



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: การปรับใช้สูตรของร่าดบรุค (Radbruchsche Formel) ในฐานะข้อจำกัดของหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง เป็นผลร้ายแก่บุคคลในทางอาญาโดยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ชื่อผู้แต่ง: ศศิภา พฤกษภูวนจันทร์

การอ้างอิงที่แนะนำ: ศศิภา พฤกษภูวนจันทร์, “การปรับใช้สูตรของร่าดบรุค (Radbruchsche Formel) ในฐานะข้อจำกัดของหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง เป็นผลร้ายแก่บุคคลในทางอาญาโดยศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,” (2564) 3 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 260.

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle

**Baker
McKenzie.**



SAIJO DENKI

ร่วมกับ



บริษัท ซัยโจ เด็นกิ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด สมาคมนิติศาสตร์ มธ.



ผู้สนับสนุนร่วม



โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

การปรับใช้สูตรของรึาดบรุค (Radbruchsche Formel)
ในฐานะข้อจำกัดของหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง
เป็นผลร้ายแก่บุคคลในทางอาญาโดยศาลรัฐธรรมนูญ
แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

The Application of Radbruch's Formula as a
Limitation of the Principle of *Nulla Poena Sine Lege*
by the Federal Constitutional Court of Germany

ศศิภา พฤกษญาจันทร์

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Sasipa Pruksadachan

Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 27 กุมภาพันธ์ 2564; วันแก้ไขบทความ 14 กรกฎาคม 2564; วันที่ตอบรับบทความ 22 กรกฎาคม 2564

บทคัดย่อ

คำถามในทางนิติปรัชญาที่สำคัญไม่น้อยไปกว่า “กฎหมายคืออะไร” และ “กฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งกับความยุติธรรมจะสมบูรณ์เป็นกฎหมายหรือไม่” คือคำถามที่ว่า “เราจะจัดการกับกฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งกับความยุติธรรมดังกล่าวอย่างไร” ห้วงเวลาที่สำคัญที่สุดในการอภิปรายคำถามดังกล่าวย่อมหนีไม่พ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต้องเผชิญกับความเสียหายอย่างร้ายแรงไม่เพียงแต่เฉพาะทางด้านกายภาพและเศรษฐกิจ แต่รวมถึงระบบกฎหมายด้วย

กุสตาฟ รึาดบรุค (Gustav Radbruch) เป็นนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันที่มีอิทธิพลต่อการปฏิรูปฟื้นฟูระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในห้วงเวลาดังกล่าวเป็นอย่างมาก ข้ออภิปรายของเขาผ่านบทความทางนิติปรัชญาความยาวไม่กี่หน้ากระดาษที่บรรจุสิ่งที่เรารู้จักกันในชื่อ “สูตรของรึาดบรุค” เป็นบทความที่ทรงพลังทั้งในแง่มุมมองทางวิชาการและทางวิชาชีพ เนื่องจากศาล

แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีทั้งศาลสูงสุดและศาลรัฐธรรมนูญได้เขียนข้อความที่บ่งชี้ถึงสูตรของรึาดบรุคนี้ลงไปคำพิพากษาและคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับกฎหมายที่ขัดแย้งกับความยุติธรรมอย่างร้ายแรง

บทความชิ้นนี้จะนำเสนอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ได้นำสูตรของรึาดบรุคมาปรับใช้แก้คดีหนึ่งในช่วงหลังการล่มสลายของกำแพงเบอร์ลินในฐานะข้อจำกัดของหลักห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังในทางอาญา ซึ่งเป็นอีกห้วงเวลาหนึ่งที่สูตรของรึาดบรุคได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกยุติธรรมที่สำคัญอีกครั้งหนึ่ง

คำสำคัญ: นิติปรัชญา ความยุติธรรม ความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย

Abstract

The most important questions for legal philosophy are not only the question of “What law is” or “whether a legal norm that violates the concept of justice valid as a law”, but also “What should we do if that is the case?”. The great example for the situation was after the second world war, when Germany faced the most challenging task to restore its collapsed legal system.

Gustav Radbruch was a German legal philosopher; whose article were highly influential for German legal system in that time. “Radbruch’s Formula” is important not only in academics, but also in legal profession. It provides the solution of the conflict between legal security and justice, which the supreme court and the federal constitutional court of Germany acknowledged and applied to the cases.

In this article, I would like to explore Radbruch’s fundamental idea that led to his famous formula and then show how the federal constitutional court of Germany apply it to the case of the Berlin wall snipers as a limitation of the principle of “*nulla poena sine lege*”

Keywords: Philosophy of Law, Legal Philosophy, Justice, Legal Security

1. ความนำ

กุสตาฟ รัดบรุค (Gustav Radbruch; 1878-1949) เป็นนักกฎหมายและนักนิติปรัชญาที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของอิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant; 1724-1804) เป็นอย่างมาก รัดบรุคถูกจัดเป็นหนึ่งในนักคิดสำนักคานท์ใหม่สายไฮเดลแบร์ก (Heidelberger Neukantianismus) ซึ่งเป็นสำนักคิดที่รับเอาแนวความคิดของคานท์ในการแบ่งโลกออกเป็นสองโลกแยกออกจากกัน ได้แก่ โลกแห่งปรากฏการณ์หรือความเป็น (Sein) และโลกแห่งคุณค่าหรือความควรจะต้องเป็น (Sollen) วิธีวิทยาเช่นนี้เรียกว่าวิธีวิทยาแบบทวินิยม (Methodendualismus; methodological dualism) ซึ่งนักคิดในสำนักคานท์ใหม่สายไฮเดลแบร์กหลายคนรวมถึงรัดบรุคเห็นว่าสิ่งที่ดำรงอยู่ในโลกแห่งปรากฏการณ์นั้น ไม่ได้มีแต่เพียงข้อเท็จจริงที่ปราศจากคุณค่าใด ๆ (Die wertblinde Haltung) อย่างข้อเท็จจริงตามธรรมชาติหรือข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์เท่านั้น แต่ยังมีข้อเท็จจริงที่ถูกรอบด้วยคุณค่า (Die wertbeziehende Haltung) ด้วย¹

รัดบรุคอธิบายว่าข้อเท็จจริงที่ถูกรอบด้วยคุณค่านี้เป็นปรากฏการณ์ที่มุ่งรับใช้คุณค่าหนึ่ง ๆ เช่น ศาสตร์ (Wissenschaft) เป็นปรากฏการณ์ที่มุ่งรับใช้ความจริง (Wahrheit) แต่อย่างไรก็ตาม การที่มันถูกรอบด้วยคุณค่านี้ไม่ได้หมายความว่ามันคือสิ่งเดียวกับคุณค่า เนื่องจากความมุ่งหมายในการรับใช้คุณค่านี้อาจสำเร็จหรือล้มเหลวก็ได้ รัดบรุคเรียกปรากฏการณ์เช่นนี้ว่า “วัฒนธรรม” (Kultur) ซึ่งได้แก่ ปรากฏการณ์ที่มีความมุ่งหมายในการทำให้คุณค่าปรากฏเป็นจริง² ซึ่งกฎหมายก็เป็นหนึ่งในวัฒนธรรมตามความเห็นของรัดบรุค ดังนั้น รัดบรุคจึงอธิบายลักษณะของกฎหมายไว้ว่า กฎหมายเป็นปรากฏการณ์ที่มีความมุ่งหมายในการรับใช้คุณค่าหรืออุดมคติของกฎหมาย

จากลักษณะของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ในโลกแห่งปรากฏการณ์ กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ในโลกแห่งความเป็นจริง แต่ขณะเดียวกันก็ไม่ใช่ปรากฏการณ์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับคุณค่าใด ๆ เลยดังเช่นปรากฏการณ์ทางวิทยาศาสตร์ อย่างไรก็ตาม กฎหมายจะมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับคุณค่ากฎหมายก็ไม่ใช่อะไรเดียวกับคุณค่า แต่กฎหมายเป็นปรากฏการณ์ที่มุ่งทำให้คุณค่าหรืออุดมคติของกฎหมายเป็นจริงขึ้นมาเท่านั้น เพราะฉะนั้นคำถามสำคัญสำหรับนิติปรัชญาของรัดบรุคจึงได้แก่ คุณค่าหรืออุดมคติของกฎหมายที่กฎหมายอันเป็นปรากฏการณ์มุ่งหมายที่จะรับใช้นั้นคืออะไร

2. สูตรของรัดบรุค

การทำความเข้าใจสูตรของรัดบรุคจำเป็นต้องเข้าใจธรรมชาติของรัดบรุคที่มีต่อกฎหมายเสียก่อน เนื่องจากรัดบรุคไม่ได้มองกฎหมายเป็นเพียงปรากฏการณ์ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับคุณค่าใดเลย ขณะเดียวกันก็ไม่ได้เห็นว่ากฎหมายเป็นสิ่งเดียวกับคุณค่าหากแต่เป็นปรากฏการณ์ที่มุ่งรับใช้คุณค่า

¹ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932) (Dreier und S.L. Paulson eds, Studienausgabe, 2. Überarbeitete Auflage, C.F. Müller, 2003) 9.

² เพิ่งอ้าง.

หรืออุดมคติของกฎหมายดังที่กล่าวไปข้างต้น ดังนั้นศูนย์กลางของสูตรของร่าดบรุคจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักและการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างอุดมคติของกฎหมายซึ่งตามความเห็นของร่าดบรุคผู้มองว่าอุดมคติของกฎหมายไม่ได้มีเพียงหนึ่งเดียวแต่มีถึงสามประการที่ทั้งเสริมและถ่วงดุลกัน ได้แก่ ความยุติธรรม ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ และความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายหรือในนิติฐานะ ซึ่งในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่าคุณค่าของกฎหมายทั้งสามประการในความคิดของร่าดบรุคเป็นคุณค่าที่เป็นประเด็นปัญหาสำคัญที่ปะทะกันมาตลอดในประวัติศาสตร์นิติปรัชญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรมและความมั่นคงแน่นอนแห่งกฎหมายอันเปรียบเสมือนเหรียญสองด้านของกฎหมายที่ตั้งประชันกันระหว่างสำนักความคิดทางกฎหมายสำคัญสองสำนัก ได้แก่ สำนักกฎหมายธรรมชาติและสำนักกฎหมายบ้านเมือง ฉะนั้น การที่ร่าดบรุคให้ความสำคัญกับคุณค่าทั้งสองประการโดยมิได้เลือกแต่เพียงคุณค่าใดคุณค่าเดียวนั้น จึงเห็นได้ว่าร่าดบรุคไม่ใช่นักคิดในทั้งสำนักกฎหมายธรรมชาติและสำนักกฎหมายบ้านเมือง เนื่องจากเขาไม่ได้เดินทางร่วมกับสำนักคิดใดสำนักคิดหนึ่งไปจนสุดทางนั่นเอง

