หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ ๑
แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ

๑.๑ วิเคราะห์ศัพท์

๑.๑.๑ ความหมายของ "ฝ่ายตุลาการ"

คำว่า "ตุลาการ" ในภาษาไทย หมายถึง ผู้ตัดสินคดี[๑] โดยในทางนิรุกติศาสตร์มีที่มาจากคำว่า "ตุลา" ซึ่งแปลว่า คันชั่ง ทั้งนี้โดยอุปไมยว่า ผู้ตัดสินคดีความพึงตั้งอยู่ในความเที่ยงตรง ไม่เอนเอียงเปรียบประดุจคันชั่ง[๒] ฝ่ายตุลาการจึงหมายถึง อำนาจในการตัดสินคดี โดยใช้คำภาษาอังกฤษว่า "Judiciary" [๓]

ฝ่ายตุลาการจึงแยกพิจารณาความหมายได้ ๓ ประการ คือ

ก. ความหมายที่เกิดจากหลักการแบ่งแยกหน้าที่ (Separation of Functions) ฝ่ายตุลาการ หมายถึง สาขาหรือส่วนของการปกครอง ที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการแปลความหมาย (interpretation) การกำหนดความหมาย (definition) การชี้ขาดตัดสินคดี[๔] ซึ่งเป็นการ

---

[๑]ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ ๗ (พระนคร: โรงพิมพ์ศูนย์การทหารราบ, ๒๕๑๗), หน้า ๔๒๑

[๒]วิกรม เมาลานนท์ "ตุลาการ" สารานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน ๑๓ (๒๕๑๖-๒๕๑๗) : ๔๐๑๖

[๓]ถ้อยคำในภาษาอังกฤษได้มีการแยกพิจารณาถึงความหมาย คือ "Judicature" หมายถึง อำนาจในการรักษาความยุติธรรม ด้วยการพิจารณาและชี้ขาด "Judicial power" หมายถึง อำนาจตุลาการ และ "Judiciary" หมายถึง ระบบศาล ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อรักษาความยุติธรรม คณะตุลาการซึ่งประกอบขึ้นเป็นศาล : สังข์ พันธโนทัย, ปทานุกรมศัพท์การเมือง อังกฤษ-ไทย, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์ชอยสุภัทรพล, ๒๕๑๑), หน้า ๖๖๖

[๔]J. F. Garner, Administrative Law, (London: Butterworth Co., 1774), p. 11

สร้างและใช้กฎหมาย (construe and apply the law)[๑] ในขณะเดียวกัน การมีหน้าที่ดังกล่าวของฝ่ายตุลาการ จึงทำให้ฝ่ายตุลาการเป็นอำนาจที่เกี่ยวกับการประสาทความยุติธรรม (the power of dispenaing justice) [๒] โดยมีภาระหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานยุติธรรม (administration of justice) [๓] ด้วย

ในคดี Gibert V. Priest และ Jamion V. Denny ได้ให้ความหมายของฝ่ายตุลาการไว้ว่า เป็นอำนาจที่ยกให้กับศาลและผู้พิพากษาทั้งหลาย โดยแบ่งแยกออกจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ[๔] ส่วนในคดี People V. Bruner ได้ให้ความหมายไปในลักษณะที่ว่า ฝ่ายตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาล(department of government) ที่มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายในการหาความมุ่งหมายและความหมายของกฎหมาย[๕]

ในความหมายนี้ ฝ่ายตุลาการจึงเป็นฝ่ายที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการประสาทความยุติธรรมและการบริหารงานยุติธรรม โดยแยกออกจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ การประสาทความยุติธรรม ได้แก่ การแปลความหมายของกฎหมาย การกำหนดความหมายของกฎหมาย การพิจารณาและการชี้ขาดตัดสินคดี อันเป็นการใช้กฎหมายและรวมไปถึงการสร้างกฎหมายด้วย

---

๑ Henry Compbell Black, Black's Law Dictionary, (New York: West Publishing Co., 1968), p. 987.

๒ Collings London and Glasgow William, Dictionnary of the English Language, (London: Collins Co., 1959), p. 279

๓ Noah Webster, Webster's New Twentieth Century Dictionary, (Celeveland and New York: World Publishing Co., 1971), p. 990

๔ Henry Compbell Black, Black's Law Dictionary, p. 986

๕ Ibid., p. 343.

ข. <u>ความหมายในลักษณะขององค์กรที่ใช้อำนาจหน้าที่</u> ฝ่ายตุลาการจะหมายถึงศาลยุติธรรม (a court of justice) [๑] หรือ ระบบศาลยุติธรรม (system of law court) [๒] อันเป็นระบบศาลภายในประเทศ (The system of courts in a country) [๓]

ในความหมายนี้ ฝ่ายตุลาการจึงหมายถึงเฉพาะศาลยุติธรรม อันเป็นระบบศาลภายในประเทศเท่านั้น จะไม่หมายความรวมถึงระบบศาลพิเศษอื่น เช่น ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลภาษี หรือศาลพิเศษอื่น ที่มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะ และไม่ได้สังกัดอยู่กับศาลยุติธรรม

ค. <u>ความหมายในลักษณะของบุคคลที่ใช้อำนาจหน้าที่</u> ฝ่ายตุลาการจะหมายถึงผู้พิพากษา (a judge) [๔] ผู้พิพากษาทั้งหมด (judges collectively) [๕] และคณะผู้พิพากษา (The bench) [๖]

ความหมายในลักษณะนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายในลักษณะขององค์กรที่ใช้อำนาจหน้าที่ ฝ่ายตุลาการจะมีความหมายเฉพาะผู้พิพากษาศาลยุติธรรม โดยไม่รวมถึงผู้พิพากษาของศาลอื่น ที่มิใช่ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม

---

๑ Collings London and Glasgow William, <u>Dictionary of the English Language</u>, p. 276.

๒ Noah Webster, <u>Webster's New Twentieth Century Dictionary</u>, p. 900.

๓ Henry Compbell Black, <u>Black's Law Dictionary</u>, p. 987.

๔ Collings London and Glasgow William, <u>Dictionary of the English Language</u>, p. 276.

๕ Noah Webster, <u>Webster's New Twentieth Century Dictionary</u>, p. 990.

๖ Henry Compbell Black, <u>Black's Law Dictionary</u>, p. 987.

๑.๑.๒ ความหมายของ "บทบาท"

คำว่า "บทบาท" ตามพจนานุกรม หมายถึง การทำตามหน้าที่ที่กำหนดไว้[๑] ใช้คำในภาษาอังกฤษว่า "Role" ซึ่งครอบคลุมความหมายถึง หน้าที่หรือสถานะ (A function or position)[๒]

หน้าที่ (function) หมายถึง สภาวะแห่งความเป็นไป หรือเกี่ยวกับการกระทำของบุคคล (person) ของตำแหน่งหน้าที่ (office) และการระบุหรือกำหนด (assigned) หน้าที่ (duty) การงานหรือกิจกรรม (activity)[๓]

สถานะ (position) ตามพจนานุกรม หมายถึง ความเป็นไป ความเป็นอยู่[๔] ใช้คำในภาษาอังกฤษว่า "position" อันมีความหมายว่า ตำแหน่ง ฐานะ การวางตำแหน่ง (a place) ตำแหน่งแหล่งที่ (location) ความถูกต้องหรือความเหมาะสมของตำแหน่ง ฐานะ (The right or appropriate place)[๕] วิถีทางของความเป็นอยู่แห่งตำแหน่ง ฐานะ หรือการวางตำแหน่ง (The way in which something is place) อันสรุปความหมายของ "สถานะ" ได้ว่า ความเป็นอยู่ของตำแหน่ง ฐานะ มีความถูกต้องหรือเหมาะสม

---

[๑] ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๒๔, (กรุงเทพ : อักษรเจริญทัศน์, ๒๕๒๔), หน้า ๖๕๔

[๒] Henry Compbell Black, Black's Law Dictionary, p. 1125.

[๓] William Morris, The Heritage Illustrated Dictionary of The English Language, International Ed, (New York: American Heritage Publishing Co., 1973), p. 533.

[๔] ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๒๔, หน้า ๗๖๗

[๕] William Morris, The Heritage Illustrated Dictionary of The English Language, p. 1022.

๑.๑.๓ <u>บทบาทของฝ่ายตุลาการ คืออะไร</u>

ในระบอบการปกครองของรัฐ ฝ่ายตุลาการเป็นองค์หนึ่งที่เข้ามาใช้อำนาจรัฐ องค์กรตุลาการหรือฝ่ายตุลาการ จึงถือว่าเป็นสถาบันการเมืองของรัฐโดยปกติ กล่าวคือ เป็นสถาบันที่เกี่ยวกับอำนาจ[๑] โดยเฉพาะศาลสูงสุดของประเทศ จึงทำให้ศาลและผู้พิพากษาต้องสัมพันธ์ หรือมีความเกี่ยวข้องกับระบอบการเมือง การพิจารณาถึงบทบาทของฝ่ายตุลาการจึงต้องกระทำทั้งในข้อเท็จจริงและบทกฎหมาย เพราะว่าระบอบการเมืองนั้นมีความหมายถึงสิ่งทั้งหมดไม่ว่าในทางข้อเท็จจริงหรือในทางข้อกฎหมาย[๒] ซึ่งอาจจะสังเกตุได้ในวิถีทางการเมืองในแต่ละประเทศ[๓] โดยตามหลักเกณฑ์นี้จะประกอบด้วยเรื่องของกฎหมายโดยแท้ กล่าวคือเป็นผลมาจากบทบัญญัติและเรื่องที่มีความเกี่ยวข้อง หรือสัมพันธ์กับกฎหมาย[๔] ซึ่งได้แก่เรื่องของข้อเท็จจริงจากประวัติศาสตร์ ภูมิศาสตร์ สังคมวิทยา ฐานะของพรรคการเมืองและพลังในทางการเมือง บทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ที่มิใช่เป็นของกฎหมาย[๕]

---

[๑]ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพ: สารศึกษาการพิมพ์, ๒๕๒๔), หน้า ๔

[๒]เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕.

[๓]เป็นความเห็นของศาสตราจารย์ยอร์ชสเรแกล ตัวอย่างเช่น การเลือกตั้งประธานาธิบดีในสหรัฐ ตามทฤษฎีถือว่าเป็นการเลือกตั้งทางอ้อม แต่ในทางปฏิบัติถือว่าเป็นการเลือกตั้งโดยตรง อังกฤษในบางยุคบางสมัยมีพรรคการเมืองเพียงสองพรรคเท่านั้นที่เข้าแข่งขัน เป็นต้น: เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖.

[๔]ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ได้ใช้คำว่า "Regimespolitiqes" ในความหมายของ "ระบอบการเมือง" "purement juridiques" ในความหมายว่าเป็น "เรื่องของกฎหมายโดยแท้" และเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับกฎหมาย ได้ใช้คำว่า "extrajuridiques" โดยแปลว่า "เรื่องของกฎหมาย แต่นอกเรื่องกฎหมาย": เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕-๗.

[๕]เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖-๗.

หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การหาเหตุผลแห่งบทบาทของฝ่ายตุลาการในระบอบการเมือง จึงถูกผูกมัดโดยเงื่อนไขของหลักการที่ว่า ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบทบาทของฝ่ายตุลาการไว้อย่างไร อาทิ การกำหนดให้ประธานาธิบดีสหรัฐ มีอำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุด (Supreme Court) เป็นหลักการของบทบัญญัติของกฎหมาย แต่อิทธิพลที่ก่อให้เกิดผลผลักดันให้ประธานาธิบดีได้ตัดสินใจที่จะเลือกและแต่งตั้งบุคคลใดเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุด[๑] เป็นหลักการทางข้อเท็จจริง หรือในกรณีของประเทศญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นได้บัญญัติรับรองถึงความมีอยู่ของศาลสูงสุดญี่ปุ่น (Supreme Court : Saiko Saibonsko) แต่ศาลสูงสุดของญี่ปุ่นก็หาได้ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ไม่ นั่นเป็นเพราะประเทศญี่ปุ่นยังไม่ได้รับการปรับปรุงด้านจิตใจและความคิด เพื่อดำเนินงานของศาลสูงสุดของประเทศให้ได้ผลดีตามแบบแผนและแนวทางที่ศาลสูงสุดของสหรัฐสามารถทำได้ หรือเป็นเพราะสาเหตุมาจากการที่ได้มีการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งผู้พิพากษา ที่มีหัวเอนเอียงไปในทางอนุรักษ์นิยมไว้เป็นจำนวนมากเกินไป[๒] สิ่งดังที่กล่าวนี้เป็นปรากฏการณ์ของข้อเท็จจริง

หลักการทางข้อเท็จจริงที่สำคัญและได้รับการยอมรับ อันส่งผลสะท้อนให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปสู่บทบาทที่ไม่เคยมีมาก่อน ปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดจากกรณีที่ Henry of Braction ได้กล่าวถึงการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ว่า

> กษัตริย์ต้องรับผิดต่อพระเป็นเจ้าและต่อกฎหมาย "เพราะกฎหมาย" เป็นสิ่งที่สร้างกษัตริย์ "และดังนั้นกษัตริย์จึงจำต้อง" ลดอำนาจของตนลงโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นบังเหียนควบคุมอำนาจ...เนื่องจากกฎหมายของมนุษย์ได้กำหนดว่า ผู้ออกกฎหมายจะต้องถูกผูกพันโดยกฎหมายของตน[๓]

---

[๑] Joel B. Grossman and Joseph Tonenhaus, Frontiers of Judicial Research, p. 33.

[๒] Glenon Schubert and David J. Donelski, Comparative Judicial Behavior (London: Oxford University Press, 1965), p. 126.

[๓] "...the Crown was accountable to God and to the law "because the law makes the king", and was, therefore, obliged to "temper his

และหรือในกรณีที่ Sir Edward Coke ได้มองเห็นทางเลือกที่เกิดจากความขัดแย้งที่ว่า

> การยอมนิ่งในการอ้างสิทธิ์ของกษัตริย์ ที่จะมีอำนาจโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ย่อมเป็นการยอมให้กฎหมายอังกฤษเปลี่ยนขึ้น ๆ ลง ๆ และเขาข้างไปตามความไม่แน่นอนของกษัตริย์ แต่การเข้าข้างรัฐสภาในการที่รัฐสภาอ้างว่า มีอำนาจเด็ดขาดในการร่างกฎหมาย ยอมเป็นการปล่อยให้การดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องและความมีอำนาจเหนือกว่าของคอมมอนลอว์ (common law) ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติ...[๑]

จากทัศนะแห่งแนวความคิดของ Henry of Braction และ Sir Edward Coke ดังกล่าวเป็นปรากฏการณ์ของหลักข้อเท็จจริงที่ได้เกิดขึ้น และ Sir Edward Coke ได้นำมาใช้เป็นเหตุผลในการตัดสินในคดี Dr. Bonham's Case และต่อมาได้ถูกยอมรับเข้าไปสู่หลักการแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย อันปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การที่ศาลยุติธรรมสหรัฐอเมริกา มีอำนาจและบทบาททั้งในด้านการแปลความและพิจารณาการขัดต่อรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐมิได้มีข้อกำหนดอันใดไว้เฉพาะว่า ศาลมีอำนาจเช่นนั้น แต่ปรากฏข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยอมรับประการหนึ่งว่า

---

power by law, which is the bridle of power... for the law of mankind has decreed that his own laws bind the lawgiver" : Irving R. Kaufman "The Essence of judicial Independence" Columbia law Review, 80 (May 1980), p. 673.

