

คำวินิจฉัยของ นายปรีชา เถลิงวิชัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๒๑/๒๕๕๓

วันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๕๓

เรื่อง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ซึ่งรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ด้วยรองประธานวุฒิสภาทำหน้าที่แทนประธานวุฒิสภาได้ยื่นคำร้องส่งความเห็นของ นายวิระชัย สุตรสุวรรณ สมาชิกวุฒิสภากับสมาชิกวุฒิสภาอื่น รวม ๖๕ คน (มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสมาชิกวุฒิสภา) ซึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา ๒๖๒ (๑) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พยานหลักฐานตามคำร้องของประธานวุฒิสภาที่ส่งมาพร้อมความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา ได้ความว่า

๑. คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาโดยมีข้อความที่เป็นสาระสำคัญในมาตรา ๖ ว่า “สำนักงานศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการของศาลยุติธรรม งานส่งเสริมงานตุลาการ งานวิชาการ งานคุมประพฤติ งานบังคับคดี งานพินิจและคุ้มครองเยาวชนและครอบครัว และงานอื่นใด ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุน และอำนวยความสะดวกให้แก่ศาลยุติธรรมรวมทั้งเสริมสร้างให้การพิจารณาพิพากษาคดี และการบังคับคดีเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ” และมาตรา ๗ ได้บัญญัติให้สำนักงานเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักคุมประพฤติ สำนักบังคับคดี และสำนักพินิจและคุ้มครองเยาวชนและครอบครัว เป็นส่วนราชการในสำนักงานศาลยุติธรรม กับ มีมาตราอื่นๆ กำหนดอำนาจหน้าที่ของ สำนักคุมประพฤติ สำนักบังคับคดี และสำนักพินิจและคุ้มครองเยาวชนและครอบครัว ไว้ในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว

๒. สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างพระราชบัญญัติตามที่คณะรัฐมนตรีเสนอในวาระแรก ได้ลงมติรับหลักการของร่างพระราชบัญญัตินี้ ต่อมาได้ลงมติปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัตินี้ในวาระที่ ๒ (ชั้นคณะกรรมการ) โดยตัดข้อความในร่างของคณะรัฐมนตรีและปรับปรุงใหม่ ดังนี้

๒.๑ ตัดงานคุมประพฤติ งานบังคับคดี และงานพินิจและคุ้มครองเยาวชนและครอบครัว ออกจากข้อความในร่างมาตรา ๖ ของคณะรัฐมนตรีแล้วแก้ไขใหม่เป็นมาตรา ๖ ว่า “สำนักงานศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการของศาลยุติธรรม งานส่งเสริมงานตุลาการและงานวิชาการ ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่ศาลยุติธรรม รวมทั้งเสริมสร้างให้การพิจารณาพิพากษาคดี เป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ”

๒.๒ มิได้บัญญัติให้มีสำนักคุมประพฤติ สำนักบังคับคดี และสำนักพินิจและคุ้มครองเยาวชนและครอบครัว เป็นส่วนราชการในสังกัด สำนักงานศาลยุติธรรมเหมือนข้อความในร่าง มาตรา ๗ ของคณะรัฐมนตรี โดยใช้ข้อความอื่นแทน

๒.๓ ตัดข้อความในมาตราอื่น ๆ ที่บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสำนักคุมประพฤติ สำนักบังคับคดี และสำนักพินิจและคุ้มครองเยาวชนและครอบครัว ที่กำหนดไว้ในร่างของคณะรัฐมนตรี โดยใช้ข้อความอื่นแทน

ในวาระ ๓ สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบด้วยกับร่างที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมใหม่แล้วส่งให้ วุฒิสภาพิจารณาต่อไป

๓. วุฒิสภาลงมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ที่สภาผู้แทนราษฎรส่งมาในวาระแรก และแก้ไขเพิ่มเติมหลายมาตราในวาระ ๒ (ชั้นคณะกรรมการ) แล้วได้ลงมติเห็นชอบด้วยกับร่างของวุฒิสภาในวาระ ๓ แล้วส่งกลับคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร

๔. สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภาตามข้อ ๓ แต่ละสภา จึงได้ตั้งบุคคลประกอบเป็นคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของวุฒิสภา

คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาร่างของวุฒิสภาแล้วมีมติเห็นชอบด้วยกับร่างของวุฒิสภา ในสาระสำคัญดังต่อไปนี้

ตามร่างของวุฒิสภา

๔.๑ มาตรา ๕ บัญญัติว่า สำนักงานศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานยุติธรรม ของศาลยุติธรรม งานส่งเสริมงานตุลาการ งานวิชาการ งานคุมประพฤติ งานบังคับคดี งานพินิจและ คุ้มครองเด็กและเยาวชน และงานอื่นใด ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่ศาลยุติธรรม รวมทั้งเสริมสร้างให้การพิจารณาพิพากษาคดี และการบังคับคดี เป็นไปโดยความสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

๔.๒ มาตรา ๖ กำหนดให้ สำนักงานศาลยุติธรรมมีส่วนราชการ ๕ สำนัก รวมทั้ง สำนักคุมประพฤติ สำนักบังคับคดี และสำนักพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน

๔.๓ บัญญัติกำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักคุมประพฤติ สำนักบังคับคดี และสำนัก
พินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนไว้ในร่างมาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒

นอกจากนี้ยังได้แก้ไขเพิ่มเติมรายละเอียดในมาตราอื่นๆ อีกหลายมาตราโดยได้มีการปรับปรุง
ตัวเลขมาตราเสียใหม่ ดังที่กล่าวข้างต้น

๕. คณะกรรมาธิการร่วมกันเสนอร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมาธิการร่วมได้พิจารณาแล้ว
ต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ปรากฏว่าวุฒิสภาได้เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมาธิการ
ร่วมกันได้พิจารณาแล้ว ส่วนสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบด้วย ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงถูกยับยั้งไว้ก่อน
แต่เนื่องจากเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรจึงได้ยกร่างพระราชบัญญัตินี้ขึ้น
พิจารณาใหม่ทันที

๖. ปรากฏว่าสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างเดิมด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวน
สมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร จึงถือว่าร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรได้รับความเห็นชอบ
ของรัฐสภา

โดยที่ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎร มีการแก้ไขปรับปรุงใหม่ ตามข้อ ๒ ข้อ ๒.๑ ข้อ ๒.๒
ข้อ ๒.๓ ดังกล่าวข้างต้น สมาชิกวุฒิสภาจำนวน ๖๕ คน มีความเห็นว่าร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎร
มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงทำความเห็นเสนอต่อประธานวุฒิสภา

ประธานวุฒิสภาจึงส่งคำร้องพร้อมความเห็นของสมาชิกวุฒิสภามายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๒ (๑) โดยสรุปเหตุผลได้ ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีหน่วยธุรการ
ของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระโดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธาน
ศาลฎีกา

การแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ
ศาลยุติธรรม

สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล งานงบประมาณ และการดำเนินการอื่น
ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

สำนักงานคุมประพฤติ เดิมเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมคุมประพฤติที่จะต้องปฏิบัติตามประมวล
กฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ เกี่ยวกับการสืบเสาะ พินิจ สอดส่อง ทำรายงาน และดำเนินการอื่น
ตามคำสั่งศาลเกี่ยวกับจำเลยเพื่อเสนอต่อศาล โดยมีพระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุมประพฤติตาม
ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๒๒ ใช้บังคับเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานคุมประพฤติ

ดังกล่าว ซึ่งก่อนหน้านี้นี้กรมคุมประพฤติสังกัดกระทรวงยุติธรรม งานคุมประพฤติซึ่งเป็นงานธุรการที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาล จึงเป็นหน่วยธุรการของศาลยุติธรรม ที่จะต้องเป็นอิสระเช่นเดียวกับศาลยุติธรรม เมื่อร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วมีวัตถุประสงค์ที่จะแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรม เพื่อความเป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ ดังกล่าว การที่มาตรา ๖ มิได้บัญญัติข้อความให้สำนักงานคุมประพฤติ อยู่ในสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งบังคับบัญชาหน่วยธุรการของศาลยุติธรรม ข้อความตามร่างมาตรา ๖ ของพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕

สำนักงานบังคับคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่ยังมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีผลใช้บังคับ งานบังคับคดีแพ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลที่จะต้องดำเนินการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลโดยมีเจ้าศาลเป็นผู้ดำเนินการบังคับคดีตามคำสั่งศาล เมื่องานบังคับคดีขยายตัวเพิ่มมากขึ้นตามความเจริญของบ้านเมือง จึงมีการจัดตั้งกรมบังคับคดีขึ้นในสังกัดกระทรวงยุติธรรมเช่นเดียวกับศาลยุติธรรม เพื่อปฏิบัติงานบังคับคดีของศาล โดยรวมการบังคับคดีแพ่งและการบังคับคดีล้มละลายเข้าไว้ในหน่วยงานเดียวกันเพื่อให้การบังคับคดีดำเนินไปโดยมีประสิทธิภาพและปฏิบัติหน้าที่ภายใต้คำสั่งศาลยุติธรรมโดยเคร่งครัด งานบังคับคดีของศาลจึงเป็นหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่จำต้องมีความเป็นอิสระอยู่ในสังกัดของสำนักงานศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม การที่ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ซึ่งรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว บัญญัติข้อความในมาตรา ๖ โดยมีได้มี สำนักงานบังคับคดี อยู่ในสังกัดของสำนักงานศาลยุติธรรมด้วย ข้อความในร่างมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕

สำนักงานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เดิมเป็นงานของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน สังกัดสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่ทำการสืบเสาะและพินิจเรื่องเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชน รวมทั้งบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคล ซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยเพื่อรายงานศาลหน้าที่สอดส่องและควบคุมเด็กและเยาวชน หน้าที่ประมวลและรายงานข้อเท็จจริงรวมทั้งเสนอความเห็นต่อศาล ตลอดจนการดำเนินการอื่นๆ ตามคำสั่งศาล ส่วนการบังคับบัญชาข้าราชการในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๓๔ และพระธรรมนูญศาลยุติธรรมบัญญัติให้อยู่ในบังคับบัญชารับผิดชอบ ของอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง อธิบดีผู้พิพากษามาตร และ

ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวตามลำดับ ดังนั้น ตามร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วบัญญัติข้อความในมาตรา ๖ โดยมีได้มีสำนักพิณิชและคุ้มครองเด็กและเยาวชนอยู่ในสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม และมาตรา ๓๖ วรรคหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่บัญญัติให้โอนบรรดาอำนาจหน้าที่ของสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงยุติธรรม ยกเว้นในส่วนที่เกี่ยวกับสถานพิณิชและคุ้มครองเด็กและเยาวชนไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ฯลฯ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕

โดยที่บทเฉพาะกาลมาตรา ๓๓๔ (๑) บัญญัติว่า “ในวาระเริ่มแรกให้ดำเนินการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด

(๑) ให้ตรากฎหมายตามมาตรา มาตรา ๒๗๕ มาตราให้แล้วเสร็จภายในสองปี นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้

ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงยุติธรรม พ.ศ. จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะแยกองค์การศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๕ วรรคสอง ออกจากกระทรวงยุติธรรม และมีหน่วยงานธุรการของศาล เรียกว่า “สำนักงานศาลยุติธรรม” อยู่ในสังกัดของศาลยุติธรรม สมาชิกวุฒิสภาจำนวนดังกล่าวจึงเห็นว่า สำนักงานคุมประพฤติ สำนักงานบังคับคดี และสำนักงานพิณิชและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ซึ่งเป็นหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมมาแต่เดิม จึงต้องเป็นหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระอยู่ในสังกัดของสำนักงานศาลยุติธรรมด้วย การที่ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. มาตรา ๖ และมาตรา ๓๖ มีข้อความดังที่บัญญัติไว้ โดยไม่มีข้อความกำหนดให้หน่วยธุรการของศาลยุติธรรมทั้งสามสำนักอยู่ในสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม และมีข้อความยกเว้นมิให้โอนสถานพิณิชและคุ้มครองเด็กและเยาวชนไปสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรมตามบทบัญญัติในมาตรา ๖ และมาตรา ๓๖ จึงเป็นผลให้ หน่วยธุรการทั้งสามสำนักงานต้องสังกัดกระทรวงยุติธรรมตามเดิม ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา ๖ และมาตรา ๓๖ ของร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. จึงมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินั้น จึงทำให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ศาลรัฐธรรมนูญได้ประชุมปรึกษาแล้ว มีมติให้รับความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาจำนวน ๖๖ คน ตามคำร้องของประธานวุฒิสภาไว้ดำเนินการต่อไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๑ ข้อ ๑๐

ศาลรัฐธรรมนูญได้ส่งสำเนาเอกสารดังกล่าวแก่หน่วยงานและองค์กรที่เกี่ยวข้องคือ ศาลฎีกา
กระทรวงยุติธรรม วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีเพื่อชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว

กระทรวงยุติธรรม ชี้แจงว่าร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ.
แม้จะมีได้บัญญัติให้กรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็น
หน่วยงานในสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม อันเป็น “หน่วยธุรการ” ของศาลยุติธรรม ร่างพระราชบัญญัติ
ระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ดังกล่าวก็ยังไม่อาจถือได้ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
มาตรา ๒๗๕ วรรคหนึ่ง เพราะคำว่า “หน่วยธุรการ” ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๕
วรรคหนึ่ง น่าจะมีความหมายทั่วไป คือหน่วยงานซึ่งทำหน้าที่สนับสนุนให้งานหลักสามารถปฏิบัติ
ภารกิจบรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กร เมื่อภารกิจหลักของศาลยุติธรรม คือ “การพิจารณาพิพากษาคดี”
ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๑ บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา
คดีทั้งปวง.....” ดังนั้น กรมบังคับคดีเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้น เพื่อรองรับภารกิจในการอำนวยความสะดวก
ยุติธรรมให้กับประชาชนหลังจากศาลยุติธรรมพิพากษาคดีในทางแพ่งแล้วและมีใช่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้น
เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ฉะนั้น กรมบังคับคดี
จึงมิใช่องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการของศาลยุติธรรม ส่วนกรมคุมประพฤติ นั้น รัฐธรรมนูญ
มาตรา ๒๗๑ บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง และมาตรา ๒๗๕ วรรคหนึ่ง
บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ เมื่อพิจารณาประกอบกันแล้วจะเห็นได้ว่า
ศาลยุติธรรมมีอำนาจเฉพาะเรื่องการพิจารณาพิพากษาคดี แต่สำนักงานศาลยุติธรรมทำหน้าที่ด้านธุรการ
ของศาลยุติธรรม จึงน่าจะทำหน้าที่เฉพาะงานธุรการที่เกี่ยวกับคดี สำนวนคดี และงานสนับสนุนการพิจารณา
พิพากษาคดีของศาล เช่น งานรับฟ้อง งานออกหมาย งานเก็บสำนวน งานหน้าบัลลังก์ งานสารบบ
หรือคำพิพากษาและงานสารบรรณที่เกี่ยวกับสำนวนคดี ฯลฯ แต่ไม่หมายความรวมถึงงานบังคับคดีแพ่ง
ตามคำพิพากษาของศาลอันเป็นงานของกรมบังคับคดี งานคุมประพฤติของกรมคุมประพฤติที่เป็น
กระบวนการหลังจากศาลมีคำพิพากษา และเป็นกระบวนการปฏิบัติงานในทางบริหารที่อยู่ในความรับผิดชอบ
ของกระทรวงยุติธรรม สำหรับสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เห็นว่า สถานพินิจและคุ้มครอง
เด็กและเยาวชน เป็นองค์กรที่รับผิดชอบงานบางส่วนในกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนซึ่งมี
ลักษณะเป็นงานบริหาร มีชื่องานธุรการศาลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการพิจารณาพิพากษาคดี และแม้พระราช
บัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๒๑ มาตรา ๕ บัญญัติว่า ข้าราชการฝ่ายตุลาการ
ได้แก่ ข้าราชการตุลาการ คณะผู้พิพากษา และข้าราชการธุรการ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ทำให้บทบัญญัติ
ที่กำหนดว่า สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กรมคุมประพฤติ และกรมบังคับคดีเป็นหน่วยงาน
ที่สังกัดศาลยุติธรรมแต่อย่างใด

ศาลยุติธรรม ซึ่งแจ้งว่า ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. มาตรา ๖ และมาตรา ๓๖ ไม่มีบทบัญญัติให้อธิบดีบดีการและอำนาจหน้าที่ของกรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ซึ่งเป็น “หน่วยธุรการ” ของศาลยุติธรรม ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. มาตราดังกล่าว จึงขาดข้อความอันเป็นสาระสำคัญ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๕ วรรคหนึ่ง เพราะการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมจะประกอบด้วยงาน ๒ ประเภท คือ งานตุลาการและงานธุรการของศาลยุติธรรม

- งานตุลาการ ได้แก่ งานพิจารณาพิพากษาอรรถคดี
- งานธุรการของศาลยุติธรรม มีอยู่ด้วยกัน ๒ ลักษณะ คือ

๑. งานธุรการทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ทั้งก่อนและหลังจากศาลมีคำพิพากษา เช่น งานรับฟ้อง งานส่งคำคู่ความ และเอกสาร งานหน้าบัลลังก์ งานเก็บสำนวนความ งานพิมพ์หมาย งานสืบเสาะและพินิจ งานสอดส่องงานคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา เป็นต้น

๒. งานธุรการเพื่อบังคับคดีตามคำพิพากษา สำหรับคดีแพ่งเป็นงานต่อเนื่องหลังจากศาลมีคำสั่งหรือพิพากษาเด็ดขาดแล้ว ทั้งนี้ ศาลจำเป็นต้องเข้าควบคุมดูแลเพื่อให้คำพิพากษามีผลบังคับแท้จริง เช่น งานยึดทรัพย์ หรืองานขายทอดตลาด เพื่อให้เอกชนผู้ชนะคดีได้รับผลสำเร็จตามคำพิพากษา ศาลจึงต้องมีอำนาจส่วนนี้ สำหรับคดีอาญานั้น เป็นกรณีที่บุคคลกระทำความผิดกฎหมายอาญาแผ่นดินซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ ฉะนั้น งานบังคับคดีอาญาจึงตกอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นไปตามหลักการบริหารแนวนโยบายเกี่ยวกับพลเมืองที่อยู่ในปกครองของตน ฝ่ายบริหารจึงมีความชอบธรรมในการบังคับโทษเอาแก่จำเลยผู้กระทำผิดและถูกศาลพิพากษาลงโทษ อีกทั้งสามารถพิจารณาลดโทษ พักการลงโทษ หรือดำเนินการขอพระราชทานอภัยโทษได้ อนึ่ง ที่ว่างานธุรการเพื่อบังคับคดีตามคำพิพากษาเป็นงานธุรการของศาลนั้น หลักการเช่นนี้ได้รับการยืนยันไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๗๗ (๓) ที่บัญญัติให้สำนักงานศาลปกครองซึ่งเป็น “หน่วยธุรการ” ของศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับคดีด้วย

นอกจากนี้ ลักษณะงานบังคับคดี เป็นงานของศาลและตัวบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ของศาลมาแต่แรกเริ่มตั้งศาลจนถึงปัจจุบัน ข้าราชการของกรมบังคับคดีทุกระดับมีอำนาจบังคับคดีต่อเมื่อศาลแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เท่านั้น หากให้เจ้าพนักงานทั้งสองตำแหน่งนี้ซึ่งรับราชการอยู่ในกรมบังคับคดีไม่ต้องสังกัดหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กร

อิสระ อาจถูกแทรกแซงในการแต่งตั้งได้ และส่งผลให้คำพิพากษาของศาลไม่สามารถบังคับได้อย่างจริงจัง ส่วนงานคุ้มครองประพฤตินั้นเป็นงานที่ต้องสัมพันธ์กับศาลโดยตรงที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยหรือไม่อย่างไร ศาลจะพิจารณาโดยอาศัยรายงานของพนักงานคุมประพฤติด้วย ความน่าเชื่อถือของพนักงานคุมประพฤติจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ศาลจะต้องเข้าไปกลั่นกรองตรวจสอบและการที่พนักงานคุมประพฤติเป็นบุคคลที่ศาลแต่งตั้ง จะได้รับความร่วมมือและความเชื่อถือของประชาชน และในส่วนของงานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนนั้น เนื่องจากศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีลักษณะพิเศษ ไม่พิจารณาเรื่องการลงโทษเป็นสำคัญ เพราะเห็นว่าเด็กและเยาวชนเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของชาติในอนาคต คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ตัดสินเด็กหรือเยาวชนคนหนึ่ง ศาลสามารถพิจารณาแก้ไขได้ตลอดเวลาโดยอาศัยรายงานของพนักงานคุมประพฤติ

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญให้ความสำคัญแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยวางพื้นฐานของการจัดระบบการบริหารราชการแผ่นดินและกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการให้เอื้อประโยชน์ต่อการปกครองประเทศ รวมทั้งกำหนดให้มีการปรับปรุงระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ โดยจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นหลายองค์กร ตลอดจนปรับปรุงโครงสร้างองค์กรที่สำคัญใหม่เพื่อเพิ่มศักยภาพในการถ่วงดุลหรือคานการใช้อำนาจของฝ่ายอื่นให้เป็นอย่างดี เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกถ่วงละเมิดจากการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือเกินขอบเขต การที่องค์กรใดจะปฏิบัติหน้าที่ในการถ่วงดุลหรือคานอำนาจของฝ่ายอื่นได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น จำเป็นที่องค์กรนั้นต้องมีความเป็นอิสระและมีระบบงานที่เป็นเอกภาพรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ วรรคหนึ่ง จึงบัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ เพื่อป้องกันการแทรกแซงครอบงำจากฝ่ายบริหารและถ่วงดุลหรือคานอำนาจหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้สูงกว่าที่เคยเป็นมาในอดีต

เพื่อประโยชน์ในการพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญให้เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนเสนอหลักการเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐ สรุปความได้ว่า การจัดองค์กรนั้นถือหลักการจัดการกิจขององค์กรที่จะนำไปสู่การทำงานที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากที่สุดในทางวิชาการจะพิจารณาหลักการ ๖ ประการ คือ หลักประสิทธิภาพและประสิทธิผล หลักเอกภาพในการตัดสินใจ หลักการถ่วงดุลอำนาจ หลักความเชี่ยวชาญ หลักประเพณีหรือค่านิยมและหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน หลักการทั้งหมดนี้ จะมีความต่อเนื่องและสนับสนุนกัน อย่างไรก็ตามผลสุดท้ายของการจัดองค์กรจะอยู่ที่กระบวนการตัดสินใจของผู้มีอำนาจว่า จะจัดองค์กรนั้นอย่างไร สำหรับการจัดองค์กรของสำนักงานศาลยุติธรรมที่จะ

ให้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานบังคับคดี งานคุมประพฤติ และงานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนด้วยหรือไม่ นั้น เห็นว่า งานทั้งสามส่วนนี้จะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานศาลยุติธรรมหรือของกระทรวงยุติธรรมย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจขององค์กรผู้ใช้อำนาจ ซึ่งไม่ว่าจะตัดสินใจให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใดก็สามารถที่จะสร้างจุดเชื่อมโยงในอีกหน่วยงานหนึ่งได้

ศาลรัฐธรรมนูญ ได้พิจารณาวินิจฉัยแล้ว ลงมติว่า ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ซึ่งไม่มีบทบัญญัติให้สำนักงานศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานบังคับคดี งานคุมประพฤติ และงานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เป็นร่างพระราชบัญญัติที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยคะแนนเสียง ๘ ต่อ ๔ ผู้ทำคำวินิจฉัยเป็นผู้ออกเสียงฝ่ายข้างน้อย จึงทำคำวินิจฉัยส่วนตน ดังต่อไปนี้

ผู้ทำคำวินิจฉัยมีความเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. มาตรา ๖ มาตรา ๓๖ วรรคหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ ตามมาตรา ๒๖๒ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ประการที่ ๑ ความเป็นมาของอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมลักษณะหรือเนื้อหาแห่งอำนาจตุลาการของประเทศไทย เป็นหลักการ แนวความคิดหรือทฤษฎีเกี่ยวกับโครงสร้างหรือระบบการปกครองและกฎหมายที่มีรากฐานหรือพื้นฐานมาจากวิวัฒนาการอย่างยาวนานนับพันปีทางด้านประวัติศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศตะวันตกโดยเฉพาะประเทศอังกฤษ สานต่อแนวคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ (CHARLES - LOUIS DE SÉCONDAT DE MONTESQUIEU, พุทธศักราช ๒๒๓๒ - ๒๒๙๘) และแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม (CONSTITUTIONALISM) ของชาวอเมริกัน ทำให้หลักการแนวความคิด หรือทฤษฎีที่มีวิวัฒนาการมาจากประวัติศาสตร์ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศไทยหรือประเทศทางตะวันออกมาแต่เดิม

อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมเป็นหนึ่งในสามอำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (SEPARATION OF POWERS) ที่ถือเป็นหลักการในการจัดโครงสร้างหรือระบบการปกครองและกฎหมาย ซึ่งประเทศทั่วโลกต่างใช้กันเป็นสากล ไม่ว่าจะ มีรูปแบบการปกครองเป็นแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ราชาธิปไตย สาธารณรัฐ สหพันธรัฐ สมาพันธรัฐ หรือระบบประธานาธิบดี ระบบรัฐสภา หรือรัฐศาสนา หรือไม่ว่ารูปแบบเศรษฐกิจจะเป็นแบบเสรีนิยม สังคมนิยม คอมมิวนิสต์ เป็นต้น ไม่ว่าประเทศนั้นจะมีรูปแบบการปกครองเป็นเช่นไรก็ตาม แต่การจัดโครงสร้างหรือระบบการปกครองหรือลักษณะหรือเนื้อหาการปกครองของประเทศทั่วโลกในปัจจุบันต่างอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานหรือรากฐานทั้งสิ้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงถือว่าเป็นแก่นหรือหัวใจหรือกลไกในการควบคุมการปกครอง ความผาสุก ความเป็น

ปีกแผ่น ความมั่นคงปลอดภัย และความเจริญของประเทศและประชาชนพอๆ กับหลักนิติธรรมหรือนิติรัฐ และสามารถสอดแทรกเข้าไปได้ในทุกรูปแบบการปกครอง ด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เองที่ทำให้การปกครองในระบบประชาธิปไตยเกิดขึ้นจริงในระดับรัฐชาติหรือรัฐขนาดใหญ่หรือประเทศได้ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงมีความสัมพันธ์ควบคู่ไปกับการปกครองในระบบประชาธิปไตย หรืออาจจะกล่าวได้ว่าการปกครองใดก็ตามที่ไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลที่เป็นระบบหนึ่งในหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ก็ถือได้ว่าการปกครองเช่นนั้นเป็นการปกครองในระบบอำนาจนิยม (AUTHORITARIANISM) หรือเผด็จการหรือทรราชย์หรือสมบูรณาญาสิทธิ (ABSOLUTISM) ไม่อาจจะเอ่ยอ้างได้ว่าเป็นการปกครองในระบบประชาธิปไตยหรือการปกครองของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชน ตามความหมายนี้ได้เลย

อิทธิพลของหลักการแบ่งแยกอำนาจเข้ามาสู่ประเทศไทยนับแต่ในรัชสมัยของในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวแล้ว กล่าวได้ว่าแนวความคิดแบบประชาธิปไตยเข้ามาในรัชสมัยของพระองค์ การปฏิรูปการปกครองและการศาลได้เปลี่ยนแปลงลักษณะการปกครองเสียใหม่ โดยการตั้ง กระทรวงขึ้นมาดูแลบริหารประเทศเสียใหม่ และการรวบรวมศาลเข้าอยู่ในระบบและองค์กรอิสระเดียวกันเรียกว่าศาลสถิตยยุติธรรมหรือศาลยุติธรรมพร้อมกับการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรม ดังปรากฏตามประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมวันที่ ๒๕ มีนาคม รัตนโกสินทรศก ๑๑๐ (พุทธศักราช ๒๔๓๔) ประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมดังกล่าวจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงการศาลครั้งสำคัญที่สุดและเป็นการสถาปนาอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมเป็นอิสระจากอำนาจบริหารหรือสมัยนั้นเรียกว่า ฝ่ายตุลาการ ประกาศฉบับนี้เท่ากับเป็นการรวบรวมสรรพคดีกับศาลเดิมที่เคยอยู่ในบังคับของอธิบดีกรมต่างๆ และผู้พิพากษาตระลาการในกระทรวงศาลทั้งปวงไปรวมไว้ในศาลสถิตยยุติธรรม

ดังปรากฏความในข้อ ๒ ของประกาศว่า “สรรพคดีทั้งปวงที่ได้พิจารณาอยู่ในกระทรวงต่างๆ คือ ศาลนครบาล ๑ ศาลแพ่งกระหม่อม ๑ ศาลแพ่งกลาง ๑ ศาลกรมวัง ๑ ศาลอาญานอก ๑ ศาลอุทธรณ์กรมมหาดไทย ๑ ศาลกรมนา ๑ ศาลกรมท่ากลาง ๑ ศาลกรมท่าซ้าย ๑ ศาลกรมท่าขวา ๑ ศาลต่างประเทศ ๑ ศาลราชตระกูล ๑ ศาลมรฎก ๑ ศาลสรรพากร ๑ ศาลธรรมการ ๑ รวมทั้งศาลฎีกาด้วยเป็น ๑๖ ศาล กับศาลฝ่ายพระราชวังบวรที่ตั้งอยู่ในกรุงเทพฯ ได้พิจารณาคดีทั้งปวงแลที่ขึ้นอยู่แก่อธิบดีกรมต่างๆ นั้นให้ยกคดีเหล่านั้นกับบรรดาผู้พิพากษาตระลาการในกระทรวงศาลทั้งปวงมารวมในศาลสถิตยยุติธรรมที่ตั้งขึ้นเป็นกระทรวงใหญ่ได้บังคับบัญชาคดีทั้งปวงเป็นแห่งเดียวกัน” คำว่ากระทรวง ที่ปรากฏในกฎหมายเก่าของไทยมีความหมายถึงหน่วยงานหรืออคติความก็ได้ เช่น คำว่ากระทรวงนครบาลหรือความนครบาลในกฎหมายเก่า เป็นต้น โดยเดิมหน่วยงานที่ขนาดใหญ่ที่สุดจะเรียกว่า

“กรม” เพิ่งจะมีการใช้คำว่า “กระทรวง” ในความหมายว่าเป็นหน่วยงานขนาดใหญ่ที่สุดและใหญ่กว่า “กรม” ในสมัยปฏิรูปการปกครองและการศาลนี้เอง ดังนั้น การรวมงานสรรพคดี ศาลต่าง ๆ และ ผู้พิพากษารวมไว้ในศาลสถิตย์ยุติธรรมที่ตั้งขึ้นเป็นกระทรวงใหญ่ ถ้อยคำว่า “กระทรวงใหญ่” หาได้หมายความว่า เป็นกระทรวงยุติธรรมแต่อย่างใด กระทรวงใหญ่ในที่นี้หมายความว่าศาลสถิตย์ยุติธรรม เป็นคำรวมเรียกศาลทั้งปวงที่ตั้งขึ้นใหม่ตามประกาศฉบับนี้

ศาลสถิตย์ยุติธรรมที่ตั้งขึ้นใหม่ตามประกาศฉบับนี้ปรากฏในข้อ ๓ ได้แก่ “ศาลทั้งปวงที่ได้ พิจารณาคดีมาแต่เดิมนั้น มากกว่าที่สมควรแก่การปัจจุบันนี้ไป ให้แบ่งตัดศาลเหล่านี้เสียบ้าง รวมกันบ้าง ให้คงมีเป็นศาลใหญ่อยู่ ๗ ศาล คือ ยกศาลฎีกาเป็นศาลอุทธรณ์คดีหลวง ๑ ศาลอุทธรณ์มหาดไทย เป็นศาลอุทธรณ์คดีราษฎร์ ๑ ศาลนครบาลกับศาลอาญานอกรวมกันเรียกว่า ศาลพระราชอาญา ๑ ศาลแพ่งกระเซม ศาลกรมวัง ศาลกรมนา รวมกันเรียกว่า ศาลแพ่งกระเซม ๑ ศาลแพ่งกลาง ศาลกรมท่ากลาง ศาลกรมท่าซ้าย ศาลกรมท่าขวา ศาลธรรมการ ศาลราชตระกูล รวมกันเรียกว่า ศาลแพ่งกลาง ๑ ศาลสรรพกร ศาลมรฎก รวมกันเรียกว่า ศาลสรรพากร ๑ ศาลต่างประเทศ ลงตามเดิม ๑ รวมเป็น ๗ ศาลเท่านี้”

ศาลสถิตย์ยุติธรรมหรือศาลทั้งเจ็ดดังกล่าวเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาโดยอยู่ในความ รับผิดชอบดูแลของอธิบดีศาลนั้น ๆ ดังปรากฏในประกาศ ข้อ ๔ ว่า “จะโปรดเกล้าฯ ให้มีอธิบดีสำหรับ พิจารษาบังคับบัญชาในการพิจารณาคดีในศาลนั้น ๆ เฉพาะศาลแลมีผู้พิจารณาสำหรับศาลโดยละเอียด มากและน้อยตามสมควร ส่วนคดีเก่าที่ก้าวถ่ายไขว้กระทรวงกัน (เป็นต้นว่าความในศาลธรรมการ ที่เป็นนครบาล) นั้นก็ให้จัดยกไปว่าตามศาลที่เป็นเจ้าหน้าที่นั้น ๆ ให้เรียบร้อยตามรูปความ” กระทรวง ยุติธรรมที่มีเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานนั้นมีหน้าที่ทางด้านธุรการแผนกหนึ่งแยกต่างหาก จากการพิจารณาพิพากษาคดี ดังปรากฏในประกาศข้อ ๑ ว่า “กระทรวงยุติธรรมที่มีเสนาบดีเป็นประธาน เพื่อจะได้บังคับดูแลแก้ไขการขัดข้องในคดี แลรับผิดชอบในการพิจารณาแลพิจารณาเป็นไปโดยสะดวก แลเป็นยุติธรรมมีหน้าที่แผนกหนึ่งต่างหากจากการพิจารณา แลพิจารณาคดีนั้น แลมีเจ้าพนักงาน สำหรับกระทรวงตามสมควร”

ขอให้สังเกตว่า ตามประกาศดังกล่าวหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมเป็นเพียงจัดเจ้าหน้าที่และ ดำเนินการจัดงานทางธุรการที่เป็นการสนับสนุน แก้ไขข้อขัดข้อง เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไป โดยสะดวกเท่านั้น ไม่มีอำนาจเข้าไปยุ่งเกี่ยว ก้าวถ่าย แทรกแซงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของ ผู้พิพากษาได้ การควบคุมดูแลและบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ธุรการศาลจึงเป็นอำนาจของอธิบดีศาลนั้น ๆ ที่ไม่ต้องได้รับสืบทอดมอบหมายมาจากเสนาบดี เพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาเป็นไป

โดยอิสระมากที่สุด อย่างไรก็ตามดีเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมยังมีสถานะสูงกว่าผู้พิพากษา เพราะถือว่าเป็นประธานของกระทรวงยุติธรรมต่างพระเนตรพระกรรณของพระมหากษัตริย์ จึงมีอำนาจบางประการที่ถือว่าเป็นอำนาจที่แบ่งหรือรับมอบหมายจากราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ดังเช่น การออกกฎหมายของกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการส่งความเก่ามายังศาลสถิตย์ยุติธรรมแลการนัดว่าความรวม ๗ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ ประกาศกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการนัดว่าความรวม ๒ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ ประกาศกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยคนอนาถาฟ้องความไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมรวม ๓ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ ประกาศกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยลักษณะรับฟ้องรวม ๔ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ กฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยค่าธรรมเนียมคัดสำนวนรวม ๒ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ กฎเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยคนอนาถายากจนฟ้องความรวม ๑๑ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ ประกาศแจ้งความเรื่องชำระความพระยอดและข้อบังคับสำหรับกระบวนพิจารณาที่จะได้ใช้ในศาลไทยกับฝรั่งเศสผสมกัน อันเป็นศาลที่จะชำระคดีความพระยอดเมืองขวางรวม ๑๓ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๓ ประกาศว่าด้วยการแบ่งแขวงของศาลโปรวิสสาทั้งสี่ศาลในกรุงเทพฯ รวม ๔ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๓ เป็นต้น

ส่วนอำนาจในการจัดตั้งหรือเลิกศาลและการออกกฎหมายหลักหรือกฎหมายสำคัญเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ดังเช่น พระราชบัญญัติจัดการศาลในสนามสถิตย์ยุติธรรมรวม ๑๒ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลโปรวิสสาเป็นศาลกงตระเวนสำหรับกรุงเทพมหานครรวม ๑๘ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๑ ประกาศตั้งศาลโปรวิสสาเป็นศาลกงตระเวนสำหรับกรุงเทพมหานครเพิ่มขึ้นอีกสามศาลรวม ๖ ข้อ รัตนโกสินทรศก ๑๑๓ พระราชบัญญัติลักษณะพยาน รัตนโกสินทรศก ๑๑๓ ประกาศเลิกศาลโปรวิสสาที่ ๔ รัตนโกสินทรศก ๑๑๔ ประกาศห้ามไม่ให้อุทธรณ์ความในระหว่างพิจารณายังไม่ได้ตัดสิน รัตนโกสินทรศก ๑๑๔ พระธรรมนูญศาลหัวเมือง รัตนโกสินทรศก ๑๑๔ ประกาศยกศาลราชทัณฑ์พิเชทมารวมอยู่ในศาลพระราชอาญาและรวมศาลแพ่งเกษม ศาลแพ่งไกรศรีเป็นศาลแพ่ง รัตนโกสินทรศก ๑๑๔ ประกาศให้ลงโทษจำขังแทนโทษทวน รัตนโกสินทรศก ๑๑๔ พระราชกำหนดตั้งศาลรับสั่งพิเศษสำหรับชำระสะสางคดีความที่มีโทษหลวงชั้นเก้าซึ่งค้างอยู่ในศาลพระราชอาญาในกรุงเทพฯทั้งปวง รัตนโกสินทรศก ๑๑๔ เป็นต้น

อำนาจของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมที่มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองและการแบ่งเขตอำนาจศาลเป็นอำนาจที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการหรือเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเช่นกัน แต่ในสมัยนั้นยังไม่ไปถึงจุดดังกล่าว จึงยังตกค้างดูเหมือนเป็นอำนาจเกี่ยวกับธุรการคงอยู่กับฝ่ายบริหารเช่นเดิม หรือถือว่าเป็นอำนาจตุลาการอย่างหนึ่งแต่พระมหากษัตริย์ทรงมอบหมายให้

เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้ใช้ทางปฏิบัติก็ถือเป็นเช่นนี้โดยไม่มีพัฒนาการสืบต่อมาและไม่มีการเปลี่ยนแปลงแม้แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช ๒๔๗๕ อำนาจเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเช่นนี้จึงถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงมอบหมายพระราชอำนาจในทางตุลาการให้เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมใช้ต่างพระเนตรพระกรรณเพื่อแบ่งเบาพระราชภาระของพระมหากษัตริย์ หาใช้อำนาจบริหารตามหลักการทั่วไปในกระทรวง ทบวง กรม อื่น เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยหลักการให้เป็นการปกครองในระบบประชาธิปไตย อำนาจตุลาการของพระมหากษัตริย์ส่วนนี้ก็ควรคืนให้แก่ศาลสถิตย์ยุติธรรมหรือศาลยุติธรรม หรือกลับไปสู่รัฐสภาเช่นเดียวกับการจัดตั้งศาลและการออกกฎหมายหลักและกฎหมายสำคัญต่างๆ ที่เดิมเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์และตกทอดสู่รัฐสภา เช่นกัน

การเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดินดังกล่าวเป็นเพียงการนำอำนาจของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม
ยกให้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและอำนาจเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลและการออกกฎหมายหลัก
หรือกฎหมายสำคัญต่างๆ เกี่ยวกับอำนาจตุลาการอีกส่วนหนึ่ง ที่เดิมเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์
เช่นกันให้ตกเป็นของรัฐสภาเท่านั้น ทำให้อำนาจตุลาการในส่วนที่เรียกกันในปัจจุบันว่า “งานธุรการ”
ยังคงเป็นของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม

การเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช ๒๔๗๕ จึงหาได้มีผลทำให้เกิดอำนาจตุลาการของศาลสถิตย์ยุติธรรม หรือศาลยุติธรรมเป็นอิสระอย่างแท้จริง ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือการปกครองในระบบประชาธิปไตยอย่างแท้จริงไม่ เช่นเดียวกับการจัดลักษณะหรือเนื้อหาของการปกครองในส่วนอำนาจนิติบัญญัติของรัฐบาลและอำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรีก็ได้เป็นอิสระและมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างแท้จริงตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ประเทศไทยมีการปกครองล้มลุกคลุกคลานมาโดยตลอดและระบบหรือโครงสร้างการปกครองก็กลายเป็นตัวถ่วงความเจริญแก่ประเทศไทยแทนที่จะสร้างความเจริญแก่ประเทศเหมือนประเทศอื่นที่ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจในการปกครองประเทศเช่นกัน

คำว่า “ศาลสถิตย์ยุติธรรม” หรือ “ศาลยุติธรรม” อันเป็นคำที่ใช้เรียกในประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมวันที่ ๒๕ มีนาคม ๒๔๓๔ เป็นต้นมานั้น เป็นนามที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงพระราชทานแก่ศาลยุติธรรม ดังปรากฏในคำจารึกหรือฉัตรซึ่งขุดพบที่อาคารศาลแพ่งเดิมในปี พุทธศักราช ๒๕๐๓ ในหนังสือพิมพ์แจกในงานอภิเษกพระบาทสมเด็จพระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัว วันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๐๕ ว่า “ศุภมัสดุ พระพุทธศาสนกาล เปนอดีตกาลล่วงแล้ว ๒๔๒๔ พรรษา จุลศักราช ๑๒๔๔ ... พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงพระราชดำริว่ากรุงเทพมหานครอมรรัตนโกสินทร มหิทรายุทธยา นั้นนับจำเดิมตั้งแต่ ณ วันอาทิตย์ ขึ้น ๑๐ ค่ำ เดือน ๖ ปีชานจัตวาศก ศักราช ๑๑๔๔

ซึ่งเป็นวันพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกย์ ประมุขบรมกระษัตริย์ ทรงสถาปนาหลักพระนคร.....
 ครั้ง ณ วันศุกร์ ขึ้น ๔ ค่ำ เดือน ๖ ปีเมษจัตวาศก ศักราช ๑๒๔๔ ซึ่งเป็นวันบั้งบรอบร้อยปี
 จึงเสด็จพระราชดำเนินโดยขบวนพยุหยาตรา มาทรงวางศิลาก่อพระฤกษ์ วันเดียวกันกับพระฤกษ์
 ประมุขบรมราชานุศสาวรีย์ แล้วพระราชทานนามว่า ((ศาลสถิตยัตติธรรม)) เป็นที่ประชุมลูกขุน
 ตระลาการขุนศาลทุกกระทรวง แลเป็นที่เก็บรักษาพระราชกฤษฎีกากฎหมาย พระราชบัญญัติ เก่า ใหม่
 รวบรวมไว้ในที่เดียวกันทั้งสิ้น เพื่อจะให้สอบสวนง่าย แลให้การเสร็จคดีได้โดยเร็ว เป็นที่เบาใจของผู้ต้องคดี
 ทั้งปวง แล้วโปรดเกล้าฯ ให้จารึกเรื่องที่ทรงพระราชดำริห์สร้างศาลหลวงนี้ ไว้ในหิรัญบัฏบรรจู่หีบ
 ไว้ในแห่งศิลาใหญ่ ซึ่งเป็นศิลาประมุขฤกษ์ เพื่อให้เป็นสิ่งสำคัญประจำอยู่กับศาลสืบไปภายหน้า ขอให้
 ธรรมเนียมยุติธรรมนี้จงเจริญรุ่งเรืองแผ่ไพศาล แลจิริตติกาลอยู่ชั่วฟ้าแลดิน สมดังพระบรมราชประสงค์
 โดยสุจริตนี้เทอญ.” ศาลสถิตยัตติธรรมหรือศาลยุติธรรมจึงถือได้ว่าเป็นศาลซึ่งเกิดจากพระบรมราชดำริ
 พระบรมราชประสงค์และพระราชทานของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเพื่อพสกนิกร
 ของพระองค์โดยแท้ และทรงมีพระบรมราชานุญาตให้ใช้ตราชาติซึ่งเป็น “ตราแผ่นดิน” ในรัชกาล
 ของพระองค์เป็นตราที่ใช้ประทับในคำพิพากษา คำสั่ง หรือ หมายต่างๆ ของศาลสถิตยัตติธรรมหรือ
 ศาลยุติธรรมอันเป็นที่มาของถ้อยคำว่า “ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ซึ่งศาลสถิตยัตติธรรม
 หรือศาลยุติธรรมถือเป็น “ธรรมเนียมยุติธรรม” อย่างหนึ่งตราบเท่าทุกวันนี้

อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมในประเทศไทยนับได้ว่าสถาปนาขึ้นอย่างมั่นคง นับแต่รัชสมัย
 ของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว อันถือว่าเป็นการเอาแบบธรรมเนียมยุติธรรมนิยมของ
 ประเทศตะวันตกมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมประเพณีของไทยได้อย่างเหมาะสม แม้จะถือว่าเป็นการ
 เปลี่ยนแปลงโครงสร้างหรือระบบศาลและอำนาจตุลาการเกือบจะโดยสิ้นเชิงก็ตาม แต่ก็ยังคงรักษาส่วนที่ดี
 ของศาลและอำนาจตุลาการในส่วนที่ดีเอาไว้ เช่น รักษารากฐานของศาลพระราชอาญา ศาลแพ่งเกษม
 ศาลแพ่งกลาง หรือศาลแพ่งไกรศรี และลูกขุนหรือผู้พิพากษาในกรมลูกขุนเดิมเอาไว้ ซึ่งต่อมาศาล
 พระราชอาญาก็คือ ศาลอาญา ศาลแพ่งเกษมกับศาลแพ่งกลางรวมกันเป็นศาลแพ่งในปัจจุบัน หรือ
 “ลูกขุน ณ ศาลหลวง” เดิมหรือลูกขุนของศาลแพ่งเกษมและศาลแพ่งกลาง ก็คือพัฒนาการต่อมา
 ให้เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดี ซึ่งก็คือ “ผู้พิพากษา” ในปัจจุบันนี้เอง หรือยกศาลฎีกาเป็น
 ศาลอุทธรณ์คดีหลวงสำหรับพิจารณาความอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลล่าง เป็นต้น

การปฏิรูปการปกครองและการศาลในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นการ
 เปลี่ยนแปลงการปกครองอย่างใหญ่หลวงอย่างแท้จริง ดังพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเรียกว่า
 “พลิกแผ่นดิน” ปรากฏในพระราชนิพนธ์คำนำหนังสือพระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้า

เจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก่ไขการปกครองแผ่นดินว่า “พระบาทสมเด็จพระพุทธเจ้าหลวง ทรงเล็งเห็นการภายในอย่างชัดเจนและทรงทราบการที่ล่วงไปแล้วเป็นอย่างดี ได้ทรงพระราชดำริตรอง อย่างรอบครอบ ได้ทรงเลือกประเพณีการปกครองทั้งของไทยเราและของต่างประเทศประกอบกัน ด้วยพระปรีชาญาณอันยอดเยี่ยมได้ทรงจัดการเปลี่ยนแปลงวิธีปกครองตามลำดับมาล้วนเหมาะสมกับเหตุการณ์ และเหมาะสมกับเวลาไม่ช้าเกินไปไม่เร็วเกินไป” รายละเอียดเกี่ยวกับพัฒนาการและการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับ อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมจะได้กล่าวต่อไป

พัฒนาการหรือวิวัฒนาการเกี่ยวกับอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรม จึงมีจุดเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ โดยการรับหลักการเกี่ยวกับอำนาจตุลาการของศาลตามแบบประเทศตะวันตกเข้ามาเป็นรากฐานในการ จัดโครงสร้างหรือระบบการปกครองของประเทศเสียใหม่ การศึกษาและวิเคราะห์โดยโครงสร้างหรือระบบ การปกครองของประเทศไทย จึงต้องทำความเข้าใจในหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเฉพาะอำนาจตุลาการ ของศาลยุติธรรมเสียให้ถ่องแท้ และผู้ทำคำวินิจฉัยจะขอกว่าถึงหลักการนี้โดยอาศัยพื้นฐานของการ ปกครองประเทศอังกฤษ หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ และแนวความคิดที่เป็นเบื้องหลัง การร่างรัฐธรรมนูญของชาวอเมริกันโดยเฉพาะที่ปรากฏในหนังสือ เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ : เอกสาร ความคิดทางการเมืองอเมริกัน โดย อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน เจมส์ เมดิสัน และ จอห์น เจย์ ผู้เขียน นายสมบัติ จันทรวงศ์ กับคณะผู้แปล พิมพ์โดยสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ประกอบตามแนวทางที่ผู้ทำคำวินิจฉัยจะได้กล่าวโดยสังเขปต่อไป

ประการที่ ๒ หลักการแบ่งแยกอำนาจกับความเป็นสากลของแนวความคิดของ มองเตสกีเออ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (SEPARATION OF POWERS) เป็นหลักการที่พัฒนาการโดยมี รากฐานจากการปกครองของประเทศอังกฤษ แนวความคิดของมองเตสกีเออในหนังสือ เจตนารมณ์ แห่งกฎหมาย (DE L'ESPRIT DES LOIS หรือ THE SPIRIT OF LAWS) โดยเฉพาะในเล่มที่ ๑๑ ว่าด้วยกฎหมายที่ให้เสรีภาพทางการเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างการปกครอง บทที่ ๖ ว่าด้วย โครงสร้างการปกครองของอังกฤษ ซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกในปีคริสต์ศักราช ๑๗๔๘ (พุทธศักราช ๒๒๙๑) และแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม (CONSTITUTIONALISM) ในการร่างรัฐธรรมนูญของชาวอเมริกัน โดยโครงสร้างการปกครองของอังกฤษมีอิทธิพลต่อแนวความคิดของมองเตสกีเออ ซึ่งมองเตสกีเออพัฒนาการ ขึ้นตามความเข้าใจของมองเตสกีเออต่อสถาบันการปกครองและกฎหมายของอังกฤษ ที่คลาดเคลื่อนไปจาก ความเป็นจริงบ้าง แต่แนวความคิดของมองเตสกีเออเช่นนี้กลับมีอิทธิพลที่สำคัญประการหนึ่งต่อการจัดโครงสร้าง หรือระบบการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาของกลุ่มผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในสมัยนั้น ที่ประกอบด้วย

นักคิดสำคัญชาวอเมริกันในสมัยนั้น เช่น เจมส์ เมดิสัน อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน เจมส์ วิลสัน จอร์จ เมสัน เป็นต้น ซึ่งสามารถศึกษาแนวความคิดนี้ได้จากหนังสือ เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ (THE FEDERALIST PAPERS) ลงพิมพ์ครั้งแรกในปีคริสต์ศักราช ๑๗๘๗ ถึง ๑๗๘๘ (พุทธศักราช ๒๓๓๐-๒๓๓๑) เพื่อหวังผลทางการเมืองในการรับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของรัฐต่างๆ ซึ่งการร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเกิดจากความขัดแย้งของรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในปีคริสต์ศักราช ๑๗๘๗ (พุทธศักราช ๒๓๓๐) จึงมีการประชุมผู้แทนของรัฐต่างๆ ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากสภานิติบัญญัติของรัฐที่เมือง ฟิลาเดลเฟีย เพื่อพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติของสมาพันธรัฐ แต่ที่ประชุมกลับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทน

เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ ถือได้ว่าเป็นคำอธิบายหลักการ และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีอิทธิพลมากที่สุดมาตั้งแต่ต้น เพราะเขียนโดย เจมส์ เมดิสัน อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน จอห์น เจย์ ผู้มีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริงประกอบกับเอกสารรายงานการประชุมร่างรัฐธรรมนูญที่เมืองฟิลาเดลเฟียถูกเก็บเป็นความลับและไม่มีเอกสารทางการใดที่อธิบายที่มาและความหมายของมาตราต่างๆ อีกด้วย

แนวความคิดของมองเตสกีเออ มิใช่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดในการร่างรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกาเฉพาะเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจเท่านั้น แต่ยังมีอิทธิพลต่อการจัดรูปแห่งรัฐตามแนวสมาพันธรัฐ (CONFEDERATION) ด้วย เกิดจากผลการปกครองในระบอบสาธารณรัฐที่เป็นประชาธิปไตย ซึ่งต้องการดินแดนขนาดเล็ก เพื่อให้ประชาชนมีความเห็นพ้องต้องกันในผลประโยชน์ร่วมกัน ความสัมพันธ์ดังกล่าวไม่อาจมีได้ในท้องที่ขนาดใหญ่ๆ เพราะจะทำให้มีผลประโยชน์จำนวนมากและแตกต่างกัน เมื่อเป็นเช่นนี้ประชาชนจะรับใช้ผลประโยชน์ของตนเองมากกว่าของส่วนรวม แทนที่ผลประโยชน์ส่วนตัวกับส่วนรวมจะพ้องต้องกัน แต่ถ้าดินแดนขนาดเล็กเกินไปก็อาจจะถูกศัตรูภายนอกยึดได้ กล่าวได้ว่า สาธารณรัฐขนาดใหญ่จะได้รับอันตรายจากฝักฝ่ายและการแตกแยกภายใน ส่วนสาธารณรัฐขนาดเล็กก็อาจถูกรุกรานได้ เพื่อหลีกเลี่ยงดังกล่าวจึงควรปกครองในระบบสมาพันธรัฐหรือหลักการสหพันธรัฐดังกล่าว ดังปรากฏในหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เล่ม ๕ บทที่ ๑ ว่า

“หากประเทศสาธารณรัฐมีขนาดเล็กก็ย่อมจะถูกทำลายโดยกำลังต่างชาติ หากเป็นประเทศใหญ่ก็จะทำลายตนเองด้วยความชั่วร้ายภายในประเทศ ข้อเสียทั้งสองประการนี้ให้ผลร้ายต่อระบอบประชาธิปไตยเท่าๆ กับระบอบอภิชนาธิปไตย ไม่ว่าจะดีหรือเลวก็ตาม ความเลวร้ายนั้นมีอยู่ในตัวมันเอง ไม่มีรูปแบบใดที่อาจเยียวยาได้..... หากมนุษย์ไม่เคยคิดถึงลักษณะการโครงสร้างอันก่อปรด้วยข้อได้เปรียบทั้งหมดของการปกครองแบบสาธารณรัฐและกำลังภายนอกแบบราชาธิปไตย ข้าพเจ้ากำลังพูดถึงสาธารณรัฐ

แบบสหพันธรัฐการปกครองรูปนี้คือสัญญาอย่างหนึ่ง โดยอาศัยสัญญานี้คณะทางการเมืองหลายคณะยินยอมที่จะเป็นพลเมืองของรัฐซึ่งใหญ่กว่ารัฐที่ตนประสงค์จะก่อตั้งขึ้นถือเป็นสังคมของสังคมต่าง ๆ ซึ่งประกอบเป็นสังคมใหม่อีกอันหนึ่งที่อาจขยายตัวออกไปโดยมีสังคมใหม่ ๆ เข้ามาร่วมสังคมด้วย”

หลักดังกล่าวมีเป็นที่มาประการหนึ่งของหลักการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น มองเตสกีเออมีความเห็นว่าหลักการสหพันธรัฐใช้กับรูปการปกครองหรือระบอบการปกครองแบบอื่นได้ด้วย คงทำนองเดียวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยกล่าวว่าระบอบราชาธิปไตยใช้ได้กับดินแดนขนาดกลางเท่านั้น เพราะระบอบราชาธิปไตยที่เล็กเกินไปจะกลายเป็นการปกครองแบบสาธารณรัฐ แต่ในท้องที่ใหญ่เกินไปก็จะไม่สามารถควบคุมชนชั้นสูงได้ ทั้งสองขนาดล้วนแล้วแต่บั่นทอนระบอบประชาธิปไตย เว้นเสียแต่จะปกครองตามหลักการสาธารณรัฐและระบบสมาพันธรัฐหรือหลักการสหพันธ์

คำกล่าวของ มองเตสกีเออที่ว่าระบอบราชาธิปไตยใช้ได้กับดินแดนขนาดกลางก็คงใช้เป็นคำอธิบายการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของประเทศไทยในอดีตเป็นอย่างดีว่า การปกครองในระบอบนี้โดยระบบแล้วไม่อาจสร้างความมั่นคงและความเป็นปึกแผ่นแก่แว่นแคว้นขนาดใหญ่หรือในระดับรัฐชาติหรือประเทศได้ ความมั่นคง เข้มแข็ง และความเป็นปึกแผ่น จึงขึ้นอยู่กับองค์พระมหากษัตริย์นั่นเอง การปกครองระบอบนี้จึงเหมาะกับการปกครองแว่นแคว้นไม่เหมาะกับการปกครองในระดับประเทศหรือรัฐขนาดใหญ่ ในอดีตการปกครองราชาธิปไตยหรือการปกครองแบบราชาณาจักรจึงอาจสูญเสียดินแดนหรือเอกราชได้ง่าย การปกครองของประเทศไทยในอดีตเหล่านี้จะแตกต่างกับการปกครองแบบราชาธิปไตยของประเทศตะวันตกหรือประเทศจีนในอดีต ซึ่งมีลักษณะเป็นการปกครองแบบผสม (MIXED GOVERNMENT) อย่างชัดเจนคือมีรูปการปกครองผสมระหว่างระบอบพระมหากษัตริย์หรือราชาธิปไตยกับพวกชนชั้นสูงหรืออภิชนาธิปไตยอยู่ด้วย ดังนั้น การปฏิรูปการปกครองและการศาลในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวโดยการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้หรือการจัดโครงสร้างการปกครองด้วยการตั้งกระทรวงต่าง ๆ ขึ้นมาอันเป็นโครงสร้างการปกครองซับซ้อนมากกว่าเดิมและเท่ากับสถาปนาระบอบอภิชนาธิปไตยหรือระบบขุนนางหรือชนชั้นปกครองเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองอย่างแท้จริงขึ้นมา ทำให้เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดความมั่นคงและปึกแผ่นแก่การปกครองประเทศตราบเท่าทุกวันนี้

คำว่า “สาธารณรัฐ” หรือ “การปกครองแบบสาธารณรัฐ” ตามความหมายของมองเตสกีเออเป็นรูปการปกครองหรือระบอบการปกครองแบบหนึ่งในสามแบบของมองเตสกีเออหมายถึงการปกครองโดยคนทั้งหมดหรือคณะบุคคลปกครอง ถ้าประชาชนทั้งหมดปกครองก็เรียกว่าเป็นสาธารณรัฐแบบประชาธิปไตย ถ้าคณะบุคคลปกครองก็เรียกว่าเป็นสาธารณรัฐแบบอภิชนาธิปไตย ระบอบราชาธิปไตยก็คือการปกครองโดยพระมหากษัตริย์พระองค์เดียวตามกฎหมายที่กำหนดไว้แน่นอนและระบอบเผด็จการ

หรือทรราชย์ก็คือการปกครองโดยบุคคลคนเดียวทำการปกครองตามอำเภอใจโดยไม่มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดๆ ดังปรากฏหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เล่ม ๒ บทที่ ๑ ว่า

“การปกครองมีสามแบบด้วยกันคือแบบสาธารณรัฐ ราชาธิปไตย และเผด็จการ.....การปกครองแบบสาธารณรัฐคือแบบที่ประชาชนร่วมกันเป็นหน่วยหรือประชาชนเพียงส่วนหนึ่งมีอำนาจธิปไตย ระบอบราชาธิปไตยคือระบอบที่บุคคลบุคคลเดียวปกครอง แต่โดยมีกฎหมายที่แน่นอนและเป็นสถาบันแล้ว ตรงกันข้ามกับระบอบเผด็จการที่บุคคลบุคคลเดียวไม่มีกฎหมาย ไม่มีกฎเกณฑ์ เป็นผู้นำพาทุกสิ่งทุกอย่างไปด้วยเจตจำนงของเขา และตามอำเภอใจของเขา”

ตามความหมายของมองเตสกีเออแล้วระบอบสาธารณรัฐก็เป็นลักษณะการปกครองอย่างหนึ่งที่อาจเรียกว่าเป็น “มหาชนรัฐ” ดังผู้แปลหนังสือ เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ เอกสารความคิดทางการเมืองอเมริกัน ใช้แทนคำว่า “สาธารณรัฐ” อันหมายถึงการปกครองที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง โดยอาจร่วมกันทั้งหมดหรือโดยการใช้แบบผู้แทนเข้าไปปกครองก็ตาม เช่นเดียวกับที่ เจมส์ เมดิสัน ใช้เรียกการปกครองระบอบ “สาธารณรัฐ” ก็คือการปกครองโดยระบบผู้แทน และการปกครองระบอบ “ประชาธิปไตย” คือการปกครองในสังคมเล็กๆ โดยประชาชนทุกคนปกครองด้วยตนเอง ในหนังสือ เดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์กล่าวถึงการปกครองในระบอบสาธารณรัฐจึงหาได้หมายความว่า เป็นการปกครองระบอบประธานาธิบดีซึ่งยังไม่มีกรปกครองแบบนี้ จนกระทั่งภายหลังการร่างรัฐธรรมนูญอเมริกัน การนำคำว่า การปกครองในระบอบสาธารณรัฐไปผูกติดกับการปกครองระบอบประธานาธิบดีเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในภายหลัง

การกล่าวถึงการปกครองแบบสาธารณรัฐในอดีต แม้แต่ เพลโต ในหนังสือ สาธารณรัฐ (REPUBLIC) หรือเรียกกันว่า “อุดมรัฐ” ก็ใช้ในความหมายลักษณะหรือเนื้อหาการปกครองอย่างหนึ่งหาได้มีความหมายในรูปหรือแบบไม่มีพระมหากษัตริย์เหมือนเช่นความหมายที่ใช้เรียกประเทศที่ไม่มีพระมหากษัตริย์ปกครองในปัจจุบัน การปกครองในระบอบสาธารณรัฐตามความหมายของมองเตสกีเออ ในเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์หรือในอดีตจึงอาจหมายถึงการปกครองแบบราชาธิปไตยผสมอภิชนาธิปไตยของประเทศอังกฤษในยุคนั้นหรือแม้แต่การปกครองราชอาณาจักรของประเทศต่างๆ ปัจจุบันก็ได้การปกครองในลักษณะสาธารณรัฐดังกล่าวจึงสามารถนำมาประยุกต์ใช้กับการปกครองแบบราชาธิปไตย โดยไม่เป็นการล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์ ดังจะเห็นได้จากมองเตสกีเออใช้อธิบายในหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเล่ม ๑๑ บทที่ ๖ ว่าด้วยโครงสร้างการปกครองของอังกฤษและนักคิดชาวอเมริกันนำไปประยุกต์ใช้จัดโครงสร้างหรือระบบการปกครองด้วยวิธีการนำระบบประธานาธิบดีไปแทนที่ระบบพระมหากษัตริย์ การนำระบบประธานาธิบดีมาใช้แทนตำแหน่งพระมหากษัตริย์ก็เพราะชาวอเมริกันไม่ยอมรับการปกครอง

ของพระมหากษัตริย์ของอังกฤษเท่านั้น หากเจตนาจะสถาปนาระบบการปกครองใหม่เพื่อล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์หรือการปกครองในระบอบราชาธิปไตยแต่อย่างใด ดังปรากฏตามข้อเสนอประกาศอิสรภาพของริชาร์ด เฮนรีลี ในวันที่ ๗ มิถุนายน พุทธศักราช ๒๓๑๕ ต่อสภาองเกรสว่า

“..... อาณานิคมที่รวมกันเหล่านี้มีสิทธิและโดยสิทธิควรที่จะได้เป็นรัฐที่มีอิสระและเป็นเอกราช พวกเขาไม่มีความจงรักต่อพระมหากษัตริย์อังกฤษอีกต่อไป และความสัมพันธ์ทางการเมืองทั้งปวงระหว่างพวกเขากับรัฐบาลอังกฤษได้สิ้นสุดลงและควรจะสิ้นสุดลงโดยสิ้นเชิง”

ดังนั้น ในการอธิบายการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงยังต้องอ้างอิงรากฐานที่มาจาก การปกครองของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นการปกครองแบบราชาธิปไตยประกอบด้วย เช่นเดียวกับการอ้างอิงความคิดของมองเตสกีเออ ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการแปลคำว่า REPUBLIC ในลักษณะของเนื้อหา การปกครองคนไทยจึงหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า “สาธารณรัฐ” โดยใช้คำว่า “อุดมรัฐ” บ้าง “มหาชนรัฐ” บ้าง เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้สับสนกับความหมายที่ใช้เรียกประเทศที่มีรูปแบบการปกครองประเทศที่มี ราชอาณาจักรตามความหมายในปัจจุบัน

กล่าวได้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจก็ดี หลักการสหพันธ์ หรือระบบสมาพันธรัฐก็ดี เป็นของมองเตสกีเออเป็นหลักการที่ใช้ได้กับการปกครองทุกรูปแบบไม่จำกัดเฉพาะในการปกครองรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง และถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการปกครองประเทศเกือบทั่วโลกในปัจจุบัน แนวทางการแยกศาลยุติธรรมเป็นอิสระหรือการแยกอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมออกมาให้เป็นอิสระอย่างชัดเจนกว่าเดิมจึงเป็นแนวความคิดที่อาจเรียกว่าเป็นการปฏิรูปการปกครองประเทศที่สำคัญมากในยุคนี้ ที่จะทำให้การปกครองประเทศพัฒนาไปตามหลักการปกครองประชาธิปไตยสากลในปัจจุบัน ที่จะเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่จะนำไปสู่ความเป็นปึกแผ่น ความมั่นคง แก่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย และนำความเจริญรุ่งเรืองมาสู่ประเทศชาติได้ในที่สุด

ประการที่ ๓ หลักการแบ่งแยกอำนาจและอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (SEPARATION OF POWERS) กับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ (CHECKS AND BALANCES) เป็นถ้อยคำที่ใช้เรียกหลักการและระบบที่ปรากฏในหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายของมองเตสกีเออ แต่ถ้อยคำดังกล่าวหาใช่ถ้อยคำที่มองเตสกีเออใช้เรียกหรือคิดขึ้นเพื่อใช้เรียกหลักการและระบบที่ปรากฏในหนังสือของเขาแต่อย่างใด หลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ เป็นถ้อยคำที่ใช้เรียกกันทั่วไปในการจัดโครงสร้างการปกครองอำนาจ และความสัมพันธ์ขององค์กรหลักของรัฐในปัจจุบัน ซึ่งเป็นการจัดโครงสร้างหรือระบบตามแนวทางของมองเตสกีเออนั่นเอง

การแบ่งแยกอำนาจตามแนวทางของมองเตสกีเอมีชมองเตสกีเออคิดหลักการขึ้นมาเอง แต่เป็นการคิดขึ้นจากการพิจารณาโครงสร้างการปกครองของประเทศอังกฤษที่มองเตสกีเอเคยไปอยู่และได้สัมผัสด้วยตนเอง การแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุลตามโครงสร้างการปกครองของอังกฤษในสมัยนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากพัฒนาการอย่างต่อเนื่องในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษ มิใช่เกิดจากมีผู้ใดเป็นผู้คิดขึ้นมา การแบ่งแยกอำนาจเป็นสามฝ่ายตามแนวทางของมองเตสกีเอจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่มองเตสกีเอคิดขึ้นมาโดยอาศัยพื้นฐานการมองโครงสร้างการปกครองของประเทศอังกฤษตามความคิดความเข้าใจของมองเตสกีเอเอง

ผู้คิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจมิใช่มีมองเตสกีเอเพียงผู้เดียว ก่อนหน้านั้นอริสโตเติลก็กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจในลักษณะคล้ายกันในหนังสือ การเมือง (POLITICS) ตอนสุดท้ายของเล่มที่ ๔ โดยแบ่งแยกองค์กรในการวินิจฉัยไตร่ตรอง บริหาร และตุลาการ คล้ายกับอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เพียงแต่ในเนื้อหาของรายละเอียดอาจแตกต่างไปจากปัจจุบัน

จอห์น ล็อก ก็มีแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดองค์กรหลักของรัฐหรืออำนาจของรัฐบาล โดยแบ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติเป็นอำนาจสูงสุดในจักรภพ แต่เป็นอำนาจสูงสุดเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรอื่น ๆ ของรัฐบาลเท่านั้น หากได้เหนือกว่าอำนาจของประชาชนซึ่งก่อตั้งอำนาจนิติบัญญัติขึ้นมา และความจำเป็นต้องมีตุลาการผู้ได้รับมอบอำนาจอันเป็นที่รู้จักกัน ซึ่งล็อกยอมรับให้มีองค์กรตุลาการที่แยกออกต่างหาก แต่ไม่ได้มีอิสระอย่างเต็มที่เพราะการปกครองของประเทศอังกฤษในสมัยที่ล็อกเขียนหนังสือ “หนังสือสองเล่มว่าด้วยการปกครอง” (TWO TREATISES OF GOVERNMENT) ปีคริสตศักราช ๑๖๘๕ (พุทธศักราช ๒๒๓๒) ยังถือว่าผู้พิพากษาเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารหรืออำนาจตุลาการเป็นพระราชอำนาจหนึ่งของพระมหากษัตริย์หรืออำนาจบังคับบัญชาผู้พิพากษาเป็นส่วนหนึ่งของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้มีการรับรองไว้เป็นพระราชบัญญัติครั้งแรกใน THE ACT OF SETTLEMENT, ๑๗๐๑ (พุทธศักราช ๒๒๔๔) เป็นเวลาภายหลังหนังสือของล็อก ซึ่งบัญญัติหลักการว่า ผู้พิพากษาทั้งหลายจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในระหว่างที่ประพฤติตนอยู่ในทำนองคลองธรรม พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง แต่ไม่มีพระราชอำนาจปลด พระมหากษัตริย์จะมีพระบรมราชโองการปลดผู้พิพากษาได้ต่อเมื่อรัฐสภาประกอบด้วยสภาขุนนางและสภาสามัญร่วมกันทูลเกล้าถวายคำแนะนำว่าสมควรปลดผู้พิพากษาคณนั้นเพราะประพฤติมิชอบ สำหรับล็อกองค์กรบริหารที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจะบริหารตามคำวินิจฉัย อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นตัวแทนขององค์กรนิติบัญญัติ โดยล็อกกล่าวว่าอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติต้องไม่อยู่ในมือคนเดียวกัน เพราะจะทำให้เกิดอันตรายเกินไปในการใช้อำนาจในทางที่ผิด และแม้องค์กรนิติบัญญัติจะสูงสุด แต่ไม่จำเป็นต้องทำหน้าที่

ตลอดเวลา ตรงกันข้ามกับองค์กรบริหารและอำนาจสุดท้ายคือ สหพันธ์ (FEDERATIVE) เป็นอำนาจดำเนินนโยบายภายนอก ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการทหาร แต่ไม่มีองค์กรพิเศษเพื่อใช้อำนาจนี้ โดยเป็นอำนาจอยู่กับองค์กรบริหาร

ส่วนระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจก็เป็นระบบหรือแนวความคิดที่ปรากฏในแนวความคิดของ โพลีบิอุส (POLYBIUS, พุทธศักราช ๓๓๕ ถึง ๔๒๑) ซึ่งศึกษาเพื่อค้นหาเหตุผลความยิ่งใหญ่ของโรมและได้คำตอบว่าเกิดจากความดีเลิศของรัฐธรรมนูญโรมันที่เป็นรัฐธรรมนูญแบบผสมซึ่งจะมีส่วนต่าง ๆ ของรูปการปกครองไม่ว่าราชาธิปไตย อภิชนาธิปไตย ประชาธิปไตย และแบบตรงกันข้ามปรากฏอยู่ และมีพลังเท่าเทียมกัน แต่ละส่วนจะยับยั้งป้องกันมิให้ส่วนอื่นเป็นตัวของตัวเองมากเกินไป และ ซีเซโร (CICERO, พุทธศักราช ๔๓๗ - ๕๐๐) ที่นำแนวความคิดของโพลีบิอุสมาอธิบายใหม่

หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นผลิตผลอย่างหนึ่งของประวัติศาสตร์การปกครองของประเทศตะวันตกที่มีมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน เป็นภาพสะท้อนของการปกครองในสมัยนั้น และเป็นการสร้างจุดเปลี่ยนแปลงบางประการที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญอเมริกัน นำมาสู่การปกครองของประเทศทั่วโลกในปัจจุบัน

การกล่าวถึงรายละเอียดแนวความคิดของมองเตสกีเออในหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายผู้ทำคำวินิจฉัยจะยกมาจากหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายโดย วิภาวรรณ ตูยานนท์ แพล ของสำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๒๘ โดยในเล่มที่ ๑๑ บทที่ ๑๖ ว่าด้วยโครงสร้างการปกครองของอังกฤษมองเตสกีเออเริ่มด้วยคำกล่าวที่ว่า

“ในแต่ละรัฐมีอำนาจอยู่สามประเภท กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารสิ่งต่าง ๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมาย และอำนาจบริหารซึ่งขึ้นอยู่กับกฎสำหรับพลเมือง”

โดยอาศัยอำนาจแรก เจ้าผู้ครองหรือผู้บริหาร เป็นผู้ออกกฎหมายใช้ชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดกาล โดยอาศัยอำนาจที่สองเขาจะทำให้เกิดสันติภาพหรือทำสงครามส่งหรือรับคณะทูตานุทูตให้ความมั่นคง ป้องกันการรุกราน ด้วยอำนาจที่สามเขาจะเป็นผู้ลงโทษอาชญากรหรือตัดสินข้อพิพาทของบุคคล อำนาจที่สามนี้เราเรียกว่าอำนาจในการตัดสินและอีกอำนาจหนึ่งเรียกว่าอำนาจบริหารรัฐ”

การริเริ่มการพิจารณาเกี่ยวกับรัฐของมองเตสกีเออเริ่มต้นด้วยการมองไปที่รัฐหรือประเทศมีลักษณะหรือประเภทของอำนาจเป็นที่ประเภทและใครเป็นผู้ใช้อำนาจหลักของแต่ละประเภทนี้เอง ทำให้ถือว่ามองเตสกีเออเป็นผู้สถาปนาหลักการหรือทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจที่จะมีการแบ่งอำนาจเป็นสามอำนาจ แต่ละอำนาจจะมีผู้ใช้อำนาจแยกจากกันเป็นเอกเทศดังปรากฏในข้อความถัด ๆ มาของมองเตสกีเออว่า

“ทุกสิ่งจะถึงหายนะ หากคนคนเดียวกันหรือคณะบุคคลสำคัญคณะเดียวกันหรือคณะขุนนางคณะประชาชนเดียวกัน มีอำนาจทั้งสามคือ อำนาจออกกฎหมาย อำนาจนำมติของประชาชนไปปฏิบัติ และอำนาจตัดสินอาชญากรรมหรือกรณีพิพาทของบุคคล”

การแบ่งแยกอำนาจตามแนวความคิดของมองเตสกีเออเห็นได้ชัดว่าเพื่อมิให้เกิดความหายนะหรือความเสื่อมถอยของรัฐนั้น โดยมองเตสกีเออกล่าวถึงเป้าหมายของรัฐหรือเจตนารมณ์ของการมีรัฐหรือเจตนารมณ์แห่งรัฐไว้ในเล่มที่ ๑๑ บทที่ ๕ ว่า

“แม้ว่าทุกรัฐโดยทั่วไปแล้วจะมีเป้าหมายเดียวกัน นั่นก็คือการดำรงอยู่ กระนั้นแต่ละรัฐก็มีเป้าหมายอันหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งเฉพาะตน การขยายอาณาจักรเป็นเป้าหมายของโรม สงครามคือเป้าหมายของเลขดีโมเนีย..... การค้าคือเป้าหมายแห่งมาร์แซช ความสงบเรียบร้อยของปวงชนคือเป้าหมายแห่งกฎหมายจีน.... เสรีภาพธรรมชาติคือเป้าหมายแห่งการจัดระเบียบของคนเดือน โดยทั่วไปแล้วความเพ็ดเพลินหรือของเจ้าผู้ครองคือเป้าหมายแห่งรัฐเผด็จการ เกียรติยศชื่อเสียงของเจ้าผู้ครองและของรัฐคือเป้าหมายของรัฐราชาธิปไตย อิสรภาพของแต่ละบุคคลคือเป้าหมายแห่งกฎหมายไปแลนด์ และผลที่ตามมาคือการกดขี่ทุกคน

ทั้งยังมีอยู่ชาติหนึ่งในโลกที่มีเป้าหมายโดยตรงของ โครงสร้างการปกครองของตนคือเสรีภาพทางการเมือง เราจะพิจารณาดูหลักการต่างๆ ซึ่งเป็นพื้นฐานของเสรีภาพนั้น หากหลักการเหล่านั้นดี เสรีภาพก็จะปรากฏชัดเจนออกมาเช่นในกระจกเงา

เพื่อที่จะค้นพบเสรีภาพทางการเมืองในโครงสร้างการปกครอง เราไม่ต้องลำบากมากมายอย่างนั้นหรอก หากสามารถมองเห็นมันตรงที่มีอยู่ หากเราพบแล้วก็จะไปแสวงหาทำไมเล่า”

ข้อความเหล่านี้เป็นบทก่อนที่จะขึ้นบทที่ ๖ ว่าด้วยโครงสร้างการปกครองของประเทศอังกฤษ สรุปได้ว่าประเทศอังกฤษมีเป้าหมายโดยตรงของการจัดโครงสร้างการปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจก็คือเสรีภาพทางการเมือง สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ประเทศอังกฤษเป็นอยู่ในขณะนั้น ข้อเขียนของมองเตสกีเออเป็นเพียงกระจกเงาที่สะท้อนหรืออธิบายให้ปรากฏเป็นรูปธรรมเท่านั้น และสิ่งที่ปรากฏในประเทศอังกฤษขณะนั้นเป็นผลจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งพัฒนาการแต่ละขั้นหรือการเรียกร้องแต่ละครั้งหรือความเปลี่ยนแปลงการปกครองของอังกฤษเกิดจากความต้องการหรือผลประโยชน์ของอังกฤษเองอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยไม่ใช่บอกว่าการเสรีภาพเท่านั้นแล้วก็จะได้มาแบบปฏิวัติฝรั่งเศส แต่สิ่งที่ปรากฏหรือเป้าหมายสูงสุดที่อาจจะไม่ปรากฏเป็นข้อเรียกร้องนั้นก็คือเสรีภาพทางการเมืองซึ่งมองเตสกีเออได้สรุปว่า

“ไม่ใช่เรื่องของข้าพเจ้าที่จะมาตรวจสอบว่าคนอังกฤษมีเสรีภาพดังกล่าวในขณะนี้หรือไม่ เพียงบอกแค่นี้ก็พอว่าเสรีภาพนี้กฎหมายของเขากำหนดเอาไว้ และข้าพเจ้าจะไม่ค้นหามากไปกว่านี้”

ดังนั้น ในการเขียนเกี่ยวกับโครงสร้างการปกครองของอังกฤษเกี่ยวกับมองเตสกีเออจึงจะเกี่ยวข้องกับเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยตลอด ซึ่งเป็นความต้องการของยุคสมัยนั้นและด้วยข้อเขียนของมองเตสกีเออจึงเท่ากับเป็นคำตอบแห่งยุคสมัยเกี่ยวกับการปกครองในระบบประชาธิปไตยว่า ประชาชนจะหาเสรีภาพทางการเมืองซึ่งเป็นรูปธรรมได้อย่างไร นั่นคือ พิจารณาจากโครงสร้างการปกครองของอังกฤษ อันหมายถึงเสรีภาพทางการเมืองจะเกิดขึ้นได้จากโครงสร้างการปกครองหรือเสรีภาพทางการเมืองมีส่วนที่สัมพันธ์กับโครงสร้างการปกครองอย่างใกล้ชิด โดยมองเตสกีเออกล่าวไว้ในตอนท้ายเล่ม ๑๑ ว่า

“อำนาจทั้งสามในรัฐเหล่านั้นมิได้ถูกแบ่งสรรและหลอหลอมเข้าด้วยกันตามแบบอย่างของการปกครองซึ่งเราได้พูดถึง อำนาจแต่ละฝ่ายต่างมีการแบ่งสรรเฉพาะตัว โดยการแบ่งสรรนี้อำนาจทั้งสามจะเขยิบเข้าไปใกล้เสรีภาพทางการเมืองพอสมควร และถ้าหากไม่เข้าไปใกล้ระบอบราชาธิปไตยก็จะเสื่อมทรามไปเป็นระบอบเผด็จการ”

และในเล่ม ๑๒ บทที่ ๑ ว่าด้วยความคิดในเล่มนี้ว่า

“ที่ได้กล่าวมาแล้วเรื่องเสรีภาพทางการเมืองในส่วนที่สัมพันธ์กับโครงสร้างของการปกครองนั้น ยังไม่เพียงพอต้องแสดงให้เห็นเสรีภาพนี้ในส่วนที่สัมพันธ์กับพลเมืองด้วย

ข้าพเจ้าได้กล่าวแล้วว่า ในกรณีแรก เสรีภาพเกิดจากการแบ่งสรรบางอย่างในเรื่องอำนาจทั้งสาม แต่ในกรณีที่สอง ควรจะต้องพิจารณาเสรีภาพนี้โดยใช้ความคิดอีกแบบหนึ่ง เสรีภาพนี้ประกอบด้วยความปลอดภัยหรือความคิดเห็นในเรื่องความปลอดภัยของตน”

ข้อความในเล่มที่ ๑๒ และต่อๆ ไปจะเป็นเรื่องเนื้อหาของกฎหมายหรือเสรีภาพในทางปฏิบัติที่จะได้จากการมีกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายที่ดีหรือหลักนิติธรรมหรือนิติรัฐ

เท่าที่กล่าวมาเพียงเท่านี้ ก็จะเห็นได้ว่าข้อเขียนของมองเตสกีเอออยู่ที่การทำให้เสรีภาพทางการเมืองเกิดขึ้นได้จริง ด้วยการจัดโครงสร้างการปกครองตามแนวทางที่ถูกต้องโดยมีโครงสร้างการปกครองของอังกฤษเป็นตัวอย่าง เสรีภาพมิใช่เกิดจากความเชื่อว่าจะเกิดเสรีภาพได้ก็ต้องทำอย่างนั้นอย่างนี้ ดังเช่นมีคนบางกลุ่มเชื่อว่าประเทศจะเจริญได้ด้วยการปฏิรูปการเมือง แต่คำว่า “ปฏิรูปการเมือง” หมายความว่าอย่างไร มีโครงสร้างอย่างไร วิธีการดำเนินการอย่างไร แนวทางเป็นอย่างไร กลับไม่มีความชัดเจน จึงเป็นการปฏิรูปการเมืองที่แล้วแต่คนจะคิดกันไป ซึ่งแตกต่างกับความเชื่อของชาวตะวันตกเป็นเวลานานหลายพันปีว่า ความเจริญรุ่งเรือง ความสงบสุข ความมั่นคงปลอดภัยของปัจเจกบุคคลจะเกิดขึ้นได้โดยการรวมกันเป็นสังคมหรือรัฐซึ่งเป็นสังคมหรือรัฐที่ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพและได้รับความยุติธรรม

หรือเสมอกันอย่างแท้จริง ซึ่งแต่เดิมประชาชนก็ต่อสู้เรียกร้องโดยไม่มีหลักการอะไรหรือมีความคิดเกี่ยวกับโครงสร้างการปกครองแบบใดที่จะบรรลุถึงเสรีภาพ และข้อเรียกร้องอื่นตามแต่ละเรียกร้องนั้น ก็คงไม่แตกต่างอะไรกับคนไทยบางกลุ่มที่เรียกร้องการปฏิรูปทางการเมือง เสรีภาพที่เรียกร้องจึงเป็นเสรีภาพที่คนสมัยก่อนไม่ทราบด้วยซ้ำว่าหมายความว่าอย่างไรและทำอะไรให้ได้เสรีภาพอย่างถาวรและแท้จริงเช่นนั้น แต่ในการปกครองของอังกฤษที่มีการพัฒนาอย่างยาวนานนั้นเองที่มองเดสกีเออกล่าวว่าเป็นรูปการปกครองหรือโครงสร้างการปกครองที่จะทำให้เกิดเสรีภาพทางการเมืองหรือเกิดเสรีภาพอย่างแท้จริงได้ในระดับหนึ่งอันเป็นเสรีภาพที่แท้จริง

คำว่าเสรีภาพของมองเดสกีเออจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเชื่อของบุคคลหรือกลุ่มคนหรือความเชื่อของคนกลุ่มหนึ่งที่น่าเสรีภาพไปผูกติดกับรูปการปกครองอย่างหนึ่ง และตัดรูปการปกครองอื่นออกไปหรือเสรีภาพหาได้ขึ้นอยู่กับการปกครองของประเทศนั้น มีรูปการปกครองเป็นแบบใดแต่ขึ้นอยู่กับโครงสร้างการปกครองว่าเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างถูกต้องหรือไม่

“เสรีภาพ” ของมองเดสกีเออเป็นความหมายที่ยังอยู่ในความรู้สึกนึกคิดของคนสมัยปัจจุบัน ดังปรากฏในเล่ม ๑๑ บทที่ ๓ ว่า

“จริงที่ว่ารัฐประชาธิปไตยประชาชนจะทำสิ่งที่ตนใคร่ทำ แต่เสรีภาพทางการเมืองมิได้ประกอบด้วย การที่จะทำสิ่งที่ตนใคร่ทำในรัฐ กล่าวคือในสังคมที่มีกฎหมายเสรีภาพจะประกอบด้วยการที่เราสามารถ ทำสิ่งที่เราควรจะทำแทนที่ และไม่ถูกขืนใจให้ทำสิ่งที่ตนไม่ควรจะทำ

ควรจะไปใส่ไว้ในสมองเลยว่าอะไรคืออิสรภาพและอะไรคือเสรีภาพ เสรีภาพคือสิ่งที่จะทำทุกสิ่ง ที่กฎหมายอนุญาต และหากพลเมืองสามารถทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามได้ ประชาชนก็ไม่มีเสรีภาพอีกแล้ว เพราะคนอื่นก็จะมีอำนาจที่จะทำอย่างเดียวกัน”

ในเล่ม ๑๑ บทที่ ๔ ว่า

“เพื่อที่จะไม่มีการใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงควรที่จะให้อำนาจยับยั้งอำนาจโดยการจัดวางสิ่งต่างๆ ไว้ โครงสร้างจะต้องเป็นไปในลักษณะการที่ว่า ใครจะถูกบังคับให้ทำในสิ่งที่กฎหมายมิได้บังคับมิได้และ ถูกบังคับในสิ่งที่กฎหมายอนุญาตไว้มิได้”

ในเล่มที่ ๑๑ บทที่ ๖ ว่า

“เสรีภาพทางการเมืองของราษฎร ก็คือความสงบสุขทางความนึกคิดซึ่งมาจากความเห็นแต่ละคน ในเรื่องความปลอดภัยของตนและเพื่อที่บุคคลจะมีความปลอดภัยนี้ได้รับการปกครองจะต้องเป็นไปใน ลักษณะที่ว่าราษฎรคนหนึ่งจะต้องไม่เกรงกลัวราษฎรอีกคนหนึ่ง”

และในเล่มที่ ๑๒ บทที่ ๖ ว่า

“เสรีภาพในเชิงปรัชญาประกอบด้วยการใช้เจตจำนงหรืออย่างน้อย (หากจะต้องกล่าวในทุกๆ ระบบ) ก็ประกอบด้วยความคิดเห็นที่คนมีอยู่ในเรื่องการใช้เจตจำนงของตน เสรีภาพทางการเมืองประกอบด้วย ความปลอดภัยหรืออย่างน้อยก็ด้วยความคิดเห็นในเรื่องความปลอดภัยของตน

ความปลอดภัยนี้ไม่เคยถูกโจมตีที่ไหนได้มากไปกว่า เมื่อมีการกล่าวหาในที่สาธารณะหรือในที่ รโหฐานดังนั้นเสรีภาพของการเมืองจึงขึ้นอยู่กับความดีงามของกฎหมายอาญาเป็นหลักสำคัญ”

การจัดโครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุล หรือคานอำนาจอย่างถูกต้องก็เพื่อให้เกิดเสรีภาพทางการเมืองของประชาชนที่เป็นจริงได้ โดยมีพื้นฐานที่ว่าจะตัดไม่ให้อำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแก่บุคคลหรือคณะบุคคลใด มิฉะนั้นจะนำไปสู่การปกครอง ในระบอบเผด็จการได้ ดังปรากฏคำกล่าวของมองเตสกีเออในเล่มที่ ๑๑ บทที่ ๔ ว่า

“รัฐประชาธิปไตยและรัฐอภิชนาธิปไตยมิใช่รัฐอิสระในลักษณะของรัฐเองเสรีภาพทางการเมือง จะมิอยู่แต่ในการปกครองแบบกลางๆ เท่านั้น และเสรีภาพจะไม่มีอยู่ในรัฐที่มีการปกครองแบบกลางๆ เสมอไป จะมิอยู่ก็ต่อเมื่อไม่มีการใช้อำนาจในทางมิชอบ ทว่าประสบการณ์ที่เป็นอยู่ชั่ววันรันดร์ก็คือใคร ก็ตามที่มีอำนาจย่อมจะนำไปสู่การใช้อำนาจในทางมิชอบ เขาจะไปจนกระทั่งถึงขีดสุด ใครจะบอกได้แม้ คุณธรรมเองก็จำเป็นต้องมีขอบเขต”

ประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงก่อนการร่างรัฐธรรมนูญคือในปลายฤดูใบไม้ผลิของปีพุทธศักราช ๒๓๓๐ กล่าวกันว่า เนื่องจากรัฐต่างๆ จำนวน ๑๓ รัฐเพิ่งเป็นอิสระใหม่ ๆ ซึ่งมีความหวาดระแวง ฝายบริหารอันมีมาแต่เดิมสมัยเป็นอาณานิคมจึงพยายามจำกัดอำนาจบริหารอย่างเต็มที่ในขณะเดียวกัน ก็เพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นผลให้สภานิติบัญญัติมีอำนาจมากมายจนแทบไม่มีข้อจำกัด ยกเว้นในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ไม่มีฝ่ายใดเลยที่จะพ้นจากการ ครอบงำของฝ่ายนิติบัญญัติ หลายรัฐที่สภานิติบัญญัติมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐได้ด้วย กระบวนการออกกฎหมายธรรมดา หลายรัฐที่สภานิติบัญญัติมีอำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เกือบทั้งหมด ไม่มีรัฐใดที่จะให้ผู้ว่าการรัฐมีอำนาจยับยั้งกฎหมายอย่างเด็ดขาด ฝ่ายตุลาการก็อยู่ใต้อิทธิพลของสภานิติบัญญัติ ดังเช่นบางรัฐสภานิติบัญญัติเป็นผู้คัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา หลายรัฐให้ สภานิติบัญญัติยกเลิกศาลที่มีอยู่เดิมหรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบและจำกัดอำนาจหน้าที่ของศาลลงได้ บางรัฐถึงกับเข้าไปแทรกแซงฝ่ายตุลาการอย่างเปิดเผยโดยการยกเลิกระเบียบหรือกฎหมายของศาล ยกเลิก คำพิพากษาลงโทษของศาลแล้วให้หรือฟื้นคดีใหม่ อนุญาตให้คดีบางคดีอุทธรณ์ได้ใหม่ หรือเข้าพิจารณา กรณีพิพาทเสียเอง ในบทนำของหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ เอกสารความคิดเห็นทางการเมือง

อเมริกัน สรุปว่า “แต่การให้อำนาจอย่างมากมายแก่สภานิติบัญญัติแห่งรัฐต่างๆ กลับนำไปสู่สถานะของระบบพระราชบัญญัติแบบใหม่ที่ชาวอเมริกันไม่เคยคิดฝันมาก่อน นั่นคือระบบพระราชบัญญัติที่มีใช้เกิดจากการตั้งผู้ปกครองแต่เป็นระบบพระราชบัญญัติของประชาชน”

ความจริงแล้วสถานะของประเทศสหรัฐอเมริกาสมัยนั้นก็คงไม่ต่างไปกับสถานะของประเทศไทยที่เกิดมีผู้คิดร่างรัฐธรรมนูญเพิ่มอำนาจแก่วุฒิสภาอย่างมากมาย วุฒิสภามีอำนาจเลือกกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ ประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมบางคน กรรมการตุลาการศาลปกครองบางคน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน รวมทั้งมีอำนาจถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการและผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงเป็นต้น และความพยายามให้อำนาจปกครองสูงสุดแก่ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ๆ อำนาจเหล่านี้ก็ถือเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่องค์กรใดองค์กรหนึ่งมากเกินไปจนถือว่าเป็นการครอบงำแทรกแซงองค์กรอื่น ก็คงเทียบเคียงได้กับข้อสรุปในวรรคก่อนก็คือ การสร้างพระราชบัญญัติแบบใหม่ที่ชาวไทยไม่เคยคิดฝันมาก่อนเช่นกัน

สภาพการณ์ของอเมริกาสมัยก่อนร่างรัฐธรรมนูญเป็นสถานะที่ไร้ระเบียบรัฐต่างๆ ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่มีต่อกัน ในปีพุทธศักราช ๒๓๒๕ รัฐเวจเจียจึงออกคำเชิญรัฐอื่นๆ เพื่อมาประชุมร่วมกันในเมืองแอนนาโพลิสเพื่อหาทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการค้าและการพาณิชย์อันเกิดจากความขัดกันของข้อบังคับของรัฐต่างๆ แต่มีผู้แทนเพียงห้ารัฐที่มาประชุม ไม่อาจพิจารณาแก้ไขปัญหาคำได้ แต่ก็สรุปได้ว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจะกระทำได้อีกก็โดยการแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมพันธรัฐเกี่ยวกับโครงสร้างการปกครองเสียใหม่ ซึ่งมีการประชุมกันในปลายฤดูใบไม้ผลิของปีพุทธศักราช ๒๓๓๐ แต่ที่ประชุมกับร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่แทนอันเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้มาจนถึงปัจจุบัน

ด้วยความเป็นมาหลักการและเจตนารมณ์ของการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าเกิดจากความยุ่งยากและปัญหาทางการปกครองและความสัมพันธ์กันระหว่างรัฐ แต่เมื่อจัดโครงสร้างการปกครองกลับมีเป้าหมายอยู่ที่เสรีภาพทางการเมือง หลักการแบ่งแยกอำนาจ และระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจและหลักการแห่งสหพันธ์ที่มีพื้นฐานจากการตีความแนวความคิดของมองเตสกีเออ ดังปรากฏในหนังสือเดอะเฟเดอร์ลิสต์เปเปอร์ บทความหมายเลข ๔๗ ของเจมส์ เมดิสันว่า

