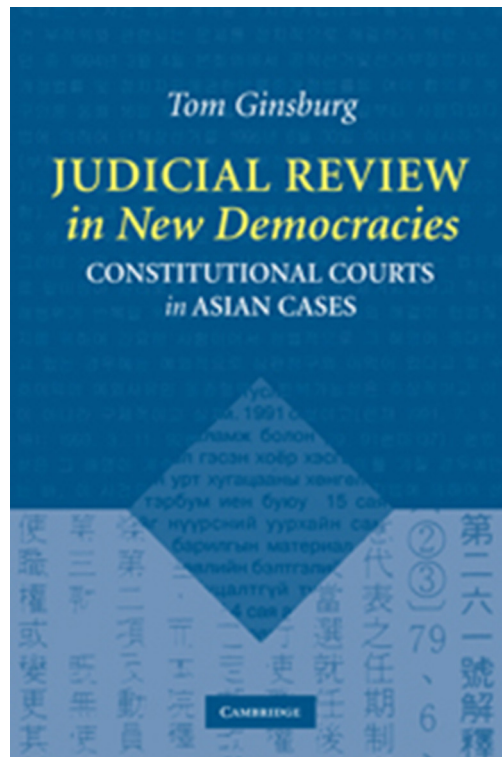


บทปริทัศน์หนังสือ

Judicial Review in New Democracies :
Constitutional Court in ASIAN cases

สงกรานต์ ป້องบุญจันทร์¹

Songkran PongboonJan



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

“มักจะมีผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการทำหน้าที่ตัดสินลงโทษอยู่เหนือ
ความเป็นความตายของผู้อื่นผู้ที่ดำรงตำแหน่งตุลาการเปรียบได้กับ
สามัญชนผู้ถือขวานไปตัดต้นไม้แทนช่างไม้ผู้ยังยงผู้ถือขวานแทนช่างไม้
ยากนักที่จะหนีพ้นบาดแผลจากคมขวาน”²

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

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

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

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

กลับไม่มีการออกแบบให้มีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนแต่อย่างใด แนวโน้มที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะเพิ่มอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้นนั้นปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จึงนำค้นหาคำอธิบายเป็นอย่างยิ่งว่าเหตุใดศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งหรือมีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนกลับถูกออกแบบให้มีบทบาทอย่างมากในการจำกัด ควบคุม หรือแม้แต่ลงโทษขององค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญอย่างไรในระบอบประชาธิปไตย

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

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

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

เป็นการศึกษาศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไต้หวัน มองโกเลียและเกาหลีใต้ตามลำดับ เพื่อตอบคำถามข้างต้น บทสุดท้ายคือบทที่ 8 เป็นบทสรุปเปรียบเทียบบทบาทของ ศาลรัฐธรรมนูญของทั้งสามประเทศ

ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหลักประกันทางการเมือง⁵

นักวิชาการจำนวนไม่น้อยมองบทบาทการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายและการตรวจสอบฝ่ายการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นปฏิกิริยาต่อหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากเนื่องจากศาลไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแต่กลับมีอำนาจในการยกเลิกกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนหรือถอดถอน นักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในแง่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่ไม่เป็นประโยชน์ต่อระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นแต่ยังเป็นอุปสรรคต่อระบอบ ประชาธิปไตยด้วย อย่างไรก็ตามหากเป็นไปตามเหตุผลนี้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควร ได้รับความนิยมนและยอมรับจากประเทศที่กำลังจะเปลี่ยนผ่านจากระบอบเผด็จการ ไปเป็นระบอบประชาธิปไตยแต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่าประเทศประชาธิปไตย ใหม่จำนวนมากให้ความนิยมนและกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ในรัฐธรรมนูญใหม่นักวิชาการ จะอธิบายปรากฏการณ์นี้ได้อย่างไร

นักวิชาการตั้งแต่ John Locke เป็นต้นมาให้คำอธิบายว่ารัฐธรรมนูญเป็น สัญญาประชาคมระหว่างรัฐกับประชาชนโดยประชาชนร่วมกันตั้งรัฐขึ้นมาเพื่อ ปกป้องคุ้มครองสิทธิของประชาชน รัฐธรรมนูญจึงเป็นสัญญาที่กำหนดสิทธิและ หน้าที่ระหว่างรัฐบาลกับประชาชน บทบาทของศาลในการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐบาลผิดสัญญา ในแง่นี้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นเอกสารที่สะท้อนถึงความต้องการของประชาชนในสังคม

