

“ตุลาการภิวัตน์” ในฐานะปรากฏการณ์สากลนิยม : กับข้อถกเถียงทางทฤษฎีว่าด้วยการเคลื่อนตัวเข้าสู่พรมแดนการใช้อำนาจเชิงรุกในทางการเมือง¹

“Judicialization of Politics” as an International Phenomenon: A Theoretical Controversy on Movement into the Border for the Use of Proactive Power in Politics

จาทรงค์ สุทาวัน² และวีระ หวังสัจจะโชค³

Jaturong Suthawan and Weera Wongsajachck

Received: April 18, 2024

Revised: June 05, 2024

Accepted: June 16, 2024

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มุ่งวิเคราะห์ข้อถกเถียงว่าด้วยแนวคิด “ตุลาการภิวัตน์” กับการขยายอำนาจของฝ่ายตุลาการเข้าสู่พรมแดนทางการเมืองในบริบทสากล ทั้งนี้แนวคิดดังกล่าวเริ่มมีบทบาทเชิงรุกมากขึ้นจากการเข้าไปมีอำนาจตรวจสอบ ทบทวนข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “Judicial Review” และก่อให้เกิดคำวินิจฉัยในทางก้าวหน้าที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐ ขยายสิทธิของประชาชน ซึ่งถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลาย โดยในยุโรปนิยมเรียกกระบวนการนี้ว่า “Judicialization Of Politics” และในอเมริกาเรียกว่า “Judicial Activist” หากแต่ปรากฏการณ์ดังกล่าวมีการนิยามในความหมายที่ซับซ้อนมากขึ้น ด้วยการนำไปใช้ในบริบทการเมืองอันหลากหลาย ดังจะเห็นว่าในบริบทประเทศประชาธิปไตยใหม่ การใช้อำนาจเชิงรุกของฝ่ายตุลาการกลับถูกตั้งคำถามว่าเป็นการตีความกฎหมายในเชิงลบ เช่น คำพิพากษายอมรับการรัฐประหาร การยุบพรรคการเมือง หรือการ

¹ บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของดัชนีพนธ์เรื่อง “ปรากฏการณ์นิติราษฎร์ ขบวนการทางอุดมการณ์กับผลสะท้อนทางการเมืองจากการโต้กลับระบอบตุลาการภิวัตน์หลังปี 2549

²⁻³ มหาวิทยาลัยนเรศวร; Naresuan University

Corresponding author, e-mail: Jaturong.23032529@gmail.com

ถูกวิพากษ์ว่า ตุลาการวิวัฒน์ในหลายกรณีได้กลายเป็นหนึ่งในเครื่องมือของฝ่ายผู้ครองอำนาจทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ตุลาการวิวัฒน์ควรต้องถูกทำความเข้าใจด้านจุดมุ่งหมายอย่างสำคัญว่า กรณีใดเป็นไปในเชิงบวกอันต้องสอดคล้องกับการใช้อำนาจในเชิงตรวจสอบ ถ่วงดุลหลักการความเป็นประชาธิปไตย หรือในเชิงลบที่เป็นการสร้างความร่วมมือกับกลุ่มพลังอื่นๆ เพื่อแทรกแซงการเมือง โดยคำพิพากษา จนส่งผลต่อวิกฤตศรัทธาในทางตุลาการในหลายประเทศ

คำสำคัญ: ตุลาการวิวัฒน์, การใช้อำนาจเชิงรุก, การตรวจสอบทบทวนข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

Abstract

This academic article aimed to analyze the *controversy* on the concept of “Judicialization of Politics” and the expansion of the judiciary’s power into political boundaries in the international context. This concept has become more proactive by having the power to examine and review constitutional disputes, called “Judicial Review,” and has led to progressive decisions that limited state power and expanded people’s rights, which have been widely used. In Europe, this process was popularly called “Judicialization of Politics,” and in America, it was called “Judicial Activist. However, such phenomenon had a more complex definition by application in various political contexts. As you can see, in the context of new democracy, the proactive use of power of the judiciary has been questioned as a negative interpretation of the law, such as the verdict accepting the coup, the dissolution of political parties, or the criticism that judicialization of politics in many cases has become a tool of the political power holders. Therefore, judicialization of politics should be understood in terms of its important purpose, which was whether it was positive, which must be consistent with the use of power to check and balance the democratic principles, or in negative aspect, it was creating cooperation with other power groups to interfere in politics through the verdict, resulting in a crisis of faith in the judiciary in many countries.

Keywords: Judicialization of Politics, Proactive use of Power, Review of Constitutional Disputes

บทนำ

บทความนี้มุ่งนำเสนอพลวัตของการขยายอำนาจของฝ่ายตุลาการเข้าสู่พรมแดนการใช้ อำนาจเชิงรุกทางการเมืองในบริบทสากล ซึ่งเกิดขึ้นจากความตั้งใจในการสร้างบทวิเคราะห์ให้เห็น ว่าสถานะทางการเมืองของฝ่ายตุลาการมีความผันแปรไปจากอดีต ถูกทำความเข้าใจร่วมกันว่าเป็น ปรากฏการณ์สากลนิยม ในขณะที่การสร้างความรู้ในสังคมไทยอันเกี่ยวข้องกับสถาบันตุลาการ ยังคงคุ้นเคยที่ว่า “ศาลเป็นองค์กรแบบเชิงรับ (Passive)” “หากไม่มีผู้ฟ้องศาลจึงไม่สามารถใช้ อำนาจได้” ความคุ้นชินดังกล่าวนี้ แสดงถึงความไม่เท่าทันต่อความเปลี่ยนแปลงองค์ความรู้ในทาง ตุลาการศึกษ (Judicial Studies) ซึ่งมีทิศทางในการเลื่อนไหลและเปลี่ยนแปลงไปตามพลวัตของ สังคม ดังจะเห็นว่าในระยะหลังมีการตั้งคำถามมากมายต่อการวินิจฉัยคดีทางการเมืองในหลายกรณี เป็นที่น่าสังเกตว่าตำแหน่งแห่งที่ทางการเมืองของฝ่ายตุลาการได้ขยายพรมแดนออกไปจนกลายเป็น องค์กรที่มีลักษณะเชิงรุก (Active) มากขึ้น จนก่อเกิดปฏิสัมพันธ์กับสถาบันทางการเมืองอื่น ๆ โดยมีผลทั้งในเชิงบวกที่เป็นการสร้างคุณประโยชน์แก่พลเมือง และที่กลายเป็นผลเชิงลบที่สร้าง คุณประโยชน์เช่นกัน เพียงแต่เป็นส่วนลบยึดโยงกับกลุ่มคนเพียงส่วนน้อยในสังคม (สมชาย ปรีชา ศิลปกุล, 2560)

