



รูปแบบของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิเสรีภาพและการคุ้มครอง

เสรีภาพหมายถึงความอิสระ ในการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ถ้าอิสระมากก็ถือว่าเสรีภาพมาก ถ้าอิสระน้อยก็ถือว่าเสรีภาพน้อย¹ ในทางกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา เมื่อกล่าวถึงเสรีภาพ มักจะกล่าวในทำนองที่แยกเสรีภาพออกมาจากสิทธิ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญามีความผิดต่อเสรีภาพเป็นเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ ประกอบด้วย ความผิดอาญาฐานข่มขืนใจให้ผู้อื่นกระทำการหรือไม่กระทำการท่วงเที้ยวหรือกักขังผู้อื่นเอาคนลงเป็นทาส เรียกค่าไถ่ พรากผู้เยาว์ ส่งคนออกนอกราชอาณาจักรโดยใช้อุบาย หลอกหลวง ขู่เข็ญ เป็นต้น² ในทางแพ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 420 ก็กล่าวถึงการทำให้ผู้อื่นเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งการประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน ก็เป็นการประทุษร้ายต่อสิทธิอยู่ในตัว แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพ ศาลก็วินิจฉัยไปในทางที่ว่าเป็นการกระทำต่อความอิสระหรือความสามารถในการเคลื่อนไหว เช่น การท่วงเที้ยวหรือกักขังผู้อื่น แต่ในทางกฎหมายมหาชนถือว่า เสรีภาพและสิทธิ ถ้าไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกันก็มีความหมายคู่กัน ดังที่มักมีการเรียกว่า สิทธิในเสรีภาพ (Right to Liberty) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าเสรีภาพใดที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง เสรีภาพนั้นก็เป็สิทธิในตัวเอง การใช้คำต่างกัน อาจเป็นเรื่องของการเน้นให้เห็นถึงความสามารถในการเคลื่อนไหว การกระทำ งดเว้นการกระทำมากขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้การใช้คำว่าสิทธิก็ดูประหนึ่งว่า จะต้องควบคู่ไปกับการกำหนดหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่ง มากกว่าที่จะเน้นความเป็นอิสระของฝ่ายที่เป็นเจ้าของเสรีภาพ เช่น

¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องมาตรา (พระนคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 130.

² ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 11 หมวด 1 มาตรา 309-321.

ถ้าพูดว่า ก.มีสิทธิในบ้านหรือเคหะสถานของตน แม้จะมีความหมายว่า ก.สามารถทำอะไรในบ้านก็ได้ แต่ความหมายโดยนัย (Implication) ก็คือ บุคคลทั้งหลายมีหน้าที่เคารพต่อสิทธิของ ก. จะบุกรุกล่วงล้ำเข้าไปในเคหะสถานของ ก. ไม่ได้ แต่ถ้าเรากล่าวว่ ก. มีเสรีภาพในเคหะสถาน ความหมายก็คือ ก.สามารถทำอะไรในบ้านก็ได้โดยไม่เกี่ยวกับหน้าที่ของบุคคลอื่น แต่ทั้งนี้ นักกฎหมายบางคนกล่าวว่า การที่ ก.จะมีเสรีภาพหรือไม่นั้นเกิดจากลักษณะในทางข้อเท็จจริง เช่น เพราะ ก.เป็นคนสร้างบ้านหรือเป็นเจ้าของบ้าน ก.จึงมีเสรีภาพ แต่ถ้าจะพูดว่า ก.มีสิทธิในบ้าน เป็นการกล่าวถึงลักษณะในข้อกฎหมายว่ามีกฎหมายรับรองหรือไม่ในการที่ ก.จะมีสิทธิเช่นนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายรับรองก็คงเป็นแต่เสรีภาพ คือ เป็นเรื่องของ ก.ที่จะทำอะไรในบ้านของตนก็ได้ แต่ถ้ามีกฎหมายรับรองก็จะเป็นสิทธิและกลายเป็นการก่อกำหนดที่แก่บุคคลอื่น เสรีภาพนั้นก็ยกฐานะขึ้นสู่ความเป็นสิทธิ เสรีภาพจึงเป็นเรื่องของตนเองไม่เกี่ยวกับบุคคลอื่น แต่สิทธิเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับตนเองและบุคคลอื่น ด้วยเหตุนี้เอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 จึงได้วินิจฉัยว่า สิทธิได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์เป็นสิทธิหรือไม่ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็จะเป็นสิทธิ³ เพราะสิทธิเป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับกฎหมาย ในทางวิชาการเมื่อกล่าวถึงสิทธิตามกฎหมาย (Legal Right) ย่อมหมายถึง ต้องมีสาระสำคัญ (Elements) 4 ประการคือ (1) ผู้ทรงสิทธิ (The holder of the right) (2) การกระทำหรือละเว้นการกระทำ (The act or forbearance to which the act relates) (3) วัตถุแห่งสิทธิ (The res concerned or the object of the right) (4) บุคคลมีหน้าที่ (The person bound by the duty) สิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน (Correlative) จะมีสิทธิโดยไม่มีหน้าที่ไม่ได้หรือกลับกัน กล่าวคือ หน้าที่ทำให้เกิดสิทธิหรือสิทธิทำให้เกิดหน้าที่ แต่เมื่อกล่าวถึง เสรีภาพย่อมไม่ต้องมีสาระสำคัญดังกล่าว⁴

³ คำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้เป็นการวินิจฉัยคำว่าสิทธิในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งศาลต้องการแสดงให้เห็นว่าต่างจากมาตรา 423 อย่างไร จึงอาจมิใช่เป็นการอธิบายคำว่าสิทธิในความหมายทั่ว ๆ ไปก็ได้

⁴ George White Paton, A TEXT-BOOK OF JURISPRUDENCE third edition (Oxford:Oxford University Press, 1964), pp. 248-249.

ในทางกฎหมายมหาชน เมื่อกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพจึง เป็น เรื่องที่ชี้ยกขึ้นอ้างต่อรัฐ เพื่อให้รัฐคุ้มครอง และจะมีการกระทำจากฝ่ายรัฐในทางที่จะเมิดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ไม่ได้ สิทธิเสรีภาพบางเรื่องอาจดู เป็น เรื่องในทางมหาชนโดยชัดเจน เช่น สิทธิเลือกตั้งเสรีภาพใน ร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา แต่สิทธิเสรีภาพบางเรื่องอาจดูมีลักษณะ เป็น เรื่องในทาง เอกชนเพราะยอมรับกันอยู่ในกฎหมายเอกชน เช่น เสรีภาพในครอบครัว สิทธิในทรัพย์สิน ดังที่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 และบรรพ 5 คุ้มครองอยู่ แต่ข้อนั้น เป็น เรื่อง ของการใช้สิทธิยกขึ้นอ้างต่อเอกชนด้วยตนเอง ในกรณีที่ต้องการกล่าวว่าสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ ได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ก็ถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพในทางมหาชน

โดยทั่วไปแล้วถือว่า เสรีภาพที่สำคัญในทางมหาชนและเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือ สิทธิมูลฐาน (Fundamental Rights) ได้แก่ เสรีภาพหรือสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน และการแสดงความคิดเห็น เช่น สิทธิเสรีภาพในชีวิต ทำให้ใครมาฆ่าเราไม่ได้ สิทธิเสรีภาพในร่างกาย ทำให้เราสามารถจะทำอะไรก็ได้ ผู้ใดจะขัดขวางหรือทำร้ายเรา หรือเอาตัวเราไปกักขังให้เราไม่อาจใช้เสรีภาพอื่น ๆ หาได้ไม่ สิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน ทำให้เราสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ตลอดจนจับจ่ายใช้สอยทรัพย์สินได้และใครจะมายึดทรัพย์สิน เราไม่ได้ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ทำให้พูด เขียน พิมพ์ โฆษณาได้ นักกฎหมาย มหาชนกล่าวว่า สิทธิเสรีภาพมูลฐานดังกล่าวนี้เอง ที่ได้แตกแขนงออกเป็นสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ เช่น เสรีภาพในชีวิตไปเกี่ยวข้องกับสิทธิในการทำแท้งหรือไม่ทำแท้ง เสรีภาพในการถือกำเนิด (Right to be born) เสรีภาพในการดำรงชีวิตหรือเลือกที่จะไม่ดำรงชีวิต เช่น ขอให้หมอ ปิดท่ออากาศเครื่องช่วยหายใจ เพราะคนไข้ต้องการหนีโรคภัยไข้เจ็บ สิทธิเสรีภาพในร่างกาย เกี่ยวพันกับสิทธิที่จะอยู่อย่างสงบสันโดษ สิทธิในทรัพย์สินเกี่ยวข้องกับการรับมรดก การเวนคืน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ทำให้เกิดเสรีภาพในการสังคม การชุมนุม การตั้งพรรค การเมือง รัฐธรรมนูญของบางประเทศ อาจกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพไว้น้อยก็ เป็น เรื่องขององค์กร ผู้ใช้รัฐธรรมนูญเหล่านั้น เช่น ศาลหรือตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะตีความในทางที่จำกัดหรือขยาย ความก็สุดแท้แต่ความเข้าใจขององค์กรนั้น ๆ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างและการตีความให้ เข้ากับระบอบการปกครองและสภาพของสังคม เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา บทแก้ไขที่ 1 กล่าวถึงแต่เฉพาะ เสรีภาพในการพูดและการพิมพ์ (Freedom of Speech and the Press) แต่ศาลของสหรัฐอเมริกาก็ตีความคลุมถึง เสรีภาพในการเขียนและการติดต่อสื่อสารทุกรูปแบบ เท่าที่ มนุษย์จะพึงติดต่อสื่อสารส่งความเข้าใจกันได้ ทั้งที่ในขณะที่มีการยกร่างรัฐธรรมนูญนี้เมื่อ 200 ปีที่แล้ว

วิญญูโทษที่คนยังไม่เกิด การสื่อสารโทรคมนาคมยังไม่มี⁵ ศาลฎีกาของไทยเองเมื่อทำหน้าที่ศาลในคดีอาญาการสงครามก็เคย วินิจฉัยในคดีที่ 1/2489 โดยตีความรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 มาตรา 14 ที่ว่า "ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย..." ว่าหมายถึง เสรีภาพในการกระทำด้วย เพราะถ้าบุคคลมีเสรีภาพในร่างกายก็แสดงว่าจะทำอะไรก็ได้ครบใดที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและเมื่อมีอิสระที่จะทำอะไรก็ได้ การกระทำที่เป็นอิสระนั้นย่อมไม่ควรถือเป็นความผิดตลอดไป กฎหมายที่ออกมาจำกัดความเป็นอิสระย่อมมีผลใช้บังคับในขณะนั้นหรือต่อไปในอนาคต ไม่ใช่ย้อนหลังไปลงโทษหรือเอาผิดการกระทำซึ่งเคยมีเสรีภาพมาก่อน ทั้งนี้เท่ากับว่า ห้ามออกกฎหมายลงโทษอาญาย้อนหลังนั่นเอง เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า เสรีภาพในการกระทำก็ดี หลักที่ว่าห้ามออกกฎหมายอาญาย้อนหลังไปลงโทษบุคคลก็ดี ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 หรือมาตราใดในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ทั้งสิ้น แต่ศาลฎีกาก็สามารถตีความโดยวิธีขยายความจากคำว่า เสรีภาพในร่างกายเท่านั้น เสรีภาพในร่างกายตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 จึงหมายถึงทั้งเสรีภาพที่ไม่อาจมีผู้ใดมาทวงเหนี่ยวกักขังเสรีภาพในการกระทำหรือไม่กระทำและเสรีภาพในการที่จะไม่ถูกรับโทษโดยไม่ชอบ ซึ่งก็ตรงกับแนวความคิดที่ว่า เสรีภาพในร่างกาย เป็นเสรีภาพมูลฐานและเป็นบ่อเกิดของเสรีภาพอื่น ๆ

การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่เรียกว่ามูลฐานดังกล่าว อันที่จริงประวัติการต่อสู้ของมนุษยชาติก็คือประวัติการต่อสู้เพื่อสิทธิ เสรีภาพที่มากขึ้นนั่นเอง นักปราชญ์ในอดีตกล่าวถึงสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) เพื่อจะถ่วงกับอำนาจของรัฐที่มีออกกฎหมายมาจำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอยู่เสมอ การกล่าวถึงสิทธิ เสรีภาพในอดีต เป็นการยกเอาหลักหนึ่งขึ้นได้แย้งกับหลักเรื่องอำนาจของรัฐมากกว่าจะเพื่อโต้แย้งกันเองในระหว่งราษฎร เมื่อเป็นเช่นนี้ ในเวลาที่กล่าวถึงสิทธิ เสรีภาพประชาชนจึงรวมเป็นฝ่ายหนึ่ง ผู้มีอำนาจรัฐ เป็นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งและ

⁵Edward S. Corwin, The Constitution and what it Means Today, (Princeton: Princeton University Press, 1973), pp. 290-298.

