

ไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย: สำรวจการปรับใช้ในกฎหมายระบบกฎหมาย Anglo-American

รณกรณ์ บุญมี*

“The criminal law is not there solely to tell police and judges what to do after someone offends, but also to tell citizens what not to do in advance”

Simester et al¹

บทคัดย่อ

ภาพแรกของหลัก *nullum crimen sine lege* อาจจะเป็นหลักที่เข้าใจง่าย สามารถปรับใช้ได้โดยตรงไปตรงมา แต่เมื่อศึกษาดูกลับพบว่าทั้งการปรับใช้และขอบเขตของหลักการดังกล่าวมีความสับสนอยู่พอสมควรทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ บทความนี้ทำการสำรวจตำราและคำพิพากษาทั้งของไทย อังกฤษและสหรัฐอเมริกาในฐานะตัวแทนกฎหมายในระบบ Anglo-American เพื่อที่จะได้เข้าใจถึงการปรับใช้หลักการดังกล่าวให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นอย่างที่เราจะเป็นตามหลักนิติรัฐและรัฐธรรมนูญ

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ A. P. Simester and others, Simester and Sullivan's Criminal law: Theory and Doctrine (5th edn, Hart 2013) 26.



Abstract

At first glance, *nullum crimen sine lege* seems to be a straightforward principle, except it is not. Its application is ambiguous. This is quite ironic considering it requires the criminal law to be clear and certain. This paper explores the application of the principle in both Thai and Anglo-American (through English and the US' s) legal systems. Its intention is to understand how to apply the principle fairly according to the rule of law and the constitution.

บทนำ

ภายในสามชั่วโมงแรกของการเรียนกฎหมายอาญา ผู้เขียนเชื่อว่านักศึกษากฎหมายต้องเคยได้ยินประโยคที่ว่า *nullum crimen sine lege* หรือ “ไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย”² หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาและถูกเรียกว่า “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา”³ หรือ “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁴ โดยมีการอธิบายถึงหลักดังกล่าวในฐานะหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญามาตั้งแต่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา⁵ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 7⁶ เรื่อยมาจนถึงปัจจุบันที่คำอธิบายกฎหมายอาญาที่ได้มาตรฐานทุกเล่มก็กล่าวถึงหลักการนี้⁷ นอกจากนั้นทั้งรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายอาญาก็บัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้ในมาตรา 29 และมาตรา 2 ตามลำดับ

หลักการดังกล่าวไม่ได้มีปรากฏอยู่เฉพาะในกฎหมายอาญาของไทยเท่านั้น หากแต่ได้รับการรับรองไว้โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ข้อ 15 ประกอบข้อ 4 (2) ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอันสำคัญถึงขนาดไม่อาจละเมิดหรือละเว้นได้ แม้จะอยู่ภายใต้สภาวะฉุกเฉินก็ตาม (non-derogable right) นอกจากนั้นหลักการดังกล่าวยังเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาทั้งในระบบ Anglo-American และระบบเยอรมันซึ่งส่งผลต่อกฎหมายอาญาของหลายประเทศ รวมถึงการใช้กฎหมายอาญาระหว่างประเทศด้วย

อย่างไรก็ตามแม้หลักการนี้จะใช้บังคับอย่างแพร่หลายในหลายประเทศ (ในชื่อที่แตกต่างกัน) และบางประเทศยังใช้ภาษาละตินเป็นชื่อหลักการ (เหมือนกับบทความนี้ทำ) แต่หลักการนี้ไม่ได้มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันหรือกฎหมายที่เก่าแก่ใด ๆ⁸ ถึงแม้จะมีหลักการที่ใกล้เคียงกันปรากฏ

² ผู้เขียนเขียนประโยคนี้จากมุมมองที่ผู้เขียนเข้าศึกษากฎหมายอาญาในระดับปริญญาตรีทั้งของไทยขณะที่ศึกษาที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ของอังกฤษขณะที่ศึกษาที่ London School of Economics and Political Science ของสกอตแลนด์ ขณะที่ศึกษาที่ University of Glasgow และของสิงคโปร์ขณะที่ศึกษาที่ National University of Singapore

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 10, พลสยาม พรินต์ 2551) 16

⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2551) 64

⁵ เอกุต์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ของ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (ร้านกาญจนาพิมพ์ดีด 2477) 68-73; หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2548) 61-71

⁶ กฎหมายลักษณะอาญา

“มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่ทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (น 3) 16-32; ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (วิญญูชน 2559) 23-28; คณิต ณ นคร (น 4) 64-76; จิตติ ดิงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1 (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2555) 32-49; หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1 (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ed, พิมพ์ครั้งที่ 18, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2544) 29-30, 43-45.

⁸ Markus Dubber and Hörnle Tatjana, *Criminal Law A Comparative Approach* (Oxford University Press 2016) 73.



อยู่ใน Magna Carta ที่ทำขึ้นเมื่อปี 1215 ในข้อ 39 ที่ว่าไม่มีผู้ใดจะถูกละเมิดสิทธิได้ เว้นแต่จะด้วยคำพิพากษาหรือโดยกฎหมายที่ใช้บังคับในดินแดนนั้น (*lex terrae*/law of the land) แต่คงเป็นการเชื่อมโยงที่ไกลเกินไปและขาดเหตุผลนักหากจะบอกว่าหลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังนั้นพัฒนามาโดยตรงจาก Magna Carta⁹ ในทางตรงกันข้ามแนวความคิดดังกล่าวเพิ่งปรากฏเป็นหลักเป็นฐานในกฎหมายสมัยใหม่เมื่อประมาณ 200 ปีมานี้เท่านั้น โดยปรากฏอยู่ในคำประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกา (United States Declaration of Independence) ที่ทำขึ้นในปี 1774 และคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง 1789 ของฝรั่งเศส (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789)

ประโยค “*nullum crimen sine lege*” ปรากฏครั้งแรกในคำอธิบายกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์ชาวเยอรมันคนสำคัญชื่อ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (PJA Feuerbach¹⁰) ซึ่งตีพิมพ์ในปี 1801¹¹ คำอธิบายดังกล่าวเป็นต้นกำเนิดของการอธิบายหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังแบบสมัยใหม่ในเยอรมนี¹² สาเหตุที่สำคัญที่ความคิดของ Feuerbach ส่งอิทธิพลต่อนักคิดทางกฎหมายในเยอรมนีก็เพราะว่า Feuerbach เป็นผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาแห่งแคว้นบาวาเรีย (*Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*)¹³ ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญฉบับแรกที่รับรองหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง¹⁴ โดยประมวลกฎหมายอาญฉบับ Feuerbach นี้ถือเป็นประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบของรัฐเยอรมันทั้งหลายในสมัยนั้น¹⁵ และถือเป็นหนึ่งในสองประมวลกฎหมายอาญาร่วมกับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส 1810 ที่ทรงอิทธิพลอย่างมาก หรือเรียกได้ว่าเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายอาญาในช่วงที่ประเทศทั่วยุโรปกำลังจัดทำ

⁹ Antonio Cassese, *Cassese's international criminal law* (3rd edn, Oxford University Press 2013) 23; Jerome Hall, ‘Nulla Poena Sine Lege’ (1937) 47 The Yale Law Journal 165, 167.

¹⁰ อย่างสับสนกับนักคิดทางปรัชญาชาวเยอรมันคนสำคัญที่ชื่อ Ludwig Andreas Feuerbach ซึ่งเป็นลูกชายของ PJA Feuerbach

¹¹ จริง ๆ แล้ว Feuerbach ใช้ภาษาละตินแตกต่างกัน 3 แบบ ได้แก่ *Nulla poena sine lege*, *Nulla poena sine crimine*, และ *Nullum crimen sine poena legali* see Paul J. A. Ritter von Feuerbach, ‘The Foundations of Criminal Law and the Nullum Crimen Principle’ (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 1005, 1008.

¹² Dubber and Tatjana (n 8) 73; คณิต ณ นคร (n 4) 64.

¹³ Henry Shelton Sanford, *The different systems of penal codes in Europe: also, a report on the administrative changes in France, since the revolution of 1848*, vol 33d Congress, 1st session, no. 68. ; 33rd Congress, 1st session, no. 68.; (B. Tucker 1854) 80. < http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/PenalCodes-in-Europe.pdf > accessed 15 July 2017.

¹⁴ Marc Ancel, ‘The Collection of European Penal Codes and the Study of Comparative Law’ [University of Pennsylvania Law School] 106 University of Pennsylvania Law Review 329, 345 <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7085&context=penn_law_review> accessed 15 July 2017.

¹⁵ Sanford (n 13) 80 and see the concise of the code at 83.

ประมวลกฎหมายอาญาอยู่¹⁶ ทำให้แนวความคิดเรื่องกฎหมายอาญาต้องไม่ใช่ย้อนหลังนี้แพร่กระจายไปทั่ว

บทความนี้จะสำรวจว่าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Anglo-American ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่แตกต่างจากประเทศไทยนั้น หลักการ “ไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย” นั้นมีการปรับใช้อย่างไร เพราะประเทศที่ใช้ระบบดังกล่าวกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ใช่บ่อเกิดกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีคำพิพากษาของศาลด้วย นอกจากนั้นประเทศเหล่านั้นยังให้อำนาจผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายอย่างกว้างขวาง จึงน่าสนใจว่าแล้วหลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมายจะถูกใช้บังคับอย่างไร เครื่องคิดต่างจากกฎหมายไทยหรือไม่ โดยในหัวข้อแรก ผู้เขียนจะสรุปหลักการดังกล่าวในความเข้าใจของนักกฎหมายไทยและยกตัวอย่างการปรับใช้หลักการดังกล่าว หลังจากนั้นผู้เขียนจะกล่าวถึงคำอธิบายทางตำราและคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับหลักดังกล่าวที่ปรากฏในระบบกฎหมาย Anglo-American ต่อไป

1. หลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย ตามกฎหมายไทย

ก่อนที่จะกล่าวถึงการใช้หลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมายในประเทศไทยโดยเฉพาะ เราควรได้เข้าใจถึงพื้นฐานของหลักดังกล่าวก่อน โดยหลักนี้มีพื้นฐานทางความคิดมาจากการที่เชื่อว่ารัฐที่เป็นรัฐเสรีนิยมจะคำนึงว่าประชาชนเป็นประธานแห่งสิทธิ มีสติปัญญาสามารถกำหนดเป้าหมายของตนเองได้ (autonomous, moral agency) ไม่ใช่วัตถุสิ่งของที่รัฐจะจัดการได้ตามอำเภอใจ ดังนั้นรัฐจะให้โอกาสประชาชนพิจารณาว่าจะ “เลือก” กระทำการใดหรือไม่¹⁷ และเมื่อเลือกที่จะกระทำเช่นนั้นแล้วผู้ที่เลือกก็ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นตามมา อย่างไรก็ตามเพื่อความสงบสุขของสังคมและความมั่นคงของรัฐ รัฐจึงจำเป็นต้องออกแนวทางความประพฤติเพื่อให้ประชาชนใช้เป็นคู่มือกำหนดความประพฤติของตน ให้สอดคล้องกับความต้องการของรัฐ และยังสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของชีวิตแบบที่ตนต้องการได้ แนวทางความประพฤติที่เป็นทางการนี้ก็คือกฎหมาย¹⁸

¹⁶ Ancel (n 14) 346, 349 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสส่งผลต่อรัฐต่าง ๆ ที่ปัจจุบันคือเบลเยียม เนเธอร์แลนด์ และอิตาลี เป็นต้น ขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาบาเวเรียของ Feuerbach ส่งผลต่อสวิตเซอร์แลนด์ สวีเดน และกรีซ เป็นต้น นอกจากนั้นประมวลกฎหมายอาญาเหล่านั้นยังส่งผลโดยอ้อมต่อการร่างประมวลกฎหมายอาญาของชาติในเอเชียและแอฟริการวมถึงประเทศไทย.

