้นต้องการอะไร”³⁹ และนอกจากจะแสดงให้เห็นผลดีของการปกครองโดยผู้นำเผด็จการที่เป็น “คนดี” แล้ว ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช ยังได้แสดงให้เห็นด้วยว่าการปกครองด้วยลัทธิที่ถือว่า “อำนาจเป็นของปวงชน” อาจมีผลคือ “เลือดนองแผ่นดิน” เช่น “ฮิตเลอร์ ขึ้นครองอำนาจตามวิถีทางแห่งประชาธิปไตยโดยแท้จริง ไม่มีใครปฏิเสธได้”⁴⁰

นักเขียน นักหนังสือพิมพ์ และปัญญาชนอีกมากมีส่วนร่วมในการสร้างและผลิตซ้ำความคิดและความหมายดังกล่าวข้างต้น เช่น การเขียนสารคดีการเมือง

ไม่ได้กินกล้วย , กรุงเทพฯ: คณะกรรมการอำนวยการจัดงาน 100 ปี ศรีบูรพา, 2548, หน้า 171.

- 37 ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, ยิว หน้า 284. อ้างในสายชล สัตยานุรักษ์, **คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2** , (อ้างแล้ว), หน้า69.
- 38 ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, “”ตอบปัญหาประจำวัน” สยามรัฐรายวัน 6 มีนาคม 2500. อ้างในสายชล สัตยานุรักษ์, **คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2** ,(อ้างแล้ว), หน้า 70-71
- 39 ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, “นายข้าราชการ” เพื่อนนอน 22 มกราคม 2506 อ้างในสายชล สัตยานุรักษ์, **คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2** ,(อ้างแล้ว), หน้า 73.
- 40 ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, “ประชาธิปไตยกับเสรีภาพ” บรรยายที่หอประชุมมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 30 สิงหาคม 2499. “หน้า 13-15 อ้างในสายชล สัตยานุรักษ์, **คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2** ,(อ้างแล้ว), หน้า 68.

แบบเล่าเรื่องเชิงนิยายประวัติศาสตร์ พ.ศ.2489-2493 ที่แสดงทัศนคติต่อการปฏิวัติ พ.ศ. 2475 ในแง่ลบ พร้อมกับโจมตีนักการเมือง และยกย่องผู้นำแบบเผด็จการ⁴¹ นักเขียนคนหนึ่งกล่าวถึงจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ว่า “ไม่เห็นแปลกอะไรหากเผด็จการนั้นเพื่อประชาชน...น่าจะดีกว่าการเล่นพรรคเล่นพวกโดยใช้เปลือกความเป็นประชาธิปไตยห่อหุ้มหลอกลวงคนใจให้ไหลหลง”⁴² และโจมตีนักการเมืองว่า “พรรคเสรีมนังคศิลาซึ่งมีอิทธิพลและกำลังเงินอย่างมหาศาล...ซื้อวิญญาณของ ส.ส. ให้เข้ามาเป็นสมาชิกของพรรคได้ในจำนวนมากกว่าเศษ 3 ส่วน 4...ส.ส. ที่ขายตัวนี้เองได้ยกมือสนับสนุนรัฐบาลตลอดกาล...จนได้รับสมญานามจากประชาชนว่าเป็นพวกผักกาวที่ชุ่มมือขึ้นตลอดเวลา”⁴³ ความคิดและความหมายเหล่านี้ยังคงได้รับการผลิตซ้ำในยุคหลังๆ จึงเป็นที่รับรู้อย่างกว้างขวางและยังคงไหลเวียนอยู่ในสังคมไทยในปัจจุบัน

การสร้างความหมายของ “การปกครองแบบไทย”

ความหมายที่ชัดเจนของ “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการสร้างความหมาย “การปกครองแบบไทย” โดย ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช ซึ่งได้สร้างความรู้อย่างต่อเนื่องนับตั้งแต่เขียนสี่แผ่นดิน (พ.ศ. 2494+2495) เสนอภาพยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่เต็มไปด้วยความสงบสุข ความเป็นระเบียบ ความมั่นคง และความเจริญก้าวหน้า และความรู้ที่เสนอในเวลาต่อมาก็แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้ว่าการปกครองแบบไทยนี้อำนาจสูงสุดจะอยู่ในมือของผู้นำเพียงคนเดียว แต่ก็ทำให้เกิดสังคมที่ดีได้เพราะมีพระมหากษัตริย์ที่ทรงไว้

41 สมบัติ จันทรวงศ์, *ภาษาทางการเมือง*, กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533. หน้า 97-230.

42 สว่าง ลานเหลือ, *37 ปีแห่งการปฏิวัติ*, พระนคร: ม.ป.ท., 2512, หน้า 461 อ้างใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 228-229.

43 อ้างใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 227.

ซึ่งทศพิธราชธรรม ทรงดูแลและอำนวยความสะดวกให้แก่มหาชนทั้งปวง “ทำให้ชนอยู่ร่วมกันได้ด้วยความสุข” ต่อมาในช่วงปลายทศวรรษ 2500 เมื่อเกิดการช่วงชิงอำนาจทางการเมืองระหว่างฝ่ายรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร (ที่มีแนวโน้มว่าจะรวบอำนาจได้อย่างมั่นคง) กับฝ่ายอนุรักษนิยม-กษัตริย์นิยมที่กำลังทวีอำนาจขึ้น ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช ก็ได้เน้นว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นศูนย์รวมจิตใจของคนไทยที่ทำให้ “ราชบัลลังก์นั้นเป็นเครื่องกีดขวางอำนาจ” พร้อมทั้งเน้นด้วยว่า “ไทยเราได้ใช้ “หัว” แห่งสังคม หรือสถาบันพระมหากษัตริย์นั่นเอง เป็นเครื่องควบคุมมิให้เกิดความไม่เป็นธรรม และความผิดพลาดบกพร่องต่าง ๆ ขึ้นได้...นี่เป็นหลักการที่คนไทยเราได้ยึดถือมาโดยตลอด⁴⁴ นอกจากนี้ ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช ยังระบุถึงสิทธิของประชาชนอันเกิดจากการที่พระมหากษัตริย์ทรง “เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับประชาชน” ซึ่งทำให้ “ราษฎร...มีสิทธิพลเถลไถ่ ถวายฎีกาได้ทุกเรื่อง สิทธินี้ไม่เคยหมดไปจากประชาชนเลย และเป็นสิทธิสำคัญมาก” พระมหากษัตริย์จึงทรงเป็น “ที่พึ่ง” อันแท้จริงของประชาชนอยู่ตลอดเวลา⁴⁵ ความคิดดังกล่าวนี้เป็นรากฐานของการยอมรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการกำกับตรวจสอบผู้นำประเทศหรือรัฐบาล และการถวายฎีกาเพื่อ “ขอพระบารมีเป็นที่พึ่ง” ซึ่งเกิดขึ้นอย่างมากในช่วงเวลาที่เกิดการต่อสู้ทางการเมือง

การสร้างความหมาย “ประชาธิปไตยแบบไทย”

ความหมายของ “ประชาธิปไตยแบบไทย” ได้รับการเสนออย่างเป็นระบบผ่านบทความหนังสือพิมพ์และการเสนอข่าวทาง “สถานีวิทยุสองศูนย์” ระหว่าง พ.ศ. 2507 – 2508 สารระสำคัญคือ ประเทศไทยต้องปกครองด้วยระบอบ

44 ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, “ในหลวงของประชาชน” อ้างใน สละ ลิขิตกุล, ในหลวงกับคึกฤทธิ์, กรุงเทพฯ: สรรพศาสตร์, 2546, หน้า 103-104.

45 สายชล สัตยานุรักษ์, คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2 , กรุงเทพฯ: มติชน, 2550, หน้า 39-52, 221, 306.

“ประชาธิปไตยแบบไทย” โดยบทความเหล่านี้ได้ให้เหตุผลด้วยการเลือกสรรความคิดที่เป็นมรดกตกทอดจากอดีตมาผลิตซ้ำและปรับเปลี่ยนความหมาย จึงช่วยเพิ่มพลังให้ความคิดเหล่านั้นจนกลายเป็นฐานคิดของชนชั้นกลางในการเข้าใจการเมืองไทยตลอดมา

คำอธิบายประการหนึ่งก็คือ “ระบอบประชาธิปไตยแบบตะวันตกไม่เหมาะสมกับสังคมไทย” นับตั้งแต่การระบอบนี้มาใช้ใน พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาก็เกิดปัญหาต่างๆ ทั้งปัญหาในรัฐสภา พรรคการเมือง และการเลือกตั้ง ซึ่งสร้างความแตกแยกภายในชาติเป็นอย่างมาก⁴⁶ ในขณะเดียวกันความเลวร้ายของนักการเมืองและระบบการเลือกตั้งก็ได้รับการเน้นย้ำ เช่น “ได้รับเลือกเพราะใช้เงินซื้อบ้าง เลี้ยงสุรกายมาแก้ผู้มีสิทธิบ้าง หรืออาศัยความสัมพันธ์กันเป็นส่วนตัวมากกว่าที่จะใช้ความรู้หรืออุดมการณ์ทางการเมือง...สมควรที่จะจำกัดอำนาจของสภาไว้บ้าง เพื่อไม่ให้มีอำนาจมากเกินไป”⁴⁷ ส่วนพรรคการเมืองนั้น “ความผูกพันและวินัยในการร่วมเป็นพรรคการเมืองตามความหมายที่แท้จริงยังไม่มี เป็นเหตุให้ฝ่ายรัฐบาล...ใช้วิธีซื้อคะแนนเสียงจากสมาชิกรัฐสภา ทำให้สมาชิกสภาจำนวนไม่น้อยถือโอกาสขูดรีดเงินทองจากฝ่ายรัฐบาลจนสู้ไม่ไหว ผลที่สุดความยุ่งยากเหล่านี้ได้นำไปสู่การรัฐประหารครั้งแล้วครั้งเล่า”⁴⁸ พร้อมกันนั้นก็เน้นว่า “ประชากรส่วนใหญ่ยังไม่ค่อยสนใจในกิจการบ้านเมืองนัก มีการศึกษาน้อย และวินัยในการที่จะร่วมกันเป็นพรรคการเมืองยังไม่ค่อยดีถึงขนาด” จึงสมควร “จำกัดอำนาจของรัฐสภาให้น้อยลง”⁴⁹

46 คำอธิบายเช่นนี้ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้เคยใช้มาก่อน โปรดดู “คำปราศรัยในวันชาติ” วันที่ 24 มิถุนายน 2502 ใน *ประมวลสุนทรพจน์ของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ พ.ศ. 2502-2504* , พระนคร: สำนักนายกรัฐมนตรี, 2507, หน้า16

47 *ประชาธิปไตยแบบไทยและข้อคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ* , พระนคร: โชคชัย เทเวศร์, 2508, หน้า 228-230.

48 เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

49 เรื่องเดียวกัน, หน้า 212-219. (เน้นโดยผู้เขียนบทความ)

บทความบางเรื่องเน้นย้ำความล้มเหลวของประชาธิปไตยตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เพราะผู้แทนราษฎร มักแสวงหาผลประโยชน์ และการเลือกตั้งอาจนำไปสู่ระบอบเผด็จการ⁵⁰ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปว่า “สมควร...ทำให้อำนาจบริหารมีน้ำหนักมากขึ้น... การเลือกตั้งมีบทบาทน้อยลง เพราะคณะรัฐมนตรีมิได้เกิดจากการเลือกตั้ง”⁵¹ ส่วนเรื่อง ประมุขของรัฐ นั้น มีบทความที่เน้นว่า “พระมหากษัตริย์ของชาวไทย ดำรงอยู่ในฐานะ “อเนกชนนิกรสโมสรสมมุติ” และปกครองด้วย “ทศพิธราชธรรม”...ลักษณะประชาธิปไตยที่แฝงอยู่ในพระคุณลักษณะและพระราชจริยวัตร จึงเป็นเหตุให้ทรงได้รับความเคารพบูชาจากพสกนิกรอย่างลึกซึ้ง...เป็นมิ่งขวัญและศูนย์กลางของความสามัคคีแห่งชาติ...ฉะนั้นระบอบประชาธิปไตยของไทยจึงมีความจำเป็นอย่างเด็ดขาดที่จะต้องมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ประชาธิปไตยของไทยจะต้องส่งเสริมความมั่นคงแห่งราชบัลลังก์โดยทุกวิถีทาง”⁵² และ “เมื่อเราจะสถาปนา...ประชาธิปไตยแบบไทยโดยเฉพาะแล้ว เราจะต้องคำนึงถึงสถาบันนี้เป็นพิเศษ คำกล่าวที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงครองราชย์แต่ไม่ทรงปกครองด้วยพระองค์เอง อันเป็นหลักที่ใช้กับระบอบประชาธิปไตยแบบมีพระมหากษัตริย์ในยุโรปนั้น จะนำมาใช้กับระบอบประชาธิปไตยของเราหาได้ไม่ ประชาธิปไตยแบบไทยจะต้องเชิดชูสถาบันพระมหากษัตริย์ และถวายพระราชอำนาจให้พระมหากษัตริย์ทรงมีส่วนได้ปกครองบ้านเมือง ประชาชนพลเมืองด้วยตามสมควร”⁵³ ซึ่งจุดประสงค์ในการเน้นลักษณะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ไทยเช่นนี้ ปรากฏอย่างชัดเจนในบทความเรื่องหนึ่งที่กล่าวว่า ประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญออกมามีมติเปิดเผยเรื่อง “ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี”⁵⁴

50 เรื่องเดียวกัน, หน้า 29-33

51 เรื่องเดียวกัน, หน้า 94-95. (เน้นโดยผู้วิจัย)

52 เรื่องเดียวกัน, หน้า 91-93.

53 เรื่องเดียวกัน, หน้า 195-196.

54 เรื่องเดียวกัน, หน้า 221-222.

อนึ่ง แนวคิด “ประชาธิปไตยแบบไทย” ได้ถูกนำมาเชื่อมโยงกับการพัฒนาเศรษฐกิจด้วย เช่นระบุว่า “การสร้างประชาธิปไตยทางเศรษฐกิจ...ไม่ใช่ระบบเสรีนิยมแบบเก่าซึ่งพัฒนาไปตามยถากรรม แต่เป็นระบบเสรีนิยมแบบใหม่ที่พัฒนาอย่างมีแผน (Plan) ซึ่งกำหนดขึ้นโดยถูกต้องตามหลักวิชาการและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง” พร้อมกันนั้นก็เน้นว่า ระบอบ “ประชาธิปไตยแบบไทย” ที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากกว่ารัฐสภาจะก่อให้เกิดเสถียรภาพทางการเมืองที่ทำให้การพัฒนาเศรษฐกิจดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ⁵⁵ ทำให้มีเสน่ห์แก่ชนชั้นกลางเป็นอย่างมาก

ทั้งแนวคิด “การปกครองแบบไทย” และ “ประชาธิปไตยแบบไทย” มีอิทธิพลในยุคหลังมาก (แม้ว่าจะมีความแตกต่างทางความคิดและจุดมุ่งหมายทางการเมืองในการนำเสนออีกตาม⁵⁶) แนวคิดทั้งสองนี้ช่วยสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้นำรัฐบาลที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ขณะเดียวกันก็ทำให้สังคมไทยเห็นความสำคัญของเสถียรภาพทางการเมืองและความสามัคคีของคนในชาติ และยอมรับการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่สำคัญก็คือวิธีการให้เหตุผลและให้ความหมายแก่เรื่องต่างๆ เพื่อยืนยันความจำเป็นที่จะต้องมี “ประชาธิปไตยแบบไทย” นี้ ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของฐานคิดและวิธีการให้เหตุผลเพื่อลดความสำคัญของประชาธิปไตยแบบเลือกตั้งตลอดมา

สำหรับความคิดเรื่องพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนั้น ไม่เคยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับใดๆ และชนชั้นกลางไทยก็มีความต้องการ “นายกฯ พระราชทาน” เฉพาะในเวลาที่เกิดวิกฤตทางการเมือง

55 ประชาธิปไตยแบบไทย และข้อคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ, พระนคร: โชคชัย เทเวศร์, 2508, หน้า 86.

56 แนวคิด “การปกครองแบบไทย” เกิดขึ้นเพื่อสนับสนุนระบอบการปกครองของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ และได้รับการเพิ่มเติมความหมายเพื่อต่อต้านอำนาจของรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร ส่วนแนวคิด “ประชาธิปไตยแบบไทย” มุ่งสร้างความชอบธรรมให้แก่รัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร

ส่วนพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวนั้น ทรงมีความระมัดระวังเป็นอันมากในเรื่องการใช้พระราชอำนาจโดยตรงในบริบทที่ระบบการเมืองไทยมีความซับซ้อนมากขึ้น จะเห็นได้ว่า หลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ.2516 ถึงแม้ว่าเสียงส่วนใหญ่ในสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะลงมติให้ถวายพระราชอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญโดยให้วุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง และประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แต่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงคัดค้าน เนื่องจากประธานองคมนตรีเป็นผู้ที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามพระราชอัธยาศัย การบัญญัติไว้เช่นนั้นย่อมขัดกับหลักการที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง ส่วนประธานองคมนตรีก็จะมีสถานะเสมือนเป็นองค์กรทางการเมืองซึ่งขัดกับมาตรา 17 อย่างชัดเจน⁵⁷ ในเวลาต่อมา พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวพระราชทานพระราชดำริต่อ ม.ร.ว.ทองน้อย ทองใหญ่ มีความตอนหนึ่งว่า “จำไว้ว่า สถาบันจะลงไปเล่นการเมืองอย่างเต็มตัวได้เมื่อเกิดสุญญากาศทางการเมืองจริงๆ...เมื่อได้ก้าวลงไปจัดการทางช่องว่างดังกล่าวหมดไปแล้ว สถาบันพระมหากษัตริย์จะต้องรีบกลับไปอยู่เหนือการเมืองอย่างเดิมโดยเร็วที่สุด เพื่อที่จะได้พร้อมจะได้ลงมาช่วยได้อีก ถ้าหากเกิดสุญญากาศขึ้นมาอีก”⁵⁸

แนวพระราชดำรินี้ สอดคล้องกับหลักการสำคัญที่ชนชั้นกลางไทยยึดถือตลอดมา โดยมีความหวังอยู่เสมอว่าเมื่อใดก็ตามที่เกิดวิกฤตทางการเมือง พระมหากษัตริย์ก็จะทรง “ก้าวลงไปจัดการ” เพื่อนำระเบียบ ความมั่นคง และความสงบสุข และความเจริญก้าวหน้า กลับคืนมาสู่เมืองไทย หลังจากนั้น “ระบอบประชาธิปไตยแบบเลือกตั้ง” ก็จะดำเนินต่อไปอีกวาระหนึ่ง จนกว่าจะเกิดวิกฤตการณ์รอบใหม่ ชนชั้นกลางก็จะขอ “พระบารมีเป็นที่พึ่ง” อีก เมื่อมีความ

57 ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งแรก, กรุงเทพฯ: บริษัท เอสซี พรินต์แอนด์แพค จำกัด, 2537, หน้า 110.

58 อ่างโน นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, พระผู้ทรงปกเกล้าฯ ประชาธิปไตย : ๖๐ ปีสิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, หน้า 165, 183-186.

หวังเช่นนี้ก็หมายความว่าต้องพิทักษ์รักษา “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคงตลอดไป

อนึ่ง ในช่วงเวลาที่ขบวนการนักศึกษาและ “ฝ่ายกษัตริย์นิยม” ต่อสู้กับรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร ความหมายของ “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ได้รับการผลิตซ้ำโดยนักวิชาการหลายคน ทำให้มีพลังสูงยิ่งขึ้น เช่น ใน พ.ศ. 2515 กรมล ท่องธรรมชาติ กล่าววาทีกษัตริย์นิยมหมายถึงลัทธิที่สุดดีว่าการให้พระมหากษัตริย์เป็นศูนย์อำนาจในสังคม เป็นวิธีที่จะช่วยค้ำจุนสังคมให้มีความเรียบร้อย เป็นอุดมการณ์ที่ช่วยรักษาสังคมไทยไว้ไม่ให้ระส่ำระสาย เพราะเป็นลัทธิที่เกิดขึ้นภายในสังคมไทยเอง มิได้ถูกนำมาจากภายนอก และ “มีองค์พระประมุขเป็นสัญลักษณ์ที่มั่นคงเปรียบเสมือนผู้ที่คอยเผยแพร่อุดมการณ์อยู่ตลอดเวลา”⁵⁹ คำอธิบายในสภานิติบัญญัติแห่งชาติของ นิพนธ์ ศศิธร ใน พ.ศ. 2517 ก็เห็นว่า “พระราชอำนาจที่บริสุทธิ์นั้นย่อมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง...ทรงเป็นทั้งหลักชัยหลักใจของคนทั้งชาติ เป็นที่พึ่งสำคัญที่สุด สูงสุด และอันสุดท้ายของคนไทยทั้งชาติ”⁶⁰

ในทศวรรษ 2520 – 2530 เมื่อ “พระราชอำนาจนำ”⁶¹ และอุดมการณ์กษัตริย์นิยมแบบ “พ่อแห่งชาติ” มีอิทธิพลสูงขึ้นมาก⁶² และการ “ฟังพระบารมี”

59 กรมล ท่องธรรมชาติ, “อุดมการกับสังคมไทยในปัจจุบัน,” ใน ฉัตรทิพย์ นาถสุภา (รวบรวม), *อุดมการกับสังคมไทย*, นครหลวง: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2515, หน้า 107-116.

60 สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์การจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ.2475-2550*, (อ้างแล้ว), หน้า 49.

61 โปรตดู ชนิตา ชิตบัณฑิตย์, *โครงการอันเนื่องมาจากพระราชดำริ: การสถาปนาพระราชอำนาจนำในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว*, กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2550.

62 โปรตดู อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์, *ประชาธิปไตย คนไทยไม่เท่ากัน*, กรุงเทพฯ: มติชน, 2557. และสายชล สัตยานุรักษ์, “อุดมการณ์ชาตินิยมกับการเคลื่อนไหวทางการเมืองของชนชั้นกลางไทย” ใน *ประวัติศาสตร์รัฐไทยและสังคมไทย*, เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558, หน้า 255-284.

ในเหตุการณ์ “พฤษภาคม พ.ศ.2535” ก็ทำให้พระมหากษัตริย์ทรงมีความสำคัญอย่างสูงในการแก้ไขวิกฤตทางการเมือง ดังนั้น เมื่อถึงทศวรรษ 2540 ถึงแม้ว่าจะเกิดรัฐธรรมนูญที่เน้นอำนาจอธิปไตยและสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในทางอุดมการณ์นั้นชนชั้นกลางยังคงหวัง “พึ่งพระบารมี” อยู่เสมอ เพราะนอกจากความตกใจอย่างรุนแรงจากวิกฤตเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นแล้ว ชนชั้นกลางยังขาดความไว้วางใจในจริยธรรมของนักการเมือง จะเห็นได้ว่าในเวลานั้นนักการเมืองยังคงอาศัย “ห้วคะแนน” ซึ่งได้แก่ผู้มีอิทธิพล เช่น กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ครู เจ้าที่ดิน และนักเลง มีการสร้างความสัมพันธ์เป็นเครือข่าย มีการใช้เงินในการซื้อห้วคะแนน หรือการข่มขู่ ตลอดจนการสังหารห้วคะแนนและคู่แข่งทางการเมือง⁶³ โดยที่ชนชั้นกลางเองยังคงมีความอ่อนแอทางการเมืองเป็นอย่างมาก เพราะเคยได้รับผลประโยชน์และมีความพึงพอใจในนโยบายการพัฒนาประเทศ แต่ก็ต้องประกอบธุรกิจและดำเนินชีวิตภายใต้อำนาจเผด็จการที่ชนชั้นกลางไม่อาจควบคุมได้ ในขณะที่สื่อมวลชนก็ไร้เสรีภาพซึ่งส่งผลให้ชนชั้นกลางขาดทั้งสิทธิและโอกาสในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารเพื่อกำกับตรวจสอบรัฐบาล ชนชั้นกลางจึงเคยชินกับการแก้ไขปัญหาโดย “พึ่ง” ผู้ทรงอิทธิพลในวงการต่างๆ โดยมีได้ส่งสมประสบการณ์ในการเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือการจัดตั้งสถาบันการเมืองเพื่อสร้างอำนาจต่อรอง แม้แต่ในระบบการเมืองแบบเลือกตั้งที่เกิดขึ้นในระยะหลังชนชั้นกลางก็ไม่สามารถรวมตัวกันเพื่อให้มีคะแนนเสียงที่เป็นกลุ่มก้อน (block votes) ไม่ว่าในฐานะของกลุ่มผลประโยชน์หรือพรรคการเมือง⁶⁴ ขณะเดียวกันชนชั้นกลางยังถูกครอบงำทางความรู้สึกนึกคิดจากความหมายของ “ชาติไทย” และ “ความเป็นไทย” กระแสหลัก การอธิบายปัญหาและ “ทางเลือก” ของชนชั้นกลางจึงเกิดขึ้นภายใต้พลังของวาทิตถิกระแสหลัก

63 โยชิฟูมิ ทามาดา, “อิทธิพล” และ “อำนาจ”: การเมืองไทยด้านที่ไม่เป็นทางการ” ใน อมรา พงศาพิชญ์ ปรีชา คุวินทร์พันธุ์ (บรรณาธิการ), **ระบบอุปถัมภ์**, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, หน้า 329-330.

64 เรื่องเดียวกัน และ นิธิ เอียวศรีวงศ์, “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย” ใน **ชาติไทย เมืองไทย แบบเรียน และอนุสาวรีย์** กรุงเทพฯ: มติชน, 2538, หน้า 125-155.

ซึ่งได้กลายเป็นข้อจำกัดในการแสวงหาวิธีคิดและทางเลือกใหม่ๆ ดังนั้น การ “ฟังพระบารมี” รวมทั้งฟัง “พระราชดำริ” และ “พระราชดำรัส” จึงเป็นทางเลือกที่สำคัญที่สุดของชนชั้นกลางไปโดยปริยาย

การผลิตซ้ำความคิดและความหมายในทศวรรษ 2540 – 2550

ในปลายทศวรรษ 2540 เป็นต้นมา เมื่อเกิดความขัดแย้งทางการเมืองถึงระดับวิกฤต ก็ได้มีสื่อมวลชนและนักวิชาการนำเอามรดกทางความคิดและความหมายจากอดีตมาผลิตซ้ำอย่างเข้มข้น เช่น หนังสือพิมพ์ผู้จัดการ และนักวิชาการหลายคนต่อต้าน “ระบอบทักษิณ” ที่สำคัญได้แก่ ชัยอนันต์ สมุทวณิช ธีรยุทธ บุญมี และสมบัติ อารังธัญวงศ์ ทำให้ความหมายที่ไหลเวียนอยู่ในสังคมมีพลังสูงขึ้นมาก

อาจสรุปความคิดและความหมายสำคัญๆ ที่นักวิชาการเหล่านี้ผลิตซ้ำเพื่อต่อต้าน “ระบอบทักษิณ” และมีส่วนสำคัญในการทำให้ชนชั้นกลางยอมรับกระบวนการตุลาการภิวัตน์ ได้ดังนี้

1. ความคิดและความหมาย “ประชาธิปไตยแบบตะวันตกไม่เหมาะกับสังคมไทย”

การเน้นว่า “ประชาธิปไตยแบบตะวันตกไม่เหมาะกับสังคมไทย” นักวิชาการหลายคนได้กระทำโดยการผลิตซ้ำความคิดและความหมายหลายประการ เช่น “นักการเมืองไทยเลว” ส่วนใหญ่ปราศจากศีลธรรมหรือจริยธรรม ใช้เงินในการซื้อเสียง ทั้งการซื้อเสียงโดยตรงและการซื้อเสียงด้วยนโยบายประชานิยม ส่วน “พรรคการเมืองเลว” เพราะกลายเป็นเครื่องมือของนักการเมืองที่เป็นเจ้าของพรรค ทำให้นักการเมืองดังกล่าวสามารถใช้อำนาจเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวอย่างไร้ขีดจำกัดและจะ “อยู่ยาว” เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ไปนานๆ ในขณะที่เดียวกันยังเน้นว่า “นักการเมืองไร้คุณภาพหรือขาดความรู้ความสามารถ” และ

“ประชาชนส่วนใหญ่ยังไม่พร้อมสำหรับระบอบประชาธิปไตย” นอกจากนี้ยังวิเคราะห์ผลกระทบจากประชาธิปไตยแบบเลือกตั้งที่ส่งผลร้ายต่อ “ชาติไทย” และสังคมไทยไว้หลายประการ เช่น การเกิดระบอบเผด็จการที่ใช้รัฐสภาเป็นเครื่องมือ การเกิดความแตกแยกในสังคม การเกิดวิกฤตศรัทธาต่อระบอบประชาธิปไตย การเกิดปัญหาคอร์รัปชันและปัญหาอื่นๆ เช่น วิกฤตความชอบธรรมของรัฐบาล ฯลฯ การกล่าวถึงปัญหาเหล่านี้ล้วนเป็นการผลิตซ้ำวาทกรรม “ระบอบประชาธิปไตยแบบตะวันตกไม่เหมาะกับสังคมไทย” และกลายเป็นเหตุผลหรือความหมายที่สนับสนุนการเคลื่อนไหวทางการเมืองนอกกรอบรัฐสภา รวมทั้ง “ตุลาการภิวัตน์”⁶⁵

2. ความคิดและความหมายเกี่ยวกับ “ระบอบทักษิณ” ที่เป็นอันตรายต่อ “ชาติไทย” และ “สถาบันพระมหากษัตริย์”

นักวิชาการที่สนับสนุน “ตุลาการภิวัตน์” ได้สร้างความรู้สึก “กลัวระบอบทักษิณ” โดยแสดงให้เห็นว่า “ระบอบทักษิณ” เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อ “ชาติไทย” และพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นที่รักอย่างสูงสุดและทรงเป็น “ที่พึ่งสุดท้าย” ของประชาชน เช่น ชัยอนันต์ สมุทวณิช ระบุว่า “กลุ่มผู้ชุมนุมเรียกร้องให้มี “รัฐไทยใหม่” แคมป์คนนำสติ๊กเกอร์ไปติดด้วยว่า “ทักษิณ-ประธานาธิบดีรัฐไทยใหม่” ทำให้มีการเข้าใจกันว่า “รัฐไทยใหม่” คงจะเป็นสาธารณรัฐ”⁶⁶ ผู้ชุมนุมในนาม นปช. นำ “วิธีการต่อสู้แบบกองโจรในเมืองเข้ามาใช้...และปล่อยข่าวโจมตีสถาบันพระมหากษัตริย์”⁶⁷ และ “พรรคพลังประชาชนคงได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับ

65 สรุปรายงานงานการวิจัยโครงการ “นักวิชาการไทยกับการต่อสู้ช่วงชิงความหมาย “ประชาธิปไตย” ในภาวะวิกฤตทางการเมือง (พ.ศ. 2548 – 2557)” ซึ่งได้รับทุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย และกำลังดำเนินการวิจัยอยู่ในปัจจุบัน.

66 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. รัฐไทยใหม่. (16 พฤษภาคม 2553). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9530000067459>

67 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ยุติความรุนแรง. (10 พฤษภาคม 2552). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9520000051996>

การจัดตั้ง” โดย “บรรดาผู้ที่เคยอยู่ในพรรคคอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทย” ซึ่งมีแนวทางคือ “พยายามลดอิทธิพลของสถาบันทางสังคมที่เก่าแก่ให้คงเหลือแค่เป็นสัญลักษณ์เท่านั้น”⁶⁸

ชัยอนันต์ สมุทวณิช ยังระบุว่า บางส่วนของกลุ่มคนที่ “เผาบ้านเผาเมือง ทำร้ายทหาร” เป็นพม่าและเขมรซึ่งเป็นศัตรูเก่าแก่ของชาติไทย “มีการเขียนภาษาพม่าใจความว่า ‘ลูกหลานบุเรงนองมาล้างแค้นคนไทย’ ไว้ที่อนุสาวรีย์ประชาธิปไตย”⁶⁹ แม้แต่ความคิดเรื่องเขตเศรษฐกิจพิเศษก็วิเคราะห์ว่า “จะกลายเป็นการมีรัฐซ้อนรัฐ เอกภาพของอำนาจอธิปไตยก็จะมี”⁷⁰ ส่วนการขายหุ้นก็จะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ⁷¹ และเนื่องจากความคิดเรื่องเอกภาพของชาติและความสามัคคีของคนในชาติเป็นความคิดสำคัญในอุดมการณ์ชาตินิยม จึงมีการเน้นอยู่เสมอว่า “ระบอบทักษิณ” ทำลายความสมานฉันท์ซึ่งเคยมีอยู่ในสังคมไทยตลอดมา⁷²

68 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ระบอบพรรคเดียวกับผู้นำมวลชน**. (20 เมษายน 2551). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9510000045967>

69 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ต้นทุนของประชาธิปไตย**. (25 เมษายน 2553). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9530000056645>

70 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **อันตรายแปดอย่างของทักษิณ** (24 มีนาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000040162>

71 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ราชประชาสมาสัย**. (19 มีนาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000037259>

72 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **อันตรายแปดอย่างของทักษิณ** (24 มีนาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000040162>

ธีรยุทธ บุญมี กล่าวในทำนองคล้ายกันว่า “บางกลุ่มของธุรกิจการเมืองใช้อำนาจเงินซื้อเสียง ให้ผลประโยชน์เชื่อมโยงนักการเมือง ข้าราชการ และรากหญ้าเข้าด้วยกัน เป็นโครงสร้างอำนาจเบ็ดเสร็จที่คอร์รัปชั่น ใช้อำนาจอย่างไม่มีขีดจำกัด เป็นภัยคุกคามต่อสถานะของสถาบันดั้งเดิมต่างๆ อย่างมาก จนเกิดปฏิกิริยาโต้กลับเป็นแรงเหวี่ยงอย่างรุนแรง จะทำให้ทุกๆ ส่วนของประเทศขัดแย้งราวลึก...จนหลายส่วนสูญเสียสถานะและความศรัทธา ซึ่งอาจเลวร้ายมากขึ้นไปเรื่อยๆ”⁷³ อีกบทความหนึ่งระบุว่ากลุ่มธุรกิจการเมืองใน “ระบอบทักษิณ” พร้อมทั้งจะ “ทำลายผลประโยชน์ชาติ” และ “ขายชาติให้กับประเทศอื่นๆ” โดยที่ “ไม่มีหลักประกันจะไม่มีการขายชาติให้กับประเทศอื่นๆ ที่ให้ผลประโยชน์ตัวเองมากพอ”⁷⁴

สำหรับความคิดเรื่อง “นักการเมืองเลว” ก็ถูกนำกลับมาใช้และผลิตซ้ำอย่างเข้มข้น เพื่อการทำให้คนไทยกลัว “นักการเมืองเลว” ที่อาศัยประชาธิปไตยแบบเลือกตั้งเพื่อครอบครองอำนาจเผด็จการเบ็ดเสร็จ ขนชั้นกลางจึงพร้อมที่จะเข้าร่วมหรือสนับสนุนการเคลื่อนไหวต่างๆ ในการโค่นล้ม “ระบอบทักษิณ” รวมทั้งการสนับสนุน “ตุลาการภิวัตน์” เพื่อล้มล้างระบอบเผด็จการเบ็ดเสร็จที่นำโดยนักการเมืองไร้จริยธรรม จะเห็นได้ว่าตั้งแต่เดือนมีนาคม พ.ศ. 2549 มาแล้วที่ชัยอนันต์ สมุทวณิช เริ่มกล่าวถึงการสร้าง “ระบอบเผด็จการเบ็ดเสร็จ” โดยมีการ “การรวมตัวของอำนาจเงินกับอำนาจทางการเมือง ทำให้...สามารถฉีกกำลังการสนับสนุนของประชาชนได้”⁷⁵ และเน้นด้วยว่าการมีอำนาจเบ็ดเสร็จนี้ช่วยให้

73 ธีรยุทธ บุญมี : บทเสนอแนะ “การฝ่าวิกฤติการเมืองไทย ที่ตระหนักถึงรากเหง้าแท้จริงของปัญหา”. (28 พฤศจิกายน 2551). สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.prachatai.com/journal/2008/11/19132>

74 ธีรยุทธ บุญมี. สูดหายใจของระบอบทักษิณสร้างรากฐานใหม่ให้ประเทศไทย ? 15 มกราคม 2557. เผยแพร่ใน ไทยพับลิก้า. สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://thaipublica.org/wp-content/uploads/2014/01/>

75 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. อันตรายแปดอย่างของทักษิณ (24 มีนาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000040162>

สามารถทำสิ่งผิดให้ถูกกฎหมาย และสามารถใช้อำนาจเพื่อผลประโยชน์อย่างไร้ข้อจำกัด⁷⁶

ชัยอนันต์ สมุทวณิช วิเคราะห์ว่า “เกิดกระบวนการทำให้รัฐกลายเป็นสมบัติส่วนตัว”⁷⁷ และ การสร้างอำนาจเผด็จการนี้ทำได้ก็เพราะ “เมื่อมีพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากเพียงพรรคเดียว ผู้แทนราษฎรก็ไม่มีความหวั่นเกรงมากไปกว่าการผ่านร่างกฎหมาย”⁷⁸ การกำจัด “ระบอบทักษิณ” จึงเป็นเรื่องยาก จำเป็นต้องเร่งดำเนินการเพราะนอกจากจะ “ครอบงำอำนาจอธิปไตยได้” ไว้แล้วยัง “หาทางไปครอบงำฝ่ายตุลาการ...โดยเฉพาะเมื่อ...ได้บทเรียนแล้วว่าฝ่ายตุลาการเริ่มมีบทบาทในทางการเมือง หากทักษิณอยู่ต่อก็จะต้องจัดการกับฝ่ายตุลาการอย่างแน่นอน”⁷⁹ ความวิตกกังวลในเรื่องนี้ยังผลักดันให้ชนชั้นกลางต้องการ “ตุลาการภิวัตน์” มากยิ่งขึ้น

ธีรยุทธ บุญมี ก็ทำให้ชนชั้นกลางเกิดความกลัวว่ากลุ่มทุนใหญ่จะครองอำนาจเบ็ดเสร็จยาวนานและใช้อำนาจในการคอร์รัปชันเช่นเดียวกัน ดังความว่า “กลุ่มทุนดังกล่าวได้ผันอำนาจเงินเข้าสู่การเมือง กลายเป็นทุนสามัญที่หวังครองอำนาจเบ็ดเสร็จยาวนาน...คอร์รัปชันในประเทศสูงสุดเป็นประวัติการณ์ ทำให้คน

76 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. การเมืองต้องช่วยแก้ปัญหาสังคม. (14 มกราคม 2550). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=950000004736>

77 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ทำให้รัฐเป็นกลาง. (31 ตุลาคม 2553). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9530000153351>

78 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ปฏิรูปการเมืองอีกครั้ง. (17 กันยายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000117300>

79 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. จะเกิดอะไรขึ้นในเดือนกรกฎาคม. (4 มิถุนายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000073233>

จำนวนมากหมดความอดทนอดกลั้น ทุนการเมืองสามัญ...ฉกฉวยประโยชน์จากนโยบาย โครงการ และทรัพยากรทุกด้านของรัฐอย่างขนานใหญ่ และไร้ความละอาย”⁸⁰ ส่วนสมบัติ อารังธัญวงศ์ กล่าวว่า “เมื่อเป็นเผด็จการจากการเลือกตั้งหมายความว่าหัวหน้าพรรคใหญ่จะครอบงำสภาทั้งหมด”⁸¹ และ “ฝ่ายนิติบัญญัติจึงทำหน้าที่เสมือนฝ่ายธุรการของรัฐบาลเท่านั้น...รัฐบาลสามารถควบคุมเสียงข้างมากในสภาได้อย่างท่วมท้น การถ่วงดุลในการบัญญัติกฎหมายโดยฝ่ายค้านก็จะมีผลประการใด” “หัวหน้าพรรคใหญ่” นี้ “สามารถคุมอำนาจได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ทั้งในพรรคไทยรักไทยและข้าราชการประจำทั้งพลเรือน ตำรวจ และทหาร... เพราะทุกคนยอมสยบต่อผู้นำรัฐบาลหมด”⁸²

จะเห็นได้ว่านักวิชาการที่ต่อต้าน “ระบอบทักษิณ” และสนับสนุน “ตุลาการภิวัตน์” ต่างก็วิเคราะห์ผลกระทบจาก “ระบอบทักษิณ” ภายใต้อิทธิพลของ “ชาติไทย” และ “ความเป็นไทย” ทำให้คำอธิบายต่างๆ สร้างความรู้สึกร่วมได้มากและมีพลังสูงในการผลักดันการเคลื่อนไหวทางการเมือง รวมทั้งการทำลายความชอบธรรมของรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง และทำให้ “ประชาธิปไตยแบบเลือกตั้ง” กลายเป็นปัญหาสำคัญของประเทศ

นักวิชาการที่สนับสนุน “ตุลาการภิวัตน์” ยังเน้นด้วยว่ากลไกและวิถีทางในระบอบประชาธิปไตยตามปกติไม่อาจจัด “ระบอบทักษิณ” ได้ “ไม่มีทางเลือกอื่นที่เป็นไปตามหลักการในระบอบประชาธิปไตยเหลืออยู่เลย” ดังที่ สมบัติ อารัง

80 อีรยุทธ บุญมี. **ทบทวนทิศทางการประเทศไทย**. ปาฐกถาพิเศษวาระ 35 ปี 14 ตุลา วันสืบสานประชาธิปไตย วันที่ 26 กรกฎาคม 2551 ณ อาคาร กีฬาวาสัน ศูนย์เยาวชนกรุงเทพมหานคร (ไทย-ญี่ปุ่น). สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.14tula.com/activity/p-2551-teerayut.pdf>

81 ขาวสด. **สมบัติ อารังธัญวงศ์ ยันเจตนาแก้วงจรอุบาทว์การเมือง**. (2 มีนาคม พ.ศ. 2554). สืบค้นเมื่อ 13 กุมภาพันธ์ 2558, จาก http://www.khaosod.co.th/view_news.php?newsid=TUROd2lyd3dNVEF5TURNMU5BPT0%3D

82 สมบัติ อารังธัญวงศ์, **การเมืองการปกครองไทย: ยุคเผด็จการ-ยุคปฏิรูป**, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ : เสมาธรรม, 2554, หน้า 893.

ธัญวงศ์ กล่าวถึงปัญหาการซื้อสิทธิ์ขายเสียงในการเลือกตั้งทำให้นักการเมืองมีอำนาจเบ็ดเสร็จและใช้อำนาจเพื่อ “ถอนทุน” โดยที่ “ระบบการตรวจสอบอ่อนแอ” การแก้ปัญหาด้วยกลไกในระบอบรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปได้⁸³ จำเป็นต้องพึ่ง “มาตรา 7 ตามรัฐธรรมนูญ” หรือพึ่ง “ตุลาการภิวัตน์” เพื่อให้การเมืองไทยหลุดออกจาก “ทางตัน” นักวิชาการที่ต่อต้าน “ระบอบทักษิณ” ซึ่งเน้นปัญหา “การเมืองไทยถึงทางตัน” ไขว่คว้าที่สุด ก็คือ ชัยอนันต์ สมุทวณิช เช่น “การเมืองยังอยู่ในทางตัน ...ปัญหาใหญ่ที่สุด...คือ...การไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ไม่ศรัทธาในรัฐสภา ไม่เชื่อถือคณะกรรมการการเลือกตั้ง...ไม่น่าแปลกใจที่ผู้ประท้วงหวังพึ่งพระบารมี และเวลานี้ก็เห็นศาลเป็นที่พึ่ง”⁸⁴ ก่อนรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 เพียง 9 วัน ชัยอนันต์ สมุทวณิช กล่าวว่า “ในการควบคุมตรวจสอบนักการเมืองนั้น เรายังมีศาลยุติธรรมเป็นปราการสุดท้ายอยู่”⁸⁵ สอดคล้องกับที่ได้เคยกล่าวไว้ในเดือนมิถุนายนในปีเดียวกันว่า “การที่สถาบันศาลต้องเข้ามาจัดการปัญหาทางการเมือง เพราะเป็นสถาบันหนึ่งในสามอำนาจอริปไตย แสดงว่าการเมืองไทยพบทางตันจริงๆ”⁸⁶ นอกจากนี้ยังกล่าวว่าการเลือกตั้งใหม่ซึ่งเป็นกลไกตามปกติในระบอบประชาธิปไตยก็ไม่ใช่ทางออกของปัญหา เพราะ “ยังไม่มี ความมั่นใจ

83 สมบัติ อารังธัญวงศ์. Prof. Sombat Thamrongthanyawong, Ph.D (6 พฤษภาคม 2557). สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <https://www.facebook.com/Prof.SombatThamrongthanyawong/posts/755740181133642>

84 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. บทบาทของสื่อในการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง. (28 พฤษภาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000069878>

85 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ช่วยกันป้องกันไม่ให้คนชั่วและบ้ามีอำนาจ. (10 กันยายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000114555>

86 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. จะเกิดอะไรขึ้นในเดือนกรกฎาคม. (4 มิถุนายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000073233>

ว่าการเลือกตั้งครั้งใหม่จะบริสุทธิ์ยุติธรรม”⁸⁷

ชัยอนันต์ สมุทวณิช เน้นปัญหาเรื่อง “หมดหนทางตรวจสอบ” เป็นอย่างมาก เช่น “เพราะรัฐบาลคุมทั้งสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา... ประชาชนเองก็ยังไม่มั่นใจในกระบวนการกำกับดูแลการเลือกตั้งว่ามีความบริสุทธิ์ยุติธรรม”⁸⁸ การอาศัย “ที่พึ่งสุดท้าย” จึงจำเป็น ซึ่งในบางบทความ “ที่พึ่งสุดท้าย” ก็เป็นศาลหรือตุลาการ และบางบทความก็เป็นสถาบันพระมหากษัตริย์⁸⁹ ดังนั้น “ตุลาการภิวัตน์” อันเกิดจากตุลาการรับเอาพระราชดำริสมา “ใส่เกล้าใส่กระหม่อม” จึงเป็นความหวังสำคัญของชนชั้นกลาง ดังที่ชัยอนันต์ สมุทวณิชกล่าวในเชิงสรุปว่า “เมื่อการกวาดล้างนักการเมืองเหล่านี้ มีอาจอาศัยกลไกและกระบวนการทางนิติบัญญัติได้ เราจึงเห็นบทบาทของฝ่ายตุลาการที่เพิ่มมากขึ้น”⁹⁰

87 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. บทบาทของสื่อในการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง. (28 พฤษภาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000069878>

88 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. การเมืองไทยหลังทักษิณ (ออกไปแล้ว). (23 กรกฎาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000094208>

89 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. จะเกิดอะไรขึ้นในเดือนกรกฎาคม. (4 มิถุนายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000073233>

90 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ความชอบธรรมที่มีเงื่อนไข. (20 กรกฎาคม 2551). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9510000085133>

3. ความคิดและความหมาย “สังคมและวัฒนธรรมไทยมีลักษณะเฉพาะ จึงควรปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และ ‘ตุลาการภิวัตน์’ ที่เกิดจากพระราชดำรัสฯ เป็นทางเลือกสำคัญในการแก้ไขวิกฤตทางการเมืองหรือการหลุดพ้นจากสภาวะการเมืองถึงทางตัน”

จะเห็นได้ว่าความหมายของ “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ได้รับการผลิตซ้ำอย่างเข้มข้นอีกระลอกหนึ่งใน พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา เช่น อมร จันทรสมบูรณ์ กล่าวว่า ปัญหาสำคัญในสังคมการเมืองไทยคือการคอร์รัปชัน ต้องแก้รัฐธรรมนูญโดยให้พระมหากษัตริย์ทรงมีบทบาทสำคัญ เพราะทรงเป็นพลังบริสุทธิ์ที่อยู่เหนือการเมือง ทรงทำทุกสิ่งทุกอย่างด้วยความหวังดีต่อพสกนิกรและชาติบ้านเมือง และการปกครองที่ดีจะเกิดขึ้นได้ด้วยความรู้ความสามารถของ “คนดี” ภายใต้คำแนะนำของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะในเวลาที่เป็น “ชาติไทย” ประสบภาวะวิกฤติ จะต้องพึ่งพระบารมีของพระมหากษัตริย์เพื่อให้เกิดการปกครองที่ดี⁹¹ ชัยอนันต์ สมุทวณิช ก็เขียนบทความว่า “การเมืองไทยเรามีความเป็นพิเศษไม่เหมือนใคร...คือ...ภาวะผู้นำทางสังคมที่มีบารมีสูง เป็นผู้นำมวลชนได้แก่องค์พระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นปัจจัยก่อให้เกิดเสถียรภาพ เอกภาพ และความต่อเนื่อง...เวลามีปัญหาหนักๆ เราก็กึ่งพึ่งพระบารมีได้”⁹²

การถวายฎีกาเป็นวิธีการที่ชัยอนันต์ สมุทวณิช เลือกใช้หลายครั้ง เช่น วันที่ 6 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 เสนอว่า “การปฏิรูปการเมืองไม่อาจเกิดขึ้นได้ในสภาพการณ์เช่นนี้...มีวิธีเดียวคือ...ต้องถวายฎีกาอีกครั้งหนึ่งขอให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้

91 อมร จันทรสมบูรณ์, การอภิปรายเรื่อง “พระราชอำนาจกับการปฏิรูปการเมือง” ครั้งที่ 2 ณ หอประชุมใหญ่ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 22 พฤศจิกายน 2548. ใน มติชนรายวัน 24 พฤศจิกายน 2548. หน้า 2.

92 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **เปิดการเมืองให้กว้าง**. (6 พฤศจิกายน 2548). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9480000153435>

พระราชอำนาจตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ...ยังไม่ให้มีการเลือกตั้งจนกว่าจะมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเสร็จ”⁹³ ต่อมาในวันที่ 4 มิถุนายน พ.ศ. 2549 ชัยอนันต์ สมุทวณิช ระบุว่า “เรามีสถาบันพระมหากษัตริย์ และเป็นสถาบันที่มีความสัมพันธ์สนธิแนบแน่นกับประชาชน... การที่ฝ่ายตุลาการรับสนองพระราชกระแสมาดำเนินการแก้ไขปัญหาทางการเมืองเวลานี้ จึงเป็นการดีที่สถาบันพระมหากษัตริย์ไม่ต้องมาเกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางการเมือง”⁹⁴ และแสดงความคิดเห็นสนับสนุนกระบวนการตุลาการวิวัฒน์อย่างต่อเนื่องโดยเน้นด้วยว่าตุลาการเป็น “อำนาจที่ที่มีความเป็นอิสระ”⁹⁵

ธีรยุทธ บุญมี ได้แสดงความคิดเห็นและเสนอความรู้เพื่อสนับสนุนตุลาการวิวัฒน์หลายครั้ง และมักจะอ้างอิงพระราชดำรัสอยู่เสมอ เช่น “ทรงแนะนำให้ศาลใช้เกียรติภูมิที่สูงมาแก้วิกฤติ และใช้อำนาจหน้าที่ที่มี “กว้างขวางมาก” ของศาลมาแก้วิกฤติประเทศ (ควรถือเป็นพระราชปรีชาญาณสำคัญที่สุด...ทรงแนะนำให้ใช้มิติสังคม วัฒนธรรม คือทุนสังคม ทุนคุณธรรมของคณะผู้พิพากษา ซึ่งมีอยู่สูงที่สุดในสังคมมาคลี่คลายปัญหา)”⁹⁶

คำอธิบายของนักวิชาการที่สนับสนุนตุลาการวิวัฒน์ เพื่อต่อสู้กับ “ระบอบทักษิณ” ซึ่งสร้างคำอธิบายและเสนอทางออกภายใต้วัฒนธรรมทางความคิดและ

93 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. การงดใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา. (26 กุมภาพันธ์ 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000026368>

94 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. จะเกิดอะไรขึ้นในเดือนกรกฎาคม. (4 มิถุนายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000073233> .

95 ชัยอนันต์ สมุทวณิช. อำนาจที่สี่. (22 กรกฎาคม 2555). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000089909>

96 ธีรยุทธ บุญมี 'อึดทักษิณ' นำการเมืองแบบบ้าอำนาจ. (2 สิงหาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 13 กุมภาพันธ์ 2558, จาก http://www.parliament.go.th/news/news_detail.php?prid=22739

ความหมายที่มีอิทธิพลอยู่ในสังคมมาเนิ่นนาน จึงมีส่วนอย่างสำคัญในการทำให้กระบวนการตุลาการภิวัตน์บังเกิดขึ้นใน พ.ศ. 2549 อย่างไรก็ตาม งานเขียนสำคัญที่สุดใน พ.ศ.2548 ที่ปูทางอันมั่นคงให้แก่การเกิดขึ้นของ “ตุลาการภิวัตน์” ก็คือ พระราชอำนาจ ของ ประมวล รุจนเสรี เพราะได้รับการเผยแพร่อย่างกว้างขวาง โดยในปีแรกตีพิมพ์ถึง 9 ครั้ง และได้รับการเผยแพร่ในเว็บไซต์ต่างๆ ด้วยหนังสือเล่มนี้ได้รวบรวมสาระสำคัญของวัฒนธรรมทางการเมืองใน “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ไว้อย่างละเอียด กล่าวถึงรากฐานของ “พระราชอำนาจ” ที่เห็นได้ชัดว่าต้องการเตรียมความรู้สึกร่วมกันของคนทั้งหลายเพื่อรองรับการเกิดขึ้นของ “ตุลาการภิวัตน์” เช่น การนำเอาความคิดสำคัญๆ ที่เป็นมรดกจากอดีตมาผลิตซ้ำเพื่อเน้นการ “ฟังพระบารมี” ในการแก้ไขวิกฤตทางการเมือง พร้อมกับเน้นบทบาทหน้าที่ของตุลาการเป็นอย่างมาก หน้า “อาเศียรวาท” ระบุว่า “คนไทยในปัจจุบันอยู่ในสภาวะที่เครียดจัด....คนไทยส่วนใหญ่ทราบดีว่า ยามที่เกิดวิกฤติการณ์ใดๆ ขึ้นในบ้านเมืองเกินกว่ากำลังความสามารถที่จะใช้กลไกตามปกติของทางราชการและกฎหมายเยียวยาได้ พระมหากษัตริย์ของคนไทยจะทรงแก้ไขวิกฤติการณ์เหล่านั้นได้เสมอ”⁹⁷ และยังกล่าวถึงเรื่องที่ ปีย์ มาลากุล ณ อยุธยา อัญเชิญกระแสพระราชดำริสมาแจ้งแก่ประมวล รุจนเสรี ว่า “...เราอ่านแล้ว เราชอบมาก เขียนได้ดี เขียนได้ถูกต้อง”⁹⁸

ใน “คำนำ” ประมวล รุจนเสรี เขียนชี้แจงโดยนัยยะว่า หนังสือเรื่องนี้เกิดขึ้นเพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปตามวัฒนธรรม ความเชื่อ ค่านิยมของคนไทยและนิติราชประเพณี⁹⁹ ทั้งกรอบความคิดและเนื้อหาล้วนเป็นไปตามวิธีคิดที่ปัญญาชนกระแสหลักได้สถาปนาเอาไว้ เช่น “การใช้พระราชอำนาจทั้งปวงมีธรรมศาสตร์

97 ประมวล รุจนเสรี, พระราชอำนาจ , พิมพ์ครั้งที่ 5 , กรุงเทพฯ: ไม่ปรากฏที่พิมพ์, 2548, หน้า “อาเศียรวาท”.

98 เรื่องเดียวกัน.

99 เรื่องเดียวกัน, หน้า คำนำ.

เป็นอาวุธ คือการใช้ธรรมเป็นเครื่องมือ...เป็นเครื่องกำกับการใช้อำนาจในการปกครอง ปกป้องรักษาคุ่มครองไพร่ฟ้าประชาชน ดัง “บิดาปกครองบุตร” ดัง สมมติเทพและธรรมราชา ดัง อเนกชนนิกรสโมสรสมมติ”¹⁰⁰ และ “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่มาของความยุติธรรม...เป็นสายสัมพันธ์ของราษฎรที่ยึดเหนี่ยวพระมหากษัตริย์ไว้เป็นที่พึ่งสุดท้ายในการแสวงหาความยุติธรรม”¹⁰¹ อีกทั้งยังระบุด้วยว่า “การถวายฎีการ้องทุกข์โดยตรงต่อพระมหากษัตริย์เป็นวัฒนธรรมและความเชื่อของคนไทยที่มีมาแต่สมัยสุโขทัย”¹⁰² ฯลฯ

พระมวล รุจนเสรี พรรณนาโดยละเอียดถึงบทบาทของพระมหากษัตริย์ในการระงับความขัดแย้งทางการเมือง เพื่อสรุปว่า “เหตุการณ์ประวัติศาสตร์ที่คนไทยปะทะกันเองถึงขั้นต้องสูญเสียเลือดเนื้อทั้ง 2 ครั้งสงบลงได้เพราะพระบรมเดชานุภาพแห่งพระมหากษัตริย์ที่ได้สั่งสมความเชื่อมั่น ความเป็นประมุขที่แท้จริงตามนิติราชประเพณี เมื่อมีเหตุการณ์เช่นนี้ กำลังจะเกิดหรือมีเค้าลางว่าจะเกิดก็ทำให้คนไทยทุกคนยังคงคาดหวังว่าพระมหากษัตริย์จะทรงปกป้องคุ้มกันมิให้เกิดกับประชาชนและประเทศชาติได้”¹⁰³ และได้เน้นด้วยว่า “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามนิติราชประเพณีที่มีมาแต่โบราณนี้...ทำให้พระราชอำนาจที่จะทรงให้คำปรึกษาแนะนำก็ดี จะทรงตักเตือนรัฐบาล รัฐสภา ศาล องค์กรอิสระ และประชาชนก็ดี...ควรที่คนไทยทุกคน ทุกหมู่เหล่า รัฐบาล รัฐสภา ศาล องค์กรอิสระ...จะต้องปรับปรุงท่าที วิธีการบริหารจัดการในการรับสนองพระบรมราชโองการต่างๆ พระราชดำริ และพระบรมราโชวาทเพื่อประโยชน์สุขของประเทศชาติและประชาชนต่อไป”¹⁰⁴

100 เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

101 เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

102 เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.

103 เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

104 เรื่องเดียวกัน, หน้า 113-114.

ในเรื่องบทบาทของตุลาการนั้น ประมวล รุจนเสรี เน้นให้ปฏิบัติตาม “สัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์” กล่าวคือ

“ศาลทุกศาลตั้งแต่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง... จำเป็นจะต้องคำนึงถึงคำสัตย์ปฏิญาณและพระปรมากิไธยกของ พระเจ้าอยู่หัวฯ มิใช่วินิจฉัยพิพากษาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เท่านั้น... ในฐานะทรงเป็นประมุขของชาติผู้พระราชทานอำนาจ ตุลาการมาให้ท่านทั้งหลายเป็นผู้ใช้อำนาจแทนพระองค์ และในฐานะธรรมิกราชาผู้มีจริยาวัตร...และพระราชดำริอันงดงามเพื่อ ประเทศชาติประชาชนของพระองค์...เป็นสิ่งที่ตุลาการทุกคนจะต้อง หันมายึดไว้เป็นหลักในการวินิจฉัยพิพากษาคดี”¹⁰⁵

ในท่ามกลางวัฒนธรรมทางความคิดและความหมายต่างๆ ดังกล่าวมานี้ ในที่สุด “ตุลาการภิวัตน์” ก็เกิดขึ้น โดยที่ชนชั้นกลางย่อมเห็นว่า “ตุลาการภิวัตน์” มีความชอบธรรม และเป็น “ที่พึง” ที่ดีในการแก้ไขวิกฤตทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกระแสการเรียกร้องให้สถาบันพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ “เหนือการเมือง” มีอิทธิพลสูงขึ้นและการวิพากษ์วิจารณ์สถาบันพระมหากษัตริย์ กว้างขวางขึ้น

การปะทะกันระหว่างวัฒนธรรมทางความคิดและความหมายที่แตกต่างกัน

หลังจากเกิดกระบวนการ “ตุลาการภิวัตน์” สถาบันพระปกเกล้าได้สำรวจทัศนคติของประชาชน ปรากฏว่าความเชื่อถือต่อตุลาการลดน้อยลงมาก ใน พ.ศ.2549 เป็นต้นมา และการสำรวจใน พ.ศ.2552 แม้จะพบว่า “ประชาชน มีความเชื่อมั่นต่อสถาบันตุลาการเพิ่มขึ้นเล็กน้อย หลังจากได้รับความเชื่อมั่นต่ำที่สุดมาแล้วเมื่อปี พ.ศ.2551 แต่...ความเชื่อมั่นยังอยู่ในระดับค่อนข้างน้อยมาก

105 เรื่องเดียวกัน, หน้า 149-150.

เมื่อเทียบกับความเชื่อมั่น...ในระหว่างปี พ.ศ. 2546 – 2547”¹⁰⁶ ผลการสำรวจนี้สะท้อนให้เห็นว่ามีคนจำนวนมากไม่ยอมรับ “ตุลาการภิวัตน์” โดยที่ “แนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ” เคยสร้างความหมายว่า “ตุลาการภิวัตน์” เป็นเรื่อง “สองมาตรฐาน” ที่เกิดขึ้นเพื่อปกป้องและรักษาอำนาจของฝ่าย “อำมาตย์” ซึ่งพยายามทุกวิถีทางในการขัดขวางและปฏิเสธหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ซึ่งชนชั้นกลางระดับล่างรับรู้และเชื่อถือทัศนะดังกล่าวนี้ เนื่องจากได้เกิดวัฒนธรรมทางความคิดใหม่ในหมู่ชนชั้นกลางระดับล่างเหล่านี้

ตราบจนถึงปัจจุบัน วัฒนธรรมความคิดทางการเมืองของชนชั้นกลางไทยยังคงผูกอยู่กับความหมายของ “ชาติไทย” และ “ความเป็นไทย” กระแสหลักหรือ “วัฒนธรรมแห่งชาติ”¹⁰⁷ การต่อต้าน “ระบอบทักษิณ” ทำให้เกิดการผลิตซ้ำความคิดเดิมอย่างเข้มข้น ส่งผลให้กลายเป็นวัฒนธรรมทางความคิดที่มีพลังแข็งแกร่งและมีลักษณะสุดโต่งมากขึ้น นอกจากนี้วัฒนธรรมทางความรู้ยังทำให้ชนชั้นกลางเคยชินกับการอธิบายปัญหาต่างๆ ในกรอบวิธีคิด “ความเป็นไทย” หรืออธิบายปัญหาในเชิงศีลธรรม ขาดการติดตามความรู้ใหม่ๆ ที่จะช่วยให้เข้าใจความหลากหลายและซับซ้อนของสังคมไทย รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงในการประกอบอาชีพและความรู้สึกนึกคิดของ “ชาวบ้าน” ในชนบท ชนชั้นกลางจึงคล้อยตามคำอธิบายและความหมายต่างๆ ที่สร้างโดยนักวิชาการที่ต่อต้าน “ระบอบทักษิณ” โดยขาดทัศนะวิพากษ์ (ไม่ต่างจากชนชั้นกลางระดับล่างที่คล้อยตามคำอธิบายและการสร้างความหมายของแกนนำ นปช. โดยขาดทัศนะวิพากษ์เช่นกัน) อีกทั้งชนชั้นกลางไม่เข้าใจวิธีคิดและวัฒนธรรมทางกฎหมายของตุลาการไทยอย่างเพียงพอ จึงมิได้ตั้งคำถามต่อการใช้อำนาจทางการเมืองของตุลาการ

106 ปัทมา สุภกำปิง, “สถาบันตุลาการไทย” สืบค้นเมื่อ 2 มีนาคม พ.ศ. 2559 จาก <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=สถาบันตุลาการไทย>

107 โปรตุ ดู สายชล สัตยานุรักษ์, 10 ปัญญาชนสยาม เล่ม 1 และเล่ม 2 , กรุงเทพฯ: โอเพ่นบุคส์, 2558.

และผลกระทบทางการเมืองที่จะตามมา ทำให้สนับสนุน “ตุลาการภิวัตน์” อย่างเต็มที่

สรุป

กระบวนการ “ตุลาการภิวัตน์” เกิดขึ้นได้เนื่องจากวัฒนธรรมทางความคิดเกี่ยวกับการเมืองการปกครองของไทยที่สั่งสมมายาวนาน การที่ชนชั้นกลางขาดกลไกในการต่อสู้และต่อรองกับผู้นำทางทหารหรือนักการเมืองที่ผูกขาดอำนาจรัฐ ทำให้ต้องการ “คนดี” เป็นผู้ปกครอง และหวังที่จะอาศัย “คุณธรรม” ในการกำกับการใช้อำนาจของผู้นำแบบเผด็จการ ภายใต้อิทธิพลของความคิดเรื่อง “ผู้ปกครองเป็นคนดี” นี้ เมื่อใดก็ตามที่ผู้นำทำผิดคุณธรรมก็จะสูญเสียความชอบธรรม และชนชั้นกลางก็จะเคลื่อนไหวเพื่อกดดันให้ผู้นำพ้นจากอำนาจหรือตำแหน่งทางการเมือง ทั้งนี้ โดยอาศัยพลังทางความคิดจากการสร้างความหมาย “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ที่มีรากฐานอยู่บนอุดมการณ์ “ราชประชาสมาสัย” และอุดมการณ์ “กษัตริย์นิยมแบบพ่อแห่งชาติ”¹⁰⁸ ซึ่งผู้นำประเทศจะต้องมีคุณธรรมสำคัญคือความจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์และรับเอาคำแนะนำของพระองค์มา “ใส่เกล้าใส่กระหม่อม” โดยที่ประชาชนสามารถ “ฟังพระบารมี” ในการแก้ไขปัญหาวิกฤตทางการเมืองได้เสมอ

ในปลายทศวรรษ 2540 ระบบการเมืองไทยมีความซับซ้อนมากขึ้น ทำให้หลายฝ่ายมีความห่วงใยต่อการที่สถาบันพระมหากษัตริย์ถูกดึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับ ความขัดแย้งทางการเมืองโดยตรง การอาศัยบทบาททางการเมืองของตุลาการที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธย จึงเป็นทางเลือกที่

108 โปรตดู โปรตดู สายชล สัตยานุรักษ์, “อุดมการณ์ชาตินิยมกับการเคลื่อนไหวทางการเมืองของชนชั้นกลางไทย” ใน ประวัติศาสตร์รัฐไทยและสังคมไทย. เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558.

