

บทที่ 2

2. หลักประกันในทางกฎหมายอาญา

เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่จะกระทบต่อชีวิตและสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากที่สุด ดังนั้น การใช้มาตรการทางอาญากับบุคคลขององค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ ย่อมถูกผูกพันให้ต้องคำนึงถึงหลักประกันในทางกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัดทั้งในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ ทั้งนี้ จึงสมควรพิจารณาถึงประวัติความเป็นมาในการประกันสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา สาระสำคัญของหลักประกันทางอาญา และความสำคัญของหลักประกันดังกล่าวในฐานะที่เงื่อนไขหนึ่งของหลักนิติรัฐ

2.1 พัฒนาการของหลักประกันในทางกฎหมายอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาและโทษทางอาญาเป็นโทษที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของผู้กระทำความผิดเป็นอย่างมาก กระบวนการพิจารณาลงโทษผู้ต้องหาจึงต้องเป็นไปด้วยความเคร่งครัดและต้องมีหลักประกันให้แก่ตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ไม่ว่าจะเป็นการที่กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ การห้ามมิให้ลงโทษจำเลยจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น การยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย การพิจารณาความผิดและโทษต้องเป็นไปตามหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege) หลักการลงโทษเมื่อจำเลยได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (nulla poena sine culpa) และหลักห้ามดำเนินคดีซ้ำ (ne bis in idem) เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ หลักประกันสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาที่จะยกมาเป็นข้อพิจารณาว่าสมควรนำมาปรับใช้กับการลงโทษทางปกครองหรือไม่ มีสามหลัก คือ หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege) หลักไม่มีโทษโดยไม่มีโทษ (nulla poena sine culpa) หมายความว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดจะกระทำต่อเมื่อผู้นั้นได้กระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และหลักห้ามดำเนินคดีซ้ำ (ne bis in idem) โดยแต่ละหลักมีประวัติความเป็นมาดังนี้

2.1.1 หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย นั้นเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่สำคัญมากถึงกับมีผู้กล่าวว่าเป็น “ธรรมนูญของอาชญากร” (Magna Charta des Verbrechers)¹ โดยหลักนี้มีที่มาจากลัทธิเสรีนิยมในศตวรรษที่ 18 ประเทศในภาคพื้นทวีปมักจะใช้คำว่า nulla poena sine lege แทนการใช้คำว่า Principle of Legality² อย่างไรก็ตามเนื่องจากพื้นฐานทางด้านสังคมการเมือง (Socio-political) ของประเทศภาคพื้นทวีปและประเทศในระบบ Common Law นั้นแตกต่างกันทำให้การปรับใช้หลักกฎหมายนี้มีลักษณะที่ต่างกันอย่างประจักษ์

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองป้องกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยกฎหมาย เป็นวัตถุประสงค์เริ่มแรกของชนชั้นกระฎุมพี (Bourgeoisie) ได้ก่อตัวขึ้นเพื่อต่อต้านการปกครองในระบบศักดินา โดยการคุ้มครองป้องกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นแนวความคิดในโครงสร้างของสัญญาประชาคม (Social Contract) ซึ่งเป็นความมุ่งหมายสูงสุดในการที่จะนำมาซึ่งปัญญาในยุคของการรู้แจ้ง (The Enlightenment) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐที่ปกครองด้วยระบบเผด็จการศักดินา (Feudal Absolute State) มีแนวโน้มที่จะคุกคามเสรีภาพของบุคคล โดยการออกกฎหมายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิของปัจเจกชน ศาสนจักร (feudal parochialism) มีแนวโน้มที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาอย่างรุนแรง แม้ว่าข้อบังคับ จารีตประเพณีท้องถิ่น และกฎหมายโรมันเองจะได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษไว้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วผู้พิพากษากลับกำหนดความผิดลักษณะใหม่ขึ้นเองและกำหนดโทษผู้กระทำความผิดตามอำเภอใจ โดยคำพูดของ Carpzov ได้สะท้อนถึงความอื้อฉาวนี้ว่า อาชญากรรมเกือบทั้งหมดในปัจจุบันนี้ได้ถูกกำหนดตามอำเภอใจ และหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษนั้นเป็นไปโดยการบัญญัติกฎหมายตามอำเภอใจของผู้พิพากษา

ทั้งนี้ ในประเทศฝรั่งเศสก็มีสถานการณ์ที่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน โดยศาลพิเศษจะใช้อำนาจในการปราบปรามประชาชน พวกชนชั้นชาวนาถูกกล่าวหา

¹ คณิต ฌ นคร, “หลักประกันในกฎหมายอาญา”, วารสารอัยการ, ปีที่ 4, ฉบับที่ 38, (กุมภาพันธ์, 2524), น. 52.

² กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น. 18.

เกี่ยวกับข้อพิพาทในทางทรัพย์สินของศาสนจักรตามอำเภอใจ ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นอนุญาตให้มีการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy) ได้

ด้วยระบบการพิจารณาคดีที่ไร้เหตุผล หลักการพิสูจน์ความผิดและการใช้ระบบการสอบปากคำด้วยวิธีการทรมานอย่างโหดร้าย และความไม่แน่นอนในการพิจารณาพิพากษาซึ่งสะท้อนถึงภาพของการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอย่างเห็นได้ชัด ทำให้การใช้อำนาจของกษัตริย์ในการออก lettres de cachet³ ชำรัรัฐการของกษัตริย์ และผู้พิพากษาซึ่งเป็นต้นเหตุที่ทำให้เกิดกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ไม่แน่นอนและโหดร้าย เป็นที่ถูกเกลียดชังและถูกโจมตีในสายตาของผู้ปฏิวัติในยุคของการรู้แจ้ง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้นักสิทธิมนุษยชนมีแนวความคิดในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขว่ารัฐจะลงโทษบุคคลได้ต่อเมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น และห้ามมิให้กำหนดโทษโดยกฎหมายให้มีผลบังคับย้อนหลัง (nullum crimen, nulla poena, sine lege poenali anteriori) แนวความคิดดังกล่าวเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงการต่อสู้ทางการเมืองของชนชั้นกรรมาชีพโดยการต่อต้านระบบศักดินาและการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากยิ่งขึ้น

ความเคลือบแคลงสงสัยและการแสดงความเป็นปรปักษ์ต่อผู้พิพากษาในยุคของการรู้แจ้งได้ทวีความรุนแรงขึ้นในยุคของการปฏิวัติฝรั่งเศส ทำให้มีการพัฒนาหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ถึงขีดสุด หลักการดังกล่าวมีผลทำให้การปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดีนั้นศาลต้องตีความตามตัวอักษร⁴

³lettres de cachet คือ จดหมายที่ลงพระปรมาภิไธยโดยพระมหากษัตริย์และรับสนองราชโองการโดยรัฐมนตรี ปิดผนึกด้วยตราประทับ ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการบังคับให้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาที่ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้ แต่ที่เป็นที่รู้จักกันดี คือ คำสั่งเกี่ยวกับการลงโทษจำเลยโดยปราศจากการพิจารณาพิพากษาคดี หรือการให้โอกาสในการต่อสู้คดี ไม่ว่าจะโทษจำคุก การกักบริเวณในโรงพยาบาล หรือการเนรเทศออกนอกราชอาณาจักร

lettres de cachet เป็นรูปแบบการใช้อำนาจโดยมิชอบของกษัตริย์ ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดความไม่พอใจในหมู่ราษฎรและนำไปสู่การปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส

⁴ในงานเขียนของ Beccaria เขากล่าวไว้ว่า "ผู้พิพากษาในคดีอาญาไม่มีอำนาจในการตีความกฎหมายเป็นอย่างอื่นได้นอกจากตีความตามตัวอักษร ด้วยเหตุที่ว่าผู้พิพากษามีใช้

นอกจากนั้นการจัดทำประมวลกฎหมายอย่างกว้างขวางในหลายประเทศซึ่งเริ่มต้นขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ก็มีส่วนทำให้การประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามความต้องการของนักสิทธิมนุษยชนเป็นจริงขึ้นมา แม้ว่าการจัดทำประมวลกฎหมายโดยแท้จริงแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อการปรับปรุงฟื้นฟูขอบเขตของกฎหมายก็ตาม

Montesquieu ผู้ซึ่งเรียกร้องให้การกำหนดความผิดทางอาญาต้องมีการประกาศให้ประชาชนทราบ นอกจากนั้นถ้อยคำในกฎหมายอาญาต้องไม่มีลักษณะกำกวมจนเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาตีความบทบัญญัติของกฎหมายได้ตามอำเภอใจ ข้อเรียกร้องดังกล่าวได้พัฒนาไปเป็นส่วนหนึ่งของหลัก *nullum crimen sine lege* อันเนื่องมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) โดย Montesquieu เห็นว่า เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้พิจารณากำหนดความผิดและโทษอย่างเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ การที่ผู้พิพากษาจะใช้กฎหมายเทียบเคียงหรือจารีตประเพณีเพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลจึงเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ⁵

นอกจากนี้หลัก *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* ก็ยังถูกพัฒนาโดยนักสิทธิมนุษยชนและผู้ยึดถือแนวความคิดผลประโยชน์นิยม (Utilitarian Concept) ซึ่งมีแนวความคิดว่า แม้ว่าการลงโทษการกระทำของบุคคลเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย แต่การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นสิ่งถูกต้องหากมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันสิ่งที่ชั่วร้ายกว่าซึ่งก็คืออันตรายหรือความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้น ด้วยเหตุผลของเรื่องแล้วการกำหนดให้บุคคลต้องรับ

ผู้บัญญัติกฎหมายนั่นเอง...ในการตัดสินคดีอาญาผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงการอนุমানตามลำดับขั้นตอน คือ ลำดับแรก กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีต้องมีผลใช้บังคับทั่วไป ลำดับที่สอง การกระทำของจำเลยเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายหรือฝ่าฝืนกฎหมาย และโดยสรุปแล้วจะต้องลงโทษหรือตัดสินให้จำเลยพ้นผิด..." อ้างใน Stanislaw Pomorski, *American Common Law and The Principle nullum crimen sine lege*, (Poland: PWN-Polish Scientific Publishers, 1975), P. 12.

⁵ในงานเขียนของ Montesquieu เขากล่าวไว้ว่ารัฐบาลทรราชจะมีได้ปกครองประเทศด้วยกฎหมาย ผู้พิพากษาจะเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นตามความประสงค์ของเหล่าทรราชนั้น มิฉะนั้นแล้วจะต้องถูกสงสัยในความภักดี แต่การปกครองในระบอบสาธารณรัฐ โดยเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเองเรียกร้องให้ผู้พิพากษาต้องตีความหมายตามถ้อยคำที่บัญญัติไว้ มิฉะนั้นแล้วอาจมีการตีความแปลกแตกต่างกันไปตามแต่ละบุคคลซึ่งอาจมีอคติในเรื่องดังกล่าวได้, *ibid.*, p.13.

โทษอันเนื่องมาจากการกระทำที่ผ่านมาแล้วของเขาในอดีตไม่ว่าจะโดยการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ให้มีผลย้อนหลัง หรือโดยการตีความบทบัญญัติของกฎหมายโดยผู้พิพากษา ไม่สามารถป้องกันอันตรายหรือความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้นได้ ดังนั้น การกำหนดให้บุคคลต้องรับโทษจึงเป็นสิ่งที่ไร้ความมุ่งหมายและเป็นอันตรายอย่างยิ่ง

Feuerbach ได้รับการยกย่องว่าเป็นผู้พัฒนาหลัก *nullum crimen, nulla poena sine lege* อย่างเป็นระบบ โดยงาน *Lehrbuch des peinlichen Rechts* ของเขาในปี ค.ศ. 1801 ซึ่งเป็นยุคของการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ ได้แบ่งหลัก *nullum crimen, nulla poena sine lege* ออกเป็น 3 หลักการย่อย คือ *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine* และ *nullum crimen sine poena legali* Feuerbach มีอุดมคติทางการเมืองเกี่ยวกับความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย อาญา และถือว่าการกล่าวหาว่าผู้ใดกระทำความผิดโดยที่ผู้นั้นไม่อาจทราบในขณะทีกระทำว่ามีกฎหมายห้ามและกำหนดโทษไว้ นั้นเป็นการลดทอนเสรีภาพที่ถูกรับรองและคุ้มครองไว้ในสัญญาประชาคมและในกฎหมายอาญา นอกจากนั้นเมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษ คือ การข่มขู่ซึ่งเป็นหลักทางจิตวิทยา จะเกิดผลก็ต่อเมื่อสังคมเห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ ทั้งนี้รัฐอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกระทำความผิดได้อีกต่อไป หรืออาจจะแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิด โดยแนวความคิดในการลงโทษเพื่อการข่มขู่ของ Feuerbach นั้นได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดแบบผลประโยชน์นิยมและแนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับการลงโทษ ความคิดของเขาเป็นไปในแนวทางเดียวกับ Bentham โดยเห็นว่า การกำหนดความผิดและโทษต้องกระทำโดยบทบัญญัติของกฎหมาย การใช้กฎหมายใกล้เคียงกันอย่างยิ่งและการบังคับใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลังจะกระทำมิได้ในกฎหมายอาญา⁶

ต่อมาในช่วงการจัดทำประมวลกฎหมายของกษัตริย์ Joseph II (1787) แห่งประเทศออสเตรียได้มีการนำหลัก *nullum crimen, nulla poena sine lege* มาใช้กับกฎหมายอาญาเป็นครั้งแรก โดยประโยคแรกของส่วนที่หนึ่งของประมวลได้กำหนดความหมายของการกระทำ ความผิดทางอาญาไว้ ส่วนประโยคแรกของส่วนที่สองได้กำหนดให้นำหลักนี้ไปใช้กับความผิดที่พิจารณาโทษโดยฝ่ายปกครองด้วย ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษของกษัตริย์ Joseph II ถือเป็นต้นแบบของการปฏิรูปการปกครองในระบบเผด็จการ และถือเป็นการรอมชอมระหว่างสองชนชั้น คือ ชนชั้นขุนนางและชนชั้นกรรมกร⁷ แต่การปฏิรูปดังกล่าวไม่ได้ตอบสนองความ

⁶Jerome Hall. "nulla poena sine lege." *The Yale Law journal* 47 (December 1937) : 169 -170.

