

แนวคิด “การวางนโยบายทางตุลาการ” The Concept of Judicial Policy Making

ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล*

Tanaroj Lortanapaisan

บทคัดย่อ

การวางนโยบายทางตุลาการของฝ่ายตุลาการเป็นกระบวนทัศน์ใหม่ ของการบริหารงาน ภาครัฐ เพื่อให้ตอบสนองต่อสภาพสังคมที่เคลื่อนไหวอย่างรวดเร็วในปัจจุบันในการจัดทำนโยบาย สาธารณะ แต่บทบาทฝ่ายตุลาการอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ตามที่มาทาง ประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ระบอบการเมืองการปกครอง และกฎหมาย รัฐสมัยใหม่จึงไม่ควรปฏิเสธ บทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการต่อการมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาทางสังคม แต่ต้องอยู่ ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ เพราะย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐทุกองค์กรที่จะแก้ไขปัญหาสังคม ตามอำนาจหน้าที่องค์กรทั้งหน้าที่โดยตรงและหน้าที่ทางอ้อมที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญภายใต้หลักการ แบ่งแยกและตุลาการอำนาจที่จัดวางโครงสร้างหน้าที่ของแต่ละสถาบันการเมืองในองค์ประกอบของ รัฐที่ปวงชนสร้างขึ้น และปวงชนจะเป็นผู้ขับเคลื่อนรัฐภายใต้การสร้างกฎหมายเพื่อปกครองตนเอง ของปวงชน

คำหลัก: ฝ่ายตุลาการ การวางนโยบายทางตุลาการ นโยบายสาธารณะ

ABSTRACT

The judicial policy making of judiciary is new paradigm for public administration, to response the fast movement of social fact for public policy choices. However the authority of judiciary branch would be different in many states , As the source of history, culture, political regime and legal system .The modern states should

* ภ.บ.(จุฬา),น.บ.,น.ม.(มหาชน-จุฬา) รองศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเวสเทิร์น

not reject judicial authority to participate in a solution of the social problems, but judicial authority which used for judicial policy making must implement in democratic constitutional procedure, because the state formulation from people sovereignty to design different functions of political institutions under separation of power principle, finally, the people, who driven the state by institutions, would make the law for self-government.

Keywords: Judiciary, Judicial Policy Making, Public Policy

1. บทนำ

คำว่า “ตุลาการภิวัตน์” ถูกกล่าวถึงในไทยอย่างมากโดยเฉพาะภายหลังรัฐประหาร วันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 บทบาทฝ่ายตุลาการที่ถูกมองว่ามีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางทางการเมือง อันนำไปสู่การกล่าวหาว่าฝ่ายตุลาการใช้อำนาจนอกหน้าที่ (Authority) ในทางการเมือง ส่งผลให้ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อสถาบันตุลาการลดต่ำลงอย่างมาก และต่อเนื่องมาอีกเป็นเวลาหลายปี จากความเชื่อมั่นในระดับร้อยละ 80 เหลือเพียงราวร้อยละ 60 และเพิ่มขึ้นเล็กน้อยในภายหลัง¹ ทั้งที่บทบาทฝ่ายตุลาการมีความสัมพันธ์กับสังคมและรัฐอย่างมากโดยเป็นหนึ่งในสถาบันหลักของรัฐ ที่ถูกออกแบบให้ทำหน้าที่ทางตุลาการในการตัดสิน (Adjudication) ระเบียบข้อพิพาทในรัฐเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม ให้สังคมดำรงอยู่ได้อันมีผลโดยตรงต่อการดำรงอยู่ของรัฐด้วย แต่ลักษณะของบทบาทในการระงับข้อพิพาท (Settlement of dispute) นี้มีความแตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมายและแต่ละสังคม เช่นบทบาทฝ่ายตุลาการในระบบคอมมอนลอว์ถือว่าคำพิพากษาของศาลมีผลใช้บังคับตามกฎหมาย ในขณะที่ระบบประมวลกฎหมายเช่นไทยถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงการตีความ (Interpretation) กฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นมิใช่กฎหมาย อาจทำให้บทบาทฝ่ายตุลาการมีผลต่อทิศทางของสังคมน้อยกว่า

กระแสการใช้อำนาจฝ่ายตุลาการมาวางนโยบายในสังคม (Judicial policy making) ที่แพร่กระจายไปทั่วโลก โดยมีรูปแบบต้นกำเนิดจากสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ตัวอย่างศาลสูงสุดของอาร์เจนตินาที่วางนโยบายสาธารณะต่อรัฐบาล และต่อต้านบริษัทที่ให้บริการด้านสุขภาพเพื่อปกป้อง

¹ ปัทมา สุปกัปปิง, “สถาบันตุลาการไทย”, <http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php/> (Last visited 29 May 2016)

ประโยชน์สาธารณะจะมีการปฏิรูประบบสุขภาพในทศวรรษ 1990² ซึ่งที่เดิมโดยจารีตแล้วศาลควรมีบทบาทเฉพาะกรณีเท่านั้น ศาลในอดีตไม่มีบทบาทในเชิงรุก (Activist) แต่ต่อมาอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ภายใต้รัฐธรรมนูญและวัฒนธรรมทางกฎหมายให้ฝ่ายตุลาการมีบทบาทหน้าที่ตอบสนองต่อช่องว่างในสังคมมากยิ่งขึ้น³

บทความนี้มีความประสงค์พิจารณาถึงแนวความคิดการวางนโยบายของฝ่ายตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นระบบแองโกลอเมริกัน (Anglo-American) อันเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เพื่อมาปรับใช้ในศาลยุติธรรมไทยที่เป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) แม้ว่าจะยังมีข้อถกเถียงอย่างเผ็ดร้อนในสังคมอเมริกันถึงความเหมาะสมในการวางนโยบายของฝ่ายตุลาการก็ตาม และแม้เป็นคนละระบบกฎหมายกับไทย โดยจะพิจารณาแนวคิดและหลักการของฝ่ายตุลาการอเมริกา ถ้าสังคมไทยต้องการให้ฝ่ายตุลาการไทยมีส่วนในการตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยมากขึ้นกว่าในปัจจุบัน “ตุลาการภิวัตน์” ที่ถูกอ้างอย่างมากภายหลังรัฐประหาร วันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ที่อ้างใช้อำนาจปรับสมดุลทางสังคม สามารถทำได้หรือไม่และควรมีขอบเขตเช่นไร โดยเทียบกับต่างประเทศ หากจะปรับใช้ในสังคมไทย เป็นสิ่งที่น่าสนใจในสังคมไทย โดยจะพิจารณาเป็นสองส่วนคือความหมายและที่มาการวางนโยบายทางตุลาการของอเมริกา หลักการและวิธีวางนโยบายทางตุลาการในสังคม

2. แนวคิดและหลักการวางนโยบายทางตุลาการ (Judicial Policy Making)

ของสหรัฐอเมริกา

2.1 ความหมายและที่มาการวางนโยบายทางตุลาการ

การวางนโยบายของฝ่ายตุลาการ (Judicial Policy Making) คือการวางนโยบายโดยผ่านการตัดสินใจ (Policy Making by a Judge)⁴ โดยใช้ผลจากคำพิพากษาที่นอกจากส่งผลถึงคู่กรณีในคดีแล้วยังมีลักษณะคล้ายการวางหลักการทางกฎหมายในลักษณะกว้างๆ อีกด้วย จึงส่งผลให้หลักการหรือแนวคิดเช่นนั้นมิมีผลในทางกฎหมายและมีสภาพบังคับขึ้นมา การวางนโยบายของศาลถือเป็น

²Victor Abramovich and Laura Pautassi ,” Judicial activism in the Argentine health system: recent trends”,Health and human rights , Vol. 10 No. 2(2002):53-60

³Brice Dickson (ed.),Judicial activism in common law supreme courts(New York: Oxford University Press , 2007), pp. 11-13

⁴Malcolm M. Feeley& Edward L. Rubin, Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America’s Prisons, (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), p. 4

กระบวนการที่ใหม่ทางกฎหมาย (New Legal Process) ที่เป็นทางเลือกใหม่⁵ แต่ทำให้เกิดเป็นประเด็นถกเถียงอย่างเผ็ดร้อนในบทบาทของศาลว่าเป็นลักษณะแอคติวิสต์ (Judicial Activism) ที่เป็นการวางนโยบายสาธารณะ (Public policy) โดยฝ่ายตุลาการ หรือวางนโยบายสังคมจากบัลลังก์ศาลทำได้หรือไม่ มีทั้งประเด็นการตีความกฎหมายไม่สอดคล้องเจตนารมณ์กฎหมาย การใช้อำนาจฝ่ายตุลาการที่ไม่มีในรัฐธรรมนูญ ความขัดแย้งในหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ฝ่ายตุลาการไปใช้อำนาจฝ่ายบริหาร และภายใต้หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ จะกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่

บทบาทเดิมของฝ่ายตุลาการต่อสังคมในแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกัน แม้ว่าจะใช้ระบบกฎหมายเดียวกันหรือมีระบอบการปกครองเดียวกันก็ตาม แต่ยังมีปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องในการกำหนดบทบาทขอบเขตอำนาจฝ่ายตุลาการในสังคมด้วย เช่นประวัติศาสตร์ความเป็นมาของชาติ วัฒนธรรม จิตสำนึกพลเมืองฯ แต่หากมุ่งพิจารณาแต่เพียงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์แล้ว หน้าที่โดยทั่วไปของศาลคือหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริง หน้าที่ตีความกฎหมาย ส่วนหน้าที่วางนโยบาย (Judicial policy making) นั้นยังเป็นหน้าที่ที่ยังต้องถกเถียงกัน

