

บทที่ ๑

ทฤษฎีและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องในการศึกษา

ในการศึกษาเรื่องศาลปกครองนี้ จำเป็นจะต้องกล่าวถึงทฤษฎีและแนวความคิดบางประการที่เกี่ยวข้องด้วย ทฤษฎีที่ไม่อาจจะมองข้ามไปได้เลยก็คือทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่สำคัญอย่างยิ่งในทางรัฐศาสตร์ เหตุที่นำทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจมาศึกษาก็เนื่องจากทฤษฎีนี้มีความเกี่ยวข้องกับปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองของไทยอย่างมากในประเด็นที่ว่า อุปสรรคที่สำคัญยิ่งประการหนึ่งซึ่งทำให้ประเทศไทยเรายังไม่อาจจะมีศาลปกครองมาจนทุกวันนี้ ก็คือการแตกแยกในค่านิยมแนวความคิดที่ว่าศาลปกครองควรจะสังกัดอยู่กับองค์กรใด ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจได้ถูกนำมากล่าวอ้างอยู่เสมอโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากองค์กรศาลยุติธรรม ส่วนองค์กรบริหารก็ได้กล่าวอ้างทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจโดยการตีความไปอีกแนวทางหนึ่ง เมื่อความคิดที่จะจัดตั้งศาลปกครอง เกิดความแตกแยกกันเช่นนี้ก็ทำให้พลังที่จะผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครอง เกิดความอ่อนแอลง และเป็นผลที่ทำให้เกิดอุปสรรคต่อการจัดตั้ง ดังนั้นการนำเอาทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจมาทำการศึกษาก็มีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อที่จะทำความเข้าใจให้แจ่มแจ้งในเบื้องต้นเสียก่อนถึง เนื้อหาสาระสำคัญและ เจตจำนงอันแท้จริงของทฤษฎีนี้

สำหรับแนวความคิดอีกประการหนึ่งซึ่งจะขอนำมาศึกษาค้นคว้าก็คือ แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหารซึ่งเกี่ยวข้องอย่างมากกับเรื่องที่จะทำการศึกษา เพราะศาลปกครองจัดเป็นองค์กรหนึ่งที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแล

การปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะฝ่ายปกครองให้มีความถูกต้องตามกฎหมายและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น การนำเอาแนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหารมากล่าวถึงก็จะ เป็นประโยชน์ในการที่ทำให้เราเข้าใจถึงบทบาทและความสำคัญของศาลปกครอง ทำให้ทราบว่าศาลปกครองอยู่ในส่วนใดของกระบวนการควบคุมฝ่ายบริหาร

๑.๑ ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

กล่าวได้ว่าเจ้าแห่งทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ^๑ ได้แก่ปรัชญาเมธีชาวฝรั่งเศสชื่อ มองเตสกีเออ ซึ่งได้แสดงความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจไว้ในหนังสือ *L'Esprit des Loix* หรือ "จิตนาการมดของกฎหมาย" แต่โดยความเป็นจริงหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้มีมานานแล้ว จะเห็นได้ว่านักปรัชญาหลายท่านได้เคยกล่าวถึงเรื่องการแบ่งแยกอำนาจไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็น

Aristotle, Jean Bodin, Pufendorf และ John Locke

Aristotle คูเหมือนจะเป็นนักปรัชญาคนแรกที่ยพยายามจัดแบ่งองค์กรของรัฐบาล โดยได้เขียนไว้ในหนังสือชื่อ "Politics" ว่ารัฐทุกรัฐ

^๑ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ์ ได้กล่าวให้ความเห็นไว้ว่า การแบ่งแยกอำนาจมีไซ้ทฤษฎี และมีไซ้หลักกฎหมาย แต่เป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่ยู่บนรากฐานของประสบการณ์ โดยมีจุดมุ่งหมายว่ามีให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากจนเกิดการผูกขาดอำนาจ (อ้างใน อมร จันทรมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๔ หน้า ๕๘)

มีองค์ประกอบ ๓ ประการ คือ องค์ประกอบที่ดำเนินงานเกี่ยวกับกิจการ
สาธารณะ, องค์ประกอบเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ และองค์ประกอบเกี่ยวกับอำนาจ
ตุลาการ^๑

ส่วน Jean Bodin ก็ได้เขียนไว้ในหนังสือ "De La Republique"
เกี่ยวกับระบบสมบูรณาญาสิทธิราชที่ถูกต้องกลางบางส่วนว่าอำนาจอธิปไตยแบ่ง
แยกออกได้หลายอำนาจ แต่ไม่ได้กล่าวไว้แน่ชัดว่าแบ่งเป็นอำนาจอะไรบ้าง^๒

สำหรับ ~~Busenard~~ ได้กล่าวไว้ในหนังสือ "De Jure Nature et Gentium"
โดยแบ่งอำนาจอธิปไตยออกไปถึง ๗ อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ, อำนาจที่
จะลงโทษเพราะฝ่าฝืนกฎหมาย, อำนาจที่จะทำสงครามและสงบศึก, อำนาจใน
การทำสนธิสัญญา, อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ, อำนาจเก็บภาษี และอำนาจจัด
การศึกษา^๓

John Locke ก็ได้จำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐออกเป็น ๓ ส่วนโดย
ได้อธิบายไว้ในหนังสือ "Second Treatise of Civil Government"
ว่าอำนาจหน้าที่พื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการแรกในการปกครองก็คือ อำนาจใน
การบัญญัติกฎหมาย ส่วนอำนาจบริหารซึ่ง ล็อค หมายถึงอำนาจในการใช้กฎ
หมายบังคับนั้นเป็นอำนาจรองลงมาแต่ก็มีความจำเป็น ส่วนอำนาจหน้าที่
ประการที่สามก็คืออำนาจในการทำสงครามและสันติภาพ, การทำความสัมพันธ์

^๑ โปรดดูรายละเอียดใน ออมร จันทรสมบูรณ์, เรื่องเดียวกัน., หน้า ๕๐.

^๒ เรื่องเดียวกัน., หน้า ๕๐.

^๓ เค็อน บูนาค, "การแยกอำนาจ" นิตยสาร ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๓
หน้า ๑๗ - ๑๘.

พันธ์กับต่างประเทศ (เป็นที่น่าสังเกตว่า ล็อค ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจตุลาการไว้โดยเฉพาะ)

อย่างไรก็ตามนักปรัชญาการเมืองที่ได้อธิบายว่าเป็นผู้วางหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างแท้จริงก็คือ มองเตสกีเออ ทั้งนี้เพราะมองเตสกีเออ ได้พูดถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจได้อย่างละเอียดและชัดเจนกว่าคนอื่นๆ แนวความคิดเขียนของ เขาก็เป็นที่น่าเชื่อถือเพราะมีลักษณะสมบูรณ์ มีหลักเกณฑ์โดยใช้วิธีสังเกตุการณ์และเปรียบเทียบหาข้อสรุป ดังนั้นทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของ เขาจึง เป็นที่สนใจและมีชื่อเสียงมาก^๒

อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของ มองเตสกีเออ มีรากฐานมาจากแนวความคิดในเรื่อง เสรีภาพทางการเมือง^๓ นั่นก็คือการพยายามหาหลักประกันเกี่ยวกับ เสรีภาพทางการเมืองของประชาชนโดย มองเตสกีเออ ได้พิจารณาถึงความหมายของคำว่าเสรีภาพ โดยกล่าวว่า "เป็นความเข้าใจผิดที่ว่า เสรีภาพคืออำนาจที่จะกระทำตามความปรารถนาอย่างใดอย่างหนึ่งหรือ

^๑ ปรัชญา กานูจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๓), หน้า ๘.

