การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล กับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา

PUNITIVE ENFORCEMENT OF NON-PENAL PROVISIONS RETROACTIVELY

จิระศักดิ์ กมลจิตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายมหาชน

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2554
©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล กับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา

PUNITIVE ENFORCEMENT OF NON-PENAL PROVISIONS RETROACTIVELY

จิระศักดิ์ กมลจิตร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายมหาชน

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2554

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล กับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา

PUNITIVE ENFORCEMENT OF NON-PENAL PROVISIONS RETROACTIVELY

จิระศักดิ์ กมลจิตร

วิทยานิพนธ์นี้ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้นับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายมหาชน
2554

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธาน
(รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. พูนศักดิ์ ไวสำรวจ)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ภูริชญา วัฒนรุ่ง)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ชูศักดิ์ ศิรินิล)

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยการได้รับความกรุณาและความช่วยเหลืออย่างดียิ่งจาก รองศาสตราจารย์ พูนศักดิ์ ไวสำรวจ ผู้ซึ่งเป็นประธานที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่กรุณาให้ความรู้ คำแนะนำ คำปรึกษาและให้ข้อคิดเห็นต่าง ๆ รวมทั้งขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ชูศักดิ์ ศิรินิล และรองศาสตราจารย์ ดร. ภูริชญา วัฒนรุ่ง ที่กรุณารับเป็นอาจารย์กรรมการสอบวิทยานิพนธ์และ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ที่กรุณารับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำปรึกษาแก่ผู้เขียนในการแก้ไขเพิ่มเติมวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสมบูรณ์

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้ ตลอดระยะเวลาที่ศึกษาอยู่ในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงขอบคุณ เจ้าหน้าที่ ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทุกๆ ท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือ อำนวยความสะดวกแก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ศึกษาอยู่ที่มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ท้ายนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผลของการศึกษาครั้งนี้จะเป็นประโยชน์ต่อบุคคล องค์กร ทั้งภาครัฐ และเอกชนที่เกี่ยวข้องรวมทั้งผู้ที่สนใจ ในการนำผลการศึกษาในนี้ไปประยุกต์ใช้เพื่อปรับปรุง พัฒนาให้เกิดผลดีต่อสังคมส่วนรวมต่อไป หากมีสิ่งผิดพลาดหรือข้อบกพร่อง ประการใดขออภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย

จิระศักดิ์ กมลจิตร

ชื่อวิทยานิพนธ์	การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลกับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา
ชื่อผู้เขียน	จิระศักดิ์ กมลจิตร
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน)
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร. พูนศักดิ์ ไวสำรวจ

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง โดยนำประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ประเด็นการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังมาเป็นบทวิเคราะห์ โดยทำการศึกษาในเชิงคุณภาพ จากการศึกษาพบว่า ประกาศฉบับดังกล่าวไม่มีสถานะความเป็นกฎหมายตามความหมายของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ทั้งนี้เพราะไม่ได้เกิดจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชน แต่เกิดจากคณะบุคคลที่ก่อการปฏิวัติ หรือรัฐประหาร และไม่สอดคล้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาในหลักนิติรัฐ ในส่วนคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมิใช่โทษทางอาญา เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจ ย่อมมีผลย้อนหลังได้นั้น ตามหลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายนั้นย่อมมีเจตนามุ่งบังคับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น คดีนี้เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงก่อนจะมีการประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ จึงถือเป็นการมีผลย้อนหลังโดยแท้ซึ่งในทางวิชาการถือว่าไม่สามารถทำได้ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า “เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่ย่อมมีได้” อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนในหลักนิติรัฐและแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนประกอบแล้วเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวขาดความสมดุลระหว่าง

สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ถูกกระทบกับประโยชน์สาธารณะที่พึงจะได้รับ ทั้งนี้เพราะสิทธิการเลือกตั้งนั้นถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่พลเมืองทุกคนพึงต้องมีฐานะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนเท่านั้น ดังนั้นเพื่อเป็นการสร้างบรรทัดฐานและประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยให้สอดคล้องกับนานาอารยะประเทศ จึงเห็นควรปฏิเสธสถานะความเป็นกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติหรือรัฐประหาร และไม่รับรองอำนาจของคณะบุคคลที่ได้มาโดยมิชอบว่าเป็นรัฏฐาธิปัตย์

คำสำคัญ: กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง/หลักนิติรัฐ/ระบอบประชาธิปไตย

Thesis Title	Punitive Enforcement of Non-penal Provisions Retroactively
Author	Chirasak Kamoljit
Degree	Master of Law (Public Law)
Supervisory Committee	Assoc. Prof. Dr. Poonsak Waisumrauj

ABSTRACT

This thesis aims to study a concept of law theory dealing with an enactment and enforcement of retroactive legislation by focusing mainly on the declaration of Council for Democratic Reform under the Constitutional Monarchy volume no. 27, clause 3 and decision of constitutional tribunal no. 3-5 /2007 clause 13 particularly under the subject of enactment and enforcement of retroactive legislation. According to the study, the latter declaration has no legal status conferring to the "Sovereignty belongs to the people" Theory as it is not resulting from co-intention of the people but rather derived from the revolution or coup and not accord with principle of legality of Legal State. For the decision of constitutional tribunal which stated that "the withdrawal of the rights to vote is not a criminal sanction but only a legal measure derived from law itself and should be able to retroact", the enactment of law, according to the general principle of law, is merely intend to apply to a current and future events. This case arose and terminated prior to the announcement of declaration of Council for Democratic Reform under the Constitutional Monarchy and therefore should be able to retroact. However, the retroactive enforcement of penal dispositions to non-criminal act is unbearable in academic framework, yet, the constitutional tribunal claimed that "for the social propriety or the existence of democracy, the retroaction is necessary and affordable". Nonetheless, once consider the proportionality principle under legal state and concept of sovereignty belongs to the people theory, such decision seemed

to be imbalance comparing between the foundation rights of people and the public interest. This is because the right to vote is considered to be a foundation right that all the people are ensured as the owner of sovereign rights according to the Constitution. To restrict such rights, the legislation approved by the civil society organization is required. Therefore, in order to build up standard and tradition of democracy to be consistent with international criteria, the denial of legal status of declaration of Council for Democratic Reform under the Constitutional Monarchy or coup is necessary. Moreover, the power unlawfully gain by any juristic body must not be certified.

Keywords: Non retroactive enforcement /Legal State/Democra**cy**

สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	**(3)**
บทคัดย่อภาษาไทย	**(4)**
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	**(6)**
บทที่	
1 บทนำ	**1**
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 ขอบเขตการศึกษา	5
1.4 ระเบียบวิธีศึกษา	6
1.5 สมมติฐานการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
2 แนวคิด ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง	**9**
2.1 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง	9
2.2 ความหมาย และประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง	13
2.3 แนวคิดกฎหมายธรรมชาติ	25
2.4 แนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง	30
2.5 แนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายธรรมชาติกับกฎหมายบ้านเมือง	32
2.6 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาประชาคม (Social Contract)	33
2.7 แนวคิดหลักนิติรัฐ	37
2.8 แนวคิดหลักนิติธรรม (The rule of law)	44
2.9 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ	46
2.10 แนวคิดสิทธิมนุษยชน	50

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่	
2.11 แนวคิดหลักความยุติธรรม	51
2.12 แนวคิดหลักกฎหมายที่ดี	53
2.13 ระบอบการปกครองแบบเผด็จการ	55
2.14 ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย	57
3 กฎเกณฑ์ ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และ คำวินิจฉัยของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5/2550 ข้อ 13	**60**
3.1 การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในประเทศไทย	60
3.2 การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในต่างประเทศ	65
3.3 การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในกฎหมายระหว่างประเทศ	72
3.4 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549	74
3.5 กฎเกณฑ์ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง	77
4 วิเคราะห์ปัญหาการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล กับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา	**96**
4.1 ปัญหาประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27	96
4.2 ปัญหาคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 ข้อ 13	105

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่	
5 สรุป และข้อเสนอแนะ	**122**
5.1 สรุป	122
5.2 ข้อเสนอแนะ	132
รายการอ้างอิง	**135**
ประวัติผู้เขียน	**143**

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายมีเจตนามุ่งที่จะบังคับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น หลักการนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายในแง่ของเวลา กล่าวคือ กฎหมายจะเริ่มต้นมีผลบังคับเมื่อใดนั้น ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายฉบับนั้นกำหนดไว้ หากไม่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ประกาศกฎหมายฉบับนั้น ดังสุภาษิตกฎหมายภาษาลาตินที่ว่า lex prospicit non respicit “กฎหมายย่อมมุ่งถึงอนาคต ไม่ใช่อดีต” ซึ่งสุภาษิตกฎหมายลาตินดังกล่าวนี้ถือเป็นหลักสากลที่หลายประเทศยอมรับและเรียกกันโดยทั่วไปว่า “หลักห้ามย้อนหลังของกฎหมาย”[1] วัตถุประสงค์ของหลักห้ามย้อนหลังของกฎหมายนี้ ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของรัฐอย่างไร้ขอบเขตหรือตามอำเภอใจ การตรากฎหมายออกมาบังคับใช้ในบ้านเมืองนั้น ต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ดี (Good Law) กล่าวคือต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป มีความแน่นอนชัดเจนไม่ขัดต่อหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หรือไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไม่ขัดแย้งกับหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และต้องไม่กระทบต่อเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ในทางกฎหมายมหาชนหลักห้ามย้อนหลังของกฎหมายนั้น เป็นหลักหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาตามหลักนิติรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักความแน่นอนของกฎหมายและหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง อันเป็นหลักที่เรียกร้องหรือกำหนดหลักเกณฑ์ให้การออกกฎหมายขององค์กรผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติต้องอยู่ภายใต้หลักความแน่นอนของกฎหมายและหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

---

[1]ประภาพรรณ อุดมจรรยา, **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง**, (กรุงเทพฯ: บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), 3.

ซึ่งหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังนี้มีแนวทางในการพิจารณาอยู่สองกรณีด้วยกัน คือ การมีผลย้อนหลังโดยแท้และการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ซึ่งตามหลักการทั้งสองนี้มิได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิงแต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น ๆ นั้นต้องพิจารณาหลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุเป็นกรณีไป เช่น ในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ (die echte Rueckwirkung) จำเป็นจะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะ และสำหรับการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ (die unechte Rueckwirkung) จะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริต กับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ในต่างประเทศเคยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกล่าวว่าการย้อนหลังโดยแท้โดยทั่วไปแล้วกระทำไม่ได้ แต่ การย้อนหลังโดยไม่แท้โดยทั่วไปกระทำได้

หลักห้ามย้อนหลังของกฎหมายนี้ถือเป็นการกำหนดให้รัฐจะต้องมีการให้คำเตือนล่วงหน้า (fair warning) ถึงสิ่งที่รัฐต้องการที่จะห้ามมิให้ประชาชนกระทำ ตามหลักนิติรัฐที่ว่า รัฐพึงต้องยอมตนให้ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักการห้ามมิให้มีการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายกับบุคคล ดังนั้นหากการกระทำของบุคคลในเวลาใดเวลาหนึ่งที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด รัฐย่อมไม่อาจที่จะตรากฎหมายและบังคับใช้กับบุคคลโดยกำหนดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดได้ ประเทศไทยได้มีการนำหลักการดังกล่าวนี้มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 32 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 ว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติไว้ทำนองเช่นเดียวกันว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามประเด็นที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ล้วนแล้วแต่เป็นลักษณะความผิดที่เป็นโทษทางอาญาเท่านั้นที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งและบังคับใช้อย่างเคร่งครัด สำหรับความผิดอื่นที่มิใช่เป็นโทษทางอาญากฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน กล่าวคือไม่ได้ห้ามย้อนหลังอย่างเด็ดขาดเหมือนกฎหมายอาญา ซึ่งในทางกฎหมายมหาชนมีกรณีที่ควรค่าแก่การศึกษาอย่างยิ่ง คือการปฏิวัติหรือรัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 และในการนี้ได้ออกประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ว่า “ใน

กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการอันต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น มีกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค" ซึ่งในข้อเท็จจริงประกาศฉบับดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2549 แต่การกระทำความผิดของกรรมการบริหารพรรคการเมืองอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคได้เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 คือเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์พ.ศ.2549 จนถึงวันที่ 2 เมษายน พ.ศ.2549 และเมื่อมีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้งคณะกรรมการบริหารพรรคที่กระทำผิดเป็นเวลาห้าปีโดยให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่า การเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้งมิใช่โทษทางอาญา เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจยุบพรรคการเมืองที่กระทำการอันต้องห้ามตามกฎหมายพรรคการเมืองปี 2541 จึงสามารถบังคับใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษกับผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าวนี้ไม่เป็นเอกฉันท์ โดยมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยส่วนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยและให้เหตุผลว่า กฎหมายที่ดีต้องตราขึ้นโดยอาศัยหลักนิติธรรม ซึ่งโดยทั่วไปมีเจตนาปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น หากมีผลย้อนหลังจะต้องเป็นคุณหรือบรรเทาความเดือดร้อนและไม่กระทบถึงสิทธิของประชาชน ซึ่งหากมีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษถือว่าเป็นปฏิปักษ์กับหลักความยุติธรรมสากล แม้นหลักนี้จะใช้เคร่งครัดกับโทษทางอาญา แต่ก็เป็นที่ยอมรับในหลายประเทศว่า การให้กฎหมายมีผลย้อนหลังซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนหรือลิดรอน เพิกถอน หรือจำกัดสิทธิของประชาชนที่มีอยู่ก่อนแล้วโดยชอบด้วยกฎหมายก็ต้องห้ามเช่นกัน โดยเฉพาะสิทธิเลือกตั้งนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนรัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ การจำกัดหรือตัดสิทธิการเลือกตั้งจึงทำไม่ได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเฉพาะ และถึงแม้นการเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้งจะมิใช่โทษทางอาญาก็ตาม แต่ภายใต้หลักการปกครองโดยกฎหมายบนพื้นฐานแห่งความยุติธรรมหรือหลักนิติรัฐที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" ถือเป็นหลักประกันความไว้วางใจและความเชื่อมั่นของพลเมืองต่อการใช้อำนาจรัฐในการปกครอง จากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นนี้ถือเป็นประเด็นปัญหาทางวิชาการที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะในสังคมประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น มีอำนาจสูงสุดอยู่สามอำนาจด้วยกันคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายออกมาบังคับใช้เป็นการทั่วไปคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ "รัฐสภา" ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ดังนั้นกฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับตาม

แนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนตามความหมายในแง่นี้ก็คือ “การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน” โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่จะต้องพิจารณาคือการที่รัฐจะกระทำการใดๆโดยเฉพาะเรื่องสำคัญที่กระทบสิทธิ เสรีภาพหรือจำกัดเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจไม่ได้ ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีอยู่เท่านั้น และกฎหมายที่ว่านี้ก็ต้องเป็นกฎหมายที่ประชาชนออกเอง หรือเป็นกฎหมายที่ออกโดย “รัฐสภา” ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน กล่าวคือกฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับต้องเป็นกฎหมายที่ดีเกิดจากเจตน์จำนงร่วมกันของประชาชนทั้งชาติตามความหมายที่ว่า “กฎหมายเป็น General Will” ที่ถือว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Souverait Populaire) และเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชนกับการเมืองภาคพลเมืองเป็นสำคัญ ตรงกันข้ามกับความหมายของกฎหมายที่ว่า “กฎหมายเป็น will”[2] ที่ถือเอาความต้องการของผู้ปกครองเป็นใหญ่ แม้ความต้องการนั้นจะไม่ชอบด้วยธรรมและเหตุผลก็ตาม ซึ่งกฎหมายประเภทนี้เกิดจากแนวคิดภายใต้ระบอบเผด็จการที่เน้นความเหนือกว่าของรัฐที่มีต่อกฎหมาย กล่าวคือเห็นว่ารัฐเป็นนายของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายจะไม่มีความมั่นคงแน่นอน แต่จะปรับเปลี่ยนตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจสุดแท้แต่ว่าจะต้องการให้กฎหมายเป็นไปในลักษณะใด ดังนั้นกฎหมายในแง่ของแนวความคิดหรือทฤษฎีเผด็จการเช่นนี้เป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อสังคมเสรีประชาธิปไตย เพราะผู้ปกครองซึ่งถือว่าเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน แทนประชาชนนั้น เมื่อเกิดปัญหาระหว่างประโยชน์สูงสุดของรัฐกับการเคารพปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายแล้ว จะมีแนวโน้มที่จะเห็นว่าประโยชน์สูงสุดของรัฐเหนือกว่าการเคารพปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งภายใต้แนวคิดนี้กฎหมายไม่อาจเป็นกฎหมายที่ดีได้เลย

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นพิจารณาได้ว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่มีที่มาจากการรัฐประหารอันเป็นการใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลที่มาจากระบอบประชาธิปไตย ด้วยรูปแบบและวิถีทางที่ไม่ได้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยนั้น ขัดต่อหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม และหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่นานาอารยประเทศถือปฏิบัติ เพราะการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารนั้นมิได้เป็นไปตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และถึงแม้จะเป็นรัฐาธิปัตย์แต่ก็เป็นรัฏฐาธิปัตย์ที่ได้อำนาจมาโดยมิชอบตามวิถีทางแห่งระบอบประชาธิปไตย การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญรับรองสถานะประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขว่าเป็นกฎหมาย และนำมาบังคับใช้ในคดีดังกล่าวนี้โดยวินิจฉัยให้มี

---

[2]ภูริชญา วัฒเนรุ่ง, **นิติศาสตร์ต้องเป็นธรรม,** (กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551), 6-7.

ผลย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลที่กระทำความผิดนั้น จึงเป็นข้อสงสัยว่าสอดคล้องตามหลักวิชาการหรือไม่ ซึ่งก็เป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ผู้ศึกษาต้องการที่จะทำการศึกษาวิจัยถึงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง ตลอดทั้งกฎเกณฑ์ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ประเด็นการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนตามหลักวิชาการอันจะนำมาซึ่งข้อสรุปในการแก้ไขปัญหา และเสนอแนะแนวทางการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังที่เหมาะสม สอดคล้องกับแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของนานาอารยะประเทศต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด และทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

1.2.2 เพื่อศึกษากฎเกณฑ์ ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ประเด็นการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ประเด็นการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

1.2.4 เพื่อศึกษาปัญหา และผลกระทบที่เกิดจากการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล

1.3 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษาวิจัยเรื่องการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลกับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยมีขอบเขตในการศึกษาวิจัยครอบคลุมถึงประเด็นเนื้อหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักการห้ามย้อนหลังของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง การศึกษาถึงกรอบแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมาย และกฎเกณฑ์ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง โดยนำประกาศคณะปฏิรูปการ

ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ประเด็นการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังมาเป็นบทวิเคราะห์

1.4 ระเบียบวิธีศึกษา

การศึกษาครั้งนี้ เป็นการศึกษาในเชิงคุณภาพซึ่งขั้นตอนกระบวนการศึกษาจะมุ่งไปที่การสืบค้นข้อมูลและเก็บรวบรวมจากแหล่งต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นห้องสมุด หรือจากอินเตอร์เน็ต เป็นต้น แล้วนำมาวิเคราะห์ อภิปรายผลร่วมกับแนวคิดทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อหาข้อสรุปตามสมมติฐานที่ตั้งไว้ ซึ่งแนวทางการค้นคว้าและการเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อวิเคราะห์และศึกษาวิจัย มีดังนี้

1.4.1 การค้นคว้าและการรวบรวมข้อมูล

การค้นคว้าและการรวบรวมข้อมูลเพื่อการวิจัยถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญอย่างยิ่งของการทำวิจัยในครั้งนี้ โดยผู้ศึกษาวิจัยได้เริ่มค้นคว้าและเก็บรวบรวมข้อมูลตั้งแต่เริ่มสนใจและตัดสินใจที่จะทำวิจัยในประเด็นเรื่องการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลกับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา ซึ่งมูลเหตุจูงใจที่สำคัญยิ่งในการทำวิจัยเรื่องนี้ก็คือ แนวคำวินิจฉัยตัดสินคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดี ยุบพรรคการเมืองและตัดสิทธิทางการเมืองกรรมการบริหารพรรคลักษณะการออกกฎหมายบังคับใช้ย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล ซึ่งองค์คณะตุลาการในคดีนี้มีความเห็นเป็นสองแนวทาง และทั้งสองแนวทางดังกล่าวก็มีประเด็นเหตุและผลที่น่าสนใจอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในทางกฎหมายมหาชน ผู้ศึกษาจึงเริ่มต้นค้นคว้าและรวบรวมเอกสาร ทั้งจากวารสารทางกฎหมาย อินเตอร์เน็ต ศูนย์หนังสือ และห้องสมุดมหาวิทยาลัยต่าง ๆ เป็นต้น โดยมีรายละเอียดและวิธีการ ดังนี้

1.4.1.1 ศึกษาค้นคว้า และเก็บรวบรวมข้อมูล ในส่วนที่เป็นวรรณกรรมหรือผลการวิจัยที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในส่วนนี้ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาค้นคว้าและเก็บรวบรวมข้อมูลจากห้องสมุดสถาบันการศึกษาต่าง ๆ ทั้งภูมิภาคและส่วนกลาง ซึ่งก็พบว่าวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนั้น เคยมีผู้ศึกษาวิจัยไว้เช่นกัน แต่เป็นการวิจัยที่เน้นเฉพาะเจาะจงไปที่กฎหมายอาญาและวิธีสบัญญัติ สำหรับในส่วนของภาคกฎหมายมหาชน ไม่ปรากฏข้อมูลว่ามีผู้ใดเคยทำการศึกษาวิจัยไว้

1.4.1.2 ศึกษาค้นคว้าและเก็บรวบรวมข้อมูล ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแนวคิด ทฤษฎี ปรัชญา ตลอดทั้งคำพิพากษา และประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ผู้ศึกษาได้

ค้นคว้าและเก็บรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ จากหลายช่องทางด้วยกัน เช่น อินเตอร์เน็ต ห้องสมุด ศูนย์หนังสือ สื่อ หรือวารสารต่าง ๆ

1.4.2 การวิเคราะห์และอภิปรายผลการศึกษา

การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ ผู้วิจัยให้น้ำหนักหรือมุ่งประเด็นการศึกษาวิจัยไปที่กฎหมายมหาชนเป็นสำคัญ สำหรับในส่วนของกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งนั้น เป็นแต่เพียงการหยิบยกมาเป็นประเด็นข้อพิจารณาเปรียบเทียบเท่านั้น ดังนั้นข้อมูลหลักที่จะนำมาวิเคราะห์และอภิปรายผลการศึกษาเพื่อหาข้อสรุปตามสมมติฐานที่ตั้งไว้ ก็คือเรื่องของแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมาย และกฎเกณฑ์ ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง ไม่ว่าจะเป็นแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม แนวคิดรัฏฐาธิปัตย์ แนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แนวคิดเสรีประชาธิปไตย แนวคิดหลักกฎหมายที่ดี หลักความยุติธรรม สัญญาประชาคม และสำนักคิดทางกฎหมายต่างๆ เป็นต้น โดยนำประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ประเด็นการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังมาเป็นบทวิเคราะห์ ทั้งนี้เพื่อหาข้อสรุปตามสมมุติฐานที่ว่า “การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคล” นั้นนอกจากจะบังคับใช้โดยเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญาแล้ว ในทางกฎหมายมหาชนก็ควรจะบังคับใช้โดยเคร่งครัดเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพราะทั้งสองสาขามีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน

1.5 สมมติฐานการศึกษา

การตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้นถือเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่นักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกัน กล่าวคือแนวทางแรกเห็นว่า กฎหมายไม่สามารถออกย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดได้ไม่ว่ากรณีใดๆ ในกฎหมายทุกสาขา แนวทางที่สองเห็นว่า เฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเท่านั้นที่ไม่สามารถย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดได้ แต่ถ้าเป็นกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายที่มีโทษทางอาญาไม่มีกฎเกณฑ์ใดๆห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง อย่างไรก็ตามกรณีนี้คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ออกประกาศฉบับที่ 27 ข้อ 3 ในลักษณะให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด และต่อมาเมื่อมีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้รับรองสถานะประกาศดังกล่าวว่าเป็นกฎหมายและวินิจฉัยให้

มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่บัญญัติให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด และการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญรับรองประกาศฉบับดังกล่าวว่าเป็นกฎหมายโดยวินิจฉัยให้บังคับย้อนหลังได้นั้นไม่เป็นไปตามแนวคิดหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม และทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ดังนั้นควรมีการทำการศึกษาวิจัยเพื่อหาข้อสรุปที่ชัดเจนตามหลักวิชาการต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

1.6.2 ทราบถึงกฎเกณฑ์ ข้อกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับ ประกาศ คปค.ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ที่บังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล

1.6.3 ทราบถึงความชอบด้วยกฎหมายของประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อ 13 ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

1.6.4 ทราบถึงปัญหา และผลกระทบที่เกิดจากการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังตลอดทั้งมีแนวทางแก้ไขที่ชัดเจน

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

2.1 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

หลักการห้ามย้อนหลังของกฎหมายนี้ เป็นหลักกฎหมายเก่าแก่ที่มีมาตั้งแต่โบราณ โดยมีผู้ให้ความเห็นถึงที่มาของหลักกฎหมายนี้ว่า มาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า กฎหมายใหม่หาบังคับถึงการที่ได้กระทำลงก่อนการใช้กฎหมายใหม่ไม่ กล่าวคือกฎหมายใหม่ ต้องบังคับแก่การที่จะได้กระทำลงในอนาคต หาใช่แก่การที่ได้กระทำมาแล้วในอดีตไม่ ซึ่งมีที่มาจากหรือก่อเกิดจาก (institutes) ที่บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายใหม่ ยกเลิกกฎหมายเก่า” (Leges posteriors priores abrogant) และ “กฎหมายใหม่ ต้องบังคับแก่การที่จะได้กระทำลงในอนาคต หาใช่แก่การที่ได้กระทำมาแล้วในอดีตไม่” (Nova constitution futuris formam imponere debet non praeteritis[3] บางท่านให้ความเห็นว่ามาจากนักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรปราว ๆ ศตวรรษที่ 17-18 โดยนักนิติศาสตร์กลุ่มนี้ได้สร้างหลักกฎหมายต่าง ๆ ขึ้นและก็เป็นที่ยอมรับกันมาจนถึงปัจจุบัน คือ “เมื่อไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีความผิดอาญา เมื่อไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีโทษ” (Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege) กล่าวคือในเมื่อไม่มีกฎหมายห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว จะถือว่าการกระทำเช่นนั้น เป็นความผิดอาญาหรืออาชญากรรมไม่ได้ หรือการกระทำอย่างใด ๆ ไม่อาจเป็นความผิดอาญาได้ จนกว่าจะได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเช่นนั้น ซึ่งต่อมาหลักนี้ก็ได้แพร่หลายไปยังประเทศต่าง ๆ ในลักษณะเป็นการบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น อเมริกา ฝรั่งเศส ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตามหลักนี้มีเจตนารมณ์ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

---

[3]ประภาพรรณ อุดมจรรยา, **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง**, (กรุงเทพฯ: บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), 3.

จากการใช้อำนาจของรัฐอย่างไร้ขอบเขตและตามอำเภอใจ ด้วยการกำหนดให้รัฐจะต้องมีคำเตือนล่วงหน้าถึงสิ่งที่รัฐต้องการห้ามมิให้ประชาชนกระทำ[4]

2.1.1 กฎหมายอาญากับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ในกฎหมายอาญานั้นมีหลักอยู่ว่า “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” ทั้งนี้เป็นไปตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนแล้วว่าเป็นความผิด” (nullum crimen, nulla poena, sine lege:There should be no crime without previous law making the deed a crime) สำหรับประเทศไทย หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในทางอาญาถือว่าเป็นหลักที่ยอมรับกันโดยทั่วไปและนำไปใช้อย่างเคร่งครัด โดยมีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและในประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่ในอดีตพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันในรูปของรัฐธรรมนูญบ้าง ในประมวลกฎหมายอาญาบ้างแล้วแต่ยุคสมัย เช่นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 7 บัญญัติว่า “บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ (วรรค 2) และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 19 บัญญัติว่า “การตราพระราชบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเป็นการลงโทษบุคคลในทางอาญานั้น จะกระทำมิได้” และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับหลังเรื่อยมาก็ได้บัญญัติไว้เป็นข้อความหรือเนื้อหาในลักษณะเดียวกันมาโดยตลอด เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 29 บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลากระทำความผิดมิได้” เช่นเดียวกับมาตรา 67 ซึ่งบัญญัติว่า “การตราพระราชบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเป็นการลงโทษบุคคลในทางอาญาหรือลงโทษบุคคลหนักขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำผิด จะกระทำมิได้” และปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาก็ได้วางหลักนี้ไว้ในบทบัญญัติแห่งมาตรา 2 ว่า “บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

---

[4]วิชัย เติมรัตนศิริกุล, **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักการห้ามย้อนหลัง**, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), 9.

หลักการห้ามย้อนหลังในกฎหมายอาญานี้ถึงแม้จะบังคับใช้โดยเคร่งครัดก็ตามแต่ก็มีข้อยกเว้นที่ว่าถ้ากฎหมายที่ออกมาภายหลังที่มีการกระทำผิดนั้นเป็นคุณแก่จำเลยมากกว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำผิดก็สามารถย้อนหลังได้ ซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ในภายหลังการกระทำความผิด ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าในทางใด....” ซึ่งลักษณะการเป็นคุณแก่จำเลยนั้นอาจพิจารณาได้จากเหตุผล 2 ประการ คือกฎหมายใหม่บัญญัติว่าการกระทำตามกฎหมายเก่าไม่เป็นความผิดเสียแล้ว และกฎหมายใหม่แตกต่างกับกฎหมายเก่าในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย

กล่าวโดยสรุปในทางกฎหมายอาญาตามหลักทั่วไปถือว่า จะตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังเป็นการลงโทษหรือเป็นผลร้ายแก่บุคคลมิได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและความมั่นคงของสังคม แต่ก็มีข้อยกเว้นที่ให้มีผลย้อนหลังได้ ดังนี้

2.1.1.1 กฎหมายใหม่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดยิ่งกว่ากฎหมายในขณะกระทำผิด เพราะการห้ามมิให้กฎหมายอาญามีผลย้อนหลังนั้น หมายความถึงการย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำผิดนั้นต่อมามีกฎหมายใหม่ยกเลิกเสีย หรือมีกฎหมายใหม่แก้ไขเป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด ย่อมจะนำกฎหมายใหม่นั้นมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำผิดได้ แต่จะนำกฎหมายใหม่ที่เป็นผลร้ายยิ่งขึ้นมาลงโทษแก่ผู้กระทำผิดก่อนกฎหมายนั้นมิได้

2.1.1.2 กฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับอายุความที่เป็นคุณสามารถย้อนหลังได้ เช่นกฎหมายใหม่กำหนดอายุความสั้นกว่ากฎหมายเดิม ส่งผลให้อายุความขาดเร็วขึ้น สามารถย้อนหลังได้

2.1.1.3 กฎหมายที่กำหนดการบังคับคดีตามคำพิพากษา กล่าวคือการบังคับคดีให้ใช้กฎหมายในขณะที่มีการบังคับคดี โดยไม่คำนึงถึงว่ากฎหมายในขณะนั้นแตกต่างกับกฎหมายในขณะกระทำผิดหรือมีคำพิพากษาให้ลงโทษในคดีนั้น เพราะตามหลักต้องถือว่าวิธีการเพื่อบังคับคดีตามกฎหมายใหม่ย่อมดีกว่าวิธีการในกฎหมายเก่าที่ถูกยกเลิกไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2510 จำเลยกระทำผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2477 มาตรา 10 ที่บัญญัติให้รถเดินสวนกันหลีกทางซ้าย และเมื่อขึ้นหน้ารถคันอื่นให้ขึ้นทางขวา ผู้ใดฝ่าฝืนย่อมมีความผิด ต่อมาพระราชบัญญัติจราจรทางบก (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2508 บัญญัติให้ยกเลิกมาตรานั้นเสีย และได้ยอมให้ขับรถขึ้นหน้ารถคันอื่นทางด้านซ้ายได้เมื่อไม่มีอะไรกีดขวางและไม่กีดขวางรถคันอื่น ทั้งผู้ขับขี่สามารถกระทำโดยปลอดภัย เมื่อจำเลยขับรถขึ้นหน้ารถคันอื่นทางด้านซ้าย และต้องด้วยข้อยกเว้นด้วยข้อกฎหมายดังกล่าว จำเลยพ้นจากการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2

2.1.2 กฎหมายแพ่งกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ในทางกฎหมายแพ่ง โดยหลักทั่วไปแม้จะไม่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าห้ามย้อนหลังก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าไม่ให้ใช้กฎหมายใหม่บังคับแก่การใด ๆ อันได้ล่วงมาแล้ว ทั้งนี้เพราะถือหลักเรื่องเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ฉะนั้นกฎหมายใหม่จึงไม่ประสงค์เข้าไปเกี่ยวข้องแก้ไขข้อตกลงใด ๆ ซึ่งคู่กรณีได้ทำกันไว้ก่อนกฎหมายใหม่ ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ว่า “กฎหมายใหม่ย่อมไม่กระทบกระเทือนหรือลบล้างสิทธิซึ่งบุคคลมีอยู่ก่อนแล้ว” ตามหลักเรื่องสิทธิที่ได้มาโดยชอบธรรม[5] (iura quaesita) แต่หลักนี้ก็มีข้อยกเว้นที่ยอมรับให้มีผลย้อนหลังในทางแพ่งได้เช่นเดียวกันว่า

2.1.2.1 กฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมิใช่กฎหมายอาญา กล่าวคือ แม้จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับทางแพ่ง แต่ถ้ากฎหมายใหม่ที่กล่าวถึงเรื่องในคดีนั้นเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายนั้นย่อมมีผลบังคับย้อนหลังได้ทันที เช่น กฎหมายเกี่ยวด้วยการปกครอง การเงิน การภาษี ฯลฯ

2.1.2.2 กฎหมายที่ออกมาเพื่อตีความกฎหมายอื่นสามารถใช้บังคับได้ทันที กล่าวคือมีกฎหมายเดิมอยู่แล้วแต่มีบางข้อความไม่ชัดเจน คลุมเครือ จึงออกกฎหมายใหม่มาเพื่อแปลข้อความหรืออธิบายกฎหมายฉบับเก่าให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งถือว่าไม่ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ เพียงแต่บัญญัติขึ้นเพื่ออธิบายกฎหมายเก่าเท่านั้น จึงต้องใช้บังคับอย่างเดียวกันกับกฎหมายเก่า

2.1.2.3 กฎหมายที่เกี่ยวด้วยธรรมนูญศาลและวิธีพิจารณาย่อมใช้บังคับทันที กล่าวคือใช้บังคับแก่คดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาในขณะนั้น

จากการทบทวนวรรณกรรมเรื่อง “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” ดังกล่าวข้างต้นพบว่าในภาพรวมของวรรณกรรมส่วนใหญ่จะศึกษาถึง ประวัติความเป็นมา วิวัฒนาการ ความหมายและขอบเขตการตราและบังคับใช้หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยเน้นไปที่กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง สำหรับในส่วนของกฎหมายมหาชนไม่ปรากฏผลของ

---

[5]ประภาพรรณ อุดมจรรยา, **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), 152-154.

การศึกษาว่ามีขอบเขตการย้อนหลังของกฎหมายได้มากน้อยเพียงใด อย่างไร ซึ่งก็เป็นสิ่งที่น่าศึกษาค้นคว้าต่อไปเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายสำคัญสาขาหนึ่งซึ่งโดยเนื้อหาและการบังคับใช้มีส่วนเกี่ยวข้องและยึดโยงกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา ดังนั้นเพื่อให้ผลการศึกษาวิจัยในครั้งนี้เกิดความต่อเนื่องจากวรรณกรรมที่กล่าวมาข้างต้น สมควรอย่างยิ่งที่จะมีการศึกษาวิจัยด้าน "การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลกับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา"

2.2 ความหมาย และประวัติความเป็นมาของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

2.2.1 ความหมายของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

กฎหมายไม่มีผลย้อนหลังหมายถึงกฎหมายจะใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นในอนาคตนับตั้งแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายเป็นต้นไป และกฎหมายจะไม่บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันใช้บังคับแห่งกฎหมาย[6] กล่าวคือตามหลักทั่วไปแล้ว กฎหมายจะใช้บังคับเหตุการณ์หรือการกระทำอันได้เกิดขึ้นหรือกระทำขึ้นในขณะที่กำลังใช้กฎหมายนั้นอยู่ กฎหมายไม่ใช้บังคับแก่เหตุการณ์หรือการกระทำต่าง ๆ ที่ได้เกิดขึ้นก่อนวันใช้กฎหมายนั้น และไม่ใช้บังคับแก่เหตุการณ์หรือการกระทำอันได้เกิดขึ้นภายหลังที่ได้ยกเลิกกฎหมายแล้ว

หลักการห้ามย้อนหลังกฎหมาย คือแนวความคิดทางกฎหมายที่ว่ากฎหมายที่ตราออกมาใหม่ย่อมไม่มีผลย้อนหลังไปบังคับกับเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นก่อนใช้กฎหมายนั้น กฎหมายใหม่พึงใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น

หลักกฎหมายนี้เป็นหลักหนึ่งที่ใช้ในการตีความกฎหมายเมื่อตัวบทกฎหมายที่จะบังคับใช้นั้นมีปัญหา คือไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือ เช่นกฎหมายใหม่ไม่ได้ระบุถึงการใช้กฎหมายนั้นกับคดีที่ค้างชำระอยู่ในศาลในขณะที่ออกกฎหมายนั้น[7]

คำว่า "กฎหมายย้อนหลัง"มีความหมายไม่ชัดแจ้ง เพราะในบางครั้งใช้สำหรับกาลในอนาคต คือตั้งแต่วันที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ ก็อาจเรียกว่าเป็น "กฎหมายย้อนหลัง" ก็ได้[8] และ

---

[6]ปรีดี เกษมทรัพย์, **ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์: กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป**, (กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), 43.

[7]อมร จันทรสมบูรณ์, **หลักทั่วไปของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง กฎหมายไทย : เล่มข้าราชการ**, (กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์, 2516), 7-16 .

[8]วิระดา สมสวัสดิ์, **กฎหมายเบื้องต้น**, (เชียงใหม่: หนังสือเชียงใหม่, 2524), 85.

การใช้กฎหมายย้อนหลังในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ที่ถือว่าเป็นคำพิพากษาของศาลคือกฎหมาย ก็อาจถือว่าเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังได้ เพราะคำพิพากษาตัดสินออกมาภายหลังจากเหตุการณ์ที่เป็นคดีความนั้นเกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือในขณะที่เกิดเหตุการณ์นั้นขึ้นยังไม่ปรากฏเป็นกฎหมายเลย จนกระทั้งคดีถึงศาลและศาลได้มีคำพิพากษาออกมาบังคับเป็นกฎหมาย ความหมายของคำว่า “กฎหมายย้อนหลัง” อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการด้วยกันคือกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ

กฎหมายย้อนหลัง ในความหมายของกฎหมายสารบัญญัติ คือ กฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นแล้วในอดีต ส่วนความหมายของกฎหมายย้อนหลังในทางวิธีสบัญญัติ คือกฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาทที่ได้เกิดขึ้นก่อนมีกฎหมายนั้น และข้อพิพาทนั้นต้องได้ถูกนำมาสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ส่วนกรณีที่ข้อพิพาทนั้นยังมิได้มีการนำมาสู่การพิจารณาของศาล และเกิดมีการตรากฎหมายใหม่ จึงมีการนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาล กฎหมายใหม่นี้ ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายย้อนหลัง ทั้งนี้เพราะกฎหมายวิธีสบัญญัติมิได้เป็นกฎหมายที่มุ่งหมายจะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่ยังมิได้เป็นข้อพิพาทในคดีนั้น แต่เป็นกฎหมายที่มีความมุ่งหมายที่จะบังคับใช้กับคดีของศาล[9] แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายมิใช่เป็นตัวบทกฎหมายโดยตรง เป็นแต่เพียงสัญลักษณ์แห่งกฎหมายเท่านั้น แต่ที่ผ่านมาทุกยุคทุกสมัยมักจะมีการอ้างหลักกฎหมายเสมือนหนึ่งว่าเป็นตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับได้ ในบางครั้งก็มีผู้คิดว่าหลักกฎหมายอาจใช้เป็นเหตุผลประกอบตัวบทกฎหมายได้ ซึ่งแท้ที่จริงแล้ว หลักกฎหมายมิได้ให้เหตุผลหรือมิได้ให้คำอธิบายกฎหมายแต่ประการใด แต่หลักกฎหมายเป็นเพียงคำกล่าวหรือแนวความคิดขั้นมูลฐานของนักกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นที่ยอมรับและถูกนำมาใช้ปรับกับข้อพิพาท หรือปัญหากฎหมายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นได้ทุกโอกาส

2.2.2 ประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง มาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “กฎหมายใหม่หาบังคับถึงการที่ได้กระทำลงก่อนใช้กฎหมายใหม่นั้น” โดยหลักนี้มีรากฐานที่มาหรือก่อเกิด (institutes) จากบัญญัติที่ว่ากฎหมายใหม่ ยกเลิกกฎหมายเก่า (Leges posteriors priores abrogant) และกฎหมายใหม่ต้องบังคับแก่การในอนาคต หาใช่แก่การที่ได้กระทำไปแล้วในอดีตไม่[10] (Nova constitution futuris

---

[9]อมร จันทรสมบูรณ์, **หลักทั่วไปของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง กฎหมายไทย เล่มข้าราชการ : เล่มข้าราชการ**, (กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์, 2516), 8-9.

[10]กรมร่างกฎหมาย, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 บรรพ และ 2 กับอุทาหรณ์**, (พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2512), 2.

formam imponere debet non praeteritis) จนกระทั่งหลักการดังกล่าวนั้นพัฒนาขึ้นเป็นหลักกฎหมายที่ถือกันว่าเป็นสุภาษิตภาษาละตินทางกฎหมาย คือ ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมาย (nullum crimen sine lege) และไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด (ละติน: nulla poena sine lege, นุลลา โพนา ซี เลเก) ซึ่งเมื่อนำสองหลักกฎหมายนี้มารวมกันแล้วมีสุภาษิตคำเต็มว่า "ไม่มีความผิดและไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก่อน" (ละติน: nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali)[11] หลักกฎหมายนี้เป็นที่ยอมรับและถือปฏิบัติเป็นหลักการสากลว่า จะมีโทษสำหรับผู้กระทำการอันไม่ต้องห้ามตามกฎหมายมิได้ ซึ่งถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดในทางอาญากล่าวคือ กฎหมายอาญาจะย้อนหลังไม่ได้ เว้นแต่ย้อนหลังไปเป็นคุณแก่บุคคล โดยหลักทั่วไปแล้วกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับเป็นการทั่วไปและเสมอไป ตั้งแต่วันเริ่มใช้จนถึงวันยกเลิก เพราะฉะนั้นกฎหมายจึงใช้บังคับแก่เหตุการณ์หรือการกระทำอันได้เกิดขึ้นหรือกระทำขึ้นในขณะที่กำลังใช้กฎหมายนั้นอยู่ กฎหมายไม่ใช้บังคับแก่เหตุการณ์หรือการกระทำต่างๆที่เกิดขึ้นก่อนวันใช้กฎหมายนั้น และไม่ใช้บังคับแก่เหตุการณ์หรือการกระทำอันได้เกิดขึ้นภายหลังที่ได้ยกเลิกกฎหมาย แล้ว[12] กล่าวโดยสรุปก็คือ กฎหมายใหม่ย่อมไม่มีผลย้อนหลัง ไปบังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนใช้กฎหมายนั้น กฎหมายใหม่ใช้บังคับแก่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังที่ใช้กฎหมายใหม่แล้วเท่านั้น เหตุการณ์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนใช้กฎหมายใหม่ก็คงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น สุภาษิตทางกฎหมายภาษาลาตินที่ว่า "ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมาย (nullum crimen sine lege) และไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด (ละติน: nulla poena sine lege)" นั้นมีที่มาจากในอดีตผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือรัฐมีอำนาจกว้างขวางมาก การจำกัดการใช้อำนาจของรัฏฐาธิปัตย์กระทำมิได้ รัฏฐาธิปัตย์ จึงบัญญัติกฎหมายขึ้นได้ตามใจชอบและจะบังคับลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดอย่างไรก็ได้ เช่น บางครั้งบางกรณีกระทำความผิดเพียงเล็กน้อยแต่มีโทษหนักถึงขั้นประหารชีวิต เป็นต้น ซึ่งจากเหตุผลดังกล่าวมานี้เองได้มีนักปราชญ์นักคิดจากสำนัก ต่าง ๆ จำนวนมากมีความเห็นว่าการที่รัฏฐาธิปัตย์จะลงโทษแก่บุคคลใดนั้น ควรจะมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เช่นต้องมีกฎหมายห้ามไว้ล่วงหน้าก่อนว่าการกระทำเช่นใดมีความผิดและความนั้นมีความหนักเบามากน้อยแค่ไหน ทั้งนี้เพื่อเป็นการเตือนให้บุคคลรู้ตัวล่วงหน้าก่อนการกระทำ ดังนั้นหลักกฎหมายนี้ จึงถือเป็นหลักนิติธรรม

---

[11]ประภาพรรณ อุดมจรรยา, **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), 3-7.

[12]อินทปรีชา อำมาตย์โท, พระ, **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา**, (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนาการ, 2468), 3.