[๑] "To acquiesce in the Crown's pretention to unbounded power would subject English law to the vicissitudes and partiality of royal whin. But to side with Parliament in its claim to absolute lawmaking authority would subject the continuity and supremacy of the common law to legislative fiat. Content with neither althernative, Coke struck out for a middle ground, in which the power of both king and parliament would be subordinated to the common law." : Ibid., p. 673-674.

คณะบุคคลที่เป็นผู้ก่อตั้งโครงร่างระบอบการปกครองของสหรัฐอเมริกา ได้มีความต้องการและยอมรับให้การมีอำนาจดังกล่าวอยู่กับฝ่ายตุลาการ[๑] และยังปรากฏข้อเท็จจริงว่า ประธานศาลสูงสุดมาร์แชล (Mr. Chief Justice Marshall) ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้แทนจากรัฐเวอจิเนีย (The Ralifying Convention of Virginia) ในการเข้าร่วมการแปรญัตติหรืออภิปรายเพื่อให้สัตยาบันรับรองรัฐธรรมนูญ และนายจอห์น อาดัมส์ (John Adams) ซึ่งเป็นรัฐมนตรีผู้หนึ่งของประเทศ และเป็นนักกฎหมายที่รุ่งโรจน์ ได้ให้การสนับสุนนและมีความเข้าใจในรัฐธรรมนูญว่า ควรมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ศาลตามความต้องการของประเทศชาติ[๒] จากผลของข้อเท็จจริงดังกล่าว Marshall ได้ทำให้ปรากฏให้เห็นเด่นชัดในการตัดสินคดี Marbury V. Madison อันเป็นเหตุที่ส่งมาเป็นผลให้เห็นว่า เป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่จะเป็นผู้ตัดสินว่า กฎหมายใดสอดคล้องหรือถูกต้องกับรัฐธรรมนูญเพียงใด[๓] ดังนั้นแม้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน จะมิได้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาการขัดต่อรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ตาม[๔] แต่ก็อาศัยการพิจารณาถึงเหตุผลแห่ง

---

[๑] Henry J. Abraham, The Judiciary : The Supreme Court in the Government Process, 3d ed (Boston: Allyn and Bacon, 1973), p. 130

[๒] Ibid., p. 131

[๓] Ibid.

[๔] ตาม The Constitution of the United States of America. Article III section 2 และ Article VI ซึ่งบัญญัติไว้คือ Article III section 2 "The judicial power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this constitution,..." Article VI "...This Constitution and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding...":

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ และความจำเป็นในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกานั้นเอง[๑] ได้ถูกนำมาพิจารณาในลักษณะที่ว่า ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเช่นนั้น

ในลักษณะที่คล้ายกับสหรัฐอเมริกา การที่ฝ่ายตุลาการไทยเคยมีอำนาจ และบทบาททั้งในด้านแปลความและพิจารณาการขัดรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญหาได้มีบทบัญญัติหรือมีข้อกำหนดระบุไว้แต่อย่างใดว่าฝ่ายตุลาการมีอำนาจเช่นนั้น แต่ก็ปรากฏข้อเท็จจริงว่าฝ่ายตุลาการได้อาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเอง ขึ้นมาเป็นเหตุผลแห่งการอ้างว่าฝ่ายตุลาการมีอำนาจ ทั้งนี้ตามการตัดสินในคดีอาชญากรรมสงคราม[๒] แต่เพราะความเป็นมาทางข้อเท็จจริงที่ฝ่ายตุลาการได้หยิบยกขึ้นมาเป็นเหตุผลนั้น หาได้มีความเหมือนกับที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาไม่ ดังนั้นในเวลาต่อมาได้มีการจำกัดอำนาจดังกล่าวของฝ่ายตุลาการไปในที่สุด โดยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เมื่อเป็นเช่นนี้ การหาเหตุผลเพื่อหาคำตอบของบทบาทของฝ่ายตุลาการ จึงมิใช่สิ่งเฉพาะที่ปรากฏอยู่แต่ตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น เพราะนั้นเท่ากับจำกัดขอบเขตอยู่แต่เพียงในสิ่งที่เป็นอยู่ แต่ไม่สามารถพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นมา และควรจะเป็นไปได้ ทั้งนี้มิใช่สิ่งอื่นใดนอกเสียจากว่า เพื่อหาเหตุผลของสิ่งที่เป็นอยู่ และควรจะเป็นไปให้ได้ถูกต้องและสมเหตุสมผลยิ่งขึ้น เพราะหลักการทางข้อเท็จจริงบางครั้งเป็นทางออกที่ดีสำหรับบทกฎหมายประการหนึ่ง

๑.๒ <u>ปัญหาของขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ</u>

ปัญหาเรื่องขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการนี้ มูลเหตุที่มาเป็นเพราะอิทธิพลแห่งแนวความคิดที่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา เพื่อหาข้อยุติของความเป็นไปแห่งความแตกต่างในหลักการ โดยแยกพิจารณาจากหลักแนวความคิดในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ

---

[๑] ดูรายละเอียดในบทที่ ๓

[๒] ดูรายละเอียดในคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ ๑/๒๔๘๘ ใน : เนติบัณฑิตยสภา, <u>คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช ๒๔๘๘</u>, (พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, ๒๕๑๑), หน้า ๖๒๔–๖๔๘ และดูรายละเอียดในบทที่ ๓.๒.๓

ซึ่งต่างมีความไม่เหมือนกัน ทั้งนี้เพื่อนำมาชี้บ่งถึงหลักการที่ปรากฏอยู่ในประเทศต่าง ๆ และแม้ว่าจะไม่อาจที่จะกล่าวได้ว่า เป็นหลักการร่วมกัน แต่ก็เป็นหลักการที่มีลักษณะแห่งความคล้ายคลึงไปในแนวทางเดียวกัน

๑.๒.๑ แนวความคิดทางประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส การพิจารณาถึงขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ได้มุ่งไปสู่การหาความหมายแห่งถ้อยคำที่ว่า "เขตอำนาจของศาล" (juridictionnel-jurisdictional) และ "ทางศาลยุติธรรม" (judiciaire-judicial) [๑] ทั้งนี้เพื่อนำมาชี้บ่งว่าเฉพาะฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรม จึงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือไม่อย่างไร

ปัญหาดังกล่าวข้างต้น ศาสตราจารย์ Leon DUGUIT [๒] ได้พิจารณาว่า หน้าที่ประการที่สามของรัฐ คือหน้าที่ทางศาลหรือในการพิจารณาพิพากษานั้น ควรจะมีลักษณะอย่างไร ต้องพิจารณาถึงความหมายแห่งถ้อยคำที่ว่า "judiciaire" ซึ่งใช้เพื่อกำหนดถึงเจ้าหน้าที่มหาชนบางประเภทที่กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดไว้แน่นอนแล้ว อันเป็นการพิจารณาถึงเฉพาะตัวองค์กรและเจ้าหน้าที่ภายในองค์กร และ "juridictionnel" เป็นคำที่ใช้เพื่อกำหนดถึงการกระทำที่มีลักษณะภายในพิเศษ ซึ่งโดยปกติเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของศาลยุติธรรม (l'autorité judiciaire) และอาจจะเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ทางปกครอง

---

[๑] ดร. โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชา หลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๕), หน้า ๑๑๖

[๒] ศาสตราจารย์ Leon DUGUIT ได้พิจารณาถึงปัญหาเรื่องถ้อยคำ (terminologie) และปัญหาเรื่องวิธีการ (méthode) เพื่อนำมาหาขอบเขตแห่งหน้าที่ทางศาล หรือหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษา (function juridictionnelle) ว่าเป็นเช่นไร และนำมาชี้ให้เห็นถึงองค์กรและเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา โดยพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่าง "judiciaire" ซึ่งจะใช้ในความหมายรูปแบบ (formel) และ "juridictionnel ซึ่งใช้ในความหมายทางเนื้อหา (materiel) : DUGUIT Leon, LECONS DE DROIT PUBLIC GENERAL, (E, de Boccar, Editeur, Paris: 1926), p. 176-190 : อ้างถึงใน; เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๑๖-๑๑๙

013158

(I'autorite administratif) ได้ด้วย[๑] เมื่อเป็นเช่นนี้ ถ้าพิจารณาถึงหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาจากตัวองค์กรและเจ้าหน้าที่แล้ว ก็จะมีผลเฉพาะศาลยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ทางยุติธรรมเท่านั้นจึงจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา แต่ถ้าพิจารณาไปถึงลักษณะของการกระทำด้วยแล้ว ก็จะมีผลทำให้เห็นว่า องค์กรอื่นและเจ้าหน้าที่ในองค์กรอื่น ได้เข้ามามีส่วนแห่งการใช้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาด้วย แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาไปถึงขั้นตอนในการปฏิบัติการต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดการกระทำอย่างละเอียดด้วย เพื่อที่จะหาขอบเขตแห่งการกระทำใดว่าจะมีลักษณะเป็นหรือไม่เป็น "juridictionnel" ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเกิดจากองค์กรใดหรือเจ้าหน้าที่ใด อันเป็นสิ่งที่จะมาชี้บ่งถึงการเข้ามามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษา

ตามความเห็นของ Léon DUGUIT ลักษณะที่เป็น "Juridictionnel" จะต้องมีองค์ประกอบ ๓ ประการ คือ "ประการที่หนึ่ง มีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่มหาชน (prétention) ประการที่สอง มีการให้ทางออกสำหรับปัญหากฎหมายนั้น (solution) และประการที่สาม มีคำตัดสินซึ่งเป็นผลมาจากทางออกสำหรับปัญหากฎหมายดังกล่าว (décision) "[๒] แต่การมีปัญหาเสนอต่อเจ้าหน้าที่และเจ้าหน้าที่จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อแก้ปัญหากฎหมายนั้นมิได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่มีจำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริง เพราะตามปกติในการวินิจฉัยข้อกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยหรือฟังข้อเท็จจริงก่อน นั่นคือการที่จะบอกว่า อะไร คือ กฎหมายได้ต้องบอกได้ก่อนว่าอะไรคือข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่ "ชี้ขาดข้อกฎหมาย" และจำเป็นต้อง "ชี้ขาดข้อเท็จจริง"[๓] ทั้งนี้เพื่อที่จะสามารถหาทางออกให้แก่ปัญหากฎหมายได้ ส่วนคำตัดสินนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นคำบังคับ และเมื่อถึงที่สุดแล้ว ต้องสันนิษฐานว่าถูกต้องเป็นจริงและมีผลผูกพัน ซึ่งอาจผูกพันเฉพาะคู่กรณีและการผูกพันโดยทั่วไปที่มิใช่คู่กรณีด้วย แล้วแต่ว่าเป็น

---

[๑]ดร. โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชา หลักกฎหมายมหาชน, หน้า ๑๑๖–๑๑๗

[๒]เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๑๗.

[๓]ดร. โภคิน พลกุล ได้แปลว่า "กล่าวถึงกฎหมาย"(dire le droit)"กล่าวถึงข้อเท็จจริง"(dire le fait) : เรื่องเดียวกัน

สิทธิตามกฎหมายมหาชนหรือเอกชน[๑] อันส่งผลไปถึงการนำคดีขึ้นมาฟ้องร้องอีกไม่ได้[๒]

ตามแนวความคิดของ Léon DUGUIT สามารถนำมาชี้บ่งให้เห็นถึงระบบศาลฝรั่งเศสที่แยกออกเป็นสองเขตอำนาจ (dualité de juridiction) คือ ศาลปกครอง (juridiction administrative) และศาลยุติธรรม (juridiction judiciare) [๓] โดยศาลปกครองและศาลยุติธรรมจะแยกต่างหากจากกัน แต่ละศาลจะมีศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดของตนเอง คุณสมบัติของผู้พิพากษาและอำนาจหน้าที่จะมีความแตกต่างกัน[๔] ศาลปกครองของฝรั่งเศสจึงไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ทางศาลยุติธรรม (autorité judiciare) แต่เป็นเจ้าหน้าที่ทางปกครอง (autorité administrative) แต่คำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นการกระทำที่เป็น juridicitionnel เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม แต่ไม่เป็น judiciaire เพราะเป็นเจ้า

---

[๑]ดร. ไกสิน พลกุล ได้ใช้คำว่า "subjective" ในความหมายของความผูกพันเฉพาะคู่กรณี "objective" ความผูกพันที่มีลักษณะทั่วไปที่มิใช่คู่กรณีด้วย "subjective law" สิทธิตามกฎหมายเอกชน "objective law" สิทธิตามกฎหมายมหาชน : เรื่องเดียวกัน หน้า ๑๑๘-๑๑๙

[๒]เรื่องเดียวกัน

[๓]เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๑๙

[๔]ศาลในประเทศฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น ๒ ระบบใหญ่ ๆ คือ ศาลยุติธรรม (Les juridicitions de l'ordre judiciarire) มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีอาญาและคดีแพ่ง ซึ่งแบ่งออกเป็น ศาลชั้นต้น (Les juridictions de premiére instance) ศาลอุทธรณ์ (Les cours d'appel) และศาลฎีกา (La Coure de'Cassation) และศาลปกครอง (Les juridictions de l'ordre administratif) มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ซึ่งแบ่งออกเป็น ศาลปกครองชั้นต้น (Les tribunaus administratifs) ศาลปกครองพิเศษหรือศาลปกครองเฉพาะเรื่อง (Les juridictions administratives specialisees) เช่น ศาลบัญชี (La Coure des Comptes) และศาลสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) : ดูรายละเอียดใน; ชาญชัย แสวงศักดิ์ "ผู้พิพากษาในประเทศฝรั่งเศส" กฎหมายปกครอง ๑ (เมษายน ๒๕๒๕): หน้า ๒๙-๓๑ : คุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ดูรายละเอียดในบทที่ ๔ เรื่องคุณสมบัติของตุลาการประเทศฝรั่งเศส

หน้าที่ทางปกครอง และไม่เป็นการกระทำทางปกครอง (administratif) เพราะคำวินิจฉัยมีองค์ประกอบของความเป็น juridictionnel ครบถ้วน[๑]

