

ทฤษฎีและปรัชญา เกี่ยวกับอำนาจพิเศษของฝ่ายบริหาร



คงได้กล่าวแล้วข้างต้นว่าอำนาจตามปกติของฝ่ายบริหาร คือการบริหารราชการแผ่นดิน แต่มีปัญหาว่ามีเหตุใดหรือสิ่งใดเป็นเครื่องกำหนดว่า ฝ่ายบริหารต้องมีอำนาจ เช่นว่านั้น และหากใช้อำนาจอื่นด้วยอีกแล้ว จะเป็นเรื่องผิดปกติ หรือเสียหายร้ายแรงอย่างไร ข้อวิพากษ์วิจารณ์เรื่องการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารตลอดมาก็คือ ฝ่ายบริหารไม่ควรใช้อำนาจหน้าที่อย่างอื่นอีก ซึ่งก็มีปัญหาว่า อะไรคือเครื่องกำหนดว่าฝ่ายบริหารไม่ควรใช้อำนาจหน้าที่อย่างอื่นอีก และเหตุใดเราจึงถือว่าการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม ในเมื่ออำนาจ เช่นว่านั้น เป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสิ่งสูงสุดของประเทศกำหนดไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นอำนาจหรือสิทธิอันชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Authority) คำตอบในเรื่องนี้ต้องอาศัยทฤษฎีและปรัชญาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นเครื่องอธิบาย ทฤษฎีและปรัชญาดังกล่าวมีอิทธิพลครอบงำความคิดทางการเมือง การจัดรูปแบบการปกครอง และการยกวางรัฐธรรมนูญตลอดมาทุกยุคทุกสมัย ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

๑. ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ (Theory of the Separation of Power)

เป็นเวลานานหลายศตวรรษมาแล้วที่นักกฎหมาย นักรัฐศาสตร์ นักปรัชญาได้พยายามคิดค้นหาหลักและวิธีการปกครองในอันที่มนุษย์ในสังคม ซึ่งอยู่ร่วมกันจะมีหลักประกันได้รับความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคลของบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และโดยที่การที่มนุษย์เข้าอยู่ร่วมกันเป็นสังคมนั้น เป็นการเข้าอยู่ร่วมกันโดยสมัครใจ ซึ่งแนวความคิดบางทฤษฎีถือว่าเป็นการตกลงเข้าอยู่ร่วมกันโดยสัญญาประชาคม (Social contract) คือมนุษย์ยอมสละความเป็นอิสระบางประการ และยอมเข้าอยู่ใต้อำนาจบังคับ

กฎเกณฑ์อื่นเดียวกัน ข้อบังคับและกฎเกณฑ์ของสังคมนั้น ส่วนที่มีบทบังคับและมีโทษถือว่าเป็นกฎหมาย ส่วนข้อบังคับและกฎเกณฑ์ที่ยืดหยุ่น เป็นแนวทางปฏิบัติ โดยไม่มีบทบังคับถือเป็นวัฒนธรรม ประเพณี และค่านิยม ซึ่งมีสภาพบังคับในทางสังคมแก่ผู้ไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบ

บางทฤษฎีถือว่าการ เข้าอยู่ร่วมกันของมนุษย์นี้โดยแท้จริงแล้ว หากได้มีการทำสัญญา หรือข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันไม่ แต่การที่มนุษย์เข้าอยู่ร่วมกัน เป็นสังคมนั้น เนื่องมาจากสัญชาตญาณ คือมนุษย์ได้รับความรู้สึกปลอดภัยจากการที่ได้อยู่ร่วมกัน และการติดต่อสื่อสารพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ก็เป็นสัญชาตญาณของมนุษย์ประการหนึ่ง^๑ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกัน เป็นสังคมและกลายเป็นสมาชิกของสังคม ก็ย่อมต้องเคารพกฎหมายและกฎเกณฑ์ ซึ่งมนุษย์ร่วมกันสร้างขึ้น และยอมต้องมอบอำนาจบางประการให้เป็นสิทธิแก่สังคม สังคมหรือรัฐจึงมีอำนาจบางประการ ซึ่งเป็นอำนาจของกลุ่มโดยเฉพาะ ได้แก่อำนาจในการปกครอง จักรระบบของสังคม อำนาจในการรักษากฎหมายและลงโทษผู้กระทำความผิด ตลอดจนอำนาจในการสร้างกฎหมาย อำนาจเหล่านี้ถือว่าเป็นอำนาจของสมาชิกในรัฐ ซึ่งสมาชิกไม่สามารถใช้ด้วยตนเองโดยลำพัง และได้มอบให้เป็นอำนาจของรัฐ อำนาจนี้คืออำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตยนี้ ถือเป็นอำนาจสูงสุด และจำเป็นจะต้องมีองค์กรสำหรับเป็นผู้ใช้อำนาจ แต่เดิมถือว่าอำนาจนี้มาจากเบื้องบนสวรรค์ และมีภคิรัยเป็นผู้ใช้อำนาจตามทฤษฎีเทวสิทธิ์ (Divine Right)^๒ ฉะนั้น ในสมัยดั้งเดิมจึงปรากฏว่า

^๑ Emmanuel I. Santos. The Constitution of the Philippines, (Manila: The Philippine Society of Constitution Law, INC., 1976), pp. 12 - 13.

^๒ จรุง สุภาพ, หลักรัฐศาสตร์ (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช, ๒๕๑๔), หน้า ๓๖.

หัวหน้ากลุ่มหรือกษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการบริหาร ปกครอง ตลอดจนออกกฎหมาย และการใช้กฎหมายสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงขึ้นอยู่กับกษัตริย์เป็นสำคัญ โดยถือว่าประกาศพระบรมราชโองการต่าง ๆ มีผลเป็นกฎหมาย ซึ่งประชาชนจะต้องปฏิบัติตาม ในยุคโคลัมบัสที่กษัตริย์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งความยุติธรรม และเที่ยงธรรม สิทธิเสรีภาพของประชาชนก็จะได้รับความคุ้มครอง แต่ถ้ายุคโคลัมบัสที่กษัตริย์ใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรม ประชาชนก็ย่อมไม่ได้รับหลักประกันแห่งสิทธิที่พึงมี ในเรื่องสิทธิเสรีภาพนี้ ในทางทฤษฎี อาจแยกที่มาคือ บางทฤษฎีถือว่าสิทธิเสรีภาพมีขึ้นโดยธรรมชาติตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) คือสิทธิเสรีภาพ ย่อมมียอมเกิดขึ้นพร้อม ๆ กับสภาพบุคคล แต่บางทฤษฎีถือว่าสิทธิเสรีภาพจะมี จะเป็นขึ้นได้ก็เมื่อมีกฎหมายรองรับและให้สิทธิไว้ ซึ่งตามทฤษฎีนี้เป็นไปตามทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law)

