

วิวัฒนาการของ Judicial Review

Evolution of Judicial Review

วิเชียร ตันศิริคงคล*

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งสำรวจองค์ความรู้ของกระบวนการ Judicial Review ในเชิงเปรียบเทียบ เริ่มจากการศึกษาพัฒนาการของกระบวนการดังกล่าวที่เกิดขึ้นจากเหตุผลของผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพื่อยุติปัญหาที่อาจเกิดจากความแตกต่างด้านการปกครองในแนวราบและแนวตั้งของสหรัฐอเมริกา ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 แนวคิดการสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนภายใต้การมีกระบวนการ Constitutional Review ได้เป็นต้นแบบในการตั้งศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน และภายหลังจากทศวรรษที่ 1980 การปฏิบัติด้านสิทธิของประชาชน ประเทศต่างๆ ได้หันมาให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชน มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีกลไกและสถาบันในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือการให้อำนาจศาลสูงของประเทศในการดำเนินกระบวนการ Constitutional Review

* ดร.วิเชียร ตันศิริคงคล อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

ต่อมาเมื่อสถาบันตุลาการในประเทศต่างๆ ได้เริ่มเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองในระดับโครงสร้างและสถาบันหลัก บทบาทดังกล่าวของศาลย่อมเกิดความขัดแย้งกับสถาบันหลักทางการเมืองที่ มาจากการเลือกตั้ง เช่น รัฐสภา และรัฐบาล ดังนั้นสถาบันตุลาการต้องปรับตัว ป้องกันการเข้ามาแทรกแซงความเป็นอิสระในการทำงานของศาล อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ความเป็นอิสระของศาลเกิดจากกลไกที่ศาลต้องปรับตัวเข้ากับสิ่งแวดล้อมทางการเมือง ยิ่งไปกว่านั้นการศึกษาพบว่า กระบวนการ Constitutional Review หรือการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในหลาย ประเทศเกิดจากเหตุผลทางการเมืองมากกว่าเหตุผลด้านการคุ้มครองสิทธิ

แนวคิดเรื่อง Minimalism ประกอบกับความประสงค์ของศาลในการที่จะป้องกันเผด็จการของเสียงข้างมาก เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้เกิดปรากฏการณ์ Judicial Activism ซึ่งนักวิชาการจำนวนมากได้ให้ความเห็นว่ แนวทาง Minimalism นั้นขัดแย้งกับหลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามทั้งแนวทาง Minimalism และแนวทาง democratic majority ต่างก็ไม่ได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ของสถาบันหลักทั้งสาม คือ สถาบันนิติบัญญัติ สถาบันบริหาร และสถาบันตุลาการ รวมถึงกระบวนการเลือกตั้ง

คำสำคัญ: ตุลาการภิวัตน์, ศาลรัฐธรรมนูญ, กระบวนการตรวจสอบทางการเมือง, สิทธิมนุษยชน

Abstract

This paper aims to survey the body of knowledge about the judicial review in comparative perspective. Start from the evolution of the judicial review then evaluate the judicailization of politics, witness the politicization of judiciary, and reach the juristocracy.

The American constitutional drafters created the judicial review process and incorporated it in Supreme Court with hoping that the court would settle the fragment problems, laterally and vertically, in the new federal nation. In order to protect the Human rights, after the second World War the German constitutional court and the process of constitutional review have been included in German constitution these development became the role model of the constitutional court in so many states in the later years. The spreading of constitutional court and its constitutional review was clearly came after the outburst of the rights revolution during the 1990's notably in the former eastern bloc states, the period of political transition from totalitarian state to democratic state.

The more cases of constitutional review has brought about more conflict with both the executive and the legislative branches, especially when courts have involved in the Mega-politics, so call the judicialization of politics. We came across that the Judiciary trying to immune themselves from the political intervention and thrive for the judicial independence, however several studies have paradoxically shown that many constitutional courts had been found by the political reasons rather than pursuing the rights ideology.

For preventing the democratic irrationalists, the Schumpeterian minimalists have believed and admired in the veto power of the judicial review process regulated and run by constitutional court though theirs countermajoritarian nature defying the foundation of the normative democratic principle, rule by majority and the equal respect.

Keywords: Judicial activism, Judicialization of politics, Politicization of judiciary, Constitutional court.

บทนำ

การศึกษาทางรัฐศาสตร์มีพื้นฐานสำคัญที่เชื่อว่ารัฐทั้งหลายที่เป็นรัฐอิสระต้องมีอำนาจอธิปไตย (sovereign power) ซึ่งถือเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองภายในรัฐ อำนาจอธิปไตยแบ่งการใช้ออกเป็น อำนาจสูงสุดในการออกกฎหมาย เรียกว่า อำนาจนิติบัญญัติ (legislative) อำนาจสูงสุดในการบริหารประเทศ เรียกว่า อำนาจบริหาร (executive) และอำนาจสูงสุดในการยุติความเห็นที่ขัดแย้งกัน เรียกว่า อำนาจตุลาการ (judiciary) นับจากยุคของ Montesquieu เป็นต้นมา เราเชื่อในหลักการที่เรียกว่า หลักนิติรัฐ (rule of law)

หลักนิติรัฐ เชื่อว่าการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเพื่อป้องกันไม่ให้อำนาจฝ่ายใดอำนาจฝ่ายหนึ่งในสามฝ่ายดังกล่าวใช้อำนาจของตนที่มีอยู่อย่างไม่มีจำกัด ด้วยการออกแบบให้อำนาจอธิปไตยทั้งสามฝ่าย มีกลไกเชิงอำนาจและกระบวนการทางการเมืองเพื่อให้เกิดการคานอำนาจซึ่งกันและกัน และสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งกันและกันได้ ซึ่งเรียกรวมว่ากระบวนการแบ่งแยกอำนาจ (separation of sovereign powers) และตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจ (check and balance processes)

กระบวนการแบ่งแยกอำนาจและตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของรัฐต่างๆ นั้นมีความแตกต่างกันออกไปตามระบอบและระบบการปกครองที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นระบอบประชาธิปไตยในระบอบประธานาธิบดี (presidential system) ระบบกึ่งประธานาธิบดี (semi-presidential system) หรือระบบรัฐสภา (parliamentary system) รวมถึงในบรรดาประเทศที่ปกครองแบบรัฐเดี่ยว (unitary state) หรือรัฐรวม (federal state) กระบวนการดังกล่าวปรากฏชัดในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ โดยเฉพาะการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างการใช้อำนาจของสถาบันนิติบัญญัติโดยสถาบันบริหาร และการใช้อำนาจของสถาบันบริหารโดยของสถาบันนิติบัญญัติ

การขยายตัวของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน (human rights) ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง และการปฏิวัติเรื่องสิทธิ (revolution of rights) ใน

ช่วงทศวรรษที่ 1980 ที่เกิดในประเทศอุตสาหกรรมในยุโรป เอเชียตะวันออก และแอฟริกาใต้ ได้เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประเทศต่างๆ จำนวนมากเริ่มหันมาให้ความสำคัญกับบทบาทของสถาบันตุลาการในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจอธิปไตยของสถาบันนิติบัญญัติ และสถาบันบริหาร ทั้งในเชิงการพัฒนาแนวคิดหรือการสร้างวาทกรรมด้านสิทธิ (ideational or discourse of rights) และการพัฒนากระบวนการเชิงสถาบัน (institutionalization) ให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ¹ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชนสากล

ปัจจุบันจากการสำรวจของ University of Illinois พบว่าประเทศมากถึง 158 จากจำนวน 191 ประเทศ ให้อำนาจ Constitutional Review กับสถาบันตุลาการในรูปแบบต่างๆ พบว่าการที่สถาบันตุลาการมีบทบาทที่เพิ่มขึ้นในการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยของสถาบันนิติบัญญัติและสถาบันบริหารในประเทศต่างๆ นั้น การวินิจฉัยของบรรดาผู้พิพากษาหัวเสรีนิยม (liberal judge) ได้เริ่มก้าวข้ามประเด็นปฏิบัติมาวินิจฉัยประเด็นในทางการเมืองโดยเฉพาะในเรื่องกระบวนการทางการเมืองและคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กลายเป็นประเด็นที่วิภาควิจารณ์ของนักวิชาการจำนวนมากที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับบทบาทดังกล่าวของสถาบันตุลาการจนมีการบัญญัติศัพท์เพื่ออธิบายปรากฏการณ์นี้ว่า Judicial Activism

บทความนี้มุ่งนำเสนอสองประการ คือ พัฒนาการของบทบาทสถาบันตุลาการเชิงการใช้อำนาจ Constitutional Review และ การ

¹ Ron Fuller ได้ให้คุณลักษณะที่สำคัญของ หลักนิติธรรม หรือ rule of law ไว้ 8 ประการ คือ 1. มีการใช้อย่างทั่วไป (generality) 2. มีการใช้อย่างเปิดเผย (publicity) 3. มีการใช้อย่างมีแนวทางที่คาดหวังได้ (prospectibility) 5. มีการใช้ด้วยความชัดเจน (clarity) 6. มีการใช้โดยที่ไม่มี ความขัดแย้งกันเอง (non-contradictoriness) 7. มีการใช้ที่สามารถปฏิบัติได้ (capability to followed) 8. มีการใช้อย่างมีเสถียรภาพและสอดคล้องกับบรรทัดฐานที่ความหวังกับบรรทัดฐานที่เป็นไปได้ (stability and congruence between norms as stated and norms applied) ผู้สนใจโปรดดู Richard Fallon. 1997. "The Rule of Law as a concept Constitutional Discourse". *Columbia Law Review*. 1997. p.1.

