

บทที่ ๒

การจัดองค์กรของอำนาจตุลาการตามทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตย

ความนำ

นับตั้งแต่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นสิ่งคม และมีพัฒนาการจนกระทั่งกำเนิดเป็นรัฐขึ้นมา สิ่งทีพัฒนาการควบคู่ไปกับการกำเนิดของรัฐก็คือ อำนาจในการปกครองบุคคลในสังคมหรือบุคคลภายในรัฐนั้น ซึ่งอำนาจในการปกครองรัฐย่อมประกอบไปด้วยการใช้อำนาจในลักษณะต่าง ๆ หลายประการ ตามสภาพภารกิจที่รัฐต้องการเข้าไปดูแล ดังจะได้พิจารณาต่อไปในเรื่องของอำนาจอริปไตย การจัดการใช้อำนาจอริปไตย และอำนาจตุลาการในฐานะที่เป็นการใช้อำนาจอริปไตยในลักษณะหนึ่ง อันปรากฏอยู่ในทุก ๆ รัฐจวบจนปัจจุบัน

เมื่ออำนาจเป็นสิ่งที่อยู่ควบคู่กับความเป็นรัฐแล้ว การจัดการใช้อำนาจย่อมเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการในขั้นตอนต่อมา เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดจากการทรงไว้ซึ่งอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในการปกครองรัฐตามลักษณะของการรวมศูนย์อำนาจ อันจะเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐ ทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตยจึงกำเนิดขึ้นมา เพื่อป้องกันแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจในการปกครองรัฐดังกล่าว ซึ่งอำนาจตุลาการในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งในอำนาจอริปไตยก็ได้รับการจัดการใช้อำนาจ เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐ เช่นเดียวกับการจัดการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

ทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตยจึงมีความสำคัญยิ่งต่อการจัดการใช้อำนาจในการปกครองภายในรัฐ ซึ่งรวมทั้งการจัดองค์กรของอำนาจตุลาการ และเป็นพื้นฐานในการศึกษาการจัดองค์กรของอำนาจตุลาการในประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยซึ่งได้นำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ในการจัดองค์กรของอำนาจตุลาการไทย ดังจะได้พิจารณาต่อไปตามลำดับ

2.1 บทวิเคราะห์ศัพท์

2.1.1 ความหมายของ "ตุลาการ"

ตุลาการ หรือตระลาการ ถือกันว่าเป็นถ้อยคำที่มาจากภาษาเขมร คำว่า ตูละ และอาการ แปลว่า ตั้งตราฐ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านได้ให้ความเห็นว่า คำว่า ตูลาการ อาจมีที่มาจากคำภาษารามัญ คำว่า ตลา ที่มีความหมายว่า เจ้าก็ได้¹ เพราะคำว่า ตูลาการ หรือตระลาการ นี้ ปรากฏในหลักอรรถาภิธานที่ไทยได้รับมาจากมอญ ตูลาการตามภาษารามัญ ซึ่งแปลว่า เจ้าการ หรือเจ้าความ² แต่ถ้าจะพิจารณาจากความหมายทางภาษาไทยในปัจจุบันตามสารานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถานแล้ว ตูลาการ หมายถึง ผู้ตัดสินคดี โดยมีที่มาจากคำว่า "ตูลา" ซึ่งแปลว่า ค้นซึ่งเสมือนหนึ่งเป็นการอุปมาอุปไมยว่า ผู้ตัดสินคดีพึงตั้งตนอยู่ในความเที่ยงตรง ไม่เอนเอียงประดุจคันทัน³

การพิจารณาความหมายของคำว่า "ตุลาการ" ดังกล่าว เป็นการพิจารณาในฐานะที่ตุลาการเป็นบุคคลผู้เข้ามาทำหน้าที่ตัดสินคดีความเท่านั้น แต่คำว่า "ตุลาการ" นี้ นอกจากจะมีความหมายถึง ตัวบุคคลแล้ว ยังแยกพิจารณาความหมายถึงองค์กร อันได้แก่ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการได้อีกด้วย คำว่า ตูลาการ ในฐานะที่เป็นบุคคลนี้ หากพิจารณาจากระบบกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาตลอดจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นก่อนการปฏิรูประบบกฎหมาย และการศาลในรัชสมัยของพระบาท

¹ ร. แลงการ์ด, "ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยว่าด้วยศาลและวิธีพิจารณา", วารสารอักษร ปีที่ 9 ฉบับที่ 102 (มิถุนายน 2539) : 19.

² เรื่องเดียวกัน.

³ วิกรม เมลาพันธ์, "ตุลาการ", สารานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน 13 (2516-2517) : 8016.

สมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวแล้ว จะเห็นได้ว่า บุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับและมีอำนาจในกระบวนการตัดสินคดีจะประกอบไปด้วยบุคคลที่เรียกกันว่า ตรีลาการ ลูกขุน ผู้ปรับ

การที่กระบวนการตัดสินคดีความของไทยสมัยก่อนต้องอาศัยบุคคลในหน้าที่ต่าง ๆ กันหลายบุคคลดังกล่าวนี้ เกิดจากการแยกบุคคลผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับและมีอำนาจในกระบวนการตัดสินคดีตามกฎหมายสมัยก่อน ที่จะแบ่งขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการ โดยกำหนดให้ตรีลาการ เป็นผู้ชำระข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอเข้ามาในคดี แล้วส่งให้ลูกขุน ณ ศาลหลวง เป็นผู้ตัดสินคดีว่าฝ่ายใดแพ้คดี แต่ไม่มีอำนาจกำหนดโทษ หากต้องส่งให้พนักงานอีกฝ่ายหนึ่งที่เรียกว่า ผู้ปรับ เป็นผู้แสดงนพมาศตามกฎหมายที่ควรปรับใช้ในคดี และมีหน้าที่คำนวณจำนวนเงินค่าสินไหม ค่าพิณัย ที่คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องเสีย⁴ การปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลในฐานะของตรีลาการในสมัยก่อนจึงประกอบไปด้วยบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับและมีอำนาจในการพิจารณานิพากษาคดีตามลำดับขั้นตอนในการดำเนินคดี ซึ่งเป็นการแตกต่างไปจากการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลในฐานะตรีลาการในสมัยใหม่ นับตั้งแต่การปฏิรูประบบกฎหมาย และการศาลในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ตรีลาการหมายถึงผู้ตัดสินคดี ซึ่งจะมีอำนาจในการพิจารณานิพากษาคดีตามกฎหมายสำเร็จ ได้ล้าลงในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาคดี โดยไม่มีการแบ่งแยกออกเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาคดีกับการนิพากษาคดี และแยกบุคคลที่เข้ามารับผิดชอบออกเป็นตรีลาการ ลูกขุน ผู้ปรับ อีกต่อไป

ความหมายของคำว่า "ตรีลาการ" นี้ นอกจากจะพิจารณาในฐานะที่เป็นบุคคลดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังสามารถพิจารณาในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตัดสินคดีที่เรียก

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴ ร. แลงกาต์, "ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยว่าด้วยศาลและวิธีพิจารณา", วารสาร