“ข้อคัดค้านหลักประการหนึ่งซึ่งบรรดาปฏิปักษ์ของรัฐธรรมนูญที่นำเคาเรนับถือยิ่งกว่ากล่าวย้า อยู่เสมอ ได้แก่ข้อที่ว่าได้มีการละเมิดหลักการทางการเมืองที่กำหนดว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และตุลาการสมควรแยกออกจากกันเป็นเอกเทศ กล่าวกันว่าในโครงสร้างรัฐบาลสหพันธนั้น ดูเหมือนว่า มาตรการป้องกันไว้ล่วงหน้าอันสำคัญยิ่งเพื่อเสรีภาพนี้จะไม่ได้รับความสนใจเลย อำนาจฝ่ายต่าง ๆ ถูกแจกแจง และผสมผสานในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณภาพและความงดงามของรูปแบบโดยสิ้นเชิง และยังปล่อยให้ส่วนที่สำคัญยิ่งบางส่วนในโครงสร้างนี้ตกอยู่ในอันตรายที่จะถูกส่วนอื่น ๆ ซึ่งมีความสำคัญเกินขนาด บดขยี้เอาได้

แน่นอนว่าไม่มีสังขรณ์ทางการเมืองใดจะทรงคุณค่าในตัวเองหรือได้รับการเชื่อถือว่าคุณต้องจาก ผู้สนับสนุนเสรีภาพที่รู้แจ้งทั้งหลายมากยิ่งขึ้นไปกว่าที่ถูกใช้เป็นพื้นฐานของการคัดค้านดังกล่าว การรวบเอา อำนาจทั้งหมดให้แก่อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการไว้ในมือเดียวกันไม่ว่าจะเป็นของบุคคลคนเดียว กลุ่มคนไม่กี่คนหรือหลายคนและไม่ว่าจะเป็นการสืบทอดอำนาจกันมา โดยการแต่งตั้งตัวเองหรือมาจากการเลือกตั้ง ก็อาจจะเรียกได้อย่างชอบธรรมว่าเป็นคำนิยามของระบอบทรราชย์นั่นเอง ฉะนั้น หากรัฐธรรมนูญ สหพันธ์สามารถจะถูกล่ามำว่าได้รวบอำนาจหรือผสมผสานอำนาจฝ่ายต่าง ๆ ในลักษณะที่มีแนวโน้ม อันตรายว่าจะนำไปสู่การรวบอำนาจนั้น จริง ๆ แล้วก็ไม่ต้องอาศัยข้อถกเถียงอื่นใดมากระตุ้นให้คัดค้าน ระบบนี้อย่างทั่วถึงอีก อย่างไรก็ดีตามข้าพเจ้าเองเชื่อว่าจะสามารถทำให้ประจักษ์แก่ทุกท่านได้ว่า ข้อกล่าวหานี้ ไม่มีมูล และหลักการที่ข้อกล่าวหานี้อาศัยเป็นพื้นฐานนั้น ถูกเข้าใจและประยุกต์ใช้อย่างผิดพลาดโดยสิ้นเชิง เพื่อจะได้มีความคิดที่ถูกต้องเกี่ยวกับเรื่องที่สำคัญนี้ สมควรที่จะไต่สวนหาเหตุผลในเรื่องที่ทำการดำรง รักษาไว้ซึ่งเสรีภาพกำหนดว่าควรจะต้องแบ่งแยกอำนาจอันยิ่งใหญ่สามฝ่ายออกจากกันเป็นเอกเทศเสียก่อน

ผู้ที่มีการปรึกษาและอ้างอิงถึงเสมอในเรื่องนี้ได้แก่มองเตสกีเอผู้ลือชื่อ ถ้าหากท่านมิใช่เจ้าของ หลักการอันล้ำค่าในศาสตร์แห่งการเมืองข้อนี้ อย่างน้อยที่สุดท่านก็มีคุณงามความดีที่ได้แสดงและเสนอแนะ หลักการข้อนี้ให้เป็นที่ใส่ใจของมวลมนุษยชาติอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ในอันดับแรกขอให้เราพยายาม ค้นคว้าหาความหมายของท่านในประเด็นนี้ให้ได้แน่ชัดเสียก่อน

โฮเมอร์เป็นฉันใดสำหรับครูผู้เขียนเกี่ยวกับเรื่องมหากาพย์รัฐธรรมนูญของอังกฤษก็เป็นฉันนั้น สำหรับมองเตสกีเอ ในขณะที่พวกเขาแรกถือเอางานของกวีอมตะท่านนี้เป็นแม่แบบสมบูรณ์สำหรับสกัดเอา หลักการและกฎเกณฑ์ของศิลปะแห่งมหากาพย์ออกมา รวมทั้งเป็นเกณฑ์วินิจฉัยงานเขียนที่คล้ายคลึงกัน ทั้งปวงนั้น ในทำนองเดียวกันนักวิจารณ์การเมืองผู้ยิ่งใหญ่ท่านนี้ก็ดูเหมือนจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญของ อังกฤษเป็นมาตรฐาน หรือถ้าใช้ถ้อยคำของท่านเองก็คือ เป็นกระจกสะท้อนเสรีภาพทางการเมือง และ

ได้นำเสนอหลักการอันเป็นลักษณะของระบบเฉพาะนั้นออกมาหลายประการในรูปแบบของรัฐธรรมนูญขั้นมูลฐาน เพื่อจะได้แน่ใจว่าเราจะไม่เข้าใจความหมายของท่านในกรณีนี้ผิดๆ ขอให้เราหวนกลับไปดูต้นตอของหลักการนั้น”

การจัดโครงสร้างการปกครองในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ถือได้ว่าไม่ว่าจะมีเจตนารมณ์อย่างไรก็ตาม เพื่อจะแก้ไขปัญหาอะไรก็ได้ แต่เมื่อจัดโครงสร้างการปกครองโดยอาศัยแนวความคิดของมองเตสกีเออให้มีเป้าหมายอยู่ที่เสรีภาพทางการเมืองของปัจเจกบุคคลและปรับแก้โครงสร้างบางประการเพื่อให้เข้าได้กับสภาพสังคมวัฒนธรรมของตน เพียงเท่านี้ก็จะได้บทสรุปของการแก้ไขปัญหาทั้งหมดที่เกิดขึ้นซึ่งเมื่อรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้บังคับแล้วก็จะเป็นคำตอบของบทสรุปเหล่านี้ได้ว่า ถูกทางหรือไม่

ดังนั้น หากจะกล่าวว่าประเทศไทยก่อนการร่างรัฐธรรมนูญปัจจุบันก็ประสบปัญหาต่างๆ ไม่ต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกาในสมัยสองร้อยปีก่อน เพียงแต่แตกต่างกันด้วยวิธีการแก้ไขปัญหา การแก้ไขปัญหาของชาวอเมริกันอยู่ที่การย้อนกลับไปพิจารณาตีความแนวความคิดของมองเตสกีเออว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจและระบบสหพันธรัฐ แต่ประเทศไทยแก้ไขด้วยแนวความคิดปฏิรูปการเมืองและหลักการแบ่งแยกหน้าที่ (SEPARATION OF FUNCTIONS)

ด้วยเหตุนี้ผู้ทำคำวินิจฉัยจึงกล่าวมาโดยตลอดว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นของประเทศไทยในขณะนี้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมก่อนมีการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเพราะการเปลี่ยนแปลงระดับโครงสร้างหรือระบบที่ผิดแผกแตกต่างไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจสากลตามที่ประเทศประชาธิปไตยทั่วโลกยึดถือความเสื่อมถอยของประเทศที่เกิดขึ้นจึงเป็นเรื่องรุนแรงและยากแก่การแก้ไข พัฒนาการการเมืองการปกครองที่เกิดขึ้นขณะนี้ จึงเป็นเรื่องนอกกลุ่มนอกทางจนอาศัยหลักรัฐศาสตร์และหลักนิติศาสตร์ตามหลักสากลมาใช้พยากรณ์หรือแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ได้เลย อันถือได้ว่าเป็นภาวะล่มสลายของวิชาการรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ของไทยก็ได้ สภาวะเช่นนี้ก่อให้เกิดผลกระทบไปถึงเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ด้วย ปัญหาเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในปีพุทธศักราช ๒๕๕๐ อันเป็นช่วงระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญปัจจุบันเกิดขึ้นได้อย่างไร แล้วทำไมไม่อาจแก้ไขปัญหาให้ลุล่วงไปได้ทั้งที่ได้ใช้รัฐธรรมนูญใหม่แล้ว คำตอบก็คงไม่แตกต่างไปจากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประสบภาวะเศรษฐกิจตกต่ำในปีพุทธศักราช ๒๓๒๗ ก่อนร่างรัฐธรรมนูญอันเป็นปัญหาที่โครงสร้างการปกครองเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิด เพราะปัญหาเหล่านี้เกิดจากการสะสมของปัญหาที่โครงสร้างการปกครองเช่นนั้นไม่อาจแก้ไขปัญหาให้ลุล่วงไปได้ ทำให้เกิดแนวความคิดแบบอำนาจนิยมที่ทำลายแนวทางประชาธิปไตยและหลักการปกครองที่ถูกต้องลงไป เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมจึงต้องล่มสลายไม่อาจอยู่ได้เช่นกัน

แนวทางตามรัฐธรรมนูญปัจจุบันที่อาจถือว่าเป็นการปฏิรูปทางการเมืองที่แท้จริงก็มีเช่นกัน ก็คือการปรับโครงสร้างการปกครองให้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญอย่างเด่นชัดก็คือการให้ศาลยุติธรรมเป็นอิสระนั่นเอง อันเป็นหัวข้อโดยตรงของคำวินิจฉัยนี้ จึงเป็นที่มาของการย้อนอดีตไปพิจารณาถึงหลักการสำคัญที่สุดในการจัดโครงสร้างการปกครองของรัฐหรือประเทศก็คือหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบความล้มเหลวของการเมืองการปกครองในอดีตของไทยว่าเกี่ยวข้องกับโครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างไร

ประการที่ ๔ มองเตสกีเออเป็นชาวฝรั่งเศสอยู่ในยุคพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ ต่อกับพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๕ เรียนจบกฎหมายจากวิทยาลัย บอร์โดซ์ เข้าฝึกอาชีพทางกฎหมายแล้วได้รับแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษาขององคมนตรีปาร์เลอ망ต์ (PARLEMENT) แห่งบอร์โดซ์ซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองและตุลาการท้องถิ่นและถือว่าเป็นศาลยุติธรรมของท้องถิ่น แต่ในสมัยนั้นพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๔ ทรงรวบรวมอำนาจอยู่ที่พระมหากษัตริย์ไว้อย่างที่ไม่เคยเป็นมาก่อน ทำให้อำนาจของผู้ตรวจราชการของพระมหากษัตริย์ทวีขึ้นขณะที่อำนาจขององคมนตรีปาร์เลอ망ต์ลดลง ต่อมาในปีพุทธศักราช ๒๒๕๕ มองเตสกีเออได้รับตำแหน่งประธานปาร์เลอ망ต์แห่งบอร์โดซ์อันถือว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งตกทอดมรดกสืบต่อจากลุงของตน ในภายหลังมองเตสกีเออยังสนใจทางด้านวิทยาศาสตร์อย่างแรงกล้าจนเข้าร่วมเป็นสมาชิกของบัณฑิตสถานทางวิทยาศาสตร์แห่งบอร์โดซ์ ดังนั้น แนวความคิดของมองเตสกีเออจึงเป็น การมองการเมืองการปกครองที่มีพื้นฐานทางกฎหมายและวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ ที่ต้องสามารถพิสูจน์ได้หรือเห็นได้เป็นรูปธรรมซึ่งกำลังเป็นที่สนใจกันมากในสมัยนั้น มิใช่เป็นไปในแนวทางปรัชญาบริสุทธิ์หรือรัฐศาสตร์ แม้จะถือว่าเป็นแนวความคิดทางรัฐศาสตร์ด้วยก็ตาม หลักการของมองเตสกีเออจึงสามารถจับต้องสัมผัสและนำมาใช้ปฏิบัติจริงได้ (PRAGMATISM) มิใช่เป็นความจริงเหนือโลกเหนือความรู้หรือความเข้าใจของประชาชนสามัญ ชื่อหนังสือ เจตนารมณ์แห่งกฎหมายของมองเตสกีเออก็บ่งบอกได้ดีว่าสิ่งที่มองเตสกีเออเขียนมีเจตนาให้เป็นคำรากกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั่วไปเล่มหนึ่ง

หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออจึงจะมีพื้นฐานของการยอมรับกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายปฏิฐาน (POSITIVE LAW) หลักกฎหมายไม่ว่าความเป็นมาของกฎหมาย การร่าง และการใช้กฎหมาย บทหลักหรือบททั่วไป และบทยกเว้น ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่าเมื่อมีบททั่วไปก็ย่อมมีบทยกเว้นได้ ดังเช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจถือว่าการแบ่งแยกอำนาจสามฝ่ายเป็นเอกเทศจากกันเป็นหลัก แต่การแบ่งแยกดังกล่าวมิใช่เป็นการแยกอำนาจกันเด็ดขาด หรือการใช้อำนาจแต่ละประเภทอาจประกอบด้วยองค์ประกอบผู้ใช้อำนาจแยกจากกัน ผสมผสานกันในลักษณะตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันได้ สิ่งเหล่านี้เป็นความสามารถแบบนักกฎหมายที่ต้องสามารถแยกแยะและจับประเด็น

ความแตกต่างระหว่างอะไรเป็นบททั่วไปหรือบทยกเว้นหรือหลักความจำเป็น เป็นที่มาของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ (necessitas est lex temporis et loci) ซึ่งเป็นสิ่งที่มองเตสกีเออนำมาใช้ในการพิจารณาที่มาของกฎหมายปฏิฐานและความแตกต่างของกฎหมายแต่ละถิ่น หรือจิตสำนึกแบบนักกฎหมายที่จะไม่ศึกษาหรือไม่ทำในสิ่งที่ไม่ก่อเกิดประโยชน์อันใด เทียบได้กับกฎหมายไม่ทำสิ่งใดในสิ่งที่ไร้ผล (lex nil frustra facit) สิ่งที่เกิดที่ทำด้วยหวังผลให้นำมาใช้จริงเพื่อจะเป็นประโยชน์แก่สังคม มิใช่เป็นเพียงถกเถียงเพื่อเอาชนะคะคานกันหรือแสดงภูมิเพื่อให้เป็นที่ยอมรับหรือหวังผลประโยชน์เป็นการตอบแทนมองเตสกีเออเป็นคนค่อนข้างเก็บตัวอันเป็นบุคลิกแบบผู้พิพากษา จิตสำนึกของนักกฎหมายแบบนี้เองที่มีการกล่าวกันว่าเป็นแนวความคิดตามแนวทางของลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (UTILITARIANISM) ผู้ก่อตั้งลัทธินี้คือชาวอังกฤษชื่อ เจเรมี เบนแธม (JEREMY BENTHAM) ซึ่งเป็นนักกฎหมายเช่นกัน และเกิดร่วมยุคกับมองเตสกีเออ

การศึกษาและวิเคราะห์หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออจึงต้องพิจารณาถึงจิตสำนึกของนักกฎหมายก็คือสิ่งที่มองเตสกีเออกล่าวแตกต่างกันก็ด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน หาใช่ขัดแย้งหักล้างกันหรือมองเตสกีเออมีแนวความคิดไม่อยู่กับร่องกับรอย ดังเช่นมองเตสกีเออกล่าวในตอนหนึ่งว่า “ในบรรดาอำนาจทั้งสามที่ได้กล่าวมาแล้ว อำนาจในการตัดสินคดีในบางแง่แล้วไม่มีเลย เหลืออยู่เพียงอำนาจสองฝ่ายเท่านั้น” ความหมายของมองเตสกีเออมีใช่ปฏิเสธว่าไม่มีอำนาจตุลาการของศาล สิ่งที่มองเตสกีเออกล่าวก็เพียงในแง่การตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจแล้ว ศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้เลย ดังข้อความต่อมาว่า “และเนื่องจากอำนาจเหล่านี้จำเป็นต้องมีฝ่ายหนึ่งไว้จัดการเพื่อจะทอนอำนาจทั้งสองลงบ้าง ฝ่ายซึ่งประกอบด้วยขุนนางในคณะนิติบัญญัติจึงเหมาะสมยิ่งที่จะยังให้เกิดผลเช่นนั้น” ความหมายของมองเตสกีเออก็คือมองเตสกีเออมองไม่เห็นเลยว่าจะให้ศาลเข้าไปตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติได้อย่างไร จึงเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้สภาขุนนางตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจการออกกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาสามัญ

แต่เมื่อชาวอเมริกันนำหลักการแบ่งแยกไปใช้ได้เพิ่มอำนาจตุลาการของศาลเข้าไปใช้ตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารด้วย ดังเช่นคดีเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างรัฐสนธิสัญญา หรืออำนาจศาลยุติธรรม ที่จะชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยมีการให้เหตุผลปรากฏตามหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ บทความหมายเลข ๑๘ ของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน หน้า ๕๕๘ ถึง ๕๖๐ ว่า

“ความลับสนบางประการอันเกี่ยวกับสิทธิของศาลที่จะประกาศให้กฎหมายฉบับใดของฝ่ายนิติบัญญัติตกเป็นโมฆะเพราะไปขัดกับรัฐธรรมนูญนั้น เกิดขึ้นจากความคิดที่ว่าหลักการนี้จะแสดงถึงความเหนือกว่าของอำนาจตุลาการที่มีต่ออำนาจนิติบัญญัติ มีการอธิบายว่าสิทธิอำนาจที่จะสามารถประกาศให้กฎหมายของอีกฝ่ายหนึ่งตกเป็นโมฆะไปได้นั้น จำเป็นจะต้องเหนือกว่าฝ่ายที่ออกกฎหมายมาแล้ว ถูกประกาศให้ตกเป็นโมฆะ และโดยที่หลักการนี้มีความสำคัญมากทีเดียวในบรรดารัฐธรรมนูญทั้งหมดของอเมริกัน ดังนั้น การอภิปรายอย่างย่อถึงเหตุผลพื้นฐานที่หลักการนี้ตั้งอยู่จึงน่าจะยอมรับได้

ไม่มีแนวความคิดใดซึ่งขึ้นอยู่กับหลักการที่แจ่มชัดกว่าหลักการที่ว่ากฎหมายทุกฉบับที่ตราออกมาโดยสิทธิอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาและไปขัดกับเนื้อหาของอาณัติซึ่งอยู่เหนือการใช้สิทธิอำนาจนั้น ต้องตกเป็นโมฆะ ด้วยเหตุนี้เองจึงไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติฉบับใดที่ตรงกันข้ามกับรัฐธรรมนูญแล้วจะสามารถเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ไปได้ การปฏิเสธข้อนี้ก็มิผลเท่ากับยอมรับว่าผู้เป็นรองยิ่งใหญ่กว่าหัวหน้า คนใช้ยิ่งใหญ่กว่านาย ผู้แทนของประชาชนยิ่งใหญ่กว่าประชาชนเสียเอง คนที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมา ไม่เพียงแต่จะสามารถทำอะไรก็ได้ที่อำนาจนั้นมอบหมายให้กระทำได้นั้น หากแต่ยังสามารถกระทำในสิ่งที่อำนาจนั้นห้ามกระทำได้ด้วย

และถ้าหากมีการกล่าวว่าสถานะนิติบัญญัตินั้นแหละเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับอำนาจของพวกเขาเสียเอง และว่าการตีความที่พวกเขากระทำต่ออำนาจของพวกเขาเป็นการตีความที่เด็ดขาดเหนือฝ่ายอื่นๆ นั้น ก็อาจตอบโต้ได้ว่าข้อนี้ไม่อาจเป็นข้อสันนิษฐานตามธรรมชาติโดยที่ไม่จำเป็นต้องรวบรวมมาจากข้อกำหนดเฉพาะอื่นใดในรัฐธรรมนูญได้ เราต้องไม่คิดว่ารัฐธรรมนูญจะมุ่งหมายให้ผู้แทนของประชาชนมีอำนาจที่จะทดแทนเจตนารมณ์ของผู้มีสิทธิเลือกตั้งพวกตนด้วยเจตนารมณ์ของพวกเขาเองเป็นการชอบด้วยเหตุผลยิ่งกว่ากันมากที่จะถือว่าศาลถูกกำหนดมาให้เป็นตัวกลางระหว่างประชาชนและฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อที่ว่าอย่างน้อยที่สุดก็ทำให้ฝ่ายหลังอยู่ภายในกรอบข้อจำกัดต่างๆ ที่ได้มีการกำหนดไว้สำหรับสิทธิอำนาจของพวกเขา การตีความกฎหมายเป็นขอบเขตอำนาจที่เหมาะสมและการเฉพาะของศาลสถิตยุติธรรม ผู้พิพากษาจะต้องถือตามความเป็นจริงว่ารัฐธรรมนูญนั้นคือกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้นจึงเป็นอำนาจของผู้พิพากษาที่จะศึกษาให้ทราบความหมายของรัฐธรรมนูญและความหมายของกฎหมายฉบับใดๆ ก็ตามที่มีกำเนิดมาจากสถานะนิติบัญญัติ หากจะเกิดมีความไม่ลงรอยกันที่ไม่อาจประนีประนอมไต่ระหว่างสองฝ่ายนั้นแล้ว แน่นอนฝ่ายที่มีข้อผูกพันและความสมบูรณ์เหนือกว่าควรที่จะได้รับการเลือกหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือรัฐธรรมนูญควรที่จะได้รับการยอมรับยิ่งกว่ากฎหมายนั้นๆ ความตั้งใจของประชาชนควรได้รับการยอมรับเหนือกว่าความตั้งใจของตัวแทนประชาชน

ข้อสรุปนี้ไม่ได้หมายความว่าอำนาจตุลาการเหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติ ข้อสรุปนี้เพียงแต่แสดงว่าอำนาจของประชาชนนั้นเหนือกว่าทั้งสองฝ่าย และเมื่อใดก็ตามที่เจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอันแสดงอยู่ในกฎหมายของตนนั้น เกิดขัดกับเจตนารมณ์ของประชาชนที่แสดงอยู่ในรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้พิพากษาควรที่จะถือตามเจตจำนงของฝ่ายหลังยิ่งกว่าฝ่ายแรก พวกเขาควรที่จะควบคุมการตัดสินใจของตนให้เป็นไปตามกฎหมายพื้นฐานยิ่งกว่ากฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายพื้นฐาน

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายตุลาการในการตัดสินชี้ขาดระหว่างกฎหมายที่ขัดกันสองฉบับนี้มีตัวอย่างให้เห็นได้ในกรณีที่คุณกันอยู่ การมีกฎหมายสองฉบับอยู่ในเวลาเดียวกัน และทั้งคู่ขัดแย้งซึ่งกันและกันเพียงบางส่วนหรือทั้งฉบับ และไม่มีฉบับใดมีข้อความหรือถ้อยคำในเชิงยกเลิกกฎหมายอื่นอยู่ด้วยนั้น เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นประจำ ในกรณีอย่างนี้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องสอบชำระและกำหนดความหมายและการดำเนินการของกฎหมายเหล่านั้นให้แน่นอน และถ้าพอจะมีทางทำให้กฎหมายทั้งสองลงรอยกันได้โดยอาศัยการตีความที่ชัดเจนอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ทั้งเหตุผลและกฎหมายก็ร่วมกันชี้ว่าควรจะต้องกระทำการปรองดอง แต่ถ้าเมื่อใดไม่อาจทำอย่างนี้ได้ก็เป็นเรื่องของความจำเป็นที่จะต้องทำให้กฎหมายฉบับหนึ่งมีผลบังคับใช้ พร้อมกับกับขจัดอีกฉบับหนึ่งทิ้งไป กฎที่ใช้กันอยู่ในศาลสำหรับตัดสินชี้ขาดความสมบูรณ์ของกฎหมายที่มีอยู่อย่างใกล้เคียงกันเช่นนี้มีว่า กฎหมายที่ออกมาทีหลังกว่า ควรได้รับการยอมรับกว่ากฎหมายที่มีมาก่อน แต่นี่ก็เป็นเพียงกฎการตีความที่ได้สืบเนื่องมาจากกฎหมายที่ยืนยันได้ฉบับใดเลย หากแต่ได้มาจากธรรมชาติและเหตุผลของกรณีนั้นๆ มันมิใช่กฎที่จะใช้บังคับกับศาลโดย ข้อกำหนดทางกฎหมาย หากแต่เป็นที่ยอมรับโดยศาลเองในฐานะที่มันสอดคล้องกับความจริงและความเหมาะสม สำหรับเป็นแนวทางการปฏิบัติของศาลในฐานะที่ศาลเป็นผู้ตีความกฎหมาย ศาลคิดว่าเป็นสิ่งชอบด้วยเหตุผลที่ในระหว่างคู่กฎหมายที่มาจากสิทธิอำนาจที่เท่าเทียมกันและขัดแย้งกันอยู่นั้น กฎหมายที่เป็นข้อบ่งชี้สุดท้ายถึงเจตนารมณ์ของสิทธิอำนาจนั้นน่าจะได้รับการยอมรับ

แต่ในเรื่องเกี่ยวกับการขัดแย้งกันของกฎหมายที่มาจากสิทธิอำนาจที่สูงต่ำไม่เท่ากันระหว่างกฎหมายที่มาจากอำนาจแรกเริ่มเดิมทีและกฎหมายที่มาจากอำนาจที่ได้รับทอดมา ธรรมชาติและเหตุผลของกรณีนั้นๆ กลับบ่งชี้ไปในทิศทางที่ตรงกันข้ามกับกฎดังกล่าวว่าเป็นสิ่งสมควรที่จะเดินตาม โดยสอนเราว่า กฎหมายที่มีมาก่อนจากสิทธิอำนาจที่สูงกว่า น่าจะได้รับการยอมรับยิ่งกว่ากฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังจากสิทธิอำนาจที่ต่ำต่อยกว่า และด้วยเหตุนี้เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายเฉพาะฉบับใดเกิดไปขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญเข้า ก็เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องถือตามรัฐธรรมนูญและไม่นำพาต่อกฎหมายเฉพาะฉบับนั้นๆ

ไม่มีน้ำหนักอะไรที่จะกล่าวว่าศาลอาจนำเอาเจตจำนงของตนเข้าไปทดแทนเจตนาดามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติได้ โดยอาศัยข้ออ้างว่ามีความขัดแย้งกันเกิดขึ้น กรณีอย่างนี้อาจเกิดขึ้นในกรณีการขัดกัน

ของกฎหมายสองฉบับได้ด้วย หรืออาจจะเกิดขึ้นในคำวินิจฉัยทั้งหลายเกี่ยวกับกฎหมายฉบับหนึ่งฉบับใดก็ได้ ศาลจะต้องแถลงความหมายของกฎหมายและถ้าหากศาลนั้นถูกโน้มน้าวให้ใช้เจตจำนงแทนคำวินิจฉัย ผลลัพธ์สืบเนื่องก็จะเท่ากับการทดแทนความพอใจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยความพอใจของศาลเอง หากจะเป็นข้อพิพาทอะไรบางอย่างแล้ว ข้อสังเกตนี้ก็มักจะพิสูจน์ว่าไม่ควรมีผู้พิพากษาคนใดที่เป็นเอกเทศจากองค์กรนั้น

ถ้าเช่นนั้นหากจะต้องถือว่าศาลสถิตยุติธรรมเป็นปราการปกป้องรัฐธรรมนูญแบบจำกัดจากการรุกรานของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ข้อพิจารณานี้คงจะให้ข้อสนับสนุนที่แข็งขันพอสำหรับการที่ผู้พิพากษาจะดำรงตำแหน่งอย่างถาวร เนื่องจากว่าไม่มีอะไรที่จะสนับสนุนเจตนารมณ์อิสระนั้นในตัวผู้พิพากษาซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ที่ยากลำบากเช่นนั้นอย่างซื่อสัตย์ได้มากเท่ากับประเด็นนี้”

มองเตสกีเออแยกแยะอำนาจของรัฐและผู้ใช้อำนาจหลักแห่งรัฐออกเป็นสามฝ่ายก็ตามมิใช่แบ่งแยกเด็ดขาดต่างคนต่างทำ แต่ยังใช้อำนาจร่วมกันบางส่วนเช่นการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันและสุดท้ายเกิดลักษณะการใช้อำนาจทั้งสามก็คือ การปกครองแบบผสมนั่นเอง ที่ยอมรับความแตกต่างแล้วนำมาใช้ผสมผสาน เพื่อประโยชน์สูงสุดของสังคม รัฐ และประชาชนทุกคน อำนาจทั้งสามจะต้องจัดให้สมดุลและดำเนินไปด้วยกันมิใช่ขัดแย้งและทำลายกันเอง ดังปรากฏในเล่ม ๑๑ บทที่ ๖ ว่า “อำนาจทั้งสามนี้ควรจะต้องเป็นส่วนที่อยู่หนึ่ง หรือไม่มีกิจกรรม แต่ตามความเคลื่อนไหวของมวลสรรพสิ่งอำนาจเหล่านี้ถูกบังคับให้ดำเนินไปและจะถูกบังคับให้ดำเนินไปพร้อมกัน”

ลักษณะการจัดอำนาจทั้งสามให้สมดุลหรือมีดุลยภาพ จึงต้องให้องค์กรแห่งอำนาจทั้งสามมีอิสระต่อกัน ไม่ว่าจะองค์กรใดก็ตามไม่สามารถก้าวก่ายแทรกแซงการใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่ง การตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจเป็นการใช้อำนาจผสมผสานกันโดยไม่เป็นการก้าวก่ายแทรกแซงองค์กรอีกองค์กรหนึ่งจนสูญเสียความเป็นอิสระหรือทำให้้องค์กรหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกองค์กรหนึ่ง ขณะเดียวกันด้วยการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจนี้เองจะทำให้การปกครองประเทศสามารถเดินไปข้างหน้าได้ด้วยการผสมผสานด้วยการใช้อำนาจขององค์กรหลักแห่งรัฐที่เรียกว่าองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยที่นำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดของประชาชนและของรัฐนั้น

การให้องค์กรแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยขององค์กรหนึ่งไม่มีอำนาจโดยอิสระหรือถูกก้าวก่ายแทรกแซงหรือมีองค์กรหลักแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยหนึ่งอยู่เหนือกว่าองค์กรหลักแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอธิปไตยอื่น สามารถเข้าไปหยุดยั้งหรือควบคุมองค์กรหนึ่งได้ ก็จะเป็นการหักทำลายความร่วมมือหรือห่วงโซ่ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่จะทำให้องค์กรทุกองค์กรร่วมกันเดินไปข้างหน้าลงเสีย ความเสื่อมถอยหรือความล่มสลายของประเทศหรือรัฐนั้นย่อมเข้ามาแทนที่ ดังปรากฏในการปกครองของประเทศไทยนับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันที่มีการร่างรัฐธรรมนูญ

โดยไม่คำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ถูกต้อง ทำให้อำนาจแห่งรัฐแยกกระจายไปเป็นชิ้นเล็กชิ้นน้อยแล้ว มีการรวบอำนาจ มีการใช้อำนาจก้าวท้าวแทรกแซง และหักล้างทำลายกันก่อให้เกิดความขัดแย้งสับสนทำลายขึ้นอย่างรุนแรง ทำลายความน่าเชื่อถือของประเทศในสายตาประชาชนและต่างประเทศ ความเสื่อมถอยหรือล่มสลายของประเทศไม่เกิดขึ้นก็น่าจะเป็นของแปลก

ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการปกครองหรือระบบการปกครองของประเทศครั้งนี้จึงเป็นบทเรียนครั้งสำคัญที่สุดและจะเป็นกรณีศึกษาของประเทศไทยและต่างประเทศต่อไปว่า การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการปกครองโดยไม่เข้าใจในหลักการแบ่งแยกอำนาจและปราศจากพื้นฐานจากวิวัฒนาการทางการเมืองการปกครองของไทยที่ถูกต้อง รวมทั้งนับตั้งแต่ยุคสมัยของมองเตสกีเออเป็นต้นมาไม่มีใครคิดค้นโครงสร้างการปกครองแบบใหม่ขึ้นมาได้เลย หรือกล่าวได้ว่าประเทศประชาธิปไตยเกือบทั่วโลกต่างจัดโครงสร้างการปกครองหรือการจัดองค์การแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอำนาจธิปไตยภายใต้อิทธิพลของหลักการแบ่งแยกอำนาจทั้งสิ้น หรือแม้แต่ประเทศที่ปกครองด้วยระบบเผด็จการจะสามารถวิเคราะห์ได้ก็แต่โดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นกัน หลักการแบ่งแยกอำนาจก็ยังมีผู้ศึกษาอยู่จนถึงปัจจุบันดังเช่น อัลมอนและเพาเวลล์ ในหนังสือการเมืองเปรียบเทียบวันนี้: ในทัศนะโลก (Almond, G. A & Powell G. B, Jr [eds.], Comparative Politics Today : A world View, Boston : Little, Brown and Company, 1980) หรือในหนังสือระบบการเมือง : ความรู้เบื้องต้น โดย ม.ร.ว. พุทธิสถาน ชุมพล เป็นต้น

แนวความคิดของมองเตสกีเออเช่นเดียวกับนักกฎหมายทั่วไปที่มีชื่อเป็นเพียงการวิพากษ์วิจารณ์สังคมสมัยตน แต่เป็นการมุ่งศึกษาวิเคราะห์อดีตและปัจจุบันเพื่อหาหนทางที่ดีที่สุดเพื่อเดินทางไปสู่ออนาคต และผลงานของมองเตสกีเออเป็นผลิตผลแห่งประวัติศาสตร์ของยุคนั้นอย่างหนึ่ง การศึกษาวิเคราะห์แนวความคิดของมองเตสกีเออในแง่ข้อเท็จจริงจึงต้องศึกษาเทียบเคียงกับประวัติศาสตร์ในยุคสมัยนั้นด้วย ดังเช่นมีการกล่าวกันว่ามองเตสกีเออบกพร่องไม่เข้าใจการปกครองของอังกฤษในสมัยนั้นที่มีระบบคณะรัฐมนตรี (CABINET SYSTEM) เป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างการปกครองและเป็นจุดเด่นอย่างหนึ่งของการปกครองอังกฤษ จึงไม่ได้เอาระบบคณะรัฐมนตรีมาใช้ด้วย ทำให้เมื่อสหรัฐอเมริกานำความคิดของมองเตสกีเออไปใช้ก็รับระบบโครงสร้างการปกครองของมองเตสกีเออไปทั้งดุ้น โดยการนำระบบประธานาธิบดีไปใช้แทนพระมหากษัตริย์ อำนาจของประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาเหมือนกับอำนาจของพระมหากษัตริย์ ดังมองเตสกีเออกล่าวไว้คือมีอำนาจบริหารเด็ดขาดเพียงผู้เดียว คณะรัฐมนตรีเป็นเพียงส่วนประกอบเท่านั้น

ความจริงแล้วระบบคณะรัฐมนตรีของประเทศไทยแม้จะมีวิวัฒนาการมาก่อนหน้าเริ่มจากมีคณะองคมนตรีเป็นคณะกรรมการของรัฐสภา เป็นพรรคที่ควบคุมเสียงข้างมากในสภาสามัญหรือสภาผู้แทนราษฎร แต่ในสมัยของมองเตสกีเออคณะรัฐมนตรียังไม่เป็นระบบส่วนหนึ่งในการปกครองของประเทศอังกฤษที่ชัดเจนและก็ยังเป็นสถาบันที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมาย ในปีพุทธศักราช ๒๓๐๘ หลังการเขียนหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เซอร์วิลเลียม แบล็กสโตน (SIR WILLIAM BLACKSTONE) เขียนหนังสือ COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND ซึ่งกล่าวถึงรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษก็ยังไม่ได้กล่าวถึงระบบคณะรัฐมนตรี จนกระทั่ง วอลเตอร์ เบจฮอต (WALTER BAGEHOT) ตีพิมพ์หนังสือ THE ENGLISH CONSTITUTION ในปีพุทธศักราช ๒๔๐๘ จึงมีการกล่าวถึงโครงสร้างการปกครองในระบบคณะรัฐมนตรี แสดงว่าคณะรัฐมนตรีมีพัฒนาการจนเป็นรูปแบบชัดเจนในสมัยหลังมองเตสกีเออและรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้การแบ่งแยกอำนาจแบบอังกฤษไม่เด็ดขาดหรือองค์กรแห่งอำนาจธิปไตยมิได้เป็นอิสระเทียบเท่าของประเทศสหรัฐอเมริกา และแนวทางของมองเตสกีเออได้

ระบบคณะรัฐมนตรีเป็นระบบที่สภาสามัญหรือสภาผู้แทนราษฎรตั้งคณะบุคคลขึ้นมาเพื่อใช้อำนาจบริหารแทนพระมหากษัตริย์ จากเดิมเป็นคณะบุคคลที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งขึ้นเพื่อช่วยเหลือในการบริหารประเทศของพระมหากษัตริย์ รากศัพท์นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเริ่มมาจากศัพท์ที่มีความหมายไปในทางไม่ดีหมายถึงบุคคลหรือคณะบุคคลที่ผูกขาดความไว้วางพระราชหฤทัยของพระมหากษัตริย์หรือเป็นที่ทรงโปรดปรานเป็นพิเศษ เดิมทีนายกรัฐมนตรีก็มักตกแก่เสนาบดีคลังเพราะเป็นบุคคลสำคัญที่สุดที่จะใช้อำนาจไปในทางเป็นประโยชน์แก่พระมหากษัตริย์ได้ดีที่สุด แม้จะกล่าวกันว่า เซอร์โรเบิร์ต วอลโพล (SIR ROBERT WALPOLE, พุทธศักราช ๒๒๖๔ ถึง ๒๒๘๕) เป็นนายกรัฐมนตรีตามความหมายสมัยใหม่คนแรก แต่ผู้เรียกฉายานี้ก็คือฝ่ายที่เป็นศัตรู ตัวเขาเองก็ปฏิเสธตำแหน่งนี้ และก็ยังต้องอาศัยพึ่งพิงพระมหากษัตริย์อยู่มาก นายกรัฐมนตรีที่มีความหมายใกล้เคียงกับปัจจุบันอาจจะเป็น เซอร์โรเบิร์ต พิล (SIR ROBERT PEEL) ตั้งแต่พุทธศักราช ๒๓๘๔ อันเป็นเวลาหลังจากยุคสมัยมองเตสกีเออและหลังการใช้รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา และเพิ่งจัดอยู่ในทำเนียบตำแหน่งอย่างเป็นทางการในปีพุทธศักราช ๒๔๕๘ โดยมีพระบรมราชโองการว่าตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเป็นตำแหน่งถัดมาจากสังฆนายกแห่งยอร์ก

ในยุคสมเด็จพระนางเจ้าวิกตอเรียก็ยังทรงมีพระราชอำนาจเหนือคณะรัฐมนตรี ดังเช่นในปีพุทธศักราช ๒๔๓๘ พระองค์ทรงมีพระราชดำริจะยุบสภาโดยคณะรัฐมนตรีไม่ประสงค์ด้วยเข้าไป พระมหากษัตริย์อังกฤษทรงเลิกบทบาททางการบริหารและทางการเมืองหลังจากสิ้นสุดยุควิกตอเรียแล้ว ในสมัยพระเจ้า

เอ็ดเวิร์ดที่ ๓ (พุทธศักราช ๒๔๔๔ ถึง ๒๔๕๓) มีข่าวลือว่าพระองค์ทรงต่อต้านการเปลี่ยนแปลง การค้าเสรี พระองค์จึงทรงมีพระบรมราชโองการว่าพระองค์อยู่เหนือการเมือง จะยุ่งเกี่ยวกับการเมืองเฉพาะ ตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี และกล่าวกันว่าพระเจ้ายอร์จที่ ๕ (พุทธศักราช ๒๔๕๓ ถึง ๒๔๗๕) เป็นพระมหากษัตริย์พระองค์แรกที่ยอมรับระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญตามกฎหมายสมัยใหม่ อำนาจบริหารจึงตกเป็นอำนาจเด็ดขาดของคณะรัฐมนตรีอย่างถูกต้องนับแต่นั้นมา และถือเป็นต้นแบบ โครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบราชาธิปไตยหรือระบบรัฐสภา ที่คณะรัฐมนตรี จะต้องได้รับการยอมรับจากสภาผู้แทนราษฎรหรืออยู่ในการแต่งตั้งและควบคุมของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งนำไป ใช้ในการปกครองที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศอื่นด้วย โดยสถานะของประธานาธิบดีในระบบนี้ จะมีอำนาจทำนองเดียวกับพระมหากษัตริย์ แตกต่างกับระบบประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็น ผู้นำของฝ่ายบริหาร ที่เป็นผู้ควบคุมหรือกำกับดูแลคณะรัฐมนตรี

ระบบรัฐสภาของประเทศไทยจึงเป็นพัฒนาสืบต่อมาจากสมัยมองเตสกิเออ โดยยอมรับ หลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวด้วย อิทธิพลแนวความคิดตามหลักการแบ่งแยกอำนาจมีต่อการเมือง การปกครองของประเทศไทยด้วยมิใช่เพียงแต่ประเทศสหรัฐอเมริกา ดังจะเห็นได้จาก มาตราเดอติงแซ็ง เขียนถึงมองเตสกิเออว่า “.....ความสำเร็จของผลงานครั้งนี้เป็นดังที่ฉันคาด ท่านลอร์ดคาร์เทอเร็ต ใช้หนังสือเธอในรัฐสภาเพื่อสนับสนุนความเห็นของเขา เพื่อเตือนให้ระลึกถึงกฎหมายที่ถูกล้มล้างหนึ่ง เขาแจ้งว่าเขาได้อารุชจากเธอไปใช้ในการแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร ทันทีที่ทั้งลอนดอนก็วิ่งไปซื้อหนังสือของเธอกันเป็นการใหญ่.....” โดยโครงสร้างการปกครองระบบ คณะรัฐมนตรีหรือระบบรัฐสภาก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบหนึ่ง ที่มีวิวัฒนาการตามสภาพสังคม ขนบธรรมเนียมประเพณี และวัฒนธรรมของอังกฤษจนสมบูรณ์ตามแบบ ปัจจุบันภายหลังการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ระบบคณะรัฐมนตรีแบบอังกฤษก็มีบางคนกล่าวว่า คณะรัฐมนตรีเป็นตัวแทนของสภาผู้แทน ราษฎรหรือสภานิติบัญญัติเข้าไปใช้อำนาจบริหาร มิได้แบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดเหมือนแบบของประเทศ สหรัฐอเมริกา อำนาจบริหารกับอำนาจนิติบัญญัติจะมีจุดเชื่อมโยงหรือทำงานสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด ด้วยการที่คณะรัฐมนตรีและพรรคการเมืองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร จะเป็นผลให้คณะรัฐมนตรี มีอำนาจสูงสุดเพราะควบคุมอำนาจบริหารแล้ว ยังมีอิทธิพลครอบงำฝ่ายนิติบัญญัติด้วย แม้จะเรียกว่า ระบบรัฐสภา (PARLIAMENTARY SYSTEM) หรือรัฐสภามีอำนาจสูงสุด (SUPREMACY OF PARLIAMENT) ก็ตาม คุณภาพหรือความสมดุลแห่งอำนาจสูญเสียไปได้โดยง่าย ความเจริญรุ่งเรือง ความมั่นคงปลอดภัยของประเทศจึงขึ้นอยู่กับความเข้มแข็ง ความรู้ความสามารถ และคุณธรรมของ

นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแต่ละบุคคลคนนั้น ไม่ได้ขึ้นกับระบบหรือโครงสร้างโดยตรง จะแตกต่างกับระบบของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประธานาธิบดีไม่มีที่มาจากสภาผู้แทนราษฎรและประธานาธิบดีมีได้มีอำนาจเหนือพรรคการเมือง ซึ่งผลจะตรงกันข้ามคือระบบนี้ของประเทศสหรัฐอเมริกาความสมดุลแห่งอำนาจจะสูญเสียไปได้โดยการขยายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งเป็นที่มาของการแยกรัฐสภาออกเป็นสองสภาไม่แตกต่างกับการมีสองสภาของประเทศอังกฤษ เพื่อให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันอีกชั้นหนึ่ง นอกจากนี้ให้ประธานาธิบดีมีอำนาจยับยั้งกฎหมาย (VETO) และศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่ากฎหมายที่รัฐสภาออกมานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

มองเตสกีเออเขียนอธิบายโครงสร้างการปกครองของอังกฤษเพียงเท่าที่ตนเห็นและเข้าใจเท่านั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่ามองเตสกีเออกล่าวถึงอำนาจแห่งรัฐหรืออำนาจอธิปไตยมีสามประเภทก็ตาม มองเตสกีเออจะกล่าวถึงแต่อำนาจของรัฐสภาและอำนาจของพระมหากษัตริย์เป็นส่วนใหญ่ มิได้ให้รายละเอียดเกี่ยวกับระบบศาลอังกฤษโดยกล่าวถึงระบบศาลแต่เพียงว่า “ในราชอาณาจักรยุโรปส่วนใหญ่ การปกครองเป็นแบบกลางๆ เพราะเจ้าผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจสองประการแรก ปล่อยให้ราษฎรของพระองค์ใช้อำนาจที่สาม ในหมู่ชาวตุรกีที่ซึ่งอำนาจทั้งสามอยู่ในความรับผิดชอบของสุลต่าน การปกครองเป็นระบบเผด็จการอันน่าสะพึงกลัว” หรือการปกครองของประเทศยุโรปสมัยนั้น ส่วนใหญ่ระบบศาลเป็นอำนาจของประชาชนหรือท้องถิ่นอยู่แล้ว การที่มองเตสกีเออไม่กล่าวถึงระบบศาลอังกฤษไว้เลยเพราะศาลอังกฤษมีมากมายหลายศาลที่เป็นอิสระจากกัน มีวิธีพิจารณาพิพากษาและอำนาจแตกต่างกันมีทั้ง “ศาลท้องถิ่น” (SHIRE COURTS และ HUNDRED COURTS) ศาลฟีลด์ (BARON COURTS ; LEET COURTS และ MANORIAL COURTS) ศาลศาสนา (ECCLESIASTICAL COURTS) ศาลหลวง (THE COURTS OF WESTMINSTER, THE COURTS OF CHANCERY, FRANCHISE COURTS, THE COURTS OF EXCHEQUER, THE COURTS OF COMMON PLEAS, THE COURT OF KING’S BENCH, THE COURTS OF EXCHEQUER CHAMBER, THE ASSIZES COURTS, THE GENERAL EYRE, THE STAR CHAMBER, THE COURT OF ADMIRALTY, THE COURT OF APPEAL IN CHANCERY, THE COURT OF REQUEST ฯลฯ) ระบบศาลอังกฤษยุ่งยากซับซ้อนยากแก่ความเข้าใจ การแจกแจงอำนาจศาลหรืออำนาจตุลาการของศาลอังกฤษจึงเป็นสิ่งเหลือวิสัยที่คนนอกอย่างมองเตสกีเออจะทำได้ แม้ว่าจะเป็นนักกฎหมายก็ตาม ทั้งระบบศาลอังกฤษและกฎหมายก็เป็นคนระบบกับประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษเริ่มมีการปฏิรูประบบศาลก็เป็นเวลาระหว่างพุทธศักราช ๒๓๖๘ ถึง ๒๔๑๖ ด้วยบทบาทและอิทธิพลของเบนแธมและพวกลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (UTILITARIANISM) อันเป็นเวลาหลังยุคมองเตสกีเออแล้ว แตกต่างกับระบบศาลสหรัฐอเมริกาที่ไม่สลับซับซ้อน ดังนั้น

การศึกษาอำนาจตุลาการของศาลที่ดีที่สุดก็คงต้องศึกษาจากแนวความคิดการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออและระบบศาลที่เป็นอิสระของประเทศอังกฤษ

แนวความคิดของมองเตสกีเออเป็นการมองแบบนักกฎหมาย ดังจะเห็นได้ว่ามองเตสกีเออยึดหลักการปกครองแบบนิติธรรมหรือนิติรัฐ การปกครองที่ถือว่ากฎหมายอยู่สูงสุดเหนือบุคคลทุกบุคคล เหนือองค์กรทุกองค์กรไม่มีบุคคลหรือองค์กรใดอยู่เหนือกฎหมาย มองเตสกีเออกล่าวถึงลักษณะการปกครองแบบราชาธิปไตยก็กล่าวว่าการปกครองโดยบุคคลบุคคลเดียวโดยอาศัยกฎหมายต่างๆ เป็นรากฐาน อันเป็นลักษณะพระมหากษัตริย์ที่อยู่ใต้กฎหมาย หรือในเล่ม ๑๗ บทที่ ๖ ว่า

“ในยุโรปการแบ่งแยกตามธรรมชาติ ก่อให้เกิดรัฐต่างๆ หลายรัฐซึ่งมีขนาดกลาง ในรัฐเหล่านี้การปกครองด้วยกฎหมายไม่เป็นที่ไปกันไม่ได้กับการธำรงรักษารัฐ ตรงกันข้ามการใช้กฎหมายกับเป็นสิ่งเอื้ออำนวยยิ่ง จนกระทั่งหากปราศจากกฎหมายแล้ว รัฐนั้นๆ ย่อมจะตกลงสู่ความเสื่อมและกลายเป็นชาติต่ำต้อยกว่าเขาอื่น

ในเล่ม ๑๑ บทที่ ๔ ว่า

“โครงสร้างจะต้องเป็นไปในลักษณะการที่ว่าใครจะถูกบังคับให้ทำในสิ่งที่กฎหมายมิได้บังคับมิได้ และจะถูกบังคับมิให้ทำในสิ่งที่กฎหมายอนุญาตไว้มิได้”

ในเล่ม ๑๒ บทที่ ๑ ว่า “มีก็แต่บทบัญญัติของกฎหมาย และเป็นกฎหมายพื้นฐานสำคัญเสียด้วยซ้ำที่กำหนดเสรีภาพในส่วนที่สัมพันธ์กับโครงสร้างการปกครอง แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับราษฎรชนบทรรมนิยมความเป็นอยู่ ลักษณะการกระทำ ดังตัวอย่างที่กล่าวมาก็อาจทำให้เกิดเสรีภาพได้ และกฎหมายแพ่งบางเรื่องก็อาจส่งเสริมเสรีภาพได้ ดังเราจะเห็นได้ในเล่มนี้” และบทที่ ๒ ว่า “เสรีภาพการเมืองประกอบด้วยความปลอดภัยหรืออย่างน้อยก็ด้วยความคิดเห็นเรื่องความปลอดภัยของตน ความปลอดภัยนี้ไม่เคยถูกโจมตีที่ไหนได้มากไปกว่าเมื่อมีการกล่าวหาในสาธารณะหรือที่รโหฐาน ดังนั้นเสรีภาพของพลเมืองจึงขึ้นอยู่กับความดีงามของกฎหมายอาญาเป็นหลักสำคัญ”

และในบทที่ ๑๕ ว่า “สำหรับพลเมืองเฉพาะบุคคลที่เรียกว่าอภิสิทธิ์ชน กฎหมายแบบนี้ตราขึ้นเฉพาะในรัฐใหญ่ๆ ที่เป็นของประชาชนเท่านั้น ทว่าไม่ว่าประชาชนจะออกกฎหมายนี้ในลักษณะใดก็ตาม ชิเซโรประสงค์จะให้ทำลายกฎหมายแบบนี้เสีย ทั้งนี้ เพราะพลังกฎหมายประกอบด้วยการที่กฎหมายใช้บังคับกับทุกคนเท่านั้น”

ประการที่ ๕ มองเตสกีเออกล่าวถึงรัฐแต่ละรัฐมีอำนาจสามประเภท ได้แก่

อำนาจที่ ๑ คืออำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจออกกฎหมาย หรืออำนาจที่เป็นเจตจำนงส่วนรวมของรัฐ

อำนาจที่ ๒ คืออำนาจบริหารตามกฎหมายธรรมชาติ หรืออำนาจนำมติของประชาชนไปปฏิบัติ หรืออำนาจนำเจตจำนงส่วนรวมไปปฏิบัติ หรืออำนาจเกี่ยวกับการสงคราม สัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก การป้องกันประเทศ และความสัมพันธ์ในระหว่างประเทศ หรือเรียกกันทั่วไปว่าอำนาจบริหาร

อำนาจที่ ๓ คืออำนาจบริหารตามกฎหมายพลเมือง หรืออำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา หรือคดีแพ่ง หรืออำนาจตัดสินบุคคลหรือเรียกกันว่าอำนาจตุลาการ

ลักษณะการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามประเภทของมองเตสกีเออ เป็นการแบ่งให้เห็นความแตกต่างระหว่างอำนาจทั้งสามที่ไม่มีใครปฏิเสธได้ มองเตสกีเออยังแบ่งแยกองค์กรที่จะใช้อำนาจทั้งสามออกเป็นองค์กรอิสระ โดยแยกเป็นองค์กรหลักที่จะใช้อำนาจแต่ละประเภท ได้แก่ รัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหาร และศาลยุติธรรมใช้อำนาจตุลาการ ดังปรากฏในเล่ม ๑๑ บทที่ ๖ ว่า “ยามที่อำนาจนิติบัญญัติถูกนำมารวมอยู่กับอำนาจบริหารในตัวบุคคลบุคคลเดียวหรือในผู้บริหาคณะเดียว เสรีภาพย่อมไม่มี เพราะเราอาจหวังได้ว่าพระมหากษัตริย์พระองค์เองหรือสภานั้นเองอาจออกกฎหมายพระราชย์เพื่อบังคับใช้อย่างพระราชย์

เสรีภาพจะไม่มีเช่นกัน หากอำนาจตัดสินมิได้แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร หากอำนาจนี้ไปรวมกับอำนาจนิติบัญญัติแล้วไซ้ อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของราษฎรย่อมเป็นอำนาจตามอำเภอใจ เพราะผู้พิพากษาจะเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย หากอำนาจนี้ไปรวมกับอำนาจบริหาร ผู้พิพากษา ย่อมจะมีพลังของผู้กดขี่

ทุกสิ่งจะถึงหายนะ หากบุคคลบุคคลเดียวหรือคณะบุคคลสำคัญคณะเดียวกันหรือคณะขุนนางคณะประชาชนเดียวกัน มีอำนาจทั้งสามคืออำนาจออกกฎหมาย อำนาจนำมติของประชาชนไปปฏิบัติ และอำนาจตัดสินอาชญากรรมหรือกรณีพิพาทของบุคคล “ในราชอาณาจักรยุโรปส่วนใหญ่ การปกครองเป็นแบบกลางๆ เพราะเจ้าผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจสองประการแรกปล่อยให้ราษฎรของพระองค์ใช้อำนาจที่สาม ในหมู่ชาวตุรกีที่ซึ่งอำนาจทั้งสามอยู่ในความรับผิดชอบของสุลต่าน การปกครองเป็นระบอบเผด็จการอันน่าสะพึงกลัว”

.....

“เนื่องจากในรัฐอิสระ บุคคลใดก็ตามที่มีเจตจำนงเสรีควรจะถูกปกครองโดยตนเอง จึงควรที่ประชาชนทั้งหน่วยจะต้องมีอำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นสิ่งที่สุควิสัยในรัฐใหญ่ๆ และในรัฐเล็กๆ ก็จะมีประสพความไม่สะดวกนานาประการ ประชาชนจึงต้องทำสิ่งที่ตน ทำเองไม่ได้โดยอาศัยผู้แทนราษฎร”

.....

“โดยนัยดังกล่าว อำนาจนิตินิติบัญญัติก็จะถูกมอบหมายให้แก่คณะขุนนางและคณะที่รับเลือกกว่าเป็น
ผู้แทนราษฎรซึ่งแต่ละคณะจะมีสภาและการประชุมของตนต่างหาก และมีที่คณะอีกทั้งผลประโยชน์แยกต่างหาก
จากกัน”

.....

“อำนาจบริหารควรจะอยู่ในพระหัตถ์ของพระมหากษัตริย์ เพราะการปกครองส่วนนี้จำเป็นต้อง
มีการดำเนินการเกือบจะฉับพลันอยู่เสมอ ๆ จึงควรมีผู้ควบคุมดูแลบุคคลเดียวดีกว่าหลายบุคคล ตรงกันข้าม
สิ่งที่เกิดขึ้นอยู่กับอำนาจนิตินิติบัญญัติบ่อยครั้งหากรับคำสั่งจากหลายบุคคลย่อมดีกว่าจากบุคคลคนเดียว”

แต่หากไม่มีพระมหากษัตริย์ และอำนาจบริหารถูกมอบให้บุคคลจำนวนหนึ่งซึ่งมาจากคณะ
นิตินิติบัญญัติ เสรีภาพก็จะมีอยู่ เพราะอำนาจทั้งสภามารวมกัน บุคคลเดียวกันในบางครั้งและตลอดกาล
ก็จะมีทั้งอำนาจนั้นอำนาจนี้”

.....

“ทว่าการตรวจสอบจะเป็นอย่างไรก็ตาม คณะนิตินิติบัญญัติไม่ควรจะมีอำนาจตัดสินบุคคล เพราะเหตุนี้
จึงไม่มีอำนาจตัดสินพฤติกรรมของผู้บริหารด้วย ตัวบุคคลที่บริหารจะต้องเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ เนื่องจากเป็นความ
จำเป็นของรัฐ เพื่อที่คณะนิตินิติบัญญัติจะได้ไม่เป็นทรราชย์ ขณะใดที่บุคคลดังกล่าวถูกกล่าวหาหรือตัดสิน
เขาย่อมจะไร้เสรีภาพเสียแล้ว”

.....

“อำนาจบริหารดังได้กล่าวมาแล้ว ควรต้องมีส่วนในการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ความสามารถชัดเจน
มิฉะนั้น อำนาจบริหารจะหมดสิ้นซึ่งอภิสิทธิ์ต่าง ๆ ในไม่ช้า แต่หากอำนาจนิตินิติบัญญัติเข้าไปมีส่วนในการ
บริหารแล้วไซ้ อำนาจบริหารย่อมจะย่อยยับลงเช่นกัน”

และในบทที่ ๗ ว่า

“อำนาจทั้งสามในรัฐเหล่านี้มิได้ถูกแบ่งสรรและหล่อหลอมเข้าด้วยกันตามแบบอย่าง
การปกครองซึ่งเราได้พูดถึง อำนาจแต่ละฝ่ายต่างมีการแบ่งสรรเฉพาะตัว โดยการแบ่งสรรนี้
อำนาจทั้งสามจะเขยิบเข้าไปใกล้กับเสรีภาพทางการเมืองพอสมควร และหากไม่เข้าไปใกล้ระบอบ
ราชาธิปไตยก็จะเสื่อมทรามไปเป็นระบอบเผด็จการ”

การปกครองประเทศอังกฤษนับแต่เหตุการณ์ปีพุทธศักราช ๒๒๓๑ ที่ถือว่าเป็นการปฏิวัติ
อันรุ่งโรจน์ สภาคอนเวนชัน (CONVENTION) ประกาศว่าพระเจ้าเจมส์ที่ ๒ สละราชสมบัติ ราชบัลลังก์
ก็ว่างในปีพุทธศักราช ๒๒๓๒ สภาคอนเวนชันถวายราชบัลลังก์ให้พระเจ้าวิลเลียมและพระนางแมรี
ทรงปกครองร่วมกันโดยถือว่าเป็นผู้ที่สภาแต่งตั้งขึ้น (PARLIAMENT MADE) เพื่อให้ทรงปกครอง

ตามกรอบที่รัฐสภาได้วางไว้คือตามคำประกาศแห่งสิทธิ (DECLARATION OF RIGHTS) ซึ่งในภายหลัง
สภาเปลี่ยนชื่อเป็นกฎหมายว่าด้วยสิทธิ (BILL OF RIGHTS) ที่อาจแสดงได้ว่าสภาคืออำนาจสูงสุด
มิใช่พระมหากษัตริย์ พระเจ้าวิลเลียมทรงยอมที่จะปกครองโดยเคารพัทธ์รัฐธรรมนูญ สภายพยายามควบคุม
พระมหากษัตริย์โดยการถวายเงินแต่น้อยและยอมให้มีกองทหารประจำการเป็นเวลาสั้นๆ อันเป็นการ
บังคับให้พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมสภาบ่อยๆ การที่พระมหากษัตริย์ต้องเรียกประชุมสภาบ่อยๆ
และสภามีอำนาจตามคำประกาศแห่งสิทธิ พระมหากษัตริย์จึงต้องทรงแต่งตั้งเสนาบดีที่เข้าได้กับสภาเป็น
หัวหน้าฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาต่อๆ มาเป็นระบบการปกครองในแบบพรรคการเมือง
(PARTY GOVERNMENT) และระบบคณะรัฐมนตรี (CABINET SYSTEM) ขึ้นมาและสภายอม
ถวายเงินให้พระมหากษัตริย์ตราบเท่าที่พระองค์ไม่ละเมิดกฎหมาย และเท่ากับสภามีสิทธิควบคุมการใช้
งบประมาณแผ่นดินของพระมหากษัตริย์นั่นเอง

นอกจากนี้ในปีพุทธศักราช ๒๒๔๔ มีการออกกฎหมาย (ACT OF SETTLEMENT) ที่ให้
ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต จะถอดถอนไม่ได้เว้นแต่สภาจะเห็นชอบ ทำให้ระบบศาลและผู้พิพากษา
เป็นอิสระ การปกครองของอังกฤษแบบนี้เรียกว่าการปกครองแบบผสม (MIXED GOVERNMENT)
เป็นการปกครองผสมระหว่างพระมหากษัตริย์ ขุนนาง และประชาชน หรือราชาธิปไตย อภิชนาธิปไตย
และประชาธิปไตย หรือพระมหากษัตริย์ สภาสามัญ สภาขุนนาง และศาล

ลักษณะการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอเป็นรูปการปกครองแบบผสมเช่นกัน แต่เป็นการ
พิจารณาในแง่องค์กร คือการปกครองผสมระหว่างองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรศาลที่ใช้
อำนาจผสมผสานกัน

ตามความคิดของโพลีบิอุส ซึ่งรับอิทธิพลแนวความคิดของ อริสโตเติล ที่เรียกว่าวัฏจักร
การปกครองมาใช้ในการปกครองแบบบริสุทธิ์ (PURE) อันเป็นการปกครองใดโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคล
โดยเฉพาะก็จะเสื่อมเป็นการปกครองด้านเลวและกลับมาเป็นด้านดีหมุนวนกันไป การปกครองแบบ
ราชาธิปไตยโดยแท้ (PURE MONARCHY) ก็จะเสื่อมเป็นระบบทรราช (TYRANNY) การปกครอง
แบบอภิชนาธิปไตยโดยแท้ (PURE ARISTOCRACY) ก็จะเปลี่ยนเป็นแบบคณาธิปไตย (OLIGARCHY)
การปกครองแบบประชาธิปไตยโดยแท้ (PURE DEMOCRACY) ก็จะเสื่อมเป็นแบบฝูงชน (MOB RULE)
การจะหยุดยั้งวัฏจักรนี้ได้ก็ต้องปกครองแบบผสมกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกัน
ซึ่งแนวคิดในแนวทางเดียวกับมองเตสกีเอที่ว่าหากไม่แบ่งแยกอำนาจและองค์กรใช้อำนาจออกเป็นสาม
ฝ่ายและมีการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันอย่างถูกต้องสมบูรณ์แล้ว การปกครองของรัฐนั้น
ก็จะเสื่อมไปสู่การปกครองแบบเผด็จการ การปกครองแบบเผด็จการเป็นการปกครองที่จะนำมาซึ่ง

ความเสื่อมถอยแก่รัฐนั้น แต่มองเตสกีเออเช่นเดียวกับอริสโตเติล ที่ว่า แม้เป็นการปกครองแบบเผด็จการ หรือด้านไม่ดีก็ตาม ก็ยังมีระบอบการปกครองดีกว่าไม่มีระบอบการปกครองเสียเลย นั้นจะกลายเป็น ความสับสนวุ่นวายหรือเกิดกบฏ

มองเตสกีเออว่าการปกครองแบบเผด็จการแม้จะให้คุณประโยชน์แก่รัฐและประชาชนไม่ดีเท่า ระบอบสาธารณรัฐ หรือระบอบประชาธิปไตยก็ตาม แต่ก็ทำให้การปกครองรัฐนั้นดำเนินต่อไปได้ เพียงแต่ ความเจริญเป็นไปได้ล่าช้าและเกิดความเสื่อมถอยแก่รัฐ การปกครองแบบเผด็จการก็มีหลักการของระบอบ ที่จะธำรงการปกครองแบบนี้ไว้ได้ ดังปรากฏในเล่ม ๓ บทที่ ๕ ว่า

“เนื่องจากจำเป็นต้องมีคุณธรรมสำหรับระบอบสาธารณรัฐ และระบอบประชาธิปไตยต้องมี เกียรติศักดิ์ ในการปกครองแบบเผด็จการจะต้องมีความเกรงกลัว สำหรับคุณธรรมนั้นมีใช้สิ่งที่จำเป็น ในระบอบเผด็จการ ทั้งเกียรติศักดิ์ก็เป็นภัยกับระบอบนี้

.....

การปกครองแบบกลางๆ อาจผ่อนคลายเป็นต่าง ๆ ลงได้บ้างตามปริมาณที่ต้องการ โดยปราศจาก อันตราย การปกครองแบบนี้ดำรงอยู่ได้ด้วยกฎหมาย และพลังของตนเอง แต่ในการปกครองแบบเผด็จการ ยามใดที่เข้าสู่ปกครองลดมือที่ซึ่งบงการลงสักครู่หนึ่ง ยามใดที่เขาไม่อาจทำให้บรรดาพวกที่มีตำแหน่ง ใหญ่ที่สุด หมดเขี้ยวเลี้ยวลงในทันทีทันใดละก็ทุกอย่างเป็นอันสูญสิ้น ทั้งนี้เพราะพลังของการปกครอง อันได้แก่ความเกรงกลัว เมื่อหมดสิ้นลงประชาชนก็หมดผู้คุ้มครอง”

การปกครองของอังกฤษเป็นลักษณะการปกครองแบบผสม ถือได้ว่าเป็นการปกครองในแนว สาธารณรัฐ (REPUBLIC) ตามความหมายสาธารณรัฐของมองเตสกีเออ ดังมองเตสกีเออเคยนิยาม การปกครองแบบสาธารณรัฐของตนไว้เล่ม ๒ บทที่ ๒ ว่า

“ในประเทศสาธารณรัฐ เมื่อประชาชนรวมกันมีอำนาจอธิปไตยนั้นคือประชาธิปไตย เมื่ออำนาจ อธิปไตยอยู่ในมือของประชาชนส่วนหนึ่งนั้นเรียกว่ากษัตริย์ประชาธิปไตย

ประชาชนในระบอบประชาธิปไตย ในบางแง่ก็คือเจ้าผู้ปกครองประเทศในบางแง่ก็คือราษฎร

ประชาชนจะเป็นผู้ปกครองประเทศได้ก็โดยการออกเสียงอันเป็นเจตจำนงของเขา เจตจำนง ขององค์อธิปัตย์ก็คือองค์อธิปัตย์เอง ดังนั้นกฎหมายซึ่งกำหนดสิทธิในการออกเสียงจึงเป็นกฎหมาย หลักของการปกครองแบบนี้.....

.....

ประชาชนซึ่งมีอำนาจอธิปไตยจะต้องทำทุกสิ่งเขาทำได้เป็นอย่างดีด้วยตนเอง และสิ่งที่เขา ทำได้ไม่ดีก็จะให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบทำให้

ผู้บริหารจะเป็นของประชาชนมิได้ หากประชาชนมิได้เป็นผู้แต่งตั้งบุคคลเหล่านี้ ดังนั้นคดีหลักของการปกครองแบบนี้ก็คือ ประชาชนเป็นผู้แต่งตั้งผู้บริหารของตน กล่าวคือเจ้าหน้าที่ชั้นผู้ใหญ่

.....

ประชาชนมีความสามารถนำชมในการเลือกผู้ที่เขาจะมอบอำนาจบริหารบางส่วนของเขาให้.....

.....

จึงเป็นกฎหมายอีกบทหนึ่งว่า ประชาชนเท่านั้นที่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย อย่างไรก็ตามมีกาลโอกาสอีกนับพันที่สภาสูงอาจเป็นผู้ออกกฎหมายได้บ่อยครั้ง เป็นการสมควรยิ่งที่จะลองใช้กฎหมายดูก่อนที่จะบัญญัติตัวบทออกมาจริง ๆ รัฐธรรมนูญของโรมและเอเธนส์ลาดรอบคอบมาก คำตัดสินของสภาสูงมีผลบังคับตามกฎหมายเป็นระยะเวลาหนึ่งปี คำตัดสินนั้นจะถาวรได้ก็ต่อเมื่อเป็นเจตจำนงของประชาชน”

การปกครองแบบสาธารณรัฐตามที่มองเดสกีเอากล่าวก็คือ การปกครองแบบที่ปัจจุบันเราเรียกว่าเป็นการปกครองในระบบประชาธิปไตย เป็นการปกครองที่อำนาจธิปไตยเป็นของปวงชน ประชาชนเป็นผู้ออกกฎหมายนั่นเอง สำหรับประเทศอังกฤษตั้งแต่ก่อนสงครามโลกครั้งที่ ๑ กล่าวกันว่าคนอังกฤษส่วนใหญ่เข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ จึงเรียกรูปแบบนี้ว่าสาธารณรัฐราชาธิปไตย (CROWNED REPUBLIC) หรือที่ประเทศไทยเรียกว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในปัจจุบัน

การปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่าระบบสาธารณรัฐก็เป็นความหมายลักษณะการปกครองตามรูปแบบที่มองเดสกีเอากล่าวไว้ ที่เรียกกันในสมัยนี้ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั่นเอง แล้วมีการนำคำว่า “สาธารณรัฐ” ไปใช้กับรูปการปกครองแบบประธานาธิบดีในภายหลัง ทั้งมีการนำระบบเศรษฐกิจไปเชื่อมโยงกับลักษณะการปกครองในระบบสาธารณรัฐตามความหมายเดิมนี้ว่าเป็นการปกครองระบอบเสรีนิยมหรือเสรีประชาธิปไตย ทำให้ความหมายดั้งเดิมเสียไปและทำให้นักวิชาการไปศึกษาสนใจในระบบเศรษฐกิจในแง่เป็นโครงสร้างการปกครองก็มี ทั้งที่ความเป็นจริงเป็นเรื่องแยกออกจากกันโดยสิ้นเชิง แทนที่จะศึกษาโครงสร้างการปกครองที่เป็นโครงสร้างในเชิงรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ

หลักการแบ่งแยกอำนาจก่อนข้างมีความสมบูรณ์มาแต่ต้นจึงถูกทอดทิ้งมิได้มีการศึกษาวิเคราะห์ให้ลึกซึ้งกันอีกต่อไป โครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นรากฐานโครงสร้างการปกครองของประเทศเกือบทั่วโลกก็จริง แต่ในภายหลังการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจไปใช้ก็มักในแง่การปรับใช้ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจหรือการให้อำนาจทั้งสามเกิดดุลยภาพเท่านั้น พัฒนาการ

ของอำนาจไม่ได้มีเพิ่มขึ้นมาเลยโดยยังคงหยุดยั้งอยู่ที่อำนาจทั้งสามมาเป็นเวลาสองร้อยปีมาแล้ว
ยังไม่มีผู้ใดอ้างว่าอำนาจที่สี่ อำนาจที่ห้า ที่แท้จริงเกิดขึ้นเลย แม้จะมีบางคนแบ่งอำนาจแห่งรัฐไว้มากกว่า
สามอำนาจดังกล่าว หรือไม่เป็นไปตามอำนาจทั้งสามก็ตามดังเช่น ด็อกเตอร์ชุนยัคเซน แบ่งอำนาจ
เป็นห้าอำนาจ แต่เมื่อพิจารณาอำนาจที่สี่ และอำนาจที่ห้า แล้วก็หาใช้อำนาจแท้จริงแต่อย่างใด

อำนาจที่สี่ อำนาจที่ห้า อาจเกิดขึ้นแล้วก็ได้ เพียงแต่ยังมีได้แยกองค์กรที่ใช้อำนาจและทำให้
มีวิธีการใช้อำนาจคนละแบบกับอำนาจทั้งสาม และต้องสร้างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือ
คานอำนาจที่แตกต่างกันไปเป็นเอกเทศกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของอำนาจ
ทั้งสาม จึงจะถือว่าอำนาจแห่งรัฐหรืออำนาจอธิปไตยของประเทศมากกว่าสามอำนาจ หากจะกล่าว
ในแง่ในปัจจุบันก็อาจจัดได้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือระบบประธานาธิบดี ที่ประธานาธิบดี
มีอำนาจทำนองเดียวกับพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดีที่ไม่ใช้อำนาจบริหารโดยตรงเป็นอำนาจ
อีกอำนาจหนึ่งก็น่าจะได้

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ แม้จะแบ่งอำนาจ การใช้อำนาจ และองค์กรแห่งอำนาจเป็น
สามฝ่ายแยกออกจากกันเป็นเอกเทศก็ตาม แต่มิใช่แบ่งแยกกันเด็ดขาด มองเตสกีเอมิได้ห้ามอีกฝ่าย
ใช้อำนาจของอีกฝ่าย กรณีมีข้อยกเว้นให้อีกฝ่ายใช้อำนาจของอีกฝ่ายได้เช่นกัน เช่น

“แม้ว่าโดยทั่วไปแล้ว อำนาจตัดสินไม่ควรถูกนำมารวมกับส่วนใดเลยของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็
ต้องยอมให้แก่วัยการ ซึ่งมิรากฐานมาจากผลประโยชน์ส่วนบุคคลของผู้ที่จะต้องถูกตัดสิน

คนใหญ่คนโตย่อมต้องเผชิญกับความอิจฉาริยาเสมอ หากเขาถูกตัดสินโดยประชาชน เขาอาจ
จะมีอันตรายได้ และจะไม่ได้ใช้สิทธิซึ่งราษฎรกระจ่ายรอยที่สุดพึงมีในรัฐเสรี ในอันที่จะถูกตัดสิน
โดยคนที่เท่าเทียมกัน ดังนั้นเหล่าขุนนางจึงควรถูกเรียกมาปรากฏตัว ไม่ใช่ในศาลธรรมดาของชาติ
แต่มาปรากฏตัว ณ เบื้องหน้าคณะนิติบัญญัติส่วนที่ประกอบด้วยขุนนาง

.....

..... คณะนิติบัญญัติส่วนที่เป็นประชาชนจะต้องเป็นโจทก์ฟ้องร้องคณะนิติบัญญัติ
ส่วนที่เป็นขุนนาง ซึ่งไม่มีทั้งผลประโยชน์อันเดียวกันและอารมณ์ความปรารถนาอันเดียวกัน

สิ่งนี้คือข้อได้เปรียบการปกครองแบบที่มีเหนือสาธารณรัฐโบราณส่วนใหญ่ ซึ่งมีการใช้อำนาจนี้
ในทางที่ผิด กล่าวคือประชาชนเป็นทั้งผู้พิพากษาและโจทก์ในเวลาเดียวกัน” มองเตสกีเอกล่าวเป็น
ข้อยกเว้นไว้ว่า กรณีพิจารณาพิพากษาการปฏิบัติหน้าที่ของขุนนางผู้บริหารหรือเหล่าเสนาบดี (ไม่รวม
พระมหากษัตริย์) เป็นการใช้อำนาจตุลาการอย่างหนึ่ง แต่มีอาจให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษาได้
เพราะสภาพของศาลในประเทศยุโรปสมัยนั้นยังเป็นลักษณะศาลของประชาชนหรือใช้ประชาชนสามัญ

หรือใช้เจ้าของที่ดินหรือพวกนักบวชเป็นผู้พิพากษาโดยมาก ยังไม่มีลักษณะเป็นระบบศาลแห่งชาติที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน หากให้ขึ้นศาลธรรมดา ก็จะกลายเป็นประชาชนเป็นทั้งผู้พิพากษาและโจทก์ในเวลาเดียวกัน จึงต้องใช้วิธีให้สภาผู้แทนราษฎรหรือสภาสามัญเป็นโจทก์ฟ้องร้องต่อสภาสูงหรือสภาขุนนางหรือวุฒิสภา อันเป็นลักษณะหนึ่งของหลักการอิมพีชเมนต์ (IMPEACHMENT) ถือว่าสภาสูงหรือสภาขุนนางหรือวุฒิสภาเป็นผู้พิพากษา การพิจารณาคดีจึงเหมือนการพิจารณาคดีธรรมดาที่ต้องมีโจทก์มีการสืบพยานหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย เพื่อหาข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติและผู้ถูกกล่าวหาไม่มีสิทธิต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เหมือนคดีธรรมดา หลักการอิมพีชเมนต์เป็นของประเทศอังกฤษที่มีการใช้มาก่อนหน้านามองเตสกีเออเขียนถึงเรื่องนี้แล้ว หลักการอิมพีชเมนต์เป็นวิธีการหรือกระบวนการที่ประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้สืบต่อมาแล้วประเทศอื่นๆ ก็ได้นำมาใช้อย่างแพร่หลายซึ่งจะมีระบบวิธีการพิจารณาพิพากษาและหลักการแตกต่างกับการถอดถอนจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ส่วนที่ ๓ มาตรา ๓๐๓ ถึงมาตรา ๓๐๗) ที่มีการใช้กระบวนการได้ส่วนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเข้ามาแทนกระบวนการพิจารณาคดีแบบศาลของวุฒิสภาแล้วเสนอให้สมาชิกวุฒิสภาลงมติเลย จึงไม่อาจเรียกว่าวุฒิสภาเป็นศาลและไม่ถือว่าสมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้พิพากษาในกรณีนี้ วิธีการถอดถอนจากตำแหน่งดังกล่าวจึงไม่ใช่กระบวนการอิมพีชเมนต์หรือการใช้อำนาจตุลาการของวุฒิสภาตามหลักสากล ทั้งขัดต่อหลักการของศาลหรือวิธีพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งรายละเอียดจะยังไม่กล่าวในที่นี้

การใช้อำนาจทั้งสามในบางส่วนก็จะเกิดจากการผสมผสานของบุคคลในองค์กรแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยทั้งสามตามระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกัน โดยมองเตสกีเออไม่มีความเชื่อในตัวบุคคลแต่เชื่อในระบบมากกว่า ว่าหากปล่อยให้บุคคลหรือคณะบุคคลสามารถใช้อำนาจโดยอิสระ อาศัยเพียงคุณธรรมอย่างเดียวโดยไม่มีอะไรมาเหนี่ยวรั้งไว้เลย มองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า “ประสบการณ์ที่เป็นอยู่ชั่วนี้วันใดก็ใครก็ตามที่มีอำนาจย่อมจะไปสู่การใช้อำนาจในทางมิชอบ” มองเตสกีเออจึงไม่ใช่ให้แบ่งแยกอำนาจและองค์กรใช้อำนาจเป็นสามฝ่ายเป็นเอกเทศเท่านั้น แต่ยังเห็นว่า “เพื่อที่จะไม่มีการใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงควรที่จะให้อำนาจยับยั้งอำนาจ โดยการจัดวางสิ่งต่างๆ ไว้โครงสร้างจะต้องเป็นไปในลักษณะการที่ใครจะถูกบังคับให้ทำสิ่งที่กฎหมายมิได้บังคับมิได้ และจะถูกบังคับมิให้ทำในสิ่งที่กฎหมายอนุญาตไว้มิได้” อันถือเป็นหลักการและเป็นเป้าหมายของระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจและจะต้องวางระบบให้เกิดดุลยภาพ และจะทำให้ปัจเจกบุคคลมีเสรีภาพอย่างแท้จริงเป็นผลตามมา

ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ จะเป็นระบบที่จะจำกัดของขอบเขตการใช้อำนาจ หรือการใช้สิทธิไปในทางมิชอบ โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นอิสระของการใช้อำนาจขององค์กรแห่งรัฐ หรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยหรือเสรีภาพของปัจเจกบุคคลนั้น ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจและการปกครองแบบผสมจะเป็นการนำส่วนดีของการปกครองทุกระบบไม่ว่าราชาธิปไตย อภิชนาธิปไตย และประชาธิปไตยมาใช้อย่างเป็นผลและมั่นคง ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ถูกต้องจะทำให้ส่วนดีของการปกครองทุกระบบดังกล่าวแสดงออกมาและไม่เสื่อมถอย ไปสู่ส่วนที่ไม่ดีของการปกครองในแต่ละระบบที่ปกติจะเกิดขึ้นเป็นวัฏจักร ซึ่งการปกครองในแบบผสมผสานกับการแบ่งแยกอำนาจและระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจก็แสดงให้เห็นผล ได้จริงนับแต่หลักการของมอนเตสกีเออเผยแพร่ออกไป ความเจริญรุ่งเรืองของประเทศต่างๆ ทั่วโลก ก็เกิดขึ้นนับแต่นั้นเป็นต้นมา

ความเจริญรุ่งเรืองของโลกในปัจจุบันถือว่าเป็นผลผลิตของช่วงเวลา ๒๐๐-๓๐๐ ปีนี้เท่านั้น เปรียบเทียบกันแล้วแตกต่างกับยุคสมัยกลางที่กินเวลาหลายร้อยปี กลับมิได้ทิ้งร่องรอยความเจริญเติบโต เป็นขึ้นเป็นอันแก่สังคมโลกเลย โครงสร้างการปกครองตามหลักการการแบ่งแยกอำนาจและระบบตรวจสอบ และถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ใช้ได้อย่างสมดุลของประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นเครื่องพิสูจน์ความเป็นจริง ในหลักการของมอนเตสกีเออกับนักคิดในสมัยโบราณที่สนับสนุนแนวความคิดตามหลักการนี้ได้เป็นอย่างดี เพราะความสมดุลแห่งอำนาจทั้งสามของสหรัฐอเมริกามีสูงสุดเพราะการมีแผนแบบที่ดีของกลุ่ม ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา และดีกว่าความสมดุลแห่งอำนาจทั้งสามของประเทศอังกฤษ ที่เป็นต้นแบบ แต่ประเทศอังกฤษกลับมีวิวัฒนาการสืบต่อมาจนอำนาจขาดความสมดุล ประเทศสหรัฐอเมริกากลับตรงกันข้ามแทบจะเรียกได้ว่าไม่เคยปรับเปลี่ยนแก้ไขโครงสร้างการปกครองแบบนี้ใหญ่ๆ เลยนับแต่ร่างรัฐธรรมนูญเป็นต้นมา เมื่อเปรียบเทียบกับความเจริญของประเทศทั้งสองในปัจจุบันก็คง ได้คำตอบได้ดีถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจกับการใช้ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ถูกต้อง มีความสำคัญต่อความเจริญรุ่งเรืองของประเทศเพียงใด

เจมส์ เมดิสัน เขียนถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและความสำคัญของระบบตรวจสอบและถ่วงดุล หรือคานอำนาจไว้ในบทความหมายเลข ๕๘ ในหนังสือเดอะเฟเดอร์ลิสต์เปเปอร์ว่า

“บทความฉบับที่แล้วได้แสดงให้เห็นว่าคติพจน์ทางการเมืองซึ่งเราพิจารณาในบทความนั้นมิได้ เรียกร้องให้ต้องแยกฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการขาดออกจากกันอย่างสิ้นเชิง ในลำดับ ถัดไปข้าพเจ้าใคร่จะขอแสดงให้เห็นว่าถ้าไม่เชื่อมโยงและผสมผสานฝ่ายต่างๆ เหล่านี้เข้าด้วยกัน

ในลักษณะที่ให้แต่ละฝ่ายสามารถควบคุมฝ่ายอื่นๆ ได้ตามรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ไม่มีทางจะดำรงรักษา
ระดับของการแบ่งแยกซึ่งหลักการดังกล่าวกำหนดให้มีในฐานะที่เป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อรัฐบาลที่เสรี
เอาไว้เหมาะสมในทางปฏิบัติได้

ทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันว่า อำนาจที่สมควรจะเป็นของอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ควรจะให้ฝ่ายอื่นใดเลย
มาใช้โดยตรงและอย่างเต็มที่ เป็นที่ประจักษ์ชัดพอๆ กันว่าในการใช้อำนาจของแต่ละฝ่ายนั้นก็ไม่ควร
ให้ฝ่ายอื่นใดมีอิทธิพลครอบงำโดยตรงหรือโดยอ้อมที่เหนือกว่าฝ่ายนั้นๆ จะไม่มีการปฏิเสธว่าอำนาจนั้น
มีธรรมชาติที่รุกร้าและสมควรจะถูกเหนี่ยวรั้งอย่างจริงจังไม่ให้ไปล่วงเกินขอบเขตที่กำหนดเอาไว้ได้
ดังนั้น หลังจากการจำแนกอำนาจประเภทต่างๆ ออกจากกันทางทฤษฎีเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจ
บริหาร หรืออำนาจตุลาการตามธรรมชาติของอำนาจเหล่านี้แล้ว ภาระหน้าที่ลำดับถัดไปที่ยากที่สุดก็คือ
การจัดหาหลักประกันในทางปฏิบัติให้อำนาจแต่ละฝ่ายพ้นจากการรุกร้าของอำนาจฝ่ายอื่นๆ หลักประกันนี้
ควรเป็นอะไรคือปัญหาใหญ่ที่จะต้องแก้ไขกัน

จะเป็นการเพียงพอใหม่ที่จะขีดเส้นแบ่งขอบเขตอำนาจของฝ่ายต่างๆ เหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ
แห่งการปกครองให้แม่นยำ และหวังว่าด่านกระดาศเหล่านี้จะคอยป้องกันแนวโน้มที่ขอบก้าวรุกร้าของ
อำนาจ ดูเหมือนว่านี่จะเป็นหลักประกันที่ผู้เรียบเรียงรัฐธรรมนูญอเมริกาฉบับต่างๆ ส่วนใหญ่พึ่งพา
อยู่เป็นหลัก แต่ประสบการณ์ทำให้เรามั่นใจว่าประสิทธิภาพของข้อกำหนดนี้ถูกประเมินไว้สูงเกินไป
และจำเป็นต้องมีการป้องกันที่เหมาะสมยิ่งกว่า บางอย่างไว้ให้ส่วนของรัฐบาลที่อ่อนแอกว่าใช้ต่อต้าน
ส่วนของรัฐบาลที่เข้มแข็งกว่า อันจะขาดเสียมิได้ทั่วทุกหนทุกแห่ง ฝ่ายนิติบัญญัติกำลังขยายขอบเขต
กิจกรรมของตนออกไป และดึงเอาอำนาจทั้งหมดเข้าสู่วังวนอันเชี่ยวชาญของตน

.....

ในระบอบการปกครองที่อำนาจพิเศษอันมากมายและกว้างขวางถูกกำหนดให้อยู่ในมือของกษัตริย์
ที่สืบสันตติวงศ์กันมานั้น ย่อมเป็นการยุติธรรมอย่างยิ่งแล้วที่จะถือเอาฝ่ายบริหารเป็นแหล่งที่มาของ
ภัยอันตราย และจะต้องถูกจับตามองด้วยความริษยาทั้งหมดซึ่งความมุ่งมาดปรารถนาในเสรีภาพควรจะ
บันดาลให้เกิดขึ้น ในระบอบประชาธิปไตยที่ซึ่งผู้คนจำนวนมากทำหน้าที่ด้านนิติบัญญัติด้วยตนเอง
แต่โดยที่พวกเขาไม่สามารถจะพิจารณาลงมติกันเป็นประจำและไม่อาจดำเนินมาตรการต่างๆ โดยพร้อมเพรียง
กันได้ เพราะฉะนั้นจึงมีโอกาที่จะไม่ปลอดภัยจากแผนการร้ายอันมหัศจรรย์ใฝ่สูงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร
อยู่ตลอดเวลา นั้น ก็อาจจะชวนให้วิตกไปได้ว่าระบอบทรราชย์จะเริ่มต้นขึ้นจากฝ่ายเดียวกันนั้นอีก
หากมีเหตุการณ์ฉุกเฉินที่เป็นใจเกิดขึ้น แต่ในระบอบมหาชนรัฐแบบมีผู้แทนที่ซึ่งคณะบริหารถูกจำกัด
อย่างรัดกุมทั้งในแง่ขอบเขตและวาระในการใช้อำนาจของตน และที่ซึ่งอำนาจนิติบัญญัติถูกใช้โดยสภา

ซึ่งได้รับแรงบันดาลใจจากอิทธิพลที่ว่ากันว่ามีอยู่เหนือประชาชน ประกอบกับความมั่นใจอันห้าวหาญ
ในความเข้มแข็งของตน ซึ่งมีจำนวนมากพอที่จะรับรู้กิเลสทั้งปวงที่กระตุ้นคนหมู่มากแต่ก็ไม่มากเสีย
จนกระทั่งไม่สามารถดำเนินการเพื่อบรรลุเป้าหมายของกิเลสดังกล่าวนั้นได้ตามวิธีการที่เหตุผลที่กำหนด
ความเหิมเกริมมักใหญ่ใฝ่สูงของฝ่ายนิติบัญญัตินี้ต่างหากที่ประชาชนควรจะต้องทุ่มความริษยาของไปสู่อำนาจ
และดำเนินการป้องกันล่วงหน้าไว้ให้หมดสิ้นทุกประการ

ในรัฐบาลของเราที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีความเหนือกว่าอันเนื่องมาจากสภาพการณ์อื่นๆ อีก กล่าวคือ
โดยที่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญทั้งกว้างขวางกว่าและถูกจำกัดไว้ในขอบเขตที่ชัดเจน
ได้ยากกว่า ฉะนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงสามารถอาศัยมาตรการทางอ้อมอันสลับซับซ้อนทั้งหลาย อำพร
การที่ตนล่วงล้ำอำนาจของฝ่ายต่างๆ ที่อยู่ในระดับเดียวกันได้สะดวกกว่า บ่อยครั้งที่เดียวที่ว่าการดำเนิน
มาตรการเฉพาะหนึ่งๆ จะเป็นการล้ำเกินขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่นั้น ได้กลายเป็น
ปัญหาความแม่นยำสำหรับองค์กรนิติบัญญัติในอีกด้านหนึ่งนั้น โดยที่อำนาจบริหารถูกจำกัดควบคุม
ไว้ในขอบเขตที่แคบกว่าและมีลักษณะเรียบง่ายกว่าโดยธรรมชาติ ส่วนอำนาจตุลาการก็ถูกกำหนดเอาไว้
ด้วยหลักระบอบเขตที่แน่นอนยิ่งกว่า ฉะนั้นแผนการช่วงชิงอำนาจโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสองฝ่ายนี้
จึงย่อมจะเผยตัวเองออกมาให้เห็นและทำให้ล้มเหลวไปโดยทันที ไซ้แต่แค่นี้ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติ
ฝ่ายเดียวเท่านั้นที่เข้าถึงกระเปาะของประชาชน และในรัฐธรรมนูญบางฉบับมีอำนาจเต็มในการใช้ดุลพินิจ
รวมทั้งมีอิทธิพลครอบงำอย่างเด่นชัดในรัฐธรรมนูญทุกฉบับเกี่ยวกับเรื่องการให้เงินค่าตอบแทนแก่
ผู้ที่ดำรงตำแหน่งในฝ่ายอื่นๆ ดังนั้นจึงทำให้ฝ่ายอื่นๆ ต้องพึ่งพาฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็ยิ่งเปิดช่องให้
ฝ่ายนิติบัญญัติทำการล่วงล้ำอำนาจของฝ่ายอื่นๆ ได้ง่ายดายยิ่งขึ้นไปอีก

.....

ตัวอย่างแรกได้แก่เวอร์จิเนียซึ่งดังที่เราได้เห็นมาแล้วว่าได้ประกาศไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐตน
อย่างชัดเจนว่าไม่ควรผสมผสานอำนาจใหญ่สามฝ่ายเข้าด้วยกัน ผู้ทรงคุณวุฒิที่จะใช้อำนาจสนับสนุนกรณีนี้
ได้แก่เจฟเฟอร์สันผู้ซึ่งนอกจากข้อได้เปรียบอื่นๆ ในด้านการสังเกตการดำเนินงานของรัฐบาลแล้ว ก็ยัง
ได้เป็นประมุขฝ่ายบริหารของรัฐอีกด้วย เพื่อที่จะสื่อความคิดในเรื่องนี้ซึ่งเกิดจากประสบการณ์ของเขา
ได้อย่างครบถ้วน ย่อมเป็นการจำเป็นที่จะต้องยกข้อความที่ค่อนข้างยาวตอนหนึ่งจากหน้า ๑๕๕ ของ
Notes on the State of Virginia (บันทึกเกี่ยวกับรัฐเวอร์จิเนีย) ของเขาซึ่งน่าสนใจยิ่งมากกล่าวไว้
“อำนาจทั้งปวงของรัฐบาลคือด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการเป็นผลขององค์กรนิติบัญญัติ การรวม
ศูนย์อำนาจเหล่านี้ไว้ในมือบุคคลกลุ่มเดียวก็คือค่านิยมรัฐบาลที่เป็นเผด็จการนั่นเอง การที่บุคคลหลายคน
และไม่ใช้บุคคลคนเดียวใช้อำนาจเหล่านี้ค้นหาได้บรรเทาความร้ายแรงของเรื่องนี้ลงแต่อย่างใดไม่

นักเผด็จการ ๑๗๓ คนยอมจะกดขี่ได้เท่าๆ กับนักเผด็จการหนึ่งคนอย่างแน่นอน ขอให้ผู้ที่ยังกังขาในข้อนี้จึงพิจารณาดูมหานรุษแห่งเวนิสเอาเถิด การที่เราเป็นผู้เลือกพวกเขาเข้ามาเองนั้นมีส่วนช่วยเราเพียงน้อยนิดพอๆ กัน ระบบอบเผด็จการที่มาจาก การเลือกตั้งนั้นไม่ใช่ระบบการปกครองที่เราต่อสู้เพื่อให้ได้มา ที่เราต้องการนั้นคือระบบการปกครองที่ไม่เพียงแต่ควรจะต้องอยู่บนหลักการที่เสรีเท่านั้น หากยังควรจะมีการแบ่งแยกและถ่วงดุลอำนาจด้านต่างๆ ของรัฐบาลในบรรดาองค์กรปกครองทั้งหลาย ในลักษณะที่จะไม่ปล่อยให้ฝ่ายใดสามารถทำการเกินขอบเขตอำนาจตามกฎหมายของตนไปได้ โดยที่ไม่ถูกฝ่ายอื่นตรวจสอบและยับยั้งอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุฉะนั้นเองที่ประชุมซึ่งได้ลงมติผ่านรัฐบัญญัติว่าด้วยรัฐบาลแห่งนั้น จึงได้ตั้งตนอยู่บนพื้นฐานนี้ กล่าวคือฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการสมควรจะแบ่งแยกออกจากกันเป็นเอกเทศ เพื่อที่ว่าจะได้ไม่มีใครสามารถใช้อำนาจมากกว่าหนึ่งฝ่ายในเวลาเดียวกัน แต่หาไม่ได้มีการจัดตั้งด้านกันกลางระหว่างอำนาจทั้งหลายเหล่านี้ไว้ สมาชิกฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหารถูกปล่อยให้ต้องขึ้นอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องการอยู่ในตำแหน่งของตน และบ้างก็ต้องอาศัยฝ่ายนิติบัญญัติในการที่จะดำรงตำแหน่งสืบต่อไป ดังนั้นหากฝ่ายนิติบัญญัติจะยึดเอาอำนาจบริหารและตุลาการมาใช้ ก็คงจะไม่มีใครคัดค้าน หรือถ้าหากมีก็คงจะไร้ผลเพราะในกรณีเช่นนั้นพวกเขาก็อาจจะทำให้บันทึกการประชุมของพวกเขากลายเป็นกฎหมายของสภา ซึ่งย่อมจะทำให้กฎหมายเหล่านั้นผูกมัดอำนาจสาขาอื่นๆ ได้ ดังนั้น ในหลายๆ กรณีพวกเขาจึงเป็นผู้ตัดสินสิทธิซึ่งควรจะปล่อยให้เป็นเรื่องของการโต้แย้งกันในฝ่ายตุลาการและทิศทางของฝ่ายบริหารระหว่างสมัยการประชุมของสภาทั้งหมดนั้น จึงกลายเป็นเรื่องปกติวิสัยที่รู้จักคุ้นเคยกันดี”

.....