เคลื่อนตัวจากการนำกระบวนการตุลาการมาใช้ในกระบวนการทางการเมือง (judicialization of politics) ซึ่งนำไปสู่กระบวนการการเมืองในสถาบันตุลาการ (politicalization of judiciary) นำเสนอความเห็นเชิงวิชาการของนักรัฐศาสตร์ที่กังวลถึงบทบาทของขุนนางตุลาการ (juristocracy) ซึ่งมีรูปแบบการทำงานที่ขัดกับหลักการอำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชน และหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากของประชาชน ไม่ใช่ปกครองโดยเสียงข้างน้อยของผู้พิพากษาในศาล

ปฐมบทของการใช้อำนาจ Judicial Review ที่เป็นลายลักษณ์อักษร

เป็นที่ยอมรับว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษร ประเทศแรกที่เกิดกระบวนการ Constitutional Review ขึ้นโดยสถาบันตุลาการซึ่งคือศาลสูงของสหรัฐอเมริกา² จากกรณี Marbury V. Madison ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1803 ทั้งนี้อำนาจของสถาบันตุลาการโดยเฉพาะศาลสูงของสหรัฐอเมริกานั้นมีพัฒนาการสืบเนื่องมาตั้งแต่สมัยที่ประเทศยังคงเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ชาวอาณานิคมสหรัฐอเมริกามีความเชื่อเช่นเดียวกับชาวอังกฤษในยุคหนึ่งที่ว่ารัฐบาลที่ดีควรมีอำนาจจำกัด (limited government) ซึ่งบรรยายกาศของการจำกัดอำนาจรัฐบาลผู้ที่มีบทบาทสำคัญ คือ ผู้พิพากษาในศาล ซึ่งในระบบกฎหมายแบบ common law นี้ผู้พิพากษามีความเป็นเสรี (liberal) ในกรณีวินิจฉัยคดีและคำพิพากษาของศาลก็ถือเป็นกฎหมาย

² ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเมื่อครั้งเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ศาลอาณานิคมในขณะนั้นมีการนำกระบวนการ Judicial Review มาใช้กันอย่างกว้างขวางก่อนหน้าจะมีการประกาศอิสรภาพและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งอิทธิพลการใช้อำนาจเชิง Judicial Review ของศาลอาณานิคมมีผลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในการให้อำนาจศาลสูง (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกาในการวินิจฉัยประเด็นการตีความรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งต่างจากอังกฤษ การตีความกฎหมายสูงสุดหรือกฎหมายพื้นฐานในการปกครองหรือขนบธรรมเนียมการปกครองเป็นหน้าที่ของรัฐสภาของอังกฤษ ทั้งนี้อังกฤษจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่รัฐสภาอังกฤษมีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ (British parliamentary supremacy)

เพื่อให้รัฐบาลมลรัฐและชาวอาณานิคมได้เต็มใจอยู่ร่วมกัน และรักษาหลักการของการคุ้มครองสิทธิพลเมือง ไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีมากเกินไป และป้องกันรัฐบาลที่เป็นเผด็จการ³ ผู้ให้กำเนิดสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญสูงสุดกับรัฐธรรมนูญ (constitutional supremacy) ภายใต้แนวคิดที่เชื่อว่ากฎหมายมีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด⁴

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเชื่อในแนวคิดที่ว่า รัฐเกิดจากประชาชน ตามสัญญาประชาคมแบบ Lockean ที่อธิบายว่า รัฐเกิดจากการทำสัญญาของมนุษย์ที่ละสิทธิตามธรรมชาติในสภาวะธรรมชาติของตน เข้ามาสู่สังคม รัฐ มนุษย์กลายเป็นประชาชนของรัฐ และต่อมาประชาชนของรัฐก็ได้ร่วมกันมอบอำนาจของตนให้กับรัฐบาลในการทำหน้าที่ปกป้องรักษาความปลอดภัยในชีวิตและกรรมสิทธิ์ของประชาชน การมอบอำนาจนั้นเป็นไปในรูปแบบการทำสัญญา ดังนั้นเพื่อที่จะให้เกิดสภาพบังคับให้รัฐบาลต้องปฏิบัติตามประชาชน จึงต้องมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นหลักประกันซึ่งเป็นที่มาของการเขียนรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร (written constitution) ขึ้น

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีรูปแบบการปกครองแบบรัฐรวม (federal state) ส่งผลให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐฯ เห็นความสำคัญจำเป็นในบทบาทของฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะศาลสูงจึงเขียนรัฐธรรมนูญเพื่อให้อำนาจศาลสูงในทาง Judicial Review ไว้ ความจำเป็นดังกล่าว คือ ในระบบ federal system ของสหรัฐอเมริกา นั้นรัฐสภาในระดับชาติและรัฐสภาในระดับมลรัฐนั้นต่างฝ่ายต่าง

³ ผู้ที่สนใจโปรดศึกษาได้จากเอกสาร *Federalist Paper*. ฉบับที่ 10 ฉบับที่ 47 และ ฉบับที่ 51

⁴ แนวคิดนี้มีพัฒนาการมาจาก Judeo-Christian notion ที่เชื่อในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายว่า กฎธรรมชาติ (natural law) นั้นลำดับศักดิ์ของกฎหมายสูงกว่ากฎหมายที่บัญญัติโดยมนุษย์ (positive law) และกฎของพระเจ้า (divine law) อยู่สูงกว่ากฎธรรมชาติ และสูงกว่ากฎหมายที่บัญญัติโดยมนุษย์ ถือว่ากฎของพระเจ้าเป็น (higher law) กฎหมายที่บัญญัติโดยมนุษย์จะขัดแย้งกับกฎของพระเจ้าไม่ได้

มีอำนาจในทางนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาในระดับมลรัฐ (state law) อาจขัดแย้งกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาในระดับชาติ (federal law) ที่เรียกว่า conflicts over jurisdiction or jurisdictional disputes ดังนั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าจำเป็นต้องมีหน่วยงานที่สามที่เป็นสถาบันที่เป็นกลาง (neutral body) และกลไก (mechanisms) ไว้แก้ไขความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าว

การให้หลักประกันในระบบการค้าเสรี (free trade system) เป็นเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนบทบาทด้าน Judicial Review ของศาลสูงสหรัฐฯ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐบาลของมลรัฐที่มารวมเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาต่างมีอำนาจในการกำกับการค้าในมลรัฐของตนบางครั้งอาจจะออกกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการในมลรัฐของตนซึ่งนำไปสู่การใช้นโยบายการคุ้มครองผู้ประกอบการของตนและกีดกันผู้ประกอบการที่มาจากมลรัฐอื่น (protectionist barriers) ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าจำเป็นต้องให้อำนาจ Judicial Review กับศาลสูงเพื่อคุ้มครองนโยบายสนับสนุนระบบการค้าเสรีดังกล่าว

การที่สหรัฐอเมริกา มีระบบการปกครองแบบรัฐรวมที่มีการกระจายอำนาจการปกครองระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นนั้นมีผลต่อการสร้างระบบ Judicial Review ให้กับสถาบันตุลาการหรือศาลสูง เพื่อลดปัญหาความขัดแย้งในกฎหมายที่ออกโดยมลรัฐไม่ให้ขัดกับกฎหมายในระดับประเทศ และเพื่อเป็นการคุ้มครองหลักการการค้าเสรีของประเทศ หากไม่มีกระบวนการ Judicial Review ของศาลสูงแล้วความขัดแย้งดังกล่าวก็อาจนำประเทศไปสู่ทางตัน (gridlock) และส่งผลต่อเสถียรภาพของการรวมตัวกันของบรรดามลรัฐเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ในช่วงศตวรรษที่ 19 ประเทศที่ใช้รูปแบบการปกครองแบบรัฐรวมที่มีพื้นฐานมาจากอาณานิคมของอังกฤษ เช่น ออสเตรเลีย และแคนาดา ก็มีรูปแบบการให้อำนาจ Judicial Review เพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลมลรัฐ เช่น สหรัฐอเมริกา เพียงแต่ประเทศเหล่านี้ไม่ได้ประกาศสงครามเพื่อให้ได้อิสรภาพเหมือนสหรัฐอเมริกา ประเทศ

เหล่านี้จึงใช้รูปแบบ Judicial Review ผ่านสภาองคมนตรี หรือ Privy Council ที่ตั้งอยู่กรุงลอนดอน

การใช้อำนาจ Judicial Review ในแนวทางการตีความกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเริ่มจากคดี Marbury V. Madison ในช่วงปลายปี ค.ศ. 1800 เมื่อประธานาธิบดี John Adams รู้ว่าตนพ่ายแพ้การเลือกตั้งประธานาธิบดีฯ ต่อประธานาธิบดี Thomas Jefferson ภายใต้ระบบการเมืองแบบอุปถัมภ์ ประธานาธิบดี Adams ได้พยายามแต่งตั้งบุคคลของตนเข้าเป็นผู้พิพากษาศาลสูงและผู้พิพากษาประจำศาลต่างๆ ทั้งนี้เพื่อหวังที่จะสร้างฐานอำนาจให้แก่ฝ่ายตน ทั้งนี้การแต่งตั้งผู้พิพากษาดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา (senate) ประธานาธิบดี Adams ดำเนินการแต่งตั้งพรรคพวกของตนกระทั่งวันสุดท้ายในการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ซึ่งเป็นเรื่องปกติเป็นไปตามระบบอุปถัมภ์ที่นิยมทำกันในขณะนั้น การแต่งตั้งผู้พิพากษาทำกันจนนาทีสุดท้ายของการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี จนมีการเปรียบเทียบว่า ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งในช่วงสุดท้ายเหล่านี้เป็นผู้พิพากษาเที่ยงคืน (midnight judges) ในบรรดาผู้ที่ผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งเหล่านี้รวมถึง John Marshall ด้วย โดย Marshall ได้รับการแต่งตั้งเป็นประธานศาลสูงสหรัฐฯ ซึ่งในขณะนั้นเขาก็เป็นผู้รักษาการในตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Secretary of State) ในรัฐบาลของประธานาธิบดี Adams ที่กำลังจะหมดวาระลง

ตามกฎหมาย Judiciary Act of 1789 กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษานั้น Marshall ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ เป็นผู้ซึ่งจะต้องนำคำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษาเหล่านั้นส่งออกไป แต่เนื่องจากจำนวนผู้ที่ได้รับแต่งตั้งมีจำนวนมากทำให้เขาไม่สามารถดำเนินการส่งไปได้ทั้งหมดแม้จะได้พยายามดำเนินการส่งจนถึงคืนสุดท้ายของการดำรงตำแหน่งก็ตาม วันทำการถัดมาเมื่อประธานาธิบดี Jefferson ได้สาบานตนเข้ารับตำแหน่งประธานาธิบดีสหรัฐฯ เขาได้แต่งตั้งให้ James Madison ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ ภายหลังรับตำแหน่งทั้งประธานาธิบดี Jefferson และ Madison ต่าง