ในสมัยต่อ ๆ มาอำนาจสูงสุดมิได้เป็นของกษัตริย์หรือหัวหน้ากลุ่มเสมอไป ได้มีการยอมรับกว้างขวางขึ้นว่า อำนาจสูงสุดนี้ แท้จริงแล้วเป็นของประชาชน ซึ่งอยู่ภายในรัฐนั่นเอง จึงได้มีการตั้งตัวแทนขึ้นใช้อำนาจนี้โดยถือว่าผู้ใช้อำนาจนี้ก็เป็นประชาชนเช่นกัน และอำนาจนี้ไม่ใช่อำนาจจากเบื้องบนสวรรค์ตามทฤษฎีเทวสิทธิ์ (Divine Right) อีกต่อไป เช่นในสมัย Augustus ซึ่งใช้อำนาจในฐานะ Consul และเป็นประชาชนคนแรก (The first people) ของอาณาจักรโรมัน

จากความต้องการที่จะมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยนี้เอง ทำให้เกิดแนวความคิดแบ่งแยกการใช้ อำนาจอธิปไตย ออกให้อยู่ในองค์กรต่าง ๆ กัน แนวความคิดนี้ก็คือ หลักการแบ่งแยก อำนาจอธิปไตย (The Separation of Power) ซึ่งเป็นหลักไปทางการเมือง อันได้สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการที่จะจำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐออกเป็นอำนาจในทางนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจในทางตุลาการ โดยมอบให้สถาบัน คือ สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรีและศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นอิสระต่อกัน เป็นผู้ใช้อำนาจ แต่ละอำนาจ เพื่อให้การปกครองบ้านเมืองได้ดำเนินไปอย่างมีระเบียบ มีความ

สงบเรียบร้อย และ เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกข่มเหงรังแกจาก ผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครอง

แนวความคิดในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Power) ได้มีมาแต่สมัยนครรัฐกรีก ซึ่งได้ถือการปกครองโดยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน มีสภาประชาชนซึ่งเรียกว่า Ecclesia ซึ่งสภานี้ถือว่าเป็นสภาผู้แทนในอันที่จะ รวมแสดงเจตนาารมภ์ของประชาชนมีอำนาจควบคุมฝ่ายบริหาร เกี่ยวกับการต่างประเทศ ซึ่งมีคณะมนตรี เป็นผู้ดำเนินการตามที่สภาประชาชนได้วางหลักเกณฑ์ไว้ และมีศาล ประชาชน ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ ตามที่กล่าวมานี้ ปรากฏในหนังสือ ชื่อ Politics ซึ่งเขียนขึ้นโดย อริสโตเติล (Aristotle) ในสมัยกรีก

เราอาจเห็นได้ว่าความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจแท้จริงแล้ว เป็นความคิด พื้นฐานของมนุษย์นั่นเอง หรือเป็นความคิดในทางธรรมชาติ ที่ว่าควรจะมีการแบ่งงาน กันทำ เพื่อผลสำเร็จที่มีประสิทธิภาพ เพราะการที่กะเกณฑ์ให้คนเพียงคนเดียวใช้อำนาจ สารพัดอย่าง เป็นสิ่งที่พ้นวิสัยหรือหากทำได้ก็ยากที่จะเป็นไปได้โดยสำเร็จราบรื่น

ต่อมาในสมัยโรมัน แนวความคิดของอริสโตเติล (Aristotle) ตกทอด มาเป็นแนวความคิดในการปกครองสมัยโรมันเช่นกัน โดยโพลีบิอุส (Polybius) ได้ สร้างหลักที่ว่า การปกครองแบ่งออกเป็นสถาบัน แต่ละสถาบันที่แบ่งแยกการใช้อำนาจนั้น น่าจะได้มีการยับยั้งกันและถ่วงดุลย์อำนาจกัน

ในศตวรรษที่ ๑๗ เกิดการปฏิวัติของพวก Puritan ขึ้นในประเทศ อังกฤษ ได้มีการกล่าวถึงเรื่องการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดย เจมส์ แฮริงตัน (James Harrington) ในหนังสือชื่อ Oceana ซึ่ง

๑ ประยูร กาญจนกุล, "กฎหมายปกครอง" วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๑ (มกราคม ๒๕๑๓) : ๑๓.

เสนอให้มีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจบริหารและนิติบัญญัติ แต่ให้ความสัมพันธ์ควบคุมกันบ้าง เพื่อให้เกิดความสมดุลแห่งอำนาจ ต่อมาจอห์น ล็อก (John Lock) นักปรัชญาชาวอังกฤษได้เขียนหนังสือ ว่าด้วยการปกครองขึ้นสอง เล่ม (Two Treatise of Government) แบ่งแยกอำนาจธิปไตย โดยมีผู้ใช้อำนาจต่างกัน ออกเป็น ๓ อำนาจ คืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจดำเนินนโยบายภายนอก (Federative) ซึ่งรวมถึงการควบคุมความสัมพันธ์กับต่างประเทศและการทหาร จอห์น ล็อกไม่ได้กล่าวถึงอำนาจตุลาการ ซึ่งจอห์น ล็อกคิดว่าอำนาจตุลาการนี้ขึ้นอยู่กับอำนาจบริหาร.

ในประเทศฝรั่งเศส เมื่อศตวรรษที่ ๑๘ มีนักปรัชญาชาวฝรั่งเศสชื่อมองเตสกีเออ (Montesquiere) ได้เขียนคำอธิบายเรื่องเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ ในหนังสือ เรื่องเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (L' Esprit des lois) ในเล่มที่ ๑๑ ซึ่งว่าด้วยความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดเสรีภาพในทางการเมืองกับธรรมชาติของการปกครอง มองเตสกีเออกล่าวในหนังสือมีใจความว่า ในทุกรัฐจะมีอำนาจ ๓ อย่าง คือ

๑. อำนาจนิติบัญญัติ (Puissance legislative.) คืออำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปของรัฐ กล่าวคือ อำนาจในการตรากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ประชาชน

๒. อำนาจปฏิบัติกิจการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (Puissance executrice des choses qui dependent du droit des gens) คืออำนาจในการใช้หรือบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือที่เรียกว่าอำนาจบริหาร

๑. เศรษฐาตี วงศ์โกมลเชษฐ์, หลักรัฐศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ ๕ (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, ๒๕๑๘), หน้า ๓๐๕

๓. อำนาจพิพากษา (Puisseance de Juger) คืออำนาจวินิจฉัย
อรรถคดี หรือที่เรียกว่าอำนาจตุลาการ