แต่บทบาทฝ่ายตุลาการในรัฐสมัยใหม่นั้น ฝ่ายตุลาการเป็นสถาบันการเมืองหนึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยแทนพลเมือง โดยถูกออกแบบให้มีอำนาจหน้าที่หลักในการระงับความขัดแย้งในรัฐ ขณะเดียวกันก็มีองค์กรอื่นๆของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการทำหน้าที่ด้านอื่นๆ ในรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนพลเมืองในรัฐ ซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) ที่มีวัตถุประสงค์ให้แต่ละองค์กรแสดงบทบาททำหน้าที่ตนเอง อันเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายอื่นๆด้วยภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาในค่อนข้างจะใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจแบบเด็ดขาดโดยกำหนดเขตอำนาจเบื้องต้นแต่ละองค์กรไว้⁶ และที่สำคัญภายใต้ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ กำเนิดรัฐสมัยใหม่มาจากแรงผลักดันของประชาชนทำให้การได้มาซึ่งผู้แทนที่จะปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรทั้งสามมีความเชื่อมโยงกับพลเมืองอย่างมาก ฝ่ายบริหารมาจากฝ่ายเสียงข้างมากของพลเมืองเช่นเดียวกับฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่ฝ่ายตุลาการมาจากการแต่งตั้งโดยการเสนอชื่อของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา ทั้งสามฝ่ายจึงมีลักษณะเชื่อมโยงกับพลเมืองอย่างสูง ที่ต้องรับผิดชอบต่อการใช้อำนาจรัฐต่อพลเมืองในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ทำให้บทบาทฝ่าย

⁵Edward L. Rubin and Malcolm M. Feeley, “Judicial Policy Making and Litigation against the Government”, *Journal of Constitutional Law*, Vol.5 (2003):619.

⁶The United States Constitution, Article I President, Article II Congress, Article III Judiciary Section 1. Judicial Power, Courts, Judges Section 2. Judicial Power and Jurisdiction

ตุลาการของอเมริกาดูเหมือนมีความสัมพันธ์ทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่นั่นย่อมหมายถึงการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการสัมพันธ์กับพลเมืองหรือสังคมด้วย

การเมืองจากพลเมืองที่มีแนวความคิดและอุดมการณ์ต่างกันมีส่วนเกี่ยวข้องในการแต่งตั้งตุลาการในศาลสูงสุด (U.S. supreme court) ที่มีผลต่อการวางนโยบาย เนื่องจากประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอชื่อตุลาการศาลสูงสุดของประเทศต่อวุฒิสภา ประธานาธิบดีเป็นผู้แทนฝ่ายเสียงข้างมากของพลเมือง ในการทำหน้าที่ด้านบริหารและต้องรับผิดชอบต่อพลเมืองในทางการเมือง ประธานาธิบดีเป็นผู้แทนของพรรคการเมืองที่เสนอแนวนโยบายสาธารณะ (Public policy) ของตนต่อประชาชนและรับผิดชอบต่อประชาชน ในการก่อตั้งสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ชัดในการแยกแวกคิดอุดมการณ์รากฐานทางสังคมการเมืองเป็นสองฝ่ายคือฝ่ายนิยมสหพันธรัฐ (Federalism) ที่เป็น อภิสิทธิ์ชน ผู้ร่ำรวย ชนชั้นสูงที่มีความกลัวฝ่ายเสียงข้างมากของพลเมืองที่อาจจะมิชอบควบคุมรัฐจึงต้องการฝ่ายตุลาการมาคานอำนาจฝ่ายเสียงข้างมากจากพลเมืองโดยมี จอร์จ วอชิงตัน (George Washington), จอห์น อัดัมส์ (John Adams), อเล็กซานเดอร์ ฮามิลตัน (Alexander Hamilton) เป็นผู้นำ กับอีกฝ่ายที่สนับสนุนเสียงข้างมากของประชาชน (Anti-federalist) นำโดย โทมัส เจฟเฟอร์สัน และเจมส์ เมดิสัน (James Madison) ที่ต้องการให้ฝ่ายตุลาการตีความโดยคำนึงถึงเสียงส่วนใหญ่ของพลเมือง รากฐานแนวคิดที่ต่างกันสองฝ่ายนี้เอง ที่กลายมาเป็นประเด็นต่างๆอันแตกต่างกันในแนวความคิดเรื่องบทบาทฝ่ายตุลาการต่อสังคมตั้งแต่ การตีความเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ความหมายดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญ หลักสหพันธรัฐนิยม หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการประชาธิปไตยที่ผ่านสถาบันการเมืองต่างๆในรัฐธรรมนูญ หลักสิทธิเสรีภาพพลเมือง⁷

แนวคิดอุดมการณ์ของตุลาการต่อมุมมองในปัญหาทางสังคมมีผลต่อการแต่งตั้งฝ่ายตุลาการเมื่อประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอรายชื่อตุลาการ มักเสนอรายชื่อตุลาการที่มีปรัชญาในการวินิจฉัยคดีที่ไม่ทำให้การดำเนินนโยบายที่เสนอต่อประชาชนสะดุดติดขัด แนวคิด นโยบายและอุดมการณ์ทางการเมืองขั้นต้นที่ต่างกันนำไปสู่นโยบายพรรคการเมืองที่ต่างกันและการสนับสนุนการแต่งตั้งตุลาการที่ต่างกันด้วย โดยพรรครีพับลิกันนิยมแนวคิดแบบอนุรักษนิยม (Conservatism) ในขณะที่พรรคเดโมแครตนิยมความคิดแบบเสรีนิยม (Liberalism) เป็นตัวแทนความคิดของฝ่ายนิยมสหพันธรัฐ (Federalism)⁸ ทำให้บทบาทฝ่ายตุลาการต่อนโยบายสังคมโดยเฉพาะการวินิจฉัยกฎหมายขัด

⁷Greg Jones , “Proper judicial activism”, *Regent university law review* Vol.14 No.1(2001) :145-160.

⁸Kevin J. McMahon , *Nixon’s court: His challenge to judicial liberalism and its political consequence* (Chicago: University of Chicago press, 2011), pp.140-160.

รัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะพลิกไปพลิกมา แม้ว่าจะใช้รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน และปฏิเสธไม่ได้ว่า บทบาทตุลาการในการกำหนดนโยบายต่อสังคมนั้นมีความสัมพันธ์กับแนวคิดอุดมการณ์ของตุลาการด้วย⁹ แม้จะมีประเด็นถกเถียงในหลักความเป็นอิสระของตุลาการว่าตุลาการมีอิสระจริงหรือไม่ แต่ตุลาการของสหรัฐอเมริกาเน้นเงินเดือนที่สูงและวาระตลอดชีพย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระได้เป็นอย่างดี เพียงแต่แนวคิดอุดมการณ์ของตุลาการเองแต่ละคนมีความแตกต่างกัน การอยู่ในตำแหน่งยาวนานอาจทำให้เห็นตัวตนในอุดมการณ์นั้นชัดขึ้น

เมื่อพิจารณาหน้าที่ศาลในการกำหนดนโยบาย ที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงสังคมลักษณะของฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศ ในแต่ละระบบกฎหมายมีความแตกต่างกันไป การมองการเมืองในระบบกฎหมาย (Politics of Legal System) นั้นศาลและนักกฎหมายเป็นส่วนประกอบสำคัญในการปกครองของประเทศอุตสาหกรรมตะวันตก โดยเฉพาะศาลอเมริกันที่มีบทบาทแอกติวิสต์ (Activist) มีส่วนช่วยแก้ไขการตัดสินใจในสังคมโดยอาศัยอำนาจวินิจฉัยทบทวน (Power of Judicial Review) กฎหมายและรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ในทางการเมืองศาลมีส่วนอย่างมากเกี่ยวข้องกับพัฒนาการทางการเมืองการปกครอง (Political Development) และนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ฝ่ายตุลาการอเมริกาให้ความสำคัญกับจิตสำนึกเรื่องสิทธิ (Rights Consciousness)¹⁰ ให้ศาลมีหน้าที่กำหนดนโยบาย (Policy) หน้าที่ควบคุมสังคม (Social Control) หน้าที่ให้ความชอบธรรม (Legitimation Function) โดยเฉพาะกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice System) ที่ศาลทำหน้าที่เป็นเสมือนผู้อ่านแต่ละคดี¹¹

2.2. หลักการและวิธีวางนโยบายทางตุลาการในสังคม

บทบาทฝ่ายตุลาการอาจเปลี่ยนเมื่อสังคมเริ่มที่จะเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ศาลอาจต้องปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องเพราะศาลเป็นองค์กรของรัฐสมัยใหม่มีหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ แต่การทำหน้าที่อาจต้องพิจารณาปัจจัยภายนอกด้วย เพื่อความเข้าใจในกระบวนการและพฤติกรรม

⁹Frank B. Cross and Stefanie A. Lindquist, “The scientific study of judicial activism”, *Minnesota Law Review* Vol.91 No.6 (2007):1764-1768.

¹⁰Herbert Jacob, “ introduction”, in *Court Law and Politics in comparative perspective*, Herbert Jacob, Erhard Blankenburg, Herbert M. Kritzer, Doris Marie Provine, Joseph Sanders (ed.) (New Haven, CT: Yale University Press, 1997), pp. 50-51.

¹¹Ibid. ,pp. 11-14.

