

## บทที่หก

### อำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ

#### 6.1 อำนาจอธิปไตย

##### 6.1.1 ความหมายและวิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

“อำนาจอธิปไตย” หมายถึง อำนาจสูงสุดไม่ว่าในทางการเมือง การปกครอง หรือในทางใดก็ตาม<sup>(1)</sup>

##### ศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โทตะระกิตย์

ได้กล่าวว่า ในรัฐทุกรัฐจะต้องมีอำนาจปกครองบังคับบัญชาให้ประชาชนทุก ๆ คนปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ใช้อำนาจ ซึ่งอาจเป็นประมุขของรัฐ ประชาชน หรือผู้ทำการปฏิวัติ หรือรัฐประหาร ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยขึ้นในรัฐนั้น ๆ เป็นอำนาจที่มีอยู่ในรัฐ นับแต่รัฐได้มีกำเนิดขึ้นมา และเป็นอำนาจสูงสุดไม่มีอำนาจอื่นใดในรัฐนั้นมาทัดเทียมหรือสูงกว่า อำนาจนี้ในทางวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกว่า “อำนาจอธิปไตย”<sup>(2)</sup>

ในด้านวิวัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยนั้น ศาสตราจารย์ ดร.วิชญ์ เกรียงงาม<sup>(3)</sup> ได้ลำดับไว้ดังต่อไปนี้

- 1) ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระเจ้า (The Supremacy of God)
- 2) ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตปาปา (The Supremacy the Pope)
- 3) ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (the Supremacy of the King)
- 4) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Theory of sovereignty)
- 5) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (Sovereignty belongs to the Nation)
- 6) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (Sovereignty belongs to the people)

(1) วิชาญ เกรียงงาม, อ้างถึงแล้ว, หน้า 214

(2) สมภพ โทตะระกิตย์, อ้างถึงแล้ว, หน้า 10

(3) ปรดศึกษาในวาระเกษียณจาก วิชาญ เกรียงงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, อ้างถึงแล้ว, หน้า 214-221

## 6.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย

รองศาสตราจารย์ ดร.โกสิน พอดกุล<sup>(1)</sup>

ได้อธิบายถึงแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยในสมัยใหม่ว่า “แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยนี้ เป็นของนักคิดชาวฝรั่งเศสโดยแท้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (la Souveraineté nationale)”

นอกจากนี้ ยังได้อธิบายถึงทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย โดยแบ่งออกเป็น

(1) อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (La souveraineté populaire)

(2) อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (La souveraineté nationale)

(1) อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน<sup>(2)</sup>

เป็นทฤษฎีที่เสนอโดย รูสโซ (Rousseau) ในวรรณกรรมชื่อ “สัญญาประชาคม” เล่มสาม กล่าวคือ นักคิดในศตวรรษที่ 17 และ Rousseau เชื่อว่า “สังคมเกิดขึ้นเพราะราษฎรในสังคมสมัครใจละสภาพธรรมชาติอันเสรีของตนเพื่อมาทำสัญญาประชาคมขึ้น สังคมจึงเกิดจากสัญญามีไซ้การข่มขู่บังคับ ดังนั้น ราษฎรทุกคนจึงมีส่วนเป็นเจ้าของสังคมหรืออำนาจอธิปไตย มีไซ้พระเจ้าหรือกษัตริย์ที่เป็นเจ้าของดังที่อธิบายกันมาตลอด ตัวอย่างที่รูสโซ (Rousseau) อ้าง และเราน่ากล่าวเสมอ ๆ ก็คือ เช่น “สังคมหนึ่งมีสมาชิก 10,000 คน สมาชิกแต่ละคนยอมเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยคนละ 1/10,000 ดังนั้น ราษฎรแต่ละคนจึงมีส่วนในการมอบอำนาจในลักษณะที่ราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เป็นผู้เลือกผู้แทนขึ้น”<sup>(3)</sup>