^๒ สุขุม นวลสกุล, ทฤษฎีการเมืองแห่งนิวสมี, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๑๘), หน้า ๘.

^๓ เรื่องการแบ่งแยกอำนาจนั้นเป็นเรื่องที่มองเตสกีเออ อธิบายไว้ในบรรพ ๑๑ ซึ่งมีชื่อว่า "ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดเสรีภาพในทางการเมืองกับธรรมนูญการปกครอง (อ้างใน เกื่อนบุญนาค, อ้างแล้ว., หน้า ๒๐.)

กล่าวได้อีกว่าเป็นความใจดีอย่างมหันต์ที่คิดว่าเสรีภาพคือความเป็นอิสระ^๑ ซึ่งถ้าเข้าใจเสรีภาพในความหมายที่ผิดเช่นนี้ย่อมจะส่งผลร้ายและ เกิดความยุ่งยากขึ้น เพราะถ้าหากมนุษย์มีชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมโดยที่ทั้งหมดเป็นอิสระ หรือมีเสรีภาพที่จะทำอะไรตามใจปรารถนาแล้ว นั่นแหละคือสาเหตุที่จะทำให้เกิดสงครามในรัฐ เพราะมนุษย์ย่อมจะต้องแข่งขันกัน และพยายามจะช่วงชิงสรรพสิ่งที่เขาต้องการมาเป็นของเขา ถึงแม้จะต้องแลกด้วยการใช้กำลัง ความรุนแรงและการบาดเจ็บล้มตาย^๒ มอง เคนส์กิ เออ เห็นว่าสังคมในสภาพเช่นนี้เป็นสังคมที่ไม่อิสระ เขาเชื่อว่าเสรีภาพที่ทรงคุณค่าอย่างแท้จริงคือเสรีภาพที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งอนุญาตให้กระทำในสิ่งที่ควรกระทำ และห้ามมิให้ประพฤติในสิ่งที่ไม่ควรประพฤติ โดยย่ำว่า เสรีภาพคือสิทธิที่จะกระทำในสิ่งที่กฎหมายอนุญาต และถ้าพลเมืองสามารถที่จะกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามเขาย่อมไม่มีเสรีภาพอีกต่อไป เพราะพลเมืองร่วมสังคมอื่นๆ ก็ย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายจะมีมาตรการรักษาเสรีภาพแต่กฎหมายนั้นก็อาจจะเป็นอันตรายต่อเสรีภาพได้เช่นกัน หากกฎหมายนั้นไปห้ามในสิ่งที่ไม่ควรห้าม หรือไปละเมิดเสรีภาพในร่างกาย, ทรัพย์สิน, ความคิดและการแสดงออกของประชาชนในทางที่ถูกต้อง เมื่อมาถึงจุดนี้ก็มีปัญหาเกิดขึ้นว่าจะ

^๑ Thomas L. Pangle, - Montesquieu's Philosophy of Liberalism, A Commentary on the Spirit of The Laws, (Chicago: The University of Chicago Press, 1973) p 109.

^๒ Ibid., p 110.

หารูปการปกครองแบบใด และรูปการปกครองดังกล่าวจะยึดหลักการอะไร ที่จะทำให้อำนาจการปกครองนั้นสามารถปฏิบัติกฎหมายที่สนองตอบและก่อให้เกิด เสรีภาพแก่ประชาชนอย่างแท้จริง โดยมอง เสดกิเออกล่าวไว้ว่า "เสรีภาพ ทางการเมืองของราษฎรคนหนึ่งก็คือความสงบทางจิตใจอันมาจากความรู้สึก ที่ว่าแต่ละคนมีความปลอดภัยเกี่ยวกับตัวเอง และเพื่อที่จะมีเสรีภาพเช่นว่า นี้ได้ ระบอบการปกครองจะต้องเป็นไปในลักษณะที่ว่าราษฎรคนหนึ่งไม่ต้อง เกรงกลัวราษฎรอีกคนหนึ่ง" นั่นก็คือความรู้สึกของราษฎรที่เกิดความมั่นคง ปลอดภัยในตัวเอง เมื่อเขาได้ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ที่เขาปรารถนา

ดังนั้นเพื่อที่จะหาหลักการและรูปแบบการปกครองที่เหมาะสม มอง เสดกิเออ จึงได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้โดยกล่าวเป็นเหตุผลว่า "ประสบการณ์ที่มีอยู่และเห็นอยู่ตลอดเวลาที่คนมนุษย์ทุกคนที่มีอำนาจมักจะดู แกร่างอำนาจ เขาจะไม่หยุดยั้งจนกว่าเขาจะพบขอบเขตจำกัด แต่ใครจะบอก ได้แน่แต่คุณธรรมเองก็ยังจำเป็นจะต้องมีขอบเขต" และจากนี้เอง มอง เสดกิเออ ก็ได้ตอบคำถามที่ว่าวิธีอย่างไรที่จะแก้ไขการดูกร่างอำนาจนี้ได้ ด้วย ถ้อยคำที่มีชื่อเสียงและเป็นที่มาแห่งทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจที่ว่า "ฉะนั้นเพื่อป้องกันการใช้อำนาจไปในทางที่ผิดจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องจัดและกำหนดให้อำนาจยับยั้งอำนาจ" (บทที่ ๒ หมวด ๑๑ ของหนังสือ 'L' Esprit des Lois) ความหมายของมอง เสดกิเออ ก็คือไม่ควรให้อำนาจหน้าที่ทั้งหมดอยู่ในมือของ องค์การใดองค์การหนึ่ง ควรจะให้กระจายกันไปหลายๆ องค์การเพื่อป้องกันการใช้ อำนาจโดยการฉวยดุลย์ระหว่างองค์การต่างๆ คือให้องค์กรเหล่านั้นใช้

^๑ Ibid., p 113.

อำนาจสูงสุดร่วมกัน มองเตสกีเออ ได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เป็นหลัก
 ประกัน "ความปลอดภัย" ของราษฎร กล่าวคือสิทธิเสรีภาพของราษฎรจะได้
 รับหลักประกันเมื่อน้ำที่แต่ละหน้าที่ของรัฐอยู่ที่องค์กรต่างๆ กัน แต่ละองค์กร
 ต่างอยู่ในกรอบของหน้าที่ของตนดังนี้ "อำนาจก็จะหยุดยั้งอำนาจ" หรือจะ
 กล่าวได้อีกว่า หลักการสำคัญของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจก็คือความเป็น
 อิสระแห่งองค์กรต่างๆ โดยต่างฝ่ายต่างขึ้นต่อกันและกันน้อยที่สุดเท่าที่จะน้อย
 ได้ ไม่ว่าจะเป็นในด้านการจัดตั้งองค์กรหรือในค่านอำนาจที่แต่ละฝ่ายได้รับ
 มอบหมาย^๒

มองเตสกีเออ เห็นว่ารัฐมีกิจการอยู่ ๓ ประการ และมีการใช้อำนาจอยู่ ๓ ชนิด คือ

ประการแรก รัฐออกกฎหมายมาบังคับการดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป อำนาจในการออกกฎหมาย, การแก้ไขกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมายคืออำนาจนิติบัญญัติ

ประการที่สอง รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประเทศเพื่อนบ้านเคารพในเอกราชอธิปไตยของประเทศ และการใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนได้เคารพกฎหมาย

^๑ พงศ์เพ็ญ ศกุนตารักษ์, "ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจกับการปกครองในระบบอบประชาธิปไตย" วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ฉบับพิเศษรวมบทความทางวิชาการ อนุสรณ์ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ศิริพรการพิมพ์ ๒๕๒๓) หน้า ๑๙๐.

