

International Dimensions in Judicialization**

Vira Somboon*

Abstract

This article analyzes and explains the international dimensions related to judicialization. It begins with a discussion of the approaches to judicialization as part of the process of the construction of norms and governance. Recent developments, especially since the end of the Cold War and the rising tide of globalization, also highlight the significance of international dimensions in influencing and forming principles and practices of judicialization in countries all over the world. The article then discusses relevant international dimensions including that of international norms, international political economy, and judicial globalization. By using selected case studies of various countries from the past to recent times as supporting elaboration, it shows that judicialization, coupled with the effects of the afore-mentioned international dimensions, has become a crucial part of contemporary solutions to political tensions in societies under transition. This process, in turn, results in the spread and adoption of these norms and practices at domestic and local levels. In analyzing judicialization it is thus necessary to seriously take into account the historical context and political manipulation which may often be involved as well. Judicialization is here to stay; and its developments in relation to international dimensions need to be further studied and understood.

Keywords: judicialization, judicial review, international norms, international political economy, judicial globalization

 * Associate Professor at Department of International Relations, Faculty of Political Science, Chulalongkorn University, Henri Dunant Road, Pathumwan, Bangkok 10330. Email: sbvira@yahoo.com

**This article is revised and developed from parts of a research project on "Judicialization and Democracy," which I undertook with supporting budget of the year 2009 from the Thailand Democracy Watch Center, Faculty of Political Science, Chulalongkorn University, and was later presented at a seminar of the Center in 2012. I would like, on this occasion, to express my thankfulness for the executive committee of the Center and the reviewers who read and commented on the research.

Received January 24, 2018; Accepted February 21, 2018

มิติระหว่างประเทศในตุลาการภิวัตน์**

วีระ สมบูรณ์*

บทคัดย่อ

บทความชิ้นนี้วิเคราะห์อธิบายมิติระหว่างประเทศซึ่งสัมพันธ์กับตุลาการภิวัตน์ เริ่มจากแนวพินิจเกี่ยวกับตุลาการภิวัตน์ในฐานะส่วนหนึ่งในกระบวนการประกอบสร้างของการจัดการปกครอง พัฒนาการช่วงที่ผ่านมา นับแต่สิ้นสุดสงครามเย็นและกระแสโลกาภิวัตน์ ทำให้มิติระหว่างประเทศมีผลสำคัญต่อการจัดวางหลักการและแนวปฏิบัติของตุลาการภิวัตน์ทั่วโลก จากนั้นจึงอภิปรายมิติระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ปทัสถานระหว่างประเทศ เศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ และโลกาภิวัตน์ทางตุลาการ โดยนำเสนอกรณีศึกษาหลายประเทศจากอดีตจนถึงช่วงที่ผ่านมาเพื่อชี้ว่า ตุลาการภิวัตน์ผนวกกับผลกระทบของมิติระหว่างประเทศได้กลายเป็นส่วนสำคัญของแนวทางร่วมสมัยในการแก้ไขความตึงเครียดทางการเมืองในสังคมช่วงเปลี่ยนผ่าน กระบวนการนี้นำมาซึ่งการเผยแพร่รับเอาปทัสถานและแนวปฏิบัติเข้าสู่ระดับภายในประเทศและท้องถิ่น การวิเคราะห์จึงจำเป็นต้องพิจารณาจริงจังถึงบริบททางประวัติศาสตร์และการใช้ประโยชน์ทางการเมืองซึ่งเกี่ยวข้องด้วย ตุลาการภิวัตน์ยังคงอยู่ต่อไป และพัฒนาการซึ่งสัมพันธ์กับมิติระหว่างประเทศยังต้องการการศึกษาและทำความเข้าใจมากขึ้น

คำสำคัญ : ตุลาการภิวัตน์, การทบทวนโดยตุลาการ, ปทัสถานระหว่างประเทศ, เศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ, โลกาภิวัตน์ทางตุลาการ

*รองศาสตราจารย์ ภาควิชาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**บทความชิ้นนี้เรียบเรียงและพัฒนาจากเนื้อหาส่วนหนึ่งของโครงการวิจัย “ตุลาการภิวัตน์กับประชาธิปไตย” ซึ่งข้าพเจ้าดำเนินการโดยได้รับการสนับสนุนงบประมาณในปี พ.ศ. 2552 จาก โครงการศูนย์ติดตามประชาธิปไตยไทย (Thailand Democracy Watch) คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และต่อมานำเสนอในการสัมมนาของศูนย์ฯ เมื่อปี พ.ศ. 2555 ข้าพเจ้าขอแสดงความขอบคุณคณะกรรมการบริหารศูนย์ฯ และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งกรุณาอ่านและให้ความเห็นแนะนำต่องานวิจัยไว้ในโอกาสนี้

ได้รับบทความ 24 มกราคม 2561; อนุมัติให้จัดพิมพ์ 21 กุมภาพันธ์ 2561

ความนำ

ความเป็นจริงทางการเมืองก็ดูจะเดียวกับความเป็นจริงทั่วไปในแง่ที่ว่า การค้นพบสิ่งหรือสภาวะใด ณ เวลาหนึ่ง ไม่จำเป็นต้องหมายความว่าสิ่งหรือสภาวะนั้นเพิ่งอุบัติขึ้น ณ เวลาเดียวกับการค้นพบนั้น แต่สิ่งหรือสภาวะนั้นอาจดำรงอยู่และดำเนินมาก่อนหน้าแล้ว ทั้งยังสามารถนำไปใช้อธิบายปรากฏการณ์ต่าง ๆ ย้อนหลังกลับไปได้ในแบบที่ไม่เคยทำมาก่อน ด้วยเหตุนี้ แม้อูเหมื่อนว่าการค้นพบ “judicialization” จะเกิดขึ้นทั่วโลกในราวสี่ทศวรรษที่ผ่านมา และเพิ่งมีการนำเสนอในสังคมไทยด้วยคำว่า “ตุลาการภิวัตน์” ขึ้นในปี พ.ศ. 2549 (Vira Somboon 2010, 75-76) ทว่าอันที่จริงแล้ว ตุลาการภิวัตน์เป็นกระบวนการที่มีมาเป็นเวลายาวนานในฐานะส่วนหนึ่งในการประกอบสร้างของการจัดการปกครอง และหากจะเป็นปรากฏการณ์ที่ดูแพร่หลายอย่างเข้มข้นกว้างขวาง ตลอดจนมีการบัญญัติคำนี้ขึ้นมาเป็นแนวคิดและวิถีปฏิบัติอย่างชัดเจนในช่วงที่ผ่านมา นั้นเป็นเพราะว่า กระบวนการนี้สำคัญยิ่งขึ้นภายใต้เงื่อนไขของโลกาภิวัตน์และสภาพการณ์ของระบอบการเมืองทั้งหลายในช่วงเวลาดังกล่าว ตุลาการภิวัตน์ในประเทศต่าง ๆ จึงเชื่อมโยงอย่างมากกับมิติระหว่างประเทศ อันประกอบด้วย มิติปทัสสถานระหว่างประเทศ มิติเศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ และมิติโลกาภิวัตน์ทางตุลาการ ขณะเดียวกัน ความเชื่อมโยงนี้เกิดขึ้นในบริบทความเป็นมาทางประวัติศาสตร์สังคมในแต่ละแห่ง ทั้งยังขึ้นอยู่กับโครงสร้างและสภาวะความสัมพันธ์เชิงอำนาจ ซึ่งทำให้ตุลาการภิวัตน์มีแง่มุมของยุทธศาสตร์ทางการเมืองเช่นกัน

คำจำกัดความของตุลาการภิวัตน์

งานส่วนใหญ่เกี่ยวกับตุลาการภิวัตน์มักมิได้ให้คำจำกัดความแนวคิดนี้อย่างเคร่งครัด กระนั้นก็ดี เราเห็นภาพรวมได้ว่า คำว่า “ตุลาการภิวัตน์” และ “ตุลาการภิวัตน์ของการเมือง” (judicialization of politics) นั้น หมายถึงการที่ตุลาการในปัจจุบันได้เข้ามามีบทบาทมากขึ้น จนส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในด้านความสัมพันธ์ของอำนาจสามฝ่ายของรัฐบาล ศาลได้เข้ามามีอำนาจในการตีความกฎหมายไปจนถึงสร้างกฎหมายใหม่เพื่อลดทอนภาวะระส่ำระสายที่เกิดจากความขัดแย้งในสังคม ทั้งยังเข้ามามีบทบาททางการเมืองมากขึ้นในการตัดสินคดีซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง นอกจากนี้บทบาทของศาลยังเพิ่มขึ้น เนื่องจากการเกิดประเด็นปัญหาใหม่ ๆ ที่เข้าสู่อาณัติการวินิจฉัยตัดสินของศาล เช่น การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทรัพย์สินทางปัญญา สิ่งแวดล้อม การค้า การลงทุน เป็นต้น อีกทั้งการทำงานของศาลในบางประเทศก็มีบทบาทในฐานะผู้วางนโยบายต่อประเด็นปัญหาใหม่เหล่านี้ ทำให้หลักการเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจของรัฐถูกลดทอนลงไป เป็นที่ประจักษ์ว่า ในขณะนี้ศาลไม่ได้ทำหน้าที่ในฝ่ายตุลาการเท่านั้น แต่ยังมามีบทบาททั้งในทางนิติบัญญัติและทางบริหารอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม คำจำกัดความหนึ่งของตุลาการภิวัตน์ที่ชัดเจนและได้รับการอ้างอิงแพร่หลายไม่น้อย ปรากฏในงานของ Torbjörn Vallinder (1995, 13) โดยเขาเริ่มจากการอ้างความหมายของคำว่า judicialize ตามที่อธิบายโดย Oxford English Dictionary ว่า เป็นการ “ปฏิบัติ (ต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่ง) แบบตุลา

การ, ได้ข้อวินิจฉัยหรือคำตัดสิน (เกี่ยวกับสิ่งใดสิ่งหนึ่ง)” และคำว่า “judicially” หมายความว่า “(1) ใน ‘แนวทางของการตัดสินตามกฎหมาย, หรือในตำแหน่งหรืออำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษา; ในหรือโดยความสัมพันธ์กับ การบริหารความยุติธรรม; โดยกระบวนการทางกฎหมาย; โดยคำตัดสินของศาลหรือความยุติธรรม’ หรือ (2) เป็นไปตาม ‘แนวปฏิบัติของผู้พิพากษา; ด้วยความรู้และความชำนาญทางตุลาการ” จากนั้น Vallinder จึงให้คำจำกัดความว่า

ตุลาการวิวัฒน์ของการเมือง โดยปกติแล้วพึงหมายถึง (1) การขยายเขตพื้นที่ของศาลหรือผู้พิพากษาซึ่งเป็นการสูญเสียเขตพื้นที่ของนักการเมือง และ/หรือ ผู้บริหาร นั่นก็คือ การฟ้องถ่ายสิทธิในการตัดสินใจจากฝ่ายนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรี หรือระบบข้าราชการพลเรือนไปสู่ศาลหรืออย่างน้อยที่สุด (2) การแพร่ขยายของวิธีการตัดสินใจแบบตุลาการออกไปนอกเขตพื้นที่เฉพาะของตุลาการ กล่าวโดยสรุป เราอาจกล่าวได้ว่า โดยสาระหลักแล้ว ตุลาการวิวัฒน์เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงบางสิ่งให้กลายเป็นรูปแบบของกระบวนการทางตุลาการ

คลื่นสามระลอกของตุลาการวิวัฒน์

ดังได้กล่าวแล้วว่า แม้ “ตุลาการวิวัฒน์” จะเป็นแนวคิดที่มีการบัญญัติขึ้นและเริ่มใช้กันแพร่หลายในช่วงปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 20 แต่ลักษณะของตุลาการวิวัฒน์ตามคำจำกัดความข้างต้นมีความเป็นมายาวนาน อย่างน้อยที่สุดสำหรับการเมืองสมัยใหม่ นับแต่ข้อถกเถียงว่าด้วยอำนาจในการวินิจฉัยความชอบของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกิดขึ้นและนำเสนอในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเลยทีเดียว ดังจะเห็นได้จากงานเขียนทางทฤษฎีการเมืองขึ้นสำคัญโดย Alexander Hamilton ในบทความที่ 78 ของ *The Federalist Papers* (Hamilton, Madison, Jay [1788] 1961, 464-472)

Tom Ginsburg (2003) เสนอว่าการแพร่ขยายการทบทวนโดยตุลาการเกิดขึ้นใน 3 ระลอกใหญ่ด้วยกัน กล่าวคือ ระลอกแรก เริ่มจากคดีที่ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการที่เรียกกันต่อมาว่า “การทบทวนโดยตุลาการ” (judicial review) ในสหรัฐอเมริกา ได้แก่ คดี *Marbury v. Madison* ในปี ค.ศ. 1803 ว่าด้วยคำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลแขวงในช่วงระหว่างเปลี่ยนประธานาธิบดีขณะนั้น การวินิจฉัยคดีนี้้นำโดย จอห์น มาร์แชล (John Marshall) ประธานคนที่สี่ของศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ (ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา – Supreme Court of the United States) โดยคำวินิจฉัยคดีดังกล่าว (ซึ่งเรียบเรียงโดยมาร์แชล) ยืนยันถึงอำนาจอันชอบธรรมของรัฐธรรมนูญเหนือกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภา และวางหลักการว่าการทบทวนของฝ่ายตุลาการถือเป็นที่ยุติ สำหรับข้อสงสัยหรือขัดแย้งเกี่ยวกับการที่กฎหมายหรือคำสั่งบริหารใดชอบหรือมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และสิทธิอำนาจดังกล่าวย่อมสิ้นสุดที่ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ (Van Alstyne and Marshall 1969) นับแต่นั้นมา คดีอีกจำนวนไม่น้อยที่ได้รับการวินิจฉัยโดยศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐแต่ละองค์คณะ ก็สร้างความมั่นคงในเชิงสถาบันให้กับอำนาจการทบทวนโดยตุลาการดังกล่าวเพิ่มขึ้น แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันระหว่างการดำเนินการแบบตีกรอบจำกัด ซึ่งเรียกกันว่า