ข้อสรุปที่ข้าพเจ้าคงจะดึงออกมาจากข้อสังเกตเหล่านี้ได้อย่างชอบด้วยเหตุผลอยู่ที่ว่าการขีดเส้นบนแผ่นกระดาษเพื่อแบ่งขอบเขตอำนาจของฝ่ายต่างๆ ในรัฐธรรมนูญเพียงเท่านั้นย่อมไม่เพียงพอที่จะป้องกันการรุกรานอำนาจ ซึ่งนำไปสู่การรวมศูนย์อำนาจทั้งหมดของรัฐบาลไว้ในมือบุคคลกลุ่มเดียวเยี่ยงระบอบทรราช

กระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ถูกต้องจะไม่เป็นการทำลายความเป็นอิสระขององค์กรหลักแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยขณะเดียวกันจะต้องจำกัดขอบเขตมิให้องค์กรหลักแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยใช้อำนาจไปในทางมิชอบ นับเป็นเรื่องสำคัญและยุ่งยากมากที่จะสร้างโครงสร้างเช่นนี้ให้ปรากฏเป็นรูปธรรม ดังนั้นแม้จะมีผู้คิดค้นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจมาเป็นเวลานานตั้งแต่สมัยกรีกและโรมันแล้วก็ตาม แต่หลักการและระบบดังกล่าวไม้อาจมีนักคิดผู้ใดสามารถสร้างแบบจำลองโครงสร้างการปกครองตามแนวทางนี้ได้อย่างเต็มรูป อย่างไรก็ตาม

โครงสร้างดังกล่าวกลับมีพัฒนาการอย่างค่อยเป็นค่อยไปในการปกครองของประเทศอังกฤษจนกระทั่งมองเตสกีเออหยิบยกขึ้นมาอธิบาย จึงเกิดการยอมรับและนำไปปรับใช้ได้อย่างเป็นรูปธรรม อันเป็นการพลิกโฉมหลักการปกครองและประวัติศาสตร์หน้าใหม่ของการปกครองโลก

มองเตสกีเออแบ่งลักษณะหรือประเภทแห่งการใช้อำนาจเป็น ๒ แบบ คือ การใช้อำนาจในเชิงออกคำสั่งหรือความสามารถในการออกคำสั่งหรืออำนาจในเชิงบวกหรือปฏิฐาน กับการใช้อำนาจในเชิงยับยั้งหรือความสามารถในการขัดขวางหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธ การใช้อำนาจแบบที่สองเป็นการใช้อำนาจเพื่อสร้างความสมดุลแห่งอำนาจเกิดขึ้นในสังคม จึงต้องเป็นการใช้อำนาจโดยองค์กรที่มีฐานะทัดเทียมกัน เป็นการใช้อำนาจเพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจในทางมิชอบหรือสร้างกรอบหรือข้อจำกัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้อำนาจในลักษณะที่สองมิใช่เป็นการใช้อำนาจเพื่อหักล้างหรือทำลายการใช้อำนาจในลักษณะที่หนึ่ง แต่เป็นการใช้เพื่อลดทอนหรือสนับสนุนให้การใช้อำนาจลักษณะแรกเป็นไปเพื่อผลประโยชน์แก่ทุกฝ่าย ทุกคน และถูกต้องตามยุคสมัย ดังมองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า

“ในบรรดาอำนาจทั้งสามตามที่ได้กล่าวมาแล้ว อำนาจในการตัดสินดูในบางแง่แล้วไม่มีเลยเหลืออยู่เพียงอำนาจสองฝ่ายเท่านั้นและเนื่องจากอำนาจเหล่านี้ จำเป็นต้องมีอำนาจหนึ่งไว้จัดการเพื่อที่จะทอนอำนาจทั้งสองลงบ้าง ฝ่ายซึ่งประกอบด้วยขุนนางในคณะนิติบัญญัติจึงเหมาะสมยิ่งที่จะยังให้เกิดผลดังนั้น

.....

ที่ข้าพเจ้าเรียกว่า ความสามารถในการออกคำสั่ง ก็คือสิทธิในการออกคำสั่งในตัวของมันเองหรือในการแก้ไขสิ่งที่บุคคลอื่นสั่งไว้ ที่ข้าพเจ้าเรียกว่า ความสามารถในการขัดขวาง ก็คือสิทธิในการทำให้หมัดที่คนอื่นลงไว้เป็นโมฆะไป นั่นก็คืออำนาจของผู้บริหารของโรม และแม้ว่าผู้ที่มีความสามารถในการขัดขวางอาจมีสิทธิที่จะเห็นชอบได้ด้วย ในตอนนั้นการเห็นชอบมิใช่อะไรอื่น เป็นแต่เพียงการประกาศว่าเขามีได้ใช้ความสามารถในการขัดขวางของเขา และความเห็นชอบมาจากความสามารถอันนั้น”

ความสามารถในการขัดขวางหรือการใช้อำนาจในเชิงยับยั้งหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธ มีลักษณะเป็นอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบ นั่นเอง ดังเช่น มองเตสกีเออกล่าวถึงการมีสองสภาและการใช้อำนาจของสองสภาว่า สภาสมาชิกหรือสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจออกกฎหมายอันเป็นลักษณะการใช้อำนาจในเชิงออกคำสั่งหรือความสามารถในการออกคำสั่งหรือการใช้อำนาจในเชิงบวกหรือปฏิฐาน สภาขุนนางหรือสภาสูงหรือวุฒิสภามีลักษณะการใช้อำนาจในเชิงยับยั้งหรือความสามารถในการขัดขวางหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธโดยกล่าวว่า

“ดังนั้น นี่จึงเป็นโครงสร้างที่เป็นรากฐานสำคัญของการปกครองซึ่งเรากำลังพูดถึง คณะนิติบัญญัติเมื่อประกอบด้วยสองส่วน ส่วนหนึ่งจึงเกี่ยวข้องกับอีกส่วนหนึ่งโดยอาศัยความสามารถที่จะขัดขวางซึ่งกันและกันทั้งสองฝ่ายจะถูกเชื่อมโดยอำนาจบริหาร ซึ่งจะเชื่อมตนเองด้วยอำนาจนิติบัญญัติเช่นกัน”

อำนาจของสภาสูงหรือสภานิติบัญญัติหรือวุฒิสภาเป็นไปโดยระบบสืบทอดมิใช่ตัวแทนของประชาชน มีลักษณะเป็นตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ฝ่ายข้างน้อยจึงควรมีอำนาจในการออกกฎหมาย เพียงการใช้อำนาจในเชิงยับยั้งหรือความสามารถในการขัดขวางหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธ ดังคำกล่าวที่ว่า

“ทว่าเนื่องจากอำนาจสืบทอดอาจถูกชักนำไปในทางที่มุ่งผลประโยชน์ส่วนบุคคลและลืมนโยบายของประชาชนได้ในสิ่งซึ่งเขาอาจมีประโยชน์สูงสุดที่จะใช้อำนาจโดยมิชอบนั้น ดังเช่นในกฎหมายเกี่ยวกับภาษี อำนาจดังกล่าวจะต้องมีส่วนในการบัญญัติกฎหมายเพราะสามารถเพียงขัดขวางได้มิใช่เพราะสามารถออกคำสั่ง”

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา เจมส์ เมดิสัน ก็ยอมรับในระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจโดยออกแบบโครงสร้างภายในของการปกครองให้คานอำนาจ ซึ่งกันและกันเป็นวิธีที่ดีที่สุด แต่จะต้องคำนึงถึงความไม่เท่าเทียมกันในระหว่างอำนาจของแต่ละฝ่ายด้วย ที่จะทำให้องค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยแต่ละฝ่ายเป็นอิสระ คือไม่ถูกก้าวร้าวแทรกแซงและสามารถป้องกันตนเองได้ด้วยโดยจุดสรุป เมดิสัน ก็ยอมรับระบบสองสภา แต่ด้วยเหตุผลแตกต่างกับของมองเตสกีเออ คือประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดมาจากความจำเป็นที่เกิดมาจากรัฐสภาที่มีอำนาจหรืออิทธิพลมากเกินไป ซึ่งเป็นประสบการณ์ของการใช้ระบบโครงสร้างการปกครองแบบประเทศสหรัฐอเมริกาอันเป็นประสบการณ์ที่จะแตกต่างกับระบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษที่ฝ่ายบริหารมักจะมีอำนาจและอิทธิพลมากเกินไป ดัง เมดิสัน กล่าวไว้ในบทความหมายเลข ๕๑ ของหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ว่า

“ถ้าเป็นเช่นนั้นแล้วในท้ายที่สุดเราจะหันไปใช้วิธีการใดเพื่อธำรงรักษาไว้ในทางปฏิบัติ ซึ่งการแบ่งแยกอำนาจไปตามฝ่ายต่างๆ อันเป็นสิ่งจำเป็นดังที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ คำตอบเดียวที่พอจะให้ได้ดีก็คือว่า เนื่องจากข้อกำหนดภายนอกทั้งหลายทั้งปวงเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ไม่เพียงพอ ฉะนั้นข้อบกพร่องจะต้องแก้ไขโดยออกแบบโครงสร้างภายในของรัฐบาลไปในลักษณะที่ให้ส่วนประกอบทั้งหลายของรัฐบาลเป็นตัวควบคุมซึ่งกันและกันให้อยู่ในที่ทางอันเหมาะสมของตนเอง โดยอาศัยความสัมพันธ์ต่อกันของส่วนประกอบเหล่านั้น โดยที่จะไม่ขออ้างว่าได้พยายามพัฒนาความคิดอันสำคัญนี้ให้สมบูรณ์ ข้าพเจ้าจะลองเสนอเพียงข้อสังเกตทั่วไปบางประการ ซึ่งบางทีอาจจะช่วยให้ความคิดนี้กระจ่างชัดเจนขึ้นบ้าง และทำให้เราสามารถวินิจฉัยหลักการและโครงสร้างของรัฐบาลซึ่งวางแผนกันมาได้ถูกต้องยิ่งขึ้น

เพื่อที่จะปรากฏฐานอันเหมาะสมให้แก่การใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐบาลโดยแยกจากกันเป็นเอกเทศ ซึ่งเป็นสิ่งที่ทุกฝ่ายยอมรับร่วมกันพอสมควรว่าจำเป็นอย่างยิ่งต่อการธำรงรักษาเสรีภาพไว้นั้น ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าแต่ละฝ่ายควรมีเจตนารมณ์ของตน และดังนั้นการจัดองค์ประกอบของแต่ละฝ่ายจึงควรเป็นในลักษณะที่ให้สมาชิกของแต่ละฝ่ายนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องข้องในการแต่งตั้งสมาชิกของฝ่ายอื่นให้น้อยที่สุดเท่าที่จะน้อยได้ ถ้ายึดมั่นในหลักการนี้อย่างแข็งขัน ก็ย่อมหมายถึงว่าการแต่งตั้งคณะบริหารสูงสุดของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการทั้งปวง ควรจะต้องมาจากแหล่งแห่งสิทธิอำนาจเดียวกันอันได้แก่ประชาชน โดยผ่านช่องทางต่าง ๆ ซึ่งไม่สัมพันธ์กันแต่อย่างใดทั้งสิ้น บางทีในการปฏิบัติแผนการก่อตั้งฝ่ายต่าง ๆ ดังกล่าว จะทำได้ยากน้อยกว่าที่อาจคาดคิด อย่างไรก็ตามการดำเนินแผนการก็อาจจะยังมีความยุ่งยากและความสับสนเปลืองเพิ่มเติมนอกบางอย่าง ดังนั้นคงจะต้องยอมรับให้มีการเบี่ยงเบนไปจากหลักการข้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการก่อตั้งฝ่ายตุลาการ อาจจะไม่เหมาะสมที่ยื่นกรณตามหลักการนี้อย่างแข็งขัน เพราะประการแรก เนื่องจากคุณสมบัติพิเศษจึงจำเป็นยิ่งสำหรับสมาชิกฝ่ายนี้ ดังนั้น เกณฑ์การพิจารณาอันดับแรกควรอยู่ที่การเลือกสรรแบบวิธีการคัดเลือกให้หลักประกันอย่างดีที่สุดว่าจะได้คุณสมบัติเหล่านี้ ประการที่สอง เนื่องจากการแต่งตั้งฝ่ายนี้เป็นการแต่งตั้งโดยถาวร ดังนั้น ความรู้สึกที่ว่าต้องพึ่งพาขึ้นต่อสิทธิอำนาจซึ่งแต่งตั้งพวกเขาเข้ามาก็ย่อมจะถูกทำลายในไม่ช้า เป็นที่ประจักษ์ชัดไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันว่าในเรื่องค่าจ้างเงินเดือนตามตำแหน่งของตน สมาชิกของแต่ละฝ่ายควรจะพึ่งพาอาศัยสมาชิกฝ่ายต่าง ๆ ให้น้อยที่สุดเท่าที่จะน้อยได้ ถ้าหากหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือบรรดาผู้พิพากษาไม่เป็นอิสระจากสถานนิติบัญญัติในเรื่องนี้แล้ว ความเป็นอิสระของพวกเขาในเรื่องอื่น ๆ ทุกเรื่องก็จะเป็นแต่เพียงในนามเท่านั้น

แต่หลักประการอันยิ่งใหญ่ที่จะป้องกันการค่อย ๆ รวบอำนาจทั้งหลายเข้าไว้ในฝ่ายเดียวกันนั้น อยู่ที่การให้ผู้บริหารของแต่ละฝ่ายมีช่องทางที่จำเป็นตามรัฐธรรมนูญและแรงดลใจส่วนตัวที่จะต้านทานการรุกรานโดยฝ่ายอื่น ข้อกำหนดเพื่อป้องกันตัวในกรณีนี้ควรต้องทำไว้ให้เหมือนกรณีอื่น ๆ ทั้งปวงคือต้องให้ทัดเทียมกับอันตรายจากการถูกโจมตี ต้องใช้ความกล้าใหญ่ใฝ่สูงมาต่อต้านความกล้าใหญ่ใฝ่สูงกันเอง ผลประโยชน์ของมนุษย์จะต้องถูกเชื่อมโยงเข้ากับสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตำแหน่ง การที่กลไกดังกล่าวจำเป็นสำหรับควบคุมการใช้อำนาจไปในทางมิชอบของรัฐบาลนั้น อาจเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงธรรมชาติของมนุษย์นั่นเอง แต่ตัวรัฐบาลเองก็อะไรเล่าถ้าไม่ใช่การสะท้อนธรรมชาติของมนุษย์ที่ยิ่งใหญ่ที่สุด ถ้ามนุษย์เป็นเทวดาก็ไม่จำเป็นต้องมีรัฐบาล หรือถ้าเทวดามาปกครองมนุษย์ก็ไม่คงจำเป็นต้องมีการควบคุมรัฐบาลทั้งจากข้างในและจากข้างนอก ในการสร้างรัฐบาลที่มนุษย์เป็นผู้บริหารเห็นอมนุษย์ด้วยกันนั้น ความยากลำบากอันใหญ่หลวงอยู่ตรงนี้คือ ประการแรก ท่านต้องทำให้รัฐบาลสามารถควบคุมเพื่อที่อยู่

ใต้การปกครองได้เสียก่อน แล้วค่อยบังคับรัฐบาลให้ควบคุมตัวเองในการถัดไป ไม่ต้องสงสัยเลยว่าการศึกษาที่รัฐบาลต้องพึงพาอาศัยประชาชนนั้นเป็นตัวควบคุมรัฐบาลอันดับแรก แต่ประสบการณ์ก็ได้สอนมนุษยชาติว่า ยังจำเป็นต้องมีมาตรการป้องกันไว้ล่วงหน้าอื่น ๆ เพิ่มเติมอีก

นโยบายการเอาผลประโยชน์ที่ตรงข้ามและแก่งแย่งกันมาชดเชยการขาดแรงดลใจที่ดีกว่านี้อาจสืบสาวดูได้จากกิจกรรมของมนุษย์ทั่วทั้งระบบ ทั้งที่เป็นของเอกชนและของส่วนรวม นโยบายนี้ปรากฏให้เห็นเป็นพิเศษในการกระจายอำนาจชั้นรองทั้งมวลลงไป ซึ่งเป้าหมายที่คงที่ก็คือการแบ่งแยกและการจัดแจงตำแหน่งต่าง ๆ ในลักษณะที่ให้แต่ละตำแหน่งสามารถยับยั้งกันได้ คือให้ผลประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกบุคคลทุกคนเป็นตัวปกป้องสิทธิของส่วนรวม สิ่งประดิษฐ์อันสูงมรรอบคอบเหล่านี้ ย่อมจำเป็นสำหรับการกระจายอำนาจสูงสุดของรัฐบาลไม่น้อยไปกว่ากันเลย

แต่เป็นไปได้ที่จะให้แต่ละฝ่ายมีอำนาจที่จะป้องกันตัวเองเท่า ๆ กัน ในการปกครองแบบมหาชนรัฐ จำเป็นอยู่เองที่สิทธิอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ครอบงำ วิธีการแก้ไขข้อขัดแย้งข้อนี้ก็คือ แบ่งสถานิติบัญญัติออกเป็นหลายสภาเสีย แล้วกำหนดให้ใช้แบบวิธีการเลือกตั้งและหลักการดำเนินงานที่แตกต่างกันออกไป มีความเกี่ยวข้องน้อยที่สุดเท่าที่ธรรมชาติของหน้าที่ร่วมกันและการพึ่งพาสังคมซึ่งสภาดังกล่าวมีอยู่ร่วมกันจะยอมรับได้ ยังอาจจะมีอำนาจจำเป็นต้องวางมาตรการป้องกันล่วงหน้าอื่น ๆ เพื่อป้องกันการรุกรานที่อันตรายอีกโดยที่พลังของสิทธิอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติทำให้ควรมีการแบ่งแยกอำนาจนี้ออกไปอีกความอ่อนแอของฝ่ายบริหารก็อาจกำหนดในทางกลับกันให้ควรมีการเสริมความแข็งแกร่งให้กับฝ่ายนั้น เมื่อแรกพิจารณานั้นดูเหมือนว่าอำนาจยับยั้งมติของสถานิติบัญญัติได้อย่างเด็ดขาดจะเป็นเครื่องป้องกันตัวตามธรรมชาติที่หัวหน้าฝ่ายบริหารควรมี แต่บางทีแล้วการอาศัยแค่เครื่องป้องกันนี้ อย่างเดียวอาจจะไม่ปลอดภัยหรือเพียงพอ ในโอกาสปรกติอาจจะไม่มีการใช้มาตรการนี้ด้วยความหนักแน่นเท่าที่ควร และในโอกาสพิเศษก็อาจถูกใช้ไปในทางที่ผิดอย่างฉ้อฉล ข้อบกพร่องของอำนาจในการยับยั้ง มติได้อย่างเด็ดขาดนี้จะทดแทนด้วยการเชื่อมโยงฝ่ายที่อ่อนแอกว่าเข้ากับส่วนที่อ่อนแอกว่าของฝ่ายที่เข้มแข็งกว่า โดยมีเงื่อนไขบางอย่างไม่ได้หรือเพราะด้วยวิธีการดังกล่าว ฝ่ายหลังก็ถูกให้ชักจูงให้สนับสนุนสิทธิตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายแรก โดยไม่จำเป็นต้องแยกตนเองออกจากสิทธิของฝ่ายตนจนเกินไป”

การมีหรือใช้ระบบสองสภามีใช้เพื่อวัตถุประสงค์ถ่วงดุลกันของกฎหมายดังที่คนไทยคิดกันเมื่อก่อนหรือมิใช่เพื่อให้วุฒิสภำทำหน้าที่ตรวจสอบองค์กรอื่นหรือควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรอื่นอย่างที่มีผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่งเข้าใจกัน การมีวุฒิสภาก็เพื่อลดทอนอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรหรือสร้างกรอบหรือข้อจำกัดไม่ให้สภาผู้แทนราษฎรขยายขอบเขตอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในการใช้อำนาจขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยอื่น ซึ่งก็มักจะเป็นศาลยุติธรรมหรือเพิ่มอำนาจแก่ฝ่ายบริหารเพื่อมิให้ผลกระทบตามมาต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอาจต้องสูญเสียไปให้แก่อำนาจรัฐ

หากจะสังเกตให้ดีในบทความนี้ นักคิดชาวอเมริกันผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของมองเตสกีเออมาใช้ แต่ระบอบหรือรูปการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาแตกต่างกับระบอบรูปการปกครองที่มองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า ผู้นำฝ่ายบริหารเป็นพระมหากษัตริย์และสมาชิกสภาสูงหรือสภาขุนนางเป็นพวกขุนนาง เจ้าของที่ดิน นักบวชที่เป็นตำแหน่งสืบทอดกันมา ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มี จึงมีการปรับเปลี่ยนผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านี้เสียใหม่ โดยให้เป็นตำแหน่งที่มีระยะเวลาดำรงตำแหน่งและเพื่อให้ผู้ดำรงตำแหน่งเหล่านี้มีความเป็นอิสระจากกัน มิให้มีที่มาจากผู้เลือกกลุ่มเดียวกัน จึงกำหนดที่มาหรือใช้วิธีเลือกหรือแต่งตั้งที่แตกต่างกัน ดังเช่นกำหนดให้ประธานาธิบดีได้รับเลือกมาจากคณะผู้เลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน สภานิติบัญญัติของรัฐต่างๆ เป็นผู้เลือกสมาชิกวุฒิสภา ให้ประมุขฝ่ายบริหารเป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษาจากผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยใช้วิธีการสอบคัดเลือกเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม อันเป็นวิธีการคัดเลือกโดยประชาชนที่เป็นนามธรรมและได้บุคคลผู้มีความรู้ความสามารถที่ดีกว่าการแต่งตั้งที่มักจะเป็นไปในระบบอุปถัมภ์มากกว่าระบบคุณธรรม การใช้วิธีการหรือกระบวนการหาผู้ดำรงตำแหน่งที่แตกต่างกันดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้ได้บุคคลที่มีที่มาหลากหลายและใช้อำนาจอย่างอิสระต่างหากจากกัน เพราะจะได้บุคคลที่มีพื้นฐานที่มา แนวความคิด ประสบการณ์ และวิธีการทำงานแตกต่างกัน จึงทำให้เกิดระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันได้จริงและมีประสิทธิภาพ

ลักษณะการใช้อำนาจที่เป็นอิสระจากกันดังกล่าว จึงแตกต่างกับประเทศไทยใช้ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กับสมาชิกวุฒิสภา ที่อาศัยความแตกต่างเล็กน้อยด้วยการหาเสียงหรือแนะนำตัวหรือเขตเลือกตั้งใหญ่เล็กกว่ากันเท่านั้น ย่อมไม่อาจได้บุคคลคนละกลุ่มมาใช้อำนาจทั้งสองให้เป็นอิสระจากกันหรือการแต่งตั้งบุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยใช้กระบวนการสรรหาให้วุฒิสภาเลือก ก็จะได้บุคคลในกลุ่มเดียวกันเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่างๆ ทำให้การใช้อำนาจเป็นไปในทิศทางเดียวกัน อันเป็นการผิดหลักการแบ่งแยกอำนาจกับการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ

พอถึงระบบการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลปกครอง ซึ่งต้องสร้างความเข้มแข็งแก่องค์กรศาล เพราะศาลเป็นองค์กรที่อ่อนแอที่สุดเมื่อเทียบกับองค์กรอื่น และแทบจะไม่มีระบบการป้องกันตนจากการรุกล้ำหรือก้าวก่ายแทรกแซงจากองค์กรอื่นเลย เว้นแต่หลักการละเมิดอำนาจศาลซึ่งมีขอบเขตจำกัดมากไม่อาจขยายไปใช้กับการรุกล้ำหรือก้าวก่ายแทรกแซงโดยองค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติได้

ผลก็คือไม่ควรแยกศาลออกไปเป็นศาลต่าง ๆ ให้อ่อนแอลงไปอีกหรือหากจะแยกศาลไม่ว่าด้วยเหตุผล ส่วนตัวหรือผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มใด ก็ควรใช้ระบบสอบคัดเลือกที่จะทำให้บุคคลที่ได้รับคัดเลือก มีที่มาเดียวกันหรือใช้ระบบคัดเลือกอย่างเดียวกันหรือกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครใกล้เคียงกัน เพื่อมิให้ เมื่อเข้าไปดำรงตำแหน่งแล้วจะได้ไม่ใช้อำนาจศาลหักล้างทำลายกันเอง อันจะเป็นการทำลายอำนาจ ตุลาการเสียเองโดยไม่เกิดประโยชน์แก่ประชาชนหรือประเทศชาติโดยรวมหากจะเกิดประโยชน์ก็เป็น ประโยชน์แก่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งเท่านั้น กลายเป็นการทำลายระบบหรือโครงสร้างการปกครอง ในฝ่ายตุลาการลงโดยไม่เกิดประสิทธิภาพและผลดีแก่ประเทศชาติ สังคม หรือประชาชนโดยรวมเลย นอกจากผลประโยชน์ของคนกลุ่มหนึ่งก็เป็นผลประโยชน์เฉพาะกลุ่มที่ ที่จะได้รับประโยชน์จากการ เข้าดำรงตำแหน่งเหล่านี้จากการร่างรัฐธรรมนูญออกมาในรูปแบบนี้ ซึ่งมีจำนวนน้อยมาก

ในแนวคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในประเทศสหรัฐอเมริกา มิได้ต้องการให้เกิดการปกครอง โดยอาศัยเสียงข้างมาก ที่ถือว่าเป็นได้เพียงเผด็จการของคนกลุ่มหนึ่งพวกหนึ่งเท่านั้น เสียงข้างมาก มิใช่เป็นเสียงของประชาชนทั้งประเทศ ชาวอเมริกันมิได้ยึดถือเอาระบบเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง เป็นสภะ หรือเป็นที่มาของอำนาจรัฐทุกสิ่งดังที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยคิด ที่คิดว่าอำนาจ ขององค์กรที่สมาชิกได้รับเลือกจากประชาชนถือว่าเป็นความชอบธรรมที่เกิดได้ด้วยวิธีนี้วิธีการเดียว และถือว่ามีอำนาจสูงสุด ซึ่งแตกต่างกับวิธีคิดของชาวอเมริกันที่ถือว่าการเลือกตั้งจากประชาชน โดยตรงเป็นเพียงวิธีการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการออกกฎหมายโดยผ่านระบบผู้แทนเท่านั้น แต่ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอื่นไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการเช่นนี้ ความชอบธรรมในการเลือกบุคคลเข้า ดำรงตำแหน่งในองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยอาจเกิดได้โดยวิธีการอื่นแล้วแต่ความเหมาะสมและจำเป็น

นอกจากนี้นักคิดชาวอเมริกันยังคิดลึกซึ้งไปถึงสิทธิของเสียงข้างน้อยหรือการปกครองประเทศ ที่มีใช้เป็นการปกครองโดยเสียงข้างมากหรือเพื่อผลประโยชน์ของคนส่วนมากเท่านั้น จะต้องทำให้ เป็นการปกครองเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนทุกคนให้ได้หรือให้ได้มากที่สุด ซึ่งเจมส์ เมดิสัน ได้แสดงหลักการและวิธีการดำเนินการเลือกตั้งและการจัดโครงสร้างการปกครองเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมาย ดังกล่าวไว้ในบทความหมายเลขที่ ๕๑ ว่า

“ประการที่สอง ในมหาชนรัฐ เป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่ไม่เพียงแต่จะต้องป้องกันสังคมไม่ให้ถูก ผู้ปกครองกดขี่เท่านั้น หากแต่ยังต้องป้องกันส่วนหนึ่งของสังคมจากความอยุติธรรมของอีกส่วนหนึ่งด้วย ผลประโยชน์ซึ่งแตกต่างกันจำเป็นอยู่เองที่จะต้องดำรงอยู่ในพลเมืองต่างชนชั้นกัน ถ้าเสียงข้างมาก เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพราะผลประโยชน์ร่วมกันสิทธิของคนส่วนน้อยย่อมจะไม่มั่นคง มีวิธีการ ป้องกันสิ่งเลวร้ายนี้เพียงสองวิธีเท่านั้น วิธีหนึ่งโดยการสร้างเจตนารมณ์ที่เป็นอิสระจากคนส่วนใหญ่ขึ้น

ในประเทศนั้น นั่นคือเป็นอิสระจากสังคมเอง อีกวิธีหนึ่งโดยการทำให้สังคมประกอบด้วยพลเมืองประเภทต่าง ๆ แยกจากกันมากมายหลายประเภทจนถึงขนาดที่การรวมตัวกันอย่างไม่เที่ยงธรรมของคนส่วนใหญ่นั้นยากยิ่งที่จะเกิดขึ้นได้ ถ้าไม่ถึงกับปฏิบัติไม่ได้เอาเสียเลย วิธีการแรกนั้นใช้กันอย่างแพร่หลายในรัฐบาลทั้งปวงที่สิทธิอำนาจเป็นแบบสืบตระกูลหรือโดยการสถาปนาตนเอง แต่อย่างดีที่สุดนั้นก็เป็นที่ได้แก่หลักประกันที่ไม่แน่นอน เพราะอำนาจที่เป็นอิสระจากสังคมอาจสนับสนุนทรศนะที่ไม่ยุติธรรมของคนส่วนใหญ่พอ ๆ กับสิทธิที่ชอบธรรมของคนส่วนน้อยได้ และอาจจะหันมาต่อต้านทั้งสองฝ่ายก็เป็นได้ ส่วนวิธีการที่สองจะมีแบบอย่างปรากฏในสหพันธ์มหาชนรัฐแห่งสหรัฐ ในขณะที่สิทธิอำนาจทั้งปวงในระบบนี้จะมีที่มาจากสังคมและขึ้นต่อสังคม ตัวสังคมเองจะแตกแยกออกเป็นส่วนตัวต่าง ๆ เป็นผลประโยชน์และชั้นต่าง ๆ ของพลเมืองมากมายหลายหลากจนสิทธิของปัจเจกบุคคลหรือของคนส่วนน้อยจะตกอยู่ในอันตรายเพียงน้อยนิด จากการรวมตัวกันเพื่อผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ สำหรับการปกครองที่เสรีนั้น หลักประกันสิทธิทางการเมืองของพลเมืองจะต้องเป็นอย่างเดียวกับหลักประกันสิทธิทางศาสนา ในกรณีหนึ่งหลักประกันอยู่ที่ผลประโยชน์อันหลากหลาย และในอีกกรณีหนึ่งอยู่ที่นิยามอันหลากหลาย ความมั่นคงของหลักประกันในทั้งสองกรณีจะขึ้นอยู่กับจำนวนของผลประโยชน์และนิยาม และอาจกล่าวได้ว่าจำนวนดังกล่าวขึ้นอยู่กับขอบเขตของประเทศและจำนวนประชากรที่อยู่ภายใต้รัฐบาลเดียวกัน ทรศนะดังกล่าวในเรื่องนี้ย่อมเป็นการรับรองระบบสหพันธ์ที่เหมาะสมเป็นพิเศษต่อมิตรผู้สัจซื่อและเอื้ออาทรของรัฐบาลแบบมหาชนรัฐทุกคน เนื่องจากทรศนะนี้แสดงให้เห็นว่ายิ่งอาณาเขตของสหภาพถูกจัดให้อยู่ในรูปแบบสหพันธ์รัฐหรือรัฐต่าง ๆ ที่จำกัดแคบลงไปในส่วนใด การรวมตัวกันของคนส่วนใหญ่เพื่อการกดขี่ก็ยิ่งจะสะดวกมากขึ้นในส่วนเดียวกันนั้น ส่วนหลักประกันสิทธิของพลเมืองทุกชนชั้นที่ดีที่สุดภายใต้รูปแบบมหาชนรัฐจะลดลง และเพราะฉะนั้นเสถียรภาพและความเป็นอิสระของสมาชิกบางส่วนจากรัฐบาล อันเป็นหลักประกันอื่นอีกอย่างเดียวกัน ก็จะต้องถูกเพิ่มตามส่วนด้วย ความยุติธรรมคือเป้าหมายของรัฐบาล ความยุติธรรมคือเป้าหมายของสังคมการเมือง ความยุติธรรมเป็นสิ่งที่ถูกแสวงหาตลอดมาและจะถูกแสวงหาตลอดไป จนกว่าจะได้มาหรือจนกว่าจะสูญเสียเสรีภาพไปในการแสวงหาตนเอง ภายใต้รูปแบบของสังคมที่กลุ่มเฉพาะที่แข็งแกร่งกว่าสามารถรวมตัวกันกดขี่กลุ่มที่อ่อนแอกว่าได้ทุกเมื่อ นั้น อาจกล่าวได้ว่า อนาธิปไตยเป็นใหญ่เหมือนในสภาพธรรมชาติอย่างแน่แท้ อันเป็นภาวะที่ปัจเจกบุคคลผู้อ่อนแอกว่าไม่มีหลักประกันใดๆ ที่จะต่อต้านความรุนแรงของปัจเจกบุคคลผู้เข้มแข็งกว่า และเช่นเดียวกันในภาวะธรรมชาติที่แม้แต่ปัจเจกบุคคลที่เข้มแข็งกว่าก็ยังถูกระงับโดยสภาพอันไม่แน่นอนของตน ให้อยอมสวามิภักดิ์ต่อรัฐบาลที่จะปกป้องผู้อ่อนแอเช่นเดียวกับตนเอง ในทำนองเดียวกันในสภาพอนาธิปไตย กลุ่มเฉพาะหรือพรรคที่มีอำนาจมากกว่าก็จะค่อย ๆ ถูกชกด้วยแรงดลใจคล้าย ๆ กันให้

อยากได้รัฐบาลที่จะปกป้องพรรคทั้งปวง ทั้งพรรคที่อ่อนแอกว่าเหมือนๆ กับพรรคที่มีอำนาจมากกว่า แต่ไม่ต้องสงสัยเลยว่าถ้าหากโรคโอรแลนต์ถูกแยกออกจากสมาพันธ์รัฐให้อยู่เพียงลำพัง ความไม่มั่นคงของสิทธิภายใต้รูปแบบรัฐบาลของประชาชนในขอบเขตอันคับแคบขนาดนั้น ย่อมจะถูกแสดงออกมา โดยการกดขี่ครั้งแล้วครั้งเล่าของคนส่วนใหญ่ที่เป็นกลุ่มเฉพาะ จนกระทั่งในไม่ช้าก็จะมีเสียงเรียกร้องหาอำนาจอะไรบางอย่างที่เป็นอิสระจากประชาชนอย่างสิ้นเชิง ดังออกมาจากกลุ่มเฉพาะผู้ซึ่งการปกครองอันผิดพลาดของตนนั้นเองเป็นตัวพิสูจน์ถึงความจำเป็นของอำนาจดังกล่าว ส่วนในมหาชนรัฐที่ขยายตัวออกไปของสหรัฐ และท่ามกลางผลประโยชน์พรรคพวกและนิกายต่างๆ อันหลากหลายยิ่งภายในสังคมนั้น การรวมตัวของคนส่วนใหญ่ของทั่วทั้งสังคมบนพื้นฐานหลักการอื่นใดที่นอกเหนือไปจากหลักการแห่งความยุติธรรมและคุณประโยชน์ส่วนรวม จะเกิดขึ้นได้ยากมาก ในขณะที่เจตนารมณ์ของคนส่วนใหญ่เป็นอันตรายต่อคนส่วนน้อยน้อยลงเช่นนั้นก็ย่อมจะมีข้ออ้างน้อยลงด้วยในอันที่จะให้หลักประกันแก่คนส่วนน้อย โดยนำเอาเจตนารมณ์ที่ไม่ขึ้นต่อคนส่วนใหญ่เข้ามาในรัฐบาล หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือเจตนารมณ์ที่เป็นอิสระจากสังคมนั้นเอง แม้จะมีความเห็นในทำนองตรงกันข้ามซึ่งเคยยึดถือกันมาก็ตาม แต่เป็นเรื่องที่แน่นอนและมีความสำคัญพอๆ กันว่า สังคมยิ่งกว้างใหญ่เพียงใด ขอแต่ให้อยู่ในขอบเขตที่พอปฏิบัติได้แล้ว สังคมนั้นก็ยิ่งจะมีความสามารถในการปกครองตนเองอย่างเหมาะสมสูงขึ้นเพียงนั้น และก็เป็นเรื่องน่าพิศมัยสำหรับเป้าหมายแห่งมหาชนรัฐที่ขอบเขตที่พอปฏิบัติได้ อาจขยายออกไปได้กว้างขวางยิ่ง โดยอาศัยการปรับเปลี่ยนและผสมผสานหลักการสหพันธ์รัฐอย่างเหมาะสมนั่นเอง”

นอกจากนี้ มองเตสกีเออยังได้กล่าวถึงระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร อันเป็นรูปแบบว่าเหตุใดการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรกำหนดเป็นคราวๆ ไปและเป็นการเรียกประชุมโดยฝ่ายบริหารอันเป็นรูปธรรมที่ตกทอดมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญเกือบทุกประเทศ ได้แก่

“หากคณะนิติบัญญัติอยู่โดยไม่มีการประชุมในช่วงระยะเวลาานพอควร เสรีภาพก็จะมีอยู่ เพราะจะเกิดอย่างใดอย่างหนึ่งในสองอย่างคือจะไม่มีความเกี่ยวข้องกับนิติบัญญัติ และรัฐจะตกลงสู่สภาพอนาธิปไตย หรือมิฉะนั้นฝ่ายบริหารก็จะเป็นผู้ลงมติเกี่ยวกับนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสิทธิขาด

กรณีเป็นเรื่องไร้ประโยชน์ หากคณะนิติบัญญัติประชุมกันตลอดเวลา เพราะจะเป็นการไม่สะดวกสำหรับบรรดาตัวแทน และเป็นการเอางานไปให้ฝ่ายบริหารมากเกินไป ฝ่ายบริหารจะไม่คิดนำมติไปปฏิบัติ คิดแต่จะปกป้องอภิสิทธิ์ของตนในอันที่จะนำมติไปปฏิบัติ

ยิ่งกว่านั้น หากคณะนิติบัญญัติประชุมกันเนื่องๆ สิ่งที่จะเกิดขึ้นก็คือเขาจะทำกันก็แต่เพียงหาผู้แทนคนใหม่มาแทนผู้ที่กำลังจะตายและในกรณีเช่นนี้ หากคณะนิติบัญญัติเคยประพฤติเสื่อมเสียแล้วไซ้ร้ ความเลวร้ายนั้นย่อมจะไร้ทางเยียวยา ยามที่คณะนิติบัญญัติคณะต่างๆ ติดตามกันเข้ามาบรรดาประชาชนผู้มีความเห็นที่ไม่ดีงามเกี่ยวกับคณะนิติบัญญัติขณะนั้นก็จะเกิดความคาดหวังกับคณะใหม่ที่จะเข้ามาซึ่งก็มีเหตุผล แต่หากเป็นคณะเดียวกันตลอด เมื่อประชาชนเห็นว่าเมื่อคณะนี้ประพฤติเสื่อมเสียก็ย่อมจะไม่หวังอะไรอีกแล้วจากกฎหมายของคณะนี้ ประชาชนโกรธแค้นหรือมิฉะนั้นก็จะตกอยู่ในสภาพเฉื่อยชา”

ข้อความเหล่านี้แสดงให้เห็นการสร้างระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างหนึ่งโดยวิธีการจัดโครงสร้างและวิธีการทำงานให้ผสานกันโดยมีเป้าหมายให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกัน รวมทั้งต้องทำอะไรก็ตามเพื่อมิให้ประชาชนโกรธแค้นหรือเฉื่อยชา ซึ่งไม่เป็นผลดีกับระบอบประชาธิปไตยทั้งสิ้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงต้องกำหนดสมัยประชุมของสภาเป็นช่วงเวลามิใช่ประชุมกันได้ตลอดเวลา และการกำหนดสมัยประชุมแต่ละครั้งต้องมีเวลานานเพียงพอที่รัฐสภาจะทำงานของตนสำเร็จผลได้มองเตสกีเอากล่าวต่อไปว่า

“คณะนิติบัญญัติจะต้องไม่ประชุมเอง ทั้งนี้เพราะคณะบุคคลจะมีเจตจำนงได้ก็เมื่อได้ประชุมกัน และหากเขาไม่ร่วมประชุมพร้อมหน้ากัน เราก็มีอาจบอกได้ว่าส่วนไหนคือคณะนิติบัญญัติแท้จริง ส่วนที่ประชุมหรือส่วนที่จะไม่ประชุม หากคณะนิติบัญญัติมีสิทธิที่จะเลือกสมัยประชุม อันจะเป็นภัยในกรณีที่คณะนิติบัญญัติประสงค์จะปองร้ายต่อฝ่ายบริหาร นอกจากนั้นมีเวลาบางเวลาที่เหมาะสมกว่าเวลาอื่นสำหรับการประชุมคณะนิติบัญญัติ จึงควรที่ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้กำหนดเวลาและความยาวนานของการประชุมนี้ตามสภาพการณ์ซึ่งตนรู้ดี

หากอำนาจบริหารไม่มีสิทธิหยุดยั้งกิจการของคณะนิติบัญญัติแล้วไซ้ร้ คณะนิติบัญญัติย่อมจะเป็นเผด็จการ ทั้งนี้เมื่อเขาอาจให้อำนาจตนเองทุกอย่างสุดแต่จะจินตนาการได้ เขาก็ย่อมจะทำลายอำนาจอื่นให้สูญสิ้นไป”

มองเตสกีเออใช้การให้ฝ่ายบริหารมีสิทธิยับยั้งการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการจำกัดว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะใช้อำนาจได้ต่อเมื่อมีการประชุม และฝ่ายบริหารมีสิทธิกำหนดเวลาและความยาวนานของการประชุมได้ วิธีการเช่นนี้ก็เกิดจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษที่เริ่มจากพระมหากษัตริย์เรียกบุคคลที่อ้างว่าได้เป็นผู้แทนท้องถิ่นเข้าประชุม เพื่อให้พิจารณาให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการเก็บภาษีบ้าง ถวายเงินบ้าง วิธีการดังกล่าวเป็นแนวทางหนึ่งที่ทำให้เกิดสภาสามัญหรือสภาผู้แทนราษฎร ต่อมาเมื่อมีการกำหนดสมัยประชุมเป็นช่วงระยะเวลาไว้นั่นเองในรัฐธรรมนูญแล้ว

ฝ่ายบริหารก็อาจเป็นผู้ออกประกาศเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา ๑๖๓ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาทั้งสองสภารวมกันหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภามีสิทธิเข้าชื่อร้องขอให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อมีพระบรมราชโองการประกาศเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญได้

คำร้องขอดังกล่าวในวรรคหนึ่งให้ยื่นต่อประธานรัฐสภา

ให้ประธานรัฐสภานำความกราบบังคมทูลและลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

มาตรา ๑๖๔ ภายใต้บังคับมาตรา ๑๖๓ การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภาให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา

อำนาจการออกพระราชกฤษฎีกาเป็นอำนาจที่อยู่ในหมวดของคณะรัฐมนตรีคือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๑ ที่บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย” การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเช่นนี้ก็เพราะเป็นส่วนหนึ่งของระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ โดยเหตุผลดังมองเตสกีเอากล่าวไว้นั่นเอง

การตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ฝ่ายบริหารควรมีต่อฝ่ายนิติบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่โดยตรงของฝ่ายนิติบัญญัติก็คือการตรากฎหมาย ดังมองเตสกีเอากล่าวว่า

“อำนาจบริหารดังได้กล่าวมาแล้ว ควรต้องมีส่วนในการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ความสามารถ ขัดขวาง มิฉะนั้นแล้วอำนาจบริหารจะหมดสิ้นซึ่งอภิสิทธิ์ต่าง ๆ ในไม่ช้า แต่หากอำนาจนิติบัญญัติเข้าไปในส่วนบริหารแล้วไซ้ อำนาจบริหารย่อมนจะย่อยยับลงเช่นกัน หากพระมหากษัตริย์เข้าไปมีส่วนในการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ความสามารถในการสั่งการเสรีภาพก็จะมี แต่เนื่องจากถึงอย่างไรพระมหากษัตริย์ก็ต้องมีส่วนในการบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องพระองค์เอง พระองค์ก็ควรเข้ามามีส่วนในเรื่องนี้คือมีความสามารถในการขัดขวาง”

กรณีจะเห็นได้ว่าหลักการสร้างดุลยภาพของอำนาจทั้งสามมีวิธีการใช้ต้องเหมาะสมแก่ความจำเป็น และจะต้องไม่ถึงเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจกับอีกฝ่ายหนึ่ง มองเตสกีเอากล่าวว่า ในกรณีการปกครองแบบอังกฤษ พระมหากษัตริย์หรือฝ่ายบริหารควรมีพระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายเท่านั้น ไม่ควรมีพระราชอำนาจในการสั่งให้ออกกฎหมายตามพระราชประสงค์อย่างใดก็ได้ หรือออกกฎหมายที่เทียบเท่ากับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ซึ่งประเทศไทยก็ใช้ตามแนวทางของมองเตสกีเออในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คือ

มาตรา ๕๓ ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นจากรัฐสภา เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

มาตรา ๕๔ ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวันให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว

ความจริงพระราชอำนาจในการยับยั้งกฎหมายของพระมหากษัตริย์นับเป็นกระบวนการสำคัญที่สุดประการหนึ่งของระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นกรณีจำเป็นอย่างมากในการปกครองของประเทศไทยที่ปกติฝ่ายบริหารกับฝ่ายข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรเป็นพวกเดียวกัน อันเป็นการผิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ การใช้พระราชอำนาจยับยั้งดังกล่าวก็เป็นเพียงพระมหากษัตริย์ทรงเตือนฝ่ายนิติบัญญัติให้ทำงานโดยรอบคอบ คำนึงถึงผลประโยชน์ของประชาชนโดยรวมและประเทศชาติเท่านั้น หากใช่เป็นการล้มล้างทำลายทำให้เสื่อมเสียแก่รัฐสภาหรือรัฐบาล แต่การออกกฎหมายโดยไม่รอบคอบและไม่ถูกต้องไม่เหมาะสมและไม่สมบูรณ์ต่างหากที่จะเป็นผลร้ายแก่รัฐสภาประชาชน และประเทศชาติ ไม่มีคนไทยผู้ใดที่จะได้รับประโยชน์จากความบกพร่องผิดพลาดและไม่สมบูรณ์นี้ อย่างแท้จริงเลย

พระราชอำนาจดังกล่าวเป็นพระราชอำนาจในเชิงสนับสนุนให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาถูกต้องสมบูรณ์มากที่สุด การใช้พระราชอำนาจเช่นนี้ในปัจจุบันหาใช่ปกป้องพระองค์เองอย่างในสมัยอดีตของประเทศอังกฤษแต่อย่างใด เพราะพระมหากษัตริย์ไทยในปัจจุบันแทบไม่มีผลประโยชน์ใดที่จะทรงปกป้องทรงวางพระองค์เป็นกลางเหนือความขัดแย้งทางการเมือง อุทิศพระองค์เพื่อประโยชน์สุขของอาณาประชาราษฎร์ พระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายของพระองค์นอกจากจะเป็นกลไกสำคัญของระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจต่อรัฐสภาแล้ว ยังเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าระบบตรวจสอบและ

ถ่วงดุลหรือคานอำนาจด้วยพระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายมีแต่คุณูปการแก่รัฐสภา และเป็นการนำ ส่วนดีของการปกครองแบบผสมมาใช้ผสมผสานกับการปกครองประเทศให้เดินไปข้างหน้าและ อย่างถูกต้องและมั่นคง

ความพยายามสร้างกระแสกดดันก็ดี ความพยายามไม่ยอมรับให้มีการใช้พระราชอำนาจเช่นนี้ก็ดี การอ้างว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เป็นเพียงตรายางก็ดี เป็นการขาดความเข้าใจหลักการ ปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ถือเป็นแก่นหรือหัวใจของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตามความหมายปัจจุบันอย่างร้ายแรงที่สุด และเป็นแนวความคิดที่ยึดติดกับระบอบอำนาจนิยม อย่างฝังหัวของคนไทยบางกลุ่ม ทั้งที่ในต่างประเทศการยับยั้งกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นการคานอำนาจกัน ระหว่างฝ่ายบริหารที่เสนอกฎหมายเข้าไปหรือฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมา โดยไม่ตรงตามความประสงค์ ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายบริหารยอมรับแนวทางตามกฎหมายนั้นไม่ได้ ฝ่ายบริหารก็จะใช้อำนาจยับยั้งกฎหมาย ดังกล่าวตอบโต้ฝ่ายนิติบัญญัติ แม้แนวทางการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการปกป้องฝ่ายบริหารเอง ซึ่งแตกต่าง ไปจากพระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายของประเทศไทยก็ตาม ก็ยังถือว่าเป็นเรื่องปกติที่จะต้องเกิดขึ้นใน การปกครองแบบประชาธิปไตย ในทางตรงกันข้ามการยับยั้งกฎหมายย่อมถือเป็นเรื่องผิดปกติหากจะ เกิดขึ้นในการปกครองระบอบเผด็จการ

สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติควรมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายบริหารขนาดไหน มองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า

“ทว่าอำนาจนิติบัญญัติก็ไม่ควรมีความสามารถที่จะหยุดยั้งอำนาจบริหารเช่นกัน ทั้งนี้ ในเมื่อ การบริหารมีขอบเขตจำกัดอยู่แล้วตามลักษณะในตัวของมัน จึงไม่จำเป็นต้องวางขอบเขต นอกจากนั้น อำนาจบริหารยังใช้กับเรื่องปัจจุบันทันด่วนอยู่เสมอ ทั้งอำนาจบริหารของผู้บริหารโรมก็เป็นสิ่งชั่วร้าย ในแง่ที่อำนาจนั้นหยุดยั้งได้ไม่เพียงแต่การบัญญัติกฎหมายเท่านั้น แต่แม้กระทั่งการบริหารเอง อันก่อให้เกิด ความเลวร้ายใหญ่โต

แต่ในรัฐเสรี หากอำนาจนิติบัญญัติไม่ควรจะมีสิทธิหยุดยั้งอำนาจบริหาร แต่อำนาจดังกล่าวก็มี สิทธิและควรมีความสามารถและตรวจสอบว่ากฎหมายที่ตนบัญญัติขึ้นมาถูกนำไปปฏิบัติในลักษณะใด”

มองเตสกีเออเห็นว่า อำนาจยับยั้งหรือความสามารถในการขัดขวางหรืออำนาจในเชิงลบ หรือนิเสธของฝ่ายบริหารไม่ควรถึงขนาดยับยั้งไม่ให้มีการออกกฎหมายเลย ดังเช่นการปกครองแบบโรมัน ฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่ควรมีอำนาจยับยั้งการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรงเช่นกัน ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจ เพียงการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายที่ตนบัญญัติขึ้นเท่านั้น ซึ่งเป็นที่มาของระบบกรรมวิธีการ ของระบบรัฐสภาเพื่อติดตามการปฏิบัติของฝ่ายบริหารแล้วออกกฎหมายมาแก้ไขดังกล่าว ความหมายของอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินจึงมิใช่แนวทางของมองเตสกีเออ และ อย่างไรก็ตามจะต้องไม่ถึงขนาดเข้าไปยับยั้งการใช้อำนาจฝ่ายบริหารได้โดยตรง

การใช้อำนาจนิติบัญญัติตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจบริหารตามแนวทางของมองเตสกีเออ จะไม่ถึงขนาดฝ่ายบริหารต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาเพื่อลงมติความไว้วางใจ ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบ ต่อนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา หรือการเปิดอภิปรายทั่วไป ฯ รวมทั้งการตอบโต้ของฝ่ายบริหาร โดยการยุบสภาที่ดี โดยมองเตสกีเออไม่ได้ให้ความเห็นไว้ ซึ่งมองเตสกีเอออาจจะไม่เห็นด้วยหรืออาจจะ ไม่มีการพัฒนาออกมาเป็นระบบชัดเจนในสมัยของมองเตสกีเออ เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกา นำแนวทาง ของมองเตสกีเออไปใช้ ระบบที่กล่าวถึงจึงไม่มีการนำไปใช้เช่นกัน ระบบเหล่านี้จึงถือว่าเป็นระบบรัฐสภา ของอังกฤษมิใช่ระบบของประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวมาข้างต้น แม้ประเทศอังกฤษ แนวความคิดของมองเตสกีเออและรัฐธรรมนูญของ ประเทศสหรัฐอเมริกา จะยอมรับในหลักการแบ่งแยกอำนาจและระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ โดยแบ่งแยกอำนาจและองค์กรหลักแห่งรัฐในการใช้อำนาจเป็นอิสระสามฝ่ายแยกจากกันเป็นเอกเทศ และมีการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจโดยไม่เป็นการเข้าไปทำลายความเป็นอิสระหรือก้าวก่าย แทรกแซงครอบงำอีกฝ่ายหนึ่งจนสูญเสียความเป็นอิสระไปก็ตาม แต่ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือ คานอำนาจของประเทศอังกฤษในภายหลังและแนวทางของมองเตสกีเออกับประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ต่างกัน

แม้แต่ประเทศฝรั่งเศสก็ยอมรับในหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออมาโดยตลอด ดังปรากฏตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง พุทธศักราช ๒๓๓๒ DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN) ซึ่งมีอารัมภบทยอมรับในหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ และทั้งหมดถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ โดยรับรองไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส พุทธศักราช ๒๕๐๑ หรือรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้าของประเทศฝรั่งเศสได้ยอมรับไว้ ในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวก็จัดแบ่งแยกอำนาจและองค์กรใช้อำนาจก็เป็นไปตาม หลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยเริ่มจากประธานาธิบดี รัฐบาล รัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ตุลาการรัฐธรรมนูญ อำนาจตุลาการ สภาเศรษฐกิจและสังคมที่มีลักษณะเป็นองค์กรที่ปรึกษา หน่วยงานบริหารของรัฐ และประชาคม โดยลักษณะการแบ่งแยกอำนาจก็ยังคงไม่ทิ้งหลักการแบ่งแยก อำนาจ แต่เนื่องจากก่อนหน้านี้ ประเทศฝรั่งเศสประสบปัญหาการขยายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ก้าวก่ายเข้าไปในการใช้อำนาจขององค์กรอื่น โดยเฉพาะฝ่ายบริหารค่อนข้างมาก อันแสดงว่าระบบ การตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่เลียนแบบระบบรัฐสภาของอังกฤษมากกว่าระบบประธานาธิบดี ของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นเพื่อสร้างความสมดุลขององค์กรอื่นนอกจากจะเพิ่มอำนาจแก่ประธานาธิบดี มากขึ้น จัดการตรวจสอบและถ่วงดุลโดยใช้สองสภา เพื่อจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายรัฐสภาลงไปอีก เพื่อให้การใช้อำนาจแห่งรัฐเกิดความสมดุลกัน จึงมีการจำกัดอำนาจในการออกกฎหมายของรัฐสภา

โดยให้รัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายเท่าที่ระบุไว้ในมาตรา ๓๕ เท่านั้น และมีมาตรา ๓๗ บัญญัติไว้ว่า นอกจากที่ระบุว่าเป็นอำนาจออกกฎหมายของรัฐสภาแล้ว ถือว่าเป็นลักษณะกฎข้อบังคับหรือกฎหมายของฝ่ายอื่น ที่สามารถออกได้ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองจากกฎหมายของฝ่ายรัฐสภา ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่นจึงสามารถออกได้เองตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายของฝ่ายรัฐสภาให้อำนาจไว้

ลักษณะการแก้ปัญหาด้วยวิธีการดังกล่าว เป็นปัญหาว่าถือว่าเป็นระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจหรือไม่ เพราะเท่ากับเป็นการเข้าไปแบ่งอำนาจนิติบัญญัติออกเป็นสองส่วน มิได้สร้างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลให้เสมอกัน และค่อนข้างจะมีปัญหากับบทบัญญัติมาตรา ๓ ที่ว่า อำนาจอธิปไตยแห่งชาติเป็นของปวงชน ซึ่งใช้อำนาจทางผู้แทนราษฎรและโดยการออกเสียงประชามติ เพราะจะมีปัญหากฎหมายที่มีได้ออกโดยสภาผู้แทนราษฎร จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจประชาธิปไตยของปวงชนได้อย่างไร แต่บทสรุปของการจัดโครงสร้างการปกครองของประเทศฝรั่งเศสเช่นนี้ ก็เหมือนย้อนกลับไปสู่การปกครองของประเทศอังกฤษในยุคมองเตสกีเอที่อำนาจบริหารยังอยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อยู่มาก ประธานาธิบดีของฝรั่งเศสก็มีอำนาจไม่ค่อยจะแตกต่างกับพระมหากษัตริย์อังกฤษในสมัยนั้นมากนัก เพียงแต่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสดังกล่าวมีองค์กรใหม่ๆ แปลกๆ เพิ่มขึ้นเท่านั้น แต่องค์กรที่เพิ่มขึ้นมาก็เป็นเพียงใช้อำนาจปลีกย่อยหรืออำนาจส่วนเกิน (RESIDUAL POWERS) เท่านั้น ให้อำนาจหลักขององค์กรหลักแห่งรัฐไม่

พัฒนาการของระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจเป็นลักษณะพิเศษของวัฒนธรรมประเพณีของชาวอังกฤษที่มักจะไม่ทำอะไรที่เป็นการหักล้างทำลายซึ่งกันและกันและหักหาญกันเองโดยตรง ชาวอังกฤษจะใช้วิธีอื่นโดยอ้อมที่จะป้องกันมิให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจโดยมิชอบ และลดทอนโอกาสที่จะให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจโดยมิชอบ ดังจะเห็นเค้าของระบบนี้ได้ตั้งแต่ในมหากฎบัตร (MAGNA CARTA) ที่ตั้งกลไกทางการปกครองประจำขึ้นมาเพื่อคอยตรวจสอบดูแลมิให้พระมหากษัตริย์ละเมิดข้อตกลงในมหากฎบัตร เป็นรูปคณะกรรมการที่ประกอบด้วยขุนนางระดับบารอนยี่สิบห้าคน แต่คณะกรรมการดังกล่าวไม่อาจจับกุมหรือควบคุมพระมหากษัตริย์โดยตรงหรือเพิกถอนการกระทำของพระมหากษัตริย์ไม่ได้ หรือถอดถอนพระมหากษัตริย์ไม่ได้ ที่จะกลายเป็นว่าคณะกรรมการมีสถานะเหนือกว่าพระมหากษัตริย์ คณะกรรมการมีอำนาจแต่เพียงยึดปราสาทราชวังไว้และพระราชสมบัติต่างๆ ไว้ได้เท่านั้น เป็นต้น จนกว่าพระมหากษัตริย์จะทรงแก้ไขให้เป็นไปตามที่ตกลงไว้ ซึ่งระบบดังกล่าวก็ยังถือว่าเป็นการตอบโต้การกระทำมิชอบด้วยการกระทำที่มิชอบ แม้ว่าจรรยาบรรณน้อยกว่าก็ตาม ก็เป็นต้นแบบวิธีการที่จะมีวิวัฒนาการต่อมาเป็นวิธีการซึ่งรุนแรงน้อยกว่าและเป็นไปในลักษณะทางอ้อมกว่า นั่นก็คือระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจตามที่ปรากฏ

ในแนวทางที่มองเตสกีเอากล่าวไว้ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการดังกล่าวก็มิได้มีกรณีต้องใช้จริงและมีกรรณคดีโดยไม่มีปรากฏในคำประกาศปีพุทธศักราช ๑๗๖๘

หากเทียบระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันแล้ว ก็คงต้องถือว่าประเทศสหรัฐอเมริกา**มีระบบที่สมดุลดีที่สุดใน** แม้จะใช้เก่าแก่มานานกว่าสองร้อยปีแล้วก็ตาม ซึ่งระบบดังกล่าวนี้มีอิทธิพลอย่างมากในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นและรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมัน เพียงแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นมีกลไกอายุระบบรัฐสภาอังกฤษอยู่มาก เพราะเป็นระบบที่จำกัดพระราชอำนาจพระจักรพรรดิได้ดีที่สุด รัฐธรรมนูญทั้งสองประเทศนี้ก็ประสบผลสำเร็จเป็นอย่างมาก กรณีอาจเป็นเพราะประเทศสหรัฐอเมริกามีนักคิดชั้นยอดแท้จริงที่สามารถวิเคราะห์และทำความเข้าใจโครงสร้างการปกครองตามแนวทางของมองเตสกีเอได้อย่างลึกซึ้ง จึงสามารถนำหลักการและระบบตามแนวความคิดของมองเตสกีเอมาปรับใช้ได้เป็นอย่างดีที่สุด ซึ่งหากจะกล่าวกันแล้วรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมันก็ถือว่าเป็นเพียงกฎหมายพื้นฐาน (BASIC LAW) เท่านั้นจะต้องมีการร่างรัฐธรรมนูญกันใหม่ แต่เมื่อมีการใช้อย่างได้ผลก็เลยมีการใช้สืบต่อมาจนถึงปัจจุบัน

ความสำเร็จของระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของระบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษอาจถือว่าประสบความสำเร็จในประเทศตนอย่างสูงก็ตาม แต่ก็ยังเป็นระบบที่พัฒนาไปตามสภาพสิ่งแวดล้อมวัฒนธรรมประเพณี สังคม และกฎหมายของชาวอังกฤษเองที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัวยากที่จะมีประเทศใดนำระบบนี้ไปใช้ได้ประสบความสำเร็จเทียบเท่า เพราะระบบรัฐสภาของอังกฤษเป็นดังที่ ดร.ชุนยัตเซ็นได้ศึกษาวิเคราะห์โครงสร้างการปกครองและได้กล่าวไว้ในหนังสือ **ลัทธิไตรประชาและรัฐธรรมนูญ ๕** อำนาจของ ดร.ชุนยัตเซ็น แปลโดย ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ พิมพ์ครั้งที่ ๒ พุทธศักราช ๒๕๓๒ หน้า ๑๖๔ ว่า “ในระยะแรกอังกฤษแยกอำนาจการปกครองออกเป็นรูปแบบสามอำนาจก็จริงอยู่ แต่เนื่องด้วยพรรคการเมืองของอังกฤษเจริญรุ่งเรืองขึ้นเรื่องการแบ่งอำนาจการปกครองก็เปลี่ยนแปลงไปจนกลายเป็นการปกครองแบบอำนาจเดียว ปัจจุบันนี้ระบบการปกครองของอังกฤษอยู่ในรูปเผด็จการโดยการพรรคการเมืองเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งจึงเท่ากับพรรคการเมืองเป็นผู้บริหารประเทศ”

ประเทศไทยนับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศในปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ เป็นต้นมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ยังไม่มีผู้ใดศึกษาวิเคราะห์โครงสร้างการปกครองตามแนวทางของมองเตสกีเอ โครงสร้างการปกครองตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา และโครงสร้างการปกครองตามแนวทางของประเทศอังกฤษอย่างถูกต้องจริงจังมาก่อนเลย มีการรับอิทธิพลแนวความคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจของอังกฤษมาใช้ โดยเข้าใจว่าเป็นระบบที่ใช้ได้กับการปกครองประเทศแบบราชาอาณาจักรได้ตรงกัน มิได้ศึกษาวิเคราะห์ให้ถึงแก่นของหลักการและโครงสร้างการปกครองของมองเตสกีเออย่าง

แท้จริง และเข้าใจกันว่าระบบและโครงสร้างการปกครองประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ได้กับรูปการปกครองแบบประธานาธิบดีเท่านั้น โดยไม่เข้าใจเลยว่าเป็นเพียงโครงสร้างที่ปรับมาจากระบอบราชาธิปไตยของมองเตสกีเออ ประกอบกับหากใช้ตามแนวทางของมองเตสกีเออดังกล่าว พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็จะทรงมีมากขึ้นอาจจะกลายเป็นการย้อนกลับไปเป็นการปกครองที่พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจมากแบบสมัยก่อนหรือมิฉะนั้นก็อาจเป็นการปฏิรูปการปกครองครั้งใหญ่เกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งยังต้องอาศัยการศึกษาวิเคราะห์ทำความเข้าใจและต้องรอพัฒนาการอีกระดับหนึ่ง คงไม่ค่อยเป็นที่สบอารมณ์ของผู้ที่ต้องการความเปลี่ยนแปลงชั่วข้ามคืน แนวทางตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ (SEPARATION OF FUNCTIONS) จึงอุบัติขึ้น

หลักการแบ่งแยกหน้าที่เป็นหลักการที่เกิดจากความไม่เข้าใจในหลักการและโครงสร้างการปกครองของมองเตสกีเออเลย จึงทักทักกันเองในกลุ่มที่ต่างไม่เข้าใจด้วยกันโดยเฉพาะในกลุ่มนักวิชาการที่อ้างว่าเป็นนักวิชาการกฎหมายมหาชน มีการยกเอาความคิดเห็นของชาวต่างประเทศที่ไม่เข้าใจหลักการและโครงสร้างของมองเตสกีเอออย่างถูกต้องเช่นกันมาปะติดปะต่อกันว่า มองเตสกีเออไม่อยู่กับร่องกับรอยบางครั้งก็ว่ามีสามอำนาจ บางครั้งก็ว่ามีสองอำนาจ โดยไม่มีอำนาจตุลาการของศาลแต่อย่างใดบ้าง มองเตสกีเออเข้าใจระบบและโครงสร้างการปกครองของอังกฤษผิดพลาด ประเทศอังกฤษสมัยนั้นมีได้มีการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามอำนาจเด็ดขาดชัดเจนดังมองเตสกีเออกล่าวไว้ อำนาจตุลาการของศาลเป็นอำนาจบริหารอย่างหนึ่งหรืออำนาจเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอย่างหนึ่งไม่แตกต่างจากอำนาจบริหารหรือมองเตสกีเออมิได้ยกเอาระบบคณะรัฐมนตรี อันเป็นระบบสำคัญในโครงสร้างการปกครองของประเทศอังกฤษขึ้นมากล่าวด้วยบ้าง

หรืออำนาจอธิปไตยมีลักษณะสำคัญประการหนึ่งคือแบ่งแยกไม่ได้ (INDIVISIBILITY) มีอำนาจเป็นหน่วยเดียว จึงแบ่งอำนาจอธิปไตยเป็นสามอำนาจดังมองเตสกีเออกล่าวไม่ได้บ้าง อันเป็นการมองอำนาจอธิปไตยเปรียบเสมือนก้อนหินหนึ่งก้อนเป็นเนื้อเดียวกัน การแบ่งแยกเป็นสามอำนาจก็เปรียบเสมือนทุบก้อนหินให้แตกเป็นสามก้อน ซึ่งอย่างไรก็เป็นก้อนหินเท่ากับทำลายก้อนหินก้อนนั้นให้แตกเป็นสามเสี่ยง ย่อมไม่ถือว่าเป็นก้อนหินก้อนเดียวเหมือนเดิม แต่ความจริงแล้ว ความหมายแบ่งแยกไม่ได้ที่ว่าอำนาจต้องเป็นหน่วยเดียวก็เปรียบเสมือนเป็นบ้านหนึ่งหลังที่ประกอบด้วยรากฐานและโครงสร้าง พื้นและผนังบ้าน และหลังคารวมกันเป็นบ้านหนึ่งเดียว หากแบ่งแยกผนังออกก็ย่อมไม่เป็นบ้าน ไม่มีรากฐานบ้านก็อยู่ไม่ได้ ไม่มีหลังคาที่ย่อมอยู่ไม่ได้ อำนาจอธิปไตยที่ว่าแบ่งแยกไม่ได้ก็เช่นเดียวกันการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามอำนาจเป็นลักษณะประเภทของอำนาจที่แตกต่างกันเท่านั้น ที่ว่าแบ่งแยกไม่ได้ก็หมายความว่าหากเสียเอกราชทางศาลให้แก่ต่างประเทศก็ถือว่าเสียอำนาจอธิปไตยของประเทศ อีกความหมายหนึ่งของการแบ่งแยกไม่ได้ก็คือแต่ละอำนาจ

ดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นแบ่งแยกการใช้ภายในเป็นกิ่งกักรก็ตาม แต่รวมกันแล้วต้องครอบคลุมภายในอาณาเขตของรัฐนั้น หากครอบคลุมไม่ทั่วถึงเช่นมีบางท้องที่ซึ่งกฎหมายหรืออยู่ในอำนาจของประเทศอื่น โดยเฉพาะ (คนละเรื่องกับหลักกฎหมายขัดกัน) หรืออยู่ภายใต้การยึดครองของรัฐอื่น เท่ากับมีการแบ่งแยกออกไป ย่อมไม่ถือว่ามิอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนนั้น ดังเช่นอาณาเขตของสถานทูต เป็นต้น

อำนาจนิติบัญญัติก็เปรียบเสมือนรากฐานหรือโครงสร้าง หากเป็นสังคมดั้งเดิมอยู่ตามถ้ำหรือปลูกเพิงพักอาศัยกัน รากฐานหรือโครงสร้างหรืออำนาจนิติบัญญัติก็มีขึ้นเป็นสิ่งสำคัญ จะอยู่กับใครและใช้อย่างไรก็ไม่มีผลอะไรต่อความเป็นอยู่ของคนในสังคมนั้นนักเพราะเป็นสังคมขนาดเล็ก แต่ในรัฐสมัยใหม่ก็เปรียบเสมือนตึกขนาดใหญ่ที่มีคนอาศัยอยู่มาก ความจำเป็นและสำคัญที่จะต้องมียากฐานและโครงสร้างที่ดีและมีผู้สร้างที่เชี่ยวชาญ มีคุณภาพและประสิทธิภาพสูง

อำนาจบริหารก็เปรียบเสมือนพื้นและผนังบ้าน หากเป็นสังคมโบราณก็เหมือนอาศัยโพรงถ้ำเป็นพื้นและผนังหรือปลูกเพิงอาศัยติดพื้นเป็นหลังเล็ก ๆ อาศัยร่วมกันโดยไม่แบ่งแยกห้อง ความจำเป็นที่ต้องอาศัยพื้นไม้ ปูนซีเมนต์ หิน วัสดุกันห้องที่มีคุณภาพ ประดู หน้าต่างที่เหมาะสมย่อมไม่มี แต่ยิ่งในสังคมสลับซับซ้อนและเป็นที่อยู่ของคนหมู่มาก ย่อมจำเป็นอยู่เองที่ต้องมีการบำรุงรักษาหรือปรับเปลี่ยนการกันห้อง ประดู หน้าต่างเสียใหม่โดยอาจใช้วัสดุหรือปรับแก้แบบเสียใหม่ให้เหมาะสมแก่คุณภาพและจำนวนผู้อยู่อาศัย จำเป็นต้องอาศัยผู้ก่อสร้างที่มีวิสัยทัศน์ มีความสามารถสูง และประสิทธิภาพสูงที่จะใช้โครงสร้างที่มีและสิ่งของขาดแคลนให้บรรลุผลประโยชน์สูงสุดแก่เจ้าของหรือผู้อยู่อาศัย

อำนาจตุลาการก็เปรียบเสมือนหลังคาที่ขาดเสียแล้วย่อมไม่มีที่คุ้มแดดคุ้มฝนและน้ำค้าง ทำให้เกิดความร่มเย็นแก่ผู้อยู่อาศัย ผนังหรือพื้นเป็นรูโหว่ ผู้คนที่อาศัยอยู่ก็พอจะอยู่กันอย่างเป็นปกติสุขได้ แต่หากหลังคาโหว่พอเกิดเภทภัยก็เหมือนฝนตกพายุสาหัสใส่เข้ามา ย่อมสร้างความเสียหายและทำลายความสงบสุขและความร่มเย็นของผู้อยู่อาศัย ในสังคมยิ่งเจริญอำนาจตุลาการยิ่งมีความจำเป็นสำหรับปัจเจกบุคคลทุกคนต้องอาศัยความศักดิ์สิทธิ์และเข้มแข็งของผู้ใช้อำนาจตุลาการ เพราะหากหลังคารั่วเสียแล้วความเสียหายที่ดูเหมือนจะเล็กน้อยเพราะเกิดขึ้นแก่ผู้อยู่อาศัยอยู่ใกล้หลังคาที่สุดเท่านั้น แต่ความจริงหาใช่ไม่ เพราะเมื่อเวลาผ่านไปก็เปรียบเสมือนน้ำที่ไหลนองลงมากก็จะสร้างความเสียหายลุกลามไปถึงผู้อยู่อาศัยทุกคน ผู้สร้างหรือผู้ซ่อมบำรุงหลังคาจึงต้องอาศัยผู้รู้เรื่องหรือเชี่ยวชาญทางด้านหลังคาอย่างแท้จริง จึงจะกำหนดวัสดุที่จะใช้และสร้างหรือซ่อมแซมหลังคาให้สามารถทนแดดทนฝนและพายุโดยไม่รั่วไม่เสียหาย แนวความคิดผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ใช้ระบบศาลสารพัดสืบเปรียบเสมือนการให้ช่างก่อสร้างหลังคาหลายชนิดที่มีความสามารถไม่เท่ากันทั้งมีมาตรฐานและไม่มีมาตรฐานให้ก่อสร้างและหลังคาคคนละส่วนกัน นอกจากหลังคาเข้ากันไม่ได้แล้วยังทำให้เกิดจุดอ่อนที่

หลังคาบางส่วนก่อสร้างออกมาโดยไม่สามารถใช้ให้สมประโยชน์ได้หรือในที่สุดสร้างความเสียหายแก่หลังคาและบ้านทั้งหลัง

ส่วนประกอบทั้งหมดของบ้านต้องเข้ากันได้ ก็เปรียบเสมือนอำนาจทั้งสามมิใช่แบ่งแยกต่างคนต่างสร้างตามที่ตนเองเห็นว่าดี โดยไม่มีจุดประสานกันหรือทำงานร่วมกัน มิฉะนั้นผลออกมา ก็ย่อมไม่ใช่เป็นบ้าน

การแบ่งแยกเป็นสามอำนาจหรือแยกช่างก่อสร้างเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเป็นสามชุดดังกล่าว เพื่อให้ส่วนดีที่สุดของช่างแต่ละชุดประกอบเข้าเป็นบ้านที่ดีที่สุด แต่จะทำเช่นนี้ได้ก็จะต้องมีลำดับและระบบเชื่อมต่องานให้ผสานกัน ซึ่งก็คือฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายที่จะทำให้เกิดลำดับของการทำงาน กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายก็เปรียบเสมือนแบบแปลนและกำหนดการการก่อสร้างที่ปกติ ผู้เขียนแบบแปลนก็ต้องฟังหรือรับรู้ข้อขัดข้องของช่างแต่ละชุด มิใช่เขียนแบบแปลนตามใจชอบโดยมิได้คำนึงถึงสภาพความจริงของช่างแต่ละชุดเลย ดังเช่นเห็นว่าช่างแต่ละชุดเคยทำงานไม่บรรลุเป้าหมายมาก่อน ก็เลยแบ่งงานเพิ่ม มีคนคัดเลือกคนงานชุดหนึ่ง มีคนคอยควบคุมตรวจสอบเร่งรัดให้ทำงานตลอดเวลา อีกหลายชุดหากช่างคนใดทำงานไม่ดีคนคุมงานก็จะลงโทษเขียนตีหรือไล่ออกจากงานไป ระบบดังกล่าวจึงมิใช่ระบบที่จะทำให้งานออกมามีประสิทธิภาพเพราะการมีคนคุมงานก็เพียงควบคุมให้ช่างทำงานและทำงานโดยไม่รู้งานเท่านั้น หรือการที่ช่างเขียนแบบออกแบบแปลนโดยไม่ฟังช่างทำงานแต่ละชุดเลย ทั้งที่ช่างแต่ละชุดต่างหากที่มีความเชี่ยวชาญในงานก่อสร้าง โดยที่ช่างเขียนแบบเป็นเพียงคนที่เรียนเขียนแบบมาเท่านั้น

กรณีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือความพยายามแก้ไขกฎหมายของฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นปัญหาในคดีนี้แสดงให้เห็นได้เลยว่าเริ่มต้นด้วยช่างเขียนแบบที่ไร้ประสบการณ์และไร้ความเชี่ยวชาญเสียแล้ว ความผิดพลาดจากการเขียนแบบที่มีโครงสร้างออกมาไม่ตรงต่อความเป็นจริงหรือผลออกไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ หากเล็กน้อยช่างผู้เชี่ยวชาญก็ย่อมปรับแก้ให้ผลงานออกมาใช้ได้ แต่หากเป็นความผิดพลาดของช่างเขียนแบบในเรื่องใหญ่ไม่ว่าจะแก้ไขอย่างไรก็ย่อมจะทิ้งความเสียหายไว้อย่างแน่นอน

นอกจากนี้การก่อสร้างหรือซ่อมแซม การทำให้ช่างทั้งสามชุดทำงานประสานกันได้ จึงต้องมีคนคอยเชื่อมโยงระหว่างกัน มิใช่ไม่มีคนเชื่อมโยงเสียเลย เช่นมีผู้แทนของรัฐบาลหรือศาลหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นเข้าไปเป็นกรรมาธิการวิสามัญในการร่างกฎหมายนั้นจำนวนพอสมควรจำนวนหนึ่งๆ เป็นต้น

ซึ่งหลักการนี้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ยอมรับเพียงแต่จำกัดเฉพาะร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเด็ก สตรี และคนชรา หรือผู้พิการ หรือทุพพลภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๕๐ ในแนวความคิดของมองเตสกีเออการแบ่งแยกอำนาจและองค์กรใช้อำนาจเป็นเอกเทศ แต่มีใช้แบ่งแยกอำนาจและแบ่งแยกคนของแต่ละฝ่ายออกจากกันเด็ดขาด หรือมีใช้แบ่งแยกกันเด็ดขาดโดยไม่มีช่วงคอยประสานงานระหว่างแต่ละชุดเลย แต่การเชื่อมต่องานแต่ละชุดเข้าด้วยกันหรือสร้างจุดเชื่อมต่อที่จะปฏิบัติงานของช่วงแต่ละชุดเข้าด้วยกันก็โดยอาศัยการก่อสร้างบริเวณรอยต่อหรือจุดเชื่อมเข้าด้วยกันนั้นด้วยระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจจึงจะเป็นจุดเชื่อมระหว่างงานที่อาศัยความเชี่ยวชาญของช่วงสามชุดที่แตกต่างกันให้เข้าด้วยกัน เพื่อให้งานที่แต่ละฝ่ายทำงานเกิดคุณภาพสูงสุด สามารถประกอบเข้าด้วยกันเป็นบ้านที่ดีที่สุด เช่นการก่อสร้างระหว่างผนังหรือพื้นกับโครงสร้าง โครงสร้างกับหลังคา หลังคากับผนัง เป็นต้น ต้องมีระบบทำงานร่วมกันระหว่างช่วงแต่ละชุด เจมส์ เมดิสัน ได้กล่าวไว้ในบทความหมายเลข ๕๗ ในหนังสือเดอะเฟเดอร์ลิสต์เปเปอร์ว่า

“เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของอังกฤษแม้อย่างผิวเผินที่สุด เราย่อมต้องสังเกตเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการหาได้แยกจากกันเป็นเอกเทศโดยเด็ดขาดไม่ หัวหน้าคณะผู้บริหารเป็นองค์ประกอบส่วนสำคัญของสิทธิอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ เขาผู้เดียวมีอำนาจพิเศษในการทำสนธิสัญญากับรัฐชาติต่างชาติ ซึ่งเมื่อทำแล้วภายใต้ข้อจำกัดบางประการก็จะมีผลบังคับใช้เสมือนหนึ่งพระราชบัญญัติ เขาเป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกฝ่ายตุลาการทั้งหมดและสามารถถอดถอนได้เมื่อแจ้งต่อทั้งสองสภาแล้ว และเมื่อเขาอยากจะปรึกษาด้วย สมาชิกฝ่ายตุลาการก็จะเป็นคณะที่ปรึกษาชุดหนึ่งของเขา สภาหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติก็ทำหน้าที่เป็นคณะที่ปรึกษาชุดใหญ่สำหรับหัวหน้าฝ่ายบริหารด้วยเหมือนกัน โดยในอีกด้านหนึ่งก็เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจตุลาการในคดีการฟ้องร้องขับไล่ออกจากตำแหน่งแต่เพียงผู้เดียว และได้รับมอบหมายให้มีอำนาจสูงสุดในการพิจารณาคำอุทธรณ์ฎีกาคดีอื่นๆ ทั้งปวง บรรดาผู้พิพากษาจึงเกี่ยวพันกับฝ่ายนิติบัญญัติในระดับที่ได้เข้าร่วมประชุมและร่วมในการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ อีกด้วยแม้ว่าจะไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนก็ตาม

จากข้อเท็จจริงซึ่งเป็นตัวชี้้นำมองเตสกีเออเหล่านี้ อาจสรุปได้อย่างชัดเจนว่า ในการกล่าวหาว่า “ไม่อาจมีเสรีภาพได้ในที่ที่อำนาจนิติบัญญัติกับบริหารรวมอยู่ในบุคคลหรือคณะผู้บริหารเดียวกัน” หรือ “ถ้าหากไม่มีการแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจนิติบัญญัติและบริหาร” นั้น ท่านมิได้หมายความว่าฝ่ายต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ควรมีส่วนร่วมบางส่วนใน หรือไม่มีการควบคุมเหนือการกระทำของกันและกันเลย ความหมายตามนัยแห่งถ้อยคำของท่านเองและตามที่ตัวอย่างของท่านได้แสดงออกมานั้นไม่อาจหมายความกว้างไปกว่านี้ คือในที่ที่อำนาจทั้งหมดของฝ่ายหนึ่งถูกใช้โดยบุคคลเดียวกัน ที่ครอบครองอำนาจทั้งหมดของอีกฝ่ายหนึ่งนั้นหลักการขั้นมูลฐานของรัฐธรรมนูญที่เป็นเสรีย่อมถูกทำลาย

รัฐธรรมนูญฉบับที่ท่านศึกษาคงจะตกอยู่ในข่ายนี้ ถ้าหากพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นผู้บริหารเพียงพระองค์เดียว ทรงมีพระราชอำนาจทางนิติบัญญัติหรือพระราชอำนาจสูงสุดในการตัดสินใจอีกด้วย หรือถ้าหาก องค์กรนิติบัญญัติทั้งองค์กรมีอำนาจตุลาการสูงสุดหรืออำนาจบริหารสูงสุด อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่มีข้อบกพร่องดังกล่าวนี้ ผู้บริหารที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจบริหารทั้งหมดไม่อาจออกกฎหมายด้วยพระองค์เอง แม้ว่าพระองค์จะทรงยับยั้งกฎหมายทุกฉบับได้ และพระองค์ไม่อาจทรงตัดสินใจโดยพระองค์เองได้ ถึงแม้ว่าพระองค์จะทรงเป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งกระทำการดังกล่าว ส่วนผู้พิพากษาก็ไม่มีอำนาจพิเศษทางการบริหาร ถึงแม้ว่าพวกเขาจะเป็นส่วนที่มาจากฝ่ายบริหารก็ตาม ทั้งยังไม่มีหน้าที่ทางนิติบัญญัติอีกด้วย ถึงแม้ว่าสภานิติบัญญัติอาจให้คำปรึกษาหารือแก่พวกเขาได้ ข้างฝ่ายนิติบัญญัติทั้งหมดก็ดำเนินงานด้านตุลาการไม่ได้ ถึงแม้ว่าเมื่อทั้งสองสภาร่วมมือกันจะสามารถถอดถอนผู้พิพากษาได้ และถึงแม้ว่าสภาหนึ่งจะทรงไว้ซึ่ง อำนาจตุลาการในขั้นสุดท้าย ในทำนองเดียวกันฝ่ายนิติบัญญัติทั้งหมดก็ไม่มีอำนาจพิเศษทางการบริหาร ถึงแม้ว่าสภาหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นส่วนหนึ่งของคณะบริหารสูงสุด และอีกสภาหนึ่ง เมื่อมีการฟ้องร้องจับจากตำแหน่ง จะสามารถพิจารณาและตัดสินลงโทษเจ้าหน้าที่ระดับรองทั้งหมดของฝ่ายบริหารได้

เหตุผลที่มองเตสกีเอออาศัยเป็นพื้นฐานของหลักการของท่านนั้นเป็นตัวอธิบายความหมายของท่านได้ต่อไปอีก ท่านกล่าวว่า “เมื่ออำนาจนิติบัญญัติและบริหารถูกรวมอยู่ในบุคคลเดียวหรือองค์กรเดียว ก็ไม่อาจมีเสรีภาพได้ เพราะจะเกิดความหวาดวิตกว่ากษัตริย์หรือวุฒิสภา เดียวกันนั้น อาจจะบัญญัติกฎหมายที่กดขี่ออกมาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นในลักษณะ ที่กดขี่ข่มเหง” และอีกตอนหนึ่งก็ว่า “ถ้าหากอำนาจตัดสินใจตุลาการถูกรวมเข้ากับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของราษฎรก็จะตกอยู่ใต้การควบคุมตามอำเภอใจ เพราะผู้พิพากษา จะกลายเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย ถ้าหากถูกรวมเข้ากับอำนาจบริหาร ผู้พิพากษาก็อาจจะประพฤติอย่างรุนแรงเยี่ยงผู้กดขี่” เหตุผลเหล่านี้บางประการมีการอธิบายไว้อย่างสมบูรณ์ยิ่งขึ้นในตอนอื่นๆ แต่เท่าที่กล่าวอ้างมาโดยสังเขปในที่นี้ ก็เพียงพอที่จะระบุชัดถึงความหมายเหมือนดังที่เราได้ตีความออกมาจากหลักการอันลือชื่อของนักเขียนผู้ลือชื่อท่านนี้

หากเราพิจารณารัฐธรรมนูญของรัฐหลายต่อหลายรัฐแล้วเราก็จะพบว่า ถึงแม้จะมีการระบุถึงสัจพจน์ข้อนี้ไว้ด้วยเนื้อความที่แน่นยำ และในบางกรณีไม่มีข้อแม้เงื่อนไขใดๆ เลย แต่ก็ไม่มีสักกรณีเดียวที่อำนาจฝ่ายต่างๆ หลายฝ่ายนั้นถูกแบ่งแยกออกจากกันเป็นเอกเทศอย่างเด็ดขาด นิวแฮมป์เชียร์ ซึ่งเป็นรัฐสุดท้ายที่ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมานั้น ดูเหมือนจะตระหนักอย่างเต็มเปี่ยมว่าเป็นไปไม่ได้และไม่เหมาะสมที่จะหลีกเลี่ยงการผสมผสานอำนาจฝ่ายต่างๆ เหล่านี้ไม่ว่าในแบบใดๆ และก็ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ให้กับหลักคำสอนนี้โดยประกาศว่า “อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการสมควรที่จะ

แบ่งแยกออกจากกันและเป็นอิสระต่อกันเท่าที่ธรรมชาติของรัฐบาลอันเป็นเสรีจะยอมให้ทำได้ หรือเท่าที่จะสอดคล้องกับสายสัมพันธ์ซึ่งร้อยรัดส่วนประกอบทั้งหมดของรัฐธรรมนูญเข้าด้วยกันเป็นพันธะแห่งเอกภาพและมิตรสัมพันธ์อันหนึ่งเดียวที่ไม่อาจแยกสลายได้” ฉะนั้นรัฐธรรมนูญของรัฐนี้จึงผสมผสานฝ่ายต่างๆ เหล่านี้เข้าด้วยกันในหลายด้านวุฒิสภาซึ่งเป็นสภาหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติก็ทำหน้าที่เป็นศาลตุลาการได้ส่วนคดีฟ้องร้องขับไล่ออกจากตำแหน่งด้วย ตัวผู้ว่าราชการรัฐผู้เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารก็เป็นสมาชิกผู้เป็นประธานของวุฒิสภาด้วย และนอกจากจะมีสิทธิออกเสียงเท่าเทียมกับสมาชิกอื่นในทุกกรณีแล้วก็ยังมีสิทธิออกเสียงชี้ขาดในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากันอีกด้วย ตัวหัวหน้าฝ่ายบริหารเองได้รับการเลือกตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติทุกๆ ปี และคณะบริหารของเขาก็ได้รับการเลือกตั้งมาจากบรรดาสมาชิกฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติทุกปีด้วย เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลหลายคนก็ได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติด้วย และสมาชิกฝ่ายตุลาการก็ได้รับการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหาร”

อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เป็นอำนาจที่โดยเนื้อหาจะแตกต่างกันไปแล้วแต่จะพิจารณาในแง่ใด ซึ่งจะพิจารณาได้หลายแง่ เช่นในแง่ออกกฎหมายกับการใช้กฎหมาย หากใช้ตามทฤษฎีกฎหมายของแบบชีวิลลอว์ที่ศาลมิใช่เป็นผู้บัญญัติกฎหมายดังเช่นระบบคอมมอนลॉแล้ว อำนาจออกกฎหมายก็คืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจในการใช้หรือบริหารกฎหมายก็คืออำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เพียงแต่มีลักษณะการใช้กฎหมายแตกต่างกัน การใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นการใช้กฎหมายในฐานะเป็นผู้ปกครองมีสถานะเหนือกว่าประชาชน การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการเป็นการใช้กฎหมายในแง่ที่ถือว่าทุกคนมีสถานะเท่าเทียมกันไม่ว่าอีกฝ่ายจะเป็นองค์กรแห่งรัฐหรือไม่ ในแง่อำนาจในเชิงออกคำสั่งหรือในเชิงบวกหรือปฏิฐานกับอำนาจในเชิงยับยั้งเยียวยาแก้ไข หรือคุ้มครองหรือในเชิงลบหรือนิเสธ อำนาจอย่างแรกก็คืออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร อำนาจอย่างที่สองคืออำนาจตุลาการ ซึ่งการพิจารณาทั้งสองแง่เป็นการพิจารณาถึงความมุ่งประสงค์ที่อำนาจนั้นจะกระทำต่อประชาชน อันเป็นแนวทางตามหลักสัมพันธ์ เป็นต้น

มองเตสกีเออแบ่งแยกอำนาจเป็นสามอำนาจเป็นการพิจารณาในแง่เนื้อหาหรือลักษณะของอำนาจนั่นเอง โดยไม่ได้พิจารณาในแง่สัมพันธ์กับบุคคลหรือประชาชนแล้วจะเป็นอย่างไร ประกอบด้วยอำนาจออกกฎหมาย อำนาจบริหารกฎหมาย หรือนำกฎหมายมาใช้บังคับและอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในแง่นี้จึงมุ่งพิจารณาไปถึงกระบวนการหรือวิธีการและขั้นตอนการออกกฎหมาย กระบวนการหรือวิธีการและขั้นตอนในการนำกฎหมายไปใช้ กระบวนการหรือวิธีการและขั้นตอนในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งจะมีหลักการ กระบวนการหรือวิธีการและขั้นตอนแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง การแบ่งแยกสามอำนาจของมองเตสกีเออจึงเป็นการมุ่งไปที่เนื้อหาหรือลักษณะแห่งอำนาจนั้นๆ โดยแท้ และการพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่นี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วโลกในปัจจุบันอยู่ว่าจะสามารถแบ่งแยกอำนาจได้เพียงสามอำนาจเท่านั้น ไม่น้อยหรือไม่มากไปกว่านี้

การแบ่งแยกอำนาจจะแบ่งแยกได้ก็อำนาจ จึงต้องพิจารณาว่าจะมองในแง่ใด ดังเช่นมองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า “ในบรรดาอำนาจทั้งสามที่ได้กล่าวมาแล้ว อำนาจในการตัดสินคดีในบางแง่แล้วไม่มีเลยเหลืออยู่เพียงอำนาจสองฝ่ายเท่านั้น เนื่องจากอำนาจเหล่านี้จำเป็นต้องมีอำนาจหนึ่งไว้จัดการเพื่อจะทอนอำนาจทั้งสองลงบ้าง ฝ่ายซึ่งประกอบด้วยขุนนางในขณะนิติบัญญัติจึงเหมาะสมยิ่งที่จะยังให้เกิดผลเช่นนั้น” ตามทฤษฎีของมองเตสกีเอออำนาจทั้งสามหากพิจารณาในแง่การตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจแล้ว มองเตสกีเออเห็นว่ามิแต่อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารเท่านั้นที่สามารถตรวจสอบและถ่วงดุลกันได้ ในแง่การตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจแล้ว จึงมีเพียงสองอำนาจนี้เท่านั้น แต่เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกานำหลักการแบ่งแยกอำนาจไปใช้ ได้เพิ่มการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจตุลาการเข้าไปด้วย เช่น การรื้อถอนของฝ่ายบริหาร อำนาจของศาลยุติธรรมในการทบทวนการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร (JUDICIAL REVIEW) เช่นพิพากษาว่ากฎหมายหรือการกระทำนั้น ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งการพิพากษาว่าการกระทำของฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นพัฒนาการที่เกิดขึ้นภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วเป็นต้น จึงถือว่าการแบ่งแยกเป็นสามอำนาจมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจจนครบอำนาจทั้งสามแล้ว รายละเอียดได้กล่าวมาบ้างตอนต้นแล้ว

อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการในแง่องค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละฝ่ายนั้น กล่าวคือรัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีหรือประธานาธิบดีใช้อำนาจบริหาร ศาลใช้อำนาจตุลาการ ก็มีใช้รัฐสภาไม่มีอำนาจบริหารหรืออำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทภายในองค์กรของตน (ยกเว้นอำนาจอิมพีชเมนต์) มิใช่ประธานาธิบดีหรือคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่ากฎหมายของรัฐสภาหรือวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ไม่เป็นที่สุด มิใช่ศาลไม่มีอำนาจออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่ากฎหมายของรัฐสภาหรือไม่มีอำนาจบริหารภายในองค์กรของตน การแบ่งแยกสามอำนาจก็ย่อมหมายถึงทุกองค์กรหรือรัฐต่าง ๆ สามารถแยกอำนาจให้เป็นสามอำนาจทั้งสิ้นไม่เว้นแม้แต่องค์กรภายในที่ใช้อำนาจหลักแห่งรัฐทั้งสามด้วย

ความหมายในการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจทั้งสามเป็นสามองค์กรนั้นก็คือ เมื่อรัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หมายความว่า อำนาจออกกฎหมายสูงสุดเป็นของรัฐสภา ฝ่ายอื่นจะออกกฎหมายที่สูงกว่ารัฐสภาไม่ได้ ประธานาธิบดีหรือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร หมายความว่า ในกรณีที่เป็นการบริหารคำสั่งของประธานาธิบดีหรือคณะรัฐมนตรีเป็นอำนาจสูงสุด ฝ่ายอื่นจะมีคำสั่งที่สูงกว่ามิได้ ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ หมายความว่า เมื่อมีปัญหาหรือกรณีพิพาทกันไม่ว่าเกี่ยวกับผู้ใดหรือองค์กรใดก็ตาม ศาลจะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด ฝ่ายอื่นจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาหรือตัดตอนมิให้ปัญหาหรือกรณีพิพาทนั้นขึ้นสู่ศาลไม่ได้

ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา

การแต่งตั้งเลขาธิการศาลยุติธรรมต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม”

สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

บทบัญญัติในมาตรา ๒๗๕ วรรคสาม ที่ว่าสำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระนั้น จึงหมายความว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจบริหารภายในองค์กรของตนเป็นอิสระ ซึ่งก็เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่องค์กรแต่ละอำนาจจะต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนแยกเป็นอิสระจากฝ่ายอื่น และต้องสามารถบริหารงานภายในองค์กรของตนเป็นอิสระ โดยไม่อาจถูกแทรกแซงครอบงำจากฝ่ายอื่นอีกด้วย เพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนเป็นเอกเทศได้ มิใช่มีแต่ตัวผู้ใช้อำนาจเป็นอิสระอย่างเดียวหรือมิใช่ผู้พิพากษามีอิสระในการพิพากษาอรรถคดีอย่างเดียว หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระในการออกกฎหมาย มิใช่เจ้าหน้าที่และการบริหารภายในองค์กร ไม่ว่าจะการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การคลังและอื่นๆ กลับต้องขึ้นอยู่กับฝ่ายบริหารหรือประธานาธิบดีหรือคณะรัฐมนตรี นี่คือการแบ่งแยกสามอำนาจหมายถึงการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจออกเป็นเอกเทศสามองค์กรด้วย ความเป็นอิสระจึงเป็นไปในแง่องค์กร การบริหารองค์กรและการใช้อำนาจในฐานะองค์กรของฝ่ายนั้น มิใช่ในแง่ตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจขององค์กรนั้น ยกเว้นศาลจะรวมความอิสระเฉพาะตัวของผู้พิพากษาด้วย

การแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสามหรือความเป็นอิสระในแง่องค์กรเช่นนี้ หมายถึงศาลยุติธรรมมีอำนาจออกกฎหมายที่ต่ำกว่ากฎหมายของฝ่ายรัฐสภาได้เองด้วย สถานะของกฎหมายศาลหรือกฎหมายของฝ่ายศาลนั้นก็มิตำดับชั้นไม่ต่างกับพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง มติคณะรัฐมนตรี ฯลฯ ที่เป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร มิใช่กฎหมายฝ่ายศาลยังจะต้องอาศัยการออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ฯลฯ อันเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารออกแทนอยู่ หากไม่เป็นเช่นนี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการแบ่งแยกอำนาจและแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจหลักแห่งรัฐเป็นสามอำนาจสามองค์กร รายละเอียดจะได้กล่าวในภายหลัง

อำนาจทั้งสามที่เรียกว่า อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเมื่อพิจารณาลึกลงไปสัมพันธ์กับการใช้อำนาจของแต่ละฝ่ายแล้ว จะประกอบด้วยกลุ่มของอำนาจที่คล้ายคลึงกันได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจออกกฎหมายของรัฐสภาประกอบด้วยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อำนาจออกข้อบังคับการประชุมรัฐสภา อำนาจออกประมวลกฎหมาย อำนาจออกพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ อำนาจออกพระราชบัญญัติเป็นต้น อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย อำนาจบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจยุบสภา อำนาจให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง อำนาจออกพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกาและกฎหมายของฝ่ายบริหารอื่น อำนาจประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก และอำนาจ ประกาศสงคราม ทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับ องค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น อำนาจตุลาการของศาลประกอบด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา คดีแพ่ง คดีภาษีอากร คดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คดีล้มละลาย คดีเกี่ยวกับ รัฐธรรมนูญ คดีแรงงาน คดีปกครอง คดีศาลทหาร เป็นต้น

ดังนั้น หากพิจารณาในแง่อำนาจทั้งสามสัมพันธ์กับองค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสามแล้ว ความหมายของอำนาจแต่ละอำนาจก็จะแคบเข้ามาก็คือ อำนาจที่แต่ละฝ่ายสามารถใช้ได้อย่างเป็นอิสระ โดยปราศจากการก้าวก่ายแทรกแซงครอบงำจากอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นอำนาจอะไรบ้าง ก็คืออำนาจตามที่ กล่าวมาวรรคก่อน และความเป็นอิสระหมายถึงความเป็นอิสระในแง่องค์กรหรือทั้งองค์กร ยกเว้น ผู้พิพากษาที่เป็นอิสระแม้แต่ภายในองค์กรของตนด้วย ทั้งนี้ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ ที่ถูกต้องไม่ถือว่าเป็นการทำลายความเป็นอิสระหรือก้าวก่ายแทรกแซงครอบงำจากอีกฝ่าย

บางคนกล่าวว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออถ้าหลังไปแล้ว ปัจจุบันมีองค์กร และอำนาจใหม่ ๆ เกิดขึ้นมามากมายเป็นการแบ่งแยกหน้าที่กันมากกว่าจะเรียกว่าแบ่งแยกอำนาจ เป็นสามฝ่าย จึงไม่ต้องกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกต่อไป ควรเรียกว่าหลักการแบ่งแยกหน้าที่จะ ถูกต้องกว่าบ้าง ซึ่งเป็นความเข้าใจผิดว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจก็คือการแยกอำนาจและองค์กรเป็น อิสระจากกันเท่านั้นก็ถือว่าเป็นอันใช้ได้ แต่ความจริงแล้วหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ ที่สำคัญมิใช่เพียงแยกองค์กรที่ใช้อำนาจเป็นเอกเทศที่มีไขแยกกันเด็ดขาดเป็นสามองค์กรเท่านั้น แต่ต้องมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ถูกต้องและได้ดุลยภาพด้วย จึงจะทำให้การ ปกครองไม่ตกลงไปสู่ระบบเผด็จการและบรรลุเป้าหมายคือเสรีภาพทางการเมืองของประชาชนทุกคน

ตัวอย่างความเข้าใจผิดนี้มีได้เกิดขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น ในประวัติศาสตร์ของโลกก็เคยมี ปรากฏบ้างแล้วแต่ไม่ถึงขนาดขาดความเข้าใจโดยสิ้นเชิงหรือรุนแรงเท่ากับที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น ดังเช่น การแบ่งแยกอำนาจเป็นห้าอำนาจของดร.ซุนยัตเซ็นในเรื่องรัฐธรรมนูญแบบห้าอำนาจของจีน โดยเพิ่มอำนาจการสอบคัดเลือกและอำนาจการตรวจสอบข้าราชการหรืออำนาจป้องกันและปราบปราม การทุจริตในวงราชการโดยกล่าวว่า

“อำนาจห้าอย่างในรัฐธรรมนูญประเภทนี้ต่างก็ประกอบด้วยอำนาจในการปกครองเป็นเอกเทศในตัว ฉะนั้น ถ้าเราใช้รัฐธรรมนูญแบบห้าอำนาจนั้นในการปกครองบ้านเมือง ฝ่ายบริหารก็มีประธานาธิบดีเป็นผู้นำ ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีรัฐสภา ฝ่ายอำนาจตุลาการก็มีผู้พิพากษา ส่วนอำนาจปราบทุจริตในราชการและอำนาจการสอบคัดเลือกก็มีเจ้าหน้าที่เฉพาะแต่ละส่วนล้วนแต่ทำงานเป็นเอกเทศ พวกที่เป็นเจ้าพนักงานของราชการบ้านเมืองที่ปฏิบัติภารกิจรับใช้ประชาชนต้องผ่านการสอบคัดเลือกจึงจะเข้ารับราชการได้”

การแบ่งการปกครองแบบห้าอำนาจดังกล่าว ดร.ชุนยัตเซ็นกล่าวว่า เป็นการปกครองของประเทศจีนโบราณ โดยเดิมแยกตามผู้ใช้เป็นสามอำนาจ ได้แก่ อำนาจการสอบคัดเลือกโดยมีคณะกรรมการชุดหนึ่งเป็นอิสระ อำนาจพระมหากษัตริย์ซึ่งจะใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และอำนาจการตรวจสอบราชการโดยขุนนางที่กล้าทักท้วงแม้แต่ทักท้วงพระมหากษัตริย์ และรัฐธรรมนูญของประเทศตะวันตก อำนาจการตรวจสอบอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติ ฝ่ายการสอบคัดเลือกรวมอยู่กับอำนาจบริหาร ดร.ชุนยัตเซ็นใช้หลักการของมองเตสกีเออเพียงส่วนเดียวคือ แต่ละอำนาจมีเจ้าหน้าที่เฉพาะของแต่ละส่วนทำงานเป็นเอกเทศไม่ขึ้นต่อกันเท่านั้น และเรียกอำนาจทั้งห้าว่าความสามารถในการบริหารของรัฐบาล แต่มิได้กล่าวถึงระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจระหว่างอำนาจทั้งห้าตามแนวทางมองเตสกีเออเอาไว้เลย การถ่วงดุลของดร.ชุนยัตเซ็นคือ อำนาจการปกครองของประชาชน ได้แก่การออกเสียงเลือกตั้ง การถอดถอนข้าราชการ การเสนอกฎหมาย และการแสดงประชามติ ระบบถ่วงดุลก็คือการถ่วงดุลกันระหว่างรัฐบาลและประชาชน กล่าวคือ เมื่อประชาชนใช้อำนาจทางการเมืองที่ประการซึ่งจัดอยู่ในรูปสมัชชาแห่งชาติที่ประกอบด้วยผู้แทนราษฎรอำเภอละหนึ่งคน จะควบคุมอำนาจการปกครองของรัฐบาลห้าประการ ดร.ชุนยัตเซ็นเห็นว่าด้วยการจัดแบ่งอำนาจและการถ่วงดุลตามแนวทางนี้ก็จะได้การปกครองตามแนวทางประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ และอำนาจของทั้งประชาชนและรัฐบาลก็จะสมดุลกันพอดี หรือเมื่อมีอำนาจทั้งเก้าอย่างถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ปัญหาข้อขัดแย้งในระบอบประชาธิปไตยก็จะป็นอันแก้ไขได้หมด และรัฐบาลก็จะมีแนวทางที่แน่นอนในการปฏิบัติราชการ

ตามแนวทางของดร.ชุนยัตเซ็นเข้าใจว่า หากประชาชนมีอำนาจทางการเมืองครบทั้งสี่ประการก็จะควบคุมความสามารถในการบริหารของรัฐบาลซึ่งมีอำนาจทั้งห้าแยกจากกันเป็นเอกเทศแล้วจะมีการถ่วงดุลกันเกิดระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์และแก้ปัญหาในระบอบประชาธิปไตยได้ทั้งหมด ความคิดตามแนวทางนี้จึงมิใช่เป็นแนวทางตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออที่แบ่งมิให้เกิดระบอบเผด็จการและมีเป้าหมายที่เสรีภาพทางการเมือง การใช้ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจทั้งสามโดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอย่างถูกต้องและสมดุลจะมีผล

ให้บรรลุปเป้าหมาย เสรีภาพทางการเมืองของปัจเจกบุคคลและการปกครองที่มุ่งเพื่อประโยชน์สุขของสังคมและประชาชนโดยรวม มิใช่เพียงแบ่งแยกอำนาจแต่ละอำนาจเป็นเอกเทศ โดยไม่มีระบบการตรวจสอบและถ่วงดุล หรือการให้ประชาชนมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง สิทธิถอดถอนข้าราชการ สิทธิเสนอกฎหมาย และสิทธิออกเสียงประชามติ เพียงเท่านั้นไม่อาจถือว่าเป็นการเกิดระบบตรวจสอบและถ่วงดุลที่ถูกต้องและเกิดดุลยภาพในอำนาจของรัฐบาลได้ การแบ่งแยกเป็นหลายอำนาจหลายองค์กรโดยไม่มีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลที่ถูกต้องสมดุลก็ยิ่งจะเร่งให้เกิดการปกครองระบอบเผด็จการและเกิดภาวะอนาธิปไตยพร้อมที่จะเกิดขึ้นได้เสมอ หากองค์กรหลักทั้งสามองค์กรโดยองค์กรหนึ่งองค์กรใดถูกกดขี่จนล่มสลายไป

การแบ่งแยกอำนาจและองค์กรออกไปสามฝ่ายมากเช่นนี้ ความเข้มแข็งขององค์กรหลักทั้งสามซึ่งมองเตสกีเออเห็นว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะรักษาการปกครองของประเทศให้มั่นคงปลอดภัยเอาไว้ได้ ดังเช่นมองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า “คนใหญ่คนโต (ผู้มีอำนาจทั้งปวง) ย่อมต้องประสพกับความอิจฉาริษยาเสมอ หากปล่อยให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินเขา เขาก็อาจได้รับอันตรายได้และจะไม่ได้อภิสิทธิ์ซึ่งแม้แต่ราษฎรสามัญที่สุดจะพึงมีในรัฐเสรีภาพด้วยซึ่งไป.....” การมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจก็เพื่อมิให้มีการเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงอีกฝ่าย อันเป็นการทำลายความเป็นอิสระและความเข้มแข็งของฝ่ายนั้น การก้าวก่ายแทรกแซงจึงทำไม่ได้แม้แต่จากการกระทำที่อ้างว่าโดยประชาชน เพราะเป็นการทำลายความเข้มแข็งขององค์กรหลักทั้งสามเช่นกัน แต่ขณะเดียวกันความเข้มแข็งขององค์กรหลักแห่งรัฐทั้งสามกลับไม่เป็นที่ต้องการของการแบ่งแยกอำนาจหลายอำนาจเช่นนี้ หรือการใช้อำนาจขององค์กรอื่นมีแต่หักล้างหรือทำลายความเข้มแข็งขององค์กรหลักทั้งสาม ความปั่นป่วนวุ่นวายไร้เสถียรภาพไร้ความมั่นคง ไร้ความสงบสุขย่อมเกิดขึ้นได้ทุกเมื่อ

สถานะเช่นนี้ทำให้ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจไม่อาจทำงานได้ จึงไม่อาจรักษาส่วนดีของการปกครองหรือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไว้ได้หรือไม่อาจหยุดยั้งวัฏจักรการปกครองให้ดำรงไว้ในระบอบปกครองที่ดี การปกครองของประเทศย่อมเลื่อนไหลไปสู่การปกครองในระบอบเผด็จการในที่สุดซึ่งการปกครองของประเทศจีนหลังจากนั้นก็เป็นที่พิสูจน์ได้เป็นอย่างดี

ในกรณีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจไม่อาจรักษาดุลยภาพแห่งอำนาจทั้งสามให้เป็นอิสระและไม่ก้าวก่ายแทรกแซงครอบงำกันไว้ได้ ระบอบการปกครองย่อมเลื่อนไหลไปสู่การปกครองในระบอบเผด็จการดังมองเตสกีเออกล่าว มิใช่หลักการแบ่งแยกอำนาจหลายอำนาจโดยปราศจากระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของ ดร.ชุนยัตเซ็นที่เป็นตัวอย่างให้เห็นความสำคัญของหลักการปกครองของมองเตสกีเออแล้ว การปกครองของประเทศไทยนับแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ เป็นต้นมาที่กล่าวได้ว่าเป็นการปกครองที่ดูเหมือนจะเป็นไปตามหลักการปกครองของมองเตสกีเออ

มีการแบ่งแยกอำนาจที่ดูเหมือนจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามฝ่ายและดูเหมือนจะมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกัน แต่ความเป็นจริงไม่มีสักเวลาเดียวที่อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมเป็นอิสระอย่างแท้จริง การบริหารศาลยุติธรรมยังอยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและคณะรัฐมนตรี แม้ว่าผู้กล่าวหาว่าศาลยุติธรรมปลอดจากการก้าวก่ายแทรกแซงหรือปลดการเมืองก็ตาม แต่ครึ่งหนึ่งของการบริหารในระบบศาลยุติธรรมคือ ฝ่ายตุลาการอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ที่สามารถก้าวก่ายแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีได้ทุกเมื่อโดยผ่านกระบวนการทางฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายตุลาการที่ไม่ว่าจะให้ความดีความชอบ การลงโทษ การเลื่อนชั้น การโยกย้าย แทะทุกกรณีล้วนแล้วแต่มีอำนาจบริหารของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมสอดแทรกเป็นยาคำเข้ามาทุกครั้ง ทั้งนี้ มีการกล่าวถึงขนาดว่า ผู้พิพากษาเป็นอิสระเฉพาะเวลาพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น หมายความว่าในเวลาพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้นที่ผู้พิพากษาไม่มีผู้บังคับบัญชา หากนอกเวลาปฏิบัติหน้าที่ ผู้พิพากษายังต้องปฏิบัติตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาจนกระทั่งยุคสมัยหนึ่งเมื่อไม่นานนี้ มีการสอบถามผู้พิพากษาว่า นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้พิพากษาหรือไม่ หากไม่ใช่แล้วใครคือผู้บังคับบัญชาของผู้พิพากษา อันแสดงให้เห็นทัศนคติอันคับแคบ ความคิดเห็นแบบอำนาจนิยม ไม่ยอมรับความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในฐานะองค์กร ไม่ยอมรับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในฐานะส่วนตัว

ในประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยที่เจริญรุ่งเรือง และยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามฝ่ายโดยเคร่งครัด หมายความว่า ศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระในแง่การบริหารภายในองค์กร ศาลยุติธรรมจะมีความเป็นอิสระทั้งด้านงานตุลาการและงานตุลาการ โดยไม่มีฝ่ายบริหารเข้ามา ก้าวก่ายแทรกแซง ไม่ว่าด้านงบประมาณ การบริหารงานบุคคล การเงิน และการคลัง การเสนอหรือออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารงานยุติธรรมและกฎหมายที่เกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ทำนองเดียวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๕ ที่ว่า “สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณและการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” และผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ก็หมายความว่าผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายตามมาตรา ๒๓๓ เท่านั้น แม้แต่ระบบบริหารงานภายในศาลยุติธรรมก็ไม่อาจเข้ามามีสิทธิก้าวก่ายและแทรกแซงครอบงำหรือมีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาได้

ดังนั้น ในต่างประเทศเมื่อถือว่าศาลยุติธรรมเป็นองค์กรอิสระระดับองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยเท่าเทียมกับคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภา บางประเทศจึงไม่มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือบางประเทศมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ได้ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมโดยตรงแต่จะ

เกี่ยวข้องกับงานด้านอื่นๆ เช่น อัยการ ราชทัณฑ์ ตำรวจสอบสวนกลาง เป็นต้น ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นความจำเป็นต้องมีกระทรวงยุติธรรมเพราะเป็นการปกครองแบบสหพันธรัฐ จึงต้องมีหน่วยงานของสหรัฐที่เป็นหน่วยงานกลางที่มีอำนาจสอดแทรกเข้าไปจัดการเกี่ยวกับคดีอาญาทั่วประเทศ อย่างเป็นเอกภาพ ระบบกระทรวงยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาคงใช้ไม่ได้กับประเทศไทยที่มีได้ปกครองแบบสหพันธรัฐ โดยเฉพาะงานกรมบังคับคดี เป็นตำแหน่งงานเกี่ยวกับการบังคับคดีแพ่งและคดีล้มละลายอันเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน ไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจจัดการของรัฐ หรือเกี่ยวกับอำนาจบริหารตรงไหน การที่ฝ่ายบริหารหรือกระทรวงยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับจึงกลายเป็นกระทรวงยุติธรรมสอดแทรกเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สามในคดี ซึ่งไม่มีประเทศใดในโลกเขาทำกัน หรือบางประเทศมีกระทรวงยุติธรรมก็จริงแต่เป็นหน่วยงานเล็กๆ มีคนเพียงไม่กี่คน เพียงมีหน้าที่เป็นคนกลางประสานระหว่างศาลยุติธรรมกับรัฐบาลเท่านั้น

กล่าวได้ว่าระบบกระทรวงยุติธรรมของประเทศไทยหลังจากศาลยุติธรรมแยกออกเป็นอิสระแล้ว และภายหลังจากการวินิจฉัยคดีนี้ นับว่าเป็นกระทรวงยุติธรรมที่มีโครงสร้างแปลกประหลาดของโลกไม่แตกต่างกับความแปลกประหลาดสมัยศาลยุติธรรมยังอยู่ในสังกัดของกระทรวงยุติธรรมเท่าใดนัก คุณภาพแห่งอำนาจหรือความสมดุลระหว่างอำนาจศาลยุติธรรมที่เป็นองค์กรอำนาจแห่งอธิปไตยขององค์กรหนึ่งกับกระทรวงยุติธรรมที่เป็นองค์กรหนึ่งของฝ่ายบริหารมิได้ถือเป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยด้วยซ้ำไปกลับมิได้ดีขึ้นกว่าเดิมมากนัก กระทรวงยุติธรรมยังอาจแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมทางเจ้าหน้าที่กรมคุมประพฤติ กรมบังคับคดี หรือสถานพินิจและคุ้มครองเด็กได้ตลอดเวลา ทั้งสามารถทำได้ง่ายกว่าเดิมด้วยซ้ำไปต่อไปนี้ความยุติธรรมที่ประชาชนจะได้รับย่อมสุดแล้วที่คุณธรรมและจริยธรรมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและนายกรัฐมนตรีเท่านั้น

นอกจากนี้การปกครองประเทศไทยที่ใช้ระบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ ทำให้คณะรัฐมนตรีกับสภาผู้แทนราษฎรเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพราะฝ่ายรัฐบาลก็คือฝ่ายที่คุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรไว้ ฝ่ายบริหารจึงสามารถบริหารในทิศทางใดก็ได้ยากแก่ฝ่ายค้านจะตรวจสอบและถ่วงดุลอย่างแท้จริงได้ ฝ่ายบริหารจะเสนอกฎหมายการเงิน งบประมาณ หรือแม้แต่กฎหมายที่จะส่งเสริมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือฝ่ายอื่นดังเช่นฝ่ายตุลาการดังกฎหมายในคดีนี้ หรือจะออกกฎหมายลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเช่นใดก็ได้ยากที่จะมีผู้ใดหรือองค์กรใดจะทัดทานได้ และมักจะสร้างกระแสให้ประชาชนเห็นด้วยเสียอีก ที่ว่ารัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติที่เป็นอิสระและรัฐสภาเป็นกลไกแบบของระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจฝ่ายบริหารก็ไม่เป็นความจริงเช่นกัน

ในระบบการปกครองของประเทศอังกฤษที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายรัฐสภาก็ตาม แต่ระบบศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษเป็นอิสระมาเป็นเวลาหลายร้อยปีแล้ว การที่ฝ่ายบริหารกับฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรมีจุดเชื่อมโยงกันด้วยระบบพรรคการเมืองอย่างเหนียวแน่นนี้เอง ดร.ชุนยัตเซ็น จึงกล่าวว่าประเทศอังกฤษปกครองระบอบเผด็จการ เมื่อเปรียบเทียบการปกครองของประเทศไทย นับแต่ปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ เป็นต้นมา ที่นอกจากระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจไม่สามารถทำงานอย่างบริสุทธิ์และถูกต้องได้แล้ว ศาลยุติธรรมก็ได้เป็นอิสระอย่างแท้จริง ทั้งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตรวจสอบและถ่วงดุลก็ใช้ได้ น้อย เพราะมีผู้พยายามสกัดกั้น การปกครองของประเทศไทยย่อมไม่ถือว่าเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างแท้จริงเลย

หากแต่เป็นการปกครองที่มองเตสกีเออกล่าวถึงการปกครองทำนองนี้ว่า “ยามใดที่อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารรวมอยู่ในตัวบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลคณะเดียวกัน เสรีภาพย่อมไม่มี เขาอาจหวังได้ว่าฝ่ายบริหารนั่นเองเป็นพระราชหรือสภานั้นเองอาจจะออกกฎหมายพระราชเพื่อบังคับใช้แบบพระราช” กับ “หากอำนาจตุลาการมิได้แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เสรีภาพก็จะไม่มี หากอำนาจตุลาการกับอำนาจนิติบัญญัติรวมกันก็จะกลายเป็นอำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของประชาชนและเป็นอำนาจตามอำเภอใจ หากอำนาจตุลาการกับอำนาจบริหารรวมกันก็จะกลายเป็นพลังกดขี่ประชาชน” เพียงแต่ประเทศไทยอาจไม่ถึงหายนะเพราะอำนาจทั้งสามรวมอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลคณะเดียว หรือประชาชนกลุ่มเดียว เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะฝ่ายการเมืองไม่อาจสืบทอดอำนาจกันอย่างต่อเนื่องได้ เพราะมักจะถูกสอดแทรกด้วยการปฏิวัติรัฐประหารที่เท่ากับเข้ามาทดแทนระบบตรวจสอบและถ่วงดุล และโดยปกติแล้ว ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมก็ปฏิบัติหน้าที่อย่างเข้มแข็ง ไม่ยินยอมให้ฝ่ายบริหารเข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงจึงยังพอรักษาความเป็นอิสระและรักษาความยุติธรรม และสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ได้บ้าง

การแยกศาลยุติธรรมเป็นอิสระนับเป็นหลักการที่ถูกต้องเป็นไปในแนวทางการปฏิรูปการเมืองอย่างแท้จริงได้อย่างหนึ่ง เพราะจะทำให้การจัดโครงสร้างการปกครองเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจสากล และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสมัยปัจจุบัน ความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมอย่างน้อย ศาลยุติธรรมสามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มที่ โดยไม่อาจถูกก้าวก่ายแทรกแซงจากอำนาจและอิทธิพลของฝ่ายบริหารได้อีกต่อไป แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้กลับทำลายหลักการและการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามแนวทางการปฏิรูปการเมืองนี้ลงแทบสิ้นเชิง

ตามแนวความคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่งมุ่งหวังเพื่อให้เกิดโครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ถูกต้อง ยังมีผู้ร่างรัฐธรรมนูญอีกกลุ่มหนึ่งปฏิเสธหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ โดยอ้างว่าหลักการและระบบดังกล่าวเกิดจากความเข้าใจผิดของมองเตสกีเออและไม่มีอยู่จริง สิ่งที่มีอยู่ก็คือหลักการแบ่งแยกหน้าที่ (SEPARATION OF FUNCTIONS) แล้วมีการจัดโครงสร้างหรือระบบการปกครองออกเป็นอีกระบบหนึ่งตามหลักการนี้ เกิดเป็นการปกครองหนึ่งระบอบสองระบบขึ้นในการปกครองของประเทศไทย เป็นระบบ ระบอบและโครงสร้างการปกครองแบบใหม่ของโลก และเป็นผลงานที่เรียกว่าภูมิปัญญาพื้นบ้านของนักวิชาการกฎหมายไทยที่เรียกกันว่านักกฎหมายมหาชน ซึ่งแม้แต่นักนิติศาสตร์และนักรัฐศาสตร์ประเทศอื่นก็ไม่เคยมีใครคาดคิดมาก่อน ถึงบางคนอาจวิพากษ์วิจารณ์ระบบ ระบอบ และโครงสร้างการปกครองของประเทศตนก็ตามก็เป็นเพียงเพื่อให้แก้ไขจุดอ่อนข้อบกพร่องที่ไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ และระบอบการปกครองประชาธิปไตย ยังไม่มีนักนิติศาสตร์และนักรัฐศาสตร์ต่างประเทศคนใดคิดหลักการปกครองและระบบหรือโครงสร้างการปกครองแบบใหม่ขึ้นมา หรือต่อให้คิดได้ก็คงไม่มีใครกล้านำหลักการและระบบหรือโครงสร้างการปกครองแบบใหม่มาทดลองใช้กับประเทศของตน เพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงในระดับระบบหรือโครงสร้างการปกครองที่จะมีผลกระทบต่อการปกครอง สังคม ประเทศชาติ และประชาชนอย่างใหญ่หลวง หากผิดพลาดก็จะนำความปั่นป่วนวุ่นวาย มีปัญหา ความขัดแย้ง และความรุนแรงเกิดขึ้นตลอดเวลา ไม่ว่าจะรัฐบาลจะมีการจัดการดีเพียงใดก็ตาม (GOOD GOVERNANCE) สิ่งนี้คือระดับต่ำสุด หากรุนแรงกว่านั้นอาจถึงขั้นก่อกบฏหรืออนาธิปไตยขึ้นก็ได้

ดังนั้น นับเป็นความกล้าหาญของกลุ่มผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่งที่นำเอาหลักการแบ่งแยกหน้าที่มาใช้ในการจัดโครงสร้างการปกครองอีกระบบหนึ่งขึ้นมา โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบจากความเปลี่ยนแปลงนี้ จึงเป็นกรณีศึกษาที่ต่างประเทศต่างจับตามอง บางประเทศก็ถึงกับเข้ามาสนับสนุนการวิจัย การสัมมนาและการค้นคว้า และการเผยแพร่ความรู้ความคิดเช่นนี้เพื่อสามารถเข้าใจและติดตามการเปลี่ยนแปลงได้ตั้งแต่ต้น บางประเทศก็สนใจศึกษาวิเคราะห์การทำงานขององค์กรใหม่ที่จัดตั้งขึ้นตามระบบนี้ การกระทำดังกล่าวจึงนับว่าเป็นประโยชน์แก่การเมืองการปกครองของประเทศอื่นอย่างยิ่ง เป็นการนำประเทศชาติไปใช้เพื่อประโยชน์แก่สังคมโลกอย่างแท้จริง แสดงให้เห็นน้ำใจคนไทยไม่ว่าจะรู้ตัวหรือไม่ก็ตามที่ยอมเสียสละผลประโยชน์ของตนและประเทศชาติที่จะนำร่องระบบการปกครองใหม่เสนอต่อสังคมโลก โดยไม่คำนึงว่าจะเกิดผลร้ายหรือความเสียหายแก่สังคมและประเทศชาติของตนอย่างไร้แรงหรือไม่

หลักการแบ่งแยกหน้าที่เป็นหลักการที่ไม่ยอมรับว่าอำนาจมีสามอำนาจที่จะต้องมืองค์กรแห่งรัฐหรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยสามองค์กรใช้แยกกันเป็นเอกเทศ หลักการนี้ถือว่าสามารถจัดตั้งองค์กรแห่งรัฐขึ้นมาใช้อำนาจในการปกครองประเทศก็องค์กรก็ได้ โดยแยกตามหน้าที่และแยกออกเป็นองค์กรอิสระที่เรียกว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรรัฐธรรมนูญเหล่านี้อาจใช้อำนาจในหน้าที่ของตนได้ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แยกเป็นอิสระจากสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี และศาลยุติธรรม

ดังนั้น คณะกรรมการการเลือกตั้งมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๔๔ วรรคหนึ่ง ที่ว่า “คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่น รวมทั้งการออกเสียงประชามติ ให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม” หมายความว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจอิสระ และอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและการออกเสียงประชามติดังกล่าว ดังนั้นจึงมีการอ้างว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะบัญญัติให้ มาตรา ๑๔๕ (๓) ที่บัญญัติว่า “คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้..... (๓) สืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายตาม มาตรา ๑๔๔ วรรคสอง” นั้น ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจตุลาการในการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการเลือกตั้งและการออกเสียงประชามติที่อยู่ในหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งที่เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น

แนวความคิดตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ จึงเป็นหลักการที่ขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นองค์กรหนึ่ง องค์กรใช้อำนาจบริหารเป็นองค์กรหนึ่ง องค์กรใช้อำนาจตุลาการเป็นองค์กรหนึ่ง แต่ละองค์กรจะมีอำนาจสูงสุดของฝ่ายนั้น ไม่อาจมีองค์กรใด องค์กรหนึ่งมีอำนาจสูงสุดของอีกฝ่ายหนึ่งรวมเข้าไปด้วย และหลักการของมองเตสกีเออมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ เพื่อสร้างการใช้อำนาจที่สมดุล และป้องกันการล่วงล้ำเข้ามาของอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หลักการแบ่งแยกหน้าที่หาได้มีระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่จะเป็นมาตรการถ่วงดุลการใช้อำนาจของอีกฝ่าย เพื่อรักษาความเป็นอิสระและป้องกันการก้าวท้าวแทรกแซงของอีกฝ่าย องค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ที่จัดตั้งขึ้นตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ใช้ความเป็นอิสระเกือบสมบูรณ์หรือโดยสิ้นเชิงในการป้องกันการก้าวท้าวแทรกแซงของอีกฝ่ายหนึ่ง ทำให้เกิดภาวะต่างคนต่างทำหน้าที่ของตนไม่ผสมผสานการใช้อำนาจเพื่อประเทศชาติและประชาชนอย่างแท้จริงได้

การจัดองค์กรตามรัฐธรรมนูญในหลักการแบ่งแยกหน้าที่ ยังอาจให้อำนาจแก่องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจครอบคลุมหรือควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น และสามารถขยายอำนาจขององค์กรของตนออกไปโดยไม่มีขอบเขตได้ ดังเช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๕ วรรคหนึ่งที่ว่า “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา” ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดวิธีพิจารณาความให้เป็นไปอย่างไรก็ได้ เพื่อรองรับการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างไม่มีขีดจำกัด มาตรา ๒๖๖ ที่ว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย” อาศัยการตีความมาตรานี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะขยายขอบเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีออกไปกว้างขวางเพียงใดก็ได้เพราะถ้อยคำว่า “ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ” เป็นถ้อยคำที่ต้องอาศัยนิติวิธีชั้นสูงจึงจะตีความหมายที่แท้จริงออกมาให้ถูกต้องได้ จึงอาจอาศัยจุดที่ตีความที่ยุ้งยากนี้เป็นช่องทางขยายอำนาจตามปัญหานี้ออกไปได้ทุกเรื่อง และผลแห่งคำวินิจฉัยเป็นเด็ดขาดผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง ตามมาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๖๘ อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่ง จึงถือว่าเป็นอำนาจที่เหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และมีอำนาจควบคุมองค์กรแห่งรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น มีลักษณะเป็นอำนาจสมบูรณ์ญาสิทธิ (ABSOLUTISM) หรือที่มีผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่งเรียกว่าเป็นอำนาจสูงสุดที่เหนือกว่าอำนาจอธิปไตยของปวงชนเสียอีกและเรียกศาลรัฐธรรมนูญว่าองค์กรสูงสุดดังที่เคยมีการกล่าวกันมาก่อนหน้านี้ ลักษณะดังกล่าวยังทำให้เกิดลำดับชั้นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมีหลายชั้นหรือมีสายการควบคุมองค์กรควบคุมตามรัฐธรรมนูญตามลำดับชั้นขึ้นมา ซึ่งกรณีดังกล่าวทั้งหมดขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจสากลอย่างตรงกันข้าม และไม่ใช้หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใด

ระบบการปกครองตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่เป็นการแบ่งแยกองค์กร เพื่อแบ่งแยกกันทำหน้าที่เป็นอิสระต่อกัน ไม่มีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจในการทำหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน เพราะจะขัดต่อการแบ่งแยกกันทำหน้าที่ที่เป็นอิสระต่อกัน แตกต่างกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เป็นกรณีองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยขององค์กรหนึ่งใช้อำนาจยับยั้งหรือความสามารถในการหยุดยั้งหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธ

ต่อการปฏิบัติหน้าที่ หรือการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยอีกองค์กรหนึ่ง โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นอิสระหรือเข้าไปควบคุมหรือเหนือกว่าหรือเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงเพราะไม่ถึงกับเข้าไปเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขการใช้อำนาจอธิปไตยโดยอีกฝ่ายไม่ยินยอมได้ การปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยหรือที่เรียกว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จะต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจเสมอ เพื่อมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือโดยมิชอบ

การแบ่งแยกกันทำหน้าที่อย่างอิสระขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ ดังเช่นกรณีการถอดถอนจากตำแหน่ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๐๕ ที่บัญญัติว่า “เมื่อได้รับคำร้องขอตามมาตรา ๓๐๔ แล้วให้ประธานวุฒิสภาส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ดำเนินการไต่สวนโดยเร็ว

เมื่อไต่สวนเสร็จแล้วให้คณะกรรมการป้องกันหรือปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภา โดยในรายงานดังกล่าวต้องระบุให้ชัดเจนว่าข้อกล่าวหาตามคำร้องขอข้อใดมีมูลหรือไม่เพียงใด พร้อมทั้งระบุเหตุแห่งการนั้น

ในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นว่าข้อกล่าวหาตามคำร้องขอข้อใดเป็นเรื่องสำคัญ จะแยกทำรายงานเฉพาะข้อนั้นส่งไปให้วุฒิสภาพิจารณาไปก่อนก็ได้

ถ้าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีมติว่าข้อกล่าวหาใดมีมูล นับแต่วันดังกล่าว ผู้ดำรงตำแหน่งที่ถูกกล่าวหาจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปมิได้จนกว่าวุฒิสภาจะมีมติ และให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่พร้อมทำความเห็นไปยังประธานวุฒิสภาเพื่อดำเนินการตามมาตรา ๓๐๖ และอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่อไป แต่ถ้าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นว่าข้อกล่าวหาใดไม่มีมูลให้ข้อกล่าวหาข้อนั้นเป็นอันตกไป

ในกรณีอัยการสูงสุดเห็นว่ารายงาน เอกสาร และความเห็นที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติส่งให้ตามวรรคสี่ยังไม่สมบูรณ์พอที่จะดำเนินคดีได้ ให้อัยการสูงสุดแจ้งให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทราบเพื่อดำเนินการต่อไป โดยให้ระบุข้อที่ไม่สมบูรณ์นั้นให้ครบถ้วนในคราวเดียวกัน ในกรณีนี้ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและอัยการสูงสุดตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่ง โดยมีผู้แทนแต่ละฝ่ายจำนวนฝ่ายละเท่ากันเพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานให้สมบูรณ์ แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อไป ในกรณีที่คณะทำงานดังกล่าวไม่อาจหาข้อยุติเกี่ยวกับการดำเนินการฟ้องคดีได้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจดำเนินการฟ้องคดีเองหรือแต่งตั้งทนายความให้ฟ้องคดีแทนก็ได้”

การดำเนินการของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติสามารถดำเนินการไต่สวนอย่างไรก็ได้ ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดระบุขอบเขตของอำนาจไต่สวนหรือให้รายละเอียดความหมายของการไต่สวนดังกล่าวว่าเป็นอย่างไร คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะใช้อำนาจอย่างไร ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลหรือไม่ จึงไม่อาจหาบรรทัดฐานมากำหนดได้ ทำให้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นอำนาจเด็ดขาด หากมีมติว่าข้อกล่าวหาใดมีมูล นับแต่วันดังกล่าวผู้ดำรงตำแหน่งที่ถูกกล่าวหาจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปมิได้จนกว่าคดีจะมีความชัดเจน หากเห็นว่าข้อกล่าวหาใดไม่มีมูล ให้ข้อกล่าวหาอันเป็นอันตกไป ซึ่งไม่ว่าจะมีมติว่าข้อกล่าวหาใดมีมูลหรือไม่ จะไม่ต้องผ่านความเห็นชอบจากองค์กรใด และเมื่อมีมติแล้วผลแห่งมตินั้นเป็นอันเด็ดขาดมิอาจรื้อฟื้นหรือเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยับยั้งมติที่ลงไปแล้วดังกล่าวได้

ในกรณีเช่นนี้ประเด็นที่ปกติถือว่าเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างหนึ่งก็คือ การตรวจสอบว่าการไต่สวนหรือการสอบสวนนั้นหรือการใช้อำนาจเช่นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือไม่ ดังเช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๒๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน” หรือบทบัญญัติในลักษณะ ๒ หมวด ๑ ว่าด้วยการสอบสวนสามัญ เช่น มาตรา ๑๓๕ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการล่อลวง หรือขู่เข็ญหรือให้สัญญาแก่ผู้ต้องหาเพื่อจูงใจเขาให้การอย่างไรๆ ในเรื่องที่ต้องหาหนั้น” กรณีเช่นนี้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิคัดค้านหรือต่อสู้คดีว่า มิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นโดยชอบ หรือพนักงานสอบสวนล่อลวงหรือขู่เข็ญหรือให้สัญญาแก่ผู้ต้องหาเพื่อจูงใจเขาให้การอย่างนั้น เป็นการให้สิทธิแก่ผู้มีส่วนได้เสียและตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของพนักงานอัยการและพนักงานสอบสวน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่พึงมีตามรัฐธรรมนูญและความหลักสิทธิมนุษยชน

แม้แต่ในระบบศาลยุติธรรมเอง เมื่อศาลยุติธรรมมีคำสั่งหรือคำพิพากษาได้ออกไปที่กระทบต่อส่วนได้เสียที่สำคัญของกลุ่มหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง กฎหมายก็เปิดโอกาสให้บุคคลเหล่านี้โต้แย้งคัดค้านหรืออุทธรณ์ฎีกาอ้างว่าคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นคลาดเคลื่อนต่อข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นๆ ได้ ถือว่าเป็นระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของศาลยุติธรรม เพื่อมิให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจออกนอกขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้ หรือใช้อำนาจไปในทางมิชอบได้ คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมจะโต้แย้งคัดค้านหรืออุทธรณ์ฎีกาได้ก็ต่อเมื่อคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว ถึงตอนนั้นจึงจะถือว่าคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมศักดิ์สิทธิ์ทำนองเดียวกับความศักดิ์สิทธิ์แห่งกฎหมาย มีผลเด็ดขาดจะไม่เคารพหรือปฏิเสธไม่ยอมรับหรือโต้แย้งคัดค้านอีกมิได้

แต่การปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตาม มาตรา ๓๐๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว ผู้ถูกกล่าวหาจะได้แย้งคัดค้านว่าวิธีการหรือกระบวนการไต่สวนหรือการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไม่ได้ เพราะนอกจากรัฐธรรมนูญและกฎหมายมิได้บัญญัติรายละเอียดหรือความหมายหรือขั้นตอนการไต่สวนดังกล่าวเอาไว้แล้ว ประเด็นดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้เปิดช่องให้วุฒิสภาพิจารณาหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิจารณาประเด็นดังกล่าวแล้วไม่รับวินิจฉัยหรือยกรายงานหรือคำฟ้องของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ดังบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๐๗ บัญญัติว่า “สมาชิกวุฒิสภามีอิสระในการออกเสียงซึ่งต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ มติที่ให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่ง ให้ถือเอาคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้า ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

ผู้ใดถูกถอดถอนจากตำแหน่ง ให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งหรือให้ออกจากราชการนับแต่วันที่วุฒิสภามีมติให้ถอดถอน และให้ตัดสิทธิผู้นั้นในการดำรงตำแหน่งใดๆ ในทางการเมืองหรือในการรับราชการเป็นเวลาห้าปี

มติของวุฒิสภานี้ให้เป็นที่สิ้นสุด และจะมีการร้องขอให้ถอดถอนบุคคลดังกล่าวโดยอาศัยเหตุเดียวกันอีกมิได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนการพิจารณาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง”

มาตรา ๓๐๗ ดังกล่าว วุฒิสภามีการฟังข้อเท็จจริงใหม่หรือไม่มีการสืบพยานหรือแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำการหรือมีพฤติกรรมตามที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือไม่ ไม่มีการตรวจสอบว่าการไต่สวนและการมีมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายหรือไม่ ทั้งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้บังคับให้สมาชิกวุฒิสภาออกเสียงลงคะแนนโดยให้ถือตามข้อเท็จจริงในรายงานและเอกสารตลอดจนพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติประกอบการออกเสียงลงคะแนนและการออกเสียงลงคะแนนกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ การออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับความพอใจของวุฒิสภาแต่ละคน ไม่จำเป็นต้องผูกพันตามรายงานเอกสารและความเห็นของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติหรือไม่ผูกพันแม้แต่การออกเสียงลงคะแนนของตน เพราะเป็นการลงคะแนนลับ ไม่มีใครทราบว่ามีใครลงคะแนนเช่นใด จึงเป็นเรื่องต่างฝ่ายต่างคนต่างทำตามอำเภอใจของตนโดยแท้ ไม่มีใครผูกพันใคร ไม่มีใครตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจในการทำงานหรือปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจ

ของแต่ละองค์กรต่างถือว่าเป็นที่สูงสุดในองค์กรของตน อันหมายถึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจของตนไม่ว่าต่อตนเองหรือต่อองค์กรหรือต่อประชาชนหรือต่อประเทศชาติก็ตาม เพราะการดำรงตำแหน่งเป็นได้เพียงวาระเดียว ความรับผิดชอบต่อประชาชนหรือประเทศชาติจึงถือว่าไม่มี

ความเป็นอิสระของการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจไม่ว่าโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติหรือสมาชิกวุฒิสภาต่างเป็นความอิสระเกือบจะสมบูรณ์หรือโดยสิ้นเชิงซึ่งปกติจะไม่มีในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือนิติธรรมหรือนิติรัฐ เพราะความเป็นอิสระดังกล่าวไม่มีกรอบของกฎหมายหรือพื้นฐานทางกฎหมายให้ยึดถือปฏิบัติเลย ทั้งไม่ต้องรับผิดชอบต่อใคร ๆ ต่อการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่เช่นกัน จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการปกครองโดยกฎหมายหรือการปกครองโดยหลักนิติธรรมหรือนิติรัฐ ผลก็คือเป็นการใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ขึ้นอยู่กับคุณธรรมและจริยธรรมของแต่ละบุคคล ไม่ได้ขึ้นอยู่กับระบบและกฎหมาย

สิ่งเหล่านี้คือผลอย่างหนึ่งของการจัดโครงสร้างตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ ที่นำเอาการเลือกตั้งและเสียงข้างมากเป็นสรณะหรือเป็นความชอบธรรม ไม่คำนึงถึงสิทธิของเสียงข้างน้อยหรือผลประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชนโดยรวม สิ่งเหล่านี้เป็นอันตรายต่อการปกครองประเทศ เป็นสิ่งที่นักจัดระบบและโครงสร้างการปกครองจะต้องพยายามหาทางแก้ไข ดังปรากฏ เจมส์ เมดิสัน ยกขึ้นเป็นปัญหาพร้อมสรุปแนวทางแก้ไขไว้ในบทความหมายเลข ๑๐ ในหนังสือเดอะเฟเดอร์รัลลิสต์ เปเปอร์ โดยจะขอยกแต่เฉพาะในแง่ปัญหาดังต่อไปนี้

“ข้อสรุปที่เราได้ก็คือว่าสาเหตุของกลุ่มเฉพาะนั้นไม่อาจจะถูกขจัดไปได้ และการผ่อนปรนย่อมหาได้จากวิธีการควบคุมผลของมันเท่านั้น

หากกลุ่มเฉพาะนั้นประกอบด้วยจำนวนที่น้อยกว่าเสียงข้างมาก ทางผ่อนปรนก็อยู่ที่หลักการของมหาชนรัฐ ซึ่งสามารถทำให้เสียงข้างมากเอาชนะพรรคชนที่ชั่วร้ายได้ด้วยการลงคะแนนตามปกติจริงอยู่กลุ่มเฉพาะนั้นอาจทำให้การบริหารติดขัดได้ มันอาจให้สังคมนั้นสั่นสะเทือนไปบ้าง แต่มันจะไม่สามารถก่อให้เกิดหรือปิดบังความรุนแรงของตนเองภายใต้รูปแบบของรัฐธรรมนูญไว้ได้ ในทางตรงกันข้ามเมื่อเสียงข้างมากรวมอยู่ในกลุ่มเฉพาะ รูปแบบของรัฐบาลของประชาชนก็จะทำให้กลุ่มเฉพาะสามารถสละทั้งคุณประโยชน์ส่วนรวมและสิทธิของพลเมืองอื่น ๆ ให้กับกิเลสที่ครอบงำหรือผลประโยชน์ของกลุ่มได้ ดังนั้นการปกป้องรักษาคุณประโยชน์ของส่วนรวมและสิทธิส่วนบุคคลให้พ้นจากภัยอันตรายของกลุ่มเฉพาะดังกล่าว และในเวลาเดียวกันก็ยังคงรักษาเจตนารมณ์และรูปแบบ

ของรัฐบาลของประชาชนไว้จึงเป็นเป้าหมายใหญ่ที่เรามุ่งจะสอบถาม ขอให้ข้าพเจ้าได้เพิ่มเติมว่า นี่คือนโยบายที่ปรารถนาอันยิ่งใหญ่เพียงประการเดียวที่จะช่วยให้รอดพ้นจากคำประณามซึ่งรัฐบาลรูปแบบนี้ได้ทนทุกข์มาเป็นเวลานาน และสามารถได้รับการนำเสนอให้เป็นที่ยอมรับและเป็นที่ยอมรับของมนุษยชาติได้

เป้าหมายนี้จะได้มาโดยวิธีการใด เป็นที่ประจักษ์ว่าคงจะมาด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่งในสองวิธีนี้เท่านั้น คือถ้าไม่ป้องกันมิให้เสียงข้างมากมีกิเลสหรือผลประโยชน์เหมือนกันในเวลาเดียวกัน ด้วยจำนวนและสถานการณ์ของท้องถิ่น ก็ต้องทำให้เสียงข้างมากซึ่งมีกิเลสและผลประโยชน์พ้องกันนั้น ไม่สามารถร่วมมือกันและทำให้แผนการกดขี่นั้นเป็นผลขึ้นมา หากแรงกระตุ้นและโอกาสเกิดโชคร้ายมาประจวบกันเข้า เราก็คงคิดว่าทั้งแรงคล้อยทางศีลธรรมหรือทางศาสนาต่างก็ไม่อาจพึ่งพาเป็นเครื่องควบคุมที่เพียงพอได้ เราก็คงพบว่าสิ่งเหล่านี้ไม่ได้เป็นเช่นนั้นในส่วนของคุณธรรมและความรุนแรงของปัจเจกบุคคล และจะสูญเสียความสามารถที่จะทำให้เกิดผลไปเป็นสัดส่วนกับจำนวนคนที่รวมตัวกันเข้า นั่นคือเป็นสัดส่วนกับการที่ประสิทธิผลดังกล่าวเป็นเรื่องที่จำเป็น

จากทัศนะเช่นนี้ต่อเรื่องดังกล่าว อาจสรุปได้ว่าสำหรับประชาธิปไตยบริสุทธิ์ซึ่งข้าพเจ้าหมายถึงสังคมที่ประกอบด้วยพลเมืองจำนวนน้อยผู้ซึ่งมารวมตัวกันและบริหารรัฐบาลด้วยตนเอง อาจยอมรับได้ว่าไม่สามารถมีทางแก้ไขความยุ่งยากของกลุ่มเฉพาะได้เลย ในเกือบทุกกรณีกิเลสหรือผลประโยชน์ร่วมกันจะเป็นที่รู้สึกโดยเสียงข้างมากของส่วนทั้งหมด การติดต่อและการร่วมมือกันก็จะเป็นผลมาจากรูปแบบของรัฐบาลนั่นเอง และไม่มีสิ่งใดจะยับยั้งแรงจูงใจที่จะปล่อยให้พรรคที่อ่อนแอกว่าหรือปัจเจกบุคคลที่เป็นที่น่ารังเกียจต้องเสียหาย ดังนั้นจึงได้เกิดกรณีว่าประชาธิปไตยเช่นว่านั้นได้เป็นปรากฏการณ์แห่งความวุ่นวายและการโต้แย้ง ได้เป็นสิ่งที่เข้ากันไม่ได้กับความมั่นคงส่วนบุคคลหรือสิทธิในทรัพย์สิน และโดยทั่วไปแล้วก็มักมีชีวิตสั้นและสิ้นสุดลงอย่างรุนแรง นักการเมืองผู้รู้ทางทฤษฎีซึ่งสนับสนุนรัฐบาลประเภทนี้ได้เข้าใจอย่างผิดๆ มาว่า โดยการลดสภาพของมนุษยชาติลงมาจนเสมอภาคกันอย่างสมบูรณ์ในสิทธิทางการเมืองนั้น จะทำมนุษย์มีความเสมอภาคและประสานกลมกลืนกันอย่างสมบูรณ์ ทั้งในทรัพย์สิน ความคิดเห็นและกิเลสในเวลาเดียวกันด้วย

เหตุที่วิเคราะห์ปัญหาและหาวิธีการแก้ไขดังกล่าวก็เพราะการปกครองในระบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองของประชาชนทุกคน มิใช่การปกครองของเสียงข้างมากหรือการปกครองของกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งหรือที่เมดิสันเรียกว่า “กลุ่มเฉพาะ” นั่นเอง การจัดระบบและโครงสร้างการปกครองจึงต้องจัดตามแนวทางการปกครองประเทศ ตามคำกล่าวของประธานาธิบดีลิ่งคอล์นในสมัยต่อมาว่า การปกครองของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชนนั่นเอง

รายงาน เอกสาร และความเห็นของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง แม้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๑๐ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการพิจารณาคดีให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองยึดสำนวนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นหลักในการพิจารณาและอาจไต่สวนหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร” มาตราดังกล่าว ก็มีได้ให้อำนาจศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตรวจสอบสำนวนหรือการไต่สวนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายหรือไม่ จำเลยจึงไม่อาจยกปัญหาเกี่ยวกับสำนวนหรือการไต่สวนมาเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้องได้ และแม้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะต้องยึดสำนวนของกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นหลักในการพิจารณา แต่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหาได้ผูกพันต้องฟังข้อเท็จจริงไปตามความเห็นของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ทั้งยังคงไต่สวนหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร จึงเท่ากับต่างฝ่ายต่างไม่มีอะไรผูกพันหรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ผสมผสานเพื่อบรรลุเป้าหมายร่วมกันของสังคมและประเทศชาติ เท่ากับต่างฝ่ายต่างเป็นอิสระและต่างฝ่ายต่างเป็นใหญ่ เพียงแต่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย มิได้มีอิสระโดยสิ้นเชิงแบบอีกฝ่าย การที่ต่างฝ่ายต่างทำหน้าที่ไปตามความเห็นความคิดของตน โอกาสที่จะร่วมกันเดินไปข้างหน้าคงเป็นไปได้ยาก มีแต่ที่จะขัดแย้งขัดขวางกันก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคมว่าที่หาข้อยุติได้ยากกว่าใครผิดใครถูก

กรณีดังกล่าวมาข้างต้น เป็นเพียงอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตราเดียวของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งอำนาจหน้าที่ตามมาตราอื่นก็ไม่ต่างกันที่ต่างฝ่ายต่างมีอิสระโดยองค์การตามรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ที่มีความเป็นอิสระเกือบสมบูรณ์หรือโดยสิ้นเชิง เช่นเดียวกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มาตรการถอดถอนจากตำแหน่งหรือให้พ้นจากตำแหน่งเช่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๕๕ ที่บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาว่ากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติผู้ใดกระทำการขาดความเที่ยงธรรม จงใจฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือมีพฤติการณ์ที่เป็นการเสื่อมเสียแก่เกียรติศักดิ์ของการดำรงตำแหน่งอย่างร้ายแรง และขอให้วุฒิสภามีมติให้พ้นจากตำแหน่งได้

มติของวุฒิสภาให้กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพ้นจากตำแหน่งตามวรรคหนึ่ง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา” จะเห็นได้ว่ากรณีตามมาตราดังกล่าวเป็นเรื่องการให้พ้นจากตำแหน่ง แม้ว่าจะเกี่ยวข้องข้องกับการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจของกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็ตาม ก็เป็นเรื่องอาศัยเหตุมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่เท่านั้น วุฒิสภาหาได้มีอำนาจไปตรวจสอบและถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจนั้น หรือกล่าวได้ว่าวุฒิสภาไม่อาจกระทำการใดๆ ให้มีผลกระทบให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่ล่วงพ้นไปแล้ว มาตราดังกล่าวจึงไม่อาจถือว่าเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

เช่นเดียวกัน การถอดถอนจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๐๓ เพราะเหตุมีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย ก็ไม่ส่งผลกระทบให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจที่ล่วงพ้นไปแล้ว จึงไม่จัดว่าเป็นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจเช่นกัน

จึงสรุปได้ว่า การจัดโครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่จะแบ่งแยกองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหน้าที่ องค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่นี้จึงมีอำนาจครบทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ (แต่ความจริงเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ เพราะมีข้อจำกัดโดยอัตโนมัติจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและตามสภาพความจริง) องค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่จะมีความเป็นอิสระเกือบสมบูรณ์หรือโดยสิ้นเชิง และโดยหลักการนี้ไม่อาจมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่นี้ได้

อำนาจหน้าที่หรือการใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เกี่ยวกับการแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๕๑ และมาตรา ๒๕๖ กับอำนาจหน้าที่หรือการใช้อำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๕๔ วรรคสองและวรรคสาม ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้ดำรงตำแหน่งตามวรรคหนึ่งผู้ใดมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ ให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติส่งเอกสารทั้งหมดที่มีอยู่พร้อมทั้งรายงานผลการตรวจสอบไปยังอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้ทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นผิดปกตินั้น ตกเป็นของแผ่นดินต่อไป

ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๓๐๕ วรรคห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

หรือระหว่างคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกับศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๕๕ ที่บัญญัติว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินหรือหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่ครบกำหนดต้องยื่นตาม มาตรา ๒๕๒ หรือนับแต่วันที่ตรวจพบว่ามีกรกระทำดังกล่าว แล้วแต่กรณี และผู้นั้นต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองใดๆ เป็นเวลาห้าปีนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง

เมื่อมีกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดแล้วให้นำบทบัญญัติ มาตรา ๕๗ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจหรืออำนาจหน้าที่ระหว่างคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกับศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว จะเห็นว่ามีการใช้อำนาจที่แบ่งแยกหน้าที่ออกจากกันโดยสิ้นเชิง ไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือศาลรัฐธรรมนูญ ใช้อำนาจยับยั้งหรือความสามารถในการหยุดยั้งหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธที่เป็นลักษณะของระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้โดยรวมทั้งการใช้อำนาจหรืออำนาจหน้าที่ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีองค์กรใดใช้อำนาจยับยั้งหรือความสามารถในการหยุดยั้งหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธที่มีลักษณะของระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจได้เช่นกัน

อำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ในเชิงโครงสร้างของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นลักษณะขององค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ หรือในโครงสร้างหรือระบบใหม่ที่แตกต่างไปจากโครงสร้างหรือระบบตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเดิม

อำนาจหน้าที่เช่นนี้เป็นการใช้อำนาจหรือมีอำนาจหน้าที่ที่ปกติเป็นของประชาชนและยังมีผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม แต่ก็ไม่มีช่องทางใดที่ประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการใช้อำนาจดังกล่าวขององค์กรเหล่านี้ได้เลย ประชาชนอาจมีส่วนบ้างในการริเริ่มเท่านั้น ดังเช่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๐๔ โดยประชาชนจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนมีสิทธิ

เข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภาดอดถอนบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญ กำหนดออกจากตำแหน่ง และมาตรา ๓๐๕ ส่วนที่ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเพื่อให้ดำเนินคดีอาญาต่อบุคคลตามมาตรา ๓๐๘ ซึ่งปกติก็เป็น สิทธิของผู้เสียหายที่ร้องทุกข์ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่แล้ว มิได้ก่อให้เกิด สิทธิใหม่หรือให้ผู้เสียหายหรือประชาชนมีสิทธิตรวจสอบและถ่วงดุลในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ของ องค์กรเหล่านี้ อำนาจหน้าที่ที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบหรือโครงสร้างการปกครองแบบใหม่ ตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ จึงเป็นการตัดหรือลดทอนสิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง ของประชาชนและสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียให้กลายเป็นการใช้อำนาจหรืออำนาจ หน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ไป

การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่เหล่านี้ เป็นการใช้อำนาจต่อบุคคลผู้ดำรงตำแหน่ง ที่สำคัญในองค์กรแห่งรัฐ เท่ากับเป็นการเข้ากีดกันหรือมีอิทธิพลเหนือการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติ หน้าที่ของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรนั้นๆ ยกเว้นศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่ง ทางการเมืองที่มีกระบวนการพิจารณาคดีโดยให้สิทธิแก่จำเลยตามกฎหมายในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และเป็นอิสระ เป็นกลาง เป็นธรรม และพิพากษาคดีโดยเปิดเผย อันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ บุคคลตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างเต็มที่ และส่วนใหญ่ก็เป็นไปตามหลักการพิจารณาคดีอาญา ตามหลักสากลแล้ว กระบวนการสืบสวนสอบสวนและมีความเห็น หรือกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยของ องค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น เป็นกระบวนการที่ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิของ ผู้เสียหายและผู้ถูกกล่าวหา ที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย สิทธิของผู้ถูก กล่าวหาที่จะได้รับบทสันนิษฐานว่ายังบริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะได้มีการพิจารณาวินิจฉัยถึงที่สุด อันจะทำให้ องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นๆ หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะปฏิบัติต่อเขาเยี่ยงบุคคลที่กระทำไม่ชอบตามที่ ถูกกล่าวหาไม่ได้ อันจะทำให้เป็นสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นทางการ สามารถ ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ที่ต้องเสียไป

ผู้ถูกกล่าวหาได้รับสิทธิหรือได้รับความคุ้มครอง ไม่เว้นแม้แต่ในศาลรัฐธรรมนูญ แม้ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๕ วรรคสอง จะบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาล รัฐธรรมนูญว่าต้องพิจารณาโดยเปิดเผย ให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี สิทธิขอตรวจดูเอกสาร การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือ คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญด้วยก็ตาม ก็มีได้คุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาไว้โดยชัดแจ้งอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาได้เอง และไม่มีช่องทางให้ผู้เสียหาย ผู้ถูกร้อง หรือองค์กรใด สามารถตรวจสอบและถ่วงดุลการกระทำหรือกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญเช่นนั้นได้

การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่เหล่านี้ จึงมีทางเป็นการก้าวก้าวแทรกแซงครอบงำต่อองค์กรอื่นและทำลายการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนได้โดยง่าย และการใช้อำนาจเช่นนี้เป็นการทำลายทำให้เสื่อมเสีย ทำให้เสียหายแก่องค์กรอื่นมากกว่าจะเป็นการทำให้การปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติงานหรือผลงานขององค์กรอื่นสมบูรณ์ขึ้น ดีขึ้นเหมือนอย่างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ ดังนั้น ยิ่งมีการใช้อำนาจทำนองนี้มากเท่าใด นอกจากไม่มีผลดีต่อการปกครองประเทศเลยแล้ว ยังมีแต่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่การปกครองประเทศมากขึ้น จึงมิใช่หนทางแก้ไขปัญหาของประเทศชาติในแนวทางที่ถูกต้อง ผลกลับตรงกันข้ามคือยิ่งใช้ยิ่งทำให้เกิดปัญหามากขึ้น ปัญหาที่ยุ่งยากมากขึ้นและจะรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ หากไม่หยุดยั้งการใช้อำนาจทำนองนี้ โดยให้ใช้ไปในทางจำกัดขอบเขตหรือแปรเปลี่ยนไปในทางอื่นให้ถูกทาง

หลักการแบ่งแยกหน้าที่ เป็นผลให้เกิดการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองที่ไม่สามารถให้ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลได้อีกต่อไป ในส่วนนี้ไม่แตกต่างกับรัฐธรรมนูญทำอำนาจของ ดร.ชุนยัตเซ็น โดยอำนาจที่เพิ่มเติมขึ้นมาคืออำนาจสอบคัดเลือกและอำนาจการตรวจสอบราชการหรืออำนาจควบคุมการปฏิบัติราชการ เป็นเพียงการแยกอำนาจและองค์กรใช้อำนาจเป็นอิสระออกมาเป็นเอกเทศ และทั้งสององค์กรก็มีได้สร้างระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจระหว่างกันหรือกับอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ส่วนอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แยกเป็นองค์กรอิสระและเป็นเอกเทศจากกัน มีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจระหว่างกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบใดแบบหนึ่ง

ส่วนที่ระบบรัฐธรรมนูญทำอำนาจของ ดร.ชุนยัตเซ็นไม่เหมือนระบบหรือโครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ก็คือ อำนาจสอบคัดเลือกกับอำนาจการตรวจสอบราชการหรือควบคุมการปฏิบัติราชการเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการ มิได้เข้าไปก้าวก้าวแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรแห่งอำนาจทั้งสามเหมือนการจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ที่ไม่ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ศาลปกครอง วุฒิสภา ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นการควบคุมตามลำดับชั้นระหว่างกันเองด้วยก็ตาม แต่เจตนารมณ์หลักที่แท้จริงล้วนแล้วเป็นการใช้อำนาจที่มุ่งโดยตรงต่อการควบคุมสภาผู้แทนราษฎรคณะรัฐมนตรี และศาลยุติธรรม หรือแม้แต่พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ยังได้รับการกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่เหล่านี้ มากน้อยแตกต่างกันไป ดังเคยเกิดเป็นคดีของศาลรัฐธรรมนูญมาแล้ว (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๖/๒๕๕๓ วันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๓ และคำวินิจฉัยส่วนตัวของผู้ทำคำวินิจฉัยที่และวันที่เดียวกัน) และยังมีรายละเอียดอื่นอีกซึ่งจะยังไม่ขอก้าวในครั้งนี้

เมื่อเปรียบเทียบแล้ว อำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่เหล่านี้แตกต่างกับโครงสร้างการปกครองของ ดร.ชุนยัตเซ็นในแง่ความสามารถในการบริหารของรัฐบาล จะถือว่ามี การถ่วงดุลโดยอำนาจทางการเมืองของประชาชนหรืออำนาจสี่ประการของประชาชน ได้แก่ อำนาจออกเสียงเลือกตั้ง อำนาจในการถอดถอนข้าราชการ อำนาจในการเสนอกฎหมายและ อำนาจในการออกเสียงประชามติ (SUFFRAGE RECALL INITIATIVE AND REFERENDUM) ซึ่งส่วนหนึ่งแสดงออกมาทางองค์กรของประชาชนคือสมัชชาแห่งชาติ แม้ว่าความจริงแล้วไม่ถือว่าเป็นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างแท้จริง แต่ยังเป็น การให้อำนาจทางการเมืองแก่ประชาชน ในขณะที่โครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่เป็นการให้อำนาจแก่องค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่เป็นผู้ควบคุมการใช้อำนาจเหล่านี้ยิ่งกว่าเดิม

ดังนั้นหากเขียนรูปแผนผังการจัดโครงสร้างการปกครองในแง่ที่มาของอำนาจ ผู้ใช้อำนาจ และ ลักษณะการใช้ อำนาจตามหลักการแบ่งอำนาจแบบรัฐธรรมนูญห้าอำนาจของ ดร.ชุนยัตเซ็น และระบบ หรือโครงสร้างการปกครองแบบใหม่ตามแนวทางการปกครองหนึ่งระบอบสองระบบ จะเห็นความแตกต่างกันได้อย่างชัดเจน

แผนผังโครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะเป็นรูปวงกลมสามวงที่แยก และนำมาทับซ้อนกันได้ ดังนี้



วงกลมที่ ๑ ที่มาของอำนาจ วงกลมที่ ๒ ศูนย์กลางการใช้ อำนาจ วงกลมที่ ๓ ผู้ใช้และลักษณะ แห่งอำนาจ

วงกลมที่ ๓ หมายเลข ๑ คือส่วนที่เป็นพระราชอำนาจเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์ เช่น พระราชอำนาจที่จะสถาปนาฐานันดรศักดิ์และพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ พระราชอำนาจในการ เลือกลงและแต่งตั้งองคมนตรีหรือการให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง พระราชอำนาจในการแต่งตั้งและ การให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง พระราชอำนาจในการแต่งตั้งผู้สำเร็จ ราชการแทนพระองค์ พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ เป็นต้น นอกจากนี้ในส่วนที่เป็น

พื้นของวงกลมหมายเลข ๒, ๓, ๔, ๕, และ ๖ ก็ยังมีพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เกี่ยวข้องกับ ด้วยเช่น พระราชอำนาจในการลงพระปรมาภิไธยและการยับยั้งกฎหมาย พระราชอำนาจเกี่ยวกับการเรียก ประชุมรัฐสภา เปิด ปิดสมัยประชุม การขยายเวลาการประชุมสมัยประชุมสามัญ เรียกประชุมรัฐสภา เป็นการประชุมสมัยวิสามัญ พระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี พระราชอำนาจให้รัฐมนตรี พ้นจากความเป็นรัฐมนตรี พระราชอำนาจเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนด พระราชอำนาจในการตรา พระราชกฤษฎีกา พระราชอำนาจในการประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก พระราชอำนาจในการ ประกาศสงคราม พระราชอำนาจในการทำสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่นๆ กับนานา ประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ พระราชอำนาจ ในการถอดถอนฐานันดรศักดิ์ เรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ พระราชอำนาจเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการ ฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี หรือเทียบเท่า และให้พ้นจากตำแหน่ง พระราชอำนาจเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาและตุลาการและการให้พ้นจากตำแหน่ง เป็นต้น

หมายเลข ๒ อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาได้แก่อำนาจในการตรากฎหมายทั้งปวง

หมายเลข ๓ อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรี เช่น อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจในการแต่งตั้งรัฐมนตรีและให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง อำนาจเกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกา อำนาจในการประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและ สัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ อำนาจเกี่ยวกับการถอดถอนฐานันดรศักดิ์ และเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ อำนาจเกี่ยวกับการแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่าและให้พ้นจากตำแหน่ง เป็นต้น

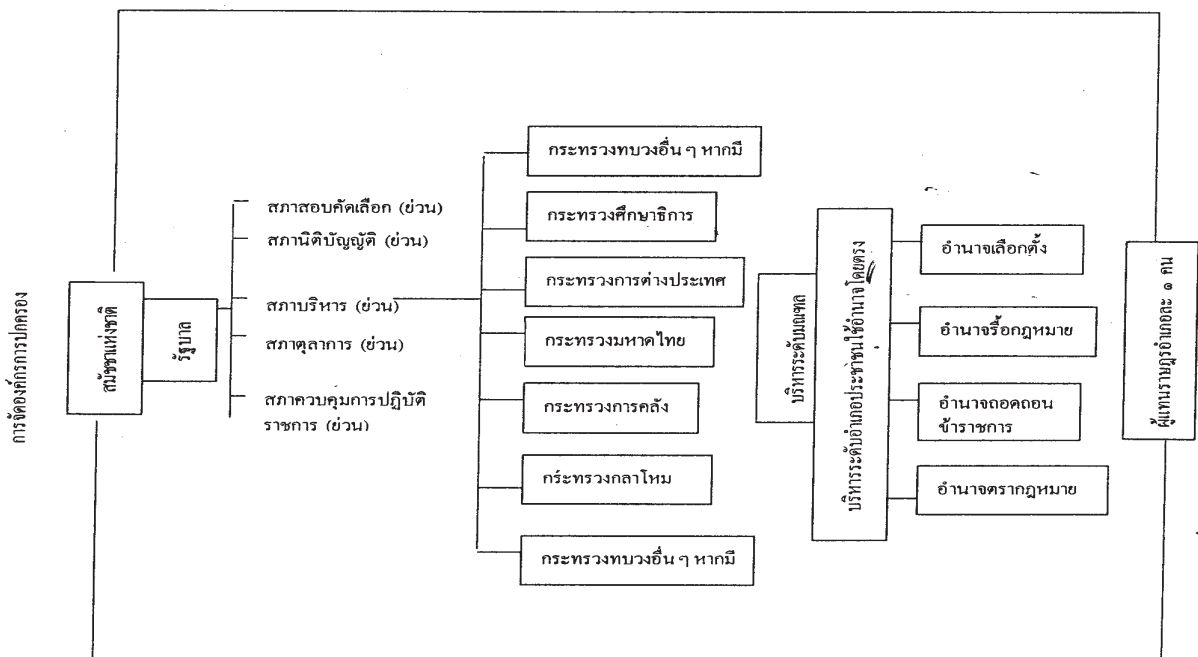
หมายเลข ๔ อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรม ได้แก่อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

หมายเลข ๕ เป็นอำนาจที่คาบเกี่ยวกันระหว่างสองอำนาจหรือระบบการตรวจสอบและถ่วงดุล หรือคานอำนาจแบบหนึ่ง เช่น อำนาจของนายกรัฐมนตรีในการนำร่างกฎหมายมูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย อำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกาการเรียกประชุม อำนาจ ในการขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา อำนาจนายกรัฐมนตรีให้คำรับรองว่าร่างพระราชบัญญัติ เกี่ยวด้วยการเงิน เอกสิทธิ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา อำนาจในการตรากฎหมาย งบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน อำนาจรัฐสภาในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจเกี่ยวกับ การถามและตอบกระทู้ อำนาจเกี่ยวกับการเปิดอภิปรายทั่วไป อำนาจเกี่ยวกับการแถลงนโยบาย ต่อรัฐสภา อำนาจเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนด อำนาจเกี่ยวกับการประกาศสงคราม อำนาจเกี่ยวกับ การขอพระราชทานอภัยโทษ อำนาจในการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

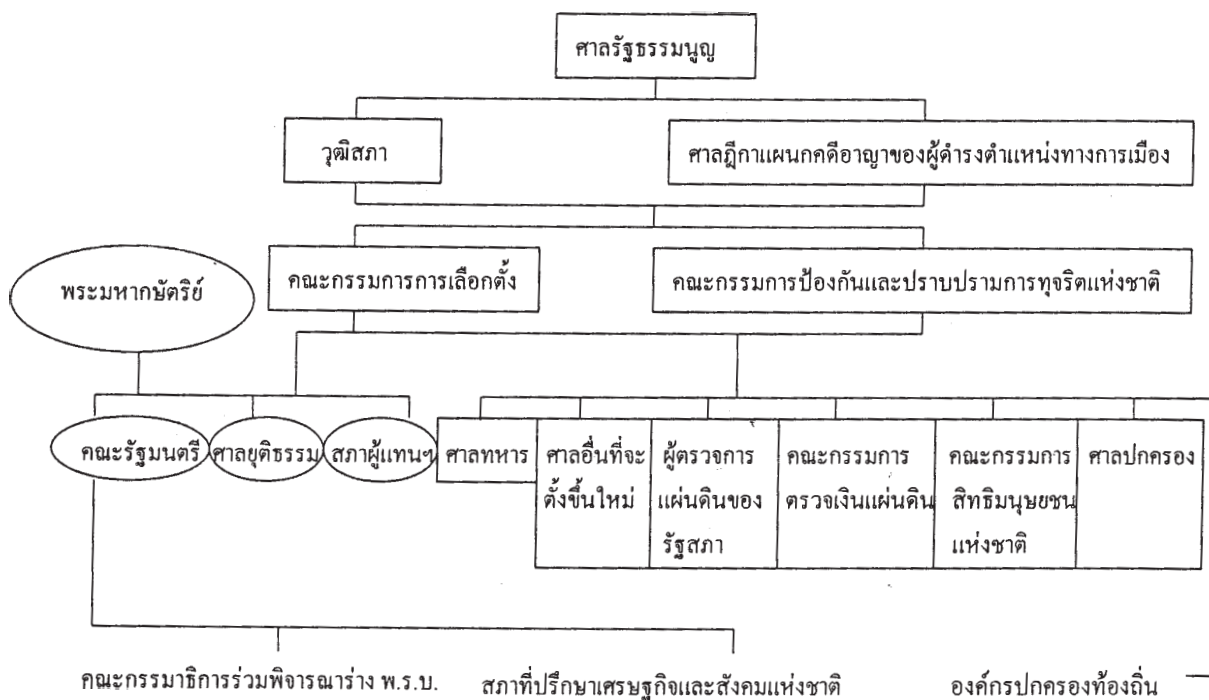
หมายเลข ๖ เป็นอำนาจที่คาบเกี่ยวกันระหว่างสามอำนาจหรือระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจร่วมกัน เช่น อำนาจเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่ายของศาลที่อาจใช้วิธีเสนอโดยฝ่ายบริหารทำนองเดียวกับการรับรองกฎหมายเกี่ยวกับการเงินโดยเป็นงบอุดหนุนเพิ่มเติมจากรายได้ของศาลที่จะได้จากเงินค่าฤชาธรรมเนียม ค่าปรับพิณัย และอื่นๆ อำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ บางระบบบางประเทศใช้เป็นอำนาจร่วมกันระหว่างศาลรัฐสภา และฝ่ายบริหาร โดยเน้นหนักไปทางศาลหรือรัฐสภาหรือฝ่ายบริหารแล้วแต่กรณี เป็นต้น

อำนาจธิปไตยกับโครงสร้างการปกครองตามรูปแบบผังดังกล่าว ประชาชนจะเป็นทั้งที่มาของอำนาจและเป็นผู้ถูกปกครอง โดยในแง่การปกครองจะมีลักษณะเป็นวงจรที่ระบบราชการเข้ามามีอีกองค์กรหนึ่ง อำนาจธิปไตยของประชาชนชาวไทยนี้ พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และอำนาจตุลาการทางศาล อำนาจทั้งสามต่างเป็นอำนาจธิปไตยและใช้โดยองค์กรที่เป็นอิสระอย่างเป็นเอกเทศ แต่มีใช้แยกกันโดยสิ้นเชิง การใช้อำนาจจึงเพียงไม่ถึงขั้นเป็นการก้าวก่ายแทรกแซงอีกฝ่ายหนึ่ง องค์กรทั้งสามจึงมีฐานะเท่าเทียมกันไม่มีใครอยู่สูงกว่าใคร ไม่มีใครควบคุมใครได้มีแต่เพียงตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจกันได้เท่าที่ไม่ทำลายความเป็นอิสระของอีกฝ่ายหนึ่ง

ส่วนการจัดการปกครองตามแนวทางรัฐธรรมนูญห้าอำนาจของดร.ชุนยัตเซ็น ตามที่ปรากฏในหนังสือลัทธิไตรประชาและรัฐธรรมนูญห้าอำนาจของ ดร.ชุนยัตเซ็น แปลโดยดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ หน้า ๑๖๘ ได้แก่



และแผนผังโครงสร้างการปกครองหนึ่งระบอบสองระบบ ซึ่งจะก่อให้เกิดลำดับชั้นของอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่เหนือกว่าองค์กรอำนาจแห่งอธิปไตย โดยจะกลายเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ควบคุมตนเองในระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ด้วยกันเองตามระดับชั้นและควบคุมองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยเดิมอันได้แก่สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี และศาลยุติธรรม มีผู้เขียนแผนผังการจัดโครงสร้างการปกครองตามแนวทางนี้และตรงกับแนวความคิดกับการปกครองหนึ่งระบอบสองระบบมากที่สุดก็คือรูปแผนผังตามที่ลงพิมพ์ในหนังสือพิมพ์รายวันสยามรัฐ ฉบับที่ ๑๖๒๑๘ ปีที่ ๔๘ ฉบับประจำวันอาทิตย์ที่ ๒๑ กันยายน ๒๕๕๐ ในบทความ “วิเคราะห์การเมือง” เรื่อง “คำตอบที่แท้จริง ไม่ออก ไม่ยุบ การปกครองตามร่างของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ดังต่อไปนี้



อย่างไรก็ตาม โครงสร้างการปกครองตามแนวทางหนึ่งระบอบสองระบบดังกล่าว เมื่อมีการนำมาใช้กับการปกครองของประเทศไทยอย่างแท้จริงก็ไม่อาจฝืนต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และวัฒนธรรมประเพณีที่ดีงามของชาวไทยได้ แนวทางการใช้อำนาจตามรูปแผนผังดังกล่าวจึงไม่อาจนำมาปฏิบัติให้เกิดผลอย่างเต็มที่และคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่งที่ร่างขึ้นมา ผลจึงมีเพียงสามารถบ่อนทำลายความมั่นคง ความเข้มแข็ง ความสงบสุขและสร้างความสับสนวุ่นวายแก่ประเทศชาติและประชาชนเพราะได้รับการคัดค้านจากกลุ่มผู้ศึกษาวิเคราะห์โครงสร้างการปกครองแบบนี้ เป็นการลดทอนให้มีฤทธิ์เดชไม่เพียงพอที่จะทำลายประเทศชาติและสังคมไทยถึงล่มสลาย ทั้งนี้วันก็เริ่มมีผู้เห็นผลเสียหายของการปกครองในระบบใหม่นี้ เริ่มไม่ยอมรับ

ว่ามีองค์กรตามรัฐธรรมนูญดังเช่น ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจเหนืออำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทย และไม่ยอมรับให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่เหล่านี้ขยายอำนาจออกไปโดยปราศจากขอบเขต ดังศาลรัฐธรรมนูญเคยทำ โดยอาศัยช่องทางตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๖ มาตรา ๒๗ และมาตรา ๒๖๘ เริ่มไม่ยอมรับว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่มีอำนาจเด็ดขาดหรืออำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (ABSOLUTISM หรือ ABSOLUTE POWERS) หรือที่เคยเรียกศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นองค์กรสูงสุดของประเทศก็ไม่มีใครเรียกอีก

สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ได้แสดงให้เห็นว่าคนไทยมีความเข้าใจในโครงสร้างการปกครองและผลเสียอย่างร้ายแรงของการเปลี่ยนแปลงระบบหรือโครงสร้างการปกครองโดยไม่ผ่านการศึกษาวิเคราะห์ที่แท้จริงให้เข้าใจอย่างลึกซึ้ง ทั้งเข้าใจลึกซึ้งลงไปด้วยว่าความเปลี่ยนแปลงครั้งนี้เปรียบเทียบกับได้กับการปฏิรูปการปกครองและการศาลในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ต่างกันราวนรกกับสวรรค์ ทั้งยังห่างชั้นกว่าการจัดโครงสร้างการปกครองในสมัยเปลี่ยนแปลงการปกครองปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ อีกมากนัก ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้ จะเริ่มสร้างภูมิคุ้มกันแก่สังคมและประเทศชาติให้เกิดความเข้มแข็งขึ้น แล้วจะสามารถนำมาเปลี่ยนแปลงปรับปรุงโครงสร้างการปกครองให้พัฒนาไปในทางที่ถูกต้องต่อไป เช่น พัฒนาจากมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ที่เหนือกว่าอำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทยหรือเป็นองค์กรสูงสุดก็จะเริ่มแปรเปลี่ยนยอมรับว่าองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยได้แก่ สถาบันพระมหากษัตริย์ รัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล มีสถานะสูงกว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่อื่น แล้วจะพัฒนาต่อไปเป็นสถาบันพระมหากษัตริย์ มีสถานะเป็นองค์กรหรือสถาบันสูงสุด สภาผู้แทนราษฎรมีสถานะเหนือกว่าวุฒิสภา องค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยมีความเป็นอิสระแยกกันเป็นเอกเทศผสานกันด้วยระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างถูกต้องและสมดุล เป็นต้น พัฒนาการเหล่านี้เป็นพัฒนาการในเชิงระบบหรือโครงสร้างการปกครองที่จะทำให้การปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จะเข้ามาแทนที่แนวความคิดการปกครองแบบอำนาจนิยม (AUTHORITARIANISM) ให้ต้องเสื่อมถอยไป ความมั่นคง ความเข้มแข็ง และความเจริญของสังคมและประเทศชาติก็จะเกิดขึ้นเต็มที่และถาวรเสียที

ประการที่ ๖ หลักการแบ่งแยกอำนาจและอำนาจตุลาการ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น แม้ตามทฤษฎีแล้ว อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจะมีสถานะเท่าเทียมกันให้อำนาจของตนได้โดยอิสระ โดยไม่มีการก้าวท้าวแทรกแซงกันหรือใช้อำนาจหักล้างทำลายกันเอง เพราะการก้าวท้าวแทรกแซงหรือใช้อำนาจหักล้างหรือทำลายกันเป็นลักษณะของอุปาทว์อย่างหนึ่งที่จะทำลายหรือความเสื่อมถอยแก่สังคมและประเทศชาติ การใช้อำนาจต้องมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างถูกต้องและสมดุล เพื่อมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจไป

ในทางมิชอบ ทำให้การใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่มีความถูกต้องสมบูรณ์ เพื่อผลประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนอย่างแท้จริง และทำให้การใช้อำนาจร่วมกันเพื่อให้ประสานกันเดินไปข้างหน้าอย่างถูกต้องและรวดเร็ว การใช้อำนาจของแต่ละฝ่ายจึงยังคงรักษาความเข้มแข็งโดยมิใช่ความแข็งแกร่งหรือกร้าวร้าวของตนไว้ได้ การจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองตามแนวทางนี้ จึงต้องกำหนดหรือจัดแบ่งอำนาจและระบบตรวจสอบและถ่วงดุลเป็นอย่างดี ประสบการณ์การจัดการแบบนี้เห็นตัวอย่างได้จากความคิดการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาดังเช่นในบทความหมายเลข ๗๑ ของ อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ว่า

“กฎข้อเดียวกันซึ่งสอนเกี่ยวกับความเหมาะสมในการแบ่งกันระหว่างอำนาจแขนงต่าง ๆ นั้น ได้สอนเราในทำนองเดียวกันว่าการแบ่งกันนี้น่าจะทำได้ทำไปในลักษณะที่จะทำให้ฝ่ายหนึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายอื่น ๆ จะเพื่อวัตถุประสงค์อะไรก็ตามที่จะแยกฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการออกจากฝ่ายนิติบัญญัติ ถ้าหากว่าทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการนั้นถูกสร้างมาให้ต้องจงรักภักดีที่สุดต่อฝ่ายนิติบัญญัติ การแบ่งแยกเช่นนั้นก็จะกลายเป็นเพียงการแบ่งแยกแต่เพียงในนามและไม่อาจก่อให้เกิดผลตามความมุ่งหมายที่จัดตั้งเลย การอยู่ใต้กฎหมายนั้นเป็นเรื่องหนึ่ง และการต้องขึ้นอยู่กับสภานิติบัญญัติก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งอย่างแรกนั้นสอดคล้อง แต่อย่างหลังนั้นฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานของรัฐบาลที่ดี และเป็นการรวบอำนาจทั้งปวงเข้าอยู่ในมือคนเดียว ไม่ว่าจะมียุทธวิธีหรือเป็นอย่างไรก็ตาม ความโน้มถ่วงของสิทธิอำนาจนิติบัญญัติที่จะกลืนส่วนอื่น ๆ นั้นได้มีการอธิบายและแสดงให้เห็นได้โดยตัวอย่างมากมายในบทความที่มีมาก่อนหน้านี้แล้ว ในรัฐบาลที่เป็นแบบมหาชนรัฐอย่างบริสุทธินั้น ความโน้มถ่วงนี้แทบไม่อาจเห็นยว้งไว้ได้เลย ดูเหมือนว่าสภาผู้แทนราษฎรของปวงชนนั้น บางครั้งนั้นก็ดีกว่าตนเองเป็นประชาชนเสียเอง และส่อให้เห็นอาการอันรุนแรงของการขาดความอดทนและความไม่พึงพอใจต่อการคัดค้านแม้เพียงน้อยนิดไม่ว่าจะจากส่วนใด ราวกับว่าการใช้สิทธินั้น ๆ ไม่ว่าจะโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ ล้วนเป็นการละเมิดเอกสิทธิ์ของพวกเขาและเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของพวกเขา มีอยู่บ่อยครั้งที่พวกเขามีแนวโน้มที่จะใช้ความควบคุมอย่างโหดเหี้ยมส่วนอื่น ๆ และเนื่องจากโดยปกติแล้วพวกเขาก็มีประชาชนอยู่เคียงข้าง พวกเขาจึงมักกระทำด้วยความรวดเร็ว ทำให้เป็นการยากมากสำหรับส่วนอื่น ๆ ของรัฐบาลที่จะรักษาความสมดุลแห่งรัฐธรรมนูญไว้”

รัฐบาล (GOVERNMENT) ตามความหมายแบบอเมริกันนั้นประกอบด้วยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการรวมกัน จึงจะถือว่ามีอำนาจปกครองประเทศหรือเป็นอำนาจอธิปไตยของประเทศที่สมบูรณ์ มิได้หมายความว่าถึงคณะรัฐมนตรีดังประเทศไทยใช้กัน ตามทฤษฎีแบบอเมริกัน อำนาจปกครองประเทศจึงต้องมีสามฝ่าย ความคงอยู่ของอำนาจทั้งสามฝ่ายจะต้องมี จึงต้องมีความเป็น

อิสระ แยกกันเป็นเอกเทศ ไม่มีการก้าวถ่ายแทรกแซงหรือมีอิทธิพลควบคุมหรือครอบงำต่ออีกฝ่ายหนึ่ง และต้องจัดโครงสร้างโดยไม่ให้มีการรุกล้ำและซึมซับอำนาจของอีกฝ่าย รวมทั้งให้แต่ละฝ่ายมีอาวุธหรือเครื่องมือ หรือกลไกหรือมาตรการตามรัฐธรรมนูญสำหรับป้องกันตัวด้วย นั่นคือมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุล หรือคานอำนาจกันที่จะทำให้เกิดดุลยภาพหรือสมดุลแห่งอำนาจทั้งสาม ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพล มาจากมองเตสกีเอนนั่นเอง ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ดังเช่นในบทความหมายเลข ๗๓ ของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ในหนังสือเดอะเฟเดอร์ลิสต์เปเปอร์ ที่ว่า

“สิ่งแรกที่เราจะสังเกตเห็นก็คืออำนาจของประธานาธิบดีแทนที่จะยับยั้งอย่างมีเงื่อนไขต่อรัฐบัญญัติ หรือมติของทั้งสองสภาในฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งคืออำนาจในการส่งร่างกฎหมายทั้งหมด กลับไปพร้อมกับข้อคัดค้านที่มีผลป้องกันมิให้ร่างกฎหมายเหล่านั้นกลายเป็นกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่า ในภายหลังสมาชิกจำนวนสองในสามของแต่ละสภาที่ประกอบกันเป็นสภานิติบัญญัติจะได้ให้สัตยาบัน แก่ร่างกฎหมายเหล่านั้นเท่านั้น

ความโน้มเอียงของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะรุกล้ำสิทธิและดูดซับอำนาจของฝ่ายอื่นนั้น เราได้นำเสนอไปแล้วหลายต่อหลายครั้งและได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่เพียงพอที่จะมีแค่การแบ่งแยก ขอบเขตของแต่ละฝ่ายแค่นั้นในกระดาษไปแล้ว และเราก็ได้อนุมานพิสูจนถึงความจำเป็นที่จะต้องให้แต่ละฝ่ายมี อาวุธตามรัฐธรรมนูญสำหรับการป้องกันตัวแล้วด้วย จากหลักการที่แจ่มชัดและสิ้นสงสัยแล้วเหล่านั้น นั่นเองที่ก่อให้เกิดความเหมาะสมที่ฝ่ายบริหารสามารถยับยั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ว่าจะโดย เต็ดขาดหรือมีเงื่อนไขก็ตาม ถ้าปราศจากอำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ฝ่ายบริหารก็จะไม่มีทางที่จะ ป้องกันตนเองให้พ้นการรุกล้ำของฝ่ายนิติบัญญัติได้โดยเด็ดขาด เขาอาจจะค่อยๆ ถูกปลดเปลื้อง เอสิทธิอำนาจโดยมติที่ต่อเนื่องกันหรืออาจจะถูกขจัดไปโดยการลงคะแนนเสียงครั้งเดียว และไม่ว่าจะเป็น ไปในรูปใดก็ตาม อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารก็จะถูกรวบอยู่ในมือเดียวอย่างฉับพลัน ถึงแม้เรา จะไม่พบว่ามีแนวโน้มที่จะบุกรุกสิทธิของฝ่ายบริหารอยู่ในสภานิติบัญญัติเลยก็ตาม กฎการใช้เหตุผล อย่างถูกต้องและความชอบด้วยเหตุผลทางทฤษฎีก็ยังคงสอนเราอยู่ดีว่าไม่ควรที่จะปล่อยให้ฝ่ายหนึ่ง ต้องขึ้นกับอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ควรจะให้ มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันตนเอง

แต่อำนาจดังกล่าวนี้ก็ยังมิมีประโยชน์อื่นๆ อีก อำนาจนั้นไม่เพียงแต่จะเป็นโล่ป้องกันให้ฝ่าย บริหารเท่านั้น แต่ยังจะเพิ่มความปลอดภัยจากการตรากฎหมายที่ไม่เหมาะสมออกมาใช้ด้วย อำนาจนี้ จะเป็นเครื่องเหนี่ยวรั้งที่ดียิ่งต่อสภานิติบัญญัติซึ่งถูกกำหนดให้ปกป้องชุมชนให้ปลอดภัยจากผลกระทบ ของการแตกเป็นกลุ่มเฉพาะ ความหุนหันพลันแล่นหรือแรงกระตุ้นอื่นใดก็ตามที่ไม่เป็นมิตรกับคุณประโยชน์ ของส่วนรวมซึ่งอาจจะมีอิทธิพลต่อสมาชิกส่วนใหญ่ต่อสภานั้น

.....