5 Ibid, สรุปจาก p.22-33

Ginsburg ได้แย้งกับคำอธิบายนี้โดยชี้ให้เห็นว่าการมองรัฐธรรมนูญในฐานะสัญญาประชาคมนั้นเป็นการมองรัฐธรรมนูญอย่างที่ต้องการให้รัฐธรรมนูญเป็น แต่ไม่ใช่การมองรัฐธรรมนูญอย่างที่มีนัยเป็นจริงมีงานวิชาการจำนวนมากไม่น้อยชี้ให้เห็นว่า การร่างรัฐธรรมนูญมักถูกครอบงำด้วยผลประโยชน์ระยะสั้นของผู้มีบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญยิ่งกว่าผลประโยชน์ระยะยาวของประชาชน ในแง่นี้ คำอธิบายว่ารัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมที่เป็นเครื่องมือในการปกป้องประชาชนจึงไม่เพียงพอที่จะทำให้เราเข้าใจรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง Ginsburg เสนอว่าหากมองรัฐธรรมนูญว่าเป็นผลผลิตที่สะท้อนผลประโยชน์ของผู้ที่มีบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญจะช่วยให้เข้าใจว่าเหตุใดนักการเมืองที่มีบทบาทสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญจึงออกแบบรัฐธรรมนูญให้มีศาลรัฐธรรมนูญไว้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ โดยยกตัวอย่างสถานการณ์ขณะร่างรัฐธรรมนูญที่ตรงกันข้ามอย่างสุดขั้วในสองสถานการณ์

“ในสถานการณ์ที่กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้อิทธิพลของพรรคการเมืองเดียวที่มั่นใจว่าพรรคของตนจะชนะการเลือกตั้ง ได้จัดตั้งรัฐบาลภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ สถานการณ์เช่นนี้พรรคการเมืองนี้มีแรงจูงใจน้อยมากที่จะตั้งศาลขึ้นมาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ เพราะพรรคการเมืองย่อมพอใจกับความยืดหยุ่นที่จะสามารถใช้อำนาจตีความรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง ไม่ต้องการให้มีองค์กรภายนอกมาจำกัดหรือบังคับให้ต้องปฏิบัติตามความยืดหยุ่นในการใช้อำนาจนี้เพื่อต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนโยบาย และทำให้รัฐบาลใช้อำนาจได้มาก การขาดกลไกศาลที่เป็นอิสระในการตรวจสอบรัฐบาลในรัฐธรรมนูญภายใต้ระบอบเผด็จการสะท้อนให้เห็นถึงความต้องการอำรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐบาลเผด็จการ”

“ในทางตรงกันข้ามการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์ที่มีกลุ่มอำนาจทางการเมืองที่หลากหลายต่อสู้แข่งขันกันและไม่มีกลุ่มการเมืองใดมั่นใจว่าตนจะเป็นผู้ชนะได้จัดตั้งรัฐบาลหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ ในสถานการณ์เช่นนี้การมอบอำนาจที่ยืดหยุ่นอย่างเต็มที่ให้กับพรรคที่จะเป็นรัฐบาลในอนาคต เช่นในรูปแบบที่รัฐสภามีอำนาจสูงสุด ไม่เป็นที่ประสงคในสถานการณ์ที่อำนาจของกลุ่มทางการเมืองกระจัดกระจายเมื่อเทียบกับสถานการณ์ที่พรรคการเมืองเดียวควบคุมอำนาจทางการเมืองได้ ขณะที่พรรคการเมืองซึ่งคาดว่าจะได้รับอำนาจในการปกครองพอใจกับความยืดหยุ่น พรรคการเมืองที่คาดว่าจะต้องเป็นฝ่ายค้านให้คุณค่ากับรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด พวกเขายังให้คุณค่ากับพื้นที่ทางเลือกอื่นที่พวกเขาจะสามารถโต้แย้งนโยบายของฝ่ายเสียงข้างมากได้ เพราะพวกเขาไม่คาดว่าจะสามารถเอาชนะในรัฐสภาได้ เมื่อผู้ออกแบบไม่สามารถพึงพาการเลือกตั้งใหม่และอาจจบลงด้วยการเป็นฝ่ายค้านพวกเขาจึงพอใจกับการมีศาลที่ซึ่งพวกเขาจะสามารถโต้แย้งคู่ต่อสู้ทางการเมืองที่เข้าสู่อำนาจใหม่ได้”⁶

จากข้อพิจารณาข้างต้นที่มองศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหลักประกันของผู้ที่คาดว่าจะพ่ายแพ้ทางการเมืองในอนาคตทำให้สามารถคาดหมายเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและสิทธิในการเข้าถึงศาลได้ว่า ในสถานการณ์ที่กลุ่มพลังทางการเมืองกระจัดกระจายไม่เป็นเอกภาพ ศาลรัฐธรรมนูญจะถูกออกแบบให้มีอำนาจมากกว่าสถานการณ์ที่มีพรรคการเมืองพรรคเดียวมีอำนาจครอบงำระบบการเมืองอย่างเป็นเอกภาพรวมถึงสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลก็จะถูกออกแบบให้เข้าถึงได้ง่ายกว่าด้วย