“การยับยั้งชั่งใจทางตุลาการ” (judicial restraint) กับการดำเนินการเชิงรุกเพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นว่าด้วยสิทธิชนกลุ่มน้อยและสวัสดิการ ซึ่งเรียกกันว่า “การกระทำการเชิงรุกโดยตุลาการ” (judicial activism) ก็ตาม (Koopmans 2003, 51)

ในช่วงรอยต่อระหว่างระลอกแรกกับระลอกที่สอง เราควรเอ่ยถึงจุดเริ่มต้นและพัฒนาการที่สำคัญอย่างยิ่งอีกแนวทางหนึ่งในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ได้แก่ แนวคิดว่าด้วยการทบทวนเชิงรัฐธรรมนูญ (constitutional review) ซึ่งนำเสนอโดย ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) นักนิติปรัชญาชาวออสเตรีย โดยแทนที่จะให้กระบวนการแบบตุลาการวิวัฒน์ทับซ้อนกระจายไปตามโครงสร้างของอำนาจตุลาการปกติ (แบบอเมริกัน) เขาเสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรแบบรวมศูนย์ขึ้นเพื่อทำหน้าที่นี้โดยเฉพาะเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” (constitutional court) ข้อเสนอดังกล่าวต่อมาเป็นที่ยอมรับและพัฒนาสืบเนื่องอย่างกว้างขวางในยุโรป เรียกขานตามนามของเขาวว่า “ตัวแบบเคลเซนเนียน” (The Kelsenian Model) (Stone Sweet 2000, 133) ทั้งยังนำมาใช้เป็นต้นแบบในรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรีย ทว่าต้องยุติลงไปพร้อมกับวิกฤตทางการเมืองก่อนหน้าสงครามโลกครั้งที่สอง

กระแสตุลาการวิวัฒน์ระลอกที่สองเกิดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายใต้เงื่อนไขของระบอบการเมืองแบบประชาธิปไตยผู้แทน ส่วนหนึ่งเกิดขึ้นหลังการล่มสลายของเผด็จการแบบนาซีและฟาสซิสต์ เช่น ในเยอรมนีและอิตาลีมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งประชาชนสามารถเข้าถึงได้ รัฐธรรมนูญใหม่ในญี่ปุ่นได้ให้อำนาจศาลในการทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ระเบียบและคำสั่งบริหาร และอีกส่วนหนึ่งเกิดขึ้นจากการเป็นเอกราชพ้นจากระบอบอาณานิคม เช่น อินเดีย ศาลฎีกามีอำนาจในการกำกับดูแลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นบทบาทที่รับมาจากศาลของประเทศเจ้าอาณานิคมเดิมในการควบคุมกฎเกณฑ์ เป็นต้น จากพื้นฐานดังกล่าว หลายประเทศยังสามารถรักษาความต่อเนื่องและพัฒนามาจนปัจจุบัน

ระลอกที่สาม ได้แก่ ช่วงของบรรดาประเทศที่ Ginsburg เรียกว่า “ประชาธิปไตยใหม่” (New Democracies) ในหลายแห่งทั่วโลก โดยเฉพาะหลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียตและประเทศบริวารในยุโรปตะวันออก อันเป็นการสิ้นสุดของสงครามเย็น ตุลาการวิวัฒน์ในประชาธิปไตยใหม่ช่วงทศวรรษ 1990 มาจนถึงปัจจุบันส่วนใหญ่รับเอารูปแบบของการทบทวนเชิงรัฐธรรมนูญ โดยมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามตัวแบบของเคลเซน และจะเห็นได้ว่า การแพร่กระจายของตุลาการวิวัฒน์ระลอกที่สามนี้เกี่ยวข้องกับ การเปลี่ยนผ่านสู่ระบอบประชาธิปไตย (democratic transition) ของประเทศที่เคยมีการปกครองแบบอำนาจนิยมมาก่อน เช่น รัสเซีย ฮังการี เม็กซิโก บราซิล อาร์เจนตินา อย่างไรก็ตาม ความพยายามในการเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตยโดยส่วนหนึ่งอาศัยกระบวนการทางรัฐธรรมนูญและตุลาการวิวัฒน์ ก็ประสบผลลัพธ์แตกต่างกันออกไป

นอกจากนี้ ในช่วงเวลาเดียวกับระลอกที่สองและสาม ยังกระบวนการของตุลาการวิวัฒน์ยังเกิดขึ้นและขยายตัวในระบอบเสรีประชาธิปไตยในยุโรปตะวันตก เช่น ในฝรั่งเศสช่วงปลายทศวรรษที่ 1950 ในส

พระราชอำนาจและเนเธอร์แลนด์ นับแต่ช่วงทศวรรษที่ 1980 จนถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 21 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากผลสืบเนื่องและเงื่อนไขของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights)

แนวนิพนธ์และคำอธิบายตุลาการภิวัตน์

ทฤษฎีและแนวความคิดทั่วไปของอำนาจตุลาการและตุลาการภิวัตน์ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในวงวิชาการของการศึกษาระบบรัฐธรรมนูญนิยมเปรียบเทียบ ได้แก่ ทฤษฎีของ Alec Stone Sweet (1999) ว่าด้วยการประกอบสร้างของการจัดการปกครอง (construction of governance) ซึ่งชี้ให้เห็นถึงกระบวนการดังกล่าวภายใต้โครงสร้างเชิงปทัสสถาน (normative structure) หนึ่ง ๆ Stone Sweet อาศัยงานทางสังคมวิทยาของ Georg Simmel อธิบายว่า กระบวนการประกอบสร้างนี้เริ่มต้นขึ้นแรกจากการสร้างความร่วมมือ การจัดการความขัดแย้ง และการจัดการปกครองแบบทวิภาคี (dyadic) ซึ่งหมายถึงความสัมพันธ์ระหว่างตัวแสดงหรือตัวกระทำการสองฝ่าย นับแต่ระดับบุคคลไปจนถึงระดับรัฐและระดับระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์เชิงทวิภาคีย่อมดำเนินต่อไปตามข้อตกลงซึ่งเกิดจากโครงสร้างเชิงปทัสสถาน (ระเบียบ กฎเกณฑ์ ธรรมเนียมปฏิบัติ จารีต) ซึ่งส่วนใหญ่มีรากฐานอยู่บนหลักพื้นฐานว่าด้วย “การต่างตอบแทน” (reciprocity)

ไม่ว่าด้วยเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลาอย่างไรก็ตาม หากกระบวนการทวิภาคีในขั้นนี้ไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ ก็จำเป็นต้องมีการกำหนดและยอมรับให้มีตัวแสดงหรือตัวกระทำฝ่ายที่สามเข้ามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย วินิจฉัย ตัดสิน และหาทางออก พัฒนาการเช่นนี้นำไปสู่การสร้างระเบียบภายใต้การจัดการปกครองแบบไตรภาคี (triadic) ส่งผลให้เกิดการประกอบสร้างโครงสร้างเชิงปทัสสถานเพิ่มขึ้นหรือปรับเปลี่ยนเสียใหม่ หลังจากนั้น โครงสร้างเชิงปทัสสถานดังกล่าวก็จะเป็นพื้นฐานให้ความสัมพันธ์แบบทวิภาคีสามารถดำเนินต่อไปได้ ภาวะที่สภาพความสัมพันธ์ทางสังคมเปลี่ยนไปจนถึงจุดที่จะต้องเกิดไตรภาคีและการประกอบสร้างโครงสร้างเชิงปทัสสถานขึ้นใหม่นี้ Stone Sweet มองว่าเป็นเงื่อนไขของความเปลี่ยนแปลงเชิงระบบ (systemic change) จากสภาพการณ์ดังกล่าว “ตุลาการภิวัตน์ของการเมือง” หรือการขยายพื้นที่ของอำนาจตุลาการเข้าสู่ปทัสสถานใหม่จึงจำเป็นต้องเกิดขึ้น เพื่อเป็นหนทางหนึ่งในการจัดการกับความเปลี่ยนแปลงเชิงระบบ แต่หากตุลาการภิวัตน์และการปรับเปลี่ยนโครงสร้างเชิงปทัสสถานไม่สามารถทำหน้าที่ (function) ต่อไปอย่างมีประสิทธิภาพ การอยู่ร่วมกันเป็นสังคมในแบบทวิภาคีดังที่เคยเป็นมาก็อาจจะถึงจุดที่ไม่สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ (Stone Sweet 1999, 150-152; 2000, 13-18; see Vira Somboon 2010, 76-81)

Blichner and Molander (2008) ยังขยายความทฤษฎีของ Stone Sweet ด้วยการชี้ให้เห็นว่า รูปแบบของการประกอบสร้างกระบวนการจัดการปกครองแบบไตรภาคีจะนำไปสู่กฎเกณฑ์และระเบียบขึ้นใหม่ ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแค่การใช้อำนาจตุลาการ แต่หมายรวมถึงการที่กฎหมายและกระบวนการแบบ

ตุลาการขยายตัวและแพร่หลายออกไปในหลายมิติ ซึ่งตุลาการภิวัตน์ก็เป็นเพียงหนึ่งในมิติดังกล่าว มิติที่หลากหลายนี้อาจบัญญัติเรียกได้ว่าเป็น “นิติการณ” (juridification) ซึ่งหมายถึงการรับเอาวิธีการทางกฎหมายและตุลาการเข้าสู่จิตสำนึก พฤติกรรม และกระบวนการในการร่วมมือและจัดการกับความขัดแย้งในแง่มุมและระดับต่าง ๆ ของสังคม ไปจนถึงการที่ปัจเจกบุคคลและกลุ่มย่อยในสังคมจะนิยามอัตลักษณ์ของตนเอง (see Vira Somboon 2010, 81-92)

การศึกษาตุลาการภิวัตน์ในประเทศต่าง ๆ ยืนยันเชิงประจักษ์ต่อแนวคิดทฤษฎีข้างต้นว่า ความสำเร็จ รวดเร็ว และเปลี่ยนแปลงเชิงระบบ เป็นสาเหตุสำคัญให้ปทัสถานและโครงสร้างเดิมไม่อาจดำเนินต่อไปอย่างราบรื่นได้ แม้แต่ในกรณีของประเทศซึ่งถือกันว่าเป็นระบอบประชาธิปไตยที่มีความมั่นคงและพัฒนาการอันยาวนานอย่างอังกฤษและฝรั่งเศส ตุลาการภิวัตน์และนิติการณก็เกิดขึ้นและขยายตัวอย่างมากในหลายทศวรรษที่ผ่านมา จนในกรณีอย่างฝรั่งเศสก็ดูเหมือนจะสวนทางกับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ซึ่งศาลเคยตกเป็นเป้าหมายติของผู้นำการปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อกว่าสองศตวรรษก่อนด้วยซ้ำ นอกจากนี้วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจเป็นเหตุให้เกิดความเปลี่ยนแปลงเชิงระบบในหลายประเทศทั้งในยุโรป ลาตินอเมริกา และเอเชีย และนี่ก็เป็นสาเหตุของการปรับตัวของระบอบโดยใช้อำนาจตุลาการเช่นเดียวกัน ดังจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

ในส่วนของประเทศที่พื้นฐานของสังคมการเมืองเต็มไปด้วยความขัดแย้งอย่างเช่น เม็กซิโก กัวเตมาลา อิสราเอล และฟิลิปปินส์ กระบวนการตุลาการภิวัตน์ก็เป็นองค์ประกอบสำคัญของการแก้ไขปัญหา ซึ่งประสบความสำเร็จเฉพาะบางด้านบางช่วงเวลาเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น หลายประเทศที่เข้าสู่การเปลี่ยนผ่านระบอบจาก “สังคมนิยม” ซึ่งอำนาจถูกผูกขาดอยู่ในมือพรรคคอมมิวนิสต์สู่ระบอบการเลือกตั้งหลายพรรคแบบเสรีประชาธิปไตย ดังเช่น สหภาพโซเวียตเดิม ยุโรปตะวันออก และเวียดนาม (Gillespie 2004) เป็นต้น ตุลาการภิวัตน์ก็เป็นกระบวนการและสถาบันที่สำคัญที่ช่วยผลักดันความเปลี่ยนแปลงและสร้างทางออกให้แก่การเมืองในช่วงเปลี่ยนผ่านได้ในระดับหนึ่ง และในหลายกรณี เช่น รัสเซีย (Epstein, Knight and Shvetsova 2001) และฮังการี (Scheppele 2003) ตุลาการภิวัตน์นับว่ามีบทบาทสำคัญในการรักษาบูรณภาพของระบอบการปกครองให้ผ่านวิกฤตครั้งสำคัญ ๆ มาได้

ในอีกด้านหนึ่ง นักรัฐศาสตร์จำนวนไม่น้อย เช่น Ran Hirschl (2004a; 2004b), Tom Ginsburg (2003), Jodi Finkel (2005), Gunes Tezcür (2009) เน้นว่า เราไม่อาจพิจารณาตุลาการภิวัตน์ในบริบทซึ่งเป็นสัญญาณของความสัมพันธ์เชิงอำนาจในสังคมได้ เพราะความสัมพันธ์เชิงทวิภาคี (หากใช้แนวคิดแบบ Alec Stone Sweet ข้างต้น) มิได้เป็นไปอย่างเท่าเทียมกันในความเป็นจริง เพราะย่อมมีผู้ที่กุมอำนาจเหนือกว่าในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ เสมอ ความเป็นจริงในทางการเมืองเช่นนี้ทำให้เราตระหนักถึง “การเมืองของตุลาการภิวัตน์” (politics of judicialization) ซึ่งกระบวนการไตรภาคีก็ดี การปรับเปลี่ยนโครงสร้างเชิงปทัสถานก็ดี และการประกอบสร้างการจัดการปกครองที่ดี สามารถกลายเป็นเครื่องมือของกลุ่มหรือชนชั้นที่กุมอำนาจครอบงำหรืออำนาจนำได้เช่นกัน ซึ่ง Hirschl เรียกปรากฏการณ์ในลักษณะนี้ว่า “การอ้าง