ต้องการของนักเรียกร้องสิทธิมนุษยชนเสียทั้งหมด ทั้งนี้ กษัตริย์ Joseph II ได้กล่าวในคำปรารภว่า วัตถุประสงค์ของการปฏิรูปก็เพื่อเป็นการรับรองแก่บุคคลทั่วไปว่าการบริหารงานยุติธรรมต้องตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานเดียวกันตามที่กฎหมายบัญญัติ การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดต้องมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง และการป้องกันมิให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดตามอำเภอใจ

ถ้อยแถลงที่ปรากฏในคำปรารภของประมวลกฎหมายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการนำหลัก nullum crimen sine lege มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนั้นมีที่มาจากแรงผลักดันสองประการ คือ ประการแรก ความต้องการที่จะมีกระบวนการพิจารณาคดีที่ดำเนินถึงสิทธิมนุษยชนและกระบวนการที่จะได้มาซึ่งพยานหลักฐานอย่างมีเหตุผล ประการที่สอง ความปรารถนาที่จะให้มีกระบวนการยุติธรรมที่เป็นรูปแบบเดียวกันทั่วประเทศ ทั้งนี้ ผลจากการกระทำดังกล่าวไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ชนชั้นกรรมพี แต่ยังเป็นการรวมศูนย์อำนาจของกษัตริย์ในการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อีกด้วย

สองปีหลังจากการประกาศใช้ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษของออสเตรียก็ได้มีการประกาศใช้คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง⁷ ตามด้วยรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสซึ่ง

⁷โดยคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในข้อ 6 ข้อ 7 และข้อ 8 ดังนี้

ข้อ 6 กฎหมาย คือ เจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน พลเมืองทุกคนมีสิทธิออกกฎหมายโดยตนเองเข้ามีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยผ่านผู้แทน กฎหมายต้องเป็นสิ่งที่เหมือนกันสำหรับทุกคน ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษ พลเมืองทุกคนย่อมเสมอภาคเท่าเทียมกันตามกฎหมายและในเกียรติยศศักดิ์ศรี ตลอดจนฐานะและตำแหน่งหน้าที่การงาน ทั้งนี้ ตามความสามารถของแต่ละคนโดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ ยกเว้นการแบ่งแยกด้วยความดีและความสามารถของแต่ละคน

ข้อ 7 บุคคลไม่อาจถูกกล่าวหา จับกุม หรือคุมขังได้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้และตามวิธีการตลอดจนรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ใครก็ตามที่บังอาจร้องขอ ถ้ายทอดบังคับการ หรือทำให้มีการบังคับการตามคำสั่งตามอำเภอใจย่อมต้องรับโทษ แต่พลเมืองทุกคนซึ่งได้รับการร้องขอให้ช่วยเหลือตามกฎหมายต้องปฏิบัติตามนั้น การฝ่าฝืนหรือขัดขืนย่อมได้รับโทษเช่นกัน

ประกาศใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน 1791 ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 25 กันยายน 1791 และประมวลกฎหมายทหารซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 กันยายน 1791 โดยกฎหมายเหล่านี้ต่างก็ได้บัญญัติให้นำหลัก nullum crimen, nulla poena sine lege มาปรับใช้ด้วย ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้วินิจฉัยรับรองว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายต่างๆ ที่มีค่าระดับรัฐธรรมนูญ และในปี ค.ศ. 1795 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการออกกฎหมายให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังทั้งทางแพ่งและทางอาญา แต่หลัก nullum crimen, nulla poena sine lege นั้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 4⁸ แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1810⁹

ในการจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศปรัสเซีย (Prussian Landrecht 1794) ก็ได้นำหลักนี้มาใช้บังคับ ต่อมาภายหลังจากที่ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายในประเทศภาคพื้นทวีปในศตวรรษที่ 19 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายทั้งหลายต่างก็นำหลักนี้มาใช้บังคับด้วย สำหรับประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่ได้ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายอาญาของอังกฤษนั้นมิได้จำกัดเพียงแค่มกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่รวมถึง Common law¹⁰ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกรวบรวมโดยศาล การใช้ระบบกฎหมาย

ข้อ 8 กฎหมายอาจกำหนดโทษทางอาญาได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่ง โดยชัดแจ้งเท่านั้น และบุคคลหาอาจต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้นและประกาศใช้ก่อนการกระทำความผิด และการใช้บังคับกฎหมายนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย

⁸ มาตรา 4 ความผิดลหุโทษ ความผิดมัธยมโทษ และความผิดอุกฤษโทษนั้น ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษในขณะที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดไม่ได้

⁹ วิชัย เต็มรัตน์ศิริกุล, “กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักห้ามย้อนหลัง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), น. 53.

¹⁰ ในราวศตวรรษที่ 11 - 15 เมื่อพระเจ้า William ผู้ครองแคว้น Normandy ในประเทศฝรั่งเศสชนะสงครามและได้ปราบดาภิเษกเป็นกษัตริย์ของประเทศอังกฤษแล้ว ได้เริ่มจัดตั้ง Royal Courts ขึ้นทำหน้าที่แทนศาลท้องถิ่น เพื่อรวบรวมอำนาจจากบรรดาขุนนางและศาสนจักรแล้วขยายอำนาจศาลออกไปเหนือศาลของขุนนางละศาลของศาสนจักร จนกระทั่งในปลายสมัยกลาง Royal Courts ก็มีอำนาจครอบคลุมทั่วทั้งราชอาณาจักร วิธีการพิจารณาวินิจฉัยคดีของ Royal Courts นั้นเป็นการใช้เหตุผลไปพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดเป็นข้อพิพาทแล้วศาลวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงนั้น (Ratio

แบบ Common law ของอังกฤษนี้ได้ถูกนำมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย การที่อังกฤษมิได้จัดทำประมวลกฎหมายและบัญญัติหลัก nullum crimen, nulla poena sine lege ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มิได้หมายความว่าระบบกฎหมายอังกฤษไม่ยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด

เหตุการณ์ดังกล่าวสามารถอธิบายได้จากพื้นฐานความแตกต่างกันของโครงสร้างทางสังคมการเมืองระหว่างอังกฤษและประเทศในภาคพื้นทวีปและเหตุการณ์ที่มีผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมาย เนื่องด้วยพัฒนาการในด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของประเทศอังกฤษก้าวหน้าไปยิ่งกว่าประเทศในภาคพื้นทวีป ชนชั้นกระฎุมพีทำการปฏิวัติในประเทศอังกฤษสำเร็จมามากกว่าหนึ่งร้อยปีก่อนที่จะมีการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส แต่เหตุการณ์ที่เป็นชนวนนำไปสู่การปฏิวัติในประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสนั้นมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ซึ่งผลของการปฏิวัติในประเทศอังกฤษไม่รุนแรง ฝังรากลึกและกว้างขวางเท่ากับการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของกฎหมายและการปกครอง ทำให้แนวความคิดทางสังคมการเมืองและบทบาทของกระบวนการยุติธรรมในประเทศอังกฤษแตกต่างอย่างมากจากประเทศในภาคพื้นทวีป

แนวความคิดในเรื่องการปกครองโดยกฎหมายเป็นธรรมเนียมเก่าแก่ที่ฝังรากลึกในประเทศอังกฤษมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน โดยแสดงออกมาในรูปแบบของกฎหมายที่จำกัดอำนาจของกษัตริย์อย่าง Magna Charta โดยในสัญญาของ Bracton ซึ่งทำขึ้นในศตวรรษที่ 13 กล่าวไว้ว่า “กษัตริย์ไม่ควรอยู่ใต้อำนาจของบุคคลใด เว้นแต่ ภายใต้อำนาจของพระเจ้าและภายใต้

decidendi) หลักเกณฑ์เช่นนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ต่างจากการใช้กฎหมายประเพณีของท้องถิ่นแบบเดิม การใช้วิธีนี้เท่ากับเป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายทั่วไป หรือหลัก Common Law และเป็นหลักที่ได้รับการถือปฏิบัติสืบเนื่องกันมาจนถึงปัจจุบัน

โดยที่หลัก Common Law นั้นถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจากหลักเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท ไม่ใช่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจนี้เอง ทำให้มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนมาใช้ในการตัดสินที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแบบเดียวกัน ในภายหลังตามหลักที่ว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน และพัฒนาต่อมาจนเกิดเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent) ในราวปลายศตวรรษที่ 18 อังโน กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 59.-61.

กฎหมายเท่านั้น เนื่องด้วยกฎหมายจะทำให้กษัตริย์เป็นกษัตริย์... ทั้งนี้ หากกษัตริย์ปกครองโดยกฎเกณฑ์ตามอำเภอใจ มิใช่โดยกฎหมาย กษัตริย์นั้นย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะเป็นกษัตริย์” โดยกฎหมายที่จะมีผลบังคับใช้กับบุคคลที่อาศัยอยู่ในราชอาณาจักรซึ่งรวมถึงองค์พระมหากษัตริย์เองด้วย คือ Common Law ซึ่งจะถูกรับใช้และบังคับโดย Central King’s Courts กล่าวโดยสรุป คือ แนวความคิดเกี่ยวกับการปกครองโดยกฎหมายจะมีผลได้จริงหรือไม่ขึ้นอยู่กับความเป็นอิสระของผู้บัญญัติกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมาย

ในอดีตศาล Common Law จะมีความเป็นอิสระจากสถาบันกษัตริย์ เนื่องจากแรงผลักดันของสังคมที่ต้องการจำกัดการใช้อำนาจของสถาบันกษัตริย์ ซึ่งเป็นแรงผลักดันเดียวกันที่ทำให้ King John (John Lackland) ประทับตราลงใน Magna Charta Libertatum ทั้งนี้ เพื่อควบคุมอำนาจของกษัตริย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ศาล Common Law ได้พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความขึ้นมามากมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มที่ จนอาจกล่าวได้ว่าศาล Common Law ได้คัดค้านการใช้อำนาจของอภิสิทธิ์ชนหลายต่อหลายครั้ง เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎร

การจำกัดอำนาจดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่สถาบันกษัตริย์ แต่สถาบันกษัตริย์ก็ไม่สามารถต่อต้านศาลซึ่งมีความเป็นอิสระได้ จึงได้จัดตั้ง Court of Star Chamber ซึ่งเป็นศาลพิเศษแยกออกจากระบบ Common Law ในศตวรรษที่ 16 Court of Star Chamber กลายเป็นสถาบันที่ได้ชื่อว่าเป็นปฏิปักษ์กับเสรีภาพของพลเมือง โดยได้มีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่าง High Commission และ Court of Common Pleas เนื่องจาก High Commission ดำเนินการตามนโยบายของ Court of Star Chamber โดยการออกหมายจับนอกเขตอำนาจของตน Court of Common Pleas จึงยุติการดำเนินการโดยการออกหมายห้ามกระทำการใดๆ ต่อไป เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นความขัดแย้งกันระหว่างสองแนวความคิด คือ แนวความคิดเกี่ยวกับการปกครองโดยกฎหมายและแนวความคิดเกี่ยวกับการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์¹¹ ต่อมาสถาบันพิเศษต่างๆ เหล่านี้ก็ถูกล้มเลิกไปในที่สุด โดยรัฐสภาได้ยกเลิก Star Chamber ในปี 1641 ส่วนสถาบันอื่นก็ถูกยกเลิกในช่วงเวลาของการปฏิวัติ The Common Law Court ซึ่งได้ตัดสินคดีโดยยึดถือหลักนิติธรรมมาอย่างยาวนานมีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้นภายหลังจากเหตุการณ์การต่อสู้กับราชวงศ์ Stuarts นอกจากนั้นแนวความคิดของ Coke ในเหตุการณ์การโต้แย้งกับ King James กลายเป็นหลักการสำคัญที่นำมาสู่ชัยชนะของชนชั้นกระฎุมพีในประเทศอังกฤษ

¹¹Stanislaw Pomorski, *supra* note 4, p.18.

หากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างผู้พิพากษาในประเทศภาคพื้นทวีปและประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 18 แล้วจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ ศาลในภาคพื้นทวีปยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำบัญชาขององค์พระมหากษัตริย์ ศาลจึงเป็นศัตรูต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและหลัก nullum crimen sine lege แต่องค์กรศาลในประเทศอังกฤษกลับเป็นองค์กรหลักในการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของราษฎร

นอกจากนั้น Grünhut ยังมีความเห็นว่าระบบกฎหมายอังกฤษได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองป้องกันสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยผ่านทางกระบวนการ (procedures) หรือสถาบัน (institutions) มากกว่าการคุ้มครองป้องกันโดยทางเนื้อหาของกฎหมาย (สารบัญญัติ) ในขณะที่ Voltaire และนักปฏิวัติต่อต้านระบบศักดินาคนอื่น ๆ ได้ต่อสู้กับกระบวนการพิจารณาคดีโดยลับ วิธีการทรมาน วิธีแสวงหาพยานหลักฐานที่แปลกประหลาด จำเลยในประเทศอังกฤษกลับได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ไม่ว่าจะจากการที่กฎหมายกำหนดภาระการพิสูจน์ การตัดสินคดีโดยคณะลูกขุนในศาลที่พิจารณาคดีอย่างเปิดเผยภายหลังจากที่ได้รับฟังพยานหลักฐานของคู่กรณีแล้ว ซึ่งการรับฟังพยานหลักฐานจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่เข้มงวด ดังนั้น การปรับใช้หลัก nullum crimen sine lege ในระบบกฎหมายอังกฤษและในประเทศภาคพื้นทวีปจึงไม่ได้มีลักษณะเหมือนกันทุกประการ

อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1696 ประเทศอังกฤษได้ห้ามการออกกฎหมายลงโทษบุคคลย้อนหลัง สำหรับการกระทำที่ไม่ได้เป็นความผิดซึ่งจะต้องถูกลงโทษโดยกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้น (Bills of Attainder) โดยเริ่มแรกใช้กับกฎหมายที่มีโทษประหารชีวิตก่อน แล้วต่อมาจึงใช้บังคับกับกฎหมายที่มีโทษทุกประเภท

2.1.2 หลักไม่มีโทษโดยไม่มีความชั่ว (nulla poena sine culpa)

ในเบื้องต้นจะขอกล่าวถึงแนวความคิดทางปรัชญาที่มีอิทธิพลต่อการพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลโดยทั่วไป โดยในสมัยกรีกแนวความคิดทางปรัชญาที่เกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญาที่พิจารณาถึงองค์ประกอบทางจิตใจ คือ แนวความคิดในเรื่องจิตและสสาร (Form and matter) ซึ่งในทางปรัชญาเป็นความพยายามของมนุษย์ที่จะอธิบายถึงความมีอยู่ของสรรพสิ่งในโลกนี้ โดยแบ่งแยกออกเป็น 2 องค์ประกอบดังกล่าว นักปรัชญาสมัยกรีกโดยเฉพาะอย่างยิ่งเพลโตได้ยืนยันและอธิบายถึงสิ่งเหล่านี้ และในด้านจริยศาสตร์หรือในเรื่องของความดีความชั่วนั้นก็เป็นการพิจารณาถึงสภาวะแห่งจิตนั่นเอง ทั้งนี้ เพราะนักปรัชญาเหล่านี้ถือว่าจิตเป็นตัวกำหนดสสาร และในส่วนที่เกี่ยวกับมนุษย์เราจิตของมนุษย์มีเสรีภาพที่จะกระทำในสิ่งใดๆ ก็ได้ ซึ่งใน

