

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ด. 1/2513

บทวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ด. 1/2513

คำวินิจฉัยซึ่งเป็นปัญหาให้วิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ คือ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ด. 1/2513 ลงวันที่ 5 มกราคม 2513 ด้วยบทกฎหมายอันเป็นปัญหาในคำวินิจฉัยนี้ คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 พ.ศ. 2503 ข้อ 1 และข้อ 2 อันเป็นปัญหาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มาตรา 27, 157, 159 และ 160 หรือไม่ หลักกฎหมายในเรื่องนี้ คือ หลักเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและหลักอำนาจอศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้ที่เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญในขณะนั้น คือ 1. พันเอก นายวรการบัญชา ประธานรัฐสภา 2. พลตรี ศิริ สิริโยธิน ประธานสภาผู้แทนราษฎร 3. นายประกอบ หุตะสิงห์ ประธานศาลฎีกา 4. นายกำธร พันธุลภม อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ 5. นายสงวน ชูปัญญา อธิบดีกรมอัยการ และตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิอีก 4 คน คือ 6. พลตรี พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ 7. พระมุนเฑียรวิมลนาท 8. พลโท สุข เปรมาวิน 9. หลวงประกอบนิติสาร แต่ผู้ลงนามในคำวินิจฉัยนี้มี 7 คน คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ยกเว้น นายประกอบ หุตะสิงห์ ประธานศาลฎีกา และหลวงประกอบนิติสาร ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิ ตามหลักวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ใช้หลักเสียงข้างมากของผู้เข้าประชุมเป็นมติ ดังนั้น แม้มีผู้ลงนามไม่ครบเป็นเอกฉันท์ คำวินิจฉัยนี้ก็ใช้บังคับได้¹

คดีนี้เรื่องเดิมเกิดขึ้นที่จังหวัดอุบลราชธานี คดีอยู่ในอำนาจของศาลแขวงอุบลราชธานี ซึ่งศาลดังกล่าวโดยนายสัง เวียน รัตนมุงและนายพจน์ บุญเลี้ยง ผู้พิพากษาในขณะนั้นเห็นว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 พ.ศ. 2503 ข้อ 1 และข้อ 2 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 ซึ่งใช้

¹ ตามพระราชบัญญัติวิธีการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2512 มาตรา 6 ต้องมีตุลาการรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 7 คน จึงเป็นองค์ประชุม การลงมติให้ถือตามเสียงข้างมาก

บังคับอยู่ในขณะนั้น มาตรา 27, 157, 159 และ 160 การควบคุมตัวผู้รับการอบรมที่ถูกคุมขัง ฐานเป็นบุคคลอันธพาลจึงเป็นไปโดยไม่ชอบ คดีนี้จำเลยเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ควบคุมผู้รับการ อบรมที่ถูกคุมขังฐานเป็นคนอันธพาล แล้วกระทำโดยประมาทปล่อยให้ผู้รับการอบรมสองนายออกจาก สถานคุมขังแล้วหลบหนีไป พนักงานอัยการจึงขอให้ลงโทษจำเลยซึ่งเป็นตามพระราชบัญญัติกำหนดวิธี ปฏิบัติเกี่ยวกับการควบคุม การอบรม และการฝึกอาชีพ ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 พ.ศ. 2503 ก่อนที่ศาลแขวงอุบลราชธานีจะพิจารณาในข้อเท็จจริงว่า จำเลยทั้ง 3 ได้กระทำผิดตามฟ้องหรือไม่ ศาลเห็นควรวินิจฉัยชี้ขาดก่อนว่า ผู้รับการอบรมที่หลบหนีไปได้รับการควบคุมโดยชอบหรือไม่ เพราะถ้า ถูกควบคุมตัวโดยชอบ จึงค่อยมาพิจารณาความผิดของจำเลยซึ่งเป็นผู้ควบคุมว่ากระทำโดยประมาทปล่อย ให้ผู้รับการอบรมหลบหนีจริงหรือไม่ แต่ถ้าผู้รับการอบรมถูกควบคุมตัวโดยไม่ชอบ ผู้รับการอบรมก็มี อำนาจออกไปจากสถานคุมขังได้ การกระทำของจำเลยซึ่งเป็นผู้ควบคุมก็ไม่ใช่ความผิดตาม พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เมื่อศาลแขวงวินิจฉัยข้อกฎหมายเบื้องต้นแล้ว เห็นว่าผู้รับการอบรมทั้งสอง ที่หลบหนีไปถูกควบคุมตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ข้อ 1 และข้อ 2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ข้อดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญจึงใช้บังคับมิได้ ผู้รับการอบรมจึงหลบหนีไปได้ ฉะนั้นผู้ควบคุมจึงไม่มี ความผิด เพราะไม่ได้ปล่อยผู้กระทำผิดให้หลบหนี ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มาตรา 175 เมื่อศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็ให้ศาลรอการพิพากษาคดี ไว้ชั่วคราวแล้วส่งความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัย ศาลแขวงอุบลราชธานีจึงส่งความเห็นในคดีอาญาหมายเลขคำที่ 918/2512 ผ่านปลัดกระทรวง ยุติธรรมไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัย โดยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. การควบคุมตัวบุคคลตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 มีลักษณะแตกต่างกับ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 คือ ไม่ได้ควบคุมตัวไว้เพื่อทำการสอบสวนในข้อใดเลย หากแต่ ควบคุมไว้เพื่อทำการอบรมและฝึกอาชีพให้กลับตนเป็นพลเมืองดี จึงแสดงว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ได้ถือเอาการที่บุคคลนั้นมีนิสัยและความประพฤติเป็นอันธพาล เป็นความผิดที่จะ เม็ด ค่อกฎหมาย ซึ่งเป็นข้อหาในความผิดต่างหากจากข้อหาเดิมที่พนักงานสอบสวนได้สอบสวนไว้ตาม ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 เป็นเหตุให้ถูกส่งตัวไปอยู่ในสถานอบรมและฝึกอาชีพ หากบุคคล นั้นหลบหนีไป ก็ยังมีความผิดและต้องรับโทษตามข้อ 3 แห่งประกาศดังกล่าวด้วย ทำให้บุคคล นั้นต้องถูกจำกัดตัวทอนสิทธิและเสรีภาพไปชั่วระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งเท่ากับเป็นการลงโทษบุคคลนั้น ฉะนั้นการที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ข้อ 1 ให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล หรือผู้ว่าราชการ จังหวัด เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่า บุคคลใดมีความผิดตามประกาศหรือไม่ อีกทั้งให้มีอำนาจ

สิ่งตัวบุคคลนั้น ไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพ จึงมีผลเท่ากับ เป็นการตั้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีซึ่งขาดความผิดและลงโทษบุคคลได้ เป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่ เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อหาความผิดฐานมีนินสัยและประพฤติดน เป็นอันพาลโดย เฉพาะแทนศาล ธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมาย จึง เป็นการแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 157 ซึ่งบัญญัติว่า "การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เป็นอำนาจของศาลโดย เฉพาะ ซึ่งจะต้องดำเนินการตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์" และมาตรา 159 ซึ่งบัญญัติว่า "การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง หรือที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่ง โดย เฉพาะแทนศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีนั้น จะกระทำมิได้" และการที่ข้อ 1 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล หรือผู้ว่าราชการ จังหวัดมีอำนาจวินิจฉัยซึ่งขาดความผิด และสั่งลงโทษบุคคลที่ประพฤติดน เป็นอันพาลได้ โดยมีต้อง ดำเนินการฟ้องร้องกล่าวโทษตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณา เป็นการบัญญัติกฎหมายกำหนดวิธี พิจารณาขึ้นใหม่ เพื่อใช้บังคับแก่คดีข้อหาความผิดฐานมีนินสัยและความประพฤติ เป็นอันพาลโดย เฉพาะจึงแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 160 ซึ่งบัญญัติว่า "การบัญญัติกฎหมายให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลหรือ วิธีพิจารณา เพื่อใช้แก่คดีใดคดีหนึ่งโดย เฉพาะ จะกระทำมิได้" เรื่องทำนองนี้ คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2501 ว่า มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ใช้บังคับมิได้

2. ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 เป็นกฎหมายที่ถือว่า การมีนินสัยและความ ประพฤติเป็นอันพาลเป็นความผิด แต่มิได้กำหนดระยะเวลาการลงโทษที่แน่นอนไว้ ดังนั้น โทษที่ จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักหรือเบาสถานใด ก็สุดแต่คณะกรรมการตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ข้อ 2 จะพิจารณาและมีคำสั่ง ไม่มีขอบเขตกำหนดเวลาสิ้นสุด ทำให้โทษที่ได้รับไม่ได้ สัดส่วนกับความผิดที่ถูกลงโทษและไม่เป็นธรรม ย่อม เป็นการแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย มาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำ การอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติ เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลง แก่บุคคลนั้น จะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

3. การสั่งให้ส่งตัวบุคคลที่มีนิสัยและความประพฤติเป็นอันธพาล ไปควบคุมไว้ในสถานอบรมและฝึกอาชีพ แม้จะถือว่าเป็นเพียงวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่ง มิใช่เป็นการลงโทษก็ตาม แต่ก็มีผลเป็นการจำกัดตัดทอนสิทธิและ เสรีภาพของบุคคล เช่นเดียวกับการลงโทษวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่มีลักษณะ เช่น เดียวกันนี้ ก็ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มีกำหนดเวลาสิ้นสุด และต้องกระทำโดยศาลและดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณา โดยให้โอกาสแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการต่อสู้กล่าวแก้ข้อกล่าวหาได้เต็มที่ ดังนั้น การที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล หรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจใช้วิธีการดังกล่าว จึงเท่ากับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจกระทำการได้อย่างศาลเป็นการตั้งบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ตุลาการให้มียอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างศาล จึงแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามนัยที่กล่าวมาแล้วข้างต้นด้วย

กล่าวโดยสรุป ศาลแขวงอุบลราชธานี เห็นว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว ขัดต่อหลักกฎหมายสองประการ คือ

1. หลักสิทธิเสรีภาพของบุคคล

แม้ศาลแขวงอุบลราชธานี จะไม่ได้กล่าวไว้ในความเห็นอย่างชัดเจน แต่ก็แสดงว่าศาลเห็นว่าบุคคลย่อมมีสิทธิ เสรีภาพของร่างกายและการกระทำอันหมายรวมถึงสิทธิ เสรีภาพที่จะไม่ถูกลงโทษอย่างไม่เป็นธรรม เมื่อบุคคลใดถูกหาว่ากระทำผิดและจะต้องรับโทษตามกฎหมาย โทษนั้นควรได้สัดส่วนกับความผิดที่ถูกกล่าวหาและต้อง เป็นธรรม การที่ให้บุคคลใดต้องรับผลร้าย แม้จะเรียกชื่ออย่างอื่น เช่น วิธีการเพื่อความปลอดภัย "แต่ก็มีผลเป็นการจำกัดตัดทอนสิทธิและ เสรีภาพของบุคคลเช่นเดียวกับการลงโทษ" ทั้งควรให้โอกาสแก่ผู้ถูกกล่าวหา แก่ข้อต่อสู้ที่ถูกกล่าวหาให้เต็มที่ มิฉะนั้น จะขัดต่อหลักสิทธิ เสรีภาพดังกล่าว ซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มาตรา 27 ก็ได้บัญญัติว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่ง ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนัก กว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่ง ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำผิดมิได้

2. หลักอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดี

เมื่อบุคคลใดถูกหาว่ากระทำความผิดและจะต้องถูกลงโทษหรือแม้ว่าจะไม่ใช่โทษ แต่เป็นการจำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพของบุคคลชั่วคราวหนึ่งซึ่ง เท่ากับ เป็นการลงโทษ การวินิจฉัยชี้ขาดว่า บุคคลใดมีความผิดหรือไม่และควรรับผลร้ายนั้นหรือไม่อย่างใด จึงควรอยู่ในอำนาจของศาลซึ่ง เป็นฝ่ายตุลาการมีอำนาจพิพากษาคดีชี้ขาดลงโทษบุคคลได้ การให้คณะกรรมการ ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่น เช่น กรรมการตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ อันได้แก่ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นผู้ชี้ขาดว่าบุคคลใดกระทำความผิดหรือไม่ ถ้าเห็นว่าผิดก็ให้ส่งตัวไปรับการอบรมและควบคุมตัวไว้ฝักอ่าชีพ ย่อม เท่ากับ เป็นการลงโทษหรือนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ ซึ่งเป็นการเอาอำนาจศาลมาใช้นั่นเอง จึงเป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่แทนศาลธรรมดาที่มีอยู่แล้วถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ²

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า ในหลักข้อแรกนั้นประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มี เจตนาป้องกันการกระทำความผิดในภายหน้า จึงนำตัวผู้กระทำความผิดมาฝักหัดตัดนิสัยและฝักอ่าชีพซึ่ง เรียกว่าวิธีการ เพื่อความปลอดภัยเท่านั้น หากใช้เจตนาจะเป็นการลงโทษอาญาแก่บุคคลใดไม่ จึงมิใช่กฎหมายที่ลงโทษบุคคลอันจะมีผล เป็นการจำกัดตัดสิทธิ เสรีภาพจนถึงขั้นที่ขัดรัฐธรรมนูญ แม้ผู้รับการอบรมตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับหลายประการ ถ้าฝ่าฝืนอาจถูกลงโทษทางวินัยและถ้าหลบหนีอาจถูกลงโทษอาญา แต่ก็ เป็นผลที่ตามมาภายหลัง เช่นเดียวกับวิธีปฏิบัติตามกฎหมายอื่น ถึงอย่างไรลักษณะการอบรมและฝักอ่าชีพในสถานอบรมและฝักอ่าชีพก็ไม่ใช่โทษหรือถือเสมือนว่าเป็นโทษ การปฏิบัติต่อผู้รับการอบรมจึงมิใช่การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรค 2 เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า วิธีการดังกล่าวไม่ใช่โทษเสียแล้ว ในหลักประการที่สองเรื่องอำนาจศาล จึงไม่ใช่เป็น เรื่องที่อยู่ในอำนาจเฉพาะของศาลเท่านั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกล่าวว่

² เคยมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2501 มาแล้วว่าการจัดตั้งองค์กรฝ่ายบริหารขึ้นทำหน้าที่อย่างศาล เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ.

ถ้าจะกล่าวโดยอาศัยเหตุแต่เพียงว่า การตรากฎหมายอันใดซึ่งจะมีผลให้คนหนึ่งผู้ใดต้องถูกควบคุมตัวโดยคำสั่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารแล้วก็ต้องถือว่าเป็นการตั้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารให้มีอำนาจใช้อำนาจตุลาการได้อย่างศาล กล่าวคือ ให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีซึ่งขาดความผิดและลงโทษอาญาแก่บุคคลได้แล้ว ย่อมจะไม่เป็นการถูกต้องเสมอไป ดังจะเห็นได้ว่าในบางกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความสุขของประชาชน และความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง รัฐย่อมจะตรากฎหมายให้ใช้วิธีการใดอันมีลักษณะ เป็นวิธีการ เพื่อความปลอดภัย เพื่อให้บรรลุผลเช่นว่านั้น ก็ย่อมจะทำได้ เพราะวิธีการเพื่อความปลอดภัย นอกจากวิธีการดังมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39 แล้ว ก็อาจมีได้ตามกฎหมายอื่น และไม่จำเป็นต้องให้ศาลเป็นผู้กำหนดเสมอไป ดังนี้ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 จึงมิใช่ เป็นกฎหมายที่ตั้งศาลขึ้นใหม่ เพื่อทำการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อหาความผิดฐานมีนิสัยและความประพฤติ เป็นอันธพาลโดยเฉพาะแทนศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมายและไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลหรือวิธีพิจารณา เพื่อให้แก่คดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแต่ประการใดเลย

นอกจากนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีความเห็นว่า แม้เคยมีคำวินิจฉัยว่าการตั้งคณะกรรมการฝ่ายอื่นที่มีใช้ศาล ซึ่งขาดข้อพิพาทจะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่นั่น เป็นเรื่อง การวินิจฉัยซึ่งขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับคดี การตั้งคณะกรรมการตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ "เป็นวิธีการเพื่อให้บรรลุผล คือ ความมุ่งหมายที่จะให้การอบรมฝึกออาชีพและการสงเคราะห์บุคคลบางประเภทซึ่งเรียกว่า เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเท่านั้น" คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า ข้อ 1 และ ข้อ 2 แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ในคดีนี้ เมื่อครั้งคดียังอยู่ที่ศาลแขวงอุบลราชธานี คดีไม่มีปัญหาว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 เป็นกฎหมายหรือไม่ ข้อนี้คงเป็นอันยุติตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 และ 1662/2505 คงมีแต่ปัญหาว่า ประกาศของคณะปฏิวัติขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เท่านั้น รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มาตรา 174 บัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้ เมื่อประกาศของคณะปฏิวัติ เป็นกฎหมายย่อมไม่อาจขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ เมื่อศาลเห็นว่ากรณีต้องด้วยมาตรา 174 จึงต้องดำเนินการตาม มาตรา 175 คือ ส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป

บทวิเคราะห์เหตุผลในคำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ด. 1/2513

สำหรับเหตุผลของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว ที่ว่ามาตรา 28 เป็นเรื่องของโทษ แต่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 เรื่องการควบคุมตัวไว้ในสถานอบรมและฝึกอาชีพ ไม่ใช่โทษ จึงเป็นคนละเรื่องกันนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับผู้ทรงคุณวุฒิท่านหนึ่ง คือ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ มีความเห็นว่าการพิจารณาความหมายตามกฎหมายว่าอะไร เป็นโทษหรือไม่ ควรพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง ไม่ควรจะถือเอาแต่ตามถ้อยคำที่บัญญัติกฎหมาย เพราะจะเป็นช่องทางให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายหลักเดียวได้ เช่น รัฐสภาอาจออกกฎหมายกำหนดสภาพบังคับโดยไม่เรียกว่าเป็นโทษ ทั้งนี้ตามลักษณะที่เป็นจริงก็คือโทษนั่นเอง นักกฎหมายผู้นี้กล่าวว่า "แม้จะเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น เรียกว่าวิธีการ เพื่อความปลอดภัยหรือสงเคราะห์ให้อยู่ในสถานฝึกอบรม ดังนี้ไม่ได้หมายความว่าวิธีการ เช่นนั้น จะอยู่นอกเหนือความหมายของโทษตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีที่ต้องตีความตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ตามความประสงค์และเบื้องหลังของรัฐธรรมนูญ"³ ในต่างประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญนอร์เวย์ มาตรา 96 ก็ได้บัญญัติว่าจะลงโทษผู้ใดโดยไม่มีคำพิพากษาไม่ได้ ซึ่งควรเข้าใจว่าเป็นการใช้คำว่าโทษ (Punishment) ในความหมายอย่างกว้าง⁴ ผู้เขียนเห็นว่า โทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ซึ่งใช้กับความผิดตามกฎหมายอาญาอื่นด้วย ซึ่งแยกได้ต่างหากจากวิธีการเพื่อความปลอดภัยในมาตรา 39 แต่ถ้ามองในแง่ว่าทั้งสองอย่างเป็นผลร้ายหรือเป็นสภาพบังคับอย่างหนึ่งแล้ว ก็น่าจะอยู่ในความหมายของคำว่าโทษตามมาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติ เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ และมาตรา 28 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่าก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น เสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ ความเห็นดังกล่าวนี้ นักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง คือ อาจารย์ จรัญ ภักดีธนากุล ได้ให้ความเห็นว่า

³จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : กรุงสยามการพิมพ์, 2525), หน้า 881-882.

