

## บทที่ 2

### ลักษณะของกฎหมายอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาที่ใช้กันอยู่ในหลาย ๆ ประเทศนั้น ส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ และมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่ว ๆ ไป กล่าวคือกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงต้องมีข้อความที่ชัดเจนแน่นอน และด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้เกิดหลักเกณฑ์ที่สำคัญขึ้นในกฎหมายอาญาที่เรียกว่า หลัก "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege) หรือเรียกย่อ ๆ ว่าหลัก "ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย" (Nulla poena sine lege)

จากลักษณะของกฎหมายอาญาดังกล่าวประกอบกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้เองที่ทำให้เกิดความเข้าใจกันว่า กฎหมายจารีตประเพณีจะนำมาใช้ในกฎหมายอาญาไม่ได้ ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง อาจกล่าวได้ว่า เป็นไปไม่ได้ที่จะใช้กฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายจารีตประเพณี ทั้งนี้เพราะกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายอาญามีส่วนสัมพันธ์กันอย่างเห็นได้ชัด ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาถึงลักษณะของกฎหมายอาญา

ฉะนั้นในบทนี้จึงเป็นการพิจารณาถึงลักษณะของกฎหมายอาญา และวิถีทางที่อาจนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญา โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ ลักษณะทั่วไปประการหนึ่ง และลักษณะเฉพาะอีกประการหนึ่ง เพื่อเป็นข้อสนับสนุนเหตุผลที่มีการยอมรับให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้ โดยไม่เป็นการขัดต่อลักษณะของกฎหมายอาญา

และหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ตลอดจนแนวทางที่กฎหมายจารีตประเพณีสามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้

## 2.1 ลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา

จากการพิจารณาถึงลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา พบว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีความผูกพันกับกฎหมายอาญาในทุกยุคทุกสมัย และทุกระบบกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่สามารถแยกกฎหมายอาญาออกไปจากกฎหมายจารีตประเพณีได้ ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

ลักษณะทั่ว ๆ ไปของกฎหมายอาญา อาจแบ่งพิจารณาได้เป็น 4 ประการคือ

- 1) ความหมายและความมุ่งหมายของกฎหมายอาญา
- 2) วิวัฒนาการของกฎหมายอาญา
- 3) ประเภทของความผิดอาญา

### 2.1.1 ความหมายและความมุ่งหมายของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา (The Criminal Law หรือ The Penal Law) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชน (public law)<sup>1</sup> ที่ว่าด้วยความผิดและโทษ และจัดเป็นสาขาหนึ่งของวิชาอาชญากรรมศาสตร์ (Criminal Science) หรือศาสตร์อันว่าด้วยการกระทำความผิดอาญา ซึ่งมุ่งศึกษาเพื่อค้นหาสาเหตุของอาชญากรรม และหาวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรม รวมทั้งเพื่อปรับปรุงกลไกทางสังคม สำหรับจัดการกับผู้กระทำความผิดให้สมบูรณยิ่งขึ้น โดยอาชญากรรมศาสตร์นี้ แบ่งเป็น 3 สาขาคือ

<sup>1</sup> Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, Trans. Thomas P. Ogle (London : Sweet & Maxwell, 1965), p.15 และ P.J. Fitzgerald, Criminal Law and Punishment (Oxford : The Clarendon Press, 1962), p.1.

อาชญาวิทยา (Criminology) นโยบายทางอาญา (Criminal Policy)<sup>2</sup> และ  
กฎหมายอาญา (Criminal Law)<sup>3</sup>

กฎหมายอาญา คือกฎหมายซึ่งมีความมุ่งหมายในอันที่จะป้องกันความเสียหายต่อ  
สังคม โดยบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่การกระทำนั้น<sup>4</sup>  
หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งบรรดากฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษซึ่งรัฐจะเป็นผู้  
ลงไว้ในกรณีที่มีการกระทำผิดนั้น ๆ ก็คือกฎหมายอาญา<sup>5</sup>

อนึ่ง เมื่อกฎหมายอาญา ได้แก่บรรดากฎหมายทั้งหลาย ที่บัญญัติถึงความผิด และ  
กำหนดโทษไว้ ฉะนั้นกฎหมายอาญาของประเทศไทย จึงมิได้หมายถึงเฉพาะประมวลกฎ  
หมายอาญาซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายอาญาหลักของประเทศแต่เพียงฉบับเดียว แต่ยังหมายถึง  
บรรดากฎหมายอื่นใดที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้ด้วย ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติ  
อาวุธปืน พระราชบัญญัติจราจรทางบก พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เชือก

---

<sup>2</sup> อาชญาวิทยาศึกษาถึงสาเหตุของการกระทำผิดทั้งในแง่สภาพทางกายและ  
จิตใจของผู้กระทำผิด ตลอดทั้งสภาพแวดล้อมต่าง ๆ ส่วนนโยบายทางอาญามุ่งศึกษาเพื่อหา  
ทางลดสถิติการกระทำผิดในสังคม โดยอาศัยข้อมูลที่ได้จากอาชญาวิทยา และศึกษาถึง  
มาตรการอันเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการป้องกันการกระทำผิดและการปฏิบัติต่อผู้  
กระทำผิด.

<sup>3</sup> J.W. Cecil Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law,  
18th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1962), pp.5-6.

<sup>4</sup> Wayne R. LaFave & Austin W. Scott., Criminal Law  
(Minnesota : West publishing Company, 1972), p.5.

<sup>5</sup> อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญาระบบ 1 (กรุงเทพ : โรงพิมพ์เรือนแก้ว  
การพิมพ์, 2525), หน้า 2.

เป็นต้น<sup>๖</sup>

สำหรับเรื่องความมุ่งหมายของกฎหมายอาญา กล่าวโดยกว้าง ๆ กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายที่จะป้องกันสังคมให้พ้นจากการประทุษร้าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมุ่งที่จะป้องกันสุขภาพร่างกายให้พ้นจากการถูกทำร้าย ทำให้สังคมมีความปลอดภัย โดยการลงโทษผู้ที่ทำการประทุษร้าย และกฎหมายอาญา มีความมุ่งหมายในอันที่จะบังคับ ให้บุคคลประพฤติในสิ่งที่สังคมปรารถนา และป้องกันมิให้มีการประพฤติในสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม<sup>๗</sup>

### 2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายอาญา

ในสังคมสมัยโบราณ ผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำอันมิชอบของผู้อื่นมีอำนาจที่จะทำการแก้แค้น โดยกระทำให้บุคคลผู้เป็นตัวก่อการอันมิชอบ นั้นต้องได้รับความเสียหายทำนองเดียวกันเท่าเทียมกันกับที่ตนได้รับมาแล้ว เป็นการตอบแทน ซึ่งเรียกกันว่า กฎหมายตาลิโอน (lex talionis) อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการแก้แค้นตอบแทนกันแบบ "ตาต่อตา ฟันต่อฟัน" (An eye for an eye, A tooth for a tooth) และส่วนใหญ่จะมีจารีตประเพณี (customs) และข้อห้ามต่าง ๆ (taboos) ที่ถูกกำหนดขึ้น โดยความเชื่อในเรื่องของพระเจ้า (Gods) ที่ว่าผู้ที่ฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือข้อห้ามนั้น จะต้องได้รับการลงโทษอย่างรุนแรง ดังนั้นกฎหมายอาญาในสังคมโบราณจึงปรากฏตัวในรูปของจารีตประเพณีของประชาชน<sup>๘</sup>