ส่วนนี้อาจกล่าวได้ว่ามนุษย์มีเจตจำนงเสรี (Free will) มนุษย์จะกระทำดีหรือชั่วขึ้นอยู่กับจิตใจเป็นตัวกำหนดการกระทำ ดังนั้น ในด้านความรับผิดชอบทางอาญาถ้าหากไม่ได้มีจิตใจชั่วร้ายแล้ว การกระทำแม้จะก่อให้เกิดผลร้ายขึ้นก็ไม่มีควมรับผิดชอบจะเห็นได้จากคำกล่าวของ Aristotle ใน Ariston's speech against Konon ซึ่งยกตัวอย่างไว้ว่า หญิงซึ่งเอายาเสน่ห์ (Philtre) ให้ชายคนรักทาน ต่อมาชายนั้นตายเพราะยาเสน่ห์นั้น จะถือว่าหญิงนั้นมีความผิดฐานฆ่าชายคนรักตายโดยวางยาพิษไม่ได้ เพราะหญิงนั้นไม่มีเจตนาที่จะกระทำการดังกล่าว ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความเป็นมาของความรับผิดชอบทางอาญาที่พิจารณาถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำหรือเจตนาในยุคกรีกนั้นมีรากฐานมาจากหลักปรัชญาทางจริยศาสตร์

ต่อมาในสมัยโรมันเมื่อพิจารณาจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่ปรากฏแล้วไม่พบว่าการพิจารณาสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล ทั้งนี้อาจเป็นเพราะกฎหมายโรมันเน้นหนักไปในเรื่องทางแพ่งเกี่ยวกับการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างเอกชน

ในสมัยกลาง (Medieval age) อันเป็นยุคต่อจากยุคจักรวรรดิโรมันนั้น ศาสนาคริสต์เข้ามามีอิทธิพลเป็นอย่างมากในการกำหนดและนำวิถีชีวิตของคนในยุคนี้ อาจกล่าวได้ว่าศาสนจักรที่มีศูนย์กลางอยู่ที่กรุงโรมนั้นมีอำนาจเหนือในการกำหนดความเป็นไปของอาณาจักรในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ที่เกี่ยวกับการพิจารณาถึงความรับผิดชอบจากจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ (mens rea) อันเป็นการพิจารณาในแง่อัตวิสัย (Subjective) ดังปรากฏใน Leges Henrici ของ St. Augustine ที่ว่า "ream linguam non facit, nisi mens rea" ซึ่งมีความหมายเหมือนกับที่กล่าวมาแล้ว คือ "An act does not make guilty, unless the mind be guilty" อันเป็นการกำหนดรูปแบบของการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งตั้งอยู่บนรากฐานแห่งกฎหมายศีลธรรม (moral) และเป็นการแบ่งแยกองค์ประกอบความผิดทางอาญาออกเป็นองค์ประกอบด้านกายภาพหรือการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ (mental element) อย่างชัดเจนโดยมิได้พิจารณาเฉพาะการกระทำเหมือนดังแต่ก่อน ความรับผิดชอบจึงพัฒนามาเป็นความรับผิดชอบทางอาญาที่ต้องการเจตนาโดยกว้างๆ

ส่วนพัฒนาการของหลักความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาในสมัยเริ่มแรกหรือชุมชนบุพกาลนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การลงโทษเป็นไปในรูปของการแก้แค้นและจองเวร โดยผู้ที่เสียหายจากการกระทำนั้นจะต้องหาทางแก้แค้นเอาเอง สมาชิกในกลุ่มหรือเผ่าจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องเพราะถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของคู่อริ แต่ยอมรับว่าผู้เสียหายจากการกระทำควรมีสติแก้แค้นหรือตอบโต้การกระทำที่เป็นความผิดได้ ต่อมาสังคมขยายขนาด

มากขึ้น การปล่อยให้สมาชิกในสังคมทำการแก้แค้นทดแทนกันเองอย่างไม่มีที่สิ้นสุดอาจก่อให้เกิดความวุ่นวาย ประกอบกับการกระทำผิดบางอย่างมีผลเป็นการคุกคามต่อความสงบเรียบร้อยของชุมชนและทำลายอำนาจของผู้ปกครองชุมชนอีกด้วย ดังนั้น ผู้ปกครองชุมชนจึงวางมาตรการหรือกฎหมายที่ห้ามมิให้บุคคลในสังคมกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น มิฉะนั้น จะต้องถูกลงโทษทางร่างกายอย่างรุนแรงเพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นกระทำการอย่างเดียวกันนี้อีก อำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงตกเป็นของชุมชนหรือบ้านเมือง

ทั้งนี้ ในส่วนของการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบนั้นจะพิจารณาจากการกระทำที่มีลักษณะที่ก่อให้เกิดอันตราย (harm) มากกว่าการพิจารณาโดยเน้นถึงองค์ประกอบทางจิตใจ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในสมัยนั้นความรับผิดชอบทางอาญาเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด (Absolute Liability) สาเหตุที่เป็นเช่นนั้นน่าจะเป็นเพราะเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง เนื่องจากการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นเป็นไปเพื่อแก้แค้นหรือชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของจำเลย ซึ่งหลักอันนี้ปรากฏให้เห็นตั้งแต่มนุษย์ยังเป็นชนเผ่าเร่ร่อนอยู่ซึ่งเมื่อมีการทำร้ายกันก็จะมี การแก้แค้นกันกลับไปกลับมาไม่มีที่สิ้นสุด โดยมีได้ค่านึงว่าการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายและทรัพย์สินนั้น ผู้กระทำได้กระทำในภาวะจิตใจอย่างไร ประการที่สอง เนื่องจากในสมัยก่อนนั้นกฎหมายและศีลธรรมเป็นเรื่องที่ยังแยกกันไม่ออก การกระทำผิดกฎหมายก็เท่ากับเป็นการละเมิดต่อความรู้สึกลึกซึ้งนึกคิดในทางศีลธรรมของชุมชนด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ไมจำเป็นต้องไปพิจารณาว่าสภาวะแห่งจิตใจของผู้กระทำนั้นชั่วร้ายและไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งศีลธรรมอันอาจถูกตำหนิได้ (blameworthiness) หรือไม่ คงพิจารณาเฉพาะการกระทำอย่างเดียวเท่านั้น ประการสุดท้าย การพิสูจน์ถึงสภาวะแห่งจิตของผู้กระทำนั้นทำได้ยากหากการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบไปเน้นที่สภาวะทางจิตใจมากก็จะเกิดความขัดข้องในการดำเนินการให้ต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายของชุมชนยุคนั้น

ต่อมาเมื่อแนวความคิดทางศาสนาคริสต์เข้ามามีบทบาทมากขึ้นในสมัยกลาง (Medieval Age) การพิจารณากำหนดความรับผิดชอบก็เริ่มมาเน้นที่สภาวะแห่งจิตใจของผู้กระทำความผิดจากที่เคยเน้นเฉพาะการกระทำอย่างเดียว ซึ่งก่อให้เกิดหลักความรับผิดชอบทางอาญาโดยทั่วไปที่ว่า บุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา ถ้าไม่มีเจตนาแล้วการกระทำนั้นก็ไม่เป็นผิดดังสุภาษิตทางกฎหมายอาญาที่ว่า *actus non facit reum nisi mens sit rea* โดยเริ่มตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา จนถึงช่วงของการเปลี่ยนแปลงเข้าสู่สังคมอุตสาหกรรมเมื่อสังคมเติบโตสมาชิกในสังคมเพิ่มจำนวนมากขึ้น ความสัมพันธ์ของสมาชิกในสังคมก็มีความสลับซับซ้อนมากขึ้นอันเป็นผลมาจากการปฏิวัติทางอุตสาหกรรม เมื่อการประกอบกิจการทางด้าน

อุตสาหกรรมเจริญรุ่งเรืองขึ้นทำให้ความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสาธารณะเพิ่มขึ้น แต่เนื่องจากผู้ประกอบการเป็นองค์กรที่มีความสลับซับซ้อนทำให้ไม่อาจหาตัวผู้รับผิดชอบได้ เมื่อเกิดการกระทำที่ละเมิดกฎหมายอาญาและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

เนื่องจากปัญหาที่เกิดขึ้นจากความหมายที่เปลี่ยนแปลงไปของคำว่าบุคคลในทางกฎหมายเหล่านี้เองทำให้เกิดความจำเป็นในการก่อให้เกิดหลักการกำหนดความรับผิดในทางอาญาอีกจากที่มีอยู่เดิมเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนไป เพื่อให้กลไกอำนาจความยุติธรรมในทางอาญาดำเนินต่อไปได้ หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดทางอาญาใหม่นี้ก็คือ ความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนา ซึ่งเริ่มกำเนิดขึ้นประมาณกลางศตวรรษที่ 19 โดยมีรากฐานจากเรื่องละเมิด (Tort) ในทางแพ่งในเรื่องเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อสาธารณะ (public nuisance) โดยในคดี Regina V. Wood row ในปี 1846 ศาลได้ตัดสินให้จำเลยมีความผิดฐานที่มียาสูบซึ่งมีการปลอมปนไว้ในครอบครองและขายให้แก่ลูกค้า แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้มีเจตนา แต่ก็ถือว่าจำเลยประมาทเนื่องจากมิได้ใช้ความระมัดระวังให้ดีในการตรวจวิเคราะห์ยาสูบที่อยู่ในความครอบครองของตนให้ดีเสียก่อนที่จะนำไปจำหน่ายซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่สาธารณะชนได้

ต่อมาในคดี The Queen V. Stephen, L.R. 1 Q.B. 702 (1866) ศาลได้ตัดสินว่าจำเลยมีความผิดแม้ว่าจะไม่ได้มีเจตนาที่จะทิ้งวัสดุที่เกิดจากการระเบิดหินลงในแม่น้ำทำให้กีดขวางต่อการเดินเรือ หรือสั่งให้คนงานกระทำการเช่นนั้น คดีต่างๆ ดังกล่าวก่อให้เกิดหลักความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาขึ้นมา ซึ่งต่อมารัฐสภาได้นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายในรูปของกฎหมายคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ของสาธารณะ (public welfare offences)

ในสหรัฐอเมริกาเองก็มีพัฒนาการในเรื่องหลักความรับผิดทางอาญาโดยไม่ต้องการเจตนาเช่นเดียวกัน โดยเริ่มแรกแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาก็เป็นไปตามหลักที่ว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา โดยในคดี Myers V. State ในปี 1816 ศาลชั้นต้นของรัฐแมสซาชูเซตในเมืองคอนเนตทิคัทได้ตัดสินลงโทษจำเลยในกรณีละเมิดกฎหมายโดยยอมให้เช่ารถบรรทุกในวันอาทิตย์ กรณีไม่เข้าช้อยกเว้นที่จำเลยจะไม่ต้องรับผิดหากได้กระทำไปเพื่อความจำเป็นและการกุศล ต่อมาศาลสูงได้กลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและปล่อยตัวจำเลยไปโดยอ้างว่าจำเลยสำคัญผิดโดยสุจริตและให้เช่ารถบรรทุกไปโดยเข้าใจว่าจะนำไปเพื่อใช้ในการกุศล และการลงโทษบุคคลโดยปราศจากองค์ประกอบทางจิตใจเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของความรับผิดทางอาญา แต่ศาลสูงก็ได้ตัดสินคดีกลับหลักเดิมในคดี Branes V. State ในปี 1849 ให้จำเลยต้องรับผิดฐานขายสุราให้แก่คนที่เมาแล้ว แม้ว่าจำเลยไม่ทราบว่าผู้ที่มา

ข้อสุรากับตนนั้นมาหรือไม่ ต่อมาหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาโดยไม่ต้องการเจตนาก็ได้ขยายออกไปอย่างรวดเร็วทั่วประเทศ

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาโดยไม่ต้องการเจตนาได้ขยายออกไปอย่างรวดเร็วไปสู่ฐานความผิดชนิดอื่นๆ ที่มีลักษณะกระทบกระเทือนต่อสวัสดิภาพและผลประโยชน์ของสาธารณชน ก่อให้เกิดบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาในรูปแบบต่างๆ เพื่อสนองกับความต้องการของสังคมที่มีลักษณะซับซ้อนและกำลังขยายตัวออกไปในรูปของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นระเบียบข้อบังคับในทางบริหารซึ่งไม่เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องความผิดส่วนบุคคล (personal guilt) อันเป็นแนวทางใหม่ของกฎหมายอาญาที่เบี่ยงเบนจากแนวความคิดแบบปัจเจกชนนิยม (individualism) ในสมัยศตวรรษที่ 19 อันเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์เอกชนล้วนๆ มาเป็นแนวความคิดแบบส่วนรวมนิยม (collectivism) หรือคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณชนนั่นเอง ดังจะเห็นได้จากความผิดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบอันเป็นกฎหมายเทคนิคชนิดหนึ่ง ซึ่งใช้รักษาความสงบให้เกิดแก่ส่วนรวมในสังคม เช่น ความผิดตามกฎหมายจราจร ยาเสพติด หรือการซื้อขายวัตถุมีนเมา การซื้อขายครอบครองวัตถุระเบิด เป็นต้น ซึ่งเป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นเด่นชัดที่สุด แต่เนื่องจากหลักของคำพิพากษาและบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนานี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ยกเว้นจากหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงถูกจัดแบ่งแยกออกมาต่างหากจากความผิดอาญาที่แท้จริงโดยทั่วไปและมีลักษณะเฉพาะ โดย Professor Sayre ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าวไว้ว่ามีลักษณะดังต่อไปนี้

1. เป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา
2. โทษที่กำหนดสำหรับความผิดดังกล่าวมักจะเป็นโทษปรับไม่ใช่โทษจำคุก

ส่วนพัฒนาการของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาในระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปนั้น เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปได้รับอิทธิพลโดยตรงจากระบบกฎหมายโรมัน แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาก็มีความเป็นมาเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายอังกฤษและอเมริกาดังที่กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ ได้รับอิทธิพลมาจากหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมของศาสนาคริสต์ในสมัยกลางที่ว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยมีเจตนาชั่วร้าย และได้ยึดถือเป็นหลักใหญ่ในกฎหมายอาญาตลอดมา

จนกระทั่งตอนต้นศตวรรษที่ 19 อันเป็นยุคที่ความคิดในทางปรัชญาแบบวิทยาศาสตร์ธรรมชาติ คือ หลักการค้นคว้าหาความจริงโดยการสังเกตและทดลอง (empiricis) ได้รับความนิยม