รักษาอำนาจนำ" (hegemonic power preservation) นักรัฐศาสตร์ในแนวนี้นี้จึงมองว่า ตุลาการภิวัตน์ คือ กระบวนการในการธำรงรักษาอำนาจนำของกลุ่มที่ครองอำนาจ (เท่าที่จะเป็นไปได้ในสถานการณ์ของความเปลี่ยนแปลงเชิงระบบ) หรือในอีกแง่หนึ่ง ตามแนวคิดของ Ginsburg เป็นกระบวนการสร้าง "นโยบายหลักประกัน" หรือ "นโยบายประกันภัย" (insurance policy) ให้กับกลุ่มหรือพรรคการเมืองที่ครองอำนาจในสมัยเลือกตั้งตามระบอบการเมือง ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดหลักประกันที่จะไม่ถูกกระทำหรือกระทบมากนัก หากผลการเลือกตั้งในสมัยหน้าส่งผลให้ต้องสูญเสียอำนาจไป

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีแนวโน้มไปในทิศทางเดียวกัน แต่ Hirschl ค่อนข้างมองตุลาการภิวัตน์ในแง่ขาดดุลประชาธิปไตยเป็นหลัก โดยเห็นว่าเป็นอีกยุทธศาสตร์หนึ่งที่ช่วยให้กลุ่มอำนาจเดิมรักษาการครอบงำระบบการเมืองเอาไว้ได้ จนอาจนำไปสู่ระบอบที่เขาเรียกว่า "ตุลาการธิปไตย" (juristocracy) หรือระบอบตุลาการเป็นใหญ่ ซึ่งองค์กรฝ่ายตุลาการใช้อำนาจมากกว่าการกระทำทางการเมืองแบบที่เคยเป็นมาและขยายครอบคลุมแทบทุกเรื่อง (Hirschl 2004b, 222) ในขณะที่ Ginsburg, Finkel และ Tezcür มองตุลาการภิวัตน์ในฐานะนโยบายหลักประกันว่า เป็นแนวโน้มสำคัญอย่างหนึ่งในสังคมที่กำลังเปลี่ยนผ่านสู่ประชาธิปไตย หรือที่เรียกกันว่าประชาธิปไตยใหม่ซึ่งอาจส่งผลทั้งเชิงบวกและลบต่อกระบวนการเปลี่ยนผ่านดังกล่าว แต่อย่างน้อยที่สุดก็สามารถก่อให้เกิดหลักประกันและเสถียรภาพในสังคมการเมืองได้ในระดับหนึ่ง ไม่ถึงขั้นผลักดันให้อำนาจกระทำการเกินเลยต่อกันและกัน ในลักษณะผูกขาดอำนาจหรือ "กินรวบ" (take-all) มิฉะนั้นสังคมการเมืองจะอยู่ในสภาพของความหวาดกลัวหรือความหวาดระแวง และต่างฝ่ายต่างพร้อมที่จะใช้อำนาจอย่างไม่รู้จักประมาณในระหว่างที่ครองอำนาจ กรณีศึกษาของนักรัฐศาสตร์เหล่านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่กำลังเกิด "การอภิวัตน์เป็นประชาธิปไตย" (democratization) ต่างสนับสนุนมุมมองในแบบนี้ ด้วยเหตุนี้ ตุลาการภิวัตน์โดยตัวของมันเองจึงมีจำเป็นต้องถูกมองว่าเป็นสิ่งที่ขัดขวางต่อกระบวนการอภิวัตน์เป็นประชาธิปไตยเป็นสิ่งที่ขัดขวางต่อกระบวนการอภิวัตน์เป็นประชาธิปไตย เพราะถึงที่สุดแล้ว การเปลี่ยนผ่านที่ปราศจากหลักประกันใด ๆ อาจทำให้เกิด "ทางตัน" (impasse) ซึ่งส่งผลในทางลบต่อประชาธิปไตยเอง ประชาธิปไตยจำเป็นต้องอาศัยการเจรจาต่อรอง ทั้งแบบทางการและไม่เป็นทางการ ทั้งในแบบที่เป็นสถาบันอย่างเป็นทางการและแบบเฉพาะเหตุการณ์อย่างไม่เป็นทางการ เพื่อให้สมาชิกของสังคมการเมืองหาทางออกจากความขัดแย้งและวิกฤตการณ์ร่วมกันได้ แม้ว่าจะไม่ถึงกับเห็นพ้องต้องกันทั้งหมดก็ตาม

มิติระหว่างประเทศ

ข้อค้นพบที่สำคัญอีกประการหนึ่งจากการศึกษาสถานการณ์ในนานาประเทศก็คือ พัฒนาการของตุลาการภิวัตน์ไม่อาจดำเนินไปอย่างบังเกิดประสิทธิผล หากขาดความเชื่อมโยงและ/หรือความยอมรับ

กระบวนการดังกล่าวนี้ในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจซึ่งสัมพันธ์กับสิทธิมนุษยชน ความมั่นคงของมนุษย์ นิติธรรม และความโปร่งใสหรือการตรวจสอบได้ ดังที่ Tate and Vallinder (1995), Arjomand (2003) เป็นต้น ได้ชี้ให้เห็นว่า ระบบคุณค่าที่ถือกันว่าเป็น “สากล” (universal/cosmopolitan) และระบอบ/สถาบันระหว่างประเทศที่ผลักดันในเรื่องนี้เป็นตัวแสดงสำคัญที่เป็นทั้ง “ตัวแบบ” (model) และสถาบันระหว่างประเทศที่ทรงสิทธิอำนาจ (authoritative international institution) ให้กับตุลาการวิวัฒนาการในประเทศและภูมิภาคต่าง ๆ

ในภาพรวม ข้าพเจ้าเห็นว่า เราอาจประมวลมิติระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการตุลาการวิวัฒนาการได้เป็นสามมิติหลักด้วยกัน ดังนี้

มิติที่หนึ่ง ปทัสถานระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยนานาชาติเป็นส่วนใหญ่และได้รับการสถาปนาเป็นกฎหมายและระบอบระหว่างประเทศ โดยหลักสำคัญประกอบด้วย สิทธิมนุษยชน (human rights), นิติธรรม (rule of law), ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) และความเป็นธรรมทางสังคม (social justice) ทั้งนี้ ดังที่ Charles Beitz (2009, 126-128) นำเสนอในกรณีของสิทธิมนุษยชน หลักสำคัญทั้งสามมีจำเป็นต้องดำรงอยู่ในฐานะที่ชัดเจนแน่นอนบนแบบกฎธรรมชาติหรือสัญญาสังคมของรัฐ แต่อาจอยู่ในภาวะปทัสถาน (normativity) แบบที่เป็นไปตามสภาพการณ์เชิงปฏิบัติ (practical) มีพลวัตยืดหยุ่นปรับเปลี่ยนได้ทว่ายึดโยงกับสาระสำคัญ (“ภาวะปทัสถาน” ตามแนวคิดของ Beitz หมายถึงการที่ปทัสถานอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่ในเงื่อนไขของการได้รับการยอมรับ ปฏิบัติตาม และบังเกิดผล อย่างไร มากน้อยเพียงใด)

มิติที่สอง เศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแบบเสรีนิยม ซึ่งหมายถึงการดำเนินการของรัฐและกิจการสาธารณะโดยเน้นความมั่นคงของทรัพย์สินเอกชน การแข่งขันและการค้าเสรี การเก็บภาษีและการแทรกแซงเศรษฐกิจในระดับต่ำ เงื่อนไขเชิงกฎหมายและสถาบันที่เอื้อต่อการลงทุนข้ามชาติ การมีเสถียรภาพเชิงระบอบและนโยบายในระยะยาว ตลอดจนระเบียบกฎเกณฑ์และกลไกการวินิจฉัยข้อพิพาทที่สอดคล้องกับ “มาตรฐานสากล” ตามเกณฑ์แบบเสรีนิยม

มิติที่สาม โลกาภิวัตน์ทางตุลาการ (judicial globalization) หมายถึง การที่ความคิด หลักการ แนวปฏิบัติ สถาบัน การศึกษา การวิจัยและพัฒนา รวมทั้งเครือข่าย ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับอำนาจตุลาการในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกในปัจจุบัน มีความเชื่อมโยงสอดคล้องกันมากขึ้น (Slaughter 2000) หรือเรียกอีกแบบหนึ่งตามนัยเดียวกันว่า “ลัทธิตุลาการข้ามชาติ” (transjudicialism) ซึ่งก่อให้เกิด “ชุมชนข้ามตุลาการ” (transjudicial community) ขณะเดียวกัน การทำหน้าที่ของตุลาการในแบบ “เหนือชาติ” ก็ขยายปริมาณออกไป ซึ่งอาจเรียกได้ว่า “การอนุญาโตตุลาการเหนือชาติ” (supranational arbitration) (เช่น การระงับข้อพิพาทข้ามรัฐข้ามพรมแดนซึ่งมีผลผูกพันเหนือศาลภายในแต่ละประเทศคู่กรณี) แนวโน้มดังกล่าวนี้เพิ่มมากขึ้นตามระดับความเชื่อมโยงแบบโลกาภิวัตน์ที่สูงขึ้น รวดเร็วขึ้น ส่งผลกระทบรุนแรงขึ้น ยิ่งกว่านั้น ลัทธิตุลาการข้ามชาติยังนำมาซึ่งการแลกเปลี่ยนเรียนรู้และปรับประยุกต์กฎหมายรัฐธรรมนูญระหว่าง

บุคลากรทางตุลาการของนานาประเทศ เรียกได้ว่าเป็น “การข้ามผสมทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional cross-fertilization) (Buxbaum 2004, 183-185; Mclean 2004, 161-162) ซึ่งส่งผลพลัทธิกลับสู่มิติที่หนึ่ง และที่สองทั้งโดยตรงและโดยอ้อม

อย่างไรก็ดี การเน้นมิติระหว่างประเทศดังกล่าวไม่ควรทำให้เรามองข้ามความสำคัญของบริบทภายในแต่ละสังคมแต่ละประเทศ บริบทเฉพาะนี้มีมิใช่เพียงแค่สถานการณ์ในช่วงที่เกิดกระบวนการตุลาการวิวัฒน์เท่านั้น แต่ครอบคลุมสิ่งที่ Sieder (2004, 138) เรียกในการศึกษากระบวนการปฏิรูปกฎหมายและฝ่ายตุลาการในกัวเตมาลาว่า “แนวพินิจเชิงประวัติศาสตร์ระยะยาว” (long-run historical approach) แนวพินิจนี้เห็นว่าแต่ละสังคมและประชาชาติมีลักษณะเฉพาะซึ่งสั่งสมมาเป็นเวลายาวนาน พื้นฐานดังกล่าวทำให้การปรับเปลี่ยนไปตามมิติระหว่างประเทศมีความเป็นไปได้หรือข้อจำกัดมากน้อยแตกต่างกันไป ส่งผลต่อความเข้าใจและความรู้สึกนึกคิดของพลเมืองต่อวาทกรรมว่าด้วยระเบียบ กฎหมาย รัฐธรรมนูญ สิทธิ ความยุติธรรม เสรีภาพ ฯลฯ ทั้งยังรวมถึงระเบียบกฎเกณฑ์ที่ไม่เกี่ยวกับรัฐ เช่น จารีต ประเพณีของชนพื้นถิ่น ไปจนถึงประสบการณ์ทางนิติธรรมและตุลาการในแบบเหนือชาติ เช่น สถาบันทางกฎหมายในยุคอาณานิคม กฎหมายเชิงมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่ง แนวพินิจเชิงประวัติศาสตร์ระยะยาวช่วยให้เราเข้าใจกฎหมายและอำนาจตุลาการในฐานะที่เป็นพื้นที่ของการปะทะสังสรรค์และการเจรจาต่อรองภายใต้บริบทที่เป็นจริงทางสังคม การเมือง เศรษฐกิจและวัฒนธรรม ซึ่งแตกต่างหลากหลายเกินกว่าที่เราจะสรุปทั่วไปอย่างเหมารวมได้ (Koopmans 2003, 96)

นอกจากนี้ ดังได้กล่าวแล้วในประเด็นแนวคิดแบบการธำรงรักษาอำนาจนา มิติระหว่างประเทศของตุลาการวิวัฒน์ย่อมเกี่ยวข้องกับโครงสร้างและความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่เปลี่ยนแปลงไปเมื่อสภาพการณ์มิได้คงอยู่ดังเดิม และในหลายกรณีกลายเป็นเครื่องมือสำคัญเชิงยุทธศาสตร์ประการหนึ่งในการรักษาผลประโยชน์และธำรงสภาพของชนชั้นนำทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม รวมทั้งทางตุลาการ (ซึ่งกลุ่มชนชั้นนำแต่ละด้านมีทั้งที่แยกจากกันและเชื่อมโยงกัน) เพราะฉะนั้น ตุลาการวิวัฒน์ที่ดูเหมือนส่งเสริมปทัสสถานระหว่างประเทศอาจเป็นการกระทำการเชิงยุทธศาสตร์ของชนชั้นนำ เพื่อกันเอากระบวนการเชิงนโยบายทางการเมืองออกมาจากความแปรปรวนสับสนเสี่ยงภายใต้เงื่อนไขของระบอบประชาธิปไตยผู้แทน (Hirschl 2004a, 91; 2004b, 48-49) ในทำนองเดียวกัน การปฏิรูปทางเศรษฐกิจตามเงื่อนไขของเศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ ทั้งในแง่ที่เกี่ยวข้องกับลัทธิเสรีนิยม และในแง่ที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขเชิงสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและสิ่งแวดล้อม เช่น เงื่อนไขของธนาคารกลางหรือธนาคารชาติ หน่วยงานและศาลควบคุมด้านมลพิษและสิ่งแวดล้อม ระเบียบว่าด้วยการจ้างงานและสวัสดิการ เป็นต้น ก็อาจเป็นวิธีการเชิงยุทธศาสตร์ของชนชั้นนำในสถานภาพเดิมเพื่อสกัดกั้นคู่แข่งหรือกลุ่มอำนาจกลุ่มใหม่ ออกจากระบบแข่งขัน หรืออย่างน้อยที่สุดก็สร้างเงื่อนไขเพิ่มเติมให้แก่ผู้ประกอบการรายใหม่ กลายเป็นภาระต้นทุนที่สูงขึ้น ส่งผลให้อำนาจนำทางเศรษฐกิจตามสภาพเดิมธำรงความได้เปรียบต่อไปได้ (Hirschl 2004a, 91-92)