โดยนัยเดียวกันในประเทศอิตาลี ได้แยกศาลออกเป็น ๒ ระบบ คือ ระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลพิเศษ ซึ่งแต่ละศาลจะมีศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดของตนเอง คุณสมบัติของผู้พิพากษาและอำนาจหน้าที่มีความแตกต่างกัน[๒] โดยเฉพาะในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้แบ่งระบบศาลออกเป็น ๕ ศาล คือ ศาลยุติธรรมสหพันธ์ ศาลปกครองสหพันธ์ ศาลแรงงานสหพันธ์ ศาลสังคมสหพันธ์ และศาลภาษีสหพันธ์[๓] ซึ่งแต่ละศาลจะมีศาลชั้นต้นและศาลสูงสุด ตามระบบศาลของตนโดยเฉพาะ คุณสมบัติของผู้พิพากษาและอำนาจหน้าที่ของศาลจะแตกต่างกันออกไป[๔]

---

[๑]ดร. โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, หน้า ๑๑๙

[๒]ศาลในประเทศอิตาลี ประกอบด้วยศาลยุติธรรมและศาลพิเศษ ศาลยุติธรรมประกอบด้วย ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ (corte de appello) และศาลฎีกา (corte di cassazione) ศาลพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court) ศาลปกครอง (The administrative courts) ซึ่งแบ่งเป็นศาลปกครองชั้นต้น (Tribunali administrativi regionali) ศาลปกครองสูงสุด (Consiglio di Stato) : ดูรายละเอียดใน; ดร. อักขราทร จุฬารัตน "ระบบศาลและผู้พิพากษาในประเทศอิตาลี" กฎหมายปกครอง, ๑ (เมษายน ๒๕๒๕): หน้า ๑๐๓–๑๑๔ : คุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ดูรายละเอียดในบทที่ ๔ เรื่องคุณสมบัติของตุลาการประเทศอิตาลี

[๓] Basic Law for the Federal Republic of Germany. Article 96 : Russell F. Moore, Modern Constitutions (New York : Littlefield, Adams & Co., 1957), p. 115

[๔]ดูรายละเอียดใน : ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ "องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน" กฎหมายปกครอง, ๑ (เมษายน ๒๕๒๕): หน้า ๗๕–๘๑, ๘๓–๙๑ : คุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ดูรายละเอียดในบทที่ ๔ เรื่อง คุณสมบัติของตุลาการศาลประเทศเยอรมัน

จากลักษณะดังกล่าวมาแล้ว ได้ส่งผลมาหาคำตอบที่ว่า อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี มิใช่เฉพาะฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรมเท่านั้น ที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว แต่มีองค์กรหรือศาลประเภทอื่น ได้เข้ามามีอำนาจหน้าที่ด้วย

๑.๒.๒ แนวความคิดทางประเทศอังกฤษ

ก. ทฤษฎีของศาสตราจารย์ A. V. Dicey ว่าด้วยหลักนิติธรรม (Rule of Law)* : การไม่แบ่งแยกแห่งอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

มโนทัศน์ของ A. V. Dicey ในเรื่องหลักนิติธรรม (Rule of Law) มีองค์ประกอบแบ่งออกเป็น ๓ ประการด้วยกัน คือ

> ๑. "...มิให้ผู้ใด จะถูกถือว่าสมควรได้รับการลงโทษ หรือสมควรที่จะต้องถูกทรมาน หรือถูกทำร้ายหรือถูกลงโทษ ทั้งในทางร่างกายหรือในด้านทรัพย์สินของตน ยกเว้นแต่ผู้ที่ได้ทำการละเมิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ด้วยวิธีการอันเป็นที่รับรองกันในสังคมนั้น ที่ได้รับรู้หรือให้สัตยาบันแล้ว โดยศาลยุติธรรมของประเทศนั้นเท่านั้น... ดังนั้นความหมายของหลักนิติธรรม จึงเป็นการกรงขามกับสภาพของการมีขึ้นหรือของบัญญัติใดที่ได้รับการบัญญัติขึ้นจากรัฐบาลใด โดยบุคคล หรือเจ้าหน้าที่

---

*คำว่า "Rule of Law" ควรจะแปลว่าอะไรนั้น ได้มีผู้แปลเป็นภาษาไทยไว้แตกต่างกัน คือ วิกรม เมาลานนท์ แปลว่า "หลักธรรม" ศิริ วิศิษฏธรรม อัศวนนท์ แปลว่า "หลักธรรมแห่งกฎหมาย" "นิติปรัชญา" จำรูญ เจริญกุล แปลว่า "นิติสถาพร" แต่บุคคลที่ให้รายละเอียดได้ชัดเจน โดยพิจารณาถึงเบื้องหลังแห่งที่มาของ rule of law ไว้อย่างละเอียด คือ เสนาะ เอกพจน์ ซึ่งได้ให้คำแปลไว้หลายคำ หนึ่งในหลายคำได้แก่ "หลักนิติธรรม" ในวิทยานิพนธ์นี้จึงเลือกใช้คำว่า "หลักนิติธรรม" ทั้งนี้เพื่อความเหมาะสมกับที่ A. V. Dicey ได้กล่าวถึงคำว่า rule of law ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญ : รายละเอียดแห่งความหมายของ rule of law ดูได้จาก; ดุลพาห ๑๒ (ธันวาคม ๒๔๙๘): หน้า ๘๐-๘๕, ดุลพาห ๑๐ (ตุลาคม ๒๕๐๔): หน้า ๑๑๒๓-๑๑๒๖; ดุลพาห ๙ (กันยายน ๒๕๐๔): หน้า ๙๘๒-๑๐๐๓, ดุลพาห ๑ (มกราคม ๒๕๐๕): หน้า ๕๙

ใดของรัฐบาลนั้น โดยอาศัยการปฏิบัติไปตามอำเภอใจ หรือโดยอาศัย อำนาจซึ่งตนมีอยู่เกินขอบเขต โดยถือเอากฎหมายที่ได้บัญญัติไว้อย่างถูกต้องดังกล่าวเป็นเครื่องชี้หรือเป็นมาตรฐานวัด..."[๑]

๒. "...ประชาชนของประเทศ ไม่ว่าจะมีฐานะใดในสังคม ย่อมจะอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นอย่างถูกต้อง และจะต้องอยู่ในอำนาจบังคับของศาลยุติธรรม ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยถูกต้อง"[๒]

๓. "...ผลบังคับทางกฎหมายจะเกิดได้ก็ต่อเมื่อ ประเทศมีข้อบัญญัติหรือหลักการในการบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศ (เช่นตัวอย่าง ในข้อที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในความเป็นบุคคลในสังคม หรือสิทธิของประชาชนในการประชุมพบปะกัน เป็นต้น) ทั้งนี้ก็เพื่อให้ศาลยุติธรรมได้ใช้หลักการเหล่านั้นในการทำ

---

[๑]"...no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal namer before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint... It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of orbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative or even of wide discretionary authority on the part of the government" : A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, (1885), pp. 188, 202 : อ้างถึงใน D. C. M. Yardley, Introduction to British Constitutional Law (London: Butterworth & Co., (Publishers) Ltd., 1974), p. 62.

"...every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals" : Ibid., p. 193. : อ้างถึงใน Ibid.

การตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนแต่ละบุคคล เพื่อให้เกิดข้อพิพาทนำขึ้นสู่ศาลได้โดยยุติธรรม ดังนั้นรัฐธรรมนูญที่ได้ให้ความสำคัญหรือพิทักษ์สิทธิของมนุษย์ในชาติ จึงถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติขึ้น โดยอาศัยหลักการนี้ จึงจะก่อให้เกิดอำนาจบังคับทางกฎหมาย อันถูกต้องตามทำนองคลองธรรมขึ้นได..."[๑]

หลักการดังกล่าวของ A. V. Dicey ได้นำมาชี้ให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายอังกฤษกับกฎหมายฝรั่งเศส ในข้อที่ว่ากฎหมายของฝรั่งเศสนั้น ได้มีการแยกระบบศาลปกครอง (system of administrative courts) ออกต่างหาก โดยมีอำนาจชำระความหรือตัดสินคดี ที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชนของประเทศ (state and individuals) และไม่ขึ้นกับระบบศาลยุติธรรม (ordinary courts of law) ของประเทศ[๒] อันเป็นเหตุผลทำให้เห็นว่า ในกฎหมายของอังกฤษมิได้มีกฎหมายปกครอง (administrative law) ที่ให้อำนาจแก่ศาลพิเศษ (sepcial courts) ประเภทใดประเภทหนึ่งเข้ามาชำระความ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายปกครอง เพราะเป็น

---

[๑] "...the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty or the right of public meeting) are with us the result of judicial desisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts; whereas under may foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitution... Our constitution, in short, is a judges-made constitution..." : Ibid., pp. 195-196: อ้างถึงใน : Ibid., p. 62.

[๒] D. C. M. Yardley, Introduction to British Constitutional Law, p. 63.

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สิ่งจำเป็นของประเทศที่จะต้องมีกฎหมายปกครองไว้ในทุกประเทศ หากมิเช่นนั้นจะไม่สามารถจัดการปกครองให้ฝ่ายบริหารดำเนินการปกครองประเทศได้[๑]

เจตนาของ A. V. Dicey จึงมุ่งที่จะแสดงให้เห็นว่า

> ในประเทศอังกฤษนั้น ศาลยุติธรรมทั่วไป เป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินความต่อปัญหาข้อขัดแย้งใด ๆ ที่มีขึ้นภายใต้กฎหมายปกครองของประเทศด้วย เช่นเดียวกับที่มีอำนาจตัดสินความ ในปัญหาของกฎหมายใด ๆ ไม่ว่ากฎหมายเหล่านั้นจะเกี่ยวข้องกับความในด้านใดในสังคมมนุษย์หรือในสังคมอังกฤษด้วย[๒] อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ A. V. Dicey คิดผิดก็คือ "...ความเชื่อของคนที่ว่า ระบบที่ใช้ในประเทศฝรั่งเศสให้อำนาจแก่รัฐ จนกระทั่งเป็นการละเมิด หรือเป็นอันตราย ต่อสิทธิของประชาชนของประเทศ และดังนั้น จึงเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม

แนวความคิดของ A. V. Dicey นอกจากความไม่เชื่อใจที่มีต่อศาลปกครองของฝรั่งเศส จะมีความถูกต้องหรือไม่ก็ตาม แต่กฎหมายของอังกฤษที่ได้ก้าวมาสู่ปัจจุบัน ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการทางปกครอง (administrative tribunals) ขึ้นมากมาย โดยมีอำนาจพิจารณาตัดสินคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจบังคับของกฎหมายปกครองโดยตรง อันเป็นการส่งผลของความไม่เป็นตามหลักนิติธรรม (rule of law) ที่มุ่งที่จะให้เฉพาะศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม แต่ก็หามีลักษณะเหมือนกับประเทศฝรั่งเศสไม่ เพราะคณะกรรมการทางปกครองในประเทศอังกฤษทั้งหลายนั้น ปฏิบัติการภายใต้ขอบเขต มิสามารถที่จะล่วงล้ำ ก้าวก่ายสิทธิของประชาชนของประเทศ ในฐานะที่เป็นบุคคลแต่

---

[๑] D. C. M. Yardley, Introduction to British Constitutional Law, p. 63.

[๒] ความคิดของศาสตราจารย์ Dicey ได้ถูกผู้รู้หลายท่านทำการวิพากวิจารณ์ว่า Dicey เชื่อว่า หรือได้กล่าวหาว่า ประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายปกครอง Dicey จึงได้เขียนบทความแสดงเจตนาของตนให้เห็นว่า แนวความคิดของ Dicey ที่แท้จริงเป็นอย่างไร บทความชื่อ "The Development of Administrative Law in England" ลงในวารสาร Law Quarterly Review (1915) : Ibid., p. 63.

[๓] Ibid.

อย่างใด โดยเฉพาะการปฏิบัติงานของคณะกรรมการทางปกครองของอังกฤษ จะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรมของประเทศ[๑] และมิได้มีการแยกเป็นระบบเหมือนกับศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศสแต่อย่างใด

ข. <u>การมีคณะกรรมการทางปกครอง (Administrative Tribunals) : การนิยามความแตกต่างระหว่างคำว่า "judicial decision" "quasi-judicial decision" และ "administrative decision"</u>

"judicial decision" จะต้องเป็นเรื่องข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยมีองค์ประกอบ ๔ ประการ คือ ประการที่หนึ่ง มีการเสนอคดีของคู่กรณีที่พิพาท ประการที่ ๒ ถ้าข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเป็นปัญหาข้อเท็จจริง จะต้องมีการค้นหาข้อเท็จจริง โดยอาศัยพยานหลักฐานที่อ้างโดยคู่กรณีที่พิพาท ประการที่สาม ถ้าเป็นปัญหาข้อกฎหมาย จะต้องมีการเสนอข้อโต้เถียงทางกฎหมายโดยคู่กรณี ประการที่สี่ คำพิพากษา (decision) จะต้องกล่าวถึงเรื่องราวทั้งหมด โดยมีการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่พิพาท และมีการนำเอากฎหมายของแผ่นดินมาปรับแก่ข้อเท็จจริงที่ฟังมา รวมทั้งจะต้องมีคำวินิจฉัยข้อพิพาทในปัญหากฎหมายด้วย ถ้ามีการยกขึ้นมา[๒]

"quasi-judicial decision" เป็นเรื่องระหว่างคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเช่นกัน มีลักษณะเหมือนกับ "judicial decision" ในประการที่หนึ่งและสอง แต่ไม่จำเป็นต้องมีลักษณะในประการที่สามและสี่[๓] ซึ่งคณะกรรมการทางปกครองของอังกฤษ (Administrative Tribunals) จะใช้วิธีพิจารณาแบบกึ่งพิพาท (quasi-judicial) นี้[๔]

---

[๑] D. C. M. Yardley, <u>Introduction to British Constitutional Law</u>, p. 64.

[๒] Report of the Committee on Minister'Powers (1932) cited by GRIFFITH J. A. G. & STREETH, <u>Principles of Administrative Law</u>, 5th ed, (London: Pitman Publishing, 1973), pp. 140-141 : อ้างถึงใน ; ดร.โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, หน้า ๑๑๙-๑๒๐

[๓] Ibid. : อ้างถึงใน Ibid., p. 120.

[๔] Ibid., p. 119.

