



บทที่ 2

ความเป็นกฎหมายทั่วไปของหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง

ในบทนี้จะกล่าวถึงเนื้อหาเรื่องความเป็นกฎหมายทั่วไปของหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง โดยแยกการพิจารณาออกเป็นรายประเด็นได้ 5 ประเด็นตามลำดับ กล่าวคือ ประเด็นแรกเรื่อง ลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป ประเด็นที่สองเรื่อง การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทย ประเด็นที่สามเรื่อง การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทย ประเด็นที่สี่เรื่อง วัฒนาการของหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง และ ประเด็นที่ห้าเรื่อง กฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับกฎหมายสาขาต่างๆ

2.1 ลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปในความหมายที่จะกล่าวถึงนี้ หมายความว่า กรณีใดที่กฎหมายมิได้บัญญัติในเรื่องใดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลจะเป็นผู้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยหลักกฎหมายทั่วไปในที่นี้ คือ หลักเกณฑ์ทั่ว ๆ ไปของกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป ความหมายดังกล่าวเป็นความหมายที่ง่ายต่อการทำความเข้าใจ แต่ในทางวิชาการแล้ว เมื่อกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไป ย่อมหมายถึงความหมายที่กว้างขวางมากกว่าสิ่งที่เรียกว่า กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งกว้างถึงขนาดที่ถือว่าทุกคนต้องเท่าเทียมกันในทุกเรื่องและทุกสถานการณ์ หรืออาจหมายถึงหลักที่ว่าทุกคนต้องเท่าเทียมกัน เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นโดยมีเหตุผลรองรับ เช่น เพราะมีความสามารถต่างกันหรือค่าตอบแทนต่างกัน เป็นต้น

โดยหลักแล้วการบังคับใช้กฎหมายจะต้องมีการบัญญัติไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่จะกล่าวถึงนี้จะมีลักษณะที่แตกต่างออกไปในลักษณะตรงกันข้าม โดยมักไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ด้วยเหตุที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นหลักทั่วไปในการทำให้เกิดความเป็นธรรมโดยการใช้ควบคู่ไปกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ ซึ่งการที่ศาลจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้กับคดีใดเรื่องใดนั้นจะต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป

สาระสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัย 2 ประการ ประการแรกคือ ระบบกฎหมาย และ ประการที่สอง คือ บทบาทของศาลในระบบกฎหมายนั้น เช่น ใน

กฎหมายเอกชนซึ่งมีประมวลกฎหมายที่ค่อนข้างสมบูรณ์แล้ว และมีผลเฉพาะคู่สัญญาเป็นหลัก คู่กรณีจึงสามารถทำข้อตกลงในสัญญาในลักษณะใดก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น เนื้อหาสาระของหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ ก็จะไม่มีความหนัก ในทางตรงกันข้าม หลักกฎหมายทั่วไปมีการนำมาใช้ในกฎหมายมหาชน และกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายอื่นที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับผลจากคำพิพากษาของศาลอย่างมาก ในส่วนบทบาทของศาล ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งบางกรณี การออกกฎหมายไม่สามารถครอบคลุมไปได้ทั่วถึง ดังนั้น ศาลจึงจำเป็นต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบาทของศาล หากระบบศาลไม่ได้รับการยอมรับมากนัก ศาลก็จะไม่นำเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นดุลยพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากศาลจะคุ้นเคยกับระบบลายลักษณ์อักษร แต่หากศาลนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี ก็จะทำให้เกิดประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของคู่ความในคดี เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองประชาชน ในคดี Aramu¹ โดยคำพิพากษาศาาแห่งรัฐ C.E. ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1945 ซึ่งเป็นคดีแรกโดยสภาแห่งรัฐอ้างว่ามี “หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่แม้ไม่มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร” และตามหลักนี้บุคคลที่ถูกลงโทษทางวินัยย่อมต้องมีสิทธิป้องกันตนเอง โดยขอทราบข้อกล่าวหาและนำพยานมาสืบเพื่อรักษาและปกป้องสิทธิของตนเองเป็นครั้งแรก

ในประเทศฝรั่งเศส เมื่อบทบาทของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้น ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปก็มากขึ้นตามบทบาทของศาลที่ได้รับการยอมรับนั้น สภาแห่งรัฐและตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นไว้เป็นจำนวนมาก โดยแบ่งได้เป็น 3 แนวทาง² ดังนี้

2.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับเสรีภาพ

หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับเสรีภาพเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ยอมรับเสรีภาพในการเดินทาง ติดต่อกัน คมนาคม เสรีภาพในการพาณิชย์กรรม

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2538), หน้า 257.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 258.

อุตสาหกรรม หลักกรรมสิทธิ์ และค่าทดแทนที่เป็นธรรม ฯลฯ โดยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 1 บททั่วไป มาตรา 26-29 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 26 บัญญัติว่า “ การใช้อำนาจโดยองค์การของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ”

มาตรา 27 บัญญัติว่า “ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง ”

มาตรา 28 บัญญัติว่า “ บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้ ”

มาตรา 29 บัญญัติว่า “ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ”

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม ”

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องเสรีภาพของประเทศไทยจะมีลักษณะแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสที่มีได้บัญญัติรับรองไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งเรื่องเสรีภาพนี้จะกล่าวต่อไปในบทที่ 3

2.1.2 หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับความเสมอภาค

กฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในหลายเรื่อง เช่น ความเสมอภาคในการได้รับบริการจากรัฐทางด้านการศึกษาและการสาธารณสุข ความเสมอภาคในการประกอบอาชีพ ความเสมอภาคในการเข้ารับราชการ และ ความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะ โดยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 30 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน...” และในวรรคสามซึ่งบัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้” โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้วางหลักเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนโดยอธิบายว่า ความเสมอภาคนั้นจะมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้

2.1.3 หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับความมั่นคงของบุคคล

หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับความมั่นคงของบุคคลเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้เป็นหลักประกันในการคุ้มครองความมั่นคงของบุคคลในการดำเนินชีวิตในสังคมให้มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะอยู่ในสังคมได้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ เช่น หลักที่ว่าบุคคลที่ถูกตัดสินให้กระทำความผิดของเขา บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิป้องกันตนเองได้ หลักที่ว่าการกระทำอย่างเดียวกันจะได้รับโทษเกินหนึ่งครั้งไม่ได้³ หลักที่ว่ากฎหมายที่บัญญัติออกมาใช้บังคับภายหลังจะย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลใดไม่ได้ หลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองจะมีผลไปในอนาคตเท่านั้น เป็นต้น

2.2 ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป

ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี และแนวบรรทัดฐานของศาล ดังรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

กฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ กฎหมายที่รัฐได้บัญญัติขึ้นไว้เป็นข้อบังคับกำหนดความประพฤติของบุคคล และประกาศให้ประชาชนทราบ สำหรับประเทศไทยจะประกาศให้ประชาชนทราบโดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประมวลกฎหมาย พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานคร รวมทั้งประกาศอื่นๆซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายนั้นๆ เมื่อได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ถือว่าทุกคนได้ทราบข้อความดังกล่าวแล้ว เป็นต้น

กฎหมายลายลักษณ์อักษร แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้⁴

1) กฎหมายอันแท้จริง ได้แก่ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 258.

⁴ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2548), หน้า 88-89.

2) ข้อบังคับกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ออก โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายนั้น ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และคำสั่งหรือข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายการศึกษา

3) ข้อบังคับที่องค์การปกครองตนเองเป็นผู้ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายนั้น ในขณะที่มีเทศบัญญัติซึ่งรวมถึงข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบังคับสุขาภิบาลและข้อบัญญัติจังหวัดซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะท้องถิ่นที่ยกฐานะให้เป็นองค์การปกครองตนเอง

ลักษณะสำคัญของกฎหมายลายลักษณ์อักษร อาจแยกออกได้เป็น 3 ประการ คือ ประการแรก กฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นกฎหมายที่แสดงออกซึ่งเจตนาใช้อำนาจฝ่ายเดียววางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับอย่างชัดเจน ประการที่สอง เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว จึงมีผลทำให้การกำหนดกฎเกณฑ์ทำได้ด้วยความรวดเร็วเมื่อเปรียบเทียบกับที่มาของกฎหมายประเภทอื่น เช่น กฎหมายจารีตประเพณีที่ต้องใช้เวลาต่อเนื่องมายาวนาน ประการที่สาม กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความชัดเจนสะดวกแก่การค้นคว้าอ้างอิงมากกว่ากฎหมายจารีตประเพณีหรือคำพิพากษาของศาล⁵

จึงเห็นได้ว่า การที่กฎหมายลายลักษณ์อักษร สามารถนำมาใช้กับเหตุการณ์ต่างๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังมีลักษณะการบัญญัติที่ชัดเจน จึงทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้เป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญประการหนึ่งนั่นเอง

2.2.2 กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณี คือ กฎหมายที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นกฎหมายที่ประชาชนยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและศาลได้ใช้จารีตประเพณีมาเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีเหมือนเป็นบทบัญญัติกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอดมา

การที่กฎหมายจารีตประเพณีมีผลใช้บังคับได้มาอย่างยาวนานนั้น มีสาเหตุต่างๆ ดังนี้⁶

1) กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะประชาชนมีเจตจำนงที่จะให้ใช้บังคับเป็นกฎหมาย โดยถือว่าในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 13.

⁶ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป, หน้า 91.

เจตจำนงของประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ดังนั้น เมื่อประชาชนมีเจตจำนงให้ใช้ข้อบังคับเป็นกฎหมาย ข้อบังคับนั้นก็ใช้เป็นกฎหมายได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี

2) กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีโดยคุณลักษณะ ซึ่งเหตุผลข้อนี้สามารถนำไปใช้ได้สำหรับรัฐที่มีการปกครองทุกระบบ โดยรัฐที่มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจึงใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เพราะพระมหากษัตริย์ทรงยอมให้ใช้เป็นกฎหมาย ส่วนในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กฎหมายจารีตประเพณียอมใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะรัฐสภาและพระมหากษัตริย์ยอมให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายได้นั่นเอง

3) กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะประชาชนได้มีความเห็นจริงว่าข้อบังคับนั้นๆ เป็นกฎหมาย เป็นการชี้ให้เห็นถึงการให้ความสำคัญแก่ประชาชนตามครรลองของประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งให้ความสำคัญอยู่ที่ความเห็นจริงของประชาชน เพราะอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนนั่นเอง

4) กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะได้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายจริงๆ ในประเทศในรูปลักษณะเดียวกัน และเป็นเวลาที่ต่อเนื่องกันมาช้านาน โดยเฉพาะจารีตประเพณีที่นำมาใช้เป็นหลักกฎหมายนั้น เป็นหลักประเพณีปฏิบัติสืบเนื่องยึดถือกันมาและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปสำหรับชนชาติหรือชนเผ่าในรัฐนั้นๆ โดยเหตุผลข้อนี้น่าจะเป็นเหตุผลที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั้นต้องมีการยอมรับและใช้ต่อเนื่องกันมาเป็นระยะเวลายาวนานนั่นเอง

ตัวอย่างของกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศไทยที่มีการยอมรับใช้บังคับกันมาได้แก่ การชกมวยบนเวทีมวยราชดำเนิน ถ้านักมวยชกมวยภายใต้กติกาชกมวย แม้ผลจะทำให้คู่ต่อสู้ฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย ก็ไม่มีใครรู้สึกว่าคุณมวยมีความผิดฐานฆ่าคน แม้ว่าการกระทำดังกล่าวครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 ก็ตาม หรือตัวอย่างของแพทย์ทำการรักษาคนไข้ด้วยการตัดแขนตัดขาเพื่อรักษาชีวิตของคนไข้ไว้ แม้จะครบองค์ประกอบความผิดอาญาฐานทำร้ายร่างกายจนรับอันตรายสาหัสก็ตาม ซึ่งทั้งสองกรณีก็ไม่เคยมีปรากฏว่านักมวยหรือแพทย์ถูก

ดำเนินคดีแต่อย่างไร และเมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมาย ก็หาได้มีกฎหมายใดอนุญาตให้นักมวยหรือแพทย์กระทำการดังกล่าวได้โดยไม่มีคามผิดตามกฎหมาย ดังนั้น จึงมีแต่เพียงเหตุผลเดียวที่จะมาอธิบายตัวอย่างดังกล่าวได้ก็คือ การที่การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดอาญา เพราะเป็นการนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาใช้บังคับนั่นเอง

ดังนั้น การที่ประชาชนยอมรับและปฏิบัติตามจารีตประเพณีเสมอว่า แม้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีจะมีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งก็ตาม จึงทำให้กฎหมายจารีตประเพณีนี้ถูกนำมาใช้บ่อยครั้ง ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง

2.2.3 แนวบรรทัดฐานของศาล

แนวบรรทัดฐานของศาล คือ แนวทางการตัดสินของศาล ที่ศาลปัจจุบันยึดคำตัดสินของศาลในคดีก่อนๆ มาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีในปัจจุบัน โดยทั่วไป แนวบรรทัดฐานของศาลที่วินิจฉัยในแต่ละคดีนั้นมีลักษณะเฉพาะเพราะเกิดขึ้นจากการตัดสินคดีใดคดีหนึ่งในประเด็นเฉพาะเรื่อง คำวินิจฉัยของศาลจะไม่เข้าสู่ระบบกฎหมายในฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเสียทีเดียว แต่มีผลบังคับเฉพาะในคดีนั้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลอาจมีลักษณะทั่วไปได้ในบางกรณี โดยคำวินิจฉัยของศาลอาจถูกนำมาใช้เป็นแนวในการตัดสินคดีที่เกิดข้อพิพาทที่มีลักษณะเดียวกัน ซึ่งเป็นกรณีที่ คำวินิจฉัยของศาลกลายเป็นแนวบรรทัดฐานของศาล เช่น ในคดี *Deberles*⁷ เกิดขึ้นจากกรณีเฉพาะของนาย Deberles เท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติ แนวคำวินิจฉัยนี้มีผลต่อข้าราชการทุกคนที่ถูกสั่งให้ออกจากงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย วิธีการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปของศาลที่เกิดจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ซึ่งมีข้อพิพาทพิจารณาว่าศาลนั้นไม่มีเสรีภาพเต็มที่ กล่าวคือ ศาลต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป ด้วยเหตุที่ว่าศาลไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยอำเภอใจ แต่หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสร้างจะต้องสอดคล้องและเป็นที่ยอมรับของสังคม ต้องสอดคล้องกับหลักเหตุผลและหลักตรรกะของวิญญูชน ตัวอย่างเช่น การที่สภาแห่งรัฐตัดสินให้ข้าราชการที่ถูกสั่งให้ออกจากงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้รับค่าชดเชยเฉพาะแต่เพื่อความเสียหายที่ได้รับจริง

⁷ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป, หน้า 72.

เท่านั้น ไม่รวมถึงการขาดรายได้บางส่วนในช่วงที่คำสั่งให้ออกจากงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังไม่ถูกเพิกถอน⁸

สรุปก็คือแนวบรรทัดฐานของศาลนั้นเป็นการใช้เทคนิคในทางกฎหมายของศาลเพื่อปรับใช้กฎหมายหรือปรับหลักกฎหมายอันก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติที่นำไปสู่ที่มาหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง

2.3 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทย

การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทยนั้น แบ่งออกเป็น 3 ประเภท โดยแบ่งตามประเภทของกฎหมาย ได้แก่ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายเอกชน การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายอาญา และ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายเอกชน

กฎหมายเอกชน คือ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ในฐานะที่เท่าเทียมกัน⁹ วิวัฒนาการของกฎหมายเอกชนที่พัฒนาการมายาวนาน ทำให้กฎหมายเอกชนค่อนข้างที่จะสมบูรณ์ ทั้งยังมีบทบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายที่ชัดเจนแล้ว มีผลให้หลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาใช้ในกฎหมายเอกชนมีไม่มากนัก นอกจากนี้กฎหมายเอกชนได้มุ่งความสำคัญไปยังหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก และยังมีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างเอกชนบังคับไว้อีกด้วย ดังนั้น ความจำเป็นในการนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้กับกฎหมายเอกชนจึงมีน้อย อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 4¹⁰ ก็ยังกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า สามารถนำมาใช้ได้ในกรณีที่ไม่มีความ

⁸ C.E., 7, avril 1933, Deberles, R.D.P.1993, p.624 อ้างในบุบผา อัครพิมาน, หลักกฎหมายทั่วไป, ในรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 6 , นันทวัฒน์ บรรณานันท์ , บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), หน้า 72.

⁹ หุุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป, หน้า 185.

¹⁰ มาตรา 4 บัญญัติว่า "กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ"

บัญญัติไว้ ซึ่งมาตราดังกล่าวได้วางหลักรับรองให้ศาลใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้ในกรณีไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ก็ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และหากไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ก็ให้ศาลวินิจฉัยโดยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายเอกชนไทยก็นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เช่นกัน ซึ่งศาลและนักกฎหมายมีหน้าที่ต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในระบบกฎหมายว่าจะสามารถใช้ได้มากน้อยเพียงใด

2.3.2 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และถูกจัดให้เป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด เพราะการกระทำความผิดอาญานั้นแม้จะเป็นการกระทำความผิดระหว่างเอกชนต่อเอกชนก็ตาม แต่ผลที่เกิดขึ้นเป็นผลกระทบกระเทือนต่อมหาชนส่วนรวม เพียงแต่หากเป็นเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกันก็จะบัญญัติให้ยอมความได้

กฎหมายอาญามีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง ในเรื่องของการใช้กฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ด้วยเหตุที่เมื่อรัฐได้ออกบทบัญญัติที่เข้มงวดระบุนว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดทางอาญาแล้ว ก็ถือว่าเฉพาะกรณีนั้นๆ เท่านั้นที่เป็นความผิด จะไปรวมถึงกรณีอื่นด้วยไม่ได้ เพราะเป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หมายความว่า กฎหมายอาญานำจารีตประเพณีมาใช้ให้เป็นผลร้ายไม่ได้ แต่หากเป็นการนำจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นคุณยอมทำได้ เช่น จารีตประเพณียอมให้ครูตีเด็กได้ตามสมควรเพื่อว่ากล่าว สั่งสอน การที่ครูตีเด็กยอมไม่เป็นความผิด¹⁰ ส่วนบทกฎหมายใกล้เคียงก็จะนำมาใช้เป็นผลร้ายไม่ได้ รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปโดยหลักก็จะนำมาใช้เป็นผลร้ายไม่ได้เช่นกัน แต่ถ้านำมาใช้ในทางที่เป็นคุณก็ยอมทำได้ เช่น หลักในเรื่องความยินยอมซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป สามารถนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดได้ในบางกรณี เช่น เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุด ผู้เช่ายอมให้ผู้ให้เช่าเข้าครอบครองบ้านที่ให้เช่า ถือว่าไม่เป็นความผิด

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

¹⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 28.

ฐานบทกรุก เป็นการที่ศาลใช้หลักทั่วไปมายกเว้นความผิด ทั้งๆที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

2.3.3 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับประชาชน ในฐานะที่รัฐมีฐานะเหนือกว่าประชาชน โดยรัฐนั้นเป็นฝ่ายที่ปกครองประชาชน¹¹

กฎหมายมหาชนนั้น ความจริงมีใช้กันมานานแล้ว แต่มิได้บัญญัติแยกต่างหากเป็นสัดส่วนและเป็นประเภทชัดเจน เช่น การสอบสวนทางวินัยของข้าราชการ ก็ถือว่าเป็นประเภทกฎหมายมหาชน เป็นต้น ซึ่งภายหลังก็นำมาบัญญัติไว้ในส่วนของกฎหมายปกครอง และมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อพิจารณาพิพากษาโดยเฉพาะ หรือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันก็แยกออกมาจัดตั้งเป็นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาและพิพากษาคดีเกี่ยวกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ดังนั้นบทบัญญัติกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายมหาชนอื่นๆล้วนแต่เป็นบทบัญญัติที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคมโดยรวม และเป็นการกระทบกระเทือนถึงการใช้สิทธิของบุคคลในรัฐนั้นๆ ซึ่งเป็นไปได้ว่า การที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมไม่ครอบคลุมเนื้อหาสาระทั้งหมด ดังนั้นการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ศาลก็สามารถนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นการพิจารณาพิพากษาคดีได้เช่นกัน หรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งก็เป็นกฎหมายมหาชนที่จำเป็นต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีที่ไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้ได้

ตัวอย่างในเรื่องนี้ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 ซึ่งมีประเด็นที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการใช้หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรก ศาลฎีกามีอำนาจพิพากษาว่าประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อย ฉบับที่ 26 ขัดต่อรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่ และ ประเด็นที่สอง ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อย ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยหรือไม่

¹¹ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป, หน้า 185.

