



บทที่ 2

หลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมาย

(Nulla poena sine lege)

จากหลักการอันเป็นที่ยอมรับกันในรัฐประชาธิปไตยว่า การกระทำใด ๆ ของรัฐที่มีผลในทางบังคับหรือกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลในรัฐนั้น จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายรับรองให้รัฐมีอำนาจกระทำการนั้นได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันในรูปแบบของหลักนิติรัฐ<sup>1</sup> ซึ่งได้นำมาใช้ในทางกฎหมายอาญาด้วย

และโดยที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายอื่น กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคมให้มีความสงบสุข แต่ในขณะเดียวกันก็มีโทษซึ่งส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคลรุนแรงยิ่งกว่ากฎหมายอื่น ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีหลักการพิเศษที่ใช้เฉพาะในทางกฎหมายอาญา หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะ เพื่อให้การบังคับใช้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา และหลักการหนึ่งซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ก็คือ "หลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมาย" หรือที่รู้จักกันในวลีที่ว่า "Nulla poena sine lege" นั้นเอง

## 2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับหลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมาย

### 2.1.1 หลักการของหลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมาย

<sup>1</sup> คณิต ภู นคร, "หลักประกันในกฎหมายอาญา" วารสารอัยการ 4 (กุมภาพันธ์

หลัก ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ มีที่มาสืบเนื่องจากสภาพสังคมในช่วงก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 18 การปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปส่วนใหญ่เป็นระบอบศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudalism) การใช้กฎหมายอาญาในสมัยนั้น เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยผู้ปกครองรัฐจารีตประเพณีท้องถิ่น และกฎหมายโรมัน (ซึ่งแทรกซึมเข้าสู่จารีตประเพณีของยุโรปตั้งแต่ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13-15) โดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล อีกทั้งในการพิจารณาคดีของศาลก็มักจะมีการสร้างความผิดขึ้นใหม่ และการลงโทษบุคคลเป็นไปอย่างไร้หลักเกณฑ์<sup>2</sup>

ครั้นถึงยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (The period of Enlightenment) คือในราวคริสต์ศตวรรษที่ 18 อันเป็นช่วงเวลาประวัติศาสตร์ได้พัฒนาสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ (modern state) ได้เกิดแนวความคิดต่อต้านการปกครองระบอบศักดินาสวามิภักดิ์ โดยนักคิดและนักนิติศาสตร์ในยุโรปได้เสนอให้ใช้ระบอบการปกครองภายใต้กฎหมายตามทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract)<sup>3</sup> อีกทั้งมีแนวความคิดต่อต้านการลงโทษบุคคลโดยปราศจากหลักเกณฑ์ โดยถือว่ารัฐหรือผู้มีอำนาจจะจับกุมลงโทษประชาชนโดยอ้างว่าบุคคลนั้นทำผิดอย่างลอย ๆ และปราศจากข้อจำกัดมิได้ แนวความคิดในเรื่องนี้นำไปสู่หลักการที่ว่า การลงโทษอาญาต่อ

<sup>2</sup>Stanislaw Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine lege (Warszawa : PWN-Polish Scientific Publishers, 1975), p. 10.

<sup>3</sup>รูสโซ (Jean Jaque Rousseau) อธิบายว่า อำนาจอธิปไตยมีอยู่ในตัวบุคคลทุกรูปทุกนาม และบุคคลได้ทำสัญญาหรือก่อนั้นระบอบกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่า จะมอบอำนาจที่ตนมีอยู่ให้แก่สังคมร่วมกัน สัญญาเช่นนี้รูสโซเรียกว่า "สัญญาประชาคม" ตามทฤษฎีนี้บุคคลจึงเป็นทั้งเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยที่มอบไว้ให้แก่สังคม สังคมอาจมอบให้ผูใดใช้อำนาจแทนก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของสมาชิกในสังคม เพราะอำนาจนี้มาจากความยินยอมพร้อมใจของประชาชนให้ทำการแทนชั่วคราว มิใช่ให้เป็นเจ้าของประเทศอย่างถาวรดังระบอบราชาธิปไตย

รายละเอียดโปรดดู วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530), หน้า 218-219.

การกระทำใด ๆ ของบุคคล จะทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำนั้นเป็น ความผิดและให้ลงโทษได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การกำหนดความผิดในกฎหมายมีความแน่นอน และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต<sup>4</sup>

บุคคลสำคัญคนหนึ่งในการบุกเบิกแนวความคิดนี้คือ Montesquieu ซึ่งมีความเห็นว่า เป็นความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องมีความแน่นอน ปราศจากความเคลือบคลุมและไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้กฎหมายได้ตามอำเภอใจ ความเห็นดังกล่าวนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ (The Theory of the Separation of Power)<sup>5</sup> นั้นเอง โดย Montesquieu เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ซึ่งลักษณะของความผิดและการลงโทษ จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น โดยเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ หากศาลลงโทษบุคคลโดยอาศัยการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) หรือกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) ก็เท่ากับว่าศาลได้ล่วงละเมิดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>6</sup>

แนวความคิดที่ว่า การลงโทษจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ เป็นที่ยอมรับกันเรื่อยมาประกอบกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ต้องการสร้างกฎหมายที่มีความสมบูรณ์ จึงเป็นแรงผลักดัน

<sup>4</sup>Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine lege , p. 11.

<sup>5</sup>แนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจนี้มีมาตั้งแต่สมัยกรีก แต่ปรัชญาเมธีที่โด่งดังที่สุดในเรื่องนี้ คือ Montesquieu ชาวฝรั่งเศส เขาได้อธิบายไว้ในหนังสือชื่อ "เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย" (L' Esprit des lois) ว่ารัฐมีอำนาจอยู่ 3 อย่างคือ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจในการวินิจฉัยบรรทัดคดี Montesquieu มุ่งหมายให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ เพื่อให้ความคุ้มครองและหลักประกันแก่ประชาชน โดยให้อำนาจทั้งสามเห็นแย้งและคานซึ่งกันและกัน

รายละเอียดโปรดดู วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หน้า 225-240.

<sup>6</sup>Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine lege, pp. 12-13.