ตามที่กล่าวไปข้างต้นว่าร่าดบรุคมองอุดมคติของกฎหมายว่ามีถึงสามประการ ประเด็นหลักของสูตรของร่าดบรุคจึงเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักอุดมคติของกฎหมายเหล่านี้ในกรณีที่เกิดการขัดแย้งกันของอุดมคติของกฎหมาย ฉะนั้น ในบทความนี้ผู้เขียนจะอธิบายสูตรของร่าดบรุคใน 2 ประเด็น คือ อุดมคติของกฎหมายตามแนวความคิดของร่าดบรุคและการแก้ปัญหาการขัดกันของอุดมคติของกฎหมาย ดังต่อไปนี้

2.1 อุดมคติของกฎหมาย

ด้วยเหตุที่ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในสายตาของร่าดบรุคเป็นข้อความคิดทาง “วัฒนธรรม” อันเป็นปรากฏการณ์ที่เชื่อมโยงกับอุดมคติ ศูนย์กลางของนิติปรัชญาของร่าดบรุคจึงอยู่ที่ประเด็นเรื่อง “อุดมคติของกฎหมาย” (Rechtsidee) ซึ่งร่าดบรุคเริ่มจากการอธิบายว่าอุดมคติของกฎหมายจะเป็นอันใดไปไม่ได้เลยนอกเสียจาก “ความยุติธรรม”³ แต่อย่างไรก็ตามร่าดบรุคเห็นว่าความยุติธรรมเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะตอบคำถามทั้งหมดของข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายได้ ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าอุดมคติของกฎหมายในสายตาของร่าดบรุคมีถึงสามประการด้วยกันซึ่งอีกสองประการนอกจากความยุติธรรมก็คือ ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงจะอธิบายถึงอุดมคติของกฎหมายทั้งสามประการดังกล่าวว่ามีฐานทางความคิดอย่างไร

2.1.1 ความยุติธรรม (Gerechtigkeit)

ร่าดบรุคเริ่มต้นจากการอธิบายว่าคุณค่าหรืออุดมคติของกฎหมายลำดับแรกอันเป็นคุณค่าที่สำคัญที่สุด ได้แก่ ความยุติธรรม (Gerechtigkeit) ซึ่งเป็นคุณค่าที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์

³ เฟ่งอ้าง 34.



ระหว่างมนุษย์อันมีลักษณะสมบูรณ์และไม่สามารถสืบทอดไปหาคุณค่าอื่นได้⁴ กล่าวคือ ความยุติธรรมเป็นหนึ่งในอุดมคติพื้นฐานอันเป็นรากฐานของคุณค่าอื่นโดยที่ตัวมันเองไม่ได้ตั้งอยู่บนคุณค่าอื่นนั่นเอง

ความยุติธรรมของกฎหมายมี 2 แง่มุมด้วยกัน ได้แก่ ความยุติธรรมในการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งอาจเรียกว่าความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtllichkeit) และ ความยุติธรรมของกฎหมายนั่นเอง ซึ่ง “ความยุติธรรม” อันเป็นอุดมคติของกฎหมายในความมุ่งหมายของรึาตบรुकได้แก่ความยุติธรรมในแงุ่มที่สองที่เป็น “มาตรวัด” กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง (positives Recht) มากกว่าการที่ตัวกฎหมายบ้านเมืองนั้นเป็นมาตรวัดเสียเองเช่นในแงุ่มแรก⁵

รึาตบรुकเห็นว่าความยุติธรรมในแงุ่มที่สองนั้นได้แก่ **หลักความเสมอภาค (Gleichheit)**⁶ อย่างไรก็ตามปัญหาของการนิยามความยุติธรรมว่าหมายความถึงความเสมอภาคก็คือหลักความเสมอภาคเป็นแต่เพียงหลักการในทาง “รูปแบบ” (Form) เท่านั้น กล่าวคือ หลักความเสมอภาคบอกให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันให้เหมือนกันและปฏิบัติต่อสิ่งที่แตกต่างกันให้ต่างกัน แต่ไม่ได้บอกต่อไปว่าจะอะไรคือสิ่งที่เหมือนกันหรือแตกต่างกัน รวมไปถึงวิธีการปฏิบัติต่อสิ่งที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันที่ว่านั้นคืออะไร เพราะฉะนั้นแล้วเราจึงไม่สามารถบอกได้ว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นควรจะมี “เนื้อหา” อย่างไรจึงจะสอดคล้องกับหลักความยุติธรรม รึาตบรुकจึงเห็นว่าคำตอบคำถามถึงเนื้อหาของหลักความเสมอภาคดังกล่าวสามารถทำได้ด้วยการค้นหา “วัตถุประสงค์ของกฎหมาย” (Zweck des Rechts) ในแต่ละกรณีเท่านั้น⁷ ดังนั้น จึงต้องมีอุดมคติของกฎหมายนอกเหนือจาก ความยุติธรรมเข้ามาเติมเต็มเนื้อหาของความยุติธรรม ซึ่งได้แก่ หลักความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ (Zweckmäßigkeit)⁸

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าแม้รึาตบรुकจะอธิบายว่าหลักความเสมอภาคอันเป็นสาระสำคัญของอุดมคติด้านความยุติธรรมเป็นหลักการในทาง “รูปแบบ” นั้น ก็ได้หมายความว่าหลักความยุติธรรมจะเป็นหลักการในทางรูปแบบแต่เพียงอย่างเดียว แต่เนื่องจากการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดยุติธรรมหรือไม่นั้นจำต้องพิจารณา “เนื้อหา” ของกฎเกณฑ์นั้นในท้ายที่สุดด้วย เพราะเหตุนี้เองรึาตบรुकจึงเห็นว่าต้องมีอุดมคติด้านความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เข้ามาเติมเต็มความยุติธรรมทางด้าน “เนื้อหา” นั่นเอง ฉะนั้นในแง่นี้อาจมองได้ว่าโดยทั่วไปแล้วอุดมคติด้านความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เป็นอุดมคติที่ส่งเสริมอุดมคติด้านความยุติธรรม (ในทางเนื้อหา) มากกว่าที่จะเผชิญหน้ากัน

2.1.2 ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ (Zweckmäßigkeit)

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าหลักความยุติธรรมไม่เพียงพอในการตอบคำถามถึง “เนื้อหา” ของกฎหมายที่ควรจะเป็น ซึ่งรึาตบรुकเห็นว่าคำตอบคำถามนั้นจำเป็นต้องค้นหา “วัตถุประสงค์ของกฎหมาย” (Zweck des Rechts) และพิจารณาว่าเนื้อหาของกฎหมายนั้น ๆ “สอดคล้อง”

⁴ เฟ็งอ้าง 35.

⁵ เฟ็งอ้าง.

⁶ เฟ็งอ้าง 73.

⁷ เฟ็งอ้าง.

⁸ เฟ็งอ้าง.

กับวัตถุประสงค์ของมันหรือไม่ จุดนี้เองที่อุดมคติที่สองของกฎหมายอันได้แก่ “ความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์” (Zweckmäßigkeit) เข้ามามีบทบาท

สำหรับหลักความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์นี้ รัดบรูกอธิบายว่าเป็นหลักการที่ตอบคำถามถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและความสอดคล้องของตัวกฎหมายนั้นกับวัตถุประสงค์ของมัน ซึ่งมีลักษณะสัมพัทธ์ (relativ) กับพัฒนาการของระบบกฎหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย⁹ โดยอาจพิจารณาคุณค่าหลายอย่างในระบบกฎหมายประกอบกันทั้งคุณค่าในระดับปัจเจกบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม เพื่อชี้แนะให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ให้มากที่สุด¹⁰ จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในทรรศนะของรัดบรูกนั้นเป็นหลักความยุติธรรมในทางเนื้อหาเนื่องจากต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักคุณค่าต่าง ๆ ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแต่ละกฎเกณฑ์ว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือไม่ โดยที่วัตถุประสงค์นี้ต้องสอดคล้องกับความยุติธรรมหรือความเสมอภาคด้วยนั่นเอง

นอกจากนี้ หลักความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ยังเป็นหลักการ “เฉพาะกรณี” ที่มาเสริมคุณค่าด้านความยุติธรรมที่เป็นนามธรรมให้เป็นรูปธรรมอีกด้วย เนื่องจากการพิจารณาความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์จำต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแต่ละกรณีว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์นั้น ๆ หรือไม่

อย่างไรก็ตาม รัดบรูกอธิบายต่อไปว่าการที่หลักความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์นั้นมีลักษณะสัมพัทธ์ และเปิดโอกาสให้มีการปะทะกันระหว่างคุณค่าอันหลากหลายที่ดำรงอยู่ในสังคมเช่นนี้ ย่อมขัดต่อสภาพของกฎหมายที่ต้องชี้ขาดความแตกต่างหลากหลายนั้นในฐานะที่เป็นระเบียบของสังคมเพียงหนึ่งเดียวที่จะตัดสินความขัดแย้งทางคุณค่าเหล่านั้น จึงจำเป็นต้องมีอีกคุณค่าหนึ่งของกฎหมายที่ชี้ขาดความแตกต่างหลากหลายทางคุณค่าอันเกิดจากหลักความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ ได้แก่ ความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (Rechtssicherheit) เพื่อคุ้มครองความมั่นคงของกฎหมายบังคับใช้ในบ้านเมือง¹¹

2.1.3 ความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (Rechtssicherheit)

ข้อเรียกร้องของหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย คือการที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายต้องบ่งชี้สิทธิหน้าที่ของปัจเจกชนอย่างชัดเจนและแน่นอนเพื่อให้บุคคลทราบถึงนิติฐานะของตน ซึ่งเป็นการคุ้มครอง “ความเชื่อถือไว้วางใจต่อระบบกฎหมาย” (Vertrauensschutz) ว่ากฎหมายจะถูกตีความและปรับใช้อย่างเสมอหน้าและเสมอ ไม่ใช่ว่าเป็นอย่างหนึ่งในวันนี้กับกรณีหนึ่ง แต่กลับเป็นอื่นในวันพรุ่งนี้อีกกรณีหนึ่ง¹²

⁹ เ่งอ้าง.

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, อ่านกฎหมาย 2564) 429.

¹¹ Gustav Radbruch (เชิงอรรถ 1) 73.

¹² Gustav Radbruch, ‘Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht’ in Anhang 3, Dreier und S.L. Paulson (eds) *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie (1932)* (Studienausgabe, 2. Überarbeitete Auflage, C.F. Müller, 2003) 216.