ต่อมาจารีตประเพณีกำหนดถึงกรณีการกระทำความผิดต่าง ๆ ซึ่งผู้เสียหายมีอำนาจเข้าทำการแก้แค้นตอบแทนได้ โดยไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะได้รับการแก้แค้นจากการกระทำของตนอีก ผู้เสียหายซึ่งมีสิทธิทำการแก้แค้นนั้น อาจสละไม่ทำการแก้แค้นตามสิทธิที่ตนมีอยู่ก็ได้ แต่เรียกเอาค่าเสียหายแทน ฉะนั้นค่าเสียหายจึงใช้แทนการแก้แค้นได้ เมื่อ

---

<sup>๖</sup> กฎหมายอาญาในวิทยานิติพนธ์นี้ หมายความว่าถึงประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นกฎหมายอาญาหลักเท่านั้น ไม่หมายความว่ารวมถึงพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่กำหนดความผิดและโทษด้วย.

<sup>๗</sup> Wayne R. LaFave & Austin W. Scott., Criminal Law, p.9,21.

<sup>๘</sup> Gammage & Hemphill, Basic Criminal Law (New York : McGraw-Hill Book Company, 1974), pp. 4-5.

สังคมเจริญขึ้น รัฐจึงมีข้อบังคับเกิดขึ้นให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเล็กน้อยทำการแก้แค้น และ มีการกำหนดจำนวนเงินค่าทำขวัญที่ผู้เสียหายจะต้องรับเอาสำหรับการกระทำความผิดเรื่อง หนึ่ง ๆ<sup>๙</sup> ลักษณะเช่นนี้เป็นการชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง ฉะนั้น ในสังคมสมัยแรก ๆ จึง ยังไม่มีกฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร คงมีแต่ละเมิด<sup>๑๐</sup> ต่อมาเมื่อรัฐมั่นคงขึ้น จึงได้วางบทกำหนดลงโทษสำหรับการกระทำความผิด เช่นการทำร้ายร่างกายผู้อื่น ฆ่าคน ลักทรัพย์ กบฏ เป็นต้น ในยุคนี้เองที่กฎหมายอาญา ได้ถูกบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายอาญาของชาติต่าง ๆ ย่อมวิวัฒนาการมาโดยลักษณะเช่นนี้เพียงแต่เร็วหรือช้าต่าง กัน และ ณ จุดนี้เองที่กฎหมายอาญากับละเมิดได้แยกออกจากกัน<sup>๑๑</sup>

### 2.1.3 ประเภทของความผิดอาญา

ความหมายของความผิดอาญา (Crime) มีผู้ให้คำจำกัดความไว้หลายท่าน ซึ่ง กล่าวโดยสรุปแล้ว ความผิดอาญา หมายถึงการกระทำหรือการงดเว้นการจักต้องกระทำ เพื่อป้องกันผล ในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบของชุมชน บท บัญญัติดังกล่าวรัฐจะเป็นผู้บังคับและลงโทษตามกระบวนการที่จัดขึ้น การกระทำหรือการงด เว้นดังกล่าวจะต้องเกิดจากเจตนาอันไม่ชอบด้วย<sup>๑๒</sup>

<sup>๙</sup> ร.แรงกาศ์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2491), หน้า 74.

<sup>๑๐</sup> รองพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา (กรุงเทพ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), หน้า 6.

<sup>๑๑</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>๑๒</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) หน้า 2.

การแบ่งแยกประเภทของความผิดอาญา (Classification of Crimes) อาจแบ่งได้หลายประเภทตามแต่ทรรศนะและความมุ่งหมาย<sup>13</sup> ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

- 1) Common Law Crimes และ Statutory Crimes
- 2) Mala in Se และ Mala Prohibita
- 3) พิจารณาตามความหนักเบาของโทษ โดยอาจจะแบ่งเป็น Felonies และ Misdemeanors ตามกฎหมายคอมมอนลอว์<sup>14</sup> หรือ ความผิดอกฤษโทษ (Crime), ความผิดมัยโทษ (Delit) และความผิดลหุโทษ (Contraventions) ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส<sup>15</sup> หรือความผิดสามัญและความผิดลหุโทษตามกฎหมายไทย<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Wayne R. LaFave & Austin W. Scott., Criminal Law, p.26.

<sup>14</sup> Felonies หมายถึง ความผิดในทางอาญาที่กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินอย่างร้ายแรง และผู้กระทำผิดจะถูกลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกในที่คุมขังของรัฐ ส่วน Misdemeanors หมายถึงความผิดในทางอาญาที่กระทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินที่ไม่ร้ายแรง โดยผู้กระทำผิดจะถูกลงโทษปรับหรือจำคุกในที่คุมขังของท้องถิ่นหรือทั้งสองประการ ข้อแตกต่างของความผิด 2 ประเภทนี้ นอกจากดูที่สถานที่คุมขังแล้ว ยังดูได้จากระยะเวลาของการคุมขังได้อีกด้วย รายละเอียดโปรดดู Wayne R. LaFave & Austin W. Scott., Criminal Law, pp.26-29.

<sup>15</sup> ความผิดอกฤษโทษคือความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไป จนถึงตลอดชีวิต และความผิดประหารชีวิต ความผิดมัยโทษ คือความผิดที่มีโทษปรับเกินกว่า 2,000 ฟรังก์ จำคุกเกินกว่า 2 เดือน ขึ้นไปจนถึง 5 ปี ความผิดลหุโทษ ได้แก่ความผิดที่มีโทษปรับตั้งแต่ 3 ฟรังก์ถึง 2,000 ฟรังก์ จำคุกตั้งแต่ 1 วันถึง 2 เดือน หรือทั้งจำคุกและปรับ ความผิดลหุโทษนี้ยังแบ่งเป็นชั้นต่าง ๆ ด้วย 5 ชั้น ดูโกเมนท์ ภัทรภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบชั้นปริญญาโท), หน้า 3-4.

<sup>16</sup> ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102 บัญญัติว่า "ความผิดลหุโทษคือความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เช่นว่ามานี้ด้วยกัน".