ไม่เห็นชอบในการแต่งตั้งผู้พิพากษาจำนวนมากของอดีตประธานาธิบดี Adams

เพื่อเป็นการแก้แค้น James Madison ในฐานะรัฐมนตรีฯ จึงได้ระงับการส่งคำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ลงนามโดยอดีตประธานาธิบดี Adams เสีย ส่งผลให้บรรดาว่าที่ผู้พิพากษาที่รอจดหมายได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา (justice of the peace) ไม่ได้รับคำสั่งแต่งตั้ง ในบรรดาว่าที่ผู้พิพากษาที่ไม่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งเหล่านี้ มีอยู่รายหนึ่ง คือ William Marbury เขาได้ใช้สิทธิในฐานะผู้เสียหายฟ้องต่อศาลสูงสหรัฐอเมริกาที่มี John Marshall เป็นประธานผู้พิพากษาศาลสูง เพื่อขอให้ศาลสูงบังคับให้ Madison ดำเนินการส่งคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวให้กับตน ทั้งนี้ Marbury อ้างถึงอำนาจในการออกหมายบังคับ (mandamus) ตามกฎหมาย Judiciary Act of 1789 ที่ให้ประธานาธิบดีดำเนินการตามกฎหมายนี้ เป็นอำนาจของศาลสูง

Marshall ในฐานะประธานผู้พิพากษาศาลสูงได้ตัดสินคดีดังกล่าวว่า หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ คือ การที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดให้ศาลสูงเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ (appeal court) การที่กฎหมาย Judiciary Act of 1789 ให้อำนาจศาลสูงสหรัฐฯ ดำเนินการเป็นเสมือนศาลชั้นต้นด้วยการให้อำนาจศาลสูงในการออกหมายบังคับนั้น กรณีนี้เป็นกรกระทำที่เกินไปจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ศาลสูงสหรัฐฯ ไม่ควรต้องทำหน้าที่ที่เป็นงานของศาลชั้นต้น กฎหมายดังกล่าวจึงขัดกับหลักการสำคัญที่ปรากฏชัดในรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลสูงเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ กฎหมายดังกล่าวจึงขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสหรัฐอเมริกา โดย John Marshall มีคำพิพากษาศาลสูงว่า กฎหมาย Judiciary Act of 1789 เป็นโมฆะ ดังนั้นการที่ Marbury ฟ้องโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย Judiciary Act of 1789 ซึ่งเป็นโมฆะนั้นจึงกระทำไม่ได้ การที่บังคับให้ Madison ส่งคำสั่งแต่งตั้งให้ Marbury จึงทำไม่ได้

การตัดสินใจของ Marshall นั้นสามารถอธิบายได้หลายแนวทาง แนวทางหนึ่งคือ ทฤษฎีเกม (Game Theory) ที่มองว่า Marshall พิจารณาแล้วว่าในขณะที่นั้นประธานาธิบดี Jefferson มีฐานด้านการเมืองมั่นคงในวุฒิสภา

ถ้าศาลให้ประธานาธิบดี ดำเนินการส่งคำสั่งแต่งตั้งให้ Marbury ตามกฎหมาย Judiciary Act of 1789 แล้ว ประธานาธิบดี ไม่ดำเนินการตาม คงต้องเกิดความขัดแย้งทางการเมือง ประธานาธิบดี Jefferson อาจยกกรณีดังกล่าวยื่นต่อวุฒิสภาเพื่อถอดถอน Marshall ออกจากตำแหน่งโดยยกเหตุว่า Marshall นั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับคดีดังกล่าวและมานั่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ ดังนั้น Marshall จึงตัดสินคดีในแนวทางการประกาศถึงอำนาจของศาลในการตีความว่ากฎหมาย Judiciary Act of 1789 นั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ⁵

Judicial Review กับแนวคิดสิทธิมนุษยชน

แนวคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในภาคพื้นทวีปยุโรป หรือที่เรียกว่า (Kelsen Model) นั้น นำเสนอโดย Hans Kelsen นักกฎหมายมหาชนชาวออสเตรีย ภายใต้ความคิดที่ว่าระบบตุลาการในออสเตรียนั้นขึ้นกับสถาบันนิติบัญญัติหรือสภา ดังนั้นผู้พิพากษาทั้งหลายก็ต้องขึ้นต่อฝ่ายนิติบัญญัติ จึงไม่มีความเป็นอิสระหากต้องวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีความขัดแย้งกันของกฎหมายที่บัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติว่าขัดแย้งกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งแบบนี้เพื่อแก้ไขปัญหา Kelsen เสนอว่าต้องมีการจัดตั้งศาลชำนาญการพิเศษด้านรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อให้ศาลดังกล่าวมี

⁵ หลังจากคดี Marbury V. Madison เกิดความขัดแย้งระหว่างประธานาธิบดี Thomas Jefferson กับผู้พิพากษาศาลสูง John Marshall ซึ่งส่งผลให้การทำงานของศาลสูงสหรัฐฯ เป็นไปไม่ราบรื่น ภายหลังกฎของประธานาธิบดี Jefferson เมื่อ James Madison ได้เป็นประธานาธิบดี และโครงสร้างสัดส่วนของวุฒิสมาชิกในวุฒิสภาเปลี่ยนแปลงไป ศาลสูงที่มี Marshall เป็นประธานศาลฯ จึงสามารถทำงานได้สะดวกขึ้น หากต้องการศึกษาเพิ่มเติมโปรดดู Mark Graber. *The Problematic Establishment of Judicial Review*. 1999. pp. 28-42. In Howard Gillman and Cornell Clayton. eds. *The Supreme Court in American Politics*. 1999. และผู้สนใจศึกษาระณีความขัดแย้งระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหารของสหรัฐอเมริกา โปรดดู เอกสารการสอนชุด *วิชากฎหมายมหาชน*. หน่วยที่ 9 เรื่องที่ 9.2.2 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2551. หน้า 544-549.

ความเป็นอิสระ ต่างจากฝ่ายตุลาการแบบเดิม โดยศาลนี้ไม่ต้องขึ้นตรงกับสมภา
หน้าที่หลักของศาล คือ การตีความรัฐธรรมนูญ และป้องกันไม่ให้เกิดการ
กระทำอันเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวของ Kelsen กลายเป็น
ที่มาของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศออสเตรียในปี ค.ศ.1920⁶

พัฒนาการสำคัญของกระบวนการ Judicial Review ของยุโรป
เกิดในประเทศเยอรมันตะวันตก คือ การเกิดศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน
(Bundesverfassungsgerichts) ซึ่งเกิดจากการผสมผสานแนวทางการ
คุ้มครองสิทธิมนุษยชน กับแนวทางการประสานการกระจายตัวของอำนาจการ
ปกครองในแนวดิ่ง (vertical) และในแนวนอน (horizontal) ของประเทศที่
ปกครองในระบบสหพันธรัฐ⁷ รัฐธรรมนูญฉบับหลังสงครามโลกครั้งที่สองของ
เยอรมันได้สร้างกลไกแก้ไขความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญฉบับไวร์มาร์
(Weimar Constitution)⁸ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่มีกลไกการถ่วงดุล
อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารที่มีประสิทธิภาพ โครงสร้าง รูปแบบ
อำนาจหน้าที่ ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันถือเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับการ
ยอมรับว่าออกแบบให้มีอำนาจหน้าที่ตามหลักนิติปรัชญา (jurisprudence) ที่

⁶ แนวคิดของ Hans Kelsen ในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญนั้นแตกต่างจากแนวคิดของผู้ร่าง
รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะในเรื่องอำนาจศาล ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นศาล
ยุติธรรมด้วยและมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ผู้สนใจเรื่องนี้โปรดดู Martin Shapiro.
The Success of Judicial Review. in Sally Kenney, William Reisinger and John Reitz.
eds., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective.* 1999. pp. 193-219.

⁷ ในประเทศที่ปกครองโดยสาธารณรัฐนิยม (republicanism) แบบรัฐรวม (federalism) มัก
มีการกระจายตัวของอำนาจการปกครอง (fragmentation) ในแนวดิ่งและในแนวนอน
(vertical and horizontal) ซึ่งการกระจายตัวแนวดิ่ง คือระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาล
ท้องถิ่น การกระจายตัวในแนวนอน หมายถึง ความสัมพันธ์ซึ่งอำนาจระหว่างสถาบันที่ใช้
อำนาจอธิปไตยทั้งสาม คือ สถาบันนิติบัญญัติ สถาบันบริหาร และสถาบันตุลาการ

⁸ ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ เป็นผู้นำของเยอรมัน และนำประเทศเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่สอง
ฮิตเลอร์ ชนะการเลือกตั้งโดยนำพรรคนาซี มีความชอบธรรมในการจัดตั้งรัฐบาล ตาม
รัฐธรรมนูญฉบับไวร์มาร์ นำไปสู่การใช้นโยบายด้านการทหารเข้ายึดครองดินแดนของ
ประเทศเพื่อนบ้าน และทำลายล้างชาวยิวจำนวนหลายล้านคน ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง

เหมาะสม มีระบบการทำงานที่ดีเด่นที่สุดในยุโรป เป็นต้นแบบของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของหลายประเทศในเวลาต่อมา

การขยายตัวของแนวคิดสิทธิมนุษยชนสากลเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ในวันที่ 10 ธันวาคม ปี ค.ศ.1948 ที่ประชุมใหญ่สมัชชาองค์การสหประชาชาติ (General Assembly) ได้ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration on Human Rights: UDHR) เพื่อเป็นมาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนสากลในประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติ ไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนาและความเชื่อทางการเมืองใดๆ พื้นฐานของประกาศดังกล่าวมาจากการทำลายล้างมนุษยชาติของนาซีเยอรมัน ซึ่งนาซีเยอรมันนั้นเข้าสู่อำนาจทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญ Weimar Republic ระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศในยุโรปส่วนใหญ่ตระหนักในปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างมาก ในวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1950 สภายุโรปมีมติรับรองคำประกาศสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Convention on Human Rights: ECHR) ทั้งนี้เพื่อเป็นมาตรฐานให้ประเทศสมาชิกสภายุโรปได้นำไปใช้คุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ในขณะที่แนวคิดสิทธิมนุษยชนได้กลายเป็นประเด็นในการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ (constitutional reconstruction) ของประเทศที่แพ้สงครามโลกครั้งที่สอง เช่น รัฐธรรมนูญใหม่ให้กับเยอรมัน และรัฐธรรมนูญของอิตาลี⁹ การปฏิรูปรัฐธรรมนูญยังเกิดขึ้นในประเทศยุโรปได้ที่ปกครองโดยผู้ปกครองเผด็จการ เช่น ระบอบเผด็จการ พลเอก Francisco Franco ในประเทศสเปน และระบอบเผด็จการของโปรตุเกสโดยนายกรัฐมนตรี António de Oliveira Salazar

เพื่อที่จะป้องกันการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และให้ถือว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนในประเทศไม่ใช่ความชอบธรรมของผู้ปกครองตามรัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองโดยเผด็จการ แต่การละเมิดสิทธิมนุษยชนถือเป็นอาชญากรรมในประเทศและ

⁹ Bruce Ackerman. "The Rise of World Constitutionalism". *Virginia Law Review*. 83 (1997): 771-797.