ทั้งนี้ นอกจากหลักการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจจะสืบสาวออกมาจากหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้ว ยังมีเหตุผลสืบเนื่องจากการคุ้มครอง “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Grundrechte) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมสิทธิ์อีกด้วย¹³ ซึ่งในนิติรัฐ การคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายและความเชื่อถือไว้วางใจต่อระบบกฎหมายจะแสดงออกผ่าน “การห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง” (Rückwirkungsverbot) หรือที่รู้จักกันในชื่อ *Nullum crimen, nulla poena sine lege* เป็นหลัก กล่าวคือการกระทำของบุคคลย่อมเกิดผลทางกฎหมายจากฐานของกฎหมายที่มีอยู่ขณะที่บุคคลนั้นกระทำการเท่านั้น หากปรากฏว่าภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายย่อมไม่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลอันเนื่องมาจากการกระทำก่อนที่กฎหมายจะเปลี่ยนแปลง เว้นแต่การเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่นั้นจะเป็นคุณแก่บุคคลนั้น ซึ่งปรากฏในมาตรา 103 วรรคสอง แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) อันมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังนี้เป็นหนึ่งในข้อเรียกร้องสำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsgebots) สำหรับการใช้อำนาจอธิปไตยในทางอาญา และยังเป็นการป้องกันการใช้อำนาจรัฐทางอาญาโดยอำเภอใจอีกด้วย¹⁴ ซึ่งหลักการนี้มีรากฐานมาจากหลักเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลในทางเนื้อหา (materielles Schuldprinzip: *nulla poena sine culpa*) ที่คุ้มครองไปถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ของบุคคล ด้วยเหตุที่มนุษย์ย่อมมีความสามารถในการสำนึกผิดและตระหนักถึงความรับผิดชอบในการกระทำของตนได้ ดังนั้นรัฐจะสามารถลงโทษทางอาญาแก่บุคคลนั้นจากการกระทำของเขาได้ก็เฉพาะต่อเมื่อการลงโทษนั้นพอสมควรกับความผิดและบุคคลนั้นสามารถเล็งเห็นถึงความผิดของเขาได้ ซึ่งหมายความว่าต้องมีกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลนั้นสามารถคาดคะเนถึงความผิดของการกระทำของตนได้นั่นเอง¹⁵ จะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังไปลงโทษบุคคลสำหรับการกระทำก่อนที่จะมีกฎหมายจึงเป็นการทำลายความเชื่อถือไว้วางใจของบุคคลที่มีต่อระบบกฎหมายและหากกล่าวให้ถึงที่สุดแล้วย่อมเป็นการทำลายความเชื่อมั่นในศักยภาพของมนุษย์ในความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนอันมีรากฐานมาจากความเชื่อในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อีกด้วย ดังนั้น ในนิติรัฐ หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังจึงเป็นหลักที่โดยทั่วไปแล้วรัฐต้องยึดถืออย่างเคร่งครัดไม่มีข้อยกเว้นไม่ว่ากรณีใด ๆ ซึ่งการใช้อำนาจรัฐรุกร้าในแดนของมาตรา 103 วรรคสอง แห่งกฎหมายพื้นฐานนี้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐที่มีความร้ายแรงในระดับสูงสุด (höchste Eingriffsintensität) ที่ไม่อนุญาตให้มีการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ เพื่อประกันความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย¹⁶ แต่อย่างไรก็ตามเราจะได้เห็นในส่วนต่อไปของบทความว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ใช้สูตรของรึาดบรค์ในการสร้างข้อจำกัดของหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังซึ่งเป็นกรณียกเว้นอย่างยิ่ง

¹³ Christoph Gröpl, *Staatsrecht I* (9. Aufl., C.H.Beck 2017) 126.

¹⁴ Christoph Degenhart in Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, (8. Aufl., C.H.Beck 2018) 2121.

¹⁵ เพิ่งอ้าง 2122.

¹⁶ เพิ่งอ้าง.

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าหากกล่าวถึงที่สุดแล้ว ความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายอาจไม่ได้เป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับความยุติธรรมแต่อย่างใด แต่เป็น “ความยุติธรรม” ในความหมายอย่างกว้างได้เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมองจากหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคล ไม่ให้รัฐใช้อำนาจก้าวล่วงเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายย้อนหลังโดยอำเภอใจ ผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายในแง่นี้จึงมุ่งหมายเพื่อความยุติธรรมในท้ายที่สุดด้วย

ดังที่ได้แสดงไปแล้วว่าอุดมคติของกฎหมายในทรรศนะของรัทบรุคมีถึงสามประการด้วยกันและเห็นได้ชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้สูงที่จะเกิดความขัดแย้งระหว่างอุดมคติทั้งสามนั้น ฉะนั้นคำถามสำคัญที่ตามมาคือการจัดลำดับความสัมพันธ์กัน (Rangverhältnis) ระหว่างอุดมคติ ว่าเราควรให้ความสำคัญกับอุดมคติใดมากกว่ากันและภายใต้เงื่อนไขเช่นไร ซึ่งรัทบรุคมองว่าลำดับความสัมพันธ์ดังกล่าวมีความสัมพันธ์ไม่ตายตัว¹⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างอุดมคติด้านความยุติธรรม (และความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์) กับความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายอันเป็นประเด็นหลักของบทความนี้ กล่าวคือ หากกฎหมายทางกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดแย้งกับความยุติธรรมมีสภาพใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองและมีบุคคลที่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น รัฐจะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อลงโทษบุคคลที่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้นย้อนหลังได้หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขใด ซึ่งหากสืบสาวไปถึงรากฐานของปัญหาดังกล่าวแล้วย่อมได้แก่การตอบคำถามว่า เราควรจะให้น้ำหนักความคุ้มครองคุณค่าใดมากกว่ากันระหว่างความยุติธรรมและความมั่นคงแน่นอนแห่งกฎหมายนั่นเอง ซึ่งวิธีการแก้ปัญหาการขัดกันของอุดมคติของกฎหมายนี้เองที่เป็นหัวใจสำคัญของ “สูตรของรัทบรุค” ที่ผู้เขียนจะได้อธิบายในลำดับถัดไป

2.2 การแก้ปัญหการขัดกันของอุดมคติของกฎหมาย

ในบทความ Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht (1946) รัทบรุคได้เสนอทางออกของปัญหาการขัดกันของอุดมคติของกฎหมายในความเห็นของเขาไว้ด้วยข้อความสั้น ๆ เพียงไม่ถึงหนึ่งย่อหน้าซึ่งต่อมารู้จักกันในชื่อ “สูตรของรัทบรุค” ดังนี้:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere

¹⁷ Gustav Radbruch (เชิงอรรถ 1) 74.



Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren den als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“¹⁸

(การขัดกันระหว่างความยุติธรรมและความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายสามารถแก้ได้โดยการยึดตามกฎหมายที่บังคับใช้ในบ้านเมืองก่อนแม้ว่าเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะอยู่ยุติธรรมและไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ เว้นเสียแต่ว่าความขัดแย้งของกฎหมายบ้านเมืองดังกล่าวกับความยุติธรรมนั้นจะถึงระดับที่ไม่อาจทนทานได้จนกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง แม้จะเป็นไปไม่ได้ที่จะระบุอย่างแน่ชัดถึงเส้นแบ่งระหว่างกฎเกณฑ์ของกฎหมายบ้านเมืองที่อยู่ยุติธรรมกับกฎหมายที่มีเนื้อหาไม่ถูกต้องแต่ยังบังคับใช้อยู่ กระนั้นก็มีเส้นแบ่งหนึ่งที่ต้องยึดถืออย่างเคร่งครัด: หากในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นเจตนาที่จะไม่แสวงหาความยุติธรรมเลยแม้แต่น้อย ไม่แยแสใยดีต่อหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นแก่นของความยุติธรรม กฎหมายนั้นย่อมไม่ได้เป็นเพียงกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง แต่ได้สูญเสียธรรมชาติของกฎหมายไปเสียแล้ว เพราะเราไม่สามารถนิยามกฎหมายบ้านเมืองเป็นอื่นไปได้เลย นอกเสียจากเป็นกฎเกณฑ์ที่มีขึ้นเพื่อรับใช้ความยุติธรรม)

จากข้อความข้างต้นสามารถอธิบายการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างอุดมคติของกฎหมายจากเกณฑ์ความร้ายแรงของความยุติธรรมได้ดังนี้

1. หากกฎหมายนั้นอยู่ยุติธรรมหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในระดับปกติ คุณค่าด้านความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายต้องเป็นคุณค่านำ กล่าวคือ กฎหมายนั้นยังสมบูรณ์และใช้บังคับได้ แม้จะไม่ยุติธรรมหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ก็ตาม
2. หากความขัดแย้งกับความยุติธรรมนั้นร้ายแรงถึงขนาดไม่อาจทนทานได้จนกล่าวได้ว่าเนื้อหาของกฎหมายนั้นไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง แม้จะยังสมบูรณ์เป็นกฎหมายอยู่แต่ไม่มีผลใช้บังคับ และไม่อาจปรับใช้แก้คดีได้
3. หากกฎเกณฑ์นั้นไม่พยายามแสวงหาความยุติธรรมเลยแม้แต่น้อย ไม่ได้แยแสต่อความเสมอภาคอันเป็นแก่นของความยุติธรรม กฎเกณฑ์นั้นย่อมไม่เพียงเป็นกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง แต่ไม่สมบูรณ์เป็นกฎหมายเลย

กล่าวได้ว่าวิธีคิดของรึาตบรุคในการแก้ปัญหการปะทะกันของอุดมคติของกฎหมายนั้นมีการชั่งน้ำหนักความสำคัญของอุดมคติทั้งสามในสถานการณ์ต่าง ๆ อย่างเป็นลำดับขั้น โดยในขั้นแรก รึาตบรุคให้ความสำคัญกับความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายมากกว่าคุณค่าอื่น กล่าวคือ แม้ว่ากฎหมาย

¹⁸ Gustav Radbruch (เชิงอรรถ 12) 216.