บางทีอาจจะกล่าวได้ว่าอำนาจในการขัดขวางกฎหมายใดๆ นั้นรวมไปถึงอำนาจในการขัดขวางดีๆ ด้วย และอำนาจดังกล่าวนี้อาจจะถูกใช้ไปเพื่อวัตถุประสงค์อย่างนี้เช่นเดียวกับประสงค์อย่างอื่นด้วย แต่ข้อคัดค้านนี้จะมีน้ำหนักน้อยมากสำหรับผู้ที่สามารถคาดการณ์ได้อย่างเหมาะสมถึงความยุ่งยากของความไม่คงที่และความแปรผันของกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดมลทินอย่างมหาศาลแก่คุณสมบัติและลักษณะพิเศษของรัฐบาลของเรา พวกเขาจะคำนึงถึงทุกๆ องค์การที่คาดว่าจะจำกัดความเสียหายที่เกิดในการบัญญัติกฎหมายและเพื่อรักษาสิ่งต่างๆ ที่น่าจะมีคุณมากกว่าโทษให้อยู่ในสถานะเดิมที่เป็นอยู่ในระยะใดระยะหนึ่ง เพราะมันเป็นผลดีต่อความมั่นคงที่เพิ่มขึ้นในระบบการบัญญัติกฎหมาย ความเสียหายอันเกิดจากการขัดขวางกฎหมายที่ดีเพียงไม่กี่ฉบับนั้น อาจจะทดแทนได้มากพอสมควรด้วยคุณประโยชน์ด้วยการขัดขวางกฎหมายใดๆ เป็นจำนวนมาก

ยังไม่หมดเพียงแค่นี้ น้ำหนักและอิทธิพลอันเหนือกว่าของสภานิติบัญญัติในการปกครองที่เป็นเสรีและความยากลำบากของฝ่ายบริหารในการประลองกำลังกับสภานั้น ย่อมก่อให้เกิดความมั่นใจอันน่าพอใจได้ว่า โดยทั่วๆ ไปแล้วอำนาจในการยับยั้งนั้นคงจะใช้กันด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง และในการใช้อำนาจดังกล่าวคงจะมีโอกาสบ่อยขึ้นสำหรับข้อกล่าวหาว่าซับซ้อนมากกว่าการหุนหันพลันแล่น ทุกวันนี้กษัตริย์ของอังกฤษซึ่งพร้อมด้วยคุณลักษณะต่างๆ ขององค์รัฐฐาธิปไตยมากมายและทรงมีอิทธิพลมากมายที่อาจได้รับจากนับพันๆ แหล่งก็ยังทรงลังเลที่จะใช้พระราชอำนาจยับยั้งมติร่วมกันของทั้งสองสภา พระองค์จะไม่ล้มใช้หนทางที่ดีที่สุดแห่งอิทธิพลนั้นๆ ในการกำจัดการที่พระองค์ไม่ทรงโปรด ขณะที่มันกำลังถูกส่งมายังพระองค์ ทั้งนี้ เพื่อที่ว่าพระองค์จะไม่ถูกจำกัดให้อยู่ในสภาวะที่ต้องเลือกเอาในสิ่งที่ไม่พึงประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง คือระหว่างการปล่อยให้มาตรการนั้นมีผลบังคับใช้ กับการเสี่ยงต่อความขุ่นเคืองของคนทั้งชาติ ในการคัดค้านแนวทางของสภานิติบัญญัติ ทั้งยังเป็นไปไม่ได้ที่ในที่สุดพระองค์จะยอมเสี่ยงใช้พระราชอำนาจพิเศษของพระองค์ เว้นแต่ในกรณีที่มีความเหมาะสมอย่างเห็นได้ชัดหรือในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดคนที่รู้เรื่องดีทุกคนในราชอาณาจักรนั้นย่อมจะเห็นได้กับความสมเหตุสมผลของข้อสังเกตประการนี้ นับเป็นระยะเวลาที่ยาวนั้นมากแล้วตั้งแต่กษัตริย์ได้ทรงใช้อำนาจยับยั้งนั้น”

ในหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจทั้งสามฝ่ายนั้นถือว่าอำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่อ่อนแอที่สุด ง่ายต่อการที่ถูกก้าวก่ายแทรกแซงที่สุด โดยเฉพาะการก้าวก่ายแทรกแซงอันเกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถช่วงชิงอำนาจตุลาการให้แก่ตนเองหรือให้แก่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติเข้มแข็งเป็นอิสระก็จะช่วงชิงอำนาจแม้แต่จากฝ่ายบริหารเอง กรณีเช่นนี้หากไม่เพิ่มระบบป้องกันตนเองหรือระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ดีแก่ฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหารแล้ว เพียงอาศัยพลังของประชาชนหรือให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินแล้วเท่ากับเปิดโอกาสแก่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายการเมือง

ช่วงชิงอำนาจจากฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายบริหารได้เด็ดขาดยิ่งขึ้น ดังปรากฏในบทความหมายเลข ๔๘ ของเจมส์ เมดิสันในหนังสือเดอะเฟเดอร์ลิสต์เปเปอร์ว่า

“แต่ข้อคัดค้านที่ใหญ่หลวงที่สุดอยู่ที่ว่าการตัดสินใจของประชาชนซึ่งน่าจะเป็นผลมาจากคำอุทธรณ์ดังกล่าวนี้ จะไม่สนองตอบต่อวัตถุประสงค์ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งคุณภาพของรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญ เราได้เห็นแล้วว่าแนวโน้มของรัฐบาลมหาชนรัฐก็คือการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะเพิ่มพูนอำนาจของตนโดยที่ฝ่ายอื่นๆ เสียเปรียบ ดังนั้น โดยปรกติแล้วฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจึงมักเป็นผู้ต้องร้องอุทธรณ์ต่อประชาชน แต่ไม่ว่าฝ่ายหนึ่งหรืออีกฝ่ายจะเป็นผู้ร้องอุทธรณ์ก็ตาม แต่ละฝ่ายจะได้รับประโยชน์จากการพิจารณาดีเท่าเทียมกันหรือ ขอให้เราพิจารณาสถานการณ์ที่แตกต่างกันของพวกเขาดู สมาชิกของฝ่ายบริหารและตุลาการมีจำนวนน้อยและจะเป็นที่รู้จักกันโดยส่วนตัวในหมู่ประชาชนส่วนน้อยนิดเท่านั้น สำหรับฝ่ายตุลาการนั้น โดยแบบแผนวิธีการในการแต่งตั้งพวกเขาเข้ามารวมทั้งโดยธรรมชาติและ ความถาวรของการแต่งตั้งนั้น ทำให้ฝ่ายตุลาการต้องอยู่ห่างจากประชาชนจนเกินกว่าที่จะมีส่วนร่วมรับรู้ในฉันทาคติของประชาชนได้ ส่วนฝ่ายบริหารโดยทั่วไปก็จะตกเป็นเป้าวิพากษ์ และการบริหารงานของพวกเขาก็มักจะถูกให้ร้ายป้ายสีทำให้เสื่อมความนิยมอยู่เสมอ ในทางตรงกันข้ามสมาชิกของฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีเป็นจำนวนมาก พวกเขากระจายกันออกไปและพำนักอยู่ในหมู่ประชาชนส่วนใหญ่ สายสัมพันธ์ฉันทันใจและมิตรภาพและคนรู้จักที่พวกเขามีอยู่จึงครอบคลุมส่วนใหญ่ของผู้ทรงอิทธิพลที่สุดในสังคมธรรมชาติของความไว้วางใจที่สาธารณชนมอบให้กับพวกเขาหมายถึงว่าพวกเขามีอิทธิพลส่วนตัวในหมู่ประชาชน และเป็นผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความเชื่อถือโดยตรงยิ่งกว่าด้วยข้อได้เปรียบเหล่านี้ทำให้เป็นการยากที่จะคาดหวังได้ว่าฝ่ายตรงข้ามจะมีโอกาสเท่ากับพวกเขาในการได้รับการพิจารณาประเด็นปัญหาอย่างชื่นชม

แต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เพียงแต่จะสามารถอุทธรณ์ต่อประชาชนได้อย่างประสบผลสำเร็จที่สุดเท่านั้น พวกเขาอาจจะทำตัวเป็นผู้ตัดสินเสียเองได้อีกด้วย อิทธิพลเดียวกันกับที่ทำให้พวกเขาได้รับเลือกตั้งเข้าไปอยู่ในสภานิติบัญญัติ ย่อมจะทำให้พวกเขาได้ที่นั่งในที่ประชุมพิเศษด้วย แม้ว่าสมาชิกสภานิติบัญญัติทุกคนจะไม่ได้ที่นั่งดังกล่าวนี้ หลายคนก็น่าจะได้ และผู้ที่ค่อนข้างแน่นอนว่าจะได้ที่นั่งก็คือบรรดานักเคลื่อนไหวซึ่งทุกสิ่งทุกอย่างในองค์กรลักษณะดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับพวกเขา กล่าวสั้นๆ ก็คือที่ประชุมส่วนใหญ่จะประกอบไปด้วยคนที่เคยเป็น กำลังเป็น หรือคาดว่าจะได้เป็น สมาชิกของฝ่ายซึ่งมีพฤติกรรมถูกกล่าวหาานั้น ฉะนั้น พวกเขาจึงเป็นคู่กรณีในปัญหาที่พวกเขาจะเป็นผู้ตัดสินเอง

อย่างไรก็ตาม บางครั้งก็อาจเกิดเหตุการณ์ที่มีการอุทธรณ์ภายใต้สภาพการณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการน้อยลงได้ การช่วงชิงอำนาจของสภานิติบัญญัติอาจจะถูกอาจและยับยั้ง

เสียงจนกระทั่งสุดวิสัยที่จะตกแต่งอำพรางให้ดูดีได้ พรรคที่เข้มแข็งในหมู่พวกเขาอาจหันมาเข้าข้างฝ่ายอำนาจอื่น ๆ อำนาจบริหารอาจตกอยู่ในมือของผู้ที่ประชาชนให้ความนิยมเป็นพิเศษ ในสภาพการณ์ดังกล่าวนี้ การตัดสินใจของสาธารณชนอาจจะถูกหันเหเนเอียงไปโดยฉันทาคติที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติน้อยลง แต่กระนั้นก็ตามก็ไม่มีทางจะคาดหวังได้ว่าจะมีการหันมาดูแลเนื้อหาของตัวปัญหาเอง ประเด็นปัญหานั้นย่อมจะไปผูกพันกับความรู้สึกเป็นฝักเป็นฝ่ายต่าง ๆ ที่ดำรงมาอยู่ก่อน หรือกับฝ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากตัวปัญหานั้นเองอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ประเด็นปัญหานั้นย่อมเกี่ยวพันกับบุคคลที่มีบุคลิกโดดเด่นและมีอิทธิพลอย่างกว้างขวางในชุมชน ประเด็นปัญหานั้นจะมีการชี้แจงโดยบุคคลกลุ่มเดียวกับที่เคยเป็นผู้ดำเนินการหรือผู้คัดค้านมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจนั้น ดังนั้น กิเลสไม่ใช่เหตุผลของมหาชนจะเป็นผู้ตัดสินใจ แต่ว่าเฉพาะเหตุผลของมหาชนเท่านั้นที่ควรจะเป็นตัวกำกับและควบคุมรัฐบาล กิเลสต่างหากที่ควรจะต้องถูกรัฐบาลกำกับและควบคุม

ในบทความฉบับที่แล้วเราได้พบว่าคำประกาศในรัฐธรรมนูญที่เขียนขึ้นแต่เพียงอย่างเดียวทำได้เพียงพอแก่การควบคุมฝ่ายต่าง ๆ ทั้งหลายให้อยู่ในขอบเขตตามกฎหมายของตนไม่ ในบทความนี้ก็ปรากฏว่าการอุทธรณ์ต่อประชาชนเป็นครั้งคราวก็ไม่ใช่อำนาจหน้าที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพสำหรับ วัตถุประสงค์ดังกล่าว ส่วนบรรดาข้อกำหนดที่มีลักษณะแตกต่างออกไปซึ่งบรรจุอยู่ในแผนการที่อ้างถึงข้างต้นจะมีประสิทธิภาพเพียงพอแค่นั้นนั้นข้าพเจ้าไม่ได้พิจารณา ข้อกำหนดบางประการตั้งอยู่บนหลักการทางการเมืองที่ดีอย่างไม่ต้องสงสัย และข้อกำหนดทั้งปวงล้วนร่างขึ้นมาด้วยความชาญฉลาดและแม่นยำที่เฉพาะตัว”

ปรากฏการณ์ตามที่เจมส์ เมดิสัน กล่าวมาข้างต้น แม้เป็นความคิดและปัญหาเมื่ออดีตสองร้อยปีแล้วก็ตาม ก็เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นได้จริงเสมอ ดังจะเห็นจากการปกครองของประเทศไทยในอดีต นับแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองในปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ เป็นต้นมา ที่ฝ่ายบริหารเป็นเสียงข้างมากของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาที่มีสมาชิกวุฒิสภาได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเกิดจากการแต่งตั้งโดยฝ่ายบริหารเดียวกันก็จะเห็นการใช้อำนาจอย่างถ้อยที่ถ้อยอาศัยซึ่งกันและกันของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ทำให้เกิดสถานะที่ฝ่ายบริหารออกกฎหมายอย่างไรก็ได้ แม้กระทั่งออกกฎหมายที่เป็นการรุกร้าช่วงชิงอำนาจจากฝ่ายตุลาการให้แก่ฝ่ายบริหาร เพราะการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว จึงเกิดสถานะที่ฝ่ายบริหารควบคุมฝ่ายตุลาการโดยการแต่งตั้งเสนอความดีความชอบ การเสนอโยกย้าย และการเสนอลงโทษ รวมทั้งอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายตุลาการเป็นของฝ่ายบริหาร การออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารงานฝ่ายตุลาการ กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายเกี่ยวกับการอำนวยการยุติธรรมโดยศาลยุติธรรมแก่ประชาชน

ถือว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารทั้งสิ้นมิใช่ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหารควบคุมงบประมาณการเงิน การคลัง เงินเดือนของฝ่ายตุลาการได้ทั้งหมด อำนาจและสถานะของฝ่ายตุลาการยิ่งแยกแกว่าสมัยปฏิรูป การปกครองและการศาลในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเสียอีก แม้ภายหลัง จะมีคณะกรรมการตุลาการขึ้นมาก็เป็นเพียงพยุ่งสถานะฝ่ายตุลาการให้ดีขึ้นเล็กน้อยแต่ก็เป็นภาพลวงตา เป็นส่วนมาก ทุกอย่างกลับขึ้นอยู่กับพฤติกรรมหัวแข็งของพวกตุลาการต่างหากที่ทำให้ฝ่ายตุลาการยังพอ รักษาความเป็นอิสระไว้ได้ ซึ่งบางครั้งก็ต้องแลกมาด้วยความสูญเสียที่เกิดจากการโต้ตอบของฝ่ายบริหาร ดังจะเห็นได้จากการพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับเงินเดือนของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมแต่ละครั้ง หรือการออกระเบียบเกี่ยวกับเครื่องราชอิสริยาภรณ์ของผู้พิพากษา หรือแม้แต่วิกฤตตุลาการที่เกิดขึ้นแต่ละครั้งนับแต่ การฟ้องคดีพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นต้นมา

การแยกตั้งศาลปกครองโดยอ้างว่าพัฒนามาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอันเป็น องค์กรฝ่ายบริหารก็เป็นผลพวงมาจากสภาวะดังกล่าว ปราบกฏการณ์เช่นนี้เป็นสิ่งที่จะเกิดขึ้นได้ใน ต่างประเทศในสมัยโบราณหลายร้อยปีเต็มที ปราบกฏว่าแม้ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยดังกล่าวจึงถือว่าเป็น ปราบกฏการณ์โบราณ ของการปกครองและโครงสร้างการปกครองก่อนยุคหลังการแบ่งแยกอำนาจเฟื่องฟู จนกลายเป็นหลักการจัดระบบหรือโครงสร้างสากลในโลกปัจจุบัน ด้วยเหตุผลนี้เองผู้ทำคำวินิจฉัย จึงขอยกตัวอย่างและเหตุผลของคนอย่างมองเตสกิเออร์หรือผู้เขียนบทความในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ซึ่งเป็นความคิดที่อยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงและความจริงของคนสมัยสองร้อยปีก่อน เป็นส่วนใหญ่เพื่อนำมาเปรียบเทียบความคิดของนักวิชาการผู้ร่างรัฐธรรมนูญไทยว่าใครล้ำหลังกว่ากัน ซึ่งเปรียบเทียบแล้วอาจสรุปได้ว่านักร่างรัฐธรรมนูญไทยในอดีตมีความเข้าใจหลักการและโครงสร้าง การปกครองน้อยแล้ว สถานการณ์ในยุคปัจจุบันกลับแย่งยิ่งกว่าคือไม่เข้าใจอะไรเลย

ปราบกฏการณ์การออกกฎหมายในคดีนี้ ก็เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของปราบกฏการณ์ที่ฝ่ายบริหาร อาศัยสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายพยายามจำกัดและช่วงชิงอำนาจตุลาการจากศาลยุติธรรม โดยเอากรรมบังคับคดี คุมประพฤติ และสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่จัดระบบหรือโครงสร้าง และการปฏิบัติหน้าที่เชื่อมโยงและภายใต้การควบคุมดูแลของศาลยุติธรรมมาโดยตรง ให้กลับไปอยู่ใน สังกัดของกระทรวงยุติธรรมตามเดิม แทนที่จะแยกตามไปกับศาลยุติธรรม การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ว่าบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็เป็นปราบกฏการณ์ปกติที่ต้องเกิดขึ้น และแสดงให้เห็นความจริงถึงอิทธิพลที่เกิดจากฝ่ายบริหารกับสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นส่วนควบซึ่งกัน และกันหรืออำนาจของฝ่ายบริหารและสภาผู้แทนราษฎรตกเป็นของคนกลุ่มเดียวกันก็คือนักการเมือง ประกอบกับชนชั้นปกครองส่วนใหญ่ยังยึดติดกับแนวความคิดแบบอำนาจนิยมย่อมไม่มีอำนาจใด

หรือองค์กรใดมาขัดขวางแนวคำวินิจฉัยได้ ตรงตามแนวความคิดของมองเตสกีเออและนักคิดชาวอเมริกันที่ร่วมร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาขึ้นมา ดังคำกล่าวของมองเตสกีเออว่า “ยามใดที่อำนาจนิติบัญญัติถูกนำมารวมอยู่กับอำนาจบริหารในตัวบุคคลคนคนเดียวหรือในคณะบุคคลคณะเดียว เสรีภาพย่อมจะไม่มี เพราะเราก็คงหาวันได้ว่าพระมหากษัตริย์ (ในกรณีนี้คือคณะรัฐมนตรี) หรือสถานั้เอง จะออกกฎหมายพระราชเพื่อบังคับใช้แบบทรราช

อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่น่าหวั่นเกรงที่จะถูกก้าวก่ายแทรกแซงหรือทำให้แตกแยกขาดความเข้มแข็งมากที่สุด ในบรรดาอำนาจทั้งสาม จึงต้องทราบธรรมชาติของอำนาจตุลาการเสียก่อน จึงจะสามารถสร้างหรือจัดระบบหรือโครงสร้างที่จะส่งเสริมความเป็นอิสระกับตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจฝ่ายอื่นได้ ดังปรากฏบทความหมายเลข ๗๘ ของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์ เปเปอร์ว่า

“ใครก็ตามที่พิจารณาอย่างเอาใจใส่กับอำนาจฝ่ายต่างๆ ก็ต้องเห็นได้ว่า ในรัฐบาลที่มีการแบ่งแยกอำนาจต่างๆ ออกจากกันและกันนั้น อำนาจตุลาการนั้นโดยธรรมชาติของหน้าที่แล้วมักจะเป็นอำนาจที่เป็นอันตรายน้อยที่สุดต่อสิทธิทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากว่า อำนาจตุลาการมีความสามารถน้อยที่สุดที่จะรบกวนหรือทำลายสิทธิทางการเมืองเหล่านั้น ทางฝ่ายบริหารนั้นไม่เพียงแต่จะเป็นผู้เดียวที่แจจแจงเกียรติยศชื่อเสียงเท่านั้น หากแต่ยังครองอำนาจทหารของสังคมไว้ในมืออีกด้วย ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นไม่เพียงแต่จะควบคุมการเงินเท่านั้น หากแต่ยังสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะนำไปบังคับควบคุมหน้าที่และสิทธิพลเมืองทุกคนได้อีกด้วย ในทางตรงกันข้ามฝ่ายตุลาการนั้นไม่มีอิทธิพลใดเลย ทั้งต่อกำลังทหารหรือการเงินไม่มีอำนาจบังคับบัญชาทั้งที่เหนือพลังหรือความมั่งคั่งของสังคม และไม่อาจใช้มตติที่เข้มแข็งอันใดได้เลยอีกด้วย แท้ที่จริงแล้วนั้นอาจกล่าวได้ว่าฝ่ายตุลาการไม่มีทั้งกำลังหรือเจตจำนงจะมีก็แต่คำวินิจฉัยเท่านั้น และในที่สุดแล้วจะต้องอาศัยความช่วยเหลือจากมือไม้ของฝ่ายบริหาร แม้แต่ในการทำให้คำตัดสินของตนมีประสิทธิภาพก็ตาม

ทรศนะง่าย ๆ ของเรื่องนี้บ่งบอกถึงผลสืบเนื่องของสิ่งสำคัญอีกหลายประการ มันพิสูจน์อย่างแย้งไม่ได้เลยว่าฝ่ายตุลาการเป็นฝ่ายที่อ่อนแอที่สุดอย่างเทียบกันไม่ได้เลยในบรรดาอำนาจทั้งสามฝ่าย (มองเตสกีเออผู้เรื่อนาม เมื่อพูดถึงอำนาจเหล่านี้ได้กล่าววว่า “สำหรับอำนาจทั้งสามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น อำนาจตุลาการนั้นเกือบจะไม่มีอำนาจอะไรเลย”) ฝ่ายตุลาการนั้นไม่มีวันที่จะสามารถโจมตีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในอีกสองฝ่ายที่เหลือนั้นอย่างสำเร็จได้เลย และเพื่อที่จะทำให้ฝ่ายตุลาการสามารถปกป้องตนเองจากการโจมตีของอำนาจสองฝ่ายที่เหลือนั้น ก็จำเป็นจะต้องมีความระมัดระวังเอาใจใส่ทุกด้านเท่าที่จะเป็นไปได้ ทรศนะนี้ยังพิสูจน์อย่างเท่าเทียมกันด้วยว่า แม้บางครั้งบางคราวการกดขี่เฉพาะรายอาจจะ

เกิดจากศาลยุติธรรม แต่เสรีภาพทั่วไปของประชาชนจะไม่มีวันตกอยู่ในอันตรายจากฝ่ายตุลาการเลย ข้าพเจ้าหมายถึงว่า ทรบเท่าที่ฝ่ายตุลาการยังคงแยกตัวอย่างแท้จริงออกจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ข้าพเจ้ายอมรับว่า “จะไม่มีเสรีภาพใดเลยถ้าอำนาจพิพากษาคดีมิได้แยกออกห่างจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร” (คำกล่าวของมอเตสกีเออ) และในประการสุดท้ายยังได้พิสูจน์ให้เห็นอีกว่า ในขณะที่เสรีภาพไม่มีอะไรจะต้องหวาดวิตกจากด้านตุลาการโดยลำพัง แต่เสรีภาพจะต้องหวาดวิตกไปเสียทุกสิ่งทุกอย่างจากการที่ฝ่ายตุลาการสามารถรวมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เหลือได้ เนื่องจากผลกระทบทั้งปวงของความร่วมมือกันดังกล่าวจะต้องเกิดจากการที่ฝ่ายแรกต้องพึ่งพิงฝ่ายหลัง ไม่ว่าจะได้มีการแบ่งแยกตามชื่อและเพียงภายนอกไว้อย่างไรก็ตาม และเนื่องจากความอ่อนแอโดยธรรมชาติของฝ่ายตุลาการนั่นเอง ฝ่ายตุลาการจึงตกอยู่ในอันตรายตลอดเวลาที่จะถูกอำนาจข้างเคียงใช้กำลังเอาชนะหรือใช้อิทธิพลโน้มน้าว และเนื่องจากไม่มีสิ่งใดสามารถสนับสนุนความมั่นคงและความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการได้มากเท่ากับการดำรงอยู่ในตำแหน่งอย่างถาวร ดังนั้นคุณสมบัติประการนี้จึงอาจถือได้อย่างยุติธรรมว่าเป็นองค์ประกอบที่ขาดเสียมิได้ในโครงสร้างของฝ่ายตุลาการ และในวงกว้าง อาจถือเป็นปราการปกป้องความยุติธรรมและความมั่นคงของส่วนรวมอีกด้วย”

ธรรมชาติของอำนาจของตุลาการหรือฝ่ายตุลาการ เป็นอำนาจและฝ่ายที่อ่อนแอที่สุดในบรรดาอำนาจทั้งสาม เป็นอำนาจที่ใช้ได้จำกัดเฉพาะบุคคลเฉพาะกรณีเป็นส่วนหนึ่ง เป็นอำนาจที่จะต้องใช้โดยผู้พิพากษาที่มีคุณธรรม จริยธรรม มีคุณสมบัติและความรู้ความสามารถพิเศษเกี่ยวกับกฎหมายอีกประการหนึ่ง เป็นอำนาจยับยั้งหรือความสามารถในการหยุดยั้งหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธโดยแท้ โดยเป็นอำนาจที่จะใช้ได้ต่อเมื่อมีการฟ้องร้องหรือร้องขอ ใช้ตามกระบวนการพิจารณาหรือวิธีพิจารณาที่มีรายละเอียดทุกขั้นตอน และใช้หรือพิพากษาหรือมีคำสั่งเกินกว่าที่ร้องขอไม่ได้ จึงไม่มีลักษณะเป็นอำนาจออกคำสั่งหรือความสามารถในการออกคำสั่งหรืออำนาจในเชิงบวกหรือปฏิฐานเลยอีกประการหนึ่ง ย่อมไม่ใช่ผู้กระทำการหรือสามารถใช้อำนาจรุกกล้าเข้าไปทำลายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งเฉพาะบุคคลหรือโดยรวม สิ่งเหล่านี้เป็นข้อจำกัดตามธรรมชาติของอำนาจตุลาการหรือฝ่ายตุลาการที่จะรักษาความบริสุทธิ์ของอำนาจตุลาการหรือฝ่ายตุลาการไว้ให้เป็นอำนาจและองค์กรคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างป็นรูปธรรมที่สุด รักษาความเป็นธรรมแก่ประชาชนและสังคม เป็นที่พึ่งหรือเยียวยาความทุกข์ความเดือดร้อนที่ประชาชนได้รับจากการกระทำของบุคคลอื่นหรือของรัฐ เป็นอำนาจที่จะทำให้เกิดความสงบสุข ดับทุกข์เข็ญของประชาชนจากภัยที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่กล่าวมาก็คืออำนาจในด้านดีของอำนาจตุลาการ

อย่างไรก็ดี อำนาจตุลาการยังคงอำนาจเป็นหนึ่งในสามอำนาจที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่า อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารมาแต่โบราณกาลแล้ว หากอำนาจตุลาการถูกแยกออกมาก็จะเป็น อำนาจที่อ่อนแอที่สุดและมีข้อจำกัดตามธรรมชาติของอำนาจที่จะแสดงผลในด้านดีของอำนาจนั้นออกมา แต่ธรรมชาติของอำนาจตุลาการอีกด้านหนึ่งที่เป็นด้านร้าย อำนาจนี้จะเป็นอำนาจที่ร้ายกาจที่สุดในมวลมนุษยชาติ ดังคำกล่าวของมองเตสกีเออว่า“โดยลักษณะการเช่นนี้ อำนาจตัดสินเป็นอำนาจ อันร้ายกาจในหมู่มนุษย์” เพราะอำนาจตุลาการอีกด้านหนึ่งก็คืออำนาจที่จะทำให้บุคคลเกิดความสูญเสีย ในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพนั่นเอง อำนาจที่ทำให้บุคคลสูญเสียชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพเหล่านี้ล้วนเป็นด้านหนึ่งของอำนาจตุลาการ จึงมีขึ้นได้ในชีวิตประจำวันของบุคคล เจ้าหน้าที่ ของรัฐจับประชาชนมาควบคุมไว้เพื่อเรียกร้องเงินทอง หรือจับปรับประชาชน การที่บุคคลหนึ่งทำร้าย หรือฆ่าคนอื่นคนหนึ่ง การทำร้ายฆ่าฟันกันในสงคราม เหล่านี้ก็เป็นลักษณะหนึ่งของอำนาจตุลาการทั้งสิ้น เพียงแต่เป็นอำนาจที่อยู่ในหรือนอกระบบศาลหรือตุลาการหรือไม่เท่านั้น อำนาจตุลาการในด้านร้ายจึงเป็น อำนาจที่มีการทำลายล้างและร้ายกาจที่สุดในบรรดาอำนาจทั้งสาม

ธรรมชาติของอำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่อ่อนแอ เป็นอำนาจในเชิงยับยั้งหรือความสามารถ ในการหยุดยั้งหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธ โดยตัวเองไม่สามารถขับเคลื่อนหรือใช้อำนาจด้วยตนเองได้ ต้องอาศัยการขับเคลื่อนหรือร้องขอจากภายนอก เป็นอำนาจเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี และเป็นอิสระ แยกออกเป็นรายคดีไป เป็นต้น ดังนั้นอำนาจนี้จะกลายเป็นอำนาจที่ร้ายกาจที่สุดสามารถทำลายล้าง หรือสร้างความเสียหายแก่สังคมหรือประเทศชาติโดยรวมได้ จึงอยู่ที่อิทธิพลจากภายนอกเข้ามา ควบคุมครอบงำอำนาจตุลาการจนเกิดเป็นกลุ่มเป็นก้อนของอำนาจตุลาการขึ้นมาหรือการก้าวก้าว แทรกแซงครอบงำหรืออิทธิพลจากภายในหรือภายนอกกดดันให้การใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษา เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ไม่ว่าจะโดยการควบคุมอำนาจบริหารงานหรือทำให้เกิดสายบังคับบัญชา นั้นก็สามารถควบคุมสั่งการให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ไปตามนโยบายหรือวัตถุประสงค์ของผู้บังคับบัญชา ที่มอบหมายมาตามลำดับชั้น อิทธิพลนี้อาจเกิดจากการแต่งตั้ง การเสนอความดีความชอบ การลงโทษ การปลดออกหรือถอดถอน หรือควบคุมเกี่ยวกับเงินเดือนสวัสดิการของผู้พิพากษาหรือบังคับบัญชาผ่านทาง เจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการ หรือเรียกง่าย ๆ ว่าทำให้มีสายการบังคับบัญชาแทรกซึมเข้ามาในการพิจารณาพิพากษาคดี การควบคุมงบประมาณ การเงิน การคลัง และสวัสดิการของศาลอย่างมีเงื่อนไข รวมทั้งควบคุม การออกกฎหมายที่เกี่ยวกับศาลโดยตรงหรือทำให้ผลแห่งคดีของศาลไม่ว่าถึงที่สุดไปแล้วหรือกำลังอยู่ ระหว่างการพิจารณาเปลี่ยนแปลงไป

สิ่งที่กล่าวมาในวรรคก่อน นอกจากการปลุกกระแสประชาชนหรือเพื่อต่อต้านหรือกดดันศาลที่จะเกิดผลเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีแล้ว ยังมีทางเกิดได้ก็โดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะมีพลังอำนาจควบคุมทิศทางการใช้อำนาจตุลาการให้เป็นไปในแนวทางที่ประสงค์ไม่ว่าเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือการใช้อำนาจร่วมกันเป็นกลุ่มก้อนได้ เมื่อเกิดการควบคุมกดดันอำนาจตุลาการจากปัจจัยภายนอก พลังด้านร้ายของอำนาจตุลาการก็จะส่งผลออกมาให้กลายเป็นอำนาจร้ายกาจที่มีพลังทำลายล้างสูงสุดของมวลมนุษย

เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมมีระบบการใช้อำนาจที่ดีที่สุดและสมบูรณ์ในแง่เนื้อหาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลยุติธรรมไว้มิให้เข้าไปในทางมิชอบ ภายใต้ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจจากคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือระหว่างคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกันเองอยู่แล้ว อันถือว่าเป็นระบบการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงของประชาชนหรือระหว่างคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่แสดงว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง เพื่อคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ศาลเป็นแต่เพียงคนกลางเท่านั้น มิใช่ผู้ลงไปใช้อำนาจอธิปไตยนี้อย่างแท้จริงที่เรียกว่าศาลยุติธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการก็เห็นว่าเป็นเพียงการใช้ตามคำร้องของคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง โดยศาลยุติธรรมต้องคำนึงถึงประชาชนโดยรวมหรือปวงชนด้วยเท่านั้น ดังนั้น ในสายตาของศาลยุติธรรมแล้วคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องมีความเท่าเทียมหรือเสมอกันในการขอใช้อำนาจศาล หรือกล่าวอีกแง่หนึ่งความเสมอกันตามกฎหมายของประชาชนเกิดเป็นจริงและเป็นรูปธรรมอยู่ในระบบศาลยุติธรรม

ด้วยเหตุนี้ หากมีอิทธิพลจากภายนอกเข้ามาแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ย่อมกลายเป็นเกิดคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่มีความปรากฏอยู่ในศาลยุติธรรม ความเสมอหรือเท่าเทียมกันในการต่อสู้คดีของคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องเสียไป ทั้งเป็นการต่อสู้ที่เสียเปรียบหรือไม่เป็นธรรมเพราะความไม่มีตัวตนปรากฏในศาลยุติธรรม ย่อมไม่อาจนำมาเป็นประเด็นต่อสู้คดีหรือโต้แย้งคัดค้านได้ สภาพของศาลยุติธรรมที่เรียกว่าเป็นองค์กรคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องย่อมเสียไป กลายเป็นการใช้อำนาจตุลาการในด้านร้ายหรืออำนาจออกคำสั่งหรือความสามารถในการออกคำสั่งหรืออำนาจในเชิงบวกหรือปฏิฐานทำลายสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งมิใช่ลักษณะปกติหรือธรรมชาติของอำนาจตุลาการ

ด้วยผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลยุติธรรมจะกระทบต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินและเสรีภาพของประชาชนผู้บริโภคทันที ความยุติธรรมก็จะเกิดขึ้นในสังคม ความเดือดร้อนและความไม่สงบสุขก็จะค่อยๆ แพร่ออกไปครอบคลุมสังคมและประเทศชาติ หากเกิดขึ้นถึงขั้นทำลายระบบศาลยุติธรรม

จนไม่อาจเป็นที่พึงของประชาชนอีกได้ก็จะเกิดภาวะที่ใครมีอำนาจก็จัดการกันเองหรือเกิดระบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน ไม่มีใครเคารพกฎหมายกันอีก กลายเป็นการตั้งศาลเดี่ยวหรือใช้อำนาจเถื่อนกันเอง สังคมก็จะอยู่ไม่ได้เพราะคนส่วนหนึ่งจะถูกศาลเดี่ยวหรืออำนาจเถื่อนทำลาย อีกส่วนหนึ่งก็จะอยู่ไม่ได้ต้องหลบหนีออกไป ความไร้เสถียรภาพ ไร้ความสุข ไร้ศีลธรรม ไร้อารยธรรม และการล่มสลายของวัฒนธรรม สังคม และประเทศชาตินั้นย่อมตามมาโดยลำดับ ด้วยเหตุนี้อำนาจตุลาการจึงเป็นสิ่งที่พึงสุดท้ายของประชาชนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของตน ขณะเดียวกันด้วยธรรมชาติของอำนาจตุลาการที่อ่อนแอนี้เอง หากไม่ได้การปกป้องหรือการจ้ดระบบที่เข้มแข็งแล้ว อำนาจตุลาการส่วนที่ร้ายกาจก็จะปรากฏออกมาสร้างความน่าสะพึงกลัวแก่ทุกผู้ทุกคนในสังคม

อำนาจในการปกป้องตนเองของศาลยุติธรรมเพื่อป้องกันการล่วงล้ำเข้ามาของอิทธิพลจากภายนอกอย่างหนึ่ง ที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารไม่มี เป็นอำนาจที่ศาลยุติธรรมจำเป็นต้องมีเพื่อใช้ปกป้องมิให้อำนาจหรือปัจจัยจากภายนอกเข้ามาแทรกแซงและเพื่อรักษาความเสมอภาคกันระหว่างคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมิให้ปัจจัยภายนอกเข้ามากระทบต่อสิทธิในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ของคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง อำนาจนี้ก็คืออำนาจเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลที่ทางฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารไม่มีความจำเป็นต้องมีแต่กับศาลยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็น มิใช่เพราะฝ่ายศาลยุติธรรมมีอภิสิทธิ์ แต่เป็นเพราะอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมอ่อนแอกว่า อ่อนไหวง่ายกว่า และมีความละเอียดอ่อนมาก จึงจำเป็นต้องมีอำนาจเช่นนี้เพื่อให้สามารถดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีไปได้โดยบริสุทธิ์และยุติธรรม อำนาจเช่นนี้ครอบคลุมทั่วบริเวณที่ตั้งศาลยุติธรรมและการกระทำของบุคคลทั้งจากภายในและภายนอกที่ส่งผลหรือมีอิทธิพลต่อกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม อำนาจนี้เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นและมีอยู่คู่ศาลยุติธรรมมาแต่โบราณกาลแล้ว แม้แต่ในกฎหมายตราสามดวงที่มีการใช้มาแต่กรุงศรีอยุธยา อันเป็นระบบกฎหมายและการศาลแบบสมัยโบราณของไทยก็มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลนี้เช่นกัน ส่วนของต่างประเทศที่ยอมรับกันเป็นหลักสากลก็มีมานานแล้ว หลักการนี้ดังปรากฏในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่

มาตรา ๓๐ ให้ศาลมีอำนาจออกข้อกำหนดใดๆ แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือแก่บุคคลภายนอกที่อยู่ต่อหน้าศาลตามที่เห็นจำเป็น เพื่อรักษาความเรียบร้อยในบริเวณศาล และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปตามเที่ยงธรรมและรวดเร็ว อำนาจเช่นนี้ให้รวมถึงการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้าหรือในทางฟุ่มเฟือยเกินสมควร

มาตรา ๓๑ ผู้ใดกระทำการอย่างใดๆ ดังกล่าวต่อไปนี้ให้ถือว่ากระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

(๑) ขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตราก่อน อันว่าด้วยความเรียบร้อยหรือประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล

(๒) เมื่อได้มีคำขอและได้รับอนุญาตจากศาลให้ฟ้องต่อผู้คดีอย่างคนอนาถาแล้ว ปรากฏว่าได้นำคดีนั้นขึ้นสู่ศาลโดยตนรู้อยู่แล้วว่ามีมูล หรือได้สาบานตัวให้ถ้อยคำตามมาตรา ๑๕๖ ว่าตนไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าฤชาธรรมเนียมได้ ซึ่งเป็นความเท็จ

(๓) เมื่อรู้ว่าจะมีการส่งคำคู่ความหรือส่งเอกสารอื่นๆ ถึงตน แล้วจงใจไปเสียให้พ้น หรือหาทางหลีกเลี่ยงไม่รับคำคู่ความหรือเอกสารนั้นโดยสถานอื่น

(๔) ตรวจเอกสารทั้งหมดหรือฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งอยู่ในสำนวนความ หรือคัดเอาสำนวนเอกสารนั้นไปโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา ๕๔

(๕) ขัดขืนไม่มาศาล เมื่อศาลได้มีคำสั่งตามมาตรา ๑๕ หรือมีหมายเรียกตามมาตรา ๒๗๗

มาตรา ๓๒ ผู้ใดเป็นผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์โฆษณาซึ่งหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อันออกโฆษณาต่อประชาชนไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะได้รู้ถึงซึ่งข้อความหรือการออกโฆษณาแห่งหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์เช่นว่านั้นหรือไม่ ให้ถือว่าได้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งในสองอย่าง ดังกล่าวต่อไปนี้

(๑) ไม่ว่าเวลาใดๆ ถ้าหนังสือพิมพ์และสิ่งพิมพ์เช่นว่านั้นได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ซึ่งข้อความหรือความเห็นอันเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมอื่นๆ แห่งคดี หรือกระบวนการพิจารณาใดๆ แห่งคดี ซึ่งเพื่อความเหมาะสมหรือคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ศาลได้มีการออกคำสั่งห้ามการออกโฆษณาสิ่งเหล่านั้น ไม่ว่าโดยวิธีเพียงแต่สั่งให้พิจารณาโดยไม่เปิดเผยหรือโดยวิธีห้ามการออกโฆษณาโดยชัดแจ้ง

(๒) ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ ได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ในระหว่างการพิจารณาแห่งคดีไปจนมีคำพิพากษาเป็นที่สุด ซึ่งข้อความหรือความเห็น โดยประสงค์จะให้มิอิทธิพลเหนือความรู้สึกของประชาชน หรือเหนือศาล หรือเหนือคู่ความ หรือเหนือพยานแห่งคดี ซึ่งพอจะเห็นได้ว่ากระทำการพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไป เช่น

ก. เป็นการแสดงผิดจากข้อเท็จจริงแห่งคดี หรือ

ข. เป็นรายงานหรือย่อเรื่องหรือวิภาค ซึ่งกระบวนการพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นกลางและไม่ถูกต้อง หรือ

ค. เป็นการวิภาคโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งการดำเนินคดีของคู่ความ หรือคำพยานหลักฐาน หรือนิสัยความประพฤติของคู่ความหรือพยาน รวมทั้งการแถลงข้อความอันเป็นการเสื่อมเสียของคู่ความหรือพยาน ถึงแม้ว่าข้อความเหล่านั้นเป็นความจริง หรือ

ง. เป็นการชักจูงให้เกิดมีคำพยานเท็จ

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้นำวิเคราะห์ศัพท์ทั้งปวงในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการพิมพ์ พุทธศักราช ๒๔๗๖ มาใช้บังคับ

มาตรา ๓๓ ถ้าคู่ความใดหรือบุคคลใดกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลใด ให้ศาลนั้นมีอำนาจสั่งลงโทษโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือทั้งสองวิธีดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- ก. ให้ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือ
- ข. ให้ลงโทษจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ

การไล่ออกจากบริเวณศาลนั้น ให้กระทำได้ชั่วระยะเวลาที่ศาลนั่งพิจารณาหรือภายในระยะเวลาใด ๆ ก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เมื่อจำเป็นจะต้องเรียกให้ตำรวจช่วยจัดการก็ได้

ในกรณีกำหนดโทษจำคุกและปรับนั้น ให้จำคุกได้ไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท อำนาจเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาลดังกล่าวดูเหมือนจะให้อำนาจศาลในการปกป้องตนเองทำให้ดูเข้มแข็งขึ้นก็ตาม แต่อำนาจนี้ใช้ได้เฉพาะป้องกันการก้าวก่ายแทรกแซงหรือสร้างอิทธิพลครอบงำจากบุคคลเท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้ต้านทานการก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้ โดยเฉพาะการก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำที่มีลักษณะเป็นการใช้อิทธิพลของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการและศาลยุติธรรมยังต้องได้รับการปกป้องให้มากกว่านี้ การวางระบบหรือจัดโครงสร้างระบบศาลยุติธรรม การใช้อำนาจและความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมและผู้พิพากษา ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษเพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของอำนาจตุลาการที่มีลักษณะอ่อนแอและมีอำนาจด้านร้ายที่เป็นอำนาจที่ร้ายกาจที่สุด ซึ่งส่งผลกระทบต่อที่รุนแรงที่สุดแก่ประชาชน

การจัดระบบหรือโครงสร้างอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมจะต้องไม่ให้เกิดการใช้อำนาจเป็นกลุ่มเป็นก้อน หรือมีกระแสควบคุมครอบงำจากภายนอกหรือภายในให้เกิดทิศทางการใช้อำนาจของศาลยุติธรรมไปในทางเดียวกัน ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการใช้อำนาจแอบแฝง ที่ไม่ชอบด้วยหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตามหลักการปกครองประชาธิปไตยสากลในปัจจุบัน จึงไม่อาจยอมให้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมรวมกับอำนาจใดอำนาจหนึ่งไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหาร ดังปรากฏคำกล่าวของมองเตสกีเออเกี่ยวกับระบบการปกครองแบบนี้ว่า “ในราชอาณาจักรยุโรปส่วนใหญ่ การปกครองเป็นแบบกลางๆ เพราะเจ้าผู้ปกครองมีอำนาจสองประการแรก แต่ปล่อยให้ราษฎรของพระองค์ใช้อำนาจที่สาม ในหมู่ชาวตุรกีที่มีอำนาจทั้งสามอยู่ในความรับผิดชอบของสุลต่าน การปกครองเป็นระบอบเผด็จการอันน่าสะพึงกลัว” ตามทฤษฎีของมองเตสกีเออ แม้การปกครองที่มีอำนาจนิติบัญญัติและมีอำนาจบริหารอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลกลุ่มเดียวกัน แต่ปล่อยให้อำนาจตุลาการ

ของศาลยุติธรรมอยู่ในมือของประชาชน การปกครองเช่นนี้ก็เป็นเพียงแบบกลางๆ เท่านั้น ดังจะเห็นตัวอย่างจากประสบการณ์ของประเทศไทยในสมัยปฏิรูปการปกครองและการศาลในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นต้นมา จนสิ้นสมัยการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ทรงให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีโดยอิสระหรือการปฏิวัติรัฐประหารแต่ละครั้งของไทยที่ฝ่ายปฏิวัติรัฐประหารไม่เคยเข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาเลย การปกครองในสภาวะดังกล่าวหาได้นำสะพึงกลัวแต่อย่างใด

แต่จะเกิดความน่าสะพึงกลัวทันทีที่อำนาจตุลาการเข้าไปรวมด้วย หากปล่อยให้เป็นอย่างนี้ในที่สุดมองเดสกีเออเห็นว่า “ทุกสิ่งจะถึงหายนะ” โดยหากอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมไปรวมกับฝ่ายนิติบัญญัติอำนาจทั้งสองนี้จะกลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจ เป็นอำนาจเหนือชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน หากฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรมไปรวมกับฝ่ายบริหาร อำนาจที่ศาลยุติธรรมใช้จะกลายเป็นอำนาจหรือพลังของผู้กดขี่ประชาชน ในขณะที่หากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารอยู่ในมือของบุคคลคนคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลคนกลุ่มเดียวกัน ก็จะกลายเป็นฝ่ายบริหารนั้นหรือฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเองอาจจะออกกฎหมายพระราชย์เพื่อบังคับใช้แบบพระราชย์ ความร้ายแรงยังน้อยกว่าฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรมไปรวมกับฝ่ายอื่นอยู่มากพอควร เพราะฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรมไปรวมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยวิธีไม่ถูกต้องตามทำนองธรรมเนียมหรือถูกยึดอำนาจตุลาการไปก็จะมีผลเป็นการทำลายการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและการปกครองแบบนิติธรรมหรือนิติรัฐหรือการปกครองโดยกฎหมายหรือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดลงทันที อันเป็นเรื่องของระบบ ความเดือดร้อนและทุกข์เข็ญของประชาชนก็จะเกิดขึ้นทุกห่มหม้อ ในขณะที่การปกครองแบบพระราชย์ที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารตกอยู่ในมือของบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ก็เป็นเรื่องขึ้นอยู่กับบุคคลผู้ใช้อำนาจนั้นไม่ใช่ระบบ จึงไม่ใช่จะเลวเสียทั้งหมด หากนำไปใช้ด้านดีก็จะเกิดประโยชน์แก่สังคมและประเทศชาติได้เหมือนกัน

ดังมีผู้กล่าวกันว่า การปฏิวัติรัฐประหารของทหารแต่ละครั้งก็เพียงยึดอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเท่านั้น ไม่มียุคสมัยใดยึดอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมด้วย คงปล่อยให้ศาลยุติธรรมทำงานไปโดยอิสระโดยไม่ได้เข้าไปก้าวก่ายแทรกแซง ความเสียหายแก่ระบบและโครงสร้างของศาลยุติธรรมแทบจะไม่มีเลย ประชาชนจึงไม่ค่อยเกิดความรู้สึกว่าตนได้รับความเดือดร้อนจากการปฏิวัติหรือรัฐประหารเพราะประชาชนยังพึงและได้รับความเป็นธรรมจากศาลยุติธรรมได้ คนจึงยังเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดและยังเคารพศาลยุติธรรมอยู่ กลับแตกต่างกับรัฐบาลพลเรือนบางยุคบางสมัยที่เข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงกดดันจนผู้พิพากษาศาลยุติธรรมรู้สึกขาดความเป็นอิสระ ผลที่ออกมาก็คือนักการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เกรงกลัวศาลและไม่เกรงกลัวที่จะกระทำความผิด ประชาชนจึงได้

รับความเดือดร้อนจากการใช้อำนาจในทางที่มีขอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพราะไม่เคารพยำเกรงดังกล่าว อันเป็นผลเสียหายที่ร้ายแรง รุนแรง และแก้ไขได้ยากด้วย นี่คือการเสียหายที่เกิดจากระบบถึงกระทบ หรือถูกทำให้สิ้นคลอน

การออกกฎหมายที่เป็นปัญหาคดีนี้ก็จะเป็นลักษณะที่จ้องจะยึดอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรม ไปไว้ในมือฝ่ายบริหาร ซึ่งจะเปิดช่องทางให้ฝ่ายบริหารสามารถอาศัยเจ้าหน้าที่ของสามหน่วยงานดังกล่าว เข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงกดดันต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นปัญหา ที่กระทบต่อระบบและโครงสร้างการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนของศาลยุติธรรม ผลร้ายจะค่อยๆ เกิดและแพร่กระจายออกไป สร้างความเดือดร้อนทุกข์เข็ญแก่คู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องแล้วจะกระทบ ต่อสังคมและประเทศชาติในที่สุด

สิ่งเหล่านี้ก็เป็นลักษณะที่มองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารอยู่ในมือ ของบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลคนเดียวก็จะต้องออกกฎหมายพระราชย์ เพื่อสร้างการปกครองพระราชย์ ขึ้นมา แต่การปกครองแบบพระราชย์ยังสร้างความเสียหายแก่ประชาชนไม่เท่าความพยายามที่จะก้าวก่าย แทรกแซงครอบงำฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรม ซึ่งคงจะเห็นผลร้ายได้เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายบริหารให้ เจ้าหน้าที่สามหน่วยงานดังกล่าวปฏิบัติตามนโยบายและคำสั่งของฝ่ายบริหารแทนที่จะปฏิบัติตามคำสั่ง ศาลยุติธรรมโดยเคร่งครัดหรืออยู่นอกการควบคุมศาลยุติธรรมอย่างใกล้ชิดและคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไม่สามารถควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่สามหน่วยงานนี้ผ่านทางศาลยุติธรรม กลับต้องผ่านทางกระบวนการบริหารงานบุคคลของกระทรวงยุติธรรมหรือศาลปกครองไม่เป็นไปตามแบบอย่างที่เคยเป็นมา ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำเช่นนี้คงหาจุดสิ้นสุดได้ยาก สุดท้ายอาจถึงขนาดทำลายระบบหรือกระบวนการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนของศาลยุติธรรมให้ เสียไปโดยสิ้นเชิงก็ได้ เมื่อนั้นไม่ว่าใครก็คงไม่สามารถอยู่อย่างสงบสุขได้ในสังคมนี้

การทำให้ความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมเกิดขึ้นได้จริง จึงต้องหาทางปิดจุดอ่อนช่องว่างที่ เป็นธรรมชาติของอำนาจตุลาการก็คือความอ่อนแอ ให้สามารถป้องกันการก้าวก่ายแทรกแซงกดดัน ครอบงำจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่จะมีความเข้มแข็งกว่าและพร้อมที่จะเข้าก้าวก่ายแทรกแซงกดดัน ครอบงำเสมอ เพราะเป็นการทำให้อำนาจของพวกตนเป็นอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดหรือสมบูรณ์ญาสิทธิ อย่างเป็นรูปธรรมไม่ต้องเกรงกลัวกฎหมาย และยังแสวงหาประโยชน์จากการใช้อำนาจตุลาการดังกล่าว เป็นประโยชน์แก่พวกพ้องตนได้อย่างมหาศาล อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมจึงเป็นสิ่งที่ใครก็อยากได้ไว้ในอ้อมมือของพวกตน

ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจต่อศาลยุติธรรมเป็นสิ่งจำเป็นต้องมี แต่ก็ต้องกำหนดมาตรการหรือกลไกระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจศาลยุติธรรมด้วยความระมัดระวังมิให้เกิดเป็นช่องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารอาศัยเป็นช่องทางเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำฝ่ายศาลยุติธรรมได้ มาตรการหรือกลไกระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจศาลยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับกันประกอบด้วยหลักการใหญ่ๆ ก็คือ ศาลยุติธรรมต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลทางงบประมาณ ต้องกำหนดงบประมาณให้ศาลยุติธรรมอย่างเพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร ต้องเปิดโอกาสให้ศาลยุติธรรมเสนอกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานศาลยุติธรรม กฎหมายวิธีพิจารณาความ กฎหมายที่เกี่ยวกับการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนในศาลยุติธรรมได้อย่างเต็มที่ และมีอิสระเพียงพอที่จะออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายตุลาการได้เอง มิใช่ให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้เสนอกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือออกกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ให้ศาล

กรณีอาจจะกลายเป็นการใช้กลไกทางกฎหมายดังกล่าวเป็นมาตรการก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำฝ่ายศาลยุติธรรม ดังเช่นที่เกิดขึ้นในการร่างพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ที่ฝ่ายบริหารหรือกระทรวงยุติธรรมพยายามเข้ามากำหนดทิศทางหรือเงื่อนไขให้ศาลยุติธรรมต้องเดินตามทางที่ฝ่ายบริหารกำหนด ทั้งที่กฎหมายเหล่านี้เป็นเรื่องภายในของศาลยุติธรรมเอง ภายหลังศาลยุติธรรมกับฝ่ายบริหารแยกออกจากกันเป็นเอกเทศแล้ว จึงควรปล่อยให้ศาลยุติธรรมเป็นฝ่ายที่จะกำหนดอนาคตและชะตากรรมของพวกตนให้ดีที่สุด และเป็นประโยชน์แก่สถาบันประชาชนและประเทศชาติให้ดีที่สุด

ความพยายามกำหนดระบบ โครงสร้าง ขั้นตอน และอำนาจการบริหารงานภายในองค์กรของศาลยุติธรรมเสียใหม่ให้เกิดความแตกแยกหรือเป็นปัญหาในการบริหารงานได้ ทั้งที่เป็นเรื่องการบริหารภายในองค์กรโดยแท้ของศาลยุติธรรม มิใช่ให้เกี่ยวข้องกับกระทรวงยุติธรรมหรืองานของฝ่ายบริหารโดยตรงเลย จะเห็นตัวอย่างได้จากมีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติทั้งสี่ฉบับดังกล่าว โดยเฉพาะร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ให้มีหลักการเปลี่ยนแปลงไปจากร่างเดิมที่เสนอผ่านกระทรวงยุติธรรมขึ้นมาไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในชั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือกรรมาธิการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎร มีการรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานฝ่ายบริหาร เช่น สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กระทรวงการคลัง เป็นต้น เพื่อประกอบการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเกี่ยวกับการบริหารงานของศาลยุติธรรม

ทั้งที่องค์กรหรือหน่วยงานเหล่านี้เป็นองค์กรฝ่ายบริหาร หากใช้เป็นองค์กรฝ่ายตุลาการย่อมเป็น คณะระบบคนละหลักการ ไม่อาจนำระบบหรือขั้นตอนหรือระเบียบหรือหลักการบริหารแบบขององค์กร ฝ่ายบริหารเหล่านี้มาใช้ในการจัดระบบหรือโครงสร้างการบริหารของศาลยุติธรรมได้ การนำหลักการ ขององค์กรฝ่ายบริหารมาใช้จึงเป็นการสร้างระบบหรือโครงสร้างจำลองขององค์กรฝ่ายบริหารแฝงเข้ามา ในระบบหรือโครงสร้างการจัดองค์กรของศาลยุติธรรม ผลอีกอย่างหนึ่งก็คือการสร้างความคล้ายคลึง เป็นจุดเชื่อมโยงให้แก่ฝ่ายบริหารจะสอดแทรกเข้ามาได้

ดังนั้น การสร้างระบบและโครงสร้าง “คณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม” หรือเรียก โดยย่อว่า “ก.ศ.” ขึ้นมา และกำหนดให้ “เลขาธิการ ก.พ.” เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง เป็นต้น กรณี มีผลไม่ต่างอะไรกับการใช้องค์กรหรือหน่วยงานของฝ่ายบริหารหรืออาศัยผลประโยชน์ร่วมกันของนักการเมือง ที่เป็นคณะบุคคลกลุ่มเดียวกันในฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรและฝ่ายบริหาร สร้างระบบหรือโครงสร้างองค์กร ของศาลยุติธรรมให้เอื้ออำนวยประโยชน์หรือสร้างช่องทางหรือจุดอ่อนให้เกิดขึ้น เพื่อลดทอนความเข้มแข็ง ในการบริหารหรือจัดการภายในองค์กรของศาลยุติธรรม เพื่อให้สามารถควบคุมได้โดยฝ่ายบริหารอยู่ดี จนถึงขนาดมีนักการเมืองที่ดำรงตำแหน่งสำคัญในคณะรัฐมนตรีกล่าวต่อหน้าผู้พิพากษานับพันคน ในการสัมมนาข้าราชการตุลาการเรื่องการแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรมระหว่างวันที่ ๒๕ - ๓๐ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๑ ณ ศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ว่า แม้ศาลยุติธรรมต้องเป็นอิสระ ตามรัฐธรรมนูญก็ต้องอยู่ในกำกับดูแลหรือความรับผิดชอบของนายกรัฐมนตรีอยู่ดี อันหมายถึง ศาลยุติธรรมไม่อาจแยกออกเป็นเอกเทศตามหลักสากลได้

ด้วยความไม่เข้าใจในหลักการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองตามรัฐธรรมนูญสากลหรือ ความไม่เข้าใจในหลักการปกครองในระบบประชาธิปไตยอย่างถ่องแท้ ทำให้เข้าใจว่าการบริหารหรือจัดการ ภายในองค์กรของรัฐสภาหรือศาลเป็นการบริหารราชการแผ่นดินอย่างหนึ่ง จึงต้องอยู่ภายใต้ การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี ซึ่งจะอยู่ภายใต้อำนาจควบคุม ของรัฐสภาอีกทีหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๘๒ หรือรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบ ต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๑๒ หรือสมาชิก ของรัฐสภาอาจนำปัญหาที่เกิดขึ้นในการบริหารภายในขององค์กรของรัฐสภาหรือศาลหรือองค์กรอิสระ ตามรัฐธรรมนูญอื่นไปอภิปรายหรือตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบได้

แต่ความจริงเป็นสิ่งตรงกันข้าม การบริหารหรือจัดการภายในองค์กรหรือการบริหารราชการ รัฐสภา ศาลหรือองค์กรรัฐธรรมนูญอื่นในความหมาย “การบริหารงานโดยอิสระ” ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๕ วรรคสองนั้น เป็นความหมายตามหลักการจัดระบบหรือโครงสร้าง

การปกครองประเทศหรือการจ้องครหลักแห่งอำนาจทั้งสามที่ว่า การบริหารงานหรือการจัดการภายในองค์กรเหล่านี้ต่างเป็นอิสระ ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารราชการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๘๘ คือไม่ใช่ส่วนหนึ่งของนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน หรือคณะรัฐมนตรีต้องแถลงต่อรัฐสภาตาม มาตรา ๒๑๑ มาตรา ๑๘๒ คือไม่อยู่ในอำนาจควบคุมของรัฐสภา มาตรา ๒๑๒ คือไม่ใช่กรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร

หากพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับศาลยุติธรรมก็จะเห็นความสอดคล้องกับหลักการนี้คือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๓ ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” หมายถึงศาลมีหน้าที่ผูกพันเฉพาะตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น ไม่มี ความผูกพันใดต่อนโยบายของรัฐบาลหรือจะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่เฉพาะแต่ตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย หากได้รับผิดชอบต่อนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรี แล้วนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรหรืออยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของรัฐสภาอีกทอดหนึ่ง แต่อย่างไร ศาลมีหรือผู้พิพากษาภารกิจคือประการเดียวเพียงพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยในพระมหากษัตริย์เท่านั้น

ดังนั้น สิ่งใดก็ตามที่มีผลกระทบต่อหรือเป็นผลสืบเนื่องมาจากการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลแล้ว ล้วนแล้วแต่ถือตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น ไม่ว่าจะการบริหารภายในองค์กรของศาล ยุติธรรม การสืบเสาะ พิสูจน์ คุมความประพฤติ การบังคับคดี การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อันเนื่องมาจากคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของศาลยุติธรรมหรือการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ การใช้อำนาจประกันตัวเด็กและเยาวชนในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล การเสนอรายงานเกี่ยวกับความประพฤติของจำเลยผู้ถูกคุมความประพฤติ หรือเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน หรือเกี่ยวกับการบังคับคดีหรือพิทักษ์ทรัพย์ หรือการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เป็นต้น ต่างเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม หากมีผลต่อการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาหรือตัดตอนเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลยุติธรรมได้ สิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาพิพากษาคดีไปตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ มิใช่เป็นกรณีที่ศาลยุติธรรม หรือผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมรวมถึงผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติเช่นนั้นต้องปฏิบัติตามนโยบายหรือคำสั่งของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี ซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรเพราะไม่ใช่หน้าที่ของตน

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีการบัญญัติห้ามหรือรับรองไว้โดยชัดเจนไปถึงการบริหารภายในองค์กรของศาลยุติธรรมหรือได้ตัดขาดการบริหารงานตุลาการที่เดิมเป็นของกระทรวงยุติธรรมให้ออกไปจากศาลยุติธรรม ดังบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ วรรคหนึ่งว่า “ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานตุลาการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงกับต่อประธานศาลฎีกา” และวรรคสามที่ว่า “สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณและการดำเนินการอื่นทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

บทบัญญัติข้างต้นมิใช่เป็นการบัญญัติให้ส่วนงานตุลาการของศาลยุติธรรมให้เป็นอิสระเท่านั้นยังรวมตลอดทั้งการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น แม้ไม่มีบทบัญญัติถึงศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระตามหลักสากลเลยก็ตาม เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะระบบความคิดของนักกฎหมายไทยผิดแปลกไปจากตามหลักสากลในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ตามหลักสากลความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมจะแบ่งเป็นความอิสระในสถานะองค์กรซึ่งหมายถึงภายในระบบหรือองค์กรศาลยุติธรรมเป็นอิสระปลอดจากอำนาจของฝ่ายบริหารเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเกี่ยวกับงานตุลาการหรืองานตุลาการ รวมตลอดทั้งการเสนอกฎหมายหรือร่างพระราชบัญญัติหรือที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่น การออกกฎหมายลำดับรอง หรือสิ่งที่เรียกว่าการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงิน การคลัง การพิจารณาโทษทางวินัย ความดีความชอบการให้ออกจากราชการของข้าราชการตุลาการหรือเจ้าหน้าที่ตุลาการไม่ว่ากรณีใด รวมถึงการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตุลาการและอื่นๆ เป็นความหมายของความเป็นอิสระในแง่องค์กร

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นที่บัญญัติไว้ใน มาตรา ๗๖ วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่า “อำนาจตุลาการทั้งหมดอยู่ที่ศาลฎีกาและศาลล่างซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย” หรือรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมัน มาตรา ๗๒ ที่บัญญัติว่า “อำนาจตุลาการเป็นของผู้พิพากษาซึ่งจะใช้อำนาจโดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลสหพันธ์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้และโดยศาลแห่งรัฐ” (ความจริงแล้วประเทศเยอรมันถือว่าเป็นเพียงกฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายหลัก (BASIC LAW หรือ GRUNDGESETZ) ซึ่งที่ประชุมรัฐสภากรุงบอนน์ได้รับรองเมื่อวันที่ ๘ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๔๙๒ เพื่อเป็นกรอบชั่วคราวของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น แต่ก็ใช้มาจนถึงปัจจุบัน) ตามหลักการในรัฐธรรมนูญของประเทศทั้งสอง มิใช่รับรองความเป็นอิสระของศาลในสถานะขององค์กรเท่านั้น แต่มีความหมายกว้างขวางกว่านั้นอีก ก็ยอมรับอำนาจตุลาการเป็นของศาลโดยสมบูรณ์ด้วย ไม่อาจถูกก้าวก่ายแทรกแซงโดยฝ่ายใด ในประเทศฝรั่งเศสได้รับรองและให้หลักประกันในอำนาจตุลาการของศาลโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นผู้ประกันความเป็นอิสระแห่งอำนาจตุลาการ ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ ๒๘ กันยายน พุทธศักราช ๒๕๐๑ มาตรา ๖๔ วรรคหนึ่ง

และมาตรา ๖๖ วรรคสอง ที่กำหนดภารกิจตามธรรมเนียมของศาลหรืออำนาจตุลาการก็คืออำนาจตุลาการในฐานะฝ่ายที่ให้ความคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ย่อมเป็นประกันให้มีการเคารพในหลักการนี้ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

อำนาจตุลาการของศาล เป็นอำนาจอธิปไตยของปวงชนอย่างหนึ่ง จึงต้องมีความเป็นอิสระอย่างสมบูรณ์ในการปฏิบัติภารกิจคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ไม่มีประเทศที่การปกครองระบอบประชาธิปไตยเจริญแล้วประเทศใดแบ่งแยกอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมออกเป็นสองส่วนประกอบด้วยงานตุลาการกับงานธุรการหรือให้ศาลยุติธรรมและหน่วยงานธุรการหรือเจ้าหน้าที่ธุรการของศาลยุติธรรมอยู่ในสังกัดกระทรวงยุติธรรมตามแบบของประเทศไทย

แบบของประเทศไทยจึงเป็นลักษณะเฉพาะแปลกไปจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือการไม่ยอมรับในหลักการเกี่ยวกับความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในสถานะเป็นองค์กร โดยอ้างว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่มีหลักการนี้เหมือนในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น เยอรมัน และฝรั่งเศส อย่างไรก็ดี ความเป็นอิสระในฐานะองค์กรของศาลยุติธรรมก็อาศัยจากการตีความตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๓ ดังได้กล่าวมาแล้ว ประกอบกับบทบัญญัติที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของหรือมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาลตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนปีพุทธศักราช ๒๕๒๑ หรือพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนั้นทางศาลตามรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช ๒๕๒๑ เป็นต้นมา ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็คือบทบัญญัติแห่งมาตรา ๓ ตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแสดงว่า อำนาจที่ศาลใช้ก็คืออำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทยที่พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้ทางศาล

อำนาจที่ศาลยุติธรรมใช้จึงเป็นอำนาจอธิปไตยอย่างแน่นอน แม้ว่าจะไม่เรียกว่าเป็นอำนาจตุลาการก็ตาม อำนาจที่ศาลยุติธรรมใช้ดังกล่าวจึงเป็นอำนาจอธิปไตย อันมีลักษณะเป็นอำนาจสูงสุดของประเทศ ศาลยุติธรรมจึงต้องมีอิสระในการใช้อำนาจนี้ หากอยู่ภายใต้การควบคุมหรือก้ำก๋ายแทรกแซงกดดันครอบงำจากฝ่ายอื่นได้ ก็ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นอำนาจสูงสุดหรือเป็นอำนาจอธิปไตยของปวงชน แล้วลักษณะหรือกิริยาที่แสดงออกถึงความเป็นอำนาจอธิปไตยที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้ทางศาลนั้นก็คือลักษณะของอำนาจตาม มาตรา ๒๓๓ หรืออำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั่นเอง ที่เป็นอำนาจอธิปไตยที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้ทางศาล และอำนาจพิจารณาพิพากษารรคคดีก็คืออำนาจตุลาการตามที่เรียกขานกัน ดังนั้นแม้จะมีความพยายามตัดถ้อยคำว่า “อำนาจตุลาการ” ออกไปจากอำนาจศาล ตามมาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็หาไม่ผลเป็นการลบล้างหลักอำนาจทั้งสาม ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการออกไป ความพยายามตัดถ้อยคำนี้ออกไปก็เป็นได้แต่เพียงการหลอกลวงตัวเองเท่านั้น

เมื่อใช้กฎหมายตามแนวทางในวรรคก่อน ศาลยุติธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทย อันเป็นอำนาจสูงสุดของประเทศที่ศาลยุติธรรมจะต้องใช้โดยต้องไม่อยู่ภายใต้การควบคุมครอบงำจากบุคคลหรือคณะบุคคลใด ศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรจึงต้องเป็นอิสระจากการก้าวก่ายแทรกแซงกดดันจากทุกฝ่ายทุกฝ่าย ความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรย่อมหมายความว่า ไม่ว่าฝ่ายใดหรือแม้แต่ฝ่ายบริหารก็ไม่มีอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับการบริหารคดี การพิจารณาพิพากษาคดี การบริหารองค์กรภายในศาลยุติธรรม การงบประมาณ การเงิน การคลัง ฯลฯ หรือที่พยายามเรียกกันว่าเป็นอำนาจเกี่ยวกับงานธุรการที่ฝ่ายบริหารเข้ามาจัดการช่วยสนับสนุนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมก็ตาม ซึ่งเป็นผลพวงทางประวัติศาสตร์ที่ตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นมาให้มีหน้าที่เช่นนั้น แต่ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยก็ต้องถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยหลักการดังกล่าว การนำอำนาจหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมในสมัยการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาใช้ในรูปการปกครองประชาธิปไตยแบบปัจจุบัน จึงอาจกล่าวได้ว่าอำนาจหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่แรกใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยแล้ว ทั้งก่อให้เกิดการหลงผิดเข้าใจว่าตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสามารถกำหนดอำนาจหน้าที่เช่นนั้นแก่กระทรวงยุติธรรมได้จนเกิดเหตุเป็นคดีนี้

ด้วยความอ่อนแอของฝ่ายตุลาการอันเป็นธรรมชาติและสามารถก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำจากฝ่ายอื่นได้โดยง่าย ทำให้เป็นผลเสียต่อภารกิจที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ความเป็นอิสระเพียงในฐานะองค์กรยังไม่พอ ศาลยุติธรรมจะต้องมีความเป็นอิสระในแง่ตัวบุคคลหรือผู้พิพากษานั้นเองด้วย ซึ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีก็มีใช้พิจารณาเฉพาะในระหว่างพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น แต่รวมไปถึงเรื่องอื่นๆ ตามมาด้วย เช่น การแต่งตั้งโดยหลักคุณธรรมแล้วขาดออกจากผู้แต่งตั้ง การดำรงตำแหน่งอย่างถาวรหรือตลอดชีวิตตราบเท่าที่ยังประพฤติตนอยู่ในทำนองครองธรรมหรือโดยชอบ ค่าตอบแทนคงที่และสูงเพียงพอแก่การดำรงตนของผู้พิพากษา อาจถูกถอดถอนหรือให้ออกได้ด้วยกระบวนการที่ยุ่งยากแต่ชัดเจนหรือด้วยกระบวนการภายในที่ไม่มีฝ่ายอื่นเข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงได้ เป็นต้น เช่นเดียวกับความเป็นอิสระในแง่องค์กรของศาลยุติธรรมไม่ใช่เฉพาะที่กล่าวมาในวรรคก่อน แต่ยังอาจรวมถึงการพิพากษาว่ากฎหมายใดหรือการกระทำใดของฝ่ายบริหารขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือศาลมีอำนาจกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีพิจารณา การบริหารงานตุลาการและอื่นๆ ด้วย เพื่อเป็นการป้องกันหรือชดเชยความอ่อนแอของศาลยุติธรรม และในที่สุดก็เพื่อให้ศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระเพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้เกิดผลอย่างแท้จริง เหตุผลดังอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน แจกแจงไว้ในบทความหมายเลข ๗๘ หนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ว่า

“ถ้าเช่นนั้นหากจะต้องถือว่าศาลสถิตยุติธรรมเป็นปราการปกป้องรัฐธรรมนูญแบบจำกัดการรุกร้า
ของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ข้อพิพาทนี้คงจะให้ข้อสนับสนุนที่แข็งขันพอสำหรับการที่ผู้พิพากษาจะดำรง
ตำแหน่งอย่างถาวร เนื่องจากว่าไม่มีอะไรที่จะสนับสนุนเจตนารมณ์อิสระในตัวผู้พิพากษา ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็น
สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ที่ยากลำบากเช่นนั้นอย่างซื่อสัตย์ได้มากเท่ากับประเด็นนี้

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อการปกป้องรัฐธรรมนูญและสิทธิของบุคคล
ให้รอดพ้นได้พอกันจากผลของอารมณ์ร้ายชั่วครั้งชั่วคราวซึ่งบางครั้งเล่ห์ของผู้ที่มุ่งร้าย หรืออิทธิพล
ของความประจบเหมาะเฉพาะบางประการได้ทำให้แพร่กระจายไปในท่ามกลางประชาชนเอง และถึงแม้ว่า

มันจะหลีกเลี่ยงอย่างรวดเร็วให้การได้รับรู้ข้อมูลอย่างดีและการไตร่ตรองอย่างระมัดระวัง อารมณ์ร้าย

ชั่วครั้งชั่วคราวนั้นก็มิแน่วโน้มในขณะนั้นที่จะเปิดโอกาสให้การเปลี่ยนแปลงใหม่ที่อันตรายขึ้นใน
รัฐบาลและเกิดการกดดันอย่างรุนแรงของฝ่ายข้างน้อยขึ้นในประชาคมได้ แม้ข้าพเจ้าจะไว้วางใจในมิตร

ของรัฐธรรมนูญฉบับที่เสนอมานี้ว่าคงจะไม่วันไปเห็นพ้องกับบรรดาศัตรูของรัฐธรรมนูญได้ ในการ

ตั้งปัญหาถมาถึงหลักการพื้นฐานของรัฐบาลแบบมหาชน รัฐที่ยอมรับในสิทธิของประชาชนในอันที่

จะเปลี่ยนแปลงหรือจำกัดรัฐธรรมนูญที่ได้ตราขึ้นแล้วได้ เมื่อใดก็ตามที่พวกเขาพบว่ามันไม่สอดคล้อง

กับความผาสุกของพวกเขา กระนั้นก็ดีจะอนุมานไปจากหลักการนี้ไม่ได้ว่า เมื่อใดก็ตามที่ความโน้มเอียง

ชั่วครั้งชั่วคราวซึ่งขัดแย้งกับข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ และบังเอิญได้ครองเสียงส่วนใหญ่ของผู้มี

สิทธิเลือกตั้งแล้ว บรรดาผู้แทนของประชาชนสามารถจะอ้างเหตุดังกล่าวในการฝ่าฝืนข้อกำหนดเหล่านั้นได้

หรือว่าศาลจะตกอยู่ภายใต้ข้อผูกมัดให้ยอมสยบกับการละเมิดในรูปลักษณะดังกล่าวนี้ ยิ่งกว่าเมื่อการละเมิด

ในรูปลักษณะดังกล่าวทั้งหมดนี้เกิดจากคณะลับในสภาผู้แทนราษฎร ข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญผูกมัดประชาชน

ทั้งโดยส่วนรวมและโดยส่วนตัวอยู่ครบกระทั่งพวกเขาจะได้อำนาจยกเลิกหรือเปลี่ยนรูปแบบที่ได้
ตั้งไว้แล้วนั้นเสีย โดยการกระทำที่จริงจังและทรงสิทธิอำนาจ และไม่มีข้อสันนิษฐานใดหรือแม้กระทั่งความรู้ใดๆ

เกี่ยวกับความรู้สึกของประชาชนที่จะให้อำนาจบรรดาผู้แทนราษฎรที่จะเบี่ยงเบนจากข้อกำหนดนั้นได้
ก่อนการกระทำเช่นนั้น แต่เป็นการง่ายที่จะมองเห็นว่าผู้พิพากษาจำเป็นจะต้องมีความแข็งแกร่งมากพิเศษ

เพื่อที่จะทำหน้าที่ของตนในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญที่ซื่อสัตย์ในเมื่อเสียงส่วนใหญ่ของประชาคม
ยุยงให้ฝ่ายนิติบัญญัติรุกร้ารัฐธรรมนูญ

แต่มิใช่เฉพาะพรรคนะว่าด้วยการละเมิดรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่อาจทำให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
กลายเป็นมาตรการป้องกันที่จำเป็นประการหนึ่งต่อผลของอารมณ์ร้ายที่เกิดขึ้นเป็นบางโอกาสในสังคม
บางครั้งผลร้ายนี้ก็ขยายวงไป ไม่ไกลเกินกว่าที่กฎหมายอันอยู่ยุติธรรมและลำเอียงจะทำร้ายสิทธิของพลเมือง

บางชนชั้น และในกรณีนี้ด้วย ที่ความมั่นคงของผู้พิพากษาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมากในการบรรเทา

ความรุนแรงและในการจำกัดการบังคับใช้กฎหมายเช่นว่านั้น ความมั่นคงของผู้พิพากษาจึงไม่เพียงแต่ช่วย
ผ่อนคลายนัยโดยตรงของกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งอาจถูกตราออกมาบังคับใช้ หากแต่ยังทำหน้าที่เป็น
เครื่องถ่วงดุลกับฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเช่นนั้นออกมาใช้ด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเมื่อได้เห็นว่า
จะมีอุปสรรคจากความระแวงระวังของศาลมาขัดขวางความสำเร็จแห่งความตั้งใจอันชั่วช้า ก็อาจจะ
ต้องถูกบังคับโดยแรงจิตใจแห่งความยุติธรรมที่พวกเขามีอยู่นั้นเองให้ต้องจำกัดความพยายามของตนลง
นี่คือสถานการณ์ที่คาดว่าจะมีอิทธิพลเหนือลักษณะรัฐบาลของเรามากกว่า และเป็นสิ่งซึ่งคงมีไม่กี่คน
ที่ตระหนักถึง ผลดีของความซื่อสัตย์สุจริตและความรู้จักพอประมาณของผู้พิพากษาได้เป็นที่รู้กันแล้ว
ในหลายๆ รัฐ และถึงแม้คุณสมบัติเหล่านี้จะก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่ผู้ซึ่งความคาดหวังในทางไม่ดี
ของพวกเขาเข้าถูกทำลายไป คุณสมบัติเหล่านี้ก็สมควรจะต้องได้รับความนับถือและคำสรรเสริญจากบรรดา
ผู้มีคุณธรรมและผู้ไม่มีส่วนได้ส่วนเสีย ผู้คนที่รอบคอบทุกประเภทควรจะให้ค่าสูงให้แก่อะไรก็ตามที่มี
แนวโน้มจะก่อให้เกิดหรือทำให้อารมณ์เช่นนั้นมั่นคงขึ้นในศาล เนื่องจากว่าไม่มีใครอาจแน่ใจได้ว่าพรุ่งนี้
ตนจะไม่ตกเป็นเหยื่อแห่งเจตนารมณ์ของความยุติธรรมที่ในวันนี้เขาเป็นฝ่ายได้ประโยชน์อยู่ และทุกคน
จะต้องรู้สึกในบัดนี้ว่าแนวโน้มที่เล็งไม่ได้ของเจตนารมณ์เช่นนั้น คือแนวโน้มที่จะบ่อนทำลายรากฐาน
ของความเชื่อถือไว้วางใจทั้งของส่วนรวมและของส่วนตัว และชักนำความไม่วางใจและความทุกข์ยาก
เข้ามาแทนที่”

หลักการความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงเป็นหลักการที่ใช้ควบคู่กับหลักการความเป็นอิสระ
ของศาลยุติธรรมในแง่องค์กรด้วย ดังบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๕๕
วรรคหนึ่ง ว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ
และกฎหมาย” ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นตามมาตรา ๗๖ วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “ผู้พิพากษา
ทั้งมวลย่อมมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยจิตสำนึกแห่งตนและผูกพันเพียงตามบทบัญญัติ
แห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น” รัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมัน มาตรา ๙๗ (๑) ที่ว่า
“ผู้พิพากษาย่อมมีอิสระและอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น” รัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส มาตรา ๖๔
วรรคหนึ่ง ที่ว่า “ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ประกันความเป็นอิสระแก่อำนาจตุลาการ” ซึ่งเป็
นการบัญญัติรับรองความเป็นอิสระแห่งอำนาจตุลาการ ย่อมรวมทั้งความเป็นอิสระของศาลในแง่องค์กร
และความเป็นอิสระของผู้พิพากษา โดยมีประธานาธิบดีเป็นผู้ประกันความเป็นอิสระนี้ อันเป็นการบัญญัติ
รัฐธรรมนูญมีความหมายถึงสามชั้น และมาตรา ๖๔ วรรคสาม ที่ว่า “สถานะของผู้พิพากษาจะได้รับ
การรับรองไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ”

นักรัฐศาสตร์และนักกฎหมายของไทยเข้าใจเอาเองว่า ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีบัญญัติรับรองทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมาตรา ๒๕๕ วรรคหนึ่ง จึงมีความพยายามเข้าข้างฝ่ายบริหารว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น ความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในแง่องค์กรไม่มี หมายถึงกระทรวงยุติธรรมเข้าไปมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานอื่นของศาลยุติธรรมที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษารรคดีของศาลยุติธรรมในห้องพิจารณาหรือในสำนวนความได้ทุกเรื่องทุกกรณี ไม่ถือว่าศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระในแง่องค์กรหรือการปฏิบัติหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรม แล้วในภายหลังที่นักกฎหมายมหาชนเลยพาลไม่ยอมรับหลักการสามอำนาจเสียเลย โดยอ้างว่าเป็นการแบ่งแยกหน้าที่กันต่างหาก จนถึงปฏิเสธว่าถึงจะแบ่งเป็นสามอำนาจได้ อำนาจตุลาการก็ไม่มีเพราะเป็นอำนาจเกี่ยวกับการใช้กฎหมายที่เป็นอำนาจบริหารอย่างหนึ่งหรืออำนาจตุลาการหาได้มีความแตกต่างกับอำนาจบริหาร โดยเฉพาะอำนาจเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของฝ่ายบริหาร ซึ่งผู้ทำคำวินิจฉัยเคยกล่าวถึงและอธิบายความแตกต่างมาบ้างแล้วมาในคำวินิจฉัยคดีก่อนๆ บางคนอ้างไปถึงรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศสว่าไม่ยอมรับอำนาจตุลาการของศาลเช่นกันทั้งที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกล่าวถึงอำนาจตุลาการหลายแห่งและหมวด ๘ ถึงกับใช้ชื่อ “อำนาจตุลาการ” (JUDICIAL POWER หรือ JUDICIAL AUTHORITY)

การอ้างว่าในสมัยปัจจุบัน ต่างประเทศไม่ยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออแล้วก็ดี หลักการของมองเตสกีเออมิใช่เป็นการแบ่งแยกอำนาจ เป็นการจัดสรรหรือแจกแจงอำนาจหน้าที่เสียมากกว่าที่ดี ซึ่งเป็นความหมายที่ถูกส่วนหนึ่ง เพราะถ้อยคำที่ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจกับการตรวจสอบและถ่วงดุลเป็นถ้อยคำที่ใช้เรียกที่หลัง แต่ที่ถูกไม่หมดเสียทีเดียวเพราะสิ่งที่กล่าวถึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักการเท่านั้น ที่เรียกว่าเป็นการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นชื่อเรียกหลักการของมองเตสกีเออ การกล่าวว่ามองเตสกีเออไม่ได้เรียกว่าเป็นการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นการกล่าวแบบเล่นสำนวนเท่านั้น มิได้พิจารณาลึกไปถึงหลักการของมองเตสกีเออทั้งหมด โดยเฉพาะนำไปสรุปอย่างผิวเผินว่าเป็นการแจกแจงอำนาจหน้าที่แล้วสรุปเอาเองว่าควรเป็นหลักการแบ่งแยกหน้าที่ที่ดี

การแบ่งแยกอำนาจและองค์กรเป็นสามอำนาจสามฝ่ายของมองเตสกีเออดังได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นการแบ่งแยกเป็นเอกเทศเท่านั้น มองเตสกีเออมิได้มีประสงค์จะให้มีการแบ่งแยกกันเด็ดขาดหรือโดยสิ้นเชิง เพราะเช่นนั้นย่อมทำให้เกิดความแตกแยก เกิดการห้ามนั้นกันหักล้างทำลายกันเพื่อชิงความมีอำนาจเหนือกว่ากัน มองเตสกีเออมิได้แบ่งแยกการใช้อำนาจเป็นขององค์กรหรือของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเด็ดขาด ดังเช่น การอิมพีชเมนต์ (IMPEACHMENT) ที่เป็นการเอาอำนาจตุลาการไปให้สภาสูง

หรือวุฒิสภาเป็นผู้ใช้ เพื่อความเหมาะสมและจำเป็น ซึ่งประเทศฝรั่งเศสก็นำมาใช้ในการจำกัดอำนาจ ออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้มีเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ กฎหมายนอกจากที่ระบุไว้ จะออกโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เพื่อลดทอนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้มีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายอื่น และเพื่อจำกัดการขยายอำนาจโดยไร้ขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติดังที่เคยเกิดขึ้น ในสาธารณรัฐก่อนหน้านั้น หรือบางประเทศมีการแบ่งแยกอำนาจแตกต่างออกไป แต่ทั้งหมดก็อยู่กับ พื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่จะต้องแบ่งแยกอำนาจให้เกิดความสมดุลตามความจำเป็นและเหมาะสม ของแต่ละสังคมแต่ละประเทศ

การแบ่งแยกอำนาจกับการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจจะใช้อย่างไรย่อมเป็นเรื่องที่แต่ละ ประเทศนำไปปรับใช้ต่างกันไป ทำให้เกิดระบบการปกครองเป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ คือระบบรัฐสภาและระบบ ประธานาธิบดี ซึ่งยังสามารถเอาแต่ละหลักการและระบบในสองกลุ่มนี้ผสมกันทำให้เกิดการแยกย่อย ออกไปได้อีก ระบบรัฐสภาแบบประเทศอังกฤษจึงอาจนำไปใช้กับประเทศที่มีการปกครองแบบ ประธานาธิบดีก็ได้ เช่น ในสาธารณรัฐก่อนหน้านั้นของประเทศฝรั่งเศส ที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุข ของประเทศ แต่กล่าวกันว่าใช้ระบบการปกครองหรือจัดโครงสร้างการปกครองในระบบรัฐสภา ก็คือ ประธานาธิบดีมีสถานะและอำนาจทำนองเดียวกับพระมหากษัตริย์อังกฤษ ในปัจจุบันใช้ระบบประธานาธิบดี ที่ใกล้เคียงกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประธานาธิบดีเป็นผู้นำฝ่ายบริหารด้วย ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง นายกรัฐมนตรี ให้นายกรัฐมนตรีลาออก แต่งตั้งรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีเสนอตามมาตรา ๘ อำนาจของประธานาธิบดีในการขอให้รัฐสภาพิจารณากฎหมายใหม่ทั้งฉบับหรือบางมาตราตามมาตรา ๑๐ ประธานาธิบดีปรึกษานายกรัฐมนตรีและประธานสภาทั้งสองแล้ว ยุบสภาผู้แทนราษฎรได้ตามมาตรา ๑๒ ฯลฯ แสดงให้เห็นว่าเป็นการผสมผสานกันระหว่างระบบรัฐสภากับระบบประธานาธิบดี บางส่วนก็ประดิษฐ์ขึ้นเอง โดยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจให้เหมาะสมกับสภาพบ้านเมือง การปกครอง วัฒนธรรม สังคม เศรษฐกิจของประเทศให้มากที่สุด เป็นต้น

การจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบ และถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ประเทศประชาธิปไตยทั่วโลกใช้กันจึงเป็นคนละหลักการคนละระบบกับ หลักการแบ่งแยกหน้าที่ตามที่มีผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่งนำมาใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ของไทยและนักวิชาการกฎหมายมหาชนของไทยสนับสนุนให้มีการใช้อำนาจตามแนวทางของหลักการ แบ่งแยกหน้าที่ ทั้งจะอ้างต้นแบบประเทศประชาธิปไตยในโลกปัจจุบันที่จัดระบบหรือโครงสร้างการปกครอง ตามแบบอย่างตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ก็คงจะหาไม่ได้ การเทียบเคียงการจัดระบบหรือโครงสร้าง การปกครองตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบันอาจใช้กรณีศึกษา การปกครองของสหภาพโซเวียตรัสเซียในอดีตมาเทียบเคียงพอได้กระมัง

หลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอาจเป็นเรื่องยุ่งยากและทำให้เกิดความสับสนได้ง่ายว่า ทำไมต้องแบ่งแยกอำนาจเป็นสามอำนาจสามองค์กร บางครั้งการแบ่งแยกกว่าอะไรเป็นการแบ่งแยกอำนาจ อะไรเป็นระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจได้ยาก จนมีการนำมาอธิบายอย่างสับสนปะปนกัน บางครั้งก็เข้าใจกันไปว่าแต่ละฝ่ายไม่อาจใช้อำนาจของอีกฝ่ายได้เลย เช่น รัฐสภา มีอำนาจออกกฎหมาย แต่เหตุใดฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองลงไป หรือฝ่ายตุลาการ มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายตุลาการลงไป เมื่อถือเป็นกฎหมายเช่นกัน เป็นต้น อันเกิดจากความเข้าใจผิดว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจก็ต้องแบ่งแยกอำนาจกันเด็ดขาดหรือโดยสิ้นเชิง ซึ่งหาใช่หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ ความไม่เข้าใจเช่นนี้จึงกล่าวว่า เมื่อเป็นเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องมีหลักการแบ่งแยกอำนาจ ใช้หลักการแบ่งแยกหน้าที่ดีกว่าคือหากองค์กรใดมีอำนาจหน้าที่เช่นใด เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้ง ก็จะมีอำนาจเด็ดขาดเกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้งนั้น ก็จะมีอำนาจทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (ABSOLUTE POWER) ในองค์กรเดียว เป็นต้น อันเป็นการเอาความเข้าใจผิดในหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นเอง มาใช้สร้างหลักการแบ่งแยกหน้าที่

อีกประการหนึ่งของความยุ่งยากในการทำความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ นอกจากทำให้เกิดแนวความคิดสับสนแล้ว บทวิพากษ์วิจารณ์แนวความคิดของมองเตสกีเออ รวมทั้งการวิพากษ์วิจารณ์ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อนำวิธีการในการแบ่งแยกอำนาจกับจัดระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจให้เหมาะสมแก่ประเทศตน บทวิพากษ์วิจารณ์ปลื้มข่อยนี้ฟังเข้าใจง่ายและสามารถเห็นจริงได้ ทำให้บางคนคิดเลยเถิดไปถึงขนาดว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออและประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้ขึ้นนั้นเกิดจากความไม่เข้าใจ ความคิดสับสน ความไม่อยู่กับร่องกับรอยของมองเตสกีเออ และเป็นเรื่องโบราณไปแล้ว สู้คิดใหม่ตามแนวทางคำวิพากษ์วิจารณ์ไม่ได้ ความคิดเช่นนี้ตกทอดมายาวนานพอควร จึงกลายเป็นสิ่งที่ยอมรับว่าถูกต้องทั้งที่ไม่ถูกต้อง ความพยายามที่จะทำความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของมองเตสกีเออให้ลึกซึ้งถึงแก่นหรือหัวใจของการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองจึงไม่มีใครกระทำ การศึกษาประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในการนำหลักการของมองเตสกีเออ ไม่ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการสหพันธ์ที่เป็นต้นแบบของหลักการกระจายอำนาจทางปกครองมาปรับใช้ให้ได้ผลจริงในการปกครองประเทศ จึงไม่มีใครสนใจศึกษาวิเคราะห์นำมาปรับใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศ

คำอธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจของไทยที่กล่าวกันว่าดีที่สุดในอดีตและมีการอ้างเป็นประจำคือ บทความการแยกอำนาจของ ดร.เดือน บุนนาค ที่เขียนตั้งแต่ปีพุทธศักราช ๒๔๘๗ และนำมาพิมพ์ใหม่ ในวารสารนิติศาสตร์ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๓ ที่ ๔ ซึ่งเป็นลักษณะ บทวิพากษ์วิจารณ์ตามความเข้าใจของผู้เขียนและประมวลมาจากชาวต่างประเทศ หรือในหนังสือคำอธิบาย กฎหมายรัฐธรรมนูญ (รวมทั้งกฎหมายเลือกตั้งด้วย) ของนายเดือน บุนนาค และนายไพโรจน์ ชัยนาม ภาค ๑ หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ ๑ ปีพุทธศักราช ๒๔๗๗ หรือในคำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม ๑ ของนายไพโรจน์ ชัยนาม พิมพ์ปีพุทธศักราช ๒๔๕๗ กับบทความของ นายไพโรจน์ ชัยนาม อีกหลายชิ้นเหล่านี้ ไม่ค่อยทำให้เกิดความเข้าใจในหลักการแบ่งแยกอำนาจเท่าใดนัก และยังมีบทความเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ของมองเตสกีเออโดยผู้เขียนอื่นหลายคน แต่เป็นบทความรวบรวมคำวิพากษ์วิจารณ์ของนักคิด ชาวต่างประเทศที่ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดของมองเตสกีเออ รวมทั้งอคติของผู้เขียนที่ไม่เห็นด้วยกับ การมีอยู่ของอำนาจตุลาการและสถานะของศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตย ไม่ได้ทำให้เกิดความเข้าใจในหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ถูกต้อง และเกิดแนวความคิดสร้างสรรค์ที่จะนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์ในการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครอง ของประเทศไทยแต่อย่างใด

ความเข้าใจในหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่เป็นแก่น หรือหัวใจของการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองที่ประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการบัญญัติ รัฐธรรมนูญและกลายเป็นหลักการในการร่างรัฐธรรมนูญและใช้รัฐธรรมนูญของประเทศทั่วโลก หากไม่เข้าใจ ในหลักการนี้ ย่อมถือไม่ได้ว่าทราบหรือเข้าใจเจตนารมณ์แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและเจตนารมณ์ แห่งการมีรัฐธรรมนูญที่มีเป้าหมายเพื่อใช้จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจโดยมิชอบและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

การนำความคิดที่ได้จากการวิพากษ์วิจารณ์หลักการแบ่งแยกอำนาจด้วยความไม่เข้าใจ นำมาใช้ เป็นหลักการง่าย ๆ ว่าสามารถแบ่งแยกองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระที่องค์กรก็ได้ เพื่อใช้อำนาจ หน้าที่ที่จะแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดหรือโดยสิ้นเชิง เมื่อแยกองค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็นอิสระ ในความหมายนี้ย่อมไม่ได้จำแนกว่าจะใช้อำนาจใด องค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้จึงใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการได้ทั้งหมด องค์กรอื่นย่อมไม่มีอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ดังเค้าโครงการร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันกล่าวว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ที่เป็นอิสระจากอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ

สิ่งนี้เองก็คือที่มาของหลักการแบ่งแยกหน้าที่ที่คิดขึ้นบนพื้นฐานการปฏิเสธหลักการแบ่งแยกอำนาจและพิจารณาเฉพาะที่เกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจเท่านั้น ไม่ได้ก้าวต่อไปถึงระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่เข้าใจได้ยิ่งยากกว่าการแบ่งแยกสามอำนาจสามฝ่าย หลักการแบ่งแยกหน้าที่โดยอาศัยพื้นฐานตรรกะง่ายๆ เช่นนี้ ย่อมขัดแย้งต่อการมีอยู่ของระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ หลักการแบ่งแยกหน้าที่จึงไม่มีระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ

ผลที่เกิดตามมาคืออำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่มีแต่ใช้อำนาจหักล้างหรือควบคุมหรือใช้อำนาจในสถานะที่เหนือกว่าองค์กรอื่น ไม่มีระบบจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจและไม่มีระบบเชื่อมโยงการใช้อำนาจให้ผสมผสานกันเพื่อให้การใช้อำนาจเป็นไปอย่างสมบูรณ์ มีข้อบกพร่องน้อยที่สุด เพื่อให้การใช้อำนาจทุกองค์กรเดินไปข้างหน้าด้วยทิศทางเดียวกันคือเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะเกิดได้จากระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจเท่านั้น

แนวความคิดอันเป็นที่มาของหลักการแบ่งแยกหน้าที่ที่ปฏิเสธการมีอยู่ของอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรม เท่ากับไม่ยอมรับหลักความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในแง่องค์กรแล้ว ในช่วงหลังๆ ที่แนวความคิดหลักการแบ่งแยกหน้าที่มีอิทธิพลครอบงำนักกฎหมายไทยมากขึ้น ก็ถึงขนาดแปลความเกี่ยวกับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างจำกัดว่า ผู้พิพากษามีอิสระเฉพาะการพิจารณาพิพากษาคดีในห้องพิจารณาและในสำนวนความเท่านั้น นอกจากเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระอย่างใด ผู้พิพากษาก็เป็นเพียงข้าราชการพลเรือนประเภทหนึ่งต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) ซึ่งเป็นการตีความรัฐธรรมนูญนอกนอกร่างได้กล่าวมาข้างต้น เป็นการเข้าในหลักวิชารัฐธรรมนูญที่มีได้เป็นไปตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ผิดต่อเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญหรือเจตนารมณ์แห่งการมีรัฐธรรมนูญ ดังมองเตสกีเออเรียกว่า เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และประเทศสหรัฐอเมริกานำไปใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรสมัยใหม่ฉบับแรกของโลก (แม้ว่ายุคก่อนหน้านั้นประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้รัฐธรรมนูญมาก่อนก็ตาม) การนำหลักการของมองเตสกีเออมาใช้ร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องถือว่าเป็นเป้าหมายและหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจเป็นเป้าหมายของการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนี้ด้วย

อย่างไรก็ดี ความเข้าใจผิดที่ออกนอกนอกร่างของบรรดานักกฎหมายไทยกลุ่มหนึ่งดังกล่าว จึงทำให้ศาลยุติธรรมแยกออกได้เป็นสองส่วน คืองานตุลาการหรือพิจารณาพิพากษาคดี และงานธุรการต่างๆ งานอย่างหลังย่อมตกอยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) อันถือได้ว่าศาลยุติธรรม