อาชญากรรมสากล เพื่อให้เป็นหลักฐานที่ปรากฏชัดเจน ผู้ยกวางรัฐธรรมนูญในประเทศที่เคยปกครองโดยเผด็จการเหล่านี้ จึงได้เพิ่มเติมข้อความที่เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (rights provisions and protection of rights) เข้าไปในรัฐธรรมนูญ รวมถึงนำแนวคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเพิ่มเข้าไปในรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองให้มีการปฏิบัติตามบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของฝรั่งเศสกระบวนการ Judicial Review นั้นแตกต่างจากกรณีของออสเตรเลียและเยอรมัน ภายใต้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 (Fifth Republic) ประธานาธิบดี Charles De Gaulle ได้นำปัญหาที่เกิดจากการใช้รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 4 มาแก้ไข โดยเฉพาะปัญหาที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจทางการเมืองมากในขณะที่อำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะประธานาธิบดีมีน้อย รัฐบาลขาดเสถียรภาพทางการเมืองเป็นฝ่ายบริหารที่อ่อนแอ (weak executive) มีการปรับคณะรัฐมนตรีและเปลี่ยนรัฐบาลบ่อยครั้ง ภายใต้ระบอบสาธารณรัฐที่ 4 ฝรั่งเศสจึงถูกเรียกว่าเป็น “ผู้ป่วยทางการเมืองของยุโรป”

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ประธานาธิบดี De Gaulle จึงได้ตั้งองค์กร Conseil Constitutionnel ขึ้น หน่วยงานนี้เป็นผู้ตรวจสอบว่าบรรดาร่างกฎหมายที่บัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีที่ เป็นกฎหมายที่ต้องผ่านสภา Conseil Constitutionnel จะตรวจก่อนที่จะมีการพิจารณาร่างกฎหมายในสภา หรือกรณีที่เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร หน่วยงานนี้ก็จะต้องตรวจก่อนที่รัฐจะประกาศบังคับใช้ กล่าวได้ว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นการตรวจก่อนใช้ (Pre-promulgation) กระบวนการดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากความประสงค์ของประธานาธิบดี De Gaulle ที่ต้องการลดบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอยู่อย่างกว้างขวางลง

กล่าวได้ว่าอำนาจ Judicial Review ที่ให้กับ Conseil Constitutionnel ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารในการลดบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการวินิจฉัยหรือตีความว่ากฎหมายใดหรือคำสั่งใดของรัฐหรือฝ่ายบริหารว่าขัดหรือไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของ

รัฐธรรมนูญ ดังนั้นการมีกลไก Judicial Review ของฝรั่งเศสจึงเกิดจากเหตุผลทางด้านการเมืองมากกว่าเหตุผลเพื่อการปกป้องรักษาหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนสากล จึงต่างจากกรณีของเยอรมัน¹⁰

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง แนวคิดการมีศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายไปในประเทศเกิดใหม่ภายนอกทวีปยุโรปที่เป็นอดีตอาณานิคมหรือประเทศที่เป็นผู้แพ้สงคราม เช่น อินเดีย ญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญของอินเดียให้ศาลสูงอินเดียเป็นผู้มีอำนาจ Judicial Review ส่งผลให้ศาลสูงอินเดียใช้อำนาจหน้าที่ที่ได้รับตามรัฐธรรมนูญนี้นำไปให้ขยายฐานขอบเขตการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเชิงความขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญออกไปอย่างช้าๆ จนปัจจุบันมีขอบเขตดังกล่าวกว้างขวางมาก ในขณะที่รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นฉบับหลังสงครามโลกครั้งที่สอง หรือที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับ McArthur ก็ได้รับอิทธิพลรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจ Judicial Review กับศาลสูงของญี่ปุ่น¹¹

แนวคิด Judicial Review ได้แพร่ขยายไปในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีการระบุดึงกลไก เครื่องมือคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญ ประเทศเหล่านี้มักเป็นประเทศอุตสาหกรรมในทวีปอเมริกาเหนือและยุโรป ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบที่มีการปกครองในระบอบเผด็จการหรือประเทศที่อยู่ในช่วงกำลังเปลี่ยนผ่านระบอบการปกครองจากเผด็จการมาเป็นประชาธิปไตย (transition period to democracy) เช่น ประเทศในแถบละตินอเมริกา และทวีปเอเชีย

¹⁰ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีพื้นฐานมาจากการปฏิวัติฝรั่งเศสซึ่งเคารพในแนวคิดสิทธิมนุษยชน (Human rights) ซึ่งเป็นไปตามคำประกาศสิทธิของมนุษย์และพลเมืองของฝรั่งเศส (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) และเชื่อในหลักการเรื่องเจตจำนงทั่วไป หรือ General Will ของ Rousseau ซึ่งกฎหมายที่ออกมาถือเป็นเจตจำนงร่วม ดังนั้นเมื่อประกาศออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้วก็จะไม่สามารถแก้ไขได้ จึงต้องมีกระบวนการตรวจสอบว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ก่อนประกาศใช้กฎหมายนั้น โปรดดู วิเชียร ดันศิริวงศา. "กฎหมายปกครอง: รัฐประศาสนศาสตร์ในยุโรป". *วารสารศรีปทุมปริทัศน์*. ฉบับมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์. 9.2 (2552): 70-82.

¹¹ Upendra Baxi. *The Indian Supreme Court and Politics*.1980.

การแพร่ขยายแนวคิด Judicial Review ได้ถูกนำไปบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญ บางครั้ง เรียกว่า Constitutional Review ซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งองค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ หรือบางกรณีรัฐธรรมนูญอาจให้อำนาจศาลยุติธรรมที่เป็น ศาลสูงที่มีอยู่เดิมมีอำนาจในการดำเนินการ แต่ก็ยังคงเป็นที่น่าสังเกตว่ารัฐ สถาบันทางการเมือง สถาบันภาครัฐ ภาคเอกชน รวมถึงองค์กรอิสระทั้งหลาย ในประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนผ่านทางการเมืองเหล่านี้ ยังขาดการพัฒนาองค์ความรู้ เรื่องสิทธิมนุษยชน ขาดแนวคิด สำนึก และความตระหนักในเรื่องการคุ้มครอง สิทธิมนุษยชน

Judicial Review หลังสงครามเย็น

หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา เกิดองค์การสหประชาชาติ ขึ้น ประเทศต่างๆ ที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติโดยเฉพาะประเทศใน โลกเสรีประชาธิปไตย ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องการให้ความคุ้มครองในเรื่อง ของสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค ประเทศเหล่านี้เริ่มทยอยให้การรับรอง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) เป็นสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งสมาชิกาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ให้การรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 มีผลใช้บังคับเมื่อ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 สนธิสัญญานี้ให้คำมั่น สัญญาว่าภาคีจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพในศาสนา เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการรวมตัว สิทธิเลือกตั้ง และสิทธิในการได้รับการพิจารณาความอย่างยุติธรรม

หลังการล่มสลายของประเทศอดีตสังคมนิยมหลังการทำลายกำแพง เบริลินในปี ค.ศ. 1989 ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวถือเป็นการสิ้นสุดของความ ขัดแย้งในอุดมการณ์การเมืองระหว่างเสรีนิยมกับสังคมนิยม เป็นการสิ้นสุดลง ของสงครามเย็นในทวีปยุโรป ประเทศในยุโรปตะวันออกที่อดีตเป็นสมาชิกสนธิ สัญญาออร์ซอร์ (Warsaw Pact) ที่มีรูปแบบการปกครองจากระบอบเผด็จการ สังคมนิยมที่มีระบบเศรษฐกิจแบบคอมมิวนิสต์ ได้เปลี่ยนมาเป็นประเทศที่ ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย และระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม

การเปลี่ยนแปลงในประเทศอดีตสังคมนิยมเกิดขึ้นพร้อมกับการขยายตัวของแนวคิดสิทธิมนุษยชนสากลตามแนวทางของสหประชาชาติ พิจารณาอย่างเป็นรูปธรรมได้จากการที่ประเทศเหล่านี้ได้ยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ใช้แทนรัฐธรรมนูญเผด็จการ โดยมีการเพิ่มบทบัญญัติที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเข้าไป และบางกรณีเพื่อที่จะให้เกิดการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นไปอย่างจริงจัง บางประเทศได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อคุ้มครองหลักประกันในเรื่องดังกล่าว

ในปลายทศวรรษที่ 1980 และต้นทศวรรษ 1990 ประเทศจำนวนมากในทวีปแอฟริกา ทวีปอเมริกาใต้ และทวีปเอเชีย ได้เริ่มมีพัฒนาการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างมั่นคงมากขึ้น (democratic consolidation) มีการหันมาให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มีการระบุนการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเข้าไปในรัฐธรรมนูญ มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจในการทบทวน ตีความ วินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ หรือ Constitutional Review เพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องดังกล่าว รวมถึงมีอำนาจในการจำกัดอำนาจสถาบันนิติบัญญัติและสถาบันบริหารที่ไม่ให้ละเมิดหลักนิติรัฐและหลักสิทธิมนุษยชน เช่น ประเทศสาธารณรัฐแอฟริกาใต้¹² ประเทศสาธารณรัฐเอสโตเนีย¹³ และประเทศสาธารณรัฐเกาหลีใต้

Shapiro และ Epstein and Knight ได้อธิบายถึงการขยายตัวของอุดมการณ์ตระหนักรู้ในสิทธิ (right ideology) ประกอบกับการใช้กลไก Judicial Review ของศาลเพื่อนำมาควบคุมการทำงานของรัฐบาล โดยเฉพาะป้องกันการใช้อำนาจอย่างกว้างขวางปราศจากการควบคุมของรัฐบาล (unchecked governmental power) เขาให้เหตุผลว่าในสังคมอุตสาหกรรมรัฐมักผูกขาดกระบวนการกำหนดนโยบายสาธารณะของรัฐและการบริหารงาน รัฐมักอ้างถึงความซับซ้อนของกระบวนการดังกล่าว รัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมักอาศัยการที่ตนมีความชำนาญเฉพาะดังกล่าว (technical bureaucracy) นำ

¹² Chester Neal Tate and Torbjorn Vallinder. *The Global Expansi of Judicial Power*. 1995.