จะมีเนื้อหาที่อยู่ศีลธรรมหรือไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ กฎหมายนั้นก็ยังมีสภาพเป็นกฎหมายอย่างสมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้ตามปกติ ทั้งนี้เพื่อประกันความเชื่อถือไว้วางใจในนิติฐานะของบุคคลในสังคม เนื่องจาก رأดับรคุมองว่า “ความเป็นกฎหมาย” นั้นเป็นคุณค่าในตัวเองถึงแม้จะเป็นกฎหมายที่ไม่ดีก็ตามซึ่งได้แก่การที่กฎหมายนั้นทำให้ความคลุมเครือสับสนนั้นกระจ่างชัดเจนขึ้น¹⁹

จะเห็นได้ว่าในขั้นแรกนี้มุมมองของ رأดับรคสอดคล้องกับแนวความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่ยึดถือความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเป็นหลัก อาจพิจารณาต่อไปได้ว่าวิธีคิดเช่นนี้ของ رأดับรคยังสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) อันหมายถึงการปกครองโดยกฎหมาย ที่แม้จะประกอบไปด้วยหลักนิติรัฐทางรูปแบบและเนื้อหาก็ตาม แต่ก็เชื่อว่าหากเนื้อหาของกฎหมายอยู่ศีลธรรมแล้วจะสามารถปฏิเสธความเป็นกฎหมายได้ทันทีในทุกกรณี

อย่างไรก็ตาม แม้ رأดับรคจะให้ความสำคัญกับความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเป็นลำดับแรก แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความเชื่ออย่างสมบูรณ์โดยไม่มีข้อยกเว้นเลย ดังที่เขาได้แสดงทรรศนะไว้อย่างน่าสนใจว่าหากเราไม่สนใจเนื้อหาของกฎหมายเลยโดยยึดถือแต่เพียงว่า “กฎหมายคือกฎหมาย” (Gesetz ist Gesetz) เท่านั้น กฎหมายย่อมไม่ต่างอะไรจากอำนาจอันเปลี่ยนแปลงและทำให้นักกฎหมายรวมถึงคนในสังคมไม่มีเครื่องมือในการต่อสู้กับอำนาจอำเภอใจ²⁰ ดังนั้น คำถามสำคัญสำหรับ رأดับรคจึงได้แก่คำถามที่ว่าหากกฎหมายขัดแย้งกับความยุติธรรม กฎหมายนั้นควรจะสมบูรณ์มีผลใช้บังคับเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย หรือควรจะปฏิเสธความมีผลใช้บังคับของมันเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ต่อคำถามนี้เขาเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่กฎหมายจะอยู่ศีลธรรมอย่างร้ายแรงจนถึงขนาดที่การปฏิเสธผลบังคับใช้ของกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ “จำเป็นต้อง” กระทำ²¹

رأดับรคจึงเห็นว่าหากความขัดแย้งกับความยุติธรรมนั้นถึงระดับที่ไม่อาจทนทานได้ กล่าวคือจนกล่าวได้ว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ตามหลักความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ กฎหมายนั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งจะส่งผลให้ไม่สามารถใช้บังคับแก่กรณีได้แม้จะยังสมบูรณ์เป็นกฎหมายอยู่ จะเห็นว่าในลำดับนี้คุณค่าของความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เป็นฝ่ายนำแทนที่ความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย หากปรากฏว่าเนื้อหาของกฎหมายนั้นบกพร่องอย่างร้ายแรงจนไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นได้เลย رأดับรคเห็นว่ากฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ ผู้พิพากษาจึงไม่สามารถนำกฎหมายนั้นมาปรับใช้แก่กรณีได้ แต่กระนั้นกฎหมายนั้นยังคงสมบูรณ์ (gültig) อยู่เพราะอย่างน้อยที่สุดในการตรากฎหมายนั้นยังมีวัตถุประสงค์ในการพยายามรับใช้ความยุติธรรม ตามความเห็นของผู้เขียนกรณีเช่นนี้อาจมีความคลุมเครืออยู่บ้างและ رأดับรคเองก็ไม่ได้อธิบายขยายความไวชัดเจนนักแต่อาจพอวิเคราะห์ได้ว่าอาจเกิดขึ้นได้กรณีที่กฎหมายเก่าเมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป เนื้อหาของกฎหมายนั้นอาจไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์เช่นเดิม

¹⁹ Gustav Radbruch, ‘Fünf Minuten Rechtsphilosophie’ in Anhang 2, Dreier und S.L. Paulson (eds) *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie (1932)* (Studienausgabe, 2. Überarbeitete Auflage, C.F. Müller, 2003) 210.

²⁰ เพิ่งอ้าง 209.

²¹ เพิ่งอ้าง 210.



ได้อีกแล้ว จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับกับสังคมปัจจุบัน กรณีดังกล่าวก็มีทางแก้ในระบบกฎหมาย โดยการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายนั่นเอง

แต่หากปรากฏว่ากฎหมายนั้นถูกตราขึ้นโดยไม่มีความพยายามแสวงหาความยุติธรรม ไม่แยแสต่อความเสมอภาคเลยแม้แต่น้อย กฎเกณฑ์นั้นย่อมไม่สมบูรณ์เป็นกฎหมายเลย กล่าวคือ ในท้ายที่สุด รัตบรुकให้ความสำคัญกับความยุติธรรมซึ่งแสดงออกผ่านหลักความเสมอภาคในฐานะ เป็นลักษณะตามธรรมชาติของกฎหมายที่มีขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการรับใช้ความยุติธรรม จุดนี้เองที่ทำให้แนวความคิดของรัตบรुकเข้ากันไม่ได้กับสำนักกฎหมายบ้านเมือง เพราะสำนักกฎหมายบ้านเมือง จะยังคงยืนยันความสมบูรณ์ของกฎหมายแม้จะมีเนื้อหาที่อยู่ธรรมอย่างร้ายแรงก็ตาม ตรงกันข้ามกับ รัตบรुकที่เห็นว่าความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่เชื่อว่ากฎหมายย่อมเป็นกฎหมายนั้นจะทำให้ นักกฎหมายไร้ซึ่งอาวุธในการต่อกรกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอำเภอใจที่มีเนื้อหาบิดเบี้ยว²² รัตบรुक จึงเชื่อว่ากฎเกณฑ์เช่นนั้นไม่เป็นกฎหมายเลยและนักกฎหมายสามารถอาศัยฐานจากทางกฎหมายเอง ในการปฏิเสธความเป็นกฎหมายของกฎเกณฑ์ดังกล่าว

อนึ่ง ควรตั้งเป็นข้อสังเกตด้วยว่าการจำแนกวิธีแก้ปัญหาคัดกันของอุดมคติของกฎหมาย ออกเป็นสามขั้นตอนข้างต้นเป็นความพยายามวิเคราะห์ในทางวิชาการเท่านั้น ในทางความเป็นจริง ศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่ได้ จำแนกอย่างชัดเจนว่ากฎเกณฑ์ใดเป็นกฎเกณฑ์ที่สมบูรณ์เป็นกฎหมายแต่ใช้บังคับไม่ได้ กฎเกณฑ์ ไม่สมบูรณ์เป็นกฎหมายเลย แต่มักจะวินิจฉัยรวมกันไปว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ขัดต่อความยุติธรรมจนถึง ระดับที่ไม่อาจทนทานได้และไม่สมบูรณ์เป็นกฎหมาย ดังผู้เขียนจะแสดงให้เห็นในลำดับถัดไป

3. การปรับใช้สูตรของรัตบรुकโดยศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายหลายฉบับที่ออกโดยรัฐบาลนาซีรวมไปถึงการปรับใช้กฎหมายเหล่านั้นและกฎหมาย ที่มีอยู่เดิมอย่างบิดผันโดยเจ้าหน้าที่รัฐส่งผลให้ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของเยอรมัน ถูกทำลายลง ดังนั้นเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงจึงมีความพยายามที่จะเร่งฟื้นฟูระบบกฎหมาย และอำนวยความสะดวกให้กลับฟื้นคืนขึ้นในสังคมโดยการเข้าไปจัดการกับความอยุติธรรมที่เกิดขึ้น ในยุคนาซี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดการกับเจ้าหน้าที่รัฐและบุคคลที่อาศัยฐานของกฎหมาย ที่อยู่ธรรมอย่างร้ายแรงไปละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้อื่น แม้จะอ้างว่าเป็นการปฏิบัติไปจากฐานของ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในระบบกฎหมายเดิมก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวไม่อาจเป็นที่ยอมรับได้ใน ระบบกฎหมายใหม่ เพราะฉะนั้นประเด็นปัญหาที่สำคัญของเรื่องนี้ก็คือ การเอาผิดบุคคลในกรณีเช่นนี้ ย่อมเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลทางอ้อมโดยการประกาศว่ากฎหมายที่เป็นฐานของ การกระทำของบุคคลนั้นไม่สมบูรณ์เป็นกฎหมายมาตั้งแต่แรก การจัดการกับกฎหมายที่อยู่ธรรม รวมถึงการกระทำที่สืบเนื่องจากกฎหมายนั้นจึงเป็นการจัดการย้อนหลังขัดกับหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ซึ่งได้รับการคุ้มครองไว้ใน

²² Gustav Radbruch (เชิงอรรถ 12) 215.

มาตรา 103 วรคสองแห่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz)²³ นับได้ว่าในห้วงเวลานั้นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เผชิญหน้ากับวิกฤตการณ์ของระบบกฎหมายอย่างร้ายแรง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการศึกษากฎหมายของประเทศนี้เพื่อออกจากวิกฤตทางกฎหมายซึ่งประสบความสำเร็จในการฟื้นฟูรักษาระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมนั้นมีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งในแง่ของความท้าทายในการนำคุณค่าของหลักนิติรัฐในระบอบใหม่ไปจัดการกับความอยุติธรรมที่เกิดขึ้นในระบอบเก่าที่ไม่เป็นนิติรัฐโดยการนำสูตรของร็อตบรุคซึ่งไม่ได้เป็นนิติวิธีในระดับนิติศาสตร์โดยแท้ หากแต่เป็นแนวความคิดในทางนิติปรัชญามาใช้เพื่อยืนยันความไม่เป็นกฎหมายของกฎหมายที่ขัดแย้งกับความยุติธรรมอย่างร้ายแรง ในอีกแง่หนึ่งจึงมองได้ว่าการปรับใช้สูตรของร็อตบรุคในลักษณะนี้เป็นการนำสูตรของร็อตบรุคมาใช้ในฐานะข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดของหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังซึ่งโดยปกติต้องยึดถืออย่างเคร่งครัดนั่นเอง

บทความชิ้นนี้จะศึกษาตัวอย่างการวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesgerichtshof; BGH) และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht; BVerfG) ในการนำสูตรของร็อตบรุคมาใช้เพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมในฐานะเป็นข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย โดยเราจะพบคำพิพากษาในลักษณะนี้ใน 2 ช่วงเวลา ได้แก่ ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ในการจัดการกับกฎหมายนาซี และช่วงหลังการล่มสลายของกำแพงเบอร์ลิน (ภายหลังการรวมประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) ในการจัดการกับกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน (Deutsche Demokratische Republik; DDR) หรือเยอรมันตะวันออก

3.1 ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง

ในระหว่างช่วงที่นาซีครองอำนาจ มีการออกกฎหมายขึ้นหลายฉบับที่มีปัญหาด้านความยุติธรรม เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงพร้อมกับการล่มสลายของนาซี จึงมีประเด็นปัญหาว่ากฎหมายที่มีปัญหาเหล่านั้นเป็นกฎหมายและจะมีผลบังคับใช้ต่อไปหรือไม่ ซึ่งศาลเยอรมันได้มีการวินิจฉัยเป็นแนวทางไว้ในหลายคดีด้วยกันว่ากฎหมายที่อยุติธรรมอย่างยิ่งย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้

คดีสำคัญที่ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ได้นำสูตรของร็อตบรุคมาปรับใช้ได้แก่ คดียิงผู้หนีทัพ²⁴ ซึ่งมีวัตถุแห่งคดีคือคำสั่งของไฮน์ริค ฮิมเลอร์ ที่กำหนดหน้าที่ให้ยิงบุคคลผู้หนีทัพโดยไม่ต้องนำตัวมาดำเนินคดีในศาล ซึ่งผู้ปฏิบัติตามเชื่อว่าคำสั่งนั้นมีสถานะเป็นกฎหมาย²⁵ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวขัดแย้งกับความยุติธรรมในระดับไม่อาจทนทานได้จนกล่าวได้ว่าเป็น

²³ Art. 103 II GG ได้บัญญัติไว้ว่า „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ (การกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อความผิดนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายก่อนที่จะมีการกระทำนั้น)

²⁴ คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (คดีแพ่ง), เล่มที่ 3, หน้า 94 (107) – BGHZ 3, 94 (107) (คำพิพากษาลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1951).

²⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ (เชิงอรธ 8) 437.



กฎหมายที่อยู่ศีลธรรม คำสั่งนั้นจึงไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย ดังนั้นการปฏิบัติตามคำสั่งจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตามคดีดังกล่าวเป็นคดีการฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่ง คำวินิจฉัยจึงไม่ได้มีผลเป็นการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลโดยตรงแต่อย่างใด

สำหรับคดีอาญา ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ก็นำสูตรของรึาตบรุมมาใช้วินิจฉัยด้วยเหตุผลในลักษณะเดียวกัน เช่น ในคดีการเนรเทศชาวยิว (Judendeportation) ออกจากมลรัฐเวอร์จิเนียแบร์กโดยชาวยิวเหล่านั้นถูกนำตัวขึ้นรถไฟและส่วนใหญ่ได้สูญหายไป ซึ่งในคดีนี้ไม่เพียงแต่ศาลจะนำคุณค่าเรื่องความยุติธรรมและความเสมอภาคมาพิจารณาเท่านั้น แต่ยังได้ยกเหตุผลเรื่อง “ความเป็นมนุษย์” (Menschlichkeit) ขึ้นมาประกอบการวินิจฉัยด้วยว่าการกระทำนั้นไม่มีความชอบธรรมตามกฎหมายเนื่องจากกฎหมายนั้นขัดต่อความยุติธรรมและความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง²⁶

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มีคดีสำคัญที่นำสูตรของรึาตบรุมมาใช้เช่นกัน ได้แก่ คดีถอนสัญชาติคนเยอรมันที่มีสัญชาติยิว²⁷ ตามรัฐกฤษฎีกาฉบับหนึ่งที่ออกในยุครัฐบาลนาซีที่ทำให้ชาวยิวสัญชาติเยอรมันต้องเสียสัญชาติไปหากปรากฏข้อเท็จจริงตามเงื่อนไขของรัฐกฤษฎีกานี้ ซึ่งภายหลังมีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ในเรื่องมรดกและคดีขึ้นไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยมีประเด็นแห่งคดีว่ารัฐกฤษฎีกาฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้นำสูตรของรึาตบรุมมาใช้แก้คดีและวินิจฉัยว่ารัฐกฤษฎีกาดังกล่าวขัดแย้งกับความยุติธรรมจนถึงระดับที่ไม่อาจทนทานได้จนกระทั่งศาลจะนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้จะทำให้ตัดสินใจโดยความยุติธรรม เนื่องจากการถอนสัญชาติเยอรมันด้วยเหตุทางการเมือง เชื้อชาติ หรือศาสนา ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาค เป็นการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ²⁸ รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวจึงเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก²⁹

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะยอมรับการปรับใช้สูตรของรึาตบรุมเพื่อปฏิเสธพันธะในการเคารพเชื้อฟงกฎหมายมาตั้งแต่แรก ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองนี้ก็ยังไม่มีประเด็นให้ต้องวินิจฉัยถึงการยกเว้นการคุ้มครองตากหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายในห้วงเวลาดังกล่าวโดยตรง จนกระทั่งในช่วงหลังเยอรมนีรวมประเทศในปีค.ศ. 1990 จึงมีประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องตัดสินอย่างชัดแจ้ง ดังจะได้อธิบายในลำดับต่อไป

3.2 ช่วงหลังการล่มสลายของกำแพงเบอร์ลิน

สภาพการณ์หลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงและต่อมาประเทศเยอรมนีได้ถูกแบ่งออกเป็นเยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออก ซึ่งมีอุดมการณ์การปกครองที่แตกต่างกัน และเมืองเบอร์ลิน

²⁶ คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (คดีอาญา), เล่มที่ 2, หน้า 234 (239) – BGHSt 2, 234 (239) (คำพิพากษาลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1952).

²⁷ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เล่มที่ 23, หน้า 98 (106) – BverfGE 23, 98 (106) (คำพิพากษาลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1968).

²⁸ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เล่มที่ 23, หน้า 98 (106) – BverfGE 23, 98 (105-107) (คำพิพากษาลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1968).

²⁹ สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ (เชิงอรธร 8) 438.

มีความพิเศษเชิงภูมิศาสตร์คือภายในเมืองมีทั้งส่วนที่อยู่ภายใต้เยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออก ในขณะที่ตัวเมืองนั้นอยู่ในฝั่งเยอรมันตะวันออก เท่ากับว่าเมืองเบอร์ลินตะวันตกนั้นถูกล้อมรอบไปด้วยประเทศเยอรมันตะวันออก ดังนั้นคนที่ต้องการหลบหนีจากเยอรมันตะวันออกอันตกอยู่ภายใต้การปกครองของสหภาพโซเวียตไปยังเยอรมันตะวันตกนั้น นอกจากจะข้ามเขตแดนระหว่างเยอรมันตะวันออกและตะวันตกตามปกติแล้ว ยังสามารถข้ามเขตแดนในเมืองเบอร์ลินได้ ทำให้ภายหลังมีการสร้าง “กำแพงเบอร์ลิน” ขึ้นมาเพื่อป้องกันการหลบหนีดังกล่าว นอกจากนี้ยังมีกฎหมายของเยอรมันตะวันออกที่ให้อำนาจทหารที่ประจำเขตแดนใช้อาวุธปืนกระทำต่อบุคคลที่กระทำความผิดกฎหมายเพื่อขัดขวางการกระทำนั้น³⁰ และปรากฏว่ามีการยิงผู้ที่พยายามหลบหนีข้ามจากเยอรมันตะวันออกไปเยอรมันตะวันตกผ่านทางกำแพงเบอร์ลิน (ซึ่งเป็นการกระทำความผิดที่กฎหมาย) ภายหลังเมื่อเยอรมนีรวมประเทศจึงมีการฟ้องร้องเป็นคดีกันทั้งในศาลยุติธรรมและมีประเด็นโต้แย้งกันขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้ต้องวินิจฉัยความเป็นกฎหมายของกฎหมายดังกล่าว ซึ่งคดีที่ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่รู้จักกันในชื่อคดีการยิงที่กำแพงเบอร์ลิน (Mauerschützen)³¹

คดีการยิงผู้หลบหนี ณ กำแพงเบอร์ลินได้ขึ้นมาสู่ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ในความผิดอาญารฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา³² ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์มีแนวคำพิพากษาในคดีเหล่านี้ว่าทหารที่ยิงบุคคลที่พยายามหลบหนีนั้นมีความผิดแต่โทษจำคุกให้รอลงอาญาไว้ โดยศาลให้เหตุผลอ้างอิงจากสูตรของรึทเตอร์สรุปประกอบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดแม้จะมีกฎหมายของเยอรมันตะวันออกให้อำนาจไว้ก็ตาม เนื่องจากกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวขัดต่อหลักความยุติธรรมอย่างร้ายแรงจนถึงระดับที่ไม่อาจทนทานได้ และยังขัดแย้งกับหลักสิทธิมนุษยชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วย กล่าวคือ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ได้ใช้หลักการตีความให้สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน (menschenrechtskonforme Auslegung) เข้ามาเสริมโดยเห็นว่าในทางกฎหมายระหว่างประเทศมีการรับรองสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมแล้ว³³ กฎเกณฑ์ที่ขัดต่อหลักดังกล่าวจึงไม่อาจใช้บังคับและไม่สามารถอ้างความเชื่อถือไว้วางใจได้ กฎหมายนี้จึงไม่มีผลมาตั้งแต่แรก ดังนั้น ศาลจึง

³⁰ บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในมาตรา 27 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยเขตแดนแห่งรัฐของสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน (Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik vom 25. März 1982) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “Die Anwendung der Schusswaffe ist gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt. Sie ist auch gerechtfertigt zur Ergreifung von Personen, die eines Verbrechens dringend verdächtig sind.”. (การใช้อาวุธปืนชอบด้วยกฎหมายหากเป็นไปเพื่อขัดขวางการกระทำความผิดทางอาญาที่กำลังจะเกิดขึ้นหรือการกระทำความผิดที่กำลังดำเนินอยู่ ซึ่งปรากฏตามบริบทว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรม รวมถึงกรณีที่ใช้อาวุธดังกล่าวเป็นการกระทำต่อบุคคลที่ปรากฏชัดเจนอย่างยิ่งว่าเป็นผู้ต้องสงสัยในการกระทำความผิดด้วย)

³¹ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เล่มที่ 95, หน้า 96 – BVerfGE 95, 96 (คำพิพากษาลงวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1996).

³² เช่น คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (คดีอาญา), เล่มที่ 39, หน้า 1 – BGHSt 39, 1 (คำพิพากษาลงวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992); คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (คดีอาญา), เล่มที่ 40, หน้า 241 – (BGHSt 40, 241 (คำพิพากษาลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1994); ดูรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับคดี, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ (เชิงอรธ 8) 440-441.

³³ Jörg Menzel, Ralf Müller-Terpitz (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung* (3. Auflage, Mohr Siebeck 2017) 60.