สำหรับข้อพิจารณาในประเด็นแรก ศาลฎีกามีอำนาจพิพากษาว่าประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อย ฉบับที่ 26 ขัดต่อรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่

ศาลฎีกาได้ตัดสินบนบรรทัดฐานของหลักกฎหมายทั่วไป โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลดังต่อไปนี้

“ มาตรา 30 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 บัญญัติไว้มีความว่า “ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ฯลฯ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด” แต่โดยที่ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองฯ พ.ศ. 2534 มิได้เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังนั้นจึงมิได้อยู่ในอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

มาตรา 31 แห่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า “ในกรณีมีปัญหาว่าการกระทำหรือการปฏิบัติใดขัดหรือแย้งหรือไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญการปกครองฯนี้ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด” ศาลฎีกาเห็นว่า “บทบัญญัติของกฎหมาย” มิใช่อยู่ในความหมายของถ้อยคำที่ว่า “การกระทำหรือการปฏิบัติ” ดังนั้น การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองฯ จึงมิได้อยู่ในอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเช่นกัน และขณะที่ผู้ร้องยื่นคำร้องนี้สภานิติบัญญัติแห่งชาติก็ได้สิ้นสภาพไปแล้ว

แม้ในขณะนี้ จะได้มีประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2534 แล้วก็ตาม แต่มาตรา 206 วรรคแรกได้บัญญัติไว้มีความว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 5 ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาไว้ชั่วคราว เพื่อส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย” และมาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นใช้บังคับมิได้” จากบทบัญญัติสองมาตรารวมกัน ศาลฎีกาเห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะปัญหาว่า บทกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เท่านั้น

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ศาลฎีกาจึงเห็นว่า อำนาจในการพิจารณาชี้ขาดว่า บทบัญญัติกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 จึงตกอยู่แก่ศาลตามหลักกฎหมายทั่วไป และไม่ต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เทียบตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2505 , ที่ 222 / 2506 , ที่ 225/2506 "

จากเหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น เห็นได้ว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจึงมีอำนาจพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใด ดังนั้นศาลจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีบทกฎหมายใดโดยเฉพาะ บัญญัติให้อำนาจนี้ไปตกแก่องค์กรอื่น เท่ากับว่าศาลได้ยอมรับและถือตามหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง

สำหรับข้อพิจารณาในประเด็นที่สองว่า ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อย ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยหรือไม่

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิจารณาในประเด็นนี้ว่า "อำนาจของคตส.เป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรคดีฯ และเห็นว่าประกาศรสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 มีผลเป็นการตั้ง "คณะบุคคลที่มีไซศาล" ให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาล อันขัดต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษารรคดีเป็นอำนาจของศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมาย จะกระทำมิได้" เท่ากับว่าศาลวินิจฉัยว่าประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อย ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย โดยใช้หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปเข้ามาในการวินิจฉัยนั่นเอง

2.4 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง

หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประเภทหนึ่ง ซึ่งอาจจะมีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ได้ การเป็นหลักกฎหมายนั้นเป็นเพียงสัญลักษณ์แห่งกฎหมายเท่านั้น เหตุที่กล่าวเช่นนี้ ก็เพราะพบว่าทุกยุคสมัยตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน มีผู้เข้าใจว่าหลักกฎหมายอาจใช้เป็นเหตุผลประกอบตัวบทกฎหมายได้ ซึ่งแท้จริงแล้วหลักกฎหมายมิได้ใช้เป็นเหตุผลหรือมิได้ให้คำอธิบายกฎหมายแต่ประการใด ดังนั้น หลักกฎหมายจึงเป็นเพียงคำกล่าวหรือแนวความคิดขั้นพื้นฐานของนักกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับและนำมาปรับใช้ในคดีได้

หรือปัญหากฎหมายต่างๆที่เกิดขึ้นได้เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากการใช้คำพิพากษาศาลฎีกา เป็นบรรทัดฐานในการนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเพื่อเป็นแนวทางในการพิพากษาคดี

สืบเนื่องจากสมัยโบราณเป็นต้นมา กฎหมายซึ่งเป็นที่รู้จักและใช้กันอย่างแพร่หลายได้แก่ กฎหมายอาญาและกฎหมายเอกชน ส่วนกฎหมายมหาชนนั้น มิได้มีการกล่าวถึงเอาไว้มิได้ อย่างไรก็ตาม การที่มิได้มีการกล่าวถึงนั้น มิได้หมายความว่าไม่มีกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด เพียงแต่กฎหมายมหาชนยังมิได้แยกเป็นสัดส่วนและประเภทชัดเจนเหมือนในปัจจุบัน ดังนั้นในการศึกษาพัฒนาการของกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังนี้จึงกล่าวถึงแต่เฉพาะในกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ ซึ่งก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชนเช่นกัน

2.4.1 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในสมัยโบราณ : ยุคจักรวรรดิโรมัน ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 4

สมัยโบราณเริ่มต้นราว 1,000 ปีก่อนคริสตกาล และพัฒนาจนเป็นจักรวรรดิโรมันที่ยิ่งใหญ่ แต่ต้องสิ้นสุดลงเพราะถูกรุกรานโดยอนารยชนเยอรมนิก ใน ค.ศ. 476 จึงถือเป็นการสิ้นสุดสมัยโบราณ

ในยุคนี้ได้มีการกล่าวถึงกฎหมายโรมันว่าเป็นกฎหมายของบุคคลที่อยู่ในจังหวัดหรือนคร ซึ่งไม่ใช่กฎหมายของชนบท โดยแบ่งวิวัฒนาการแห่งกฎหมายโรมันได้เป็นสองสมัย คือ ในสมัยที่การปกครองแบบสาธารณรัฐ (Republic) เรียกว่า Jus Civile ซึ่งแปลว่า กฎหมายของพลเมือง โดยมีความประสงค์ให้เป็นกฎหมายสำหรับชนชาติโรมันโดยแท้ ได้แก่ กฎหมายสิบสองโต๊ะ และเนื่องจากกฎหมายสิบสองโต๊ะนี้ใช้บังคับเฉพาะชนชาติโรมัน ทำให้ต่อมาเกิดกฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายของโลก (Jus Gentium) เพื่อใช้ในการติดต่อกับคนต่างด้าว ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายที่ให้ความยุติธรรมและเหมาะสมกับการปฏิบัติยิ่งขึ้น อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับร่วมกันและใช้บังคับแก่คนทุกเผ่าที่อยู่ร่วมกันในจักรวรรดิโรมัน ต่อมา ในสมัยที่กรุงโรมมีพระเจ้าจักรพรรดิ การศึกษาวิชากฎหมายยิ่งมีความเจริญขึ้นเป็นลำดับ โดยพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian) ได้รวบรวมกฎหมายที่ยังใช้อยู่เข้าเป็นเล่มเดียวกันเรียกว่า "Corpus Juris" ซึ่งได้แพร่หลายและเป็นที่ยอมรับทั้งในมหาวิทยาลัยของอิตาลีที่มีชื่อเสียงหลายแห่ง รวมถึงดินแดนต่างๆในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันได้ยอมรับเอากฎหมายโรมันมาใช้เสมือนเป็นกฎหมายของเยอรมันเองทีเดียว¹²

¹² หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 98.

สมัยยุคจักรวรรดิโรมันนี้ มีการกล่าวถึงหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังขึ้น โดยปรากฏอยู่ในกฎหมายโรมัน ซึ่งมีหลักว่ากฎหมายใหม่หาบังคับถึงการกระทำที่ได้กระทำลง ก่อนการใช้กฎหมายใหม่ไม่ โดยอ้างอิงมาจาก Institutes ที่บัญญัติไว้ดังนี้

- leges posteriores priores abrogant กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า
- nova constitution futuris formam imponere debet non praeteritis กฎหมายใหม่ต้องบังคับแต่การที่ได้ทำลงในอนาคต หาใช่แต่การที่ได้กระทำมาแล้วในอดีตไม่

หลักกฎหมายนี้ เริ่มเป็นที่รับรู้ในสมัยจักรพรรดิของกรุงโรม เพราะแต่เดิมในกฎหมายของพระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียน มีความเข้าใจในคำว่า “ความผิด” อย่างกว้างขวางจนเกือบจะไม่มีขอบเขต และหลักกฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องจากความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายโรมันเดิม ซึ่งถือว่าเรื่องความผิดต่อมหาชน (Public Delict) นั้น ไม่รับรู้ความแตกต่างระหว่าง ตระเตรียม พยายาม และความสำเร็จ คือ ไม่ยอมรับรู้ในเรื่ององค์ประกอบของความผิดนั่นเอง

นอกจากนี้ หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายโรมันในเรื่อง “ข้อหานอกเหนือ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (Extraordinary Offense) ก่อให้เกิดการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาคดี อย่างกว้างขวางจนเกือบจะไม่มีขอบเขต แต่โดยวิธี Extraordinary Offense อันเป็นวิธีการที่จำกัด การใช้ดุลยพินิจดังกล่าวของศาล อาจทำให้ค้นพบถึงสิ่งที่ยืนยันถึงบทบัญญัติในเรื่องข้อหาและโทษ อย่างไรก็ดี ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ต้องหา การใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษามักพิจารณาถึง คำอุทธรณ์แห่งอาณาประชาราษฎร์ (Appeal to the Populace) ทั้งนี้ เพื่อให้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ต่อมา ทำให้เกิดแนวทางพิจารณาพิพากษาที่แน่ชัดในอันที่จะจำกัดความหมายของความผิดตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Ordinary Offense) จากหลักดังกล่าว ยังมีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่า ถึงแม้ว่าอาจจะมีการลดโทษที่กำหนดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ตาม แต่ก็มิอาจมีการเพิ่มโทษ ให้นอกเหนือไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ อันเป็นหลักปฏิบัติในเรื่องกฎหมาย ห้ามมิให้มีผลย้อนหลังซึ่งยึดถือกันมานานแล้ว แม้แต่กรีกเองก็ได้รับรองและใช้หลักนี้ก่อนหน้านี เป็นเวลานานมาแล้วเช่นกันเพียงแต่ยังไม่มีมีการประกาศรับรองอย่างเป็นทางการเท่านั้น จนต่อมา ในภายหลังสมัยของจักรพรรดิออกัสตัส (Augustus) กฎหมายอาญาของประเทศทั้งหลายก็ต่าง ประกาศว่า กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง¹³

¹³ ประภาพรรณ อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิต วิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521, หน้า 4-6.

ตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นได้ว่าหลักกฎหมายนี้ได้มีอยู่และแพร่หลายในกฎหมายโรมันมาเป็นเวลานานแล้ว แม้ว่าหลักกฎหมายนี้จะมีพื้นฐานทางประวัติศาสตร์โรมันที่คลุมเครือและซับซ้อนยุ่งยาก แต่พอสรุปได้ว่า หลักฐานอันคลุมเครือและกระจัดกระจายที่พอจะอ้างอิงในทางประวัติศาสตร์ในเรื่องนี้ได้ ได้แก่ ข้อหานอกเหนือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Extraordinary Offense) คำอุทธรณ์ของอาณาประชาราษฎร์ (Appeal to the Populace) และอำนาจอันยิ่งใหญ่ ดังเช่น อำนาจของผู้ปกครองรัฐ (Power of the Principate)¹⁴

2.4.2 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในสมัยกลาง : ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 5-16

สมัยกลางเป็นช่วงรอยต่อระหว่างจักรวรรดิโรมันล่มสลาย ความเจริญหยุดขัง ประดุจยุคมืด ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 4 - 5 จนถึงคริสต์ศตวรรษที่ 16

หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในยุคนี้ สืบเนื่องมาจากนักคิดแนวเสรีนิยมสมัยแรกๆ เป็นผู้สร้างขึ้น เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐอันเกินขอบเขตและตามอำเภอใจไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่พบว่าเกิดขึ้นมากในสมัยนั้น ซึ่งเดิมทีนั้น ผู้มีอำนาจอธิปไตยเหนือรัฐมีอำนาจกว้างขวางมาก จนทำให้การจำกัดการใช้อำนาจของรัฐบาลิปไตยกระทำมิได้ ซึ่งโทษสมัยก่อนมีความรุนแรงมาก และมีวิธีการลงโทษอันโหดร้ายไร้มนุษยธรรม ดังเช่น คนใช้ลักผ้าเช็ดหน้าเจ้านาย ก็อาจถูกลงโทษถึงประหารชีวิตได้ จึงเกิดความคิดที่ว่า การที่รัฐบาลิปไตยจะลงโทษบุคคลใดได้นั้น จะต้องมีการวางหลักเกณฑ์ให้ประชาชนได้รับรู้และมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ล่วงหน้าก่อน เพื่อให้บุคคลได้ทราบว่าจะกระทำการอย่างไรได้ หรือกระทำการอย่างไรไม่ได้ และถ้ากระทำการที่ถูกห้ามแล้วจะต้องถูกลงโทษอย่างไร ดังเช่น มหากฎบัตร Magna Carta ที่ตราขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1215 โดยถือกันว่ามีรากฐานคือสิทธิพลที่ยิ่งใหญ่ที่มีต่อประวัติศาสตร์อันยาวนานของกระบวนการที่นำมาสู่กฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน มหากฎบัตรนี้เกิดขึ้นมาจากข้อขัดแย้งระหว่างพระสันตปาปา พระเจ้าจอห์นและคณะขุนนางอังกฤษของพระองค์เกี่ยวกับสิทธิของพระมหากษัตริย์ มหากฎบัตรบังคับให้พระมหากษัตริย์ทรงสละสิทธิบางอย่าง และยอมรับกระบวนการทางกฎหมายบางอย่าง และยังให้รับว่าพินัยกรรมของพระมหากษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย หรือ

¹⁴ ประภาพรณ อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, หน้า 5-6.

กล่าวโดยสรุปก็คือมีขึ้นเพื่อต้องการระงับการใช้อภิสิทธิ์ของพระมหากษัตริย์โดยมิชอบ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นด้วยว่าหลักกฎหมายนี้มาจาก Magna Carta ด้วย¹⁵

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ในสมัยกลางนี้กฎหมายที่จะตราออกมาใช้บังคับกับประชาชนนั้น เริ่มตระหนักถึงการให้ความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น เพื่อไม่ให้รัฐใช้อำนาจที่มีอยู่อย่างเกินขอบเขต

2.4.3 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในสมัยใหม่ :

ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17-18

ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17-18 นักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรปได้สร้างหลักกฎหมายต่างๆขึ้นจนเป็นที่ยอมรับและใช้ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ได้แก่ หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ (Nullum crimen sine lege , nulla poena sine lege) , ศาลมีหน้าที่แต่จะปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับบทกฎหมาย มิใช่เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย (Judicis est jus dicere , non clare) เป็นต้น¹⁶ โดยหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังนี้ได้วางหลักไว้ว่า ในเมื่อไม่มีกฎหมายห้ามการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว จะถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญาหรืออาชญากรรมไม่ได้ หรือว่าการกระทำอย่างใดๆไม่อาจจะเป็นความผิดอาญาได้จนกว่าจะได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นเช่นนั้น กล่าวโดยสรุปก็คือ การบัญญัติกฎหมายจะบัญญัติให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลใดไม่ได้ บทบัญญัติกฎหมายจะใช้บังคับกับบุคคลนับแต่ที่กฎหมายมีผลบังคับต่อไปภายในอนาคตเท่านั้น ข้อเท็จจริงใดในขณะกระทำยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าเป็นความผิด แม้ภายหลังจะมีบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดก็นำมาใช้ย้อนหลังไม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า เมื่อไม่มีกฎหมายก็ย่อมไม่มีการลงโทษตามกฎหมายนั้นได้ (Nulla poena sine lege or No punishment without law) กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับโทษต่อเมื่อมีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะกระทำความผิดบัญญัติให้ต้องรับโทษนั้น หนึ่งการลงโทษนั้นก็เป็นเรื่องส่วนหนึ่งของการกระทำทางอาญามิใช่เรื่องผลสืบเนื่องมาจากการกระทำความผิดทางอาญาที่ได้ผนวกเรื่องโทษเข้าไปด้วย ด้วยเหตุนี้การลงโทษจึงมิอาจจะมีการกำหนดขึ้นนอกเหนือไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ การลงโทษตามที่บัญญัติไว้จึงต้องมีการประกาศเพื่อให้ประชาชนได้รับรู้ด้วยทั่วกัน อันเป็นเสมือนสัญญาอันเตือนแก่ประชาชนให้ระวังว่า

¹⁵ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, (พระนคร:โรงพิมพ์วิบูลย์กิจ, 2494), หน้า 150.

¹⁶ วิชัย เต็มรัตนศิริกุล, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักห้ามย้อนหลัง, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536, หน้า 9.

การกระทำเช่นนี้มีความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันแก่สาธารณชนว่าไม่มีการลงโทษการกระทำผิดโดยลับได้ และยังเป็นการป้องกันการกระทำอันทารุณโหดร้ายไร้มนุษยธรรมอีกด้วย¹⁷

นอกจากนี้ ในยุคสมัยใหม่ ยังสามารถแบ่งการพิจารณาในเชิงพื้นที่ออกเป็นประเทศต่างๆ ซึ่งจะกล่าวถึงในบางประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.4.3.1 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1774 มาตรา 1 ข้อ 4 บัญญัติว่า “รัฐสภาแห่งรัฐบาลกลางของสหรัฐจะออกกฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลไม่ได้” นอกจากนี้ ในมาตรา 10 ข้อ 1 ก็ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “มลรัฐต่างๆเองก็จะออกกฎหมายมาย้อนหลังในทางที่เป็นโทษไม่ได้” นับได้ว่า รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคือรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกที่ได้มีการบัญญัติถึงหลักนี้ไว้ โดยระบุว่า ห้ามออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้ได้บัญญัติศัพท์เฉพาะเป็นภาษาอังกฤษว่า Ex post facto law ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นเอกลักษณ์ของสหรัฐอเมริกาไปในที่สุด

ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ตีความสอดคล้องกันว่ากฎหมายที่จะเข้าข่ายกฎหมายย้อนหลังหรือ Ex post facto law นั้นจะนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายไม่ได้ ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่เข้าข่ายประเภทดังต่อไปนี้¹⁸

1) กฎหมายจะย้อนหลังไปลงโทษบุคคลในทางอาญาไม่ได้ เช่น ในวันที่ 1 มกราคม นาย ก. เดินไปตามถนนสายหนึ่ง กฎหมายให้นาย ก. เดินได้โดยไม่มีผิด พอวันที่ 10 ต่อมาจะออกกฎหมายบอกว่าใครก็ตามที่เดินตามถนนสายนี้ไม่ว่าเมื่อใดย่อมมีความผิดอาญาดังนี้ย่อมทำไม่ได้

¹⁷ ประภาพรรณ อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, หน้า 8.

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, อมร จันทรสมนุญ และวิษณุ เครืองาม, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.-ส.ศ.2520, หน้า 208.

2) กฎหมายจะย้อนหลังไปเพิ่มโทษให้หนักขึ้นแก่บุคคลใดไม่ได้ เช่น ขณะกระทำความผิดกฎหมายบัญญัติว่ามีโทษจำคุก 5 ปี ต่อมาภายหลังการกระทำเดียวกันกำหนดโทษ 10 ปี ดังนั้นหากศาลจะลงโทษบุคคลดังกล่าวจะต้องใช้โทษในขณะที่ยุติโทษคดีนั้นกระทำความผิดโดยศาลจะลงโทษบุคคลนั้นสูงกว่า 5 ปีไม่ได้

3) กฎหมายที่ออกมาใหม่ภายหลังจะเปลี่ยนประเภทของโทษให้หนักขึ้นไม่ได้ เช่น เมื่อก่อนนี้กฎหมายบัญญัติว่า การกระทำใดเป็นความผิดต้องระวางโทษปรับ ต่อมาเปลี่ยนเป็นโทษจำคุก ดังนั้นหากกระทำความผิด มีกฎหมายบัญญัติโทษแค่ปรับแม้ขณะศาลมี คำพิพากษาศาลจะกำหนดโทษจำคุกแก่บุคคลนั้นไม่ได้

4) กฎหมายจะออกมาเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายลักษณะพยานไม่ได้ เว้นแต่จะออกมาเป็นคุณแก่บุคคลนั้น เช่น บอกว่าการกระทำอย่างนี้เป็นความผิด ห้ามรับฟังพยานบอกเล่า หนึ่งเดือนต่อมาจะออกกฎหมายว่าการกระทำอย่างนั้น สามารถฟังพยานบอกเล่ามาลงโทษได้ กล่าวคือ จะนำพยานบอกเล่ามาฟังประกอบการพิจารณาลงโทษบุคคลใดไม่ได้ เพราะจะเป็นการปรับจำผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดตกอยู่ในฐานะหนักขึ้นกว่าเดิมย่อมกระทำไม่ได้

2.4.3.2 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกในทวีปยุโรปที่ได้นำหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง (Le principe de non retroactivite des lois) มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เริ่มมีการเคลื่อนไหวในการจัดทำกฎหมายในรูปแบบของประมวลกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดความก้าวหน้าในทางความคิดทางเทคนิคของหลักไม่มีโทษ ไม่มีกฎหมาย (Nulla poena) การบัญญัติกฎหมายทางสบัญญัติของข้อห้ามหลักกฎหมายนี้ได้ก้าวเข้ามาสู่วงการของกฎหมายอาญาในภาคพื้นทวีปยุโรป ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายของจักรพรรดิโยเซฟ (Joseph) ที่ 2 แห่งออสเตรียปี ค.ศ. 1787 นอกจากนี้หลักกฎหมายดังกล่าวยังได้บัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของบุคคลและของพลเมือง ฉบับลงวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 1789 มาตรา 8 ซึ่งบัญญัติว่า "กฎหมายจะต้องบัญญัติสภาพบังคับ เฉพาะในกรณีที่จะต้องจำเป็นอย่างแท้จริง และไม่มีบุคคลใดที่จะถูกลงโทษเพื่อการกระทำอื่นใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ก่อนที่การกระทำเช่นนั้นจะเกิดขึ้น และได้มีการใช้กฎหมายนั้นบังคับโดยชอบธรรมแล้ว" โดยตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับรองบทบัญญัติในประกาศดังกล่าว เป็น

หลักการในกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือหลักกฎหมายต่างๆที่มีค่าเสมอรัฐธรรมนูญ ในปีค.ศ.1973 นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1795 ก็เคยบัญญัติจำกัดอำนาจของสภานิติบัญญัติไว้มิให้ออกกฎหมายย้อนหลังทั้งทางแพ่งและทางอาญา อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายนี้มีการบัญญัติลงในประมวลกฎหมายอาญาอย่างแท้จริง โดยปรากฏอยู่ในร่างครั้งแรกของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งจัดทำขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ในปีค.ศ. 1790 ซึ่งต่อมาก็กลายมาเป็นประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 โดยบัญญัติในมาตรา 4 ว่า “ความผิดลหุโทษ ความผิดมิดมัยมโทษ และความผิดอุกฤษโทษ ซึ่งมีได้มีการบัญญัติไว้ก่อนที่จะได้กระทำความผิดนั้นๆไม่ได้” และได้กลายมาเป็นแม่แบบของประมวลกฎหมายอาญาของเกือบทุกประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งปรากฏต่อมาในภายหลังว่าหลักกฎหมายนี้ไปปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในปีค.ศ. 1948 และอนุสัญญาในยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในปีค.ศ. 1950¹⁹

2.4.3.3 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ประกอบกับการถือหลักว่า รัฐสภาเป็นอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย (The Supremacy of Parliament) กล่าวคือ รัฐสภาจะตรากฎหมายออกมาเป็นประการใดๆก็ย่อมทำได้ ไม่ว่าจะกฎหมายที่ตรานั้นจะมีผลย้อนหลังไปกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก็ตาม ด้วยเหตุนี้ จึงมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า ประเทศอังกฤษมิได้ยอมรับหลักกฎหมายนี้มาใช้บังคับแต่อย่างใด ในอีกด้านหนึ่ง ก็มีการโต้แย้งว่าประเทศอังกฤษก็มีการยอมรับและยึดถือหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเช่นกัน เพียงแต่ไม่เคร่งครัดเท่าใดนัก จึงพบว่ามีการออกกฎหมายกำหนดความผิดอาญาใหม่ๆเกิดขึ้นและมีผลย้อนหลังด้วย เช่น คดี R v. Manley (1933) , คดี Shaw v. Director of public prosecution (1962)²⁰ อย่างไรก็ตาม ศาล Common Law ได้สร้างหลักกฎหมายนี้ขึ้นมาใช้ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) ที่รัฐสภาตราออกมาว่าไม่ให้มีผลย้อนหลังขึ้นเป็นหลักในการพิจารณากรณีต่างๆไป แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่กฎหมายนั้นจะปรากฏโดยชัดแจ้งว่ารัฐสภาต้องการให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับย้อนหลัง ศาลจึงจะสามารถตีความกฎหมายนั้นให้มีผลบังคับย้อนหลังได้

¹⁹ ประภาพรชน อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, หน้า 64.

²⁰ กมลชัย รัตนสกาวงศ์ , ความยินยอมในกฎหมายอาญา, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, หน้า 19.

เนื่องจากหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นเสมือนสมบัติประจำชาติของประเทศอังกฤษ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังนี้มีรากฐานมาจากหลักนิติธรรม และหลักนี้เกิดขึ้นเพื่อผลของความยุติธรรมด้วยเหตุที่ว่า ที่ใดมีดุลยพินิจ ที่นั่นมีช่องทางที่จะปฏิบัติการตามอำเภอใจ และการปกครองที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจใช้ดุลยพินิจ จะต้องหมายถึงความไม่มั่นคงในเสรีภาพตามกฎหมายของพลชนิกร²¹ หลักกฎหมายนี้แม้จะไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้ปรากฏชัดจากการประกาศใช้ในกฎบัตรแห่งพระเจ้าเฮนรี่ที่ 1 (The Charter of Henry the First) และได้มีการกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญคลาเรนดอน (Clarendon) อย่างไรก็ดี ต้องยอมรับว่ากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) นั้น เป็นสัญลักษณ์อันยิ่งใหญ่แห่งอำนาจทางการเมืองในด้านสังคม ซึ่งได้กำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของหลักนิติธรรมในอังกฤษ แต่การบัญญัตินั้นมิได้บัญญัติไว้โดยตรง เป็นแต่เพียงได้วางวิธีป้องกัน และหลักวิธีพิจารณา ต่อมาภายหลังพบว่า หลักกฎหมายนี้ได้วางหลักต่างๆ ในกฎหมายอาญาสารบัญญัติหรือกล่าวได้ว่าแท้จริงแล้วรัฐสภาของอังกฤษมีบทบาทสำคัญในการเปลี่ยนแปลงลักษณะอันคลุมเครือของหลักกฎหมายนี้มาเป็นกฎที่มีขอบเขตจำกัดพอประมาณ

2.4.3.4 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในประเทศเยอรมัน

การย้อนหลังของกฎหมายในประเทศเยอรมันนั้น แบ่งกรณีการย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลออกเป็น 2 กรณี คือ การย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย (echte Rückwirkung) และการย้อนหลังโดยไม่แท้ (unechte Rückwirkung)

การย้อนหลังโดยแท้ หมายถึง การย้อนหลังของกฎหมายไปใช้กับข้อเท็จจริงที่ได้กระทำไปแล้วหรือที่ยุติแล้วในอดีตและต่อมาได้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาภายหลังว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ส่วนการย้อนหลังโดยไม่แท้ หมายถึง การย้อนหลังของกฎหมายไปใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วในอดีตและยังเป็นอยู่ต่อเนื่องมาจนถึงวันที่ออกกฎหมายใหม่ กล่าวคือเป็นกรณีที่มีการกระทำเริ่มเกิดขึ้นแล้วในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นยังมิได้สิ้นสุดลง ระหว่างนั้นได้มีกฎหมายใหม่ออกมาใช้บังคับ และกฎหมายได้

²¹ Albert Venn Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, (London : Macmillan and Co., Ltd, 1950) อ้างใน ประภาพรพรณ อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, หน้า 65.

* Magna Carta ของอังกฤษ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งมีสาระสำคัญว่า "บุคคลใดจะถูกจับกุม คุมขัง ริบทรัพย์ เนรเทศ ประกาศว่าเป็นคนนอกกฎหมาย หรือถูกลงโทษ ไม่ว่าโดยวิธีการอย่างไรได้ไม่ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาอันเที่ยงธรรมจากบุคคลชั้นเดียวกับเขา และตามกฎหมายบ้านเมือง"

กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงในกรณีนั้นว่ามีความผิด เช่น รัฐได้ออกกฎหมายยกเว้นภาษีให้ราษฎรในข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งไว้มีกำหนด 5 ปี ครั้นกฎหมายบังคับใช้ผ่านไปได้ 3 ปี รัฐก็ได้บัญญัติกฎหมายยกเลิกกฎหมายนี้เสีย กฎหมายที่บัญญัติในภายหลังจึงย้อนหลังไปบังคับใช้ต่อบุคคลที่เคยได้สิทธิตามกฎหมายเก่า กล่าวคือ กฎหมายใหม่เป็นกฎหมายที่ย้อนหลังไปกระทบต่อสถานะของเขาในปัจจุบันและอนาคตต่อไป เพราะเขาจะไม่ได้รับการยกเว้นภาษีนับแต่วันที่กฎหมายใหม่ใช้บังคับ

ด้านกฎหมายมหาชน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกล่าวว่า การย้อนหลังโดยแท้โดยทั่วไปแล้วกระทำไม่ได้ แต่การย้อนหลังโดยไม่แท้โดยทั่วกระทำได้ ซึ่งการจะย้อนหลังได้หรือไม่ในทั้งสองกรณีจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ในแต่ละกรณีไปเป็นหลัก²²

2.4.4 หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังกับพุทธศาสนา

พัฒนาการของหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังนั้น ไม่เพียงแต่ในโลกตะวันตกเท่านั้นที่มีการกล่าวถึงไว้ จากการศึกษาพบว่าในส่วนของโลกตะวันออก หลักกฎหมายนี้ก็มีต้นกำเนิดมาแล้วอย่างยาวนานเช่นกันตั้งแต่ในสมัยพุทธกาล²³ เป็นระยะเวลามากกว่า 2,500 ปีและหลักกฎหมายดังกล่าวก็ยังคงถูกนำมาใช้ได้จนถึงปัจจุบัน ดังปรากฏในพระวินัยปิฎก ความว่า “ภิกษุ ผู้มีกรรมเบื้องต้น”

สมัยพุทธกาลในสังคมสงฆ์ มีการกล่าววาระบอบการเมืองของพระพุทธเจ้ามีลักษณะเป็นประชาธิปไตยที่เก่าแก่ที่สุดในโลก²⁴ มีการบัญญัติพระวินัยเพื่อใช้ปกครองสงฆ์หรือใช้เป็นหลักปฏิบัติของพระภิกษุโดยเฉพาะและมีจุดมุ่งหมายเฉพาะ พระวินัยที่บัญญัติขึ้นนั้นใช้กับพระภิกษุทุกรูปทุกองค์เสมอกัน ทำให้เกิดความเสมอภาค²⁵ ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งของประชาธิปไตย เปรียบได้ว่าพระพุทธเจ้าทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติในการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย แต่เนื่องจากพระวินัยนั้นเป็นพุทธบัญญัติทั้งหมด หาใช่สงฆ์หรือผู้แทนของสงฆ์

²² บรรเจิด สิงคนดี, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), หน้า 28 - 29.

²³ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม), 2547, หน้า 16.

²⁴ ประสาร ทองภักดี และปรีชา หงษ์ไกรเลิศ, ทฤษฎีการกำเนิดรัฐและระบบการเมืองของรัฐ รัฐศาสตร์ตามแนวพุทธศาสตร์, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ กระทรวงศึกษาธิการ, 2530), หน้า 22.

²⁵ ปรีชา ช้างขวัญยืน, ทรรศนะทางการเมืองของพระพุทธศาสนา, หน้า 95.

