

บทที่ 1

ข้อความคิดพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย

1.1 ข้อความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งอาจมีชื่อเรียกต่างกัน เช่น หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ในประเทศเยอรมัน หรือหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในประเทศฝรั่งเศส หรือหลักนิติธรรม (the rule of law) ในประเทศอังกฤษ พัฒนาการของหลักนิติรัฐนั้น ถือกำเนิดในทวีปยุโรปที่ล้วนมีระบอบการปกครองที่ใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองซึ่งใช้อำนาจกดขี่ข่มเหงราษฎร จึงทำให้เกิดการเรียกร้องความยุติธรรมขึ้น โดยเฉพาะในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 ในการประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นอาณานิคมของอังกฤษในปี ค.ศ. 1776 และในการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีผลกระทบต่อการพัฒนาการของระบบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

แนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และอาจกล่าวได้ว่าเสาหลักที่ค้ำจุนนิติรัฐไว้ก็คือการปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง แนวความคิดนี้สอดคล้องต้องกันกับพัฒนาการและความเชื่อที่มีมาตั้งแต่ยุคกลางว่าสันติสุขและความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยกฎหมาย พัฒนาการของของความคิดเรื่องนิติรัฐเริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นในตอนปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อรัฐสมัยใหม่ในยุโรปพัฒนาจากรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ความเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกเรียกร้องมากขึ้นในแง่ของเหตุผล กล่าวคือ ถึงแม้ว่ากษัตริย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองจะยังมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดก็ตาม แต่ในการใช้อำนาจนั้นมีการเรียกร้องให้กษัตริย์ต้องคำนึงถึงเหตุผลด้วย พัฒนาการที่น่าสนใจของนิติรัฐในช่วงศตวรรษที่ 18 นี้ อยู่ที่การฟื้นตัวของความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ นักคิดสำนักนี้เชื่อว่า มนุษย์ได้รับประกายแห่งเหตุผลจากเหตุผลสากล มนุษย์ทุกคนจึงเกิดมามีศักดิ์ศรีเหมือนกัน ไม่มีใครเกิดมาในฐานะที่เป็นทาส มนุษย์ทุกผู้ทุกนามมีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนสามารถเข้าถึงกฎหมายธรรมชาติหรือกฎหมายแห่งเหตุผลได้โดยไม่ต้องมีใครช่วยตีความให้ ความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลดังกล่าวมีอิทธิพลอย่างยิ่งในอาณาจักรโรมัน (ผ่าน

ความคิดของนักคิดสำนักสโตอิกส์ที่เป็นชาวโรมันอย่างเช่นซีเซโร) ทำให้ชาวโรมันสามารถพัฒนาวิชานิติศาสตร์ที่ตั้งอยู่บนรากฐานของเหตุผลอย่างเป็นระบบขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลของมนุษย์อ่อนแรงลงในสมัยกลาง ซึ่งเป็นสมัยที่นิติปรัชญาแนวคริสต์ครอบงำยุโรป จวบจนกระทั่ง นักคิดชื่อว่า Samuel Pufendorf (ค.ศ. 1632 ถึง 1694) และ Christian Wolff (ค.ศ. 1679 ถึง 1754) ได้รื้อฟื้นแนวความคิดดังกล่าวขึ้นมาพัฒนาต่อความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติจึงกลับฟื้นตัวขึ้น โดยนักคิดในยุคสมัยนั้นได้เชื่อมโยงความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติกับสิทธิตามธรรมชาติเข้าด้วยกัน ตามคำสอนของนักคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติในยุคพื้นต้นนี้ สิทธิตามธรรมชาติ คือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและไม่ขึ้นอยู่กับการหมายบ้านเมือง กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ การเริ่มตระหนักรู้ถึงสิทธิที่กล่าวมานี้ทำให้ในราวปลายศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ราษฎรได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพของตนมากขึ้น¹

หลักนิติรัฐนี้มีแนวคิดมาจากเรื่องการจำกัดตนเอง ซึ่งตามแนวความคิดนี้รัฐจะจำกัดตนเองในทางกฎหมายได้ก็แต่ด้วยความยินยอมของรัฐเอง กล่าวคือ การจำกัดนี้เป็นไปเพราะมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดรูปแบบและเงื่อนไขของการใช้อำนาจอภายในรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการจำกัดการกระทำของรัฐให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์นั้นๆ หรืออีกนัยก็คือ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐจะไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใดนอกเหนือไปจากข้อจำกัดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐได้สร้างขึ้น² และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเช่นว่านี้จำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ของรัฐเอง เพราะหากรัฐไม่เคารพกฎหมายสภาพอนาธิปไตยก็เกิดขึ้นและจะทำลายกฎหมายของรัฐนั่นเอง หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การเคารพกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐเอง แต่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐที่จำเป็นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ โดยสรุปอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นถูกจำกัดโดยข้อจำกัดตามกฎหมายที่รัฐตราขึ้น ดังนั้น รัฐต้องเคารพสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เอกชน และเมื่อใดก็ตามที่รัฐจะทำการกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชน รัฐต้องอาศัยกฎหมายให้กระทำการได้

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, รัฐศาสตร์สาร, เล่มที่ 1, น.186-189 (2552).

² โภคิน พลกุล, “เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน”, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น. 86.

นักคิดชาวเยอรมันชื่อว่า Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frisherr von Aretin ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ว่าเป็นรัฐที่มีความมีเหตุผล อันเป็นรูปแบบที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุมีผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคม เป็นการทั่วไป จากการให้ความหมายดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า นิติรัฐก็คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข³ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสชื่อ กาลเร่ เดอ มัลแบร์ (R. Carré de Malberg) ได้กล่าวว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ว่าด้วยการที่รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐอยู่สองประการ คือ กฎเกณฑ์ที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ที่กำหนดวิธีการหรือมาตรการซึ่งรัฐสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ทั้งสองกฎเกณฑ์รวมกันเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐ⁴

สำหรับในประเทศไทยนั้นได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายคำว่า นิติรัฐ ไว้ว่า “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ยอมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ⁵”

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้ความหมายคำว่า นิติรัฐ ไว้ว่า “การปกครองในประเทศที่เจริญแล้ว กิจกรรมของฝ่ายปกครองย่อมอยู่ภายใต้แห่งกฎหมายและการควบคุมของศาล ทั้งนี้ หมายความว่า ฝ่ายปกครองมีความผูกพันจะต้องดำเนินการปกครองในขอบเขตแห่งกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจ โดยไม่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ อันมีผลกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของ

³ Albert bleckmann Staatsrech I – Staatsorganisationrecht. 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag 1997, S. 188 อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, น. 21.

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), น. 279.

⁵ หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น. 86.

พลเมืองผู้อยู่ใต้ปกครอง ถ้าฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายพลเมือง ผู้ต้องประสบความเสียหายย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องฝ่ายปกครองต่อศาลเพื่อให้เพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ อันเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการให้ถูกต้องตามกฎหมาย ระบบการปกครองเช่นนี้เรียกว่า “ระบบนิติรัฐ”⁶

ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม ได้ให้ความหมายคำว่า นิติรัฐ ไว้ว่า “นิติรัฐ” มิได้หมายความว่า รัฐตามกฎหมายเพราะอย่างไรเรียกว่ารัฐนั้นมีคำอธิบายในกฎหมายระหว่างประเทศและหลักวิชาทางรัฐศาสตร์อยู่แล้ว หากแต่หมายความว่า รัฐที่นับถือกฎหมายหรือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่กว่า กฎหมายในที่นี้หมายความว่า ความหมายรวมถึงบรรดากฎหมายและระเบียบแบบแผนทางการเมืองทั้งหลาย บางครั้งเรียกว่า เป็นรัฐที่ยึดมั่นในระบอบรัฐธรรมนูญ (Constitutionalism) บ้าง รัฐที่เคารพในหลักนิติธรรม (rule of law) บ้าง⁷

ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ ได้ให้ความหมายคำว่า นิติรัฐ ไว้ว่า “ระบบนิติรัฐ (System of Legal State) คือ ระบบซึ่งฝ่ายปกครองอยู่ใต้กฎหมายเช่นเดียวกับพลเมืองซึ่งเป็นเอกชนและอยู่ภายใต้การควบคุมในทางกฎหมายของศาล ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ ซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายพลเมือง ซึ่งได้รับความเสียหายก็มีทางที่จะได้รับการเยียวยาในทางกฎหมาย เพราะศาลมีอำนาจควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง”⁸

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น จึงพอสรุปได้ว่า นิติรัฐ เป็นรัฐที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายโดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนเป็นสองประการ กล่าวคือ ประการแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และประการที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐและหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน คือ จำกัดอำนาจรัฐภายใต้กฎหมาย ซึ่งลักษณะเฉพาะของนิติรัฐคือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดให้กระทำต่อปัจเจกชนได้ กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดอำนาจในเวลาเดียวกัน ในนิติรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการที่ขัดแย้งหรือละเมิดไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ และการที่ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือออกคำสั่งต่อผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของ

⁶ ประยูร กาญจนดุล, “นิติรัฐ”, รพี 26, น. 20 (2526).

⁷ วิชณุ เครืองาม, “เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช”, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์สมมิตร, 2526), น. 727.

⁸ อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์นักวิชาการ, 2527), น.4.

กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น หลักนิติรัฐ คือ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

เมื่อหลักนิติรัฐเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด⁹ รัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐ จึงต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงสิทธิและเสรีภาพของราษฎร เช่น สิทธิเสรีภาพในร่างกาย สิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา และสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น ซึ่งรัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ของราษฎร โดยยอมตนให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเคร่งครัด และตราบดักที่กฎหมายยังบังคับใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต้องด้วยความยินยอมของราษฎรให้รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง รัฐที่เป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร¹⁰ นอกจากนั้น ความสัมพันธ์ในนิติรัฐไม่เฉพาะแต่ความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับราษฎรเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎร ก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วย หลักนิติรัฐจึงมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการพื้นฐานในการประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรอันเกิดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ดังนี้

1.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

มองเตสกีเออ เป็นผู้คิดค้นหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งก่อนหน้านั้นก็มีนักคิดอื่นที่ให้ข้อความคิดเกี่ยวกับการแบ่งอำนาจของรัฐไว้มากมาย แต่เป็นเพียงการจำแนกออกให้เห็นว่าอำนาจของรัฐจัดแบ่งออกไปอย่างไร ส่วนมองเตสกีเออ นอกจากจะอธิบายอำนาจในรัฐมีการจัดแบ่งออกไปอย่างไรแล้ว มองเตสกีเออยังเรียกร้องให้มีการจัดแบ่งอำนาจและแยกบุคคลใช้อำนาจเป็นคนละคนอีกด้วย ซึ่งการเรียกร้องให้ผู้ใช้อำนาจที่แบ่งแยกให้เป็นอิสระจากกันนั้น กลายเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ เพราะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของ

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 65.