¹⁷ การอธิบายกฎหมายบนพื้นฐานความคิดเสรีนิยมที่เคารพเจตจำนงของมนุษย์ยังเป็นรากฐานของการอธิบายว่าทำไมการกระทำความผิดอาญาในบางกรณี ผู้กระทำจึงไม่ถูกลงโทษ ทำให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษทั้ง ๆ ที่กระทำความผิด คำอธิบายหนึ่งก็คือเพราะผู้กระทำความผิดโดยไม่ได้เลือกหรือพูดให้ถูกต้องก็คือเพราะ 1) คนผู้นั้นอยู่ในสภาวะที่ “ไม่มีความสามารถ” ที่จะเลือกได้ (capacity) ว่าควรเลือกอย่างไร เพราะเหตุที่เป็นเด็ก (มาตรา 73-74) เป็นคนบ้า (มาตรา 65) หรือเป็นคนเมา (มาตรา 66) หรือ 2) คนผู้นั้นอยู่ในสภาวะที่ไม่มีโอกาสที่จะเลือกได้ (opportunity) เพราะคนผู้นั้นตกอยู่ในที่บังคับโดยที่ตนเองไม่ได้มีส่วนร่วมให้เกิดขึ้น (มาตรา 67) การลงโทษบุคคลที่ไม่สามารถหรือไม่มีโอกาสเลือกได้นั้นจึงไม่เป็นธรรม

¹⁸ ประชาชนแต่ละคนมีคู่มือหรือแนวทางที่ตนจะใช้กำหนดความประพฤติแตกต่างกันไป โดยบางคนอาจใช้แนวทางของครอบครัว แนวทางของชุมชน แนวทางของศาสนา หรือแม้แต่แนวทางของตนเอง ซึ่งในสังคมเสรีนิยม ประชาชนสามารถออกแบบเลือกชีวิตของตนเองได้ อย่างไรก็ตามทุกคนต้องผูกพันด้วยกฎหมายซึ่งเป็นเสมือนมาตรฐานขั้นต่ำ และเป็นแนวทางที่เป็นทางการที่คนในสังคมร่วมตกลงกันกำหนดขึ้นมาเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ควรละเมิด



อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้ข่มขู่ประชาชน¹⁹ อย่างรุนแรงว่าผู้ใดก็ตามละเมิดหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญา ผู้นั้นจะต้องสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญบางประการตั้งแต่ชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน²⁰ และจะต้องถูกประณามอย่างเป็นทางการว่าเป็นอาชญากร²¹ ดังนั้นนอกจากกฎหมายควรจะเป็นวิธีทางหรือเครื่องมือสุดท้ายที่รัฐจะเลือกใช้แล้ว (*ultima ratio*) การใช้กฎหมายอาญาในทางที่จะเกิดผลร้ายแก่จำเลยจึงต้องถูกควบคุมเป็นพิเศษด้วย กล่าวคือ ก) กฎหมายอาญาต้องไม่ใช่ย้อนหลัง (*lex praevia, ex-post facto law, principle of non-retroactivity*) ข) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (*lex scripta*) ค) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน (*lex certa, principle of specificity, maximum certainty principle*) และ ง) กฎหมายอาญาต้องตีความเคร่งครัด (*lex stricta, strict construction principle*)

ถึงแม้หลักการย่อยจะมีถึงสี่ประการ แต่แท้จริงแล้วหลักทั้งสี่ก็มาจากข้อเรียกร้องเดียวเท่านั้น นั่นก็คือกฎหมายอาญาจะใช้เป็นผลร้ายได้ก็ต่อเมื่อประชาชนได้ “เลือก”²² ที่จะทำความผิดอาญา และประชาชนจะสามารถเลือกที่จะทำหรือเลือกที่จะไม่ทำความผิดอาญาได้ก็ต่อเมื่อเฉพาะประชาชน “รู้” ว่าการใดเป็นความผิดอาญา ประชาชนจึงจะสามารถหลีกเลี่ยงได้ และประชาชนจะรู้ได้ก็จะต้องได้รับการ “เตือนอย่างเป็นธรรม” (*fair warning*) จากรัฐ หลักการทั้งสองจึงส่งเสริมกันเพื่อให้ประชาชนรู้กฎหมายอาญา และตัดสินใจเลือกที่จะไม่ทำความผิดอาญาได้ โดยทำให้มั่นใจว่ารัฐได้เตือนประชาชนอย่างเป็นธรรมแล้ว โดยหากหลักการดังกล่าวถูกปฏิบัติอย่างถูกต้องครบถ้วน ประชาชนจะอ้างว่าตนไม่รู้กฎหมายอาญามาเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบไม่ได้ตามมาตรา 64 แต่หากรัฐใช้กฎหมายขัดกับหลักหนึ่งหลักใดในสี่หลักนี้ ย่อมเป็นการไม่เป็นธรรมหากรัฐจะลงโทษบุคคลที่ไม่มีโอกาสเลือก เพราะไม่มีทางรู้มาก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา โดยเราจะพิจารณาหลักทั้งสี่ตามลำดับต่อไปนี้

1.1 กฎหมายอาญาต้องไม่ใช่ย้อนหลัง

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่สุดในสี่หลัก และเป็นหนึ่งในสองหลักการคู่กับหลักกฎหมายอาญาต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้รับการรับรองอย่างชัดเจนในกฎหมายไทยทั้งในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายอาญา และหากกล่าวโดยเคร่งครัด หลักการห้ามใช้กฎหมาย

¹⁹ ผู้เขียนใช้คำว่าประชาชนในความหมายอย่างกว้างที่สุด โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะพลเมือง (citizens) เท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลใดที่อยู่ภายใต้อำนาจ (jurisdiction) ของรัฐด้วย

²⁰ บางประเทศอาจมีโทษต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น เช่น ในสิงคโปร์มีการกำหนดโทษเชียน ซึ่งเป็นโทษที่กระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย หรือในญี่ปุ่นกำหนดโทษใช้แรงงานก็เป็นสิทธิในเนื้อตัวร่างกายประกอบกับเสรีภาพในการเคลื่อนที่ เป็นต้น.

²¹ สำหรับประเด็นนี้ผู้เขียนได้อภิปรายไว้กว้างมากขึ้น (แต่ก็ยังจำกัดมาก) ใน รมณกรณ์ บุญมี, “กฎหมายอาญาคืออะไร” (2559) 45 วารสารนิติศาสตร์ 3, 883.

²² การเลือก ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่ต้องรู้สำนึกขณะที่จะเลือกที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดหรือกล่าวอีกอย่างการเลือกนั้นต้องเป็น *voluntary act* (ซึ่งไม่ได้หมายความว่าความถึงการทำลงด้วยใจสมัครในความหมายของ *free will* เพราะการกระทำที่ถูกบังคับให้ตัดสินใจทำก็ยังเป็น *voluntary act*).

อาญาย้อนหลังนี้ เป็นเพียงหลักเดียวในสี่หลักที่ ICCPR รับรองอย่างชัดเจน โดยข้อ 15 ของ สนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดว่า “บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา เพราะกระทำหรือคิดเว้นกระทำการใดซึ่งในขณะที่กระทำไม่มีความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้...” จะเห็นได้ว่า ICCPR หารับรองว่ากฎหมายอาญาต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร ต้องชัดเจนแน่นอน หรือต้องตีความเคร่งครัดแต่ประการใด

หลักการกฎหมายอาญาต้องไม่ใช่อย้อนหลังนี้ตรงไปตรงมามาก เพราะหาก “ขณะ” ที่กระทำการประชาชนศึกษากฎหมายดีแล้วว่าการกระทำของตนไม่มีความผิดอาญา แม้การกระทำนั้นจะละเมิดศีลธรรมบางประการ เช่น การทำชู้ การดื่มเหล้า การโกหก (ที่ไม่ได้ทำต่อเจ้านักงานและไม่ได้ทำไปเพื่อเหตุผลทางทรัพย์สิน) การไม่ลุกจากเก้าอี้ให้คนชรานั่งบนรถโดยสารสาธารณะ ฯลฯ ประชาชนก็ควรต้องสามารถทำได้โดยไม่ต้องกังวลว่าตนจะถูกลงโทษทางอาญาที่รุกรานสิทธิขั้นพื้นฐานของตนอย่างรุนแรง และทำการประณามตน ทั้ง ๆ ที่ตอนที่ตนกระทำการดังกล่าว รัฐยังไม่ได้ประกาศว่าการกระทำของตนต้องห้ามตามกฎหมายและจะต้องถูกลงโทษทางอาญา ดังนั้นการลงโทษทางอาญาให้กับการกระทำความผิดย้อนหลังนั้นจึงไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐไม่เคารพเจตจำนงของประชาชน และไม่ไถ่มองประชาชนเป็นประธานแห่งสิทธิผู้มีความสามารถในการใช้เหตุผลและกำหนดอนาคตของตนเองได้

ประเทศไทยเคยยืนยันว่าประเทศไทยถือเคร่งครัดตามหลักการนี้ไม่ใช่เฉพาะในทางลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่รวมถึงในทางปฏิบัติด้วย โดยศาลฎีกาไทยนำหลักดังกล่าวมาใช้เพื่อเป็นเหตุผลยกฟ้องจำเลยในคดีอาญาที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นอาชญากรสงคราม โดยศาลฎีกาในฐานะคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488 เห็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งจะใช้เอาผิดกับจำเลยคือจอมพล ป. พิบูลสงคราม หลวงวิจิตรวาทการ นายเพียรราชธรรมนิเทศ และนายสังข์ พัดโนทัย นั้นมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2488 แต่การกระทำของจำเลยเกิดขึ้นก่อนวันดังกล่าว ดังนั้นแม้กฎหมายดังกล่าวจะให้ผลย้อนหลังไปเอาผิดกับจำเลยก็ไม่สามารถทำได้ เป็นการขัดรัฐธรรมนูญ²³

สิ่งที่น่าสนใจในคดีดังกล่าวก็คือหากเรามองจากมุมมองปัจจุบัน เราอาจจะไม่รู้สึกละเมิดประหลาดใจกับคำพิพากษานี้ และต้องชื่นชมว่าเป็นความกล้าหาญของฝ่ายตุลาการที่ยืนยันในสิทธิเสรีภาพของจำเลยที่จะไม่ถูกละเมิดสิทธิที่สำคัญนี้ อย่างไรก็ตามหากมองจากมุมมองในขณะนั้นแล้ว การออกกฎหมายย้อนหลังนี้น่าประหลาดมากทีเดียว โดยสภาพการณ์ในขณะนั้นคือถึงแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2475 แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี 2485 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ไม่มีบทบัญญัติห้ามไม่ให้ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง และรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า (พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2482, 2483 และ 2485) จะไม่ปรากฏว่ามีการรับรองหลักการดังกล่าว นอกจากนั้น

²³ คำพิพากษาของศาลฎีกา (ในฐานะคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488) ที่ 1/2489



ในขณะนั้นกฎหมายระหว่างประเทศที่รับรองหลักการนี้ทั้งปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ที่ไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย หรือ ICCPR ที่มีสภาพบังคับก็ยังไม่ถือกำเนิดขึ้น