สูงสุด สิ่งที่ไม่อาจสัมผัสจับต้องได้ถือว่าเป็นสิ่งที่เลื่อนลอยและไม่อาจเป็นจริงได้ โดยในสาขากฎหมายก็เกิดสำนักความคิดทางกฎหมายแบบปฏิฐานนิยม (positivism) ขึ้นเช่นกัน ปรัชญาทางกฎหมายของสำนักความคิดนี้เน้นในเรื่องการศึกษาข้อเท็จจริง (fact) ยิ่งกว่าทฤษฎี (concept) กฎหมายอาญาเป็นเรื่องกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ นักคิดของสำนักความคิดนี้เน้นในเรื่องการสังเกตพฤติกรรมของมนุษย์และไม่เห็นด้วยกับการลงโทษการกระทำหรือความรับผิดทางอาญาโดยพิจารณาองค์ประกอบทางจิตใจเป็นหลัก เนื่องจากมนุษย์ไม่มีจิตใจเป็นอิสระและพฤติกรรมถูกกำหนดจากสิ่งภายนอก (determinism) นอกจากนี้พวกเขายังเห็นว่าไม่มีความแตกต่างระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง โดยเฉพาะ Ferri นักคิดชาวอิตาลียืนยันว่าไม่มีความแตกต่างในสาระสำคัญเลย ดังนั้น จึงได้มีการรับแนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดเด็ดขาดในทางแพ่งซึ่งแม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาก็ต้องรับผิดเข้ามาใช้ในกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับสวัสดิภาพและผลประโยชน์ของสาธารณะ (public welfare offences) แต่ในความผิดอาญาที่มีรากฐานทางศีลธรรมนั้นก็ยังคงใช้หลักความรับผิดที่ต้องมีเจตนาอยู่

สำหรับหลักความรับผิดเด็ดขาดในทางแพ่งนี้มีพื้นฐานมาจากเรื่องละเมิดเช่นเดียวกับทางแองโกลอเมริกาที่ตั้งที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ประเทศในภาคพื้นทวีปนั้นได้เริ่มจากแนวความคิดในทางทฤษฎีเรื่องความเสี่ยง (Theory of risk) อันเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดชอบเมื่อเกิดผลดังกล่าวขึ้นไม่ว่าตนอาจคาดหมายได้หรือไม่ก็ตาม ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะในสังคมอุตสาหกรรม (industrialized societies) นั้นมีความหลากหลายและซับซ้อนเกินกว่าที่จะนำเอาหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแบบดั้งเดิมมาใช้ ซึ่งถ้าหากไม่กระทำเช่นนั้นแล้ว ความเสียหายย่อมตกอยู่กับเอกชนและสาธารณชนโดยไม่อาจแก้ไขได้ ดังนั้น จึงมีการยอมรับเอาหลักความรับผิดเด็ดขาดนี้มาใช้ในกฎหมายแพ่งก่อนแล้วจึงนำมาใช้กับความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวกับสวัสดิภาพและผลประโยชน์สาธารณะดังที่กล่าวข้างต้น¹²

2.1.3 หลักการห้ามมิให้ลงโทษการกระทำผิดกรรมเดียวสองครั้ง (ne bis in idem)

หลักกฎหมายนี้ได้รับการพัฒนามาตั้งแต่ในอดีตและถูกนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศโดยจำกัดอยู่เฉพาะในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวแล้วอาจแบ่งหลักกฎหมายดังกล่าวได้ใน 2 ลักษณะ คือ nemo debet bis vexari pro una et eadem causa (no one should have to face more than one

¹² จีรวุฒิ เตชะพันธุ์, “ความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), น. 19-30.

prosecution for the same offence.) หมายความว่า บุคคลไม่ควรจะได้รับความเดือดร้อนจากการถูกดำเนินกระบวนพิจารณามากกว่าหนึ่งครั้งด้วยเหตุอันเดียวกัน และ *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (no one should be punished twice for the same offence.) หมายความว่า บุคคลไม่ควรจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำความผิดกรรมเดียวถึงสองครั้ง โดยในบางประเทศก็เรียกหลักนี้ว่าหลักการห้ามลงโทษซ้ำ (The prohibition of double punishment) ซึ่งขอบเขตและรายละเอียดของการปรับใช้หลัก *ne bis in idem* ในแต่ละประเทศนั้นมีความหลากหลายแตกต่างกันไป ต่อมาได้พัฒนาเป็นหลักการฟ้องซ้ำ ฟ้องซ้อน และการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ¹³ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดที่จะคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความเป็นธรรมและเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลจากการถูกดำเนินคดีอาญาและการถูกลงโทษจากรัฐ อันสอดคล้องกับหลักนิติธรรม (Rule of Law) และความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)¹⁴ นอกจากนี้ยังเป็นส่วนหนึ่งของหลักการพิจารณาที่เหมาะสมและเป็นธรรม (due law and fair trial) และอีกนัยหนึ่งถือเป็นการเคารพต่อหลักความเด็ดขาดและเป็นที่สุดของคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท (*res judicata*)¹⁵

หลักการห้ามมิให้ลงโทษการกระทำความผิดกรรมเดียวสองครั้ง หรือหลักการห้ามพิจารณาลงโทษการกระทำความผิดกรรมเดียวสองครั้งนี้มีรากฐานมาจากกฎหมายกรีกและโรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปรากฏใน Talmud Law และ Common Law ซึ่ง Justice Black อธิบายหลักนี้โดยปรากฏจากคำแปลของ St. Jerome ใน 391 A.D. of 1 Nalum 9 (Douay Version) ว่า “There shall not rise a second affliction” ซึ่งหมายความว่าพระเจ้าทรงห้ามมิให้ลงโทษการกระทำกรรมเดียวกันถึงสองครั้ง และคำแปลนี้ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติในศาสนจักรว่า “Not

¹³ในระบบกฎหมายบางประเทศหลักการห้ามมิให้ลงโทษการกระทำความผิดกรรมเดียวสองครั้งนั้นมีความหมายกว้าง โดยหมายความรวมถึงการห้ามดำเนินกระบวนพิจารณาลงโทษการกระทำความผิดกรรมเดียวสองครั้งด้วย

¹⁴ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล, “บันทึกประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39 (4) และคำพิพากษาฎีกาหมู่ (มาตรา 39(4))”, *วารสารกฎหมายปกครอง*, ปีที่ 4, ฉบับที่ 3, (กันยายน - ธันวาคม, 2521), น. 92.

¹⁵John A.E. Vervaele, “The transnational *ne bis in idem* principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights,” <<http://www.utrechtlawreview.org/publish/articles/000011/english.html>>

even God judges twice for the same act.” หมายความว่า แม้แต่พระเจ้าเป็นเจ้าก็ไม่ทรงพิพากษาสองครั้งในการกระทำอันเดียวกันนั้น¹⁶

ในกฎหมายโรมันได้บัญญัติหลักการไว้กว้างๆ ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องไม่ถูกรังควานหรือรับความลำบากสองครั้ง หรือรับโทษสองครั้งสำหรับการกระทำความผิดอันเดียวกัน โดยสุภาษิตกฎหมายในภาษาละตินที่ระบุเกี่ยวกับหลักการดังกล่าวไว้มีดังนี้¹⁷

1. nemo debet bis puniri pro uno delicto แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No one ought to be punished twice for the same offense.” หมายความว่า บุคคลไม่ควรจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำผิดกรรมเดียวถึงสองครั้ง

2. nemo debet bis vexari pro eadem causa แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No one should be twice troubled for the same cause.” หมายความว่า บุคคลไม่ควรจะได้รับความเดือดร้อนด้วยเหตุเดียวกันถึงสองครั้ง

3. nemo debet bis vexari pro una et eadem causa แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No one ought to be twice troubled for one and the same cause.” หมายความว่า บุคคลไม่ควรจะได้รับความเดือดร้อนด้วยเหตุอันเดียวกันถึงสองครั้ง

4. nemo debet bis vexari, si constet curiae quod sit pro una et eadem causa แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “No one ought to be twice troubled, if it appears to the court that it is for one and the same cause of action.” หมายความว่า บุคคลไม่ควรจะได้รับความเดือดร้อนถึงสองครั้ง หากความปรากฏแก่ศาลว่าเหตุที่นำมาซึ่งความเดือดร้อนนั้นเป็นเหตุอย่างเดียวกัน

ทั้งนี้ จากสุภาษิตกฎหมายโรมันดังกล่าวจึงสรุปความได้ว่าหลักการห้ามมิให้ลงโทษการกระทำผิดกรรมเดียวสองครั้งในความหมายอย่างแคบนั้น หมายความว่า การห้ามมิให้ลงโทษการกระทำผิดกรรมเดียวกันสองครั้งเท่านั้น แต่อาจมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาโทษความผิดกรรมเดียวกันสองครั้งได้ ส่วนในความหมายอย่างกว้างนั้น หมายความว่า ห้ามมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือลงโทษการกระทำผิดกรรมเดียวกันสองครั้ง

¹⁶กิตติพงษ์ ศิริโรจน์, “ฟ้องซ้ำในคดีอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น. 4-5.

¹⁷Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 7th edition, (United States of America: West Publishing co., 1990), p.1660.

ต่อมาได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าว โดยประเทศในภาคพื้นทวีปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 103 (3)¹⁸ ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz) ว่าบุคคลไม่ควรได้รับการลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายอาญามากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการทำความผิดกรรมเดียว ส่วนในประเทศอังกฤษก็ได้พัฒนาเป็นหลักในคอมมอนลอว์ว่า บุคคลจะไม่ถูกนำไปสู่ภัยอันตรายในชีวิตหรือร่างกาย (life of limb) หลายครั้งสำหรับความผิดเดียวกัน (one and the same offense) ซึ่งในปัจจุบันได้นำมาบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ของประเทศสหรัฐอเมริกา (The Fifth Amendment of the United State Constitution) ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1791

เดิมในระบบกฎหมายอังกฤษยุคโบราณซึ่งได้แก่ Frankish Law และ Norse Law นั้นยังไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับการห้ามการลงโทษการทำความผิดกรรมเดียวสองครั้ง จึงได้มีการรื้อฟื้นคดีขึ้นฟ้องร้องใหม่เสมอ ต่อมาในศตวรรษที่ 12 ได้มีคดีพิพาทระหว่าง St. Thomas Becket กับ พระเจ้าเฮนรีที่ 2 ในประเด็นที่ว่า จำเลยถูกศาลศาสนาจักร (clerics) ลงโทษในความผิดหนึ่งมาแล้ว ต่อมาจำเลยคนเดียวกันก็ถูกศาลอาณาจักร (lay court) พิพากษาลงโทษอีก จึงมีความคิดที่จะนำหลัก res judicata หรือ Double Jeopardy มาใช้ตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 เป็นต้นมา และได้พัฒนาจนกลายเป็นส่วนหนึ่งของคอมมอนลอว์ในศตวรรษที่ 18¹⁹

¹⁸Article 103. Basic rights in the courts.

(1) In the courts everyone shall be entitled to a hearing in accordance with the law.

(2) An act can be punished only where it constituted a criminal offence under the law before the act was committed.

(3) No one may be punished for the same act more than once under general criminal legislation.

อ้างใน Mahendra p. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2nd edition, (Berlin: Springer, 2001),p. 284.

¹⁹กิตติพงษ์ ศิริโรจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 13.

อย่างไรก็ตามภายหลังจากการตัดสินคดี *Connelly v. D.P.P.* (1964) A.C. 1254²⁰ อังกฤษก็ได้พัฒนาหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่าบุคคลจะไม่ตกอยู่ในห้วงภยันตรายในชีวิตของเขา มากกว่าหนึ่งครั้งในการกระทำความผิดเดียวกันนั้น กล่าวคือ เมื่อจำเลยถูกชี้ขาดว่ามีความผิด (convict) หรือยกฟ้อง (acquit) ในความผิดหนึ่งแล้ว ก็ห้ามมิให้นำตัวจำเลยมาพิจารณาพิพากษาในความผิดเดียวกันนั้นอีก

ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นหลัก *ne bis in idem* ได้ถูกพัฒนามาตั้งแต่ในอดีตบนพื้นฐานของหลักความยุติธรรมในทางเนื้อหา ข้อเรียกร้องต่อหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายและหลักความได้สัดส่วน ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาที่เป็นรูปธรรม ขอบเขตและผลในทางปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของหลัก *ne bis in idem* นั้นได้แสดงผ่านบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรซึ่งกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) และคำพิพากษาของศาลฎีกาสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Bundesgerichtshof, BGH) โดยประมาณปี ค.ศ. 1902 ศาลฎีกา (Reichsgericht ปัจจุบัน คือ BGH) ได้พิพากษายืนยันหลักการดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาลงวันที่ 30 กันยายน (RGST 2, 347 ff) ว่าจำเลยมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการถูกดำเนินคดีเพื่อลงโทษซ้ำซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์²¹

²⁰*Connelly v. D.P.P.* (1964) A.C. 1254 มีข้อเท็จจริงสรุปความได้ว่า คนร้ายสี่คน พร้อมด้วยอาวุธปืนบุกปล้นร้านสหกรณ์มิทแชม (Mitcham Co-operative Society) เป็นเหตุให้ชายคนหนึ่งถูกยิงถึงแก่ความตาย Director of Public Prosecution (D.P.P) จึงฟ้อง Connolly เป็นจำเลย ถูกขุนชี้ขาดว่าจำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (murder) แต่ศาลสูงได้ยกคำพิพากษาดังกล่าว D.P.P จึงฟ้อง Connolly เป็นอีกสำนวนหนึ่งในข้อหาปล้นทรัพย์ในระหว่างที่มีการกระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา จำเลยจึงยื่นข้อคัดฟ้องว่าจำเลยเคยถูกชี้ขาดให้ยกฟ้อง (plea of autrefois acquit) มาแล้ว แต่ศาลชั้นต้นเห็นว่ามีใช่เป็นกรณีที่ขัดกับหลักบุคคลจะไม่ตกอยู่ในห้วงภยันตรายในชีวิตของเขา มากกว่าหนึ่งครั้งในการกระทำความผิดเดียวกัน จึงสั่งยกคำร้องขอคัดฟ้อง จำเลยได้ยื่นอุทธรณ์ต่อสภาขุนนาง (The House of Lords) ซึ่งสภาขุนนางได้พิพากษายืนตามคำสั่งของศาลชั้นต้น

²¹Wolfgang Schomburg, "Germany, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"," <<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-941.htm>>

2.2 สาระสำคัญของหลักประกันในทางกฎหมายอาญา

2.2.1 หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)²² ในระบบกฎหมายเยอรมันถือเป็นหลักการเดียวกับหลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง ดังคำกล่าวที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เพียงแต่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง โดยการเพิ่มเงื่อนไขในแง่ของความชัดเจน สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับความผิดและโทษทางอาญาซึ่งถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญ²³ ทั้งนี้ การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาโดยกฎหมายจะต้องวางอยู่บนพื้นฐาน 4 ประการ²⁴ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. หลักการกระทำ (Tatprinzip) มีหลักเกณฑ์ว่าการกำหนดความผิดหรือโทษจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการกระทำซึ่งหมายความรวมถึงการละเว้นไม่กระทำการด้วย มิใช่เป็นเพียงแค่ว่าความคิด (Gesinnung)

2. หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย (Gesetzlichkeitsprinzip) มีหลักเกณฑ์ว่าการกำหนดโทษจะกระทำได้อีกแต่โดยกฎหมายเท่านั้น และกฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้รับการพิจารณาจากรัฐสภา (Gesetzesvorbehalt) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ ประการแรก เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยบุคคลควรจะได้ทราบล่วงหน้าว่าการกระทำในลักษณะใดที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำ มิเช่นนั้นจะต้องถูกลงโทษ ประการที่สอง เพื่อเป็นหลักประกันว่าเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติเท่านั้นที่กำหนดโทษทางอาญาได้ หลักการดังกล่าวเป็นหลักประกันที่จะปกป้องประชาชนจากการใช้อำนาจโดยอำเภอใจและการขยายขอบเขตของโทษทางอาญาโดยรัฐ

3. หลักความแน่นอนชัดเจน (Bestimmtheitsgrundsatz) เป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งภายใต้หลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้บทบัญญัติของกฎหมายต้องมีความชัดเจนในระดับเพียงพอที่จะทำให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ แม้ว่าลักษณะโดยทั่วไปของกฎหมาย คือ การ

²²ในระบบกฎหมายของประเทศภาคพื้นทวีปจะใช้คำว่า “Principle of Legality” แทนในบางครั้งก็กล่าวอ้างถึงหลักดังกล่าว

²³บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 332-334.