4) พิจารณาตามลักษณะของการกระทำ โดยอาจจะแบ่งได้เป็นความผิดโดยการกระทำกับความผิดโดยการละเว้นกระทำ ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏกับความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ ความผิดธรรมดากับความผิดซับซ้อน<sup>17</sup>

5) พิจารณาในแง่ของเจตนา ซึ่งอาจแบ่งได้เป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนา ความผิดที่กระทำโดยประมาท ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา ความผิดนอกเหนือเจตนา เป็นต้น<sup>18</sup>

6) พิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อาจแบ่งได้เป็นความผิดอันยอมความได้ กับความผิดต่อแผ่นดิน (ความผิดอันยอมความไม่ได้)<sup>19</sup> เป็นต้น

การแบ่งประเภทความผิดอาญาในประเภทที่หนึ่งและสองนั้น จะทำให้เห็นความสัมพันธ์ของกฎหมายจารีตประเพณีที่มีต่อกฎหมายอาญา ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

การแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น Common Law Crimes และ Statutory Crimes เป็นการแบ่งประเภทตามกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 12 ถึง 14 นั้น ผู้พิพากษามิบบทบาทในการสร้างความผิดอาญา หรือกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาได้โดยไม่ต้องมี statute ก็สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้ ความผิดอาญาที่ศาลกำหนดขึ้นมานี้ได้มีกำเนิดมาจาก Custom ของประชาชน และได้รับการพัฒนาโดยคำพิพากษาของศาล จึงเรียกว่า Common Law crimes ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (Murder) ความผิดฐานทำให้คนตายโดยไม่เจตนา (Manslaughter) ความผิดฐานเป็นผู้ยุยงให้ผู้อื่นกระทำความผิด (Incitement)<sup>20</sup>

<sup>17</sup> จิตติ ตึงศภิกย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพ : แสงทองการพิมพ์, 2521), หน้า 14-29.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-34.

<sup>19</sup> วิสาร พันธนะ, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 1 (กรุงเทพ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจินดาสาส์น, 2526), หน้า 350.

<sup>20</sup> Richard Card, Cross and Jones : Introduction to Criminal Law, 10th ed. (London : Butterworths, 1984) pp.6-7.

ต่อมาใน ค.ศ. 1600 ในประเทศอังกฤษปรากฏว่ามี Common law crimes เป็นจำนวนมากเช่น ความผิดฐานฆ่าตัวตาย (Suicide) ความผิดฐานจัดแงะตัดช่องย่องเบาเข้าไปในเคหสถานในเวลากลางคืน โดยมีเจตนาที่จะประกอบอาชญากรรม (Burglary) ความผิดฐานวางเพลิง (Arson) ความผิดฐานปล้นทรัพย์ (Robbery) ความผิดฐานลักทรัพย์ (Larceny) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) การประกอบกิจการเพศกับผู้มีไม่ใช่คู่สมรส (Sodomy) ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (Mayhem) ซึ่งจัดเป็นความผิดประเภท Felonies และความผิดฐานทำร้ายร่างกายไม่ถึงบาดเจ็บ (Assault) ความผิดฐานทำร้ายร่างกายถึงบาดเจ็บ (Battery) ความผิดฐานคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (False Imprisonment) ความผิดฐานหมิ่นประมาทให้การเท็จ (Perjury) ความผิดฐานข่มขู่ให้บุคคลในคณะลูกขุนกระทำการ (Intimidation of Jurors) จัดเป็นความผิดประเภท Misdemeanors

ต่อมาได้มีการบัญญัติกฎหมาย กำหนดความผิดอาญาขึ้นซึ่งเรียกว่า Statutory Crimes เช่นความผิดฐานฉ้อโกง (False Pretenses) ความผิดฐานยักยอก (Embezzlement) ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างสมาชิกในครอบครัว (Incest) จนกระทั่งประมาณกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 กระบวนการของศาลในการสร้างความผิดอาญา (Common Law Crimes) ใหม่ เริ่มลดจำนวนลง มีคดีที่ปรากฏว่าเป็น Common law crime อยู่ไม่มาก เช่นในปี ค.ศ. 1930 มีคดี Rex V. Manley (1933) ศาลตัดสินว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดอันเป็นภัยอันตรายต่อประชาชน (Offence to the public mischief)<sup>21</sup> และในปี ค.ศ. 1961 ในคดี Shaw V. D.P.P.

<sup>21</sup> คดี Rex V. Manley (1933) 1K.B. 529 (C.C.A.) โดยจำเลยในคดีนี้ได้แจ้งความเท็จว่า เขาถูกปล้น (robbery) เป็นเหตุให้ตำรวจต้องเสียเวลาที่พยายามหาตัวผู้กระทำผิด จำเลยถูกตัดสินว่า ได้กระทำการอันเป็นภัยอันตรายต่อประชาชน (offence to the public mischief) รายละเอียดโปรดดู Glanville Williams, Criminal Law the General Part, 2nd ed. (London : Steven & Sons Limited, 1961), pp.596-600 . และ P.J. Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, p.8.



(Director of Public Prosecutions) ซึ่งศาลสูง (House of Lords) ตัดสินว่า ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำอย่างไรถือเป็นความผิดอาญา (Criminal Liability) ถ้าหากคำวินิจฉัยนั้น ได้รับการสนับสนุนจากเสียงข้างมาก (เท่ากับศาลสูง ปฏิเสธหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย) และตัดสินว่าการสมคบกันกระทำความผิด (Criminal Conspiracy) ก็เป็นการผิดต่อศีลธรรม (Corrupt public morals) <sup>22</sup>

ต่อมารัฐสภาของประเทศอังกฤษเริ่มตระหนักกว่าเป็นการจำเป็นที่จะต้องมีการลงโทษการกระทำซึ่งมิได้ถูกลงโทษโดยกฎหมายคอมมอนลอว์หรือที่มิได้ถูกกำหนดเป็น Common law crimes ดังนั้น Statutory Crimes จึงมีบทบาทมากขึ้นจนกระทั่งในปัจจุบันการกำหนดความผิดอาญาขึ้นใหม่โดยศาลหรือ Common law crimes นั้น กล่าวได้ว่าเกือบจะไม่มีในประเทศอังกฤษแล้ว<sup>23</sup> โดยเป็นที่แน่นอนว่าได้มีการคัดค้านถึงอำนาจบัญญัติความผิดในทางอาญาโดยผู้พิพากษา แต่ได้มีการยอมรับว่าผู้พิพากษามีอำนาจขยายเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ (defences หรือ justifications) ในกรณีที่จำเป็นโดยคำนึงถึงความยุติธรรม<sup>24</sup> ได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก็เช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษที่ความผิดอาญาเริ่มจาก Common law crimes และต่อมาก็ได้มีการบัญญัติเป็น Statutory crimes โดยให้เหตุผลว่าการมี Common law crimes นั้นมีข้อดีตรงที่กฎหมายจะไม่มีช่องว่าง แต่มีข้อเสียคือเป็นการขัดต่อหลัก Nullum crimen sine lege<sup>25</sup> แต่แนวโน้มในปัจจุบันมุ่งที่จะยกเลิก Common law crimes <sup>26</sup>

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Criminal Law, p.59.

<sup>24</sup> Glanville Williams, Criminal Law the General Part, p.600.

<sup>25</sup> เท่ากันที่ได้ยอมรับหลัก Nulla poena sine lege แล้ว ดู Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Criminal Law, pp.67-68 และ P.J. Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, pp.9-10.

<sup>26</sup> Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Criminal Law, pp.60-69.