แน่นอนว่า การแยกแยะมิติและบริบทดังกล่าวมาเป็นการสร้างตัวแบบขึ้นจากการศึกษาเปรียบเทียบเชิงประจักษ์ให้ชัดเจน ทว่าในความเป็นจริง มิติระหว่างประเทศและบริบทภายในประเทศทั้งหมดล้วนสัมพันธ์ส่งผลอย่างมีพลวัตต่อกันและกัน ดังนั้นการวิเคราะห์นำกรณีตัวอย่างที่จะนำเสนอต่อจากนี้ แม้จะแยกตามมิติทั้งสามเป็นหลัก แต่ก็จะอภิปรายเชื่อมโยงกับมิติและบริบทอื่น ๆ ด้วย

มิติปทัสถานระหว่างประเทศ

ในช่วงกว่าสี่ทศวรรษที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน การแพร่ขยายของหลักสิทธิมนุษยชนไปทั่วโลก เชื่อมโยงกับการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม และพัฒนาการของตุลาการภิวัตน์ในแทบทุกประเทศ รวมทั้งประเทศที่ถือกันว่าเป็นระบอบประชาธิปไตยที่มั่นคงบนพื้นฐานความเป็นมายาวนานของอำนาจอธิปไตยทางรัฐสภา (parliamentary sovereignty) หรืออำนาจสูงสุดของเสียงข้างมาก (majoritarian supremacy) อย่างเช่นสหราชอาณาจักรและหลายประเทศในยุโรป นอกจากนี้ การแพร่ขยายของหลักสิทธิมนุษยชนยังมีผลทำนองเดียวกัน ทว่าโดยรูปแบบต่างกันในสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ซึ่งมีรากฐานของตุลาการภิวัตน์ผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญนิยมและหลักการทบทวนโดยตุลาการมาแต่อดีต

Jacobson and Ruffer (2003) เสนอว่า หลักสิทธิมนุษยชนมักได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนสำคัญของกำเนิดและพัฒนาการของประชาธิปไตย แต่การขยายตัวของสิทธิมนุษยชนในระดับโลกในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา ก่อให้เกิดปรากฏการณ์ที่ซับซ้อนลุ่มลึกยิ่งขึ้น ในบางกรณียังนำมาซึ่งการเผชิญหน้าระหว่างหลักสิทธิมนุษยชนกับระบอบประชาธิปไตยในแบบดั้งเดิม ซึ่งหมายถึง ประชาธิปไตยแบบที่ผูกติดอยู่กับความชอบธรรมของการใช้อำนาจอรัฐผ่านการเลือกตั้งและเสียงข้างมากเท่านั้น ทั้งนี้เพราะการแพร่ขยายของสิทธิมนุษยชนซึ่งตามมาด้วยประเด็นที่กว้างขวางยิ่งขึ้นและลงรายละเอียดแง่มุมต่างๆ มากขึ้น (ชนกลุ่มน้อย เพศสภาพ สวัสดิการ สิ่งแวดล้อม สิทธิในข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมพิจารณาเชิงนโยบาย ความเป็นธรรมทางสังคม ฯลฯ) ทำให้ “ตัวกระทำการเชิงตุลาการ” (judicial agency) มีมากยิ่งขึ้น ในรูปขององค์กรปกครองและหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน ตลอดจนศาลและคณะอนุญาโตตุลาการหลากหลายรูปแบบ ซึ่งดำเนินการในลักษณะแบบวินิจัยตัดสิน เชื่อมโยงกับตัวแบบของระเบียบกฎหมาย และตัวอย่างของคำวินิจฉัยจากนานาประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น กระบวนการเหล่านี้ยังดำเนินไปด้วยวิธีการอย่างข้ามชาติและเหนือชาติในหลายส่วน

พัฒนาการเช่นนี้ก่อให้เกิดกระบวนการเชิงตุลาการที่สำคัญหลายด้าน

ประการแรกสุด จากกลไกตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งพลเมืองแสดงเจตจำนงผ่านการเลือกตั้งผู้แทนนำไปสู่การใช้อำนาจอธิปไตยปฏิบัติและบริหาร โดยมีอำนาจตุลาการตอบสนองเจตจำนงผ่านช่องทางของสถาบันทางการเมือง หลักและประเด็นสิทธิมนุษยชนทำให้สมาชิกของสังคมการเมืองทุกคน ในฐานะปัจเจกชน มีสิทธิอำนาจในการดำเนินการด้วยตนเองได้โดยตรง ในฐานะ “ตัวกระทำการ” (agency) หนึ่งซึ่งสามารถหยิบยกประเด็นปัญหา ฟ้องร้องเป็นคดี และเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาวินิจฉัย

วินิจฉัย ด้วยเหตุนี้พื้นที่ซึ่งเคยอยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายอื่น ๆ จึงถูกแปรเปลี่ยนเป็นพื้นที่แบบตุลาการอย่างมาก

ประการที่สอง เมื่อปทัสถาน กฎหมาย และระบอบระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนได้รับการอนุวัติเข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับชาติแล้ว จะเกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “การซ้อนรวมขององค์กรและตัวกระทำ” (nesting of organization and agency) (Jacobson and Ruffer 2003, 86) ซึ่งหมายถึงการที่องค์กรและตัวกระทำต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นสิทธิมนุษยชนจะขยายตัว ซอยย่อยลงไปสู่ระดับต่าง ๆ พร้อมกันไปกับการที่องค์กรและตัวกระทำทั้งที่มีอยู่เดิมและเกิดขึ้นใหม่จะซ้อนกันจากใหญ่ไปหาเล็กรวมอยู่ด้วยกัน (ในลักษณะเดียวกับ nesting dolls หรือตุ๊กตารัสเซีย ซึ่งประกอบด้วยตุ๊กตาขนาดใหญ่สุดจนถึงขนาดเล็กสุดหลายตัวบรรจุซ้อนตามลำดับลงไปภายในตัวใหญ่สุดตัวเดียว) กระบวนการซ้อนรวมนี้คือพัฒนาการเชิงองค์กร กฎระเบียบ และสถาบัน ทั้งภาครัฐและมิใช่รัฐ ซึ่งสอดคล้องกับการเพิ่มตัวกระทำทางตุลาการพร้อมกับยกสถานะปัจเจกบุคคลขึ้นเป็นตัวกระทำในทุกระดับของสังคมนั่นเอง และเมื่อมองโดยเชื่อมโยงทั้งหมด ย่อมประกอบกัน “สายสัมพันธ์ระดับโลก-ระดับเฉพาะพื้นที่ (global-local nexus)” ในแบบหนึ่ง ส่งผลให้สิทธิมนุษยชนมิได้เป็นเพียงแนวคิดจากภายนอกสังคมอีกต่อไป ทว่าเป็นสิ่งที่ยอมรับกันโดยปริยายเปรียบเสมือน “วากยสัมพันธ์ของภาษา” (syntax of language) หรือแบบแผนที่ทำให้ความเชื่อมโยงส่วนย่อยไปสู่ส่วนใหญ่อภาพรวมเกิดขึ้นอย่างสอดคล้องกัน

ประการที่สาม จากทั้งสองประการข้างต้น พื้นที่ของการเรียกร้องต่อสู้ทางสิทธิมนุษยชนซึ่งตามระบอบประชาธิปไตยแต่ดั้งเดิมเป็นพื้นที่ทางการเมืองในฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) และในฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) จึงขยายออกจากพื้นที่เดิมสู่พื้นที่ในชีวิตประจำวัน (everyday life) ในเมือง ในท้องถิ่น ในสถานที่ทำงาน (workplace) โดยกระบวนการทาง “การเมือง” นี้ก้าวข้ามสถาบันทางการเมืองแบบเดิมไปสู่องค์กรและตัวกระทำใหม่ ๆ ซึ่งดำเนินการแบบตุลาการ (ศาล คณะกรรมการตัดสินข้อร้องเรียน เป็นต้น) (Jacobson and Ruffer 2003, 87)

ประการที่สี่ การเมืองตามกระบวนการเชิงตุลาการอย่างใหม่เหล่านี้อาจนำมาซึ่ง “การปะทะระหว่างตัวกระทำกับประชาธิปไตย” (clash of agency and democracy) ได้ไม่ยากนัก (Jacobson and Ruffer 2003, 92) การปะทะนี้หมายถึงการที่สิทธิมนุษยชนด้านใดด้านหนึ่งของปัจเจกชนถูกละเมิดหรือขัดขวางจากการดำเนินการ (หรือละเว้นการดำเนินการ) โดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ซึ่งทำหน้าที่บนฐานของความชอบธรรมจากการเลือกตั้งโดยเสียงข้างมาก และจำเป็นต้องให้ความสำคัญต่อความเป็นรัฐหรือความเป็นสาธารณะ ประเด็นนี้เห็นได้ชัดหลังเหตุการณ์ 9/11 ซึ่งรัฐเสรีประชาธิปไตยจำนวนมากจำเป็นต้องลดทอนและละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างไม่เคยมีมาก่อน ทั้งโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยพลการ โดยอ้างความมั่นคงของรัฐและผลประโยชน์ของชาติ (Jacobson and Ruffer 2003, 77)

สถานการณ์เช่นนี้เห็นได้ชัดเจนในกรณีของประเทศที่ประชาธิปไตยมั่นคง โดยเฉพาะในยุโรป ซึ่งเป็นผลมาจากอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) ศาลยุติธรรมของยุโรป (European Court of Justice) และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ตัวอย่างเช่น ในสหราชอาณาจักรหลังจากที่พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนได้รับการตราขึ้นในปี ค.ศ. 1998 และมีผลบังคับใช้นับแต่ ค.ศ. 2000 เป็นต้นมา ทำให้ศาลซึ่งตามจารีตรัฐธรรมนูญอังกฤษถือว่าไม่มีสิทธิอำนาจเหนืออำนาจสูงสุดของเสียงข้างมากในรัฐสภา กลับสามารถรับดำเนินการวินิจฉัยบทบัญญัติของรัฐสภาและกิจกรรมของฝ่ายบริหารว่าถูกต้องและเป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญา หรือไม่ และองค์กรฝ่ายตุลาการยังมีสิทธิอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลตามกฎหมายในการปกครองและบริหารที่อนุวัติตามอนุสัญญาและพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกด้วย ยิ่งกว่านั้น คำวินิจฉัยของศาลสหราชอาณาจักรยังอ้างคำวินิจฉัยของศาลของสหภาพยุโรปประกอบ และปรากฏการณ์เช่นนี้ยังได้รับการปรับเปลี่ยนอนุวัติตามในกลุ่มประเทศเครือจักรภพแถบแคริบเบียน ยังผลให้เกิดการจัดตั้งศาลในรูปแบบข้ามชาติเป็นศาลสถิตยุติธรรมแคริบเบียน (Caribbean Court of Justice) ซึ่งเท่ากับเป็นการสถาปนาอำนาจเชิงตุลาการที่ไม่อิงอยู่กับระบบเครือจักรภพเดิมโดยปริยาย (Oliver 2003)

ปรากฏการณ์ในทำนองเดียวกันยังเกิดขึ้นในเนเธอร์แลนด์นับแต่ ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พลเมืองเนเธอร์แลนด์หันมาร้องเรียนกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยตรงต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมากขึ้นตามลำดับ (Kate and van Koppen 1994) ในกรณีของประเทศสวีเดน แรงกดดันจากศาลระหว่างประเทศทำให้รัฐบาลพรรคสังคมประชาธิปไตยซึ่งครองอำนาจมายาวนาน ต้องปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมให้สอดคล้องกับอนุสัญญา เพิ่มอำนาจให้มีการตรวจสอบวินิจฉัยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารผ่านฝ่ายตุลาการได้มากขึ้น แต่ในขณะที่กลุ่มผู้ครองอำนาจทางการเมืองพยายามจำกัดการดำเนินการเท่าที่จำเป็น พลเมืองชาวสวีเดนจำนวนมากกลับปรับเปลี่ยนความรู้สึกนึกคิดมากกว่า โดยให้ความสำคัญต่อสิทธิของปัจเจกชนและหลักนิติธรรมตามสิทธิมนุษยชนมากขึ้น จึงเรียกร้องให้เกิดตุลาการภิวัตน์รวดเร็ว กว้างขวางมากขึ้น ซึ่งก็ส่งผลเป็นรูปธรรมทางการเมืองมากทีเดียว (Holmström 1994)