^๒ เรื่องเดียวกัน., หน้า ๑๙๐.

ภาระกิจนี้เป็นภาระกิจที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย มอง เสดกิ เออ
 เรียกอำนาจนี้ว่า อำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายมหาชน
 ประการสุดท้าย รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการ
 กระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่าง เอกชน
 ที่อยู่ภายใต้กฎหมาย กรณีนี้เป็นภาระกิจในการปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียว
 กัน แต่ภาระกิจนี้ต่างกับภาระกิจที่สอง เพราะเป็นอำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับ
 กิจการตามกฎหมายแพ่ง^๑ จากสภาพในขณะนั้น มอง เสดกิ เออ เห็นว่าอำนาจ
 นิติบัญญัติควรให้ประชาชนและกลุ่มอภิชนเป็นผู้ใช้อำนาจผ่านทางสถาบันรัฐสภา
 ซึ่งประกอบด้วยสภาอภิชน(สภาสูง) และสภาประชาชน(สภาล่าง) ถ่วงดุลย์
 ซึ่งกันและกัน อำนาจบริหารหรืออำนาจในการปฏิบัติตามกฎหมายมหาชนควร
 อยู่ในมือของกษัตริย์โดยมีขุนนางเป็นผู้ช่วย ส่วนอำนาจในการปฏิบัติตาม
 กฎหมายแพ่ง หรืออำนาจตุลาการนั้นควรอยู่ในมือขององค์กรซึ่งไม่ใช่องค์กร
 ประจำ แต่เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเป็นครั้งคราว เมื่อมีคดีเกิดขึ้นและสิ้นสุดลง เมื่อ
 พิจารณาคดีเสร็จเรียบร้อยแล้ว เพื่อให้คนเกรงกลัวในเรื่องอำนาจของสถาบัน
 ไม่ใช่ตัวบุคคล^๒ มอง เสดกิ เออ ยืนยันว่า "ทุกสิ่งทุกอย่างจะสูญหายไปหมด
 ถ้าคนๆ หนึ่งเกี่ยวกับหรือกลุ่มผู้ปกครองกลุ่มเดียวกัน หรือพวกขุนนางหรือประชา
 ชนใช้อำนาจทั้งสาม อันได้แก่อำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการคำ
 เนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจตัดสินอาชญากรรมและข้อพิพาทระ
 หว่างเอกชน และเมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารถูกรวมอยู่ใน
 บุคคลหรือองค์กรเดียว เสรีภาพก็จะสูญไปเพราะความหวาดกลัวเกิดขึ้นเนื่อง

^๑อมร จันทรสมนุญ, อางแลว.,, หน้า ๕๑ - ๕๒

^๒สุม นวลสกุล, อางแลว.,, หน้า ๕๔



จากกษัตริย์ หรือสถาบันที่มีอำนาจแต่ผู้เดียวนั้นอาจบัญญัติกฎหมายแบบพระราช
หรือบริหารตามแบบพระราช และเช่นเดียวกันเสรีภาพจะไม่มีอยู่ถ้าอำนาจ
ตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจบริหาร และอำนาจนิติบัญญัติถ้าหากรวมอยู่กับ
องค์กษัตริย์หรือสภาและเสรีภาพของผู้ถูกปกครองจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบ
พลการ เพราะตุลาการอาจประพฤติชั่วอย่างรุนแรงและกดขี่^๑

ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจซึ่งปรากฏในหนังสือ "เจตนารมณ์แห่ง
กฎหมาย" เล่ม ๑๑ ในชื่อเรื่อง "ว่าด้วยกฎหมายซึ่งสถาปนาอิสระภาพทาง
การเมืองตามรัฐธรรมนูญ" มองเตสกีเออ ได้กล่าวถึงโครงสร้างของรัฐ
ธรรมนูญที่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยเขาได้บรรยายถึงเสรี
ภาพซึ่งเกิดขึ้นในระบบการปกครองของประเทศอังกฤษที่ยึดหลักการแบ่งแยก
อำนาจนิติบัญญัติ, บริหาร และตุลาการเพื่อที่จะให้อำนาจเหล่านี้สมดุลซึ่งกัน
และกัน^๒ ทั้งนี้ภาพของการจัดระเบียบอำนาจตามที่ มองเตสกีเออ กล่าว
ถึงก็คือภาพของระบอบการปกครองของอังกฤษในสมัยนั้นนั่นเอง ในระบอบ
รัฐสภาของอังกฤษ มีอยู่ ๓ พลัง คือ สภาล่าง, สภาสูง และกษัตริย์ ใน

สภาสูงจะดุลย์พลังของสภาล่าง และในทำนองเดียวกันสภาล่างก็จะดุลย์
สภาสูง พลังของฝ่ายบริหารคือกษัตริย์จะดุลย์ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งได้แก่รัฐสภา
ต่างฝ่ายต่างดุลย์ซึ่งกันและกัน สำหรับกรณีนี้อาจจะเกิดปัญหาที่ว่าหากพลังทั้ง
สามเท่าเทียมกันต่างฝ่ายต่างดุลย์กันเช่นนี้ระบอบการปกครองจะดำเนินไป
อย่างไร มองเตสกีเออ ได้ให้คำตอบว่าระบอบการปกครองจะดำเนินไป

^๑ Montesquieu, L'Esprit des Lois, book 11 part 6.

^๒ George H. Sabine, A history of Political Theory,
(Illinois : Dryden Press, 1973), p 513.

ด้วยความเป็นและ เหตุการบังคับที่จะทำให้มีการตัดสินใจ ในที่สุดดังทั้งสาม ก็หาจูงยินยอมด้วยกันได้ กล่าวได้ว่าความประทับใจจากการใช้ชีวิตในประเทศอังกฤษอยู่ประมาณปีครึ่งได้ทำความรู้จักมักคุ้นกับนักการเมืองของอังกฤษ, รัฐธรรมนูญอังกฤษ เป็นสิ่งที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของเขาอย่างมากจนถึงกับนำโครงสร้างของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาใช้เป็นแบบอย่างในทฤษฎีการเมืองของเขา

กล่าวได้ว่าแนวความคิดของมองเตสกีเออ มีอิทธิพลต่อม่างาระบบการเมืองในศตวรรษที่ ๑๙ และต้นศตวรรษที่ ๒๐ อย่างมาก จากแนวความคิดของเขาทำให้ความสนใจของคนในยุคหลังๆ มุ่งไปสู่จุดเดียวกัน นั่นคือการที่มีระบอบการเมืองที่มีเสรีภาพเป็นจุดหมาย ความสนใจมุ่งไปสู่จุดเดียวกันก่อให้เกิดขบวนการรัฐธรรมนูญนิยมขึ้น จะเห็นได้จากปฏิญญาวาดวลสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๗๘๙ กล่าวไว้ในมาตรา ๑๖ ว่า "ไม่ว่าจะในสังคมใดก็ตาม หากไม่มีการค้ำประกันสิทธิเสรีภาพของปวงชน และไม่มีการแบ่งแยกอำนาจแล้วไซ้ สังคมนั้นหาได้มีรัฐธรรมนูญไม่" ความเชื่อมั่นและยึดถือในหลักการนี้ในหลายประเทศจนกลายเป็นสิ่งสากล และเชื่อกันว่าหลักการนี้เป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ของรัฐบาลประชาธิปไตย ^๒ นอกจากนี้หลักการแบ่งแยกอำนาจ

* โกลินทร์ วงศ์สุววัฒน์, ความเป็นมาของการปกครองในระบบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์, ๒๕๑๘), หน้า ๒.