ทั้งนี้ การขยายพรมแดนอำนาจของฝ่ายตุลาการเข้าสู่พื้นที่ทางการเมือง มีหลายกระแส ความคิดที่ให้ความเห็นแตกต่างกันไป โดยบริบทของประเทศประชาธิปไตยแบบมั่นคง (Established Democracies) นั้น ประเด็นศึกษาเหล่านี้ล้วนถูกคลี่คลายและสามารถก้าวข้ามความ ขัดแย้งได้ในระดับที่น่าพอใจ จากการเคยผ่านประสบการณ์ในเชิงลบของฝ่ายตุลาการมาแล้วในอดีต แม้ว่าการนำหลักคิดดังกล่าวมาใช้ในบริบทการเมืองไทยในรอบ 2 ทศวรรษที่ผ่านมา จะมีทั้งฝ่ายที่ สนับสนุนและฝ่ายที่ทวนกระแส ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่า “การเคลื่อนย้ายตำแหน่งแห่งที่ของฝ่ายตุลาการ เข้าสู่พรมแดนทางการเมือง” ที่ฝ่ายสนับสนุนเรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์” นั้น เป็นการสร้างนิยาม อันมีจุดมุ่งหมายทางการเมือง และเกิดกระแสโต้กลับจากฝ่ายวิพากษ์ว่า เป็นการนำหลักการในทาง สากลมาใช้อย่างผิดฝาผิดตัว เพราะจะเห็นว่าการกระทำที่เกิดขึ้นส่งผลในทางลบมากกว่าทางบวก ประจักษ์ด้วยงานศึกษาในวงวิชาการที่เริ่มแพร่หลายมากขึ้น พ่วงกับกระแสอาการตื่นรู้ของผู้คนใน สังคม (จาตุรงค์ สุทวาทัน, 2566)

การวิเคราะห์จึงเน้นในเรื่องของการปรับความเข้าใจร่วมกันในแง่มุมมองของบทบาทของ ฝ่ายตุลาการที่ค่อย ๆ ขยับเข้าสู่การพรมแดนการเมือง เริ่มจากการที่ฝ่ายตุลาการที่ใช้อำนาจ ตรวจสอบความขัดแย้งของรัฐธรรมนูญในอเมริกาซึ่งเรียกว่า “Judicial Review” และการรุกคืบใน ระยะต่อมาซึ่งส่งผลทั้งในเชิงบวกและเชิงลบ โดยในอเมริกานิยมเรียกว่า “Judicial Activism” และ

ในยุโรปนิยมเรียกว่า “Judicialization of Politic” โดยพลวัตขององค์ความรู้ในทางสากลนั้น อาจทำให้เกิดข้อเปรียบเทียบต่อแนวคิดตุลาการภิวัตน์ในสังคมไทย และทำให้ความรู้ที่ยังคงไม่เป็นที่ยุตินี้ ได้รับการขยายมุมมองมากขึ้น

การรুকศิรยะที่ 1 กับกระแสความเปลี่ยนแปลงด้านบทบาทของฝ่ายตุลาการในตำแหน่งแห่งที่ทางการเมือง

ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ความเปลี่ยนแปลงด้านสถานะและบทบาทของฝ่ายตุลาการในหลายประเทศ ได้แผ่ขยายเข้าสู่พรมแดนการตัดสินใจทางการเมืองผ่านรูปแบบการวินิจฉัยข้อพิพาทในประเด็นต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก เช่น ความขัดแย้งทางการเมือง ปัญหานโยบายสาธารณะ เสรีภาพทางศาสนา เป็นต้น (สมชาย ปรีชาศิลปกุล, 2560) พร้อมกันนั้น ในวงวิชาการได้สังเกตเห็นความมีอิทธิพลแบบก้าวกระโดดของสถาบันตุลาการ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญและศาลสูงสุด ที่กลายเป็นผู้ยึดครองอำนาจทางการเมืองอย่างกว้างขวาง จนเป็นที่มาของการเรียกขานปรากฏการณ์แบบสากลนิยมนั้นว่า “ตุลาการภิวัตน์” (ภุริ พวงศ์เจริญ, 2558) ทั้งยังสร้างแรงกระเพื่อมในงานศึกษาของนักรัฐศาสตร์ให้หันมาสนใจบทบาทของสถาบันตุลาการอย่างสำคัญ ซึ่งแต่เดิมในช่วงปี พ.ศ. 2524-2534 ที่ไม่ปรากฏงานศึกษาเกี่ยวกับสถาบันดังกล่าวเลย (Sweet, S. A., 1999)

ความเฟื่องฟูในประเด็นศึกษาในข้างต้น ถือเป็นความพยายามในการลบล้างมายาคติแบบดั้งเดิมของฝ่ายตุลาการ ทั้งในด้านโครงสร้างองค์กร พฤติกรรมของปัจเจกบุคคล ตลอดจนบทบาทตำแหน่งแห่งที่ทางการเมืองที่แปรเปลี่ยนไปจากความรู้เดิม แม้จะเป็นที่เข้าใจตรงกันว่าฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่งานศึกษาในบริบทเก่ามักมุ่งเป้าศึกษาไปที่ 2 ฝ่ายแรก เพราะถูกมองว่าเป็นอำนาจในเชิงรุก (Active) และมีความอันตรายกว่าสถาบันอื่น ๆ โดยฝ่ายรัฐสภาสามารถบัญญัติหรือยกเลิกกฎหมายใดก็ได้ หรือแม้แต่มีอำนาจคุกคามเสรีภาพของประชาชน ในขณะที่ฝ่ายตุลาการกลับถูกจัดวางไว้เป็นองค์กรเชิงรับ (Passive) และมีบทบาทเพียงแค่การวินิจฉัยไปตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น” (ภุริ พวงศ์เจริญ, 2558)

นอกจากความเข้าใจต่อบทบาทของฝ่ายตุลาการว่าเป็นอำนาจในเชิงรับแล้ว การมองข้ามความสำคัญต่ออำนาจตุลาการ ส่วนหนึ่งมาจากบทบาทที่ราบเรียบของบุคลากรด้านกฎหมาย โดยในระยณะนั้นคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาเป็นเพียงการทำหน้าที่ในการนำกฎหมายที่ถูกต้องมาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเท่านั้น และหากไม่มีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้น อำนาจในเชิงรุก