จากแนวความคิดดังกล่าว ได้ส่งผลที่สำคัญดังต่อไปนี้

“1) ราษฎรแต่ละคนมีสิทธิที่จะเลือกผู้ปกครอง เพื่อเป็นการแสดงออกซึ่งส่วนแห่งอำนาจของตน อันมาสู่หลักการคือ “การเลือกตั้งอย่างทั่วถึง” เพราะถือว่า การเลือกตั้งเป็นสิทธิของทุกคน มิใช่เป็นหน้าที่จึงไม่อาจมีการจำกัดสิทธิได้ ดังที่รูสโซกล่าวไว้ว่า “สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิที่ไม่มีอะไรที่จะมาพรากจากประชาชนได้”

2) การมอบอำนาจของราษฎรให้ผู้แทนนั้น เป็นการมอบอำนาจในลักษณะที่ผู้แทนต้องอยู่ภายใต้อาณัติของราษฎรผู้เลือกตั้ง (mandat impératif)”<sup>(4)</sup>

(1)โกสิน พอดกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, กรุงเทพฯ : ศูนย์การพิมพ์พลจัต, 2529, หน้า 11.

(2)โปรดศึกษารายละเอียดจาก โกสิน พอดกุล, อ้างข้าง, หน้า 11-12

(3)โกสิน พอดกุล, อ้างข้าง, หน้า 11.

(4)โกสิน พอดกุล, อ้างข้าง, หน้า 11.

## (2) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

หลังจากการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 พวกปฏิวัติฝรั่งเศสมิได้ยอมรับในทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน นักคิดคนสำคัญคือ ซีเอแยส์ (Sieyès) ได้เสนอทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ<sup>(1)</sup>

การเสนอทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ "ชาติ" แทนที่จะเป็นของ "ปวงชน" หรือ "ราษฎร" ด้วยเหตุผลที่ว่า ชาติเป็นสภาพความเป็นจริงที่อยู่เหนือราษฎรซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ เท่านั้น ชาติเป็นนิติบุคคลที่มีชีวิตจิตใจ ดำรงอยู่คงทนกว่าราษฎรในแต่ละยุคสมัย เป็นความต่อเนื่องของราษฎรในสังคมนั้น ๆ โดยสรุปก็คือชาติ เป็นสิ่งที่เหนือกว่าราษฎร เพราะเป็นผลสังเคราะห์ทางประวัติศาสตร์ ทางความเป็นปึกแผ่นของราษฎรทุกยุคทุกสมัย<sup>(2)</sup>

จากแนวความคิดนี้ได้ส่งผลที่สำคัญ ก็คือ

1) ชาติเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยไม่ใช่ปวงชนหรือราษฎร อำนาจเลือกตั้งเป็นสิ่งที่ชาติมอบให้แก่ราษฎรในฐานะเป็นองค์กรที่มีหน้าที่เลือกผู้แทนของชาติ ดังนั้น การเลือกตั้งของราษฎรจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่มิใช่การใช้สิทธิ ชาติจึงมีสิทธิที่จะมอบอำนาจเลือกตั้งให้แก่ราษฎรที่เห็นว่าเหมาะสมได้ การเลือกตั้งไม่จำเป็นต้องเป็นแบบทั่วถึง (Universal suffrage) มีการจำกัดสิทธิการเลือกตั้งได้

2) ผู้แทนแต่ละคนไม่ได้เป็นผู้แทนของราษฎรในแต่ละเขตเลือกตั้งที่เลือกคนเท่านั้น ผู้แทนทั้งหมดถือเป็นผู้แทนของชาติ และไม่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของราษฎรผู้เลือกตั้ง (mandat representatif)<sup>(3)</sup>

## 8.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ประเด็นสำคัญมีดังต่อไปนี้

### 8.2.1 มองเตสกีเยอ (Montesquieu) กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

Montesquieu (ค.ศ. 1689-1755)

ได้เขียนหนังสือชื่อ "ว่าด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย" (De l'Esprit des Lois) เมื่อ ค.ศ. 1748 โดยใช้เวลาเขียนถึง 20 ปี ดังนั้นเราจะพบว่า บางตอนของความคิดของเขาเปลี่ยนไป

(1) โกลด์, พลฤๅ, เพิ่งอ้าง, หน้า 12.