กันว่า องค์การตุลาการ หรือศาลยุติธรรม อันเป็นระบบศาลภายในประเทศได้อีกด้วย⁶ อย่างไรก็ดี ลำพังแต่เพียงการพิจารณาว่า องค์การใด เป็นองค์การที่มีอำนาจตัดสินคดีแล้ว ย่อมมีฐานะเป็นองค์การตุลาการ หรือศาลนั้น เป็นการพิจารณาความหมายอย่างแคบ โดยมุ่งเน้นที่อำนาจหน้าที่ในการตัดสินคดีเท่านั้น ซึ่งถ้าหากจะพิจารณาในความหมายอย่างแคบเช่นนี้ สำหรับองค์การตุลาการไทยจะพบว่าประเทศไทยก็มีองค์การตุลาการ หรือศาลตามความหมายดังกล่าวมานานแล้ว ตั้งแต่ยุคก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องจากเป็นการพิจารณาในด้านอำนาจหน้าที่ขององค์การแต่เพียงอย่างเดียว โดยมิได้พิจารณาไปถึงคุณลักษณะประการอื่น แต่ถ้าวินิจฉัยถึงความหมายขององค์การตุลาการที่สมบูรณ์แบบ มีความเป็นศาลอย่างแท้จริงตามแนวทางแห่งทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตย อันเป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันแล้วการที่องค์การใดจะมีฐานะเป็นองค์การของอำนาจตุลาการหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาที่อำนาจหน้าที่ในการตัดสินคดีแล้ว องค์การนั้น ๆ จะต้องมียุทธศาสตร์ดังต่อไปนี้

(1) เป็นองค์การที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยมีขั้นตอนการพิจารณาที่เริ่มจากการรับฟังข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุให้เกิดข้อพิพาท แล้วพิจารณาว่าข้อเท็จจริงเกิดตามที่คู่ความกล่าวอ้างหรือไม่ และมีการตีความหรือค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดี เพื่อนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่รับฟัง เป็นที่ยุติแล้วดำเนินการในขั้นตอนสุดท้ายคือ ออกคำสั่งชี้ขาดออกมาว่า ตามกฎหมายคู่กรณีแต่ละฝ่ายมีสิทธิหน้าที่ต่อกันอย่างไรบ้าง

(2) คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์การว่า ตามกฎหมายคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิหน้าที่ต่อกันอย่างไร ต้องมีลักษณะเป็นที่ยุติ เว้นแต่กรณีที่มีการแก้ไขเล็กน้อย หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์แต่คัดค้านต่อองค์การอื่นที่อยู่ในลำดับสูงกว่าองค์การที่ออกคำสั่งคำวินิจฉัยขององค์การเดิม และถ้าองค์การที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่ามีคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยอย่างไรแล้ว คำสั่งย่อมเป็นที่สุด (Finality) และเสร็จเด็ดขาด

⁶ Henry Compbell Black, Black's Law Dictionary, P.987.

(3) กระบวนการใช้อำนาจขององค์กรในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ต้องเป็น กระบวนการที่กระทำโดยเปิดเผย (Publicity) เปิดโอกาสในคู่ความได้ปกป้องสิทธิ และประโยชน์ ยันชอบธรรมของตน สามารถนำสืบพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุน และหักล้างข้อเท็จจริงในคดีได้อย่างเต็มที่

(4) ในการออกคำสั่งหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น องค์กรต้องให้เหตุผลประกอบ คำสั่งของตนเสมอ และคำสั่ง คำวินิจฉัยจะเป็นที่ยอมรับของคู่ความ ตลอดจนสาธารณชนก็ต่อเมื่อเหตุผล ที่แสดงประกอบคำสั่ง หรือคำวินิจฉัย เป็นเหตุผลที่รับฟังได้

(5) องค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นกลาง ปราศจากอคติ ลำเอียง การที่จะจัด ให้องค์กรมีลักษณะดังกล่าวได้ ก็ต่อเมื่อสมาชิกในองค์กรมีความเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลความ กดดันใด ๆ⁶

องค์กรของรัฐองค์กรใด ถ้าหากไม่มีลักษณะขององค์กรตุลาการครบทั้ง 5 ประการดังกล่าวข้างต้น ย่อมไม่ถึงว่า เป็นองค์กรตุลาการ หรือศาลอย่างแท้จริง แม้ว่าจะมีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย หรือกล่าวในหนังสือราชการโดยเรียกว่า "ศาล" ก็ตาม⁷

ถ้าหากพิจารณาถึงการจัดองค์กรตุลาการของไทยว่า มีลักษณะเป็นองค์กร ตุลาการที่แท้จริงตั้งแต่เมื่อใดแล้ว ก็กล่าวได้ว่า การจัดองค์กรตุลาการให้มีลักษณะดังกล่าว เริ่มต้น

⁶ Maurice DUVERGER, Institutions politiques et Droit constitutionnel, Paris, P.U.F., 1980, Tome 1, PP.195-208 อ้างไว้ใน, วรพจน์ วิศรุตนิษฐ์, "ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ," นิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 3:580.

⁷ เรื่องเดียวกัน : 581.

จากการปฏิรูประบบกฎหมาย และการศาลในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่เป็นการส่งผลให้องค์กรของอำนาจตุลาการไทยมีพัฒนาการอย่างค่อยเป็นค่อยไป จนกระทั่งปรากฏผลเป็นองค์กรตุลาการที่แท้จริงตามแนวทางแห่งทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตยในยุคต่อมา

2.1.2 ความหมายของ "อำนาจตุลาการ"

คำว่า อำนาจ หมายถึง ความสามารถที่จะปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ถ้าจะพิจารณาความหมายของคำว่า อำนาจ ในภาษาอังกฤษแล้วจะพบว่ามีความหมายที่คล้ายกัน 2 คำด้วยกันคือ คำว่า "power" และคำว่า "authority" แต่คำภาษาอังกฤษทั้ง 2 คำ มีความหมายตามพจนานุกรมที่แตกต่างกันคือ power หมายถึง ลิทธิ หรือความสามารถในการที่จะกระทำกรหรือจะงดเว้นกรกระทำกรใดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคำว่า authority หมายถึง อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาอีกทอดหนึ่ง^๘ แต่ว่าความแตกต่างระหว่าง คำว่า "power" กับ "authority" จะปรากฏชัดแต่ในกฎหมายเอกชน และกฎหมายระหว่างประเทศ ยิ่งกว่าการพิจารณาในด้านกฎหมายมหาชน^๙

สำหรับอำนาจตุลาการ (Judicial power) หมายถึง อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอริปไตยที่รัฐจัดให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่รับผิดชอบในการใช้อำนาจตุลาการ ส่วนขอบเขตของอำนาจตุลาการนั้น อย่างน้อยที่สุดจะครอบคลุมถึงหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษารรคดี ไม่ว่าจะเป็นคดีระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเองหรือระหว่างเอกชนกับรัฐบาลในคดีที่รัฐบาลมีฐานะอย่างเดียวกับเอกชนเป็นเบื้องต้น^{๑๐} แต่ว่าอำนาจ

^๘ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530) หน้า 211.

^{๑๐} เรื่องเดียวกัน.

ตุลาการจะมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงการวินิจฉัยชี้ขาดในลักษณะอื่น เช่น การวินิจฉัยว่า กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประมุขของรัฐควรดำรงตำแหน่งต่อไปหรือไม่ เมื่อมีการกล่าวหาทางการเมือง หรือในการวินิจฉัยคดีปกครองด้วยหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และประเพณีการปกครองของแต่ละประเทศ¹⁰ ที่แตกต่างกัน

การที่อำนาจตุลาการมีความหมายไปในทางที่เป็นการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางคดี ทำให้เกิดการเปรียบเทียบกับการใช้อำนาจทางด้านอื่นภายในรัฐ อันได้แก่ อำนาจบริหาร ซึ่งเป็นอำนาจในการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกันว่า มีความแตกต่างกันประการใด อำนาจตุลาการมีอยู่อย่างแท้จริงหรือไม่ โดยฝ่ายที่เห็นว่า อำนาจตุลาการไม่มีความแตกต่างไปจากอำนาจบริหารจะแสดงความคิดเห็นไปในทางที่ว่า ในสังคมการเมืองทุกสังคม มีเพียงอำนาจสองอำนาจเท่านั้นที่ใช้ในการปกครองสังคมคือ อำนาจในการตรากฎหมาย และอำนาจในการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้ว อันได้แก่ อำนาจบริหารเท่านั้น ส่วนอำนาจตุลาการถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร เพียงแต่ผู้ที่ทำหน้าที่ตุลาการจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่พิเศษที่จัดไว้พิเศษที่จัดไว้โดยเฉพาะ สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย¹¹

ความเห็นดังกล่าวเป็นการพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจ โดยยึดความเกี่ยวข้องกับกฎหมายเป็นหลักการในการพิจารณาว่า การใช้อำนาจรัฐเป็นขั้นตอนการตรากฎหมาย หรือการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่การที่ความเห็นต่อไปอีกว่า ผู้ทำหน้าที่ตุลาการจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่พิเศษที่จัดไว้โดยเฉพาะ ย่อมแสดงให้เห็นอยู่แล้วว่า การใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทย่อมมิใช่การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายในลักษณะทั่ว ๆ ไป ที่รัฐพึงใช้บังคับกับประชาชนในกรณีปกติ

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 629.

¹¹ โปยม เลขยานนท์, "อำนาจตุลาการ," บทบัญญัติ (ธันวาคม 2514) : 732.

ทั้งนี้เนื่องจากการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ถือเป็นขั้นตอนที่สำคัญในการสร้างความยุติธรรมแก่คู่กรณีอย่างแท้จริง จำเป็นจะต้องมีการจัดการใช้อำนาจให้อยู่ในลักษณะที่สามารถอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนได้อย่างเพียงพอ จึงไม่อาจจัดอยู่ภายใต้การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างเดียวกันกับการใช้อำนาจบริหาร ซึ่งเป็นการสนับสนุนความเห็นของอีกฝ่ายหนึ่ง มีความเห็นว่า อำนาจตุลาการนั้นเมื่ออยู่อย่างแท้จริง และต้องจัดให้เป็นอำนาจอีกอำนาจหนึ่งที่มีได้รวมอยู่ในอำนาจในการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอันเป็นอำนาจบริหาร

เหตุผลที่สนับสนุนความเห็นของฝ่ายที่เห็นว่า อำนาจตุลาการมีอยู่อย่างแท้จริงนั้น เกิดจากการพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างอำนาจตุลาการ กับการบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องทั่ว ๆ ไป โดยที่อำนาจตุลาการนี้ แม้จะอ้างได้ว่าเป็นเพียงการพิจารณาเพื่อลงโทษบังคับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย อันเป็นเรื่องต่อเนื่องจากการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยใช้การลงโทษ การบังคับ ต่อตัวบุคคลก็ตาม แต่แท้ที่จริงแล้วการใช้อำนาจตุลาการ ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น มิได้เป็นเพียงการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นการค้นคว้า และวิเคราะห์กฎหมายว่า กฎหมายที่มีอยู่นั้น จะใช้บังคับแก่กรณีพิพาทได้หรือไม่¹² เพียงใด อันเป็นขั้นตอนการใช้อำนาจในการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมาย ผู้ที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในการชี้ขาดกฎหมายว่ากฎหมายใดครอบคลุมถึงกรณีพิพาทในคดีหรือไม่ เพียงใด จะเป็นเจ้าหน้าที่ผู้มีประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียในการบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอยู่แล้วไม่ได้ อำนาจตุลาการจึงต้องเป็นอิสระจากอำนาจอื่นและไม่อาจรวมอยู่ในอำนาจบริหารได้ เทียบเคียงได้จากการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจจับกุมผู้ต้องหาว่ากระทำความผิด หากปล่อยให้ฝ่ายบริหารเข้ามาวินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ในการจับกุมของฝ่ายบริหารเองแล้ว ความยุติธรรมย่อมไม่เกิดขึ้น อำนาจตุลาการจึงมิใช่เป็นเพียงอำนาจในการบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย อันเป็นเพียงส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารเท่านั้น หากแต่อำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการวินิจฉัยกฎหมาย เพื่อประโยชน์ใน

¹² เรื่องเดียวกัน.

การตัดสินใจข้อพิพาทให้เด็ดขาดและเป็นที่ยุติ¹³ ซึ่งเป็นอีกขั้นตอนหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษ และไม่อาจจะจัดรวมอยู่เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารได้

การที่อำนาจตุลาการจะมีผลบังคับไปในทางปฏิบัติภายในรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงใดขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการโดยตรง อันได้แก่ การจัดองค์กรของอำนาจตุลาการ และในส่วนที่อยู่นอกเหนือไปจากอำนาจตุลาการ อันได้แก่ การใช้อำนาจรัฐในทางนิติบัญญัติ บริหาร แต่ปัจจัยที่สำคัญในการจัดให้อำนาจตุลาการทรงประสิทธิภาพ สามารถอำนวยความสะดวกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง จะต้องเริ่มพิจารณาที่การจัดองค์กรของอำนาจตุลาการ อันเป็นปัจจัยที่เกื้อหนุนส่งเสริมพันธกิจในทางปฏิบัติของอำนาจตุลาการเสียก่อน

การจัดองค์กรของอำนาจตุลาการในที่นี้หมายถึง การดำเนินการจัดองค์กรของอำนาจตุลาการทั้งในส่วนของการจัดโครงสร้างองค์กรตุลาการ บุคคลสายฝ่ายตุลาการ และการใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมาย ล้ำพียงแต่เพียงการจัดให้มีองค์กรของอำนาจตุลาการเพียงอย่างเดียว ก็ยังไม่สามารถกล่าวได้ว่าอำนาจตุลาการที่มีอยู่นั้น จะดำเนินไปได้สมดังเจตนารมณ์ หากต้องพิจารณาต่อไปถึงการจัดองค์กรของอำนาจตุลาการ ให้มีลักษณะที่ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งอำนาจตุลาการที่มุ่งอำนวยความสะดวกให้ประชาชนอย่างแท้จริงอีกด้วย ซึ่งอาจกระทำได้โดยการจัดองค์ประกอบภายในองค์กรของอำนาจตุลาการให้มีความเป็นอิสระ ประกอบกับการจัดองค์ประกอบภายนอกองค์กรของอำนาจตุลาการ โดยการจัดการใช้อำนาจรัฐในส่วนอื่นที่นอกเหนือไปจากอำนาจตุลาการ มิให้เข้ามาแทรกแซงการดำเนินงานในองค์กรของอำนาจตุลาการแล้ว อำนาจตุลาการก็จะมีผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยทางการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายได้อย่างแท้จริง

¹³ หลวงประดิษฐมนูธรรม, "คำอธิบายกฎหมายปกครอง," ใน ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) หน้า 278.

2.2 อำนาจตุลาการตามทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตย

เมื่ออำนาจตุลาการเป็นอำนาจหนึ่งที่มีอยู่ควบคู่ไปกับการดำรงอยู่ของรัฐแล้ว การจัดให้อำนาจตุลาการสามารถมีผลบังคับภายในรัฐได้อย่างแท้จริง และอยู่ในหนทางที่สามารถอำนวยการความยุติธรรมแก่ประชาชน จำเป็นต้องอาศัยกระบวนการในการจัดการใช้อำนาจภายในรัฐที่มีลักษณะของการดำเนินการภายใต้วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสียก่อน ซึ่งในเรื่องดังกล่าว ทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยได้เข้ามาเป็นหลักสำคัญที่นำไปใช้ในการจัดการใช้อำนาจภายในของรัฐ เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยที่การจัดการใช้อำนาจตุลาการก็เป็นขั้นตอนหนึ่งซึ่งรัฐจะต้องดำเนินการตามทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยไปพร้อมกับการจัดการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย

ก่อนที่จะกล่าวถึงการจัดการใช้อำนาจภายในรัฐ อันเป็นเรื่องของทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตย และการนำทฤษฎีไปใช้ในทางปฏิบัตินั้น สมควรที่จะพิจารณาถึงคำว่าอำนาจอธิปไตยเสียก่อนว่ามีความหมาย พัฒนาการทางแนวความคิดเป็นประการใด เพื่อประโยชน์ในการสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้น จากการยึดถือแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยแต่เพียงอย่างเดียว โดยปราศจากแนวคิดในการจัดการใช้อำนาจอธิปไตยตามทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตย อันเป็นแนวคิดที่เข้ามาแก้ปัญหาในยุคต่อมา

คำว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) หมายถึง อำนาจสูงสุด ซึ่งในทางกฎหมายมหาชนถือว่า เป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยเป็นอำนาจที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของประเทศอย่างแท้จริง วิจารณ์ได้จากที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของผู้ใด เว้นแต่จะเป็นไปด้วยความสมัครใจ และอำนาจอธิปไตยนี้ ยังเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความเป็นรัฐ ตลอดจนเป็น

เครื่องแสดงว่า ดินแดนนั้นเป็นรัฐหรือเป็นประเทศเอกราชหรือไม่¹⁴

แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยมีพัฒนาการมาจากแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจสูงสุด (Supremacy) ที่ปรัชญาฝ่ายสำนักกฎหมายธรรมชาติที่กล่าวถึง ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดของพระเจ้า (Supremacy of God) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่รุ่งเรืองไปพร้อมกับศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกในต้นสมัยกลาง แต่ในยุคต่อมานักบุญโทมัส อควีโนัส ได้กล่าวถึงทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตปาปา (Supremacy of the Pope) โดยมีความมุ่งหมายในการสร้างฐานอำนาจของศาสนจักรให้อยู่เหนืออำนาจของฝ่ายอาณาจักร พระสันตปาปาจึงทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดในโลก จะเป็นรองก็แต่เพียงพระเจ้าเท่านั้น การปกครองอาณาจักรในยุคดังกล่าว จึงต้องเป็นไปโดยความเห็นชอบจากพระสันตปาปา ดังจะเห็นได้จากการขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์ในยุคนั้น ที่จะต้องผ่านพิธีการสวมมงกุฎโดยพระสันตปาปาเสียก่อน¹⁵

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดดังกล่าว เริ่มจากการอ้างอิงอำนาจของพระเจ้าเป็นเจ้าซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่อาจสัมผัสได้ และกลายมาเป็นอำนาจสูงสุดของพระสันตปาปาแต่ก็เป็นการอ้างอิงถึงที่มาแห่งอำนาจสูงสุดจากพระเจ้าเช่นเดียวกัน ในเวลาต่อมาฝ่ายอาณาจักรมีความเข้มแข็งขึ้น ในขณะที่ฝ่ายศาสนจักรเริ่มเสื่อมอำนาจลงตั้งแต่ช่วงปลายสมัยกลาง อำนาจสูงสุดในความเป็นจริง ย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่าอยู่กับฝ่ายอาณาจักร ซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในอาณาจักร แต่ก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับจากฝ่ายศาสนจักรที่พยายามจะอ้างทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดของพระสันตปาปาที่เชื่อกันอยู่แต่เดิม ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์ (Supremacy of the king) จึงเกิดขึ้นโดยฌอง โบแดง (Jean Bodin) เป็นผู้สร้างทฤษฎีดังกล่าวและมีการเรียกอำนาจสูงสุดว่า อำนาจอธิปไตย

¹⁴ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 212.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 215.

(Sovereignty) เป็นครั้งแรก¹⁶

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์นี้ เป็นการปฏิเสธอำนาจของพระสันตปาปาที่มีต่ออาณาจักรในยุคก่อน โดยรับรองว่าพระมหากษัตริย์เท่านั้นที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดอันเรียกว่า อำนาจอธิปไตย ซึ่งคำว่า อำนาจอธิปไตยนี้มีลักษณะเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ได้รับการกำหนดขอบเขตของอำนาจสูงสุดที่แน่นอนตามอาณาเขตของประเทศ อันเป็นลักษณะการกำหนดขอบเขตของอำนาจที่มีความแน่นอนยิ่งกว่าการกำหนดขอบเขตของอำนาจสูงสุด ตามทฤษฎีที่ว่าด้วยอำนาจสูงสุดเป็นของพระผู้เป็นเจ้าของเจ้าซึ่งเป็นแนวคิดในยุคก่อน ที่เชื่อกันว่า อำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้านั้นไม่มีขอบเขต สามารถใช้ได้ในทุกหนทุกแห่ง ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงของการใช้อำนาจภายในอาณาจักรที่เปลี่ยนแปลงไป

การที่โบแดงสร้างทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย โดยจัดให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดนี้ ทำให้เกิดการปกครองในระบอบลัทธิบิชอปนิยม¹⁷ พระมหากษัตริย์มีอำนาจในการปกครองประเทศอย่างเต็มที่ทุก ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในคดี จนกระทั่งเป็นที่เข้าใจว่าพระมหากษัตริย์กับรัฐเป็นสิ่งเดียวกัน ดังจะพิจารณาได้จากคำกล่าวของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ที่ว่า "รัฐคือตัวข้า" อันเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่า พระมหากษัตริย์คือ ผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดในแผ่นดินเป็นเด็ดขาดอย่างแท้จริง

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 213.

¹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์-นิติธรรม, 2537) หน้าที่ 25-26.

ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบการปกครองที่เอื้ออำนวยต่อการใช้อำนาจในการปกครองในทางที่จะสร้างความกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้โดยง่าย เนื่องจากไม่มีหลักประกันอันใดที่จะควบคุมการใช้อำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์ให้เป็นไปในหนทางที่ถูกที่ควร ทุกสิ่งล้วนอยู่ภายใต้พระราชประสงค์ของพระมหากษัตริย์ทั้งสิ้น ซึ่งในเวลาต่อมาตามประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศสก็ปรากฏว่า พระมหากษัตริย์ไม่ได้ตั้งอยู่ในความเป็นธรรม มีการกระทำที่เป็นการกดขี่ข่มเหงราษฎรมากยิ่งขึ้น แนวคิดใหม่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย เพื่อประโยชน์ในการจำกัดหรือคานอำนาจของพระมหากษัตริย์จึงเริ่มเกิดขึ้น ดังจะพิจารณาได้จากทฤษฎีว่าด้วยสัญญาประชาคมของรูสโซ (Jean Jaque Rousseau)

ทฤษฎีว่าด้วยสัญญาประชาคมกล่าวว่าคือ อำนาจอธิปไตยว่าเป็นสิ่งที่มีอยู่ประจำตัวมนุษย์ทุก ๆ คน เมื่อมนุษย์เข้ามารวมกันเป็นสิ่งคมแล้ว มนุษย์ก็ได้มอบอำนาจของตนให้กับสิ่งคมร่วมกันในลักษณะของการทำสัญญาประชาคม ซึ่งสิ่งคมอาจมอบหมายให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชนก็ได้ ตราบเท่าที่ประชาชนยินยอมพร้อมใจ¹⁸ การอธิบายถึงอำนาจอธิปไตยตามทฤษฎีดังกล่าว เป็นการอ้างความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยว่าเป็นของประชาชนทุกคนในสิ่งคม พระมหากษัตริย์ที่ถือเป็นผู้เข้ามาใช้อำนาจแทนประชาชน ย่อมไม่อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจ จนกระทั่งส่งผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงได้ พระมหากษัตริย์ในรัฐที่ยึดถือการจัดการใช้อำนาจตามทฤษฎีสัญญาประชาคม จึงเป็นแต่เพียงผู้ใช้อำนาจ มิใช่เจ้าของอำนาจสูงสุดที่จะใช้อำนาจของตนกระทำการอย่างใดก็ได้ ซึ่งเป็นการสร้างแนวทางในการแก้ไขปัญหา การใช้อำนาจอธิปไตย โดยการอ้างถึงความเป็นเจ้าของอำนาจ เพื่อให้ผู้ใช้อำนาจได้ตระหนักถึงที่มาแห่งอำนาจของตน และมีตระวังในการใช้อำนาจยิ่งขึ้น

พัฒนาการทางแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยที่กล่าวมาข้างต้นนี้ จะเป็นการเน้นหนักถึงตัวอำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตย กับผู้เป็นเจ้าของอำนาจนั้น ซึ่งต่อมากลุ่มมีการเปลี่ยนแปลง

¹⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ , หน้า 219.

แปลงแนวคิดเกี่ยวกับผู้เป็นเจ้าของเรื่อยมาตามลำดับ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า การจัดการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นขั้นตอนของการใช้อำนาจในการปกครองประเทศในทางปฏิบัติ ยังไม่ได้รับการกล่าวถึงแต่ประการใด ลำพังเพียงทฤษฎีที่อธิบายถึงความมีอยู่ของอำนาจอธิปไตยว่า มีอยู่ควบคู่ไปกับความเป็นรัฐกับการอธิบายว่าผู้ใดเป็นผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ยังไม่เพียงพอแก่การจัดการจัดระบบการใช้อำนาจปกครองภายในรัฐให้เป็นไปในลักษณะที่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเพียงพอ จนกระทั่งแนวคิดเกี่ยวกับการแยกอำนาจอธิปไตยเกิดขึ้นและได้รับการนำไปปฏิบัติในยุคต่อมา

อย่างไรก็ดี อำนาจอธิปไตยก็เป็นสิ่งที่อยู่ควบคู่กับความเป็นรัฐเสมอไม่เปลี่ยนแปลง และกล่าวได้ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐซึ่งมีสถานะเป็นบุคคลในนามธรรม หรือนิติบุคคล¹⁹ สามารถดำเนินกิจกรรมทางการปกครองรัฐได้อย่างสมบูรณ์ แต่สิ่งที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยและรัฐที่มีการเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัยก็คือ ผู้เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยอาจจะเป็นบุคคลคนเดียวเช่น พระมหากษัตริย์ หรือคณะบุคคลที่ใช้อำนาจทางองค์กรต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นในการจัดระบบการปกครองรัฐสมัยใหม่ก็ได้

หากจะพิจารณาถึงการปกครองของไทยก็จะเห็นได้ว่า ไทยก็เคยมีการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาก่อน เมื่อไทยมีความเป็นรัฐแล้ว อำนาจอธิปไตยก็คงอยู่ควบคู่กับความ เป็นรัฐตลอดมา โดยผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ก็คือ พระมหากษัตริย์การใช้อำนาจอธิปไตยในการปกครองประเทศ ไม่ว่าจะเป็นภารกิจด้านใด จึงขึ้นอยู่กับพระมหากษัตริย์ว่าจะทรงพระราชดำริไปในแนวทางใด การจัดการใช้อำนาจอธิปไตยในยุคต่อมาไม่ว่าจะเป็นการจัดการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ จึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเช่นเดียวกัน เพียงแต่นัดหมายในการนำทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย และการจัดการใช้อำนาจอธิปไตยตามทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยจะมีความแตกต่างจากเหตุการณ์ในประเทศไทยต่างบ้าง ดังจะได้พิจารณาต่อไป

¹⁹ วรพจน์ วิศรุตนิษฐ์, "ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ," นิติศาสตร์ : 573.

2.2.2 การแยกอำนาจอธิปไตยกับอำนาจตุลาการ

เมื่อทฤษฎีว่าด้วยรัฐและอำนาจอธิปไตยที่อธิบายว่า อำนาจอธิปไตยจะต้องมีอยู่ควบคู่กับความเป็นรัฐเกิดขึ้นและได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางแล้ว แต่ในทางปฏิบัติจะพบว่า ยังไม่สามารถแก้ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐได้ เนื่องจากทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐและอำนาจอธิปไตยมุ่งเน้นในการป้องกันการแทรกแซงการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรอื่นที่มีใช้รัฐ โดยยืนยันถึงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเท่านั้น ทำให้ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย หรือผู้เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการปกครองรัฐ และปรากฏว่ามีการใช้อำนาจไปในทางที่สร้างความกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยไม่มีมาตรการใดที่จะเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวได้

แนวคิดที่จะเข้ามาแก้ปัญหาการใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐ จึงเกิดขึ้นมาเพื่อจัดให้การใช้อำนาจภายในรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม และเป็นการสร้างหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐให้มีผลในทางปฏิบัติ โดยการกำหนดกระบวนการในการใช้อำนาจที่แน่นอนและเป็นระบบ ซึ่งแนวคิดที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวคิดที่สามารถนำไปใช้ในการจัดการใช้อำนาจการปกครองรัฐให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการสร้างหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดีก็คือ ทฤษฎีว่าด้วยการแยกอำนาจอธิปไตย

แนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจที่ใช้ในการจัดระบบการใช้อำนาจการปกครองภายในรัฐ มีวิวัฒนาการเริ่มมาจากแนวคิดของเจมส์ ฮาร์ริงตัน (James Harrington) ที่เป็นผู้เสนอหลักการปกครอง โดยกฎหมายที่ชัดเจนในยุคกลาง โดยเขาได้ให้ข้อสังเกตว่าการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เข้าด้วยกันจะก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในการปกครอง²⁰ แนวคิดดังกล่าว

²⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "หลักการแบ่งแยกอำนาจ," ใน อนุสรณ์งานพระราชทาน เพลิงศพน ศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โทตระกิตย์ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อัมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน) , 2540) หน้า 309.