(Judicial Process and Behavior) ของศาลในกระบวนการจัดทำนโยบาย (Policy Making Process) ที่เป็นการพิพากษานั้น ทนายความ ผู้ฟ้องคดี กลุ่มผลประโยชน์อาจเป็นตัวการทำให้ศาลมีบทบาทต่อนโยบายสาธารณะต่างกันไป เช่นบทบาทศาลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง ที่นโยบายสาธารณะของศาลต้องสัมพันธ์กับ 5 รูปแบบของอาชญากรรมคืออาชญากรรมระหว่างประเทศ (Conventional) อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economic) อาชญากรรมที่ร่วมกัน (Consensual) อาชญากรรมองค์กร (Organization) อาชญากรรมทางการเมือง (Political) และสุดท้ายในกระบวนการตัดสินใจ (Decision-making process) ของศาลอาจต้องพิจารณาถึงปัจจัยนอกเหนือกฎหมาย (Extra-Legal Factors) ด้วยในกระบวนการจัดทำคำพิพากษา ที่ศาลอาจต้องโค้งงอเมื่อสายลมแห่งประชาธิปไตยพัดผ่าน (Judges have learned to bend when the democratic winds have blown).¹² บทบาทฝ่ายตุลาการในการวางนโยบายเช่นนี้อาจต้องพิจารณาทั้งในทัศนะทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ประกอบกันไป

ในทางนิติศาสตร์ปัจจัยที่อาจมีผลต่อการวางนโยบาย เมื่อพิจารณาภายในของกระบวนการทางกฎหมายคือ

ก. พิจารณาในลักษณะส่วนตัว (Personal perspective) เพราะการทำหน้าที่ของตุลาการ ที่มาของการวิธีพิจารณาและผลการตัดสินนั้น ในมุมมองกระบวนการตุลาการมาจาก 3 องค์ประกอบคือ ¹³

1. กฎหมาย (Legal) ศาลสร้างกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาสังคม บทบาทศาลจึงอาจพลิกไปมาได้ จะวิเคราะห์ออกมาในรูปภาษากฎหมายที่แสดงถึงแนวคิดอุดมการณ์ (Legal Reasoning Language Ideology)

2. สภาพแวดล้อม (Environment) ปัจจัยสิ่งแวดล้อมที่สำคัญคือองค์กรตุลาการ (Court Organization) ที่ดีความกฎหมายจากทัศนะของศาล โดยอาจต้องคำนึงถึงทัศนคติประชาชน นักการเมืองร่วมด้วย

3. ตัวบุคคล (Personal) เป็นมุมมองของแต่ละบุคคลโดยเฉพาะแรงจูงใจ (Motives) ที่อยู่ภายใต้ทางเลือกที่ต่างก็นำไปสู่นโยบายของศาลในเชิงลึก การวางนโยบายในลักษณะรูปแบบข้อเสนอทางแนวคิดอุดมการณ์ (Agenda Ideological Pattern) ที่มีผลต่อสังคม

¹²Robert A. Carp and Ronald Stidham ,Judicial Process in America (2d ed.)(Washington: CQ Press, 1993), p.283.

¹³Lawrence Baum ,American Courts : Process and Policy (3rd ed.) (Boston: Houghton Mifflin Company, 1994), p.11.

ข.พิจารณาในความชอบธรรมในการกำหนดนโยบาย มักมองกันว่าศาลที่วางนโยบายเป็น แอคติวิสต์ (Judicial Activist) การพูดถึงเพียงแต่ทำให้ดูมีสีสัน และยังถกเถียงกันว่าศาลควรสำรวมตนเอง (Judicial Self-Restraint) แต่บทบาทเช่นนั้นควรต้องถูกแทนที่ด้วยความชอบธรรมหรือความไม่ชอบธรรม (Legitimate or Illegitimate) ความไม่ชอบธรรมคือความไม่เหมาะสมของศาล¹⁴ กฎเกณฑ์ความชอบธรรมคือหลักที่ใช้ในการตัดสินกรณีนั้น (Doctrine is what decision base) ที่เป็นการตีความรัฐธรรมนูญในความหมายที่เรียบง่าย (Plain Meaning of Constitution) แต่เป็นสิ่งที่มาจากภายในของแต่ละบุคคล และแรงขับภายในแห่งเหตุผล ที่บังได้จากผลที่ออกมาคือการตัดสินของศาล¹⁵ อันเป็นหลักการของศาลเกี่ยวกับการพิพากษาของศาลว่าฝ่ายอื่นๆจะกระทำได้หรือไม่ภายใต้การจำกัดของรัฐธรรมนูญ แต่หลักการที่ดีของศาลจึงต้องเป็นความชอบธรรมที่เหมาะสมภายใต้ข้อจำกัดอำนาจเหมือนเช่นฝ่ายอื่นในรัฐธรรมนูญด้วย ความเหมาะสมหรือไม่ขึ้นกับสถานการณ์ ความไม่ชอบธรรมคือความไม่เหมาะสมเป็นผลมาจากการตัดสินใจผิดพลาดของศาล เงื่อนไขความเหมาะสมที่ศาลต้องพิจารณามี 5 ประการในการจะวางนโยบายคือ 1. การทำหน้าที่ให้เต็มศักยภาพให้ดีที่สุด (Institution Competence) 2. ดูนโยบายในอดีตของฝ่ายบริหารเป็นบทเรียน (Lesson of History) 3. ดูข้อบกพร่องของฝ่ายเสียงข้างมาก (Defect in Democracy) 4. ดูความสูญเสียที่อาจเกิดขึ้นจากความผิดพลาดที่ศาลพิพากษาไป (Cost of Error) และ 5. ดูว่าเป็นไปตามมาตรฐานของศาลหรือจะสร้างกฎใหม่ขึ้นมา (Rule vs. Standard)

มุมมองในการกลับหลักการเดิมของศาลมีผลต่อสังคม มีการกล่าวถึงในลักษณะวัฒนธรรมองค์กรตุลาการในการกำหนดนโยบายของศาลที่มีข้อสมมุติฐานว่าศาลอเมริกันชอบเล่นบทบาทเหนือฝ่ายรัฐบาลและมีแนวโน้มมากขึ้น การกำหนดนโยบายเด่นชัดขึ้นเพราะศาลถูกฝึกมาให้เฝ้าภาพและมีรสนิยมเหมือนกัน ศาลเป็นสถาบันที่ต่างจากสถาบันการเมืองอื่นโดยที่ศาลทำนโยบายได้หลายทางแต่ไม่ขัดแย้งกัน เช่นการใช้วิธีตีความกฎหมาย ศาลมีวัตถุประสงค์นโยบาย (Objects of Policy) คือเป็นผู้กำหนดนโยบายการปฏิรูปให้มลรัฐอื่นเห็นปัญหาและวิธีการแก้ไขปัญหานั้น แต่กระบวนการทางตุลาการและการทำนโยบาย (Judicial Process and Judicial Policy Making) ขึ้นกับเวลา และคุณค่าพื้นฐานในสังคม ที่แต่ละฝ่ายจะเห็นปัญหาของสังคมในมุมมองที่ต่างกัน เช่น

¹⁴Kermit Roosevelt III, The myth of judicial activism: Making sense of supreme court decision (New Haven and London : Yale university press, 2006) ,p.37.

¹⁵Ibid.,p.42.

ประเด็นความชอบธรรมของกระบวนการตุลาการ เชื่อชาติ สีผิว จริยธรรมของผู้พิพากษา ปัญหาการร่วมเพศ ปัญหาสิทธิส่วนบุคคล¹⁶

ความเชื่อถือของสังคมต่อการวางนโยบายของศาลขึ้นกับศาลที่จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นอิสระของศาล (Judicial Independence) ในการทำนโยบายนั้น โดยต้องทำให้ประชาชนเห็นว่าศาลมองประโยชน์สังคมมากกว่าฝ่ายอื่น ความเป็นอิสระของศาลมาจากหลักในเฟดเดอรัลลิสต์ทข้อ 78 (Federalist no.78) เพื่อจำกัดการใช้อำนาจที่อาจเป็นอันตรายของฝ่ายอื่น เพื่อปกป้องหลักนิติธรรมและสิทธิพลเมือง การตอบโต้ของรัฐสภาต่อศาลที่คว่ำกฎหมาย รวมถึงการถอดถอนตุลาการ เพราะมีมุมมองนโยบายต่างกัน และรัฐสภายังมีอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญด้วย แม้การใช้อำนาจตุลาการแบบเอกตวิสต์ที่กำหนดนโยบายควรต้องถูกตัดออกไปจากศาลเพื่อสนับสนุนหลักการเป็นอิสระของศาล¹⁷ แต่เมื่อพิจารณาในหลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐธรรมนูญอเมริกาใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเด็ดขาด โครงสร้างฝ่ายบริหารแยกออกจากฝ่ายอื่น แต่ก็มีมีการใช้อำนาจร่วมกัน (Share Power) ในความเป็นอิสระของศาลนั้นฝ่ายตุลาการยังต้องมีความสัมพันธ์กับฝ่ายบริหารในหลายทาง และต้องเกี่ยวข้องกับสังคมการเมืองในกระบวนการของศาล ดังนั้นศาลไม่ควรหลีกเลี่ยงการยอมรับนโยบายทางการเมืองที่เหมาะสม ที่ทำให้ศาลถูกโจมตี และการรีบร้อนดำเนินการคว่ำกฎหมายแล้วกำหนดนโยบายโดยอ้างหลักความเป็นอิสระ¹⁸ ความเป็นอิสระของศาลหมายถึงการควบคุมตนเองในการตอบโต้ของฝ่ายนิติบัญญัติที่อ้างความชอบธรรมทางการเมือง (Politics-Legitimacy) ที่มาจากเสียงข้างมากของประชาชน โดยศาลต้องรักษาความเป็นกลางในการตัดสินให้ได้รับการยอมรับจากประชาชนว่ามีความชอบธรรม เพื่อปกป้องภาพลักษณ์ว่ามีใช้ในการเล่นทางการเมืองเสียเอง ให้สถาบันตุลาการมีความชอบธรรมเมื่อถูกพิจารณาในพฤติกรรมทางการเมือง¹⁹

¹⁶G. Alan Tarr. , Judicial process and judicial policy making (St. Paul: West Publishing Co., 1994), p.280.