ให้มีการจัดทำประมวลกฎหมาย (Codification) ขึ้นในยุโรป<sup>7</sup> และในปี ค.ศ. 1787 เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายของออสเตรียก็ได้บัญญัติรับรองหลักการลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้ไว้ด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1789 หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส (The French Declaration of the Rights of Man) และในปี ค.ศ. 1791 ก็ปรากฏหลักการนี้ในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายทหารของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1810 บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1813 บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของนาวาเรีย และได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญของรัสเซียเมื่อ ค.ศ. 1850 และในคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักการนี้ก็เป็นที่ยอมรับในรัฐธรรมนูญของประเทศภาคพื้นยุโรปเกือบทุกประเทศ<sup>8</sup>

อนึ่งเป็นที่เชื่อกันโดยทั่วไปว่า Feuerbach<sup>9</sup> ชาวเยอรมัน เป็นผู้นำหลักการที่ว่า การลงโทษจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ มาบัญญัติไว้ใน Lehrbuch des peinlichen Rechts (1801) ด้วยวลีที่ว่า "Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali." เป็นครั้งแรก<sup>10</sup> ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า "No crime nor punishment without law" "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย" ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "หลักไม่มีโทษไม่มีกฎหมาย"

<sup>7</sup>Ibid., p.12,21.

<sup>8</sup>Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, 2 nd ed. (New York : The Bobbs Merill Company Inc., 1960), pp. 32-34.

<sup>9</sup>Feuerbach (1775-1833) เป็นผู้รวบรวมแนวความคิดเสรีนิยมทางการเมือง (political liberalism) เข้ากับนโยบายทางอาญา (penal policy) และเป็นบุคคลหนึ่งที่มีส่วนในการสร้างหลักความชอบด้วยกฎหมาย (The Principle of Legality)

อ้างอิงใน อุดุลย์ อุดมผล, ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการตีความกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 38.

<sup>10</sup>แม้ว่าหลักการดังกล่าวจะเขียนเป็นภาษาละติน แต่ถ้อยคำนี้ก็เกิดขึ้นในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 นี้เอง

ดู Hall, General Principle of Criminal Law, pp. 28, 33-35.

อย่างไรก็ตาม ก็ยังปรากฏว่ามีการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่คำนึงถึงหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายอยู่บ้าง ดังจะเห็นได้จากในปี ค.ศ. 1835 ซึ่งเป็นยุคที่นาซีปกครองประเทศเยอรมันภายใต้แนวความคิดลัทธิสังคมนิยม (National Socialist Revolution) ได้มีการออกกฎหมายฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1835 ความว่า "ผู้ใดกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้ หรือซึ่งสมควรจะถูกลงโทษตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และตามความรู้สึกอันดีงามของประชาชน ผู้ซึ่งจะต้องถูกลงโทษ" และในส่วนของ การลงโทษบัญญัติว่า "หากไม่มีโทษอาญาที่แน่นอนสำหรับใช้ในกรณีดังกล่าว ให้ลงโทษตามกฎหมายหรือตามความผิดขั้นพื้นฐาน ซึ่งเหมาะสมกับการกระทำอย่างมากที่สุด"<sup>11</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎหมายนาซีฉบับดังกล่าว ยอมให้ศาลลงโทษบุคคลได้ แม้การกระทำนั้น จะไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด การบังคับใช้กฎหมายนาซีนี้ จึงขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย และมีผลกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนมากจนกระทั่งต้องกลับมายอมรับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายในปี ค.ศ. 1946<sup>12</sup>

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้ ถือว่าเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (One of the basic guarantees of the Rule of Law)<sup>13</sup> เป็นหลักประกันที่สำคัญของกฎหมายอาญา ดังที่ Professor Frans von Liszt เรียกว่า เป็น

<sup>11</sup> อ้างถึงใน เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 20.

<sup>12</sup> K. Neumann, Manual of German Law Vol. 2 (London : Her Majesty's Stationary Office, 1952), p. 76.

<sup>13</sup> Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway (London : Sweet & Maxwell Limited, 1965), p. 97.

"ธรรมนูญของอาชญากร" (Magna Charta des Verbrechers)<sup>14</sup> และเป็นที่ยอมรับทั้งในรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ ตลอดจนในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอีกด้วย<sup>15</sup>

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้ยอมรับหลัก ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 ความว่า

"บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่จะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

และในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญา ก็ได้บัญญัติหลัก ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายไว้ ในมาตรา 2 ความว่า

"บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 ฉบับปัจจุบันก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 26 ด้วยว่า

"บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะ ได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่จะทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่จะทำผิดมิได้"

<sup>14</sup> คณิต ฌ นคร, "หลักประกันในกฎหมายอาญา", หน้า 52.

<sup>15</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งประกาศใช้โดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1948 มาตรา 11 (2) บัญญัติว่า

"No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed."

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ ย่อมมีผลในทางกฎหมายเป็นการรับรองว่ารัฐ ไม่อาจออกกฎหมายใด ๆ มาลบล้างหลักการในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะ เท่ากับเป็นการล้างหลักการของรัฐธรรมนูญนั่นเอง บทบัญญัติมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ และ มาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน โดยมีสาระสำคัญ 4 ประการดังจะ ได้กล่าวต่อไป

### 2.1.2 สาระสำคัญของหลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมาย

เนื่องจากหลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมายนี้ อยู่บนพื้นฐานที่ว่า กฎหมายที่ออกโดย ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเพียงสิ่งเดียวที่จะกำหนดว่า การกระทำใดถือ เป็นความผิดที่ต้องรับโทษ อีกทั้ง เป็นหลักประกันว่า บุคคลจะ ไม่ต้องรับโทษหาก เขามีได้ก้าวล่วงล้ำขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้ หากกฎหมายอาญาเปรียบเสมือนเครื่องหมายที่กำหนดขอบเขตสิทธิเสรีภาพของบุคคล แล้ว หลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมายนี้ ก็เสมือนเป็นเครื่องมือจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐใน การดำเนินคดีและลงโทษบุคคล โดยมีสาระสำคัญ 4 ประการดังนี้

- ก. กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน
- ข. การลงโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีจะกระทำมิได้
- ค. การลงโทษโดยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะกระทำมิได้
- ง. กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ

- ก. กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หลัก ไม่มีโทษ โดย ไม่มีกฎหมาย เป็นหลักการที่มุ่งขึ้น เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้น การบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีความ ชัดเจนและแน่นอน เพื่อให้บุคคลได้ทราบล่วงหน้าว่า การกระทำหรือตวัณกระทำอย่างไรจึงจะ เป็นความผิดตามกฎหมาย และจะต้องรับโทษอย่างไร

หลักเกณฑ์และรายละเอียดของหลักการที่ว่า "กฎหมายอาญาต้องมีความ ชัดเจนแน่นอน" นี้จะ ได้กล่าวโดยละเอียดในหัวข้อ 2.2

ข. การลงโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีจะกระทำมิได้

กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชน จนเป็นที่ยอมรับกัน<sup>16</sup> แต่โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีมิได้เกิดจากการบัญญัติ จึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา<sup>17</sup> เพื่อลงโทษบุคคล คือ ไม่อาจใช้กฎหมายจารีตประเพณีในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม กฎหมายจารีตประเพณีสามารถนำมาใช้ได้ ในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด โดยถือเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย เช่น กรณีที่ตามมาตราลงโทษบุตรตามสมควร การชกมวย หรือการเล่นกีฬาที่ถูกต้องกติกานั้น<sup>18</sup>

ค. การลงโทษโดยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างอื่นจะกระทำมิได้

หลักการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างอื่น ซึ่งเรียกว่า "Analogy" หมายถึง การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน<sup>19</sup> หลักนี้สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในทางกฎหมายแพ่งดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ความว่า

"อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใด ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

และถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างอื่น และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วยซ้ำ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป"

<sup>16</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 21.

<sup>17</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532) หน้า 5.

<sup>18</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 207-208.

<sup>19</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป.



แต่สำหรับกฎหมายอาญานั้นถือว่า การกระทำใดที่เห็นความผิดอาญาและต้องรับโทษ จะต้องได้รับการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ การกระทำใดที่มีได้รับการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แม้โดยลักษณะจะมีความใกล้เคียงกับการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ ก็ให้นำเอาบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างหนึ่งมาใช้บังคับกับกรณีของการกระทำนั้นไม่ได้<sup>20</sup> การใช้กฎหมายอาญาจึงแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง แต่อย่างไรก็ดี หลักการที่ห้ามช่องว่างของกฎหมายอาญาโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างหนึ่ง ต้องห้ามเฉพาะการใช้ในทางที่เป็นโทษแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น แต่ถ้าใช้ในทางที่เป็นคุณแล้ว ย่อมกระทำได้ เช่น เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนผ่อนโทษ เป็นต้น

และยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ กฎหมายอาญานั้นห้ามเฉพาะการใช้บทบัญญัติที่ใกล้เคียง (Analogy) ในทางที่เป็นโทษ แต่ไม่ห้ามการตีความโดยขยายความ (extensive interpretation) ซึ่งสองกรณีนี้มีความแตกต่างกัน คือ ในกรณีของการตีความโดยขยายความนั้น บทกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มีอยู่แล้ว เป็นแต่ว่าบัญญัติไว้ไม่กว้างพอ ทำให้ไม่ครอบคลุมโดยชัดแจ้งถึงกรณีที่จะคลุมถึงและซึ่งตามเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ประสงค์จะให้ไปเช่นนั้น ส่วนการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงนั้น เป็นเรื่องกฎหมายในเรื่องนั้น ไม่ได้บัญญัติไว้เลย ไม่ว่าจะตีความขยายไปกว้างไกลแค่ไหนก็ตาม การที่กฎหมายอาญาอนุญาตตีความโดยขยายความนั้น เพราะเหตุว่าเป็นการยากที่จะกะเกณฑ์คาดการณ์และเล็งเห็นกรณีต่าง ๆ ได้ล่วงหน้าทุกอย่าง ดังนั้น โดยเจตนารมณ์หรือวิญญานของกฎหมายแล้ว หากประสงค์ให้บทบัญญัติที่หนึ่งเผลออย่างแท้จริงสมดังที่ผู้ร่างปรารถนาแล้ว ก็คงต้องยอมให้มีการตีความโดยขยายความได้แม้ในกรณีกฎหมายที่โทษทางอาญา เนื่องจากการตีความโดยขยายความนั้น ไม่ได้เปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัติหนึ่ง ๆ แต่อย่างใด หากเป็นเพียงการทำให้ความหมายที่ขาดไปกลับสมบูรณ์สมตามเจตนาของผู้ร่างเท่านั้น<sup>21</sup> ซึ่งในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

<sup>20</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 6.

<sup>21</sup> อักษราธร จุฬารัตน์, "หลักทั่วไปของการตีความในกฎหมายอาญา",

.... ไม่หมายความว่า ศาลต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นเธรตรง การแปลโดยเคร่งครัด อาจทำให้ต้องตีความโดยขยายในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่การห้ามมิให้ศาลขยายความตามใจชอบเท่านั้น แต่ถ้าการตีความโดยขยายความเป็นแต่การตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้...  
.... การขีดเส้นระหว่างการเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและการตีความในกฎหมาย ไม่ใช่สิ่งที่ย่างยาก และกรณีเดียวกัน ศาลแห่งประเทศต่าง ๆ ก็วินิจฉัยคดีผิดเพี้ยนกัน โดยบางศาลเห็นว่าเป็นการตีความ บางศาลเห็นว่าเป็นการเทียบที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง...<sup>22</sup>

ตัวอย่างในเรื่องนี้อาจเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 ซึ่งวินิจฉัยว่า การลักกระแสน้ำไฟฟ้าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ทั้งนี้โดยการตีความขยายคำว่า "ทรัพย์สิน" ตามมาตรา 334 ให้รวมทั้ง "ทรัพย์สินสิ้น" ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม มีความเห็นทางกฎหมายอีกทางหนึ่งว่า กรณีดังกล่าวมิใช่การตีความโดยขยาย แต่เป็นการนำบทกฎหมายใกล้เคียง (Analogy) มาใช้ลงโทษแก่การกระทำซึ่งไม่ควรเป็นความผิด เพราะไม่มีกฎหมายห้าม คำพิพากษาศาลฎีกาจึงขัดต่อหลักการตามมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา<sup>23</sup>

<sup>22</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลกิจ, 2495), หน้า 170-171.