6 สรุปความจาก Ibid, p. 24-25

Ginsburg ตอบคำถามแรกของหนังสือโดยเสนอว่าการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในประเทศประชาธิปไตยใหม่กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดความขัดแย้งในทางรัฐธรรมนูญนั้นมีเหตุผลมาจากการยอมรับเอารูปแบบของหลักประกันทางการเมืองมาใช้ โดยการให้หลักประกันกับผู้แพ้ว่าพวกเขายังมีช่องทางในการต่อสู้โต้แย้งกับผู้ชนะได้อีกครั้งผ่านทางกลไกศาลรัฐธรรมนูญขณะที่กระบวนการประชาธิปไตยพัฒนาขึ้นความไม่แน่นอนว่ากลุ่มการเมืองใดจะชนะการเลือกตั้งก็จะเพิ่มขึ้นทุกพรรคมีโอกาสแพ้และโอกาสชนะทำให้มีความต้องการหลักประกันทางการเมืองเพิ่มมากขึ้นด้วยนี่จึงเป็นสาเหตุหลักที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่นิยมและแพร่กระจายไปทั่วโลก

ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน : ความสำเร็จแบบค่อยเป็นค่อยไป⁷

พลวัตของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันเป็นตัวอย่างที่แสดงความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นผลจากการดำเนินการที่มียุทธศาสตร์ที่ดีของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งๆ ที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทางการเมืองจำนวนมากในช่วงเปลี่ยนผ่านจากระบอบอำนาจนิยมพรรคเดียวไปสู่ระบอบประชาธิปไตย ในช่วงเริ่มต้นของการก่อตั้งประเทศภายใต้ชื่อสาธารณรัฐประชาชนจีน (Republic of China) ในเกาะไต้หวันศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทค่อนข้างมากในการรับใช้ระบอบเก่าภายใต้การนำของพรรคก๊กมินตั๋ง อย่างไรก็ตามระยะต่อมาศาลก็พยายามที่จะสถาปนาความเป็นอิสระจากรัฐบาลและเริ่มตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลพรรคก๊กมินตั๋ง แต่การพยายามขยายบทบาทดังกล่าวก็ถูกแทรกแซงได้ง่ายจากทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารสถานการณ์ดังกล่าวส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันถูกจำกัดอำนาจให้มีเพียงบทบาทเชิงรับไม่มีบทบาทในการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในประเด็นที่มีความสำคัญทางการเมืองเป็นเวลากว่าสองทศวรรษ

7 สรุปรจาก Ibid, p.157

เมื่อประเทศไต้หวันเริ่มเปิดเสรีมากขึ้นหลังการจากไปของเจียงไคเช็ค ศาสตราจารย์เริ่มมีความเป็นอิสระมากขึ้นแต่ก็ยังไม่ได้เริ่มท้าทายอำนาจของฝ่ายการเมืองจนกระทั่งหลังการกล่าวปาฐกถาครั้งประวัติศาสตร์ที่เป็นหมุดหมายของการเปลี่ยนผ่านไปเป็นประชาธิปไตยของประธานาธิบดีเจียงชิงเกา⁸ ในปี 1986 นับแต่นั้นเป็นต้นมาเริ่มมีการให้เสรีภาพทางการเมืองมากขึ้นอำนาจทางการเมืองของพรรคก๊กมินตั๋งเริ่มไม่เป็นเอกภาพและอ่อนแอลงอย่างมากพร้อมๆ กับการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยของประเทศจนกระทั่งในที่สุดพรรคก๊กมินตั๋งก็แยกออกเป็นสองพรรค ในปลายปี 2001 ตำแหน่งประธานาธิบดีซึ่งเป็นของพรรคก๊กมินตั๋งมาตลอดก็ตกเป็นของพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้า (Democratic Progressive Party) ซึ่งเคยเป็นพรรคฝ่ายค้านเป็นครั้งแรก อย่างไรก็ตามพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้าก็ยังไม่มียุทธศาสตร์ที่มีประสิทธิภาพเหนือฝ่ายนิติบัญญัติปัจจัยต่างๆ เหล่านี้เปิดทางให้ศาสตราจารย์มีพื้นที่ทางการเมืองมากขึ้นในการทำงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังปี 1994

ศาสตราจารย์ได้เปลี่ยนแปลงจากศาสตราจารย์ที่เคยมีบทบาทน้อยมาเป็นศาสตราจารย์ที่มีการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารปัจจุบันศาสตราจารย์ได้แสดงบทบาทตรวจสอบอำนาจของฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายนิติบัญญัติอย่างสม่ำเสมอศาสตราจารย์ใช้อำนาจของตนเพื่อพัฒนาระบบประชาธิปไตยแบบรัฐธรรมนูญนิยมตามแบบฉบับของประเทศสมัยใหม่ที่ยึดถือหลักนิติรัฐในการปกครองประเทศ ศาสตราจารย์ดำเนินการอย่างมียุทธศาสตร์ได้ทำการอย่างค่อยเป็นค่อยไปในการเพิกถอนกฎหมายลำดับรองและกฎหมายจำนวนมากที่เคยถูกใช้เป็นเครื่องมือของรัฐบาลเผด็จการในอดีต สิ่งเหล่านี้จะไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลยหากศาสตราจารย์ไม่วางรากฐานอย่างดีไว้ก่อนปี 1986 โดยการขยายเขตอำนาจของศาสตราจารย์ขึ้นเป็นระยะๆ ทั้งในช่วงดังกล่าวยังอยู่ภายใต้ระบอบเผด็จการศาสตราจารย์ไต้หวันจึงเป็นตัวอย่งความสำเร็จของการดำเนินการที่มียุทธศาสตร์ของศาสตราจารย์อย่างค่อยเป็น