ตุลาการภิวัตน์กับปทัสถานระหว่างประเทศในกรณีของฝรั่งเศสนับว่าน่าสนใจมาก เพราะมีความเป็นมาที่แตกต่างไปจากประเทศในยุโรปที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือ นับแต่การปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1789 ระบอบสาธารณรัฐของฝรั่งเศสตั้งอยู่บนรากฐานทางความคิดและแนวปฏิบัติที่ว่า เจตจำนงของรัฐย่อมขึ้นอยู่กับเจตจำนงทั่วไปของประชาชน ซึ่งแสดงออกผ่านการมีส่วนร่วมและลงมติโดยพลเมืองทุกคนตามปรัชญาการเมืองของรุสโซ และแม้ว่ารุสโซจะวิพากษ์ระบอบผู้แทน (Rousseau [1762] 1978, 102-104) แต่ผู้นำการปฏิวัติก็นำมาพัฒนาอภิปรายจนเป็นที่ยอมรับว่า ในระบอบผู้แทน เจตจำนงของประชาชนถือได้ว่าอยู่ที่รัฐสภานั้นเอง (Pech 2004, 84-85) ยิ่งไปกว่านั้น ความเป็นมาในการปกครองตามระบอบเก่า (Ancien Régime) ซึ่งให้อำนาจอย่างสูงต่อผู้พิพากษา นำมาซึ่งความไม่พอใจรุนแรงกว้างขวาง ยังทำให้ประชาชนฝรั่งเศสมีทัศนคติไม่ไว้วางใจต่อระบอบที่ได้รับสมญาเชิงลบว่า “การปกครองของผู้พิพากษา”

(gouvernement des juges) มาโดยตลอด ฝ่ายตุลาการของฝรั่งเศสจึงมีอาจท้าทายฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้เลย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้นำของประเทศได้รับความไว้วางใจจากประชาชนจนถือได้ว่า บุคคลผู้นั้นเชื่อมโยงและสะท้อนเจตจำนงของประชาชาติฝรั่งเศส (Koopmans 2003, 107-108)

อย่างไรก็ตาม ในการสถาปนาสาธารณรัฐที่ห้าของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1958 ประเด็นว่าด้วยการใช้อำนาจของรัฐสภาในทางที่ขัดต่อเจตจำนงของประชาชาติและรัฐธรรมนูญได้รับการหยิบยกขึ้นมาจากหลายฝ่ายในการร่างรัฐธรรมนูญ นำไปสู่การจัดตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Council) เพื่อทำหน้าที่ในการทบทวนเชิงรัฐธรรมนูญ (constitutional review) เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา โดยเฉพาะในการป้องกันมิให้ก้าวล่วงขัดขวางการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้นำและฝ่ายบริหาร (Stone¹ 1992, 46-59; Pech 2004, 91) กระนั้นก็ตาม การทบทวนดังกล่าวต้องกระทำก่อนที่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้เท่านั้น จึงเท่ากับเป็นการทบทวนตัวบทกฎหมายในลักษณะนามธรรม และไม่อาจมีการดำเนินการทบทวนหรือวินิจฉัยคดีภายหลัง แบบที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปสามารถดำเนินการได้ เช่น เยอรมนี อิตาลี และสเปน (Pech 2004, 94)

การทำหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเริ่มมีลักษณะเชิงรุกมากขึ้นนับแต่ปี ค.ศ. 1971 เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอ้างถึงหลักสิทธิเสรีภาพตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen) ค.ศ. 1798 ซึ่งก็อ้างไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 ในการยับยั้งการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีมติว่าขัดต่อเสรีภาพในการสมาคม คำวินิจฉัยดังกล่าวเท่ากับเป็นการยกสถานะของหลักสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญตามอารัมภบท และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจใช้ในการทบทวนตัวบทกฎหมายได้ แนวปฏิบัติเช่นนี้กลายเป็นส่วนสำคัญของการปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1974 (Pech 2004, 91-92)

ต่อมาโดยเฉพาะในทศวรรษ 1980 การทำงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ทั้งที่เป็นการริเริ่มของคณะตุลาการฯ เอง และที่เป็นผลมาจากการต่อสู้ของพรรคการเมืองทั้งหลาย ซึ่งต่างพยายามใช้คณะกรรมการตุลาการฯ ให้เป็นประโยชน์ต่อยุทธศาสตร์ทางการเมืองของตน ได้รับการพิจารณาว่าเปลี่ยนฝรั่งเศสจากระบอบประชาธิปไตยซึ่งอำนาจสูงสุดอยู่ที่รัฐสภาไปสู่นิติรัฐ (État de droit) โดยมีตุลาการพิทักษ์ของการเมืองเป็นองค์ประกอบสำคัญ ทำให้ระบอบการเมืองของฝรั่งเศสแปรเปลี่ยนสู่การยึดหลัก “อำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” (constitutional supremacy) ในทำนองเดียวกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศเยอรมนี ทั้งยังทำให้สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนได้รับการยืนยันโดยรัฐธรรมนูญ สอดคล้องกับปทัสถานระหว่างประเทศที่กำลังขยายตัวในยุโรปและทั่วโลกช่วงเวลานั้นด้วย (Pech 2004, 97-103)

¹ Alec Stone Sweet ใช้ชื่อ Alec Stone ในงานเขียนก่อน ค.ศ. 1996 และใช้ชื่อว่า Alec Stone Sweet ในงานเขียน ค.ศ. 1997 เป็นต้นมา

สิทธิมนุษยชน นิติรัฐ และตุลาการภิวัตน์ ดังที่กล่าวมา อาจมองได้ว่าเป็นวาทกรรมจากพัฒนาการของโลกตะวันตก Baxi (2004) เสนอว่า ในการทำความเข้าใจสังคมอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของอินเดีย เราต้องละทิ้งความเข้าใจที่ว่าหลักการและวิถีปฏิบัติรวมทั้งเรื่องเล่า (narrative) ในประเด็นเหล่านี้มีเพียงในแบบของตะวันตก ซึ่งบางที่ยังตีกรอบคับแคบลงเหลือเพียงในแบบอังกฤษ-อเมริกันอีกด้วย Baxi เห็นว่า อินเดียมีความเป็นมาและประเด็นที่จะต้องให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิและนิติธรรมในแบบที่แตกต่างออกไป ทั้งนี้บทบาทของศาลฎีกาของอินเดียมีความสำคัญนับแต่รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1950 ซึ่งเกี่ยวพันกับประเด็นว่าด้วย สิทธิ การพัฒนา การจัดการปกครอง และความยุติธรรม เขาเน้นว่าประเด็นเหล่านี้ไม่อาจอธิบายและนำเอาไปทาสถานแบบตะวันตกมาใช้อย่างปราศจากการแยกแยะ เพราะกฎหมายและการวินิจฉัยของศาลอินเดียต้องจัดการกับวิถีปฏิบัติซึ่งปิดกั้นและเลือกปฏิบัติมาแต่โบราณบนพื้นฐานของวรรณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจันทาล และบนพื้นฐานของชาติพันธุ์และชนเผ่าที่ถูกกีดกัน

Baxi ยังใช้คำของ Robert Cover ว่า “jurispathic” ซึ่งแปลได้ว่า “นิติเภท” เพื่อชี้ถึงการที่กฎหมาย (รวมทั้งระเบียบข้อกำหนด) จำนวนมากในอินเดียบั่นทอนทำลายหลักนิติธรรม สร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้ความรุนแรง การละเมิดสิทธิ ความไม่เท่าเทียม การกีดกันทางสังคม การเลือกปฏิบัติ หรือแม้กระทั่ง “วัฒนธรรมการข่มขืน” ทั้งหมดนี้ดำรงสืบเนื่องมายาวนานและอาจถูกตอกย้ำผ่านสถานการณ์ในบริบทใหม่ (Baxi 2004, 335) ในแง่นี้เราจึงไม่พึงสรุปว่าตุลาการภิวัตน์ของอินเดียได้รับอิทธิพลและดำเนินตามปทัสถานระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนและอื่น ๆ เท่านั้น ทว่าควรเห็นบริบทของการต่อสู้และการพัฒนาตามประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในขบวนการของประชาชนภายใต้การนำของมหาตมะ คานธี ซึ่งมีได้จำกัดเพียงแค่การเรียกร้องเอกราช แต่ยังคงครอบคลุมมิติเรื่องสิทธิเสรีภาพ สวัสดิการ ความเสมอภาค และความเป็นธรรมทางสังคมบนรากฐานประเด็นทางวัฒนธรรมอินเดียเอง (Baxi 2004, 327)

ส่วนในกรณีของ “ประชาธิปไตยใหม่” ซึ่งก่อให้เกิดตุลาการภิวัตน์ระลอกที่สาม เห็นได้ชัดว่าปทัสถานสิทธิมนุษยชน นิติธรรม และรัฐธรรมนูญนิยม ล้วนมีบทบาทสำคัญในการโค่นล้มหรือเปลี่ยนผ่านจากระบอบอำนาจนิยมสู่ประชาธิปไตย ดังเช่น ในกรณีของฟิลิปปินส์ Pangalangan (2004) ชี้ให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1987 มุ่งหมายปฏิรูปและขจัดสภาพสืบเนื่องจากระบอบอำนาจนิยมภายใต้อัตตาธิปไตยที่เคยดำเนินมายาวนานในยุคของประธานาธิบดีมาร์คอส จึงเน้นดุลยภาพระหว่างอำนาจฝ่ายต่าง ๆ พื้นฟูกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลตามรัฐธรรมนูญ และสร้างสถาบันให้แก่ “อำนาจประชาชน” (People Power) ด้วยการปฏิรูปกฎหมายและสังคม ทั้งนี้ในกระบวนการปฏิรูปดังกล่าว มีการบัญญัติหมวดว่าด้วย “หลักการนำทาง” (directive principles) เรียกว่า “ปณิญาแห่งหลักการและนโยบายรัฐ” (Declaration of Principles and State Policies) และรายละเอียดซึ่งกระจายไปในหมวดอื่นที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งประเด็นที่ผูกมัดการดำเนินการของรัฐเกี่ยวกับ “ความเป็นธรรมทางสังคม สิทธิในสุขภาพ และระบบนิเวศที่สมดุลเชื้อต่อสุขภาพจะสอดคล้องกับจังหวะและความกลมกลืนแห่งธรรมชาติ ตลอดจนเศรษฐกิจแห่งชาติที่พึ่งตนเองและเป็นอิสระ” ทั้งหมดนี้ยังได้รับการยืนยันจากศาลสูงสุดว่าเป็น “การประมวลรายการในรัฐธรรมนูญว่า

ด้วยคุณค่าและผลประโยชน์แห่งชุมชน” ซึ่งอาจถือได้ว่าเทียบเท่า “วาทกรรมสิทธิมนุษยชนซึ่งอ้างสิทธิในแบบที่มีใช้แบบเดิม คาดหวังสู่เบื้องหน้า และกอบปรด้วยโครงการ” (Pangalangan 2004, 375-376)

ยิ่งไปกว่านั้น หลักการนำทางนี้ยังเป็นแหล่งอ้างอิงสำหรับการพิพากษาคดีจำนวนไม่น้อย ที่เกี่ยวเนื่องกับการดำเนินธุรกิจที่ส่งผลกระทบต่อชีวิตและสภาพแวดล้อมของชุมชน เช่น คดีการตั้งโรงงานสารเคมี สัมปทานป่าไม้ ไปจนถึงคดีทางเศรษฐกิจ เช่น ความโปร่งใสในการลงทุนจากต่างชาติ การผูกขาดอุตสาหกรรมน้ำมัน เป็นต้น ซึ่งมีข้อพิพาทชีววิจารณ์ทั้งในเชิงสนับสนุนและต่อต้านเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของตุลาการที่ขยายสู่พื้นที่ของการตัดสินใจเชิงนโยบาย (Pangalangan 2004, 376-378)

มิติเศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ

นับแต่ปรัชญาการเมืองของจอห์น ล็อก (Locke [1689] 1947) ในคริสต์ศตวรรษที่ 17 หลักสิทธิเสรีภาพตามพัฒนาการในโลกตะวันตกมีนัยรวมถึง “ทรัพย์สิน” ซึ่งเป็นสิทธิของบุคคลเอกชนอันมีอาจละเมิดได้ และตัวบทและการบังคับใช้กฎหมายพึงรับรองคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลนี้อย่างมั่นคง การเมืองการปกครองที่เป็นไปตามแนวทางนี้นอกจากจะมีความชอบธรรมแล้ว ยังเอื้ออำนวยให้ทรัพย์สินเพิ่มพูน นำมาซึ่งการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของสังคมโดยรวม โดยรัฐไม่ต้องและไม่พึงเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกับทรัพย์สินเอกชนแต่อย่างใด แนวทางที่เรียกกันว่า “เสรีนิยม” (Liberalism) นี้ขยายตัวไปพร้อมกับการขยายตัวทางเศรษฐกิจทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลังสงครามโลกครั้งที่สองในบางพื้นที่ และขยายครอบคลุมทั่วโลกจนถือเป็นโลกาภิวัตน์ทางเศรษฐกิจนับแต่ต้นทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา

กระนั้นก็ดี หลักการว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินซึ่งเป็นพื้นฐานของเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศนี้ ไม่จำเป็นต้องอิงอยู่กับระบอบการปกครองแบบใดแบบหนึ่งเพียงแบบเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้ลงทุนข้ามชาติต้องการเพียงหลักประกันในเรื่องทรัพย์สินและเสถียรภาพทางการเมืองซึ่งคุ้มครองผลประโยชน์ในระยะยาว สอดรับกับการที่ผู้นำทางการเมืองของประเทศที่รับการลงทุนมุ่งหมายเพียงการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจจากการขยายลงทุนและการค้าระหว่างประเทศ