อย่างไรก็ตามหลักการห้ามไม่ให้ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังนั้น ไม่ใช่สิ่งแปลกปลอมในระบบกฎหมายของไทย เพราะในขณะนั้นมีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญาเก่าเกือบสี่สิบปี โดยกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 7 ได้รับรองหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังไว้ และในคำบรรยายกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์เอูกต์ก็ได้ยืนยันว่าแม้ในทางกฎหมาย หากมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีลำดับศักดิ์เดียวกับกฎหมายลักษณะอาญาและเป็นกฎหมายเฉพาะ รัฐก็อาจออกกฎหมายอาญาได้ แต่รัฐไม่ควรทำเพราะ “จะเป็นการร้ายแรงและเป็นอันตรายมาก...เป็นการขัดต่อความรู้สึกในความยุติธรรม ซึ่งฝังอยู่ในดวงใจมนุษย์”²⁴

ดังนั้น เหตุใดประเทศไทยในขณะนั้นที่มีประธานรัฐสภาเป็นอดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาผู้จบเนติบัณฑิตอังกฤษอย่างพระยามานวราชเสวี และมีนายกรัฐมนตรีอย่างหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ผู้จบปริญญากฎหมายจากมหาวิทยาลัย Oxford และจบเนติบัณฑิตอังกฤษด้วยคะแนนสูงที่สุด ถึงมีการตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488²⁵ ที่มาตรา 3 บัญญัติว่า “การกระทำใด ๆ อันบุคคลได้กระทำ...ตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้”

คำตอบของคำถามว่าทำไมประเทศไทยถึงตราพระราชบัญญัติเอาผิดอาญาย้อนหลัง เท่าที่ผู้เขียนค้นเจอมาจากคำชี้แจงของนายสุวิช พันธ์เศรษฐ์ ในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร 3 วันก่อนการประกาศใช้กฎหมาย โดยในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 28/2488 (สามัญ) วันที่ 8 ตุลาคม 2488 นายสุวิช และนายพิน สุพรรณสาได้ยื่นหนังสือลาออกจากการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามฯ โดยนายสุวิช ได้ชี้แจงในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรว่า “...ครั้นเมื่อไปพิจารณาร่างนั้นแล้ว เป็นการทำผิดหลักนิติศาสตร์อย่างร้ายแรง เพราะประชาชนไม่ทราบว่าการกระทำอันใดของตนซึ่งกฎหมายในปัจจุบันไม่บัญญัติว่าเป็นผิดกำหนดโทษไว้ แต่อาจจะถูกบัญญัติเป็นผิดลงโทษในอนาคตได้ ย่อมจะก่อให้เกิดระส่ำระสายในสังคมแห่งรัฐ แต่เมื่อรัฐบาลได้แถลงต่อสภาฯ ว่าเป็นความมุ่งหมายของสหประชาชาติที่จะให้ลงโทษอาชญากรรมสงครามแล้ว ข้าพเจ้ายอมฝืนหลักนิติศาสตร์ดังกล่าวและยอมรับเป็นกรรมธิการของสภาฯ...”²⁶

ข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นชัดว่าสภาผู้แทนราษฎรทราบดีถึงข้อห้ามทางกฎหมาย แต่ทั้งรัฐสภาและรัฐบาลของหม่อมราชวงศ์เสนีย์ตั้งใจตรากฎหมายขัดแย้งกับหลักการทางกฎหมายเพื่อเอาผิดแก่อาชญากรรมสงคราม ซึ่งขณะนั้นเป็นแนวโน้มและแรงกดดันที่เกิดขึ้นทั่วไปในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของ International Military Tribunal (IMT) หรือที่รู้จักกันทั่วไปว่า Nuremberg Trial ที่พิจารณาการกระทำความผิดของนายทหารนาซีเยอรมัน โดยในการต่อสู้คดีของจำเลยหลายคนอ้างว่าความผิดที่กล่าวหาตนนั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้ล่วงหน้า

²⁴ เอูกต์ (n 5) 73.

²⁵ ประกาศใช้ 11 ตุลาคม 2489 ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 62 ตอนที่ 58

²⁶ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรครั้งที่ 28/2488 (สามัญ) สมัยที่ 2 ชุดที่ 3 วันที่ 8 ตุลาคม 2488.

ขัดกับหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด อย่างไรก็ตามศาลที่ Nuremberg ก็พิพากษาลงโทษจำเลย โดยอ้างว่าหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นหลักความยุติธรรม และการที่จำเลยซึ่งกระทำความรุนแรงถึงเพียงนี้จะไม่ถูกลงโทษนั้นต่างหากที่ไม่ยุติธรรม²⁷

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เขียนอาจจะพอลิ้นสงสัยว่าทำไมรัฐสภาจึงเลือกบัญญัติกฎหมายย้อนหลัง แต่ผู้เขียนก็ยังคงประหลาดใจอยู่ดีว่าเหตุใด พระยามานวราชเสวีซึ่งเป็นประธานรัฐสภาที่ร่างกฎหมายฉบับนี้และขณะเดียวกันก็เป็นประธานร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2489 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการรับรองหลักการห้ามไม่ให้ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง²⁸ ที่ศาลฎีกาอ้างเพื่อตัดสินยกฟ้องจำเลยนั้น จึงประกาศใช้รัฐธรรมนูญเมื่อ 9 พฤษภาคม 2489 อันเป็นเวลาไม่ถึง 7 เดือนหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามฯ โดยรู้ดีว่าจะเป็นเหตุให้พระราชบัญญัตินั้นจะไม่สามารถใช้กับจำเลยคนสำคัญได้ หรือจะเป็นเพราะพระยามานวราชเสวีกลับใจไม่เห็นชอบด้วยกับการตรากฎหมายดังกล่าวด้วยเหตุผลใด ๆ ผู้เขียนก็ไม่อาจทราบได้ แต่หากไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับนั้น เราอาจมีการลงโทษทางอาญาแก่นายกรัฐมนตรีเป็นครั้งแรกไปแล้วในประวัติศาสตร์ชาติไทย แต่การดำเนินการดังกล่าวต้องแลกมาด้วยราคาของความยุติธรรมและหลักนิติรัฐ ซึ่งสำหรับผู้เขียนเห็นว่าไม่คุ้มค่าเลย

1.2 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

ถึงแม้ว่า ICCPR จะไม่ได้บัญญัติรับรองหลักนี้ไว้²⁹ แต่รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายอาญาก็นับรับรองหลักการนี้อย่างชัดเจน โดยมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติ...” คำว่า “บัญญัติ” ที่ปรากฏในมาตราดังกล่าวนั้นแสดงให้เห็นว่าในระบบกฎหมายไทย การใช้กฎหมายอาญาลงโทษบุคคลนั้นต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จะใช้กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาลงโทษไม่ได้³⁰ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์

หลักการในข้อนี้มาจากเหตุผลสองประการ ประการแรกการที่กฎหมายเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นย่อมสมารถทำให้ประชาชนเข้าถึงและรับทราบถึงการคงอยู่ของกฎหมายได้ ประชาชนจึงสามารถใช้กฎหมายเป็นแนวทางในการกำหนดความประพฤติ สอดคล้องกับหลักเสรีนิยม

²⁷ International Military Tribunal, *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal* (1947), 219

²⁸ มาตรา 19 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

²⁹ ซึ่งก็เป็นเรื่องที่น่าสนใจได้ว่าสนธิสัญญาที่ผูกพันรัฐหลายประเทศที่มีทั้งประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีและคำพิพากษาเป็นที่มาของกฎหมายอาญา และประเทศที่ใช้เฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นเป็นบ่อเกิดของกฎหมายอาญา การจะกำหนดให้กฎหมายอาญาทั้งหมดในทุกระบบกฎหมายต้องเป็นลายลักษณ์อักษรดูจะไม่สะท้อนภาพความเป็นจริงแห่งอำนาจมากนัก

³⁰ แต่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาลงโทษความผิดหรือยกเว้นโทษได้ เพราะไม่ใช่ว่าการใช้กฎหมายอาญาในทางที่เป็นผลร้ายกับตัวจำเลย ผู้เป็นประธานในคดี



ที่กล่าวถึงข้างต้น อย่างไรก็ตามยังมีเหตุผลอีกประการก็คือการกำหนดให้กฎหมายอาญาที่กำหนดมาตรฐานความประพฤติขั้นต่ำของคนในสังคม และมีการใช้โทษซึ่งรุนแรงนั้นจำเป็นต้องให้มีการตรวจสอบว่ากฎหมายอาญานั้น ๆ สำคัญและคุ้มค่าหรือไม่ กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่จะส่งเสริมคุณค่าของสังคมนั้น ๆ หรือไม่ เป็นต้น โดยผู้ที่ตรวจสอบก็คือรัฐสภาที่เชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรงในฐานะที่เป็นผู้แทนของประชาชน ไม่ใช่ศาลซึ่งไม่มีที่มาที่เกี่ยวข้องกับประชาชน ดังนั้นหลักการนี้จึงสะท้อนให้เห็นถึงหลักการประชาธิปไตยที่กำหนดข้อบังคับหรือข้อจำกัดเสรีภาพใด ๆ ต้องกระทำโดยประชาชนหรือตัวแทนประชาชนเท่านั้น

1.3 กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน

ในหลักข้อที่สามนี้ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าไม่มีกฎหมายไทยมาตราใดหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคีข้อใดเขียนรับรองอย่างชัดเจนว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติอย่างชัดเจนแน่นอน แตกต่างจากรัฐธรรมนูญของเยอรมนี (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) มาตรา 103 (2) ที่กำหนดหลักการนี้ไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบอาญา “*wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war*” หรือ “เฉพาะเมื่อความผิดอาญานั้นได้กำหนดนิยามอย่างชัดเจนโดยกฎหมาย” นอกจากนั้น ถึงแม้ว่าในทางตำรา คำอธิบายกฎหมายอาญาที่ได้มาตรฐานหลายเล่มกล่าวถึงหลักการนี้ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักการไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย³¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้เน้นย้ำความสำคัญของหลักการนี้ โดยยกคำกล่าวของศาสตราจารย์ชาวเยอรมันชื่อ Hans Welzel มากล่าวอ้างว่าเพื่ออธิบายว่าหลัก *lex certa* นี้มีความสำคัญกว่าหลักห้ามไม่ให้ใช้กฎหมายเทียบเคียงในกฎหมายอาญาเสียอีก³² แต่ขณะเดียวกันก็มีคำอธิบายหลายเล่มซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นตำราหลักชั้นครูทางกฎหมายอาญาเช่นกัน แต่กลับไม่ได้กล่าวถึงหลัก *lex certa* นี้เลยทั้งที่กล่าวถึงหลักอื่น ๆ ครบถ้วน³³

สำหรับหลักการกฎหมายอาญาต้องชัดเจนนี้วางอยู่บนเหตุผลที่ชัดเจน กล่าวคือ ถึงแม้กฎหมายอาญาจะบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ล่วงหน้าแล้ว แต่ประชาชนก็คงไม่สามารถกำหนดพฤติกรรมตนเองให้เป็นไปตามกฎหมายและหลีกเลี่ยงการกระทำความผิดอาญาไม่ได้ หากกรอบหรือแนวทางของกฎหมายอาญานั้นไม่ชัดเจน คำที่มีความหมายกำกวมอย่าง “ศีลธรรมอันดี” “สาหัส” “ร้ายแรง” หรือ “กลางคืน” จะถูกนำมาใช้กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีการนิยามคำศัพท์ให้ชัดเจนว่ากฎหมายประสงค์จะให้ความหมายกว้างหรือแคบอย่างไรนั้น

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (n 3) 22-24; ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ (n 7) 25; คณิต ณ นคร (n 4) 72.

³² คณิต ณ นคร (n 4) 75; คณิต ณ นคร, ‘การก่อการร้าย’ ใน คณิต ณ นคร (ed), ประชาธิปไตยกับการดำรงเกียรติทางสังคม (วิญญูชน 2556) 225.

³³ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1 (n 7), 29-30, 44-45; หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (n 5) 61-71; เอกุต์ (n 5) 68-73, 76-79; จิตติ ดิงศภัทัย (n 7) 32-43.