8 เจียงชิงเกา (1910-1988) เป็นบุตรชายของอดีตประธานาธิบดี เจียงไคเช็ค ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีไต้หวันในปี 1978 และดำรงตำแหน่งจนถึงแก่ความตายในปี 1988

ค่อยไปแม้จะต้องใช้เวลาค่อนข้างยาวนานกว่าจะทำให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกในการตรวจสอบได้ แต่ก็ถือว่าเป็นตัวอย่างของความสำเร็จที่น่าสนใจ

ศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลีย : ความล้มเหลวเพราะการใช้อำนาจที่มากเกินไป⁹

กรณีของประเทศมองโกเลียเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะหลักประกันทางการเมืองและเป็นเวทีให้กับผู้แพ้ทางการเมืองได้อย่างชัดเจน โดยในระหว่างปี 1992-1996 และหลังปี 2000 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรถูกรวบอำนาจโดยพรรคเดียวในระดับที่ไม่ค่อยเกิดขึ้นในการเมืองในประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ในช่วงเวลาดังกล่าวพรรครัฐบาลมีเสียงในสภาเพียงพอที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้อย่างง่ายดาย อย่างไรก็ตามประธานาธิบดีกลับกลายมาเป็นแรงกดดันกับอำนาจของพรรครัฐบาลผ่านการใช้อำนาจอย่างเป็นทางการเป็นอิสระของตนในการโต้แย้งกับรัฐสภาเพื่อต่อต้านอำนาจที่มาจากเสียงข้างมากของรัฐสภา สถานการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐสภาจำนวนมากที่ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งโดยปกติแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะพิพากษาไปในทางเดียวกับความเห็นของประธานาธิบดี นอกจากนี้สิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ได้รับการพัฒนาขึ้นตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นของการก่อตั้งศาล โดยการฟ้องคดีขององค์กรพัฒนาเอกชนซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยพรรคการเมืองฝ่ายค้านที่แพ้การเลือกตั้ง

คดีที่เป็นจุดเปลี่ยนบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลียจากที่เคยมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบรัฐบาลและฝ่ายนิติบัญญัติมาเป็นศาลที่มีบทบาทน้อย คือ คำตัดสินคดีเกี่ยวกับเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจที่มิผลทำให้พรรคการเมืองที่ชนะการเลือกตั้งไม่สามารถตั้งรัฐบาลได้ในปี 1996 ซึ่งนำไปสู่การ

9 สรุปรจาก Ibid, p. 204-205

วิพากษ์วิจารณ์และการตอบโต้จากฝ่ายการเมืองอย่างหนักนอกจากนี้ต่อมาในปี 1999 ก็เกิดปัญหาขึ้นอีกครั้งเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำพิพากษาแต่ไม่สามารถทำให้รัฐสภายอมรับและปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลได้สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากบทบาทของศาลที่ไม่มีความสม่ำเสมอ ไม่มีเสถียรภาพอย่างที่จะควรจะเป็นเมื่อต้องเผชิญกับความขัดแย้งทางการเมืองที่รุนแรงกับรัฐบาลและฝ่ายนิติบัญญัติ

กรณีประเทศมองโกเลียแสดงให้เห็นความตึงเครียดระหว่างความจำเป็นที่ต้องสร้างอำนาจทางสถาบันของศาลและความกดดันให้ต้องแสดงบทบาทเป็นหลักประกันให้กับผู้แพ้ทางการเมืองซึ่งถ้าศาลแสดงบทบาทในฐานะหลักประกันทางการเมืองให้กับผู้แพ้ทางการเมืองอย่างก้าวร้าวจนเกินไปก็จะเป็นการไปทำลายอำนาจและความชอบธรรมของศาลในระยะกลางและระยะยาวได้ในทางตรงกันข้ามหากศาลใช้อำนาจอย่างระมัดระวังมากจนเกินไปโดยไม่กล้าที่จะไปท้าทายหรือโต้แย้งกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติศาลก็จะไม่สามารถทำหน้าที่เป็นหลักประกันทางการเมืองสำหรับผู้แพ้ได้และศาลรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นผู้ไม่มีบทบาทในเวทีการเมือง การตัดสินใจเลือกกระหว่างทางเดินสองทางที่ตึงเครียดนี้ คือบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศประชาธิปไตยใหม่ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลียเป็นตัวอย่างการเลือกที่ผิดพลาดและส่งผลต่อความล้มเหลวในที่สุด