ชนชั้นกลางพึงพอใจ ซึ่งการที่ตุลาการจะมีบทบาททางการเมืองอย่างชอบธรรมยังจำเป็นต้อง “ฟังพระบารมี” ตามประเพณีการปกครองใน “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” อยู่เสมอ แต่ในปัจจุบันสถานการณ์ต่างๆ ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมากแล้ว การปรับเปลี่ยนวัฒนธรรมทางความคิดและความหมายจึงเป็นทั้ง “ทางเลือก” และ “ทางรอด” ของสังคมไทยที่ชนชั้นกลางไม่อาจปฏิเสธได้อีกต่อไป

บรรณานุกรม

- กฤษณ์พชร โสมณวัตร. (2557). “อำนาจแห่ง ‘อัตลักษณ์’ ตุลาการ”.
นิติสังคมศาสตร์ 7, 1 (มกราคม-มิถุนายน).
- กระมล ทองธรรมชาติ. (2515). “อุดมการกับสังคมไทยในปัจจุบัน,” ใน
ฉัตรทิพย์ นาถสุภา (รวบรวม), อุดมการกับสังคมไทย, นครหลวง: สมาคม
สังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย.
- กิตติศักดิ์ สุจิตตารมย์. (2557). “ทัศนะของสื่อหนังสือพิมพ์และปัญญาชน
สาธารณะที่มีต่อสถานะและบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์ ระหว่าง
พ.ศ.2535-2540”. วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา
ประวัติศาสตร์ คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- กุหลาบ สายประดิษฐ์. เสถียรภาพทางการเมือง”ใน สุชาติ สวัสดิ์ศรี (บรรณาธิการ).
(2548). **มนุษย์ไม่ได้กินเกลบ**. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการอำนวยการจัดงาน
100 ปี ศรีบูรพา.
- เกษียร เตชะพีระ. (2551). “รัฐประหาร 19 กันยายน พ.ศ.2549 กับการเมืองไทย”.
รัฐศาสตร์สาร 29,3 (กันยายน-ธันวาคม): หน้า 1-83.
- _____. (2554). ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”.
ฟ้าเดียวกัน 9, 1 (มกราคม-มีนาคม): หน้า 97.
- ชนิดา ชิตบัณฑิตย์. (2550). โครงการอันเนื่องมาจากพระราชดำริ: การสถาปนา
พระราชอำนาจนำในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว. กรุงเทพฯ: มูลนิธิ
โครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ. (2549). “กำเนิดการเมืองและความยุติธรรม” ใน
ไพร่กระฎุมพีแห่งกรุงรัตนโกสินทร์. กรุงเทพฯ: มติชน.

- ธงทอง จันทรางศุ. (2537). **พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ: บริษัท เอสซี พรินต์แอนด์แพค จำกัด.
- ธนาพล อิวสกุล. (2549) “เสาหลักทางจริยธรรมข้อเปรม” **ฟ้าเดียวกัน** 4, 1 (มกราคม-มีนาคม 2549).
- นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. (2546). “วาทกรรมการเมืองว่าด้วยประชาธิปไตยของไทย” ใน **ความคิด ความรู้ และอำนาจการเมืองในการปฏิวัติสยาม 2475**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ฟ้าเดียวกัน.
- _____. (2549). **พระผู้ทรงปกเกล้าฯ ประชาธิปไตย : ๖๐ ปีสิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- นิติ เอียวศรีวงศ์. (2535). “มโนธรรมของชนชั้นนำทางอำนาจ” **ผู้จัดการรายวัน** (27 พฤศจิกายน): หน้า 9.
- _____. (2538). “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย” ใน **ชาติไทย เมืองไทย แบบเรียน และอนุสาวรีย์** . กรุงเทพฯ: มติชน.
- _____. (2551). ปาฐกถาพิเศษ เรื่อง “วัฒนธรรมการเมืองไทย” ในการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้าครั้งที่ 9 ประจำปี 2550 หัวข้อ “วัฒนธรรมการเมือง จริยธรรม และการปกครอง” ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2550 ใน . **ศิลปวัฒนธรรม** 29 , 3 มกราคม . หน้า 81-100
- _____. (2554). “วัฒนธรรมทางการเมืองไทย” **วารสารสถาบันวัฒนธรรมและศิลปมหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ** 12, 2 (24)มกราคม - มิถุนายน): หน้า 59.
- _____. (2555). “ศาลเจ้า” ใน **พิพากษ์ศาล** , กรุงเทพฯ: มติชน. **ประชาธิปไตยแบบไทยและข้อคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ**. (2508). พระนคร: โชคชัย เทเวศร์.

ประมวล รุจนเสรี. (2548). **พระราชอำนาจ**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ.

ประมวลสุนทรพจน์ของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ พ.ศ. 2502-2504. (2507).
พระนคร: สำนักนายกรัฐมนตรี.

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว. (2516). พระบรมราชาธิบายว่าด้วย
ความสามัคคี” ใน **ประวัติศาสตร์และการเมือง**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

แพทย์ พิจิตร (นามแฝง). (2559). “รัฐบาลทักษิณเข้าข่ายระบอบอำนาจนิยม
หรือไม่?” ใน **มติชนสุดสัปดาห์** 36, 1857 (18-24 มีนาคม): หน้า 55.

โยชิฟูมิ ทามาดา. “อิทธิพล” และ “อำนาจ”: การเมืองไทยด้านที่ไม่เป็นทางการ”
ใน **อมรา พงศาพิชญ์และปรีชา คุวินทร์พันธุ์ (บรรณาธิการ).** (2543).
ระบบอุปถัมภ์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 **ราชกิจจานุเบกษา**.
เล่ม 66 วันที่ 23 มีนาคม พ.ศ.2492.

สละ ลิขิตกุล. (2546). **ในหลวงกับคึกฤทธิ์**. กรุงเทพฯ: สรรพศาสตร์.

สมบัติ จันทรวงศ์. (2533). **ภาษาทางการเมือง**. กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2558). **ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์
ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญของไทยตั้งแต่ พ.ศ.2475-2550**. เชียงใหม่:
คีแอนด์ พรินต์ติ้ง.

สายชล สัตยานุรักษ์. (2545). “มติมหาชน: ฐานทางความคิดของระบอบ
ประชาธิปไตยไทย ยุคเชื้อผู้นำชาติพันธุ์” ใน **สิริลักษณ์ สัมปชชิต,**
ศิริพร ยอดกมลศาสตร์ (บรรณาธิการ). **คือความภูมิใจ รวมบทความเพื่อ
เป็นที่ระลึกในโอกาสศาสตราจารย์ฉัตรทิพย์ นาถสุภาเกษียณอายุ
ราชการ**. กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์.

- _____. (2550). คีตกฤทธิกับประดิษฐกรรม “ความเป็นไทย” เล่ม 2 , กรุงเทพฯ: มติชน
- _____. (2558). “อุดมการณ์ชาตินิยมกับการเคลื่อนไหวทางการเมืองของชนชั้นกลางไทย” ใน ประวัติศาสตร์รัฐไทยและสังคมไทย. เชียงใหม่: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- _____. (2558). 10 ปัญญาชนสยาม เล่ม 1 และเล่ม 2 . กรุงเทพฯ: โอเพ่นบุคส์.
- _____. (2559). สรุปร่างรายงานการวิจัยโครงการ “นักวิชาการไทยกับการต่อสู้ช่วงชิงความหมาย “ประชาธิปไตย” ในภาวะวิกฤตทางการเมือง (พ.ศ. 2548-2557)” ได้รับทุนจากสำนักงาน กองทุนสนับสนุนการวิจัย (กำลังดำเนินการวิจัยอยู่ในปัจจุบัน).
- สิทธิเทพ เอกสิทธิพงษ์. (2558). “ลูกจิ้นรักชาติ”: สำนักประวัติศาสตร์และนิยามประชาธิปไตย” วารสารมนุษยศาสตร์ 16, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม): หน้า 112-156.
- อมร จันทรสมบุรณ์. (2548). การอภิปรายเรื่อง “พระราชอำนาจกับการปฏิรูปการเมือง” ครั้งที่ 2 ณ หอประชุมใหญ่ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 22 พฤศจิกายน 2548. ใน มติชนรายวัน 24 พฤศจิกายน. หน้า 2.
- อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์. (2557). ประชาธิปไตย คนไทยไม่เท่ากัน. กรุงเทพฯ: มติชน.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. เปิดการเมืองให้กว้าง. (6 พฤศจิกายน 2548). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9480000153435>

- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. การงดใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา. (26 กุมภาพันธ์ 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000026368>
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ราชประชาสมาสัย. (19 มีนาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000037259>
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. อันตรายแปดอย่างของทักษิณ (24 มีนาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000040162>
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. บทบาทของสื่อในการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง. (28 พฤษภาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000069878>
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. จะเกิดอะไรขึ้นในเดือนกรกฎาคม. (4 มิถุนายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000073233>
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. การเมืองไทยหลังทักษิณ (ออกไปแล้ว). (23 กรกฎาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000094208>
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ช่วยกันป้องกันไม่ให้คนชั่วและบ้ามีอำนาจ. (10 กันยายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000114555>
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ปฏิรูปการเมืองอีกครั้ง. (17 กันยายน 2549). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9490000117300>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **การเมืองต้องช่วยแก้ปัญหาสังคม.** (14 มกราคม 2550).

สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9500000004736>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ระบอบพรรคเดียวกับผู้นำมวลชน.** (20 เมษายน 2551).

สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9510000045967>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ความชอบธรรมที่มีเงื่อนไข.** (20 กรกฎาคม 2551). สืบค้น

เมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9510000085133>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ยุติความรุนแรง.** (10 พฤษภาคม 2552). สืบค้นเมื่อ

18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9520000051996>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **รัฐไทยใหม่.** (16 พฤษภาคม 2553). สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์

2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9530000067459>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ต้นทุนของประชาธิปไตย.** (25 เมษายน 2553). สืบค้นเมื่อ

18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9530000056645>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ทำให้รัฐเป็นกลาง.** (31 ตุลาคม 2553). สืบค้นเมื่อ

18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9530000153351>

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **อำนาจที่สี่.** (22 กรกฎาคม 2555). สืบค้นเมื่อ

18 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000089909>

ธีรยุทธ บุญมี 'อัตรากษัตริย์' นำการเมืองแบบบ้าอำนาจ. (2 สิงหาคม 2549). สืบค้นเมื่อ 13 กุมภาพันธ์ 2558, จาก http://www.parliament.go.th/news/news_detail.php?prid=22739

ธีรยุทธ บุญมี. บทเสนอแนะ “การฝ่าวิกฤติการเมืองไทย ที่ตระหนักถึงรากเหง้าแท้จริงของปัญหา”. (28 พฤศจิกายน 2551). สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://www.prachatai.com/journal/2008/11/19132>

ธีรยุทธ บุญมี. สู้ตายของระบอบทักษิณสร้างรากฐานใหม่ให้ประเทศไทย? (15 มกราคม 2557). สืบค้นเมื่อ 17 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <http://thaipublica.org/wp-content/uploads/2014/01/>

ปัทมา สุปกัปปัง, “สถาบันตุลาการไทย” ค้นเมื่อวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2559 จาก <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=สถาบันตุลาการไทย>

สมบัติ อารังธัญวงศ์. Prof. Sombat Thamrongthanyawong, Ph.D. (6 พฤษภาคม 2557). สืบค้นเมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2558, จาก <https://www.facebook.com/Prof.SombatThamrongthanyawong/posts/755740181133642>

อนาคตสังคมไทยภายใต้อำนาจตุลาการ

อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์¹

บทคัดย่อ

การวิเคราะห์ในประเด็น "เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน" ช่วยทำให้เกิดความเข้าใจความเปลี่ยนแปลงของการเมืองวัฒนธรรมที่สัมพันธ์กับการเคลื่อนไหวทางการเมืองของกลุ่มชนชั้นนำในสังคมไทยได้ชัดเจนมากขึ้นใด แม้ว่าการขยายอำนาจตุลาการเข้าสู่พื้นที่การเมืองจะเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในหลายพื้นที่ในโลก แต่การประกอบสร้างขึ้นมาของ "ตุลาการภิวัตน์" ของแต่ละสังคมก็มีความแตกต่างกันตามบริบทของสังคมนั้น "ตุลาการภิวัตน์" ของสังคมไทยเป็นกระบวนการที่ประกอบกันขึ้นมาจากวัฒนธรรมการเมืองเดิมกับเงื่อนไขทางการเมืองของการต่อสู้ทางการเมืองของชนชั้นนำไทย

คำสำคัญ: อำนาจตุลาการ, สังคมไทย, การเมือง

1 ดร., ศาสตราจารย์ประจำภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 50200. E-mail: attachak@hotmail.com

The Future of Thai Society under Judicial Power

Attachak Sattayanurak²

Abstract

The analysis of “when the judiciary rules the land” can fulfill the changing of cultural politics which relates to the elite groups in Thai society. Even though the expansion of judicial powers into core politics occurs in many countries but the construction of “judicial activism” depends on the social context. Judicial activism in Thai society has been constructed from political culture and political conditions in power competing of Thai elite groups.

keywords: Judicial Power, Thai Society, Politic

2 Ph.D., Professor, Department of History, Faculty of Humanities, Chiangmai University 50200 E-mail: attachak@hotmail.com

1.

ความเรียงที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นส่วนสรุปท้ายการสัมมนาวิชาการเรื่อง “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน” ในวันที่ 22 เมษายน 2559 ณ ห้อง LB 1201 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้เขียนขอขอบพระคุณวิทยากรทุกท่าน และต้องขอภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย เนื่องจากผู้เขียนไม่สามารถจะหยิบยกประเด็นต่างๆ ที่แต่ละท่านได้นำเสนอมาร้อยเรียงเป็นกรอบโครงใหญ่ที่เหมาะสมครอบคลุมได้ทั้งหมด

นอกจากการพยายามจะสรุปย่อความจากวิทยากรแล้ว ผู้เขียนได้นำเสนอข้อคิดเห็นบางประการเพื่อจะทำให้เพิ่มมุมมองต่ออนาคตของสังคมไทยที่กำลังเคลื่อนไหวภายใต้อำนาจของตุลาการ/ตุลาการภิวัตน์ แน่นอนว่าความตื่นขึ้นที่ปรากฏเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว

2.

"ตุลาการภิวัตน์" เป็นปรากฏการณ์สำคัญทางการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วงสามสี่ทศวรรษที่ผ่านมา ในด้านหนึ่งกล่าวได้ว่าเป็นผลมาจากความพยายามจะปรับตัวของระบอบการปกครองประชาธิปไตย อาจารย์ทามาตะได้อธิบายไว้ว่า

"เป็นประชาธิปไตยแบบควบคุมตามรัฐธรรมนูญ คือจำกัดบางอย่าง ควบคุมบางอย่าง ตามแนวความคิดนี้ เขาถือกันว่าเสียงข้างมากไม่สำคัญเท่าไร เสียงข้างน้อยก็สำคัญเหมือนกัน ต้องปกป้อง"³

ความเปลี่ยนแปลงของการจัดความสัมพันธ์ทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นเพื่อป้องกัน

3 สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: โยชิฟูมิ ทามาตะ-ประชาธิปไตยไทยกับตุลาการภิวัตน์” (22 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65384>

เสียงข้างมากไปกดขี่ข่มเหงเสียงข้างน้อย หรืออีกนัยยะหนึ่ง ก็คือการป้องกันผู้นำ จะทำลายประชาธิปไตย จึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ แต่ในการสร้างศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อปกป้องเสียงข้างน้อยไม่ได้หมายถึงเสียงข้างน้อยที่มีอำนาจ แต่หมายถึง เสียงข้างน้อยที่อ่อนแอ เช่น ชนกลุ่มน้อยด้านภาษา ศาสนา ชนชาติ

กล่าวได้ว่า "ตุลาการภิวัตน์" เกิดขึ้นและมีความหลากหลาย ในสองสาม ทศวรรษที่ผ่านมา อาจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล⁴ ได้เน้นให้เห็นถึงกระบวนการ ที่ก่อให้เกิดสิ่งที่เรียกว่าตุลาการภิวัตน์ (ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Judicialization of Politic) เป็นปรากฏการณ์ที่ศาลต้องขยายบทบาทเพิ่มมากขึ้นและเกิดขึ้นในระดับ โลกตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา

"เพราะในหลายประเทศพบกับปัญหาเผด็จการของผู้ปกครองที่มา จากการเลือกตั้ง เพราะฉะนั้น หลังสงครามโลกครั้งที่สองมีผลงาน ของฝรั่งจำนวนมากชี้ให้เห็นการเกิดขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึง มีคำตัดสินของศาลที่ขยายประเด็นต่างๆ อย่างกว้างขวางทั้งประเด็น เรื่องสิ่งแวดล้อม ประเด็นเรื่องชนพื้นเมือง ประเด็นเรื่องการคุ้มครอง ประโยชน์สาธารณะต่างๆ"

แม้ว่างานส่วนใหญ่จะใช้คำว่า Judicialization of Politic แต่ไม่ได้มี ความหมายเหมือนกันและไม่ได้ทำหน้าที่จัดการสังคมการเมืองเหมือนกัน ดังนั้น หากต้องการจะเข้าใจตุลาการภิวัตน์หรือ Judicialization จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเข้าใจ ความเฉพาะของโครงสร้างสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม ในแต่ละสังคม แม้ว่าด้านหนึ่งจะมีกรอบกว้างๆ ว่าตุลาการเข้ามายุ่งกับการเมือง แต่ในอีกด้านหนึ่ง ความแตกต่างของการเข้าไปยุ่งหรือความสามารถที่จะเข้าไปเปลี่ยนแปลงการเมือง นั้นขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของแต่ละพื้นที่การเมืองและวัฒนธรรม

4 สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: สมชาย ปรีชาศิลปกุล-กำเนิดและความพลิกผันของการเมืองเชิงตุลาการ” (25 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65432>

อาจารย์ทามาตะได้ชี้ให้เห็นถึงการพลิกผันของความคิดเรื่องตุลาการ
ภิวัดน์ โดยยกตัวอย่างว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยต้องมีการเลือกตั้ง
แต่เมื่อฝ่ายที่แพ้การเลือกตั้งไม่ยอมแพ้ก็ได้หันมาใช้กลไกทางด้านศาลมากขึ้น และ

"กลายเป็นเรื่องที่ศาลเข้ามาแทรกแซงเรื่องที่เป็นปัญหาการเมือง คือ
สมัยก่อนถือว่าเป็นเรื่องที่รัฐสภา หรือคณะรัฐมนตรีต้องตัดสินใจ
แต่ว่าปัญหาเดียวกัน พอมาเป็นสมัยปัจจุบันกลับไม่ใช่ฝ่ายบริหาร
นิติบัญญัติ แต่ให้ศาลตัดสิน คือ คนที่ตัดสินนั้นไม่ใช่คนการเมือง
หรือผู้แทนประชาชนแล้ว แต่เป็นศาลมากขึ้น และไม่ใช่ที่เมืองไทย
เท่านั้น แต่เกิดหลายประเทศ เดิมเรื่องการคลัง การต่างประเทศ
การกระจายรายได้ การป้องกันประเทศ ศาลไม่ยุ่ง แต่ว่า 30 – 40
ปีที่ผ่านมา ศาลหลายประเทศ ไม่ใช่แค่ที่เมืองเท่านั้น ศาลเริ่มตัดสิน
เริ่มแทรกแซงเรื่องเหล่านี้ แต่ว่าจริงไม่จริงไม่ทราบ นักนิติศาสตร์ระบุ
ว่าอย่างน้อยมีเรื่องการกระจายรายได้ที่ศาลที่ไหนไม่เคยแทรกแซง
แต่ที่นี่ได้แทรกแซงแล้ว"⁵

การเมืองที่เคลื่อนเข้ามาสู่ "ตุลาการภิวัดน์" จึงเป็น "การสร้างระบบการ
ปกครองที่ตัวเองจะได้เปรียบหรือไม่ เช่น ร่างรัฐธรรมนูญสร้างระบบการเลือกตั้ง
ใหม่ นี่เป็นฝีมือของเสียงข้างมากหรือเปล่า ก็เปล่า เพราะคนที่สร้างหรือร่าง
รัฐธรรมนูญมีแต่เสียงข้างน้อยเท่านั้น คือเสียงข้างน้อยสร้างเอง ทำลายเอง แล้วก็
สร้างใหม่เองอีก โดยมีเป้าหมายอย่างเดียวเพื่อรักษาอำนาจ ... เขาจะสถาปนา
เผด็จการเสียงข้างน้อย แต่เขาอ้างว่าต้องต่อต้านเผด็จการเสียงข้างมาก...
จึงเพิ่มอำนาจให้กับฝ่ายที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งประชาชนจะตรวจสอบ
หรือควบคุมไม่ได้ สุดท้าย คือเผด็จการเสียงข้างน้อยน่ากลัวกว่า"

5 สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: โยชิฮิโตะ ทามาตะ-ประชาธิปไตย
กับตุลาการภิวัดน์” (22 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65384>

อาจารย์ สายชล สัตยานุรักษ์⁶ ได้เพิ่มมุมมองทางประวัติศาสตร์ในการอธิบายการเกิดขึ้นของ "ตุลาการภิวัตน์" ที่สามารถสร้างเผด็จการเสียงข้างน้อยได้ โดยพิจารณาจากเงื่อนไขปัจจัยภายในสังคมไทยว่ามีความเป็นมาอย่างไร และทำไมจึงเป็นเงื่อนไขปัจจัยที่ในที่สุดแล้วก่อให้เกิด "ตุลาการภิวัตน์" ขึ้นมาได้ อาจารย์สายชลได้เน้นว่า "ตุลาการภิวัตน์เกิดขึ้นได้และมีความชอบธรรมในสายตาชนชั้นกลางไทย เนื่องจากวัฒนธรรมทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งวัฒนธรรมทางความคิดที่สั่งสม...ไม่ใช่วัฒนธรรมที่หยุดนิ่งตายตัว มีการปรับตัว มีพลวัต"

อาจารย์สายชลได้นำเสนอให้เข้าใจถึงวัฒนธรรมทางการเมืองโดยเฉพาะวัฒนธรรมทางความคิดที่เป็นผลจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างชุดความคิดของชนชั้นนำและการสร้างวัฒนธรรมความคิดของชนชั้นกลาง กล่าวคือ ชนชั้นนำไทยนับตั้งแต่การสร้างรัฐสมัยใหม่ได้สร้างวัฒนธรรมที่เน้นผู้ปกครองต้องเป็น "คนดี และมีเมตตา กรุณาต่อราษฎร" พร้อมกันนั้น ภายหลังจากการขยายตัวอย่างรวดเร็วของชนชั้นกลาง ซึ่งรู้ทั้ง "อำนาจ" และ "อิทธิพล" ความคิดเรื่อง "ผู้ปกครองเป็นคนดี" หรือ "เลือกตั้งคนดีเป็นผู้ปกครอง" ก็มีความสำคัญมากขึ้น เพราะชนชั้นกลางได้อาศัย "คุณธรรมของผู้ปกครอง" เพื่อกำกับการใช้อำนาจ และอาศัยการเลือกตั้งเพื่อเปลี่ยนตัวผู้นำที่เป็น "คนไม่ดี" (ใช้อำนาจเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว) พร้อมกันนั้นก็ต้องการ "ฟังพระบารมี" ในการกำกับตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้นำ และการแก้ไขวิกฤตทางการเมือง ชนชั้นกลาง (รวมทั้งนายทุน) จึงสนับสนุนการเสริมสร้าง "พระราชอำนาจนำ" และ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ตุลาการภิวัตน์ จึงเกิดจาก "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" แบบใหม่อย่างเห็นได้ชัด ดังที่ได้เน้นไว้แล้วว่า "ชนชั้นกลางเองขาดกลไก ขาดสถาบัน ขาดโอกาสที่จะต่อสู้ต่อรองกับผู้ปกครองที่ใช้อำนาจเผด็จการ ไม่ว่าจะมาจากการรัฐประหารหรือการเลือกตั้งก็ตาม ทำให้เขา

6 สำนักข่าวประชาไท, "เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: สายชล สัตยานุรักษ์-มรดกประวัติศาสตร์จุดกำเนิดตุลาการภิวัตน์" (23 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65406>

เน้นการปกครองโดยคนดี เมื่อผู้ปกครองเป็นคนไม่ดี ชนชั้นกลางก็จะให้ความสำคัญกับการเลือกตั้ง เพื่อเปลี่ยนตัวผู้นำมาเป็นคนดี หรือถ้าผู้นำที่เป็นคนไม่ดี ไม่ยอมลงจากอำนาจง่ายๆ เขาก็จะพึ่งพระบารมี ซึ่งเป็นวิธีที่ชนชั้นกลางใช้ในการกำกับตรวจสอบผู้นำ”

การอธิบาย “มรดกทางประวัติศาสตร์และการบังเกิด “ตุลาการภิวัตน์” ในรัฐไทย” ของอาจารย์สายชล ได้ทำให้เห็นได้ว่าไม่มีปรากฏการณ์ใดเกิดขึ้นในสุญญากาศ หากแต่เป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างคนกลุ่มต่างๆกับเงื่อนไขทางสังคมการเมืองที่แวดล้อมพวกเขาอยู่ ซึ่งอาจารย์สายชลได้ทำให้เห็นได้ว่ากว่าที่จะบังเกิดเป็น “ตุลาการภิวัตน์” นั้น ได้มีกระบวนการสร้างวัฒนธรรมที่รองรับการบังเกิดขึ้นไว้ในหลายระดับและหลายมิติ

อาจารย์กฤษณ์พชร⁷ ได้เสริมให้เข้าใจได้มากขึ้นว่าทำไมจึงเป็น “ตุลาการ” หรือทำไม “ตุลาการ” จึงถูกเลือกให้ทำหน้าที่ “ตุลาการภิวัตน์” โดยแสดงให้เห็นถึงพลวัตรของกระบวนการการสร้างอัตลักษณ์ตุลาการที่เชื่อมต่อกับสถาบันพระมหากษัตริย์ จากเดิมที่เป็นเพียงกลไกรัฐธรรมนูญ (ตึกก็ไม่มี ส่วนก็ไม่มี) ก็เปลี่ยนมาสู่การสร้างอัตลักษณ์ตุลาการที่เป็น “คนดี ผู้ดี ผู้รู้ ความจงรักภักดี”⁸

หากพิจารณาเพิ่มเติมจากที่อาจารย์กฤษณ์พชร ได้อธิบายไว้อย่างดีแล้ว ก็กล่าวได้ว่า การเกิดอัตลักษณ์ตุลาการซึ่งเป็นการต่อสู้ในระบบความสัมพันธ์ทางสังคมการเมืองระหว่าง “ตุลาการ” นั้นกับการเมืองวัฒนธรรมของสังคม กล่าวคือ ในช่วงการเปลี่ยนมาเป็นรัฐสมัยใหม่นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญาสีหิราชัยมาจนถึงรัฐในปัจจุบัน การสร้างสังคมที่กำหนดและกำกับระบบและความหมายของความสัมพันธ์ทางการเมืองวัฒนธรรมอาจจะเรียกได้ว่าเป็นกระบวนการ making a

7 สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่: กฤษณ์พชร โสมณวัตร-การประกอบสร้างอัตลักษณ์ตุลาการไทย” (26 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65447>

8 โปรตุ กฤษณ์พชร โสมณวัตร, “อำนาจแห่ง ‘อัตลักษณ์’ ตุลาการ” นิตยสารสังคมศาสตร์ 7, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2557).

moral society ที่ทุกรัฐสมัยใหม่ก็จะสร้างให้เกิดขึ้น รัฐใหม่จะต้องสร้าง moral society ขึ้นมา กรณีประเทศญี่ปุ่นสร้างแบบหนึ่ง ไทยเราสร้างแบบหนึ่ง แต่เนื่องมาจากความต่อเนื่องของประเทศไทยมีสูงมากเพราะไม่มีการแตกหักทางความคิด จึงทำให้ชนชั้นนำไทยที่เริ่มเป็นผู้ก่อสร้างรัฐใหม่ในช่วงรัชกาลที่ 5 ได้สร้าง moral สร้างสังคมที่เป็นจริยธรรมแบบพุทธศาสนา

ภายใต้กระบวนการทางการเมืองวัฒนธรรมเช่นนี้ จึงส่งผลให้ตุลาการจะต้องยึดโยงตัวตน/ตัวเองเข้ากับพุทธศาสนา รวมทั้งยึดโยงเข้ากับ manner หรือมารยาทแบบผู้ดีที่ถูกสร้างขึ้นมา รวมทั้งเป็นผู้รู้ในกฎหมาย และในท้ายที่สุดส่วนที่ถูกเน้นสำคัญที่สุดอันเป็นปฏิสัมพันธ์กับการเมืองช่วงหลัง ได้แก่ ความจงรักภักดีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ดังนั้นความเป็นคนดี ผู้ดี ผู้รู้ ความจงรักภักดีจึงอยู่ในกรอบศาสนาพุทธเป็นหลัก จึงไม่ได้เกิดขึ้นลอยๆในสูญญากาศ หากแต่เป็นผลมาจากปฏิสัมพันธ์ระหว่างตุลาการกับสังคมการเมืองที่ดำเนินต่อเนื่องมา และการสร้าง “อัตลักษณ์” ตุลาการเช่นนี้ก็ได้รับการยอมรับจากประชาชนคนทั่วไปอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจารย์ปิยบุตรได้อธิบายว่าเพราะทำไมจึงเกิด “ตุลาการภิวัฒน์” ได้ ก็เนื่องจาก “สังคมเชิดชูศาล”

อาจารย์สมชายได้นำเสนอการทำความเข้าใจ “ตุลาการภิวัฒน์” ให้ไปติดกับดักของอัตลักษณ์ “ตุลาการ” ที่สัมพันธ์กับกระบวนการตุลาการภิวัฒน์ตามที่อาจารย์กฤษณ์พชรศึกษาไว้ด้วยการนำเสนอความหมายใหม่ของ “ตุลาการภิวัฒน์” โดยมองที่ “ความพลิกผันทางการเมืองเชิงตุลาการ” ที่เกิดขึ้นในหลายๆ ประเทศ ที่สำคัญได้เริ่มต้นด้วยการยกตัวอย่างงานของ Tom Ginsburg ที่เป็นการมองเพื่อทำความเข้าใจเชิงสังคมศาสตร์เพื่อเข้าใจความหมายของ “ตุลาการ/ตุลาการภิวัฒน์” ในบริบทของสังคมการเมือง โดยเน้นว่า “การทำให้สถาบันของตุลาการถูกพิจารณาในฐานะของ Political being หมายความว่า เป็นสิ่งมีตัวตนทางการเมืองแบบหนึ่ง การมีตัวตนทางการเมืองอาจจะดีหรือไม่ดีก็ได้ ซึ่งจะต่างจากการใช้คำว่าตุลาการภิวัฒน์ที่ตีความหมายไปในทางวิเศษอย่างยิ่ง

งอกงามอย่างพิเศษ ซึ่งผมคิดว่ามันไม่ค่อยที่จะชอบคำนี้สักเท่าไร ในฐานะที่เป็น Political being ผมคิดว่าเป็นงานที่ทำให้เราเห็นบทบาทของตุลาการที่แตกต่าง กันออกไป"

พร้อมกับการเสนอมอง/เปลี่ยนความหมาย "ตุลาการภิวัตน์" ให้กลับมา อยู่ในกรอบของ Political being อาจารย์สมชายก็ได้เสนอมุมมองที่ "พลิกผัน" ด้วยการเลือก "งานศึกษาทำให้เห็นถึงความพลิกผันของการเมืองเชิงตุลาการได้" ในหนังสือเรื่อง The Judicialization of Politics in Asia ของ Björn Dressel ที่อาจจะแปลเป็นไทยได้ว่า "การเมืองเชิงตุลาการในเอเชีย" อาจารย์สมชายได้หยิบ ประเด็นการจัดแบ่งความสัมพันธ์ระหว่างตุลาการกับการเมืองในแต่ละประเทศของ หนังสือมานำเสนอว่า "การแบ่งทำให้เห็นว่าเวลาแนวความคิดเรื่องบทบาททาง ตุลาการที่ขยายอย่างกว้างขวางมันสามารถพลิกผันไปได้หลายแบบ เขาทำให้เห็น เป็น 4 แบบด้วยกัน โดยเขาดูเงื่อนไขจากความเป็นอิสระของศาลเป็นแกนตั้งว่า ความเป็นอิสระมากน้อยแค่ไหน ส่วนแกนนอนดูว่า ศาลเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการเมือง มากน้อยขนาดไหน...เป็นการแบ่งที่...จำแนกให้เห็นบทบาทของศาลที่ขยายตัวมาก ขึ้นในโลกสมัยใหม่ ถ้าจะเอาประเทศที่มีความเป็นอิสระสูง...ญี่ปุ่นกับมาเลเซีย เกาหลี อินโดนีเซีย และฟิลิปปินส์ แสดงบทบาทแตกต่างกัน ในญี่ปุ่นกับมาเลเซีย ผู้เขียนเสนอว่าศาลไม่ค่อยแสดงบทบาทมากเท่าไร เรื่องการเมืองศาลจะไม่เข้าไป ยุ่ง ในขณะที่ประเทศที่ศาลมีความเป็นอิสระอย่างสูงแล้วศาลแสดงการมีบทบาท อย่างมากเกิดขึ้นในเกาหลี อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ เราอาจจะเห็นว่าศาลเกาหลีตัดสิน ลงโทษอดีตผู้นำเผด็จการ ศาลของฟิลิปปินส์เด่นในเรื่อง Gender ในขณะที่ประเทศ ที่ศาลมีความเป็นอิสระต่ำอย่างในกัมพูชา ศาลไม่แสดงบทบาทอะไรมาก ในส่วน ของเมืองไทย ศาลมีความเป็นอิสระต่ำแต่มีบทบาททางการเมืองสูง นี่คือการที่ทำให้ ผู้พิพากษาเข้าไปอยู่ในแวดวงทางการเมือง"

อาจารย์สมชายได้เน้นด้วยว่า "ผมคิดว่าถ้าเริ่มต้นด้วยการขยายพรมแดน การรับรู้ความเข้าใจเรื่องบทบาทของตุลาการในโลกสมัยใหม่ นี่คือพรมแดน 4 แบบ

ซึ่งนักวิชาการได้เสนอมา แม้จะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยแต่ก็เป็นต้นแบบที่จะ
ทำความเข้าใจตุลาการได้กว้างขวางมากขึ้น"

แม้ว่าอาจารย์สมชายจะมองเห็นว่า "ตุลาการภิวัตน์ในโลกปัจจุบันเป็น
อิทธิพลที่มาจากภายนอก" แต่ก็เสนอว่าจำเป็นต้องเข้าใจจากสังคมพื้นที่นั้นๆ ซึ่ง
ได้ย้าไว้ในส่วนสรุปสุดท้ายว่า "แต่ทั้งนี้ไม่ได้เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นได้ทุกแห่ง
มันจะเกิดขึ้นได้ต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยภายใน หรือถ้าพูดให้เฉพาะก็คือตำแหน่งแห่ง
ที่ของสถาบันตุลาการ และบริบทการเมืองภายใน มีส่วนต่อการผลักดันให้เกิดการ
เปลี่ยนแปลง ... ในสังคมไทยสถาบันศาลยุติธรรมมีระบบปิด ใกล้ชิดกับสถาบัน
จารีต ยอมรับระบบอำนาจนิยม ในเมืองไทยสถาบันตุลาการที่เป็นอยู่อย่างยาวนาน
มีลักษณะเด่นๆ เช่นนี้ เพราะฉะนั้น เมื่อศาลยุติธรรมเข้าครอบงำศาลรัฐธรรมนูญ
จึงทำให้เกิดสิ่งที่เรียกว่า "ขึ้นต้นเป็นลำไม้ไผ่ พอเหลาลงไปกลายเป็นตุลาการเป็น
ใหญ่ในแผ่นดิน"

การทำความเข้าใจกระบวนการ "ตุลาการภิวัตน์" ในสังคมไทยจำเป็น
ที่จะต้องเข้าใจอีกสองมิติด้วยกัน มิติแรก ได้แก่ บุคคลที่มีบทบาททำหน้าที่
ในกระบวนการ "ตุลาการภิวัตน์" อีกมิติหนึ่ง ได้แก่ ปฏิบัติการณ์จริงและผลกระทบ
ของ "ตุลาการภิวัตน์"

อาจารย์อายาโกะ โทยามะ⁹ (แห่งมหาวิทยาลัยเกียวโต) ได้ศึกษาสำรวจ
ประวัติของคณะกรรมการองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องต่อผู้ที่มีอำนาจทางการเมือง
หรือการเลือกตั้ง เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ป.ป.ช. กกต. ผู้ตรวจการแผ่นดิน
เพื่อที่จะทำให้เข้าใจส่วนที่ลึกมากขึ้นของกระบวนการตุลาการภิวัตน์

การศึกษาที่มาของบุคลากรผู้ที่เข้ามามีบทบาททำงานในองค์กรอิสระ
ในสังคมไทยอย่างละเอียด ทำให้อาจารย์อายาโกะมองเห็นว่าองค์กรอิสระนั้น

9 สำนักข่าวประชาไท, "เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: อายาโกะ โทยามะ-วิเคราะห์การคัดเลือก
กรรมการองค์กรอิสระ" (26 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65461>

"มีปัญหา คือ กรรมการมาจากกลุ่มเดียวกัน ส่วนใหญ่มาจากข้าราชการที่อายุเกษียณแล้ว ในไทย ประเด็นนี้อาจเป็นเรื่องปกติ แต่สำหรับองค์กรอิสระอินโดนีเซีย ไม่ปกติเลย ดิฉันคิดว่าองค์กรอิสระไทยก่อตั้งเป็นสวัสดิการของข้าราชการอายุเกษียณแล้ว"

อาจารย์อายาโก ได้พยายามอธิบายโดยมองเห็นถึงสายสัมพันธ์ที่ลึกและกว้างขวางกว่าความสัมพันธ์เฉพาะกลุ่มตุลาการเท่านั้น โดยเธอเน้นว่า "ตุลาการภิวัตน์ไทย มีสองมิติ มิติที่หนึ่ง การขยายอำนาจของฝ่ายตุลาการ อย่างที่ทุกท่านรู้จักกันแล้ว แต่ยังมีมิติที่สอง คือ การขยายอิทธิพลของฝ่ายบริหาร หรือข้าราชการประจำ สำหรับมิติที่สอง ดิฉันยังไม่เข้าใจชัดเจนแต่คิดว่ากรรมการ หรือผู้พิพากษาส่วนใหญ่มาจากข้าราชการที่เกษียณอายุแล้ว พวกเขาเคยมีตำแหน่งสูง ดังนั้น พวกเขาน่าจะมีเส้นหรือคอนเนกชันกับกระทรวงต่างๆ" และจากที่อาจารย์อายาโกเห็นสายสัมพันธ์ที่กว้างขวางเช่นนี้ จึงทำให้เธอสรุปไว้ว่า "ดังนั้น ดิฉันเข้าใจว่าตุลาการภิวัตน์ไทยเป็นปรากฏการณ์ ไม่ใช่แค่ฝ่ายตุลาการแต่เป็นฝ่ายบริหารด้วย"

พร้อมกันนั้น อาจารย์อายาโกก็ได้ทำให้มองกว้างออกไปว่า "องค์กรอิสระก็คือกระบวนการยุติธรรมทั้งกระบวนการ ดังนั้น ดุลยพินิจระหว่างองค์กรอิสระต่างๆ เป็นสิ่งสำคัญเพื่อรับรองความยุติธรรมของกระบวนการยุติธรรม เพราะว่าไม่มีใครที่เป็นกลางโดยแท้จริง ปัญหาขององค์กรอิสระไทยไม่อยู่ที่กรรมการ แต่อยู่ที่โครงสร้างองค์กร เพื่อรับรองความยุติธรรม ลักษณะของกรรมการและผู้พิพากษาต้องแตกต่างกัน กรณีของอินโดนีเซีย ไม่ทับซ้อนเลย แต่ของประเทศไทยทับซ้อนมาก พวกเราเข้าใจได้ง่ายว่าไม่มีความยุติธรรมใช่หรือไม่ พวกเขาสลับกันดำรงตำแหน่งตลอดไป ดังนั้น ดิฉันคิดว่าเพื่อแก้ไขปัญหองค์กรอิสระไทย ต้องแก้ไขคุณสมบัติของกรรมการหรือผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ "

การพิจารณา “ตุลาการภิวัตน์” จำเป็นต้องพิจารณาถึงปฏิบัติการจริงและผลกระทบของ “ตุลาการภิวัตน์” อาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล¹⁰ ได้ทำให้มองเห็นถึงปฏิบัติการจริงและผลกระทบของ “ตุลาการภิวัตน์” โดยได้แบ่งออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ การทบทวนปฏิบัติการของตุลาการภิวัตน์ (สามช่วงเวลาในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา) คำพิพากษาแบบตุลาการภิวัตน์ส่งผลกระทบทางการเมืองอย่างไร (ซึ่งมีผลในสี่ด้านด้วยกัน) และเหตุปัจจัยอะไรสนับสนุนให้ศาลผลิตคำพิพากษาแบบที่เรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์”

ผลสรุปของปฏิบัติการการเมืองของตุลาการภิวัตน์ในสามช่วงเวลานั้น อาจารย์ปิยบุตรได้สรุปไว้สั้นๆ แต่ชัดเจนมากกว่า “ตุลาการภิวัตน์ทั้งสามภาคได้ทำลายพลังของกลุ่มการเมืองเดียวกันทั้งหมดคือ ไทยรักไทย พลังประชาชน เพื่อไทย ซึ่งทั้งสามภาคจบลงด้วยการล้มรัฐบาลหมด”

คำพิพากษาแบบตุลาการภิวัตน์ได้ทำให้เกิดส่งผลกระทบอยู่ 4 ด้านได้แก่ “คำพิพากษาที่กำจัดการเมืองโดยตรง, คำพิพากษาที่ทำลายความชอบธรรมของรัฐบาล, คำพิพากษาที่ปกป้องแดนอำนาจของพวกเขาเอง และ คำพิพากษาร้างสูญญากาศในทางการเมือง” ซึ่งผลกระทบทั้งสี่ด้านนี้มีผลอย่างไพศาลต่ออนาคตของสังคมไทยอย่างสูง

อาจารย์ปิยบุตรได้มองเหตุปัจจัยอะไรสนับสนุนให้ศาลผลิตคำพิพากษาแบบที่เรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์” ไว้ว่ามีส่วนสัมพันธ์กันในหลายด้าน ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่เปิดโอกาสให้ตุลาการตีความได้, นัก (ผู้) ร้อง, วาทกรรมตุลาการภิวัตน์อันเป็นผลมาจากพระราชดำรัส 25 เมษายน 2549 และความรู้สึกของสังคมที่เชิดชูความเป็นกลางของศาล ซึ่งทั้งสี่ด้านนี้เป็นพลังผลักดันให้เกิดความกล้าที่จะสร้าง “ตุลาการภิวัตน์” ที่ทำให้เกิดคำพิพากษาที่มุ่งเน้นกำจัดการเมืองฝ่ายตรง

10 สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่: ปิยบุตร แสงกนกกุล - ตุลาการภิวัตน์วิธี” (2 พฤษภาคม 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/05/65569>

กันข้ามของตนโดยตรงโดยมีผลทำลายความชอบธรรมของรัฐบาลที่ไม่ใช่พวกตน และสามารถปกป้องแดนอำนาจของพวกเขาเอง และในท้ายที่สุดก็สร้างคำพิพากษา สร้างสัญญาภาคในทางการเมืองอันนำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงนอกรัฐธรรมนูญอันได้แก่การรัฐประหารนั่นเอง

อาจารย์ปิยบุตรได้สรุปความหมายของ “ ตุลาการภิวัตน์ ” ไว้อย่างกระชับรัดและชัดเจนว่า "หากเราจะลองให้นิยามดู ในความเห็นของผมคือเป็นขบวนการที่ศาลเข้ามามีบทบาททางการเมืองผ่านการตัดสินคดี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายกลุ่มการเมืองที่เป็นอันตรายหรือภัยคุกคามต่อระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตุลาการภิวัตน์อาศัยความชอบธรรมแบบเสรีแบบประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ ในการเข้าไปตรวจสอบองค์กรที่มาจากการเลือกตั้ง แต่ความชอบธรรมบนหลักการนั้น เขาไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดอำนาจขององค์กรที่มาจากเลือกตั้งเพื่อพัฒนา liberal democracy ให้สมบูรณ์ แต่เขามุ่งหมายที่จะทำลายองค์กรจากการเลือกตั้งที่เป็นภัยคุกคามต่อระบอบของพวกเขามากกว่า "

การเสวนาวิชาการเรื่อง “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน” ได้ทำให้เกิดความเข้าใจที่ลึกซึ้งมากขึ้นในกระบวนการต่อสู้ทางการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วงสิบปีที่ผ่านมา และได้มองเห็นเปรียบเทียบกับปรากฏการณ์ "Judicialization of Politic" ที่เกิดขึ้นในโลกว่ามีเนื้อหาและปฏิบัติการที่แตกต่างกันไปตามพื้นที่ทางสังคมและการเมืองวัฒนธรรม ซึ่งน่าจะทำให้มองเห็นหรือมองหาทางออกจากปัญหอันเกิดขึ้นจาก “ตุลาการภิวัตน์” ได้หลากหลายและกว้างขวางมากขึ้น

3.

หากพิจารณาจาก “ปฏิบัติการของตุลาการภิวัตน์ในสามภาค” ตามที่อาจารย์ปิยบุตรได้เสนอไว้ ก็คงมองต่อได้ว่าปฏิบัติการนี้ส่งผลกระทบต่อ “การปกครองโดยนิติธรรม” และ “ความเป็นธรรมในสังคม” อย่างยิ่ง แต่ประเด็นสำคัญที่จะต้องเข้าใจ “ตุลาการภิวัตน์” ให้รอบด้านมากขึ้น เพราะฐานที่สำคัญที่ทำให้เกิด “ ตุลาการภิวัตน์ ” ได้แก่ คนจำนวนมากยอมรับการเข้ามาใช้อำนาจการเมืองของศาลอย่างยินยอมพร้อมใจ การทำความเข้าใจคนจำนวนมากเหล่านี้ว่ายอมรับ “การเข้ามาแทรกแซงการเมืองของศาล” ได้อย่างไร เพราะแม้ว่าจะมีนักวิชาการอย่างอาจารย์ปิยบุตรกล่าวหาญมาวิจารณ์ชี้ให้เห็นความผิดถูกของกระบวนการนี้ แต่ก็คนในสังคมต้องยอมรับมากจนกระทั่งทำให้เขากล้าสามารถทำ “ตุลาการภิวัตน์” ขึ้นมาได้

เงื่อนไขสำคัญที่ทำให้เกิดการยอมรับ “ ตุลาการภิวัตน์ ” ในสังคม อาจจะคิดในกรอบที่อาจารย์สายชลได้อธิบายไว้ กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับสังคมและชนชั้นกลาง กลุ่มชนชั้นกลางที่ค่อยๆ ขยับตัวเลื่อนชนชั้นและสถานะได้สร้างมรดกของการมีชีวิตทางการเมืองชุดหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการจัดความสัมพันธ์ของเขากับรัฐ อาจารย์ทามาตะพยายามทำความเข้าใจระบบความสัมพันธ์ทางอำนาจเช่นนี้ และได้สร้างกรอบทฤษฎีเรื่อง “อำนาจกับอิทธิพล” ที่เป็นรากฐานของการจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจนี้ (อาจารย์สายชลได้เลือกมาใช้อธิบายอย่างกว้างขวางในการทำความเข้าใจ “มรดกทางประวัติศาสตร์”) ชนชั้นกลางไทยได้พยายามที่จะสร้างการคานอำนาจ หรือดุลกันระหว่างอำนาจกับอิทธิพลเสมอมา หากในช่วงเวลาใดที่อำนาจมีอำนาจมากเกินไปและเริ่มทำให้ชนชั้นกลางรู้สึกเดือดร้อน ชนชั้นกลางก็จะหันไปหาอิทธิพล แต่เมื่ออิทธิพลเริ่มก่อให้เกิดปัญหาแก่ชนชั้นกลาง พวกเขา ก็จะหันไปพึ่งอำนาจมาจัดการกับอิทธิพล ซึ่งกระบวนการดุลเช่นนี้ได้ส่งผลทำให้ชนชั้นกลางสามารถดำรงอยู่ได้โดยที่ไม่กระทบกระเทือนอะไรมากนัก กล่าวได้ว่า คนไทยในรัฐไทยสมัยใหม่มีคุณลักษณะ

พิเศษ คือ เล่นการเมืองเป็นเพราะแม้ว่าจะจำเป็นอยู่กับอำนาจแต่ไม่เคยไว้อำนาจ ดังนั้นมรดกการคานอำนาจหรือจัดความสัมพันธ์แบบรักษาดุลอำนาจจึงถูกชนชั้นกลางหยิบขึ้นมาใช้

ขณะที่ชนชั้นกลางที่ค่อยๆ ขยายตัวมาเป็นระลอกๆ และยังคงความอ่อนแอของชนชั้นเพราะที่ไม่สามารถจะจัดองค์กรได้ (ดังที่จะเห็นได้ว่าสังคมเพิ่มมี "พื้นที่สาธารณะ" ที่เราสื่อสารกันได้กว้างจริงๆ เมื่อไม่นานมานี้เอง) ซึ่งทำให้ชนชั้นกลางทั้งหมดล้วนแล้วแต่ต้องยอมรับ moral ที่รัฐสร้างและฝังเอาไว้ได้แก่ ศาสนาพุทธ คนดีปกครองบ้านเมือง และ ความสูงส่งของอำนาจรัฐ (ซึ่งแตกต่างจากพลเมืองญี่ปุ่น) และ moral ชุดนี้ก็สามารถกลายมาเป็นเครื่องมือที่ใช้อำนาจคานกับอิทธิพล/อิทธิพลคานกับอำนาจ ดังที่จะเห็นชัดเจนจากการเคลื่อนไหวทางการเมืองของกลุ่มพันธมิตรเพื่อประชาธิปไตยและกลุ่มคณะกรรมการประชาชนเพื่อเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

หากพิจารณาจากการใช้ฐานมรดกทางวัฒนธรรมของการคานอำนาจ ถูกใช้เข้มข้นในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา ดังนั้น อาจจะมองต่อไปว่าเมื่อนักรัฐศาสตร์พูดถึงเรื่องวงจรอุบาทว์ทางการเมือง ความหมายก็อาจจะเป็นไปได้ว่าลึกลงไปของวงจรอุบาทว์คือยุทธวิธีของการคานอำนาจของชนชั้นกลางนี้เอง (วงจรที่เริ่มจากการเลือกตั้ง Happy Honeymoon รัฐประหาร แล้วกลับมาเลือกตั้งอีก) ถ้าหากว่าการกระทำระดับชาตินี้คือ ยุทธวิธีการคานอำนาจของชนชั้นกลาง คำถามที่จะต้องถาม ได้แก่ มรดกเก่าแบบนี้จะทำงานในพื้นที่การเมืองระดับชาติอย่างเข้มข้นต่อไปได้หรือไม่ เพราะมรดกวัฒนธรรมนี้มีเพียงเป้าหมายเดียวคือการปกป้องอำนาจของชนชั้นนำ ซึ่งในประเด็นนี้อาจารย์ปิยบุตรกล่าวถึง "ข้อดีในข้อเสีย" ที่ปฏิบัติการ "ตุลาการภิวัตน์" ก่อขึ้น ได้แก่ การเริ่มสูญเสียความเชื่อมั่นใน "ตุลาการ" และเริ่มเกิดความขัดแย้งทางความคิดมากขึ้น ดังนั้น จึงคงจะไม่ง่ายนักที่จะรักษาสถานะตุลาการทางอำนาจวัฒนธรรมไว้แบบเดิม

หากสถานการณ์ยังไม่เปลี่ยนแปลงอะไร จากแนวการวิเคราะห์ทั้งหมด ที่กล่าวมานี้ ก็คงจะสรุปได้ว่าอนาคตของสังคมไทยภายใต้อำนาจตุลาการ คือ การต่อสู้ยังไม่จบ ตุลาการก็ยังคงรอจังหวะเวลาที่จะแสดงบทบาท แต่ก็จะเป็นการนำมาใช้เพื่อที่จะเปิดโอกาสให้ใช้ดาบต่อไป ได้แก่ การรัฐประหาร

ประเด็นที่น่าจะต้องขบคิดและเฝ้ามองกันต่อไป ก็คือ กรอบความคิดในการอธิบายการเคลื่อนไหวทางการเมืองของ "ตุลาการภิวัตน์" ซึ่งเป็นการเคลื่อนไหวที่สอดประสานและสอดคล้องไปกับการพิจารณาถึงการเชื่อมโยงระหว่างชนชั้นสูงหลายกลุ่ม ดังที่อาจารย์สายชล อาจารย์กฤษณ์พชร และอาจารย์อายุโก ได้เสนอไว้ว่ามีความสัมพันธ์เชื่อมโยงอย่างกว้างขวางและเชื่อมหลายมิติในระยะหลังๆ นักวิชาการทางด้านรัฐศาสตร์ได้ปิดป้ายให้แก่การ “เกาะกลุ่ม” และการเคลื่อนไหวของกลุ่มชนชั้นสูงด้วยคำใหม่ที่มีพลัง โดยมองไปในลักษณะของ “เครือข่าย” (Network) แต่อย่างไรก็ตาม หากไม่ระมัดระวังเพียงพอ การใช้คำว่า “เครือข่าย” ก็อาจทำให้มองความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มชนชั้นสูงผิดพลาดไปได้ เพราะการใช้คำว่า “เครือข่าย” จะทำให้เข้าใจไปได้ว่าชนชั้นสูงทั้งหมดเกาะกันแน่นเหนียวและจะมีแนวโน้มที่จะเคลื่อนไหวไปในทิศทางเดียว

หากพิจารณา “ข้อดีในข้อเสีย” ประการหนึ่งที่อาจารย์ปิยบุตรได้กล่าวเอาไว้ ก็คือ การเกิดตุลาการภิวัตน์ได้ทำให้คนจำนวนหนึ่งสูญเสียศรัทธาที่เคยมีต่อตุลาการ ความเสื่อมศรัทธาเช่นนี้ได้ปรากฏให้เห็นชัดมากขึ้นในช่วงเวลาที่ผ่านมาซึ่งปรากฏเด่นชัดมากในช่วงการต่อสู้ 10 ปี กล่าวได้ว่าในโลกนี้ไม่มี closed system ต่อให้ระบบวิทยาศาสตร์ดีขนาดไหนก็ยังไม่มียุคปิดที่ 100 เปอร์เซ็นต์ การใช้คำว่า “เครือข่าย” (Net work) อาจจะทำให้เราจินตนาการไปสู่ระบบปิดที่เข้มแข็ง ซึ่งไม่เคยมีอยู่จริงในโลก ดังนั้น เราคงจะมีความหวังถึงความเปลี่ยนแปลงที่ดีกว่าได้ เพราะตัวอย่างของการก่อรูปและการสืบทอดชนชั้นของชนชั้นนำที่ครองประเทศไทยมาก็จะพบว่าชนชั้นนำสามารถมี “เครื่องมือ” ใช้ในทางการเมืองที่หลากหลาย และชนชั้นนำก็จะเลือกใช้ให้ถูกจังหวะถูกสถานการณ์ ไม่ว่าจะเป็น

กลุ่มทุน ข้าราชการพลเรือน ศาล ทหาร ชนบ้าน ลูกเสือชาวบ้าน ฯลฯ การเลือกใช้โดยการดึงมาเป็นพวกเช่นนี้ย่อมแสดงคุณภาพของความสัมพันธ์ทางอำนาจ วัฒนธรรมอีกลักษณะหนึ่งที่ไม่อาจจะแทนด้วยคำว่า “เครือข่าย” ได้

ในที่นี้ขอเสนอการเรียก “การเกาะกลุ่ม” ของชนชั้นนำที่สามารถสร้างกระบวนการสืบทอดชนชั้นมาอย่างน้อยห้าทศวรรษนี้ ด้วยคำว่า “Party of order” และใน “Party of order” นี้แต่ละหน่วยแต่ละกลุ่มมีอิสระโดยสัมพันธ์ในการเคลื่อนไหว แต่อยู่ภายใต้กรอบความเห็นพ้องต้องกัน (consensus) ใหญ่ชุดหนึ่ง

การเสนอให้พิจารณา “การเกาะกลุ่ม” ชนชั้นสูงด้วยกรอบคิด/คำว่า Party of Order แทน Net Work ก็เพียงหวังว่าอาจจะทำให้มองเห็นหรือคาดการณ์ความเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ในระดับหนึ่ง เพราะจะสามารถมองเห็นถึง “ความเห็นร่วมกัน” ที่แปรเปลี่ยนและส่งผลต่อการเคลื่อนไหวที่แตกต่างกันออกไป และที่สำคัญ ต้องมีความเปลี่ยนแปลงใน Party of order เพราะจะไม่สามารถสร้างความเห็นพ้องต้องกันที่เป็นชุดเดียวกันได้ตลอดเวลา อาจารย์สายชลได้เสนอให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรมความคิดที่สำคัญที่ก่อให้เกิดความคิดเรื่อง “ราชประชาสมาสัย” ความว่า “(ชนชั้นกลาง) จึงส่งเสริมการสร้างพระราชอำนาจนำ เขาจะบริจาค ให้ความร่วมมือในทุกด้านเพื่อเสริมสร้างพระราชอำนาจนำ และทำให้ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายใต้อุดมการณ์ราชประชาสมาสัย เป็นที่พึงของเขา ราชประชาสมาสัยเริ่มต้นขึ้นในปี 2500 ในยุคจอมพล ป. ก่อนที่สฤษดิ์จะรัฐประหาร พระเจ้าอยู่หัวฯ พระราชทานคำนี้และพระราชทานความหมายไว้ว่า หมายถึงพระราชาและประชาชนยอมพึ่งพาอาศัยกัน ที่นี้น่าสังเกตว่า “สม” กับ “อาศัย” สม คือความเท่าเทียม ดิฉันคิดว่าแนวคิดเรื่อง ราชประชาสมาสัย ชนชั้นกลางรับเอามาใช้เห็นได้ชัดในเหตุการณ์ 14 ต.ค. 2516 ความคิดนี้ถูกเน้นมากในปี 2515-2516 เป็นการเน้นราชประชาสมาสัยเพื่อต่อต้านถนอม ประภาส” และต่อมา

“ในทศวรรษ 2530 คนกลุ่มนี้ (นักวิชาการกลุ่มอาจารย์ชัยอนันต์: ผู้เขียน) มีความสำนึกในศักยภาพทางปัญญาของตัว ที่จะกำหนดอนาคตของประเทศ แต่เขาก็ตระหนักในข้อจำกัดของเขาเนื่องจากการเมืองที่ยังไม่เป็นประชาธิปไตยมากพอ จึงต้องอาศัยอุดมการณ์ราชประชาสมาสัยในการผลักดันการปฏิรูปการเมือง คนกลุ่มนี้คิดว่า การพัฒนาให้เกิดสถาบันและกระบวนการที่เป็นระบบอันต่อเนื่อง ยั่งยืน เป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่ง”

แต่ต่อมาก็เกิดความเปลี่ยนแปลงความคิดจากราชประชาสมาสัย “พอมาถึงกลางทศวรรษ 2530 ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เปลี่ยนความหมายไปแล้ว จากแบบราชประชาสมาสัย เป็นแบบพ่อแห่งชาติ โดยที่ในช่วงนี้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจอย่างเต็มที่แล้ว ตุลาการภิวัตน์เป็นผลมาจากระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แบบพ่อแห่งชาติ”

การสร้างปฏิบัติการทางการเมืองในช่วงเวลา “ก่อนราชประชาสมาสัย” และ “หลังราชประชาสมาสัย” ก็เป็นคนที่ไม่ใช่กลุ่มเดียวกันทั้งหมด ขณะเดียวกันในแต่ละกลุ่มย่อยก็มีอิสระโดยสัมพัทธ์ในการสร้างกิจกรรมทางการเมืองของตนเอง ที่สำคัญ ในแต่ละช่วงเวลาของ Party of order ก็ไม่จำเป็นต้องยาวนาน ตัวอย่างที่เห็นชัดเจน Party of order ที่สามารถสนับสนุน นโยบายให้ขึ้นนามีอำนาจมีชีวิตอยู่แค่ช่วง 10 ปีกว่าเอง หรือ Party of order ที่เกิดขึ้นในบราซิล ก็คือกลุ่มฝ่ายขวา เข้ามา สร้าง consensus ร่วมกันและเคลื่อนไหวกันซึ่งก็อยู่ได้ไม่นานนัก

ในปัจจุบันนี้ หากคิดจากกรอบคิดว่าย่อมมีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นใน Party of order (ซึ่งเชื่อว่ามี) เช่น ความขัดแย้งระหว่างกลุ่มบูรพาพยัคฆ์ กับกลุ่มวงศ์เทวัญ เป็นต้น การศึกษาในบางแง่มุมที่ละเอียดมากขึ้นก็อาจจะทำให้อธิบายปรากฏการณ์ต่างๆ ได้ดีขึ้น แม้กระทั่ง กระบวนการเกิด “ตุลาการภิวัตน์” ที่มีการเรียงลำดับปฏิบัติการจากศาลไปสู่ทหารนั้น ในอนาคต ศาลและ

ทหารจะยังคงเป็นพันธมิตรกันอย่างน้อยอีกยาวนานหรือไม่ เพราะในความเป็นจริง Party of order อาจจะทำให้มองเห็น crack เป็นรอยเปลี่ยนแปลงรอยแตกที่จะทำให้เห็นอนาคตบางส่วนที่เกิดขึ้นตรงนี้ได้ เหตุการณ์สำคัญๆ เช่น 14 ตุลาคม 2516 ไม่ได้เกิดขึ้นเพราะนักศึกษาอย่างเดียว หากแต่เกิดขึ้นเพราะมีรอยแตกระหว่าง พลเอกกฤษณ์ สีวะรา กับกลุ่มสามทหารราชย์ หรือ เหตุการณ์ 6 ตุลา 2519 ก็ไม่ได้เกิดขึ้นเพราะความเป็นเนื้อเดียวกันของทหาร ดังที่ก่อนการรัฐประหารพลเรือเอกสัจด์ ชลออยู่ กล่าวในที่ลับว่าจะมีคนจ้องจะปฏิวัติอยู่ ดังนั้นในกรอบคิด Party of order จึงมักจะต้องศึกษารอย crack ซึ่งน่าจะอยู่โดยทั่วไป

ในด้านหนึ่งของกระบวนการเกิด "ตุลาการภิวัตน์" อาจจะเป็นกลุ่มก้อนเดียวกันที่ชัดเจน แต่หากพิจารณาจากหลายแง่มุมโดยเน้นศึกษาความเป็นอิสระโดยสัมพัทธ์ของกลุ่มภายใน Party of order ซึ่งน่าจะมียู และ การต่อรอง/เชื่อมโยงระหว่างกลุ่มย่อยในท้ายสุดแล้ว จึงจะนำไปสู่การสร้างหรือการเปลี่ยนความเห็นร่วม (consensus) ที่จะส่งผลต่อปฏิบัติการของกลุ่มชนชั้นนำทั้งหมด

ตัวอย่างที่อาจารย์สมชายยกขึ้นมา ได้แก่ กรณีของผู้พิพากษาที่ช่วยคดีคุณจินตนา ขณะเดียวกันก็ใช้ความสัมพันธ์ส่วนตัวในการทำให้ศาลขยายเวลาการทำงานเพื่อประกันผู้หญิงคนหนึ่ง โดยเขาอ้างอิงว่า “เขาเป็นผู้พิพากษาของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ” ตัวอย่างนี้อาจจะทำให้คิดต่อเนื่องไปได้ว่าการหลุดออกจากกรอบปฏิบัติการโดยทั่วไปของสมาชิก “ตุลาการ” อันเกิดจากการยึดมั่นใน “ความเห็นพ้องร่วมกัน” สามารถที่จะเกิดขึ้นได้อย่างเป็นอิสระ กล่าวได้ว่าการอยู่ภายใต้อัตลักษณ์แบบนี้กลับทำให้คนบางคนสามารถคิดอะไรบางอย่าง/รู้สึกอะไรบางอย่าง หรือมีความกล้าในการทำอะไรบางอย่างที่หักออกจากขนบได้ ดังนั้น การอ้างว่าเป็นผู้พิพากษาของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ ก็อาจจะเปิดโอกาสให้สิ่งที่เราเรียกว่า Party of order มีอิสระโดยสัมพัทธ์อีกแบบหนึ่งขึ้นมาก็ได้ ซึ่งมองลึกลงไปได้ดีกว่าชุดความคิดครอบงำชุดหนึ่งที่

คิดว่าควบคุมมนุษย์ได้อย่างสมบูรณ์ กลับไม่สามารถที่จะทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความจงรักภักดีต่อชุดความคิดกลับเปิดช่องให้มนุษย์บางคนใช้อัตลักษณ์อันนี้ไปทำอะไรบางอย่าง และทำให้เขาภาคภูมิใจ และกระทำให้สิ่งที่มองจากสังคมชาวพุทธ (งดงามมากในการช่วยผู้หญิงคนหนึ่ง) แต่ขณะเดียวกันก็ได้ "ทำลาย" ปรากาการของความศักดิ์สิทธิ์ของระบบราชการศาลลงไป

ที่สำคัญ หากพิจารณาอย่างเป็นประวัติศาสตร์จะพบว่าในท่ามกลางการสืบทอดชนชั้นของชนชั้นนำและการสืบทอดชนชั้นของชนชั้นกลางที่สืบทอดกันมานานในทศวรรษนี้ได้สร้างระบบเกียรตินิยมขึ้นมาซึ่งได้ผนวกคนเข้ามารวมมากมาย ในระบบเกียรตินิยมที่ผนวกรวมเอาคนเข้ามารวมมากมายนั้นไม่มีทางที่จะสร้างความเป็นหนึ่งเดียวหรือทำให้เกิดการเคลื่อนไหวที่เป็นไปในทางเดียวกันในลักษณะแบบเครือข่ายได้ แม้กระทั่งการเคลื่อนไหวทางการเมืองของกลุ่ม กปปส. ก็เห็นได้ชัดเจนว่าไม่ได้เป็นหนึ่งเดียวกันอย่างแท้จริง การเคลื่อนไหวในแต่ละครั้งอาจจะมีการสร้าง "ความเห็นพ้อง" (Consensus) บางอย่างที่ทุกคนร่วมกันในจังหวะสู้รบ แต่ในแต่ละกลุ่มก็มีความแตกต่างกันแน่นอนว่าในความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงมานาน ทำให้เกิดการสร้างความเห็นร่วมกันชุดหนึ่งขึ้นมา ซึ่งกว้างขวางมากพอสมควร กว้างขวางจนผลักดันให้คนจำนวนหนึ่งไปเป่านกหวีด และไปทำอะไรได้อย่างที่ไม่ได้คาดมาก่อน

นอกจากการเสนอให้คิดด้วยคำใหม่ party of order แทนการคิดด้วยคำที่ทำให้จินตนาการถึงความเป็น "เครือข่าย" แล้ว ในความเปลี่ยนแปลงทางสังคมอีกประการหนึ่งที่สำคัญมาก ได้แก่ การเกิดความคิด "ความเป็นสาธารณะ" (Publicness) กล่าวได้ว่าความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในช่วงสองสามทศวรรษที่ผ่านมาได้ทำให้คนจำนวนมากในสังคมไทยดำรงชีวิตอยู่บนฐานของการจัดสรรทรัพยากรสาธารณะ ดังนั้นคำว่า "สาธารณะ" จึงมีความหมายเปลี่ยนแปลงไปจากสมบัติกลางที่ไม่มีเจ้าของและเราทุกคนถลุงได้อย่างเสรี มาสู่การเชื่อมโยงตนเองกับพื้นที่ส่วนกลางที่ตนเองต้องร่วมดูแลรักษา การเมืองเริ่มกลายเป็น "พื้นที่

สาธารณะ" ในความหมายใหม่มากขึ้น พื้นที่แห่ง “ความเป็นสาธารณะ” ที่เกิดขึ้นใหม่นี้มีคุณลักษณะที่เด่นมากกว่าเดิม ได้แก่ ความคิดเรื่องความเสมอภาค ซึ่งน่าจะส่งผลต่อการคิดและรู้สึกในเรื่องของอำนาจสูงสุดไม่มากนักน้อย ดังนั้น โอกาสที่ "ตุลาการภิวัตน์" จะสามารถใช้คำพิพากษาไปในลักษณะสามช่วงเวลาที่ผ่านมาอย่าง ที่อาจารย์ปิยบุตรกล่าวไว้ก็อาจจะเกิดได้ยากมากขึ้นกว่าเดิม

4.