เป็นสาเหตุที่มาตรา 1 ต้องให้นิยามศัพท์ และมาตรา 297 ต้องกำหนดว่าอันตรายถึงขั้นใดถึงจะเป็นอันตรายสาหัส เป็นต้น

ถึงแม้ว่าจะไม่มีการเขียนไว้อย่างชัดเจนหรือมีความไม่สอดคล้องในทางดำรา แต่ไม่ต้องสงสัยเลยว่าหลักการกฎหมายอาญาต้องบัญญัติอย่างชัดเจนนี้ได้รับการรับรองในระบบกฎหมายไทย โดยที่ปรากฏว่ามีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า มาตรา 61 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 ซึ่งกำหนดให้การ “ดำเนินการเผยแพร่ข้อความ ภาพ เสียง ในสื่อหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือในช่องทางอื่นใด ที่ผิดไปจากข้อเท็จจริงหรือมีลักษณะรุนแรง ก้าวร้าว หยาดคาย ปลุกกระดม หรือข่มขู่ โดยมุ่งหวังเพื่อให้ผู้มีสิทธิออกเสียงไม่ไปใช้สิทธิออกเสียง หรือออกเสียงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่ออกเสียง” เป็นความผิดอาญาว่าด้วยคำ “รุนแรง ก้าวร้าว หยาดคาย ปลุกกระดม” เป็นคำที่กว้างและคลุมเครือไม่ชัดเจน โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2559 ซึ่งเป็นมติเอกฉันท์ว่าถ้อยคำดังกล่าว “เป็นถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนเป็นที่เข้าใจได้ในหมู่ประชาชน”³⁴ โดยศาลอธิบายต่อไปว่าในบางกรณีกฎหมายอาญาอาจจะใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนแต่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงก็ได้ เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายอำนวยความสะดวกในแต่ละเรื่องได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น “การกำหนดถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวจึงมีความจำเป็นสำหรับการอำนวยความสะดวกตามพฤติการณ์อันควรแก่กรณีซึ่งไม่ขัดกับหลัก “ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” หรือ “nullum crimen, nulla poena sine lege”³⁵

อย่างไรก็ตาม ยังมีความผิดที่ผู้เขียนเห็นว่ายังขัดกับหลักการ *lex certa* นี้อยู่อย่างน้อยสองฐานความผิดนั้น ความผิดแรกคือความผิดฐานก่อการร้าย ซึ่งตราขึ้นโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2546 โดยเพิ่มเติมความผิดฐานก่อการร้ายลงในประมวลกฎหมายอาญาเป็นมาตรา 135/1 ถึง 135/4 โดยมาตรา 135/1 นั้นบัญญัติโดยคัดลอกหรือได้ต้นแบบมาจาก Draft Comprehensive Convention on International Terrorism³⁶ ซึ่งยังเป็นเพียงร่างที่ยังจัดทำไม่เสร็จโดย Ad Hoc Committee ซึ่งตั้งขึ้นตาม General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996 และคณะกรรมการชุดนี้นัดประชุมครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 12 เมษายน 2556 โดยไม่มีกำหนดนัดกรรมการเลยตลอดสี่ปีที่ผ่านมา

เนื่องด้วยนิยามของการก่อการร้ายด้วยตัวมันเองก็เป็นการยากที่จะกำหนดให้ครอบคลุมการกระทำในทุกรูปแบบ และไม่มีนิยามใดที่ถือเป็นนิยามกลางที่ได้รับการยอมรับจากนานาชาติ และมีความยุ่งยากซับซ้อน ประกอบกับการตรากฎหมายทำโดยการตราเป็นพระราชกำหนดซึ่งขาดการพิจารณาไตร่ตรองอย่างถี่ถ้วนเหมือนกับการตราพระราชบัญญัติที่จะมีการประชุมสภาและโต้แย้งกันอย่างครอบคลุม ดังนั้นเมื่อพิจารณามาตรา 135/1 ที่กำหนดนิยามการก่อการร้ายตามกฎหมายไทยแล้วจะพบว่าไม่มีความชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่สามารถทำได้

³⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2559 หน้า 5 <http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center4_59.pdf> accessed 11 July 2017.

³⁵ เพิ่งอ้าง หน้า 11.

³⁶ <<https://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/unterrorism.pdf>> accessed 11 July 2017.



ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย และการกระทำใดที่เป็นความผิดฐานก่อการร้ายที่มีโทษรุนแรงโดยมีโทษปรับสูงที่สุดในประมวลกฎหมายอาญา เช่นถ้อยคำที่ว่า “อันตรายอย่างร้ายแรงต่อร่างกาย” “ความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ระบบการขนส่งสาธารณะ” “ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างสำคัญ” หรือ “ให้กระทำหรือไม่กระทำการใดอันจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง” ถ้อยคำเหล่านี้ คนอ่านไม่อาจทราบได้เลยว่าที่ว่าร้ายแรงนั้นร้ายแรงเพียงใด อย่างไรที่เป็นร้ายแรง ซึ่งแตกต่างกับการบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ที่กำหนดนิยามอย่างชัดเจนว่ากรณีใดบ้างเป็นอันตรายสาหัส³⁷

ความผิดประการที่สองคือความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 และ 279 จริง ๆ แล้วคำว่าอนาจารนี้ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับในหมู่คนทั่วไปและนักกฎหมายพอสมควรว่าหมายถึงการกระทำอันไม่สมควรในทางเพศ โดยมีการอธิบายทั้งในทางตำราและคำพิพากษาศาลฎีกาโดยตลอดว่าการกระทำที่จะเป็นการอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวของผู้เสียหาย กล่าวคือจะเป็นการทำอนาจารได้นั้น “ตัวของผู้เสียหายจะต้องเข้าเกี่ยวข้องกับตัว”³⁸ โดยต้องมีการกระทำต่อ “เนื้อตัวของบุคคลโดยตรง”³⁹ ดังนั้นการเปิดของลับให้ผู้เสียหายดู⁴⁰ การกล่าวถ้อยคำลามกให้ฟัง การวาดภาพลามกให้ดู⁴¹ รวมทั้งการแอบมองของลับของผู้เสียหายจึงไม่เป็นการกระทำอนาจารตามมาตราดังกล่าว เพราะไม่ได้มีการแตะต้องเนื้อตัวร่างกาย⁴² อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 12983/2558 ได้ตัดสินว่าแม้ไม่ต้องแตะต้องเนื้อตัวตัวก็เป็นการอนาจารได้ โดยพิพากษาลงโทษจำเลยในคดีที่แอบถ่ายภาพใต้กระโปรงของคนที่ตัวเองว่าเป็นการกระทำอนาจาร ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตต่อคำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสงสัยในอีกบทความหนึ่งแล้วว่ามีผลเสียอย่างไร⁴³ แต่ประเด็นที่จะชี้ให้เห็นก็คือว่าต้นตอของปัญหานี้คือการที่มาตรา 278 และ 279 บัญญัติเอาไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่ชัดเจนทำให้เกิดโอกาสให้เกิดการตีความที่คลุมเครือตามไปด้วยได้ น่าจะต้องได้มีการพิจารณาทบทวนโดยกำหนดนิยามการอนาจารให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

นอกจากความผิดสองฐานนี้แล้วนิยามคำว่า “ทรมาน” ในร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหาย ฉบับที่ร่างโดยกระทรวงยุติธรรมหลังจากฟังคำแนะนำของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการบังคับบุคคลให้สูญหายนั้น

³⁷ ข้อวิจารณ์เพิ่มเติมดู คณิต ณ นคร, ‘การก่อการร้าย’ (น 33) 215-227.

³⁸ เอกุต์ (น 5) 820.

³⁹ จิตติ ตังศภัทย์ (น 7) 757, เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (น 3) 460 และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (น 7) 204 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

⁴⁰ เอกุต์ (น 5) 820.

⁴¹ จิตติ ตังศภัทย์ (น 7) 757, เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (น 3) 460 และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (น 7) 204.

⁴² การแตะต้องเนื้อตัวร่างกายผ่านเสื้อผ้า เช่น การจับหน้าอกขณะหญิงสาวใส่เสื้อหรือจับก้นของชายหนุ่มที่ใส่กางเกงยีนส์ ก็ย่อมถือเป็นการแตะต้องเนื้อตัวร่างกายที่เป็นการอนาจารได้ ดังนั้น ด้วยความเคารพต่อศาล การวินิจฉัยคดีของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 ที่ว่าการถอดกางเกงนักเรียนโดยยังไม่จับของลับก็เป็นการอนาจารได้ แม้ยังไม่มีการจับเนื้อตัวร่างกายจึงเป็นการอธิบายที่ทำให้หลงผิด

⁴³ รณกรณ์ บุญมี, การแอบมองหรือการแอบถ่ายภาพในทางเพศกับกฎหมายอาญา, รพี 2560 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รอดิพิมพ์

ก็เป็นร่างกฎหมายอาญาที่ไม่ชัดเจน เพราะนำเอากฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องเขียนไว้กว้าง ๆ ให้รัฐภาคนำไปปรับใช้มาเป็น “ต้นแบบ” ของนิยามศัพท์ทำให้เสี่ยงจะขัดกับหลักการพื้นฐานทางกฎหมายอาญาเรื่องความชัดเจนแน่นอนค่อนข้างสูง อย่างไรก็ตามเนื่องด้วยร่างดังกล่าวสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติให้กระทรวงยุติธรรมนำกลับไปทบทวน ผู้เขียนจึงยังไม่ขอกล่าวถึงรายละเอียดในตอนเขียนบทความนี้⁴⁴

1.4 กฎหมายอาญาต้องตีความเคร่งครัด

การใช้กฎหมายอาญาเพื่อลงโทษบุคคลนั้นนอกจากจะต้องใช้เฉพาะ *lex scripta* หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วในการตีความกฎหมายอาญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นยังต้องตีความอย่างเคร่งครัดด้วยจะใช้หลักการเทียบเคียงเหตุผลทางกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) อย่างที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ เพราะการใช้หลักการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยืงนั้นทำให้ขอบเขตของกฎหมายอาญาไม่ชัดเจน สามารถถูกตีความขยายไปได้เกินกว่าลายลักษณ์อักษรซึ่งกระทบทั้งหลัก *lex certa* และหลัก *lex scripta* แม้จะมีช่องว่างทางกฎหมายก็ตาม เพราะหน้าที่อุดช่องว่างทางกฎหมายอาญาเป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่จะออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาเพื่อแก้ไขปัญหา ไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะ “ตีความ” โดยใช้วิธีการเทียบเคียงกฎหมายมาอุดช่องว่าง⁴⁵ ไม่เช่นนั้นหลักกฎหมายอาญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรและชัดเจนแน่นอนจะไม่มี ความหมาย หลักการตีความอย่างเคร่งครัดนี้ปรากฏอย่างชัดเจนมิใช่เพียงในกฎหมายอาญาในประเทศ หากแต่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศด้วย โดยธรรมนูญกรุงโรมมาตรา 22 (2) บัญญัติว่านิยามของความผิดต้องถูกตีความอย่างเคร่งครัด และต้องไม่ถูกขยายความโดยการเทียบเคียง ในกรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความนิยามของความผิดให้เป็นคุณกับผู้ที่ถูกสอบสวน ถูกฟ้องร้อง หรือถูกลงโทษ⁴⁶

อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาหลากหลายอธิบายว่าการตีความกฎหมายอาญาแบบ “ขยายความ” นั้นทำได้ตราบใดที่ไม่เกินขอบเขตของลายลักษณ์อักษรที่กำหนดความรับผิดทางอาญา แต่จะเทียบเคียงกฎหมายไม่ได้เช่นการตีความว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์อย่างหนึ่ง เพราะ “ทรัพย์” ในมาตรา 334 รวมถึงทรัพย์สินด้วย⁴⁷ หรือการใช้ไม้ตีฆางประตู่ให้ผู้เข้าเข้าห้องไม่ได้เป็นการ “เข้าไป” อันเป็นการบุกรุกตามมาตรา 362⁴⁸ การอธิบายว่ากฎหมายอาญาขยายความได้ใน

⁴⁴ อ่านเพิ่มเติมได้ที่ รมณณ์ บุญมี, ‘ปัญหาในการกำหนดนิยามของการทรมาน และบัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมายไทย’ [2558] รพี 2558 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 39

⁴⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (ก 4) 70.