⁴Andenads, The General Part of the Criminal law of Norway (London: Sweet & Maxwell, 1965), p. 12.

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 ซึ่งวินิจฉัยว่าความในข้อ 1 และข้อ 2 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองสั่งว่าบุคคลใด เป็นบุคคลอันธพาล และควบคุมบุคคลนั้นไว้ เพื่อทำการอบรมและฝึกอาชีพให้กลับตน เป็นพลเมืองดีนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยอ้างเหตุผลสำคัญเพียงว่า การควบคุมบุคคลอันธพาลดังกล่าว เป็นเพียง "วิธีการ เพื่อความปลอดภัย" เท่านั้น มิใช่ "โทษทางอาญา" จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติ เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำผิดไม่ได้" เข้าใจว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ฉบับนี้ คงจะมีได้ตัดสินเพียงอาศัยการเล่นคำระหว่าง "โทษ กับ "วิธีการเพื่อความปลอดภัย" เท่านั้น เพราะไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม การจับและจำขังบุคคลอันธพาล ก็คือ การริรอน เสรีภาพของบุคคลรูปแบบหนึ่งนั่นเอง ซึ่งในความเป็นจริงแล้วดูจะเป็นการริรอน เสรีภาพชนิดที่เจ็บช้า และรุนแรงกว่าการถูกจำคุกในทัณฑสถานธรรมดาเสียอีก แต่ที่คณะกรรมการ รัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยรับรองประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นที่ให้มีการจำขังบุคคลได้โดยไม่ต้องผ่านศาล และเป็น การจำขัง โดยไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนเสียด้วย ก็อาจเป็น เพราะเหตุผลในทางสังคมและ การเมืองในขณะนั้น เมื่อมาพิจารณาปัญหาในสถานการณ์ปัจจุบันจึงอดไม่ได้ที่จะ เห็นในทางตรงกัน ข้ามกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อได้อ่านบันทึกความเห็นใน เรื่องนี้ของศาลแขวงอุบลราชธานีแล้ว และโดยเหตุนี้เองที่ไม่มีความลังเลใจเลยที่จะแสดง ความเห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติ เรื่องการควบคุมบุคคลผู้เป็นภัยสังคมนั้น เป็นโมฆะ เพราะ ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

ในตอนท้ายแห่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ได้กล่าวว่า

การที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 กำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจสั่งให้ส่ง ตัวบุคคลที่ประพฤติตน เป็นอันธพาลไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพได้ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้ คำนี้คงอยู่เป็นอันมากกว่า ... การที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 กำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ มีอำนาจสั่งให้ส่งตัวบุคคลที่ประพฤติตน เป็นอันธพาลไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพ ได้โดยไม่ต้องดำเนินการฟ้องร้องกล่าวโทษต่อศาลตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณานั้น ย่อมจะมีผล ให้เกิดข้อคิดเห็นได้หลายทาง กฎหมายเช่นว่านี้ ถ้าจะมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็มีอยู่เพียงที่จะ คำวินิจฉัยว่า เป็นกฎหมายที่ดีหรือไม่เท่านั้น ปัญหาเช่นว่านี้เป็นคนละ เรื่องกับปัญหาที่ว่า ประกาศ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 นี้ มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

นอกจากนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังอ้างว่า

กฎหมายในทำนองเดียวกันนี้ก็เคยมีมาแล้ว เช่น พระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พ.ศ. 2484 ซึ่งให้อำนาจพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจส่งตัวบุคคลบางประเภทไปยังสถานสงเคราะห์ พระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ให้อำนาจอธิบดีกรมประชาสงเคราะห์ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด ส่งตัวผู้ซึ่งศาลพิพากษาให้ลงโทษฐานกระทำการค้าประเวณีไปรับการ รักษาหรือฝึกออาชีพในสถานสงเคราะห์ได้⁵

ข้อนี้ยกกฎหมายท่านหนึ่ง คือ รองศาสตราจารย์ ดร.โกศล พลกุล ให้ความเห็นว่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทราบว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 เป็นกฎหมายที่ "ไม่ดี" แต่แม้จะเป็นกฎหมายที่ "ไม่ดี" ก็ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (แบบรัฐสภา) ซึ่งประกาศใช้ภายหลัง ประกาศฯ ดังกล่าว ซึ่งความจริงถ้าจะว่าไปแล้ว ถ้าจะคำนึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนกัน จริง ๆ ก็อาจตีความไปในทำนองที่ประกาศฯ นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ประเด็นที่ศาลแขวง อุบลราชธานียกขึ้นมานั้นมีน้ำหนักอยู่ไม่น้อย และข้ออ้างบางประการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ก็มีข้อโต้แย้งได้ เช่น การอ้าง พ.ร.บ. ปราบการค้าประเวณีฯ ตาม พ.ร.บ. นี้ การจะส่ง ตัวบุคคลไปรับการรักษาหรืออบรมฝึกออาชีพในสถานสงเคราะห์ได้ บุคคลนั้นต้อง เป็นผู้ศาลได้ พิพากษาให้ลงโทษฐานกระทำการค้าประเวณี มิใช่ว่าตำรวจจับบุคคลใดโดยตั้งข้อหาว่าทำการค้า ประเวณีแล้วจะส่งไปอบรมได้ แต่กรณีบุคคลอันธพาลเขาจะเป็นอันธพาล ในความหมายของ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 จริงหรือไม่ยังไม่ยั้งใครตัดสิน แต่บุคคลนั้นก็อาจถูกส่งไปอบรมได้ ดังนี้เห็นได้ชัดว่าผู้ตัดสินก็คือผู้ควบคุมนั่นเอง

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ในเรื่องมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. จัดที่ดินเพื่อความ เป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 นั้นเป็นไปได้ใหม่ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ขัดต่อ รัฐธรรมนูญเพราะเป็น เรื่องให้คณะกรรมการจัดที่ดินฯ ชี้ขาดกรณีพิพาทระหว่างบุคคลและเป็น เรื่องเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน แต่กรณีตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 นี้เป็น เรื่อง ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชน และเป็น เรื่องเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งในประการหลังนี้องค์กรชี้ขาดไม่ค่อยกล้าก้าวออกมาคุ้มครองประชาชนเท่าที่ควร เพราะมี

⁵ จรัญ ภักดีธนากุล, "ศาลกับความ เป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ" คุณภาพ, เล่ม 1, มกราคม-กุมภาพันธ์ 2523, หน้า 82-83.

ความ เกรงอำนาจปฏิวัติรัฐประหารซึ่งค่อนข้างหนักไปทางลิดรอน เสรีภาพในร่างกายมากกว่า เสรีภาพในทรัพย์สิน

นอกจากนี้ในเหตุผลที่ว่า การส่งบุคคลไปไว้ในสถานอบรมฯ ก็เพื่อให้การอบรม ฝึกอาชีพและ เป็นการสงเคราะห์ ก็ไม่น่าจะใช้อ้างได้กับบุคคลที่ประพฤติน เป็นอันธพาล เพราะ บุคคล เช่นนี้อาจมีอาชีพและดำรงชีพโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เพียงแต่มีการ

กระทำการด้วยตนเองหรือสนับสนุนบุคคลอื่น รังแก ช่มเหง ขู่เข็ญ หรือรบกวนให้เกิด ความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนและในบางกรณีก็กระทำการแสดงตนให้บุคคลอื่น เกรงกลัว จำต้องยอมทนรับกรรมบางประการ ไม่กล้าขัดขืนหรือร้อง เรียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ให้คำ เนิน การ เพราะ เกรงภัยจะ เกิดแก่ตน ...

(ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21) ซึ่งต่างกับคนขอทานหรือโส เภณีที่โดยทั่วไปไม่ได้มีอาชีพ อื่นทั้งไม่ได้ เป็นภัยที่น่ากลัวของสังคม บุคคลเหล่านี้คงถือเอาการขอทานหรือการค้า ประ เวณี เป็นการหาเลี้ยงชีพ ดังนั้นจึง เห็นได้ชัดว่าการฝึกอาชีพให้คนขอทานและโส เภณี เป็นการฝึกอาชีพ และสงเคราะห์แก่บุคคลนั้น ๆ จริง ๆ ส่วนอันธพาลนั้น วัตถุประสงค์ของการควบคุมตัวไม่ได้ มุ่งฝึกอาชีพจริง ๆ แต่อย่างไร แต่เพราะเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าว เป็นภัยต่อสังคม ซึ่งความ จริงบุคคลที่ประพฤติ เช่นว่านั้นก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว และรัฐก็มีกระบวนการ ที่จะเอาผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ตาม ป.วิ.อ. อยู่แล้วเช่นกัน และในความเป็นจริง วิธีการ ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ก็ถูกใช้ เป็น เครื่องมือชิ้นสำคัญในการขจัดศัตรูทางการเมือง ของผู้ปกครองในเวลานั้น ส่วนคนที่ เป็นโรคติดต่อย่ำแรง เช่น โรคเรื้อน การส่งไป สถานสงเคราะห์ก็ เป็นที่ เห็นได้ชัดว่าเป็นการให้การสงเคราะห์ช่วยเหลือแก่บุคคลนั้น และ เพื่อ เป็น การป้องกันโรคติดต่อกัน เป็นการคำนึงถึงส่วนรวมที่ชัดเจนและมีเหตุผล ด้วยเหตุนี้ การมองว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่ เรื่องที่เป็นไปไม่ได้และไม่มี เหตุผล⁶

⁶ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 126-127.

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ค. 1/2513 ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอันมาก ทั้งนี้เพราะเป็นที่เข้าใจกันอยู่ว่า ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 เรื่องควบคุมตัวบุคคลที่ถูกหาว่าเป็นอันธพาล เป็นกฎหมายที่ไม่ดี เปิดโอกาสให้มีการตั้งข้อหาแก่บุคคลได้โดยง่าย เมื่อเห็นว่าบุคคลใดประพฤติดคนเป็นอันธพาล ก็สามารถจับตัวมาควบคุมได้เพื่อส่งฟ้องศาล ระหว่างยังไม่ส่งฟ้องศาลก็ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร คือ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลสำหรับพระนครและธนบุรี และผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น ๆ ส่งตัวบุคคลที่ถูกควบคุมไว้ครบ 30 วันแล้ว ไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพได้โดยไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุด ซึ่งปรากฏว่า นับตั้งแต่มีการใช้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว เฉพาะข้อมูลที่ปรากฏตั้งแต่ พ.ศ. 2501-2506 (คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีใน พ.ศ. 2513 จึงยังขาดข้อมูลไปอีก 7 ปี) มีดังนี้ จำนวนผู้ถูกจับ 7,539 คน จำนวนที่ถูกกักขัง 2,753 คน จำนวนที่ถูกส่งไปยังสถานฝึกอบรม 4,738 คน⁷

หนทางที่จะยกเลิกหรือทำลายระบบการตั้งข้อหาและการควบคุมตัวโดยปราศจากหลักประกันทางศาลนี้ ก็คงมีอยู่ 2 ทาง คือ

1. วินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้มีใช้กฎหมาย ซึ่งหนทางนี้ก็เป็นไปได้ยาก เพราะกระทบต่อหลักที่วางไว้อย่างมั่นคงแล้ว และอาจกระทบต่อประกาศคณะปฏิวัติฉบับอื่น ๆ ซึ่งใช้บังคับอยู่และไม่มีปัญหาในเรื่องความถูกต้องเป็นธรรม
2. วินิจฉัยว่า เนื้อหาหรือบทบัญญัติ ในประกาศคณะปฏิวัติอันกำหนดความผิดและ เป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เรื่องนี้ในสหรัฐอเมริกา การตั้งข้อหาว่าบุคคลเป็นคนเร่ร่อนจรจัดแล้วจับตัวบุคคลนั้นซึ่งมีพฤติการณ์คล้าย ๆ กับอันธพาลตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ มาฟ้องร้องหรือลงโทษได้เคยมีคำวินิจฉัยของศาลสูงสหรัฐว่า อาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ในคดี Papachristou V. City of Jacksonville⁸ ศาลวินิจฉัยว่า

⁷ ทักษ์ เจลิม เตียร์ณ, การเมืองระบบพ่อนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ, หน้า 250-251.

⁸ 405 U.S. 156 (1972).

กฎหมายควบคุมคนเร่ร่อนจรจัด (Vagrancy law) ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะ เป็นกฎหมายที่ตั้ง
 ข้อหาเลื่อนลอย (Vague) พฤติการณ์ที่บุคคลเหล่านั้นทำ เช่น เร่ร่อน เป็นอันธพาล ขอทาน
 เที้ยวเคร่เฮฮา เมาสุรา เดินหรือร้องรำทำเพลงได้รุ่ม ไม่ใช่พฤติการณ์ที่ควรลงโทษ
 การจับบุคคลดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁹ ปรากฏว่า ช่วงระยะเวลาสองปี คือ ค.ศ.
 1968-1970 มีการจับตัวบุคคลในข้อหาเหล่านี้ทั่วประเทศถึงสามแสนคนและอีกสองแสนคน เป็นผู้
 ต้องสงสัย แต่ที่ศาลสหรัฐตัดสินเช่นนี้ได้ เพราะอำนาจศาลมีกว้างขวาง ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ
 ก็เปิดโอกาสให้ตีความได้มากทั้งสถาบันศาลก็ได้ทำตัวเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Protector of
 the Supremacy of the Constitution) อย่างแท้จริง ในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่า
 การที่จะให้ศาลแขวงอุบลราชธานีหรือศาลใดก็ตามยกประเด็นว่า การตั้งข้อหาอันธพาลไม่ชอบด้วย
 รัฐธรรมนูญ อาจไม่มีถ้อยคำใดในรัฐธรรมนูญเปิดทางให้ตีความเพื่อวินิจฉัย เช่นนั้นได้ เช่น
 มาตรา 27 บัญญัติว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่
 ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด การที่จะให้ศาลวินิจฉัยว่า การตั้งข้อหาอันธพาลไม่เป็น
 ความผิด ย่อมไม่มีทางวินิจฉัยเป็นเช่นนั้นได้ หนทางที่จะวินิจฉัยในเนื้อหาของกฎหมายว่าขัดต่อ
 รัฐธรรมนูญ ก็คือ ต้องวินิจฉัยที่โทษอาญาหรือสภาพบังคับของความผิดฐานอันธพาลนั้นเอง ประกาศ
 คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ให้ควบคุมตัวและส่งตัวบุคคลนั้นไปยังสถานคุมขังและฝึกอบรม ย่อมเท่ากับ
 ว่าเป็นสภาพบังคับหรือผลร้ายชนิดหนึ่งที่มีต่อผู้ถูกตั้งข้อหา ศาลแขวงอุบลราชธานี จึงได้หยิบเอา
 ประเด็นนี้ขึ้นมาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เรื่องการปฏิบัติต่อบุคคลในทางที่เป็น
 ผลร้ายโดยไม่มีคำพิพากษาของศาลและผู้วินิจฉัยความผิด เพื่อส่งตัวไปรับผลร้ายก็คือ ฝ่ายบริหาร
 ไม่ใช่ศาล อันเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรม ถ้าเป็นกรณีในสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นเรื่อง
 ที่ขัดต่อหลัก Due Process of Law ในกรณีตามรัฐธรรมนูญไทยก็เห็นได้ว่าเป็นการใช้อำนาจ
 ของศาลโดยหน่วยงานอื่น เหตุผลในทางไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่น่า
 สนใจอีกแนวทางหนึ่ง คือ ความเห็นของศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ซึ่งได้
 วิเคราะห์คำวินิจฉัยดังกล่าวไว้อย่างละเอียด ดังนี้

⁹ หลักเช่นนี้เรียกว่า Void of Vagueness ซึ่งมีมาตั้งแต่ในสมัยโบราณ และยอมรับ
 กันใน common law Aiger, "Legislation in Vague or Generale Terms",
 21 Michigan Law Review (1923), p. 831: United States V. Brewer,
 139 U.S. 278, (1891).

ตามคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ไม่ใช่กฎหมาย กำหนดโทษผู้กระทำความผิด ทั้งการส่งตัวอันธพาลไปควบคุมไว้ ณ สถานอบรมฝึกออาชีพ ก็เป็นการลงเคราะห์ ไม่ประสงค์จะลงโทษอันธพาลในทางอาญา หากแต่เป็นวิธีการเพื่อความ ปลอดภัยอย่างหนึ่งเท่านั้นเอง

พูดกันตามจริง ข้าพเจ้าเห็นว่าตุลาการรัฐธรรมนูญให้เครดิตแก่คณะปฏิวัติมากเกินไป ถึงขนาดเป็นผู้รอบรู้ทางกฎหมายที่จะแยกออกว่า อะไรเป็นการลงโทษไม่เป็นการลงโทษ อะไรเป็นกักขัง อะไรเป็นกักกัน ปัญหาเหล่านี้ แม้แต่นักกฎหมายยังแยกไม่ค่อยออก จะให้ เชื่อว่าคนที่ถือปิ่นก่อการปฏิวัติแยกออกเห็นจะมากเกินไปสักหน่อย ...

ประมวลกฎหมายอาญาประกาศใช้เมื่อต้นปี พ.ศ. 2500 ในมาตรา 39 ได้จัดการกักกัน ไว้เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ส่วนโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด จัดไว้อีกส่วนหนึ่ง ในมาตรา 18 มีทั้งจำคุกและกักขัง แต่ไม่ใช่กักกัน ตามมาตรา 40 กักกัน เป็นวิธีการควบคุม ผู้กระทำความผิดติดนิสสัยไว้ในเขตกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิดตตินิสสัยและฝึกหัด อาชีพ ความจริงนี้ก็อันธพาลตามประกาศคณะปฏิวัตินั้นเอง แต่ตามระบบของประมวลกฎหมายอาญา ศาลเท่านั้นที่จะพิพากษาว่าบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสสัยตามกฎหมาย เกณฑ์อันบัญญัติไว้แน่นอนตายตัว ในมาตรา 41 และศาลเท่านั้นที่จะพิพากษาให้ส่งตัวไปกักกันได้ สำหรับคนอันธพาลชนิดที่อาจก่อ เหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 46 ก็ให้ เป็นอำนาจของศาลอีกที่จะ เรียกประกันทัณฑ์บนหรือสั่งทาม เข้าในเขตกำหนด ทั้งนี้ ต่างกัน เป็น อันมากกับการส่งตัวอันธพาลเข้าลาดยาวตามประกาศคณะปฏิวัติ ถ้าคณะปฏิวัติรู้ประมวลกฎหมาย อาญาก็คงจะรู้ตลอดไปด้วยว่าประมวลกฎหมายอาญามีระบบกักกันอันธพาลเหมือนกัน และเป็นระบบ ที่ละเอียดรอบคอบดีอยู่แล้ว คือมีกฎหมายเกณฑ์แน่นอน เป็นเครื่องวัดว่าบุคคลประพฤติอย่างไร จึงจะถือ ได้ว่าเป็นอันธพาลและมอบให้เป็นอำนาจของศาล เป็นผู้วินิจฉัย แต่เพราะคงไม่รู้ จึงไปเขียน กฎหมายจ่ายอมเอาเอง ปัญหาว่าบุคคลเป็นอันธพาลหรือไม่ ก็ปล่อยให้ เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายบริหารวินิจฉัย มอบให้ตลอดจนอำนาจส่งตัวเข้าลาดยาว จน เป็นปัญหาไปสู่ตุลาการรัฐธรรมนูญ

กฎหมายในการส่งตัวคนเข้าลาดยาวตามประกาศคณะปฏิวัติมีแต่เพียงว่า (1) ดำรวจเพียงแต่ เห็นว่าคนใดเป็นคนเกะกะ หรือเป็นนายช่างการพนัน ก็จับเอาไปสอบสวนเพื่อหาความผิด (2) สอบสวน 30 วัน ความผิดจะหาได้ไม่ได้ เมื่อเจ้าหน้าที่บริหารชั้นผู้ใหญ่เห็นว่าคนนั้นยังมีนิสัย ความประพฤติเป็นอันธพาลก็ส่งตัวเข้าลาดยาวได้เลย (3) ทั้งหมดนี้ โดยไม่ต้องมีใครตั้งข้อหา ไม่มีการสืบพยานว่าเท็จจริงอย่างไร ผู้ต้องหาว่าเป็นอันธพาลไม่มีโอกาสกล่าวแก้ตัวได้ จึง เห็น ได้ว่าวิธีการกักกันตามประกาศอันธพาล ทำให้เสรีภาพของบุคคลตกอยู่ในฐานะล่อแหลม ขาดเสถียรภาพ เป็นอย่างยิ่ง

ส่วนวิธีการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญานั้นผิดกันเหมือนฟ้ากับดิน เพราะผู้ที่จะถูกกักกันตามประมวลกฎหมายอาญาต้อง (1) ถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือ เคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งในความผิดอันระงูไว้เฉพาะในมาตรา 41 เช่น ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชนตามมาตรา 209 ถึง 216 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนตามมาตรา 217 ถึง 224 ฯลฯ (2) ทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งดังระงูไว้นี้ อีกภายในเวลา 3 ปีนับแต่วันพ้นจากการกักกันหรือพ้นโทษและศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือนสำหรับความผิดที่ทำอีกนี้ ซึ่งแม้กระนั้นคุณพินิจก็ยังอยู่กับศาลที่จะถือว่าเป็นคนทำความผิดติดนิสัยหรือไม่ก็ได้ ผู้ที่อายุยังไม่เกิน 17 ปี ไม่อยู่ในข่ายที่จะส่งไปกักกัน (3) ถูกอัยการฟ้องเป็นคดีขอให้กักกัน ซึ่งจำเลยมีโอกาสกล่าวแก้ได้และศาลต้องพิพากษาให้กักกัน ด้วยวิธีการดังว่ามานี้ เสรีภาพของบุคคลจึงยังมีหลักประกันไม่ต้องถูกขังทอนอย่างเสียดังกล่าว

ความแตกต่างมีอยู่ดังกล่าวมา การที่ตุลาการรัฐธรรมนูญอ้างถึงวิธีการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นตัวอย่างไม่ดี สำหรับให้คณะปฏิวัติออกประกาศกักกันบ้าง จึงฟังไม่ค่อยถนัด ข้อสำคัญที่สุดอยู่ที่ศาลเป็นผู้พิพากษาให้กักกันตามประมวลกฎหมายอาญา โดยต้องว่ากล่าวกัน เป็นคดีพิสูจน์ความเท็จหรือจริง และผู้ถูกกล่าวหาต้องมีทางพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนได้ แต่การกักกันตามประกาศอันธพาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด โดยไม่ให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาแสดงความบริสุทธิ์ได้เป็นทางอรรถคดี

กักกัน เป็นโทษหรือไม่

ในปัญหาว่ากักกัน เป็นโทษหรือไม่ คนธรรมดาที่ถูกส่งตัวไปกักไว้ที่ลาดยาวคิด เป็นอื่นได้ยาก เพราะการถูกส่งตัวไปกักไว้ที่ลาดยาวไม่ต่างอะไรกับที่ เป็นนักโทษถูกส่งตัว เข้าคุกพระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2497 ก็คิดชื่อ ๆ ดั่งนั้น จึงได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ให้ถือว่าการกักกัน เป็นโทษอาญาสถานหนึ่ง

แต่ครั้นประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาเมื่อต้นปี 2500 ประมวลกฎหมายอาญากว่าถึงโทษอาญา เป็นเรื่องจำคุกหรือกักขัง ส่วนกักกันนำไปบัญญัติไว้ต่างหาก เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยคนธรรมดาที่โดนเข้าบ้าง ก็คงคิดเป็นอื่นได้ยากอีกเหมือนกัน นอกจากว่าเป็นการเล่นลิ้น เพราะจะกักกันหรือกักขังจำคุกก็ออกมาข้างนอกไม่ได้ ...

แต่เพราะเหตุนั้น จะวินิจฉัยต่อไปได้หรือไม่ว่า กักกันตามประกาศคณะปฏิวัติไม่ใช่โทษเหมือนกัน ข้อนี้เป็นประเด็นขั้นสุดท้าย

ในเบื้องต้น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ไม่ได้ให้ถือว่า การกักกันตามประกาศฉบับนี้ ให้ถือเป็นการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา หรือให้ปฏิบัติอย่างเดียวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญาตรงกันข้าม ประกาศฉบับที่ 43 กำหนดวิธีการกักกันอันธพาลไว้เป็นเอกเทศต่างหาก โดยให้กระทรวงมหาดไทยจัดสถานอบรมฝึกอาชีพขึ้นสำหรับส่งตัวอันธพาลไปกัก และมอบอำนาจให้คณะกรรมการดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุม การอบรม การฝึกอาชีพ และการปล่อยตัวอันธพาลหรือไม่ก็ได้ คนทั้งหลายจึงเกรงกลัวระบบขังลี้มในแดนลับโลกที่วุ่น เป็นอย่างยิ่ง

ดังได้กล่าวมาแล้ว ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ไม่ได้ประกาศว่า การกักกันตามประกาศฉบับนี้ ให้ถือว่าเป็นการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา ถ้าประกาศออกมาดั่งนั้น จึงจะมีเหตุผลให้เถียงได้ว่าไม่ใช่โทษ หากแต่เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งประมวลกฎหมายนั้นบัญญัติไว้เป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก ไม่รวมอยู่ในโทษอาญา และเมื่อไม่ได้ประกาศเป็นการกักกันอันไม่เป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา การเอาตัวคนไปกักไว้ที่ลาดยาว ซึ่งไม่ต่างอะไรกับการเอาตัวนักโทษตามคำพิพากษาไปกักไว้ในเรือนจำ คนธรรมดาใช้สามัญสำนึกย่อมจะคิดเป็นอื่นไม่ได้ นอกจากว่าเป็นการลงโทษ โดยทางนิตินัยก็น่าจะต้องวินิจฉัยว่าเป็นการลงโทษ เพราะไม่ได้เอาตัวไปกักไว้ตามวิธีการซึ่งไม่เป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา

ระบบศาล

ตามรัฐธรรมนูญ 2511 มาตรา 157 159 160 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ จะตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ จะบัญญัติกฎหมายให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลหรือวิธีพิจารณา เพื่อใช้แก้คดีในคดีหนึ่งโดยเฉพาะก็ต้องห้าม

ศาลแขวงอุบลราชธานี เห็นว่า การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจวินิจฉัยส่งตัวอันธพาลไปกักกัน เป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่ทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าวประกาศคณะปฏิวัติที่มอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารกระทำดั่งนั้น จึงใช้ไม่ได้

ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารสั่งควบคุมตัวบุคคลผู้มีความประพฤติอันไม่สมควรไว้ในสถานที่มีเขตกำหนดนั้นมี เช่น พระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พระราชบัญญัติปราบการค้าประเวณี พระราชบัญญัติกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่เป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

รู้สึกว่ารหัสกฎหมายมีการหลวมกันอยู่ เพราะแทนที่จะวินิจฉัยว่า การมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้วินิจฉัยว่าใครเป็นหรือไม่เป็นอันธพาลซึ่งจะถูกส่งตัวไปกักกัน เป็นหรือไม่เป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่ ตุลาการรัฐธรรมนูญกลับไปวินิจฉัยว่า มีกฎหมายอื่นให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารไว้เป็นทำนองเดียวกัน จึงไม่เป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่ ความจริงถ้าพระราชบัญญัติที่ตุลาการรัฐธรรมนูญอ้างถึง มอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารวินิจฉัยส่งกักกันคนได้โดยลำพังพระราชบัญญัติเหล่านั้นก็จะมีผลเป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เหมือนกัน

แต่ดังได้กล่าวมา การส่งตัวหญิงค้าประเวณีไปเข้าสถานสงเคราะห์ตามพระราชบัญญัติ
 พรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 การส่งตัวผู้กระทำผิดติดนิสัยไปกักกันตามพระราชบัญญัติ
 วิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2510 จะต้องเอาตัวผู้ที่จะถูก
 กักขึ้นศาลก่อน ทั้งนี้ จนกระทั่งศาลพิพากษาแล้วจึงจะส่งตัวไปกักได้ ไม่ต่างอะไรกับที่ศาล
 พิพากษาจำคุกคนกระทำความผิดแล้ว เจ้าหน้าที่เรือนจำเอาตัวไปใส่คุก ประเด็นที่จะพิเคราะห์
 จึงไม่ใช่ตัดตอนเอาตอนที่เจ้าหน้าที่เรือนจำนำนักโทษไปใส่คุกมาวินิจฉัย แต่ต้องย้อนไปวินิจฉัย
 กันแต่ต้นมือว่านักโทษเข้าคุกเพราะใครสิ่ง ซึ่งทั้งในเรื่องหญิงค้าประเวณี และผู้กระทำผิดติดนิสัย
 มีคดีขึ้นศาลให้ศาลพิพากษามาก่อนทั้งนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารส่งตัวคนเหล่านี้ไปอยู่ในเขต
 กำหนด จึงเป็นการปฏิบัติดำเนินการตามคำพิพากษาของศาล ไม่เป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่ ไม่เหมือน
 กับเรื่องกักกันอันธพาล ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้วินิจฉัยเองส่งกักกันตัวเอง โดยไม่ต้องเอาตัว
 ขึ้นศาลให้พิพากษาก่อนเลย ส่วนการส่งตัวคนขอทานไปสถานสงเคราะห์ตามพระราชบัญญัติควบคุม
 การขอทาน พ.ศ. 2484 นั้น ดังได้กล่าวแล้ว คนขอทานนั้นต้องเป็นคนชรา วิกลจริต พิกัด
 หรือมีโรค ซึ่งไม่มีทางเสี่ยงชีพ และไม่มีญาติมิตรอุปการะ ความสำคัญมีบัญญัติไว้ในมาตรา 9
 วรรค 2 ว่า ถ้าปรากฏว่าผู้ที่ส่งตัวไปยังสถานสงเคราะห์ที่มีที่อาศัยและทางดำรงชีพพอสมควรแก่
 สภาพ ต้องปล่อยตัวเขาไป วิธีการจึงเป็นแต่การเอาตัวไปเก็บไว้ชั่วคราวไม่ให้อดอาหารหรือ
 นอนข้างถนน ไม่ใช่กักกัน¹⁰

นอกจากนี้ นักกฎหมายท่านอื่นอีกผู้หนึ่ง คือ ศาสตราจารย์ สัญชัย สัจจวานิช
 ได้ให้ความเห็นว่า

ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้เป็นการใช้อำนาจบริหารแต่เพียงส่วนเดียว ท่านองเดียวกับการใช้อำนาจ
 ของหัวหน้าคณะปฏิวัติ อำนาจตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ... ด้วยอำนาจ
 ของหัวหน้าคณะปฏิวัติ อำนาจตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร
 อำนาจตามกฎหมายการศึกษา ตลอดจนการใช้ระบบกักตัวอันธพาล ประชาชนบังเกิดความเกรงขาม
 จึงมีคดีอุกฉกรรจ์เกิดขึ้นน้อยลง คดีอุกฉกรรจ์ลดลงเพียงปีเดียว ในปี พ.ศ. 2502 แต่ครั้งแล้ว
 กลับเพิ่มขึ้นทุกปี น่าจะอนุมานได้ว่า ผู้กระทำผิดเกิดความซบเซาต่ออำนาจเด็ดขาดและรุนแรง
 ดังกล่าวข้างต้น มีความเกรงขามน้อยลง การใช้ระบบกักตัวอันธพาลไม่ได้ผล นอกจากนี้กรณี
 อาจเป็นไปได้หรือไม่ว่า เพราะการใช้ระบบบริหารเข้าแทนที่อำนาจตุลาการนั้น กระทำให้ผู้
 กระทำผิดจริง ๆ รอดพ้นจากการถูกกล่าวหาจับกุม ในขณะเดียวกันผู้บริสุทธิ์ก็กลับถูกลงโทษ
 ถ้าเป็นเช่นนี้แล้ว ผู้ร้ายย่อมเย้ยหยันต่อระบบการเช่นนี้ เพราะมีทางหนีทีไล่อยู่แล้ว ส่วนปัจจัยที่
 เกี่ยวกับเศรษฐกิจหรือสังคมที่เปลี่ยนแปลงในระหว่างทศวรรษนี้ เป็นช่วงระยะเวลาสั้น ๆ ไม่น่าจะเป็น
 สาเหตุสำคัญที่ทำให้สถิติคดีอุกฉกรรจ์ลดลงหรือเพิ่มขึ้น

¹⁰ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, "การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่", บทบันทึกคดี, เล่ม 27, ตอน 3, 2513, หน้า 614-630.