เห็นว่าการลงโทษบุคคลทางอาญาในคดีนี้ไม่ขัดต่อหลักการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคล เนื่องจากหลักการดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานของความเชื่อถือและไว้วางใจ แต่บุคคลจะอ้างความเชื่อถือไว้วางใจบนฐานของรัฐที่อยู่ศีลธรรมไม่ได้³⁴

ต่อมาประเด็นโต้แย้งดังกล่าวได้ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และเป็นโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยการจำกัดหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นผลร้ายของบุคคลที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 103 วรรคสอง กฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีผ่านสูตรของร่าดบรค แม้ว่าจะมีคดีที่เป็นฐานของกลุ่มคดียังผู้หลบหนี ณ กำแพงเบอร์ลินเพียง 8 คดี จากเหตุการณ์การยิงที่เกิดขึ้นจริงและมีผู้เสียชีวิตอย่างน้อย 270 รายก็ตาม³⁵ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็วินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ที่ลงโทษบุคคลทางอาญาย้อนหลังดังกล่าวนั้นไม่ขัดแย้งกับมาตรา 103 วรรคสองแห่งกฎหมายพื้นฐาน โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้เหตุผลเรื่อง “ข้อจำกัดของระบบ” (Systemvorbehalt) ว่าแม้ว่าหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังจะทำหน้าที่เป็นหลักประกันของนิติรัฐและสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเป็นหลักการพื้นฐานที่ต้องตีความโดยเคร่งครัดและเป็นหลักการที่สัมบูรณ์ (absolut) หมายความว่าหลักการดังกล่าวมีผลบังคับโดยไม่ข้อยกเว้น อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าต้องคำนึงถึง “สถานการณ์ที่พิเศษอย่างยิ่ง” (ganz besondere Situation) ในสภาวะการเปลี่ยนผ่านของระบบ (Systemübergang) จากรัฐที่อยู่ศีลธรรมไปสู่นิติรัฐด้วย³⁶

ในประเด็นของหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังในกรณีข้างต้น เป็นการขัดกัน ในทางคุณค่าระหว่างความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายกับความยุติธรรมแก่กรณี ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าการแก้ปัญหานี้ทำได้แต่เพียงโดยการลดความเคร่งครัดของความคุ้มครองตามมาตรา 103 วรรคสองแห่งกฎหมายพื้นฐานลงเพื่อเปิดทางให้ความคุ้มครองความยุติธรรมแก่กรณีนั้นเป็นไปได้นอกจากนี้ กฎหมายอาญาย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของหลักประชาธิปไตย, หลักการแบ่งแยกอำนาจ และความผูกพันของฝ่ายนิติบัญญัติต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายอาญาที่ถูกบัญญัติภายใต้หลักการเหล่านี้จะทำให้เกิดสภาวะของความเชื่อถือไว้วางใจพิเศษ (besondere Vertrauensgrundlage) ที่เป็นฐานแห่งความชอบธรรมในการคุ้มครองหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังอย่างเคร่งครัด³⁷ และจะทำให้เกิดสมดุลระหว่างการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายและความยุติธรรมในทางเนื้อหา แต่สภาวะการณ์ในเยอรมันตะวันออก หลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังย่อมถูกจำกัดลงได้ เนื่องจากในทางความเป็นจริงรัฐธรรมนูญของเยอรมันตะวันออกนั้นไม่ได้รับรองหลักประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และสิทธิขั้นพื้นฐานแต่อย่างใด ดังนั้นหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังจึงต้องยอมจำนนหากเผชิญหน้ากับข้อเรียกร้องพื้นฐานของนิติรัฐที่คุ้มครองความยุติธรรมในทางเนื้อหา³⁸ ด้วยเหตุผลทั้งหมดข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของ

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 8) 442-443.

³⁵ Jörg Menzel, Ralf Müller-Terpitz (Hrsg.) (เชิงอรรถ 19) 607.

³⁶ เพิ่งอ้าง 609.

³⁷ เพิ่งอ้าง.

³⁸ เพิ่งอ้าง 609f.

ศาลยุติธรรมที่ลงโทษบุคคลในคดีการยิงผู้หลบหนีที่กำลังแบกเบอร์ลินนั้น ไม่ขัดแย้งกับมาตรา 103 วรรคสองแห่งกฎหมายพื้นฐานที่คุ้มครองการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง

ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นำเรื่องข้อจำกัดของระบบมาเสริมความหนักแน่นของการปรับใช้สูตรของรึาตบรูกในคำวินิจฉัยข้างต้นนี้มีเหตุผลน่ารับฟังในเชิงหลักการ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าการที่หลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเป็นอุดมคติที่ช่วยสร้างสมดุลให้หลักความยุติธรรมทางเนื้อหาให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนเพื่อให้บุคคลสามารถคาดการณ์ถึงนิติฐานะของตนได้แล้วนั้น หากพิจารณาให้ลึกลงไป “การสร้างสมดุล” ดังกล่าวนี้นั้นตัวมันเองย่อมเป็นไปเพื่อ “ความยุติธรรม” ด้วย เพราะเราคงไม่อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่ปราศจากความมั่นคงแน่นอนระบบกฎหมายที่ผู้ปกครองสามารถใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือบัญญัติขึ้นภายหลังที่บุคคลกระทำการใด ๆ เพื่อเอาผิดบุคคลตามอำเภอใจ คือกฎหมายที่สอดคล้องกับความยุติธรรมได้ในทางกลับกัน กฎหมายที่มีความมั่นคงแน่นอนและระบบกฎหมายที่มีกลไกคุ้มครองบุคคลจากการใช้อำนาจอำเภอใจของรัฐในการใช้กฎหมายย้อนหลังนั้น ย่อมสามารถบอกได้ว่าเป็นกฎหมายที่ยุติธรรม เพราะฉะนั้นความแตกต่างกันของ “ระบบกฎหมาย” จึงมีนัยสำคัญอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ในรัฐเผด็จการที่ไม่เป็นนิติรัฐ-ประชาธิปไตย ไม่มีกลไกในการตรวจสอบและคุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจโดยอำเภอใจของรัฐ ไม่มีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายในความหมายที่เป็นที่เข้าใจกันย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ มีได้ก็แต่เพียงความมั่นคงแน่นอนของ “อำนาจ” เท่านั้น ในรัฐเช่นนั้นบุคคลย่อมไม่สามารถคาดการณ์ถึงสิทธิหน้าที่ของตนได้อย่างแท้จริงเพราะกฎหมายอาจผันแปรไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจได้ และนอกจากนี้หากพิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมายที่ขัดต่อความยุติธรรมเป็นอย่างยิ่งถึงขนาดที่ขัดต่อสามัญสำนึกของมนุษย์ การอ้างความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายมาเพื่อสร้างความชอบธรรมให้การกระทำของตนจึงเป็นเรื่องที่ไม่สมเหตุผล และเมื่อพิจารณาประกอบกับความคิดรากฐานทางนิติปรัชญาของรึาตบรูกว่ากฎหมายคือเป้าหมายของกฎหมายคือความยุติธรรม แม้แต่หลักความมั่นคงแน่นอนเองก็เป็นอุดมคติที่รับใช้ความยุติธรรมในอีกแง่มุมหนึ่งด้วยตามที่คุณเขียนไว้ด้วยเหตุนี้ไปข้างต้น ดังนั้น หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังจึงย่อมถูกจำกัดได้หากการยึดถือหลักการดังกล่าวนี้จะทำลายความยุติธรรมลงเสียเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือในรัฐที่ไม่ใช่นิติรัฐ-ประชาธิปไตย ไม่มีการตรวจสอบควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ไม่มีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งกฎหมายย่อมไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความไว้วางใจในนิติฐานะของบุคคลได้ ผู้เขียนจึงเห็นพ้องในเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในเรื่องการคำนึงถึงข้อจำกัดของระบบดังกล่าวว่าการจัดการกับความยุติธรรมในรัฐที่ไม่เป็นนิติรัฐ-ประชาธิปไตยเมื่อมีการเปลี่ยนผ่านสู่นิติรัฐแล้ว หลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังย่อมถูกจำกัดลงได้

อย่างไรก็ตามผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการปรับใช้สูตรของรึาตบรูกกับข้อเท็จจริงในคดีการยิงที่กำลังแบกเบอร์ลิน เพราะผู้เขียนมองว่าความยุติธรรมทางเนื้อหาของรัฐบัญญัติว่าด้วยเขตแดนแห่งรัฐของสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมันอันเป็นวัตถุแห่งคดีนั้นยังไม่ถึงระดับที่ไม่อาจทนทานได้จนทำให้ไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากกฎหมายที่มีลักษณะการขัดขวางยับยั้ง



การกระทำความผิดทำนองเดียวกันนั้นก็สามารถพบได้ในรัฐอื่นเช่นกัน³⁹ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติลักษณะนี้สามารถยอมรับได้ในนิติรัฐทำนองเดียวกับบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการในการสกัด ยับยั้งการก่ออาชญากรรมทั่วไป เพราะฉะนั้นจึงยังไม่ถึงขนาดที่บุคคลจะไม่สามารถอ้างความคุ้มครอง จากความเชื่อถือว่าว่างใจในกฎหมายได้เลย ประเด็นที่ควรพิจารณาในคดีนี้คือความสอดคล้องกับ หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Verhältnismäßigkeit) ของมาตรการมากกว่า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในกรณี ดังกล่าวการใช้อาวุธปืนต่อผู้กระทำความผิดจนถึงแก่ความตายย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับ หลักความพอสมควรแก่เหตุเนื่องจากไม่ใช่มาตรการที่จำเป็น เจ้าหน้าที่สามารถใช้วิธีอื่นในการหยุดยั้ง เช่น การเฝ้าระวังบริเวณเขตแดนให้เข้มข้นขึ้นหรือหากจำเป็นก็สามารถยิงสกัดโดยไม่ให้บุคคล ถึงแก่ความตายได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในบางคดีที่เกิดขึ้น เช่น คำพิพากษา ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (คดีอาญา) – BGHSt 39,1 ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992 ที่ทหารประจำ เขตแดนสองนายถูกพิพากษาว่ามีความผิดและถูกตัดสินจำคุกแต่โทษจำคุกให้รอลงอาญาไว้เนื่องจาก ทั้งคู่ได้ยิงนายเอสเข้าที่บริเวณเข่าและหลังขณะพยายามหลบหนีข้ามกำแพงเบอร์ลินจนถึงแก่ความตาย ปราบกฏว่าสาเหตุที่นายเอสถึงแก่ความตายนั้นเป็นเพราะนำตัวส่งโรงพยาบาลล่าช้า กล่าวคือนายเอสถูกยิง เมื่อเวลา 03:15 น. แต่ถูกนำตัวส่งโรงพยาบาลเมื่อเวลา 05:30 น. และเสียชีวิตเมื่อเวลา 6:20 น. ซึ่งแพทย์มีความเห็นว่าถ้านายเอสได้รับการรักษาทันท่วงที่เขาจะไม่เสียชีวิต จากข้อเท็จจริงข้างต้น จะเห็นได้ว่าปัญหาของคดีอยู่ที่ “มาตรการ” ของเจ้าหน้าที่มากกว่า “เนื้อหา” ของกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะแม้ว่ากฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้อาวุธปืนยิง แต่เป็นไปเพื่อ “ยับยั้งขัดขวาง” การกระทำความผิดเท่านั้น หากพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นนี้แล้วผู้เขียนเห็นว่ายังไม่ขัดแย้งกับความยุติธรรมอย่างร้ายแรงจนถึงขนาดไม่อาจทนทานได้ สิ่งที่ขัดต่อความยุติธรรมอย่างร้ายแรงนั้น ได้แก่การละเลยไม่นำตัวนายเอสส่งโรงพยาบาลทันทีต่างหาก กล่าวโดยสรุปคือหากเราพิจารณา ตัวเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นว่ากฎหมายเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการเลือกที่จะ กระทำการ (ใช้อาวุธ) และเลือกความรุนแรงของการกระทำอีกด้วย จึงไม่จำเป็นว่าเนื้อหาของกฎหมาย เช่นนี้จะนำไปสู่ความตายของบุคคลอย่างแน่นอน กรณีย่อมแตกต่างจากกฎหมายถอนสัญชาติ ชาวเยอรมันเชื้อสายยิวช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับดังกล่าว เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคอย่างชัดเจน

จะเห็นได้ว่าสุดท้ายแล้วแม้ร่างบรุษจะไม่ได้คิดแบบเดียวกับสำนักกฎหมายธรรมชาติ สูตรของ ร่างบรุษยังคงต้องเผชิญกับความคลุมเครือของเส้นแบ่งระหว่างความยุติธรรมของกฎหมายในระดับ ธรรมดากับความยุติธรรมอย่างร้ายแรงจนไม่อาจทนทานได้ทำนองเดียวกับสิ่งที่นักกฎหมายธรรมชาติ ต้องเผชิญอยู่นั่นเอง ดังที่ผู้เขียนได้แสดงความเห็นต่างในการปรับใช้สูตรของร่างบรุษของศาลยุติธรรม และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไปข้างต้น และในลำดับต่อไปผู้เขียนจะแสดง ข้อโต้แย้งเพิ่มเติมโดยผู้วิจารณ์สูตรของร่างบรุษรวมถึงการปรับใช้สูตรของร่างบรุษรวมไปถึงข้อโต้แย้ง กลับจากฝ่ายที่สนับสนุนร่างบรุษ ดังต่อไปนี้

³⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 8) 444.