สำหรับความผิดอาญาประเภท Mala in Se และ Mala Prohibita นั้นก็มี ส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาเช่นกัน กล่าวคือ Mala in Se นั้น หมายถึงพฤติกรรมที่เป็นความผิดในตัวของมันเอง (intrinsically wrong หรือ wrong in themselves หรือ inherently evil) ส่วน Mala Prohibita นั้น หมายถึงพฤติกรรมที่โดยลักษณะแล้วมิได้เป็นความผิดในตัวของมันเอง (not inherently evil) แต่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด และจะต้องถูกลงโทษโดยอำนาจของรัฐรวมทั้งการกระทำความผิดต่อข้อห้ามต่าง ๆ ของรัฐ ด้วย (Crime which merely legally wrong หรือ wrong only because prohibited by legislation)<sup>27</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดประเภท Mala in Se นั้น เป็นความผิดในตัวของมันเอง ซึ่งการจะพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดในตัว เองนั้น นอกจากจะพิจารณาจากศีลธรรมแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงจารีตประเพณีประกอบด้วย เพราะความคิดที่ว่าสิ่งใดเป็นความผิด สิ่งใดเป็นเรื่องที่ถูกต้องนั้น มันจะเปลี่ยนแปลงไปตาม จารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่นโดยขึ้นอยู่กับสถานที่และเวลาประกอบกันด้วย<sup>28</sup> เช่น ความผิด เกี่ยวกับเพศ

## 2.2 ลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา หรือเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา

เนื่องจากโทษในทางอาญานั้นมีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน ดังนั้นด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษหรือมีเอกลักษณ์ของตนเองซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่น<sup>29</sup> ซึ่งเอกลักษณ์หรือลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา ในที่นี้ก็คือหลักสำคัญที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege)

<sup>27</sup> P.J. Fitzgerald ,Criminal Law and Punishment,p.5. และ Wayne R. La Fave & Austin W. Scott ,Criminal Law,pp.29-31.

<sup>28</sup> P.J. Fitzgerald ,Criminal Law and Punishment,p.5.

<sup>29</sup> ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2528), หน้า 19.

จากการวิเคราะห์ พบว่าลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา ไม่อาจถือเป็น ข้อห้ามอย่างเด็ดขาดที่จะห้ามการนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ เพราะว่าลักษณะของหลักเกณฑ์ดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีนั้น พบว่าหลักเกณฑ์นี้มีขึ้นเพื่อห้ามการลงโทษและการกำหนดความผิด โดยใช้กฎหมายจารีตประเพณีเท่านั้น

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายนี้ แม้จะมาจากภาษาลาตินว่า Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้มีต้นกำเนิดมาจากโรมัน หากแต่เกิดขึ้นจากลัทธิเสรีนิยมในคริสต์ศตวรรษที่ 18 (eighteenth century liberalism หรือ The Enlightenment)<sup>๓๐</sup> โดยเกิดจากแนวความคิดของปราชญ์ต่าง ๆ ที่ต่อต้านการปกครองระบอบศักดินาเจ้านครแคว้น (Feudalism) ซึ่งเป็นการปกครองในประเทศภาคพื้นยุโรปในช่วงก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 18 กฎหมายอาญาที่ใช้ในช่วงเวลานั้นมีลักษณะที่ไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ความรับผิดชอบทางอาญาเกิดขึ้นและเป็นไปตามคำสั่งของผู้ปกครองรัฐ จารีตประเพณี และกฎหมายโรมัน (ที่แทรกซึมเข้าสู่จารีตประเพณีของยุโรปตั้งแต่ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13-15) การลงโทษบุคคลจะเป็นไปอย่างไรหลักเกณฑ์<sup>๓๑</sup>

ในยุโรปส่วนใหญ่จะเรียกหลักดังกล่าวนี้ว่า Nulla poena sine lege หรือ The Principle of Legality<sup>๓๒</sup> (หลักแห่งความชอบธรรมหรือหลักความชอบด้วยกฎหมาย) และใช้หลักนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายอาญาควรจะมี ความชัดเจนแน่นอน เพื่อที่ประชาชนจะได้มีโอกาสทราบล่วงหน้าก่อนว่า การกระทำใดเป็นความผิดอาญาเพราะ

<sup>๓๐</sup> Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, 2 nd ed. (New York: The Bobbs Merill Company Inc., 1960), pp.28-29.

<sup>๓๑</sup> Stanislaw Pomorski, American common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege (Warszawa: PWN-Polish Scientific Publishers, 1975), p.10.

<sup>๓๒</sup> Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, pp.27-28. และ Glanville Williams, Criminal Law the General Part, p. 575 และ P.J. Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, p.168.

ถ้าหากว่ามีได้มีการบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนแล้ว การกระทำอันหนึ่งวันนี้ผู้พิพากษาตัดสินว่ากระทำไม่ได้ถือว่าเป็นความผิด แต่พรุ่งนี้ผู้พิพากษาอาจจะตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นภัยต่อสังคม และผู้กระทำถือว่ามีความผิดอาญาก็ได้จึงทำให้เกิดความรู้สึกที่ไม่ยุติธรรมต่อประชาชน ในการที่จะลงโทษบุคคลสำหรับการกระทำที่ในขณะที่เขากระทำนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา<sup>๓๓</sup> และจะทำให้ประชาชน มีความรู้สึก ไม่แน่ใจในการกระทำของตนว่าจะมีความผิดหรือไม่<sup>๓๔</sup> ตลอดจนเป็นการปล่อยให้บุคคลบางกลุ่มมีอำนาจมากเกินไป ดังนั้นหลัก Nulla poena sine lege จึงเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจในการลงโทษของรัฐ มิให้รัฐสามารถลงโทษประชาชนได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายออกมาก่อน หลักนี้ จึงทำให้ Hall เรียกว่าหลักนิติธรรม (the rule of law)<sup>๓๕</sup>

แนวคิดในการลงโทษโดยมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นที่ยอมรับเรื่อยมา จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1787 ในประเทศออสเตรีย สมัยพระเจ้า Joseph II มีการจัดทำร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้น โดยได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเป็นครั้งแรก และเชื่อกันว่า Feuerbach (ค.ศ. 1775-1833) ชาวเยอรมัน เป็นผู้นำแนวความคิดที่ว่า การลงโทษจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้มาเขียนเป็นวลี "Nullum crimen, nulla poena, sine lege" เป็นครั้งแรก ในประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี ค.ศ. 1801 และต่อมาประมวลกฎหมายอาญาของประเทศภาคพื้นยุโรปในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ก็บัญญัติหลักดัง

<sup>๓๓</sup> George Whitecross Paton, A Textbook of Jurisprudence, pp.387-389. และ P.J. Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, p.160.

<sup>๓๔</sup> ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร, "กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล", วารสารนิติศาสตร์. 1 (เล่ม 3 มิถุนายน 2514) : 69.

<sup>๓๕</sup> Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, p.27. และ Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, p.97.