¹⁰ หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), น. 123 -124.

ราษฎร เหตุนี้จึงทำให้ความคิดเห็นของมองเตสกีเออมีอิทธิพลเหนือรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย

มองเตสกีเออ ได้กล่าวว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น รัฐมีการใช้อำนาจอยู่สาม ประการด้วยกัน คือ¹¹

ประการแรก รัฐมีอำนาจออกกฎหมาย แก้ไขกฎหมาย และยกเลิกกฎหมาย มาบังคับ การดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป

ประการที่สอง รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย ภารกิจนี้เป็นภารกิจที่เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติ ของกฎหมาย

ประการสุดท้าย รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคล เมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ใต้กฎหมาย

จากหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ จะเห็นได้ว่า รัฐแต่ละรัฐใช้อำนาจ อธิปไตยของตนกระทำการต่างๆ 3 ประเภทด้วยกัน คือ อำนาจนิติบัญญัติ มีอำนาจในการตรา กฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ราษฎร อำนาจบริหาร มีอำนาจบังคับให้การต่างๆ เป็นไปตามที่กฎหมาย ได้บัญญัติกำหนดไว้ และอำนาจสุดท้าย คือ อำนาจตุลาการ มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทระหว่างราษฎรด้วยกันเอง หรือระหว่างราษฎรกับหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐอาจใช้อำนาจอธิปไตยของตนกระทำการต่างๆ โดยทาง องค์การเพียงองค์การเดียวก็ได้ แต่จากประวัติศาสตร์จะเห็นได้ว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตย ของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่คนๆ เดียว หรือคณะเดียว ประชาชนจะไม่มีสิทธิเสรีภาพในการกระทำการต่างๆ ได้เลย เพราะถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์การเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้กฎหมายบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ และถ้าใครไม่กระทำตาม ความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลือนลอย บ้านเมืองก็จะ ไม่มีความสงบ¹² ดังนั้น หากต้องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจ ตามอำเภอใจของผู้ปกครองแผ่นดิน รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติจัดระเบียบ การใช้อำนาจอธิปไตยโดยวางอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ คือมีการกระจายการใช้อำนาจ

¹¹ อมร จันทรมบรรณ, กฎหมายปกครอง, น. 51 – 52.

¹² MONTESQUIEU, L' Esprit des lois, livre XI, ch. IV, คำแปลเดือน บุญนาค, การแยก อำนาจ โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2487, น. 8 – 9 อ้างในวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “บทความศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, น. 47.

อธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และตุลาการ โดยให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้ แยกต่างหากจากกัน แต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมาย อย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่นและก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในปัจจุบันนี้ว่า สังคมใดไม่มีการประกันเสรีภาพของปัจเจกชน อีกทั้งไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้น ไม่มีรัฐธรรมนูญ¹³

หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐ ไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจไม่มีการควบคุม ตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มี อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดหรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจ หนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

1.1.2 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกับสิทธิและเสรีภาพเป็นอย่างยิ่ง ในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะยอมรับหลักความเป็นอิสระของประชาชนในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง และเพื่อให้ประชาชนมีอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคน รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคน การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน และเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองคุ้มครอง นอกจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วยังมีหลักการอื่นๆ อีกหลายหลักการที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและ

¹³ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และพลเมือง 1789 มาตรา 16

เสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากอำนาจของรัฐ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมาย หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และหลักประกันที่สำคัญ คือ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะไม่มี ความหมายเลย หากไม่ให้สิทธิได้แก่การกระทำของรัฐแก่ประชาชน และมีให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่เป็นกลางในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกต้องว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

จากที่กล่าวมา หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้เอง สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดถือในระบบนิติรัฐ

1.1.3 หลักการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

สิทธิและเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่เรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน คือ เป็นสิทธิติดตัวมนุษย์ซึ่งไม่มีใครพรากไปจากตัวมนุษย์ได้ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจที่จะยกเลิกเพิกถอนสิทธิอันนี้ได้และไม่สามารถที่จะจำกัดหรือรุกรานสิทธิและเสรีภาพนี้ได้ตามอำเภอใจ เว้นแต่กฎหมายซึ่งออกโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาจะอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น ในลักษณะนี้การมีสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจึงเป็นหลัก การมีอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจึงเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ สำหรับราษฎรถ้าไม่มีกฎหมายห้ามย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการต่างๆ ได้ แต่สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจไปจำกัดหรือรุกรานสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน

1.1.3.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นหัวใจสำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญและถือว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์จำเป็นจะต้องมีเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรต้องศึกษาถึงความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ว่ามีสาระสำคัญอย่างไรบ้าง ดังนี้

สิทธิ ตามความหมายทั่วไป หมายความว่า ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือ เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง โดยการคุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย¹⁴

ส่วนเสรีภาพ ตามความหมายทั่วไป หมายความว่า ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นหรือภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง กล่าวคือ บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ¹⁵

หากพิจารณาสหสิทธิและเสรีภาพตามความหมายทั่วไปดังกล่าวข้างต้นนั้น ทำให้เห็นได้ว่าการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเมื่อมีสิทธิและเสรีภาพแล้ว บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการกำหนดการดำเนินชีวิตของตน โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น โดยที่บุคคลนั้นสามารถที่จะเรียกร้องต่อบุคคลอื่นให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ ที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตนเองได้

นอกจากสิทธิและเสรีภาพตามความหมายทั่วไปดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อรัฐ โดยการที่รัฐรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญ

สิทธิ ตามรัฐธรรมนูญ หมายความว่า อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน

¹⁴ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2545), น. 226.

¹⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 22.

ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁶ และเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญหมายความว่า อำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด¹⁷

การที่รัฐได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทุกองค์กร โดยองค์กรของรัฐมีหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กล่าวคือ โดยหลักแล้วองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการต้องละเว้นการกระทำใดๆ ที่มีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เว้นแต่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติกฎหมายจะให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เช่น องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจแก่องค์กรนิติบัญญัติการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น หรือองค์กรฝ่ายบริหารไม่สามารถใช้อำนาจปกครองออกกฎหมายหรือคำสั่งใดๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจการกระทำนั้นไว้¹⁸

1.1.3.2 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย บัญญัติรับรองให้แก่ประชาชน อาจจำแนกออกเป็นหลายประเภท ซึ่งขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาจำแนกประเภทของสิทธิและเสรีภาพ โดยหลักเกณฑ์ในการจำแนกประเภทสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่ง คือ การจำแนกประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยการพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ หลักเกณฑ์นี้จะแบ่งแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพ โดยพิจารณาว่าสิทธิใดควรจะให้กับบุคคลทุกคน และสิทธิใดควรจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้นเท่านั้น การจำแนกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้นำไปสู่การกำหนดขอบเขตในการคุ้มครองของสิทธิแต่ละประเภะนั้นเอง

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 49.

¹⁷ เพิ่งอ้าง, น. 51.

¹⁸ ศรีรัตน์ งามนิสัย, “หลักความพอสมควรแก่เหตุ : พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 149.

การจำแนกประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาจากผู้ซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง อาจจำแนกได้ 2 ประการ คือ (1) สิทธิมนุษยชน และ (2) สิทธิพลเมือง

(1) สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใดหากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครอง¹⁹ สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในครอบครัว เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิิกายศาสนา เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา สิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน เป็นต้น ซึ่งสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้มนุษย์ไม่สามารถสละได้ และไม่มีบุคคลใดหรือคณะบุคคลใดที่จะมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้เช่นเดียวกัน²⁰

(2) สิทธิพลเมือง คือ สิทธิที่รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐนั้นเท่านั้น²¹ สิทธิพลเมืองจึงเกิดขึ้นมาหลังจากที่รัฐเกิดขึ้นแล้ว โดยสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐหรืออีกนัยหนึ่ง คือ บรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองตามวิถีทางของรัฐเสรีประชาธิปไตย สิทธิเลือกตั้ง และสมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น²²

สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เป็นเครื่องมือสำคัญในการกำหนดวิถีชีวิตของตน ซึ่งหากบุคคลไม่มีสิทธิและเสรีภาพแล้ว การดำเนินตามวิถีชีวิตของบุคคลก็ต้องถูกแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้เพื่อให้การกำหนดวิถีชีวิตของบุคคลเป็นไปได้ด้วยดี และให้แต่ละบุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ได้ตามใจ

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 53.

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9,น.44.

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น.53.

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 44.

ปวารณาของตน โดยสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองนี้เรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights and Liberties) หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights)²³

1.1.3.3 หลักการประกันสิทธิและเสรีภาพ

หลักประกันสิทธิและเสรีภาพได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ได้รับการขนานนามว่า “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” และแม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะได้ถูกเพิกถอนแล้วก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับต่อมา คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้มีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในมาตรา 29²⁴ แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเช่นกัน

บทบัญญัติมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากว่าเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อจำกัดมิให้องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับอื่นใดอันมีผลล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยอำเภอใจ²⁵ ซึ่งบทบัญญัติของมาตรา 29 ดังกล่าวสามารถแยกหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจองค์กรนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนี้

²³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 14.

²⁴ “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์ 30, น.185 (มิถุนายน 2543).

(1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ หมายถึง หลักการที่ห้ามมิให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรหรือใช้อำนาจนั้นอย่างอำเภอใจ²⁶ หากแต่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง²⁷ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐมีอำนาจตามกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ แต่บุคคลไม่จำเป็นต้องสละสิทธิและเสรีภาพของตนเกินกว่าความจำเป็น ดังนั้น องค์กรของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจรัฐให้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรได้ และต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลเกินกว่าความจำเป็น

ในการพิจารณาว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐอย่างอำเภอใจ หรือมาตรการของรัฐมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือเป็นการสร้างภาระให้กับบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือไม่นั้น จะต้องนำสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ซึ่งสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ ได้แก่ (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (2) หลักความจำเป็น (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยหลักเกณฑ์แต่ละประการมีสาระสำคัญ²⁸ ดังนี้

(ก) หลักความสัมฤทธิ์ผล หมายถึง หลักที่เรียกร้องว่ามาตรการที่องค์กรของรัฐกำหนดขึ้น อันมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการใช้บังคับมาตรการดังกล่าวบรรลุผลได้ หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตามที่องค์กรของรัฐมุ่งประสงค์ได้จริง หากมาตรการใดเห็นได้ชัดเจนว่าไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ มาตรการนั้นย่อมขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล

(ข) หลักความจำเป็น หมายถึง หลักการที่กำหนดว่ามาตรการของรัฐอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือสร้างภาระให้แก่บุคคลน้อยที่สุด ดังนั้น เมื่อองค์กรของรัฐจะนำมาตรการใดๆ มาบังคับใช้กับบุคคลและ

²⁶ เพ็ญอ่าง, น.187-189.