ก็เป็นหน่วยราชการหนึ่งในสังกัดรัฐบาล ต่อมาเมื่อมีแนวความคิดเกี่ยวกับความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาอย่างจำกัด ทำให้เกิดปรากฏการณ์อย่างแปลกๆ ตามมาที่ไม่อาจปรากฏในประเทศที่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็คือคำกล่าวว่า แม้ศาลยุติธรรมจะมีความเป็นอิสระมากขึ้น (ไม่ใช่อิสระ) ก็ยังถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่ง รัฐบาลจึงยังคงมีอำนาจกำกับดูแลหรือรัฐบาลยังมีความรับผิดชอบในงานศาลยุติธรรมต่อรัฐสภา ดังกล่าวมาแต่ต้น

นั่นคือ การบริหารภายในองค์กรของศาลยุติธรรม ถือเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ผิดหลักการแห่งรัฐธรรมนูญอย่างหน้ามือเป็นหลังมือ แล้วยังตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๕ วรรคสอง ถ้อยคำที่ว่า “การบริหารงานโดยอิสระ” ให้มีความหมายจำกัดเพียงว่า อิสระมากหรืออิสระมากขึ้นหรืออิสระอย่างมีขอบเขตเท่านั้น ทั้งที่ไม่มีถ้อยคำในรัฐธรรมนูญที่ไหนที่จะสื่อความหมายความเป็นอิสระขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่หมายความจำกัดเพียงอิสระมากหรืออิสระมากขึ้นหรืออิสระอย่างมีขอบเขตเท่านั้น เป็นการตีความรัฐธรรมนูญเอาเองตามอำเภอใจ

ทั้งยังแสดงว่า กลุ่มบุคคลเหล่านี้เข้าใจความหมาย “อำนาจบริหาร” กับ “การบริหารราชการแผ่นดิน” มีความหมายอย่างเดียวกัน ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ผิดพลาดอย่างมาก เพราะความหมายของ “อำนาจบริหาร” เป็นความหมายในทางทฤษฎี มีความหมายกว้างกว่า “การบริหารราชการแผ่นดิน” หรือการบริหารราชการแผ่นดินเป็นเพียงส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ดังจะเห็นได้ว่าในหมวด ๗ เกี่ยวกับคณะรัฐมนตรี เป็นบทบัญญัติหลักที่เกี่ยวกับอำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรี แต่จะเห็นได้ว่าการกล่าวถึงการบริหารราชการแผ่นดินไว้ใน มาตรา ๒๑๑ มาตรา ๒๑๒ และมาตรา ๒๑๓ ซึ่งจะเป็นการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะมีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐสภา โดยยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่ไม่เกี่ยวข้องกับรัฐสภาอีก ดังเช่น การให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามมาตรา ๒๑๗ การตราพระราชกำหนดตามมาตรา ๒๑๘ การตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา ๒๒๑ การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึกตามมาตรา ๒๒๒ การพระราชทานอภัยโทษตามมาตรา ๒๒๕ การถอดถอนฐานันดรศักดิ์และเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ตามมาตรา ๒๒๖ การแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่าและการให้พ้นจากตำแหน่งตามมาตรา ๒๒๗ ซึ่งจะเป็นอำนาจบริหารอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ไม่ได้เกี่ยวกับรัฐสภาเลย เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงใช้ตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจบริหารเช่นนี้ รัฐสภาไม่มีอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังเช่นจะนำเรื่องตราพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว พระมหากษัตริย์

ทรงใช้พระราชอำนาจประกาศใช้หรือเลิกใช้กฎอัยการศึก พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการถอดถอนฐานันดรศักดิ์หรือเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์แล้ว ฯลฯ มาใช้อภิปรายในรัฐสภาได้ เพราะไม่ถือว่าอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาเป็นเรื่องระหว่างพระมหากษัตริย์กับฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี มิใช่อยู่ในระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หากฝ่ายนิติบัญญัติทำเช่นนั้นก็ถือว่าเป็นการก้าวล้ำพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ด้วย

แม้แต่อำนาจในการประกาศสงครามตามมาตรา ๒๒๓ หรืออำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศตามมาตรา ๒๒๔ ที่ถือเป็นเรื่องสำคัญจึงให้รัฐสภาเข้ามาตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากพระมหากษัตริย์ก็ตาม โดยลักษณะก็เห็นได้ชัดเจนว่า ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับภายในแผ่นดินหรือการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นเรื่องเกี่ยวกับต่างประเทศหรือนานาประเทศจึงเป็น “อำนาจบริหาร” อย่างหนึ่งที่มีให้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน เช่นกัน

อำนาจบริหารอีกอย่างหนึ่งก็คือ อำนาจของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีในการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายอื่น เช่น รัฐมนตรีลงนามสนองพระบรมราชโองการในบทกฎหมายพระราชหัตถเลขาและพระบรมราชโองการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา ๒๓๑ การตราพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม ขยายเวลาประชุม และปิดประชุมรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา ๑๖๔ การยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น อำนาจเหล่านี้เป็นอำนาจบริหารของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมีอำนาจนี้ แต่มีให้อำนาจปกครองหรืออำนาจบริหารราชการแผ่นดิน จึงต้องใช้เองไม่อาจมอบหมายหรือมอบอำนาจให้ข้าราชการพลเรือนใช้แทนได้

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๕ ก็จะได้เห็นว่า อำนาจบริหารตามที่กล่าวมาข้างต้นไม่อยู่ในความหมายของกฎหมายในฉบับนี้เลยหรือกล่าวง่าย ๆ ว่า อำนาจตามกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินเป็นอำนาจตามกฎหมายปกครองประเภทหนึ่งหรือกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินเป็นกฎหมายปกครองของฝ่ายบริหาร แต่อำนาจตามที่กล่าวข้างต้นเป็นอำนาจบริหารที่เกี่ยวกับองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยหรือองค์กรปกครองรัฐด้วยกัน จึงต้องใช้ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ไม่อาจนำกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดินเหล่านี้มาใช้บังคับแทนหรือบังคับด้วยได้

ดังนั้น อำนาจบริหารในส่วนที่มีให้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารนั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๘๘ ย่อมไม่ใช่ส่วนหนึ่งในการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน

มาตรา ๒๑๑ คณะรัฐมนตรีใช้ได้โดยโดยไม่ต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาและไม่ใช้เรื่องที่ต้องแถลงในการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา มาตรา ๒๑๒ การใช้อำนาจบริหารเหล่านี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา มาตรา ๒๑๓ นายกรัฐมนตรีไม่อาจขอให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไป มาตรา ๑๘๒ รัฐสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน แต่ไม่มีอำนาจควบคุมอำนาจบริหารเหล่านี้ทั้งที่เป็นส่วนที่เป็นปฏิบัติต่อการใช้อำนาจของรัฐสภาเอง มาตรา ๑๘๕ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่มีสิทธิตั้งกระทู้ถาม เป็นต้น

การบริหารภายในองค์กรของศาลยุติธรรมไม่ใช่ลักษณะที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจปกครองศาลยุติธรรมหรือไม่ใช่เป็นอำนาจบริหารราชการแผ่นดินตามความหมายของการบริหารราชการแผ่นดินสากล เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันระหว่างศาลยุติธรรมกับฝ่ายบริหารในฐานะเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐในแต่ละฝ่ายหรือองค์กรแห่งอำนาจอับโดยด้วยกัน หากจะให้ฝ่ายบริหารเข้าไปยุ่งเกี่ยวได้ก็ต้องมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดเจน จะบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมิได้ ทั้งหากจะให้ฝ่ายบริหารเข้าไปได้ยุ่งเกี่ยวก็ต้องอยู่ในระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ กล่าวคือจะต้องไม่เข้าไปทำลายความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมและผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม และต้องไม่เกิดสภาวะที่สามารถก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรมได้ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าการให้ฝ่ายบริหารเข้าไปมีส่วนในการบริหารองค์กรภายในของศาลยุติธรรมก็ดี การให้ฝ่ายบริหารเข้าไปรับผิดชอบงานธุรการทั่วไปทั้งหมดของศาลยุติธรรมก็ดี การกล่าวว่าผู้พิพากษาศาลยุติธรรมนอกเวลาพิจารณาพิพากษาคดีจะต้องอยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารก็ดี เป็นความเข้าใจผิดว่าอำนาจบริหารราชการแผ่นดินเป็นอย่างเดียวกับอำนาจบริหาร ทั้งเข้าใจความหมายอำนาจบริหารผิดซ้ำสองอีก

กรณีที่เกิดขึ้นเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการขาดความเชี่ยวชาญในกฎหมายมหาชนของนักวิชาการกฎหมายมหาชนบางกลุ่ม ที่ส่วนใหญ่เป็นเพียงนักวิชาการกฎหมายปกครองเท่านั้น พอสรุปทรรศนะของนักกฎหมายกลุ่มนี้ออกมาได้ว่า เป็นการมองว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการราชการบริหารแผ่นดิน (กฎหมายปกครอง) อย่างหนึ่งหรือรัฐธรรมนูญก็คือกฎหมายปกครองสูงสุด หรือการใช้หรือการตีความรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปในแนวเดียวกับกฎหมายปกครองเพราะเป็นกฎหมายมหาชนด้วยกัน ซึ่งไม่ว่าแนวความคิดแนวทางใดก็สนับสนุนให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน และส่วนหนึ่งก็เลยตั้งเป้าหรือสมมุติฐานเอาว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน แล้วตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาเพื่อการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจฝ่ายบริหารที่เป็นอำนาจสูงสุดนี้ ส่วนฝ่ายอื่น เช่น ศาลยุติธรรมก็เป็นเป้าหมายรองลงมาที่จะต้องลดอำนาจและความเข้มแข็งลง

ความเข้าใจผิดเช่นนี้ กรณีหนึ่งจะเห็นได้จากการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญเข้าไปเป็นส่วนราชการหนึ่งในพระราชบัญญัติปรับปรุง ทบวง กระทรวง กรม พ.ศ. ๒๕๓๔ เช่น ในหมวด ๑๕ ว่าด้วยส่วนราชการไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง มาตรา ๓๕ ทวิ ที่บัญญัติว่า “ส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญมีดังต่อไปนี้

(๑) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

(๒) สำนักงานศาลปกครอง

.....”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวแสดงไว้ชัดเจนแล้วว่า หน่วยงานเหล่านี้เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นหน่วยงานที่เกิดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญไม่ต้องอาศัยกฎหมายรับรองสถานะของหน่วยงานเหล่านี้ก็ ทั้งเป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใดๆ กับสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง อันเป็นหน่วยงานของฝ่ายบริหาร ซึ่งชื่อหมวด ๑๕ ก็บอกอยู่แล้ว การที่มีหมวดดังกล่าวในกฎหมายนี้ วัตถุประสงค์ก็เพื่อจัดหน่วยงานอิสระของฝ่ายบริหารที่ไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง ให้อยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีโดยตรง โดยจะสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๒ และมาตรา ๒๐ จึงถือว่าเป็นการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารอย่างหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาต่อไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๓๕ ตรี ที่บัญญัติว่า “สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และอยู่ในบังคับบัญชาของประธานศาลรัฐธรรมนูญ” หรือมาตรา ๓๕ จัตวา ที่บัญญัติว่า “สำนักงานศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และอยู่ในบังคับบัญชาของประธานศาลปกครองสูงสุด”

เมื่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้นๆ ย่อมไม่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๓๔ และเมื่ออยู่ในบังคับบัญชาของประธานศาลรัฐธรรมนูญกับประธานศาลปกครองสูงสุด ก็ย่อมไม่ได้อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ตามที่กล่าวมาแล้ว กล่าวโดยสรุปว่า สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลปกครองเป็นส่วนราชการอย่างหนึ่ง แต่มิใช่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล หรือมิใช่ส่วนหนึ่งของการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือของรัฐบาลนั่นเอง

การนำสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลปกครองไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๓๔ จึงเป็นการนำสิ่งที่ไม่ใช่ของตนไปบัญญัติไว้ให้ดูเหมือนเป็นของตน เหมือนเอาอ่างน้ำมารองเงาดวงจันทร์ แล้วบอกว่าดวงจันทร์เป็นของตน เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใดเลย ซึ่งเกิดขึ้นมาเพราะความเข้าใจผิดว่าอำนาจบริหารเป็นอย่างเดียวกับอำนาจบริหารราชการแผ่นดิน และเข้าใจเอาว่าอำนาจบริหารเป็นเหมือนก้อนหินก้อนหนึ่ง เมื่อเป็นอำนาจอธิปไตยจึงต้องมีอำนาจครอบคลุมทุกอณูของประเทศแบ่งแยกมิได้ ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ผิดดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น ความจริงแล้วอำนาจบริหารราชการแผ่นดินเป็นอำนาจอธิปไตยอย่างหนึ่งของฝ่ายบริหาร ที่ว่าแบ่งแยกไม่ได้ก็คืออำนาจตามกฎหมายบริหารราชการแผ่นดิน เช่นนี้จะมีบุคคลใดหรือคณะบุคคลอื่นเข้ามาแบ่งแยกหรือเข้ามาใช้แทนโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายนี้ไม่ได้ เว้นแต่เป็นเรื่องการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่เป็นอำนาจในเชิงยับยั้งหรือความสามารถในการหยุดยั้งหรืออำนาจในเชิงลบหรือนิเสธของศาล แต่อำนาจบริหารราชการแผ่นดินก็มีขอบเขตเฉพาะที่เกี่ยวกับหน่วยงานราชการของรัฐหรือส่วนราชการที่มีใช้หน่วยงานขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยเท่านั้น หน่วยงานขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยอยู่คนละวงจรหรืออยู่นอกขอบเขตอำนาจบริหารราชการแผ่นดิน จึงไม่อาจนับรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร และไม่อยู่ในอำนาจบริหารส่วนอื่นตามที่รัฐธรรมนูญระบุว่า เป็นของฝ่ายบริหารด้วย จึงไม่มีเหตุผลที่จะอ้างในการบัญญัติให้หน่วยงานเหล่านี้อยู่ในกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร

การบัญญัติเช่นนี้จึงกล่าวได้แต่เพียงว่าเป็นการเข้าใจผิดในหลักการทฤษฎี และรัฐธรรมนูญอย่างใหญ่หลวงเท่านั้น ซึ่งความเข้าใจที่ผิดๆ เช่นนี้เกิดขึ้นมานานแล้ว ดังจะเห็นได้จากกรณียุติเกี่ยวกับ “สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา” ตามกฎหมายปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม มาตรา ๓๓ (๕) และมาตรา ๓๘ ที่ว่า “สำนักงานเลขาธิการรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดระเบียบปฏิบัติราชการฝ่ายรัฐสภา และให้อยู่ในบังคับบัญชาของประธานรัฐสภา” แต่ความเข้าใจผิดเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งที่เพิ่มพูนให้ฝ่ายบริหารขยายอำนาจออกไปจนกลายเป็นมีอำนาจเหนือรัฐสภาและศาลยุติธรรม กลายเป็นการทำลายความเป็นอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายศาลยุติธรรมอย่างหนึ่ง ยังไม่นับที่ว่าเป็นช่องทางให้ฝ่ายบริหารสามารถก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำฝ่ายอื่นได้ทุกเมื่ออีกด้วย

ปรากฏการณ์ที่เกิดจากความเข้าใจผิดในหลักการปกครองในระบบประชาธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกกรณีหนึ่ง ก็คือ ความเข้าใจว่า ฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายต่อรัฐสภาทุกกรณีแต่ฝ่ายเดียว หรือฝ่ายบริหารเพียงฝ่ายเดียวที่เป็นผู้ใช้กฎหมายได้ เพราะถือว่าการปฏิบัติตามกฎหมายแต่ละฉบับเป็นการบริหารราชการแผ่นดินอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็น “อำนาจบริหาร” โดยเด็ดขาด

ของฝ่ายบริหาร การบริหารตามกฎหมายหรือการใช้กฎหมายทุกกรณีเป็นการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งสิ้นที่ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาหรืออยู่ในอำนาจควบคุมของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๘๒ และมาตรา ๒๑๒ ดังนั้น นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีจึงต้องเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ อันเป็นความสับสนระหว่างการบริหารราชการแผ่นดินกับอำนาจบริหารและเข้าใจว่าอำนาจบริหารมีอย่างเดี่ยวประเภทเดียวหรือการใช้กฎหมายมีอย่างเดี่ยวยกใช้ ในฐานะฝ่ายบริหาร เท่านั้น ซึ่งได้อธิบายมาตอนต้นแล้ว

ปัญหาดังกล่าวจึงเกิดมีผู้โต้แย้งหรือหยิบยกเรื่องที่ร่างพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. ที่กำหนดให้ประธานศาลฎีการักษาการตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ ขึ้นมาอ้างว่าไม่ถูกต้อง ต้องให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการแทนตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ แต่หากใช้ระบบดังกล่าวก็ต้องแก้ไขหลักการในร่างพระราชบัญญัติเหล่านี้ อีกมาก และคนนอกที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมก็ไม่ค่อยมีใครเข้าใจหลักการเหล่านี้มากนัก จึงอาจจะบังเกิดความบกพร่องขึ้นประจักษ์แก่ผู้คิดแก้ไข ทั้งปรากฏตัวอย่างในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๕๕ วรรคสอง ที่กำหนดให้ประธานกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ และกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้นำท้องถิ่น แสดงว่า การบริหารตามกฎหมายหาใช่เป็นการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารทุกเรื่อง การจัดการเลือกตั้งและการออกเสียงประชามติก็เป็นอำนาจบริหารอย่างหนึ่งที่แยกออกได้จากอำนาจหรือการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร ตั้งแต่เดิมการจัดการเลือกตั้งก็เป็นการจัดการร่วมกันระหว่างอำนาจทั้งสามฝ่าย มิใช่ฝ่ายบริหารแต่เพียงฝ่ายเดียว การจัดการเลือกตั้งในส่วนของฝ่ายบริหารจึงสามารถแยกออกเป็นอิสระขึ้นอยู่กับคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจจะอ้างเอาการบริหารตามกฎหมายฝ่ายอื่นดังกล่าวเป็นการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารที่จะหยิบยกเอาไปอภิปรายภายในรัฐสภาได้ ทั้งตามหลักสากลการบริหารภายในองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยหรือในกรณีนี้องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะแยกออกจากการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร จึงไม่ตกอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร และการบริหารองค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา

ในที่สุดเมื่อร่างพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการศาลยุติธรรม

พ.ศ. ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา จึงยอมให้ประธานศาลฎีกาการักษาราชการพระราชบัญญัติเหล่านี้ ซึ่งกรณีก็ไม่แตกต่างกับการให้ประธานศาลปกครองสูงสุดรักษาราชการตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีศาลปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ที่ผ่านรัฐสภาไปก่อนหน้านี้

การกำหนด “ผู้รักษาราชการตามพระราชบัญญัติ” มีความสำคัญประการหนึ่งก็คือ การออกกฎหมายลำดับรองตามกฎหมายนั้น ๆ หรือมีผลต่อออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายตุลาการ เช่น การออกข้อบังคับเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ ประกาศ ก.บ.ศ. เกี่ยวกับการแบ่งส่วนราชการภายในของสำนักงานศาลยุติธรรมและการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ เป็นต้น อันถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายตุลาการ ซึ่งประธานศาลฎีกาจะเป็นผู้ออก แต่ถ้ำรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รักษาราชการตามพระราชบัญญัติ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมยอมเป็นผู้ออกข้อบังคับ ประกาศ ระเบียบ หรือคำสั่ง เหล่านี้ การออกกฎหมายสำคัญลำดับรองของฝ่ายตุลาการจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเสียก่อน ผลย่อมเท่ากับเป็นช่องทางให้ฝ่ายบริหารต่อรองเงื่อนไขในการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายตุลาการเหล่านี้ได้ ความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในแง่องค์กรย่อมไม่มี และเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารเข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำต่อการบริหารศาลยุติธรรมได้อย่างสะดวกและหาร่องรอยได้ยาก

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการกำหนดให้ประธานศาลฎีกาเป็นผู้รักษาราชการตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ อันเป็นกฎหมายของศาลยุติธรรมก็ตาม แต่ก็มิว่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระธรรมนูญศาลยุติธรรม บางส่วนที่ยังถือว่าเป็นการก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรมเกี่ยวกับความเป็นอิสระในการเสนอออกกฎหมายและการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายศาลยุติธรรมได้อย่างชัดเจน ดังเช่น ตามร่างพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา ๖ ที่ว่า “ให้เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมมีอำนาจเสนอความเห็นเกี่ยวกับการจัดตั้ง การยุบเลิก หรือการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาดำเนินการ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงจำนวน สภาพ สถานที่ตั้ง และเขตอำนาจศาลตามที่จำเป็น เพื่อให้การอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนเป็นไปโดยเรียบร้อยตลอดราชอาณาจักร” ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวมีรูปแบบเช่นนี้แฝงเข้ามาตั้งแต่ชั้นร่างของกระทรวงยุติธรรมแล้ว โดยเข้าใจกันเองว่า การจัดตั้ง ยุบเลิก และเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมย่อมกระทบต่อหน่วยราชการของฝ่ายบริหารอื่น เช่น สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานตำรวจแห่งชาติ กรมราชทัณฑ์ เป็นต้น ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ต้องทำงานสัมพันธ์โดยตรงกับศาลยุติธรรม การดำเนินการดังกล่าวจึงควรให้หน่วยงานเหล่านี้ได้รับรู้เพื่อจะได้ดำเนินงานให้สอดคล้องกับการดำเนินการของศาลยุติธรรมดังกล่าว ซึ่งพิจารณาคูก็น่าที่จะมีเหตุผล

แต่ผลที่ไม่มีใครคาดคิดก็คือ เมื่อมีการปฏิบัติจริง หากหน่วยงานของฝ่ายบริหารเหล่านี้เพียงหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งแจ้งเหตุขัดข้องไม่ว่าอัตรากำลังพล ขาดแคลนงบประมาณ สถานที่ หรือความไม่สะดวกหรือความไม่พร้อมอื่นใดก็ตาม ฝ่ายบริหารก็อาจใช้เป็นเหตุให้การไม่ยอมจัดตั้ง ยุบเลิก หรือเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของศาลยุติธรรมได้ ที่ว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่คุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลและอำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่ประชาชนให้เป็นไปโดยเรียบร้อยตลอดราชอาณาจักร ก็อาจมีกระบวนการขัดขวางมิให้ศาลยุติธรรมดำเนินการเช่นนั้นได้ โดยอาศัยช่องทางดังกล่าว

บทบัญญัติตามร่างกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นจริงได้ว่าเหตุใดตามหลักสากล ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายตุลาการที่มักเรียกว่า “กฎหรือข้อบังคับ (RULE)” ที่เทียบชั้นได้ตั้งแต่พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงลงไป หรือกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร และสามารถเสนอกฎหมายหรือร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภาได้เอง เพื่อมิให้เปิดช่องให้ฝ่ายบริหาร ก้าวกายแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรมที่จะแอบแฝงเข้ามาพร้อมกับการเสนอกฎหมายผ่านฝ่ายบริหาร และกระบวนการที่ถือว่าเป็นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจก็คือ กระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายที่ศาลยุติธรรมเสนอต่อรัฐสภาเพื่อตราออกมาเป็นกฎหมายนั่นเอง แต่เป็นเรื่องระหว่างศาลยุติธรรม กับรัฐสภาไม่มีประเทศใดให้ฝ่ายบริหารเข้ามายุ่งเกี่ยวกับ หากฝ่ายบริหารเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยการเสนอร่างกฎหมายได้บ้าง ก็คือการเสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน ก็ต้องเสนอนายกรัฐมนตรี รับรองเสียก่อน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๖๕ วรรคหนึ่ง และมีไซให้เสนอผ่านฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเป็นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ทุกร่างกฎหมายเช่นนี้

เมื่อพิจารณากรณีข้างต้น จะเห็นว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บรรดาศาลทั้งหลายจะตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ” หมายความว่ารัฐสภาจะตรวจสอบและถ่วงดุลศาลยุติธรรมเฉพาะเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลยุติธรรมเท่านั้น และไม่ได้ระบุว่าฝ่ายบริหารเข้ามาเกี่ยวข้องกับการเสนอกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลยุติธรรม ฝ่ายบริหารจึงไม่อาจเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมายนี้ได้

แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๖๕ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๑๗๐ จะเปิดช่องทางการเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จะเสนอได้ แต่โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะรัฐมนตรีหรือผู้มีสิทธิเลือกตั้งไปไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนก็ตาม บทบัญญัติตามร่างพระราชธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา ๖ ดังกล่าวก็อาจจะกลายเป็นว่า นอกจากรัฐธรรมนูญมิได้เปิดช่องให้ศาลยุติธรรมเสนอร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการศาลยุติธรรม กฎหมายเกี่ยวกับระเบียบข้าราชการศาลยุติธรรม กฎหมายเกี่ยวกับพระธรรมนูญศาลยุติธรรม กฎหมาย

เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ หรือกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมต่อรัฐสภาได้เองแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวอาจมีผู้นำไปตีความว่าจะเสนอรัฐสภาได้แต่เฉพาะโดยคณะรัฐมนตรีได้เพียงช่องทางเดียว อันเป็นการขัดต่อแนวทางการเสนอกฎหมายตามรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่งด้วย

นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้จัดตั้งศาลขึ้นโดยพระราชบัญญัติเท่านั้นที่ต้องผ่านรัฐสภา การยุบเลิกหรือการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของศาลยุติธรรม รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงกรณีเหล่านี้ไว้ให้เสนอเป็นพระราชบัญญัติหรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร แสดงว่ารัฐธรรมนูญปล่อยให้ฝ่ายบริหารของศาลยุติธรรมดำเนินการเองได้ ซึ่งแต่เดิมอำนาจส่วนนี้ของฝ่ายศาลยุติธรรมถูกรวบไว้เป็นอำนาจออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร แต่เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้ศาลยุติธรรมมีอิสระในแง่องค์กรด้วยแล้ว การกำหนดให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีจึงเท่ากับมอบอำนาจหน้าที่ที่ควรเป็นของศาลยุติธรรมให้กลายเป็นของฝ่ายบริหารไปเช่นเดิม หากจะถือว่าเป็นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจศาลยุติธรรม ก็จะเป็นดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ศาลยุติธรรมกับคณะรัฐมนตรีต่างเป็นองค์กรแห่งอำนาจอริปไตยด้วยกัน ความสัมพันธ์ระหว่างกันหรือที่เรียกว่าระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจจะมีได้ก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น จะกำหนดให้อำนาจอีกฝ่ายหนึ่งไปทำหน้าที่ที่ควรเป็นของอีกฝ่ายหนึ่งแทนโดยพระราชบัญญัติหรือกฎหมายธรรมดา ย่อมกระทำมิได้

กรณีข้างต้น เป็นตัวอย่างหนึ่งของการก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรม โดยการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่จะปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนในทางปฏิบัติ ผิดจากหลักสากลและแสดงให้เห็นอิทธิพลของฝ่ายบริหารที่สามารถครอบงำฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรอย่างเต็มที่ที่สามารถกำหนดแนวทางใดที่จะเป็นประโยชน์หรือรักษาผลประโยชน์ให้แก่ฝ่ายบริหารมากที่สุด โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการทำลายความเป็นอิสระหรือก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรมหรือไม่

การออกกฎหมายลำดับรองของศาลยุติธรรมที่เมื่อแยกศาลยุติธรรมเป็นอิสระจากกระทรวงยุติธรรมตามหลักสากลแล้ว ศาลยุติธรรมต้องมีอิสระในการออกกฎหมายเหล่านี้ แต่จะเห็นได้ว่า การปล่อยหรือมิได้แก้ไขกฎหมายที่ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือฝ่ายบริหารอื่นรักษาการตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับการจัดตั้งศาลยุติธรรม กฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรม กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่เกี่ยวข้องด้วยศาลยุติธรรม รวมทั้งการออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารประเภทอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมายข้างต้น ทั้งที่กระทรวงยุติธรรมมิได้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับงานธุรการทั่วไปหรืองานอื่นของศาลยุติธรรมแล้ว ย่อมเป็นเรื่องแปลกประหลาด เกิดภาวะที่คนไข้มิได้ออก

คนออกไม่ได้ใช้ขึ้น ซึ่งหากดูว่ามีเจตนาบริสุทธิ์และไม่มีผลประโยชน์ใดแอบแฝงอยู่ก็จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องไร้เหตุผลและน่าขบขันอย่างยิ่ง สิ่งเหล่านี้คงปฏิเสธไม่ได้แล้วกระมังว่าเป็นช่องทางให้เกิดการก้าวท้าวแทรกแซงศาลยุติธรรม และจะเห็นสภาพดังกล่าวได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เมื่อฝ่ายบริหารดำเนินการตามที่กฎหมายลำดับรองของศาลยุติธรรมระบุเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารเป็นผู้ดำเนินการ ซึ่งเห็นได้ชัดเจนเลยว่าศาลยุติธรรมยังตกอยู่ในเงื้อมมือของฝ่ายบริหารอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้โดยไม่มีข้อแก้ตัวใดๆ ทั้งสิ้น

ตัวอย่างที่เห็นได้จากร่างกฎหมายตามมาตรา ๖ ข้างต้น เมื่อประกอบกับการไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งศาลยุติธรรมดังเช่น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ มาตรา ๕ ให้จัดตั้งศาลล้มละลายกลางขึ้นและจะเปิดทำการเมื่อใดให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากร พ.ศ. ๒๕๒๘ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ โดยมาตรา ๑๐ ยังบัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้ศาลแรงงานสังกัดอยู่ในกระทรวงยุติธรรม ซึ่งแสดงให้เห็นร่องรอยความคิดแต่ในอดีตว่าศาลยุติธรรมมิได้เป็นอิสระในแง่องค์กร แต่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลอย่างเห็นได้ชัด เป็นต้น ในปัจจุบันศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมเหล่านี้ไม่มีความสัมพันธ์หรือผลประโยชน์ของฝ่ายบริหารหลงเหลืออยู่แล้ว การกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการแทนตามพระราชบัญญัติเหล่านี้ หรือรับผิดชอบดำเนินการตามกฎหมายเหล่านี้ก็ดี ออกพระราชกฤษฎีกาหรือออกระเบียบหรือกฎกระทรวงตามกฎหมายเหล่านี้ก็ดี จะทราบได้อย่างไรว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือฝ่ายบริหารยอมกระทำตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเหล่านี้ด้วยความเต็มใจ ไม่มีเจตนาอื่นแอบแฝง และไม่มีเหตุผลใดที่จะให้เชื่ออย่างนั้นด้วย เพราะการปฏิบัติหรือดำเนินการเช่นนี้มีลักษณะเป็นงานประจำอย่างหนึ่งเท่านั้น ไม่ต่างกับงานขอใบอนุญาตหรือขออนุมัติต่างๆ ของฝ่ายบริหาร แต่กรณีนี้กลับกลายเป็นศาลยุติธรรมเหมือนผู้ยื่นขอใบอนุญาตหรืออนุมัติจากฝ่ายบริหารเหมือนประชาชนทั่วไป

กฎหมายจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมที่พอถือว่าฝ่ายบริหารมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องบ้างก็ตาม คือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๗ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้เท่าที่เกี่ยวกับหน้าที่ของตน มาตรา ๘ การเปิดทำการแผนกเยาวชนและครอบครัวขึ้นในศาลจังหวัดหรือให้ครอบคลุมท้องที่อื่นโดยพระราชกฤษฎีกา ก็พอเห็นได้ว่าอำนาจเกี่ยวกับการบริหารงานภายในศาลเยาวชนและครอบครัวจะตกอยู่ในมือของฝ่ายบริหารด้วย

หากพิจารณาอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมยังคงสอดแทรกอยู่ในศาลนี้อีกมาก เช่น มาตรา ๑๖ ให้มีผู้พิพากษาและผู้พิพากษาสมทบจำนวนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนด มาตรา ๑๘ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม กำหนดให้มีรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางมากกว่าสองคนก็ได้ มาตรา ๑๙ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมสั่งให้ผู้พิพากษาในศาลหนึ่งเป็นผู้ทำการแทน เป็นต้น แต่อำนาจที่สอดแทรกเข้ามาดังกล่าว เมื่อศาลยุติธรรมกับกระทรวงยุติธรรมแยกออกจากกันแล้วรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมย่อมหมดอำนาจดังกล่าวไปโดยอัตโนมัติ แม้มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวก็ตาม จะแตกต่างกับกรณีตามวรรคก่อนที่อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือฝ่ายบริหารมิได้หมดไปจากศาลยุติธรรมเสียทีเดียว ยังคงมีอำนาจให้แทนศาลยุติธรรมอยู่ต่อไป

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือฝ่ายบริหารยังคงเป็นผู้รักษาการและมีอำนาจออกพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงวางระเบียบการทำงานตามหน้าที่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรม ดังเช่นในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช ๒๔๗๗ มาตรา ๕ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง พ.ศ. ๒๔๕๕ มาตรา ๒๖ ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวมาตรา ๓ การกำหนดศาลแขวงก็ศาล มีเขตอำนาจเพียงใด เปิดทำการเมื่อใด และเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลแขวงได้โดยพระราชกฤษฎีกา พระราชบัญญัติให้นำวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงมาใช้บังคับในศาลจังหวัด พ.ศ. ๒๕๒๐ มาตรา ๕ และพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช ๒๔๗๗ เป็นต้น โดยเฉพาะพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช ๒๔๗๗ มาตรา ๕ เป็นอำนาจที่ควรเป็นของศาลยุติธรรมโดยตรง แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกลับมีอำนาจนี้ ได้แก่ “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจออกกฎกระทรวงตามประมวลกฎหมายนี้ ในเรื่องดังต่อไปนี้

ก. การตั้งแต่ง การระบุดัว และการสาบานของล่าม ผู้แปลและผู้เชี่ยวชาญ การกำหนดจำนวนค่าป่วยการ และการชดใช้ค่าใช้จ่ายให้บุคคลเหล่านั้น

ข. จัดวางระเบียบทางธุรการในเรื่องให้เจ้าพนักงานศาล (เช่น จำศาล เจ้าพนักงานบังคับคดี และนักการส่งบัตรหมาย) รวมทั้งการกำหนดค่าธรรมเนียม (นอกจากที่ระบุไว้ในตาราง ๕ ท้ายประมวลกฎหมายนี้) ตลอดจนการชดใช้ค่าใช้จ่ายให้บุคคลเหล่านั้น

ค. จัดวางระเบียบทางธุรการในเรื่องการเก็บรักษาและการทำลายสารบบความ สารบบคำพิพากษา สมุดคำพิพากษา และสารบบอื่นๆ ของศาล ตลอดจนทั้งสำนวนความทั้งหลาย

ง. จัดวางระเบียบทางธุรการในเรื่องการยื่นเอกสารต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาล เพื่อยื่นต่อศาล หรือเพื่อส่งให้แก่คู่ความหรือบุคคลผู้ใดผู้หนึ่งและในเรื่องการขอร้องด้วยวาจาเพื่อให้ศาลพิจารณาและชี้ขาดคดีมีโนสาร่

จ. จัดวางระเบียบทางธุรการในเรื่องที่คู่ความฝ่ายหนึ่งจะส่งต้นฉบับเอกสารไปอีกฝ่ายหนึ่ง

ฉ. จัดวางระเบียบธุรการในเรื่องการยึดและอายัด และการจัดจำหน่ายทรัพย์สินเป็นตัวแทนโดยวิธีการขายทอดตลาด หรือโดยวิธีอื่น และในเรื่องวิธีการบังคับคดีทางอื่นๆ ที่เจ้าพนักงานคดีจะพึงปฏิบัติ”

อำนาจตามกฎหมายนี้ หากมองภาพในปัจจุบันจะเห็นได้ชัดเจนว่าไม่สมควรเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจเหล่านี้เลย แต่เป็นอำนาจที่ตกค้างมาตั้งแต่อดีตตอนแรกตั้งกระทรวงยุติธรรม อันเป็นสมัยแห่งสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มิใช่การปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงสมควรเปลี่ยนแปลงหลักการและแนวความคิดนี้เสียตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ แล้ว

ฝ่ายบริหารยังมีอำนาจเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองของศาลยุติธรรมและเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายในกฎหมายสารบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ ๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๑๘ ให้นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายสารบัญญัติเช่นนี้เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรมโดยตรงเช่นกัน จึงสมควรให้ศาลยุติธรรมเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นได้บ้าง

กรณีคงเปรียบเทียบให้เกิดความเข้าใจเรื่องนี้ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการป้องกันการแทรกแซงการบริหารราชการศาลยุติธรรมจากฝ่ายบริหารหรือเป็นหลักการอย่างหนึ่งเพื่อให้ศาลยุติธรรมเป็นอิสระ โดยในประเทศต่างๆ ก็อาจบัญญัติป้องกันปัญหานี้ด้วยวิธีการที่อาจแตกต่างกันไป เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา ๗๗ บัญญัติว่า “ให้ศาลฎีกามีอำนาจออกกฎข้อบังคับ (RULE - MAKING POWER) เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาและทางปฏิบัติ และที่เกี่ยวกับทนายความ และการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยภายในศาล และการบริหารราชการของศาล

พนักงานอัยการต้องอยู่ภายใต้อำนาจออกกฎข้อบังคับของศาลฎีกา

ศาลฎีกาอาจมอบหมายอำนาจออกข้อบังคับสำหรับศาลล่างให้แก่ศาลล่างดำเนินการได้”

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศเดนมาร์ก ฉบับวันที่ ๕ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๕๖ มาตรา ๖๒ บัญญัติว่า “การบริหารราชการศาลยุติธรรม ย่อมเป็นอิสระจากอำนาจบริหาร กฎข้อบังคับ (RULES) เกี่ยวด้วยการนี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา ๑๖๕ “กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา และกฎหมายอาญาทหาร วิธีพิจารณา และการจัดองค์การของอำนาจตุลาการให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่เป็นการจำกัดอำนาจของสภานิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใด โดยเฉพาะไว้ในกฎหมายเฉพาะ” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่เปิดช่องให้ฝ่ายบริหารเข้ามาเกี่ยวข้องกับการจัดองค์การของฝ่ายตุลาการได้เลย

ในประเทศที่เจริญแล้วส่วนใหญ่จะไม่ประสบปัญหาเกี่ยวกับฝ่ายบริหารเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการจัดองค์การการบริหารราชการศาลยุติธรรม รวมทั้งอำนาจออกกฎหมายลำดับรองของศาลยุติธรรม (RULE) เพราะในประเทศยุโรปส่วนใหญ่จะมีพัฒนาการของระบบศาลยุติธรรมแยกเป็นอิสระจากอำนาจบริหารมานานแล้ว ดังคำกล่าวของมองเตสกีเออว่า “ในราชอาณาจักรยุโรปส่วนใหญ่ การปกครองเป็นแบบกลางๆ เพราะเจ้าผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจสองประการแรก ปล่อยให้ราษฎรของพระองค์ใช้อำนาจที่สาม” รัฐธรรมนูญของประเทศที่กล่าวมาข้างต้นเป็นข้อยกเว้นที่คงประสบปัญหาความไม่เข้มแข็งของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายบริหารค่อนข้างจะมีอำนาจเข้มแข็งมากกว่าอำนาจฝ่ายอื่น ฝ่ายตุลาการจึงถูกก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำจากฝ่ายบริหารได้ง่าย จำต้องมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นหลักในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้เปิดช่องให้ฝ่ายบริหารเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำฝ่ายตุลาการให้เสียความเป็นอิสระทั้งในแง่องค์กรและตัวบุคคลหรือผู้พิพากษาได้ เพราะสิ่งนั้นย่อมมิใช่เป็นการก้าวก่ายแทรกแซงที่มองเห็นได้ชัดเจน บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงให้เป็นบทบังคับและข้อปฏิบัติแก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องห้ามมาตรการป้องกันปัญหาดังกล่าวไว้ ซึ่งตรงกันข้ามกับแนวความคิดและหลักการของนักกฎหมายไทยแต่อดีตที่ถือว่าศาลยุติธรรมอยู่ในสังกัดกระทรวงยุติธรรม หรือศาลยุติธรรมเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นองค์กรหนึ่งของฝ่ายบริหาร ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเป็นเพียงสิ่งแปลกปลอมเข้ามาในโครงสร้างหรือองค์กรของฝ่ายบริหารเท่านั้น การให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีก็น่าจะเป็นการเพียงพอแล้ว การบริหารตามกฎหมายของศาลยุติธรรมเหล่านี้จึงเป็นของฝ่ายบริหารอยู่แล้ว หลักการดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นสิ่งที่นักกฎหมายและฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยไม่เข้าใจ อันแสดงให้เห็นถึงความด้อยความเข้าใจในหลักการแห่งรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยอันแท้จริงของคนไทยในอดีต

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยเป็นความพยายามที่ให้ระบบศาลยุติธรรมเป็นไปตามหลักสากล โดยใช้ความพยายามให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรอิสระ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการปฏิรูปการศาลครั้งใหญ่ที่สุดรองลงมาจากสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเลยก็ว่าได้ โดยมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ศาลยุติธรรมเป็นอิสระในแง่องค์กรหลังจากที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรับรองความเป็นอิสระของ

ผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีมานานแล้ว นั่นคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐต้อง จัดระบบงานของกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ และอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างรวดเร็วและเท่าเทียมกัน” มาตรา ๑๕ วรรคสอง บัญญัติว่า “รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้พอเพียงกับการบริหารงานโดยอิสระของ..... ศาลยุติธรรม” มาตราดังกล่าวก็จะได้บทสรุปในหลักการอย่างชัดเจนว่า “รัฐจะต้องจัดระบบงานของศาลยุติธรรมให้ บริหารงานโดยอิสระ” เพื่อให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างรวดเร็ว เท่าเทียมกัน และมีประสิทธิภาพ อันหมายถึง รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้การรับรองหลักการของความเป็นอิสระของ ศาลยุติธรรมในองค์กรแล้ว ซึ่งก็มีผลทำนองเดียวกันไปถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ได้แก่ คณะกรรมการ การเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินด้วย

บทบัญญัติมาตรา ๑๕ ดังกล่าว อยู่ในหมวด ๕ ว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐ จึงต้อง ถือว่าเป็นแนวทางสำหรับการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๘๘ วรรคหนึ่ง อันหมายถึงรัฐสภาจะต้องตรากฎหมายออกมารองรับเพื่อให้ศาลยุติธรรมเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร อย่างแท้จริง หรือจะต้องออกกฎหมายมิให้เป็นการทำลายการบริหารงานที่เป็นอิสระของศาลยุติธรรม รวมทั้งเป็นนโยบายของฝ่ายบริหารที่จะต้องปฏิบัติการหรือควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงาน ในสังกัดฝ่ายบริหารให้เป็นไปในแนวทางให้ศาลยุติธรรมบริหารงานโดยอิสระ จะออกกฎหมาย ลำดับรองของฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นระเบียบข้อบังคับใด ไม่ว่าเกี่ยวกับการเงิน การคลัง การงบประมาณ การบริหารงานบุคคล การบริหารองค์กรและอื่น ๆ ให้มีผลใช้บังคับเป็นการทำลายหลักความเป็นอิสระ ในการบริหารราชการของศาลยุติธรรมไม่ได้

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕ แม้จะให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ระบุในมาตรา ดังกล่าวมีความเป็นอิสระในการบริหารงาน ก็มีความหมายแต่เพียงเฉพาะว่า การบริหารงานขององค์กร ตามรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระจากการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี เท่านั้น มิใช่หมายความว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้มีอำนาจบริหารที่เป็นของฝ่ายบริหารหรือ คณะรัฐมนตรีไปเสียเลยทีเดียว หรืออำนาจบริหารราชการแผ่นดินหรืออำนาจบริหารนอกจากนั้นยังคงเป็น ของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี เพราะอำนาจบริหารราชการแผ่นดินหรืออำนาจบริหารยังคงเป็น อำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทยที่พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้น (อำนาจบริหาร) ทางคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓

เมื่อพิจารณาตามความหมาย มาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว ประกอบอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจบริหารบางส่วนที่เดิมเป็นอำนาจบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ดังเช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งที่มีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่น รวมทั้งการออกเสียงประชามติ ให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ซึ่งเดิมเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือ คณะรัฐมนตรีก็ตาม ก็มีได้หมายความว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวหาได้มีผลให้มีอำนาจเหนือฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายบริหารแต่อย่างใด มีผลเพียงแต่อำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ได้แก่ อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๔๕ มาตรา ๑๔๖ และมาตรา ๑๔๗ นั้น ถือว่าเป็นอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ไม่ใช่อำนาจบริหารราชการแผ่นดินที่อยู่ในการควบคุมดูแลหรือบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีอีกต่อไป และคณะกรรมการการเลือกตั้งจะต้องปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอย่างมีอิสระ หมายถึง ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีไม่อาจเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำคณะกรรมการการเลือกตั้งในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าว แต่มีใช้เพราะสถานะของคณะกรรมการการเลือกตั้งเท่าเทียมกับฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือเพียงคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแล้ว หากมีผลให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตย

ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ แม้ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีไม่อาจเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ แต่โดยที่สถานะของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นเพียงองค์กรตามรัฐธรรมนูญอย่างเดียว มิใช่เป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยด้วย จึงมีสถานะต่ำกว่าองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตย อันหมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเกี่ยวกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจองค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ไว้ก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาที่อาจออกกฎหมายกำหนดระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังเช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการได้ ที่ไม่เป็นการกระทบต่อความเป็นอิสระในการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้ง แต่ต้องคานอำนาจโดยรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาลที่มีเขตอำนาจ คือ ศาลยุติธรรม หรือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยที่เหนือกว่าเท่านั้น มิใช่โดยองค์กรที่อยู่ในสังกัดของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร

หรือฝ่ายตุลาการ ดังเช่น สำนักเลขาธิการรัฐสภา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กระทรวงมหาดไทย สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่มีได้เป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยด้วย เหมือนสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ซึ่งเป็นทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ย่อมมีสถานะที่แตกต่างกัน โดยระหว่างองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยจะมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอยู่ในรัฐธรรมนูญ เพราะแต่ละองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยย่อมมีสถานะเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ เพราะต่างใช้อำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทยด้วยกันทั้งสิ้น จึงไม่อาจมีองค์กรใดอยู่เหนือหรือต่ำกว่าองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยอื่น หมายความว่าหากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหรือกำหนดระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจไว้ในกรณีอื่น ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะออกกฎหมายเช่นนั้นมิได้ จะถือว่าเป็นการก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญทันที เช่นเดียวกับองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยอื่นจะไปก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้ดุลพินิจขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยอื่นก็ไม่ได้เช่นกัน จะถือว่าเป็นการทำลายความเป็นอิสระหรือก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายทันที

ดังเช่นในคดีนี้ หากกรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ หรือสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ขึ้นอยู่กับกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นองค์กรให้สังกัดของฝ่ายบริหาร แต่ไปมีอำนาจหน้าที่ที่มีผลกระทบหรือทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อการใช้ดุลพินิจของศาลยุติธรรมหรือคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลยุติธรรม และการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่กรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ หรือสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนอยู่ในความควบคุมบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาล ย่อมเท่ากับฝ่ายบริหารสามารถอาศัยอำนาจของตนที่เป็นผู้ควบคุมหรือบังคับบัญชาดังกล่าวดำเนินการให้เจ้าหน้าที่กรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ หรือสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนใช้อำนาจหน้าที่ของตนดังกล่าวตามแนวทางที่ฝ่ายบริหารกำหนดหรือมีคำสั่งไว้ ย่อมส่งผลให้เกิดผลกระทบหรือทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อการใช้ดุลพินิจของศาลยุติธรรมหรือคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลยุติธรรมได้

กรณีเช่นนี้จะต้องมีการบัญญัติบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจเช่นนั้นแก่ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลเท่านั้น จึงจะมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเช่นนี้ได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

จะเพียงอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่เคยมีอยู่เดิม เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้น ที่ถือว่าเจ้าหน้าที่เหล่านี้เป็นเจ้าพนักงานของศาลยุติธรรม ซึ่งการใช้อำนาจหน้าที่ของบุคคลเหล่านี้จะอยู่ในการควบคุมหรือการบังคับบัญชาของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมอย่างใกล้ชิด มาใช้กับกรณีที่แยกอำนาจควบคุมหรือบังคับบัญชาการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่เหล่านี้ของศาลยุติธรรมออกไปเป็นอำนาจหน้าที่ควบคุมหรือบังคับบัญชาของกระทรวงยุติธรรมแล้ว ย่อมกระทำไม่ได้ เพราะผลจะแตกต่างกันทันที เมื่อแยกศาลยุติธรรมกับกระทรวงยุติธรรมออกจากกันแล้ว มีผลให้เจ้าหน้าที่เหล่านี้มิใช่เป็นเจ้าพนักงานศาลยุติธรรมหรือให้อำนาจควบคุมหรือบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทั้งสามหลุดไปเป็นอิสระจากศาลยุติธรรมและตกไปอยู่ในการควบคุมหรือบังคับบัญชาโดยเด็ดขาดของฝ่ายบริหารแทน จะอ้างว่าเจ้าหน้าที่เหล่านี้ใช้อำนาจหน้าที่เหมือนเดิมย่อมไม่ได้

อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของกรมบังคับคดี ไม่ว่าในฐานะเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหน้าที่ของกรมคุมประพฤติในฐานะพนักงานคุมประพฤติ เจ้าหน้าที่ของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนในฐานะผู้อำนวยการสถานพินิจ หรือพนักงานคุมประพฤติ ต่างเป็นเรื่องตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมายที่มีสถานะเป็นเจ้าพนักงานของศาลยุติธรรม ที่แยกออกจากตำแหน่งหน้าที่ในฐานะเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการ และในฐานะที่เป็นฝ่ายข้าราชการฝ่ายตุลาการอย่างหนึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๒๑ ก็ยังแยกออกต่างหากจากพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อให้การจัดโครงสร้างและการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เหล่านี้ให้อยู่ในอำนาจควบคุมหรือบังคับบัญชาของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมแทนที่จะเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม

ในทางปฏิบัติในแง่การบริหารงานบุคคล จึงจะเห็นได้ว่า อำนาจบังคับบัญชาระดับกรม หรือระดับกระทรวง จึงจะแต่งตั้งมาจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรม เช่น ปลัดกระทรวงยุติธรรม อธิบดีกรมบังคับคดี อธิบดีคุมประพฤติ มาจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรม รวมทั้งรองปลัดกระทรวงยุติธรรมทั้งหมด รองอธิบดีบางคน เลขานุการส่งเสริมงานตุลาการ ผู้อำนวยการสถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ และตำแหน่งสำคัญอื่นๆ อีกมาก ล้วนแล้วแต่แต่งตั้งมาจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ทั้งมาดำรงตำแหน่งในทางธุรการโดยตรงหรือให้ข้าราชการตุลาการมาช่วยราชการ จนสรุปได้ว่าในทางปฏิบัติแล้วการบริหารงานการควบคุม และการบังคับบัญชาของกระทรวงยุติธรรมจะตกอยู่กับผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเกือบทั้งหมด รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีส่วนเกี่ยวข้องกับเฉพาะนโยบายปลีกย่อยบางเรื่องเท่านั้น อำนาจสั่งการ

หรือบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม จึงจะถูกกลั่นกรองตามลำดับชั้นโดยผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่เข้าไปทำหน้าที่เกี่ยวกับการบริหาร มิให้มีผลกระทบเป็นการก้าวก่ายแทรกแซงกีดกันการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายของศาลยุติธรรมได้

ดังนั้น ในแง่ทางปฏิบัติ ในสายการบริหารของกระทรวงยุติธรรมเอง อำนาจการควบคุมหรือบังคับบัญชาที่เป็นของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม อำนาจบริหารของฝ่ายบริหารแทบไม่มีโอกาสสอดแทรกเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงกีดกันครอบงำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมได้เลย แม้ว่าทางทฤษฎีดูเหมือนว่าจะสามารถกระทำได้เหมือนในกระทรวง ทบวง กรมอื่นก็ตาม

แต่ผลจะกลับเป็นตรงกันข้าม เมื่อแยกศาลยุติธรรมกับกระทรวงยุติธรรมออกจากกันแล้ว ในทางปฏิบัติ การบริหารกระทรวงยุติธรรมต่อแต่นี้ไปก็จะเหมือนการบริหารกระทรวง ทบวง กรม ของฝ่ายบริหารอื่น คราวนี้การบริหารกระทรวงยุติธรรมจะเป็นการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลอย่างแท้จริง เพราะการบริหารมิได้ตกอยู่ในมือของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมอีกต่อไป อำนาจบริหารราชการแผ่นดินของกระทรวงยุติธรรมที่กลายเป็นอิสระจากศาลยุติธรรมฝ่ายบริหารแท้ ๆ จะมีอำนาจควบคุมหรือบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมอย่างเด็ดขาดแท้จริง เช่นนี้การปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่กรมบังคับคดี เจ้าหน้าที่กรมคุมประพฤติ และเจ้าหน้าที่สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ต้องอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาหรือควบคุมตามลำดับชั้นของฝ่ายบริหารที่เป็นฝ่ายบริหารจริง ๆ

ฝ่ายบริหารย่อมออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่เหล่านี้ใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่มีอยู่ให้เป็นไปในทิศทางหรือแนวทางใดที่อาจไม่เป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเป็นไปในทางมิชอบ อันถือว่าเป็นการก้าวก่ายแทรกแซงกีดกันศาลยุติธรรมด้วย ซึ่งแต่เดิมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ถูกควบคุมหรือบังคับบัญชาโดยผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่เดิมจะกลายเป็นระบบป้องกันการก้าวก่ายแทรกแซงกีดกันครอบงำมิให้มีการใช้อำนาจบริหารสอดแทรกเข้ามาโดยมิชอบ เจ้าหน้าที่เหล่านี้จึงมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือใช้ดุลพินิจของตนโดยอิสระด้วยความบริสุทธิ์และยุติธรรม

การทำลายความเป็นอิสระของเจ้าหน้าที่เหล่านี้ด้วยระบบบริหารหรือการบังคับบัญชาดังกล่าว จึงอาจเกิดการใช้อำนาจบริหารคู่ขนานหรือควบคู่กับอำนาจตุลาการอยู่ในตัวของเจ้าหน้าที่เหล่านี้พร้อมกัน หากเจ้าหน้าที่เลือกปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ด้วยความบริสุทธิ์และยุติธรรม ก็อาจมีผลเสียต่อตำแหน่งหน้าที่การงานของตน หรือหากมีคำสั่งของฝ่ายบริหารโดยชอบแต่ขัดแย้งต่อการปฏิบัติหน้าที่ในสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายเหล่านี้ เมื่อไม่มีกฎหมายและระบบหรือโครงสร้างใดรับรอง

การใช้อำนาจหน้าที่โดยอิสระของเจ้าหน้าที่เหล่านี้ เหมือนพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการที่ใช้อำนาจในสถานะองค์การกึ่งตุลาการ เจ้าหน้าที่เหล่านี้ก็ย่อมต้องปฏิบัติตามคำสั่งโดยชอบของฝ่ายบริหาร แทนการปฏิบัติตามคำสั่งของศาลยุติธรรม

ทั้งกรณีดังกล่าวก็จะเกิดปัญหาแก่คู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น หากต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ดังเช่นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา ๑ (๑๔) ที่บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานบังคับคดี” หมายความว่า “เจ้าพนักงานศาล” หรือพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๓๓ มาตรา ๑๓๕ วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์นั้นให้ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของศาล” หรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๒๐ มาตรา ๒๒ และมาตรา ๒๓ ที่ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง อธิบดีผู้พิพากษาศาล กัปรองอธิบดี และผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการของสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน เป็นต้น หรือสถานะของข้าราชการในสังกัดกรมบังคับคดี และกรมคุมประพฤติ และสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน เป็นข้าราชการพลเรือนตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งจะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารอย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายดังกล่าว รวมทั้งฝ่ายบริหารมีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนเจ้าพนักงานหรือพนักงานที่ทำหน้าที่ตามที่ศาลยุติธรรมแต่งตั้ง โดยไม่มีบทบัญญัติและสร้างระบบใดให้มีความคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของเจ้าพนักงานเหล่านี้ กฎหมายเดิมที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารแต่งตั้งและถอดถอนเจ้าพนักงานเหล่านี้ก็จะกลายเป็นอำนาจเด็ดขาดของฝ่ายบริหารโดยไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลและความจำเป็น จึงสามารถอ้างเพื่อความเหมาะสมก็ได้ ซึ่งความจริงแล้วจะเหมาะสมหรือไม่ไม่มีใครตรวจสอบได้

ดังเช่นตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๓๓ มาตรา ๕ ที่บัญญัติว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนเจ้าพนักงานออกกฎกระทรวง และจัดวางระเบียบข้อบังคับทางธุรการเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้” หรือพระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุมประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕ ที่บัญญัติว่า “ให้รัฐมนตรีหรือผู้ซึ่งมอบหมายจากรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้งและถอดถอนพนักงานคุมประพฤติตามพระราชบัญญัตินี้” เป็นต้น

ดังนั้น สถานะของเจ้าหน้าที่ของกรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนไม่ว่าในสถานะข้าราชการพลเรือนและสถานะเจ้าพนักงาน ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เฉพาะนั้น ย่อมอยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล หรือฝ่ายบริหาร หรือคณะรัฐมนตรี

โดยสมบูรณ์ ไม่อาจถือว่าอยู่ในบังคับบัญชาหรือควบคุมของศาลยุติธรรมอีกต่อไป การใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเหล่านี้โดยระบบหรือโครงสร้างมิได้รองรับระบบการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่นั้น ๆ อย่างเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและอยู่ในกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายนั้น ๆ ของศาลยุติธรรม เหมือนการใช้อำนาจกึ่งตุลาการของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ

ไม่ว่าจะเรียกว่าเป็นเจ้าหน้าที่บริหารหรือนิติกรของฝ่ายบริหารหรือจะเรียกว่าเป็นเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าพนักงานคุมประพฤติ ผู้อำนวยการสถานพินิจ หรือเจ้าพนักงานอื่น ๆ ก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล หรือฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมทั้งสิ้น แตกต่างไปจากสถานะเดิมที่แยกกันได้โดยสถานะเป็นเจ้าพนักงานจะอยู่ในบังคับบัญชาหรือควบคุมโดยศาลยุติธรรม และแตกต่างไปจากสถานะพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ ที่โดยสถานะเจ้าพนักงานจะเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและอยู่ในกำกับดูแลการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม จึงเรียกกันว่าการใช้อำนาจกึ่งตุลาการหรือเป็นองค์กรกึ่งตุลาการ

ความแตกต่างที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะส่งผลให้เมื่อเกิดปัญหาหรือกรณีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าพนักงานคุมประพฤติ หรือผู้อำนวยการสถานพินิจหรือเจ้าพนักงานอื่น ๆ กับประชาชน หรือคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือเรียกว่าเอกชน ไม่อาจจะอ้างได้ว่าเป็นกรณีพิพาทระหว่างเจ้าพนักงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของศาลยุติธรรมอีกต่อไป แต่เป็นข้อพิพาทระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน จะกลายเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๖ อันเป็นบทยกเว้นว่าศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเหล่านั้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๑

กล่าวคือ มาตรา ๒๗๑ บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้.....บัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น” และ มาตรา ๒๗๖ บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่าง.....เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน..... ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่.....เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่.....เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมาย” อันเป็นบทนิยามของคดีปกครองโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่แม้ว่าในตอนท้ายอาจจะมีถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ก็หาไม่ผลให้บัญญัติกฎหมาย ดังเช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ หรือกฎหมายอื่นยกเว้นอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตาม

รัฐธรรมนูญของศาลปกครองดังกล่าวได้ เพราะอำนาจของศาลยุติธรรมในกรณีนี้หมดไป เพราะเป็นกรณี
รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ตามที่กฎหมาย
บัญญัติ” มีความหมายว่าให้มีรายละเอียดตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น มิได้ให้ออกกฎหมายไปยกเว้น
หลักการแห่งรัฐธรรมนูญ โดยที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้ระบุยกเว้นไว้ ย่อมกระทำมิได้ เพราะ
ถ้อยคำดังกล่าวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้ใช้ถ้อยคำว่า “เว้นแต่.....” เหมือนบทบัญญัติ
ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ ซึ่งจะออกกฎหมายยกเว้นได้

กรณีอาจจะเห็นตัวอย่างได้จากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาค
ปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕ วรรคสอง ที่ว่า “เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง
.....

(๒) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(๓) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สิน
ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น ๆ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวในอนุมาตรา (๒) คณะกรรมการตุลาการมิใช่พนักงานของรัฐหรือ
เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลอยู่แล้ว แต่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กร
บริหารศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระจากรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี จึงไม่อยู่ในความหมายของคดี
ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๖
หากมีปัญหาคือข้อโต้แย้งดังกล่าวจะตกอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปของศาลยุติธรรมตาม
มาตรา ๒๗๑ ดังนั้น กรณีจะบัญญัติยกเว้นในกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ หามีผลตามรัฐธรรมนูญ
เป็นอย่างอื่นแต่อย่างใด

กรณีตรงกันข้ามกับในอนุมาตรา (๓) แม้ว่าจะมีบทยกเว้นอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของ
ศาลปกครองในกรณีคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร
ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย และศาลชำนาญพิเศษอื่น ซึ่งศาล
เหล่านี้ก็คือศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมหรือเรียกว่า “ศาลยุติธรรม” นั่นเอง ข้อยกเว้นดังกล่าว
จะไม่มีผลแต่ประการใด หากเป็น “คดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ
หรือราชการส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับประชาชน
หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่
ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการ
กระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานราชการของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการ

ส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย” แล้วก็ยอมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง จะให้ศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีมิได้ มิฉะนั้นบทบัญญัติมาตรา ๕ (๓) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จะกลายเป็นบทยกเว้นซ้อนบทยกเว้นตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ โดยที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ และมาตรา ๒๗๖ มิได้บัญญัติให้มีบทยกเว้นเช่นนั้นได้ แม้ว่าจะอ้างอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ หรือศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็มีอาจให้มีผลเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และในทางปฏิบัติก็ขัดต่อระบบศาลคู่ตามที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่งประสงค์จะให้ เป็น เพราะหากมีกฎหมายยกเว้นอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองก็ไม่แตกต่างอะไรกับศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมาย ศาลปกครองก็จะไม่แตกต่างไปจากศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมแต่อย่างใด

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า กรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของรัฐบาลโดยสมบูรณ์ การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเจ้าพนักงานของเจ้าหน้าที่ที่อยู่กรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนก็ตกอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยเช่นกัน เมื่อมีปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้นเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย แม้ว่าจะเป็น การปฏิบัติหน้าที่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติวิธีดำเนินการควบคุมความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแต่เดิมมิได้มีปัญหาเพราะศาลปกครองยังไม่ได้จัดตั้งขึ้น

กรณีย่อมแตกต่างกับปัจจุบันที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้วตามแนวทางที่พยายามให้เป็นระบบศาลคู่ แม้ว่าพอทางปฏิบัติจะมีข้อบ่งชี้มากมายว่าก็คือการตั้งศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมจำลองก็ตาม รวมทั้งการให้นิยามอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองหรือนิยามของคดีปกครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยอาศัยพื้นฐานจากคู่กรณีแทนที่จะเป็นลักษณะหรือประเภทแห่งคดี

ดังนั้น ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม ระหว่างเจ้าพนักงานที่เป็นเจ้าหน้าที่ของกรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชนหรือคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ อีกต่อไป

ดังเช่น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๕๖ วรรคสอง บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา ๓๐๕ ทวิ วรรคสอง ถ้าเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการบังคับคดีฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้ เมื่อศาลเห็นสมควรไม่ว่าในเวลาใดก่อนการบังคับคดีได้เสร็จลง หรือเมื่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีซึ่งต้องเสียหายเพราะเหตุดังกล่าวยื่นคำร้องต่อศาล ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนหรือแก้ไขกระบวนการวิธีการบังคับคดีทั้งปวงหรือวิธีการบังคับใด ๆ โดยเฉพาะหรือมีคำสั่งกำหนดวิธีการอย่างใดตามที่ศาลเห็นสมควร”

กรณีที่เกิดปัญหาดังกล่าวกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชนเสียแล้ว ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทนี้ต่อไปจะกลายเป็นศาลปกครอง มิใช่เป็นศาลยุติธรรมอีกต่อไป

กรณีหากไม่ถือเป็นเช่นนั้นโดยให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาต่อไป เจ้าพนักงานเหล่านี้อ้างว่าปฏิบัติตามหน้าที่ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาโดยชอบ และไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของศาลต่อไป แม้ศาลจะเพิกถอนหรือแก้ไขกระบวนการวิธีการบังคับคดีนั้นแล้วก็ตาม ศาลยุติธรรมก็ไม่อาจไปพิจารณาเอาโทษในฐานะเป็นเจ้าพนักงานของศาลและไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งศาลโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่อาจบังคับให้ปฏิบัติตามได้ เพราะมิได้มีมาตรการบังคับหรือมีระบบบังคับคดีอย่างศาลปกครอง

อีกตัวอย่างหนึ่ง คือ การที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ มาตรา ๑๑๓ ขอให้ศาลเพิกถอนการนัดลด มาตรา ๑๑๔ ขอให้ศาลเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำของลูกหนี้เกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา ๑๑๕ ขอให้ศาลเพิกถอนการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำของลูกหนี้โดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งได้เปรียบเจ้าหนี้อื่น เป็นต้นคดีเหล่านี้เดิมหรือตามบทกฎหมายดังกล่าวต้องร้องขอต่อศาลล้มละลายหรือศาลยุติธรรมทั่วไป เป็นสาขาคดีที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีอำนาจดำเนินการเฉพาะกรณีดังกล่าวไปได้โดยอิสระไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือบังคับบัญชาของศาลยุติธรรม และเมื่อศาลยุติธรรมพิพากษาหรือมีคำสั่งแล้ว เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปได้ ซึ่งแตกต่างกับเจ้าพนักงานบังคับคดีที่ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานศาลเหมือนกัน แต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมหรือบังคับบัญชาของศาลยุติธรรม มิได้มีอำนาจอิสระดังเช่นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ จึงไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาหรือโต้แย้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลยุติธรรมไม่ว่ากรณีใด

ความเป็นอิสระของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกรณีนี้ก็เพียงทำให้สถานะของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีสถานะไม่แตกต่างไปจากการใช้อำนาจถึงตุลาการของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ กล่าวคือต้องใช้อำนาจโดยอิสระปราศจากการก้าวก่ายแทรกแซงโดยสายการบังคับบัญชา โดยอยู่ในการกำกับดูแลการใช้อำนาจเช่นนี้มิให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลยุติธรรม ดังนั้น

หากกรมบังคับคดีที่เป็นเจ้าสังกัดของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ดังกล่าวแยกออกไปจากการควบคุมหรือบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของศาลยุติธรรม สถานะการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มิใช่เป็นเจ้าพนักงานของศาลแล้ว การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ดังกล่าวจึงไม่อาจเป็นไปได้ในกรณีอื่นเลย ก็คือต้องใช้อำนาจกึ่งตุลาการได้เท่านั้น และมีการจัดองค์การของกรมบังคับคดีเสียใหม่ให้มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระของฝ่ายบริหารแบบองค์กรกึ่งตุลาการไม่แตกต่างไปจากสำนักงานอัยการสูงสุดซึ่งทำหน้าที่หลักเกี่ยวกับศาลเพียงอย่างเดียว จะใช้แบบสำนักงานตำรวจแห่งชาติมิได้ เพราะเจ้าพนักงานตำรวจมีหน้าที่ประการอื่นด้วย หรือมิฉะนั้นก็ต้องแยกออกเป็นอิสระไปเลยอย่างบางประเทศ เพื่อมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจสอดแทรกมาทางเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงฝ่ายตุลาการได้

กรณีเช่นนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่อาจจะอ้างเหตุผลว่าต้องขออนุมัติจากผู้บังคับบัญชาเพื่อฟ้องหรือร้องต่อศาลยุติธรรมก่อน หรือเพื่อใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาหรือไม่ ได้เหมือนเดิมอีกต่อไป ซึ่งที่กล่าวมาทั้งหมดจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างองค์การ กำหนดอำนาจหน้าที่ การบังคับบัญชาและความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เสียใหม่อย่างบูรณาการอนโคณ มิฉะนั้นย่อมไม่อาจป้องกันการก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรมเข้ามาโดยอาศัยช่องทางฝ่ายบริหารผ่านทางเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้

กรณีย่อมแตกต่างอย่างมากมาจากการให้เจ้าพนักงานเหล่านี้ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานศาลและอยู่ในสังกัดศาลยุติธรรม เพราะลักษณะและเนื้อหาของกรมบังคับคดีพัฒนามาควบคู่กับศาลยุติธรรม หรือพัฒนาขึ้นมาในลักษณะสังกัดกับศาลยุติธรรมมิใช่ในลักษณะองค์กรของฝ่ายบริหารที่ต้องรับฟังคำสั่งจากคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมตามสายการบังคับบัญชาในการปฏิบัติให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแต่อย่างใด

กรณีตามตัวอย่างนี้ ยังมีปัญหาตามมาอีกอย่างหนึ่งก็คือ เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ มาตรา ๖ วรรคห้า บัญญัติว่า “กระบวนพิจารณาคดีล้มละลาย” หมายความว่า “กระบวนพิจารณาซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำต่อศาลหรือต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตั้งแต่เริ่มคดีจนถึงคดีสิ้นสุด” ซึ่งเป็นการให้บทนิยามว่า การพิจารณาคดีล้มละลายหมายความว่าอย่างไร และเป็นความหมายอย่างเดียวกับความหมายของ “กระบวนพิจารณา” และ “การพิจารณา” ตามมาตรา ๑ (๓) (๔) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งในการพิจารณาคดีอาญาก็นำความหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ด้วยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕ โดยเหตุที่จำเป็นต้องแยกบัญญัติในคดีล้มละลายแตกต่างจากคดีแพ่งและคดีอาญา เพราะคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นเรื่องการกระทำของกลุ่มความหรือของศาล

แต่ไม่ได้ครอบคลุมการกระทำของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่อาจทำไปโดยไม่มีคู่ความหรือศาลเข้าไปเกี่ยวข้องกับที่จะถือว่าเป็นการกระทำของคู่ความหรือของศาล ดังเช่น กรณีการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ มาตรา ๑๑๓ ถึงมาตรา ๑๑๕ ดังได้กล่าวข้างต้น จึงจำเป็นต้องบัญญัติให้การกระทำโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายส่วนหนึ่งด้วย

ความหมาย “กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย” ดังกล่าวจึงมีความหมายว่า การกระทำใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนี้อันเกี่ยวข้องกับคดี ซึ่งได้กระทำไปโดยคู่ความในคดีนั้นหรือโดยศาล หรือตามคำสั่งของศาลไม่ว่าการนั้นจะเป็นโดยคู่ความฝ่ายใดทำต่อศาลหรือต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือศาลทำต่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทุกฝ่าย และรวมถึงการส่งคำคู่ความและเอกสารอื่นๆ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย ตั้งแต่เริ่มคดีจนถึงคดีสิ้นสุด กล่าวสรุปง่ายๆ ว่าการกระทำทั้งหมดตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ ทั้งหมด ซึ่งกระทำไปโดยคู่ความ ศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือกระทำต่อคู่ความ ศาล หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ยกเว้นการกระทำโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแล้ว ถือว่าเป็นกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายทั้งสิ้น

ความหมายที่กล่าวมาทั้งหมดก็คือความหมาย “การพิจารณาของศาลคดีล้มละลาย” ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๓ บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล” หมายความว่า การกระทำของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือการกระทำต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี จึงเป็นอำนาจของศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว

หากเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ มาตรา ๖ วรรคห้า ที่บัญญัติให้การกระทำของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือการกระทำต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายแล้ว กรณีที่ไม่มีทางหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวได้ว่า อำนาจส่วนนี้เป็นของศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๓ มาตรา ๒๗๑ ย่อมเป็นไปได้ที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่ใช่เจ้าพนักงานของศาลและจะแยกเป็นอิสระจากศาลยุติธรรม ตกติดไปกับกรมบังคับคดีที่กลายเป็นกระทรวง ทบวง กรม ของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริงดังเช่นปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีนี้ได้ กฎหมายทำนองนี้หรือเกิดการใช้อำนาจตามกฎหมายล้มละลายโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ที่มีใช้เจ้าพนักงานศาลแล้ว เพียงเท่านั้นก็มีความหมายได้ชัดเจนว่ากฎหมายที่ก่อให้เกิดผลเหล่านี้หรือการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่เหล่านี้ย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างแน่นอน โดยยังไม่ต้องพิจารณาให้ลึกซึ้งไปถึงทฤษฎีหรือหลักการปกครองหรือหลักสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด

ผู้ทำคำวินิจฉัยจะกล่าวถึงผลต่อไปอีกลำดับขั้นหนึ่ง ก็คือ เมื่อการกระทำของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือการกระทำต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทั้งหมดเป็นลักษณะหนึ่งของอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ของศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๓ มาตรา ๒๗๑ พระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ มาตรา ๗ และมาตรา ๘ การใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่หรือการดำเนินการหรือการกระทำของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ย่อมต้องอยู่ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานศาลตามที่พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๔๓ มาตรา ๑๓๕ วรรคสาม บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ให้ถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของศาล” จึงต้องอยู่ในควบคุม หรือบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่หรือการดำเนินการหรือการกระทำ ตามที่กำหนดไว้โดยศาลยุติธรรม กรณียอมมิใช่เป็นเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือ รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้เลย

หากให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ซึ่งใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการหรือกระทำตามที่ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๔๓ บัญญัติไว้ และเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีของ ศาลยุติธรรม แต่การใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการหรือกระทำของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กลับไปอยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร นอกจากจะถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยขัดแย้งดังได้กล่าวมาแล้ว ยังมีผลอีกประการหนึ่งก็คือเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารเข้าไปมีอำนาจหน้าที่ เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีล้มละลายของศาลยุติธรรม โดยมีใช่เป็นคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสีย และเท่ากับ เป็นการใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารควบคู่ไปกับการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ของศาลยุติธรรม

ผลดังกล่าวประการแรก ย่อมกระทบต่อสิทธิของคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่นอกจากคู่ความ หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องจะต่อสู้คดีกันเองแล้ว ยังต้องต่อสู้กับอำนาจหรืออิทธิพลจากภายนอกที่จะแฝง เข้ามากับเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือเจ้าพนักงานเหล่านี้ กลายเป็นมีบุคคลภายนอกเข้ามายุ่งเกี่ยวกับ คดีโดยมิใช่เป็นคู่ความและอยู่นอกเหนืออำนาจศาลยุติธรรมที่จะควบคุมหรือบังคับบัญชาหรือกำกับดูแล บุคคลภายนอกหรือฝ่ายบริหารเหล่านี้ได้ และเป็นการตัดอำนาจหรือตัดสิทธิของคู่ความหรือผู้มีส่วน เกี่ยวข้องที่จะควบคุมหรือตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงาน พิศักทรัพย์และผู้อยู่เบื้องหลังผ่านทางศาลยุติธรรม

ปัญหาดังกล่าวย่อมกระทบต่อความเสมอภาคของบุคคลในการพิจารณาคดีของศาลเพราะ อำนาจที่แฝงมาจากภายนอกคือนอกเหนือการควบคุมของศาลยุติธรรมอาจใช้อำนาจเข้าข้างหรือเป็น ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้ กระบวนพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม

ยอมไม่อาจพิจารณาอย่างเป็นธรรมได้อีกต่อไป เพราะคู่ความหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอาจอาศัยอำนาจหรืออิทธิพลจากภายนอกชักนำเข้ามาสอดแทรกการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ ทำให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกัน โดยศาลยุติธรรมไม่อาจเข้าไปตรวจสอบหรือควบคุมได้ เพราะการใช้อำนาจเช่นนี้เป็นส่วนหนึ่งของการบริหารราชการแผ่นดินไปเสียแล้ว ย่อมอ้างการใช้อำนาจบังคับบัญชา เช่นนี้ได้ยากว่ามีใช่เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ เมื่อมีกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ตามระบบการบริหารราชการแผ่นดินหรือสายการบังคับบัญชาสอดแทรกเข้ามา กระบวนการบริหารราชการแผ่นดินส่วนนี้ ศาลยุติธรรมไม่อาจตรวจสอบและควบคุมเพราะไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม กระบวนการปฏิบัติหน้าที่นี้จึงถือว่าไม่เปิดเผย และเมื่ออำนาจบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารสามารถสอดแทรกเข้ามาในการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ย่อมเป็นการก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมได้ทุกเมื่อ ศาลยุติธรรมย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ได้อย่างมีอิสระและเป็นกลางได้อีกต่อไป

กรณีทีกล่าวมาตามวรรคก่อน ย่อมกระทบกระเทือนต่อสิทธิมนุษยชนที่บุคคลทุกคนควรได้รับการพิจารณาพิพากษาของศาลและผู้พิพากษา ดังปรากฏตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ ๑๐ ที่กำหนดว่า “บุคคลทุกคนย่อมเท่าเทียมกันโดยสมบูรณ์ ในอันที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยโดยศาลซึ่งเป็นอิสระและเป็นกลาง ในการพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่รวมทั้งในคดีที่ตนถูกกล่าวหาทางอาญา” และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งพลเมือง และสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๔ (๑) ที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและผู้พิพากษาในการพิพากษาเกี่ยวกับคดีอาญาที่บุคคลนั้นถูกกล่าวหา หรือพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน ทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมและโดยเปิดเผยจากศาลที่มีอำนาจ มีอิสระ และเป็นกลาง ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย.....” กรณีเช่นนี้จะกลายเป็นการตั้งศาลของฝ่ายบริหารหรือศาลเตี้ยขึ้นมาซ้อนศาลยุติธรรมอีกศาลหนึ่งไปเสียเปล่า ๆ คงหาตัวอย่างเช่นนี้ในประเทศประชาธิปไตยในสมัยปัจจุบันได้ยาก ยกเว้นในประเทศที่พัฒนาการของระบอบประชาธิปไตยยังไม่สมบูรณ์หรือการปกครองแบบเผด็จการเท่านั้น ที่พอเอามาเทียบเคียงศึกษาถึงผลกระทบเช่นนี้ได้

ผลอีกประการหนึ่ง ก็คือการใช้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจควบคู่ไปกับการพิจารณาพิพากษาคดีศาลยุติธรรมได้ ระบบหรือวิธีการหรือกระบวนการดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน เพราะอำนาจบริหารของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ถูกตัดตอนโดยผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่เข้าไปดำรงตำแหน่งอยู่ในฝ่ายบริหาร แต่ปรากฏการณ์ที่จะมีผล

ต่อไปหลังจากกฎหมายแยกศาลยุติธรรมกับกระทรวงยุติธรรมออกจากกันแล้ว ทั้งในทางทฤษฎี และทางปฏิบัติจะสอดคล้องกันก็คือ ฝ่ายบริหารใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินควบคู่ไปได้กับศาลยุติธรรม ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีที่กำลังมาข้างต้น กรณีเช่นนี้ มีทางเป็นไปได้สองทาง ได้แก่ ทางที่หนึ่ง เป็นการก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำการพิจารณาพิพากษารอคัดของศาลยุติธรรม ซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และสิทธิมนุษยชน

หรือมิฉะนั้นก็เป็นทางที่สอง คือต้องเป็นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจศาลยุติธรรมเหมือนงานราชทัณฑ์แต่ลักษณะอำนาจบริหารที่สอดแทรกเข้ามาดังเช่นคดีนี้ มีลักษณะต่างฝ่ายต่างใช้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกันและไม่มีลักษณะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยับยั้งหรือมีความสามารถหยุดยั้งหรือในเชิงลบหรือนิเสธต่ออีกฝ่ายหนึ่งได้เลย ไม่ว่าจะใช้อำนาจศาลยุติธรรมต่อฝ่ายบริหารหรือการใช้ อำนาจฝ่ายบริหารต่อศาลยุติธรรม และหากจะเป็นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันจริง เนื่องจากทั้งฝ่ายบริหารและศาลยุติธรรมต่างเป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยด้วยกัน ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจระหว่างองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยเช่นนี้จะต้องมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่น บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการบังคับคดีทั้งปวงและที่เกี่ยวกับการคุมประพฤติ ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังศาลชี้ขาดตัดสินคดีหรือจำหน่ายคดีโดยพิพากษาหรือคำสั่ง” โดยอาจบัญญัติเป็น มาตรา ๒๒๕ วรรคสอง หรือเป็น มาตรา ๒๒๕ ทวิ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือบัญญัติเพิ่มเติมในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๓๓ ว่า “การพิจารณาพิพากษาคดี เป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ เว้นแต่ที่เกี่ยวกับการบังคับคดีทั้งปวง หรือการคุมความประพฤติของผู้ถูกกล่าวหา หรือผู้ต้องคำพิพากษา ว่ากระทำความผิด ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังศาลพิพากษาคดี ให้อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล” บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวนอกจากไม่มีบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว ก็คงไม่มี ประเทศใดในโลกที่จะกล่าวบัญญัติรัฐธรรมนูญประจําระบบการปกครองของประเทศตนให้ปรากฏเป็นหลักฐาน แก่สายตาชาวโลกเช่นนี้เป็นแน่

แม้ในทางปฏิบัติ การบังคับคดีแพ่ง คดีล้มละลาย การคุมความประพฤติ และสถานพินิจ และคุ้มครองเด็กและเยาวชนบางประเทศพัฒนามาจากฝ่ายบริหารแยกออกจากศาลยุติธรรม ซึ่งแตกต่าง ไปจากของประเทศไทยที่กรณีเหล่านี้พัฒนามาจากงานของศาลยุติธรรม ในประเทศที่ใช้ระบบเหล่านี้ แตกต่างไปจากของประเทศไทยก็ตาม แต่ก็ไม่มีประเทศใดถือว่าอำนาจบังคับคดี อำนาจเกี่ยวกับการ พิทักษ์ทรัพย์ อำนาจเกี่ยวกับคุมความประพฤติ หรืออำนาจที่ศาลหรือผู้อํานวยการสถานพินิจ

และพนักงานคุมประพฤติใช้ในคดีเด็กและเยาวชนและคดีครอบครัวเป็นอำนาจฝ่ายบริหาร และองค์กรเหล่านี้อาจมีสถานะเป็นองค์กรอิสระและแยกออกจากองค์กรฝ่ายบริหารเลย คือไม่อยู่ในการควบคุมหรือบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารมีแต่หน้าที่กำกับดูแลหรือสนับสนุนเท่านั้น บางประเทศองค์กรเหล่านี้อยู่ในสังกัดฝ่ายบริหาร แต่เนื่องจากเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษา อรรถคดีของศาล เจ้าหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จะใช้อำนาจหน้าที่เช่นนั้นในอีกสถานะหนึ่ง คือ สถานะเป็นเจ้าพนักงานของศาลที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารที่จะใช้อำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแล ตามระบบบริหารราชการแผ่นดินตามปกติมาใช้ไม่ได้ ซึ่งทั้งสองกรณีแตกต่างไปจากระบบที่ประเทศไทย ใช้อยู่ทั้งสิ้น โดยแนวทางที่ประเทศไทยใช้ก็คือเป็นองค์กรในสังกัดศาลยุติธรรมตามความเป็นจริง มาตั้งแต่แรกเริ่ม

แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคดีนี้ มิใช่เป็นไปตามกรณีในสองวรรคข้างต้น จึงมีทางเป็นไปได้เพียงทางเดียว ก็คือหากเกิดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเช่นนี้ ย่อมถือว่าเป็นการก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรม อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และละเมิดสิทธิมนุษยชน

ผู้ทำคำวินิจฉัยจะกล่าวถึงผลในอีกลำดับหนึ่ง ก็คือ หากปล่อยให้กรมบังคับคดี คุมประพฤติ สถานพินิจคุ้มครองเด็กและเยาวชน ขึ้นอยู่กับกระทรวงยุติธรรมภายหลังศาลยุติธรรมแยกออกไปแล้ว จะเกิดปัญหาซ้อนขึ้นมาอีกปัญหาหนึ่ง ซึ่งจะเป็นปัญหาติดตายหรือภาวะขงกัน (DEAD LOCK) ที่เป็นบ่อเกิดของปัญหาอื่นที่เกิดจากความบกพร่องในการบัญญัติกฎหมายตามมา ที่จะสร้างความสับสน วุ่นวายและความเดือดร้อนแก่ประชาชน และเกิดเป็นปัญหาในการปกครองประเทศไม่รู้จบ

กล่าวคือ ดังได้กล่าวมาตอนต้นว่า หากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ มาตรา ๖ วรรคห้า ที่ว่า “กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย” หมายความว่า “กระบวนการพิจารณาซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำต่อศาลหรือต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ตั้งแต่เริ่มคดีจนถึงคดีสิ้นสุด” จะมีความหมายว่า การกระทำโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือกระทำ ต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ เป็นส่วนหนึ่งของการ กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย ย่อมเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลล้มละลายตามพระราช บัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษของศาล ยุติธรรมหรือศาลยุติธรรม แต่หากเป็นเช่นนั้น ผลที่จะตามมาก็คือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะต้องใช้ อำนาจหน้าที่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของศาลยุติธรรมหรือมีสถานะเป็นเจ้าพนักงานศาล ยุติธรรมตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ มาตรา ๑๓๕ วรรคสาม ไม่อาจอยู่ภายใต้

การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลการใช้อำนาจหน้าที่เช่นนี้โดยรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้ อันหมายถึงในสถานะปัจจุบันเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในฐานะเจ้าหน้าที่ในสังกัดกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม ไม่อาจแยกออกไปสังกัดกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรมที่เป็นอิสระจากศาลยุติธรรม แต่เข้าไปอยู่ในการบังคับบัญชากำกับดูแลของรัฐบาลอย่างสมบูรณ์ได้ เนื่องจากการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ไม่อาจเป็นอิสระจากศาลยุติธรรมได้ เพราะเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เป็นการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๓ และมาตรา ๒๗๑ ทั้งการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่เช่นนี้ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องเป็นอิสระจากอำนาจบริหารหรือการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลต่างหาก หากกลับไปขึ้นอยู่กับอำนาจบริหารโดยเด็ดขาดเช่นนี้ ย่อมเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ดังได้กล่าวมาแล้ว

แต่ถ้าบอกว่า กรมบังคับคดีอยู่ในสังกัดของกระทรวงยุติธรรมมาแต่ต้น เพียงแต่แยกศาลยุติธรรมออกไปและศาลยุติธรรมไม่อาจไปก้าวก่ายแทรกแซงการบริหารงานของกรมบังคับคดี และกรมบังคับคดีเป็นอิสระจากศาลยุติธรรม อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลโดยสมบูรณ์แบบย่อมเป็นสิ่งที่จะต้องแล้ว

ถ้าเป็นเช่นวรรคก่อน ก็เท่ากับว่าไม่เป็นไปตามบทนิยามที่ให้ ความหมายว่าการกระทำตามกฎหมายล้มละลายโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือกระทำต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และในฐานะเป็นเจ้าพนักงานของศาลยุติธรรมตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ มาตรา ๖ วรรคห้า และมาตรา ๑๓๕ วรรคสาม ผลตามกฎหมายที่ตามมาก็คือ การกระทำโดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือกระทำต่อเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ จะกลายเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลทันที

กรณีตามตัวอย่างที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะใช้อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ มาตรา ๑๑๓ มาตรา ๑๑๔ มาตรา ๑๑๕ ย่อมถือว่าเป็นคดีที่แยกออกได้จากคดีเดิมเป็นสาขาคดีที่จะมีกระบวนการพิจารณาคดีไม่เกี่ยวกับคดีเดิม เพียงแต่อาศัยข้อเท็จจริงบางประการ คู่ความเดิมและผลออกมาจะเป็นการได้ทรัพย์สินแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้เพิ่มขึ้นเท่านั้น จึงไม่อาจถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเดิมข้อหนึ่ง และเป็นคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลโดยสมบูรณ์กับเอกชน ซึ่งเป็นข้อพิพาทเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมาย

อีกข้อหนึ่ง รวมทั้งสองข้อคดีตามตัวอย่างดังกล่าวข้อพิพาทหรือปัญหาโต้แย้งหรือคดีเช่นนี้ย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามความหมายแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ อย่างหลีกเลี่ยงไม่พ้น อันถือว่าเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ และจะกลายเป็นนอกเหนืออำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ โดยสิ้นเชิง

แม้ว่าโดยเนื้อหาคดีตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ มาตรา ๑๑๓ มาตรา ๑๑๔ มาตรา ๑๑๕ จะเป็นลักษณะหนึ่งหรือประเภทหนึ่งของคดีแพ่งก็ตาม แต่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ วางพื้นฐานเกี่ยวกับลักษณะคดีปกครองไว้ที่เป็นข้อพิพาทระหว่างองค์กรกับบุคคล บุคคลกับบุคคล หรือองค์กรกับองค์กรที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล โดยไม่ได้แบ่งแยกตามลักษณะหรือเนื้อหาของคดีว่าต้องเป็นคดีปกครอง คดีแพ่ง คดีล้มละลาย คดีภาษีอากร คดีแรงงาน คดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศหรือไม่ และไม่ได้แบ่งแยกมูลแห่งนี้เป็นกฎหมาย ลักษณะสัญญา ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ หรือหนี้ตามกฎหมายหรือไม่

กรณีตามวรรคก่อน หากเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว ถือว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองทั้งสิ้น เพราะรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดว่าเป็นกรณี “ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ทางปกครองตามกฎหมาย” อันเป็นผลให้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองคลุมทุกลักษณะคดีทุกประเภทคดีที่เป็นข้อพิพาทกับองค์กรหรือหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล ศาลปกครองจึงมิใช่อำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีปกครองหรือคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองเท่านั้น

แนวความคิดตามบทนิยามคดีปกครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ เป็นความพยายามที่จะสร้างขอบเขตอำนาจศาลปกครองให้ครอบคลุมกว้างขวางสมกับที่คิดจะนำระบบศาลคู่มาใช้กับประเทศไทย จึงต้องมีคดีครอบคลุมเพียงพอที่จะมีปริมาณคดีพอจะจัดตั้งศาลปกครองในแต่ละจังหวัดได้ มิฉะนั้นศาลปกครองและเขตอำนาจศาลปกครองเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และเป็นผลให้ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองนับแต่รัฐธรรมนูญ

มีผลใช้บังคับแล้ว หากไม่สามารถจัดตั้งศาลปกครองครบทุกจังหวัดก็จะสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชนที่เดิมสามารถฟ้องร้องหรือต่อสู้คดีได้ที่ศาลยุติธรรมกระจายทั่วทุกจังหวัด แต่ต้องได้รับความยากลำบากอันเกิดจากการตั้งศาลปกครองขึ้นมา ซึ่งอาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายไม่คุ้มกับการเป็นคดีกัน ย่อมไม่ต้องตามวัตถุประสงค์แห่งการจัดตั้งศาลและการจัดตั้งศาลปกครอง

แนวความคิดที่จะให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีไม่จำกัดเฉพาะคดีปกครองเหมือนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ มิใช่เพิ่งจะเกิดขึ้น แต่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมและมีการตราเป็นกฎหมายออกมาตามแนวทางนี้คือ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ แล้วดังจะเห็นได้จากตามกฎหมายดังกล่าว มาตรา ๕ บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือในฐานะอื่นใด

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจ ที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย”

กรณีเห็นได้ว่า ความหมายของ “เจ้าหน้าที่” และ “หน่วยงานของรัฐ” ตามความหมายของกฎหมายนี้จะกินความไปถึงรัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่นด้วย ทำนองเดียวกับตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ การให้ข้าราชการส่วนท้องถิ่นขึ้นอยู่กับอำนาจศาลปกครองคงไม่ใช่ของแปลกและเป็นไปตามกรอบเบื้องต้นของร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน มีนาคม ๒๕๔๐ ของคณะกรรมการการประชาสัมพันธ์สภาร่างรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับประเด็นปัญหาและหลักการสำคัญเกี่ยวกับ “สิทธิ หน้าที่ และการมีส่วนร่วมของพลเมือง” ข้อ ๒.๒.๒ ว่า “กำหนดระบบการตรวจสอบและการใช้อำนาจขององค์กรปกครองท้องถิ่นโดยศาลปกครอง” แต่ที่แปลกไปบ้างก็คือคดีเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจให้ขึ้นอยู่กับศาลปกครองด้วย ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ ตามมามากมายภายหลังจากคดีต้องขึ้นศาลปกครองแล้ว แต่จะยังไม่ขอกล่าวถึงโดยละเอียดในที่นี้

ส่วนที่แตกต่างระหว่างบทนิยาม “หน่วยงานของรัฐ” ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ ก็คือตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ แยก “หน่วยราชการ” และ “ราชการส่วนท้องถิ่น” ออกจากความหมาย “หน่วยงานของรัฐ” รวมทั้ง “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อันเป็นลักษณะความหมาย “หน่วยงานของรัฐ” ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นการมอง

รัฐธรรมนูญที่มีความหมายอย่างแคบแตกต่างกับกฎหมายอื่น และใช้ “ที่อยู่ในความรับผิดชอบหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล” แทนถ้อยคำว่า “กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรม” ทำให้ความหมายของ “หน่วยราชการ” กับ “หน่วยงานของรัฐ” และ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” มีความหมายชัดเจนกว่าตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งผลก็เหมือนกันคือ หากเป็นกรณีพิพาทระหว่างหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ดังเช่น ศาลยุติธรรม รัฐสภา คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และองค์กรอื่นๆ เป็นต้น กับเอกชน หรือกับหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปของศาลยุติธรรมตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ มาตรา ๒๗๖

พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๕ บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่า กระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง”

“ละเมิด” ตามความหมายของกฎหมายฉบับนี้ก็คือ “ละเมิด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งให้บทนิยามไว้ใน มาตรา ๔๒๐ ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เข้าเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ความหมาย “ละเมิด” ดังกล่าวจึงเป็นความหมาย “ละเมิด” ที่มีได้แบ่งแยกกว่าเป็น “ละเมิดทางแพ่ง” หรือ “ละเมิดทางปกครอง” จึงครอบคลุมทั้งสองความหมาย

แต่ในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๑๔ บัญญัติว่า “เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว สิทธิร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตาม มาตรา ๑๑ ให้ถือว่าเป็นสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” โดยบทบัญญัติดังกล่าวย่อมเป็นผลให้คดีละเมิดทุกประเภท (ยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อละเมิดทางอาญา) ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ เมื่อจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาแล้ว คดีละเมิดเหล่านี้จะต้องขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ดังเช่น เมื่อศาลปกครองจัดตั้งขึ้นแล้ว คนขับรถของกระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่นขับไปส่งหนังสือตามหน้าที่ แต่ขับรถประมาทชนประชาชน

ถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ หากจะฟ้องให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายก็จะต้องฟ้องต่อศาลปกครอง จะฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมไม่ได้ แม้ว่าโดยเนื้อหาเป็นคดีแพ่งมิใช่คดีปกครองก็ตาม

ผลที่ประชาชนได้รับก็คือ หากมีการฟ้องคดีอาญาก็ต้องดำเนินคดีต่อศาลยุติธรรม ซึ่งอาจจะ เป็นศาลยุติธรรมตั้งอยู่ในพื้นที่นั้น เช่นเดียวกับผู้เสียหายฟ้องให้ผู้ร่วมกระทำละเมิดหรือบริษัทประกันภัย ของรถยนต์คันนั้นให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน โดยในกรณีนี้คู่ความอาจไม่ต้องนำสืบข้อเท็จจริงใหม่ อันเป็นผลมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๕๖ ที่ว่า “ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา”

แต่หากจะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วต้องแยกไปฟ้องที่ศาล ปกครอง ซึ่งหากยังมีได้จัดตั้งศาลปกครองในภูมิภาค ก็ต้องนำคดีไปฟ้องที่ศาลปกครองกลางซึ่งตั้งอยู่ ในกรุงเทพมหานคร ผลก็คือทำให้เกิดการพิจารณาพิพากษาคดีซับซ้อนยุ่งยากต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก ด้วยระบบและมาตรฐานที่แตกต่างกัน ยังอาจมีผลให้เกิดความขัดแย้งในคำพิพากษาระหว่างศาลยุติธรรม และศาลปกครองอีกต่างหาก ทำให้เกิดความล่าช้ายุ่งยากเพิ่มขึ้นแก่ประชาชน โดยยังไม่กล่าวถึงผลร้าย ที่จะตกกระทบต่อทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองอีกอย่างใหญ่หลวง

สิ่งที่กล่าวมาแล้วจะเป็นผลให้ทางปฏิบัติที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเคยชี้แจงแก่ประชาชน และนักกฎหมายให้ทราบถึงผลเสียหายอย่างหนึ่งที่น่าเกิดขึ้นแก่ประชาชนจากการจัดตั้งศาลปกครอง ด้วยแนวความคิดที่คิดกันเองว่าเป็นระบบศาลคู่ แต่ก็ไม่มีใครให้ความสนใจคำชี้แจงของผู้พิพากษาศาล ยุติธรรมกลับไปมองว่าศาลยุติธรรมหวังอำนาจต้องการได้ศาลปกครองไปเป็นศาลชำนาญพิเศษของศาล ยุติธรรมอีกศาลหนึ่ง แทนที่จะยอมให้ตั้งเป็นศาลพิเศษ ซึ่งเป็นความเข้าใจผิดอย่างตรงกันข้าม และเป็นตัวอย่างหนึ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงความอ่อนแอของศาลยุติธรรมอย่างเป็นรูปธรรม อันเป็นลักษณะ ธรรมชาติแห่งอำนาจตุลาการอย่างหนึ่งที่อ่อนแอที่สุดในสามอำนาจ ไม่มีพลังเพียงพอที่จะขยาย อำนาจของตน ทั้งไม่มีพลังเพียงพอที่จะปกป้องตนเองหรือตัดทานการขยายอำนาจของอำนาจนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารได้

ดังนั้นเพียงอ้างว่าศาลยุติธรรมหวังอำนาจ พิจารณาคดีล่าช้า และไม่มีความรู้ความเข้าใจ ในเรื่องนั้นดีพอ ก็สามารถจัดตั้งศาลปกครองซึ่งมีที่มาจากองค์กรฝ่ายบริหารได้ อันเป็นเหตุผลในการ จัดตั้งศาลที่ไร้สาระที่สุด และตรงกันข้ามกับหลักการและทฤษฎีของศาลตามหลักสากล เพราะมิใช่ เหตุผลในการจัดตั้งศาลที่มีหลักการอยู่ที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือปัจเจกบุคคล (มิใช่คุ้มครองรัฐ) และการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างรวดเร็วและเท่าเทียมกันแต่อย่างใด

ศาลไม่มีทางหวงอำนาจเพราะสิ่งนั้นคือ ภาระหน้าที่ที่จะเพิ่มขึ้นมา การพิจารณาคดีล่าช้าหรือไม่ขึ้นอยู่กับคู่ความแห่งคดีเป็นสำคัญ ศาลไม่อาจเข้าไปจำกัดตัดสิทธิคู่ความเกี่ยวกับสิทธิที่จะต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ของคู่ความมากนัก และที่ว่าการพิจารณาคดีล่าช้าเป็นการเสียความเป็นธรรมนั้น เป็นเหตุผลของศาลยุติธรรมที่นำมาใช้อ้างเพื่อการเร่งรัดการพิจารณาคดีต่างหาก โดยจะเห็นได้จากเหตุผลที่ศาลยุติธรรมใช้มักจะใช้ถ้อยคำตามแนวทางว่า การกระทำของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการประวิงคดีหรือทำให้การพิจารณาคดีล่าช้า เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลให้งดสืบพยานนั้น หรือไม่อนุญาตให้เลื่อนคดีหรือลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล และเป็นธรรมชาติของคู่ความที่มักจะมีความเห็นเกี่ยวกับความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษาคดีตรงกันข้ามกันเสมอ หากมีความเห็นพ้องกับการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมจะมีระบบรองรับไว้ให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยเร็วได้เสมอ เช่น การตกลงประนีประนอมยอมความกัน และพิพากษตามยอม การรับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายกัน การทำกัน เป็นต้น

ที่อ้างว่าผู้พิพากษาไม่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องนั้นๆ ดีพอนั้น ก็ขัดต่อหลักการพิจารณาหรือสืบพยานของศาล ที่ศาลจะต้องไม่ได้มีส่วนรู้เห็นหรือมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องนั้นเป็นพิเศษ เพราะจะทำให้ผู้พิพากษาเกิดอคติจากความรู้มากของตน จนทำให้นำข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนอกสำนวนความมาใช้ตัดสินคดี กระบวนพิจารณาคดีโดยเปิดเผยและผู้พิพากษาที่เป็นกลางก็จะเสียไปตามหลักการของผู้พิพากษาแล้ว ผู้พิพากษาไม่อาจใช้ความรู้ความสามารถที่มีเกินกว่าวิญญูชนที่จะพึงมีไม่อาจแสดงความรู้ความสามารถออกมาจนเสียความเป็นกลางและเกินกว่าสามัญชนหรือประชาชนทั่วไปจะพึงเข้าใจ มิฉะนั้นจะกลายเป็นศาลที่ใช้ความรู้ความสามารถที่มีเหนือประชาชนมาเป็นประโยชน์ ทำให้เกิดการใช้อำนาจโดยพลการได้ อันจะเป็นการผิดทั้งหลักการของศาล หลักการของผู้พิพากษาและหลักสิทธิมนุษยชน เพราะจะกลายเป็นคู่ความแพ้ชนะคดีกันมิใช่เกิดจากพยานหลักฐานของฝ่ายตน แต่เกิดจากผู้พิพากษาแทน คำกล่าวอย่างหลังนี้จึงเป็นเรื่องตลกนำมาล้อเลียนกันในระหว่างผู้พิพากษาที่เกิดมีคนใดคนหนึ่งมีความรอบรู้เกี่ยวกับเรื่องนั้นจนนอกนอกสำนวนความ หากมีการใช้อำนาจตุลาการของศาลเช่นว่านี้ก็กลายเป็นอำนาจที่ร้ายกาจที่สุดในหมู่มนุษยชาติขึ้นมาทันที อันเป็นอีกธรรมชาติหนึ่งแห่งอำนาจตุลาการ

คำกล่าวอย่างหลังนี้จึงเป็นคำกล่าวที่เข้าใจในหลักการแห่งอำนาจตุลาการผิดอย่างร้ายแรงที่สุดและน่าสะพึงกลัวที่สุด ทั้งเป็นหลักการที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระมัดระวังมากที่สุด ดังจะเห็นง่าย ๆ ก็คือเวลาออกจะนั่งพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจะไม่แสดงกริยาตอบสนองต่อการเบิกความหรือการกระทำในระหว่างพิจารณาคดี ยกเว้นแต่มีพฤติการณ์ในห้องพิจารณาที่จะทำให้

เกิดเสียความเป็นธรรมหรือจะทำให้เกิดการสูญเสียความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลเท่านั้น ซึ่งอาจจะเป็นเพราะเหตุนี้ที่ทำให้คนทั่วไปเข้าใจว่าผู้พิพากษาฟังอะไรก็คงไม่มีความรู้ความเข้าใจเรื่องนั้น เพราะไม่มีปฏิกิริยาตอบโต้เลย แม้จะเห็นว่าพยานเบิกความเท็จจนโท ซึ่งเป็นเรื่องที่ผิดอย่างมหันต์เพราะเรื่องที่ฟังดังกล่าว ผู้พิพากษาบางคนอาจเคยฟัง เคยผ่าน เคยรู้ เช่นนั้นมานับพันนับหมื่นครั้งจนบางครั้งพอเริ่มต้นสืบพยานก็แทบจะคาดเดาตอนจบของคดีได้ แต่ผู้พิพากษาไม่อาจฟังว่าพยานนั้นเบิกความเท็จได้ หากไม่มีพยานหลักฐานอื่นมาหักล้าง ผู้พิพากษาไม่อาจนำความรู้มากมาชี้ขาดตัดสินคดีได้ กรณีกลับตรงกันข้ามก็คือจะอย่างไรมิให้ผู้พิพากษาเกิดอคติเช่นนี้จนดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในทางขึ้นาคดีไปในทางที่ตนคาดเดาต่างหาก ซึ่งเป็นสิ่งที่คู่ความเกรงกลัวกันมากที่สุด เพราะนั่นหมายความว่า การแพ้ชนะคดีมิใช่อยู่ว่าพยานหลักฐานแห่งคดีแต่ขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาไป ความรู้ความเชี่ยวชาญในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นอคติต่อความเป็นกลางอย่างหนึ่งที่ตามหลักสิทธิมนุษยชนแล้วบุคคลทุกคนจะต้องได้รับจากศาลคือผู้พิพากษาจะต้องไม่แสดงความรู้ความสามารถของตนออกมาแทรกแซงการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความ

เหตุผลนี้เองที่เป็นหลักการว่าศาลในคดีอาญาต้องใช้ระบบกล่าวหา ไม่อาจใช้ระบบไต่สวน และในการสืบพยานคดีแพ่งหรือคดีประเภทอื่นแม้แต่คดีปกครองก็ตาม ไม่อาจใช้ระบบไต่สวนได้เช่นกัน จะใช้ได้แต่เพียงการย่อส่วนของระบบกล่าวหามาใช้ได้เท่านั้นซึ่งจะเรียกว่าเป็นระบบพิจารณาคดีพิเศษ ระบบไต่สวนคือระบบโบราณที่ไม่อาจนำมาใช้ในการสืบพยานหรือแสวงหาพยานหลักฐานที่นำมาใช้ในการพิพากษาคดีได้ อาจนำมาใช้ได้เฉพาะการหาข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการแพ้ชนะคดี เช่น การไต่สวนมูลฟ้อง การไต่สวนคำร้องคำขอต่างๆ การไต่สวนลูกหนี้โดยเปิดเผย หรือข้อเท็จจริงภายในองค์กรหรือเป็นการใช้อำนาจรัฐโดยแท้ เช่น สืบสวนสอบสวน เป็นต้น แต่ก็มีผู้เข้าใจผิดคิดว่าเป็นระบบใหม่จนมีความพยายามนำมาใช้กับการพิจารณาคดีของศาลปกครองหรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๑๐ มาตรา ๓๓๒ (๒) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตาม มาตรา ๓๐๕ วรรคหนึ่ง วรรคสอง มาตรา ๓๓๑ (๖) (๘) และการหาข้อเท็จจริงทุกกรณี เป็นต้น

โดยหลักการศาลหรือผู้พิพากษาไม่อาจใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญของตนมาใช้ในการหาพยานหลักฐานหรือการพิพากษาคดีโดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของตน โดยมีได้อยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงในสำนวนความ ยังมีความเข้าใจผิดเกี่ยวกับหลักการศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมอยู่มาก ศาลชำนาญพิเศษมีความหมายเพียงเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะหรือมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะคดีบางประเภทหาใช้มีความหมายว่าเป็นศาลหรือผู้พิพากษาที่ต้องมีความรู้หรือความเชี่ยวชาญ

เป็นพิเศษในสาขานั้น แม้ว่าความเป็นจริงการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนั้นซ้ำกันย่อมจะเรียกว่า มีความรู้ความเชี่ยวชาญคดีประเภทนั้นได้ก็ตาม

แต่กรณีศาลชำนาญพิเศษ แม้ว่าจะเป็นศาลหรือผู้พิพากษามีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาคดีนี้ เพราะทำหน้าที่เช่นนี้มานานก็ตาม ก็จะใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญได้เพียงสามารถเข้าใจและบันทึกคำเบิกความของพยานได้รวดเร็วขึ้น มีระบบธุรการคดีที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และผู้พิพากษามีความรู้ในตัวบทกฎหมายได้ดีกว่าปกติ ทำให้คดีสามารถพิพากษาได้รวดเร็วและสะดวกกว่าเดิมเท่านั้น ซึ่งความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาใช้ได้อย่างจำกัด ไม่อาจนำมาใช้ในการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือไม่อาจพิพากษาคดีโดยอาศัยความเชี่ยวชาญทางกฎหมายของตนถ่ายเดียวที่มีได้มองผ่านทางข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานแห่งคดี ดังนั้น หากมีพยานหลักฐานที่ดีและทนายความที่เก่ง ด้วยความรู้ความสามารถของผู้พิพากษาธรรมดาสามารถพิจารณาพิพากษาคดีเท่าเทียมกับผู้พิพากษาศาลชำนาญพิเศษได้ ด้วยเหตุนี้ในประเทศทั่วโลกส่วนใหญ่ จึงถือว่าไม่มีเหตุผลใดที่จะจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษขึ้นมา ยกเว้นศาลคดีเด็กและเยาวชนหรือศาลพิจารณาคดีอาญาที่มีหลักการมากกว่าปกติ ที่มีใช้เกี่ยวกับความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาเป็นพิเศษ

หลักการของผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาบ้างก็เพื่อให้มีความรู้ความเข้าใจกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในทางปฏิบัติได้ มิใช่อาศัยท่องจำจากตำราอย่างเดียว ซึ่งมีได้ช่วยให้ทำหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ดีได้เลย แต่เมื่อมาเป็นผู้พิพากษาแล้วจะต้อง “สลายพฤติกรรม” หรือ “สลายประสบการณ์ของการใช้กฎหมายแบบเดิม” ของตนออกไป มิใช่เคยเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานอัยการมาก่อน หากเป็นผู้พิพากษาแล้วไม่ได้สลายพฤติกรรมหรือประสบการณ์เดิมของตนออกไป การมองข้อเท็จจริงหรือใช้กฎหมายตามรูปแบบเดิมที่ตนเคยทำมาก่อน ก็คือการเอาความรู้ความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์เดิมของตนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ผลก็คือจำเลยติดคุกหมุด หรือเป็นทนายความมาก่อนก็จะสงสัยไปหมด พยานหลักฐานของโจทก์ก็จะไม่พอฟังลงโทษจำเลยไปเสียทุกเรื่อง ดังนั้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเคยเป็นนิติกร เจ้าหน้าที่ปกครอง ทนายความ เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ปราบปรามยาเสพติด เจ้าหน้าที่ปราบปรามการทุจริต พนักงานอัยการ อาจารย์มหาวิทยาลัยที่ต้องผ่านกระบวนการสลายพฤติกรรมหรือประสบการณ์ในอดีตของตนแล้ว ทุกคนจะต้องเป็นผู้พิพากษาที่มีความรู้ความสามารถเท่าเทียมกันคือความรู้ความสามารถแบบผู้พิพากษา ที่มีใช้ผู้พิพากษาที่มีความรู้ความสามารถแบบนิติกร เจ้าหน้าที่ปกครอง ทนายความ เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่ปราบปรามยาเสพติด เจ้าหน้าที่ปราบปรามการทุจริต พนักงานอัยการ อาจารย์มหาวิทยาลัยอีกต่อไป พร้อมสมบูรณ์แบบด้วยคุณธรรมและจริยธรรมแบบผู้พิพากษา มิใช่คุณธรรมหรือจริยธรรมแบบอดีตที่ไม่พึงปรารถนาของศาลยุติธรรมและประชาชน

การที่ศาลปกครองตั้งขึ้นโดยสมมุติฐานให้ศาลและผู้พิพากษาเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญแบบนักปกครอง พนักงานอัยการ นิติกร เจ้าหน้าที่ตำรวจ และอื่นๆ อันเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและนำระบบไต่สวนมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง ก็ย่อมเท่ากับให้นำการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญในอดีตมาใช้ การพิพากษาคดีก็อาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญจากประสบการณ์การมองกฎหมายแบบนักปกครอง พนักงานอัยการ นิติกร เจ้าหน้าที่ตำรวจ และอื่นๆ อันเป็นระบบเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นศาลปกครองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายบริหารเป็นผู้พิพากษาศาลปกครองก็คงพอได้กระมัง ย่อมทำให้เกิดมาตรฐานแห่งการพิจารณาพิพากษาคดีคนละแบบกับศาลของฝ่ายตุลาการหรือศาลที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างเป็นธรรมและเป็นกลางหรือปราศจากอคติ

การที่พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติให้คดีละเมิดของเจ้าหน้าที่ขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง โดยไม่แบ่งแยกว่าเป็นคดีละเมิดทางแพ่งหรือละเมิดทางปกครอง ทำให้คดีละเมิดทางแพ่งที่อาศัยพื้นฐานการฟังข้อเท็จจริงและการพิพากษาคดีแตกต่างกับคดีละเมิดทางปกครอง โดยคดีละเมิดทางแพ่งต้องอาศัยการฝึกฝนและการสั่งสมประสบการณ์พิจารณาพิพากษาคดีตกทอดมาอย่างยาวนานของผู้พิพากษา ย่อมไม่เหมาะสมเลยที่ศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาคดีละเมิดทางแพ่งนี้ด้วย

พระราชบัญญัติความผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ จึงอาจถือว่าเป็นต้นแบบหรือแบบฉบับในการร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ ที่ให้แบ่งแยกคดีโดยพื้นฐานสถานะแห่งบุคคลหรือองค์กรมิใช่ลักษณะหรือเนื้อหาหรือประเภทแห่งคดีตามหลักสากล ที่อาจเรียกว่าต้นแบบหรือแบบฉบับก็เพราะว่าหากมิได้บัญญัติรัฐธรรมนูญตามแนวทางเดียวกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๕ แล้ว ลักษณะคดีละเมิดทางแพ่งที่บัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว มาตรา ๑๔ ที่ระบุว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีศาลปกครองก็ย่อมไม่ใช่อีกต่อไป และจะมีผลเท่ากับการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมาโดยขาดความรอบคอบ พอจะใช้จริงก็กลายเป็นขัดต่อหลักการสากลของการแบ่งประเภทศาล ประกอบกับการให้บทนิยาม “คดีปกครอง” ตามลักษณะหรือเนื้อหาประเภทแห่งคดียังไม่ค่อยลงตัวนัก ยังต้องใช้เวลาตกผลึกอีกพอควร และเกินความรู้ความเข้าใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่การร่างรัฐธรรมนูญที่ออกมาตามแนวทางดังกล่าวย่อมเข้าใจได้ง่ายและชัดเจนกว่า

อย่างไรก็ดีผลแห่งการบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ ก็นับว่าครอบคลุมลักษณะหรือประเภทของคดีมิใช่คดีละเมิดเท่านั้น ยังรวมคดีทุกประเภททุกมูลหนี้ ทุกมูลคดียกเว้นคดีอาญาที่มีคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในการบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล

แต่พอเป็นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ กลับใช้หลักการเดียวกับ “คดีปกครอง” ในพื้นฐานแห่งลักษณะหรือเนื้อหาหรือประเภทแห่งคดี แทนที่จะเป็นลักษณะแห่งบุคคลหรือองค์กรอีกต่อไป โดยจะเน้นไปที่ “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในหน่วยงานทางปกครองและ “สัญญาทางปกครอง” ดังจะเห็นบทนิยามเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองแทบจะไม่มีลักษณะใดตรงกับความหมายอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ เลย กล่าวคือ มาตรา ๘ บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้การกระทำนั้น หรือโดยการไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(๒) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(๓) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานการปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(๔) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(๕) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(๖) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(๑) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(๒) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(๓) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น”

ความหมายของคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวมาแล้ว บางส่วนจึงอยู่ในความหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ บางส่วนก็มีใช่ บางส่วนก็อ้างข้อจำกัดเพิ่มมากขึ้น สรุปได้ว่าเป็นหลักการไม่ตรงกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มีใช่การจัดระบบศาลคู่อย่างตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ทั้งรูปแบบแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีศาลปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ในแง่เนื้อหาเกี่ยวกับการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีที่ลอกแบบหรือปรับปรุงหรือแก้ไขให้เป็นที่ศาลยุติธรรมได้แย้งโดยมีพื้นฐานมาจากระบบศาลชำนาญพิเศษหรือร่างศาลปกครองของศาลยุติธรรม มิได้มีรูปแบบเป็นระบบศาลคู่กับศาลยุติธรรมเลย ดังเช่นไม่มีพระธรรมนูญศาลปกครอง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลปกครอง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลปกครอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง แยกออกต่างหากอย่างเป็นระบบเหมือนระบบศาลยุติธรรม ระบบกฎหมายและระบบศาลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ จึงไม่เพียงพอหรือสมบูรณ์เพียงพอที่จะเรียกว่าเป็นระบบศาลอีกระบบหนึ่งตามความหมายสากล ย่อมไม่ตรงตามความหมายแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ ประกอบ มาตรา ๒๗๑ และไม่ตรงกับที่อ้างว่าเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะให้ เป็นระบบศาลคู่เลย

เมื่อพิจารณากรณีตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๔๓ มาตรา ๑๑๓ มาตรา ๑๑๔ มาตรา ๑๑๕ ประกอบกับความหมายตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๖ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ต้องนำคดีหรือสาขาคดีตามกฎหมายสามมาตราดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจศาลยุติธรรมอย่างแน่นอน ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ แต่พอไปฟ้องต่อศาลปกครองก็ปรากฏว่ามีใช่ประเภทคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕ (๑) (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) ทั้งอยู่ในบทยกเว้นตาม มาตรา ๕ วรรคสอง (๓) อีกด้วย จึงจะเห็นผลของการบัญญัติกฎหมายคนละหลักการกับรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดกรณีคลุมเครือหรือเคลือบคลุมสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองจากศาลก็จะเสียไป เพราะกลายเป็นไม่มีศาลใดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเหล่านี้เลย ไม่ว่าศาลยุติธรรมซึ่งไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองซึ่งไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ปัญหานี้จะกลายเป็นภาวะซงักงันหรือปัญหาติดตาย (DEAD LOCK) แก่ประชาชนระบบกฎหมาย และระบบศาลในภายหน้า

หากปัญหาดังกล่าวมีการหยิบยกขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามพระราชบัญญัติชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. ๒๕๕๒ ก็ไม่อาจ

วินิจฉัยชี้ขาดได้เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย และมีใช้มีศาลใดศาลหนึ่งหรือหลายศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมาย แต่เป็นเรื่องไม่มีศาลใดมีอำนาจพิจารณาพิพากษา เพราะตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นเขตอำนาจศาลหนึ่ง แต่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นอีกเขตอำนาจศาลหนึ่ง

หากจะหยิบยกปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็จะมีปัญหาว่าไม่ใช่เป็นปัญหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๕ หรือไม่ เพียงแต่บัญญัติกฎหมายและรัฐธรรมนูญไปคนละเรื่องคนละหลักการกัน หากจะขัดก็มีแต่ตามมาตรา ๕ วรรคสอง (๓) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น มิใช่ทั้งหมด ถึงหากจะว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ยิ่งจะทำให้เกิดปัญหามากขึ้น เพราะเกิดช่องว่างระหว่างอำนาจของศาลปกครองในระหว่างรอการบัญญัติกฎหมายใหม่ หากวินิจฉัยว่าอยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรม ก็เท่ากับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญขัดต่อหลักการหรือเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๑ และมาตรา ๒๗๖ และทำให้ย้อนกลับไปสู่ปัญหาที่เคยยกมากล่าวในตอนต้นว่าเท่ากับให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถก้าวข้ามแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม โดยศาลยุติธรรมมิได้มีระบบป้องกันดีเท่ากับศาลปกครองที่มีอำนาจบังคับคดีและก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยการกระทำเช่นนั้นของฝ่ายบริหารได้ เพราะอยู่ในอำนาจหน้าที่โดยตรงของศาลปกครองอยู่แล้ว แตกต่างกับศาลยุติธรรมที่เหมือนถูกตัดมือตัดเท้า แคมยังต้องยกมือยกเท้าให้ฝ่ายบริหารเอามาใช้ย่ำยีตนเองอีกด้วย กรณีก็ไม่แตกต่างกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ คือไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากเขตอำนาจของศาลยุติธรรมกับศาลปกครองขัดแย้งกันหรือมีปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจกันก็จะอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๘ ซึ่งเป็นบทยกเว้นของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ และอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีนี้จึงมิใช่กระทบต่อผลประโยชน์ของศาลยุติธรรมหรือหากกรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนอยู่ในสังกัดของศาลยุติธรรมแล้ว จะทำให้ศาลยุติธรรมมีผลประโยชน์และได้รับประโยชน์ใดเพิ่มขึ้นมาแต่อย่างใด กรณีกลับตรงกันข้าม หากแยกออกไปยอมทำให้ภาระหน้าที่ของศาลยุติธรรมลดลง แต่หากสามหน่วยงานดังกล่าวอยู่ในสังกัดหรืออยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหารโดยสมบูรณ์ ตัดขาดจากความเป็นเจ้าพนักงานศาล โดยมีได้จัดระบบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในหน่วยงานทั้งสามให้สามารถใช้อำนาจหน้าที่โดยมี

อิสระในสถานะเป็นองค์กรกึ่งตุลาการแบบพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการแล้ว ย่อมเท่ากับฝ่ายบริหารสามารถเข้ามาควบคุมแทรกแซงกรอบำการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมส่วนหนึ่งได้ อันถือได้ว่าเป็นการขยายอำนาจของฝ่ายบริหารเข้ามาในอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมซึ่งแต่เดิมฝ่ายบริหารมิได้มีอำนาจถึงขนาดนั้น

หากฝ่ายบริหารใช้อำนาจเช่นนั้นโดยมิชอบหรือแสวงหาผลประโยชน์จากอำนาจเช่นนั้น ย่อมทำได้โดยง่ายเพราะศาลยุติธรรมไม่มีกระบวนการหรือระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจในกรณีเช่นนี้ได้เลย ฝ่ายบริหารใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางที่ชอบหรือมิชอบย่อมมิได้ขึ้นอยู่กับระบบอีกต่อไป แต่ขึ้นอยู่กับ**ตัวบุคคลหรือคุณธรรมของบุคคล** ซึ่งมีมากมายหลายคนตามลำดับชั้นของสายการบังคับบัญชา จึงอาจเกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบในชั้นตอนใดชั้นตอนหนึ่งก็ได้ โดยศาลยุติธรรมไม่อาจตรวจสอบและควบคุมหรือผู้ที่อ้างว่าได้รับความเสียหายไม่อาจอาศัยศาลยุติธรรมเข้าไปตรวจสอบและควบคุมได้

ลักษณะแห่งอำนาจดังกล่าวเป็นลักษณะหนึ่งของการมีสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันหรือการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่**ไม่สมดุล** ย่อมเกิดสถานะที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง**ย่อมมุ่งขยายอำนาจของตนออกไปสู่ความเป็นอำนาจสมบูรณ์หรืออำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด** ซึ่งเป็นที่มาหรือเจตนารมณ์แห่งการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจดังกล่าวของมองเตสกีเออในเล่มที่ ๑๑ บทที่ ๕ ของหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายว่า “แม้เสรีภาพจะไม่มีอยู่ในรัฐที่มีการปกครองแบบกลางๆ เสมอไป จะมีอยู่ก็ต่อเมื่อไม่มีการใช้อำนาจในทางมิชอบ ทว่าประสบการณ์ที่เป็นอยู่ชั่ววันริบหรี่ก็คือใครก็ตามที่มีอำนาจย่อมจะเป็นหนทางไปสู่การใช้อำนาจในทางมิชอบ จะใช้ไปจนกระทั่งถึงขีดสุด ใครจะบอกได้ แม้แต่คุณธรรมเองก็ยับยั้งได้อย่างมิชอบเจตจำกัฏ เพื่อที่จะไม่มีการใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงควรที่จะให้อำนาจยับยั้งอำนาจโดยจัดวางอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้โครงสร้างจะต้องเป็นไปในลักษณะที่ว่าใครถูกบังคับให้ทำสิ่งที่กฎหมายมิได้บังคับมิได้ และจะถูกบังคับมิให้ทำสิ่งที่กฎหมายอนุญาตไว้มิได้” ซึ่งตรงกับคำกล่าวของลอร์ดแอ็กตัน (LORD ACTON) ในสมัยต่อมาว่า “อำนาจมักจะ使人เสีย ยิงมีอำนาจสมบูรณ์หรือเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ก็ยิ่งเสียอย่างสมบูรณ์แบบเท่านั้น” (POWER TENDS TO CORRUPT, AND ABSOLUTE POWER CORRUPTS ABSOLUTELY)

การที่ฝ่ายบริหารกับฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรเป็น**นักการเมืองกลุ่มเดียวกัน** มิได้มีการแบ่งแยกออกจากกันเป็นเอกเทศ ทำให้เกิดการร่างกฎหมายดังปรากฏเป็นคดีนี้ เพื่อรักษาประโยชน์ของฝ่ายบริหารหรือรักษาอำนาจฝ่ายบริหารไว้ให้มากที่สุด โดยมีได้คำนึงถึงหลักการปกครองในระบอบ

ประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และเป็นการพิสูจน์แนวความคิด ความเชื่อของมองเตสกีเออ ลอร์ดเอ็กตัน รวมทั้งผู้สนับสนุนหลักการแบ่งแยกอำนาจและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ว่า หากไม่อาจแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามฝ่ายออกจากกันเป็นเอกเทศ และมีได้จัดการแบ่งแยกอำนาจ กับระบบตรวจสอบและถ่วงดุล หรือคานอำนาจอย่างสมดุลหรือจนเกิดดุลยภาพแล้ว ก็จะทำให้การขยายอำนาจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนทำให้การปกครองของประเทศเสียหายได้

ตัวอย่างที่อาจจะเห็นได้ถึงความอ่อนแอของฝ่ายศาลยุติธรรม และฝ่ายบริหารสามารถใช้สภาผู้แทนราษฎรเป็นช่องทางเอาเปรียบศาลยุติธรรมได้เสมอ ดังจะเห็นได้ว่าตอนร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ฉบับกระทรวงยุติธรรมและฉบับเสนอคณะรัฐมนตรีต่างปรากฏหลักการตรงกันคือ กรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ต่างอยู่ในสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม โดยไม่มีฝ่ายบริหารคนใดคัดค้านหรือโต้แย้ง หรือแม้แต่หน่วยงานทั้งสามก็มีได้คัดค้านหรือโต้แย้ง แต่ทางศาลยุติธรรมก็คาดการณ์กันว่าฝ่ายบริหารจะใช้ช่องทางสภาผู้แทนราษฎรเอาเปรียบศาลยุติธรรม ไม่ว่าจะการตั้งกรรมาธิการวิสามัญเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายของศาลที่มีได้เสนอตั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเป็นกรรมาธิการวิสามัญในสัดส่วนของรัฐบาลตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเคยรับปากไว้ในการประชุม “การแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรม ระหว่างวันที่ ๒๕ - ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๑ ที่ศูนย์ประชุมแห่งชาติสิริกิติ์แต่กลับมีการเสนอตั้งเจ้าหน้าที่ธุรการของกระทรวงยุติธรรมที่มีแนวความคิดที่จะอยู่กับกระทรวงยุติธรรมเมื่อแยกศาลยุติธรรมกับกระทรวงยุติธรรมออกไปแล้ว และมีแนวความคิดที่จะสนับสนุนการขยายอำนาจของฝ่ายบริหารและเข้าข้างผลประโยชน์ร่วมกันของกระทรวงยุติธรรม เป็นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างกฎหมายของศาลยุติธรรมดังกล่าว

กรณียังเป็นเรื่องแปลกประหลาดอย่างมากที่กฎหมายซึ่งเสนอไปทั้งหมดเป็นระบบและโครงสร้างการจัดองค์การบริหารราชการของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตย โดยเฉพาะ มิใช่โครงสร้างองค์การและการบริหารงานระบบการบริหารราชการแผ่นดินหรือองค์กรของฝ่ายบริหาร มิใช่ลักษณะองค์การทางปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองตามปกติ ที่ถือว่าอยู่นอกเหนือความรู้ความเข้าใจของข้าราชการในสังกัดของฝ่ายบริหารที่คุ้นเคยแต่คิดว่าทุกองค์กรต้องอยู่ภายใต้การบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร จึงจะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องที่สุด อันเป็นลักษณะปกติของวัฒนธรรมแห่งองค์กรของฝ่ายบริหาร ไม่เว้นแม้แต่ข้าราชการในสังกัดกรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน จึงเป็นเรื่องธรรมดาที่ข้าราชการเหล่านี้

ต้องคิดรักษาผลประโยชน์ขององค์กรฝ่ายบริหารของตนให้มากที่สุดตามที่พวกตนคุ้นเคย ซึ่งแสดงให้เห็นพฤติกรรมออกมาอย่างโจ่งแจ้งในตอนที่ดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ที่หน่วยงานฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานทั้งสามที่แต่เดิมมิได้โต้แย้งหรือคัดค้านมาก่อน ก็แสดงบทบาทสนับสนุนให้หน่วยงานทั้งสามอยู่ในสังกัดของฝ่ายบริหารอย่างเต็มที่ ดังนั้น ความรู้ความเข้าใจหรือความเชี่ยวชาญในการบริหารหรือการจัดองค์กรหรือการปฏิรูประบบราชการแบบฝ่ายบริหาร ย่อมอยู่คนละสถานะที่จะเรียกว่ามีความรู้ความเข้าใจหรือความเชี่ยวชาญในการบริหารราชการหรือการจัดองค์กรหรือการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองประเทศหรือองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยเฉพาะอย่าง เช่น ศาลยุติธรรม ที่ต้องอาศัยความเข้าใจในหลักการปกครองและการจัดองค์กรระดับอำนาจอธิปไตยอย่างลึกซึ้ง มิใช่จะใช้วิธีอ่านรัฐธรรมนูญอย่างเดียวจะพอรู้เรื่อง หรืออาศัยอ่านรายงานการประชุมร่างรัฐธรรมนูญแล้วพอจะเข้าใจหลักการปกครองและเบื้องหลังของตัวบทกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริงได้

ดังผู้ทำคำวินิจฉัยจะยกตัวอย่างให้ดู เช่น มีการกล่าวกันว่ารัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจของมณฑลคิเอโอเป็นแบบแผนในการร่าง รวมทั้งหลักการแห่งสหพันธ์และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกบุคคลของมณฑลคิเอโอด้วย แต่ความจริงแล้วบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่แรกเริ่มมีเพียง ๗ มาตรา เท่านั้น ไม่มีมาตราใดระบุเลยว่าใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามฝ่ายที่เป็นเอกเทศจากกัน อะไรคือระบบตรวจสอบและถ่วงดุล อะไรคือความพยายามรักษาดุลยภาพแห่งอำนาจทั้งสามไว้อย่างดีที่สุดในแต่ละเพียง มาตรา ๑ อนุมาตรา ๑ บัญญัติว่า “อำนาจนิติบัญญัติทั้งปวงที่กำหนดให้ต่อไปนี้อยู่ที่รัฐสภาแห่งสหรัฐซึ่งประกอบด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร” มาตรา ๒ อนุมาตรา ๑ บัญญัติว่า “อำนาจบริหารให้เป็นของประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาให้ประธานาธิบดีอยู่ในตำแหน่งวาระสี่ปี และพร้อมกับรองประธานาธิบดีซึ่งได้รับเลือกให้อยู่ในวาระนานเท่ากันนั้น” และมาตรา ๓ อนุมาตรา ๑ บัญญัติว่า “อำนาจตุลาการของสหรัฐให้เป็นของศาลสูงสุดศาลหนึ่งกับศาลชั้นรองลงมาตามที่รัฐสภาได้กำหนดและสถาปนาขึ้นไว้เป็นคราวๆ และให้ผู้พิพากษาทั้งศาลสูงสุดและศาลชั้นรองอยู่ในตำแหน่งตราบเท่าที่ยังเป็นผู้มีความประพฤติอยู่ในทำนองครองธรรม และให้ได้รับค่าทดแทนในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้กำหนดไว้ในเวลาหนึ่งๆ โดยจะถูกตัดทอนลดลงในระหว่างที่ยังดำรงตำแหน่งอยู่ไม่ได้” อนุมาตรา ๒ “ให้อำนาจตุลาการนี้ขยายเหนือคดีทั้งปวง ทั้งในหลักกฎหมายและหลักแห่งความยุติธรรมที่เกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ ภายใต้กฎหมายสหรัฐและของสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นหรือจะทำขึ้นโดยอำนาจของสหรัฐเหนือคดีทั้งปวง.....”

ความชัดเจนในหลักการแบ่งแยกอำนาจของมณฑลคิเอโอตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย สหรัฐอเมริกาอย่างน้อยกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียอีก เพราะอย่างน้อยประเทศไทยมี

มาตรา ๓ บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” แม้ว่าจะมีความพยายามตัดถ้อยคำว่า “อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา” กับ “อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี” และ “อำนาจตุลาการทางศาล” ออกไปตั้งแต่ปีพุทธศักราช ๒๕๒๑ แล้วก็ตาม ก็มีอาจทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจออกไปได้ ตรีชาติที่ยังมี มาตรา ๕๒ บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา” มาตรา ๒๑๒ บัญญัติว่า “ในการบริหารราชการแผ่นดินรัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ตามมาตรา ๒๑๑ และต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี” รวมทั้งมาตราอื่นในหมวดเดียวกันและ มาตรา ๒๓๓ บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายและในปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” มาตราเหล่านี้ก็อยู่ในหลักการร่างรัฐธรรมนูญเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา

การทำความเข้าใจในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเหล่านี้ว่าเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออหรือไม่ จึงอยู่ที่การตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเหล่านี้ออกมาเป็นหลักการให้ได้เสียก่อน หลังจากนั้นจึงนำหลักการที่ได้ออกมาเปรียบเทียบหรือทำความเข้าใจกัน หลักการแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงมิใช่เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ชัดเจนไม่มีการบันทึกรายงานการประชุมร่างรัฐธรรมนูญเอาไว้ เหตุผลอย่างหนึ่งก็คงเป็นเพราะไม่ประสงค์จะให้มีการอ้างเอารายงานการประชุมเป็นหลักการหรือใช้แทนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังที่ประเทศไทยประสงค์ในช่วงเวลานี้

ความยุ่งยากในการใช้รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจึงอยู่ที่จะหาหลักการแห่งรัฐธรรมนูญได้อย่างไร ซึ่งก็คือสิ่งที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง หลักการแห่งรัฐธรรมนูญจึงลึกซึ้ง กว้างขวาง และทำความเข้าใจได้ยากกว่าเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญมากมายนัก เพราะเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะมาตรามากกว่า จึงเปรียบเทียบไม่ได้กับการหาหลักการแห่งรัฐธรรมนูญที่เป็นเจตนารมณ์แห่งการมีรัฐธรรมนูญ หลักการแห่งรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักใหญ่ๆ ที่พอแยกได้ชัดเจนก็คือหลักการแห่งนิติธรรมหรือนิติรัฐหรือความเป็นใหญ่ของกฎหมาย (THE SUPREMACY OF LAWS) หลักการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองก็คือหลักการแบ่งแยกอำนาจและระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจ ทุกประเทศประชาธิปไตยทั่วโลกต่างบัญญัติรัฐธรรมนูญภายใต้หลักการเหล่านี้ทั้งสิ้น เพียงแต่ใช้ถ้อยคำมีรายละเอียดและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับประเทศของตนเช่นใดเท่านั้น

หากไม่เข้าใจในหลักการแห่งรัฐธรรมนูญเหล่านี้ ย่อมไม่สามารถปรับใช้รัฐธรรมนูญให้เหมาะสมแก่ประเทศของตนได้ การล่มสลายหรือความไม่มั่นคงในการปกครองประเทศ จึงมิใช่อุบัติการณ์ที่รัฐธรรมนูญหรือการไปลอกรัฐธรรมนูญประเทศอื่นมาใช้โดยไม่เข้าใจหลักการแห่งรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากหากนำบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา มาดูจะเห็นว่าอ่านทีละมาตราแล้วเข้าใจง่ายทุกคนเข้าใจได้หมดว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ละมาตราหมายความว่าอย่างไร ซึ่งความสลับซับซ้อนและพัฒนาการมีน้อยกว่าระบบที่นำมาใช้กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียอีก และเหตุไฉนการเมืองการปกครองของประเทศไทยจึงไม่ก้าวไปถึงไหน เหตุใดจึงเทียบไม่ได้กับรัฐธรรมนูญที่ใช้มากกว่าสองร้อยปีแล้ว

ความจริงแล้ว รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกามีความยากอยู่ที่หลักการของบทบัญญัติ นั้นๆ หรือหลักการแห่งรัฐธรรมนูญทั้งหมดทั้งหมดต่างหาก จึงจะเห็นได้ว่า การทำความเข้าใจหลักการแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ดีที่สุดก็คือบรรดาบทความในหนังสือเดอะเฟเดอรัล ลิสต์เปเปอร์นั่นเอง ในหนังสือดังกล่าวจะอธิบายแต่ละหลักการออกมา สิ่งที่บรรยายหรืออธิบายออกมา ก็เปรียบเสมือนเป็นคำอธิบายหรือคู่มือทำความเข้าใจบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หาใช่เป็นการบอกวาทบัญญัติเหล่านั้นผู้ร่างมีเจตนารมณ์อย่างไร ซึ่งในสายตาของผู้ร่างรัฐธรรมนูญชาวอเมริกันเห็นว่าเป็นสิ่งไร้สาระ การถกเถียงในบทความดังกล่าว จึงเป็นเหตุผลโต้แย้งกันว่าเหตุใดควรเป็นเช่นนั้น มิใช่ที่ควรเป็นเช่นนั้นเพราะผู้ร่างมีเจตนารมณ์ร่างเช่นนั้นด้วยเหตุผลที่ยกมาอ้างอิงอย่างเลื่อนลอย ทุกเหตุผลที่ยกขึ้นมาอ้างเมื่อสองร้อยปีก่อน จึงยังเป็นเหตุผลที่ยังคงเป็นที่ยอมรับอยู่แม้ในปัจจุบัน เหตุผลในบทความเหล่านี้จึงถือเสมอเป็นหลักการที่จะนำมาใช้เป็นหลักในการใช้หรือตีความรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา

จากบทความต่างๆ ในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์นี้เอง จึงจะเห็นได้อย่างชัดเจนเป็นการถกเถียงและยกเหตุผลมาหักล้างกันโดยอาศัยพื้นฐานมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ระบบตรวจสอบและถ่วงดุล หลักการแห่งสหพันธ์ และหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลของมองเตสกีเออ อาจจะรวมถึงหลักการย่อยๆ อีกมากมาย เช่น หลักการร่างกฎหมาย เป็นต้น และที่อ้างว่ารัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาคือรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลก็มีใช้สิ่งที่ถูกต้อง เพราะแรกเริ่มเดิมทีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลก็มีได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เป้าหมายของการใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจและระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจต่างหากที่อยู่ทีเสรีภาพทางการเมืองของปัจเจกบุคคล บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล จะอยู่ที่บทบัญญัติแห่งสิทธิ (BILL OF RIGHTS) ซึ่งให้สัตยาบันเสร็จสิ้นเมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม พุทธศักราช ๒๓๓๔

ดังนั้น หากจะกล่าวว่ารัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้กว้างๆ จึงสามารถปรับใช้มาได้ตามยุคตามสมัยก็คงไม่ถูกต้องอีก เพราะแม้จะผ่านเวลามากกว่าสองร้อยปี หลักการแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่แทบจะไม่เคยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเลย หลักการจะมีการเปลี่ยนแปลงน้อยมาก เช่น การที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐใช้หลักการทบทวนโดยศาล (JUDICIAL REVIEW) มาใช้กับฝ่ายบริหารด้วย อันเป็นพัฒนาการสืบต่อจากรากฐานเดิมที่ใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหลักการนี้ก็คือที่มาของกฎหมายปกครองหรือระบบควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เป็นต้น ความเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเป็นเพียงทำให้หลักการชัดเจนขึ้นเป็นส่วนใหญ่ หลักการแห่งรัฐธรรมนูญหรือการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงถือว่าแทบไม่ได้เปลี่ยนแปลงเลยตลอดระยะเวลาที่ล่วงเลยมาสองร้อยปี

ความเจริญและความมั่นคงของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ที่การจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองอย่างถูกต้องและมีคุณภาพ ทำให้ไม่อาจเกิดการปกครองในระบบเผด็จการได้เลย ตลอดระยะเวลาของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นต้นมา ความสำคัญดังกล่าวจึงมิได้อยู่ที่การมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกหรือไม่ หรือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดีเลิศวิเศษเพียงใด แต่อยู่ที่หลักการแห่งรัฐธรรมนูญต่างหาก การยอมรับรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็เพราะมีหลักการและเหตุผลเป็นที่ยอมรับด้วย มิใช่ยอมรับเพราะเป็นรัฐธรรมนูญอย่างเดียว เป็นเหตุให้ชาวอเมริกาใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายของตนโดยรู้และเข้าใจในหลักการและเป้าหมายอย่างชัดเจน มิใช่ใช้ไปอย่างลองผิดลองถูกหรือใช้ไปตามความเชื่อถือหรือศรัทธาในบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งที่เชื่อว่าดีว่าถูกต้อง

ความรู้ความเข้าใจในหลักการดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นตัวอย่างอย่างหนึ่งที่ผู้ทำคำวินิจฉัยยกขึ้นมาเพื่อแสดงให้เห็นว่า การอ่านรัฐธรรมนูญเข้าใจ กับความเข้าใจในหลักการแห่งรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศไทยที่ส่วนใหญ่อาศัยลอกเขามา ย่อมเป็นคนละอย่างกัน หลักการแห่งรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องลึกซึ้งยุ่งยากและกว้างขวางเกินกว่าอาศัยคนที่มีเพียงความรู้ความเข้าใจในกฎหมายปกครองหรือการจัดองค์กรของฝ่ายบริหารหรือเกินกว่าผู้เชี่ยวชาญในการจัดโครงสร้าง องค์กรฝ่ายบริหารหรือปฏิรูประบบราชการของฝ่ายบริหารจะเข้าใจหลักการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองประเทศและการจัดองค์กรขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยได้

หรือจะขอยกอีกตัวอย่างหนึ่งเกี่ยวกับหลักการที่ว่า “ให้อำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา” เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา ๑ อนุมาตรา ๑ ใช้ถ้อยคำว่า “อำนาจนิติบัญญัติทั้งปวงที่กำหนดให้ต่อไปนี้อยู่ที่รัฐสภาแห่งสหพันธรัฐ.....” กับตามรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๘๒ ใช้ถ้อยคำว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา” จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองมีการใช้ถ้อยคำแตกต่างกันอย่างมาก แต่ความเป็นจริงแล้วเป็นหลักการเดียวกันคือให้อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจของรัฐสภา เหตุที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาใช้ถ้อยคำเช่นนั้นก็เพราะใช้ตรงตามหลักการของมองเตสกีเออ อย่างเชื่อมั่นในความถูกต้องแห่งหลักการโดยไม่สนใจระบบการตรากฎหมายของประเทศอังกฤษที่ประเทศสหรัฐอเมริกายึดถือเวลานั้นเป็นเช่นใด แต่สำหรับประเทศไทยเป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ ดังจะเห็นได้จากหลักการของบทบัญญัติดังกล่าวของประเทศไทยมีที่มาจากประวัติศาสตร์ตอนหนึ่งในเรื่องการต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระแห่งอำนาจอตุลาการ จากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษระหว่างพระเจ้าเจมส์ที่ ๑ (พุทธศักราช ๒๑๐๕ - ๒๑๖๘) กับ เซอร์เอ็ดเวิร์ด โค้ก (SIR EDWARD COKE พุทธศักราช ๒๑๐๕ - ๒๑๗๗) ประธานศาล COMMON PLEAS และต่อมาเป็นประธานศาล KING' S BENCH โดยพระเจ้าเจมส์ที่ ๑ ประชุมปรึกษาหารือว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการประกาศเปลี่ยนแปลงกฎหมายของบ้านเมือง (COMMON LAW) ได้หรือไม่ เซอร์เอ็ดเวิร์ด โค้ก ยืนยันว่า “พระมหากษัตริย์ไม่มีพระราชอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ้านเมืองแม้แต่ส่วนใดส่วนหนึ่ง โดยมีได้รับคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาไม่ได้” ด้วยเหตุนี้ ในสมัยต่อมา ในคำขึ้นต้นของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับของประเทศอังกฤษจึงขึ้นต้นด้วยคำว่า “โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา” (BY ADVICE AND CONSENT OF THE PARLIAMENT)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๘๒ ใช้ถ้อยคำว่า “...โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา” จึงมีที่มาจากการใช้ตามระบบการออกกฎหมายของประเทศอังกฤษที่คลี่คลายมาจากการต่อสู้กันระหว่างอำนาจออกกฎหมายของพระมหากษัตริย์กับความเป็นอิสระของศาลจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ผลการต่อสู้ที่ยิ่งใหญ่จึงตกได้แก่รัฐสภา ซึ่งขณะนั้นอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภายังเป็นที่ยอมรับกันน้อยมาก ประเทศไทยรับเข้ามาใช้โดยมิได้เข้าใจที่มาและหลักการของบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงพลอยทำให้เข้าใจผิดไปว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใดระบุว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา

ปัจจุบัน การบัญญัติรัฐธรรมนูญดังเช่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๘๒ นอกจากประเทศอังกฤษ ก็ไม่มีประเทศใดใช้กันแล้ว ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา ๔๑ บัญญัติว่า “รัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุดแห่งอำนาจรัฐ และเป็นองค์กรนิติบัญญัติเพียงองค์กรเดียว

ของรัฐ” รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้าของประเทศฝรั่งเศส มาตรา ๓๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐสภาเป็นผู้ออกกฎหมาย” หรือรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา ๑๑๕ บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์กับรัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมกัน”

จึงสรุปได้ว่า ในปัจจุบันที่ประเทศไทยยังขาดแคลนผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในหลักการแห่งรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง การรักษาหลักการแห่งรัฐธรรมนูญที่ดีที่สุดเท่าที่จะทำได้ในปัจจุบันก็คือหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยใดก็ปล่อยให้องค์กรนั้นเป็นฝ่ายดำเนินการเป็นดีที่สุด เพราะอย่างน้อยๆ ผู้ที่อยู่ในองค์กรนั้นย่อมต้องเข้าใจหลักการและวิธีบริหารราชการในองค์กรของตนดีกว่าข้าราชการตุลาการในหน่วยงานนั้น เพราะเป็นของแน่ที่ข้าราชการรัฐสภาย่อมเข้าใจในอำนาจหน้าที่ของตนในฐานะข้าราชการมากกว่าจะไปเข้าใจอำนาจหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา ข้าราชการที่อยู่ในสังกัดคนละฝ่ายก็ย่อมห่างไกลความรู้ความเข้าใจออกไปอีก รวมทั้งนักวิชาการคงไม่สามารถช่วยอะไรมากในเรื่องที่เกี่ยวกับหลักการแห่งรัฐธรรมนูญเช่นนี้เพราะหลงทางไม่น้อยไปกว่าประชาชนสามัญ

เมื่อข้าราชการในสังกัดฝ่ายบริหารไม่อาจถือว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญในเรื่องการจัดระบบหรือโครงสร้างศาลยุติธรรมได้ ผู้ที่เชี่ยวชาญและเข้าใจในเรื่องเหล่านี้ดีที่สุดหนีไม่พ้นที่จะเป็นผู้ที่อยู่ในการจัดองค์กรและการบริหารงานแบบนี้ก็คือผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม แต่ในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับศาลยุติธรรมกลับได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างเหล่านี้จากสภาผู้แทนราษฎรน้อยมาก ผลการออกกฎหมายของศาลยุติธรรมจึงเป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ รักษาอำนาจของฝ่ายบริหารไว้ และความพยายามขยายอำนาจของฝ่ายบริหารเข้าไปในอำนาจตุลาการของศาลยุติธรรม ย่อมเกิดขึ้นเป็นธรรมดา และคงจะเกิดขึ้นต่อๆ ไปตราบเท่าที่ศาลยุติธรรมไม่มีระบบป้องกันและตอบโต้การรุกร้าของฝ่ายอื่นได้อย่างเช่นที่ประเทศอื่นทำกัน

ความพยายามที่จะเอาเปรียบศาลยุติธรรมโดยฝ่ายบริหารยังปรากฏหลักฐานเป็นประจักษ์ในร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม.....อีกหลายประการ ดังเช่น ศาลยุติธรรมจะเป็นหน่วยงานที่มีรายได้เป็นของตนเองไม่ว่าจะเป็นค่าฤชาธรรมเนียม เงินค่าปรับ เงินพินัย เงินกลาง เงินดอกเบี่ยอันเกิดจากเงินกลาง และอื่นๆ เป็นต้น ซึ่งแต่ละปีเป็นจำนวนมหาศาลพอควร สถิติรายได้หรือที่มาของรายได้ศาลชั้นต้นแห่งหนึ่งในกรุงเทพมหานคร ดังปรากฏตามเอกสารแนบท้ายหนังสือเสนอข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงประกอบร่างกฎหมายการแยกศาลออกจากกระทรวงยุติธรรม ฉบับลงวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๑ ของศาสตราจารย์ธรรมนุญ ลัดพลี ดังนี้

**สถิติผลงานและความรับผิดชอบของศาลชั้นต้นศาลหนึ่งในกรุงเทพมหานคร
ปีงบประมาณ ๒๕๕๑
(๑ ตุลาคม ๒๕๕๐ - ๓๐ กันยายน ๒๕๕๑) พอสั่งเป**

อันดับที่	รายการปริมาณด้านการเงิน	จำนวนเงิน		หมายเหตุ
๑	จำนวนเงินค่าธรรมเนียมที่รับทั้งหมด ในปีงบประมาณ ๒๕๕๑ เป็นเงินทั้งสิ้น	๑,๑๘๘,๒๖๖,๑๓๕	๕๓	
๒	เงินกลางที่รับทั้งหมดในปีงบประมาณ ๒๕๕๑	๒๐๓,๕๖๓,๖๐๓	๕๖	
๓	ค่าประกาศหนังสือพิมพ์	๒,๑๐๕,๘๘๒	๑๕	
๔	เงินดอกเบี้ยอันเกิดจากเงินกลาง	๘๒,๑๕๐,๕๓๘	๒๕	
๕	เงินรายได้แผ่นดิน	๘๘๘,๐๕๘,๐๑๓	๓๑	
	รวมเป็นเงินทั้งสิ้น	๒,๓๖๘,๑๓๘,๕๘๑	๖๘	

รายได้และทรัพย์สินเหล่านี้ควรเป็นของศาลยุติธรรมตามหลักการในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕ ที่ว่ารัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการบริหารงานโดยอิสระของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ศาลยุติธรรม มาตรา ๒๑๕ สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการงบประมาณ และโดยหลักการแห่งองค์กรอิสระทั่วไป รายได้ที่เกิดจากการปฏิบัติงานขององค์กรใดก็ต้องตกเป็นขององค์กรนั้นไม่ต้องตกเป็นรายได้แผ่นดิน เพื่อมีอิสระในการจัดการโดยไม่ติดอยู่กับระเบียบทางการเงิน การคลังของฝ่ายบริหาร ส่วนที่ขาดหรือไม่เพียงพอจึงจะได้รับการอุดหนุนจากรัฐบาลดังกล่าว

กรณีจะเห็นตัวอย่างได้จากองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นที่อยู่ภายใต้หลักการเดียวกับศาลยุติธรรม และมีรายได้และทรัพย์สินบางส่วนมาจากการปฏิบัติงานของตน เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. ๒๕๕๑

มาตรา ๓ รายได้และทรัพย์สินในการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งประกอบด้วย

- (๑) เงินอุดหนุนตามมาตรา ๓๔
- (๒) รายได้จากค่าธรรมเนียมและดอกผลของเงินหรือรายได้จากทรัพย์สินของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง
- (๓) รายได้อื่นตามที่กฎหมายกำหนด

มาตรา ๓๖ รายได้ของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่เป็นรายได้ที่ต้องนำส่งกระทรวงการคลัง ตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือกฎหมายอื่น

ให้อสังหาริมทรัพย์ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งจัดหาด้วยเงินรายได้ของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นกรรมสิทธิ์ของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง

ให้สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจในการปกครอง ดูแล บำรุงรักษาทรัพย์สินของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง

เนื่องจากรายได้และทรัพย์สินของศาลยุติธรรมมีจำนวนมากว่าของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งมากมายนัก และปกติประเทศที่เจริญแล้วเกือบทั่วโลกก็ถือว่าเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในฐานะองค์กร ที่รายได้และทรัพย์สินเหล่านี้ตกเป็นของศาลยุติธรรม มิใช่เป็นรายได้ที่ต้องนำส่งกระทรวงการคลังหรือเป็นทรัพย์สินของฝ่ายบริหาร

แต่ในหลักการเกี่ยวกับรายได้ของศาลยุติธรรมดังกล่าวกลับไม่ได้บัญญัติไว้เหมือนกับของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ศาลยุติธรรมย่อมเสียเปรียบอย่างยิ่งที่ไม่มีรายได้ของตนเป็นอิสระเลย ทั้งต้องเสนอของงบประมาณรายจ่ายหมดทั้งก้อน มิใช่เพียงเพื่อให้จัดสรรเป็นเงินอุดหนุนเพียงบางส่วนเท่านั้น โอกาสที่จะถูกตัด เปลี่ยนแปลง หรือเสนอเงื่อนไขกดดันครอบงำศาลยุติธรรมย่อมมีมากขึ้น เป็นช่องทางที่ทำให้เกิดการก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำศาลยุติธรรม และทำลายความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรได้โดยง่ายผิดหลักการสากลอีกประการหนึ่ง

อีกตัวอย่างหนึ่งก็คือ ฝ่ายบริหารสามารถเอาเปรียบศาลยุติธรรมแม้แต่ในเรื่องมีปัญหว่ากฎหมายใดเกี่ยวกับการบริหารงานศาลยุติธรรมหรือไม่ การโอนบรรดากิจการ ทรัพย์สิน สิทธิ หนี้ การโอนข้าราชการ ลูกจ้าง และเงินงบประมาณไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ดังปรากฏตามร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. มาตรา ๓๓ วรรคสอง ที่ว่า “ในกรณีที่มีปัญหว่ากฎหมายใดเกี่ยวกับการบริหารงานของศาลยุติธรรมหรือไม่ให้เป็นไปตามที่ประธานศาลฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนด” มาตรา ๓๖ วรรคสองถึงวรรคสี่ ที่ว่า “ให้โอนบรรดากิจการ ทรัพย์สิน สิทธิ และหนี้ของสำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรมไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม เว้นแต่ที่เป็นของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน”

การโอนข้าราชการ ลูกจ้าง และเงินงบประมาณของสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงยุติธรรมไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม ให้เป็นไปตามที่ประธานศาลฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนด

“การโอนตามมาตรานี้ให้หมายถึงการโอนงานในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ตามที่ประธานศาลฎีกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมตกลงกัน” ซึ่งสิ่งเหล่านี้เดิมเป็นอำนาจ กิจการ ททรัพย์สิน สิทธิและหนี้ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือกระทรวงยุติธรรมอยู่แล้ว เพียงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมไม่ตกลงด้วยเพียงผู้เดียวสิ่งเหล่านี้ก็ยังคงเป็นของฝ่ายบริหาร เช่นเดิม ดังนั้น ประธานศาลฎีกาก็ต้องยอมรับตามนั้น ที่กฎหมายเขียนว่าให้ประธานศาลฎีกาและ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมตกลงกัน จึงเป็นเพียงภาพลวงตา ความหมายในทางที่เป็นจริงก็คือ “ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนด” นั่นเองถือเป็นตัวอย่างหนึ่งของการร่างกฎหมายแบบเล่นลิ้น ทั้งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมาก เพราะทรัพย์สินโบราณของศาลยุติธรรมที่มีค่าต่อประเทศและ ประวัติศาสตร์การศาลไทยมีเป็นจำนวนมาก เช่น กฎหมายตราสามดวงฉบับศาลหลวง พระพุทธรูปโบราณ เป็นต้น การร่างกฎหมายดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นพฤติกรรมของผู้ร่างกฎหมายนี้อย่างชัดเจน คงจะเป็น บทเรียนต่อไปว่ายังสมควรจะปล่อยให้อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารตกอยู่ในมือของบุคคลกลุ่ม เดียวหรือไม่ และศาลยุติธรรมซึ่งตามทฤษฎีแล้วมีธรรมชาติแห่งองค์กรอ่อนแออยู่แล้ว การที่อำนาจ หน้าที่ถูกตัดทอนกระจัดกระจายออกไปหลายส่วน และการที่ไม่มีระบบป้องกันการรุกล้ำหรือขยาย อำนาจของฝ่ายอื่นเลยเช่นนี้ด้วยดุลยภาพแห่งอำนาจที่ไม่สมบูรณ์และไม่ดีพอดังกล่าวเพียงแยกศาลยุติธรรม เป็นอิสระที่ไม่สมบูรณ์แบบนี้อย่างเดียว ย่อมน่าเป็นห่วงว่าจะเป็นการเพียงพอที่ปล่อยให้ศาลยุติธรรม เพียงองค์กรเดียวทำหน้าที่ธำรงรักษาค้ำครองและเสรีภาพของบุคคล การอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ขนาดไหน

ปัญหาที่เกิดขึ้นมาก่อนหน้าการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอาจกล่าวสรุปได้ว่าเป็นปัญหาที่ เกิดจากระบบหรือโครงสร้างการปกครองที่มีได้มีการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามให้เป็นเอกเทศจากกัน ระบบ ตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจมิได้เกิดประสิทธิภาพ ทำให้ดุลยภาพแห่งอำนาจทั้งสามมิได้เป็นไป ตามหลักการ พอหลังจากนั้นสถานการณ์การแบ่งแยกอำนาจ ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือ คานอำนาจและดุลยภาพแห่งอำนาจทั้งสามมีความพยายามจะแก้ไขให้ดีขึ้น แต่ด้วยความเข้าใจในระบบ หรือโครงสร้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ผิดพลาด นำไปสู่การยอมรับหลักการ จัดระบบและโครงสร้างของการปกครองในระบอบอื่นมาใช้ทำให้เกิดการกระทบและทำลายระบบและ โครงสร้างการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเดิมที่ไม่ค่อยจะมีประสิทธิภาพอยู่แล้วให้พลอยย่ำแย่ ลงไปอีก

ปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะนี้จึงจะแยกออกเป็นสองส่วน ส่วนหนึ่งเป็นปัญหาตามระบบเดิมตาม หลักการแบ่งแยกอำนาจที่พอจะคาดการณ์และหาวิธีการแก้ไขได้ ดังเช่น การแยกศาลยุติธรรมให้เป็น

เอกเทศจากฝ่ายบริหาร ซึ่งก็สามารถพยากรณ์ได้ว่าคงไม่มีฝ่ายบริหารที่ไหนจะยอมให้ศาลยุติธรรมที่เคยอยู่ในสังกัดหรือควบคุมของตนออกไปเป็นอิสระได้โดยง่าย หรือสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในคดีนี้เป็นสถานการณ์หรือปรากฏการณ์ปกติที่เกิดจากความไม่คุ้นเคยที่จะต้องสูญเสียอำนาจตุลาการที่ตนเคยมี จึงพยายามหาทางรักษาอำนาจตุลาการให้อยู่ที่ตนไว้ให้ได้มากที่สุด ซึ่งเคยเกิดขึ้นมาแล้วในคราวแยกศาลยุติธรรมออกจากฝ่ายตุลาการตามคำเรียกร้องของฝ่ายบริหารในขณะนั้น ในรัฐสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งผู้ทำคำวินิจฉัยได้ยกขึ้นมากล่าวในคำวินิจฉัยฉบับก่อนหน้านี้ แต่สถานการณ์เช่นนี้ก็ค่อยๆ แก้ไขตนเองให้เป็นไปตามหลักการได้ในอนาคต หากยังพอรักษาหลักการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ได้ อีกส่วนหนึ่งเป็นปัญหาตามระบบใหม่ตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ที่เป็นหลักการใหม่ ยังไม่เคยปรากฏขึ้นในโลกนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเป็นปัญหาที่แปลกประหลาดไม่เคยมีมาก่อนในประเทศไทยหรือประเทศใดในโลก ไม่สามารถคาดการณ์หรือพยากรณ์ได้ว่าอะไรจะเกิดขึ้นต่อไป และหาวิธีการแก้ไขได้ยากเพราะส่วนใหญ่ก็ไม่มีใครทราบและไม่เข้าใจในเนื้อหาของหลักการปกครองนี้อย่างแท้จริง แม้แต่ในผู้ที่สนับสนุนหลักการนี้ก็ตามผลก็คือทำให้ยังแก้ยุ่งยั้งสับสนและปัญหายิ่งบานปลายขึ้นทุกทีจนเกิดเป็นปัญหาเรื้อรังของประเทศได้ในอนาคต

อย่างไรก็ตาม การแยกศาลยุติธรรมออกเป็นเอกเทศเป็นการแก้ในปัญหาในระบบและโครงสร้างตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ถูกต้อง ย่อมจะก่อให้เกิดผลดีต่อการปกครองในอนาคต แม้ว่าจะมีปัญหาความไม่คุ้นเคยต่อการสูญเสียอำนาจตุลาการของฝ่ายบริหารอย่างที่เกิดขึ้นในคดีนี้ก็ตาม ก็ยังพอหาทางแก้ไขได้เว้นเสียแต่จะเกิดการรวบอำนาจมากขึ้นรุนแรงขึ้น ไม่ว่าจะเกิดจากฝ่ายบริหารหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ปัญหาเหล่านี้ก็อาจส่งผลกระทบต่อแก้ไขที่มีชื่อเสียงที่เกิดขึ้นในคดีนี้เท่านั้น แต่จะลุกลามไปถึงองค์กรอื่นให้เสียหายอย่างรุนแรงด้วย

ความอ่อนแอของอำนาจตุลาการและของศาลยุติธรรมนั้น ในการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณา โดยเห็นว่าฝ่ายที่จะล่วงล้ำฝ่ายตุลาการได้มากที่สุดก็คือฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายเอาอำนาจให้แก่ฝ่ายตนหรือฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ที่คงไม่แตกต่างกับปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยในขณะนี้ ทำให้นักคิดชาวอเมริกันคิดหาทางแก้ไขโดยให้ศาลมีอำนาจตอบโต้การล่วงล้ำอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ก็คือให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิพากษาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (JUDICIAL REVIEW) ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น อันเป็นระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจอย่างหนึ่งทีนอกเหนือจากแนวคิดของมองเตสกีเออ รวมทั้งรูปการปกครองของอังกฤษในสมัยนั้น แต่ก็ต้องทราบว่าประเทศอังกฤษใช้ระบบคอมมอนลอว์ที่

ศาลยุติธรรมเป็นผู้สร้างกฎหมายหลักของประเทศในขณะนั้น ความจำเป็นในการยอมรับกฎหมายที่บัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีน้อยมาก แตกต่างกับฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศตั้งใหม่จึงมีความจำเป็นที่รัฐสภาจะต้องมีอำนาจออกกฎหมายมาเป็นหลักมากกว่าศาล ทั้งระบบศาลของประเทศอังกฤษมีความยุ่งยากสับสนเกินกว่าจะนำมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทั้งหมด ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายหรือใช้อำนาจของตนรุกล้ำฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการได้ตลอดเวลา การให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจทบทวนว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงเป็นมาตรการหนึ่งที่ดีที่สุดในขณะนั้น

การป้องกันการขยายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในประเทศฝรั่งเศสตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ห้า นั้น ได้ใช้วิธีการแตกต่างไปโดยใช้วิธีจำกัดขอบเขตอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแทนทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมันที่จะมีการแบ่งแยกอำนาจออกกฎหมายระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นไว้อย่างชัดเจน เหตุที่เป็นเช่นนี้เป็นเพราะประเทศฝรั่งเศสให้อำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีอยู่จำนวนเก้าคน ประกอบด้วยประธานาธิบดีแต่งตั้งสามคน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งสามคนดำรงตำแหน่งได้คราวละเก้าปี และจะได้รับแต่งตั้งซ้ำมิได้ กับอดีตประธานาธิบดีทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญตลอดชีวิต อันเป็นระบบที่ให้เป็นอำนาจที่อยู่ในอิทธิพลของฝ่ายบริหารและฝ่ายรัฐสภา แต่ก็เห็นได้ชัดเจนเหมือนกันว่ารัฐสภามีอิทธิพลค่อนข้างมากต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐสภาก็ย่อมแต่งตั้งบุคคลที่ตนเห็นว่ามีความคิดเห็นเป็นคุณแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ

ด้วยระบบตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเช่นนี้ จึงมิใช่ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติได้ จึงต้องใช้วิธีการอ้อมค้อมด้วยการไปจำกัดขอบเขตอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแทน ความสำเร็จของระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจจึงมีน้อยมาก จนต้องเพิ่มอำนาจอื่นเข้าไปไม่ว่าในการดูแลการเลือกตั้งและการออกเสียงประชามติด้วย ถือว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจส่วนเกินหรืออำนาจคาบเกี่ยว (RESIDUAL POWER) เท่านั้น แตกต่างกับของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบและวิธีการตรงไปตรงมาและได้ผลดีกว่าในการหยุดยั้งการขยายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

ประสบการณ์การใช้ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสก็ไม่ค่อยแตกต่างไปจากประเทศไทยที่ประสบความสำเร็จน้อยมากในการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะองค์กรนี้ไม่ว่าจะพิจารณาเช่นใดก็เป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของนักการเมืองเป็นส่วนใหญ่อยู่นั่นเอง โดยจะพิจารณาได้จากผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญเหล่านี้จนได้เสียงส่วนใหญ่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกือบทั้งหมดจึงตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ หรือนักการเมือง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีความเป็นองค์กรทางการเมืองมากกว่าจะเป็นองค์กรที่เป็นกลางทางกฎหมายอย่างแท้จริงตามหลักการ ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ยิ่งไม่ต้องคำนึงถึง

แนวความคิดเกี่ยวกับ “การวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการนำมาใช้เป็นระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจโดยให้เป็นอำนาจศาล ฝ่ายบริหารก็ใช้อำนาจยับยั้งกฎหมาย (VETO) ทั้งสองระบบก็เพื่อจำกัดขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติและป้องกันการขยายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ล่วงล้ำเข้าไปในอำนาจฝ่ายอื่น โดยประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงร่างรัฐธรรมนูญได้ประสบปัญหาการขยายอำนาจอย่างไร้ขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ และมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้น เป็นไปตามที่มองเตสกีเออได้กล่าวไว้ดังปรากฏในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ เอกสารแนวความคิดทางการเมืองอเมริกัน ของนายสมบัตินันท์ จันทรวงศ์ กับคณะ ผู้แปล พิมพ์ที่สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พุทธศักราช ๒๕๓๐ (ซึ่งบทความทุกบทที่ผู้ทำคำวินิจฉัยยกขึ้นอ้างก็เป็นบทความในหนังสือแปลเล่มนี้ แต่มิได้ระบุที่มาและเลขหน้าเพราะอาจจะยาวเกินไป จึงขอให้เข้าใจตามนี้) ในบทนำโดย นายสมบัตินันท์ จันทรวงศ์ หน้า ๔ - ๖ ได้กล่าวถึงสถานภาพความเป็นไปและสถานการณ์การปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงเวลานั้นไว้อย่างชัดเจนว่า

“สำหรับรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐนั้น โดยเหตุที่รัฐอิสระที่เพิ่งเกิดใหม่ทั้งหลายเหล่านี้มีความหวาดระแวงฝ่ายบริหารอันเนื่องมาจากสมัยเมื่อตนเป็นอาณานิคม จึงหันไปให้อำนาจแก่สภานิติบัญญัติของตนอย่างเต็มที่ และในขณะเดียวกันก็จำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารลงเป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่าลักษณะเด่นที่สุดของรูปแบบการปกครองที่เกิดขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ ที่ร่างขึ้นมา ได้แก่ การที่สภานิติบัญญัติของรัฐได้รับอำนาจซึ่งแต่เดิมเป็นของผู้ว่าการอาณานิคมไปเกือบหมด ในทุกๆ รัฐสภานิติบัญญัติมีอำนาจมากมายจนแทบจะไม่ถูกจำกัด และยกเว้นในกรณีที่มีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลไว้อย่างชัดเจนแล้วนั้น แทบจะไม่มีอะไรสามารถขัดขวางการครอบงำจากฝ่ายนิติบัญญัติได้เลย เช่น ในรัฐบางรัฐ ได้แก่ นิวยอร์ก นิวเจอร์ซีย์ เซาท์แคโรไลนา นอร์ทแคโรไลนา และนิวแฮมป์เชอร์ สภานิติบัญญัติสามารถจะแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐได้ด้วยกระบวนการออกกฎหมายอย่างธรรมดา ในห้ารัฐ คือ เวอร์จิเนีย เซาท์แคโรไลนา นอร์ทแคโรไลนา นิวเจอร์ซีย์ และนิวยอร์ก สภานิติบัญญัติทำหน้าที่แต่งตั้งเจ้าพนักงานของรัฐเกือบทั้งหมด และไม่มีรัฐใดเลยที่ยอมให้ผู้ว่าการรัฐมีอำนาจยับยั้งกฎหมายอย่างเด็ดขาด มีอยู่เพียงสามรัฐเท่านั้นคือ เซาท์แคโรไลนา แมสซาชูเซตส์

และนิวยอร์ก ที่ผู้ว่าการรัฐมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายได้บางส่วน ฝ่ายตุลาการก็อยู่ใต้อิทธิพลของ สภานิติบัญญัติเช่นเดียวกัน ในคอนเนตทิคัต โรสโอร์แลนด์ และแมสซาชูเซตส์ สภานิติบัญญัติเป็นผู้คัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา นอกจากนี้รัฐธรรมนูญของหลายรัฐยังอนุญาตให้ สภานิติบัญญัติยกเลิกศาลที่มีอยู่เดิม หรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบหรือจำกัดอำนาจหน้าที่ของศาลได้

แต่การให้อำนาจอย่างมากมายแก่สภานิติบัญญัติของรัฐต่างๆ กลับนำไปสู่สถานะของระบบ ทรราชย์แบบใหม่ที่ชาวอเมริกันไม่เคยคิดฝัน นั่นคือระบบทรราชย์ที่มีไม่เกิดจากตัวผู้ปกครอง แต่เป็นระบบทรราชย์ของประชาชน และนับเป็นเรื่องน่าตระหนกอย่างยิ่งเพราะสิ่งที่กลายเป็นปัญหาสำคัญของชาวอเมริกันหลายต่อหลายคนในยุคนั้น มิใช่การปราศจากกฎหมายหรืออนาธิปไตย หากแต่เป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติคืออำนาจออกกฎหมายแห่งรัฐนั่นเอง”

สภาพตอนต้นประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประชาชนมีความหวาดระแวงกลุ่มอำนาจเก่า จึงหันไปให้อำนาจแก่ฝ่ายที่ก่อตั้งใหม่อย่างมากมาย แทบไม่มีขีดจำกัด ก็เป็นเหตุการณ์ทำนองเดียวกับที่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทยในคราวการเปลี่ยนแปลงการปกครองปีพุทธศักราช ๒๔๗๕ ที่พยายามจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ลงให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารได้รับอำนาจซึ่งแต่เดิมเป็นของพระมหากษัตริย์ไปเกือบทั้งหมด เช่นเดียวกับเกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่งในคราวการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ที่มีคนบางกลุ่มพยายามสร้างความหวาดระแวงแก่ประชาชนในอำนาจทั้งสามฝ่าย จนสร้างองค์การตามรัฐธรรมนูญใหม่ออกมามากมาย เพื่อใช้อำนาจครอบคลุมและควบคุมการใช้อำนาจของทั้งสามฝ่ายเดิม

แม้แต่ศาลยุติธรรมก็ได้รับผลกระทบอย่างมากมายด้วยความพยายามแยกศาลออกเป็นระบบศาลคู่ คือ ศาลยุติธรรม กับ ศาลปกครอง แสดงว่าประเทศไทยจะแยกศาลออกเป็นสองระบบศาล แต่ก็กลับมีศาลที่สาม คือ ศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาอีก จึงจะเรียกเป็นระบบศาลคู่ไม่ได้เพราะมีสามศาล แต่พอจะเรียกว่าเป็นระบบสามศาลก็มีระบบศาลแฝงขึ้นมาอีกมากมาย เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น

องค์การตามรัฐธรรมนูญใหม่ที่จัดตั้งขึ้นมานี้มีความพยายามสร้างให้มีอำนาจครบทั้งสามฝ่าย โดยอ้างว่าอำนาจตุลาการเป็นอำนาจหนึ่งที่แฝงอยู่ในองค์กรเหล่านี้ แต่จะเรียกว่าเป็นศาลก็ไม่ถูกต้องนัก เพราะมิได้ใช้อำนาจตุลาการแต่เพียงอย่างเดียว ครั้นจะเรียกเป็นระบบหลายศาลแบบประเทศเยอรมัน ก็ไม่มีอะไรตรงหรือคล้ายกับโครงสร้าง องค์ประกอบของผู้พิพากษา อำนาจหน้าที่หลัก และหลักการของประเทศเยอรมันเลย หากจะเรียกว่าเป็นระบบสารพัดศาลก็คงได้ ซึ่งหากพัฒนาต่อไปเรื่อยๆ ในแนวทางนี้ การจัดตั้งศาลก็จะถือเสมือนกับการตั้งศาลพระภูมิคือทำพิธีกรรมให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ มีอาคารสถานที่ให้มีรูปร่างตามแบบพระภูมิ และมีเจี๊วด บริวาร ก็สามารถตั้งเป็นศาลได้

การสรรหาตุลาการโดยให้วุฒิสภาเลือก การให้ความเห็นชอบตุลาการของวุฒิสภาหรือการให้วุฒิสภาเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการตามหลักสากลแล้ว ถือว่าเป็นการสร้างอิทธิพลต่อผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยปกติหากไม่มีทางหลีกเลี่ยงก็จะยอมให้ทำได้ในขอบเขตที่จำกัดมาก การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐก็เนื่องจากไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ในขณะนั้น เพราะหากไม่ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งก็ต้องให้สภานิติบัญญัติแต่งตั้ง ยิงจะทำให้สถานการณ์เลวร้ายเหมือนเดิม จึงต้องยอมให้ประธานาธิบดีแต่งตั้ง แต่หาทางแก้ไขมิให้ประธานาธิบดีผู้แต่งตั้งมีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาที่ตนแต่งตั้ง โดยให้การให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตเป็นต้น หากเป็นประเทศที่ปกครองในระบบรัฐสภาของอังกฤษก็ย่อมไม่มีปัญหานี้ เพราะการแต่งตั้งผู้พิพากษาหรือตุลาการจะเป็นพระมหากษัตริย์หรือโดยประธานาธิบดีที่เป็นคนกลางของทุกฝ่ายโดยผ่านกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายในของศาล ไม่ต้องอาศัยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติให้มีปัญหาเกี่ยวกับอิทธิพลต่อผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะแต่งตั้งซึ่งแก้ไขไม่ให้มีอคติไม่ให้พิพากษาคดีโอนเอียงเข้าข้างฝ่ายแต่งตั้งได้

กระบวนการถอดถอนผู้พิพากษาหรือตุลาการโดยฝ่ายอื่นยังเป็นเรื่องที่ยอมรับกันได้ยากว่าไม่ทำให้ฝ่ายนั้นมีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาหรือตุลาการหรือมีอิทธิพลเหนือศาล แม้ในต่างประเทศที่ใช้ระบบอิมพีชเมนต์ (IMPEACHMENT) ก็มีข้อระมัดระวังที่จะใช้ต่อศาลเป็นอย่างมาก ซึ่งโดยกระบวนการดังกล่าวแทบจะเรียกได้ว่าใช้กับผู้พิพากษาหรือตุลาการไม่ได้เลย ระบบการถอดถอนผู้พิพากษาหรือตุลาการจะตกเป็นอำนาจขององค์กรบริหารสูงสุดของผู้พิพากษาดังเช่นศาลฎีกาหรือคณะกรรมการตุลาการแล้วแต่แต่ละประเทศจะใช้ระบบใด หรือบางประเทศเช่นประเทศญี่ปุ่น การถอดถอนผู้พิพากษาให้เป็นอำนาจของศาลอิมพีชเมนต์ (COURT OF IMPEACHMENT) ที่รัฐสภาจัดตั้งตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยสมาชิกของสภาทั้งสองพิจารณาวินิจฉัยให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ อันเป็นวิธีการพิเศษนอกเหนือจากวิธีการอิมพีชเมนต์ธรรมดา เพราะประเทศญี่ปุ่นจัดโครงสร้างการปกครองในระบบรัฐสภา จึงไม่อาจใช้ระบบอิมพีชเมนต์กับฝ่ายบริหารและไม่ได้ให้อำนาจถอดถอนผู้พิพากษาจากองค์กรภายในศาล จึงต้องเลือกวิธีการถอดถอนโดยจัดตั้งศาลถอดถอนผู้พิพากษาของรัฐสภาดังกล่าว เฉพาะกรณีตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น ปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา ๖๔ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ให้รัฐสภาจัดตั้งศาลถอดถอน ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกของสภาทั้งสอง เพื่อพิจารณาวินิจฉัยถอดถอนผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการโดยมิชอบออกจากตำแหน่ง” และมาตรา ๑๘ บัญญัติว่า “การถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่ด้วยวิธีการพิจารณาวินิจฉัยถอดถอน (PUBLIC IMPEACHMENT) เพราะเหตุที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

เนื่องจากความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจเท่านั้น การลงโทษผู้พิพากษาทางวินัยโดยองค์กรหรือส่วนราชการของฝ่ายบริหารจะกระทำมิได้ (ANY EXECUTIVE ORGAN OR AGENCY)”

อย่างไรก็ดี ในแต่ละประเทศจะเลือกใช้วิธีใดก็เลือกใช้วิธีเดียวมิใช่ใช้ทุกวิธีการ อันถือว่าเป็นการมุ่งทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศตุลาการ ซึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตยดังจะเห็นได้จากหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอหรือในบทความของหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ก็ตาม ต่างเน้นหรือให้ความสำคัญในเรื่องเกียรติยศ ความเชื่อถือ และความเคารพเชื่อมั่นในตนเองของบุคคล อย่างมากว่าเป็นสิ่งที่ต้องปกป้องรักษาไว้ให้ได้ เพราะสิ่งนั้นเป็นเป้าหมายและผลที่จะได้จากการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ที่ต่อมาก็คือถ้อยคำที่เรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั่นเอง การมุ่งทำลายศักดิ์ศรีของบุคคลย่อมไม่ถือว่าเป็นวิธีการตามแนวความคิดตามหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือที่เรียกกันว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ในบทนำโดย นายสมบัติ จันทรวงศ์ ในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ได้กล่าวถึงสถานการณ์การขยายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปรุกรานอำนาจของตุลาการที่เป็นสภาวะก่อนการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับปัจจุบันว่า

“...เช่น ในรัฐนิวแฮมป์เชียร์ ระหว่างปี ค.ศ. ๑๗๘๕ - ๑๗๙๒ ปรากฏว่าสภานิติบัญญัติได้เข้าไปแทรกแซงกับกระบวนการยุติธรรมอย่างเปิดเผยโดยการยกเลิกระเบียบศาล ยกเลิกคำสั่งลงโทษหรือฟื้นคดีใหม่ อนุญาตให้คดีบางคดีมีการอุทธรณ์ได้ใหม่ กำหนดข้อยกเว้นให้แก่กฎหมายที่มีบัญญัติอยู่เดิม ออกคำอธิบายกฎหมายสำหรับคดีที่ปัญหากฎหมายยังรอคำพิพากษาของศาลอยู่ หรือแม้แต่เข้าไปพิจารณาข้อพิพาทเสียเอง เป็นต้น และในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. ๑๗๘๖ เมื่อกลุ่มชาวไร่ชาวนาทางภาคตะวันตกของรัฐแมสซาชูเซตส์ซึ่งประสบกับความทุกข์ทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรงเนื่องจากสภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ เกิดไม่พอใจกับการที่สภานิติบัญญัติของรัฐไม่ทำตามข้อเรียกร้องของพวกตนในเรื่องการออกเงินตราเป็นธนบัตร และกฎหมายยับยั้งการบังคับนี้ หรือพูดง่าย ๆ ก็คือข้อเรียกร้องที่จะให้มีการปลดหนี้ของตนโดยกฎหมาย ก็ก่อตัวกันติดอาวุธโดยมีแดเนียล เชส อดีตนายทหารสมัยสงครามปฏิวัติเป็นผู้นำเข้าโจมตีที่ตั้งศาล เพื่อป้องกันไม่ให้ศาลพิจารณาคดีเกี่ยวกับหนี้สิน นัยว่ามีวัตถุประสงค์จะถ่วงเวลาไว้จนกว่าจะถึงเวลาเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติใหม่ เป็นต้น”

ขอให้สังเกตตัวอย่างที่บทนำนี้ยกขึ้นมาหลายกรณี กรณีเหล่านี้มิใช่ถือว่าเป็นการก้าวก้าวแทรกแซงกดดันครอบงำฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติในสมัยนั้นเท่านั้น แต่ปัจจุบันก็ยังถือเช่นนั้น ซึ่งเกิดเป็นหลักกฎหมายที่มีพัฒนาจนเป็นที่ยอมรับนานแล้ว เช่น กฎหมายไม่มีผลย้อนหลังอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นของศาลเท่านั้น คดีหรือปัญหาข้อพิพาทจะถึงที่สุดได้โดย

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเท่านั้น เป็นต้น สภาพอนาธิปไตยที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ขณะนั้นก็เกิดมาจากความไม่สมดุลกันระหว่างอำนาจทั้งสาม เกิดการแทรกแซงโดยฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายอื่นคือฝ่ายนิติบัญญัติ สุดท้ายแม้แต่ฝ่ายตุลาการก็ถูกก้าวท้าวแทรกแซง เป็นผลให้เกิดภาวะกฎหมายไร้ความศักดิ์สิทธิ์ เกิดความเสื่อมของระบบการปกครองไปสู่ระบบการปกครองด้านไม่ดีหรือที่โพลีบิอุสกล่าวถึงว่าจักรนี้ว่าการปกครองแบบประชาธิปไตยบริสุทธิ์ (PURE DEMOCRACY) มักจะกลายเป็นการปกครองโดยฝูงชน (MOB RULE) จนต้องมีการวิเคราะห์และปรับการแบ่งแยกอำนาจ ระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจเสียใหม่ ให้เกิดดุลยภาพแห่งอำนาจทั้งสามด้วยการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ด้วยความเป็นอัจฉริยะของนักคิดชาวอเมริกันจึงทำให้สามารถปรับใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจมาใช้ได้อย่างถูกต้องเหมาะสมจนเกิดภาวะสมดุลหรือดุลยภาพแห่งอำนาจทั้งสาม ทำลายสภาวะอนาธิปไตยของประเทศกลับสู่สภาวะการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเป็นต้นแบบของการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน อันเป็นตัวอย่างหนึ่งของการจัดระบบหรือโครงสร้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ประสบความสำเร็จสูงสุดระบบหนึ่งเท่านั้น แต่ก็มีผู้ขี้ดเคี้ยวว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยต้องเป็นการปกครองแบบประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งความจริงแล้วหากศึกษาวิเคราะห์ตามแนวคิดของนักคิดชาวอเมริกันดังกล่าวแล้ว จะเห็นว่าเป็นการปรับใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจให้เหมาะสมกับประเทศตนอย่างหนึ่งเท่านั้น มิใช่ขึ้นอยู่กับรูปการปกครองแบบประธานาธิบดีแต่อย่างใด ถือได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาประสบความสำเร็จอย่างสูงในการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของมองเตสกีเออที่เป็นการปกครองแบบราชาธิปไตยผสมอยู่มาปรับใช้ที่เหมาะสมเจาะกับสภาพแวดล้อม วัฒนธรรม สภาพเศรษฐกิจ และสังคม และประเทศชาติของตนต่างหาก

การปรับใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจให้เกิดความสมดุลเข้าได้กับสภาพสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และการปกครองของประเทศ จึงขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ ประเทศไทยก็มีความพยายามรับหลักการแบ่งแยกอำนาจกับระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจมาใช้ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมาแล้ว ที่ประสบความสำเร็จอย่างยิ่ง นำพาประเทศชาติรอดจากความหายนะและสร้างความสำเร็จสูงสุดของประเทศ จนเรียกว่าเป็นการปฏิรูปการปกครองและการศาล

การที่ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นคนละวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมก็เป็นเพราะแนวคิดว่าจะกลายเป็นศาลเข้าไปก้าวท้าวแทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นการผิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นการมองคนละทางกับของชาวอเมริกันผลก็ย่อมเป็นธรรมดาอยู่เองที่ไม่อาจสกัดการขยายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้จนต้องใช้วิธีการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติออกไปให้แก่ฝ่ายบริหารเสียบ้าง เป็นการตามแก้ไขปัญหาซ้ำๆ ซากๆ อ้อมค้อม ยากแก่การควบคุมให้อยู่ในหลักการและระบบได้ โดยเฉพาะยังแยกอำนาจตุลาการที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลออกเป็นสัดส่วน โดยให้ที่เกี่ยวกับคดีปกครองขึ้นอยู่กับองค์กรฝ่ายบริหารหรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d 'Etat) เพราะเกรงว่าจะเป็นการก้าวท้าวแทรกแซงฝ่ายบริหารโดยศาลยุติธรรม จึงจะสังเกตได้ว่าประเทศฝรั่งเศสมีองค์กรต่างๆ มากมาย มีความสลับซับซ้อนจนหน้าเวียนศีรษะสำหรับผู้ไม่เข้าใจในหลักการและระบบอย่างลึกซึ้งซึ่งไม่ชัดเจนตรงไปตรงมาแบบประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็เป็นเพราะพัฒนาการเฉพาะของประเทศฝรั่งเศสเช่นนั้น อย่างไรก็ตามก็ดีหากวัดผลสำเร็จของการปกครองด้วยความเจริญมั่นคงของประเทศก็คงจะเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาประสบความสำเร็จมากกว่า แสดงว่าการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริการักษาความสมดุลของอำนาจทั้งสามได้ดีกว่าทั้งที่เป็นระบบง่าย ๆ ไม่สลับซับซ้อนและโบราณ หรือแทบไม่มีความเปลี่ยนแปลงมากกว่าสองร้อยปีแล้วก็ตาม

การรักษาความสมดุลแห่งอำนาจทั้งสาม จึงอยู่ที่ปกป้องฝ่ายที่อ่อนแอกว่า จำกัดขอบเขตมิให้แต่ละฝ่ายขยายอำนาจของตนออกไปรุกรานอำนาจของฝ่ายอื่น ต้องให้ทุกฝ่ายมีอำนาจปกป้องตนเองจากการรุกรานของฝ่ายอื่นได้ และต้องมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่ดี มิใช่ลักษณะต่างคนต่างใช้แบบประเทศฝรั่งเศส ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ฝ่ายตุลาการเป็นฝ่ายที่ถือว่าอ่อนแอที่สุดในบรรดาอำนาจทั้งสาม การไปรุกรานฝ่ายอื่นหรือขยายอำนาจโดยฝ่ายตุลาการย่อมเป็นไปได้ยาก ทั้งฝ่ายตุลาการมีระบบการใช้อำนาจหรือวิธีพิจารณาพิพากษาคดีรัดกุมชัดเจนและดีที่สุดในการใช้อำนาจ จึงกลายเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ที่จะระวางเช่นนั้นขณะเดียวกันก็เป็นอำนาจที่ร้ายกาจที่สุดในบรรดาสามอำนาจ ซึ่งอำนาจที่ร้ายกาจนี้จะไม่ก่อผลร้ายแก่ประชาชนโดยรวมหรือก่อผลร้ายอย่างร้ายแรงต่อสังคมหรือประเทศชาติได้ หากสามารถใช้ได้อย่างอิสระ ภายใต้การตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันเองระหว่างคู่ความและศาล แต่หากฝ่ายตุลาการตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายอื่น ทำให้การใช้อำนาจตุลาการหลุดพ้นจากการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกันเองระหว่างคู่ความและศาล โดยมีอำนาจหรืออิทธิพลอยู่เบื้องหลังศาลหรือผู้พิพากษาหรือตุลาการแล้ว อำนาจที่ร้ายกาจของอำนาจตุลาการก็จะแสดงผลร้ายต่อสังคมและประเทศชาติออกมาจนอาจสร้างภัยคุกแก่ประเทศชาติได้

ดังนั้น อำนาจปกป้องตนเองของศาลที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นมานั้นก็คือระบบทบทวนหรือยับยั้งโดยศาล (JUDICIAL REVIEW) ถือว่าเป็นระบบปกป้องศาลที่ดีที่สุดในปัจจุบัน เพียงแต่ความอ่อนแอของศาล ทำให้ศาลไม่อาจเข้าไปช่วงชิงอำนาจนี้มาจากฝ่ายนิติบัญญัติในประเทศอื่นเท่านั้น จึงทำให้ระบบนี้ไม่เป็นที่ยอมรับในหลายๆ ประเทศ

ส่วนในประเทศอังกฤษก็ไม่มี ความจำเป็นต้องใช้หลักการทบทวนหรือยับยั้งโดยศาล เพราะอำนาจการออกกฎหมายของรัฐสภาพัฒนาขึ้นมาจากการยอมรับของศาลส่วนหนึ่ง เพื่อเป็นอำนาจยับยั้งฝ่ายบริหาร โดยที่ศาลและสภาสามัญมีส่วนสนับสนุนซึ่งกันและกัน ยังมีระบบศาลสูงสุด (HOUSE OF LORDS) อยู่ในวุฒิสภาและศาลอังกฤษอยู่ในฐานะสร้างกฎหมายได้เอง และสามารถจำกัดขอบเขตกฎหมายของฝ่ายรัฐสภาโดยวิธีตีความแบบจำกัดหรืออย่างแคบ โดยมีให้ขัดต่อกฎหมายคอมมอนลอว์หลักอีกด้วย ซึ่งส่วนหนึ่งของคอมมอนลอว์นี้ก็คือกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ดังนั้นหลักทบทวนหรือยับยั้งโดยศาลของประเทศอังกฤษ จึงนำมาใช้ในทางรุกคือเป็นพื้นฐานในการเข้าควบคุมการใช้ดุลพินิจในทางมิชอบของฝ่ายบริหารหรือพัฒนาของกฎหมายปกครองมากกว่า

พัฒนาการของหลักการของอำนาจตุลาการในการยับยั้งการใช้อำนาจนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร จึงขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของแต่ละประเทศ มิใช่ไปลอกเลียนเขามาใช้โดยไม่เข้าใจหลักการของระบบ แต่โดยหลักการปกป้องอำนาจตุลาการเป็นพิเศษต่างตรงกันในทุกประเทศ ดังจะเห็นหลักการปกป้องความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการมีมากมายหลายมาตรการ ด้วยเหตุผลปรากฏในบทความหมายเลข ๑๘ ของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ในหนังสือเดอะเฟเดอร์ลิสต์เปเปอร์ หน้า ๕๖๑ ว่า

“.....แต่เป็นการง่ายที่มองเห็นว่าผู้พิพากษาจำเป็นต้องมีความแข็งแกร่งมากพิเศษเพื่อที่จะทำหน้าที่ของตนในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญที่สัตย์ซื่อ ในเมื่อเสียงส่วนใหญ่ของประชามยุ่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติรุกรานรัฐธรรมนูญ

แต่มิใช่เฉพาะพรรณนาว่าด้วยละเมิดรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่อาจทำให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษากลายเป็นมาตรการป้องกันที่จำเป็นประการหนึ่งต่อผลของอารมณ์ร้ายที่เกิดขึ้นเป็นบางโอกาสในสังคม บางครั้งผลร้ายก็ขยายวงไปไกลเกินกว่าที่กฎหมายอันอยู่ดีธรรมและลำเอียงจะทำร้ายสิทธิส่วนบุคคลของพลเมืองบางชนชั้น และในกรณีนี้ด้วย ที่ความมั่นคงของผู้พิพากษาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมากในการบรรเทาความรุนแรง และในการจำกัดการบังคับใช้กฎหมายเช่นนั้น ความมั่นคงของผู้พิพากษาจึงไม่เพียงแต่จะช่วยผ่อนคลายนผลร้ายโดยตรงของกฎหมายเหล่านั้น ซึ่งอาจถูกตราออกมาบังคับใช้ หากแต่ยังทำหน้าที่เป็นเครื่องถ่วงดุลกับฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเช่นนั้นออกมาใช้ด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเมื่อได้เห็นว่าจะมีอุปสรรคจากความระแวงระวังของศาล

มาขัดขวางความสำเร็จแห่งความตั้งใจอันชั่วช้า ก็อาจจะต้องถูกบังคับโดยแรงดลใจแห่งความอยุติธรรม ที่พวกเขาถืออยู่นั้นเองให้ต้องจำกัดความพยายามของตนลง นี่คือสถานการณ์ที่คาดว่าจะมีอิทธิพลเหนือ ลักษณะรัฐบาลของเรามากกว่า และเป็นสิ่งซึ่งคงมีไม่กี่คนที่ตระหนักถึงผลดีของความซื่อสัตย์สุจริต และความรู้จักพอประมาณของผู้พิพากษา.....”