หลักหนึ่งที่จะจำกัดอำนาจรัฏฐาธิปัตย์ในการใช้อำนาจตราและบังคับใช้กฎหมายตามอำเภอใจของตน ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของรัฐอย่างไร้ขอบเขตและตามอำเภอใจ ด้วยการกำหนดให้รัฐจะต้องมีการให้คำเตือนล่วงหน้า (fair warning) ถึงสิ่งที่รัฐต้องการจะห้ามมิให้ประชาชนกระทำ

สมัยกลางของยุโรป มีหลักทางวิชาการว่า กฎหมายควรมีผลบังคับเฉพาะปัจจุบันและต่อเนื่องไปในอนาคตเท่านั้น ทั้งนี้เพราะปัญหาการคุกคามสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงของผู้มีอำนาจที่ใช้อำนาจได้อย่างไม่จำกัด มีระบบการลงโทษที่รุนแรง และไม่มีหลักประกันที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเริ่มที่จะเคร่งครัดมากขึ้น จนกระทั่งก่อให้เกิดหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม (The rule of law) ซึ่งวางหลักว่า ปัจเจกชนมีสิทธิและเสรีภาพจะกระทำการอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่มีกฎหมายห้าม (และกฎหมายนั้นต้องเกิดจากความยินยอมของประชาชน) ส่วนองค์กรของรัฐจะกระทำการใดที่เป็นการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจอย่างชัดแจ้ง โดย เฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายนั้นต้องเกิดจากความยินยอมของประชาชน ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลผู้ตกภายใต้บังคับของกฎหมายเกิดความไว้วางใจและเกิดความเชื่อต่อการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งเป็นตัวชี้ว่าก่อนที่ประชาชนการทำการสิ่งใด เขาย่อมรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำของเขานั้นมีความผิดหรือไม่ มีโทษหนักเบาแค่ไหน โดยหลักนี้ได้ถูกนำไปใช้อย่างเคร่งครัดในกฎหมายอาญา เพราะเห็นว่ากฎหมายอาญาไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง

หลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง นักกฎหมายอังกฤษได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังว่า จะถือกฎหมายนั้นย้อนหลังต่อเมื่อ บรรดากฎหมายนั้นมีผลกระทบกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายก่อนๆหรือซึ่งมีผลเป็นการก่อให้เกิดหนี้ใหม่ หรือวางหน้าที่ขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในนิติกรรม ซึ่งได้กระทำกันไว้ก่อนกฎหมายฉบับนี้แล้ว โดยสรุปหลักเกณฑ์ทั่วไปในกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง อาจกำหนดได้ ดังนี้

1. หลักในทางสามัญและทางธรรมชาติย่อมต้องถือว่ากฎหมายทั่ว ๆไปที่ประกาศใช้นั้น มุ่งหมายเพื่อการอนาคต ไม่ใช่มุ่งหมายที่จะบังคับถึงกิจการที่ล่วงมาแล้ว ซึ่งก็สอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติเพราะกฎหมายธรรมชาตินั้นเป็นกฎที่อาศัยเหตุผล และมีคุณค่าโดยตนเอง เสมือนความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ซึ่งนักกฎหมายธรรมชาติให้ความเห็นว่า หลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายจะย้อนหลังไปลงโทษบุคคลไม่ได้นั้น เป็นหลักกฎหมายที่ถูกต้องเป็นธรรมซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีพของมนุษย์ หรือสิทธิมนุษยชนที่ควร

ต้องมีการปกป้องคุ้มครอง แต่หลักนี้ก็มีข้อยกวันที่ว่า หากย้อนหลังในทางที่เป็นคุณแก่บุคคลก็สามารถทำได้

2. การมีผลย้อนหลังนั้นถือเป็นข้อสันนิษฐานอันเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น เว้นแต่กฎหมายบัญญัติชัดแจ้ง

ข้อยกเว้นหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ตามหลักทั่วไปแล้ว กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้โดยเหตุผลที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการให้ความคุ้มครองความมั่นคงของสังคม แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่หลายประการด้วยกันคือ

1) กฎหมายยกเลิกความผิด

2) กฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด

3) กฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการเพื่อความปลอดภัย

4) กฎหมายวิธีสบัญญัติ

5) กฎหมายที่ออกมาเพื่อแปลหรือการตีความกฎหมายเดิม

6) กฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับอายุความที่เป็นคุณ

7) กฎหมายที่มีบทบัญญัติชัดแจ้งว่าให้มีผลย้อนหลัง

8) กฎหมายที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและวิธีพิจารณาของศาล

1) กฎหมายยกเลิกความผิด บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคสอง ว่า “ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้าได้รับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง” ซึ่งก็หมายความว่า ถ้ากฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำนั้นๆเป็นความผิดได้ถูกยกเลิกไปโดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในภายหลังก็เป็นการยกเลิกกฎหมายฉบับก่อนโดยให้มีผลย้อนหลังบังคับใช้ได้ทันที ซึ่งการยกเลิกความผิดโดยกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังมีได้ 2 ลักษณะคือ

ก. การยกเลิกโดยตรง กล่าวคือพระราชบัญญัติที่ออกในภายหลังให้ยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมไป ซึ่งการยกเลิกโดยตรงนั้นมีอยู่ 2 กรณีด้วยกัน คือ

ก) กฎหมายได้กำหนดวันสิ้นสุดแห่งการบังคับใช้กฎหมายนั้นเอง เช่นพระราชบัญญัติควบคุมการเช่าเคหะและที่ดิน พ.ศ.2504 มาตรา 21 บัญญัติว่า ความในมาตรา 11 และมาตรา 17 ให้ใช้บังคับได้เพียงห้าปีนับแต่วันพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ข) กฎหมายใหม่บัญญัติยกเลิกกฎหมายเก่าฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือหลายฉบับ หรือยกเลิกบางมาตรา เช่นพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499

มาตรา 4 บัญญัติว่า “เมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับแล้วให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา หรือในกรณีที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยนามประเทศ พ.ศ. 2482 เปลี่ยนชื่อประเทศสยามเป็นประเทศไทย โดยมาตรา 3 บัญญัติว่า บทแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดซึ่งใช้คำว่าสยามให้ใช้คำว่าไทยแทน จึงเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดเฉพาะคำว่าสยาม แล้วให้ใช้คำว่าไทยแทนนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 109/2514 โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานนำใบยาแห้งพันธ์ต่างประเทศตั้งแต่หนึ่งกิโลกรัมขึ้นไปออกนอกจากเขตจังหวัด โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ.2509 มาตรา 26และมาตรา 51 บัญญัติไว้ ต่อมาคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา ได้มีพระราชบัญญัติยาสูบ (ฉบับที่ 31) พ.ศ.2521 ออกใช้บังคับโดยมาตรา 13 และ 19 ให้ยกเลิกมาตรา 26 และ 51 จำเลยย่อมพ้นจากการกระทำความผิด ศาลต้องพิจารณายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 773/2490 เดิมมีพระราชกฤษฎีกาห้ามส่งน้ำมันพืชออกนอกราชอาณาจักร ต่อมามีฉบับใหม่ยกเลิกฉบับเก่า และไม่มีข้อห้ามส่งน้ำมันพืช ดังนี้ถือว่ามีกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า จึงลงโทษจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 38/2510 มาตรา 10 ของพระราชบัญญัติจราจรทางบกเดิมคือพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2477 กำหนดว่า รถสวนกันให้หลีกทางซ้ายเมื่อจะขึ้นหน้าคันอื่นให้ขึ้นด้านขวา ก็มีผู้ขับขี่รถแซงผู้อื่นมาทางซ้ายและถูกจับมาดำเนินคดี ในระหว่างพิจารณาคดีอยู่ก็มีพระราชบัญญัติจราจรทางบก (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2508 ให้ยกเลิกมาตรา 10 เดิมเสียแล้วบัญญัติข้อความใหม่ว่าให้ขับขึ้นหน้าคันอื่นทางด้านซ้ายได้ เมื่อไม่มีอะไรขัดขวางและไม่กีดขวางรถอื่น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้ที่ถูกฟ้องอยู่เดิมนั้นก็พ้นจาการเป็นผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง

ข. การยกเลิกโดยปริยาย กล่าวคือกฎหมายที่ออกมาในภายหลังนั้นบัญญัติข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายเดิม ก็ถือว่าเป็นกฎหมายยกเลิกความผิดเหมือนกัน ซึ่งมีข้อพิจารณาอยู่ 3 กรณีด้วยกัน คือ

ก) ในกรณีที่เป็นพระราชกำหนดใช้บังคับ ต่อมามีพระราชบัญญัติไม่อนุมัติพระราชกำหนดซึ่งได้ประกาศใช้นั้น พระราชกำหนดนั้นก็เป็นอันยกเลิกไป

ข) ในกรณีที่กฎหมายใหม่มีบทบัญญัติเช่นเดียวกับกฎหมายเดิม ก็ต้องถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ใช้กฎหมายใหม่

ค) ในกรณีที่กฎหมายใหม่มีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายเก่า ต้องถือกฎหมายใหม่เป็นสำคัญ

คำพิพากษาฎีกาที่ 771/2487 ประกาศห้ามไม่ให้ไทย และจีนทรงเจ้าในที่ต่างๆ ลงวันที่ 12 มกราคม ร.ศ.109 ประกาศกรมพระนครบาล ห้ามไม่ให้ทรงเจ้าลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ร.ศ.110 และประกาศให้ลงโทษจำขังแทนโทษทวน วันที่ 23 มกราคม ร.ศ.114 อันเป็นกฎหมายเรื่องเข้าทรงลงเจ้าได้ถูกยกเลิกไปแล้ว โดยกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 3(2) เพราะการกระทำอย่างเดียวกันนี้มีกฎหมายลักษณะอาญาได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 335 ข้อ 21 และในลักษณะความผิดฐานฉ้อโกง

คำพิพากษาฎีกาที่ 834/2503 กฎหมายลักษณะผัวเมีย บทที่ 10 ซึ่งให้ริบทรัพย์ในกรณีที่ภรรยามีชู้นั้นเป็นอาญาสินไหม แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทให้ริบทรัพย์สิน จึงถือว่าถูกยกเลิกโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กล่าวโดยสรุปว่า กฎหมายยกเลิกความผิดนั้น หมายความว่า กฎหมายนั้นต้องถูกยกเลิกไปโดยไม่มีการบัญญัติข้อความนั้นไว้อีกในกฎหมายใหม่ ถ้าหากว่ายกเลิกกฎหมายเดิมไปแล้วยังนำความผิดตามกฎหมายเดิมมาบัญญัติไว้ในกฎหมายใหม่อีกไม่ถือว่าเป็นการยกเลิกความผิดแต่เป็นการแก้ไขกฎหมาย

2) กฎหมายที่ออกภายหลังเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดยิ่งกว่า กฎหมายอาญาย่อมมีผลย้อนหลังเสมอ ถ้ากฎหมายที่ออกมาภายหลังที่มีการกระทำผิดนั้นเป็นคุณแก่จำเลยมากกว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำความผิด ซึ่งก็เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ในภายหลังการกระทำความผิด ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าในทางใด...” โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. กรณีคดียังไม่ถึงที่สุด และกฎหมายที่ออกมาใหม่มีลักษณะที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่า เช่นกฎหมายที่ออกมาใหม่มีประเภทของโทษเบากว่า มีอัตราโทษที่เบากว่า มีการกำหนดให้บุคคลรับผิดทางอายาน้อยกว่า มีอายุความสั้นกว่า มีการกำหนดเงื่อนไขการฟ้องร้องเข้มงวดกว่า เป็นต้น กฎหมายให้ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามกฎหมายใหม่ได้ทันที

ข. กรณีคดีถึงที่สุดแล้ว กฎหมายจะสามารถย้อนหลังได้ 2 กรณีด้วยกัน คือ

ก) กรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องคำพิพากษาให้รับโทษอย่างอื่นนอกจากโทษประหารชีวิต โดยยังไม่ได้รับโทษ หรือกำลังรับโทษอยู่ และโทษที่ศาลกำหนด หนักกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติในภายหลัง เมื่อสำนวนความปรากฏแก่ศาล หรือเมื่อผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือพนักงานอัยการร้องขอให้ศาลกำหนดโทษเสียใหม่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในภายหลัง และถ้าปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้รับโทษมาบ้างแล้ว เมื่อได้คำนึงถึงโทษตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง หากเห็นสมควรศาลมีอำนาจกำหนดโทษน้อยกว่า

โทษขั้นต่ำที่กฎหมายบัญญัติในภายหลังกำหนดไว้ หรือศาลอาจปล่อยตัวผู้กระทำความผิด ถ้าเห็นว่าโทษที่ผู้กระความผิดได้รับมาแล้วเป็นการเพียงพอ

ข) กรณีต้องคำพิพากษาให้ประหารชีวิต ถ้ากฎหมายที่บัญญัติในภายหลังโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไม่ถึงประหารชีวิต ให้งดโทษประหารชีวิต และให้ถือตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนโดยอัตโนมัติ ไม่ต้องมีการร้องขอให้ศาลตัดสินใหม่อีก

3) กฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นไม่ใช่โทษแต่เป็นมาตรการหรือวิธีการที่จะใช้สำหรับป้องกันไม่ให้บุคคลไปกระทำความผิดขึ้นอีกในภายหลัง และใช้ป้องกันไม่ให้ผู้อื่นได้รับผลร้ายจากการที่ผู้ที่มีอาการเป็นอันตรายต่อสังคมจะไปกระทำความผิดขึ้นมาด้วย ซึ่งแตกต่างจากโทษเพราะโทษนั้นพิจารณาจากการกระทำที่บุคคลนั้นได้ทำมาแล้วว่าเป็นความผิดและสมควรที่จะลงโทษกันอย่างไร วัตถุประสงค์ของการลงโทษก็อาจจะเพื่อแก้แค้น หรือทดแทนเพื่อปรับปรุงแก้ไข หรือเพื่ออบรมบ่มนิสัย แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นจะดูไปในอนาคตว่าผู้ที่มีสภาพหรือมีอาการที่เป็นอันตรายต่อสังคมจะไปทำความผิดขึ้นภายหน้าหรือไม่ แล้วจึงใช้มาตรการวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เขาไปกระทำความผิดขึ้นอีก ดังนั้นเมื่อวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ใช่โทษ ก็ไม่อยู่ในข้อห้ามของรัฐธรรมนูญหรือของประมวลกฎหมายอาญาที่จะไม่ให้มีผลย้อนหลัง โดยกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์การย้อนหลังไว้ดังนี้

ก. กรณีกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังยกเลิกวิธีการเพื่อความปลอดภัย กฎหมายนั้นมีผลย้อนหลังได้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายที่ออกมาภายหลังยกเลิกความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคสอง โดยศาลอาจมีคำสั่งให้ระงับวิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นเสียเมื่อความปรากฏต่อศาลเอง หรือเมื่อมีการร้องขอต่อศาลจากผู้ที่ถูกใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัย ผู้แทนโดยชอบ ผู้อนุบาลของผู้นั้น หรือพนักงานอัยการ แต่มีข้อสังเกตอยู่ว่า นับตั้งแต่เริ่มมีการใช้ วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาตั้งแต่ 2500 จนถึงปัจจุบันยังไม่เคยมีกฎหมายยกเลิกวิธีการเพื่อความปลอดภัยเกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยเลย

ข. กรณีที่กฎหมายภายหลังเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เป็นคุณแก่ผู้ถูกใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยยิ่งกว่าปัจจุบัน โดยศาลอาจสั่งเมื่อสำนวนความปรากฏแก่ศาล หรือเมื่อมีการร้องขอต่อศาลจากผู้ที่ถูกใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัย ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือพนักงานอัยการ ศาลอาจมีอำนาจสั่งให้ยกเลิกวิธีการเพื่อความปลอดภัยหรือเปลี่ยนเงื่อนไขวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง

ค. กรณีที่กฎหมายภายหลังเปลี่ยนแปลงการลงโทษมาเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย เช่นกรณีที่กฎหมายบัญญัติในภายหลังเปลี่ยนการลงโทษมาเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ถ้าได้มีคำพิพากษาลงโทษนั้นแก่บุคคลใดไว้ ก็ให้ถือว่าโทษที่ลงนั้นเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย หรือกรณีที่มีคำพิพากษาแล้ว ถ้าศาลยังไม่ได้ลงโทษผู้กระทำความผิด หรือผู้กระทำความผิดนั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้มีการใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้นั้นต่อไป และถ้าหากว่าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังมีเงื่อนไขที่จะสั่งให้มีการใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยอันไม่อาจนำมาใช้บังคับแก่กรณีของผู้นั้น หรือนำมาใช้บังคับได้ แต่การใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังเป็นคุณแก่ผู้นั้นยิ่งกว่า โดยศาลสั่ง เมื่อสำนวนความปรากฏแก่ศาล หรือเมื่อมีการร้องขอต่อศาลจากผู้ที่ถูกใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัย ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาลของผู้นั้น หรือพนักงานอัยการ ศาลมีอำนาจสั่งให้ยกเลิกวิธีการเพื่อความปลอดภัย หรือร้องขอรับผลตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังนั้นแล้วแต่กรณีตามที่เห็นสมควร

ง. กรณีที่ศาลพิพากษาบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้กระทำผิดคนใดแล้ว ปรากฏว่าภายหลังมีคำเสนอต่อศาลโดยผู้ที่ถูกใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัย ผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาลของผู้นั้น หรือพนักงานอัยการ ว่าพฤติการณ์การใช้บังคับนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในลักษณะที่เป็นคุณแก่ผู้นั้น ศาลมีอำนาจสั่ง เพิกถอนหรืองดการใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้นั้นโดยให้กฎหมายที่ออกมาใหม่นั้นมีผลย้อนหลัง ยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายเดิมได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 44/2501 จำเลยเคยต้องโทษมาแล้วสองครั้ง ครั้งแรกทำความผิดเมื่ออายุยังไม่เกิน 17 ปี ได้มากระทำความผิดซ้ำอีก ศาลพิพากษาให้กักกันตามกฎหมายลักษณะอาญา คดีถึงที่สุดแล้วต่อมาประมวลกฎหมายอาญาเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่จะสั่งให้มีการกักกันว่าไม่ให้ถือความผิดที่ทำในขณะที่อายุไม่เกิน 17 ปีมาพิจารณาในการกักกัน บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติในภายหลังเป็นคุณแก่จำเลย ศาลจึงสั่งยกเลิกการกักกันเสีย

คำพิพากษาฎีกาที่ 571/2501 ศาลพิพากษาปรับและให้บังคับใช้ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 18 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะพิพากษา ต่อมาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 30 ใช้บังคับ ศาลย่อมกักขังแทนค่าปรับตามกฎหมายใหม่ ซึ่งเป็นคุณแก่จำเลย แม้คำพิพากษาที่ใช้กฎหมายเก่าจะถึงที่สุดไปแล้วก็ตาม

4) กฎหมายวิธีสบัญญัติ กล่าวคือข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ว่า กฎหมายย่อมไม่มีผลย้อนหลังนั้น ไม่ใช้บังคับในกรณีที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ เหตุที่มีหลักกฎหมายเช่นนี้ก็เพราะกฎหมายถือว่าไม่มีบุคคลใดมีสิทธิอันตกได้แก่ตนอยู่แล้ว (a vested right) ในกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่ง กฎหมายถือว่าบุคคลมีสิทธิในวิธีพิจารณาความตามกฎหมายที่มีอยู่ในขณะฟ้องคดีเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2477 มาตรา 3 วรรค 3 บัญญัติว่า บทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้บังคับแก่คดีความทั้งปวง ซึ่งค้างชำระอยู่ในศาลเมื่อวันใช้ประมวลกฎหมายนี้ หรือได้ยื่นต่อศาลภายหลังวันนั้น ไม่ว่ามูลคดีจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันใช้นั้น

ในกรณีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น กฎหมายจะมีผลย้อนหลังหรือไม่ต้องพิจารณาตามถ้อยคำในบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นๆเป็นสำคัญ โดยไม่จำต้องตีความตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายที่ว่า กฎหมายจะมีผลย้อนหลังไม่ได้ดังเช่นกฎหมายอาญาในส่วนของสารบัญญัติ แต่โดยทั่วไปแล้วถือว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้กำหนดความผิดและไม่ได้กำหนดโทษแต่อย่างใด เป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดหรือบัญญัติถึงวิธีการที่จะเอาตัวผู้กระทำความผิดตามกฎหมายสารบัญญัติมาลงโทษเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้นจึงไม่อยู่ในข้อห้ามของ มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา จึงมีผลย้อนหลังได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 771-7722506 พรบ. การควบคุมผู้ต้องหาว่ากระทำผิดต่อกฎหมาย ว่าด้วยการป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ.2505 นั้นเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ มิใช่กฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด จึงมิใช่เป็นกฎหมายที่บัญญัติย้อนหลังให้ลงโทษบุคคลในทางอาญา และมิใช่เป็นการบัญญัติจัดตั้งศาลขึ้นใหม่ แต่เป็นเพียงกฎหมายที่วางวิธีการเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ต้องหาว่ากระทำผิดกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเท่านั้น จึงหาขัดต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ไม่

อย่างไรก็ดี บรรดากฎหมายวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญานั้น ในบางกรณีระบุไว้แจ้งชัดว่า มิให้มีผลย้อนหลัง เช่น พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2477 มาตรา 3 วรรค 3 บัญญัติว่า คดีทั้งหลายซึ่งค้างอยู่ในศาลก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนี้ให้ใช้บังคับตามกฎหมายซึ่งใช้อยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนี้ จนกว่าคดีนั้นๆ จะถึงที่สุด

คำพิพากษาฎีกาที่ 1981/2500 ทำผิดและฟ้องตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 319(3) ก่อนใช้กฎหมายใหม่ ไม่ต้องมีการร้องทุกข์แม้ระหว่างพิจารณาคดีให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา การกระทำนี้ (มาตรา 354) มีมาตรา 356 ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ มาตรา 356, 96 ก็ไม่มีผลย้อนหลังกระทบกระทั่งคดีที่ทำมาโดยชอบแล้ว

5) กฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อแปลหรือตีความกฎหมายเดิม กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ในการตีความกฎหมายนั้น มีความมุ่งหมายในการกำหนดความหมายของถ้อยคำหรือบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งได้ใช้บังคับอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้นกฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อตีความกฎหมาย จึงถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนแล้ว กฎหมายประเภทนี้จึงไม่ใช่กฎหมายที่ตราขึ้นใหม่อย่างแท้จริง ผลของการตีความจึงย้อนหลังไปนับตั้งแต่วันที่กฎหมายฉบับแรกใช้บังคับ...(ประภาพรรณ อุดมจรรยา, 2521) กล่าวคือเมื่อมีการออกกฎหมายมาฉบับหนึ่งแล้วในกฎหมายนั้นอาจจะมีถ้อยคำบางคำที่ใช้ไปแล้วเกิดปัญหา ดังนั้นเพื่อให้ชัดเจนก็จะมีการออกกฎหมายมาอีกฉบับหนึ่งเพื่อที่จะแปลหรือตีความถ้อยคำในกฎหมายเดิมว่าคำนั้นๆให้ความหมายหรือแปลว่าอย่างไร กฎหมายเพื่อการแปลหรือตีความกฎหมายเดิมนั้นใช้บังคับย้อนหลังได้ เพราะเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อกำหนดการแปลหรือตีความกฎหมายเดิมที่มีอยู่แล้วว่ามีความหมายอย่างไร หรือมีวัตถุประสงค์เพื่ออะไรเท่านั้นเอง ไม่ได้บัญญัติความผิดใหม่ขึ้นมา เพราะฉะนั้นขอบเขตการใช้บังคับสำหรับกฎหมายที่ออกมาเพื่อการตีความจึงเป็นขอบเขตอันเดียวกันกับกฎหมายเดิมที่ต้องตีความนั้น กฎหมายเดิมใช้บังคับมาตั้งแต่เมื่อไร กฎหมายเพื่อแปลหรือตีความกฎหมายเดิมแม้จะออกมาทีหลังก็ถือว่าใช้บังคับได้ในระยะเวลาเดียวกัน เช่นพระราชบัญญัติควบคุมค่าเช่าในภาวะคับขัน พ.ศ.2490 ซึ่งบัญญัติย้อนหลัง แปลคำว่า เคหะ ไปถึงกรณีที่ค้างการพิจารณาอยู่แม้ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่ออกมาตีความนั้นไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่มีอยู่ก่อนแล้ว

6) กฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับอายุความที่เป็นคุณ กฎหมายอาญาเกี่ยวกับอายุความลงโทษ คือกฎหมายที่กำหนดระยะเวลาที่รัฐจะต้องนำตัวผู้กระทำผิดที่ศาลได้พิพากษาลงโทษแล้ว แต่ยังไม่ได้รับโทษหรือรับโทษมาบ้างแล้ว แต่ยังไม่ครบกำหนดโทษโดยหลบหนีไปและรัฐยังไม่สามารถนำตัวผู้นั้นมารับโทษต่อให้ครบกำหนดได้จนเกินระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดไว้ รัฐก็หมดสิทธิที่จะลงโทษผู้นั้น ซึ่งเรียกว่าขาดอายุความ และหากระหว่างนี้มีกฎหมายที่กำหนดอายุความที่สั้นกว่ากฎหมายเดิม ซึ่งทำให้อายุความขาดเร็วขึ้น ถือว่าเป็นคุณต่อผู้กระทำความผิดสามารถย้อนหลังได้

ในส่วนกฎหมายที่มีโทษทางอาญา การตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังโดยฝ่ายนิติบัญญัติมีรัฐธรรมนูญห้ามไว้อย่างชัดเจนว่ากระทำมิได้ เว้นแต่จะย้อนหลังในทางที่เป็นคุณ นอกจากนี้ก็ยังมีความเห็นทั่วไปว่า กฎหมายใดไม่ระบุให้ชัดเจนว่าให้บังคับย้อนหลัง ก็ไม่มีผลย้อนหลัง

คำพิพากษาฎีกาที่ 787/2492 เจ้าของไม้มีไม้สักแปรรูป ซึ่งเป็นไม้ที่ได้มาจากที่ดินเอกชนแล้วเอาไว้ในครอบครอง โดยในขณะที่ได้มานั้นไม้สักยังไม่ได้เป็นไม้หวงห้ามและยัง

ไม่เป็นความผิด ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 3 พ.ศ.2494 บัญญัติว่า ไม้สักไม่ว่าจะขึ้นอยู่ ณ ที่ใดให้เป็นไม้หวงห้ามทั้งหมด แต่เจ้าของไม้รายนี้ก็ยังคงมีไม้สักอันเดิมไว้ในครอบครองต่อมา จึงถูกจับกุมและถูกฟ้องว่า มีไม้หวงห้ามไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เจ้าของไม้นั้นได้มีไม้สักแปรรูปที่ได้มาจากต้นไม้ในที่ดินของเอกชนและได้มาตั้งแต่ก่อนใช้พระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2494 ซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีความผิด และแม้จะได้มีไว้ต่อมาจนใช้พระราชบัญญัติป่าไม้ ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2494 ซึ่งบัญญัติว่า ไม้สักจะขึ้นในที่ของเอกชนก็เป็นไม้หวงห้าม การที่มีไม้สักนั้นอยู่ก็ไม่เป็นความผิดอยู่ดี

7) กฎหมายที่มีบทบัญญัติชัดแจ้งว่าให้มีผลย้อนหลัง หลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่ยอมรับกันว่า กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง แต่หากสภานิติบัญญัติหรือองค์กรผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์จะตราให้มีผลย้อนหลังก็ต้องบัญญัติไว้ให้ชัดแจ้งในบทกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นว่าให้กฎหมายนั้นย้อนหลังได้ และผลบังคับย้อนหลังนั้นก็ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญด้วย แต่อย่างไรก็ตามผู้บัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงประโยชน์ต่อส่วนรวม ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของสังคม และเงื่อนไขจำเป็นอื่น ๆ ทั้งนี้เว้นแต่จะถูกจำกัดอำนาจโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เช่นรัฐธรรมนูญกำหนดว่าห้ามตรากฎหมายย้อนหลังในทางอาญาเป็นต้น ส่วนในทางกฎหมายแพ่งหรือทางกฎหมายมหาชนถือเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายที่จะต้องพิจารณาตามเงื่อนไขข้างต้นประกอบ แต่ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงหลักทั่วไปด้วยเช่นเดียวกันว่า “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง”

8) กฎหมายที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและวิธีพิจารณาของศาล โดยปกติแล้วเมื่อคดีขึ้นสู่ศาลและอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล หากมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและวิธีพิจารณาของศาลเกิดขึ้นในระหว่างนั้น ย่อมต้องบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่ ซึ่งก็เป็นไปตามความเชื่อที่ว่า “กฎหมายใหม่ย่อมดีกว่ากฎหมายเก่า” ทั้งนี้เพราะกฎหมายใหม่ได้มีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในขณะนั้นแล้ว และอีกประเด็นหนึ่งที่เป็นเหตุผลให้กฎหมายประเภทนี้สามารถย้อนหลังได้ก็คือเรื่องของประโยชน์ได้เสียของคู่ความ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและวิธีพิจารณาของศาลไม่ได้ทำให้ประโยชน์หรือส่วนได้เสียของคู่ความลดลงแม้แต่น้อยเลย ทั้งนี้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดูแลคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่รัฐมีหน้าที่ต้องบริการเพื่อให้กระบวนการพิจารณาความเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม แต่ก็มีข้อพิจารณาว่าหากกฎหมายใหม่นั้นล่วงล้ำ กระทบต่อสิทธิหรือตัดสิทธิของคู่ความก็ไม่ควรจะมีผลย้อนหลัง

2.3 แนวคิดกฎหมายธรรมชาติ

2.3.1 ความหมาย

กฎหมายธรรมชาติ หมายถึงกฎหมายซึ่งบุคคลอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ กล่าวคือเกิดขึ้นเอง โดยมนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น เป็นกฎที่อาศัยเหตุผล และมีคุณค่าโดยตนเอง เป็นกฎหมายอยู่เหนือรัฐ และใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ[13] ซึ่งมีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการด้วยกัน คือ

2.3.1.1 ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา กล่าวคือกฎหมายธรรมชาติย่อมใช้ได้เสมอไป ไม่มีเวลาล่วงพ้นสมัย จึงไม่มีเวลาที่จะถูกยกเลิก

2.3.1.2 ใช้ได้โดยไม่จำกัดสถานที่ กล่าวคือกฎหมายธรรมชาติใช้ได้ทุกแห่ง เพราะเหมาะสมแก่การนำมาใช้ทุกสถานที่ ไม่จำกัดว่าจะต้องใช้ในรัฐใดหรือในท้องที่ใด

2.3.1.3 เหนือกฎหมายของรัฐ กล่าวคือรัฐจะออกกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ ถ้ารัฐออกกฎหมายขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติแล้ว กฎหมายนั้นก็ใช้บังคับไม่ได้

กฎหมายธรรมชาตินั้นเปรียบเสมือนความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ถึงแม้จะมิได้เป็นกฎหมายที่กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถือเป็นหลักควบคุมและกำหนดความประพฤติและการปฏิบัติทางจริยธรรมของมนุษย์ที่สืบเนื่องมาจากสภาพธรรมชาติ ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไปหรือหลักพื้นฐานในการดำรงชีพของมนุษย์ตามธรรมชาติ

Cicero ได้อธิบายกฎหมายธรรมชาติไว้ว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง กลมกลืนสอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่ำเสมอนิรันดร เป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดหน้าที่โดยคำสั่งให้กระทำและงดเว้นจากความชั่วโดยข้อห้ามของกฎหมายเป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่จะไม่พยายามบัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ เป็นสิ่งที่ไม่อาจยกเลิกหรือทำให้เสื่อมคลายลง อันที่จริงแล้วไม่ว่าจะเป็นวุฒิสภา หรือประชาชนก็ตามหาอาจหลุดพ้นจากความผูกพันของกฎหมายนี้ได้ไม่ และไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะพึ่งพาสิ่งอื่นหรือบุคคลอื่นนอกจากตัวเราเองที่จะเป็นผู้แสดงออกหรือตีความกฎหมาย กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมหรือเป็นอีกอย่างหนึ่งที่เอเธนส์ ไม่เป็นอย่างหนึ่งในขณะนี้หรืออีกอย่างหนึ่งในเวลาต่อมา แต่เป็นกฎหมายประการเดียวที่เป็นนิรันดร ไม่เปลี่ยนแปลง และมีผลผูกพันทุกชาติ ทุกภาษา ทุกยุคทุกสมัยตลอดกาล”

---

[13]หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, (กรุงเทพฯ: ประกายพรึก, 2548), 153.

นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน ได้ให้คำนิยามคำว่า “กฎหมายธรรมชาติ” คือ ลักษณะธรรมชาติของสิ่งต่าง ๆ (nature of things) หรือในภาษาเยอรมันเรียกว่า Natur des Sacher ซึ่งหมายถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่มีผลและอิทธิพลในการสร้างสรรค์กฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติผู้มีหน้าที่ตระเตรียมและให้กำเนิดแก่กฎหมายจำต้องคำนึงถึงกฎหมายธรรมชาตินั้น ถือเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ที่แม้จะไม่เป็นความยุติธรรมตามกฎหมายที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร (Legal Justice) ซึ่งศาลอาจไม่รับรู้หรือรับไว้พิจารณา แต่ก็ไม่ได้ทิ้งไปเสียเลย สังเกตได้จากสมัยก่อนเมื่อมีช่องโหว่หรือเกิดความไม่เสมอภาคก็มีการนำลัทธิกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) มาอุดช่องโหว่เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้กับสังคม

สำนักธรรมนิยมมีความเห็นว่า กฎหมายธรรมชาติซึ่งเป็นกฎหมายที่แท้จริงหรือมีลักษณะสำคัญสองประการ คือ

ประการแรก จะต้องเป็น “กฎเกณฑ์ทั่วไป” คือเป็นจริงในทุกสถานที่ หลักเกณฑ์ที่เป็นจริงในสถานที่หนึ่ง ต้องเป็นจริงในอีกสถานที่หนึ่งด้วย ถ้ากฎเกณฑ์ใดเป็นจริงในสถานที่บางแห่งกฎเกณฑ์นั้นไม่ถือเป็นกฎเกณฑ์ธรรมชาติ

ประการที่สอง กฎเกณฑ์ธรรมชาติจะต้องมีลักษณะ “นิรันดร” คือเป็นจริงตลอดไป หมายความว่าเมื่อเป็นจริงในสมัยหนึ่งอีกสมัยหนึ่งก็ต้องเป็นจริงด้วย หากเป็นจริงในเวลาหนึ่ง แต่ไม่เป็นจริงในอีกเวลาหนึ่งก็ไม่ใช่กฎเกณฑ์ธรรมชาติ

เซนต์ โทมัส อไควนัส นักปรัชญาและนักบวชชาวอิตาลี กล่าวว่ากฎหมายเป็นทั้งหลัก และเครื่องวัด สามารถดำรงอยู่ในมนุษย์ทั้งสองทาง คือทางแรกมนุษย์วางหลักและเป็นผู้วัด ทางที่สองมนุษย์ถูกวางหลักและถูกวัด .....มนุษย์มีความโน้มเอียงในทางธรรมชาติที่จะกระทำการอันสมควรหรือหยุดกระทำการนั้น และนี่คือ “กฎอันนิรันดร” (eternal law)ในการสร้างสรรค์ความมีเหตุและผล ซึ่งเรียกว่า[14] กฎหมายธรรมชาติ โดยเซนต์ โทมัส ได้เน้นว่า กฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ถ้ากฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์ไม่มีค่าเป็นกฎหมาย เป็นการเน้นกฎหมายลำดับสูงกว่า (higher law) กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติ และกฎหมายศักดิ์สิทธิเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองของมนุษย์ ถ้ากฎหมายบ้านเมืองขัดต่อกฎหมายธรรมชาติหรือขัดต่อกฎหมายศักดิ์สิทธิ กฎหมายนั้นย่อมไร้ผล และราษฎรย่อมมีสิทธิไม่ฟังผู้ปกครอง ๆ ได้ (The right disobedience)[15]

---

[14]หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพฯ: ประกายพรึก, 2548), 153.

[15]สมยศ เชื้อไทย, **ทฤษฎีกฎหมาย: นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), 93.

ฮิวโก โกรทิอุส (Hugo Grotius) นักกฎหมายชาวเนเทอร์แลนด์ กล่าวถึง กฎหมายธรรมชาติไว้ว่า เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย และเป็นเจตนารมณ์โดยเสรีของพระผู้เป็นเจ้า (The free will of God) โดยเขากล่าวถึงความเกี่ยวพันระหว่างสิทธิและกฎหมายธรรมชาติไว้ว่า “มาตรแห่งสิทธิ ก็คือมาตรแห่งกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งได้แก่ธรรมชาติของมนุษย์ที่นำไปสู่ปรารถนาในอันที่จะอยู่ร่วมกันในสังคม” ฟูลเลอร์ เชื่อมั่นในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม เน้นความสำคัญของเรื่อง “วัตถุประสงค์” ซึ่งประกาศว่า กฎหมายจำต้องบรรจุด้วยหลักเกณฑ์ทางศีลธรรม หรือที่เขาเรียกว่า “The Inner Morality of Law” โดยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขสำคัญ 8 ประการ

1. กฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป
2. กฎหมายต้องถูกตีพิมพ์เผยแพร่ให้ปรากฏแก่สาธารณะ
3. กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง
4. กฎหมายต้องมีลักษณะชัดแจ้ง และสามารถเป็นที่เข้าใจได้
5. กฎหมายต้องไม่มีความขัดแย้งกัน
6. กฎหมายต้องไม่เป็นการกำหนดบังคับในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้
7. กฎหมายต้องมีความมั่นคง แน่นอน
8. กฎหมายต้องมีความกลมกลืน

2.3.2 ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ

ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (The natural law theory) ถือว่ากฎหมายขึ้นอยู่กับเหตุผล (reason) ซึ่งมีอยู่แล้วในธรรมชาติ และไม่อาจเปลี่ยนแปลงไปโดยอำนาจ (power) หรือตามอำเภอใจ (arbitrary will) ของผู้มีอำนาจแห่งรัฐ[16]

สำนักกฎหมายธรรมชาติหรือธรรมนิยมเน้นว่า กฎเกณฑ์ต่าง ๆ มีระเบียบอยู่โดยธรรมชาติของมันเอง ไม่ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของบุคคล มนุษย์เพียงแต่ใช้สติปัญญาไปค้นพบได้เท่านั้นซึ่งหลักการนี้ ได้ปูทางนำไปสู่การใช้เหตุผลสร้างกฎหมายมหาชนขึ้นมาจำกัดอำนาจผู้ปกครอง และคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งมิอาจลบล้างได้ของมนุษย์ จุดสำคัญที่สุดในกฎหมายธรรมชาติก็คือความเชื่อที่ว่าเหนือ “อำนาจสูงสุด” ของมนุษย์ยังมีสิ่งอื่นอยู่อีก สิ่งนั้นก็คือ “ธรรมชาติ” และ “เหตุผล”

---

[16]วิชา มหาคุณ, **การใช้เหตุผลทางกฎหมาย**: **ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ**, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ), 2549, 3.

เมื่อสิ่งใดเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์อยู่แล้ว ใครก็ตามหาอาจมาใช้อำนาจลบล้างได้ไม่ และการใช้อำนาจก็ดี การเมืองการปกครองก็ดี ต้องยืนอยู่บนหลัก “เหตุผลตามธรรมชาติ” มิใช่อยู่บนอำเภอใจของบุคคล

จอห์น ล็อค (John Locke) นักปราชญ์ชาวอังกฤษ กล่าวไว้ว่า “รัฐทั้งหลายโดยธรรมชาติย่อมมีกฎแห่งธรรมชาติปกครองอยู่ ซึ่งผูกพันบุคคลทุกคนด้วยเหตุและผล อันได้แก่กฎหมายที่ทำให้มนุษย์มีความเท่าเทียมกันและมีอิสรภาพ จะไม่มีใครได้รับอันตรายแก่ชีวิต แก่เสรีภาพ หรือแก่ทรัพย์สินจากบุคคลอื่น”

2.3.3 ผลของปรัชญากฎหมายธรรมชาติ

ปรัชญากฎหมายธรรมชาติมีอิทธิพลอย่างใหญ่หลวงในการต่อสู้กับอำนาจอธรรม ทั้งนี้ด้วยแรงผลักดันของนักปฏิวัติและนักกฎหมายที่มีแนวความคิดในทางเสรีนิยม (liberalism) และเชิดชูหลักนิติธรรม (The rule of law) และระบบการปกครองที่กดขี่ กฎหมายธรรมชาติมีส่วนก่อตั้งสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์เป็นอย่างสูง เห็นได้จากปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษย์และพลเมืองของฝรั่งเศส พ.ศ. 2232 มาตรา16 ซึ่งบัญญัติว่า “สังคมที่ปราศจากการคุ้มครองสิทธิอย่างมั่นคง รวมทั้งการแบ่งแยกอำนาจยังหาชัดแจ้งแน่นนอนไม่นั้น สังคมนั้นหาได้มีรัฐธรรมนูญ” และในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2319 ก็ได้กล่าววาทะอันเป็นอมตะว่า “เราถือเป็นสัจจะที่ประจักษ์แจ้งที่สุดว่ามวลมนุษย์มีความเสมอภาคกันมาแต่กำเนิด และพระเจ้าได้ประทานสิทธิต่าง ๆ หลายประการอันไม่ถูกลิดรอนได้ ซึ่งได้แก่การดำรงชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุขสันต์” กฎหมายธรรมชาติแม้ไม่ได้มีอยู่จริง แต่มีหลักยุติธรรมเป็นกลาง ๆ อยู่ซึ่งทั่วโลกได้ยอมรับรอง ในการบัญญัติกฎหมายก็ดี ในการพิพากษาอรรถคดีก็ดี สภานิติบัญญัติและผู้พิพากษาจะต้องยึดไว้เป็นแนวทางและเพื่อให้เป็นหลักฐานมั่นคง ประเทศฝรั่งเศสในสมัยปฏิวัติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง ซึ่งปฏิญญานี้แม้รัฐธรรมนูญเดอโกล ก็ได้ยอมรับว่าคงใช้อยู่ต่อไป ดังปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ และเมื่อได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น ก็ได้มีประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ฉะนั้นแม้จะไม่ปรากฏในปฏิญญาสากลฯ นักกฎหมายในการตีความ และอุดช่องว่างแห่งกฎหมายก็ควรจะคิดถึงคุณงามความดีเป็นเครื่องนำทางดุจกัน[17] ประวัติกฎหมายธรรมชาติในประเทศไทย สำหรับประเทศไทยปรัชญากฎหมายธรรมชาติ

---

[17]วิชา มหาคุณ, **การใช้เหตุผลทางกฎหมาย**: **ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ,** (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2549), 31.

และปรัชญากฎหมายบ้านเมืองได้อยู่คู่กันมาตลอด นับตั้งแต่ยุคกรุงสุโขทัยเป็นต้นมา กล่าวคือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นหลักยุติธรรมที่อยู่เหนือพระธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นกฎหมายบ้านเมือง โดยคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า โปราณราเชนะ อันบูราณราชกษัตริย์....ทรงพระอุตสาหะพิจารณาคำนึงตามคัมภีร์พระธรรมศาสตร์....แล้วมีพระราชบัญญัติดัดแปลงตกแต่งตั้งเป็นพระราชกำหนดบทพระอัยการไว้ โดยมาตราเป็นอันมากทุก ๆ ลำดับกษัตริย์มาตราบเท่าทุกวันนี้ นอกจากนี้ยังมีข้อความที่บ่งชัดว่า อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชน โดยกล่าวว่า ครั้นอยู่มาก็เกิดวิวาทแก่กัน หาผู้ใดจะบังคับบัญชามิได้ ฝูงชนทั้งหลายมาสโมสรประชุมพร้อมกัน จึงตั้งสมเด็จพระมหาบุรุษราชเจ้าขึ้นเป็นอธิบดี มีพระนามกรชื่อว่า พระเจ้ามหาสมมติราช ซึ่งหลักการนี้ก็ตรงกับทฤษฎีสัญญาประชาคมของ จัง จ๊าค รุสโซ นั่นเอง อย่างไรก็ตามปรัชญากฎหมายธรรมชาติก็ไม่อาจเบ่งบานได้อย่างเต็มที่ในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ครั้นถึงยุคปฏิรูปกฎหมายไทยในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ปรัชญากฎหมายบ้านเมืองก็กลับมีอิทธิพลอย่างใหญ่หลวงต่อวงการกฎหมายไทยสืบมาตราบเท่าทุกวันนี้ ส่วนแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติได้ปรากฏอยู่เป็นครั้งคราว โดยบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในยุคสมัยที่ประเทศปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งอยู่ในระบบเหตุผล มิใช่ระบบอำนาจ

ในส่วนของศาลยุติธรรมไทยที่ผ่านมาจะยอมรับนับถือต่อปรัชญากฎหมายบ้านเมือง ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาหลายฉบับที่วินิจฉัยว่า เมื่อคณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชน ก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม(คำพิพากษาศาลฎีกา 1162/2506) แต่ศาลยุติธรรมก็ได้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักยุติธรรมเสมอมา แม้ว่าจะไม่เด่นชัดนักก็ตาม

ปัจจุบันแนวความคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาติยังไม่อาจที่จะนำมาใช้ได้อย่างเต็มที่ในประเทศไทย เนื่องด้วยนักกฎหมายไทยยังเคยชินต่อระบบอำนาจหรือปรัชญากฎหมายบ้านเมืองและได้รับการศึกษาอบรมในแนวทางนี้มาโดยตลอด ฉะนั้นการเปลี่ยนแปลงชนิดที่เห็นอย่างเด่นชัดจึงเป็นไปได้ยาก

2.4 แนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง

แนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองปฏิเสธกฎหมายที่สูงกว่า (higher law) หรือกฎหมายธรรมชาติ (natural law) สิ่งที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริงคือกฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (positive law) เท่านั้น กฎหมายบ้านเมือง (positive law) เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่โดยไม่ต้องอาศัยที่สูงกว่า เนื่องจากถือว่ารัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดจะออกกฎหมายใดก็ได้ โดยไม่อาจโต้แย้งได้ถึงความถูก ความผิด ความดี ความชั่ว ความยุติธรรม ความอยุติธรรม เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นจากกฎหมายที่รัฏฐาธิปัตย์ มีอำนาจที่จะบัญญัติขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้กล่าวว่า “กฎหมายของรัฏฐาธิปัตย์ไม่อาจเป็นความอยุติธรรมได้ เพราะกฎหมายของรัฏฐาธิปัตย์นั้นเองเป็นผู้กำหนดความยุติธรรม ความอยุติธรรม ความถูกผิด ความดี ความชั่ว” ซึ่งเป็นการปฏิเสธความคิดเรื่องความเป็นธรรมอันเป็นรากฐานความคิดทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ความคิดของสำนักนี้ทำให้นักกฎหมายไม่สำนึกถึงหน้าที่ของตนว่า วิชานิติศาสตร์เป็นวิชาที่แสวงหาความเป็นธรรมอันเป็นอุดมคติในทางกฎหมายที่มีมาแต่เดิมทุกชาติ ทุกภาษา ทุกวัฒนธรรม

ฌอง โบแดง (Jean Bodin,1981)[18] นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสเสนอความคิดหรือให้ความหมายเรื่องอำนาจอธิไตย (sovereignty) ว่าเป็น “อำนาจเด็จขาดและถาวร” (Sovereign is absolute and perpetual) ซึ่งหมายถึงว่าเป็นอำนาจสูงสุดที่มิอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ใด ๆ แต่อย่างไรก็ตามความคิดของ Jean Bodin ยังไม่ได้ชี้ขาดว่าเป็นอำนาจสูงสุดอย่างแท้จริง เพราะเขายังยอมรับอำนาจอธิปไตยยังต้องอยู่ภายใต้อำนาจของพระผู้เป็นเจ้า (god) อยู่ภายใต้กฎหมายธรรมชาติ (natural law) และอยู่ภายใต้กฎหมายโรมัน โบแดง กล่าวเน้นว่า คุณลักษณะสำคัญของอธิปไตย คืออำนาจนิติบัญญัติ ผลของความคิดนี้ทำให้รัฐมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้

ในทางนิติบัญญัตินั้น โบแดง อธิบายว่า “อำนาจอธิปไตยย่อมไม่ถูกยับยั้งหรือจำกัดโดยกฎหมายใด ๆ (legibus soluta)” ซึ่งเป็นการประกาศว่า ภายใต้เขตแดนของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมมีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายให้ประชาชนของตนปฏิบัติตาม โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับใครหรือกฎเกณฑ์ของผู้ใด อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบัญญัติกฎหมายนี้จึงเป็นลักษณะแสดงออกอย่างหนึ่งว่ารัฐมีอิสระในการกำหนดตนเอง ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวรัฐสมัยใหม่ใช้เป็นข้ออ้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจบัญญัติกฎหมาย เพื่อบงการกิจการต่างภายในรัฐให้ดำเนินไปอย่างมีระเบียบ

---

[18]Bodin, J., **Les six livres de la republique: Avec L'Apologie de Rene Herpin**, (Paris: Scientia Verlag, 1977), 31.