ในช่วงเวลาหนึ่งทศวรรษที่ผ่านมา ความขัดแย้งทางการเมืองเฉพาะหน้าได้ทำให้ความแตกแยกระหว่างประชาชนขยายตัวออกไปอย่างกว้างขวางอย่างไม่เคยประสบกันมาก่อน และความขัดแย้งแตกแยกนี้ได้ลึกซึ้งและรุนแรงจนดูเหมือนว่าไม่มีใครกลุ่มใดจะพึงเสียงจากคนกลุ่มอื่นๆ การคิด/เขียน/สัมมนาทางวิชาการก็จะถูกมองอย่างระแวงสงสัยไว้ล่วงหน้าว่าเป็นการทำเพื่อสนับสนุนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ทางวิชาการก็ต้องทำกันต่อไป

การจัดสัมมนาวิชาการเรื่อง "เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน" ช่วยทำให้เกิดความเข้าใจความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองวัฒนธรรม/การเมืองการเคลื่อนไหวได้ชัดเจนมากขึ้น ไม่ว่าจะมองจากจุดยืนของกลุ่มใดหรือฝ่ายใด แม้ว่าความรู้ที่วิทยากรได้พยายามสร้างขึ้นเพื่อทำความเข้าใจร่วมกันนี้อาจจะยังไม่สามารถเข้าไปแปรเปลี่ยนวิธีคิดวิธีรู้สึกของผู้คนได้ทั้งหมด แต่ก็ยังคงมีความหวังว่าในอนาคตอันใกล้ คนในสังคมไทยจะเปิดใจ/เปิดความคิดเพื่อที่จะเข้าใจผู้อื่นและเข้าใจความเปลี่ยนแปลงของสังคมมากขึ้น

บรรณานุกรม

กฤษณ์พชร โสมณวัตร, “อำนาจแห่ง ‘อัตลักษณ์’ ตุลาการ” *นิติสังคมศาสตร์* 7, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2557).

สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: กฤษณ์พชร โสมณวัตร-การประกอบสร้างอัตลักษณ์ตุลาการไทย” (26 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65447>

สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: ปิยะบุตร แสงกนกกุล - ตุลาการภิวัตน์วิถี” (2 พฤษภาคม 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/05/65569>

สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: โยชิฟูมิ ทามาตะ-ประชาธิปไตยไทยกับตุลาการภิวัตน์” (22 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65384>

สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: สมชาย ปรีชาศิลป์กุล-กำเนิดและความพลิกผันของการเมืองเชิงตุลาการ” (25 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65432>

สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: สายชล สัตยานุรักษ์-มรดกประวัติศาสตร์ จุดกำเนิดตุลาการภิวัตน์” (23 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65406>

สำนักข่าวประชาไท, “เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ฯ: อายาโกะ โทยามะ-วิเคราะห์การคัดเลือกกรรมการองค์กรอิสระ” (26 เมษายน 2559). สืบค้นเมื่อ 22 พฤษภาคม 2559 จาก <http://prachatai.org/journal/2016/04/65461>

บทคัดย่อ

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

การขยายบทบาทของฝ่ายตุลาการได้ถูกทำให้เกิดการตั้งคำถามในด้านของแนวคิดและผลกระทบที่เกิดขึ้นในความเป็นจริง ในด้านของแนวคิดจะพบว่าการเมืองเชิงตุลาการมีความแตกต่างไปอย่างมากจากแนวความคิดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งบทบาทหน้าที่ของฝ่ายตุลาการจะถูกจำกัดไว้เพียงการวินิจฉัยประเด็นปัญหาทางกฎหมายในข้อพิพาทต่างๆ ขณะที่การศึกษาถึงผลที่เกิดขึ้นจริงก็จะพบว่าการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่เพียงส่งผลกระทบต่อ การส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น หากยังสามารถทำให้เกิดปัญหาในทางการเมืองติดตามมาด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ: การเมืองเชิงตุลาการ, บทบาทของฝ่ายตุลาการ

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

Judicialization of Politics

Somchai Preechasinlapakun²

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: ajamlek@hotmail.com

บทนำ

นับตั้งแต่ พ.ศ. 2549 เป็นต้นมาจวบจนกระทั่งการรัฐประหารเมื่อเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2557 ฝ่ายตุลาการได้เข้ามามีบทบาทอย่างกว้างขวางในสังคมการเมืองไทยอย่างที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตัดสินข้อพิพาทต่างๆ ที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองอย่างสำคัญ เช่น การยุบพรรคการเมืองที่ได้รับความนิยมจากประชาชนอย่างมาก การวินิจฉัยให้ความเป็นนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลง เป็นต้น การแสดงบทบาทของฝ่ายตุลาการในลักษณะดังกล่าวได้นำมาสู่การถกเถียงในหลากหลายประเด็น ทั้งในด้านของแนวทางและเหตุผลของการวินิจฉัยในข้อพิพาท บทบาทของฝ่ายตุลาการเฉพาะอย่างยิ่งการทำหน้าที่วินิจฉัยในข้อพิพาทประเด็นปัญหาทางด้านการเมือง

ท่ามกลางการถกเถียงที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง ดูราวกับว่าแนวทางในการถกเถียงจะยังคงมีกรอบในการพิจารณาอย่างจำกัดระหว่างฝ่ายที่สนับสนุนบทบาทของตุลาการในลักษณะที่ถูกเรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์” และฝ่ายอื่นที่มีความเห็นแตกต่างกันไป บทความนี้ต้องการทำความเข้าใจแนวทางการวิเคราะห์ถึงบทบาทของฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นปรากฏการณ์ร่วมสมัยในประเทศอื่นๆ ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการทำความเข้าใจบทบาทของฝ่ายตุลาการในประเทศที่มีลักษณะประชาธิปไตยใหม่ เพื่อที่จะทำให้การทบทวนและประเมินถึงสถานะและบทบาทของฝ่ายตุลาการในสังคมไทยจะสามารถดำเนินไปได้โดยมีมุมมองที่รอบด้าน อันจะเป็นแนวทางที่นำไปสู่การทำความเข้าใจกับปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมไทยได้อย่างลึกซึ้งมากขึ้น

1. กำเนิดใหม่ “ตุลาการศึกษา” (Judicial Studies)³

ประสบการณ์ของประเทศต่างๆ ในยุโรปภายใต้ระบอบฟาสซิสต์ที่มาจากการเลือกตั้ง (democratically elected fascist regimes) ในช่วงก่อนและระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ส่งผลให้การจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นหลังเหตุการณ์ดังกล่าวในหลายประเทศให้ความสำคัญกับหลักการใน 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 “ตุลาการศึกษา” 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 สำหรับความหมายของตุลาการศึกษาในที่นี้มีความแตกต่างออกไป 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 เสรีภาพในการแสดงความเห็น การปกป้องสภาพแวดล้อม เป็นต้น

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

มิใช่เพียงการขยายอำนาจของฝ่ายตุลาการที่เพิ่มขึ้นเท่านั้น หากยังเป็นภาวะของการเปลี่ยนแปลงที่นำไปสู่การโต้แย้งถึงแนวความคิดของการจัดวางความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมืองในแบบดั้งเดิม บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญได้ส่งผลกระทบต่อขอบเขตอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญได้เพิ่มสูงมากขึ้นในหลายด้านทั้งการจำกัดความสามารถในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบและควบคุมการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรหลักๆ ตามแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจแบบเดิมจึงมีคำอธิบายที่เปลี่ยนแปลงไป สะท้อนให้เห็นถึงความเสื่อมถอยของแนวความคิดว่าอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐบาล (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) งานชิ้นนี้เป็นการรวมการศึกษารoles of ตุลาการในหลายประเทศในเอเชีย โดยได้จัดแบ่งกลุ่มประเทศที่ศึกษาเป็น 3 กลุ่ม คือ ประเทศที่ประชาธิปไตยลงหลักปักฐานมั่นคง ประเทศประชาธิปไตยใหม่ และในประเทศที่มีลักษณะอำนาจนิยมหรือกึ่งอำนาจนิยม

political question doctrine)⁶ ที่ได้วางหลักการว่าฝ่ายตุลาการจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาทางการเมือง

ในด้านหนึ่ง บทบาทที่เปลี่ยนแปลงไปของฝ่ายตุลาการมีผลอย่างสำคัญต่อการรับรองและปกป้องสิทธิของพลเมืองในหลายประเทศรวมทั้งในระดับระหว่างประเทศ หรือที่มักถูกเรียกกันว่า “ตุลาการภิวัตน์” (judicial activism) อันทำให้ฝ่ายตุลาการได้รับความเชื่อมั่นเพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็ว และได้ถูกอธิบายว่ามีส่วนต่อการทำให้เกิดกระบวนการแห่งการสนทนา (process of dialogue) เนื่องจากเห็นว่าควินิจัยของฝ่ายตุลาการมิใช่เป็นผลจากการทำหน้าที่ของบุคคลพิเศษบางกลุ่ม 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

เป็นปฏิกิริยาต่อฝ่ายเสียงข้างมาก (countermajoritarian difficulty)⁷ เฉพาะอย่างยิ่งการขยายบทบาทเข้าไปในพื้นที่ความขัดแย้งหลักทางการเมือง (core political controversies) ที่มากขึ้น ซึ่งอาจเป็นการนำไปสู่รูปแบบของตุลาการธิปไตย (juristocracy)⁸ โดยฝ่ายตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาทซึ่งเดิมอยู่ในอาณัติบริเวณของการถกเถียงทางการเมือง และฝ่ายตุลาการได้แปรสภาพเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเหนือกว่าฝ่ายใดในการตัดสินข้อพิพาทต่างๆ

แม้จะเกิดการขยายตัวอย่างกว้างขวางของบทบาทฝ่ายตุลาการ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เกิดปฏิกิริยาหรือการตอบโต้จากสถาบันการเมืองเสียงข้างมากต่อศาล ซึ่งมีบทบาทอย่างเด่นชัด อันสะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่างฝ่ายตุลาการและสถาบันการเมืองในระบบตัวแทน การตอบโต้ต่อการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ⁹ เช่น การออกกฎหมายภายหลังคำพิพากษาเพื่อแก้ไขผลของคำพิพากษา การเข้าไปมีบทบาทในการแต่งตั้งผู้พิพากษา การยุบฝ่ายตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภารกิจทางการเมือง การจำกัดเขตอำนาจศาลให้หดแคบลง เป็นต้น หากพิจารณาในแง่นี้ บทบาทของตุลาการที่แผ่ขยายเข้าไปในสังคมต่างๆ จึงอาจส่งผลกระทบต่อสถาบันการเมืองที่ดำรงอยู่และได้รับการตอบโต้ในเงื่อนไขที่แตกต่างกันไป

นอกจากนี้การสถาปนาอำนาจของฝ่ายตุลาการก็ไม่เพียงแต่จะเป็นด้านที่เป็นคุณูปการแต่เพียงอย่างเดียว หากยังแปรไปสู่ด้านที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิด

7 การพิจารณาประเด็นปัญหา “ความยุ่งยากในการเป็นปฏิกิริยาต่อฝ่ายเสียงข้างมาก” 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 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับวิทยาศาสตร์ 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 ไปตามบทบัญญัติของกฎหมายบนพื้นฐานความเชื่อว่ามีคำวินิจฉัยที่ถูกต้องดำรงอยู่อย่างเป็นอิสระ ในแง่นี้คำอธิบายต่อบทบาทของฝ่ายตุลาการตามแนวรูปแบบนิยมจึงย่อมมีข้อจำกัดต่อการทำความเข้าใจถึงปรากฏการณ์ที่กำลังแผ่ขยายไปอย่างกว้างขวางในห้วงเวลาของต้นศตวรรษที่ 21 การก้าวเข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยประเด็นปัญหาในหลายคดี ทั้งการตัดสินและการให้เหตุผลไม่ว่าจะเป็นไปในทางสนับสนุนหรือคัดค้านต่อข้อพิพาทต่างๆ 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 ถ้อยคำดังกล่าวจึงยังไม่มีการประดิษฐ์ขึ้น 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 การเมืองเชิงตุลาการมีความหมายถึงแนวทางที่ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจในการตรวจสอบเพื่อทำให้เกิดหรือส่งผลต่อนโยบายสาธารณะ, 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” (mega-politics) อันมีความหมายถึงความขัดแย้งหลักในทางการเมืองซึ่งมีผลอย่างสำคัญกับการเมืองในภาพรวม ประเด็นที่ถือเป็นอภิการเมือง เช่น การวินิจฉัยความถูกต้อง

ต้องของกระบวนการเลือกตั้ง การตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารในการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ การสนับสนุนการเปลี่ยนผ่านของระบอบ เป็นต้น ประเด็นตัวอย่างที่ได้กล่าวมาเป็นข้อพิพาทซึ่งคำวินิจฉัยไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่งจะส่งผลกระทบอย่างสำคัญต่อระบบการเมืองโดยรวมต่อไป การเข้ามามีบทบาทในอาณาบริเวณของอภิมหาเมืองถือได้ว่าเป็นบทบาทที่ทำให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีปฏิสัมพันธ์กับการเมืองอย่างเข้มข้น

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

2.2 พื้นที่ในการปรากฏตัวของการเมืองเชิงตุลาการ

การปรากฏตัวของฝ่ายตุลาการในมิติที่มีความสัมพันธ์กับประเด็นปัญหาทางการเมือง ได้เกิดขึ้นอย่างเด่นชัดผ่านการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญจะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันต่างๆ ทางการเมือง รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและสถาบันทางการเมืองในประเด็นเรื่อง

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

สิทธิเสรีภาพระหว่างบุคคล กลุ่มชน กับหน่วยงานรัฐ จึงทำให้ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญมักจะมีความเป็นการเมืองอยู่เสมอ อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศที่ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา เป็นต้น ศาลสูงก็มักจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ 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 ฝ่ายตุลาการในหลายประเทศได้รับรองและตัดสินชี้ทั้งพรรคการเมืองและผู้สมัครรับเลือกตั้งในห้วงทศวรรษที่ผ่านมา 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) เอกสิทธิของสถาบันจากการเลือกตั้ง (Core Executive Prerogatives)

พื้นที่ซึ่งฝ่ายตุลาการได้มีบทบาทเพิ่มขึ้นอย่างสำคัญอีกด้านคือ อำนาจซึ่งเคยเป็นเอกสิทธิ (prerogative) ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เฉพาะอย่างยิ่งในการดำเนินการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความมั่นคงของรัฐและนโยบายด้านการคลัง

ศาลสูงของแคนาดา (The Supreme Court of Canada) ได้ปฏิเสธหลักการเรื่องข้อถกเถียงในทางการเมือง (the political question doctrine)¹⁹ ภายหลังจากการประกาศใช้ธรรมนูญแห่งแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ 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

การวางบทบาทของศาลในลักษณะเช่นนี้ทำให้ศาลสูงของแคนาดากลายเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการชี้ขาดในประเด็นปัญหาต่างๆ นับตั้งแต่อนาคตของมลรัฐควิเบก (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) ได้ยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในนโยบายของรัฐบาล ที่เรียกว่า pesification plan (การกำหนดสกุลเงินเปโซของอาร์เจนตินาแบบตายตัว กับสกุลเงินดอลลาร์ของสหรัฐอเมริกา)

บทบาทของฝ่ายตุลาการในพื้นที่ที่เคยเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติได้เพิ่มขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ทั้งในด้านการดำเนินนโยบายต่างประเทศ นโยบายการคลัง หรือความมั่นคงของรัฐ ซึ่งสามารถปรากฏขึ้นไม่เพียงในด้านของการโต้แย้งต่อนโยบายของรัฐบาลเท่านั้น การวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของนโยบายหรือแผนงานทางด้านเศรษฐกิจ ก็เป็นส่วนหนึ่งที่ยืนยันว่า ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดประเด็นปัญหาเหล่านี้ 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) บทบาทในลักษณะเช่นนี้จะปรากฏขึ้นในประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงมักจะไม่ได้ดำเนินไปตามกรอบของกฎหมาย ดังการรัฐประหารเพื่อล้มล้างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งจะทำให้มีการจัดตั้งฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติขึ้นมาใหม่ และรวมถึงการดำเนินการในทางการเมืองอีกหลายประการที่ทำให้เกิดข้อถกเถียงถึงความชอบด้วยกฎหมายขึ้น เช่น การตั้งองค์กรขึ้นภายหลังการรัฐประหารเพื่อตัดสินการกระทำของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในทางการเมืองก่อนหน้ารัฐประหาร เป็นต้น บทบาทของฝ่ายตุลาการในรูปแบบนี้ก็เป็นกรณีศึกษาที่เป็นการแสดงบทบาทในฐานะของผู้ให้การรับรอง (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

“การขยายระยะเวลาของกองทัพในการมีส่วนในกิจการของพลเรือน จะทำให้เกิดความเสี่ยงของการเปลี่ยนเป็นเรื่องการเมือง ซึ่งจะไม่ใช่ประโยชน์ของชาติ ดังนั้น กฎเกณฑ์ของพลเรือนในประเทศจะต้อง ถูกนำกลับมาภายในระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่เป็นไปได้”²⁵

ทั้งนี้ ศาลได้กำหนดระยะเวลา 3 ปี ในการดำเนินการปฏิรูปทางเศรษฐกิจ และการเมืองรวมทั้งการปฏิรูปประชาธิปไตย โดยได้ประกาศว่านายพล Musharaff ต้องเลือกกำหนดการที่ไม่น้อยกว่า 90 วัน ก่อนที่จะครบรอบ 3 ปี สำหรับการเลือกตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สภาท้องถิ่นและวุฒิสภา เป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการต่อสู้ถึงความชอบด้วยกฎหมายทางการเมืองของนายพล Musharaff ได้รับการตอกย้ำโดยการทำหน้าที่ของศาลสูงปากีสถาน

4) การสร้างความหมายของวาทกรรมเกี่ยวข้องกับชาติ

นอกจากประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ “การเมือง” โดยตรงแล้ว บทบาทที่สำคัญอีกด้านหนึ่งของฝ่ายตุลาการที่ปรากฏขึ้นก็คือ การพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของวาทกรรมต่างๆ ที่สะท้อนให้เห็นนิยามของตัวตนในสถาบันต่างๆ ซึ่งมีความสัมพันธ์ต่อลักษณะรวมหมู่ของบุคคล 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 ตามกฎหมายแห่งการหวนคืน (Law of Return) ชาวยิวที่อพยพกลับคืนสู่อิสราเอลจะได้รับสิทธิประโยชน์อย่างเต็มที่เช่นเดียวกันกับบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐ แต่บุคคลอพยพที่ไม่ใช่ชาวยิว จะไม่ได้รับสิทธิในลักษณะเดียวกัน ความเป็นชาวยิวจึงขึ้นอยู่กับ การให้ความหมายว่าใครคือยิว

โดยที่ฝ่ายการเมืองไม่มีความสามารถและเจตจำนงในการจัดการกับประเด็นนี้ ใน ค.ศ. 1989 ศาลสูงสุดของอิสราเอลได้วินิจฉัยว่าเพื่อเป้าหมายสำหรับการอพยพ ไม่ว่าใครก็ตามที่เปลี่ยนศาสนาเป็นยูด้า (Judaism) นอกดินแดนอิสราเอล จะสามารถได้รับสิทธิเช่นเดียวกันชาวยิวอพยพ (Jewish immigrant) คำตัดสินดังกล่าวได้ทำให้บุคคลที่มีเชื้อชาวยิวแต่อาศัยอยู่ในอิสราเอล (ซึ่งส่วนมากเป็นแรงงานต่างด้าวและผู้อพยพชาวสหภาพโซเวียต) ทำการเปลี่ยนศาสนาออกประเทศ ก่อนเดินทางกลับเข้ามาเพื่อให้ได้รับสิทธิในฐานะเช่นเดียวกับชาวยิว ซึ่งทางรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยไม่ให้การรับรองกับบุคคลกลุ่มดังกล่าว แต่ศาลสูงสุดอิสราเอลก็ได้ให้การรับรองต่อการเปลี่ยนศาสนาเป็นยูด้าที่ได้กระทำนอกประเทศ 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 อย่างเป็นเอกฉันท์ว่าการประกาศแบ่งแยกโดยฝ่ายเดียวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ และลำพังเสียงข้างมากในควิเบกก็ไม่เป็นเงื่อนไขเพียงพอต่อการประกาศแบ่งแยกอย่างถูกกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากเสียงข้างมากในควิเบกได้ลงประชามติสนับสนุนการแบ่งแยก ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องก็ควรทำความเข้าใจเรื่องการแบ่งแยกด้วยเจตนารมณ์ที่ดี (good faith) คำตอบของศาลสูงถือว่าการยอมรับทั้งแนวทางของฝ่ายนิยมสหพันธรัฐ (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 ศาลสูงแคนาดามีความเห็นว่าสิทธิในการกำหนดอนาคตของตน (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

ประเด็นสำคัญของการพิจารณาเรื่องการแบ่งแยกของควิเบกแสดงให้เห็นว่าศาลสูงสุดของแคนาดาได้กลายเป็นพื้นที่ของการตัดสินใจประเด็นที่มีความสลับซับซ้อนเกี่ยวกับสถานะของแคว้นควิเบก และความสัมพันธ์กับส่วนต่างๆ ที่เหลือของแคนาดา ไม่ว่าผลลัพธ์ของประเด็นดังกล่าวนี้จะมีบทสรุปในลักษณะเช่นใดก็ตาม แต่การแสดงบทบาทของศาลสูงแคนาดาในช่วง 2 ทศวรรษที่ผ่านมา ก็ได้ทำให้ประเด็นข้อถกเถียงที่เคยเป็นคำถามอยู่ในพรมแดนทางการเมืองได้เคลื่อนเข้ามาอยู่ภายใต้พื้นที่อำนาจของฝ่ายตุลาการ (judicialized) ในการวินิจฉัยชี้ขาด

3. การถูกสร้างและการสร้างตนเองของฝ่ายตุลาการ

การปรากฏตัวของการเมืองเชิงตุลาการในช่วงปลายทศวรรษที่ 20 เป็นผลสืบเนื่องอย่างสำคัญจากการ “เขียน” บทบาทและหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ในรัฐธรรมนูญที่แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญแบบดั้งเดิม อันทำให้ฝ่ายตุลาการ สามารถเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและมีบทบาทในทางการเมืองเพิ่มขึ้น เฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล (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

บทบาทของฝ่ายตุลาการที่เปลี่ยนแปลงและกลายเป็นการเมืองเชิงตุลาการ อันสืบเนื่องมาจากการกำหนดบทบาทและหน้าที่ซึ่งแตกต่างไปจากบทบาทในแบบดั้งเดิม 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) โดยข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรมหมายถึงการยื่นฟ้องคดีว่าด้วยความชอบธรรมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทชัดเจนสำหรับข้อพิพาทในเชิงนามธรรมหมายถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ 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 เมื่อได้มีคำวินิจฉัยในคดีหนึ่งคดีใดเกิดขึ้นแล้ว หากต่อมามีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันเกิดขึ้น

ตามคำพิพากษาที่ตัดสินวางบรรทัดฐานไว้ก่อนหน้า

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

สำหรับผลของคำตัดสินในรูปแบบอื่นสามารถพบได้ในระบบกฎหมายของเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีทางเลือก 2 ทางในการวินิจฉัยเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประการแรก ศาลสามารถตัดสินให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ (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 หากผู้ออกแบบรัฐธรรมนูญเชื่อว่ากลุ่มของพวกเขามีแนวโน้มจะ
พ่ายแพ้ในการเลือกตั้งภายหลังประกาศใช้ หน้าที่พื้นฐานของผู้ออกแบบก็คือ
การเลือกกระบวนการแต่งตั้งที่จะเพิ่มโอกาสให้ผู้พิพากษาคิดความชอบด้วยนิติ
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 ต่างมีอำนาจเสนอตุลาการศาลรัฐธรรมนูญองค์กรละ 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) ซึ่งในการกำหนดระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลรัฐธรรมนูญ มี 2 ประเภท คือ การดำรงตำแหน่งแบบตลอดชีพ (lifetime appointment) และการดำรงตำแหน่งแบบมีเวลาจำกัด (designed appointment)

สำหรับการดำรงตำแหน่งแบบตลอดชีพนั้น บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจะอยู่ในตำแหน่งตลอดไปตราบนานกระทั่งเสียชีวิต สำหรับแบบมีเวลาจำกัดก็จะมีกำหนดระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งหรืออายุที่ต้องพ้นไปจากตำแหน่ง

เอาไว้ แม้จะเป็นที่เข้าใจกันว่าการดำรงตำแหน่งแบบตลอดชีพจะมีระยะเวลาที่ยาวกว่าแบบมีเวลาจำกัด 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 ประเด็นสำคัญก็คือการเลือกระหว่างความเร็วและความแน่นอน (speed and accuracy) จำนวนผู้พิพากษาที่เพิ่มขึ้นจะทำให้เกิดต้นทุนของการถกเถียง (the greater the number of judges, the higher the costs of deliberation) หากพิจารณาแบบสุดขั้ว การกำหนดผู้พิพากษาเพียงคนเดียวเป็นผู้รับผิดชอบในการตัดสินใจจะเป็นวิธีการที่มีต้นทุนในกระบวนการตัดสินใจที่ถูกลง แต่ก็จะมีต้นทุนของความผิดพลาดในระดับที่สูง จึงเป็นผลให้จำนวนของฝ่ายตุลาการมักจะมีขนาดใหญ่ขึ้นรวมถึงการเพิ่มขึ้นตอนของการอุทธรณ์

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

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

โดยสรุป การออกแบบเชิงโครงสร้างที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ที่กล่าวมา จะมีผลอย่างสำคัญถึงบทบาทหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในการเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการเมือง หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญตระหนักว่าทางฝ่ายของกลุ่มตนหรือกลุ่มที่มีอุดมการณ์ใกล้เคียงมีโอกาสดูแลเป็นเสียงข้างน้อยภายใต้กระบวนการเลือกตั้ง ก็จะมีการทำให้ฝ่ายตุลาการสามารถมีบทบาทอย่างกว้างขวางในประเทศต่างๆ 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 โดยศาลมิใช่เป็นเพียงสถาบันที่สร้างกฎหมายขึ้นในระบบการเมืองเท่านั้น 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 เป็นสิ่งที่ไม่ลงรอยกับแนวทางสำคัญของตุลาการศึกษามิที่มีอิทธิพลเป็นอย่างมาก โดยแนวทางแรกคือ เจตคตินิยม (Attitudinalism) ซึ่งให้คำอธิบายว่าผู้พิพากษาจะขยายพื้นที่ของอุดมการณ์ตามแนวความเชื่อของตนโดยมิได้มีการกระทำที่เป็นไปโดยมีการคำนึงถึงผลเสียแต่อย่างใด (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 รวมทั้งปฏิกริยาที่อาจเกิดขึ้นในด้านตรงกันข้ามอันทำให้อำนาจของฝ่ายตุลาการมักจะปรากฏเพิ่มอย่างค่อยเป็นค่อยไป เป้าหมายของฝ่ายตุลาการจึงไม่อาจจำกัดไว้เฉพาะการพิจารณาการปรับใช้หลักการที่วางไว้ก่อนหน้า แต่มีส่วนอย่างสำคัญในการพัฒนารัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญจึงมีความหมายถึงเอกสารที่มีชีวิต (living documents) ซึ่งไม่ได้ดำรงอยู่ในอาณาจักรอันบริสุทธิ์หรือการค้นพบจากผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายแต่อย่างใด อำนาจของฝ่ายตุลาการจะทำให้เกิดกระบวนการสนทนาและการขีดเส้นแบ่งของพรมแดนกิจกรรมทางการเมือง การสนทนาจะทำให้เกิดการก่อตัวของระบอบประชาธิปไตย (democratic self-articulation) รัฐธรรมนูญจะปรากฏขึ้นไม่ใช่เพราะการประกาศของผู้ทรงปัญญาแต่เป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ด้วยการทำความเข้าใจในแนวทางเช่นนี้ ฝ่ายตุลาการจึงสามารถมีบทบาทในสร้างเสริมความมั่นคงทางการเมือง รวมทั้งการสร้างวงจรแห่งคุณธรรม (virtuous circle) ที่ทำให้เกิดการยอมรับและปฏิบัติรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายเสียงข้างน้อยสามารถโต้แย้งถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในข้อถกเถียงเกี่ยวกับนโยบายด้วยการนำคดีไปสู่การพิจารณาในชั้นศาล อย่างไรก็ตาม อาจปรากฏความผิดพลาดในกรณีที่ฝ่ายตุลาการได้ทำลายต่อสถาบันที่มีอำนาจมากในทางการเมืองอันอาจนำมาซึ่งการตอบโต้ได้

2) ปฏิกริยา 4 ทิศทาง

ในแนวทางของการตัดสินใจแบบมีเหตุผล (rationalist approach) การตัดสินใจของแต่ละฝ่ายที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลจะเกิดขึ้นเมื่อผลประโยชน์ในอนาคตมีมากกว่าราคาของการปฏิบัติตามในคำตัดสินนั้น ถ้าราคาของการปฏิเสธคำตัดสินถูกกว่าการปฏิบัติตามก็อาจทำให้เกิดการปฏิเสธต่อคำตัดสิน คำอธิบายดังกล่าวทำให้มีประเด็นที่ฝ่ายตุลาการต้องพิจารณา คือ

ประการแรก ถ้าศาลเลือกคดีที่มีต้นทุนของการปฏิบัติตามสูง ก็อาจสร้างความเสี่ยงต่อการไม่ปฏิบัติตามและส่งผลกระทบต่อสถาบันในระยะยาว ประการที่สอง ในระยะเริ่มแรกของระบอบประชาธิปไตย ความเป็นไปได้ของการปฏิบัติตาม

เป็นส่วนหนึ่งที่จะสะท้อนให้เห็นถึงความต่อเนื่องของระบอบประชาธิปไตย ถ้าผลประโยชน์ในอนาคตมีอยู่ในระดับต่ำก็อาจทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการปฏิเสธคำตัดสินเกิดขึ้น ดังนั้น ฝ่ายตุลาการต้องไม่สันคลอนผลประโยชน์ของผู้มีอำนาจทางการเมืองรวมทั้งไม่กระตุ้นให้เกิดการปฏิเสธคำวินิจฉัยจากฝ่ายอื่นเกิดขึ้นเช่นกัน ศาลที่มีความระมัดระวังจะสร้างอำนาจขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปและช่วยลดความเสี่ยงต่อการคาดหมายถึงการล้มลงของระบอบ

นอกจากการปฏิบัติตามแล้ว คำตัดสินก็อาจมีแนวทางที่ปฏิเสธ (ignore) และการปรับเปลี่ยน (overrule) อันเป็นการไม่ยอมรับคำตัดสิน ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรอื่นได้ออกกฎหมายเพื่อจำกัดบทบาทของฝ่ายตุลาการในการทำหน้าที่บางด้าน รวมทั้งอาจเป็นการแก้ไขกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของศาล ตัวอย่างที่สำคัญได้แก่โดยฝ่ายต่อต้านการทำแท้ง (pro - life) พยายามที่จะเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีการปกป้องชีวิตของทารกในครรภ์ เพื่อตอบโต้กับคำวินิจฉัยคดี Roe v. Wade³⁷ ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับการทำแท้งของหญิงในช่วงเวลาระยะแรกของการตั้งครรภ์ แม้ความพยายามดังกล่าวจะไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ก็ยังมีความพยายามที่จะทำให้คำพิพากษามีผลบังคับใช้น้อยลงในวิถีทางอื่น เช่น การพยายามจำกัดงบประมาณสำหรับการทำแท้ง เป็นต้น

ความเป็นไปได้ของการปรับเปลี่ยนคำพิพากษามีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐธรรมนูญแต่ละระบบ หากรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้อย่างง่ายก็จะเป็นการจำกัดอำนาจของตุลาการช่องทางหนึ่ง การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ยากหรือง่ายเป็น

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

ปัจจัยหนึ่งที่สามารถคาดหมายได้ถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจริงในแต่ละประเทศ นอกจากนี้อาจปรากฏการโต้ต่อฝ่ายตุลาการได้ในกรณีที่ว่าวินิจฉัยส่งผลกระทบต่อฝ่ายที่มีอำนาจในทางการเมือง 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 อาจมีการตอบโต้แบบรุนแรงในกรณีที่เราเห็นว่าบทบาทของฝ่ายตุลาการอาจสร้างความยุ่งยากให้เกิดขึ้น

นอกจากรูปแบบของระบอบแล้ว ระบบรัฐบาลระหว่างระบบประธานาธิบดีกับระบบรัฐสภาก็มีผลต่อฝ่ายตุลาการเช่นกัน Bruce Ackerman ซึ่งว่าระบบประธานาธิบดีจะช่วยเสริมสร้างบทบาทศาลให้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยระหว่างองค์กรที่มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย³⁸ ซึ่งอาจพบได้ในประเทศที่มีทรศนะที่ต่างกันระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐสภา หรืออาจเป็นสถานการณ์ที่ระบบการเมืองไม่ถูกผูกขาดไว้ด้วยพรรคการเมืองเพียงพรรคหนึ่งพรรคใด (อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องพิจารณาถึงกลไกทางรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีประกอบด้วย หากประธานาธิบดีมีอำนาจมากอันทำให้ต้นทุนต่ำในการไม่ปฏิบัติตามหรือตอบโต้ต่อฝ่ายตุลาการ การใช้วิธีการตอบโต้ก็อาจเป็นทางเลือกหนึ่ง)

เพราะฉะนั้น กระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจึงเป็นอำนาจอิสระแบบมีปฏิสัมพันธ์ (interdependent law-making power) ฝ่ายตุลาการไม่ได้ดำรงอยู่ในความว่างเปล่าแต่ต้องมีความสัมพันธ์และถูกจำกัดโดยองค์กรอื่นๆ ในประเทศประชาธิปไตยใหม่ ปัจจัยสำคัญต่อการประกอบสร้างอำนาจของฝ่ายตุลาการคืออำนาจในทางการเมือง ฝ่ายทหารหรือพรรคการเมืองที่เข้มแข็งอาจเป็นอุปสรรคต่ออำนาจตุลาการ ในอีกด้านหนึ่ง ระบบการเมืองที่อำนาจทางการเมืองมีความขัดแย้งกันก็จะช่วยขยายพื้นที่ของฝ่ายตุลาการในการเข้ามาแก้ไขข้อขัดแย้งต่างๆ สถานะที่อำนาจทางการเมืองกระจัดกระจายเป็นเงื่อนไขให้ฝ่ายตุลาการสร้างความชอบธรรมและเข้ามาฝังตัวอยู่ในกติกาของรัฐธรรมนูญ

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 ทั้งนี้ในบางประเทศอำนาจตุลาการได้ทำการตรวจสอบและถ่วงดุลกับอำนาจของฝ่ายบริหาร 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
ระดับการมีส่วนร่วมในการเมือง			

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

5. หวนพิณถึง “ตุลาการภิวัตน์” แบบไทยๆ

การพิจารณาถึงบทบาทของฝ่ายตุลาการที่เพิ่มมากขึ้นนับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา บทบาทที่ขยายตัวของฝ่ายตุลาการจึงได้หมายความว่าเพียงการสร้างคามเข้มแข็งให้กับระบอบประชาธิปไตยหรือการส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น แต่ฝ่ายตุลาการก็สามารถที่จะแสดงบทบาทไปในทิศทางตรงกันข้ามได้เช่นกัน เพราะฉะนั้น ในการพิจารณาถึงฝ่ายตุลาการจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจถึงเงื่อนไข บริบทและลักษณะภายในบางด้านของสังคมแต่ละแห่งที่อาจมีผลทำให้การทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการให้มีแนวโน้มที่แตกต่างกันออกไปอย่างสำคัญ

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

การทำความเข้าใจกับตุลาการภิวัตน์ของสังคมไทยก็เช่นเดียวกันจำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงเงื่อนไขปัจจัยต่างๆ ประกอบ อันจะให้เห็นความเปลี่ยนแปลงของสถาบันตุลาการที่เป็นจริงได้มากกว่าเพียงการพร่ำสวดภาวนาถึง “ตุลาการภิวัตน์” รวากับเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่มาบรรดาลให้สังคมไทยเปลี่ยนผ่านไปสู่อุสภาวะที่ดีขึ้นดังที่เป็นอยู่กันอย่างกว้างขวางในผู้คนจำนวนไม่น้อย

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).

บทคัดย่อ

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

คำสำคัญ: ตุลาการ, การปกครอง

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

Abstract

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

keywords: Judges, Gouvernement

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

1. บทนำ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

fran%C3%A7aises

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

ในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศภาคพื้นยุโรปทั้งในอดีตและปัจจุบัน โดยเฉพาะการศึกษาถึงความคิดของ ฮันส์ เคลเซ่น นักกฎหมายชาวออสเตรีย ซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดศาสตร์รัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลพิเศษที่เป็นต้นแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส แตกต่างจากระบบอเมริกันที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

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

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

วิเคราะห์ถึงขอบเขตอำนาจและหน้าที่ของตุลาการในสังคมประชาธิปไตยยุคปัจจุบัน ที่ปัญหาทางการเมืองของประเทศต่างๆ มีความยุ่งยากซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งข้อพิจารณาประการนี้เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Le pouvoir constituant) ในการออกแบบและวางกรอบการใช้อำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ

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

2. ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับ “การปกครองโดยตุลาการ”

(Gouvernement des juges)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งในเชิงข้อความคิดประชาธิปไตย ฝ่ายนิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้งของประชาชน มีความชอบธรรมที่จะออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับภายในประเทศ รวมถึงการพิจารณาถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดการเลือกตั้งประธานาธิบดีที่ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งโดยตรง

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

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

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

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

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

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

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

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

12 Ibid.

Government อันเป็นการยืนยันหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (La suprématie du Congrès)

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

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

13 Ibid., p. 15.

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

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

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

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

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

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

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

จากข้อถกเถียงถึงที่มาและความหมายของ “การปกครองโดยตุลาการ” นำมาสู่การพิเคราะห์ถึงความมีอยู่และพัฒนาการของข้อความคิดดังกล่าวในลำดับถัดไป

4. หลัก “การปกครองโดยตุลาการ” มีอยู่จริงหรือไม่? และการพัฒนาการของแนวคิดดังกล่าว

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

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

16 Ibid., p.15-18.

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

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

17 Ibid., p. 16.

18 Ibid.

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

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

5. ข้อพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการเหมือนศาลอื่นๆ หรือไม่

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

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

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

อย่างไรก็ตาม ในประเทศฝรั่งเศสการวิพากษ์เช่นนี้มิได้เป็นการโต้แย้งหรือปฏิเสธคุณภาพหรือคุณสมบัติของตุลาการ เพียงแต่พิเคราะห์เพื่อจะยืนยันว่า ตุลาการไม่มีหน้าที่ใน “การปกครอง” ในฝรั่งเศสไม่มีใครโต้แย้งผู้พิพากษาตุลาการในเชิงคุณภาพ เพียงแต่โต้แย้งเกี่ยวกับการเข้ามาก้าวร้าวกับงานการปกครอง แทน

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

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

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

ตุลาการเข้าปฏิบัติหน้าที่ใช้อำนาจทางการเมืองที่สำคัญ เกินเลยไปจากหน้าที่ในทางตุลาการ

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

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

6. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของการใช้อำนาจ “ปกครอง” โดยตุลาการ

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

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

21 Ibid.

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

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

(1) มุมมองเกี่ยวกับจุดยึดโยงกับประชาชน ในทัศนะนี้มองว่า ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องมีความสัมพันธ์หรือมีที่มาที่สามารถเชื่อมโยงไปหาประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งหากพิจารณาข้อความคิดที่มาจากอำนาจรัฐเช่นนี้ ย่อมจะทำให้องค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญที่ตัดขาดจากประชาชนย่อมมีลักษณะขององค์กรที่ไม่เป็นประชาธิปไตย แต่ไม่ได้หมายความว่าตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยอ้อมจากประชาชน หากแต่มีจุดเกาะเกี่ยวกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย

อย่างไรก็ดี การพิจารณาจากลักษณะความเป็นประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญนี้ อาจจะไม่เป็นประเด็น ถ้าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีอำนาจมากมาย ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจข้องเกี่ยวกับการเมืองเลย หรือเข้ามาใช้อำนาจ

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

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

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

(2) มุมมองว่าด้วยอำนาจต้านอำนาจ (Le contre-pouvoir)

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

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

(3) มุมมองเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน

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

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

กล่าวโดยสรุปสำหรับประเด็นความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของการใช้อำนาจของตุลาการ โดยเฉพาะเมื่อตุลาการใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรการเมืองอื่นที่เรียกว่าเป็นการปกครองโดยตุลาการนั้น เมื่อพิจารณาจากมุมมองทั้ง 3 ประการดังกล่าวโดยเฉพาะมุมมอง 2 ประการหลัง ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในการใช้อำนาจที่เกินเลยไปจากอำนาจตุลาการ หากสามารถอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าเป็นการคานอำนาจกับอำนาจการเมืองอื่น และการใช้อำนาจที่เกินเลยนั้นมีเหตุผลสำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

7. บทสรุป

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

บรรณานุกรม

Book

BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert et HEUSCHLING Luc (sous la direction de), (2001), **Gouvernement des juges et démocratie**, Paris, Publications de la Sorbonne.

CHEVALLIER Jacques, (2004), **L’Etat post-moderne**, 2e édition, Paris, LGDJ.

GREWE Constance, JOUANJAN Olivier, MAULIN Eric, WACHSMANN Patrick (sous la direction de), (2005), **La notion de la justice constitutionnelle**, Paris, Dalloz.

KELSEN Hans, (2006), **Qui doit être le gardien de la constitution ?**,

LAMBERT Edouart, (2005), **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois**, Dalloz.

ROUSSEAU Dominique, **La justice constitutionnelle en Europe**, 1998

ROUSSEAU Dominique, **Droit du contentieux constitutionnel**, 2001

TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique, **Traité international de droit constitutionnel**. Tome I. 2012.

Article

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

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

บทคัดย่อ

ในหลายประเทศ ศาลยุติธรรมได้เข้ามามีบทบาทสนับสนุนสิทธิการใช้งานแสงประดิษฐ์และสิทธิประการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานแสงประดิษฐ์จากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อมและสุขภาพที่ดีของมนุษย์ ศาลยุติธรรมได้ตีความและปรับหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและผังเมืองเพื่อพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับแสงสว่าง ไม่ว่าจะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการส่องรुक้าของแสงประดิษฐ์ คดีที่เกี่ยวข้องกับแสงสว่างจ้าที่เกิดขึ้นจากการสะท้อนของแสงอาทิตย์จากกระจกหรือหน้าต่างของอาคารสูง และสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติอย่างพอเพียง แม้ศาลยุติธรรมในหลายประเทศได้เคยวินิจฉัยคดีที่วางหลักเกณฑ์อันมีอิทธิพลต่อการออกแบบหรือติดตั้งแสงสว่างภายนอกอาคาร แต่ทว่าศาลยุติธรรมในหลายประเทศก็ยังไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับระดับหรือปริมาณแสงธรรมชาติและแสงประดิษฐ์ที่สามารถรับได้ในเวลากลางวันและกลางคืน ดังนั้น ศาลยุติธรรมอาจแก้ปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงประดิษฐ์และผลกระทบของแสงธรรมชาติจากสิ่งแวดล้อมสรรค์สร้าง โดยไม่เพียงแต่พิจารณาจากคำพิพากษาที่เคยวางหลักเกณฑ์เอาไว้ในเรื่องปัญหาดังกล่าวเท่านั้น หากแต่ยังต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับแสงสว่างทางสถาปัตยกรรม การก่อสร้างในชุมชนเมืองและปัญหาในทางวิศวกรรมส่องสว่าง

คำสำคัญ: การส่องรुक้าของแสง, การสะท้อนของแสง, สิทธิได้รับแสงสว่าง, ศาลยุติธรรม

1 ดร., อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 50200

E-mail: pedithep@gmail.com

Abstract

In many jurisdictions, the Court of Justice, as well as being the Judicial Institute, plays an important role in the development of a right to use artificial lights and other rights to a healthy environment and well-being. The functions of the Court are to interpret and apply the environmental and planning law; to decide light-related cases including challenges to artificial light use problems, building glare from the skyscrapers and rights to maintain the level of natural illumination. While the significance of judicial bodies in many jurisdictions lies in the binding nature of their legal decisions, that influence the behavior of outdoor light installations and design, the Court of Justice in many jurisdictions sometimes does not successfully defines a maximum amount of natural and artificial light which is acceptable during day and night hours. It may be better to try to resolve these legal matters formally by bringing the issues to the consideration of the previous decisions of the Court of Justice and establishing an understanding with them about the legal provisions of the relevant legislation relating to architectural lighting, urban construction and illuminating engineering problems.²

Keywords: light trespass, light reflection, rights to light, Court of Justice

² Ph.D., Lecturer, Faculty of Law, Chiangmai University 50200
E-mail: pedithep@gmail.com

1. บทนำ

ในอดีตมนุษย์ย่อมอาศัยแสงธรรมชาติ (natural light) เพื่อดำรงชีวิต และประกอบกิจกรรมภายนอกอาคารยามค่ำคืน³ เช่น การอาศัยแสงจากดวงอาทิตย์ในการถนอมอาหาร การอาศัยแสงจากดวงจันทร์เพื่омองเห็นวัตถุยามค่ำคืน และการอาศัยแสงจากดวงดาวเพื่อนำทางการเดินเรือของนักเดินเรือที่ต้องการเดินทางในยามค่ำคืน และมนุษย์อาจอาศัยแสงประดิษฐ์ (artificial light) ที่มนุษย์ได้ประดิษฐ์ขึ้นมาทำให้มนุษย์มีแสงสว่างที่สามารถเพิ่มประสิทธิภาพการมองเห็นของมนุษย์ในยามค่ำคืน เมื่อมนุษย์สามารถมองเห็นวัตถุต่างๆ ได้ชัดเจนในยามค่ำคืน มนุษย์ก็สามารถประกอบกิจกรรมภายนอกอาคารต่างๆ ในเวลากลางคืน⁴

การประกอบกิจกรรมของบริการสาธารณะที่ดำเนินโดยภาครัฐ การดำเนินกิจกรรมอุตสาหกรรมของภาคอุตสาหกรรม การดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน และการดำรงชีวิตส่วนบุคคลของประชาชน⁵ ต่างก็ต้องอาศัยแสงธรรมชาติและแสงประดิษฐ์ในการดำเนินกิจกรรมภายนอกอาคารด้วยกันทั้งสิ้น เพราะถ้าหากปราศจากแสงธรรมชาติและแสงประดิษฐ์แล้ว มนุษย์ก็อาจไม่สามารถมองเห็นวัตถุต่างๆ ได้ชัดเจนในพื้นที่ที่มีแสงสว่างไม่เพียงพอหรือไม่สามารถมองเห็นเส้นทางสัญจรได้ชัดเจนในเวลากลางคืน⁶

3 Loveridge, A., Duell, R., Abbari, J. and Moffat, M. (2014). Night Landscapes: A Challenge to World Heritage Protocols. *Landscape Review*, 1 (15), 64-75.

4 City of Edmonton. (2013). **Light Efficient Community Policy**. Edmonton: City of Edmonton and DMD & Associates Ltd.

5 U.S. Department of Energy. (2010). **Exterior Lighting Guide for Federal Agencies**. Washington, DC :Federal Energy Management Program.

6 Joseph, A. (2006). **The Impact of Light on Outcomes in Healthcare Settings**. Concord: The Center for Health Design.

การขยายตัวของพื้นที่ชุมชนเมืองย่อมทำให้มีการพัฒนาสิ่งแวดล้อมสรรค์สร้าง (built environment)⁷ ที่มนุษย์ได้สร้างขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นอาคาร สิ่งปลูกสร้าง และสาธารณูปโภคที่มนุษย์ได้สร้างขึ้นมา⁸ ต่างก็ต้องการการออกแบบ (design) อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ เพื่อให้แสงธรรมชาติส่องเข้ามายังพื้นที่ที่ต้องการแสงสว่างธรรมชาติและ การติดตั้ง (installations) หลอดไฟฟ้าหรือ โคมไฟประเภทต่างๆ ที่สามารถกำเนิดแสงประดิษฐ์ที่ช่วยให้มนุษย์สามารถมองเห็น ได้ดีในเวลากลางวันหรือในสถานที่ที่มีแสงสว่างไม่เพียงพอต่อการมองเห็นวัตถุหรือ การสัญจรในยามค่ำคืน⁹

แม้การขยายตัวของพื้นที่ชุมชนเมืองและการพัฒนาสิ่งแวดล้อมสรรค์สร้าง ย่อมต้องมีการออกแบบอาคาร การออกแบบแสงสว่าง และการติดตั้งไฟส่องสว่าง เข้ามาเกี่ยวข้อง เพื่อทำให้มนุษย์สามารถใช้ประโยชน์จากแสงธรรมชาติกับ แสงประดิษฐ์ได้ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดและสามารถตอบสนองต่อความต้องการ การดำเนินกิจกรรมที่ต้องมีแสงสว่างให้เพียงพอกับพื้นที่ใช้งาน แต่ทว่าการออกแบบ แสงสว่างที่ก่อให้เกิดทิศทางการส่องของแสงอันสร้างความเดือดร้อนรำคาญ และรบกวนการทำกิจกรรมในชีวิตประจำวันแก่เพื่อนบ้าน (a nuisance to neighbours and interfere with their normal daily activities)¹⁰ และการ

-
- 7 Wells, N. (2015). **How Natural and Built Environments Impact Human Health**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.human.cornell.edu/outreach/upload/CHE_DEA_NaturalEnvironments.pdf
 - 8 ARUP (2015). **Cities Alive: Rethinking the Shades of Night**. London: ARUP.
 - 9 Cairns Regional Council. (2015). **Sustainable Tropical Building Design Guidelines for Commercial Buildings**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.cairns.qld.gov.au/__data/assets/pdf_file/0003/45642/BuildingDesign.pdf
 - 10 Moreton Bay Regional Council. 2015. **Fact Sheet Light Nuisance**. Caboolture: Moreton Bay Regional Council. และดูเพิ่มเติมใน Logan City Council. (2015). **Residential Light Nuisance: Local Law No. 10 (Public Health) 1999**. Logan City DC: Logan City Council.

ติดตั้งแสงสว่างที่ให้ความสว่างที่ไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม (non-environmentally friendly brightness)¹¹ รวมไปถึงการก่อสร้างอาคารอันมีลักษณะทางกายภาพที่บดบังการรับแสงธรรมชาติของเพื่อนบ้าน อันกระทบต่อสิทธิในการคงไว้ซึ่งระดับความสว่างที่เหมาะสม (a right to maintain the level of illumination) ของเพื่อนบ้าน¹²หรือการก่อสร้างอาคารสูงที่ใช้วัสดุบางอย่างที่สามารถสะท้อนแสงจนก่อให้เกิดแสงสว่างจ้า (skyscraper glare problems) อันทำให้เพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่ในบริเวณโดยรอบหรือผู้ที่สัญจรผ่านบริเวณอาคารดังกล่าวเกิดความไม่สบายตา¹³ ย่อมทำให้เกิดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้งานแสงประดิษฐ์ในชีวิตประจำวันและสิทธิในการรับแสงธรรมชาติอย่างพอเพียง ซึ่งหมายถึง ข้อพิพาทเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอันเนื่องมาจากแสงที่ส่องรบกวนข้อพิพาทเกี่ยวกับแสงสว่างจ้าที่สะท้อนลงมาจากอาคารสูงหรือตึกระฟ้า และยังรวมถึงประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานแสงประดิษฐ์ในชีวิตประจำวัน

ซึ่งศาลยุติธรรม (Court of Justice) ในหลายประเทศจึงมีบทบาทเกี่ยวข้องกับแสงสว่าง (roles in a wide range of lights and lighting) เป็นอย่างน้อยสองประการด้วยกัน ประการแรก ศาลยุติธรรมมีบทบาทในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาที่เกี่ยวกับการใช้งานแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายนอกอาคารที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญและรบกวนการทำกิจกรรมในชีวิตประจำวันแก่บุคคลอื่น¹⁴ ประการที่สอง ศาลยุติธรรมอาจกำหนดมาตรฐานเพื่อ

11 International Dark-Sky Association. (2014). **IDA Practical Guide PG 3: Residential Lighting**. Tucson: International Dark-Sky Association.

12 Royal Institution of Chartered Surveyors. (2010). **Rights of light Practical guidance for chartered surveyors in England and Wales**. Coventry: Royal Institution of Chartered Surveyors.

13 Department of Building and Housing. (1998). **Compliance Document for New Zealand Building Code Clause D1 Access Routes**. (2nd edition). Wellington: Department of Building and Housing.

14 Test Valley Borough Council. (2015). **Taking private action for nuisance**

คุ้มครองสิทธิของประชาชน ในกรณีที่แสงธรรมชาติหรือแสงประดิษฐ์ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมหรือภาวะที่เป็นพิษภัยอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนได้¹⁵

บทความฉบับนี้ ผู้เขียนประสงค์จะบรรยายคดีพิพาทเกี่ยวข้องกับแสงธรรมชาติและแสงประดิษฐ์ที่เคยเกิดขึ้น (well-known light cases) โดยศาลยุติธรรมในหลายประเทศได้เข้ามามีบทบาทในการพิจารณาพิพากษา เช่น คดีพิพาทที่ศาลอังกฤษ ศาลสหรัฐอเมริกา และศาลนิวซีแลนด์ พร้อมทั้งพิจารณาถึงบทบาทของศาลยุติธรรมบางประการต่อการใช้งานแสงสว่างในบริเวณอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของศาล นอกจากนี้ บทความนี้ยังมุ่งวิเคราะห์บทบาทของศาลยุติธรรมในขนาดตักกับกรณีที่บุคคลได้ออกแบบหรือใช้งานเทคโนโลยีแสงสว่าง (light technology) ที่ก่อให้เกิดแสงสว่างอันมีทิศทางการส่องที่ไม่เหมาะสมหรือก่อให้เกิดแสงสว่างที่มีความสว่างที่อาจส่งผลเสียต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิบางประการของบุคคลอื่น

2. ศาลยุติธรรมกับคดีแสงสว่าง

ศาลยุติธรรมในหลายประเทศได้เข้ามามีบทบาทในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับแสงธรรมชาติและแสงประดิษฐ์ ในสองกรณีด้วยกัน กรณีแรกศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาทในการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (construction) หรือสิ่งแวดล้อมสรรค์สร้างที่มนุษย์ได้สร้างขึ้น (built

problems without the involvement of the Council. Retrieved January 31, 2016, from <https://www.testvalley.gov.uk/resident/housingandenvironmentalhealth/environmentalprotection/noisenuisance/taking-private-action-noisance-problems-without-in/>

15 Fure, A. (2012). Bats and lighting — six years on. *The London Naturalist*, 91, 69-88.

environment) เพราะการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างในลักษณะที่ไม่เหมาะสมหรือการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างโดยไม่ได้คำนึงถึงสุขภาพมนุษย์ที่อาศัยหรือสัญจรโดยรอบพื้นที่ที่มีการปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง ก็อาจทำให้แสงธรรมชาติจากดวงอาทิตย์ (sunlight) ที่ส่องกระทบมายังวัสดุบางอย่างบนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง จนเป็นเหตุให้เกิดการสะท้อนของแสง (reflections from the built environment) จากวัสดุบนอาคาร¹⁶ เช่น กระจกบนอาคารสูง (glass windows of the skyscraper)¹⁷ ซึ่งแสงสว่างจ้าที่เกิดจากการสะท้อนของแสง (reflected glare)¹⁸ ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพย์สินของเพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่บริเวณรอบๆ ที่ตั้งของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว หรือภาวะที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพสายตาของผู้ที่สัญจรไปมารอบๆ บริเวณดังกล่าว¹⁹ และอาจหมายความว่ารวมถึง คดีที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้างอาคารสูงจนทำให้อาคารสูงไปบดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ ทำให้แสงธรรมชาติ

-
- 16 Jakubiec, J. A. and Reinhart, C. E. (2014). **Assessing Disability Glare Potential Due to Reflections from New Constructions: A Case Study Analysis and Recommendations for the Future**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology.
 - 17 NBC News. (2013). 'It is hotter than anywhere I've ever been': London skyscraper melts cars, fries eggs. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.nbcnews.com/news/other/it-hotter-anywhere-ive-ever-been-london-skyscraper-melts-cars-f8C11066086>
 - 18 Building and Construction Authority. (2015). **Review of Requirements on Daylight Reflectance of Materials Used on Exterior of Buildings**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.bca.gov.sg/BCA_Consultation/others/Industry_Consultation_on_Daylight_Reflectance.pdf
 - 19 Burgess, H. and Dravitzki, V. (2008). **Living with our Neighbours**. International Cities Town Centres & Communities Society ICTC 2008 Sydney Olympic Park, Sydney, Australia 7 – 10 October, 2008. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.successfulcities.co.nz/publications/Urban%20form%20and%20liveability/BURGESS-2008-Livingwithourneighbours.pdf>

ไม่สามารถส่องผ่านไปยังที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างของบุคคลอื่น (natural light that passes over someone else's land and property)²⁰ จนทำให้บุคคลอื่นไม่สามารถรับแสงธรรมชาติในระดับที่เพียงพอต่ออนามัยและความเป็นอยู่ที่ดีได้²¹ ซึ่งบทบาทของศาลยุติธรรมในกรณีแรกนี้ถือเป็นบทบาทของศาลยุติธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาแสงสว่างในเวลากลางวันหรือแสงอาทิตย์ (problems associated with daylight and sunlight)

กรณีที่สอง ศาลยุติธรรมได้เข้ามามีบทบาทในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการใช้งานแสงประดิษฐ์หรือการใช้แสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟ แสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายนอกอาคาร (exterior lights) ที่ได้รับการออกแบบที่ไม่เหมาะสม ย่อมส่งผลให้เกิดแสงที่ส่องรบกวน (trespassing light) ไปยังบริเวณพื้นที่ที่ไม่ต้องการใช้งานแสงสว่างหรือพื้นที่ส่วนตัวของเพื่อนบ้าน²² ซึ่งการส่องของแสงในลักษณะเช่นว่านี้ ย่อมกระทบต่อสิทธิด้านสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของเพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่บริเวณพื้นที่โดยรอบได้ เนื่องจากแสงสาด (light spill)²³ ไปยังบริเวณที่ตั้งทรัพย์สินของเพื่อนบ้านหรือบริเวณพื้นที่ส่วนบุคคลของเพื่อนบ้าน ย่อมทำให้เพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่โดยรอบแหล่งกำเนิดแสงที่ส่องรบกวน เกิดความ

20 Aztech Architecture. (2015). **Guideline advice: Right to light: What every property owner should know**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.abcplans.co.uk/uploads/frontend/media/documents/rightstolight.pdf>

21 Royal Institution of Chartered Surveyors. (2013). **A clear, impartial guide to Right to light**. London: Royal Institution of Chartered Surveyors. และโปรดดูเพิ่มเติมใน Law Commission. (2014). **Rights to Light (Law Com No 356)**. London: House of Commons.

22 Maine State Planning Office and Hancock County Planning Commission. (2015). **Lighting Manual: Promoting Quality Outdoor Lighting in Your Community**. Augusta: Maine State Planning Office.

23 Environment and Planning Directorate. (2014). **Light pollution**. Canberra City: Environment and Planning Directorate.

เดือดร้อนรำคาญ (nuisance)²⁴ อันทำให้เพื่อนบ้านไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุขได้ ตัวอย่างเช่น แสงที่ส่องรบกวนล้ำส่องเข้ามายังพื้นที่ห้องนอนส่วนตัวหรือห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าของสุภาพสตรี จนไปรบกวนการหลับนอนหรือการเปลี่ยนเสื้อผ้าตามปกติสุข นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมบางประเทศได้เข้ามามีบทบาทชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐอันเนื่องมาจากการออกแบบหรือติดตั้งไฟส่องสว่างสาธารณะ (public lights) โดยภาครัฐหรือหน่วยงานของท้องถิ่น แม้ว่าการออกแบบหรือติดตั้งไฟส่องสว่างสาธารณะ²⁵ เช่น ไฟถนน (street lights) ไฟรักษาความปลอดภัย (security lights) และไฟที่ติดตั้งบริเวณสาธารณูปโภคและสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะ (public facility lights) จะถูกออกแบบมาให้รองรับกับการจัดทำบริการสาธารณะทางปกครอง บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม และบริการสาธารณะด้านอื่นๆ²⁶ แต่ทว่าไฟสาธารณะเหล่านี้อาจทำให้ประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณพื้นที่โดยรอบประสบเหตุหนึ่งเหตุใดอันอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนจากการออกแบบหรือติดตั้งไฟสาธารณะที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม²⁷ ตัวอย่างเช่น ไฟถนนที่ติดตั้งบริเวณด้านหน้าที่อยู่อาศัยของประชาชน อาจก่อให้เกิดแสงที่ส่องรบกวนล้ำเข้ามาภายในที่อยู่อาศัยของประชาชน จนอาจกระทบต่อการนอนหลับของประชาชน ทำให้เกิดภาวะนอนหลับไม่พอ (sleep deprivation) หรือภาวะนอนไม่หลับเรื้อรัง (chronic insomnia) เป็นต้น

24 Department for Environment, Food & Rural Affairs. (2015). **Common causes of artificial light nuisance, lights that are exempt and how councils can assess light**. Retrieved January 31, 2016, from <https://www.gov.uk/guidance/artificial-light-nuisances-how-councils-deal-with-complaints>

25 Batinsey, J. (2006). **Outdoor Lighting Ordinance Guide**. Trenton: State of New Jersey.

26 U.S. General Services Administration. (2010). **P100 Facilities Standards for the Public Buildings Service**. Springfield: U.S. General Services Administration.

27 Shi, J. (2010). **Reducing Artificial Nighttime Light Pollution and Its Impacts**. Durham: Environmental Protection Agency.

จากที่ได้กล่าวมาแล้ว ศาลยุติธรรมในหลายประเทศสามารถเข้ามามีบทบาทได้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในสองกรณี ได้แก่ กรณีที่สิ่งก่อสร้างหรือสิ่งแวดล้อมสรรค์สร้างที่มนุษย์ได้สร้างขึ้นก่อให้เกิดแสงสว่างจ้าจากแสงธรรมชาติหรือไปบดบังทิศทางหรือการส่องของแสงธรรมชาติ จนไปกระทบสิทธิในสุขอนามัยและความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนกับกรณีที่แสงประดิษฐ์จากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายนอกอาคาร ส่องรुकล้ำไปยังพื้นที่ส่วนบุคคลของผู้อื่น จนก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรือผลกระทบต่อสุขภาพตามมา

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างของคดีพิพาทเกี่ยวกับแสงออกเป็นสามกลุ่มตัวอย่างคดีพิพาทด้วยกัน ได้แก่ ตัวอย่างคดีแสงที่ส่องรुकล้ำไปยังที่ดินและทรัพย์สินของเพื่อนบ้าน ตัวอย่างคดีแสงสว่างจ้าอันเนื่องจากแสงสะท้อนของกระจกจากอาคารสูง และตัวอย่างคดีเกี่ยวกับสิทธิในแสงธรรมชาติช่วยให้แสงสว่างแก่พื้นที่อาคาร

2.1 ตัวอย่างคดีแสงที่ส่องรुकล้ำไปยังที่ดินและทรัพย์สินของเพื่อนบ้าน

การส่องรुकล้ำของแสง (light trespass) ได้แก่ การที่แสงจากแหล่งกำเนิดแสงประดิษฐ์ เช่น หลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟ ส่องหันเหออกไปนอกพื้นที่ที่ผู้ใช้งานประสงค์จะใช้งานแสงสว่าง (stray from intended purpose)²⁸ จนรुकล้ำเข้าไปยังทรัพย์สินหรือพื้นที่ส่วนตัวของเพื่อนบ้าน รวมไปถึงการที่แสงส่องไปยังพื้นที่ที่ไม่ต้องการใช้งานแสงสว่าง²⁹ แสงที่ส่องรुकล้ำจะกลายมาเป็นมลภาวะทางแสงได้หรือไม่นั้น ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียเกี่ยวกับการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคาร จำต้องพิจารณาว่าลักษณะการส่องของแสงดังกล่าวก่อให้เกิดความรำคาญทางสายตา

28 U.S. Environmental Protection Agency. (2004). **Hudson River PCBs Superfund Site Quality of Life Performance Standards**. New York: U.S. Environmental Protection Agency & Ecology and Environmental, Inc.