²⁴บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 34-35.

กำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นนามธรรมและมีลักษณะเป็นการทั่วไปก็ก็ตาม นอกจากนั้นแล้วยังเป็นการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจในการพิจารณาพิพากษาของผู้พิพากษา อนึ่ง หลักดังกล่าวจะถูกเรียกร้องมากยิ่งขึ้นในกรณีของกฎหมายอาญา เมื่อมีการกำหนดโทษสูงขึ้น กฎหมายอาญายังต้องมีความแน่นอนชัดเจนมากขึ้น อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวมิได้ห้ามการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (unbestimmte rechtsbegriffe) ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการตีความโดยผู้พิพากษา

4. หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Rueckwirkungsverbot) เป็นหลักหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit) ซึ่งเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว สำหรับในส่วนของกฎหมายอาญานั้นหลักนี้เป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาดมิให้องค์กรนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดให้มีผลย้อนหลัง กำหนดอัตราโทษสูงขึ้นให้มีผลย้อนหลัง และห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล

โดยหลักการพื้นฐานดังกล่าวมีผลทำให้องค์กรนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้มีความชัดเจนแน่นอนกว่ากฎหมายทั่วไป การกำหนดองค์ประกอบของความผิดอาญาฐานต่างๆ ต้องชัดเจนที่สุด โดยจะต้องหลีกเลี่ยงถ้อยคำที่มีความหมายกว้างหรือสามารถขยายความได้ (nulla poena sine lege certa) เนื่องจากหลักการที่ว่าการใช้อำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรองจะมีผลได้จริงก็ต่อเมื่อการแสดงเจตจำนงของประชาชนผ่านทางรัฐสภาในรูปแบบของกฎหมายถูกแสดงออกมาอย่างชัดเจนจนผู้พิพากษาไม่อาจตัดสินคดีโดยใช้เหตุผลในทางอรรถวิสัยหรือโดยอำเภอใจได้²⁵ หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาในทางปฏิบัตินี้มีความสำคัญว่าข้อห้ามของการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

นอกจากนั้นหลักการพื้นฐานดังกล่าวยังมีผลทำให้องค์กรฝ่ายปกครองจะบัญญัติกฎหมายอาญามีผลย้อนหลังไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงไปแล้วในอดีต หรือจะบัญญัติกฎหมายอาญาเพิ่มเติมโทษสำหรับการกระทำที่เป็นความผิดในภายหลังไม่ได้ (nulla poena sine lege praevia) ทั้งนี้ การพิจารณาว่ากฎหมายมีผลย้อนหลังหรือไม่ต้องพิจารณาในเวลาทีบุคคลได้กระทำความผิด กล่าวคือ ขณะที่มีเจตนากระทำ (Willensbetaetigung) ไม่ใช่

²⁵ คณิต ฌ นคร, “หลักประกันในกฎหมายอาญา”, วารสารอัยการ, ปีที่ 4, ฉบับที่ 38, (กุมภาพันธ์, 2524), น. 55.

ขณะที่ผลของการกระทำเกิดขึ้น ในกรณีของความผิดที่เป็นการงดเว้นกระทำการ (Unterlassungsdelikt) หมายถึง เวลาที่ผู้กระทำจำต้องกระทำ หนึ่ง การกระทำที่เป็นการต่อเนื่อง (die fortgesetzte Tat) ซึ่งเป็นการกระทำในความหมายทางกฎหมาย เวลาของการกระทำความผิด ไม่จำกัดเฉพาะแต่ช่วงแรก (ersten) แต่รวมถึงช่วงหลัง (letzten) ของการกระทำด้วย

ข้อห้ามของการใช้กฎหมายย้อนหลังมีขอบเขตเช่นเดียวกับข้อห้ามของการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง กล่าวคือ รวมถึงเนื้อหาของความสมควรลงโทษของการกระทำ (Strafwuerdigkeitsgehalt der Tat) เจ็อนไซแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โทษทางอาญาและผลข้างเคียงของโทษทางอาญา (ihre Nebenfolgen) อย่างไรก็ตามขอบเขตของข้อห้ามดังกล่าว ไม่รวมถึงกฎหมายอาญาวิธีสบัญญัติ (Strafverfahrensrecht) วิธีการเพื่อความปลอดภัย และการเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาล (Rechtsprechung)²⁶

สำหรับในส่วนขององค์การตุลาการหลักการพื้นฐานดังกล่าวมีผลทำให้ผู้พิพากษาไม่สามารถใช้กฎหมายจารีตประเพณี (nulla poena sine lege scripta) หรือกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (nulla poena sine lege stricta) ลงโทษบุคคลในทางอาญา กล่าวคือ กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจสร้างองค์ประกอบความผิดทางอาญาใหม่ ๆ ขึ้นมาได้ และการลงโทษในทางอาญาไม่อาจกระทำได้โดยใช้กฎหมายจารีตประเพณี เนื่องจากถ้อยคำที่กำหนดไว้ในมาตรา 103 (2)²⁷ ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz) ว่า การจะลงโทษบุคคลได้อันเนื่องจากการกระทำของบุคคลนั้นได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาไว้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ทั้งนี้ คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้หมายความว่า กฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น (das geschriebene Recht) ซึ่งเป็นความหมายของกฎหมายในทางรูปแบบ ไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณี²⁸

ส่วนการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นข้อห้ามของการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่เป็นการบัญญัติเพิ่มเติมและขยายขอบเขตของกฎเกณฑ์ที่มีโทษทางอาญา รวมถึงการเพิ่มเติมโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (nullum crimen sine lege stricta) ขอบเขตของข้อห้ามดังกล่าวครอบคลุมลักษณะทั้งหมดของกฎเกณฑ์ที่มีโทษทาง

²⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความผิดฐานวางเพลิงกรณีพิเศษ”, *ดุลพินิจ*, ปีที่ 43, ฉบับที่ 3, (กรกฎาคม-กันยายน, 2539), น. 140-141.

²⁷ โปรดดูเชิงอรรถที่ 18, ข้างต้น

²⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 24, น. 138.

อาญา ทั้งในส่วนเนื้อหาของความสมควรลงโทษ (Strafwuerdigkeitsgehalt) และผลในทางกฎหมาย (Rechtsfolge) กล่าวคือองค์ประกอบในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายและความชั่ว (Unrechts- und Schuld tatbestand) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวและเหตุยกเว้นโทษให้เฉพาะตัว (die personlichen Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgruende) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit) และมาตรการบังคับทั้งหมด (alle Sanktionen)

อนึ่ง เนื่องจากขอบเขตของการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและการตีความยังไม่อาจหาจุดแบ่งแยกกันได้อย่างเป็นที่ยุติ จึงอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือเป็นการตีความ การเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการขยายขอบเขตและพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อสร้างหลักกฎหมายใหม่ ๆ ส่วนการตีความเป็นเพียงแคการค้นหาคำความหมายทั่วไปของกฎหมายโดยมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี²⁹ ปัญหาดังกล่าวมีความสำคัญในแง่ที่ว่าหากการใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการตีความ ไม่ใช่การเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง กรณีจึงไม่ขัดกับหลัก nullum crimen, nulla poena sine lege อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายจารีตประเพณีและการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิด (in bonam partem) และการเทียบเคียงกฎหมายวิธีพิจารณาความ (Prozessrecht) ไม่เป็นการขัดกับหลัก nullum crimen, nulla poena sine lege³⁰

2.2.2 สาระสำคัญของหลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่ว (nulla poena sine culpa)

เนื่องจากการเจริญเติบโตทางอุตสาหกรรมในสมัยกลางทำให้สังคมมีความสลับซับซ้อนขึ้น จำเป็นต้องมีการวางกฎเกณฑ์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมขึ้น ประกอบกับความหมายของบุคคลในสมัยดังกล่าวมิได้มีความหมายถึงบุคคลธรรมดาทั่วไปอย่างในอดีต ทำให้ต้องมีการพัฒนาหลักความรับผิดชอบโดยไม่ต้องการเจตนา เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอาญามีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น ในหลายประเทศจึงได้รับหลักความรับผิดชอบไม่ต้องการเจตนาเข้ามาในระบบกฎหมายอาญาของประเทศตน

แม้ว่าหลายประเทศจะรับหลักการดังกล่าวเข้ามาในระบบกฎหมายของตน แต่ขอบเขตในการกำหนดความผิดในลักษณะดังกล่าวก็จะจำกัดอยู่แต่เฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดความ

²⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “การตีความตามกฎหมายอาญาเยอรมัน”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 25, ฉบับที่ 2, (มิถุนายน 2538), น. 292, 300.

³⁰ เฟิงอ้าง, น. 158-159.

เสียหายต่อความสงบหรือความมั่นคงของสังคม แต่มิได้มีลักษณะเป็นอาชญากรรมอันขัดต่อความรู้สึกทางศีลธรรมโดยตัวของมันเอง เช่น กฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัย สุขภาพ และอนามัยของประชาชน กฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจและความมั่นคงทางการเงินของรัฐ กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น นอกจากนั้นเมื่อหลักความรับผิดชอบโดยไม่ต้องการเจตนาเป็นข้อยกเว้นของหลัก ไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่ว ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ตัวผู้กระทำความผิดได้ จึงมีการเสนอแนะว่าการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดดังกล่าวควรเป็นการปรับหรือริบทรัพย์สินเท่านั้น ไม่ควรมีการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิด³¹

อย่างไรก็ตามในส่วนความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมซึ่งขัดกับความรู้สึกทางศีลธรรม เช่น การฆ่าคนตาย การทำร้ายร่างกาย หรือการลักทรัพย์ เป็นต้น ในระบบกฎหมายของทุกประเทศต่างก็ยอมรับเป็นอย่างเดียวกันว่า ผู้กระทำความผิดควรจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อการกระทำของเขามีลักษณะเป็นที่น่าตำหนิได้ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อแล้วแต่กรณี โดยความรับผิดชอบทางอาญาในระบบกฎหมาย Common Law มีหลักอยู่ว่า การกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ มีจิตใจที่เป็นอาชญากรรม (actus non facit reum, nisi mens sit rea) เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะทำให้เป็นความผิดอาญา ดังนั้น โครงสร้างความผิดอาญา (crime) ของระบบกฎหมาย Common Law ประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน³² คือ

1. actus reus หรือ Criminal Act
2. mens rea หรือ Criminal Intent

ส่วนโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นแม้ว่านักกฎหมายไทยจะได้ใช้ถ้อยคำในแต่ละส่วนแตกต่างกันไป³³ แต่โดยสรุปแล้วอาจแบ่งสาระสำคัญได้ 3 ประการ คือ

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น. 265.

³² คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), น. 306.

³³ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุคิตานนท์ ได้จัดวางโครงสร้างความผิดอาญาไว้ 3 ประการ คือ

1. ข้อสาระทางกฎหมาย
2. ข้อสาระทางเจตนา
3. ข้อสาระทางการกระทำ

1. กฎหมายได้บัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิด
2. มีการกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้
3. ได้มีการกระทำไปโดยเจตนา (ได้กระทำไปภายใต้สภาพบังคับของจิตใจ) เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น

สำหรับโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศเยอรมันมีสามส่วน คือ

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmässigkeit)
2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)
3. ความชั่วร้ายหรือความชั่ว (Schuld)

อย่างไรก็ตามในการพิจารณาเรื่องเจตนาหรือประมาทเลินเล่อว่าอยู่ในส่วนใดของโครงสร้างนั้น นักกฎหมายฝ่ายผลกำหนด (Kausalität) เห็นว่า การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติในโครงสร้างส่วนที่หนึ่ง หมายความว่าถึง องค์ประกอบภายนอกซึ่งเป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัยเท่านั้น สำหรับส่วนประกอบที่เป็นส่วนในทางอัตตะวิสัยไม่ว่าจะเป็นเจตนาที่ดี ประมาทที่ดี มูลเหตุจูงใจที่ดี หรือส่วนประกอบภายในอื่นที่ดี เป็นข้อหรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินได้ของการกระทำ จึงรวมอยู่ในข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาในส่วนที่สาม คือ ส่วนของความชั่ว

สำหรับนักกฎหมายฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalität) เห็นว่า มนุษย์มีความสามารถที่จะกำหนดจุดมุ่งหมาย รายละเอียดและแผนการแล้วควบคุมกำกับและดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น ฉะนั้น ในการกระทำของมนุษย์จึงมิได้มีแต่ส่วนในทางภาวะวิสัย (objektiv) เท่านั้น แต่ยังมีส่วนในทางอัตตะวิสัย (subjektiv) รวมอยู่ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามโครงสร้างส่วนที่หนึ่งนอกจากจะมีองค์ประกอบภายนอก (objektiver Tatbestand) ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัยแล้ว ยังมีส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายใน

สำหรับศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ นั้นได้จัดโครงสร้างความผิดอาญาไว้ 3 ประการเช่นเดียวกัน คือ

1. ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด
2. ต้องมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้
3. การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติก็ได้แก่เจตนากระทำ เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น

(subjektiver Tatbestand) ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางอัตตะวิสัย ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ รวมตลอดถึงองค์ประกอบภายในอื่นรวมอยู่ด้วย

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการพิจารณาเรื่องเจตนาหรือประมาทเส้นเลือดจะอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาส่วนที่หนึ่งหรือส่วนที่สามก็ตาม แต่โดยสรุปแล้วการพิจารณาความรับผิดชอบอาญาในระบบกฎหมายเยอรมันย่อมต้องคำนึงถึงเจตนาหรือความประมาทเส้นเลือดอันเป็นลักษณะที่น่าตำหนิของผู้กระทำด้วย

2.2.3 สาระสำคัญของหลักการห้ามมิให้ลงโทษการกระทำผิดกรรมเดียวสองครั้ง (ne bis in idem)

หลักห้ามมิให้ลงโทษการกระทำผิดกรรมเดียวสองครั้ง (ne bis in idem) หรือ (Not twice for the same)³⁴ เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่มีบทบาทอย่างมากในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งมีรากฐานมาตั้งแต่กฎหมายโรมันและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษมาเป็นระยะเวลาช้านาน ทั้งนี้ หลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรก และได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 103 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Grundgesetz) ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับจากนานาประเทศในทุกระบบกฎหมาย โดยจะได้รับการบัญญัติไว้ทั้งในกฎหมายอาญาสารบัญญัติและกฎหมายอาญาสบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นหลักกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท³⁵ หลักห้ามฟ้องซ้ำ³⁶ หรือหลักการคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ³⁷ ซึ่งจะกล่าวถึงในรายละเอียดดังต่อไปนี้

³⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2544), น. 22-23.