<sup>23</sup> ไพรอดู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 426. และคดี ณ นคร, "ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์" วารสารอัยการ 4(มกราคม 2524) : 81-86.

ในฝรั่งเศส ศาลถือว่าไฟฟ้าไม่ใช่วัตถุ แต่ถึงกระนั้นก็ยังลงโทษผู้ลักกระแสน้ำไฟฟ้าฐานลักทรัพย์ ในเยอรมัน ศาลเคยตัดสินว่า การลักกระแสน้ำไฟฟ้ามีใช้การลักทรัพย์ ต่อมาจึงได้มีการออกกฎหมายห้ามการลักกระแสน้ำไฟฟ้าโดยตรง การที่ศาลตีความอย่างแคบโดยยึดถือหลัก Nulla poena sine lege อย่างเคร่งครัดมากนั้นก็เพราะมุ่งจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งในเยอรมันเองก็เคยมีผู้คัดค้านการตีความอย่างแคบของศาลที่มุ่งถึงแต่ตัวอักษรของกฎหมายมากเกินไป ถึงขนาดที่มีการออกกฎหมายฉบับวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ.1935 ยกเลิกหลัก Nullum crimen nulla poena sine lege ไปครึ่งหนึ่งแล้ว แต่ปัจจุบันหลักนี้ก็ปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาของเยอรมันเช่นเดิม ไพรอดู เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 24.

ในสหรัฐอเมริกา การนำบทกฎหมายใกล้เคียงมาใช้ลงโทษถือว่าเป็น การขัดต่อหลัก Due Process of Law ซึ่งบัญญัติรับรองหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 ในคดี Bouie V. Columbia, ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า การนำบทบัญญัติ ของกฎหมายที่ว่า "ผู้ใดเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น ทั้ง ๆ ที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองห้ามมิให้เข้า" มาใช้กับกรณีจำเลยเข้าไปในสถานที่ซึ่งในขณะที่เข้าเจ้าของสถานที่ไม่ห้าม แต่ห้ามหลังจากเข้าไป แล้วโดยไม่ยอมออกไม่ได้ จำเลยในคดีนี้เป็นคนผิวดำได้เข้าไปร้านขายของแห่งหนึ่ง โดยขณะที่ เข้าไปนั้น เจ้าของไม่ห้าม แต่จำเลยได้เข้าไปนั่งอยู่ในบริเวณที่ขายอาหารและไม่ยอมออก ทั้ง ๆ ที่เจ้าของได้ให้ออก ศาลสูงของสหรัฐตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิดตามกฎหมายดังกล่าว การที่ศาล ล่างนำบทกฎหมายใกล้เคียงมาใช้ลงโทษแก่จำเลยจึงเป็นการขัดต่อหลัก Due Process of Law เพราะจำเลยไม่มีทางรู้ได้เลยว่า การกระทำของตนเป็นความผิด

ในสหภาพโซเวียต ได้เคยนำหลักการเทียบเคียงกฎหมายมาใช้ใน กฎหมายอาญา โดยยอมให้ศาลลงโทษโดยใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แต่ภายหลังการปฏิวัติ รัสเซีย ก็มีความเห็นว่า การอุดช่องว่างของกฎหมายด้วยวิธีดังกล่าว เป็นการยืดหยุ่นกฎหมายอย่าง อันตรายยิ่ง จึงได้ยกเลิกบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไปในปี ค.ศ. 1958 และในปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับว่า จะลง โทษการกระทำใดต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ลงโทษได้<sup>24</sup>

ง. กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ

หลักเกณฑ์ที่ว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (ex post facto) นี้ เป็นที่ยอมรับมาเป็นเวลานานแล้ว ดังจะเห็นได้จากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า "Nova constitutio furturis formam imponere debet non praeteritis" ซึ่งหมายความว่า กฎหมายใหม่ ต้องใช้บังคับแต่การที่จะได้กระทำลงในอนาคต หากใช้บังคับถึงการที่ได้กระทำมาแล้วในอดีตก่อน ใช้กฎหมายใหม่นั้นไม่ กล่าวคือ โดยหลักทั่วไปแล้ว กฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับเป็นการทั่วไป

<sup>24</sup>Glanville Williams, Criminal Law and the General Part (London : Stewen & Sons Limited, 1961), P. 577

ตั้งแต่วันเริ่มใช้จนถึงวันยกเลิก จะนำกฎหมายมาใช้บังคับแต่เหตุการณ์หรือการกระทำอันได้เกิดขึ้น หรือกระทำขึ้นในขณะที่กำลังใช้กฎหมายนั้นอยู่ แต่ไม่ใช่บังคับแก่เหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนวันใช้กฎหมายนั้นหรือเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ยกเลิกกฎหมายแล้ว<sup>25</sup>

การนำหลักเกณฑ์ข้อนี้มาใช้ในกฎหมายอาญาเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรมโดยเหตุผลที่ว่า บุคคลควรมีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่า การกระทำอย่างไรเป็นความผิดอาญา และโทษที่จะลงแก่การกระทำความผิดนั้นเป็นเช่นไร ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ศาสตราจารย์ เอกุต์ ได้อธิบายไว้ดังนี้