เป็นผู้บัญญัติอย่างที่รัฐสภาเป็นผู้บัญญัติกฎหมายในระบบประชาธิปไตยใหม่²⁶ จุดประสงค์ในการบัญญัติพระวินัยก็เพื่อให้สงฆ์อยู่ร่วมกันด้วยดี พ้นจากมลทินจากกิเลสต่างๆ ทำให้ประชาชนเกิดความเลื่อมใสและเป็นเครื่องส่งเสริมการปฏิบัติธรรม จึงเห็นได้ว่าจะนำมาใช้เป็นกฎหมายของสังคมทั่วไปไม่ได้ ยิ่งสังคมปัจจุบันมีความสลับซับซ้อนยิ่งนำมาใช้ไม่ได้

เมื่อได้ทำการศึกษาถึงพุทธบัญญัติ พบว่ามีหลายประเด็นที่สะท้อนหลักการบัญญัติพระวินัยสงฆ์ว่ามีความเหมือนกับการบัญญัติกฎหมายที่ใช้ในสังคมทั่วไป ยกตัวอย่างเช่น พระวินัยไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งในพระพุทธานุญาตเรียกว่า “ภิกษุ ผู้มีกรรมเบื้องต้น” ปราภฏในพระวินัยปิฎก เล่มที่ 1 ชื่อมหาวิภังค์ ในปฐมปาราชิกกัณฑ์ ว่าด้วยเหตุการณ์ที่ทรงบัญญัติปาราชิกสิกขาบทที่ 1 คือสิกขาบทที่ห้ามภิกษุเสพเมถุน ความว่า “เศรษฐีผู้เป็นบุตรชาวกลันโตะ นามว่าสุทินนะ สุทินนะ (ผู้มีคำต่อท้ายชื่อว่าบุตรชาวกลันโตะ) พร้อมด้วยสหายไปสู่กรุงเวสาลี เห็นพระพุทธเจ้ากำลังแสดงธรรม จึงแวะเข้าไปสดับธรรมะ มีความเลื่อมใสใคร่จะออกบวช จึงกราบทูลขอบวชในพระพุทธศาสนา แต่พระศาสดายังไม่ประทานอนุญาตให้บวช เพราะมารดาบิดายังไม่อนุญาต สุทินนะจึงกลับไปขออนุญาตท่านมารดาบิดา แต่ไม่ได้รับอนุญาต จึงอ่อนวอน ถึง 3 ครั้ง ก็ไม่ได้รับอนุญาตเช่นเดิม สุทินนะจึงนอนลงกับพื้น อดอาหารถึง 7 วัน มารดาบิดาอ่อนวอนให้ล้มความตั้งใจก็ไม่ยอม พวกเพื่อน ๆ มาอ่อนวอนก็ไม่ยอม ในที่สุดพวกเพื่อน ๆ อ่อนวอนให้มารดาบิดาของสุทินนะอนุญาต จนได้รับอนุญาต เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงออกบวช ประพฤติปฏิบัติเคร่งครัดอยู่ทางวัชชีคาม

ครั้งนั้น แคว้นวัชชี (ซึ่งมีกรุงเวสาลีเป็นราชธานี) เกิดทุพภิกขภัย พระสุทินนะมีญาติเป็นคนมั่งคั่งมาก เมื่อเดินทางไปถึงกรุงเวสาลี ญาติ ๆ ทราบข่าวก็นำอาหารมาถวายเหลือเฟือ พระสุทินนะก็ถวายแก่ภิกษุทั้งหลายอีกต่อหนึ่งแล้วเดินทางไปกลันโตะคาม (ตำบลบ้านเดิมของตน) ความทราบถึงมารดาบิดา บิดาจึงนิมนต์ไปฉัน มารดาก็นำทรัพย์สมบัติมาล่อเพื่อให้สึก พระสุทินนะไม่ยอมจึงไม่สำเร็จ ต่อมามารดาพระสุทินนะร้อจนภริยาของพระสุทินนะ (ตั้งแต่ในสมัยยังไม่ได้บวช) มีระดู ได้กำหนดจะมีบุตรได้ จึงพานางไปหาพระสุทินนะที่ป่ามหาวัน ชวนให้สึกอีก พระสุทินนะไม่ยอม จึงกล่าวว่า ถ้าไม่สึกก็ขอพืชพันธุ์ไว้สืบสกุล ครั้งนั้นยังไม่มีการบัญญัติวินัยห้ามเสพเมถุน พระสุทินนะเข้าใจว่าเป็นเรื่องที่พอทำได้ เพื่อให้มีบุตรสืบสกุล จึงเสพเมถุนด้วยภริยาของตน ซึ่งต่อมานางตั้งครรภ์และคลอดบุตร บุตรของพระสุทินนะจึงได้นามว่าเจ้าพืช

²⁶ ปรีชา ช่างขวัญยืน, วรรณคดีการเมืองของพระพุทธศาสนา, หน้า 92.

ภริยาของพระสุทินนะก็ได้นามว่ามารดาของเจ้าพีช ต่อมาทั้งมารดาและบุตรออกบวชได้สำเร็จ
อรหัตตผลทั้งสองคน

กล่าวถึงพระสุทินนะเกิดความไม่สบายใจขึ้นภายหลัง ถึงขนาดชুবผอม ภิกษุ
ทั้งหลายถามทราบความ จึงพากันติเตียน และนำความกราบทูลพระผู้มีพระภาค พระองค์จึงทรง
เรียกประชุมสงฆ์ ทรงไต่สวนเรื่องนั้น ทรงติเตียนแล้ว ทรงบัญญัติสิกขาบท “ห้ามมิให้ภิกษุเสพ
เมถุน ทรงปรับอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้ล่วงละเมิด²⁷”

แต่การปรับอาบัติในเรื่องดังกล่าว พระสุทินนะไม่ต้องอาบัติ เพราะเป็นต้น
บัญญัติ หมายความว่า เป็นผู้ที่ทำให้ต้องมีการบัญญัติพระวินัยขึ้น ซึ่งในขณะที่พระสุทินนะ
เสพเมถุนกับภริยาของตนเองนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติพระวินัยเรื่องห้ามภิกษุเสพเมถุน ดังนั้นจึงไม่มี
การปรับอาบัตีย้อนหลัง

จึงเห็นได้ว่า ความในเรื่องนี้ พระพุทธเจ้าก็ได้ทรงใช้วิธีบัญญัติพระวินัยให้มีผล
ย้อนหลัง แม้แต่ผู้ที่ประพฤติดนไม่เหมาะสมกับการเป็นพระภิกษุอย่างยิ่งถึงขนาดขาดจากความ
เป็นภิกษุ และในพระวินัยทุกข้อทั้ง 227 ข้อ ผู้ที่ประพฤติดนเป็นต้นบัญญัติก็มิต้องอาบัติ
เนื่องจากขณะที่กระทำความผิดยังไม่มีพระวินัยบัญญัติไว้ สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายของ
พระพุทธเจ้าก็ไม่บัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งตรงกับหลักกฎหมายทั่วไปว่ากฎหมายห้าม
มิให้มีผลย้อนหลังนั่นเอง

2.5 กฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับ กฎหมายสาขาต่างๆ

ในหัวข้อนี้ จะกล่าวถึงหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในกฎหมายสาขา
ต่างๆ ที่สามารถนำไปใช้ได้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยแบ่งออกเป็น 5 หัวข้อ และ
ยกตัวอย่างประกอบไว้ด้วย ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

²⁷ สุชีพ ปุณฺณานุกาพ , พระไตรปิฎกฉบับสำหรับประชาชน , พิมพ์ครั้งที่ 16,(กรุงเทพฯ : มหามกุฏราชวิทยาลัย ,
2539) , หน้า 140.

2.5.1 หลักทั่วไปในเรื่องกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษ

นักกฎหมายชาวอังกฤษ Sedgwick²⁸ ได้ให้คำจำกัดความว่า จะถือว่ากฎหมายนั้นย้อนหลังได้ก็ต่อเมื่อ “บรรดากฎหมายนั้น มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่างๆ ซึ่งมีอยู่ก่อนๆ หรือซึ่งมีผลเป็นการก่อให้เกิดหนี้ใหม่ หรือวางหน้าที่ขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในนิติกรรมซึ่งได้กระทำกันไว้ก่อนกฎหมายฉบับนี้แล้ว” ทำให้สรุปหลักเกณฑ์ทั่วไปในหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังได้ ดังนี้

- 1) หลักในทางสามัญและทางธรรมชาติย่อมต้องถือว่ากฎหมายทั่วไปที่ประกาศใช้นั้นมุ่งหมายเพื่ออนาคต ไม่ใช่ประสงค์จะบังคับถึงกิจการที่ล่วงมาแล้ว
- 2) การมีผลย้อนหลังนั้นถือเป็นข้อสันนิษฐานอันเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น เว้นแต่กฎหมายบัญญัติชัดแจ้ง

2.5.2 หลักทั่วไปทางแพ่งในเรื่องกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษ

กฎหมายแพ่งของไทยนั้น โดยหลักทั่วไปห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง เช่นเดียวกับกฎหมายอาญา²⁹ เพราะถือหลักเรื่องเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญโดยถือว่าเสรีภาพของบุคคลในการเข้าทำสัญญานั้นเป็นสิ่งอันละเมิดไม่ได้ และจะต้องไม่กระทบต่อมหาชนโดยรวม ดังนั้นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลัง จึงไม่ประสงค์เข้าไปเกี่ยวข้องข้องในการแก้ไขข้อตกลงในสัญญาที่คู่กรณีได้ทำกันไว้ก่อนที่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังจะมีผลบังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังย่อมไม่กระทบกระเทือนหรือลบล้างสิทธิซึ่งบุคคลมีอยู่ก่อนแล้ว แต่หลักนี้ก็ยังมีข้อยกเว้นว่า ถ้ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลัง เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายนั้นย่อมมีผลย้อนหลังได้ทันที ซึ่งเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมเป็นหลัก

ศาลไทยได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาออกมามากมายในเรื่องทางแพ่งเกี่ยวกับหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2277 / 2526 ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ามติดีความของที่ประชุมมหาเถรสมาคมอันเป็นที่มาของการฟ้องคดีเรื่องนี้

²⁸ ประภาพรรณ อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, หน้า 45.

²⁹ พิษณุ ธิพันธ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (พระนคร : มงคลการพิมพ์, 2506), หน้า 73 - 82.