⁴⁶ Rome Statue, Art 22 (2) “The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.”

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2512 อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ย์ เห็นว่าการตีความอย่างนี้ “เป็นการตีความเกินตัวบท” จิตติ ดิงศักดิ์ย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (เนติบัณฑิตยสภา 2545) 1126.



ขอบเขตลายลักษณ์อักษรนั้นมีเหตุผลและรับฟังได้ในระดับหนึ่ง แต่นักกฎหมายทั้งไทยและต่างประเทศหลายคนก็แสดงความกังวลอย่างยิ่งว่าการตีความขยายความนั้นจะขัดกับหลัก *lex certa* เพราะประชาชนที่ไม่ได้มีทักษะการคิดวิเคราะห์อย่างนักกฎหมายจะไม่สามารถ “ขยาย” การตีความออกไปให้สุดขอบเขตตัวอักษรได้แบบนักกฎหมาย และแม้ในหมู่นักกฎหมายเองก็ยังถกเถียงกันว่าตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นนั้นเป็นการตีความแบบขยายความหรือการเทียบเคียงกฎหมายกันแน่⁴⁹

มาถึงตรงนี้เราน่าจะได้เห็นภาพที่ชัดเจนขึ้นว่าในคำอธิบายกฎหมายและคำพิพากษาของไทยนั้นกล่าวถึงหลักการไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมายอย่างไร ต่อไปเราจะไปพิจารณาหลักการดังกล่าวในกฎหมายระบบ Anglo-American

2. หลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย ในระบบกฎหมาย Anglo-American

หลัก *nullum crimen sine lege* นี้เป็นที่รู้จักในระบบกฎหมาย Anglo-American ในชื่อ principle of legality อย่างไรก็ตามคำว่า *nullum crimen sine lege* ก็เป็นที่เข้าใจกันดีในหมู่นักกฎหมาย Anglo-American ในฐานะหลักการใน “ทำนองเดียวกัน” กับ principle of legality⁵⁰ ผู้เขียนจึงใจเน้นคำว่า “ทำนองเดียวกัน” เพราะหลักการทั้งสองคือ *nullum crimen sine lege* และ principle of legality นั้นแม้จะถูกกล่าวถึงเสมือนว่าเป็นหลักการเดียวกัน แต่แท้ที่จริงแล้วหลักการทั้งสองมีความหมายไม่เท่ากันและมีระดับไม่เท่ากัน โดยในระบบ Anglo-American เมื่อกล่าวถึงหลัก principle of legality ตำราส่วนใหญ่จะกล่าวถึงหลักการไม่ย้อนหลังของกฎหมาย และกฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน เพราะด้วยเหตุที่ประเทศ Anglo-American มีนิติวิธีที่พัฒนามาจากการที่ผู้พิพากษาสามารถกำหนดกฎหมายรวมทั้งความผิดอาญาได้ และให้ดุลพินิจให้ผู้พิพากษาตีความกฎหมายอย่างกว้างขวางเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ทำให้หลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องตีความโดยเคร่งครัดนั้นได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย Anglo-American น้อยกว่าหลักการอีกสองหลักการ ดังนั้นคงจะไม่ใช่ประโยชน์หากเราพิจารณา principle of legality ในภาพรวม ผู้เขียนจึงจะพิจารณาแยกหลักการดังกล่าวออกเป็นสี่ด้าน โดยล่อไปกับความเข้าใจเรื่องหลักการไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมายของไทย เพื่อจะได้เปรียบเทียบและทำความเข้าใจได้ดีขึ้น

⁴⁹ เช่น คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (น 4) 69-70; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (น 3) 26-30; และดูข้อห่วงใยในการแบ่งแยกการตีความแบบเทียบเคียงกับขยายความที่ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (น 5) 63-65; Hall (น 9) 173.

⁵⁰ Simester and others (น 1) 22; Jeremy Horder and Andrew Ashworth, *Ashworth's principles of criminal law* (8 edn, Oxford University Press 2016) 82; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (Dennis J. Baker ed, 3rd edn, Sweet & Maxwell 2012) 88.

2.1 กฎหมายอาญาต้องไม่ใช่ย้อนหลัง

เราอาจเริ่มพิจารณาการปรับใช้หลักการไม่ใช่กฎหมายอาญาย้อนหลังจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา (สหรัฐฯ) ในลักษณะเป็นตัวแทนของประเทศ Anglo-American โดยหลักการดังกล่าวในอังกฤษถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลัก rule of law⁵¹ และถือเป็น Convention right ตาม Human Rights Act 1998⁵² เพราะหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองลงใน European Convention on Human Rights (ECHR)⁵³ ส่วนในสหรัฐฯ นั้นหลักการไม่ใช่ย้อนหลังของกฎหมายอาญารับรองลงในรัฐธรรมนูญ⁵⁴ อย่างไรก็ตามแม้จะดูเหมือนว่าหลักการดังกล่าวฝังรากแน่นในระบบกฎหมาย Anglo-American แต่ในความเป็นจริงหลักการไม่ให้ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังนี้ถูกท้าทายโดยผู้พิพากษาในระบบ Anglo-American อยู่เสมอ เรื่องนี้จะส่งผลอย่างมากต่อการออกแบบกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ ในส่วนนี้เราจะเริ่มพิจารณาจากกฎหมายของอังกฤษก่อนแล้วพิจารณากฎหมายของสหรัฐฯ ตามมา

ในอังกฤษมีคดี *Shaw v DPP*⁵⁵ จำเลยพิมพ์ภาพ ราคา และวิธีการติดต่อหญิงงามเมืองแจกจ่ายให้แก่ประชาชน เป็นเหตุให้จำเลยถูกจับกุมและลงโทษในหลายฐานความผิดซึ่งไม่มีปัญหาในทางกฎหมาย ยกเว้นแต่เพียงความผิดฐาน “สมรู้ร่วมคิดทำลายศีลธรรมอันดีของประชาชน” (conspiracy to corrupt public morals) ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่เพียงไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ยังเป็นฐานความผิดที่ไม่เคยมีการกล่าวถึง หรือศาลเคยใช้ลงโทษผู้ใดมาก่อน เมื่อจำเลยอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ต่อสภาขุนนาง (House of Lords) ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการสูงสุดในขณะนั้น สภาขุนนางได้ตัดสินยืนยันว่าจำเลยมีความผิดฐานดังกล่าวด้วยโดยสภาขุนนางในฐานะองค์กรตุลาการอ้างว่าตนเป็นผู้พิทักษ์กฎหมายจารีตประเพณี⁵⁶ และมีหน้าที่จัดการกับการกระทำที่ละเมิดศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵⁷ ตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมายกเว้น⁵⁸ คดีนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก โดยเหตุผลส่วนใหญ่เป็นเพราะคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่าศาลไม่เคารพประชาชนในฐานะผู้ที่มีสติปัญญาสามารถเลือกวิถีทางชีวิตของตนเองได้⁵⁹ แสดงให้เห็นว่าหลักการกฎหมายอาญา

⁵¹ Jonathan Herring, *Criminal law: text, cases, and materials* (7 edn, Oxford University Press 2016) 9.

⁵² HRA 1998 Art. 1(1) (a). “... In this Act “the Convention rights” means the rights and fundamental freedoms set out in— (a) Articles 2 to 12 and 14 of the Convention...”

⁵³ ECHR Art.7 (1) “No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed.”

⁵⁴ Constitution of the United States Article 1 Section 9 Clause 3 “No...ex post facto Law shall be passed” and Article 1 Section 10 Clause 1 “No State shall...pass...ex post facto Law”.

⁵⁵ [1961] UKHL 1 < <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1961/1.html> > accessed 11 July 2017.

⁵⁶ Ibid p.4 (“...servants and guardians of the common law”)

⁵⁷ Ibid p.5 (“...the superintendency of offences *contra bonos mores*...”)

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Horder and Ashworth (n 50) 83.



ไม่ย้อนหลังนี้ยังไม่ได้รับการเคารพแม้แต่ในประเทศต้นกำเนิดของหลัก rule of law⁶⁰ อย่างไรก็ตาม ในคดี *Knüller*⁶¹ สภาขุนนางได้กล่าวอย่างชัดเจนว่าอำนาจขององค์กรตุลาการในการสร้างกฎหมายอาญาขึ้นมาใหม่นั้นได้ผ่านพ้นและหมดสิ้นลงไปแล้ว⁶²

อย่างไรก็ตามในปี 1992 มีคดี *R v R*⁶³ ที่สภาขุนนางลงโทษจำเลยที่ข่มขืนกระทำชำเรา ภรรยาของตนเองทั้งที่ก่อนหน้านี้สามีมีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้โดยไม่เป็นความผิด หรือที่เรียกว่า marital rape exemption นอกจากนั้นในปี 2004 ศาลอุทธรณ์อังกฤษตัดสินในอีกคดีหนึ่ง⁶⁴ ซึ่งการกระทำความผิดเกิดขึ้นก่อนสภาขุนนางตัดสินคดี *R v R* ว่าการที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราภรณานั้นเป็นความผิดแม้ในขณะที่กระทำนั้น ยังไม่มีคำพิพากษาหรือกฎหมายใดออกมา ยกเลิกอำนาจของจำเลยที่จะกระทำการเช่นนั้นก็ตาม การตัดสินในสองคดีนี้แม้ดูโดยผิวเผินอาจดูเป็นการยกเลิกข้อยกเว้นมากเสียกว่าเป็นการสร้างฐานความผิดใหม่ แต่ในทางเนื้อหาแล้วนี่เป็นการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังอย่างแนบเนียน เพราะในขณะที่เกิดเหตุจำเลยไม่มีทางรู้ได้เลยว่ากระทำความผิดตนเป็นความผิดเพราะกฎหมายให้อำนาจแก่ตนไว้ ศาสตราจารย์ Glanville Williams ได้กล่าววิพากษ์คดี *R v R* ว่า “ถึงแม้การกระทำของศาลที่ยกเลิกอำนาจสามีในการข่มขืนกระทำชำเราภรรยา จะน่าชื่นชม แต่การยกเลิกแล้วให้ผลย้อนหลังไม่ได้เป็นเรื่องที่น่าชื่นชมเสียเลย”⁶⁵ ต่อมาในปี 2005 Lord Bingham ที่เป็น Lord Chief Justice หรือตำแหน่งตุลาการอาวุโสสูงสุดในอังกฤษและเวลส์ได้พิพากษายืนยันหลักการว่าศาลไม่มีอำนาจสร้างฐานความผิดอาญา⁶⁶ โดยอ้างอิงคำพิพากษาและคำอธิบายทางตำรามากมายเพื่อแสดงให้เห็นว่าการสร้างฐานความผิดอาญาโดยผู้พิพากษาซึ่งในตัวเองเป็นการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังจึงไม่สามารถทำได้⁶⁷

อย่างไรก็ตามควรบันทึกไว้ด้วยว่าศาล ECtHR ซึ่งมีอำนาจพิจารณาเรื่องกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้พิพากษาไว้หลายคดีว่าการที่ศาล “ยกเลิก” ข้อต่อสู้หรืออำนาจใด ๆ อันมีผลให้การกระทำหนึ่งในขณะกระทำผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยไม่เป็นความผิด กลับกลายมาเป็นความผิดและลงโทษผู้กระทำในทางอาญาไม่ถือว่าเป็นการพิพากษาคดีที่ขัดแย้งกับมาตรา 7 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชน⁶⁸ คำพิพากษาในลักษณะนี้ของศาล ECtHR แยกองค์ประกอบความผิดอาญาออกเป็นสองส่วนคือองค์ประกอบที่ทำให้เกิดความผิด (constituent

⁶⁰ Julius Stone, *Social dimensions of law and justice* (Stanford University Press 1966) 206.