³⁵ มาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

³⁶ มาตรา 39(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³⁷ มาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2.2.3.1 การห้ามมิให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีซ้ำเมื่อมีคำพิพากษาในการกระทำ ความผิดที่ได้ฟ้อง

หลักการนี้มี ความเกี่ยวพันกับหลักความเด็ดขาด เป็นที่สุดและผลผูกพันของ คำพิพากษา (res judicata) ซึ่งสอดคล้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน³⁸ ทั้งนี้ เมื่อศาล ได้พิจารณาพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้องแล้วไม่ว่าจะพิพากษาให้ลงโทษหรือยกฟ้องจำเลยก็ตาม ย่อมต้องห้ามมิให้ฟ้องจำเลยในการกระทำ ความผิดเดียวกันนั้นอีก ทั้งนี้ แนวความคิดที่สัมพันธ์ กับหลักการห้ามฟ้องซ้ำที่สำคัญ คือ แนวความคิดตามทฤษฎีเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องและทฤษฎีผล ผูกพันของคำพิพากษา

ทฤษฎีเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้อง (The Theory of Prerequisites for Prosecution)

เงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้อง หมายถึง เงื่อนไขที่จะให้อำนาจในการเริ่มต้นคดีและดำเนินคดี ต่อไป ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานและศาลจะเริ่มต้นคดีหรือดำเนินคดีต่อไปจะต้องมีหรือไม่มี ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ใดๆ ที่ให้หรือตัดอำนาจดำเนินคดีของเจ้าพนักงานหรือศาล โดยเงื่อนไข แห่งอำนาจฟ้องแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

1. เงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยแบบพิธี (Formal Prerequisites for Prosecution) หมายถึง คำฟ้องที่ยื่นต่อศาลมีรูปแบบที่สอดคล้องกฎหมายตามเงื่อนไขที่กำหนดหรือไม่ กล่าวคือ การยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ความสามารถของคู่กรณีตามกฎหมายที่จะฟ้องและถูกฟ้องคดี การไม่มีคำฟ้องที่เกี่ยวข้องกับคดีเรื่องที่ยื่นฟ้องนั้นอยู่ในระหว่างการ พิจารณาของศาล และความสอดคล้องกฎหมายของคำฟ้อง เช่น การบรรยายองค์ประกอบของ ความผิดครบถ้วนถูกต้องตามกฎหมาย เป็นต้น หากเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยแบบพิธีนี้ ไม่ปรากฏในขณะยื่นฟ้องหรือระหว่างการพิจารณาแล้ว ศาลจะดำเนินคดีต่อไปไม่ได้ต้องยกฟ้อง หรือจำหน่ายคดีแล้วแต่กรณี

2. เงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยเนื้อหา (Substantive Prerequisites for Prosecution) หมายถึง การพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคำฟ้องว่ามีเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เช่น การไม่มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในคดีก่อน ซึ่งห้ามฟ้องหรือดำเนินคดีซ้ำอีก การไม่มีกฎหมาย ยกเลิกการลงโทษหรือนิรโทษกรรม (amnesty) และการที่คดียังไม่ขาดอายุความ

³⁸Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 67.

ในกรณีที่คดีนั้นมียุติแพ่งหนึ่งแห่งอำนาจฟ้องโดยแบบพิธีและโดยเนื้อหา การจะวินิจฉัย ยุติแพ่งหนึ่งแห่งอำนาจฟ้องนั้นจะดูเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยแบบพิธีก่อน หากขาดเงื่อนไขโดยแบบ พิธี ศาลก็จะยุติกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยเงื่อนไขโดยแบบพิธี แต่ถ้าเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้อง โดยแบบพิธีมีอยู่ครบถ้วนถูกต้องก็ต้องพิจารณาเงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องโดยเนื้อหาต่อไป ทั้งนี้ เงื่อนไขแห่งอำนาจฟ้องต้องมีอยู่ทั้งในขณะที่ยื่นฟ้องและขณะที่ศาลมีคำพิพากษา ถ้าขาดเงื่อนไข แห่งอำนาจฟ้องในเวลาใดจะมีผลทำให้คำฟ้องนั้นไม่สมบูรณ์ (invalid) ตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป เว้นแต่ในเรื่องฎมิลานาหรือถิ่นที่อยู่ของจำเลย ซึ่งจะต้องมีอยู่แต่เฉพาะในเวลายื่นฟ้อง แม้ต่อมา จะเปลี่ยนแปลงฎมิลานาหรือถิ่นที่อยู่ภายหลังจากเวลายื่นฟ้องแล้วก็ไม่เกิดผลกระทบต่อเขตอำนาจ ของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

ทฤษฎีผลผูกพันของคำพิพากษา (Theory of Finally – Binding Effect)

เมื่อศาลได้พิพากษาคดีแล้ว คำพิพากษาของศาลนั้นจะมีสภาพเด็ดขาดทางกฎหมาย หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าคำพิพากษานั้นถึงที่สุดและเสร็จเด็ดขาดแล้วหรือไม่ โดยคำพิพากษา อาจเป็นที่สุดได้ใน 2 รูปแบบ คือ

1. คำพิพากษาอันเป็นที่สุดโดยแบบพิธี (Formal Final Adjudication) เป็นคำพิพากษา ที่ทำให้กระบวนการพิจารณาของศาลสิ้นสุดลงโดยการยกฟ้องในทางวิธีพิจารณา ซึ่งจะกระทำต่อเมื่อ มีเหตุทำให้การดำเนินคดีในเนื้อหากระทำไม่ได้ เช่น ขาดอายุความ เป็นต้น อันจะทำให้สิทธิฟ้อง คดีระงับไป หรือเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุด หรือเป็นคำพิพากษาของศาลซึ่งถึงที่สุด เนื่องจาก ไม่มีการอุทธรณ์คำพิพากษา พ้นระยะเวลาในการอุทธรณ์ ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ มีการถอนอุทธรณ์ ศาลมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ หรือคู่ความสละสิทธิในการอุทธรณ์โดยแจ้งชัด คำพิพากษาในลักษณะนี้ จะเป็นที่สุดโดยแบบพิธี ซึ่งมีผลผูกพันที่เรียกว่า Formal Finally-Binding Effect โดยในระบบ กฎหมายเยอรมันเรียกว่า สภาพเด็ดขาดทางกฎหมายในทางรูปแบบ (Formelle Rechtskraft)³⁹ ทั้งนี้ คำพิพากษาจะมีสภาพเด็ดขาดทางกฎหมาย (Rechtskraft) ต่อเมื่อคำพิพากษานั้นถึงที่สุด และเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้ว โดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นมีผลทำให้คดีเสร็จสิ้นลงและ ไม่อาจขอให้มีการเปลี่ยนแปลงคำชี้ขาดในคำพิพากษานั้นโดยการขอให้ทบทวนแก้ไขได้อีกต่อไป ส่วนคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดเป็นเรื่องผลของการที่คำพิพากษานั้นถึงที่สุดอันเป็นเรื่องเนื้อหาของ คดี สภาพเด็ดขาดทางกฎหมายนี้สืบเนื่องมาจากหลัก ne bis in idem

³⁹ กิตติพงษ์ ศิริโรจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 11.

2. คำพิพากษาอันเป็นที่สุดโดยเนื้อหา (Substantive Final Adjudication) เป็นคำพิพากษาที่ได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดและปรับเข้ากับหลักกฎหมายสารบัญญัติ และตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดหรือเป็นผู้บริสุทธิ์ ซึ่งจะมีผลทำให้อำนาจในการลงโทษจำเลยในภายหน้าระงับไป คือ เมื่อศาลพิพากษายกฟ้องแล้วจำเลยจะไม่ถูกตั้งข้อหาเดียวกันนั้นอีก โดยจะเกิดผลผูกพันในเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติที่ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษานั้น ซึ่งเรียกว่า Substantive Finally-Binding Effect โดยในระบบกฎหมายเยอรมันเรียกว่า สภาพเด็ดขาดทางกฎหมายในทางเนื้อหา (Materielle Rechtskraft)

คำพิพากษาอันเป็นที่สุดโดยเนื้อหานี้ก่อให้เกิดผล 3 ประการ คือ

1. การรับรองและยืนยันผลของคดี กล่าวคือ เป็นการรับรองและยืนยันถึงความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลย

2. การบังคับคดีตามคำพิพากษาได้ คือ ถ้าจำเลยมีความผิดและศาลกำหนดโทษแล้วก็สามารถลงโทษจำเลยได้

3. ห้ามดำเนินคดีใหม่ ซึ่งถือได้ว่าคำพิพากษานั้นมีเสถียรภาพอันเป็นผลของหลัก ne bis in idem ที่เน้นการกระทำมากกว่าฐานความผิด และไม่คำนึงว่าในคดีก่อนจะมีข้อผิดพลาด (error) หรือไม่ แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่หลายประการ เช่น ข้อยกเว้นในการที่กฎหมายให้สิทธิในการอุทธรณ์ ขอให้หรือฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ หรือให้สิทธิในการอุทธรณ์เป็นกรณีพิเศษเกี่ยวกับข้อผิดพลาดในคำพิพากษาคดีก่อน เป็นต้น

2.2.3.1.1 เงื่อนไขในการห้ามมิให้ศาลพิจารณาพิพากษาเป็นคดีซ้ำเมื่อมีคำพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้อง

หลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำในแต่ละประเทศก็จะมีรูปแบบแตกต่างกันไป แต่โดยปกติแล้วมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ ในรูปแบบของกฎหมายบัญญัติซึ่งมีผลเป็นการสกัดกั้นการดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ และในรูปแบบของกฎหมายสารบัญญัติซึ่งมีผลเป็นการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน⁴⁰ โดยบางระบบกฎหมายก็จะห้ามการดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำเดียวกันนั้นอีกภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาอย่างเด็ดขาดแล้วไม่ว่าจะยกฟ้องหรือลงโทษจำเลยก็ตาม ทั้งนี้ การกระทำในหลายรูปแบบถือว่าเป็นการดำเนินคดีซ้ำ เช่น การแจ้งข้อกล่าวหาสำหรับข้อหาเดิมเป็นข้อหา

⁴⁰José Luis De Lacuesta, "Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem" General report,"

<http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=RIDP_723_0753 >

ใหม่ การยื่นคำฟ้องครั้งใหม่สำหรับความผิดเดิม การพิพากษาลงโทษความผิดเดิมซ้ำ และการพิจารณาคดีใหม่ เป็นต้น อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายบางระบบยินยอมให้มีการดำเนินคดีขึ้นใหม่ได้หากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมขึ้นใหม่ หรือมีความผิดพลาดอันเป็นสาระสำคัญในการดำเนินคดีครั้งก่อน และระบบกฎหมายบางระบบยินยอมให้มีการดำเนินคดีครั้งใหม่ได้แต่ห้ามมิให้ลงโทษการกระทำที่เป็นความผิดนั้นซ้ำสองครั้ง

หลักการห้ามลงโทษการกระทำกรรมเดียวสองครั้ง (ne bis in idem) มีขึ้นเพื่อคุ้มครองปัจเจกชนซึ่งมีทรัพยากรอันจำกัดจากการถูกดำเนินคดีจากรัฐซึ่งมีทรัพยากรพร้อมกว่า และเพื่อป้องกันมิให้รัฐอาศัยข้อเท็จจริงเดิมที่ศาลได้ยกฟ้องแล้วขึ้นกล่าวหาเพื่อลงโทษบุคคลเดียวกันนั้นอีก ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าศาลจะพิพากษาลงโทษในครั้งหลัง เนื่องจากบุคคลนั้นขาดแคลนทรัพยากรและกำลังในการต่อสู้ข้อกล่าวหาในการพิจารณาคดีครั้งหลังนั้น

นอกจากนั้นหลักการห้ามลงโทษการกระทำกรรมเดียวสองครั้ง (ne bis in idem) มีผลเป็นการปิดกระบวนการพิจารณาคดีอาญาอีกด้วย กล่าวคือ ทำให้กระบวนการดำเนินคดีอาญากับบุคคลดังกล่าวเป็นที่สุดซึ่งจะเป็นผลดีกับทั้งตัวจำเลยและสังคมโดยรวม และยังป้องกันการขัดกันของคำพิพากษาของศาลซึ่งจะเป็นผลดีแก่การบริหารงานยุติธรรมด้วย

การห้ามศาลพิจารณาพิพากษาเป็นคดีใหม่เมื่อมีคำพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้องอันเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นนั้น เงื่อนไขสำคัญ คือ ในคดีเดิมจะต้องมีคำพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้องแล้วไม่ว่าจะพิพากษายกฟ้องหรือลงโทษก็ตาม โดย “ความผิด” นี้มีข้อพิจารณาว่าหมายถึง “การกระทำ” ที่ถูกพิจารณาในคดีแรกว่าเป็นกรรมเดียวกันกับ “การกระทำ” ที่จะถูกพิจารณาพิพากษาในคดีหลัง หรือพิจารณาจาก “ฐานความผิด” ซึ่งถ้าหากใช้หลัก “ฐานความผิด” เป็นข้อพิจารณาก็จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ที่ถูกดำเนินคดี กล่าวคือ ในกรณีที่การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท แม้ว่าจำเลยจะถูกดำเนินคดีในความผิดฐานหนึ่งไปแล้ว จำเลยก็อาจถูกดำเนินคดีในความผิดอีกฐานหนึ่งได้โดยไม่ขัดกับหลักการดังกล่าวซึ่งจะเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของผู้ที่ถูกดำเนินคดีเกินควร ดังนั้นการใช้หลัก “กรรม” เป็นข้อพิจารณาว่าจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ถูกดำเนินคดีและสอดคล้องกับหลักการที่ใช้กันในนานาประเทศมากกว่า

ส่วนการมีคำพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้องที่จะมีผลเป็นการขัดขวางการพิจารณาพิพากษาในคดีใหม่นั้น ต้องเป็นคำตัดสินที่ได้จากกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นที่สุด ดังนั้น คำตัดสินที่มีผลชั่วคราวหรือคำตัดสินที่ได้จากการไต่สวนก่อนการพิจารณาคดีจริงที่มีได้วินิจฉัยชี้ขาดให้คดีมีผลเสร็จสิ้น หรือมิได้วินิจฉัยในเนื้อหาของคดี จึงมิใช่การมีคำพิพากษา