แบบแผน ซึ่งคำสอนของ ฌอง โบแดง ก่อให้เกิดความคิดที่ว่า “กฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์บัญญัติขึ้น” และพัฒนาไปสู่ความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (legal positivism) ในสมัยต่อมา

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes, 1981)[19] นักปราชญ์ชาวอังกฤษที่เชื่อในอำนาจ รัฏฐาธิปัตย์อย่างสมบูรณ์แบบ โดยเขาเชื่อทฤษฎีการอยู่ร่วมกันในสังคมว่าเกิดจากการที่แต่ละคนมีลักษณะสัตว์เดียรัจฉานที่มีการทำร้ายต่อสู้กันตลอดเวลา จึงเข้ามาทำสัญญาประชาคมมอบอำนาจให้รัฏฐาธิปัตย์เพื่อคุ้มครองรักษาให้แต่ละคนมีชีวิตอยู่รอด ฮอบส์ จึงเสนอให้มอบอำนาจให้แก่รัฏฐาธิปัตย์และการมอบอำนาจของเขาเป็นการมอบอำนาจแบบสวามิภักดิ์ คือมอบอำนาจให้รัฏฐาธิปัตย์โดยเด็จขาด ความคิดของ ฮอบส์ จึงเป็นความคิดที่ยอมให้กฎหมายเป็นไปตามอำเภอใจของรัฏฐาธิปัตย์ หรือกฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์นั่นเอง

ฮอบส์ อธิบายว่า มนุษย์นั้นโดยธรรมชาติมีลักษณะเป็นสัตว์เดียรัจฉานคือ มีธรรมชาติที่เห็นแก่ตัว เลว และโหดร้าย ด้วยเหตุนี้ ในภาวะธรรมชาติมนุษย์จึงตกอยู่ในภาวะที่เกลียด กลัว และไม่ไว้ใจซึ่งกันและกัน ทุกคนต่างอยู่ในภาวะที่ทำสงครามต่อสู้เข่นฆ่ากันอยู่ตลอดเวลา (bellum omnium contra omnes) ในภาวะธรรมชาติเช่นนี้จึงไม่มีหลักความผิด ถูก ชั่ว ดี ไม่มีศีลธรรม ไม่มีกฎหมาย ทุกคนมีสิทธิเหนือทุกสิ่ง ผลประโยชน์ของใครก็เป็นมาตรการแห่งความชอบธรรมสำหรับคนนั้น โดยเหตุนี้มนุษย์ย่อมมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะรักษาตัวรอดด้วยการใช้กำลังหรืออำนาจของตัวเข้าต่อสู้หรือต่อต้านมนุษย์อื่นที่มาล่วงละเมิดตน

ในทางนิติปรัชญามีปรัชญาหรือทฤษฎีกฎหมายที่สำคัญอยู่สองทฤษฎีคือ ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (The natural law theory)และปรัชญากฎหมายบ้านเมือง(The positive law theory) กล่าวคือปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (The natural law theory) ถือว่ากฎหมายขึ้นอยู่กับเหตุผล (reason) ซึ่งมีอยู่แล้วในธรรมชาติ และไม่อาจเปลี่ยนแปลงไปโดยอำนาจ (power) หรือตามอำเภอใจ (arbitrary will) ของผู้มีอำนาจแห่งรัฐ[20] แต่ปรัชญากฎหมายบ้านเมืองถือว่า กฎหมายเป็นคำบัญชาของผู้มีอำนาจสูงสุดในทางการเมืองของชุมชนแห่งนั้น ระหว่างปรัชญากฎหมายธรรมชาติ และปรัชญากฎหมายบ้านเมืองนั้น ปรัชญากฎหมายบ้านเมืองดูเหมือนจะมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายทั้งหลายยิ่งกว่าปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ทั้งนี้น่าจะเป็นเพราะปรัชญากฎหมายบ้านเมืองมีลักษณะเป็นรูปธรรมสามารถมองเห็นได้และเข้าใจได้ง่ายกว่าปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีลักษณะเป็น

---

[19]Mairet, G. , Châtelet, F., & Cabat, O., **Les ideologies TII**. (Paris: Marabout, 1981), p. 297.

[20] วิชา มหาคุณ, **ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ: การใช้เหตุผลทางกฎหมาย**, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2549), 29.

นามธรรมเข้าใจยาก ปรัชญากฎหมายกฎหมายธรรมชาติจึงมักจะถูกโจมตีว่าไม่ใช่สิ่งที่มีตัวตนจริง เป็นแต่เพียงความคิดของนักปราชญ์[21]

สำหรับประเทศไทย ถือว่าปรัชญากฎหมายบ้านเมืองมีอิทธิพลสำคัญยิ่งต่อนักกฎหมายไทย โดยเริ่มตั้งแต่สมัยพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์พระบิดาแห่งกฎหมายไทยที่ทรงนำแนวคิดนี้มาเผยแพร่ ดังจะเห็นได้จากข้อความตอนหนึ่งที่ ทรงกล่าวไว้เมื่อเดือนกันยายน ร.ศ.118ว่า "....เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความดี ความชั่ว ฤาความยุติธรรม กฎหมายเป็นคำสั่งเป็นแบบที่เราจะต้องปฏิบัติตาม แต่กฎหมายนั้นบางทีจะชั่วได้ ฤาไม่ยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดี อะไรชั่ว อะไรเป็นยุติธรรม มีบ่อที่เกิดขึ้นหลายแห่ง เช่นตามศาสนาต่าง ๆ แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือจากผู้ปกครองแผ่นดินฤาผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น"[22]

สำหรับในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศในแถบโลกตะวันตก ปรัชญากฎหมายบ้านเมืองก็มีอิทธิพลแผ่กระจายไปทั่วจนบทบังปรัชญากฎหมาธรรมชาติเช่นเดียวกัน แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ปรัชญากฎหมายธรรมชาติก็ได้รับการฟื้นฟูขึ้นอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายทั้งหลายได้พบว่าความเชื่อในปรัชญากฎหมายบ้านเมืองที่ว่ากฎหมายขึ้นอยู่กับอำนาจทางการเมืองของผู้ปกครองรัฐนั้น ได้ทำให้ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปโดยเฉพาะประเทศเยอรมันเกือบถึงกาลพินาศ เนื่องจากตกอยู่ภายใต้การกดขี่และย่ำยีของลัทธิเผด็จการและกฎหมายที่เลวนั่นเอง[23]

2.5 แนวคิดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายบ้านเมือง

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายบ้านเมือง มีที่มาและแนวคิด 2 แนวคิด คือ แนวคิดหนึ่งเห็นว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่สูงกว่า (higher law) คือเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง (positive law) ในแง่นี้ กฎหมายบ้านเมืองจะขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ อีกแนวหนึ่งเห็นว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมาย "อุดมคติ " (ideal law) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายที่เป็นจริง (reality) ความสัมพันธ์ระหว่างอุดมคติกับความเป็นจริง เป็นความสัมพันธ์ที่ขัดแย้ง และมีลักษณะดึงดูดและผลักไสซึ่งกันและกัน ในทำนอง

---

[21]หยุด แสงอุทัย, ค**วามรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), 128.

[22]"กฎหมาย", **บทบัณฑิตย์,** เล่ม 11 ตอน 1 (กุมภาพันธ์, 2481), 7.

[23]สมยศ เชื้อไทย, **ทฤษฎีกฎหมาย: นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญชน, 2549), 93.

ความสัมพันธ์แบบ Dialectic เพราะความเป็นจริงกับอุดมคติแตกต่างกัน ในขณะที่อุดมคติเป็นอย่างหนึ่ง ความเป็นจริงเป็นอีกอย่างหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็พยายามพัฒนาความเป็นจริงเข้าสู่อุดมคติให้มากที่สุด และความเป็นจริงหากยิ่งห่างจากอุดมคติมากขึ้นเพียงใด ก็ยิ่งไม่พึงปรารถนายิ่งขึ้นเพียงเท่านั้น ถ้าความเป็นจริงใกล้เคียงกับอุดมคติแสดงว่าดีขึ้น ถ้าความเป็นจริงห่างออกไปจากอุดมคติ แสดงว่าเลวลง แต่ในความเป็นจริงจะเลวลงถึงสุดขีดไม่ได้ อุดมคติและความเป็นจริงจึงสัมพันธ์กันในลักษณะนี้[24]

2.6 แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาประชาคม (Social Contract)

สัญญาประชาคม เป็นคำที่เป็นรากฐานของปรัชญาการเมืองในยุคแห่งการฟื้นฟูศิลปะวิทยาการ (renaissance) ซึ่งอยู่ในช่วงราวคริสต์ศตวรรษที่ 15–16 และยุคแห่งภูมิธรรม (enlightenment) ซึ่งอยู่ในช่วงราวคริสต์ศตวรรษที่ 17-18 โดยนักคิดคนสำคัญที่เป็นผู้ให้กำเนิดแนวคิดเรื่องสัญญาประชาคม ได้แก่ จอห์น ล็อค (John Locke) ชาวอังกฤษ และรุสโซ (Jean Jacque Rousseau) ชาวฝรั่งเศส โดยแนวคิดเรื่องสัญญาประชาคมของล็อคมาจากหนังสือเล่มสำคัญของเขาคือ สนธิสัญญาสองฉบับของรัฐบาล (Two treatises of government, 1690)[25] ที่เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดสัญญาประชาคม (social contract) ในทางปฏิบัติ การนำแนวคิดสัญญาประชาคมมาใช้เป็นครั้งแรก คือ คำประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าเป็น “สัญญาประชาคมฉบับแรกของโลก” เอกสารดังกล่าวเขียนโดย ทอมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) โดยนำแนวคิดของล็อคและรุสโซมาประยุกต์ กล่าวคือ นำแนวคิดเรื่องความเท่าเทียมกันมาจากล็อค และเปลี่ยน “สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิส่วนบุคคล” มาเป็น “สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการหาความสุข” และนำแนวคิดจากรุสโซในเรื่องสิทธิของพลเมืองในการใช้อาวุธเพื่อต่อสู้รัฐบาลในกรณีที่รัฐบาลละเมิดสิทธิส่วนบุคคลมาใช้ร่วมด้วยสำหรับ “สัญญาประชาคมฉบับที่สองของโลก” เกิดจากการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยได้รับอิทธิพลจากนักคิด 3 คนคือ มองเตสกิเออ วอลแตร์ และรุสโซ ภายใต้ ชื่อ “เอกสารปฏิญญาสิทธิมนุษยชน (Declaration of the rights of man)” ที่ได้ปรับเปลี่ยนสิทธิของล็อคในเรื่อง “สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิส่วนบุคคล” เป็น “เสรีภาพทรัพย์สินส่วนบุคคลความมั่นคงและการต่อต้านการกดขี่” หมายความว่าประชาชนมีสิทธิบางประการในการต่อต้านรัฐบาลของตนหากรัฐบาลไม่ได้บริหาร

---

[24]สมยศ เชื้อไทย, **ทฤษฎีกฎหมาย: นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), 22-23.

[25]Locke, J., **Two Treatises of Civil Government,** (London: BK.ll., 1764), 135.

ประเทศ เพื่อผลประโยชน์ที่แท้จริงของประชาชน แนวคิดสัญญาประชาคมมีอิทธิพลสำคัญในการนำแนวคิดกฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาตินั้นไปสร้างแนวคิดปฏิวัติเพื่อจำกัดอำนาจรัฐที่ไร้ขอบเขตและสร้างหลักประกันให้แก่ประชาชนผู้ใต้ปกครองได้รับความคุ้มครองความมั่งคงและปลอดภัยในชีวิต อนามัย และทรัพย์สินอย่างเพียงพอ และเป็นจุดเริ่มต้นของการเรียกร้องประโยชน์หรือความชอบธรรมที่มนุษย์พึงมีพึงได้ จะเห็นได้จากการปฏิวัติอเมริกาและการปฏิวัติฝรั่งเศส ซึ่งเป็นย่างก้าวแรกสู่สิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาประชาคมมีนักปรัชญาคนสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ฮูโก โกรเชียส (Hugo Grotius, 1925)[26] มองว่าธรรมชาติของมนุษย์อยู่อย่างอิสระไม่ขึ้นกับอำนาจใด แต่เหตุที่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสังคม เนื่องจากต้องการพ้นจากสภาวะตามธรรมชาติ เพราะมนุษย์เป็นสัตว์ใคร่สังคม จึงได้ทำความตกลงระหว่างกันขึ้นเพื่อก่อตั้ง “สังคม” เรียกความตกลงนี้ว่า “สัญญาประชาคม” (social contract) โกรเชียส ได้อธิบายว่า “รัฐนั้นเกิดขึ้นจากอิสระชนทั้งหลายได้เข้าร่วมทำความตกลงกันเพื่ออยู่ร่วมกันเป็นสังคมและเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน โดยประชาชนโอนอำนาจสูงสุดให้แก่ผู้ถืออำนาจปกครองทั้งหมด จึงถือว่าผู้ปกครองได้มาซึ่งอำนาจปกครองเสมอกับเป็นสมบัติส่วนตน ดังนั้นผู้ปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของสิ่งใด ยกเว้นแต่กฎหมายธรรมชาติและกฎหมายนานาชาติ หากผู้ปกครองใช้อำนาจโดยมิชอบแล้ว (ระดับปกติ) ผู้ใต้ปกครองย่อมไม่มีความชอบธรรมที่จะต่อต้านผู้ปกครอง แต่หากผู้ปกครองให้อำนาจโดยมิชอบถึงขนาดแล้ว หรือเป็นการกระทำที่บ่อนทำลายสังคมอย่างชัดแจ้ง ผู้ใต้ปกครองมีสิทธิต่อต้านผู้ปกครองได้” นอกจากนี้ โกรเชียส ยังเป็นบิดาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเขาได้เรียกว่ากฎหมายนานาชาติ (Jus Gentium) โดยอธิบายว่ากฎหมายนานาชาติ ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่ได้รับการยอมรับนับถือกันจากชาติส่วนใหญ่และมีรากฐานมาจากกฎหมายธรรมชาติ และที่สำคัญเขาได้วางรากฐานเกี่ยวกับ กฎหมายว่าด้วยสงครามและสันติภาพ จากตำรา “De Belli ac Pacis” ค.ศ. 1625 วางหลักว่า การก่อสงครามของรัฐนั้น จะต้องมาจากเหตุที่ชอบธรรม (Just War) นั้นคือสิทธิป้องกันตนเอง โดยหลักสงครามที่เป็นธรรมดังกล่าวนี้ เขานำมาจากหลักกฎหมายโรมันเรื่องป้องกันนั่นเอง

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes,1981)[27] มองว่ามนุษย์มีธรรมชาติที่ชั่วช้า เห็นแก่ตัว และเลวทรามโหดร้าย ดังนั้นมนุษย์จึงต้องเผชิญหน้ากับความเกลียดชัง ความกลัว และความไม่ไว้วางใจซึ่งกันและกัน ทั้งต้องทำสงครามเพื่อข่มเหงและแย่งชิงอำนาจกันตลอดเวลา และที่สำคัญยังเห็นว่า

---

[26]Grotius, H., **De jure belli ac pacis libri tres**, (Paris: Proleg., 1625), 6.

[27]Hobbes, T., **Jurisprudence**, (Paris: Bodenheimen, 1981), 40.

มนุษย์ไร้ศีลธรรม ไม่มีความผิด ชอบ ชั่ว ดีและไม่มีกฎหมาย กล่าวคือทุกคนมีสิทธิเหนือทุกสิ่ง ด้วยเหตุดังกล่าว มนุษย์ทุกคนจึงมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะรักษาเอาตัวรอดด้วยการใช้กำลังหรืออำนาจของตนเข้าต่อสู้ หรือ ต่อต้านบุคคลอื่นที่เข้ามาละเมิดตน ดังนั้นมนุษย์แต่ละคนจึงสามารถเป็นผู้กำหนดมาตรการสำหรับผลประโยชน์ส่วนตนได้

จอห์น ล็อค มองว่า ธรรมชาติของมนุษย์นั้นเป็นคนดีรักสันติและความเสมอภาค โดยมนุษย์ทุกคนรู้จักกฎหมายธรรมชาติ ทำให้มนุษย์เคารพความเสมอภาคและอิสรภาพของบุคคลอื่น ดังนั้นมนุษย์จึงสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองที่จะเลือกกระทำการได้ภายใต้กฎหมายธรรมชาติและไม่มีใครมีสิทธิหรืออำนาจเหนือกว่าใคร อย่างไรก็ตามมนุษย์นั้นก็มีสภาวะที่รักสันติและมีเจตนาดีต่อกัน และถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ โดย ล็อค ให้เหตุผลว่า “สภาวะตามธรรมชาติมีกฎแห่งธรรมชาติควบคุมอยู่ ซึ่งผูกพันมนุษย์ทุกน และเป็นเหตุที่กำหนดว่า มนุษย์ทั้งปวง มีความเสมอภาคกัน และมีอิสระอย่างเท่าเทียมกัน จึงไม่มีผู้ใดละเมิดหรือทำอันตรายต่อชีวิต สุขภาพ อิสรภาพ และทรัพย์สินของบุคคลอื่นได้”

ฌอง ชัค รุส มองว่าธรรมชาติดั้งเดิมของมนุษย์นั้นมีความดีบริสุทธิ์อย่างยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นคนเห็นแก่ตัว คนเอารัดเอาเปรียบ คนมีน้ำใจ หรือจิตใจสูง และเห็นว่ามนุษย์ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ คือไม่มีหลักประกันที่แน่นอน การมีหลักประกันที่แน่นอนได้นั้นต้องมีการทำสัญญาประชาคม (จะเห็นได้ว่าแนวคิดตั้งต้นคล้ายกับ ล็อค ในเรื่องธรรมชาติของมนุษย์) และที่สำคัญเขาเห็นว่าธรรมชาติของมนุษย์มีความสุขและมีความต้องการที่จะแสวงหาความสุขตามธรรมชาติ เพราะเขามีทุกสิ่งทุกอย่างเพียงพอในการดำรงชีวิต อย่างไรก็ตามมนุษย์ก็อาจจะเป็นเหยื่อของความทะเยอทะยาน ความอิจฉาริษยา การแก่งแย่งชิงดีกันและความยากจน ก็อาจเกิดความขัดแย้งหรือทะเลาะวิวาทกันซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ นอกจากนี้ รุสโซ ยังให้เหตุผลว่าธรรมชาติมนุษย์นั้นรักอิสระกล่าวคือมีเสรีภาพที่จะไม่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้อื่นและไม่มีสิทธิบังคับบัญชาผู้อื่น สภาวะที่มนุษย์ไม่มีหลักประกันความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ มนุษย์จึงต้องทำสัญญาประชาคม โดยยอมสละสิทธิและเสรีภาพที่ตนมีอยู่ไม่จำกัดตามธรรมชาติ แล้วยอมรับสภาพที่มีสิทธิเสรีภาพที่มีข้อจำกัดตามกฎหมายเพื่อก่อตั้งองค์อธิปัตย์หรือรัฐ รัฐนี้เองเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุด และรัฐก็มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทุกคน อย่างไรก็ตามรัฐที่เกิดขึ้นนี้ประชาชนทุกคนควรจะมีเสรีภาพอยู่เพราะไม่ได้โอนสิทธิและเสรีภาพให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดแต่เพียงผู้เดียว แต่เป็นการโอนให้แก่ส่วนรวม ประชาชนจึงมิได้สูญเสียสิทธิเสรีภาพของตนไปแก่ผู้ใด กล่าวคือ อำนาจปกครองที่แท้จริงอยู่ที่ผู้ใต้อำนาจปกครองคือประชาชน การแสดงเจตนาของประชาชนในสังคมในการทำสัญญาประชาคมเรียกว่า “General Will” หรือเจตจำนงทั่วไป ซึ่งเป็นเครื่องแสดงออกถึงความคิดเห็น ความต้องการส่วนรวม และแสดงถึงอำนาจรัฐที่ชอบธรรม ดังนั้น

กฎหมายที่เกิดขึ้นจากรัฐจึงเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไปนั่นเอง ดังนั้นการยอมสละเสรีภาพตามธรรมชาติที่ไม่จำกัดและยอมอยู่ร่วมกันเป็นสังคม โดยถูกจำกัดเสรีภาพโดยกฎหมาย ซึ่งก็คือการที่ประชาชนยอมปฏิบัติตามเจตจำนงทั่วไปอันเป็นการปฏิบัติตามข้อบังคับที่ตนมีส่วนก่อตั้งขึ้น เจตจำนงทั่วไปนั้นมาจากประชาชนที่เป็นสมาชิกในประชาคมลงคะแนนเพื่อแดงความเห็นและความต้องการของตนเพื่อเจตจำนงทั่วไป หากมีความเห็นที่แตกต่างกัน เจตจำนงร่วมย่อมพิจารณาจากเสียงข้างมาก และเสียงข้างน้อยย่อมต้องปฏิบัติตามเสียงข้างมาก เนื่องจากการปฏิบัติตามเสียงข้างมากแท้จริงแล้วก็คือการการปฏิบัติตามเจตนาที่แท้จริงของตนด้วยนั่นเอง แม้ว่าตนจะมีความเห็นต่างออกไปก็ถือว่าสำคัญผิดไปเจตจำนงทั่วไปจึงเปรียบเสมือนการปกครองโดยประชาชนและเพื่อประชาชน เมื่อเป็นเช่นนี้อำนาจการปกครองตามเจตจำนงทั่วไปนี้จึงเป็นอำนาจไม่จำกัดเพราะเป็นสิ่งที่มาจากเจตนาที่แท้จริงของประชาชนทุกคนและย่อมเป็นประโยชน์ของทุกคน อย่างไรก็ตามแม้ว่า รุสโซ จะคัดค้านทฤษฎีสัญญาสวามิภักดิ์ของ ฮอบส์ ที่ให้อำนาจเบ็ดเสร็จแก่รัฐ และความคิดของ รุสโซ นี้ตั้งขึ้นเพื่อคัดค้านอำนาจเด็ดขาดของกษัตริย์ฝรั่งเศสในสมัยนั้น โดยเขาได้ยืนยันหลักการปกครองโดยประชาชนและเพื่อประชาชน แต่ยิ่งเพิ่มอำนาจไม่จำกัดให้แก่รัฐสมัยใหม่ กล่าวคือ เมื่อรัฐคือประชาชน และประชาชนคือรัฐ ดังนั้นรัฐจะบังคับอย่างไรประชาชนก็ต้องปฏิบัติตามเพราะเป็นไปตามความต้องการหรือเจตจำนงทั่วไปของตนโดยแท้จึงกลับไปสู่แนวคิดของฮอบส์ อันเป็นสัญญาสวามิภักดิ์อันเป็นลัทธิเผด็จการในคราบประชาธิปไตยเพราะเป็นการส่งเสริมอำนาจรัฐอันไม่จำกัด ส่วนนี้จึงเป็นส่วนที่คล้ายแนวคิดของฮอบส์ นั้นเองคือรัฐมีอำนาจไร้ขอบเขตนั้นเอง

โภคิน พลกุล-ชาญชัย แสวงศักดิ์ อ้างถึงคำกล่าวของรุสโซว่ามนุษย์นั้นมีที่มาจากสภาพธรรมชาติ ดังนั้นจึงเป็นอิสระจากความผูกพันในสังคม การมารวมอยู่ในสังคมของมนุษย์จึงเป็นเรื่องของการตกลงสมัครใจ มากกว่าจะเป็นเพราะความจำเป็นแห่งธรรมชาติของมนุษย์ และที่สมัครใจมาอยู่เป็นสังคมก็เพราะมนุษย์เห็นว่าลักษณะนี้สนองประโยชน์ส่วนตัวของตนได้ดีกว่าอยู่อย่างอิสระ สัญญาประชาคมนี้เมื่อได้ตกลงกันแล้วก็กลายมาเป็นสาระแห่งรัฐเป็นอำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตย และเสรีภาพส่วนบุคคล รัฐซึ่งเป็นสมาคมการเมืองที่จัดตั้งขึ้นอย่างอิสระโดยผู้เข้าร่วมทั้งหลายในรูปของสัญญาประชาคมจึงเป็น “เจตนารมณ์ร่วมกัน” ของสัญญาทั้งหลายหรืออีกนัยหนึ่งเป็นผลรวมแห่งเจตนาของแต่ละบุคคล รุสโซเห็นอีกว่าเราไม่อาจพบร่องรอยทางประวัติศาสตร์ของสัญญาประชาคมแต่ก็ยืนยันอย่างมีหลักการว่า สังคมและรัฐตั้งขึ้นได้ ก็แต่โดยกำลังบังคับหรือสัญญาเท่านั้นและถ้าเรายอมรับว่าสังคมและรัฐตั้งขึ้นได้เพราะกำลังบังคับอย่างเดียวก็เปล่าประโยชน์ที่จะมาค้นหาถึงลักษณะทางกฎหมายแห่งการกำเนิดและการจัดตั้งของรัฐ

2.7 แนวคิดหลักนิติรัฐ

2.7.1 ที่มาและความหมายของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) นิติรัฐเป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน (ประเทศเยอรมัน ประเทศออสเตรีย และบางส่วนของประทศสวิตเซอร์แลนด์)เป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 โดยช่วงก่อนปี ค.ศ.1848 นักคิดที่สำคัญของเยอรมันคือ Robert Von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christops Frisherr Von Aretin ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึงรัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุมีผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป ซึ่งก็อาจสรุปได้ว่า นิติรัฐก็คือรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข[28]

นิติรัฐเป็นทฤษฎีหรือแนวคิดเกี่ยวกับรัฐในความหมายสมัยใหม่ กำเนิดขึ้นในบริบทของความเบื่อหน่ายสภาพไร้กฎหมายและความไม่สงบในยุคกลาง เป็นเหตุให้ “รัฐ” กำเนิดขึ้นระหว่าง ค.ศ. 1280-1360 และมีการเสริมด้วยทฤษฎี “อำนาจอธิปไตย” จนทำให้กษัตริย์อังกฤษและฝรั่งเศสอ้างว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ ในศตวรรษที่ 16 ก่อให้เกิดระบบ “สมบูรณาญาสิทธิราชย์” จนหลุยส์ที่ 14 ของฝรั่งเศส กล่าวว่า “รัฐรึคือตัวข้านี่เอง” ต่อมาเมื่อระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ประสบความล้มเหลว ก็มีการเสนอแนวความคิดเสรีนิยมที่ให้ความสำคัญกับคุณค่าของมนุษย์แต่ละคนในฐานะปัจเจกชน ที่มุ่งจำกัดอำนาจผู้ปกครอง จนพัฒนาไปสู่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ไม่ใช่ของใครคนใดคนหนึ่ง นอกจากนี้นิติรัฐยังได้รับการพัฒนาชัดขึ้นจากเหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1798

แนวความคิดทฤษฎีนิติรัฐ จึงถือกำเนิดขึ้นมาจากระบบเสรีนิยมในทางการเมืองที่มีความมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่บุคคลในการที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยรัฐ[29] รากฐานของปรัชญาว่าด้วยนิติรัฐนั้น นับว่ามีมาตั้งแต่สมัยกรีก เมื่ออริสโตเติลกล่าวถึงรัฐที่ดีว่า จะต้องมีผู้นำที่ดี และผู้นำที่ดีจะต้องเคารพกฎหมาย แม้ราษฎรจะดีอย่างไรก็ตาม ถ้าตกไปอยู่ในรัฐบาลที่เลว มีผู้นำที่เลวไม่เคารพต่อกฎหมายของบ้านเมือง ราษฎรนั้นย่อมโชคร้ายเดือดร้อน ซึ่งมีผู้ให้คำนิยาม คำว่านิติรัฐ (legal state) ไว้หลายท่าน เช่น

---

[28]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540**, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), 23-24.

[29]มานิตย์ จุมปา, **คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), 61-62.

1. นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น พัฒนาบุคคลภาพของตนเองได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้นรัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจ จำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด

2. นิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิ ปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพ ต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือ ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กร (organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้นที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร[30]

3. นิติรัฐ คือรัฐที่กำหนดเป็นเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ ในรัฐดังกล่าวนี้การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น[31]

กาเร เดอมัลแบร์ (R Carre Malberg) นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ได้ให้คำอธิบายถึงนิติรัฐ (Etat de droit หรือ Rechtsstat) ว่าเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความ สัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือกฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกันนั่นคือ การจำกัดอำนาจของรัฐโดยการให้อำนาจนั้น อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตรา

---

[30]มานิตย์ จุมปา, **คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), 62-63.

[31]บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน**, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), 157.

ไดซีย์ (Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษ ได้สรุปว่าแนวความคิดเรื่องนิติรัฐก่อให้เกิดหลักนิติธรรม (The rule of law) ไว้ดังนี้

1. ฝ่ายบริหาร ไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหมายถึงบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นต้องเป็นโทษตามกฎหมายอันแสดงให้เห็นว่าบุคคลจะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจมิได้

2. บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และศาลเดียวกันจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษา ซึ่งหมายถึงบุคคลทุกคนต้องถูกกฎหมายบังคับโดยเท่าเทียมกัน ไม่เลือกฐานะและตำแหน่งหน้าที่ และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างเอกชนกับเอกชนหรือเอกชนกับรัฐ ทั้งตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายอื่น ศาลยุติธรรมเท่านั้นที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดี และการพิจารณาพิพากษาของศาลต้องเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายใดทั้งสิ้น

3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาของประเทศ กล่าวคือศาลนั่นเองเป็นผู้พิพากษาคดีเกี่ยวด้วยสิทธิของเอกชนทำให้เกิดการยอมรับสิทธิเสรีภาพขึ้น

ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายคำว่า นิติรัฐ (The rule of law) เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง และประการที่สำคัญในกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐจะต้องมีบทบัญญัติถึงสิทธิ และเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ เป็นต้น ซึ่งการที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต้องด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเองตามกลไกแห่งนิติบัญญัติของประเทศเท่านั้น

ศาสตราจารย์ ดร. ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้อธิบายว่านิติรัฐ (The rule of law) หมายถึงหลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแง่ทุกมุม รัฐจักต้องให้ความอารักขาคุ้มครองประชาชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชน หรือเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินคดีตามกฎหมายบ้านเมือง

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวถึงความหมายของคำว่า หลักนิติรัฐ ไว้ว่าเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายบริหาร อันได้แก่รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล

2.7.2 ขอบเขตและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

ปรัชญาว่าด้วยนิติรัฐมีมาตั้งแต่สมัยกรีก ซึ่งรากฐานในกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับรัฐนั้นมีส่วนที่ว่าด้วยนิติรัฐอยู่ด้วย Theodor Maunz นักกฎหมายชาวเยอรมัน เห็นว่าหลักการอันเป็นสาระสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” คือ

2.7.2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das prinzip der gewaltentrennung) เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุม ตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

2.7.2.2 หลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die gewahrleistung personlicher grundrechte) หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (reiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามวัตถุประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมาย ซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้นจึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (allgemeinheit und einzelfallverbot) การ

กำหนดให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (wesengehaltsgarantie) และหลักประกันที่สำคัญ คือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

2.7.2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง (gesetzmaessigkeit von justiz und verwaltung) หรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการก็ดี หรือฝ่ายปกครองก็ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญโดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้นการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว

2.7.2.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle gesetzmassigkeit) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นไปตามหลักความแน่นนอนของกฎหมาย (das prinzip der rechtssicherheit) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. หลักความแน่นอนของกฎหมาย (das prinzip der rechtssicherheit) เป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมายกฎหมาย ซึ่งหลักความแน่นนอนของกฎหมายเป็นหลักที่เรียกร้องว่า การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่งและกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอันใดบ้าง จากข้อเรียกร้องดังกล่าวนั้นเอง บุคคลจึงสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายและทำให้เกิดความแน่ใจว่า การกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย หลักความแน่นนอนของ

กฎหมายประกอบด้วยหลักย่อย 2 หลัก กล่าวคือหลักความชัดเจนของกฎหมาย (das prinzip der klarheit der rechtsnormen) และหลักความคุ้มครองความสุจริต (das prinzip des vertrauensschutzes)

1) หลักความชัดเจนของกฎหมาย (das prinzip der klarheit der rechtsnormen) เป็นหลักที่เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรอง ในการบัญญัติกฎหมายว่าจะต้องมีความชัดเจนอย่างพอเพียงเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองภายใต้สภาพการณ์ในทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจน (unbestimmer rechtsbegriff) และการบัญญัติถึง "เงื่อนไขทั่วไป" (generalklauseln) แต่อย่างใด

2) หลักคุ้มครองความสุจริต (das prinzip des vertrauensschutzes) เป็นหลักที่เรียกร้องต่อฝ่ายปกครองกรณีที่เกี่ยวกับการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง (die begruenstigende verwaltungsakte) โดยหลักแล้วการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยชอบโดยกฎหมายและเมื่อได้ชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้น ๆ แล้ว ในกรณีที่เห็นควรให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครอง ในกรณีนี้ให้นำหลักความคุ้มครองความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

2. หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (rueckwirkwngsverbot) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นหลักหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไป แต่สำหรับในทางกฎหมายอาญานั้นหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังนั้นเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด โดยข้อห้ามดังกล่าวเป็นการห้ามองค์กรนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางจะก่อให้เกิดความผิดสำหรับการกระทำอันใดอันหนึ่ง และห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่แล้วให้สูงขึ้นและห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคลเป็นการเรียกร้องมิให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว

3. หลักความพอสมควรแก่เหตุ (uebermassverbot) หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า "หลักความได้สัดส่วน" (der grundsatz der verhaeltnismaessigkit) ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้าม

มิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (willkuerverbot) นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน มีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลัก กล่าวคือหลักความเหมาะสม(geeignetheit) หลักความจำเป็น (erforderlichkeit) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (verhaeltnismaessigkeit im engeren sinne)

1) หลักความเหมาะสม (geeignetheit) หมายถึงมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้อยความยากลำบาก

2) หลักความจำเป็น (erforderlichkeit) หมายถึงมาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (verhaeltnismaessigkeit im engeren sinne) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (zweck) และวิธีการ (mittel) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือเป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

4) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หมายถึงผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย และทำการพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้มโนธรรมของตนเท่านั้น หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ มีความมุ่งหมายเพื่อมุ่งการคุ้มครองอำนาจตุลาการให้ปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายใด ๆ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระ 3 ประการ กล่าวคือ (1) ความอิสระจากคู่ความ (parteienunabhaengigkeit) (2) ความอิสระจากรัฐ

(staatsunabhaengigkeit) (3) ความอิสระจากสังคม (gesellschafsunbhaengigleit) ซึ่งความไม่เป็นอิสระจากทั้งสามประการดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายจากความเป็นกลางของผู้พิพากษา

5) หลัก "ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย" (unabhaengigkeit der richter) หลักนี้เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา และส่วนหนึ่งยังมีผลใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง โทษทางวินัยและข้อบังคับขององค์กรในทางวิชาชีพด้วย ซึ่งหลัก "ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย" นั้นตั้งอยู่บนพื้นฐาน 4 ประการด้วยกัน คือ (1) หลักการกระทำ (tatprinzip) (2) หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย (gesetzlichkeitsprinzip) (3) หลักความแน่นอนชัดเจน (bestimmtheitsgrundsatz) และ (4) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (rueckwirkwngsverbot)

6) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (vorrang der verfassung) ตามทัศนะของ Maunz เห็นว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น เป็นส่วนยอดสุดของหลักหรือเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ (kroennung des rechtsstes) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่ารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลใช้บังคับ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดว่าเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ เป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นการทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

2.8 หลักนิติธรรม (The rule of law)

หลักนิติธรรม มีวิวัฒนาการมาจากหลักนิติรัฐโดยเกิดจากแนวคิดของนักนิติศาสตร์ฝ่ายเสรีนิยมในช่วงประมาณศตวรรษที่ 17 และ 18 ซึ่งมีความคิดไปในทางปัจเจกชนนิยม (individualism) โดยถือว่าหลักนิติธรรมเป็นกฎหมายขั้นมูลฐาน ที่มีขึ้นเพื่อป้องกัน และคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคล และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังก็ถือเป็นหลักนิติธรรมข้อหนึ่งที่จำกัดอำนาจรัฐ หรือองค์กรผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งหลักนี้มีที่มาจากแนวคิดของอริสโตเติลที่ว่า การปกครองที่ดี ไม่ใช่การปกครองโดยปุถุชน หากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยปุถุชนย่อมเสี่ยงต่อการปกครองโดยอำเภอใจ ขณะที่การปกครองโดยกฎหมายเอื้ออำนวยต่อการที่จะมีความเสมอภาค (equality) และเสรีภาพ (liberty) มากกว่า เพราะหากมีการปกครองโดยหลักนิติธรรมอยู่จริงทุกคนก็จะมีความเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และเสรีภาพ คือปราศจากความหวาดกลัวว่าจะมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยผู้ปกครอง แนวคิดนี้จึงเป็นที่มาของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม

(constitutionalism) ซึ่งอีกแง่หนึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า (Law and Ovder) หรือบ้านเมืองมีขื่อมีแป[32]

หลักนิติธรรม (The rule of law) เป็นหลักที่มีมาแต่โบราณนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสคิดค้นขึ้นมาเพื่อยับยั้งหรือเหนี่ยวรั้งการใช้อำนาจเด็ดขาดตามอำเภอใจแบบไร้กฎเกณฑ์ของผู้ปกครอง ซึ่งเนื้อหาของหลักนิติธรรมก็คือ ผู้มีอำนาจทั้งหลายทำอะไรจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ไม่น้อยกว่าหรือเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด และต้องไม่ทำสิ่งใดที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้ กล่าวคือ ต้องให้กฎหมายเป็นใหญ่ไม่ใช่แล้วแต่อำเภอใจ และกฎหมายนั้นต้องเป็นธรรม ทันสมัย และชัดเจนด้วย[33]

หลักนิติธรรมตามที่ประเทศประชาธิปไตยฝ่ายตะวันตกเข้าใจ มีความหมายอยู่สองประการ กล่าวคือ ประการแรก เป็นหลักความเสมอภาคในกฎหมาย (principle of equality before the law) ซึ่งไม่ยอมรับหลักอัตตาธิปไตย หรือลัทธิเผด็จการที่ยกเว้นให้บุคคลหรือคณะบุคคลไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายของแผ่นดิน โดยอ้างว่าได้รับอิทธิพลจากสรวงสวรรค์ หรือได้รับพระบัญชาให้มาเป็นหัวหน้าหรือโดยถือว่าเป็นผู้มีอำนาจ ประการที่สอง หลักความเสมอภาคกันในความรับผิดชอบของบุคคล (principle of equal individual responsibility) ซึ่งเป็นหลักนิติธรรมที่มีความสำคัญต่อแนวความคิดที่เป็นประชาธิปไตยแต่ก็มิได้ยกเว้นผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่[34]

ดิคชีย์ (Dicey) เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าวหลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้ กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้อง

---

[32]วิษณุ เครืองาม, หลักนิติธรรม, **เดลินิวส์**, 1 กุมภาพันธ์ 2553, หน้า 8.

[33]หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, (กรุงเทพฯ: ประกายพรึก, 2548), 101-102.

[34]ประภาพรรณ อุดมจรรยา, **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง,** (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), 24.

คดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใด ๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้ องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการ

ลอน แอล์ ฟูลเลอร์ (Lon L. Fuller) นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันเห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ คือ

1. กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคนไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2. กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย

3. กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต

4. กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม

5. กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง

6. กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

7. กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควรแต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

8. กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

2.9 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ

2.9.1 ความหมายของสิทธิ และเสรีภาพ

สิทธิตามความหมายรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjective oeffcntliche Recht) หมายถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง คุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมาย

รวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ (die institutionellen Garantien) ซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ หรือเสรีภาพทางวิชาการ เป็นต้น ดังนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันธองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

Pieroth และ Schlink ได้ให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายทั่วไปว่า หมายถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลอันเป็นสิทธิที่ผูกพันต่อรัฐ สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้เรียกร้องการให้เหตุผลจากรัฐในกรณีที่จะมีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ในกรณีนี้ย่อมถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีก่อนรัฐ เสรีภาพ (liberty) หมายถึง “ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น” ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ หรือสภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ดังนั้นเสรีภาพจึงแตกต่างกับสิทธิ ซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสำพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่น โดยเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตนจริงอยู่ การที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลคนหนึ่งนี้ เป็นเพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจตามกฎหมายแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หาได้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่ ในขณะที่สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์กับผู้อื่น โดยเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเอง

2.9.2 สถานะของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ บัญญัติรับรองไว้ให้แก่ราษฎรนั้น เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่ามนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ เป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่าง ๆ ของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่ว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี

ความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้" และมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้บัญญัติว่า "สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง"[35] บรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพ จึงมิได้มีฐานะเป็นแต่เพียง "คำประกาศอุดมการณ์" ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (self-executing) แก่องค์กรของรัฐ หาจำต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติยืนยันอีกชั้นหนึ่งไม่ ในกรณีที่รับธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งแก่ราษฎร ราษฎรก็ย่อมใช้เสรีภาพนั้นได้ทันที องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะห้ามมิให้ราษฎรใช้เสรีภาพนั้นโดยอ้างว่ายังไม่มีการตราพระราชบัญญัติรับรองหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการใช้เสรีภาพนั้นขึ้นใช้บังคับไม่ได้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิด้านใดด้านหนึ่งแก่ราษฎร โดยหลักแล้วราษฎรก็ย่อมใช้สิทธินั้นได้ทันทีเช่นเดียวกัน จริงอยู่มีสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรบางประการที่จำต้องมีการตราพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการใช้สิทธินั้นขึ้นใช้บังคับ เช่น มาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า สิทธิของผู้ยากไร้ที่จะได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย มาตรา 55 บัญญัติว่าสิทธิของบุคคล ซึ่งพิการหรือทุพพลภาพที่จะได้รับสิ่งอำนายความสะดวกอันเป็นบริการสาธารณะของรัฐหรือความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ เป็นต้น กระนั้นก็ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวนี้ก็มีผลผูกพันคณะรัฐมนตรีให้ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการใช้สิทธิดังกล่าวต่อรัฐสภาและผูกพันรัฐสภาให้ต้องพิจารณาและให้ความเห็นชอบภายในเวลาอันสมควร

2.9.3 แนวคิดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

เสรีภาพนั้นถ้าไม่มีขอบเขตจำกัดเลย สภาวะอนาธิปไตย (anarchie) ก็จะเกิดขึ้นเหมือนเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพเต็มที่และจะกระทบชีวิต ทรัพย์สินร่างกายผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่ในสังคมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาสถูกจำกัดเสรีภาพทั้งหมดการมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขต จึงเป็นเหตุใหญ่ให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวม

---

[35]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3**: **ที่มาและนิติวิธี**, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรมมหาวิทยาลัย, 2538), 350.

เป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตนเป็นรูปแบบการปกครองต่าง ๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคนเป็นกรรมการคอยรักษากติกามิ่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อ่อนแอกว่า ดังนั้นการแทรกแซงของรัฐเข้ามาจัดระบบการคุ้มครอง (droit protection) ไม่ให้ผู้อื่นมาล่วงละเมิดเรา และไม่ให้รัฐเองมาล่วงละเมิดเสรีภาพเราจึงเป็นสิ่งจำเป็น เสรีภาพที่แท้จริงจะมีไม่ได้ถ้าไม่มีกรรมการที่จัดระบบ[36] ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายที่จำกัดหรือให้ให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองประชาชน หรือจัดระเบียบการใช้เสรีภาพของประชาชนเพื่อมิให้การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งไปกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนอื่นๆในสังคมหรือต่อประโยชน์สาธารณ ดังคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1798 ข้อ 4 ที่ว่า เสรีภาพ คือความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้นการใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น ข้อ 5 ในคำประกาศเดียวกันกล่าวไว้ว่า กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้าม ใครจะมาห้ามไม่ให้ทำย่อมไม่ได้ และในทำนองกลับกัน บุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ นอกจากนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 มาตรา 29.2 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย เหตุผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ หากศึกษาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว อาจพิจารณาความมุ่งหมายที่สำคัญในการจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ 3 ประการด้วยกัน คือ (1) เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่น (2)เพื่อการดำรงอยู่ และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ (3) เพื่อประโยชน์สาธารณะ[37] หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทน

---

[36]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540,** (กรุงเทพฯ: วิญญชน, 2547), 221-222.

[37]ประภาพรรณ อุดมจรรยา, **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง**, (กรุงเทพฯ: บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), 109-110.

ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมกันของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ ซึ่งการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเอง จะมอบอำนาจให้องค์กรออกกฎหมายลำดับรองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้

2.10 แนวคิดสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน หมายถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิดและไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่า เพราะเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้นสิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น

จัง จาค รุสโซ (Jean Jacques Rousseau) กล่าวถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนในสัญญาประชาคม (social contract) ว่า “มนุษย์เกิดมาเสรี แต่ทุกหนทุกแห่งเขาอยู่ในเครื่องพันธนาการ ใครที่คิดว่าตนเป็นนายคนอื่นย่อมไม่วายจะกลับเป็นทาสเสียยิ่งกว่า....ตราบใดที่ประชาชนถูกบังคับให้เชื่อฟังและเขาก็เชื่อฟัง เขาก็ทำดีแล้ว แต่ทว่าเราจะทำดียิ่งขึ้น ถ้าหากเขาสลัดแอกออกจากบ่าในทันทีที่เขาสามารถสลัดได้ เมื่อมีใครถือสิทธิเข้าแย่งชิงเสรีภาพไปจากประชาชน ประชาชนก็ย่อมมีสิทธิเช่นกันที่เยื้อแย่งเสรีภาพกลับคืนมา ประชาชนมีสิทธิจะกู้เสรีภาพของตนได้ แต่ไม่มีใครจะมีสิทธิชิงเอาเสรีภาพไปจากประชาชน”

คำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1776 “ถือว่าความจริงดังต่อไปนี้มีความชัดแจ้งในตัวเอง: มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมิอาจสละทิ้งได้บางประการให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน

ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ยืนยันว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพและมีสิทธิต่างๆเท่าเทียมกัน” ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ก็ยืนยันไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ศักดิ์ศรีและสิทธิที่มวลมนุษย์มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันและที่มนุษย์ไม่อาจสละละทิ้งไปเสียได้เป็นรากฐานของ เสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพของโลก”

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียว

ว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีสังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” (state) เกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มี “ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน” (sovereign) คนใดหรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง แต่จะมีคุณค่าขึ้นมาก็ต่อเมื่อปกปักรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้เท่านั้น

2.11 แนวคิดหลักความยุติธรรม

ความยุติธรรม เป็นหลักกฎหมายหลักแรก และเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมาย ทั้งปวง ถือเป็นแม่แบบของแนวทางต่างๆ ในเกณฑ์การตัดสิน ซึ่งมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการทำหน้าที่ ความยุติธรรมนั้นเป็นเรื่องที่ละเอียดเพราะการที่คนเราจะกำหนดว่าอะไรคือความดี แล้วความดีกับความชั่วต่างกันตรงไหนเป็นเรื่องที่ต้องวิเคราะห์กันอย่างละเอียด หลักความยุติธรรมจะเป็นมาตรฐาน ตัวอย่างให้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ต่อประชาชน หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยประชาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องยอมรับว่าหลักความยุติธรรมนี้เป็นงานอย่างหนึ่งของรัฐ

ความยุติธรรมคืออะไร เป็นสิ่งที่นักกฎหมายต้องพิจารณาและให้ความสำคัญอย่างมาก เพราะกฎหมายนั้นตราออกมาใช้บังคับเพื่อความเป็นธรรมในสังคม ความยุติธรรมนี้จะเอาอะไรมาเป็นปทัสถานของความยุติธรรมว่าพอดี หรือเพียงพอแล้ว เพราะเวลาพูดถึงความยุติธรรมถ้าใช้สามัญสำนึกของตัวเองเป็นหลัก บางเรื่องก็อาจจะเห็นว่าไม่เป็นธรรม แต่ถ้าเอาสังคมส่วนรวมเป็นที่ตั้ง ก็อาจเป็นธรรม เช่นกรณีออกกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ หากใช้บังคับแก่คนทั่วไปโดยไม่เลือกปฏิบัติเฉพาะกับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้ว เช่นนี้ก็ถือว่ากฎหมายนั้นมีความยุติธรรมแล้ว

โดยทั่วไป ความยุติธรรมเป็นสิ่งบางอย่างที่รู้สึกได้ หรือรับรู้ได้โดยสัญชาติญาณ แต่ยากที่จะอธิบาย หรือให้นิยามความหมายของสิ่งที่รู้สึกได้ดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรม[38]

เมื่อกล่าวถึงความยุติธรรมแล้วมีนักคิด นักปรัชญาหลายคนที่กล่าวถึงความหมายของความยุติธรรมเอาไว้ ในที่นี้จะหยิบยกขึ้นมาเพียงบางท่าน เช่น

---

[38]ภูริชญา วัฒนรุ่ง, **นิติศาสตร์ต้องเป็นธรรม**, (กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551), 4.

โธมัส ฮ็อบส์ กล่าวว่า “ในสภาวะธรรมชาติซึ่งปราศจากรัฐบาลนั้น ไม่มีเกณฑ์ที่จะตัดสินว่าอะไรคือความยุติธรรมหรืออยุติธรรม อะไรผิด อะไรถูก พฤติกรรมของมนุษย์ขึ้นอยู่กับความต้องการของแต่ละบุคคล เพราะฉะนั้นความยุติธรรมหรืออยุติธรรมจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีข้อตกลงหรือสัญญากันแล้ว ผลของการทำสัญญาประชาคมเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดอำนาจร่วมเมื่อมีอำนาจร่วมก็มีกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นคำสั่งขององค์อธิปัตย์ ซึ่งกำหนดขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์ทุกคนปฏิบัติตามสัญญา ผู้ละเมิดกฎหมายจึงเป็นผู้ไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งความอยุติธรรมก็เกิดขึ้น และความหมายของความอยุติธรรมก็ไม่มีอะไรมากกว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญา สำหรับความยุติธรรมนั้นก็คือสิ่งที่ไม่อยุติธรรมนั่นเอง”[39]

อริสโตเติ้ล ปราชญ์ชาวกรีกผู้ได้รับสมัญญานามว่าเป็นบิดาแห่งรัฐสาสตร์ได้อธิบายถึงความยุติธรรมว่า “สิ่งที่ประเสริฐในบรรยากาศการเมืองคือความยุติธรรมและความยุติธรรมประกอบขึ้นในสิ่งที่มีแนวโน้มที่จะส่งเสริมผลประโยชน์ร่วม” ความยุติธรรมเกี่ยวพันกับองค์ประกอบสองประการคือ สิ่งที่กำหนดให้และบุคคลซึ่งถูกกำหนดให้เป็นเจ้าของสิ่งที่กำหนดให้นั้น ความยุติธรรมจะบังเกิดขึ้นเมื่อบุคคลที่มีความเท่าเทียมกันได้รับสิ่งที่กำหนดให้แบบเดียวกัน ในทำนองเดียวกันอริสโตเติ้ลเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและอยุติธรรม หากว่าสองคนมี คุณสมบัติเท่ากันอยู่เพียงประการเดียว แต่ได้รับส่วนแบ่งหรือสิ่งที่กำหนดให้มากกว่าในทุก ๆ สิ่ง ความยุติธรรมคือที่รวมของคุณธรรมหลายประการ และกลมกลืนระหว่างคุณธรรมนานาประการนั้นทำให้ความดีในรัฐที่ปรากฏขึ้นได้ อริสโตเติ้ลเชื่อว่าความยุติธรรมคือคุณธรรมที่สมบูรณ์แม้จะไม่ใช่สูงสุด[40]

อริสโตเติ้ล มองว่าความยุติธรรมคือ คุณธรรมทางสังคม (social virtue) ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และคุณธรรม โดยเขาแบ่งความยุติธรรม ออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. ความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (natural justice) หมายถึงหลักความยุติธรรม ซึ่งมีลักษณะเป็นสากล ไม่เปลี่ยนแปลง ใช้ได้ต่อมนุษย์ทุกคน ไม่มีขอบเขตจำกัด และอาจค้นพบได้โดยเหตุผลบริสุทธิ์ของมนุษย์

---

[39]เสถียร หอมขจร, **ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม 2**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), 26.

[40]สมยศ เชื้อไทย, **ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: วิญญชน, 2545), 205-206.

2. ความยุติธรรมตามแบบแผน (Conventional Justice) หมายถึงความยุติธรรม ซึ่งเป็นไปตามตัวบทกฎหมายบ้านเมือง หรือธรรมนิยมปฏิบัติของแต่ละสังคมหรือชุมชน ความยุติธรรมลักษณะนี้อาจเข้าใจแตกต่างกันตามสถานที่และอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลาหรือตามความเหมาะสม[41]

โสภณ รัตนากร กล่าวว่า “ความยุติธรรมอาจหมายถึงความสุจริต ความเป็นธรรม ความชอบธรรม ความชอบด้วยกฎหมาย ความถูกต้องตามกฎหมาย สิทธิตามกฎหมาย การปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนประเพณี และการปฏิบัติตามหน้าที่ ความยุติธรรม คลุมถึงความประพฤติทั้งหมดของคนเราแต่หลักความยุติธรรมเป็นหลักที่กว้างกว่าหลักกฎหมาย ความยุติธรรมตามกฎหมายแคบกว่าความยุติธรรมโดยทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ เป็นความยุติธรรมที่มีอยู่ในขอบเขตของกฎหมายหรือการใช้กฎหมาย ความยุติธรรมหรืออยุติธรรมเกิดขึ้นเมื่อมีการใช้กฎ หรือระเบียบข้อบังคับ ไม่ว่ากฎนั้นจะเป็นกฎหมายหรือข้อบังคับหรือระเบียบประเพณีที่ปฏิบัติกันมาในสังคมหรือหมู่คณะความอยุติธรรมใน “รูป” เกิดจากการใช้กฎหรือข้อบังคับนั้นโดยลำเอียง และความอยุติธรรมอาจเกิดขึ้นจากกฎหรือระเบียบข้อบังคับนั้นเองไม่เป็นธรรม ความอยุติธรรมเช่นนี้เป็นความอยุติธรรมใน “สาระ” หรือเนื้อหาของกฎหรือระเบียบข้อบังคับนั้นเอง”

เดช วุฒิสิงห์ชัย กล่าวถึงสาเหตุที่กฎหมายไม่สอดคล้องกับความยุติธรรมไว้ดังนี้

1. ความตายตัวของกฎหมาย (rigidity) เหตุที่กฎหมายจำเป็นต้องบัญญัติหลักเกณฑ์อันเป็นหลักทั่วไปใช้บังคับแก่ทุกกรณี เนื่องจากการติดต่อสัมพันธ์อันซับซ้อนของบุคคล จึงเป็นการเหลือวิสัยที่จะวางหลักเกณฑ์เหล่านี้ให้เป็นการยุติธรรมได้ในทุกกรณี ความตายตัวของกฎหมายนี้อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อน และไม่เป็นธรรมขึ้นได้

2. กฎหมายมักจะเดินทางตามหลังความเปลี่ยนแปลงของสังคม เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปกฎหมายที่เคยเห็นกันว่ายุติธรรมดีกลับกลายเป็นไม่ยุติธรรมไปได้

2.12 แนวคิดหลักกฎหมายที่ดี

ประเทศที่ปกครองในระบบเสรีประชาธิปไตย ภายใต้แนวคิดอำนาจอธิปไตย เป็นของปวงชนนั้น กฎหมายที่ดีต้องเกิดจากเจตน์จำนงร่วมกันของประชาชนทั้งชาติ ซึ่งแสดงออกโดยผ่าน

---

[41]ภูริชญา วัฒนรุ่ง, **นิติศาสตร์ต้องเป็นธรรม**, (กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551), 4.

ระบบสภาผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ตามความหมายที่ว่า “กฎหมายเป็น General Will” ซึ่งเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ถือว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน(souverait populaire) และเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชน กับการเมืองภาคพลเมืองเป็นสำคัญซึ่งตรงกันข้ามกับความหมายของกฎหมายที่ว่า “กฎหมายเป็น will” กล่าวคือกฎหมายในความหมายนี้ถือเอาความต้องการของผู้ปกครองเป็นใหญ่ แม้ความต้องการนั้นจะไม่ชอบด้วยธรรมและเหตุผลก็ตาม ดังนั้นกฎหมายที่เป็น will หรือเจตนาของผู้ปกครองนั้น ส่วนใหญ่จึงเป็นกฎหมายภายใต้แนวคิดของระบอบเผด็จการ ซึ่งกฎหมายจะไม่มีความมั่นคงแน่นอน แต่จะปรับเปลี่ยนตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจสุดแท้แต่ว่าจะต้องการให้กฎหมายเป็นไปในลักษณะใด

อย่างไรก็ตามประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย มีหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า “กฎหมายที่ดี” (good law) นั้นจะต้องมี ลักษณะอยู่ 5 ประการด้วยกัน คือ

1. กฎหมายที่ดีต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป ซึ่งหมายความว่า กฎหมายนั้นต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิใช่ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น

2. กฎหมายที่ดีต้องมีความแน่นอนชัดเจน หมายความว่า กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองนั้น จะต้องบัญญัติกำหนดไว้อย่างแจ้งชัดว่า ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกคำสั่งบังคับให้บุคคลประเภทใดกระทำหรือห้ามกระทำอะไรในกรณีใดและเพื่อประโยชน์อะไร

3. กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดต่อหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะซึ่งเป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เกี่ยวกับช่วงเวลาในการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือบทบัญญัติของกฎหมายต้องไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง หมายความว่า จะต้องมีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นให้พลเมืองทราบล่วงหน้าก่อนที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับกับพลเมือง และที่สำคัญจะใช้กฎหมายนั้นบังคับกับการกระทำหรือกับเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นและได้สิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ได้มีการประกาศโฆษณากฎหมายนั้นในราชกิจจานุเบกษาไม่ได้

4. กฎหมายต้องไม่ขัดแย้งกับหลักแห่งความได้สัดส่วน ในรัฐประชาธิปไตยเสรีนิยม “หลักแห่งความได้สัดส่วน” เป็นหลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป ซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็มีค่าบังคับเท่ากับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ

กล่าวหลักการนี้โดยสรุปก็คือ ประการแรก รัฐและองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐจะใช้อำนาจของตนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น และต้องใช้มาตรการเท่าที่จำเป็น อีกทั้งยังจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับว่าคุ้มค่ากับผลกระทบที่เกิดแก่สิทธิและเสรีภาพของ

บุคคลในฐานะปัจเจกบุคคลแต่ละคนหรือไม่ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักการนี้ และจะกระทำการใด ๆ ขัดแย้งกับหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้มิได้

5. กฎหมายที่ดีต้องไม่กระทบต่อเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ หมายความว่า แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมือง หรือให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองแต่ละคน เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ก็ตาม แต่ก็หาได้มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองไม่[42]

2.13 ระบอบการปกครองแบบเผด็จการ

ความหมาย ระบอบการปกครองแบบเผด็จการ มีความหมายเป็น 2 นัย คือ

ประการแรก เป็นระบอบการปกครองชั่วคราวที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกปักรักษาระบอบการปกครองเดิมที่ต้องเผชิญกับวิกฤตการณ์ร้ายแรงในทางสังคมอันเป็นอันตรายต่อสถาบันการเมืองของประเทศ

ประการที่สอง เป็นการปกครองที่อำนาจการปกครองของรัฐบาลไม่ได้มีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน อันเป็นการเลือกตั้งที่มีลักษณะทั่วไปและบริสุทธิ์ยุติธรรม เป็นระบอบการปกครองที่ประชาชนไม่มีโอกาสถอดถอนรัฐบาล

ระบอบการปกครองแบบเผด็จการมีลักษณะสำคัญคือ ยกย่องและให้ความสำคัญกับอำนาจของรัฐ ไม่ยึดถือหลักการที่ว่าด้วยความสูงสุดของกฎหมาย มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่สำคัญของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิเสรีภาพในทางการเมือง เช่นยกเลิกพรรคการเมือง หรือมีพรรคการเมืองเดียวซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่สนับสนุนรัฐบาล อาจมีการเลือกตั้งแต่ไม่ใช่การเลือกตั้งที่แท้จริงตามความหมายของการเลือกตั้ง กล่าวคือ เป็นการเลือกตั้งที่จัดขึ้นเพื่อให้เห็นถึงความชอบธรรมแห่งอำนาจปกครอง

---

[42]ภูริชญา วัฒนรุ่ง, **นิติศาสตร์ต้องเป็นธรรม**, (กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551), 6-7.

รูปแบบการปกครองในระบอบเผด็จการ ระบอบเผด็จการมีรูปแบบการปกครองอยู่หลายรูปแบบ เช่น

1. เผด็จการปฏิวัติ ได้แก่ระบอบเผด็จการที่รัฐบาลพยายามสร้างความชอบธรรมแห่งการปกครองขึ้นมาใหม่ทั้งหมด เพื่อทดแทนความชอบธรรมแห่งอำนาจการปกครองแบบเดิม ทั้งนี้เนื่องจากรัฐบาลต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองที่มีอยู่เดิมเป็นระบอบการปกครองแบบใหม่ที่แตกต่างไปจากระบอบการปกครองเดิมชนิดหน้ามือเป็นหลังมือ[43]

2. เผด็จการแบบธรรมดา (authoritarianism) เป็นเผด็จการที่รัฐบาลได้อำนาจปกครองมาด้วยวิธีการที่ไม่ชอบธรรม คือด้วยการยึดอำนาจจากรัฐบาลที่ชอบธรรม หรือด้วยวิธีการเลือกตั้งที่ไม่บริสุทธิ์ยุติธรรม ส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นคณะทหารที่เข้ามาเป็นรัฐบาลด้วยการทำรัฐประหาร ระบอบเผด็จการแบบธรรมดามีลักษณะที่สำคัญคือ คณะบุคคลที่เป็นรัฐบาลจะผูกขาดอำนาจเฉพาะไว้ในกลุ่มและกีดกันประชาชนไม่ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจ และมีการปกครองโดยไม่ยึดหลักความสูงสุดของกฎหมาย เผด็จการในรูปแบบนี้มักจะยินยอมให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพที่ไม่ขัดขวางต่อการรักษาอำนาจปกครองของรัฐบาลหรือไม่เป็นอันตรายต่ออำนาจปกครองของรัฐบาล เช่นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ส่วนสิทธิเสรีภาพในทางการเมืองอาจยินยอมได้บ้างเป็นบางประการ[44]

3. เผด็จการแบบเบ็ดเสร็จ (totalitarianism) เป็นระบอบเผด็จการที่มีลักษณะเช่นเดียวกับระบอบเผด็จการแบบธรรมดากล่าวคือรัฐบาลไม่ได้มาจากความยินยอมของประชาชน และมีการผูกขาดอำนาจในทางการเมืองไว้เฉพาะภายในกลุ่มเท่านั้น แต่มีลักษณะเพิ่มเติมที่สำคัญคือ มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าระบอบเผด็จการแบบธรรมดา กล่าวคือนอกจากจะมีการจำกัดสิทธิในทางการเมืองของประชาชนแล้วยังมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชนอีกด้วย[45]

4. เผด็จการทหาร เป็นการปกครองที่แพร่หลายที่สุดในบรรดาประเทศที่มีการปกครองในระบอบเผด็จการ อาจกล่าวได้ว่าเป็นระบอบการปกครองที่มีอยู่ทั่วไปในประเทศด้อยพัฒนา ทั้งนี้เนื่องจากว่าในประเทศด้อยพัฒนานั้น กองทัพเป็นเพียงองค์กรเดียวของรัฐที่มีความมั่นคง มีระเบียบในการจัดการองค์กรที่ดีที่สุด ในขณะที่สถาบันการเมืองอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา พรรคการเมือง

---

[43]Duverger, M., **Institutions politiques et droit constitutionnel**, (Paris, P.U.F., 1975), 379-384.

[44]จรูญ สุภาพ, **หลักรัฐศาสตร์**, (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2514), 253. และ ณรงค์ สินสวัสดิ์, **สังคมกับการปกครอง**, (กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา, 2521), 33.

[45]เรื่องเดียวกัน, 55.

ล้วนแต่อ่อนแอทั้งสิ้น ซึ่งระบอบเผด็จการทหารนี้อาจแบ่งได้เป็นสองลักษณะด้วยกันคือเผด็จการทหารที่แท้จริง และเผด็จการที่ทหารอยู่เบื้องหลัง กล่าวคือเผด็จการทหารที่แท้จริงคือระบอบการปกครองที่ทหารเข้ามาใช้อำนาจปกครองโดยตรง ส่วนเผด็จการที่ทหารอยู่เบื้องหลัง ก็คือระบอบการปกครองที่หารไม่ได้เข้ามาใช้อำนาปกครองโดยตรง แต่ทหารมีบทบาทที่สำคัญในทางการเมืองการปกครองประเทศซึ่งรวมถึงกรณีที่กองทัพเข้ามาแทรกแซงการเมืองของประเทศ เช่น การให้การสนับสนุนพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง หรือการขับไล่รัฐบาลใดรัฐบาลหนึ่งไม่ให้อยู่ในอำนาจ หรือขัดขวางคณะบุคคลใดบุคคลหนึ่งขึ้นสู่อำนาจ กล่าวคือเมื่อไม่พอใจรัฐบาลใดก็อาจใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลดังกล่าวเสีย แต่กองทัพไม่ได้ยึดอำนาจปกครองเพื่อเป็นรัฐบาลเสียเอง กองทัพคงปล่อยให้พรรคการเมืองหรือคณะบุคคลพลเรือนที่กองทัพสนับสนุนให้ทำหน้าที่ปกครองประเทศต่อไป ซึ่งการแทรกแซงในที่นี้อาจกระทำก่อนหน้าที่จะมีการเลือกตั้งทั่วไป ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้พรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งได้รับชัยชนะ หรืออาจกระทำภายหลังที่มีการเลือกตั้งทั่วไปแล้ว ทั้งนี้เพื่อป้องกันหรือขัดขวางมิให้บุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามามีอำนาจปกครองประเทศ[46]

2.14 ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย

การปกครองแบบประชาธิปไตย (democracy) เกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อประมาณ 500 ปีก่อนคริสตกาลที่นครเอเธนส์ นครรัฐของกรีกโบราณ การปกครองดังกล่าวเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง กล่าวคือประชาชนทั้งหมดของนครรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองนครรัฐโดยตรง ด้วยการประชุมร่วมกันพิจารณาปัญหาต่างๆของนครรัฐ และเลือกเจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานของนครรัฐ ประชาชนจะผลัดเปลี่ยนกันเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองและการบริหารต่าง ๆ[47]

วิสุทธิ์ โพธิ์แท่น ให้ความหมายของการปกครองแบบประชาธิปไตยว่าเป็นระบอบการเมืองการปกครองที่มีรัฐบาลรับผิดชอบและสนองตอบต่อความต้องการของประชาชน รัฐบาลนี้ประกอบด้วยบุคคลอันเป็นตัวแทนของประชาชน ที่ประชาชนให้ความยินยอมเห็นชอบ โดยผ่าน

---

[46]วีระ โลจายะ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2517), 49-61.

[47]วิสุทธิ์ โพธิ์แท่น, **ประชาธิปไตย: แนวความคิดและตัวแบบประเทศประชาธิปไตยในอุดมคติ**, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), 20-21.

กระบวนการเลือกตั้งที่แท้จริง และเป็นไปอย่างเสรี ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน อีกทั้งยึดหลักความเสมอภาคและทั่วถึงในการเลือกตั้ง นอกจากนี้รัฐบาลยังเป็นรัฐบาลที่ปกครองโดยยึดหลักนิติธรรม อันกำหนดถึงสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และความยุติธรรมในหมู่ประชาชน ดำเนินการปกครองโดยยึดหลักเสียงข้างมากที่เคารพสิทธิฝ่ายข้างน้อย และกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินงานตลอดจนการสืบทอดตำแหน่งที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความยินยอมพร้อมใจของประชาชนตามหลักอำนาจของปวงชน[48]

พงศ์เพ็ญ สกุนตาภัย อธิบายว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยมีหลักการสำคัญ 4 ประการด้วยกัน คือ

1. หลักอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน
2. หลักสิทธิและเสรีภาพต่างๆ
3. หลักความสูงสุดของกฎหมาย
4. หลักเสียงข้างมาก

รูปแบบของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยหรืออีกนัยหนึ่งเรียกว่า “ประชาธิปไตยเสรีนิยม” นั้น มีความหมายตามนัยทางการเมืองการปกครองคือ เป็นระบบการเมืองการปกครองที่สถาบันการเมืองอาศัยสิ่งต่างๆดังต่อไปนี้เป็นหลักการขั้นมูลฐาน กล่าวคืออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน มีการเลือกตั้งผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน มีรัฐสภา มีผู้พิพากษาที่เป็นอิสระ ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐาน มีระบบพรรคการเมืองแบบพหุนิยม

ประธานาธิบดี ลินคอล์นของสหรัฐอเมริกา กล่าวว่าประชาธิปไตยได้แก่ “การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน”

หลักการของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยตามแนวคิดของประธานาธิบดีลินคอล์น อาจสรุปได้ 2 หลักการด้วยกันคือ

1. หลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน กล่าวคือการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นผู้ปกครองหรือรัฐบาลต้องมาจากความยินยอมของประชาชน ทั้งนี้ด้วยการที่ประชาชนเลือกตั้งผู้แทนไปทำหน้าที่นิติบัญญัติหรือทำหน้าที่บริหาร รัฐบาลในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยจึงต้องประกอบไปด้วยบุคคลอันเป็นตัวแทนของประชาชนที่ประชาชนให้ความยินยอมเห็นชอบ โดยผ่านกระบวนการเลือกตั้งที่แท้จริง และเป็นไปอย่างเสรี มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน อีกทั้งยึดหลักความเสมอภาคและทั่วถึงในการเลือกตั้ง

---

[48]วิสุทธิ์ โพธิ์แท่น, **ประชาธิปไตย: แนวความคิดและตัวแบบประเทศประชาธิปไตยในอุดมคติ,** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), 20-21.

2. หลักการว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นระบอบที่เน้นหรือยึดถือหลักการในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญ ประชาชนต้องมีสิทธิเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ ตามแนวคิดที่ว่า "รัฐบาล....เพื่อประชาชน" มีการรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามแนวคิดหลักรัฐธรรมนูญนิยมหลักเกณฑ์ของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยของนักวิชาการดังกล่าวมาข้างต้นนั้นถึงแม้จะมีข้อแตกต่างกันอยู่บ้าง

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ระบอบการปกครองที่มีหลักการเพียงว่ารัฐบาลมาจากความยินยอมของประชาชน (การเลือกตั้ง) แล้วรัฐบาลดำเนินการปกครองอย่างอิสระเสรี โดยที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการปกครองแต่อย่างใดนั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการที่ประชาชนไปใช้สิทธิเลือกตั้งผู้แทนทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งยังไม่เป็นการเพียงพอต่อการเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชน ดังนั้นการที่จะให้ระบอบประชาธิปไตยสมบูรณ์ได้ต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงด้วย เช่นการร่วมจัดทำรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญ การเสนอกฎหมายที่สำคัญต่าง ๆ เป็นต้น

บทที่ 3

กฎเกณฑ์ ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 และ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5/2550 ข้อ 13

3.1 การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในประเทศไทย

3.1.1 การบังคับใช้ย้อนหลังในทางกฎหมายอาญา

ประเทศไทยเริ่มมีการบัญญัติ “หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.2452 ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไว้ใน มาตรา 7 ว่า “บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ต่อมาก็ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 19 บัญญัติว่า “การตราพระราชบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเป็นการลงโทษบุคคลในทางอาญานั้น จะทำมิได้” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2492 มาตรา 29 บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลานั้น บัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้น จะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลากระทำความผิดมิได้” และมาตรา 67 บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันว่า “การตราพระราชบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเป็นการลงโทษบุคคลในทางอาญาหรือลงโทษบุคคลหนักขึ้นกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำความผิด จะกระทำมิได้” ซึ่งในทางกฎหมายอาญานั้นหลักเกณฑ์เบื้องต้นอันถือเป็นหลักทั่วไปที่สำคัญอันหนึ่งก็คือ “ถ้าไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ” กล่าวคือ จะตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษมิได้ หลักนี้เมื่อกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ถูกยกเลิกไป ก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย นอกจากบัญญัติไว้ใน

มาตรา 2 แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับตั้งแต่ฉบับปี 2492 เป็นต้นมาก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์นี้ไว้เช่นกัน คือ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495 มาตรา 67 บัญญัติว่า "การตราพระราชบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเป็นการลงโทษบุคคลในทางอาญาหรือลงโทษบุคคลหนักขึ้นกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำความผิด จะกระทำมิได้"

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2492 มาตรา 29 บัญญัติว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511 มาตรา 27 บัญญัติว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่เวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2517 มาตรา 31 บัญญัติว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่เวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 32 บัญญัติว่าว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รับรองหลักกฎหมาย "ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด" และ "ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมายกำหนด" โดยมีบัญญัติในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา 39 ...ว่า "บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในประเทศไทยที่ผ่านมา สามารถแบ่งตามประเภทขององค์กรที่ใช้อำนาจตามระบบประชาธิปไตย 3 องค์กรหลัก คือการบังคับใช้โดยฝ่ายบริหารการบังคับใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ และการบังคับใช้โดยฝ่ายตุลาการ

แนวคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 3342/2534 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ.2522 ในส่วนที่บัญญัติถึงการรื้อถอนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาคารที่สร้างขึ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมายนั้น เป็นวิธีการบังคับคดีในส่วนแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ หลักกฎหมายที่ว่า “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” นั้น ไม่ใช้ในกรณีที่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ

คำพิพากษาคดีอาชญากรสงครามที่ 1/2489 ว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 นั้น ได้บัญญัติให้การกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรสงครามไม่ว่าจะกระทำกันก่อนหรือหลังวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับจะต้องได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ทั้งสิ้น ดังนั้นพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่บัญญัติให้กระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นความผิดและมีโทษนั้นเป็น “กฎหมายย้อนหลัง” เพื่อลงโทษบุคคลขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นการทำลายหลักประกันตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 เพราะฉะนั้นจึงเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ แต่ส่วนที่บัญญัติว่าการกระทำหลังจากใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นอันใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์

3.1.2 การบังคับใช้ย้อนหลังในทางกฎหมายแพ่ง

กฎหมายแพ่งนั้น มีหลักทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับกันว่ามิให้ใช้กฎหมายใหม่บังคับแก่การใด ๆ อันได้ล่วงมาแล้วเพราะกฎหมายแพ่งถือหลักเรื่องการแสดงเจตนาเปรียบดั่งกฎหมายหรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ที่ให้ความสำคัญของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ฉะนั้นกฎหมายใหม่จึงไม่ประสงค์เข้าไปเกี่ยวข้องแก้ไขข้อตกลงใด ๆ ซึ่งคู่กรณีได้ทำกันไว้ก่อนกฎหมายใหม่ ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ว่า “กฎหมายใหม่ย่อมไม่กระทบกระเทือนหรือลบล้างสิทธิ ซึ่งบุคคลมีอยู่ก่อนแล้ว” ตามหลักเรื่องสิทธิที่ได้มาโดยชอบธรรม (iura quaesita) ดังนั้น กฎหมายแพ่งมีผลย้อนหลังหรือไม่จะต้องพิจารณาว่า กฎหมายนั้นกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายก่อน ๆ หรือมีผลเป็นการก่อให้เกิดหนี้ใหม่ หรือวางหน้าที่ขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในนิติกรรมซึ่งได้กระทำกันไว้ก่อนกฎหมายฉบับใหม่หรือไม่ หากกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ห้ามมีผลย้อนหลัง แต่หลักนี้ก็มีข้อยกเว้นที่ยอมรับให้มีผลย้อนหลังในทางแพ่งได้เช่นเดียวกัน คือ

1. กฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมิใช่กฎหมายอาญา กล่าวคือ แม้จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับทางแพ่ง แต่ถ้ากฎหมายใหม่ที่กล่าวถึงเรื่องในคดีนั้นเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายนั้น ย่อมมีผลบังคับย้อนหลังได้ทันที เช่น กฎหมายเกี่ยวด้วยการปกครอง การเงิน การภาษี ฯลฯ

2. กฎหมายที่ออกมาเพื่อตีความกฎหมายอื่นสามารถใช้บังคับได้ทันที กล่าวคือมีกฎหมายเดิมอยู่แล้วแต่มีบางข้อความไม่ชัดเจน คลุมเครือ จึงออกกฎหมายใหม่มาเพื่อแปลข้อความหรืออธิบายกฎหมายฉบับเก่าให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งถือว่าไม่ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ เพียงแต่บัญญัติขึ้นเพื่ออธิบายกฎหมายเก่าเท่านั้น จึงต้องใช้บังคับอย่างเดียวกันกับกฎหมายเก่า เช่นในปี 2545 รัฐสภาฝรั่งเศสออกกฎหมายฉบับหนึ่งขึ้นต่อมามีปัญหาในการตีความ ปี 2546 รัฐจึงออกกฎหมายมาเพื่ออธิบายและช่วยในการตีความกฎหมายฉบับแรกโดยให้กฎหมายฉบับหลังใช้ตั้งแต่วันที่กฎหมายฉบับแรกเริ่มบังคับใช้ คือตั้งแต่ปี 2545 เป็นต้นไป

3. กฎหมายที่เกี่ยวด้วยธรรมนูญศาลและวิธีพิจารณาย่อมใช้บังคับทันที กล่าวคือใช้บังคับแก่คดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณาในขณะนั้น

โดยหลักทั่วไปแล้วกฎหมายแพ่งย่อมไม่มีผลย้อนหลัง เว้นไว้แต่จะระบุไว้ชัดแจ้งในกฎหมายใหม่นั้นเองว่าให้มีผลย้อนหลัง หลักที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นหลักที่ใช้อยู่ในประเทศไทยตั้งแต่ใช้ประมวลกฎหมายมา กล่าวคือ ทางราชการไม่มีนโยบายที่จะให้สัญญาซึ่งทำขึ้นถูกต้องตามกฎหมายที่ใช้อยู่ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนั้น ต้องถูกแก้ไขเพื่อให้ต้องตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย อนึ่ง ไม่เคยมีคำพิพากษาของศาลใดเลยว่า สัญญาที่ได้ทำขึ้นก่อนใช้ประมวลกฎหมาย แต่ไม่แก้ไขให้ถูกต้องตามแบบประมวลกฎหมายเป็นโมฆะ จริงอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติว่าสิทธิซึ่งเกิดขึ้นแก่คู่สัญญาตามสัญญาที่ได้ทำขึ้นก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีผลใช้บังคับได้ แต่ว่าเรื่องสัญญาเช่นว่านี้ก็ต้องอยู่ในหลักเรื่องกฎหมายย่อมไม่มีผลย้อนหลังเช่นเรื่องอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

กรณีกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้แจ้งมาว่า ในจังหวัดภูเก็ต บริษัทสเตรดเตรดิง จำกัด ได้ทำสัญญาเช่าที่ดินกับเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยโดยได้รับพระบรมราชานุญาตเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2448 มีกำหนดเวลาเช่า 100 ปี นับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2448 เป็นต้นไป แต่มิได้จดทะเบียนสัญญาเช่าต่อเจ้าพนักงานที่ดิน

คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้พิจารณาเรื่องสัญญาเช่าที่ดินมีกำหนด 100 ปี ซึ่งได้ทำขึ้นไว้ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับซึ่งตราขึ้นเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2466 และฉบับ ซึ่งได้ตราขึ้นเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2468 กำหนดว่า สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ต้องอยู่ภายในบังคับแห่งเงื่อนไขสองประการ คือ

1. มาตรา 538 การเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่า 3 ปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไซร้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี

2. มาตรา 540 อันอสังหาริมทรัพย์ ท่านห้ามมิให้เช่ากันเป็นกำหนดเวลาเกินกว่าสามสิบปีถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้นท่านก็ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปีอนึ่งกำหนดเวลาเช่าดังกล่าวมานี้ เมื่อสิ้นลงแล้วจะต่อสัญญาอีกก็ได้แต่ต้องอย่าให้เกินสามสิบปีนับแต่วันต่อสัญญา

พิจารณาจากข้อกฎหมายย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดแล้วว่า สัญญาเช่ารายนี้ขัดต่อบทบัญญัติในมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ.127 และขัดต่อบทบัญญัติในมาตรา 538, 540 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะว่าแม้จะได้ทำสัญญาเช่าเป็นหนังสือ แต่ก็มิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และกำหนดเวลาเช่าก็เกินกว่า 30 ปี คือ เกินกว่า 30 ปีถึงสองเท่า ด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่จังหวัดภูเก็ตจึงเห็นว่า แม้สัญญารายนี้จะสมบูรณ์และได้ทำกันถูกต้องตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้ทำสัญญานั้นก็ดี ก็ควรจะเปลี่ยนแปลงสัญญาเช่านี้เสียใหม่ เพื่อให้เป็นไปโดยถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้ง ๆ ที่เจ้าหน้าที่จังหวัดกล่าวว่า ให้สัญญาใหม่นี้มีข้อตกลงเหมือนสัญญาเดิมทุกประการ (ข้อความที่กล่าวนี้ยากที่จะปฏิบัติได้ ถ้าหากจะต้องนำมาตรา 540 มาใช้)

กรมคลังมีความเห็นพ้องด้วยว่า สัญญาเช่าที่ทำกันไว้เดิมนั้นสมบูรณ์ตามกฎหมายและไม่ถูกกระทบโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่กรมคลังเห็นว่า เมื่อจังหวัดเห็นไม่ควรแก้ไขข้อตกลงในสัญญาเช่านั้นแล้ว ก็ไม่จำเป็นจะต้องเปลี่ยนแปลงสัญญาเช่านั้นใหม่ กระทรวงการคลังจึงขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยปัญหาเรื่องกฎหมายมีผลย้อนหลัง คือ จะนำบทบัญญัติในมาตรา 538 และ มาตรา 540 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาบังคับในเรื่องสัญญาที่ได้ทำกันขึ้นก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนั้นได้หรือไม่

แนวคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 871/2478 เรื่องทรัสต์ ศาลฎีกาก็ได้ตีความว่า แม้ว่าทรัสต์จะก่อตั้งไม่ได้อีกต่อไปในประเทศสยามก็ดี ศาลฎีกาก็รับว่าทรัสต์ ซึ่งก่อตั้งก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มีผลใช้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 991/2501 สามีภริยาก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 การขาดจากการสมรสเมื่อใช้บรรพ 5 แล้ว ต้องบังคับตามบทบรรพ 5 ซึ่งตามบรรพ 5 แม้สามีภริยาร้างกัน จนภริยามีบุตรกับชายอื่น ก็ยังไม่ขาดจากการสมรส ทรัพย์สินที่สามีก่อนบรรพ 5 ได้มาระหว่างร้างกัน ไม่เป็นสินสมรส

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2501 ลูกหนี้ค้างชำระราคาซื้อที่ดิน จึงขายฝากที่ดินอีกแปลงหนึ่งให้แทน แต่ในที่สุดก็ไม่ได้โอนทะเบียน โดยประมวลกฎหมายที่ดินออกใช้ภายหลัง ห้ามมีที่ดินเกินจำนวน ดังนี้การแปลงหนี้ใหม่ก็ไม่ทำให้หนี้เดิมระงับไป ลูกหนี้จะต้องชำระราคาที่ดินที่ค้างอยู่ตามเดิม

3.2 การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในต่างประเทศ

3.2.1 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law)

3.2.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาจัดเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มคอมมอนลอว์ เดิมมิได้บัญญัติหลักห้ามย้อนหลังเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในกฎหมาย แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการออกกฎหมายบังคับใช้ย้อนหลังนั้นเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ในสังคมอเมริกา ต่อมาเมื่อปี ค.ศ.1774 หลักกฎหมายนี้ก็ได้มีการประกาศรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ว่า “ห้ามออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง” ซึ่งตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษว่า ex post facto law โดยระบุไว้ใน มาตรา 1 (9) ว่า “รัฐสภาแห่งรัฐบาลกลางของสหรัฐจะออกกฎหมายมาย้อนหลังในทางที่เป็นการลงโทษแก่บุคคลไม่ได้” และในลักษณะเช่นเดียวกัน มาตรา 1 (10) ก็ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “มลรัฐต่าง ๆ จะออกกฎหมายมาย้อนหลังในทางที่เป็นโทษไม่ได้” ซึ่งสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกของโลกที่ยอมรับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง และได้มีการนำไปบัญญัติลงไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งทำให้ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาตีความว่ากฎหมายที่จะเข้าข่ายเป็นกฎหมายย้อนหลังหรือ ex post facto law นั้นจะนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายไม่ได้ นั่นก็หมายความว่ากฎหมายที่เข้าข่ายประเภทดังต่อไปนี้[49]

---

[49]จิตติ ติงศภัทย์, อมร จันทรสมบูรณ์, และวิษณุ เครืองาม “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” **วารสารกฎหมาย** (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2520), 209.

1. กฎหมายจะบังคับใช้ย้อนหลังไปลงโทษแก่บุคคลในทางอาญาไม่ได้ หากก่อนการกระทำความผิดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด

2. กฎหมายหมายจะบังคับใช้ย้อนหลังไปเพิ่มโทษให้หนักขึ้นไม่ได้

3. กฎหมายที่ตราออกมาใหม่ทีหลัง จะเปลี่ยนแปลงประเภทของโทษให้หนักขึ้นกว่าเดิมไม่ได้

4. กฎหมายจะออกมาเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายลักษณะพยานไม่ได้ เว้นแต่จะออกมาเป็นคุณแก่บุคคลนั้น

3.2.1.2 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรการตรากฎหมายต่างๆขึ้นอยู่กับรัฐสภาผู้ซึ่งมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย ดังนั้นรัฐสภาจะตรากฎหมายออกมาอย่างไร ประการใดก็ย่อมทำได้ หรือจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ อย่างไร จะเป็นคุณ หรือ เป็นโทษแก่บุคคลก็ย่อมทำได้ทั้งสิ้น ซึ่งหลักการห้ามย้อนหลังในประเทศอังกฤษนั้นไม่ปรากฏแน่ชัดว่ามีการยอมรับกันมากน้อยแค่ไหน อย่างไร แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าชาวอังกฤษนั้นยึดถือ “หลักนิติธรรม” เป็นเสมือนสัญลักษณ์หรือสมบัติประจำชาติของตน ซึ่งหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังก็มีที่มาจากหลักนิติธรรมนั่นเอง ดังนั้นก็พอจะสรุปได้ว่าอังกฤษก็มีการยอมรับ และยึดถือหลักห้ามย้อนหลังเช่นกัน เพียงแต่อาจจะไม่เคร่งครัดเท่าไหร่นัก ทั้งนี้เพื่อผดุงความยุติธรรมให้สังคม แต่อย่างไรก็ตามศาล common law ก็ได้สร้างหลักกฎหมายนี้ขึ้นมาใช้ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statvte) ที่รัฐสภาตราออกมาว่าไม่ให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งถือเป็นหลักในการพิจารณากรณีทั่วๆไป แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณี-ที่กฎหมายนั้นปรากฏอย่างชัดเจนว่า รัฐสภาต้องการให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับย้อนหลัง ศาลจึงจะสามารถตีความกฎหมายนั้นให้มีผลย้อนหลังได้[50]

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าตามประวัติศาสตร์ของอังกฤษหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักที่ยังไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แม้นดูเหมือนว่าจะมีการถือปฏิบัติตามประเพณีกันมาภายใต้ “หลักนิติธรรม” ต่อมาหลักนี้ได้เริ่มปรากฏชัดเป็นลายลักษณ์อักษรในสมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 1 จากการประกาศใช้กฎบัตรแห่งกระเจ้าเฮนรี่ที่ 1 (The Charter of henry the first) และได้มีการกล่าวย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญ คลาเรนดอน (Clarandon) ที่ได้ประกาศใช้ในสมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 1 ทั้งนี้เนื่องจากรัฐธรรมนูญคลาเรนดอน ซึ่งได้ประกาศใช้นั้นได้ให้อภิสิทธิ์และสิทธิต่าง ๆ แก่บรรดา

---

[50]วิชัย เติมรัตนศิริกุล, **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักการห้ามย้อนหลัง** (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), 50.

ข้าราชบริพานในราชสำนักมากมาย ซึ่งมิได้บัญญัติลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรต่อมาเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน คศ.1204 พวกบารอนจึงได้หันมาจับอาวุธขึ้นต่อสู้ประกาศไม่จงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้เพื่อบังคับให้มีการชำระข้อข้องใจต่าง ๆ และได้เสนอให้บัญญัติกฎหมายอันเป็นการยืนยันถึงสิทธิของราษฎรในเรื่องต่าง ๆ ไว้โดยละเอียด โดยเฉพาะในแมกนาคาร์ต้า ฉบับ ค.ศ.1225 ที่บัญญัติว่าห้ามการลงโทษโดยไม่มีการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม ซึ่ง Magnacarta ของอังกฤษนั้นถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนไว้โดยมีสาระสำคัญว่า “บุคคลใดจะถูกจับกุม คุมขังริบทรัพย์ เนรเทศ ประกาศว่าเป็นคนนอกกฎหมาย หรือถูกลงโทษไม่ว่าโดยวิธีการใด หาได้ไม่ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาอันเที่ยงธรรมจากบุคคลชั้นเดียวกับเขาและตามกฎหมายบ้านเมือง” ซึ่ง Magnacarta นั้นถือเป็นสัญลักษณ์อันยิ่งใหญ่แห่งอำนาจทางการเมืองในด้านสังคมที่ได้กำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของหลัก “นิติธรรม” ในอังกฤษเพียงแต่การตราหลักกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น เป็นเพียงการวางวีป้องกันและหลักวิธีพิจารณาไว้ ซึ่งก็ต่อมาหลักกฎหมายนี้ก็ได้วางหลักต่าง ๆ ในกฎหมายอาญาทางสารบัญญัติ[51]

ในประเทศอังกฤษ กฎหมายอังกฤษมีข้อสันนิษฐานว่า พระราชบัญญัติทุก ๆ ฉบับ ซึ่งมีบทบัญญัติว่าด้วยการก่อตั้งหนี้ขึ้นใหม่ก็ดี กำหนดหน้าที่ขึ้นใหม่ก็ดี หรือบัญญัติข้อความว่าด้วยความไม่สามารถที่จะทำกิจการ หรือส่งสินจ้างซึ่งได้กระทำไปแล้วขึ้นใหม่ก็ดี หรือกระทบถึงสัญญาที่มีอยู่แล้วก็ดี ย่อมไม่มีผลย้อนหลัง ในเบื้องต้นจะต้องถือว่า พระราชบัญญัติใหม่ใช้บังคับกับแต่เรื่อง ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อใช้พระราชบัญญัตินั้นแล้ว กฎหมายใหม่ไม่กระทบสิทธิซึ่งผู้หนึ่งผู้ใดมีอยู่ก่อนแล้ว เว้นไว้แต่กฎหมายนั้น ๆ เองจะได้บัญญัติไว้ ย่อมจะต้องเข้าใจว่า ถ้าพระราชบัญญัติใหม่ตั้งใจจะให้มีผลย้อนหลัง ก็จะปรากฏ (โดยปริยาย) จากความมุ่งหมายแห่งพระราชบัญญัติใหม่นั้นเองในคดีระหว่าง Quilter และ Mapleton เราจะพบถ้อยคำ (Yessel M.B.) ว่า “ปัญหาที่ว่ากฎหมายใดซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาจะมีผลย้อนหลังหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเอง และจะต้องระลึกว่าการตีความในพระราชบัญญัติใด ๆ ไม่ควรจะตีความให้มีผลย้อนหลัง เว้นไว้แต่จะปรากฏอย่างชัดแจ้งว่า เป็นเจตนาของผู้ร่างที่จะให้มีผลย้อนหลัง”

---

[51]วิชัย เติมรัตนศิริกุล, **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักการห้ามย้อนหลัง** (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), 50. และ ประภาพรรณ อุดมจรรยา, **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง** (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), 66.