กล่าวไว้ทั้งหมด <sup>๖๖</sup>

2.2.1 การยอมรับหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย  
หลักนี้ไม่ได้ เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในทุกยุคทุกสมัยและทุกระบบกฎหมายดังจะได้  
พิจารณาต่อไปนี้

2.2.1.1 การยอมรับตามกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวล  
(Common Law)

ในขณะที่ระบบการเมืองการปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรปทำให้เกิดหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย หรือเรียกโดยย่อว่า หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) แต่ประเทศอังกฤษในระบอบเวลานั้นระบบเศรษฐกิจสังคมและการเมืองเจริญมากกว่าในประเทศภาคพื้นยุโรป รัฐบาลภายใต้กฎหมายของอังกฤษมีพื้นฐานมาจากประเพณีอันเก่าแก่ โดยมี Magna Charta เป็นข้อจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ และมีหลัก Rule of law เป็นเครื่องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ขณะที่ศาลภาคพื้นยุโรปในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 เป็น เครื่องมือหรือปฏิบัติตามอำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์ (The Absolute Monarchy) จนมีความจำเป็นต้องสร้างหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองปัจเจกชน แต่บทบาทของศาล common law ในอดีตจะมีลักษณะเป็นการคานอำนาจของฝ่ายบริหาร และมีบทบาทอย่างอิสระในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน บทบาทของศาลในอังกฤษจึงต่างจากประเทศภาคพื้นยุโรปในยุคเดียวกันนั้น <sup>๖๗</sup>

ในยุคนั้นบทบาทของศาลอังกฤษมีความสำคัญมากในการสร้างความผิดอาญาตาม Common law ที่เรียกว่า Common law crime ซึ่งเห็นได้ชัดว่าเป็นการขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้ แต่เนื่องด้วยอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงทำให้ Common law crime ยังสามารถถูกกำหนดขึ้นโดยศาลได้อยู่

<sup>๖๖</sup> Stanislaw Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, pp.14-16.

<sup>๖๗</sup> Ibid., pp.16-20.

ต่อมาเมื่อนักกฎหมายในกลุ่ม Common Law ยอมรับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายแล้ว ความผิดตาม Common Law ส่วนใหญ่จึงได้นำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Statutory crime) การวินิจฉัยความผิดอาญาเหล่านี้ จึงเป็นไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ส่วนความผิดที่ยังไม่ได้นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) และความผิดฐานมีความเป็นอันตรายต่อสาธารณะ (Crime of public mischief)<sup>๓๓</sup> ศาลก็ยังคงมีอำนาจสร้างความผิดขึ้นใหม่ได้เหมือนเดิม จนกระทั่งปีค.ศ. 1975 ในคดี D.D.P.V. Withers ศาลได้ปฏิเสธอำนาจการสร้างความผิดดังกล่าวแล้ว ฉะนั้นในปัจจุบันจึงเชื่อกันว่า แม้ใน common law ศาลก็ไม่มีอำนาจสร้างความผิดอาญาขึ้นใหม่ได้ ความผิดอาญาจะเป็นไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา และความผิดตาม Common Law ที่ยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จะมีขอบเขตเท่าที่มีคำพิพากษาตัดสินไว้แล้วเท่านั้น<sup>๓๔</sup>

#### 2.2.1.2 การยอมรับตามกฎหมาย ของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวล (Civil Law)

นับแต่ได้มีการนำหลักการลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของออสเตรียเป็นครั้งแรก ในปีค.ศ. 1787 อีกหลายปีต่อมาหลักดังกล่าวก็ปรากฏในประกาศสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส (The French Declaration of the Right of Man) ในปี ค.ศ. 1791 ก็ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญาทหาร และประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส โดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติในมาตรา 4 ว่า "ความผิดลหุโทษ ความผิดมัชยโทษ และความผิดอุกฤษโทษ จะถูกลงโทษโดยกฎหมาย

<sup>๓๓</sup> ดูหัวข้อ 2.2.2.

<sup>๓๔</sup> Glanville Williams, Textbook of Criminal Law (London : Steven & Sons, 1978), p.7. และ Stanislaw Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, p.105.

ซึ่งมิได้บัญญัติไว้ก่อนที่ความผิดนั้นๆ จะได้กระทำขึ้นมิได้"<sup>40</sup> และในปีค.ศ. 1794 ก็ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายของปรัสเซีย (Prussian Landrecht of 1794)

กฎหมายลงวันที่ 28 มิถุนายน 1935 ของประเทศเยอรมัน<sup>41</sup> ซึ่งเป็นยุคนาซีครองอำนาจด้วยอิทธิพลของแนวความคิดลัทธิสังคมนิยม (National Socialist Revolution) และศาลเคร่งครัดกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายมากโดยตีความกฎหมายอาญาอย่างจำกัด ทำให้การบังคับใช้กฎหมายผิดเพี้ยนไปจากวัตถุประสงค์ ในประเทศเยอรมันจึงได้ออกกฎหมายใหม่โดยไม่คำนึงถึงหลักดังกล่าว ยอมให้ศาลลงโทษบุคคลได้แม้การกระทำนั้นจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ทั้งนี้เพื่อป้องกันการตีความอย่างจำกัดของศาลมิให้เกิดขึ้นบ่อย ๆ และลงโทษการกระทำที่น่าลงโทษได้ แต่ต่อมาการบังคับใช้กฎหมายที่ออกใหม่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก จนกระทั่งต้องกลับมายอมรับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายใหม่ ในปี ค.ศ. 1946<sup>42</sup>

ในสหภาพโซเวียตก็เคยมีการละเลยต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเช่นเดียวกัน โดยยอมให้ศาลลงโทษโดยใช้กฎหมายใกล้เคียงได้ (Analogy) แต่ต่อมาภายหลังก็ยกเลิกไปในปีค.ศ. 1958 และในปัจจุบันจะลงโทษการกระทำใดต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ลงโทษได้<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> โกเมน ภักธรภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบชั้นปริญญาโท), หน้า 2.

<sup>41</sup> George Whitecross Paton, A Textbook of Jurisprudence, p. 389.

<sup>42</sup> K. Neumann, Manual of German Law Vol. 2 (London: Her Majesty's Stationary Office, 1952), p. 76.

<sup>43</sup> Glanville Williams, Criminal Law the General Part, p. 577. และ George Whitecross Paton, A Textbook of Jurisprudence, p. 389.

นอกจากนี้หลักดังกล่าวยังเป็นที่ยอมรับให้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ อีกมากมาย เช่น อิตาลี เบลเยียม โปรตุเกส บราซิล ชิลี โคลัมเบีย อูรุกวัย เป็นต้น<sup>44</sup>

### 2.2.1.3 การยอมรับตามกฎหมายไทย

ระบบกฎหมายไทยยอมรับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติว่า

"บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้

ผลอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

ต่อมาเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญฉบับที่ใช้อยู่ปัจจุบัน หลักนี้ได้ถูกนำมายืนยันอีกครั้งในมาตรา 2 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

ผลของการบัญญัติมาตรา 2 วรรคแรกนี้ คือการกำหนดความผิดและโทษนั้น จะต้องเกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือเกิดจากการบัญญัติเท่านั้น

นอกจากนี้ หลักดังกล่าวยังได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 26 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำผิดมิได้"

หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายดังกล่าว นอกจากจะได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศแล้ว ยังปรากฏว่าได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักพื้นฐานข้อหนึ่งในสิทธิมนุษยชนด้วย ดังที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (The Universal Declaration of Human Rights) ค.ศ. 1948 มาตรา 11 ข้อ 2

<sup>44</sup> P.J. Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, p.170.