ของฝ่ายตุลาการก็เสมือนถูกปิดตาย ด้วยเหตุนี้ ความเข้าใจที่ว่า “ผู้พิพากษาในรูปแบบดั้งเดิมเป็นเพียงผู้ทำหน้าที่ในการค้นหาคำประเด็นข้อพิพาทนั้นว่ามีกฎหมายใดเกี่ยวข้องและนำกฎหมายนั้นมาบังคับใช้ องค์กรความรู้เหล่านี้มีการเรียกว่า “นิติศาสตร์ในเชิงกลไก” (Mechanical Prudence) โดย Tom Ginsberg ได้ขยายความว่า ตามมุมมองของนิติศาสตร์ในเชิงกลไก เราสามารถคาดเดาผลการวินิจฉัยทางกฎหมายในคดีต่าง ๆ ได้บนฐานความเข้าใจว่า การตัดสินใจที่เกิดขึ้นมาจากบทบัญญัติทางกฎหมายตามตัวอักษร ปราศจากอคติส่วนตัวของผู้พิพากษา และสามารถยืนยันได้ว่าคำพิพากษาไม่ได้กระทำตามอำเภอใจหรือความเห็นส่วนตัว คำอธิบายเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงการจัดวางตำแหน่งแห่งที่ของฝ่ายตุลาการในฐานะองค์กรที่เอนเอียง (Ginsberg, T., 2003) จนมีการวิพากษ์ปนความเย้ยหยันว่า

“หากผู้พิพากษามีหน้าที่แค่เอากฎระเบียบที่ถูกจัดเตรียมไว้ มาบังคับใช้ผ่านตรรกะนิติศาสตร์ที่รัดกุม พวกเราคงจะออกแบบเครื่องคอมพิวเตอร์ “IBM” มาทำงานแทนผู้พิพากษาได้ในเร็ววัน” (Shapiro, M., 2002)

กลุ่มงานเชิงวิพากษ์ในข้างต้นถูกเรียกว่า “กลุ่มสัจนิยมอเมริกา” (American Legal Realism) โดยมีแนวคิดโต้แย้งหลักการความเป็นนิติศาสตร์เชิงกลไก และชี้ให้เห็นว่าข้อวินิจฉัยของฝ่ายศาลไม่ได้สร้างขึ้นจากตรรกะวิชาอันเคร่งครัดเท่านั้น แต่มีปัจจัยอื่น ๆ เข้าร่วมด้วย ข้อเสนอสำคัญจากนักคิดในสำนักนี้ มีการยืนยันถึงข้อจำกัดขององค์ความรู้ดั้งเดิม โดยสร้างแนวคิดที่ได้รับการยอมรับในเวลาต่อมาโดยเรียกว่า “ตัวแบบเชิงทัศนคติ” (Attitude Model) ที่อธิบายว่า ศาลได้รับอิทธิพลในทางจิตวิทยาในการถูกชักจูงให้สามารถเอนเอียงไปทางใดทางหนึ่ง โดยเราจะสังเกตได้ว่า ภายใต้บริบทคดีเดียวกัน ผู้พิพากษา 2 คนอาจมีแนวโน้มในการให้คำวินิจฉัยที่แตกต่างกัน (Zamboni, M. 2013) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “กลุ่มพวกเขาต่างหาทางตัดสินใจให้สอดคล้องกับความเชื่อของตนเอง ไม่ว่าโดยรู้ตัวและไม่รู้ตัว” (Helmke, G. 2002) อย่างไรก็ตาม แม้แนวคิดสัจนิยมแบบอเมริกาจะสร้างผลสะท้อนในแวดวงตุลาการในระดับสูง แต่ภายใต้ฐานคิดดังกล่าว ยังคงมีการจำกัดอาณาบริเวณทางการศึกษา โดยเน้นการทำความเข้าใจแต่เพียงว่า ผลจากคำวินิจฉัยเป็นไปอย่างไร รวมถึงอะไร คือ ปัจจัยต่อแนวคำวินิจฉัยนั้น ทว่ายังละเลยในส่วนของการศึกษาบทบาทของฝ่ายตุลาการในเชิงสถาบัน (Legal Institute Approach) ที่เป็นการศึกษาบทบาทของฝ่ายตุลาการในด้านอำนาจหน้าที่ และปฏิสัมพันธ์ของฝ่ายตุลาการที่มีต่อสถาบันทางการเมืองอื่น ๆ โดยเฉพาะในมิติความทับซ้อนในพรมแดนของสถาบันทางการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง (ฝ่ายนิติบัญญัติ, ฝ่ายบริหาร) (สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, 2560)

ในพื้นที่ความทับซ้อนในข้างต้นนี้ ได้กลายเป็นประเด็นท้าทายอย่างสำคัญ โดยเป็นผลมาจากการปฏิรูปการปกครองด้วยอิทธิพลจากแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ในหลายประเทศ จนเกิดการยอมรับอำนาจการตรวจสอบโดยตุลาการที่เรียกว่า (Judicial Review) ซึ่งให้ความชอบธรรมว่า หลักการเหล่านี้เป็นการปกป้องสิทธิ เสรีภาพของพลเมือง และกลุ่มคนชายขอบของสังคม (Subaltern Groups) รวมถึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการกระจายอำนาจทางการเมือง ซึ่งสัมพันธ์กับคุณค่าความเป็นเสรีนิยม ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็น “ภูมิปัญญาของรัฐธรรมนูญแบบร่วมสมัย” (Conventional Wisdom of Contemporary Constitutional Thought) (Hirchls, R., 2004)

การรื้อทศวรรษที่ 2 กับการเข้าสู่พรมแดนทางการเมืองของฝ่ายตุลาการในฐานะผู้ตรวจสอบความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ (Judicial Review)

กระแสความตื่นตัวจากอิทธิพลจากแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) และการปฏิวัติด้านสิทธิพลเมืองที่แผ่ขยาย ทำให้ประเทศต่าง ๆ หันมาสนใจกับการใช้อำนาจตุลาการเพื่อตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เมื่อพิจารณาไปที่การตรวจสอบสถาบันดังกล่าวในแต่ละประเทศ จะพบได้ว่าการแบ่งเป็น 2 รูปแบบ คือ 1) การกระจายอำนาจให้ศาลทุกศาลมีอำนาจตรวจสอบ และ 2) การใช้อำนาจศาลเดียวตรวจสอบ

รูปแบบที่หนึ่ง มีการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในบริบทการเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เรียกอย่างไม่เป็นทางการว่า “รูปแบบอเมริกัน” (America Model) โดยในงานสำคัญของวิเชียร ตันศิริคงคล ได้เสนอว่า การตรวจสอบความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) ในอเมริกา เกิดขึ้นจากบริบทในการเป็นรัฐรวม (Federal State) ส่งผลให้เจตนารมณ์ของผู้ร่าง ต้องบัญญัติให้มีหลักการ “Judicial Review” ไว้ใช้ในกรณีที่ฝ่ายรัฐสภาในระดับชาติ (Federal Law) และฝ่ายมลรัฐ (State Law) ซึ่งมีการออกกฎหมายที่ขัดแย้งกัน จึงเห็นควรว่าต้องมีศาลไว้เป็นองค์กรกลางไว้ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาท (วิเชียร ตันศิริคงคล, 2548)