ถือได้ว่าเป็นการเริ่มต้นในการเสนอให้นำกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการจัดการปกครอง และแยกพิจารณาการใช้อำนาจรัฐออกเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติและการใช้อำนาจบริหาร แล้ววิเคราะห์ถึงอันตรายที่เกิดจากการรวมอำนาจทั้งสอง และต่อมา จอห์น ล็อก (John Locke) ได้ อธิบายเพิ่มเติมว่า อำนาจในการออกกฎหมายและอำนาจบังคับตามกฎหมายไม่ควรที่จะรวมอยู่ในบุคคลเดียวกัน เพราะจะทำให้เกิดการออกกฎหมายเพื่อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายกับตนเอง หรืออาจเกิดการออกกฎหมายเพื่อประโยชน์ส่วนตนได้ เห็นว่า อำนาจภายในรัฐมีอยู่ 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารกิจการภายในรัฐ หรือการบังคับใช้กฎหมายภายในรัฐ และอำนาจบริหารกิจการภายนอกหรือ อำนาจบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ แต่ล็อก มิได้กล่าวถึง อำนาจตุลาการแต่อย่างใด เพราะยังมีความเห็นว่า เป็นอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายที่รวมอยู่ในฝ่ายบริหารแล้ว²¹ จะเห็นได้ว่าแนวคิดของล็อก ดังกล่าว มีการวิเคราะห์ถึงการแยกอำนาจในการปกครองรัฐออกเป็นอำนาจทางด้านต่าง ๆ และได้วิเคราะห์ถึงผลเสียจากการรวมการใช้อำนาจที่ชัดเจนยิ่งขึ้น พร้อมเสนอแนวทางการแก้ปัญหา โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ

สำหรับทฤษฎี เกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจที่ได้รับการเผยแพร่ไปอย่างกว้างขวาง และได้รับการยอมรับมากที่สุดนั้นคือ ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเยอ (Montesquieu) ซึ่งปรากฏในวรรณกรรมเรื่อง "เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย" โดยได้ให้ทัศนะเกี่ยวกับเสรีภาพ และการแบ่งแยกอำนาจของริบโดซ์ไว้ว่า เสรีภาพ หมายถึง การที่บุคคลสามารถกระทำการในสิ่งที่ตนต้องประสงค์ และการที่บุคคลไม่ต้องถูกบังคับในสิ่งที่ตนไม่ต้องการ บุคคลผู้มีเสรีภาพย่อมสามารถทำอะไรก็ได้ที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำ เสรีภาพอาจเกิดขึ้นในรัฐได้ไม่ว่าการปกครองจะอยู่ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ หรือการมีรัฐบาลแบบสาธารณรัฐ เว้นเสียแต่การปกครองแบบทรราชย์เท่านั้นที่ไม่อาจเกิดเสรีภาพขึ้นได้ เป็นเช่นนั้นเนื่องจากเสรีภาพนั้นมีได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของอำนาจปกครองรัฐว่า ตกอยู่กับบุคคลใด เป็นของใคร แต่เสรีภาพขึ้นอยู่กับการใช้อำนาจที่มีลักษณะอ่อนตัวลงจากข้อจำกัดการใช้อำนาจโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การที่บุคคลผู้ใช้อำนาจมีอำนาจอย่างไม่มีข้อจำกัด ย่อมเป็นการนำไปสู่การใช้อำนาจเกินขอบ

²¹ เรื่องเดียวกัน.

เขต อันเป็นการทำลายเสรีภาพนั่นเอง การแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเท่านั้น ที่จะนำมาซึ่งอำนาจที่อ่อนตัวลง และยิ่งเกิดเสรีภาพตามมา²²

การแบ่งแยกอำนาจภายในรัฐนั้น มองเตสกีเออ กล่าวได้ว่า ในทุกรัฐจะมีอำนาจอยู่ 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจปฏิบัติการสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน และอำนาจปฏิบัติการสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง²³

อำนาจนิติบัญญัติคือ อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้สำหรับระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดกาล รวมทั้งอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่แล้ว สำหรับอำนาจปฏิบัติการสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน หรืออำนาจบริหารของรัฐ ก็คือ อำนาจในการรักษาความสงบสุขหรือทำสงคราม ส่งเอกอัครราชทูตไปประจำอยู่ต่างประเทศหรือยอมรับเอกอัครราชทูตจากต่างประเทศ การรักษาความมั่นคงภายใน และป้องกันการรุกรานจากภายนอก ส่วนอำนาจปฏิบัติการสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่งนี้ คือ อำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา หรือพิพากษาข้อพิพาทระหว่างเอกชน หรือที่เรียกกันว่า อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี

รัฐบาลที่ดีต้อง เป็นรัฐบาลที่อำนาจแต่ละอำนาจใช้โดยองค์กรแต่ละองค์กรที่แยกต่างหากจากกัน²⁴ เมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือองค์กรของเจ้าหน้าที่เดียวกัน เสรีภาพย่อมไม่อาจหลงเหลืออยู่ได้เลยเพราะอาจเป็นที่เกรงว่าบุคคลคนเดียวหรือ

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1, หน้า 52.

²³ ชาลส์ ลอว์สัน, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธรรมสาร จำกัด, 2538) หน้า 24-25.

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1, หน้า 52.

องค์กรของเจ้าหน้าที่เด็วกันนั้น อาจออกกฎหมายพระราชอำนาจ เพื่อบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างพระราชอำนาจได้ และทุกสิ่งทุกอย่างจะสูญสิ้นไปหมด หากบุคคลคนเด็วกัน หรือกลุ่มบุคคลเด็วกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสามอย่าง กล่าวคือ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายมหาชน และอำนาจในการพิจารณาพิพากษาผู้กระทำผิดทางอาญาหรือข้อพิพาทระหว่างเอกชน²⁵

นอกจากนี้ มองเตสกีเออ ยังกล่าวด้วยองรัฐธรรมนูญของอังกฤษว่า ในบรรดาประเทศที่มีเสรีภาพทางการเมืองด้วยกันแล้ว ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีเสรีภาพทางการเมืองมากที่สุด เพราะว่าอำนาจหน้าที่ของรัฐได้แบ่งแยกไปยังองค์กรต่าง ๆ กัน ไม่มีองค์กรหนึ่งองค์กรใดที่จะมีอำนาจโดยเด็ดขาดที่จะบีบบังคับประชาชนได้ ในขณะที่เสรีภาพของประชาชนจะมีไม่ได้เลยหรือมีอยู่แต่เพียงส่วนน้อย ถ้าหากอำนาจเหล่านี้ไปรวมอยู่ที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเพียงคนเดียว หรือองค์กรหนึ่งองค์กรใดเพียงองค์กรเด็วตัวตั้ง เช่นการปกครองประเทศในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เนื่องจากบุคคลใดก็ตามที่มีอำนาจแล้วก็มีจะใช้อำนาจนั้นเกินขอบเขตเสมอ และจะใช้อำนาจนั้นจนกว่าจะถึงขีดจำกัดเท่าที่ตนจะใช้อำนาจนั้นได้ เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงต้องทำให้อำนาจหยุดยั้งอำนาจตามวิถีทางของมันเอง²⁶

ทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตยดังกล่าวดังกล่าวทำให้เกิดการตีความในระยะแรกว่า การจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองรัฐจะต้องมีการแยกอำนาจออกเป็น 3 อย่าง คือ อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการและต้องแบ่งองค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละอำนาจแยกออกจากกันด้วยคือ จัดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ รัฐบาล หรือฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร ศาล หรือฝ่าย

²⁵ HAURIOU, GICQUEL, et GE'LARD, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, e'd. Editions Montcherstien, 1975, P. 235-236, อ้างไว้ในชาญชัย แสวงศักดิ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เล่ม 1, หน้า 25.