ด้วยเหตุผลทั้งหลายดังกล่าวมา สรุปได้ดังนี้:-

1. การใช้อำนาจอย่างอื่นในการชี้ขาดกรณีแทนอำนาจตุลาการนั้น ขัดต่อปฏิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และขัดต่อรัฐธรรมนูญในระบบประชาธิปไตย
2. การใช้อำนาจประการอื่นแทนอำนาจตุลาการ ไม่บังเกิดผลดีในระยะยาวจะมีผลทางปราบปรามก็ชั่วระยะเวลาสั้น ๆ
3. หากมีความจำเป็น ก็ควรต้องใช้อำนาจโดยจำกัด เมื่อหมดความจำเป็นแล้วต้องเลิกใช้ทันที

แม้ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 จะต้องถือเป็นยุติว่าเป็นกฎหมายที่ไม่แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม แต่กฎหมายนี้ให้อำนาจฝ่ายบริหารเต็มที่ในอันที่จะวินิจฉัยว่าใครเป็นอันธพาลหรือไม่ ตลอดจนมีอำนาจที่กักตัวผู้นั้นไว้นานเท่าใดก็สุดแต่ดุลพินิจของฝ่ายบริหารทั้งสิ้น ถ้ากฎหมายฉบับนี้ดีจริงก็น่าจะต้องหาเหตุผลมาลบล้างสถิติตัวเลขต่าง ๆ ดังแสดงมาข้างต้นให้ได้ ...¹¹

นักกฎหมายอีกผู้หนึ่ง คือ นายมารุต นุนนาค ได้เคยวิจารณ์ว่า

ข้อเท็จจริงเป็นที่ปรากฏว่า เมื่อได้มีการจับกุมบุคคลผู้เป็นอันธพาลตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และ 43 ในระยะแรกนั้น อาชญากรรมได้ลดลงเป็นจำนวนมาก เพราะการดำเนินการอย่างจริงจังของเจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ปราบปรามอาชญากรรมได้ทำให้ผู้ที่ประสงค์จะประกอบอาชญากรรมมีความหวาดกลัวต่อการจับกุมอันนอกเหนือวิธีการตามธรรมดาของกฎหมายแต่ในระยะต่อมา อาชญากรรมก็กลับมีสถิติสูงขึ้นอีก ซึ่งปัญหานี้ได้มีผู้วิจัยกันเป็นจำนวนมากว่า สาเหตุของอาชญากรรมเพิ่มขึ้นเกิดจากปัญหาคนว่างงาน ปัญหาสภาพของสังคม ปัญหาเศรษฐกิจ ตลอดจนปัญหาอื่น ๆ อีกหลายประการ การดำเนินการปราบปรามอาชญากรรมอย่างเดียว โดยใช้ อำนาจจับกุมคนประเภทอันธพาลนั้น ไม่สามารถทำให้อาชญากรรมลดลงได้ในระยะยาว ยิ่งกว่านั้น ข้อเท็จจริงในระยะหลังก็ปรากฏอย่างชัดเจนว่า ได้มีสุจริตชนเป็นจำนวนไม่น้อยที่ถูกกั้นแกล้งจากบุคคลบางฝ่ายหรือบุคคลบางคน ทั้ง ๆ ที่เขาเหล่านั้นเป็นผู้หากินด้วยความสุจริตมีอาชีพเป็นหลักฐาน แต่กลับถูกควบคุมตัวในฐานะบุคคลที่เป็นอันธพาลได้รับความเดือดร้อนอย่างแสนสาหัสครอบครัวต้องระส่ำระสายประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวจึงกลายเป็นเครื่องมือหากินของเจ้าหน้าที่บางฝ่าย แม้ว่าในระยะหลังประกาศดังกล่าวจะยังมีผลใช้บังคับอยู่ อาชญากรรมก็กลับมีมากขึ้นอย่างผิดสังเกต

¹¹ สัจชัย ลัจจวานิช, "กฎหมายว่าด้วยอันธพาล", บัณฑิตย, เล่ม 28 ตอน 1, 2514, หน้า 1-12.

จนกระทั่งในสมัยของสภานิติบัญญัติแห่งชาติรุ่นที่ 2 (รุ่นสมัชชาชาติ) จึงได้มีสมาชิกบางท่านได้เสนอพระราชบัญญัติยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และ 43 เรื่องชังบุคคลผู้เป็นอันธพาลเสียในเวลาเดียวกับทางรัฐบาล ในขณะที่นั้นก็ได้อ่านร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการอบรมและฝึกอาชีพบุคคลบางประเภท พ.ศ. 2518 ต่อสภาเพื่อใช้บังคับแทน จากการอภิปรายรวมกันของร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับ ผลที่สุดทางฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายสมาชิกได้ตกลงกันได้ด้วยดี โดยให้มีการยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับเสีย แล้วใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการอบรมและฝึกอาชีพบุคคลบางประเภท พ.ศ. 2518 แทน ซึ่งสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ในประเด็นว่า บุคคลผู้ประพฤติตนเป็นอันธพาลไม่มีอาชีพ เป็นหลักแหล่งอาจถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมและเสนอคำร้องต่อศาลเพื่อให้บุคคลนั้นเข้ารับการอบรมและฝึกอาชีพต่อไปตามระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดให้ซึ่งเป็นการเปลี่ยนอำนาจการชังบุคคลประเภทนั้นจากฝ่ายบริหารมาเป็นฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจแทน เหตุผลที่ได้มีการยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และ 43 แล้วให้ใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการอบรมและฝึกอาชีพบุคคลฯ แทนก็เพื่อเป็นการป้องกันการกลั่นแกล้งของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ และเพื่อการดำเนินงานเป็นไปด้วยความสุจริตและยุติธรรมนั่นเอง¹²

ความเห็นอื่น ๆ ที่น่าสนใจมีดังนี้ เช่น

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 (ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน 2501) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้หัวหน้าคณะปฏิวัติคือ จอมพล สฤษดิ์ ได้ให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการควบคุมตัวบุคคลที่ตนพิจารณาเห็นว่าประพฤติตนเป็นอันธพาล หรือบุคคลที่ดำรงชีพด้วยการกระทำผิดต่อกฎหมาย เช่น เป็นเจ้ามือการพนันสลากกินรวบได้ไม่เกิน 30 วันนับแต่วันเริ่มควบคุม โดยไม่ต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรื่องระยะเวลาควบคุมตัวบุคคล กฎหมายฉบับนี้แม้โดยหลักการจะอ้างว่าเป็นไปเพื่อการปราบปรามบุคคลเช่นว่าเพื่ออำนวยความสุขแก่ประชาชน และความเจริญของบ้านเมือง แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏหลังการใช้กฎหมายฉบับนี้คือ คดีอุกฉกรรจ์นั้นลดลงเพียงปีเดียวหลังการใช้ แต่ครั้งแล้วก็กลับเพิ่มขึ้นทุกปี ยิ่งกว่านั้นในทางปฏิบัติกฎหมายนี้กลับเป็นการเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่จับตัวบุคคลที่บริสุทธิ์จำนวนไม่น้อยมาทรมานไว้ด้วยเหตุผลส่วนตัวหรือเหตุผลทางการเมืองอย่างอื่น โดยไม่ต้องให้มีใครตั้งข้อหาหรือการสืบพยานเท็จจริงอย่างไรรับเป็นการข่มขู่ลิดรอนเสรีภาพแห่งเสรีภาพของบุคคล ยิ่งกว่านั้นต่อมายังได้มีประกาศของคณะปฏิวัติอีกฉบับออกมารับกับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้อันเป็นการขยายความไม่เป็นธรรมของกฎหมายฉบับนี้มากยิ่งขึ้น นั่นคือประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 (ลงวันที่ 10 มกราคม 2502) กฎหมายฉบับนี้ (ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43) นับว่าลิดรอนเสรีภาพของบุคคลเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารเป็นตุลาการเสียเอง โดยมีอำนาจสั่งให้ส่งตัวบุคคลที่ประพฤติตนเป็นอันธพาล ซึ่งถูกควบคุมตัวไว้สอบสวนครบ 30 วันแล้ว ไปควบคุมต่อยังสถานอบรมและฝึกอาชีพโดยมิได้กำหนดระยะเวลาควบคุมไว้แน่นอน เพียงให้คณะกรรมการพิเศษที่ตั้งขึ้นเป็นผู้พิจารณาว่า

¹² มารุต บุณนาค, "คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 เรื่องการชังบุคคลที่มีพฤติการณ์ที่เป็นภัยต่อสังคม", วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 3, 2520, หน้า 9-16.

สมควรให้ปล่อยออกหรือไม่ทุก ๆ สามเดือน นับของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 นี้จึงเท่ากับเป็นการให้ฝ่ายบริหารตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อหาความผิดฐานมีนิสัยและประพฤติตนเป็นอันธพาลโดยเฉพาะ¹³

จากความเห็นดังกล่าวซึ่งมีน้ำหนักควรแก่การพิจารณาเป็นอย่างยิ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุผลของศาลแขวงอุบลราชธานีน่าจะมีน้ำหนักมาก และควรแก่การยกย่อง เพราะเป็นความพยายามที่จะยกเลิกระบบการควบคุมตัวโดยไม่ให้หลักประกันแก่นักโทษภายใต้กระบวนการยุติธรรมโดยอาศัยเหตุผลในทางนิติศาสตร์อย่างน่ารับฟัง การยกประเด็นเรื่องโทษ สิทธิเสรีภาพ และอำนาจของศาลก็คือ การโยงหลักกฎหมายสาระบัญญัติเรื่องโทษไปสู่หลักวิธีพิจารณาเรื่องอำนาจศาล และโยงเข้าสู่หลักที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายทั้งหลายแม้แต่ประกาศของคณะปฏิวัติก็ต้องอยู่ภายใต้หลักนี้ ทั้งแสดงให้เห็นถึงหลักในการตีความรัฐธรรมนูญในทางที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจน¹⁴ การตีความรัฐธรรมนูญนั้น คงจะตีความเอาตามถ้อยคำหรือรูปศัพท์ในทางภาษาหรือแม้แต่จะผูกมัดกับกฎหมายธรรมดาในลำดับที่ต่ำกว่าอย่างเคร่งครัดคงไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และเป็นหลักประกันทั้งในส่วนระบอบการปกครอง รูปแบบรัฐบาลและสิทธิเสรีภาพของประชาชน คำที่กล่าวกันว่า รัฐธรรมนูญเป็นแม่บทก็เพราะไม่อาจเขียนรัฐธรรมนูญให้ละเอียดหมดทุกกรณีได้ ในทางปฏิบัติจึงต้องมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic law) หรือกฎหมายอื่นมาขยายความ แต่ในการใช้หรือตีความรัฐธรรมนูญย่อมจำเป็นต้องตีความให้กว้าง (Extensive Interpretation) ไม่ใช่ตีความให้แคบ คณะกรรมาธิการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎร เคยมีความเห็นในเรื่องอื่นว่า การตีความต้องล้วงลงไปถึงความมุ่งหมาย (Spirit) เจตนารมณ์ หรือความตั้งใจของบทบัญญัตินั้น ๆ ว่าผู้ร่างมีความประสงค์อย่างไร¹⁵ ผู้ทรงคุณวุฒิผู้หนึ่งเคยให้หลักเกณฑ์ว่า "เรื่องการตีความรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปแล้วจะต้องอาศัยหลัก เกณฑ์ทางการเมืองประกอบด้วย"¹⁶

¹³ จรัญ โฆษณานันท์, กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย เส้นขนานจาก ... 2475 ถึงปัจจุบัน, (กรุงเทพมหานคร กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม, 2528), หน้า 65-66.

¹⁴ ความเห็นอื่นที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว ดูพนัส ทศนิยานนท์, "สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย", วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3 ปีที่ 11 พ.ศ. 2523 และ วิษณุ เครืองาม, "กฎหมายกับสภาพบังคับ", เอกสารการเรียนรู้กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม, (กรุงเทพฯ: บริษัทสารมวลชนจำกัด, 2527) หน้า 220-221.

¹⁵ รายงานการประชุมของคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎร วันที่ 8 เมษายน 2498.

¹⁶ ทวี ฤกษ์จำนงค์, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากับความมั่นคงแห่งชาติ, เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร พ.ศ. 2507-2508.

คำว่าหลักเกณฑ์ในทางการเมือง คือ วิธีปฏิบัติ กลไกทางการเมือง ระบบการเมือง และระบอบการปกครอง ตัวอย่างการตีความรัฐธรรมนูญที่กว้างขวางเคยปรากฏแล้ว ในคำพิพากษาศาลฎีกาคดีอาญากรมสงคราม ที่ 1/2489 ซึ่งวินิจฉัยว่า คำว่า เสรีภาพในร่างกายในรัฐธรรมนูญหมายถึง เสรีภาพในการกระทำ และเสรีภาพในการกระทำ หมายถึงการกระทำอะไรก็ได้ที่ไม่ผิดกฎหมาย การออกกฎหมายย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่เกิดก่อนจะมีกฎหมายห้าม จึงเป็นการออกกฎหมายย้อนหลังซึ่งขัดรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ได้มีผู้ให้ความเห็นว่า "มีข้อที่น่าสงสัยเถว่าแท้จริงแล้วรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามการออกกฎหมายย้อนหลังโดยชัดแจ้ง แต่ศาลฎีกาค้นพบหลักการนี้ โดยผลของการตีความหลายชั้นดังกล่าว"¹⁷

ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำว่าโทษในรัฐธรรมนูญมาตรา 27 และ 28 ย่อมคลุมผลร้ายทุกชนิด แต่ส่วนผลร้ายชนิดใด ตามกฎหมายที่เป็นปัญหาจะปรับเข้าได้กับโทษซึ่งความตกอยู่ในบังคับมาตรา 27 หรือ 28 หรือไม่ คงต้องใช้หลักตามที่ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ แนะนำว่า "ข้อสำคัญก็คือ ต้องพิจารณาตามลักษณะอันแท้จริงของวิธีการนั้น ความประสงค์ที่นำวิธีการนั้นมาใช้เป็นการลงโทษหรือไม่ มิได้สำคัญที่การเรียกขานวิธีการนั้นว่าโทษหรือมิใช่"¹⁸ การตัดวิธีการเพื่อความปลอดภัยออกไปจากหลักประกันหรือบทคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ตามมาตรา 27 และ 28 ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 จึงเป็นการตีความรัฐธรรมนูญอย่างแคบ และไม่ได้มุ่งที่จะให้เกิดผลในทางคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคล เป็นการเพิ่มอำนาจบังคับให้ประกาศคณะปฏิวัติ ซึ่งโดยรูปแบบของกฎหมาย ก็มีปัญหาในตัวเองอยู่แล้ว ในแง่ความเชื่อถือและความชอบธรรม ขณะเดียวกัน ก็ยังทำให้เนื้อหาสาระห่างไกลต่อหลักประกันสิทธิ เสรีภาพ เพิ่มขึ้นอีกด้วย นอกจากนั้นยังขัดต่อหลักสิทธิ เสรีภาพอันประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะจะทำให้สิทธิ เสรีภาพมีจำกัดในวงแคบตามตัวอักษร ในขณะที่ข้อยกเว้นให้รัฐใช้อำนาจล่วงล้ำก้ำเกินมิได้กว้างและมากมาย

ถ้าถือว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยเฉพาะการที่บัญญัติไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้เป็น "โทษ" ผลก็จะเป็นว่า ผู้ถูกควบคุมตัวหรือผู้ต้องโทษ จะต้องเป็นผู้ที่ผ่านกระบวนการวิธีพิจารณาทางศาลมาแล้วเท่านั้น คือ ต้องรับโทษตามคำพิพากษาศาลจะออกกฎหมายมาใช้ย้อนหลังไม่ได้ จะถูกรับโทษโดยไม่มีคำพิพากษาศาลไม่ได้ ก่อนมีคำพิพากษาศาลจะนำตัวไปปฏิบัติอย่าง

¹⁷ วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 769.

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, ตอนที่ 1,

ผู้ต้องโทษ เช่น นำไปกักกันหรือควบคุมตัวไปตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ไม่ได้ ซึ่งก็เท่ากับเป็นการสร้างหลักประกันในรัฐธรรมนูญให้แน่นหนามั่นคงขึ้น แต่ถ้าเห็นว่ามีโทษ เพราะคำว่าโทษมีจำกัด 5 สถานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 เท่านั้น นอกจากนั้นเป็นวิธีการหรือมาตรการอย่างอื่น ผู้ถูกปฏิบัติตามวิธีการหรือมาตรการอย่างนั้นก็จะไม่ได้รับหลักประกันตามสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เช่น อาจถูกออกกฎหมายมาบังคับย้อนหลังได้ อาจต้องถูกบังคับตามวิธีการนั้น โดยไม่ต้องมีคำพิพากษาได้ อาจถูกบังคับให้ปฏิบัติตามนั้นโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารได้ ซึ่งการตีความดังกล่าวเป็นผลร้ายกับบุคคลนั้นทั้งสิ้น และถ้ามีการใช้กฎหมายทำนองนี้อย่างกว้างขวาง ก็จะเป็นผลร้ายแก่ประชาชนโดยทั่วไป

การตีความรัฐธรรมนูญให้มีความหมายกว้างขวางคลุมเครือต่าง ๆ มีความจำเป็นมากขึ้นในปัจจุบัน เมื่อปรากฏว่า รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ มักเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นนานมาแล้ว การใช้ถ้อยคำอาจคับแคบ ซึ่งถ้าหากตีความโดยตีดยึดในรูปศัพท์ ก็จะทำให้มีความหมายจำกัดเกินไปและเป็นโทษแก่บุคคลได้ ในขณะที่รูปแบบของการหลีกเลี่ยงข้อจำกัดทางกฎหมายของรัฐต่าง ๆ มีมากขึ้น เช่น การใช้คำว่าโทษในรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หากตีดยึดในรูปศัพท์ว่าหมายถึงโทษที่ระบุไว้ในกฎหมายในระดับรองลงมา เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ผลก็คือ อาจเป็นช่องทางให้รัฐออกกฎหมายกำหนดผลร้ายที่อาจหนักไปกว่าโทษ แต่ไม่ยอมเรียกว่าโทษ ซึ่งจะทำให้การบังคับใช้ผลร้ายเหล่านั้น เล็ดลอดจากข้อบังคับตามรัฐธรรมนูญไปได้ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับศาสตราจารย์ วิษณุ เครืองาม ซึ่งกล่าวว่า

กล่าวโดยสรุป คำว่า "โทษ" นั้น เมื่อใช้ในประมวลกฎหมายอาญาก็น่าจะมีความหมายตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 และมีวิธีจัดการลงโทษแต่ละสถานตามที่บัญญัติไว้ในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนั้น ส่วนในพระราชบัญญัติอื่นที่มีโทษทางอาญาก็เช่นเดียวกัน โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17 ให้นำบทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ไปใช้กฎหมายอื่นจึงถือว่ามีหมายและวิธีจัดการลงโทษแต่ละสถานเป็นอย่างเดียวกัน เว้นแต่พระราชบัญญัติอื่นนั้นจะบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น แต่การที่รัฐธรรมนูญได้วางกรอบของ "โทษ" หรือ "โทษทางอาญา" ไว้เช่นนี้ แม้จะใช้คำอย่างเดียวกันในประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่นที่มีโทษทางอาญาแต่ก็ควรเข้าใจตามความมุ่งหมายว่าต้องการให้มีความหมายกว้างกว่าโทษ 5 สถานตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 เพราะบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงโทษทางอาญาเป็นเรื่องของสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย หากถือว่ามีหมายเท่าที่ระบุในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 เท่านั้น ก็จะเป็นช่องทางให้มีการแก้ไขมาตรา 18 เปลี่ยนแปลงโทษแต่ละสถานได้ เช่น อาจถือว่ามีสถานเดียว คือ ประหารชีวิต นอกจากนั้น เช่น จำคุก กักขัง ปรับ อาจแก้กฎหมายให้เรียกว่า ทัณฑ์ ผลร้าย วิธีการเพื่อความปลอดภัย