(2) โกลด์, พลฤๅ, เพิ่งอ้าง, หน้า 12.

(3) โกลด์, พลฤๅ, เพิ่งอ้าง, หน้า 12-13. โปรดศึกษารายละเอียดจาก โกลด์, พลฤๅ, เรื่อง "อำนาจอธิปไตย" ใน ปัญหาและข้อคิด บางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, อ้างอิงแล้ว

ข้อเขียนที่ปรากฏในหมวดแรกของ "De l'Esprit des Lois" เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์โรมัน ส่วนหมวดต่อมาหลัง ๆ นั้น ได้รับอิทธิพลจากการศึกษาถึงรัฐธรรมนูญอังกฤษ<sup>(1)</sup>

ในหนังสือเล่มนี้มีหลายตอนที่น่าสนใจ แต่บทที่ได้รับการอ้างถึงและมีชื่อเสียงก็คือ บทที่ 6 ในหมวดที่ 11 ที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ<sup>(2)</sup>

ดร.โกคิน พอลกุล<sup>(3)</sup>

ได้อธิบายว่า "ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจว่ารัฐธรรมนูญของอังกฤษที่ Montesquieu เขียนนี้มีได้เป็นการอธิบายถึงระบบของอังกฤษอย่างถูกต้อง แต่เป็นการมองประเทศอังกฤษในอุดมคติเพื่อยกเป็นแบบอย่าง จริง ๆ แล้วจุดสำคัญที่สุดของงานเขียน "De l'Esprit des Lois" คือ วิวิวิเคราะห์ปัญหาในลักษณะสังคมวิทยาของ Montesquieu อันเป็นวิธีแบบอุดมคติ"

หมวดที่ 11 ของ De l'Esprit des Lois นั้น Montesquieu ให้หัวข้อว่า "กฎซึ่งกำหนดเสรีภาพทางการเมืองในความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญ" และในบทที่ 6 ของหมวดนี้มีชื่อว่า "รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ" Montesquieu มีวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งวิเคราะห์ในทางทฤษฎีถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เสรีภาพทางการเมืองของประชาชนจะได้รับการคุ้มครอง Montesquieu พยายามหาคำตอบว่า รูปแบบของสถาบันทางการเมืองเช่นไรที่จะสามารถพิทักษ์เสรีภาพได้ดีกว่า และนี่เอง เขาจึงคิดว่าอำนาจอธิปไตยต้องไม่ใช่โดยบุคคลหรือองค์กรแต่เพียงบุคคลหรือองค์กรเดียว และแต่ละองค์กรที่ใช้อำนาจต้องสามารถยับยั้งซึ่งกันและกันได้ด้วย<sup>(4)</sup>

Montesquieu กล่าวในบทที่ 4 ของหมวด 11 ว่า "ประชาธิปไตยและอภิชนาธิปไตย ไม่ได้เป็นของรัฐเสรีโดยสภาพของมันเลย เสรีภาพทางการเมืองจะพบได้ก็แต่ในการปกครองที่มีลักษณะกลาง ๆ (modéré) แต่เสรีภาพนี้ก็ไม่ได้มีอยู่ในรัฐทุกรัฐที่มีความเป็นกลาง ๆ เสรีภาพจะมีอยู่เมื่อเราไม่ใช้อำนาจในทางที่ผิด แต่เป็นประสบการณ์ตลอดมาว่าทุกคนที่มีอำนาจอยู่ย่อมถูกนำไปใช้ในทางที่ผิด เขาจะใช้จนกระทั่งเขาพบขอบเขตของมัน ใครจะเป็นคนกำหนดขอบเขตนั้น แม้แต่คุณธรรม (la vertu) เองก็ยังต้องการขอบเขต

(1) โกคิน พอลกุล, อ้างถึงแล้ว, หน้า 28

(2) ปรดศึกษาจาก De l'Esprit des Lois, Chronologie, introduction bibliographie par Victor Goldschmidt, Professeur l'Université de Picardie, Paris, Garnier-Flammarion, 1979.