หลักนี้มีเหตุผลสนับสนุนได้ง่าย ทั้งนี้เพราะเหตุว่าในทางอาญากฎหมายได้ระบุงการกระทำต่าง ๆ ที่ห้ามไว้ และเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะถือว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่กฎหมายไม่ห้ามไว้แล้วย่อมทำได้ เพราะฉะนั้นถ้าบุคคลใดได้เชื่อโดยสุจริตกระทำการใด ๆ ลงไปโดยเชื่อว่ามีอำนาจกระทำได้แล้วบุคคลนั้นหาควรถูกฟ้องร้องเพราะเหตุที่กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปไม่จริงอยู่ที่น่าเสียดายอยู่ว่า โดยวิธีนี้ ผู้ร้ายบางคน อาจหลุดพ้นจากโทษซึ่งใช้ลงแก่ผู้ร้ายที่ทำผิดเช่นเดียวกันในกาลต่อมาไม่นานนัก แต่ถ้าให้ลงโทษได้แล้วจะมีอุปสรรคมากยิ่งขึ้นอีก ทั้งนี้เพราะถ้าให้ลงโทษได้เสรีภาพจะไม่มีเลย ถ้าบุคคลใดอาจถูกจับเพราะได้กระทำการอันกฎหมายที่ออกมาภายหลังที่ได้กระทำการนั้นบัญญัติว่าผิด และถ้าศาลอาจลงโทษโดยอาศัยกฎหมายนั้นแล้ว ราษฎรจะไม่แน่ใจเลยว่าการใด ๆ อันตนได้กระทำไปนั้นจะเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จริงอยู่ที่การกระทำบางอย่างน่าจะหวังหวังว่ากฎหมายคงจะต้องห้าม แต่ด้วยความผิดเป็นอันมากซึ่งไม่กระทบกระเทือนความรู้สึกลงในศีลธรรมและความยุติธรรมของปวงชนเท่าใด บุคคลจะละเว้นไม่กระทำก็เฉพาะเมื่อกฎหมายห้ามไว้เท่านั้น เช่น การขโมย เป็นต้น แต่เมื่อไม่มีกฎหมายประกาศใช้อยู่ในขณะนั้นแล้วใครจะไปรู้ก่อนอย่างไร<sup>26</sup>

<sup>25</sup> รายละเอียดโปรดดู ประภาพรรณ อุดมจรรยา, กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), หน้า 3.

<sup>26</sup> เอกุต์, กฎหมายอาญา, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), หน้า 69-70.

จากหลักเกณฑ์ที่ว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษนี้ อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการคือ

1. หากในขณะที่กระทำการใด ๆ ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ต่อมาจะออกกฎหมายใหม่ผลย้อนหลังโดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดมิได้
2. หากในขณะที่กระทำการใด ๆ มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ต่อมาจะออกกฎหมายใหม่ผลย้อนหลังโดยเพิ่มโทษของการกระทำความผิดดังกล่าวให้หนักขึ้นมิได้

อย่างไรก็ดี การห้ามมิให้ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังนั้น เป็นการต้องห้ามเฉพาะการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังในทางที่เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ไม่ต้องห้ามในกรณีที่นำกฎหมายอาญาที่ออกในภายหลังมาใช้ย้อนหลังในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจพิจารณาได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้ คือ

1. กรณีที่กฎหมายอาญาซึ่งใช้บังคับในภายหลังถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด
  2. กรณีที่การกระทำนั้นยังคงเป็นความผิดตามกฎหมายซึ่งใช้บังคับในภายหลัง แต่บทบัญญัติในส่วนโทษที่บัญญัติขึ้นใหม่นั้นเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่า เช่น ประเภทของโทษเบากว่า อัตราโทษเบากว่า เป็นต้น
  3. กรณีที่กฎหมายซึ่งใช้บังคับในภายหลัง กำหนดความรับผิดในทางอาญาน้อยกว่าเดิม เช่น กำหนดเงื่อนไขในการฟ้องร้องเข้มงวดกว่า กำหนดอายุความสั้นกว่า เป็นต้น
- นอกจากการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังจะกระทำได้ในกรณีที่เป็นอย่างที่กล่าวมาแล้ว การใช้กฎหมายอาญาใหม่ผลย้อนหลังยังอาจกระทำได้ในลักษณะอื่น ๆ เช่น กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อการตีความถ้อยคำหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้ใช้บังคับอยู่ก่อนแล้ว กฎหมายที่กำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัย กฎหมายวิสามัญ และบทบัญญัติพิเศษตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

จากสาระสำคัญของ 4 ประการ ของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งมีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงขอบเขตของอำนาจรัฐที่มีต่อบุคคลในรัฐ จึงทำให้หลักไม่มีโทษไม่มีกฎหมายนี้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งมีความสำคัญยิ่ง และเสมือนเป็นหัวใจของกฎหมายอาญาทีเดียว

## 2.2 หลักเกณฑ์ที่ว่า "กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน"

จากหลักการที่ว่า จะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด มีผลอยู่ในตัวเองว่า กฎหมายที่กำหนดความผิดเช่นนั้นจะต้องบัญญัติโดยแจ้งว่า การกระทำอย่างใดเป็นความผิด<sup>27</sup> ด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาจึงต้องการความชัดเจนแน่นอนของถ้อยคำมากที่สุด

เหตุผลในการบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนแน่นอนนี้ ก็เพื่อให้บุคคลผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย ได้มีโอกาสทราบล่วงหน้าว่า การกระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างใดมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าบุคคลไม่อาจทราบได้ล่วงหน้าว่า การกระทำหรืองดเว้นกระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบทกฎหมายมีความคลุมเครือจนไม่อาจเข้าใจได้แล้ว หากมีการบังคับใช้กฎหมายในกรณีนี้ บุคคลนั้นก็จะขัดข้องหรือมีความรู้สึกอันเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ นอกจากนั้นการที่รัฐไม่ยอมให้บุคคลอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัว<sup>28</sup> ก็ย่อมเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องออกกฎหมายที่ชัดเจน ไม่คลุมเครือ เพื่อให้ประชาชนสามารถทราบได้ทันทีว่า กฎหมายกำหนดว่าการกระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างใดเป็นความผิด เพราะหากกฎหมายคลุมเครือก็ย่อมไม่เป็นธรรมที่รัฐจะไม่ยอมให้บุคคลยกเอาความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัว<sup>29</sup>

และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ หากกฎหมายอาญามีความแน่นอนพอควรแล้วก็จะเป็นการลดการใช้กฎหมายโดยเลือกปฏิบัติและโดยอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐลงได้บ้าง<sup>30</sup>

<sup>27</sup> จตติ ตังศภัทย์, "การตีความกฎหมายอาญา" วารสารนิติศาสตร์ 14 (ธันวาคม 2527): 50. (จากการอภิปราย ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2527).

<sup>28</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 บัญญัติว่า

"บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้..."

<sup>29</sup> เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 20.

<sup>30</sup> Wayne R. La Fave and Rustin W. Scott, Handbook on Criminal Law (Minnesota : West Publishing Co., 1972), p. 87-88.