มอง เกลสกี เออโต้ให้ข้อคิดเห็นความมุ่งหมายในการแยกอำนาจ เช่นว่านี้ว่า
เพื่อที่จะคุ้มครองและให้หลักประกันแก่บุคคล ไม่ให้รัฐหรือผู้ใช้อำนาจข่มเหงสิทธิเสรีภาพ
ของบุคคลในรัฐว่า "เมื่อใดอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ที่คน ๆ เดียวกันหรือ
องค์กร เจ้าหน้าที่เดียวกัน อิศรภาพย่อมมีไม่ได้ เพราะเกิดความหวาดกลัว เนื่องจาก
กษัตริย์หรือสภาเดียวกันอาจสร้างกฎหมายแบบทรราชย์ เช่นเดียวกัน อิศรภาพจะไม่มีอยู่
ถ้าอำนาจตุลาการไม่อาจแยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและบริหาร ถ้าหากรวมอยู่กับ
นิติบัญญัติ ชีวิตและเสรีภาพของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้ควบคุมแบบผลการ เพราะ
ตุลาการอาจประพฤติอย่างรุนแรงและกดขี่ ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งการอวสาน ถ้าหาก
คนหรือองค์กร เดียวกันไม่ว่าจะเป็นชนชั้นสูง หรือประชาชนจะใช้อำนาจทั้งสามเหล่านี้
คืออำนาจบัญญัติกฎหมาย อำนาจบริหารนโยบายสาธารณะ และอำนาจพิจารณาคดีของคน" ^๑
ซึ่งตามแนวความคิดของมอง เกลสกี เออโต้ ในปัจจุบันประเทศที่ยึดถือการปกครองในระบบ
ประชาธิปไตยได้แบ่งแยกอำนาจการปกครองของรัฐออกเป็น ๓ อำนาจ

๑. อำนาจนิติบัญญัติ
๒. อำนาจบริหาร
๓. อำนาจตุลาการ

๑. เอ็ม. เจ. ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมือง จากเพลโตถึงปัจจุบัน, แปลโดย
เสน่ห์ จามริก (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๘),
หน้า ๓๕๐.

อำนาจนิติบัญญัติ หมายถึงอำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมายและออกกฎหมาย เพื่อให้ฝ่ายบริหารนำไปปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้ที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติก็คือรัฐสภา ซึ่งอาจเรียกชื่อ เช่น สภานิติบัญญัติ สภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่ว่าประเทศนั้นจะเรียกฝ่ายนิติบัญญัติว่าอย่างไร แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงอำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจของประมุขของรัฐ^๑

อำนาจบริหาร หมายถึงอำนาจในการใช้กฎหมายหรือบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงอำนาจในการอำนวยการปกครอง และดำเนินการปกครองด้วย^๒ ผู้ใช้อำนาจบริหารคือคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้า หรือประธานาธิบดี แล้วแต่รูปแบบการปกครองที่ประเทศนั้น เรียกหัวหน้าฝ่ายบริหารว่าอะไร

อำนาจตุลาการ หมายถึงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นอรรถคดีระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างเอกชนกับรัฐบาล ซึ่งอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับเอกชน และส่วนที่อำนาจตุลาการจะครอบคลุมซึ่งากอย่างอื่นด้วยหรือไม่ เช่น การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ การวินิจฉัยว่าประมุขของรัฐควรอยู่ในตำแหน่งต่อไปหรือไม่ เมื่อถูกกล่าวหาในทางการ เมืองยอมขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญและประเพณีการปกครองของแต่ละประเทศ^๓

^๑ วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : ซีรานุสร์น การพิมพ์, ๒๕๒๑), หน้า ๑๔๕.

^๒ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๗๑.

^๓ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๗๖.

การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวนี้มีได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจจากกันโดย
เด็ดขาด โดยไม่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน เพราะหากแยกอำนาจต่าง ๆ ทั้งสามออกจาก
กันโดยเด็ดขาด โดยมีรัฐสภา เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรี เป็นผู้ใช้อำนาจ
บริหาร และผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ โดยที่ไม่เกี่ยวข้องสัมพันธ์ และควบคุม
ซึ่งกันและกันแล้ว ย่อมไม่สามารถปกครองประเทศอย่างสงบสุข และมีประสิทธิภาพได้
เนื่องจากองค์กรต่าง ๆ สามารถปฏิบัติหน้าที่และใช้อำนาจได้อย่างอิสระไม่มีการตรวจ
สอบซึ่งกันและกัน อันจะเป็นโอกาสให้เกิดการใช้อำนาจหน้าที่เกินขอบเขต และกระทบ
กระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เช่นฝ่ายนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายที่ไม่เป็น
ธรรม ฝ่ายบริหารอาจใช้อำนาจหน้าที่ของตนในทางที่ก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ประชาชน
ทำให้ประชาชนได้รับการกดขี่ข่มเหง ฝ่ายตุลาการอาจพิจารณาคดีสินอรรถคดีโดยไม่
เที่ยงธรรม ฉะนั้น ระบบการแบ่งแยกอำนาจและประสานงานซึ่งกันและกัน เพื่อให้เกิด
เกิดประโยชน์สุขแก่ประเทศชาติ และเพื่อให้ต่างฝ่ายต่างสามารถปฏิบัติหน้าที่ไปได้โดย
ถูกต้อง และสอดคล้องกัน นอกจากนั้น ยังเป็นการให้หลักประกันในเรื่องสิทธิเสรีภาพ
แก่ประชาชน อำนาจการตรวจสอบและถ่วงดุลยนี้คือ ระบบ Checks and Balances
กล่าวคือ อำนาจหรือองค์กรทั้ง ๓ ต่างไม่มีใครเหนือกัน กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ
ซึ่งได้แก่รัฐสภา ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมาย เพื่อใช้บังคับแก่ประชาชน
ในรัฐ ทั้งนี้ฝ่ายตุลาการจะต้องยึดถือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ในการพิจารณาคดี
ตัดสินอรรถคดีและกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายและในขณะเดียวกัน ฝ่ายนิติบัญญัติ ก็มี
อำนาจควบคุมฝ่ายบริหารในการที่ฝ่ายบริหาร ปกครองบริหารราชการแผ่นดิน ถ้าหาก

Maurice Deverger, Institution Politiques et Droit
Constitutionnel (Paris: Presses Universitaire de France, 1968),
pp. 184 - 186.