¹⁷Neal Devins, "Congress and judicial supremacy", in The politic of judicial independence: court, politics and the publics ,Bruce Peabody (ed.) (Baltimore :The John Hopkins university press ,2011) ,p.66.

¹⁸J. Michell Pickerill, "Institutional interdependence and the separation of power", in The politic of judicial independence: court, politics and the publics ,Bruce Peabody (ed.) (Baltimore :The John Hopkins university press ,2011), p.101.

¹⁹ Tom S. Clark , The limit of judicial independence (New York: Cambridge university press ,2011), p.22.

หลักการตัดสินของมนุษย์ในทางสังคมศาสตร์ทั้งหมดมีพื้นฐานมาจากความคิดว่ามนุษย์กระทำโดยมีเหตุผล ในทางกฎหมายมักกล่าวถึงรูปแบบการตัดสินของศาล 2 รูปแบบคือ 1.รูปแบบการใช้เหตุผล (Rational Choice Model)ที่บางทีเรียกว่ารูปแบบทางกฎหมาย (Legal Model)²⁰ 2.รูปแบบการใช้ทัศนคติ (Attitude Model)²¹ แต่รูปแบบที่เด่นชัดของการทำนโยบาย (Model of Judicial Decision –Making) คือรูปแบบใช้เหตุผลภายใต้ทฤษฎีโอกาสเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choice Theory) ที่ศาลจะเป็นผู้กระทำอย่างมีเหตุผลใช้เหตุผลทางตรรกะในข้อเท็จจริง ใช้การตัดสินที่ชัดเจนในกฎหมาย รัฐธรรมนูญ นำไปสู่การตัดสินใจ แต่ทฤษฎีนี้ใช้อธิบายได้เพียงบางส่วนเท่านั้น²² ที่อาจต้องพิจารณาการใช้ดุลยพินิจและระบบความเชื่อของศาลประกอบด้วย

เมื่อพิจารณาดุลยพินิจ (Discretion) ของศาลต่อการตัดสินใจอันเป็นปัจจัยภายนอกทฤษฎีเพื่อให้เข้าใจศาลว่าจิตใจทำงานได้อย่างไรในการเลือก และทำไมจึงเลือกเช่นนั้น เป็นการศึกษาความเข้าใจในการตัดสินของมนุษย์ (Human Decision-Making) โดยจิตวิทยาและนักจิตวิทยา (Behavioral Psychological and Cognitive Scientists) โดยใช้เหตุผลนำไปสู่ทฤษฎีการตัดสินของศาล (Doctrinal Theory of Judicial Decision-Making) โรสโค เพนด (Roscoe Pound) ว่าหน้าที่ศาลเหมือนตู้หยอดเหรียญทางตุลาการ (Judicial Slot Machine) เพื่อความจำเป็นในทางนิติบัญญัติที่จะสร้างกฎหมาย เมื่อข้อเท็จจริงเข้าไปก็จะได้คำพิพากษาออกมา แต่ในความเป็นจริงมิได้เป็นเช่นนั้น เพราะมีกรณีไม่อาจทำนายผลได้ และอาจไม่เป็นไปตามกฎแห่งเหตุผล (Rule of Reason) ก็ได้²³ คำตัดสินไม่อาจทำนายได้เพราะธรรมชาติย่อมมีการเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายจึงต้องมีการปรับตัวตามไป เมื่อโลกซับซ้อนและเคลื่อนไหวมากขึ้น กฎหมายจึงซับซ้อนตามไปด้วย ภาษาอาจมีความหมายไปหลายทางทั้งที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการความแน่นอน ปัญหาในระบบคอมพิวเตอร์ที่ศาลเดินตามอดีตทั้งที่โลกเปลี่ยนไปทุกวันเหมาะสมหรือไม่ ในปัญหาใหม่จะใช้

²⁰Peter A. Appel ,Wilder , The courts, and the effect of politics on judicial decision making ,Harvard Environmental Law Review,Vol. 35 (2011):279.

²¹Jeff Yates and Elizabeth Coggins, The Intersection of Judicial Attitudes and Litigant Selection Theories: Explaining U.S. Supreme Court Decision-Making ,Journal of Law & Policy ,Vol. 29 No.1 (2009):269-275.

²²John N. Drobak and Douglass C. North, Understanding judicial decision –making : The importance of constraints on non-rational deliberations, Washington university journal of law & policy, Vol.26 No.131 (2008) :131.

²³Ibid.,p.133.

คำตอบเก่าได้หรือ ศาลและนักวิชาการเห็นว่ากฎหมายและบรรทัดฐานเดิมให้ผลที่แคบเกินไปเป็นเพียงคำตอบที่อาจเป็นไปได้ในส่วนตัวเท่านั้น²⁴

บทบาทดุลยพินิจ (Role of Discretion) ของศาลที่ประชาชนยอมรับได้ ต้องเป็นรูปแบบการตัดสินใจทางตุลาการภายใต้รูปแบบหลักการเหตุผล (Rational Doctrine Model of Judicial Decision-Making) มิใช่สนใจแต่เพียงการวิเคราะห์กฎหมายเท่านั้น ความเห็นศาลที่บรรยายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ กฎหมาย หลักบรรทัดฐาน การตีความ ภายใต้ตรรกะเป็นขั้นๆ แล้วสรุปผลออกมาเกี่ยวกับกฎหมายเป็นคณิตศาสตร์ ซึ่งเป็นการใช้หลักการภายใต้ดุลยพินิจเท่านั้นโดยมุ่งไปที่หลักกฎหมายเพื่อให้เข้าใจโดยเขียนเป็นสาระสำคัญและกระบวนการออกมา โดยที่ไม่ได้พิจารณาที่ปัจจัยอื่นที่ศาลไม่ได้อธิบายออกมาในการใช้ดุลยพินิจนั้น เพื่อจะให้รู้ว่าจะทำงานอย่างไรเพื่อให้เข้าใจกระบวนการทางตุลาการ หลายศตวรรษมุ่งไปที่บุคลิกตุลาการ (Characteristics of Judges) เช่น ความเป็นเสรีนิยม อนุรักษ์นิยมหรือมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีพรรครีพับลิกันหรือพรรคเดโมแครตว่ามีผลต่อหลักกฎหมายอย่างไร เพื่อแสดงสิ่งที่ซ่อนอยู่เบื้องหลัง จึงไม่น่าแปลกใจที่เห็นการใช้หลักกฎหมายที่ต่างกัน ดุลยพินิจนี้ตุลาการ โอลิเวอร์ เวนเดลล์ โฮลล์มส์ (Oliver Wendell Holmes) กล่าวว่าปัจจัยที่ไม่สามารถรู้สำนึกได้ (Unconscious actors) ที่มีผลต่อศาล แต่ภาษาแห่งคำพิพากษาเป็นภาษาแห่งตรรกะ และวิธีการที่เป็นตรรกะ เป็นรูปแบบที่แน่นอนและมีสติภายในจิตมนุษย์ แต่แน่นอนว่าเป็นภาพลวงตาเพื่อให้เห็นว่าการตัดสินใจมีคุณธรรมภายใต้พื้นฐานทางนิติบัญญัติ สิ่งนี้ไม่ใช่สิ่งประดิษฐ์ขึ้นและไม่สามารถรู้สำนึก แต่เป็นของจริงและเป็นรากฐานเป็นระบบประสาทของกระบวนการทั้งหมด²⁵ พวกสัจนิยมหรือนักกฎหมายที่ยึดทางปฏิบัติ (Legal Realists) จึงพยายามไม่เอารูปแบบเป็นทางการของกฎหมายมาอธิบายผลคำพิพากษาภายใต้หลักกฎหมาย และนิติวิธี โดยเชื่อว่ากฎแห่งกฎหมายและนิติวิธีไม่อาจนำไปสู่คำตอบที่แน่นอนได้ โดยเฉพาะความเห็นของตุลาการที่ไม่เห็นด้วยกับความเห็นส่วนใหญ่มักปกปิด ว่าเหตุผลในคำวินิจฉัยส่วนตนคือสิ่งที่แท้จริงที่อธิบายการตัดสินใจ

ระบบความเชื่อของศาล (Judicial Belief System) มีความสำคัญผลต่อการตัดสินใจ ประสพการณ์จากสิ่งแวดล้อมมีผลต่อจิตในการจำแนกแยกแยะและนำไปสู่การตีความที่ผิด (Misinterpretation) ของแต่ละบุคคลได้ การจำแนกถูกกระตุ้นโดยระบบประสาทในส่วนที่เชื่อมต่อกัน ซึ่งเกิดและมีลักษณะไม่ถาวรที่เชื่อมกับสิ่งแวดล้อม จิตไม่อาจสร้างความจริง แต่มุ่งไปที่ความซับซ้อนที่มีความสัมพันธ์กันในทางทฤษฎีในข้อเท็จจริงและจำนวนที่เป็นไปได้ของเหตุการณ์แล้วมาอธิบายเป็นหลักทฤษฎี ทฤษฎีจึงเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นภายในจิต ทำให้แต่ละบุคคลมีเบื้องหลังที่

²⁴Ibid.,p.134.

²⁵Ibid.,p.135.