ปิยบุตร แสงกนกกุล (2560) ได้นำเสนอว่า การทำความเข้าใจถึงรากฐานของ “Judicial Review” อาจต้องย้อนไปถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 17 ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นยุคสมัยที่กฎหมายจารีตประเพณีหรือ Common Law มีคุณค่าสูงกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร Civil Law โดยแสดงให้เห็นเด่นชัดในคดี “Thomas Bonham V. College of Physician” เมื่อปี 1690 มีข้อเท็จจริงว่า “แพทยสภาแห่งลอนดอนได้ลงโทษปรับโรนัลด์ บอนแฮม (Thomas Bonham) เพราะเปิดสถานพยาบาลโดยขัดต่อข้อกำหนดของแพทยสภา โดยคำปรับในคดีครั้งหนึ่งต้องตกเป็นของแพทย

สภา ในขณะที่ผู้พิพากษา เซอร์ เอ็ดเวิร์ด ค็อก (Sir Edword Coke) เห็นว่า ข้อกำหนดของแพทยสภากำหนดให้คำปรับครั้งหนึ่งที่เกิดเป็นของฝ่ายตนเองนั้น ขัดต่อหลักการของกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่ว่า บุคคลหรือองค์กรใดจะตัดสินข้อพิพาทที่ตนเองมีส่วนได้ส่วนเสียมิได้ เพราะผลจากคดีทำให้แพทยสภาได้ประโยชน์จากคำปรับ” ด้วยเหตุนี้ข้อกำหนดดังกล่าวจึงไม่มีผลบังคับใช้ และด้วยอิทธิพลของคดีในลักษณะเดียวกัน สหรัฐอเมริกาก็กลายเป็นประเทศแรกที่มีระบบตรวจสอบรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) ขึ้นมา โดยผู้เขียนถือว่าเป็นจุดเริ่มในการเคลื่อนตัวของฝ่ายตุลาการเพื่อเข้าสู่พรมแดนทางการเมือง ทำให้หลักการปกครองด้วยกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรม

รูปแบบที่สอง ระบบตรวจสอบความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจเพียงศาลเดียวในการตรวจสอบ และถูกเรียกว่า “รูปแบบยุโรป” (European Model) จากแนวคิดของนักกฎหมายอย่าง “ฮันส์ เคลเซน” (Hans Kelsen) ที่ไม่เห็นด้วยกับรูปแบบ American Model เพราะมีข้อเสียหลายประการ เช่น ศาลแต่ละศาล อาจมีคำพิพากษาที่แตกต่างกัน ส่งผลต่อความเชื่อมั่นในด้านกฎหมาย และการให้อำนาจศาลแบบอเมริกันจะเปิดโอกาสให้ทุกองคาพยพในทางตุลาการอยากเข้ามามีส่วนในการตัดสินทางการเมืองเพื่อแสวงหาประโยชน์ เคลเซน จึงเสนอว่า ควรจัดตั้งศาลเฉพาะคือ “ศาลรัฐธรรมนูญ” เพื่อดูแลตรวจสอบในประเด็นความขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญอย่างเป็นเอกเทศ (Kelsen, H., 1991)

อย่างไรก็ดี ระบบตรวจสอบความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญทั้ง 2 รูปแบบ ต้องประสบกับแรงต้านในทางลบเช่นเดียวกัน ความพยายามในการอุดช่องโหว่ของรูปแบบอเมริกาด้วยการไม่ให้ศาลทุกศาลเข้ามามีอำนาจตัดสินทางการเมือง แต่ท้ายสุดแล้วการสร้างศาลเฉพาะแบบยุโรป ก็ยังคงรูปความเป็นศาลที่มีฝ่ายตุลาการ ถือครองสิทธิในการชี้ขาดความขัดแย้งทางการเมืองอยู่เช่นเดิม การมีศาลเดียวที่มีอำนาจชี้ขาดข้อขัดแย้งในรัฐธรรมนูญ กลายเป็นว่าทุกฝ่ายทางการเมืองต่างอยากเข้าครอบงำศาลรัฐธรรมนูญ และกลายเป็นวิกฤตทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในหลายประเทศ

ตัวอย่างในบริบทการเมืองฝรั่งเศส มิงงานวิจัยชิ้นสำคัญของ Alex Stone Sweet สรุปว่า คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคือองค์กรที่มีอิทธิพลเพิ่มมากขึ้นในแบบที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1977 โดยเฉพาะปี 1986 ศาลรัฐธรรมนูญมีการปิดตกข้อเสนอนโยบายสาธารณะของฝ่ายบริหารถึง 16 ฉบับ มีค่าเฉลี่ยแสดงให้เห็นว่า กฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายบริหาร 1 ใน 3 ฉบับมักถูกยับยั้งโดยศาลรัฐธรรมนูญ (Sweet, S. A., 1999) บทบาทในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นที่สนใจของนักรัฐศาสตร์มากขึ้น โดยที่กระบวนการดังกล่าวนี้เริ่มคืบคลานและแผ่ขยายบทบาทให้เห็นในอีกหลายสิบประเทศทั่วโลก (Hirschl, R. 2008) ซึ่งเป็นข้อยืนยันว่า การใช้อำนาจตุลาการตรวจสอบ

รัฐธรรมนูญทั้งรูปแบบยุโรปและอเมริกाल้วนมีข้อจำกัด แต่ด้วยบริบทและสภาพทางการเมืองโลกในขณะนั้น ไม่ว่าจะเป็นการขยายตัวของแนวคิดสิทธิมนุษยชนหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ความเลวร้ายจากการอยู่ใต้ระบอบฟาสซิสต์ที่มาจากการเลือกตั้ง (Democratically Elected Fascism Regime) ในประเทศฝั่งยุโรป ข้อกล่าวหาความอยุติธรรมในการดำเนินคดีทางการเมือง ส่งผลให้แนวคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญมีความจำเป็น (Ackerman, B., 1991) นั่นจึงพอสรุปได้ว่า รูปแบบ European Model สามารถสร้างอิทธิพลได้มากกว่ารูปแบบ American Model และกลายเป็นรูปแบบที่แพร่หลายไปทั่วโลกจนถึงปัจจุบัน

การรุกคืบระยะที่ 3 กับการใช้อำนาจเชิงรุกเข้าสู่การตัดสินใจในประเด็นทางการเมือง (Judicial Activism / Judicialization of Politics)