โดยมีใหม่ โอกาสใช้ดุลพินิจโดยไม่จำกัด ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่า สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนภายในขอบเขตเท่าใด

ในเรื่องขอบเขตความหมายของถ้อยคำที่ใช้ขึ้น แม้ว่าในทางภาษาศาสตร์และในความเป็นจริงจะต้องยอมรับว่า การใช้ภาษาและถ้อยคำในการสื่อสารนั้น ไม่อาจหาความแน่นอนได้ในทุกกรณี หากแต่ในทางนิติศาสตร์ซึ่งการวินิจฉัยบรรทัดฐานขึ้นอยู่กับขอบเขตความหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างขอบเขตความหมายของถ้อยคำใหม่ความแน่ชัดที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ โดยเฉพาะในทางกฎหมายอาญา ซึ่งข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายเข้มงวดยิ่งกว่ากฎหมายอื่นใด ก็ยังมีความจำเป็นในการสร้างและค้นหาขอบเขตของถ้อยคำมากยิ่งขึ้น

### 2.2.1 ลักษณะการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมาย

การบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ<sup>31</sup>

ก. การบัญญัติองค์ประกอบของความผิดที่เป็นการพรรณาลักษณะ

(deskriptive Tatbestandsmerkmal)

การบัญญัติองค์ประกอบลักษณะนี้สามารถเข้าใจได้โดยตรงจากความนึกคิด ประสบการณ์แห่งชีวิต หรือลักษณะที่แสดงออกของสิ่งนั้น เช่น บทบัญญัติที่ว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่น คำว่า เวลากลางคืน หรือบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับอายุ เป็นต้น

ข. การบัญญัติองค์ประกอบของความผิดในทางปทัสสถาน (normatives

Tatbestandsmerkmal)

เป็นการบัญญัติด้วยถ้อยคำที่ผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างกว้างในการวินิจฉัยโดยยึดถือหลักเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เช่น คำว่า ประมาท อนาจาร สิ่งลามก เป็นต้น

<sup>31</sup> คณิต ฌ นคร, "หลักประกันในกฎหมายอาญา", หน้า 54.

โดยหลักของการบัญญัติกฎหมายแล้ว ควรหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่จะทำให้การตัดสินใจขึ้นอยู่กับความรู้สึกที่เป็นอัตวิสัย (subjective) และอำเภอใจของผู้พิจารณาคดี แต่ทั้งนี้ การที่จะเลือกใช้ถ้อยคำในกฎหมายใหม่ขอบเขตที่ชัดเจนและแน่นอนในทุกกรณีนั้น ย่อมไม่อาจเป็นไปได้ อุปสรรคอย่างหนึ่งก็คือ ข้อจำกัดความสามารถในการใช้ภาษาและถ้อยคำ ด้วยเหตุที่มีถ้อยคำไม่มากนักที่จะแสดงความหมายได้อย่างเฉพาะเจาะจง และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ ผู้ออกกฎหมายไม่สามารถคาดเดาล่วงหน้าถึงสภาพการณ์ที่จะให้อยู่ภายในขอบเขตความหมายของถ้อยคำนั้นได้ทั้งหมด<sup>32</sup> ดังนั้น การสนองตอบข้อเรียกร้องตามหลักเกณฑ์ที่ว่า "กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน" นั้น จึงอาจทำได้เพียงบัญญัติกฎหมายใหม่มีความชัดเจนแน่นอนพอสมควร (reasonably definite)<sup>33</sup> เท่านั้น

## 2.2.2 หลักการและแนวความคิด เรื่องความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย

### ก. หลัก Fair Warning

จากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปได้ก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องสร้างหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองปัจเจกชน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่สำหรับประเทศอังกฤษในระยะเวลาอันระบบสังคม เศรษฐกิจและการเมืองมีความเจริญมากกว่าประเทศในภาคพื้นยุโรป รัฐบาลภายใต้กฎหมายของอังกฤษมีรากฐานมาจากจารีตประเพณีอันเก่าแก่ อีกทั้งมี Magna Charta เป็นข้อจำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์ และมีหลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นเครื่องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน บทบาทศาลคอมมอนลอว์ ของอังกฤษจึงมีอิสระในการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนต่างจากศาลของประเทศภาคพื้นยุโรปในยุคเดียวกันนั้น

มาตรการที่ใกล้เคียงกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ที่ศาลคอมมอนลอว์ของอังกฤษใช้ในการคุ้มครองประชาชน คือ การห้ามฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายเป็นพิเศษ

<sup>32</sup> La Fave and Scott, Handbook on Criminal Law, p. 84.

<sup>33</sup> Ibid., p. 83.



เพื่อบังคับโทษการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีต (prohibited Bill of Attainder) และหลักการตีความโดยห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง นอกจากนี้หลักการตีความกฎหมายอาญาลักษณะอักษรโดยเคร่งครัด (The rule of strict construction of penal statutes) ก็เป็นหลักที่ศาลคอมมอนลอว์ (Common Law) สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของจำเลยในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18<sup>34</sup>

หลักการตีความโดยเคร่งครัดได้รับการปรับปรุงเรื่อยมาจนแปรเปลี่ยนไปจากเดิมบ้าง เนื่องจากความเห็นที่ว่า ระดับของการตีความโดยเคร่งครัดนั้นจะต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ที่แสดงออกโดยชัดแจ้งของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>35</sup> ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยหลักการตีความโดยเคร่งครัดในปัจจุบันจึงเพียงพอแต่ถือว่า บุคคลควรจะได้รับเตือนก่อนว่าการกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมายและจะต้องรับโทษเพียงใด ซึ่งเรียกว่าหลัก Fair Warning<sup>36</sup>

ในสหรัฐอเมริกา มีการห้ามลงโทษโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (Analogy) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักการตีความโดยเคร่งครัด แต่ก็ยังไม่อาจให้ความคุ้มครองได้เพียงพอ จึงได้เกิดข้อเรียกร้องอีกประการหนึ่งตั้งที่ศาลสูงสหรัฐกล่าวไว้ว่า "...ไม่มีบุคคลใดปรารถนาจะให้อชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินของตนตกอยู่ในภาวะอันตรายเนื่องจากการเสี่ยงคาด

<sup>34</sup>Pomoraki, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, pp. 16-20.