แตกต่างกันในการตีความ จึงนำมาสู่การเลือกนโยบายที่ต่างกัน ด้วยระบบความเชื่อ (Belief System) ที่ต่างกันในการรับรู้โลกภายนอกและปัญหา และสร้างทฤษฎีที่ต่างกันมาอธิบายและแก้ไขปัญหา²⁶ ระบบความเชื่อพัฒนาจากประสบการณ์ในชีวิตที่นับไม่ถ้วนเป็นสิ่งที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังคำพิพากษา ที่ตุลาการหลายคนเปิดใจให้เห็นสิ่งที่เข้ามากระทบในระบบความเชื่อต่อการตัดสิน แต่เป็นสิ่งที่ไม่อาจรู้สำนึกได้และไม่สามารถอธิบายได้ (Unconscious and Unexplainable Way) ดังที่โฮลมส์ (Holmes) อธิบายว่าประชาชนชอบกล่าวถึงศาลว่า รากของกฎหมายเป็นเสมือนน้ำที่หล่อเลี้ยงชีวิตศาล ที่เป็นเช่นนั้นเพราะเห็นพัฒนาการจากการฟ้องคดี จากผลตัดสินออกมาให้เข้าใจกันหรือเป็นนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ภายใต้แนวปฏิบัติและจารีตเช่นนั้น เป็นผลมาจากสิ่งที่ไม่อาจสำนึกได้และมีได้ประจักษ์ขึ้นมา²⁷ ระบบความเชื่อมีผลต่อการตัดสินเพราะ 1. ระบบความเชื่อเป็นการทดสอบสมดุล (Balancing Test) ในผลพิพากษากับประโยชน์ที่สังคมได้รับ (Benefit of Society) 2. มีปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องและส่งผลต่อตัดสินภายใต้สภาพแวดล้อมโดยรวม ที่ผู้พิพากษาบางคนให้ความสำคัญแต่บางคนไม่เห็นด้วย

การตัดสินวางนโยบายของศาลภายใต้ทฤษฎีการตัดสินใจของมนุษย์แบบมีเหตุผล (Rational Model) เป็นรูปแบบเดิมที่นักปรัชญาในยุคคริสต์ศตวรรษที่ 18 เชื่อว่า เหตุผลของมนุษย์เกิดจากกฎแห่งความเป็นไปได้และตรรกะ (Law of Probability and Logic) โดยรูปแบบสมัยใหม่อธิบายพฤติกรรมมนุษย์เป็น 2 รูปแบบคือ²⁸ 1. ทฤษฎีที่คาดหวังอรรถประโยชน์ (Expect Utility Theory) คือการตัดสินใจขึ้นกับกลยุทธ์ที่จะใช้และผลที่จะได้รับในแต่ละทางเลือกภายใต้กฎแห่งการได้ประโยชน์สูงสุด (Maximizing Expected Utility) จึงทำนายกลยุทธ์ทางเลือกได้ประโยชน์ในอนาคตที่เป็นไปได้และเป็นการตัดสินใจในอนาคตภายใต้ทางเลือก แต่ทางเลือกนั้นอาจขึ้นกับทฤษฎีเกี่ยวกับความเสี่ยงด้วย 2. ทฤษฎีของเบย์ (Bayes's Theorem) ที่เป็นรูปแบบการใช้เหตุผลของมนุษย์เหมือนกันมีสมมุติฐานคล้ายกันเรื่องความเป็นไปได้ของทางเลือกภายใต้หลักฐาน ที่แต่ละคนจะรู้จักแนวคิดในทางเลือกภายใต้เงื่อนไขความเป็นไปได้และผลจากหลักฐาน (Evidence) แต่ทฤษฎีรูปแบบเหตุผลที่จะทำงานได้ดีที่สุดต้องอยู่ภายใต้ตัวช่วยที่ดี (Highly Scaffolded Choice) ในสิ่งแวดล้อมที่แข่งขันกันแบบตลาดทุนนิยมนักวิชาการเชื่อว่าศาลใช้รูปแบบทางเลือกเหตุผล (Rational Choice Model) เป็นศูนย์กลางการตัดสินใจในกระบวนการทางตุลาการ²⁹ แต่อาจมี

²⁶Ibid.,p.138

²⁷Ibid.,p.139

²⁸Ibid.,p.140

²⁹Ibid.,p.142

รูปแบบทฤษฎีอื่นที่อธิบายการตัดสินใจ เช่น กฎการตัดสินใจอย่างเรียบง่าย (Simple Decision –Making Rules) ของจีเกอเรนเซอร์ (Gigerenzer) ว่าเราอาจตัดสินใจอย่างเรียบง่ายแม้ในเหตุการณ์สำคัญ โดยการใช้สัญชาตญาณ (Intuitions) ขึ้นอยู่กับเหตุผลที่ดีที่มีแนวโน้มถูกต้องเมื่อจำเป็นต้องพยากรณ์อนาคตที่ไม่รู้และบางส่วนของปัจจุบันเมื่ออนาคตยากจะเห็นและข้อมูลมีจำกัด ซึ่งตรงข้ามกับการวิเคราะห์ที่ซับซ้อนโดยจะอธิบายถึงอดีตเพื่อคาดการณ์อนาคตหรือเมื่อมีข้อมูลมากขึ้น เขาเชื่อว่าศีลธรรมของการตัดสินใจ (Moral Judgment) มีพื้นฐานอยู่บนการตัดสินใจอย่างเรียบง่าย เช่นการดูว่าคนส่วนใหญ่ปฏิบัติอย่างไร การปฏิบัติตามสัญญา เพียงแต่คนส่วนใหญ่ไม่ทราบว่าตนตัดสินใจได้แบบเช่นนั้น แต่กลับเชื่อว่าการแก้ไขปัญหานั้นที่ซับซ้อนต้องดำเนินการภายใต้กลยุทธ์ที่ซับซ้อนทั้งที่ควรระวังในการดำเนินการแบบเรียบง่าย³⁰ซึ่งนักกฎหมายสังคมนิยม (Legal Realist) อย่างริชาร์ด พอสเนอร์ (Richard Posner) เห็นว่า เรามักอธิบายเหตุผลของนักกฎหมายและศาลว่าเป็นศิลปะการปกครองสังคมโดยกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงคือในโรงเรียนกฎหมายมิได้สอนวิธีการเช่นนั้น การพิจารณาواهرสำนวนในคำวินิจฉัยและแรงขับเคลื่อนในวิธีใช้เหตุผลทางกฎหมายกลายเป็นทักษะ เพื่อสนับสนุนความคิดทางกฎหมายเป็นศิลปะมากกว่าระบบเหตุผล

พอสเนอร์ว่า ไม่แปลกใจในการใช้สัญชาตญาณและการตัดสินใจแบบเรียบง่ายภายใต้ปัจจัยแวดล้อมทางตุลาการ ศาลจำเป็นต้องมีพลัง (Activity) ในการตัดสินใจอย่างรวดเร็ว และให้มีผลย้อนกลับมาน้อย ไม่จำเป็นต้องตัดสินใจอย่างผู้รู้แจ้งถ้าเห็นชัดแจ้งว่าการตัดสินใจนั้นถูกต้อง แต่ไม่ใช่ไม่แน่นอนเหมือนเด็กอยากแก้คำตอบเมื่อออกจากห้องสอบ การเลือกกระบวนการตัดสินใจจะทำให้ศาลเป็นผู้มีปัญญอย่างสามัญชน (Intellectually Mediocre) พอสเนอร์เห็นว่าไร้เดียงสาเกินไปถ้าไปเชื่อว่าจะดูธรรมชาติการพิพากษาจากเหตุผลทางกฎหมายเฉพาะที่ปรากฏในสำนวนโวหารของคำวินิจฉัยเท่านั้น³¹

แนวคิดการวางนโยบายของฝ่ายตุลาการขึ้นใหม่ในมุมมองทางรัฐศาสตร์ ที่เรียกแบบเถื่อนๆ ว่าหลักการงอกขึ้นมา (Incrementalism) คือการเพิ่มบรรทัดฐานขึ้นมาใหม่อีกหรือการไม่เดินตามคำพิพากษา (Stare Decisis) เพราะมีผลต่อกระบวนการอื่นของรัฐบาล อาจเป็นหลักบรรทัดฐานทางการเมือง (Political Jurisprudence)³² เพราะศาลเกี่ยวข้องกับรัฐบาลในส่วนที่เป็นนโยบายสาธารณะ (Public policy) โดยเฉพาะการทำกฎหมายและบังคับใช้ (Law –Making and Enforcement Process) ถ้าจะกล่าวว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารเป็นการเมือง ฝ่ายตุลาการก็เป็นการเมืองไปด้วยในการจัดทำกฎหมาย โดยทั่วไปจะเห็นว่าฝ่ายตุลาการต้องเป็นกลางในความขัดแย้ง

³⁰Ibid.,pp.143-144

³¹Ibid.,p.146

³²Martin Shapiro, Stability and change in judicial decision-making: Incrementalism or stare decisis ,Law in transition quarterly ,Vol.2 (1965) :134.