ฝ่ายบริหารไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้ดี ไม่ถูกต้อง ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีอำนาจที่จะขอ เปิดอภิปราย
ทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารคือรัฐบาลได้ ฝ่ายบริหารผู้มีอำนาจในการ
ปกครองประเทศ โดยเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง และบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายในการ
ใช้อำนาจหน้าที่นี้ ฝ่ายบริหารจะต้อง เคารพและยึดถือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ
กฎหมายนี้ฝ่ายบริหารอาจเป็นผู้เสนอ เนื่องจากเป็นผู้ใช้กฎหมาย เป็นเครื่องมือใน
การปกครองประเทศ และบริหารงาน หากฝ่ายบริหารเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมาย
โดยไม่ชอบธรรม ก็อาจใช้อำนาจในการคัดค้านและอุทธรณ์โดยการยุบสภา เพื่อให้มีการ
เลือกตั้งใหม่

ฝ่ายตุลาการซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรตคดี โดยใช้กฎหมาย
ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ มีอำนาจคัดค้านและอุทธรณ์ ฝ่ายบริหารโดยอาจพิพากษาคัดค้านว่า
การกระทำของฝ่ายบริหารไม่เป็นไปตามกฎหมาย และไม่ชอบธรรม อำนาจตุลาการ
นี้เป็นอำนาจที่ค่อนข้างอิสระ คือไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทั้งของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่าย
บริหาร ทั้งนี้สืบเนื่องจากแนวความคิดที่ว่า การพิจารณาพิพากษาจะเป็นธรรมได้ต่อเมื่อ
ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลยพินิจได้อย่างอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับควบคุมของฝ่ายใด
โดยยึดถือแต่ตัวบทกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการใช้อิทธิพลของฝ่ายอื่นบังคับ
ฝ่ายตุลาการให้วินิจฉัยโดยไม่เป็นไปตามทำนองคลองธรรม

ในส่วนที่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัตินั้นในการปกครองประเทศบางระบบให้
อำนาจฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติฉบับใด ๆ เป็น
กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และตกเป็นโมฆะได้ การให้อำนาจฝ่ายตุลาการมีอำนาจ
วินิจฉัยดังกล่าวนี้ จะปรากฏในรัฐธรรมนูญว่าให้อำนาจฝ่ายตุลาการวินิจฉัย เช่นว่านี้ได้
อำนาจนี้เรียกว่า **Judicial Review** ส่วนในบางระบบให้ **Judicial**
Review นี้เป็นอำนาจขององค์กรอิสระ หรือองค์กรที่ขึ้นกับฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่าย
บริหาร โดยมักจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศต่างกันไป อย่างไรก็ตาม
ก็ตาม ในประเทศที่รัฐธรรมนูญที่ไม่ได้กำหนดไว้แจ้งชัดว่าเป็นอำนาจควบคุมมิให้กฎหมาย
ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (**Judicial Review**) เป็นขององค์กรใด มักจะถือว่าอำนาจ
ดังกล่าวเช่นนี้เป็นของฝ่ายตุลาการ

ทฤษฎีและปรัชญาของมองเตสกีเออมีอิทธิพลอย่างมากต่อการร่างรัฐธรรมนูญ
 ในเวลาต่อมา ใน Declaration of Rights of men and Citizen ของฝรั่งเศส
 ข้อ ๑๖ ซึ่งประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. ๑๗๘๙ ถึงกับบัญญัติว่าสังคมใดที่ไม่ยอมรับการ
 แบ่งแยกอำนาจ และไม่มีบทประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน สังคมนั้นหาได้ชื่อว่ามี
 รัฐธรรมนูญไม่ นอกจากนี้ เจมส์ แมคคิน และจอห์น มาแชล สองบิดาแห่งกฎหมาย
 รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ได้กล่าววาทวิเคราะห้พิพจน์ที่ตรงเป้าหมายที่สุดของคำว่า
 ระบบการปกครองแบบทรราชย์ก็คือระบบการปกครองที่ไม่ยอมรับการแบ่งแยกอำนาจ
 ภัยเหตุนี้เราอาจกล่าวได้ว่า ในศตวรรษที่ ๑๘ ถือว่าการแบ่งแยกอำนาจเป็นหัวใจ
 ของรัฐธรรมนูญ และระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยกล่าวได้ว่าอิทธิพล ปรัชญา
 และข้อเขียนหรือวาทะดังกล่าวข้างต้นนี้เอง คือมาตรฐานใช้วัดว่า สังคมใดในศตวรรษ
 ๑๘ มีรัฐธรรมนูญหรือไม่ ๑

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะยอมรับว่าการแบ่งแยกอำนาจหรือการแบ่งแยกหน้าที่
 เป็นสิ่งที่ดี เพราะเป็นหลักประกันของประชาชนให้พ้นจากการแทรกแซง คุกคามของ
 ผู้เผด็จการ และเป็นหลักประกันไม่ให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต แต่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับ
 การแบ่งแยกโดยเฉพาะวิธีการแบ่งแยกในเรื่องนี้ท่านผู้ทรงคุณวุฒิท่านหนึ่งคือ ศาสตราจารย์
 กร.เคื่อน บุนนาคได้เคยอธิบายไว้ว่า

"...อันความคิดเห็นเรื่องชนิดต่าง ๆ ของอำนาจ และการแยกอำนาจ
 นี้มิใช่จะมีผู้ใดโต้แย้งหรือเห็นในทางตรงข้ามว่าไม่ควรแยกอำนาจกันก็หาไม่
 ผู้ที่โต้แย้งว่าอำนาจมีเพียงสองอำนาจก็มี ที่เห็นว่ามีห้าอำนาจก็มี และผู้โต้แย้ง
 ว่าไม่ควรแยกอำนาจก็มีเหมือนกัน สำหรับผู้โต้แย้งว่าอำนาจมีเพียงสองอำนาจ

๑ Carl J. Friedrich, Constitutional Government and

Democracy (Boston: Ginn and Company, 1967), p. 183.

คืออำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารนั้น ผู้ที่โต้แย้งนี้ก็ยอมรับว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของมโหฬารภาพ ฉะนั้น ก็เท่ากับว่าอำนาจตุลาการนั้นมีอยู่ หากแต่อาจมีได้แยกจากอำนาจบริหารให้เด็ดขาดเท่านั้น ส่วนการโต้แย้งว่าอำนาจนั้นขณะนี้มีบัญญัติเฉพาะในรัฐธรรมนูญจีน เป็นความคิดเห็นของคอกเตอร์ซุนยัต เซน (Doctor Sun Yat Sen) แดคคอกเตอร์ซุนยัต เซนก็โต้แย้งว่าอำนาจสอบไล่และอำนาจควบคุมที่ต้องเพิ่มขึ้นนี้ เป็นสิ่งที่มีและใช้ในการปกครองจีนมาแต่สมัยเดิม ฉะนั้น จึงเป็นเรื่องของประเทศจีนโดยเฉพาะ ส่วนความคิดเห็นที่ว่าไม่ควรแยกอำนาจกันไชนั้น ในสมัยปัจจุบันก็มีทนายวิลสัน (Woodrow Wilson) ที่คัดค้านการแยกอำนาจในสหรัฐอเมริกา