¹³ Herman Schwartz. *The Struggle for Constitutional Justice in Post - communist Europe*. 2000.

มาใช้เป็นข้ออ้างในการดำเนินงาน ซึ่งบางครั้งก็กีดกันภาคประชาสังคมออกจากระบบการทางนโยบายสาธารณะหรือละเมิดสิทธิของประชาชน หรือสิทธิของชุมชน

ประชาชนทั่วไปที่ไม่ได้เกี่ยวข้องไม่ได้ติดตามกระบวนการทางนโยบายสาธารณะดังกล่าว ไม่สามารถเข้าใจในความสลับซับซ้อน ประชาชนจึงไม่มีองค์ความรู้หรือข้อมูลในการโต้แย้งอำนาจรัฐ รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงดำเนินการไปโดยขาดการตรวจสอบจากประชาชน บางกรณีเจ้าหน้าที่รัฐจึงกระทำการเสมือนเป็นตัวแทนของรัฐทั้งที่เจ้าหน้าที่เหล่านี้ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งอย่างใด (unelected government experts) ไม่ต้องอยู่ภายใต้สภาวะการพร้อมรับผิดชอบการกระทำของตน (accountability) ด้วยเหตุผลดังกล่าวประชาชนในสังคมอุตสาหกรรมเกิดความระแวงการใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐ จึงให้ความสำคัญกับสถาบันตุลาการในการสร้างความโปร่งใสการดำเนินนโยบายสาธารณะของรัฐบาล คู่ครองสิทธิของประชาชน ให้การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเป็นไปตามหลักนิติรัฐ

การขยายตัวด้านความร่วมมือทางการค้าเสรีของประเทศต่างๆ ภายใต้ความตกลงแบบพหุภาคี (multi-lateral agreement) เช่น การรวมตัวกันของประเทศในทวีปอเมริกาเหนือ หรือ NAFTA หรือ การรวมตัวกันของประเทศในยุโรปเป็นสหภาพยุโรป หรือ European Union นอกจากนี้อาจเกิดความร่วมมือด้านการค้าแบบทวิภาคี (bi-lateral agreement) ความร่วมมือหรือความตกลงระหว่างประเทศนี้ถือเป็นปรากฏการณ์ที่มีผลต่อกระบวนการ Judicial Review ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในบรรดาประเทศสมาชิกความร่วมมือนี้ มีผลต่อกระบวนการยุติธรรมในประเทศ ทั้งนี้ความขัดแย้งระหว่างประเทศสมาชิกบางกรณีเกิดจากความแตกต่างของสาระทางกฎหมายของแต่ละประเทศ บางกรณีเกิดจากนโยบายสาธารณะของรัฐในแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน เพื่อที่จะยุติความแตกต่างดังกล่าวประเทศสมาชิกอาจเห็นพ้องกันในการตั้งอนุญาโตตุลาการชั่วคราว (ad-hoc arbitration tribunal) ขึ้น

ที่ผ่านมากลไกการทำงานของอนุญาโตตุลาการนั้นใช้ได้ดีกับความขัดแย้งที่เกิดจากการค้า การลงทุน ของภาคเอกชนที่มีความขัดแย้งกับภาค

เอกชน (application for private party) เช่น ความขัดแย้งที่เกิดจากการเดินเรือระหว่างบริษัทเดินเรือหรือผู้ผลิตที่ส่งสินค้า เป็นต้น ต่อมาในยุคโลกาภิวัตน์ทางการเงิน เกิดการขยายตัวของการลงทุนข้ามชาติของนักลงทุนต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของรัฐในประเทศอื่น การเข้ามาลงทุนในภาคการเงิน การค้าขายแลกเปลี่ยนตราสารหนี้และพันธบัตรในตลาดการเงินระหว่างประเทศ การลงทุนในหลักทรัพย์ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งธุรกรรมเหล่านี้เกี่ยวข้องกับปริมาณการค้าและเงินลงทุนจำนวนมาก

ในสภาวะโลกาภิวัตน์ทางการเงิน การค้า การลงทุน อาจนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐกับภาคเอกชนซึ่งเมื่อนักลงทุนข้ามชาติ นักลงทุนข้ามชาติเหล่านี้จะเลือกลงทุนในประเทศที่มีการคุ้มครองนักลงทุนข้ามชาติ กล่าวคือลงทุนในประเทศที่ลงนามในสนธิสัญญา หรือความร่วมมือ ที่มีสาระสำคัญว่าเมื่อเกิดความขัดแย้งทางการลงทุนระหว่างภาคเอกชนและภาครัฐในประเทศดังกล่าวแล้ว นักลงทุนข้ามชาติสามารถฟ้องกลไกอนุญาโตตุลาการซึ่งตัดสินหรือวินิจฉัยโดยอาศัยพื้นฐานจากความร่วมมือระหว่างประเทศที่ประเทศเหล่านี้ได้ลงนามไว้ ไม่มีการละเมิดข้อตกลงดังกล่าว (treaty violation)

การทำงานของอนุญาโตตุลาการ นั้นต่างจากศาลยุติธรรม อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะบังคับให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามคำสั่งของตน รัฐในแต่ละประเทศยังคงมีอำนาจอธิปไตยของตนอย่างสมบูรณ์ การบังคับให้รัฐปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการผ่านสถาบันนิติบัญญัติหรือผ่านสถาบันตุลาการเป็นไปได้ ดังนั้นจึงต้องใช้มาตรการการกดดันในรูปแบบต่างๆ ของบรรดาประเทศสมาชิกที่กระทำต่อรัฐที่ต้องคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้สถาบันนิติบัญญัติ สถาบันบริหาร รวมถึงสถาบันตุลาการ ในรัฐนั้นเต็มใจในการปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ กล่าวได้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการของความสัมพันธ์พหุภาคี และทวิภาคี นับวันจะมีความสำคัญในทาง Judicial Review ต่อรัฐสมาชิก เป็นแนวโน้มใหม่ในการเข้ามาแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยเฉพาะการแทรกแซงที่มาจากกลุ่มทุนในประเทศอุตสาหกรรมขนาดใหญ่

สรุปได้ว่ากระบวนการ Judicial Review ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมองเห็นถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการปกครองประเทศแบบสหพันธรัฐซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศที่กระจายในแนวดิ่งและแนวราบจึงต้องอาศัยกลไกศาลสูงในการดำเนินการยุติความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นต่อมาด้วยอุบัติเหตุทางการเมืองศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ก็ได้เป็นพัฒนาที่สำคัญของกระบวนการ Constitutional Review

ส่วนในภาคพื้นทวีปยุโรปแนวคิด Judicial Review เกิดขึ้นจากการตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในออสเตรีย และตามมาด้วยการตั้งศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันตะวันตกเพื่อป้องกันมิให้รัฐดำเนินการละเมิดสิทธิมนุษยชน แนวคิด Judicial Review ได้ขยายตัวอย่างรวดเร็วกระจายไปทั่วโลกภายหลังการสิ้นสุดสงครามเย็น และในปัจจุบันแนวโน้มการขยายตัวของกลุ่มความร่วมมือระหว่างประเทศในรูปแบบของข้อตกลงหรือสนธิสัญญาพหุภาคี และทวีภาคีเป็นแนวโน้มใหม่ในของ Judicial Review ที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

Judicialization of Politics

Ran Hirschl¹⁴ ได้กล่าวถึงการขยายตัวของกระบวนการ judicialization of politics เกิดขึ้นพร้อมกับการขยายตัวปฏิวัติด้านสิทธิ (right revolution) ปรากฏการณ์ดังกล่าวสนับสนุนแนวคิดความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ constitutional supremacy แนวคิดดังกล่าวไม่ใช่เรื่องใหม่แต่เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นมานานแล้วในสหรัฐอเมริกา ประเทศที่เชื่อในรัฐธรรมนูญว่าเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นที่สุดของการปกครองประเทศ โดยเมื่อเกิดความขัดแย้งในเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ศาลสูงของประเทศเป็นผู้ตีความรัฐธรรมนูญ โดยความเห็นของศาลสูงถึงเป็นที่สุด

ในปัจจุบันประเทศต่างๆ จำนวนมากได้รับเอาแนวคิด constitutional supremacy ไปใช้มีการนำหลักการสิทธิมนุษยชนเข้าไปใส่ในรัฐธรรมนูญ รวม

¹⁴ Ran Hirschl. *Constitutional Theocracy*. 2000.

ถึงการขยายอำนาจให้ศาลสูง (national high court) เป็นผู้รักษาสติธิของประชาชนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทั้งรูปแบบของเยอรมันที่จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และรูปแบบของสหรัฐอเมริกาที่ให้อำนาจศาลสูงเป็นผู้ตีความรัฐธรรมนูญ แนวคิดการขยายอำนาจให้สถาบันตุลาการดังกล่าวได้แพร่ขยายอย่างกว้างขวาง ไม่เว้นแม้แต่ประเทศที่เป็นต้นตำรับของ parliamentary supremacy ที่เคยเชื่อในความเป็นเลิศของสถาบันนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งเชื่อว่ารัฐสภานั้นสามารถทำได้ทุกสิ่ง¹⁵ เช่น อังกฤษ แคนาดา และออสเตรเลีย หลังจากทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา ประเทศเหล่านี้ต่างหันมาจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อเป็นผู้ยุติความขัดแย้งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศ

การขยายตัวของกระบวนการ Constitutional Review เติบโตควบคู่กับกระบวนการ Judicial Review เพราะมีเป้าหมายร่วมกัน คือ การคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามเจตนารมณ์และตัวลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้แนวคิดเรื่องสิทธิของพลเมือง หรือสิทธิมนุษยชน นั้นจัดเป็นแนวคิดที่มีความหลากหลาย (ideation) มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกว้างขวางมาก ตั้งแต่ในเรื่องสิทธิของปัจเจกชน สิทธิชุมชน สิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ตลอดจนประชาชนกลุ่มต่างๆ ในประเทศมักมีความเห็นในเรื่องสิทธิที่แตกต่างกันออกไปทั้งนี้ด้วยสาเหตุนานัปการ จนบางครั้งถูกมองว่าสิทธิของพลเมือง หรือของประชาชนนั้นเป็นวาทกรรม (discourse) ที่ไม่มีความหมายที่แน่นอน การทำความเข้าใจในเรื่องสิทธิต้องกระทำผ่านการตีความ (interpretation)