เป็นเช่นนี้เรื่อยมา ตั้งแต่สมัยกรีกจนถึงโรมัน โรมันจนถึงอังกฤษและจากการปกครองของอังกฤษ จนถึงสมัยปัจจุบัน⁶

เอกสารฉบับแรกที่มีผู้กล่าวถึงในแง่ที่ว่ารับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพไว้กว้างขวาง ก็คือ Magna Carta ค.ศ. 1215 ในฐานะที่แสดงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของชาว อังกฤษอย่าง เป็นรูปธรรมที่สุด⁷ ถัดมาก็คือ Bill of Rights ค.ศ. 1689 ของอังกฤษ การประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 เองก็มี การประกาศ เอกสารอีกฉบับหนึ่งว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพของบุคคลซึ่งมีอิทธิพลต่อคนรุ่นต่อมา ไม่ว่าในแง่ของแนวความคิดหรือรายละเอียดแห่งสิทธิซึ่งเป็นรูปธรรม ดังที่กล่าวไว้ว่า

... เราถือความจริงที่ได้แจ้งประจักษ์ในตัวของมันเองแล้วว่า มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้น มาเท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าได้ทรงประทานสิทธิติดตัวบางประการอันไม่อาจพรากไปจาก มนุษย์ได้ ในบรรดาสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ ก็คือสิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพและสิทธิในการ แสวงหาความสุข และเพื่อที่จะให้เกิดความมั่นคงแก่สิทธิดังกล่าว รัฐบาลจึงได้รับการจัดตั้ง ขึ้นโดยบุคคลที่ได้อำนาจโดยชอบธรรมมาจากความยินยอมของผู้ได้ปกครอง ดังนั้นเมื่อใดก็ตาม รัฐบาลดำเนินการปกครองไปในทางที่ทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าว ก็เป็นสิทธิของประชาชนที่ จะเปลี่ยนแปลงล้มเลิกและก่อตั้งรัฐบาลขึ้นใหม่ ให้ดำเนินตามหลักการที่ว่าและให้มีอำนาจที่ จะยับยั้งความปลอดภัยและความผาสุกให้มากที่สุด

เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะในส่วนของบทแก้ไขที่เรียกว่า Bill of Rights อันได้รับอิทธิพลมาจาก Bill of Rights ค.ศ. 1689 ของอังกฤษ ที่ได้กล่าวถึงสิทธิ เสรีภาพ เป็นอันมากจน เป็นแม่แบบให้กับการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพในประเทศต่าง ๆ ความมุ่งหมายรัฐธรรมนูญเริ่ม เปลี่ยนจากข้อที่ว่า เป็น เอกสารกำหนด กติกาการปกครองประเทศกลายเป็น เอกสารที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน ในปี 1789 เมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ก็ได้มีการประกาศคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (French Declaration of Rights of Man and Citizen) ซึ่งถือได้ว่าเป็น เอกสาร ชั้นแรกที่มีการแยกสิทธิมนุษยชนออกจากสิทธิพลเมืองในความหมายที่ว่าสิทธิมนุษยชนคือ สิทธิมูลฐาน

⁶ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ (กรุงเทพมหานคร: อักษรสัมพันธ์ การพิมพ์, 2520), หน้า 1-6.

⁷ Evan Luard, the origins of international concern over human rights (New York: Fredrick A. Praeger, 1967), p.7.

ของมนุษย์ซึ่งดำรงอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ไม่ว่าจะเกิดสังคมหรือไม่ก็ตามและไม่ว่าจะเกิดอำนาจรัฐหรือไม่ก็ตาม ส่วนสิทธิพลเมืองหมายถึงสิทธิที่กฎหมายบ้านเมืองกำหนดแก่ผู้อยู่ได้อำนาจรัฐ คำประกาศฉบับนี้ในข้อที่ 4 ได้กล่าวถึงเสรีภาพว่าเป็นอำนาจที่จะกระทำการในสิ่งที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ข้อ 5 กล่าวถึงความเป็นอิสระของบุคคลว่าถ้ากฎหมายไม่ได้ห้ามไว้มนุษย์ย่อมสามารถกระทำได้ นับตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา ความคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพก็ได้ก่อตัว เป็นรูปร่างที่ชัดเจนขึ้นและกลายเป็นสิ่งจำเป็นในรัฐธรรมนูญ ซึ่งถ้าไม่บัญญัติเรื่องเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพไว้ อย่างละเอียดก็อาจบัญญัติไว้อย่างย่อ และถ้าไม่บัญญัติไว้อย่างกว้างขวางว่าเป็นสิทธิบริบูรณ์ ก็บัญญัติไว้อย่างจำกัดว่าอาจถูกจำกัดได้ในเงื่อนไขใด คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส กล่าวไว้ในข้อ 16 ด้วยว่าสังคมใดไม่มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ

นับตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมาก็ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอ จนแทบจะกล่าวได้ว่าเป็นส่วนหรือโครงสร้างของรัฐธรรมนูญที่จะขาดเสียมิได้ เพียงแต่จะบัญญัติไว้สั้นหรือยาวเท่านั้น ศาสตราจารย์ ดูชา เซค (Ivo D. Duchacek) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญผู้มีชื่อเสียงผู้หนึ่ง กล่าวว่า โครงสร้างของรัฐธรรมนูญที่ทันสมัยจะประกอบด้วยส่วนสำคัญ 4 ส่วน คือ

1. คำปรารภ (Preamble) ซึ่งอาจเป็นการชี้แจงแถลงนโยบายหรืออุดมการณ์ทางการเมืองไปในตัวด้วยก็ได้
2. กติกาปกครองประเทศ (Organization Chart) ซึ่งกล่าวถึงอำนาจอธิปไตย การใช้อำนาจ องค์กรทางการเมือง การเข้าสู่ตำแหน่ง การสิ้นสุด และอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ในภาครัฐ
3. กฎเกณฑ์การแก้ไขเพิ่มเติม (Amendatory Articles) ซึ่งกล่าวถึงกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
4. บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (Bill of Rights) ซึ่งเป็นการกล่าวถึงอำนาจภาคประชาชนว่าทำอะไรได้ไม่ได้เพียงใด⁸

⁸ Ivo D. Duchacek, Rights & Liberties in the world today, (Santa Barbara: A B C CLIO, 1973), pp. 25-26.



ศาสตราจารย์ อูชา เซค อธิบายว่า รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ (Constitutions as guarantee of rights & liberty) ในบทบาทที่รัฐธรรมนูญจะต้องทำตัว เป็นผู้พิทักษ์หรือหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาสตราจารย์ อูชา เซค กล่าวว่า ถ้ารัฐธรรมนูญขาดบทบาทส่วนนี้รัฐธรรมนูญก็จะเป็นเพียงเอกสารทางการเมืองซึ่งเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายรัฐหยิบมือหนึ่ง โดยไม่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนจำนวนมหาศาลเลย⁹

ศาสตราจารย์ จิโอ วานนิ ซาโตริ (Giovanni Sartori's) กล่าวว่า แนวความคิดเรื่องหลักประกัน (Guarantee) มีรากฐานมาจากความคิดในฝรั่งเศส เรื่อง (Guarantism) และอิตาลี เรื่อง (Guarantismo) ที่ว่า สิทธิเสรีภาพเกิดขึ้นหรือมีอยู่ก่อนแล้ว รัฐธรรมนูญเป็นเพียงเอกสารที่รับรองความมีอยู่จริงและรับรองว่าจะมีอยู่ต่อไป แต่ไม่ว่าจะกล่าวเช่นใดก็ตามก็ถือว่า รัฐธรรมนูญเป็นเอกสารคุ้มครองสิทธินั้นเอง¹⁰

ในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนั้น โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมักบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพอยู่ 2 รูปแบบใหญ่ ๆ คือ

1. ไม่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญจะอ้างถึงเอกสารคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ เช่น คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือปฏิญญาอื่น ๆ ว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1938 ที่อ้างถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ๗ ค.ศ. 1789 เพิ่มเติมโดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946
2. บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นั่นคือรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพบางประการไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอาจให้มีหมวดที่เกี่ยวกับเรื่องนี้โดยเฉพาะ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2521) และโดยมากแล้วรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรวมกันทั้งสิทธิและเสรีภาพ

⁹Ibid., p. 26-45.

¹⁰Giovanni Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion" American Political Science Review 56: 4 (December 1962), p. 853.

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐก็อาจบัญญัติรับรองสิทธิ เสรีภาพไว้ในระดับที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพัฒนาการของแนวความคิดในเรื่องสิทธิ เสรีภาพของสังคมนั้น ๆ เป็นสำคัญ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แบ่งระดับแห่งการให้หลักประกันหรือรับรองสิทธิ เสรีภาพไว้เป็น 3 ประเภทคือ

ก. รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เด็ดขาด คือไม่ยอมให้มีการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเลย เช่น บทบัญญัติที่รับรองถึงเสรีภาพเกี่ยวกับศาสนาของรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญกำหนดแต่เพียงว่าการใช้เสรีภาพดังกล่าวต้อง "ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 25

ข. รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างกลาง คือยอมให้มีการตัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้บ้าง โดยการออกกฎหมายเฉพาะบางประเภท หรือเฉพาะบางกรณีหรือบางเงื่อนไข เช่น ในเรื่องการเกณฑ์แรงงาน ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับจะกำหนดให้ทำได้ก็เพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน ในระหว่างอยู่ในภาวะการรบหรือสงคราม ในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 32, พ.ศ. 2517 มาตรา 37 พ.ศ. 2521 มาตรา 31

ค. รับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย คือ ยอมให้มีการออกกฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพได้เสมอ¹¹

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิและเสรีภาพที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ อาจอยู่ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

1. สิทธิและเสรีภาพบางประเภทอาจเป็นสิทธิบริบูรณ์ (Absolute Rights) ซึ่งหมายความว่า เป็นสิทธิเด็ดขาดไม่อาจถูกจำกัดได้

¹¹ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513) หน้า 129-130.

2. สิทธิและเสรีภาพบางประเภทอาจเป็นสิทธิสัมพันธ์ (Relative Rights) หรือสิทธิที่มีเงื่อนไข (Qualified Rights) ซึ่งหมายความว่ามิใช่สิทธิเด็ดขาด แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดบางประการที่กำหนดเป็นกรอบไว้

3. สิทธิและเสรีภาพบางประเภทอาจเป็นสิทธิที่จำกัด (Restricted Rights) ซึ่งหมายความว่าอาจถูกจำกัดได้เสมอและค่อนข้างง่ายมาก การจำกัดสิทธิประเภทนี้อาจทำได้ตามกฎหมายและเป็นกฎหมายประเภทใดก็ได้ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิดังกล่าวจึงมักบัญญัติกว้าง ๆ เพียงว่า "ให้เป็นไปตามกฎหมาย" "การใช้สิทธิให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย" "การจำกัดสิทธิให้เป็นไปโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย" ซึ่งเป็นการบัญญัติที่กว้างเกินไป การบัญญัติเช่นนี้อาจจะเหมาะสมในประเทศที่ปกครองแบบประชาธิปไตยเต็มที่ เพราะรัฐสภาผู้ออกกฎหมายย่อมจะพิจารณารอบคอบและมีจิตสำนึกสูง ว่าการจำกัดสิทธิระดับใด เป็นสิ่งที่พอสมควรสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน แต่ในประเทศที่สภาพการเมืองยังไม่แน่นอนและยังมีปัจจัยอื่นหลายประการอันอาจทำให้มติของรัฐสภาขัดกับความรู้สึกของประชาชนได้ การกำหนดกรอบของสิทธิเสรีภาพไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า "ให้เป็นไปตามกฎหมาย" โดยไม่ระบุว่ากฎหมายอะไร และกฎหมายนั้นเองมีกรอบจำกัดอย่างไรหรือไม่ จึงน่าจะจะไม่เหมาะสม เพราะเท่ากับกำหนดขอบเขตสิทธิเสรีภาพอย่างขอไปที ในที่สุดรัฐสภาก็อาจออกกฎหมายใดก็ได้มาจำกัดเสรีภาพข้อที่ควรสังเกตก็คือ การจำกัดเสรีภาพของมนุษย์ในประเทศต่าง ๆ มักเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เพราะถ้าไม่ใช้อำนาจตามกฎหมายแล้ว การจำกัด เช่นว่านั้นจะเกิดขึ้นได้ยาก ปัญหาที่คือเราจะจำกัดอำนาจในการออกกฎหมายนั้นได้อย่างไรต่างหาก ซึ่งหนทางหนึ่งก็น่าจะเป็นการกำหนดกรอบของอำนาจในการออกกฎหมายของรัฐสภาให้อยู่ในวงที่จำกัด ไม่ใช่รัฐสภาจะออกกฎหมายอย่างไรก็ได้

ทั้งนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญยอมรับในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ไม่ว่าจะบัญญัติไว้ว่าเป็นสิทธิบริบูรณ์ สิทธิสัมพันธ์ หรือสิทธิที่จำกัดก็ตาม และไม่ว่าจะถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพที่เกิดจากรัฐธรรมนูญเป็นผู้ก่อกำเนิด หรือสิทธิเสรีภาพที่มีมาก่อนและรัฐธรรมนูญเป็นเพียงรับรองว่ามีอยู่ก็ตาม รัฐต้องเอื้ออำนวยให้บุคคลในรัฐได้ประโยชน์สมดังสิทธิ และประชาชนผู้มีสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเองก็มีข้อพึงระมัดระวังกรอบแห่งสิทธิ หน้าที่ในฝ่ายรัฐที่จะต้องให้บุคคลในรัฐได้ประโยชน์สมดังสิทธิ มีดังนี้