(3) โกคิน พอลกุล, อ้างถึงแล้ว, หน้า 29.

(4) โกคิน พอลกุล, อ้างถึงแล้ว, หน้า 30.

เพื่อให้เราจะไม่ใช่อำนาจในทางผิด โดยการกำหนดของสรรพสิ่ง จึงต้องให้  
“อำนาจหยุดอำนาจ” (Le pouvoir arrête le pouvoir)<sup>(1)</sup>

ในบทที่ 6 ซึ่งว่าด้วย รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ Montesquieu กล่าวว่า  
“ในแต่ละรัฐมีอำนาจอยู่ 3 ชนิด อำนาจนิติบัญญัติ (La puissance législative), อำนาจปฏิบัติการ  
ของสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (La puissance executrice des choses qui dependent  
du droit des gens), อำนาจปฏิบัติการของสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง (La puissance executrice  
de celles qui dependent du droit civil)

โดยอำนาจอันแรก เจ้าผู้ครองนครหรือคณะผู้ปกครอง (magistrat) ใช้ในการ  
บัญญัติกฎหมายสำหรับระยะหนึ่งหรือตลอดไปหรือแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายที่ได้ตราขึ้นมา  
แล้ว โดยอำนาจอันที่สอง ใช้เพื่อทำสัญญาสงบศึกหรือทำสงคราม ส่งหรือรับคณะทูต จัดให้มี  
ความสงบเรียบร้อย เตรียมป้องกันการรุกราน โดยอำนาจอันที่สาม ใช้ลงโทษสำหรับการกระทำ  
ผิดหรือตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชน เราเรียกอำนาจอันสุดท้ายนี้ว่า อำนาจพิพากษา และ  
อำนาจอันที่สองว่า อำนาจปฏิบัติการของรัฐ

เสรีภาพทางการเมืองของราษฎรคนหนึ่งอยู่ในความสงบแห่งจิตใจที่มาจากความคิด  
ที่ว่า ราษฎรแต่ละคนมีความปลอดภัยสำหรับตนเอง และเพื่อที่จะมีเสรีภาพเช่นว่านี้ การปกครอง  
จะต้องมีลักษณะที่ราษฎรคนหนึ่งไม่กลัวราษฎรอีกคนหนึ่ง

ถ้าในบุคคลคนเดียวหรือคณะผู้ปกครองเอง อำนาจนิติบัญญัติรวมอยู่ในอำนาจ  
ปฏิบัติการ (อำนาจบริหาร) ก็จะไม่มีความเสรีภาพเลย เพราะเราอาจกลัวได้ว่าตัวกษัตริย์เองหรือ  
คณะผู้ปกครองอาจจะออกกฎหมายแบบทรราชย์เพื่อใช้อย่างกดขี่ได้

จะไม่มีเสรีภาพเลยอีกเช่นกัน ถ้าอำนาจพิพากษาไม่ได้แยกจากอำนาจนิติ-  
บัญญัติและอำนาจปฏิบัติการ ถ้าอำนาจพิพากษารวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจเกี่ยวกับ  
ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนจะมีลักษณะตามอำเภอใจ เพราะผู้พิพากษาจะกลายเป็นผู้บัญญัติ  
กฎหมาย ถ้าอำนาจพิพากษารวมอยู่กับอำนาจปฏิบัติการ ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจของผู้กดขี่

ทุกสิ่งทุกอย่างจะจบสิ้น ถ้าบุคคลคนเดียวหรือคณะของผู้ปกครองหรือของเจ้านาย  
หรือของประชาชน แต่คณะเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม คือ อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย อำนาจ  
ในการปฏิบัติการ และอำนาจพิพากษาความผิด หรือตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชน<sup>(2)</sup>

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, Chronologie par Victor Goldshmidt, op.cit., p.293.