²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.29-30.

²⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 85-94, 128-133 และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 32-35.

มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐสำเร็จลุล่วงได้ หากมาตรการดังกล่าวมีมากกว่าหนึ่งมาตรการ และในบรรดามาตรการต่างๆ เหล่านั้นมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากน้อยแตกต่างกัน องค์การของรัฐจะต้องเปรียบเทียบผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่เกิดจากบรรดามาตรการเหล่านั้นว่า มาตรการใดก่อให้เกิดความรุนแรงต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด และต้องเลือกใช้บังคับมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด และต้องเลือกใช้บังคับมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด มาตรการดังกล่าวจึงจะถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ามาตรการที่รัฐจะนำมาใช้บังคับกับบุคคลนั้นมีเพียงมาตรการเดียวที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้ มาตรการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น เพราะไม่มีกรณีที่ต้องเปรียบเทียบผลกระทบของมาตรการต่างๆ ต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อเลือกใช้มาตรการใด มาตรการหนึ่งที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด

(ค) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักการซึ่งกำหนดให้องค์กรของรัฐที่จะใช้มาตรการใดๆ อันอาจเกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับการบังคับใช้มาตรการนั้นกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลหรือผลประโยชน์ที่บุคคลต้องสูญเสียไป ว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับนั้นมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลหรือไม่ หากมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะแล้ว แม้ว่ามาตรการนั้นจะมีประโยชน์ต่อสาธารณะอยู่บ้าง หรือเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด แต่มาตรการดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เพราะเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดี องค์การของรัฐย่อมไม่สามารถใช้บังคับมาตรการดังกล่าวกับบุคคลได้

(2) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ จะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้

กฎหมายที่จะจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นด้วย ถึงแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ก็ตามแต่หาได้มีอำนาจตัดหรือ

เพิกถอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยไม่²⁹ ซึ่งการที่จะรู้ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายลักษณะใดจึงจะเรียกว่า กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไปไม่อาจกำหนดเป็นนิยามเพื่อใช้ทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้ ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาระดับความเข้มข้นรุนแรงของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพกับลักษณะของสิทธิและเสรีภาพนั้นเองประกอบกัน ยกตัวอย่างเช่น สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย ย่อมจะได้รับความกระทบกระเทือนหากองค์กฤษฎีกาบัญญัติตรากฎหมายให้มีการลงโทษโดยการทรมาน การชังคุกมิด การตัดหรือทำลายอวัยวะ สิทธิและเสรีภาพในทางวิชาการ ย่อมถูกกระทบกระเทือนจนถึงแก่น ถ้าหากมีการตรากฎหมายห้ามมิให้มีการวิจัยหรือเผยแพร่ผลงานวิจัย เป็นต้น³⁰

(3) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ จะต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกรณีที่ไม่ใช่กรณีที่ต้องออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว มิอาจจะออกตามอำเภอใจของตนได้ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงต้องมีผลเป็นการทั่วไป และจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ ซึ่งในกรณีของลักษณะกฎหมายที่เป็นการทั่วไปนั้น จะหมายถึงว่า การออกกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นจะต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน แต่มิได้หมายความว่า กฎหมายนั้นจะต้องใช้บังคับแก่ประชาชนทุกคนเหมือนกันหมด โดยที่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเดียวกันจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน ในขณะที่บุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่ต่างกันจะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการของหลักความเสมอภาค³¹

²⁹ ธีระ สุธีวรารังกูร, “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง” ,วารสารนิติศาสตร์ 29, น. 580 (ธันวาคม 2542).

³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 26, น. 191.

³¹ เฟิงอ้าง, น. 192.

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

ในการที่องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้นั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องอ้างหรือระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในกฎหมายฉบับนั้นด้วย หลักการดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อเตือนให้องค์กรนิติบัญญัติตระหนักว่า ตนกำลังตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนอยู่เพื่อที่องค์กรนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะที่ตนต้องการจริงๆ เท่านั้น และเพื่อเป็นเครื่องช่วยในการใช้และตีความกฎหมายด้วย การฝ่าฝืนไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลส่งผลให้กฎหมายฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญโดยเหตุนี้ย่อมต้องถือว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยไม่ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจใช้บังคับไม่ได้ทั้งฉบับ³²

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักพื้นฐานของการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของรัฐซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักที่กำหนดกรอบการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่ากฎหมายที่ตราออกมาของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวนั้นต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายหรือให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย ถ้าบทกฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้วก็ถือว่าบทกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับประชาชนไม่ได้

1.1.4 หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมาย

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ เป็นหลักในทางกฎหมายที่กำหนดว่าปัจเจกชน ผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐย่อมสามารถที่จะเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใดๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความเชื่อดังกล่าวนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครอง³³

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25, น. 193.

³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น.42.

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นหลักการที่มีรากฐานมาจากหลักกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นองค์ประกอบพื้นฐานหรือหลักการที่สำคัญอย่างหนึ่งของหลักนิติรัฐ³⁴

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อหลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมาย มีที่มาหรือรากฐานมาจากหลักกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ในเบื้องต้นจึงควรที่จะกล่าวถึงหลักกฎหมายดังกล่าวก่อน

หลักกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายมีความหมายที่สามารถแยกพิจารณาได้ 2 ความหมาย คือ³⁵

ความหมายแรก เป็นความหมายนัยที่เกี่ยวกับ หน้าที่ของกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายนั้นจะต้องเป็นการกำหนดหรือระบุหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแน่นอนถึงขอบเขตและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน และระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ทั้งนี้ เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจและเป็นหลักประกันกับประชาชน และสังคมส่วนรวมโดยทั่วไป³⁶

ความหมายที่สอง เป็นความหมายนัยที่เกี่ยวกับ รูปแบบโครงสร้างของกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีการกำหนดอย่างชัดเจนและแน่นอนในเรื่องของเนื้อหาองค์ประกอบ และการมีผลบังคับทางกฎหมาย กล่าวอีกแง่หนึ่งก็คือ ตัวบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับนั้นเองก็ต้องมีรูปแบบโครงสร้างที่แน่นอนและชัดเจนด้วยเช่นกัน

³⁴ Heinrich Siedentopf, "The Principle of the Rule of Law", The Rule of Law in Public Administration : The German Approach, CSpeyerer Forschungsberichte 122, 1993, S. 4 – 11. Hans J. Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, Verwaltungsrecht : Band 1, 11 Auflage, 1999, Rdnr 12, s. 182 – 183 ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (2540), น. 24 – 29.

³⁵ เพิ่งอ้าง.

³⁶ Hartmet Maurer, Staatsrecht I, 3. Auflage, 2003, Rdnr. 46, s. 231 อ้างในมานิตย์ วงศ์เสรี, "หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน", วารสารวิชาการศาลปกครอง, น. 42 (มกราคม - เมษายน 2550).

เนื้อหาของกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีความแน่นอนและชัดเจนจนทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถรับรู้และเข้าใจได้ว่า รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องการให้ประชาชนประพฤติหรือปฏิบัติตนอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากบทบัญญัติใดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนแล้ว บทบัญญัตินั้นจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างแน่นอนและชัดเจน

การตรากฎหมายในลักษณะที่เป็นการวางหลักกฎหมายทั่วไป โดยการใช้ศัพท์กฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง หรือเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจได้จะสามารถกระทำได้ครบเท่าที่ประชาชนโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ถึงเป้าหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตลอดจนขอบเขตในการใช้บังคับของหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

นอกจากนี้ หลักกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายยังเรียกร้องให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงเรื่องระยะเวลาของการบังคับใช้กฎหมายด้วย การที่จะให้ประชาชนโดยทั่วไปยึดถือหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้เพียงชั่วขณะนั้น เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หากแต่จะต้องให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใจและคาดการณ์ได้ว่า หลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับนั้น เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญในการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยทั่วไป และหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้เรื่อยไป

ด้วยเหตุผลข้างต้น จึงมีผลทำให้หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมาย เข้ามามีส่วนเกี่ยวพันหรือเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเชื่อถือและไว้วางใจได้ว่า หลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐตราขึ้นหรือออกมาใช้บังคับมีผลบังคับผูกพันกับความคาดหวังหรือฐานะของเขานั้นมีความแน่นอนชัดเจนไม่เปลี่ยนแปลง

1.1.5 หลักความแน่นอนและชัดเจนของกฎหมาย

กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีความแน่นอนชัดเจน กฎหมายนั้นต้องบัญญัติกำหนดไว้ให้ชัดแจ้งว่าบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลให้กระทำการใดในกรณีใดและเพื่อประโยชน์ใดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใดกระทำการใดในกรณีใดและเพื่อประโยชน์อะไร ความแน่นอนชัดเจนของ

กฎหมายจึงเป็นหลักประกันให้กับความมั่นคงในนิติฐานะ เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดไม่ได้ของกฎหมายแก่การที่บุคคลจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการต่างๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจกระทำการใดๆ ลงไป ถ้าหากไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำนั้นๆ ของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลทางกฎหมายอันเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ จะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์มากน้อยเพียงไร³⁷ ดังนั้น หลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย ซึ่งหลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักที่เรียกร้องว่าการบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึง หากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่งและกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างใดบ้าง บุคคลจึงสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายและทำให้เกิดความแน่ใจว่า การกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย³⁸

หลักการสำคัญๆ ของนิติรัฐดังกล่าวข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย หรืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการรวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากราษฎรตามวิถีทางประชาธิปไตยก็ตาม ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนแก่เราว่า “บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจมีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ” การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้ “อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง” การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกันและเป็นอิสระจากกันจึงเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนานิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนานิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการในทางจัดองค์กรหรือองค์กรของรัฐเพื่อมิให้

³⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 9, น. 121.