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ : ความสำเร็จที่น่าชื่นชม¹⁰

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีบทบาทสูงในการเมืองผ่านการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมาตั้งแต่เริ่มก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญปี 1987 มีการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลจำนวนมากและศาลก็ตัดสินคดีมากขึ้นเรื่อยๆ กลุ่มองค์กรประชาสังคมและประชาชนทั่วไปใช้การฟ้องคดีเป็นเวทีในการปกป้องสิทธิตนเองและเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาสังคม

10 สรุปรจาก Ibid, p. 242-246

ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีคำพิพากษาเพิกถอนการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ และเปลี่ยนแปลงคำสั่งของอัยการสูงสุดอยู่เสมอ นอกจากนี้ศาลยังเพิกถอนหรือ ยุติบทบาทของรัฐบาลและกองทัพที่เคยมีบทบาททางการเมืองเหนือพลเรือน อันเป็นการสร้างมิติใหม่ความสัมพันธ์ระหว่างสังคมกับรัฐขึ้น ในขณะเดียวกัน ศาลก็ระมัดระวังไม่ใช้อำนาจจนทำให้กลุ่มอำนาจทางการเมืองเลือกที่จะออกไป จากเวทีการเมืองเพื่อใช้ช่องทางนอกระบบในการต่อสู้หรือกระตุ้นให้เกิดการตอบโต้ จากฝ่ายการเมืองที่กุมอำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีส่วนร่วมในการพัฒนา ประชาธิปไตยให้เข้มแข็งในแง่ที่ทำให้เป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการประชาธิปไตย เป็นสิ่งที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงให้ย้อนกลับไปสู่ระบอบเดิมได้อีกแล้ว

ความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้อาจพิจารณาได้จากการที่ ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษายอมรับและปฏิบัติตามคำพิพากษาอย่าง สม่าเสมอ ความพยายามของฝ่ายการเมืองที่จะจำกัดอำนาจของศาลไม่ประสบ ความสำเร็จ เนื่องจากศาลได้รับแรงสนับสนุนจากสังคม ปัจจัยอะไรทำให้ความ สำเร็จเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเมื่อเทียบกับกรณีของไต้หวันและมองโกเลีย ทั้งที่บริบท การเมืองของเกาหลีใต้ก็ไม่ได้เอื้อต่อการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ วัฒนธรรม ทางกฎหมายในเกาหลีใต้ก็เป็นแบบเห็นรัฐเป็นศูนย์กลางและในแง่ความเป็นอิสระ ของศาลก็ยังไม่ได้รับการพัฒนาให้มั่นคง อีกทั้งระบบในช่วงเริ่มต้นก็ไม่ได้เอื้อให้การ ทำงานของศาลรัฐธรรมนูญมีประสิทธิภาพได้

ปัจจัยสำคัญประการแรกคือรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกออกแบบ ให้เป็นองค์กรพิเศษที่มีภารกิจที่ชัดเจนในการปกป้องรัฐธรรมนูญ 1987 การออกแบบให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเป็นการมอบ พันธกิจในทางสถาบันให้กับศาลรัฐธรรมนูญอันแสดงให้เห็นถึงความใกล้ชิด ของศาลรัฐธรรมนูญกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยในแง่ที่ว่า การปกป้อง รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญก็คือการปกป้องประชาธิปไตย นั้นเอง

ปัจจัยสำคัญประการที่สอง คือ การที่ศาลรัฐธรรมนูญถูกออกแบบให้สะท้อนถึงความต้องการหลักประกันทางการเมืองของพรรคการเมืองใหญ่สามพรรคที่ต่อสู้กันในขณะที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ โดยที่พรรคการเมืองทั้งสามต่างไม่มั่นใจว่าพรรคของตนจะชนะการเลือกตั้งได้เป็นผู้นำในการจัดตั้งรัฐบาลหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่การกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นจึงตอบสนองต่อผลประโยชน์ของทั้งสามพรรคการเมืองและทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถขยายอำนาจของตนให้กว้างขวางขึ้นได้

ปัจจัยสำคัญประการที่สาม คือ ระบบที่สนับสนุนให้นักกิจกรรมทางสังคมสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้การมีบทบาทอย่างมากของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เป็นผลโดยรวมของระบบที่เปิดให้มีการฟ้องคดีได้ง่ายและการขยายตัวของวิชาชีพกฎหมายโดยเฉพาะนักกฎหมายด้านสิทธิทางการเมืองที่มีบทบาทเชิงรุกในการใช้การฟ้องคดีเป็นช่องทางในการเปลี่ยนแปลงสังคม นอกจากนี้การตีความผู้มีอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้างของศาลรัฐธรรมนูญเองก็มีส่วนอย่างมากต่อความสำเร็จนี้