ซึ่งบัญญัติว่า "ไม่มีผู้ใดจักมีความผิดทางอาญา เพราะการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของตนอันมิใช่เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายภายในประเทศ หรือ กฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่กระทำการนั้น การลงโทษทางอาญาให้หนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในขณะที่กระทำความผิดนั้นจะกระทำมิได้"<sup>45</sup>

2.2.2 หลักสำคัญที่ได้จากหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย  
หลักสำคัญที่ได้จากหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เนื้อหาของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนั่นเอง

หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้เป็นสิทธิขั้นมูลฐานของประชาชน ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในการจำกัดขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในทางที่เป็นการกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าเท่านั้น นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดหลักกฎหมายที่สำคัญในกฎหมายอาญาประการอื่นอีก<sup>46</sup> ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

2.2.2.1 กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน

2.2.2.2 กฎหมายอาญาในทางเป็นโทษไม่มีผลย้อนหลัง

2.2.2.3 การกระทำความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำโดยใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้

---

<sup>45</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพ : ห้างหุ้นส่วน จำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ , 2523), หน้า 290. และ Johannes Andenaes, The General Part of Criminal Law of Norway, p. 97.

<sup>46</sup> คณิต ฅ นคร, "หลักประกันในกฎหมายอาญา", วารสารอัยการ. 4 (ฉบับที่ 38 กุมภาพันธ์ 2524) : 52.

#### 2.2.2.4 การกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำมิได้โดย ใช้กฎหมายจารีตประเพณี<sup>47</sup>

##### 2.2.2.1 กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน (certainty)

การลงโทษทางอาญาเป็นลักษณะการบังคับ (Sanction) ที่มีความรุนแรงของรัฐ  
ที่ใช้กับประชาชน อันเป็นการกระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฉะนั้น  
รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุด โดยจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่มี  
ความหมายกว้างจนเกินไป หรือถ้อยคำที่กำกวม มีความหมายไม่แน่นอน<sup>48</sup>

เหตุผลของข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนก็คือ เพื่อที่จะให้ประชาชนผู้  
ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่า การกระทำหรือไม่กระทำของตนนั้น มีกฎหมาย  
บัญญัติเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าประชาชนไม่อาจรู้ได้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำของ  
เขาเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายคลุมเครือมากเกินไปแล้ว หากมี  
การใช้กฎหมายนั้นกับเขา เขาก็จะขัดขืนหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับ  
ความเป็นธรรมจากรัฐ และหากกฎหมายอาญามีความแน่นอนพอควร (reasonably  
definite) แล้ว ก็จะเป็นการลดการใช้บังคับกฎหมายโดยเลือกปฏิบัติ และโดยอำเภอ  
ใจลงได้บ้าง มิฉะนั้นแล้ว ตำรวจ อัยการ และศาลก็อาจจะมีดุลพินิจเลือกใช้บังคับ  
กฎหมายกับบุคคลบางประเภทได้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> ในการศึกษาเนื้อหาของหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ จะมุ่งในราย  
ละเอียดที่นำไปประกอบการอธิบายเหตุผลในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีให้สอดคล้องกับ  
หลักดังกล่าว ทั้งนี้เพราะได้มีผู้ทำการศึกษาในรายละเอียดต่าง ๆ ไว้แล้ว ดังจะได้กล่าว  
ให้เห็นต่อไป.

<sup>48</sup> Glanville Williams, Criminal Law the General Part,  
p. 578.

<sup>49</sup> Wayne R. La Fave & Austin W. Scott, Criminal Law,  
pp. 83, 85, 87-88.

กล่าวอีกนัยหนึ่ง เหตุผลของข้อเรียกร้องในเรื่องกฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนก็คือ หลักเกณฑ์ที่ว่าอำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรองจะใช้ได้ผลอย่างเต็มที่ก็ต่อเมื่อเจตจำนงของประชาชน ที่แสดงออกทางรัฐสภาในรูปของกฎหมายมีลักษณะที่ชัดเจนจนการตัดสินใจทางอรรถวิสัยและอำเภอใจของผู้พิพากษาเป็นไปได้น้อยที่สุด ข้อเรียกร้องความแน่นอนของกฎหมายของหลักนิติรัฐหรือการปกครองภายใต้กฎหมายที่มีต่อกฎหมายอาญา จะเข้มงวดยิ่งกว่าที่มีต่อกฎหมายอื่น<sup>๕๐</sup> แต่เนื่องด้วยลักษณะของภาษาที่ไม่อาจชัดเจนได้ ความต้องการของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายจึงทำได้แต่เพียงให้บทกฎหมายชัดเจนมากที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้เท่านั้น<sup>๕๑</sup>

2.2.2.2 กฎหมายอาญาในทางเป็นโทษไม่มีผลย้อนหลัง (No retro-active effect)

หลักดังกล่าวนี้สืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายที่ว่า "กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง" อันเป็นส่วนหนึ่งของหลัก *Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege* ซึ่งหมายความว่า จะใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังไปบังคับถึงการกระทำในอดีตเพื่อลงโทษผู้กระทำนั้นไม่ได้ และกฎหมายที่จะใช้ลงโทษแก่การกระทำใดนั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำการนั้นบัญญัติว่า เป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่าเขาจำต้องได้รับคำเตือนล่วงหน้าให้ทราบก่อนว่า การกระทำใดเป็นความผิด และจะถูกลงโทษ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสที่จะแน่ใจได้ว่ากฎเกณฑ์นั้นเป็นอย่างไร จะได้ปฏิบัติตาม ซึ่งหากปราศจากหลักเกณฑ์นี้แล้ว ประชาชนจะสูญเสียสิทธิเสรีภาพได้ง่าย

<sup>๕๐</sup> คณิต ฅ นคร, "หลักประกันในกฎหมายอาญา", หน้า 55.

<sup>๕๑</sup> Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, p. 47. และรายละเอียดโปรดดู อตุลย์ อตุมผล, "ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการศึกษาความหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530).

ในกฎหมายคอมมอนลอว์ มีหลักการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด (The rule of strict construction of penal statutes) ซึ่งเป็นหลักที่ศาลคอมมอนลอว์สร้างขึ้นในยุคต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 นี้เอง<sup>๕๒</sup>

หลักการตีความโดยเคร่งครัดใน Common Law นี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มาตลอด ปัจจุบันเนื้อหาของหลักการตีความโดยเคร่งครัดจึงเปลี่ยนแปลงไปจากอดีตบ้างกล่าวคือ เห็นเพิ่มเติมว่าหลักการตีความโดยเคร่งครัดนั้น จะต้องไม่เคร่งครัดจนขัดต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยชัดแจ้ง เหตุผลของหลักการตีความโดยเคร่งครัด ในปัจจุบันจึงควรเป็นแต่เพียงว่า บุคคลควรระมัดระวังได้ก่อนว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดตามกฎหมายและจะได้รับโทษเพียงใด หรือที่เรียกว่า fair warning<sup>๕๓</sup>

นอกจากนั้นใน Common Law ยังมีหลักห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง โดยในอังกฤษมีข้อสันนิษฐานในทาง Common Law ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีผลย้อนหลัง<sup>๕๔</sup> และในสหรัฐอเมริกา มีหลัก ex post facto เพื่อคุ้มครองประชาชนอีกด้วย ปัจจุบันหลักเกณฑ์ใน Common Law หรือหลัก fair warning หรือหลัก ex post facto จึงมีเนื้อหาตรงกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีการกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป<sup>๕๕</sup>

<sup>๕๒</sup> Stanislaw Pomorski, American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege, p. 20.