^๒ เฉษฐชาติ วงศ์โกมลเชษฐ, หลักรัฐศาสตร์, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, ๒๕๑๘), หน้า ๓๑๖.

ของมอง เสดกิเออ ยังได้มีอิทธิพลต่อการสถาปนาระบบประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาอีกด้วย แต่ดูเหมือนว่าสหรัฐอเมริกาจะไม่ไกลกว่าความคิดของมอง เสดกิเออมาก คือเป็นการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดถึงขนาดยกอำนาจตุลาการเทียบเท่าอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

อย่างไรก็ตามประเทศต่างๆ ที่นำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในต่างก็ตีความการแบ่งแยกอำนาจว่า หมายถึงการมอบอำนาจเป็นส่วนๆ ให้แก่องค์กรต่างๆ กัน ความเข้าใจดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลที่สำคัญประการหนึ่ง คือองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจหนึ่งย่อมจะต้องใช้อำนาจนี้แต่ผู้เดียว ไม่อาจแบ่งสรรรวมอำนาจกับองค์กรอื่น หรืออยู่ที่อำนาจขององค์กรอื่น หมายถึงว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งแยกออกเป็นส่วนต่างๆ ได้ ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วอำนาจอธิปไตยไม่อาจจะแบ่งแยกออกไปได้ อำนาจอธิปไตยจะต้องมีเพียงหนึ่งเดียวและเป็นอำนาจสูงสุด Jean Bodin ได้กล่าวไว้อย่างน่าฟังว่า "อำนาจอธิปไตยถ้ามีหนึ่ง สอง หรือสามอำนาจ ก็จะไม่มีการใดเลยที่เป็นอำนาจอธิปไตย"^๒ Mr. Berlia นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้กล่าวถึงจุดมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ว่า "อธิปไตยย่อมมีเพียงหนึ่ง และเป็นของชาติเท่านั้น ชาติได้มอบอำนาจต่างๆ แก่องค์กรโดยให้มีองค์กรแบ่งแยกกันใช้ หลักการแบ่งแยกอำนาจมีความสำคัญ คือ ทำให้ชาติเป็นสิ่งที่สมบูรณ์และไม่อาจมองเห็นได้ สามารถมีตัวมีตนอยู่ได้โดยอาศัยการมอบอำนาจให้

^๑ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทักษิ, อ้างแล้ว., หน้า ๑๗๑.

^๒ Les Six Livres de la République อ้างใน พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทักษิ อ้างแล้ว., หน้า ๑๗๒.

แก่องค์กรต่างๆ ไปดำเนินการโดยองค์กรจะเป็นผู้กระทำแทนชาติ^๑

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจของ มองเตสกีเออมีได้มีจุดมุ่งหมายให้เป็นการแบ่งแยกอำนาจ เกิดขาดคั้งที่ปราชญ์รุ่นหลังบางคนตีความไว้ มองเตสกีเออ เพียงแต่กล่าวยืนยันว่าอำนาจบริหาร, อำนาจนิติบัญญัติ และ อำนาจตุลาการ จะต้องไม่ตกอยู่ในมือของบุคคลหรือสถาบันหนึ่ง เพียงสถาบันเดียว เพราะจะทำให้การปกครองสายกลางสูญหายไปทันที และเสรีภาพทางการเมืองของประชาชนจะหมดไป^๒ เพราะฉะนั้นหลักการแยกอำนาจดังกล่าวจึง เป็น เรื่องการคูลย์อำนาจมากกว่าที่จะเป็น เรื่องการแยกอำนาจ โดยเฉพาะการคูลย์กันระหว่างสองอำนาจทางการเมือง คืออำนาจนิติบัญญัติ กับอำนาจบริหาร^๓

มองเตสกีเออ ได้เขียนหนังสือแสดงความคิดเห็นโดยอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมในขณะนั้น(ในช่วงศตวรรษที่ ๑๘) เมื่อพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วจะพบว่า มีเจตนาที่จะให้มีการยอมรับการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจของกษัตริย์ ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจบริหาร เพราะว่าเป็นช่วงที่กษัตริย์ของฝรั่งเศส คือพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ ทรงรวบอำนาจทุกอย่างไว้ทั้งหมด คืออำนาจนิติบัญญัติ, อำนาจบริหาร และแม้อำนาจตุลาการ และดำเนินการบริหาร

^๑ อมร จันทรสุมบุรณ์, อ่างแลว., หน้า ๕๔ - ๕๕.

^๒ สุขุม นวลสกุล, อ่างแลว., หน้า ๕๕.

^๓ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, อ่างแลว., หน้า ๑๓๐.

ประเทศทำให้สภาพเศรษฐกิจและสังคมของฝรั่งเศสประสบความเหลวแหลก^๑ ซึ่งทำให้มองเตสกีเออ เกิดความไม่พอใจและมองสภาพการณ์ดังกล่าวว่ามีต้นเหตุมาจากการที่กษัตริย์มีอำนาจมากเกินไป หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นวิธีการที่มองเตสกีเออ ใ้หาเหตุผลมาสนับสนุนข้อคิดเห็นของตนในการลดอำนาจของกษัตริย์^๒

ข้อสัง เกตประการหนึ่ง เกี่ยวกับแนวความคิดของมองเตสกีเออก็คือ เขาเข้าใจระบบการปกครองของอังกฤษผิดพลาดไปโดยไ้ยกย่องว่าประเทศอังกฤษมีการแบ่งแยกอำนาจที่ที่สุด ซึ่งความจริงแล้วถึงแม้ในอังกฤษจะมีอำนาจนิติบัญญัติ, อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการอยู่ก็จริง แต่ทว่าองค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่ง หรือสถาบันของรัฐสถาบันใดสถาบันหนึ่งมิได้มีหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ แต่ต่างฝ่ายต่างใช้อำนาจไ้หลายอำนาจและต่างกัน เช่นกรณีของผู้พิพากษาของอังกฤษซึ่ง เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการแต่ผู้พิพากษาก็มีอำนาจในการบริหารด้วย เพราะเป็นผู้ออกใบอนุญาตการค้าสุรา และยังใช้อำนาจนิติบัญญัติเพราะศาลของอังกฤษเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาของ

^๑ รายละเอียดโปรดดู เอ็ม เจ ฮาร์มอน เขียน, เสน่ห์ จามริก แปล, ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๒), หน้า ๓๒๖ - ๓๓๒.

^๒ ต่อมาภายหลังประเทศต่างๆ ก็โดยอมรับเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพื่อนำมาเป็นสาเหตุของการลดอำนาจของกษัตริย์ซึ่งรวมทั้งประเทศไทยด้วย โดยไ้มีการบัญญัติหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. ๒๔๗๕ เป็นต้นมา.