ปัจจัยสำคัญประการสุดท้าย คือ ความไม่เข้มแข็งของระบบพรรคการเมืองในเกาหลีใต้ตรงกันข้ามกับกรณีของไต้หวันและมองโกเลียที่พรรคการเมืองมีการพัฒนามานานภายใต้ระบอบสังคมนิยม โดยพรรคการเมืองเดียวมีอำนาจครอบงำระบบการเมืองอยู่ทั้งก่อนและหลังรัฐธรรมนูญประกาศใช้กรณีของเกาหลีใต้ไม่มีพรรคการเมืองใดที่มีอำนาจครอบงำระบบการเมืองอย่างเด็ดขาดก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและต่อเนื่องมาถึงหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกทั้งระบบพรรคการเมืองของเกาหลีใต้ก็อยู่ระหว่างการพัฒนา ยังไม่มีความเข้มแข็ง สถานการณ์เช่นนี้เอื้อต่อการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหลายประการ ประการแรก ระบบพรรคการเมืองที่อ่อนแอขาดกลไกที่เป็นระบบที่จะมีอิทธิพลต่อองค์ประกอบและโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ ประการที่สองระบบพรรคการเมืองที่อ่อนแอและขาดความสามารถในการร่วมมือกันจะไม่สามารถยกเลิกหรือลดโทษการกระทำของศาลรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการนิติบัญญัติได้

ประการที่สาม ผลกระทบทางอ้อมของระบบพรรคการเมืองที่อ่อนแอเปิดโอกาสทางอ้อมให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปทำหน้าที่ติดตามตรวจสอบให้หน่วยงานรัฐปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพผ่านการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางปกครองแนวโน้มของพรรคการเมืองเกาหลีใต้ที่กำลังพัฒนาไปสู่การมีสองพรรคใหญ่ที่มีอำนาจใกล้เคียงกันจึงเป็นการเพิ่มอำนาจให้กับศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ปกป้องรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย¹¹

ปัจจุบันบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับไปทั่วโลกอย่างไรก็ตามแม้จะมีการยอมรับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายแต่ขอบเขตของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศก็มีความแตกต่างกันในทางปฏิบัติ

จากกรณีศึกษาทั้งสามประเทศช่วยตอบคำถาม 2 คำถามที่เหลือ คือ 1) ทำไมรูปแบบของสถาบันที่สร้างขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และ 2) ทำไมศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศจึงมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจของตนในการตรวจสอบผู้มีอำนาจมากกว่าศาลของบางประเทศ Ginsburg เห็นว่าจากกรณีศึกษาทั้งสามทำให้สามารถตอบคำถามทั้งสองได้ด้วยคำตอบเพียงคำตอบเดียวนั้น คือ ความไม่เป็นเอกภาพทางการเมือง

สถานการณ์ที่พรรคการเมืองมีอำนาจครอบงำกระบวนการทางการเมืองทั้งก่อนและหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญจะส่งผลให้มีการออกแบบโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญให้ไม่มีความเข้มแข็งและเข้าถึงได้ยาก นอกจากนี้ภายหลังจากการบังคับใช้

11 สรุปรจาก Ibid, p.261-263

รัฐธรรมนูญพรรคการเมืองที่มีอำนาจครอบงำรัฐบาลใหม่ก็มักไม่อดทนกับศาลที่เป็นอิสระและมีอำนาจมากซึ่งเกิดขึ้นในกรณีของมองโกเลียและไต้หวัน ตรงกันข้ามในสถานการณ์ที่ไม่มีพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งมีอำนาจครอบงำกระบวนการทางการเมืองทั้งก่อนและหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญได้อย่างเด็ดขาดจะส่งผลให้พรรคการเมืองทั้งหลายที่ต้องการหลักประกันทางการเมืองออกแบบโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญให้มีความเข้มแข็งและเข้าถึงได้ง่ายเช่นเดียวกันภายหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญเมื่อไม่มีพรรคการเมืองใดพรรคหนึ่งมีอำนาจอย่างเด็ดขาดเหนืออำนาจบริหารและนิติบัญญัติย่อมคาดหมายได้ว่าจะต้องเกิดข้อพิพาทระหว่างสถาบันต่าง ๆ และมีการนำประเด็นความขัดแย้ง เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้นและเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาออกมาก็ไม่มีฝ่ายการเมืองใดที่มีความเข้มแข็งมากพอที่จะลงโทษศาลรัฐธรรมนูญด้วยการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือออกกฎหมายเพื่อลดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏชัดเจนในกรณีของเกาหลีใต้ โดยสรุปแล้วอำนาจทางการเมืองที่กระจัดกระจายเป็นผลดีต่อการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

โดยการจัดให้มีศูนย์อำนาจทางเลือกเพิ่มอีกศูนย์หนึ่งระบอบประชาธิปไตยได้สร้างแรงจูงใจให้มีการนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและข้อขัดขัดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงเป็นผลผลิตของกระบวนการประชาธิปไตย โดยปราศจากประชาธิปไตยแล้วไม่มีเหตุผลอะไรที่ระบอบเผด็จการจะกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและข้อขัดขัดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ในขณะที่นักวิชาการจำนวนมากให้ความสำคัญกับการศึกษาบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสถาบันที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองโดยเสียงข้างมากหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยงานชิ้นนี้กลับชี้ไปในอีกด้านหนึ่ง นั่นคือชี้ว่า กระบวนการประชาธิปไตยและศาลรัฐธรรมนูญสามารถพัฒนาไปด้วยกันได้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและข้อขัดขัดข้อพิพาททาง