ในหนังสือชื่อ Congressional Government, a study in American Politics ทนายวิลสันกล่าวว่า "การแยกอำนาจเป็นชั้น เล็กชั้นน้อยนี้ เป็นวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญอเมริกา แขนงงานต่าง ๆ ของรัฐบาลแต่ละแขนงมีความรับผิดชอบเฉพาะแบ่งออกไปแขนงละ เล็กละน้อย ยอมทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงหนีความรับผิดชอบโดยอย่างมาก ผู้กระทำผิดความผิดเมื่อมีผู้สงสัยอาจโยนความรับผิดชอบไปให้ผู้อื่นที่อยู่ใกล้เคียง จะปฏิเสธว่าการแยกอำนาจและการบังคับความรับผิดชอบนี้ ไก่จืดทำขึ้น เพื่อให้รัฐบาลอยู่ในสภาพพร้อมพรั่งอย่างแรง (คือทำอะไรไม่ใคร่เลย) ในเวลาที่เกิดวิกฤตการณ์ขึ้นแล้วนั้น หากใดไม่ นับว่าเป็นขอบเขตของอย่างแท้จริงของระบบสหรัฐ ซึ่งแยกอำนาจและจำกัดความรับผิดชอบไว้เช่นนี้" ขอบเขตของการแยกอำนาจเห็นได้ชัดว่ามี และด้วยเหตุนี้หลักการแยกอำนาจจึงไม่เป็นจริง ชัดชัดสภาพของกิจการ และจึงไม่สามารถดำรงอยู่ในระบบที่กำหนดให้มีขึ้นในระบบเช่นเวลานั้น จึงต้องหาทางออก เช่นในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเองถึงจะกำหนดแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดไม่ให้อาณาจักรกัน แต่ในความเป็นจริงก็ต่องยังก้าวร้าวกันอยู่กันเอง ในที่สุดก็มีอำนาจหนึ่งที่มีอำนาจเหนืออำนาจอื่น อำนาจที่เบงอยู่เหนืออำนาจอื่นก็คืออำนาจนิติบัญญัติ ข้อคำทนายวิลสันนี้มุ่งต่อการแยกอำนาจโดยเด็ดขาด ความจริงผู้ที่เห็นควรให้มีการแยกอำนาจแม่มอง เศสกี เออ เอ็งก็มี โชจะ เห็นว่าต่องแยกให้เด็ดขาด ความเกี่ยวพันระหว่างอำนาจที่แยกกันนั้นต่องมีการกระทำของอำนาจต่าง ๆ ของประสานซึ่งกันและกัน ไม่โชจะทำกันไปคนละทิศคนละทาง อนึ่งจะทำอย่างไรก็ไม่อาจกันมิให้อำนาจหนึ่งมีอิทธิพลเหนืออำนาจอื่น อำนาจที่จะมีอิทธิพลนี้ก็คืออำนาจนิติบัญญัติ ทั้งนี้ก็เพราะกฎหมายที่ไปปกครองราษฎรนั้น อำนาจนี้เป็นผู้ตราขึ้น อำนาจนี้จึงเป็นเสมือนจักรตัวใหญ่ที่จะบังคับจักรตัวอื่น ๆ ในหมู่นเวียน อนึ่งกฎหมายที่สำคัญที่สุดในการปกครองบ้านเมือง ไม่ว่าจะเป็บบานเมืองใด ก็คือพระราชบัญญัติงบประมาณ อำนาจนิติบัญญัติก็เป็นผู้ลงมติให้ใช้เป็นกฎหมาย

เป็นผู้กำหนดจำนวนเงินที่จะอนุญาตให้เก็บหรือให้ใช้จ่ายโดยกฎหมายงบประมาณ
 นี้ อำนาจนิติบัญญัติจึงสามารถหยุดยั้งการกระทำใด ๆ ของอำนาจบริหาร
 และสามารถจะเินหนาทักการงานใด ๆ มันแปร เปลี่ยนแปลงได้ แต่เมจะยอมรับ
 ว่าอำนาจนิติบัญญัติโดยฐานะมีอิทธิพลเหนืออำนาจอื่น การแยกอำนาจก็มีอะไรจะ
 มีไม่ได้ เหตุผลของการแยกอำนาจก็ยังคงมีอยู่ การแยกอำนาจยังป้องกันมิให้
 เกิดสมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้น และยังอำนวยความสะดวกให้แก่อำนาจรัฐ เพื่อที่จะ
 ให้ผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจ เป็นบุคคลต่างพวก มีอิสรภาพไม่ขึ้นแก่กัน และผู้ใช้
 อำนาจหนึ่งจะแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ใช้อีกอำนาจหนึ่งตามอำเภอใจไม่ได้ ก็เป็น
 การเพียงพอที่จะประกันเสรีภาพของราษฎรให้ดำรงอยู่ได้ อนึ่ง ควรเข้าใจว่า
 การที่มีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้อำนาจหนึ่ง ตั้งผู้ใช้อีกอำนาจหนึ่ง ก็ไม่
 เป็นการขัดกับหลักอิสรภาพของผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจอย่างใด เพราะการ
 มอบการแต่งตั้ง เช่นนี้ เป็นการมอบโดยราษฎร ซึ่งเป็นผู้ตราบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ
 นั้น ๆ และอำนาจที่ผู้ใช้ได้รับการแต่งตั้งจากผู้ใช้อำนาจหนึ่งก็ไม่เสียอิสรภาพ
 ผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจยังคงมีอิสรภาพอยู่ เช่นอำนาจนิติบัญญัติตั้งผู้ใช้
 อำนาจบริหาร และผู้ใช้อำนาจบริหารตั้งผู้พิพากษา (ผู้ใช้อำนาจตุลาการ) กรณีดัง
 นี้เห็นกันว่าไม่ทำให้อิสรภาพของผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจเสียไป เพราะตำแหน่ง
 หน้าที่และอำนาจตามตำแหน่งหน้าที่นั้น ผู้ใช้ไม่ได้รับจากผู้แต่งตั้ง แต่รับจาก
 ราษฎรคือประชาชนต่างหาก ซึ่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็แสดงไว้แล้ว การ
 ไม่อยู่ในบังคับต่อกันระหว่างอำนาจต่าง ๆ ย่อมทำให้อำนาจต่าง ๆ ควบคุม
 ชิงกันและกัน ถึงจะมีการขัดแย้งก็ขัดแย้งในเรื่องของกฎหมาย การขัดแย้งกัน
 นี้แหละที่ทำให้เสรีภาพของบุคคลมั่นคงสมบูรณ์"^๑

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือ การใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรต่าง ๆ นั้น
 มีทฤษฎีและปรัชญารองรับไว้อย่างไรบ้าง ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

กรณีองค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย

ในกรณีที่องค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสามอำนาจ คืออำนาจนิติบัญญัติ
 อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งทั้งสามอำนาจรวมอยู่ด้วยกัน

^๑ เคื่อน บุนนาค, "การแยกอำนาจ," นิติศาสตร์ ๓ (๒๕๒๑) :