1. หน้าที่กระทำการ เมื่อบุคคลในรัฐมีสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด สิทธินั้นจะสมประโยชน์ได้ก็แต่ด้วยการกระทำของรัฐ (State's action) บุคคลย่อมสามารถบังคับให้รัฐกระทำการเพื่อให้สิทธิของตนสมประโยชน์ได้ เช่น สิทธิในความเท่าเทียมกัน ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ทำให้รัฐมีหน้าที่แก้ไขกฎหมายภายในอื่นที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญนี้ สิทธิในการได้รับการศึกษา ทำให้รัฐมีหน้าที่จัดหาสถานศึกษาให้เพียงพอกับจำนวนประชากรที่อยู่วัยศึกษา เป็นต้น

2. หน้าที่งดเว้นกระทำการ สำหรับสิทธิเสรีภาพบางประการ เมื่อบุคคลในรัฐใดมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำการใด บุคคลในรัฐนั้นย่อมกระทำการนั้นได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรัฐเป็นฝ่ายต้องงดเว้นกระทำการ (State's inaction) เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการชุมนุมหรือเดินขบวน หากได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ รัฐย่อมต้องมีหน้าที่ละเว้นการเข้าแทรกแซงหรือปราบปราม แต่ทั้งนี้การตีความบทบัญญัติในกฎหมายก็เป็นสิ่งสำคัญซึ่งจะต้องคำนึงถึง เพราะรัฐอาจใช้การตีความหมายเป็นเครื่องมือในการวางหลักเกณฑ์ตลอดจนระดับความหนัก เบาแห่งการงดเว้นกระทำการได้¹²

บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐ เป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในรัฐธรรมนูญ นอกเหนือไปจากบทบัญญัติการจัดระเบียบองค์กรภายในรัฐและระบอบการปกครอง เพราะเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญแตกต่างกับกฎหมายระเบียบบริหารราชการทั่วไปหรือกฎหมายการเมืองทั่วไป รัฐธรรมนูญจะต้องให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน ซึ่งรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐจะเข้ามาแทรกแซงสิทธิเสรีภาพไม่ได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายซึ่งออกโดยคำแนะนำของรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนเองได้ให้ความยินยอม ฉะนั้นความมุ่งหมายประการหนึ่งของการมีรัฐธรรมนูญ คือ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐและเจ้าพนักงานของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์กับประชาชน บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพนี้เอง ที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีค่าและเป็นเรื่องใกล้ตัวของประชาชนไม่ใช่เป็นแต่กฎหมายสำหรับนักการเมืองเท่านั้น

¹² วิชา เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 641.

ขณะเดียวกันกรอบหรือข้อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพทางฝ่ายประชาชนก็ต้องมีเช่นกัน มีการอธิบายถึงกรอบต่าง ๆ ไว้เป็นอันมาก แต่ที่ผู้เขียนเห็นด้วยคือ ทศนะของ ศาสตราจารย์ ออสการ์และศาสตราจารย์ แฮรี่ แฮนลิน (Oscar and Mary Handlin) ซึ่งอธิบายว่า

1. เสรีภาพของบุคคลกับการใช้อำนาจของรัฐ เป็นคนละเรื่องกัน แต่อาจใช้คู่ขนานกันได้ เสรีภาพของบุคคลอาจก่อให้เกิดหน้าที่ฝ่ายรัฐ แต่ไม่ใช่ข้อยกเว้นการใช้อำนาจของรัฐ ตรงกันข้ามในบางกรณี การใช้อำนาจของรัฐเสียอีกที่อาจเป็นข้อยกเว้นการใช้สิทธิเสรีภาพ เช่น ในเวลาที่มีการประกาศกฎอัยการศึกในภาวะฉุกเฉิน ในยามสงคราม ซึ่งรัฐธรรมนูญของนานาประเทศ และแม้แต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ยอมรับข้อยกเว้นดังกล่าว
2. การใช้อำนาจรัฐที่จะเป็นการจำกัดคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต้องกระทำไว้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจและต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายนั้น ในอังกฤษอาจเรียกว่า Rule of Law ในสหรัฐอเมริกาอาจเรียกว่า Due Process of Law
3. การใช้อำนาจรัฐเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใด ก็ต้องเป็นไปเพื่อการนั้นโดยเฉพาะ จะแผ่ผลพลอยได้อื่นด้วยไม่ได้ เช่น ถ้ารัฐจะจำกัดเสรีภาพในการพิมพ์ภาพลามกเพื่อคุ้มครองศีลธรรมของเยาวชน ก็ไม่มีเหตุผลอะไรที่จะจำกัดเสรีภาพของผู้ใหญ่ ซึ่งไม่ใช่เยาวชนด้วย¹³

เป็นที่ยอมรับในหมู่นักปราชญ์ทั้งหลายว่า สิทธิเสรีภาพของมนุษย์ไม่ใช่สิ่งเด็ดขาด (Absolute) หรือถ้าจะมีสิทธิเสรีภาพที่เด็ดขาดหรือบริบูรณ์ก็จะมีได้ในเรื่องที่เกี่ยวกับจิตใจ ไม่แสดงออกมาเป็นการกระทำ ซึ่งโดยนัยนี้ก็คือ ไม่อาจก่อความเสียหายแก่บุคคลใดได้ เช่น เสรีภาพที่จะรัก เกลียด เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในความเชื่อและศรัทธา เสรีภาพที่จะจงรักภักดีหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าแปรรูปออกมาเป็นการกระทำ เช่น เพราะรักจึงเข้าชื้อแย่ง เพราะเกลียดจึงเข้าคำทอ เพราะนับถือศาสนาจึงปฏิบัติพิธีกรรม เสรีภาพที่ออกมาเป็นรูปธรรมเหล่านี้ย่อมอยู่ภายใต้ข้อจำกัด แม้แต่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา บทแก้ไขที่ 1

¹³Oscar and Mary Handlin, The Dimensions of Liberty (Mass: Harvard University Press, 1961), pp. 9-22.

ที่ว่า "Congress shall make no law" ในที่สุด คองเกรสก็ยังสามารถออกกฎหมาย
 บางอย่างมาจำกัดสิทธิเสรีภาพได้นั้นเอง ข้อจำกัดเหล่านี้อาจมองว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายผู้มี
 สิทธิเอง (สิทธิก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น แต่ในการใช้สิทธิ เจ้าของสิทธิอาจมีหน้าที่ด้วย
 บางคนเรียกว่า หน้าที่ในการใช้สิทธิ) นักปราชญ์บางคน เรียกข้อจำกัดเสรีภาพหรือวินัย
 (Discipline) ซึ่งก็คือกฎเกณฑ์ในการใช้เสรีภาพนั่นเอง ศาสตราจารย์ ซัทเธอร์แลนด์
 (Sutherland) นักอาชญาวิทยาผู้มีชื่อเสียง ชาวอเมริกา ได้กล่าวว่า ทั้งเสรีภาพและวินัย
 เป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุดของมนุษย์ ปัญหาสำคัญของผู้มีอำนาจรัฐคือจะประสานสองสิ่ง เข้าด้วยกันให้ได้
 สัดส่วนที่พอเหมาะอย่างไร¹⁴

อย่างไรก็ตาม การประสานสิทธิและหน้าที่ในการใช้สิทธิ หรือการประสานเสรีภาพ
 และวินัยให้เข้ากันอย่างพอเหมาะ ต้องอาศัยกระบวนการ (Procedure) เพียงอย่างเดียว คือ
 โดยการออกกฎหมาย จะจำกัดตัดสิทธิหรือจำกัดเสรีภาพโดยอำเภอใจไม่ได้ ส่วนที่ว่าจะออก
 กฎหมายในกรณีใด เรื่องใด ควรแก่การจำกัดหรือไม่ เป็นเรื่องของเนื้อหา (Substance)
 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการจำกัดสิทธิเสรีภาพจึงล้วนแต่เป็นเรื่องที่อาศัยกฎหมาย ข้อที่ว่า
 การประสานสิทธิและหน้าที่ในการใช้สิทธิ เข้าด้วยกันหรือการประสานเสรีภาพและวินัย เข้าด้วยกัน
 โดยใช้มาตรการทางกฎหมายนั้น เป็นสิ่งที่กล่าวกันมาตั้งแต่ในอดีต หลักที่ว่าความยุติธรรมภายใต้
 กฎหมาย (Justice under law) หรือความเสมอภาคตามกฎหมาย (Equality before
 the law) ล้วนเป็นสิ่งที่ถือเอากฎหมายเป็นใหญ่จนต้องมีการตีความว่า กฎหมายหมายถึงอะไร
 หมายถึงกฎหมายของบ้านเมืองเท่านั้นหรือรวมถึงกฎธรรมชาติดด้วย แต่แม้จะยังโต้แย้งกันใน เรื่อง
 ความหมายของกฎหมายว่าเป็นประการใด นักปราชญ์ทางกฎหมายในอดีตก็เห็นตรงกันว่าต้องยก
 ให้กฎหมายเป็นใหญ่ ในกฎหมายอังกฤษจึงกล่าวถึง The Rule of Law ซึ่งในรัฐธรรมนูญ
 สหรัฐอเมริกาเรียกเสียใหม่ว่า Due Process of Law ดังที่ปรากฏในบทแก้ไขรัฐธรรมนูญ
 ที่ 5 และ 14 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทแก้ไขที่ 14 ซึ่งบัญญัติตอนหนึ่งว่า มลรัฐใด ๆ จะจำกัด
 ตัดทอนสิทธิของบุคคลในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินโดยปราศจากกระบวนการตามกฎหมายไม่ได้
 (nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property,
 without due process of law) ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตีความมาตลอดว่า

¹⁴A.C. German, Introduction to Law Enforcement and Criminal Justice (Illinois: Springfield, 1968), p. 82.

Due Process of Law มีความหมายสองนัย คือ ในทางสารบัญญัติ (Substantive meaning) และวิธีสบัญญัติ (Procedural meaning) ความหมายในทางสารบัญญัติ หมายถึง ความยุติธรรม ความชอบธรรม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลจะหยิบยกขึ้นพิจารณาเป็นรายคดีไป ส่วนความหมายในทางวิธีสบัญญัติ ก็คือ กระบวนการหรือวิธีการทางนิติบัญญัติ เช่น การจะจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องออกมาในรูปของกฎหมายบ้านเมือง แล้วผ่านการทดสอบกฎหมายในทางสารบัญญัติ คือ ต้องชอบธรรม จึงจะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่โดยเหตุที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการตีความ และตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) ของตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ทั้งของมลรัฐและรัฐบาลกลางอย่างกว้างขวาง การพิจารณาว่ากฎหมายใดสอดคล้องกับหลัก Due Process of Law หรือไม่ จึงอยู่ในอำนาจของศาล เช่น ศาลเคยวินิจฉัยว่า กฎหมายของมลรัฐที่จำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาขัดต่อหลัก Due Process of Law นอกจากนี้ กฎหมายใดที่มีผลย้อนหลังก็ขัดต่อหลัก Due Process of Law เพราะผิดกระบวนการในการออกกฎหมาย และขัดต่อหลักเนื้อหาสาระของกฎหมายที่ควรจะเป็น ¹⁵

ในปัจจุบัน ศาลสหรัฐอเมริกาได้นำเอาหลัก Due Process of Law ไปใช้อย่างกว้างขวางเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายสำเร็จรูปในตัวเอง และเป็นการควบคุมผ่านนิติบัญญัติในการออกกฎหมายต่าง ๆ โดยถือว่าเป็นดุลยพินิจของศาลว่าสิ่งใดเป็น Due Process of Law หรือไม่ มาตรการทางกฎหมายจึงเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

เสรีภาพในร่างกาย

แนวความคิดเรื่องเสรีภาพในร่างกาย มีมาตั้งแต่ครั้ง Magna Carta และ Bill of Rights ของอังกฤษ ต่อมา เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ในบทแก้ไขที่ 4 ก็ได้กล่าวถึง สิทธิในร่างกาย (The right of the people to be secure in their persons) ซึ่งห้ามการจับกุมคุมขังหรือตรวจค้นโดยไม่ชอบ ในบทแก้ไขที่ 8 ก็ได้ห้ามการลงโทษ

¹⁵ C.E. Shalluck, "The True Meaning of the Term 'liberty'", Harvard Law Review 4(1891), p. 365-372.