การปกป้องผู้พิพากษาหรือตุลาการไม่ว่าเกี่ยวกับผู้แต่งตั้งควรเป็นใครหรือมีที่มาอย่างไร และ เหตุผลที่ว่าทำไมการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาหรือตุลาการจึงต้องมั่นคงถาวรหรือดำรงตำแหน่ง ผู้พิพากษาอยู่เท่าที่ประพฤตินอนอยู่ในทำนองคลองธรรม แตกต่างกับคณะรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา ดังปรากฏในบทความเดียวกันว่า

“การยึดมั่นอย่างไม่คลอนแคลนและเป็นอย่างเดียวกันต่อสิทธิของรัฐธรรมนูญและของบุคคล ซึ่งเราได้เห็นมาแล้วว่าเป็นสิ่งที่ขาดเสียมิได้ในศาลสถิตยุติธรรมนั้น แน่นอนทีเดียวว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจ คาดหวังว่าจะพบได้ในผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ได้โดยการมอบหมายชั่วคราว การแต่งตั้งเป็นระยะๆ นั้น ไม่ว่าจะกำหนดไว้อย่างไร หรือจะให้ใครเป็นผู้แต่งตั้งก็ตามก็คงจะเป็นมหันตภัยไม่ทางใดทางหนึ่ง ต่อความเป็นอิสระอันจำเป็นของศาลเอง ถ้ามอบอำนาจในการแต่งตั้งให้แก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ก็จะเกิดมีอันตรายจากการโอนอ่อนอย่างไม่บังคับต่อฝ่ายที่ถืออำนาจนั้น แต่ถ้าให้อำนาจนั้นแก่ทั้งสองฝ่าย ก็จะเกิดมีความไม่เต็มใจที่จะเสี่ยงกับความไม่ชอบใจของทั้งสองฝ่าย และถ้ามอบอำนาจนั้นให้แก่ ประชาชนหรือแก่บุคคลที่ประชาชนเลือกมาเพื่อความมุ่งหมายในการนี้โดยเฉพาะ ก็มีความโน้มน้ำหนักำหนักถึงความนิยมของปวงชนมากเกินไปที่จะยืนยันในความถูกต้องของความเชื่อถือไว้วางใจที่ไม่มีอะไรคำนึงถึงได้นอกจากรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น

ยังมีเหตุผลที่มีน้ำหนักเพิ่มเติมอีกประการหนึ่งสำหรับความมั่นคงถาวรของตำแหน่งผู้พิพากษา ที่ทราบได้โดยพิจารณาจากธรรมชาติของคุณสมบัติของผู้พิพากษาที่พึงประสงค์บ่อยครั้งที่เดียวที่มีการตั้งข้อสังเกตกันอย่างเหมาะสมยิ่งว่า ประมวลกฎหมายอันมหิমানั้นเป็นข้อไม่สะดวกประการหนึ่งที่เชื่อมโยงอย่างเล็งไม่ได้กับประโยชน์ของการมีรัฐบาลเสรี เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงดุลพินิจตามอำเภอใจ ในศาล ก็จำเป็นที่ศาลจะต้องถูกผูกมัดด้วยกฎที่เคร่งครัดและขนบธรรมเนียมประเพณีที่มีมาก่อน ซึ่งช่วยกำหนดและชี้ถึงหน้าที่ของศาลในทุกคดีที่มีขึ้นมาและก็พร้อมที่จะให้เราได้มองเห็นได้ในทันที จากข้อโต้แย้งต่างๆ นานา ซึ่งเกิดมาจากความโง่เขลาและความชั่วร้ายของมนุษยชาติ ว่าบันทึก ขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านั้นจะต้องเพิ่มทวีขึ้นอย่างเล็งไม่ได้จนเป็นกองพะเนิน ที่จะต้องอาศัย การศึกษาอย่างอุตสาหะและยาวนานเพื่อที่จะมีความรู้อันชำรุดเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีเหล่านั้น ดังนั้นจึงเป็นไปได้ว่าจะมีคนในสังคมเพียงไม่กี่คนเท่านั้น ที่มีความชำนาญอย่างพอเพียงในทาง

กฎหมายที่จะทำให้เขาเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะที่จะเป็นผู้พิพากษา และเมื่อได้อนุมานอย่างเหมาะสมกับ ภาวะที่เสื่อมทรามลงตามปกติของชนชาติมนุษย์แล้ว จำนวนผู้ที่มีความสัตย์ซื่ออันจำเป็นและความรู้ ที่พึงประสงค์อยู่ร่วมกันในตัวคนคนเดียวได้นั้นยิ่งจะลดจำนวนคนลงอีก ข้อพิจารณาเหล่านี้บอกเราว่า รัฐบาลมีทางเลือกไม่มากนักระหว่างบุคคลผู้มีคุณลักษณะเหมาะสมและการให้ดำรงตำแหน่งชั่วคราว ซึ่งจะขัดขวางบุคคลเหล่านี้มิให้ละทิ้งแนวการประกอบอาชีพที่ร่ำรวยมายอมรับตำแหน่งผู้พิพากษา และมีแนวโน้มที่จะทิ้งขวางการบริหารความยุติธรรมให้อยู่ในมือของผู้ที่มีความสามารถน้อยกว่าและ มีคุณสมบัติดีกว่าในอันที่จะดำเนินการอย่างมีประโยชน์และอย่างมีศักดิ์ศรี ในสภาวะแวดล้อมปัจจุบัน ของประเทศนี้และในสภาวะแวดล้อมที่จะเป็นไปในอนาคตอันยาวนานที่จะมาถึง ความเสียหายอันเนื่อง มาจากเหตุผลนี้จะยิ่งใหญ่กว่าที่มันปรากฏให้เห็นครั้งแรก แต่ถึงกระนั้นก็ต้องยอมรับด้วยว่าความเสียหาย นี้ยังน้อยกว่ามาก เมื่อเทียบกับความเสียหายที่ปรากฏตัวเองให้เห็นภายใต้แง่มุมอื่นของเรื่องนี้

กล่าวโดยสรุปก็คือไม่มีช่องว่างที่จะให้สงสัยได้เลยว่าที่ประชุมได้กระทำไปอย่างฉลาดในการ ลอกแบบมาจากรูปแบบรัฐธรรมนูญซึ่งได้ตั้งให้ ความประพฤติที่อยู่ในทำนองคลองธรรม เป็นเงื่อนไข สำหรับระยะเวลาการดำรงอยู่ในตำแหน่งของผู้พิพากษา และเท่าที่จะสามารถดำเนินได้ในเรื่องนี้ แผนของ ที่ประชุมจะจบพร่องอย่างไม่อาจให้อภัยได้ ถ้าหากจะขาดลักษณะสำคัญของรัฐบาลที่ดีประการนี้ไป ประสพการณ์ของอังกฤษได้ให้ข้อสังเกตที่หน้าชมเชยว่าด้วยความวิเศษของสถาบันนี้”

เหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดเป็นหลักการของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา ๓ อนุมาตรา ๑ สั้น ๆ ว่า “.....และให้ผู้พิพากษาทั้งศาลสูงสุดและศาลชั้นรองอยู่ในตำแหน่ง ตราบเท่ายังเป็นผู้มีความประพฤติอยู่ในทำนองคลองธรรม” หลักการดังกล่าวมีที่มาจากประเทศอังกฤษ จากกฎหมายอังกฤษที่เรียกว่า THE ACT OF SETTLEMENT ปีพุทธศักราช ๒๒๔๔ อันมีผลให้ ศาลยุติธรรมของอังกฤษเป็นอิสระอย่างเต็มที่ในฐานะหรือสถาบันหนึ่งในการปกครองแบบผสม คือฝ่าย บริหาร (พระมหากษัตริย์) สภาสามัญ สภาขุนนาง และศาลยุติธรรม จากถ้อยคำภาษาละตินว่า Quamdiu se bene gesserit (as long as he shall behave himself)

พัฒนาการระบบศาลในประเทศอังกฤษมาจากประเพณีโบราณว่า ศาลยังมีได้ถือว่าเป็นศาลของ พระมหากษัตริย์ แต่เป็นศาลของราษฎร (FOLKMOOT) เสรีชนในท้องถิ่นทำหน้าที่เป็นโจทก์ (DOOMSMEN) ของศาล หน้าทีของพระมหากษัตริย์เป็นเพียงผู้พยายามทำให้กฎหมายหรือคำพิพากษา หรือคำสั่งศาลมีผลใช้บังคับได้ ต่อมาได้มีการตั้งศาลพิวคัลของเจ้าของที่ดิน และพระมหากษัตริย์ก็ทรงตั้ง ศาลหลวงของพระองค์ เพื่อประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่ราษฎร (FOUNTAIN OF JUSTICE) ในช่วงแรกๆ ศาลเหล่านี้เป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่งในการปกครองของพระมหากษัตริย์

โดยมีวิธีพิจารณาที่ก้าวหน้ากว่าศาลในระบบอื่นคือการพิจารณาด้วยระบบลูกขุน แต่เป็นระบบลูกขุนที่แตกต่างไปจากระบบลูกขุนในปัจจุบัน เป็นเพียงการหาเสรีชนมาร่วมทำงานเพื่อหาข้อเท็จจริงเท่านั้น ระบบตุลาการหรือศาลของพระมหากษัตริย์พยายามรวบรวมประเพณีและการปฏิบัติหน้าที่แตกต่างกันในแต่ละท้องถิ่น รวบรวมประมวลเป็นกฎหมายที่ใช้ร่วมกันหรือกฎหมายประเพณี (COMMON LAW) กฎหมายคอมมอนลอว์จึงเป็นกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลหลวง มิได้มาจากเจตนาของพระมหากษัตริย์เพียงอย่างเดียว ทำให้พัฒนาการที่ว่าพระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมายจึงเป็นไปได้ในเวลาต่อมา โดยในทางทฤษฎีนับแต่สมัยแองโกลแซกซอนโบราณและประเพณีปฏิบัติของชนเยอรมันทั่วไปถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้กฎหมาย หลักที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีอำนาจสูงสุด (The Common laws of England are supreme over king and Parliament Alike) มีมานานแล้ว แม้แต่พระเจ้าเฮนรี่ที่แปด (พุทธศักราช ๒๐๕๒ - ๒๐๕๐) กับพระนางเจ้าเอลิซาเบธ (พุทธศักราช ๒๑๐๑ ถึง ๒๑๔๖) ที่ทรงใช้อำนาจค่อนข้างเผด็จการ ก็มีได้ทรงคิดว่าพระองค์อยู่เหนือกฎหมายหรือเจตนาของพระมหากษัตริย์หรือพระราชประสงค์ของพระองค์แต่อย่างเดียวนั่นคือกฎหมาย

เมื่ออาชีพนักกฎหมายได้เติบโตเป็นอาชีพหนึ่งในช่วงคริสตศตวรรษที่ ๑๓ - ๑๔ พระมหากษัตริย์ก็ทรงแต่งตั้งผู้พิพากษาจากผู้มีอาชีพทางกฎหมายเท่านั้น ทำให้เกิดหน้าที่ของผู้พิพากษามุ่งอยู่แต่ด้านกฎหมายเป็นสำคัญ ไม่ได้มุ่งปฏิบัติตามพระราชประสงค์ของพระมหากษัตริย์ และได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่รักษากฎหมายไม่ว่าจะขัดแย้งต่อพระบรมราชโองการหรือไม่ ผลทำให้การใช้อำนาจของศาลเริ่มแยกเป็นอิสระจากพระมหากษัตริย์ มิได้เป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหาร แม้ว่าในช่วงหลังคริสตศตวรรษที่ ๑๗ จะมีแนวโน้มเสื่อมลงก็ตาม

การต่อต้านการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์เข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจนกระทั่งเกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นครั้งใหญ่ก็คือความขัดแย้งกันระหว่างพระเจ้าเจมส์ที่ ๑ กับเซอร์เอ็ดเวิร์ด โค้ก แม้จุดจบจะอยู่ที่เซอร์เอ็ดเวิร์ด โค้ก ถูกปลดออกก็ตาม แต่ผลก็คือเมื่อพระเจ้าเจมส์ที่ ๑ ทรงประทับฟังคดีเพียงไม่กี่คดีก็ทรงรำพึงว่า “เมื่อฟังคำให้การข้างเดียว ข้าฯ พอละรู้เรื่องแต่เมื่อฟังทั้งสองฝ่ายแล้ว ข้าฯ ก็ปวดหัวเพราะไม่รู้ว่าจะฟังฝ่ายไหนเป็นฝ่ายถูก” ทรงยอมรับว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ต้องร่ำเรียนศึกษาเป็นพิเศษและทรงเลิกฟังการพิจารณาคดีอีก รายละเอียดปรากฏในเรื่อง “เมื่อประมุขตุลาการเผชิญหน้ากับกษัตริย์ : กรณี Sir Edward Coke” ในหนังสือประชาธิปไตยกับชนชั้นกลางของ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์

ผลการปลดเซอร์เอ็ดเวิร์ด โค้ก ออกจากตำแหน่ง กลับนำผลร้ายมาสู่ราชวงศ์เพราะเซอร์เอ็ดเวิร์ด โค้ก กลับได้รับการสนับสนุนในสภาสามัญมากขึ้น และอิทธิพลงานเขียนของเขายังคงมี

ต่อมาแม้ภายหลังราชวงศ์สจวร์ตหมดอำนาจไปแล้ว และหลังจากนั้นพระมหากษัตริย์ของอังกฤษก็มีได้ร่วมพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอีกต่อไป แต่ผลในช่วงนั้นมีเพียงยอมรับกันว่าอำนาจสูงสุดของกฎหมายจารีตประเพณีไม่เป็นที่สงสัยอีกต่อไป แต่ผู้พิพากษายังคงเป็นข้าราชการของพระมหากษัตริย์อยู่ จึงอาจถูกปลดออกจากตำแหน่งได้ตามพระราชอัธยาศัย ดังเช่นในสมัยพระเจ้าชาลส์ที่ ๑ (พุทธศักราช ๒๑๖๘ ถึง ๒๑๘๒) ทรงหาวิธีการหาเงินเข้าท้องพระคลังโดยวิธีการบังคับกู้เงินจากราษฎร หากคนจนไม่ยอมก็จะถูกบังคับให้มาเป็นทหารและส่งทหารเข้าไปอาศัยอยู่ในบ้าน คนรวยจะถูกหมายของสภาองคมนตรีจับกุมและคุมขังไว้จนกว่าจะยอมถวายเงินกู้ แต่พวกผู้พิพากษาไม่ยอมรับความถูกต้องดังกล่าวว่าเป็นการถูกต้องตามกฎหมาย ผลก็คือผู้พิพากษาหัวหน้าศาลครุว์ (CREWE) ก็ถูกปลดจากตำแหน่งเช่นเดียวกับโค๊ก

จนกระทั่งมีปัญหาที่ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีตามพระทัยของพระมหากษัตริย์ เพราะพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่ง ทำให้เกิดผลร้ายตามมาแก่การปกครองประเทศและประชาชนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากศาลมากมาย ในที่สุดรัฐสภาจึงออกกฎหมายที่เรียกว่า THE ACT OF SETTLEMENT ปีพุทธศักราช ๒๒๔๔ ออกมาโดยบัญญัติประการหนึ่งว่า ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่มีความประพฤติดี และแม้ว่าผู้พิพากษาจะได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา แต่พระมหากษัตริย์จะมีพระบรมราชโองการปลดผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาร่วมกันทูลเกล้า ฯ ถวายคำแนะนำว่าสมควรจะปลดผู้พิพากษาคคนนั้นออกจากตำแหน่ง เพราะประพฤติมิชอบ อันทำให้ศาลมีอิสระทั้งในฐานะองค์กรและฐานะบุคคลปราศจากการก้าวก่ายแทรกแซงจากอิทธิพลภายนอกได้ เพราะการปลดหรือถอดถอนด้วยวิธีการนี้ ต้องใช้อำนาจทั้งของสภาสามัญ สภาขุนนาง และพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์พร้อมกัน ทำให้ผู้พิพากษาไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะถูกกลั่นแกล้งได้อีกต่อไป ศาลจึงเป็นอิสระที่จะดำเนินการไปตามอำนาจหน้าที่ที่ถูกต้องของตน โดยไม่ต้องเกรงใจหรือเอาใจผู้ใด ไม่ว่าจะเป็นเสนาบดีหรือสภา นอกจากพระมหากษัตริย์เพราะพระองค์ทรงเป็นแหล่งแห่งความยุติธรรม และไม่อาจใช้ความยุติธรรมแก่พระองค์เอง พระมหากษัตริย์จึงไม่อาจถือว่าการทำผิดต่อกฎหมายได้ (The King can do no wrong) แต่ข้าราชการของพระองค์เป็นผู้กระทำการนั้นเท่านั้นที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ และด้วยกระบวนการเช่นนี้ทำให้สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองได้รับความคุ้มครองที่เข้มแข็งที่สุดอย่างไม่เคยมีมาก่อน เพราะเป็นการคุ้มครองจากกฎหมาย ซึ่งมีศาลสถิตยุติธรรมเป็นผู้บังคับให้เกิดผล

ตามแนวความคิดของเดวิด ฮูม (DAVID HUME พุทธศักราช ๒๒๕๔ - ๒๓๑๕) กล่าวพอสรุปได้ว่าการปกครองในระบบรัฐสภาของอังกฤษภายหลังปีพุทธศักราช ๒๒๓๑ ต้องเผชิญอันตราย

จาก ๒ ด้านตรงข้ามกันคือ อันตรายที่เกิดจากราชของฝ่ายบริหารซึ่งมีอำนาจมากเกินไป และอันตรายจากสถานะชะงักงันของฝ่ายบริหารอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจอิสระมากเกินไปของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยตามความเห็นของนักประวัติศาสตร์แบบประเพณีนิยมว่า สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและรัฐสภาปัจจุบันมิใช่เป็นผลมาจากแนวความคิดเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ แต่เป็นผลมาจากระบบฟิวด์ลในสมัยกลาง มิได้มีผลมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับความเสมอภาค ในประเทศอังกฤษเป็นผลมาจากความคิดเกี่ยวกับอภิสิทธิ์ ที่ว่าหลักการที่เป็นรากฐานแห่งสิทธิและเสรีภาพ เช่น มหากฎบัตร (MAGNA CARTA) รัฐธรรมนูญและสภา เกิดมาจากแนวความคิดของพวกเจ้าและขุนนางสมัยกลาง ต่อสู้ด้วยความเห็นแก่ตน นั่นคือสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลตามประวัติศาสตร์แล้วเป็นการต่อสู้กันระหว่างพระราช ๒ ด้านที่อยู่ตรงข้ามกัน คือพระราชของฝ่ายบริหาร(พระมหากษัตริย์) กับพระราชของมวลชน (สภา) ทำให้มีการพัฒนาจากสิทธิเสรีภาพของกลุ่มอภิสิทธิ์ชนมาเป็นสิทธิเสรีภาพสากลในเวลาต่อมา

สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะเกิดเป็นผลได้จึงต้องอยู่ในความพอดีระหว่างการใช้อำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีศาลเป็นผู้คุ้มครองบังคับให้เกิดผลเป็นรูปธรรม ในขณะเดียวกัน หากศาลถูกก้าวล่วงแทรกแซงกดดันครอบงำได้เสียแล้ว ศาลก็จะกลายเป็นพลังที่มองเดสกีเออเรียกว่า “พลังของผู้กดขี่” หรืออำนาจที่ร้ายกาจที่สุดของมวลมนุษยชาติตามแนวความคิดของพวกเฟเดอรัลลิสต์

รูปการปกครองหรือระบบหรือโครงสร้างการปกครองของประเทศอังกฤษนับแต่การปฏิวัติในพุทธศักราช ๒๒๓๑ - ๒๒๓๒ ส่งผลต่อมาถึงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๘ คือการปกครองแบบผสมหรือแบบหุ้นส่วนกันระหว่างพระมหากษัตริย์ สภาขุนนาง สภาสามัญ และศาลหรือกฎหมายจารีตประเพณีต่างฝ่ายต่างมีปริมณฑลของตน และอยู่ร่วมกันหรือเชื่อมโยงด้วยกลไกของการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจกัน รูปการปกครองหรือระบบหรือโครงสร้างการปกครองแบบนี้ไม่ได้รับการเปลี่ยนแปลงในขั้นพื้นฐานอีกเลย มีแต่ปรับความสัมพันธ์และจัดวางกลไกหรือมาตรการบางอย่างให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพความเปลี่ยนแปลงที่ตามมาเท่านั้น รูปแบบเช่นนี้เองที่เป็นผลต่อมาต่องานเขียนของมองเดสกีเออและการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลและผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคืออย่างสมบูรณ์ตาม THE ACT OF SETTLEMENT เฉพาะผู้พิพากษาในกลุ่ม THE SUPREME COURT OF JUDICATURE ตาม THE SUPREME COURT OF JUDICATURE ACTS ปีพุทธศักราช ๒๔๑๖ - ๒๔๑๘ กับศาลสภาขุนนางเท่านั้น หรือผู้พิพากษาศาลสูงสุดและผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เท่านั้น สำหรับผู้พิพากษาศาลจังหวัดและผู้พิพากษาศาลแขวงอาจถูกปลดหรือถอดถอนจากตำแหน่ง เพราะหย่อน

สมรรถภาพในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตุลาการหรือประพฤติดนโดยมิชอบได้ โดยเป็นอำนาจของ ลอร์ดชานเซลเลอร์หรือประธานศาลสูงสุด แต่ในทางปฏิบัติประธานศาลสูงสุดจะถอดถอนผู้พิพากษา ทั้งสองประเภทก็ต่อเมื่อต้องคำพิพากษาคดีถึงที่สุดให้ลงโทษทางอาญาในความผิดที่ร้ายแรงพอสมควร เท่านั้น มิใช่ใช้อำนาจโดยพร่ำเพรื่อปราศจากหลักการหรือกฎเกณฑ์แต่อย่างใด

ทั้งตามหลักคอมมอนลอว์ การดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีต่างๆ ของผู้พิพากษา ก็ทำนองเดียวกับสมาชิกสภาทั้งสองและฝ่ายบริหารระดับสูง จะถูกฟ้องร้องต่อศาลฐานละเมิดเนื่องจากการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ หลักกฎหมาย ดังกล่าวมิได้มุ่งประสงค์หรือมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มกันแก่ผู้พิพากษา หากแต่จะคุ้มครองประโยชน์ สาธารณะโดยให้ออกาสแก่ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยอิสระปราศจากอิทธิพลใดๆ หรือ ปลอดภัยจากความพยายามกดดันครอบงำไม่ว่าจากบุคคลใดๆ ทั้งสิ้น แม้ผู้พิพากษานั้นจะได้ปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจเกินขอบอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีใดๆ ไปบ้าง ผู้พิพากษาคคนนั้นก็ไม้อาจ ถูกฟ้องร้องได้เช่นกัน ถ้าปรากฏว่าผู้พิพากษาคคนนั้นมีความยึดมั่นในอำนาจหน้าที่ของตน ตรงกันข้าม ถ้าผู้พิพากษาปฏิบัติไม่ยอมพิจารณาพิพากษาคดีต่างหากที่จะไม่ได้รับความคุ้มกันตามกฎหมาย

ศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษโดยเฉพาะศาลฎีกาขุนนางหรือศาลสูงสุดและศาลอุทธรณ์หรือ กลุ่มศาล THE SUPREME COURT OF JUDICATURES จะจัดวางระเบียบวิธีพิจารณาความในศาล ขึ้นเอง โดยวิธีพิจารณาความที่ศาลได้วางไว้ใช้ตาม THE COMMON LAW PROCEDURE ACTS พุทธศักราช ๒๓๕๕ - ๒๔๐๓ โดยเฉพาะที่วางไว้ในปีพุทธศักราช ๒๓๕๕ กำหนดวิธีพิจารณาความ เสียใหม่ ยกเลิกวิธีพิจารณาความเก่าที่ยุ่งยากและสลับซับซ้อนไปเกือบสิ้นเชิง ทำให้สามารถรักษาสติ ของบุคคลตามกฎหมาย สารบัญญัติได้ดีขึ้นกว่าเดิม โดยมีตั้งขึ้นอยู่กับกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่ง กฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นเพียงส่วนประกอบของกฎหมายสารบัญญัติที่เป็นกฎหมายส่วนประธานไป

ประเทศอังกฤษจึงถือได้ว่าเป็นต้นฉบับของหลักการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลว่า ผู้พิพากษาต้องเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการปฏิบัติหน้าที่ประสิทธิประสาทความยุติธรรมแก่ประชาชน โดยปราศจากอำนาจหรืออิทธิพลอันมิชอบอันใดมาก้าวก่ายแทรกแซงกดดันครอบงำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือตัวความ เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญ เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ศาลจึงเป็นที่พึ่ง แห่หลังสุดท้ายของประชาชน ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล คำพิพากษาหรือคำสั่ง ของศาลอังกฤษจึงถือได้ว่าเป็นที่มาแห่งหลักประกันอันสำคัญยิ่งเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของ ปัจเจกบุคคล

ด้วยเหตุนี้สถานะของศาลสถิตยุติธรรมของอังกฤษและคำพิพากษาของศาลสถิตยุติธรรมของอังกฤษ จึงมีความสำคัญยิ่งกว่าสถานะของศาลหรือคำพิพากษาของศาลในประเทศอื่นของยุโรป หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกิดจากหลักคอมมอนลอว์เป็นส่วนใหญ่ ทำให้พัฒนาการของอำนาจที่สามหรืออำนาจตุลาการหรือความเป็นอิสระของศาลสถิตยุติธรรมเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษก่อนประเทศใด และมีสถานะกับอำนาจที่มั่นคงทั้งมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานก่อนถึงยุคมองเตสกิเออเสียอีกแต่อาจจะยังเป็นเวลาก่อนหน้าไม่นานนัก ทั้งการต่อสู้ระหว่างอำนาจฝ่ายบริหาร กับผู้พิพากษาไม่ถึงขั้นเป็นสงครามกลางเมือง และจุดจบของการต่อสู้ก็ได้แก่ผู้พิพากษาถูกปลดอันเป็นความสูญเสียในแง่บุคคล แม้จะก่อให้เกิดผลร้ายตามมาที่จะเกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในวงกว้างก็ตาม ความเสียหายนี้ก็มีปรากฏไม่ชัดเจนและใช้เวลานาน จึงทำให้พัฒนาการความเป็นอิสระและสถานะองค์กรสำคัญหรือองค์กรหลักแห่งการปกครองประเทศไม่ค่อยเป็นที่สังเกตแก่บุคคลทั่วไป จนกระทั่งมองเตสกิเออหยิบยกขึ้นมากล่าว โดยที่มองเตสกิเออก็ได้เข้าใจลักษณะและสถานะแห่งองค์กรและการใช้อำนาจของศาลยุติธรรมของอังกฤษมากนักก็ตาม

หลักความเป็นอิสระของศาลสถิตยุติธรรมและผู้พิพากษารวมกัน จึงทำให้เกิดสถานะแห่งอำนาจที่สามของฝ่ายศาลหรือตุลาการ และเป็นหลักของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประเทศจะต้องมีบทบัญญัตินี้ มิฉะนั้นถือไม่ได้ว่ามีหลักประกันความเสมอภาคทางกฎหมายและความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญอื่นๆ ก็เหมือนกับบทบัญญัติที่ว่างเปล่า ปราศจากอำนาจหรือสภาพบังคับให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่เกี่ยวกับการศาลของอังกฤษนับแต่ความเป็นอิสระในแง่องค์กรจนกระทั่งจุดสุดท้ายความเป็นอิสระในแง่ผู้พิพากษาหรือตัวบุคคลโดย THE ACT OF SETTLEMENT ปีพุทธศักราช ๒๒๔๔ ถือได้ว่ามีคุณค่าอย่างยิ่งต่อการปกครองประเทศและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่

ผลที่ตามมาของ THE ACT OF SETTLEMENT ก็คือมีการกำหนดเงินเดือนของผู้พิพากษาศาลอังกฤษเป็นเงินเดือนที่มีอัตราสูงสุดเมื่อเปรียบเทียบกับอัตราเงินของข้าราชการอังกฤษฝ่ายอื่น เพื่อมิให้ผู้พิพากษาคงอยู่ในเงื้อมมือหรือภายใต้อิทธิพลทางการเมืองใด และมีให้ต้องวิตกในเรื่องการเงิน โดยจะมีการปรับปรุงใหม่เป็นครั้งคราว เพื่อให้เหมาะสมกับสถานะความเป็นอยู่และค่าของเงินแต่ละสมัย ทั้งนี้ เงินเดือนของผู้พิพากษาอังกฤษจะมีการกำหนดไว้ตายตัว ไม่มีการขึ้นเงินเดือน ไม่มีการเลื่อนขั้น เลื่อนชั้น เลื่อนตามตำแหน่ง เพื่อมิให้เกิดการใช้อิทธิพลตามมากับการเลื่อนขั้น เลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่งได้ ในระบบศาลอังกฤษถือว่าการที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะพิจารณา

พิพากษาอรรถคดีได้โดยอิสระได้ก็ต่อเมื่อไม่มีความกังวลหรือห่วงใยเกี่ยวกับเรื่องเงินเดือนตลอดการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษตลอดชีวิตของผู้พิพากษานั้น

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับรองหลักการนี้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้มาตรา ๓ อนุมาตรา ๑ ว่า “.....และให้ได้รับค่าทดแทนในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้กำหนดไว้ในเวลาหนึ่งๆ โดยจะถูกตัดทอนลดลงในระหว่างที่ยังดำรงตำแหน่งอยู่ไม่ได้” ซึ่งหลักการดังกล่าวก็สอดคล้องกับของประเทศอังกฤษโดยใช้มาตรการหนึ่งเพื่อปกป้องความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากบทความหมายเลข ๗๕ ของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ เอกสารความคิดทางการเมืองอเมริกัน โดยนายสมบัติ จันทรวงศ์ กับคณะผู้แปล ดังนี้

“ถัดจากเรื่องความคงทนถาวรในการดำรงตำแหน่งแล้ว ก็ไม่มีอะไรอื่นอีกที่จะสนับสนุนความเป็นอิสระของศาลได้มากเกินไปกว่าข้อกำหนดที่แน่นอนเกี่ยวกับเงินค่าตอบแทนของพวกเขา ข้อสังเกตที่ได้เคยกระทำไว้ในกรณีของประธานาธิบดีนั้นอาจนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้พอๆ กัน ในวิถีโดยทั่วไปของธรรมชาติมนุษย์นั้น อำนาจเหนือการครองชีพของเขานั้นก็เท่ากับเป็นอำนาจเหนือเจตจำนงของเขาด้วย และเราก็คงไม่อาจหวังที่จะได้เห็นการนำเอาเรื่องการแบ่งแยกอำนาจศาลจากอำนาจนิติบัญญัติไปปฏิบัติอย่างสมบูรณ์ได้เลยในระบบใดก็ตามซึ่งปล่อยให้ฝ่ายแรกต้องขึ้นอยู่กับการอนุมัติในเรื่องเงินตอบแทนเป็นครั้งคราวโดยฝ่ายหลัง มิตรผู้รอบรู้ของรัฐบาลที่ดีในทุกรัฐได้เคยพบเห็นสาเหตุแห่งความเสียหายที่เนื่องมาจากการขาดมาตรการที่ชัดเจนและแน่นอนรัฐธรรมนูญของรัฐในเรื่องนี้มาแล้ว บางคนถึงกับประกาศว่าควรที่จะต้องจัดตั้งอัตราเงินเดือนคงที่สำหรับผู้พิพากษาขึ้น แต่ในบางกรณีการทดลองก็ได้แสดงว่าข้อกำหนดดังกล่าวยังเจาะจงไม่เพียงพอที่จะชัดเจนการหลีกเลี่ยงของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นที่ประจักษ์ชัดว่าอะไรสักอย่างที่ชัดเจนและแน่นอนอย่างไม่ต้องสงสัยยิ่งกว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมีด้วย แผนการของที่ประชุมได้กำหนดให้ผู้พิพากษาของสหรัฐ “ให้ได้รับค่าทดแทนในการปฏิบัติหน้าที่ ตามที่กำหนดไว้ในเวลาหนึ่ง โดยจะถูกตัดทอนลดลงในระหว่างที่ยังดำรงตำแหน่งอยู่ไม่ได้”

เมื่อพิจารณาถึงกรณีแวดล้อมทั้งหมดนี้แล้วจะเห็นได้ว่าข้อนี้เป็นมาตรการที่เหมาะสมที่สุดที่อาจจะคิดขึ้นมาได้ ย่อมจะเป็นที่เข้าใจกันดีแล้วว่าการขึ้นๆ ลงๆ ของค่าเงินและของสภาวะของสังคมนั้น ทำให้อัตราค่าตอบแทนที่กำหนดไว้คงที่ในรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ สิ่งในวันนี้ดูเป็นของฟุ่มเฟือยนั้นในอีกครึ่งศตวรรษอาจกลับกลายเป็นของแร้นแค้นและไม่เพียงพอไปก็ได้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นจะต้องปล่อยให้เป็นเรื่องของดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะปรับค่าตอบแทนของผู้พิพากษา

ให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ กระนั้นก็ตามยังจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่จะไม่ปล่อยให้ฝ่ายนั้นมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของบุคคลให้เร็วลง เมื่อนั้นบุคคลก็จะมั่นใจในพื้นฐานที่เขา ยืนอยู่ และจะไม่อาจถูกกันไปจากหน้าที่ด้วยความกลัวว่ากำลังจะถูกปล่อยให้เข้าสู่ภาวะการที่เหมาะสม น้อยลงกว่าเดิม วรรคที่เพิ่งยกอ้างมานี้รวมเอาข้อดีทั้งคู่เข้าไว้ด้วยกัน เงินเดือนของตำแหน่งผู้พิพากษา อาจเปลี่ยนแปลงไปบ้างเท่าที่โอกาสจะเรียกร้อง แต่จะต้องไม่น้อยกว่าอัตราเงินเดือนใดๆ ที่ผู้พิพากษา นั้นเข้ามารับตำแหน่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าที่ประชุมได้พูดถึงข้อแตกต่างระหว่างค่าตอบแทนสำหรับ ประธานาธิบดีและค่าตอบแทนสำหรับผู้พิพากษา ค่าตอบแทนของรายแรกนั้นไม่อาจเพิ่มหรือลดลง ได้เลย ค่าตอบแทนของรายหลังนั้นเพียงแต่ไม่สามารถจะถูกลดลงได้เท่านั้น ข้อแตกต่างนี้อาจเนื่อง มาจากข้อแตกต่างของระยะเวลาของตำแหน่งทั้งสอง เนื่องจากประธานาธิบดีได้รับเลือกให้เข้า ดำรงตำแหน่งไม่มากกว่าสี่ปี จึงยากที่อัตราเงินเดือนอันพอเหมาะซึ่งได้กำหนดไว้ในขณะแรกเริ่มเข้ามา ดำรงตำแหน่งนั้นจะไม่ใช่เงินเดือนที่พอเหมาะไปจนกระทั่งสิ้นสุดวาระ แต่สำหรับผู้พิพากษา ผู้ซึ่งถ้าหากประพฤติตัวเหมาะสมก็จะได้รับการยินยอมให้อยู่ในตำแหน่งได้ตลอดชีวิตนั้น อาจเป็นไปได้ ว่าค่าตอบแทนที่ดูเพียงพอเมื่อแรกเริ่มเข้ารับตำแหน่งนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระยะแรกๆ ของรัฐบาล อาจจะถูกเป็นค่าตอบแทนที่น้อยเกินไปเมื่ออยู่ทำหน้าที่ไปนาน ๆ เข้า

ข้อกำหนดที่ว่าด้วยค่าตอบแทนของผู้พิพากษานี้ทรงไว้ซึ่งลักษณะของความสุ่มรอบคอบ และประสิทธิภาพ และอาจยืนยันได้อย่างปลอดภัยว่ามาตรการนี้บวกกับการอยู่ในตำแหน่งอย่างถาวร ของผู้พิพากษาแล้ว จะเป็นสิ่งที่ให้โอกาสในเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ดีกว่ามาตรการใดๆ ที่จะหาพบได้ในรัฐธรรมนูญของรัฐใดรัฐหนึ่งในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องของผู้พิพากษาของรัฐนั้น ๆ

มาตรการป้องกันไว้ล่วงหน้าสิ่งเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้พิพากษานั้นก็มีประมวลอยู่ใน มาตรการที่เกี่ยวกับการป้องกันจากตำแหน่งผู้พิพากษาอาจถูกสภาผู้แทนราษฎรฟ้องขับฐานประพฤติชั่ว และถูกวุฒิสภาพิจารณาคดี และหากถูกตัดสินว่าผิดจริงก็อาจจะถูกปลดออกจากตำแหน่งพร้อมกับ ถูกระบุให้เป็นบุคคลที่ไม่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งอื่นๆ ใดได้อีก นี่เป็นมาตรการเดียวในเรื่องนี้ ที่สอดคล้องกับความเป็นอิสระอันจำเป็นสำหรับคุณลักษณะผู้พิพากษาและเป็นมาตรการเดียวที่เรา จะพบได้ในรัฐธรรมนูญของเราในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องผู้พิพากษาของเราเอง

การขาดมาตรการเพื่อปลดผู้พิพากษาด้วยสาเหตุเป็นผู้ไร้สมรรถภาพนั้นเป็นหัวข้อหนึ่ง ที่บั่นกันอยู่ แต่ผู้ที่มีวิจรรย์ญาณทั้งหลายย่อมจะเข้าใจได้ว่า มาตรการทำนองนั้นคงจะไม่สามารถนำไป ปฏิบัติได้ หรือหากนำไปปฏิบัติก็น่าจะถูกนำไปใช้ในทางมิชอบยิ่งกว่าที่จะใช้ไปโดยคาดคิดว่าจะตอบ สนองต่อวัตถุประสงค์ที่ดีอันใดได้ ข้าพเจ้าเชื่อว่าการวัดสมรรถภาพของจิตใจนั้นยังไม่อาจอยู่ในสารบบ

แห่งความรู้ทั้งหลายได้ ความพยายามที่จะกำหนดลงไปตายตัวถึงเขตแบ่งระหว่างความมีสมรรถภาพ และความไร้สมรรถภาพจะเปิดโอกาสให้แก่ความชอบพอกันเป็นส่วนตัว หรือการเห็นแก่พวกพ้อง และความเป็นปฏิปักษ์กันได้อบอวยยิ่งกว่าที่จะช่วยจรโลงผลประโยชน์แห่งความยุติธรรมหรือ คุณประโยชน์ของส่วนรวมผลลัพธ์ส่วนใหญ่ยกเว้นกรณีวิกฤตจริต คงจะเป็นเรื่องของการกระทำตาม อำเภอใจ และความวิตกจริตที่ไม่ได้มีมาตรการเป็นทางการหรือเปิดเผยนั้นก็อาจถือว่าเป็นการขาด คุณสมบัติอย่างแท้จริงได้โดยตลอดภัย

เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการไต่สวนที่อาจจะคลุมเครือและมีอันตรายนี้ รัฐธรรมนูญของนิวเจอร์ซีย์ได้ ถือเอาช่วงอายุหนึ่งเป็นมาตรการวัดความไร้สมรรถภาพ ใครจะเป็นผู้พิพากษาเมื่อมีอายุเกินหกสิบปีไม่ได้ ข้าพเจ้าเชื่อว่าคงมีไม่กี่คนในปัจจุบันนี้ที่จะยอมรับมาตรการนี้ ไม่มีตำแหน่งใดที่เรื่องอายุจะมีส่วน สัมพันธ์อย่างเหมาะสมน้อยไปกว่าตำแหน่งผู้พิพากษา โดยทั่วไปนั้นความสามารถในการไต่ตรอง และเปรียบเทียบยังคงมีกำลังวังชาอีกมากแม้อายุจะเลยระดับนั้นแล้วในรายที่อายุเกินนั้น และเมื่อเรา พิจารณาเพิ่มเติมจากกรณีแวดล้อมนี้ว่าจะมีสักกี่คนกันที่จะอายุเกินความแข็งแกร่งทางปัญญา และจะเป็น ไปได้น้อยมากสักเพียงใดที่สัดส่วนของจำนวนคณะผู้พิพากษาไม่ว่าจะมีจำนวนมากหรือน้อยอย่างไร ก็ตามที่จะตกอยู่ในสถานะเช่นนั้นในเวลาพร้อมกัน เราก็คงพร้อมที่จะสรุปว่า ข้อจำกัดทำนองนี้ มีเหตุผลน้อยมากที่จะสนับสนุนได้ในมหาชนรัฐที่ความมั่นคงไม่มากนักและเบี้ยบานาญก็ไม่พอเหมาะนั้น การปลดบุคคลออกจากตำแหน่งที่เขาได้รับใช้ชาติมานานอย่างมีประโยชน์ จากตำแหน่งที่เขาอาศัย ดำรงชีวิตและเป็นเวลาสายเกินกว่าที่จะหันไปหาอาชีพอื่นเพื่อการดำรงชีวิตแล้ว น่าจะมีเหตุผลแก้ตัว ที่ดีกว่านี้สำหรับมนุษยชาติ ยิ่งกว่าข้อจินตนาการถึงอันตรายจากการมีคณะผู้พิพากษาชราๆ เท่านั้น”

ฝ่ายตุลาการจะต้องได้รับการปกป้องแต่ไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะไปรุกร้าอำนาจฝ่ายอื่น โดยเฉพาะอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งคงแยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ ไม่อาจให้เข้ามา เกี่ยวข้องกับศาลอย่างเช่นศาลสภาขุนนางของอังกฤษได้ ดังปรากฏหลักการและคำอธิบายในบทความ หมายเลข ๘๑ ของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ในหนังสือเดอะเฟเดอรัลลิสต์เปเปอร์ เอกสาร ความคิดทางการเมืองอเมริกัน โดยนายสมบัติ จันทรวงศ์ กับคณะผู้แปลว่า

“.....แต่บางที่อาจคิดกันไปว่าอำนาจของข้อคัดค้านนั้นอยู่ที่การจัดองค์กรเฉพาะของศาล สูงสุดตามที่เสนอกันมา คือในการที่ศาลสูงสุดนี้ประกอบขึ้นมาจากคณะผู้พิพากษาที่แยกออกเป็น เอกเทศ แทนที่จะเป็นสาขาหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างที่เป็นอยู่ในรัฐบาลของอังกฤษและอย่างของ รัฐนี้ เพื่อที่จะยืนยันในประเด็นนี้ ผู้ที่เป็นเจ้าของข้อคัดค้านจะต้องปฏิเสธความหมายที่พวกเขาได้ เพียรพยายามที่จะผนวกเข้ากับหลักการอันน่ายกย่องที่เรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจออกจากกัน

อย่างไรก็ดีก็คงจะเป็นที่ยอมรับสำหรับคนเหล่านั้นอย่างสอดคล้องกับการตีความที่ได้ให้ไว้แก่หลักการนั้น ตลอดมาในการเขียนบทความเหล่านี้ ว่าหลักการนั้นไม่ได้ถูกละเมิดโดยการมอบหมายอำนาจสูงสุดในการพิพากษาให้แก่ส่วนหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติแต่ถึงแม้ว่านี่จะไม่ใช่การละเมิดกฎอันประเสริฐนั้นอย่างเด็ดขาด กระนั้นก็ตามก็จวนเจียนเสียจนลำพังกรณีนี้ก็เกือบจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมน้อยกว่าแบบที่ที่ประชุมเห็นด้วย เราแทบจะไม่อาจคาดหวังได้เลยว่าองค์กรที่มีตัวแทนบางส่วนร่วมอยู่ในการอนุมัติกฎหมายใดๆ ออกมาจะมีแนวโน้มที่จะบรรเทาและผ่อนปรนกฎหมายเหล่านั้นเมื่อนำไปบังคับใช้ ความรู้สึกเดียวกันที่ได้เคยมีบทบาทในการออกกฎหมายนั้นมักจะมีบทบาทในการตีความกฎหมาย และยังคาดหวังได้น้อยลงไปอีกว่าพวกที่ได้ละเมิดรัฐธรรมนูญในฐานะสมาชิกสภานิติบัญญัติ จะมีความโน้มเอียงที่จะแก้ไขการละเมิดดังกล่าวในฐานะที่เป็นผู้พิพากษา เท่านั้นยังไม่หมด เหตุผลทั้งหลายที่สนับสนุนให้ระบอบการดำรงตำแหน่งสำหรับผู้พิพากษาต้องขึ้นกับการมีความประพฤติอยู่ในทำนองคลองธรรมนั้น ล้วนต่อต้านการมอบอำนาจตุลาการในฐานะเป็นที่พึงสุดท้ายให้แก่องค์กรที่ประกอบด้วยคนที่เลือกมาให้ดำรงตำแหน่งชั่วคราวจำกัด เป็นเรื่องเหลวไหลที่จะมอบการตัดสินใจในกรณีแรกให้แก่ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งอย่างถาวรและในกรณีหลัง แก่ผู้พิพากษาที่ดำรงตำแหน่งชั่วคราวและมีรากฐานที่ไม่แน่นอน และยังเหลวไหลหนักเข้าไปอีกที่จะกำหนดให้คำวินิจฉัยของบุคคลที่ถูกเลือกสรรมาเพราะความรู้ความสามารถในทางกฎหมายอันได้มาโดยการศึกษาที่ยาวนานและเหนื่อยยากต้องไปขึ้นอยู่กับาทบทวนและควบคุมของบุคคลซึ่งเนื่องจากไม่มีคุณสมบัติเหล่านี้ จึงไม่อาจเป็นอะไรได้นอกจากผู้ที่บกพร่องในทางความรู้เหล่านั้น สมาชิกสภานิติบัญญัตินั้นมีน้อยรายนักที่จะได้รับเลือกมาเพราะเห็นแก่คุณสมบัติเหล่านั้น ซึ่งทำให้บุคคลเหมาะที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา และด้วยเหตุผลนี้จึงมีเหตุผลหนักแน่นที่จะคาดคะเนได้ถึงผลไม่ดีที่จะติดตามมาจากข้อมูลที่ไม่สมบูรณ์และเนื่องจากความโน้มเอียงโดยธรรมชาติขององค์กรเช่นนั้นที่จะแบ่งแยกเป็นฝักเป็นฝ่ายดังนั้นจึงมีเหตุผลไม่น้อยเลยที่จะวิตกว่าความแตกแยกอย่างร้ายแรงของกลุ่มเฉพาะต่างๆ นั้นอาจเป็นพิษต่อสายธารแห่งความยุติธรรมได้ ความเคยชินของการถูกจัดให้อยู่ฝ่ายตรงข้ามกันอยู่เสมอมักจะปิดปากเสียงของทั้งกฎหมายและหลักความยุติธรรม

ข้อพิจารณาเหล่านี้สอนให้เรายกย่องสรรเสริญภูมิปัญญาของรัฐต่างๆ ที่ได้กำหนดให้อำนาจตุลาการในฐานะที่พึงสุดท้าย มิใช่อยู่กับส่วนหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติหากแต่ให้อยู่กับคณะบุคคลที่เป็นอิสระและเป็นเอกเทศ ในทางตรงกันข้ามกับข้อสมมุติฐานของบรรดาผู้ที่เสนอแผนการของที่ประชุมว่าเป็นสิ่งแปลกใหม่และไม่เคยมีมาก่อน นี่กลับเป็นแต่เพียงภาพจำลองของรัฐธรรมนูญของนิวแฮมป์เชียร์ แมสซาชูเซตส์ เพนซิลเวเนีย เดลาแวร์ แมริแลนด์ เวอร์จิเนีย นอร์ทแคโรไลนา เซาท์แคโรไลนา และจอร์เจีย และการเลือกแบบอย่างเหล่านี้เป็นสิ่งที่ต้องยกย่องไว้เป็นอย่างสูง

ในประการที่สอง ไม่เป็นความจริงที่ว่ารัฐสภาของอังกฤษหรือฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐต่างๆ สามารถแก้ไขคำตัดสินที่อาจโต้แย้งได้ของศาลของตนในความหมายอื่นใดนอกเหนือไปกว่าที่อาจกระทำได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติในอนาคตของรัฐ ทฤษฎีของอังกฤษและของรัฐธรรมนูญรัฐต่างๆ ก็มีได้ให้สิทธิอำนาจแก่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในอันที่จะทบทวนคำพิพากษาของศาลได้ ทั้งไม่มีอะไรเลยในร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอกันมาซึ่งได้ห้ามเอาไว้ยิ่งไปกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียอีก ในฝ่ายแรกและในฝ่ายหลังด้วยนั้น ความไม่เหมาะสมของเรื่องเกี่ยวกับหลักทั่วไปของกฎหมายและเหตุผล เป็นอุปสรรคเพียงประการเดียว ฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่ล่วงล้ำขอบเขตของตน ไม่อาจกลับคำพิพากษาในคดีใดๆ ที่ได้ประกาศไปแล้ว ถึงแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะบัญญัติกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นสำหรับคดีที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ นี่คือหลักการและอาจประยุกต์ใช้ได้กับรัฐบาลแห่งรัฐต่างๆ อย่างเดียวกับที่ใช้กับรัฐบาลแห่งชาติที่เรากำลังพิจารณาอยู่ในขณะนี้ ในทุกแง่ความสำคัญของมัน ในทำนองเดียวกันและในขอบเขตเดียวกันได้อย่างแน่นอน เราไม่อาจชี้ข้อแตกต่างได้เลยแม้แต่น้อยไม่ว่าจะพิจารณาเรื่องนี้ในแง่ใดก็ตาม

ในประการสุดท้าย อาจสังเกตเห็นได้ว่าอันตรายที่คาดคะเนกันเอาเองจากการรุกรานของฝ่ายตุลาการต่อสิทธิอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกกล่าวซ้ำในหลาย ๆ โอกาสนั้นแท้ที่จริงแล้วเป็นเพียงภาพหลอน บางครั้งบางคราวอาจเกิดการตีความผิดและการขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติขึ้นได้ แต่สิ่งเหล่านี้ก็ไม่มีวันที่จะกว้างขวางจนถึงกับก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบายหรือถึงกับกระทบกระเทือนระเบียบของระบบการเมืองในระดับที่อาจรู้สึกในระดับใดระดับหนึ่งได้ ข้อนี้อาจอนุมานด้วยความแน่นอนจากธรรมชาติโดยทั่วไปของอำนาจตุลาการ จากเป้าหมายที่อำนาจตุลาการมีความสัมพันธ์ด้วย จากลักษณะการใช้อำนาจตุลาการ จากความอ่อนแอโดยเปรียบเทียบของอำนาจตุลาการ และจากความรู้สมรรถภาพอย่างสิ้นเชิงของอำนาจตุลาการในอันที่จะสนับสนุนการแย่งชิงอำนาจด้วยกำลัง และข้อสรุปนี้ได้รับการสนับสนุนเป็นอย่างมากจากข้อพิจารณาว่าด้วยมาตรการตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ ซึ่งอำนาจในการริเริ่มการฟ้องขับออกจากตำแหน่งในส่วนหนึ่งขององค์กรนิติบัญญัติ และอำนาจในการตัดสินคดีดังกล่าวที่มีอยู่ในอีกส่วนหนึ่งขององค์กรนิติบัญญัติ ย่อมจะให้อำนาจองค์กรนั้นควบคุมสมาชิกของฝ่ายตุลาการ ถ้าฟังข้อนี้ก็เป็นความมั่นคงที่สมบูรณ์แล้ว จะไม่มีวันมีอันตรายที่ผู้พิพากษา โดยอาศัยการแย่งชิงที่ได้ไต่ตรองอันต่อเนื่องกันกระทำต่อสิทธิอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ จะทันทานต่อความแค้นเคืองใจร่วมกันขององค์กรที่ได้รับมอบหมายสิทธิอำนาจนั้น ในขณะที่องค์กรนี้จะมีวิธีลงโทษการถือสิทธิของผู้พิพากษาได้ โดยการปลดพวกเขาจากตำแหน่ง ในขณะที่สิ่งนี้จะขจัดความกังวลใจทั้งปวงเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ ในเวลาเดียวกันก็ได้ให้ข้อโต้แย้งที่น่าเชื่อถือสำหรับการกำหนดให้วุฒิสภาเป็นศาลสำหรับไต่สวนกรณีการฟ้องขับจากตำแหน่ง”

ดังได้กล่าวมาแล้ว ความเป็นอิสระของศาลและผู้พิพากษาหรือตุลาการมีความหมายกว้างขวาง และลึกซึ้ง มิใช่มีความหมายอย่างแคบเฉพาะเวลาพิจารณาพิพากษาคดี ตามที่มีนักกฎหมายประเทศไทย กลุ่มหนึ่งคิดกันและจะต้องมีกลไกหรือมาตรการที่จะทำให้เกิดผลอย่างจริงจัง ทั้งเป็นหลักการสำคัญ ที่ทุกประเทศต้องมีบทบัญญัติดังกล่าว และเท่ากับเป็นการรับรองสถานะความเป็นอำนาจอธิปไตยของ ปวงชน ของศาล หรือสถานะความเป็นอำนาจที่สาม ในบรรดาสถาบันอำนาจสามฝ่าย และอำนาจกับ ความเป็นอิสระของศาลและผู้พิพากษาหรือตุลาการนี้เองที่จะเป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กับความเสมอภาคในกฎหมายและการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่เท่าเทียมกันของบุคคลอีก ทอดหนึ่ง หลักการและมาตรการเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ปฏิเสธมิได้ในประเทศที่ปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย และเป็นกลไกสำคัญที่จะสามารถสลายอำนาจเผด็จการลงไปได้ได้อย่างได้ผลที่สุด

หากสังเกตในรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่เกี่ยวกับ หมวดตุลาการหรืออำนาจตุลาการ จะมีแต่บทบัญญัติที่ปกป้องคุ้มครองความเป็นอิสระของศาล และผู้พิพากษาหรือตุลาการทั้งสิ้น แสดงให้เห็นถึงความสำคัญและธรรมชาติแห่งอำนาจ ฝ่ายตุลาการที่อ่อนแอ แตกต่างกับบทบัญญัติในหมวดรัฐสภาหรืออำนาจนิติบัญญัติหรือหมวด คณะรัฐมนตรีหรืออำนาจบริหารที่มีแต่พยายามจำกัดหรือควบคุมหรือถ่วงตุลาการใช้อำนาจเป็นส่วนใหญ่ เพราะความสำคัญของศาลและผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคและการได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันของบุคคล ไม่มีประเทศที่ปกครองระบอบ ประชาธิปไตยหรือนักคิดประชาธิปไตยหรือนักนิติศาสตร์ในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประเทศใดที่ไม่ตระหนักหรือไม่ยอมรับหรือไม่รู้ถึงความสำคัญและอันตรายอันนี้ ระบบและมาตรการ รวมทั้งความรัดกุมในทุกประเทศกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมาน้อยเพียงใด จึงสามารถวัดถึง ความเป็นประชาธิปไตยของการปกครองประเทศนั้นได้เป็นอย่างดี

การจัดวางกลไกหรือมาตรการใดที่มีผลกระทบเป็นการเข้าไปสอดแทรกในระหว่างการศึกษา พิจารณาหรือตัดสินคดีของศาลและผู้พิพากษาหรือตุลาการจึงเป็นสิ่งที่พึงหลีกเลี่ยงทั้งสิ้น เพราะผู้ที่เสีย ประโยชน์หรือความสูญเสียที่เกิดขึ้นหาได้สร้างผลร้ายหรือความเลวร้ายแก่ศาลหรือผู้พิพากษา หรือตุลาการแต่อย่างใด แต่ความสูญเสียหรือความเสียหายจะตกแก่คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียหรือ ประชาชนทั้งสิ้น เมื่อศาลเป็นที่พึ่งแห่งสุดท้ายของประชาชน ในขณะที่เดียวกันผลกระทบที่ศาล ได้รับย่อมเกิดผลสุดท้ายแก่ประชาชน เช่นกัน

การไม่คำนึงถึงอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานในกรมบังคับคดี กรมคุมประพฤติ และสถานพินิจ และคุ้มครองเด็กและเยาวชนว่ามีส่วนเกี่ยวพันกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรมเช่นใด

โดยไปด่วนสรุปเอาเองว่าในต่างประเทศเจ้าพนักงานเหล่านี้ขึ้นอยู่กับฝ่ายบริหารบ้าง เป็นองค์กรอิสระบ้าง ก็ไม่เห็นมีปัญหาอย่างไร อันเป็นการด่วนสรุปเร็วเกินไป มิได้ดูพัฒนาการขององค์กรเหล่านี้และอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานเหล่านี้ว่าใกล้ชิดแนบแน่นกับศาลยุติธรรมเพียงใด และความไม่เข้าใจในหลักการการใช้อำนาจหน้าที่โดยอิสระในฐานะเป็นเจ้าพนักงานแยกออกจากสถานะความเป็นเจ้าหน้าที่ในสังกัดฝ่ายบริหาร รวมทั้งความเข้าใจผิดที่เข้าใจว่าเจ้าพนักงานเหล่านี้ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทหนึ่งเท่านั้น ไม่ถึงขนาดเป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยและใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กลับเข้าใจว่าสามารถใช้อำนาจอย่างเป็นอิสระโดยศาลไม่สามารถควบคุมหรือกำกับดูแลได้ ซึ่งหากเป็นอิสระจากศาลได้เช่นนั้นจริงก็ต้องถือว่าอำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ พนักงานคุมประพฤติ และผู้อำนวยการสถานพินิจมีสถานะแห่งอำนาจหน้าที่เทียบเท่ากับอำนาจอธิปไตยของประชาชนหรืออำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรีได้ ซึ่งเป็นไปได้ถึงขนาดนั้นเชียวหรือ

ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีนี้จึงเป็นปัญหาที่ทำลายต่อความเข้าใจในหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ความเข้าใจในหลักความเป็นอิสระของศาลและผู้พิพากษาหรือตุลาการ และความเข้าใจในหลักประกันความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคในกฎหมาย และการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันของบุคคลของประเทศไทยว่าไปถึงไหนกันแล้ว อันจะเป็นดัชนีชี้วัดและมีผลต่อพัฒนาการการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและความเจริญรุ่งเรืองของประเทศไทยในอนาคตเป็นอย่างมาก การตัดสินใจที่ผิดพลาดในคดีนี้จะมีผลกระทบกระเทือนต่อระบบหรือโครงสร้างการปกครองที่จะตามมา ปัญหาหรือความยุ่งยากที่จะตามมาอีกมากมายอย่างต่อเนื่อง ทำให้ต้องเสียเวลาแก้ไขปัญหาและความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้น แทนที่จะใช้เวลาที่มีค่านี้ในการพัฒนาประเทศให้เจริญมั่นคงก้าวหน้าต่อไป

ประการที่ ๗ ที่จะวินิจฉัยต่อไปนี้เป็นคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาโดยตรง สำหรับส่วนที่เกี่ยวกับการพัฒนาอำนาจตุลาการตามระบบสากลและส่วนที่เกี่ยวกับการแยกศาลและอำนาจศาลออกจากฝ่ายธุรการของกระทรวงยุติธรรม ตั้งแต่สมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และพัฒนาการหลังจากนั้น จนกระทั่งเกิดวิกฤตตุลาการซึ่งเป็นระยะสุดท้ายของความคิดที่จะแยกศาลยุติธรรมออกเป็นอิสระจากกระทรวงยุติธรรมหรือแยกกระทรวงยุติธรรมออกไปจากศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจนกระทั่งได้มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๓๓ มาตรา ๒๓๑ และมาตรา ๒๓๕ ฯลฯ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันซึ่งยังมีประเด็นเนื้อหาและรายละเอียดที่จะต้องกล่าวถึงอีกมาก แต่เนื่องจากมีเวลาจำกัด

ผู้ทำคำวินิจฉัยไม่สามารถจะกล่าวให้หมดในคำวินิจฉัยฉบับนี้ได้ หากมีโอกาสในภายหน้าอาจแก้ไขเพิ่มเติมคำวินิจฉัยส่วนตนฉบับนี้ให้มีรายละเอียดสมบูรณ์มากกว่านี้ต่อไป ดังนั้นในคำวินิจฉัยต่อไปนี้จะขอกล่าวเป็นบทสรุปถึงประเด็นตามคำร้องเท่านั้น ดังนี้

เกี่ยวกับปัญหาวินิจฉัยในคดีนี้ผู้ทำคำวินิจฉัยมีความเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. มาตรา ๖ และมาตรา ๓๖ วรรคหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ ตามมาตรา ๒๖๒ (๑) กล่าวคือ เดิมเมื่อปี ๒๕๓๔ ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชฯ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีพระบรมราชโองการประกาศจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ “เพื่อบังคับการและการแก้ไขการขัดข้องในคดีและรับผิดชอบในการพิพากษาและพิจารณาเป็นไปโดยสะดวกและเป็นยุติธรรมมีหน้าที่แผนกหนึ่งต่างจากการพิพากษาและพิจารณาคดีนั้น จึงให้ยกคดีต่างๆ กับผู้พิจารณาตระละการในกระทรวงศาลทั้งปวงมารวมยังศาลสถิตย์ยุติธรรมที่ตั้งขึ้นเป็นกระทรวงใหญ่ได้บังคับบัญชาคดีทั้งปวง” ดังได้กล่าวมาแล้วใน **ประการที่ ๑** แสดงว่าการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในครั้งแรกนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อบริหารงานธุรการของศาลอย่างแท้จริงแต่ประการเดียวหาได้มีความประสงค์จะจัดการและบริหารงานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบของประเทศแต่อย่างใดไม่

ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง เป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งมีบทบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตุลาการซึ่งเป็นหนึ่งในสามของอำนาจอธิปไตยทางศาล และมีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรมฯ ใช้บังคับตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าว ได้มีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นเป็นส่วนราชการสังกัดอยู่ในฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบ โดยมีบทบัญญัติให้กระทรวงยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการศาลยุติธรรม แต่ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีกับมีพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา ๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมทั้งหลายตามพระธรรมนูญนี้ให้สังกัดอยู่ในกระทรวงยุติธรรม” และในวรรคสองบัญญัติว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบงานธุรการของศาลทั้งหลายที่อยู่ในสังกัดให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อยแต่การดำเนินการพิจารณาคดีรวมตลอดถึงการที่จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาบังคับคดีให้เสร็จเด็ดขาดไปนั้นให้อยู่ในดุลพินิจของศาลโดยเฉพาะ” ส่วนศาลยุติธรรมก็ได้มีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับว่า พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษา

คดีที่ส่งให้ไปเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ดังเช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน มาตรา ๒๓๕ และมาตรา ๒๔๕ ดังนั้นตามบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จึงมีหลักการมาแต่เดิมว่า ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่ส่งให้ไปเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายโดยมีอิสระ ซึ่งมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบบริหารงานธุรการของศาลให้ดำเนินไปโดยเรียบร้อย

ตามหลักการดังกล่าวข้างต้น ศาลยุติธรรมยังต้องรวมอยู่ในกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นส่วนราชการของฝ่ายบริหาร อำนาจตุลาการหรืออำนาจในการใช้ดุลพินิจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลจึงไม่มีความเป็นอิสระในอันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดจนสามารถดูแลและกำกับอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารตามหลักการในระบอบประชาธิปไตยได้โดยแท้จริงอย่างเหมาะสมและชัดเจน จึงเป็นปัญหาความกังวลใจของประชาชนผู้มีความและผู้รักประชาธิปไตยจึงได้เคลื่อนไหวที่จะให้ศาลยุติธรรมเป็นอิสระจากกระทรวงยุติธรรมมาโดยตลอด จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์ที่เรียกว่า “วิกฤติตุลาการ” เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งเป็นความขัดแย้งครั้งสำคัญระหว่างแนวความคิดที่ถือว่า “ศาลยุติธรรมเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารของกระทรวงยุติธรรม” ฝ่ายหนึ่งกับอีกฝ่ายหนึ่งที่ถือว่า “ฝ่ายบริหารของกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายตุลาการ” ผลพวงของความขัดแย้งดังกล่าวนี้ ได้มีส่วนทำให้เกิดความเคลื่อนไหวในหมู่นักกฎหมาย นักวิชาการ ตลอดจนผู้พิพากษาทั้งหลายที่จะผลักดันให้มีการแยกศาลยุติธรรมเป็นอิสระออกจากกระทรวงยุติธรรมหรือผลักดันกระทรวงยุติธรรมออกไปจากศาลยุติธรรมให้ได้จนประสบความสำเร็จในระดับหนึ่ง และได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน มาตรา ๑๕ มาตรา ๒๓๓ มาตรา ๒๔๕ มาตรา ๒๗๕ และบทเฉพาะกาล มาตรา ๓๓๔ (๑) ซึ่งในตอนนี้นำคำวินิจฉัยจะขอล่าว่าแต่เฉพาะมาตรา ๒๗๕ และมาตรา ๓๓๔ (๑) เท่านั้น

เพื่ออนุวัติการให้ไปเป็นไปตามหลักการจัดองค์กรของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น โดยอาศัยพื้นฐานเดิมจากการแยกศาลยุติธรรมกับกระทรวงยุติธรรมออกจากกัน กระทรวงยุติธรรมแต่งตั้งคณะผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมจำนวนหนึ่งร่วมกันร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ๔ ฉบับ ได้แก่

๑. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.
๒. ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ.

๓. ร่างพระราชบัญญัติให้ใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. และร่างพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ.

๔. ร่างพระราชบัญญัติเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง (ฉบับที่..) พ.ศ.

เสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาดำเนินการต่อไป เพื่อเสนอต่อรัฐสภาพิจารณาออกใช้บังคับพร้อมกัน เพราะมีสาระเกี่ยวเนื่องกันไม่อาจแยกพิจารณาต่างหากจากกันได้ แต่โดยที่ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต้องรีบเร่งดำเนินการให้แล้วเสร็จตามกำหนดเวลาในบทเฉพาะกาล มาตรา ๓๓๔ วรรค ๑ ของรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรีจึงได้ดำเนินการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาก่อนฉบับอื่น ปัจจุบันคงมีร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. เพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่ถือว่ารัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว และอยู่ในระหว่างการดำเนินการตามมาตรา ๕๓

ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. เป็นหนึ่งในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรมโดยกำหนดให้มีหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือให้ศาลยุติธรรมเป็นอิสระในแง่องค์กร อันนับได้ว่าเป็นการวางระบบบริหารศาลยุติธรรมแนวใหม่ให้เป็นไปตามหลักสากลตามแนวทางที่นานาประเทศยอมรับ โดยผลบังคับของกฎหมายฉบับนี้ทำให้กระทรวงยุติธรรมไม่มีอำนาจหน้าที่บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหน่วยงานธุรการหรืองานอื่นใดของศาลยุติธรรมรวมทั้งฝ่ายบริหารก็ไม่มีอำนาจก้าวก้าวแทรกแซงกีดกันครอบงำการบริหารราชการของศาลยุติธรรมได้อีกต่อไป คงมีหน้าที่ “บริหารราชการแผ่นดิน” ตามบทบัญญัติในหมวด ๗ คณะรัฐมนตรีเท่านั้น

ปัญหาจึงมีว่าตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน งานคุมประพฤติ งานบังคับคดี และงานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม หรือ อำนาจบริหารราชการแผ่นดินของกระทรวงยุติธรรม

ตามหลักการ ศาลมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษารรคคดีตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๓๓ โดยดำเนินการสอบสวนพิจารณาตามกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งรัฐสภาตราขึ้นใช้บังคับเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจศาล การที่ศาลจะดำเนินการสอบสวนพิจารณาและพิพากษารรคคดีทั้งปวงนั้น ศาลมิใช่แต่จะพิจารณาพยานหลักฐานและทำคำพิพากษาเท่านั้น ศาลยังมีภารกิจที่มีลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการอันได้แก่งานสนับสนุนทั้งก่อนและหลังมีคำพิพากษาซึ่งกฎหมายได้บัญญัติแทรกไว้ทั่วไปในกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับศาลจำเป็นต้องใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอีกด้วย ได้แก่

(๑) งานบังคับคดี (งานบังคับคดีแพ่งและคดีล้มละลาย) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค ๔ ว่าด้วย “วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง” ตั้งแต่ มาตรา ๒๕๓ ถึง มาตรา ๓๒๓ และพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๕๕๓ บทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของศาลยุติธรรมที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรมโดยตรง มิใช่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารเลย ไม่ว่าในสมัยการปกครองใดหรือการปกครองในระบบใดนับแต่การปฏิรูปการปกครองและการศาลสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นต้นมาหรือที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ กล่าวโดยทั่วไปงานบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับการยึดอายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา การขายทอดตลาดทรัพย์สิน และการนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สิน มาจ่ายหรือแบ่งเฉลี่ยแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาที่เจ้าพนักงานบังคับคดีซึ่งเป็นเจ้าพนักงานศาลเป็นผู้ดำเนินการเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาอันอาจมีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดี มาสู่ศาลอีกครั้งหนึ่งในกรณีเช่นนี้ศาลที่พิจารณาคดีในชั้นบังคับคดีก็ต้องอาศัยรายงานต่าง ๆ ของเจ้าพนักงานบังคับคดีประกอบการใช้ดุลพินิจ เช่น เห็นว่ารายงานการขายทอดตลาดทรัพย์สินของลูกหนี้รายได้ของเจ้าพนักงานบังคับคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่น่าเชื่อถือศาลก็อาจใช้ดุลพินิจสั่งให้ขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นใหม่ได้ เป็นต้น ดังนั้นงานของเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานศาลจึงเป็นภารกิจหรืองานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของคู่ความในระหว่างพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งย่อมเป็นภารกิจหรืออยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมเช่นเดียวกัน

เช่นเดียวกับงานบังคับคดีล้มละลาย ก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยเจ้าพนักงานศาลอีกประเภทหนึ่งเรียกว่า เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายรวมทั้งลูกหนี้ให้ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติชำระหนี้ และป้องกันมิให้ลูกหนี้ไปสร้างความเสียหายต่อบุคคลอื่นในวงการธุรกิจอีกต่อไป

(๒) งานคุมประพฤติ ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ว่า ในการที่ศาลจะพิพากษาให้รอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใดนั้น ศาลจะกำหนดเงื่อนไข เพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้ เงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ ศาลจะกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อ เช่น ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้ ให้ฝึกหัดหรือทำงาน

อาชีพเป็นกิจจะลักษณะ ให้ละเว้นการคบหาสมาคม หรือการประพฤติได้อันอาจนำไปสู่การกระทำผิด เช่นเดียวกันนั้นอีกเป็นต้น ถ้าปรากฏต่อศาลในภายหลังว่าพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวเนื่องใจเพื่อคุ้มครองความประพฤติผู้กระทำผิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขที่ยังไม่ได้กำหนดเพิ่มเติมก็ได้ โดยมีพระราชบัญญัติวิธีดำเนินการคุ้มครองความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวของเจ้าพนักงานคุมประพฤติ ซึ่งถือว่าเป็นเจ้าพนักงานของศาลเป็นผู้ดำเนินการ

(๓) งานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เนื่องจากคดีเกี่ยวกับเด็กและเยาวชนเป็นคดีที่มีปัญหาละเอียดอ่อนเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กับปัญหาในครอบครัวที่เด็กและเยาวชนอาศัยอยู่ จึงควรได้รับการพิจารณาในศาลที่มีวิธีพิจารณาเป็นพิเศษแตกต่างจากคดีธรรมดา จึงได้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนขึ้นต่อมาได้เปลี่ยนแปลงใหม่เป็นศาลเยาวชนและครอบครัว ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๓๔ โดยมีบทบัญญัติให้มี “สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน” ขึ้นเป็นหน่วยงานสังกัดกระทรวงยุติธรรม มีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๔ ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว คือ สืบเสาะ และพินิจเรื่องอายุ ประวัติ ความประพฤติ ฯลฯ เกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนผู้กระทำผิดรวมทั้งบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งเด็กและเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย เพื่อรายงานต่อศาล สอดส่องความประพฤติและควบคุมเด็กและเยาวชน สงเคราะห์และบำบัดแก้ไข ตลอดจนการตรวจและรักษาพยาบาลเด็กและเยาวชนในระหว่างควบคุมตัวในสถานพินิจ จัดการศึกษาอบรมและฝึกอบรมเด็กและเยาวชนในความควบคุม ประมวลและรายงานข้อเท็จจริง รวมทั้งเสนอความเห็นต่อศาลในคดีครอบครัว ตลอดจนดำเนินการทั้งหลายอื่นตามคำสั่งศาลโดยมีพนักงานคุมประพฤติ พนักงานสังคมสงเคราะห์ และพนักงานตำแหน่งอื่นๆ ของสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการตามคำสั่งศาล

จึงเห็นได้ว่างานทั้งสามหน่วยงานเป็นงานธุรการที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยงานบังคับคดีเป็นงานก่อนและหลังคำพิพากษาเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้ได้รับผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล งานคุมประพฤติและงานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นงานคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งก่อนพิพากษาและหลังพิพากษา เช่นเดียวกัน ซึ่งเจ้าพนักงานศาลตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล จึงต้องถือว่างานดังกล่าวทั้งหมดเป็นงานที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่มีลักษณะเป็นอำนาจตุลาการหรืออำนาจเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยตรง ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย

ที่ตราขึ้นโดยเฉพาะ มิใช่งานบริหารราชการแผ่นดิน ของกระทรวงยุติธรรม อันเป็นหน้าที่ของ ฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๐๑ และต้องรับผิดชอบ ต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตนโดยอาจถูกตั้งกระทู้ถาม หรือถูกอภิปรายไม่ไว้วางใจใน สภาผู้แทนราษฎรได้

ในข้อนี้จะเห็นความแตกต่างในการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีอาญา กล่าวคือ เมื่อศาลมีคำพิพากษาคดีถึงที่สุดในคดีอาญาให้ลงโทษจำคุกหรือประหารชีวิตผู้กระทำผิดคนใด ในคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้ศาลออกหมายจำคุกคดีถึงที่สุด ส่งตัว บุคคลนั้นให้กรมราชทัณฑ์ ซึ่งเป็นส่วนราชการของฝ่ายบริหาร (สังกัดกระทรวงมหาดไทย) ดำเนินการ ต่อไป ตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ซึ่งอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมในการใช้อำนาจตุลาการจะ จบสิ้นเพียงขั้นตอนนี้ ต่อไป ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะดำเนินการต่อไปอย่างเป็นอิสระ ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงได้โดยมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒๕ บัญญัติไว้ในหมวดคณะรัฐมนตรี (ฝ่ายบริหาร) ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการ พระราชทานอภัยโทษ” ซึ่งในทางปฏิบัติก็คือ กระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารและเป็นต้นสังกัด ของกรมราชทัณฑ์จะเป็นผู้รับผิดชอบความเห็นตามฎีกาขอพระราชทานอภัยโทษของนักโทษ ทูลเกล้าฯ ถวายต่อพระมหากษัตริย์เพื่อขอพระราชทานอภัยโทษ ซึ่งเป็นวิธีการในประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญาและรัฐธรรมนูญ ที่มีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายบริหารเข้ามาตรวจสอบและถ่วงดุลหรือ คานอำนาจในการลงโทษผู้กระทำผิดของศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทางคดีอาญา เช่นเดียวกัน แต่แตกต่างกันกับวิธีการทางกฎหมายในเรื่องงานบังคับคดี งานคุมประพฤติ และงานพินิจ และคุ้มครองเด็กและเยาวชน ดังนั้นจึงไม่อาจอ้างอำนาจของฝ่ายบริหารหลังคำพิพากษาในคดีอาญา มาเปรียบเทียบกับงานของศาลในการบังคับคดีแพ่งหลังคำพิพากษาและงานของศาลก่อนและหลัง คำพิพากษาในเรื่องการคุมประพฤติและงานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนของศาลในคดีเด็ก ซึ่งเป็น อำนาจหน้าที่ของศาลที่จะต้องดำเนินการโดยเจ้าพนักงานศาล เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนในคดีแพ่งและคดีอาญานอกจากนี้ได้

ตามที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ จะเห็นได้ว่า งานบังคับคดี งานคุมคดี งานคุมประพฤติ และงานพินิจ และคุ้มครองเด็กและเยาวชน เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมโดยแท้ มิใช่งานบริหารราชการแผ่นดินของกระทรวงยุติธรรม เมื่อร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. เป็นกฎหมายที่จะให้ศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระ และจัดระเบียบ บริหารราชการศาลยุติธรรมเสียใหม่ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๕ โดยกำหนดให้มี

สำนักงานศาลยุติธรรมซึ่งเป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระอยู่ในบังคับบัญชาของ
เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมขึ้นตรงต่อประธานศาลฎีกา และยังปฏิบัติไว้ในวาระสุดท้าย ให้
สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณและการดำเนินการอื่น ทั้งนี้
ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติกำหนดความเป็นอิสระของสำนักงานศาลยุติธรรมไว้ ๒ ประการ
ดังกล่าวจึงมีความหมายว่า สำนักงานศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระในการกำหนดอำนาจหน้าที่ของตน
เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ ไม่มี
อำนาจหน้าที่เข้ามาก้าวก่ายแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของสำนักงานศาลยุติธรรมกับสำนักงาน
ศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการทั้งหลายอื่น ซึ่งเป็น
ความเป็นอิสระในแง่องค์กรการบริหารราชการของศาลยุติธรรมจากองค์กรอื่น

ด้วยความเป็นอิสระของสำนักงานศาลยุติธรรมตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวการที่ร่าง
พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว (เป็น
ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎร)

๑. บัญญัติข้อความในมาตรา ๖ ว่า “สำนักงานศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงาน
ธุรการของศาลยุติธรรม งานส่งเสริมงานตุลาการ และงานวิชาการ (ตัดข้อความว่า “งานคุ้มครอง
งานบังคับคดี งานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน” ออก) ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวก
ความสะดวกให้แก่ศาลยุติธรรม รวมทั้งเสริมสร้างให้การพิจารณาพิพากษาคดี (ตัดข้อความว่า “และ
การบังคับคดี” ออก) เป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

๒. ตัดมาตรา ๗ ซึ่งบัญญัติให้สำนักงานคุ้มครองสิทธิ สำนักงานบังคับคดี สำนักพินิจ
และคุ้มครองเด็กและเยาวชน เป็นส่วนราชการสังกัดอยู่ในสำนักงานศาลยุติธรรม โดยบัญญัติข้อความ
อื่นแทน

๓. มาตรา ๓๖ ซึ่งบัญญัติให้โอนบรรดางานในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานปลัดกระทรวง
ยุติธรรมไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม โดยยกเว้นงานในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานพินิจและคุ้มครองเด็ก
และเยาวชน

ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงมีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
มาตรา ๒๗๕ และเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร
ราชการกระทรวงยุติธรรม พ.ศ. จึงต้องตกไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๒
วรรคสาม

ประการที่ ๘ บทสรุป ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญลงมติวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. ซึ่งแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรมโดยเฉพาะ มาตรา ๖ มาตรา ๓๖ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างเหตุผลประการเดียวว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ ได้บัญญัติไว้แต่เพียงว่า ให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยราชการของศาลยุติธรรมที่เป็นอิสระ แต่ไม่ได้บัญญัติความหมายของหน่วยราชการของศาลยุติธรรมไว้ เพียงแต่บัญญัติให้สำนักงานศาลยุติธรรมมีอิสระในการบริหารงานบุคคล งานงบประมาณ และการดำเนินการอื่นทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงน่าจะมีความหมายว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่ามีหน่วยราชการอะไรบ้างที่จะต้องสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม

การที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลดังกล่าวข้างต้น เพื่อนำไปสู่บทสรุปของคำวินิจฉัยว่า ให้เป็นดุลพินิจของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมายเป็นผู้มีอำนาจกำหนด ตามถ้อยคำใน มาตรา ๒๗๕ วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” อันเป็นการปิดให้ย้อนกลับไปสู่อำนาจวินิจฉัยของรัฐสภาอีกทั้งๆ ที่เรื่องนี้ทั้งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรมีปัญหาโต้เถียงกันหรือไม่ลงรอยกันในการกำหนดหน่วยงานทั้งสามว่า จะให้เป็นหน่วยงานในสังกัดของสำนักงานศาลยุติธรรมเพราะเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวกับงานธุรการเฉพาะของศาลยุติธรรมมาแต่เดิม หรือกระทรวงยุติธรรม

เห็นว่าไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับไหนในโลกที่จะบัญญัติรายละเอียดถึงว่าให้มีหน่วยงานอะไร สังกัดในสำนักงานอะไร ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลข้อนี้ในลักษณะที่เป็นการเคลือบคลุม (ABSURDITY) ไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คดีนี้วุฒิสภาได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า งานทั้งสาม ได้แก่ งานบังคับคดี งานคุมประพฤติ และงานสถานพินิจและคุ้มครองเด็ก ตามกฎหมายเป็นงานธุรการ ของศาลยุติธรรม ดังนั้นเมื่อมีกฎหมายแยกศาลยุติธรรมออกจากกระทรวงยุติธรรมแล้ว ควรจะกำหนดให้หน่วยงานซึ่งรับผิดชอบดูแลงานทั้งสามแยกออกจากกระทรวงยุติธรรมให้มาสังกัดในสำนักงานศาลยุติธรรมด้วย มิฉะนั้นจะเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕

ตามปัญหาดังกล่าวจึงต้องแบ่งแยกให้คำว่า “หน่วยงาน” หรือ “หน่วยงานธุรการ” หรือ “หน่วยธุรการ” กับ “งาน” เป็นคนละความหมายกัน ที่วุฒิสภาร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยเป็นเรื่อง เนื้อหาของ “งาน” ทั้งสามว่าเป็นงานของศาลยุติธรรม หรือกระทรวงยุติธรรม อันเป็นปัญหาอำนาจหน้าที่มิใช่ปัญหาว่าเป็น “หน่วยงาน” หรือโครงสร้างองค์กรเป็นอย่างไร จึงต้องแยกแยะ

ให้ออกว่า อะไรคือ “งาน” อะไรคือ “หน่วยงาน” จะเอาการจัดโครงสร้างหน่วยงาน หรือสังกัดมาวินิจฉัยปัญหานี้ย้อมไม่ได้ ตามรัฐธรรมนูญและตามที่วุฒิสภาดั้งประเด็นมาเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “งาน” ว่าอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมหรือกระทรวงยุติธรรม

เกี่ยวกับลักษณะแห่งงานที่กระทรวงยุติธรรมดูแลอยู่เดิม หากพิจารณาแล้วกระทรวงยุติธรรมไม่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับงานพิจารณาพิพากษาคดี และมีได้ดูแลงานธุรการของศาลยุติธรรมทุกเรื่องแต่ดูแลงานธุรการเฉพาะเรื่องการบริหารงานบุคคล การงบประมาณเป็นหลักเท่านั้น โดยงานธุรการในแง่การสั่งการและการควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ธุรการซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ธุรการโดยตรงจะอยู่กับศาลทั้งหมด เช่นเดียวกับงานทั้งสามหน่วยงานที่มีปัญหาขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเป็นงานธุรการเฉพาะ ที่แตกต่างกับงานธุรการทั่วไปของศาลตรงที่**งานบังคับคดีและงานคุมประพฤติ** มีการจัดโครงสร้างหน่วยงานเป็นแบบกรมเท่านั้น แต่โดยเนื้อแท้ของงานธุรการเฉพาะทั้งสอง กระทรวงยุติธรรมก็มีอำนาจเพียงในแง่การบริหารงานบุคคล และการงบประมาณเป็นหลักเท่านั้น ไม่มีอำนาจสั่งการหรือควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่เหล่านี้ แต่ตกเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมมาแต่เดิมแล้ว

ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมติข้างต้น จึงควรวินิจฉัยในประเด็นใดประเด็นหนึ่ง คือ

ก. วินิจฉัยว่า “งาน” ทั้งสามอันหมายถึงงานที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีและงานธุรการเฉพาะข้างต้นไม่ใช่งานของศาลยุติธรรม การที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ระบุให้หน่วยงานซึ่งรับผิดชอบดูแลงานทั้งสามสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือ

ข. ถ้าวินิจฉัยว่างานของหน่วยงานทั้งสามเป็นงานของศาลยุติธรรมก็ต้องวินิจฉัยต่อไปให้ชัดว่ามีเหตุผลอะไรที่จะไม่ให้หน่วยงานทั้งสามแห่งสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม เพื่อเป็นเหตุผลว่ากฎหมายแยกศาลยุติธรรมที่ไม่มีหน่วยงานทั้งสามแห่งไม่ขัดรัฐธรรมนูญ

ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยโดยให้เหตุผลอย่างชัดเจนและยอมรับกันได้ เพราะหากเป็นงานของกระทรวงยุติธรรมแล้ว ก็เท่ากับงานทั้งสามหน่วยงานนอกจากจะมีใช้เป็นงานธุรการเฉพาะของศาลยุติธรรมแล้ว ยังมีใช่งานเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมอีกต่อไปด้วย อันจะส่งผลให้งานดังกล่าวกลายเป็นงานที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๑๒ อยู่ในความควบคุมของรัฐสภาตามมาตรา ๑๘๒ และเจ้าหน้าที่ของทั้งสามหน่วยงานและกลายเป็นผู้อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลตามมาตรา ๒๗๖ อันถือว่ามิใช่หน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของศาลยุติธรรมอีกต่อไป เป็นผลทำให้

กรณีโต้แย้งคำสั่งหรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งสามหน่วยงานในเรื่องเกี่ยวกับการบังคับคดี หรือการคุมประพฤติ หรือการฝึกอบรมเด็กและเยาวชนและอื่นๆ เกิดเป็นคดีปกครองขึ้นมา ซึ่งตามมาตรา ๒๗๑ บัญญัติให้ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา แต่ต้องยกคดีนั้นไปสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองต่อไป อันจะส่งผลกระทบต่อคู่ความ หรือประชาชนที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับงานศาลยุติธรรมโดยตรง ต้องเสียเวลาไปเริ่มต้นคดีใหม่ที่ศาลปกครองอีกคดีหนึ่ง จึงมิใช่ปัญหาว่า ศาลยุติธรรมประสงค์จะได้สามหน่วยงานดังกล่าวจากกระทรวงยุติธรรมมาดำเนินการตามอำเภอใจแต่อย่างใด

แต่เป็นปัญหาตรงกันข้ามว่าจะแยกงานที่เดิมเคยเป็นเรื่องอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม แต่เป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวงยุติธรรมไปเป็นของฝ่ายบริหารตามความประสงค์ของกระทรวงยุติธรรมหรือไม่ เพราะเมื่อกระทรวงยุติธรรมแยกออกจากศาลแล้ว ฝ่ายบริหาร (กระทรวงยุติธรรม) ก็เป็นอิสระในแง่การสั่งการและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของทั้งสามหน่วยงานด้วยโดยศาลยุติธรรมจะขาดอำนาจสั่งการและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่นี้ไปในฐานะเป็นงานของศาลยุติธรรมทันที ขณะเดียวกันหากศาลยุติธรรมจะไปใช้งานของสามหน่วยก็ต้องคำนึงว่าหน่วยงานทั้งสามเป็นอิสระจากศาลและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของฝ่ายบริหารโดยตรงแล้ว ศาลยุติธรรมอาจมีปัญหาในแง่อำนาจในการควบคุม ดูแล และเพิกถอนเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของทั้งสามหน่วยงานนี้ว่า เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม หรืออำนาจของกระทรวงยุติธรรม หรืออำนาจของศาลปกครองต่อไป ซึ่งทำให้เกิดความชะงักงันและเกิดความสับสนยุ่งยากแก่ประชาชนอย่างแน่นอน

ศาลยุติธรรมจะใช้งานของสามหน่วยงานนี้ตามรูปแบบเดิมไม่ได้อีกต่อไปแล้ว และจะกลายเป็นเรื่องที่หน่วยงานในสังกัดฝ่ายบริหารเข้ามายุ่งเกี่ยว หรือสอดแทรกเข้ามาในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมที่เป็นเรื่องเฉพาะคู่ความและผู้มีส่วนได้เสียเพราะสถานะของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทั้งสามกลายเป็นบุคคลนอกคดีไปเสียแล้ว รวมทั้งการเข้ามาตั้งหน่วยงานอยู่ร่วมกับสถานที่ตั้งศาลยุติธรรมที่จะทำให้ประชาชนเกิดความสับสนว่า เกิดการฮั้วกันระหว่างฝ่ายบริหารกับศาลยุติธรรมหรืออย่างไร ทั้งจะกลายเป็นการแยกงานศาลยุติธรรมเป็นอิสระ เพื่อมิให้ฝ่ายบริหารเข้ามาก้าวล่วงแทรกแซงศาลยุติธรรมได้ กลับกลายเป็นสภาพที่หนักหนาสาหัสกว่าเดิม และจะทำให้ฝ่ายบริหารสามารถเข้าสอดแทรกการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมโดยผ่านกระบวนการของเจ้าหน้าที่ทั้งสามหน่วยงานนี้ได้ดีกว่าเดิมซึ่งแต่เดิมฝ่ายบริหารไม่อาจทำได้ เพราะการสั่งการและการควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งสามหน่วยงานเป็นของศาลยุติธรรม หน่วยงานทั้งสามที่กลับกลายเป็นเหมือนบุคคลภายนอกคดีที่ศาลยุติธรรมไม่อาจสัมผัสหรือเข้าไปเกี่ยวข้องได้โดยไม่ผ่าน

การรับรองของกลุ่มความและเป็นข้อเท็จจริงนอกสำนวน ไม่อาจเข้าสู่สำนวนความของศาลโดยไม่ผ่านการตรวจสอบจากกลุ่มความก่อนได้อีกต่อไป กล่าวคือศาลจะต้องไต่สวนก่อนทุกกรณีไป

ทั้งจะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งสามหน่วยงานให้เอื้อต่อการใช้อำนาจบริหาร ต้องมีกระบวนการร้องทุกข์ขอให้ผู้บังคับบัญชาของแต่ละหน่วยงานของกระทรวงยุติธรรมเข้าไปเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่ง หรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เหล่านี้และหากปัญหาไม่อาจยุติได้ต้องไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในกรณีที่ต้องฟ้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่จะใช้วิธีการขอให้ศาลยุติธรรมเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงคำสั่ง หรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งสามหน่วยงานไม่ได้ จึงต้องมีการแก้ไขกฎหมายกันอีกมากมายใหญ่โต

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคดีนี้ จึงไม่สามารถอธิบายเหตุผลให้ผู้พิพากษาทั่วประเทศเข้าใจได้ว่าเหตุใดจึงได้วินิจฉัยโดยให้เหตุผลในลักษณะที่เป็นการเคลือบคลุมหรือเคลือบแคลงสงสัย (ABSURDITY) ตามมาเช่นนั้น และจะสามารถแก้ไขปัญหาข้างต้นที่จะกระทบต่อประชาชนที่เป็นความและได้รับความเดือดร้อนอันเป็นผลที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคดีนี้ได้อย่างไร ปัญหานี้ควรเป็นปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องตอบแก่ประชาชน และศาลรัฐธรรมนูญต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นที่อาจส่งผลเสียหายแก่ประชาชนอย่างร้ายแรงในกรณีที่ประชาชนไม่อาจจะสามารถอาศัยศาลยุติธรรมเป็นที่พึ่งได้อย่างสมบูรณ์อีกต่อไป เช่นนี้อะไรจะเกิดขึ้น ผลดังกล่าวจึงจะปิดให้รัฐสภาหรือศาลยุติธรรมรับผิดชอบไม่ได้ ความเสียหายที่เกิดอาจจะกระทบถึงขนาดล้มโครงสร้างระบอบการปกครองของประเทศก็ได้ ผู้ทำคำวินิจฉัยจึงไม่เห็นด้วย แต่ต้องจำใจยอมลงชื่อด้วยในคำวินิจฉัย เพราะไม่มีทางเลือกเสียได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้นผู้ทำคำวินิจฉัยจึงเห็นสมควรวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. มาตรา ๖ มาตรา ๓๖ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓ มาตรา ๓๘ มาตรา ๘๘ มาตรา ๑๘๒ มาตรา ๒๐๑ วรรคหนึ่ง มาตรา ๒๑๑ มาตรา ๒๑๒ มาตรา ๒๓๓ ถึง มาตรา ๒๓๕ มาตรา ๒๔๕ วรรคหนึ่ง และ วรรคสอง มาตรา ๒๗๑ และ มาตรา ๒๗๕ วรรคหนึ่ง ย่อมใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๖

นายปรีชา เฉลิมวณิชย์

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