³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 16, น. 26.

รัฐมีอำนาจเด็ดขาด³⁹ ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักพื้นฐานของการปกครองที่ว่ารัฐ องค์การของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น ไม่ว่าจะเป็นองค์กร นิติบัญญัติ องค์การบริหารหรือองค์กรตุลาการต่างก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวทั้งสิ้น การกระทำขององค์กรเหล่านี้จึงต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายของรัฐที่ให้อำนาจในการกระทำขององค์กรเหล่านี้ซึ่งหมายความว่า องค์กรเหล่านี้จะกระทำการใดเป็นการลิดรอน ละเมิดจำกัด สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ในนิติรัฐนั้นรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานของประชาชนที่สำคัญไว้ซึ่งมีผลทำให้ทุกองค์การของรัฐต้องผูกพัน

จากหลักนิติรัฐดังกล่าวถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง หากมนุษย์ไม่มีสิทธิและเสรีภาพแล้ว วิถีชีวิตของตนก็อาจถูกแทรกแซงได้จากผู้อื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากผู้ปกครองรัฐ ฉะนั้น เพื่อให้การกำหนดวิถีชีวิตของปัจเจกชนดำเนินไปด้วยดี รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงต้องมีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้เสมอ⁴⁰ ด้วยเหตุที่ทุกคนให้ความสำคัญต่อสิทธิและเสรีภาพประกอบกับแนวความคิดในการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่เน้นถึงความเท่าเทียมกันและความเสมอภาคของมนุษย์

1.2 แนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยการเลือกตั้ง

นับแต่เมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมซึ่งมีการปกครองเป็นระบบระเบียบ มนุษย์ได้พยายามสรรหาวิธีการต่างๆ ในอันที่จะให้ได้มาซึ่งตัวผู้ปกครอง เราพบรูปแบบและวิธีการสรรหาตัวผู้ปกครองหลายรูปแบบในประวัติศาสตร์ เช่น การกำหนดตัวผู้ปกครองโดยการสืบราชสันตติวงศ์ หรือการใช้กระบวนการจับฉลากคัดเลือกตัวผู้ปกครอง เป็นต้น

การเลือกตั้งเป็นกระบวนการสรรหาตัวผู้ปกครองกระบวนการหนึ่ง ในรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย การเลือกตั้งถือเป็นกระบวนการแต่งตั้งผู้ที่มีความใกล้ชิดเป็น

³⁹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.128-129.

⁴⁰ ธีระ สุธีวรานุ, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 29, น.579.

อันหนึ่งอันเดียวกันกับประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งให้เข้าไปดำรงตำแหน่งทางการเมือง ถือว่าเป็นองค์การผู้แต่งตั้งแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้ง คณะเสียงดังกล่าวจะได้รับการนับและนำมาคำนวณเพื่อให้ได้ผลว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การเลือกตั้งเป็นวิธีการหนึ่งในหลายวิธีการในการที่จะให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจทางการเมืองเคียงคู่ไปกับวิธีการอื่นๆ เช่น การให้ประชาชนมาออกเสียงแสดงประชามติในการตัดสินใจทางการเมืองที่สำคัญ เป็นต้น

ดังนั้น การเลือกตั้งนับว่าเป็นเงื่อนไขขั้นพื้นฐานอันไม่อาจขาดได้ ประชาธิปไตยกับการเลือกตั้งมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างแน่นแฟ้น การเลือกตั้งมีผลทำให้อำนาจรัฐมีความชอบธรรม อย่างไรก็ตาม การเลือกตั้งในรัฐประชาธิปไตยจะประสบความสำเร็จได้ก็แต่โดยพื้นฐานความเชื่อมั่นของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ในสังคม ซึ่งจะต้องยอมรับหลักเสียงข้างมาก ซึ่งเป็นหลักการเบื้องต้นที่ใช้ในการตัดสินใจเรื่องราวดังกล่าว เป็นสังคมการเมืองกลุ่มผลประโยชน์ที่เป็นเสียงข้างน้อยจะต้องยอมรับการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากนั้น ในขณะเดียวกันเพื่อไม่ให้เกิดการเลือกตั้งนำไปสู่ความเป็นเผด็จการเสียงข้างมาก จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการคุ้มครองเสียงข้างน้อยด้วย เช่น กลุ่มเสียงข้างน้อยต้องได้รับการประกันในการที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจทางการเมือง จะถูกตัดออกไปจากกระบวนการดังกล่าวไม่ได้ นอกจากการเลือกตั้งจะเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างหลักเสียงข้างมากกับหลักการคุ้มครองเสียงข้างน้อยแล้ว การเลือกตั้งยังเป็นการแสดงออกซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนซึ่งเป็นการปกครองที่ได้รับความยินยอมจากประชาชนอีกด้วย ที่ว่าเป็นการปกครองที่ได้รับความยินยอมจากประชาชน ก็เนื่องจากประชาชนไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐโดยตรง แต่ประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจแห่งรัฐให้ความยินยอมผู้แทนของตนใช้อำนาจรัฐได้ตามระยะเวลาหรือตามวาระที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในรัฐธรรมนูญ

โดยเหตุที่การเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งการปกครองแบบมีผู้แทน การเลือกตั้งจึงมีความหมายและความสำคัญอย่างยิ่ง การเลือกตั้งจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการสำคัญๆ เช่น จะต้องเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันอย่างเสรีระหว่างผู้สมัครรับเลือกตั้งและพรรคการเมือง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้ใช้สิทธิเลือกสรรผู้สมัคร หรือพรรคการเมืองที่ตนเห็นว่ามีความคิดทางการเมืองคล้ายคลึงกับตนหรือมีนโยบายที่สามารถช่วยแก้ปัญหาของตนและของประเทศได้ ต้องเปิดโอกาสให้มีการแสดงความคิดเห็น เผยแพร่ข่าวสารข้อมูลเพื่อให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถสำรวจเจตจำนงทางการเมืองของตนได้ ในแง่ของผู้เลือกตั้ง รัฐต้องกำหนดให้การใช้สิทธิเลือกตั้งเป็นการใช้สิทธิอย่างทั่วถึงในประชาชนทุกกลุ่ม ไม่เลือก

ศาสนา ฐานันดร เพศ ภาษา ถิ่นกำเนิด อาชีพ หรือความเชื่อทางการเมือง การใช้สิทธิต้องเป็นไปอย่างเสมอภาค ซึ่งหมายความว่า ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งต้องมีคะแนนเสียงเท่ากัน ไม่ใช่กำหนดให้ผู้มีรายได้สูง ผู้เสียภาษีให้รัฐมากหรือผู้มีการศึกษามีคะแนนเสียงมากกว่าบุคคลอื่น รัฐจะต้องประกันให้การใช้สิทธิเลือกตั้งเป็นไปอย่างเสรี กล่าวคือ ต้องไม่ยอมให้มีการใช้สิทธิพลข่มขู่ บังคับขู่เข็ญโดยผิดกฎหมาย นอกจากนี้แล้ว การใช้สิทธิเลือกตั้งจะต้องเป็นไปโดยลับ ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจของผู้ลงคะแนนเสียงต้องไม่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยบุคคลอื่น หลักการใช้สิทธิเลือกตั้งที่ต้องเป็นไปโดยลับนี้ ย่อมมีผลเป็นการสนับสนุนหลักการใช้สิทธิเลือกตั้งโดยเสรีด้วย⁴¹

1.2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการออกเสียงเลือกตั้ง

ประเทศต่างๆ ที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยส่วนใหญ่จะยึดถือทฤษฎีเกี่ยวกับการออกเสียงเลือกตั้งอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎีว่าด้วยการออกเสียงเลือกตั้งเป็นสิทธิ

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานอยู่บนหลักการที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยถือว่าการออกเสียงเลือกตั้งนั้น เป็นสิทธิของบุคคลทั่วไป มิใช่เป็นหน้าที่ และสิทธิในการเลือกตั้งนี้เป็นสิทธิในตัวเอง มีต้องให้มีผู้ใดมอบหมายและจะมาเพิกถอนก็ไม่ได้ รวมทั้งไม่อาจมีการจำกัดสิทธิได้ ดังที่ รูสโซกล่าวไว้ว่า สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิที่ไม่มีอะไรจะมาพรากจากประชาชนได้ ดังนั้น จึงเป็นดุลยพินิจของแต่ละบุคคลที่จะใช้สิทธิหรือไม่ก็ได้ โดยไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดสามารถไปบีบบังคับให้ประชาชนคนหนึ่งคนใดไปลงคะแนนเลือกตั้งได้ หากว่าประชาชนผู้นั้นไม่ต้องการ ดังนั้น ผู้ออกเสียงเลือกตั้งจึงมีเอกสิทธิเด็ดขาดที่จะไม่ไปใช้สิทธิ และมีสิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำหรือความคิดเห็นใดๆ เกี่ยวกับการออกเสียงเลือกตั้งไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งไม่ถือว่าเป็นความผิดและไม่ถูกลงโทษใดๆ ทั้งสิ้น แต่ถือว่าเป็นเพียงการนอนหลับทับสิทธิเท่านั้น ในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ในโลกที่เป็นประชาธิปไตยได้ยึดหลักทฤษฎีนี้

⁴¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตย”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 1, เล่มที่ 3, น.95 (กันยายน-ธันวาคม 2542).