3.3 ข้อวิจารณ์สูตรของร๊าดบรุค

เราจะเห็นได้ว่ามุมมองต่อกฎหมายของกุสตาฟ ร๊าดบรุคเป็นการผสานเอาจุดแข็งของสำนักกฎหมายธรรมชาติในเรื่องความยุติธรรมและจุดแข็งของสำนักกฎหมายบ้านเมืองในเรื่องความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเข้าด้วยกันผ่านมุมมองในเรื่องคุณค่าหรืออุดมคติของกฎหมายที่เขาได้รับอิทธิพลจากสำนักคานท์ใหม่สายไฮเดลแบร์ก ปรัชญากฎหมายของร๊าดบรุคไม่ได้บีบบังคับให้เราต้องเลือกความยุติธรรมหรือความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเพียงอย่างใดอย่างหนึ่งในทุกกรณี แต่เปิดโอกาสให้เราได้ชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าที่ขัดแย้งกันทั้งสองให้สอดคล้องกับบริบทความจำเป็นในแต่ละกรณีได้ กล่าวได้ว่ามุมมองที่ร๊าดบรุคมีต่อกฎหมายได้สร้าง “นิติปรัชญาสายที่สาม”⁴⁰ ขึ้นหรือในอีกแง่หนึ่งคือร๊าดบรุคได้ติด “อาวุธ” ด้านความยุติธรรมให้แก่กฎหมายใช้ต่อกรกับอำนาจอำนาจอ้างไม่ให้นักกฎหมายต้องสยบยอมต่อกฎหมายที่ขัดแย้งกับความยุติธรรมอย่างร้ายแรงอย่างไม่มีหนทางปฏิเสธ ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวส่งผลให้เขากลายเป็นนักนิติปรัชญาที่สำคัญที่สุดคนหนึ่งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในศตวรรษที่ 20 เนื่องจากสงครามโลกครั้งที่สองมิได้ส่งผลกระทบต่อยุโรปนี้แต่ความเสียหายทางกายภาพหรือเศรษฐกิจเท่านั้น แต่การครองอำนาจของนาซียังได้ทำลายระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมเยอรมันอย่างร้ายแรงทำให้มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเร่งฟื้นฟูระบบกฎหมายอย่างเร่งด่วน การที่สูตรของร๊าดบรุคยืนยันเส้นแบ่งระหว่างความยุติธรรมในระดับปกติและความยุติธรรมอย่างร้ายแรงดังกล่าวจึงช่วยให้ศาลเยอรมันสามารถวินิจฉัยคดีเพื่ออำนวยความยุติธรรมได้อย่างรวดเร็วจากฐานทางกฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม ใช่ว่าแนวความคิดของร๊าดบรุคจะไม่ถูกวิพากษ์วิจารณ์แต่อย่างใด เนื่องจากการผสานเอาคุณค่าที่ขัดแย้งกันเข้าด้วยกันนั้นไม่ได้เป็นการนำจุดแข็งมาผนวกกันเท่านั้นแต่ย่อมเป็นการพ่วงจุดอ่อนเข้ามาด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การที่ร๊าดบรุคนำข้อความคิดเรื่องความยุติธรรมเข้ามาในข้อความคิดว่าด้วยกฎหมาย จึงส่งผลให้ร๊าดบรุคถูกนักคิดในสำนักกฎหมายบ้านเมืองโจมตีในประเด็นเดียวกันกับที่โจมตีสำนักกฎหมายธรรมชาติ ได้แก่ ความไม่แน่นอนของ “ความยุติธรรม” ว่าในท้ายที่สุดแล้วสูตรของร๊าดบรุคก็ยังคงเผชิญกับเส้นแบ่งอันคลุมเครือระหว่างความยุติธรรมในระดับปกติกับความยุติธรรมในระดับที่ไม่อาจทนทานได้นั่นเอง

นอกจากนี้ คำถามสำคัญอีกประการหนึ่งที่เป็นประเด็นโต้แย้งระหว่างสำนักกฎหมายบ้านเมืองกับสำนักที่ไม่ใช่กฎหมายบ้านเมืองโดยเฉพาะสำนักกฎหมายธรรมชาติ ได้แก่ ปัญหาการปรับใช้ (Anwendungsproblem) “ความยุติธรรม” อันเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่นอกระบบกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการนำข้อคิดดังกล่าวมาปรับใช้แก่คดีเพื่อเป็นฐานในการลงโทษบุคคลในทางอาญา กรณีนี้เป็นที่ยอมรับกันว่าความยุติธรรมตามธรรมชาตินั้นอาจใช้เป็นฐานความชอบธรรมของการต่อต้านอำนาจรัฐที่ยุติธรรมได้ ซึ่งอาจรวมไปถึงการใช้กำลังกระทำผิดกฎหมายหรือแม้แต่การฆ่าผู้นำทรราชย์ (Tyrannenmord) ด้วย ตรงกันข้าม การใช้ข้อคิดดังกล่าวเป็นฐาน

⁴⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ‘กุสตาฟ ร๊าดบรุคกับนิติปรัชญาสายที่สาม’ (2545) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 453, 454.



การลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายที่ขัดต่อศีลธรรมโดยตรงนั้นยังไม่เคยปรากฏในรัฐสมัยใหม่ แต่อย่างไรก็ตามคำถามสำคัญต่อไปซึ่งเป็นประเด็นของบทความชิ้นนี้ด้วย ได้แก่ การใช้ข้อความคิดความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นฐานของการประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมาย (Nichtigkeitsgründen)⁴¹ ซึ่งมีผลเป็นการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลย้อนหลังโดยปริยายนั่นเอง

บุคคลสำคัญที่วิจารณ์สูตรของรึคคาร์ทอย่างน่าสนใจได้แก่ เอช.แอล.เอ. ฮาร์ท (H.L.A. Hart) นักกฎหมายสายปฏิฐานนิยมคนสำคัญชาวอังกฤษ ในบทความชื่อ Positivism and the Separation of Law and Morals⁴² ฮาร์ทได้แสดงถึงปัญหาการใช้สูตรของรึคคาร์ทอันมีผลเป็นการลงโทษบุคคลย้อนหลังในทางอาญาโดยการยกตัวอย่างคดีความหนึ่งที่เกิดขึ้นจริง⁴³ โดยมีข้อเท็จจริงสรุปความได้ว่า ในปี 1944 ภริยานคนหนึ่งต้องการกำจัดสามีของตนจึงได้รายงานต่อทางการว่าสามีของตนดื่มน้ำอัดลม โดยที่ภริยาไม่ได้มีหน้าที่ตามกฎหมายต้องรายงานต่อทางการแต่อย่างใดแม้ว่าการกระทำของสามีจะเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายในขณะนั้นก็ตาม ทำให้สามีของเธอถูกจับกุมและถูกพิพากษาให้ถึงแก่ความตายโดยการส่งไปแขวนในสนามรบ ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ภริยาถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลเยอรมันตะวันตกในข้อหาความผิดต่อเสรีภาพ (Freiheitsberaubung)⁴⁴ ซึ่งเธอก็ได้ต่อสู้ว่าการกระทำของเธอไม่ผิดกฎหมายโดยอ้างฐานจากกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในช่วงนาซีสุดท้ายศาลพิพากษาให้เธอมีความผิดตามฟ้องโดยใช้เหตุผลว่ากฎหมายของนาซีฉบับดังกล่าว “ขัดแย้งกับเสียงเรียกร้องแห่งมโนสำนึกและความยุติธรรมของมนุษย์ผู้เจริญ” ซึ่งฮาร์ทเห็นว่าโดยผลของคำพิพากษานี้ย่อมเป็นการประกาศว่ากฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ปีค.ศ. 1934 นั้นไม่มีค่าบังคับและเพราะฉะนั้นคำพิพากษาดังกล่าวจึงสมควรถูกตั้งคำถาม⁴⁵

ฮาร์ทเห็นว่าความอิหลักอิเลื่อของสถานการณ์เช่นนี้ เรามีทางเลือกเพียงสองทางคือการปล่อยตัวผู้กระทำการตามกฎหมายนาซีนั้นไปโดยไม่ลงโทษซึ่งเราจะรู้สึกว่ามันเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ส่วนอีกทางหนึ่งคือเราต้องยอมรับอย่างตรงไปตรงมาว่าถ้าจะลงโทษบุคคลนั้นเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังและในการเช่นนั้นเราต้องตระหนักอย่างถ่องแท้ว่าเราได้เสียสละคุณค่าอะไรไปเพื่อที่จะลงโทษบุคคลนั้นย้อนหลัง ซึ่งฮาร์ทเห็นว่านี่เป็นการเลือกกระหว่างสิ่งที่ชั่วร้ายสองสิ่ง ได้แก่ การปล่อยตัวผู้กระทำไป กับ การละทิ้งคุณค่าสำคัญของระบบกฎหมาย (การห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง)⁴⁶ แน่นอนว่าฮาร์ทสนับสนุนทางเลือกที่สองซึ่งเหมือนกับที่รึคคาร์ทใน “ผล” คือการลงโทษบุคคลที่กระทำการตามกฎหมายนาซี แต่ภายใต้เงื่อนไขสำคัญที่ฮาร์ทเห็นว่าวิธีการของรึคคาร์ทละเลยไปคือ การตระหนักว่าการลงโทษเช่นนั้นเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลัง

⁴¹ Horst Dreier, ‘Gustav Radbruch und die Mauerschützen’ (1997) 9 JuristenZeitung 421, 428-429.

⁴² H.L.A. Hart, ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’ (1958) 71 Harvard Law Review 593.

⁴³ OLG Bamberg SJZ (1950) 207.

⁴⁴ ปรากฏในมาตรา 239 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1897 ซึ่งมีผลใช้บังคับมาโดยตลอดตั้งแต่ประกาศใช้ มีเนื้อความว่า “Wer einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.” (ผู้ใดกักขังผู้อื่นหรือกระทำโดยวิธีการอื่นใดอันเป็นการพรากไปซึ่งเสรีภาพของผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ)

⁴⁵ H.L.A Hart (เชิงอรรถ 42) 619.

⁴⁶ เพิ่งอ้าง.

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งก็คือ ช่วงเวลาในการปรับใช้แนวคิดดังกล่าว ซึ่งเป็นข้อพิจารณาในทางความเป็นจริงถึงความเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาจะสามารถยืนยันข้อความคิดเรื่องความยุติธรรมในกฎหมาย กล่าวคือ หากเราพิจารณาตามสภาพการณ์ในขณะที่เป็นเผด็จการอนิตรัฐดังเช่นนาซี แนวความคิดทางนิติปรัชญาไม่ว่าจะเป็นแบบ رأดบรูกหรือแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็ไม่ส่งผลที่แตกต่างกันในทางปฏิบัติ เนื่องจากผู้พิพากษาย่อมไม่มีทางเลือกมากนักในการรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมไม่ว่าจะอาศัยจุดยืนทางกฎหมายตามแนวคิดของ رأดบรูกหรือทางศีลธรรมตามแนวคิดของฮาร์ทก็ตาม ผู้พิพากษาทำได้เพียงอำพรางตัวในระบอบและพยายามสอดแทรกอุดมการณ์ของตนได้เท่าที่สถานการณ์จะเอื้ออำนวย หรือมิเช่นนั้นก็ต้องรักษาจุดยืนทางศีลธรรมของตนโดยการลาออกจากตำแหน่ง แต่ไม่ว่าจะทำเช่นไรก็ไม่อาจทำอันตรายต่อระบอบเผด็จการได้เลย⁴⁷ ดังนั้นในความเป็นจริงความเห็นที่แตกต่างกันในทางนิติปรัชญาระหว่างฝ่ายปฏิฐานนิยมและฝ่ายที่ไม่ใช่ปฏิฐานนิยมทางกฎหมายจะมีบทบาทในการจัดการกับรัฐเผด็จการอนิตรัฐต่อเมื่อระบอบดังกล่าวหมดอำนาจไปแล้ว ซึ่งเป็นการจัดการ “ย้อนหลัง” โดยสภาพดังเช่นที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจัดการกับกฎหมายหรือการกระทำตามกฎหมายในระบอบนาซีตามที่ได้ผู้เขียนได้แสดงไว้ในบทความชิ้นนี้โดยฝ่ายปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เช่น เอช.แอล.เอ. ฮาร์ท เห็นว่าการใช้สูตรของ رأดบรูกโดยศาลเป็นการแอบซ่อนการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังไปลงโทษบุคคล เขาเห็นว่าควรจะยอมรับอย่างตรงไปตรงมาว่าการฉีกรัฐธรรมนูญเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังดังที่ได้อธิบายไปข้างต้น ซึ่งฮาร์ทเห็นว่าควรให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตัดสินใจ ไม่ใช่ผู้พิพากษา⁴⁸ แต่ฝ่ายที่สนับสนุน رأดบรูก เช่น ราล์ฟ ไดรเออร์ (Ralf Dreier) และ โรแบร์ต อเล็กซี (Robert Alexy) ก็ยังยืนยันเหตุผลว่าเราสามารถแยกแยะกรณีที่ถูกเกณฑ์ขัดต่อความยุติธรรมอย่างร้ายแรงได้อย่างเป็นภาวีสัยซึ่งจะส่งผลให้ไม่มีความจำเป็นต้องคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจของบุคคลต่อระบอบกฎหมายอีก⁴⁹

สำหรับการที่ศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนำแนวคิดของ رأดบรูกไปปรับใช้ในคดีและยืนยันว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ยุติธรรมไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายและลงโทษทางอาญาย้อนหลังแก่บุคคลนั้น ไม่ขัดต่อหลักการห้ามใช้กฎหมายย้อนหลังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 103 วรรคสอง ตามที่ผู้เขียนได้แสดงไปข้างต้นก็มีผู้ที่วิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินของศาลเช่นเดียวกัน โดยเห็นว่าการที่ศาลนำสูตรของ رأดบรูกในคดีการยิง ณ กำแพงเบอร์ลินนั้นไม่ถูกต้องเนื่องจากข้อเท็จจริงต่างจากคดีในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เช่น คดีสัญชาติ เพราะกฎหมายของเยอรมนีตะวันออกกับกฎหมายของนาซีมีลักษณะแตกต่างกัน มีการตั้งคำถามว่ากฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ใช้อาวุธปืนยิงสกัดการก่ออาชญากรรมนั้นยังไมถือว่าเป็นกฎหมายที่ยุติธรรมจนถึงระดับที่ไม่อาจทนทานได้ เพราะกฎหมายในลักษณะนี้สามารถพบได้แม้แต่ในเยอรมนีตะวันตกเช่นกัน⁵⁰

⁴⁷ Walter Ott, *Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus* (2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Duncker und Humblot 1992) 195-196.

⁴⁸ H.L.A. Hart (เชิงอรรถ 42) 619; Walter Ott (เชิงอรรถ 47) 203ff.

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 8) 446.

⁵⁰ เพิ่งอ้าง 444; และโปรดดู 13-14.

4. สรุป

ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ที่เป็นนิติรัฐ-ประชาธิปไตย สิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายมิให้รัฐใช้อำนาจอำเภอใจก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพโดยไม่มี ความชอบธรรมของกฎหมายรองรับ ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งได้แก่ สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอันประกอบด้วยสิทธิอีกหลายประการ หนึ่งในนั้นคือหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลหรือหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย ในนิติฐานะของตนว่าการกระทำใดของตนสอดคล้องหรือขัดต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในขณะนั้น ย่อมจะเป็นเช่นนั้นเสมอ ซึ่งมีรากฐานมาจากความเชื่อในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่ามนุษย์มีศักยภาพในการคิดคำนึงและตระหนักรู้ถึงความรับผิดชอบในผลของการกระทำของตน ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจทำลายความเชื่อมั่นนั้นโดยการตรากฎหมายย้อนหลังมาเอาผิดบุคคลได้ หากขณะที่บุคคลกระทำการไม่มีกฎหมายระบุว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ในทางกลับกันหากขณะกระทำการ การกระทำนั้นเป็นความผิด รัฐสามารถตรากฎหมายย้อนหลังเป็นคุณโดยการไม่เอาผิดแก่การกระทำนั้นได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่รัฐไม่ประสงค์จะเอาผิดกับการกระทำนั้นอีกต่อไป

หลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลนี้เป็นหลักการที่รัฐนิติรัฐ-ประชาธิปไตยยึดถืออย่างเคร่งครัด หมายความว่า โดยทั่วไปแล้วหลักการนี้มีผลบังคับรัฐโดยไม่มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดใด ๆ กล่าวคือ ไม่ว่ากรณีใดรัฐก็ไม่อาจตรากฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลได้เลย อย่างไรก็ตาม จุดยืนของศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่อหลักการดังกล่าวได้ถูกทดสอบโดยสถานการณ์ที่ต้องจัดการกับความยุติธรรมอย่างร้ายแรงในอดีตเมื่อบุคคลอ้างการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้ขณะกระทำการ แต่ปรากฏว่ากฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาขัดต่อความยุติธรรมในระบบกฎหมายใหม่ที่ก่อตั้งขึ้นหลังจากรัฐที่ยุติธรรมหมดอำนาจไป และบุคคลผู้กระทำการตามกฎหมายเดิมที่ขัดต่อคุณค่าในระบบกฎหมายใหม่ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาล หากศาลยืนยันทักห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง ศาลย่อมไม่อาจลงโทษบุคคลดังกล่าวได้ เพราะย่อมเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายผ่านการไม่รับรองสถานะความเป็นกฎหมายในภายหลัง ทั้ง ๆ ที่ในขณะที่บุคคลนั้นกระทำการดังกล่าวกฎหมายนั้นมีสภาพเป็นกฎหมายและถูกบังคับใช้ในความเป็นจริง ซึ่งส่งผลให้ศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่อาจฟื้นฟูระบบกฎหมายและอำนวยความยุติธรรมด้วยตัวเองผ่านการวินิจฉัยคดีได้เลย แต่หากศาลตัดสินเอาผิดบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นการทำร้ายหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังอันเป็นหลักการที่เป็นรากฐานสำคัญหนึ่งในนิติรัฐ

กรณีที่ต้องเผชิญกับทางแพร่งทางคุณค่าเช่นนี้ย่อมหมายถึงการซึ่งน้ำหนักคุณค่าที่ขัดแย้งกันอยู่ ซึ่งสุดท้ายแล้วเราไม่อาจบอกได้ว่าทางเลือกใดเป็นทางเลือกที่ถูกต้องสมบูรณ์และเป็นนิรันดร์ เนื่องจากการซึ่งน้ำหนักคุณค่าเป็นการอำนวยความยุติธรรมเฉพาะกรณีที่มีปัจจัยทางข้อเท็จจริงและบริบทแวดล้อมในสถานการณ์นั้น ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ การที่ศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเลือกที่จะสร้างข้อจำกัดของหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังแก่บุคคลนั้นก็เป็น การซึ่งน้ำหนักคุณค่าความยุติธรรมและความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายเฉพาะกรณีภายใต้บริบทในขณะนั้นเช่นกัน ฉะนั้นจึงไม่ใช่เรื่องน่าแปลกใจที่จะมีทั้งผู้ไม่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของศาลดังกล่าว ดังเช่น ฮาร์ทผู้เห็นว่าควรเลือกรักษาหลักการห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังโดยการยอมรับอย่างตรงไปตรงมาในการลงโทษบุคคลย้อนหลัง

เป็นกรณีไป และให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ใช่ฝ่ายตุลาการ แต่สิ่งสำคัญที่ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องทำความเข้าใจให้ตรงกัน คือ ทั้งสองฝ่ายเห็นพ้องกันในประเด็นของการจัดการกับระบอบที่ยุติธรรมด้วยการอำนวยความสะดวกยุติธรรมย้อนหลังทั้งสิ้น ต่างกันเพียงการตอบคำถามที่ว่า “ใคร” จะเป็นผู้จัดการกับงานอันไม่น่าอภิรมย์นี้เท่านั้น