29 Garvey, P. M. (2005). On-Premise Commercial Sign Lighting and Light Pollution. *Leukos*, 1 (3), 7-18.

(visual annoyance) หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อคุณภาพชีวิตของมนุษย์ (quality of life)³⁰

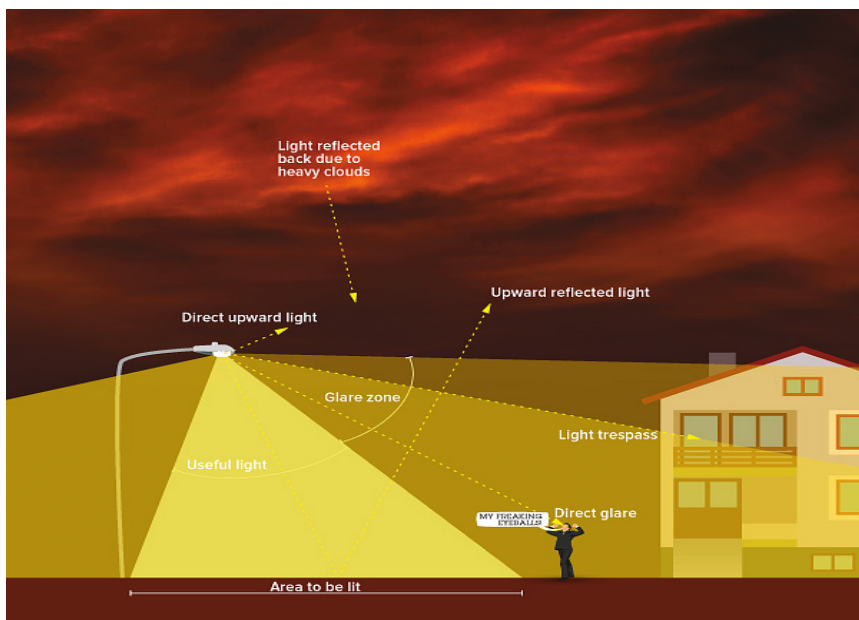
ในทางวิศวกรรมส่องสว่าง (illuminating engineering) การจะกำหนดระดับ (level) ของมลภาวะทางแสงประเภทแสงที่ส่องรบกวนได้นั้น วิศวกรและสถาปนิกผู้ปฏิบัติงานด้านแสงสว่างจำเป็นต้องพิจารณาถึงความส่องสว่าง (illuminance) ว่ามีปริมาณแสงสว่างที่ตกกระทบลงบนวัตถุต่อพื้นที่ที่มากน้อยเพียงใด โดยวิศวกรและสถาปนิกจะพิจารณาจากหน่วยลูเมนต่อตารางเมตร (lumen/m²) หรือลักซ์ (lux) หากพื้นที่ส่วนตัวของเพื่อนบ้านที่ถูกรบกวนโดยการส่องรบกวนของแสงมีค่าความส่องสว่างที่มีหน่วยเป็นลักซ์ในระดับที่สูง ก็อาจอนุมานได้ว่าพื้นที่ดังกล่าวถูกรบกวนโดยแสงที่ส่องรบกวนค่อนข้างมาก

อย่างไรก็ตาม ในทางกฎหมาย การจะพิจารณาว่าการส่องของแสงที่ส่องรบกวนเข้ามายังทรัพย์สินหรือพื้นที่ส่วนตัวของเพื่อนบ้าน³¹ ผู้ปฏิบัติงานด้านกฎหมายจำเป็นต้องพิจารณาปัจจัยสองประการด้วยกัน ปัจจัยแรก ทิศทางการส่องของแสงกับความส่องสว่างของแสงนั้น สามารถก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) หรือผลกระทบต่อความเป็นอยู่ที่ดี (well-being) และปัจจัยที่สอง เพื่อนบ้านที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต้องก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอย่างต่อเนื่อง (continuous nature of the acts)³² กล่าวคือ เพื่อนบ้านที่ใช้งานแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายนอกอาคาร ต้องใช้งานหลอดไฟฟ้าหรือ

30 City of Canby. (2013). **Chapter 16.43 Outdoor Lighting Standards**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.ci.canby.or.us/Chap16/16.43OUTDOOR_LIGHTING_STANDARDS.pdf

31 Maldon District Council.(2016). **Artificial light nuisance**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.maldon.gov.uk/info/100006/environment_and_planning/388/nuisance/5

32 Parisi, R. (2009). **A User's Guide to Bringing a Private Nuisance Action**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.ppgbuffalo.org/wp-content/uploads/2010/06/Private-Nuisance-Users-Guide-1.pdf>



รูปที่ 1: แผนภาพแสดงทิศทางการส่องรุกร้าของแสง (light trespass) ไปยังอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างบริเวณใกล้เคียง จนอาจทำให้ผู้ที่อาศัยบริเวณใกล้เคียงได้รับความเดือดร้อนรำคาญได้

(ภาพโดย Anezka Gocova)³³

ศาลสหรัฐอเมริกาได้เคยพิจารณาพิพากษาคดีแสงที่ส่องรุกร้าไปยังที่ดินและทรัพย์สินของเพื่อนบ้านเอาไว้หลายคดีด้วยกัน ตัวอย่างเช่น ศาลสหรัฐอเมริกาเคยพิพากษาคดี *Shelburne, Inc. v. Crossan Crop. Et al.*³⁴, โดยคดีดังกล่าวโจทก์ประกอบกิจการโรงแรมขนาดใหญ่ที่ประกอบด้วยห้องพักสำหรับแขกผู้มาใช้บริการหลายห้อง แต่แสงจากป้ายโฆษณา (operation of the signs at night)³⁵

33 International Dark-Sky Association. (2015). **Light Pollution**. Retrieved January 31, 2016, from <http://darksky.org/light-pollution/>

34 *Shelburne, Inc. v. Crossan Corp.*, 95 N. J. Eq. i88, 122 Atl. 749 (Ch. 1923)

35 McQueen, T. K. (1973). Nuisance - No Right to Interference-Free Television Reception. *DePaul Law Review*, 4 (22), 870-886.

ของผู้เช่าอาคารของจำเลยได้ส่องเข้ามายังบริเวณห้องนอนสำหรับแขกผู้มาพักอาศัยในโรงแรมของโจทก์ในเวลากลางคืน อันเป็นการรบกวน (disturb)³⁶ แก่แขกที่มาใช้บริการโรงแรมของโจทก์ เพราะแสงจากป้ายของจำเลยทำให้แขกที่มาใช้บริการโรงแรมของโจทก์ไม่สามารถนอนหลับได้อย่างปกติสุข³⁷

แต่ทว่าในอีกคดีหนึ่งที่ศาลสหรัฐอเมริกาเคยตัดสิน ได้แก่ คดี *Hildebrand v. Watts*³⁸ ซึ่งคดีนี้แสงจากไฟรั่วจากความปลอดภัยภายนอกอาคารจากหลังคาบ้านของจำเลย (outdoor security light at the roof) ได้ส่องเข้าไปยังบริเวณบ้านของโจทก์ โดยโจทก์ได้อ้างว่าโจทก์ได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากแสงดังกล่าว ศาลสหรัฐอเมริกาที่ตัดสินคดีนี้พิเคราะห์แล้วเห็นว่าโจทก์ผู้ฟ้องคดีมิได้นำสืบหรือทำหน้าที่พิสูจน์ว่าจำเลยได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่โจทก์กับผลของการกระทำของจำเลยให้ปรากฏชัดเจนแต่ประการใด³⁹ เช่น โจทก์มิได้นำสืบให้ศาลเห็นว่าการใช้งานแสงจากไฟรั่วจากความปลอดภัยภายนอกอาคารของจำเลยจะส่งผลกระทบต่อการทำงานของพนักงานในครอบครัวของโจทก์ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาในข้างต้น การสืบพยานในคดีพิพาทเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอันเนื่องมาจากแสงที่ส่องรบกวน คูความฝ่ายใดที่กล่าวอ้างข้อ

36 Smith, H. E. (2004). Exclusion and Property Rules in the Law of Nuisance. *Virginia Law Review*, 4 (90), 966-1049.

37 Noel, D. W. (1939). Unaesthetic Sights as Nuisances. *Cornell Law Review*, 1 (25), 1-17.

38 *Hildebrand v. Watts*, No. 13988, 1997 Del. Ch. LEXIS, at 32, at *20-21 (Del. Ch. Feb. 18, 1997) โปรดดูคำอธิบายคดีนี้เพิ่มเติมใน Barfield, W. (2006). Commercial Speech, Intellectual Property Rights, and Advertising Using Virtual Images Inserted in TV, Film, and the Real World. *UCLA Entertainment Law Review*, 13 (2), 154-186.

39 Ploetz, K. M. (2002). Light Pollution in the United States: An Overview of the Inadequacies of the Common Law and State and Local Regulation. *New England Law Review*, 36, 985-1039.

เท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระพิสูจน์ในข้อเท็จจริงนั้น อันเป็นไปตามหลักภาระพิสูจน์ (Burden of proof) ทั่วไป หากคู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือความรำคาญอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงสว่างของเพื่อนบ้านไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่ตนได้กล่าวอ้างได้นั้น คู่ความดังกล่าวก็ต้องแพ้คดีในประเด็นนี้ไป

ดังนั้น ภาระพิสูจน์ของโจทก์ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอันเนื่องมาจากแสงที่ส่องรบกวน จึงอาจหมายถึง หน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่โจทก์ผู้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญหรือผลกระทบจากการส่องรบกวนของแสง เพื่อให้ศาลสหรัฐอเมริกา (ศาลในมลรัฐต่างๆ ที่คดีเกิดขึ้น) เชื่อว่าจำเลยได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่โจทก์

ในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษก็เคยตัดสินคดีพิพาทเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอันเนื่องมาจากแสงที่ส่องรบกวนเอาไว้ในหลายแนวทางด้วยกัน ตัวอย่างเช่น ในคดี *Stonehaven and District Angling Association v Stonehaven Recreation Ground Trustees*⁴⁰ ศาลอังกฤษได้ตัดสินคดีพิพาทเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ แสงจากไฟส่องสว่างที่ติดตั้งบริเวณสโมสรกีฬาเทนนิส (tennis club floodlights)⁴¹ ที่ได้ส่องไปยังบริเวณแม่น้ำและก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่นักตกปลาที่ชื่นชอบการตกปลา (fishing) ในบริเวณพื้นที่แม่น้ำโควี (River Cowie) ซึ่งบริเวณพื้นที่ริมแม่น้ำดังกล่าวเป็นพื้นที่ที่นักตกปลาต้องถิ่นชอบมาตกปลาหรือประกอบกิจกรรมนันทนาการอื่นๆ บริเวณริมแม่น้ำ⁴²

40 District Angling Association v Stonehaven Recreation Ground Trustees [1997] 60 SPEL 36

41 Wild Trout Trust. (2012). *Advisory Visit Shimna River, Co. Down*. Waterlooville: Wild Trout Trust.

42 TEMPLE. (2006). *Assessment of the Problem of Light Pollution from Security and Decorative Light*. West Sussex: TEMPLE.

คำพิพากษาของศาลอังกฤษที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่ง ได้แก่ คดี *Bonwick v Brighton and Hove Council*⁴³ ในคดีนี้ศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่าแสงที่ส่องรบกวนถือเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญประการหนึ่ง (a potential source of nuisance)⁴⁴ คดีนี้ศาลอังกฤษตัดสินว่าแสงจากไฟรักษาความปลอดภัย (security lights) อันเป็นสาธารณูปโภคของสภาท้องถิ่นเมืองโฮว (Hove) ได้ส่องรบกวนเข้าไปยังบ้านของนายบอนวิก โดยนายบอนวิกอ้างว่าตนได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากการส่องของแสงดังกล่าว นายบอนวิกได้ทำคำร้องเรียนไปยังสภาท้องถิ่นเมืองโฮวเกี่ยวกับความเดือดร้อนรำคาญและผลกระทบของตนที่ได้รับจากไฟรักษาความปลอดภัยของเทศบาลเมืองโฮว พร้อมกับเรียกค่าเสียหาย (damages) จากสภาท้องถิ่นเมืองโฮว แต่สภาท้องถิ่นเมืองโฮวปฏิเสธที่จะจ่ายค่าเสียหายแก่นายบอนวิก ต่อมานายบอนวิกได้นำเรื่องดังกล่าวไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลอังกฤษ โดยศาลอังกฤษเห็นว่าแสงจากไฟรักษาความปลอดภัยที่ส่องมารุกล้ำยังที่ดินและทรัพย์สินของนายบอนวิก ย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่นายบอนวิก นายบอนวิก มีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้

จากคำพิพากษาที่ศาลอังกฤษได้เคยตัดสินเอาไว้ในคดี *Stonehaven and District Angling Association v Stonehaven Recreation Ground Trustees* และคดี *Bonwick v Brighton and Hove Council* ศาลอังกฤษเห็นตรงกันในสองคดีว่าหากแสงที่ส่องรบกวนได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพมนุษย์หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่บุคคลอื่นหรือเพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่บริเวณโดยรอบแหล่งกำเนิดแสงอันเป็นมลภาวะทางแสงดังกล่าว ผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อร่างกายหรือได้รับความเดือดร้อนรำคาญอย่างต่อเนื่อง โจทก์ก็ชอบที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตน

43 *Bonwick v Brighton and Hove Council*, unreported, 2000

44 Scottish Government. (2009). *Guidance to Accompany the Statutory Nuisance Provisions of the Public Health etc (Scotland) Act 2008*. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.gov.scot/Publications/2009/01/23142152/8>

อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษยังไม่เคยพิจารณาวางหลักในหลายประเด็นด้วยกันที่เกี่ยวข้องกับการส่องรुक้าของแสง ได้แก่ ประเด็นแรก ศาลอังกฤษไม่เคยพิจารณาพิพากษาประเด็นระดับการใช้งานของแสงในระดับที่รับได้ (acceptable levels of artificial light) กล่าวคือ ศาลอังกฤษไม่เคยพิจารณาวางเกณฑ์ระดับของแสงสว่างที่มนุษย์สามารถใช้งานได้และในขณะเดียวกันมนุษย์สามารถใช้แสงในระดับแสงดังกล่าวโดยปราศจากอันตรายต่อสุขภาพหรือสร้างผลกระทบต่อสุขภาพให้น้อยที่สุด ซึ่งเมื่อมนุษย์ใช้งานแสงในระดับที่รับได้หรือในระดับที่พึงจะยอมรับได้ เพื่อนบ้านก็ไม่ว่าจะไปร้องเรียนผู้ที่ใช้งานแสงดังกล่าวได้ เช่น ระดับของความส่องสว่างที่มีหน่วยเป็น lux อันเป็นการรบกวนการดำรงชีพ (disturbance) หรือก่อให้เกิดความรำคาญ (annoyance) เป็นต้น

ประเด็นที่สอง ศาลอังกฤษยังไม่เคยพิจารณาวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระดับของแสงที่อนุญาตให้ส่องไปยังเพื่อนบ้าน (allowable light level that can cross property lines) กล่าวคือ ศาลอังกฤษยังไม่เคยพิจารณาวางเกณฑ์ว่าแสงสว่างในระดับไหนที่เพื่อนบ้านพอจะรับได้หรือแสงสว่างในระดับที่ส่องไปยังพื้นที่ส่วนบุคคลหรือทรัพย์สินของเพื่อนบ้าน ในลักษณะที่เพื่อนบ้านจำต้องยอมรับได้ว่าระดับของแสงดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อ การดำรงชีวิตประจำวันของเพื่อนบ้าน ในปัจจุบัน หน้าทีดังกล่าวคงเป็นเพียงหน้าที่นำสืบของโจทก์ที่กล่าวอ้างว่าตนได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากการปล่อยแสงที่ส่องรูก้าของจำเลย

ประเด็นที่สาม แม้ในปัจจุบันมีเกณฑ์ขององค์กรวิชาชีพที่ไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมาย (soft law) ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพออกแบบหรือติดตั้งแสงสว่างในประเทศอังกฤษควรปฏิบัติตามหลายฉบับด้วยกัน เช่น เกณฑ์การใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารหรือเกณฑ์ Light Guide 6 (LG 6): The Exterior Environment ของสถาบัน Chartered Institution of Building Services Engineers (CIBSE) ที่คู่ความอาจหยิบยกเอกสารดังกล่าวมาประกอบหน้าที่นำสืบหรือภาระพิสูจน์

ฝ่ายตน แต่นั่นไม่ได้หมายความว่าศาลอังกฤษจะต้องรับฟังหรือต้องพิจารณาพิพากษาตามเกณฑ์มาตรฐานดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

2.2 ตัวอย่างคดีแสงสว่างจ้าอันเนื่องจากแสงสะท้อนของกระจกจากอาคารสูง

แสงธรรมชาติจากดวงอาทิตย์หรือแสงอาทิตย์ อาจสะท้อน (reflect) ไปยังวัตถุที่มีผิวราบหรือวัตถุที่มีผิวมันเงา เมื่อแสงอาทิตย์ตกกระทบไปยังวัตถุที่มีผิวมันเงา แสงอาทิตย์ก็อาจสะท้อนเข้ามายังสายตาของเพื่อนบ้านที่อยู่อาศัยบริเวณหรือผู้ที่สัญจรโดยรอบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่มีการติดตั้งวัตถุผิวราบหรือวัตถุผิวมันเงา⁴⁵ เช่น หน้าต่างอาคารสูง (skyscraper windows) เป็นต้น

แสงสะท้อน (reflected light) จากหน้าต่างอาคารสูงหรือสะท้อนจากสิ่งปลูกสร้างที่มีวัตถุผิวมันเงา ย่อมทำให้เกิดแสงบาดตา (glare) ⁴⁶กล่าวคือ แสงสะท้อนจากอาคารสูงอาจส่องมากระทบสายตาของผู้คนที่อาศัยอยู่บริเวณพื้นที่โดยรอบหรือส่องมากระทบต่อผู้ที่สัญจรไปมาบริเวณรอบๆ อาคาร จนอาจทำให้เกิดแสงบาดตาที่ทำให้มองวัตถุไม่ได้ชัด (discomfort glare) หรือทำให้ไม่สามารถมองเห็นวัตถุได้ (disability glare) ซึ่งแสงบาดตาย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่บริเวณพื้นที่โดยรอบหรือบุคคลผู้ที่สัญจรผ่านอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่มีการออกแบบติดตั้งหน้าต่างอาคารสูงอันมีผิวราบหรือผิวมันเงา

45 Edwards, L. and Torcellini, P. (2002). **A Literature Review of the Effects of Natural Light on Building Occupants**. Golden: National Renewable Energy Laboratory.

46 Los Alamos National Laboratory. (2002). **LANL Sustainable Design Guide**. Los Alamos: Los Alamos National Laboratory.

ศาลนิวซีแลนด์เคยพิพากษาพิพาทคดี *Bank of New Zealand v Greenwood* ⁴⁷ โดยศาลนิวซีแลนด์พิพากษาว่าการสะท้อนของแสงสว่างจ้า (reflection of dazzling light) จากอาคารของจำเลยได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอันอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้ (actionable nuisance) เพราะแสงสะท้อนจากอาคารของจำเลยได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่โจทก์ ผู้ซึ่งอาศัยในบริเวณฝั่งตรงกันข้ามกับอาคารของจำเลย⁴⁸



รูปที่ 2: แสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตา(glare) อันเนื่องจากแสงสะท้อนของกระจกจากอาคารสูง⁴⁹

47 *Bank of New Zealand v Greenwood* [1984] 1 NZLR 525

48 House of Lords. (1997). *Judgments - Hunter and Others v. Canary Wharf Ltd. Hunter and Others v. London Docklands Corporation*. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199697/ld-judgmt/jd970424/hunter01.htm>

49 Whipple, T. (2013). *How London's burning in the glare of great glass tower the Walkie Talkie*. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.thetimes.co.uk/tto/science/article3858974.ece>

นอกจากนี้ ในปี 2015 ศาลอังกฤษได้รับพิจารณาคดี *Louise Siraj v C & M Hall Ltd*⁵⁰ คดีนี้มีประเด็นข้อพิพาทหรือประเด็นที่คู่ความยังคงโต้เถียงกัน อยู่ว่าแสงอาทิตย์ที่สะท้อนมาจากใบพัดกังหันลมผลิตไฟฟ้า (sunlight reflected from the blades of wind turbine) สามารถก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ แก่ผู้ที่อาศัยบริเวณโดยรอบฟาร์มกังหันลมผลิตไฟฟ้าได้หรือไม่ โจทก์ในคดีนี้ได้ขอให้ศาลมีคำสั่งให้จำเลยถอนการติดตั้งกังหันลมผลิตไฟฟ้าหรือสั่งให้จำเลยหยุดใช้ กังหันลมผลิตไฟฟ้าในเวลากลางวัน ซึ่งผู้พิพากษา HHJ Raeside QC มีความเห็นว่าแสงอาทิตย์ที่สะท้อน (glinting of the sunlight) จากใบพัดกังหันลมผลิตไฟฟ้า สามารถก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่โจทก์ได้ แม้ว่ากังหันดังกล่าวจะหยุด นิ่งไม่ได้หมุนก็ตาม ศาลอังกฤษถือว่าการสะท้อนของแสงอาทิตย์จากกังหันลมย่อม ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการมองเห็น (visual interference) ของโจทก์ที่อาศัยอยู่ไม่ ไกลจากที่ตั้งของกังหันลมดังกล่าว⁵¹

หากพิจารณาถึงเนื้อความที่กล่าวมาในข้างต้น การก่อสร้างอาคาร หรือสิ่งปลูกสร้างที่ใช้วัตถุที่มีผิวราบหรือวัตถุที่มีผิวมันเงา ก็ย่อมอาจทำให้เกิด แสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตาที่สะท้อนออกมา เพราะการสะท้อนของแสงย่อม เกิดขึ้นเมื่อแสงตกกระทบกับวัตถุผิวเรียบหรือวัตถุที่มีผิวมันเงา ศาลนิวซีแลนด์ กับศาลอังกฤษจึงได้วางหลักเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับความเดือดร้อนรำคาญ อันเนื่องมาจากแสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตาที่ส่องลงมาจากสิ่งก่อสร้างที่มีการ ติดตั้งวัตถุที่มีผิวราบหรือวัตถุที่มีผิวมันเงา แต่ทว่าศาลนิวซีแลนด์กับศาลอังกฤษ ก็ยังไม่เคยพิพากษาวางหลักการเกี่ยวกับบรรทัดฐานของความเดือดร้อนรำคาญ อันเนื่องมาจากแสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตาที่ส่องลงมาจากสิ่งก่อสร้างที่มีการ ติดตั้งวัตถุที่มีผิวราบหรือวัตถุที่มีผิวมันเงา

50 *Louise Siraj v C&M Hall Ltd*, unreported, 2015

51 Tilling, S. (2015). Nuisance: Interference From Reflected Sunlight & Appropriate Remedies. *UKELA e-law*, 87, 17-18.



รูปที่ 3: แสงอาทิตย์ที่ส่องมาตกกระทบบนแผงโซลาร์เซลล์ ย่อมอาจก่อให้เกิดแสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตาได้ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพสายตาและทรัพย์สินของผู้ที่อาศัยและสัญจรบริเวณโดยรอบพื้นที่ที่มีการติดตั้งแผงโซลาร์เซลล์⁵²

ตัวอย่างเช่น แสงที่ส่องมาตกกระทบแผงโซลาร์เซลล์ (solar cell) บนหลังคาบ้านก็อาจก่อให้เกิดแสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตาที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านหรือผู้สัญจรผ่านไปผ่านมา⁵³ เพราะแผงโซลาร์เซลล์เป็นวัตถุที่มีผิวราบหรือวัตถุที่มีผิวมันเงาที่อาจสะท้อนแสงได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ แสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตาที่สะท้อนมาจากวัตถุที่มีผิวราบหรือวัตถุที่มีผิวมันวาวจากอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างแห่งหนึ่ง ก็อาจลดทอนความงามของ

52 Solar Energy Industries Association. (2015). **Solar Technology**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.seia.org/policy/solar-technology>

53 Colton, R. D. (2015). **Assessing Solar PV Glare in Dense Residential Neighborhoods**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.solarindustry-mag.com/online/issues/SI1501/FEAT_02_Assessing-Solar-PV-Glare-In-Dense-Residential-Neighborhoods.html

ศิลปวัตถุ (art objects) หรือคุณค่าทางสถาปัตยกรรมของการออกแบบสิ่งปลูกสร้างบางอย่าง (architectural constructions) เช่น แสงสว่างจ้าหรือแสงบาดตาที่สะท้อนมาจากอาคารอีกหลังหนึ่ง ก็อาจส่องมาที่นิทรรศการจัดแสดงภาพวาดในบริเวณอาคารอีกหลังหนึ่ง จนอาจกระทบต่อศิลปวัตถุที่จัดแสดงที่นิทรรศการดังกล่าว เป็นต้น

2.3 ตัวอย่างคดีเกี่ยวกับสิทธิในแสงธรรมชาติที่ช่วยให้ความสว่างแก่พื้นที่อาคาร

มนุษย์ทุกคนมีสิทธิได้รับแสงสว่าง (right to light) กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับแสงสว่างจากธรรมชาติเพื่อสุขอนามัยที่ดีของตนและมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะใช้แสงธรรมชาติเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพแสงสว่างภายในอาคาร เพราะแสงธรรมชาติจากดวงอาทิตย์เป็นแสงที่มีอยู่ตามธรรมชาติและมนุษย์ทุกคนสามารถใช้งานแสงอาทิตย์ได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายแต่ประการใด⁵⁴ สิทธิได้รับแสงสว่างดังกล่าว ถือเป็นสิทธิรักษาระดับความสว่างที่แน่นอน (a right to maintain the certain level of illumination) ภายในอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างประการหนึ่ง เมื่อมีการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างหลังหนึ่งหลังใด⁵⁵ สถาปนิกย่อมออกแบบแสงสว่างภายในอาคาร (architectural interior light design) ให้เหมาะสมกับการอยู่อาศัยหรือรูปแบบกิจกรรมภายในอาคารนั้นๆ แสงธรรมชาติจึงมีคุณค่า (value of natural light inside buildings) ที่สำคัญต่อการดำรงชีวิตของผู้คนในอาคารหรือการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในอาคาร รวมไปถึงคุณค่าทางสถาปัตยกรรมในอาคารที่อาจต้องอาศัยแสงธรรมชาติมาเป็นส่วนช่วยให้เกิดความสวยงามภายในอาคาร

54 Planning Portal. (2013). **Changes to right to light regime mooted**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.planningportal.gov.uk/general/news/stories/2013/Feb13/210213/21022013_1

55 London Borough of Waltham Forest. (2007). **Building Control Service Guidance Note 27: Right to Light**. London: London Borough of Waltham Forest.



รูปที่ 4: แสงธรรมชาติ (natural light) ย่อมมีประโยชน์ทั้งด้านสุขอนามัยและจิตใจ
ต่อผู้อาศัยภายในอาคาร⁵⁶

อนึ่ง วิญญูชนทั่วไป (reasonable person) ย่อมคาดหวังว่าตนเองและครอบครัวจะมีสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติในระดับที่เหมาะสมเพื่ออนามัยในชีวิตประจำวันกับอาชีวอนามัยในการทำงาน กล่าวคือ วิญญูชนทั่วไปย่อมคาดหวังถึงว่าตนพึงจะเป็นเจ้าของอาคารที่เป็นมิตรต่อสุขภาพอนามัยของตนและพึงคาดหวังได้ว่าผู้อื่นก็ไม่ควรที่จะกระทำการใดๆ อันส่งผลร้ายต่อสุขภาพอนามัยของตนเองและครอบครัว ผู้อื่นก็น่าจะพึงต้องใช้ความระมัดระวังการใช้ทรัพย์สินของตน อันไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่เพื่อนบ้านและผู้ที่เกี่ยวข้องโดยรอบ การได้รับแสงธรรมชาติอย่างพอเพียงต่อสุขภาพร่างกายและคุณภาพชีวิตก็อาจถือเป็นสิ่งที่วิญญูชนพึงคาดหวังได้ว่าตนเองและครอบครัวพึงจะได้ใช้ทรัพย์สินหรือที่ดินอย่างปกติสุข (a reasonable person's use and enjoyment of their land and property)

56 OBAS UK. (2014). **More tall buildings to come with proposed “Right to Light” reforms**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.obas.com/blog/more-tall-buildings-to-come-with-proposed-right-to-light-reforms/>

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเพื่อนบ้านที่ไม่ดีอาจไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการสงวนรักษาหรืออาจไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการใช้ทรัพย์สินหรือที่ดินของตนจนทำให้ทรัพย์สินหรือสิ่งหาทรัพย์สินของตนไปดบัง (obstruct) ทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ ที่จะส่องลงมายังภายในและภายนอกอาคารของเพื่อนบ้านคนอื่นๆ ทำให้เพื่อนบ้านคนอื่นๆ ไม่สามารถรับแสงธรรมชาติ (natural daylight) เพื่ออนามัยในชีวิตประจำวันกับอาชีวอนามัยในการทำงานในระดับที่เหมาะสมได้

กฎหมายลายลักษณ์อักษรของอังกฤษ ได้แก่ Prescription Act 1832⁵⁷ ได้วางหลักเกณฑ์ว่าหากผู้เป็นเจ้าของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างได้รับแสงธรรมชาติทางหน้าต่างมาเป็นเวลาต่อเนื่องกันมา 20 ปีแล้ว ผู้เป็นเจ้าของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นชอบที่จะห้ามไม่ให้ผู้อื่นก่อสร้างสิ่งหาทรัพย์สินหรือสร้างสิ่งบดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ⁵⁸ จนไปดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติที่จะส่องลงมายังอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของตน (forbidding any construction or other obstruction that would deprive him or her of that illumination) ผู้อื่นจึงไม่สามารถก่อสร้างอาคารหรือปลูกต้นไม้ในลักษณะที่บดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้น

นอกจากนี้ ศาลอังกฤษได้เคยวางหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เกี่ยวกับสิทธิได้รับแสงสว่าง (สิทธิในแสงธรรมชาติที่ช่วยให้ความสว่างแก่พื้นที่อาคาร) โดยศาลอังกฤษได้เคยพิจารณาพิพากษาห้ามไม่ให้ผู้ใดก่อสร้างสิ่งหาทรัพย์สินหรือสร้างสิ่งบดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ จนไปดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ ที่จะส่องลงมายังที่ดินของบุคคลอื่น

57 National Achieves. (2015). **Prescription Act 1832**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4/2-3/71/contents>

58 Medway Council. (2016). **Trees and shade**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.medway.gov.uk/planningandbuilding/treemanagement/treereguides/treesandshade.aspx>

เดิมศาลอังกฤษได้เคยวินิจฉัยในคดี *Wheeldon v Burrows*⁵⁹ ที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิ กล่าวคือ นายอัลเลนเป็นเจ้าของที่ดินอันเป็นที่ตั้งของโรงงานในเนื้อที่เดียวกัน ซึ่งทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติจะต้องส่องผ่านหน้าต่างของโรงงาน ต่อมานายอัลเลนได้แบ่งขายที่ดินอันเป็นที่ตั้งโรงงานส่วนหนึ่งให้กับนายวิลดอนและขายที่ดินอันเป็นที่ตั้งโรงงานอีกส่วนหนึ่งให้กับนายบาร์โรว์ ต่อมานายวิลดอนได้ทำการเปลี่ยนแปลงสภาพของสิ่งปลูกสร้างในลักษณะบดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติเข้ามาสู่อาคารและที่ดินในส่วนของนายบาร์โรว์ ทำให้อาคารและที่ดินของนายบาร์โรว์ไม่สามารถรับแสงธรรมชาติได้ ต่อมานายบาร์โรว์ได้ทำการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของนายวิลดอนที่ก่อให้เกิดการบดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ คดีนี้จึงเป็นข้อพิพาทกันระหว่างสิทธิในการสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ (right to build on the land so as to obstruct the windows) ของนายวิลดอนกับสิทธิในการใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นเพื่อที่จะใช้แสงลอดหรือผ่านเข้ามายังที่ดินของนายบาร์โรว์ (an easement of access of light through continuous enjoyment) ต่อมาศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายอาคารและที่ดินระหว่างนายอัลเลนกับนายบาร์โรว์เป็นเพียงบุคคลสิทธิตามสัญญาซื้อขายต่อกัน แต่ไม่ได้ก่อตั้งทรัพย์สินเหนือตัวทรัพย์สินระหว่างนายบาร์โรว์กับนายวิลดอน นายบาร์โรว์จึงไม่อาจอ้างสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินของนายวิลดอนได้⁶⁰

แต่ต่อมาในคดี *Colls v Home & Colonial Stores Ltd*⁶¹ ศาลอังกฤษได้วินิจฉัยไปอีกแนวทางหนึ่ง เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติ

59 *Wheeldon v Burrows* (1879) LR 12 Ch D 31

60 Law Extension Committee. (2006). **Easements Lecture on 21 June 2006**. Retrieved January 31, 2016, from http://sydney.edu.au/lec/subjects/real_property/Easements-21.06.06.pdf

61 *Colls v Home and Colonial Stores Ltd* [1904] AC 179

ตามแนวคิดทั่วไปว่าด้วยมนุษยธรรม (ordinary notions of mankind)⁶² กล่าวคือ จำเลยในคดีนี้ ได้แก่ Home & Colonial Stores Ltd ต้องการที่จะปลูกอาคารสูงบนที่ดิน โจทก์ในคดีนี้ ได้แก่ นายโคลส์ ซึ่งครอบครองที่ดินผืนตรงกันข้ามกับที่ดินของจำเลยและต้องการที่จะปลูกอาคารใหม่เนื่องมาจากการปลูกอาคารใหม่ของจำเลยได้ส่งผลกระทบต่อความสว่างบริเวณอาคารของโจทก์ชั้นล่าง เป็นผลให้อาคารของโจทก์บริเวณชั้นล่างไม่สามารถรับแสงอาทิตย์ได้ดี ศาลอังกฤษเห็นว่านายโคลส์พึงจะได้รับแสงที่พอเหมาะ (sufficient light) ในบริเวณอาคารของนายโคลส์และนายโคลส์พึงจะมีสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติ (แสงตามธรรมชาติในบางตำราอาจเรียกว่าแสงที่มีมาแต่โบราณหรือ ancient light) ให้เหมาะกับการใช้งานอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของตนอย่างสะดวกสบายและปกติสุข⁶³

ต่อมามีอีกหลายคดี ตัวอย่างเช่น คดี *HKRUK II (CHC) Ltd v Heaney*⁶⁴ และคดี *Coventry v Lawrence*⁶⁵ ที่วินิจฉัยไปในแนวทางที่เยียวยาผู้ที่ถูกระทบสิทธิจะได้รับแสงธรรมชาติในชีวิตประจำวัน ซึ่งผู้ที่ถูกระทบสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติจากการก่อสร้างอาคารของผู้อื่นที่ไม่เหมาะสมจนบดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติย่อมสามารถที่จะได้รับการเยียวยาทั้งที่เป็นค่าสินไหมทดแทน (damages) และการให้จำเลยรื้อถอนปลูกสร้างอาคารใหม่ (redevelopment) เพื่อไม่ให้สิ่งปลูกสร้างของจำเลยบดบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติมาสู่พื้นที่ในอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของโจทก์

62 Benbow, S. (2015). **Rights to Light - The Law Commission's final report.** Retrieved January 31, 2016, from <http://www.hardwicke.co.uk/insights/articles/rights-to-light--the-law-commissions-final-report>

63 Weekes, T. (2012). **Not a light touch: Remedies in rights of light cases.** Retrieved January 31, 2016, from http://www.landmarkchambers.co.uk/userfiles/documents/resources/Rights_of_Light_-_Remedies_TW.pdf

64 *HKRUK II (CHC) Ltd v Heaney* [2010] EWHC 2245 (Ch)

65 *Coventry v Lawrence* [2012] EWCA Civ 26

ผลของคำพิพากษาในคดีหลังๆ ทำให้ผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ผู้ประกอบธุรกิจรับสร้างอาคาร และบริษัทประกันวินาศภัย ต้องตระหนักถึงความเสี่ยง (risks) ที่เพิ่มมากขึ้น เพราะหากสถาปนิกหรือวิศวกรได้ออกแบบและก่อสร้างอาคาร อันมีลักษณะไปบังทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ จนก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติต่อผู้ที่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง (rights to light infringements)⁶⁶ ผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ประกอบธุรกิจรับสร้างอาคารอาจต้องรับผิดชอบจากการออกแบบและก่อสร้างอาคารที่ไม่ได้คำนึงถึงทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติ ผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจรับสร้างอาคารจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกผู้รับจ้างออกแบบหรือสร้างอาคารหรือต้องกำชับให้ออกแบบอาคารโดยคำนึงถึงทิศทางการส่องของแสงธรรมชาติและสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติของผู้ที่อาศัยอยู่บริเวณโดยรอบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่กำลังจะก่อสร้าง ผลจากแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าว มีผลให้ผู้สร้างอาคารต้องใช้ความระมัดระวังมากขึ้น จึงอาจจะถือเป็นการวางมาตรฐานเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน อันเป็นบทบาทหนึ่งของศาล

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ย่อมเห็นได้ว่าศาลสหรัฐอเมริกา ศาลนิวซีแลนด์ และศาลอังกฤษ ได้เข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับแสงประดิษฐ์และแสงธรรมชาติ ได้แก่ คดีแสงที่ส่องรบกวนไปยังที่ดินและทรัพย์สินของเพื่อนบ้าน คดีแสงสว่างจ้าอันเนื่องจากแสงสะท้อนของกระจกจากอาคารสูง และคดีเกี่ยวกับสิทธิในแสงธรรมชาติช่วยให้ความสว่างแก่พื้นที่อาคาร

66 Law Commission. (2014). **Rights to Light Executive Summary**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/lc356_rights_to_light_summary.pdf

3. ศาลยุติธรรมกับการใช้งานแสงสว่างในกิจการศาล

มีคำถามบางประการว่าศาลสามารถปล่อยมลภาวะทางแสงจากหลอดไฟฟ้าหรือศาลสามารถเป็นคู่ขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้งานแสงประดิษฐ์ในชีวิตประจำวันได้หรือไม่ รวมไปถึงศาลมีสิทธิในการรับแสงธรรมชาติอย่างพอเพียงเพื่ออาชีวอนามัยของผู้ทำงานในศาลหรือผู้ที่ต้องมาติดต่อราชการกับศาลได้หรือไม่

แท้จริงแล้วผู้ปฏิบัติงานในศาลหรือผู้มาใช้บริการศาล ก็ย่อมต้องการแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายในอาคาร (interior courthouses lighting)⁶⁷ เพื่อประกอบกิจกรรมอำนวยความสะดวก ยุติธรรม แสงสว่างจากการออกแบบหรือติดตั้งหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟในศาลย่อมทำให้ผู้ปฏิบัติงานในศาลหรือผู้มาใช้บริการศาลมองเห็นวัตถุต่างๆ ได้อย่างชัดเจน⁶⁸ ตัวอย่างเช่น การออกแบบแสงสว่างในห้องพิจารณาคดี (courtroom lighting design)⁶⁹ ย่อมทำให้ผู้พิพากษาสามารถมองเห็นและอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยเปิดเผยได้อย่างสะดวก พนักงานหน้าบัลลังก์สามารถมองเห็นได้ชัดเจนในเวลาจัดพิมพ์คำพิพากษาหรือคำสั่ง และทนายความสามารถมองเห็นเอกสารว่าความและพยานในศาลได้ เป็นต้น

67 Office of the Government Architect, Building Management and Works. (2015). **The Architecture of Justice Facilities: Design standard for courthouses and justice complexes**. Retrieved January 31, 2016, from https://www.finance.wa.gov.au/cms/uploadedFiles/Building_Management_and_Works/oga_justice_design_standards.pdf?n=4163

68 City of Seattle. (2008). **Justice Center City Project Case Study Seattle Fleets & Facilities Department**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.seattle.gov/Documents/Departments/OSE/GB-City-Case-Justice.pdf>

69 McGill University School of Architecture. (2006). **ARCH-447 Electrical Services - Lighting**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.arch.mcgill.ca/prof/reinhart/arch447/fall2006/StudentProjects/03_FinalReport.pdf



รูปที่ 5: การใช้แสงสว่างภายนอก (exterior lighting) อาคารของศูนย์ราชการศาล Ralph L. Carr Colorado Judicial Center ใจกลางเมืองเดนเวอร์ มลรัฐโคโรลาโด สหรัฐอเมริกา⁷⁰

รัฐบาลของหลายประเทศจึงให้ความสนใจในการกำหนดมาตรฐานหรือแนวทางออกแบบสถาปัตยกรรมของสาธารณูปโภคทางการยุติธรรม (architecture of justice facilities)⁷¹ เพราะแสงธรรมชาติและแสงประดิษฐ์ภายในอาคารย่อมส่งผลต่ออารมณ์ ความรู้สึกและความวิตกกังวลของผู้ปฏิบัติงานในศาลกับผู้ที่มาติดต่อราชการในศาล มาตรฐานการออกแบบแสงสว่างสำหรับสาธารณูปโภคของศาลสมัยใหม่ (modern justice facilities)⁷² จึงมุ่งให้ผู้ออกแบบแสงสว่างภายในอาคารพยายามออกแบบแสงสว่างในตัวอาคารศาลที่สามารถทำให้ผู้ปฏิบัติงานศาล

70 Colorado Judicial Department. (2013). **Ralph L. Carr Colorado Judicial Center**. Retrieved January 31, 2016, from <https://www.courts.state.co.us/gallery/album.cfm?Album=4>

71 Courts of New Zealand. (2010). **The Supreme Court of New Zealand**. Retrieved January 31, 2016, from <https://www.courtsofnz.govt.nz/about/supreme/the-supreme-court-complex/publications/50044-Supreme-Court-200-x200mm-A4-print.pdf>

72 U.S. General Services Administration. (2007). **U.S. Courts Design Guide**. Washington, D.C.: U.S. General Services Administration.

หรือผู้มาติดต่อราชการสามารถรู้สึกผ่อนคลาย (relaxation) และได้ประสบการณ์ที่ดีจากสภาวะแวดล้อมในห้องพิจารณาคดี (better experience of court conditions)⁷³



รูปที่ 6: การออกแบบแสงสว่างภายในอาคารศูนย์ราชการศาล Fenton Judicial Center ผู้ออกแบบได้อาศัยหลักการสร้างสมดุลระหว่างการใช้งานแสงธรรมชาติและแสงประดิษฐ์ (balancing natural and artificial illumination) ภายในบริเวณห้องพิจารณาคดีของศาล⁷⁴

นอกจากนี้ แม้หลอดไฟที่นำมาใช้งานสำหรับสาธารณูปโภคของรัฐ จะมีหลายแบบ เช่น หลอดไฟฟ้าชนิดสารกึ่งตัวนำ (semi-conductor) หลอดไฟแบบเผาไส้ให้ร้อน (incandescent) และหลอดไฟแบบคายประจุในก๊าซ (gas discharger) แต่ผู้ออกแบบแสงสว่างในศาลอาจต้องคำนึงถึงการใช้งาน

73 Judicial Council of California. (2011). **California Trial Court Facilities Standards 2011 Draft**. San Francisco: Judicial Council of California Administrative Office of the Courts & Office of Court Construction and Management.

74 Berg Lighting Design. (2015). **Fenton Judicial Center**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.berglightingdesign.com/fenton_judicial_center.html

แสงสว่างแบบประหยัดพลังงาน (energy efficient lighting) ควบคู่ไปกับการออกแบบแสงสว่างที่อาจส่งผลกระทบต่ออารมณ์ความรู้สึกของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในศาลด้วย⁷⁵ ตัวอย่างเช่น ค่าความส่องสว่างที่ทำการตรวจวัดในระยะระนาบทุกๆ ระยะ 1 เมตร (horizontal illuminance) จากไฟ LED บนบัลลังก์ผู้พิพากษาควรมีค่าประมาณ 500 ลักซ์ (lux) เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถมองเห็นวัตถุต่างๆ ในห้องพิจารณาได้อย่างชัดเจน เป็นต้น

การใช้แสงสว่างของศาลไม่ได้มีเฉพาะภายในอาคารเท่านั้น หากแต่การใช้แสงสว่างของศาลย่อมครอบคลุมไปถึงการใช้แสงสว่างภายนอกอาคารที่ทำการศาล (exterior courthouses lighting) ด้วย⁷⁶ การใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารที่ทำการศาลย่อมส่งผลดีในหลายมิติ ทั้งในแง่เหตุผลด้านความสวยงามยามค่ำคืน (anesthetic reasons) กับในแง่เหตุผลด้านความมั่นคงปลอดภัย (security and safety reasons) ของผู้ปฏิบัติงานในที่ทำการศาลหรือเดินทางเข้ามายังบริเวณที่ทำการศาลยามค่ำคืน

อย่างไรก็ตาม การใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารบริเวณที่ทำการศาลที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม ก็อาจทำให้แสงสาดไปยังบริเวณที่ตั้งทรัพย์สินหรือบริเวณพื้นที่ส่วนบุคคลของผู้ที่อาศัยอยู่บริเวณรอบๆ ที่ทำการศาลรวมไปถึงอาจทำให้เกิดการส่องรบกวนของแสงไปยังระบบนิเวศรอบๆ ที่ทำการศาล⁷⁷ จนอาจทำให้ระบบนิเวศในเวลากลางคืน (nocturnal ecosystems) บริเวณรอบๆ

75 Government of Western Australia Department of Attorney General. (2010). **Courts Standard Design Brief**. Perth: Government of Western Australia Department of Attorney General.

76 Supreme Court of Virginia Office of the Executive Secretary. (2015). **Virginia Courthouse Facility Guidelines**. Richmond: Supreme Court of Virginia Office of the Executive Secretary.

77 Utah Courts.(2015). **Utah Judicial Facility Design Standards - Utah Courts**. Retrieved January 31, 2016, from https://www.utcourts.gov/admin/facilities/docs/Utah_Judicial_Facility_Design_Standards.pdf

ที่ทำการศาลเสียสมดุลความมืดในเวลากลางคืนและความสว่างในเวลากลางวันไป (disrupting the natural day-night pattern)

4. บทบาทของศาลกับความเปลี่ยนแปลงในอนาคต

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แม้ศาลเองมีบทบาททั้งในฐานะที่เป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี เพื่อให้ความยุติธรรมกับคู่ความในคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานแสงสว่าง และในฐานะที่เป็นผู้ใช้งานแสงสว่าง เพื่อให้กิจกรรมหรือกิจการของศาลสามารถดำเนินไปได้ แต่ทว่าประเด็นความยุติธรรม (justice) อันเกี่ยวข้องกับการใช้งานแสงสว่าง ก็ยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันในวงวิชาการกันมาก เพราะการใช้งานแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟภายนอกอาคารที่เอื้อประโยชน์ต่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสียอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ครूरเรือน ภาคธุรกิจ ภาคอุตสาหกรรม ภาครัฐและท้องถิ่น ก็อาจไปกระทบต่อสิ่งแวดล้อมที่ไม่ใช่มนุษย์ได้ ซึ่งส่วนนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาความยุติธรรมเชิงนิเวศ (ecological justice) อาจไปกระทบต่อมนุษย์ที่อาศัยอยู่บริเวณพื้นที่ใกล้เคียงกับสถานที่ที่มีการติดตั้งหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟดังกล่าว ซึ่งส่วนนี้ก็ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (environmental justice) เช่นเดียวกัน เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างประชาชนด้วยกันในกรณีที่มีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานแสงสว่างหรือการใช้งานแสงสว่างของสาธารณชน ภาคธุรกิจ ภาคอุตสาหกรรม ภาครัฐ และท้องถิ่น ได้ส่งผลกระทบต่อบรรยากาศจนทำให้เกิดภาวะเสียสมดุลของระบบนิเวศ ศาลก็อาจสร้างบรรทัดฐานบางประการมาเป็นเกณฑ์ป้ทสถานที่ตัดสินปัญหาข้อพิพาทระหว่างประชาชนเกี่ยวกับการใช้งานแสงสว่างและปัญหาผลกระทบทางแสงที่กระทบต่อสาธารณชน โดยประการนี้ ศาลในหลายประเทศจำต้องคำนึงถึงผลกระทบอันเนื่องมาจากมลภาวะทางแสงต่อสาธารณชนกับผลกระทบจากข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงสว่างของเอกชน รวมไปถึงศาลเองต้องมืบทบาทที่สำคัญในการจัดสรรปันส่วนประโยชน์ทางสิ่งแวดล้อมและกำหนด

ภาระหน้าที่ทางสิ่งแวดล้อม (environmental benefits and burdens)⁷⁸ ในสังคมให้เป็นไปอย่างยุติธรรม

ศาลในประเทศต่างๆ เช่น ศาลสหรัฐอเมริกา ศาลอังกฤษ และศาลนิวซีแลนด์ จึงอาจต้องหาแนวทางในการสร้างสมดุลระหว่างการส่งเสริมเสรีภาพในการแสวงหาประโยชน์จากแสงสว่างของมนุษย์กับการปกป้องคุ้มครองสิทธิของประชาชนเมื่อเกิดกรณีที่แสงส่องรบกวนไปยังที่ดินและทรัพย์สินของเพื่อนบ้านหรือคุ้มครองสิทธิของประชาชนเมื่อเกิดกรณีที่แสงสว่างจ้าอันเนื่องจากแสงสะท้อนของกระจกจากอาคารสูงส่องมาสร้างความรำคาญแก่เพื่อนบ้านหรือผู้ที่สัญจรไปมาบริเวณโดยรอบอาคาร นอกจากนี้ ศาลควรมีบทบาทในการใช้และการตีความกฎหมายควบคุมอาคารและผังเมืองเพื่อไม่ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดกระทำการหนึ่งกระทำการใดอันกระทบสิทธิที่จะได้รับแสงสว่างจากธรรมชาติเข้ามายังบริเวณอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างเพื่อสุขอนามัยของเพื่อนบ้านและเพื่อคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับแสงสว่างตามธรรมชาติให้พอเพียงต่อสุขอนามัยของผู้คนในสังคม⁷⁹

แนวทางในการสร้างสมดุลระหว่างการใช้สิทธิของผู้ใช้งานแสงกับสิทธิที่จะมีสุขภาพอนามัยหรือความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชน โดยปราศจากการรบกวนจากมลภาวะทางแสง⁸⁰ ก็ย่อมเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่ศาลพึงต้องหันมาใส่ใจ เพราะเมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีแสงสว่างขึ้นและการใช้เทคโนโลยีแสงสว่างก่อให้เกิดการกระทบสิทธิของผู้อื่นหรือการกระทบต่อกลุ่มบุคคล กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลอาจวางหลักการพื้นฐานในคดีที่ตัดสินเพื่อสร้างสมดุลระหว่างผู้มีผลประโยชน์จากการ

78 Mongkol, S. (2015). Environmental Justice. *Journal of Social Development*, 2 (17), 87-112.

79 Alvarez, T. L. (2008). Don't Take My Sunshine Away: Right-to-Light and Solar Energy in the Twenty-First Century. *Pace Law Review*, 28 (3), 535-560.

80 Heilig, P.(2015). **Light Pollution**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.hellenot.org/fileadmin/user_upload/PDF/WeiterInfos/11_Lightpollution_P_Heilig.pdf

ใช้งานแสงสว่างกับผู้สมควรได้รับความคุ้มครองสิทธิของตนจากศาล เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิในสุขภาพอนามัยที่ปลอดจากมลภาวะทางแสงหรือความเป็นอยู่ที่ดีที่ปลอดภัยจากการรบกวนของแสงสว่าง⁸¹

จากที่กล่าวมาในข้างต้น อาจเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมในหลายประเทศได้พิจารณาพิพากษาหรือวินิจฉัยคดีเพื่อความมุ่งหมายที่จะลดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้งานแสงประดิษฐ์ในชีวิตประจำวันและเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับแสงธรรมชาติอย่างพอเพียง การใช้งานแสงสว่างที่ก่อให้เกิดทิศทางการส่องของแสงอันสร้างความเดือดร้อนรำคาญหรือรบกวนการทำกิจกรรมในชีวิตประจำวันแก่เพื่อนบ้าน การใช้งานแสงสว่างดังกล่าวย่อมกลายเป็นเหตุเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ซึ่งศาลในหลายประเทศได้ทำคำพิพากษา (court decisions) เอาไว้หลายคดีที่เกี่ยวข้องกับเหตุเดือดร้อนรำคาญอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงสว่างจนคดีต่างๆ เหล่านี้เองได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานสำหรับคำพิพากษาในอนาคต (precedent for future case)

นอกจากนี้ การทำคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญอันเนื่องมาจากการใช้งานแสงประดิษฐ์ของศาลยุติธรรมในหลายประเทศย่อมมีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการควบคุมมลภาวะทางแสงในเวลาต่อมา ตัวอย่างเช่น ศาลอังกฤษได้เคยวางหลักในเรื่องของความเดือดร้อนรำคาญอันเนื่องมาจากการออกแบบหรือติดตั้งแสงสว่างภายนอกอาคารที่ไม่เหมาะสมในคดี *Stonehaven and District Angling Association v Stonehaven Recreation Ground Trustees* และคดี *Bonwick v Brighton and Hove Council* ซึ่งในเวลาต่อมารัฐบาลอังกฤษก็ได้นำเอาหลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษได้เคยวางบรรทัดฐานมาแล้วทั้งสองคดี⁸² รวมไปถึงหลักเกณฑ์ด้านกฎหมาย

81 Lee, C. K. (2014). Law as a Contested Terrain under Authoritarianism. *Cross-Currents: East Asian and Culture Review*, 1 (3), 253-258.

82 TEMPLO. (2006). *Assessment of the Problem of Light Pollution from Security and Decorative Light*. West Sussex: TEMPLE group. และโปรดดูเพิ่มเติม

สิ่งแวดล้อมและผังเมืองที่เกี่ยวข้องมาบัญญัติเหตุเดือดร้อนรำคาญจากแสงประดิษฐ์เป็นการเฉพาะ ภายใต้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutory artificial light nuisance) ได้แก่ Clean Neighbourhoods and Environment Act 2005 ซึ่งกฎหมายอังกฤษฉบับนี้ถือว่าการใช้งานแสงสว่างที่ไปก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้านหรือผู้ที่อาศัยอยู่ในบริเวณพื้นที่ชุมชนโดยรอบ ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติกฎหมาย⁸³ เป็นต้น

แนวบรรทัดฐานในคดีต่างๆ นอกจากจะส่งอิทธิพลต่อการจัดทำกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการควบคุมมลภาวะทางแสงแล้ว แนวบรรทัดฐานในคดีต่างๆ ยังอาจส่งอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงปรับปรุงเทคโนโลยีแสงสว่างกับสถาปัตยกรรมแสงสว่างภายนอกอาคารในอนาคตด้วย เพราะเทคโนโลยีแสงสว่างที่ดีก็ย่อมจะสามารถตอบสนองทั้งความต้องการการใช้งานแสงสว่างภายนอกอาคารของผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ไฟส่องสว่างภายนอกอาคารและความต้องการควบคุมมลภาวะทางแสงที่ไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมอีกด้วย แม้เทคโนโลยีแสงสว่างจะให้ความสว่างต่อมนุษยชาติสักเพียงใดก็ตาม หากเทคโนโลยีดังกล่าวก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรือผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย และทรัพย์สินของผู้ใช้งานแล้ว ก็ย่อมไม่เป็นการดีต่อผู้ใช้งานเทคโนโลยีแสงสว่างหรือเพื่อนบ้านของผู้ใช้งานแสงสว่างที่อาศัยบริเวณพื้นที่รอบๆ แหล่งกำเนิดแสงที่ไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม

ในย่อหน้าที่ 146 หน้า 44 ในเอกสาร House of Commons. (2003). **Light Pollution and Astronomy Seventh Report of Session 2002-03**. London: Stationary Office.

- 83 นอกจากนี้ ยังได้เคยมีวิทยานิพนธ์หัวข้อ “Light Pollution: A case for federal regulation?” ที่ Timothy S. Berthaume ได้จัดทำขึ้น โดยให้ข้อเสนอแนะว่าสหรัฐอเมริกาควรนำเอาเกณฑ์ที่ศาลยุติธรรมสหรัฐอเมริกาไว้วางบรรทัดฐานเอาไว้ในอดีต (คดีที่มีบรรทัดฐานโดยศาลยุติธรรมสหรัฐได้วางหลักอันส่งผลต่อการควบคุมมลภาวะทางแสง) มาบัญญัติเป็นกฎหมายควบคุมมลภาวะทางแสงระดับสหรัฐอเมริกา โปรดดูเพิ่มเติมใน Berthaume, T. (2007). **Light pollution: a case for federal regulation**. Rochester, NY: Rochester Institute of Technology.

5. บทสรุป

แสงสว่างไม่ว่าจะเป็นแสงธรรมชาติจากดวงอาทิตย์ที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติหรือแสงประดิษฐ์จากหลอดไฟฟ้าที่มนุษย์ได้สร้างขึ้น ย่อมเป็นประโยชน์ทั้งในด้านสุขภาพ ด้านอาชีวอนามัย ด้านความปลอดภัยและด้านการให้คุณค่าทางสถาปัตยกรรมอาคาร แต่การก่อสร้างอาคารสูงในลักษณะที่ไม่เหมาะสมและการออกแบบแสงสว่างที่ไม่ได้คำนึงถึงสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของผู้อื่น ย่อมอาจเป็นสาเหตุให้เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับแสงที่ส่องรบกวนไปยังที่ดินและทรัพย์สินของเพื่อนบ้าน ข้อพิพาทเกี่ยวกับแสงสว่างจั่วอันเนื่องจากแสงสะท้อนของกระจกจากอาคารสูง และข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในแสงธรรมชาติช่วยให้แสงสว่างแก่พื้นที่อาคารได้

ผู้เขียนเห็นว่าในอนาคตศาลในอีกหลายประเทศ อาจพัฒนาแนวคำพิพากษาของตนให้สอดคล้องกับการพัฒนาเทคโนโลยีแสงสว่างที่นับวันจะยิ่งพัฒนามากยิ่งขึ้นกว่าอดีตที่ผ่านมาและอาจใช้ดุลพินิจแก้ไขปัญหาดังกล่าวทางเทคนิคอันเนื่องมาจากการก่อสร้างอาคารอันมีลักษณะทางกายภาพที่บดบังทิศทางการรับแสงธรรมชาติของเพื่อนบ้าน ซึ่งกระทบต่อสิทธิที่จะรับแสงธรรมชาติในระดับที่เหมาะสมของเพื่อนบ้านหรือแก้ไขปัญหาดังกล่าวทางเทคนิคเนื่องมาจากการก่อสร้างอาคารสูงที่ใช้วัสดุบางอย่างที่สามารถสะท้อนแสงจนก่อให้เกิดแสงสว่างจ้า อันส่งผลให้เพื่อนบ้านที่อาศัยอยู่ในบริเวณโดยรอบหรือผู้ที่สัญจรผ่านบริเวณอาคารดังกล่าวเกิดความไม่สบายตาได้

อีกประการหนึ่ง ศาลควรพัฒนาบทบาทของตนให้ก้าวไปทันต่อความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีแสงสว่าง จำนวนประชากรที่ต้องการใช้งานแสงสว่างที่เพิ่มมากขึ้นตามลำดับ และการขยายตัวของภาคพาณิชย์กรรมและภาคอุตสาหกรรมที่ต้องการใช้งานแสงสว่างมาเป็นปัจจัยในการผลิตสินค้าและให้บริการด้านต่างๆ อันจะตอบสนองความต้องการแสวงหาผลประโยชน์ทางธุรกิจของตน การมุ่งแสวงหาประโยชน์จากแสงสว่างกับการแข่งขันทางธุรกิจโดยอาศัย

แสงสว่างมาเป็นเครื่องมือสำหรับการผลิตสินค้าและบริการ ย่อมอาจก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้ง โดยเฉพาะข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ในกรณีที่บุคคลหนึ่งใช้งานแสงสว่างจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟ (แสงประดิษฐ์) จนก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย ทรัพย์สินและประโยชน์ส่วนตนของบุคคลอื่น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการใช้งานแสงสว่าง ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมสมควรต้องชดเชยความเสียหายดังกล่าวต่อผู้ที่ต้องเสียหาย ซึ่งข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้งานหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟที่ปล่อยแสงที่ส่องรบกวน จนทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ต้องเสียหาย ย่อมถือเป็นสิ่งที่ศาลในทุกประเทศพึงจะต้องระงับข้อพิพาทโดยการดำเนินคดีทางศาลให้เป็นไปตามวิธีการทางกฎหมาย ถึงต่อมาจะมีการขยายตัวของการใช้งานแสงสว่างเพียงใดก็มีความสลับซับซ้อนของเทคโนโลยีแสงสว่างมากขึ้นสักเพียงใดก็ตาม ศาลก็ย่อมจะต้องเป็นสถาบันหนึ่งซึ่งช่วยพัฒนาแนวคำพิพากษาในส่วนที่เกี่ยวกับแสงที่ส่องรบกวน จากแนวคำพิพากษาข้อพิพาทอันเกิดจากแสงที่ส่องรบกวนในอนาคตที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น ย่อมแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการกับแนวโน้มของคำพิพากษาที่วางหลักเกณฑ์ให้บุคคลที่ใช้งานหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟที่ก่อให้เกิดแสงที่ส่องรบกวนไปยังเพื่อนบ้าน หรือชุมชนที่อยู่โดยรอบเป็นผู้แพ้ และฝ่ายที่ต้องเสียหายต่อร่างกาย อนามัย ทรัพย์สินและประโยชน์ส่วนตนจากแสงที่ส่องรบกวนเป็นผู้ชนะ กล่าวคือ มีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้กับมีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชนะ (win-lose situation) ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้งานแสงสว่างดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นอีกว่าศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้นหรือผู้ปฏิบัติงานในศาล ก็ควรต้องตระหนักถึงโทษภัยของการใช้งานแสงสว่างที่ไม่เหมาะสมบริเวณอาคารศาลหรือการออกแบบแสงสว่างภายนอกอาคารศาลที่ไม่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม เพราะหากผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในอาคารศาลปล่อยให้แสงที่ส่องรบกวนและแสงบาดตาจากหลอดไฟฟ้าหรือโคมไฟจากที่ทำการศาลแล้ว ก็ย่อมอาจก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบต่อสุขภาพของประชาชนที่อาศัยอยู่รอบๆ ที่ทำการศาล หรือส่งผลร้ายต่อระบบนิเวศในเวลากลางคืนที่อยู่รอบๆ ศาลก็เป็นได้

บรรณานุกรม

- NBC News. (2013). **'It is hotter than anywhere I've ever been': London skyscraper melts cars, fries eggs**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.nbcnews.com/news/other/it-hotter-anywhere-ive-ever-been-london-skyscraper-melts-cars-f8C11066086>
- OBAS UK. (2014). **More tall buildings to come with proposed “Right to Light” reforms**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.obas.com/blog/more-tall-buildings-to-come-with-proposed-right-to-light-reforms/>
- Office of the Government Architect, Building Management and Works. (2015). **The Architecture of Justice Facilities: Design standard for courthouses and justice complexes**. Retrieved January 31, 2016, from https://www.finance.wa.gov.au/cms/uploadedFiles/Building_Management_and_Works/oga_justice_design_standards.pdf?n=4163
- Parisi, R. (2009). **A User’s Guide to Bringing a Private Nuisance Action**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.ppgbuffalo.org/wp-content/uploads/2010/06/Private-Nuisance-Users-Guide-1.pdf>
- Planning Portal. (2013). **Changes to right to light regime mooted**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.planningportal.gov.uk/general/news/stories/2013/Feb13/210213/21022013_1

- Ploetz, K. M. (2002). Light Pollution in the United States: An Overview of the Inadequacies of the Common Law and State and Local Regulation. **New England Law Review**, 36, 985-1039.
- Royal Institution of Chartered Surveyors. (2010). **Rights of light Practical guidance for chartered surveyors in England and Wales**. Coventry: Royal Institution of Chartered Surveyors.
- Royal Institution of Chartered Surveyors. (2013). **A clear, impartial guide to Right to light**. London: Royal Institution of Chartered Surveyors.
- Scottish Government. (2009). **Guidance to Accompany the Statutory Nuisance Provisions of the Public Health etc (Scotland) Act 2008**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.gov.scot/Publications/2009/01/23142152/8>
- Shi, J. (2010). **Reducing Artificial Nighttime Light Pollution and Its Impacts**. Durham: Environmental Protection Agency.
- Smith, H. E. (2004). Exclusion and Property Rules in the Law of Nuisance. **Virginia Law Review**, 4 (90), 966-1049.
- Solar Energy Industries Association. (2015). **Solar Technology**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.seia.org/policy/solar-technology>
- Supreme Court of Virginia Office of the Executive Secretary. (2015). **Virginia Courthouse Facility Guidelines**. Richmond: Supreme Court of Virginia Office of the Executive Secretary.

TEMPLE. (2006). **Assessment of the Problem of Light Pollution from Security and Decorative Light**. West Sussex: TEMPLE.

Test Valley Borough Council. (2015). **Taking private action for nuisance problems without the involvement of the Council**. Retrieved January 31, 2016, from <https://www.testvalley.gov.uk/resident/housingandenvironmentalhealth/environmentalprotection/noisenuisance/taking-private-action-nuisance-problems-without-in/>

Tilling, S. (2015). Nuisance: Interference From Reflected Sunlight & Appropriate Remedies. **UKELA e-law**, 87, 17-18.

U.S. Department of Energy. (2010). **Exterior Lighting Guide for Federal Agencies**. Washington, DC :Federal Energy Management Program.

U.S. Environmental Protection Agency. (2004). **Hudson River PCBs Superfund Site Quality of Life Performance Standards**. New York: U.S. Environmental Protection Agency & Ecology and Environmental, Inc.

U.S. General Services Administration. (2007). **U.S. Courts Design Guide**. Washington, D.C.: U.S. General Services Administration.

U.S. General Services Administration. (2010). **P100 Facilities Standards for the Public Buildings Service**. Springfield: U.S. General Services Administration.

- Utah Courts.(2015). **Utah Judicial Facility Design Standards - Utah Courts**. Retrieved January 31, 2016, from https://www.utcourts.gov/admin/facilities/docs/Utah_Judicial_Facility_Design_Standards.pdf
- Weekes, T. (2012). **Not a light touch: Remedies in rights of light cases**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.landmark-chambers.co.uk/userfiles/documents/resources/Rights_of_Light_-_Remedies_TW.pdf
- Wells, N. (2015). **How Natural and Built Environments Impact Human Health**. Retrieved January 31, 2016, from http://www.human.cornell.edu/outreach/upload/CHE_DEA_NaturalEnvironments.pdf
- Whipple, T. (2013). **How London's burning in the glare of great glass tower the Walkie Talkie**. Retrieved January 31, 2016, from <http://www.thetimes.co.uk/tto/science/article3858974.ece>
- Wild Trout Trust. (2012). **Advisory Visit Shimna River, Co. Down**. Waterlooville: Wild Trout Trust.