(2) ทฤษฎีที่ว่า การออกเสียงเลือกตั้งเป็นหน้าที่

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานอยู่บนหลักการที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ตามทฤษฎีนี้ เมื่อชาติเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ไม่ใช่ประชาชนหรือราษฎร อำนาจเลือกตั้งจึงเป็นสิ่งที่ชาติมอบให้แก่ราษฎรในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีหน้าที่เลือกผู้แทนของชาติ ดังนั้น การเลือกตั้งของประชาชนจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ มิใช่การใช้สิทธิ

ผู้ที่ได้รับหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจถูกบังคับให้ไปลงคะแนนเสียงเลือกตั้งได้และหากไม่ไปออกเสียงเลือกตั้งก็ต้องถูกลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ อย่างไรก็ตาม การบังคับให้ไปออกเสียงเลือกตั้งนั้นก็เหมือนกับการบังคับให้เข้าประชุมในที่ประชุมเท่านั้น โดยไม่มีการบังคับให้ออกเสียงเลือกใคร พรรคใด หรือหมายเลขใด และอาจงดออกเสียงลงคะแนนโดยสิ้นเชิงก็ได้ กล่าวคือ การบังคับให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไปใช้สิทธิของตน โดยบังคับให้ไปยังหน่วยเลือกตั้งเมื่อไปแล้วผู้เลือกตั้งจะออกเสียงเลือกตั้งอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใด หรือลงคะแนนให้แก่พรรคการเมืองพรรคใด หรือจะไม่ลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดหรือพรรคการเมืองใดก็ได้

ประเทศที่ยึดหลักทฤษฎีนี้ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ ออสเตรีย อิตาลี บราซิล ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ เซเชลล์ โดมินีกา บัลแกเรีย โรมาเนีย กรีซ อาร์เจนตินา สเปน โบลิเวีย คอสตาริกา เอกวาดอร์ เอลซัลวาดอร์ กัวเตมาลา เม็กซิโก ปารากวัย เปรู สาธารณรัฐอาหรับ และเวเนซุเอลา เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยการเลือกตั้งถือเป็นหน้าที่ตามมาตรา 72⁴² แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

1.2.2 ความหมายของการเลือกตั้ง

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายคำว่า “เลือกตั้ง” หมายถึง การเลือกสรรบุคคลให้เป็นผู้แทนหรือให้ดำรงตำแหน่งด้วยการออกเสียงลงคะแนน เช่น การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เลือกตั้งกรรมการ

⁴² “บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง”

บุคคลซึ่งไปใช้สิทธิหรือไม่ไปใช้สิทธิโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่สามารถไปใช้สิทธิได้ ย่อมได้รับสิทธิหรือเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ”

การมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง คือ สิทธิที่บุคคลมีอยู่โดยกฎหมายในการที่จะออกเสียงเลือกตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งใด ตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเลือกตั้งได้กำหนดไว้หรือในการที่จะออกเสียงเห็นชอบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น⁴³

1.2.3 องค์ประกอบของการเลือกตั้ง

องค์ประกอบของการเลือกตั้งมี 4 ประการ ดังนี้⁴⁴

(1) มีบุคคลหลายคนหรือมีบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งหลายบัญชีในกรณีที่ทำให้ราษฎรเลือกตั้งตามบัญชีรายชื่อให้ประชาชนเลือก ถ้ามีเพียงบุคคลคนเดียวหรือมีบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเพียงบัญชีเดียวไม่ถือว่าเป็นการเลือกตั้ง

(2) ประชาชนผู้เลือกตั้งต้องมีเสรีภาพบริบูรณ์ที่จะเลือกตั้งหรือไม่เลือกตั้งบัญชีผู้สมัครคนใดคนหนึ่งหรือบัญชีใดบัญชีหนึ่ง เนื่องจากว่าถ้ามีการบังคับให้ประชาชนลงคะแนนเสียงให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบัญชีรายชื่อบัญชีใดบัญชีหนึ่งแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการบังคับโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ย่อมไม่ใช่การเลือกตั้ง

(3) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องมีโอกาสทราบความคิดเห็นของผู้สมัครรับเลือกตั้งได้ เพื่อประชาชนจะได้ใช้สิทธิเลือกตั้งโดยถูกต้อง ฉะนั้น ถ้าประชาชนไม่มีเสรีภาพในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นก่อนที่จะมีการเลือกตั้งก็ไม่ใช่เป็นการเลือกตั้ง

(4) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องมีสิทธิและเสรีภาพ ที่จะแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับผู้สมัครรับเลือกตั้ง ทั้งนี้ เพราะประชาชนจะต้องมีโอกาสวิพากษ์วิจารณ์ความคิดเห็นนั้นๆ โดยเสรี เพื่อจะได้ใช้สิทธิเลือกตั้งบุคคลที่มีความคิดเห็นตรงกับเขาหรือซึ่งเขาควรนิยมได้ถูกต้อง

⁴³ ศักดิ์ ไทยวัฒน์ และ วิญญู อังคนารักษ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2504), น.226 อ้างใน พลตัส สุรฤทธิ์, การปรับปรุงกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้ง, น. 8.

⁴⁴ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเลือกตั้งและพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน พุทธศักราช 2511 (พระนคร : โอเดียนสโตร์, 2512), น. 2 อ้างใน พลตัส สุรฤทธิ์, การปรับปรุงกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้ง, น. 9.

การเลือกตั้งที่จัดขึ้น ถ้าไม่เข้าองค์ประกอบทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้นนั้น ก็จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกตั้ง คือ ไม่เป็นการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตยหรือไม่เป็นการเลือกตั้งที่แท้จริง

1.2.4 ความสำคัญของสิทธิเลือกตั้ง

เมื่อพิจารณาการจำแนกประเภทของสิทธิและเสรีภาพ โดยการพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้ว ก็อาจจะจำแนกผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชนกับสิทธิของพลเมือง สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพซึ่งกำหนดให้แก่บุคคลโดยไม่มีข้อจำกัดในทางลักษณะตัวบุคคล กล่าวคือ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จึงเป็นสิทธิที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ ซึ่งโดยหลักแล้ว สิทธิประเภทนี้มิได้เกิดขึ้นจากการที่รัฐบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล หากแต่เป็นการที่กฎหมายของรัฐได้รับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย⁴⁵

สำหรับสิทธิพลเมืองเป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้นๆ เท่านั้นจึงจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ซึ่งโดยส่วนใหญ่สิทธิและเสรีภาพที่เป็นของพลเมืองของรัฐนั้นๆ มักจะเป็นสิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในทางการเมืองสิทธิในการตั้งพรรคการเมือง หรือสิทธิในการรับราชการหรือสิทธิในการเข้าไปเป็นสมาชิกขององค์กรของรัฐอื่น⁴⁶ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นที่ยอมรับกันว่า ผู้ที่จะทรงสิทธิของพลเมืองหรือสิทธิทางการเมืองได้ต้องเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นเท่านั้น ยิ่งกว่านั้น คนสัญชาติของรัฐเองก็ใช้ว่าจะมีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองบางประการไปหมดทุกคน กล่าวคือ เฉพาะแต่บุคคลที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามบางประการเท่านั้นจึงจะมีสิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง คนสัญชาติของรัฐที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามอย่างใดอย่างหนึ่ง หากมีสิทธิดังที่ได้กล่าวไม่ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศใดที่มีรูปแบบการปกครองแบบประชาธิปไตยหรือเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยแล้วต้องถือเป็นหลักว่า คนสัญชาติของรัฐทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ การตัดสิทธิทางการเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งการตัดสิทธิเลือกตั้งและสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของบุคคลใด

⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น.61.

⁴⁶ เฟิงอ่าง.

บุคคลหนึ่งนั้น ควรถือเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป และการที่กระทำการดังกล่าวได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่มีเหตุผลหนักแน่นจริงๆ เท่านั้น⁴⁷

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า สิทธิเลือกตั้งนั้นมีความสำคัญกับรัฐที่ปกครองในระบบประชาธิปไตยเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากว่าสิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิของพลเมืองที่จะสามารถใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างหรือแสดงเจตจำนงทางการเมืองของตนได้ ซึ่งหากรัฐต้องการจะตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิดังกล่าวนี้ รัฐต้องคำนึงถึงหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และหากว่ารัฐตรากฎหมายโดยมิได้มีการคำนึงถึงหลักดังกล่าวแล้วก็ถือว่ารัฐพรากสิทธิเลือกตั้งไปจากความเป็นพลเมืองของบุคคลนั้นหรืออาจกล่าวได้ว่ารัฐพรากความเป็นพลเมืองของบุคคลนั้นเลยทีเดียว⁴⁸

1.3 แนวคิดว่าด้วยหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง คือ แนวความคิดทางกฎหมายที่ว่ากฎหมายที่ตราออกมาใหม่ย่อมไม่มีผลย้อนหลังไปบังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนใช้กฎหมายนั้น กฎหมายใหม่พึงใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังที่ใช้กฎหมายใหม่แล้วเท่านั้น ซึ่งหลักกฎหมายนี้เป็นหลักหนึ่งที่ใช้ในการตีความกฎหมาย⁴⁹ เมื่อตัวบทกฎหมายที่ต้องการใช้นั้นมีปัญหา กล่าวคือกฎหมายนั้นมีลักษณะไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือ

1.3.1 วิวัฒนาการและความหมายของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

1.3.1.1 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนี้ มีวิวัฒนาการเริ่มมาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยมีหลักกฎหมายโรมันที่ว่า กฎหมายใหม่หาบังคับถึงการที่ได้กระทำลงก่อนใช้กฎหมายไม่ ซึ่งหลักดังกล่าวมีที่มาจาก Institutes ของโรมันที่บัญญัติไว้ว่า *leges posteriores priores abrogant* หมายความว่า

⁴⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 9, น. 48.

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งย้อนหลัง หลักนิติรัฐและศักดิ์ศรีนักกฎหมายไทย”, มติชน, ปีที่ 29, ฉบับที่ 10455 (25 ตุลาคม 2549).

⁴⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), น.43.

กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า และ nova constitutio futuris formam imponere debet non praeteritis หมายความว่า กฎหมายใหม่ต้องบังคับแก่การที่ได้ทำลงไปในอนาคต หาใช่แต่การที่ได้กระทำมาแล้วในอดีตไม่

หลักกฎหมายนี้เริ่มเป็นที่รับรู้ในสมัยจักรพรรดิของกรุงโรมเพราะแต่เดิมในกฎหมายของพระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียน (Justinian) มีความเข้าใจในคำว่า “ความผิด” อย่างกว้างขวางจนเกือบจะไม่มีขอบเขต และหลักกฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องจากความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาโรมันเดิม ซึ่งถือว่าในเรื่องความผิดต่อมหาชน (Public Delict) นั้น ไม่รับรู้ความแตกต่างระหว่างเตรียม พยายาม และความผิดสำเร็จ คือ ไม่ยอมรับรู้ในเรื่อง “องค์ประกอบของความผิด” นั้นเอง

หลักกฎหมายทั่วไปของโรมัน เรื่อง “ข้อหานอกเหนือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (extraordinary offense) ก่อให้เกิดดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างกว้างขวางจนเกือบจะไม่มีขอบเขต แต่โดยวิธี extraordinary judicia อันเป็นวิธีการที่จำกัดการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของศาล อาจทำให้ค้นพบถึงสิ่งที่ยืนยันถึงบทบัญญัติในเรื่องข้อหาและโทษ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหา การใช้ดุลพินิจของผู้ต้องหามักพิจารณาถึงคำอุทธรณ์แห่งอาณาประชาราษฎร์ (appeal to the populace) ทั้งนี้ เพื่อให้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งต่อมาทำให้เกิดแนวการพิจารณาพิพากษาที่แน่ชัดในอันที่จะจำกัดความหมายของความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (ordinary offense) จากหลักที่ได้วางไว้ ยังมีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้ว่าจะมีการลดโทษที่กำหนดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ตาม แต่ก็อาจจะมีการเพิ่มโทษให้นอกเหนือไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งเป็นการแน่นอนที่สุดว่าจะต้องเป็นระยะเวลานานที่โทษซึ่งได้กำหนดไว้นี้ได้เป็นที่ยึดมั่นโดยเคร่งครัดกันต่อมา และในภายหลังสมัยของจักรพรรดิออกัสตัส (Augustus) กฎหมายอาญาของประเทศทั้งหลายต่างก็ประกาศว่า กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง⁵⁰

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายนี้มีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ทางโรมันคลุมเครือและซับซ้อนยุ่งยาก แต่พอจะสรุปได้ว่า หลักฐานอันคลุมเครือและกระจัดกระจายที่พอจะอ้างอิงเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในเรื่องนี้ได้แก่ ข้อหานอกเหนือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (extraordinary offense) คำอุทธรณ์แห่งอาณาประชาราษฎร์ (appeal to the populace) อำนาจอันยิ่งใหญ่ ดังเช่น อำนาจของผู้ปกครองรัฐ (the power of the principate)⁵¹

⁵⁰ ประภาพรพรณ อุดมจรรยา, “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), น. 4-6.