<sup>๕๓</sup> Wayne R. La Fave and Austin W. Scott., Criminal Law, p. 72.

<sup>๕๔</sup> Michael Zander, The Law-Making Process (London : Weidenfeld and Nicolson, 1980), p.83. อ้างถึงในอดุลย์ อุดมผล, "ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการศึกษาความหมายอาญา", หน้า 43.

<sup>๕๕</sup> รายละเอียดโปรดดู ประภาพรพรณ อุดมจรรยา, "กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521). และอดุลย์ อุดมผล, "ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการศึกษาความหมายอาญา", หน้า 40-45.

ดังนั้นในส่วนหลักประกันการห้ามมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาญาตามหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายมาลงโทษการกระทำในอดีตไม่ได้ เพราะเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะไปลงโทษการกระทำในขณะที่เขากระทำนั้นไม่มีกฎหมายระบุว่าเป็น ความผิดและจะถูกลงโทษ และการใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วให้มีผลย้อนหลังไปลงโทษการ กระทำที่เกิดขึ้นก่อนบัญญัติกฎหมายนั้นก็ทำไม่ได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า การให้กฎหมายย้อนหลังไปเป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งสามารถทำได้โดยไม่เป็นการขัดต่อหลัก ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายดังกล่าว<sup>๕๖</sup>

2.2.2.3 การกระทำความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำโดยใช้ กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) มิได้

หลักการดังกล่าวนี้ สืบเนื่องมาจากหลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่ง ครัด ซึ่งหมายความว่าเมื่อรัฐได้ออกบทบัญญัติที่แจ้งชัดระบุว่าการกระทำหรือการไม่กระทำ อย่างใดเป็นความผิดอาญาแล้ว ก็ถือว่าเฉพาะกรณีนั้น ๆ เท่านั้นที่เป็นความผิด จะไปรวม ถึงกรณีอื่น ๆ ด้วยไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดความ ผิดหรือบัญญัติโทษไว้จะต้องใช้บังคับตามตัวอักษร จะลงโทษบุคคลเพราะได้กระทำการอัน คล้ายคลึงกันกับที่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วไม่ได้<sup>๕๗</sup>

หลักที่ว่ากฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด จะ analogy ไม่ได้นั้น ไม่ หมายความว่าศาลจะต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นเธรตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ ต้องตีความโดยขยายความ (extensive interpretation) ในบางกรณีได้ หลักตี ความโดยเคร่งครัด เพียงแต่ห้ามมิให้ศาลขยายความตามใจชอบเท่านั้น ถ้าการตีความโดย การขยายความเป็นการตีความตรงตามความมุ่งหมายของกฎหมาย ตามที่ปรากฏตามบท

<sup>๕๖</sup> ดูประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรค 2 และมาตรา 3 และวิธีการเพื่อ ความปลอดภัยตามมาตรา 12 ไม่ใช่โทษทางอาญา จึงย้อนหลังได้.

<sup>๕๗</sup> เอกุต์, กฎหมายอาญา (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และ การเมือง, 2477), หน้า 77.

กฎหมายเองแล้ว ศาลก็ย่อมที่จะทำได้<sup>๕๐</sup>

ความแตกต่างระหว่างการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง กับการตีความโดยขยายความยากที่จะแยกให้เห็นได้อย่างเด่นชัด<sup>๕๑</sup> และกรณีอย่างเดียวกันความเห็นของนักกฎหมายก็ยังวินิจฉัยแตกต่างกันได้โดยบางความเห็น เห็นว่าเป็นเรื่องการตีความ แต่บางท่านเห็นว่า เป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง<sup>๕๒</sup> ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือการลักกระแสไฟฟ้า<sup>๕๓</sup> แต่คงจะพูดกล่าวได้ว่า การตีความโดยการขยายความทางอาญานั้นจะขยายความจนถึงกับขัดแย้งกับตัวอักษรแห่งบทบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ อย่างแจ่มชัดคงไม่ได้ มิฉะนั้นจะกลายเป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงลงโทษ<sup>๕๔</sup>

การห้ามนำบทใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ขึ้น ห้ามเฉพาะนำมาใช้ในทางที่เป็นผลร้ายเท่านั้น ดังนั้นถ้าหากนำมาใช้เพื่อเป็นคุณหรือเป็นผลดีแล้วย่อมไม่มีข้อห้ามดังเช่นมีผู้กล่าวไว้ว่า "การตีความโดยการเทียบเคียงเพื่อเป็นคุณแก่จำเลยแล้วไม่ต้องห้ามด้วยหลักรัฐธรรมนูญ"<sup>๕๕</sup> ซึ่งหมายความว่า ถ้าจะตีความด้วยการเทียบเคียง เพื่อยกเว้นโทษหรือลด

<sup>๕๐</sup> คณิต ๗ นคร, "การตีความกฎหมายอาญา", หน้า 63-64.

<sup>๕๑</sup> Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, p. 106.

<sup>๕๒</sup> หยุค แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลกิจ, 2495), หน้า 170. อ้างถึงในเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 30.

<sup>๕๓</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-29.

<sup>๕๔</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

<sup>๕๕</sup> Johannes Andenaes, The General Part of The Criminal Law of Norway, p. 96.

โทษแล้ว ย่อมไม่ขัดกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย<sup>๕๔</sup>

2.2.2.4. การกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำมิได้ โดยใช้กฎหมายจารีตประเพณี

เนื่องจากอิทธิพลของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายทำให้กฎหมายอาญาในระบบกฎหมาย Civil Law ในส่วนที่บัญญัติความผิดและโทษจะต้องบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนแน่นอน (certainty) และจะไม่มี ความผิดตามคอมมอนลอว์ (Common law crime) อย่างเช่นในระบบกฎหมาย Common Law<sup>๕๕</sup> สำหรับกฎหมายอาญาในระบบกฎหมาย Common Law ในปัจจุบันนั้น คงปรากฏความผิดตามคอมมอนลอว์ (Common law crime) อยู่เพียง 2 ฐานเท่านั้น คือความผิดฐานสมคบ (conspiracy) และความผิดฐานเป็นอันตรายต่อสาธารณะ (crime of public mischief)<sup>๕๖</sup>

ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติต่อเนื่องกัน อย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชน จนเป็นที่ยอมรับกันนั้น จึงไม่สามารถนำมา กำหนดเป็นความผิดอาญาได้ และในทำนองเดียวกัน จะลงโทษบุคคลโดยอ้างกฎหมายจารีตประเพณีก็มีได้เช่นกัน ทั้งนี้เพราะจะต้องตีความโดยเคร่งครัดอันเป็นพื้นฐานความคิดเบื้องต้นของความยุติธรรมว่า กฎหมายอาญาควรมีความชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อให้บุคคลทั่วไปได้ทราบว่า การกระทำใดเป็นความผิดอาญา การที่จะลงโทษบุคคลใด บุคคลหนึ่งในการกระทำที่ไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิดในเวลานั้น ย่อมไม่เป็นการยุติธรรมและเป็นหลักนิติธรรม (rule of law) ที่มีให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนี้ใช้อำนาจ

<sup>๕๔</sup> หยุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 64-65. และเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 25.

<sup>๕๕</sup> จิตติ ตั้งศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 36.