ทางสังคม ถ้าประชาชนเห็นว่าศาลเป็นการเมือง หน้าที่ของฝ่ายตุลาการอาจถูกทำลายลง หลักการรองคือการเพิ่มหลักการขึ้นใหม่มีอีกอย่าง 2 ทฤษฎีในการตัดสินใจ (Theory of Decision-Making) ที่แนวคิดคล้ายกันคือ³³

ก. ทฤษฎีของเจม มาร์ค (Jame Masrch) ที่ป็นนักสังคมศาสตร์คือทฤษฎีความมั่นคงในพฤติกรรม (Behavioral Theory of the Firm) โดยสรุปกลยุทธ์การตัดสินใจวางนโยบายดังนี้³⁴

1. มีเป้าหมายที่หลากหลาย ที่เปลี่ยนแปลงได้ ในระดับที่ยอมรับได้หลายระดับ ขึ้นกับกฎเกณฑ์ในการเลือกที่บังคับไปสู่เป้าหมายเฉพาะ
2. จัดลำดับในการพิจารณาทางเลือก ลำดับที่หนึ่งคือความพึงพอใจที่เป็นที่ยอมรับ เพื่อกำหนดนโยบายนั้น
3. องค์กรต้องหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอน โดยทำตามกระบวนการ ตามระเบียบและนโยบาย
4. องค์กรต้องใช้กระบวนการปฏิบัติการ ที่เป็นมาตรฐานและใช้หลักการทั่วไป (Rule of Thumb) ในการเลือกให้กระบวนการสั้นที่สุดในการตัดสินใจที่จะทำ

ข.ทฤษฎีชาร์จ ลินด์บลอม (Charles Lindblom) ที่ป็นนักเศรษฐศาสตร์คือกลยุทธ์การตัดสินใจ (Strategy of Decision) เสนอเทคนิคที่ต้องดูเกี่ยวกับต้นทุนของแต่ละทางเลือกที่ถูกบังคับในแต่ละทาง (Margin-Dependent Choice) คือผลของการวางนโยบายหรือการพิพากษาในแต่ละทางเลือก โดยเปรียบเทียบจากประวัติศาสตร์และประสบการณ์เรียกว่า ลำดับการวิเคราะห์และการประเมิน (Serial Analysis and Evaluation) นำไปสู่ขั้นการทำงานนโยบาย ไม่ใช่เพียงวางนโยบายเพื่อแก้ปัญหาแต่เป็นการจำแนกเพื่อแยกเชื้อโรคร้ายเพื่อกำจัดออกไปมากกว่าเพื่อเป้าหมายในการแยก

แนวคิดเดิมมักจะยึดแต่เหตุผล (Rational Decision –Making) ใช้ข้อมูลกำหนดเป้าหมายในการทำงานนโยบาย โดยหลักการพื้นฐานคือการอ้างหลักเหตุผลที่จะไม่ทำเช่นนั้น แต่ทางเศรษฐศาสตร์พบว่าไม่ใช่เรื่องเหตุผล แต่เป็นเรื่องประโยชน์สูงสุด (Maximize Profit) ในขณะที่ทางรัฐศาสตร์ต้องการประนีประนอมความขัดแย้งในผลประโยชน์ให้ทุกฝ่ายพอใจมากกว่า หลักประโยชน์สูงสุดของสาธารณะ (Public Interest) เป็นกระบวนการที่ชอบธรรมกว่านโยบาย แล้วควรจะตัดสินใจอย่างไร ในทางเศรษฐศาสตร์ต้นทุน (Marginal Cost) คือความต่างต้นทุนกับกำไรเพื่อนำไปสู่ทางเลือก (Alternative Policy) โดยดูปัจจัยเข้าและปัจจัยออก (Input-Output Ratio) แต่ในทางรัฐศาสตร์เป็นการใกล้เคียงไม่ใช่มุ่งไปที่นโยบายที่ถูกต้อง (Correct Public Policy)

³³Ibid.,p.136.

³⁴Ibid.,p.139.

ที่เป็นการใช้เหตุผลแต่เป็นเรื่องควรจะทำมากกว่า³⁵ แต่หลักการงอกขึ้นใหม่ต้องไม่เอาตนเองเป็นที่ตั้ง ต้องยึดกฎหมายเป็นหลัก (Legal Institution) กลยุทธ์สำคัญในการตัดสินคือกฎหมายกับข้อมูลทั้งหมด³⁶ การงอกขึ้นใหม่ทำให้นโยบายศาลเปลี่ยนไปทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ถ้าดูจากระดับการยึดบรรทัดฐานอาจสังเกตว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างทัศนคติศาล (Judicial Attitudes) กับการวางนโยบายใหม่ ขึ้นกับทัศนะของตุลาการฝ่ายเสียงข้างมาก โดยไม่ได้สนใจหลักกฎหมาย (Legal Doctrine) กลายเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่ช่วยให้คนเข้าใจสาระของหลักการสำคัญที่ศาลใช้ และทำให้เห็นภาพทางการเมือง (Political Activity) ที่ซับซ้อนของศาลด้วยมากกว่าดูแต่เพียงทัศนคติ แต่ต้องตระหนักว่ามีหลักการงอกขึ้นมาแบบเทียม (Pseudo Incrementalism) ก็อาจเกิดขึ้นในศาลได้ที่ศาลอาจปกปิดตัวตนของตนในการตัดสิน³⁷

ในการทำนโยบายทางสังคม (Making Social Policy) ศาลเพื่อหาทางประนีประนอมในหลักนิติธรรม (Rule of Law) กับการเมืองในศาล (Judicial Politics) ที่ทั่วไปศาลยึดหลักเดินตาม (Stare Decisis) ในคำพิพากษาเดิม แต่การพิจารณาที่สำนวนโวหาร (Rhetoric) เพื่อดูแนวคิดมุมมองของตุลาการ ในความชอบธรรมและความเป็นกลางในกฎหมายมหาชนนั้น ตุลาการสภาเลีย (Justice Antonin Scalia) ผู้นำในศาลสูงสุดแห่งอเมริกาในปัจจุบัน ตั้งข้อสังเกตว่าเป็นภาพลวงตา โดยให้ความหมายของหลักการเดินตามว่าเป็นเรื่องการบริหารความสะดวก (Administrative Convenience) เพื่อใช้ต้านทานสิ่งที่จะถูกเรียกว่าการตัดสินที่ผิด (Wrongly Decided) แต่การปรับโดยการกลับหลักการจึงเป็นสิ่งจำเป็น ศาลที่ละเลยหลักการเดินตามต้องให้เหตุผล และเหตุผลมันขึ้นกับสิ่งที่จะแสดงว่าความเห็นเดิมนั้นผิด³⁸ ขณะที่ตุลาการคาร์โดโซ (Justice Benjamin Cardozo) มองว่าภายใต้การกดดันของจารีตมาตรฐานทางกฎหมายทำให้ บรรทัดฐาน (Precedent) กลายมาเป็นกฎ (Rule) ที่ต้องไม่ถูกยกเว้น แต่ต้องตระหนักในความจริงว่าคุณค่าของหลักการเดินตามนั้นมีข้อดีคือ ความแน่นอน (Stability) การทำนายได้ (Predictability) และมีความเป็นเอกภาพของกฎหมาย (Uniformity of Law) โดยที่คาร์โดโซมองในความเป็นจริงว่าศาลต้องไม่เปลี่ยนแปลงสิ่งที่เกิดก่อนหน้า แต่อาจตัดสินเบี่ยงเบนไปได้จากหลายปัจจัยคือ³⁹ 1. รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย 2.

³⁵Ibid.,p.138

³⁶Ibid.,p.142

³⁷Ibid.,p.145

³⁸Christopher P. Banks., Reversals of precedent and judicial policy-making : How judicial conceptions of stare decisis the U.S. supreme court influence social change, *Akron Law Review* ,Vol.32 No.2 (1999):236

³⁹Ibid.

ศักยภาพของศาลหรือสวัสดิการสังคม (Social Welfare) 3. ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นหากศาลกลับหลักการ

เทคนิคที่ฝ่ายตุลาการจะนำมาใช้ในการเปลี่ยนนโยบายของฝ่ายตุลาการคือความเห็นในการวินิจฉัยคดีโดยความเห็นของศาล (Court's Opinion) จะแสดงถึงสิ่งที่ฝ่ายตุลาการยึดถือและยอมรับในการตัดสินใจถือเป็นหน้าที่ของสถาบัน (Institution Duty) ศาลสูงสุดวินิจฉัยคดีภายใต้รัฐธรรมนูญ อาจเป็นการวางนโยบาย (Process of Judicial Policymaking) แต่ความเห็นของศาลก็ไม่ได้อธิบายถึงนโยบายทั้งหมด จึงต้องวิเคราะห์คดีเพื่อให้เข้าใจนโยบายเป็นหน้าที่ของศาลในการวินิจฉัยหาความหมายของรัฐธรรมนูญ สร้างกฎหมายภายใต้เหตุผลทางนโยบายสนับสนุนในกระบวนการนี้ หลักการเดินตาม (Stare Decisis) ถือเป็นส่วนหนึ่งด้วย เป็นหน้าที่ของสถาบันที่จะต้องเดินตามจนกว่าจะเปลี่ยนกฎหมาย แต่อาจมีการกลับหลักการได้⁴⁰ เช่นสิทธิพลเมืองในความเชื่อเกี่ยวกับการเคารพองศา⁴¹ มีการวิเคราะห์เทคนิคในการเปลี่ยนนโยบายของฝ่ายตุลาการโดยอาศัยการพิพากษาคดี 4 เทคนิค ได้แก่⁴² 1. การทำเป็นละเลยบรรทัดฐานเดิมเมื่อยากในการจำแนกแยกหลักการจากกฎเกณฑ์พื้นฐาน⁴³ 2. การกำหนดนโยบายขึ้นกับความแตกต่างของแต่ละคดีที่ขัดแย้งมากกว่าความเป็นจริง⁴⁴ โดยบรรทัดฐาน (Precedent) ต้องถูกจำแนกออกจากสิ่งที่ไม่เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐาน การ

⁴⁰Thomas C. Marks., Jr. Understanding the process of judicial policymaking through analysis, *Stetson Law review*, Vol. XXIX (2000):1155-1156.