(2) Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, op.cit., pp.294-295. แปลและเรียบเรียงโดย โกสิน พลกุล, ใน *ปัญหาและข้อคิด  
บางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย*, อ้างถึงแล้ว, หน้า 30-31.



## ๖.๒.๒ คำวิจารณ์แนวความคิดของ Montesquieu เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ศาสตราจารย์ GAUDMET<sup>(1)</sup>

ได้วิจารณ์แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ดังนี้

### "ความลับของการแบ่งแยกอำนาจ"

หนังสือของ Montesquieu มีลักษณะแบบใช้ถ้อยคำกลาง ๆ และระมัดระวังในถ้อยคำ แต่หลักการแบ่งแยกอำนาจได้กลายมาเป็นความลับอย่างแท้จริง เพราะได้กลายเป็นสิ่งที่เป็นที่ยอมรับในทำนองที่น่าเชื่อถือโดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ และได้รับการกล่าวถึงอย่างน่าชื่นชมมาก แต่จากการวิเคราะห์แล้ว เมื่อเวลาผ่านไปก็เป็นแต่เพียงภาพลวงตาธรรมดา ๆ เท่านั้น (Une simple illusion)

### ก. ความศรัทธาในหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ความศรัทธาในหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ปรากฏชัดในมาตรา 16 ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (ค.ศ. 1789) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ในสังคมใดที่ไม่มีหลักประกันทางกฎหมาย ไม่ยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ" (Tout société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution)

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการสำคัญของทุกระบบรัฐธรรมนูญนิยม ถ้าหลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ได้รับการยึดถือ ก็ถือว่าสังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างในรัฐธรรมนูญฉบับแรก ๆ ของฝรั่งเศส ได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบค่อนข้างเด็ดขาด

### ข. ภาพลวงตาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ที่กล่าวว่าเป็นภาพลวงตา เพราะบทวิเคราะห์ถึงระบบการเมืองของประเทศอังกฤษที่ Montesquieu คิดไว้นั้น ในความเป็นจริงแล้วไม่ถูกต้อง<sup>(2)</sup>

นักกฎหมายอังกฤษ F.H. Lawson และ D.J. Bentley<sup>(3)</sup> ได้วิจารณ์หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu ที่อ้างถึงรัฐธรรมนูญอังกฤษว่า "ไม่ตรงกับข้อเท็จจริงในประวัติรัฐธรรมนูญอังกฤษ เพราะในองค์กรต่าง ๆ ของรัฐบาลอังกฤษมักจะมีการซ้อนทับ

(1) GAUDMET, *La séparation des pouvoirs, mythe et réalité*, Dalloz, 1961, p.121.

(2) GAUDMET, *op.cit.*, p.121.

(3) ปรดศึกษา ชีวรัตน์ วงศ์รัตนานันท์, *ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ*, ของ F.H. LAWSON AND D.J. BENTLEY (แปลจากหนังสือ *Constitution and Administrative Law*, 1961, p.69-80), วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม ๒, สิงหาคม ๒๕๒๖, ตอน ๒, หน้า ๒๕-๒๘, อ้างใน โภคิน พลกุล, อ้างอิงแล้ว, หน้า ๓๒-๓๓.

กันของหน้าที่ต่าง ๆ อยู่เสมอ ดังนั้น สภาขุนนาง (House of Lords) จึงเป็นทั้งสภาที่สองของ องค์กรนิติบัญญัติและศาลสุดท้ายสำหรับการอุทธรณ์ สภองคมนตรี (Privy Council) มีทั้ง อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ ตลอดทั้งอาณาจักรที่อยู่ภาคโพ้นทะเล อำนาจทั้งสองอย่าง เช่นนี้มีทั้งในสภาขุนนางและสภองคมนตรี แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่เป็นมาตั้งแต่อดีต แต่ก็ไม่อาจ ถกเถียงได้ว่า กรณีนี้เป็นการขัดกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจและก็ไม่อาจโต้เถียงได้เช่นกัน เกี่ยวกับการรวมอำนาจทั้งสามอย่างไว้ในบุคคลตำแหน่ง Lord Chancellor ผู้ซึ่งเป็นทั้งประธาน สภาขุนนาง เป็นรัฐมนตรีผู้หนึ่ง และเป็นตุลาการที่มีตำแหน่งสูงสุด”