กรณีศึกษาที่น่าสนใจสะท้อนประเด็นนี้ได้ดี ได้แก่ ประเทศอียิปต์ Moustafa (2003) นำเสนอว่าโดยปกติแล้วนักวิชาการที่ศึกษาเกี่ยวกับตุลาการภิวัตน์มักยึดถือเป็นข้อสรุปว่า ตุลาการภิวัตน์ของการเมืองเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากที่ “ผู้นำแบบเผด็จการจะต้องการให้มีศาลที่เป็นอิสระและมีส่วนร่วมในการวางนโยบาย” หรือ “ยอมเปิดกว้างให้กระบวนการตัดสินใจที่ติดอยู่กับระเบียบขั้นตอนและสิทธิตามกฎหมายอยู่เหนือความสำเร็จแบบฉาบฉวยอันนำผลลัพธ์อันเป็นแก่นสารตามที่ต้องการ” (Tate and Vallinder 1995, 28; Moustafa 2003, 885) แต่ปรากฏการณ์ในอียิปต์ขัดแย้งต่อข้อสรุปดังกล่าวนี้ เพราะระบอบที่ดำเนินการปกครองแบบอำนาจนิยมของอียิปต์ ซึ่งเข้าควบคุมชีวิตทางสังคมและการเมืองแทบทุกด้าน กลับเปิดโอกาส

ให้มีสถาบันแบบกฎหมาย/การเมืองที่เป็นอิสระมีอำนาจนิติของตนเองอย่างศาลรัฐธรรมนูญสูงสุด (Supreme Constitutional Court) โดยศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดยังสามารถทำงานมุ่งสู่ “การปฏิรูปการเลือกตั้ง ขยายเสรีภาพในการแสดงออก และปกป้องกลุ่มที่แข่งขันอยู่ในประชาสังคมให้ปลอดภัยจากการครอบงำของรัฐ” (Moustafa 2003, 884) ปราบปรามการฉ้อโกงที่เป็นไปอย่างยาวนานในช่วงเวลาของการศึกษาของเขาระหว่าง 1980 ถึง 2000 นำมาซึ่งคำถามว่า เพราะเหตุใดตุลาการวิวัฒนาการทางการเมืองจึงเกิดขึ้นและเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งยังมีพัฒนาการโดยตลอดได้ภายใต้ระบบการเมืองแบบอำนาจนิยม

Moustafa อธิบายว่า นั่นเป็นเพราะเมื่อเข้าสู่ทศวรรษที่ 1980 และโดยเฉพาะในทศวรรษที่ 1990 กระแสการลงทุนระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมหาศาลกว้างขวาง และกลุ่มผู้ปกครองอียิปต์จำเป็นต้องดึงดูดทุนระดับโลกเข้าสู่ประเทศเพื่อแก้ไขภาวะชะงักงันทางเศรษฐกิจซึ่งส่งผลให้เกิดความระส่ำระสายอย่างหนักทางการเมือง แต่เนื่องจากระบอบการเมืองของอียิปต์เคยดำเนินนโยบายแบบสังคมนิยมโดยแปรรูปธุรกิจเอกชนส่วนใหญ่ให้กลายเป็นรัฐวิสาหกิจของชาติ (nationalization) อย่างครอบคลุมที่สุดแห่งหนึ่งของโลกในช่วงทศวรรษที่ 1950 และ 1960 จนเป็นที่หวาดระแวงอย่างมากของนักลงทุนและธุรกิจระหว่างประเทศ การดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติจึงไม่อาจกระทำผ่านกลไกทางการเมืองฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และการใช้มาตรการแบบอำนาจนิยมเพื่อปรับเปลี่ยนกลไกทางเศรษฐกิจไปในทิศทางตรงข้ามเช่นนี้ นอกจากจะไม่น่าเชื่อถือในสายตาโลกภายนอกแล้ว ยังอาจทำให้ระบบการเมืองสูญเสียความชอบธรรมภายในประเทศมากขึ้นไปอีก การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดซึ่งเป็นอิสระและสามารถสร้างกรอบจำกัดเชิงสถาบันตามกฎหมายต่อมาตรการของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น จึงจะสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนได้ ว่าสิทธิในทรัพย์สินเอกชนจะได้รับการเคารพและคุ้มครอง ทั้งในระยะสั้นและระยะยาวด้วยกระบวนการทบทวนโดยตุลาการที่เป็นอิสระน่าเชื่อถือ โดยมีแบบแผนการปฏิบัติชัดเจนในลักษณะที่เป็นสถาบันเชิงกฎหมายและการเมืองควบคู่กันไป

ศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดมีบทบาทสำคัญยิ่งในการวินิจฉัยเพื่อปฏิรูปกฎหมายสำคัญ ซึ่งสนับสนุนโครงการปฏิรูปโครงสร้างเศรษฐกิจของฝ่ายบริหาร ตัวอย่างเช่น กรณีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยค่าเช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเดิมถูกตีกรอบจำกัดตามแนวทางสังคมนิยมอย่างมาก จนต่อมาเมื่อสถานการณ์ด้านประชากรและความต้องการเปลี่ยนไป กลายเป็นอุปสรรคสำคัญต่อโอกาสการลงทุนและการครอบครองทรัพย์สิน ส่งผลกระทบสืบเนื่องต่อธุรกิจทั้งระบบ ศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดช่วยให้การปฏิรูปกฎหมายในเรื่องนี้ได้รับความชอบธรรมและลดแรงเสียดทาน ทำให้รัฐบาลสามารถวางท่าทีเสมือนเป็นกลาง ไม่ต้องเผชิญกับการต่อต้านโดยตรงจากกลุ่มทางสังคมที่ได้รับผลกระทบทางนโยบาย ซึ่งมุ่งปฏิรูปให้เกิดการลงทุนและแข่งขันอย่างเสรีในกิจการทางเศรษฐกิจที่ครอบคลุมพื้นที่และผลประโยชน์มหาศาลทั้งภายในและระหว่างประเทศ (Moustafa 2003, 910-912)

การตัดสินใจของศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดเอื้อต่อการที่ฝ่ายบริหารดำเนินนโยบายเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยฝ่ายบริหารสามารถอ้างได้ว่าเป็นการกระทำตาม “ระบบนิติธรรมที่เป็นอิสระ” และไม่ต้องกระทำ

การผ่าน “ช่องทางทางการเมืองที่โจ่งแจ้งมากกว่า” แต่ขณะเดียวกัน การทำหน้าที่ในลักษณะนี้ก็สร้างความได้เปรียบให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดในการผลักดันวาระการปฏิรูปทางการเมืองได้ไม่น้อยทีเดียว โดยศาลฯ วางตัวและกระทำการในฐานะสถาบันที่ “เอื้อประโยชน์สองด้าน” (dual-use) กล่าวคือ “เป็นมิตรต่อระบอบอำนาจนิยม” โดยในด้านหนึ่งหลีกเลี่ยงที่จะเผชิญหน้าขัดแย้งกับตัวระบอบโดยตรง (เช่น ประเด็นเขตอำนาจศาลทหารหรือการปฏิรูปกฎหมายเลือกตั้ง) และอีกด้านหนึ่งเปิดโอกาสให้บรรดาพรรคฝ่ายค้าน กลุ่มและสถาบันด้านสิทธิมนุษยชน กลุ่มนักวิชาการปัญญาชนและกลุ่มกิจกรรม ตลอดจนหน่วยงานของสหประชาชาติและองค์การด้านปทัสถานระหว่างประเทศ ผลักดันเคลื่อนไหวเพื่อการปฏิรูปทางการเมืองได้ในระดับหนึ่ง (Moustafa 2003, 886) เช่น การเข้าร่วมสังเกตการณ์การเลือกตั้ง และการตรวจสอบยับยั้งกฎหมายด้านเสรีภาพในการแสดงออกและการชุมนุม เป็นต้น

ปรากฏการณ์ลักษณะเดียวกันยังเห็นได้จากความสัมพันธ์ระหว่างตุลาการภิวัตน์กับเงื่อนไขเศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศในลาตินอเมริกาอีกด้วย Santiso (2004) ใช้กรณีศึกษาของบราซิลเป็นหลัก โดยอธิบายเชื่อมโยงกับการศึกษากรณีประเทศอื่นในทวีปอเมริกาได้ นำเสนอว่า ตุลาการภิวัตน์เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างยิ่งของการปฏิรูปเศรษฐกิจในแบบที่มุ่งหมายให้สถาบันธรรมาภิบาล โดยเฉพาะองค์การด้านตุลาการ เป็นแกนกลางกับหลักยึดสำหรับการปฏิรูปกลไกเศรษฐกิจแบบตลาดและการสร้างความแข็งแกร่งให้แก่ประชาธิปไตย แนวทางดังกล่าวสอดคล้องกับกระบวนการปฏิรูปและการพัฒนาในช่วงทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา ซึ่งถือว่าหลักนิติธรรมสำคัญต่อเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ โดยที่การเจริญเติบโตในที่นี้หมายรวมถึงการลงทุนจากต่างชาติเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยตรงจากภาคเอกชนและรัฐบาลต่างประเทศ หรือสถาบันการเงินระหว่างประเทศ โดยเฉพาะธนาคารโลก ธนาคารเพื่อการพัฒนาระดับภูมิภาค ตลอดจนกองทุนการเงินระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม Santiso ประเมินว่า ในกรณีของบราซิลและหลายประเทศในอเมริกาใต้ การอาศัยอำนาจตุลาการเข้ามาเป็นตัวแปรสำคัญในการผลักดันการปฏิรูปมิได้ประสบผลสำเร็จดังที่คาดการณ์กันไว้เท่าที่ควร

ในทำนองเดียวกัน กรณีของประเทศเม็กซิโก Beer (2006) ชี้ให้เห็นว่า นับแต่ปี ค.ศ. 1994 การเปลี่ยนผ่านจากระบบการเมืองอำนาจนิยมภายใต้การนำแบบพรรคเดียวของประธานาธิบดีเออร์เนสโต เซดิลโล เปลี่ยนผ่านสู่การเมืองหลายพรรค เป็นสาเหตุสำคัญให้เซดิลโลเริ่มการปฏิรูประบบตุลาการและเพิ่มอำนาจของศาลฎีกาในการทบทวนความชอบธรรมของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ในแง่หนึ่ง ตุลาการภิวัตน์ในเม็กซิโกจึงอาจอธิบายได้ด้วยแนวคิดนโยบายประกันภัยทางการเมือง กล่าวคือ ประธานาธิบดีเลือกส่งเสริมตุลาการภิวัตน์อย่างมีเงื่อนไขและข้อจำกัด เพื่อสร้างหลักประกันให้แก่ชนชั้นนำตามสถานภาพเดิม ในกรณีที่อาจเกิดการเปลี่ยนโครงสร้างการครองอำนาจภายใต้ระบบการเมืองแบบหลายพรรค แต่ขณะเดียวกัน Beer ย้ำว่า บรรยากาศของการขยายตัวของทุนข้ามชาติเป็นเงื่อนไขสำคัญยิ่งของการปฏิรูปเชิงตุลาการเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อสร้างความมั่นใจทั้งระยะสั้นและระยะยาวให้แก่นักลงทุน นับแต่ความมั่นคง

ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ไปจนถึงหลักประกันการลงทุนท่ามกลางความผันผวนทางการเมืองที่อาจเกิดขึ้น

มิติโลกาภิวัตน์ทางตุลาการ

Anne-Marie Slaughter (2003) นำเสนอว่า ความเชื่อมโยงระดับโลกทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และการเมือง ย่อมสร้างความเชื่อมโยงทางกฎหมายและตุลาการในรูปแบบต่าง ๆ นำมาซึ่งโลกาภิวัตน์ทางตุลาการและ “ชุมชนระดับโลกของบรรดาศาล” (global community of courts) เนื่องจากเศรษฐกิจระดับโลกทำให้เกิดการดำเนินคดีข้ามชาติ และในหลายกรณีอาจถือได้ว่าเป็นไปในระดับโลกด้วยการดำเนินคดีทางเศรษฐกิจอาจกระทำได้นานาชาติและข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น องค์การค้าโลก ข้อตกลงการค้าเสรี กฎหมายคณะอนุญาโตตุลาการทางทะเล และอื่น ๆ แต่ขณะเดียวกัน สิ่งที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมากนับแต่ช่วงทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมาได้แก่ การฟ้องร้องดำเนินคดีทางเศรษฐกิจในลักษณะข้ามชาติระหว่างเอกชนในประเทศหนึ่งกับเอกชนในอีกประเทศหนึ่ง รวมถึงแนวโน้มที่ธุรกิจเอกชนข้ามชาติยังสามารถฟ้องร้องต่อศาลในอีกประเทศหนึ่ง เพื่อดำเนินคดีต่อรัฐในแบบข้ามพรมแดนอาจบีบได้ยิ่งด้วยปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้เริ่มจากคดีความในบางประเด็นขยายไปสู่คดีจำนวนมากมาย จนทำให้ศาลและบุคลากรในแต่ละประเทศต้องติดต่อ แลกเปลี่ยน เรียนรู้แบบอย่าง กำหนดมาตรฐานและข้อตกลง ทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการอย่างไม่เคยมีมาก่อน