<sup>35</sup>หลักการตีความโดยเคร่งครัดมิได้ต้องการให้ตีความกฎหมายอาญาลักษณะอักษรในความหมายที่แคบที่สุด (narrowest meaning) เท่าที่ความหมายของคำจะเป็นได้ แต่ควรจะเป็นความถ้อยคำในกฎหมายด้วยความหมายที่เหมาะสมหรือความหมายธรรมดา (reasonable or common sense) ที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมาย โดยเพียงแต่หลีกเลี่ยงการสร้างอาญาขึ้นใหม่โดยการตีความ (creation of penalites by construction)

โปรดดู Sutherland, Statutes and Statutory Construction, Vol 3, pp. 56-58.

<sup>36</sup>La Fave and Scott., Handbook on Criminal Law p. 72.

เดาความหมายของกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงจำเป็นที่กฎหมายอาญาจะต้องแสดงออก ให้ชัดเจนถึง สิ่งที่รัฐต้องการให้กระทำและสิ่งที่ห้ามกระทำ"<sup>37</sup> ซึ่งก็คือหลัก Fair Warning นั่นเอง

ข้อเรียกร้องตามหลัก Fair Warning ก็คือ รัฐจะต้องให้บุคคลมี โอกาสหลีกเลี่ยงการกระทำความผิด โดยจะต้องมีการเตือนล่วงหน้าด้วยบทกฎหมายที่ชัดเจน เพื่อให้ บุคคลทราบถึงข้อห้ามที่รัฐกำหนดไว้ หากไม่มีการเตือนที่ชัดเจนแล้ว การลงโทษของรัฐก็ย่อมเป็น การทำลายหลักความยุติธรรมขั้นมูลฐาน<sup>38</sup> ด้วยเหตุนี้ สำคัญของหลัก Fair Warning จึง สอดคล้องและสนับสนุนหลักการที่ว่า กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั่นเอง

#### ข. ระดับความชัดเจนของถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมาย

จากหลัก Fair Warning อาจก่อให้เกิดคำถามขึ้นได้ว่า อย่างไรก็ตาม อย่างไรจึง จะถือว่าเป็นการเตือนล่วงหน้าโดยชัดเจน ในเรื่องนี้ Justice Holmes ได้กล่าวไว้กว้าง ๆ ในคดี MeBoyle v. U.S. เมื่อปีค.ศ. 1931 ว่า "...แม้จะเป็นไปไม่ได้ที่ว่าอาชญากรจะอ่าน ตัวบทกฎหมายอย่างละเอียดก่อนที่จะทำการฆาตกรรมหรือลักทรัพย์ แต่ก็เป็นการสมควรที่การเตือน ล่วงหน้านั้น จะต้องใช้ถ้อยคำที่คนทั่วไปสามารถเข้าใจได้..."<sup>39</sup>

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับหลัก Fair Warning นี้แล้ว ศาลยังประสบปัญหา ในเรื่องระดับความชัดเจนของถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีที่กฎหมายไม่ ชัดเจน (vague) จนไม่สามารถทราบได้ว่ากฎหมายนั้นบัญญัติห้ามการกระทำอย่างไร ใน คริสต์ศตวรรษที่ 19 ศาลสูงสหรัฐได้แก้ปัญหาโดยการตัดสินว่าบทกฎหมายที่ไม่ชัดเจน (vague) นั้น ไม่มีผลใช้บังคับ และต่อมาในตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 แนวปฏิบัติดังกล่าว ได้ถูกรับรองเป็น หลักเกณฑ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเรียกว่า "หลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ ไม่ชัดเจน" (The Void for Vagueness Doctrine) และตั้งแต่ปีค.ศ. 1914 ศาลสูงสหรัฐ ได้ถือเสมอมาว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยสหรัฐหรือมลรัฐ หากกำหนดความผิดอาญาไว้

<sup>37</sup> La Fave and Scott, Handbook on Criminal Law, p. 84.

<sup>38</sup> Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, pp. 81-82.

<sup>39</sup> La Fave and Scott, Handbook on Criminal Law, p. 72.

อย่างไม่ชัดเจน (Vaguely) แล้ว ถือว่าขัดต่อหลักนิติธรรม (Due Process) และถือว่าเป็น การขัดต่อรัฐธรรมนูญ และด้วยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินให้กฎหมายที่ไม่ชัดเจน นั้น เป็นโมฆะ และต้องยกเลิกกระบวนการพิจารณาคดีนั้นทั้งหมด<sup>40</sup>

การตัดสินให้กฎหมายที่ขาดความชัดเจน เป็นโมฆะนั้นเนื่องมาจากเหตุผล ที่ว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจนนั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเตือนล่วงหน้าตามหลัก Fair Warning และเหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ กฎหมายที่ไม่ชัดเจนนั้น ไม่อาจกำหนดกฎเกณฑ์หรือ บรรทัดฐานในการบังคับใช้ และจะเป็นผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กฎหมายตามดุลพินิจของตนเอง และหากเป็นเช่นนั้นแล้วการละเมิดกฎหมายย่อมเกิดขึ้นอย่างแน่นอน<sup>41</sup>

อย่างไรก็ดี อาจจะมีคำถามโต้แย้งกันอยู่มากระหว่างกฎหมายที่ไม่ชัดเจน (vague) ซึ่งถือว่าละเมิดหลักนิติธรรม (Due Process) กับกฎหมายที่เพียงแต่มีความเคลือบคลุม (ambiguous) ซึ่งในกรณีหลังนั้นถือว่ากฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับ หากแต่ต้องใช้ในความหมาย อย่างแคบ (narrower meaning)<sup>42</sup> แม้ว่าในทางปฏิบัติจะไม่สามารถกำหนดขอบเขตที่แน่ชัด ระหว่างความเคลือบคลุมนกับความไม่ชัดเจนของกฎหมายได้ แต่การพิจารณาหลัก Fair Warning อาจนำมาใช้ในกรณีนี้ได้ กล่าวคือ ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายนั้นค่อนข้างไม่แน่นอน (uncertain) แต่บุคคลผู้อยู่ใต้กฎหมายอาจเล็งเห็นได้ (แม้โดยอาศัยคำอธิบายทางกฎหมาย) ว่าอย่างไรคือขอบ เขตของกฎหมายนั้น ก็อาจถือได้ว่าถ้อยคำที่เคลือบคลุมนั้นเป็นการเตือนที่ชอบธรรมและเพียงพอ แล้วสำหรับการตีความและการบังคับใช้กฎหมายนั้น แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าถ้อยคำนั้นไม่ชัดเจน จนกระทั่งไม่อาจเล็งเห็นความหมายของถ้อยคำนั้น ก็น่าจะถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่ชัดเจน (vague) จนถึงขนาดที่เป็นโมฆะ<sup>43</sup>

<sup>40</sup> แต่ศาลอังกฤษ ไม่มีอำนาจตัดสินว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ คงมีอำนาจ เพียงตีความอย่างจำกัด (restrictively) เท่านั้น

ดู Williams, Criminal Law and the General Part, p. 578.