F.H. Lawson และ D.J. Bentley ได้ชี้ให้เห็นว่า ผู้พิพากษาของอังกฤษขณะนี้ มีอำนาจในการออกกฎหมายอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ และวิธีปฏิบัติตามที่ รัฐสภาได้มอบหมายให้ และยังมีอำนาจทางอ้อมในทางนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นไปในตัวตาม ระบบการพิจารณาคดีรายคดี (Case law) ยิ่งกว่านั้น ยังมีหน้าที่หลายประการในศาลต่าง ๆ ที่มีชื่อว่าเป็นการวินิจฉัยคดี หากแต่มีสภาพแท้จริงเป็นงานบริหาร ตัวอย่างเช่น การตั้งผู้ปกครอง ของผู้เยาว์ การจัดการทรัพย์สินที่ก่อตัวเป็น Trust การควบคุมดูแลการจัดการเรื่องล้มละลายและการ ชำระบัญชี โดยความจริงถ้าเราพิจารณาถึง Justice of the peace ซึ่งเป็นตำแหน่งของ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ประเภทหนึ่ง เราจะพบว่าเขามีทั้งหน้าที่ในทางการปกครองและในทาง ตุลาการ อันเป็นการยกเว้นเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ และได้มีอำนาจเช่นนี้อย่างกว้างขวางตั้งแต่ สมัยของ Montesquieu และยังคงมีอำนาจในทางปกครองบางประการเหลืออยู่ในปัจจุบัน...(1)

### ๑.๒.๓ หลักการแบ่งแยกอำนาจกับรัฐธรรมนูญไทยฉบับ พ.ศ. ๒๕๔๐

ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. ๒๕๔๐ เลขานุการคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ได้ร่างมาตรา ๓ ความว่า “อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทยพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้น โดยผ่านทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ไม่มีการแยกอำนาจ อธิปไตยออกไปอีก ๓ มาตรา เป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ดังที่เคยเป็นมา อาทิ ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๑๗ โดยกรรมาธิการส่วนใหญ่เห็นว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่ง อันเดียว แบ่งแยกไม่ได้ แต่ที่แบ่งแยกเป็นในแง่ขององค์กรและการใช้อำนาจเท่านั้น จึงควรเขียนให้ ตรงกับความเป็นจริง โดยตัดการแจกแจงออก” ในที่สุดที่ประชุมเสียงข้างมากได้ลงมติให้ถือตามร่าง ที่เลขานุการเสนอ โดยตัดคำว่า “โดยผ่าน” ออก และร่างดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาของ คณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ

(1) ไซรัส วังศ์วัฒนศักดิ์, อ้างถึงแล้ว, หน้า ๒๑-๒๒.

อย่างไรก็ตาม สภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก้ไขจาก “อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย...” เป็น “อำนาจอธิปไตย เป็นของปวงชนชาวไทย...”แทน<sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup> มนต์รี รูปสุวรรณ 'เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ', กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2542, หน้า 55-56.



## หนังสืออ่านประกอบบทที่ 6

### ภาคภาษาไทย

โกศิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, กรุงเทพฯ : ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2529.

มนตรี รูปสุวรรณ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2542.

หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่ 8) กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์, 2526.

สิริวัฒน์ สุภรณ์ไพบูลย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (LA 203), กรุงเทพฯ : ประชาชน, 2529.

วรวิทย์ กนิษฐเสน, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น : ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521.

วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ : อีวานูสรณ์การพิมพ์, 2521.

### ภาคภาษาต่างประเทศ

Montesquieu, *De L'esprit des lois*, Chronologie, introduction, bibliographie par Victor GOLDSCHMIDT, Garnier-Flammarion, Paris, 1979.

### วารสาร

วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 2, สิงหาคม 2526 ตอน 2