²⁶ HAVRIOU, GICQUEL, et GE'LARD, อ้างแล้วในเรื่องเด็วกัน.

ตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ และเมื่อประเทศต่าง ๆ นำทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยไปใช้ในการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองประเทศ ก็ทำให้เกิดระบบการเมืองที่มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด²⁷ ดังจะพิจารณาได้จากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ที่วางหลักการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองประเทศ โดยยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างค่อนข้างจะเด็ดขาด องค์กรทางการเมืองจึงมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันน้อยที่สุด

อย่างไรก็ดี การตีความทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยไปในทิศทางที่จะต้องจัดให้มีการแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดในการปกครองประเทศ อาจทำให้เกิดปัญหาจากการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบของหน่วยงานต่าง ๆ จนกระทั่งรัฐบาลอาจไม่สามารถดำเนินการอย่างใดได้ในเวลาที่เกิดวิกฤตการณ์ และอาจกล่าวได้ว่า การจัดรูปแบบการปกครองโดยยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดนั้นเป็นไปได้ไม่ได้ในความเป็นจริง เนื่องจากเป็นหลักการที่อยู่ในอุดมคติมากเกินไป ดังจะเห็นได้จากการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองที่ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด ฝ่ายนิติบัญญัติก็สามารถออกกฎหมายมายังคับในเรื่องอะไรก็ได้ โดยปราศจากหนทางเหนียวรั้ง จึงจำเป็นต้องหาทางออกให้แต่ละอำนาจมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันบ้าง ไม่ใช่ปล่อยให้แต่ละอำนาจสามารถกระทำการไปได้คนละทิศคนละทาง จึงเรียกความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ นี้ว่า "การคานและตุลแห่งอำนาจ" (check and balance of power)

แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอิทธิพลเหนืออำนาจอื่น เนื่องจากเป็นฝ่ายที่ออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติตาม แต่การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอิทธิพลเหนืออำนาจอื่นก็มีได้เป็นอุปสรรคต่อการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองตามหลักการแยกอำนาจเพราะว่า เหตุผลสำคัญในการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครอง ตามหลักการแยกอำนาจตามทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยนั้นอยู่ที่การป้องกันมิให้ผู้ใดทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดเด็ดขาดเพียงผู้เดียว จนกระทั่งอาจเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนการจัดผู้ใช้อำนาจแต่ละฝ่ายให้เป็นอิสระไม่ขึ้นแก่กัน ผู้ใช้อำนาจหนึ่งไม่สามารถ

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

ถอดถอนผู้ใช้อำนาจอีกอำนาจหนึ่งตามอำเภอใจไม่ได้ก็เป็นการเพียงพอต่อการจัดระบบการปกครอง ตามหลักการแยกอำนาจแล้ว ไม่จำเป็นที่ต้องพิจารณาอีกว่าอำนาจฝ่ายใดจะมีอิทธิพลเหนืออำนาจอื่น อันเป็นการพิจารณาที่ลักษณะของอำนาจแต่ละอำนาจเสียมากกว่า การที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับให้อำนาจหนึ่งตั้งผู้ใช้อำนาจอีกอำนาจหนึ่ง เช่น อำนาจนิติบัญญัติตั้งผู้ใช้อำนาจบริหาร ผู้ใช้อำนาจบริหารตั้งผู้พิพากษา ก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากไม่เป็นการทำให้ผู้ใช้อำนาจที่ได้รับการแต่งตั้งจากอีกอำนาจหนึ่ง สูญเสียอิสระในการใช้อำนาจแต่ประการใด การป้องกันการรวมศูนย์อำนาจตามหลักการแยกอำนาจ ยังคงอยู่และถือว่าเป็นการมอบอำนาจจากประชาชนอีกด้วย²⁸

ในปัจจุบันการบัญญัติถึงหลักการแยกอำนาจอธิบายโดยตามรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยจะเป็นเรื่องของการจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิบายโดยให้มีการกระจาย (distribution) การใช้อำนาจอธิบายในการกระทำทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้เข้ามาใช้อำนาจในแต่ละอำนาจแยกต่างหากจากกัน ซึ่งแต่ละองค์กรต่างก็มีความเป็นอิสระในการใช้อำนาจอธิบายโดยกระทำการตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ โดยปราศจากการตกอยู่ภายใต้คำสั่ง หรือการบังคับบัญชาจากองค์กรอื่น ความหมายของการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) จึงมิได้หมายถึงการแบ่งแยกลงไปในตัวอำนาจอธิบาย ซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันไม่สามารถแบ่งแยกได้ หรือมิได้หมายถึง การแบ่งแยกลักษณะของการใช้อำนาจอธิบาย ซึ่งเป็นการแบ่งแยกตามเหตุผลของเรื่อง การใช้อำนาจ แต่การแบ่งแยกอำนาจหมายถึงการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิบาย เพื่อป้องกันมิให้การใช้อำนาจอธิบายไปรวมศูนย์ (concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว²⁹ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการแบ่งแยกอำนาจในลักษณะของการแบ่งแยกหน้าที่ (distribution of powers)

²⁸ เตือน บุนนาค, "การแยกอำนาจ," นิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 3 : 23-25.

²⁹ วรพจน์ วิศรุตนิษฐ์, "ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ," นิติศาสตร์ : 574.

เท่านั้น^{๑๐}

จากความหมายของทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยที่หมายถึง การจัดการใช้อำนาจภายในรัฐ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่องค์กรหรือองค์กรใดเพียงองค์กรเดียว ซึ่งเป็น การพิจารณาในขั้นตอนต่อเนื่องลง ไปจากทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย ที่เป็นการอธิบายถึงการมีอยู่ และความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การนำหลักการตามทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยมาใช้ในการจัดระบบการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็เป็นการกระทำที่เป็นไปได้ เนื่องจากในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้ แม้ว่าอำนาจอธิปไตยจะเป็นของพระมหากษัตริย์ แต่ถ้าพระมหากษัตริย์มีพระราชประสงค์ที่จะจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการจัดองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองรัฐแยกจากกันตามการใช้อำนาจที่ได้รับการแบ่งแยกมา ก็ สามารถกระทำได้ตรงเท่าที่พระมหากษัตริย์ทรงปล่อยให้องค์กรผู้ใช้อำนาจฝ่ายต่าง ๆ ดำเนินกิจการตามที่ได้รับมอบหมายไปได้ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ทรงรวมศูนย์อำนาจกลับมาที่พระองค์ อย่างเด็ดขาด

การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองประเทศในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้ จะเห็นตัวอย่างได้จาก การจัดการปกครองประเทศไทยในระยะที่มีการนัดนางองค์กรที่ใช้อำนาจฝ่ายตุลาการไปค่อนข้างมากแล้ว และศาลก็มีความเป็นอิสระจากองค์กรอื่น โดยที่พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงเข้าแทรกแซงการใช้อำนาจในการพิจารณาคดีแต่อย่างใด ซึ่งในเรื่องดังกล่าวท่านผู้ทรงคุณวุฒิได้เคยอธิบายไว้เมื่อประมาณปีพุทธศักราช 2474 ว่า "ในประเทศสยาม อำนาจสูงสุดทั้งสิ้นนี้เป็นของพระมหากษัตริย์ แต่ถัดจากพระองค์ลงไปก็มีทบวงการเมืองต่าง ๆ ซึ่งได้รับมอบหมายจากพระองค์ให้ใช้อำนาจเหล่านี้ เหตุฉะนั้น การแบ่งแยกอำนาจในประเทศสยามก็อาจมีได้ใน

^{๑๐} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "หลักการแห่งแยกอำนาจ," ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โทตระกิตย์, หน้า 308.