โดยมิได้มีการแยกการใช้อำนาจ ผลที่จะได้รับคือประชาชนซึ่งเป็นผู้ถูกปกครองอาจได้รับภัยพิบัติอย่างมหันต์ โดยจะไม่มีสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งมนุษย์จะพึงมีได้ และเป็นสิ่งที่รัฐควรจะรับรอง หากการที่รัฐหรือผู้ปกครองของรัฐรวมอำนาจไว้ด้วยกันแล้ว จะมีอำนาจที่ยิ่งใหญ่จนไม่มีอำนาจใคมาต่อรองได้ และเป็นสิ่งที่ควรยอมรับว่า หากผู้ใดมีอำนาจมาก ผู้นั้นมักจะใช้อำนาจนั้น เกินขอบเขตซึ่งมอง เติสกี เอโอ ได้ให้ เหตุผลที่กล่าวไว้เช่นนี้ว่า "เป็นที่รู้กันอยู่ชั่ววันครแล้วว่ คนเรากุณคนที่มีอำนาจชอบใช้อำนาจ เกินกว่าที่ควร จนกว่าจะประสพอุปสรรคใดขวางจึงจะหยุดยั้ง อย่าว่าแต่อะไรเลย แม้คุณธรรมยังต้องมีขอบเขตจำกัด" ๑ การที่ผู้ใช้อำนาจทั้งสามอำนาจใช้อำนาจอย่างไม่ถูกต้องและ เกินขอบเขตแล้ว ในที่สุดก็จะกลายเป็นเผด็จการ ซึ่งในระบบเผด็จการนั้น ผู้ที่ใช้อำนาจเผด็จการ ก็จะใช้อำนาจทุกวิถีทางไม่ว่าจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่ชอบธรรม เพื่อให้บรรลุถึงจุดมุ่งหมาย หรือสิ่งที่ตนปรารถนา และผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนมากที่สุดก็คือประชาชนผู้ที่ถูกปกครองนั่นเอง เพราะในระบบเผด็จการ ผู้ที่ใช้อำนาจเผด็จการ คือผู้ที่มีอำนาจบงการ ประชาชนเป็นแต่เพียงผู้รับคำสั่งและต้องปฏิบัติตามเท่านั้น ประชาชนมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือของรัฐเท่านั้น รัฐมีฐานะ เป็นอยู่เหนือประชาชน หน้าทีของประชาชนก็คือ เชื้อฟงและปฏิบัติตามระเบียบและวินัยที่รัฐได้กำหนดหรือวางหลักเกณฑ์ไว้ และถ้าประชาชนฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ก็จะได้รับโทษอย่างรุนแรง และผู้ใช้อำนาจเผด็จการมักจะใช้ความรุนแรงปราบปรามผู้ที่ไม่เห็นด้วยหรือฝ่ายตรงข้าม การปกครองโดยระบบเผด็จการ ผู้เผด็จการก็จะไม่เป็นไปตามทำนองคลองธรรม ฉะนั้น โดยหลักการที่ถูกต้องแล้วจะต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจดังที่กล่าวมาแล้ว

๑ ประยูร กาญจนกุล, "กฎหมายปกครอง" วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า ๑๘.

กรณีการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารโดยองค์กรเดียว

กรณีที่มีการใช้อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารร่วมกันใช้โดยบุคคลคนเดียว หรือกลุ่มเดียวกัน ผู้ที่จะได้รับความเดือดร้อนก็คือประชาชน เพราะว่าอำนาจบริหาร หรือฝ่ายบริหารซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามกฎหมาย หรือปฏิบัติการตามกฎหมายซึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกมาไว้บังคับ ก็จะมีอำนาจมากขึ้น กล่าวคือ ฝ่ายบริหารก็จะเสนอ กฎหมายตามแต่ที่ตนต้องการ ตามความพอใจ เพราะเมื่อเสนอไปที่ฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องปฏิบัติตามที่ฝ่ายบริหาร เสนอมาทุกครั้ง เพราะผู้ใช้อำนาจบริหาร และนิติบัญญัติ เป็นบุคคลเดียวกัน หรือกลุ่มเดียวกัน และเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายที่ออกมา ลักษณะ เช่นนี้ เป็นกฎหมายตามความพอใจของฝ่ายบริหารไม่ว่ากฎหมายที่ออกมานี้จะถูก ต้องหรือไม่ ชักตอสสิทธิ เสรีภาพหรือชักตอชนบชรรรม เนียมหรือศีลธรรมอันดีงามของ ประชาชนหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องยอมให้กฎหมายออกมาบังคับกับประชาชน โดยมีความเห็นพ้องกับฝ่ายบริหารว่าเป็นกฎหมายที่ถูกต้อง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาอย่าง เป็นธรรม และไม่ได้คำนึงถึงว่ากฎหมายนั้นจะสมควรและ เป็นไปตามหลักกฎหมายหรือไม่ เพียงไร

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการใช้อำนาจโดยองค์กรเดียวกัน

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการใช้อำนาจโดยบุคคลเดียวกันหรือกลุ่ม เดียวกัน ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนย่อมต้องเป็นประชาชนอยู่นั่นเอง เพราะไม่ว่าฝ่าย บริหารจะกระทำการสิ่งใด ไม่ว่าจะถูกต้องหรือผิดไปจากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ ฝ่าย ตุลาการซึ่งมีหน้าที่ตัดสินคดีก็จะชี้ขาดว่าฝ่ายบริหารทำสิ่งที่ถูกต้องทุกครั้งไป ฝ่ายที่จะชี้ขาด ความยุติธรรมในรัฐก็จะมี

ฉะนั้น เห็นได้ว่าหากองค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจสองอำนาจดังที่กล่าว มาแล้วจะเกิดความไม่เป็นธรรม และเกิดผล เสียตอสสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้ ถึงแม้บุคคลใด ๆ หรือกลุ่มบุคคลใด ๆ จะมีคุณสมบัติพิเศษหรือมีความสามารถมากเพียงไร ก็ตาม การให้ใช้อำนาจอธิปไตยสองประการโดยบุคคลคนเดียวยอม เกิดผล เสียและไม่ อาจทำได้



ฝ่ายตุลาการ เป็นผู้ออกกฎหมาย

ในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นผู้พิจารณา เสนอร่างกฎหมาย และอนุมัติร่างกฎหมาย ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายและมีอำนาจออกกฎหมาย ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมาย และฝ่ายตุลาการมีอำนาจตัดสินชี้ขาดกรณีคดีตามกฎหมาย แต่ตามหลักนี้ ปรากฏว่ามีข้อยกเว้นที่ฝ่ายตุลาการ เป็นผู้ที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ เช่น เกี่ยวกับ ฝ่ายนิติบัญญัติ คือในประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศเครือจักรภพอังกฤษ ประเทศที่ใช้ กฎหมายที่เรียกว่า Common Law