⁶¹ *Knüller v DPP* [1973] AC 435.

⁶² Ibid 479, 490 อย่างไรก็ตาม ศาลสกอตแลนด์ที่แยกเขตอำนาจทางกฎหมายอาญากับกฎหมายอังกฤษยังคงยืนยันในอำนาจของศาลในการบัญญัติกฎหมายใหม่ Horder and Ashworth (n 50) 83

⁶³ *R v R* [1992] 1 AC 599.

⁶⁴ *R v C* [2004] EWCA Crim 292.

⁶⁵ Glanville Williams, ‘Rape is rape’ (1992) 142 New Law Journal 11.

⁶⁶ *R v Rimmington and Goldstein* [2005] UKHL 63, para 31 < <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/63.html> > accessed 11 July 2017.

⁶⁷ Ibid para 33.

⁶⁸ *SW v United Kingdom* [1995] ECHR 52 < <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1995/52.html> > accessed 11 July 2017.

elements) ซึ่งไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ กับขอบเขตความหมายขององค์ประกอบนั้นซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามการตีความที่เปลี่ยนแปลงของยุคสมัย⁶⁹ ซึ่งเป็นการแบ่งแยกที่ยากจะเข้าใจ และชี้ชัดลงไปได้ว่าอย่างไรที่เป็นตัวองค์ประกอบที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ อย่างไรก็ตามเพียงการตีความองค์ประกอบที่เปลี่ยนแปลงได้ ทำให้หลักการการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังที่ควรจะเป็นหลักการพื้นฐานที่มั่นคงและเด็ดขาดกลับกลายเป็นหลักที่ยืดหยุ่นและไม่แน่นอนด้วยตัวของมันเอง และทำให้กฎหมายอาญามีแนวโน้มเป็นกฎหมายอาญาที่ไม่เคารพหลักการเสรีนิยม⁷⁰

หลังจากเห็นภาพของหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังในประเทศอังกฤษซึ่งเพิ่งจะเริ่มมั่นคงอย่างจริงจังในทศวรรษที่ผ่านมา ในส่วนต่อไปเราจะพิจารณาการใช้หลักการดังกล่าวในประเทศสหรัฐฯ บ้าง โดยในประเทศสหรัฐฯ นั้นอย่างที่กล่าวไว้ข้างต้นว่าได้มีการบัญญัติรับรองหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังนี้ลงในรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้ถึง 2 ครั้งคือ Article 1 Section 9 ห้ามสหพันธรัฐและ Article 1 Section 10 ห้ามมลรัฐ

เมื่อกล่าวถึงหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังในสหรัฐฯ คดีที่สำคัญที่ตำราและบทความวิชาการกล่าวถึง⁷¹ คือคดี *Calder v Bull*⁷² เพราะเป็นคดีแรกที่ศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้ตัดสินถึงหลักดังกล่าว ที่น่าสนใจคือคดีดังกล่าวไม่ใช่คดีอาญาแต่เป็นคดีแพ่ง แต่มีประเด็นในคดีว่ากฎหมายย้อนหลัง (retrospective laws) สามารถใช้ได้หรือไม่ Justice Chase อธิบายว่ากฎหมายย้อนหลังจะใช้ไม่ได้ต่อเมื่อย้อนหลังเป็นผลร้าย (ex-post facto law) เท่านั้น หากย้อนหลังเป็นผลดีอย่างเช่นกฎหมายอภัยโทษหรือนิโทษกรรมนั้นรัฐสามารถออกกฎหมายย้อนหลังได้⁷³ โดย Justice Chase ได้อธิบายว่ามีกฎหมายสี่ประเภทที่อยู่ภายใต้ความหมายของ ex-post facto law ตามนัยของ Article 1 Sections 9 และ 10 อันได้แก่

“1. กฎหมายใดที่กำหนดให้การกระทำที่ได้กระทำไปแล้วก่อนตรากฎหมายและเป็น การกระทำที่ไม่เป็นความผิดขณะกระทำกลายเป็นการกระทำความผิดอาญา และลงโทษการ กระทำนั้น 2. กฎหมายใดที่ทำให้การกระทำความผิดอาญานั้นร้ายแรงหรือฉกรรจ์มากยิ่งขึ้น มากกว่าเวลาทำการกระทำนั้นได้กระทำลง 3. กฎหมายใดที่เปลี่ยนแปลงโทษให้รุนแรงมากขึ้นมากกว่าที่เป็นอยู่ขณะที่ได้กระทำความผิด และ 4. กฎหมายใดที่เปลี่ยนแปลงกฎเกี่ยวกับการรับฟังพยาน โดยยอมลดมาตรฐานหรือเปลี่ยนแปลงประเภทของคำให้การที่รับฟังได้จาก ที่กฎหมายเดิมได้กำหนดในเวลาที่มีความผิดได้กระทำลง เพื่อที่จะตัดสินลงโทษผู้กระทำ กฎหมายเหล่านี้และกฎหมายในลักษณะเดียวกันเป็นกฎหมายที่ไม่ยุติธรรมและกดขี่”⁷⁴

⁶⁹ Horder and Ashworth (n 50) 84.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Wayne R LaFave, *Criminal Law* (West Group 2000) 103; Dubber and Tatjana (n 9) 74; A. Mokhtar, ‘Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects’ (2005) 26 Statute Law Review 41, 43.

⁷² [1798] 3 Dallas 386 <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/3/386>> accessed 14 July 2017.

⁷³ Ibid 391.

⁷⁴ Ibid 390-391 “1st. Every law that makes an action done before the passing of the law, and which was innocent when done, criminal; and punishes such action. 2d. Every law that aggravates a



ศาสตราจารย์ Wayne R. LaFave ให้เหตุผลโดยอ้างอิงคำพิพากษาของศาลว่าทำไม่รัฐต้องไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายอยู่สามประการ⁷⁵ ประการที่หนึ่ง “เพื่อให้มั่นใจว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้คำเตือนที่เป็นธรรมกับประชาชน และทำให้ประชาชนสามารถเชื่อใจในคำเตือนนั้นได้จนกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจน”⁷⁶ ประการที่สอง “เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐโดยไม่อนุญาตให้ออกกฎหมายตามอำเภอใจและใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแก้แค้น”⁷⁷ และประการสุดท้าย “เพื่อให้มั่นใจว่ารัฐใช้โทษที่สร้างมลทินอย่างโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อเพื่อเป็นไปตามวัตถุประสงค์การป้องปรามการกระทำความผิดอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของการลงโทษ”⁷⁸

นอกจากนั้นถึงแม้รัฐธรรมนูญจะห้ามเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ออกกฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้าย โดยไม่ได้บัญญัติถึงการใช้ดุลพินิจของศาล แต่ศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้ตีความรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่าเหตุผลเบื้องหลังของหลักการ *ex-post facto law* นั้นผูกพันการตีความกฎหมายของศาลด้วย⁷⁹ ดังนั้นถึงแม้ศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวทางการตีความได้ แต่ศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวทางการตีความให้มีผลย้อนหลังไม่ได้⁸⁰ ดังนั้นการตีความที่ยกเลิกคำพิพากษาเก่า ยกเลิกข้อต่อสู้เก่า หรือตีความขยายกฎหมายให้รวมถึงการกระทำบางประเภท จะมีผลก็แต่เฉพาะในอนาคตไป แต่การตีความเหล่านี้จะมีผลกับคดีในปัจจุบันที่การกระทำได้เกิดขึ้นก่อนมีคำพิพากษาไม่ได้⁸¹ โดยศาสตราจารย์ Jerome Hall ได้กล่าวไว้ว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายสหรัฐฯ⁸² อย่างไรก็ตามในคดี *State v. Mellenberger*⁸³ ศาลมลรัฐ Oregon ได้ตีความแตกต่างออกไปโดยกล่าวว่า แม้ศาลจะตีความกลับหลักบรรทัดฐานเดิม แต่เนื่องด้วยการกระทำของจำเลย

crime, makes it greater than it was, when committed. 3d. Every law that changes the punishment, and inflicts a greater punishment, than the law annexed to the crime, when committed. 4th. Every law that alters the legal rules of evidence, and receives less, or different, testimony, than the law required at the time of the commission of the offence, in order to convict the offender. All these, and similar laws, are manifestly unjust and oppressive.”

⁷⁵ LaFave (n 71) 104.

⁷⁶ *Weaver v. Graham* [1981] 450 US 24, 28 < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/24/case.html> > accessed 14 July 2017.

⁷⁷ Ibid 29.

⁷⁸ *Charles R. Warren v. United States Parole Commission* [1981] 659 F.2d 183 <<https://www.courtlistener.com/opinion/394034/charles-r-warren-v-united-states-parole-commission/>> accessed 14 July 2017.

⁷⁹ *Bouie v. City of Columbia* [1964] 378 US 347.

⁸⁰ เทียบกับคดีการตัดสินให้การแอบถ่ายได้กระปองเป็นความผิดฐานอนาจารของคำพิพากษาฎีกาของไทยที่ 12983/2558 และคดีที่ห้ามไม่ให้อ้างเรื่อง marital rape exemption ของคำพิพากษาของสภานางอังกฤษ *R v R* [1992] 1 AC 599.

⁸¹ LaFave (n 71) 109 and esp. see fn. 50-53.

⁸² Hall (n 9).

⁸³ [1939] 163 Or. 233 < <https://casetext.com/case/state-v-mellenberger> > accessed 14 July 2017.

เป็นความผิดในตัวเอง (*malum in se*) ไม่ใช่ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (*malum prohibitum*)⁸⁴ การตีความที่กลับบรรทัดฐานเดิมนี้จึงสามารถใช้ลงโทษจำเลยได้ทันที⁸⁵

นอกจากนั้นในปี 2001 ถึงแม้ว่าศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้ยืนยันอีกครั้งในคดี *Rogers v Tennessee*⁸⁶ ว่าหลักการ *ex-post facto* law ต้องผูกพันการตีความกฎหมายของศาลเพื่อให้เป็นไปตามหลัก *due process* แต่ในคดีดังกล่าวศาลฎีกาสหรัฐฯ ตีความว่าการที่ศาลฎีกามลรัฐ Tennessee ตัดสินลงโทษจำเลยในข้อหาฆาตกรรมทั้งที่ผู้เสียหายเสียชีวิตหลังจากเกิดเหตุเป็นเวลาสิบห้าเดือน⁸⁷ ทั้งที่ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี (*common law*) ศาลจะถือว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (*causation*) ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายเสียชีวิตภายใน 1 ปี กับ 1 วัน หากเกินกว่านั้นจะไม่ถือว่าความตายเกิดจากการกระทำ⁸⁸ อย่างไรก็ตามศาลฎีกามลรัฐ Tennessee พิจารณาแล้วเห็นว่าหลักดังกล่าวต้องถูกยกเลิก เพราะเหตุผลเรื่องการแพทย์ที่ไม่สามารถพิสูจน์

⁸⁴ Ibid 258 “We are not unmindful of the fact that this is a criminal case. We are well aware that no man ought to be convicted under a law which, in his instance, operates against him retroactively. However, the crime charged against the defendants is a statutory crime and its elements are those stated in the statute. In the application of the doctrine of *stare decisis* a distinction can be made, we believe, between crimes *malum per se* and crimes *malum prohibitum* so far as the compulsory character of the doctrine is concerned. We shall refer to this in greater detail later”

⁸⁵ Ibid 261-262. “...From Bishop on Criminal Law (9th Ed.) § 96, we quote: “If what is done is *malum in se*, so that there is a consciousness of wickedness in doing it, there would be no weighty objection to overruling a former doctrine clearly drawn, especially if it is upheld only by a single case.” Fraud and deceit are universally condemned and anyone employing them has “a consciousness of wickedness”. When these defendants, or one of them, altered the punchboard ticket and deceived their victim into a belief that in its altered condition it was genuine, they must have known that the common judgment of men would reproach them. The constitution of this state (Art. I, § 19) condemns fraud by recognizing a right to execution against the body of a judgment debtor who committed fraud. The statute in question, apart from inconsequential amendment, has been the law of this state since statehood. Without further analysis, we state our belief that the doctrine of *stare decisis* does not prevent us from overruling that part of *State v. Alexander*, *supra*, which endeavored to infuse into the criminal law the doctrine of *particeps criminis*. In our opinion, the fact that the victim was endeavoring to do something immoral or unlawful at the time when he was cheated by a more clever scoundrel does not prevent the state from maintaining a prosecution against the latter. It follows from the preceding that the contention of the defendant which we have just been reviewing is without merit.”