ศาลด้วยตนเอง หรือในกรณีของรัฐมนตรีซึ่ง เป็นฝ่ายบริหาร รัฐมนตรีก็เป็นสมาชิก
สภานิติบัญญัติด้วย และยังมีอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร หรือแม้
แต่ในบางครั้งก็มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจ
หรือในกรณีของสภานิติบัญญัติสภาสูง เองก็เป็นศาลสูงสุดของอังกฤษด้วย หรือแม้
แต่ในสภาผู้แทนก็ยังใช้อำนาจตุลาการอยู่ด้วย คืออำนาจในการวินิจฉัยคำร้องเรียน
ว่ามีการละเมิดเอกลิทธิหรือความคุ้มกันของสมาชิกของตนหรือของสภา

J.F. Garner นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษถึงกับสรุปว่าการแบ่งแยก
อำนาจของอังกฤษตามแนวความคิดของ มองเตสกีเออ ไม่เคยมีอยู่ในอังกฤษเลย
และก็ไม่เป็นการสมควรที่จะให้มีการแบ่งแยกอำนาจในทำนองนั้นด้วย เพราะเป็น
การยากที่จะชี้ลงไปว่าเรื่องอะไร เป็นเรื่องของอำนาจใด การพยายามที่จะแบ่ง
แยกลักษณะของอำนาจ เป็นสิ่งที่ไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด ^๒

กล่าวโดยสรุปแล้วทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจมีประเด็นที่สำคัญคือ
ประการแรก ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจไม่ได้หมายถึงการแบ่งอำนาจออกไปโดยออก
เป็นส่วนๆ การแบ่งแยกอำนาจมีความหมายแต่เพียงการจัดระเบียบอำนาจใน
ลักษณะที่ไม่ให้มีการรวบรวมการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐทั้งสามไว้ที่องค์กรเดียวกัน
เพราะถ้าเป็นเช่นนี้แล้วการใช้อำนาจย่อมบังเกิดขึ้นได้ง่ายจึงต้องมอบหมายหน้าที่
แต่ละหน้าที่ให้กับองค์กรต่างๆ กัน

^๑ อมร จันทรสมบูรณ์, อ้างแล้ว., หน้า ๕๓ - ๕๔.

^๒ J. F. Garner, Administrative Law, (London: Butterworths, 1974) p 13.

ประการที่สอง ระหว่างองค์กรการเมืองของรัฐจะมีการใช้อำนาจ
ของแต่ละฝ่ายร่วมกันเสมอไม่มากก็น้อยสุดแล้วแต่ลักษณะโครงสร้างของอำนาจ

ประการที่สาม อำนาจอธิปไตยยังคงไว้ซึ่งความเป็น
เอกภาพโดยสมบูรณ์ ไม่ได้แบ่งออกเป็น ๓ ส่วนตามลักษณะหน้าที่ของรัฐ
ในระบอบประชาธิปไตยขององค์กรที่เป็นสัณฐานหนึ่ง เอกภาพนี้ในทางนิตินัยก็คือ
องค์กรนิติบัญญัติ สัณฐานหนึ่ง เอกภาพนี้แสดงออกโดยการที่องค์กรนิติบัญญัติ
เป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ, สามารถยกเลิกมาตรการต่างๆ ของฝ่ายบริหาร
กำหนดหน้าที่ฝ่ายตุลาการ

ประการที่สี่ การแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึงการแบ่งแยกองค์กร
ที่ใช้อำนาจด้วย ถ้าองค์กรใดขององค์กรหนึ่งมีอำนาจมากกว่าปรกติก็คือว่าหลัก
การแบ่งแยกอำนาจถูกละเมิด

ประการที่ห้า หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นต้องเสมอไปที่จะต้อง
ให้องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน องค์กรหนึ่งอาจจะมีอำนาจ
เหนือกว่าอีกองค์กรหนึ่ง แต่ข้อสำคัญคืออำนาจที่เหนือกว่านั้นต้องมีใช้อยู่เหนือ
กว่าในลักษณะที่เด็ดขาด และอำนาจที่อยู่ภายใต้ก็จะต้องมีมาตรการที่เป็นหลัก
ประกันในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนได้พอสมควร ^๒

เมื่อพิจารณาตามสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันแล้วจะพบว่าทฤษฎี
การแบ่งแยกอำนาจไม่ตรงกับความเป็นจริงและเป็นทฤษฎีที่ล้าสมัยไปแล้วด้วย

^๑ พงศ์เพ็ญ ศกุนตารักษ์, อ่างแล้ว., หน้า ๑๘๒.

^๒ ออมร จันทรสมบูรณ์, อ่างแล้ว., หน้า ๕๕.

เหตุผล ๓ ประการ

ประการแรก ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจขัดกับข้อเท็จจริงด้วยเหตุผล
 ที่ว่า ทฤษฎีนี้มุ่งสร้างคุลย์อำนาจไม่ให้อำนาจต่างๆ ของรัฐมารวมอยู่ที่องค์กร
 เดียวกัน แต่จากการวิเคราะห์ระบบการปกครองร่วมสมัยหลายระบบ จะเห็น
 ว่าในทางความเป็นจริงแล้วระบอบการปกครอง เหล่านี้เป็นระบอบรวมอำนาจใน
 ลักษณะที่รัฐสภาเป็นฝ่ายครอบงำรัฐบาล (กรณีระบอบรัฐสภาของฝรั่งเศสภายใต้
 สาธารณรัฐที่ ๓ , ๔) หรือไม่ก็เป็นการรวมอำนาจโดยรัฐบาลเป็นฝ่ายครอบ
 งำสภา (กรณีสหราชอาณาจักร)

ประการที่สอง ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจได้รับการจัดตั้งในยุคที่พรรค
 การเมืองยังไม่มี หรืออย่างน้อยก็ไม่ใช่พรรคการเมืองในรูปสมัยใหม่ ปัญหา
 ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในยุคนั้นเป็นปัญหาทางสถาบันเป็นสำคัญ เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้อง
 กับองค์กรต่างๆ ทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับอำนาจขององค์กรเหล่านี้รวมตลอด
 ถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรซึ่งทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจยังสามารถช่วยคุลย์
 อำนาจระหว่างองค์กรต่างๆ ได้ตามสมควร แต่ในปัจจุบันพรรคการเมือง เป็น
 องค์ประกอบที่สำคัญของชีวิตการเมือง สถาบันต่างๆ เป็นแต่เพียงกรอบทางการเมือง
 เมืองเท่านั้น ดังนั้นทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจจึงค่อนข้างล้าสมัยไปแล้วใน
 ปัจจุบัน เพราะพรรคการเมืองมีบทบาทสำคัญและมีอิทธิพลพอที่จะทำให้เกิดการ
 รวมอำนาจขึ้นได้

ประการสุดท้าย แนวโน้มทั่วไปในสังคมปัจจุบันมีลักษณะที่ฝ่ายบริหาร
 เป็นแกนนำทางการเมืองมากยิ่งขึ้น โดยรัฐบาลได้รับมอบหมายอำนาจตัดสินใจ