ระหว่างทรวงต่าง ๆ จึงได้รับมอบหมายอำนาจจากพระมหากษัตริย์³¹ และอาจถือได้ว่าเป็นลักษณะการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองประเทศที่เอื้ออำนาจต่อการจัดระบบการปกครอง โดยการนำหลักการแยกอำนาจมาใช้ได้อย่างเต็มรูปแบบ ทั้งในส่วนของการจัดการใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ในยุคต่อมาภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ผลจากการจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองประเทศตามทฤษฎีการแยกอำนาจ อธิปไตยที่มีต่ออำนาจตุลาการนั้น นอกจากผลที่มีต่อการจัดองค์กรตุลาการ อันได้แก่ศาลต่าง ๆ ให้เป็นองค์กรที่รับผิดชอบในการใช้อำนาจตุลาการแต่เพียงองค์กรเดียว โดยไม่เปิดโอกาสให้องค์กรอื่น ที่มีใช้ศาลเข้ามาใช้อำนาจตุลาการแล้ว หลักการที่เข้ามาส่งเสริมให้การปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายตุลาการสามารถดำเนินไปได้สมดังเจตนารมณ์ในการจัดระบบการปกครองตามทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยก็คือ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เนื่องจากการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ทางตุลาการออกจากองค์กรอื่นไปแล้ว เพียงอย่างเดียวนั้น ยังไม่เป็นการเพียงพอ ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาก้าวล่วงอำนาจตุลาการ หรือเข้ามาใช้อำนาจเหนือตุลาการโดยตรง หรือโดยปริยายอีกด้วย มิฉะนั้น จะไม่อาจกล่าวได้ว่า การนำหลักการแยกอำนาจมาใช้ในการจัดระบบการปกครองประเทศประสบผลสำเร็จแล้ว จึงกล่าวได้ว่า ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจะมีอยู่ได้เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับวิธีการแบ่งแยกหน้าที่ตุลาการให้เสร็จเด็ดขาดออกไปจากอำนาจฝ่ายบริหาร³² และฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษานี้ เป็นหลักที่ทำให้ผู้พิพากษามีอิสระในการตัดสินใจคดีตามกฎหมายได้โดยปราศจากอคติ ความลำเอียง จากการศึกษาไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอำนาจ

³¹ หลวงประดิษฐมนูธรรม, "คำอธิบายกฎหมายปกครอง," ใน ประชุมกฎหมายมหาชน และเอกสารของ ปรีดี พนมยงค์, หน้า 170.

³² พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์, "ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา," บทนี้พิเศษ (มีนาคม 2513 : 19.

ฝ่ายอื่น (independence of the judiciary) เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีได้หมายความว่า ผู้พิพากษาจะใช้อำนาจอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจโดยไม่มีผู้ใดมาบังคับ³³ เพราะว่าผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายที่ให้อำนาจในการตัดสินคดีโดยตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีอยู่จริงหรือไม่ มีอยู่มากหรือน้อยเพียงใด อาจพิจารณาได้จากการบริหารงานบุคลากรฝ่ายตุลาการ อันได้แก่การแต่งตั้ง โยกย้าย ถอดถอนผู้พิพากษาว่าในการบริหารงานบุคลากรฝ่ายตุลาการนั้น อำนาจฝ่ายบริหารหรืออำนาจนิติบัญญัติสามารถเข้ามามีส่วนในการบริหารงานบุคลากรฝ่ายตุลาการได้เพียงใด ซึ่งลำพังแต่เพียงการที่อำนาจฝ่ายอื่นเข้ามามีส่วนในการแต่งตั้งผู้พิพากษายังถือได้ว่า อิสระของผู้พิพากษายังไม่ถูกระทบกระเทือนเท่าใดนัก เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นก่อนการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ และผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างอิสระ แต่ในเรื่องของการโยกย้าย การถอนถอนผู้พิพากษานั้น ถ้าหากฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาเป็นผู้มีอำนาจในการโยกย้าย ถอดถอนผู้พิพากษาได้อย่างเด็ดขาดแล้ว ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาก็จะถูกทำลายลงอย่างสิ้นเชิง³⁴ ซึ่งจะส่งผลให้การจัดองค์กรของอำนาจตุลาการไม่เป็นไปตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย

อย่างไรก็ดีความเป็นอิสระของผู้พิพากษานี้ มีข้อสังเกตว่า ความเป็นอิสระ และความเป็นกลางของผู้พิพากษาย่อมขึ้นอยู่กับจิตสำนึก และวัตรปฏิบัติของผู้พิพากษาด้วย³⁵ เนื่องจากการแยกศาลออกจากองค์กรทางการเมืองอย่างเด็ดขาด โดยมีกฎหมายที่เป็นหลักประกันให้ผู้พิพากษาสามารถ

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³³ โยม เลขยานนท์, "อำนาจตุลาการ," บทบัญญัติ : 733.

³⁴ เรื่องเดียวกัน.

³⁵ วรพจน์ วิศุทธิ์, "ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ," นิติศาสตร์ : 575.

ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระ เป็นเพียงการดำเนินการส่วนหนึ่งของการจัดองค์กรของอำนาจตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเท่านั้น การจัดองค์กรของอำนาจตุลาการตามทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตยจะประสบผลสำเร็จเพียงใด จะต้องอาศัยความร่วมมือจากตัวผู้พิพากษาประกอบกันด้วย

การพิจารณาผลของการจัดระบบการปกครองประเทศตามทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตย นอกจากจะพิจารณาผลในแง่มุมมองของการคุ้มครองให้องค์กรของอำนาจตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ไปได้ โดยปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรฝ่ายอื่นแล้ว ในทางกลับกัน องค์กรของอำนาจตุลาการก็จะถูกจำกัดมิให้เข้าไปแทรกแซงการใช้อำนาจฝ่ายอื่นด้วย ดังจะเห็นได้จากหลักการห้ามศาลเข้าไปเกี่ยวข้องกับหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการวางหลักให้คำพิพากษามีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี ไม่สามารถบังคับใช้เป็นการทั่วไปได้อย่างกฎหมาย หรือจากหลักการห้ามศาลเข้าไปเกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหาร เช่น การวางหลักห้ามศาลรับวินิจฉัยสั่งการเสียเองแทนฝ่ายปกครอง เป็นต้น^{๖๖} และในสถานการณ์ของบุคลากรฝ่ายตุลาการกับการใช้อำนาจรัฐขององค์กรอื่น ที่มีใช้องค์กรของอำนาจตุลาการนั้น การเป็นผู้พิพากษา ตุลาการ ถือเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้ได้รับแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นเช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ทางปกครอง ในเวลาเดียวกันกับการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา ตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดระบบการใช้อำนาจในการปกครองประเทศจะได้มีลักษณะเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและทฤษฎีการแยกอำนาจอริปไตยโดยสมบูรณ์แบบ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^{๖๖} เตือน บุณนาค และไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (พระนคร: โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2477) หน้า 362 - 363.