3.2.2 กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซิวิลลอว์ (civil law)

3.2.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในทวีปยุโรป อาจกล่าวได้ว่าประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นประเทศแรกที่นำหลัก “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” (le principe de non retroactivite des lois) มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ได้เริ่มมีความเคลื่อนไหวในการทำกฎหมายเป็นรูปประมวลกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคทางความคิดด้านกฎหมายนั่นก็คือเกิดหลัก “ไม่มีโทษ ไม่มีกฎหมาย” ขึ้น (Nulla Poena) ซึ่งก็แสดงให้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายทางสบัญญัติของข้อห้ามดังกล่าวนี้ได้ก้าวล่วงเข้าสู่วงการกฎหมายอาญาในภาคพื้นทวีปยุโรปแล้ว นอกจากนี้หลักกฎหมายดังกล่าวยังมีการบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลและของพลเมือง ค.ศ. 1789 มาตรา 8 ว่า “กฎหมายจะต้องบัญญัติสภาพบังคับ เฉพาะในกรณีที่จำเป็นอย่างแท้จริง และไม่มีบุคคลใดที่จะถูกลงโทษเพื่อการกระทำอื่นใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ก่อนที่การกระทำเช่นนั้นจะเกิดขึ้น และได้มีการใช้กฎหมายนั้นบังคับโดยชอบธรรมแล้ว” ซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับรองบทบัญญัติในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เป็น “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” หรือ “หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่มีค่าเสมอรัฐธรรมนูญ” นอกจากนี้รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1795 ก็เคยบัญญัติจำกัดอำนาจของสภานิติบัญญัติไว้มิให้ออกกฎหมายย้อนหลัง ทั้งทางแพ่งและทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายนี้พึ่งปรากฏในร่างของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสครั้งแรกในปี ค.ศ.1790 และก็กลายมาเป็นประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสในเวลาต่อมาโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “ความผิดลหุโทษ ความผิดมัธยโทษ และความผิดอุกฤษโทษ จะถูกลงโทษซึ่งมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนที่จะกระทำความผิดนั้นๆไม่ได้” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวนี้ต่อมาได้ถูกเผยแพร่ไปยังทั่วยุโรปตะวันออก ยุโรปตะวันตก และกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย ซึ่งก็กลายเป็นแม่แบบของประมวลกฎหมายอาญาของเกือบทุกประเทศในภาคพื้นยุโรป

ประเทศฝรั่งเศส มีการบัญญัติหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (non-rétroactivité) ไว้ในมาตรา 111-3 แห่งประมวลกฎหมายอาญาประกอบกับมาตรา 112-1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยนำมาบังคับใช้อย่างเคร่งครัดในประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือห้ามบังคับใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลังที่เป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ยังมีสุภาษิตกฎหมายบัญญัติว่า ไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ Nulla crimen sine lege และ Nulla poena sine lege หรือ No crime no punishment with out law ซึ่งเป็นการยืนยันว่า ถ้าในขณะกระทำความผิดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดผู้กระทำความผิดก็ไม่มีความผิด และจะลงโทษไม่ได้ นอกจากนี้ในทางกฎหมายแพ่งนั้นมาตรา 2 แห่ง

ประมวลกฎหมายแพ่ง ของฝรั่งเศส ก็ได้บัญญัติหลักนี้ไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้ก็มีข้อยกเว้นของหลักดังกล่าว เช่น ผู้ออกกฎหมายอาจระบุให้กฎหมายมีผลย้อนหลังได้ด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งตามที่กฎหมายให้อำนาจให้ทำได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยอุบัติเหตุการจราจร (loi du 11 juillet 1985 relative aux accidents de circulation) นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่กฎหมายมีผลย้อนกลับไปก่อนวันประกาศใช้บังคับอื่น ๆ อีกหลายกรณี เช่น กฎหมายที่ออกมาเพื่อการตีความกฎหมายที่ได้ออกมาก่อนแล้ว เช่น ปี 2545 รัฐออกกฎหมาย (ก) ต่อมามีปัญหาในการตีความ ปี 2546 รัฐจึงออกกฎหมาย (ข) (หรือ loi d'interprétation) มาเพื่ออธิบาย และช่วยในการตีความกฎหมาย (ก) กฎหมาย (ข.) จะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่กฎหมายที่กฎหมาย (ก) เริ่มบังคับใช้ คือตั้งแต่ปี 2545 ตามปกติแล้ว กฎหมายจะมีผลบังคับใช้ทันที (effet immédiat) หลังจากที่ประกาศใช้ (promulgation) และตีพิมพ์ในรัฐกิจจานุเบกษา (journal officiel) แล้ว 1 วัน (un jour franc) เช่น กฎหมายตีพิมพ์ วันที่ 15 ตุลาคม จะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 17 ตุลาคม เป็นต้น อย่างไรก็ดี การกำหนดให้กฎหมายมีผลบังคับใช้อาจกำหนดให้มีผลบังคับใช้ในอนาคต ตั้งแต่วันที่นั้น ๆเป็นต้นไปก็ได้

ในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายฝรั่งเศสยอมรับกันว่ากิจการใด ๆ ที่ทำขึ้นก่อนวันใช้กฎหมายใหม่ และได้ทำขึ้นสมบูรณ์ตามกฎหมายเก่า ย่อมจะสมบูรณ์อยู่ตลอดไป ซึ่งเรียกหลักเกณฑ์นี้ว่า “หลักว่าด้วยกฎหมายเก่ายังมีผลใช้บังคับอยู่” (principle of survival of the old law) ตัวอย่างที่ทราบกันอยู่ทั่วไปก็คือเรื่องสัญญาก่อนแต่งงานระหว่างสามีภริยาที่ทำขึ้นตามประมวลกฎหมายซาดิเนียนที่เมืองซาวอย ต่อมาเมืองซาวอย ตกมาเป็นของประเทศฝรั่งเศส และได้ใช้ประมวลกฎหมายนโปเลียน แต่ศาลฝรั่งเศสก็ได้ตัดสินว่าสัญญาก่อนแต่งงาน ซึ่งได้ทำขึ้นที่เมืองซาวอย ก่อนเมืองซาวอย ตกมาเป็นของฝรั่งเศสนั้นสมบูรณ์

รูบิเอร์ กล่าวไว้ว่า “เมื่อพูดกันว่าสัญญาเช่าก็ดี หรือสัญญาเข้าหุ้นส่วนก็ดี ซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ให้มีอายุเท่านั้นเท่านี้ปี ข้อตกลงดังนั้นเป็นสิทธิและหน้าที่ในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะต้องเคารพแก่กัน และเป็นการแน่นอนว่ากฎหมายใหม่จะเปลี่ยนแปลงข้อตกลงของคู่สัญญานั้นไม่ได้ เว้นแต่กฎหมายใหม่จะบัญญัติว่าให้มีผลย้อนหลัง ตัวอย่างเช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 815 บัญญัติห้ามการทำสัญญาว่าจะไม่แบ่งทรัพย์ในระหว่างกันเกินกว่า 5 ปี กฎหมายมาตรานี้จะนำมาใช้แก่สัญญาที่ได้ทำขึ้นก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายนั้นไม่ได้....”

3.2.3 กลุ่มประเทศสังคมนิยม

กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในกลุ่มของประเทศสังคมนิยม หรือค่ายคอมมิวนิสต์นั้นเป็นกฎหมายที่จัดอยู่ในระบบประมวลกฎหมาย โดยมีสหภาพโซเวียตรัสเซียและประเทศจีนเป็นแม่แบบของประเทศอื่น ๆ ในค่ายนี้ สำหรับแนวความคิดเรื่องหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนั้น

นักนิติศาสตร์ฝ่ายสังคมนิยมมีความเห็นว่า สังคมมีความจำเป็นจะต้องพัฒนา และกฎหมายที่ได้บัญญัติหรือตราขึ้นใหม่ย่อมสันนิษฐานได้ว่าเป็นกฎหมายที่ดีกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิม เป็นกฎหมายซึ่งเป็นธรรมต่อสังคมและเหมาะสมกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว ดังนั้นจึงควรให้กฎหมายที่ได้บัญญัติหรือตราขึ้นภายหลังมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้ แต่ทั้งนี้ก็ยังคำนึงถึงหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังอยู่เช่น มิฉะนั้นแล้วสังคมก็ขาดความชัดเจน แน่นนอน ตัวอย่างที่เห็นชัดเจนในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังก็คือกฎหมายอาญาของเยอรมันในยุคนาซี ฉบับลงวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2478 ยึดถือหลักที่ว่า “ไม่มีความผิดใดที่จะไม่มีโทษ” แต่ถึงอย่างไรก็ตามประเทศสหภาพโซเวียตรัสเซียก็มิได้ปฏิเสธหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไปเสียทีเดียว สังเกตได้จากการเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2501 ตามหลักการทั่วไปให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสากล นั่นก็หมายความว่าประเทศในค่ายสังคมนิยมก็มีแนวโน้มที่จะเปลี่ยนแปลงปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสากลที่นานาอารยะประเทศทั้งหลายบังคับใช้กัน

3.2.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เป็นหลักทางนิติศาสตร์ที่มีมานับพันปี ตั้งแต่ในยุคสมัยโรมัน พัฒนาสืบเนื่องมาจนเป็นส่วนสำคัญหนึ่งในหลักนิติธรรมสมัยใหม่ที่ใช้บังคับกับกฎหมายทุก ๆ ประเภท (all law should prospective) โดยยึดโยงกับหลักความเชื่อมั่น คุ้มครองความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เชื่อว่าสามารถกำหนดเจตจำนง วิถีชีวิตตนเองตามกรอบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ประกาศใช้เปิดเผยทั่วไป และรับทราบล่วงหน้าก่อนการกำหนดตัดสินการกระทำใดๆอย่างมีเสรีด้วยตนเอง ในนานาอารยประเทศเป็นที่ยอมรับกันว่า หลักการห้ามย้อนหลังของกฎหมาย นอกจากจะนำไปรับใช้อย่างเคร่งครัดกับการกระทำที่เป็นโทษในทางอาญาแล้ว ยังนำไปปรับใช้อย่างเข้มข้นกับการกระทำที่ไม่ใช่โทษในทางอาญาอีกด้วย เช่น

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ศาลรัฐธรรมนูญก็เคยวินิจฉัยว่าโดยหลักแล้วการตรากฎหมายย้อนหลังไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่จบลงแล้วให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำมิได้ (คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เล่มที่ 13, หน้า 261, 270)

ประเทศแคนนาดา รัฐธรรมนูญห้ามมิให้เฉพาะแต่ความผิดที่เป็นโทษทางอาญาเท่านั้นที่มิให้มีผลย้อนหลัง รัฐสภาแห่งรัฐแคนนาดาสามารถออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้ภายใต้หลักที่เรียกว่า “notwithstanding clause ” ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐแคนนาดา

คำวินิจฉัยที่ 82-155 ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ.1982 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางภาษีว่าหลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของกฎหมาย

ไม่ได้ใช้บังคับแต่เฉพาะกับกฎหมายที่บัญญัติกำหนดความผิดและโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ต้องขยายไปใช้บังคับกับกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทุกประเภท[52]

สหราชอาณาจักร การออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาไม่สามารถย้อนหลังได้เนื่องจากขัดกับหลักในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งประชาชาติยุโรป ที่ประเทศอังกฤษได้ให้การลงนามไว้ แต่ก็ไม่ใช่บทห้ามอย่างเด็ดขาด เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวไม่มีบทบังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรและผู้พิพากษาจึงมีอำนาจออกกฎหมายหรือตีความกฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้ไม่ว่าจะเป็นคุณหรือเป็นโทษ หากกฎหมายดังกล่าวนั้นเข้าข่าย “virtue of the doctrine of parliamentary sovereignty”

ประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐจะห้ามมิให้มีการออกกฎหมายย้อนหลังก็ตาม แต่ รัฐสภาสหรัฐก็ยังมีการออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังในลักษณะที่เป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดแม้ว่ากฎหมายที่ออกมาใหม่นั้นจะขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม ถ้าหากว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ส่วนใหญ่ของคนในประเทศ (public interest) และไม่ขัดกับหลักนิติธรรมของสหรัฐ กฎหมายนั้นก็สามารถย้อนหลังในทางที่เป็นโทษได้

สาธารณรัฐอิตาลี ได้นำหลักห้ามย้อนหลังของกฎหมายไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าห้ามมิให้มีการออกกฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคล ไม่ว่ากฎหมายนั้นจะมีโทษทางอาญาหรือไม่ก็ตาม

ประเทศไอร์แลนด์ รัฐธรรมนูญแห่งรัฐกำหนดไว้ว่า ห้ามมิให้มีการออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลังแก่บุคคล และการออกกฎหมายประเภทอื่นที่มีลักษณะย้อนหลังที่เป็นโทษแก่บุคคลก็ต้องห้ามเช่นเดียวกันหากผลของการย้อนหลังของกฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นการทำให้ผู้ได้รับผลกระทบเสียสิทธิในทางกฎหมาย

---

[52]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, 2543), 127-128.

3.3 การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ถือเป็นหลักประกันด้านสิทธิมนุษยชนที่หลาย ๆ ประเทศให้ความสำคัญและได้มีการลงนามในสนธิสัญญาหลายฉบับ แต่ที่ชัดเจนและสำคัญที่สุดคือ การที่สหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 (Universal Declaration of Human Rights, 1948) และได้มีการบัญญัติรับรองหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไว้ในมาตรา 11(12) ว่า จะถือว่าบุคคลใด ๆ มีความผิดอาญา โดยมิได้จัดเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะได้กระทำการนั้นไม่ได้ และจะลงโทษอันหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะกระทำความผิดอาญานั้นไม่ได้ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อ 15 บัญญัติว่า บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใดซึ่งในขณะที่กระทำไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้ หากภายหลังกระทำความผิดนั้นได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดโทษเบาลง ผู้กระทำผิดย่อมได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินั้น แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า ในบางกรณีกฎหมายระหว่างประเทศมิได้นำหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมาบังคับใช้ เช่นเรื่องที่เกี่ยวกับอาชญากรสงคราม (war crimer) หรือความผิดอาญาระหว่างประเทศที่ผิดต่อมนุษยธรรม (crimes against humanity) ได้มีการรับรองไว้ในสนธิสัญญาว่าสามารถนำผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ทุกเมื่อ[53] โดยศาลในคดีอาชญากรสงครามให้เหตุผลว่า “หลักกฎหมายอาญามีผลย้อนหลังนั้นเป็นเพียงมาตรการทางศีลธรรม มิใช่หลักนิติธรรม ดังนั้นหากไม่ลงโทษอาชญากรสงครามนี้ต่างหากที่จะทำให้เสียความยุติธรรม เพราะคณะบุคคลที่เป็นอาชญากรสงครามนั้นก็ร่วมอยู่ในคณะรัฐบาลในรัฐคู่สงครามนั้นเอง ย่อมมีอำนาจตามอำเภอใจที่จะประกาศวิธีการที่ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศได้ตามใจชอบ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้หมายถึงลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ก็หมายถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นหากถือเฉพาะกฎหมายที่เขียนไว้ ก็จะทำให้อาญากรสงครามมีช่องทางที่จะหลุดรอดได้ ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศเองก็ยอมรับเอากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังไว้เช่นเดียวกัน แต่ก็มี ข้อยกเว้นกรณีที่การกระทำความผิดที่ไปกระทบต่อผลประโยชน์ของชนชาติด้านมนุษยธรรม

---

[53]โอสถ โกศิน, **คดีอาชญากรไอค์มัน และกฎหมายอาญากรสงครามของไทย,** (กรุงเทพฯ: พิมพ์โรเนียว, 2540), 120, 240.

คดีอาชญากรสงครามไอค์มัน คดีนี้อัยการแห่งประเทศอิสราเอล ได้กล่าวถึงคำวินิจฉัยของศาลทหารระหว่างประเทศที่นูเรมเบร์ก ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับผลย้อนหลังของกฎหมายไว้ โดยมีข้อความตอนหนึ่งว่า ฝ่ายจำเลยโต้แย้งว่า หลักสำคัญของกฎหมายทั้งหลายไม่ว่ากฎหมายภายในกฎหมายระหว่างประเทศมีว่า จะไม่มีการลงโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อน (Nullum crimen sine lege,nulla poena sine lege) “ไม่มีความผิด ถ้าไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” จำเลยเสนอข้อโต้แย้งว่า การใช้กฎหมายย้อนหลังเพื่อลงโทษเป็นที่รังเกียจของอารยประเทศทั่ว ๆไป ไม่มีประเทศใดที่จะถือว่า การสงครามรุกรานเป็นความผิดอาญาในเวลาที่มีการกระทำตามความผิดที่กล่าวหา ไม่มีกฎหมายใดให้คำนิยามคำว่า สงครามรุกราน ไม่มีกฎหมายใดวางบทกำหนดโทษสำหรับการกระทำนั้น ไม่มีการตั้งศาลใดสำหรับพิจารณาพิพากษาลงโทษจำเลยข้อพิจารณาและพึงสังเกตก็คือ สุภาษิต Nullum crimen sine lege นี้มิได้จำกัดอธิปไตยของประเทศ แต่เป็นเพียงหลักทั่วไปในเรื่องความยุติธรรมที่จะลงโทษผู้ที่ละเมิดสนธิสัญญาและคำรับรอง ที่เข้าโจมตีหรือรุกรานประเทศเพื่อนบ้านโดยเขาไม่รู้ตัว ซึ่งในกรณีนี้ผู้กระทำหรือฝ่ายโจมตีรู้ดีว่าตนกระทำผิด และถ้าจะถือว่าเป็นการอยุติธรรมที่จะนำหลักกฎหมายย้อนหลังมาลงโทษเขาแล้ว ก็จะยิ่งอยุติธรรมมากขึ้นที่จะปล่อยผู้กระทำผิดไปโดยไม่ต้องถูกลงโทษ ทั้งนี้เพราะจำเลยซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่ในรัฐบาลเยอรมันย่อมต้องรู้ถึงข้อความในสนธิสัญญาที่รัฐบาลเยอรมันได้ทำไว้ว่า การใช้สงครามแทนการเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาทนั้นเป็นการไม่ชอบ จำเลยย่อมรู้ดีว่าจำเลยได้กระทำไปโดยฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศทุกประการ ในขณะที่จำเลยเจตนาโดยตรงที่จะดำเนินการบุกและรุกราน เพียงเท่านี้ก็เห็นได้ว่า สุภาษิต Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege (ไม่มีความผิด ถ้าไม่มีกฎหมาย, ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย) นั้นจะนำมาใช้กับคดีนี้หาได้ไม่ นอกจากนี้อัยการยังอ้างถึงคดี Einsatzgruppen ซึ่งผู้พิพากษา Musmanno ได้วินิจฉัยว่า ทนายจำเลยพยายามทำลายกฎหมายว่าด้วยสภาควบคุมเลขที่ 10 โดยอ้างภาษาลาตินที่ว่า Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege จริงอยู่ย่อมเป็นหลักสำคัญในทางนิติศาสตร์ของประเทศที่เจริญแล้วทุกแห่งว่า บุคคลต้องไม่รับโทษจากผลของการกระทำซึ่งไม่มีกฎหมายห้ามในขณะกระทำนั้น แต่จะต้องเข้าใจว่า คำว่ากฎหมายที่กล่าวถึงนั้นมิได้จำกัดเฉพาะแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่กฎหมายก็ยังพัฒนาอย่างมีผลโดยอาศัยประเพณีการปฏิบัติและการใช้ระบบคอมมอนลอว์อีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งระบบคอมมอนลอว์ก็มีผลบังคับไม่ด้อยกว่ากฎหมายที่เป็นระบบลายลักษณ์อักษร ศาลทหารระหว่างประเทศได้วินิจฉัยไว้ เมื่อวันที่ 30 กันยายน 1946 ว่ากฎหมายระหว่างประเทศ มิใช่เป็นแต่เพียงผลของการออกกฎหมายในประเทศต่าง ๆ กฎหมายนี้มิได้อยู่คงที่ แต่เป็นกฎหมายที่ได้จากการนำมาใช้ตามความต้องการของสถานการณ์โลกที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ

อัยการคดีไอค์มันได้สรุปแถลงการณ์ที่มีต่อศาลอิสราเอลว่า ปัญหาเรื่องการใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังนี้ ได้เกิดขึ้นที่ศาลอุทธรณ์อิสราเอลในคดี 1/48 ระหว่าง Sylvester กับอธิบดีอัยการ โดยศาลได้อ้างถึงคดีอังกฤษระหว่าง Philip Sylvester กับAyre ตามคำของผู้พิพากษา Wills ที่ว่า "แม้กล่าวโดยทั่ว ๆ ไปจะถือว่าการใช้กฎหมายย้อนหลังไม่เป็นสิ่งอันควรกระทำ แต่ก็จะไม่ถูกที่จะถือว่า กฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมอยู่ในตัวเสมอ ยังมีพฤติการณ์ต่าง ๆ และความปลอดภัยของรัฐซึ่งเป็นข้อสนับสนุนให้ใช้กฎหมายย้อนหลังได้ เพราะกฎหมายธรรมดาย่อมร่างขึ้นเพื่อใช้กับเหตุการณ์ธรรมดา แต่สถานการณ์ส่วนรวมโลกไม่อาจรับหลักการเรื่องความเป็นธรรมได้เสมอไป" ซึ่งผู้พิพากษา Wills สรุปว่า กฎหมายที่ประกาศให้ถือว่าความทารุณ ชั่วร้ายของนาซีเป็นความผิดทางอาญานั้น หาใช่เป็นกฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลังไม่ กฎหมายก็เป็นกฎหมายอยู่ในลักษณะนั้น เป็นกฎหมายที่นำเอาสิ่งที่มีอยู่ในกฎหมายแล้ว มาใส่เข้าในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หรือแม้เราจะยอมเชื่อตามคำแถลงของทนายจำเลย เพียงเพื่อจะเสนอข้อโต้แย้งเท่านั้นว่ากฎหมายนี้มีผลย้อนหลัง ข้าพเจ้าก็ยังมีข้อโต้เถียงได้อีกว่าเป็นกฎหมายที่ยุติธรรม และความยุติธรรมที่มีอยู่ในกฎหมายนั้น มีอำนาจเหนือกว่า เป็นหลักที่แน่นอนกว่า และควรฟังได้มากว่าหลักยุติธรรมที่มีอยู่ในภาษิต Nullum crimen sine lege นั้น[54]

3.4 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549

คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค) ซึ่งยึดอำนาจปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ได้ออกประกาศ ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2549 ความว่า

ข้อ 3 ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นมีกำหนด 5 ปี นับตั้งแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค

---

[54]โอสถ โกสิน, **คดีอาชญากรสงคราม-ไอค์มัน**, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ไทยเขษม, 2512), 100-110.

แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อที่ 13

เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 3-5 เรื่อง อัยการสูงสุดขอให้มีคำสั่งยุบพรรคพัฒนาชาติไทย และพรรคแผ่นดินไทย เนื่องจากกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66 (1) และ (3) ให้ยุบพรรคไทยรักไทย เนื่องจากกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66 (2) และ (3) และมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งสามพรรคมีกำหนดเวลาห้าปี โดยอาศัยอำนาจตามความในประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 อันมีลักษณะเป็นการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคล

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญข้อที่ 13 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 มีผลใช้บังคับย้อนหลังกับการกระทำอันเป็นเหตุยุบพรรคในคดีนี้หรือไม่

ในข้อนี้ผู้ถูกร้องที่ 1 (พรรคไทยรักไทย) กล่าวอ้างว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง เนื่องจากประกาศฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับย้อนหลัง ทั้งการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลในการใช้สิทธิทางการเมืองซึ่งเป็นโทษทางการเมือง และมีความร้ายแรงกว่าโทษอาญาบางประเภทจึงต้องกำหนดไว้แน่นอนล่วงหน้า หากตีความว่าให้มีผลย้อนหลังก็จะขัดกับหลักนิติรัฐและหลักการออกกฎหมายที่อารยประเทศทั่วโลกยึดถือ

พิจารณาแล้วเห็นว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นมีกำหนด 5 ปี นับตั้งแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค”

ประกาศฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2549 แต่การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2549 เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 มีผลใช้บังคับ คือเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 จนถึงวันที่ 2 เมษายน 2549 อันเป็นวันลงคะแนนเลือกตั้ง

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงมีปัญหาว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 254 ข้อ 3 เป็นกฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคล ต้องห้ามมิให้ใช้บังคับหรือไม่

หลักการห้ามออกกฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น มีที่มาจากหลักการที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” แต่หลักการดังกล่าวใช้บังคับกับการกระทำอันเป็นความผิดอาญาเท่านั้น ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งหลักการนี้ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตหลายฉบับ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา

ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 ที่ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองมีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคเพราะเหตุกระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66 นั้น แม้เป็นบทบัญญัติที่มีผลทำให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ก่อนที่ประกาศฉบับนี้มีผลใช้บังคับต้องรับผลร้ายเพิ่มขึ้น เนื่องจากเดิมเพียงแต่ได้รับผลตามมาตรา 69 กล่าวคือ จะขอจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการของพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในการขอจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ตามมาตรา 8 อีกไม่ได้เท่านั้น แต่การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมิใช่โทษทางอาญา เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมาย ที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 เพื่อมิให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมืองและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีโอกาสที่จะกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายซ้ำอีกในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และแม้สิทธิการเลือกตั้งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในสังคมที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่การมีกฎหมายกำหนดว่า บุคคลใดสมควรมีสิทธิการเลือกตั้ง เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่ย่อมมีได้ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 จึงมีผลใช้บังคับย้อนหลังแก่การกระทำอันเป็นเหตุยุบพรรคในคดีนี้ได้ ข้อต่อสู้ของผู้ถูกร้องที่ 1 ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้ยุบพรรคไทยรักไทย ผู้ถูกร้องที่ 1 ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 ประกอบมาตรา 66(1)และ(3) และให้ยุบพรรคพัฒนาชาติไทย ผู้ถูกร้องที่ 2 และพรรคแผ่นดินไทย ผู้ถูกร้องที่ 3 ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 ประกอบมาตรา 66(2)และ(3) กับให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งสาม มีกำหนดห้าปี นับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549[55]

3.5 กฎเกณฑ์และข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

3.5.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 65 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”

มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

---

[55]คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อที่ 13 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ.2550

มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รีบรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย ทั้งปวง”

3.5.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รีบรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

มาตรา 69 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”

3.5.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

มาตรา 35 บัญญัติว่า บรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนด ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือ เมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธาน ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา โดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 5 คน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ และตุลาการ

ในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด โดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมาย ว่าด้วยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ธุรการ และการอื่นใดตามที่ประธานคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมอบหมาย องค์คณะในการพิจารณาพิพากษา วิธีพิจารณา และการทำคำวินิจฉัย ให้เป็นไปตามที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา บรรดาอรรถคดี หรือการใด ที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการ ของศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ให้โอนมาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

มาตรา 36 บัญญัติว่า บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่ได้ประกาศ หรือสั่งไว้ ในระหว่างวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใด และไม่ว่าจะประกาศ หรือสั่ง ให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อไป และให้ถือว่า ประกาศหรือคำสั่ง ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งนั้น ไม่ว่าการปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งนั้น จะกระทำก่อน หรือหลัง วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

มาตรา 37 บัญญัติว่า บรรดาการกระทำทั้งหลาย ซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึด และควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้า และคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมตลอดทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้า หรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อน หรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิด และความรับผิดโดยสิ้นเชิง

มาตรา 38 บัญญัติว่า ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไป ตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใด ตามในวรรค 1 เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเมื่อมีกรณีที่คณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด

3.5.4 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541

มาตรา 65 พรรคการเมืองย่อมเลิกหรือยุบด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) มีเหตุต้องเลิกตามข้อบังคับพรรคการเมือง

(2) มีจำนวนสมาชิกเหลือไม่ถึงสิบห้าคน

(3) มีการยุบพรรคการเมืองไปรวมกับพรรคการเมืองอื่นตามหมวด 5

(4) มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญยุบพรรคการเมือง

(5) ไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 35 หรือ มาตรา 62 เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนว่าพรรคการเมืองใดมีเหตุตามที่ระบุไว้ ใน (1) (2) (3) หรือ (5) ให้นายทะเบียนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน สิบห้าวันนับแต่วันที่ความปรากฏต่อนายทะเบียน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่ามีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นกับพรรคการเมืองตามคำร้องของนายทะเบียน ให้ศาล รัฐธรรมนูญสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใดแล้วให้ นายทะเบียนประกาศคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 66 เมื่อพรรคการเมืองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง

(1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหา กษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครอง ประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

(3) กระทำการอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ

(4) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 23 วรรคหนึ่ง มาตรา 52 หรือ มาตรา 53

มาตร 67 เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียน หรือเมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งจากคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองว่า พรรคการเมืองใดกระทำการตาม มาตรา 66 ให้นายทะเบียนแจ้งต่ออัยการสูงสุด พร้อมด้วยหลักฐาน ถ้าอัยการสูงสุด เห็นสมควรก็ให้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าว ถ้าอัยการสูงสุดไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ให้นายทะเบียนตั้งคณะทำงานขึ้น คณะหนึ่งโดยมีผู้แทนจากนายทะเบียนและผู้แทนจากอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานแล้วส่งให้อัยการสูงสุด เพื่อยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไป ในกรณีที่

คณะทำงานดังกล่าวไม่อาจหาข้อยุติเกี่ยวกับการดำเนินการยื่นคำร้องได้ ให้นายทะเบียนมีอำนาจยื่นคำร้องเอง

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใดแล้ว ให้นาย ทะเบียนประกาศคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นในราชกิจจานุเบกษา

หากนายทะเบียนเห็นสมควรจะให้ระงับการดำเนินการของพรรคการ เมืองซึ่งกระทำการตามมาตรา 66 ให้นายทะเบียนแจ้งต่ออัยการสูงสุดขอให้ศาล รัฐธรรมนูญสั่งระงับการกระทำดังกล่าวของพรรคการเมืองไว้เป็นการชั่วคราว

มาตรา 68 ในกรณีที่พรรคการเมืองเลิกหรือยุบตามมาตรา 65 นอกจากกรณีตามมาตรา 65 (3) ให้หัวหน้าพรรคการเมืองส่งบัญชีและงบดุลรวมทั้ง เอกสารเกี่ยวกับการเงินของพรรคการเมืองต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่ วันที่พรรคการเมืองเลิกหรือยุบ และให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ชำระบัญชี ให้เสร็จสิ้นภายในหกเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากนายทะเบียน ถ้าสำนักงานตรวจ เงินแผ่นดินชำระบัญชีไม่เสร็จภายในเวลาดังกล่าว ให้ขอขยายเวลาได้อีกไม่เกิน หกเดือน ในการชำระบัญชี เมื่อได้หักหนี้สินและค่าใช้จ่ายแล้วยังมีทรัพย์สิน เหลืออยู่เท่าใด ให้โอนให้แก่องค์การสาธารณกุศลตามที่ระบุไว้ในข้อบังคับพรรค การเมือง ถ้าในข้อบังคับพรรคการเมืองไม่ได้ระบุไว้ให้ทรัพย์สินที่เหลือนั้นตกเป็น ของกองทุน ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หมวด 5 ว่าด้วยการชำระบัญชีห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัท จำกัดมาใช้บังคับกับการชำระบัญชีของพรรคการเมืองโดยอนุโลม

มาตรา 69 ในกรณีที่พรรคการเมืองต้องยุบไปเพราะไม่ดำเนินการ ตามมาตรา 35 หรือมาตรา 62 หรือกระทำการตามมาตรา 66 ผู้ซึ่งเคยดำรง ตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ต้องยุบไปจะขอจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือเป็นกรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือมีส่วนร่วมในการขอจัดตั้งพรรค การเมืองขึ้นใหม่ตามมาตรา 8 อีกไม่ได้ ทั้งนี้ ภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันที่พรรค การเมืองนั้นต้องยุบไป

3.5.5 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งพรรคการเมือง

3.5.5.1 ความสำคัญของพรรคการเมือง

พรรคการเมืองถือว่าเป็นสถาบันทางการเมืองที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนเนื่องจากพรรคการเมืองเป็นการรวมกลุ่มกันของบุคคลที่มีแนวคิด อุดมการณ์ทางการเมืองร่วมกัน มีสิ่งยึดเหนี่ยวทางการเมืองเช่นเดียวกันทำให้รวมกันจัดตั้งกลุ่มทางการเมืองขึ้นเพื่อแลกเปลี่ยนเสนอแนวคิดและนโยบายทางการเมือง และส่งตัวแทนเข้าไปมีบทบาทในสภา องค์ประกอบที่สำคัญของพรรคการเมืองคือ สมาชิกพรรคที่มาจากบุคคลที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองที่เหมือนกันและอาจจะมีผลประโยชน์ร่วมกันในบางกรณีโดยการเข้าร่วมกิจกรรมทางการเมืองที่

สำคัญของพรรคการเมืองคือ การส่งสมาชิกพรรคลงรับสมัครเลือกตั้งเพื่อเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เพื่อเข้าไปมีบทบาทในการพิจารณาออกกฎหมายที่จำเป็นและมีประโยชน์แก่ประชาชนในประเทศ พรรคการเมืองจึงเป็นองค์กรทางการเมืองที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมือง ผ่านการเลือกสมาชิกพรรคเพื่อเข้าไปเป็นตัวแทนของประชาชน เพื่อทำหน้าที่ในการบริหารบ้านเมือง พิจารณาร่างกฎหมายต่าง ๆ และให้ความเห็นชอบในกฎหมายที่เห็นว่ามีประโยชน์แก่ประชาชนเพื่อให้พรรคการเมืองเป็นสถาบันที่มีความสำคัญและเป็นกลไกที่สำคัญของการพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทย จึงได้มีการออกกฎหมาย “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541” ขึ้นเพื่อกำหนดอำนาจหน้าที่และแนวทางในการดำเนินการทางการเมืองของพรรคการเมือง รวมถึงการควบคุมพรรคการเมืองให้ปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

3.5.5.2 ความหมายของพรรคการเมือง

พรรคการเมืองหมายถึง กลุ่มบุคคลในสังคมที่มารวมกันโดยสมัครใจและอิสระที่จะสร้างเจตนารมณ์ทางการเมือง และทำกิจกรรมทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนที่จะต้องการสร้างอิทธิพลทางการเมืองแก่สาธารณชนให้เป็นไปในทิศทางที่เห็นเหมาะสม และต้องการส่งตัวแทนเข้าทำงานในสภา เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจรัฐในการสร้างนโยบาย ซึ่งการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคลนี้จักต้องมีลักษณะต่อเนื่อง และมีการกำหนดวัตถุประสงค์ของกลุ่มอย่างชัดเจน ความเป็นองค์กรที่มีลักษณะต่อเนื่องทำให้มีความแตกต่างออกจากการรวมตัวกันแบบหลวมๆ ในลักษณะกลุ่มเคลื่อนไหวเฉพาะกิจเพื่อเรียกร้องเรื่องบางเรื่อง กฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองจึงมีหลักประกันเพื่อให้เกิดความเคร่งครัดในการสร้างวัตถุประสงค์ทางการเมืองให้เป็นจริง เช่น จะมีกฎเกณฑ์เรื่องลักษณะการจัดตั้งองค์กรหรือเรื่องจำนวนสมาชิกที่พอสมควร เพื่อให้สามารถทำหน้าที่ได้อย่างแท้จริง

พรรคการเมืองเป็นองค์ประกอบสำคัญของการทำงานในระบบรัฐสภาหรือการเมืองในระบบประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน ดังนั้น จึงเป็นเรื่องจำเป็นที่จะต้องให้เสรีภาพแก่ประชาชนในการตั้งพรรคการเมืองเพื่อให้สามารถใช้สิทธิของตนได้ แม้ว่าพรรคการเมืองเป็นองค์กรของเอกชนโดยตรง และไม่ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐหรือเป็นองค์กรที่ถืออำนาจรัฐ แต่ในระบบกฎหมายก็มักให้ความสำคัญต่อสถาบันพรรคการเมือง และถือว่าเป็นองค์กรรัฐในทางการเมืองแบบหนึ่ง ทั้งนี้เพราะนอกจากพรรคการเมืองจะมีบทบาทในการสร้างอุดมการณ์ประชาธิปไตยให้แก่ประชาชนแล้ว พรรคการเมืองยังเป็นองค์กรที่ตัดสินใจทางนโยบาย

3.5.5.3 หลักเกณฑ์การยุบพรรคการเมือง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มีข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองตั้งแต่การจัดตั้งพรรคการเมือง การดำเนินกิจการทางการเมือง และการยุบเลิกพรรคการเมือง ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องหลายมาตรา สำหรับการยุบพรรคการเมืองนั้น ได้กำหนดให้พรรคการเมืองที่ดำเนินการทางการเมืองสามารถเลิกหรือยุบพรรคการเมืองได้ หากไม่ดำเนินการตามที่ พรบ. พรรคการเมืองกำหนด ซึ่งแบ่งการเลิกหรือยุบพรรคออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะแรก (มาตรา65) พรรคการเมืองมีเหตุต้องเลิกหรือยุบพรรคการเมือง เนื่องจากไม่กระทำตามพรบ.พรรคการเมือง เช่น

1. ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับพรรคการเมือง

2. มีสมาชิกพรรคเหลือไม่ถึง 15 คน

3. ไม่สามารถจัดหาสมาชิกพรรคได้ถึง 5,000 คนภายใน 180 วันหลังจากที่นายทะเบียนจดแจ้งพรรคการเมือง

4. ไม่มีดำเนินกิจการทางการเมืองและไม่ส่งรายงานการดำเนินงานกิจการของพรรคการเมือง

5. ไม่ส่งรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมือง

นายทะเบียนพรรคการเมือง (ประธานกรรมการการเลือกตั้ง) จะดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน 15 วัน นับแต่วันพบเหตุดังกล่าว เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่ามีเหตุดังกล่าวจริง จะมีคำสั่งให้ยุบพรรคโดยศาลรัฐธรรมนูญและนายทะเบียนต้องประกาศคำสั่งยุบพรรคลงในราชกิจจานุเบกษา

ลักษณะที่สอง (มาตรา 66) พรรคการเมืองอาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้ยุบพรรคการเมืองได้เมื่อพรรคการเมืองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้

1. กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ

2. กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

3. กระทำการอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐหรือขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

4. ในกรณีที่พรรคการเมืองรับบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทยโดยการเกิดเข้าเป็นสมาชิกหรือยอมให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์ของพรรคการเมือง และในกรณีที่พรรค

การเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองได้รับเงิน ทรัพย์สินจากผู้อื่นเพื่อกระทำการสนับสนุนการบ่อนทำลายความมั่นคงของสถาบันชาติ พระมหากษัตริย์ หรือก่อกวน คุกคามทำให้เกิดความไม่สงบหรือมีผลต่อประชาชนทั้งทางด้านศีลธรรม สุขภาพและทรัพยากรของประเทศ หรือมีการรับเงินสนับสนุนจากบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีผู้จัดการ หรือกรรมการเป็นผู้ที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือเป็นผู้ถือหุ้นเกินร้อยละยี่สิบห้าและรวมไปถึงนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายต่างประเทศ

ในกรณีนี้เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนหรือนายทะเบียนได้รับแจ้งจากพรรคการเมืองใด ๆ ที่เห็นว่ามีพรรคการเมืองกระทำผิดตามมาตรา 66 ให้นายทะเบียนส่งเรื่องพร้อมหลักฐานให้กับอัยการสูงสุดเพื่อสั่งฟ้องพรรคการเมืองนั้นๆ ต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในการสั่งยุบพรรคต่อไป หากอัยการสูงสุดไม่ยื่นสั่งฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้จัดให้มีคณะทำงานขึ้นโดยมีตัวแทนจากประธานกรรมการการเลือกตั้งและอัยการสูงสุดร่วมกันรวบรวมข้อมูลหลักฐานเพื่อทำสำนวนส่งให้อัยการสูงสุดส่งฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไปในกรณีที่คณะทำงานดังกล่าวไม่ สามารถหาข้อยุติในการพิจารณายื่นคำร้องได้ให้นายทะเบียนมีอำนาจยื่นคำร้องเอง

3.5.6 แนวคิดหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้

เมื่อรัฐบัญญัติกฎหมายขึ้น ปัญหาที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องพิจารณา มีอยู่ 3 ประการคือ กฎหมายใช้เมื่อใด กฎหมายใช้ที่ไหน และกฎหมายใช้แก่บุคคลใด ซึ่งกรณีประเด็นกฎหมายใช้เมื่อใดนั้น มีหลักในการพิจารณา ดังนี้

1. กฎหมายใช้เมื่อใด หลักในเรื่องเวลาที่กฎหมายใช้บังคับมีว่า เมื่อได้ประกาศใช้กฎหมายแล้วกฎหมายนั่นเองย่อมจะระบุเวลาที่จะใช้บังคับแห่งกฎหมายนั้นไว้ ดังจะเห็นได้ว่า โดยปกติพระราชบัญญัติจะใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสทราบข้อความของกฎหมายล่วงหน้าหนึ่งวัน แต่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอย่างอื่นอาจกำหนดวันใช้เป็นอย่างอื่นได้ เช่นกรณีรีบด่วนให้ใช้ตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือให้ใช้ย้อนหลังขึ้นไป หรือให้ใช้ในอนาคตโดยกำหนดวันใช้ไว้แน่นนอน หรือกำหนดให้ใช้เมื่อระยะเวลาหนึ่งล่วงพ้นไป เช่นเมื่อพ้น 30 วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดวันใช้บังคับลงไว้ ก็ต้องเป็นไปตามหลักที่ว่า “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนี้หมายความว่า กฎหมายจะใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นในอนาคต นับตั้งแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายเป็นต้นไปเท่านั้น และกฎหมายจะไม่บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันใช้บังคับแห่งกฎหมาย เช่น ในวันที่ 1เมษายน การชุมนุมในที่สาธารณะไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ถ้ากฎหมายที่ประกาศใช้ในวันที่ 5 เมษายน จะกำหนดว่าการชุมนุมในที่สาธารณะเป็นความผิด เว้นแต่จะได้รับอนุญาต การชุมนุมในที่

สาธารณะในวันที่ 1 เมษายนก็หาเป็นความผิดไม่ เพราะกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง แต่ถ้ากฎหมายจะย้อนหลังไปใช้บังคับแก่การกระทำก่อนวันที่ 5 เมษายน ซึ่งเป็นวันประกาศใช้กฎหมายนั้น ก็จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งจะต้องกำหนดการมีผลย้อนหลังนี้ไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน ทั้งนี้ถือว่าการที่กฎหมายจะมีผลย้อนหลังนั้นเป็นข้อยกเว้น และจะยกเว้นได้ภายใต้เงื่อนไขสองประการ ดังต่อไปนี้

1. ต้องระบุลงไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายนั้นเองว่าให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

2. การบัญญัติให้ย้อนหลังนั้น ต้องไม่แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับข้อ ก ไม่มีปัญหา ถ้ากฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ ก็ต้องเข้าใจว่าให้เป็นไปตามหลักที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ปัญหามีอยู่ตามข้อ 2) กล่าวคือการย้อนหลังนั้นจะต้องไม่ แย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 32 ใช้คำว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้น จะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” ทั้งนี้เป็นการวางหลัก 2 ประการคือ (1) ไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย และ (2) ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งเป็นการห้าม ก ออกกฎหมายย้อนหลังเป็นการลงโทษบุคคล และ 2) ออกกฎหมายย้อนหลังเพิ่มโทษบุคคลให้สูงขึ้น เพราะเป็นการลงโทษบุคคลบุคคลสูงกว่าที่กฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดได้กำหนดไว้

หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประเด็นหลัก คือประการแรก หลักในทางสามัญและทางธรรมชาติย่อมต้องถือว่ากฎหมายทั่ว ๆ ไปที่ประกาศใช้นั้นมุ่งหมายเพื่ออนาคต ไม่ใช่ประสงค์จะบังคับถึงเหตุการณ์ที่ล่วงมาแล้ว ประการที่สอง การมีกฎหมายย้อนหลังนั้นถือเป็นข้อสันนิษฐาน อันเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น

2. วันเริ่มใช้บังคับของกฎหมาย กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้

1) ในกรณีปกติ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกา มักจะให้ใช้บังคับในวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ทั้งนี้เพื่อจะให้ประชาชนทราบล่วงหน้าหนึ่งวัน หลังจากวันประกาศเป็นอย่างน้อย

2) ในกรณีรีบด่วน พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือพระราชกฤษฎีกาอาจจะกำหนดให้ใช้บังคับในวันและเวลาประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไปก็ได้

3) พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น อาจกำหนดวันใช้บังคับลงไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นนั้นเองเป็นเวลาล่วงหน้าหลาย ๆ วัน เพื่อให้เจ้าพนักงานและประชาชนเตรียมพร้อมที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนั้นก็ได้ หรือเพื่อให้ทางราชการเองมีโอกาสตระเตรียมเครื่องมือเครื่องใช้ แบบพิมพ์ ตลอดทั้งเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตาม

พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นนั้น ๆ ก็ได้ ทั้งนี้โดยกำหนดวันที่ลงไว้เจาะจง หรือกำหนดจำนวนวันไว้ เช่นเมื่อพ้นหกสิบวัน นับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น

4) พระราชบัญญัติอาจกำหนดให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินั้นในวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่จะใช้พระราชบัญญัตินั้นจริง ๆ ในท้องที่ใด เวลาใด ให้ประกาศในพระราชกฤษฎีกาอีกชั้นหนึ่งก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ พระราชบัญญัตินั้นก็ใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว หากแต่ยังไม่นำไปใช้จริง ๆ จนกว่าจะได้มีพระราชกฤษฎีการะบุสถานที่ และเวลาที่ใช้บังคับให้เหมาะสมต่อไป

3. วันสิ้นสุดแห่งการใช้บังคับของกฎหมาย

เมื่อได้เริ่มใช้บังคับกฎหมายแล้ว กฎหมายก็ใช้บังคับอยู่ต่อไปจนกว่าจะได้มีการยกเลิกกฎหมายนั้น ซึ่งเป็นวันสิ้นสุดแห่งการใช้บังคับแห่งกฎหมาย โดยอาจเป็นการยกเลิกโดยตรง หรือการยกเลิกโดยปริยายก็ได้ กล่าวคือ

1) การยกเลิกกฎหมายโดยตรง มีได้ 3 กรณี คือ

ก. กฎหมายกำหนดวันยกเลิกกฎหมายไว้โดยกฎหมายนั้นเอง เช่นกำหนดให้ใช้กฎหมายนั้นเป็นเวลา 2 ปี เมื่อพ้นกำหนด 2 ปี กฎหมายนั้นก็สิ้นสุดลงไปในตัวไม่ต้องมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งระบุยกเลิก

ข. มีกฎหมายใหม่ที่มีลักษณะเช่นเดียวกันระบุยกเลิกไว้โดยตรง ซึ่งอาจเป็นกฎหมายเรื่องเดียวกันหรือกฎหมายอื่น หรือถ้าเป็นพระราชกฤษฎีกาฉบับต่อ ๆ มาได้บัญญัติยกเลิก การยกเลิกนี้อาจเป็นการยกเลิกกฎหมายทั้งฉบับ หรือเป็นการยกเลิกกฎหมายนั้นเฉพาะบางบทบางมาตราก็ได้ จะยกเลิกอย่างไรต้องระบุให้ชัดเจนในกฎหมาย

ค. เมื่อได้ประกาศใช้พระราชกำหนด แต่ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น ในกรณีเช่นว่านี้ก็มีผลเป็นการยกเลิกพระราชกำหนดไปในตัว ทั้งนี้ไม่มีผลกระทบกระทั่งกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

2) การยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย

การยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย หมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งระบุให้ยกเลิก แต่เป็นที่เห็นได้จากกฎหมายฉบับใหม่ ว่าจะต้องยอมยกเลิกกฎหมายเก่าไปในตัวด้วย เพราะเป็นไปไม่ได้ที่จะมีกฎหมายสองฉบับใช้ในเวลาเดียวกัน ซึ่งมีข้อความเกี่ยวกับเรื่องเดียวกัน ซึ่งศาลจะเลือกหยิบยกฉบับใดขึ้นใช้ก็ได้ตามใจชอบ การยกเลิกกฎหมายโดยปริยายมีได้ในกรณีดังต่อไปนี้

ก. กฎหมายใหม่และกฎหมายเก่ามีบทบัญญัติสำหรับกรณีหนึ่ง ๆ อย่างเดียวกันในกรณีเช่นว่านี้ต้องถือว่ากฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าในกรณีเช่นเดียวกันนั้นเพราะ

ถือว่ากฎหมายใหม่ดีกว่ากฎหมายเก่า และกฎหมายใหม่ไม่ประสงค์จะให้ใช้กฎหมายเก่า แม้ว่ากฎหมายเก่าจะมีข้อความอย่างเดียวกันกับกฎหมายใหม่

ข. กรณีที่กฎหมายเก่ามีข้อความขัดแย้งกับกฎหมายใหม่ คือกฎหมายเก่าบัญญัติไว้อย่างหนึ่ง กฎหมายใหม่บัญญัติไว้อีกอย่างหนึ่งไม่เหมือนกัน ก็ต้องถือว่ากฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าโดยปริยาย

ค. กรณีที่กฎหมายเก่ามีข้อความขัดกับกฎหมายใหม่ คือกฎหมายเก่าบัญญัติไว้อย่างหนึ่ง แต่กฎหมายใหม่บัญญัติไว้ตรงกันข้าม ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่ากฎหมายใหม่ ยกเลิกกฎหมายเก่าโดยปริยายดุจกัน

3.5.7 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นเพียงพันธธรรมที่ประเทศทั้งหลายพึงปฏิบัติตามเท่านั้น หาใช่เป็นสนธิสัญญาหรือความตกลงใด ๆ ซึ่งผูกมัดคู่ภาคีให้มีผลในทางกฎหมายไม่ บรรดาประเทศทั้งหลายที่ได้ลงนามรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะปฏิบัติตามหรือไม่เพียงใด ไม่อยู่ในวิสัยที่จะว่ากล่าวฟ้องร้องกันได้ หากแต่เป็นที่ปรารถนากันว่า ประเทศทั้งหลายควรปฏิบัติตาม เพื่อเป็นการเทิดทูล และผดุงไว้ซึ่งมนุษยชาติเท่านั้น ฉะนั้นในทางปฏิบัติรัฐทั้งหลายย่อมทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในอันที่จะตรากฎหมายภายในของตนประการใดก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะละเมิดปฏิญญาสากลดังกล่าวหรือไม่ ด้วยเหตุนี้แม้หากจะมีผู้เห็นว่ากฎหมายภายในประเทศของตนขัดกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ตาม ก็หาทำให้กฎหมายภายในดังกล่าวไร้ผลแต่ประการใดไม่

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 11 ข้อ 2 บัญญัติว่า “ไม่มีผู้ใดจักมีความผิดทางอาญา เพราะการกระทำ หรือ การละเว้นการกระทำของตนอันมิใช่เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่กระทำการนั้น การลงโทษทางอาญาให้หนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในขณะกระทำความผิดนั้นจะกระทำมิได้”

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 11 ข้อ 2 นี้ ยอมรับหลักกฎหมายสากลที่ว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังมาเป็นหลักสำคัญในด้านสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตามมาตรา 29 แห่งปฏิญญาสากลฉบับนี้ บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิ และเสรีภาพนั้น ผู้ใช้จักต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นเท่าที่จำเป็นเพื่อยอมรับนับถือสิทธิ และเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อรักษาไว้ซึ่งศีลธรรม ความสงบเรียบร้อย และความผาสุกของประชาชนในสังคมแห่งระบอบประชาธิปไตย” กล่าวคือ สิทธิมนุษยชนทั้งหลายจะถูกจำกัดก็เฉพาะเท่าที่จำเป็นแก่การยอมรับนับถือสิทธิ และเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อรักษาไว้ ซึ่งศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของประชาชนในสังคมแห่งระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น

3.5.8 แนวคิดรัฏฐาธิปัตย์

สำนักกฎหมายบ้านเมือง อธิบายว่า รัฏฐาธิปัตย์ คือผู้เป็นใหญ่ในแผ่นดิน ส่วนจะเป็นใครก็สุดแท้แต่ว่าใครเป็นผู้เป็นใหญ่ในแผ่นดินหรือบ้านเมืองใด มีระบอบการปกครองอย่างไร ถ้าเป็นสมัยสมบูรณาญาสิทธราชย์ รัฏฐาธิปัตย์ก็คือ พระมหากษัตริย์ ถ้าในสมัยระบอบประชาธิปไตย รัฏฐาธิปัตย์ก็คือประชาชนซึ่งแสดงออกถึงอำนาจของตนโดยผ่านทางรัฐสภา ซึ่งอำนาจของรัฏฐาธิปัตย์ก็คือการมีอำนาจอธิปไตยนั่นเอง จากความหมายดังกล่าว จอห์น ออสตินได้อธิบายไว้ว่าก่อให้เกิดผลที่ตามมาสองประการ ดังนี้

1. ผลของการมีอำนาจอธิปไตย ทำให้รัฏฐาธิปัตย์อยู่ในฐานะสูงสุดในแผ่นดิน และไม่ต้องเชื่อฟังผู้อื่นอีก

2. จากผลประการแรกทำให้เกิดผลประการที่สองตามมาคือ กฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐ ไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย เพราะเมื่อรัฐต่างๆมีฐานะเท่าเทียมกันก็ไม่มีรัฏฐาธิปัตย์ผู้ใดมีอำนาจบังคับบัญชาให้รัฏฐาธิปัตย์ผู้อื่นอยู่ในฐานะจำยอมได้ และจะเอาผิดถ้ามีการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศก็มิได้ ความผูกพันระหว่างรัฐต่อรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องถ้อยทีถ้อยอาศัยกันเท่านั้น

ปัจจุบันทฤษฎีของจอห์น ออสติน ดังกล่าวข้างต้นเสื่อมความนิยมแล้ว ด้วยเหตุผลที่ว่าในระบบประชาธิปไตย รัฏฐาธิปัตย์ อาจอยู่ใต้ข้อจำกัดอำนาจบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน กล่าวคือ เมื่อประชาชนแต่ละคนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนแต่ละคนย่อมเป็น รัฏฐาธิปัตย์ แต่ไม่มีประชาชนคนใดอยู่ในฐานะสูงสุดโดยไม่ต้องฟังคำสั่งผู้อื่นและในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายระหว่างประเทศ เป็นกฎหมาย เพราะมีสภาพบังคับและมีองค์กรผู้ตรากฎหมาย ผู้บังคับการให้เป็นไปตามนั้นเช่นเดียวกับกฎหมายทั่วๆไป แต่เป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งถือกันต่อไปด้วยว่าที่จอห์น ออสตินกล่าวว่า รัฏฐาธิปัตย์จะผูกพันตนก่อให้เกิดกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้นั้นไม่เป็นความจริง เพราะเหตุการณ์ ณ เวลานี้แสดงให้เห็นแล้วว่าเฉพาะรัฏฐาธิปัตย์เท่านั้นที่เข้าทำสนธิสัญญาผูกพันตนกับรัฏฐาธิปัตย์อื่นได้

ข้อจำกัดอำนาจของรัฏฐาธิปัตย์

ในสมัยที่เชื่อกันว่าอำนาจสูงสุดเป็นของพระผู้เป็นเจ้าหรือพระผู้เป็นเจ้าทรงเป็นใหญ่เหนือรัฐทั้งปวงนั้น อำนาจของพระองค์ล้นฟ้าหาที่สุดมิได้ เพราะทรงเป็น “ที่สุดของสิ่งที่สุดทั้งปวง” (The Absoluteness) หรือสัมบูรณัตถ์ จึงไม่มีข้อจำกัดขัดขวางอำนาจของพระองค์แต่อย่างใด ครั้นต่อมาเชื่อกันว่าพระสันตะปาปาทรงเป็นใหญ่หรือองค์อธิปัตย์อยู่เหนือกษัตริย์ทั้งหลาย แต่อำนาจของอธิปัตย์องค์นี้ย่อมถูกจำกัดเพราะพระสันตะปาปาจะออกกฎใดให้ขัดหรือแย้งกับกฎของ

พระผู้เป็นเจ้ามิได้ ดังที่นักบุญอไควนัส กล่าวว่า กฎศักดิ์สิทธิ์ (lex divina) ของพระสันตะปาปาย่อมอยู่ใต้กฎนิรันดร (lex acterna) ของพระผู้เป็นเจ้า ส่วนในทฤษฎีที่อ้างว่ากษัตริย์เป็นรัฏฐาธิปัตย์นั้นนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองต่างถือกันว่า กษัตริย์ทรงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดอย่างแท้จริงโดยไม่อยู่ใต้อำนาจของรัฏฐาธิปัตย์อื่น หรือบุคคลใด ทั้งนี้มีข้อยกเว้นว่า มีนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองบางคนไม่ได้ถือเคร่งครัดตามนี้อย่างเถรตรง หากถือว่าแม้กษัตริย์เป็นรัฏฐาธิปัตย์ แต่ก็เป็นรัฏฐาธิปัตย์ที่เกิดจากความยินยอมหรือการยอมรับนับถือของประชาชน ฉะนั้นจะใช้อำนาจผิดธรรมนองคลองธรรมมิได้ เพราะถ้าใช้อำนาจผิดทำนองคลองธรรม ราษฎรก็จะเสื่อมศรัทธา และคลายความจงรักภักดี ซึ่งในที่สุดอาจนำไปสู่การล้มล้างอำนาจรัฏฐาธิปัตย์ก็เป็นได้ ซึ่งก็ถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดอำนาจของรัฏฐาธิปัตย์ได้ประการหนึ่ง ถึงแม้จะไม่ใช่ข้อจำกัดในทางนิตินัยก็ตาม

สำหรับทฤษฎีที่ถือว่าอำนาจอิปไตยเป็นของประชาชนนั้น ประชาชนย่อมเป็นรัฏฐาธิปัตย์ แต่รัฏฐาธิปัตย์เช่นนี้ ย่อมถูกจำกัดด้วยอำนาจของรัฏฐาธิปัตย์คนอื่น ๆ ซึ่งก็มีอำนาจอธิปไตยเท่าเทียมกัน

3.5.9 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

Jean-Jacques Rousseau เป็นผู้ให้กำเนิดแนวความคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน และแนวคิดเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม โดยรุสโซกล่าวว่า “เราแต่ละคนมอบร่างกายและพลังทั้งหมดที่ตนมี เข้าอยู่ภายใต้คำบัญชาสูงสุดของเจตนารมณ์ส่วนรวม และในอำนาจร่วมกันของเรา เราขอรับสมาชิกแต่ละคนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งซึ่งจะแบ่งแยกมิได้ของสังคม” และยังกล่าวต่อไปอีกว่า “สมมุติว่ารัฐประกอบด้วยคนหมื่นคน สมาชิกแต่ละคนของรัฐย่อมมีส่วนหนึ่งในหมื่นของอำนาจอธิปไตย...เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้ ต้องนับทุกส่วนรวมกันเข้ามาทั้งหมด ดังนั้นรัฐจึงเป็นการรวมตัวกันของทุก ๆ คนในประชาคมนั้น เจตนารมณ์ร่วมกันของทุกคนก็คืออำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุกคน ตามทัศนะของรุสโซอำนาจอธิปไตยไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนไปให้ผู้ใดได้และไม่สามารถแบ่งแยกออกไปได้และจำกัดไม่ได้ เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของคนทุกคนในประชาคมนั้น แนวความคิดดังกล่าวของรุสโซปรากฏอยู่ในมาตรา 6 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี 1789 ที่กล่าวว่า กฎหมาย คือ “เจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน”

ในทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนั้น ปัจเจกชนแต่ละคนได้รวมตัวกันเป็นสังคมและถือว่าแต่ละคนนั้นต่างเป็นผู้ทรงสิทธิส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของส่วนรวมดังกล่าวอยู่ที่ปัจเจกชนแต่ละคนได้รับการปรึกษา กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการตัดสินใจทุกๆเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยแล้วจะต้องมีการปรึกษาหารือและสอบถามพลเมืองของรัฐ ดังนั้นแนวความคิดประชาธิปไตยทางตรงจึงเกิดขึ้น ณ ตรงนี้ ซึ่งมีผลที่ตามมา 2 ประการก็คือ

ประการแรก การออกกฎหมายใดก็ตามจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้ทรงสิทธิอำนาจอธิปไตยเสียก่อนหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายทุกฉบับจะต้องได้รับการเห็นชอบจากประชาชนโดยการออกเสียงลงประชามติ รุสโซได้กล่าวไว้ว่า “โดยทุกกรณี กฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากบรรดาสมาชิกรัฐสภาแล้วจะต้องได้รับการลงประชามติอีก กฎหมายฉบับใดที่ไม่ผ่านการยอมรับจากประชาชนก็ถือว่ากฎหมายฉบับนั้นหามีผลไม่”

ประการที่สอง สมาชิกรัฐสภาจะต้องปฏิบัติตามแนวทางหรือแนวปฏิบัติของประชาชน มิเช่นนั้นอาจถูกถอนได้โดยประชาชน สมาชิกรัฐสภาเป็นเพียงผู้แทนที่ประชาชนตั้งขึ้นมาเท่านั้น และต้องปฏิบัติตัวให้เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของปวงชน

จากเหตุผลสองประการดังกล่าวมาข้างต้น รุสโซ เห็นว่าประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย และรัฐสภาเป็นแค่เพียงเครื่องอุปกรณ์ของประชาชนเท่านั้น[56]

3.5.10 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

ซีเอเย่ส์ กล่าวว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งแยกไม่ได้ (indivisible) ผลที่ตามมาก็คือประชาชนแต่ละคนไม่ได้เป็นเจ้าของในหนึ่งส่วนของอำนาจอธิปไตย แต่กลับมองว่า การรวมตัวของประชาชนทั้งหมดในนามของชาติ (la nation) นั้นเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย ดังนั้นแนวความคิดของซีเอเย่ส์ มองว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ไม่ได้เป็นของประชาชน ประชาชนแต่ละคนไม่มีสิทธิใด ๆ เลยที่เข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวคือไม่มีสิทธิในการออกกฎหมาย ด้วยแนวคิดดังกล่าวนี้เองการลงประชามติจึงไม่ได้รับการยอมรับในสายตาของซีเอเย่ส์ ยิ่งไปกว่านั้นกลับมองว่า ประชาชนแต่ละคนนั้นมิสิทธิแต่เพียงในการเลือกตั้งตัวแทนของตนเพื่อเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยในนามของชาติเท่านั้น ดังนั้นผู้แทนที่ได้รับเลือกเข้าไปนั้นจึงเป็นผู้แทนของชาติเท่านั้น ไม่ใช่ผู้แทนของประชาชนและผู้แทนดังกล่าวเป็นอิสระจากอำนาจของประชาชน และมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะกระทำการใด ๆ ในนามของรัฐ ความอิสระดังกล่าวนี้ก็คือ อำนาจของผู้แทน ซึ่งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ กับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีความแตกต่างกันพอจะสรุปได้ ดังนี้

---

[56]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย**, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), 20-21.

ประการแรก ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน มองว่าการเลือกตั้งเป็น “สิทธิ” แต่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ มองว่าประชาชนไม่มีสิทธิออกเสียงในนามของชาติ เพราะชาติมาจากการรวมตัวของประชาชน ชาติจะต้องมาก่อนสิ่งอื่นใด ดังนั้นการเลือกตั้งจึงเป็นหน้าที่ของประชนทุกคนที่จะต้องกระทำเพื่อชาติ ชาติจะเป็นผู้กำหนดคัดเลือกว่าประชาชนคนใดมีความสามารถเพียงพอที่จะมีหน้าที่ดังกล่าว สิทธิในการเลือกตั้งดังกล่าวตามแนวคิดนี้เรียกว่า สิทธิในการลงคะแนนเสียงที่สงวนไว้สำหรับผู้มีคุณสมบัติเฉพาะ (le suffrage restraint)

ประการที่สอง ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนเห็นว่าการเลือกตั้งต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป (le suffrage universel) เพราะว่าการเลือกตั้งเป็นสิทธิของประชาชนทุกคนโดยให้เหตุผลว่า ทุกๆคนมีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง การตัดสิทธิผู้หนึ่งผู้ใดไม่ให้ใช้สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง เพราะเหตุพื้นเพแหล่งกำเนิด ความยากดีมีจน หรือการศึกษาอบรมนั้นทำไม่ได้ แต่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เห็นว่าการเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของประชาชนเจตนารมณ์แสดงผ่านโดยทางผู้แทนรัฐสภาที่กระทำการในนามของชาติและชาติจะเป็นผู้กำหนดบุคคลที่มีหน้าที่ในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเอง

ประการที่สาม ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนเห็นว่าสมาชิกรัฐสภาจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของประชาชน เพราะเป็นผู้แทนของประชาชนที่ได้รับการเลือกเข้ามาโดยประชาชน ในขณะที่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติกลับมองว่าสมาชิกรัฐสภาที่ได้รับเลือกจากประชาชนนั้นเป็นอิสระจากประชาชนเพราะว่า สมาชิกเหล่านั้นได้ผันตัวเองมาเป็นผู้แทนของชาติ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าสมาชิกรัฐสภามีอิสระและมีอำนาจของตัวเอง

3.5.11 แนวคิดประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะเป็นแนวคิดสำคัญในกฎหมายมหาชนที่ใช้เป็นเหตุผลสนับสนุนการใช้อำนาจของรัฐ แต่ประโยชน์สาธารณะก็เป็นแนวคิดที่ไม่มีเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนแน่นอน แต่อย่างไรก็ดีการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์อาจใช้เกณฑ์พิจารณา 2 ประการ ดังนี้

1. เกณฑ์ปริมาณ (ทฤษฎีอรรถประโยชน์) เป็นประโยชน์ส่วนบุคคลของปัจเจกชนจำนวนมากรวมกัน

2. เกณฑ์คุณค่า (ทฤษฎีเจตจำนง) เป็นประโยชน์ของสังคมส่วนรวมที่มีความสำคัญเหนือประโยชน์ของปัจเจกชน ซึ่งมีข้อสังเกตว่า แนวคำพิพากษาของศาลในระยะหลังมักจะพิเคราะห์ประโยชน์สาธารณะตามเกณฑ์ประการที่สอง[57]

---

[57]สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **วารสารกฎหมายปกครอง**, **24** (3), 2550), 60.

การให้ความหมายของ “ประโยชน์สาธารณะ” ทางกฎหมายนั้นทำได้ยาก แต่เราจะเห็นภาพได้ง่ายขึ้นถ้าเราหยิบเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้นมาเป็นตัวอย่าง อาทิเช่น การป้องกันประเทศ ในการป้องกันประเทศนี้จะต้องมีปัจจัยหลายประการ คือ ประการแรกปัจจัยทางองค์กร (ต้องมีหน่วยงานที่รับผิดชอบ ต้องมีบุคลากรซึ่งได้แก่กองทัพ) ต้องมีวิธีดำเนินการ (คือ ต้องใช้อำนาจเกณฑ์ทหาร ประกาศกฎอัยการศึก ซื้ออาวุธ) ต้องมีวัตถุประสงค์ (คือ ป้องกันความมั่นคงของประเทศมิให้ถูกรุกราน) และต้องมีกิจกรรม (คือ ลงมือดำเนินการ) เราจะเห็นได้ว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ส่วนอำนาจมหาชน เป็นวิธีดำเนินการที่รัฐมีอำนาจเหนือปัจเจกชนที่ดำเนินการให้สำเร็จตามเป้าหมายนั้น[58]

ประโยชน์สาธารณะมีลักษณะเป็น “สัมพัทธ์” คือไม่เด็จขาดว่าต้องเป็นอย่างนั้นเสมอไป รองประธานสภาแห่งรัฐโอดอง สรุปว่า

“วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นจะหยุดนิ่งอยู่มิได้ เป็นหลักการที่จริงมาตลอด เราได้เห็นบ่อย ๆ ว่า...สถาบันหนึ่งหรือการกระทำบางประเภทเปลี่ยนไปช้าหรือเร็วมากน้อย ตามผลวิวัฒนาการของสิ่งทั้งหลาย วัตถุประสงค์ในกฎหมายมหาชนจึงขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ของความคิดและความรู้สึกที่คนแต่ละยุคแสดงออกมาว่า เขาคาดหวังอะไรจากการมีชีวิตในสังคม... เพราะความสัมพันธ์ระหว่างความต้องการของสังคมที่รู้สึกได้ และที่สถาบันทั้งหลายในกฎหมายมหาชนมีหน้าที่ต้องตอบสนองความต้องการนั้น เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา...ต่อลักษณะพลวัตรของประโยชน์สาธารณะนี่เอง เป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะหาเครื่องมือที่ทั้งแข็งแรง และปรับได้มาใช้กับการแก้ปัญหากฎหมาย”[59]

ฟิลลิป ฟอร์ยลาร์ด ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าประโยชน์สาธารณะ ไว้ว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นข้อพิสูจน์ข้อแรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง โดยได้อธิบายไว้ว่า หน้าที่หลักของฝ่ายปกครองคือการจัดทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายหนึ่งรายใด กิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า บริการสาธารณะประโยชน์ซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของกฎหมายปกครองและเป็นสิ่งที่นำมาใช้ในการวางกรอบอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือกิจกรรมที่ได้ดำเนินการโดยเอกชน

---

[58]บวรศักดิ์ อุวรรณโน, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), 333.

[59]เรื่องเดียวกัน, 342.

ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะในทางกฎหมายมหาชนมีลักษณะ ดังนี้

1. ประโยชน์สาธารณะ คือการตอบสนองความต้องการของคนอื่นส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้น ๆ เอง ซึ่งสามารถสรุปได้ 2 มิติ ดังนี้

ประการแรก คือมิติทางจิตวิทยา ประโยชน์สาธารณะแสดงถึงความต้องการของคน แต่ความต้องการของคน ๆ เดียว หรือคนส่วนน้อยไม่มีทางเป็นประโยชน์สาธารณะไปได้ ถ้าความต้องการของคนแต่ละคนในสังคมตรงกันมากขึ้นเรื่อย ๆ นั่นแหละที่จะทำให้ความต้องการส่วนตัวของแต่ละคนกลายเป็นความต้องการส่วนรวมขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้เองการป้องกันประเทศก็ดี การศึกษาก็ดี ล้วนเป็นความต้องการส่วนบุคคลที่ตรงกันเป็นส่วนใหญ่ เราจึงยกระดับขึ้นเป็นความต้องการส่วนรวมที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” การพิจารณาว่าอะไรคือความต้องการของคนหมู่มากจึงเป็นเรื่อง “อัตวิสัย” (Subjective) แต่ทำให้เป็นภาวะวิสัยได้โดยถือว่า ผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐสภาและศาลปกครองเท่านั้นที่จะชี้ขาดขั้นสุดท้ายว่า สิ่งนั้นเป็นความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ

ประการที่สอง คือมิติทางตัวบุคคลที่มีความต้องการ ถ้ารัฐทำสิ่งนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของตัวเอง เช่น เพื่อหารายได้ เราเรียกกิจกรรมของรัฐประเภทนี้ว่า กิจกรรมเพื่อกำไรให้มากที่สุด ซึ่งโดยปกติไม่ถือว่าเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ จึงไม่ถือเป็นบริการสาธารณะ เว้นแต่จะเป็นการหากำไรมาเพื่อทำบริการสาธารณะตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ แต่ถ้ารัฐดำเนินการทำสิ่งนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของคนอื่นส่วนใหญ่ เราเรียกกิจกรรมของรัฐประเภทนี้ว่า กิจกรรมเพื่อให้บริการให้มากที่สุด

2. ผู้ที่จะบอกว่าอะไรคือประโยชน์สาธารณะ โดยหลักก็คือ รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนกับศาลปกครอง

กล่าวโดยสรุปก็คือ ความต้องการของคนส่วนใหญ่เป็นเรื่องสภาพจิตใจของแต่ละคนซึ่งเป็นอัตวิสัย ดังนั้นการที่จะรู้ว่าความต้องการของแต่ละคนเป็นจำนวนหมู่มากตรงกันพอที่จะให้ถือได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะจึงต้องมีผู้ชี้ และองค์กรแรกที่จะทำหน้าที่นี้ได้ดีที่สุด คือ รัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนปวงชน ดังนั้นถ้ารัฐสภาออกกฎหมายมาให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเรื่องใด เราจึงถือว่าผู้แทนของปวงชนส่วนใหญ่ได้แสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันแล้วว่า สิ่งนั้นคือความต้องการของคนหมู่มากหรือประโยชน์สาธารณะนั้นเอง

การปรับใช้แนวคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะในทางกฎหมายมหาชน สามารถสรุปได้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ

ประการแรก ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่ที่เป็นขอบเขตที่กว้างที่สุดของกฎหมายมหาชน และของการกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครอง กล่าวคือถ้ารัฐและฝ่ายปกครองมีอยู่ ก็มีอยู่เพื่อประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกในสังคมหรือประโยชน์สาธารณะนั่นเอง ดังนั้นการกระทำทุกอย่างของรัฐและหน่วยงานของรัฐจึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจัดองค์กร การให้อำนาจหน้าที่แก่องค์กรของรัฐเหนือเอกชนคนธรรมดา ไม่ใช่เพื่อการอื่นเลย แต่เป็นไปเพื่อการปฏิบัติภาระการตอบสนองประโยชน์สาธารณะนั่นเอง โดยนัยนี้ อะไรก็ตามที่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ รัฐหรือองค์กรของรัฐทำไม่ได้ ดังนั้นในทางกฎหมายมหาชน แนวคิดทางสารบัญญัติสำคัญๆ จึงประกอบด้วย แนวคิดเรื่อง ประโยชน์สาธารณะเป็นพื้นฐานทั้งสิ้น อาทิ ทฤษฎีบริการสาธารณะ ทฤษฎีสาธารณะของแผ่นดิน เป็นต้น

ประการที่สอง ประโยชน์สาธารณะในฐานะที่เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และการกระทำทางปกครอง กล่าวคือเมื่อรัฐและองค์กรของรัฐต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ผลก็คือ ศาลต้องมีหน้าที่ควบคุมไม่ให้การกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองออกนอกกรอบประโยชน์ ซึ่งส่งผลสำคัญทางกฎหมายมหาชนหลายประการดังนี้

1. การใช้อำนาจมหาชนที่กฎหมายให้กับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือประโยชน์ของกลุ่ม ที่ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะก่อให้เกิดสภา “การใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์” หรือ “การใช้อำนาจโดยบิดผัน” ซึ่งศาลพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้

2. ถ้าต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วไม่ดำเนินการก็ไม่ได้ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการ มิเช่นนั้นศาลถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจต้องรับผิดเพื่อละเมิดทางปกครองได้ เช่นในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรง แม้ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือแม้มีกฎหมายแต่อำนาจที่กฎหมายให้ไว้ไม่เพียงพอ ศาลปกครองก็ถือว่าเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องดำเนินการทุกประการเท่าที่จำเป็น แม้เกินอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้ หรือแม้จะขัดกฎหมาย เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะให้ได้ระหว่างนั้น

3. ในการใช้อำนาจดุลพินิจที่กฎหมายให้ไว้เพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องนั้น ถ้าฝ่ายปกครองใช้ “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นเครื่องตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ เช่น อนุมัติหรือไม่อนุมัติ ต้องถือว่าชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น

4. ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะทำเกิน “ประโยชน์สาธารณะ” ที่ตนมีหน้าที่ต้องตอบสนองไม่ได้ และถ้าในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งไปกระทบกับประโยชน์สาธารณะอีกอย่างหนึ่งรุนแรง โดยฝ่ายปกครองไม่ได้แสดงให้เห็นว่าพยายาม

ประสานประโยชน์สาธารณะ 2 อย่างนี้ให้ดีที่สุด ไม่ให้ขัดแย้งกันมากถึงขนาดอันหนึ่งทำลายอีกอันหนึ่ง ศาลก็จะเพิกถอนการกระทำอันหลังที่ไปกระทบกับอันแรกที่มีอยู่ก่อน

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการตรา และบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลกับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญา

การศึกษาเรื่องปัญหาการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลกับการกระทำความผิดที่ไม่ใช่โทษทางอาญานั้น ผู้ศึกษามุ่งศึกษาถึงกรอบแนวคิด ทฤษฎี และรากฐานที่มาของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง โดยนำประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 ข้อ 3 ประเด็นการตรากฎหมายบังคับใช้ย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคล และแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2550 ข้อ 13 ที่มีคำสั่งยุบพรรคการเมืองและมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคมีกำหนดเวลาห้าปี ในลักษณะให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังมาเป็นบทวิเคราะห์

4.1 ปัญหาประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27

4.1.1 ที่มาของประกาศ คปค. ฉบับที่ 27

คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ออกประกาศฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 ความว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นมีกำหนด 5 ปี นับตั้งแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค”

ในกรณีเดียวกันเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 3-5 เรื่องอัยการสูงสุดขอให้มีคำสั่งยุบพรรคพัฒนาชาติไทย และพรรคแผ่นดินไทย เนื่องจากกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66

(1) และ (3) ให้ยุบพรรคไทยรักไทย เนื่องจากกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66 (2) และ (3) และมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งสามพรรคมีกำหนดเวลาห้าปี โดยอาศัยอำนาจตามความในประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 อันมีลักษณะเป็นการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคล

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญข้อที่ 13 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 มีผลใช้บังคับย้อนหลังกับการกระทำอันเป็นเหตุยุบพรรคในคดีนี้หรือไม่

ในข้อนี้ผู้ถูกร้องที่ 1 (พรรคไทยรักไทย) กล่าวอ้างว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง เนื่องจากประกาศฉบับดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้มีผลใช้บังคับย้อนหลัง ทั้งการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลในการใช้สิทธิทางการเมืองซึ่งเป็นโทษทางการเมือง และมีความร้ายแรงกว่าโทษอาญาบางประเภทจึงต้องกำหนดไว้แน่นอนล่วงหน้า หากตีความว่าให้มีผลย้อนหลังก็จะขัดกับหลักนิติรัฐและหลักการออกกฎหมายที่อารยประเทศทั่วโลกยึดถือ

พิจารณาแล้วเห็นว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นมีกำหนด 5 ปี นับตั้งแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค”

ประกาศฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2549 แต่การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งสามอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2549 เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 มีผลใช้บังคับ คือเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 จนถึงวันที่ 2 เมษายน 2549 อันเป็นวันลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงมีปัญหาว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 เป็นกฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคล ต้องห้ามมิให้ใช้บังคับหรือไม่

หลักการห้ามออกกฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น มีที่มาจากหลักการที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” แต่หลักการดังกล่าวใช้บังคับกับการกระทำอันเป็นความผิดอาญาเท่านั้น ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งหลักการนี้ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตหลายฉบับ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา

ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 ที่ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองมีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคเพราะเหตุกระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66 นั้น แม้เป็นบทบัญญัติที่มีผลทำให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ก่อนที่ประกาศฉบับนี้มีผลใช้บังคับต้องรับผลร้ายเพิ่มขึ้น เนื่องจากเดิมเพียงแต่ได้รับผลตามมาตรา 69 กล่าวคือ จะขอจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการของพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในการขอจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ตามมาตรา 8 อีกไม่ได้เท่านั้น แต่การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมิใช่โทษทางอาญา เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมาย ที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 เพื่อมิให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมืองและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีโอกาสที่จะกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายซ้ำอีกในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และแม้สิทธิการเลือกตั้งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในสังคมที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่การมีกฎหมายกำหนดว่า บุคคลใดสมควรมีสิทธิการเลือกตั้ง เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่ย่อมมีได้ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 จึงมีผลใช้บังคับย้อนหลังแก่การกระทำอันเป็นเหตุยุบพรรคในคดีนี้ได้ ข้อต่อสู้ของผู้ถูกร้องที่ 1 ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้ยุบพรรคไทยรักไทย ผู้ถูกร้องที่ 1 ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 ประกอบมาตรา 66(1) และ (3) และให้ยุบพรรคพัฒนาชาติไทย ผู้ถูกร้องที่ 2 และพรรคแผ่นดินไทย ผู้ถูกร้องที่ 3 ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67

ประกอบมาตรา 66(2) และ (3) กับให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งสาม มีกำหนดห้าปี นับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549[60]

4.1.2 สถานะทางกฎหมายของประกาศ คปค. ฉบับที่ 27

ในระบบกฎหมายไทย มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ที่ยอมรับคำสั่ง หรือประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายอันมีสภาพบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยช่องทางปกติ โดยถือหลักว่า เมื่อเริ่มแรกการปฏิวัติ รัฐประหารเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จนกระทั่งคณะคณะปฏิวัติ รัฐประหารได้กระทำการจนสำเร็จและยึดอำนาจได้อย่างบริบูรณ์ สามารถยืนยันอำนาจของตนและปราบปรามอำนาจเก่าหรือกลุ่มที่ต่อต้านได้สำเร็จ เมื่อนั้นคณะปฏิวัติ รัฐประหารก็มีสถานะเป็นรัฏฐาธิปัตย์ มีอำนาจบัญญัติรัฐธรรมนูญใหม่ หรือยกเลิกรัฐธรรมนูญเก่า ตลอดจนการออกกฎหมายและยกเลิกกฎหมายได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทย หรือกระบวนการยุติธรรมของไทยยอมรับว่าการปฏิวัติ รัฐประหารนั้นเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรม โดยพิจารณาจาก “อำนาจ” ที่มีอยู่ ณ ปัจจุบันเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึง “กระบวนการได้มาซึ่งอำนาจ” ว่าได้มาในรูปแบบใด และสอดคล้องกับแนวคิด ทฤษฎี หรือหลักสากลที่นานาอารยประเทศยึดถือปฏิบัติหรือไม่

จากคำวินิจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นให้การยอมรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีที่มาหรือบ่อเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร โดยให้การยอมรับสถานะของผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็นรัฏฐาธิปัตย์ สังเกตจากประเด็นคำวินิจที่ว่า หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป เมื่อผู้กระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร แม้เป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายที่ประชาชนและนานาอารยประเทศจะไม่พึงประสงค์ก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าจะต้องมีการปฏิเสธการกระทำของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารในทุกกรณี เมื่อคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารสามารถเข้าควบคุมสถานการณ์ของประเทศให้เป็นปกติ สามารถยืนหยัดอำนาจของตนได้ โดยประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศให้การรับรองด้วยการยอมอยู่ในความสงบ ไม่ต่อสู้ ไม่ขัดขวางและมาติดต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตามปกติย่อมมีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงและมีผลในทางกฎหมาย ผู้กระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจึงมีฐานะเป็นรัฏฐาธิปัตย์

---

[60]คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 /2550 ข้อที่ 13 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ.2550

นั่นคือ การบัญญัติกฎหมายซึ่งก่อนหน้านั้นเป็นการบัญญัติโดยรัฐสภาที่มาจากผู้แทนของปวงชน หรือเรียกได้ว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายตามเจตจำนงของประชาชนก็เปลี่ยนมาเป็นการบัญญัติกฎหมายตามปัจเจกชนคือคณะรัฐประหารนั่นเอง ซึ่งแนวคำวินิจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้สอดคล้องกับแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ว่า กฎหมายบ้านเมืองเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่โดยไม่ต้องอาศัยที่สูงกว่า เนื่องจากถือว่ารัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดจะออกกฎหมายใดก็ได้โดยไม่อาจโต้แย้งได้ถึงความถูก ความผิด ความดี ความชั่ว ความยุติธรรม ความอยุติธรรม เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นจากกฎหมายที่รัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจที่จะบัญญัติขึ้น ซึ่งในประเทศไทยถือว่าปรัชญากฎหมายบ้านเมืองมีอิทธิพลสำคัญยิ่งต่อนักกฎหมายไทยโดยเริ่มต้นตั้งแต่สมัยพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ที่ทรงนำแนวคิดนี้มาเผยแพร่ ดังจะเห็นได้จากข้อความตอนหนึ่งที่ทรงกล่าวไว้เมื่อเดือนกันยายน ร.ศ.118 ว่า “....เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความดี ความชั่ว ฤาความยุติธรรม กฎหมายเป็นคำสั่งเป็นแบบที่เราจะต้องปฏิบัติตาม แต่กฎหมายนั้นบางทีจะชั่วได้ ฤาไม่ยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดี อะไรชั่ว อะไรเป็นยุติธรรม มีบ่อที่เกิดขึ้นหลายแห่ง เช่นตามศาสนาต่างๆ แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือจากผู้ปกครองแผ่นดินฤาผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น” ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยในอดีตที่ผ่านมา ศาลให้การยอมรับสถานะทางกฎหมายของคณะรัฐประหารว่าคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารมีสถานะเป็นกฎหมาย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2502 “เมื่อในปี พ.ศ.2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ดังนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ฉะนั้นคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 (บุคคลอันธพาล) ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าวข้างต้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองนั้นด้วย...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 “...ข้อเท็จจริงได้ความว่าใน พ.ศ.2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไขยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศจะต้องอยู่ในความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2523 “...แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยออกประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่ก็หาได้มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ ประกาศหรือคำสั่งนั้นจึงยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153-1154/2495 “.....การล้มล้างรัฐบาลเก่าตั้งเป็นรัฐบาลใหม่โดยใช้กำลังนั้นในตอนต้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายจนกว่าประชาชนจะได้ยอมรับนับถือแล้ว เมื่อเป็นรัฐที่ถูกต้องตามความเป็นจริง คือ ความหมายว่าประชาชนได้ยอมรับนับถือแล้ว ผู้ก่อการกบฏล้มล้างรัฐบาลดังกล่าวก็ต้องเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 102...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6411/2534 เมื่อคณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้สำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้ ประกาศของคณะปฏิวัติ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 มิใช่คำสั่งที่มีผลให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญา แต่เป็นเรื่องของการให้ถอนสัญชาติไทยของบุคคลบางจำพวก แม้จะย้อนหลังกระทบสิทธิของจำเลยหรือประชาชนก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

ประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย ตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนั้น องค์กรที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการนิติบัญญัติหรือตรากฎหมายออกมาบังคับใช้สามารถวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป ไม่ระบุตัวบุคคล มีผลบังคับให้บุคคลในระบบกฎหมายต้องทำตามก็คือ “รัฐสภา” และประชาชนโดยตรงในลักษณะการเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามขั้นตอนและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งนี้โดยมีเหตุผลสำคัญ 3 ประการด้วยกันคือ

1. เมื่ออำนาจสูงสุดอยู่ที่ประชาชน การออกกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นเรื่องสำคัญที่สุดต้องเป็นอำนาจของประชาชนโดยตรง หรือประชาชนมอบให้ผู้แทนที่ประชาชนเลือกเข้ามาเท่านั้นที่ออกกฎหมายแทนตนได้ ด้วยเหตุนี้จึงถือกันว่า กฎหมายคือ เจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน

2. เพื่อไม่ให้อำนาจสูงสุดทั้งหมดอยู่ในมือคนหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวจึงต้องแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย โดยให้องค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจที่สำคัญที่สุด คืออำนาจออกกฎหมาย ทั้งนี้ตามทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย

3. เพราะกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปที่ออกโดยรัฐสภานี้มีลักษณะไม่ระบุตัวบุคคล ซึ่งเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของความเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ

ดังนั้นหากพิจารณาที่มาของ “กฎหมาย” ในแง่นี้จะพบว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้าม ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหาร

พรรคการเมืองนั้นมีกำหนด 5 ปี นับตั้งแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค" นั้นขาดมิติการเชื่อมโยงกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน กล่าวคือองค์กรที่ออกคำสั่งหรือประกาศดังกล่าวไม่ได้มาตามช่องทางปกติภายใต้ระบอบประชาธิปไตยตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจในการตรากฎหมายนั่นคือ "รัฐสภา" ซึ่งมาจากตัวแทนของประชาชน แต่มีที่มาจากการรัฐประหารซึ่งเป็นการใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลที่มาจากระบอบประชาธิปไตย ด้วยรูปแบบและวิถีทางที่ไม่ได้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตย ถึงแม้จะยอมรับกันโดยทั่วไปตามประเพณีปกครองว่าการปฏิวัติ รัฐประหารนั้นเมื่อผู้ทำการปฏิวัติ รัฐประหาร ได้กระทำการสำเร็จ สามารถควบคุมสถานการณ์เข้าสู่ภาวะปกติได้แล้วย่อมจะมีสถานะเป็น "รัฐาธิปัตย์" แต่อย่างไรก็ตามรัฐาธิปัตย์ที่ได้อำนาจมาโดยมิชอบตามวิถีทางแห่งระบอบประชาธิปไตยนั้นก็หามีความชอบธรรมตามหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับไม่ ทั้งนี้เพราะไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชนที่เลือกตั้งเข้ามา อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการใช้อำนาจในการออกประกาศหรือคำสั่งก็ไม่ได้มีขั้นตอนที่ชัดแจ้ง และผ่านการตรวจสอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร รวมถึงองค์กรฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม คืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการนั้น ก็จะเห็นได้ว่าการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารดังกล่าว เป็นการออกในนามของคณะรัฐประหารนั้นเอง ไม่ได้ออกในพระปรมาธิไธยของพระมหากษัตริย์แต่อย่างใด[61] และเนื่องจากกฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน จึงมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญต่อไปว่า เรื่องสำคัญที่กระทบสิทธิ เสรีภาพของประชาชนทั้งหมดต้องทำโดยกฎหมายเท่านั้น และกฎหมายที่ว่านี้ก็ต้องเป็นกฎหมายที่ประชาชนออกเอง หรือเป็นกฎหมายที่ออกโดย "รัฐสภา" ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนเท่านั้น และกฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับต้องเป็นกฎหมายที่ดีเกิดจากเจตน์จำนงร่วมกันของประชาชนทั้งชาติ ตามความหมายที่ว่า "กฎหมายเป็น General Will" ที่ถือว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (souverait Populaire) และเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชน กับการเมืองภาคพลเมืองเป็นสำคัญ ตรงกันข้ามกับความหมายของกฎหมายที่ว่า "กฎหมายเป็น will" ที่ถือเอาความต้องการของผู้ปกครองเป็นใหญ่ แม้ความต้องการนั้นจะไม่ชอบด้วยธรรมและเหตุผลก็ตาม ซึ่งกฎหมายประเภทนี้เกิดจากแนวคิดภายใต้ระบอบเผด็จการ ซึ่งกฎหมายจะไม่มีความมั่นคงแน่นอน แต่จะปรับเปลี่ยนตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจสุดแท้แต่

---

[61]ณัฐฏ์ณกฤช วงษ์ชอุ่มเครือ, ข้อสงสัยบางประการเกี่ยวกับสภาพบังคับของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร, **รวมบทความกฎหมายมหาชน เล่ม 9 ปี**, จากเว็บไซต์ www.pub-law.net, (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, พี.เพรส, 2553), 398-402.