หรืออาญาบ้านเมืองเพื่อหลีกเลี่ยงคำว่า โทษ ผลที่จะตามมาก็คือจะกลายเป็นช่องทางให้ถือว่า รัฐจะออกกฎหมายย้อนหลังประหารชีวิตบุคคลใดไม่ได้ เพราะเป็นโทษ แต่ย้อนหลังไปจำคุกได้ เพราะถือว่าไม่ใช่โทษเสียแล้วหรืออาจหลีกเลี่ยงดังกรณีของโซเวียตที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีเช่นนี้เกิดขึ้น คำว่า "โทษทางอาญา" ในรัฐธรรมนูญจึงควรหมายถึง สภาพบังคับทั้งหลายในทางอาญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ ลักษณะและวิธีการใกล้เคียงกันอยู่แล้ว

ในเรื่องนี้ ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนใช้ถ้อยคำได้รัดกุม เช่น ข้อ 5 กล่าวว่า "บุคคลใด ๆ จะถูกทรมานหรือได้รับผลปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายผิดมนุษยธรรมหรือต่ำช้าไม่ได้"

การ "ได้รับผลปฏิบัติ (Treatment) หมายถึง การได้รับผลปฏิบัติใด ๆ ก็ตาม เพื่อเนื่องมาจากการกระทำความผิดจึงรวมถึงวิธีการเพื่อความปลอดภัย การลงทัณฑ์เด็ก เป็นต้น¹⁹

อนึ่ง กฎหมายให้อำนาจรัฐควบคุมตัวบุคคลใดโดยง่ายทำนองนี้เคยมีมาก่อนแล้ว เช่น

1. พระราชบัญญัติกักคุมผู้เป็นภัยแก่ชาติในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2488

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ ให้อำนาจแก่อธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ได้รับมอบหมายจากอธิบดีกรมตำรวจมีอำนาจจับและควบคุมผู้ที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าได้มีผู้กระทำหรือใช้ผู้อื่นกระทำ หรือเตรียมการ หรือสมคบกันที่จะกระทำการอันหนึ่งอันใดซึ่งเป็นภัยแก่ชาติ โดยให้ร้องขอต่อคณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามความในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจสั่งให้กักคุมบุคคลดังกล่าวไว้มีกำหนดระยะเวลาตามที่เห็นสมควร²⁰

2. พระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัวและการควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พุทธศักราช 2488

กฎหมายมีบทบัญญัติให้อำนาจนายกรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศโดยระชื้อหรือประเภทบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ กักคุมตัวและควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินได้ นอกจากนี้ยังให้พนักงานเจ้าหน้าที่จะกำหนดให้บุคคลที่นายกรัฐมนตรีประกาศระชื้อ อยู่ในเขตที่กำหนดหรือ

¹⁹ วิชาญ เครื่องงาม, "กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม", หน้า 222.

²⁰ พระราชบัญญัติกักคุมผู้เป็นภัยแก่ชาติในภาวะคับขัน พ.ศ. 2488 มาตรา 3 การกักคุมให้ทำในเขตหรือบริเวณซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกำหนดในระหว่างถูกกักคุม ถือว่าถูกคุมขังตามรัฐธรรมนูญ

นำตัวไปกักคุมไว้ภายในบริเวณใด ๆ ก็ได้²¹

3. พระราชกำหนดคุ้มครองความสงบสุข เพื่อให้การดำเนินไปตามรัฐธรรมนูญ
(ฉบับชั่วคราว) ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2490 พ.ศ. 2490

กฎหมายนี้แม้จะมีอายุการใช้เพียง 3 เดือน แต่ก็ให้อำนาจแก่ฝ่ายทหารมาก โดยบัญญัติรับรองให้ทหารมีอำนาจจับกุมคุมขังบุคคลซึ่งมีเหตุผลอันสมควรสงสัยว่าจะขัดขวางการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญฉบับปี 2490 ได้ไม่เกิน 7 วัน นอกจากนี้ยังให้อำนาจในการยึดตรวจค้นสถานที่ นำสิ่งของมาสอบ ปิดหรือห้ามใช้ทางสาธารณะได้²²

หลังจากการออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 (ในระยะเดียวกันมีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 ด้วย) ก็ยังมีกฎหมายอื่นในทำนองเดียวกันอีก คือ

คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22

ซึ่งเป็นคำสั่งที่ออกโดยหัวหน้าคณะปฏิรูปคือ พลเรือเอก สงัด ชลออยู่ คำสั่งฉบับนี้เป็นที่รู้จักโดยทั่วไปว่า "ภัยสังคม" คำสั่งนี้เป็นกฎหมายพิเศษให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจที่จะจับกุมผู้ที่เป็นภัยสังคม นำตัวไปควบคุมไว้เพื่ออบรมฝึกอาชีพโดยไม่ต้องมีการฟ้องศาล ไม่มีการพิจารณาคดีและควบคุมตัวโดยไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน

สาระสำคัญของคำสั่งฉบับนี้โดยทั่วไปแล้วคล้ายคลึงกับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และฉบับที่ 43 แต่กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะที่สมบูรณ์กว่า ดังนี้

เฉพาะคำสั่งของคณะปฏิรูปฯ ฉบับที่ 22 เห็นได้ชัดว่า บุคคลที่มีพฤติกรรมเป็นภัยต่อสังคมที่เจ้าพนักงานมีอำนาจที่จะจับกุมได้นั้นมี 2 ประเภท คือ

²¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัวและการควบคุมจัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ. 2488 มาตรา 3.

²² พระราชกำหนดคุ้มครองความสงบสุข เพื่อให้การดำเนินไปตามรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 มาตรา 4.

ประการแรก ได้แก่บุคคลที่มีความประพฤติในลักษณะคล้ายคลึงกับบุคคลที่ประพฤติตนเป็นอันธพาลเดิม (ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และ 43 ของจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์)

ประการที่สอง ได้แก่บุคคลที่มีพฤติการณ์หรือการกระทำใด ๆ ที่มุ่งให้ประชาชนเสื่อมใสหรือ เห็นคล้อยตามในระบอบการปกครองอื่น อันมิใช่การปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ซึ่งคล้ายคลึงกับการจับกุมผู้ต้องหาอันมีพฤติการณ์ที่เป็นคอมมิวนิสต์ ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 399 ของจอมพล ถนอม กิตติขจร นั้นเอง

ในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2519 อธิบดีกรมตำรวจในขณะนั้นได้ให้สัมภาษณ์ต่อสถานีโทรทัศน์ว่ามีผู้ถูกจับกุมฐาน เป็นภัยต่อสังคมประมาณ 4,000 คนเศษ ได้มีการร้องเรียนว่า ได้มีการกลั่นแกล้งในเรื่องจับกุมอยู่หลายราย นอกจากนี้ยังมีประชาชนหลายรายร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมในเรื่องนี้ต่อรัฐมนตรีมหาดไทยอีกด้วย แม้เราจะเชื่อในการสอบสวนให้ความเป็นธรรมของทางราชการต่อคำร้องเรียนเพียงใดก็ตาม ก็ยังจะต้องพิจารณาว่า จะต้องมิผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรม และไม่กล้าร้องเรียนในท้องที่ทุรกันดารอีกไม่น้อย ซึ่งอธิบดีกรมราชทัณฑ์ได้แสดงทัศนะว่าตั้งแต่วันที่ 13 ตุลาคม 2519 อันเป็นวันประกาศใช้คำสั่งคณะปฏิรูปฉบับที่ 22 จนถึงวันที่ 10 มกราคม 2520 สถิติการจับกุมผู้เป็นภัยต่อสังคมมีเป็นจำนวนมากกว่าการจับกุมผู้เป็นอันธพาลในระหว่างปี 2501-2518 เสียอีก ทำให้เกิดความสงสัยว่า เหตุใดบุคคลผู้เป็นภัยต่อสังคมในบ้านเราจึงมากมายเช่นนั้น

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายในทำนองนี้เคยมีมาแล้ว และแม้หลังการประกาศใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ก็ยังมีต่อมาเช่นกัน จึงอาจมีการประกาศใช้กฎหมายในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งดังกล่าวในอนาคตอีกก็ได้

ในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ Common law เมื่อมีกรณีนี้เกิดขึ้น ผู้ถูกควบคุมย่อมร้องขอให้ออกหมาย Writ of Habeas Corpus เพื่อไต่สวนและออกคำสั่งให้ปล่อยตัว หมายนี้ถือเป็นหมายสำคัญที่ทำให้คนพ้นจากการควบคุมตัวโดยไม่ชอบ การร้องขอให้ศาลออกหมายดังกล่าว เป็นสิทธิมูลฐานในระบบการพิจารณาคดีแบบ Common law²³ เมื่อมีการจัดทำ

²³ หลักนี้มีมาตั้งแต่ครั้งที่ประกาศใช้ Bill of Rights ค.ศ. 1689 ของอังกฤษ.

รัฐธรรมนูญ เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ก็ให้นำสิทธิในการร้องขอให้ออกหมายนี้มาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฟิลิปินส์ เป็นต้น²⁴ สิทธิในการให้ศาลออกหมายนี้อาจถูกจำกัด (Suspend) ก็ได้เฉพาะในยามสงครามหรือประกาศกฎอัยการศึกในระบบกฎหมายไทย สิทธิของบุคคลในการร้องขอต่อศาลทำนองเดียวกันมีบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ซึ่งบัญญัติว่า

เมื่อมีการอ้างว่าบุคคลใดต้องถูกควบคุมหรือขังโดยผิดกฎหมายหรือถูกจำคุกผิดจากคำพิพากษาของศาล บุคคลเหล่านี้มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ปล่อย คือ

- (1) บุคคลที่ถูกเข้า เช่นนั้น
- (2) สามภริยาหรือญาติของผู้ขึ้น หรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้อง
- (3) พนักงานอัยการ
- (4) ผู้บัญชาการเรือนจำหรือพศติ

เมื่อได้รับคำร้องดังนั้น ให้ศาลหมายเรียกเจ้าพนักงานหรือบุคคลอื่น ซึ่งก่อให้เกิดการควบคุมขัง หรือจำคุก และผู้ที่ถูกควบคุม ขัง หรือจำคุกมาพร้อมกัน ถ้าเป็นที่พอใจศาลว่าการควบคุมหรือการขังนั้นผิดกฎหมายหรือการจำคุกนั้นผิดจากคำพิพากษา ก็ให้ศาลสั่งปล่อยตัวผู้นั้นไป

ในคดีอาญาหมายเลขคำที่ 918/2512 นี้ ผู้ถูกควบคุมตัวหลบหนีไปแล้ว จึงไม่มีเรื่องที่จะยื่นคำร้องตามมาตรา 90 และการวินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ชอบหรือไม่ด้วยรัฐธรรมนูญ ก็ได้เป็นไปตามคำร้องขอของผู้ถูกคุมขัง หากแต่เป็นการวินิจฉัย เพื่อประโยชน์แก่ผู้ควบคุมตัวผู้ถูกคุมขังอีกชั้นหนึ่งต่างหากซึ่งตก เป็นจำเลยในคดีนี้ เพราะเหตุประมาทปล่อยให้ผู้ถูกคุมตัวหลบหนีไป

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การควบคุมตัวบุคคลอาจมีได้ในหลายกรณีและด้วยวัตถุประสงค์ที่ต่างกัน เช่น อาจเป็นการควบคุมตัวไว้เพื่อสอบสวน ควบคุมตัวไว้เพื่อเฝ้าสังเกตอาการป่วย ดังที่พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2523 เรียกว่าคุมไว้สังเกต หรืออาจเป็นการควบคุมหรือกักกันตัวไว้ในที่กักกันพิเศษ (Quarantine) เช่น เมื่อเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองตามพระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เห็นว่าคนต่างด้าวที่เข้าเมืองอาจป่วยด้วยโรคที่มีกฎกระทรวงห้ามผู้ป่วยเข้าประเทศ แม้ตามพระราชบัญญัติปราบการค้าประเวณีก็ยอมให้ควบคุมตัวจำเลยที่พ้นโทษแล้ว

²⁴ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด 1 มาตรา 9.

เพื่อการฝึกอาชีพได้ไม่เกิดคน 1 ปี ฉะนั้นอันที่จริงแล้วจะถือว่าการควบคุมตัวทุกชนิด เป็นโทษและต้องปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาคดีเพื่อลงโทษ คงไม่ถูกต้องนัก เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านดังกล่าวข้างต้น น่าจะกล่าวได้ว่า การควบคุมตัวเหมือนอย่างปฏิบัติต่อผู้ต้องโทษจะทำได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับเหตุผลดังต่อไปนี้

1. วัตถุประสงค์หรือมูลเหตุแห่งการควบคุม (Motive)

ข้อนี้หมายความว่าควบคุมตัวไว้เพื่อเหตุใด เพราะการควบคุมตัวย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพทั้งสิ้น ถ้าควบคุมตัวไว้เพื่อสอบสวนย่อมเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ชัดแจ้งว่าเป็นประโยชน์ในการดำเนินคดี เพื่อที่จะมีการพิจารณาพิพากษาหรือ เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมตามปกติต่อไป จึงน่าจะทำได้ ถ้าควบคุมตัวไว้เพื่อส่งเคราะห์ฝึกอาชีพก็ยิ่งเห็นได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์บุคคลนั้น หรือแม้ควบคุมตัวไว้เพื่อการรักษาพยาบาลตามพระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง โรคติดต่อ ปรามการค้าประเวณี ย่อมทำได้ เพราะเห็นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์บุคคลนั้นเองมากกว่าของสังคม ถ้าการควบคุมตัว เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมก็เห็นได้ว่าตรงกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ การควบคุมตัว เช่นว่านั้น ใกล้เคียงกับการลงโทษ ซึ่งการที่จะให้สังคมได้ประโยชน์จากการที่บุคคลใด ต้องเสียสละเสรีภาพในร่างกายของเขา ควรให้ศาลและกระบวนการยุติธรรมเข้ามาเป็นผู้สั่งการ และดำเนินการ ดังเช่นกรณีการควบคุมตัวอันธพาลตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของการควบคุมตัวบุคคลผู้เป็นอันธพาลเพื่อประโยชน์ของสังคมมากกว่าตัวผู้ถูกอบรม เพราะผู้ต้องหาอาจเป็นเจ้าของมือหอยเถื่อนซึ่งมีฐานะการเงินดีไม่จำเป็นต้องมีการฝึกอาชีพแต่อย่างใด

2. ขั้นตอนหรือกระบวนการในการควบคุม (Process)

การควบคุมตัวที่ خوبและไม่ใช้โทษควรจะมีขั้นตอนอย่างชัดเจน เช่น เป็นการควบคุมตัวก่อนจะนำคดีไปสู่ศาลหรือควร เป็นการควบคุมตัวหลังจากศาลมีคำพิพากษาแล้ว ดังเช่นการควบคุมตัวผู้ค้าประเวณี นอกจากนี้ควรให้ผู้ถูกควบคุมตัวได้แย้งคัดค้านการควบคุม (Challenge) ต่อศาลได้ ถ้าคนเห็นว่าการควบคุมตัว เป็นไปโดยไม่ชอบ แต่การควบคุมตัวอันธพาลตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 นอกจากไม่มีขั้นตอนของศาลเข้ามาเกี่ยวข้องแล้ว ยังไม่ยอมให้ผู้ถูกควบคุมตัวร้องต่อศาลด้วย

3. ข้อจำกัดอื่น ๆ (Restrictions)

การควบคุมตัวควรมีกำหนดเวลาที่แน่ชัด ถ้าควบคุมตัวไว้โดยไม่มีกำหนดเวลาสุดแท้แต่ใจของฝ่ายบริหารผู้เป็นผู้ควบคุม ย่อมเป็นการควบคุมตัวตามอำเภอใจ ดังเช่นการควบคุมตัว

ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43

มูลเหตุแห่งการควบคุม ขั้นตอนในการควบคุมและข้อกำหนด เงื่อนไข
เงื่อนไขต่าง ๆ จะเป็นปัจจัยในการกำหนดว่า การควบคุมตัว เป็นโทษหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า
เกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้เป็นอย่างดี จริงอยู่ที่สิทธิเสรีภาพตาม
รัฐธรรมนูญย่อมมีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัด แต่ก็มีได้หมายความว่า จะถูกจำกัด เสียจนฝ่ายนิติบัญญัติ
หรือองค์กรที่มีอำนาจออกกฎหมาย (ในกรณีนี้คือคณะปฏิวัติ) จะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพ
อย่างไรก็ได้

อนึ่ง เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่า หลักประกันสิทธิเสรีภาพที่สำคัญอีกประการหนึ่ง
ที่มีได้สำคัญน้อยไปกว่าหลักเรื่องสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ เองก็คือ องค์กรผู้ใช้รัฐธรรมนูญหรือ
ผู้ตีความรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีปัญหาดังกล่าวแล้วว่า รัฐธรรมนูญไม่อาจบัญญัติให้ละเอียดได้ จึง เป็น
เรื่องของการตีความรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา ในการวิเคราะห์คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญ
ที่ ต. 1/2513 จึงควรวิเคราะห์ถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย

บทวิเคราะห์องค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่

เมื่อมีการกล่าวหาว่าบุคคลกระทำความผิด องค์กรที่จะพิจารณาพิพากษา ก็คือ ศาลชั้น
เป็นตามหลักความยุติธรรมและถือ เป็นหลักสิทธิมนุษยชนประการหนึ่งก็ว่าได้ ดังที่ผู้ทรงคุณวุฒิ
ท่านหนึ่งได้อธิบายว่า

ศาลอัน เป็นองค์การของรัฐซึ่งใช้อำนาจตุลาการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ เท่านั้น
เป็นผู้มีอำนาจกำหนดให้ลงโทษอาญาและการกำหนดให้ลงโทษอาญาต้องทำ เป็นคำพิพากษา
แม้จะมีการกระทำในลักษณะเดียวกับการลงโทษซึ่งกระทำโดยองค์การหรือบุคคลอื่นโดยอาศัย
อำนาจตามกฎหมายหรืออำนาจอื่นใดก็ตาม ถ้าไม่ใช่อำนาจตุลาการแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เป็น
การลงโทษตามความหมายในทางอาญา ... การลงโทษทางอาญาเป็นอำนาจและหน้าที่ของศาล
เท่านั้นที่จะพิพากษาให้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด จึงมีผลต่อไปว่าก่อนที่จะมีการลงโทษทางอาญา
จะต้องได้ผ่านกระบวนการพิจารณาที่กฎหมายบัญญัติไว้ เพื่อคุ้มครอง เสรีภาพของบุคคลโดยครบถ้วน
แล้ว²⁵

การที่ให้ศาล เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีกำหนดความผิดและกำหนด โทษนั้น เป็นหลัก
ประกันที่สำคัญที่สุดสำหรับจำเลย ซึ่งจะต้องจัดให้ระบบศาลเป็นที่น่าเชื่อถือด้วย เช่น ปลอดจาก
การถูกแทรกแซงโดยอิทธิพลหรืออำนาจอื่น มีหลักประกันในความเป็นอิสระและต้องปฏิบัติตามกฎหมาย

²⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 840-841.