⁴¹คดี *Minersville school district V. Gobitis* 310 U.S.586 (1940) ที่คณะกรรมการการศึกษาท้องถิ่นให้การเคารพองศาทุกวันเป็นส่วนหนึ่งของภารกิจของโรงเรียน ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐวินิจฉัยว่าไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 เรื่องสิทธิเด็ก ไม่ขัดความเชื่อศาสนาในการเคารพคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์ ต่อมารัฐเวอร์จิเนียตะวันตกให้เป็นกฎของโรงเรียนสาธารณะการไม่เคารพองศาได้ออกจากโรงเรียน จะกลับเข้ามาได้อีกเมื่อยอมรับเช่นนั้น ต่อมาผู้ปกครองฟ้องศาล และศาลได้กลับหลักการเดิมโดยคดี *West Virginia state Board of education V. Barnett* 319 U.S.624(1943)

⁴²Thomas C. Marks., Jr. op. cit. , pp.1167-1177.

⁴³คดี *Norwood V. Harrison* 413 U.S.455(1973) ศาลสูงสุดตัดสินว่า กองทุนให้กู้ยืมเพื่อซื้อหนังสือสำหรับเด็กผิวสีขัดรัฐธรรมนูญแก้ไขครั้งที่ 14 เรื่องหลักความเสมอภาค (Equal protection) อีก 9 ปีในคดี *Court in Rendell-Baker V. Kohn* 457 U.S.830(1982) กรณีรัฐทำสัญญากับโรงเรียนเอกชนที่กำหนดให้รับนักเรียนพิเศษเฉพาะจำนวนหนึ่งแล้วรัฐจะจ่ายเงินให้โรงเรียน ถูกโรงเรียนอื่นร้องว่าขัดกระบวนการที่ดีทางกฎหมาย (Due process) ศาลสูงสุดไม่อ้างคดี *Norwood* ศาลว่าไม่ได้เกิดจากการกระทำของรัฐ (State action) ว่าการดำเนินการขึ้นกับเอกชนเข้าร่วมไม่เกี่ยวกับเรื่องสาธารณะ

⁴⁴คดี *Hudgens V. NLRB* 426 U.S.507(1976) ที่พนักงานลูกจ้างประท้วงหน้าห้างสรรพสินค้าโดยสงบ ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐอเมริกันวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขครั้งที่ 1 ให้อำนาจเจ้าของห้างหยุดยั้งการกระทำประท้วงนั้นได้ แต่ศาลเขียนไม่ขัดแย้ง แต่ต่อมาในคดี *Amalgamated food employees union V. Logan Valley*

กลับหลักการศาลอาจให้เหตุผลไม่เหมือนเดิมได้เพราะเป็นหน้าที่สถาบัน (Institution Duty) ต่อสังคมอาจอยู่บนพื้นฐานกฎหมาย หน้าที่สถาบันจะใช้เมื่อต้องการสภาพบังคับหรือสั่ง (Command) เมื่อศาลรู้สึกว่าการที่มาตรฐานเดิมไม่ดีพอจึงกลับหลักการ⁴⁵ 3. การเขียนคำวินิจฉัยให้บรรทัดฐานบางลงแต่ไม่ถึงกลับหลักการ เช่น กรณีให้ความสำคัญกับการศึกษาของเด็ก⁴⁶ ความเสมอภาคระหว่างเพศฯ เป็นการเดินสายกลางของตุลาการ (Midrange of Judicial Scrutiny) ใช้หลักกึ่งกลาง (Midrange Test) คือเหตุผลที่จะวางนโยบายมาน้อย (Minimal Scrutiny of Rational Basis Test) กับประโยชน์ของรัฐ (Strict Scrutiny of Compelling Government Interest) ต้องดูผลประโยชน์ของรัฐว่าจำเป็น โดยให้ดูระดับความสำคัญ เปรียบเทียบกับสิทธิที่ถูกบีบบังคับนั้นว่าเป็นธรรมและสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่จำเป็น (Necessity of Mean) หรือไม่ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะแสดงว่า เป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญของรัฐ และการกระทำนั้นสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์⁴⁷ 4. การใช้ภาษาผิดที่ในคำวินิจฉัยที่ค่อยๆ ปลดปล่อยการเปลี่ยนกฎหมาย เช่น ให้โอกาสทหารผ่านศึกชายได้ทำงานในองค์กรของรัฐ ภายใต้การวินิจฉัยว่าเป็นการปรับแบบพิเศษ⁴⁸ โดยระดับการปรับ

Plaza 391U.S.308(1968) ศาลตัดสินว่า ผู้ประท้วงได้รับการปกป้องจากรัฐธรรมนูญแก้ไขครั้งที่ 1 เป็นหน้าที่ภาคธุรกิจที่ต้องหาสมดุลเองด้วยเสียง 6 ต่อ 3 ต่อมาคดี Lloyd corp. V. Tanner 407U.S.551(1972) ประท้วงอ้างไม่พอใจรัฐในเรื่องสงครามเวียดนาม ศาลว่าประท้วงไม่ได้

⁴⁵Thomas C. Marks., Jr. Understanding the process of judicial policymaking through analysis, p. 1164.

⁴⁶คดี San Antonio independent school district V. Rodriguez 411 U.S.1(1973) ที่ศาลสูงสุดล้มเหลวที่จะวินิจฉัยเป็นหลักว่าการศึกษาเป็นสิทธิพื้นฐาน แต่ตุลาการข้างน้อยคือบรีแนน, มาร์แชล, ดักลาส (Justice Brennan, Marshall, Douglas) ว่าเป็นสิทธิพื้นฐาน เพราะมีผลต่อรัฐในการสนับสนุนโดยใช้แนวคิดรูปแบบเหตุผล (Rational basis test) โดยตุลาการแบลคมันน์และพเวล (Justice Blackmun, Powell) ก็สนับสนุนแนวคิดดังกล่าวว่าการศึกษาคควรได้รับการปกป้องอย่างสูง ต่อมาคดี Plaler V. Doe 457 U.S.202 (1982) กฎหมายที่กีดกันสิทธิการศึกษาฟรีของเด็กเข้าเมืองผิดกฎหมาย ตุลาการบรีแนน (Brennan) ว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐเกี่ยวกับการศึกษาไม่ใช่กับคนต่างด้าวโดยเฉพาะเด็กต่างด้าวที่ผิดกฎหมายและจำแนกว่า การศึกษาสาธารณะ (Public education) ไม่ใช่สิทธิพื้นฐาน (Fundamental right) ทำให้มลรัฐมีสิทธิในการจำแนกแยกได้ในการดำเนินการ และว่าการศึกษาไม่ใช่ผลประโยชน์ของรัฐที่มาจากกฎหมายสวัสดิการสังคม แต่ความสำคัญของการศึกษาจะช่วยรักษาสถาบันการเมืองพื้นฐานเอาไว้ และมีผลต่อการดำเนินชีวิตของเด็ก การศึกษาจึงเป็นบทบาทพื้นฐานในการรักษาสายใยแห่งสังคมไว้

⁴⁷Thomas C. Marks., Jr. op. cit ., pp.1175-1176

⁴⁸คดี Personel administration of Massachusetts V. Feeney 422 U.S.256 (1979) ที่กฎหมายให้สิทธิทหารผ่านศึกชายทำงานองค์กรของรัฐ ศาลสูงสุดว่าไม่ใช่การให้รางวัล ตุลาการสตีวาท (Stewart) ว่าเห็นชัดแจ้งว่ากฎหมายเน้นจ้างผู้ชาย โดยใช้ถ้อยคำว่าการปรับปรุงแบบพิเศษ (Exceedingly persuasive justification)

แบบพิเศษขึ้นกับความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของรัฐ ตุลาการกินส์เบิร์ก (Justice Ginsberg) ว่าจะยึดมาตรฐานการปรับอยู่ที่ไหน และประธานศาลสูงสุดเรห์นควิสต์ (Chief Justice Rehnquist) เห็นว่า โชคไม่ดีที่หลักการปรับแบบพิเศษนั้นใช้องค์ประกอบความไม่แน่นอนเพื่อนำไปสู่ความเหมาะสม⁴⁹

การให้เหตุผลของศาลในการนำไปสู่การวางนโยบายเป็นสิ่งที่สำคัญมากที่สุด เพราะจะนำมาสู่ความรับยอมจากทุกฝ่ายรวมทั้งสังคม และเป็นการป้องกันผลกระทบย้อนกลับต่อศาลที่อาจตามมาด้วย สิ่งที่ต้องคำนึงถึงในการให้เหตุผลทางกฎหมายได้แก่⁵⁰ 1. พิจารณาน้ำหนักของกฎหมายในสังคม เพราะเหตุผลกฎหมายไม่มีประโยชน์โดยตัวเองแต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของพลเมืองในสังคม การตัดสินใจทางกฎหมายช่วยเลือกการกระทำทางกฎหมายช่วยให้สังคมมั่นคง 2. เพิ่มความเชื่อถือของประชาชนต่อรัฐและสังคม กฎหมายจะเลวเมื่อประชาชนเชื่อว่าศาลเลือกฝ่าย มีผลประโยชน์ส่วนตนไม่เป็นธรรม ไม่เสมอภาค 3. การตัดสินใจทางกฎหมายและการกระทำทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อช่วยให้สังคมมีความคงที่ (Stable) ช่วยเหลือปัจเจกชน กลุ่มคน และสังคม กฎหมายจะด้อยคุณค่าเมื่อคนเชื่อว่าผู้พิพากษาใช้ภาษากฎหมายเพื่อเลือกข้างที่ชอบ รู้สึกไม่ยุติธรรม (Sense of Injustice) มีผลต่อการยอมรับกฎหมายทำให้เกิดระเบิดขึ้นในสังคมให้เปลี่ยนแปลง เหตุผลทางกฎหมายอาจต่างจากทำนโยบาย (Policy-Making) และการเมือง (Politics) ได้ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองอาจมีผลต่อการให้เหตุผลทางกฎหมาย เพราะเหตุผลทางกฎหมายจำเป็นต้องสอดคล้องกับทฤษฎีกฎหมายใหม่ๆ และเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงของสังคม มุมมองการให้เหตุผลของศาลโดยใช้หลักการและบรรทัดฐาน (Principle and Precedent) เพื่อเป้าหมายทางนโยบาย ศาลจะตัดสินอย่างระมัดระวังในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐาน (Fundamental Right) และสังคม (Polity) ที่เกี่ยวกับสถาบันกฎหมายและสถาบันการเมือง