⁵¹ เพิ่งอ้าง, น. 5-6.

1.3.1.2 ความหมายของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

คำว่า “กฎหมายย้อนหลัง” นั้นมีความหมายไม่ชัดเจน เพราะในบางครั้งกฎหมายซึ่งใช้สำหรับกาลในอนาคต คือ ตั้งแต่วันที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับก็อาจเรียกว่าเป็น “กฎหมายย้อนหลัง” ก็ได้⁵² และการใช้กฎหมายย้อนหลังในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ที่ถือว่าคำพิพากษาของศาล คือ กฎหมาย ก็อาจถือว่าเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังได้ เพราะคำพิพากษาดัดสินออกมาภายหลังจากที่เหตุการณ์ที่เป็นคดีความนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ ในขณะที่เกิดเหตุการณ์นั้นขึ้นยังไม่ปรากฏเป็นกฎหมายเลย จนกระทั่งคดีถึงศาลและศาลได้มีคำพิพากษาออกมาบังคับเป็นกฎหมาย⁵³

ความหมายของคำว่า “กฎหมายย้อนหลัง” อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ

(1) กฎหมายสารบัญญัติ

กฎหมายย้อนหลังมีความหมายตามที่เข้าใจกันตามธรรมดา คือ กฎหมายที่ตราออกมาแล้วใช้บังคับทันที โดยย้อนหลังใช้กับเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นแล้ว

(2) กฎหมายวิธีสบัญญัติ

กฎหมายย้อนหลังมีความหมายที่แตกต่างจากที่เข้าใจกันในความหมายของกฎหมายย้อนหลังของกฎหมายสารบัญญัติ กล่าวคือ กฎหมายย้อนหลัง หมายถึง กฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนมีกฎหมายนั้น และข้อพิพาทนั้นต้องได้ถูกนำมาสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ส่วนกรณีที่ข้อพิพาทนั้นยังมิได้มีการนำมาสู่การพิจารณาของศาล และเกิดมีการตรากฎหมายใหม่ จึงมีการนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาล กฎหมายใหม่นี้ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายย้อนหลัง ทั้งนี้ เพราะกฎหมายวิธีสบัญญัติมิได้เป็นกฎหมายที่มีความมุ่งหมายจะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่ยังมิได้เป็นข้อพิพาทในคดีนั้น แต่เป็นกฎหมายที่มีความมุ่งหมายจะใช้บังคับกับคดีของศาล⁵⁴

⁵² อมร จันทสมบุรณ์, “หลักทั่วไปของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง”, กฎหมายไทย เล่มข้าราชการ, น 1(2516).

⁵³ วีระดา สมสวัสดิ์ และวีระวุฒิ วัฒนายน, กฎหมายเบื้องต้น, (เชียงใหม่ : สำนักพิมพ์ศูนย์หนังสือเชียงใหม่, 2524), น 85.

⁵⁴ อมร จันทสมบุรณ์, อ่าวแล้ว เจริญรอกที่ 52, น.8-9.

นอกจากนั้น Charles Sampford ยังได้ให้ความหมายของคำว่ากฎหมายย้อนหลังว่า กฎหมายย้อนหลัง หมายถึง กฎหมายที่เปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายในอนาคตของการกระทำ หรือเหตุการณ์ในอดีต⁵⁵ โดยอธิบายว่า กฎหมายย้อนหลัง คือกฎหมายที่เราสามารถรับรู้ได้ในภายหลังและจะให้ผลในอนาคตนั้นไม่ตรงกับกฎหมายที่รับรู้ในเวลาที่เราได้กระทำการใดๆ ลงไป โดยสามารถกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ในช่วงเวลาระหว่างที่บุคคลกระทำการใดๆ กับช่วงเวลา ที่บุคคลที่กระทำการนั้นได้รับรู้ผลในทางกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ได้เกิดมีกฎหมายใหม่ขึ้น โดยใช้บังคับแทนหรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมซึ่งจะมีผลกระทบต่อผู้กระทำในเวลา ที่เพิ่งจะ ได้รับรู้ในกฎหมายนั้นๆ และ Blackstone นักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้มีผลย้อนหลังของ กฎหมาย ได้มีความเห็นว่า ทุกบริบทของกฎหมายควรเขียนขึ้นเพื่อให้มีผลบังคับใช้เพื่อการใน อนาคต ทั้งจะต้องบอกกล่าวให้ประชาชนรู้ล่วงหน้าก่อนให้เริ่มมีผลบังคับใช้ แต่ความเห็นดังกล่าว ของ Blackstone ก็ยังมีการจำกัดแต่เฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้น กล่าวคือ Blackstone ได้ให้ความเห็นว่า กฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นห้ามมีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ อย่างเด็ดขาด แต่สำหรับการย้อนหลังไปกระทบสิทธิของบุคคลในทางแพ่งนั้นสามารถทำได้⁵⁶

1.3.2 ทฤษฎีที่ใช้ค้ำหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง⁵⁷

1.3.2.1 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่ใช่กฎหมาย

เหตุผลที่รุนแรงที่สุดที่ได้แย้งกฎหมายย้อนหลัง ก็คือ กฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่ใช่ กฎหมาย กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายให้มีผลเป็นการย้อนหลังไม่ได้มีขึ้นภายใต้อำนาจรัฐ สำหรับการออกกฎหมายในสังคมตะวันตกการบัญญัติกฎหมายใดๆต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ

⁵⁵ Charles Sampford, Retrospectivity and the Rule of Law (New York : Oxford University Press Inc, 2006), p.37.

⁵⁶ Natelson, Robert G “ Statutory Retroactivity: the Founders’ View”, University of Idaho College of Law Idaho Law Review, 39 (Idaho L. Rev.489, 2003), p. 490.

⁵⁷ Charles Sampford, Retrospectivity and the Rule of Law, (New York : Oxford University Press Inc, 2006), pp. 65-77.

โดย Walker ได้กล่าวว่า รัฐธรรมนูญเป็นที่มาของอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย การออกกฎหมายย้อนหลังไม่ใช่คำจำกัดความของคำว่ากฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นในอดีตหรือปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ หรือไม่ว่าจะเป็นที่มาของร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงโทษ หรือที่มีผลเป็นการบังคับตามกฎหมาย สิ่งเหล่านั้นก็ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายหรือเรียกได้ว่าเป็นกฎหมาย

สิ่งที่น่าสงสัยประการหนึ่ง คือ การบัญญัติสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่มีผลเป็นการบังคับตามกฎหมาย ซึ่งแท้จริงแล้วเพียงแค่สิ่งเหล่านั้นเหมือนจะเป็นกฎหมาย แต่จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ยอมรับการมีอยู่ของกฎหมายย้อนหลังและมีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจในการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการย้อนหลัง จึงไม่มีข้อโต้แย้งที่จะแสดงให้เห็นได้ดีไปกว่าข้อโต้แย้งที่ว่ากฎหมายย้อนหลังไม่ใช่กฎหมาย

Walker เห็นว่า กฎเกณฑ์จำเป็นต้องมีการประกาศใช้ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะทำการตัดสินใจเรื่องใดเรื่องหนึ่ง นอกจากนั้น Walker ยังได้ศึกษาไปถึงแหล่งที่มาของประวัติศาสตร์ว่ามีผู้ใดสนับสนุนข้อคิดของเขาที่ว่า กฎหมายย้อนหลังไม่ใช่กฎหมาย พบว่า เฟลโต กล่าวอ้างถึงเรื่องนี้ไว้ใน ส่วนหนึ่งของ The Law อีกหนึ่งความคิดทางกฎหมายที่สนับสนุนแนวคิดของ Walker คือ Fuller โดย Fuller เห็นว่า การสร้างกฎหมายย้อนหลังเป็นหนึ่งในแปดวิธีของความล้มเหลวในการสร้างกฎหมาย ผลที่ตามมาคือ ก่อให้เกิดระบบกฎหมายที่เลวร้าย และสิ่งเหล่านั้นไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นระบบกฎหมายได้เลย

จูเลียส สโตน ได้กล่าวไว้ในหนังสือ เรื่อง ระบบกฎหมายและการใช้เหตุผลของนักกฎหมายว่า ในขณะที่มีการตรวจสอบและประเมินค่าในการเสนอคำจำกัดความของคำว่ากฎหมายพบว่า ไม่มีนิยามหรือคำจำกัดความใดของกฎหมายที่กล่าวถึงกฎหมายย้อนหลัง

1.3.2.2 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่เป็นประชาธิปไตย

ทฤษฎีนี้สนับสนุนแนวความคิดการโต้แย้งกฎหมายย้อนหลัง โดยเห็นว่า กฎหมายย้อนหลังสวนทางหรือตรงกันข้ามกับหลักการเบื้องต้นของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ รัฐบาลในระบอบประชาธิปไตยจะสามารถตรากฎหมายได้ภายในวาระที่รัฐบาลนั้นๆดำรงอยู่ แต่ต่อมากหากกำหนดให้มีการเลือกตั้ง เนื่องจากรัฐบาลชุดดังกล่าวได้หมดวาระลง ในช่วงขณะที่มีการออกเสียงเลือกตั้ง และมีรัฐบาลรักษาการเพื่อทำการบริหารประเทศในขณะที่การเลือกตั้งยังไม่เสร็จสิ้น หากมีการออกกฎหมายย้อนหลังในขณะนั้นจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกินกว่าที่ได้รับมอบอำนาจในฐานะรัฐบาลรักษาการ ผู้ออกกฎหมายจึงไม่อาจถือว่าเป็นผู้มีอำนาจที่จะออกกฎหมายย้อนหลัง เพราะฉะนั้น สิ่งเหล่านี้ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ในระบอบประชาธิปไตย