ที่ทารุณ โหดร้าย และวิถิตการผิดปกติ (Cruel and unusual punishments) ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส ก็ได้กล่าวถึงการลงโทษที่ปราศจากความเหลื่อมล้ำ ข้อ 7 ได้กล่าวถึง การจับกุมหรือจำคุกที่ต้อง เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ข้อ 8 กล่าวถึงการลงโทษว่าต้อง เป็นไป เท่าที่จำเป็นและห้ามการออกกฎหมายย้อนหลัง ข้อ 9 กล่าวถึงข้อสันนิษฐานความบริสุทธิ์และการห้ามใช้ความรุนแรง เพื่อจับกุม ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 5 ห้ามการทรมานหรือได้รับผลปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้ายผิดมนุษยธรรม ข้อ 9 ห้ามการจับกุม คุมขัง หรือเนรเทศ โดยพลการ หลักประกันเรื่องเสรีภาพในร่างกายปรากฏทั่วไปในรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ละเอียดบ้าง รวบรัดบ้าง รัฐธรรมนูญไทยฉบับ พ.ศ. 2475 เป็นฉบับแรกที่กล่าวถึง เสรีภาพในร่างกายแยกต่างหากจาก เสรีภาพในเคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคมและการอาชีพ ซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ก็ได้บัญญัติไว้อย่างเดียวกัน จนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2490 ต่อมาเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 ขึ้น ก็ได้แนวความคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพมาจากนานาประเทศกว้างขวางขึ้น รวมทั้งจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงได้เกิดหมวดที่ว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพของชนชาวไทยละเอียดชัดเจนขึ้นจากหลักที่เคยกล่าวไว้เพียงว่า เสรีภาพในร่างกาย ก็ได้แตกแขนงออกไปตามแนวทางที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 คือ กล่าวถึงการไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอัน เป็นความผิดตามกฎหมายในขณะนั้น กล่าวถึง เสรีภาพในร่างกายที่จะปลอดจากการถูกจับกุม คุมขังหรือตรวจค้นตัวบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่ง เป็นการบัญญัติที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา (ในขณะนั้นคือกฎหมายลักษณะอาญา) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หลักเกณฑ์นี้เป็นที่ยึดถือต่อมาจนถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2511, 2517 และ พ.ศ. 2521 ส่วนรัฐธรรมนูญอื่น ๆ คือ รัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2502, พ.ศ. 2515, พ.ศ. 2520 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2519 ถ้าไม่รับรองอย่างสิ้น ๆ ว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพตามกฎหมาย ก็รับรองไว้โดยปริยายในฐานะที่เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

เสรีภาพที่สำคัญซึ่งแยกมาจากเสรีภาพในร่างกายคือ เสรีภาพในการกระทำ ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดก็ได้ เว้นแต่ที่จะ เป็นความผิดตามกฎหมายและกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษอาญา ย่อมให้บังคับแก่การกระทำผิดใน

ขณะนั้นและต่อไปในอนาคต ไม่ใช่ย้อนหลัง หลักข้อนี้สอดคล้องกับสภามติกฎหมายที่ว่า Nullum Crimen, nulla Poena Sine Lege หรือไม่มีความผิดก็ไม่มีโทษ คำอธิบายสภามตินี้ ซึ่งถือกันมาแต่เดิมตั้งแต่สมัยกลางก็คือ

1. การใช้กฎหมายอาญา จะต้องยึดหลักสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคน เป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะสามารถพิสูจน์ได้ว่า ได้กระทำความผิดจริง
2. บุคคลจะไม่ถูกลงโทษ เว้นแต่กระทำความผิดตามกฎหมาย ซึ่งกำหนดว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้
3. กฎหมายซึ่งกำหนดความผิดและกำหนดโทษไว้ ต้องกำหนดไว้ล่วงหน้าและเป็น การแน่นอน เป็นการเตือน (Warning) ให้ราษฎรทั้งหลายรู้ว่าพึงกระทำหรือละเว้น การกระทำอย่างใด
4. กฎหมายจะไม่มีผลย้อนหลังไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดก่อนวันที่กฎหมายใช้บังคับ ในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลนั้น เว้นแต่จะ เป็นการย้อนหลังไปเป็นคุณ เช่น ยกเว้นความผิดหรือ ลดหย่อนผ่อนโทษ¹⁶

หลัก Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege จึงเป็นหลักแห่งความยุติธรรม เพื่อประโยชน์แก่ผู้ถูกหาว่ากระทำความผิด และราษฎรทั่วไปอาจถูกกล่าวหาว่าทำอย่างนั้น เข้า สักวันหนึ่ง หลักนี้เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักสิทธิมนุษยชนในเวลาต่อมา ในประเทศไทย นอกจาก จะบัญญัติหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ยังปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาก็ด้วย จึงเท่ากับ เป็น หลักประกันสองชั้นคือปรากฏทั้งในกฎหมายธรรมดาและกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ในส่วนที่ว่าถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีความผิด ถ้าไม่มีความผิดก็ไม่มีโทษ ซึ่งหลักนี้มีขึ้น เพื่อจำกัดอำนาจรัฐในการออกกฎหมาย และมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ทั้งในส่วน เสรีภาพในร่างกายและเสรีภาพในการกระทำของบุคคลนั้น เป็นหลักที่ตั้งขึ้นลอย ๆ เพื่อใช้ใน เรื่องทั้งหลายในทางอาญา อันที่จริงก็มีใช้หลักที่มีมาแต่สมัยโรมัน นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า เพิ่งมีขึ้นเมื่อคริสตศตวรรษ 18 นี้เอง หลักนี้ได้ถ่ายทอดลงในรัฐธรรมนูญหลายประเทศ ซึ่งเป็น

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาศีอชญากรสงครามที่ 1/2489 ก็ได้วินิจฉัยไปในแนวทางดังกล่าว.

เหตุให้ถ่ายถอดต่อไปในประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาของประเทศต่าง ๆ เมื่อได้ถ่ายถอดลงไปสู่กฎหมายใดก็ต้องตีความให้เข้ากับกฎหมายนั้น ซึ่งแน่นอนที่สุดที่ว่าเมื่อหลักนี้ไปปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาก็ต้องใช้ถ้อยคำและตีความไปในทางที่สอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น เมื่อกล่าวถึงคำว่า ความผิด คำว่า โทษ คำว่า กฎหมาย คำว่า การกระทำ เป็นต้น แต่เมื่อหลักนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นการทั่วไปและเมื่อคำนึงถึงหลักการตีความรัฐธรรมนูญประกอบ เข้าด้วยกันแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าหลักนี้เป็นหลักที่สมบูรณ์ในตัวเองและใช้ได้กับกฎหมายทั้งปวงในระดับรองลงมาไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใดก็ตาม ข้อบกพร่องอาจจะอยู่ที่การใช้ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจซ้ำกับคำในกฎหมายอื่นจึงอาจดูว่ามีความหมายแคบอย่างในกฎหมายอื่น แต่เจตนารมณ์ (Spirit) ก็คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในร่างกายและการกระทำนั้นเองให้รอดพ้นจากการถูกบังคับใช้สภาพบังคับทางอาญาหรือคล้ายคลึงกับสภาพบังคับทางอาญา (Criminal sanctions) อันไม่เป็นธรรม (Unjust)

ที่เรียกว่า "สภาพบังคับทางอาญา" เป็นการเรียกรวม ๆ กันไป เพราะมีวัตถุประสงค์และวิธีบังคับอย่าง เดียวกันหรือใกล้เคียงกัน แต่อันที่จริงแล้วสภาพบังคับทางอาญายังแบ่งออกได้เป็นหลายลักษณะ คือ

1. สภาพบังคับทางอาญาประเภทโทษตามกฎหมายอาญา

เมื่อพูดถึงสภาพบังคับ คนทั่วไปมักจะนึกถึงแต่เฉพาะโทษ ที่จริงแล้วอาจจะเป็นอย่างเดียวกันได้ในความหมายกว้าง ๆ ทั่ว ๆ ไป เพราะสภาพบังคับและโทษก็คือ ผลร้ายหรือผลตอบแทนการกระทำในทางลบ เช่น เดียวกัน แต่ในทางกฎหมาย สภาพบังคับมีความหมายกว้างกว่าโทษเพราะกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าโทษ (Punishment) คืออะไรได้แก่อะไรบ้าง โทษตามที่ใช้ในประมวลกฎหมายอาญาจึงเป็นคำที่มีความหมายแคบ ส่วนสภาพบังคับนั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้างครอบคลุมผลร้ายทั้งหลายในทางกฎหมายโดยไม่มีนิยามไว้ที่ใด โทษจึงเป็นเพียงสภาพบังคับอย่างหนึ่ง แต่ยังมีสภาพบังคับในลักษณะอื่น ๆ ได้อีก

นักกฎหมายถือว่าโทษคือ สภาพบังคับในทางอาญาชนิดหนึ่งสำหรับใช้ เป็นผลร้าย แก่ผู้กระทำความผิดกฎหมายประเภทอาญา เช่น ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นใดที่จัดว่าเป็น กฎหมายอาญาเมื่อกำหนดตายตัวลงไปดังนี้ คำว่า "โทษ" จึงใช้คู่กับ "กฎหมายอาญา" ไม่นำไปใช้ในกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายปกครอง กฎหมาย รัฐธรรมนูญ ความคิดเช่นนี้เหมือนกันในกฎหมายของประเทศทั้งหลาย ส่วนที่ว่าโทษจะได้แก่อะไร บ้างนั้น ย่อมแตกต่างกันไปได้ และวิธีที่จะลงโทษแต่ละอย่างอาจแตกต่างกันออกไปได้เช่นกัน

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่า

โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด มีดังนี้

- (1) โทษประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

นอกจากนี้ มาตรา 17 บัญญัติว่า "บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น"

ฉะนั้น เมื่อมีการให้ความหมายไว้ชัดเจนเช่นนี้แล้ว โทษจึงเป็นสภาพบังคับในทาง กฎหมายอาญา ส่วนสภาพบังคับในทางอื่นหาเรียกว่าโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาไม่

2. สภาพบังคับทางอาญาประเภทคล้ายโทษ

อันที่จริงแล้ว เมื่อกล่าวถึงโทษก็เข้าใจกันว่า หมายถึง โทษ 5 สถานตาม กฎหมายอาญา แต่มีสภาพบังคับซึ่งถือว่าเป็นเรื่องทางอาญาอีกประเภทหนึ่ง ระบุชื่อของโทษ เหมือนกับโทษทางอาญา แต่ไม่ถือว่าเป็นสภาพบังคับทางอาญาประเภทโทษตามกฎหมายอาญา เสียเลยทีเดียวนัก เพราะยังมีข้อแตกต่างกันอยู่ เช่น ในบางกรณีองค์การที่บังคับแตกต่างกัน กล่าวคือ ไม่ใช่ศาล หรือในบางกรณีแม้ศาลจะเป็นผู้บังคับแต่ก็มีเงื่อนไข และวิธีบังคับแตกต่างกัน ออกไป ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าเป็นสภาพบังคับทางอาญาประเภทโทษ แต่ไม่ใช่โทษตามกฎหมายอาญา หากแต่เป็นโทษตามกฎหมายพิเศษ เช่น

2.1 การควบคุมบุคคลตามกฎหมายพิเศษ ในบางสมัยจะมีการออกกฎหมายพิเศษ

ในรูปของประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน หรือกฎหมายอื่นที่มี ซึ่งคล้ายคลึงกันเกี่ยวกับการควบคุมตัวบุคคลบางประเภท เช่น อันธพาล ผู้กระทำการเป็นภัย ต่อสังคมหรือผู้ต้องหาในคดีความผิดกระทำการอันเป็นคอมมิวนิสต์ โดยไม่มีกำหนดเวลา การควบคุมตัวบุคคลดังกล่าว ในบางกรณีมีลักษณะผิดไปจากการควบคุมตัวผู้ต้องหาทั่วไป เช่น ไม่มีกำหนดเวลายาว ไม่ได้ผ่านกระบวนการยุติธรรมทางศาลบ้าง มีการดำเนินการอื่นควบคู่ ไปกับการควบคุมตัวบ้างจนเหมือนกับเป็นการลงโทษ การควบคุมตัวเช่นนี้คือ สภาพบังคับ ทางอาญานั้นเอง แต่ไม่ใช่โทษตามประมวลกฎหมายอาญา หากแต่ถือว่าเป็นโทษตามกฎหมาย พิเศษดังกล่าวแล้วนั้น¹⁷

2.2 การลงโทษในฐานะละเมิดอำนาจศาล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้ศาลมีอำนาจลงโทษจำคุกและปรับได้ และโทษปรับ เป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 อยู่ด้วย มีบัญญัติ ว่าการที่ศาลลงโทษตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฐานละเมิดอำนาจศาลนั้นจะถือว่าเป็นสภาพบังคับทางอาญาประเภทโทษตามกฎหมาย คือ เหมือนกันทุกประการ เป็นอย่างเดียวกันทุกประการ หรือควรถือว่าเป็นโทษตามกฎหมายพิเศษที่ชื่อของโทษและวิธีการบังคับพ้องกัน ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศรัทธี แสดงความเห็นดังนี้

... ความผิดและโทษตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 33 ให้ถือว่าเป็นนั้นก็ถือได้แต่ว่าเป็นความผิดและโทษเฉพาะแต่กรณีที่ต้องบังคับ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น หากใช้โทษตามประมวลกฎหมายอาญาในเมื่อจะต้องพิจารณาวินิจฉัยปัญหาตามกฎหมายอื่นไม่ ที่มีบัญญัติให้ถือว่าเป็นความผิดและ เรียกว่าโทษก็คงมีความมุ่งหมายเพียงอนุโลมโทษปรับและโทษจำคุกในทางอาญาไปใช้ เช่น วิธีการบังคับต้องทำ