* สรุปรมาจากข้อคิดเห็นของ พงศ์เพ็ญ สกุนตาทัย, อ้างแล้ว., หน้า ๑๓๒

ที่สำคัญๆ ไม่ว่าจะออกมาในรูปกฎหมาย หรือมาตรการทางฝ่ายบริหารทั้งนี้ เพราะกิจการต่างๆ ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้อง เสมอ ดังนั้น อำนาจย่อมจะมีเพิ่มขึ้น หรือกล่าวได้ว่ารัฐบาลปกครอง ส่วนสถานนั้นมีบทบาทควบคุมผลของแนวโน้มดังกล่าวนี้ก็คือ ฝ่ายบริหารเป็นแกนนำทางการเมืองมากขึ้น ในสภาพการณ์เช่นนี้ศูนย์อำนาจย่อมจะต้องเคลื่อนไปโดยฝ่ายบริหาร เป็นฝ่ายได้เปรียบ ซึ่งทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่ง เน้นการศูนย์อำนาจ ซึ่งกันและกันขององค์กรที่ใช้อำนาจหมดความหมายลงทุกที

จะเห็นได้ว่าแม้แต่ในสหรัฐอเมริกาซึ่งพยายามยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด ก็ยังต้องยอมรับว่าองค์กรของรัฐบางรูปมีทั้งอำนาจในการบริหาร, อำนาจในการตราข้อบังคับ และอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทรวมอยู่ด้วย

อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจจะขัดกับหลักความเป็นจริงและคุณาสัมัยในสภาพปัจจุบัน แต่การกล่าวอ้างถึงหลักการ เช่นว่านี้ก็ยังมีอยู่เสมอโดยเฉพาะจากองค์กรตุลาการซึ่งไม่ต้องการให้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีต้องถูกแยกออกไป

๑.๒ แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหาร

การควบคุมฝ่ายบริหาร เป็นสิ่งที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในสภาพการณ์ปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะว่าอำนาจของฝ่ายบริหารมีแนวโน้มจะมากเสียยิ่งกว่าอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลหลายประการดังนี้ คือ

* อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายกับความเป็นธรรมในสังคม, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรสัมพันธ์, ๒๕๑๓), หน้า ๗๐.

ประการแรก เนื่องจากความเจริญทางสังคมเป็นไปอย่างรวดเร็ว
และมีความสลับซับซ้อน ทำให้ฝ่ายบริหารมีความจำเป็นจะต้อง เข้าไปควบคุม
เช่น เกี่ยวกับกิจการสวัสดิภาพสังคม, เกี่ยวกับปัญหาแรงงาน

ประการที่สอง เนื่องจากความเจริญทางเทคโนโลยีในด้านต่างๆ
การตรวจกฎหมายเกี่ยวกับกิจการเหล่านี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถจะจัดทำเองได้
จึงต้องอาศัยเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหาร การคัดทอนร่างกฎหมายของฝ่ายบริหาร
ก็เป็นไปโดยยากเพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีความรู้ในรายละเอียด

ประการที่สาม เกิดจากการขยายตัวทางด้านเศรษฐกิจเนื่องจาก
ฝ่ายบริหารต้อง เข้าไปควบคุมทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐวิสาหกิจ

ประการที่สี่ เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐก็เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหาร
ที่จะเข้าไปดำเนินการ โดยเฉพาะประเทศที่ตกอยู่ในสภาวะวิกฤตการณ์ทาง
การเมือง ฝ่ายบริหารก็ยิ่งจะเพิ่มอำนาจมากขึ้น เช่นการประกาศกฎอัยการศึก

ประการที่ห้า การเร่งรัดพัฒนาประเทศโดยเฉพาะประเทศกึ่งพัฒนา
ฝ่ายบริหารก็มีอำนาจมากในกิจการหลายด้านรวมทั้งอำนาจการจ่ายงบประมาณ
ในการพัฒนาประเทศ

จากเหตุผลดังกล่าว เป็นเครื่องยืนยันถึงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร
ซึ่งเพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็ว

ก่อนที่จะพิจารณาดังแนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายบริหารควร
จะทำความเข้าใจถึงองค์กร และกิจกรรมของฝ่ายบริหารกันเสียก่อน กล่าว

วัชรินทร์ บัจเจกวิญญูสกุล, การควบคุมฝ่ายบริหาร, วิทยานิพนธ์ปริญญา
นิติศาสตรมหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๑, หน้า ๑๗ - ๑๘.

ใ้ว่าฝ่ายบริหารคือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการ
สาธารณะ และบังคับใช้กฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่ของฝ่าย
บริหารมีอยู่ ๒ อย่าง คือ

๑. อำนาจหน้าที่ในฐานะรัฐบาล (government)
๒. อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง (administration)

สำหรับกิจกรรมที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติไปในฐานะรัฐบาลนั้นเป็นกิจกรรม
ที่มีลักษณะสำคัญๆ ที่ปฏิบัติไปก็เพื่อความเป็นอยู่, ความมั่นคงของรัฐ และความ
เจริญก้าวหน้าของประเทศ เป็นกิจกรรมที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติไปในฐานะ
โดยคณะรัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยสั่งการ *

ส่วนกิจกรรมที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติไปในฐานะฝ่ายปกครองก็คือการรักษา
ความสงบเรียบร้อยของประชาชน, การสังคมสงเคราะห์, การคมนาคม,
การเกษตร, การเศรษฐกิจและกิจการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ
ประโยชน์ ^๒

สำหรับกิจกรรมที่ฝ่ายบริหารกระทำไปในฐานะรัฐบาลนั้นอยู่ในขอบ
เขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่กำหนดอำนาจของรัฐบาลไว้ ส่วนกิจกรรมที่ฝ่าย
บริหารกระทำไปในฐานะฝ่ายปกครองนั้น อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครอง
ดังนั้นปัญหาการควบคุมฝ่ายบริหารจะต้องแยกออกเป็น ๒ ระดับ กล่าวคือ
ระดับที่ฝ่ายบริหารกระทำในฐานะรัฐบาลจะต้องทำการควบคุมโดยวิถีทางการ
เมือง หรือโดยสภานิติบัญญัติ และระดับฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะฝ่ายปก
ครองจะต้องทำการควบคุมโดยศาล

* เรื่องเดียวกัน., หน้า ๒๐.

๒ เรื่องเดียวกัน., หน้า ๒๑.

กล่าวได้ว่าในประเทศที่เจริญแล้ว กิจกรรมของฝ่ายปกครองย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายปกครองและการควบคุมของศาล ทั้งนี้หมายความว่า ฝ่ายปกครองมีความผูกพันจะต้องดำเนินการปกครองในขอบเขตแห่งกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจ ฝ่ายปกครองก็เหมือนกับเอกชนซึ่งจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ถ้าหากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนกฎหมายเอกชน ผู้ที่อยู่ปกครองก็มีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อบังคับฝ่ายปกครองได้ ระบบการปกครองดังกล่าวเรียกกันว่า ระบบ "นิติรัฐ" *L'Etat Legal*

ดังนั้นระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่ถือเสรีภาพเป็นหลักสำคัญ และมีความมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ปกครองต่อการกระทำของรัฐโดยบังคับฝ่ายปกครองให้ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือกฎหมายย่อมกำหนดหลักการและจำกัดขอบเขตอำนาจในการดำเนินการของฝ่ายปกครองไว้

จะเห็นได้ว่าฝ่ายปกครองนั้นจะทำอะไรก็ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่ทั้งนี้ไม่หมายความว่าฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิเริ่มกระทำการใดๆ ได้เลย ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจที่จะเลิกใช้มาตรการต่างๆ เพื่อให้บรรลุตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ โดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน^๒

กล่าวโดยสรุปแล้วนิติรัฐเป็นรัฐที่ใช้อนุสัญญาควบคุมทั้งองค์กรของรัฐและประชาชน ฉะนั้นในนิติรัฐจึงไม่มีบุคคลใด หรือการกระทำใดนอกเหนือกฎหมายโดยเด็ดขาด^๓ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตยทุกประเทศ

^๑ ประยูร กาญจนกุล, *อ้างแล้ว.*, หน้า ๒๘.