ส่วน "administrative decision" อย่างแท้จริงนั้น ผู้มีหน้าที่ทำคำสั่ง (decision) ไม่มีหน้าที่ทางกฎหมาย ต่อบุคคลผู้ถูกกล่าวหาในอันจะต้องพิจารณาหรือชั่งน้ำหนักข้อพิพาท หรือรวบรวมพังพยานหลักฐานหรือหาทางออกให้แก่ปัญหา เหตุผลที่ผู้มีหน้าที่ทำคำสั่งกระทำลงไปเป็นเรื่องที่อยู่ในดุลพินิจโดยแท้[๑] และไม่แสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของข้อพิพาทและคู่ความที่พิพาท[๒]

judicial decision จะไม่มีเรื่องดุลพินิจเกี่ยวข้องเลย ในขณะที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่จัดให้มี quasi-judicial decision อนุญาตให้มีการใช้ดุลพินิจได้[๓] โดยเฉพาะศาลยุติธรรม (judicial tribunals) จะปฏิบัติต่อสิทธิและความรับผิดตามกฎหมายประหนึ่งว่าสิทธิและความรับผิดนั้นดำรงอยู่ก่อนแล้ว กล่าวคือ ศาลยอมรับที่จะไม่ให้สิทธิหรือกำหนดความรับผิดด้วยตนเอง หากทำไปตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนคณะกรรมการทางปกครอง (administrative tribunals) ซึ่งทำหน้าที่ไปโดยขึ้นอยู่กับนโยบายและความสะดวก รวดเร็วเป็นผู้กำหนดว่า อะไรคือนโยบายและความสะดวกรวดเร็ว จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับสิทธิหรือความรับผิดที่ดำรงอยู่ก่อนแล้ว ศาลยุติธรรมจะพิจารณากฎหมายและใช้กฎหมาย แต่คณะกรรมการทางปกครอง (administrative tribunals) คือ กฎหมายในตัวเอง ทั้งนี้ภายใต้ปริมณฑลของตัวเอง[๔]

---

[๑] Report of the Committee on Ministers'Powers (1932) cited by GRIFFITH J. A. G. & STREETH, Principles of Administrative Law, p. 140-141 : อ้างถึงใน; ดร. โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, หน้า ๑๑๙-๑๒๐

[๒] Ibid., p. 121.

[๓] Ibid., p. 120.

[๔] WADE H. W. R., "Quasi-Judicial and its Background" Columbia Law Review 10 (1949): pp. 141-142 : อ้างถึงใน ; Ibid., pp. 121-122

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดดังที่กล่าวมาข้างต้น ไม่อาจเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ เพราะในทางปฏิบัติมีบางอย่างไม่สามารถอธิบายให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวได้ เช่นการที่ศาลสภาขุนนาง (House of Lord)ได้เข้าไปทบทวน (review) คำสั่งของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็น administrative decision แม้จะมิใช่มีลักษณะเป็น judicial decision [๑] ทำไมคำสั่ง certiorari และ prohibition [๒] ได้ถูกนำมาใช้กับคณะกรรมการทางปกครอง (administrative tribunals) เป็นต้น

จึงเห็นได้ว่า แนวความคิดทางอังกฤษมีลักษณะไปในรูปแบบหนึ่ง และเป็นระบบของอังกฤษโดยเฉพาะ ไม่เหมือนกับแนวความคิดของฝรั่งเศส ซึ่งเป็นของฝรั่งเศสโดยเฉพาะเช่นเดียวกัน สิ่งที่ฝรั่งเศสเรียกว่า "การกระทำในลักษณะเขตอำนาจศาล" (acte juridictionnel) และสิ่งที่อังกฤษเรียกว่า "การกระทำที่มีลักษณะกึ่งพิพาท" (quasi-judicial act) โดยฝรั่งเศสไม่เฉพาะองค์กรศาลยุติธรรมเท่านั้น จึงจะมีการกระทำที่มีลักษณะเป็น juridictionnel ส่วนอังกฤษนั้น การสร้าง Administrative Tribunals ขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยมีอำนาจหน้าที่และองค์ประกอบที่แตกต่างกันตามกฎหมายที่จัดตั้งขึ้น ทำให้เกิดความยากลำบากในการพิจารณาว่า Administrative Tribunals เป็นองค์กรใด คือเป็นองค์กรศาลยุติธรรม (judicial bodies)หรือ องค์กรทางปกครอง (administrative bodies) เพราะตามลักษณะและโครงสร้างแล้ว เป็นองค์กรทางปกครอง แต่กับอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรม ด้วยคำสั่ง prohibition และ certiorari ซึ่งศาลยุติธรรมจะไม่ใช้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่สมาชิกของ Administrative Tribunals เลย[๓]

---

[๑] ดร. โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, หน้า ๑๒๒

[๒] certiorari คือ คำสั่งของศาลสูงที่เพิกถอนคำสั่งของศาลล่าง ที่ทำไปโดยปราศจากเขตอำนาจ (without jurisdiction) Prohibition เป็นคำสั่งของศาลสูง ที่ห้ามไม่ให้ศาลล่างกระทำการนอกเหนืออำนาจ : ดูรายละเอียดใน E. C. S. Wade and A. W. Braley, Constitutional Law,7th ed.(London: Longmans, Green and Co., Ltd., 1965), pp. 665-670

[๓] ดร. โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, หน้า ๑๒๓.

๑.๒.๓ หลักการในประเทศไทย

เมื่อได้มีการประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรม อันมีผลทำให้ศาลที่มีอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีอันแยกตามกระทรวง ทบวง กรม ได้มารวมอยู่ที่กระทรวงยุติธรรมการพิจารณาพิพากษาคดีจึงตกอยู่แก่ศาลยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งหลักการนี้ได้ปรากฏเด่นชัด เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. ๒๔๗๕ ได้กำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาล อันหมายถึงศาลยุติธรรม และหลักการนี้ได้ยึดถือปฏิบัติเรื่อยมา และเป็นหลักการที่คล้ายกับประเทศอังกฤษ คือ การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมเท่านั้น

แต่ต่อมาได้เริ่มพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป และก็มีหลักการคล้ายกับประเทศอังกฤษเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมา มีอำนาจพิจารณาคดีบางประเภท โดยได้มีการจัดตั้งศาลทหาร และจัดตั้งศาลปกครอง ศาลในสาขาแรงงาน สาขาภาษี หรือสาขาสังคมอื่น มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด[๑] และขณะนี้ได้มีการจัดตั้งศาลแรงงานขึ้นแล้ว[๒] และศาลพิเศษที่ยังมิได้จัดตั้งโดยเฉพาะศาลปกครองก็มีอุปสรรคมากมาย[๓] อันมีผลทำให้ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการมีความคล้ายกับในประเทศอังกฤษ แต่มีความแตกต่างไปจากประเทศฝรั่งเศส อิตาลี และเยอรมัน กล่าวคือ ศาลพิเศษที่จัดตั้งจะขึ้นอยู่กับศาลยุติธรรม โดย

---

[๑]รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗ มาตรา ๒๑๑, ๒๑๒

[๒]แบ่งศาลแรงงานเป็นศาลแรงงานกลาง ศาลแรงงานภาค ศาลแรงงานจังหวัด ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงาน และวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๓ : ราชกิจจานุเบกษา, ที่ ๙๖ (ลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๒๒)

[๓]อุปสรรคของการจัดตั้งศาลปกครอง ได้แก่ อุปสรรคจากทางฝ่ายปกครอง อุปสรรคจากทางการเมือง อุปสรรคจากความเข้าใจในหลักการแยกใช้อำนาจอธิปไตยผิดพลาด อุปสรรคจากแนวความคิดเห็นแตกต่างกันของนักนิติศาสตร์ อุปสรรคจากการขาดแคลนนักกฎหมายปกครอง อุปสรรคจากการที่เอกชนไม่กล้าใช้สิทธิในการควบคุมการกระทำในการปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดูรายละเอียดใน : อดิเรก เลิศวนารินทร์, "ศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๕): หน้า ๑๐๕–๑๑๖

ไม่แยกออกมาเป็นระบบศาลต่างหาก และอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลยุติธรรม* อันทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภทอยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลยุติธรรมหรือฝ่ายตุลาการ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่จึงเป็นไปอย่างกว้างขวาง จะถูกกำจัดก็แต่โดยบทบัญญัติของกฎหมายในด้านอำนาจศาล ลักษณะของคดีและเขตอำนาจศาล[๒] เท่านั้น

๑.๓ หลักการแบ่งแยกอำนาจและฝ่ายตุลาการ

๑.๓.๑ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers)

หลักการแบ่งแยกอำนาจ ถ้าพิจารณาจากสถาบันของรัฐแล้ว ได้มีนักปราชญ์ได้วางหลักการไว้มากมาย อาทิ Aristotle (๓๘๔–๓๒๒ ก่อนคริสตศักราช) Jean Bodin (ค.ศ. ๑๕๓๐–๑๕๙๖) John Locke (ค.ศ. ๑๖๓๒–๑๗๐๔) Pufendorf (พ.ศ. ๒๑๘๕–๒๒๔๗) แต่แนวความคิดที่ก้องโลก และส่งผลสะท้อนแก่ระบอบการเมืองมากที่สุด ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจของ ปรัชญาเมธี มองเตสกิเออ (Montesquieu) อันได้รับการยอมรับเข้าสู่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ สุดแล้วแต่ว่าประเทศใดจะนำไปใช้ในลักษณะใด

Montesquieuได้แบ่งแยกอำนาจของรัฐออกเป็น ๓ ชนิด คือ

อำนาจนิติบัญญัติ (Puissance legislative) อำนาจปฏิบัติการ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (Puissance executrice des choses qeui dependent

---

*ศาลจะต้องสังกัดอยู่ในกระทรวงยุติธรรม การอุทธรณ์คดี จะอุทธรณ์ไปที่ศาลฎีกาและศาลฎีกามีอำนาจสั่งให้ศาลพิเศษกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ : ดูพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๑๐, ๕๔, ๕๕, ๕๖; ราชกิจจานุเบกษา, ๙๖ (ลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๒๒)

[๒]ดูอำนาจศาล เขตอำนาจศาล และลักษณะของคดีที่จะขึ้นศาลใน : พระธรรมนูญศาลพ.ศ. ๒๔๗๗ มาตรา ๑๔, ๑๕, ๑๖, ๑๗, ๑๘, ๑๙, ๒๐ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕–๙; คมกริช วัฒนเสถียร, รวมกฎหมายธรรมนูญศาล, (กรุงเทพ: กรุงสยามการพิมพ์, ๒๕๒๔) และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. ๒๔๗๗ มาตรา ๒–๘, ๕๕ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. ๒๔๗๗ มาตรา ๒๒–๒๕ : ประสาน บุญโสภาคน์ กับพวก, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ความอาญา พระธรรมนูญศาลยุติธรรม, (กรุงเทพ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง ๒๕๑๖)

de droit des geus) และอำนาจปฏิบัติการ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง (Puissance executrice de delles (choses) qeui dependent du droit civil) โดยอำนาจนิติบัญญัติ กษัตริย์หรือข้าราชการ ตรากฎหมายที่จะให้ใช้เฉพาะระยะเวลาหรือตลอดไป หรือแก หรือยกเลิกกฎหมายที่ตราขึ้น โดยอำนาจที่สอง กษัตริย์หรือข้าราชการทำสัญญาสันติภาพหรือประกาศสงคราม หรือส่ง หรือรับทูต หรือรักษาความสงบเรียบร้อย หรือป้องกันมิให้มีการรุกราน โดยอำนาจที่สาม กษัตริย์หรือข้าราชการ ลงโทษผู้กระทำผิด หรือวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชน อำนาจที่สามนี้เรียกว่า อำนาจพิพากษา (Puissance de juger) ส่วนอำนาจที่สองนั้น เรียกกันว่า อำนาจบริหารของรัฐ (Puissance executrices de L'Etat)*

การที่มองเตสกิเออ ได้แยกอำนาจของรัฐออกเป็น ๓ ชนิดดังกล่าวนั้น มองเตสกิเออพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจของรัฐ หรือจากอำนาจหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ รัฐออกกฎหมาย บังคับแก่การดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป อำนาจในการออกกฎหมาย แก้ไขกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมาย จึงได้แก่อำนาจนิติบัญญัติ รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประเทศเพื่อนบ้านเคารพในเอกราชอธิปไตยของประเทศ และการใช้คำสั่งเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย ซึ่งเป็นภารกิจในการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายตามความหมายอย่างกว้าง เรียกว่า อำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายมหาชน และรัฐจำเป็นจะต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคล เมื่อมีกระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งเป็นภารกิจในการปฏิบัติตามกฎหมายตามความหมายอย่างแคบ เพราะเป็นอำนาจเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายแพ่ง อำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับการตามกฎหมายมหาชนและกฎหมายแพ่ง เป็นอำนาจปฏิบัติการตามกฎหมายเหมือนกัน แต่จุดที่แตกต่างกันก็คือ เงื่อนไขของการปฏิบัติการ โดยอำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายมหาชน เป็นอำนาจบริหารซึ่งเป็นอำนาจปฏิบัติการโดยตรง อันเป็นการ

---

*สมภพ โหตระกิตย์, คำบรรยายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (พระนคร: ม.ป.ท., ๒๕๑๙): หน้า ๘๒.

กระทำของฝ่ายปกครอง ส่วนอำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายแพ่งเป็นอำนาจตุลาการ ซึ่งเป็นอำนาจในการพิจารณาและพิพากษาในเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือการขัดแย้ง[๑]

หลักการแบ่งแยกอำนาจได้สร้างหลักการขึ้น ๒ ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง หลักการแบ่งแยกหน้าที่ในการใช้อำนาจ และมีการแบ่งองค์กรในการปฏิบัติการ หลักการนี้ มองเตสกิเออ ได้กล่าวไว้ว่า

> การที่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีเสรีภาพทางการเมืองมากที่สุด เพราะอำนาจหน้าที่ของรัฐ (state power) ได้แบ่งแยกไปยังอำนาจและองค์กรต่าง ๆ ไม่มีองค์กรหรืออำนาจใดที่จะมีอำนาจโดยเด็ดขาดที่จะบีบบังคับประชาชนได้... เสรีภาพของประชาชนจะมีไม่ได้เลย หรือมีเป็นส่วนน้อย ถ้าหากอำนาจหน้าที่ของรัฐไปรวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง[๒]

ประการที่สอง หลักการใช้อำนาจหยุดยั้งอำนาจตามวิถีทางของกำลัง หลักการนี้จะเห็นได้จากถ้อยคำของ มองเตสกิเออที่ว่า "บุคคลใดก็ตาม ซึ่งมีอำนาจอยู่ในมือ มักจะใช้อำนาจเกินเลยเสมอ บุคคลนั้นจะใช้อำนาจจนกว่าจะถึงเขตจำกัด ดังนั้น เพื่อจะมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงจำต้องจัดให้อำนาจหยุดยั้งอำนาจตามวิถีทางของกำลัง"[๓]

เหตุผลที่ มองเตสกิเออ ได้แบ่งแยกอำนาจออกเป็น ๓ ชนิด โดยอำนาจแต่ละชนิดจะต้องแยกกันใช้ มีผู้ใช้ต่างกันและเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อกัน มี ๒ ประการ คือ[๔]

---

[๑]อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๘, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๓), หน้า ๖๐-๖๑

[๒]เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖๒.