ในความผิดที่ได้ฟ้องที่จะห้ามมิให้มีการพิจารณาพิพากษาการกระทำเดียวกันนั้นอีก โดยความเด็ดขาดและเป็นที่สุดของคำพิพากษาเป็นผลมาจากหลัก *res judicata* ซึ่งมีผลทำให้ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาได้ นอกจากนั้นในระบบกฎหมายของหลายประเทศถือว่า คำสั่งในเชิงลงโทษที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดโดยอาศัยข้อเท็จจริงในทางอาญา (*penal orders, Strafbefehl*) คำสั่งยกฟ้องโดยที่พนักงานอัยการมิได้อุทธรณ์ฎีกา คำสั่งยกฟ้องของศาลบางคำสั่ง หรือการดำเนินการในความผิดลหุโทษ (*petty offense*) เป็นคำพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้องที่จะต้องนำหลัก *ne bis in idem* มาปรับใช้ แม้ว่าในทางรูปแบบแล้วคำสั่งดังกล่าวจะไม่ใช้ “คำพิพากษาของศาล” ก็ตาม⁴¹

ในระบบกฎหมายไทยเงื่อนไขของหลักการห้ามฟ้องซ้ำนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 39(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยบัญญัติว่าสิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปเมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการฟ้องซ้ำไว้ 3 ประการ คือ จำเลยในคดีแรกและในคดีหลังเป็นคนเดียวกัน ประเด็นที่กล่าวหาเป็นมูลกรณีเดียวกัน และศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้องแล้ว⁴² โดยมีรายละเอียดดังนี้

ก. จำเลยในคดีแรกและในคดีหลังเป็นคนเดียวกัน ถ้าหากเป็นกรณีที่โจทก์คนเดียวกับกับโจทก์ในคดีก่อนฟ้องจำเลยคนเดียวย่อมไม่เกิดปัญหา แต่ถ้าเป็นกรณีที่โจทก์หลายคนฟ้องจำเลยคนเดียวกัน ไม่ว่าจะกรณีนี้ที่ผู้เสียหายหลายคนฟ้องคดี ผู้เสียหายและพนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดี หรือพนักงานอัยการด้วยกันเป็นผู้ฟ้องคดี ถือเป็นกรณีสองซ้ำ⁴³ ทั้งนี้ การขอเข้าเป็นโจทก์ร่วม

⁴¹ *Ibid.* p. 5.

⁴² กิตติพงษ์ ศิริโรจน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น. 1.

⁴³ เดิมศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 149/2483 ว่าถ้าโจทก์ (ผู้เสียหาย) ยื่นฟ้องคดีไว้ก่อนศาลชั้นต้นพิพากษาคดีของพนักงานอัยการ โจทก์มีอำนาจฟ้องได้ ศาลจะสั่งรวมพิจารณาหรือไม่ย่อมอยู่ในดุลพินิจ เมื่อศาลมิได้พิจารณาไปด้วยกัน คงพิจารณาเฉพาะคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ การที่ศาลพิพากษาคดีของพนักงานอัยการก่อนก็ไม่มีผลกระทบต่อคดีนี้ เมื่อโจทก์ได้ฟ้องคดีนี้ไว้ก่อนแล้ว อำนาจของโจทก์ที่ฟ้องคดีมีอยู่อย่างไรก็ตามมีอยู่อย่างนั้นไม่ถูกบั่นทอนเลย และทั้งคดีก็ไม่อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 39(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ต่อมาก็ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1742/2494 วินิจฉัยเดินตามแนวทางดังกล่าว

ในคดีของผู้เสียหายหรือพนักงานอัยการ ไม่ว่าจะเป็กรณผู้เสียหายขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับผู้เสียหายอีกคนหนึ่งหรือกับพนักงานอัยการ หรือกรณพนักงานอัยการขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับผู้เสียหาย ถือเป็นการฟ้องคดีเช่นกัน⁴⁴

ข. ประเด็นที่กล่าวหาเป็นมูลกรณเดียวกัน เดิมศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าถ้าเป็นการฟ้องร้องในความผิดคนละฐานกับความผิดในคดีก่อน ถือว่าเป็นคนละมูลกรณด้วยกัน แม้ว่าความผิดในคดีหลังจะสืบเนื่องมาจากการกระทำอันเดียวกันกับในคดีก่อนก็ไม่เป็นการฟ้องซ้ำ⁴⁵ ต่อมาศาลได้วินิจฉัยในทำนองว่า แม้จะเป็นคนละฐานความผิด แต่ถ้าเป็นการกระทำอันเดียวกัน การกระทำกรรมเดียวกัน หรือข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของข้อกล่าวหาอันเดียวกัน ถือเป็นการฟ้องซ้ำ⁴⁶ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า “การกระทำอันเดียวกัน” “การกระทำกรรมเดียวกัน” และ “ข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของข้อกล่าวหาอันเดียวกัน” มีความหมายในทำนองเดียวกัน คือ การกระทำทุกการกระทำหรือข้อเท็จจริงทุกข้อเท็จจริงที่ได้กระทำเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของผู้กระทำ ซึ่งการใช้หลักการกระทำอันเดียวกัน การกระทำกรรมเดียวกัน และข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของข้อกล่าวหาอันเดียวกัน นั้นสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา และมีความหมายในทำนองเดียวกับ “same offense” ในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะมีผลทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องสำหรับการกระทำอันเดียวกัน การกระทำกรรมเดียวกัน และข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของข้อกล่าวหาอันเดียวกันนั้นระงับ

ค. ศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้องแล้ว ทั้งนี้ การที่ศาลได้มีคำพิพากษาในที่นี้ หมายรวมถึง การที่ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยทำเป็นคำสั่งด้วย⁴⁷ เช่น คำสั่ง

แต่ต่อมาศาลฎีกา (ที่ประชุมใหญ่) ได้วินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 1124/2496 ว่าเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้ว แม้โจทก์จะฟ้องไว้ก่อนและเป็นความผิดต่างฐานกันก็ตาม แต่เมื่ออาศัยการกระทำอันเดียวกัน กรณต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 39(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ต่อมาก็ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1037/2501 ที่ 1977/2511 และที่ 999/2512 วินิจฉัยเดินตามแนวทางดังกล่าว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลได้นำหลักการห้ามดำเนินกระบวนพิจารณาสำหรับการกระทำผิดอันเดียวกันซ้ำซึ่งเป็นหลักสากลมาใช้ด้วย

⁴⁴ เฟิงอ๋าง, น. 62-68.

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1089/2481 และที่ 379/2486

⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2019/2492 และที่ 1182/2494

⁴⁷ กิตติพงษ์ ศิริโรจน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 16, น. 82.

ยกฟ้องเพราะคดีไม่มีมูล ส่วนกรณีที่ถือว่ามีความพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้องแล้ว มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่าหมายถึง คำพิพากษาในคดีก่อนเสร็จเด็ดขาดแล้ว หมายถึง เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วโดยอาจถึงที่สุดโดยการที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาหรือเนื่องจากคู่ความมิได้อุทธรณ์ฎีกา⁴⁸ แนวทางที่สอง เห็นว่าหมายถึง เมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว⁴⁹ ทั้งนี้ ความเห็นในแนวทางที่สองน่าจะถูกต้องและมีผลเป็นการคุ้มครองจำเลยตามหลัก ne bis in idem⁵⁰ และสอดคล้องกับหลักสากล⁵¹ โดยคำพิพากษานั้นจะต้องได้วินิจฉัยในความผิดที่ได้ฟ้องด้วย

อนึ่ง การที่กฎหมายกำหนดให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องเป็นอันระงับเมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในการกระทำที่ได้ฟ้องอาจเป็นการเปิดช่องให้มีการใช้การฟ้องคดีของผู้เสียหายเป็นเครื่องมือในการทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องของผู้เสียหายคนอื่นหรือรัฐระงับไปโดยไม่ได้มีการลงโทษจำเลยได้

2.2.3.1.2 กรณีที่ศาลสามารถพิจารณาพิพากษาคดีซ้ำได้ แม้ว่าจะได้มีคำพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้อง

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาสำหรับการกระทำความผิดที่ได้ฟ้องแล้ว คำพิพากษาย่อมมีสภาพเด็ดขาดและเป็นที่สุดมีผลผูกพันทันที โดยไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาได้ ซึ่งจะมีผลทำให้ไม่อาจดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวซ้ำได้อีก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่พบว่ากระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีมีความผิดพลาด บกพร่อง หรือไม่สมบูรณ์ มีผลทำให้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องและไม่ครบถ้วน ก็จำเป็นต้องมีการพิจารณาคดีใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่จำเลยต้องถูกพิพากษาลงโทษในความผิดที่ได้ฟ้อง นอกจากนั้นแล้วในกรณีที่การกระทำความผิดอาญามีความเกี่ยวข้องกับรัฐหลายรัฐไม่ว่าจะเกี่ยวพันในแง่ของอาณาเขตหรือเกี่ยวพันกับบุคคลสัญชาติของรัฐนั้น หรือเนื่องจากเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐที่รัฐทุกรัฐมีหน้าที่ต้องป้องกันและปราบปราม เมื่อรัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง และการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยของรัฐ รัฐจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิด

⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 299/2507 ที่ 256/2476 และที่ 1089/2481

⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 671/2483 ที่ 2019/2492 ที่ 3116/2525 และที่ 765/2532

⁵⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35, น. 120-121.

⁵¹ กิตติพงษ์ ศิริโรจน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16, น. 92.

ที่เกี่ยวข้องกับรัฐของตนได้ จึงอาจมีกรณีที่มีการกระทำอันเดียวกันเป็นความผิดทางอาญาในรัฐหลายรัฐได้ หากผู้กระทำความผิดถูกดำเนินคดีหรือถูกลงโทษโดยรัฐทุกรัฐย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ดังนั้น การพิจารณาพิพากษาลงโทษการกระทำกรรมเดียวกันนั้นจำเป็นต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อมิให้เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินควร

2.2.3.1.2.1 การขอให้พิจารณาคดีใหม่

การเปิดกระบวนการพิจารณาขึ้นใหม่ (extraordinary re-opening of a case) (ทั้งนี้ส่วนใหญ่เกิดขึ้นจากการร้องขอของผู้ที่ถูกลงโทษพิพากษาลงโทษ) สามารถกระทำได้ หากมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมและเพื่อแก้ไขความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาครั้งก่อน ในระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าคำพิพากษาที่มีเหตุบกพร่องดังกล่าวเป็นคำพิพากษาที่มีผลบังคับจนกว่าจะมีการพิจารณาคดีใหม่ (partial finality, beschränkter Strafklageverbrauch) โดยมาตรา 359⁵² และมาตรา 362⁵³ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศ

⁵²Section 359. (Reopening for the convicted person's benefit)

Reopening of the proceedings concluded by a final judgement shall be admissible for the convicted person's benefit

1. if a document produced as genuine, to his detriment, at the main hearing was false or forged.

2. if a witness or expert, when giving testimony or an opinion to the convicted person's detriment, was guilty of willful or negligent violation of the duty imposed by the oath, or of willfully making a false, unsworn statement.

3. if a judge or lay judge participated in drafting the judgement who was guilty of a criminal violation of his official duties in relation to the case, unless the violation was caused by the convicted person himself.

4. if a civil court judgement on which the criminal judgement is based is quashed by another judgement which has entered into force.

5. if new facts or evidence were produced, which, independently or in connection with the evidence previously taken, tend to support the defendant's

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Strafprozessordnung) บัญญัติให้จำเลยหรือผู้ที่ต้องรับโทษทางอาญาสามารถร้องขอให้เปิดกระบวนการพิจารณาคดีขึ้นใหม่ได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงในกรณีดังต่อไปนี้ พยานเอกสารที่ใช้ในการพิสูจน์ความผิดของบุคคลดังกล่าวเป็นเท็จหรือถูกปลอมแปลงขึ้น พยานบุคคลให้การเท็จในคดีก่อน ผู้พิพากษาได้ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมอันเนื่องมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น หรือปรากฏข้อเท็จจริงอันน่าเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวมิได้เป็นผู้กระทำความผิดนั้น⁵⁴ เป็นต้น

acquittal, or, upon application of a less severe penal norm, a lower penalty or an essentially different decision on a measure of reform and prevention.

6. if the European Court of Human Rights has found that there was a violation of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or of its Protocols and if the judgement was based on that violation.

⁵³Section 362 (Reopening to the Defendant's Detriment)

Reopening of proceedings concluded by a final judgement shall be admissible to the defendant's detriment

1. if a document produced as genuine, for his benefit, at the main hearing was false or forged.

2. if a witness or expert, when giving testimony or an opinion for the defendant's benefit, was guilty of willful or negligent violation of the duty imposed by the oath, or of willfully making a false, unsworn statement.

3. if a judge or lay judge participated in drafting the judgement who was guilty of a criminal violation of his official duties in relation to the case.

4. if the person acquitted made a credible confession, in or outside the court, that he committed the criminal offense.

⁵⁴José Luis De Lacuesta, *supra note 40*

2.2.3.1.2.2 การพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับการกระทำความผิดซึ่งศาลในต่างประเทศได้มีคำพิพากษาแล้ว

การที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย หมายความว่า รัฐมีอำนาจสูงสุด (supremacy) ในดินแดนของตนและเป็นอิสระจากรัฐอื่น (independence) ทำให้รัฐเกิดมีสิทธิบางประการสืบเนื่องมาจากความมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ ทั้งนี้ สิทธิหนึ่งในหลายๆ สิทธิ คือ สิทธิที่จะมีอำนาจบังคับการโดยกฎหมาย การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐย่อมต้องอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นบุคคลสัญชาติของรัฐหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักดินแดน (the territorial principle, la territorialité des lois pénales) นอกจากนี้รัฐยังมีอำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลสัญชาติของรัฐอีกด้วยทั้งในทางบังคับและในทางคุ้มครอง ไม่ว่าผู้นั้นจะอยู่ในอาณาเขตของรัฐหรือไม่ ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจลงโทษบุคคลสัญชาติของรัฐที่กระทำความผิดต่อกฎหมายของรัฐได้ แม้จะได้กระทำนอกอาณาเขตก็ตาม และมีอำนาจลงโทษบุคคลสัญชาติอื่นที่ได้กระทำความผิดต่อบุคคลสัญชาติของรัฐนอกอาณาเขตด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักบุคคล⁵⁵ (personality principle, la personnalité de la loi pénale)

ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายอาญาได้ขยายขอบเขตครอบคลุมถึงความผิดตามกฎหมายนานาชาติ (delicta juris gentium) เช่น ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ โจรสลัด ปลอมแปลงเงินตรา การค้าทาส การค้าหญิงและเด็ก อาชญากรรมสงคราม ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นต้น อันเป็นความผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ความผิดเหล่านี้มีผลต่อชุมชนระหว่างประเทศทั้งหมด ถือว่าเป็นอำนาจของศาลของรัฐที่จะลงโทษความผิดนี้ แม้ว่าจะได้กระทำนอกอาณาเขตของรัฐหรือแม้ว่าผู้กระทำจะไม่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษอันใดกับรัฐ⁵⁶ รัฐใดๆ มีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ตามหลักอำนาจลงโทษสากล (universality principle, l' universalité du droit de punir, la répressive universelle) นอกจากนี้ในระบบกฎหมายของเนเธอร์แลนด์ยังกำหนดให้รัฐมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ในกรณีที่รัฐอื่นได้มอบอำนาจในการดำเนินคดีอาญาให้ตามสนธิสัญญา ส่วนในระบบกฎหมายของเยอรมันและออสเตรเลียจำเป็นต้อง

⁵⁵ จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : จีระรัชการพิมพ์, 2546), น. 85-86.