แนวคิดการใช้อำนาจเชิงรุกทั้ง 2 รูปแบบมีบทบาทเพิ่มขึ้นก็จริง ทั้งยังมีผลอย่างสำคัญต่อการขยายสิทธิของพลเมืองหลายประเทศ คำพิพากษาของศาลถูกมองว่าเป็นการใช้อำนาจเชิงรุกในทางบวก และมีการเรียกอย่างไม่เคร่งครัดว่า “Judicial Activism” อันทำให้ฝ่ายตุลาการได้รับความเชื่อมั่นมากขึ้น และเป็นกระบวนการในช่องทางพิเศษที่ให้พื้นที่ของพลเมืองเสียงข้างน้อยในสังคม สามารถใช้ต่อรองในประเด็นสาธารณะกับฝ่ายเสียงข้างมาก (สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, 2560) บทบาทในเชิงบวกเหล่านี้จึงมีความหมายอีกนัยหนึ่งว่า เป็นกระบวนการทางตุลาการแบบก้าวหน้า (Judicial Methodology Progress) ที่เป็นคุณต่อระบอบประชาธิปไตย แสดงถึงการตีความกฎหมายอย่างก้าวหน้า ซึ่งคือการจำกัดอำนาจรัฐ และขยายสิทธิของประชาชน ดังกรณีตัวอย่างต่อไปนี้

ในคดี Plessy v. Ferguson ในการตีความของศาลสูงอเมริกาในบทบัญญัติที่ว่าด้วย “การคุ้มครองความเสมอภาคตามกฎหมาย” ในข้อเท็จจริงที่ว่า ในยุคแห่งการแบ่งแยกสีผิว หน่วยงานการรถไฟมีการจัดเส้นทางเดินรถโดยมีการแยกเป็นโบกี้คนดำ และโบกี้คนขาว ห้ามปะปนกัน หมายความว่า คนขาวห้ามนั่งกับคนดำ คนดำห้ามนั่งกับคนขาว ต่อมา มีการฟ้องร้องกันว่า ลักษณะดังกล่าวขัดกับหลักความเสมอภาค เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ศาลฎีกายืนยันว่าทำได้ ไม่มีปัญหา ต่อมาอีก 60 ปี เกิดกรณีคล้ายกันเกิดขึ้น แต่เป็นการแยกระหว่างโรงเรียนคนผิวดำ โรงเรียนคนผิวขาว ในคดี Brown v. Board of Education โดยลินดา บราวน์ สมัครเข้าเรียนในโรงเรียนประถมข้างบ้าน แต่โรงเรียนไม่ให้เข้าเรียน เธอจึงฟ้องศาลเพื่อให้โรงเรียนยกเลิกนโยบายแบ่งแยกสีผิว ในคดีนี้ศาลได้ตีความใหม่จากคดี Plessy v. Ferguson โดยให้เหตุผลว่า เราไม่อาจย้อนเวลากลับไปในปี 1868 เมื่อพิจารณาข้อต่อสู้ของลินดา บราวน์ แล้วเห็นว่า โอกาสทางการศึกษาที่จัดขึ้น

โดยรัฐ ถือเป็นสิทธิ์ที่ทุกคนต้องได้รับอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน ดังนั้นการแบ่งแยกสีผิวในโรงเรียนจึงขัดต่อหลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555)

การตีความลักษณะนี้ถูกแปลในงานวิชาการไทยว่า “ตุลาการภิวัตน์” และท่ามกลางการแผ่ขยายของปรากฏการณ์ “Judicial Activism” คำดังกล่าวจึงถูกเข้าใจว่าแบบเหมารวมว่าเป็นการกระทำในเชิงบวก แต่แล้วจึงถูกค้นพบว่าปรากฏการณ์ดังกล่าวมีอาจเข้าใจได้ในแง่มุมเดียว โดยเฉพาะ Ran Hirschl ที่ได้เสนอความรับรู้แบบใหม่ในวงวิชาการว่า การที่ศาลล้ำพรมแดนการเมืองในกลุ่มประเทศแถบยุโรปนั้นคือกระบวนการ “Judicialization of Politics” โดยเขาได้นิยามกระบวนการเหล่านี้ไว้ 3 ความหมายคือ 1) การสร้างวาทกรรมทางกฎหมาย (Jargon) เพื่อให้สามารถใช้ภาษาเฉพาะทางกฎหมายเข้าไปตีความในข้อถกเถียงเชิงนโยบายได้ 2) การแผ่ขยายอำนาจของผู้พิพากษาเพื่อไปมีส่วนในการตัดสินใจพิพาทในฝ่ายการเมือง และ 3) การทำให้กลายประเด็นทางการเมืองในนโยบายขนาดใหญ่ที่เรียกว่า “Mega Politics” (Hirschl, R., 2006) ด้วยลักษณะที่สามนี้ ทำให้จากเดิมศาลแค่มีส่วนในการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติ หรือเข้าไปตีความเพื่อขยายสิทธิพลเมือง ซึ่งได้พยายามรุกคืบเข้าไปมีส่วนแทรกแซงการตัดสินใจในนโยบายขนาดใหญ่ เช่น ความมั่นคงของรัฐ การเลือกตั้ง เป็นต้น

นอกจากนี้ การตีความว่าฝ่ายตุลาการเข้ามาในพรมแดนทางการเมืองนั้น มีลักษณะไปในทางก้าวหน้าหรือเป็นไปเพื่อการแทรกแซงฝ่ายการเมือง ยังคงมีอาจสรุปได้ชัดเจน ความคลี่คลายในเบื้องต้น เกิดขึ้นจากงานศึกษาของ Ran Hirschl ที่ทำการวิเคราะห์ตรวจสอบรัฐธรรมนูญใน 4 ประเทศ (อิสราเอล แคนาดา นิวซีแลนด์ และแอฟริกาใต้) โดยมีข้อค้นพบว่า แม้จะมีพัฒนาการด้านรัฐธรรมนูญในด้านการขยายอำนาจของพลเมือง แต่การที่ฝ่ายศาลขยับเข้าไปในแดนการเมืองมากขึ้น ถือเป็นความเชื่อมั่นต่อฝ่ายศาลมากเกินไป โดยละเลยการตระหนักในมุมกลับว่า กระบวนการเหล่านี้ได้อาจกลายเป็นยุทธวิธีแบบใหม่ของชนชั้นนำ ในการใช้ฝ่ายตุลาการเป็นเกราะป้องกันและการอ้างอำนาจนำทางการเมือง (Political Hegemony) (Hirschl, R., 2006)