[๓]เรื่องเดียวกัน.

[๔]เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖๒-๖๓

ประการที่หนึ่ง ถ้าไม่มีการแยกอำนาจ เพื่อให้มีองค์กรใช้อำนาจเป็นอิสระต่างกันแล้ว เสรีภาพของมนุษย์จะมีไม่ได้ เพราะถ้าองค์กรเดียวใช้อำนาจทุกชนิดแล้ว องค์กรนั้นก็จะใช้อำนาจจนเต็มขอบเขตและจะใช้เกินขอบเขต ถ้อยคำของมองเตสกิเออ มีดังนี้ "เสรีภาพในทางการเมืองจะมีก็แต่เฉพาะในรัฐชนิดที่ผ่อนปรนไม่ครึงเครียด แต่ก็มิใช่จะมีในรัฐชนิดนี้ทุกรัฐไป จะมีก็ต่อเมื่อไม่มีการเมาอำนาจจนใช้อำนาจเกินไป แต่ก็ย่อมรู้และเห็นกันอยู่เป็นนิจว่าบุคคลผู้ใช้อำนาจทุกคน ย่อมใช้อำนาจเกินเลยเสมอ ..."[๑]

ประการที่สอง กฎหมายจะใช้บังคับตามวัตถุประสงค์ที่ตราขึ้น และประชาชนจะเคารพในกฎหมายนั้น ๆ ก็เฉพาะในกรณีที่มีการแยกอำนาจเท่านั้น ถ้าไม่มีการแยกอำนาจ การใช้กฎหมายก็เลื่อนลอยใช้ตามอำเภอใจ ถ้อยคำของมองเตสกิเออ มีดังนี้

> ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร มารวมกันอยู่ในตัวบุคคลเดียวกัน หรือในองค์การข้าราชการเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าเกรงว่า บุคคลหรือองค์การผู้มีอำนาจทั้งสองนั้น จะตรากฎหมายกดขี่ออกมาใช้ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษามิได้แยกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เสรีภาพก็ไม่มีเช่นเดียวกัน ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะมีความเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบบังคับได้เต็มที่ และจะไม่มีอะไรเหลืออยู่เลย จะสูญสิ้นไปหมด ถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์การเดียวกัน จะเป็นองค์การฝ่ายผู้ดีหรือฝ่ายประชาชนก็ตาม เป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม... ถ้าผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารและอำนาจพิพากษากฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้กฎหมายบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้มีอำนาจบริหาร และถ้าใครไม่กระทำตามประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจนั้นก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ"[๒]

---

[๑] เคือน บุนนาค, "การแยกอำนาจ" นิติศาสตร์ ๔ (๒๕๒๑) : หน้า ๖๙–๗๐

[๒] เคือน บุนนาค, "การแยกอำนาจ" นิติศาสตร์ ๓ (๒๕๒๑) : หน้า ๕๔–๕๕

หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

๑.๓.๒ ผลและการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจ

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาที่มาของหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะเห็นได้ว่ามองเตสกิเออได้ตั้งหลักการแบ่งแยกอำนาจ จากการสังเกตพิจารณาถึงความแตกต่างในบรรดาสิ่งต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในหลายประเทศ[๑] แล้วพยายามที่จะหาความเป็นอันหนึ่งอันเดียวในท่ามกลางความหลากหลายของความแตกต่างนั้น[๒] มาสร้างเป็นหลักการขึ้น ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเกิดจากการที่มองเตสกิเออ พยายามที่จะหารูปแบบของสถาบันทางการเมืองที่จะสามารถพิทักษ์เสรีภาพของประชาชนได้ โดยพิจารณาจากสถาบันการเมืองของประเทศอังกฤษเป็นหลัก[๓] ทั้งนี้เพื่อนำมาชี้ให้เห็นว่า รัฐเสรีที่เสรีภาพของราษฎรได้รับการค้ำประกันนั้น ควรมีหลักเกณฑ์เช่นไร อันเป็นการสร้างรูปแบบทางอุดมคติ[๔] ปัญหาที่นำมาพิจารณาจึงเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับ

---

[๑]มองเตสกิเออ ใช้วิธีการวิเคราะห์ทางสังคมวิทยา โดยพิจารณาถึงสิ่งที่มีอยู่ในยุโรปและประเทศทางตะวันออก เช่น อินเดีย ญี่ปุ่น จีน สิ่งแตกต่างในแต่ละประเทศ เช่น ภูมิอากาศ ศาสนา กฎเกณฑ์ (les lois) หลักเกณฑ์(maximes) ของการปกครอง ธรรมเนียมประเพณี (moeurs) กิริยาท่าทาง(manieres) เป็นต้น : โภคิน พลกุล, แผ่นปลิวคำบรรยายวิชาสัมมนาชั้นปริญญาโทในกฎหมายมหาชน พ.ศ. ๒๕๒๔, หน้า ๓-๔

[๒]เรื่องเดียวกัน.

[๓]การสร้างหลักการแบ่งแยกของมองเตสกิเออ ที่พิจารณาจากประเทศอังกฤษได้ถูกนักนิติศาสตร์โต้แย้งมาก เพราะพิจารณาไปในทางที่ว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออนี้ เป็นหลักการของประเทศอังกฤษ มิได้พิจารณาว่าเป็นการสร้างรูปแบบทางอุดมคติเท่านั้น เพราะในทางวิเคราะห์มองเตสกิเออใช้การวิเคราะห์แบบสังคมวิทยา อันเป็นวิธีแบบอุดมคติ : เรื่องเดียวกัน, หน้า ๔-๕. : นักนิติศาสตร์อังกฤษได้โต้แย้งว่า การแบ่งแยกอำนาจตามความคิดของมองเตสกิเออไม่เคยมีอยู่ในประเทศอังกฤษ และก็ไม่เป็นการสมควรที่จะให้มีการแบ่งแยกอำนาจในทำนองนั้น เพราะเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปว่า เรื่องอะไรเป็นเรื่องของอำนาจใด และมีการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งโดยอีกองค์กรหนึ่งด้วย : อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, หน้า ๖๒-๖๓

[๔]โภคิน พลกุล, แผ่นปลิวคำบรรยายวิชาบัณฑิตสัมมนาชั้นปริญญาโทในกฎหมายมหาชน พ.ศ. ๒๕๒๔, หน้า ๕-๗

อำนาจที่เกิดขึ้นในยุคนั้น อันเป็นปัญหาทางสถาบัน ปัญหาที่เกี่ยวพันกับองค์กรต่าง ๆ ทางรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับอำนาจต่าง ๆ ขององค์กร รวมตลอดถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร[๑]

หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงถูกสร้างขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมือทางเทคนิคและทางกฎหมายในการจัดโครงสร้างของอำนาจภายในรัฐ เพื่อทำให้อำนาจที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวและอยู่ในมือคนคนเดียวกระจายออกและอ่อนลง[๒] อันเป็นการจัดระเบียบอำนาจในลักษณะที่ไม่ให้มีการรวมการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐที่องค์กรเดียว แต่องค์กรที่ใช้อำนาจมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน[๓] ซึ่งความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันจะมีลักษณะ คือ การที่ผู้ใช้อำนาจหลาย ๆ ฝ่าย จะต้องร่วมมือกันปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการร่วมมือกันดำเนินการ และการที่ผู้ถืออำนาจในแต่ละองค์กรมีอำนาจที่จะใช้ดุลยพินิจของตนสอดเข้าไปในกิจการของผู้ถืออำนาจฝ่ายอื่น[๔, ๕]

---

[๑]พงศ์เพ็ญ ศกุนตภัย, "ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจกับการปกครองระบบประชาธิปไตย" วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ (๒๕๒๓) : หน้า ๑๗๓

[๒]โภคิน พลกุล, แผ่นปลิวคำบรรยายวิชาบัณฑิตสัมนาชั้นปริญญาโทในกฎหมายมหาชน พ.ศ. ๒๕๒๔, หน้า ๗

[๓]พงศ์เพ็ญ ศกุนตภัย, "ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจกับการปกครองระบบประชาธิปไตย", หน้า ๑๗๒

[๔]วรวิทย์ กนิษฐะเสน, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (พระนคร: เจริญ วิทย์การพิมพ์, ๒๕๒๑), หน้า ๘๒

[๕]เช่น ในสหรัฐอเมริกา การที่ประธานาธิบดีใช้อำนาจยับยั้งกฎหมาย หรือการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง เป็นการใช้ดุลยพินิจสอดเข้าไปในกิจการขององค์กรที่ใช้อำนาจฝ่ายอื่น ส่วนการให้สัตยาบันในสนธิสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้กระทำลงหลังจากที่ประธานาธิบดีลงนามแล้ว เป็นการร่วมกันดำเนินการกิจการที่ทำลงไปจึงจะสมบูรณ์

ในเมื่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นรูปแบบในอุดมคติ จึงก่อให้เกิดปัญหาข้อโต้แย้งในหลักการและการนำมาใช้ แต่นั่นก็มิใช่สิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาว่า ไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะปรากฏให้เห็นได้ว่า ในระบอบการเมืองปัจจุบัน การจัดรูปลักษณะขององค์กรแห่งรัฐ หาได้มีความเหมือนกันไม่ อันนำมาสู่การหาคำตอบที่ว่า ทำไมลักษณะแห่งอำนาจหน้าที่ การใช้อำนาจหน้าที่ และความเกี่ยวพันระหว่างองค์กรแห่งรัฐ จึงมีความแตกต่างกัน* ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า ความจำเป็นหรือสัจจธรรมทางการเมืองของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากลักษณะที่ว่า แม้จะมีการแยกสถาบันที่ใช้อำนาจของรัฐออกหลายสถาบันก็ตาม แต่ก็มีการรวมอำนาจเพราะการพัฒนาของพรรคการเมือง[๒] หรือแนวโน้ม

---

*ความแตกต่างนี้พอจะสรุปให้เห็นได้จากในระบอบการเมืองแบบรัฐสภา (Parliamentary System) และระบอบการเมืองแบบประธานาธิบดี (Presidential System) ในเรื่องเหล่านี้ คือ การเข้าสู่ตำแหน่ง การดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของฝ่ายบริหาร การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ การยุบสภา ความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร การกำหนดนโยบายและการดำเนินการตามนโยบาย เป็นต้น : ดูรายละเอียดใน Barry Jones, British Government Today, (London: Sweet and Maxwell Ltd., (1972), pp. 214-215 : E. C. S. Wade and A. W. Bradley, Constitutional, (London: Longmans, Green and Co., Ltd., 1965), pp. 24-29.

[๒]การรวมอำนาจ อาจเป็นการรวมอำนาจในลักษณะที่รัฐสภาเป็นฝ่ายครอบงำรัฐบาล หรือไม่ก็เป็นไปในทางตรงกันข้าม ปรากฏการณ์นี้เป็นผลมาจากพรรคการเมืองเป็นสำคัญ ถ้ามีพรรคการเมืองหลายพรรค รัฐบาลจะอ่อนแอเพราะเป็นรัฐบาลผสม ดุลย์อำนาจระหว่างรัฐบาลกับสภาจึงขึ้นอยู่กับพรรคการเมืองเป็นสำคัญ ถ้าพรรคการเมืองเดียวมีเสียงข้างมากในสภา ย่อมแน่นอน รัฐบาลย่อมมีอำนาจครอบงำสภา อันเป็นการแสดงออกถึงการรวมการใช้อำนาจ เพราะดุลย์อำนาจไม่ใช่เรื่องระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาเสียแล้ว แต่เป็นเรื่องของเสียงข้างมากของพรรคการเมืองพรรคหนึ่งหรือหลายพรรค : พงศ์เพ็ญ ศกุนตภัย, "ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย", หน้า ๑๗๓–๑๗๔

ของการที่ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากขึ้น[๑] หรือการมีระบบศาลที่แตกต่างเหล่านี้ล้วนแต่เป็นปรากฏการณ์ทางการเมืองของแต่ละประเทศ ที่พัฒนาไปในลักษณะที่แตกต่างกัน

ในลักษณะที่กล่าวข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณาถึงฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว จะส่งผลทำให้ฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศไม่เหมือนกัน เพราะความจำเป็นทางการเมืองที่แตกต่างกัน ฉะนั้นปัญหาข้อโต้เถียงเกี่ยวกับฝ่ายตุลาการ บางครั้งจะไม่สามารถหาคำตอบได้เลย ถ้าพิจารณาเฉพาะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยไม่พิจารณาถึงความจำเป็นทางการเมือง หรือสัจธรรมทางการเมืองของฝ่ายตุลาการในแต่ละประเทศ

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายตุลาการได้ถูกพิจารณาว่ามิได้เป็น "อำนาจ" เหมือนในความหมายเดียวกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร อำนาจตุลาการจึงไม่มีหรือมีก็รวมอยู่กับอำนาจอื่น ไม่ใช่อำนาจที่แยกต่างหาก[๒] และมีหน้าที่เฉพาะ ในทางกฎหมายแต่เท่านั้น

---

[๑]ปัจจุบันรัฐบาลได้รับมอบหมายอำนาจตัดสินใจปัญหาสำคัญ ๆ ทางการเมือง ไม่ว่าการตัดสินใจเหล่านั้นจะออกมาในรูปกฎหมายหรือมาตรการทางฝ่ายบริหาร กล่าวคือ รัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ปกครอง อันเป็นการกำหนดและดำเนินนโยบายแห่งชาติ ส่วนสภามีอำนาจหน้าที่เพียงแต่ควบคุมการปฏิบัติการของรัฐบาล : พงศ์เพ็ญ ศกุนตภัย, "ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจกับการปกครองระบบประชาธิปไตย", หน้า ๑๗๔

[๒]แอสเมง (Esmin) ศาสตราจารย์ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งมหาวิทยาลัยปารีส เห็นว่าอำนาจตุลาการที่ไม่มีนั้น เพราะไม่ควรมีผู้ใช้อำนาจนี้เป็นประจำ เมื่อมีเรื่องเกิดขึ้นจึงเลือกตั้งผู้ใช้อำนาจขึ้น และมอบอำนาจให้ใช้เฉพาะเรื่อง เมื่อหมดเรื่องก็หมดอำนาจ : เดือน บุนนาค, "การแยกอำนาจ" หน้า ๓๕ : จอห์น ล็อค (John Locke) ไม่ได้พูดถึงอำนาจตุลาการ แต่เห็นว่าอำนาจตุลาการขึ้นอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติ : สมภพ โหตระกิตย์, คำบรรยายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (พระนคร: ม.ป.ท., ๒๕๑๙), หน้า ๕๖ : ชัง จ๊าค รุสโซ (Jean Jaques Rousseau) เห็นว่าอำนาจมีอยู่สองอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ส่วนอำนาจตุลาการนั้นไม่มี แต่มีการจัดเจ้าหน้าที่เป็นผู้ทำการไว้เป็นพิเศษ สำหรับทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี กิวกียต์ (Duguit) ศาสตราจารย์ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เห็นว่าอำนาจตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ส่วนกาชาแลส (Carales) ได้กล่าวว่า ในสังคมการเมืองทุกสังคมย่อมมีอำนาจเพียงสองอำนาจ คือ อำนาจตรากฎหมายและอำนาจจัดการปฏิบัติตามกฎหมาย อำนาจ