รัฐธรรมนูญเป็นทั้งตัวบ่งชี้ให้เห็นถึงการจัดกระจายของอำนาจทางการเมือง และเป็นกลไกหนึ่งที่ป้องกันการรวมศูนย์อำนาจที่มากเกินไป

จากกรณีศึกษาทั้งสามแสดงให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเป็นผลดีต่อระบอบประชาธิปไตยหลายประการ

ประการแรก ทำให้ระบบระเบียบทางรัฐธรรมนูญฝังรากลึกและมีส่วนทำให้ระบอบประชาธิปไตยมีความเข้มแข็งโดยการเป็นพื้นที่ที่เป็นกลางให้ฝ่ายที่พ่ายแพ้ทางการเมืองใช้ในการตรวจสอบฝ่ายที่กุมอำนาจรัฐได้อีกช่องทางหนึ่งทำให้ฝ่ายค้านยังคงเคารพในระบอบประชาธิปไตยไม่คิดออกจากระบบประชาธิปไตยไปใช้อำนาจนอกระบบ

ประการที่สอง เป็นการแสดงออกซึ่งคุณค่าพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย และเป็นสัญลักษณ์ของการตัดขาดจากระบอบอำนาจเผด็จการในอดีตโดยการผูกมัดผู้นำใหม่ในแบบที่ผู้นำในระบอบเผด็จการไม่เคยถูกผูกมัด การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญยังเป็นการสร้างข้อคิดว่าด้วยความยุติธรรมและกฎหมายขึ้นใหม่และเป็นการเปลี่ยนแปลงความตึงเครียดทางการเมืองไปเป็นข้อจำกัดทางกฎหมาย

กรณีศึกษาในทวีปเอเชียทั้งสามนี้ชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญที่กระทำการอย่างระมัดระวังและชาญฉลาด สามารถใช้อำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจมากได้และยังสามารถทำให้องค์กรเหล่านั้นปฏิบัติตามคำพิพากษาได้ด้วยยกเว้นก็แต่กรณีของศาลรัฐธรรมนูญมองโกเลียเท่านั้นการตัดสินใจอย่างต่อเนื่องยาวนานได้ขยายเสรีภาพในการนำคดีขึ้นสู่ศาลให้มากขึ้นและขยายการปกป้องสิทธิเสรีภาพในทางเนื้อหาให้กว้างขึ้น พร้อมๆ กับการยอมรับแนวคิดนิติรัฐตามแบบอย่างสากลในแง่ที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพัฒนารัฐธรรมนูญและวางรากฐานให้กับระบอบประชาธิปไตยไปพร้อมๆ กันได้

ข้อวิจารณ์และข้อสังเกตส่งท้าย

งานชิ้นนี้เป็นงานที่ มีความน่าสนใจหลายประการ ประการแรกงานชิ้นนี้ เป็นการเสนอมุมมองใหม่ในการทำความเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเสนอว่าบริบททางการเมืองมีความสำคัญอย่างมากทั้งต่อ กำหนดรูปแบบ อำนาจหน้าที่และบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอของ Ginsburg มีพลังในการอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยได้มากกว่า งานศึกษาทั่วไปที่มุ่งอภิปรายถึงเนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าถูกต้องตามหลักวิชาการหรือไม่โดยไม่ชี้ให้เห็นบริบททางการเมืองที่กำกับบทบาทของศาล อยู่ในช่วงขณะหนึ่งๆ ประการที่สองเนื่องจากกรณีศึกษาของงานเล่มนี้ทั้งหมดล้วน เป็นประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนผ่านจากระบอบเผด็จการมาเป็นระบอบประชาธิปไตย และทั้งประเทศทั้งสามล้วนอยู่ในทวีปเอเชียทั้งสิ้น บริบทของกรณีศึกษาจึงใกล้เคียง กับบริบทของประเทศไทย การศึกษาประสบการณ์ของประเทศเหล่านี้แล้วย้อน กลับมาทำความเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยย่อมทำให้สามารถทำความเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้ใกล้เคียงกับความเป็นจริงยิ่งกว่าใช้กรณี ศึกษาของประเทศในยุโรปหรืออเมริกาที่นักวิชาการไทยนิยมทำการศึกษาเปรียบเทียบ ประการสุดท้าย ข้อเสนอของ Ginsburg ที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นตัวกระทำการที่มียุทธศาสตร์ไม่ใช่เป็นแต่เพียงผู้ทำหน้าที่เชิงรับในการพิจารณาพิพากษาคดี ให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้นเป็นข้อเสนอที่น่าสนใจอย่างยิ่งเพราะแม้จากกรณี ศึกษาจะพบว่าศาลถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขทางการเมืองต่างๆ แต่ศาลในเกาหลีใต้ และได้หวั่นยังสามารถแสดงบทบาทอย่างสำคัญในการพัฒนารัฐธรรมนูญและส่งเสริมกระบวนการเปลี่ยนผ่านไปสู่ระบอบประชาธิปไตยได้ด้วยการใช้อำนาจอย่าง ระมัดระวังและรอบคอบเช่นนี้แล้วการประเมินความสำเร็จความล้มเหลวของศาล รัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ย่อมต้องพิจารณาทั้งบริบททางการเมืองและบทบาท ของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญในประเทศนั้นๆ ควบคู่กันไป