การตัดสินใจวางนโยบายทางตุลาการ (Judicial Decision Making) ผู้พิพากษาและศาลจะมีอำนาจเต็มที่ได้จากความสัตย์ซื่อ (Powerful Authoritative Trustworthy)⁵¹ แต่การให้เหตุผลทางกฎหมายอาจแตกต่างกันไปในประเภทกฎหมาย และความสัมพันธ์ทางกฎหมายได้ การให้เหตุผลทาง

การปรับแบบพิเศษเป็นแบบแผนสมดุลในผลประโยชน์ระหว่างเพศ ขณะที่ตุลาการมาร์แชล (Marshall) ใช้ภาษาธรรมดาเกี่ยวกับเรื่องปรับเป็นพิเศษในคดี Kirchberge V. Feenstra 450U.S.455,461(1981) ว่าในการให้น้ำหนักในการปรับปรุงโดยแยกเพศว่าเหมือนกับการให้อำนาจสามัญและสาธารณสมบัติของชุมชนอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของรัฐ (Important government objective)

⁴⁹Thomas C. Marks., Jr. op.cit., p.1180.

⁵⁰Lief H. Carter , *Reason in law* (4th ed.) (New York: HarperCollins College Publishers, 1994), p.2.

⁵¹Ibid. , p.10.

กฎหมายไม่จำเป็นต้องเข้ากับทฤษฎีกฎหมายและผลจากสังคมที่เปลี่ยน (Legal Theory and Effect of Social Change) เพราะศาลมีแบบแผน (Normative) คือบรรทัดฐาน ที่มาของเหตุผลทางกฎหมายคือหลักกฎหมาย บรรทัดฐาน และการตีความ (Legal Principle ,Precedents, Interpretive Theory) เพราะศาลมีอำนาจหน้าที่ที่จะหาความจริงในสิ่งที่มีคุณค่าในตัวเอง เพราะภายใต้พื้นฐานในรัฐธรรมนูญและหลักการทั่วไปที่แตกต่างกันในกฎหมายเอกชน การให้เหตุผลทางกฎหมายอาจแตกต่างกันไปในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนจากความรู้สึกในเหตุผล การใช้ดุลยพินิจเลือกการให้เหตุผลทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาใช้วิเคราะห์ความจริงในกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย หลักบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษา ความจริงของสังคม คุณค่าแบบแผน (Normative Value)⁵² บทบาทของศาลจึงขึ้นกับเหตุผลที่สำคัญทางกฎหมายของศาลในการวินิจฉัยที่จะมีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ แต่ถ้าศาลปรับการพิพากษาบ่อยเกินไปมีผลต่อความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (Democratic Legitimacy) มีผลต่อฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเหตุผลภายใต้กระบวนการของศาลภายใต้หลักความเป็นอิสระของศาล ต้องอยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญด้วย⁵³

3. สรุป

การวางนโยบายของฝ่ายตุลาการเป็นกระบวนการที่ใหม่ของการบริหารงานภาครัฐ เพื่อให้ตอบสนองต่อสภาพสังคมที่เคลื่อนไหวอย่างรวดเร็วในปัจจุบันในการจัดทำนโยบายสาธารณะ แต่บทบาทฝ่ายตุลาการอาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศตามที่มาทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ระบอบการเมืองการปกครอง และระบบกฎหมาย ที่ทำให้ฝ่ายตุลาการมีขอบเขตอำนาจหน้าที่ต่อสังคมแตกต่างกันไป ในรัฐสมัยใหม่จึงไม่ควรปฏิเสธอำนาจฝ่ายตุลาการต่อการมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาทางสังคม แต่ต้องใช้อำนาจอยู่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ เพราะย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐทุกองค์กรที่จะแก้ไขปัญหาสังคมตามอำนาจหน้าที่องค์กรทั้งหน้าที่โดยตรงและหน้าที่ทางอ้อมที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่จัดวางโครงสร้างหน้าที่ของแต่ละสถาบันการเมืองในองค์ประกอบของรัฐที่ปวงชนสร้างขึ้นมา และปวงชนเป็นผู้ขับเคลื่อนรัฐภายใต้การสร้างกฎหมายเพื่อปกครองตนเองของปวงชน

⁵²Ibid.

⁵³Louis fisher ,” judicial credibility”, in The politic of judicial independence: court, politics and the publics, Bruce Peabody (ed.) (Baltimore :The John Hopkins university press ,2011), p.227

แนวคิดของฝ่ายตุลาการในการวางนโยบายสาธารณะเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการให้เป็นที่ยอมรับทั้งในกระบวนการทางกฎหมายและกระบวนการทางการเมือง เพราะปัญหาจากปัจจัยในสภาพแวดล้อมภายนอก และตัวบุคคลทำให้การใช้ดุลยพินิจทางตุลาการต้องพิจารณาปัจจัยทางสังคมเป็นสำคัญ เห็นได้จากการทบทวนปัญหาเมื่อกาลเวลาผ่านไปถึงความเหมาะสมของนโยบายทางตุลาการต่อสังคม การวางนโยบายทางตุลาการจึงควรใช้อำนาจทางตุลาการให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและใช้อำนาจอย่างสร้างสรรค์เพื่อประโยชน์สังคมเป็นสำคัญ

บรรณานุกรม

- ปัทมา สุปกัปป . สถาบันตุลาการไทย [online] Available from <http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php> [2016, May 29]
- Abramovich,Victor and Pautassi ,Laura . Judicial activism in the Argentine health system: recent trends.Health and human rights . Vol. 10 No. 2(2002):53-60.
- Appel ,A.,Peter ,Wilder . The courts, and the effect of politics on judicial decision making .Harvard Environmental Law Review. Vol. 35(2011) :275-312
- Banks ,P.,Christopher .Reversals of precedent and judicial policy-making : How judicial conceptions of stare decisis the U.S. supreme court influence social change. Akron law review Vol.32 No.2(1999) :233-258.
- Carp ,A.,Robert and Stidham ,Ronald . Judicial process in America (2d ed.) Washington: CQ Press, 1993.
- Carter ,H.,Lief. Reason in law(4th ed.) . New York: HarperCollins College Publishers. 1994.
- Clark ,S.,Tom S. . The limit of judicial independence .New York: Cambridge university press .2011.
- Cross, B.,Frank and Stefanie A. Lindquist ,.The scientific study of judicial activism .Minnesota law review.Vol.91 No.6(2007):1752-1784.
- Devins,Neal.Congress and judicial supremacy.in Bruce Peabody (ed.) The politic of judicial independence: court, politics and the public:66 .Baltimore :The John Hopkins university press .2011.
- Dickson,Brice(ed.) .Judicial activism in common law supreme courts .New York: Oxford University Press . 2007.
- Drobak,N.,John and North , C.,Douglass . Understanding judicial decision – making : The importance of constraints on non-rational deliberations. Washington university journal of law & policy. Vol.26 No.131 (2008) :131-152.
- Feeley,M.,Malcolm and Rubin,L.,Edward . Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America’s Prisons .Cambridge: Cambridge University Press. 1998.

Rubin,L.,Edward and Feeley, M.,Malcolm .Judicial Policy Making and Litigation against the Government. Journal of Constitutional law.Vol.5 (2003):617-664

Jones ,Greg .Proper judicial activism .Regent university law review.Vol.14 No.1 (2001) :145-160.

Lawrence Baum .American courts : process and policy (3rd ed.) Boston: Houghton Mifflin Company. 1994.

Marks.,Jr. C.,Thomas .Understanding the process of judicial policymaking through analysis .Stetson Law review.Vol.XXIX(2000):1155-1181.

McMahon,J. ,Kevin .Nixon’s court: His challenge to judicial liberalism and its political consequence .Chicago: University of Chicago press, 2011.

Pickrill,J.,Michell. Institutional interdependence and the separation of power.in Bruce Peabody (ed.) The politic of judicial independence: court, politics and the publics:101-120. Baltimore :The John Hopkins university press .2011.

Rosenberg ,N.,Gerald .The hollow hope :Can court bring about social change? (2nd. Ed.).Chicago: University of Chicago press. 2008.

Roosevelt III ,Kermit.The myth of judicial activism: Making sense of supreme court decision .New Haven and London : Yale university press. 2006.

Shapiro ,Martin. Stability and change in judicial decision-making: Incrementalism or stare decisis .Law in transition quarterly .Vol.2 (1965) :134-157.

Tarr.,G., Alan. Judicial process and judicial policy making . St. Paul: West Publishing Co.. 1994.

Yates ,Jeffand Coggins,Elizabeth . The Intersection of Judicial Attitudes and Litigant Selection Theories: Explaining U.S. Supreme Court Decision-Making .Journal of Law & Policy .Vol. 29 No.1(2009):263-299.