⁸⁶ [2001] 532 U.S. 451 < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-6218.ZO.html> > accessed 11 July 2017.

⁸⁷ ผู้เสียหายถูกแทงที่หัวใจ ซึ่งโดยปกติควรจะเสียชีวิตทันทีแต่แพทย์ทำการปั๊มชีวิตไว้ได้ถึงสิบห้าเดือนเพราะมีการใช้เครื่องมือทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าอย่างเช่นเครื่องช่วยหายใจรักษาชีวิตไว้

⁸⁸ *Rogers v Tennessee* “At common law, the year and a day rule provided that no defendant could be convicted of murder unless his victim had died by the defendant’s act within a year and a day of the act”.



ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไม่คงอยู่อีกต่อไป⁸⁹ เมื่อจำเลยต่อสู้ว่าการตีความดังกล่าวเป็นการตีความเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่จำเลย ศาลฎีกาสหรัฐฯ วินิจฉัยว่า “หลัก 1 ปี กับ 1 วันนั้นเป็นที่ยอมรับน้อยมากในกฎหมายอาญามลรัฐ Tennessee และไม่ปรากฏว่ามีในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐ และถึงแม้ศาลฎีกามลรัฐจะยอมรับหลักดังกล่าวในฐานะกฎหมายจารีตประเพณี แต่ศาลฎีกามลรัฐก็ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าไม่เคยมีการยกหลักดังกล่าวมาใช้ในคดีฆาตกรรมเลยนั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าหลักดังกล่าวก็มีการยอมรับน้อยมาก และในคดีทุกประเภทก็มีการอ้างถึงหลักนี้เพียงสามครั้งและก็เป็นเพียงการให้ความหมายเท่านั้น” ดังนั้นการตัดสินของศาลมลรัฐ Tennessee จึงถูกต้องแล้ว⁹⁰ อย่างไรก็ตาม Justice Scalia ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาเสียงข้างมากและยืนยันว่าการตีความเช่นนี้ขัดกับหลัก *nulla poena sine lege* เพราะไม่มีการแจ้งเตือนจำเลยอย่างเป็นทางการเสียก่อน เพราะมิฉะนั้นองค์ประกอบความผิดและข้อต่อสู้ที่ล้าสมัยก็ต้องถูกยกเลิกทั้งหมดและศาลก็จะสามารถตีความได้เองว่าสิ่งใดล้าสมัย และปรับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังได้ ซึ่งไม่ถูกต้อง⁹¹

ทั้งหมดนี้ยืนยันว่าหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังนั้นได้รับการยอมรับในประเทศกลุ่ม Anglo-American แต่ในทางปฏิบัติยังมีความไม่สอดคล้องกันอยู่มากว่าหลักการดังกล่าวมีขอบเขตเพียงใด และสามารถปรับใช้กับกรณีใดได้บ้าง ซึ่งเป็นเรื่องที่ประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยต้องร่วมกันเรียนรู้และคิดค้นต่อไป

ในหัวข้อต่อไปเราจะไปพิจารณาเรื่องหลักความชัดเจนแน่นอนของบทบัญญัติกฎหมายอาญาในระบบ Anglo-American ว่ามีความหมายและถูกปรับใช้อย่างไร โดยจะข้ามเรื่องกฎหมายอาญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรไปเพราะในระบบ Anglo-American แม้ปัจจุบันผู้พิพากษาจะสร้างความผิดอาญาไม่ได้แล้ว แต่ความผิดอาญาที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีก็ยังคงอยู่ตราบได้ที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมายกเลิกอย่างชัดเจน

⁸⁹ Ibid After reviewing the justifications for the rule at common law, however, the court found that the original reasons for recognizing the rule no longer exist. Accordingly, the court abolished the rule as it had existed at common law in Tennessee.”

⁹⁰ Ibid “the year and a day rule had only the most tenuous foothold as part of the criminal law of the State of Tennessee. The rule did not exist as part of Tennessee’s statutory criminal code. And while the Supreme Court of Tennessee concluded that the rule persisted at common law, it also pointedly observed that the rule had never once served as a ground of decision in any prosecution for murder in the State. Indeed, in all the reported Tennessee cases, the rule has been mentioned only three times, and each time in dicta.”

⁹¹ Justice Scalia dissenting in *Rogers v Tennessee* < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/99-6218.ZD1.html> > accessed 11 July 2017.

2.2 กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน

อย่างที่กล่าวถึงตอนอภิปรายหัวข้อนี้ของกฎหมายไทยว่าหลักนี้สำคัญอย่างยิ่ง เพราะถ้ากฎหมายอาญาไม่ชัดเจนแน่นอน เราจะไม่สามารรู้และเลือกได้เลยว่าการกระทำอย่างไรเป็นความผิด ทำให้เราไม่สามารถกำหนดอนาคตและหลีกเลี่ยงการกระทำความผิดอาญาได้ ดังนั้นทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐฯ ต่างก็ยอมรับหลักการนี้ในฐานะหลักการพื้นฐานที่สำคัญ โดยในอังกฤษนั้นยอมรับในฐานะเป็น Convention right เช่นเดียวกับหลักการไม่ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง เพราะศาล ECtHR ตีความมาตรา 7 ของ ECHR ว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้เรียกร้องเพียงว่ากฎหมายอาญาต้องไม่บัญญัติย้อนหลังเท่านั้นแต่ “กฎหมายอาญาต้องไม่ถูกตีความขยายความให้เป็นผลร้ายกับจำเลย ยกตัวอย่างเช่นการเทียบเคียงกฎหมาย และจากหลักการดังกล่าวจึงนำไปสู่หลักการว่าความผิดอาญาต้องถูกนิยามอย่างชัดเจน เงื่อนไขนี้จะบรรลุก็ต่อเมื่อประชาชนสามารถรู้ว่าการกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิด จากถ้อยคำของกฎหมายอาญานั้นเอง ถึงแม้ว่าในบางกรณีการจะเข้าใจถ้อยคำนั้นต้องอาศัยความช่วยเหลือของศาลในการตีความถ้อยคำนั้นก็ตาม”⁹²

จากคำพิพากษานี้ศาล ECtHR ได้วางหลักสองเรื่อง คือมาตรา 7 ของ ECHR คุ่มครองสิทธิประชาชนโดยการเรียกร้องให้กฎหมายอาญาต้องได้รับการตีความโดยเคร่งครัดและต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เราจะพูดถึงหลักแรกคือการตีความกฎหมายอาญาต้องโดยเคร่งครัดในส่วนถัดไปแต่ตอนนี้เราจะอภิปรายเรื่องหลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญาก่อน

โปรดสังเกตว่าถึงแม้ศาล ECtHR จะวางหลักว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน แต่ศาลก็ยอมรับว่าบางครั้งการตีความโดยศาลเพื่อช่วยเหลือให้ประชาชนเข้าใจกฎหมายก็เป็นสิ่งที่จำเป็น และในคำพิพากษาเดียวกันย่อหน้าที่ 40 ศาล ECtHR ก็พูดอย่างชัดเจนว่าบางครั้งเพื่อหลีกเลี่ยงความแข็งกระด้างของกฎหมายที่จะทำให้กฎหมายปรับตัวตามการเปลี่ยนแปลงของสังคมไม่ทัน ถ้อยคำของกฎหมายอาจจำเป็นต้องไม่ชัดเจนอยู่บ้าง หากศาลได้ไต่ความและวางหลักความหมายของคำที่ไม่ชัดเจนบ้างแล้วก็จะทำให้ระดับความไม่ชัดเจนของกฎหมายอาญาลดลงมาอยู่ในระดับที่สามารถรับได้⁹³ เพราะหลักการ *lex certa* นี้เพียงเรียกร้องให้กฎหมายอาญาต้องชัดเจนให้ “มาก

⁹² *Kokkinakis v Greece* [1993] ECHR 20, para 52 “The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him liable.” <<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1993/20.html>> accessed 14 July 2017.

⁹³ *Ibid* para 40.



ที่สุด” ไม่ใช่ถึงขนาดต้องชัดเจนแน่นอน “อย่างเด็ดขาด”⁹⁴ ตราบใดที่ข้อความนั้นสามารถเป็นคู่มือหรือแบบแผนความประพฤติให้ประชาชนสามารถเข้าใจได้ว่าการกระทำใดของตนไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้นหากรัฐประสงค์จะกำหนดความผิดอาญาที่ต้องใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนอยู่บ้างก็สามารถทำได้ ถ้ารัฐได้ให้นิยามศัพท์ กำหนดแนวทางตีความ หรือมีตัวอย่างการตีความของศาลที่ชัดเจนเพียงพอ⁹⁵

คำอธิบายในลักษณะนี้ของศาล ECtHR แม้จะเป็นที่เข้าใจได้เพราะธรรมชาติของการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญานั้นยากที่จะขีดเส้นอย่างชัดเจน ประกอบกับความเป็นศาลที่มีลักษณะทางการเมืองในระดับหนึ่งของศาล ECtHR ที่ต้องเคารพอำนาจตัดสินใจของรัฐสมาชิกพอสมควร แต่ในด้านหนึ่งคำอธิบายนี้ยากที่จะเข้าใจและปรับใช้ได้ ยกตัวอย่างเช่นศาล ECtHR เคยตัดสินว่าการกำหนดองค์ประกอบความผิดว่า “ต้องมีความประพฤติที่ดี” เป็นคำที่กำกวมจนเกินไปและขัดกับหลักการในมาตรา 7⁹⁶ ในขณะเดียวกันศาลกลับตัดสินในปีเดียวกันว่าการบัญญัติว่า “การกระทำที่น่าจะทำให้เกิดการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย” เป็นถ้อยคำที่ชอบด้วยมาตรา 7⁹⁷ นอกจากนั้นศาล High Court ของอังกฤษเองก็เคยตีความคำว่า “โดยทุจริต” (dishonestly) อันเป็นองค์ประกอบของความผิดจาริตประเพณีฐานฉ้อโกงโดยไม่ได้กำหนดนิยามศัพท์ไว้ ถือเป็นถ้อยคำที่ไม่ได้กำกวมไม่ขัดกับหลักกฎหมายอาญา⁹⁸

สำหรับกฎหมายสหรัฐฯ นั้น หลักการชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญานั้นแม้จะไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญรับรองโดยตรงเหมือนกับ *ex-post facto* law แต่ศาลฎีกาสหรัฐฯ ก็ตีความรับรองหลักดังกล่าวผ่าน Fifth และ Fourteenth Amendments ในฐานะส่วนหนึ่งของหลักการ due process of law⁹⁹ โดยแต่เดิมศาลฎีกาสหรัฐฯ ถือว่าการสร้างกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแน่นอนนั้นเป็นการปฏิเสธสิทธิของจำเลยที่จะได้รับทราบ “ลักษณะและสาเหตุของข้อกล่าวหา”¹⁰⁰ ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตาม Sixth Amendment อย่างไรก็ตามในช่วงหลังศาลฎีกาสหรัฐฯ อ้างถึงหลักการตาม Fifth และ Fourteenth Amendments มากกว่าเวลาอธิบายว่ากฎหมายอาญาที่ไม่ชัดเจนแน่นอนขัดรัฐธรรมนูญโดยขึ้นอยู่กับว่าเป็นความผิดอาญาของสหพันธรัฐหรือความผิดอาญาของมลรัฐ¹⁰¹ โดยศาลถือว่าหากบุคคลที่มีระดับสติปัญญาทั่วไปเข้าใจความหมายของ

⁹⁴ Horder and Ashworth (n 50) 87.