อนึ่ง ยุทธวิธีการอ้างอำนาจนำทางการเมือง (Hegemonic Preservation) ที่นำเสนอคือการเกาะกลุ่มของชนชั้นนำ 3 ฝ่าย (ฝ่ายการเมือง, ฝ่ายเศรษฐกิจ, ฝ่ายตุลาการ) ที่กลายเป็นข้อถกเถียงประเด็นใหม่ แสดงถึงความผันแปรของฝ่ายตุลาการในโลกแห่งความเป็นจริง การเข้ามาในแดนทางการเมืองของฝ่ายศาล เริ่มถูกมองในเชิงลบว่าเป็นการเกาะกลุ่มเพื่อผลประโยชน์ร่วมแทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงการกีดกันพลังจากฝ่ายเสียงข้างมาก เห็นได้ชัดจากกรณีศึกษาในกลุ่มประเทศประชาธิปไตยใหม่ (New Democracies) แม้จะมีการวิเคราะห์ในภาพกว้างว่า ชนชั้นนำปกครองที่มาจากการยึดอำนาจ (ชนชั้นนำฝ่ายการเมือง) จะไม่ได้แสดงถึงการเข้าไปปรับเปลี่ยน

โครงสร้างของฝ่ายตุลาการอย่างชัดเจน แต่ในความเป็นจริงความสัมพันธ์จากการเกาะกลุ่ม 3 ฝ่าย เป็นไปใน 2 ลักษณะคือ หนึ่งการสร้างความร่วมมือเพื่อดำรงอำนาจนำในสังคม (Hegemonic Preservation) สองการสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสียงข้างมาก (Party of Counter-Majoritarian) ซึ่งมีการอธิบายถึงความสำคัญดังต่อไปนี้

1. การสร้างความร่วมมือเพื่อดำรงอำนาจนำในสังคม (Hegemonic Preservation) คือ การเข้ามายังพรมแดนทางการเมืองบ่อยครั้งของฝ่ายตุลาการ เป็นวาระซ่อนเร้นเพื่อการรักษำอำนาจนำทางสังคม โดยมีตัวแสดงหลัก (Main Actor) ประกอบด้วย หนึ่งชนชั้นนำทางการเมืองที่ต้องการกำหนดนโยบายเพื่อออกห่างจากความเป็นประชาธิปไตย สองชนชั้นนำทางเศรษฐกิจที่นิยมในตลาดเสรีและไม่สมทวนในรัฐบาลประชาธิปไตย และสามชนชั้นนำตุลาการที่พยายามสถาปนาอำนาจความศักดิ์สิทธิ์ในเชิงสถาบัน ด้วยผลประโยชน์ร่วมจากการเกาะกลุ่มนี้ เมื่อถูกท้าทายจากกลุ่มผู้ต่อต้านฝ่ายตุลาการที่เป็นเครื่องมือหลักของชนชั้นนำอื่น ๆ เมื่อตกอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องวินิจฉัยความขัดแย้งต่อกลุ่มชายขอบอำนาจ (Subaltern Groups) มีแนวโน้มสูงที่ฝ่ายศาลจะใช้อำนาจเพื่อสอดรับกับวัฒนธรรม และอุดมการณ์ที่เกิดขึ้นจากการเกาะกลุ่มของผู้ครองอำนาจนำ 3 ฝ่ายในข้างต้น (จรัญ โฆษณานันท์, 2563) ความร่วมมือดังกล่าว แสดงให้เห็นในงานสำคัญของ Tom Ginsberg และ Tamir Mustafa โดยได้อธิบายถึงภารกิจของศาลในระบบเผด็จการทหารว่า ระบบเผด็จการจำเป็นต้องมีศาลเพื่อรับใช้ภารกิจทางการเมืองซึ่งมี 5 ประการ ได้แก่ ควบคุมสังคม, สร้างความชอบธรรมในระบบเผด็จการ, ควบคุมเจ้าหน้าที่ของรัฐและยึดโยงทางอุดมการณ์กับชนชั้นนำ, สร้างความเชื่อมั่นทางเศรษฐกิจ และรับผิดชอบชี้ขาดประเด็นที่เป็นข้อขัดแย้งของคนในสังคม (Ginsberg, T. & Moustafa, T., 2008)

2. การสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสียงข้างมาก (Party of Counter-Majoritarian) การเกาะกลุ่มของชนชั้นนำเพื่อสร้างระบบดังกล่าวเกิดขึ้นจากความแตกต่างของแต่ละประเทศในช่วงระยะเปลี่ยนผ่านจากระบอบที่ไม่เป็นประชาธิปไตยไปสู่ประเทศประชาธิปไตยที่มั่นคง ซึ่งแน่นอนว่ามีหลายประเทศที่ไม่ไปถึงเป้าหมาย เนื่องจากการสร้างระบอบมักถูกรบกวนจากปัจจัยต่าง ๆ โดยเฉพาะในช่วงการวางรากฐาน (Installation) กับระยะลงหลักปักฐาน (Consolidation) ในงานของกูรี ฟุงส์เจริญ (2558) ได้อธิบายว่า ชนชั้นนำที่กุมอำนาจมักล้มระบอบไปก่อน หากมีแนวโน้มว่าประชาธิปไตยที่สร้างขึ้นจะเป็นอันตรายต่อเสถียรภาพและผลประโยชน์ต่อฝ่ายตนเอง ดังนั้นวิธีการที่จะทำให้ชนชั้นนำไม่ต้องล้มระบอบ นั่นคือการจัดวางโครงสร้างอำนาจที่ตนเองได้เปรียบ เช่น การตั้งกีดกีดด้านรัฐธรรมนูญ การยับยั้งนโยบายของกลุ่มผู้ท้าทาย กำหนดเกณฑ์การ

ลงคะแนนเสียงแบบพิเศษ ทั้งหมดนี้คือการป้องกันมิให้ผลประโยชน์ถูกเอาไปชี้ขาดในการเลือกตั้ง หรือถูกประนีประนอมจากตัวแทนฝ่ายเสียงข้างมาก

หากพิจารณาถึงการสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสียงข้างมาก ในลักษณะของการเกาะกลุ่มของชนชั้นนำในตรรกะที่เป็นพื้นฐานด้วยแล้ว ข้อสำคัญที่ควรระมัดระวังในการวิเคราะห์หลักการดังกล่าวคือ มีกลุ่มงานสำคัญที่ทบทวนกรณีศึกษาในหลายประเทศ และได้นำเสนอว่า ตลอดสามถึงสี่ทศวรรษที่ผ่านมา มีหลายประเทศที่สามารถปลดแอกตนเองได้จากการระบอบเผด็จการ ซึ่งเป็นผลมาจากการสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสียงข้างมาก ในฐานะกลุ่มผู้ค้ำจุนประชาธิปไตยในระยะเปลี่ยนผ่าน และเมื่อลงหลักปักฐานแล้ว ระบอบประชาธิปไตยจะค่อยๆ ทำลายตัวสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสียงข้างมากลงไปเอง ดังเช่นในกรณี โปแลนด์ อูรักวัย โปรตุเกตุ ไนจีเรีย บราซิล สเปน โคลอมเบีย และอาเจนตินา (ดูเพิ่มใน Alberts, S., Warshaw, C. & Weingast, B. R., 2012) ทั้งนี้ แม้มิอาจมองข้ามความเป็นไปได้ตามข้อเสนอในงานของกูรี ฟุงส์ เจริญ (2558) ที่ยังมีข้อจำกัดด้านการออกแบบสถาบัน จุดอ่อนในเชิงหลักการ คุณภาพของตัวแสดง แต่ลักษณะการเกาะกลุ่มของชนชั้นนำเพื่อสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสียงข้างมากในข้อสรุปดังกล่าว กลับมีภาพเด่นชัดของสถาบันทางตุลาการในฐานะหนึ่งในเครื่องมือสำคัญ (Counter-Majoritarian Apparatus) ในการต่อรองดุลอำนาจทางการเมืองในหลายกรณี กระบวนการได้มาซึ่งอำนาจหรือการรักษาอำนาจของชนชั้นนำ ล้วนต้องพึ่งพาฝ่ายตุลาการ ทั้งในด้านแนวร่วม (Alliance) หรือการเป็นหนึ่งในกลไกฝ่ายรัฐ (State Apparatus)

อย่างไรก็ดี การสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์กับเสียงข้างมาก จะแสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในพรมแดนการเมืองอย่างชัดเจน มีความสัมพันธ์โดยตรงกับการธำรงอำนาจของชนชั้นนำ 3 ฝ่าย (Hegemonic Preservation) ดังปรากฏให้เห็นในลักษณะการเป็นหนึ่งในกลไกของฝ่ายเสียงข้างน้อย ทว่าการสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์กับเสียงข้างมาก กลับมีภาพลักษณ์ 2 แบบ กล่าวคือ ภาพแรกเป็นบทบาทที่งานชิ้นนี้พยายามอธิบายนั่นคือ การสร้างสถาบันปฏิปักษ์เสียงข้างมาก ก่อให้เกิดเป็นตุลาการวิวัฒน์ในเชิงลบ ถือเป็นการรุกคืบของฝ่ายตุลาการในแดนการเมือง ซึ่งไม่ได้แสดงให้เห็นว่าเป็นการขยายสิทธิเสรีภาพของพลเมือง และจำกัดอำนาจรัฐ แต่เป็นการเกาะกลุ่มเพื่อผลประโยชน์ หรือมองเป็นการแทรกแซงฝ่ายเสียงข้างมากของประเทศประชาธิปไตยใหม่ในระยะเปลี่ยนผ่าน

ในขณะเดียวกันภาพลักษณ์แบบที่สอง ซึ่งถูกนำเสนอว่า การสร้างสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์กับเสียงข้างมาก เป็นการลดความขัดแย้ง (Lijphart, A., 1977) และหาจุดสมดุลระหว่างชนชั้นนำเสียงข้างน้อยกับสถาบันทางการเมืองฝ่ายเสียงข้างมาก โดยหากออกแบบระบบดุลยภาพดังกล่าวได้

เหมาะสม สามารถนำไปสู่ระบอบประชาธิปไตยแบบมั่นคงได้ (O'Donnell, G. & Schmitter, C. P., 1986) ประกอบกับภาพในเชิงบวกอื่น ๆ จากงานของ Riedle ถึงขั้นสรุปว่า การดำรงอยู่ของพรรคการเมืองที่มาจากฝ่ายเผด็จการ (ฝ่ายปฏิบัติเสี่ยงข้างมาก) ช่วยให้ระบบพรรคการเมืองในรัฐนั้นมีเสถียรภาพมากขึ้น เพราะเกิดการแบ่งขั้ว และช่วยให้พรรคการเมืองฝ่ายค้านมีความเป็นปึกแผ่นมากขึ้น (Riedle, R. 2014) ภายใต้ภาพเชิงบวกเหล่านี้ ทำให้ภาพจำของชนชั้นนำฝ่ายตุลาการในฐานะหนึ่งในฝ่ายเสี่ยงข้างน้อยกลายเป็นตัวแสดงที่ส่งเสริมประชาธิปไตยยิ่งขึ้นไปอีก

อนึ่ง ข้อเสนอของ Casper, G. & Taylor, M. (1996) ที่ว่า “การเคลื่อนไหวตัวของประชาธิปไตยไม่อาจทำได้โดยฉับพลัน ต้องทำเป็นขั้นๆ (Phase Transition) บนฐานคิดที่ว่า การมีประชาธิปไตยไว้บ้าง ดีกว่าไม่มีเลย” ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยในกรณีแรก แต่โต้แย้งการสร้างประชาธิปไตยแบบมีไว้บ้างในกรณีที่สอง เพราะการใช้ตัวแบบดังกล่าวอาจไม่เกิดดุลยภาพดังเช่นกรณีศึกษาประเทศที่เปลี่ยนผ่านสำเร็จ และข้อเสนอนี้คงย้อนแย้งในความร่วมสมัยพอสมควรหากนำเสนอในบริบทปัจจุบัน

สรุปผล

การขยายอำนาจของฝ่ายตุลาการเข้าสู่พรมแดนการตัดสินใจทางการเมืองในบริบทสากลนั้น เริ่มต้นจากการตั้งข้อสังเกตในระยะหลังว่า “องค์กรศาล โดยเฉพาะศาลการเมืองไม่ได้เป็นองค์กรเชิงรับอย่างในอดีต” แต่ค่อย ๆ รุกคืบเข้าสู่พรมแดนทางการเมืองโดยตั้งใจให้คำพิพากษาส่งผลต่อความก้าวหน้าในทางประชาธิปไตย (Democratization) ดังที่เห็นได้จากเจตนาในการให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปมีบทบาทในการทบทวนข้อขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกา ที่กฎหมายของรัฐบาลท้องถิ่นในบางกรณีอาจขัดกับรัฐธรรมนูญที่บัญญัติโดยรัฐบาลกลาง โดยเรียกกระบวนการนี้ว่า “Judicial Review” ซึ่งผลในระยะแรกแสดงให้เห็นถึงการที่ฝ่ายศาลมีสร้างคำวินิจฉัยในเชิงบวกมากกว่าเชิงลบ จนหลักการนี้ได้แพร่ขยายออกไปในยุโรปและปรับเปลี่ยนให้เกิดเป็นการตั้งศาลเดี่ยวเอาไว้พิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ซึ่งเรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ”