<sup>๕๖</sup> ดูหัวข้อ 2.2.1.1.

หรือคลุณิฉ โดยปราศจากหลักเกณฑ์ที่แน่นอน<sup>๖๗</sup>

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้กฎหมายจารีตประเพณีจะกำหนดความผิดขึ้นใหม่ หรือกำหนดโทษให้สูงขึ้นกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้ แต่กฎหมายจารีตประเพณีอาจมีข้อความให้อำนาจบุคคลกระทำการใด ๆ ซึ่งโดยปกติการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดอาญาได้<sup>๖๘</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือถ้าเป็นเรื่องเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้ เพราะหลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดนั้นไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรก็ได้ ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น<sup>๖๙</sup> และการนำกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวมาใช้เป็นการใช้ในทางเป็นคุณย่อมทำได้<sup>๗๐</sup> ตัวอย่างเช่น การชกมวยหรือการเล่นกีฬาที่ถูกกติกา แม้จะทำให้อีกฝ่ายตายหรือบาดเจ็บก็ไม่เป็นความผิด แพทย์ที่ตัดแขนขาคนไข้โดยที่คนไข้ยินยอม แพทย์ย่อมมีอำนาจทำได้โดยไม่มี ความผิด กรณีบิดามารดาเอาเด็กมาให้เลี้ยงไว้ โดยบอกว่าให้ลงโทษเด็กได้ ถ้าเด็กทำผิด และเราลงโทษเด็กตามสมควร เราก็ไม่มีความผิด

<sup>๖๗</sup> Johannes Andenees, The General Part of the Criminal Law of Norway, pp.96-97.

<sup>๖๘</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 207-208.

<sup>๖๙</sup> จิตติ ติงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด, วารสารกฎหมาย. 3 (ฉบับที่ 2 พฤษภาคม-สิงหาคม 2520) : 52.

<sup>๗๐</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 31. และ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์, "กฎหมายอาญาพิศดาร พ.ศ. 2498" พิมพ์ในหนังสือ อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์) กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2521), หน้า 112-113.



กล่าวโดยสรุป จากการพิจารณาถึงลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา กล่าวคือ วิวัฒนาการของกฎหมายอาญาก็ดี ประเภทของความผิดอาญาก็ดี ความมุ่งหมายของกฎหมายอาญาก็ดี พบว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีความสัมพันธ์กับกฎหมายอาญามาตั้งแต่ยุคที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรยังไม่ปรากฏ ซึ่งสามารถพิจารณาจากวิวัฒนาการของกฎหมายอาญาได้ว่ามี กำเนิด หรือมีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณี และสามารถบ่งบอกรอยของกฎหมายจารีตประเพณีได้จากการแบ่งประเภทของความผิดอาญาบางประเภท เช่น การแบ่งความผิดอาญาออกเป็น common law crime และ statutory crime การแบ่งความผิดอาญาออกเป็น mala in se และ mala prohibita นอกจากนี้ กฎหมายอาญายังมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสังคม ตลอดจนความปลอดภัยของประชาชนในสังคม โดยได้บัญญัติกฎหมายออกมาห้ามการกระทำที่สังคมเห็นว่าไม่ถูกต้อง และไม่ยอมรับให้มีการกระทำได้ และโดยนัยกลับกัน การกระทำใดที่สังคมเห็นว่าเป็นเรื่องที่จะยอมรับได้ และได้ยอมรับกันมาเป็นเวลานาน โดยประชาชนรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง สมควรกระทำแล้ว กฎหมายอาญาจึงไม่ควรออกกฎหมายมาห้ามการกระทำดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจให้กระทำได้ จึงไม่ถือเป็นความผิดอาญา

จากการวิเคราะห์ถึงลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญาข้างต้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายจารีตประเพณีนั้น มีความผูกพันกับกฎหมายอาญาในทุกยุคทุกสมัย และเราไม่สามารถจะใช้กฎหมายอาญาได้โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายจารีตประเพณี

ยิ่งไปกว่านั้น โดยลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา หรือหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ( Nulla poena sine lege ) ซึ่งก่อให้เกิดหลักสำคัญอันเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการใช้กฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือลักษณะของหลักเกณฑ์นี้มีขึ้นเพื่อห้ามการลงโทษ และการกำหนดความผิดโดยใช้กฎหมายจารีตประเพณี ทั้งนี้เพราะการกำหนดความผิดและการลงโทษต้องเป็นไปตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม จากการวิเคราะห์ถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า ลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญานี้ ไม่อาจถือเป็นข้อห้ามอย่างเด็ดขาดที่จะห้ามนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ และอาจกล่าวได้ว่า ไม่ปรากฏว่ามีข้อห้ามอย่างชัดเจนใด ๆ ที่จะไม่ยอมรับให้นำเอากฎหมายจารีตประเพณีในส่วนที่เป็นคุณมาใช้แต่ประการใด

จากการวิจัยพบว่า การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในส่วนที่เป็นคุณในกฎหมาย

อาญานี้ เป็นการนำเข้ามาใช้โดยผ่านทางหลักเกณฑ์สำคัญที่ว่า การกำหนดความผิด และการลงโทษที่แรงกว่าจะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เท่านั้น ฉะนั้นเมื่อกฎหมายจารีตประเพณีในส่วนที่เป็นคุณ มิได้นำมาใช้เพื่อกำหนดความผิดและลงโทษแต่ประการใดแล้ว หากแต่นำมาใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงความรับผิดของจำเลย โดยถือเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งของเหตุ ที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเหตุยกเว้นความรับผิด หรือเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็น ความผิด ซึ่งหลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดนั้น ไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์ อักษร ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นการกำหนดความผิดหรือลง โทษบุคคลเท่านั้น

ดังนั้น จึงยอมรับให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาได้ โดยไม่ถือว่าเป็น การขัดต่อลักษณะทั่วไป และลักษณะ เฉพาะของกฎหมายอาญาแต่ประการใด

สำหรับการใช้หลักกฎหมายในลักษณะที่เป็นคุณแก่จำเลยกรณีอื่น เช่น การใช้ กฎหมายใกล้เคียงกิติ การใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังกิติ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปกิติ เนื่อง จากเป็นการนำกฎหมายมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย จึงไม่เป็นการต้องห้ามตามหลักไม่มี โทษโดยไม่มีกฎหมาย หรือลักษณะ เฉพาะของกฎหมายอาญาข้างต้น ด้วยเหตุผลที่ คล้ายคลึงกัน

สำหรับในเรื่องของลำดับก่อนหลังของการใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้น เนื่อง จากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยตรง ฉะนั้น จึงน่าจะนำมาใช้ได้โดยไม่จำเป็นต้อง มีลำดับก่อนหลัง และอาจกล่าวได้ว่า ไม่ควรที่จะนำลำดับก่อนหลังในการใช้กฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ที่ให้ใช้เรียงตามลำดับนั้นมาใช้ในกฎหมาย อาญา ทั้งนี้เพราะการใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนี้ เป็นการใช้กฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้ ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ในการตัดสินคดีในส่วนของเรื่อง เหตุยก เว้นความรับผิด และเหตุยกเว้นโทษได้โดยคำนึงถึงความยุติธรรม