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 177/2508 การที่โจทก์ถูกจำเลยควบคุมตัวในข้อหา เป็นบุคคล อันธพาลตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 นั้น มิใช่โทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 และ 39

อย่างเดียวกันเท่านั้น ไม่ทำให้เป็นความผิดอาญาและโทษอาญาโดยแท้จริงไปด้วย¹⁸ มีข้อที่น่าคิดว่า ถ้าถือตามหลักที่ว่า การที่ศาลสั่งจำคุกหรือปรับผู้ทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาลและไม่ถือว่าเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะอยู่ภายใต้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ เพราะถ้าถือเคร่งครัดว่าไม่ใช่โทษตามประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองก็จะทำให้เห็นได้ว่าเป็นความหมายที่แคบไปและเป็นโทษแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคล แม้แต่ในเรื่องการกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญาเอง ซึ่งก็มีผู้เห็นว่าเป็นคนละอย่างกับโทษกักขังตามมาตรา 18 และยังไม่มีความพิพากษาฎีกาว่า การกักขังแทนค่าปรับ เป็นโทษหรือสภาพบังคับพิเศษ แต่ทั้งนี้ ก็ควรต้องถือว่าเป็นสภาพบังคับในความหมายของคำว่าโทษตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

3. สภาพบังคับทางอาญาประเภทวิธีการเพื่อความปลอดภัย

สภาพบังคับในลักษณะนี้เป็นเรื่องในทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่ไม่ถือว่าเป็นโทษเพราะมีเพื่อความปลอดภัยของผู้กระทำผิดและสังคมในอนาคต เรียกว่าเป็นมาตรการป้องกันโดยแท้ไม่มีลักษณะของความรุนแรงอย่างกรณีโทษ แต่การที่ศาลจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่บุคคลใดได้ต้องปรากฏว่าได้ประพฤติปฏิบัติตนอย่างใดอย่างหนึ่งผิดไปจากกฎเกณฑ์ความประพฤติที่กฎหมายกำหนด เช่น "กระทำความผิดติดนิสัย" หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้นั้นจะก่อเหตุร้ายในอนาคตได้ วิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงเป็นผลร้าย หรือสภาพบังคับทางอาญาประเภทหนึ่ง ซึ่งให้ผลร้ายเพราะตัดสิทธิเสรีภาพบางประการของผู้ประพฤติตนผิดไปจากกฎเกณฑ์ความประพฤติที่กฎหมายกำหนดอยู่นี้ เพียงแต่เบาบางเท่านั้น วิธีการเพื่อความปลอดภัยมีบัญญัติในมาตรา 39 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁹

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2,

(กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2518), หน้า 844.

¹⁹ มาตรา 39 วิธีการเพื่อความปลอดภัยมีดังนี้

- | | |
|--------------------------------|---------------------------|
| (1) กักกัน | (2) ห้ามเข้าเขตกำหนด |
| (3) เรียกประกันทัณฑ์บน | (4) คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล |
| (5) ห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง | |

4. สภาพบังคับทางอาญาประเภทพิเศษสำหรับเด็กและเยาวชน

สภาพบังคับประเภทนี้ไม่ใช่โทษตามกฎหมายอาญา แต่กฎหมายให้เรียกว่า "ทัณฑ์" เพื่อให้เห็นว่าแตกต่างกันทั้งโดยชื่อ สภาพบังคับ ความมุ่งหมาย และวิธีการบังคับ สภาพบังคับนี้ปรากฏอยู่ใน พ.ร.บ. จัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2506 ซึ่งวางมาตรการสำหรับผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชน โดยเฉพาะแทนการลงโทษตามกฎหมายอาญาและแทนการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายอาญา²⁰

ในบรรดาสภาพบังคับทั้งหลายนั้น "โทษ" เป็นสภาพบังคับที่ได้ผลจริงงที่สุด ในการตอบโต้การกระทำที่ไม่พึงปรารถนาดังที่กล่าวกันว่า การกระทำที่ไม่พึงปรารถนาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมเป็นส่วนรวมเรียกว่า "อาชญากรรม" และไม่มีอาชญากรรมใดที่จะรอดพ้นจากการลงโทษไปได้ โทษจึงเป็นสิ่งที่คู่กับอาชญากรรม สุภาษิตกฎหมายโบราณก็มีว่า "ไม่มีอาชญากรรมใดที่จะรอดพ้นจากการลงโทษไปได้" (No crime without punishment) แต่การลงโทษก็ต้องเป็นไปตามกฎหมาย (No punishment without law) กฎหมายอาชญากรรม โทษ จึงเป็นสิ่งคู่กันและถ้าจะว่าไปแล้วต่างก็เป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกัน

ด้วยเหตุนี้เองในการที่รัฐจะรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม รัฐต้องตั้งต้นจากนโยบายข้อแรกก่อนว่าจะถือเอาพฤติกรรมใดว่าเป็นสิ่งไม่พึงปรารถนาอันควรกำหนดเอาว่าเป็น "อาชญากรรม" เพราะความประพฤติที่แม้จะไม่พึงปรารถนาหลายอย่างแต่ก็น่าจะทนกันได้ (Tolerable) ไม่ควรถือเป็นอาชญากรรม เพราะถ้าเป็นอาชญากรรมแล้วก็ต้องลงโทษ ถ้ายังทนกันได้ก็ปล่อยไปก่อน หรือเพียงแต่ใช้สภาพบังคับสถานอื่น ซึ่งเขากว่าและไม่น่ากลัวเท่ากับ "โทษ" อันเป็นสภาพบังคับประเภทอาญา

²⁰ วิชา เครื่องงาม, "กฎหมายกับสภาพบังคับ" ในเอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม หน่วยที่ 1-7 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สารมวลชน จำกัด, 2528), หน้า 182-189.

การนำสภาพบังคับมาใช้เพื่อพิสูจน์ความผิดหรือการนำสภาพบังคับมาใช้ก่อนจะมีการชี้ขาดว่ามีความผิดเกิดขึ้น เป็นสิ่งที่นิยมกันมากในสมัยก่อนอย่างที่เรียกกันว่า จารีตคนครมาล เช่น การข่มขู่ต้อนหา การแหะปากเอาเหล็กเผาไฟเพื่อให้ผู้ต้องหารับสารภาพ การพิสูจน์ความบริสุทธิ์โดยการค้ำน้ำ จุยไฟ วิธีการเหล่านี้เคยเป็น เรื่องธรรมดาในสมัยก่อนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของประเทศใด แต่เป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ในปัจจุบัน ตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยก็ได้มีบทบัญญัติรับรองไว้เสมอว่า "ก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น เสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้"²¹

อย่างไรก็ตาม แม้สภาพบังคับในสังคมปัจจุบันจะอยู่ในกรอบมากขึ้น แต่การแหวกออกนอกกรอบโดยการตีความหรือใช้กฎหมาย เสี่ยง เจตนาารมย์ก็มีให้เห็นอยู่เสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมเผด็จการ เช่น มีการลงโทษโดยวิธีสังหารหมู่ (Genocide) การทำทารุณกรรมต่าง ๆ (Torture) การลงโทษโดยอำนาจปฏิบัติ หรืออำนาจตามกฎหมายพิเศษที่ไม่ต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมตามปกติ นอกจากนี้ในบางครั้งการหลีกเลี่ยงข้อกำหนดหรือกรอบของสภาพบังคับที่กำหนดขึ้นว่า เป็นวิธีปฏิบัติของนานาชาติประเทศก็เป็น การตั้งแง่เอาภัยภัยคำภาษา เช่น เมื่อกฎหมายอาญากล่าวถึงโทษและระบุมามีที่สถาน ก็อาจมีการตีความว่า "ผลร้าย" สถานอื่น นอกจากนั้นไม่ใช่โทษ เพราะฉะนั้นอาจมีผลย้อนหลังได้หรือไม่อยู่ในกรอบของสภาพบังคับได้ ซึ่งเป็นเรื่องไม่ถูกต้องตามเจตนาารมย์ ครั้งหนึ่งรัฐบาลไซเวียดได้รายงานต่อสหประชาชาติว่า ไซเวียดยุติการดำเนินงานพวกที่มีความเห็นขัดแย้งทางการเมืองกับรัฐบาลแล้วและจะไม่มีการลงโทษบุคคลประเภทนี้อีกต่อไป ผลปรากฏว่าความจริงแล้ว ถ้าเป็นสมัยก่อนบุคคลประเภทนี้จะถูกจับกุมและฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งโดยมากแล้วศาลจะลงโทษประหารชีวิตหรือจำคุกหรือมีฉะนั้นก็เนรเทศไปทำงานหนักที่ไซบีเรีย ทุกวันนี้จะไม่มีการฟ้องร้องบุคคลประเภทนี้อีกต่อไปจริง แต่จะถูกคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลแทน โดยอ้างว่าเป็นโรคจิต ข้อหาทางอาญาที่เคยตั้ง เปลี่ยนมาเป็นอาการแห่งโรคแทน ช้ำร้ายกว่านั้น คือถ้ารับโทษจำคุกทางอาญายังมีกำหนดวันว่าจะพ้นโทษเมื่อใด แต่การคุมตัวไว้รักษาอาการ "โรคจิต" ย่อมนานไม่มีกำหนด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกรณีวินิจฉัยของแพทย์ว่า "หายหรือยัง" ซึ่งอาจนานกว่าโทษจำคุกก็ได้ นอกจากนั้นการรับโทษจำคุกยังมีทางได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษตามระเบียบของเรือนจำและได้รับประโยชน์ในฐานะ "นักโทษ"

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 27.



แต่การคุมตัวไว้รักษาพยาบาลไม่ใช่ "นักโทษ" จึงไม่ได้ประโยชน์ ในฐานะ "นักโทษ"
แต่อย่างใด นอกจากเกียรติว่าไม่เคยต้องโทษเท่านั้น ซึ่งฟังดูเป็นเรื่องตบตาตัวเอง

ด้วยเหตุนี้ คำว่า "โทษ" นั้น เมื่อใช้ในประมวลกฎหมายอาญาก็ย่อมมีความหมาย
ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 และมีวิธีจัดการลงโทษแต่ละสถานตามที่
บัญญัติไว้ในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนั้น ส่วนในพระราชบัญญัติอื่นที่มีโทษทางอาญาก็เช่นเดียวกัน
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17 ให้นำบทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ไปใช้ใน
กฎหมายอื่น จึงถือว่ามีความหมายและวิธีจัดการลงโทษแต่ละสถานเป็นอย่างเดียวกัน เว้นแต่
พระราชบัญญัติอื่นนั้นจะบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น แต่การที่รัฐธรรมนูญได้วางกรอบของ "โทษ"
หรือ "โทษทางอาญา" ไว้ นั้น แม้จะใช้คำอย่างเดียวกันในประมวลกฎหมายอาญาและ
พระราชบัญญัติอื่นที่มีโทษทางอาญา แต่ก็น่าจะเข้าใจตามความมุ่งหมายว่าต้องการให้มีความหมาย
กว้างกว่าโทษ 5 สถาน ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18²² เพราะ
บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงโทษทางอาญาเป็นเรื่องของสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย
หากถือว่ามีความหมายเท่าที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 เท่านั้น ก็จะเป็น
ช่องทางให้มีการแก้ไขมาตรา 18 เปลี่ยนแปลงโทษแต่ละสถานได้ เช่น อาจถือว่าโทษมี
สถานเดียว คือ ประหารชีวิต นอกจากนั้น เช่น จำคุก กักขัง ปรับ อาจแก่กฎหมายให้
เรียกว่า ทัณฑ์ ผลร้าย วิธีการเพื่อความปลอดภัยหรืออาญาบ้านเมืองเพื่อหลีกเลี่ยงหนีคำว่า
โทษ ผลที่จะตามมาก็คือ จะกลายเป็นช่องทางให้ถือว่ารัฐจะออกกฎหมายมาย้อนหลังประหาร
ชีวิตบุคคลใดไม่ได้ เพราะเป็นโทษ แต่ย้อนหลังไปจำคุกได้เพราะถือว่าไม่ใช่โทษเสียแล้ว
หรืออาจหลีกเลี่ยงดังกรณีของไซเวียดที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีเช่นนี้เกิดขึ้น
คำว่า "โทษทางอาญา" ในรัฐธรรมนูญจึงควรหมายถึง สภาพบังคับทั้งหลายในทางอาญาซึ่งมี
วัตถุประสงค์ ลักษณะ และวิธีการใกล้เคียงกัน²³ และยิ่งสภาพบังคับใดที่เป็นเรื่องก่อให้เกิด
ผลร้ายเป็นพิเศษ โดยปราศจากกลไกควบคุมทางศาลยิ่ง เป็นเรื่องควรแก่การพิจารณาอย่างถี่ถ้วน
และสถาบันที่มีอำนาจและโอกาสน่าจะสร้างกรอบหรือหลักประกันให้การใช้สภาพบังคับ เช่นนั้น

²² ในเรื่องนี้มีคำอธิบายดังนี้ "ต้องถือเป็นหลักว่า โดยปกติกฎหมายต่างลักษณะ ไม่เกี่ยวข้อง
ซึ่งกันและกันเลย บทนิยามตลอดจนถ้อยคำอย่างอื่นของกฎหมายใดที่ใช้เฉพาะกฎหมายนั้น เท่านั้น..."
หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 136.