<sup>41</sup> Pomoraki, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, pp. 84-85.

<sup>42</sup> Hall, General Principles of Criminal Law, pp. 41-42.

<sup>43</sup> La Fave and Scoot, Handbook on Criminal Law, p. 87.

นอกจากนี้แล้ว ในเรื่องความไม่ชัดเจน (vague) ของกฎหมายเอง ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่จะชี้ชัดว่า ความไม่ชัดเจนนี้มีมากถึงระดับที่ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะหรือไม่ ในปีค.ศ. 1926 ศาลสูงสหรัฐได้พยายามวางแนวทางในเรื่องความไม่ชัดเจนไว้ในคดี Connally v. General Construction Company ว่า "...กฎหมายหลายลักษณะมักกษรซึ่งกำหนดข้อห้ามหรืออนุญาตให้กระทำการใด โดยมีความไม่ชัดเจน (vague) ถึงขนาดที่บุคคลที่มีสติปัญญาในระดับสามัญ (men of common intelligence) ต้องเดาความหมายและความแตกต่างในการบังคับใช้ กฎหมายนี้ย่อมขัดต่อสาระสำคัญของหลักนิติธรรม (Due Process)" และหลักการพื้นฐานที่ศาลสูงสหรัฐใช้ในการพิจารณาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็คือ ประการที่หนึ่ง พิจารณาว่า กฎหมายนั้นได้ให้การเตือนตามหลัก Fair Warning แก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายนั้นหรือไม่ ประการที่สองกฎหมายนั้นสามารถป้องกันการใช้ดุลพินิจและการเลือกปฏิบัติของผู้ใช้กฎหมายได้หรือไม่ และประการที่สาม กฎหมายนั้นได้ให้ความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>44</sup>

คดีตัวอย่างที่ศาลสูงสหรัฐตัดสินให้กฎหมายเป็นโมฆะเพราะความไม่ชัดเจนได้แก่ คดี Lanzetta v. New Jersey ปี ค.ศ. 1939 ซึ่งกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์กำหนดว่า บุคคลใดที่มีได้ประกอบอาชีพสุจริตใด ๆ โดยบุคคลนั้นเคยถูกตัดสินว่าได้กระทำอาชญากรรมมาก่อน และ "รู้ว่าเขาเป็นสมาชิกของแก๊งใด ๆ" (Known to be a member of any gang) "จะถือว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดขั้นนอกจรรยา (felony) ศาลสูงของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ตัดสินให้ Lanzetta มีความผิด โดยอ้างว่าความหมายของคำว่า "gang" นี้จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์โดยทั่วไปของกฎหมาย แต่ศาลสูงสหรัฐวินิจฉัยว่า คำว่า "gang" เป็นคำที่ไม่ชัดเจนและการที่บัญญัติว่า "รู้ว่าเขาเป็นสมาชิก" (known to be a member...) ก็ก่อให้เกิดข้อสงสัยได้ ศาลสูงสหรัฐจึงตัดสินว่าถ้อยคำของกฎหมายดังกล่าวไม่ชัดเจน ไม่จำกัดและไม่แน่นอน (vague, indefinite and uncertain) จนถึงขนาดขัดต่อหลักนิติธรรม (Due Process) ตามบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 14<sup>45</sup>

<sup>44</sup>Ibid, pp. 83-84.

<sup>45</sup>Hall, General Principles of Criminal Law, p. 42.

หลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน ไม่เพียงแต่จะใช้กับกรณีบทบัญญัติของกฎหมายขาดความชัดเจนเท่านั้น แต่ยังใช้ครอบคลุมถึงกรณีที่ยกย่องคำของกฎหมายมีความชัดเจน แต่มีการนำไปใช้ในความหมายที่กว้างมากจนกระทบกระเทือนถึงการกระทำที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วย เช่น กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการปราศรัย การชุมนุม และการพิมพ์ เป็นต้น<sup>46</sup>

อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นบางประการในเรื่องความชัดเจนของกฎหมายภายใต้หลัก Fair Warning และหลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน กล่าวคือ เนื่องจากประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์นั้น ความผิดอาญาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้ในปัจจุบันมีรากฐานมาจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่ใช้อยู่เดิม ฉะนั้น แม้ว่าถ้อยคำตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะใช้ถ้อยคำที่บุคคลทั่วไปอาจจะไม่เข้าใจ แต่ถ้าพิจารณาตามความหมายของกฎหมายจารีตประเพณีเดิมแล้ว ได้ความหมายที่ชัดเจน ก็จะไม่ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นชัดเจนเพียงพอและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกรณีกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพ โดยเฉพาะซึ่งบัญญัติโดยใช้ศัพท์ทางวิชาการซึ่งบุคคลโดยทั่วไปไม่อาจเข้าใจความหมายของศัพท์วิชาการเหล่านั้น ก็จะไม่ถือว่ากฎหมายเหล่านั้นไม่ชัดเจนแต่อย่างใด<sup>47</sup>

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดย่อมจะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายทั้งของไทยและต่างประเทศได้ให้ความสำคัญแก่การใช้ถ้อยคำในการบัญญัติกฎหมายให้มีความแน่ชัด ซึ่งแม้ว่าแต่ละระบบกฎหมายหรือแต่ละประเทศจะเลือกใช้หลักการหรือวิธีการที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) หลัก Fair Warning หรือหลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน (The Void of Vagueness Doctrine) แต่โดยสาระสำคัญของหลักการทั้งสามก็คือ การยอมรับในหลักเกณฑ์ที่ว่า "กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน" นั่นเอง

<sup>46</sup>Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, pp. 87-88.

<sup>47</sup>Ibid, p. 86.