^๒ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๘.

^๓ สุจินต์ ทั้งสุบุตร, *นิติรัฐ*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงรุ่ง การพิมพ์, ๒๕๒๓) หน้า ๒๐๕.

จะต้องอิงหลักนิติรัฐไว้ด้วยเสมอ

การกระทำในทางปกครองโดยหลักการแล้วจะต้องเป็นการกระทำที่
ชอบด้วยกฎหมายเสมอ ถ้าการกระทำในทางปกครองชอบด้วยกฎหมายก็ไม่มี
ปัญหาในเรื่องการควบคุมแต่อย่างใด ปัญหาที่เกิดขึ้นมักจะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง
กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน

การกระทำในทางปกครองที่ถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิด
ขึ้นได้ ๕ ประการ ๑ ใต้แก่

๑. เกิดจากผูกระทำการ ซึ่งจะต้องเป็นการกระทำของผู้มีอำนาจ
หน้าที่ตามกฎหมายที่จะทำกิจการนั้น ถ้าผู้นั้นไม่มีอำนาจหน้าที่มากระทำเข้าก็ย่อม
ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๒. เกิดจากความมุ่งหมาย คือกระทำไปด้วยความมุ่งหมายนอก
เหนือไปจากอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย หรือนอกเหนืออำนาจที่กฎหมายได้
ให้อำนาจไว้

๓. เกิดจากแบบ คือการกระทำผิดแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

๔. เกิดจากการขาดมูลเหตุที่จะอ้างอิงได้ คือกระทำโดยอ้างมูล
เหตุที่ไม่มีอยู่จริง หรือไม่ตรงกับลักษณะของมูลเหตุที่อ้าง เช่นสร้างสถาน
การณ์ขึ้นมาเอง

๕. เกิดจากวัตถุประสงค์ คือการกระทำในทางปกครองมีวัตถุประสงค์
ประสงค์ที่เป็นการขัดต่อกฎหมาย

ประยูร กาญจนกุล, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, คำบรรยายชั้น
ปริญญาโท แผนกตำรวจและคำบรรยาย คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, ๒๕๑๘ (โรเนียว), หน้า ๒๒.

แต่บางครั้งหลักการที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ก็อาจได้รับการยกเว้นในกรณีที่มีเหตุการณ์จำเป็นรีบด่วน ซึ่งถ้าหากไม่ยกเว้นไว้ก็อาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เช่นอำนาจในยามสงครามและในสถานการณ์ฉุกเฉิน

โดยสรุปแล้วปัญหาการควบคุมฝ่ายปกครองนับว่าเป็นปัญหาสำคัญของทุกๆ ประเทศในปัจจุบัน แต่สมัยก่อนปัญหาการควบคุมฝ่ายปกครองจะมีอยู่บ้างก็ไม่ถึงกับเป็นปัญหาที่ยิ่งใหญ่แต่อย่างใด เพราะอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีมากขึ้นและขยายออกไปอย่างมากมาย ดังที่ได้กล่าวแล้วฝ่ายปกครองจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรผู้อยู่ใต้ปกครองมากขึ้นเป็นลำดับ เช่นในทางเศรษฐกิจซึ่งถือเป็นหน้าที่สำคัญของฝ่ายปกครองในการพัฒนาเศรษฐกิจ ได้แก่ การปฏิรูปที่ดิน, การก่อสร้าง, การขนส่ง, การประปา และบริการสาธารณะทั้งหลายก็จะตกอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายปกครองทั้งสิ้น ในด้านชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎร ฝ่ายปกครองก็ขยายตัวออกไปในรูปรัฐสวัสดิการและสิ่งที่เกิดขึ้นพร้อมกับกฎหมายดังกล่าวก็คืออำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งจำเป็นจะต้องได้รับการควบคุม

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาล

ได้แก่การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม

ประเทศที่ใช้การควบคุมแบบนี้ได้แก่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน ซึ่งไม่ถือว่าการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออก

* เรื่องเดียวกัน., หน้า ๒๕.

จากกันเป็นสาระสำคัญเท่าใดนัก โดยถือหลักเอกภาพแห่งกฎหมายเป็นสำคัญกล่าว
คือมีหลักกฎหมายอันเดียวที่ไซ้บังคับแก่ฝ่ายปกครองได้เสมือนไซ้บังคับแก่เอกชนทั่ว
ไป ทั้งนี้เพราะประเทศที่ไซ้ระบบกฎหมายเองไกลแซกซ้อนไม่มีหลักกฎหมายปก
ครอง ดังนั้นเมื่อเกิดคดีปกครองขึ้นก็เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณา

แต่การควบคุมแบบนี้มีอุปสรรคในแง่ที่เกิดจากประเพณีที่ว่า "พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้" (The King can do no wrong) ซึ่งยึดถือมา
ช้านานทำให้เกิดหลักยกเว้นความรับผิดของฝ่ายปกครองที่กระทำผิดในทางปกครอง
คือการเรียกร้องให้ชำระค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดของเจ้าหน้าที่ฝ่าย
ปกครอง จะกระทำมิได้ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐบาล(ของพระมหากษัตริย์)
เสียก่อน

อย่างไรก็ตามปัญหาข้างกล่าวก็ได้รับการแก้ไขไปเมื่อเร็วๆ นี้ โดยประ
เทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงหลักการใหม่ โดยให้ความคุ้มครอง
แก่เอกชนในกรณีที่เกิดปัญหาข้างกล่าว โดยอนุญาตให้ราษฎรฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย
จากฝ่ายปกครองได้^๒

แต่ถึงแม้จะได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักการใหม่แล้ว ปัญหาการ
ควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมก็ยังมียู่ ทั้งนี้ควยสาเหตุที่สำคัญ คือ

๑ เรื่องเดียวกัน. , หน้า ๘๖.
๒ ประเทศอังกฤษไคตรา พ.ร.บ. "The Crown Proceedings Act 1974" และ
สหรัฐอเมริกาไคตรา พ.ร.บ. "The Legislative Reorganization Act 1946"
อนุญาตให้ราษฎรฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองได้.