ความเชื่อมโยงของกฎหมายและตุลาการข้ามชาติมิได้เกิดเพียงแคในเรืองทางเศรษฐกิจ แต่ยังครอบคลุมศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลในกระบวนการปกติที่ทำหน้าที่ในแบบเดียวกัน ดังที่ศาลสูงสุดและศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศอ้างอิงคำตัดสินและการเรียบเรียงคำวินิจฉัยของศาลในประเทศอื่น ๆ ซึ่งกันและกันมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น ในประเด็นว่าด้วยเสรีภาพในการพูดไปจนถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัวและโทษประหารชีวิต เป็นต้น ความเชื่อมโยงและการอ้างอิงปทัสถาน กฎหมาย การตีความ และข้อวินิจฉัย ยังนำมาซึ่งการติดต่อ พบปะ จัดการสัมมนา ศึกษาดูงาน แลกเปลี่ยนประสบการณ์ ฯลฯ ทำให้เกิดพัฒนาการความสัมพันธ์ของฝ่ายตุลาการและองค์กรที่ทำหน้าที่ทบทวนเชิงรัฐธรรมนูญโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเสริมสร้างความแข็งแกร่งของระบอบรัฐธรรมนูญนิยร่วมกัน (Slaughter 2003, 193-194) ด้วยเหตุนี้ ตุลาการภิวัตน์ในประเทศต่าง ๆ จึงมิได้ดำเนินไปโดยอาศัยที่มาของความชอบธรรมเฉพาะภายในรัฐเท่านั้น แต่ยังอาศัยการอ้างอิงสิทธิอำนาจในกรณีของต่างประเทศมาสนับสนุนการดำเนินการภายในประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเชิงกระบวนการหรือรายละเอียดของคำพิพากษา ยิ่งไปกว่านั้น ในการนำเสนอคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับสาระทางรัฐธรรมนูญทั้งหลาย Robertson (2010) ชี้ให้เห็นว่า ตัวบทในรายละเอียดมิได้อยู่ในสถานะเดียวกับคำตัดสินอย่างคดีทั่วไป แต่อาจกล่าวได้ว่าเป็นเสมือนการทำงานของนักทฤษฎีการเมืองเชิงปฏิบัติ (applied political theorist) ในการจัดวางเผยแผ่หลักการและคุณค่าพื้นฐานในช่วงเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ให้แก่สังคมเลยทีเดียว

นอกจากผลกระทบจากความเชื่อมโยงในด้านต่าง ๆ ข้างต้น จากการศึกษาพัฒนาการในสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสหภาพยุโรปเป็นหลัก Kersch (2005) เสนอว่า แนวคิดโลกาภิวัตน์ทางตุลาการตั้งอยู่บนหลักการเชิงปทัสฐานสามประการด้วยกัน ได้แก่

ประการแรก ความเป็นสากลนิยมทางศีลธรรม ซึ่งหมายถึง หลักศีลธรรมหรือความดีที่ยึดถือว่าเป็นสากลซึ่งเป็นที่มาของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมและนิติธรรม (อันเกี่ยวข้องกับมิติปทัสฐานระหว่างประเทศดังที่ได้กล่าวถึงมาแล้ว)

ประการที่สอง การเสริมสร้างประสิทธิภาพทางเทคนิคและการบริหาร ซึ่งหมายถึง การแลกเปลี่ยนความรู้เชิงประจักษ์และประสบการณ์จริงของบรรดาผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแก้ปัญหาเชิงปฏิบัติในโลกที่เชื่อมโยงซึ่งกันและกันในปัจจุบัน

และประการที่สาม ข้อพิจารณาทางการทูต หมายถึง การที่ความเชื่อมโยงทั้งในทางปทัสฐานและการปฏิบัติของฝ่ายตุลาการ ตลอดจนการอ้างอิงส่งเสริมซึ่งกันและกัน ย่อมมีคุณูปการอย่างมากต่อประสิทธิผลทางการทูต ทั้งเชิงทวิภาคีและพหุภาคี เพราะช่วยส่งเสริมให้หลักการ หลักปฏิบัติ และหลักความชอบธรรม เป็นไปอย่างสอดคล้องกันมากขึ้นระหว่างบรรดาประเทศทั้งหลาย ในประเด็นนี้ Baudenbacher (2003, 397) ยังชี้ให้เห็นว่า ตุลาการภิวัตน์ซึ่งมีลักษณะเชื่อมโยงระหว่างประเทศยังเป็นวิถีทางของการแก้ไขความขัดแย้งจากที่เคยผูกติดอยู่กับกระบวนการทางการทูต มาสู่การแก้ไขความขัดแย้งผ่านศาลและสถาบันในลักษณะเดียวกับศาลมากขึ้น เป็นการเพิ่มทางเลือกและทางออกให้แก่การจัดการกับความขัดแย้งระหว่างประเทศในปัจจุบัน

กระนั้นก็ดี ย่อมเป็นการผิดพลาดหากจะเข้าใจว่าความเชื่อมโยงทางตุลาการในลักษณะข้ามชาติหรือระดับโลกนี้เป็นเรื่องใหม่อย่างสิ้นเชิง เพราะแท้จริง บ่อเกิดและพัฒนาการของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของประเทศทั้งหลายในโลกสมัยใหม่ ล้วนได้รับอิทธิพลจากจักรวรรดิ ลัทธิอาณานิคม และอำนาจแบบจักรวรรดิ (รวมทั้งแบบคอมมิวนิสต์) ไม่มากนักน้อย ยิ่งหากประเทศใดเคยตกอยู่ในสภาพเมืองขึ้นของจักรวรรดิใดมาก่อนหน้าที่จะเป็นเอกราช ย่อมได้รับอิทธิพลจากแบบแผนเชิงนิติศาสตร์ของประเทศเมืองแม่เป็นอย่างมาก และในหลายกรณีเกิดขึ้นจากวิธีการที่อาจเรียกได้ว่า “การปลูกถ่าย” (transplantation) กฎหมายและกระบวนการตุลาการจากศูนย์กลางจักรวรรดิสู่อาณานิคมเสียด้วยซ้ำ (Slaughter 2003, 196) นอกจากนั้น หากมองในเชิงสังคม การส่งต่อและรับเอาตัวบทกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ระบบการศึกษานิติศาสตร์ ตลอดจนระบบการบริหารจัดการและวิธีแห่งการสื่อสารทางด้านนี้ ยังถือได้ว่าเป็นการถ่ายทอดในเชิงวัฒนธรรมและภาษาที่สำคัญอย่างยิ่งเลยทีเดียว (McLean 2004, 166)

การนำเสนอของ McLean เกี่ยวกับกรณีประเทศนิวซีแลนด์อาจช่วยให้เข้าใจเชิงเปรียบเทียบับบรรดาประเทศเล็กเกิดใหม่ได้เช่นกัน นิวซีแลนด์อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายของจักรวรรดิบริติชนับแต่เดิมมายาวนาน ระบบศาลอุทธรณ์ของนิวซีแลนด์ในอดีตจึงสิ้นสุดที่ศาลในกรุงลอนดอน ซึ่งประกอบด้วยผู้

พิพากษาและนักกฎหมายอังกฤษและสกอตแลนด์เป็นหลัก ดังนั้นในการสร้างความเป็นประชาชาติ (nationhood) ของนิวซีแลนด์ จึงถูกกำหนดด้วยมรดกจากยุคอาณานิคม แต่ขณะเดียวกันก็แสวงหาเรียนรู้แนวทางจากแหล่งอื่นที่แตกต่างออกไปด้วย ทำให้อิทธิพลและการวินิจฉัยแบบข้ามชาติ แบบเหนือชาติ หรือแบบระหว่างประเทศ เป็นเรื่องที่คุ้นเคยกันดีอยู่แล้วในแวดวงตุลาการนิวซีแลนด์ จึงไม่ใช่เรื่องผิดปกติในการปรับตัวเข้ากับเงื่อนไขของโลกาภิวัตน์ทางตุลาการในช่วงสามทศวรรษที่ผ่านมา

กระนั้นก็ดี McLean เตือนว่า โลกาภิวัตน์ของตุลาการมีลักษณะคล้ายคลึงกับจักรวรรดิในแง่หนึ่ง ซึ่งไม่เพียงมองข้าม นั่นคือ แม้ในระบบและชุมชนกฎหมายระหว่างประเทศแบบเสรีนิยมจะถือว่าประชาชาติทั้งหลายอยู่ในสถานะทางอธิปไตยเท่าเทียมกัน แต่นั่นมิได้เป็นจริงในทางปฏิบัตินัก ประเทศใหญ่ยังคงกำหนดทิศทางและแบบแผนหลัก โดยที่ประเทศเล็กยังต้องยอมรับปรับตัวตามมหาอำนาจ ความเท่าเทียมแบบประชาธิปไตยในชุมชนตุลาการระหว่างประเทศจึงเป็นเพียงความจริงเชิงสัญลักษณ์เท่านั้น (McLean 2004, 180-181)

ในประเด็นนี้มีผู้มองอีกด้านหนึ่งว่า อิทธิพลข้ามชาติทางกฎหมายและระบบตุลาการในเวลานี้ แตกต่างจากสมัยจักรวรรดิเป็นอย่างมาก เพราะกระบวนการของอิทธิพลเปลี่ยนจาก “การรับเอา” (reception) มาเป็น “การสานเสวนา” (dialogue) บนพื้นฐานของการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและแนวปฏิบัติด้วย “ความเคารพซึ่งกันและกัน” (mutual respect) (Slaughter 2003, 196) หลักนิติธรรมในหลายประเด็นเป็นที่ยอมรับกันด้วย “ฉันทามติระหว่างประเทศที่แลเห็นได้” (visible international consensus) (Slaughter 2003, 202) แม้ว่าจะต้องปรับเปลี่ยนแตกต่างกันไปตามบริบทภายในประเทศก็ตาม และในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศทางด้านตุลาการ หลักว่าด้วย “อัยยาศัยไมตรีแห่งประชาชาติทั้งหลาย” (comity of nations) ก็มีความสำคัญว่า กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของแต่ละประเทศซึ่งเป็นสมาชิกของระบบระหว่างประเทศเดียวกันพึงได้รับความเคารพ ซึ่งมีความหมาย “มากกว่าธรรมเนียมมารยาทแต่น้อยกว่าพันธกรณี” ทว่าพัฒนาให้เกิดกฎเกณฑ์พื้นฐานสำหรับอัยยาศัยไมตรีในชุมชนตุลาการระดับโลกได้ (Slaughter 2003, 205) ในแง่นี้ การบังเกิดขึ้นของความสัมพันธ์ทางตุลาการระดับโลก (global judicial relations) มีรากอยู่ในพหุนิยมของบรรดาระบบกฎหมายหลากหลาย ทว่าขับเคลื่อนด้วยการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ร่วมที่ลึกซึ้งกว่า” (Slaughter 2003, 219)

แน่นอนว่า วิสัยทัศน์ว่าด้วยชุมชนระดับโลกแห่งศาลทั้งหลาย “อาจเป็นเหมือนดวงตาเปี่ยมประกายสดใส คาดการณ์มากไปเร็วไปจากสภาพที่น้อยเกินไป” (Slaughter 2003, 194) และความขัดแย้งข้อถกเถียงก็ปรากฏให้เห็นได้ชัดอยู่มากมายเช่นเดียวกัน ส่วน Kersch (2005) วิจารณ์ว่า ความคิดเกี่ยวกับลัทธิตุลาการข้ามชาติมิใช่เรื่องใหม่ แต่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในทศวรรษ 1940 ท่ามกลางภาวะหลังสงครามโลกครั้งที่สองและการสถาปนาองค์การสหประชาชาติ ซึ่งปัญญาชนจำนวนไม่น้อยคาดการณ์กันถึงการแพร่กระจายของการปกครองแบบรัฐธรรมนูญนิยมและระเบียบโลกใหม่ แต่ในที่สุดความคาดหวังใหญ่หลวงนี้ก็เสื่อมสลายไปในเวลาต่อมาไม่นานเมื่อเข้าสู่ยุคสงครามเย็น Kersch ยังเห็นพ้องกับแนวพินิจ

แบบการธำรงรักษาอำนาจนำ โดยวิพากษ์ความคิดและปรากฏการณ์เกี่ยวกับลัทธิข้ามชาติทางด้านตุลาการว่า “เป็นส่วนหนึ่งของแนวโน้มทั่วโลกซึ่งถูกผลักดันด้วยการเมืองโดยชนชั้นนำ ไปสู่การจัดการปกครองแบบตุลาการ (judicial governance) ซึ่งหากไม่ขัดกับหลักนิติธรรมเสียเอง ก็ขัดแย้งกับการปกครองตนเองแบบประชาธิปไตย” (Kersch 2004, 346)

สรุป

ดังที่ข้าพเจ้านำเสนอมาแต่ต้น เราอาจทำความเข้าใจตุลาการภิวัตน์ได้ด้วยแนวคิดหลายระดับหรือหลายแบบ เริ่มจากระดับพื้นฐานครอบคลุมที่สุดในฐานะส่วนหนึ่งของการประกอบสร้างของการจัดการปกครอง ตามมาด้วยตุลาการภิวัตน์ในฐานะทางออกเชิงสถาบันแบบรัฐธรรมนูญนิยมให้แก่ความไม่แน่นอนและความไม่ลงรอยของหลักการต่าง ๆ ในการเมืองเสรีประชาธิปไตย ซึ่งมีเงื่อนไขแตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นระบอบประชาธิปไตยที่มั่นคงหรือระบอบที่อยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่าน และเมื่อพิจารณาในรายละเอียดของสถานการณ์ ตุลาการภิวัตน์ก็อาจเป็นเครื่องมือทางยุทธศาสตร์สำหรับการธำรงรักษาและการแข่งขันแย่งชิงอำนาจทางการเมืองได้เช่นกัน (อย่างไรก็ดี ข้อสรุปแบบเหมารวมว่าตุลาการภิวัตน์ล้วนเป็นวิธีการเชิงยุทธศาสตร์เช่นนี้ทั้งสิ้นย่อมสุดโต่งคลาดเคลื่อน) และที่สำคัญ บ่อเกิดและพัฒนาการของตุลาการภิวัตน์มีมิติระหว่างประเทศเกี่ยวข้องด้วยอย่างมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคริสต์ศตวรรษที่ 20 ซึ่งความเชื่อมโยงเข้มข้นกว้างขวางอย่างไม่เคยเป็นมาก่อน ในที่สุดกลายเป็นสภาพของโลกาภิวัตน์ในช่วงสองทศวรรษสุดท้ายสืบเนื่องมาจนถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 21