ว่าจะต้องการให้กฎหมายเป็นไปในลักษณะใด ซึ่งภายใต้แนวคิดนี้กฎหมายไม่อาจเป็นกฎหมายที่ดีได้เลย ในสังคมเสรีประชาธิปไตยที่ยึดหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมในการปกครองประเทศนั้น การตรากฎหมายออกมาบังคับใช้ในบ้านเมืองนั้นต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ดี (good law) กล่าวคือต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป มีความแน่นอนชัดเจน ไม่ขัดต่อหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หรือไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไม่ขัดแย้งกับหลักแห่งความได้สัดส่วน (principle of proportionality) และต้องไม่กระทบต่อเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

การปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นมีอำนาจสูงสุดอยู่สามอำนาจด้วยกันคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยบรรดากฎหมายทั้งหลายที่ตราออกมาบังคับใช้ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชฎีกา รวมถึงกฎหมายอื่นๆที่มีความมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชฎีกานั้น จะต้องมีที่มาจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชน ซึ่งแสดงออกโดยการให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารผ่านทางรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และโดยเฉพาะการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินั้น พระมหากษัตริย์จะทรงลงพระปรมาภิไธย เพื่อตรากฎหมายออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนหรือรัฐสภา อันประกอบไปด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นผู้แทนของประชาชน รวมถึงสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย และจะต้องผ่านกระบวนการเห็นชอบ กลั่นกรองและควบคุมตรวจสอบจากหลายฝ่าย ทั้งจากสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสมาชิก และรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญในบางกรณีอีกด้วย และเมื่อร่างพระราชบัญญัตินั้นผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วจะต้องนำขึ้นทูลเกล้าเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงจะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ ซึ่งในขั้นตอนนี้พระมหากษัตริย์ก็ยังทรงมีพระราชอำนาจที่จะกลั่นกรองร่างพระราชบัญญัตินั้นในชั้นสุดท้ายก่อนที่พระองค์จะทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชบัญญัตินั้นเอาไว้ก่อนได้หากพระองค์มิได้เห็นด้วย หรือมิได้พระราชทานร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวคืนกลับมายังรัฐสภาภายในเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งจะเห็นว่าการตราพระราชบัญญัติออกมาบังคับใช้นั้นต้องผ่านความเห็นชอบและผ่านกระบวนการควบคุมตรวจสอบจากหลายองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการตราพระราชบัญญัติออกมาในทางที่มิชอบในลักษณะที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้องมากจนเกินไปโดยไม่คำนึงถึงประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในแง่ของหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายหรือมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ประเด็นสำคัญที่ควรหยิบยกมาพิจารณาประกอบก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ซึ่งภายใต้

หลักนี้มีหลักย่อยที่สำคัญคือหลักความแน่นอนของกฎหมาย นั่นก็คือการบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่งและกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างใดบ้างจากข้อเรียกร้องดังกล่าวนั่นเอง บุคคลจึงสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งหลักนี้ประกอบไปด้วยหลักย่อยอีกสองหลักคือ หลักความชัดเจนของกฎหมาย นั่นก็คือในการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความชัดเจนอย่างพอเพียงเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ และหลักความสุจริต ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ซึ่งมีที่มาจากการรัฐประหารอันเป็นการใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลที่มาจากระบอบประชาธิปไตย ด้วยรูปแบบและวิถีทางที่ไม่ได้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตย แล้วจะพบว่าขัดต่อหลักนิติรัฐที่นานาอารยประเทศถือปฏิบัติ เพราะการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารซึ่งมีสถานะทางกฎหมายมิได้เป็นไปตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากคณะรัฐประหารนั้นถึงแม้จะเป็นรัฐาธิปัตย์แต่ก็เป็นรัฐาธิปัตย์ที่ได้อำนาจมาโดยมิชอบตามวิถีทางแห่งระบอบประชาธิปไตย เพราะไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีความรับผิดชอบใดๆต่อประชาชน อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการใช้อำนาจในการออกประกาศหรือคำสั่งก็ไม่ได้มีขั้นตอนที่ชัดแจ้ง และไม่ผ่านการตรวจสอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร รวมถึงองค์กรฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม คืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการนั้น ก็จะเห็นได้ว่าการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารดังกล่าว เป็นการออกในนามของคณะรัฐประหารนั้นเอง ไม่ได้ออกในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์แต่อย่างใด[62]

จากเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 **ไม่มีสถานะความเป็นกฎหมายตามแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย** ตลอดทั้งไม่สอดคล้องกับแนวคิดหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมอีกด้วย

---

[62]ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา,** (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2550), 312

4.2 ปัญหาคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5/2550 ข้อที่ 13

4.2.1 ศาลรัฐธรรมนูญ และอำนาจตุลาการ

ในประเทศที่มีระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และมีการสถาปนาให้รัฐธรรมนูญเป็น “กฎหมายสูงสุด” นั้นมีความจำเป็นอยู่เองที่ต้องจัดสร้างกลไกในการรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กลไกดังกล่าวนี้นอกจากรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติมิให้ตัวบทกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มีบทบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา และ/หรือมีการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว กลไกอีกประการหนึ่ง ซึ่งรัฐธรรมนูญจำต้องจัดไว้ ก็คือการกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ นั่นก็คือ “ศาลรัฐธรรมนูญ”

ระบบศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2489 และสืบเนื่องเรื่อยมา แต่ในช่วงที่มีการปฏิวัติหรือรัฐประหาร นับจากปี พ.ศ.2490, 2502, 2519 และ 2534 ธรรมนูญการปกครอง/รัฐธรรมนูญชั่วคราวของคณะรัฐประหารไม่เคยบัญญัติเรื่องศาล/ตุลาการรัฐธรรมนูญ ขณะที่ศาลยุติธรรมจะเข้ามาแสดงบทบาทแทนศาลรัฐธรรมนูญในช่วงดังกล่าว

ในอดีตไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีบทบัญญัติของกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะให้องค์กรใดทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดว่า กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ประการใดจนกระทั่งปี พ.ศ.2488 หลังจากสงครามโลกครั้งที่2 ยุติลง ได้มีการตรา “พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราว พ.ศ.2488” ขึ้นเพื่อลงโทษแก่ผู้ที่ได้กระทำการตามกฎหมายนี้ถือว่าเป็นอาชญากรสงคราม ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำไปก่อนหรือหลังจากที่กฎหมายนี้ใช้บังคับก็ตาม ต่อมาเมื่อคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ศาลฎีกาได้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่าศาลฎีกามีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า กฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่โดยให้เหตุผลว่า ศาลเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายจึงต้องรู้ว่ากฎหมายนั้น ใช้บังคับได้หรือไม่ อีกทั้งศาลเป็นองค์กรตุลาการซึ่งมีหน้าที่ใช้บังคับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น นอกจากนี้ยังเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะตีความได้ว่ากฎหมายใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นเอง ส่วนฝ่ายบริหารนั้นก็ไม่อาจมีอำนาจหน้าที่ตีความว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เช่นเดียวกัน ดังนั้นศาลฎีกาจึงได้พิพากษาว่า พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ.2488 ที่ตราขึ้นนั้นเป็นการบังคับใช้กฎหมายอาญาในลักษณะที่มีผลย้อนหลัง เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับไม่ได้เป็นโมฆะ จากแนวคำพิพากษาฎีกาในคดีดังกล่าว ทำให้เกิดประเด็นถกเถียงกันต่อมาว่า องค์กรใดควรมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อยุติข้อขัดแย้งรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2489 จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่เรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา[63] แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อผ่านมาระยะหนึ่งหลายฝ่ายเริ่มเห็นว่าการทำหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมีปัญหา ทั้งนี้เพราะการจัดวางสถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้มีลักษณะเป็น “องค์กรทางการเมือง” โดยกำหนดให้ส่วนหนึ่งของตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการโดยตำแหน่ง เช่นประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา (ตำแหน่งทางการเมือง) ปรานศาลฎีกาและอัยการสูงสุด (ตำแหน่งราชการประจำ) ส่งผลให้มีปัญหาด้านประสิทธิภาพการทำงาน และส่วนหนึ่งที่ปฏิเสธไม่ได้ก็คือการจัดโครงสร้างองค์กรเช่นนี้ก็คือ อาจทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญตกอยู่ภายใต้อิทธิพลกดดันของสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นสถาบันทางการเมือง ย่อมส่งผลให้เกิดความไม่เป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่[64] จนกระทั่งต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบองค์กรใหม่จาก “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรในรูปแบบศาลที่ใช้อำนาจตุลาการ เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ”[65]

องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 กำหนดให้มีการจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ขึ้นประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 14 คน รวมเป็น 15 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา สำหรับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มาจากบุคคล ดังต่อไปนี้

1. ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาโดยได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 5 คน

2. ตุลาการในศาลปกครอง ซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน

3. ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือกจากวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 จำนวน 5 คน

---

[63]สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, **รวมบทความทางวิชาการ ของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1: ศาลรัฐธรรมนูญไทย**, (กรุงเทพฯ: นานาสิ่งพิมพ์), 2544, 65.

[64]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ**, (รายงานวิจัย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย, 2538), 15.

[65]สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพฯ: พี. เพรช, 2549), 118.

4. ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาและเลือกจากวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 จำนวน 5 คน

กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ในการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้งในสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์นั้น จะมีคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการสรรหาฯ คณะกรรมการสรรหามีทั้งหมด 13 คน ประกอบไปด้วย ประธานศาลฎีกา คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง เลือกกันเองให้เหลือ 4 คน คณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง เลือกกันเองให้เหลือ 4 คน และผู้แทนจากพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เลือกกันเองให้เหลืออีก 4 คน โดยคณะกรรมการสรรหาฯ มีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ สาขานิติศาสตร์ จำนวน 10 คน และสาขารัฐศาสตร์ จำนวน 6 คน เสนอต่อประธานวุฒิสภาพร้อมความยินยอมของผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อ ภายในกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่มีเหตุทำให้ต้องมีการเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญ และมติในการเสนอชื่อดังกล่าวจะต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการสรรหาฯ ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

จากนั้นประธานวุฒิสภาจะต้องเรียกประชุมวุฒิสภา เพื่อมีมติเลือกบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อในบัญชีดังกล่าว ซึ่งต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ ในการนี้ให้ 5 คนแรกในบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์และ 3 คนแรกในสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับคะแนนสูงสุดและมีคะแนนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา เป็นผู้ได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าจำนวนผู้ได้รับเลือกในสาขานิติศาสตร์มีไม่ครบ 5 คน และสาขารัฐศาสตร์มีไม่ครบ 3 คน ให้นำบัญชีรายชื่อผู้ไม่ได้รับเลือกในคราวแรกในบัญชีนั้นมาให้สมาชิกวุฒิสภาออกเสียงลงคะแนนเลือกอีกครั้งหนึ่ง และในการนี้ให้ผู้ได้รับคะแนนสูงสุดเรียงลงไปตามลำดับ เป็นผู้ได้รับเลือกให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ถ้ามีผู้ได้รับคะแนนเท่ากันในลำดับใดอันเป็นเหตุให้มีผู้ได้รับเลือกเกิน 5 คน หรือ 3 คน แล้วแต่กรณี ให้ประธานวุฒิสภาจับสลากว่าผู้ใดเป็นผู้ได้รับเลือก รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่ตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

4.2.2 ที่มาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ออกประกาศ คปค. ฉบับที่ 3 ข้อ 2 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บทบัญญัติที่ว่าด้วยหมวดศาล และต่อมาได้ตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ขึ้นมาใช้บังคับแทนโดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549 และในการนี้ได้

บัญญัติข้อความในมาตรา 35 ให้มี “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” จำนวน 9 คนประกอบด้วย ประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธาน ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวน 5 คน และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด โดยวิธีลงคะแนนลับจำนวน 2 คน โดยให้มีอำนาจหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกทุกประการ นอกจากนั้นยังให้โอนบรรดาอรรถคดีและการใดที่อยู่ที่อยู่ในระหว่างการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนวันที่ 19 กันยายน 2549 ให้มาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช2540 ศาลรัฐธรรมนูญมรฐานะเป็น “ศาล” ที่มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองโดยเฉพาะ ทั้งยังแยกจากศาลยุติธรรมและศาลอื่น แต่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวมากำหนดให้เป็นอำนาจของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ซึ่งไม่ใช่ศาล

ตามมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่และความสำคัญโดยสรุป ดังนี้

1. อำนาจที่เคยเป็นของศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกไป ให้โอนมาเป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

2. เมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด

3. ให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกเลิกไป ทำหน้าที่หน่วยธุรการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

4. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนดเกี่ยวกับองค์คณะในการพิจารณาพิพากษา วิธีพิจารณา และทำคำวินิจฉัย โดยให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

5. ให้โอนบรรดาอรรถคดีหรือการใดที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนวันที่ 19 กันยายน 2549 มาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาถึงที่มา อำนาจหน้าที่และความสำคัญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ก็คือ เดิมก่อนมีการปฏิวัติ รัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ก็มีศาลรัฐธรรมนูญที่ถือกำเนิด จัดตั้ง และเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้กำหนดในเรื่ององค์ประกอบการได้มา อำนาจหน้าที่ วิธีพิจารณา องค์คณะ ผลของคำวินิจฉัยรวมทั้งหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระ ไว้เป็นการเฉพาะที่แตกต่างจากศาลอื่นและองค์กรอื่นของรัฐ โดยเฉพาะอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ และแยกจากศาลยุติธรรมและศาลอื่น แต่การที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 35 มากำหนดให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีฐานะเป็นเพียง “คณะบุคคล” คณะหนึ่ง[66] ที่ก่อกำเนิดหรือที่มาที่ไม่ปกติ ไม่เป็นไปตามครรลองประชาธิปไตย กล่าวคือก่อเกิดจากผลพวงของการปฏิวัติ รัฐประหาร ซึ่งการเข้าสู่ตำแหน่งหรือกระบวนการสรรหาไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดอีกทั้งจำนวนองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยคดีก็น้อยกว่าจำนวนที่มีอยู่เดิม จึงส่งผลให้สถานภาพขององค์กรนี้มีปัญหาด้านความชอบธรรมตามหลักนิติธรรมและหลักรัฐธรรมนูญนิยม

ในทางทฤษฎี กำเนิดที่มาขององค์กรที่เรียกว่าศาล/ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มีความผูกพันใกล้ชิดกับหลักคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ที่ยืนยันความสำคัญสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ละเมิดมิได้ โดยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรค้ำประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนิยมอันเป็นต้นกำเนิดของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้รับอิทธิพลหรือมีความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเป็นที่มาของหลักความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม และหลักสิทธิมนุษยชน ความไม่ปกติในที่มาและสถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนอกจากมีปัญหาด้านความชอบธรรมแล้วยังมีภาวะหมิ่นเหม่ต่อการเป็นศาลพิเศษที่จงใจตั้งขึ้นมา เพื่อพิจารณาคดียุบพรรคการเมืองเพียงคดีเดียว หาใช่ศาลรัฐธรรมนูญทั่วไปที่อาจรับพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญใดๆไม่ สังเกตได้จากไม่สามารถรับพิจารณา ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาประกาศ/คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามบทบัญญัติในมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ที่บัญญัติรับรองการกระทำของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองฯภายหลังจากรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ใช้บังคับว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

4.2.3 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายนั้นมีขอบเขตการบังคับใช้ในแง่ของเวลา ในแง่บุคคล และในแง่ของดินแดนหรือพื้นที่ ทั้งสามเรื่องนี้เป็นข้อจำกัดในการใช้กฎหมาย ในแง่ของเวลา ตามหลักทั่วไปกฎหมายจะเริ่มต้นมีผลบังคับเมื่อใดนั้น ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายฉบับนั้นกำหนดไว้ หากไม่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ประกาศกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งเมื่อได้

---

[66]คณิน บุญสุวรรณ, **ดุลยภาพของระบบกฎหมายไทยหลังรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 “ฉีกรัฐธรรมนูญแล้วประเทศไทยได้อะไร”**, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: ร่วมด้วยช่วยกัน, 2550), 80-81.

ประกาศใช้แล้วกฎหมายนั้นย่อมจะระบุเวลาใช้บังคับเป็นที่ชัดเจน ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสทราบข้อความของกฎหมายล่วงหน้า เว้นแต่จะกำหนดวันบังคับเป็นอย่างอื่น เช่นบางกรณีกำหนดให้ใช้บังคับย้อนหลัง หรือบางกรณีกำหนดให้ใช้บังคับในอนาคตเวลาใดเวลาหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับย้อนหลังมีหลักสำคัญหลักหนึ่งว่า “การออกกฎหมายย้อนหลังอันเป็นผลร้ายกับบุคคลทำไม่ได้” เว้นแต่การออกกฎหมายย้อนหลังนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และหลักบังคับหรือมาตรการกำกับว่า “ต้องไม่กระทบกระเทือนหลักความยุติธรรมและต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ” และต้องพิเคราะห์ต่อไปว่าการกำหนดเช่นนั้นขัดต่อ “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” ที่ห้ามตรากฎหมายย้อนหลังหรือไม่ กรณีดังกล่าวนี้ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2549 และไม่มีความข้อใดที่บัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้ในแง่ของเวลาจึงต้องถือว่าประกาศฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2549 เป็นต้นไป แต่ข้อเท็จจริงในประเด็นนี้ปรากฏว่าการกระทำความผิดของกรรมการบริหารพรรคการเมืองอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 มีผลใช้บังคับคือเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2549 จนถึงวันที่ 2 เมษายน พ.ศ.2549 ซึ่งถือว่าเกิดขึ้นก่อนประกาศฉบับนี้ อย่างไรก็ตามประเด็นนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้ยกมาพิจารณาวินิจฉัย

4.2.4 การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง

หลักการห้ามย้อนหลังของกฎหมายไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้นมีที่มาจากหลักการที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ใช้บังคับอย่างเคร่งครัดกับการกระทำอันเป็นความผิดอาญาเท่านั้น ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งหลักการนี้ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตหลายฉบับ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับประเด็นปัญหาการย้อนหลังของกฎหมายคือ “การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมิใช่โทษทางอาญา เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 เพื่อมิให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมืองและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีโอกาสที่จะกระทำการก่อให้เกิดความเสียหายซ้ำอีกชั่วระยะเวลาหนึ่ง และแม้สิทธิการเลือกตั้งเป็นสิทธิพื้นฐานของ

ประชาชนในสังคมที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย แต่การมีกฎหมายกำหนดว่าบุคคลใดสมควรมีสิทธิเลือกตั้งเพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่ย่อมมีได้" ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 ข้อ 3 มีผลใช้บังคับย้อนหลังแก่การกระทำอันเป็นเหตุยุบพรรคในคดีนี้ได้

แต่อย่างไรก็ตามมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย จำนวน 3 ท่าน (ปัญญา ถนอมรอด, กิตติศักดิ์ กิติคุณไพโรจน์ และธานิศ เกศวพิทักษ์) ที่เห็นต่างจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการเสียงข้างมากดังกล่าว ดังนี้

1. ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง โดยให้ความเห็นไว้ในคำวินิจฉัยส่วนตนว่ากฎหมายที่ดีนั้นต้องตราขึ้นโดยอาศัยหลักนิติธรรม ซึ่งโดยทั่วไปมีเจตนารมณ์เพื่อปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและอนาคต หากมีผลย้อนหลังจะต้องเป็นคุณหรือบรรเทาความเดือดร้อน และไม่กระทบถึงสิทธิของประชาชน หากมีผลย้อนหลังที่เป็นโทษหรือเพิ่มโทษ ถือว่าเป็นการใช้กฎหมายในทางที่เป็นปฏิปักษ์กับหลักความยุติธรรมสากล แม้หลักนี้จะใช้อย่างเคร่งครัดกับโทษทางอาญา แต่เป็นที่ยอมรับในหลายประเทศว่า การให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง ซึ่งมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชน หรือลิดรอน เพิกถอน หรือจำกัดสิทธิของประชาชนที่มีอยู่ก่อนแล้วโดยชอบด้วยกฎหมายก็เป็นการต้องห้ามด้วยเช่นกัน[67]

2. สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน กำหนดขึ้นเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกือบทุกฉบับได้รับรองไว้จนเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ยังให้การรับรองคุ้มครองไว้ในมาตรา 3 ด้วย การจำกัดตัดสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทยดังกล่าวจึงกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเฉพาะ และโดยปกติกฎหมายจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศหรือถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนทราบข้อความของกฎหมายล่วงหน้า แต่ถ้าผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายประสงค์จะให้กฎหมายนั้นมีผลย้อนหลังก็ต้องกำหนดไว้ในกฎหมายนั้นให้ชัดเจน ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 เป็นกฎหมายที่เป็นผลร้าย ต่อผู้ที่ต้องเสียสิทธิ

---

[67]ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 33 ก 13 กรกฎาคม 2550:165-167 (เล่มที่ 1)

เลือกตั้งแต่มิได้ระบุว่าให้มีผลใช้บังคับย้อนหลัง จึงมิอาจใช้บังคับย้อนหลังเพื่อเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งได้[68]

3. เหตุผลสำคัญที่รัฐไม่พึงออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้นมาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานประการหนึ่งของหลักนิติรัฐนั่นเอง ทั้งนี้เพราะมีภาษิตกฎหมายบทหนึ่งว่า ไม่มีความผิด ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย ซึ่งแม้ว่าภาษิตกฎหมายบทนี้จะเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่งว่า บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงผู้กระทำผิดนั้น จะต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายก็ตาม แต่เนื่องจากหลักการตามภาษิตกฎหมายดังกล่าว เป็นหลักประกันความไว้เนื้อเชื่อใจของบุคคลที่มีต่อการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐ ทั้งนี้เพราะหากการปกครองในบ้านเมืองใด รัฐไม่ยึดมั่นในภาษิตกฎหมายดังกล่าวราษฎรย่อมไม่มีหลักประกันว่า สิ่งที่ตนได้กระทำไปในวันนี้ในอนาคตกาลวันข้างหน้าจะไม่มีกฎหมายย้อนหลังออกมาเอาผิดให้เป็นผลร้ายแก่ตนหรือไม่ สิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมคลอนแคลนไม่มั่นคง เพราะขาดหลักประกันความคุ้มครอง ดังนั้นนานาอารยะประเทศจึงมิใช่เพียงมีข้อจำกัดห้ามออกกฎหมายย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลเฉพาะกรณีที่เป็นความผิดต่อกฎหมายอาญาเท่านั้นหากแต่ได้นำหลักการตามภาษิตกฎหมายที่ว่านี้ไปใช้บังคับแก่การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลในกรณีอื่น ๆ ด้วย[69]

การมีผลย้อนหลังของกฎหมายนั้นมีความเห็นทางวิชาการที่นักกฎหมายไทยให้ความเห็นไว้ค่อนข้างหลากหลายซึ่งก็สามารถสรุปประเด็นได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

1. แนวทางแรก เห็นว่ากฎหมายไม่สามารถออกย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ในกฎหมายทุกสาขา

2. แนวทางที่สอง เห็นว่าเฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเท่านั้นที่ไม่สามารถย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดได้ แต่ถ้าเป็นกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายที่มีโทษทางอาญาไม่มีกฎเกณฑ์ใดห้ามมิให้กฎหมายนั้นมีผลย้อนหลัง

---

[68]ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 33 ก 13 กรกฎาคม 2550 44-45 (เล่มที่ 2)

[69]ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 33 ก 13 กรกฎาคม 2550:154-161 (เล่มที่ 1)

ในต่างประเทศเคยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกล่าวว่าการย้อนหลังโดยแท้โดยทั่วไปแล้วกระทำไม่ได้ แต่ การย้อนหลังโดยไม่แท้โดยทั่วไปกระทำได้ ซึ่งการที่จะย้อนหลังได้หรือไม่ทั้งสองกรณีจะขึ้นอยู่กับ “ประโยชน์สาธารณะ” ในแต่ละกรณีไป และจักต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นๆประกอบด้วย ซึ่งในทางกฎหมายมหาชนมีหลักการที่สำคัญอยู่ประการหนึ่ง คือ “หลักแห่งความไว้เนื้อเชื่อใจ” (vertrauengrundstz) ซึ่งตามหลักดังกล่าวนี้หมายความว่า บุคคลต้องสามารถมีความเชื่อมั่นหรือไว้วางใจในอำนาจรัฐได้ว่า รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมกำหนดเป็นผลร้ายต่อตนเกินกว่าผลร้ายทางกฎหมายที่มีอยู่แล้วในขณะกระทำ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในการที่รัฐจะดำเนินการต่อบุคคลในรัฐนั้น รัฐต้องตั้งมั่นใน “หลักแห่งความสุจริต” (treu und glauben) และนอกจากนี้ในการออกกฎหมายรัฐยังต้องกระทำโดยคำนึงถึงความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมาย (rechtssicherheit) อีกด้วย ซึ่งในทางกฎหมายมหาชน แม้ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดๆกำหนดไว้ชัดแจ้งเกี่ยวกับห้ามตราหรือบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาก็ตาม แต่ก็มีข้อพิจารณาว่า ในทางวิชาการกฎหมายมหาชนนั้นมีหลักทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับว่า การออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง และต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งหากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขนี้แล้ว ถือว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางวิชาการกฎหมายมหาชนมีเงื่อนไขบังคับที่จะทำให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่ 5 ประการด้วยกัน คือ

1. กฎหมายต้องไม่ขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาค
2. กฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน
3. กฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง
4. กฎหมายต้องไม่ขัดต่อหลักแห่งความได้สัดส่วน
5. กฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ

แนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศไม่ได้จำกัดห้ามตราและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลเฉพาะในกรณีของโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงการตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลในกรณีอื่นด้วย เช่น

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ศาลรัฐธรรมนูญก็เคยวินิจฉัยว่าโดยหลักแล้วการตรากฎหมายย้อนหลังไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่จบลงแล้วให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำมิได้ (คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เล่มที่ 13, หน้า 261, 270)

คำวินิจฉัยที่ 82-155 ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ.1982 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับโทษทางภาษีว่าหลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของกฎหมาย

ไม่ได้ใช้บังคับแต่เฉพาะกับกฎหมายที่บัญญัติกำหนดความผิดและโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ต้องขยายไปใช้บังคับกับกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทุกประเภท

สำหรับประเทศไทย เคยมีการออกกฎหมายบังคับใช้ย้อนหลังเช่นเดียวกัน เช่น พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ.2488 บัญญัติว่า ไม่ว่าการกระทำอันเป็นอาชญากรสงครามนั้น จะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้ พระราชบัญญัตินั้นก็ดี ผู้กระทำได้ชื่อว่า เป็นอาชญากรสงคราม และต้องได้รับโทษดังที่บัญญัติไว้ทั้งสิ้น และในการนี้เคยมีคำพิพากษาของศาลในส่วนของกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 14 บัญญัติว่า ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพสมบูรณ์ ซึ่งเป็นข้อความที่รองรับสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการต่าง ๆ มีความหมายว่า ทำได้ตามใจชอบ เป็นการรับรองว่า บุคคลทุกคน อาจที่จะทำ พูด และเขียน ฯลฯ อย่างไรก็ได้ เพียงแต่ต้องอยู่ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือต้องไม่มีบทกฎหมายห้ามไว้ และคำว่า ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย ต้องหมายถึง เวลาที่กระทำ เวลาที่พูด และเวลาที่เขียน จะให้มีความหมายถึงบทกฎหมายที่จะออกบังคับในภายหน้าด้วยไม่ได้เพราะหากรวมด้วย บุคคลผู้กระทำ ผู้พูด ผู้เขียน จะรู้ได้อย่างไรว่าที่ทำ พูด และเขียนนั้นไม่มีความผิดรัฐธรรมนูญก็จะไม่มีผล จึงวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังขัดต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4815/2541 กระทำผิดตาม พ.ร.บ.จัดหางานฯ ในขณะที่กฎหมายยังไม่มีผลใช้บังคับ จึงนำกฎหมายมาใช้ย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยมิได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1889/2524 ซึ่งวินิจฉัยว่าโจทก์มีหน้าที่ต้องเสียภาษีการค้าหรือไม่นั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่โจทก์นำวัตถุดิบพิพาทเข้ามาในราชอาณาจักร คือ ประมวลรัษฎากรมาตรา 79 ทวิ แม้ต่อมามีการแก้ไขประมวลรัษฎากรมาตรา 79 ทวิ โดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 206 ลงวันที่ 15 กันยายน 2514 ข้อ 17 เป็นผลให้ผู้ที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าประเภท 1 การค้า 1 แห่งบัญชีอัตราภาษีการค้าไม่ว่าเพื่อการใดๆ ต้องเสียภาษีการค้า แต่การแก้ไขดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่ 16 กันยายน 2515 ย่อมไม่มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่โจทก์นำวัตถุดิบเข้ามาในราชอาณาจักร จึงใช้บังคับโจทก์ไม่ได้ แต่ถ้าเป็นการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากรให้มีผลย้อนหลังในทางเป็นคุณแก่ผู้เสียภาษีแล้วย่อมกระทำได้ เช่น พระราชบัญญัติกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 430) พ.ศ. 2548 มาตรา 4 บัญญัติให้เงินได้สุทธิส่วนที่ไม่เกิน 100,000 บาท ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ทั้งนี้สำหรับเงินได้สุทธิที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2547 เป็นต้นไป กฎหมายฉบับนี้ประกาศใน

ราชกิจจานุเบกษาวันที่ 26 มกราคม 2548 แต่ให้มีผลย้อนหลังไปใช้กับเงินได้สุทธิที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2547 ด้วย การย้อนหลังนี้เป็นคุณจึงมีผลย้อนหลังได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1764/2492 วินิจฉัยว่า โจทก์ได้ส่งปลาเค็มไปฮ่องกงได้เสียค่าภาษีศุลกากรและเจ้าหน้าที่ศุลกากรกรอกใบขนให้แล้ว ในระหว่างที่ของของโจทก์ส่งไปที่เกาะสีชังเพื่อส่งออก ก็มีกฎหมายพิกัดอัตราศุลกากร (ฉบับที่ 6) 2489 ออกมา กรมศุลกากร จำเลยสั่งให้โจทก์เสียภาษีตามอัตราใหม่ ศาลทั้งสามพิพากษาต้องกันว่า จำเลยเรียกเก็บภาษีเพิ่มไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1196/2504 บุคคลที่เกิดในประเทศไทยมีบิดาเป็นคนต่างด้าว เมื่อบุคคลนั้นได้รับใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว บุคคลนั้นย่อมขาดจากสัญชาติไทย ตาม พรบ. สัญชาติไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2496 มาตรา 16 ทวิ ฉะนั้นเมื่อบุคคลนั้นกระทำผิดฐานเล่นการพนันสลากกินรวบกระทรวงมหาดไทยจึงสั่งเนรเทศบุคคลนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ต่อมามี พรบ. สัญชาติ (ฉบับที่ 3) มาตรา 7 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2500 ให้ยกเลิกความในมาตรา 16 ทวิแห่ง พรบ.สัญชาติไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2496 เสียแล้วก็ดี หาทำให้คำสั่งเนรเทศโจทก์นั้นกลายเป็นคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายไปได้ไม่ เพราะคำสั่งเดิมที่ให้เนรเทศโจทก์นั้นเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย และพรบ.สัญชาติที่ให้ยกเลิกฉบับหลังนี้ก็ไม่มีบทบัญญัติพิเศษอะไรไว้ ให้มีผลย้อนหลังอันจะกระทบกระเทือนถึงคำสั่งที่ให้เนรเทศโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 886/2523 ข้อเท็จจริงฟังว่าจำเลยบุกลุกเข้าครอบครองที่พิพาทก่อนวันที่ 4 มีนาคม 2525 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 96 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2515 มีผลใช้บังคับการกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายที่ดินที่ดิน พ.ศ.2497 มาตรา 108 ทวิ เพราะการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1 และมีโทษตามมาตรา 108 ทวิ นั้นจะต้องเป็นการฝ่าฝืนนับกฎหมายที่ดินตั้งแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับดังกล่าวใช้บังคับเป็นต้นไป

กฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองนั้น เป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่งที่จัดอยู่ในประเภทกฎหมายว่าด้วยรัฐและรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางวิชาการหลักการห้ามย้อนหลังของกฎหมายทางกฎหมายมหาชนนั้นมีหลักเกณฑ์พิจารณาอยู่สองกรณีด้วยกัน คือการย้อนหลังโดยแท้ และการย้อนหลังโดยไม่แท้ การย้อนหลังโดยแท้ก็คือ การย้อนหลังของกฎหมายไปใช้บังคับการข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วในอดีต ส่วนการย้อนหลังโดยไม่แท้ก็คือ การย้อนหลังของกฎหมายไปใช้บังคับการข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วในอดีตและยังเป็นอยู่ต่อเนื่องกันมาจนถึงวันที่ออกกฎหมายใหม่และต่อไปหากไม่มีกฎหมายใหม่มายกเลิก แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกล่าวว่า “การย้อนหลัง

โดยทั่วไปแล้วกระทำไม่ได้ แต่ “การย้อนหลังโดยไม่แท้” โดยทั่วไปกระทำได้ ซึ่งการที่จะย้อนหลังได้หรือไม่ทั้งสองกรณีขึ้นอยู่กับ “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นกรณี ๆ ไป[70]

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาข้างต้น ในทางวิชาการถือเป็น “การย้อนหลังโดยแท้” ดังนั้นประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือหลักการ แนวคิด และทฤษฎีที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชนในที่นี้คือ หลักนิติรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง ซึ่งหากมีผลย้อนหลังไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องก็ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดภาระหรือก่อให้เกิดผลร้ายหรือผลกระทบกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง กรณีนี้ย่อมมีขอบเขตแห่งการย้อนหลังตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับหลักคุ้มครองความสุจริต ซึ่งหมายความว่า การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นนอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่งนั่นก็คือกฎหมายต้องมีความชัดเจนเพียงพอเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ หลักความไว้เนื้อเชื่อใจ กล่าวคือ บุคคลต้องสามารถมีความไว้เนื้อเชื่อใจหรือไว้วางใจในอำนาจรัฐได้ว่า รัฐไม่บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมให้เป็นผลร้ายต่อตนเกินกว่าผลร้ายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในขณะกระทำ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในการที่รัฐจะดำเนินการต่อบุคคลในรัฐนั้น รัฐต้องตั้งมั่นใน “หลักแห่งความสุจริต”[71]

ข้อเท็จจริงในประเด็นนี้เดิมผู้กระทำผิดเพียงแต่ได้รับผลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 มาตรา 69 เท่านั้นกล่าวคือจะขอตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือเป็นกรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือมีส่วนร่วมในการขอจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ตามมาตรา 8 อีกไม่ได้ ต่อมารัฐได้แก้ไขกฎหมายกำหนดผลร้ายเพิ่มเติม และให้มีผลย้อนหลังโดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองมีกำหนดเวลา 5 ปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค ซึ่งถือว่าขัดต่อหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักความไว้เนื้อเชื่อใจ และหลักแห่งความสุจริต หรืออีกนัยหนึ่งก็คือขัดต่อหลักนิติรัฐนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่พิจารณาว่าจะย้อนหลังได้หรือไม่จักต้องพิจารณาเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ” ประกอบ ในคดีนี้ปรากฏเหตุผลในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ประเด็นเกี่ยวกับการย้อนหลังของ

---

[70]คณิต ณ นคร, **หักดิบกฎหมาย**, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), 70-71.

[71]เรื่องเดียวกัน, 71.

กฎหมายว่า “เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่ย่อมมีได้” กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าการย้อนหลังของกฎหมายในกรณีนี้ย่อมมีได้ เพราะเป็นเรื่อที่เกี่ยวข้องกับความเหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยใน ซึ่งถือเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” ในกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าภายใต้หลักนิติรัฐนั้นมีหลักที่สำคัญอีกหลักหนึ่งคือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักสำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักนี้ยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) ของรัฐ และที่สำคัญยังเป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ออกโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหาร ที่ทำการยึดอำนาจการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และสถาปนาตนเองว่าเป็นรัฏฐาธิปัตย์ ซึ่งตามแนวคิด ทฤษฎี เรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ถือว่าไม่ใช่กฎหมายในแง่ของความหมายที่ว่า “กฎหมายคือเจตจำนงร่วมของประชาชน” หรือ General Will ดังนั้นการบังคับใช้ ประกาศหรือคำสั่งที่ได้ออกตามแนวทางที่ไม่เป็นไปตามครรลองของระบอบประชาธิปไตย ต้องบังคับใช้อย่างจำกัด และเคร่งครัด ทั้งนี้เพื่อไม่ให้ก้าวล่วงหรือกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าหลักการห้ามย้อนหลังของกฎหมายใช้ได้เฉพาะในกฎหมายอาญานั้น จึงไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ และมีปัญหาในทางทฤษฎี ทั้งนี้เนื่องจากหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่บังคับใช้ในกฎหมายทุกสาขาไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญาหรือกฎหมายมหาชน ผู้ศึกษาไม่เห็นพ้องด้วย

นอกจากประเด็นดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ในทางกฎหมายมหาชนนั้นสิ่งที่ควรนำมาพิจารณาประกอบเพื่อให้รัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐภายใต้สังคมที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยเพื่อให้เกิดความตระหนักตลอดทั้งไม่กระทำการใด ๆ ตามอำเภอใจก็คือ แนวคิด ทฤษฎี และปรัชญาอันเป็นรากฐานที่มาของคำว่า “รัฐ” ทฤษฎีสัญญาประชาคมเห็นว่าสังคมการเมืองหรือรัฐนั้นมิใช่สังคมที่เกิดขึ้นและมีวิวัฒนาการผันแปรโดยตัวเองตามธรรมชาติ แต่เป็นสังคมที่เกิดจากเจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ที่ร่วมกันทำ “สัญญาประชาคม”เพื่อเป็นหลักประกันว่าจะสามารถดำรงชีวิตได้อย่างสงบสุข ปลอดภัย และมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สิน โดยประชาชนได้ตกลงยินยอมมอบสิทธิหรืออำนาจบางประการให้รัฐบาลหรือผู้ปกครองนั้นทำหน้าที่พิทักษ์ คุ้มครองตน และลงโทษผู้กระทำผิดโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือพิทักษ์สันติสุขและปกป้องสิทธิเสรีภาพของ

ประชาชน มิใช่การจำกัดหรือลิดรอนสิทธิ เสรีภาพจากประชาชนมาอยู่ในมือของผู้ปกครองหรือรัฐบาล นั่นก็คือรัฐบาลไม่มีอำนาจเป็นของตัวโดยอิสระ หากแต่เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจที่ผู้คนในสังคมมอบให้ทำหน้าที่แทนเท่านั้น ซึ่งสาระสำคัญของประเด็นนี้ก็คือการดำรงอยู่ของมนุษย์ในอดีตแต่เดิมมนุษย์เกิดมาพร้อมเสรีภาพ ดำรงอยู่อย่างอิสระและมีความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติเป็นกติกาคอยกำกับในการอยู่ร่วมกันที่เรียกว่าเหตุผลหรือความยุติธรรมตามธรรมชาติ(Natural Justice) ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติที่ว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง กลมกลืนสอดคล้องกับธรรมชาติ” ในการนี้มีผู้กล่าวไว้ว่า “กฎหมายธรรมชาติเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย มาตรแห่งสิทธิคือมาตรแห่งกฎหมายธรรมชาติ” กฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ถ้ากฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์ไม่มีค่าเป็นกฎหมาย นั่นก็คือกฎหมายธรรมชาติมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองของมนุษย์ ถ้ากฎหมายบ้านเมืองขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายนั้นย่อมไร้ผล และราษฎรย่อมมีสิทธิไม่ฟังผู้ปกครองได้ซึ่งกฎหมายธรรมชาตินั้นมีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์ทั่วไป และนิรันดร” ใช้ได้ไม่จำกัดเวลา ไม่จำกัดสถานที่ ซึ่งสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยมนั้นยืนยันว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้องหรือหลักแห่งธรรมะอันมนุษย์ทั้งหลายย่อมรู้เข้าใจได้ด้วยสติปัญญาของตน” ความคิดสำนักนี้ยืนยันความมีอยู่ของธรรมะทางกฎหมาย ว่ามีอำนาจบังคับเหนือกว่าคำสั่งหรือคำบัญชาของรัฏฐาธิปัตย์และเป็นเครื่องจำกัดการใช้อำนาจอธรรมของรัฐ ซึ่งหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐหรือหลักการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นสำคัญ หลักสัญญาประชาคม หลักสิทธิมนุษยชนและความพยายามจำกัดอำนาจรัฐให้อยู่ในกรอบรัฐธรรมนูญที่เรียกว่าลัทธิธรรมนูญนิยมนั้น ล้วนแล้วแต่เป็นความคิดที่ตั้งอยู่บนฐานทางทฤษฎีกฎหมายของสำนักธรรมนิยมทั้งสิ้น และที่สำคัญอย่างยิ่งคือแนวคิดสำนักนี้มีสาระสำคัญเช่นเดียวกันกับคติธรรมที่เคยถือกันมาในวัฒนธรรมไทยแต่เดิม ซึ่งก็ดูเหมือนจะสอดคล้องหรือใกล้เคียงกับสำนักประวัติศาสตร์ที่ยืนยันว่า “กฎหมายคือจิตวิญญาณประชาชาติ คือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในชนชาติ ย่อมเกิดและวิวัฒนาการไปเองตามเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมประเพณีและสภาพแวดล้อมของชนชาตินั้น ๆ” ซึ่งกระแสความคิดเกี่ยวกับความเป็นธรรมในสังคมไทยตลอดระยะเวลากว่าสองทศวรรษที่ผ่านมานั้นเคลื่อนไหวสอดคล้องกับแนวกระแสพระราชดำรัสและพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลปัจจุบันที่ทรงพระราชทานแก่นักกฎหมายในโอกาสต่าง ๆ และก็มีพระบรมราโชวาทหลายครั้งแสดงถึงแนวพระราชดำริทางปรัชญากฎหมายไปในทิศทางเดียวกับสำนักธรรมนิยมและสำนักประวัติศาสตร์ ดังเช่นทรงกล่าวถึงกฎหมาย อำนาจ ความยุติธรรมและความเป็นจริงในสังคมว่า

“กฎหมายกับความเป็นอยู่ที่เป็นจริงอาจขัดกัน และในกฎหมายก็มีช่องโหว่มิใช่น้อย เพราะเราปรับปรุงกฎหมายและการปกครองอย่างโดยอาศัยหลักการของต่างประเทศโดยมิได้คำนึงถึงความเป็นอยู่ของประชาชนว่าในที่ใดเป็นอย่างไร”

“โดยที่กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย”

“กฎหมายมีไว้สำหรับให้มีความสงบสุขในบ้านเมือง มิใช่ว่ากฎหมายมีไว้สำหรับบังคับประชาชน ถ้ามุ่งหมายที่จะบังคับประชาชนก็กลายเป็นเผด็จการ กลายเป็นสิ่งที่บุคคลหมู่น้อยจะต้องบังคับบุคคลหมู่มาก ในทางตรงข้ามกฎหมายมีไว้สำหรับให้คนหมู่มากมีเสรีและอยู่ได้ด้วยความสงบ”

“การที่อยู่กับกฎหมายและใช้กฎหมายมาก ๆ นั้น อาจทำให้ติดในตัวบทกฎหมายมากไป และทำให้เห็นว่าลำพังตัวบทกฎหมายจะให้ความยุติธรรมได้โดยสมบูรณ์ ความจริงกฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือสำหรับกำหนดความถูกผิดเพื่ออาศัยเป็นหลักวินิจฉัยในการอำนวยความยุติธรรม หาใช่ปัจจัยสิ่งเดียวใน การให้ความยุติธรรมไม่”

“กฎหมายมิใช่ตัวความยุติธรรม หากเป็นแต่เพียงบทบัญญัติหรือปัจจัยที่ตราไว้เพื่อรักษาความยุติธรรม....จึงไม่สมควรจะถือว่าการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดินมีวงกว้างอยู่เพียงแต่ขอบเขตของกฎหมายจำเป็นต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรรยา ตลอดจนเหตุและผลตามเป็นจริงด้วย”

แต่อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่ควรหยิบยกมาพิจารณาชั่งน้ำหนักเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงตามสมมุติฐานที่ตั้งไว้ก็คือแนวคิดปรัชญากฎหมายบ้านเมือง แนวคิดการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และแนวคิดประโยชน์สาธารณะ กล่าวคือสำนักกฎหมายบ้านเมืองมองว่า กฎหมายที่แท้จริงคือกฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เท่านั้น เป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่โดยไม่ต้องอาศัยที่สูงกว่า เนื่องจากว่ารัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดจะออกกฎหมายใด ๆ ก็ได้ โดยไม่อาจโต้แย้งถึงความถูกผิด ความดี ความชั่ว ความยุติธรรม ความอยุติธรรม เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นจากกฎหมายที่รัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจที่จะบัญญัติขึ้น ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้ดูเสมือนว่าจะปฏิเสธแนวความคิดเรื่องความเป็นธรรมอันเป็นรากฐานความคิดทางกฎหมายซึ่งถือเป็นวิชาที่แสวงหาความเป็นธรรมอันเป็นอุดมคติในทางกฎหมายที่มีมาแต่เดิมทุกชาติ ทุกภาษา และทุกวัฒนธรรม ปรัชญาของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อนักกฎหมายไทยเห็นได้จากคำกล่าวของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย มีข้อความตอนหนึ่งว่า “เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความดี ความชั่ว ฤาความยุติธรรม กฎหมายเป็นคำสั่งเป็นแบบที่เราจะต้อง

ปฏิบัติตาม แต่กฎหมายนั้นบางทีจะชั่วได้ ถาไม่ยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดี อะไรชั่ว อะไรเป็นยุติธรรม มีบ่อเกิดที่มาหลายแห่ง เช่นศาสนาต่าง ๆ แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียวคือ จากผู้ครองแผ่นดินฤาผู้ครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น" ซึ่งคำสอนหรือแนวคิดดังกล่าวข้างต้นก็ได้รับการรับรองในรูปของคำพิพากษาของศาล เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 211/2473 "กฎหมายต้องแปลให้เคร่งครัดตามกฎหมายที่มีอยู่ จะแปลให้คล้อยตามความยุติธรรมมิได้", คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 144/2459 "ความยุติธรรมแปลว่าความประพฤติอันชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น ความเห็นส่วนตัวบุคคลย่อมแปรปรวนไปต่าง ๆ ไม่มียุติเป็นยุติธรรมได้เลย" คำพิพากษาเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า ความคิดทางกฎหมายที่ครอบงำนักกฎหมายไทยอยู่ในระยะหลายสิบปีมานี้คือความคิดที่ว่า "กฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์" หรือความคิดอำนาจนิยมแบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง ดังที่เคยได้ยินนักกฎหมายกล่าวอยู่เสมอว่า "นี่เป็นความยุติธรรมตามกฎหมาย" ผู้ศึกษาเห็นว่าในสถานการณ์ปัจจุบันการยึดถือแนวคิดดังกล่าวข้างต้นเป็นสำคัญนับว่าเป็นอันตรายทางความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพราะการถือกฎหมายเป็นใหญ่ภายใต้แนวความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็คือการถือหลักผู้มีอำนาจหรือผู้ปกครองเป็นใหญ่นั่นเอง นักกฎหมายซึ่งต้องรับใช้กฎหมายก็จะกลายเป็นผู้รับใช้ผู้มีอำนาจ เมื่อแสวงหาข้อยุติว่ากฎหมายมีอยู่อย่างไรก็เพ่งอยู่แต่เฉพาะส่วนที่เป็นภาคคำสั่งซึ่งแสดงปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ถามถึงหลักการและเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังอักษรเหล่านั้น ในต่างประเทศโดยเฉพาะในแถบโลกตะวันตกแนวคิดของสำนักดังกล่าวนี้มีอิทธิพลแผ่กระจายไปทั่วเช่นกันแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงอิทธิของแนวคิดปรัชญาดังกล่าวก็เริ่มเสื่อมลง ทั้งนี้เพราะนักกฎหมายทั้งหลายพบความจริงที่ว่า ความเชื่อในปรัชญากฎหมายบ้านเมืองที่ว่ากฎหมายขึ้นอยู่กับอำนาจทางการเมืองของผู้ปกครองรัฐนั้น ความเชื่อดังกล่าวนี้ได้ทำให้ประเทศต่าง ๆ ในแถบยุโรปโดยเฉพาะประเทศเยอรมันเกือบถึงกาลพินาศเนื่องจากตกอยู่ภายใต้การกดขี่และย่ำยีของลัทธิเผด็จการและกฎหมายที่เลวนั่นเอง จากประเด็นแนวคิดและมุมมองของนักกฎหมายของสำนักดังกล่าวข้างต้นทำให้เห็นว่าปัจจุบันและอนาคตข้างหน้าหากรัฐหรือผู้ปกครองยังคงยึดติดกับแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองอย่างเข้มข้นโดยมองว่ารัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดจะออกกฎหมายใด ๆ ก็ได้ ตามแนวคิดที่ว่ากฎหมายที่แท้จริงก็คือกฎหมายบ้านเมือง เชื่อว่าหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมก็ไร้ซึ่งความหมาย ประชาชนก็สุ่มเสี่ยงที่จะถูกลิดรอนสิทธิ เสรีภาพจากอำนาจรัฐ

บทที่ 5

สรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

แนวคิดกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เป็นหลักกฎหมายเก่าแก่ที่มีมาแต่โบราณโดยมีที่มาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “กฎหมายใหม่หาบังคับถึงการที่ได้กระทำลงก่อนใช้กฎหมายใหม่นั้น” โดยหลักนี้มีรากฐานที่มาหรือก่อเกิด จากบัญญัติที่ว่ากฎหมายใหม่ ยกเลิกกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่ต้องบังคับแก่การในอนาคต หาใช่แก่การที่ได้กระทำไปแล้วในอดีตไม่ จนกระทั่งหลักการดังกล่าวนั้นพัฒนาขึ้นเป็นหลักกฎหมายที่ถือกันว่าเป็นสุภาษิตภาษาละตินทางกฎหมาย คือ ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมาย และไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดหลักกฎหมายนี้เป็นที่ยอมรับและถือปฏิบัติเป็นหลักการสากลว่า จะมีโทษสำหรับผู้กระทำการอันไม่ต้องห้ามตามกฎหมายมิได้ ซึ่งถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดในทางอาญา แต่ก็มีข้อยกเว้นคือกรณีกฎหมายที่ออกมาภายหลังเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดก็สามารถย้อนหลังได้