²³ วิชาญ เครื่องงาม, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม,
หน้า 220-222.

อยู่ในขอบเขตที่แคบที่สุดและกระทบสิทธิเสรีภาพประชาชนน้อยที่สุด²⁴

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 326-327/2515 แม้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 12 จะให้อำนาจควบคุมตัวบุคคลผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ไว้ได้ แต่ศาลฎีกา โดยที่ประชุมใหญ่ก็เห็นว่าอำนาจของพนักงานสอบสวนในอันที่จะควบคุมตัวผู้ต้องหาดังกล่าว มีอยู่เพียงตลอดระยะเวลาที่ทำการสอบสวนและการสอบสวนจะใช้เวลานานเท่าใดก็ได้ แล้วแต่ความจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วางหลักประกันเสรีภาพของประชาชนไว้ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 12 เพียงแต่แก้ไขและขยายระยะเวลาในการควบคุมตัวให้ส่งไปกว่าระยะเวลาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 เท่านั้น ไม่ได้ยกเลิกหลักใหญ่ของมาตรา 87 ที่ให้ควบคุมผู้ต้องหาได้เท่าที่จำเป็นเพราะฉะนั้นถ้าการควบคุมตัวหมดความจำเป็นหรือควบคุมไว้โดยมิได้มีการสอบสวน การควบคุมก็กระทำมิได้ อุ บทยัตติย, เล่ม 20, ตอน 3, หน้า 750, 765-771 ผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาฎีกาเรื่องนี้ แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในการที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยอาศัยหลักกฎหมายเท่าที่มีอยู่ โดยพยายามที่จะตีความให้สอดคล้องกันหรือมีฉะนั้นก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายพิเศษเป็นข้อยกเว้นจากกฎหมายธรรมดา และจะต้องใช้ในสถานการณ์อันจำกัด เมื่อมีทางใดที่ศาลจะตีความให้เป็นคุณหรือเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลได้ ศาลก็ได้พยายามดังเช่นคำพิพากษาฎีกาเรื่องนี้

รูปแบบของกฎหมายโดยทั่วไป

ในสมัยโบราณการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพ เป็น เรื่องอำนาจอใจของผู้ปกครองจะกำหนดว่ามีหรือไม่มีก็ได้ แม้ไม่ได้ปรากฏที่ใดว่าราษฎรมีสิทธิ เสรีภาพใด ผู้มีอำนาจรัฐก็อาจให้สิทธิหรือโอกาสโดยหลักความกรุณาเป็นราย ๆ ไปได้และในทำนองกลับกัน แม้จะบอก ว่าราษฎรมีสิทธิ เสรีภาพก็อาจถือ เอาการกระทำหนึ่ง เป็นความผิด เฉพาะรายนั้นก็ได้ ความไม่แน่นอนหรือความกรุณา เป็นราย ๆ ดังกล่าวนั้นเองที่ทำให้เกิดการอ้างหลักดังกล่าวขึ้นยืนยันผู้มีอำนาจรัฐหรือหาทางจำกัดอำนาจรัฐให้น้อยลงหรืออยู่ในขอบ เขตที่พอจะ เป็นหลักประกันได้ว่าราษฎรจะปลอดภัย การอ้างหลักแรกสุดเท่าที่ปรากฏก็คือ การอ้างหลักสิทธิธรรมชาติ เมื่อได้รับแรงสนับสนุนจากทางฝ่ายศาสนจักร เช่น พระสันตะปาปาเกรกอรีที่ 7 นักบุญอโควนัส สิทธิธรรมชาติก็มีใช้สิ่งที่เลื่อนลอยอีกต่อไป กลายเป็นว่าได้รับการรับรองจากศาสนจักร รูปแบบของการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพในระยะแรกจึง เป็น เรื่องของหลักการในทางปรัชญาและในทางศาสนา ซึ่งก่อตัวในรูปแบบของคำสอน โอวาท หลักธรรม ในพระคัมภีร์บ้าง ตำราบ้าง และวรรณกรรมต่าง ๆ บ้างโดยที่ไม่มีผลเป็นกฎหมาย แต่ก็ทรงอิทธิพลมิใช่น้อย ส่วนรูปแบบของกฎหมายที่จำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพของราษฎรก็คือ อำนาจกฎหมายบ้าน เมืองในรูปแบบของพระบรมราชโองการบ้าง พระราชกำหนดกฎหมายต่าง ๆ บ้าง ซึ่งล้วนแต่มีสภาพบังคับทั้งสิ้น เมื่อพูดถึงการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและการจำกัดสิทธิ เสรีภาพก็ เท่ากับ เป็นการกล่าวถึงการปะทะกันระหว่างแนวความคิด เรื่องสิทธิธรรมชาติกับสิทธิตามกฎหมายบ้าน เมือง (Natural Rights VS Positive Rights) หรือการปะทะกันระหว่างธรรมชาติกับกฎหมาย (Nature VS Law) นั่นเอง ในบางครั้งก็กลายเป็นการปะทะระหว่างพระเจ้าเป็น เจ้ากับกษัตริย์หรือรัฐ (God VS King) ฝ่ายกษัตริย์หรือผู้ถืออำนาจรัฐก็มักอ้างว่าตนมีอำนาจมากกว่า อย่างน้อยก็ในสิ่งที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศ ฝ่ายนี้อ้างหลักราชาธิปไตย ส่วนอีกฝ่ายการที่จะยกเอาบุคคลใดในรัฐขึ้นอ้างว่ามีอำนาจเหนือกษัตริย์ย่อม เป็น เรื่องไร้สาระไม่มีผู้เชื่อถือ จึงต้องอ้างสิ่งที่อยู่เหนือกษัตริย์ ซึ่งเมื่ออ้างแล้วราษฎรทั่วไปรวมทั้งกษัตริย์ก็ต้องยอมจำนน อำนาจนั้นก็คือธรรมชาติ ดังที่ในเวลาต่อมาคริสตจักรอ้างว่า ตัวธรรมชาติก็คือพระเจ้าโดยแสดงพระประสงค์โดยผ่านพระสันตะปาปาแห่งกรุงโรม²⁵

²⁵ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ, หน้า 7-20.

การจัดทำ Magna Carta, Bill of Rights และกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ของอังกฤษ เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา คำประกาศสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญของนานาประเทศ ในระยะแรก ๆ เป็นรูปแบบกฎหมายที่สำคัญในอันที่จะคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและจำกัดสิทธิเสรีภาพไปในตัว กล่าวคือ กำหนดขอบเขตทั้งฝ่ายอำนาจรัฐและอำนาจราษฎร โดยมากจะเป็นไปในรูปที่ว่า

1. รับรองว่าสิทธิเสรีภาพนั้นมีอยู่จริง
2. ใครเป็นผู้หรืออาจใช้สิทธิเสรีภาพนั้นได้บ้าง
3. จะต้องใช้ในลักษณะ (Manner) เวลา (Time) สถานที่ (Place) หรือเงื่อนไข (Condition) อย่างไร
4. ในสถานการณ์ (Situation) ใดที่รัฐเข้ามาจำกัดได้²⁶

รัฐธรรมนูญในสมัยแรก ๆ อาจมิได้กำหนดละเอียดครบหมดทั้ง 4 หลักเกณฑ์ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาบทแก้ไขที่ 1 ซึ่งกล่าวว่า "รัฐสภาจะออกกฎหมายใดมาจำกัดสิทธิเสรีภาพ ... ไม่ได้" ซึ่งก็เป็นเรื่องของผู้ใช้กฎหมายดังกล่าวที่จะต้องตีความหรืออาศัยเทคนิควิธีการใช้กฎหมายกำหนดขอบเขตขึ้นเองซึ่งเรื่องนี้ศาลของสหรัฐอเมริกา มีความสามารถมีอำนาจและประสพการณ์สูงที่สุด

การกำหนดหลักประกันหรือสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญและกำหนดอำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ในเอกสารเดียวกัน เป็นหลักประกันสูงสุดแก่ทั้งสองฝ่ายคือรัฐและราษฎร แต่ทั้งนี้ก็อยู่บนสมมุติฐานที่ว่า

1. รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด
2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก
3. การเปลี่ยนแปลงหรือล้มล้างรัฐธรรมนูญทำได้ยากและไม่เกิดขึ้นบ่อยครั้งนัก²⁷

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-23.

²⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 640.

ถ้ารัฐธรรมนูญไม่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การฝากหลักประกันสิทธิ เสรีภาพ ไว้ในรัฐธรรมนูญก็ไม่มี ความหมาย เพราะอาจมีการออกกฎหมายธรรมดา มาเปลี่ยนแปลงหลัก สิทธิ เสรีภาพในรัฐธรรมนูญเมื่อใดก็ได้ และถ้ารัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมได้ง่าย เหมือนกฎหมาย ธรรมดา หลักประกันที่เขียนไว้ อย่าง เลิศ เลอ ในสมัยหนึ่งก็อาจถูกแก้ไข เพิ่มเติมจากกระบวนการ แก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างง่าย ๆ ในสมัยต่อ ๆ มา ทั้งถ้ามีการเปลี่ยนแปลง ล้มล้างรัฐธรรมนูญบ่อย หลักประกันก็จะสิ้นสุดลงหรือมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญในช่วง เวลานั้น ก็จะทำให้เกิดช่องว่างและเป็น ปัญหาได้ว่าสิทธิ เสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่หรือไม่ภายในหลักเกณฑ์ใด เพราะช่วง เวลาที่เกิดช่องว่าง นั้นอำนาจรัฐก็เท่ากับว่าทวีขึ้นเหนืออำนาจราษฎรโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุนี้เองการฝากหลักประกัน สิทธิ เสรีภาพไว้ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญแม้จะเป็น เรื่องที่ดี แต่ก็ยังมีอันตรายเสี่ยง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ เป็น เพียงแม่บทกฎหมายไม่อาจกำหนดรายละเอียด ทั้งปวงได้ ความจำเป็นที่จะต้อง บัญญัติสิทธิ เสรีภาพไว้ในกฎหมายอื่น ๆ จึงมีอยู่เป็นธรรมดา เช่น บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ อื่น ๆ ในประเทศไทยสิทธิ เสรีภาพต่าง ๆ ปรากฏในกฎหมายธรรมดาอยู่แล้วเป็นอันมาก เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระราชบัญญัติต่าง ๆ เป็นต้น กฎหมายในลำดับรองดังกล่าว ถ้าผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาซึ่งสมาชิกมาจากการ เลือกตั้งก็จะยิ่ง เป็นการถูกต้องสอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยและกล่าวไว้ว่าสอดคล้องกับ ความต้องการของประชาชน อันจะมีผลดีและมีน้ำหนักทั้งในหลักทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์และ จิตวิทยา

ส่วนกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็เช่นกัน กฎหมายชนิดนี้ คือ กฎหมาย ที่ให้อำนาจรัฐซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 3 ระดับ คือ

1. ให้อำนาจรัฐในทุกกรณี
2. ให้อำนาจรัฐในบางกรณี เช่น เป็นการออกกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะป้องกัน

หรือปราบปรามสิ่งใดโดยเฉพาะ

3. ให้อำนาจรัฐในบางเวลาหรือบางสถานการณ์ เช่น เกิดการจลาจลหรือ

ภาวะสงคราม

แต่การใช้อำนาจรัฐเพื่อจำกัดสิทธิ ไม่มีวิธีใดดีกว่าโดยการอาศัยการออกกฎหมาย หรืออำนาจรัฐที่ผ่านมาทางกฎหมาย ซึ่งตามหลักกฎหมายอังกฤษอาจเรียกว่า Rule of Law หลักกฎหมายสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Due Process of Law ความคิดที่ว่า การจำกัดสิทธิ เสรีภาพ ต้องออกกฎหมายในรูปของอำนาจตามกฎหมายมีมาตั้งแต่ครั้ง Magna Carta ตามหลักสิทธิ ธรรมชาติ เองก็ เปิดช่องให้รัฐมีอำนาจจำกัดสิทธิโดยอาศัยกฎหมายได้ การที่ยอมต่ออำนาจตาม กฎหมายนั้น อาจจะเป็นการเสี่ยงอยู่มาก เพราะว่ามันจริงแล้วการจำกัดสิทธิ เสรีภาพทั้งหลาย ก็อาศัยขีมือกฎหมายนั่นเอง แม้แต่พระบรมราชโองการของกษัตริย์ที่ตรัสสั่งให้ลงโทษใครและ ราชฎรไม่พอใจจนเป็นเหตุให้อ้างหลักสิทธิธรรมชาติขึ้นต่อสู้ ก็ เป็นกฎหมายในตัวมันเองแต่ที่ ต้องยอมให้แก่อำนาจตามกฎหมาย ก็เพราะมิฉะนั้นแล้วจะเป็นการสร้างหลักสิทธิ เสรีภาพบริบูรณ์ ซึ่งอาจนำไปสู่ อนาธิปไตย (Anarchy) ความสำคัญของประเด็นนี้จึงอยู่ที่ว่า ทำอย่างไรจึงจะ ควบคุมการออกกฎหมายให้เป็นธรรมอยู่ในร่องรอยที่ต้องการ ความคิดนี้มีน้ำหนักขึ้นและลดอัตรา เสี่ยงลงได้เมื่อ เข้าสู่ระบอบประชาธิปไตย ซึ่งการออกกฎหมายในระบอบการปกครองนี้ ต้องอาศัย ความเห็นชอบจากประชาชนโดยผ่านทางรัฐสภาหรือสภาผู้แทนราษฎร กฎหมายที่ออกมาจึงผ่าน กระบวนการที่ชอบธรรมและควรเป็นที่วางใจในเนื้อหาสาระได้ หากยังไม่ถูกต้องไม่เป็นที่พอใจ ไม่ชอบธรรม ก็ยังสามารถรอผู้มีอำนาจออกกฎหมายในสมัยต่อ ๆ ไป เปลี่ยนแปลงให้เป็นที่พอใจ จนได้ และในระหว่างที่ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงก็มีการ เชิดชูรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายสูงสุด ประการหนึ่ง และสร้างองค์กรขึ้นรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นในอีกทางหนึ่ง พร้อมทั้งให้มี อำนาจเข้ามาทบทวน (Review) ว่ากฎหมายนั้นถูกต้องตามหลักประกันกว้าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ โดยทั่วไปแล้ว การฝากหลักประกันการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและการฝากผลประโยชน์ ของรัฐหรืออำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดา ก่อให้เกิด ระบบการตรวจสอบควบคุมได้