เป็นการกำหนดคุณสมบัติของภิกษุผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าอาวาสเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในกฎหมายอาญา มาตรา 5 (พ.ศ. 2506) ข้อ 6 และข้อ 22 เป็นมติที่มีชอบด้วยกฎหมาย เท่ากับเป็นการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5463 / 2540 เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องข้อบังคับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย มิได้ให้สิทธิแก่โจทก์ในการจะปลดพนักงานหรือถูกจ้างออกจากงานโดยให้มีผลย้อนหลังได้ ดังนั้นการที่โจทก์มีคำสั่งปลดจำเลยออกจากงานโดยให้มีผลย้อนหลังจึงเป็นการไม่ชอบ

คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับนี้ ล้วนแต่เป็นเรื่องในทางแพ่งทั้งสิ้น ซึ่งได้ยึดหลักที่ว่ากฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อให้เกิดความยุติธรรม และไม่เป็นการกระทบถึงสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญเอาไว้ด้วย ทั้งนี้จะกล่าวถึงคำพิพากษาทั้งสองอย่างละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

2.5.3 หลักทั่วไปทางอาญาในเรื่องกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษ

สืบเนื่องจากหลักทั่วไปที่นำมาจากสุภาษิตลาตินที่ว่า “Nulla poena sine lege” ซึ่งแปลว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีโทษ” จึงมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศในประเทศต่างๆ³⁰ เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายอาญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็เพื่อให้มีผลผูกพันรัฐสภานั้นเอง ตัวอย่างเช่น

1) รัฐธรรมนูญแห่งสหภาพพม่า ประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 1947
 “มาตรา 24 บุคคลไม่ต้องรับอาญา เว้นแต่ได้กระทำผิดกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่ทำ ความผิด บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญาหนักกว่าอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะทำความผิด”

2) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐอาหรับ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1964

“มาตรา 25 การกระทำผิดและการลงโทษทางอาญาจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย การลงโทษทางอาญาจะกระทำได้เฉพาะในกรณีของการกระทำผิดที่มีกฎหมายกำหนดล่วงหน้าไว้แล้วเท่านั้น

³⁰ ประภาพรรณ อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง, หน้า 43 - 44.

มาตรา 163 บทบังคับของกฎหมายใดๆ ย่อมมีผลบังคับตั้งแต่วันให้ใช้กฎหมายนั้นเป็นต้นไป และจะมีผลบังคับเป็นการย้อนหลังไม่ได้...”

3) รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเยเมน ประกาศใช้ใน ค.ศ. 1962

“ มาตรา 150 กฎหมายใช้บังคับแก่การกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการประกาศใช้เท่านั้น กฎหมายย่อมไม่มีผลบังคับก่อนการประกาศใช้ แต่หากมิใช่คดีอาญา กฎหมายอาจมีข้อบังคับย้อนหลังได้หากสมาชิกสภาเสียงข้างมากให้ความเห็นชอบแล้ว”

4) รัฐธรรมนูญนอร์เวย์³¹ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมลงวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1814

“มาตรา 97 กฎหมายย่อมไม่มีผลย้อนหลัง”

5) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน ปี ค.ศ. 1955³²

“มาตรา 103 (2) การลงโทษการกระทำอันหนึ่งอันใดนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อการบัญญัตินั้นมีกฎหมายบัญญัติให้ลงโทษได้ และเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนที่จะได้มีการกระทำเช่นนั้น”

6) รัฐธรรมนูญแห่งประเทศอิตาลี ปี ค.ศ. 1947³³

“มาตรา 25 บุคคลย่อมไม่ถูกลงโทษ นอกจากอาศัยอำนาจกฎหมายซึ่งมีการใช้บังคับก่อนการกระทำความผิด”

7) รัฐธรรมนูญแห่งประเทศบราซิล ปี ค.ศ. 1947

“ มาตรา 141 บุคคลย่อมไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นไว้แต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดทางอาญาหรือเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งออกโดยเจ้าพนักงานผู้ซึ่งมีอำนาจ”

³¹ แส่น โพนไชยา, “กฎหมายที่มีผลย้อนหลัง”, ใน กฎหมายใหม่ , ปราโมทย์ พิพัฒน์าศัย, บรรณาธิการ , (กรุงเทพฯ : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2550), หน้า 67.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

8) รัฐธรรมนูญแห่งประเทศเกาหลี ปี ค.ศ. 1972

“ มาตรา 11(1) บุคคลจะไม่ต้องถูกฟ้องร้องในคดีอาญา เว้นไว้แต่ได้กระทำความผิด เป็นความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายในขณะที่กระทำความผิด บุคคลจะถูกฟ้องใน ข้อหาเดียวกันสองครั้งไม่ได้”

ทั้งนี้ ประเทศไทยก็รับเอาหลักการนี้มาใช้ โดยมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ ต่างๆ ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

กฎหมายอาญาของประเทศไทยก็ได้ยอมรับกันโดยทั่วไปในหลักกฎหมายห้ามมิ ให้มีผลย้อนหลัง พิจารณาได้จากการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะ กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้อง เป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” แต่หลักนี้ก็ยังมีให้พิจารณาประกอบข้อยกเว้นที่ว่า ถ้าหากเป็น เรื่องที่เป็นคุณแก่จำเลยแล้ว กฎหมายอาญามีผลย้อนหลังได้³⁴ เรื่องที่เป็นคุณแก่จำเลยนั้น มี 2 ประการ คือ ประการแรก กฎหมายใหม่บัญญัติว่าการกระทำตามกฎหมายเก่าไม่เป็นผิดเสีย แล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(5) ซึ่งบัญญัติว่า เมื่อมีกฎหมายออก ใช้ภายหลังการกระทำความผิดยกเลิกความผิดเช่นนั้น หรือประการที่สอง กฎหมายใหม่แตกต่างกับ กฎหมายเก่าในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย

ในเรื่องของบุคคลจะถูกฟ้องหรือลงโทษในการกระทำความผิดเดียวกันสองครั้ง ไม่ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 39(4) ว่า “สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป เมื่อศาลได้พิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง”

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์เอกูต์³⁵ ได้กล่าวถึงมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาไว้ ว่า “หลักนี้มีเหตุผลสนับสนุนได้ง่าย ทั้งนี้เพราะเหตุว่าในกฎหมายอาญา กฎหมายได้ระบุนการ กระทำต่างๆที่ห้ามไว้ และเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะถือว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่กฎหมายไม่ห้ามไว้แล้วยอม ทำได้ เพราะฉะนั้นถ้าบุคคลใดได้เชื่อโดยสุจริต กระทำการใดๆลงไปโดยเชื่อว่ามีอำนาจกระทำ ได้แล้ว ผู้นั้นหาควรถูกฟ้องร้องเพราะเหตุที่กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไม่ จริงอยู่ที่น่าเสียดายอยู่ว่า

³⁴ วงษ์ วีระพงศ์, กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง, ดุลพาน (ธันวาคม 2499), พระนคร : โรงพิมพ์มหาดไทย, 2499.

³⁵ เอกูต์, กฎหมายอาญา, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), หน้า 69-70.

โดยวิธีนี้ผู้ร้ายบางคนอาจหลุดพ้นจากโทษซึ่งใช้ลงแก่ผู้ร้ายที่ทำผิดเช่นเดียวกันในกาลต่อมาไม่นานนัก แต่ว่าถ้าให้ลงโทษได้แล้วจะมีอุปสรรคมากยิ่งขึ้นอีก ทั้งนี้เพราะว่าถ้าให้ลงโทษได้เสรีภาพจะไม่มีเลย ถ้าบุคคลใดอาจถูกจับเพราะได้กระทำการอันกฎหมายที่ออกมาภายหลังที่ได้กระทำการนั้นบัญญัติว่าผิดและถ้าศาลอาจลงโทษโดยอาศัยกฎหมายนี้แล้ว ราษฎรจะไม่แน่ใจเลยว่าการใดๆอันตนได้กระทำไปนั้นจะเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จริงอยู่ที่การกระทำบางอย่างน่าจะพึงหวังว่ากฎหมายคงจะต้องห้าม แต่ว่ามีความผิดเป็นอันมาก ซึ่งไม่กระทบกระเทือนความรู้สึกในศีลธรรมและความยุติธรรมของปวงชนเท่าใด บุคคลจะละเว้นไม่กระทำก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายห้ามไว้เท่านั้น เช่น การพนัน เป็นต้น แต่เมื่อไม่มีกฎหมายประกาศใช้อยู่ในขณะนั้นแล้ว ใครจะไปรู้ก่อนอย่างไร"

ส่วนหลักที่ว่า กฎหมายอาญาไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังนั้นจะครอบคลุมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วยหรือไม่นั้น กฎหมายเยอรมันได้เคยอธิบายไว้ในส่วนของกฎหมายอาญาที่ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายที่มีลักษณะสำคัญ 4 ประการคือ 1) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน 2) จะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ได้ 3) จะนำกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ได้ 4) กฎหมายอาญาไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งโดยหลักการแล้วกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงมีผลใช้บังคับย้อนหลังได้ โดยศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน แผนกคดีอาญาเคยวินิจฉัยไว้ว่า ข้อห้ามของการที่กฎหมายมีผลใช้บังคับย้อนหลังไม่ใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาความ ข้อห้ามของการที่ไม่ให้กฎหมายอาญามีผลใช้บังคับย้อนหลังนั้น ใช้เฉพาะในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ การที่บทบัญญัติใหม่ๆของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นับจากวันที่บทบัญญัติเหล่านี้มีผลใช้บังคับแล้วนั้นสามารถใช้บังคับกับกระบวนการพิจารณาที่ได้ดำเนินการมาแล้วนั้นเป็นสิ่งที่รู้กันมาอยู่แล้ว แม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเองก็ยอมรับเช่นกัน เหตุเพราะว่าหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งจากถ้อยคำและความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์แล้วก็มุ่งเฉพาะการกระทำที่มีโทษทางอาญา โดยไม่รวมถึงการอุดช่องว่างใดๆที่มีอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความ

จึงอาจสรุปได้ว่า ข้อห้ามที่มีให้กฎหมายอาญามีผลใช้บังคับย้อนหลัง ไม่มีผลใช้บังคับกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เว้นแต่การย้อนหลังของกฎหมายดังกล่าวจะเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ศาลฎีกาของไทยก็เคยวางหลักกฎหมายดังกล่าวไว้ โดยเห็นพ้องว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีผลใช้บังคับย้อนหลังได้ เพราะเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ดัง

ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2535 ความว่า “จำเลยยื่นอุทธรณ์เมื่อวันที่ 25 กันยายน 2532 ซึ่งเป็นวันที่ศาลชั้นต้นขยายระยะเวลาให้อันเป็นวันภายหลังจากที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2532 ซึ่งใช้บังคับเมื่อวันที่ 9 กันยายน 2532 ใช้บังคับแล้ว จึงต้องบังคับตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ ดังนั้นที่จำเลยอุทธรณ์ คำพิพากษาศาลชั้นต้นที่พิพากษาลงโทษปรับจำเลย 600 บาทในปัญหาข้อเท็จจริง จึงต้องห้ามตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวงพ.ศ. 2499 มาตรา 22 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวงและวิธีพิจารณาความอาญาในศาลแขวง (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2532 มาตรา 3” เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 931 / 2548 (ประชุมใหญ่) ซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาเฉพาะในประเด็นที่ว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 84 ที่แก้ไขใหม่นี้จะมีผลย้อนหลังไปใช้กับถ้อยคำของผู้ถูกจับกุมที่เจ้าพนักงานได้จัดทำขึ้นก่อนที่กฎหมายใหม่จะมีผลบังคับใช้หรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 84 วรรคท้ายที่แก้ไขใหม่ไม่มีผลย้อนหลัง เนื่องจากขณะที่ได้พยานหลักฐานนั้นมา เจ้าพนักงานได้ปฏิบัติถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น และหากพิจารณาในเรื่องสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ประกอบกันด้วยแล้ว เหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จึงชอบแล้ว เพราะหากไปตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่าขณะที่ศาลมีคำพิพากษาต้องห้ามมิให้นำคำรับสารภาพในชั้นจับกุมของผู้ถูกจับมารับฟังทุกกรณี ไม่ว่าจะคำรับสารภาพดังกล่าวจะมีอยู่ก่อนหรือหลังวันที่กฎหมายที่แก้ไขใหม่มีผลใช้บังคับ ก็อาจจะมีผลกระทบต่อสิทธิของจำเลยทั้งสองที่จะได้รับการลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 เพราะเหตุที่คำรับสารภาพในชั้นจับกุมของจำเลยผู้ถูกจับเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณา อาจทำให้ศาลไม่อาจลดโทษให้แก่จำเลยได้อีก อันเป็นผลร้ายแก่จำเลยผู้ถูกจับโดยตรง ทั้งนี้จะกล่าวถึงคำพิพากษานี้อย่างละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

2.5.4 หลักทั่วไปทางมหาชนในเรื่องกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษ

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มีหน้าที่ในการสร้างดุลภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐและหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ กับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนให้

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 521-522 / 2518 , 191 / 2533 , 391 / 2533 และ 1047 / 2535

ได้สัดส่วนที่เหมาะสม ดังนั้น สิ่งที่ต้องตระหนักไว้ในเบื้องต้นในการศึกษากฎหมายมหาชน คือ เรื่องของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตามเจตนารมณ์ของรัฐเสรีประชาธิปไตยถือว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทุกคนในสังคมเป็นหัวใจของการเมืองการปกครองเลยทีเดียว การดำเนินการของรัฐและหน่วยงานของรัฐนั้น ถึงแม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงเป็นบทบาทของกฎหมายมหาชนที่จะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนั้นๆของประชาชน และต้องกำหนดกฎเกณฑ์ทั้งหลายให้ใช้บังคับกับการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐในกรณีที่จะต้องไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น

ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมุ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด หรือในคำปรารภซึ่งมีผลเป็นรัฐธรรมนูญ ได้อธิบายเป็นนัยว่า แม้รัฐสภาผู้บัญญัติกฎหมายเองก็ตรากฎหมายมากระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่ได้ ถ้ารัฐธรรมนูญไม่ให้อำนาจไว้ ยิ่งเป็นฝ่ายบริหารยิ่งไม่มีทางทำได้เป็นอันขาด³⁶

เมื่อพิจารณาเรื่องหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในกฎหมายมหาชน จะเห็นได้ว่ามิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาที่มีประมวลกฎหมายที่สมบูรณ์แล้ว หรือหากอธิบายเพื่อให้เกิดความเข้าใจโดยง่ายก็คือว่ากฎหมายมหาชนนั้น เพิ่งจะมีพัฒนาการและมีการยอมรับเป็นเวลานานนัก เมื่อเทียบกับกฎหมายอาญาแล้วนับว่ายังต่างกันมากในเรื่องของความสมบูรณ์ ดังนั้นสิ่งที่สำคัญในกฎหมายมหาชน คือ การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่มาใช้ โดยศาลมีบทบาทสำคัญในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ในที่นี้ ขอยกตัวอย่างที่ศาลใช้ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น หลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง³⁷ ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เพื่อป้องกันการกระทบสิทธิของประชาชนโดยที่ประชาชนไม่มีทางรู้ล่วงหน้า เท่ากับเป็นการยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในกฎหมายมหาชนในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับได้กับกฎหมายมหาชน

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 348.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 367.

2.5.5 หลักทั่วไปทางกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษ

เมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ทั่วโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในกลุ่มพันธมิตร ตะวันตกต่างตระหนักถึงการกระทำที่โหดร้ายทารุณไรซึ่งมนุษยธรรมของพวกนาซี จึงได้มีความพยายามในการสร้างหลักประกันให้แก่สิทธิของเอกชนโดยการลงนามในสนธิสัญญาระหว่างประเทศกันหลายฉบับ เพื่อขจัดปัญหาเรื่องการกดขี่และความทุกข์ยากของมนุษยชน ซึ่งต่อมาสหประชาชาติได้ประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยมาตรา 11 (2) บัญญัติในเรื่องหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังไว้ว่า “จะถือว่าบุคคลใดๆ มีความผิดทางอาญา เนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใดๆ อันมิได้จัดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ได้กระทำการนั้นไม่ได้ และจะลงโทษอันหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้” อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความพยายามในการผลักดันเรื่องของการให้หลักประกันสิทธิมนุษยชนแก่ประชากรของโลกดังกล่าว แต่ก็พบว่าในเรื่องที่เกี่ยวกับอาชญากรรมสงคราม หรือความผิดอันเป็นความผิดต่อมนุษยธรรม จะมีการระบุไว้อย่างชัดเจนในสนธิสัญญาทุกฉบับโดยมีใจความว่า ไม่ว่าข้อความในสนธิสัญญาจะเป็นเช่นไร สิทธิที่จะนำตัวอาชญากรรมสงครามมาพิจารณาก็ยังมีอยู่ คือ สามารถนำตัวผู้ที่กระทำความผิดพวกนั้นมาขึ้นศาลได้เสมอ แม้ว่าขณะที่กระทำความผิดยังไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดก็ตาม

ถึงแม้ว่า กฎหมายระหว่างประเทศจะได้ออมรับหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังไว้เพราะเป็นเสมือนหลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนดังที่กล่าวไว้ในตอนต้น แต่ก็พบว่าการพิจารณาคดีของศาลระหว่างประเทศในบางเรื่องกลับมองข้ามหลักนี้โดยสิ้นเชิง หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความผิดต่อความสงบ ความผิดต่อมนุษยธรรม หรือความผิดอาชญากรรมสงคราม ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รวมทั้งประโยชน์ของรัฐหรือประเทศนั้นโดยตรง ตัวอย่างเช่น การพิจารณาคดีอาชญากรรมสงครามของศาลทหารระหว่างประเทศที่กรุงนูเรมเบิร์ก (Nuremburg) ซึ่งศาลแห่งนี้จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาและลงโทษอาชญากรรมสงครามคนสำคัญของประเทศฝ่ายอักษะในยุโรปอย่างยุติธรรมและรวดเร็ว³⁸ โดยธรรมนูญศาลทหารระหว่างประเทศที่กรุงนูเรมเบิร์ก ข้อ 6 กำหนดว่า “อาชญากรรมสงครามนั้นคือ การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีแห่งสงคราม การละเมิด

³⁷ รายละเอียดในเรื่องปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ จะได้กล่าวถึงในบทที่ 3 ต่อไป

³⁸ สุเทพ อรรถการ, กฎหมายระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ พุทธิกรรมและเอกสารเล่มสอง, ครั้งที่ 1, หน้า 545.

ไม่จำกัดเฉพาะแต่การฆาตกรรม ทารุณกรรม หรือขนย้ายประชาชนในดินแดนที่ถูกยึดครองไปใช้แรงงานทาส การปล้นสะดมทรัพย์สินของรัฐหรือเอกชน การทำลายเมือง หรือหมู่บ้านอย่างราบเรียบ หรือการทำลายอื่นๆซึ่งไม่มีความจำเป็นทางทหาร” ทั้งนี้จะกล่าวอย่างละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

โดยสรุป การใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมิใช่ประโยชน์ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับหรือไม่มีจารีตประเพณีมาใช้ก็สามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับได้ ไม่ว่าจะเป็นการบกร่องในการออกกฎหมายหรือไม่สามารถคาดหมายได้ในขณะออกกฎหมาย หรืออาจเป็นเพราะในขณะออกกฎหมายนั้นพฤติกรรมหรือข้อเท็จจริงยังไม่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นเพราะความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือสภาพความเปลี่ยนแปลงทางสังคมอย่างรวดเร็ว โดยหลักแล้วศาลจะพิพากษายกฟ้องโดยอ้างเหตุไม่มีกฎหมายบังคับแก่คดีไม่ได้ ดังนั้น หากปรากฏว่าข้อเท็จจริงไม่สามารถหาหลักกฎหมายใช้บังคับได้ ศาลจึงต้องอาศัยความเป็นกฎหมายทั่วไปมาอุดช่องว่าง ดังเช่นกฎหมายที่ออกมาภายหลังย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลใดไม่ได้นั้น แม้จะบัญญัติไว้แต่เฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้นก็ตาม แต่ในบรรดากฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง ซึ่งในระยะหลังนี้มีการบัญญัติออกมาใช้กันมากขึ้น ก็ยังไม่พบว่ามียกเว้นบทบัญญัติใดห้ามมิให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษซึ่งกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งๆที่กฎหมายดังกล่าวนี้มีผลกระทบและเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในรัฐและเป็นกฎหมายที่กระทบต่อมหาชนโดยรวม ดังนั้นหากศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีใดให้เป็นผลกระทบถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในการใช้สิทธิในฐานะประชาชนในรัฐซึ่งเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ศาลจะต้องใช้ความเป็นกฎหมายทั่วไปโดยไม่ให้มีผลย้อนหลังไปกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในการใช้สิทธิในระบอบประชาธิปไตยในรัฐนั้น แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ถือว่าเป็นเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเมื่อไม่นานมานี้ศาลรัฐธรรมนูญของไทยก็ได้ใช้ความเป็นกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ ทำให้เกิดปัญหาได้เช่นกัน ในบรรดานักกฎหมายและนักวิชาการอย่างกว้างขวาง ซึ่งจำเป็นจะต้องมีการวิเคราะห์เพื่อให้เป็นแนวทางในการศึกษาตำรากฎหมายเพื่อมิให้กระทบหลักกฎหมายในเชิงวิชาการ

การจะนำหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังไปใช้กับประชาชนในรัฐเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์นั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้ความสำคัญและทำความเข้าใจในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นลำดับต่อไป ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้บัญญัติรับรองไว้ อีกทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศเองก็ได้มีการ

บัญญัติรับรองเรื่องสิทธิและเสรีภาพไว้เช่นกัน โดยกล่าวถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนอันมีความสัมพันธ์
กันกับหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป จึงจะกล่าวถึงเรื่อง
สิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อไปในบทที่ 3 ว่าด้วยหลักประกันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
ทางด้านกฎหมายมหาชน