ประเทศไทยเริ่มมีการนำหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมาบัญญัติไว้ครั้งแรก ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 เมื่อปี พ.ศ. 2452 และต่อมาก็ได้มีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่อดีตเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ถือเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และนำมาใช้บังคับอย่างเคร่งครัดเฉพาะในส่วนที่เป็นความผิดและโทษทางอาญาเท่านั้น กล่าวคือถ้าเป็นกฎหมายอาญาแล้วห้ามบังคับใช้ย้อนหลังโดยเด็ดขาด เว้นแต่การย้อนหลังนั้นจะเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น ในทางกฎหมายอาญานั้นมีสุภาษิตที่ยึดถือเป็นหลักทั่วไปที่สำคัญคือ “ถ้าไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ” กล่าวคือจะตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษมิได้ ในนานาอารยะประเทศ ได้มีการยอมรับให้หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในทางอาญานั้นเป็นหลักนิติธรรมสากล (due process of law) โดยมีการนำหลักนี้ไปบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิและพลเมือง และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ทุกประเทศต้องปฏิบัติตาม ภายใต้แนวคิดหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ ผู้ใช้กฎหมายต้องตีความอย่างเคร่งครัดและผู้ตีความกฎหมายจะออกกฎหมายหรือตีความกฎหมายที่มีโทษทาง

อาญาในเชิงย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ เว้นแต่กฎหมายที่ออกมาภายหลังมีลักษณะเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดยิ่งกว่าและไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามประเด็นที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นภาคความผิดและโทษที่อยู่ในส่วนของกฎหมายอาญาเท่านั้น สำหรับในส่วนของกฎหมายสาขาอื่นที่มิใช่กฎหมายอาญา เช่นในทางกฎหมายแพ่งนั้นมีหลักทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับกันว่า มิให้ใช้กฎหมายใหม่บังคับแก่การใด ๆ อันได้ล่วงมาแล้วเพราะกฎหมายแพ่งถือหลักเรื่องการแสดงเจตนาเปรียบดั่งกฎหมายหรือหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา ที่ให้ความสำคัญของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ฉะนั้นกฎหมายใหม่จึงไม่ประสงค์เข้าไปเกี่ยวข้องแก้ไขข้อตกลงใด ๆ ซึ่งคู่กรณีได้ทำกันไว้ก่อนกฎหมายใหม่ ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักทั่วไปที่ว่า “กฎหมายใหม่ย่อมไม่กระทบกระเทือนหรือลบล้างสิทธิซึ่งบุคคลมีอยู่ก่อนแล้ว” ตามหลักเรื่องสิทธิที่ได้มาโดยชอบธรรม ดังนั้น กฎหมายแพ่งมีผลย้อนหลังหรือไม่จะต้องพิจารณาว่า กฎหมายนั้นกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายก่อน ๆ หรือมีผลเป็นการก่อให้เกิดหนี้ใหม่ หรือวางหน้าที่ขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในนิติกรรมซึ่งได้กระทำกันไว้ก่อนกฎหมายฉบับใหม่หรือไม่ หากกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวมานี้ห้ามมีผลย้อนหลัง แต่หลักนี้ก็มีข้อยกเว้นที่ยอมรับให้มีผลย้อนหลังในทางแพ่งได้เช่นเดียวกัน คือกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมิใช่กฎหมายอาญา กฎหมายที่ออกมาเพื่อตีความกฎหมายอื่น และกฎหมายที่เกี่ยวด้วยธรรมนูญศาลและวิธีพิจารณา ซึ่งกล่าวโดยสรุปก็คือในทางแพ่งของไทย ถึงแม้กฎหมายจะไม่ได้ระบุเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนว่าห้ามย้อนหลัง แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยหลักทั่วไปว่ากฎหมายแพ่งย่อมไม่มีผลย้อนหลัง เว้นไว้แต่จะระบุไว้ชัดแจ้งในกฎหมายใหม่นั้นเองว่าให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งหลักที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นหลักที่ใช้อยู่ในประเทศสยามตั้งแต่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นต้นมา ซึ่งก็พอจะชี้ชัดลงไปได้ว่าในส่วนของกฎหมายแพ่งสำหรับประเทศไทยแล้วยึดถือหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเช่นเดียวกัน หากแต่ต่างจากกฎหมายอาญาตรงที่ว่ากฎหมายแพ่งไม่มีบทบัญญัติห้ามย้อนหลังไว้โดยชัดแจ้งทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและรัฐธรรมนูญเพียงแต่นำหลักทั่วไปของกฎหมายมาบังคับใช้และไม่ใช้บังคับอย่างเคร่งครัดหรือเด็จขาดเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาเท่านั้น กล่าวคือหากเป็นกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะก็สามารถย้อนหลังได้

ในทางกฎหมายมหาชนก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายแพ่ง กล่าวคือไม่บทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ห้ามไว้โดยชัดแจ้งว่าห้ามบังคับใช้ย้อนหลัง แต่ก็มีหลักทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับกันว่าการออกกฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง และต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งหากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขนี้แล้วถือว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนั้น เป็นหลัก

หนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาตามหลักนิติรัฐ อันเป็นหลักที่เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว หรือ “ย้อนหลังโดยแท้” ในต่างประเทศถือว่าหากเป็นการย้อนหลังโดยแท้โดยทั่วไปแล้วกระทำไม่ได้ แต่การย้อนหลังโดยไม่แท้โดยทั่วไปกระทำได้ ซึ่งการที่จะย้อนหลังได้หรือไม่ทั้งสองกรณีจะขึ้นอยู่กับ “ประโยชน์สาธารณะ” ในแต่ละกรณีไป และจักต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่น ๆ ประกอบด้วย เช่นหลักแห่งความไว้เนื้อเชื่อใจ หลักแห่งความสุจริต และหลักความแน่นอนทางกฎหมาย เป็นต้น สำหรับประเทศไทย เคยมีการออกกฎหมายบังคับใช้ย้อนหลังที่อยู่ในส่วนของกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกันคือ พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 และประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 ซึ่งกรณีแรกศาลวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังขัดต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับไม่ได้ ส่วนกรณีที่สองศาลวินิจฉัยว่าหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้นพิจารณาจากหลักการที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย” โดยห้ามย้อนหลังเฉพาะในกฎหมายอาญาเท่านั้น เมื่อการเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้งของบุคคลมิใช่เป็นโทษทางอาญา หากเป็นแต่เพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมือง ฉะนั้นย่อมสามารถมีผลใช้บังคับย้อนหลังให้เป็นผลร้ายต่อการกระทำอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคได้

สถานะทางกฎหมายของประกาศ คปค. ฉบับที่ 27

สถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 กำเนิดแห่งการยอมรับในความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้นในระบบกฎหมายไทย มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ที่ยอมรับคำสั่ง หรือประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายอันมีสภาพบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยช่องทางปกติ โดยถือหลักว่า เมื่อเริ่มแรกการปฏิวัติรัฐประหารเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จนกระทั่งคณะปฏิวัติ รัฐประหารได้กระทำการจนสำเร็จและยึดอำนาจได้อย่างบริบูรณ์ สามารถยืนยันอำนาจของตนและปราบปรามอำนาจเก่าหรือกลุ่มที่ต่อต้านได้สำเร็จ เมื่อนั้นคณะปฏิวัติ รัฐประหารก็มีสถานะเป็นรัฏฐาธิปัตย์ มีอำนาจบัญญัติรัฐธรรมนูญใหม่ หรือยกเลิกรัฐธรรมนูญเก่า ตลอดจนการออกกฎหมายและยกเลิกกฎหมายได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทย หรือกระบวนการยุติธรรมของไทยยอมรับว่าการปฏิวัติรัฐประหารนั้นเป็นการกระทำที่ถูกต้อง ชอบธรรม โดยพิจารณาจาก “อำนาจ” ที่มีอยู่ ณ ปัจจุบันเป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึง “กระบวนการได้มาซึ่งอำนาจ” ว่าได้มาในรูปแบบใด ซึ่งอาจมองได้ว่าคำ

พิพากษาที่สนับสนุนการใช้อำนาจของฝ่ายเผด็จการนั้นสะท้อนลักษณะของสถาบันตุลาการว่าตกอยู่ภายใต้กระแสอำนาจนิยมมาโดยตลอด และอีกแง่หนึ่งก็อาจมองได้ว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้วงการนักกฎหมายไทยไม่มีส่วนในการส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้เนื่องจากติดยึดอยู่กับแนวคิดปรัชญากฎหมายบ้านเมืองที่มองว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์

ในกรณีนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้การยอมรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีที่มาหรือบ่อเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหารโดยให้การยอมรับสถานะของผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็นรัฏฐาธิปัตย์ โดยให้เหตุผลว่าหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป เมื่อผู้กระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร แม้เป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายที่ประชาชนและนานาอารยประเทศจะไม่พึงประสงค์ก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าจะต้องมีการปฏิเสธการกระทำของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารในทุกกรณี เมื่อคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารสามารถเข้าควบคุมสถานการณ์ของประเทศให้เป็นปกติ สามารถยึนหยัดอำนาจของตนได้ โดยประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศให้การรับรองด้วยการยอมอยู่ในความสงบ ไม่ต่อสู้ ไม่ขัดขวางและมาติดต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตามปกติ ย่อมมีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงและมีผลในทางกฎหมาย ผู้กระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจึงมีฐานะเป็นรัฏฐาธิปัตย์ ซึ่งแนวคำวินิจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้สอดคล้องกับแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ว่า กฎหมายบ้านเมืองเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่โดยไม่ต้องอาศัยที่สูงกว่า เนื่องจากถือว่ารัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดจะออกกฎหมายใดก็ได้ โดยไม่อาจโต้แย้งได้ถึงความถูก ความผิด ความดี ความชั่ว ความยุติธรรม ความอยุติธรรม เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นจากกฎหมายที่รัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจที่จะบัญญัติขึ้น ปรัชญากฎหมายบ้านเมืองนั้นมีอิทธิพลสำคัญยิ่งต่อนักกฎหมายไทยโดยเริ่มต้นตั้งแต่สมัยพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ที่ทรงนำแนวคิดนี้มาเผยแพร่ ดังจะเห็นได้จากข้อความตอนหนึ่งที่ทรงกล่าวไว้เมื่อเดือนกันยายน ร.ศ.118 ว่า “....เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความดี ความชั่ว ฤาความยุติธรรม กฎหมายเป็นคำสั่งเป็นแบบที่เราจะต้องปฏิบัติตาม แต่กฎหมายนั้นบางทีจะชั่วได้ ฤาไม่ยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดี อะไรชั่ว อะไรเป็นยุติธรรม มีบ่อที่เกิดขึ้นหลายแห่ง เช่นตามศาสนาต่างๆ แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือจากผู้ปกครองแผ่นดินฤาผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น” ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยในอดีตที่ผ่านมาศาลให้การยอมรับสถานะทางกฎหมายของคณะรัฐประหารว่าคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารมีสถานะเป็นกฎหมาย

ประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย ตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนั้น องค์กรที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการนิติบัญญัติหรือตรากฎหมายออกมาบังคับใช้สามารถวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป ไม่ระบุตัวบุคคล มีผลบังคับให้บุคคลในระบบกฎหมายต้องทำ

ตามก็คือ “รัฐสภา” และประชาชนโดยตรงในลักษณะการเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามขั้นตอนและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้นหากพิจารณาที่มาของ “กฎหมาย” ในแง่นี้จะพบว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นมีกำหนด 5 ปี นับตั้งแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค” นั้นขาดมิติการเชื่อมโยงกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน กล่าวคือองค์กรที่ออกคำสั่งหรือประกาศดังกล่าวไม่ได้มาตามช่องทางปกติภายใต้ระบอบประชาธิปไตยตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจในการตรากฎหมายนั่นคือ “รัฐสภา” ซึ่งมาจากตัวแทนของประชาชน แต่มีที่มาจากการรัฐประหารซึ่งเป็นการใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลที่มาจากระบอบประชาธิปไตย ด้วยรูปแบบและวิถีทางที่ไม่ได้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตย ถึงแม้จะยอมรับกันโดยทั่วไปตามประเพณีปกครองว่าการปฏิวัติ รัฐประหารนั้นเมื่อผู้ทำการปฏิวัติ รัฐประหาร ได้กระทำการสำเร็จ สามารถควบคุมสถานการณ์เข้าสู่ภาวะปกติได้แล้วย่อมจะมีสถานะเป็น “รัฐาธิปัตย์” แต่อย่างไรก็ตามรัฐาธิปัตย์ที่ได้อำนาจมาโดยมิชอบตามวิถีทางแห่งระบอบประชาธิปไตยนั้นก็หามีความชอบธรรมตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับไม่ ทั้งนี้เพราะไม่ได้มาจากตัวแทนของประชาชนที่เลือกตั้งเข้ามา อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการใช้อำนาจในการออกประกาศหรือคำสั่งก็ไม่ได้มีขั้นตอนที่ชัดแจ้ง และผ่านการตรวจสอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร รวมถึงองค์กรฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด

ตามแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนั้น กฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน การกระทำใด ๆ ที่จะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องทำโดยมีกฎหมายเท่านั้น และกฎหมายที่ว่านี้ก็ต้องเป็นกฎหมายที่ประชาชนออกเอง หรือเป็นกฎหมายที่ออกโดย “รัฐสภา” ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน และกฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับต้องเป็นกฎหมายที่ดี นั่นคือเกิดจากเจตน์จำนงร่วมกันของประชาชนทั้งชาติ ตามความหมายที่ว่า “กฎหมายเป็น General Will” หรือ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Souverait Populaire) และเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชนกับการเมืองภาคพลเมืองเป็นสำคัญ ซึ่งตรงกันข้ามกับความหมายของกฎหมายที่ว่า “กฎหมายเป็น will” ที่ถือเอาความต้องการของผู้ปกครองเป็นใหญ่ แม้ความต้องการนั้นจะไม่ชอบด้วยธรรมและเหตุผลก็ตาม ซึ่งกฎหมายประเภทนี้เกิดจากแนวคิดภายใต้ระบอบเผด็จการ กฎหมายจะไม่มีความมั่นคงแน่นอน แต่จะปรับเปลี่ยนตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจสุดแท้แต่ว่าจะต้องการให้กฎหมายเป็นไปในลักษณะใด ซึ่งภายใต้แนวคิดนี้

กฎหมายไม่อาจเป็นกฎหมายที่ดีได้เลย ในสังคมเสรีประชาธิปไตยที่ยึดหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมในการปกครองประเทศนั้น การตรากฎหมายออกมาบังคับใช้ในบ้านเมืองนั้นต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ดี (Good Law) กล่าวคือต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป มีความแน่นอนชัดเจน ไม่ขัดต่อหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หรือไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง ไม่ขัดแย้งกับหลักแห่งความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และต้องไม่กระทบต่อเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

ในทางกฎหมายมหาชนมีหลักกฎหมายที่สำคัญอยู่หลักหนึ่งคือ หลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายหรือมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ซึ่งหลักนี้ประกอบไปด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา และมีหลักย่อยที่สำคัญอีกหลักหนึ่งคือหลักความแน่นอนของกฎหมาย นั่นก็คือการบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายได้นั่นเอง ซึ่งหลักนี้ประกอบไปด้วยหลักย่อยอีกสองหลักคือ หลักความชัดเจนของกฎหมาย และหลักความสุจริต ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ซึ่งมีที่มาจากการรัฐประหารอันเป็นการใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลที่มาจากระบอบประชาธิปไตย ด้วยรูปแบบและวิถีทางที่ไม่ได้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตย แล้วจะพบว่าขัดต่อหลักนิติรัฐที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับ เพราะประกาศหรือคำสั่งของ คปค. ฉบับดังกล่าวมิได้เป็นไปตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และถึงแม้จะอ้างตนเองว่ามีสถานะเป็นรัฐาธิปัตย์ แต่ก็เป็นรัฐาธิปัตย์ที่ได้อำนาจมาโดยมิชอบตามวิถีทางแห่งระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพราะไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการใช้อำนาจในการออกประกาศหรือคำสั่งก็ไม่ได้มีขั้นตอนที่ชัดแจ้ง และไม่ผ่านการตรวจสอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร รวมถึงองค์กรฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด จากเหตุผลดังกล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 ไม่มีสถานะความเป็นกฎหมายตามแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย ตลอดทั้งไม่สอดคล้องกับแนวคิดหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมอีกด้วย

ที่มาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ออกประกาศ คปค. ฉบับที่ 3 ข้อ 2 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

บทบัญญัติที่ว่าด้วยหมวดศาล และต่อมาได้ตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ขึ้นมาใช้บังคับแทน และได้บัญญัติข้อความในมาตรา 35 ให้มี “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” จำนวน 9 คน โดยให้มีอำนาจหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกทุกประการ นอกจากนั้นยังให้โอนบรรดาอรรถคดีและการใดที่อยู่ที่อยู่ในระหว่างการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญ ให้มาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎี กำเนิดที่มาขององค์กรที่เรียกว่าศาล/ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มีความผูกพันใกล้ชิดกับหลักคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ที่ยืนยันความสำคัญสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ละเมิดมิได้ โดยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรค้ำประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนิยมอันเป็นต้นกำเนิดของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้รับอิทธิพลหรือมีความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเป็นที่มาของหลักความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม และหลักสิทธิมนุษยชน ความไม่ปกติในที่มาและสถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนอกจากมีปัญหาด้านความชอบธรรม แล้วยังมีภาวะหมิ่นเหม่ต่อการเป็นศาลพิเศษที่จงใจตั้งขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดียุบพรรคการเมืองเพียงคดีเดียว หาใช่ศาลรัฐธรรมนูญทั่วไปที่อาจรับพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญใดๆไม่ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็น “ศาล” ที่มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองโดยเฉพาะ ทั้งยังแยกจากศาลยุติธรรมและศาลอื่น ซึ่งเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยกำหนดเรื่ององค์ประกอบการได้มา อำนาจหน้าที่ วิธีพิจารณา องค์คณะ ผลของคำวินิจฉัยรวมทั้งหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระ ไว้เป็นการเฉพาะที่แตกต่างจากศาลอื่นและองค์กรอื่นของรัฐ โดยเฉพาะเรื่องอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ แต่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 35 กำหนดให้เป็นอำนาจของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ซึ่งไม่ใช่ศาล แต่มีสถานะเป็นเพียง “คณะบุคคล” คณะหนึ่ง ที่ก่อกำเนิดหรือที่มาที่ไม่ปกติ ไม่เป็นไปตามครรลองประชาธิปไตย กล่าวคือก่อเกิดจากผลพวงของการปฏิวัติ รัฐประหาร ซึ่งการเข้าสู่ตำแหน่งหรือกระบวนการสรรหาไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดอีกทั้งจำนวนองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยคดีก็น้อยกว่าจำนวนที่มีอยู่เดิม จึงถือได้ว่าที่มาและสถานะขององค์กรนี้มีปัญหาด้านความชอบธรรมตามหลักนิติธรรมและหลักรัฐธรรมนูญนิยม

ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายนั้นมีขอบเขตการบังคับใช้ในแง่ของเวลา ในแง่บุคคล และในแง่ของดินแดนหรือพื้นที่ ทั้งสามเรื่องนี้เป็นข้อจำกัดในการใช้กฎหมาย กรณีในแง่ของเวลานั้นตามหลักทั่วไปกฎหมาย

จะเริ่มต้นมีผลบังคับเมื่อใดนั้น ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายฉบับนั้นกำหนดไว้ หากไม่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎหมายดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ประกาศกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งเมื่อได้ประกาศใช้แล้วกฎหมายนั้นย่อมจะระบุเวลาใช้บังคับเป็นที่ชัดเจน ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสทราบข้อความของกฎหมายล่วงหน้า เว้นแต่จะกำหนดวันบังคับเป็นอย่างอื่น เช่นบางกรณีกำหนดให้ใช้บังคับย้อนหลัง หรือบางกรณีกำหนดให้ใช้บังคับในอนาคตเวลาใดเวลาหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับย้อนหลังมีหลักสำคัญหลักหนึ่งว่า “การออกกฎหมายย้อนหลังอันเป็นผลร้ายกับบุคคลทำไม่ได้” เว้นแต่การออกกฎหมายย้อนหลังนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยมีหลักบังคับหรือมาตรการกำกับว่า “ต้องไม่กระทบกระเทือนหลักความยุติธรรมและต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ” และต้องพิเคราะห์ต่อไปว่าการกำหนดเช่นนั้นขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ห้ามตรากฎหมายย้อนหลังหรือไม่ กรณีนี้ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2549 และไม่มีความข้อใดที่บัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้ในแง่ของเวลา จึงต้องถือว่าประกาศฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2549 เป็นต้นไป แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าการกระทำความผิดของกรรมการบริหารพรรคการเมืองอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 เกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 มีผลใช้บังคับคือเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2549 จนถึงวันที่ 2 เมษายน พ.ศ.2549 ซึ่งถือว่าเกิดขึ้นก่อนประกาศฉบับนี้ ดังนั้นการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้นถือว่าไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปในแง่ของเวลาการบังคับใช้

ในคดีนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หลักการห้ามย้อนหลังของกฎหมายให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้นมีที่มาจากหลักการที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ใช้บังคับอย่างเคร่งครัดกับการกระทำอันเป็นความผิดอาญาเท่านั้น และได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตหลายฉบับ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมิใช่โทษทางอาญา เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 จึงสามารถย้อนหลังได้

กฎหมายนั้นมีเจตนามุ่งบังคับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น ในทางกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนั้น เป็นหลักหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาตามหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายให้เป็นไป

ตามหลักความแน่นอนของกฎหมายและหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง ซึ่งเป็นหลักที่เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว ซึ่งในทางวิชาการมีหลักในการพิจารณาการมีผลย้อนหลังของกฎหมายอยู่สองกรณีด้วยกัน คือการมีผลย้อนหลังโดยแท้และการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการย้อนหลังโดยแท้นั้นไม่สามารถทำได้ แต่การย้อนหลังมิใช่โดยแท้ สามารถทำได้ แต่อย่างไรก็ตามรูปแบบของการมีผลย้อนหลังทั้งสองกรณีนี้หากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องก็ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดภาระหรือก่อให้เกิดผลกระทบกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังในกรณีนี้ย่อมมีขอบเขตตามหลักของความแน่นอนของกฎหมาย กับหลักความคุ้มครองความสุจริต ซึ่งตามหลักทั้งสองก็มิได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิงแต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา แต่ในขอบเขตของกฎหมายอื่น ๆ นั้น ในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ จำเป็นจะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว และสำหรับการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ จะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริต กับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ในต่างประเทศเคยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกล่าวว่าการย้อนหลังโดยแท้โดยทั่วไปแล้วกระทำไม่ได้ แต่ การย้อนหลังโดยไม่แท้โดยทั่วไปกระทำได้

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เดิมผู้กระทำผิดเพียงแต่ได้รับผลตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 มาตรา 69 เท่านั้นกล่าวคือจะขอตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือเป็นกรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือมีส่วนร่วมในการขอจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่ตามมาตรา 8 อีกไม่ได้ ต่อมารัฐได้แก้ไขกฎหมายกำหนดผลร้ายเพิ่มเติม และให้มีผลย้อนหลังโดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองมีกำหนดเวลา 5 ปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค ซึ่งถือว่าขัดต่อหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักความไว้เนื้อเชื่อใจ และหลักแห่งความสุจริต หรืออีกนัยหนึ่งก็คือขัดต่อหลักนิติรัฐนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามสิ่งที่พิจารณาว่าจะย้อนหลังได้หรือไม่จักต้องพิจารณาเรื่อง “ประโยชน์สาธารณะ” ประกอบ ในคดีนี้ปรากฏเหตุผลในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเด็นเกี่ยวกับการย้อนหลังของกฎหมายว่า “เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่ย่อมมีได้” กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าการย้อนหลังของกฎหมายในกรณีนี้ย่อมมีได้ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การ

ปกครองระบอบประชาธิปไตยใน ซึ่งถือเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” ในกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าภายใต้หลักนิติรัฐนั้นมีหลักที่สำคัญอีกหลักหนึ่งคือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักสำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักนี้ยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) ของรัฐ และที่สำคัญยังเป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย ดังนั้นการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้เพิกถอนสิทธิการเลือกตั้งกรรมการบริหารพรรคการเมืองกำหนดเวลา 5 ปี ในลักษณะย้อนหลังซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในสังคมที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและหลักนิติรัฐแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามมีแนวคิดที่สำคัญทางกฎหมายสนับสนุนเหตุผลดังกล่าวข้างต้นคือ แนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติที่ว่า “กฎหมายธรรมชาติเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย มาตรแห่งสิทธิคือมาตรแห่งกฎหมายธรรมชาติ” กฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ถ้ากฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์ไม่มีค่าเป็นกฎหมาย นั่นก็คือกฎหมายธรรมชาติมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองของมนุษย์ ถ้ากฎหมายบ้านเมืองขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายนั้นย่อมไร้ผล และราษฎรย่อมมีสิทธิไม่ฟังผู้ปกครองได้ซึ่งกฎหมายธรรมชาตินั้นมีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์ทั่วไป และนิรันดร” ใช้ได้ไม่จำกัดเวลา ไม่จำกัดสถานที่ ซึ่งสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยมนั้นยืนยันว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้องหรือหลักแห่งธรรมะอันมนุษย์ทั้งหลายย่อมรู้เข้าใจได้ด้วยสติปัญญาของตน” ความคิดสำนักนี้ยืนยันความมีอยู่ของธรรมะทางกฎหมาย ว่ามีอำนาจบังคับเหนือกว่าคำสั่งหรือคำบัญชาของรัฏฐาธิปัตย์และเป็นเครื่องจำกัดการใช้อำนาจอธรรมของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับแนวกระแสพระราชดำรัสและพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลปัจจุบันที่ทรงพระราชทานแก่นักกฎหมายในโอกาสต่างๆและก็มีพระบรมราโชวาทหลายครั้งแสดงถึงแนวพระราชดำริทางปรัชญากฎหมายไปในทิศทางเดียวกับสำนักธรรมนิยมและสำนักประวัติศาสตร์ ดังเช่นทรงกล่าวถึงกฎหมาย อำนาจ ความยุติธรรมและความเป็นจริงในสังคมว่า

“กฎหมายกับความเป็นอยู่ที่เป็นจริงอาจขัดกัน และในกฎหมายก็มีช่องโหว่มิใช่น้อย เพราะเราปรับปรุงกฎหมายและการปกครองอย่างโดยอาศัยหลักการของต่างประเทศโดยมิได้คำนึงถึงความเป็นอยู่ของประชาชนว่าในที่ใดเป็นอย่างไร”

“โดยที่กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย”

“กฎหมายมีไว้สำหรับให้มีความสงบสุขในบ้านเมือง มิใช่ว่ากฎหมายมีไว้สำหรับบังคับประชาชน ถ้ามุ่งหมายที่จะบังคับประชาชนก็กลายเป็นเผด็จการ กลายเป็นสิ่งที่บุคคลหมู่น้อยจะต้องบังคับบุคคลหมู่มาก ในทางตรงข้ามกฎหมายมีไว้สำหรับให้คนหมู่มากมีเสรีและอยู่ได้ด้วยความสงบ”

“การที่อยู่กับกฎหมายและใช้กฎหมายมากๆนั้น อาจทำให้ติดในตัวบทกฎหมายมากไปและทำให้เห็นว่าลำพังตัวบทกฎหมายจะให้ความยุติธรรมได้โดยสมบูรณ์ ความจริงกฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือสำหรับกำหนดความถูกผิดเพื่ออาศัยเป็นหลักวินิจฉัยในการอำนวยความยุติธรรม หาใช่ปัจจัยสิ่งเดียวใน การให้ความยุติธรรมไม่”

“กฎหมายมิใช่ตัวความยุติธรรม หากเป็นแต่เพียงบทบัญญัติหรือปัจจัยที่ตราไว้เพื่อรักษาความยุติธรรม....จึงไม่สมควรจะถือว่าการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดินมีวงกว้างอยู่เพียงแต่ขอบเขตของกฎหมายจำเป็นต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรรยา ตลอดจนเหตุและผลตามเป็นจริงด้วย”

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 เนื่องจากอำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการผดุงความยุติธรรมให้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ในสังคม และเป็นอำนาจหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นอำนาจของประชาชน การที่คณะปฏิวัติหรือรัฐประหารซึ่งเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งที่ได้อำนาจในการปกครองประเทศมาโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือการได้อำนาจในการปกครองประเทศมาโดยความไม่ยินยอมพร้อมใจจากประชาชนส่วนใหญ่เท่ากับเป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย ซึ่งถือเป็นการปฏิวัติ รัฐประหาร ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113 ดังนั้นศาลจึงต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประชาชนอย่างสร้างสรรค์ในการวินิจฉัยคดีเพื่อให้เกิดผลในทางที่ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการบังคับใช้กฎหมายที่ออกตามแนวทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตยนั้น ต้องบังคับใช้อย่างจำกัด และเคร่งครัด ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของระบอบประชาธิปไตย หากศาลรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติ หรือรัฐประหารแล้วก็เท่ากับว่าศาลเพิกเฉยต่อการปกปักรักษาประชาธิปไตย และละเลยต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่ว่า “บุคคลใดจะ

รับประโยชน์จากความฉ้อฉลหรือความผิดของตนเองหาได้ไม่" และที่สำคัญเป็นการส่งเสริมให้เกิดการปฏิวัติหรือรัฐประหารอีกด้วย ดังนั้นเพื่อเป็นการส่งเสริมและรักษาไว้ซึ่งระบอบประชาธิปไตย ศาลควรจะปฏิเสธสถานะความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารในทุกกรณี และทุกภาคส่วนควรส่งเสริมให้ฝ่ายตุลาการได้มีอิสระอย่างเต็มที่ ในการแสดงบทบาทต่อการที่จะปฏิเสธสถานะความเป็นกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติหรือรัฐประหาร และไม่รับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้มาโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็น "รัฏฐาธิปัตย์" ทั้งนี้เพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นในระบบกฎหมายไทย

5.2.2 ในทางกฎหมายมหาชนนั้น ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งว่าห้ามบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคล เพียงแต่ในอดีตที่ผ่านมาหากมีกรณีหรือข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้นผู้บังคับใช้กฎหมายหรือศาลจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้เป็นกรณีไป ซึ่งก็ไม่เป็นที่แน่นอนหรือมีหลักประกันอันใดที่ผู้บังคับใช้กฎหมายหรือศาลจะยึดถือในลักษณะเช่นนี้ตลอดไป ดังนั้นเพื่อเป็นหลักประกันที่มั่นคง แน่นอนด้านสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน ตามหลักการปกครองโดยกฎหมายหรือหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม ตลอดทั้งสอดคล้องกับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับ ควรมีการปรับปรุง แก้ไข และเพิ่มเติม บทบัญญัติกฎหมายในประเด็นต่อไปนี้ คือในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายแพ่งควรมีบทบัญญัติห้ามตรากฎหมายและบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา โดยระบุข้อยกเว้นให้ย้อนหลังได้ในบางกรณี เช่น หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของรัฐ หรือเกี่ยวด้วยประโยชน์สาธารณะ หรือหากเป็นคุณก็สามารถย้อนหลังได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันด้านสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน

5.2.3 เมื่อกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถปฏิเสธความเป็นรัฏฐาธิปัตย์ของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหาร และส่งผลให้จำต้องรับรองสถานะความเป็นกฎหมายของประกาศ หรือคำสั่งคณะบุคคลดังกล่าวได้ จึงเห็นว่าเมื่อเงื่อนไขการปฏิวัติหรือรัฐประหารยุติลงหรือจบสิ้นไป และอำนาจการปกครองได้เข้าสู่สภาวะปกติแห่งรัฐธรรมนูญภายใต้ระบอบประชาธิปไตยแล้ว ประกาศ หรือคำสั่งใดๆที่เกิดจากผลพวงของการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ก็ควรจะหมดสภาพบังคับหรือสภาพความเป็นกฎหมายไปด้วย

5.2.4 จากการที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ทำการยึดอำนาจการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549

และได้ประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล และต่อมาได้นำข้อความดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 237 ว่าด้วยการยุบพรรคการเมืองและตัดสิทธิเลือกตั้งกรรมการบริหารพรรคการเมืองเป็นเวลา 5 ปี ซึ่งส่งผลกระต่อระบบพรรคการเมืองและการเมืองการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยเป็นอย่างน้อยสองประการ คือ

ประการแรก ในส่วนของพรรคการเมืองส่งผลให้กระบวนการส่งเสริมและพัฒนาพรรคการเมืองต้องหยุดลง ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพราะพรรคการเมืองนั้นเปรียบเสมือนสัญลักษณ์หรือตัวแทนของประชาชนที่เข้ามาใช้อำนาอธิปไตย ดังนั้นจึงถือเป็นสถาบันที่จะต้องส่งเสริมและพัฒนาให้มีความเข้มแข็ง มั่นคงอย่างต่อเนื่อง เหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองนั้นควรเป็นกรณีเดียวคือกระทำการอันมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงการเมืองการปกครองหรือความมั่นคงแห่งรัฐและเป็นกระทำการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเท่านั้น

ประการที่สอง ในส่วนของบุคคลกรทางการเมืองส่งผลให้ประเทศชาติสูญเสียโอกาสทางการพัฒนาและการแข่งขันทางเศรษฐกิจหรือด้านอื่นๆกับต่างประเทศค่อนข้างมาก ทั้งนี้เพราะบุคลากรทางการเมืองที่มีความรู้ ความสามารถ และมีประสบการณ์ถูกตัดสิทธิทางการเมืองห้ามมิให้มีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมืองการปกครองประเทศ สิ่งที่ตามมาคือการขับเคลื่อนประเทศและพัฒนาประชาธิปไตยไปสู่ความเข้มแข็งส่วนใหญ่มีประสิทธิภาพน้อยลง เพราะกรรมการบริหารพรรคการเมืองในแต่ละพรรคที่ถูกยุบส่วนใหญ่แล้วเป็นเพียงนอมินีหรือผู้แทนของกรรมการพรรคตัวจริงเท่านั้น

ดังนั้น เพื่อเป็นส่งเสริมและพัฒนาประชาธิปไตยไปสู่ความเข้มแข็ง และพรรคการเมืองมีความเป็นสถาบันที่สามารถเป็นสัญลักษณ์หรือตัวแทนของประชาชนได้อย่างแท้จริง จึงเห็นควรแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่องการยุบพรรคการเมืองและตัดสิทธิเลือกตั้งกรรมการบริหารพรรค ในมาตรา 237 วรรคสอง ดังนี้

“มาตรา 237 ผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดกระทำการ ก่อ หรือสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม และส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองหรือความมั่นคงแห่งรัฐอันเป็นกระทำการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลดังกล่าวตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาถ้าการกระทำของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองผู้ใด มีส่วนรู้เห็นใน

การกระทำดังกล่าว ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามมาตรา 68 และในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวมีกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมือง”

โดยตัดข้อความ “ปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองผู้ใด มีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลยหรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม” ทั้งนี้เพราะการบัญญัติให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองทุกคน โดยไม่ปรากฏหลักฐานการกระทำผิดของแต่ละคนที่ชัดเจนหรือไม่คำนึงว่า บุคคลนั้นได้กระทำผิด หรือมีส่วนรู้เห็นในการกระทำผิด หรือได้ปล่อยปละละเลยให้มีการกระทำผิด หรือบุคคลนั้นได้ทราบถึงการกระทำผิดนั้นแล้วมิได้ยับยั้งแก้ไขหรือไม่ แต่ก็ยังคงได้รับผลทางกฎหมายอย่างเท่าเทียม ทุกคนถ้วนหน้า เสมอกันนั้น ย่อมเป็นการใช้บังคับกฎหมายที่ไม่คำนึงถึงความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญของพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริง ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน และขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับโดยนานาอารยประเทศและหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างชัดแจ้ง

รายการอ้างอิง

รายการอ้างอิง

กฤษณ์ วสีนนท์. (2548). หลักการทางวิชาการกฎหมายมหาชนในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ. **วารสารสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย**, 155-161.

“กฎหมาย”, **บทบัณฑิตย์**, **เล่ม 11** ตอน 1 (กุมภาพันธ์, 2481), 7.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2538). **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ.** รายงานวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.** กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กรมร่างกฎหมาย. (2512). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 บรรพ และ 2 กับอุทาหรณ์**. พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). **การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิยุโรป**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

โกเมศ ขวัญเมือง. (2539). กฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). **หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณิต ณ นคร. (2550). **หักดิบกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณิต ณ นคร. (2551). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5 เรื่อง อัยการสูงสุดขอให้มีคำสั่งยุบพรรคไทยรักไทย. **ราชกิจจานุเบกษา,** (2550, 13 กรกฎาคม), เล่มที่ 124 ตอนที่ 33ก, หน้า 1-293.

ความเห็นในคำวินิจฉัยส่วนตนของนายปัญญา ถนอมรอด ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ. (2550, 13 กรกฎาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่มที่ 124, ตอนที่ 33ก, หน้า 103-167 (เล่ม 1).

ความเห็นในคำวินิจฉัยส่วนตนของนายกิติศักดิ์ กิติคุณไพโรจน์ ตุลาการรัฐธรรมนูญ. (2550, 13 กรกฎาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่มที่ 124, ตอนที่ 33ก, หน้า 1-46 (เล่ม 2).

ความเห็นในคำวินิจฉัยส่วนตนของนายธานิศ เกศวพิทักษ์ ตุลาการรัฐธรรมนูญ. (2550, 13 กรกฎาคม). **ราชกิจจานุเบกษา**, เล่มที่ 124, ตอนที่ 33ก, หน้า 47-161 (เล่ม 2).

จรัญ โฆษณานันท์. (2550). **นิติปรัชญาแนววิพากษ์**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

จรัญ โฆษณานันท์. (2550). **คำพิพากษาที่ไร้การพิพากษา**. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. สืบค้นเมื่อ 26 ตุลาคม 2553, จาก http://72.14.235.104/search?q=cache:40NKKT960UgJ:www.prachatai.com/05web/th/ho

จิตติ ติงศภัทย์, อมร จันทรสมบูรณ์, และวิษณุ เครืองาม. (2520, พฤษภาคม-สิงหาคม). กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, **3**(2), 205-233.

.จรูญ สุภาพ. (2514). **หลักรัฐศาสตร์**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2550). **หลักนิติธรรม: รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบวารสาร 90 ปี ธรรมศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชาคริต ขันนาโพธิ์. (2552). **กฎหมายใช้บังคับย้อนหลังได้หรือไม่**. ใน ปกิณกะกฎหมาย Miscellaneous law รวมบทความเนื่องในโอกาสเฉลิมฉลองครบรอบ 6 ปี แห่งการสถาปนาวิทยาลัยการเมืองการปกครอง. มหาสารคาม: มหาวิทยาลัยสารคาม.

เชาวนะ ไตรมาศ. (2552). **รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 8: ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตย ตามหลักนิติธรรม**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

ชูศักดิ์ ศิริบิล. (2550). **ประเทศไทยกับความเป็นนิติรัฐ** [เอกสารอัดสำเนา]. เชียงราย: สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.

ณรงค์ สินสวัสดิ์. (2521). **สังคมกับการปกครอง**. กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.

ตุลญา โรจน์ทังคำ. (2552). **สังคมกับกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2550). **ความเห็นต่อคำวินิจฉัย คดียุบพรรค.** สืบค้นเมื่อ 14 ตุลาคม 2553, จาก www.Bloang.com.com/viewblog.ph?id=legal&date=0507-200

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. (2539). **โครงการสืบทอดตำราครูทางนิติศาสตร์ ชุดที่ 1** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

นภดล เฮงเจริญ. (2546). **ศาลรัฐธรรมนูญไทยกับบทบาทที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองและการเลือกตั้ง.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2547). **หลักกฎหมายปกครองที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ที่ BverfGE 2,1, 23 August 1956**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). **คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ที่ BverfGE 5,85, 17 October 1952**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2548). **กฎหมายมหาชน เล่ม 1**: **วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหายุคต่างๆ.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2548). **กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2548). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.

ประกอบ หุตะสิงห์. (2524). **แนวบรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป: วิชาธรรมศาสตร์**. กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประภาพรรณ อุดมจรรยา. (2521). **กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง**. กรุงเทพฯ: บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2550). **ผลร้ายของการยอมรับอำนาจรัฐประหารที่มีต่อหลักนิติรัฐและประชาธิปไตย**. สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2550, จาก www.oknation.net./bolog/dinsor/2007/06/27/entry-3,

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2520). **ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์.กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป**. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2550). **นิติปรัชญา**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

โภคิน พลกุล. (2525). **เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

โภคิน พลกุล, และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2547). **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

โภคิน พลกุล. (2525). **สังคมไทยไปไม่ถึงนิติรัฐ**. สืบค้นเมื่อ 15 สิงหาคม 2554, จาก http://www.pub-law.net.n.....?publawIDs=1223

ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2551). **นิติศาสตร์ต้องเป็นธรรม.** กรุงเทพฯ: ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

มานิตย์ จุมปา. (2548). **คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

มีชัย ฤชุพันธ์. (2549). **การบรรยายพิเศษ เรื่องวิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตามโครงการเสริมสร้างและพัฒนาการองค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: พี เพรส.

ลิขิต ธีรเวคิน. (2550). **กฎหมายและความยุติธรรม**. สืบค้นเมื่อ 27 สิงหาคม 2553, จาก http://72.14.235.104/search?q=cache:p7Hisp4MW6sJ:www.dhiravegin.com/detail.php

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ประสิทธิ์ ปีวาวัฒนพานิช และฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล. (2550). **บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กรณีการยุบพรรคการเมือง.** สืบค้นเมื่อ 17 ตุลาคม 2553, จาก http://www.Prachatai.com./05web/th/home/page2.ph?mod=mod

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). **การตรากฎหมายย้อนหลังซึ่งส่งผลร้ายต่อบุคคลไม่สามารถทำได้**. สืบค้นเมื่อ 15 มกราคม 2554, จาก http://thaksin.wordpress.com/2007/06/02/

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). **การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งย้อนหลัง:หลักนิติรัฐ และศักดิ์ศรีนักกฎหมายไทย**. สืบค้นเมื่อ 14 มกราคม 2554, จาก http://www.onopen.com2006editorspaces1111.(25/ 10/2006)

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วิชัย เติมรัตนศิริกุล. (2536). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักการห้ามย้อนหลัง**. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วิชา มหาคุณ. (2549). **การใช้เหตุผลทางกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

วิระดา สมสวัสดิ์. (2524). **กฎหมายเบื้องต้น**. เชียงใหม่: หนังสือเชียงใหม่.

วิษณุ เครืองาม. (2553, 1 กุมภาพันธ์). หลักนิติธรรม. **เดลินิวส์**, หน้า 8.

วิสุทธิ์ โพธิ์แท่น. (2525). **ประชาธิปไตย: แนวความคิดและตัวแบบประเทศประชาธิปไตยในอุดมคติ.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วีระ โลจายะ. (2524). **กฎหมายรัฐธรรมนูญ.ภาควิชากฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

วัส ติงสมิตร. (2550). กฎหมายมีผลย้อนหลังเพื่อเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งหรือไม่?. **วารสารกฎหมายใหม่, 5**(86), หน้า 42-45.

สมยศ เชื้อไทย. (2549). **ทฤษฎีกฎหมาย: นิติปรัชญา** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2549). **รัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง กฎหมายทั้งหลายสิ้นสุดลงตามด้วยหรือไม่?**. สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2553, จาก www.pub-law.net./publaw/View.asp?publawIDs=1009

เสน่ห์ จามริก. (2549). **การเมืองไทยกับการพัฒนาการรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ: เรือนแก้ว.

สุชิน ตันติกุล. (2517). **ผลสะท้อนทางการเมืองของรัฐประหาร พ.ศ.2490**. วิทยานิพนธ์รัฐศาสตร์มหาบัณฑิต แผนกวิชาปกครอง บัณฑิตวิทยาลัย. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุนทรียา เหมือนพะวงศ์. (2550). **ทฤษฎีกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง**. สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม. สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2553, จาก http://www.bangkokbiznews.com/2007/special/total_article/pdf/theory.html

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2544). **รวมบทความทางวิชาการ ของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1: ศาลรัฐธรรมนูญไทย.** กรุงเทพฯ: นานาสิ่งพิมพ์.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2548). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ: พี เพรส.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2548). **ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน**. กรุงเทพฯ: พี เพรส.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2548). **รายงานการศึกษาดูงาน ณ สาธารณรัฐฝรั่งเศส.** กรุงเทพฯ: พี เพรส.

หยุด แสงอุทัย. (2520). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2548). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: ประกายพรึก.

หยุด แสงอุทัย. (2548). **ปรัชญากฎหมายไทยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475.** สืบค้นเมื่อ 5 สิงหาคม 2552, จาก http://www.sameskbooks.org.php?showtopic=6931

อมร จันทรสมบูรณ์. (2516). **หลักทั่วไปของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง: กฎหมายไทย เล่ม ข้าราชการ**, (1516, เล่ม 2). กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.

อินทปรีชา อำมาตย์โทพระ. (2468). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา**. พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรณธนาการ.

Bodin, J. (1977). **Les six livres de la republique: Avec L'Apologie de Rene Herpin**. Paris: Scientia Verlag.

Duverger, M. (1975). **Institutions Politiques et droit constitutionnel**. Paris: P.U.F.

Grotius, H. (1625). **De jure belli ac pacis libri tres**. Paris: Proleg.

Hobbbes, T. (1981). **Jurisprudence.** Paris: Bodenheimen.

Locke, J. (1764). **Two Treatises of Civil Government.** London: BK.II.

Mairet,G., Châtelet, F., & Cabat, O. (1981). **Les indiologies TII**. Paris: Marabout.

ประวัติผู้เขียน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายจิระศักดิ์ กมลจิตร
วัน เดือน ปีเกิด	29 มีนาคม 2507
ประวัติการศึกษา	
2531	ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
2534	บัณฑิตศึกษา ประกาศนียบัตรบัณฑิต สาขาวิชาบัณฑิตอาสาสมัคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ประวัติการทำงาน	
2552 - ปัจจุบัน	ข้าราชการพลเรือน ตำแหน่งนักวิชาการพัฒนาชุมชน ชำนาญการ อำเภอจุน จังหวัดพะเยา
2551	ข้าราชการพลเรือน ตำแหน่งนักวิชาการพัฒนาชุมชน ชำนาญการ อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา
2541	ข้าราชการพลเรือน ตำแหน่งนักวิชาการพัฒนาชุมชน ศูนย์ช่วยเหลือทางวิชาการพัฒนาชุมชน เขตที่ 5 จังหวัดลำปาง
2534	ข้าราชการพลเรือน ตำแหน่งนักพัฒนาชุมชน อำเภอสตึก จังหวัดบุรีรัมย์