1.3.2.3 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังละเมิดสิทธิมนุษยชน

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ประกาศสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส กฎบัตรสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา พระราชบัญญัติสิทธิของประชาชนนิวซีแลนด์และอังกฤษ จะมีข้อห้ามเกี่ยวกับกฎหมายย้อนหลัง รวมไปถึงยังปรากฏอยู่ในประกาศพื้นฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและของยุโรป และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ปี ค.ศ. 1966 ข้อ 15 (1) กำหนดว่า

“บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา เพราะกระทำความผิดหรือกระทำการใด ซึ่งในขณะที่กระทำให้ไม่มีความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้ หากภายหลังการกระทำความผิดนั้นได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดโทษเบาลง ผู้กระทำความผิดย่อมได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินั้น”

พื้นฐานของสิทธิที่กล่าวมาแล้วข้างต้นทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ข้อห้ามดังกล่าวถูกนำมาใช้เฉพาะกฎหมายอาญาเท่านั้น และความในข้อ 15 (2) กำหนดว่า

“ความในข้อนี้ย่อมไม่กระทบต่อการพิจารณาคดี และการลงโทษบุคคลซึ่งได้กระทำการหรือกระทำความผิดอันเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองโดยประชาคมนานาชาติในขณะที่มีการกระทำนั้น”

อันจะเห็นได้ถึงแนวคิดที่กฎเกณฑ์ที่ได้แย้งกฎหมายที่มีผลย้อนหลังถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญหรือกฎบัตรเกี่ยวกับสิทธิที่มีผลทำให้กระบวนการของกฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่มีความยุติธรรม แต่อย่างไรก็ดี ในทิศทางหนึ่งกฎหมายที่มีผลย้อนหลังอาจจะไม่มีความยุติธรรม แต่กฎหมายที่มีผลย้อนหลังอาจมีความยุติธรรมในทิศทางอื่นก็ได้ เช่น กรณีที่มีผู้หลบเลี่ยงการเสียภาษี กฎหมายย้อนหลังก็จะย้อนกลับมาลงโทษบุคคลดังกล่าว

การชี้แจงอย่างมีเหตุผลของข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกฎหมายย้อนหลังทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่มีความยุติธรรม เพราะกฎหมายย้อนหลังส่งผลให้เกิดความล้มเหลวในการเคารพต่ออิสรภาพของปัจเจกชน ข้อโต้แย้งดังกล่าว คือ การเรียกร้องอิสระที่จะสามารถวางแผนชีวิตของตนเองได้ และกฎหมายย้อนหลังทำให้ความสามารถดังกล่าวลดลง เนื่องจากกฎหมายย้อนหลังทำให้ไม่สามารถคาดหมายผลลัพธ์ที่จะตามมาจากการกระทำในอดีต และด้วยเหตุนี้กฎหมายที่มีผลย้อนหลังจึงเป็นกฎหมายที่ทำลายความคาดหวังของประชาชนที่มีต่อรูปแบบ

พื้นฐานการดำรงอยู่ของกฎหมายและกฎหมายที่มีผลย้อนหลังก็จะเป็นอุปสรรคต่อการความคาดหวังของประชาชนที่จะกระทำการใดๆ เพราะผลลัพธ์ของกฎหมายของการกระทำที่ได้ไตร่ตรองไว้อย่างดีจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนของกฎหมายอยู่ในขณะที่ได้มีการกระทำนั้น ด้วยเหตุนี้อิสระในการปกครองตนเองจึงต้องพิจารณาจากพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน ดังนั้น การแทรกแซงอิสระในการปกครองตนเองจึงเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

1.3.3 ทฤษฎีที่สนับสนุนหลักกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง⁵⁸

1.3.3.1 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังคือความเลวร้ายที่จำเป็น

วูเชลย์ กล่าวอ้างว่า กฎหมายย้อนหลังอาจเป็นเหตุผลที่เป็นธรรมได้ โดยกล่าวว่ามันอาจจะเป็นเรื่องจริงที่การกระทำที่ไม่เป็นธรรมจะไม่ดี แต่อย่างไรก็ดี ไม่จำเป็นเสมอไปที่การกระทำที่ไม่เป็นธรรมจะเป็นสิ่งที่ไม่ดี เพราะมันขึ้นอยู่กับว่ากรณีดังกล่าวเกิดขึ้นที่ใด พูลเลอร์เปรียบเทียบว่าสิ่งเหล่านี้ก็เหมือนเวลาที่อธิบายถึงบทบาทของการมีผลย้อนหลังในกฎหมายว่าเกิดขึ้นเพื่อช่วยเหลือเวลาทำสิ่งที่ผิดพลาดและต้องการการแก้ไขให้ถูกต้อง

การยกเหตุผลที่ว่า กฎหมายที่มีผลย้อนหลัง คือ ความเลวร้ายที่จำเป็น จะเห็นได้จากการตีความบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเกี่ยวกับภาษี เหตุผลหนึ่งที่รัฐบาลบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเกี่ยวกับภาษี เนื่องจาก การสูญเสียรายได้จากการจัดเก็บภาษีอย่างมากมาย ความหายนะของการสูญเสียรายได้ของรัฐทำให้เห็นได้ว่า การบัญญัติกฎหมายย้อนหลังจะเข้ามาช่วยเหลือและก่อให้เกิดความเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายย้อนหลังไม่ได้รับการยอมรับให้ถือว่าเป็นมาตรฐานของการตรากฎหมาย โดยจะยอมให้ดำเนินการได้เฉพาะเมื่อมีสภาพการณ์ที่รุนแรง โดยการตรากฎหมายย้อนหลังจะทำได้เฉพาะเมื่อมีการตัดสินใจโดยสภานิติบัญญัติเป็นกรณีๆไป อย่างไรก็ตาม หลักการมีผลย้อนหลังไม่ได้เป็นสิ่งที่เลวร้าย เพราะว่า เวลาที่เราทำสิ่งใดผิดพลาดและจำเป็นต้องแก้ไข การมีผลย้อนหลังแสดงให้เห็นถึงความสำคัญ และมีศักยภาพในเชิงบวกที่จำเป็นต้องเป็นที่ยอมรับในบทบาทของการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย

⁵⁸ Charles Sampford, Retrospectivity and the Rule of Law, (New York : Oxford University Press Inc, 2006), pp. 229-242.

1.3.3.2 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นกฎหมายที่ดีกว่า

ถ้าพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่า การมีผลย้อนหลังสามารถทำให้เกิดการสนับสนุนหลักนิติรัฐ เหตุผลนี้เกิดขึ้นมาจากเหตุที่กฎหมายควรที่จะสามารถนำการมีผลย้อนหลังมาปรับใช้ได้อย่างกว้างขวางและไกลกว่าเดิม เพราะการตรากฎหมายใหม่มักจะก่อให้เกิดการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเก่าให้ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่

โดย Savigny กล่าวว่า กฎหมายใหม่มักจะแสดงบทบาทและโน้มน้าวให้เห็นว่ากฎหมายใหม่ดีกว่ากฎหมายเดิม เพราะเป็นการคาดหวังว่าการปรับปรุงแก้ไขจะมีขอบเขตของกฎหมายที่กว้างขึ้น เหตุผลนี้ถือว่า ตรงกันข้ามกับเหตุผลที่ว่ากฎหมายย้อนหลังคือความเลวร้ายที่จำเป็น เพราะไม่ได้แสดงให้เห็นว่า การมีผลย้อนหลังเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา เหตุผลที่ว่าหลักเกณฑ์ใหม่ดีกว่าทำให้เห็นว่า การมีผลย้อนหลังมีผลในเชิงบวกอย่างแท้จริง เหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุผลที่ว่าทำไมการมีผลย้อนหลังไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้ง เพราะกฎหมายเก่าประกอบไปด้วยข้อบกพร่องที่ชัดเจนหรือข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นโดยไม่เจตนา ก็ย่อมต้องมีการปรับเปลี่ยนและแทนที่ด้วยกฎหมายใหม่เพื่อให้ข้อบกพร่องนั้นถูกต้องและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจะแสดงให้เห็นและสนับสนุนเหตุผลที่ว่ากฎหมายใหม่เป็นสิ่งที่ดีกว่า แต่อย่างไรก็ดี เหตุผลดังกล่าวก็ยังมีผู้ที่กังวลว่ากฎหมายใหม่จะมีความยุติธรรมและมีประสิทธิภาพดีกว่ากฎหมายเก่าหรือไม่

อย่างไรก็ดี กฎหมายที่มีผลย้อนหลังจะกระทบต่อความเชื่อมั่นหรือการดำรงอยู่ของกฎหมายเพราะการใช้หลักการมีผลย้อนหลังนี้จะทำให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถของกฎหมายฉบับอื่นที่มีการวางกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดพฤติกรรม กล่าวคือ บุคคลไม่สามารถมีความเชื่อมั่นต่อกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้นได้อันมีผลต่อการที่บุคคลจะกระทำการใดๆต่อไป ประการต่อมา อาจจะเป็นความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะกับการใช้กฎหมายย้อนหลัง ยกตัวอย่าง Fisch ได้ให้ข้อสังเกตว่า กฎหมายย้อนหลังจะเปลี่ยนแปลงมาตรฐานความรับผิดชอบทางแพ่งที่อาจเรียกร้องให้มีการไต่สวนใหม่ในคดีเป็นร้อยละสี่ ซึ่งความเสียหายของการใช้หลักการมีผลย้อนหลังในกฎหมายใหม่จะก่อให้เกิดปัญหาต่อมา

1.3.3.3 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังมาจากอำนาจที่ดีกว่า

โดยปกติแล้ว เราคัดค้านกฎหมายที่ตราบนพื้นฐานที่ไม่เป็นประชาธิปไตยเพราะกฎหมายที่มีความเป็นประชาธิปไตยทำให้ทุกสิ่งทุกอย่างมีความเสมอภาคกัน ซึ่งก็คือ กฎหมายที่ดีนั่นเอง จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายใหม่ที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยหรือมาจากรัฐาธิปไตยหรือผู้มีอำนาจตามระบอบประชาธิปไตยย่อมเป็นกฎหมายที่ดีกว่ากฎหมายเก่าที่เกิดขึ้นมาจากรัฐบาลในระบอบเผด็จการหรือรัฐบาลที่มาจากการปฏิวัติ