อย่างไรก็ตามในบางประเทศ เช่น อังกฤษ ไม่ได้มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญและสิทธิ เสรีภาพ เป็นอันมากก็ได้ปรากฏชัดแจ้งในตัวบทกฎหมายใด หากกลายเป็น เรื่องธรรมเนียมประเพณีที่ถือตามกันมาในขณะเดียวกัน ก็กลับสร้างหลักความมีอำนาจสูงสุด ของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ขึ้น ซึ่งถ้าจะว่าไปแล้ว การมีกฎหมาย คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพหรือกฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพในรูปแบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมาย ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่นนี้มีความเสี่ยงอยู่มาก แต่ที่ใช้ในอังกฤษได้ผลเนื่องมาจากความ

เข้าใจดีในเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์พัฒนาการของอำนาจศาลและรัฐสภา ความรู้สึกนึกคิด และทัศนคติของประชาชนชาวอังกฤษ และรัฐสภา ตลอดจนหลักกฎหมายที่แม้ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยังรากฝังลึกอย่างมั่นคงจนรู้สึกกันว่าเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตประจำวันไม่แปรเปลี่ยนเป็นอย่างอื่นได้ง่ายอันนับว่าระบบการตรวจสอบควบคุมนี้ได้ผลอย่างน่าอัศจรรย์²⁸

นอกจากนี้ ในบางประเทศอาจมีกรณีที่มีการออกกฎหมายในรูปแบบอื่นมาคุ้มครองหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพนอกเหนือไปจากรูปแบบที่กล่าวไปแล้วก็ได้โดย "กฎ" เหล่านั้นเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็น "กฎหมาย" ซึ่งเมื่อเป็นกฎหมายหากออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ การที่จะอยู่ในรูปแบบอย่างใดก็ไม่น่าจะเป็นปัญหาสัก เพราะเป็นไปในทางเป็นคุณ ยิ่งถ้าถือตามปรัชญาที่ว่าสิทธิเสรีภาพมีอยู่แล้วแต่เดิม กฎหมายเพียงแต่รับรองให้แน่นแฟ้นขึ้น การที่จะออกกฎหมายมาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในรูปแบบนั้น จึงเป็นเรื่องที่อาจรับกันได้ แต่ถ้าเป็นการออกกฎหมายรูปแบบอื่นมาจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยกระบวนการหรือรูปแบบที่ผิดปกติธรรมดา เช่น อำนาจของคณะปฏิวัติออกประกาศของคณะปฏิวัติ ย่อมเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อหลักนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ และจิตวิทยา

ในประเทศไทยการมีกฎหมายรูปแบบพิเศษดังกล่าว แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายพิเศษ แต่ก็กลายเป็นเรื่องเหมือนปกติธรรมดา เพราะบางครั้งใช้เวลาเพียง 1 ปี เคยมีการออกประกาศของคณะปฏิวัติมาใช้บังคับว่า 300 ฉบับ ซึ่งนับว่ามากกว่าที่รัฐสภาในเวลาปกติจะออกกฎหมายได้ และในจำนวนประกาศของคณะปฏิวัติเหล่านั้นย่อมมีทั้งที่เป็นการคุ้มครอง

²⁸Mauro Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary world (Newyork: The Bobbs-Merrill Company, INC, 1971), pp. 1-16.

สิทธิและจำกัดสิทธิ²⁹ โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ซึ่งเป็นปัญหา ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นกฎหมายพิเศษที่ออกมาในรูปแบบของประกาศของคณะปฏิวัติ จึงสมควรกล่าวถึงประกาศของคณะปฏิวัติ ดังนี้

การออกกฎหมายในรูปแบบของประกาศของคณะปฏิวัติ

นับตั้งแต่ พ.ศ. 2501 อันเป็นปีที่จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้เข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศเป็นต้นมา ได้มีการออกกฎหมายในรูปแบบใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อนรูปแบบหนึ่งคือประกาศของคณะปฏิวัติ อันที่จริงการยึดอำนาจรัฐก็เคยมีมาก่อนแล้วในประเทศไทย เช่นการยึดอำนาจเมื่อ พ.ศ. 2490, 2494, 2501 และมีการออกคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติบางฉบับซึ่งฝ่ายตุลาการโดยศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่าคำสั่งบางฉบับ เหล่านั้นมีฐานะเป็นกฎหมายได้ดังเช่น

²⁹ ตั้งแต่เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ถึงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 คณะปฏิวัติซึ่งได้เข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศ ได้ออกกฎหมายในรูปแบบของประกาศคณะปฏิวัติรวม 364 ฉบับ บางฉบับเป็นกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการปฏิวัติหรือยึดอำนาจรัฐแล้วจัดระเบียบต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับภาวะการปฏิวัติ บางฉบับเป็นเรื่องของการจัดทำร่างกฎหมายเตรียมไว้ก่อนแล้วเพื่อเสนอในรูปของพระราชกฤษฎีกา หรือพระราชบัญญัติ เมื่อมีการปฏิวัติจึงเปลี่ยนออกมาในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ และบางฉบับเป็นเรื่องการจัดทำขึ้นใหม่โดยอาศัยอำนาจคณะปฏิวัติ เพื่อให้การออกเป็นกฎหมาย เป็นไปโดยเร็วขึ้นกว่าการออกในรูปของกฎหมายโดยอาศัยกระบวนการนิติบัญญัติปกติ

อนึ่ง เมื่อกล่าวถึงคำว่าปฏิวัติในที่นี้ เป็นการใช้ตามที่ผู้ยึดอำนาจรัฐได้เรียกตัวเอง และได้ใช้ถ้อยคำเช่นนี้ ซึ่งในทางวิชาการ อาจเรียกเป็นเพียงการรัฐประหารหรือยึดอำนาจรัฐธรรมดาโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงหลักมูลแห่งการปกครอง จึงมีผู้วิจารณ์ว่า ไม่สมควรเรียกว่าเป็นการปฏิวัติ เมื่อยึดอำนาจรัฐใน พ.ศ. 2519 ได้เสียงไปใช้คำว่า การปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน อันเป็นผลให้การออกคำสั่งซึ่งมุ่งหมายจะให้ เป็นกฎหมายต้องอยู่ในรูปแบบที่ต่างกัน คือ บางครั้งเป็นประกาศของคณะปฏิวัติ บางครั้งเป็นคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้สำเร็จ ย่อมมีอำนาจออกและยกเลิก แก้ไขกฎหมายได้ รัฐมนตรีที่แต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญซึ่งคณะรัฐประหารได้ประกาศใช้จึง เป็นรัฐมนตรีโดยชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อคณะปฏิวัติ ได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทย เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อม เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะไม่ได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือ สภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม

อย่างไรก็ตาม การออกคำสั่งให้มีผลเป็นกฎหมายในชื่อ เฉพาะโดยมีรูปแบบ เป็น เอกภาพ มีระเบียบแบบแผนของตนเองและต่อเนื่องกันมาหลายฉบับ เริ่มมีขึ้นนับแต่การยึดอำนาจใน พ.ศ. 2501 เป็นต้นมาโดยใช้ชื่อว่าประกาศของคณะปฏิวัติและต่อมาเมื่อมีการยึดอำนาจรัฐในทำนองเดียวกันนี้อีก เช่น เมื่อจอมพล ถนอม กิตติขจร ยึดอำนาจใน พ.ศ. 2514 ก็ได้มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติต่อเนื่องกันมาถึง 364 ฉบับ และหลายฉบับยังมีผลใช้บังคับ เป็นกฎหมายจนกระทั่งถึงปัจจุบัน³⁰ ในปี พ.ศ. 2520 เมื่อพลเรือเอก สงัด ชลออยู่ ยึดอำนาจรัฐก็ยังคงออกประกาศของคณะปฏิวัติอีกหลายฉบับจะมีแปลกออกไปก็ เมื่อครั้งที่มีการยึดอำนาจในปี พ.ศ. 2519 ซึ่งมีการออกกฎหมายในรูปแบบของคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน

ข้อที่ว่าประกาศของคณะปฏิวัติและคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินจะมีสถานะ เป็นกฎหมายหรือไม่นั้น คงต้องพิจารณาตามเกณฑ์หรือหลักที่ว่ากฎหมายคืออะไร แต่ข้อนี้ก็ขึ้นอยู่กับว่าจะถือเกณฑ์ใด ของผู้ใดเป็นหลัก ในส่วนของฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลฎีกา เมื่อมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่าสิ่งใด เป็นกฎหมายหรือไม่ ได้ถือเกณฑ์ที่ว่ากฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของ รัฐบาลิบังคับมาโดยตลอดอันปรับได้กับทฤษฎีปฏิฐานนิยม หรือ Legal Positivism³¹ ดังเช่น

³⁰ รวมประกาศของคณะปฏิวัติ, รวบรวมโดย ร.ต.ท. เสถียร วิชัยลักษณ์ กับ พ.ต.อ. สิบวงศ์ วิชัยลักษณ์ (กรุงเทพมหานคร: ... นิติเวช, 2514-2515)

³¹ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2530), หน้า 121.

เหตุผลของศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 และ 1662/2505 ดังกล่าวแล้วในเวลาต่อมาเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน คำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2523 ก็ยังคงวินิจฉัยอย่างเดียวกัน นอกจากนั้น ฝ่ายตุลาการยังเห็นว่า เมื่อประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว เป็นกฎหมายเสียแต่แรกแล้วก็ย่อม เป็นกฎหมายตลอดไป ซึ่งตามทฤษฎีปฏิฐานนิยมที่ถือกัน ก็คงต้องตีความ เช่นนั้น จะถือว่าเมื่อประเทศกลับ เข้าสู่ระบบรัฐสภามีรัฐธรรมนูญใช้ มีการเลือกตั้ง และมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว ประกาศและคำสั่งที่เคย เป็นกฎหมายในช่วงเวลา ปฏิวัติจะสิ้นสภาพความเป็นกฎหมายลง เห็นจะไม่ได้ ดังที่คำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2523 วินิจฉัยว่า เมื่อคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้ เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติหรือหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินย่อมมีอำนาจที่จะออกประกาศหรือคำสั่ง ดังกล่าวอันถือว่าเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนทั่วไปได้ แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ออกใช้แล้วก็ตาม แต่หาได้มีบทกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ ประกาศหรือคำสั่งนั้นจึงยังเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่

นักวิชาการที่สนับสนุนความเห็นหรือการใช้ทฤษฎีในทำนองนี้ก็มิใช่น้อย เช่น ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้อ้างคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันสนับสนุนความเห็นนี้ว่า "คำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นตัวอย่างอันดีที่จะพิจารณาว่าศาลยุติธรรมจำต้องยอมรับผลการปฏิวัติหรือรัฐประหารซึ่งได้ทำสำเร็จ และผู้กระทำได้กลายเป็นผู้มีอำนาจแท้จริงในรัฐอย่างแน่นอน ... การปฏิรูปหรือรัฐประหารนั้นในครั้งแรกเป็นการผิดกฎหมาย แต่เมื่อใดผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร สำเร็จบริบูรณ์ ... ก็เป็นรัฐอธิปไตยที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้น จึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญ ใหม่และยกเลิกกฎหมายเดิม บัญญัติกฎหมายใหม่ตามชอบใจ ในคดีเรื่องนี้ปรากฏว่าเมื่อมีการ รัฐประหารสำเร็จแล้ว ก็มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว 2490 ขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวย่อมใช้ได้ในฐานะเป็นรัฐธรรมนูญอันแท้จริง³²

³² หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 นอกจากนี่ยังมีคำพิพากษาฎีกาอีกหลายเรื่อง ที่ศาลฎีกาได้ยอมรับว่าประกาศของคณะปฏิวัติ เป็นกฎหมายของแผ่นดิน คือ คำพิพากษาฎีกา ที่ 1662/2505, 105/2506, 1352/2506, 326-327/2505, 341-350/2507 และ 213/2508 .