¹⁵ ความยิ่งใหญ่ของรัฐสภาอังกฤษ เปรียบได้จากคำพูดของ เซเนวัล์ เดอ ลอลม์ (Génévois de Lolme) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสผู้ศึกษาการเมืองของอังกฤษ สรุปว่ารัฐสภาอังกฤษทำได้ทุกอย่างเว้นเพียงสองเรื่อง คือ ทำผู้ชายให้เป็นผู้หญิง และทำผู้หญิงให้เป็นผู้ชาย ทั้งนี้เนื่องจากอังกฤษเป็นประเทศไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง รัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนจึงมีความชอบธรรมในการตีความความขัดแย้งที่เป็นกฎหมาย ประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ แนวทางทางกฎหมาย หรือกติกาที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบหลักการ และโครงสร้างสถาบันสำคัญในการปกครองประเทศ รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันดังกล่าว

การขยายบทบาทของศาลที่ให้อำนาจคุ้มครองเรื่องสิทธิที่มีความเป็นนามธรรมดังกล่าว เป็นเสมือนการขยายพรมแดนอำนาจหน้าที่ของศาลในทาง Judicial Review ไปจากเดิมที่เน้นยุติความขัดแย้งที่เกิดจากความแตกต่างของการปกครองในแนวคิดระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลท้องถิ่น และความแตกต่างกันในแนวราบตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ขยายมาเป็นการเข้ามายุติความขัดแย้งในประเด็นต่างๆ ในเรื่องสิทธิ (rights issues) เช่น การคุ้มครองกฎหมายทำแท้งว่าเป็นเรื่องของสิทธิในทางร่างกายก็ดี การให้ความชอบธรรมในการแก้ไขกฎหมายเพื่ออนุญาตให้กลุ่มรักร่วมเพศ จำพวกเกย์ เลสเบียน สามารถแต่งงานได้ก็ดี การพิพากษาคุ้มครองสิทธิชุมชนในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติก็ดี การรักษาสีผิวของชนกลุ่มน้อยด้านการศึกษางาน เพื่อเข้าถึงโอกาสที่เท่าเทียมกันโดยไม่จำกัดเพศ เชื้อชาติ ศาสนา สีผิวก็ดี หรือแม้กระทั่งการตีความเพื่อยุติความขัดแย้งในทางศาสนาในประเทศ บทบาทที่กล่าวมาทั้งหลายนี้ทำให้อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาในศาลสูงเข้ามาเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยยุติความสิทธิของประชาชนอย่างกว้างขวางจากเดิม (แนวทางการทำงานดังกล่าวของศาลเกิดขึ้นมาก่อนนับเวลาเกือบ 200 ปี โดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกา)

ในระยะเวลา 10 ปี ที่ผ่านมา สถาบันตุลาการเริ่มเข้ามามีบทบาทในกระบวนการทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเมืองในระดับโครงสร้างสถาบันหลักของประเทศ ปรากฏการณ์ดังกล่าว Hirschi เรียกว่า judicialization of mega-politics เช่น การเข้าไปมีบทบาทของฝ่ายตุลาการในการยุติความขัดแย้งในการเลือกตั้งทั่วไป เช่น กรณีศาลสูงของสหรัฐอเมริกาที่ห้ามไม่ให้มลรัฐฟลอริดาในการนับคะแนนการเลือกตั้งประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา ระหว่าง นายจอร์จ บุช กับ นายอัล กอร์ การเข้าไปมีบทบาทในการตีความคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น กรณีบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญของปากีสถานในการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยพิจารณาการกระทำของเผด็จการทหารของ ประธานาธิบดี Musharraf

กรณีบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญอินโดนีเซียในการยุติความขัดแย้งของการเลือกตั้งประธานาธิบดีของอินโดนีเซีย เป็นต้น รวมถึงกรณีการพิจารณาความขัดแย้งทางการเมืองในประเทศไต้หวัน อิตาลี และไทย

การตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในเชิงนโยบายสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจระดับมหภาค (macroeconomic policy) และนโยบายความมั่นคงของประเทศ (national security policy) ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมาย (executive-branch executive) รวมถึงกำหนดแนวทางในการประสานฟื้นฟูประเทศในช่วงวิกฤตการณ์ทางการเมือง (restorative-justice dilemma) ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงที่ประเทศอยู่ในระยะเวลาของการเปลี่ยนทางระบอบการเมือง (regime transformation) เช่น กรณีประเทศในแถบลาตินอเมริกาที่เปลี่ยนผ่านจากการปกครองโดยเผด็จการทหารมาสู่การปกครองโดยรัฐบาลพลเรือน และในประเทศแอฟริกาใต้ในช่วงเวลาที่เปลี่ยนผ่านจากประเทศที่กดขี่กัน เหยียดผิว มาเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชน

ศาลในประเทศต่างๆ ไม่เพียงแต่ได้ขยายอำนาจ Judicial Review เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน และเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในเชิงนโยบายสาธารณะเท่านั้น นับแต่ทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา ศาลได้เริ่มขยายอำนาจหน้าที่ของตนไปสู่กระบวนการทางการเมือง (judicialization of politics) บทบาทที่กว้างขวางในทางการเมืองของสถาบันตุลาการโดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิ เป็นปรากฏการณ์ที่สอดคล้องกับการขยายตัวของแนวคิดการเมืองภาคประชาชน (deliberative democracy) ที่เน้นการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน และการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐเพื่อรักษาสิทธิของประชาชน

Politicalization of Judiciary

นักรัฐศาสตร์และนักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งที่ได้เฝ้าดูพัฒนาการของการเข้ามามีบทบาทในกระบวนการทางการเมืองของสถาบันตุลาการด้วยความไม่

สบายใจ เช่น ในกลางทศวรรษที่ 1950 Alexander Bickel ได้ชี้ว่าบทบาทของศาลด้าน Constitutional Review ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางการเมืองนั้น มันเป็นการฝ่าฝืนมติเสียงข้างมากของประชาชน หรือที่เขาเรียกว่า countermajoritarian difficulties แต่ความเป็นจริงในหลายประเทศพบว่าอำนาจ Constitutional Review เกิดขึ้นจากนักการเมืองด้วยเหตุผลทางการเมือง

ในประเทศกำลังพัฒนาบางแห่งที่ปกครองโดยระบอบเผด็จการ (authoritarian regime) เช่น ประเทศชิลี ภายใต้การนำของผู้นำเผด็จการทหาร ประธานาธิบดีปีโนเชต์ (1973-1990) มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อเป็นกันชนหรือคนกลางระหว่างบรรดาผู้นำเผด็จการ เนื่องจากอำนาจทางการเมืองไม่ได้อยู่ในมือของปีโนเชต์แต่เพียงผู้เดียว อำนาจทางการเมืองกระจายตัวออกไปในบรรดากลุ่มนายทหารที่คุมกำลังในกองทัพภายใต้โครงสร้าง Oligarchy ศาลรัฐธรรมนูญของชิลี ในขณะนั้นจึงทำหน้าที่เหมือนคนกลางที่คอยประสานงานเชิงอำนาจระหว่างกลุ่มผู้นำ กล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญของชิลีเกิดขึ้นด้วยเหตุผลทางการเมือง

Ran Hirschi ชี้ว่ากระบวนการ Constitutional Review ในหลายประเทศนั้น เกิดขึ้นด้วยเหตุผลทางการเมือง โดยเฉพาะในช่วงเปลี่ยนผ่านการเมือง (political regime transition) จากการที่ชนชั้นนำทางการเมืองที่กำลังจะสูญเสียอำนาจทางการเมืองตามโครงสร้างอำนาจเชิงสถาบันแบบเดิมที่ตนครองอำนาจอยู่ ชนชั้นนำ (elites) เหล่านี้จะรับรองกระบวนการ Constitutional Review อย่างแบบยล (strategy adopted) ซึ่งการสร้างกลไกและสถาบันทาง Constitutional Review นี้มักเกิดขึ้นในปลายสมัยที่ใกล้จะหมดอำนาจทางการเมือง ชนชั้นนำจะมีการวางตัวผู้ที่ทำหน้าที่ตุลาการในองค์กรนี้ เพื่อสร้างอำนาจต่อรองหรือหลักประกันในทางการเมืองเมื่อตนพ้นจากตำแหน่งแล้ว กระบวนการนี้เรียกว่า Hegemonic Preservation¹⁶

¹⁶ กระบวนการ Hegemonic Preservation ที่ชัดเจน คือ กรณี Marbury V. Madison ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาช่วงปลายสมัยประธานาธิบดี Jackson หรือ การตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยในปี พ.ศ. 2550

Tom Ginsburg กล่าวในทำนองเดียวกัน เขาเสนอแนวคิด insurance model ที่กว้างขวางครอบคลุมกว่าแนวคิดของ Hirschl เขาชี้ว่ากระบวนการ Constitutional Review เกิดจากเหตุผลทางการเมือง ในกรณีที่พรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลไม่มั่นใจในผลของการเลือกตั้งที่กำลังจะเกิดขึ้นว่า พรรคการเมืองของตนหรือพรรคคู่แข่งพรรคใดจะได้รับชัยชนะในการเลือกตั้ง (electoral uncertainty) ดังนั้นเพื่อจะลดต้นทุนของการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองจากการที่พรรคของตนไม่ได้รับเสียงข้างมาก ในช่วงสุดท้ายของการทำงานของรัฐบาล พรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลจึงสนับสนุนให้มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่ดี การแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนการ Constitutional Review หรือ Judicial Review ให้กับศาลสูงก็ดี

ตามแนวคิดนี้ Hirschl ชี้ว่ากระบวนการ Constitutional Review เกิดจากความต้องการลดความเสี่ยงทางการเมืองสร้างหลักประกันทางการเมือง (political insurance) หลังการเลือกตั้งที่พรรคการเมืองใดที่มาเป็นรัฐบาลก็ต้องดำรงรักษากติกาตามรัฐธรรมนูญโดยที่มิศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้รักษาเจตนารมณ์ดังกล่าว เช่น กรณีของประเทศแอฟริกาใต้ที่พรรคการเมืองภายใต้การนำของชนชั้นนำผิวขาว (white elites) ที่อยู่ในอำนาจทางการเมืองอย่างยาวนาน ต้องลงแข่งขันเลือกตั้งกับพรรคการเมืองที่นำโดยนายเนลสัน แมนเดลา การเลือกตั้งเป็นไปภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ยกเลิกนโยบายการกีดกันแบ่งแยกผิวสีในประเทศ (apartheid policy) ชนชั้นนำผิวขาวคาดการณ์แล้วว่าพรรคการเมืองของตนต้องพ่ายแพ้การเลือกตั้งที่เกิดขึ้นอย่างแน่นอน จึงได้สนับสนุนการตั้งศาลรัฐธรรมนูญและกลไก Constitutional Review