หลักการและความเป็นจริงในศาล: การเรียนรู้ผ่านการสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดี

ตามร คำไตรย์¹

บทคัดย่อ

การศึกษากระบวนการพิจารณาในชั้นศาล จากมุมมองที่นอกเหนือจากการศึกษาผ่านตัวบทกฎหมายหลักนั้น ยังมีอยู่อย่างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบาทของผู้พิพากษา พนักงานอัยการ และทนายความในความเป็นจริง แนวคิดดังกล่าว ได้นำมาสู่การสร้างกิจกรรมการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นแนวทางในการให้นักศึกษาในสาขาวิชานิติศาสตร์ ได้เรียนรู้ประสบการณ์ในกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง ผลจากการดำเนินการในโครงการ พบว่านักศึกษาได้ประสบการณ์ในมุมมองที่แตกต่างและกว้างออกไปจากหลักการที่ตนได้เรียนรู้มาในชั้นเรียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย และการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ที่ยังคงปรากฏปัญหาในทางปฏิบัติ การศึกษาโครงการนี้ต่อไปในระยะยาวย่อมเป็นแนวทางในการเปิดมุมมองการเรียนรู้นอกชั้นเรียนเกี่ยวกับกระบวนการทางศาล และอาจนำไปสู่การพัฒนากระบวนการทางศาลในอนาคต

คำสำคัญ: การเรียนรู้และสังเกตการณ์, กระบวนการทางศาล, การพิจารณาโดยเปิดเผย, การพิจารณาอย่างเป็นธรรม, สิทธิมนุษยชน

1 อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์บูรณาการ มหาวิทยาลัยขอนแก่น วิทยาเขตหนองคาย 43000, E-mail: eusebio_dk@yahoo.com

Learning through Trial Observation: Principles and Practice

Damorn Kumtrai²

Abstract

The limited studies on court procedures from other aspects apart from laws, especially the role of judges, public prosecutors and lawyers in practice has led to the project named "Learning and Observation the Judicial Process in Human Rights Perspective". This project is based on the participation of law students in studying the judicial process from their own experiences by observing the trials themselves. . The results of this project reflect the student's learning outcomes which are different from those learnt from the conventional study and provides the observations which are based on the real practices. Main results are about the issues of public hearing principle and fair trial principle and the problems thereof. This approach of study outside the classroom also expand the perspectives of laws apart from the written legal instruments and bring about the development of the judicial process in the long run,

keywords: Learning and Observation, Judicial Process, Public Hearing, Fair Trial, Human Rights

2 Lecturer, Law Program, Faculty of Integrated Social Sciences Khon Khan University Nong Khai Campus 43000, E-mail: eusebio_dk@yahoo.com

บทนำ

อาชีพตุลาการหรือผู้พิพากษาซึ่งตัดสินอรรถคดีนั้น เป็นอาชีพที่นักศึกษากฎหมาย และผู้ที่ประกอบวิชาชีพในสายนิติศาสตร์มีอุดมคติว่าเป็นอาชีพอันทรงเกียรติสูงสุดของสาขาวิชานิติศาสตร์ ทำให้ความคาดหวังต่ออาชีพ และผู้ที่ประกอบอาชีพนี้สูงตามไปด้วย สังคมมักมีทัศนคติว่าผู้พิพากษานั้นต้องมีความสามารถมาก เพราะเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อหน้าตน โดยการใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องเป็นไปอย่างเหมาะสม และมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม³ ในขณะที่การได้รับเกียรติจากสังคม ประกอบกับการที่เงินเดือนรวมเงินประจำตำแหน่งในอัตราที่ค่อนข้างสูง ย่อมเป็นแรงจูงใจให้มีผู้เลือกเรียนสาขานิติศาสตร์มากขึ้นในช่วงเวลาหนึ่ง

ในฐานะที่ผู้เขียนเคยทำการสัมภาษณ์ผู้สอบคัดเลือกเข้าเรียนในสาขานิติศาสตร์ในระดับปริญญาตรี ปรากฏว่ามีผู้สอบคัดเลือกจำนวนหนึ่งมีความคาดหวังต่อการที่จะประกอบอาชีพเป็นผู้พิพากษา โดยให้เหตุผลว่า "ค่าตอบแทนสูง" บ้าง หรือ "รักความยุติธรรมบ้าง" แม้ว่าผู้เข้าสอบคัดเลือกหลายคนไม่ทราบว่าผู้พิพากษามีหน้าที่ทำอะไรบ้าง และคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็นผู้พิพากษาได้จะต้องเป็นอย่างไร ข้อมูลเพียงน้อยนิดที่ผู้เข้าสอบเกือบทุกรายมักตอบสั้นๆ สำหรับหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ตนรู้จักคือ การ "ตัดสินคดี" สิ่งที่น่าสนใจมากขึ้นคือ ผู้เข้าสอบบางรายที่มีความคาดหวังในการประกอบอาชีพอัยการ ซึ่งคงไม่ทราบว่าอัยการมีหน้าที่ทำอะไรเช่นกัน ก็มักจะตอบคำถามไปในทางเดียวกันว่าอัยการก็มีหน้าที่ "ตัดสินคดี" เช่นกัน ปรากฏการณ์เหล่านี้สะท้อนให้เห็นผลในสองลักษณะคือ ประการแรก สังคมมีความรับรู้ต่อบทบาทหน้าที่ของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมค่อนข้างน้อยมาก แน่แน่นอนว่าผู้เข้าสอบเหล่านั้นเป็นเด็กที่อาจไม่ทราบบทบาทหน้าที่หลักของบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมจริงๆ แต่สังคมรอบตัวเขาก็ไม่ได้มีส่วนใน

3 Erichson, Howard M., "The Role of the Judge in Non-Class Settlements", *Washington University Law Review*, Volume 90, 1015 (2013),p. 1022.

การทำให้เขาได้เข้าถึงข้อมูลความรู้เหล่านี้เลย ผลประการที่สองที่สังเกตได้คือ สังคมมีทัศนคติในทำนองว่าความยุติธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการเป็นเรื่องที่แยกกันไม่ออก โดยเชื่อว่าตุลาการสามารถประสิทธิประสาทความยุติธรรมให้กับสังคมได้ ไม่ว่าเนื้อหาของการสร้างยุติธรรมจะเป็นเช่นไรก็ตาม

ความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของนักศึกษากฎหมายหลังจากที่ได้เข้าศึกษาต่อในชั้นปริญญาตรีนี้น่าจะดำรงอยู่จนกระทั่งได้เข้าไปมีส่วนร่วมกับกระบวนการยุติธรรม (ที่ไม่ใช่เกิดจากการศึกษาดูงานเป็นครั้งคราว) โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการฝึกประสบการณ์วิชาชีพ (ฝึกงาน) ในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม อุดมคติที่เคยคิดเอาไว้อาจจะเปลี่ยนแปลงบ้าง แต่ความเชื่อในกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวในนักศึกษาหลายคนอาจไม่เปลี่ยนแปลงไป โดยเหตุที่ไม่ได้เข้าไปมีส่วนในการรับรู้กระบวนการยุติธรรมดังกล่าว เนื่องด้วยไม่ได้ไปฝึกประสบการณ์ในองค์กรที่เกี่ยวข้อง หรือไม่ได้ฝึกประสบการณ์เลย การศึกษาในมหาวิทยาลัยจึงไม่อาจนำพาความเข้าใจในทางปฏิบัติของกระบวนการยุติธรรมมาสู่นักศึกษาหลายคนได้ ประกอบกับการศึกษาทางวิชาการด้านนิติศาสตร์เกี่ยวกับปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการนั้นมักมุ่งศึกษาผลที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาเป็นสำคัญ มากไปกว่านั้นก็จะเป็นเรื่องโครงสร้างตามกฎหมายพระธรรมนูญศาลยุติธรรม หรือกฎหมายวิธีพิจารณาความ ซึ่งไม่มีการศึกษาบทบาทของตุลาการที่เป็นจริงในทางปฏิบัติในศาลยุติธรรมเลย กล่าวคือการศึกษาการทำงานของตุลาการมีค่อนข้างจำกัดมาก ทำให้ภาพความเป็นจริงของกระบวนการยุติธรรมนั้นเป็นสิ่งที่แต่ละคนจะรับรู้ก็ต่อเมื่อได้เผชิญความเป็นจริงด้วยตนเองเท่านั้น

โดยการริเริ่มของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่และสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชียก่อให้เกิดโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชนขึ้นมาในปี 2552 โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการเรียนการสอนนอกชั้นเรียน และให้นักศึกษาได้เรียนรู้ประสบการณ์จริงด้วยตนเอง ในปีแรกนั้นมีสถาบันร่วมดำเนินการสองสถาบันคือ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

เชียงใหม่ และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี หลังจากนั้นจึงมีภาคีเพิ่มขึ้นเรื่อยมา ตั้งแต่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ และท้ายที่สุดคือคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

บทความนี้ จะอธิบายเริ่มต้นจากหลักการทางกฎหมายที่คุ้มครองบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการสังเกตการณ์ และการวิพากษ์สู่แนวทางในอนาคต ดังนี้

1. หลักการพื้นฐานที่คุ้มครองบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นแกนหลักในการกำหนดประเด็นการศึกษาในโครงการ อันได้แก่ หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย และหลักการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม

2. ความเป็นจริงในการคุ้มครองบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม โดยนำเสนอผ่าน ข้อสังเกตจากการดำเนินโครงการ ทั้งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาโดยเปิดเผย และการพิจารณาโดยเป็นธรรม โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักการทางทฤษฎี ว่าในทางปฏิบัตินั้นแตกต่างจากหลักการทางกฎหมายอย่างไร และการศึกษาก่อให้เกิดมุมมองต่อกระบวนการยุติธรรมอย่างไร รวมตลอดถึงข้อสังเกตในเรื่องการเข้าถึงความยุติธรรมกับการทำให้บุคคลตกอยู่ในสถานะ "ชายขอบ" ซึ่งเป็นประเด็นที่สืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่ได้จากการสังเกตการณ์ ทั้งที่เป็นไปตามและอาจไม่เป็นไปตามหลักการที่บุคคลควรได้รับความคุ้มครอง แต่ก่อให้เกิดการจำแนกและเบียดขับบุคคลออกไปจากสิทธิที่ควรได้รับความคุ้มครองในกระบวนการยุติธรรม

3. ข้อเสนอแนะต่อแนวทางในการพัฒนาการศึกษากระบวนการทางศาล ซึ่งอาจส่งผลให้แนวทางการศึกษากระบวนการทำงานของศาลมีความน่าเชื่อถือ และมีผลต่อการพัฒนาการปฏิบัติงานของศาลยุติธรรมมากขึ้น

1. หลักการพื้นฐานที่คุ้มครองบุคคลในกระบวนการยุติธรรม

หลักการสำคัญสองประการ คือ หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย และหลักการพิจารณาอย่างเป็นธรรม เป็นแกนหลักของการตั้งประเด็นการศึกษาโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน⁴ โดยสาระสำคัญของหลักการทั้งสองประกอบด้วยรายละเอียดดังนี้

1.1 หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย

หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยเป็นพื้นฐานประการแรกที่ทำให้โครงการฯ เกิดขึ้นได้ และทำให้การเข้าถึงสังเกตการณ์การพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมเป็นไปตามสิทธิที่กฎหมายรองรับ หลักการนี้ปรากฏทั้งในมาตรฐานสากล และกฎหมายไทยภายในประเทศ กล่าวคือตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีการรับรองสิทธิดังกล่าว ในมาตรา 36 ที่กำหนดให้การนั่งพิจารณาคดีจะต้องกระทำในศาลต่อหน้าคู่ความที่มาศาลโดยเปิดเผย ซึ่งมีผลทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาได้⁵ อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นตามกฎหมายที่ทำให้การพิจารณาคดีอาจไม่เป็นไปโดยเปิดเผยตามมาตราดังกล่าวคือ กรณีที่จำเป็นต้องรักษาความสงบเรียบร้อยในศาล⁶ กรณีที่จำเป็นต้องมีการคุ้มครองสาธารณะประโยชน์ ตามความเหมาะสม ศาลย่อมห้ามประชาชนเข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้

4 * คำว่า "มุมมองสิทธิมนุษยชน" ของการศึกษาในโครงการนี้ หมายถึง การใช้หลักการเรื่องสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของบุคคลเป็นสาระสำคัญในการศึกษา โดยพิจารณาว่าบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมนั้นได้รับการคุ้มครองตามหลักการที่ปรากฏในกฎหมายหรือไม่

5 วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชากุล และสิริพันธ์ พลรบ, **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556, หน้า 162.

6 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 36 (1) "ในคดีเรื่องใดที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในศาล เมื่อศาลได้ขับไล่คู่ความฝ่ายใดออกไปเสียจากบริเวณศาล โดยที่ประพฤติกรรมไม่สมควร ศาลจะดำเนินการนั่งพิจารณาคดีต่อไปลับหลังคู่ความฝ่ายนั้นก็ได้"

และย่อมห้ามการโฆษณาข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ต่างๆ เช่นว่านั้นได้⁷ และการทำคำพิพากษานั้น ศาลต้องทำโดยเปิดเผย⁸ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 140 (3) และจะต้องมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งรับรองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมของบุคคลเช่นกัน^{9*} โดยเหตุดังกล่าวการเข้ารับฟังและสังเกตการณ์คดีจึงเป็นเรื่องที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย เพื่อให้สาธารณชนสามารถรับรู้กระบวนการพิจารณาที่โปร่งใสของศาลยุติธรรมได้ และเป็นกลไกในการประกันว่าการพิจารณาคดีนั้น จะไม่มีการกระทำที่ปิดบังซ่อนเร้นจนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หลักการนี้จึงเป็นจุดเริ่มต้นของการดำเนินโครงการฯ โดยคำนึงถึงประโยชน์ที่นักศึกษาจะได้รับการสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลด้วยตนเอง และได้รับการพิจารณาคดีในทางปฏิบัติ ว่ามีความสอดคล้องกับหลักการที่ตนได้ศึกษามาในชั้นเรียนหรือไม่อย่างไรด้วย

7 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 36 (2) "ในคดีเรื่องใด เพื่อความเหมาะสม หรือเพื่อคุ้มครองสาธารณะประโยชน์ ถ้าศาลเห็นสมควรจะห้ามมิให้มีการเปิดเผยซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่างๆ ทั้งหมด หรือแต่บางส่วนแห่งคดี ซึ่งปรากฏจากคำคู่ความ หรือคำแถลงการณ์ของคู่ความ หรือจากคำพยานหลักฐานที่ได้สืบมาแล้ว ศาลจะมีคำสั่งดังต่อไปนี้ก็ได้

(ก) ห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แล้วดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่เปิดเผย หรือ

(ข) ห้ามมิให้ออกโฆษณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่างๆ เช่นว่านั้น ..."

8 วรณชัย บุญบุรุษ, ธนกฤต วรธนัชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ, **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**, หน้า 162.

9 * รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดหลักการดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 40 (2) แต่เนื่องด้วยขณะปัจจุบันรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวสิ้นผลใช้บังคับ และมีการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว จึงไม่ระบุในข้อความข้างต้นว่าปรากฏในมาตราอะไร

1.2 หลักการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม

หัวใจสำคัญในการสร้างแบบบันทึกการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชนนั้นมาจากหลักเรื่องการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ซึ่งได้รับการรับรองภายใต้มาตรฐานสากลคือ ข้อ 10 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งกำหนดให้ทุกคนมีสิทธิโดยเสมอภาคและเต็มที่ในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและเที่ยงธรรมในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของตน และความผิดอาญาใดๆ ที่ตนถูกกล่าวหา¹⁰ ซึ่งแท้จริงแล้วการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยซึ่งได้กล่าวไปในหัวข้อที่ผ่านมาจัดเป็นส่วนของการพิจารณาคดีโดยเป็นธรรมนี้

นอกเหนือจากมาตรฐานสากลที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติแล้ว ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 14 ยังรองรับสิทธิของบุคคลในการที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย โดยศาลที่เป็นอิสระและจัดตั้งขึ้นมาโดยชอบด้วยกฎหมาย บนพื้นฐานว่าจำเลยย่อมตกเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะได้พิจารณาจนปราศจากซึ่งข้อสงสัยแล้วว่าเป็นผู้กระทำความผิด (Presumption of innocence)¹¹ โดยประกอบด้วย

- สิทธิที่จะได้รับแจ้งข้อกล่าวหา
- สิทธิที่จะได้จัดเตรียมข้อต่อสู้ของตนเองก่อนเริ่มคดี
- สิทธิที่ในการติดต่อกับที่ปรึกษาทางกฎหมาย
- สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยมิชักช้า

10 Universal Declaration of Human Rights, Article 10 "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him."

11 International Commission of Jurists, **Trial Observation**, Bangkok: ICJ, 2010, p. 4.

- สิทธิในการปรากฏตัวต่อศาล
- สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมาย
- สิทธิในการเรียกและตรวจสอบพยานต่างๆ
- สิทธิในการที่จะได้รับความช่วยเหลือจากล่ามผู้แปลภาษาตามความจำเป็น
- สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับเพื่อรับสารภาพในกรณีใดๆ
- สิทธิที่จะอุทธรณ์¹²

สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่รับรองเอาไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ในการเข้าถึงได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็วและทั่วถึง การพิจารณาคดีต้องเป็นไปโดยเปิดเผย ได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องพิจารณาคดีของบุคคล การพิจารณาคดีจะต้องถูกต้องรวดเร็ว และเป็นธรรม คู่ความต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม ศาลจะต้องจัดเตรียมการให้ความช่วยเหลือที่จำเป็นแก่คู่ความ ผู้ที่ต้องการความช่วยเหลือเป็นพิเศษ เช่น เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ และผู้พิการ หรือทุพพลภาพจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสม โดยในคดีอาญานั้น ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรม โดยได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ และมีสิทธิที่จะได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว ส่วนในคดีแพ่งนั้นคู่ความต้องได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมายที่เหมาะสมจากรัฐด้วย¹³ ประเด็นต่างๆ นี้ถูกสร้างเป็นกรอบในการสังเกตการณ์คดีในโครงการฯ เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาของนักศึกษาผู้เข้าร่วมโครงการ และทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลและข้อสังเกตต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการประมวลผลในโครงการ

12 Article 14, para. 3 (a)-(g) and 5, ICCPR.

13 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 40

ทั้งกระบวนการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยและการพิจารณาคดีโดยเป็นธรรมนี้เป็นหลักการสำคัญที่จะก่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีตามหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักการที่สากลยอมรับ และย่อมเป็นกลไกสำคัญในการอำนวยความยุติธรรม อย่างไรก็ดี สิ่งที่สำคัญไม่น้อยไปกว่าหลักการดังกล่าวคือการปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว เพราะการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมเกิดขึ้นจริงหรือไม่ อยู่ที่การทำให้การคุ้มครองสิทธินั้นเกิดขึ้นในความเป็นจริง โดยเหตุดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการริเริ่มโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน เพื่อวิเคราะห์หลักการและความเป็นจริงในกระบวนการยุติธรรมว่ามีอยู่จริง และใช้อยู่จริงหรือไม่

2. ความเป็นจริงในการคุ้มครองบุคคลที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

การค้นหาทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในศาลตามโครงการนี้ ใช้วิธีการส่งนักศึกษาเข้าทำการสังเกตการณ์และเก็บข้อมูลในแบบบันทึกข้อมูล โดยมีการอบรมวิธีการบันทึกข้อมูลให้กับนักศึกษาก่อนปฏิบัติงาน เพื่อให้การเก็บข้อมูลเป็นไปอย่างสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการศึกษา และเพื่อให้นักศึกษาได้เรียนรู้ข้อมูลเบื้องต้นทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ในฐานะที่ผู้เขียนได้ร่วมดำเนินโครงการในช่วงระยะเวลาระหว่างปี 2554 ถึง 2557 พบว่า แม้ผลจากการดำเนินโครงการในช่วงระยะเวลาหนึ่ง จะไม่ได้สร้างข้อค้นพบใหม่อะไรที่น่าประหลาดใจ แต่ก็เป็นการเปิดมุมมองด้านตุลาการศึกษานักศึกษา ในส่วนของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ในการจัดหมวดหมู่ของแบบบันทึกข้อมูลได้มีการจำแนกเป็นประเด็นต่างๆ ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความ และหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความ ตั้งแต่เรื่องการเข้าถึงศาล การเข้าถึงห้องพิจารณา การพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ซึ่งศึกษาบทบาทหน้าที่ของทั้งตุลาการ อัยการ ทนายความ และ

กระบวนการที่เกิดขึ้นในห้องพิจารณาคดี โดยจากการศึกษาในโครงการพบข้อสังเกตที่น่าสนใจดังนี้

2.1 ข้อสังเกตทางปฏิบัติของการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย

แม้หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยจะเป็นสิ่งที่รับรองไว้ทั้งตามหลักสากลและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่พบว่าการเข้าถึงศาลยังคงเป็นเรื่องที่มีเงื่อนไข และนำไปสู่การคัดกรองบุคคลก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีไปมากพอสมควร ทั้งการคุ้มครองบุคคลก่อนเข้าสู่เขตอาชญากรรม และการคัดกรองบุคคลก่อนการเข้ารับฟังการพิจารณาคดี ซึ่งปัจจัยหลักของการคัดกรองจะอยู่ที่ประเด็นในเรื่องการแต่งกาย โดยเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมักจะเลือกให้ความสนใจกับบุคคลที่ไม่ได้แต่งกายในลักษณะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทนายความ หรือนักศึกษา สถิติของรายงานการสังเกตการณ์ โดยนักศึกษามหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปี 2555-2556 พบว่าเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยเลือกตรวจบุคคลที่แต่งกายแบบชาวบ้านธรรมดา หรือบุคคลที่แต่งกายไม่เรียบร้อย มากกว่าบุคคลที่แต่งกายเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทนายความ หรือเครื่องแบบอื่นๆ โดยมีการเลือกคุ้มครองบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่รัฐมากถึงร้อยละ 26 ของแบบบันทึกข้อมูลที่เป็นบันทึกได้¹⁴ นอกจากนี้ เมื่อสามารถเข้าถึงอาคารศาลยุติธรรมได้แล้ว จากการสังเกตการณ์ในศาลจังหวัดเชียงใหม่ โดยคณะนักศึกษามหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ยังพบป้ายที่ระบุงข้อความ "เขตหวงห้ามเฉพาะ" หน้าห้องพิจารณาคดีบางห้อง ซึ่งแม้จะไม่ใช่ทุกห้องพิจารณาที่จะมีป้ายเช่นนั้น แต่ก็คำนวณได้เป็นจำนวนถึงร้อยละ 40¹⁵ และในการเข้าสู่ห้องพิจารณาโดยปกติได้นั้นก็จะมีระเบียบในการแต่งกายให้เรียบร้อยยิ่งขึ้นหนึ่ง จนทำให้การคัดกรองบุคคลโดยการแต่งกายจะเป็นข้อห้ามประการสำคัญ

14 รายงานการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดีในมุมมองสิทธิมนุษยชน ประจำปี 2555-2556 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, หน้า 3.

15 รายงานโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน (Court Watch) ประจำปี 2555-2556, หน้า 25.

ประเด็นหนึ่ง แม้ว่าการแต่งกายนั้นจะไม่ได้ส่งผลต่อการรบกวนกระบวนการพิจารณา แต่หากเป็นการกระทำความผิดต่อการไม่เคารพสถานที่ราชการเช่นศาลก็ย่อมส่งผลให้บุคคลเข้าไม่ถึงกระบวนการยุติธรรมเช่นกัน

2.2 ข้อสังเกตทางปฏิบัติการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม

1) บทบาทของผู้พิพากษาและองค์คณะ

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งซึ่งพบในการสังเกตการณ์การพิจารณาคดีคือ ผู้พิพากษานั่งพิจารณาคดีไม่ครบองค์คณะตั้งแต่ต้นจนจบ โดยสถิติสูงสุดในรายงานการสังเกตการณ์ปี 2555-2556 พบว่าในการสังเกตการณ์ของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ในศาลจังหวัดเชียงใหม่มีการนั่งไม่ครบองค์คณะถึงร้อยละ 40¹⁶ ในขณะที่ศาลจังหวัดเชียงราย ซึ่งนักศึกษามหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงได้สังเกตการณ์ พบว่ามีการนั่งพิจารณาไม่ครบองค์คณะผู้พิพากษาสูงถึงร้อยละ 60¹⁷ โดยมีเพียงพื้นที่ภาคใต้เท่านั้นที่ปรากฏว่าส่วนใหญ่ผู้พิพากษานั่งครบองค์คณะ ทั้งนี้เนื่องจากส่วนใหญ่เป็นคดีเกี่ยวกับความมั่นคงซึ่งมีความละเอียดอ่อน¹⁸ ทั้งนี้ในเรื่ององค์คณะผู้พิพากษาในศาลจังหวัดนั้นมีเงื่อนไขปรากฏในมาตรา 26 ของพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งบัญญัติว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 25 ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น นอกจากศาลแขวงและศาลยุติธรรมอื่นซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อยสองคนและต้องไม่เป็นผู้พิพากษาประจำศาลเกินหนึ่งคน จึงเป็นองค์คณะที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งหรือคดีอาญาทั้งปวง" หากผู้พิพากษานั่งไม่ครบองค์คณะย่อมถือเป็นการพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม¹⁹ แต่การอ่านคำพิพากษานั้น

16 เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

17 รายงานโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน (Court Watch) ประจำปี 2555-2556, หน้า 61.

18 เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

19 คำพิพากษาฎีกาที่ 7651/2552 โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา

ถือเป็นกระบวนการหลังจากการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาคนเดียวจึงสามารถกระทำ
ได้²⁰ อย่างไรก็ตามมาตรา 26 นี้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 25 ด้วยกล่าว
คือ ในศาลชั้นต้นนั้นผู้พิพากษาคนเดียวเป็นองค์คณะมีอำนาจเกี่ยวแก่คดีซึ่งอยู่ใน
อำนาจของศาลนั้น ในกรณีดังต่อไปนี้ได้

- (1) ใต้สวนและวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องหรือคำขอที่ยื่นต่อศาลในคดีทั้งปวง
- (2) ใต้สวนและมีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย
- (3) ใต้สวนมูลฟ้องและมีคำสั่งในคดีอาญา
- (4) พิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ซึ่งราคาทรัพย์สินที่พิพาทหรือจำนวนเงิน
ที่ฟ้องไม่เกินสามแสนบาท ราคาทรัพย์สิน ที่พิพาท หรือ จำนวนเงิน ดังกล่าว
อาจขยายได้ โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
- (5) พิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างสูงไว้
ให้จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ แต่จะลงโทษ
จำคุก เกินหกเดือน หรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งโทษจำคุก
หรือปรับ อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งสองอย่าง เกินอัตราที่กล่าวแล้วไม่ได้

มาตรา 326, 328 ซึ่งตามมาตรา 328 การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้นต้องมีผู้
พิพากษาอย่างน้อยสองคนจึงเป็นองค์คณะที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ตามพระธรรมนูญ
ศาลยุติธรรม มาตรา 26 แม้โจทก์จะขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326
ซึ่งผู้พิพากษาคณะเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา
25 (5) มาด้วย แต่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยกระทำความผิดเพียงกรรมเดียวต่อศาลชั้นต้นซึ่งเป็นศาล
จังหวัด ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโดยผู้พิพากษาคนเดียวเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี
จึงเป็นการไม่ชอบด้วยพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 25 (5) และมาตรา 26

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3977/2553 "...ศาลชั้นต้นเป็นศาลจังหวัดต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย
สองคนจึงเป็นองค์คณะที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม
มาตรา 26..."

- 20 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5412/2554 "...การอ่านคำพิพากษาเป็นการดำเนินการหลังคดี
เสร็จการพิจารณา ทั้งผู้พิพากษาได้ลงชื่อในคำพิพากษารบองค์คณะตามกฎหมายแล้ว การ
อ่านคำพิพากษาย่อมกระทำโดยผู้พิพากษาคนเดียว..."

ผู้พิพากษาประจำศาลไม่มีอำนาจตาม(3)(4)หรือ (5)²¹

นอกจากนั้นหลักเกณฑ์ในเรื่องการพิจารณาคดีโดยครบองค์คณะยังมีการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 236 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกด้วย²²

ข้อน่าพิจารณาคือ ในส่วนของโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลนั้น มีการเข้าไปสังเกตการณ์ทั้งคดีที่อยู่ในวันนัดพร้อม วันไต่สวนมูลฟ้อง อยู่ระหว่างการพิจารณาในวันสืบพยาน และกระทั่งวันพิพากษาคดี ซึ่งมีได้มีการจำแนกข้อมูลการนั่งพิจารณาแต่ละกรณีว่ามีความครบถ้วนเพียงไร แต่สิ่งที่น่าสนใจคือคดีที่พบในพื้นที่ภาคเหนือส่วนใหญ่เป็นคดีอาชญากรรมที่มีโทษค่อนข้างสูง รองลงมาคือความผิดเกี่ยวกับร่างกาย ซึ่งมีโทษสูงเช่นกัน แต่ก็ยังพบว่ามีการนั่งพิจารณาไม่ครบองค์คณะในหลายคดี ซึ่งย่อมมีผลกระทบต่อหลักการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม และการพิจารณาคดีอย่างมีประสิทธิภาพ อันอาจกระทบกระเทือนต่อการคุ้มครองสิทธิของคู่ความในคดีด้วย จริยอยู่ที่ปัญหาเรื่องความจำกัดของจำนวนผู้พิพากษาในศาลอาจเป็นเรื่องสำคัญที่ทำให้การนั่งพิจารณาคดีไม่สามารถทำได้ครบองค์คณะเสมอไปในทางปฏิบัติ แต่การพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์คณะผู้พิพากษาที่ครบองค์คณะย่อมเป็นการช่วยลดความเสี่ยงต่อความผิดพลาดและเป็นหลักประกันในเรื่องความเป็นกลางของความเห็นผู้พิพากษาในองค์คณะ²³ นอกจากนี้ยังเป็นการตระหนักถึงการคุ้มครองสิทธิคู่ความในคดีที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพด้วย

21 มาตรา 26 พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

22 วรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรธนัชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ, **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**, หน้า 210-211.

23 เรื่องเดียวกัน.

2) การนั่งพิจารณาคดีตรงเวลา

โดยปกติกำหนดเวลาในการนั่งพิจารณาคดีของศาลจะระบุเวลาในภาคเช้า เริ่มต้นที่ 09.00 น. และภาคบ่ายเริ่มต้นที่เวลา 13.30 น. ปรากฏว่าในทางปฏิบัติ ศาลจะเริ่มพิจารณาคดีช่วงเช้าเวลาประมาณ 10.00 น. และประมาณ 14.00 น. ในภาคบ่าย โดยการสังเกตการณ์ในศาลจังหวัดเชียงใหม่ พบว่ามีอัตราการนั่งพิจารณาคดีไม่ตรงเวลาสูงถึงร้อยละ 85.9 โดยศาลให้เหตุผลว่า ศาลจะเริ่มพิจารณาคดีเมื่อนายความฝ่ายโจทก์และจำเลยมาพร้อมกันแล้ว²⁴ ในขณะที่การสังเกตการณ์ในศาลจังหวัดเชียงใหม่พบการนั่งพิจารณาคดีไม่ตรงเวลาถึงร้อยละ 59²⁵ ถึงแม้ว่าการนั่งพิจารณาตรงเวลาอาจไม่ใช่เรื่องที่ขัดกับหลักกฎหมายอะไร แต่ในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความ โดยคำนึงถึงการเยียวยาความเสียหายอย่างรวดเร็ว ย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอนและในการพิจารณาคดีในแต่ละช่วงเวลานั้น ในหนึ่งห้องพิจารณาคดีอาจมีคดีไม่น้อยกว่า 3 คดีที่จะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาในห้องดังกล่าว การเริ่มกระบวนการพิจารณาล่าช้าย่อมอาจหมายถึงการพิจารณาคดีแต่ละคดีที่อาจล่าช้าออกไปอีกด้วย แม้ในความเป็นจริงปัญหาดังกล่าวจะไม่มีนัยสำคัญต่อคดีก็ตาม แต่ความร้อใจของคู่ความในคดี ประกอบกับภาระหน้าที่ของนายความที่ต้องมารอกระบวนการพิจารณาของลูกความตนย่อมต้องเสียไปกับเวลาดังกล่าว ในการสังเกตการณ์ของผู้เขียนเอง พบว่าการพิจารณาคดีที่เริ่มต้นล่าช้าส่งผลต่อการให้ประกันตัวจำเลยในคดีด้วย โดยผู้ต้องหารายหนึ่งซึ่งผู้เขียนติดตามคดีตั้งแต่มีการส่งตัวจำเลยมายังศาล จนกระทั่งมีการควบคุมตัวไว้ที่ห้องขังใต้ศาลในเวลาเช้า ประมาณเก้านาฬิกา พบว่ากว่าศาลจะสามารถมีคำสั่งปล่อยตัวโดยไม่เรียกประกันต้องใช้เวลาถึงค่อนข้างนาน คือประมาณบ่ายสามโมง โดยตลอดระยะเวลาที่รอก่อนจำเลยจะเข้าพบผู้พิพากษานั้นจะต้องอยู่ในห้องควบคุมตัวตลอดเวลา สภาพดังกล่าวย่อมไม่ดีนักหากคำนึงถึงสวัสดิภาพของตัว

24 รายงานโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน (Court Watch) ประจำปี 2555-2556, หน้า 39.

25 เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

จำเลยเองว่าในช่วงเวลานั้นเขายังเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยเหตุที่ยังไม่มีการสืบพยานจนเป็นที่แน่ชัดและมีคำพิพากษาโดยศาล การพิจารณาคดีที่รวดเร็วตามกำหนดการจึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างมีผลต่อสวัสดิภาพและความรู้สึกของคู่ความเป็นอย่างมาก

3) การใช้คำพูดเพื่อให้จำเลยรับสารภาพ และการสั่งสอนบาปบุญ คุณโทษ

แม้การพิจารณาคดีโดยศาลยุติธรรมของไทยนั้นไม่มีระบบการต่อรองคำรับสารภาพ (Plea bargain) แต่ตามมาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็บัญญัติเหตุบรรเทาโทษเอาไว้ ซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการลดโทษแก่จำเลยกรณีที่ยังจำเลยสำนึกผิดและมีการรับสารภาพได้²⁶ อย่างไรก็ตาม การยอมรับสารภาพจะต้องเกิดจากตัวจำเลยสำนึกผิดเองเป็นสำคัญ หรือไม่เช่นนั้น ศาลก็จะต้องใช้ถ้อยคำที่ไม่เป็นการชักชวนให้จำเลยรับสารภาพ ในการสังเกตการณ์ว่าพบว่ามีการใช้คำพูดในบางลักษณะให้ชวนคิดว่ากรณีเช่นนี้เป็นการชักจูงให้จำเลยรับสารภาพหรือไม่ เช่น "คดีนี้เป็นคดียาเสพติดสองแสนกว่าเม็ด จำเลยแน่ใจว่าจะสู้หรือ" หรือ "หากรับสารภาพ ศาลจะลดโทษให้ พยานหลักฐานของโจทก์แน่นหนามาก" หรือ "จำเลยหมดหนทางจะแก้ตัวแล้วนะ" หรือ "หากรับสารภาพ ศาลจะให้รอลงอาญา" เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดครั้งแรก"²⁷ ในการสังเกตการณ์ของมหาวิทยาลัยเชียงใหม่พบว่าศาลมีการใช้ถ้อยคำ เช่น "...หากสู้คดีแล้วไม่ชนะ ศาล

26 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 "เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้เฝ้าเดี่ยวมาโดยตลอดอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงาน หรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีความลักษณะทำนองเดียวกัน

27 รายงานการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดีในมุมมองสิทธิมนุษยชน ประจำปี 2555-2556 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, หน้า 11.

จะไม่รอลงอาญา และจะลงโทษสถานหนัก"²⁸ ถ้อยคำดังกล่าวย่อมมีผลในทางจิตวิทยาต่อจำเลยในระดับหนึ่ง กล่าวคือ เพียงพอทำให้จำเลยรู้สึกอยากรับสารภาพได้ โดยพบว่าการสังเกตการณ์ในศาลจังหวัดเชียงรายนั้น จำเลยยอมรับสารภาพสูงถึงร้อยละ 45 จากสถิติการถามจำเลยว่าจะรับสารภาพหรือไม่ร้อยละ 58 และมีการอธิบายผลดีของการรับสารภาพประมาณร้อยละ 25 ในขณะที่การอธิบายผลเสียของการไม่รับสารภาพมีเพียงร้อยละ 11 ก็ตาม²⁹ การสอบถามคำรับสารภาพที่มีประโยชน์อื่นๆ ต่อเนื่องในเชิงการอธิบายผลดี หรือการใช้ข้อความลักษณะบั่นทอนกำลังใจจำเลย ย่อมเป็นเครื่องมือในการขัดขวางการต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีที่ผู้เขียนเองได้มีส่วนให้ความช่วยเหลือคดีหนึ่ง จำเลยต้องหาในคดีเกี่ยวกับความผิดจราจร และสำนวนการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจค่อนข้างโน้มเอียงไปในทางว่าจำเลยผิด ก็ทำให้ศาลเชื่อว่าจำเลยน่าจะผิดจริง จึงมีการถามคำรับสารภาพพร้อมกล่าวว่าหากสารภาพโทษจะลด ในทางตรงข้ามหากไม่รับสารภาพก็จะได้รับโทษสูงตามที่กฎหมายกำหนด ยิ่งไปกว่านั้น ก่อนเริ่มการพิจารณาคดีดังกล่าว อัยการได้สอบถามจำเลยก่อนด้วยว่าคดีนี้จำเลยจะรับสารภาพหรือไม่ แม้จะไม่มีคำอธิบายมากไปกว่านี้ แต่การที่จำเลยได้รับคำถามว่าจะรับสารภาพหรือไม่ การพบกับคำถามลักษณะดังกล่าวจากบุคคลหลายคนในศาล เพียงพอที่จะทำให้จำเลยคิดว่าจะสู้ต่อไปหรือไม่ โดยในคดีนี้จำเลยไม่ประสงค์จะสู้คดีต่อเนื่องจากมองว่าหากสู้คดีต่อและต้องจ้างทนายความก็ต้องเสียเงินว่าจ้างถึงราวหนึ่งหมื่นห้าพันบาท ซึ่งจำเลยเป็นนักศึกษากลุ่มชาติพันธุ์ มีฐานะทางบ้านไม่ค่อยดี ไม่สามารถหาเงินมาจ้างทนายความได้ ประกอบกับการพบกับทนายขอแรงที่ศาลจัดตั้งขึ้นก็ทำให้กำลังใจในการต่อสู้คดีของจำเลยหมดไป เมื่อจำเลยซึ่งน้ำหนักความคืบหน้าได้ดังนั้น จำเลยจึงรับสารภาพ ประกอบกับเป็นการกระทำ

28 รายงานโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน (Court Watch) ประจำปี 2555-2556, หน้า 39.

29 รายงานการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดีในมุมมองสิทธิมนุษยชน ประจำปี 2556-2557 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, หน้า 7.

ความผิดครั้งแรก ศาลจึงลดโทษเหลือเพียงจำคุก 2 ปี และให้รอลงอาญา 1 ปี พร้อมรายงานตัวที่สำนักงานคุมประพฤติ การต่อสู้คดีเพื่อการเข้าถึงความยุติธรรม นั้นจึงมีต้นทุน การไม่มีทุนที่เพียงพอย่อมนำมาซึ่งทางออกโดยการรับสารภาพ ที่จะยุติธรรมมากกว่า

นอกจากการสอบถามคำรับสารภาพแล้ว ผลจากการสังเกตการณ์ ยังพบว่าศาลมีการสั่งสอนในเรื่องบาปบุญคุณโทษแก่จำเลยด้วย โดยศาลกล่าวว่า ในคดีแพ่งคดีหนึ่งว่า "โจทก์และจำเลยควรคำนึงถึงบิดาของตนทั้งสองที่เสียไป ว่าท่านจะได้ไม่ต้องห่วงอะไร ให้คำนึงถึงบาปบุญคุณโทษ วันหนึ่งจำเลยทั้งสองจะต้องตายจากไปเช่นกัน มรดกนั้นก็ยังสามารถเอาติดตัวไปได้" อีกคดีหนึ่งศาลกล่าวว่า "ทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นทายาทของเจ้ามรดก เจ้ามรดกก็เป็นบิดาของทั้งสอง ขอให้ลดทิวาระหว่างกัน ถือเสียว่าเป็นการทำบุญให้แก่คนตาย บิดาของท่านทั้งสองจะได้ตายตาหลับ อีกไม่นานทั้งศาลและท่านทั้งสองต่างต้องตาย ขอให้นึกถึงบาปบุญเป็นสำคัญ"³⁰ ในขณะที่บางครั้งศาลพูดสั่งสอนจำเลยเกี่ยวกับการกระทำความผิดว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ไม่ควรทำให้คนอื่นเอาเป็นแบบอย่าง หรือ คำพูดในลักษณะที่ศาลสั่งสอนพยานให้รู้ว่าการเบิกความเท็จเพื่อช่วยจำเลยนั้น อาจไม่ยุติธรรมกับตัวพยานเอง เพราะพยานก็ถูกดำเนินคดีข้อหาเสพยาเสพติด (ที่ได้ซื้อจากจำเลย) เช่นกัน³¹ อัตราการสั่งสอนบาปบุญคุณโทษของศาลโดยการสังเกตการณ์ของมหาวิทยาลัยอุบลราชธานี มีสูงถึงร้อยละ 44.35³² ทั้งนี้ แม้จะไม่มีกฎหมายใดๆ ห้ามศาลพูดข้อความดังกล่าวก็ตาม แต่การพูดจาสั่งสอนบาปบุญคุณโทษดังกล่าว เป็นเสมือนการแสดงบทบาทของศาลในฐานะคล้ายผู้ควบคุมศีลธรรมจรรยาของสังคม ซึ่งประกอบด้วยอารมณ์และทัศนคติทางลบต่อคู่ความ หรือจำเลย

30 รายงานการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดีในมุมมองสิทธิมนุษยชน ประจำปี 2556-2557 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, หน้า 7.

31 เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

32 รายงานโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน (Court Watch) ประจำปี 2555-2556, หน้า 76.

อันเป็นเรื่องที่เกินกว่าความจำเป็น เพราะไม่ช่วยให้การพิจารณาคดีมีประสิทธิภาพมากขึ้น ตรงกันข้ามกลับเป็นการแสดงบทบาทของศาลที่นอกเหนือหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมปกติ อย่างไรก็ตาม ในบริบทของสังคมไทยเองซึ่งค่อนข้างเชื่อในเรื่องบาปบุญ คุณโทษ และเคารพต่อผู้ที่มีสถานะสูงกว่า ย่อมยอมรับการแสดงบทบาทดังกล่าวของผู้พิพากษาได้เป็นอย่างดี และไม่ขัดต่อความรู้สึกของคู่ความแต่อย่างใด จนอาจทำให้บทบาทนี้ของศาลเป็นเรื่องธรรมดาในทางปฏิบัติไป

4) การจัดหาล่ามผู้ทำหน้าที่แปลภาษาให้คู่ความ

ประเด็น สำคัญที่พบในโครงการสังเกตการณ์ฯ พบว่าในพื้นที่ภาคเหนือ นั้นคดีส่วนมากมักเป็นคดีอาชญากรรม และคดีความผิดต่อร่างกาย โดยจำนวนหนึ่งในคดีดังกล่าวมีคู่ความที่เป็นชาติพันธุ์ โดยเป็นบุคคลบนพื้นที่สูง ในขณะที่พื้นที่ภาคใต้ก็จะพบการใช้ภาษามลายู จากการสังเกตการณ์โดยมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง พบว่าในศาลจังหวัดเชียงรายคดีหนึ่ง ศาลได้ให้แม่บ้านที่ทำงานในศาลมาเป็นล่ามในห้องพิจารณาคดี ซึ่งล่ามคนดังกล่าวไม่เข้าใจกระบวนการต่างๆ ในศาล ทำให้พูดกับศาลและจำเลยไม่รู้เรื่องและเสียเวลาในการพิจารณาคดี³³ ทั้งนี้ สิทธิของคู่ความในการที่จะได้รับการจัดให้มีล่ามผู้ทำหน้าที่แปลภาษานั้น ได้รับการรับรองภายใต้หลักเกณฑ์สากลตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 14 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมตลอดจนถึงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 46³⁴ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 13³⁵ ซึ่งจากทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นนั้น ปัญหาได้อยู่

33 รายงานการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดีในมุมมองสิทธิมนุษยชน ประจำปี 2555-2556 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, หน้า 14.

34 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 46 วรรค 4 "ถ้าคู่ความฝ่ายใดหรือบุคคลใดที่มาศาล ไม่เข้าใจภาษาไทยหรือเป็นใบ้หรือหูหนวก และอ่านเขียนหนังสือไม่ได้ ให้คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องจัดหาล่าม"

35 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 13 วรรค 2 "ในกรณีที่ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย หรือพยานไม่สามารถพูดหรือเข้าใจภาษาไทย หรือสามารถพูดหรือเข้าใจเฉพาะภาษาไทยท้องถิ่นหรือภาษาถิ่น และไม่มีล่าม ให้พนักงานสอบสวนพนักงานอัยการหรือศาล

ที่การไม่จัดให้มีล่ามผู้แปลภาษา แต่กลับเป็นเรื่องมาตรฐานของล่าม แม้ว่าจะมีการจัดทำประมวลจริยธรรมล่ามในศาลยุติธรรม โดยสำนักงานศาลยุติธรรม และได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ตั้งแต่วันที่ 18 เมษายน 2554 เพื่อสร้างมาตรฐานทางจริยธรรมของล่ามแล้วก็ตาม³⁶ แต่ปัญหายังคงเป็นเรื่องการจัดหาล่ามที่เหมาะสมและเพียงพอ ทั้งนี้ ในการสังเกตการณ์เท่าที่ผ่านมาทั้งหมด ยังไม่พบการรายงานกรณีและผู้ทพพลภาพจะต้องเดินทางมาเบิกความต่อศาล จึงยังไม่พบปัญหาเรื่องการจัดล่ามสำหรับผู้ทพพลภาพ ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าพิจารณาต่อว่าหากกรณีการจัดหาล่ามสำหรับผู้พิการที่มีน้อยครั้งอยู่แล้วนั้น ศาลจะสามารถจัดหาล่ามผู้แปลภาษาที่มีความสามารถอย่างเหมาะสมได้อย่างไร

2.3 ข้อสังเกตในเรื่องการเข้าถึงความยุติธรรมกับการทำให้บุคคลตกอยู่ในสถานะ "ชายขอบ"^{37*}

"...Justice is lost, Justice is rapped, Justice is gone

Pulling your strings, justice is done

Seeking no truth, winning is all

Find it so grim, so true, so real..."

"...And Justice for All" Lyrics

Metallica

จัดหาล่ามให้โดยมิชักช้า"

36 "จริยธรรมล่ามในศาลยุติธรรม", **มติชนออนไลน์**, วันที่ 21 เมษายน 2554, http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1303371021&grpId=no&catid=02 สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2558.

37 * "บุคคลในสถานะชายขอบ" ในบทความฉบับนี้มีความหมายโดยทั่วไป คือ บุคคลที่เผชิญกับกระบวนการที่ทำให้อำนาจของตนเองลดลง ไม่สามารถเข้าถึงการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายได้ อันเป็นการลดความสำคัญในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายด้วย ความหมายนี้อ้างอิงจาก merriam-webster dictionary สืบค้นทาง <http://www.merriam-webster.com/dictionary/marginalize> เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม 2559

การศึกษาในโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชนนั้น มิได้ต้องการที่จะตีแผ่เรื่องราวด้านลบของศาลในกระบวนการพิจารณาคดีแต่อย่างใด แต่สิ่งที่ค้นพบนั้นทำให้ได้ข้อสังเกตที่น่าสนใจในเรื่องความเป็นจริงเกี่ยวกับการสร้างความเป็นชายขอบของบุคคล ที่อาจเป็นอุปสรรคกีดขวางการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

1) การสร้างความเป็นชายขอบโดยเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย

จากสถิติของรายงานการสังเกตการณ์ โดยภาพรวมพบว่าเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยเลือกตรวจบุคคลที่แต่งกายแบบชาวบ้านธรรมดา หรือบุคคลที่แต่งกายไม่เรียบร้อย มากกว่าบุคคลที่แต่งกายเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทนายความ หรือเครื่องแบบอื่นๆ ข้อสังเกตเพิ่มเติมของนักศึกษา พบว่าปกติที่หน้าอาคารศาลยุติธรรมจะมีการแลกบัตรก่อนเข้าสู่ภายในตัวอาคาร โดยประชาชนทั่วไปต้องแลกบัตร ยกเว้นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทนายความ ไม่ต้องแลกบัตร นอกจากนั้นกรณีประชาชนที่เป็นกลุ่มชาติพันธุ์ เจ้าหน้าที่จะตรวจกระเป๋า บัตรประชาชน และจะถามว่า มาทำไม มาจากที่ไหน แม้ว่ากระบวนการดังกล่าวอาจดูเหมือนกับเป็นทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นเป็นประจำ และไม่มีใครตั้งคำถามกับการปฏิบัติดังกล่าว แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า การเลือกปฏิบัติ³⁸ ดังกล่าวย่อมส่งผลต่อการอำนวยความสะดวกในการเข้าสู่อาคารศาลยุติธรรมบ้าง ไม่มากก็น้อย

2) ความเป็นชายขอบในห้องพิจารณาคดี

การกวดขันเรื่องวินัยการแต่งกายเป็นประเด็นเล็กน้อย แต่ส่งผลกระทบต่อมุมมองในการลดคุณค่าของบุคคลไปบ้าง เช่น การห้ามสวมรองเท้าแตะเข้าห้อง

38 * "เลือกปฏิบัติ" ในกรณีนี้เป็นความหมายตรงตามนิยามศัพท์ของสหประชาชาติ หมายถึง การให้ความคุ้มครองบุคคลในลักษณะที่แตกต่างกันโดยเหตุของความพึงพอใจ หรือไม่พึงพอใจ เพราะเหตุความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา และศาสนา ตามข้อ 1 (3) กฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1945 และรวมเหตุแห่งสีผิว ความคิดเห็นทางการเมือง พื้นฐานทางสังคม สถานะและถิ่นกำเนิด ตามข้อ 2 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

พิจารณาคดี เนื่องจากมีทัศนะว่าเป็นการไม่ให้เกียรติสถานที่ราชการ ทำให้ชาวบ้านทั่วไปที่สวมรองเท้าแตะไปศาลจะต้องถอดรองเท้าแตะที่หน้าห้องพิจารณาคดี แล้วเดินเท้าเปล่าเข้าสู่ห้องพิจารณาคดี ซึ่งย่อมต้องมีผลต่อการรับรู้ของบุคคลอื่นๆ ที่อยู่ในห้องพิจารณา ดังนั้น ในการเข้าสู่ห้องพิจารณาจึงมีการคัดกรองบุคคลโดยเหตุของเครื่องแต่งกาย แม้ว่าในบางครั้งเครื่องแต่งกายที่น่าจะเป็นที่ต้องห้ามควรจะหมายถึงเฉพาะการแต่งกายที่รบกวนการพิจารณาคดี เช่น การแต่งตัวโป๊เกินไป เหม็นเกินไป หรือดูน่ากลัวเกินไป แต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงมาตรฐานการแต่งกายเรียบร้อยที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยด้วย มิเช่นนั้น ก็จะทำให้ห้องพิจารณาและตัวผู้พิพากษาเอง "ศักดิ์สิทธิ์" จนเกินไป³⁹

นอกเหนือจากความเป็นชายขอบจากเครื่องแต่งกายแล้ว ความเป็นชาติพันธุ์ยังเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้บุคคลต้องตกอยู่ในสภาวะชายขอบในห้องพิจารณาคดีด้วย กล่าวคือ ในการพิจารณาคดีในศาลนั้น โดยปกติจะมีการจัดล่ามสำหรับแปลภาษาอื่นๆ ที่มีใช้ภาษาไทย ในกรณีที่คู่ความไม่สามารถใช้ภาษาไทยได้ หรือใช้ไม่ได้ดี จากการสังเกตการณ์พบว่าการจัดล่ามในกรณีที่คู่ความ โดยเฉพาะจำเลยซึ่งเป็นกลุ่มชาติพันธุ์นั้น มักประสบปัญหาเรื่องการใช้ล่าม โดยล่ามที่ใช้ในการพิจารณาคดีนั้นจะเป็นคนที่รู้จักกับจำเลยเอง ซึ่งอาจต้องจัดเตรียมมาเอง บางครั้งเป็นพนักงานทำความสะอาดอาคารศาล พยาน ทนายความ และรวมตลอดถึงนักโทษที่สามารถสื่อสารภาษานั้นๆ ได้ ซึ่งย่อมต้องเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดปัญหาต่อมาตรฐานของการพิจารณาคดีเป็นอย่างยิ่ง เพราะล่ามแปลภาษามาตรฐานสากลที่ขึ้นทะเบียนต่อศาลนั้นย่อมมีการคัดกรองมาเป็นอย่างดี ในขณะที่ล่ามซึ่งจัดหาเฉพาะหน้านั้นย่อมเป็นไปได้ยากที่จะมีการควบคุมมาตรฐาน ทั้งนี้โดยเหตุที่การจัดล่ามให้ครอบคลุมทุกภาษาเป็นเรื่องยากที่ศาลจะจัดเตรียมไว้ได้ อย่างไรก็ตาม ข้อน่าสังเกตคือแต่ละภูมิภาคจะมีความแตกต่างทางด้านภาษา เช่น ในการสังเกตการณ์ของมหาวิทยาลัยทักษิณนั้น พบว่ามีหลายคดีที่ต้องใช้ล่ามภาษามลายู

39 นิธิ เอียวศรีวงศ์, **พิพากษศาล**, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2555, หน้า 31.

ในขณะที่มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ และมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงซึ่งอยู่ในจังหวัด เชียงราย มีกลุ่มชาติพันธุ์บนพื้นที่สูงเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น หากพิจารณาถึงประชาชน ในพื้นที่ ศาลยุดิธรรมน่าจะจัดลำดับความสำคัญของภาษาที่จำเป็นต้องมีการจัด เตรียมลามาเอาไว้ได้ ในขณะเดียวกัน มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี ซึ่งอยู่ในเขตพื้นที่ ภาคอีสานอาจไม่พบปัญหาเรื่องการใช้ภาษาชาติพันธุ์เฉพาะหรือภาษาต่างชาติ แต่ ภาษาถิ่นอีสานเองก็ไม่ใช่วิชาที่ผู้พิพากษาจะเข้าใจอย่างแท้จริงในทุกกรณี ดังนั้น การจัดเตรียมผู้เชี่ยวชาญทางด้านภาษาถิ่นอาจเป็นประเด็นหนึ่งที่มีความ กระทบถึง มิเช่นนั้น ปัญหาที่ย่อมต้องเกิดขึ้นคือ มาตรฐานในการทำความเข้าใจ กับคู่ความในคดีที่ใช้ภาษาอื่นที่ไม่ใช่ภาษาไทย และไม่ใช่วิชาสาขากฎที่จะต้องเสี่ยง ภัยจากการให้บริการล่ามที่สามารถควบคุมความถูกต้องในการแปลได้

"...ถ้ากระบวนการยุติธรรมเรามีประสิทธิภาพ คนทำผิดต้องถูกลงโทษ

แต่ของเราคนทำผิดลอยนวล...ลงโทษปลาซิว ปลาสร้อย..."⁴⁰

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร

3. ข้อเสนอแนะต่อแนวทางในการพัฒนาการศึกษากระบวนการทางศาล

ในปัจจุบันการดำเนินโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการ ทางศาลในมุมมองสิทธิมนุษยชน ไม่ได้มีการดำเนินการต่อ เนื่องมาจากอุปสรรค บางประการ แต่การศึกษาผลที่เกิดขึ้นจากโครงการนี้ย่อมนำไปสู่ทางแก้ไข หรือการ ต่อ ยอดแนวคิดในการศึกษาลักษณะ "ตุลาการศึกษา" ต่อไปในอนาคตได้ ทั้งนี้ บทเรียนที่ได้จากการดำเนินโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาล ในมุมมองสิทธิมนุษยชนตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา มีอุปสรรคดังนี้

40 คณิต ฦ นคร, ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552, หน้า 13.

1) จุดอ่อนจากการนำเสนอข้อมูลเชิงสถิติ สืบเนื่องจากการเก็บข้อมูลในโครงการที่ใช้แบบบันทึกข้อมูล และมีการประมวลผลทางสถิติ ทำให้ได้สถิติเป็นตัวเลขที่น่าสนใจ แต่ปัญหาคือการเก็บข้อมูลเชิงปริมาณนั้นก็มีความคลาดเคลื่อนบ้าง อันเนื่องมาจากการออกแบบการบันทึกข้อมูลเองที่ยังสร้างความคลุมเครือแก่ผู้บันทึกข้อมูล เช่น โดยปกติการบันทึกข้อมูลในเชิงคำถามนำในการให้ตอบใช่หรือไม่ ในช่วงปีต้นๆ มีแบบบันทึกข้อมูลจำนวนหนึ่งที่ผู้บันทึกไม่กรอกข้อมูลมา ทำให้ต้องออกแบบใหม่เพื่อให้ผู้บันทึกสามารถกรอกข้อมูลได้ครบถ้วนยิ่งขึ้น โดยการกำหนดช่อง "ไม่ปรากฏ" ในแบบสอบถามด้วย ปรากฏว่าผู้บันทึกข้อมูลที่ไม่เข้าใจ หรือจำข้อมูลไม่ได้ เลือกตอบในช่องไม่ปรากฏในปริมาณค่อนข้างมาก ทำให้การนำเสนอข้อมูลที่ตรงตามความเป็นจริงเป็นไปได้ยาก และจากผู้บันทึกข้อมูลที่ไม่สามารถถือแบบบันทึกข้อมูลพร้อมไปกับเวลาที่สังเกตการณ์ขณะอยู่ในห้องพิจารณา ซึ่งต้องห้ามบันทึกข้อมูล ทำให้ข้อมูลความจำในการสังเกตการณ์ขาดตกบกพร่องไปบ้าง ส่งผลต่อความสมบูรณ์ในการบันทึกข้อมูลในเชิงสถิติในระดับหนึ่ง

2) ปัญหาเรื่องการเก็บข้อมูลโดยไม่มีการขออนุญาต ตามหลักจรรยาบรรณการวิจัยโดยเก็บข้อมูลการสังเกตการณ์พฤติกรรมของบุคคลนั้น ผู้ถูกสังเกตการณ์จะต้องรับทราบและยินยอมในการสังเกตการณ์ดังกล่าว⁴¹ ประเด็นในเรื่องการส่งหนังสือขออนุญาตเข้าสังเกตการณ์ในศาลจึงเป็นประเด็นหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอยู่เป็นประจำ ในส่วนของโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์ฯ นี้ ไม่ได้ดำเนินการในลักษณะของงานวิจัย แต่เป็นการศึกษาสถานการณ์กระบวนการพิจารณาคดีโดยการใช้แนวทางของแบบบันทึกข้อมูลในการกำหนดประเด็นที่จะต้องศึกษาและมีได้เป็นการดำเนินโครงการในลักษณะการตรวจตราการปฏิบัติงานของศาล (Monitoring) ซึ่งโดยปกติจะมีขั้นตอนการแจ้งให้ศาลได้รับทราบขั้นตอนการดำเนิน

41 สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558, หน้า 48.

การ และการเข้าสังเกตการณ์⁴² อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมีการส่งหนังสือต่อศาล ยุติธรรมก่อนการเข้าสังเกตการณ์ด้วย แต่สิ่งที่เกิดขึ้นคือ ในกรณีของมหาวิทยาลัย อุบลราชธานี ได้มีการส่งหนังสือขออนุญาตไปยังศาลจังหวัดอุบลราชธานีก่อน แต่กลับพบว่าเจ้าหน้าที่ได้ทำการจัดนักศึกษาให้เข้าไปในห้องพิจารณาที่ได้เตรียมไว้ โดยก่อนเข้าห้องพิจารณาจะมีการประชาสัมพันธ์ให้ความรู้ก่อนเข้าห้องพิจารณา ซึ่งเป็นเรื่องที่ดี แต่อาจไม่พบความจริงที่ปรากฏในชีวิตของบุคคลทั่วไปเลย เนื่องจากห้องพิจารณาที่ถูกคัดเลือกแล้วนั้นย่อมทราบถึงการที่มีผู้เข้าสังเกตการณ์ จับตาตุการพิจารณาคดีอยู่ การปฏิบัติย่อมต้องรอบคอบขึ้นไปด้วยตามลำดับ ในทางตรงข้าม การเข้าสังเกตการณ์ที่ไม่ได้มีการขออนุญาตก่อนจะทำให้ผู้พิพากษา เจ้าของคดีไม่รู้สึถึงการถูกจับตามอง สภาพการพิจารณาคดีย่อมเป็นไปตามที่ปรากฏโดยปกติ เพราะผู้ถูกสังเกตการณ์จะทำตามความเคยชิน และผู้สังเกตการณ์ ย่อมศึกษาพฤติกรรมการแสดงออกที่ไม่ปรากฏเป็นคำพูดได้⁴³ ทำให้ผู้สังเกตการณ์ สามารถศึกษาความเป็นจริงที่เกิดขึ้นได้โดยมิใช่การจัดเตรียม หรือความระมัดระวัง ตัวกว่ากรณีปกติที่ควรจะเป็น แม้ว่าข้อดีของการสังเกตการณ์จะตกอยู่ที่ เรื่องความน่าเชื่อถือของข้อมูลอันอาจมาจากอคติของผู้สังเกตการณ์ ความคลาดเคลื่อนของเหตุการณ์ และแม้กระทั่งความจำกัดในเรื่องการบันทึกรายละเอียดของ ข้อมูลก็ตาม⁴⁴ แต่กระนั้นก็ดีกว่าการเลือกวิธีการสังเกตการณ์เพื่อใช้ในการดำเนิน โครงการนี้ก็มีผลจำเป็น และเหมาะสมที่สุด ทั้งนี้โดยคำนึงถึงการปฏิบัติงาน ในโครงการ ที่ต้องการให้ผู้เรียนได้สัมผัสประสบการณ์ในกระบวนการยุติธรรม ด้วยตนเอง

42 Tor Bøhler, Trond Dolva, Donna Gomien and Marit Mæhlum, " Trial Observation", NORDEM manual on human rights monitoring, Oslo: Norwegian Centre for Human Rights, 2008, p. 5.

43 สุภางค์ จันทวานิช, *วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ*, พิมพ์ครั้งที่ 16, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, หน้า 60.

44 เรื่องเดียวกัน, หน้า 61-62.

3) ปัญหาเรื่องการยอมรับผลการศึกษาของโครงการ ตลอดระยะเวลาที่มีการศึกษาในโครงการฯ และมีการนำเสนอต่อเวทีสาธารณะ รวมตลอดถึงการจัดพิมพ์ผลการศึกษาในโครงการ มักจะได้รับการตอบสนองในทางลบจากสถาบันตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาประการสำคัญที่เกิดขึ้นแก่ภาควิชาดำเนินการศึกษาในโครงการฯ คือ การที่มหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งที่เป็นภาคีได้มีการนำเสนอผลการศึกษาในโครงการแก่ศาลจังหวัดซึ่งอยู่ในพื้นที่ ศาลดังกล่าวเกิดความไม่พอใจจนถึงขั้นมีคำสั่งห้ามนักศึกษาจากสถาบันดังกล่าว เข้าไปในศาล แม้กระทั่งการศึกษาดูงาน ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและสถาบันการศึกษาต้องเป็นอันถูกทำลายไป จนไม่สามารถดำเนินโครงการในปีต่อมาได้ ทั้งนี้ เนื่องด้วยมุมมองของผู้พิพากษาที่ได้รับรู้ว่ามีโครงการลักษณะนี้ มักเข้าใจว่าเป็นการจับผิดการทำงานของศาล ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือเกียรติภูมิของสถาบันตุลาการที่เห็นได้ชัดเจนคือในการนำเสนอผลการศึกษาในโครงการต่อเวทีสาธารณะในแต่ละปีนั้น จะมีการเชิญตัวแทนผู้พิพากษามาเข้าร่วมการสัมมนาด้วยทุกครั้ง และทุกครั้งก็มักจะมีอาการของความไม่พอใจของตัวแทนฝ่ายผู้พิพากษาให้เห็นอยู่เป็นประจำ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าจะทำอย่างไรให้ศาลตระหนักว่า กระบวนการยุติธรรมที่โปร่งใส ประชาชนย่อมต้องสามารถเข้าถึงการรับฟังการพิจารณาคดีได้นั้น ไม่ใช่เป็นการจับผิดการทำงานของศาลเพื่อการตำหนิ แต่เป็นความจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อให้การทำงานของศาลเกิดการพัฒนา โดยประชาชนจะต้องมีส่วนเกี่ยวข้อง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับสถาบันการศึกษาที่เป็นแหล่งบ่มเพาะปัญญาของอนาคตของชาติ ซึ่งหากหน้าที่นี้ไม่ตกอยู่แก่สถาบันการศึกษาก็ยากที่จะหาหน่วยงานอื่นๆ ที่ไม่มีเจตจำนงเกี่ยวข้องกับการเมืองในการศึกษาการทำงานของศาลโดยปราศจากซึ่งอคติ

ข้อน่าสังเกตคือการส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในงานยุติธรรมไทย ตามเอกสารของสำนักงานกิจการยุติธรรมนั้น ได้เสนอแนวทางในการที่ชุมชนดำเนินการสร้างกระบวนการยุติธรรมชุมชนของตนเอง และกระบวนการยุติธรรม

เชิงสมานฉันท์⁴⁵ ซึ่งเป็นเรื่องที่ดี แต่เป็นการตัดขาดการทำงานของชุมชนหรือประชาชนออกไปจากการทำงานของศาล ยิ่งแสดงความเป็นอิสระของศาลที่ปราศจากความร่วมมือร่วมใจของชุมชนมากยิ่งขึ้น

จากปัญหาและอุปสรรคที่พบมาตลอดการดำเนินโครงการฯ นี้ ก่อให้เกิดข้อเสนอแนะในการพัฒนาโครงการนี้ต่อไปในอนาคต อันได้แก่

1) ข้อมูลสถิติที่มีความต่อเนื่องย่อมนำไปสู่การพัฒนาระบบพิจารณาในศาลยุติธรรม ในการดำเนินโครงการฯ ตลอดระยะเวลาสี่ปี พบว่าข้อมูลที่ดำเนินการเก็บรวบรวมและประมวลผลมาตลอดนั้น แทบจะไม่แตกต่างกันมาก กล่าวคือข้อสังเกตในการพิจารณาคดีโดยศาลยุติธรรมที่เคยพบในปีแรกเป็นอย่างไร สามปีต่อมาก็ยังคงเป็นเช่นเดิม ทำให้การออกแบบการสังเกตการณ์ในปีที่สี่มีการปรับเปลี่ยนให้แต่ละพื้นที่ศึกษาเฉพาะประเด็นที่น่าสนใจในพื้นที่เท่านั้น เพื่อเป็นการลดความซ้ำซ้อนของข้อมูล อย่างไรก็ตาม น่าสังเกตว่าหากการเก็บข้อมูลลักษณะนี้ไปในระยะเวลายาวๆ จะเห็นความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมหรือไม่ ซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งการเห็นพัฒนาการ หรือความไม่พัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางศาลก็ได้ การศึกษาในประเด็นเดิมในระยะยาวจึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจ เพราะย่อมนำไปสู่แนวทางต่อข้อเสนอแนะที่มีน้ำหนักและเหตุผลในการแก้ไขหรือพัฒนาระบบวิธีพิจารณาในศาลยุติธรรมได้

2) ข้อพิจารณาเรื่องการคัดเลือกผู้เข้าร่วมสังเกตการณ์ หากจะมีการดำเนินโครงการในลักษณะนี้ต่อไป ควรจะต้องพิจารณาถึงการคัดเลือกผู้สังเกตการณ์ที่เหมาะสมมากขึ้น สืบเนื่องจากการดำเนินโครงการที่มาจากแนวคิดในการสร้างกิจกรรมการเรียนรู้นอกชั้นเรียนสำหรับนักศึกษา มากกว่าการตรวจสอบการทำงานของตุลาการในศาลยุติธรรม แต่เมื่อมีการรายงานข้อมูลที่ประมวลผลแล้วต่อเวทีสาธารณะในงานสัมมนาวิชาการ กลับได้ผลในทางลบจากฝ่ายตุลาการ โดย

45 สำนักงานกิจการยุติธรรม, *กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย*, กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2549, หน้า 128-135.