อย่างไรก็ตาม ความเห็นในทางที่คัดค้านก็มีอยู่เช่นกัน เช่นความเห็นที่ว่า ศาลไม่ควรใช้ทฤษฎีปฏิฐานนิยมอย่างเคร่งครัดหรือควรวินิจฉัยโดยอาศัยหลักในระบอบประชาธิปไตยมากกว่า การยึดถือทฤษฎีใดอันจะทำให้เกิดความคล่องตัวมากกว่า เช่น เมื่อคดีเป็นปัญหาขึ้นสู่ศาลหลังจากที่คณะปฏิวัติหมดอำนาจแล้ว ศาลอาจวินิจฉัยให้ประกาศของคณะปฏิวัติเหล่านั้นสิ้นผลได้³³ แต่ความเห็นในทำนองนี้ก็อาจถูกโต้แย้งได้เช่นกัน เช่น อาจเป็นเหตุให้ศาลวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นหรือไม่เป็นกฎหมายโดยขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ทั้งอาจกระทบถึงผลทางกฎหมายที่เกิดจากประกาศของคณะปฏิวัติหลายฉบับ เช่น การจับกุมการพิพากษาลงโทษบุคคลไปแล้ว การจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานตามประกาศของคณะปฏิวัติขึ้นแล้ว และอาจกระทบถึงกฎหมายในรูปแบบเก่าก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 เช่น พระบรมราชโองการบางฉบับ พระราชบัญญัติ ตลอดจนพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกาสมัยก่อน ทนทางที่ถูกต้องน่าจะ เป็นว่าสิ่งใด เป็นหรือไม่ เป็นกฎหมายควรวินิจฉัยโดยคำนึงถึงความมุ่งหมายและปัจจัยอื่นที่เอื้ออำนวยให้ความมุ่งหมายนั้น เกิดผลได้จริงในขณะนั้น ๆ เช่น อำนาจของผู้ออกคำสั่งและกลไกที่จะบังคับตามคำสั่ง ซึ่งเมื่อเป็นกฎหมายแล้วก็คงต้องเป็นตลอดไปจนกว่าจะสิ้นผลลงโดยเหตุทางกฎหมาย เช่น มีคำวินิจฉัยว่า ขัตรีธรรมบุญจึงไซ้บังคับมิได้หรือมีการออกกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนก็เห็นว่าโดยประการหลังนี้น่าจะเป็นวิธีการที่ถูกต้อง กล่าวคือ เมื่อเห็นว่าประเทศเข้าสู่การปกครองแบบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาแล้วก็ต้อง เป็น เรื่องที่รัฐสภาจะดำเนินการปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิก เพิกถอนประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวให้เข้ากับรูปแบบของกฎหมายและสภาพทางการเมืองในเวลาต่อมา ในเรื่องนี้เมื่อ พ.ศ. 2530 คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติยกเลิก และ เปลี่ยนชื่อประกาศของคณะปฏิวัติและคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน เป็นพระราชบัญญัติ พ.ศ. ... เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรโดยมีหลักการสำคัญว่า เพื่อให้มีกฎหมายว่าด้วยการยกเลิกและ เปลี่ยนชื่อประกาศของคณะปฏิวัติและคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน เป็นพระราชบัญญัติ เหตุผลในเรื่องนี้คือ เนื่องจากมีกฎหมายหลายฉบับซึ่งมีฐานะ เป็นพระราชบัญญัติ ได้ออกใช้ในสมัยที่มีการปกครองประเทศโดยคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน และใช้ชื่อว่าประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวบางฉบับ

³³ เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์ การพิมพ์, 2529), หน้า 270-271.

สมควรวก เลิกและบางฉบับสมควร เปลี่ยนชื่อ เป็นพระราชบัญญัติ เพื่อสะดวกแก่การอ้างอิง และให้รูปแบบของกฎหมายสอดคล้องกันกับกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาในระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งอันที่จริงข้อนี้ก็เป็นความปรารถนาดีของฝ่ายรัฐบาลที่จะจัดให้ประกาศของคณะปฏิวัติและคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินที่เป็นกฎหมายได้ปรับ เข้าสู่รูปแบบที่ควรจะเป็น แต่ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร เป็นอันมากกล่าวโดยสรุปก็คือ จะไปทำให้ประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน เป็นพระราชบัญญัติ โดยที่มิได้มีการพิจารณาตามวิถีทางของกระบวนการนิติบัญญัติ เท่ากับว่าไปรับรองประกาศและคำสั่งเหล่านั้นซึ่งไม่ได้ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภา ไม่มีผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ไม่มีพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์มาใช้บังคับโดยถือ เป็นพระราชบัญญัติ เพราะ เป็นการ เปลี่ยนแต่ชื่อส่วน เนื้อหาคงเดิม และอีกประการหนึ่ง การจะยกเลิกประกาศหรือคำสั่งเหล่านั้นก็ทำได้โดยเสนอ เข้ามา เป็นร่างพระราชบัญญัติตามวิถีทางนิติบัญญัติ ได้อยู่แล้ว ผลจากการนี้รัฐบาลได้ถอนร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

ในส่วนของฐานะทางกฎหมายว่าประกาศหรือคำสั่งบางฉบับจะทัด เทียมกับกฎหมายใดในภาวะปกติ อันที่จริงข้อนี้ เมื่อถือว่าประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว เป็นกฎหมายในตัวเองแต่เป็นกฎหมายพิเศษที่ตราขึ้นนอกกระบวนการนิติบัญญัติปกติก็ไม่มี เรื่องที่ต้องพิจารณาถึงฐานะอีกต่อไป แต่การกล่าวถึงฐานะของกฎหมายแต่ละฉบับย่อมมีประโยชน์อยู่บ้าง เมื่อจำเป็นต้องแก้ไขหรือยกเลิก ซึ่งถ้า เป็นประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติที่ตราขึ้น เป็นกรณีพิเศษและยังใช้บังคับต่อมาจนถึงเวลาปกติ ซึ่งต้องพิจารณาถึงฐานะ เพราะการแก้ไขหรือยกเลิกย่อมไม่อาจใช้รูปแบบเดิม คือ ตราประกาศของคณะปฏิวัติฉบับใหม่ขึ้นมา ยกเลิกหรือแก้ไขประกาศของคณะปฏิวัติฉบับ เดิมได้ ข้อนี้คงต้องแยกพิจารณาดังนี้ คือ

1. ประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติฉบับใดที่ไม่มีความประสงค์จะเป็นกฎหมาย โดยเห็นได้จากถ้อยคำ การไม่มีสภาพบังคับ การไม่มีกลไกที่จะบังคับการให้เป็นไปตามนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติเหล่านั้นย่อมไม่ เป็นกฎหมาย เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 6 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน 2515 มีคำปรารภว่า "คณะปฏิวัติขอชี้แจงเหตุผลถึงความจำเป็นในการยึดอำนาจครั้งนี้ดังต่อไปนี้"

2. ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับใดที่มุ่งหมายจะให้ เป็นกฎหมายใช้บังคับและมีข้อความ กล่าวถึงกิจการที่ปกติจะต้องตราไว้ในรัฐธรรมนูญ ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวย่อม เทียบ เท่า กับรัฐธรรมนูญ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 ที่ให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 และให้วุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร และคณะรัฐมนตรี ลี้สุดลง แต่งยังคงให้อำนาจอื่น เช่นศาลและองคมนตรีปฏิบัติหน้าที่ต่อไป

3. ประกาศของคณะปฏิวัติที่มุ่งหมายจะให้ เป็นกฎหมายและมีข้อความซึ่งปกติแล้ว จะต้องแสดงไว้ในพระราชบัญญัติหรือมีผลเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด หรือแสดงไว้ในตัวเองว่า ต้องการให้ประกาศฉบับนี้เทียบได้กับพระราชบัญญัติ ประกาศของคณะปฏิวัติ ดังกล่าวย่อม เท่ากับพระราชบัญญัติ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 307 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 ข้อ 3 บัญญัติว่า "ให้ถือว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ เว้นคืออสังหาริมทรัพย์" ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 308 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 ข้อ 1 "ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 7 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติ ไบรอาณสถาน ไบรอาณวัตถุ ศิลปวัตถุและพิพิทธภัณฑ์สถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504" ประกาศของ คณะปฏิวัติฉบับที่ 195 ลงวันที่ 8 สิงหาคม 2515 ข้อ 1 "ให้ยกเลิกความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน"

4. ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับใดที่มุ่งหมายจะให้ เป็นกฎหมายและมี เนื้อความซึ่งปกติ แล้วจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกา เพราะต้องอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติ หรือมีผลเป็น การเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขพระราชกฤษฎีกาหรือประกาศของคณะปฏิวัตินั้นเอง แสดงว่าต้องการให้ เทียบได้กับพระราชกฤษฎีกาประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นย่อม เท่ากับพระราชกฤษฎีกา เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 164 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2515 เรื่องให้ตั้งคณะนิติศาสตร์ เพิ่มขึ้นในจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ข้อ 2 ของประกาศฉบับนี้กล่าวว่า "ให้ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับ เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา"

เมื่อประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน เป็นกฎหมายได้ ซึ่งอาจ เป็นแต่เพียงบางฉบับโดยคำนี้ถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นและแนวทางนี้ศาลฎีกาได้กล่าวไว้ ประกาศของคณะปฏิวัติจึง เป็นรูปแบบหนึ่งในระบบกฎหมายไทย แม้จะเป็นกฎหมายพิเศษก็ตาม ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ เมื่อกล่าวถึงการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจึงมิได้หมายถึงการ

ควบคุมกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติในภาวะปกติเท่านั้น แต่หมายถึงการควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินด้วย หากจะมีผู้กล่าวอ้างขึ้นมาตามกระบวนการหรือกลไกในการควบคุมดังที่ศาลแขวงอุบลราชธานีได้หยิบยกขึ้นพิจารณาวินิจฉัยในคดีอาญาหมายเลขคำที่ 918/2512 และเป็นเหตุให้ต้องส่งความเห็นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 175 เพื่อวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่กล่าวในบทนี้จึงเห็นได้ว่า ในเบื้องต้นจะต้องรับรองไว้ให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นจะต้องมีบทบัญญัติรับรองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทั้งนี้เพื่อให้มีองค์กรที่มีอำนาจเข้าวินิจฉัยได้ว่าการออกกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะในที่สุดแล้วจะไม่มีประโยชน์อันใดเลย ถ้าหากว่ารัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพไว้เป็นอันมาก แต่ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัยว่า มีการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะถ้าหากเป็นเช่นนั้นแล้ว หลักประกันสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญก็จะเป็นหมัน ซึ่งรายละเอียดในเรื่ององค์กรผู้ที่มีอำนาจดังกล่าวนี้จะได้กล่าวถึงในบทต่อไป ส่วนที่ว่าการกฎหมายใดจะขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้นั้น ตามความมุ่งหมายที่แท้จริงแล้วก็คือ กฎหมายทั้งหลายไม่ว่าจะมีมาก่อนหรือหลังรัฐธรรมนูญซึ่งต่างก็มีฐานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญนั้น ในทางปฏิบัติประเทศไทยก็เข้าใจได้เช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากบางครั้งเรามีวิธีปฏิบัติในการออกกฎหมายภายใต้รูปแบบอื่นดังที่เรียกว่า ประกาศของคณะปฏิวัติซึ่งออกโดยอำนาจของคณะปฏิวัติและอาจมีผู้เข้าใจว่าเมื่อกฎหมายรูปแบบนี้มีที่มาจากอำนาจพิเศษ จึงมีฐานะอยู่เหนือรัฐธรรมนูญหรืออยู่นอกเหนือกลไกการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งในบทนี้ได้แสดงให้เห็นแล้วว่าไม่เป็นเช่นนั้น แม้ประกาศของคณะปฏิวัติจะเป็นกฎหมายรูปแบบพิเศษ แต่เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา ประกาศของคณะปฏิวัติย่อมมีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดา สุดแท้แต่เนื้อหาว่าควรเทียบเคียงกับกฎหมายใด เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ซึ่งในที่สุดแล้ว ย่อมอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและจะขัดกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ แม้รัฐธรรมนูญจะมีมาภายหลังประกาศของคณะปฏิวัติก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา ประกาศของคณะปฏิวัติย่อมอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับกฎหมายทั้งหลาย คือจะบัญญัติก้าวล่วงไปจำกัดตัดทอนเสรีภาพดังกล่าวในส่วนของเนื้อหา (Substance) และกระบวนการ (Procedure) ให้ผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้วไม่ได้ หากมีข้อสงสัยว่ามีการละเมิดเกิดขึ้นก็ต้องดำเนินการตามกระบวนการในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญดังที่จะกล่าวในบทต่อไป ดังที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 พ.ศ. 2503 ได้เกิดปัญหาขึ้นจนกระทั่งมีการวินิจฉัยชี้ขาดในที่สุด