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้น เป็นที่ยอมรับว่าอาจมิได้ตาม กฎหมายอื่นและไม่จำเป็นต้องให้ศาลเป็นผู้กำหนด การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภ้ยตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 39 เท่านั้น ที่ให้ศาลเป็นผู้กำหนด หลักประกันสำหรับการใช้วิธีการ เพื่อ ความปลอดภัย จึงอาจมีได้น้อยกว่ากรณีโทษทางอาญา ที่เป็นเช่นนี้ อาจเป็นเพราะว่าหลักใน เรื่อง โทษทางอาญามีมานานแล้ว จนกลายเป็นหลักที่มั่นคงและยอมรับกันทั่วไป แต่กรณีมาตรการเสริมหรือ วิธีการเพื่อความปลอดภ้ย เป็นเรื่องเพิ่งมีขึ้นโดยหวังจะให้ เป็นมาตรการป้องกันมากกว่าการจัดให้ สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ²⁶ การพัฒนาหลักในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภ้ยจึงมิได้ เคียงคู่มาด้วยความคิดในเรื่องโทษและเป็นที่ยอมรับกันว่า การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภ้ย มีหลักประกันน้อยกว่า เช่น การบังคับใช้โทษ ต้องใช้กฎหมายในขณะที่กระทำความผิด จะใช้ กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษไม่ได้ แต่วิธีการเพื่อความปลอดภ้ยจะต้องใช้กฎหมายในขณะที่ ศาลพิพากษา แม้มาตรการอื่น ๆ ที่ไม่ถือว่าเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็ได้เรียกว่า วิธีการเพื่อความปลอดภ้ยก็มี เช่น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2506 ได้กำหนดให้มีมาตรการอื่นแทน และแทนการใช้วิธีการ เพื่อ ความปลอดภ้ยตามประมวลกฎหมายอาญา

ในเรื่องที่ว่าโทษกับวิธีการเพื่อความปลอดภ้ยต่างกันทั้งโดยรูปแบบ วิธีการและความ มุ่งหมายนั้น คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 ก็ได้กล่าวไว้ว่า

ในบางกรณีเพื่อประโยชน์แห่งความผาสุกของประชาชนและความสงบเรียบร้อยของบ้าน เมือง รัฐย่อมจะตรากฎหมายให้ใช้วิธีการใดอันมีลักษณะเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภ้ย เพื่อให้บรรลุผล เช่นว่านั้นก็ย่อมจะกระทำได้ เพราะวิธีการเพื่อความปลอดภ้ยนั้น นอกจากวิธีการดังบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 39 แล้ว ก็อาจมิได้ตามกฎหมายอื่นและไม่จำเป็นที่จะต้องให้ศาล เป็นผู้กำหนด เสมอไป

ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อความดังกล่าวข้างต้น ในกรณีที่จะหาความแตกต่างระหว่างโทษ และวิธีการเพื่อความปลอดภ้ย ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีโทษทาง อาญาตลอดจนกฎหมายที่กำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภ้ย และความ เห็นของนักนิติศาสตร์ดังกล่าว ข้างต้น ก็ได้วางหลักและให้เหตุผลไว้เช่นเดียวกันแล้ว แต่ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประเด็นนี้เป็นคนละประเด็นกับการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1608-1609.

ซึ่งจะนำเอาความหมายในกฎหมายธรรมดาตามาผูกมัดรัฐธรรมนูญและตีความให้สอดคล้องกันหาได้ไม่ การตีความตามตัวอักษรโดยรูปศัพท์ในรัฐธรรมนูญ อาจเป็นสิ่งที่ใช้ได้กับกฎหมายอื่น ๆ แต่ในการตีความรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ต้องตีความให้ใช้ได้กับกรณีทั้งปวง โดยถือหลักว่า ผู้สร้างรัฐธรรมนูญต้องการให้ใช้ได้กับกรณีทั้งปวง ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้เคยกล่าวไว้ตั้งแต่เมื่อแรกตั้งประเทศว่า "บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีขึ้น เพื่อให้ใช้ได้ชั่วกาลนาน และให้ใช้ได้กับวิกฤตการณ์ทุกชนิดในกิจการเท่าที่มนุษยชาติจะพึงกระทำ"²⁷

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรใดก็ตาม จะตีความรัฐธรรมนูญจะต้องตีความไปในทางที่บังเกิดประโยชน์ที่สุดให้สอดคล้องกับระบบการเมือง การปกครองและในทางที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีชีวิตชีวา มีใช้ เป็นเอกสารที่นับวันจะล้ำสมัย ขาดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในชีวิตประจำวัน หลังจากเมื่อกาลเวลาผ่านไปนับแต่เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญ²⁸ ในเรื่องของโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย แม้ในกฎหมายสาระบัญญัติหรือ วิธีสบัญญัติ อันเป็นกฎหมายธรรมดาชั้นรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ จะมีความแตกต่างกัน แต่ในชั้นตีความรัฐธรรมนูญขององค์กรผู้ตีความควรคำนึงถึงข้อที่จะทำให้เกิดหลักประกันหรือความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพประชาชนให้สมที่อยู่ในหมวดดังกล่าว ในการนี้องค์กรผู้ตีความ ไม่ควรผูกมัดโดยหลัก ในกฎหมายธรรมดา แต่ควรคำนึงถึงว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นประเด็นอยู่ในหมวดที่ว่าด้วย สิทธิ เสรีภาพของปวงชนและเมื่อคำนึงถึงรูปแบบของกฎหมายที่เป็นปัญหาในคดี วิธีการออกกฎหมาย ความมุ่งหมายของกฎหมาย การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยไม่ จำกัดในเรื่องเงื่อนไข ซึ่งน่าจะเป็นการหลีกเลี่ยงการลงโทษโดยที่บุคคลนั้นได้รับผลร้าย ไม่ต่างจากการลงโทษและขาดหลักประกันความเป็นธรรม สิ่งเหล่านี้ต่างหาก เมื่อคำนึงถึงประกอบ กันแล้วองค์กรผู้ใช้อำนาจตีความ อาจวินิจฉัยได้ว่าอยู่ในขอบเขตแห่งความคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจตีความมีอำนาจก้าวล่วงลงไปวินิจฉัยและควบคุมให้เกิดความสอดคล้องกัน แอนด์ดีนาส (Andenads) นักกฎหมายนอร์เวย์หนึ่งได้เคยแสดงความเห็นไว้ในตำราชื่อ the General

²⁷ Mc Culloch V. Maryland, 4 Wheaton 316 (1819)

²⁸ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาผู้หนึ่ง เคยกล่าวว่า "รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เป็นเอกสารสำคัญที่สุดเท่าที่ร่างขึ้นโดยมนุษย์ เพราะมีทั้งความเคร่งครัดและยืดหยุ่นในตัวเอง ไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ใด ก็จะพบความใหม่แปลกทันสมัยเกิดขึ้นในถ้อยคำของรัฐธรรมนูญเสมอ"

o Elkinson V. Deliesseline, 8 Federal Cases 593 (1823)

Part of the Criminal Law of Norway ว่าในกฎหมายอย่างนี้ว่า การที่รัฐธรรมนูณอร์เวย์ มาตรา 96 บัญญัติว่า จะลงโทษผู้ใดโดยไม่มีคำพิพากษาไม่ได้นั้น อะไรเรียกว่าโทษหรือไม่ จะถือตามถ้อยคำโดยรูปศัพท์อย่างเดียวไม่ได้ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ ได้เคยสรุปไว้ อย่างเดียวกันว่า ไม่ว่าจะเรียกอย่างไรก็ตาม ก็อาจอยู่ในความหมายของโทษได้ "ข้อสำคัญคือ ต้องพิจารณาตามลักษณะอันแท้จริงของวิธีการนั้น ... มิได้สำคัญที่การเรียกขานวิธีการนั้นว่า โทษหรือไม่ใช่"²⁹ ข้อสำคัญในเรื่องนี้จึงอยู่ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจตีความ ซึ่งควรประกอบด้วยบุคคล ที่มีทักษะหรือความ เข้าใจหลักเกณฑ์ดังกล่าว ข้อนี้เน้นว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นที่มา แห่งการตีความในทางที่ก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น อาจเป็นไปตามแนวทางคำวินิจฉัย ตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ต. 1/2513 หรือเป็นอย่างอื่นก็ได้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับนักวิชาการท่าน หนึ่งซึ่งกล่าวว่า องค์กรที่ทำหน้าที่ชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ เป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของ ประชาชน ที่สำคัญที่สุด ในต่างประเทศ องค์กรประกอบขององค์กรดังกล่าวจะสะท้อนให้เห็นถึงความ ใจกว้าง (Liberal) หรือการรู้จักใช้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ แยกต่างกันไป³⁰ สิทธิเสรีภาพของ บุคคลมิได้ขึ้นอยู่กับหลักประกันในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ขึ้นอยู่กับองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่และบทบาท ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอีกด้วย

คงเป็นเพราะเหตุผลนี้เอง เมื่อเคลเสน (Hans Kelsen) เสนอให้มีการจัดตั้งระบบ องค์กรรวมศูนย์ (Centralized System) ซึ่งหมายถึง การจัดตั้งองค์กรเพียงองค์กรเดียว เพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ใช่ เคลเสน ได้ชี้ให้เห็นว่าระบบนี้ดีกว่าระบบกระจาย อำนาจ (De - Centralized System) ไปให้ศาลต่าง ๆ ทั่วประเทศ เป็นผู้มีอำนาจดั่งกรณี ของสหรัฐอเมริกา เคลเสนกล่าวว่า การกระจายอำนาจนี้ไปให้ศาลต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลยุติธรรม จะทำให้อำนาจในการวินิจฉัยตกอยู่ในมือผู้พิพากษาอาชีพ ซึ่งอาจได้ผลดีในแง่ของ ความน่าเชื่อถือ ความเป็นกลาง แต่ผู้พิพากษาอาชีพ เหล่านี้ล้วนเคยชินกับการพิพากษาคดีแพ่ง

²⁹ จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, หน้า 582.

³⁰ บุญศรี มีวงศ์ไชย, "การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ", เอกสารประกอบการ ประชุมทางวิชาการ เรื่อง 10 ปี ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันพฤหัสบดีที่ 8 ธันวาคม 2531 หน้า 11.

คดีอาญา ในขณะที่การตีความรัฐธรรมนูญ เป็น เรื่องที่อาศัยหลักกฎหมายมหาชน เป็นสำคัญ³¹ เคลเสน เห็นว่าผู้พิพากษาเหล่านี้มิได้ถูกฝึกฝนให้มาทำหน้าที่วินิจฉัยรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะในทาง การเมืองอยู่มาก เพราะต้องอาศัยการยอมรับจากรัฐสภาผู้ออกกฎหมายและจากประชาชนทั่วไป ด้วยในเวลาเดียวกัน เคลเสน เกรงว่า ถ้าปล่อยให้ศาลทำหน้าที่นี้ก็ เท่ากับปล่อยให้ศาลเผชิญ หน้ากับรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองนั่นเอง³² ปัญหาเช่นนี้เคยเกิดขึ้นแล้วในประเทศไทย เมื่อศาลฎีกาได้พิพากษาในคดีอาญากรรมสงคราม ที่ 1/2489 ว่ากฎหมายของรัฐสภาใช้บังคับไม่ได้ อันเป็น ผลให้รัฐสภาไม่พอใจอย่างหนักจนต้องตั้งคณะกรรมการขึ้นพิจารณาปัญหาดังกล่าว ภายหลังมี คำพิพากษาของศาลออกมา

อย่างไรก็ตาม เมื่อเคลเสนกล่าวถึงระบบรวมอำนาจมาสู่สถาบันหรือองค์กรเดียว เคลเสนก็ได้มีเงื่อนไขด้วยว่า จะต้องจัดองค์ประกอบขององค์กรนั้นให้ดี เช่น มีวาระและมาจาก บุคคลหลายฝ่ายทั้งไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายเสมอไป ข้อสำคัญคือ ควรต้องเป็นที่ยอมรับทั้ง จากฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และประชาชนทั่ว ๆ ไป เพราะตุลาการรัฐธรรมนูญใน องค์กรนี้ไม่ได้เป็นผู้ประສาพความยุติธรรมในคดีแพ่ง คดีอาญา ระหว่างรัฐกับราษฎร หรือ ราษฎรกับราษฎร แม้ผลประโยชน์สุดท้ายแห่งคำวินิจฉัยจะตกแก่รัฐหรือราษฎรก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม องค์กรนี้คือองค์กรทางการเมือง (Political Organization) ซึ่งวินิจฉัยข้อขัดแย้งระหว่าง ฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ในบางกรณีอาจเป็นกับประมุขของรัฐด้วยซ้ำ เช่น ร่างกฎหมาย เสนอโดยรัฐบาลพิจารณาและอนุมัติโดยรัฐสภาผ่านความเห็นชอบและลงนามโดยประมุขของรัฐ แต่เมื่อศาลจะใช้กฎหมายนั้น ศาลเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญ ปัญหานี้ย่อมขึ้นสู่องค์กรพิเศษดังกล่าว ซึ่งอาจเรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือสภารัฐธรรมนูญก็ตาม การเข้าไป วินิจฉัยในปัญหาดังกล่าวจึงจะสะท้อนให้เห็นถึงความพยายามที่จะตัดสินใจในทางที่เห็นด้วยกับฝ่ายหนึ่ง หรือไม่เห็นด้วยกับอีกฝ่ายหนึ่งในบรรดาสถาบันหรือองค์กรดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ ประเทศอิตาลี จึงกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญของตนมาจากการเลือกสรรขององค์กรทั้งสาม ซึ่งก็พอจะแก้ปัญหา

³¹ ในยุโรปคดีตามกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คือ คดีปกครอง จะแยกไปอยู่ในอำนาจศาล ปกครองต่างหาก และไม่อยู่ในอำนาจผู้พิพากษาอาชีพในความหมายดังกล่าว แต่ในประเทศไทย ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมมีประสบการณ์ในการพิพากษาคดีปกครองอยู่บ้าง เหตุผลเรื่องประสบการณ์ และความสามารถของศาลจึงอาจใช้กับกรณีของไทยได้ไม่ทั้งหมด เพราะในขณะนี้ยังไม่มี การจัดตั้ง ศาลปกครอง คดีเหล่านี้บางประเภทอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม.

³² Mauro Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary world (New York: The Bobbs-Merrill Company, INC, 1971), PP. 53-66.