อันเป็นการพิจารณาจากถ้อยคำ[๑] และการกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออ ซึ่งจะส่งผลไปในทางที่ว่าเฉพาะหลักการของฝ่ายตุลาการในบางประเทศเท่านั้นมีความถูกต้อง แต่ยากที่จะหาคำตอบได้ว่า ทำไมฝ่ายตุลาการในบางประเทศจึงมีความเป็นอยู่เช่นนั้น แต่ถ้าหยิบยกเอาเหตุผลแห่งความจำเป็นทางการเมืองของแต่ละประเทศ[๒] ขึ้นมาพิจารณาประกอบแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า นั้นมิใช่สิ่งที่ผิดไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่เป็นเพราะความจำเป็นทางการเมือง ได้นำฝ่ายตุลาการไปสู่อุดมคติของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แตกต่างกันต่างหาก โดยเฉพาะส่งผลไปสู่หลักการที่ว่า การพิจารณาพิพากษาคดีนั้น มิใช่เฉพาะฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจหน้าที่ แต่ได้มีการจัดตั้งศาลเฉพาะเรื่องเพื่อพิจารณาเฉพาะชนิดหรือลักษณะแห่งข้อพิพาท ให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีด้วย

ตุลาการนั้นเป็นเพียงตำแหน่งหน้าที่ ที่จะจัดการบังคับตามบทแห่งกฎหมาย อันเป็นเรื่องการจัดให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร : เดือน บุนนาค, "การแยกอำนาจ", หน้า ๙๔–๘๐

[๑]อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, หน้า ๗๐

[๒]ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส ที่ได้มีการแยกระบบศาลออกเป็นระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครอง ก็เพราะเหตุที่ผู้พิพากษาได้ใช้อำนาจหน้าที่เป็นอุปสรรคต่อการบริหาร เมื่อมีการปฏิวัติในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ จึงได้แบ่งแยกเจ้าหน้าที่ปกครองและเจ้าหน้าที่ตุลาการออกจากกัน ทั้งนี้เพราะไม่มีความไว้วางใจในฝ่ายตุลาการ จึงมีกฎหมายห้ามไม่ให้ศาลยุติธรรมพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะในรูปลักษณะใด และมีการพัฒนารูปแบบของศาลปกครองและหลักความเป็นอิสระของศาลปกครองจากฝ่ายปกครองขึ้น โดยยึดหลักการอย่างหนึ่งว่า การกระทำของฝ่ายปกครอง อยู่ในส่วนของอำนาจหน้าที่ฝ่ายบริหาร ศาลยุติธรรมจึงจะเข้ามาพิจารณาคดีไม่ได้ : โภคิน พลกุล, แผ่นปลิวคำบรรยายวิชาบัณฑิตสัมมนาชั้นปริญญาโทในกฎหมายมหาชน พ.ศ. ๒๕๒๔, หน้า ๗, ๑๒–๑๓, ๑๕–๑๗ : ชาญชัย แสวงศักดิ์ "ผู้พิพากษาในฝรั่งเศส" กฎหมายปกครอง ๑ (เมษายน ๒๕๒๕) : หน้า ๒๗–๒๙

I15884293

๑.๓.๓ รูปแบบของการแบ่งแยกอำนาจ

การจัดโครงสร้างของอำนาจภายในรัฐ สถาบันทางการเมืองที่เป็นหลักและจะขาดมิได้ในระบอบการเมืองของแต่ละประเทศก็คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งแต่ละฝ่ายจะมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ไม่มากก็น้อย สุดแล้วแต่ระบอบการเมืองในแต่ละประเทศ

ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ได้แก่ ฝ่ายที่มีหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐการบัญญัติกฎหมาย อาจจะเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ การแก้ไขเปลี่ยนแปลง และยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่เดิม การนิติบัญญัติจึงเป็นการวางหรือกำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมาย โดยองค์กรที่แยกไว้เป็นพิเศษ[๑]

ฝ่ายบริหาร(Executive) ได้แก่ ฝ่ายที่มีอำนาจในการใช้กฎหมาย หรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งในหลักทั่วไปและในรายละเอียด การกำหนดนโยบายและการสร้างนโยบายตามแบบปฏิบัติที่กฎหมายได้กำหนดไว้ และการดำเนินการปกครองประเทศ[๒] ฝ่ายบริหารได้แก่ รัฐบาล (Government) และฝ่ายปกครอง (Administration)[๓] โดยใช้อำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน รัฐบาลจะใช้อำนาจหน้าที่ในการกำหนดและดำเนินนโยบายของชาติ ส่วนฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการปกครองประเทศ[๔]

---

[๑] O. Hood Phillips, Constitutional And Administrative Law, 5th ed (London: Sweet and Maxwell Ltd., 1973), p. 12

[๒] Ibid.

[๓] การพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ใดเป็นของรัฐบาล (Government) ดูรายละเอียดใน; Noah Webster, Webster's New Twentieth Century Dictionary, p. 789 และ Henry Compbell Black, Black's Law Dictionary, pp. 825-826. ส่วนของฝ่ายปกครอง (Administration) ดูรายละเอียดใน; ดร. ประยูร กาญจนดุล "คำบรรยายกฎหมายปกครอง" (กรุงเทพ: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๒๒, หน้า ๑๖-๒๔

[๔] เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๐-๒๑.

ฝ่ายตุลาการ (Judiciary) ได้แก่ ฝ่ายที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งได้แก่ การตีความกฎหมาย การค้นหาข้อเท็จจริงของคดี เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยการชี้ขาดตัดสินคดี[๑]

ในระบอบการปกครองแห่งรัฐ แม้ว่าจะได้มีการยอมรับถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยนำความมีอยู่ซึ่งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ มาบัญญัติเป็นสูตรสำเร็จในรัฐธรรมนูญของประเทศก็ตาม การยอมรับและนำมาใช้ก็มีความหลากหลายออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความมากน้อยแห่งความสัมพันธ์ ลักษณะ และอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรที่แบ่งแยกเป็นสำคัญ[๒] อย่างไรก็ตาม รูปแบบของการแบ่งแยกอำนาจ ที่อาจยึดเป็นหลักสำหรับระบอบการเมืองแต่ละประเทศได้นั้น มีสาระสำคัญ คือ มีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐเป็น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้โดยพิจารณาจากเนื้อหาแห่งขอบเขตของหน้าที่ตามระบอบการปกครอง[๓] องค์กรที่แบ่งแยกมีหน้าที่ไม่เหมือนกันและใช้โดยบุคคลที่ต่างกัน[๔] องค์กรใดองค์กรหนึ่งจะหลุดพ้นและเป็นอิสระจากการกระทำหรือการแทรกแซงจากองค์กรอื่น อันเป็นการสร้างความ

---

[๑] O. Hood Phillips, Constitutional And Administrative Law, p. 13.

[๒] ตัวอย่างแห่งความแตกต่างที่เห็นเด่นชัด ได้แก่ ระบอบการเมืองแบบรัฐสภา (Parliamentary System) ของประเทศอังกฤษ และระบอบการเมืองแบบประธานาธิบดี (President System) ของสหรัฐอเมริกา; ดูรายละเอียดใน E. C. S. Wade and A. W. Braley, Constitutional Law, pp. 24-29.

[๓] "The differentiation of the concepts "legislative", "executive", and "judicial"..." There are three intrinsically distinct functions of government; the legislative, the executive, and the judicial:" : Geoffrey Marshall, Constitutional Theory, (London: Oxford University Press, 1971), p. 100.

[๔] "The legal incompatibility of office-holding as between members of one branch of government and those of another, with or

เท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ และมีความเป็นอิสระซึ่งกันและกัน[๑] มีการคานและถ่วงดุลย์ (check and balance) ซึ่งกันและกัน[๒] และมีการเชื่อมโยง (co-ordinate) แห่งฐานะขององค์กรหนึ่งต่ออีกองค์กรหนึ่งไม่มากก็น้อย[๓]

๑.๔ การสร้างและรักษาความเป็นกลางของตุลาการ

ผู้พิพากษาหรือตุลาการ คือ บุคคลที่มีหน้าที่ปกป้องรักษากรอบธรรมเนียมประเพณีและกฎระเบียบของสังคม ซึ่งงานที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น เป็นงานต้องสร้างความเชื่อความศรัทธาให้เกิดแก่ประชาชน โดยผู้พิพากษาต้องอุทิศตนเพื่องาน รักษาระเบียบ ข้อบังคับ ความถูกต้องและสิทธิอันชอบธรรมของบุคคล[๔] ผู้พิพากษาจึงต้องดำรงตนอยู่ในความยุติธรรม ปราศจากความหวั่นเกรงความรู้สึกเลือกที่รักมักที่ชัง หรือปราศจากความลุ่มหลงในฝ่ายใด

---

without physical separation of persons... "these distinct functions ought to be exercised respectively by three separately monned departments of government;" : Geoffrey Marshall, Constitutional Theory, p. 100 : "that the some persons should not form part of more than one of the three organs of government,..." "that one organ of government should not exercise the functions of another,..." : E. C. S. Wade and A. W. Braley, Constitutional, p. 23

[๑] "The isolation, immunitu, or independence of one branch of government from the actions or interference of another." "... should be consitutionally equal mutually independent;" : Ibid. : "the one organ of government should not control or interfere with the exercise of its function by another organ,..." : Ibid.

[๒] "The checking or balancing of one branch of government by the action of another" : Ibid.

[๓] "The co-ordinate status and lack of accountability of one branch to another" : Ibid.

[๔] A. G. Hanbury, English Courts of Law, p. 124

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ฝ่ายหนึ่ง[๑] การใช้อำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาจึงยากที่จะหลีกเลี่ยงให้หนีไปจากการทำตนให้มี "ความเป็นกลาง" ไปได้ แต่การสร้างและการรักษาความเป็นกลางของผู้พิพากษานั้น นับว่าเป็นสิ่งที่ยากยิ่งในการที่จะหาหลักการ แต่ก็ไม่ยากจนเกินไปที่จะหาขอบเขต ทั้งนี้โดยพิจารณาเพื่อหาขอบเขตจากคุณสมบัติของตุลาการ จรรยาบรรณของตุลาการ การถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี และการกำหนดความรับผิดของตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่

๑.๔.๑ คุณสมบัติของตุลาการ

การมีคุณสมบัติที่สูงส่ง (the high qualifications) และการวางตนไปในทางที่ทำให้เกิดความเคารพ ศรัทธา (daily influence) ของผู้พิพากษาทั้งชายและหญิงของสหรัฐอเมริกา ถือเป็นสาเหตุหนึ่งที่สำคัญยิ่งในการสร้างความเป็นอิสระแก่ฝ่ายตุลาการ[๒] ในลักษณะเดียวกัน การสร้างสรรค์บทบาทของผู้พิพากษา ให้เป็นผู้มีความถี่ถ้วนละเอียดอ่อนในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อค้นหาบางสิ่งที่ลึกลับซ่อนเร้นอยู่ในกฎหมาย[๓] จะมีได้มากน้อยเพียงไรนั้น ก็ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติของผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน ความเป็นกลางของผู้พิพากษาจะมีมิได้ ถ้าผู้พิพากษามีคุณสมบัติที่ไม่เหมาะสม กลุ่มนักกฎหมายในสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า"legal realists" [๔] ได้แสดงความเห็นไว้ว่า "คำตัดสินและการพิจารณาตัดสินใจของศาล เป็นไปตามอิทธิพลของ "ความบกพร่อง" ของผู้พิพากษา"[๕]

---

[๑] A. G. Hanbury, English Courts of Law, p. 124

[๒] Paul B. Weston and Kenneth M. Wells, The Administration of Justice, 2nd ed. (New Jersey: Prentice-Hall, 1973), p. 137

[๓] Joel B. Grossman and Joseph Tanenhaus, Frontiers of Judicial Research, p. 27-28

[๔] "legal realists" เป็นกลุ่มนักกฎหมายในสหรัฐอเมริกา ส่วนมากเป็นอาจารย์กฎหมายซึ่งสนใจทางด้านการทำตัวให้เป็นตัวอย่างของนักกฎหมายที่ดี สนใจด้านพฤติกรรม จิตวิทยา (behavirist psychology) เป็นนักวิเคราะห์จิตวิทยา (psychoanalysis) และนักสถิติสังคมศาสตร์ (statistical sociology) ชอบค้นคว้าหาความจริงด้านพฤติกรรมต่างๆ ของมนุษย์กับความสัมพันธ์ด้านการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา : Ibid., p. 29.

[๕] "They believed that judicial decisions were influenced by the "hunches" of judges..." : Ibid.

คุณสมบัติของผู้พิพากษาที่จะแสดงออกมาในรูปลักษณะของบุคลิกภาพ หรือที่เรียกว่า พฤติกรรมของฝ่ายตุลาการ (judicial behavior) นั้น จึงถูกพิจารณาว่าได้ส่งผลต่อการชี้ขาดตัดสินคดีหรือการพิพากษาคดี ทั้งนี้เพราะหากกฎหมาย คือ สิ่งที่กำหนดขอบเขตของความประพฤติแล้ว ความประพฤติของศาลก็คือกุญแจที่นำไปสู่กฎหมาย[๑] ดังนั้นสิ่งจูงใจและค่านิยมต่าง ๆ ในสังคมจะมีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่ได้หรือไม่อย่างไรนั้น จึงได้มีการศึกษาค้นคว้าอย่างกว้างขวาง ถึงกับมีความเห็นว่า ผู้พิพากษาน่าจะเป็นผู้ดูแลรักษาความอยุติธรรมเสียยังดีกว่า เพราะถ้าเป็นผู้ทำให้เกิดความยุติธรรมแล้ว ยังมีการระแวงว่าคุณสมบัติส่วนตัวของผู้พิพากษาจะทำให้งานชี้ขาดตัดสินเกิดเสีย[๒]

คุณสมบัติของผู้พิพากษาที่ถูกนำมาพิจารณา นอกจากการมีความรู้ ความชำนาญในวิชาชีพแล้ว[๓] จากการศึกษาผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกา ได้ส่งผลให้เห็นว่าความคิดของผู้พิพากษาที่มีต่อกฎหมาย[๔] ทัศนะของความคิดของผู้พิพากษาที่เป็นแบบอนุรักษ์นิยม (conservative) หรือแบบหัวก้าวหน้า (liberal) ทัศนะคติของผู้พิพากษาที่มีต่อคดีที่ทำ เช่น คดีที่เกี่ยวกับนโยบาย คดีอ้างสิทธิส่วนบุคคล คดีเรียกร้องเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ[๕] ภูมิหลังด้านสังคม (social

---

[๑]Joel B. Grossman and Joseph Tanenhaus, Frontiers of Judicial Research, p. 36

[๒]Ibid., p. 45.