ความแพร่หลายของระบบศาลรัฐธรรมนูญนี้เอง ก่อเกิดเป็นทาง 2 แพร่ง (Dilemma) โดยทางแรกการมีศาลเข้าไปตัดสินข้อพิพาททางการเมืองได้ก่อเกิดเป็นคำวินิจฉัยในทางก้าวหน้า (Progress) ที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐ ขยายสิทธิของประชาชน จนในยุโรปนิยมเรียกว่า “Judicialization of Politics” และในอเมริกาเรียกว่า “Judicial Activist” ทว่าในทางที่สอง การให้อำนาจฝ่ายตุลาการสามารถชี้ขาดข้อพิพาททางการเมืองได้บ่อยครั้ง กลับกลายเป็นว่าทำให้ศาล

รัฐธรรมนูญตกเป็นเป้าหมายในการยึดครองของฝ่ายการเมือง หรือแม้แต่ฝ่ายศาลเองกลับมีข้อสงสัยว่ามีคำวินิจฉัยที่เอื้อต่อฝ่ายการเมืองเสียเอง จนบางครั้งฝ่ายศาลได้กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจทางการเมือง

องค์ความรู้ใหม่

ข้อเสนอสำคัญ คือ ด้วยแนวคิดตุลาการภิวัตน์มีการช่วงชิงการให้นิยาม ความหมาย อย่างซับซ้อน การนำคำว่า “Judicial Review/Judicialization of Politics/ Judicial Activist” มาปรับใช้ในงานศึกษาต่าง ๆ มิควรสร้างการรับรู้แบบเหมารวมว่า “ตุลาการภิวัตน์” หมายถึง การสร้างคำวินิจฉัยในคดีทางการเมืองอย่างก้าวหน้าเพียงอย่างเดียว แต่ต้องตระหนักและแยกแยะด้วยว่า การใช้อำนาจที่เกิดขึ้นกรณีใดเป็นเชิงบวก และกรณีใดเป็นเชิงลบ ดังจะเห็นว่าในบริบทประเทศประชาธิปไตยใหม่ (New Democracies) ตุลาการภิวัตน์กลับถูกใช้ในบริบทที่สวนทางกับการจำกัด อำนาจรัฐ และขยายสิทธิของประชาชน คำวินิจฉัยยุบพรรค การยอมรับการรัฐประหาร การทำให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ ย่อมถูกตั้งคำถามพอสมควรในบทบาทศาลรัฐธรรมนูญที่ต้องพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้การวิเคราะห์ตุลาการภิวัตน์ในด้านกรณีศึกษาอาจต้องนำไปสู่การสร้างตัวแบบเฉพาะขึ้นเพื่อก่อให้เกิดข้อถกเถียงและนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งการขยายมุมมองเหล่านี้ มิได้ตั้งใจในการรื้อถอนความศักดิ์สิทธิ์ในทางตุลาการแต่อย่างใด หากแต่มุ่งหมายให้ประเด็นเหล่านี้ถูกตั้งคำถาม สร้างข้อถกเถียงที่อาจนำไปสู่ความเท่าทันต่อพลวัตทางสังคมที่แปรเปลี่ยนไปตามเงื่อนไขของเวลา

เอกสารอ้างอิง

- จรัญ โฆษณานันท์. (2563). นิติปรัชญา: หลักนิติธรรม สภาวะยกเว้น และปฐมบทแห่งคำพิพากษา แนวรัฐประหารนิยม-ตุลาการภิวัตน์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จาตุรงค์ สุทวาทัน. (2566). เมื่อรัฐพึ่งศาล ตุลาการจึงแปรเปลี่ยน:การจัดวางแนวคิด “ตุลาการภิวัตน์แบบไทย” ผ่านบทสะท้อนทางการเมืองจากภาพยนตร์ The trial of the Chicago 7. *CMU Journal of Law and Social Sciences*, 16(2), 103-129.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2560). กฎหมายรัฐธรรมนูญ : การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ. ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ภุรี พวงค์เจริญ. (2558). ถูหาใช่เพียงร่างทรง: แนวทางเชิงวิพากษ์ ในการศึกษาสถาบันตุลาการ. *วารสาร สังคมศาสตร์คณะรัฐศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 45(2), 27-48.

- ภุริ พวงค์เจริญ. (2558). สถาบันปรปักษ์เสียงข้างมาก: การออกแบบระบบการเมืองเพื่อเสถียรภาพของประชาธิปไตยในระยะเปลี่ยนผ่าน. *วารสารสถาบันพระปกเกล้า*, 13(1), 48-71.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555) *จุดไฟในสายลม: รัฐธรรมนูญ รัฐประหาร นายกรัฐมนตรี และตุลาการภิวัตน์*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์โอเพ่น.
- วิเชียร ตันศิริคงคล. (2548). วิวัฒนาการของ Judicial Review. *วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย*, 3(3), 51-85.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2560) *เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน: รวบรวมบทความว่าด้วยตุลาการภิวัตน์ ตุลาการพันธุ์ และตุลาการไทย*. กรุงเทพฯ : บั๊คสเคป.
- Ackerman, B. (1991). *We the people: Foundations*. Cambridge, MA : Harvard University Press.
- Alberts, S., Warshaw, C. & Weingast, B. R. (2012). Democratization and countermajoritarian institutions. In T. Ginsburg (Ed.). *Comparative constitutional design*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Casper, G. & Taylor, M. (1996). *Negotiating democracy: Transitions from authoritarian rule*. Pittsburgh : University of Pittsburgh Press.
- Ginsburg, T & Moustafa, T. (2008). *Introduction: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. New York : Cambridge University Press.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Helmke, G. (2002). The logic of strategic defection: Court-executive relations in Argentina under dictatorship and democracy. *American Political Science Review*, 96(2), 291-303.
- Hirschl, R. (2004). *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA : Harvard University Press.
- Hirschl, R. (2006). The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, 75(2), 721-54.
- Hirschl, R. (2008). The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, 11, 93-118.
- Kelsen, H. (1991). *General Theory of Norms*. Oxford : Clarendon Press.

- Lijphart, A. (1977). *Democracy in plural societies: A comparative exploration*. New Haven : Yale University Press.
- O'Donnell, G. & Schmitter, C. P. (1986). *Transitions from authoritarian rule*. London : Johns Hopkins University Press.
- Riedl, R. (2014). *Authoritarian origins of democratic party systems in Africa*. New York : Cambridge University Press.
- Shapiro, M. (2002). *Political jurisprudence*. Oxford : Oxford University Press.
- Sweet, S. A. (1999). *Judicialization and the construction of governance*. Faculty Scholarship Series, Yale Law School. In Yale Law School Legal Scholarship Repository. Retrieved from http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/75
- Zamboni, M. (2013). “Markers” vs. “makers:” *Are constitutional courts legal or political actors?*. In University of Groningen. Retrieved from <http://irs.ub.rug.nl/ppn/371308038>