ใน พ.ศ. 2489 มิได้คำนึงถึงปัญหาที่ หากแต่เป็นเพราะว่าขณะนั้น รัฐสภาคงจะยังมุ่งของ
 มุ่งองกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงคราม ด้วยเหตุนี้ เมื่อจะต้องมีคณะกรรมการ
 รัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ความคิดที่จะประสานการยอมรับยังไม่
 เกิดขึ้น³³ คงมีแต่ว่าทำอะไร คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะตั้งขึ้นนี้ เป็นที่ยอมรับของรัฐสภา
 ได้ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 มาตรา 89 จึงให้อำนาจรัฐสภาเป็นผู้แต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิ
 ทุกคนรวม 15 คน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ อันที่จริงก็ได้หมายความว่าผู้ที่ได้รับ เลือกหรือ
 แต่งตั้งทางรัฐสภาจะต้อง เป็นฝ่ายเดียวกับรัฐสภาหรือ เห็นด้วยกับรัฐสภาเสมอไป เพราะรัฐสภา

³³ การประสานการยอมรับในหน้าที่นี้หมายถึงไม่ให้นำหนักเอียงไปเพิ่มทางฝ่ายใด
 มิได้หมายถึง การคานผลประโยชน์ของอำนาจของฝ่ายนั้น ๆ แต่ในรูปแบบที่ให้ประธานรัฐสภา
 ประธานศาลฎีกา อธิบดีกรมอัยการ เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยตำแหน่ง จะเป็นการคาน
 ผลประโยชน์ คือ ให้มีตัวแทนแต่ละฝ่ายเกิดขึ้น เช่น ในส่วนของรัฐสภา ก็ต้องอาศัยประธาน
 รัฐสภา โดยมีได้คำนึงถึงคุณสมบัติความเหมาะสมของบุคคลมีข้อความที่น่าคิดว่าถ้าประธานรัฐสภา
 คือประธานวุฒิสภาซึ่งอาจเกิดกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบกับร่างกฎหมายแต่สภาผู้แทนราษฎรยืนยัน
 จึงใช้บังคับ เป็นกฎหมายได้ซึ่งเป็นข้อนำแปลกว่าประธานวุฒิสภา จะเป็นประธานในการวินิจฉัยว่า
 กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ในเวลาต่อมา ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน เมื่อพิจารณา
 องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่า อย่างน้อยที่สุด ประธานรัฐสภา
 1 คน จาก 7 คน เคยเป็นผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการออกกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นกฎหมายที่เป็นปัญหา
 นั้นเองในขณะที่ผู้ทรงคุณวุฒิ 4 คน และประธานศาลฎีกาไม่มีโอกาสร่วมในกระบวนการออกกฎหมาย
 (ผู้ทรงคุณวุฒิ 4 คน จะเป็นสมาชิกรัฐสภาไม่ได้ ส่วนประธานศาลฎีกามีข้อห้ามในส่วนของการกฎหมาย
 ตุลาการห้าม เป็นสมาชิกรัฐสภา อธิบดีกรมอัยการอาจได้รับแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกรัฐสภาได้)



อาจเลือกผู้ที่มาจากองค์กรอื่น เช่น ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการก็ได้³⁴ แต่โดยรูปแบบแล้ว ย่อมเป็นช่องทางให้เกิดครหาได้ง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเป็นการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายทางการเมืองและเป็นการวินิจฉัยความขัดแย้งของกฎหมายของรัฐสภากับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 จึงได้เริ่มกำหนดให้มีบุคคลซึ่งเสมือนหนึ่งตัวแทนจากฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการเข้ามาด้วย อันได้แก่ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายหนึ่ง (แทนรัฐสภา) ประธานศาลฎีกาและอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ฝ่ายหนึ่ง (แทนฝ่ายตุลาการ) และอธิบดีกรมอัยการ (แทนฝ่ายบริหาร) แต่ก็ยังให้มีบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย ในเวลาต่อมาองค์ประกอบเหล่านี้ก็เปลี่ยนแปลงไป เช่น ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 กลับตัดประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรออกไป (ขณะนั้นมีสภาเดียว) ยังคงมีแต่ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และอธิบดีกรมอัยการ ซึ่งถ้าถือว่า 2 คนแรกเป็นตัวแทนฝ่ายตุลาการ คนหลังเป็นตัวแทนฝ่ายบริหาร สภาก็แต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีก 3 คน ได้เป็นตัวแทน ซึ่งนับว่ามากกว่าฝ่ายอื่นอีกอยู่ดี ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 ได้กลับไปสู่หลักการอย่างเดียวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 คือ นำประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎรกลับมา ส่วนประธานศาลฎีกา

³⁴ในคราวอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 มีผู้เสนอให้ฝ่ายค้ำในสภาผู้แทนราษฎรเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญได้เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลย์และไม่ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นฝ่ายรัฐบาลเกินไป ประธานคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญอธิบายว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ใช่พนักงานเมือง แต่เป็นนักวิชาการหรือมีความรู้ทางวิชาการ แต่ก็ยอมรับว่า ผู้เลือกย่อมไม่เลือกผู้ที่เป็นปรปักษ์กับตนจนเกินไป ดูรายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ครั้งที่ 66 พ.ศ. 2517 หน้า 84/1-84/2.

มีข้อที่น่าสังเกตว่า ตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นต้นมา ผู้ทรงคุณวุฒิที่รัฐสภาเป็นผู้เลือกให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญเกือบทั้งหมด ล้วนได้รับการเสนอชื่อจากสมาชิกวุฒิสภา และได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบส่วนใหญ่จากสมาชิกวุฒิสภาจึงได้รับเลือก เหตุผลน่าจะเป็นว่าสมาชิกวุฒิสภาสามารถรวมคะแนนเสียงเป็นกลุ่มก้อนไปไม่แตกแยกกัน ดังกรณี สภาผู้แทนราษฎร ซึ่งมีคะแนนเสียงแตกแยกระหว่างฝ่ายรัฐบาล ฝ่ายค้าน แม้แต่ในฝ่ายรัฐบาลหรือฝ่ายค้านเองก็อาจเสนอชื่อบุคคลแตกต่างกันได้

และอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ก็เป็นตัวแทนฝ่ายตุลาการ โดยมีอธิบดีกรมอัยการเป็นตัวแทนฝ่ายบริหาร แต่รัฐสภาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิได้อีก 4 คน ครั้นถึงสมัยที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นระเบียบแบบแผนขึ้น คือ ยึดจำนวน 9 คนอย่างเดิมแต่ให้มีผู้ทรงคุณวุฒิฝ่ายละ 3 คน โดยรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการตุลาการ เป็นผู้เลือก ทั้งเริ่มกำหนดคุณสมบัติเป็นครั้งแรกว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น ทั้งตุลาการรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายด้วย แต่เมื่อมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ได้ใช้หลักเกณฑ์นั้นกลับลดจำนวนตุลาการรัฐธรรมนูญเหลือเพียง 7 คน โดยมีประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกา อธิบดีกรมอัยการ เป็นตัวแทนแต่ละฝ่ายฝ่ายละ 1 คน และบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ โดยกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามเอาไว้ว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญจะดำรงตำแหน่งอื่นใดไม่ได้บ้าง เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อให้ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ชื่อว่าเป็นที่ยอมรับของทั้ง 3 ฝ่าย จึงควรมีตัวแทนจากทั้ง 3 ฝ่ายอยู่ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในอัตราส่วนที่ทัดเทียมกันแต่ไม่ควรระบุให้บุคคลใดเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง เพราะประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือแม้แต่ประธานศาลฎีกาหรืออธิบดีกรมอัยการก็ดี อาจมีความรู้ความสามารถในงานในหน้าที่ของตน แต่ก็ไม่จำเป็นว่าจะเป็นผู้เหมาะสมที่สุดในการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งเมื่อไปผูกพันกับตำแหน่ง เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าว ก็อาจทำให้สะดุด ต้องรอตุลาการรัฐธรรมนูญคนใหม่ดังที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในประเทศไทย การไปผูกพันกับบุคคลเหล่านั้นโดยตำแหน่งทำให้รู้สึกว่ ใครก็ได้ที่ดำรงตำแหน่งนั้น ในหน่วยงานนั้น ย่อมมาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญได้ จึงทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการผูกพันเลยไปถึงหน่วยงาน (Office) ของบุคคลนั้นมากกว่าตัวบุคคลหรือความสามารถส่วนบุคคล เช่น ผู้รักษาการหรือปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้น ๆ อาจปฏิบัติหน้าที่ตุลาการรัฐธรรมนูญแทนบุคคลนั้นได้ แม้ว่าในแง่ของการยอมรับนับถือบุคคลดังกล่าวจะเหมาะสมก็ตาม เช่น ประธานศาลฎีกาหรือประธานรัฐสภา ย่อมเป็นที่ยอมรับนับถือ แต่เป็นการยอมรับเฉพาะวงการ ซึ่งในการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งนั้น ๆ ย่อมคำนึงถึงความเหมาะสมอื่น ๆ ที่วงการนั้นต้องการ เช่น ความรู้ความสามารถในการปกครองบังคับบัญชา ความสามารถในการเป็นผู้นำหรือพัฒนาหน่วยงาน ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรยกเลิกระบบตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง

แต่กลับไปใช้เช่นเดียวกับที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 บัญญัติไว้ ซึ่งใกล้เคียงกับแนวทาง
 ในรัฐธรรมนูญอิตาลี กล่าวคือ ให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญ 9 คน แต่เปลี่ยนวิธีการเลือกเป็นว่า
 ให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และผู้พิพากษาทั้งหลาย เป็นผู้เลือกฝ่ายละ 3 คน เพื่อให้ได้จำนวนรวม
 9 คน ประกอบเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ³⁵ จากหลักการนี้ จะทำให้ได้ทั้งฝ่ายผู้บัญญัติกฎหมาย
 ผู้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้ใช้และตีความกฎหมายได้มาร่วมกันพิจารณาปัญหากฎหมายขัด
 รัฐธรรมนูญ นอกจากนี้การผสมผสานบุคคล 3 ฝ่าย จะทำให้องค์กรนี้แข็งแกร่ง ไม่เอนเอียงไป
 ในทางใดทางหนึ่ง หรือตกอยู่ในอิทธิพลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในส่วนคุณสมบัติของบุคคลทั้ง 3 ฝ่าย
 การจำกัดไว้ว่าต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย ดังรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 ย่อมเป็นการจำกัด
 นี้แคบเกินไป แต่ถ้าจะระบุว่าทรงคุณวุฒิดังที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 และฉบับปัจจุบัน
 ก็จะเป็นการเปิดทางให้กว้างเกินไปทั้งจะเป็นการระบุคุณสมบัติอย่างเดียวกับสมาชิกวุฒิสภา
 ซึ่งเป็นช่องทางให้มีการขยายความและแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณวุฒิอย่างใดก็ได้เข้ามาเป็นสมาชิกวุฒิสภา
 ผู้เขียนจึงเห็นว่าอาจจะระบุให้แคบลง เช่น ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์
 เป็นต้น ในส่วนที่ว่าต้องไม่เป็นข้าราชการประจำดังที่ระบุไว้เป็นคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับผู้เป็น
 ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดไว้ต่อไป แต่ควรเพิ่มหลักประกัน ประสิทธิภาพ
 และความน่าเชื่อถือของตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น อาจให้มีการคัดค้านตุลาการรัฐธรรมนูญได้
 ทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา เช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นญาติเกี่ยวข้องกับคู่ความ ในคดี
 ที่เป็นปัญหา เป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ นายจ้างของคู่ความในคดีเดิม อาจถูกคัดค้านได้ และแม้แต่
 เป็นผู้มผลประโยชน์ได้เสียตามกฎหมายที่เป็นปัญหา หรือเคยมีส่วนร่วมพิจารณาเห็นชอบในการร่าง
 พิจารณากฎหมายนั้น ก็อาจถูกคัดค้านได้เช่นกัน ส่วนประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ควร
 กำหนดให้บุคคลใดเป็นประธานโดยตำแหน่ง แต่อาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคัดเลือกกันขึ้นเอง
 1 คน นอกจากนั้น วาระในการดำรงตำแหน่งก็ไม่ควรผูกพันกับวาระของสภาผู้แทนราษฎร
 ดังในปัจจุบัน มิฉะนั้นจะทำให้ดูว่าตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของสภาผู้แทนราษฎรหรือ เป็น
 ส่วนหนึ่งของรัฐสภา เพราะในขณะนี้ประธานรัฐสภานอกจากเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง

³⁵ เหตุผลเดียวกันนี้ ดู วิจิตรา พุ่งลัดดา, ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัด

แล้วยังเป็นประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งอีกด้วย ทั้งรัฐสภายังแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิได้อีก 4 คน และทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ก็ต้องมีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อตุลาการรัฐธรรมนูญมาจาก 3 ฝ่ายแล้ว ย่อมไม่มีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งหรือการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งของผู้นั้นย่อมไม่กระทบถึงการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงอาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีวาระยาวนานขึ้น เช่น 6 ปี หรือ 8 ปี³⁶

มีข้อที่น่าสังเกตว่าขณะที่เคลสเสน เป็นห่วงว่าการให้ศาลยุติธรรม เป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ อาจได้ผลเป็นที่ไม่พอใจ เช่น ผู้พิพากษาคิดถึงการใช้กฎหมายแห่งกฎหมายอาญา เกินไป เป็นข้อครหาว่า ฝ่ายตุลาการมีอำนาจมากกว่าฝ่ายบริหารและอาจเกิดปัญหาระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายอื่นบ้าง แต่ถ้าพิจารณาในเวลาที่ผ่านมาจะเห็นว่าในประเทศไทย ศาลมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญมากกว่าที่ตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยดังกล่าวอย่างน้อยที่สุด คดีที่ขึ้นไปสู่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญล้วนแต่มีความเห็นจากศาลแล้วว่าขัดรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ทั้งยังมีคำวินิจฉัยในส่วนของศาลเองที่ถือว่าคดีที่ดีที่สุดโดยที่วินิจฉัยว่ากฎหมายไม่ขัดรัฐธรรมนูญอยู่เป็นอันมาก จากข้อมูลดังกล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 ข้างต้น ย่อมแสดงว่าในแง่ของสถิติ ศาลเคยวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญมาแล้ว 16 เรื่อง ในจำนวนนี้ 11 เรื่อง ถึงที่สุดโดยศาลฎีกา อีก 5 เรื่อง ต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามความเห็นของศาลจังหวัดสมุทรปราการ 1 เรื่อง ศาลจังหวัดพัทลุง 1 เรื่อง ศาลฎีกา 1 เรื่อง ศาลอุทธรณ์ 1 เรื่อง และศาลแขวงอุบลราชธานี 1 เรื่อง ในการวินิจฉัยในส่วนของศาลว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญและถึงที่สุดนั้นในขณะนั้นรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คดีจึงอยู่ในอำนาจของศาล ซึ่งถ้าหากต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ไม่แน่ว่าจะมี

³⁶ ในเยอรมันตะวันตก ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้เลือกจากรัฐสภายังเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในกฎหมายรัฐธรรมนูญมีความ เป็นอิสระในการวินิจฉัยและได้รับการยอมรับนับถือมาก แต่ละคนอยู่ในตำแหน่ง 12 ปี เมื่อเข้ามาดำรงตำแหน่งก็จะมีอายุไล่ ทั้งโดยคุณวุฒิและวัยวุฒิ เมื่อพ้นจากตำแหน่งไปแล้วมักเกินวัยที่จะเล่นการเมืองได้ต่อไป จึงทำให้องค์กรนี้พัฒนาได้อย่างต่อเนื่อง และเป็นที่ยอมรับนับถือทั่วไป คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญมัก เป็นที่ยอมรับ ในเหตุผล และเป็นที่ยอ้างอิงทั่วไป

คำวินิจฉัยตั้งที่ศาลฎีกาพิพากษา ส่วนการวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งรับเรื่องที่ส่งมาจากศาลยุติธรรมนั้น แม้สถิติอาจแสดงว่าศาลยุติธรรมมีความเห็นที่กว้างกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม่น่าคิดว่า

1. ยังมีคดีอีกหลายเรื่องที่ไม่มีโอกาสส่งไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะแม้จะมีประเด็นยกขึ้นในศาล แต่ศาลก็เห็นว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่ต้องทำความเห็นส่งไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งถ้ามีเหตุให้ส่งไปได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ได้

2. ความเห็นของศาลยุติธรรมที่เห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญและส่งเรื่องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย รวม 5 เรื่อง ซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญจริง เพียง 2 เรื่องนั้น เป็นความเห็นของศาลชั้นต้น ซึ่งถ้าไม่มีการส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่เปิดโอกาสให้อุทธรณ์ ฎีกาตามระบบศาลตามปกติ ศาลสูงอาจพิพากษากลับว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญและกลายเป็นความเห็นอันถึงที่สุดก็ได้

สถิติเหล่านี้ จึงยังไม่อาจสรุปได้ว่าระหว่างศาลและตุลาการรัฐธรรมนูญฝ่ายใดจะมีความคิดเห็นที่กว้างขวาง (Liberal) กว่ากัน แต่ที่พอจะกล่าวได้ก็คือผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นประเทศไทยปัญหาเรื่องกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่หรือแทบทั้งหมด เป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญ จำนวนคดีจึงมีน้อยไม่อาจสรุปหรือชี้ให้เห็นการมีความคิดเห็นกว้างขวางกว่ากันของฝ่ายใดได้ ในขณะที่ต่างประเทศ เช่น เยอรมันตะวันตก³⁷

³⁷ ตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 93 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจ 5 ประการ คือ

1. ตีความรัฐธรรมนูญและตัดสินปัญหาขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐ
2. วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่
3. วินิจฉัยว่าข้อขัดแย้งระหว่างมลรัฐต่าง ๆ กับรัฐบาลกลางหรือสหพันธ์
4. ตัดสินข้อขัดแย้งในปัญหาว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของกฎหมายมหาชน
5. ตัดสินคดีอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

ตุลาการในศาลรัฐธรรมนูญครั้งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาขุน เคนส์ตักและอีกครั้งหนึ่งจากสภาขุน เคนส์รัก แต่ตุลาการต้องไม่เป็นสมาชิกสภาหรืออยู่ในคณะรัฐมนตรีหรือองค์กรที่มีอำนาจคล้ายกันในมลรัฐ

สหรัฐอเมริกา ศาลหรือองค์กรที่วินิจฉัยจะมีโอกาสตัดสินคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญได้มาก เพราะในประเทศที่เป็นรัฐรวมเหล่านั้น นอกจากจะมีปัญหาว่ากฎหมายขัดต่อสิทธิ เสรีภาพในรัฐธรรมนูญ แล้วหรือไม่ ปัญหาส่วนใหญ่ยังเกี่ยวกับอำนาจในการออกกฎหมายอีกด้วยว่าอำนาจในการออกกฎหมาย เรื่องนี้เป็นของมลรัฐหรือรัฐบาลกลาง จำนวนสถิติคดีถึงมีมากและสามารถเป็นกรณีชี้ให้เห็นบทบาทขององค์กรตลอดจนบุคคลที่อยู่ในองค์กรได้เป็นอย่างดี

ในส่วนของประเทศไทยผู้เขียนเห็นว่า ภายใต้เงื่อนไขอันจำกัดในรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจหน้าที่ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 5, 190 และ 191 เปิดโอกาสให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพียงว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น นอกจากนั้นก็เป็นการวินิจฉัยเรื่องอื่น ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งมีขอบเขตจำกัด แม้แต่ปัญหาที่ว่ารัฐบาลออกพระราชกำหนดในเรื่องนั้น ๆ ได้หรือไม่ กระบวนการออกกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ การจัดตั้งคณะรัฐมนตรีถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็เป็นปัญหาที่อยู่นอกขอบเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ) สิ่งทีพอจะทำได้ก็คือ