[๓]David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decesion Making (San Francisco : W. H. Freeman and Company, 1976), p. 24

[๔]C. H. Pritchett ใช้วิธีการศึกษาแบบ "quantitative methods" ศึกษาแนวความคิดของผู้พิพากษาสูงสุด (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับพฤติกรรมด้านการลงคะแนนเสียงและการออกความเห็น ที่มีความแตกต่างกันทางด้านความคิดของผู้พิพากษาแต่ละคนที่มีต่อกฎหมายที่เป็นนโยบายสาธารณะ : C. H. Pritchett, The Roosevelt Court : A Study in Judicial Politics and Values, (New York: The Macmillan Company, 1948); อ้างถึงใน; Joel B. Grossman and Joseph Tanenhaus, Frontiers of Judicial Research, p. 37

[๕]การศึกษาเพื่อทราบทัศนะของผู้พิพากษา ใช้วิธีวิเคราะห์แบบ "methodological"

background) ของผู้พิพากษา เช่น อายุ เชื้อชาติ สัญชาติ ศาสนา อาชีพพ่อแม่ อาชีพอื่น ของผู้พิพากษา การเป็นสมาชิกในสมาคมต่าง ๆ และในเรื่องอื่น ๆ ๑ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ย่อมมีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาในการตัดสินคดีทั้งสิ้น และคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้พิพากษา ยังมีอิทธิพลต่อเพื่อน

ซึ่งมี ๒ ลักษณะ คือ การวิเคราะห์ในลักษณะ"bloe analysis" ซึ่งใช้ตรวจสอบถึงวิธีการลงคะแนนในการตัดสินคดี โดยแยกพิจารณาผู้พิพากษาออกเป็นกลุ่ม ๆ และการวิเคราะห์ในลักษณะ "analysis of judicial attitudes" เป็นการศึกษาถึงนิสัยของผู้พิพากษาในการทำงานว่าจะส่งผลต่อการตัดสินคดีบางประเภทไปในลักษณะอย่างไร นอกจากนี้ได้มีการวิเคราะห์แบบ "scalogram analysis" เพื่อศึกษาถึงเหตุแห่งการลงคะแนนเสียงในการตัดสินคดีของผู้พิพากษามาจากสาเหตุอะไร โดยจะมีการตั้งมาตรฐานในการวัดทัศนคติไว้ เพื่อหาคำตอบที่ว่าการลงคะแนนเสียงให้กับคดีประเภทต่าง ๆ บ่อย ๆ นั้น เป็นเพราะทัศนคติที่เป็นนิสัยส่วนตัวหรือเป็นเพราะอุปนิสัยชอบลงความเห็นหรือออกความเห็น หรือเพราะเหตุเฉพาะตัวผู้พิพากษาอื่นใด : Joel B. Grossman and Joseph Tanenhaus, Frontiers of Judicial Research, p. 37-39 อ้างจาก ; Glendon A. Schubert, Quantitative Analysis of Judicial Behavior, (Glencse, I11 : The Free Press, 1959), Chap 3; Harold Spaeth, "An approach to the Study of Attitudinal Differences as an Aspect of Judicial Behavior", 5 Midwest Journal of Political Science (1961), 165-180, John D. Sprague, Voting Patterns of the United State Supreme Court : Cases in Federalism, 1889-1959 (Indianapolis : Bobbs-Merrill, 1968); Joseph Tanenhaus, "The Cumulative Scaling of Judicial Decisions, 79 Harvard Law Review (1966), 1583-1594; The Judicial Mind (Evanston, I11: Northwestern University Press, 1965); "Supreme Court Behavior and Civil Rights," 13 Western Political Quarterly (1960), 288-311; "Judicial Behavior and the Sectional Crisis of 1837-1860, "23 Journal of Politics (1961), 615-640; Judicial Power as a variable Motivating Supreme Court Behavior," 6 Midwest Journal of Political Science (1962), 54-82; "The 1960-Term of the Supreme Court : A Psychological Analysis, "56 American Political Science Review (1962), 90-107

๑ใช้วิธีการศึกษาเชิงพฤติกรรมที่เรียกว่า"social background analysis"ซึ่งมุ่งที่จะ

ผู้พิพากษาอื่นได้ด้วย โดยจะมีการชักจูงให้มีแนวความคิดไปในทำนองเดียวกัน* แต่จะมีผลมากน้อยเพียงไร ก็สุดแล้วแต่คุณสมบัติของผู้พิพากษาแต่ละรายไป

ตามที่ได้พิจารณามาแล้วข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า คุณสมบัติของผู้พิพากษาเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง บทบาทของผู้พิพากษาจะต้องดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลาง จะถูกทำลายหรือลดน้อยลง ถ้ายาก

กำหนดว่าคำตัดสินของผู้พิพากษาเป็นไปตามแรงอิทธิพลของค่านิยมและทัศนคติที่มีการเปลี่ยนแปลงขึ้นก่อนหน้าที่จะเข้ามาเป็นผู้พิพากษาหรือไม่ เป็นการดึงเอาข้อมูลด้านภูมิหลังต่าง ๆ ของคนไปหาความสัมพันธ์กับรูปแบบการตัดสินใจของตน John Schmidhausor's ใช้การศึกษาแบบ "collective portait" อันเป็นการรวบรวมข้อมูลเพื่อหาลักษณะร่วมของผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่มีต่อการตัดสินคดี และเน้นให้เห็นว่า**ผู้พิพากษาศาลสูงสุดที่เป็นชนชั้นสูงของ**พวกชั้นปานกลาง (upper middle class) เป็นผู้ก่อสร้างความยุติธรรมและเป็นผู้แนะแนวทางอันมั่นคงกว่า **เพื่อบรรลุซึ่งความยุติธรรมและเป็นผู้สร้างค่านิยมที่ศาลสูงสุดควรจะมีอยู่ในเวลานั้น** และ Stuart Nagel ได้เลือกศึกษาผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์ (appellate court judges) แล้วพบว่าผู้พิพากษาที่นิยมพรรค Democratic เมื่อเปรียบเทียบกับผู้พิพากษาที่นิยมพรรค Republican แล้ว ปรากฏว่ามีแนวโน้มที่จะเข้าข้างจำเลยในคดีอาญา เข้าข้างหน่วยงานบริหารในคดีข้อบังคับด้านธุรกิจ (business regulation cases) เข้าข้างรัฐบาลในคดีภาษีอากร (Tax cases) และเข้าข้างลูกจ้างในคดีทำร้ายลูกจ้าง (employee injury cases) เป็นต้น : Joel B. Grossman and Joseph Tanenhaus, Frontiers of Judicial Research, p. 39 อ้างจาก "The Justices of the Supreme Court : A Collective Portrait, "3 Midwest Journal of Political Science (1959), 1-57; Political Party Affiliation and Judges'Decisions," 55 American Political Science Review (1961), 843-850

*การศึกษาเกี่ยวกับอิทธิพลของผู้พิพากษาที่มีต่อผู้พิพากษาด้วยกัน ในการชักจูงแนวความคิดเพื่อตัดสินคดี แม้จะยังไม่มีการศึกษาถึงวิธีการชักจูง แต่ก็ได้มีบุคคลที่พยายามศึกษาถึง David Danelski ได้ศึกษาถึงบทบาทของประธานศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกากับการใช้อิทธิพลต่อผู้ร่วมงาน โดยแยกการศึกษาเพื่อให้เห็นชัดระหว่าง "ภาระหน้าที่" (task) ของการเป็นผู้นำฝ่ายตุลาการ กับความเป็นผู้นำทาง "สังคม" (social) และพบว่า Chief Justice

ไปซึ่งคุณสมบัติที่เหมาะสมของผู้พิพากษา ลักษณะของความสำคัญนี้ ได้ส่งผลสะท้อนถึงวิถีทางเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษา และการกำหนดคุณสมบัติของผู้พิพากษา ว่าควรจะมีแบบและวิธีการเช่นไร จึงจะได้ผู้พิพากษาที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมเพียงพอแก่การปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้เพื่อสร้างและรักษาความเป็นกลางได้อย่างพอเพียงแก่การมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี

๑.๔.๒ จรรยาบรรณของตุลาการ

นอกจากกฎปฏิบัติต่าง ๆ ที่มีอยู่จะเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาได้แสดงการใช้แบบแผนในการปฏิบัติหน้าที่ได้ถูกต้องแล้ว การมีแบบแผนที่ดีในการใช้กฎหมาย(good legal form) นับเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในการทำกำพิพากษา หรือในการตัดสินความของผู้พิพากษา[๑] การมีจรรยาบรรณของผู้พิพากษานั้นเป็นแบบแผนที่ดีในการใช้กฎหมายอย่างหนึ่ง เพราะเป็นสิ่งที่จะดำรงไว้ซึ่งคุณลักษณะของการปราศจากความลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง[๒] ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุที่ว่า

Hughes ทำหน้าที่ผู้นำทั้งสองบทบาทได้เป็นอย่างดี Chief Justice Taft เป็นผู้นำทางด้านสังคมที่เก่งมาก แต่ใช้อำนาจสั่งงานมากไป ส่วน Chief Justice Stone ไม่เอาถ่านเลยทั้งสองเรื่อง Walter Murphy's ได้ศึกษาถึงปัญหาที่ว่าผู้พิพากษาศาลสูงสุดจะสามารถนำทรัพยากรบุคคลและตำแหน่งหน้าที่การงาน (official and personal) นำมาใช้งานให้เกิดประโยชน์สูงสุดตามนโยบายที่มุ่งหวังไว้ในแต่ละอย่างได้อย่างไร และยังได้พิจารณาถึงแผนกลเม็ดนานาชนิดที่ใช้สำหรับควบคุมเสียงส่วนใหญ่ให้สนับสนุนเรื่องสำคัญบางอย่าง เช่น การชักจูงให้มีการใช้ระบบศีลธรรมในการพิจารณาคดี เพิ่มความเคารพ ยำเกรงแก่บุคคลที่เป็นเพื่อนร่วมงาน การอนุมัติ การต่อรองและการร่วมงานกัน : Ibid., p. 39-40 อ้างจาก "The Influence of the chief Justice in the "Decisional Process", in Musphy and Pritchell (eds.), Courts, Judges, and Politics, (New York: Random House 1961); Walter Murphy, Elements of Judicial Strategy, (Chicago: University of Chicago Press, 1964)

[๑] David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decesion Making, p. 24

[๒] Ibid.

กระบวนการดำเนินการตัดสินความของผู้พิพากษานั้น เป็นการแสดงออกในฐานะที่คณะผู้พิพากษาเป็นส่วนหนึ่งของสังคม และเป็นผลบังคับคู่กรณีในคดี ซึ่งมีผลบังคับโดยตรงในการชี้นำ และควบคุมปฏิบัติการในการดำเนินกระบวนความพิจารณาคดีของผู้พิพากษา[๑]

การมีจรรยาบรรณของผู้พิพากษา นับว่าเป็นสิ่งสำคัญในการที่จะสร้างความเคารพและนับถือแก่ผู้พิพากษาโดยประชาชน ในฐานะที่ผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งในทางส่วนรวมและส่วนตัว ผู้พิพากษามักจะถูกมองจากประชาชนในฐานะที่เป็นบุคคลในอุดมคติผู้หนึ่งของสังคมและจะต้องวางตัวเช่นนั้น[๒] ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเคารพและนับถือในตัวผู้พิพากษา ผู้พิพากษาจำต้องสร้างฉากที่กำหนดความเชื่อถือ และความเคารพในฝ่ายประชาชนขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกทางภายนอกและในสภาพแวดล้อม เช่น จะต้องใส่เสื้อครุยสีดำ จะต้องนั่งบนบัลลังก์ ซึ่งอยู่สูงกว่าที่นั่งของบุคคลอื่น จะต้องอ่านหรือทำการพิจารณาหรือให้การตัดสินความหรือทำพิพากษาด้วยลักษณะอาการที่เป็นพิธีการและโอ่อ่า และด้วยการใช้ถ้อยคำหรือภาษาที่เป็นทางการหรือที่ทรงวิชาการอย่างที่คนสามัญยากที่จะเข้าใจได้ และจะต้องทำตนไม่เป็นผู้ออกหน้าออกตาในสังคม จะต้องเป็นผู้ที่ไม่ใฝ่หาหรือเข้าร่วมในพฤติกรรมต่าง ๆ ที่นอกเหนือไปจากหน้าที่ในการงานด้านตุลาการของตน ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดการครหานินทาหรือการเข้าใจผิดขึ้น[๓]

การรักษาจรรยาบรรณของผู้พิพากษา จะเป็นไปในลักษณะที่ว่า ไม่ว่าจะเป็นความประพฤติหรือการกระทำในด้านส่วนตัว หรือในหน้าที่การงานของผู้พิพากษาใดก็ตาม ผู้พิพากษาจะต้องระวังว่า ตนได้หลีกเว้นการปฏิบัติสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่เป็นการเสื่อมเสียหรือไม่สมควรต่อบุคลิกภาพของตนมิให้เกิดขึ้นได้เลย ผู้พิพากษาจะต้องระวังว่า ตนจะไม่ยอมรับข้อผูกพันใดที่อาจจะมีอิทธิพลต่อ หรืออาจจะกระทบกระเทือนถึง หรือที่อาจจะให้ผู้อื่นเข้าใจว่า อาจจะกระทบกระเทือนถึงความมุ่งมั่นอุทิศตนต่อหน้าที่การงานเป็นอันขาด[๔, ๕]

---

[๑] David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decesion Making, p. 24

[๒] Ibid., p. 25.

[๓] Ibid.

[๔] Ibid.