เหตุผลที่ว่ากฎหมายย้อนหลังมาจากอำนาจที่ดีกว่านั้น สืบเนื่องจาก ในประเทศที่มีระบอบเผด็จการ (เช่น รัฐบาลทหาร) ที่ถูกล้มล้างและได้มีการก่อตั้งระบอบประชาธิปไตยขึ้นในประเทศนั้น คำถามที่ตามมาว่า รัฐบาลจะเยียวยาประชาชนอย่างไร และใครเป็นผู้ดำเนินการ เพราะสิ่งที่เกิดขึ้นในรัฐบาลเผด็จการจะมีตั้งแต่การทรมานและการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอนภายใต้ระบบกฎหมายเก่า ดังนั้น เมื่อมีการจัดตั้งรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตยย่อมมีผู้นำที่มีอำนาจในการออกกฎหมายที่ชอบธรรม และสามารถออกกฎหมายย้อนหลังอันเป็นกฎหมายใหม่ที่มีพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายได้

1.3.3.4 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังมีประสิทธิภาพมากกว่า

นักนิติศาสตร์บางท่านกล่าวอ้างว่าความคิดเห็นของคนส่วนใหญ่ เห็นว่า กฎหมายย้อนหลังมีประสิทธิภาพมากกว่า โดยให้เหตุผลประการแรกว่า คือ การนำหลักมีผลย้อนหลังมาใช้กับกฎหมายใหม่มักจะนำไปสู่ประสิทธิภาพในการปกครอง การดำเนินการเหล่านี้ทำให้การปฏิบัติราชการมีความสะดวกมากขึ้น การใช้กฎหมายย้อนหลังทำให้ลดปัญหาเกี่ยวกับความซับซ้อนของกฎหมายที่มากเกินไป และประการที่สองว่า คือ การนำหลักการมีผลย้อนหลังมาใช้กับกฎหมายใหม่มักจะทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ บรรลุผล

อย่างไรก็ดี Graetz และ Kaplow มีความกังวลเกี่ยวกับผลกระทบของการมีผลย้อนหลังในกฎหมาย กล่าวคือ Graetz และ Kaplow มีความกังวลในความไม่แน่นอนของสมรรถภาพสำหรับการปฏิรูปกฎหมาย โดยเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจ ซึ่งรัฐบาลอาจจะไม่ได้ตระหนักถึงการบรรเทาความเสี่ยงทางกฎหมายอย่างที่ควรจะเป็นหรือไม่ อย่างไร

1.3.3.5 กฎหมายที่มีผลย้อนหลังมีความยุติธรรม

หลักการของความยุติธรรมหรือหลักนิติรัฐ มีเพื่อสนับสนุนหลักการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายย้อนหลัง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว จะมีผลตรงกันข้ามกับทฤษฎีที่สนับสนุนกฎหมายย้อนหลัง แต่อย่างไรก็ดี ในเรื่องของความยุติธรรมอาจเป็นเหตุที่ทำให้กฎหมายมีผลย้อนหลังชอบธรรมได้ ซึ่งจะมีได้ในหลายสถานการณ์ที่กฎหมายย้อนหลังทำให้เกิดความยุติธรรมและความเท่าเทียมกัน

ในข้ออ้างเรื่องความยุติธรรมในการที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายย้อนหลัง โดยส่วนใหญ่ผู้ได้รับผลกระทบมักจะเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอิทธิพลหรือมีอำนาจในระดับที่สามารถกดดันให้มีการตรากฎหมายขึ้นได้ การใช้

กฎหมายย้อนหลังและการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายย้อนหลังอาจขัดกันในบางกรณีได้ การที่รัฐจะเลือกที่จะใช้ข้ออ้างใดเพื่อกลุ่มผลประโยชน์ใดจึงต้องเป็นไปโดยโปร่งใสและเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคมได้อย่างแท้จริง

1.3.4 กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังกระทบต่อสิทธิของบุคคล

การศึกษาถึงกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายย้อนหลังกระทบต่อสิทธิของบุคคลนั้น เนื่องจากมีกรณีที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าวหลายกรณี ดังนั้น ในการศึกษาในหัวข้อนี้จึงไม่อาจศึกษาได้ทั้งหมดทุกกรณี แต่ผู้ศึกษาจะเลือกเฉพาะในหัวข้อที่เห็นว่ามีความสำคัญและได้รับการนำมาใช้บ่อยครั้ง กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายย้อนหลังกระทบต่อสิทธิของบุคคล มีดังนี้⁵⁹

1.3.4.1 กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิม

การตรากฎหมายในลักษณะนี้ของฝ่ายนิติบัญญัติ ถือเป็นการตรากฎหมายที่มีผลย้อนหลังที่สร้างข้อขัดแย้งน้อยที่สุด และมีการนำเหตุผลนี้มาใช้ในการตรากฎหมายอยู่เป็นการทั่วไป วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายย้อนหลังโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ก็เพื่อแก้ไขข้อผิดพลาดหรือเพื่อที่จะกลับหลักของคำพิพากษาหรือเพื่อที่จะบัญญัติเพิ่มบทลงโทษที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง การตรากฎหมายย้อนหลังที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมนั้น เป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองในสังคมสมัยใหม่ถ้าเป็นการกระทำของรัฐบาล การตรากฎหมายในลักษณะนี้ก็จะไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในทางนโยบาย เหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกระทำการดังกล่าว เนื่องมาจากในบางครั้งกฎหมายที่ตราขึ้นก่อนหน้านั้นอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการตราภาษาดังกล่าว ซึ่งเมื่อเกิดกรณีดังกล่าว รัฐบาลจะแก้ไขด้วยการตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมให้มีผลย้อนหลังเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่มีข้อบกพร่อง เพื่อให้เกิดหลักประกันว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายจะสัมฤทธิ์ผลในการนำมาบังคับใช้

⁵⁹ Charles Sampford, *supra* note 55, pp.103-121.

ลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีผลย้อนหลังสามารถแบ่งออกเป็นกรณีต่างๆ ได้ดังนี้

(1) การแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมตามวาระ (routine revision) เช่น การแก้ไขคำผิด การแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยาม การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายเดิมหรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติตามวาระ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของประเทศออสเตรเลียที่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ ค.ศ. 1989 กำหนดเพิ่มเติมนิยามของคำว่าเขตอุทยานไว้เป็นจำนวนมาก ซึ่งการตรากฎหมายเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ทำให้มีผลกระทบต่องสิทธิของปัจเจกชนหรือบุคคลเป็นอย่างมาก และการแก้ไขข้อบังคับในกฎหมายผู้อพยพและลี้ภัยในปี 2004 ให้มีผลย้อนหลังในการแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดจากการตรากฎหมายในกฎหมายเดิม ซึ่งผลของการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะเป็นการสร้างหลักประกันว่ากระบวนการเนรเทศควรจะต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขกฎหมายอันเกิดจากความผิดพลาดในการพิสูจน์อักษร ซึ่งต้องมีการแก้ไขเพื่อให้ตัวบทกฎหมายตรงกับเจตนารมณ์และบรรลุดัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(2) การปรับปรุงกฎหมาย (restorative legislation) การกระทำลักษณะเช่นนี้ เป็นการกระทำเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดผลกระทบจากช่องว่างของกฎหมาย การปรับปรุงกฎหมายจึงมีเจตนารมณ์เพื่อต้องการที่จะอุดช่องว่างของกฎหมาย เช่น กรณีที่ต้องเรียกเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมโดยที่ไม่จำเป็นต้องเก็บหรือในทางตรงกันข้ามมีภาษีที่รัฐต้องเก็บแต่ไม่สามารถเก็บได้ ก็จะมีการนำข้อยกเว้นมาใช้ในการเก็บภาษีเพื่อให้มีการจ่ายภาษีให้แก่รัฐ

(3) การตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อรับรองการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้กระทำไปแล้ว (validating legislation) เป็นการตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อรับรองผลของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำที่ได้ทำไปแล้วดังกล่าวนี้กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลัง

(4) ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อยกกลับหลักของคำพิพากษา (overturning judicial decisions) การที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกระทำการดังกล่าวนี้ก็เนื่องมาจากการตีความกฎหมายของตุลาการในทางที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาขัดแย้งกับเจตนารมณ์เดิมของกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะใช้อำนาจอธิปไตยกฎหมายใหม่โดยให้มีผลย้อนหลังเพื่อยกกลับผลแห่งคำพิพากษานั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกระทำการดังกล่าวก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายเดิมไว้

1.3.4.2 กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นคุณ

การตรากฎหมายในลักษณะนี้ โดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ทางการเงิน ประชาชนจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าว โดยที่ไม่ได้คาดหวังมาก่อนหรือรู้ตัวล่วงหน้าว่า ตนจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น การคุ้มครองผู้บริโภคโดย พระราชบัญญัติความเชื่อถือนของผู้บริโภค ค.ศ. 2005 ในอังกฤษ กฎหมายดังกล่าวมีผลย้อนหลัง ให้ผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบจากการซื้อขายที่ไม่เป็นธรรมสามารถนำกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง มาเป็นการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายดังกล่าวได้ โดยสามารถเรียกร้องการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและข้อตกลงในสัญญาในศาลได้

ตัวอย่างการให้ประโยชน์โดยการตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังนั้นมีหลายกรณี เช่น

(1) กรณีที่สภานิติบัญญัติอาจตัดสินใจที่จะละทิ้งรายได้จากภาษีอากรที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายภาษี ฉบับที่ 5 ค.ศ. 1990 ของประเทศออสเตรเลีย

(2) กรณีที่สภานิติบัญญัติอาจยกประโยชน์โดยการย้อนหลังเกี่ยวกับสิทธิในการชำระเงินหรือเบี้ยเลี้ยง ยกตัวอย่าง ในประเทศออสเตรเลีย เช่น พระราชบัญญัติกิจการทหารผ่านศึก แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1989 โดยการเพิ่มเงินบำนาญหรืออาจจะไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับการเงิน เช่น พระราชบัญญัติรถยนต์ ค.ศ. 1958 ขยายระยะเวลาของใบอนุญาตขับขี่จาก 1 ปี เป็น 3 ปี โดยไม่จำกัดว่าประโยชน์ที่ได้นั้นจะต้องเกิดขึ้นกับพลเมืองในประเทศอย่างเดียว