ประการแรก ความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ผิดพลาดของฝ่ายตุลาการ ที่เข้าใจหลักแบ่งแยกอำนาจว่าอำนาจอธิปไตยแยกออกเป็น ๓ อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ มีลักษณะที่เด็ดขาด^๑ โดยเฉพาะฝ่ายตุลาการที่ต้องมีความเป็นอิสระไม่ควรจะถูกก้าวก่ายโดยฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่เดียวกันฝ่ายตุลาการก็จะไม่เข้าไปก้าวก่ายฝ่ายอื่นๆ ควบเช่นกัน ลักษณะที่ยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเคร่งครัดนี้เอง เมื่อเกิดกรณีพิพาทระหว่าง เอกชนกับฝ่ายปกครอง เข้ามา ยังศาล ศาลมักไม่กล้าพิจารณาตัดสินให้เป็นที่กระทบกระเทือนหรือมีลักษณะที่ก้าวก่ายต่อฝ่ายปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร หรือในบางครั้งก็ยกฟ้องคดีข้อพิพาทดังกล่าว ดังนั้นจึงทำให้ศาลยุติธรรมขาดความเป็นอิสระในการพิพากษาตัดสินความเท่าที่ควร อันเป็นผลกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมที่ให้แก่ราษฎรอย่างมาก

ประการที่สอง ความไม่เหมาะสมเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยการพิจารณาข้อพิพาทในทางปกครอง ถึงแม้เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าผู้พิพากษาศาลยุติธรรมส่วนใหญ่จะมีความเชี่ยวชาญในค่านกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเอกชน ซึ่งในความสามารถ เช่นนี้ไม่เหมาะที่จะนำมาใช้ในการตัดสินคดีปกครองซึ่งบุคคลากรที่จะมาทำหน้าที่นี้จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในค่านกฎหมายมหาชน และจะต้องมีความรู้ความเข้าใจอย่างลึกซึ้ง เกี่ยวกับกลไกบริหารราชการแผ่นดิน

^๑ อานรายละเอียดยุใน อมร จันทรสมบูรณ์, คำบรรยายกฎหมายปกครอง อุดงแล้ว., หน้า ๘๓ - ๘๕.



นอกจากนี้ยังจะต้องมีความรู้เฉพาะเรื่องอันเกี่ยวกับข้อพิพาทต่างๆ ทุกรายในเรื่อง
เรื่องภาษีอากร เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่าการจะพิจารณาจัดตั้งศาลหนึ่งศาลใดขึ้นมาข้อแรก
ที่จะต้องพิจารณาก็คือความมุ่งหมายของการจัดตั้งศาลมั่งได้แก่อำนาจหน้าที่
ของศาลว่าจะให้ศาลที่จัดตั้งขึ้นนั้นวินิจฉัยข้อพิพาทอย่างไรในลักษณะใดและ
เพื่อการนี้จะต้องจัดให้มีผู้พิพากษาที่มีคุณสมบัติและความเชี่ยวชาญเหมาะสมแก่
ข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาล การแต่งตั้งและการถอดถอนผู้พิพากษา
กติก การอุทธรณ์ฎีกาคำพิพากษาของศาลกติก กระบวนการพิจารณาและพิพาก
ษากติก การจัดระบบศาลกติกจะต้องสอดคล้องเหมาะสมที่จะทำให้ศาลอยู่ใน
ฐานะที่อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ได้ผลดีที่สุด แต่จะเห็นได้ว่าจากที่ได้อธิบาย
มาแล้ว ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมยังขาดความเหมาะสมที่จะทำหน้าที่ควบคุมฝ่าย
ปกครอง อันเนื่องมาจากความมุ่งหมายในการจัดตั้งและโครงสร้างของศาล
มิได้กำหนดขึ้นเพื่อพิจารณาคดีปกครองแต่เริ่มแรก แต่เป็นไปในลักษณะที่
นำเอาคดีปกครองไปยึดเยียดให้ศาลยุติธรรมพิจารณามิฉะนั้นก็ก่อให้เกิดอุปสรรค
ในการพิจารณาคดีอย่างแน่นอนเพราะผู้พิพากษาศาลยุติธรรมย่อมจะไม่สามารถ
แยกแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนไม่ให้ปะปนกันได้
ซึ่ง ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้เปรียบเทียบไว้อย่างน่าฟังว่า "ศาลเปรียบเทียบ
เสมือนภาชนะที่บรรจุของ เนื้อหาแท้ๆ ของศาลคือผู้พิพากษา, แนวความคิด
ของผู้พิพากษา, คุณสมบัติและความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษา ถ้าหากเราต้อง
อมร จันทรมบูรณ์, "ศาลปกครอง" ในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราม
คำแหง, บทความและวิเคราะห์ข้อขัดแย้งที่อภิปรายในสถานิติบัญญัติ,
อ้างแล้ว, หน้า ๑๔ - ๑๕.

การบรรจุของที่ต่างกันลงไว้ในภาชนะเดียวกันโดยมิให้ปะปนกันไม่ได้ฉันใดการ
สร้างศาลที่มีแต่ระบบต่างกันและมีความมุ่งหมายต่างกันโดยใช้ผู้พิพากษากลุ่ม
เดียวกันและมีให้แนวความคิดปะปนกันก็ทำไม่ได้ฉันนั้น”

ประการที่สาม โดยปรกติกศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระและมีอำนาจ
อย่างกว้างขวางในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาและคดีแพ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ
เอกชน แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีปกครองนั้น บทบัญญัติที่ให้อำ
นาจศาลยุติธรรมในการตัดสินคดีและยกเลิกการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย
ของฝ่ายปกครองยังมีอยู่น้อย เนื่องจากยังไม่มีการสร้างหลักกฎหมายปก
ครองขึ้นมาเพื่อประกอบการศึกษาพิพากษาคดีปกครอง ดังนั้นศาลยุติธรรม
จึงมักจะหลีกเลี่ยงการพิจารณาโดยอ้างว่าไม่มีอำนาจ หรือไม่ก็ตัดสินคดีปก
ครองโดยใช้หลักกฎหมายเอกชน

เหตุผลที่ยกมาทั้งสามประการนี้เป็นเหตุผลที่ชี้ให้เห็นว่าการควบคุม
ฝ่ายปกครองโดยการมอบให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง
นั้นยังประสบปัญหาอยู่มาก ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ศาล
ยุติธรรมไม่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

เป็นวิธีการของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งได้แยกหลัก
กฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกันโดยเด็ดขาด ดังนั้นจึงถือว่าองค์
กรที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาตามกฎหมายดังกล่าวก็ควรแยกออกจากกันด้วยโดย

ให้ศาลปกครองทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองที่ต้องใช้หลักกฎหมายปกครองมาประ
กอบการพิจารณา ซึ่งรายละเอียดจะได้อธิบายในตอนต่อไป



การควบคุมฝ่ายปกครองโดยการควบคุมภายใน

การควบคุมฝ่ายปกครองที่กระทำภายในทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย

กฎหมายโดยการควบคุมภายในอาจกระทำได้ คือ

๑. การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ที่มีความเสียหายนั้นเอง
ขึ้นอยู่กับว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยอมรับฟังความคิดเห็นของประชาชนหรือไม่
และประชาชนจะเข้าใจสิทธิหน้าที่ของตนตามกฎหมายว่ามีอยู่อย่างไรบ้าง

๒. การอุทธรณ์คำสั่งพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชา
ชั้นเหนือขึ้นไป

๓. การร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการรับเรื่องราวร้องทุกข์ โดยการ
ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการรับเรื่องราวร้องทุกข์จากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยตรง

แต่วิธีการควบคุมฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครอง เองนั้นเป็นวิธีที่ไม่อาจ
ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของเอกชนได้อย่างเพียงพอ เพราะเป็นการ
พิจารณาโดยฝ่ายปกครองที่มีส่วนได้ส่วนเสียในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด
ประเทศที่เจริญแล้วจึงพยายามที่จะให้องค์กรที่เป็นอิสระจากฝ่ายปกครองจริงๆ
เป็นผู้พิจารณาคดีปกครอง โดยอาจจะเป็นศาลปกครองในระบบกฎหมายโรมัน
และศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายแองโกลแซกซอน

* วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล , อ้างแล้ว., หน้า ๘๗.