ฝ่ายตุลาการมองว่าเป็นเรื่องการจับผิดการทำงานของศาล และข้อมูลหลายส่วนก็ดูน่ากลัวจนเกินไป เนื่องจากเป็นการแสดงผลเป็นอัตราส่วนร้อยละ ยิ่งไปกว่านั้น ข้อมูลที่ไม่ปรากฏก็มีเป็นจำนวนหนึ่ง ซึ่งทำให้น้ำหนักในการชี้แจงเหตุผลของผู้ดำเนินโครงการดูด้อยลง การออกแบบการบันทึกข้อมูล และการคัดเลือกผู้สังเกตการณ์ที่เข้าใจแนวทางในการดำเนินการอย่างถ่องแท้ และบันทึกข้อมูลได้ตรงตามความเป็นจริงจึงเป็นเรื่องจำเป็น โดยเหตุที่การดำเนินโครงการเท่าที่ผ่านมาแม้จะนำเอานักศึกษาที่ประสงค์จะเข้าร่วมโครงการมาทำการบันทึกข้อมูล แต่ก็ประสบปัญหาเรื่องความสะดวกในการเข้าไปที่ศาลยุติธรรม โดยจะต้องหาเวลาที่จะสะดวกและไม่ตรงกับเวลาเรียน ในขณะที่ผู้สังเกตการณ์อีกส่วนหนึ่งที่มีเจตจำนงว่าอยากเข้าร่วมโครงการ ในช่วงแรกยังคงทำงานได้ดี แต่เมื่อเวลาผ่านไปมีกิจกรรมอื่น ๆ มากขึ้น ทำให้ความตั้งใจในการทำกิจกรรมนี้ลดลง ส่งผลต่อการเร่งทำแบบบันทึกข้อมูลในช่วงเวลาที่ใกล้การรวบรวมผล การสังเกตการณ์ที่ได้จึงอาจไม่มีประสิทธิภาพตรงตามที่ควรจะเป็น และนอกเหนือจากนั้น คือความหลากหลายของผู้สังเกตการณ์ที่ไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นนักศึกษานิติศาสตร์ (แม้ว่าส่วนใหญ่จะเป็นนักศึกษานิติศาสตร์ก็ตาม) และจะต้องอยู่ในชั้นปีใด ความเข้าใจในเรื่องสิทธิของคู่ความในกระบวนการพิจารณาคดี หรือบทบาทหน้าที่ของบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีจึงอาจมีความคลาดเคลื่อนไปด้วย

3) จะต้องมียุทธศาสตร์ในการนำเสนอข้อมูลที่เหมาะสมมากขึ้น โดยเหตุที่การศึกษาตามแผนการของโครงการฯ นี้ ต้องการนำเสนอข้อมูลเชิงสถิติ แต่ในทางปฏิบัติก็เกิดความคลาดเคลื่อนบ้าง ทำให้ข้อมูลบางส่วนอาจไม่มีน้ำหนักต่อความน่าเชื่อถือที่เพียงพอ การแก้ไขปัญหาดังกล่าวอาจกระทำได้ผ่านการศึกษาข้อมูลเชิงคุณภาพควบคู่ไปกับข้อมูลเชิงปริมาณ เช่น การสัมภาษณ์เชิงลึกบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งผู้พิพากษา อัยการ และทนายความ รวมถึงตลอดจนถึงมุมมองจากบุคคลภายนอก เช่น นักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ และผู้เคยมีประสบการณ์ในกระบวนการพิจารณาคดีในฐานะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

ในกระบวนการพิจารณาที่ดีด้วย นอกจากนั้น ในเวทีสาธารณะที่ได้จัดขึ้นเพื่อนำเสนอ ผลการศึกษาในโครงการฯ มีความจำเป็นจะต้องสร้างส่วนของการ "สนทนากลุ่ม เฉพาะ" (Focus Group) เพื่อให้ผลที่ได้จากการศึกษามีความใกล้เคียงกับลักษณะ การวิจัยมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ กิจกรรมที่ได้ผ่านมาในตลอดสี่ปียังไม่ได้มีกระบวนการ สร้างแผนการวิจัยที่เป็นรูปแบบ เนื่องจากคณะผู้ดำเนินการมีวัตถุประสงค์ในการ สร้างกิจกรรมเสริมการเรียนรู้นอกชั้นเรียน ดังที่ได้กล่าวในตอนต้น แต่ผลของการ ศึกษาในโครงการฯ เท่าที่ผ่านมา มีความน่าสนใจ ในการก่อให้เกิดแนวทางต่อยอด เพื่อเป็นงานวิจัยได้

บทสรุป

ความเป็นอิสระและตำแหน่งแห่งที่ของความเป็น "ศาล" ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างกระบวนการตุลาการ ซึ่งเป็นหนึ่งในอำนาจอริปไตยของปวงชนชาวไทย ถูกตัดขาดออกจากประชาชน การตรวจสอบดุลพินิจของศาลโดยศาลเอง ย่อมนำมาซึ่งคำถามต่อความยุติธรรมที่เชื่อมโยงกับอำนาจอริปไตยของปวงชน โครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาในมุมมองสิทธิมนุษยชน จึงเป็นไปเพื่อที่ที่ต้องการให้นักศึกษาวิชากฎหมายได้มีส่วนร่วมับกระบวนการ ยุติธรรม โดยเรียนรู้กฎหมายในตำราควบคู่ไปกับการศึกษาประสบการณ์จริง ในสถานที่จริง และต้องการให้เกิดกระบวนการเรียนรู้ความเป็นจริงในกระบวนการ ทางศาลที่นำไปสู่การพัฒนาการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมในทิศทาง ที่เหมาะสมมากขึ้น อันจะส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมที่ปรากฏในหลักการ ทางกฎหมายสอดคล้องกับสิ่งที่ควรจะเป็นมากขึ้น และท้ายที่สุดนั่นคือ เพื่อทำให้ กระบวนการยุติธรรมไม่ต้องตกอยู่ในสภาวะที่สังคมตั้งคำถามอยู่เสมอว่ายุติธรรม จริงหรือไม่

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความ

Howard M. Erichson. "The Role of the Judge in Non-Class Settlements".
Washington University Law Review, Volume 90, 1015 (2013),
p. 1015-1026.

International Commission of Jurists. **Trial Observation**. Bangkok: ICJ,
2010.

Tor Bøhler, Trond Dolva. Donna Gomien and Marit Mæhlum. " Trial
Observation". **NORDEM manual on Human Rights Monitoring**.
Oslo: Norwegian Centre for Human Rights, 2008.

คณิต ณ นคร. **ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.

นิติ เอียวศรีวงศ์. **พิพากษ์ศาล**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2555.

มติชนออนไลน์. (2559) .จริยธรรมล่ามในศาลยุติธรรม. วันที่ 21 เมษายน 2554,
สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2559 จาก [http://www.matichon.co.th/
news_detail.php?newsid=1303371021&grpid=no&catid=02](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1303371021&grpid=no&catid=02).

วรรณชัย บุญบำรุง, ธนภฤต วรรณชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ. (2556). **หลักและ
ทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งเอเชีย, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่,
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, สำนักวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ. (2013).
**รายงานโครงการเรียนรู้และสังเกตการณ์กระบวนการทางศาลในมุมมอง
สิทธิมนุษยชน (Court Watch) ประจำปี 2555-2556**.

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดน
ความรู้. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

สำนักงานกิจการยุติธรรม. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย. กรุงเทพฯ:
สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2549.

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง. (2556). รายงานการเรียนรู้และ
สังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดีในมุมมองสิทธิมนุษยชน ประจำปี
2555-2556.

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง. (2557). รายงานการเรียนรู้
และสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดีในมุมมองสิทธิมนุษยชน ประจำปี
2556-2557.

สุภางค์ จันทวานิช. (2551). วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ:
สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กฎหมาย

1966 International Covenant on Civil and Political Rights

1948 Universal Declaration on Human Rights

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา

พระธรรมนูญศาลยุติธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7651/2552

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3977/2553

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5412/2554

Translated Thai References

Asian Institute for Human Rights, Faculty of Law Chiang Mai University, Faculty of Law Ubon Ratchathani University, School of Law Mae Fah Luang University and Faculty of Law Thaksin University. (2013). Report on the Learning and Observation of the Judicial Process from a Human Rights Perspective (Court Watch) 2012-2014. (in Thai)

Boonbumrung, W., Woratanatchakul, T., and Phonrop, S. (2013). Principles and Theory of Civil Procedure Law (Volume 1). Bangkok: Winyuchon. (inThai)

Chantawanich, S. (2008). The Methodology of Quantitative Research. 16th edition. Bangkok: Chulalongkorn University Press. (in Thai)

Civil Procedure Code of Thailand (in Thai)

Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007) (in Thai)

Criminal Code of Thailand (in Thai)

Criminal Procedure Code of Thailand (in Thai)

Eawsriwong, N. (2012). The Critique of the Court. Bangkok: Matichon.
(inThai)

Matichon Online. (2016). Ethics of Interpretaters in the Court. Retrived
February 10, 2016, from [http://www.matichon.co.th/news_](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1303371021&gpuid=no&catid=02)
[detail.php?newsid=1303371021&gpuid=no&catid=02](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1303371021&gpuid=no&catid=02) (in Thai)

Na Nakorn, K. (2009). Criminal Justice Refrom. Bangkok: Winyuchon.
(in Thai)

Office of Justice Affairs. (2006). Criminal Justice System of Thailand.
Bangkok: Office of Justice Affairs. (in Thai)

Preechasillapakul, S. (2015). Alternative Legal Research: Concepts and
Knowledge. Bangkok: Winyuchon. (in Thai)

School of Law Mae Fah Luang University. (2013). Report on the
Learning and Observation the Judicial Process from a Human
Rights Perspective (Court Watch) 2012-2013. (in Thai)

School of Law Mae Fah Luang University. (2014). Report on the
Learning and Observation the Judicial Process from a Human
Rights Perspective (Court Watch) 2013-2014. (in Thai)

Statue of Courts of Justice of Thailand (in Thai)

Supreme Court Judgement No. 3977/2553 (2010) (in Thai)

Supreme Court Judgement No. 5412/2554 (2011) (in Thai)

Supreme Court Judgement No. 7651/2552 (2009) (in Thai)

วรรณกรรมศึกษาตุลาการ: โลกทัศน์ต่อตุลาการใน “พี่น้องคารามาซอฟ”

กฤษณ์พัชร โสมณวัตร¹

บทคัดย่อ

การศึกษากฎหมายในสังคมไทยปัจจุบันมักให้ความสำคัญกับตัวบทกฎหมาย และปัจจัยเชิงทฤษฎีเป็นหลัก หรือแม้แต่การศึกษาที่ได้ชื่อว่าการศึกษากฎหมายกับสังคม ซึ่งเป็น “ทางเลือก” ที่ขยายพรมแดนของการทำความเข้าใจกฎหมายไปสู่การทำความเข้าใจชีวิตและสังคมบ้างแล้วก็ตาม ขอบเขตของการทำความเข้าใจยังปราศจากปัจเจกภาพในการศึกษากฎหมาย ตลอดจนเงื่อนไขทางด้านอารมณ์และความรู้สึก ด้วยเหตุนี้เอง การศึกษากฎหมายกับวรรณกรรม เป็นแนวทางการศึกษากฎหมายอย่างหนึ่งที่สามารถช่วยเติมเต็มและเพิ่มความเป็นมนุษยศาสตร์ในองค์ความรู้ด้านกฎหมายอีกทอดหนึ่ง ในบทความชิ้นนี้ เป็นการทดลองศึกษากฎหมายกับงานวรรณกรรมด้วยใช้วรรณกรรมเรื่อง พี่น้องคารามาซอฟ พีโอโดร์ ดอสโตเยฟสกี ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่ามนุษย์ที่อยู่ภายใต้กฎหมายนั้นมีปัจเจกภาพอย่างลึกซึ้ง มนุษย์อย่างฟ็อดอร์ คารามาซอฟ, ดมิตรี, อีวาน, ซอสซิม่า และโอลชา มีรากฐานทางความคิดตลอดจนประสบการณ์ชีวิตส่วนตนที่ส่งผลกับพฤติกรรมและสำนึกต่อระเบียบสังคมและกฎหมายที่ต่างกัน ในบรรดาปัจเจกภาพที่หลากหลาย ดอสโตเยฟสกีได้บรรยายลักษณะของมนุษย์ที่มีอำนาจในการตัดสินใจหรือตุลาการว่า สุดท้ายแล้วเหตุผลและระเบียบกฎหมายอาจไม่ใช่คำตอบสำหรับการระงับความขัดแย้ง เพราะมีเพียงมนุษย์อย่าง โอลชาเท่านั้นที่เปิดใจและแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของปัจเจกที่มีความหลากหลายได้ และบุคลิกภาพที่สำคัญที่สุดของ โอลชาที่ใช้ในการสัมพันธ์กับมนุษย์คนอื่น คือ “ความรัก”

คำสำคัญ: กฎหมายกับวรรณกรรม, ตุลาการศึกษา, พี่น้องคารามาซอฟ

1 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 50200,
E-mail: kitpatcharas@yahoo.com

Literature and Judicial Studies: Judicial Paradigm in the Brothers of Kalamazov

Kitpatchara Somanawat²

Abstract

In general, Thai legal education focuses on statutory law and objective data. Even though later on, Thai legal education expands to law and society studies, as alternative methodology to understand the society holistically, still has no subjectivity, and humanism in legal education. Hence, law and literature as one of the legal research methodology confidently fulfills sentimental gap in legal studies. This paper applies “The Brother of Karamazov” of Fyodor Dostoyevsky to examine the relation between law and literature, with law and humanity. The fiction expresses that human, under legal power, has very deep subjectivity. Dostoyevsky explains persons like Fyodor Karamasov, Dmitri, Ivan, Father Zosima and Alyosha have different personal background and experiences. However, these individuals are not important characteristics of judge. Alyosha Karamazov is the only person who could be the ideal judge, because of his love to humankind.

keywords: Law and Literature, Judicial studies, Brother of Karamazov

2 Lecturer, Chiangmai University 50200, E-mail: kitpatcharas@yahoo.com

หากกล่าวถึงคุณค่าของงานวรรณกรรมสำหรับนักเรียนสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์นั้น ถึงแม้ล้าหลังหรือชะงักในการแสวงหาสร้างสรรค์จะเป็นคุณค่าอันสำคัญและเพียงพอแล้วก็ตาม แต่มีได้หมายความว่านักเรียนสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์จะไม่สามารถประเทืองสติปัญญาในสาขาวิชาที่สังกัด จากการแสพธ์และศึกษางานวรรณกรรม ดังที่ปรากฏอยู่ในงานวิชาการจำนวนไม่น้อยที่ใช้วรรณกรรมเป็นเป้าหมายหรือเป็นเครื่องมือในการศึกษามนุษย์และสังคม เช่น ปากไก่และใบเรือ: วัฒนธรรมกระฎุมพีต้นรัตนโกสินทร์³ โดย นิธิ เอียวศรีวงศ์, อย่างศพทารถ: วิพากษ์ความรุนแรงทางวัฒนธรรมในสังคมไทย⁴ ของ ชัยวัฒน์ สถาอานันท์, ความเป็นธรรมเชิงวรรณศิลป์⁵ ที่มีสุวรรณา สถาอานันท์ เป็นบรรณาธิการ, และแล้วความเคลื่อนไหวก็ปรากฏ⁶ ที่เขียนโดย ประจักษ์ ก้องกีรติ เป็นต้น ซึ่งงานเหล่านี้ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนแล้วว่า วรรณกรรมมิได้เป็นเพียงเครื่องปลอบประโลมจิตใจเท่านั้น แต่ด้วยตัวมันเองเป็นทั้งคุณค่าและเครื่องมือในการทำความเข้าใจประเด็นทางวิชาการอย่างกว้างขวาง ไม่ว่าจะเป็นประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ความรุนแรง การเคลื่อนไหวทางการเมือง ความสัมพันธ์หญิงชาย ตลอดจนประเด็นอื่นๆ เท่าที่ปัญญาชนทั้งหลายจะจินตนาการไปถึงมันได้

วิชากฎหมายเองก็ไม่แตกต่างรวมถึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับวิชาความรู้ทางสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์อื่นๆ เพราะการทำความเข้าใจสังคม ที่แห่งหนึ่งก็หนีไม่พ้นที่ต้องทำความเข้าใจระเบียบแห่งอำนาจและกฎหมายที่

- 3 นิธิ เอียวศรีวงศ์, ปากไก่และใบเรือ:รวมความเรียงว่าด้วยวรรณกรรมและประวัติศาสตร์ต้นรัตนโกสินทร์, (นนทบุรี: ฟาเดียวกัน, 2555).
- 4 ชัยวัฒน์ สถาอานันท์, “อย่างศพทารถ: วิพากษ์ความรุนแรงเชิงวัฒนธรรมในสังคมไทย” ใน *อาวุธมีชีวิต: แนวคิดว่าด้วยการวิพากษ์ความรุนแรง*, (กรุงเทพฯ: ฟาเดียวกัน, 2546).
- 5 สุวรรณา สถาอานันท์ (บรรณาธิการ), *ความเป็นธรรมเชิงวรรณศิลป์*, (กรุงเทพฯ: วิชาสา, 2552).
- 6 ประจักษ์ ก้องกีรติ, และแล้วความเคลื่อนไหวก็ปรากฏ: การเมืองวัฒนธรรมของนักศึกษาและปัญญาชนก่อน 14 ตุลาฯ, (นนทบุรี: ฟาเดียวกัน, 2556).

ทำงานเหนือความสัมพันธ์ของผู้คน ณ ที่แห่งนั้น และในทำนองเดียวกัน หากปราศจากความเข้าใจเงื่อนไขที่แวดล้อมสังคมและมนุษย์ก็จะกลายเป็นเหตุให้นำไปสู่ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่ากฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจโดยแท้ ซึ่งนอกจากจะกลายเป็นการสนับสนุนกฎหมายแบบอำนาจนิยมโดยอ้อมแล้ว ความเข้าใจเช่นว่านี้จะไม่นำไปสู่การอธิบายการทำงานหรือการไม่ทำงานของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยปัญหาในเชิงวิธีวิทยาและเจตจำนงแห่งการศึกษาดังกล่าวจึงนำมาสู่การศึกษาในเชิง “กฎหมายกับสังคม” (Law and Society) ในที่สุด

บทความนี้เป็นความพยายามเชื่อมโยงตรรกะง่ายๆ ทำนองว่า ในเมื่อวรรณกรรมอาจใช้เป็นเป้าหมายหรือเครื่องมือในการศึกษาสังคมและมนุษย์ได้ ในขณะเดียวกันการทำความเข้าใจและอธิบายกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพก็ไม่น่าอาจเสี่ยงในการศึกษาประเด็นทางสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ได้ ดังนั้น มีความเป็นไปได้หรือไม่ที่นักเรียนกฎหมายอาจเรียนรู้กฎหมายและทำความเข้าใจ “กฎหมาย, มนุษย์ และสังคม” และด้วยวิธีการอย่างไร โดยใช้วรรณกรรมชิ้นเอกเล่มหนึ่งของโลก คือ “พี่น้องคารามาซอฟ” (the Brothers of Karamazov) ที่สร้างสรรค์โดย ฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี (Fyodor Dostoyevsky) ซึ่งมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการใช้อำนาจตัดสินใจหรืออำนาจตุลาการโดยตรง ทั้งนี้ กล่าวอย่างตรงไปตรงมา คือ บทความชิ้นนี้ต้องการเสนอกระบวนทัศน์ใหม่ในการทำความเข้าใจกฎหมายและตุลาการ โดยใช้วรรณกรรมเป็นฐานในการทำทำความเข้าใจ

เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว เนื้อหาของบทความนี้จะแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ส่วนแรก กฎหมายกับวรรณกรรม: ความสัมพันธ์และข้อจำกัด เนื้อหาในส่วนนี้จะเป็นการอธิบายความเป็นมาของแนวคิดการใช้วรรณกรรมมาศึกษากฎหมาย คุณูปการ ตลอดจนข้อจำกัดของการใช้วรรณกรรมมาเพื่อศึกษากฎหมาย ส่วนที่สอง ตัวตน บริบท วรรณกรรมของฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกีและพี่น้องคารามาซอฟในเชิงกฎหมาย เป็นการกล่าวถึงฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกีและวรรณกรรมของ

เขา ตลอดจนพี่น้องคารามาซอฟ ซึ่งเป็นตัวอย่างที่นำมาเป็นวัตถุแห่งการศึกษาในงานชิ้นนี้ โดยใช้เป็นการทำความเข้าใจประเด็นกฎหมายที่ถอดได้จากบทเรียนการศึกษาวรรณกรรมเรื่องพี่น้องคารามาซอฟ และส่วนสุดท้าย คือ วรรณกรรมศึกษา: ประสบการณ์กับความรู้สึกลับที่ขัดหายของการศึกษากฎหมาย ส่วนนี้จะพิจารณาถึงบทสรุปและภาพรวมที่พี่น้องคารามาซอฟจะช่วยเติมมิติและขัดเกลานักกฎหมาย

1. กฎหมายกับวรรณกรรม: ความสัมพันธ์และข้อจำกัด

สมชาย ปรีชาศิลปกุล ได้เสนอไว้ใน นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์ เกี่ยวกับระบบการศึกษากฎหมายของไทยสามารถแบ่งออกได้เป็นสามจังหวะด้วยกัน คือ นิติศาสตร์สกุลกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ที่เน้นการวางรากฐานให้กับระบบกฎหมายสมัยใหม่และพัฒนาบุคลากรเพื่อรับใช้รัฐและกระบวนการยุติธรรมในรัฐแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จากนั้นหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจึงขับเข้าสู่ยุคสมัยของการศึกษานิติศาสตร์สกุลปรีดี พนมยงค์ ที่จัดการศึกษาเพื่อตอบรับกับระบบการปกครองแบบใหม่ที่สำคัญกับความสำคัญกับความเป็นศาสตร์และความกว้างขวางของความรู้แบบ “ธรรมศาสตร์บัณฑิต” ที่รวมองค์ความรู้ทั้งปรัชญา เศรษฐศาสตร์ รัฐศาสตร์ และนิติศาสตร์ เข้าไว้ด้วยกัน จนสุดท้ายหลังความพ่ายแพ้ทางการเมืองของปรีดี พนมยงค์ วงการศึกษากฎหมายไทยจึงเข้าสู่ นิติศาสตร์ยุควิชาชีพครอบงำวิชาการ ในยุคสมัยนี้ ผลสัมฤทธิ์ของการศึกษากลายเป็นการประกอบวิชาชีพในวงการกฎหมายเป็นหลักไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือทนายความ ส่งผลให้การศึกษาจึงเน้นไปที่รูปแบบของเนติบัณฑิตยสภา ที่สมชาย ปรีชาศิลปกุล พิจารณาว่าเป็นการศึกษาที่หลักสูตรถูกวางไว้โดยให้ความสำคัญกับการประกอบอาชีพ เน้นการท่องจำ ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายในเชิงทฤษฎี⁷

7 สมชาย ปรีชาศิลปกุล, นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 89-109.

ภายใต้ความเข้าใจดังกล่าว การศึกษากฎหมายแบบสมชาย ปรีชาศิลปกุล จึงกลับตาลปัตรอิทธิพลของวิชาชีพที่ครอบงำวิชาการ กลายเป็นการเสริมความเข้มแข็งให้วงวิชาการนิติศาสตร์ด้วยการค้นคว้าและวิจัย ซึ่งมีความหลากหลาย อาทิ เช่น การศึกษาปรัชญากฎหมาย นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม การศึกษาแนวสังคมนิยมทางกฎหมาย ประวัติศาสตร์ ฯลฯ จนใน พ.ศ. 2558 สมชาย ปรีชาศิลปกุล ได้ออกหนังสือชื่อว่า การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นหมุดหมายที่แสดงให้เห็นความเติบโตของวงวิชาการกฎหมายที่พ้นไปจากอิทธิพลของวิชาชีพ โดยในหนังสือเล่มนี้มีการกล่าวถึงงานวิจัยหลากหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการศึกษาแนวนิติสำนัก การศึกษาแนวสตรีนิยม นิติเศรษฐศาสตร์ ตลอดจนการศึกษากฎหมายในเชิงประวัติศาสตร์ ฯลฯ⁸ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของการวิจัยกฎหมายทางเลือกมักมุ่งเน้นไปที่ปริณิพลของสังคมศาสตร์ ตามวิถีของการศึกษา “กฎหมายกับสังคม” ที่ต้องการให้ผู้ศึกษาได้เห็นสภาพที่แท้จริงของสังคม ผู้ศึกษาต้องขยับและเคลื่อนย้ายร่างกายของตนเองไปในพื้นที่ในสังคมเพื่อเข้าใจมนุษย์และสังคมที่แตกต่างกับตนเอง ทั้งนี้เพื่อให้เข้าใจมิติของกฎหมายที่หลากหลายและเป็นจริงขึ้น

แน่นอนว่า การเห็นปฏิสัมพันธ์ของสังคมที่เป็นจริงนั้นมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจกฎหมายที่พ้นไปจากตัวหนังสือสีดำ (black letter approach) และเข้าใจกฎหมายในทางปฏิบัติ (law in action) มากขึ้น แต่ข้อจำกัดของการศึกษาดังกล่าวที่ผ่านมา คือ การศึกษากฎหมายกับสังคมเป็นการศึกษาที่เน้น “วิธีคิด” (methodology) ซึ่งอวดารมาจากแนวคิดทฤษฎีทางสังคมศาสตร์เป็นหลัก ส่งผลให้การศึกษากฎหมายกับสังคมจำนวนหนึ่งกลายเป็นงานในเชิงประจักษ์นิยม (empirical) คือ ความเป็นจริงในทางสังคมและกฎหมายนั้นมีอยู่เท่าที่เราสังเกตได้เท่านั้น ทั้งนี้ หากพิจารณาในการศึกษากฎหมายแนวนิติสำนักแล้วย่อมพบว่าขอบข่ายของการศึกษากฎหมายกับสังคมนั้นย่อมกินความรวมถึงการศึกษา

8 สมชาย ปรีชาศิลปกุล, การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 77-248.

“ความรู้สึก” ของมนุษย์และสังคมที่ศึกษาด้วย เพราะเอาเข้าจริงความรู้สึกกับปฏิบัติการของสังคมและกฎหมายของมนุษย์ไม่เคยแยกออกจากความรู้สึกแต่อย่างใด

“ความรู้สึก” กลายเป็นเป้าหมายของการศึกษากฎหมายกับสังคมในวงวิชาการปัจจุบัน แต่พึงสังเกตว่าสิ่งที่เรียกว่าความรู้สึกนั่นเอง เป็นสิ่งที่พ้นวิสัยจากการสังเกตด้วยสายตาและผัสสะในเชิงประจักษ์ ในขณะที่วิธีคิดทางสังคมศาสตร์ถึงแม้จะมีส่วนช่วยได้บ้าง แต่จุดเน้นของการใช้ทฤษฎีคือการนำเสนอ “วิธีคิด” ทั้งนี้ การศึกษากฎหมายกับสังคมที่เน้นประจักษ์นิยมนั้นย่อมมีปัญหาในแง่ที่ว่าละเลยลักษณะเชิงปัจเจก (subjectivity) ของผู้ศึกษา ประเด็นนี้อาจเห็นภาพได้ชัดขึ้นเมื่อผู้ศึกษาสองคนมองปรากฏการณ์ทางสังคมเดียวกันแต่ตีความความหมายของปรากฏการณ์นั้นออกมาไม่เหมือนกันนำไปสู่ข้อสรุปของการวิจัยที่ต่างกันไปด้วย เช่น การศึกษาสำนึกของประชาชนท้องถิ่นที่ดื้อแพ่งต่อกฎหมายเพื่อจัดการทรัพยากรได้ทำการทำลายและประณามระบบกฎหมาย ผู้ศึกษาท่านหนึ่งอาจพิจารณาไปว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปราศจากความเคารพต่อกฎหมาย เพราะมีการใช้ความรุนแรง มีการสู้คดีและประณามระบบยุติธรรม การกระทำของประชาชนเหล่านั้นภายในสายตาของผู้ศึกษาท่านนี้ย่อมพิจารณาว่าการกระทำเหล่านั้นมิใช่การดื้อแพ่งต่อกฎหมาย หากแต่ผู้ศึกษาอีกท่านหนึ่งอาจพิจารณาว่าการต่อสู้ขัดขืนของประชาชนท้องถิ่นนั้นเป็นการดื้อแพ่งต่อกฎหมายได้ เพราะการอุปถัมภ์ของความรู้ทำลายและประณามระบบกฎหมายนั้นเกิดจากการสะสมและขัดเกลาด้วยประสบการณ์ความรุนแรงและไม่เป็นธรรมต่อรัฐเป็นเวลายาวนาน⁹ เป็นต้น ซึ่งความแตกต่างของผู้ศึกษาสองฝ่ายนี้คือ การตีความปรากฏการณ์เดียวกันในแง่ของ “ความรู้สึก” และการจะสังเกตเห็นความรู้สึกดังกล่าวได้ขึ้นอยู่กับว่าผู้ศึกษามี “วิธีรู้สึก” ต่อปรากฏการณ์ต่างๆ อย่างไร โดยความแตกต่างในวิธีรู้สึกเหล่านี้ อาจมาจากกระบวนทัศน์ (paradigm) การถูกครอบงำ (hegemonized)

9 กฤษณ์พพร โสมณวัตร, นิตินานิกต่อ ‘โทษจำคุก’ ของพลเมืองผู้ดื้อแพ่งต่อกฎหมาย: ประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555, หน้า 140-168.

ประสบการณ์ (experience) การปกครองชีวญาณ (governmetaloty) ที่ต่างกัน ของปัจเจกภาพของผู้ศึกษาแต่ละคน

การศึกษาแนวกฎหมายกับวรรณกรรม ที่ผู้เขียนยกขึ้นในที่นี้ เพื่อเสนอให้เห็นความจำเป็นของงานวิชาการในเชิงกฎหมายกับสังคมในแบบที่เชื่อมโยงกันระหว่างปรากฏการณ์ สำนึก และความรู้สึก และในการกิจดังกล่าว การศึกษา “วิธีรู้สึก” เป็นเงื่อนไขที่สำคัญมากประการหนึ่ง¹⁰

หากย้อนสืบสาวไปหาพัฒนาการและที่มาของการศึกษากฎหมายกับวรรณกรรม ย่อมพบว่าเกิดจากปฏิกิริยาที่ตอบสนองการยึดถือสาขาวิชาเป็นสารัตถะที่เป็นอิสระจากกันและกัน (autonomous discipline) ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการกฎหมายแบบปฏิฐานนิยมที่เน้นว่าวิชากฎหมายมีวิธีการวิเคราะห์อย่างเฉพาะเจาะจง โดยแยกขาดจากสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์อื่นๆ¹¹ เพื่อตอบโต้กับความอึดอัดในทางวิชาการดังกล่าว นักวิชาการจำนวนหนึ่งในสหรัฐฯ ที่สนใจในปริบททางสังคมศาสตร์ได้สถาปนากลุ่มวิชาการที่เรียกว่ากฎหมายกับสังคม (law and society) ในทำนองเดียวกับนักกฎหมายที่สนใจเศรษฐศาสตร์ก็พิจารณาถึงกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ (law and economics) เช่นเดียวกันนักวิชาการด้านกฎหมายที่สนใจกฎหมายในปริบทของมนุษยศาสตร์จำนวนหนึ่งก็พยายามศึกษากฎหมายกับงานวรรณกรรม (law and literature) ขึ้นมาเช่นกัน จนนักวิชาการอเมริกันเรียกปรากฏการณ์การอุบัติขึ้นของการศึกษากฎหมายที่คาบเกี่ยวกับปริบททางวิชาการอื่นๆ อย่างกว้างขวางนี้รวมๆ ว่า

10 ปัจจุบัน การศึกษา “ความรู้สึก” เกิดขึ้นในหลายวงการ ในงานประวัติศาสตร์เช่นงานของ William Reddy เรื่อง *the Navigation of Feeling: A Framework for the History of Emotions* ที่พยายามศึกษาว่าอารมณ์ความรู้สึกเป็นปัจจัยที่กำหนดวิถีประวัติศาสตร์ การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ไม่น้อยไปกว่าอิทธิพลของการปฏิวัติภูมิปัญญา (enlightenment) ที่ชูเรื่องเสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ เสียอีก และในทำนองเดียวกันงานทางกฎหมายจำนวนมากที่ศึกษาความรู้สึก แตกต่างจากการศึกษากฎหมายในแนววรรณกรรมในแง่ที่วางมุ่งเน้นไปที่การศึกษาความรู้สึกในเชิงจิตประสาท การทำงานของสมอง และจิตวิทยา

11 จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531), หน้า 63.

“แนวคิดกฎหมายกับ...” (discipline of ‘law and’)¹² ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญที่ว่าการศึกษากฎหมายกับ... มิได้ตั้งอยู่บนจุดยืนที่ต่างกัน ทั้งหมดถูกพัฒนาขึ้นบนบริบททางวิชาการและเป้าหมายแบบเดียวกัน

การศึกษาแนวกฎหมายกับวรรณกรรมปรากฏในสังคมวิชาการและแวดวงกฎหมายมานานพอสมควรไม่น่าจะเป็นนักกฎหมายอังกฤษจำนวนไม่น้อยที่อ่านและตอบโต้กับงานเขียนของเชกสเปียร์ (Shakespeare) หรือชอลส์ ดิคเค้น (Chales Dickens) หรือวิจมอลล์ (Wigmore) ที่เสนอว่านักกฎหมายควรศึกษาผลงานของนักเขียนที่ยิ่งใหญ่เพื่อที่จะเข้าใจธรรมชาติของมนุษย์ หรือคาร์โดโซ (Cardozo) ที่พิจารณาว่าการเขียนคำพิพากษาของตุลาการนั้นอาจพิจารณาให้เห็นรูปแบบในเชิงศิลปะของการเรียงร้อยถ้อยคำได้¹³ อย่างไรก็ตาม ผลงานที่มีพลังและก่อให้เกิดกลุ่มวิธีวิทยาแบบกฎหมายกับวรรณกรรมขึ้นมา คือ งานของเจมส์ บอยไวท์ (James Boy White) เรื่อง the Legal Imagination¹⁴ ซึ่งไวท์ได้บรรยายผลงานชิ้นนี้ว่าเป็นตำราสำหรับนักเรียนกฎหมายที่มีเจตนาจะขัดเกลาทักษะในการเขียน วิพากษ์วัฒนธรรม และปรับใช้วิธีการวิเคราะห์กับวาทกรรมทางกฎหมาย (discourse of law) ที่มีปฏิสัมพันธ์กันอย่างซับซ้อนระหว่างภาษา วัฒนธรรม จิตใจของปัจเจก (individual mind)¹⁵

ตำราเรื่อง the Legal Imagination นี้ แบ่งเนื้อหาออกได้เป็นสองส่วนด้วยกัน ส่วนแรก คือ ความพยายามของไวท์ในการอธิบายว่านักเรียนกฎหมายอาจศึกษาวิธีการใช้ภาษา ไม่ว่าจะด้วยการอ่านหรือการเขียน ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

12 Jane B. Baron, “Law, Literature, and the problems of Interdisciplinarity” *The Yale Law Journal* 108:5, 1999 (March), page 1059-1085.

13 Richard A. Posner, “Law and Literature: A Relation Reargued” *Virginia Law Review*, Vol. 72:8, 1986. Page 1351-1392.

14 James Boy White, *the Legal Imagination*, (Chicago and London: the University of Chicago Press, 1973)

15 Ibid. page xi-xii.

ยิ่งขึ้นด้วยการศึกษางานวรรณกรรม ดังที่ไวท์อธิบายว่า “มันยังมีความยุ่งยากอีกมากในการสร้างความชำนาญให้กับการใช้ภาษากฎหมาย อย่างน้อยที่สุด ในชั้นเรียนนี้ คุณจะ不仅仅แต่ได้รับการฝึกฝนเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการอธิบายความชำนาญในการใช้ภาษากฎหมายด้วย คุณจะต้องเป็นทั้งนักเขียนและคนวิจารณ์ และหน้าที่ของคุณคือการตกแต่งภาษาแห่งการวิพากษ์ที่จะจำกัดความและแสดงออกมาซึ่งมโนทัศน์ที่อยู่ในตัวคุณหรือคนอื่นก็ตาม”¹⁶ ส่วนที่สอง คือการศึกษาวรรณกรรมเพื่อวิพากษ์วัฒนธรรมของสังคมและประเด็นทางกฎหมาย เช่น เพื่อการนี้ไวท์ตัดตอนงานบางส่วนของมาร์ก ทเวน (Mark Twain) เรื่อง *Life on the Mississippi* โดยที่ไวท์ได้ชี้ให้เห็นปัญหาบางอย่างที่อาจสังเกตได้จากงานวรรณกรรม เช่น ใน *Life on the Mississippi* มีบทสนทนาระหว่างผีพายกับผู้โดยสารเกี่ยวกับภูมิทัศน์ของบ้านเกิดของแต่ละฝ่าย ไวท์ได้ชวนให้นักเรียนกฎหมายพิจารณาเปรียบเทียบภูมิทัศน์ของตัวละครทั้งสองและพยายามทำความเข้าใจภูมิทัศน์ในทางกฎหมาย¹⁷ ในคำถามทำนองนี้ นักเรียนกฎหมายของไวท์ อาจตอบขึ้นมาทำนองว่า ภูมิทัศน์บ้านเกิดของผีพายคือการมองด้วยสายตา แต่ผู้โดยสารที่อาศัยอยู่ใช้สัญชาตญาณในขณะที่ในสายตาของกฎหมายอาจมองด้วยมาตรฐานของวิญญาณ เป็นต้น การเหลื่อมกันของกระบวนทัศน์นี้จะช่วยให้นักเรียนกฎหมายสามารถเข้าใจแง่มุมของบุคคลอื่นได้มากขึ้น เป็นต้น

กล่าวถึงเป้าหมายแรกของไวท์ในการขัดเกลาความสามารถด้านภาษานั้น ไวท์ได้ชี้ให้เห็นว่าการใช้ภาษากฎหมายจะช่วยขัดเกลาได้ด้วยการศึกษาวรรณกรรม เช่น การตกแต่งถ้อยคำของภาษาให้สอดคล้องสัมพันธ์กับความหมายที่บุคคลต้องการจะสื่อมากที่สุด ซึ่งเทคนิคแบบเก่าอาจมีการใช้คำเปรียบเปรย (metaphor) การใช้ภาษาเสียดสีประชดประชัน (irony) การใช้ถ้อยคำกำกวม (ambiguity) อย่างไรก็ตาม เทคนิคเชิงภาษาเหล่านี้เป็นสิ่งพึงหลีกเลี่ยง เพราะทำให้ภาษากฎหมายขาด

16 Ibid. page 40.

17 Ibid. page 8-11.

ความชัดเจน ในประเด็นนี้เองไ้ที่ได้อาจแสดงทัศนะเอาไว้ที่น่าสนใจว่า นักกฎหมายเป็นกลุ่มสังคมหนึ่งที่ผลิตสร้างภาษาของตนเอง “นักกฎหมายอาจเสียเปรียบกวีหรือนักเขียนที่ไม่สามารถใช้เทคนิคทางภาษาได้อย่างอิสระ แต่นักกฎหมายมีความได้เปรียบกว่าฝ่ายอื่นประการหนึ่ง คือเขาเป็นผู้ที่สร้างระบบภาษาของเขาขึ้นมาเองเมื่อไหร่ก็ตามที่เขาไม่เห็นด้วยกับระบบภาษาที่เขาใช้อยู่เขาอาจเถียงมันและ แก่ไขมันได้ตลอดเวลา นักกฎหมายจึงตบแต่งภาษาที่เขาใช้เองได้ เขาจึงเป็นผู้สร้างสรรค์ภาษา”¹⁸ สำหรับไ้ท์ การศึกษาภาษาศาสตร์ย่อมทำให้นักกฎหมายสามารถใช้เทคนิคภาษาที่กว้างขวางขึ้น และเมื่อภาษากฎหมายเป็นระบบภาษาเฉพาะของตนเอง นักกฎหมายจะมีอำนาจในการสร้างสรรค์ภาษาได้ยิ่งกว่าใคร เพราะอำนาจของกฎหมายจะไม่ถูกจำกัดด้วยข้อจำกัดของภาษาหากนักกฎหมายสามารถจัดการกับความยุ่งยากของภาษาได้

ในแง่มุมมองของกลุ่มความคิดภาษาศาสตร์เชิงโครงสร้าง ที่พิจารณาว่าภาษาเป็นรากฐานของระบบความคิดทั้งหมด และรวมถึงอำนาจในสังคมด้วยความเห็นข้างต้นของไ้ท์นั้นแสดงให้เห็นร่องรอยของเจตจำนงของนักกฎหมายในการศึกษา “ภาษา” ในฐานะที่เป็น “เครื่องมือแห่งอำนาจ” เช่นกัน จึงไม่น่าแปลกใจที่ในกฎหมายต่างๆ จะมีการกำหนดบทนิยามให้คำแต่ละคำมีความหมายอย่างเฉพาะเจาะจงอยู่ไม่น้อย ถึงแม้ว่าหลายๆ ครั้งความหมาย (สัญญา) ในทางสังคมที่บรรจุไว้ในภาษากฎหมายหรือบทนิยาม (รูปสัญญา) อาจไม่สอดคล้องตรงกัน หรือถึงขั้นตีความให้ผิดเพี้ยนบิดเบี้ยวได้ตามรสนิยมในการใช้อำนาจก็ได้ เช่นการตีความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 “คำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 267 จึงมีความหมายกว้างกว่าคำนิยามของกฎหมายอื่น โดยต้องแปลความตามความหมายทั่วไป...” แล้วเลือกใช้ความหมายตามพจนานุกรมเพื่อป้องกันภาวการณ์ขัดกันแห่งผลประโยชน์ เป็นต้น ซึ่งประเด็นนี้มีนักกฎหมายจำนวนไม่น้อยออกมาวิพากษ์วิจารณ์ถึงวิธีการตีความ

18 Ibid. page 66-67.

ดังกล่าว¹⁹ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเกี่ยวกับภาษาศาสตร์เชิงโครงสร้าง ไวท์ไม่ได้วิเคราะห์ไว้เลยว่า ภาษาอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือแห่งอำนาจได้ ถึงแม้ว่าไวท์จะพิจารณาจนได้ความว่านักกฎหมายเป็นกลุ่มคนที่ประดิษฐ์ภาษาและมีอำนาจบังคับรับรองอยู่ก็ตาม

เป้าหมายอีกประการที่ ไวท์ได้ริเริ่มความคิดเรื่องกฎหมายกับวรรณกรรมไว้ใน the Legal Imagination คือ การทำความเข้าใจและวิพากษ์วัฒนธรรมของสังคมมนุษย์ โดยเนื้อหาส่วนที่สำคัญมากอยู่ในบทที่ 3 ชื่อว่า How the Law Talks about People²⁰ ในบทนี้ไวท์พยายามชี้ให้เห็นความเป็นไปได้ในการนิยามและการแสดงออกตัวตนของตัวละครต่างๆ เพื่อทำความเข้าใจความรู้สึกนึกคิดประสบการณ์ อารมณ์ความรู้สึกของตัวละครนั้นๆ โดยยกตัวอย่างจากวรรณกรรมและย้อนกลับมาวิพากษ์กฎหมายในวิธีคิดแบบนิติสถาบันว่าได้ลดทอนความซับซ้อนของปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นแวดล้อมข้อพิพาทในทางกฎหมาย เช่น ไวท์ยกตัวอย่างเรื่องความเข้าใจของวงการกฎหมายที่มีต่อความวิปัส (insanity) ความป่วยทางจิต (mental illness) ที่แม้จะเป็นข้อต่อสู้สำคัญในทางกฎหมายอาญา แต่ถูกบรรยายไว้อย่างหยาบกระด้างภายใต้ระบบภาษาและทักษะทางภาษาของนักกฎหมายและผู้เชี่ยวชาญต่างๆ²¹ ตัวอย่างหนึ่งที่พอยกขึ้นได้ คือ โครงสร้างความคิดในทางอาญาของไทยที่พิจารณาจาก ความครบองค์ประกอบความผิด การไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และการไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ภายใต้วิธีคิดนี้การครบองค์ประกอบความผิดพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในตามกฎหมายแต่ละมาตรา เช่น มาตรา 365 ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อก่อการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมด

19 อาทิ เช่น พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ปิยะบุตร แสงกนกกุล จนเป็นอีกคดีหนึ่งที่ได้ชื่อว่าเป็นกระบวนการตุลาการวิวัฒน์ที่แสดงให้เห็นว่าสถาบันศาลเป็นสถาบันที่ขัดกับสถาบันที่มาจากเสียงข้างมาก (majoritarian institution)

20 James Boy White, *the Legal Imagination*, page 109-205.

21 Ibid., page 170-172.

หรือแต่บางส่วน หรือเข้าไป กระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครอง อสังหาริมทรัพย์ ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับ ไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” องค์ประกอบในความผิดฐานนี้ที่สำคัญ คือ การเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อแย่งการครอบครองหรือรบกวนการ ครอบครอง ด้วยเหตุนี้เอง การเคลื่อนไหวร่างกายเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อเล่นซ่อนหา เพื่อขโมยชุดชั้นใน หรือเพื่อการคัดค้านโครงการขนาดใหญ่ที่ไม่เป็นธรรมและส่งผลกระทบอย่างกว้างย่อมไม่แตกต่างกันในสายตาของกฎหมาย และวิธีคิดชุดนี้ คือทั้งหมดล้วนเป็นความผิดทั้งสิ้น ภาษาและวิธีคิดทางกฎหมายได้ คัดแยกข้อมูลจำนวนมหาศาลอันเป็นประสบการณ์ วิธีคิด และความรู้สึกของ ประชาชนออกจากภาษาของกฎหมาย เป็นต้น ในการนี้นักกฎหมายจึงขาดความ ละเอียดอ่อนต่อการทำความเข้าใจผู้คนที่มีความแตกต่างจากตน

กระนั้นก็ตาม ริชาร์ด เอ. พอสเนอร์ (Richard A. Posner) นักวิชาการ ด้านกฎหมายและผู้พิพากษาคนสำคัญผู้วางรากฐานความคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ ว่ากฎหมายประกอบด้วยระบบแห่งหลักการต่างๆ ซึ่งสามารถค้นพบได้ด้วยวิธีการ ทางวิทยาศาสตร์ในแบบที่ครอบคลุมความรู้ทุกสาขารวมถึงทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ ที่ทั้งนำมาช่วยในการวิเคราะห์ตลอดจนตรวจสอบพฤติกรรมทางกฎหมายในเชิง ประจักษ์²² ได้วิพากษ์การศึกษาแบบกฎหมายกับวรรณกรรมศึกษาไว้อย่างน่าสนใจ ใน Law and Literature: A Relation Reargued ว่าการศึกษาวรรณกรรมไม่ได้ ช่วยให้นักเรียนกฎหมายสามารถตีความตัวบทและรัฐธรรมนูญได้อย่างไร อย่างไรก็ตามการศึกษาวรรณกรรมอาจมีส่วนช่วยในการทำความเข้าใจและพัฒนาความคิดเห็นของฝ่ายตุลาการได้²³

22 สมชาย ปรีชาศิลปกุล, การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้, หน้า 167.

23 Richard A. Posner, “Law and Literature: A Relation Reargued” *Virginia Law Review*, Vol. 72:8, 1986. Page 1351.

พอสเนอร์ ได้อธิบายการเติบโตขึ้นของสาขากฎหมายกับวรรณกรรมว่ามาจากการประกอบกันของเหตุผลในเชิงสถาบัน (institutional reasons) และเหตุผลในเชิงเนื้อหา (substantive reasons) โดยเขาได้วิเคราะห์ว่า การเกิดขึ้นของแนวการวิเคราะห์นี้เกิดจากบริบททางสังคมวิชาการที่นักวิชาการในสายมนุษยศาสตร์ได้อพยพเข้าสู่วิชาการกฎหมาย เพราะความขาดแคลนโอกาสหน้าที่การงานในแวดวงมนุษยศาสตร์ ประกอบกับที่นักวิชาการด้านกฎหมายในทศวรรษ 1970 ที่ต้องการเพิ่มบุคลากรเพื่อสร้างความเป็นนักกฎหมายเฉพาะทางมากขึ้นภายในโรงเรียนกฎหมาย และแน่นอนว่าความพยายามในการขยายขอบเขตของวิชาการด้านกฎหมายเป็นแรงผลักดันหนึ่งเช่นกัน²⁴

ในขณะที่ในเชิงเนื้อหา พอสเนอร์มองว่ากระแสการทำงานวิชาการของนักวรรณกรรมในช่วง 1970 เน้นการรื้อและสร้างความหมายใหม่ตลอดจนตอบโต้และแย้งต่อความเป็นภววิสัยในการตีความวรรณกรรม ในทำนองเดียวกับที่นักกฎหมายในเวลาดังกล่าวต้องการวิพากษ์การตีความกฎหมายราวกับเป็นภววิสัยเช่นกัน ประโยชน์และแนวทางของนักเรียนกฎหมายกับนักเรียนวรรณกรรมจึงตรงกัน พร้อมๆ กับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเทคโนโลยีที่ทำให้ประเด็นทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับงานวรรณกรรมนั้นได้รับการตรวจตราด้วยกฎหมายมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการหมิ่นประมาท การแสดงออกทางเพศ ได้รับการยอมรับมากขึ้น ซึ่งประเด็นเหล่านี้เป็นพื้นที่ของการตีความ “ความหมาย” ของ “ข้อความ” (text) ความรู้ในเชิงภาษาศาสตร์จึงเข้ามามีส่วนมากในการต่อสู้คดี และสุดท้ายพอสเนอร์ มองว่าความเติบโตของเทคโนโลยีและวิทยาศาสตร์ได้ทำให้เกิดกระบวนทัศน์ทางกฎหมายที่เน้นความเป็นศาสตร์และความเป็นประจักษ์นิยมมาก อย่างแนวความคิดแบบนิติเศรษฐศาสตร์ โดยพอสเนอร์เชื่อว่าขบวนการกฎหมายกับวรรณกรรมเป็นกระแสความคิดที่มาคัดค้านกับนิติเศรษฐศาสตร์ด้วยการศึกษากฎหมายโดยสายตาที่ละเอียดต่อคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่ปรากฏในกฎหมาย

24 Ibid. Page 1353.

(humanistic values in law)²⁵

ข้อวิพากษ์ของ ริชาร์ด พอสเนอร์ ต่อมโนทัศน์กฎหมายกับวรรณกรรมเน้นไปสองประเด็นด้วยกัน ประเด็นแรกคือ ประเด็นกฎหมายที่อยู่ในงานวรรณกรรมมักผิดเพี้ยนไปจากกฎหมายที่เป็นอยู่จริงๆ และประการที่สอง ลักษณะการสร้างสรรควรรณกรรมกับการเขียนกฎหมายนั้นแตกต่างกัน วิธีการที่ใช้ในการวิเคราะห์วรรณกรรมจึงไม่เหมาะสมต่อการนำมาอ่านกฎหมาย ทั้งนี้ ปัญหาในกรณีที่สองนั้นจะหนักไปในทางของภาษาศาสตร์ที่พ้นไปจากความสนใจของบทความชิ้นนี้ที่มุ่งเปิดพื้นที่ให้มีการศึกษาอารมณ์ความรู้สึกอยู่ในการศึกษากฎหมายเป็นหลัก

สำหรับกรณีแรกที่ว่าประเด็นกฎหมายในวรรณกรรมกับกฎหมายที่ใช้แตกต่างกันนั้น พอสเนอร์ พิจารณาไปถึงขั้นที่ว่าในวรรณกรรมหลายเรื่อง ผู้เขียนมิได้มีเจตจำนงในการวิพากษ์ประเด็นกฎหมาย เช่น พอสเนอร์ ยกตัวอย่างงานชิ้นเอกของ วิลเลียม เชกสเปียร์ (William Shakespeare) เรื่อง เวนิสวานิช (the Merchant of Venice) ซึ่งเขาวิจารณ์ว่า ฉากของวรรณกรรมเรื่องนี้ที่เป็นการบังคับสัญญาที่มีผลเป็นการลงโทษ พอสเนอร์ ชี้ว่าแม้แต่ในกฎหมายแบบอลิซซาเบ็ต (Elizabethan law) ก็ไม่บังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าว ฉากของเชกสเปียร์จึงมิได้ยืนอยู่บนฐานของกฎหมายที่ดำรงอยู่จริง ยิ่งไปกว่านั้น พอสเนอร์ยังวิเคราะห์ต่อไปว่าประเด็นหลักของวรรณกรรมเรื่องนี้ไม่ใช่ข้อพิพาททางกฎหมาย หากแต่เป็นเรื่องการปะทะสังสรรค์ (interaction) กันระหว่างคุณค่าสองประการหนึ่งคือ ไซล็อก (Shylock) ที่เป็นสัญลักษณ์ของยิว ผู้ปฏิเสธความรัก สนใจแต่ผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ และประโยชน์ส่วนตน และสอง อันโตนิโอ ที่เป็นสัญลักษณ์ของคริสเตียนในนัยที่ดี²⁶ ในทำนองเดียวกัน พอสเนอร์ วิเคราะห์ แสงริบรีที่ปลายอุโมงค์ (the Trial) ของ ฟรานซ์ คาฟกา (Franz Kafka) ว่าถึงแม้คาฟกาจะมีพื้นเพเป็นนักกฎหมาย แต่เขาก็ไม่ได้วางโครงเรื่องให้เคร่งครัดตามกระบวนการพิจารณาตาม

25 Ibid. Page 1353.

26 Ibid. Page 1357.

ระบบกฎหมายออสเตรีย ตรงกันข้ามพอสเนอร์พิจารณาว่างานของคาฟคา ต้องการสะท้อนภาพของการใช้อำนาจรัฐแบบเบ็ดเสร็จภายใต้ระบบนาซี²⁷

หากจะสมมุติไว้ก่อนเสียว่า เวนิสวานิช และ แสงริบหรี่ที่ปลายอุโมงค์ ต้องการแสดงความหมายในลักษณะที่พอสเนอร์ได้อธิบายไว้ แต่ก็พิจารณาตาม วัตถุประสงค์ของการศึกษากฎหมายกับวรรณกรรมอีกครั้งว่าสาระสำคัญมีได้อยู่ที่ วรรณกรรมนั้นสามารถให้ความรู้กฎหมายได้อย่างแม่นยำ เพราะภารกิจดังกล่าว เป็นหน้าที่ของตำรากฎหมายและนักวิชาการด้านกฎหมาย มิใช่ภารกิจของ วรรณกรรมและนักเขียน ตรงกันข้ามกับความรู้เชิงทฤษฎี สิ่งที่วรรณกรรมจะ สะท้อนออกมาได้ และเป็นโน้ตสำคัญในกฎหมายกับวรรณกรรม คือการสร้าง ความละเอียดอ่อนและฉายให้เห็นคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมาย (humanistic values in law) ดังนั้น แทนที่พอสเนอร์จะตั้งคำถามกับความแม่นยำ ของวิธีคิดและระบบกฎหมายที่ปรากฏในงานวรรณกรรม ในฐานะที่ศึกษากฎหมาย ในเชิงวรรณกรรม เขาควรอ่านให้ทะลุว่า หากคริสต์ (Christ) และแอนตี้คริสต์ (anti-Christ) จะปะทะสังสรรค์กันใน เวนิสวานิช เพื่อสะท้อนคุณค่าในเชิง มนุษยศาสตร์แล้ว เหตุใดจึงเลือกการต่อสู้ในทางกฎหมายและเชิงคดีเป็นบริบทของ เรื่อง ตลอดจนเป็นไปได้หรือไม่ที่ในสายตาของเช็คสเปียร์ การพิจารณาคดีด้วย กฎหมายนี้เองที่มีลักษณะของการปฏิเสธความรัก (rejection of love) เน้นส่งเสริมความเห็นแก่ตัว (self-interest) โดยต้องไม่ลืมว่า เวนิสวานิชได้ผ่านบททดสอบ แห่งกาลเวลาและตลาดมากพอแล้ว ดังที่พอสเนอร์ อ้างไว้เองว่า “วรรณกรรมถูก ตัดสินด้วยบททดสอบของดาร์วินอย่างเคร่งครัด เพราะคุณค่าของวรรณกรรมอยู่ที่ การอยู่รอดท่ามกลางความแข่งขันของตลาด”²⁸ ในทำนองเดียวกับ แสงริบหรี่ที่ ปลายอุโมงค์ ฟรานซ์ คาฟคา ถึงแม้จะผิดแปลกไปจากระบบกฎหมายออสเตรีย- ฮังการีเพียงใดก็ตามนั้นคงมิใช่ประเด็นที่ต้องถกเถียงกัน เพราะสาระสำคัญของ

27 Ibid. Page 1357-8.

28 Ibid. Page 1355.

วรรณกรรมอยู่ที่อารมณ์ความรู้สึกและบรรยากาศที่ถ่ายทอดออกมาจากผลงานมากกว่า เช่น บทสนทนาระหว่าง เค. กับ ผู้คุม ที่แสดงให้เห็นความรู้สึกที่คาฟกามีต่อนักกฎหมาย ความว่า

“คุณคิดหรือว่าคุณสามารถทำให้คดีของคุณจบเร็วขึ้นด้วยการทะเลาะโต้เถียงเรื่องเอกสารและหมายจับกับเรา ซึ่งเป็นผู้คุมได้? เราเป็นเพียงผู้ใต้บังคับบัญชาผู้ต่ำต้อย ซึ่งแทบไม่มีช่องทางเข้าถึงเอกสารที่ถูกกฎหมายใดๆ ได้เลยและไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใดๆ กับคดีของคุณด้วย นอกจากคอยเฝ้าคุณวันละสิบชั่วโมงก่อนรับค่าแรง นั่นคือพวกเรา เพียงแต่เรามีความสามารถมากพอในการรับรู้ข้อเท็จจริงที่ว่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงที่เราจะใช้หน้าจะต้องได้รับข้อมูลและเหตุผลในการจับกุมตลอดจนรู้ว่าใครควรจะเป็นนักโทษแล้วจึงออกคำสั่งจับกุมแบบนี้ได้ เรื่องนี้จะต้องไม่ผิดพลาดแน่นอน เท่าที่ผมรู้มา เจ้าหน้าที่ของเรา ซึ่งผมรู้จักตั้งแต่ระดับล่างสุด ก็ไม่เคยออกล่าอาชญากรรมในหมู่ประชาชน เพราะกฎหมายบังคับใช้เฉพาะกับผู้ที่ทำให้เกิดความผิด เมื่อพบผู้กระทำความผิด ผู้คุมอย่างเราก็ถูกส่งออกไป นั่นคือกฎหมาย แล้วแบบนี้มันจะเกิดความผิดพลาดได้อย่างไร?”²⁹

ข้อความข้างต้นเป็นข้อความที่ “ผู้คุม” ใช้อธิบายบทบาทของตัวเองและสะท้อนสำนึกและความรู้สึกที่พวกเขามีต่อกฎหมาย คือ ความเชื่อมั่นอย่างแรงกล้าต่อคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยสำนึกว่าตนเป็นผู้ต่ำต้อยที่ทำงานเพียงรับค่าแรงจนกฎหมายไม่สามารถจะผิดพลาดได้ ประเด็นนี้ ถึงคาฟกาจะยก “ผู้คุม” เป็นผู้แสดงทัศนะก็ตาม แต่ข้อความนี้ก็สะท้อนบทบาทของนักกฎหมายทั้งระบบใน

29 ฟรานซ์ คาฟกา, คักดี บวร (แปล), *แสงริบหรี่ที่ปลายอุโมงค์*, (กรุงเทพฯ: เคล็ดไทย, 2558), หน้า 23.

ฐานะที่เป็นผู้คุมกฎ เช่น ผู้พิพากษาที่เชื่อมั่นในตัวบทกฎหมายราวกับเป็นสัจธรรม โดยมองตนเองเป็นเพียงผู้ใช้กฎหมายที่ต้องยอมรับอำนาจของรัฐที่ใหญ่กว่าตน เรื่อยไปจนถึงทนายความที่อาจต่อสู้คดีด้วยการแลกเปลี่ยนกับสินจ้างโดยไม่เคย วิพากษ์หรือขัดเกลากฎหมายให้เกิดความแหลมคมขึ้น เป็นต้น ในขณะที่เดียวกับการตอบสนองของ เค. ที่เป็นจำเลยและตัวเอกใน แสงริบทที่ปลายอุโมงค์ก็ สะท้อนแง่คิดว่า

“ ‘นี่เรา’ เขาคิดในใจ ‘ต้องปล่อยให้ตัวเองสับสนกับคำพล่าม
ของพวกรับค่าจ้างไร้ค่าเพื่อให้ตัวเองแยบเนียนต่อไปอีกหรือ?
พวกเขาก็ยอมรับแล้วว่าพวกเขาเป็นอะไร แถมยังพูดเรื่องที่
พวกเขาเองก็ไม่เข้าใจ ความโง่ที่เห็นได้ชัดเป็นเพียงสิ่งเดียวที่
ช่วยให้พวกเขามีความมั่นใจแบบนี้ได้...’ ”³⁰

ความรู้สึกของ เค. ที่มีต่อ “ผู้คุม” ที่สามารถคิดเปรียบเทียบต่อเนื่องไปได้ ถึงนักกฎหมายทั้งระบบนี้ เห็นได้ว่าเขาทำได้เพียงแต่การคิดในใจเท่านั้น โดยที่การ คิดในใจของเขาแต่พูดออกไปไม่ได้ นั่นนอกจากแสดงให้เห็นความสัมพันธ์เชิงอำนาจ แล้ว ยังปรากฏให้เห็นความไม่สามารถเข้าใจซึ่งกันและกัน (lost in translation) ระหว่างตรรกะของนักกฎหมายกับบุคคลทั่วไปๆ พร้อมๆ กัน ซึ่งเป็นลักษณะเด่น อย่างหนึ่งของงานวรรณกรรมที่ช่วยสะท้อนความรู้สึกนึกคิดของปัจเจก คือ วรรณกรรมจะสะท้อนและแสดงความรู้สึกและความคิดของคนเหล่านั้นออกมา อย่างหมดเปลือก และช่วยให้ผู้อ่านสามารถเห็นเงื่อนไขในชีวิตของตัวละครอย่าง รอบด้านยิ่งกว่าการสัมภาษณ์ การฝังตัวอย่างมีส่วนร่วม หรือแม้แต่การเป็นชาติ พันธุ์วรรณา เพราะวิธีการดังกล่าวมีระยะห่างเสมอระหว่างผู้ศึกษากับผู้ถูกศึกษา ทั้งนี้แน่นอนว่าวรรณกรรมมีข้อจำกัดอยู่ด้วยสภาพของการเป็นเรื่องสมมุติ แต่ในแง่ของความรู้สึกนึกคิดของผู้คนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีพรมแดนระหว่างเรื่องจริงกับเรื่อง แต่งมากนัก ยิ่งไปกว่านั้น ในเชิงเนื้อหา คาฟคา ได้วิพากษ์นักกฎหมายผู้ยอมแพ้กั

30 เรื่องเดียวกัน. หน้า 24.

อำนาจทั้งหลายว่าเป็นผู้ต่ำต้อย แต่กลับตัดสินสิ่งต่างๆ ไปทั้งที่ไม่มีความเข้าใจ โดยเฉพาะในโลกปัจจุบันที่กฎหมายครอบคลุมทุกเรื่องในสังคม ตั้งแต่อาชญากรรม ยันศาสนา ศีลธรรม การเมือง เศรษฐกิจ ฯลฯ ในภาวะเช่นนี้ นักกฎหมายมักวินิจฉัยปัญหาต่างๆ ไปโดยอ้างอำนาจแห่งกฎหมาย เพราะเชื่ออย่างมโนว่ากฎหมายนั้นไม่อาจผิดพลาดได้ แต่ขณะที่เอาเข้าจริงนักกฎหมายเหล่านั้นก็ปราศจากความรู้เรื่องที่ตนเองตัดสินใจแทบจะสิ้นเชิง สำหรับข้อกล่าวหาที่รุนแรงเช่นนี้ อาจพิจารณาได้จากความเห็นของ ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี ที่วิพากษ์กระบวนการยุติธรรมและสถาบันตุลาการไว้อย่างน่าสนใจว่า

“การที่ศาล และกระบวนการยุติธรรม กลายเป็นเพียงพื้นที่สำหรับการพิจารณาแต่เพียงเทคนิคทางกฎหมาย บริบทของปัญหา ตลอดจนข้อมูลด้านสังคม วัฒนธรรม การเมือง เศรษฐกิจต่างๆ จึงถูกตัดออกจากการพิจารณา... นอกเหนือจากความแม่นยำในตัวบทกฎหมายแล้ว ศาลแทบจะไม่มีความรู้อื่นใดเลยเกี่ยวกับสังคมและวัฒนธรรมต่างๆ ไม่รู้จักวิถีชีวิตของกลุ่มชาติพันธุ์ ไม่เข้าใจว่ากฎหมายอันล้ำหลังนั้นได้ไปขีดเส้นทับที่ดินที่ชาวบ้านทำกินกันมาก่อน ไม่รู้จักไร่มนเวียน ไม่รู้จักสิทธิชุมชน ฯลฯ...”³¹

ความเห็นของ พอสเนอร์ ที่มีต่อการศึกษากฎหมายกับบรรณกรรม ทำนองว่าผู้เขียนวรรณกรรมมิได้มีความแม่นยำหรือกระทั่งเจตนาจะเขียนถึงกระบวนการยุติธรรมนั้น ถึงแม้ว่าพอสเนอร์จะไม่พลาดก็ตาม นั่นก็มีใช่ประเด็นที่พึงให้ความสำคัญในการศึกษากฎหมายกับบรรณกรรมอยู่ดี เพราะเป้าหมายของการศึกษาวรรณกรรมนั้นมิได้ทำไปเพื่อให้ผู้อ่านมีความแม่นยำหรือเข้าใจตัวบท

31 ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, “สถาบันตุลาการ กระบวนการยุติธรรม กับประชาชน” ใน เล่าฟัง บันทึกเทิดสกุล (บรรณาธิการ), แม่หมึก: ชีวิตแห่งฝันป้ากบมายาคติในกระบวนการยุติธรรม, (กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2558) หน้า 126-9.