[๕] เรื่องจรรยาบรรณของตุลาการ ในอเมริกาได้มีการเขียนไว้ในหนังสือชื่อ Canons

การมีจรรยาบรรณของผู้พิพากษานั้น จึงทำให้ผู้พิพากษาต้องวางตนอยู่ในฐานะที่เป็นสง่ามีศักดิ์ศรี ในขณะที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาความ พร้อมกันก็จะต้องมีความยับยั้งและปราศจากความลำเอียงด้วย อันมีผลสะท้อนไปถึงการพิจารณาตัดสินคดีของผู้พิพากษาในลักษณะที่ว่าจะต้องประกอบไปด้วยข้อความที่เกี่ยวกับการตัดสินใจ ที่มีหลักมั่นคงทางกฎหมาย มีความเคารพต่อบรรทัดฐานที่ศาลสูงสุดได้ทำการตัดสินคดีในทำนองเดียวกันมาก่อนหน้านั้นแล้ว มีความเคารพต่อความเห็นของศาลสูงกว่า และมีการยอมรับนับถือความคิดเห็นของผู้พิพากษาอื่นที่ร่วมคณะด้วย[๑]

อย่างไรก็ตาม การมีจรรยาบรรณของผู้พิพากษานั้น จะมีได้เพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับการสร้างเสริมของผู้พิพากษาเป็นส่วนใหญ่ แม้ว่าการวิพากวิจารณ์ผู้พิพากษาโดยมหาชนจะมีผลต่อการช่วยสร้างจรรยาบรรณให้แก่ผู้พิพากษาบ้างก็ตาม แต่ก็มีลักษณะที่จำกัดโดยความเป็นฝ่ายตุลาการของผู้พิพากษาหลายประการ โดยเฉพาะลักษณะวิธีการปฏิบัติงานในด้านการพิจารณาคดีความเป็นขั้นตอนของศาลและการตัดสินความโดยใช้หลักแห่งจุดมุ่งหมายที่ถูกต้องนั่นเอง เป็นสิ่งที่ช่วยปกปิดการไม่มีจรรยาบรรณของผู้พิพากษาและได้รับการอภัยจากมหาชน[๒]

ฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่า เมื่อความประพฤติของตุลาการเป็นกุญแจนำไปสู่กฎหมาย จรรยาบรรณของตุลาการจึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่ง ในการก่อให้เกิดความยุติธรรมที่เกิดจากการใช้กฎหมายเช่นเดียวกัน

---

of Legal Ethics เขียนโดย American Bar Association มีผู้แปลเป็นภาษาไทยใช้ชื่อว่า "จรรยาตุลาการของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน" ดู : ประสพสุข บุญเดช, "จรรยาตุลาการของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน" <u>ดุลพาห</u> ๒๗ ๖ (พฤศจิกายน – ธันวาคม ๒๕๒๓): หน้า ๔๔–๕๔ และใน Code of Judicial Conduct 1972 ในประเทศไทยได้มีการเขียนไว้ คือ : ประพจน์ ถิระวัฒน์ "จรรยาของตุลาการ" <u>ดุลพาห</u> ๕ (๒๕๒๒): หน้า ๓; พระนิติธรรมประกรณ์ "จรรยาตุลาการ" <u>ดุลพาห</u>, ๑ (มกราคม ๒๕๐๑): หน้า ๒–๘

[๑] David W. Rohde and Harold J. Spaeth, <u>Supreme Court Decesion Making</u>, p. 29-30

[๒] Ibid., p. 30.

๑.๔.๓ การถอนตัวออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี

ลักษณะหนึ่งของการสร้างและรักษาความเป็นกลางของผู้พิพากษา สิ่งหนึ่งที่มีส่วนก็คือการถอนตัวออกจากการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีได้เป็นไปด้วยความบริสุทธิ์และยุติธรรม เพราะความเป็นกลางจะมีมิได้ ถ้าผู้พิพากษามีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคดีมาก่อน ฉะนั้นเมื่อผู้พิพากษาได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลหรือเหตุการณ์ที่ผู้พิพากษาได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วยมาก่อนเวลาที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา เพื่อทำการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาจะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

ในสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติของกฎหมาย กำหนดให้ผู้พิพากษามีสิทธิในการที่จะขอเลิกเพิกถอนชื่อของตนเองออกจากการนั่งในคณะผู้พิพากษาเพื่อพิจารณาคดีได้ ในเวลาใดก็ได้เมื่อผู้พิพากษานั้นมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ในคดี ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาต้องแสดงความไม่เหมาะสมออกมาในระหว่างดำเนินคดี[๑] โดยบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดลักษณะของเหตุ[๒] ที่จะถอนตัวไว้ คือ

> ผู้พิพากษาศาลสูงสุดท่านใดก็ตาม หรือผู้พิพากษาในสหพันธ์รัฐท่านใดก็ตาม สามารถถอดถอนตนเองออกจากคณะผู้พิพากษา เพื่อทำการพิจารณาคดีใด ในเมื่อคดีนั้นตนเองได้มีส่วนในการได้รับผลประโยชน์อย่างสำคัญมาก่อน หรือเคยเป็นพยานที่สำคัญในคดีนั้นมาก่อน หรือเคยมีความสัมพันธ์เกี่ยวของกับเรื่องนั้นมาก่อน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเรื่องนั้นมาก่อน หรือเคยให้คำปรึกษาในเรื่องนั้นมาก่อน หรือเกี่ยวของสัมพันธ์กับทนายความหรือผู้ดำเนินการในเรื่องนั้นมาก่อน ในระดับที่ว่าตนได้มองเห็นว่า เป็นการไม่บังควรที่ตนจะได้เข้าร่วมในคณะผู้พิพากษา เพื่อทำการพิจารณาคดีนั้น หรือเพื่อทำการอุทธรณ์นั้น หรือเพื่อดำเนินขบวนพิจารณาคดีนั้น ด้วยประการหนึ่งประการใดก็ยอมได้[๓]

---

[๑] David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decesion Making, p. 27.

[๒] เหตุของการถอนตัวดังนี้ไม่รวมถึง การมีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือทัศนคติของผู้พิพากษาที่มีต่อกฎหมาย ดูรายละเอียดใน; Ibid., pp. 25-26.

[๓] "Any Justice or judge of the United States shall disqualify himself in any case in which he has a substantial interest, has been

ในประเทศไทยได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดข้อคัดค้านผู้พิพากษาไว้เช่นเดียวกัน โดยเมื่อมีเหตุที่จะคัดค้านผู้พิพากษาได้ ผู้พิพากษาที่ถูกคัดค้านจะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี หรือถูกคู่ความที่เกี่ยวข้องยื่นคำร้องคัดค้านก็ได้ และถ้ามีการร้องคัดค้านผู้พิพากษาแล้ว ผู้พิพากษาไม่ยอมถอนตัว ศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่า ควรจะถอนผู้พิพากษาออกจากการพิจารณาหรือไม่ เหตุที่ผู้พิพากษาจะต้องถอนตัวออกจากการพิจารณาคดี ได้แก่ การมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ในคดี การมีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งของผู้พิพากษาก่อน หรือในขณะมีการพิจารณาคดีและเหตุประการอื่น อันมีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาเสียความยุติธรรม[๑]

๑.๔.๔ ข้อกำหนดความรับผิดของตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่

ความยุติธรรมจะถูกหยิบยื่นให้ไม่ได้ ถ้าบุคคลที่จะให้ความยุติธรรมนั้นต้องตกอยู่ในความหวาดกลัว ถึงผลสะท้อนที่จะตกแก่ตน การกำหนดให้ตุลาการต้องมีความรับผิดเพราะการปฏิบัติหน้าที่ จึงได้ถูกพิจารณาและไตร่ตรองอย่างรอบคอบ[๒] จึงทำให้การกำหนดความรับผิดของตุลาการ ในการปฏิบัติหน้าที่กระทำได้ในวงขอบเขตจำกัดและระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง นั้นเป็นเพราะอะไรก็ตามที่จะมีผลที่จะบั่นทอนสมรรถภาพของตุลาการ ย่อมหมายถึงการกระทบกระทั่งถึงความยุติธรรมหรือความเป็นกลางได้ จึงทำให้ประเทศต่าง ๆ ได้สร้างหลักการที่ต่างกัน ทั้งนี้มิได้มีเหตุอื่นใดนอกเสียจากการสร้างความเป็นกลางนั่นเอง

---

of counsel, is or has been a material witness, or is so related to or connected with any party or his attorney as to render it improper, in his opinion, for him to sit on the trial, or appeal, or other proceeding therein" : David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decesion Making, p. 26

[๑]ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช ๒๔๗๗ มาตรา ๑๑, ๑๒, ๑๓, ๑๔ : ประสาน บุญโสภาคย์ กับพวก (รวบรวม), ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ความอาญาและธรรมนูญศาล, หน้า ๑๖–๒๐

[๒]ในการประชุมตุลาการแห่งเอเชีย ครั้งที่ ๗ ได้มีการกำหนดหัวข้อการประชุมข้อหนึ่ง คือ ความรับผิดในทางคดีของผู้พิพากษา ในกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่ผิดพลาด ซึ่งประมุขตุลาการแต่ละ

ในประเทศอังกฤษได้มีหลักการว่า เพื่อมิให้ตุลาการตกอยู่ภายใต้สภาพบังคับของคู่ความฝ่ายใด หรือเพื่อมิให้ตุลาการตกอยู่ในสภาพความหวาดกลัว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะหาโอกาสที่ตุลาการมีเจตนาร้ายและปฏิบัติหน้าที่ด้วยความอคติ หรือทุจริตต่อหน้าที่ได้ยาก และหากจะกระทำเช่นนั้นก็ไม่ง่ายนัก[๑] ดังนั้นจะต้องให้สิทธิพิเศษแก่ผู้พิพากษาหรือตุลาการ คือ บุคคลใดจะฟ้องร้อง กล่าวหาเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษามิได้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้พิพากษามีอภิสิทธิ์หรืออิสระในอันที่จะพิจารณาพิพากษาคดี เมื่อเห็นว่านั่นเป็นสิ่งถูกต้อง โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ความกดดัน หรือการที่จะต้องถูกฟ้องร้องตามที่ได้พิจารณาตัดสินไป[๒]

แต่ในสหรัฐอเมริกานั้น ได้มีข้อกำหนดให้ผู้พิพากษาต้องรับผิดในทางอาญาในการปฏิบัติหน้าที่ แม้แต่การที่ผู้พิพากษาผู้ใดผู้หนึ่งจะกระทำการแสวงหาอิทธิพลในศาลหรือในสังคมก็จะถือว่าเป็นความผิดในฐานล่อลวงประชาชนแล้ว[๓] ซึ่งจะถูกลงโทษในทางอาญาและไล่ออกจากการเป็นผู้พิพากษา ความรับผิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ เช่น การกินสินบาทคาดสินบนจากลูกความ ทำการตัดสินความหรือดำเนินการที่นำไปสู่เรื่องอื้อฉาวและความเสื่อมเสียให้แก่ศาล การฉ้อราษฎร์บังหลวง สมคบกันกระทำผิดในการปฏิบัติหน้าที่[๔] ซึ่งหลักการในสหรัฐอเมริกานี้เป็นสิ่งที่ยืนยันได้ว่า การจะไม่ให้ผู้พิพากษามีความผิดในการปฏิบัติหน้าที่เลย ย่อมเป็นหนทางหนึ่งที่จะทำลาย "ความเป็นกลาง" เช่นเดียวกัน

ประเทศที่เข้าประชุมต่างเห็นว่า ผู้พิพากษาไม่ควรต้องถูกฟ้องร้องเนื่องจากการกระทำที่กระทำไปเนื่องในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษา ไม่ว่าการกระทำนั้นจะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือไม่ : วิกรม เมาลานนท์, "รายงานการประชุมตุลาการแห่งเอเชีย ครั้งที่ ๗ ณ กรุงจาการ์ตา ประเทศอินโดนีเซีย" ดุลพาห ๔ (กรกฎาคม–สิงหาคม ๒๕๒๑): หน้า ๑๑, ๑๓

[๑] A. G. Hanbury, English Court of Law, p. 129

[๒] Ibid., p. 28.

[๓] David W. Rohde and Harold J. Spaeth, Supreme Court Decesion Making, p. 28

[๔] Ibid., p. 29

หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สำหรับในประเทศไทย ได้มีข้อกำหนดในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาไว้ค่อนข้างจะเคร่งครัด โดยกำหนดให้มีความรับผิดทั้งทางวินัย ทางอาญา และในทางแพ่ง ในทางวินัยนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๒๑ ได้กำหนดถึงข้อปฏิบัติของผู้พิพากษาเกี่ยวกับด้านการเมือง ผู้บังคับบัญชา การปฏิบัติหน้าที่ การปฏิบัติทางด้านส่วนตัว ในราชการและระหว่างผู้พิพากษาด้วยกัน[๑] ถ้ามีผู้พิพากษาผู้ใดฝ่าฝืนก็จะถูกลงโทษ โดยการไล่ออก ปลดออก ให้ออก งดบำเหน็จความชอบ และภาคทัณฑ์[๒] โดยผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาว่าทำผิดวินัยจะได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการ แล้วเสนอต่อผู้บังคับบัญชา ปลัดกระทรวงยุติธรรม และรัฐมนตรีให้ความเห็น แล้วเสนอไปยังคณะกรรมการตุลาการพิจารณาสั่งการ[๓] ความรับผิดในทางอาญาในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ จะมีทั้งโทษจำคุกและปรับ เมื่อตุลาการกระทำการดังต่อไปนี้ คือ เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือกระทำการหรือไม่กระทำใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบต่อหน้าที่ กระทำการหรือไม่กระทำการในตำแหน่ง โดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการ[๔] และความรับผิดในทางแพ่งจะใช้หลักความรับผิดเช่นเดียวกับบุคคลโดยทั่วไปในเรื่องละเมิด[๕]

---

[๑] ดูพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๔๘–๖๐; ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม ๙๕ ตอนที่ ๕๙ (ฉบับพิเศษ)

[๒] ดูพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๖๗–๗๑; ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม ๙๕ ตอนที่ ๕๙ (ฉบับพิเศษ)

[๓] ดูพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๘๒–๘๖; ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม ๙๕ ตอนที่ ๕๙ (ฉบับพิเศษ)

[๔] ดูประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๙๙ มาตรา ๒๐๑, ๒๐๒ : หลวงคุลยศาสตร์ปฏิเวท และพวก ประมวลกฎหมายอาญา, (พระนคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, ๒๔๙๙) หน้า ๕๓

[๕] ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๒ มาตรา ๔๒๐, ๔๒๑

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะมีข้อกำหนดความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่เช่นไรก็ตาม แต่โดยลักษณะงานของผู้พิพากษาที่จะต้องใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ยากยิ่งที่จะระบุหรือชี้ชัดลงไปได้ว่าจะมีความผิดหรือไม่ ดังนั้นการมีข้อกำหนดดังกล่าวน่าที่จะก่อผลในทางทำลายสมรรถภาพของผู้พิพากษามากกว่า และสิ่งที่จำเป็นยิ่งกว่าก็คือ การสร้างระบบการสรรหาบุคลากรที่เหมาะสมและมีคุณสมบัติที่ดีเหมาะแก่หน้าที่ของการที่จะสร้างความเป็นกลางได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย