

หลักและแนวความคิดในการตีความกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายอื่น กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีโทษกระทบถึงชีวิตร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของบุคคล แต่กฎหมายอาญาก็มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคมให้ได้อยู่อย่างสงบสุข กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายที่คุ้มครองและจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลไปในขณะเดียวกัน ด้วยลักษณะพิเศษของกฎหมายอาญาดังกล่าวจึงเกิดแนวคิดขึ้นเฉพาะในระบบกฎหมายอาญาที่สำคัญ ๆ อันมีผลต่อการตีความเพื่อปรับใช้กฎหมายอาญา ดังจะได้พิจารณาโดยละเอียดต่อไป

3.1 หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) กับ การตีความกฎหมายอาญา

3.1.1 ที่มาและเนื้อหาของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

ในประเทศภาคพื้นยุโรปช่วงก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 18 การปกครองส่วนใหญ่เป็นระบบศักดินาแบบเจ้านครแคว้น (feudalism) กฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในยุคนั้นเป็นไปในลักษณะที่ไม่คำนึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ความรับผิดชอบอาญาเป็นไปตามคำสั่งของผู้ปกครองรัฐจารีตประเพณี และกฎหมายโรมัน (ที่แทรกซึมเข้าสู่จารีตประเพณีของยุโรปตั้งแต่ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13-15) การพิจารณาตัดสินคดีของศาลจะมีการสร้างฐานความผิดขึ้นใหม่เสมอ ๆ และการลงโทษบุคคลจะเป็นไปอย่างไร้หลักเกณฑ์ (an arbitrary manner) ¹

¹ Stanislaw Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege (Warszawa : PWN-Polish Scientific Publishers, 1975) p.10.

ในยุครุ่งเรืองช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 (The Enlightenment) ได้เกิดแนวความคิดของปราชญ์ต่าง ๆ ที่ต่อต้านการปกครองระบอบศักดินาเจ้านครแคว้น (feudalism) เพื่อคุ้มครองปัจเจกชน โดยเสนอระบอบการปกครองภายใต้กฎหมายตามโครงสร้างสัญญาประชาคม (Social Contract)² ซึ่งเป็นกลุ่มที่นิยมสิทธิมนุษยชน (the humanitarians) มีความคิดที่ต่อต้านการลงโทษบุคคลอย่างไร้หลักเกณฑ์ จึงเกิดแนวคิดเป็นหลักว่าการลงโทษทางอาญาต่อการกระทำใดจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ลงโทษได้และห้ามบัญญัติกฎหมายอาญาย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีต หลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักก็เพื่อให้กฎหมายมีความแน่นอน ป้องกันการใช้อำนาจเผด็จการศักดินาและการใช้อำนาจตามอำเภอใจของศาล³

ผู้บุกเบิกแนวคิดที่ว่า การลงโทษบุคคลใดได้ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ที่สำคัญคนหนึ่งคือ Montesquieu เขาต้องการให้กฎหมายมีความแน่นอนไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้กฎหมายนั้นได้อย่างตามอำเภอใจ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นผลเนื่องมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ของเขานั่นเอง เขาเห็นว่าเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติประกาศกฎหมายใช้บังคับแล้วลักษณะของความผิดและการลงโทษจะต้องเป็นไปตามนั้น บทกฎหมายจะต้องเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ถ้าศาลลงโทษโดยใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy) หรือโดยใช้จารีตประเพณี (custom) ก็เท่ากับว่าศาลเข้ามาใช้อำนาจนิติบัญญัติเสียเอง⁴

นอกจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่ต้องการสร้างกฎหมายที่สมบูรณ์ใช้ได้ตลอดไปแล้ว แนวคิดที่ต้องการให้กฎหมายมีความแน่นอนเพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจก็มีส่วนผลักดันให้เกิดแนวคิดในการจัดทำประมวลกฎหมาย (codification) ขึ้นในภาคพื้นยุโรปด้วย⁵

² Social Contract เป็นทฤษฎีที่ว่ารัฐตั้งอยู่บนพันธะสัญญาที่อิสรชนตกลงร่วมกัน

³ Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum

Crimen Sine Lege, p.11.

⁴ Ibid, pp. 12-13.

⁵ Ibid, p.12, 21.

แนวคิดในการลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายเป็นที่ยอมรับเรื่อยมาจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1787 ในการร่างประมวลกฎหมายของออสเตรีย สมัยพระเจ้า Joseph II ได้มีการนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเป็นครั้งแรก อีก 2 ปีต่อมาหลักดังกล่าวก็ปรากฏในประกาศสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส (The French Declaration of the Right of Man) ในปี ค.ศ. 1791 ก็ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายอาญาทหารของฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1794 ปรากฏในประมวลกฎหมายของปรัสเซีย (Prussian Landrecht of 1794) และเชื่อกันว่า Feuerbach⁶ เป็นผู้นำแนวคิดที่ว่า การลงโทษจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้มาเขียนเป็นวลี "Nullum crimen, nulla poena sine lege"⁷ เป็นครั้งแรก ในประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี ค.ศ. 1801 (Lehrbuch of 1801) และในที่สุดประมวลกฎหมายอาญาของประเทศภาคพื้นยุโรปในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ก็บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ทั้งหมด⁸

จะเห็นได้ว่าหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) เกิดจากแนวคิดทางการเมืองในยุครุ่งเรืองของเสรีภาพ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจในรัฐ แม้หลักดังกล่าวจะเขียนเป็นภาษาลาติน แต่ถ้อยคำนั้นก็เกิดขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 นี้เอง⁹ และเป็นหลักที่ยอมรับทั้งในกฎหมายรัฐธรรมนูญและ

⁶ Feuerbach (1775-1833) ชาวเยอรมันเป็นผู้รวบรวมความคิดเสรีนิยมทางการเมือง (political liberalism) เข้ากับนโยบายทางอาญา (penal policy) เข้าเห็นด้วยกับการลงโทษเพื่อการข่มขู่ (deterrence) ยึดมั่นตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัด เขาเป็นบุคคลสำคัญคนหนึ่งที่มีส่วนสร้างหลักความชอบด้วยกฎหมาย (the principle of legality) หรือ Nulla poena sine lege ซึ่งเป็นหนึ่งในอารยธรรมตะวันตกที่ยั่งยืนตลอดมา

⁷ หมายความว่า ไม่มีความคิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

⁸ Ibid, pp. 14-16.

⁹ แต่มีผู้เห็นว่าแนวคิดของหลักไม่มีโทษไม่มีกฎหมายมีปรากฏมาตั้งแต่ยุคโรมันแล้ว

ดู Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, 2nd ed.

(New York : The Bobbs Merrill Company Inc., 1960) pp. 28-30.

กฎหมายอาญาอย่างกว้างขวางในประเทศภาคพื้นยุโรป¹⁰

อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1935 ยุคนาซีครองอำนาจด้วยอิทธิพลของแนวความคิดลัทธิสังคมนิยม (National Socialist Revolution) และศาลเคร่งครัดกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายมากโดยตีความกฎหมายอาญาอย่างจำกัดทำให้การบังคับใช้กฎหมายผิดเพี้ยนไปจากวัตถุประสงค์ ในประเทศเยอรมันจึงได้ออกกฎหมายใหม่โดยไม่คำนึงถึงหลักดังกล่าวยอมให้ศาลลงโทษบุคคลได้แม้การกระทำนั้นจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ทั้งนี้เพื่อป้องกันการตีความอย่างจำกัดของศาลมิให้เกิดขึ้นบ่อย ๆ และลงโทษการกระทำที่น่าลงโทษได้ ให้นิติศาสตร์ (Jurisprudence) ของศาลสอดคล้องกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดี (conscience) ของประชาชน¹¹ แต่ต่อมาการบังคับใช้กฎหมายที่ออกใหม่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมากจนกระทั่งต้องกลับมาอมรับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายใหม่ในปี ค.ศ. 1946¹²

ในสหภาพโซเวียตก็เคยมีการละเลยต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเช่นเดียวกันยอมให้ศาลลงโทษโดยใช้กฎหมายใกล้เคียงได้ (analogy) แต่ต่อมาภายหลังก็ยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1958 และในปัจจุบันจะลงโทษการกระทำใดต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ลงโทษได้¹³

¹⁰ Ibid., pp.32-34.

¹¹ Lawrence Preuss, "Punishment by Analogy in National Socialist Penal Law," The Journal of Criminal Law and Criminology 26 (1936) : 849-851.

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

¹³ Glanville Williams, Criminal Law the General Part. 2nd ed. (London : Steven & Sons Limited, 1961) p.577.

ในขณะที่ระบบการเมืองการปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรป ทำให้เกิดหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) แต่ประเทศอังกฤษในระยะเวลานั้นระบบเศรษฐกิจสังคมและการเมืองเจริญมากกว่าในประเทศภาคพื้นยุโรป ชนชั้นกลาง (bourgeois) ได้เข้ามามีบทบาทในการปกครองมาก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส¹⁴ เป็น 100 ปีแล้ว การเข้ามามีบทบาทเป็นลักษณะค่อยเป็นค่อยไป รัฐบาลภายใต้กฎหมายของอังกฤษมีพื้นฐานมาจากประเพณีอันเก่าแก่มี Magna Charta เป็นข้อจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์มีหลัก Rule of law เป็นเครื่องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ขณะที่ศาลภาคพื้นยุโรปในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 เป็นเครื่องมือหรือปฏิบัติตามอำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์ (The absolute monarchy) จนมีความจำเป็นต้องสร้างหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองปัจเจกชน แต่บทบาทของศาล Common law ในอดีตจะมีลักษณะเป็นการคานอำนาจของฝ่ายบริหาร และมีบทบาทอย่างอิสระในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน บทบาทของศาลในอังกฤษจึงต่างจากประเทศภาคพื้นยุโรปในยุคเดียวกันนั้น¹⁵

มาตรการที่ใกล้เคียงกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) ที่ศาล Common law ใช้ในการคุ้มครองประชาชนคือ การห้ามฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายเป็นพิเศษเพื่อลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีต (prohibited Bill of Attainder) ต่อมาก็มีหลักการตีความที่ห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง นอกจากนั้นหลักการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด (The rule of strict construction of penal statutes) ก็เป็นหลักที่ศาล Common law สร้างขึ้นในยุคต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 นี้เอง¹⁶

¹⁴ การปฏิวัติฝรั่งเศสเกิดในปี ค.ศ. 1789.

¹⁵ Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, pp. 16-20.

¹⁶ Ibid, p.20.

หลักการตีความโดยเคร่งครัดใน Common law ได้รับการปรับปรุงวิพากษ์วิจารณ์มาตลอด ปัจจุบันเนื้อหาของหลักการตีความโดยเคร่งครัดจึงเปลี่ยนแปลงไปจากอดีตบ้าง กล่าวคือเห็นเพิ่มเติมว่าหลักการตีความโดยเคร่งครัดนั้นจะต้องไม่เคร่งครัดจนขัดต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยชัดแจ้ง เหตุผลของหลักการตีความโดยเคร่งครัด ในปัจจุบันจึงควรเป็นแต่เพียงว่า บุคคลควรจะทราบได้ก่อนว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดตามกฎหมาย และจะได้รับโทษเพียงใด หรือที่เรียกว่า fair warning¹⁷ หลักการตีความโดยเคร่งครัดไม่ได้ต้องการให้ตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรในความหมายที่แคบที่สุด (narrowest meaning) เท่าที่ความหมายของคำจะตีความไปได้ แต่ด้วยคำในกฎหมายควรจะตีความในความหมายที่เหมาะสมหรือในความหมายธรรมดา (reasonable or common sense) ที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมาย เนื้อหาของหลักการตีความโดยเคร่งครัดมีเพียงหลีกเลี่ยงการสร้างฐานความผิดอาญาขึ้นใหม่โดยอาศัยการตีความ (creation of penalties by construction)¹⁸

ในสหรัฐอเมริกาการห้ามการลงโทษโดยใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy) เป็นส่วนหนึ่งของหลักการตีความโดยเคร่งครัด (strict construction) แต่ผลดังกล่าวยังไม่เป็นที่เพียงพอ ความต้องการที่สำคัญอีกอันหนึ่ง ก็คือ กฎหมายอาญาจะต้องใช้ด้วยคำที่มีความหมายธรรมดา (ordinary sense) โดยบุคคลที่มีสติปัญญาปกติสามารถเข้าใจได้ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นไปตามหลัก fair warning ดังที่ผู้พิพากษา Holmes ได้เน้นไว้ในคดี

¹⁷ Wayne R. La Fave and Rustin W. Scott., Criminal Law (Minnesota : West Publishing Company, 1972), p.72.

แต่เนื้อหาของหลัก fair warning ก็ดูเหมือนจะเป็นเรื่องที่ไม่เป็นจริง เพราะแม้ไม่รู้กฎหมายก็ไม่เป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิดชอบ (Ignorantia juris neminem excusat) ดู John Calvin Jeffries, "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" Virginia Law Review 71 (No 2 March 1985) : 208-210.

¹⁸ Sutherland, Statutes and Statutory Construction, Vol 3, pp. 56-58.

Mcboyle v U.S. เมื่อปี ค.ศ. 1931¹⁹

จากหลัก fair warning ศาลประสบปัญหาในกรณีที่กฎหมายไม่ชัดเจนมาก (vague) จนไม่สามารถทราบได้ว่ากฎหมายห้ามการกระทำอะไรแน่ ศาลจะมีแนวทางในการตีความกฎหมายนั้นอย่างไร ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ศาลสูงสหรัฐได้แก้ปัญหาโดยการตัดสินว่ากฎหมายลักษณะดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ ต่อมาในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 แนวปฏิบัติดังกล่าวได้เข้ามาเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ที่เรียกว่า หลักความเป็นโมฆะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจน (the void for vagueness doctrine) และตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1914 ศาลสูงสหรัฐ ได้ถือเสมอมาว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยมลรัฐหรือสหรัฐ ถ้ากำหนดความผิดอาญาไว้ไม่ชัดเจน (vaguely) จะถือว่าขัดต่อหลัก Due Process²⁰ ตามรัฐธรรมนูญ ศาลสามารถพิพากษาได้ว่ากฎหมายนั้นใช้ไม่ได้และต้องยกเลิกกระบวนการพิจารณาคดีนั้นทั้งหมด ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายนั้นใช้ไม่ได้ คือ

1. กฎหมายที่ไม่ชัดเจนทำให้ประชาชนไม่ทราบว่าการกระทำเช่นใดแม่ที่กฎหมายห้าม
2. กฎหมายที่ไม่ชัดเจนทำให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ง่ายและขาดความแน่นอน²¹

¹⁹ Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, p.83.

²⁰ ดู ความหมายของ Due Process ใน เชิงอรรถที่ 98.

²¹ Promorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, pp.84-85 และ La Fave and Scott, Criminal Law, pp.83-89.

ขณะที่กฎหมายอาญาไม่ชัดเจน (vague) ในสหรัฐศาลจะถือว่ากฎหมายนั้นใช้ไม่ได้และขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในอังกฤษศาลไม่มีอำนาจเช่นนั้น คงทำให้อย่างมากแต่เพียงตีความกฎหมายนั้นอย่างจำกัด (restrictively) ดู Williams, Criminal Law the General Part, p.578.

อย่างไรก็ตามถ้ากฎหมายนั้นเพียงแต่เคลือบคลุม (ambiguous) ไม่ถึงกับไม่ชัดเจน (vague) ก็ยังถือว่าใช้ได้อยู่ แต่จะต้องตีความอย่างแคบ แต่ในทางปฏิบัติเราไม่สามารถจะหาขอบเขตที่แน่นอนระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เพียงแต่มีความหมายเคลือบคลุม (ambiguous) และกฎหมายที่ไม่ชัดเจนจนขัดต่อรัฐธรรมนูญ (unconstitutionally vague) ได้²²

มีข้อสังเกตในเรื่องความชัดเจนของกฎหมายอาญาบางประการ กล่าวคือ ปัจจุบันความผิดตามกฎหมาย Common law เดิมได้นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วเป็นส่วนใหญ่ การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ ศาลจะตีความโดยให้ความหมายไปตามความผิดใน Common law เดิม แม้อ้อยคำในกฎหมายซึ่งคนธรรมดาอ่านแล้วจะรู้สึกว่าจะไม่ชัดเจนหรือมีความหมายเคลือบคลุม (vague or ambiguous) แต่ถ้าพิจารณาตามความหมายตาม Common law แล้วจะมีความหมายที่ชัดเจนก็ไม่ถือว่ากฎหมายนั้นไม่ชัดเจนหรือเคลือบคลุม²³ นอกจากนั้นกฎหมายที่ออกมาเพื่อวิชาชีพที่มีลักษณะเฉพาะ ซึ่งจำเป็นจะต้องใช้ศัพท์ทางวิชาการ แม้คนทั่วไปจะเข้าใจอ้อยคำเหล่านั้นได้ยาก ก็ไม่ถือว่ากฎหมายนั้นไม่ชัดเจนเช่นเดียวกัน²⁴

นอกจากนั้นใน Common Law ยังมีหลักห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง โดยในอังกฤษมีข้อสันนิษฐานในทาง Common law ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีผลย้อนหลัง²⁵ และในสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก ex post facto²⁶ เพื่อคุ้มครองประชาชนอีกด้วย ปัจจุบันหลักเกณฑ์ใน

²² Hall, General Principle of Criminal Law, p.74. และ La Fave and Scott, Criminal Law, pp. 41-42.

²³ La Fave and Scott., Criminal Law, pp.73-74.

²⁴ Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, p.86.

²⁵ Zander, The Law-Making Process, p.83.

²⁶ La Fave and Scott, Criminal Law, pp.89-98.

Common law หรือหลัก fair warning จึงมีเนื้อหาตรงกับ หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) ของประเทศภาคพื้นยุโรป

แม้แนวคิดในการสร้างมาตรการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลจากการถูกลงโทษ จะมีพื้นฐานมาจากโครงสร้างสังคม และระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่ต่อมาในนานอารยประเทศก็ยอมรับ หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ว่าจำเป็นต้องมีถ้าประเทศนั้นต้องการหลักประกันในสิทธิเสรีภาพของประชาชน

จากแนวคิดดังกล่าวอาจแยกพิจารณาเนื้อหาของ หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) ในทางกฎหมายอาญาได้ดังนี้ คือ

1. กฎหมายอาญาต้องมีความแน่นอน (certainty)
2. ห้ามกฎหมายอาญามีผลย้อนหลัง (Non-retroactivity)

ในแง่หลักประกันความแน่นอน กฎหมายอาญาต้องการความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายมากที่สุด ในทางนิติบัญญัติต้องประกอบความผิดฐานต่าง ๆ จะต้องบัญญัติให้ชัดเจนที่สุด หลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างจนเกินไป²⁷ เหตุผลของข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนก็คือ หลักเกณฑ์ที่ว่าอำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรอง จะใช้ได้ผลอย่างเต็มที่ก็ต่อเมื่อเจตจำนงของประชาชนที่แสดงออกทางรัฐสภาในรูปของกฎหมายมีลักษณะที่ชัดเจนจนการตัดสินใจทางอรรถวิสัยและอำเภอใจของผู้พิพากษาเป็นไปได้น้อยที่สุด ข้อเรียกร้องความแน่นอนของกฎหมายของหลักนิติรัฐหรือการปกครองภายใต้กฎหมายที่มีต่อกฎหมายอาญาจะเข้มงวดยิ่งกว่าที่มีต่อกฎหมายอื่น²⁸ แต่ด้วยลักษณะของภาษาที่ไม่อาจชัดเจนได้ ความต้องการของ หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย จึงทำได้แต่เพียงให้บทกฎหมายชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้เท่านั้น²⁹

²⁷ Williams, Criminal Law The General Part, p.578.

²⁸ คณิต ฅ นคร, "หลักประกันในกฎหมายอาญา," วารสารอัยการ 4 (ฉบับที่ 38 กุมภาพันธ์ 2524) : 55.

²⁹ Hall, General Principle of Criminal Law, p.47.

ในทางผู้ใช้กฎหมายก็ต้องใช้กฎหมายอาญาในลักษณะที่มีความแน่นอนมากที่สุด เช่นกัน จากลักษณะของการตีความกฎหมาย จะเห็นได้ว่า ความชัดเจนของกฎหมายจะเกิดขึ้นเมื่อมีการตีความเพื่อปรับใช้ ขอบเขตดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายจึงมีอยู่เสมอ หลักความแน่นอนของกฎหมายอาญาที่ใช้ในการลงโทษ จึงต้องการให้ผู้ปรับใช้กฎหมายใช้ดุลพินิจในขอบเขตตามเจตจำนงของประชาชนที่แสดงออกไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

ในส่วนหลักประกันการห้ามมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญาตามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายมาลงโทษการกระทำในอดีตไม่ได้³⁰ เพราะเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะไปลงโทษการกระทำที่ในขณะที่เขากระทำนั้นไม่มีกฎหมายระบุว่าเป็นความผิด และจะถูกลงโทษ และการใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วจะให้ผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนบัญญัติกฎหมายนั้นก็ทำไม่ได้เช่นกัน³¹

จากเนื้อหาของ หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย นอกจากจะเป็นหลักประกันสำหรับประชาชนในการนิติบัญญัติของรัฐแล้ว ยังเป็นหลักประกันสำหรับประชาชนในการใช้กฎหมายอาญาขององค์กรที่มีอำนาจด้วย ดังจะได้พิจารณาต่อไปว่าหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายมีผลต่อการตีความเพื่อบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างไร³²

³⁰ อย่างไรก็ตาม ในกรณีศาลไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลัก Nulla poena sine lege (ซึ่งอาจบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ) หรือไม่ ศาลจึงต้องใช้กฎหมายใหม่ซึ่งบัญญัติให้มีผลไปถึงการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนออกกฎหมายนั้น ในเมื่อกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเช่นนั้น ดู. โกลแมน ภัทรภิมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบชั้นปริญญาโท) หน้า 4.

³¹ Hall, General Principle of Criminal Law, pp.58-64 และ รายละเอียดโปรด ดู. ประภาพรณ อุทมนจรรยา, "กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง," (วิทยานิพนธ์ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521).

³² ในการศึกษาจะละเรื่องการห้ามกฎหมายมีผลย้อนหลังไว้ เพราะมีผู้ศึกษาไว้ดังกล่าวแล้ว

3.1.2 ผลที่มีต่อการตีความในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวล (Civil Law)

จากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย การจะลงโทษการกระทำใดได้ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะที่กระทำนั้นว่าเป็นความผิดและจะถูกลงโทษ การตีความเพื่อปรับใช้กฎหมายในการลงโทษจึงมีขอบเขตเพียงตามความหมายของถ้อยคำที่บัญญัติไว้หรือเท่าที่เป็น การตีความที่แท้จริง (genuine interpretation) เท่านั้น³³ กล่าวคือ ตีความโดยพิจารณาทั้งถ้อยคำในตัวบท ประวัติความเป็นมา ระบบกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมาย และโดยเฉพาะในกฎหมายอาญาจะต้องพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง (Rechtsgut)³⁴ ประกอบด้วย ซึ่งผลที่ได้รับอาจมีลักษณะจำกัดความ (restrictive) หรือขยายความ (extensive) ก็ได้แล้วแต่เนื้อความในกฎหมาย³⁵ ส่วนการตีความที่ไม่แท้จริง

³³ ส่วนการตีความกฎหมายในส่วนเป็นคุณไม่อยู่ภายใต้หลัก Nulla Poena sine lege ผู้ตีความอาจตีความได้อย่างกว้างขวาง รวมทั้งสามารถนำที่มาของกฎหมายอื่น ๆ เช่น จารีตประเพณี มาตีความเพื่อให้ได้หลักเกณฑ์มาใช้ในทางเป็นคุณนี้ได้

³⁴ กนิต ณ นคร, "การตีความกฎหมายอาญา," หน้า 60. และ "คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา," วารสารอัยการ 3 (ฉบับที่ 1 มกราคม 2523) : 59.

³⁵ ตัวอย่างประเทศที่ตีความขยายความ (extensive) กฎหมายอาญาได้ เช่น นอร์เว, รัสเซีย และอิตาลี เป็นต้น

ดู Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, pp. 102-103., F.J. Feldbrugge, Soviet Criminal Law, Law in Eastern Europe No 9 (A.W. Suthoft-Leyclen, 1964) p.77. และ อักซารธ จุฬารัตน์, "หลักทั่วไปของการตีความในกฎหมายอาญา," หน้า 89.

และ "ตามตำรากฎหมายฝรั่งเศส ศาลอาจตีความกฎหมายอาญาตามตัวอักษรหรือความมุ่งหมายได้ ในการนี้ศาลจะจำกัดหรือขยายความหมายตามตัวอักษรของตัวบทกฎหมายก็ได้ ทั้งนี้แม้จะมีหลักทั่วไปว่าจะต้องแปลโดยจำกัด (interpretation restrictive) และตามปกติจะต้องเป็นผลดีให้แก่จำเลยก็ดี ก็ไม่หมายความว่า เมื่อมีความสงสัยขึ้นแล้ว ศาล

(spurious interpretation) หรือที่มาทางกฎหมายอื่น ๆ เช่น การใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy) จารีตประเพณี (custom) หรือหลักกฎหมายทั่วไป (general principle) จะนำมาใช้เพื่อให้ได้หลักเกณฑ์มาลงโทษจำเลยไม่ได้

ในการหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนจากบทบัญญัติหรือการตีความที่แท้จริง (genuine interpretation) นี้จะมีปัญหาคาบเกี่ยวกับการใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy)³⁶

จะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่จำเลยได้ ตรงกันข้าม ศาลอาจศึกษาถึงแบบแผนที่เป็นมาและหลักฐานในการร่างกฎหมายและเหตุผลต่าง ๆ ได้

ตามตำรากฎหมายเบลเยียม การแปลกฎหมายอาญาไม่เป็นการขัดขวางที่จะตีความตามเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย เช่น โดยหลักฐานในการร่างกฎหมาย

ตามตำรากฎหมายสวีเดน ถือว่าไม่ควรจะแยกเป็นเรื่องตีความโดยขยายความหรือตีความโดยเคร่งครัด ข้อสำคัญอยู่ที่จะต้องเป็นการตีความในกฎหมายในกรอบแห่งกฎหมาย การตีความในกฎหมายอาญาก็เหมือนกับการตีความในกฎหมายอื่น กล่าวคือ ตีความตัวอักษรและตามความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ และอาจขยายความออกไปใช้บังคับต่อกิจซึ่งดูตามตัวอักษรจะไม่เข้าอยู่ในตัวบทกฎหมายนั้นได้

ตามตำรากฎหมายเยอรมัน การตีความในกฎหมายอาญา ก็เหมือนกับการตีความในกฎหมายอื่น ๆ แต่จะต้องระวังว่า ถ้าถ้อยคำในกฎหมายอาจตีความให้มีความหมายกว้างก็ได้ หรือแคบก็ได้แล้วจะถือเอาความหมายอย่างกว้างก็ต่อเมื่อความหมายอย่างกว้างนี้ตรงต่อความมุ่งหมายของกฎหมาย

ตามตำรากฎหมายออสเตรเลีย การตีความกฎหมายอาญาจะตีความให้แคบก็ได้ให้กว้างก็ได้."

ใน. หยุค แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (พระนคร : แพร่พิทยา, 2497) หน้า 189-191.

³⁶ การ analogy อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ การเทียบเคียงโดยคุบทวิโคตหนึ่ง (Gesetzesanalogie) และการเทียบเคียงกับหลักทั่วไปที่ได้จากการกฎหมายหลาย ๆ บท ประกอบกัน (Rechtsanalogie) (ดู ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, หน้า 82) การ analogy แบบเทียบเคียงโดยคุบทวิโคตหนึ่งที่จะเป็นปัญหาคาบเกี่ยวกับการตีความที่แท้จริง

มาก คงจะเห็นได้เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีการตีความในประเทศ Civil Law ซึ่งจะพบว่ายังมี
 ทัศนะที่ต่างกันอย่างกว้างคือ ยังมีการแบ่งออกเป็น 2 ทัศนะ ได้แก่ (1) ทัศนะที่นิยมการตีความ
 บทกฎหมายโดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่าง (The logical stage) และ (2) ทัศนะที่
 นิยมการตีความบทกฎหมายโดยพิจารณาถึงสภาพเศรษฐกิจและสังคมในขณะที่บังคับใช้กฎหมายนั้น
 (The positive stage)³⁷ ซึ่งผลของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายในทัศนะทั้งสองจะแตกต่างกัน
 กัน กล่าวคือ

ทัศนะแรกที่นิยมการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์
 ของผู้ร่างหรือที่นิยมทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) ในเยอรมันจะยึดมั่นเคร่งครัด
 กับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายมาก จะถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ร่างขึ้นนั้นเป็นกฎหมายที่
 สมเหตุสมผล น่าพอใจ และมีเหตุผลที่ถูกต้อง สามารถรับรู้ได้ถึงหลักประกันในเสรีภาพ กฎหมาย
 และคำสั่งที่ให้ปฏิบัติตาม ทัศนะนี้เห็นว่านักกฎหมายจะต้องเคร่งครัดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดย
 ไม่เปิดโอกาสให้กฎหมายแปรไปตามถกเถียงตามการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ซึ่งผลก็คือนัก
 กฎหมายจะต้องตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างจำกัด (very narrowly) ตามเหตุผลใน
 เนื้อหาของกฎหมายหรือความเหมาะสมตามถ้อยคำนั้น ๆ ความหมายของตัวบท (Text) จะ
 เป็นไปตามความหมายที่เป็นมาในทางกฎหมาย (the historical juristic sense) ที่
 บัญญัติไว้ การให้ความหมายเกินไปกว่านั้นจะเป็นการขยายความของกฎหมายโดยการเทียบเคียง
 (extending the law by analogy) ในทัศนะนี้การใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy)
 ไม่ใช่อะไรอื่น นอกจากเป็นการอ่านวเคราะห์ความยุติธรรมตามอำเภोजิต ซึ่งลักษณะดังกล่าวจะเป็น
 การคุกคามต่อเสรีภาพ การใช้กฎหมายใกล้เคียงไม่เพียงเป็นอันตรายต่อเสรีภาพเท่านั้น แต่
 ยังเป็นอันตรายต่อความอิสระในการอ่านวเคราะห์ความยุติธรรมด้วย ความอิสระนั้นนอกจากจำเป็น
 สำหรับการอ่านวเคราะห์ความยุติธรรมแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองหลักประกันในเสรีภาพที่จะได้รับจาก
 กฎหมายที่สมเหตุสมผลด้วย ฉะนั้นจึงต้องมีการห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy)³⁸

³⁷ ดูรายละเอียดของทัศนะทั้ง 2 ในหัวข้อวิวัฒนาการการตีความกฎหมายใน Civil
 Law หน้า 10-18.

³⁸ หมายถึง ห้าม analogy ในทางเป็นโทษเท่านั้น

เพราะถ้าให้ใช้บทกฎหมายใกล้เคียงได้จะเป็นอันตรายต่อเสรีภาพ ซึ่งเสรีภาพนี้รวมถึงเสรีภาพ
ในความมีอิสระในการอำนวยความสะดวกด้วย 39

แนวคิดการตีความตามทัศนะแรกนี้ต้องการแบ่งแยกให้ชัดเจนระหว่าง การ
ตีความที่แท้จริง (genuine interpretation) และการใช้บทกฎหมายใกล้เคียง
(analogy) โดยยึดมั่นอยู่กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) เห็นว่า
กฎหมายอาญาจะเข้าแทรกแซงต่อเมื่อเสรีภาพเกิดอันตรายและความจำเป็นในการแทรกแซงนั้น
จะต้องปรากฏชัดด้วย กฎหมายอาญาไม่ควรเป็นเครื่องมือในทางการเมือง กลับกันจะต้องจำกัด
บทบาทดังกล่าว โดยสาระสำคัญแล้ว กฎหมายอาญาจะต้องมั่นคงแน่นอนแม้สังคมจะพัฒนาเปลี่ยน
ไป การใช้กฎหมายอาญาโดยอำเภอใจเป็นสิ่งที่น่ากลัว ระบบยุติธรรมทางอาญาจะต้องเป็น
อิสระจากฝ่ายบริหารและมีขอบเขตที่สมเหตุสมผลตามกฎหมาย กฎหมายอาญามีบทบาทในทาง
แก้แค้นทดแทน (retributive) ไม่ควรเป็นเครื่องมือข่มขู่ (deterrence) ให้เป็นไปตาม
นโยบาย ด้วยลักษณะดังกล่าวนี้ การตีความอย่างจำกัด (narrow interpretation) จึง
เป็นเรื่องธรรมดา โดยให้ความหมายตามที่เป็นมาในทางกฎหมาย ในทางตรงข้าม การใช้บท
กฎหมายใกล้เคียงเป็นสิ่งที่พึงหลีกเลี่ยง ขอบเขตแบ่งแยกกระหว่างการตีความที่แท้จริงกับการใช้
บทกฎหมายใกล้เคียงสามารถเข้าใจและปฏิบัติได้และต้องไม่มองข้ามไป 40

ส่วนอีกทัศนะหนึ่งที่เกิดขึ้นภายหลังเป็นทัศนะที่นิยมการตีความกฎหมาย
ลายลักษณ์อักษร โดยพิจารณาถึงสภาพเศรษฐกิจและสังคมในขณะที่ยังคงใช้กฎหมายนั้น หรือที่
นิยมทฤษฎีอำเภอการณ (Objective Theory) ในเยอรมัน ทัศนะนี้แย้งกับทัศนะแรก
โดยเห็นว่า การตีความที่แท้จริง (genuine interpretation) และการใช้บทกฎหมาย
ใกล้เคียง (analogy) ไม่มีขอบเขตแบ่งแยกที่แน่นอน มีความคิดไม่เคร่งครัดกับหลักการ
แบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่าย

39 Wolfgang Naucke, "Interpretation and Analogy in Criminal
Law," Brigham Young University Law Review (No.3 1986) : 536-537.

40 Ibid, pp. 544-545.

ตุลาการ จะมีส่วนการแทรกแซงกันอยู่ การนิติบัญญัติแม้ในกฎหมายอาญาจะเป็นวิถีทางการควบคุมสังคมให้เป็นไปตามนโยบายของคนส่วนใหญ่ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามครรลองของเหตุผล บ่อยครั้งความคิดเห็นของคนส่วนใหญ่จะไม่ชัดเจนในเนื้อหา ผลก็คือจะทำให้บทกฎหมายขาดความชัดเจน (vague) ไม่เห็นความแท้จริง (inexact) และจะร่างด้วยถ้อยคำทั่ว ๆ ไปซึ่งไม่มีมาตรฐานที่แน่นอน ฝ่ายนิติบัญญัติจะปล่อยไว้ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในการตีความกฎหมายที่ไม่ชัดเจน และฝ่ายตุลาการจะต้องไม่รังเกียจภาระหน้าที่นี้

ในทัศนะนี้กฎหมายอาญาจะขึ้นอยู่กับนโยบาย ความน่ากลัวในการใช้อำนาจตามอำเภอใจจะไม่เกิดขึ้น ความเป็นอิสระในระบบยุติธรรมทางอาญาจะกลายเป็นความคิดที่ประหลาด หลักประกันในเสรีภาพจะกลายเป็นหนึ่งในหลาย ๆ เป้าหมายของกฎหมายอาญา ส่วนเป้าหมายอื่น ๆ ก็คือความสมบูรณ์ในการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย และการต่อต้านความคิดที่เป็นปฏิปักษ์ในทางการเมือง ความเป็นขึ้นเป็นอันในกฎหมายอาญาจะไม่ปรากฏให้เห็น กฎหมายอาญาโดยตัวของมันเองจะมีลักษณะเป็นนโยบายแปรเปลี่ยนตามความเปลี่ยนแปลงทางการเมือง และเป็นเครื่องมือที่มีลักษณะไม่คงที่ขึ้นอยู่กับขอบข่ายงานการพัฒนาการของสังคมที่ดำเนินไปอย่างรวดเร็ว กฎหมายอาญาจะบัญญัติขึ้นเพียงเพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐในการป้องกันอาชญากรรม

ตามแนวคิดนี้ การตีความอย่างจำกัด (narrow interpretation) และการแบ่งขอบเขตระหว่างการตีความที่แท้จริงกับการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงที่ปรากฏขึ้นไม่อาจชี้แนวทางอะไรได้ แต่กลับเป็นเรื่องน่าเบื่อและขาดสติ การตีความอย่างจำกัดเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ การใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอันเป็นการขยายความรับผิดชอบและการตีความที่แท้จริงไม่มีความแตกต่างกัน การห้ามการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงไม่มีความหมายอะไร การให้ความหมายตามความเป็นมาในทางกฎหมายอาจแปรเปลี่ยนไปตามการคำนึงถึงกลุ่มผลประโยชน์ในสังคม ขอบเขตแบ่งแยกระหว่างการตีความที่แท้จริงและการใช้กฎหมายใกล้เคียงจึงไม่มี การจัดการกฎหมายลายลักษณ์อักษรต้องการความชำนาญ (skills) มากกว่าความสามารถในการให้ความหมายตามความเป็นมาในทางกฎหมาย ความหมายของกฎหมายลายลักษณ์อักษรอาจแปรเปลี่ยนได้ตามกาลสมัย ⁴¹



⁴¹ Ibis, PP. 545-546.

การตีความตามทฤษฎีอำเภอกาณณ์ (Objective Theory) นี้ จะมี ส่วนขยายความรับผิดชอบโดยการใช้ทฤษฎีความใกล้เคียง (analogy) ด้วย แต่ไม่มีใครทราบว่า แค่นั้นเป็นการใช้ทฤษฎีความใกล้เคียง จึงผ่านเลยปัญหานี้ไป การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะนำไปสู่การให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (analogical reasoning) เสมอ ๆ และการให้เหตุผลโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายจะไม่ขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย การแบ่งแยกระหว่างการตีความที่แท้จริงและการใช้ทฤษฎีความใกล้เคียงเป็นเรื่องที่ล้าสมัย โดยเห็นว่าไม่มีขอบเขตที่แบ่งแยกการตีความดังกล่าว การใช้ทฤษฎีความใกล้เคียงไม่เพียงไม่ขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเท่านั้น แต่กลับเป็นการทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแปรเปลี่ยนไปตามแนวที่ต้อกรยิ่งขึ้นด้วย 42.

เมื่อเปรียบเทียบแนวความคิดในการตีความที่แตกต่างกันดังกล่าวจะเห็นว่า ทัศนะแรกจะยึดมั่นอยู่กับการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล แต่ทัศนะหลังจะให้ความสำคัญต่อการจัดการสังคมมากกว่า ตามแนวคิดหลังกฎหมายอาญาจะถือเป็นเครื่องมือในการให้สังคมดำเนินไปตามนโยบายของรัฐ กฎหมายอาญาจะปรับเปลี่ยนได้ตามความต้องการของสังคม ซึ่งในแนวคิดในกลุ่มหลังนี้มีข้อที่น่าวิตกอยู่มากกว่า กฎหมายอาญาที่ใช้ได้สะดวกตามที่ต้องการจะเป็นกฎหมายที่ไม่มีข้อจำกัดและจะเป็นกฎหมายที่น่ากลัว จะกลายไปสู่กฎหมายอาญาที่ขึ้นอยู่กับแนวนโยบาย และยิ่งกว่านั้น สภาพสังคมที่มากกระทบให้กฎหมายอาญาแปรเปลี่ยนจะไม่อาจควบคุมได้ และในที่สุดกฎหมายอาญาจะขึ้นอยู่กับการเมืองภายในและการเมืองภายนอกประเทศตามลำดับ การปรับเปลี่ยนได้จะทำให้เหลือความเป็นกฎหมาย (Recht) ในกฎหมายอาญา (Strafrecht) เพียงเล็กน้อย การปรับเปลี่ยนได้ของกฎหมายอาญาจะทำให้กฎหมายอาญากลายเป็นบทบาทของอำนาจทางการเมืองซึ่งสามารถใช้กำลังอำนาจลงโทษได้อย่างไร้ขอบเขต 43 ฉะนั้นประโยชน์ที่ได้จากการผ่านเลยความแตกต่างระหว่างการตีความที่แท้จริงกับการใช้ทฤษฎีความใกล้เคียง

42. Ibid, pp.538-541.

43 Ibid, pp.550.

ตามทฤษฎีอำเภอกาณณ์จะไม่คุ้มกับความเสียหายต่อการถูกคุกคามเสรีภาพจากอำนาจรัฐ เสรีภาพจะตกอยู่ในอันตรายอย่างมากในสังคมที่มีระบบกฎหมายเช่นนี้

จะเห็นว่าเนื้อหาของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายที่สำคัญยิ่งคือ ความแน่นอนของกฎหมายอาญา เหตุที่กฎหมายอาญาต้องมีหลักที่สำคัญยิ่งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิเสรีภาพจะถูกกระทบกระเทือนภายในขอบเขตเพียงใด เมื่อกฎหมายอาญาต้องบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นกรอบอันเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพ การตีความกฎหมายดังกล่าวจึงไม่ควรทำให้วัตถุประสงค์ในการเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพนั้นเสื่อมเสียไป ตรงกันข้ามการตีความบทกฎหมายอาญาจะต้องยึดแนวทางที่ทำให้หลักประกันนั้นมั่นคงยิ่งขึ้นด้วย ซึ่งถ้าพิจารณาตามทฤษฎีการตีความในระบบกฎหมาย Civil Law แล้ว การตีความบทกฎหมายที่เหมาะสมและสร้างความแน่นอนในกฎหมายอาญาได้ดีที่สุดก็คือ การตีความตามทฤษฎีอำเภอกาณณ์ (Subjective Theory) โดยให้ความหมายของถ้อยคำตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติหรือตามความหมายที่เป็นมาในระบบกฎหมายของคำนั้น ๆ ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอาญาไม่ควรปรับเปลี่ยนได้ แม้ตามสภาพสังคมและนโยบายจะต้องการให้ความหมายไปในแนวทางเช่นนั้น อีกทั้งยังต้องยอมรับความมีขอบเขตแบ่งแยกระหว่างการตีความที่แท้จริง (genuine interpretation) และการใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) ด้วย โดยถือว่าการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงเป็นการขยายความรับผิดชอบซึ่งต้องห้ามตามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นดังที่พิจารณาข้างต้น

ในการยอมรับการมีขอบเขตความหมายของถ้อยคำทางภาษาเพื่อยอมรับข้อห้ามการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงนั้น แม้นักภาษาศาสตร์และในความเป็นจริง อาจจะพึงพอใจในข้อสรุปที่ว่า การใช้ภาษาในการสื่อสารนั้นไม่อาจหาความแน่นอนได้ แต่นักกฎหมายไม่อาจยุติข้อสรุปเพียงแค่นั้นได้ ในทางนิติศาสตร์ต้องมีการตัดสินใจตามขอบเขตข้อเท็จจริง ฉะนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างขอบเขตความหมายของถ้อยคำให้แน่ชัดที่สุด⁴⁴ โดยเฉพาะในกฎหมายอาญาเพื่อการมีหลักประกันในสิทธิเสรีภาพยิ่งจะต้องยอมรับความมีขอบเขตความหมายของถ้อยคำมากยิ่งขึ้น

⁴⁴ Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway,

ในความเป็นจริงจะพบปัญหาคาบเกี่ยวระหว่างการตีความที่แท้จริงกับการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างมากว่า แค่นั้นเป็นการตีความที่แท้จริง แค่นั้นเป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียง แต่เมื่อเราเห็นความจำเป็นในการแยกการตีความที่แท้จริงและการใช้กฎหมายใกล้เคียงออกจากกันดังกล่าวแล้ว แม้การแบ่งแยกขอบเขตจะทำให้ยาก แต่เมื่อเราต้องการขอบเขตแบ่งแยกของสิ่งทั้งสองแล้ว ขอบเขตแบ่งแยกดังกล่าวก็จะมี 45

45 Naucke, "Interpretation and Analogy in Criminal Law," p.551.

ในการแบ่งแยกขอบเขตระหว่างการตีความที่แท้จริงกับการใช้กฎหมายใกล้เคียง
ได้มีผู้เคยเสนอแนวทางไว้ดังนี้คือ

โดยที่เราเชื่อว่า คำพูดหรือถ้อยคำของคนที่เราอธิบายว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการ
อย่างไร แล้วก็เขียนเป็นตัวอักษรหรือพูดเป็นคำพูดออกมานั้น ถ้อยคำหรือคำพูดหรือ
ตัวอักษรที่มีความหมายที่เป็นความหมายร่วมกันใช้กันอยู่ในสังคมไม่ใช่เป็นความหมายที่ เขาใช้ตาม
ใจ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องใช้ถ้อยคำหรือภาษาซึ่งเป็นเครื่องสื่อสารความคิดที่เขาใช้ร่วมกันในสังคม
ซึ่งมีความหมายร่วมกันในสังคมอยู่แล้ว จึงมีขอบเขต มีความหมายจำกัด

ถ้อยคำของฝ่ายนิติบัญญัติที่แสดงออกมีความหมายเพียงใดก็เป็นที่ยอมรับกันในสังคม
ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติสร้างขึ้น

ความหมายที่คนทั่วไปเข้าใจมีขอบเขตหรือกรอบที่จำกัดนั้น เมื่อความหมายยังอยู่
ในกรอบนี้จะกว้างหรือแคบก็ได้

ถ้าถ้อยคำตรงกับความมุ่งหมายพอดี ก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้าความมุ่งหมายแคบกว่าถ้อยคำ
ที่ใช้ ก็ต้องตีความแคบเท่าความมุ่งหมาย... แต่ถ้าความมุ่งหมายกว้างมาก เราตีความไปไม่ได้
เพราะคำไปไม่ถึง ถ้าตีความไปความจะแตก ถ้าเอาบทบัญญัตินั้นไปใช้ก็เป็นการใช้แบบ
การใช้แบบ Analogy

ดังนั้นขอบเขตของถ้อยคำที่กว้างที่สุดที่จะกว้างได้ซึ่งจะเกินกว่านั้นไม่ได้ จุดนี้เป็น
จุดแบ่งแยกการตีความกับการ Analogy คือในขอบเขตของความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น
ถ้อยคำไปไม่ถึงความมุ่งหมาย แล้วเอาบทบัญญัตินั้นไปใช้ในความหมายของถ้อยคำที่เกินจาก
ความหมายที่กว้างที่สุดนั้น ก็เป็น Further Implication

(ดู. ปรีดี เกษมทรัพย์, "การใช้การตีความกฎหมาย," หน้า 69-70.)

จะนั้นเพื่อเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพ ในการตีความกฎหมายอาญาจึง ไม่อาจผ่านเลยความแตกต่างระหว่างการตีความที่แท้จริงและการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงไป และต้องยอมรับข้อห้ามการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงในการลงโทษทางอาญาด้วย ขอบเขตความหมายที่แท้จริงของตัวบทต้องพิจารณาตามความหมายที่เป็นมาในทางกฎหมายเท่านั้น (the historical juristic sense)

3.1.3 ผลที่มีต่อการตีความในกลุ่มประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวล (Common Law)

ดังกล่าวแล้วว่าใน Common Law นั้นศาลมีบทบาทในการคุ้มครองปัจเจกชน จากการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจในรัฐ โดยจะบังคับใช้กฎหมายที่ออกโดยการนิติบัญญัติอย่างจำกัด ในการใช้กฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษร ศาล Common law ได้สร้างหลักเกณฑ์เป็นจารีตประเพณี (Common law rule) ว่า กฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษร จะต้องตีความโดยเคร่งครัดในทาง เป็นประโยชน์แก่ประชาชน (Penal statutes should be construed strictly in favour of citizen) ⁴⁶

หลักการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัดกลายเป็นหลักที่ มั่นคงใน Common law เมื่อต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 ศาล Common Law ใช้หลักดังกล่าวเพื่อ บรรเทาความรุนแรงของโทษทางอาญาที่กำหนดโดยการนิติบัญญัติ (penal legislation) ในระยะเริ่มต้นที่มีการใช้โทษประหารชีวิตอย่างกว้างขวาง ⁴⁷ การตีความกฎหมายอาญาโดย เคร่งครัดมีรากฐานมากจากนโยบายสาธารณะเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลจากการลงโทษ ทางอาญาที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผลของนโยบายดังกล่าวคือในทุกกรณีที่ต้องคำ ในกฎหมายที่จะใช้บังคับมีความหมายเป็นที่สงสัย (doubt) ศาลจะคำนึงถึงประโยชน์ส่วนบุคคล

⁴⁶ Zander, The Law-Making Process, p.83., Sutherland, Statutes and Statutory Construction, vol 3, p.49. และ Livingston Hall, "Strict or Liberal Construction of Penal Statutes" Harvard Law Review 48 (March 1935) : 748.

⁴⁷ Pomoraki, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, p.20.

(individual) มากกว่าประโยชน์ของสาธารณะ (public)⁴⁸ ในลักษณะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย หลักการตีความโดยเคร่งครัดใน Common Law ถูกนำไปใช้ในสหรัฐอเมริกาด้วย ต่อมาเมื่อกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรมีบทบาทมากขึ้น การใช้หลักการตีความโดยเคร่งครัดทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นจำนวนมากไม่บรรลุวัตถุประสงค์ ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติในหลาย ๆ รัฐของอเมริกาต้องออกกฎหมายมาเพื่อยกเลิกหรือแก้ไขหลักการตีความโดยเคร่งครัดให้ตีความอย่างกว้างขึ้น (more liberal) เช่น ให้ตีความอย่างตรงไปตรงมาตามถ้อยคำที่ใช้ โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และความยุติธรรม แต่แม้จะมีการออกกฎหมายมาเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักการตีความโดยเคร่งครัดใน Common law ศาลก็ไม่ได้ละทิ้งหลักดังกล่าวเสียทีเดียว กล่าวคือ ยังมีทั้งการตีความอย่างกว้าง (liberal) อย่างเคร่งครัด (strictly) และในกรณีเห็นว่า ถ้อยคำมีความหมายเคลือบคลุม (ambiguous words) ศาลจะตีความอย่างแคบ (narrow sense) ในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลย⁴⁹ ในระยะต่อมาจึงเห็นกันว่าการตีความกฎหมายอาญาไม่น่าจะต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ กล่าวคือ เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ (Intent of the legislative) จะเป็นตัวกำหนดการตีความ ซึ่งการตีความลักษณะนี้ อาจไม่ใช้การตีความโดยเคร่งครัด (restricted interpretation) ก็ได้⁵⁰

⁴⁸ Sutherland, Statutes and Statutory Construction, Vol 3, p.66.

⁴⁹ L. Hall, "Strict or Liberal Construction of Penal Statutes," pp.752-756., Sutherland, Statutes and Statutory Construction, Vol 3, pp.58-63., Hall, General Principle of Criminal Law, pp.40-41. และ La Fave and Scott, Criminal Law, pp.72-73.

⁵⁰ L. Hall, "Strict or Liberal Construction of Penal Statutes," p.761, 769-770. และ Sutherland, Statutes and Statutory Construction, Vol 3, p.65.

แต่ทั้งนี้ การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามแนว The Purpose Rule ย่อมไม่ควรนำมาใช้ เพราะการตีความดังกล่าวจะมีลักษณะเดียวกับการใช้ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) ใน Civil Law เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ในลักษณะทำนองเดียวกัน

อย่างไรก็ตามหลักการตีความโดยเคร่งครัดในทาง Common law จะใช้กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดเท่านั้น ส่วนข้อยกเว้น (exemption) หรือข้อแก้ตัว (defence) ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ใช่หลักดังกล่าว แต่จะตีความไปในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลย (in favour of the accused)⁵¹

จะเห็นว่าหลักการตีความโดยเคร่งครัดในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลยของ Common law เป็นหลักที่เกิดโดยศาล Common law ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจะบรรเทาความร้ายแรงของโทษในอดีต แต่ปัจจุบันหลักการตีความโดยเคร่งครัดได้เปลี่ยนเนื้อหาไปแล้ว กล่าวคือ จะต้องไม่เคร่งครัดจนขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย วัตถุประสงค์ของหลักการตีความโดยเคร่งครัดใน Common law ปัจจุบันมีเพียงป้องกันการสร้างความผิดขึ้นใหม่โดยอาศัยการตีความเท่านั้น ซึ่งก็น่าจะเป็นเพราะอิทธิพลของหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) คั้งนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการตีความโดยเคร่งครัด (strict construction) ใน Common Law แต่เดิมนั้นมิได้เกิดขึ้นหรือเนื่องมาจากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย แต่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการมาในระบบกฎหมาย Common Law เองโดยเฉพาะ⁵²

ปัญหาที่เกิดใน Common law อันเนื่องมาจากหลัก Nulla poena sine lege ที่สำคัญอันหนึ่งคือ แต่เดิมนั้นศาลสร้างความผิดอาญาตาม Common law ได้ (judicial law making in criminal law) ต่อมาเมื่อนักกฎหมายในกลุ่ม Common law ยอมรับหลัก Nulla poena sine lege แล้ว มีปัญหาว่าศาลจะมีอำนาจสร้างความผิดขึ้นใหม่เหมือนแต่เดิมหรือไม่ ปัจจุบันความผิดใน Common law ส่วนใหญ่ได้ค้นนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว

⁵¹ Williams, Criminal Law The General Part, pp.591-592.

แม้ในความคิดการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาของอังกฤษ ก็ยังคงยอมรับอำนาจศาลในการสร้างเหตุยกเว้นความรับผิดขึ้นใหม่ได้ โดยบัญญัติไว้ในร่างประมวลกฎหมายอาญาให้ศาลมีบทบาทในการพัฒนาข้อแก้ตัว (defences) ได้อย่างชัดเจน (ดู Peter Alldridge, "Codifying the General Defence," The Journal of Criminal Law 50 (Part 3 August 1986) : 279-283, 288.

⁵² Williams, Criminal Law The General Part, p.586.

การวินิจฉัยความผิดเหล่านี้จึงเป็นไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ส่วนความผิดที่ยัง ไม่ได้นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) และความผิดฐานการเป็นอันตรายต่อสาธารณะ (Crime of public mischief) ศาลเคยถือว่าคนมีสิทธิสร้าง ความผิดอาญาได้ตามหลัก Common law จนกระทั่งปี ค.ศ.1975 ในคดี D.D.P.V. Withers ศาลได้ปฏิเสธอำนาจการสร้างความคิดดังกล่าวแล้ว ฉะนั้น ในปัจจุบันจึงเห็นกันว่า แม้ใน Common Law ศาลก็ไม่มีอำนาจสร้างความคิดขึ้นใหม่ ความผิดอาญาจะเป็นไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา และความผิดตาม Common law ที่ยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจะมีขอบเขตที่คำพิพากษาคัดสินไว้แล้วเท่านั้น 53

3.1.4 หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายกับหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย
(in dubio pro reo)

ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น เมื่อมีผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดในเบื้องต้นต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิด หน้าที่ในการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาตกอยู่กับฝ่ายโจทก์หรือรัฐ ซึ่งมาตรฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นจะต้องฟังจากพยานหลักฐานจนปราศจากข้อสงสัยอันควรได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามฟ้อง (proof beyond reasonable doubt) แต่ถ้ายังไม่แน่ใจว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัย⁵⁴ ให้แก่จำเลย โดยต้องฟังว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดทั้งนี้เพื่อป้องกันการลงโทษผู้บริสุทธิ์ดังกล่าว

⁵³ ดู A.T.H. Smith, "Judicial Law Making in the Criminal Law," The Law Quarterly Review 100 (January 1984): 54-62, Glanville Williams Textbook of Criminal Law (London : Steven & Sons, 1978), p.7 และ Pomorki, American Common law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, p.105.

⁵⁴ บัญญัติ สุชีวะ, "ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย" ตุลพาท 11 (กันยายน 2507) : 2-3.

ในระบบกฎหมายอังกฤษที่ว่า "ปล่อยผู้กระทำผิดไปสิบคนดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว"⁵⁵ หรือที่เป็นหลักในภาษาลาตินที่ว่า in dubio pro reo⁵⁶

โดยเนื้อหาของหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) นี้เป็นหลักนิติรัฐที่สำคัญหลักหนึ่งที่ถูกกล่าวหาไม่ต้องพิสูจน์ เรื่องฐานที่อยู่ของตนและตนมิได้เป็นผู้กระทำความผิด แต่จะต้องมีการพิสูจน์โดยพยานหลักฐานอย่างแน่ชัดว่าผู้ถูกกล่าวหาอยู่ ณ ที่เกิดเหตุหรือร่วมกระทำผิดในการกระทำความผิดอาญานั้นอย่างไร นอกจากนั้นข้อสงสัยเรื่องเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือความไม่สามารถรับผิด เนื่องจากวิกลจริต หรือข้อสงสัยในเหตุยกเว้นโทษ เช่น การยับยั้งเสียเองในความผิดฐานพยายามเหล่านี้ต้องยกประโยชน์ให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา⁵⁷

ปัญหาว่าหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยนี้จะใช้กับความสงสัยในข้อเท็จจริงเรื่องเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีหรือเงื่อนไขระงับคดีได้เพียงใด (ในทางปฏิบัติได้แก่ความสงสัยเกี่ยวกับเรื่องอายุความ คำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด กฎหมายยกเว้นโทษ และคำร้องทุกข์)⁵⁸ ในทางคำรามีความเห็นแตกต่างกัน⁵⁹

⁵⁵ "It is better that ten guilty persons escape than one innocent suffer."

⁵⁶ Shigemitsu Dando, Japanese Criminal Procedure, translated by B.J. George (South Hackensack N.J.: Fred B. Ratham & Co., 1965) p.28.

ระบบกฎหมายไทย หลักดังกล่าวมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง

⁵⁷ คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2528) หน้า 10-11. และ Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, pp.94-95.

⁵⁸ เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีและเงื่อนไขระงับคดี โปรตดู คณิต ฅ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, หน้า 40-45.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

ฝ่ายที่เห็นว่าใช้หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยไม่ได้ให้เหตุผลว่าหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยเป็นเรื่องของความรับผิดชอบในทางอาญาแต่เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีหรือเงื่อนไขระงับคดีเป็นเรื่องในปัญหาว่า การดำเนินคดีนั้นจะทำให้หรือไม่

ฝ่ายที่เห็นว่าใช้หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยได้ ถือหลักนิติรัฐที่ว่าบุคคลจะยังรับโทษไม่ได้ถ้ายังสงสัยเรื่องอำนาจการดำเนินคดีหรืออำนาจการลงโทษของรัฐอยู่

นอกจากนั้นในบางกรณีศาลเห็นว่าแม้จำเลยจะมีได้กระทำความผิดตามฟ้อง (ซึ่งปกติตามหลัก in dubio pro reo ศาลต้องยกฟ้อง) แต่จำเลยได้กระทำความผิดฐานอื่นอย่างแน่นอน ปัญหาที่ว่าในกรณีเช่นนี้ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยในฐานะอื่นนั้นจะได้หรือไม่ เช่นกรณีพบทรัพย์ที่จำเลย ทรัพย์ถูกลักไปจากเจ้าของทรัพย์ จำเลยซึ่งถูกฟ้องว่าลักทรัพย์ได้แย้งว่าตนซื้อมาจากคนแปลกหน้าคนหนึ่ง แต่ภายใต้พฤติการณ์ที่ศาลเห็นว่าเป็นการรับของโจร และคดีไม่อาจคลี่คลายได้มากกว่านี้ กรณีจึงเป็นว่าถ้าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ก็กระทำความผิดฐานรับของโจรแน่

ในกรณีดังกล่าวนี้ถ้าใช้หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) โดยพิจารณาเป็นความผิด ๆ ไป ศาลก็ไม่อาจพิพากษาว่าจำเลยลักทรัพย์หรือรับของโจรอย่างใดอย่างหนึ่งได้ แต่ต้องยกฟ้องเพราะข้อเท็จจริงไม่กระจ่างทั้งสองฐานแต่การพิจารณาแยกฐานดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีแง่คิดว่าน่าจะไม่ต้องเพราะจำเลยได้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งในสองฐานนั้นแน่นอน ในกรณีเช่นนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการยกฟ้องที่ไม่อาจอ้างความเป็นธรรมได้สนิทนัก ในกฎหมายเยอรมันจึงอนุญาตให้ศาลเลือกพิพากษาลงโทษภายใต้เงื่อนไขที่ว่าศาลจะต้องเลือกเอาฐานความผิดที่ดูดีกว่าเป็นเกณฑ์ ดังนั้น การเลือกลงโทษ (wahlfeststellung) ในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นข้อยกเว้นของหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) อันหนึ่ง⁶⁰

⁶⁰ คณิต ฅ นคร, "การยกประโยชน์แห่งความสงสัยและการเลือกลงโทษ," วารสารอัยการ (ปีที่ 4 ฉบับที่ 39 มีนาคม 2524) : 58-63.

อย่างไรก็ตาม ปรากฏในข้อเขียนทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลบ่อย ๆ ว่า ความสงสัยเกี่ยวกับความหมายของบทกฎหมายจะต้องถูกพิจารณาไปในทางเป็นประโยชน์แก่ จำเลยด้วยเสมอ กล่าวคือเห็นว่าหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) นั้นนำมาใช้ใน เรื่องขอบเขตของบทกฎหมาย (the scope of the law) ทำนองเดียวกับใช้ใน เรื่องการพิสูจน์ข้อเท็จจริง (The proof of facts)⁶¹ โดยให้เหตุผลว่าบุคคลไม่ควรจะตก อยู่ในความเสี่ยงที่จะถูกลงโทษ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เมื่อกฎหมายไม่ชัดแจ้ง หรือมีข้อสงสัยทำให้บุคคลไม่ทราบได้ว่ากฎหมายต้องการห้ามอะไร กฎหมายนั้นก็ควรจะนำมา ใช้ลงโทษบุคคลได้ซึ่งเป็นตามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) ที่ ต้องการความชัดเจนของกฎหมาย ดังนั้นเมื่อกฎหมายมีข้อสงสัยจึงต้องยกประโยชน์แห่งความ สงสัยนั้นให้แก่จำเลย

ในลักษณะนี้เนื้อหาของหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo) ในปัญหาการตีความกฎหมายอาญาจึงเป็นหลักเดียวกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) กล่าวคือ ในกรณีที่บทกฎหมายมีความหมายชัดเจนแล้ว การ

⁶¹ เช่น ใน หยุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญาทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516) หน้า 64, พระยานิติศาสตร์ไพศาล, หลักวินิจฉัยกฎหมาย, (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2463) หน้า 46, หลวงอรธโกวิท, แนวสอนกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป, (พระนคร: โรงพิมพ์กรมยุทธศึกษาทหารบก, 2481) หน้า 45. ธานินทร์ ภัยวิเชียร และวิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523) หน้า 419-420 และ วารี วิชยานนท์, "การตีความกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 133 เป็นต้น

⁶² เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 860/127, 1011/2474 และ 1139/2483 เป็นต้น

⁶³ Andenaes, The Genreal Part of the Criminal Law of Norway,

ตีความก็เป็นไปตามนั้น แต่เมื่อมีกรณีที่บทกฎหมายมีข้อสงสัยหรือบทกฎหมายไม่ชัดเจนว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดก็ต้องถือว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด จึงลงโทษไม่ได้ เท่ากับเป็นการยกประโยชน์แห่งความสงสัยในข้อกฎหมายให้แก่จำเลย

แต่ในการอ้างหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (*in dubio pro reo*) มาอธิบายหลักการตีความกฎหมายในกรณีที่มีข้อสงสัยนี้ มีข้อนำพิจารณาว่าเป็นการถูกต้องเหมาะสมหรือไม่เพียงใด

ต่อปัญหานี้ แม้เหตุผลที่นำหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยมาใช้ในปัญหาข้อกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากการถูกบังคับโดยกฎหมายที่ไม่ชัดเจนดังกล่าวจะเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักอยู่เหมือนกัน แต่จากการศึกษาในเรื่องความชัดเจนของกฎหมายเท่าที่ผ่านมา จะเห็นว่าความชัดเจนของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายจะเกิดขึ้นหรือมีการตีความเพื่อรับใช้แล้วหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (*Nulla poena sine lege*) เพียงแต่เรียกร้องให้กฎหมายมีความชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เท่านั้นกล่าวคือบทบัญญัติของกฎหมายจะมีความไม่ชัดเจนหรือน่าสงสัยอยู่ระดับหนึ่งเสมอ ถ้านำหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (*in dubio pro reo*) มาใช้ในปัญหาข้อกฎหมายผลที่ตามมาก็คือศาลคงต้องปฏิเสธการตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่จำเลยอย่างไม่มีที่สิ้นสุดซึ่งคงเป็นผลที่ไม่น่ายอมรับ⁶⁴

นอกจากนั้นสิ่งที่เห็นแล้วว่าหลักการตีความโดยเคร่งครัดในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลยใน *Common Law* ก็มีเหตุผลรับรองไม่หนักแน่นอีกต่อไปแล้วเพราะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ยิ่งในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายคนธรรมดาส่วนใหญ่จะไม่เข้าใจหรือรู้สึกชัดเจนกับถ้อยคำในคัมภีร์บัญญัติไว้ แท้จริงแล้วประมวลกฎหมายอาญาจะมี

⁶⁴ Ibid, p.104.

บทบาทเป็นแนวทางในการตัดสินคดีของผู้พิพากษามากกว่าที่จะเป็นบทกฎหมายที่ให้ประชาชนอ่าน เพื่อทราบว่าการกระทำเช่นใดเป็นความผิด ปัญหาข้อกฎหมายต่าง ๆ มีความยุ่งยากเกินไปกว่าที่คนธรรมดาโดยทั่วไปจะเข้าใจได้ง่าย ๆ บทกฎหมายนั้นย่อมเป็นที่สงสัยของประชาชนเกือบทั้งหมด แต่ในทางปฏิบัติที่ทำกันอยู่เป็นประจำในการใช้ประมวลกฎหมาย ศาลก็ไม่ได้ใช้หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) แต่อย่างใด⁶⁵

ปัญหาในการพิจารณา เรื่องการนำหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) มาใช้กับปัญหาข้อกฎหมายอาจแตกต่างกันออกไปบ้างในกรณีที่เป็นบทกฎหมายนั้น เป็นกฎหมายอาญาอื่น ๆ ที่อยู่นอกประมวลกฎหมาย หรือเป็นกฎหมายที่บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำที่ไม่เป็นความผิดในตัวเอง (mala prohibita) ที่ต้องการความชัดเจน (fair warning) มากขึ้น เพราะอาจกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเขาไม่รู้ตัว จึงทำให้แนวคิดที่จะยกประโยชน์แห่งความสงสัยในข้อกฎหมายให้จำเลยน่าจะยอมรับ แต่เหตุผลดังกล่าว อาจโต้แย้งได้ว่าเมื่อคนทั่วไปได้อ่านกฎหมายนั้นแล้วก็คงจะเข้าใจได้อยู่บ้าง⁶⁶ แม้จะมีข้อสงสัยบางส่วนแต่บุคคลนั้นยังพอใจที่จะดำเนินกิจการที่ใกล้เคียงกับกิจการที่กฎหมายห้ามก็คงหวังที่จะได้รับความคุ้มครองจากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) ได้ยาก⁶⁷ และยิ่งเห็นอีกว่านั่นแม้บุคคลจะกระทำความผิดโดยที่ไม่ทราบว่ามีการบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ก็ยังไม่สามารถยกความไม่รู้กฎหมายนั้นมาเป็นข้อแก้ตัวได้ (ignorantia juris

⁶⁵ Ibid, p.105.

⁶⁶ เพราะในขั้นการร่างกฎหมายก็ต้องให้มีความชัดเจนมากที่สุดตามหลัก Nulla poena sine lege อยู่ขั้นหนึ่งแล้ว

⁶⁷ Ibid, p.105.

non excusat)⁶⁸ แล้วเพียงแต่บุคคลนั้นรู้กฎหมายโดยมีข้อสงสัยจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่บุคคลผู้กระทำผิดได้อย่างไร เหตุผลที่ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยเพราะจำเลยไม่ทราบว่ากระทำเช่นนั้นเป็นความผิดจึงไม่น่าจะเป็นที่ยอมรับ

ฉะนั้น ในการตีความเพื่อปรับใช้กฎหมาย ผู้ตีความจึงต้องหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนของกฎหมายเสียก่อนเพื่อจะได้ปรับใช้กับข้อเท็จจริง และในการหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนนี้ ผู้ตีความจะต้องดูตามความหมายที่แท้จริงโดยไม่ต้องพิจารณาถึงความมีข้อสงสัยในข้อความกฎหมายซึ่งต้องให้ความหมายไปในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลย เพราะการตีความลักษณะดังกล่าวอาจนำไปสู่ความไม่บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอันเนื่องมาจากลักษณะความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายดังที่พิจารณาข้างต้น ดังนั้นจึงเห็นว่าหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย (in dubio pro reo) ไม่ควรนำมาใช้อธิบายในปัญหาการตีความกฎหมาย แต่ควรจำกัดขอบเขตของหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยให้ใช้ภายในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานในปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น⁶⁹

⁶⁸ ดู ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 64

เหตุผลของหลัก ignorantia juris non excusat คือ

1. เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยรู้กฎหมาย และ
2. เป็นการอันตรายที่จะยอมรับข้ออ้างการไม่รู้กฎหมายของผู้ที่ตั้งใจไม่รับรู้

หน้าที่ของตนเองตามกฎหมาย

ดู Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p.406.

⁶⁹ Andenaes, The General Part of the Principle Law of Norway, p.105. และ Williams, Textbook of Criminal Law, p.7.

3.2 ความเป็นอิสระของกฎหมายอาญา (Autonomy of Criminal Law)

ในทัศนะหนึ่งถ้าจะพิจารณาบทบาทของกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่เป็นบทบังคับ (sanction) ของกฎหมายสาขาอื่น ๆ ทั้งกฎหมายมหาชน และกฎหมายเอกชน จะเห็นว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายบริวารของกฎหมายสาขาอื่น ๆ มากกว่าที่จะเป็นกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่งโดยเฉพาะ ในทัศนะนี้ถ้าดูจากกฎหมายอาญาคความผิด ก็จะทำให้เห็นว่า โทษหรือบทบังคับทางอาญานั้น ได้เข้ามาสนับสนุนค่าจุนสิทธิหรือหน้าที่ที่กำหนดไว้ โดยกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายภาษีอากร ฯลฯ กฎหมายอาญาเป็นเสมือนตำรวจให้แก่กฎหมายอื่น ๆ เข้าช่วยเหลือคุ้มครองบังคับให้เป็นไปตามที่กฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ ในเมื่อกฎหมายนั้น ๆ เองไม่มีความเข้มแข็งพอที่จะให้คนยอมรับนับถือปฏิบัติตาม เช่น เมื่อสิทธิในทางแพ่งที่จะเรียกร้องเอาทรัพย์สิน ไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักประกันแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จะไม่ให้ผู้อื่นมาแย่ง หรือหลอกลวงเอาทรัพย์สินนั้นไป ก็ต้องมีกฎหมายอาญา เรื่องลักทรัพย์ ฉ้อโกง หรือยักยอก ออกมาเป็นบทลงโทษการละเมิดสิทธิในทรัพย์สิน ในกฎหมายพาณิชย์ การใช้เช็คก็มีกฎหมายอาญาคคุ้มครองอยู่ กฎหมายรัฐธรรมนูญให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน แต่เมื่อมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ ก็ต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าบังคับ เป็นต้น⁷⁰

ในอีกทัศนะหนึ่งเห็นว่า การที่กฎหมายอาญามีส่วนเป็นบทบังคับของกฎหมายอื่น ๆ นี้ จะถือเสียทีเดียวว่า กฎหมายอาญาไม่เป็นตัวของตัวเอง เป็นเพียงบริวารของกฎหมายอื่นนั้น ยังไม่ได้ เพราะแม้ว่ากฎหมายอื่น ๆ ที่กฎหมายอาญาไปเป็นบทบังคับให้มันจะมีความผิดแปลกแตกต่างในกฎเกณฑ์ของกฎหมายเหล่านั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาก็มีหลักการ มีวิธีการ ซึ่งเป็นของตนเองโดยเฉพาะ คือการลงโทษและการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย กฎหมายอาญาวิธีบัญญัติตลอดจนสาขาอื่น ๆ ของกฎหมายอาญาเองเชื่อมโยงสัมพันธ์กันเป็นระบบกฎหมายที่สมบูรณ์และแตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ การถือว่ากฎหมายอาญามีบทบาทแต่เพียงเป็นสิ่งที่มาเสริม หรือบทบังคับของกฎหมายอื่นนั้น เป็นการพิจารณาเพียงผิวเผิน และจะขัดต่อความเป็นจริง เพราะถ้าพิจารณาในด้านอื่น ๆ อีกแล้ว กฎหมายอาญาจะกำหนดหน้าที่ กำหนดหลักการ ซึ่งไม่มี

⁷⁰ โทเม็น ภัทรภิมย์, "กฎหมายอาญา : กฎหมายบริวารหรือกฎหมายอิสระ," วารสารกฎหมาย 10 (ฉบับที่ 1 2528) : 92-93.

ในกฎหมายอื่นดังเช่น หน้าที่ที่จะต้องยอมรับนับถือชีวิตร่างกายของบุคคล หน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตราย⁷¹ หน้าที่เหล่านี้แม้จะมีข้ออ้างได้ว่าเป็นหน้าที่ในทางศีลธรรม แต่ก็ยังมีหน้าที่อื่น เช่น หน้าที่ที่จะต้องป้องกันความมั่นคงของรัฐ หน้าที่ที่จะต้องแจ้งเหตุการณ์บางอย่าง⁷² ฯลฯ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่มีได้มีรากฐานจากศีลธรรมหรือจากกฎหมายอื่นใด เป็นเรื่องเฉพาะของกฎหมายอาญาโดยแท้ นอกจากนั้นในบางกรณีความผิดอาญาก็ไม่ได้คำนึงถึงสิทธิตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายแพ่ง กล่าวคือ เจ้าของทรัพย์สินที่จำหน่ายหรือยกย้ายทำลายทรัพย์สินของตนเองก็อาจมีความผิดได้⁷³

เมื่อกฎหมายอาญามีลักษณะเฉพาะของตนเอง (Original manner) มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเป็นกฎหมายที่เป็นสภาพบังคับ และมีโครงสร้างเป็นของตนเองดังนี้ กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายสาขาหนึ่งที่เป็นอิสระ (autonomy of penal law)⁷⁴ เช่นเดียวกับกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน และยิ่งกว่านั้นลักษณะพิเศษของกฎหมายอาญาก็คือทำหน้าที่ประสานกับกฎหมายอื่น ๆ อยู่ตลอดเวลา ซึ่งลักษณะพิเศษนี้ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ในการที่จะใช้กฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับกฎหมายสาขานั้น และปัญหานี้เองที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นอิสระจากกฎหมายสาขาอื่น ๆ⁷⁵

แนวโน้มของกฎหมายอาญาที่จะแสดงตนว่าเป็นอิสระนั้นได้มีมากขึ้น เมื่อวิชาอาชญาวิทยาได้เข้ามามีส่วนในกฎหมายอาญา การคำนึงถึงบุคลิกภาพของผู้กระทำผิดได้เข้ามามีส่วนให้การวินิจฉัยความผิดเปลี่ยนแปลงไป โดยเห็นกันว่า กฎหมายอาญามีชีวิตไว้เพื่อลงโทษการ

71 เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374.

72 เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 149.

73 เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 142, 184, 187 และมาตรา 349-350.

74 David, French Law, p.121.

75 โกอเมน ภัทรภิมย์, "กฎหมายอาญา : กฎหมายบริวารหรือกฎหมายอิสระ,"

กระทำผิดทางแพ่งเท่านั้น แต่มีหน้าที่สำคัญในการป้องกันสังคมให้พ้นจากการกระทำที่มีเจตนาในทางอาญา และจากสภาพที่เป็นอันตรายของประชาชนบางคน ผู้กระทำผิดเป็นผู้ละเมิดกฎหมายอาญา มิใช่เป็นเพียงผู้ที่ใช้กฎหมายแพ่งไปในทางที่ผิด การลงโทษทางอาญาได้เปลี่ยนไปจากการพิจารณาเฉพาะในด้านการกระทำไปพิจารณาด้านจิตใจของผู้กระทำผิดด้วย และลงโทษอาญาแก่ผู้ที่มีเจตนากระทำความผิด⁷⁶ แม้ว่าในสายตาของกฎหมายแพ่งผู้นั้นยังมิได้กระทำความผิดในทางแพ่งก็ตาม⁷⁷

จากทัศนะที่มองบทบาทของกฎหมายอาญาแตกต่างกัน ทำให้ทัศนะในการตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ ทัศนะที่เห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นบทบังคับ (sanction) ให้กฎหมายสาขาอื่น ๆ ในการตีความเพื่อปรับใช้กฎหมายอาญาจะนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายสาขาอื่นนั้นมาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายสาขานั้น ๆ เช่น ในกรณีที่กฎหมายอาญาเป็นบทบังคับให้กฎหมายแพ่ง การตีความกฎหมายอาญาดังกล่าว ก็จะใช้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายแพ่ง ในกรณีที่กฎหมายอาญาเป็นบทบังคับของกฎหมายปกครอง หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในกฎหมายอาญาก็จะเป็นอย่างเดียวกับกฎหมายปกครอง เป็นต้น

ส่วนทัศนะที่เห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นระบบกฎหมายที่อิสระเป็นตัวของตัวเอง ในการตีความเพื่อปรับใช้กฎหมายอาญาจะเป็นอิสระจากกฎหมายอื่น ๆ ถ้อยคำหรือหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญา ในแต่ละเรื่องไม่จำเป็นต้องยึดแบบอย่างความหมายหรือหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้น ๆ ในกฎหมายอื่น

อย่างไรก็ตามการยึดแนวคิดทางใดทางหนึ่งโดยเด็ดขาด ยังมีข้อโต้แย้งอยู่มาก กล่าวคือ เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่า กฎหมายอาญานั้นแท้จริงก็มีส่วนที่เป็นกฎหมายสำหรับลงโทษให้กฎหมายอื่น ๆ⁷⁸ และก็ยังเป็นไปได้อีกเช่นกัน ที่การปรับใช้กฎหมายอาญาจะทำให้โดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ เลย ดังตัวอย่างเช่น กฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินตามกฎหมายแพ่ง การตีความโดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทรัพย์สินทางกฎหมายแพ่งเสียเลย ก็จะ

⁷⁶ เช่น การเตรียม และการพยายามที่เป็นความผิด

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95-96.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

ก่อให้เกิดความสับสน ความไม่แน่นอน และความวิปริตในกฎหมายอาญาได้⁷⁹ ส่วนข้อเสียของการยึดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายแพ่งโดยเคร่งครัดก็คือ ทำให้กฎหมายอาญาคู่ครองสังคมได้ไม่เต็มที่ โดยเห็นกันว่า เป็นการสมควรที่กฎหมายอาญาจะไม่ยอมให้ผู้กระทำความผิดหลักเลี้ยงกฎหมายอาญา โดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายแพ่ง⁸⁰ จึงเกิดแนวคิดในทางสายกลางที่ถือว่า โดยทั่วไปให้ใช้หลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่น แต่มีข้อยกเว้นไม่ใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายอื่นในเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีเท่านั้น⁸¹

ฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ปัจจัยที่สำคัญอันหนึ่งที่ทำให้การตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกัน ก็คือ ทักษะในการมองบทบาทของกฎหมายอาญาที่แตกต่างกัน ผู้ที่มีทักษะก่อนไปในทางที่เห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายบริวารหรือกฎหมายบังคับของกฎหมายอื่น จะตีความกฎหมายอาญาโดยยึดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ นั้น มากกว่าผู้ที่มีทักษะก่อนไปในทางที่เห็นว่ากฎหมายอาญาเป็นระบบกฎหมายอิสระ

3.3 การให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจของผู้กระทำความผิด (subjective) และองค์ประกอบภายนอก (objective) ยิ่งหย่อนกว่ากันย่อมมีผลต่อการตีความกฎหมายอาญา

ในทางทฤษฎีกฎหมายอาญาโดยทั่วไปมีรูปแบบของความรับผิดชอบทางอาญา (pattern of criminality) ที่สำคัญอยู่ 2 แบบคือ⁸²

1. ความรับผิดชอบที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality)
2. ความรับผิดชอบโดยพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิด (The pattern of

⁷⁹ Williams, Textbook of Criminal Law, p.707.

⁸⁰ โกลเมน ภัทรภิรมย์. "กฎหมายอาญา : กฎหมายบริวารหรือกฎหมายอิสระ,"

หน้า 96.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน.

⁸² George P. Fletcher, Rethinking of Criminal Law, (Boston :

Little Brown and Company, 1978) pp.115-122.

subjective criminality)

ความรับผิดชอบทางอาญาที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality) เป็นรูปแบบดั้งเดิมในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญา กล่าวคือ การกระทำผิดอาญาจะพิจารณาจากการกระทำที่แสดงออกมาจนเห็นได้ในขณะนั้น โดยให้คนทั่ว ๆ ไปที่ไม่ทราบเจตนาภายในของผู้กระทำพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ความผิดอาญาจะเป็นไปตามประสบการณ์ (experience) ของบุคคลโดยทั่ว ๆ ไป

จากรูปแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก ทำให้เกิดแนวคิดที่มีลักษณะสำคัญ 2 ประการคือ

1. มีความเห็นว่าอาชญากรรม (crime) จะก่อรูปขึ้นในลักษณะที่เป็นผลเนื่องมาจากประสบการณ์ของสังคม (product of community experience) มากกว่าที่จะเกิดจากการกำหนดขึ้นโดยการออกกฎหมาย (act of legislative will) หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาจะมีพื้นฐานมาจากประสบการณ์ร่วมกันในสังคม (social experience)
2. ในการพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญา เจตนาของผู้กระทำผิดเป็นเรื่องลำดับรอง เจตนาจะพิจารณาจากการกระทำที่แสดงออกมาภายนอก เจตนาจะปรากฏเมื่อมีการกระทำปรากฏขึ้นเท่านั้น ไม่มีความคิดอิสระอยู่ภายในต่างหากจากการกระทำที่แสดงออกมา

ตามรูปแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality) นี้ รัฐจะเข้าดำเนินคดีกับบุคคลได้ต่อเมื่อการกระทำของเขาที่แสดงออกมานั้น (objectively) ทำให้เห็นได้ว่าเป็นอันตรายต่อสังคม⁸³

ส่วนความรับผิดชอบทางอาญาโดยพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำผิด (The pattern of subjective criminality) มีลักษณะแตกต่างไปจากการพิจารณาจากการกระทำภายนอก กล่าวคือ เห็นว่าลักษณะสำคัญของการกระทำผิดทางอาญา คือ เจตนาที่ละเมิดต่อกฎหมายที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคม แนวคิดนี้แยกเจตนาจากการกระทำภายนอก เจตนาเกิด

⁸³ Ibid, pp.115-118.



จากจิตสำนึกภายใน (event of consciousness) ที่ผู้มีเจตนาอยู่เองเท่านั้น เจตนาและการกระทำไม่ใช่สิ่งที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (monistic) แต่สามารถแยกออกจากกันได้ (dualistic) โดยการกระทำเป็นสิ่งที่แสดงออกภายนอก (realm of the body) แต่เจตนาเป็นสภาพจิตใจที่อยู่ภายใน (realm of the mind)

แนวคิดนี้เห็นว่ากฎหมายอาญาควรเริ่มต้นจากการพิจารณาว่า มีผลประโยชน์ (interest) อะไรบ้างที่ควรได้รับการคุ้มครอง ต่อมาก็ห้ามการกระทำที่เป็นการคุกคามผลประโยชน์นั้น บางครั้งคนเราก็ตัดใจที่จะคุกคามผลประโยชน์นั้นหรือบางทีก็ทำให้ผลประโยชน์ตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะเป็นอันตราย ฉะนั้นวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาก็คือ การป้องกันไม่ให้บุคคลมีพฤติกรรมที่จะเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง หนทางที่จะยับยั้งพฤติกรรมดังกล่าวได้ ก็คือ การลงโทษบุคคลที่มีเจตนาละเมิดผลประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั่นเอง⁸⁴

จากทัศนะความรับผิดชอบทางอาญาที่แตกต่างกัน ทำให้องค์ประกอบความผิดแต่ละส่วนมีลักษณะและความหมายแตกต่างกันตามการตีความ สุดแล้วแต่ว่าจะตีความตามแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาการกระทำภายนอก (manifest criminality) หรือแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาจากจิตใจ (subjective criminality) เช่น

ในแบบที่คำนึงถึงการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality) องค์ประกอบทางการกระทำ (act) จะพิจารณาจากการกระทำที่แสดงให้เห็นลักษณะความผิด (criminal plan) เจตนา (intent) จะพิจารณาตามพื้นฐานความผิดในสิ่งที่ปรากฏให้เห็นจริง ๆ การกระทำโดยเจตนา (union of act and intent) จะมีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และอันตรายที่จะเกิดแก่สังคม (a danger to the community) จะพิจารณาจากผลที่เกิดจากการกระทำนั้น ส่วนในแบบที่คำนึงถึงจิตใจ (The pattern of subjective criminality) องค์ประกอบทางการกระทำ (act) จะหมายถึงการกระทำที่แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำตกลงใจที่จะกระทำผิด เจตนา (intent) จะเป็นสิ่งที่อยู่

⁸⁴ Ibid, pp. 118-119.

ภายในจิตใจของผู้กระทำผิด (subject's consciousness) ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะ
 ละเมิดสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง การกระทำโดยเจตนา (union of act and intent)
 สามารถแยกการกระทำและเจตนาออกจากกันได้ ในขณะที่กระทำผิดนั้น และอันตรายที่จะเกิดขึ้น
 แก่สังคม (a danger to community) คือเจตนาที่ละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์ในสังคม⁸⁵
 เป็นต้น

ปัจจุบันความรับผิดทางอาญามีทั้งลักษณะที่ดูการกระทำภายนอก (manifest
 liability) และจิตใจภายใน (subjective liability) ในความรับผิดบางลักษณะการ
 พิจารณาความรับผิดแต่ละแบบจะไม่มีผลแตกต่างกัน เช่น ในกรณีที่การกระทำนั้นก่อให้เกิดความ
 เสียหายแก่สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอย่างเห็นได้ชัดและในขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นถึง
 เจตนาที่ละเมิดในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองด้วย แต่ความรับผิดในบางกรณี ถ้าพิจารณา
 ไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว จะเห็นว่าไม่เป็นไปตามแนวคิดในการรับผิด กล่าวคือ เมื่อดูในทาง
 ภายนอก (objective) แล้วจะเห็นว่าไม่เกิดอันตรายที่ปรากฏต่อสังคมที่การกระทำนั้นควรจะ
 ต้องรับผิด เช่น การกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิด⁸⁶ เป็นต้น และในขณะเดียวกัน
 เมื่อดูในทางจิตใจ (subjective) การกระทำบางอย่างก็ไม่น่าต้องรับผิด เพราะไม่มีเจตนา
 ที่จะละเมิดในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง เช่น การกระทำโดยประมาท ความรับผิดโดย
 ไม่มีเจตนา หรือความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) เป็นต้น ดังนั้นระบบ
 กฎหมายอาญาในปัจจุบัน จึงมีความรับผิดทั้งแบบที่เป็นอิทธิพลของความรับผิดจากการกระทำ
 ภายนอก (The pattern of manifest criminality) และแบบที่เป็นอิทธิพลของความ
 รับผิดจากจิตใจของผู้กระทำผิด (The pattern of subjective criminality) อยู่ด้วย
 กัน

⁸⁵ Ibid, pp.119-121.

⁸⁶ โทแมส ภัทรภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, หน้า 18. และ จิตติ
 ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. ตอน 1 พิมพ์ครั้งที่ 7 ตอน 2 พิมพ์ครั้งที่ 6
 (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525), หน้า 348-349.

เมื่อพิจารณาแนวคิดในความรับผิดชอบทางอาญาทั้ง 2 แบบ ที่มีอิทธิพลต่อการตีความกฎหมายอาญา จะเห็นว่า แนวคิดในทางรับผิดชอบแต่ละแบบจะมีทัศนคติในการตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกัน กล่าวคือ ในการตีความว่าการกระทำหนึ่ง ๆ จะผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ในแบบที่คำนึงถึงการกระทำภายนอก (objective) จะให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอก (objective element) มากกว่าองค์ประกอบภายใน (subjective element) โดยมุ่งคุ้มครองอันตรายที่ปรากฏขึ้นแก่สังคม ส่วนแบบที่คำนึงถึงจิตใจ (subjective) จะให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายใน (subjective element) มากกว่าองค์ประกอบภายนอก (objective element) โดยมุ่งลงโทษเจตนาที่ละเมิดต่อสิ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งเรียกแนวคิดที่ให้ความสำคัญแก่องค์ประกอบภายนอกมากกว่าว่า objectivist และเรียกแนวคิดที่ให้ความสำคัญแก่องค์ประกอบทางจิตใจมากกว่าว่า subjectivist⁸⁷

ตัวอย่างของความแตกต่างในการตีความระหว่าง objectivist และ subjectivist เช่นในเรื่อง การลงมือกระทำความผิด ฝ่าย objectivist เห็นว่าการกระทำจะเป็นการลงมือเข้าขั้นพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั้นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็ต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิด โดยเป็นองค์ความผิดองค์หนึ่งทีเดียว⁸⁸ ส่วนฝ่าย Subjectivist เห็นว่าการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้น เมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ขอบเขตของการลงมือไม่อาจกำหนดตายตัวลงไปได้⁸⁹ จะเห็นว่าฝ่าย objectivist ขอบเขตของการลงมือจะมีลักษณะที่แคบ (minimalist approach) และค่อนข้างแน่นอน ส่วน subjectivist ขอบเขตของการลงมือจะมีลักษณะ

⁸⁷ Fletcher, Rethinking of Criminal Law, p.138.

⁸⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 309 และ โกเมน ภัทรภริรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, หน้า 19.

⁸⁹ โกเมน ภัทรภริรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, หน้า 20.

กว้างกว่า (maximalist approach) แต่ไม่แน่นอน⁹⁰ ในการกระทำหนึ่ง ๆ การลงมือกระทำผิดจึงแตกต่างกันระหว่าง objectivist และ Subjectivist

ในเรื่องการกระทำความคิดที่ไม่สามารถบรรลุผล (impossible attempts) ฝ่าย Objectivist เห็นว่า การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ ไม่เป็นพยายามกระทำผิดอันจะต้องรับโทษเพราะการกระทำนั้นไม่ได้ก่ออันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ไม่ได้รบกวนความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือแม้จะรบกวนก็ยังไม่เท่ากับการกระทำที่นำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล อีกประการหนึ่งเมื่อการกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้แล้ว การลงมือกระทำหรือการพยายามก็มีไม่ได้ด้วยเอง จึงไม่สมควรจะลงโทษการพยายามกระทำความคิดที่ไม่สามารถบรรลุผล ส่วนฝ่าย subjectivist เห็นว่า ต้องดูเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญ เมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นเจตนาที่จะละเมิดในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง และมีสภาพที่ถือเป็นอันตรายต่อสังคมแล้ว การกระทำจะสำเร็จได้หรือไม่ก็ควรต้องรับโทษ เพราะผู้กระทำก็มีเจตนาละเมิดกฎหมายเหมือนกัน⁹¹

ในทางปฏิบัติ เดิมศาลฝรั่งเศสเคยถือตาม Objectivist แต่ในปัจจุบันมีแนวโน้มไปในทาง subjectivist โดยลงโทษฐานพยายามลักทรัพย์ แก่ผู้ที่เข้าไปในรถยนต์ของผู้อื่น เพื่อจะลักเอาสิ่งของแต่ไม่มีสิ่งของที่จะลักอยู่ในรถนั้น ลงโทษฐานพยายามทำแท้งแก่สามีภรรยา ซึ่งพยายามทำแท้งคนไข้โดยใช้สารที่ไม่อาจทำให้แท้งได้ และลงโทษฐานพยายามทำแท้งแก่

⁹⁰ Fletcher, Rethinking of Criminal Law, pp. 138-139.

⁹¹ ในระหว่าง objectivist ที่ไม่ลงโทษการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้เลย กับ subjectivist ที่ลงโทษการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ทุกกรณี ก็ได้มีทฤษฎีซึ่งประนีประนอมแนวคิดทั้งสอง โดยแบ่งแยกการไม่บรรลุผลออกเป็น การไม่สามารถบรรลุผลโดยเด็ดขาด (impossibilite absolue) ซึ่งไม่มีโทษกับความไม่สามารถบรรลุผลโดยบังเอิญ (impossibilite relative) ซึ่งต้องรับโทษ ดู โกอเมน ภัทรภิมย์, คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส, หน้า 22, จิตติ ดิงศภทิพย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 348-349 และ Fletcher, Rethinking of Criminal Law, pp.146-157.

หญิงซึ่งมิได้ตั้งครุฑที่พยายามทำแท้งด้วยตนเอง⁹² ในเยอรมันทางปฏิบัติศาลก็ยอมรับ subjectivist มากกว่าเช่น ลงโทษฐานพยายามฆ่าในกรณีเจตนาฆ่าคนที่ เป็นศพไปแล้ว และ ลงโทษการพยายามทำแท้งในกรณีทำแท้งแก่หญิงที่มีที่ตั้งครุฑ แต่ไม่ลงโทษการพยายามกระทำ ความผิดที่ทำได้ด้วยความมงงาย (superstitious) เช่น การเสกเป่าให้บุคคลตาย⁹³ จะเห็นว่าความเป็น objectivist และ subjectivist ที่แตกต่างกันมีผลทำให้การตีความใน เรื่องการพยายามกระทำความคิดที่ไม่สามารถบรรลุผล (impossible attempts) แตกต่าง กันไปด้วย

การตีความเรื่องตัวการ เป็นตัวอย่างอีกกรณีหนึ่งของความแตกต่างระหว่าง objectivist และ subjectivist คือในการพิจารณาว่า การกระทำแค่ไหนจึงจะถือว่าการกระทำของบุคคลหลายคนจะเป็นตัวการร่วมกัน ในกฎหมายเยอรมัน ฝ่าย objectivist เห็นว่าผู้กระทำจะต้องได้ทำส่วนของความผิดโดยแท้จึงจะเป็นตัวการ ส่วน subjectivist เห็นว่า ต้องเป็นการที่บุคคลหลายคนได้รู้ และเจตนาาร่วมกันโดยถือเอาการกระทำของผู้อื่น ทั้งหมดเสมือนเป็นการกระทำของตนเอง อาจรวมถึงบุคคลผู้ทำหน้าที่เพียงคู่คั่นทางให้พวกเข้าไปลักทรัพย์ก็เป็นตัวการด้วย⁹⁴ พฤติการณ์ที่จะเป็นตัวการของ subjectivist จึงมีขอบเขต กว้างกว่า objectivist

ดังนั้นนอกจากแนวคิดในเรื่องแบบความรับผิดชอบทางอาญา (pattern of liability) จะเป็นตัวกำหนดลักษณะความรับผิดชอบที่แตกต่างแล้ว ความแตกต่างในแนวคิดในเรื่องแบบความ รับผิดชอบทางอาญา ยังมีผลในด้านการตีความกฎหมายอาญาที่แตกต่างกันไปด้วย กล่าวคือ การให้ ความสำคัญต่อองค์ประกอบทางจิตใจ (subjective) และองค์ประกอบภายนอก (objective) ยิ่งหย่อนกว่ากันดังกล่าวย่อมทำให้ผลของการตีความกฎหมายออกแตกต่างกันออกไป

⁹² โทแมน ภัทธภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, หน้า 23.

⁹³ Neumann, Manual of German Law, Vol 2, pp.84-85.

⁹⁴ Ibid., p.86.

3.4 การให้ความสำคัญต่อการควบคุมอาชญากรรม (crime control) และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (due process) ยิ่งหย่อนกว่ากันย่อมมีผลต่อการตีความกฎหมายอาญา

ถ้าพิจารณาการให้ความสำคัญต่อการควบคุมอาชญากรรมและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะพบว่า สิ่งสำคัญที่ทำให้ระบบความยุติธรรมอาญาในประเทศใดประเทศหนึ่งผิดแผกแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม การวินิจฉัยความผิดและการลงโทษผู้กระทำผิด ระบบความยุติธรรมทางอาญาที่มีประสิทธิภาพมากจะทำให้หลักประกันในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลลดลง และในทางกลับกันระบบความยุติธรรมที่ทำให้หลักประกันในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลสูงจะมีประสิทธิภาพลดลง ระบบกฎหมายในบางประเทศได้ยินยอมเสียสละความมีประสิทธิภาพบางประการเพื่อบำรุงรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล⁹⁵

ในการศึกษาระบบความยุติธรรมทางอาญา อาจแบ่งทฤษฎีซึ่งมีความขัดแย้งกันออกได้เป็นสองทฤษฎี⁹⁶ ได้แก่ ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (Due Process Model) และทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) กล่าวคือ⁹⁷

1. ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (crime control) จะเน้นหนักทางด้านประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมเป็นทฤษฎีที่มุ่งจะควบคุมระงับและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลักใหญ่ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถจะควบคุมและปราบปรามอาชญากรรมหรือจับกุม

⁹⁵ ประธาน วัฒนวาณิชย์, "ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม," วารสารนิติศาสตร์ 9 (ฉบับที่ 2 กันยายน-พฤศจิกายน 2520) : 147.

⁹⁶ การแบ่งดังกล่าวเป็นการแบ่งของนักกฎหมายอเมริกันเพื่อใช้ประโยชน์ในการวิเคราะห์ มิได้มุ่งให้เป็นแบบแผนเพื่อนำไปใช้ในทางปฏิบัติ ดู Herbert L. Packer, The Limits of Criminal Sanction (Stanford : Stanford University Press, 1968), pp. 154-173.

⁹⁷ ประธาน วัฒนวาณิชย์, "ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม," หน้า 150-153.

อาชญากรรมมาลงโทษตามกฎหมายได้ จะถูกประชาชนเพ่งเล็งว่า ความสงบเรียบร้อยของสังคม
สูญสิ้นไป และเสรีภาพของประชาชนผู้สุจริตจะได้รับความกระทบกระเทือน

2. ทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม (due process)⁹⁸ ทฤษฎีนี้มีค่านิยมในเรื่อง
ความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมที่ตรงข้ามกับทฤษฎีการควบคุม
อาชญากรรม กล่าวคือ การดำเนินคดีตามความคิดในเรื่องความเป็นธรรม จะมีอุปสรรค
ขัดขวางมิให้ผู้ต้องหาถูกส่งผ่านไปตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมอย่างสะดวก

ทั้งนี้มิได้หมายความว่าอุดมการณ์ของทฤษฎีนี้แตกต่างจากทฤษฎีการควบคุม
อาชญากรรม แต่ทว่าทฤษฎีกระบวนการนิติธรรม ยึดถือหลักกฎหมาย หรือหลักนิติธรรมมากกว่า
ความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม และไม่เชื่อว่าความคิดในการควบคุมอาชญากรรม
อย่างที่กล่าวอ้างมาข้างต้นนั้นจะมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

⁹⁸ หลัก "Due Process of Law" ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 (1791) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า "Nor [shall any person] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law." และรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (1868) ก็ได้มีบัญญัติซ้ำไว้อีก หลักกฎหมายนี้ไม่มีความหมายที่เด่นชัดแน่นอน แต่ขยายขอบเขตไปตามแนวโน้มของหลักยุติธรรม มूलฐาน แต่มีการตีความออกเป็นสองแนว คือ แนวกฎหมายสารบัญญัติ และตามแนวกฎหมาย วิธีสบัญญัติ ตามแนวกฎหมายสารบัญญัติ ศาลตีความว่า บรรดารัฐบัญญัติ ไม่ว่าจะ เป็นของมลรัฐ หรือสหรัฐ จะต้องมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์และเจตจำนงสอดคล้องกับการบริหารราชการ และจะต้องกระทบกระเทือนหรือเป็นภาระต่อสิทธิของเอกชนน้อยที่สุด มิฉะนั้นอาจถือว่าขัดต่อ รัฐธรรมนูญในแง่การตีความกฎหมายวิธีสบัญญัติ มัดความไปในแง่ของการค้าประกันความ ยุติธรรมในการใช้กฎหมาย เช่น การที่รัฐจะยึดทรัพย์สินของเอกชนเพื่อผลประโยชน์ของประเทศ นั้น ต้องมีขั้นตอนที่สมเหตุสมผล จะต้องมีการบอกกล่าวในเวลาอันสมควร และให้มีการไต่สวน และให้ปากคำ กล่าวโดยสรุปหลัก Due Process of Law นี้มีความหมายกว้างครอบคลุม สดแต่ศาลจะตีความให้เข้ากับข้อเท็จจริงของแต่ละคดี ทั้งนี้เพื่อให้ใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมที่สุด (ดู โภทศ สโสภาภย์วิจิตร, พจนานุกรมกฎหมายอังกฤษ-ไทย, (กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์, 2525) หน้า 66.)

ในการพิจารณาตามทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีระบบกฎหมายของประเทศใดที่ปฏิบัติตามแนวคิดของทฤษฎีทั้งสองในทางใดทางหนึ่งโดยเฉพาะ แต่ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมที่ปฏิบัติกันอยู่ในชีวิตจริงจะเป็นระบบผสมของทฤษฎีทั้งสอง⁹⁹ กล่าวคือ จะคำนึงถึงทั้งการควบคุมอาชญากรรมและการเคารพสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลไปในขณะเดียวกัน ด้วยสภาพของการควบคุมอาชญากรรมและการเคารพสิทธิส่วนบุคคลตามทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวมีลักษณะที่ขัดแย้งกัน ดังนั้น กระบวนการยุติธรรมที่เน้นการควบคุมอาชญากรรม จะทำให้การเคารพสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหย่อนยานลง และในทางกลับกัน กระบวนการยุติธรรมที่เน้นการเคารพสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ก็จะทำให้การควบคุมอาชญากรรมลดประสิทธิภาพลงเช่นเดียวกัน

ในทางสารบัญญัติ (substantive law) ตัวบทกฎหมายอาญาจะเป็นทั้งแนวทางในการควบคุมอาชญากรรมตามนโยบายทางอาญาและเป็นทั้งหลักประกันในเสรีภาพว่าบุคคลจะถูกแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพอย่างมีขอบเขตจำกัด เท่านั้นเองถ้าพิจารณาการให้ความสำคัญต่อการควบคุมอาชญากรรมและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในบทบาทของบทกฎหมายอาญา การให้ความสำคัญต่อสิ่งทั้งสองต่างกันจะมีผลกระทบท่อการตีความเพื่อปรับใช้กฎหมายอาญาสารบัญญัติด้วย¹⁰⁰ กล่าวคือ ฝ่ายที่ให้ความสำคัญต่อการควบคุมอาชญากรรมมากกว่าจะเน้นบทบาทของกฎหมายอาญาในทางการควบคุมอาชญากรรมตามนโยบายทางอาญา (criminal policy) ส่วนฝ่ายที่ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากกว่าจะเน้นบทบาทของกฎหมายอาญาในการเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพ (guarantee of liberty)

⁹⁹ ประธาน วัฒนาวณิชย์, "ระบบความยุติธรรมทางอาญา : แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรม," หน้า 153-154.

¹⁰⁰ ลักษณะความขัดแย้งจะเป็นในทำนองเดียวกันกับปัญหาการยอมรับการมีขอบเขตแบ่งแยกระหว่างการตีความที่แท้จริง (genuine interpretation) และการใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) ของทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) และทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) ในข้อ 3.1.2

ว่าบุคคลจะไม่ถูกแทรกแซงเสรีภาพด้วยกฎหมายที่ไม่มีขอบเขตจำกัดและกฎหมายที่ไม่ชอบธรรม (ตัวอย่างเช่น ในการตีความกฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานอันเป็นโทษแก่จำเลยในคดีอาญา¹⁰¹ ผู้ที่นิยมบทกฎหมายดังกล่าวในฐานะที่เป็นมาตรการเสริมในการควบคุมอาชญากรรม ก็จะตีความในลักษณะที่เป็นการยอมรับและบังคับใช้บทกฎหมายนั้นอย่างกว้างขวาง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายทางอาญาในการควบคุมอาชญากรรมให้มากที่สุด ส่วนผู้ที่ไม่นิยมกฎหมายดังกล่าว เพราะเห็นว่าเป็นบทกฎหมายที่ผลกการะการพิสูจน์ให้กับประชาชน เป็นการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป ก็จะตีความเพื่อบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างจำกัดหรือใช้ไม่ได้เลย¹⁰² เพื่อให้กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลน้อยที่สุด

¹⁰¹ มาตรการในการเสริมนโยบายปราบปรามอาชญากรรมของรัฐอันหนึ่ง ได้แก่ การออกกฎหมายประเภทที่มีข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลยในคดีอาญา กล่าวคือ ตามปกติจะมีหลักทั่วไปว่า รัฐมีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดอย่างครบถ้วนโดยปราศจากข้อสงสัย โดยมีเหตุผลเพื่อกู้มครองผู้บริสุทธิ์มิให้ถูกลงโทษ แต่ในอีกด้านหนึ่งภาระในการพิสูจน์เช่นนี้จะทำให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมต้องทำงานหนัก เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งบางคดีก็ทำได้ยาก ทำให้ผู้กระทำผิดหลุดรอดการลงโทษไปได้ วิธีแก้ไขปัญหานี้ของรัฐ ก็คือลดมาตรฐานการพิสูจน์ลง โดยการออกกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานเพื่อให้เจ้าพนักงานของรัฐไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน ทำให้จับกุมลงโทษผู้กระทำผิดได้มาก แต่ขณะเดียวกัน โอกาสที่คนบริสุทธิ์จะได้รับโทษก็มีมากขึ้น รายละเอียดโปรดดู จตุรงค์ จินวิวัฒน์, "ข้อสันนิษฐานในคดีอาญาที่เป็นโทษแก่จำเลย," (วิทยานิพนธ์ ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526).

¹⁰² ในระบบกฎหมายที่ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่า กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ศาลมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่า ข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลยนั้นขัดต่อหลัก due process ใช้บังคับไม่ได้ เช่น ในคดี Tot v. United States 319 U.S. (1943), คดี United States v. Romono 382 US. 136 (1965) และคดี Turner V. United States 396 US. 398 (1970) เป็นต้น ดู จตุรงค์ จินวิวัฒน์, "ข้อสันนิษฐานในคดีอาญาที่เป็นโทษแก่จำเลย," หน้า 87-93.

อาจกล่าวได้ว่าการคำนึงถึงหลักประกันในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่แตกต่างกันจะยังผลให้การตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกัน หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) เป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในทางกฎหมายสารบัญญัติ การยึดมั่นในหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายยิ่งหย่อนกว่ากันยอมทำให้การตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกันด้วย¹⁰³ กล่าวคือ การหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนจากตัวบทกฎหมายจะมีขอบเขตการใช้ดุลพินิจอยู่ระดับหนึ่ง หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ต้องการให้การใช้ดุลพินิจในการตีความอยู่ในขอบเขตความหมายของถ้อยคำในกฎหมายเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอาจมีขอบเขตความหมายได้หลายระดับ ความหมายของบทบัญญัติจึงอาจกว้างแคบแตกต่างกันไปตามการตีความ ผู้ที่เน้นความมีหลักประกันที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายที่มีขอบเขตจำกัด จะเคร่งครัดกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายมาก แม้เห็นว่าข้อเท็จจริงตามการกระทำนั้นอยู่ในขอบข่ายที่ควรถูกควบคุมตามนโยบายทางอาญา แต่ก็จะไม่ลงโทษการกระทำนั้นโดยถือว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ การตีความถ้อยคำจะมีแนวโน้มในทางที่แคบ เพื่อให้บทกฎหมายเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพให้มากที่สุด ส่วนผู้ที่เน้นการควบคุมตามนโยบายทางอาญา ถ้าเห็นว่าการกระทำนั้นอยู่ในข่ายนโยบายดังกล่าว ก็จะตีความบทกฎหมายให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงนั้น โดยให้ความหมายถ้อยคำในบทกฎหมายมีแนวโน้มไปในทางกว้างเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายในการควบคุมอาชญากรรมนั้น ๆ ให้มากที่สุด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาการตีความกฎหมายอาญาตามทัศนคติที่มีต่อบทบาทของกฎหมายอาญาที่ขัดแย้งกันดังกล่าว จะเห็นว่า การให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (due process) และการควบคุมอาชญากรรม (crime control) ยิ่งหย่อนกว่ากัน หรือการให้ความสำคัญต่อหลักประกันในสิทธิเสรีภาพ (guarantee of liberty) ของกฎหมายอาญาสารบัญญัติและการควบคุมอาชญากรรมตามนโยบายทางอาญา (criminal policy) ยิ่งหย่อนกว่ากัน จะยังผลให้การตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกัน หรืออีกนัยหนึ่ง ระดับการยึดมั่นในหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) แตกต่างกัน ย่อมทำให้การตีความกฎหมายอาญาในการลงโทษแตกต่างกันไปด้วย

¹⁰³ อดิ ต นร, "การตีความกฎหมายอาญา," หน้า 60.