มิติระหว่างประเทศประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญสามส่วน ได้แก่ มิติปทัสถานระหว่างประเทศ มิติเศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ และมิติโลกาภิวัตน์ทางตุลาการ โดยในด้านของปทัสถานระหว่างประเทศที่ถือกันว่าเป็นสากล อันได้แก่ สิทธิมนุษยชน นิติธรรม รัฐธรรมนูญนิยม และความเป็นธรรมทางสังคม กลายเป็นส่วนสำคัญของพื้นฐานทางการเมือง ซึ่งมีการอนุวัติทางกฎหมายและเปลี่ยนแปลงกระบวนการยุติธรรม เพื่อปรับประยุกต์เข้าเป็นส่วนหนึ่งของปทัสถานทางสังคม กระบวนการเช่นนี้ส่งผลให้ปัจเจกชนสามารถเป็นตัวกระทำการด้วยตัวเอง เกิดการจัดองค์กรเพื่อรับเอาปทัสถานระหว่างประเทศลงสู่ระดับย่อยลงไปของสังคม จนถึงแง่มุมต่าง ๆ ของชีวิตประจำวัน และนำไปสู่เงื่อนไขการต่อรองต่อสู้อย่างใหม่ในระบอบประชาธิปไตย

ในมิติของเศรษฐกิจการเมืองระหว่างประเทศ แนวทางแบบเสรีนิยมเน้นถึงความมั่นคงของทรัพย์สิน การค้าเสรี และการลงทุนข้ามชาติ ซึ่งต้องอาศัยเสถียรภาพทางการเมืองและหลักนิติรัฐที่จำเป็นต่อความมั่นคงดังกล่าว ในการนี้ตุลาการภิวัตน์เป็นกลไกสำคัญอย่างหนึ่งที่จะก่อให้เกิดประสิทธิผลเชิงนโยบาย และสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ตัวแสดงและกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ในระบบเศรษฐกิจการเมืองทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในระบอบการเมืองที่สถาบันฝ่ายนิติบัญญัติและ/หรือฝ่ายบริหารไม่อาจทำหน้าที่ได้ดีและเป็นที่เชื่อมั่นได้เพียงพอ

ในมิติของโลกาภิวัตน์ทางตุลาการ เรามักมองข้ามข้อเท็จจริงที่ว่า นับแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมในระบบการเมืองสมัยใหม่ของประเทศทั้งหลายทั่วโลก ล้วนได้รับอิทธิพลจากแบบแผนของจักรวรรดิและความเชื่อมโยงระหว่างประเทศยุคลัทธิอาณานิคม ดังนั้นปรากฏการณ์ลัทธิตุลาการข้ามชาติหรือชุมชนตุลาการระหว่างประเทศจึงไม่ใช่เรื่องใหม่ แต่กระนั้นก็ต่างจากเดิมในแง่ที่ว่า การรับและปรับเปลี่ยนเชิงกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งตุลาการภิวัตน์ ในระหว่างนานาประชาชาติทั้งหลาย มิได้เป็นการผูกขาดและสื่อสารทางเดียวจากศูนย์กลางใดศูนย์กลางหนึ่งเพียงแหล่งเดียว ทว่า มีลักษณะของการสานเสวนาแลกเปลี่ยนและเป็นพหุนิยมมากขึ้น

ตุลาการภิวัตน์และมิติระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นจริงทางสังคมและการเมือง และยังคงสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน โดยประสบความสำเร็จและพัฒนาก้าวหน้าแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและภูมิภาค อย่างไรก็ดี ในภาพรวม Perry (2017) ชี้ให้เห็นว่า ปัจจุบันการทบทวนโดยตุลาการได้รับการยอมรับว่าเป็นกระบวนการสำคัญในการส่งเสริมสิ่งที่เรียกว่า “ศีลธรรมทางการเมืองระดับโลก” (global political morality) ซึ่งรวมถึง สิทธิมนุษยชน ประชาธิปไตย และลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม แต่เขาเห็นด้วยกับแนวทางที่ตีกรอบกระบวนการดังกล่าวนี้ให้อยู่ในรูปแบบจำกัดชัดเจนอย่าง “อ่อนแอ” มิใช่ในรูปแบบเชิงรุกอย่าง “แข็งแกร่ง” ซึ่งอาจทำให้กลายเป็น “อำนาจสูงสุดแบบตุลาการ” (judicial ultimacy) (Perry 2017, 96-97) ส่วนในด้านที่เป็นการซ้อนรวมขององค์กรและตัวกระทำการและการขยายไปสู่ชีวิตประจำวันนั้น ประเด็นด้านสุขภาพและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ นับว่ามีนัยสำคัญและพัฒนาการอย่างมาก ทั้งยังเชื่อมโยงกับอำนาจฝ่ายตุลาการมากขึ้น (Yamin 2014) เช่นเดียวกับปรากฏการณ์ที่อาจถือได้ว่าเป็น “ตุลาการภิวัตน์ของสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ” ซึ่งจากการศึกษาในหลายประเทศ พบว่าบทบาทของอำนาจตุลาการในการพิจารณาคดีฟ้องร้องด้านสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ เมื่อมองในภาพรวมถือว่าการก่อให้เกิดพัฒนาการในเชิงบวกพอสมควร (Brinks and Gauri 2014) และในกรณีของ “การอภิวัตน์เป็นประชาธิปไตย” (democratization) ของบรรดาประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ Dressel (2015) วิเคราะห์ว่า ตุลาการภิวัตน์เกิดขึ้นและดำเนินไปในรูปแบบที่หลากหลาย โดยที่มิติระหว่างประเทศก็มีความแตกต่างกันอย่างมาก ในเรื่องนี้จึงยังต้องอาศัยการวิจัยและวิเคราะห์เป็นการเฉพาะตามบริบทของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

การศึกษาตุลาการภิวัตน์ในเชิงรัฐศาสตร์โดยเชื่อมโยงกับมิติระหว่างประเทศนับเป็นพื้นที่ทางวิชาการที่น่าสนใจ มีนัยสำคัญยิ่งทั้งในเชิงทฤษฎีและปฏิบัติต่อหลายสาขาวิชา ขอบฟ้าทางวิชาการด้านนี้ ยังคงเปิดกว้างรอการบุกเบิกค้นคว้าต่อไป

References

- Arjomand, Said Amir. 2003. "Law, Political Reconstruction and Constitutional Politics." **International Sociology** 18(1): 7-32. Accessed August 4, 2009. DOI: 10.1177 /0268580903018001002.
- Baudenbacher, Carl. 2003. "Foreword: Globalization of the Judiciary." **Texas International Law Journal** 38: 397-403. Accessed December 15, 2017. http://www.jura.fu-berlin.de/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/bolewski/dokumente/3__Diplomacy_and_Law/Baudenbacher_foreword-globalization_of_the_judiciary.pdf
- Baxi, Upendra. 2004. "Rule of Law in India: Theory and Practice." In **Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U.S.**, edited by Randall Peerenboom, 324-345. London and New York: Routledge.
- Beer, Caroline C. 2006. "Judicial Performance and the Rule of Law in the Mexican States." **Latin American Politics and Society** 48(3): 33-61. Accessed April 3, 2009. <http://www.jstor.org/stable/4490477>.
- Beitz, Charles R. 2009. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- Blichner, Lars Chr., and Ander Molander. 2008. "Mapping Juridification." **European Law Journal** 14(1): 36-54.
- Brinks, Daniel M., and Varun Gauri. 2014. "The Law's Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights." **Perspectives on Politics** 12(2): 375-393. Accessed December 12, 2017. <http://www.jstor.org/stable/43279912>.
- Buxbaum, Hannah L. 2004. "From Empire to Globalization ... and Back?: A Post-Colonial View of Transjudicialism." **Indiana Journal of Global Legal Studies** 11(1): 183-189. Accessed April 3, 2009. <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/8/>
- Dressel, Bjoern. 2015. "Courts and Judicialization in Southeast Asia." In **Routledge Handbook of Southeast Asian Democratization**, edited by William Case, 268-281. London and New York: Routledge.
- Epstein, Lee, Jack Knight, and Olga Shvetsova. 2001. "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and the Maintenance of Democratic Systems of Government." **Law and Society Review** 35(1): 117-164. Accessed August 26, 2009. <http://www.jstor.org/stable/3185388>
- Finkel, Jodi. 2005. "Judicial Reform as Insurance Policy: Mexico in the 1990s." **Latin American Politics and Society** 47(1): 87-113. Accessed August 26, 2009. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1548-2456.2005.tb00302.x/pdf>

- Gillespie, John. 2004. "Concepts of Law in Vietnam: Transforming Statist Socialism." In **Asian Discourse of Rule of Law: Theory and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the US.**, edited by Randall Peerenboom, 146-182. London: Routledge Curzon.
- Ginsburg, Tom. 2003. **Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asia Cases.** Cambridge: Cambridge University Press.
- Hamilton, Alexander, James Madison, and John Jay. [1788] 1961. **The Federalist Papers.** New York: The New American Library.
- Hirschl, Ran. 2004a. "The Political Origins of the New Constitutionalism." **Indiana Journal of Global Legal Studies** 11(1): 71-108.
- 2004b. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.** Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Holmström, Barry. 1994. "The Judicialization of Politics in Sweden." **International Political Science Review** 15(2): 153-164.
- Jacobson, David, and Galya Benarieh Ruffer. 2003. "Courts across Borders: The Implications of Judicial Agency for Human Rights and Democracy." **Human Rights Quarterly** 25(1): 74-92. Accessed December 1, 2010. <http://www.jstor.org/stable/20069654>.
- Kate, Jan ten, and Peter J. van Koppen. 1994. "Judicialization of Politics in the Netherlands: Towards a Form of Judicial Review." **International Political Science Review** 15(2): 143-151.
- Kersch, Ken I. 2005. "The New Legal Transformation, the Globalized Judiciary, and the Rule of Law." **Washington University Global Studies Law Review** 4(2): 345-387. Accessed December 15, 2017. <http://digitalcommons.law.wustl.edu/globalstudies/vol4/iss2/6>.
- Koopmans, Tim. 2003. **Courts and Political Institutions: A Comparative View.** Cambridge: Cambridge University Press.
- Locke, John. [1689] 1947. **Two Treatises of Government.** New York: Hafner Press.
- McLean, Janet. 2004. "From Empire to Globalization: The New Zealand Experience." **Indiana Journal of Global Legal Studies** 11(1): 161-181. Accessed April 3, 2009. <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/7/>.
- Moustafa, Tamir. 2003. "Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt." **Law and Social Enquiry** 28(4): 883-903. Accessed August 1, 2010. <http://www.jstor.org/stable/1215790>.

- Oliver, Dawn. 2003. **Constitutional Reform in the United Kingdom**. Oxford: Oxford University Press.
- Pangalangan, Raul C. 2004. "The Philippines 'People Power' Constitution, Rule of Law, and the Limits of Liberal Constitutionalism." In **Asian Discourse of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and The U.S.**, edited by Randall Peerenboom. London: Routledge.
- Pech, Laurent. 2004. "Rule of Law in France." In **Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U.S.**, edited by Randall Peerenboom, 79-112. London and New York: Routledge.
- Perry, Michael J. 2017. **A Global Political Morality: Human Rights, Democracy, and Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press.
- Robertson, David. 2010. **The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review**. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Rousseau, Jean Jacques. [1762] 1978. **On the Social Contract, with Geneva Manuscript and Political Economy**, edited by Roger D. Masters, translated by Judith R. Masters. New York: St. Martin's Press.
- Santiso, Carlos. 2004. "Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability." In **Democratization and the Judiciary**, edited by Siri Gloppen, Roberto Gargarella, and Elin Skaar, 161-180. London: Frank Cass.
- Scheppele, Kim Lane. 2003. "Constitutional Negotiations: Political Contexts of Judicial Activism in Post-Soviet Europe." **International Sociology** 18(1): 219-238. Accessed August 14, 2009. DOI: 10.1177/0268580903018001012.
- Sieder, Rachel. 2004. "Renegotiating 'Law and Order': Judicial Reform and Citizen Responses in Post-war Guatemala." In **Democratization and the Judiciary**, edited by Siri Gloppen, Roberto Gargarella, and Elin Skaar, 137-160. London: Frank Cass.
- Slaughter, Anne-Marie. 2003. "A Global Community of Courts." **Harvard International Law Journal** 44(1): 191-219. Accessed December 9, 2017. <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/slaughter-2003-a-global-community-of-courts.pdf>

- , 2000. "Judicial Globalization." *Virginia Journal of International Law* 40: 1103-1124. Accessed December 9, 2017. http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vajint40&div=28&g_sent=1&casa_token=&collection=journals
- Stone, Alec. 1992. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Stone Sweet, Alec. 2000. *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- , 1999. "Judicialization and the Construction of Governance." *Comparative Political Studies* 32(2): 147-184.
- Tate, C. Neal, and Torbjörn Vallinder. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Tezcür, Gunes Murat. 2009. "Judicial Activism in Perilous Times: The Turkish Case." *Law & Society Review* 43(2): 305-336. Accessed August 4, 2009. DOI: 10.1111/j.1540-5893.2009.00374.x.
- Vallinder, Torbjörn. 1995. "When the Courts Go Marching In." In *The Global Expansion of Judicial Power*, edited by C. Neal Tate, and Torbjörn Vallinder, 13-26. New York: New York University Press.
- Van Alstyne, William W., and John Marshall. 1969. "A Critical Guide to Marbury v. Madison." *Duke Law Journal* 1969(1): 1-47. Accessed January 5, 2011. <http://www.jstor.org/stable/1371456>
- Vira Somboon. 2010. "Tulakarnphiwat: Naeo Thang Suksa Thang Ratthasat." [Judicialization: Approaches in Political Science]. In *Ratthakhadi Withi Lok : 60 Pi Chaiwat Khamchoo*, edited by Vorasakdi Mahatdhanobol, 74-94. Bangkok: Faculty of Political Science, Chulalongkorn University. (in Thai)
- Yamin, Alicia Ely. 2014. "Promoting Equity in Health: What Role for Courts?" *Health and Human Rights* 16(2): 1-9. Accessed December 15, 2017. <http://www.jstor.org/stable/healhumarigh.16.2>