กฎหมาย หรือแม้แต่สภาพความเป็นจริงของสังคมมากขึ้น เพราะวรรณกรรมเป็นเรื่องแต่ง (fiction) มิได้ต้องการนำเสนอความจริง (truth) ในแง่ของข้อเท็จจริง (fact) แต่วรรณกรรมมีพลังอย่างยิ่งในการทำความเข้าใจ “ความจริง” ในแง่อารมณ์ความรู้สึก บรรยากาศ และทัศนคติของตัวละครต่างๆ ดังนั้น หากกล่าวให้ถูกต้องคือ พอสเนอร์ดูเหมือนจะคาดหวังกับการศึกษาวรรณกรรมมากไปอย่างผิดที่ผิดทาง การศึกษากฎหมายกับงานวรรณกรรมควรจะเน้นที่การทำความเข้าใจบรรยากาศและอารมณ์ความรู้สึกของผู้คนที่สัมพันธ์ในบริบททางกฎหมายที่ต่างกันออกไป เช่น งานของคอปกา ช่วยให้เราเข้าใจมิติทางความรู้สึกนึกคิดของผู้คุมและจำเลยมากขึ้น เป็นต้น

อารมณ์ และความรู้สึก อันเป็นเรื่องอัตวิสัยนั้น เคยเป็นประเด็นที่อยู่นอกความสนใจของวงวิชาการด้านกฎหมายมาก่อน เพราะเชื่อมั่นกันว่ากฎหมายเป็นเรื่องของการใช้เหตุผลตามคติแบบปรัชญาแสงสว่างแห่งปัญญา (enlightenment) ที่เป็นภาววิสัยและเป็นกฎเป็นเกณฑ์ดังที่ มักซ์ เวเบอร์ (Max Weber) ได้พิจารณาไว้ว่าสังคมสมัยใหม่มีอำนาจแห่งเหตุผล (rationality) เป็นอำนาจนำสังคม และสิ่งที่แสดงความเป็นเหตุเป็นผลสูงสุดในอำนาจรัฐ คือ การปกครองโดยกฎหมาย (the rule of law) ดังนั้น กฎหมายกับเหตุผลเป็นของคู่กันในทัศนะของเวเบอร์³² แต่ปัจจุบันวงวิชาการกฎหมายขยายขอบเขตความสนใจไปยังปริณิถนอลอื่นๆ นอกเหนือจากตัวบทกฎหมายทำให้เกิดการศึกษาในเชิงสหวิทยาการมากขึ้นไม่ว่าจะเป็น กฎหมายกับสังคม นิติเศรษฐศาสตร์ ผู้หญิงกับกฎหมาย ฯลฯ ซึ่งในมิติเหล่านี้จุดเด่นที่สุดของวิชาการด้านมนุษยศาสตร์ คือ การหยั่งทราบถึงอารมณ์ความรู้สึกและการตระหนักถึงคุณค่าของมนุษย์ ทั้งในด้านของความซาบซึ้งแบบมนุษยนิยม

32 Max Weber, “Politics as Vocation” in *Max Weber’s Complete Writing on Academic and Political Vocation*, (New York: Algora Publishing, 2008), page 155-158.; George Ritzer, “Professionalization, Bureaucratization and Rationalization: The Views of Max Weber” *Social Force* 53:4, page 628.

(humanism) และการศึกษาวิทยาศาสตร์มนุษย์ (human science)³³ การศึกษา กฎหมายในเชิงมนุษยศาสตร์ไม่ว่าจะเป็นปรัชญา ประวัติศาสตร์ จิตวิทยา ฯลฯ ซึ่งในบทความนี้เน้นไปที่การศึกษากฎหมายกับวรรณกรรมก็ล้วนแต่จะเติมแง่มุมที่ ขาดหายทำให้เกิดความเป็นไปได้ในการวิเคราะห์มากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การศึกษา แนวความคิดที่สนใจการให้คุณค่า ความหมาย และอารมณ์ความรู้สึกของ บัณฑิตบุคคลที่มีต่อกฎหมาย การศึกษาวรรณกรรมเพื่อประกอบข้อมูลการ สัมภาษณ์ก็ดี ขาดพื้นฐานวรรณคดี ย่อมทำให้เกิดความเป็นไปได้อันจะเกิดแนวพินิจ ที่ละเอียดขึ้น ทั้งนี้ ลองพิจารณาถ้อยคำใน ปิศาจ ของ เสนีย์ เสาวพงษ์ ว่า

“ชาวบ้านแถบนี้ส่วนมากไม่ใช่คนพื้นเพนี้มาก่อน แต่เป็น ผู้อพยพมาจากที่อื่นมาไถ่สร้างถางป่าเพื่อจับจองที่ดิน ตั้งหลักฐานทำมาหากินลงหลายปีต่อหลายปีมาแล้วและยังมี คนถิ่นอื่นๆ อพยพมาอยู่เรื่อยๆ ในขณะเดียวกันผู้ที่มาอยู่ก่อน บางคนกลับอพยพออกไปสู่ถิ่นใหม่ต่อไปโดยการเลิกล้มความ หวังที่จะตั้งตัวในดินแดนนี้เพราะความรกร้าง เปล่าเปลี่ยว และพื้นที่เลวของมัน แต่แผ่นดินนี้ แม้จะรกและลุ่มเป็นแอ่ง และสูงเป็นโคก ก็ไม่ไร้คนที่เชื่อในกำลังกล้ำเนื้อของตนจะ มาตั้งถิ่นฐานบ้านช่อง ด้วยจิตใจของผู้เริ่มที่แผ้วถางถิ่นเถื่อน ให้เตียนโล่งและปรับหน้าดินให้ราบเป็นหน้ากลองเพื่อการ เพาะปลูกไถหว่านด้วยหยดเหงื่อแห่งความพยายามของตน”³⁴

“ฟองซบไล้...มันก็เป็นคำธรรมดา และไม่เห็นมีความหมาย อะไรเลยสำหรับคนที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเช่นนั้นใช่ไหมครับ... สำหรับเจ้าของที่ มันก็เป็นเรื่องน่ารำคาญเบื่อหน่ายในความ

33 นพพร ประชากุล, *ยกอักษรร ย้อนความคิด เล่ม 2: ว่าด้วยสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, (กรุงเทพฯ: วิชาษา, 2552), หน้า 456.

34 เสนีย์ เสาวพงษ์, *ปิศาจ*, (กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์, 2543), หน้า 14.

ไอ้ไอ้ซักซำของกระบวนการศึกษา ความตื้นที่แสนจะกวน
โง่โง่ของผู้เข้าที่กระหายต่อผลประโยชน์ของเขา แต่สำหรับ
ผู้เข้ามามีความหมายคล้ายกัน แตกต่างกันที่ปริมาณมาน้อย
เท่านั้น คือถ้าพอมีฐานะก็เบาหน่อย ถ้าคนยิ่งจนก็ยิ่งหนัก
สำหรับบุคคลเหล่านั้นมันหมายถึงการไร้ร่มไม้ชายคาจะอาศัย
ทีเดียว”³⁵

ข้อความสองย่อหน้าข้างต้นนี้ ช่วยให้เราเห็น “ความหมาย” ของที่ดิน
ผืนบางที่เป็นมากกว่าทรัพย์สินชิ้นหนึ่ง แต่เป็นหยาดเหงื่อแรงกาย กำลังใจ
พลังทะยานชีวิตของผู้ที่บุกเบิกที่ดิน ในขณะที่คนอื่น ๆ อาจมองว่าที่ดินเหล่านั้นเป็น
เพียงแค่ทรัพย์สินชิ้นหนึ่งไม่ได้มีความหมายพิเศษ “การฟุ้งซ่าน” จึงทำได้ง่าย
ไม่จำเป็นต้องตะขิดตะขวงใจแต่อย่างใด ดังนั้น การพูดคุย สัมภาษณ์ หรือลงพื้นที่
เพื่อศึกษาชีวิตผู้คนย่อมปราศจากประโยชน์มรรคผลใดๆ หากผู้ศึกษาพูดคุย
และสัมผัสเหตุการณ์ต่างๆ ทั้งที่ถูกครอบงำด้วยอุดมการณ์ชุดใดชุดหนึ่งอย่าง
เคร่งครัด หรือโดยไร้ความละเอียดอ่อนต่อความรู้สึก ในประเด็นนี้ วรรณกรรม
จะมีส่วนช่วยขัดเกลาและแสดงตัวอย่างของอารมณ์ความรู้สึกต่างๆ ได้ โดยที่เรา
ไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของประสบการณ์เหล่านั้นด้วยตนเอง แน่แน่นอนว่าการกล่าว
เช่นนี้มีได้หมายความว่าประสบการณ์ที่แท้จริงเป็นสิ่งไร้ค่า แต่ทั้งนี้ประสบการณ์
นั้นมีข้อจำกัดด้วยเวลาและสถานที่โดยสภาพ เช่น การที่ผู้ศึกษาประสงค์จะศึกษา
สังคมชนบทแต่ตัวของผู้ศึกษานั้นเติบโตในสังคมชนชั้นกลางในเมืองตลอดชีวิตย่อม
พันวิสัยที่จะไปเกิดและเติบโตในชนบทอีกรอบหนึ่งได้ การเรียนรู้จากประสบการณ์
จริงในด้านนี้จึงเป็นไปได้ จงกว่าจะมีการลงพื้นที่อย่างจริงจัง แต่การลงพื้นที่
ก็จะทำอย่างมีประสิทธิภาพไม่ได้ถ้าไม่มีฐานคิดที่เอื้อต่อการเข้าใจผู้คนที่แตกต่างกัน
จากเรา ดังนั้น วรรณกรรมเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ช่วยให้ผู้ศึกษาสามารถสวมบทบาท
แล้วเข้าไปอยู่ในความรู้สึกนึกคิดและบริบทผู้อื่นได้ง่ายขึ้น

35 เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

ในการทำงานเดียวกัน บนหน้าฉากของความเป็นเหตุเป็นผลราวกับไร้ชีวิตใน คำพิพากษาและคำวินิจฉัยต่างๆ ของผู้พิพากษาศาลฎีกา ภายใต้ปากกาของ กุหลาบ สายประดิษฐ์ ก็บรรยายออกมาจนเห็นภาพของกระบวนการตัดสินใจ และภาวะ ทางอารมณ์ของผู้พิพากษาที่ต้องตัดสินใจคดีความต่างๆ ด้วยชีวิตของตัวละครอย่าง มาโนช รัศมีสมคม ในเรื่อง ลูกผู้ชาย ความว่า

“ทันใดนั้นสายตาคุณพระ (มาโนช) ได้สะดุดเข้ากับตัวอักษร ซึ่งจารึกอยู่บนปกหนังสือเล่มหนึ่ง เป็นเหตุให้จ้องมองด้วยความเอาใจใส่ เธอพินิจพิจารณาอยู่นาน ในที่สุดดวงหน้าอัน คร่ำเคียดก็ค่อยเปลี่ยนมาผ่องใสสดชื่นดังเก่า ประคองความ ยุ่งยากในใจได้ปลาสนาการไปสิ้น ตัวอักษรเหล่านั้นคือ บรมเดชาานุภาพแห่งความยุติธรรม”³⁶

ซึ่งถึงที่สุดแล้ว ความรู้สึกและประสบการณ์ทางอารมณ์ที่มาจาก จินตนาการ/ทัศนะของกุหลาบ สายประดิษฐ์ ดังกล่าวแทบจะไม่มีแตกต่าง กับการสะท้อนประสบการณ์ในการตัดสินใจคดีความของ เกษมสันต์ วิลาวรรณ ที่บรรยายออกมาประสบการณ์ในการวินิจฉัยคดี ว่า

“เธอตรงอยู่นานว่า จะทำตามหน้าที่เพียงเพื่อให้ถูกต้องตาม กฎหมายดี หรือจะเพียรพยายามทำให้เกินหน้าที่โดยมีความ เสีย...เมื่อเงยหน้าหันไปมองฝาผนัง ตาก็เลื้อยไปเห็น ข้อความว่าปี 2550 เป็นปีมหามงคลที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระชนมายุครบ 80 พรรษา ซึ่งเธอได้เคย ตั้งปณิธานแน่วแน่ไว้ตั้งแต่วันที่ไปนั่งเฝ้าพระองค์ (ตั้งแต่ 3 นาฬิกา) ที่บริเวณลานพระบรมรูปทรงม้าในวันที่ 9 มิถุนายน 2549 ว่า เธอจะทำความดีในหน้าที่การงานเพื่อถวายแด่

36 กุหลาบ สายประดิษฐ์, **ลูกผู้ชาย**, (กรุงเทพฯ: ดอกหญ้า, 2530), หน้า 244.

พระองค์ตลอดปี 2549 และปี 2550”³⁷

จากตัวอย่างดังกล่าว สมควรจะสังเกตได้ไม่ยากว่าในกระบวนการทำงานของผู้พิพากษาทั้งหลายนั้นก็ได้ขึ้นตรงกับความเป็นเหตุและผลอย่างเคร่งครัดเท่านั้น แต่องค์ประกอบทางด้านจิตใจ (sentimental component) นั้นมีส่วนสำคัญมากในการที่ทำให้ เกษมสันต์ วิลาวรรณ กล่าวคือเนื่องจากหันไปมองฝ่าผนังจึงเห็นข้อความที่เตือนให้ตระหนักว่าตนสมควรจะทำความดีคือทำเก็นหน้าที่เพื่อคุ้มครองความยุติธรรม ซึ่งไม่แตกต่างจาก มาโนช รักสมาคม ที่เหลืลไปเห็นข้อความหนึ่งบนปกหนังสือเล่มหนึ่ง และด้วยเหตุที่การใช้อำนาจนั้นแยกไม่ขาดจากอารมณ์ความรู้สึกในฐานะที่เป็นมนุษย์ งานวรรณกรรมที่ถ่ายทอดประเด็นนี้ได้จึงไม่อยู่นอกขอบเขตของการศึกษา “อำนาจ” เช่นกัน และเมื่ออำนาจนั้นถูกใช้โดยรัฐ กฎหมายก็ย่อมต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจนั้น ดังนั้นในภาพรวมความรู้สึก-วรรณกรรม-สังคม-อำนาจ-รัฐ-กฎหมาย ล้วนสัมพันธ์กันทั้งสิ้น

แน่นอนว่า การศึกษากฎหมายกับวรรณกรรมในแบบดั้งเดิมของ ไวก์ นั้นจะมุ่งเน้นประโยชน์ใช้สอยมาก เช่น การนำทักษะไปช่วยอ่านตัวบทกฎหมาย ช่วยให้เรียบเรียงคำพิพากษาได้สมบูรณ์ขึ้น ซึ่งพอสนเนอร์ ได้วิจารณ์ไปอย่างน่าสนใจหลายประการ อย่างไรก็ตาม ในบทความชิ้นนี้ ต้องการนำเสนอโนทัศน์แบบกฎหมายกับวรรณกรรมขึ้นมาใหม่ โดยชี้ชวนให้เห็นข้อจำกัดของทั้งงานที่วางรากฐานแห่งมโนทัศน์อย่างงานของไวก์ และข้อวิจารณ์ที่เน้นการใช้สอยของวรรณกรรมในทางกฎหมายอย่างพอสนเนอร์ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าว คือ การละเลยคุณค่าแบบมนุษยศาสตร์ที่เปิดกว้างรับเอาทั้ง ความซาบซึ้ง (appreciation) ปัจเจภาพ (subjectivity) อารมณ์ความรู้สึก (emotion) และประสบการณ์ (experience) เข้ามาเป็นหน่วยวิเคราะห์ในการทำความเข้าใจมนุษย์และสังคมด้วย และในทำนองเดียวกับการศึกษาภาษากับสังคม นิติสำนึก งานวรรณกรรมสามารถใช้ประกอบการทำความเข้าใจกฎหมายและสังคมในมิติของปัจเจกภาพ

37 เกษมสันต์ วิลาวรรณ, *คนตัดสินคน*, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2555), หน้า 25.

ได้โดยบทความชิ้นนี้ได้ทดลองกระบวนทัศน์ดังกล่าวเพื่อทำความเข้าใจมนุษย์และกฎหมายผ่านแง่มุมของวรรณกรรมให้เป็นขึ้นเป็นอันขึ้น โดยอาศัยผลงานฟีโอดอร์ ดอสโตเยฟสกีเรื่อง พี่น้องคารามาซอฟ เป็นเหยื่อแห่งการศึกษา ดังที่จะแสดงให้เห็นในเนื้อหาส่วนถัดไป

2. ตัวตน บริบท วรรณกรรมของดอสโตเยฟสกีและพี่น้องคารามาซอฟ ในเชิงกฎหมาย

บรรดานักประพันธ์ที่เคยหรือกำลังมีชีวิตและรวมถึงงานประพันธ์ในหลายชาติหลายภาษาที่อยู่บนโลกมีจำนวนไม่น้อยเลยที่กล่าวถึงประเด็นกฎหมายไว้โดยตรง ดังที่เคยยกตัวอย่างมาแล้ว เช่น เช็คสเปียร์, คาฟกา, วิกเตอร์ ฮูโก หรือ ถ้านักเขียนร่วมสมัยก็เช่น จอห์น กริแฮม (John Griham) หรือนักเขียนไทย เช่น กุหลาบ สายประดิษฐ์, เสนีย์ เสาวพงศ์, มาลัย ชูพินิจ, หม่อมอากาศดำเกิง รพีพัฒน์, พุทธ บวรณสมภพ ฯลฯ หรือหากพิจารณากฎหมายก็วรรณกรรมว่าเน้นที่การทำความเข้าใจและซาบซึ้งกับอารมณ์ความรู้สึกแล้ว โครงเรื่องที่จะนำมาใช้ในการศึกษากฎหมายก็วรรณกรรมนั้นก็ไม่มี ความจำเป็นแต่อย่างใดที่โครงเรื่องจะต้องสัมพันธ์กับฉากหลังหรือเป็นบริบทในโลกของระบบกฎหมาย ดังนั้น คำถามสำคัญจึงมาตกอยู่ที่ว่า ฟีโอดอร์ ดอสโตเยฟสกีเป็นใคร? และเพราะเหตุใดวรรณกรรมของเขาจึงควรยกมาศึกษาในที่นี้?

เพื่อจะสร้างความกระจ่างในประเด็นนี้ ก่อนอื่นควรพิจารณาผลงานของเขาเสียก่อน ฟีโอดอร์ ดอสโตเยฟสกีได้ประพันธ์ผลงานชิ้นสำคัญและกลายเป็นวรรณกรรมเอกของโลก ไม่ว่าจะเป็น บันทึกใต้ถุนสังคม (Notes from Underground 1864) อาชญากรรมกับการลงทัณฑ์ (Crime and Punishment 1865-1866) นักพนัน (The Gambler 1866) อีเดียด (The Idiot 1868-1869) ปิศาจ (The Possessed 1871-1872) และ พี่น้องคารามาซอฟ (The Brother of Karamazov 1879-1880) ฯลฯ ผลงานเหล่านี้ตั้งแต่เริ่มต้นชีวิตนักเขียนด้วย รัก

ของผู้ยากไร้ (Poor People) ทุกลาย สายประดิษฐ์ ได้ให้คำแนะนำไว้อย่างน่าสนใจว่า “เรื่องราวโดยมากในหนังสือของฟิโอดอร์เป็นเรื่องราวของชนชั้นต่ำซ้ำ ของพวกวายร้าย ของคนยากจน ของขี้เมาหย่าเป ของคนบ้าคลั่ง ของผู้หญิงจำพวกเฉียวก๊วย”³⁸ ในทำนองเดียวกับไซยนต์ รัชกุล ที่เล่าว่าผู้อ่านจำนวนไม่น้อยไม่นิยมงานของดอสโตเยฟสกี “เพราะเขียนถึงแต่คนที่ผิดมนุษย์มนา คนที่จมอยู่กับกองทุกข์จิตใจที่ป่วยไข้ (sick soul) เพราะตัวละครของเขาเต็มไปด้วยคนฆ่าตัวตาย คนชักจูงจากการฉ้อโกงที่ควบคุมไม่ได้ คนเสียสติ คนที่โหดร้ายต่อคนอื่นและต่อตัวเอง คนขี้เมา คนฆ่าคน คนที่บอบช้ำกับชีวิต ฯลฯ”³⁹ และยังว่ากันต่อไปอีกด้วยว่าการอุบัติขึ้นของนักประพันธ์อย่างดอสโตเยฟสกีเป็นเหตุการณ์สำคัญในแวดวงวรรณกรรมรัสเซีย เพราะเขาได้เขียนวรรณกรรมที่สะท้อนสังคมขึ้นเป็นเล่มแรกในรัสเซีย คือ รักของผู้ยากไร้ อีกด้วย⁴⁰

กลืนอายของงานประพันธ์แบบดอสโตเยฟสกีด้านหนึ่งมาจากเส้นทางชีวิตที่สลับซับซ้อนของเขาเอง พื้นเพของดอสโตเยฟสกีมาจากครอบครัวชนชั้นกลางระดับล่าง ที่มีบิดาเป็นชายที่หย่าบคาย แต่กลับมีมารดาที่เป็นราวกับแม่พระ เขาได้รับการศึกษาจากโรงเรียนวิศวกรรมของกองทัพ (army engineering school) ประสบการณ์ชีวิตของเขาในช่วงนั้น คือ หลังจากมารดาผู้เมตตาของเขาเสียชีวิตไปด้วยอายุเพียง 33 ปี บิดาของดอสโตเยฟสกีก็ถูกสังหารโดยทาสในบ้านของเขาเอง ทำให้ดอสโตเยฟสกีมีความสนใจเป็นพิเศษกับเรื่องของความตาย ยิ่งไปกว่านั้นหลังจากการก้าวเข้าสู่วงการนักเขียนด้วยวัยเพียง 24 ปีจากผลงานเรื่อง รักของผู้ยากไร้ แล้ว เขาเองได้เข้าร่วมกลุ่มกับนักเขียนหัวก้าวหน้าแบบยุโรป (western

38 ศรีบูรพา, “บางตอนจากนวนิยายเรื่อง ‘สงครามชีวิต’” อ้างใน ฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, ศ.สุกศลป์ (แปล), *อาชญากรรมกับการลงทัณฑ์*, (กรุงเทพฯ: สมิต, 2537), หน้าปกใน.

39 ไซยนต์ รัชกุล, “ดอฟโตเยฟสกี: ผู้สร้างอาชญากรรมกับการลงทัณฑ์” ใน ฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, ศ.สุกศลป์ (แปล), *อาชญากรรมกับการลงทัณฑ์*, (กรุงเทพฯ: สมิต, 2537), หน้า 19-20.

40 ฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, ศ.สุกศลป์ (แปล), *อาชญากรรมกับการลงทัณฑ์*, (กรุงเทพฯ: สมิต, 2537), หน้า 8.

radical) ในยุคนั้นเช่นเดียวกับนักเขียนชาวรัสเซียอื่นๆ ทำให้เขาถูกจับและตัดสินให้ประหารชีวิต อย่างไรก็ตาม ภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงโทษให้ต้องไปใช้แรงงานที่ไซบีเรีย ซึ่งเต็มไปด้วยความยากลำบากแทน⁴¹ ผลงานของเขาจึงสะท้อนแสดงบุคลิกภาพของตัวละครที่สุดโต่ง และเต็มไปด้วยการผจญภัยทางจิตวิญญาณและอารมณ์ความรู้สึก หากแต่เป็นความรู้สึกในด้านลบ ความรู้สึกของจิตวิญญาณที่ป่วยไข้ ของอาชญากร ของคนที่เห็นแก่ตัว ดังที่ ไซยนต์ รัชชกุล บรรยายไว้ว่า

“ดอสโตเยฟสกีบรรจงประดิษฐ์วรรณกรรมระดับงานศิลปะในฐานะสื่อถกเถียง แยกแยะ และความที่ควรจะเป็นไปของโลกและชีวิต ด้วยความเข้มข้นของภาวะจิตใจ และเนื่องจากเรื่องที่เขาเขียนถึงนั้นเป็นเรื่องทุกข์ เรื่องเศร้า เรื่องร้ายที่บีบคั้นให้ชีวิตทรมานทรมาย เจ็บปวดทั้งทางกายและทางใจ จนถึงขั้นผลักดันมนุษย์ให้ไปอยู่ขอบเหวหรือหน้าผาของการมีชีวิตอยู่ เราจึงอาจจะถือว่าเขาเป็นผู้ชุบเพลิงปรัชญาแห่งความคิดแห่งโศกนาฏกรรม (ideas of tragedies) ก็ได้ และในขณะเดียวกัน...ความคิดของมนุษย์ก็เป็นแหล่งเกิดของโศกนาฏกรรมในชีวิตด้วย...เราจึงอาจเรียกอีกว่า เขาเป็นนักบุญที่เตือนเราถึงโศกนาฏกรรมของความคิด (tragedy of ideas)”⁴²

ผลงานของดอสโตเยฟสกีจึงฉายภาพให้ผู้อ่านเห็นอารมณ์ความรู้สึกในด้านลบ และด้านที่เป็นปัญหาของมนุษย์เป็นหลัก โดยเชื่อมโยงกับเงื่อนไขต่างๆ ในชีวิตของตัวละครเหล่านั้น ซึ่งเกือบทั้งหมดเป็นคนที่ถูกแยกไว้ให้อยู่ในได้ถุนของ

41 Gary Carey and James L. Robert, *The Brother of Karamazov Note*, (London and Nebraska: Cliff's Note, 1967), page 5.

42 ไซยนต์ รัชชกุล, “ดอสโตเยฟสกี: ผู้สร้างอาชญากรรมกับการลงทัณฑ์” ใน พิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, ศ.ศุภศิลป์ (แปล), *อาชญากรรมกับการลงทัณฑ์*, (กรุงเทพฯ: สมิต, 2537), หน้า 21.

สังคม (subaltern) คนที่อยู่ชายขอบ ที่มนุษย์โดยมากในสังคมนั้นไม่เคยได้ทำความรู้จัก ในขณะที่เดียวกัน คนเหล่านี้ก็กลายเป็นทั้งเหยื่อและผู้ใช้ความรุนแรงในสังคมแห่งนี้ไปพร้อมกัน และที่สำคัญ คือ ชีวิตของบุคคลเหล่านี้มักสัมพันธ์กับกฎหมายและการทำผิดกฎหมายอยู่เนืองๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอาชญากรรม สิทธิเสรีภาพ ทรัพย์สิน และการใช้ความรุนแรง

การศึกษากฎหมายควบคู่กับงานวรรณกรรมจากงานของดอสโตเยฟสกี จึงสมควรจะฉายภาพให้เห็นซึ่งชีวิตและอารมณ์ความรู้สึกของผู้คนที่ปะทะสังสรรค์อยู่ในปริณทณของกฎหมายโดยตรง เพราะเป็นเรื่องราวที่เป็นปัญหาของมนุษย์เองแล้ว ผลงานของเขาน่าจะชวนให้เห็นแง่มุมจากคนที่ถูกลืม คนที่ไม่ได้รับความสำคัญและความสนใจได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าสามัญชนคนทั่วไปจะไม่มีชีวิตซับซ้อนในเรื่องของอารมณ์ความรู้สึก เพียงแต่คนชายขอบเหล่านี้โดยทั่วไปย่อมอยู่ในโลกทัศน์ที่แตกต่างจากกระบวนทัศน์ทางกฎหมาย/สังคมของตุลาการได้มากที่สุด และบนสมมุติฐานนี้ หากเชื่อตาม เสกสรรค์ ประเสริฐกุล ในบรรดาผลงานของดอสโตเยฟสกีทั้งหมด “พี่น้องคารามาซอฟ” (The Brother of Karamazov) นั้นเป็นข้อสรุปรวบยอดให้กับแนวการเขียนของเขา⁴³

พี่น้องคารามาซอฟ เป็นเรื่องราวของครอบครัวหนึ่ง ที่มีจุดยึดโยงกัน คือ การเสียชีวิตอย่างมีเงื่อนไขของ ฟิโอดอร์ คารามาซอฟ (Fyodor Karamazov) ซึ่งอาจเรียกว่าคารามาซอฟผู้พ่อ ผู้ที่มีอุปนิสัยเป็นคนขี้เมาที่ติดหลงอยู่ในกามราคะ และรูปสกลืนเสียงทั้งปวง ดังที่ ดอสโตเยฟสกีบรรยายว่า

“เขาเป็นคนแปลกพิลึกพิลั่นอย่างที่เราพบเห็นกันบ่อยๆ
หมอนี้ไม่เพียงแต่เลวชั่วเท่านั้น ยังโง่บัดซบอีกด้วย แต่เขา
เป็นคนโง่ประเภทที่รู้แต่หาเส้นทางสร้างฐานะให้ตัวเองเท่านั้น
พ้นจากนี้ไม่คำนึงถึงอะไรทั้งสิ้น...ค่อยๆ ทำตัวให้เป็นที่รู้จัก

43 เสกสรรค์ ประเสริฐกุล, “คำนำ” ใน ฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, สดใส (แปล), พี่น้องคารามาซอฟ, (กรุงเทพฯ: ทับหนังสือ, 2545), หน้า (6).

จนได้รับเชิญไปร่วมงานเลี้ยงอาหารค่ำตามบ้านเจ้าใหญ่
นายโต คอยประจบประแจงสอพลอบุคคลสำคัญๆ...แต่ตลอด
เวลาที่มีชีวิตอยู่ชายคนนี้ทำตัวเหมือนไม่เต็มเต็ง เชื้อช่าอย่าง
ไม่มีใครในเมืองเทียบ...”⁴⁴

คารามาขอผู้พ่อแต่งงานสองครั้ง ครั้งแรกมีบุตรชายคนหนึ่งคือ ดมิตรี
ซึ่งมารดาของดมิตรี ภรรยาคนแรกนั้นตัดสินใจจบชีวิตลงด้วยการฆ่าตัวตาย
เพราะปัญหาสารพัดที่คารามาขอผู้พ่อที่ชาติชั่วและน่าเวทนานำพามาให้ ดมิตรี
คนนี้เองถูกคารามาขอผู้พ่อเป็นพ่อที่นอกจากจะไม่เลี้ยงดูแล้วยังอาศัยอุปนิสัย
อันบกพร่องและน่ารังเกียจของดมิตรีเอง เบียดบังเอาทรัพย์สินที่ควรเป็นมรดก
มาไว้ทั้งหมดจนกลายเป็นมูลเหตุให้สองพ่อลูกนี้ทะเลาะกันอย่างรุนแรง จนดมิตรี
กลายเป็นผู้ต้องสงสัยรายสำคัญในข้อหาฆาตกรรมบิดาของตนเอง และในการ
แต่งงานครั้งที่สอง ก็มีบุตรอีกสองคน ได้แก่ อีวาน และโอลชา กับภรรยาคนที่สอง
ซึ่งคารามาขอผู้พ่อได้ล่อลวงมาจากผู้อุปการะคนก่อนที่จู้จู้จุกจิก แต่คารามาขอผู้
พ่อก็ปฏิบัติต่อภรรยาคนนี้โดยถือว่าตนไม่มีความจำเป็นต้องให้เกียรติ ทั้งยังหา
ประโยชน์จากความอ่อนแอและการยอมจำนนของเธอ และไม่รีรอที่จะเหยียบย่ำ
ความดีงามของชีวิตสมรส จนภรรยาคนนี้ถึงกับเสียสติและเสียชีวิตไปในที่สุด
ท้ายสุดแล้วบุตรกำพร้ามารดาทั้งสองได้รับการอุปการะจากผู้อุปการะคนเดิมของ
ภรรยาคนที่สองของคารามาขอผู้พ่อ

บุตรทั้งสามของคารามาขอผู้พ่อนั้นเลือกทางที่ค่อนข้างแตกต่างกัน กล่าว
คือ ดมิตรี ไปเป็นนายทหารได้สักพักหนึ่ง แต่มีอุปนิสัยและวิถีการใช้ชีวิตเยี่ยงบิดา
จนวันหนึ่งดมิตรีต้องเผชิญหน้ากับบิดาด้วยปัญหาความขัดแย้งเรื่องทรัพย์สินและ
การแย่งผู้หญิงคนเดียวกัน ในขณะที่อีวานแยกออกจากคารามาขอผู้พ่อแต่ยังเยาว์แล้ว
ดำเนินชีวิตไปตามวิถีของปัญญาชนที่ศึกษาวิทยาศาสตร์ธรรมชาติโดยมีความสนใจ

44 พิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, สดใส (แปล), **พี่น้องคารามาซอฟ**, (กรุงเทพฯ: ทับหนังสือ, 2545),
หน้า 2-3.

อยู่ที่การวิพากษ์ปัญหาทางศาสนาเช่นกัน อีวานมีความรักและศรัทธาต่องานที่ดี ที่สำคัญคือเขาารู้เป็นอย่างดีว่า “แม้แค่เอ่ยชื่อพ่อก็เป็นเรื่องน่าละอาย” ในขณะที่ อโลชา เลือกใช้ชีวิตอย่างชาวดัตช์ เพราะเชื่อว่าวัดเป็นหนทางเดียวที่เขาพอจะจินตนาการ ได้ว่าเป็นหนทางในอุดมคติที่วิญญาณจะรอดพ้นจากความเลวร้ายเศร้าหมอง ของชีวิตทางโลกไปสู่แสงแห่งความรัก อโลชา เชื่อมมันและยึดถือบนหนทางนี้มิใช่ เพราะเป็นพวกคลั่งศาสนา หากแต่เพราะเขาได้พบกับซอสสิมา ผู้เป็นพระอาวูโส ที่มีความพิเศษมาก เรื่องราวของพี่น้องคารามาขอฟทั้งสามคน คือ คารามาขอฟ ผู้พ่อได้ถูกฆาตกรรมโดยผู้ต้องสงสัยอันดับแรกคือ ดมิตรีผู้ที่ไม่เคยปฏิเสธว่าเกลียด ชังและอยากจะสังหารบิดาตนเอง ในขณะที่อีวานก็รังเกียจและละอายที่มีคารามา ขอฟเป็นบิดาจนยินยอมให้ใครก็ตามในโลกนี้ขังบิดาของตนไป แต่ถึงแม้ว่ามนุษย์ ทุกคนในวรรณกรรมเรื่องนี้จะน่ารังเกียจและเกลียดชังซึ่งกันและกันอย่างไม่รู้จัก และไร้เหตุผลก็ตาม มนุษย์ในเรื่องนี้ล้วนแสดงความอ่อนแอและความน่าเห็นอก เห็นใจเมื่ออยู่ต่อหน้า อโลชา

เมื่ออยู่ต่อหน้าอโลชา ตัวละครอย่าง ดมิตรี ผู้ประกาศว่าจะสังหารบิดา ก้าวร้าว และหยาบคาย ที่ทะเลาะเย้ยแหยงผู้หญิงคนเดียวกับบิดามาเป็นภรรยา กลับ ยอมรับผิด แสดงความสำนึก และยอมให้คู่หมั้นของตนแต่งงานกับน้องชายต่าง มารดาอย่างอีวาน ดังความว่า

“พี่สาบาน อโลชา... นายจะเชื่อหรือไม่ก็ตาม แต่มันก็เป็น เรื่องจริง เหมือนที่พระเจ้าทรงศักดิ์สิทธิ์และพระเยซูเป็น พระผู้ไถ่บาปของพวกเรา พี่สาบานได้ว่า ถึงแม้ตอนนี้พี่จะ เยาะหยันความรู้สึกที่ดั่งามของเธอ แต่พี่ก็รู้ตัวว่า จิตวิญญาณของพี่ด้อยกว่าเธอเป็นล้านเท่า ความรู้สึกละเอียด อ่อนของเธอนั้นจริงใจ สูงส่งราวกับความรู้สึกของนางฟ้า โศกนาฏกรรมอยู่ตรงที่พี่รู้เรื่องนี้ดี จะเป็นอะไรไปละ ถ้าคน เราจะพูดโผงผางไปบ้างพี่เป็นอย่างนั้นไม่ใช่หรือ แต่พี่ก็พูด

ด้วยความจริงใจ จริงใจที่สุด สำหรับอิวานนั้นพีก็พอจะเข้าใจ ได้ ว่าตอนนี้เขาคงกำลังสาปแช่งธรรมชาติดูอยู่ เมื่อเทียบกับ คนที่มีสติปัญญาอย่างเขานะ ใครล่ะที่เธอควรจะชอบ เธอจะ มาชอบคนเลว ที่แม่หมั้นหมายกับเธอแล้วยังเที่ยวเสเพล ต่อหน้าชาวเมืองไปทั่ว ไม่ระงับยับยั้งแม้ต่อหน้าคู่หมั้นของ ตัวเอง คนอย่างพีนี่หรือที่เธอจะมาชอบ แล้วปฏิเสธอิวาน ทำไม่ถึงเป็นอย่างนั้นล่ะ ก็เพราะผู้หญิงนี่ชอบที่จะทำร้ายชีวิต ทำลายอนาคตตัวเองเพื่อความมกตัญญู เหลวไหลแท้ๆ! พีไม่เคยพูดทำนองนี้กับอิวาน เขาเองก็ไม่เคยแยมออกมาสัก คำ ไม่เลย แต่โชคชะตาจะเป็นผู้ตัดสินเอง คนที่เหมาะสมก็ จะได้อยู่ในที่ที่ถูกของตนเอง ส่วนคนไร้ค่าก็จะต้องกลับไปอยู่ ตามชอกเล็กตรอกน้อยโสโครกอย่างที่เขาเคยอยู่ ก็เขารัก ที่ทางอย่างนั้นนี่ เขารู้สึกสบายเมื่อได้อยู่ตรงนั้น แล้วเขาก็จะ ต้องตายไปในปลักตมและกลืนหมิ่นที่วิญญาณเขาเป็นผู้เลือก เอง พีเกรงว่าพีได้พูดอะไรที่เลอะเทอะไปมาก ถ้อยคำที่เอา มาใช้ก็อาจน่าเบื่อเหมือนพูดตามบุญตามกรรม แต่พีก็ได้ ตัดสินใจแล้ว และมันจะต้องเป็นอย่างนั้น พีจะไปตามทาง ของพีในตรอกเล็กชอกซอยนั้นแหละ และเธอจะต้องแต่งงาน กับอิวาน”⁴⁵

เช่นเดียวกับ อิวาน ผู้ที่ถือดีและหย่อหยิ่งมาตลอดชีวิต เพราะความเป็น ปัญญาชนของตน และถึงแม้ทั้งคู่จะมีทัศนคติที่ตรงกันข้ามกันเกี่ยวกับความเชื่อพื้น ฐาน ศาสนา และพระเจ้าก็ตาม อิวานก็ยอมเปิดเผยแง่มุมของความอ่อนนุ่มต่อ หน้าอโลชา เช่นกัน ดังความว่า

“นี่นะพ่อหนุ่ม พิจารณาเมื่อพีจากไปแล้ว อย่างน้อยในโลกนี้

45 เรื่องเดียวกัน หน้า 152-153.

พี่ก็มีนายอยู่...แต่ตอนนี้พี่เห็นแล้ว พ่อโยคีที่รักว่าใจแกไม่มีที่ว่างสำหรับพี่เลย พี่จะไม่วันปฏิเสศสูตรที่ว่า ‘ทุกอย่างย่อมทำได้’ แต่นายปฏิเสธพี่ ที่คิดอย่างนั้นใช่ไหม...นี่นะ โอโลชา...ถ้าพี่มีเวลามากพอได้ชื่นชมใบไม้แรกผลิ พี่จะรักมัน เพื่อเตือนความทรงจำถึงนาย แต่ได้รู้่านายอยู่ที่ไหนสักแห่งในเมืองนี้ พี่ก็พอใจแล้ว แต่พี่ก็ยังไม่ละตัณหาชีวิตหอรกนะ นายว่าแค่นี้พอมั้ย ถ้านายชอบก็รับไว้ ถือเป็นการประกาศความรักก็แล้วกัน เออนะ ตอนนี้นายไปทางขวา พี่ไปทางซ้าย แค่นี้จะได้ยินมั๊ย พ่อแค่นี้...”⁴⁶

แม้แต่คารามาขอพคนพ่อ ที่ได้ชื่อว่าเป็นจำอวดที่เลวร้ายที่สุดในวรรณกรรมเรื่องนี้ ผู้ไม่เคยปฏิบัติอย่างถูกต้องต่อภรรยา บุตร หรือแม้แต่ชาวเมืองเซนต์ปีเตอร์เบิร์กสักคนเดียวก็ตาม ก็ยอมเปิดเผยความรู้สึกนึกคิดของตนต่อโอโลชา ทั้งที่ตลอดเรื่องจนสิ้นชีวิตเขาไม่เคยพูดจาดี ๆ กับใครเลยแม้แต่คนเดียว ดังถ้อยคำว่

“พ่อยังหนุ่มอยู่เลย อายุห้าสิบห้าเอง พ่ออยากจะอยู่หนุ่มอย่างนี้ไปอีกสักยี่สิบปี ถ้าพ่อแก่ ก็จะกลายเป็นคนน่ารังเกียจ ใครก็ไม่อยากมาดูแล ตอนนั้นแหละที่พ่อต้องการเงินมากนี้เอง พ่อถึงได้เก็บ-เก็บเงินเพื่อตัวเองเท่านั้น โอโลชาลูกรัก พ่ออยากให้แกรู้เรื่องนี้ไว้ เพราะพ่อตั้งใจจะใช้ชีวิตน่ารังเกียจอย่างนี้ไปจนตาย จำไว้เถิดลูก ว่าในความชั่วนั้นมันมีความหอมหวาน ใครๆ ก็ประณามมัน แต่ก็อยู่กับมัน แอบทำกัน แต่พ่อซีเปิดเผยเลย เพราะพ่อพูดตรงๆ นะซีไอ้พวกรักความชั่วทั้งหลายพวกนั้นมันถึงได้โจมตีพ่อ ส่วนไอ้สวรรค์ของแกนั้นนะพ่อคุณ พ่อบอกได้เลยว่าพ่อไม่ต้องการสักนิด ถึงมันจะ

46 เรื่องเดียวกัน หน้า 351.

มียู่ มันก็ไม่ใช่ที่ที่เหมาะสมกับสภาพบุรุษ ตามความเห็นของ
พ่อ คนที่ตายไปแล้วไม่ตื่นมาอีกหรือก ต่อจากนั้นก็ไม่มีอะไร
จำไว้แกอยากสวดมนต์ให้วิญญาณพ่อก็งงสวด ถ้าไม่สวดแก
ก็ไปลงนรกแล้วกัน ปรัชญาของพ่อเป็นอย่างนี้...”⁴⁷

เสกสรรค์ ประเสริฐกุล วิเคราะห์ว่าพี่น้องทั้งสามในวรรณกรรมเรื่องนี้เป็น
ภาพทศนะของ ดอสโตเยฟสกี ที่มีต่อ “มนุษย์” คือ คนอย่าง ดมิตรี ผู้ที่ถอดแบบ
มาจากบิดา คือ ฟิโอดอร์ คารามาซอฟ นั้นเป็นมนุษย์ที่ติดอยู่ในกามราคะ ที่อาจ
เรียกได้ว่าเป็นโลกิยชน (Sensualist) ที่ปฏิบัติตนไปตามตัณหาและสำนึกส่วนตัว
โดยแท้ ในขณะที่ อีวาน เป็นตัวแทนของมนุษย์ที่นำพาชีวิตด้วยเหตุผล หรือที่เรียก
กันว่านักเหตุผลนิยม (Rationalist) ที่มองว่าการประพฤติดนของมนุษย์ต้องพ้นไป
จากความรู้สึกส่วนตัวแต่ต้องสัมพันธ์กับกฎเกณฑ์ที่เรียกว่าความเป็นเหตุเป็นผล
คนอย่างอีวานจะมองว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่มนุษย์อาจเชื่อถือได้ต้องเป็นสิ่งที่สามารถ
อธิบายได้ เขาจึงรักเหตุผลเสียยิ่งกว่ามนุษย์ที่มีเลือดมีเนื้อ และสุดท้ายคือคนอย่าง
อิลชา คารามาซอฟ ที่ใช้ความรักนำพาชีวิต และต้องการแสวงหาความสุขทาง
จิตวิญญาณ (Spiritualist)⁴⁸ ทั้งนี้ ต้องเน้นไว้ด้วยว่าการที่อิลชาดำรงตนอยู่ในโลก
ของนักบวชมิได้หมายความว่าเขาจะต้องเป็นคนคลั่งศาสนา และแน่นอนการที่
บุคคลอยู่ในร่มของศาสนธรรมก็ได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะกลายเป็นคนอย่าง
อิลชาโดยปริยาย

แต่ก่อนที่จะลงรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของมนุษย์ทั้งสามแบบกับ
ประเด็นทางกฎหมาย สิ่งที่ต้องเกริ่นไว้แต่เนิ่นๆ คือ แนวทางการวิเคราะห์
ของบทความชิ้นนี้ คือการทำความเข้าใจ “ตุลาการ” และโดยสอดคล้องกัน นัก
วรรณกรรมวิจารณ์เกือบทั้งหมดในโลกตะวันตกล้วนแต่มีความเห็นไปในทำนอง

47 เรื่องเดียวกัน หน้า 230-231.

48 เสกสรรค์ ประเสริฐกุล, “คำนำ” ใน ฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, สดใส (แปล), พี่น้องคารามา
ซอฟ, (กรุงเทพฯ: ทับหนังสือ, 2545), หน้า (9).

เดียวกันว่าหัวใจของวรรณกรรมชิ้นนี้ อยู่ที่บทที่ว่าด้วย “ตุลาการศาลศาสนา” (the Grand Inquisitor) ซึ่งเป็นฉากที่ว่าด้วยการสนทนาเรื่อง ตุลาการศาลศาสนา ที่บริภาคพระเยซูที่อ้างว่าตนเป็นผู้ไถ่บาป แน่แน่นอนว่าการกล่าวถึง “ตุลาการศาลศาสนา” ในที่นี้ย่อมมิได้หมายถึง “ตุลาการ” ในฐานะที่ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายโดยตรง แต่สถานภาพที่ตรงกัน คือ ทั้งตุลาการศาลศาสนาในที่นี้ และตุลาการในฐานะนักกฎหมาย ล้วนแต่เป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดวินิจฉัยความถูก/ผิดของสรรพสิ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเทียบเคียงกับโลกปัจจุบันที่กฎหมายมีเนื้อหาครอบคลุมทุกเรื่อง และมีอาญาสิทธิ์ในการให้คุณให้โทษเสียยิ่งกว่าศาสนา

ฉากของตุลาการศาลศาสนาตามทีโอวานเสน่อขึ้นมา คือ เมืองเซวิลส์ ประเทศสเปน ที่ศาลศาสนามีอำนาจและอิทธิพลมหาศาลได้สั่งประหารชีวิตมนุษย์จำนวนมากที่แยกศาสนา โดยโอวานได้สมมุติว่าพระเยซูทรงเสด็จกลับมาเยือนโลกมนุษย์อีกครั้งหนึ่งเป็นช่วงเวลาสั้นๆ และปรากฏตัวต่อหน้าฝูงชนจำนวนมาก โดยที่ผู้คนทั้งหลายล้วนแต่ระลึกได้นั่นคือพระเยซู จนในที่สุดพระเยซูก็ต้องเผชิญหน้ากับตุลาการศาสนาที่พึงสังเฝ้าผู้แยกศาสนานับร้อยๆ คนไปเมื่อไม่นาน ตุลาการศาลศาสนามีบุคลิกภาพคือรูปร่างสูง ตัวตรง แก้มตอบ ตาลึกแต่ก็เป็นประกาย และสูงอาย ในครานี้เมื่อไม่ได้อยู่ในพิธีการก็แต่งกายด้วยเครื่องแบบเนื้อหยาบของพระผู้ช่วย ซึ่งต่างจากในงานพิธีกรรมที่ตัดสินชีวิตผู้คนที่ราชาคณะหรือตุลาการศาลศาสนานี้ได้เคยแต่งเครื่องแบบพระราชอาณัติงามมั่งมีเลื่อง เมื่อพระเยซูและตุลาการศาลศาสนาเผชิญหน้ากัน ตุลาการศาลศาสนาสั่งให้องครักษ์จับตัวพระเยซู⁴⁹ ความที่ปรากฏตอนนี้นับเป็นเรื่องประหลาด เพราะตุลาการศาลศาสนาเป็นพระราชอาณัติของศาสนาคริสต์เองด้วยซ้ำ กลับจับเอาศาสดาที่มาโปรดให้ถูกดำเนินคดี เรื่องประมาณนี้ก็เหมือนกับความสัมพันธ์ระหว่าง “กฎหมาย” กับ “ผู้พิพากษา” ซึ่งหลายๆ ครั้งตัวบุคคลด้วยโลกทัศน์ส่วนตัว ความหวังดี หรืออื่นๆ ก็ตาม อาจทำร้ายและทำลายที่มาของตำแหน่งแห่งที่ของพวกเขาเอง เช่น

49 ฟิโอโดร์ ดอสโตเยฟสกี, สดใส (แปล), *พี่น้องคารามาซอฟ*, หน้า 331.

การยอมรับคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นกฎหมายก็ดี การบิดเบือนกฎหมายเพื่อรักษาความเป็นธรรมตามที่ชนะของตนเองก็ดี เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อตุลาการศาลศาสนาจับตัวพระเยซูไว้ ศาสนิกชนทั้งหลายที่เคยขอพระเยซูลั่นตัวสั่นสยบยอมอำนาจของตุลาการ ก็ม้วนหัวลงจนค้อมศีรษะจะจดพื้น และหลีกเลี่ยงให้องค์ริชชัของตุลาการเหล่านั้นจับกุมพระเยซูท่ามกลางความเจ็บปวดความตาย⁵⁰ ฉากนี้จึงเป็นราวกับภาพสะท้อนให้ผู้อ่านย้อนคิดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับตุลาการ ว่ากฎหมายที่แท้อันเปรียบเสมือนพระเยซูนั้นมีความหมายเพียงใดเมื่อเทียบกับบุคลิภาพและอำนาจของผู้พิพากษาศาลาการในฐานะบุคคล

หลังจากจับกุมพระเยซูไว้ ตุลาการศาลศาสนาไม่ได้สนใจพระเยซูแม้แต่น้อย ดังข้อความว่า “ข้าไม่รู้หรือว่าเจ้าเป็นใคร และไม่ต้องการจะรู้ด้วยไม่ว่าเจ้าจะเป็นพระองค์ หรือแค่มีอะไรเหมือนพระองค์ก็ตามที พรุ่งนี้เราจะตัดสินโทษ ให้เฝ้าเจ้าที่หลักประหาร ฐานเป็นคนแยกศาสนาต่ำช้าที่สุด”⁵¹ คำพูดเหล่านี้โอ้อวด ที่เป็นกระบอกเสียงของคอสโตเยฟสกีในฐานะปัญญาชน ได้อธิบายว่า คำพูดของตุลาการศาลศาสนาไม่ว่าจะเป็นเรื่องจริงหรือไม่ก็ตาม อย่างน้อยที่สุดมันเป็นการพูดความในใจของเขาออกมา ซึ่งเป็นความในใจที่เก็บเงียบไว้ถึงเก้าสิบปี ว่าคำสอนของพระเยซูที่ประกาศว่า “เราจะทำให้เจ้าเป็นอิสระ” เป็นฝีมือของการทำงานแห่งตุลาการศาลศาสนาที่สิบห้าทศวรรษที่ผ่านมา พร้อมกับความคิดเรื่อง “เสรีภาพ” นั้นก็สร้างปัญหาให้กับเหล่าตุลาการศาลศาสนามารุ่นแล้วรุ่นเล่าอย่างไม่รู้จบ จนทางแก้ปัญหาย่างเดียวที่ตุลาการเหล่านี้มองออกคือการที่สามัญชนทั้งหลายสละเสรีภาพแล้วนำมาวางไว้แทบเท้าตุลาการศาลศาสนาให้มีการจัดการ⁵² เพื่ออธิบายข้อจำกัดของพระเยซู ตุลาการศาลศาสนาได้อธิบายไว้อย่างน่าสนใจว่า พระเยซูยอมมนุษย์สูงส่งไป เพราะธรรมชาติมนุษย์นั้นอ่อนแอ

50 เรื่องเดียวกัน หน้า 331.

51 เรื่องเดียวกัน หน้า 332.

52 เรื่องเดียวกัน หน้า 333.

ชั่วร้าย ไม่มีค่า แต่มีวิญญาณกบฏ สุดท้ายภายใต้เสรีภาพที่ปราศจากการดูแลคนเหล่านี้จะทำลายล้างศาสนาของพระเยซูเอง แต่ขณะเดียวกันการดูแลอย่างใกล้ชิดก็เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นพร้อมกับเสรีภาพไม่ได้ ตูลาการศาลศาสนารุ่นแล้วรุ่นเล่าจึงเลือกที่จะหันหลังให้กับพระเยซูที่เชื่อในเสรีภาพของการเลือกนับถือพระเจ้า พวกเขาเลือกใช้อำนาจบังคับให้เกิดความดูแลและการอุปถัมภ์ค้ำชูแทน เพราะหน้าที่ที่พระเยซูเรียกร้องให้กับสามัญชนทั่วไปนั้นยิ่งใหญ่เกินไป และคนเหล่านั้นไม่มีความผิดที่เขาอ่อนแอจนไม่อาจจะรับของกำนัลอันน่าเกรงขามอย่างเสรีภาพได้ ดังนั้นแทนที่ตุลาการศาลศาสนาเหล่านี้จะยึดมั่นในพระเจ้าและพระเยซูตามหลักการที่ควรจะเป็น ในทางปฏิบัติและทดลองมากกว่าสิบห้าศตวรรษ พวกเขากลับเลือกที่จะเชื่อในพลังสามอย่างที่สามารถอำนวยความสะดวกที่แท้ให้กับมนุษย์ที่ถูกสร้างอย่างชั่วร้าย ได้แก่ ปาฏิหาริย์ (miracle) เรื่องลึกลับ (mystery) และอำนาจ (authority)⁵³

ในฐานะนักเรียนกฎหมาย สิ่งที่เราเรียนรู้บทบาทของตุลาการได้ คือ ตุลาการในโลกของกฎหมายนั้นแทบไม่ต่างอะไรจากตุลาการศาลศาสนาใน ฟีนองคารามาซอฟ เพราะด้วยคติของหลักการปกครองโดยกฎหมาย (the rule of law) อำนาจของกฎหมายสถาปนาในโลกตะวันตกได้ด้วยการมีรากฐานของความสามารถในการสำนึกถึงอำนาจที่สูงสุดและเลิศจบแดนได้ เหมือนอำนาจของพระบุตรแห่งพระเจ้า (supremacy of the son of god) และข้อความคิดดังกล่าวนำไปสู่การออกแบบหลักการปกครองโดยกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสูงสุดของรัฐธรรมนุญ (the supremacy of the Constitution) ในประเด็นนี้ฟรานซิส ฟูกูยามา (Francis Fukuyama) ได้วิเคราะห์ว่า หลักการปกครองโดยกฎหมายเกิดขึ้นในสังคมตะวันตกเพราะสังคมแห่งนั้นเคยถูกครอบงำด้วยอำนาจสูงสุดมาก่อน และเมื่อเกิดการปฏิรูปศาสนาจึงเป็นเหตุให้มีการจำกัดของเขตศาสนาลง และประดิษฐ์คำอธิบายเกี่ยวกับรัฐขึ้นมาใหม่เช่นความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยที่มีความสูงสุด จนถึงหลักคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายที่มองว่า กฎหมายคือองค์รัฐอธิปไตย (the

53 เรื่องเดียวกัน หน้า 333.; Gary Carey and James L. Robert, *The Brother of Karamazov Note*, (London and Nebraska: Cliff's Note, 1967), page 47.

Law is the sovereign) ในขณะที่โลกตะวันออกไม่เคยถูกรอบงำด้วยความคิดชุดเดียวที่มีความสูงส่งสุดมาก่อน พุกยามา จึงวิเคราะห์ว่ามันเป็นไปได้ยากตั้งแต่ต้นที่คนในสังคมตะวันออกจะสามารถจินตนาการถึงความสูงส่งของรัฐธรรมนุญได้ เพราะที่ผ่านมาในประสบการณ์ทางสังคมและวัฒนธรรมของพวกเขาไม่เคยมีอะไรที่สูงส่งสุดมาก่อน⁵⁴ ด้วยการผนวกเอาวิธีคิดของพุกยามาเข้ากับพี่น้องคารามาซอฟ จึงสามารถเห็นภาพที่เทียบเคียงกันได้ระหว่าง กฎหมายกับพระเจ้า/ตุลาการศาลศาสนากับตุลาการนักกฎหมาย กล่าวคือ ตุลาการศาลศาสนาปฏิบัติหน้าที่ในนามพระเจ้า ตุลาการนักกฎหมายก็ปฏิบัติหน้าที่ในนามของกฎหมายเช่นเดียวกัน

ดอสโตเยฟสกี บรรยายในตุลาการศาลศาสนาอย่างละเอียดเพื่อให้เห็นความขัดแย้งกันระหว่าง พระเจ้า/พระเยซูกับตุลาการศาลศาสนา เนื่องด้วยในทางปฏิบัติ พระเจ้าเป็นสิ่งที่คลุมเครือ ตลอดจนกติกาทิวาวสูงส่งของพระเจ้ายกก็ไม่อยู่ในความสามารถของตุลาการศาลศาสนาจะนำไปปฏิบัติได้ สุดท้ายแล้วเส้นทางแห่งเสรีภาพกลายเป็นการเป็นทาสภายใต้เจตนาดีและปฏิบัติการของตุลาการศาลศาสนา ในทำนองเดียวกัน ระหว่างกฎหมายกับตุลาการ ถึงแม้ผู้พิพากษาจะถูกคาดหวังให้ปฏิบัติตามกฎหมายก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติตุลาการย่อมหลีกเลี่ยงความบกพร่องไม่ได้ การบังคับใช้กฎหมายหรือบังคับบัญชาผู้คนตามภารกิจและเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงบิดเบี้ยวไปจากตัวบทกฎหมายบ้าง ก็ไม่ต่างจากอำนาจของตุลาการศาลศาสนาที่อาศัยปาฏิหาริย์ เรื่องลึกลับ และอำนาจ ของสถาบันทางกฎหมายในการสร้างความเชื่อมั่นแก่สาธารณชน ประเด็นนี้อาจเรียกได้ว่ามิติที่ไม่เป็นทางการของอำนาจตุลาการ (informal aspect of judicial power) หรืออำนาจทางวัฒนธรรมกฎหมายไทยของตุลาการ (cultural power of Thai legal system) ที่แสดงออกมาผ่านการประกอบสร้างอัตลักษณ์ตุลาการ การออกแบบสถาปัตยกรรม ภาษากฎหมาย การมีเครือข่ายสัมพันธ์กับสถาบันเชิงวัฒนธรรมต่างๆ เป็นต้น⁵⁵

54 Francis Fukuyama, *The Origins of Political Order*, (New York: Profile Book, 2012) page 245-320.

55 ดูรายละเอียดใน กฤษณ์พร โสมณวัตร, “อำนาจแห่งอัตลักษณ์ตุลาการ”, นิติสังคมศาสตร์

ท่ามกลางความขัดแย้งระหว่างตัวการ (พระเจ้า) กับตัวแทน (ตุลาการศาลศาสนา) ดังกล่าว ดอสโตเยฟสกี ดูเหมือนจะไร้หนทางในการแสวงหาทางออกใดๆ เพราะพระเจ้ามีความบกพร่องที่มองมนุษย์สูงค่าจนเรียกร้องจากมนุษย์มากเกินไป มอบเสรีภาพแต่ทิ้งร้างให้ปราศจากการดูแล ส่วนตุลาการศาลศาสนาก็รู้สึกตำหนิพระเจ้าอย่างแท้จริง และเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจว่าเสรีภาพของมนุษย์จะไม่นำมาซึ่งความสุขแก่มนุษย์เอง ทั้งตุลาการศาลศาสนาและพระเจ้าล้วนแต่ปรารถนาดีต่อมนุษย์ทั้งสิ้น เช่นเดียวกัน ระหว่างกฎหมายกับตุลาการ การแสวงหาอำนาจและเล่นการเมืองของตุลาการนั้นมีโอกาสจะเป็นไปเพื่อเป้าหมายที่ดีงามอย่างบริสุทธิ์ใจเช่นเดียวกันว่าฝ่ายทางการเมืองใดเป็นปัญหาแก่สังคม ประเด็นนี้คงป่วยการที่จะถกเถียง เพราะในชีวิตจริงที่ดำรงอยู่ไม่มีผู้เขียนมาบรรยายกับผู้อ่านให้ชัดเจนว่าตัวละครแต่ละตัวรู้สึกอย่างไร แต่การอ่านวรรณกรรมก็ช่วยให้เราเข้าใจความคิดของตุลาการศาลศาสนาที่อัดอั้นไม่มีโอกาสได้พูดความรู้สึกของตนมาจนบั่นปลายของชีวิต

หากพิจารณาใน พี่น้องคารามาซอฟ ความหวังเดียวที่จะยุติข้อพิพาทระหว่างพระเจ้ายกกับตุลาการศาลศาสนา ระหว่างมนุษย์แต่ละประเภท คือ คนที่เต็มเปี่ยมไปด้วยความรักต่อเพื่อนมนุษย์อย่างซอสสิมา และอโลซา ที่ไม่ว่าจะเป็นนักเหตุผลนิยมหรือโลกียชน ต่างก็สยบยอมและลดความเป็นตัวเองลง รับฟังแสดงความรู้สึก ขอโทษ และให้อภัยต่อกันและกัน ดังนั้น ต่อหน้าอโลซา เราจึงสามารถเห็นคนอย่าง คารามาซอฟคนพอมือข้อดีในฐานะที่เป็นมนุษย์ซึ่งจริงใจและเชื่อมั่นในตัวเอง เห็นความรักในชีวิตของนักเหตุผลนิยมอย่างอิวาน ตลอดจนเห็นความอ่อนโยนของคนที่ยากบ้านแบบดมิตรี ตัวละครแต่ละตัวจึงมิได้มีบุคลิกภาพสุดโต่งอย่างที่นักวิจารณ์หลายคนได้วิจารณ์ไว้ ซึ่งการศึกษาให้เห็นคนเป็นคณดังกล่าวนี้เอง คือ ทิพย์วิมานของนักเรียนมนุษยศาสตร์ และหากจะดัดแปลงให้เห็นความเป็นมนุษย์ของระบบกฎหมาย ภารกิจในการเห็นตัวแสดงต่างๆ ในระบบกฎหมาย

7,1/2557 (มกราคม-มิถุนายน): 77-120.; กฤษณ์พชร โสมณวัตร, “การก่อรูปของอำนาจปัญญาชนนักกฎหมายไทย”, ชุมทางอินโดจีน 4,7/2558 (กรกฎาคม-ธันวาคม): 5-21.

เป็น “มนุษย์” ก็ย่อมมีความสำคัญไม่แพ้กัน และที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้น คือ หากจะมีมนุษย์ที่ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทระหว่างมนุษย์ด้วยกันที่มีความลุ่มลึกในเรื่องตัวตนและความรู้สึกนั้น ตัวแบบในอุดมคติของผู้ระงับข้อพิพาทหรือตุลาการนั้น ย่อมต้องมีลักษณะเป็นคนที่เปี่ยมไปด้วยความรักแถมเข้ากับอโลชา เพราะด้วยความรักเท่านั้นที่ทำให้เกิดการยอมรับและการให้อภัยขึ้นระหว่างผู้คนที่เกลียดชังกัน ซึ่งถ้าคิดแบบดอสโตเยฟสกีย่อมเข้าใจได้ว่าปาฏิหาริย์ เรื่องลึกลับ และอำนาจถึงแม้จะเป็นรากฐานแห่งอำนาจที่ปรากฏอยู่ในงานวรรณกรรมและสังคมต่างๆ มันก็เป็นเพียงอำนาจของตุลาการที่ทำให้มนุษย์เป็นเพียงทาส และเป็นเพียงความสุขอย่างหยาบๆ เท่านั้น

กระนั้นก็ตาม อนาคตของคนอย่างอโลชา คือตัวละครอย่างซอสซิมา ที่แม้จะมีชีวิตจนแก่เฒ่า แต่ตลอดทั้งเรื่องของพี่น้องคารามาซอฟ ผู้อ่านย่อมสังเกตได้ไม่ยากว่าคนอย่างอโลชามีอยู่น้อยเกินไป คือที่แค่สองคนเท่านั้น ซอสซิมากับอโลชา สอดคล้องกับที่ เสกสรรค์ ประเสริฐกุล วิเคราะห์ไว้ว่า “ถ้าพึงเหตุผลและความถูกต้องทางสังคมนั้น มีอาจแก้ปัญหาของมนุษย์ได้ แต่ก็อีกนั่นแหละ มาถึงตอนนี้ดูเหมือนว่าเขาเองก็จมนม หากฝากโลกไว้ในมือผู้ทรงศีล คนเหล่านั้นก็มีน้อยเกินไปที่จะรับภาระอันหนักอึ้ง โลกต้องการความรัก แต่ความรักมีไม่พอ”⁵⁶ ยิ่งไปกว่านั้นขึ้นชื่อว่าเป็นมนุษย์ต่อให้ดีงามเพียงใดก็ตาม ย่อมมีข้อจำกัดในเรื่องของอายุขัย ดังความว่า “หลวงพ่oszอสซิมาเป็นคนดีที่สุดเท่าที่มนุษย์จะดีได้ แต่ทันทีที่ท่านตายไป ผู้คนต่างก็พากันซุบซิบนิพนธ์ว่าศพของท่านเหม็นก่อนเวลาอันควร...มนุษย์ส่วนใหญ่นั้นชั่วร้ายเกินไป”⁵⁷

พี่น้องคารามาซอฟ อาจมิได้กล่าวถึงบริบททางกฎหมายหรือตุลาการโดยตรง แต่ในรูปลักษณะที่ดูเหมือนไม่เกี่ยวข้องนี้ พี่น้องคารามาซอฟ ก็สามารถให้แง่คิดได้หลายประการไม่ว่าจะเป็นที่มาแห่งอำนาจของตุลาการ มาจากต้นตอแห่ง

56 พิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, สดใส (แปล), พี่น้องคารามาซอฟ, หน้า (10).

57 เรื่องเดียวกัน หน้า (10).