ข้อวิจารณ์หลักที่มีต่องานชิ้นนี้ คือ ทฤษฎีหลักประกันทางการเมืองอาจไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์ทางการเมืองของประเทศประชาธิปไตยใหม่บางประเทศซึ่งกลุ่มที่มีอำนาจครอบงำกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญกับกลุ่มการเมืองที่คาดว่าจะชนะการเลือกตั้งได้จัดตั้งรัฐบาลหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นคนละกลุ่มการเมือง สถานการณ์เช่นนี้จะแตกต่างจากสถานการณ์สองสถานการณ์ที่ Ginsburg ตั้งเป็นสมมติฐานเพื่อใช้อธิบายทฤษฎีหลักประกันทางการเมือง ยกตัวอย่างสถานการณ์จัดทำร่างรัฐธรรมนูญหลังการรัฐประหาร 22 พฤษภาคม 2557 ของประเทศไทย

ปัจจุบันประเทศไทยกำลังอยู่ระหว่างการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญซึ่งกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญใหม่นี้ถูกครอบงำโดยรัฐบาลทหารที่โค่นล้มอำนาจของรัฐบาลพลเรือนผ่านการรัฐประหารเมื่อ 22 พฤษภาคม 2557 โดยกลุ่มที่มีอำนาจครอบงำกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญตระหนักดีว่าแม้พวกเขาจะมีอำนาจครอบงำกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญได้แต่พวกเขาไม่มีทางที่จะชนะการเลือกตั้งและได้จัดตั้งรัฐบาลหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่สถานการณ์ในขณะจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบันจึงไม่ตรงกับสมมติฐานของทฤษฎีหลักประกันทางการเมืองที่ Ginsburg เสนอไว้ การออกแบบโครงสร้าง ที่มาและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงไม่ได้สะท้อนผลประโยชน์ของกลุ่มการเมืองทั้งหมดแต่สะท้อนเพียงผลประโยชน์ของกลุ่มทหารและพันธมิตรเท่านั้น ส่งผลให้มีความพยายามออกแบบศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นศาลที่เข้มแข็งมีอำนาจมากและมีเขตอำนาจกว้างขวาง แต่ในส่วนของตุลาการกลับไม่ได้มีความเชื่อมโยงกับอำนาจประชาชน¹² การออกแบบศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้จึงสะท้อนผลประโยชน์ของผู้ร่างอย่างชัดเจนในบริบทเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงถูกทำให้กลายเป็นร่างจากหลักประกันทางการเมือง ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยไปเป็นเครื่องมือในการต่อสู้ทางการเมืองของกลุ่มทหารและพันธมิตร

12 ดูร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มี นายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานกรรมาธิการยกร่าง หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ อ้างแล้ว เิงอรธที่ 2

กับรัฐบาลที่จะมาจากการเลือกตั้งในอนาคตเกี่ยวกับโครงสร้างและบทบาทที่
บิดเบี้ยวของศาลรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ วรเจตน์ ภาศิริตัน
อาจารย์ด้านกฎหมายมหาชน จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้วิพากษ์และเสนอ
ไว้อย่างตรงไปตรงมาว่า “ผมคิดว่าเราอาจจะยังไม่จำเป็นต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ”¹³
ในแง่นี้ข้อเสนอของ Ginsburg ที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่เป็นประโยชน์
ต่อการวางรากฐานของระบอบประชาธิปไตยและสามารถพัฒนาควบคู่ไปกับ
ระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นที่น่าตั้งคำถามและเรียกร้องการศึกษาเชิงประจักษ์เพิ่ม
เติมว่าสามารถใช้อธิบายบริบททางการเมืองของประเทศประชาธิปไตยใหม่บาง
ประเทศที่ทหารยังเป็นผู้เล่นหลักในทางการเมืองและมีอิทธิพลครอบงำกระบวนการ
จัดทำรัฐธรรมนูญ ดังที่ประเทศไทยกำลังเผชิญอยู่ในขณะจัดทำรัฐธรรมนูญ
ฉบับที่ 20 นี้ได้หรือไม่

13 สำนักข่าวประชาไท, วรเจตน์ ภาศิริตัน : “ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญเสียดีกว่า” <http://prachatai.org/journal/2016/02/63944>, เข้าถึงเมื่อ 26 กุมภาพันธ์ 2559