Common Law นี้ถือกำเนิดและวิวัฒนาการจากจารีตประเพณี และแนวความคิดอันชอบด้วยเหตุผล และความชอบธรรมในสายตาของศาลอังกฤษ^๑ โดยกฎหมายเกิดจากคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ ที่ผ่านมา เป็นแนวทางหรือเป็นบรรทัดฐาน สำหรับคดีต่อไป ฉะนั้น คำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ในอังกฤษ จึงถือเป็นหลักเกณฑ์ หรือเป็นตัวบทกฎหมาย ซึ่งมีผลบังคับใช้สำหรับคดีที่เกิดขึ้นต่อมา ซึ่งลักษณะเช่นนี้ คำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ในประเทศอังกฤษจะมีลักษณะหรือรูปเดียวกันทั่วประเทศ หรือจะเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างขึ้น ผู้พิพากษาก็จะนำเอาจารีตประเพณีของท้องถิ่นมาอุด ช่องว่าง ซึ่งไม่มีตัวบทกฎหมายเขียนเอาไว้ ฉะนั้น ผู้พิพากษาจึงได้นำเอาคำพิพากษา ซึ่งเคยตัดสินในอดีตที่ใกล้เคียงมาประยุกต์เปรียบเทียบกับคดีซึ่งเกิดขึ้นใหม่ กรณีที่ฝ่าย ตุลาการได้ใช้อำนาจนิติบัญญัตินอกเหนือไปจากที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้

๒. ทฤษฎีว่าด้วยความมั่นคงของชาติ

คำว่าความมั่นคงของชาติ (National Security) ถ้าใช้ในวงการทหาร หมายถึงความมั่นคงทางกำลังกองทัพ การปราศจากการรุกรานจากภายนอก การดำรง

^๑ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, คำบรรยายกฎหมาย เปรียบ เทียบระหว่างกฎหมาย ไทยกับกฎหมายของประเทศแองโกลแซกซอน, หน้า ๓

สภาพ เอกราชหรือมีอธิปไตยอยู่ได้ แต่ในปัจจุบันนี้ ความหมายดังกล่าวค่อยคลี่คลายออกไป เพราะกฎหมายระหว่างประเทศมีอิทธิพลมากขึ้น จนทำให้การแทรกแซงโดยตรง หรือการรุกรานจากภายนอกลดน้อยลง ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า แม้ตามความหมายดั้งเดิม (Conventional Meaning) รัฐต่างมีความมั่นคงพอสมควร แต่สภาพที่ชนในรัฐมีความยากจน ออกอยาก หิวโหยมีความเสื่อมโทรมทางเศรษฐกิจ ทั่วไปมีการก่อศึกรบพุ่งภายในประเทศมากขึ้น มีการก่อการจลาจล ก่อวินาศกรรม มีการปฏิวัติรัฐประหาร โคนล้มรัฐบาลบ่อยครั้ง ก่อให้ประชาชนเกิดความตื่นเต้นหวาดกลัว การลงทุนหยุดชะงัก การพัฒนาสังคมขาดตอน สภาพเหล่านี้จะถือว่ารัฐนั้นมีความมั่นคงหาได้ไม่ ด้วยเหตุนี้จึงถือกันว่าในสมัยปัจจุบัน ความมั่นคงของชาติ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง ประกอบกันดังที่มักได้ยินอยู่เนื่อง ๆ ว่า การลักลอบค้ายาเสพติดให้โทษ ก็จัดว่าเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของชาติด้วยประการหนึ่ง ในขณะที่การปลอมแปลงเงินตรา การลักลอบตัดไม้ทำลายป่า การประทุษร้ายต่อบุคคลสำคัญในรัฐบาล เพื่อหวังผลทางการเมือง การรวมหัวกันประท้วงนัดหยุดงาน ซึ่งส่งผลกระทบต่อกิจการสาธารณูปโภค ต่างก็ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติทั้งสิ้น ความมั่นคงของชาติในเวลานี้จึงแบ่งออกเป็น

๑. ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ซึ่งหมายถึงการที่ประชาชนอยู่ดีกินดี ภาวะการเงิน เศรษฐกิจของประเทศและการลงทุนเป็นไปโดยราบรื่น สกุดเงินตราของประเทศมีเสถียรภาพได้รับความนิยมเชื่อถือ คุณค่าการค่าและดุลย์การชำระเงินต่างประเทศอยู่ในภาวะปกติ

๒. ความมั่นคงทางสังคม ซึ่งหมายถึงการที่ประชาชนอยู่ด้วยความสงบ รามรื่น สถิติอาชญากรรมลดต่ำ มีการพัฒนาสังคมและวัฒนธรรม ประชาชนมีหลักประกันว่าจะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในค่านส่วสวัสดิการสังคมและการสาธารณสุขตามควร

๓. ความมั่นคงทางการเมือง ซึ่งหมายถึงการที่รัฐบาลมีเสถียรภาพ ไม่เกิดการปฏิวัติรัฐประหาร หรือมีข้อขัดแย้งระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร สภาพการเมืองระหว่างประเทศ เป็นไปโดยราบรื่น มีความสัมพันธ์อันดีกับต่างประเทศ รัฐบาลได้รับความเชื่อถือจากต่างประเทศ สภาพการเมืองภายในปกติ รามรื่นดีไม่มีการรบกวนต่อสู้แย่งชิงดินแดน ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับชนกลุ่มน้อย หรือกลุ่มอิทธิพลต่าง ๆ

ในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ความมั่นคงของชาติเป็นผลประโยชน์ (Interest) ซึ่งต้องนำไปชั่งน้ำหนักในกรณีจะต้องตัดสินว่าควรให้น้ำหนัก (Weight) แก่ผลประโยชน์ใดมากกว่ากัน เช่น เมื่อมีปัญหาว่ารัฐสามารถแทรกแซงการใช้สิทธิเสรีภาพในการพูด เขียน พิมพ์ โฆษณามากน้อยเพียงใด รัฐก็อาจนำเอาความมั่นคงของชาติในฐานะผลประโยชน์อันหนึ่งของมหาชน (Public Interest) ขึ้นพิจารณาเทียบเคียงกับผลประโยชน์อื่น เช่น เสรีภาพส่วนบุคคลในฐานะที่เป็นผลประโยชน์ส่วนตัว (Individual Interest)

เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า ผลประโยชน์ของรัฐ เป็นผลประโยชน์ของมหาชน จึงควรมีน้ำหนักเหนือผลประโยชน์อื่นใด แต่ข้อนี้มีใ้หมายความว่า จะเป็นข้ออ้าง ซึ่งรัฐสามารถหยิบยกขึ้นนำหน้า (Pretext) เพื่อลวงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลทุกกรณี เพราะรัฐจะต้องพิจารณาให้รอบคอบถองแท้ว่าเมื่อใด ผลประโยชน์ของมหาชน ถูกกระทบกระเทือนหรืออีกนัยหนึ่งมีความจำเป็นจริงหรือ ที่ต้องหยิบยกเอาความมั่นคงของชาติขึ้นพิจารณา เพราะผลประโยชน์ข้อนี้ เป็นเรื่องยิ่งใหญ่เกินกว่าที่จะหยิบยกขึ้นอ้างพลอย ๆ โดยปราศจากหลักฐานโดยชัดแจ้ง เช่น นาย ก. ยื่นตะโกนคานายกรัฐมนตรี ด้วยคำหยาบคายที่หน้าทำเนียบรัฐบาล ดังนี้จะถือว่าเป็นการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นเจ้าพนักงานเท่านั้น หรือจะถือเลยไปถึงว่า นาย ก. กระทำการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร นาย ข. กับพวกจับมือกันเดินขบวนเรียกร้องให้ปรับอัตราค่าจ้าง การเดินขบวนขัดขวางการจราจร และใช้เสียงหวนกหู เป็นที่นินทาว่าร้ายจะถือว่า นาย ข. กับพวกมีความผิดตามพระราชบัญญัติจราจร เท่านั้น หรือมีความผิดถึงขั้นทำการรบกวนความมั่นคงในราชอาณาจักร ปัญหาเหล่านี้ วินิจฉัยได้ยากพอกับการวินิจฉัยปัญหาตามกฎหมาย หรือสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ที่ว่าด้วยเรื่องใดเป็นอาชญากรรมธรรมดา (Common Crime) เรื่องใดเป็นความผิดทางการเมือง (Political Crime) ซึ่งรัฐอาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้

อย่างไรก็ตาม ในอดีตเคยมีปรัชญาที่ถือกันว่าความมั่นคงของชาติขึ้นอยู่กับประโยชน์ของประชาชน และรัฐ เท่านั้นที่สามารถอ้างความมั่นคงของชาติ และอ้างได้เสมอโดยไม่มีขอบเขตจำกัด และไม่มีผู้ใดหักท้วงได้ ปรัชญาดังกล่าวคือปรัชญาการเมืองของมาเคียเวลลี (Machiavelli) ซึ่งเป็นนักปราชญ์ทางการเมืองชาวอิตาลี มีชีวิตในศตวรรษที่ ๑๕ จากการสังเกตเกี่ยวกับการปกครองประเทศต่าง ๆ ในยุโรป และการศึกษาประวัติศาสตร์ของกรุงโรม ทำให้มาเคียเวลลี มีความเห็นว่าการรักษาเอกราชจะทำได้ก็โดยการสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาลให้มากที่สุด มาเคียเวลลี จึงสนับสนุนส่งเสริมความมั่นคงของรัฐ หรือนัยหนึ่งรัฐาธิปไตยตลอดมา ดังจะเห็นได้จากหนังสือเรื่อง *The Prince* ซึ่งมาเคียเวลลีกล่าวว่าผู้ปกครองจะต้องระลึกรู้เสมอว่า ตนจะต้องสร้างความมั่นคงให้มากที่สุด แม้ว่าในที่สุดแล้วจะต้องปกครองอย่างทรุ่โทด ทำลายล้างผู้ต่อต้านทุกคน ผู้ปกครองจะต้องมีความเด็ดขาดระหว่างความรักและความยำเกรงของประชาชนแล้ว หากจำเป็นผู้ปกครองต้องเลือกเอาประการหลัง แม้ว่าจะเป็นการที่ที่สุดถ้าได้ทั้งสองประการ แต่เนื่องจากเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยาก ฉะนั้น ถ้าจะเลือกก็เลือกเอาความยำเกรงมากกว่าความรัก ผู้ปกครองที่ดีควรมีคุณสมบัติอย่างจริงจังและราชสีห์รวมกัน คือมีความเฉลียวฉลาด มีเล่ห์เหลี่ยมอย่างจริงจัง และ เข้มแข็งอย่างราชสีห์ มาเคียเวลลีมีทัศนะว่าเสถียรภาพเป็นสิ่งที่ผู้ปกครองต้องรักษาไว้ แต่คำว่าเสถียรภาพในที่นี้จะต้องอยู่ในกรอบที่ผู้ปกครองกำหนดไว้ในที่สุดมาเคียเวลลีเห็นว่าการเมืองเป็นเรื่องของอำนาจ นักการเมืองจะต้องแสวงหา ทุกวิถีทางที่จะรักษาและเพิ่มพูนอำนาจไว้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงศีลธรรมและตำแหน่งศีลธรรม ๑

๑ Machiavelli, "The Prince and the Discourses" in Curtio (ed.) The Great Political theories I, p. 208.

ทฤษฎีของมาเคย์ เวลส์ ถึงแม้จะล้าสมัยไปบ้างในปัจจุบัน แต่เป็นทฤษฎีที่
 ปฏิเสธการแบ่งแยกอำนาจ และปฏิเสธผลประโยชน์ส่วนเอกชน และเป็นทฤษฎีที่ส่งเสริม
 ให้รัฐอำนาจพิเศษขึ้นใช้ได้ ในสมัยปัจจุบัน เมื่อจำเป็นจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่าง
 ความมั่นคงของชาติ กับผลประโยชน์ของเอกชนแล้ว ก็จะต้องไปผูกเป็นอย่างอื่นว่า
 เป็นภาวะฉุกเฉินบ้าง เป็นสถานการณ์พิเศษบ้าง เป็นความจำเป็นบ้าง จนถึงกับตั้ง
 เป็นสุภาษิตกฎหมายว่า *Necessity knows no law* แปลว่า "ความจำเป็น
 ย่อมไม่รู้จักกฎหมาย" ซึ่งตามความเป็นจริงแล้ว สุภาษิตนี้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายเอกชน
 และกฎหมายมหาชน เช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗ ในเรื่องกระทำผิดด้วย
 ความจำเป็น และมาตรา ๒๘ เรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และในประมวล
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีมาตรา ๔๔๘, ๔๕๐, ๔๕๑ บัญญัติไว้ในหมวดเรื่องนิติโทษกรรม
 เช่นกัน °

ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจและความมั่นคงของชาติดังกล่าวข้างต้น
 เป็นทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังการส่งเสริมสนับสนุน และค้ำค้ำยันโต้แย้งการใช้อำนาจพิเศษแก่
 ฝ่ายบริหาร โดยทฤษฎีแรกปฏิเสธการใช้อำนาจอื่นใดแก่ฝ่ายบริหารนอกเหนือไปจาก
 การบริหารราชการแผ่นดิน ส่วนทฤษฎีที่สองสนับสนุนให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจพิเศษได้
 เพื่อความฉับพลันทันควม ในกรณีฉุกเฉินหรือสภาพการพิเศษ ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องใช้
 อำนาจพิเศษเข้าจัดการ เพื่อให้เกิดความมั่นคงของชาติขึ้น หรือฟื้นฟูความสงบสุขและ
 ระเบียบวินัยกลับคืนสู่สังคมโดยเร็ว (To restore peace and order to the
 Society)

° คัดลอกจาก อรรถาธิบาย, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์
 ศุภสภาลาดพร้าว, ๒๕๑๕), หน้า ๕๒ - ๕๕.