อำนาจอย่างพระเจ้า หรือมาจากการปะทะสังสรรค์กันในวิธีคิดของผู้ที่เป็นตัวแทนของพระเจ้าในโลกมนุษย์ เรื่องนี้สะท้อนให้ย้อนคิดได้เช่นกันว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับตุลาการต้องดำรงอยู่อย่างไร ตุลาการจะเป็นเพียงแค่เครื่องแปลและคำนวณความหมายที่ไร้ชีวิตจิตใจ หรือการใช้อำนาจแห่งกฎหมายทุกครั้งย่อมมีเจตจำนงของตนเสมอ ซึ่งเจตจำนงนั้นอาจขัดหรือแย้งกับพระเจ้าหรือกฎหมายก็ย่อมเป็นไปได้เช่นกัน ตลอดจนบุคลิกภาพแห่งอำนาจตุลาการที่มักเน้นเรื่องของชีวิตวิถีที่โดดเด่น ความสามารถในทางกฎหมายที่เก่งกาจราวกับปาฏิหาริย์ เก็บงำตัวเองอยู่ภายใต้ผมปลอม ชุดครุย และปรากฏกายชักจูงราวกับงานวิจิตรคดีเรื่องลึกลับ และมีความสามารถในการนิยามความหมายซึ่งถูกซึ่ผิดให้กับผู้คนในทุกๆ เรื่อง ราวกับมีอำนาจอยู่เบ็ดเสร็จ ทั้งหมดนี้อาจจำเป็นในสังคมที่มนุษย์ปรารถนาจะเป็นทาส แต่หากสังคมที่ต้องการการระงับข้อพิพาทที่ไม่มีอำนาจกดทับ ไม่มีใครต้องยอมตนลงเป็นทาส แล้วละก็ บุคลิกภาพของคนอย่างอโลซากลับกลายเป็นเรื่องสำคัญเสียยิ่งกว่า ปาฏิหาริย์เรื่องลึกลับ และอำนาจ แต่คนแบบนี้ก็มีจำนวนเล็กน้อยและต้องล้มตายไปในที่สุด สุดท้ายจึงดูเหมือนกับว่าดอสโตเยฟสกีจะไม่ได้ตอบอะไรเป็นชิ้นเป็นอันเกี่ยวกับผู้พิพากษาและตุลาการเลย

แต่สาระสำคัญของทั้งงานวรรณกรรมและงานวิชาการอาจไม่ใช่เน้นที่การให้คำตอบ เพราะลำพังการตั้งคำถามที่ดี นั่นก็เป็นคุณค่าที่สำคัญแล้ว ดังที่เราจะพิจารณาในส่วนถัดไป

3. วรรณกรรมศึกษา: ประสบการณ์กับความรู้สึกมิตินี้ที่ขาดหายของการศึกษากฎหมาย

หน้าที่ของเนื้อหาส่วนนี้คือการสรุปและหาทางลงให้กับบทความขนาดยาวนี้เสียที่นักเรียนกฎหมายเรียนรู้อะไรจากงานวรรณกรรมได้หรือไม่? การตอบคำถามนี้ตอบได้ไม่ยาก เพราะนอกเหนือจากงานวรรณกรรม มนุษย์อาจเรียนรู้จากสรรพสิ่งได้ทั้งสิ้นเพื่อเข้าใจโลก สังคม และปัจเจกมากขึ้น การกล่าวเช่นนี้

เพื่อต้องการชี้ให้เห็นว่าการศึกษานวกฎหมายกับวรรณกรรมมิใช่วิธีการเดียว หรือ แม้แต่จะเป็นวิธีการที่ดีที่สุดในการทำ ความเข้าใจมนุษย์และกฎหมาย และเฉกเช่นเดียวกันไม่ว่าจะเป็นวิชาเศรษฐศาสตร์ สังคมวิทยา มานุษยวิทยา รัฐศาสตร์ ปรัชญา ประวัติศาสตร์ ฯลฯ ทั้งหมดนี้ล้วนแต่มีข้อจำกัดในการอธิบายมนุษย์ สังคม และกฎหมายด้วยกันทั้งสิ้น

วรรณกรรมจึงเป็นวิธีการหนึ่งและเครื่องมือหนึ่งในการทำ ความเข้าใจมนุษย์เท่านั้น แต่วิธีการและเครื่องมือนี้เองมีจุดเด่นอย่างสำคัญตรงที่วรรณกรรมเป็นภาพแสดงการทำงานระหว่างมนุษย์กับความรู้สึกลึกซึ้งคิดเบี่ยงลึกของมนุษย์โดยตรง วรรณกรรมจึงโดดเด่นในเรื่องการใช้เป็นหลักฐานและข้อมูลในการทำ ความเข้าใจอารมณ์ความรู้สึก สำนักความคิด ทศนคติ ความเชื่อ หรือที่อาจเรียกรวมๆ ว่าการศึกษากฎหมายในปริมนทลทางความคิดและความรู้สึกเป็นสิ่งที่วรรณกรรมจะช่วยในการศึกษาได้มาก ในทำนองเดียวกันปริมนทลทางวิชาการอื่นๆ ก็เริ่มมีความสนใจในเรื่องอารมณ์ความรู้สึกในเชิงคุณค่าของมนุษย์มากขึ้น เช่นการศึกษาประวัติศาสตร์ความรู้สึกก็ดี การเมืองของความหวังก็ดี เป็นต้น ทั้งนี้ในวิชากฎหมายกระบวนทัศน์อย่างนิติสำนึก (legal consciousness) การศึกษาปรัชญากฎหมาย ประวัติศาสตร์ความคิดทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่เติบโตขึ้นมาพร้อมกับการตระหนักถึงปัญหาของการศึกษากฎหมายแบบวิชาชีพรอบจำ วิชาการและเน้นการท่องจำ

ผู้ศึกษากฎหมายกับวรรณกรรมในยุคแรกๆ อย่างไวท์ รวมถึงผู้วิจารณ์คนสำคัญอย่างพอสเนอร์ ล้วนแต่พยายามให้คุณค่ากับงานวรรณกรรมมากกว่าที่มันควรจะเป็นภายใต้ความรู้สึกนี้ ไวท์จึงพยายามอธิบายทุกอย่างด้วยวรรณกรรมแม้แต่ การเขียนคำพิพากษาและการใช้ภาษากฎหมายก็ตาม เช่นเดียวกัน พอสเนอร์ก็วิจารณ์กระบวนทัศน์ว่าด้วยกฎหมายกับวรรณกรรม แต่ภายใต้คำวิจารณ์ทั้งหมดสุดท้ายเขาก็ต้องยอมรับอยู่ร่ำไปว่าการศึกษาวรรณกรรมจะมีส่วนช่วยขัดเกลาลาย ประสาทในการเปิดรับและรู้สึกได้ถึงความคิดและอารมณ์ความรู้สึกของอีกคนหนึ่ง

ให้เด่นชัดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรู้สึกนึกคิดและอารมณ์ของคนที่อยู่นอกสาย
ของนักกฎหมาย

ประเด็น คือ หากวรรณกรรมจะช่วยคนให้เห็นคนเป็นคนได้มากขึ้น
นักกฎหมายที่เห็นคนเป็นคนย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะ “รัก” เพื่อนมนุษย์ได้
มากกว่า และภายใต้ความรักแบบนี้เท่านั้น สันติภาพ การสำนึกผิด การขอโทษ
การให้อภัย และการระงับความขัดแย้งอย่างสันติจึงจะเกิดขึ้นได้ และนั่นเป็นเป้าหมาย
ของรัฐ กระบวนการยุติธรรม และกฎหมาย มีใช่หรือ?

บรรณานุกรม

Francis Fukuyama. **The Origins of Political Order**. New York: Profile Book, 2012.

Gary Carey and James L. Robert. **The Brother of Karamazov Note**. London and Nebraska: Cliff's Note, 1967..

George Ritzer, "Professionalization, Bureaucratization and Rationalization: The Views of Max Weber" **Social Force** 53:4, page 628.

James Boy White. **The Legal Imagination**. Chicago and London: the University of Chicago Press, 1973.

Jane B. Baron, "Law, Literature, and the problems of Interdisciplinarity" **The Yale Law Journal** 108:5, 1999 (March), page 1059-1085.

Max Weber, "Politics as Vocation" in **Max Weber's Complete Writing on Academic and Political Vocation**, (New York: Algora Publishing, 2008), page 155-158.

Richard A. Posner, "Law and Literature: A Relation Reargued" **Virginia Law Review**, Vol. 72:8, 1986. Page 1351-1392.

กฤษณ์พชร โสมณวัตร, "การก่อรูปของอำนาจปัญญาชนนักกฎหมายไทย", **ชุมทางอินโดจีน** 4,7/2558 (กรกฎาคม-ธันวาคม): 5-21.

กฤษณ์พชร โสมณวัตร, "อำนาจแห่งอัตลักษณ์ตุลาการ" , **นิติสังคมศาสตร์** 7,1/2557 (มกราคม-มิถุนายน): 77-120.

กฤษณ์พชร โสมณวัตร. นิติสำนึกต่อ ‘โทษจำคุก’ ของพลเมืองผู้ดื้อแพ่งต่อ
กฎหมาย: ประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. วิทยานิพนธ์นิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555.

กุลลาบ สายประดิษฐ์. ลูกผู้ชาย. กรุงเทพฯ: ดอกหญ้า, 2530.

เกษมสันต์ วิลาวรรณ. คนตัดสินคน. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2555.

จรัญ ไชยณานันท์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531.

ชัยวัฒน์ สถาอานันท์, “อย่างศพทาร์ก: วิพากษ์ความรุนแรงเชิงวัฒนธรรมใน
สังคมไทย” ใน อารุณมีชีวิต: แนวคิดว่าด้วยการวิพากษ์ความรุนแรง.
กรุงเทพฯ: ฟ้ายั่ว, 2546.

นพพร ประชากุล. ยอกอักษร ย้อนความคิด เล่ม 2: ว่าด้วยสังคมศาสตร์
และมนุษยศาสตร์. กรุงเทพฯ: วิชา, 2552.

นิธิ เอียวศรีวงศ์. ปากไก่และใบเรือ: รวมความเรียงว่าด้วยวรรณกรรมและ
ประวัติศาสตร์ต้นรัตนโกสินทร์. นนทบุรี: ฟ้ายั่ว, 2555.

ประจักษ์ ก้องกีรติ. และแล้วความเคลื่อนไหวก็ปรากฏ: การเมืองวัฒนธรรม
ของนักศึกษาและปัญญาชนก่อน 14 ตุลา. นนทบุรี: ฟ้ายั่ว, 2556.

ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, “สถาบันตุลาการ กระบวนการยุติธรรม กับประชาชน”
ใน เล่าฟัง บันทึกเทิดสกุล (บรรณาธิการ). แม่ฮ่องสอน: ชีวิตแห่งฝันป่า
กับมายาคติในกระบวนการยุติธรรม. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2558.
หน้า 126-129.

พรานซ์ คาฟกา, คัคดี บวร (แปล). แสงริบหรี่ที่ปลายอุโมงค์. กรุงเทพฯ: เคล็ดไทย,
2558.

พีโอเตอร์ ดอสโตเยฟสกี, ศ.ศุภศิลป์ (แปล). อาชญากรรมกับการลงทัณฑ์.
กรุงเทพฯ: สมิต, 2537.

ฟิโอดอร์ ดอสโตเยฟสกี, สดใส (แปล). **พี่น้องคารามาซอฟ**. กรุงเทพฯ: ทับหนังสือ, 2545.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. **การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. **นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.

สุวรรณา สถาอานันท์ (บรรณาธิการ). **ความเป็นธรรมเชิงวรรณศิลป์**. กรุงเทพฯ: วิชาษา, 2552.

เสนีย์ เสาวพงษ์. **ปีศาจ**. กรุงเทพฯ: สร้างสรรค์, 2543.

Translated Thai References

- Chaiwat Satha-anan, “Burn the Infant’s Corpse: Critical on Cultural Violence in Thai Society” in **Life as Weapon: Concept of Critical on Violence**. Bangkok: Samesky, 2003. (in Thai)
- Franz Kafka, Sak Bavon (tran.). **The Trial**. Bangkok: Kledthai, 2015. (in Thai)
- Fyodor Dostoyevsky. S. Supasin (trans.). **Crime and Punishment**. Bangkok: Samit, 1994. (in Thai)
- Fyodor Dostoyevsky. Sodsai (trans.). **Brother of Karamazov**. Bangkok: Tabnungsue, 20002. (in Thai)
- Jaran Kosananun. **Legal Philosophy**. Bangkok: Ramkamhang, 1988. (in Thai)
- Kasemsan Wilawan. **The Judge**. Bangkok: Vinyuchon, 2012. (in Thai)
- Kitpatchara Somanawat, “Power Formation of Thai Legal Intellectuals”, **chum tan indojean** 4,7/2016 (July-December): 5-21. (in Thai)
- Kitpatchara Somanawat, “Power of Thai Judge’s Identity”, **nitisankomsart** 7,1/2015 (January-June): 77-120. (in Thai)
- Kitpatchara Somanawat. **Legal Consciousness of Civil Disobedience on Imprisonment: Issues of Natural Resource Management**. Master of Law Dissertation, Chiang Mai University, 2012. (in Thai)
- Kularp Saipradit, **Manhood**. Bangkok: Dokya, 1987. (in Thai)

Nidhi Eawsriwong. **Pen and Sail: Literature and History in Early Bangkok**. Nontaburi: Samesky, 2012. (in Thai)

Nopporn Prachakun. **Paradox of Word and Thought 2: On Social Science and Humanity**. Bangkok: Vipasa, 2009. (in Thai)

Pinkaew Rueang Aramsri, “Judicairy, Judicial Process and the People” in Laofang Bunditteadsakul (eds.). **Mae Omki: Life of the Forrest and Myth in Judicial Process**. Bangkok: Pabpim, 2015. (in Thai)

Prachak Kongkejati. **And then the Uprising has Emerged: Cultural Politics of Students and Intellectuals before Oct,14**. Nontaburi, Samesky, 2013. (in Thai)

Saenee Saowapong. **Monster**. Bangkok, Sangsan, 2000. (in Thai)

Somchai Preechasilpakul. **Alternative Legal Research: Concept and State of Knowledge**. Bangkok: Vinyuchon, 2015. (in Thai)

Somchai Preechasilpakul. **Critical Thai Legal Studies**. Bangkok: Vinyuchon, 2006. (in Thai)

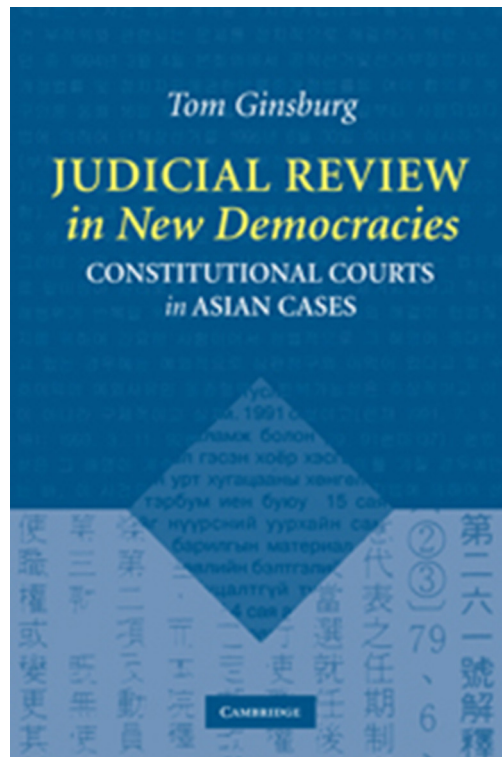
Suwanna Satha-anan (eds.). **Literary Justice**. Bangkok: Vipasa, 2009. (in Thai)

บทปริทัศน์หนังสือ

Judicial Review in New Democracies :
Constitutional Court in ASIAN cases

สงกรานต์ ป້องบุญจันทร์¹

Songkran PongboonJan



-
- 1 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 50200 E-mail: kansft@hotmail.com Lecturer, Faculty of Law, Chiangmai University 50200 E-mail: kansft@hotmail.com

“มักจะมีผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการทำหน้าที่ตัดสินลงโทษอยู่เหนือ
ความเป็นความตายของผู้อื่นผู้ที่ดำรงตำแหน่งตุลาการเปรียบได้กับ
สามัญชนผู้ถือขวานไปตัดต้นไม้แทนช่างไม้ผู้ยังยงผู้ถือขวานแทนช่างไม้
ยากนักที่จะหนีพ้นบาดแผลจากคมขวาน”²

ขณะที่กำลังเขียนบทความนี้ (กุมภาพันธ์ 2559) ประเทศไทยยังอยู่ภายใต้
การปกครองของรัฐบาลเผด็จการ ที่นำโดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ซึ่งได้เข้า
ทำการรัฐประหารยึดอำนาจจากรัฐบาลพลเรือนมาตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม 2557
และกำลังอยู่ระหว่างการจัดวางตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยใหม่
ผ่านกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการ
แต่งตั้งจากรัฐบาลเผด็จการชุดเดียวกันนี้ หนึ่งในประเด็นสำคัญที่โต้เถียงกันใน
กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ คือการจัดวางตำแหน่งแห่งที่ของศาลรัฐธรรมนูญใน
โครงสร้างทางการเมืองของประเทศไทย

หากพิจารณาจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่เผยแพร่เมื่อวันที่ 29 มกราคม
2559³ เพื่อรับฟังความคิดเห็นประชาชน ในหมวดที่ 11 ศาลรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่
มาตรา 195 ถึงมาตรา 210 จะพบว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ออกแบบให้ศาล
รัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจมากและมีเขตอำนาจอย่างกว้างขวาง ตัวอย่างเช่น
อำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย
พิจารณาวินิจฉัยผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ
หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่าง
ร้ายแรงหรือไม่ เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาในส่วนที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2 เล่าจื้อ, เต๋าเต็กเก็ง, แปลโดย พจนา จันทรสันติ ใน *วิถีแห่งเต๋า*, (กรุงเทพฯ:เคล็ดไทย, 2521)
หน้า 190.

3 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article_20160129132217.pdf, เข้าถึง
เมื่อ 20 ก.พ. 2559

กลับไม่มีการออกแบบให้มีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนแต่อย่างใด แนวโน้มที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะเพิ่มอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้นนั้นปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จึงนำคําคำอธิบายเป็นอย่างยิ่งว่าเหตุใดศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือมีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนกลับถูกออกแบบให้มีบทบาทอย่างมากในการจำกัด ควบคุม หรือแม้แต่ลงโทษขององค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญอย่างไรในระบอบประชาธิปไตย

หนังสือ Judicial Review in New Democracies: Constitutional Court in ASIAN cases เขียนโดย Tom Ginsburg อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอิลลินอยส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา ตีพิมพ์เมื่อ พ.ศ. 2546 โดยสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ ได้พยายามทำความเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศประชาธิปไตยใหม่สามประเทศ คือ มองโกเลีย ไต้หวัน และเกาหลีใต้ เพื่อตอบคำถามว่า 1) ทำไมประเทศเหล่านี้จึงบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในช่วงที่มีการออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนผ่านเป็นประชาธิปไตย 2) ทำไมจึงมีความแตกต่างทั้งในด้านรูปแบบและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเหล่านี้ 3) ทำไมศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศมีความก้าวหน้ามากกว่าบางประเทศ⁴

หนังสือเล่มนี้แบ่งออกเป็น 8 บท บทที่ 1 ถึงบทที่ 4 เป็นการอธิบายถึงข้อถกเถียงต่างๆ เกี่ยวกับบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ การนำเสนอทฤษฎีว่าด้วยหลักประกันทางการเมืองในการทำความเข้าใจศาลรัฐธรรมนูญ การอภิปรายถึงรูปแบบต่างๆ ของศาลรัฐธรรมนูญและเงื่อนไขปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญ การประกอบสร้างอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะตัวกระทำการที่มียุทธศาสตร์ ปฏิสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับสถาบันอื่นๆ ทางการเมืองและพัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญสามยุค ส่วนบทที่ 5 ถึงบทที่ 7

4 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies : Constitutional Courts in ASIAN cases*, New York, Cambridge University Press, 2003, p.17

เป็นการศึกษาศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไต้หวัน มองโกเลียและเกาหลีใต้ตามลำดับ เพื่อตอบคำถามข้างต้น บทสุดท้ายคือบทที่ 8 เป็นบทสรุปเปรียบเทียบบทบาทของ ศาลรัฐธรรมนูญของทั้งสามประเทศ

ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหลักประกันทางการเมือง⁵

นักวิชาการจำนวนไม่น้อยมองบทบาทการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายและการตรวจสอบฝ่ายการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นปฏิกิริยาต่อหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากเนื่องจากศาลไม่ได้มาจากการ เลือกตั้ง ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแต่กลับมีอำนาจในการยกเลิก กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนหรือถอดถอน นักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในแง่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่ ไม่เป็นประโยชน์ต่อระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นแต่ยังเป็นอุปสรรคต่อระบอบ ประชาธิปไตยด้วย อย่างไรก็ตามหากเป็นไปตามเหตุผลนี้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควร ได้รับความนิยมนและยอมรับจากประเทศที่กำลังจะเปลี่ยนผ่านจากระบอบเผด็จการ ไปเป็นระบอบประชาธิปไตยแต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่าประเทศประชาธิปไตย ใหม่จำนวนมากให้ความนิยมนและกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ในรัฐธรรมนูญใหม่นักวิชาการ จะอธิบายปรากฏการณ์นี้ได้อย่างไร

นักวิชาการตั้งแต่ John Locke เป็นต้นมาให้คำอธิบายว่ารัฐธรรมนูญเป็น สัญญาประชาคมระหว่างรัฐกับประชาชนโดยประชาชนร่วมกันตั้งรัฐขึ้นมาเพื่อ ปกป้องคุ้มครองสิทธิของประชาชน รัฐธรรมนูญจึงเป็นสัญญาที่กำหนดสิทธิและ หน้าที่ระหว่างรัฐบาลกับประชาชน บทบาทของศาลในการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐบาลผิดสัญญา ในแง่นี้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นเอกสารที่สะท้อนถึงความต้องการของประชาชนในสังคม

5 Ibid, สรุปจาก p.22-33

Ginsburg ได้แย้งกับคำอธิบายนี้โดยชี้ให้เห็นว่าการมองรัฐธรรมนูญในฐานะสัญญาประชาคมนั้นเป็นการมองรัฐธรรมนูญอย่างที่ต้องการให้รัฐธรรมนูญเป็น แต่ไม่ใช่การมองรัฐธรรมนูญอย่างที่มีนัยเป็นจริงมีงานวิชาการจำนวนมากไม่น้อยชี้ให้เห็นว่า การร่างรัฐธรรมนูญมักถูกครอบงำด้วยผลประโยชน์ระยะสั้นของผู้มีบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญยิ่งกว่าผลประโยชน์ระยะยาวของประชาชน ในแง่นี้ คำอธิบายว่ารัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมที่เป็นเครื่องมือในการปกป้องประชาชนจึงไม่เพียงพอที่จะทำให้เราเข้าใจรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง Ginsburg เสนอว่าหากมองรัฐธรรมนูญว่ามันเป็นผลผลิตที่สะท้อนผลประโยชน์ของผู้ที่มีบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญจะช่วยให้เข้าใจว่าเหตุใดนักการเมืองที่มีบทบาทสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญจึงออกแบบรัฐธรรมนูญให้มีศาลรัฐธรรมนูญไว้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ โดยยกตัวอย่างสถานการณ์ขณะร่างรัฐธรรมนูญที่ตรงกันข้ามอย่างสุดขั้วในสองสถานการณ์

“ในสถานการณ์ที่กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้อิทธิพลของพรรคการเมืองเดียวที่มั่นใจว่าพรรคของตนจะชนะการเลือกตั้ง ได้จัดตั้งรัฐบาลภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ สถานการณ์เช่นนี้พรรคการเมืองนี้มีแรงจูงใจน้อยมากที่จะตั้งศาลขึ้นมาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ เพราะพรรคการเมืองย่อมพอใจกับความยืดหยุ่นที่จะใช้อำนาจตีความรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องการให้มีองค์กรภายนอกมาจำกัดหรือบังคับให้ต้องปฏิบัติตามความยืดหยุ่นในการใช้อำนาจนี้เพื่อต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนโยบายและทำให้รัฐบาลใช้อำนาจได้มาก การขาดกลไกศาลที่เป็นอิสระในการตรวจสอบรัฐบาลในรัฐธรรมนูญภายใต้ระบอบเผด็จการสะท้อนให้เห็นถึงความต้องการอำรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐบาลเผด็จการ”

“ในทางตรงกันข้ามการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์ที่มีกลุ่มอำนาจทางการเมืองที่หลากหลายต่อสู้แข่งขันกันและไม่มีกลุ่มการเมืองใดมั่นใจว่าตนจะเป็นผู้ชนะได้จัดตั้งรัฐบาลหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ ในสถานการณ์เช่นนี้การมอบอำนาจที่ยืดหยุ่นอย่างเต็มที่ให้กับพรรคที่จะเป็นรัฐบาลในอนาคต เช่นในรูปแบบที่รัฐสภามีอำนาจสูงสุด ไม่เป็นที่ประสงคในสถานการณ์ที่อำนาจของกลุ่มทางการเมืองกระจัดกระจายเมื่อเทียบกับสถานการณ์ที่พรรคการเมืองเดียวควบคุมอำนาจทางการเมืองได้ ขณะที่พรรคการเมืองซึ่งคาดว่าจะได้รับอำนาจในการปกครองพอใจกับความยืดหยุ่น พรรคการเมืองที่คาดว่าจะต้องเป็นฝ่ายค้านให้คุณค่ากับรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด พวกเขายังให้คุณค่ากับพื้นที่ทางเลือกอื่นที่พวกเขาจะสามารถโต้แย้งนโยบายของฝ่ายเสียงข้างมากได้ เพราะพวกเขาไม่คาดว่าจะสามารถเอาชนะในรัฐสภาได้ เมื่อผู้ออกแบบไม่สามารถพึงพาการเลือกตั้งใหม่และอาจจบลงด้วยการเป็นฝ่ายค้านพวกเขาจึงพอใจกับการมีศาลที่ซึ่งพวกเขาจะสามารถโต้แย้งคู่ต่อสู้ทางการเมืองที่เข้าสู่อำนาจใหม่ได้”⁶

จากข้อพิจารณาข้างต้นที่มองศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหลักประกันของผู้ที่คาดว่าจะพ่ายแพ้ทางการเมืองในอนาคตทำให้สามารถคาดหมายเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและสิทธิในการเข้าถึงศาลได้ว่า ในสถานการณ์ที่กลุ่มพลังทางการเมืองกระจัดกระจายไม่เป็นเอกภาพ ศาลรัฐธรรมนูญจะถูกออกแบบให้มีอำนาจมากกว่าสถานการณ์ที่มีพรรคการเมืองพรรคเดียวมีอำนาจครอบงำระบบการเมืองอย่างเป็นเอกภาพรวมถึงสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลก็จะถูกออกแบบให้เข้าถึงได้ง่ายกว่าด้วย

6 สรุปความจาก Ibid, p. 24-25

Ginsburg ตอบคำถามแรกของหนังสือโดยเสนอว่าการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในประเทศประชาธิปไตยใหม่กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดความขัดแย้งในทางรัฐธรรมนูญนั้นมีเหตุผลมาจากการยอมรับเอารูปแบบของหลักประกันทางการเมืองมาใช้ โดยการให้หลักประกันกับผู้แพ้ว่าพวกเขายังมีช่องทางในการต่อสู้โต้แย้งกับผู้ชนะได้อีกครั้งผ่านทางกลไกศาลรัฐธรรมนูญขณะที่กระบวนการประชาธิปไตยพัฒนาขึ้นความไม่แน่นอนว่ากลุ่มการเมืองใดจะชนะการเลือกตั้งก็จะเพิ่มขึ้นทุกพรรคมีโอกาสแพ้และโอกาสชนะทำให้มีความต้องการหลักประกันทางการเมืองเพิ่มมากขึ้นด้วยนี่จึงเป็นสาเหตุหลักที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่นิยมและแพร่กระจายไปทั่วโลก

ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน : ความสำเร็จแบบค่อยเป็นค่อยไป⁷

พลวัตของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันเป็นตัวอย่างที่แสดงความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นผลจากการดำเนินการที่มียุทธศาสตร์ที่ดีของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งๆ ที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทางการเมืองจำนวนมากในช่วงเปลี่ยนผ่านจากระบอบอำนาจนิยมพรรคเดียวไปสู่ระบอบประชาธิปไตย ในช่วงเริ่มต้นของการก่อตั้งประเทศภายใต้ชื่อสาธารณรัฐประชาชนจีน (Republic of China) ในเกาะไต้หวันศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทค่อนข้างมากในการรับใช้ระบอบเก่าภายใต้การนำของพรรคก๊กมินตั๋ง อย่างไรก็ตามระยะต่อมาศาลก็พยายามที่จะสถาปนาความเป็นอิสระจากรัฐบาลและเริ่มตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลพรรคก๊กมินตั๋ง แต่การพยายามขยายบทบาทดังกล่าวก็ถูกแทรกแซงได้ง่ายจากทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารสถานการณ์ดังกล่าวส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันถูกจำกัดอำนาจให้มีเพียงบทบาทเชิงรับไม่มีบทบาทในการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในประเด็นที่มีความสำคัญทางการเมืองเป็นเวลากว่าสองทศวรรษ

7 สรุปรจาก Ibid, p.157

เมื่อประเทศไต้หวันเริ่มเปิดเสรีมากขึ้นหลังการจากไปของเจียงไคเช็ค ศาลรัฐธรรมนูญเริ่มมีความเป็นอิสระมากขึ้นแต่ก็ยังไม่ได้เริ่มท้าทายอำนาจของฝ่ายการเมืองจนกระทั่งหลังการกล่าวปาฐกถาครั้งประวัติศาสตร์ที่เป็นหมุดหมายของการเปลี่ยนผ่านไปเป็นประชาธิปไตยของประธานาธิบดีเจียงชิงเกา⁸ ในปี 1986 นับแต่นั้นเป็นต้นมาเริ่มมีการให้เสรีภาพทางการเมืองมากขึ้นอำนาจทางการเมืองของพรรคก๊กมินตั๋งเริ่มไม่เป็นเอกภาพและอ่อนแอลงอย่างมากพร้อมๆ กับการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยของประเทศจนกระทั่งในที่สุดพรรคก๊กมินตั๋งก็แยกออกเป็นสองพรรค ในปลายปี 2001 ตำแหน่งประธานาธิบดีซึ่งเป็นของพรรคก๊กมินตั๋งมาตลอดก็ตกเป็นของพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้า (Democratic Progressive Party) ซึ่งเคยเป็นพรรคฝ่ายค้านเป็นครั้งแรก อย่างไรก็ตามพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้าก็ยังไม่มียานที่มีประสิทธิภาพเหนือฝ่ายนิติบัญญัติปัจจัยต่างๆ เหล่านี้เปิดทางให้ศาลรัฐธรรมนูญมีพื้นที่ทางการเมืองมากขึ้นในการทำงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังปี 1994

ศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงจากศาลที่เคยมีบทบาทน้อยมาเป็นศาลที่มีบทบาทในการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารปัจจุบันศาลได้แสดงบทบาทตรวจสอบอำนาจของฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายนิติบัญญัติอย่างสม่ำเสมอศาลได้ใช้อำนาจของตนเพื่อพัฒนาระบบประชาธิปไตยแบบรัฐธรรมนูญนิยมตามแบบฉบับของประเทศสมัยใหม่ที่ยึดถือหลักนิติรัฐในการปกครองประเทศ ศาลในฐานะตัวการที่ดำเนินการอย่างมียุทธศาสตร์ได้ทำการอย่างค่อยเป็นค่อยไปในการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองและกฎหมายจำนวนมากที่เคยถูกใช้เป็นเครื่องมือของรัฐบาลเผด็จการในอดีต สิ่งเหล่านี้จะไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลยหากศาลไม่ได้วางรากฐานอย่างดีไว้ก่อนปี 1986 โดยการขยายเขตอำนาจของศาลให้มากขึ้นเป็นระยะๆ ทั้งในช่วงดังกล่าวยังอยู่ภายใต้ระบอบเผด็จการศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันจึงเป็นตัวอย่างความสำเร็จของการดำเนินการที่มียุทธศาสตร์ของศาลอย่างค่อยเป็น

8 เจียงชิงเกา (1910-1988) เป็นบุตรชายของอดีตประธานาธิบดี เจียงไคเช็ค ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีไต้หวันในปี 1978 และดำรงตำแหน่งจนถึงแก่ความตายในปี 1988

ค่อยไปแม้จะต้องใช้เวลาค่อนข้างยาวนานกว่าจะทำให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกในการตรวจสอบได้ แต่ก็ถือว่าเป็นตัวอย่างของความสำเร็จที่น่าสนใจ

ศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลีย : ความล้มเหลวเพราะการใช้อำนาจที่มากเกินไป⁹

กรณีของประเทศมองโกเลียเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหลักประกันทางการเมืองและเป็นเวทีให้กับผู้แพ้ทางการเมืองได้อย่างชัดเจน โดยในระหว่างปี 1992-1996 และหลังปี 2000 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรถูกรวบอำนาจโดยพรรคเดียวในระดับที่ไม่ค่อยเกิดขึ้นในการเมืองในประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ในช่วงเวลาดังกล่าวพรรครัฐบาลมีเสียงในสภาเพียงพอที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้อย่างง่ายดาย อย่างไรก็ตามประธานาธิบดีกลับกลายมาเป็นแรงกดดันกับอำนาจของพรรครัฐบาลผ่านการใช้อำนาจอย่างเป็นทางการเป็นอิสระของตนในการโต้แย้งกับรัฐสภาเพื่อต่อต้านอำนาจที่มาจากเสียงข้างมากของรัฐสภา สถานการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐสภาจำนวนมากที่ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งโดยปกติแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะพิพากษาไปในทางเดียวกับความเห็นของประธานาธิบดี นอกจากนี้สิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ได้รับการพัฒนาขึ้นตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นของการก่อตั้งศาล โดยการฟ้องคดีขององค์กรพัฒนาเอกชนซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยพรรคการเมืองฝ่ายค้านที่แพ้การเลือกตั้ง

คดีที่เป็นจุดเปลี่ยนบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลียจากที่เคยมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบรัฐบาลและฝ่ายนิติบัญญัติมาเป็นศาลที่มีบทบาทน้อย คือ คำตัดสินคดีเกี่ยวกับเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ส่งผลทำให้พรรคการเมืองที่ชนะการเลือกตั้งไม่สามารถตั้งรัฐบาลได้ในปี 1996 ซึ่งนำไปสู่การ

9 สรุปรจาก Ibid, p. 204-205

วิพากษ์วิจารณ์และการตอบโต้จากฝ่ายการเมืองอย่างหนักนอกจากนี้ต่อมาในปี 1999 ก็เกิดปัญหาขึ้นอีกครั้งเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำพิพากษาแต่ไม่สามารถทำให้รัฐสภายอมรับและปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลได้สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากบทบาทของศาลที่ไม่มีความสม่ำเสมอ ไม่มีเสถียรภาพอย่างที่จะควรจะเป็นเมื่อต้องเผชิญกับความขัดแย้งทางการเมืองที่รุนแรงกับรัฐบาลและฝ่ายนิติบัญญัติ

กรณีประเทศมองโกเลียแสดงให้เห็นความตึงเครียดระหว่างความจำเป็นที่ต้องสร้างอำนาจทางสถาบันของศาลและความกดดันให้ต้องแสดงบทบาทเป็นหลักประกันให้กับผู้แพ้ทางการเมืองซึ่งถ้าศาลแสดงบทบาทในฐานะหลักประกันทางการเมืองให้กับผู้แพ้ทางการเมืองอย่างก้าวร้าวจนเกินไปก็จะเป็นการไปทำลายอำนาจและความชอบธรรมของศาลในระยะกลางและระยะยาวได้ในทางตรงกันข้ามหากศาลใช้อำนาจอย่างระมัดระวังมากจนเกินไปโดยไม่กล้าที่จะไปท้าทายหรือโต้แย้งกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติศาลก็จะไม่สามารถทำหน้าที่เป็นหลักประกันทางการเมืองสำหรับผู้แพ้ได้และศาลรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นผู้ไม่มีบทบาทในเวทีการเมือง การตัดสินใจเลือกกระหว่างทางเดินสองทางที่ตึงเครียดนี้ คือบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศประชาธิปไตยใหม่ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลียเป็นตัวอย่างการเลือกที่ผิดพลาดและส่งผลต่อความล้มเหลวในที่สุด

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : ความสำเร็จที่น่าชื่นชม¹⁰

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีบทบาทสูงในการเมืองผ่านการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมาตั้งแต่เริ่มก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญปี 1987 มีการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลจำนวนมากและศาลก็ตัดสินคดีมากขึ้นเรื่อยๆ กลุ่มองค์กรประชาสังคมและประชาชนทั่วไปใช้การฟ้องคดีเป็นเวทีในการปกป้องสิทธิตนเองและเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาสังคม

10 สรุปลจาก Ibid, p. 242-246

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีคำพิพากษาเพิกถอนการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ และเปลี่ยนแปลงคำสั่งของอัยการสูงสุดอยู่เสมอ นอกจากนี้ศาลยังเพิกถอนหรือ ยุติบทบาทของรัฐบาลและกองทัพที่เคยมีบทบาททางการเมืองเหนือพลเรือน อันเป็นการสร้างมิติใหม่ความสัมพันธ์ระหว่างสังคมกับรัฐขึ้น ในขณะเดียวกัน ศาลก็ระมัดระวังไม่ใช้อำนาจจนทำให้กลุ่มอำนาจทางการเมืองเลือกที่จะออกไป จากเวทีการเมืองเพื่อใช้ช่องทางนอกระบบในการต่อสู้หรือกระตุ้นให้เกิดการตอบโต้ จากฝ่ายการเมืองที่กุมอำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีส่วนร่วมในการพัฒนา ประชาธิปไตยให้เข้มแข็งในแง่ที่ทำให้เป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการประชาธิปไตย เป็นสิ่งที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงให้ย้อนกลับไปสู่ระบอบเดิมได้อีกแล้ว

ความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้อาจพิจารณาได้จากการที่ ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษายอมรับและปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่าง สม่าเสมอ ความพยายามของฝ่ายการเมืองที่จะจำกัดอำนาจของศาลไม่ประสบ ความสำเร็จ เนื่องจากศาลได้รับแรงสนับสนุนจากสังคม ปัจจัยอะไรทำให้ความ สำเร็จเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเมื่อเทียบกับกรณีของไต้หวันและมองโกเลีย ทั้งที่บริบท การเมืองของเกาหลีใต้ก็ไม่ได้เอื้อต่อการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ วัฒนธรรม ทางกฎหมายในเกาหลีใต้ก็เป็นแบบเห็นรัฐเป็นศูนย์กลางและในแง่ความเป็นอิสระ ของศาลก็ยังไม่ได้รับการพัฒนาให้มั่นคง อีกทั้งระบบในช่วงเริ่มต้นก็ไม่ได้เอื้อให้การ ทำงานของศาลรัฐธรรมนูญมีประสิทธิภาพได้

ปัจจัยสำคัญประการแรกคือรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกออกแบบ ให้เป็นองค์กรพิเศษที่มีภารกิจที่ชัดเจนในการปกป้องรัฐธรรมนูญ 1987 การออกแบบให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเป็นการมอบ พันธกิจในทางสถาบันให้กับศาลรัฐธรรมนูญอันแสดงให้เห็นถึงความใกล้ชิด ของศาลรัฐธรรมนูญกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยในแง่ที่ว่า การปกป้อง รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญก็คือการปกป้องประชาธิปไตย นั้นเอง

ปัจจัยสำคัญประการที่สอง คือ การที่ศาลรัฐธรรมนูญถูกออกแบบให้สะท้อนถึงความต้องการหลักประกันทางการเมืองของพรรคการเมืองใหญ่สามพรรคที่ต่อสู้กันในขณะที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ โดยที่พรรคการเมืองทั้งสามต่างไม่มั่นใจว่าพรรคของตนจะชนะการเลือกตั้งได้เป็นผู้นำในการจัดตั้งรัฐบาลหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่การกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นจึงตอบสนองต่อผลประโยชน์ของทั้งสามพรรคการเมืองและทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถขยายอำนาจของตนให้กว้างขวางขึ้นได้

ปัจจัยสำคัญประการที่สาม คือ ระบบที่สนับสนุนให้นักกิจกรรมทางสังคมสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้การมีบทบาทอย่างมากของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เป็นผลโดยรวมของระบบที่เปิดให้มีการฟ้องคดีได้ง่ายและการขยายตัวของวิชาชีพกฎหมายโดยเฉพาะนักกฎหมายด้านสิทธิทางการเมืองที่มีบทบาทเชิงรุกในการใช้การฟ้องคดีเป็นช่องทางในการเปลี่ยนแปลงสังคม นอกจากนี้การตีความผู้มีอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างของศาลรัฐธรรมนูญเองก็มีส่วนอย่างมากต่อความสำเร็จนี้

ปัจจัยสำคัญประการสุดท้าย คือ ความไม่เข้มแข็งของระบบพรรคการเมืองในเกาหลีใต้ตรงกันข้ามกับกรณีของไต้หวันและมองโกเลียที่พรรคการเมืองมีการพัฒนามานานภายใต้ระบอบสังคมนิยม โดยพรรคการเมืองเดียวมีอำนาจครอบงำระบบการเมืองอยู่ทั้งก่อนและหลังรัฐธรรมนูญประกาศใช้กรณีของเกาหลีใต้ไม่มีพรรคการเมืองใดที่มีอำนาจครอบงำระบบการเมืองอย่างเด็ดขาดก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและต่อเนื่องมาถึงหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกทั้งระบบพรรคการเมืองของเกาหลีใต้ก็อยู่ระหว่างการพัฒนา ยังไม่มีความเข้มแข็ง สถานการณ์เช่นนี้เอื้อต่อการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหลายประการประการแรก ระบบพรรคการเมืองที่อ่อนแอขาดกลไกที่เป็นระบบที่จะมีอิทธิพลต่อองค์ประกอบและโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ ประการที่สองระบบพรรคการเมืองที่อ่อนแอและขาดความสามารถในการร่วมมือกันจะไม่สามารถยกเลิกหรือลดโทษการกระทำของศาลรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการนิติบัญญัติได้

ประการที่สาม ผลกระทบทางอ้อมของระบบพรรคการเมืองที่อ่อนแอเปิดโอกาสทางอ้อมให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปทำหน้าที่ติดตามตรวจสอบให้หน่วยงานรัฐปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพผ่านการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางปกครองแนวโน้มของพรรคการเมืองเกาหลีใต้ที่กำลังพัฒนาไปสู่การมีสองพรรคใหญ่ที่มีอำนาจใกล้เคียงกันจึงเป็นการเพิ่มอำนาจให้กับศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ปกป้องรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย¹¹

ปัจจุบันบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับไปทั่วโลกอย่างไรก็ตามแม้จะมีการยอมรับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายแต่ขอบเขตของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันในทางปฏิบัติ

จากกรณีศึกษาทั้งสามประเทศช่วยตอบคำถาม 2 คำถามที่เหลือ คือ 1) ทำไมรูปแบบของสถาบันที่สร้างขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และ 2) ทำไมศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศจึงมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจของตนในการตรวจสอบผู้มีอำนาจมากกว่าศาลของบางประเทศ Ginsburg เห็นว่าจากกรณีศึกษาทั้งสามทำให้สามารถตอบคำถามทั้งสองได้ด้วยคำตอบเพียงคำตอบเดียวนั้น คือ ความไม่เป็นเอกภาพทางการเมือง

สถานการณ์ที่พรรคการเมืองมีอำนาจครอบงำกระบวนการทางการเมืองทั้งก่อนและหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญจะส่งผลให้มีการออกแบบโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญให้ไม่มีความเข้มแข็งและเข้าถึงได้ยาก นอกจากนี้ภายหลังจากการบังคับใช้

11 สรุปรจาก Ibid, p.261-263

รัฐธรรมนูญพรรคการเมืองที่มีอำนาจครอบงำรัฐบาลใหม่ก็มักไม่อดทนกับศาลที่เป็นอิสระและมีอำนาจมากซึ่งเกิดขึ้นในกรณีของมองโกเลียและไต้หวัน ตรงกันข้ามในสถานการณ์ที่ไม่มีพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งมีอำนาจครอบงำกระบวนการทางการเมืองทั้งก่อนและหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญได้อย่างเด็ดขาดจะส่งผลให้พรรคการเมืองทั้งหลายที่ต้องการหลักประกันทางการเมืองออกแบบโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญให้มีความเข้มแข็งและเข้าถึงได้ง่ายเช่นเดียวกันภายหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญเมื่อไม่มีพรรคการเมืองใดพรรคหนึ่งมีอำนาจอย่างเด็ดขาดเหนืออำนาจบริหารและนิติบัญญัติย่อมคาดหมายได้ว่าจะต้องเกิดข้อพิพาทระหว่างสถาบันต่าง ๆ และมีการนำประเด็นความขัดแย้ง เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้นและเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาออกมาก็ไม่มีฝ่ายการเมืองใดที่มีความเข้มแข็งมากพอที่จะลงโทษศาลรัฐธรรมนูญด้วยการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือออกกฎหมายเพื่อลดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏชัดเจนในกรณีของเกาหลีใต้ โดยสรุปแล้วอำนาจทางการเมืองที่กระจัดกระจายเป็นผลดีต่อการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

โดยการจัดให้มีศูนย์อำนาจทางเลือกเพิ่มอีกศูนย์หนึ่งระบอบประชาธิปไตยได้สร้างแรงจูงใจให้มีการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและข้อขัดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงเป็นผลผลิตของกระบวนการประชาธิปไตย โดยปราศจากประชาธิปไตยแล้วไม่มีเหตุผลอะไรที่ระบอบเผด็จการจะกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและข้อขัดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ในขณะที่นักวิชาการจำนวนมากให้ความสำคัญกับการศึกษาบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองโดยเสียงข้างมากหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยงานชิ้นนี้กลับชี้ไปในอีกด้านหนึ่ง นั่นคือชี้ว่า กระบวนการประชาธิปไตยและศาลรัฐธรรมนูญสามารถพัฒนาไปด้วยกันได้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและข้อขัดข้อพิพาททาง

รัฐธรรมนูญเป็นทั้งตัวบ่งชี้ให้เห็นถึงการจัดกระจายของอำนาจทางการเมือง และเป็นกลไกหนึ่งที่ป้องกันการรวมศูนย์อำนาจที่มากเกินไป

จากกรณีศึกษาทั้งสามแสดงให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเป็นผลดีต่อระบอบประชาธิปไตยหลายประการ

ประการแรก ทำให้ระบบระเบียบทางรัฐธรรมนูญฝังรากลึกและมีส่วนทำให้ระบอบประชาธิปไตยมีความเข้มแข็งโดยการเป็นพื้นที่ที่เป็นกลางให้ฝ่ายที่พ่ายแพ้ทางการเมืองใช้ในการตรวจสอบฝ่ายที่กุมอำนาจรัฐได้อีกช่องทางหนึ่งทำให้ฝ่ายค้านยังคงเคารพในระบอบประชาธิปไตยไม่คิดออกจากระบบประชาธิปไตยไปใช้อำนาจนอกระบบ

ประการที่สอง เป็นการแสดงออกซึ่งคุณค่าพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย และเป็นสัญลักษณ์ของการตัดขาดจากระบอบอำนาจเผด็จการในอดีตโดยการผูกมัดผู้นำใหม่ในแบบที่ผู้นำในระบอบเผด็จการไม่เคยถูกผูกมัด การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญยังเป็นการสร้างข้อคิดว่าด้วยความยุติธรรมและกฎหมายขึ้นใหม่และเป็นการเปลี่ยนแปลงความตึงเครียดทางการเมืองไปเป็นข้อจำกัดทางกฎหมาย

กรณีศึกษาในทวีปเอเชียทั้งสามนี้ชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญที่กระทำการอย่างระมัดระวังและชาญฉลาด สามารถใช้อำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจมากได้และยังสามารถทำให้องค์กรเหล่านั้นปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ด้วยยกเว้นที่แต่กรณีของศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลียเท่านั้นการตัดสินใจอย่างต่อเนื่องยาวนานได้ขยายเสรีภาพในการนำคดีขึ้นสู่ศาลให้มากขึ้นและขยายการปกป้องสิทธิเสรีภาพในทางเนื้อหาให้กว้างขึ้น พร้อมๆ กับการยอมรับแนวคิดนิติรัฐตามแบบอย่างสากลในแง่ที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพัฒนารัฐธรรมนูญและวางรากฐานให้กับระบอบประชาธิปไตยไปพร้อมๆ กันได้

ข้อวิจารณ์และข้อสังเกตส่งท้าย

งานชิ้นนี้เป็นงานที่ มีความน่าสนใจหลายประการ ประการแรกงานชิ้นนี้ เป็นการเสนอมุมมองใหม่ในการทำความเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเสนอว่าบริบททางการเมืองมีความสำคัญอย่างมากทั้งต่อ กำหนดรูปแบบ อำนาจหน้าที่และบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอของ Ginsburg มีพลังในการอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยได้มากกว่า งานศึกษาทั่วไปที่มุ่งอภิปรายถึงเนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าถูกต้องตามหลักวิชาการหรือไม่โดยไม่ชี้ให้เห็นบริบททางการเมืองที่กำกับบทบาทของศาล อยู่ในช่วงขณะหนึ่งๆ ประการที่สองเนื่องจากกรณีศึกษาของงานเล่มนี้ทั้งหมดล้วน เป็นประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนผ่านจากระบอบเผด็จการมาเป็นระบอบประชาธิปไตย และทั้งประเทศทั้งสามล้วนอยู่ในทวีปเอเชียทั้งสิ้น บริบทของกรณีศึกษาจึงใกล้เคียง กับบริบทของประเทศไทย การศึกษาประสบการณ์ของประเทศเหล่านี้แล้วย้อน กลับมาทำความเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยย่อมทำให้สามารถทำความเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้ใกล้เคียงกับความเป็นจริงยิ่งกว่าใช้กรณี ศึกษาของประเทศในยุโรปหรืออเมริกาที่นักวิชาการไทยนิยมทำการศึกษาเปรียบเทียบ ประการสุดท้าย ข้อเสนอของ Ginsburg ที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นตัวกระทำการที่มียุทธศาสตร์ไม่ใช่เป็นแต่เพียงผู้ทำหน้าที่เชิงรับในการพิจารณาพิพากษาคดี ให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้นเป็นข้อเสนอที่น่าสนใจอย่างยิ่งเพราะแม้จากกรณี ศึกษาจะพบว่าศาลถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขทางการเมืองต่างๆ แต่ศาลในเกาหลีใต้ และได้หวั่นยังสามารถแสดงบทบาทอย่างสำคัญในการพัฒนารัฐธรรมนูญและส่งเสริมกระบวนการเปลี่ยนผ่านไปสู่ระบอบประชาธิปไตยได้ด้วยการใช้อำนาจอย่าง ระมัดระวังและรอบคอบเช่นนี้แล้วการประเมินความสำเร็จความล้มเหลวของศาล รัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ย่อมต้องพิจารณาทั้งบริบททางการเมืองและบทบาท ของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญในประเทศนั้นๆ ควบคู่กันไป

ข้อวิจารณ์หลักที่มีต่องานชิ้นนี้ คือ ทฤษฎีหลักประกันทางการเมืองอาจไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์ทางการเมืองของประเทศประชาธิปไตยใหม่บางประเทศซึ่งกลุ่มที่มีอำนาจครอบงำกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญกับกลุ่มการเมืองที่คาดว่าจะชนะการเลือกตั้งได้จัดตั้งรัฐบาลหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นคนละกลุ่มการเมือง สถานการณ์เช่นนี้จะแตกต่างจากสถานการณ์สองสถานการณ์ที่ Ginsburg ตั้งเป็นสมมติฐานเพื่อใช้อธิบายทฤษฎีหลักประกันทางการเมือง ยกตัวอย่างสถานการณ์จัดทำร่างรัฐธรรมนูญหลังการรัฐประหาร 22 พฤษภาคม 2557 ของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยกำลังอยู่ระหว่างการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญซึ่งกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญใหม่นี้ถูกครอบงำโดยรัฐบาลทหารที่โค่นล้มอำนาจของรัฐบาลพลเรือนผ่านการรัฐประหารเมื่อ 22 พฤษภาคม 2557 โดยกลุ่มที่มีอำนาจครอบงำกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญตระหนักดีว่าแม้พวกเขาจะมีอำนาจครอบงำกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญได้แต่พวกเขาไม่มีทางที่จะชนะการเลือกตั้งและได้จัดตั้งรัฐบาลหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่สถานการณ์ในขณะจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบันจึงไม่ตรงกับสมมติฐานของทฤษฎีหลักประกันทางการเมืองที่ Ginsburg เสนอไว้ การออกแบบโครงสร้าง ที่มาและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงไม่ได้สะท้อนผลประโยชน์ของกลุ่มการเมืองทั้งหมดแต่สะท้อนเพียงผลประโยชน์ของกลุ่มทหารและพันธมิตรเท่านั้น ส่งผลให้มีความพยายามออกแบบศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นศาลที่เข้มแข็งมีอำนาจมากและมีเขตอำนาจกว้างขวาง แต่ในส่วนของตุลาการกลับไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับอำนาจประชาชน¹² การออกแบบศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้จึงสะท้อนผลประโยชน์ของผู้ร่างอย่างชัดเจนในบริบทเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงถูกทำให้กลายร่างจากหลักประกันทางการเมือง ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยไปเป็นเครื่องมือในการต่อสู้ทางการเมืองของกลุ่มทหารและพันธมิตร

12 ดูร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มี นายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานกรรมาธิการยกร่าง หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2

กับรัฐบาลที่จะมาจากการเลือกตั้งในอนาคตเกี่ยวกับโครงสร้างและบทบาทที่
บิดเบี้ยวของศาลรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ วรเจตน์ ภาศิริตัน
อาจารย์ด้านกฎหมายมหาชน จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้วิพากษ์และเสนอ
ไว้อย่างตรงไปตรงมาว่า “ผมคิดว่าเราอาจจะยังไม่จำเป็นต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ”¹³
ในแง่นี้ข้อเสนอของ Ginsburg ที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่เป็นประโยชน์
ต่อการวางรากฐานของระบอบประชาธิปไตยและสามารถพัฒนาควบคู่ไปกับ
ระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นที่น่าตั้งคำถามและเรียกร้องการศึกษาเชิงประจักษ์เพิ่ม
เติมว่าสามารถใช้อธิบายบริบททางการเมืองของประเทศประชาธิปไตยใหม่บาง
ประเทศที่ทหารยังเป็นผู้เล่นหลักในทางการเมืองและมีอิทธิพลครอบงำกระบวนการ
จัดทำรัฐธรรมนูญ ดังที่ประเทศไทยกำลังเผชิญอยู่ในขณะจัดทำรัฐธรรมนูญ
ฉบับที่ 20 นี้ได้หรือไม่

13 สำนักข่าวประชาไท, วรเจตน์ ภาศิริตัน : “ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญเสียดีกว่า” <http://prachatai.org/journal/2016/02/63944>, เข้าถึงเมื่อ 26 กุมภาพันธ์ 2559

คำแนะนำการจัดทำต้นฉบับบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารนิทส์วคมศาสตร์

วารสารนิทส์วคมศาสตร์ มีกำหนดออกปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน และฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม

1. ประเภทของเรื่องที่จะตีพิมพ์

- 1) รายงานการวิจัยทางด้านนิทส์วศาสตร์เป็นบทความวิจัย
- 2) บทความวิชาการทางด้านนิทส์วศาสตร์เป็นบทความ
- 3) บทความวิจารณ์หนังสือหรือบทความปริทรรศน์

2. รูปแบบการเขียนบทความ

รายงานการวิจัย บทความวิชาการ ทางด้านนิทส์วศาสตร์ ควรมีความยาวตั้งแต่ 5,000 คำ แต่ไม่ควรเกินกว่า 15,000 คำ (จำนวนคำถือตามการนับจำนวนคำใน Microsoft Word) หรือ จำนวนหน้า ตั้งแต่ 15 หน้า แต่ไม่ควรเกิน 30 หน้า (ไม่รวมบรรณานุกรม ภาพประกอบ และคำบรรยายภาพ) ลงในกระดาษ A4 ระยะห่างจากขอบกระดาษ ทั้งด้านบน ด้านล่าง ด้านซ้าย และด้านขวา 2.54 เซนติเมตร แบบอักษร Cordia New ขนาด 16 Point ภาพประกอบความละเอียดที่ 300 Pixel/High Resolution ขนาดไฟล์ไม่ต่ำกว่า 500 KB และมีข้อมูลตามลำดับต่อไปนี้

- 1) บทคัดย่อ ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 2) ชื่อ-นามสกุล ตำแหน่ง ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานที่สังกัด ทั้งภาษาไทย และภาษาอังกฤษ
- 3) หัวข้อเรื่อง
- 4) เนื้อหา
- 5) การจัดองค์ประกอบ สามารถจัดได้ตามความเหมาะสม
- 6) เชิงอรรถและบรรณานุกรม

3. การเตรียมต้นฉบับ

1) เอกสารบทความวิชาการ/วิจัย (ตามข้อ 2) จำนวน 2 ชุด พร้อมแบบนำส่งต้นฉบับ จำนวน 1 ชุด

2) ซีดี-รอม จำนวน 1 แผ่น ประกอบด้วย

ก. ไฟล์บทความ นามสกุล .doc หรือ .docx

ข. ไฟล์ภาพประกอบ นามสกุล .jpg, jpeg หรือ RAW หรือ TIFF
ความละเอียด 300 Pixel / High Resolution ขนาดไฟล์ไม่ต่ำกว่า 500KB

4. การจัดส่ง

ส่งที่: กองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ

อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

โทรศัพท์ 0-5394-2921 โทรสาร 0-5321-2914

หรือ e-mail : lawcmu.research@hotmail.com

ส่งบทความออนไลน์ : www.law.cmu.ac.th/ojs/index.php/CMUJLSS

5. การพิจารณาบทความ

กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่พิจารณากลับกรองบทความและจะแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ส่งบทความทราบภายใน 1 เดือน นับตั้งแต่วันที่ได้รับบทความ ทั้งนี้ กองบรรณาธิการจะทำหน้าที่ประสานงานกับผู้ส่งบทความในทุกขั้นตอน

กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดรูปแบบของบทความให้เป็นระบบเดียวกันทุกบทความก่อนนำเสนอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) พิจารณา จากนั้น จึงส่งบทความที่ได้รับการพิจารณาในเบื้องต้นให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) จำนวน 2 ท่าน เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการตีพิมพ์เผยแพร่บทความ โดยใช้เวลาพิจารณาแต่ละบทความไม่เกิน 1 เดือน ผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวถือเป็นสิ้นสุด จากนั้น จึงส่งผลการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิให้ผู้ส่งบทความ หากมีการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ผู้ส่งบทความแก้ไขและนำส่งกองบรรณาธิการภายในระยะเวลา 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับการพิจารณา

กองบรรณาธิการนำบทความที่ผ่านการพิจารณาและแก้ไขแล้ว เข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และการตีพิมพ์ โดยใช้ระยะเวลาดำเนินการประมาณ 1-2 เดือน

ผู้ส่งบทความจะได้รับ “วารสารนิติสังคมศาสตร์” จำนวน 2 เล่มเป็นการตอบแทนภายใน 1 เดือนนับตั้งแต่วารสารนิติสังคมศาสตร์ได้รับการเผยแพร่ และผู้ส่งบทความจะได้รับคำตอบตามความเหมาะสม

6. การอ้างอิงเอกสาร

การอ้างอิงเอกสารในเนื้อเรื่องใช้ระบบเชิงอรรถของวารสารนิติสังคมศาสตร์ มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

การอ้างอิงแบบเชิงอรรถ (footnote citation) วิธีการอ้างอิงแบบนี้เป็นการอ้างอิงโดยแยกส่วนเนื้อหาจากการอ้างอิงออกจากกัน แต่อยู่ภายในหน้าเดียวกัน โดยให้การอ้างอิงอยู่ส่วนล่างของหน้ากระดาษ มีเส้นขีดคั่นขวางประมาณ 1/3 ของหน้ากระดาษ เนื้อหาส่วนที่ต้องการอ้างอิงให้ลงหมายเลขกำกับ เรียงลำดับตามลำดับการอ้างอิง

1) รูปแบบอ้างอิงแบบเชิงอรรถ

1.1 การอ้างอิงสำหรับเอกสาร สิ่งพิมพ์ หนังสือ ตำรา งานวิจัย

รูปแบบ ¹ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/สถานที่พิมพ์:/ สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์,/หน้า/เลขหน้า.

1.2 การอ้างอิงสำหรับบทความวารสารใช้รูปแบบเดียวกับบรรณานุกรม

รูปแบบ ¹ผู้แต่ง,/“ชื่อบทความ”,/ชื่อวารสาร,/ปีที่ (ฉบับที่)/ :/หน้า;/วาระที่ออก.

1.3 การอ้างอิงสำหรับบทความหนังสือพิมพ์

รูปแบบ ¹ผู้แต่ง,/ “ชื่อบทความ”/ชื่อหนังสือพิมพ์,/วันที่ เดือน ปีที่ออก./หน้าที่.

1.4 การอ้างอิงแบบเชิงอรรถจากการสัมภาษณ์

รูปแบบ ¹ ชื่อ นามสกุลผู้ที่ให้สัมภาษณ์,/ตำแหน่ง (ถ้ามี),/วันที่สัมภาษณ์.

2 ข้อกำหนดการอ้างอิงซ้ำ

การอ้างอิงแบบเชิงอรรถนี้มีรูปแบบสำหรับการอ้างอิงซ้ำในกรณีที่เคยอ้างมาแล้ว และเรียบเรียงไว้ในหน้าเดียวกัน มี 2 วิธี ดังนี้

วิธีที่ 1 เรื่องเดียวกัน = Ibid. (มาจากคำเต็มภาษาละตินว่า Ibidem) ใช้ในกรณีอ้างอิงซ้ำติดกัน ไม่มีเชิงอรรถอื่นคั่น

วิธีที่ 2 “ชื่อผู้แต่ง, ชื่อหนังสือ, เลขหน้า” ใช้ในกรณีที่อ้างอิงซ้ำไม่ติดกัน โดยมีเชิงอรรถอื่นคั่น และไม่ได้อ้างหน้าเดิม

7. การเขียนบรรณานุกรม

เอกสารอ้างอิงทุกเรื่องที่ปรากฏในรายการอ้างอิงให้นำมาเขียนเป็นบรรณานุกรมทุกรายการ มีหลักเกณฑ์ดังนี้

- 1) จัดทำรายการสิ่งพิมพ์ภาษาไทยก่อน ตามด้วยรายการสิ่งพิมพ์ภาษาต่างประเทศ
- 2) การอ้างอิงที่เป็นตัวเลขใช้เลขอารบิกทุกกรณี
- 3) เรียงลำดับตามตัวอักษรของผู้แต่ง

ก. เขียนชื่อทุกคนที่ร่วมเขียนเอกสารภาษาไทย ให้เขียนชื่อ ทุกคนเรียงกันไป คั่นด้วยจุลภาค (,)

ข. คนสุดท้ายให้เชื่อมด้วย “และ” เช่น วัลลภ สันติประชา, ขวัญจิตร สันติประชา, และชูศักดิ์ ณรงค์เดช.

ค. เอกสารที่มีผู้เขียนชุดเดียวกัน ให้เรียงลำดับตามปี จากปีที่พิมพ์ก่อน-ปีที่พิมพ์หลังต่อๆ มา แต่หากเป็นปีเดียวกันให้ใส่ ก ข ค กำกับไว้ที่พุทธศักราช หรือ A B C กำกับไว้ที่คริสต์ศักราชโดยเรียง ตามลำดับของเล่มที่พิมพ์ก่อน-หลังและตามลำดับตัวอักษรของชื่อเรื่องสำหรับชื่อเรื่องให้ใช้ตัวเอน

ง. ชื่อผู้แต่งในรายการคัดจากรายการแรกให้แทนชื่อผู้เขียนด้วยการขีดเส้นใต้ จำนวน 16 เคาะ (8 ตัวอักษร) ตามด้วยจุด (.)

จ. บรรณานุกรมที่มีความยาวเกิน 1 บรรทัด ในการพิมพ์/เขียนบรรทัดที่ 2 ให้เยื้องเข้าประมาณ 1/2 นิ้ว

4) ชื่อเรื่องหนังสือ ชื่อบทความ ชื่อวารสารภาษาต่างประเทศให้ขึ้นต้นด้วยอักษรตัวพิมพ์ใหญ่ทุกคำ ยกเว้นคำบุพบทและสันธาน

5) หากไม่ปรากฏเมืองที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ ให้ใช้คำว่า ม.ป.ท. หรือ n.p. หากไม่ปรากฏปีที่พิมพ์ให้ใช้คำว่า ม.ป.ป. หรือ N.d.

6) ในกรณีไม่มีชื่อผู้แต่ง ผู้รวบรวม ผู้แปล หรือบรรณาธิการ ให้ลงรายการชื่อเรื่องแทน

7) ลำดับการเขียนและเครื่องหมายวรรคตอนให้ใช้ดังนี้

หนังสือ

(1) ผู้แต่ง 1 คน

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

(2) ผู้แต่ง 2 คน

ไทย ชื่อ//สกุล/และ/ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่พิมพ์:/
/////สำนักพิมพ์.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ./&/สกุล,ชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อเรื่อง/(พิมพ์ครั้งที่)/สถานที่/
/////พิมพ์:/สำนักพิมพ์.

****ถ้าผู้แต่งมากกว่า 3 คน ให้มีเพียงชื่อผู้แต่งคนแรก เว้นวรรค แล้วตามด้วย “และอื่นๆ” หรือ et al****

บทความบรรณาธิการ

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ/ใน/ชื่อ//สกุลบรรณาธิการ/ (บ.ก.)/ชื่อหนังสือ/
///// (เลขหน้า)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ/In/สกุล,ชื่อ/(Ed. หรือ Eds.)/
/////ชื่อหนังสือ/(เลขหน้า)/สถานที่พิมพ์/สำนักพิมพ์.

วารสาร

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ/ชื่อวารสาร/เลขของปีที่(เลขของฉบับที่)/เลขหน้า.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปีพิมพ์)/ชื่อบทความ/ชื่อวารสาร/เลขของปีที่(เลขของฉบับที่)/
/////เลขหน้า.

หนังสือพิมพ์

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปี/วัน/เดือน)/ชื่อคอลัมน์/ชื่อหนังสือพิมพ์/เลขหน้า.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ/(ปี/เดือน/วัน)/ชื่อคอลัมน์/ชื่อหนังสือพิมพ์/เลขหน้า.

วิทยานิพนธ์

ไทย ชื่อ//สกุล/(ปีที่เผยแพร่)/ชื่อวิทยานิพนธ์/ระดับปริญญา/ชื่อสาขาวิชาหรือ
/////ภาควิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย.

อังกฤษ สกุล,อักษรย่อชื่อ./ชื่อวิทยานิพนธ์/(ระดับปริญญา)/ชื่อสาขาวิชาหรือภาควิชา/
/////คณะ/มหาวิทยาลัย.

เว็บไซต์

ไทย ชื่อ//สกุลผู้เขียน./(ปีที่เผยแพร่)./ชื่อบทความ./สืบค้นวันที่/xx/เดือน/ปี./จาก/URL
อังกฤษ สกุล./อักษรย่อชื่อผู้เขียน./(ปีที่เผยแพร่)./ชื่อบทความ./Retrieved/เดือน/วัน/ปี,
/////////from/URL

การสัมภาษณ์

ไทย ชื่อ//สกุล./(ปี./วัน/เดือน)./สัมภาษณ์โดยชื่อ/สกุล./ตำแหน่ง (ถ้ามี)./สถานที่.
อังกฤษ สกุล./อักษรย่อชื่อ./(ปี./วัน/เดือน)./Interviewed by/อักษรย่อชื่อ/สกุล/
/////////[วิธีการบันทึก]./ตำแหน่งของผู้ถูกสัมภาษณ์./เมือง