กรณีของประเทศเม็กซิโก พรรคการเมืองที่ครองอำนาจมายาวนาน คือ พรรค PRI หรือ Partido Revolucionario Institucional ได้เล็งเห็นถึงคะแนนนิยมที่ลดลงของพรรค และความพ่ายแพ้ในการเลือกตั้งครั้งต่อไป ในปี ค.ศ. 1994 พรรคได้เริ่มแก้รัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มอำนาจ Constitutional Review ให้กับศาล โดยในปี ค.ศ. 2000 พรรคคู่แข่งก็ได้รับชัยชนะต่อพรรค PRI ถือเป็นการสิ้นสุดของอำนาจทางการเมืองของพรรค PRI ที่มียาวนานนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1970

การปรับตัวของสถาบันตุลาการในกระบวนการ Constitutional Review

Carl Schmitt ผู้พิพากษาชาวเยอรมัน ได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ.1958 เตือนถึงบทบาทที่เหมาะสมของสถาบันตุลาการ ในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในกระบวนการการเมือง เขากล่าวว่าการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการเมือง (judicialization of politics) อย่างไม่เหมาะสม จะเป็นการชักนำการเมืองมาสู่สถาบันตุลาการ (politicization of judiciary) ในเวลาต่อมา¹⁷

นักการเมืองที่เข้ามาทำงานในสถาบันนิติบัญญัติและสถาบันบริหารมีแนวโน้มแก้ไขปัญหาความเป็นอิสระมากเกินไปของผู้พิพากษาในศาล (overly independent judge) โดยการแก้ไขกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษา (judicial appointment) เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจะได้ผู้พิพากษาที่ตนสามารถควบคุมได้ และพยายามสกัดกั้นไม่ให้ผู้พิพากษาที่มีแนวคิดตรงข้ามเข้าสู่ตำแหน่ง รวมถึงใช้มาตรการในการโยกย้าย ลดบทบาท และถอดถอนผู้พิพากษาที่มีความคิดตรงกันข้ามกับสถาบันนิติบัญญัติ

การเข้ามาแทรกแซงการทำงานของสถาบันตุลาการผ่านการแต่งตั้งผู้พิพากษา ซึ่งนำไปสู่การเสียความเป็นอิสระในการทำงาน (judicial independence) เพื่อป้องกันกรเข้ามาแทรกแซงของทางการเมืองจึงมีการออกกฎเกณฑ์ที่มาของการแต่งตั้ง ถอดถอนผู้พิพากษาต้องอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภา เพื่อประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาให้ยาวนานกว่าวาระของสมาชิกรัฐสภา และนานกว่าวาระของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่น ในบางประเทศให้ผู้พิพากษาศาลสูงมีวาระการดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่ผู้พิพากษานั้นมีความประพฤติดี และเพื่อป้องกันไม่ให้เสพติดอำนาจบางประเทศกำหนดให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

สถาบันตุลาการในหลายประเทศได้พยายามปรับตัวเชิงสถาบันจากการแทรกแซงทางการเมือง ทั้งนี้ความสำเร็จของการดำเนินการตามกระบวนการ

¹⁷ Alec Stone. *The Birth of Judicial Policies in France*. 1992.

Constitutional Review ในหลายประเทศเกิดจากปัจจัยหลายประการที่เป็นข้อจำกัดทางการเมือง (political constraints) ที่แตกต่างกันไป นักวิชาการจำนวนมากศึกษากระบวนการปรับตัวของสถาบันตุลาการในเรื่องดังกล่าวทั้งในกรณีของสถาบันตุลาการในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มั่นคง และประชาชนตระหนักในเรื่องสิทธิ และในประเทศที่กำลังพัฒนาในเอเชีย แอฟริกา ลาตินอเมริกา

Herron and Randazzo ศึกษากระบวนการ Judicial Review ในประเทศอดีตสังคมนิยมในยุโรปตะวันออก เขาเสนอแนวคิด strategic model ที่ว่า กระบวนการ Judicial Review ของสถาบันตุลาการควรดำเนินการเท่าที่จำเป็น และบางเรื่องเท่านั้น เนื่องจากกรณีที่ศาลรับพิจารณาคดีการเมืองจำนวนมาก หรือการขยายบทบาทหน้าที่ของศาลไปในประเด็นที่หลากหลาย จะส่งผลกระทบต่อการทำงานของสถาบันหลักอื่น เช่น สถาบันนิติบัญญัติ สถาบันบริหาร ยังมีจำนวนคดีที่พิจารณามากขึ้นเท่าไรความขัดแย้งระหว่างสถาบันตุลาการและสถาบันทางการเมืองหลักก็จะมีจำนวนมากตาม

Herron and Randazzo สรุปว่า สถาบันตุลาการในประเทศเหล่านี้รู้ดีในสมมติฐานข้างต้น ศาลจะเลือกพิจารณาในคดีที่คาดว่าจะเมื่อพิจารณาแล้วเสร็จ มีข้อยุติที่คาดว่าจะเมื่อออกคำสั่งไปจะเกิดการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ความสำเร็จที่เป็นรูปธรรมของสถาบันตุลาการขึ้นกับจำนวนคดีที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาและการยอมรับและปฏิบัติตามผลการพิจารณาของศาล (compliance with decisions) มากกว่าจำนวนคดีที่มากมาย ที่เมื่อมีคำสั่งแล้วไม่มีผลในทางปฏิบัติ ดังนั้นการรับพิจารณาคดีของศาลจึงเป็นเรื่องสำคัญ

laeyczower, Spiller and Tommasi ศึกษาในกระบวนการ Judicial Review ในประเทศอาร์เจนตินา พบว่า อำนาจทางการเมืองของประธานาธิบดีอาร์เจนตินา แปรผกผัน (negatively association) กับการใช้อำนาจ Constitutional Review ของศาล เมื่อประธานาธิบดีมาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาและได้รับเลือกจากประชาชนจำนวนมาก ประธานาธิบดีมีเสถียรภาพทางการเมืองสูง สามารถตรวจสอบการทำงานของศาล และมี

สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญ สามารถแก้ไขกฎหมายต่างๆ และสามารถถอดถอนผู้พิพากษาศาลสูงได้ ในทางตรงข้ามหากประธานาธิบดีขาดเสถียรภาพทางการเมือง ขาดการสนับสนุนจากประชาชนในการดำรงตำแหน่ง สถาบันตุลาการสามารถดำเนินการกระบวนการ Constitutional Review ได้อย่างกว้างขวางกว่าเมื่อเทียบกับในช่วงเวลาที่ประธานาธิบดีมีเสถียรภาพทางการเมือง

Vanberg ได้ศึกษาการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน มีพื้นฐานกำเนิดที่มาจากการอุดมการณ์เรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มีโครงสร้างและระบบการทำงานที่เน้นการทำงานที่มีขั้นตอนโปร่งใส (transparency) ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน เชื่อว่าท่ามกลางความสัมพันธ์สามฝ่ายระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการนั้น การสร้างภูมิคุ้มกันการทำงานที่ดีที่สุดของศาล คือ การทำให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นในการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญ ความเชื่อมั่นนั้นนำไปสู่การให้การสนับสนุนของมหาชน (public support) ในผลการตัดสินของศาล ซึ่งพื้นฐานความเชื่อมั่นดังกล่าว คือ การยึดมั่นในหลักการสิทธิมนุษยชน และความโปร่งใสในการทุกขั้นตอน การที่มหาชนเชื่อมั่นในกระบวนการ Constitutional Review ของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเสมือนเกราะคุ้มครองที่ดีที่สุดจากการวิพากษ์วิจารณ์และการแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง

Juristocracy ในระบอบประชาธิปไตย

สถาบันตุลาการมีประสพการณ์ในการรักษาสถานภาพความเป็นอิสระในการดำเนินการมายาวนาน นับตั้งแต่กรณี Marbury V. Madison ในสหรัฐอเมริกา Carol Nackenoff¹⁸ เสนอว่าจากการสำรวจความน่าเชื่อถือของประชาชนในสถาบันหลักตามรัฐธรรมนูญทุกครั้งในทุกประเทศ ผลการสำรวจส่วนใหญ่พบว่าสถาบันตุลาการได้รับความน่าเชื่อถือมากที่สุดมากกว่าสถาบันนิติบัญญัติ และสถาบันบริหาร ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลหลายประการ Nackenoff ให้คำอธิบายที่น่าสนใจว่า สถาบันนิติบัญญัติ และสถาบันบริหาร ต่างถูกตรวจ

¹⁸ Carol Nackenoff. "Is there a Political Tilt to". *Maryland Law Review*. 65.1 (2006) : 139-151.