⁹⁵ Ibid 88; Simester and others (n 1) 28-31.

⁹⁶ *Hashman and Harrup v United Kingdom* [1999] 30 EHRR 241.

⁹⁷ *Steel v United Kingdom* [1999] 28 EHRR 603.

⁹⁸ *R v Pattni, Dhunna, Soni and Poopalarajah* [2001] Crim LR 570, for explanation of the crime see Herring (n 51) 522-523 and for criticism of the crime for its vagueness see David Ormerod, ‘Cheating the Public Revenue’ (1998) [1998] Criminal Law Review 627.

⁹⁹ Dubber and Tatjana (n 8) 73, 85

¹⁰⁰ *Yu Cong Eng v Trinidad* [1926] 271 US 500 < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/271/500/case.html> > accessed 14 July 2017.

¹⁰¹ LaFave (n 71) 97.

ความผิดอาญาแตกต่างจากการใช้ความผิดนั้นในทางกฎหมาย กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ¹⁰² กฎหมายอาญาควรเป็นเรื่องของความชัดเจนที่คนที่มีระดับสติปัญญาทั่วไปเข้าใจและนำไปใช้เป็นแนวทางปฏิบัติได้ ไม่ควรเป็นเรื่องของการคาดเดา¹⁰³ หลักการนี้ใช้กับทั้งกฎหมายอาญาลักษณะอักษรและกฎหมายอาญาจารีตประเพณี โดยกฎหมายอาญาที่ไม่ชัดเจนแน่นอนและถือว่าขัดรัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นการไม่ชัดเจนแน่นอนในส่วนของผู้กระทำ การกระทำ หรือระวางโทษก็ได้¹⁰⁴

2.3 กฎหมายอาญาต้องตีความเคร่งครัด

หลักการตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัดสำหรับกฎหมายในระบบ Anglo-American นี้ ถึงแม้จะมีปรากฏมานานในคำอธิบายและข้อโต้แย้งทางกฎหมาย โดย Lord Esher ซึ่งเป็น Master of the Rolls หรือผู้พิพากษาอาวุโสลำดับสองของอังกฤษในขณะนั้นตัดสินคดีโดยอธิบายว่าหลักกฎหมายที่สำคัญก็คือกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด และถ้าในกรณีใดสามารถตีความได้สองความหมาย ศาลต้องยึดเอาการตีความที่เป็นคุณกับจำเลยมากกว่า¹⁰⁵ ซึ่งหลักการในประโยคนี้นี้ถูกนำไปใช้เป็นหลักในการตีความกฎหมายอาญาในคดีช่วงหลังหลายครั้ง เช่น ในคดี *Atkins v Director Of Public Prosecutions*¹⁰⁶ *R v. Z*¹⁰⁷ และคดี *Bogdanic v The Secretary of State for the Home Department*¹⁰⁸ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติหลักการนี้ไม่ค่อยได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดจากศาลในอังกฤษ โดยมีคำพิพากษาจำนวนมากทั้งของสภาขุนนางและของศาลอุทธรณ์ที่ตัดสินคดีโดยไม่ได้คำนึงถึงการตีความอย่างเคร่งครัดนี้¹⁰⁹ เพราะในระบบกฎหมาย Anglo-American นั้นเน้นการตีความกฎหมายให้เกิดความยุติธรรมและบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ การตีความกฎหมายอย่างเคร่งครัดในระบบกฎหมาย Anglo-American นี้ โดยทั่วไปจึงหมายถึงการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดเท่านั้น ไม่รวมถึงการตีความกฎหมายจารีตประเพณี

ในทางประวัติศาสตร์นั้นศาลตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดด้วยสองเหตุผล กล่าวคือ เหตุผลแรก เพื่อลดความรุนแรงของกฎหมายในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดโทษประหารชีวิต เพราะในช่วงศตวรรษที่ 19 รัฐสภาอังกฤษออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร

¹⁰² *Connally v. General Construction Co.* [1926] 269 U.S. 385 < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/269/385/> > accessed 14 July 2017.

¹⁰³ ผู้เขียนขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิ (reader) ผู้ไม่เปิดเผยชื่อที่ช่วยชี้แนะประโยคนี้นี้ทำให้การอธิบายชัดเจนยิ่งขึ้น

¹⁰⁴ LaFave (n 71) 97 and see cases cited in the page.

¹⁰⁵ *Tuck v Priest* [1887] 18 QBD 629, 631.

¹⁰⁶ [2000] EWHC Admin 302 < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2000/302.html> > accessed 14 July 2017.

¹⁰⁷ [2005] UKHL 35 < <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/35.html> > accessed 14 July 2017.

¹⁰⁸ [2014] EWHC 2872 < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2014/2872.html> > accessed 14 July 2017.

¹⁰⁹ Horder and Ashworth (n 50) 88.



จำนวนมากกำหนดให้การกระทำความผิดเล็กน้อยเป็นความผิดอาญาที่มีโทษประหารชีวิต¹¹⁰ โดยในกรณีนี้ศาลจะตีความโดยถือเอาการตีความเพื่อประโยชน์ของจำเลยเป็นหลัก¹¹¹ สำหรับเหตุผลที่สองนั้น ศาลตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างจำกัดเพื่อตอบโต้รัฐสภา และเพื่อลดการรุกร้าอำนาจของศาลในการสร้างกฎหมาย¹¹²

สำหรับในปัจจุบันนั้นสภาพขนานนี้ได้วางหลักการเอาไว้ในสองคดีก่อนจะเปลี่ยนเป็นศาลฎีกาสหราชอาณาจักรว่า การตีความกฎหมายนั้นต้องเคร่งครัดแต่ไม่ใช่เคร่งครัดในการตีความคำศัพท์ให้เป็นไปตามพจนานุกรมแต่เคร่งครัดเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ (purposive approach)¹¹³ โดยศาลอาจตีความวัตถุประสงค์ของกฎหมายจากการอ่านบันทึกการประชุมรัฐสภา เอกสารหรือหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐสภา หรือรายงานของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย¹¹⁴ ดังนั้นแม้ในคดี *Kokkinakis v Greece*¹¹⁵ ศาล ECtHR จะตัดสินว่ากฎหมายอาญาต้องถูกต้องอย่างเคร่งครัด แต่ศาลอังกฤษถือว่าหลักการดังกล่าวแม้จะสำคัญแต่ไม่ใช่หลักเด็ดขาดและอาจมีหลักอื่นที่สำคัญกว่าที่ทำให้ศาลสามารถตีความอย่างไม่เคร่งครัดได้เพื่อความยุติธรรม¹¹⁶

หลักการตีความกฎหมายอาญาให้เป็นคุณแก่จำเลยถูกปฏิบัติและรับรองโดยศาลฎีกาสหรัฐฯ ด้วยเช่นกัน¹¹⁷ โดยศาลเห็นว่าหากกฎหมายอาญากำกวมแล้วศาลตีความเป็นโทษแก่จำเลยจะละเมิดหลักการเตือนด้วยความเป็นธรรม (fair warning) และเสี่ยงที่จะทำให้ศาลละเมิดรัฐธรรมนูญด้วยการเอาอำนาจบัญญัติกฎหมายที่เป็นของรัฐสภามาไว้ที่ศาลเสียเอง¹¹⁸ อย่างไรก็ตามการตีความอย่างจำกัดนี้ต้องไม่ไปละเมิดเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือทำให้กฎหมายอาญาบังคับใช้ไม่ได้จนเสียความยุติธรรมไป¹¹⁹

สรุป

แม้บทความนี้เป็นเพียงบทสำรวจเบื้องต้น แต่ก็น่าจะช่วยให้เราเห็นภาพการใช้หลัก *nullum crimen poena sine lege* มากยิ่งขึ้นว่าหลักที่เรายึดถือเป็นหลักการพื้นฐานนั้น หาได้ถูกเคารพหรือถูกปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมากนักในกฎหมายระบบ Anglo-American แน่นอนว่าเหตุผลหลักคงเป็นเพราะนิติวิธี และพัฒนาการของกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่าง

¹¹⁰ LaFave (n 71) 83.

¹¹¹ Hall 177 (n 9); Horder and Ashworth (n 50) 87.

¹¹² Horder and Ashworth (n 50) 88.

¹¹³ Attorney-General's Reference (No. 1 of 1988) [1989] HL 1989

¹¹⁴ Horder and Ashworth (n 50) 88.

¹¹⁵ [1993] ECHR 20

¹¹⁶ Horder and Ashworth (n 50) 88.

¹¹⁷ ดูคดีที่อ้างถึงใน fn 27 ใน LaFave (n 71) 83.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid 84-85.

กฎหมาย Anglo-American กับกฎหมายไทยที่รับรากและนิติวิธีมาจากกฎหมายเยอรมันมากกว่า ทำให้เราถือปฏิบัติตามหลักดังกล่าวอย่างจริงจังมากกว่า แม้จะมีคดีที่น่าสงสัยอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 หรือการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ชัดเจนอย่างมาตรา 135/1 ก็ตาม

ด้วยความเข้าใจพื้นฐานนี้จะทำให้เราเข้าใจได้ว่าเหตุใดหลักกฎหมายที่สำคัญดังกล่าวไม่ได้ถูกปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมากนักในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศาลอาญาระหว่างประเทศก่อนที่ศาล ICC จะถูกก่อตั้งขึ้นตามธรรมนูญกรุงโรม ซึ่งศาลเหล่านั้นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากนักกฎหมายในระบบ Anglo-American อย่างไรก็ตามสิ่งหนึ่งที่ต้องยอมรับก็คือ หลักการที่บอกว่ากฎหมายอาญาต้องเคร่งครัดชัดเจนแน่นอนนั้น ตัวมันเองหาได้ชัดเจนเคร่งครัดว่ามีขอบเขตและสภาพการใช้อย่างไรไม่ นักกฎหมายไทยยังจำเป็นต้องศึกษาประเด็นนี้เพิ่มเติมเพื่อให้องค์ความรู้เรื่องนี้ชัดเจนมากขึ้นว่ากรณีใดสามารถทำได้ และกรณีใดที่ไม่สามารถทำได้ หากหลักการนี้ไม่ชัดเจนเราอาจจะต้องมีจำเลยที่ถูกกฎหมายอาญาลงโทษอย่างไม่เป็นธรรม (แม้จำเลยจะกระทำการที่น่าตำหนิเพียงใดก็ตาม) อีกหลายคดี