1. จัดให้มีสถาบันตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่อง ในเวลาที่ผ่านมามีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญหลายครั้ง บางครั้งก็กว้างเกินไปรัฐธรรมนูญเป็นเหตุให้องค์กรนี้ไม่ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่อง ดังเห็นได้ว่าตั้งแต่ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา ประวัติการควบคุมให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย มีสถาบันศาลและสถาบันศาลกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญผลัดกันใช้อำนาจสลับกัน บางครั้งก็สะดุดหยุดลงในช่วงเวลาปฏิบัติโดยไม่มีองค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัย (พ.ศ. 2514-2515) ถ้าสถาบันตุลาการรัฐธรรมนูญมีโอกาสพัฒนาต่อเนื่องไม่มีการเปลี่ยนแปลงหรือเล็กล้มบ่อยครั้งนัก นอกจากเป็นการเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลตามวาระ ก็จะทำให้สถาบันนี้พัฒนาต่อเนื่องอันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาความคิดและความรู้ทั้งในเชิงวิชาการและตามความเป็นจริงในเรื่องสิทธิ เสรีภาพการควบคุมอำนาจรัฐและระบอบการปกครองประชาธิปไตยได้เป็นอย่างดี

2. องค์การตุลาการรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นกลาง เพื่อให้เกิดความ เชื่อถือจากทุกฝ่าย องค์ประกอบเท่าที่เป็นอยู่ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขณะนี้ ยังไม่อาจกล่าวได้ว่า โดยรูปแบบแล้ว จะเป็นกลางได้อย่างแท้จริง เพราะจำนวนบุคคลฝ่ายข้างมาก ได้รับแต่งตั้งจากรัฐสภา³⁸

ผู้เขียนมีความเห็นว่า องค์ประกอบของตุลาการรัฐธรรมนูญที่ต่างกัน น่าจะมีผลให้ คำวินิจฉัยแตกต่างกัน ตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากรัฐสภาอาจมีแนวโน้มว่าจะคล้อยตามความเห็นของรัฐสภา ข้อนี้แม้ไม่อาจพิสูจน์จากสถิติใด ๆ ได้ แต่ก็น่าจะก่อให้เกิดข้อครหา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อรัฐสภาเห็นชอบให้แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ที่มีประสบการณ์น้อยหรือจากผู้ที่เคยเป็นนักการเมืองมาก่อน การที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกากล้าตัดสินใจคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญในทางที่ขัดกับความเห็นของรัฐสภา ก็มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็น เพราะศาลมีความ เป็นอิสระจากรัฐสภามาก แต่แม้กระนั้นก็มีเสียงวิจารณ์ว่า ผู้พิพากษาศาลสูงสุดที่ได้รับการเสนอชื่อหรือแต่งตั้งจากประธานาธิบดีคนใด จากพรรคการเมืองใด อาจมีความผูกพันที่จะฟังความเห็นของประธานาธิบดีคนนั้น ของพรรคการเมืองนั้น ฉะนั้น เมื่อเอิร์ล วอเรน (Earl Warren) ซึ่งได้รับการเสนอชื่อจากประธานาธิบดีไอเซนฮาวร์ ให้เป็นประธานศาลสูงสุด มีคำวินิจฉัยผิดไปจากความประสงค์ของประธานาธิบดี จึงได้รับคำยกย่องและเป็นที่ยอมรับมากกว่า เป็นอิสระ กล้าหาญ นาน ๆ จึงจะปรากฏ เหตุการณ์เช่นนี้

³⁸ ในกรณีกฎหมายกำหนดกรอบไว้กว้าง ๆ แต่เพื่อให้ในทางปฏิบัติสามารถแต่งตั้งบุคคลได้ตรงตามความมุ่งหมายและความจำเป็นมีตัวอย่างใน พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการแต่งตั้งกรรมการร่างกฎหมายและกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ แม้กฎหมายจะกำหนดคุณสมบัติเอาไว้อย่างกว้าง ๆ แต่เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเสนอชื่อผู้ควรดำรงตำแหน่งดังกล่าวไว้เป็นแนวทาง เพื่อเป็นการจำกัดกรอบให้แคบลงมาอย่างน่าสนใจ โดยเรียกว่า แบบแผนการปฏิบัติราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ดูหนังสือที่ สร. 0601/1170 ลงวันที่ 7 เมษายน 2525 และที่ สร. 0601/1585 ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2525)

ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นว่าน่าจะต้องสร้างสถาบันตุลาการรัฐธรรมนูญให้มืองค์ประกอบ เป็นที่น่าเชื่อถือ ดังที่สถาบันศาลได้รับความเชื่อถือมาแล้ว แต่ที่ด้วยเหตุที่ไม่สมควรนำระบบ ศาลมาใช้แทนตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุผลดังที่กล่าวข้างต้น จึงสมควรพัฒนาระบบ ตุลาการรัฐธรรมนูญให้เจริญมั่นคงเป็นเอกเทศ โดยอาศัยองค์ประกอบและผลงานของตุลาการ รัฐธรรมนูญ เป็นสำคัญ

3. การทำงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ต้องจัดให้อยู่ในระบบที่น่าเชื่อถือ เช่น ตัวบุคคลควรเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง เป็นผู้มีความดีและมี ประวัติดังงาม เป็นที่ยอมรับทั่วไป ทั้งควรอยู่ในตำแหน่งที่ยาวนานโดยไม่ผูกมัดกับวาระของ สภานิติบัญญัติ ตลอดจนเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านได้เช่นเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา

บทวิเคราะห์ผลสืบเนื่องจากคำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ค. 1/2513

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ค. 1/2513 ก่อให้เกิดผลกระทบ ดังต่อไปนี้

1. ผลโดยตรงก็คือ เท่ากับเป็นการรับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ ข้อนี้นี้หมายความว่า การสั่งให้ส่งตัวบุคคลที่มีนิสัยและความประพฤติ เป็น อันธพาลไปควบคุมตัวไว้ในสถานอบรมและฝึกอาชีพโดยอาจไม่มีกำหนดระยะเวลาตามคำสั่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร เป็นสิ่งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2. ผลที่ตามมาคือก่อให้เกิดปฏิกิริยาเคลื่อนไหวในทางที่ว่า ถ้าเป็นเช่นนั้นแล้ว ก็สมควรยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และ 43 พร้อมทั้งพระราชบัญญัติกำหนดวิธีการ ควบคุม การอบรมและการฝึกอาชีพตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 พ.ศ. 2503 เสีย เพื่อว่าจะไม่ต้องนำกฎหมายทั้งสามฉบับมาใช้บังคับต่อไป ปฏิกิริยานี้รุนแรงขึ้นหลัง พ.ศ. 2516 เพราะในระยะก่อนหน้านั้น รัฐบาลของจอมพล ถนอม กิตติขจร ซึ่งมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยง กับการออกประกาศของคณะปฏิวัติและพระราชบัญญัติดังกล่าวยังมีอำนาจอยู่ทั้งโดยฐานะที่เป็นรัฐบาล ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 (2511-2514) หรือโดยฐานะที่เป็นรัฐบาลคณะปฏิวัติ (2514-2515) และรัฐบาลภายใต้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 (2515-2516) แต่ภายหลังเหตุการณ์เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ซึ่งมีผลให้รัฐบาล จอมพลถนอม กิตติขจร

ต้องพ้นจากตำแหน่งแล้ว ต่อมา ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติคณะใหม่ขึ้น ซึ่งประกอบด้วยบุคคลจากหลายวงการ ในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 12 เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2517 คณะรัฐมนตรีและสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนหนึ่ง ได้แยกกันเสนอร่างพระราชบัญญัติอันจะเป็นเหตุให้มีผลยกเลิกกฎหมายดังกล่าว กล่าวคือ

(1) พันเอก สมคิด ศรีสังคม กับพวก เสนอร่างพระราชบัญญัติยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2501 พ.ศ. ...

(2) นายเสน่ห์ จามริก กับพวก เสนอร่างพระราชบัญญัติยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2501 และ ฉบับที่ 43 ลงวันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2502 พ.ศ. ...

(3) คณะรัฐมนตรี เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการอบรมและฝึกอาชีพบุคคลบางประเภท พ.ศ. ...

(4) คณะรัฐมนตรี เสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการฝึกอบรมอาชีพบุคคลบางประเภท พ.ศ. ...

ในการพิจารณาพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้มีการอภิปรายอย่างกว้างขวาง อาทิ เช่น

พันเอก สมคิด ศรีสังคม ผู้เสนอ ได้อภิปรายตอนหนึ่งว่า

เมื่อเราได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ เรามีบทบัญญัติจะให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่า ถ้าหากว่าบุคคลใดถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดในทางอาญานั้น กล่าวโดยสรุปแล้วก็ให้เป็นไปตามวิธีพิจารณาความอาญาหรือ เป็นไปตามกระบวนการความยุติธรรม แต่ประกาศของคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับนี้ เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างที่กระผมได้กราบเรียนมาแล้ว ประกาศของคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับนี้ ได้ประกาศใช้ในสมัยซึ่งยังคงใช้ธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร ซึ่งไม่มีบทประกันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน แล้วก็ผลของการใช้ประกาศของคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับนี้ ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า เป็นกฎหมายที่ขังพวกอันธพาลนั้น ก็ทำให้ประชาชนถูกกักขังไว้โดยไม่มีกำหนด หรืออย่างที่ว่าบ้านเขาเรียกว่าถูกขังลิมินั่นเอง เพราะว่าตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีข้อความครอบคลุมไป

กว้างขวางมาก มันมีลักษณะเป็นดาบสองคม ถึงแม้ว่าจะมีเจตนาารมณ์ที่จะทำการปราบปรามบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สงบในบ้านเมืองก็ตาม แต่ในขณะที่เดียวกันนั้นในทางปฏิบัติในข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ทั่วไปแล้ว มันเป็นเครื่องมือให้เจ้าหน้าที่จับบุคคลที่บริสุทธิ์มากกักขังไว้โดยไม่มีกำหนด แล้วก็อีกประการหนึ่งนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับนี้ ก็เป็นเครื่องมือสำหรับข้าราชการที่ไม่สุจริตที่จะไปทำการบีบบังคับหรือรีดในบุคคลที่สุจริต เป็นการข่มขู่ที่จะแสวงหาประโยชน์ อันนี้เป็นข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏอยู่ทั่วไป³⁹

นายเสน่ห์ จามริก ผู้เสนออีกท่านหนึ่งได้ให้เหตุผลในการเสนอว่า

เหตุผลที่ว่าควรจะต้องเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และฉบับที่ 43 หรือไม่นั้น คงจะไม่มีปัญหาอะไร เพราะว่า ประกาศของคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับนั้นเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญโดยแจ้งชัด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 33 ที่ว่า ซึ่งผมขออ่านให้ที่ประชุมฟัง มาตรา 33 รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในร่างกาย การจับกุมคุมขังหรือตรวจค้นตัวบุคคลไม่ว่ากรณีใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ผู้ถูกจับกุมหรือถูกตรวจค้นจะต้องได้รับแจ้งข้อหาหรือเหตุร้ายละเอียดตามสมควรในการที่ถูกจับกุมหรือถูกตรวจค้นโดยชักช้าและผู้ถูกคุมขังย่อมมีสิทธิที่จะพบและปรึกษาทนายความเป็นการเฉพาะตัวได้ การแจ้งข้อหาแก่บุคคลใด ๆ จะต้องมีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นน่าจะได้กระทำความผิดตามข้อหา นั้น ถ้าจะพิจารณาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 33 ที่ผมได้ผ่านเมื่อตะกี้ก็ก็จะเห็นได้อย่างแจ้งชัดว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 กับฉบับที่ 43 นั้นไม่ได้ให้สิทธิหรือเสรีภาพต่อผู้ที่จะถูกจับกุมคุมขังหรือตรวจค้นโดยประการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นในตัวของมันเองนั้นประกาศคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับก็เป็นขัดกับกระบวนการยุติธรรมซึ่งมีหลักประกันไว้อย่างน้อยที่สุดมาตรา 33 แล้วก็ตามเหตุผลที่ว่าทำไมเราจะต้องมีรัฐธรรมนูญมาตรา 33 ทั้งนี้ทั้งนั้นก็เพื่อว่าให้บ้านเมืองของเรานั้นได้หันกลับเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมที่ถูกต้อง⁴⁰

พลตำรวจโท ชุมพล โลหะชาละ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทยในขณะนั้น

ได้อภิปรายในนามคณะรัฐมนตรีว่า

... ในการออกคำสั่งคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับนั้น ก็มีแนวทางที่ต้องการจะผดุงความสุจริตยุติธรรมและก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ว่าจริงอยู่ในทางปฏิบัติผมอาจจะยอมรับสภาพข้อเท็จจริงว่าย่อมจะมีบ้างที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม แต่ทั้งนี้ด้วยสุจริตใจของการออกกฎหมายนี้ก็ด้วยความเจตนาที่บริสุทธิ์ หากแต่ผู้ปฏิบัติเท่านั้นที่อาจจะนำไปใช้ในทางที่ไม่ชอบ ... ในเรื่องนี้รัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการอบรมและฝึกอาชีพบุคคลบางประเภท พ.ศ. ...

³⁹ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่รัฐสภา ครั้งที่ 12 วันพฤหัสบดีที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2517.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

มาเสนอต่อที่ประชุมนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งก็เป็นการยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2501 และฉบับที่ 43 ลงวันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2502 หากแต่ว่าการเลิกถ้าหากว่าจะเลิกเลยโดยไม่มีบทบัญญัติใดมาเป็นเครื่องมือของรัฐบาลที่จะผดุงความยุติธรรมหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยก็เป็นสิ่งที่น่าเป็นห่วง ... สำหรับร่างพระราชบัญญัติใหม่ก็มิได้ใช้แนวทางที่จะให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาด เพราะแต่เดิมนั้น การควบคุมอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการว่าบุคคลใดเป็นผู้ที่มีความประพฤติเป็นภัยต่อสังคม ...⁴¹

มีข้อที่น่าสังเกตว่า ในการอภิปรายมีสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติหลายคน อภิปรายในแนวทางว่า ประกาศคณะปฏิวัติทั้ง 2 ฉบับ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงสมควรยกเลิกเสีย เช่น อ้างว่าขัดต่อมาตรา 33 ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 ซึ่งอันที่จริงก็ตรงกับมาตรา 29 ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 นั่นเองทั้งที่ได้มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ต. 1/2513 แล้วว่า ประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวไม่ได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นถึงความเชื่อของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่วนหนึ่งในเวลานั้นว่า ประกาศคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฉบับที่ 43 ไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นความเห็นที่ตรงกับความเห็นของศาลแขวงอุบลราชธานี นอกจากนี้ก็ยังมีคำอภิปรายแม้แต่ในส่วนของรัฐบาลเองว่าประกาศคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและการให้คณะกรรมการพิจารณาสั่งการก็เป็นมาตรการที่หละหลวมขาดการควบคุมดุลยพินิจเป็นช่องทางให้เกิดการกลั่นแกล้งได้ ซึ่งเมื่อรวมความแล้วก็คงจะตรงกับที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกล่าวว่า "กฎหมายเช่นว่านี้ ถ้าจะมีปัญหาที่จะต้องพิจารณา ก็มิได้อยู่เพียงที่จะดำหนิตินิยมว่าเป็นกฎหมายที่ดีหรือไม่เท่านั้น"⁴² ซึ่งปัญหาเช่นว่านี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีความเห็นว่าเป็นคนละเรื่องกับปัญหาที่ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 นี้ มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่"⁴³ แต่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนหนึ่งมีความเห็นว่าเป็นเรื่องเดียวกัน ในที่สุดสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้ผ่านร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ในเดือนมกราคม พ.ศ. 2518

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁴² คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 หน้าสุดท้าย

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

3. อย่างไรก็ตาม เพียงระยะปีเศษต่อมา ในวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ได้มีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินโดยคณะทหาร ซึ่งมี พลเรือเอก สงัด ชลออยู่ เป็นหัวหน้า และได้มีคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการอบรมและฝักอาชีพบุคคลบางประเภท พ.ศ. 2518 และได้มีคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 34 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติกำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการอบรมและฝักอาชีพบุคคลบางประเภท พ.ศ. 2518 นอกจากนี้ คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ยังได้รื้อฟื้นการควบคุมตัวบุคคลบางประเภท ซึ่งเคยเรียกตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ว่าอันธพาล แต่คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 เรียกเสียใหม่ว่า บุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมและให้อำนาจผู้บัญชาการตำรวจนครบาลสำหรับกรุงเทพมหานครหรือผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัดนั้น ๆ สั่งให้ส่งตัวบุคคลซึ่งเป็นภัยต่อสังคมไปยังสถานอบรมและฝักอาชีพได้ระหว่างอยู่ในสถานอบรมและฝักอาชีพ ก็ให้ถือว่าเป็นผู้อยู่ในระหว่างคุมขังตามอำนาจของพนักงานสอบสวนตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา⁴⁴

4. นอกจากความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งมีผลให้ในเวลาต่อมา มีการออกกฎหมายยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวแล้ว ความเห็นในทางวิชาการที่คัดค้านประกาศคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับและไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็มีอีกเป็นจำนวนมาก มีทั้งความเห็นที่ว่า ประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามเหตุผลของ แขวงอุบลราชธานีและขัดต่อปฏิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือมีจะนั้นก็ เป็นกฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามหลักนิติศาสตร์ดังกล่าวแล้วข้างต้น⁴⁵

⁴⁴ คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 13 ตุลาคม 2519.

⁴⁵ จรัญ ภักดีธนากุล, "ศาลกับความ เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" อุลพาท, เล่ม 1, 2523, หน้า 82-83 ; ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, "การกักตัวอันธพาล โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่", บทบัญญัติ, เล่ม 27 ตอน 3, 2513, หน้า 614-630 ; วิษณุ เครืองาม, กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม, หน้า 203-208 ; พันัส ทศนิยานนท์, "สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย" วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 11, 2523.