สอบการทำงานจากสื่อมวลชนมากกว่าสถาบันตุลาการ การวิพากษ์วิจารณ์ การทำงานของรัฐบาล ของสมาชิกวุฒิสภา มีปรากฏในสื่อทุกแขนงตลอดเวลา ของทุกวัน

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอำนาจใดอำนาจหนึ่ง มีมากเกินไปจนอาจเกิดเผด็จการในการปกครองแบบประชาธิปไตย เป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบบประธานาธิบดี หรือระบบสาธารณรัฐ เป็นพื้นฐานความเชื่อที่สนับสนุนให้สถาบันตุลาการต้องมีอิสระในการปกป้องเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแบบ Madisonian เพื่อป้องกันเผด็จการเสียงข้างมากในรัฐสภา (tyranny of majority) หลักการดังกล่าวถูกนำมาประกอบกับการให้สถาบันตุลาการเป็นผู้พิทักษ์รักษาหลักการ สิทธิมนุษยชน ได้ขยายบทบาทของสถาบันตุลาการให้กว้างขวางออกไป

แนวคิดกลุ่ม Schumpeterian Minimalists สนับสนุนความเป็นอิสระของสถาบันตุลาการ นักวิชาการ เช่น Adam Przeworski, Kenneth Arrow, และ William Riker ให้ความเห็นว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น หลักการที่สำคัญของการปกครอง คือ การรักษาสีทธิ และเสรีภาพของประชาชน พวกนี้ต้องการลดบทบาทของภาครัฐจึงถูกเรียกว่าพวก Minimalists กลุ่มนี้เชื่อว่าระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนที่มีการเลือกตั้งตัวแทนมานั้น รัฐบาลและบรรดาสมาชิกวุฒิสภาต่างทำงานด้วยการแสวงหาประโยชน์ การดำเนินนโยบายเกิดจากการเจรจาต่อรอง (arbitrary) และถูกโน้มน้าวชักจูงได้ง่าย (easily manipulates) บางครั้งการดำเนินนโยบายสาธารณะของรัฐบาล จึงเป็นไปได้แบบไม่มีเหตุผล เป็นที่ไม่น่าพึงปรารถนา บุคคลที่มาจากกาเลือกตั้งเหล่านี้ถูกเรียกว่า กลุ่มคนที่ไม่มีความเห็นเชิงประชาธิปไตย (democratic irrationalists)

นักวิชาการกลุ่ม Minimalists เชื่อว่าสถาบันตุลาการและกระบวนการ Judicial Review คือ อำนาจในการยับยั้งหรือหน่วงเหนี่ยวให้ละเว้น (veto or restraint) การกระทำที่ไม่มีเหตุผลของนักการเมืองที่มาจากกาเลือกตั้ง ซึ่งถึงแม้ว่า Judicial Review ที่กระทำโดยศาลนั้นจะเป็นการดำเนินการที่ขัดกับเสียงข้างมาก (counter-majoritarian) ก็ตาม Riker กล่าวว่านักการเมืองมักมี

แนวโน้มที่จะใช้นโยบายแบบ populism อย่างไรก็ตามกลุ่ม Minimalists ไม่ได้ปฏิเสธการเลือกตั้งหรือปฏิเสธระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทน Przeworski ซึ่งว่าการเลือกตั้งเป็นรูปแบบและกติกาของการเปลี่ยนผ่านอำนาจของผู้ปกครองอย่างสันติ (peaceful transition of power)

Ran Hirschl ได้ให้ข้อสังเกตว่า กระบวนการ Judicial Review ที่มีองค์ประกอบของผู้พิพากษาที่มีแนวคิดเสรีนิยม (liberal judge) ประกอบกับแนวคิด Minimalism มักทำให้เกิด Judicial Activism ที่ผู้พิพากษาได้ขยายบทบาทหน้าที่ของตน เป็นผู้ตีความความขัดแย้งตามรัฐธรรมนูญ ทั้งที่ในรัฐธรรมนูญเต็มไปด้วยวาทกรรมความเป็นปทัสถานของหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ (normative constitution) เช่น เรื่องของสิทธิ เรื่องของเสรีภาพ เรื่องของความเสมอภาค เป็นต้น ทั้งนี้สถาบันตุลาการมักอ้างถึงหน้าที่ของตนในการรักษาเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ

Hirschl เสนอว่า กระบวนการ Judicial Review ในปัจจุบันเป็นการรวมตัวกันเชิงกลยุทธ์ในรูปแบบไตรภาคี (strategic tripartite pact) ที่เกิดจากการรวมตัวกันของกลุ่มชนชั้นนำทางการเมือง (political elites) ที่ต้องการอาศัยความน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมในการรอดพ้นจากการตรวจสอบของกระบวนการตามประชาธิปไตย กลุ่มชนชั้นนำทางเศรษฐกิจ (economic elites) ที่ต้องการการคุ้มครองหลักการค้าเสรีโดยเฉพาะระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมใหม่ (neo-liberal economy) ที่ต้องควบคุมการเมืองภาคประชาชน และกลุ่มชนชั้นนำขุนนางตุลาการ (supreme court) ที่ต้องการขยายบทบาทในเชิงสัญลักษณ์ของความเป็นสถาบันที่ทรงอำนาจในสังคม

แนวคิดของ Jeremy Waldron สนับสนุนแนวคิดของ Ran Hirschl โดย Waldron ยังคงยืนยันสิ่งที่ Carl Schmitt และ Alexander Bickel ได้เสนอไว้คือการให้สถาบันนิติบัญญัติ และสถาบันบริหาร ได้ทำหน้าที่ทางการเมือง ในขณะที่สถาบันตุลาการใช้อำนาจหน้าที่ของตนเพียงเท่าที่จำเป็น การดำเนินการในลักษณะ countermajoritarian difficulties โดยสถาบันตุลาการนั้นไม่มีหลักประกันใดว่าสถาบันตุลาการจะรู้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดีกว่าผู้อื่น

Waldron เน้นในเรื่อง equal respect ซึ่งสะท้อนได้ในกระบวนการนิติบัญญัติ เป็นการแสดงเจตนาที่สูงสุดตามแนวทางของ Rousseau ส่วนการใช้กระบวนการ Judicial Review ที่กว้างขวางนั้นจะนำไปสู่สังคมที่ rule by minority

สรุป

กระบวนการ Judicial Review เกิดขึ้นจากเหตุผลจากความแตกต่างด้านการปกครองในแนวราบและแนวดิ่งของสหรัฐอเมริกา เมื่อประกอบกับการขยายตัวของแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนพร้อมกับการกำหนดอำนาจของศาลในกระบวนการ Constitutional Review หลังจากการปฏิวัติด้านสิทธิของประชาชน ประเทศต่างๆ ได้หันมาให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชน มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีกลไกและสถาบันในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือการให้อำนาจศาลสูงของประเทศในการดำเนินกระบวนการ Constitutional Review

เมื่อสถาบันตุลาการในประเทศต่างๆ เริ่มเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมือง ก็ย่อมเกิดความขัดแย้งกับสถาบันหลักทางการเมืองที่มาจากกรเลือกตั้ง เช่น รัฐสภา และรัฐบาล ดังนั้นสถาบันตุลาการต้องปรับตัวป้องกันการเข้ามาแทรกแซงความเป็นอิสระในการทำงานของศาล อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่า ที่มาของการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้มีกระบวนการ Constitutional Review หรือการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศเกิดจากเหตุผลทางการเมือง

แนวคิดเรื่อง Minimalism ประกอบกับความประสงค์ของศาลในการที่จะป้องกันเผด็จการของเสียงข้างมาก เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้เกิดปรากฏการณ์ Judicial Activism ซึ่งนักวิชาการจำนวนมากได้ให้ความเห็นว่า แนวทาง Minimalism นั้นขัดแย้งกับหลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามทั้งแนวทาง Minimalism และแนวทาง democratic majority ต่าง

ก็ไม่ได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ของสถาบันหลักทั้งสาม คือ สถาบันนิติบัญญัติ
สถาบันบริหาร และสถาบันตุลาการ รวมถึงกระบวนการเลือกตั้ง

มหาวิทยาลัยบูรพา
Burapha University

บรรณานุกรม

- Ackerman, B. "The Rise of World Constitutionalism". *Virginia Law Review*. 83(1997): 771-797.
- Barros, R. Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power. in Pinochet's Chile. in J. Maravall and A. Przeworski, eds. *Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- Baxi, U. *The Indian Supreme Court and Politics*. Lucknow: Eastern Book Company, 1980.
- Cappelletti, M. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Clinton, R. L. *Marbury V. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University of Kansas Press, 1989.
- Epstein, L. and J. Knight. *The Choices Justices Make*. Washington DC: CQ Press, 1998.
- Fallon, R. "The Rule of Law as a concept Constitutional Discourse". *Columbia Law Review*. (1997):1.
- Ferejohn, J. "Judicializing Politics, Politicizing Law". *Law and Contemporary Problems*. 65.3(2002): 41-68.
- Ginsburg, T. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- Graber, M. *The Problematic Establishment of Judicial Review*. In Gillman, H. and Clayton, C. eds. *The Supreme Court in American Politics*. Norman: University of Oklahoma Press, 1999.
- Henkin, L. *The Age of Rights*. New York: Colombia University Press, 1990.

- Herron, E. S. and K. A. Randazzo. "The Relationship Between Independence and Judicial Review in Post-Communist Courts". *Journal of Politics*. 65(2003): 422-438
- Hirschl, R. *Towards Juristocracy: The Origin and Consequences of the New Constitutionism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- _____. "Preserving Hegemony? The Origin of the European Constitution". *International Journal of Constitutional Law*. 3(2005): 269-291.
- _____. *Constitutional Theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- Huntington, S. P. *The Third Wave*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.
- Jaeyczower, M., P. Spiller and M. Tommasi. "Judicial Independence in Unstable Regime: Argentina 1935-1995". *American Journal of Political Science*. 46(2002): 699-716.
- Kommers, D. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 2001.
- Nackenoff, C. "Is there a Political Tilt to "Juristocracy?". *Maryland Law Review*. 65.1(2006): 139-151.
- Qian, Y. and B. Weingast. "Federalism As a Commitment to Market Incentives". *Journal of Economic Perspectives*. 11.4(1997): 83-92 .
- Przeworski, A. "Minimalist Conception of Democracy: A Defense". In Casiano Hacker-Cordon and Ian Shapiro, eds. *Democracy's Value*. New York: Cambridge University Press, 1999.
- Rakove, J. *Original Meanings*. New York: Vintage, 1997.
- Riker, W. *Liberalism Versus Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*. Long Grove IL: Waveland Press, 1988.

- Rosenberg, G. "Judicial Independence and the Reality of Political Power". *The Review of Politics*. (1992): 369-398.
- Schwartz, H. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. London: George Allen and Unwin LTD, 1976.
- Shapiro, M. *The Success of Judicial Review*. in Kenney, S. Reisinger, W. and Reitz, J. eds., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*. London: MacMillan, 1999.
- Shapiro, M. *The Globalization of Judicial Review*. in Scheiber, H. and Friedman, L. eds. *Legal Culture and Legal Profession*. Boulder: Westview Press, 1996.
- Shapiro, M. *Courts*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- Stone, A. *The Birth of Judicial Policies in France*. New York: Oxford University Press, 1992.
- Tate, C. Neal and Vallinder, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- Treanor, W. M. "Judicial Review Before Marbury". *Stanford Law Review*. 58(2005): 455-562.
- Vanberg, G. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Ward, Kenneth D. and Cecilia R. Castillo. *The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Counter-majoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*. Albany, NY: SUNY Press, 2005.
- Waldron, J. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- Zurn, C. F. *Deliberative Democracy and the Institutional of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press, 2007.