⁵⁶ สุมานิต มั่นสุข, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) น. 9-11. (เอกสารอัดสำเนา)

ปรากฏข้อเท็จจริงด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนให้กับรัฐอื่นไม่สามารถกระทำได้อันเนื่องมาจากลักษณะของความผิดนั่นเอง ทั้งนี้ ตามหลักการเป็นตัวแทน (representation principle)⁵⁷

ในบรรดาหลักการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาทั้งสามหลักนี้ หลักดินแดนถือเป็นหลักทั่วไป เพราะความผิดอาญาย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของชุมชนที่เกิดการกระทำนั้นยิ่งกว่าที่อื่น ประกอบกับการพิสูจน์ความผิดก็สามารถกระทำได้ง่ายกว่าที่อื่น ส่วนหลักดินแดนและหลักอำนาจลงโทษสากลเป็นเพียงข้อยกเว้นของหลักดินแดนเท่านั้น⁵⁸

เนื่องจากรัฐมีอำนาจลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดทางอาญาได้ตามหลักการดังกล่าวข้างต้น จึงมีผลให้ความผิดอันเดียวกันที่บุคคลคนใดคนหนึ่งได้กระทำลงนอกอาณาเขตของรัฐ อาจตกอยู่ในอำนาจของศาลของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐได้ หากศาลในรัฐหนึ่งได้พิจารณาพิพากษาคดีในความผิดดังกล่าวไปแล้วไม่ว่าจะพิพากษายกฟ้องหรือลงโทษก็ตาม คำพิพากษาของศาลในรัฐนั้นมีได้มีผลในรัฐอื่น ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้กระทำความผิด รัฐจึงยอมให้คำพิพากษาของรัฐอื่นมีผลบางประการ แต่จะยอมรับให้มีผลในทางปฏิเสธ (l' autorité négative de la chose jugée) เท่านั้น มิได้ยอมรับให้มีผลในทางบังคับให้เกิดผลอย่างหนึ่งอย่างใด (l' autorité positive de la chose jugée) กล่าวคือ ศาลในรัฐนั้นอาจจะไม่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นซ้ำ ถ้าศาลในรัฐอื่นได้พิพากษาในความผิดนั้นแล้ว แต่ศาลในรัฐนั้นจะนำเอาคำพิพากษาของศาลในรัฐอื่นมาประกอบการพิจารณาพิพากษาลงโทษ นำมาเป็นเหตุเพิ่มโทษ กักกัน หรือไม่รอลงโทษ ไม่ได้ โดยคำพิพากษาของรัฐอื่นที่จะมีผลในอีกรัฐหนึ่งนั้นต้องเป็นคำพิพากษาที่เด็ดขาด ไม่มีทางที่จะรื้อฟื้นขึ้นใหม่โดยการอุทธรณ์หรือขอให้พิจารณาใหม่⁵⁹

สำหรับการดำเนินคดีสำหรับการกระทำความผิดที่ศาลของรัฐอื่นได้พิจารณาพิพากษาแล้ว มาตรา 153 c (2)⁶⁰ ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ

⁵⁷Wolfgang Schomburg, *supra* note 21

⁵⁸จิตติ ติงศภัทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 43, น. 86.

⁵⁹เพ็งอ้าง, น. 107-108.

⁶⁰Section 153c. (Non-Prosecution of Offenses Committed Abroad)

(2) The public prosecution office may dispense with prosecuting an offense, if a sentence for the offense was already executed against the accused abroad, and the sentence which is to be expected in Germany would be negligible after taking the

เยอรมัน (Strafprozessordnung) บัญญัติให้พนักงานอัยการมีดุลยพินิจที่จะมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีได้ หากเป็นการกระทำความผิดที่ศาลของรัฐอื่นได้พิพากษาลงโทษและได้มีการบังคับตาม คำพิพากษาแล้ว และคาดหมายได้ว่าหากมีการยื่นฟ้องขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิดเดียวกันนี้อีก ศาลจะไม่พิพากษาลงโทษเมื่อศาลได้คำนึงถึงโทษที่จำเลยได้รับมาแล้ว ในรัฐอื่น นอกจากนั้นมาตรา 153 c (4)⁶¹ ยังบัญญัติว่า ในกรณีที่ได้มีการยื่นฟ้องการกระทำความผิดดังกล่าวต่อศาลแล้ว พนักงานอัยการอาจถอนคำฟ้องในเวลาใดๆ ในระหว่างการพิจารณา และยุติ การดำเนินคดีนั้นเสียก็ได้ เมื่อพิจารณาแล้วว่าการดำเนินคดีต่อไปจะก่อให้เกิดผลเสียหาย อย่างร้ายแรงต่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะที่เหนือกว่า

ส่วนการพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิดที่ศาลของรัฐอื่นได้พิพากษาคดีมาแล้ว ในระบบกฎหมายของกรีซนั้น ถ้ามิได้เป็นกรณีตามมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของ ประเทศกรีซ ซึ่งบัญญัติกรณีที่จะไม่ดำเนินคดีสำหรับการกระทำความผิดที่ศาลของรัฐอื่นได้ พิจารณาพิพากษาคดีมาแล้วไว้ 3 กรณี ได้แก่ กรณีแรก ถ้าได้มีคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐอื่น ยกฟ้องผู้นั้น หรือมีคำพิพากษาลงโทษและผู้นั้นพ้นโทษแล้ว (Erledigunsprinzip) กรณีที่สอง ถ้าศาลยกฟ้องเนื่องจากเป็นกรณีที่ขาดอายุความ กรณีที่สาม ถ้ากฎหมายของรัฐอื่นนั้นกำหนดว่า การยื่นฟ้องคดีโดยผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดี แต่ไม่ปรากฏว่ามีกรณียื่นฟ้องคดี หรือมี แต่ผู้เสียหายได้ถอนฟ้องแล้ว ศาลของกรีซย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดดังกล่าวซ้ำ ได้ อย่างไรก็ตามศาลต้องนำโทษที่จำเลยเคยได้รับมาแล้วตามคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐอื่นไม่ว่า ทั้งหมดหรือบางส่วน มาหักออกจากโทษที่ศาลจะกำหนดให้แก่ตัวจำเลยด้วยตามมาตรา 10 แห่ง

foreign sentence into account or if the accused has already been acquitted by final judgement abroad in respect of the offense.

⁶¹Section 153c. (Non-Prosecution of Offenses Committed Abroad)

(4) if charges have already been preferred, the public prosecution office may in the cases of subsection (1), numbers 1 and 2 , and of subsection (2) withdraw the charges at any stage of the proceedings and terminate the proceedings if the conduct of proceedings would pose the risk of serious detriment to the Federal Republic of Germany, or if other predominant public interests present an obstacle to prosecution.

ประมวลกฎหมายอาญา (Anrechnungsprinzip)⁶²

2.2.3.1.3 หลักเกณฑ์การกำหนดโทษในกรณีศาลพิจารณาพิพากษาคดีซ้ำ

เมื่อมีคำพิพากษาในความผิดที่ได้ฟ้องแล้วผลในทางกฎหมายของการปรับใช้หลัก “ne bis in idem” ในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไป บ้างก็มีผลเป็นการห้ามดำเนินกระบวนการพิจารณาการกระทำความผิดกรรมเดียวกันนั้นซ้ำอีก บ้างก็ยอมให้มีการดำเนินกระบวนการซ้ำได้แต่ห้ามมิให้พิพากษาลงโทษซ้ำซ้อน (principle of recognition) สำหรับกรณีหลังนั้น บางประเทศจะนำหลัก principle of deduction มาปรับใช้ในการลงโทษจำเลย เช่น ระบบกฎหมายของประเทศเบลเยียมยินยอมให้ศาลพิจารณาพิพากษารกระทำกรรมเดียวกันกับในคดีก่อนในความผิดฐานใหม่ได้ (infractio collective) แต่ศาลในคดีหลังต้องนำโทษที่ศาลในคดีก่อนพิพากษามาประกอบการพิจารณาด้วย นอกจากนี้ในระบบกฎหมายบางประเทศได้นำหลัก principle of deduction มาปรับใช้ระหว่างการลงโทษทางอาญาและโทษทางปกครองด้วย

ส่วนกรณีศาลจะพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดซึ่งถูกพิจารณาพิพากษาโดยศาลของรัฐอื่นมาแล้วเป็นข้อยกเว้นของหลัก ne bis in idem เนื่องจากรัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยของตนเอง อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายบางประเทศกำหนดให้ศาลต้องนำโทษที่ผู้ผู้นั้นเคยได้รับมาแล้วมาประกอบการพิจารณาเพื่อกำหนดโทษในครั้งหลังด้วย

เนื่องจากปัจจุบันนี้หลายประเทศได้ร่วมกลุ่มเพื่อให้ความร่วมมือทางการค้า การลงทุน และทางเศรษฐกิจเพิ่มมากขึ้น เช่น สหภาพยุโรป ดังนั้น การปรับใช้หลักการห้ามลงโทษการกระทำกรรมเดียวสองครั้งจึงมีความสลับซับซ้อนเพิ่มมากขึ้น โดยจะมีการปรับใช้ใน 3 รูปแบบ

1. การปรับใช้ภายในประเทศ (domestic application)
2. การปรับใช้ระหว่างประเทศที่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง (first-tier international application)
3. การปรับใช้ระหว่างประเทศและองค์กรซึ่งขาดข้อพิพาทระหว่างประเทศ (second-tier international application)⁶³

⁶²Ilias Anagnostopoulos, “Greece, ne bis in idem,”

<<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-965.htm>>

⁶³Reynaud Neil Daniels. "non bis in idem and the International Criminal Court.," <<http://law.bepress.com/expresso/eps/1365>>

2.2.3.2 การให้ลงโทษบทหนักสำหรับการกระทำกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท

เมื่อบุคคลใดได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดซึ่งต้องได้รับโทษทางอาญา หากการกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบของความผิดมากกว่าหนึ่งความผิดที่เรียกว่า “กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท” (Idealkonkurrenz) เพื่อมิให้จำเลยต้องได้รับโทษซ้ำซ้อนกันจากการกระทำอันเดียวของตน กฎหมายอาญาจึงบัญญัติให้ศาลต้องลงโทษสำหรับความผิดที่เป็นบทหนักแก่จำเลยเท่านั้น

2.2.3.2.1 กรณีที่ถือว่าการกระทำกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท

เนื่องจากการกระทำกรรมเดียวอาจแบ่งเป็นกรรมเดียวที่เกิดจากการกระทำอันเดียว และกรรมเดียวที่เกิดจากการกระทำมากกว่าหนึ่งการกระทำ โดยการกระทำแต่ละอันไม่เป็นความผิด หรือการกระทำที่รวมกันเข้าเป็นกรรมเดียวนั้นบางอันเป็นความผิดในตัวเอง แต่ถือว่าการกระทำทุกอันรวมกันเข้าเป็นความผิด หรือกรณีที่เป็นความผิดต่อเนื่องหรือความผิดที่ยืดออกไป⁶⁴ หนึ่ง การกระทำกรรมเดียวที่เกิดจากการกระทำอันเดียวอาจเข้าองค์ประกอบของความผิดคนละฐานหรือความผิดฐานเดียวกันก็ได้ เช่น จำเลยเจตนายิงคนโดยกระสุนปืนทะเลาะวิวาทหน้าต่างแตกเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์และความผิดฐานพยายามทำร้ายหรือฆ่าคน (ความผิดคนละฐาน) หรือจำเลยเจตนายิงปืนนัดเดียวแต่ถูกบุคคลหลายคน (ความผิดฐานเดียวกัน)⁶⁵ กรณีดังกล่าวถือเป็นการกระทำกรรมเดียว

ทั้งนี้ องค์ประกอบของการกระทำกรรมเดียวในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีสองประการ⁶⁶ คือ

1. องค์ประกอบในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย (Der finale Faktor) คือ เจตนาหรือความมุ่งหมายในการกระทำ แม้ว่าจะเกิดการกระทำทางกายภาพหลายอย่าง แต่ถ้าผู้กระทำได้กระทำเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อย่างเดียว การกระทำทางกายภาพหลายอย่างนั้นย่อมเป็นการกระทำกรรมเดียว

⁶⁴ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความผิดกรรมเดียว”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 4, (ธันวาคม 2530), น. 219-220.

⁶⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43, น. 566-568.

⁶⁶ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 220-221.

2. องค์ประกอบในเรื่องปทัสฐานทางกฎหมาย (Der normative Faktor) คือ การที่สังคมเห็นว่ากรกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเป็นความผิดซึ่งผู้กระทำจะต้องได้รับโทษในทางอาญา

ในทางตำราได้แยกพิจารณาการกระทำความผิดทางอาญาที่เป็นกรกระทำกรรมเดียว ผิดกฎหมายหลายบท ดังนี้

1. การกระทำอันเดียวหรือหลายอันในขณะเดียวกัน เช่น ก. เบิกความต่อศาลว่า ค. ได้ข่มขืนกระทำชำเรา ข. เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2530 ทั้งที่ ก. ทราบดีว่า ง. เป็นผู้กระทำ ก. มีความผิดฐานเบิกความเท็จ กล่าวหาเท็จและหมิ่นประมาท ซึ่งเป็นการกระทำกรรมเดียว

2. การกระทำที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันตามธรรมชาติ (natürliche Handlungseinheit) ซึ่งถ้าพิจารณาอย่างเคร่งครัดแล้วสามารถแยกได้เป็น 2 การกระทำ แต่ถ้าพิจารณาในฐานะของผู้กระทำแล้วเป็นการกระทำกรรมเดียว เช่น ก. เดินชน ข. เพื่อจะดูหมิ่น แต่ได้ดำ ข. และทำร้ายร่างกาย ข. หรือทำร้ายร่างกายและทะเลาะวิวาทในขณะเดียวกัน ตีทำร้ายหลายๆ ครั้ง หยิบฉวยทรัพย์สินหลายๆ ครั้ง เป็นการกระทำกรรมเดียว

3. การกระทำที่ต่อเนื่องกันไปอย่างเกี่ยวข้องกัน (Fortsetzungszusammenhang) ทั้งนี้ หากพิจารณาการกระทำดังกล่าวตามธรรมชาติจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำหลายกรรมต่างกัน แต่ถ้าพิจารณาจากเจตนารวม (Gesamtvorsatz) การฉวยโอกาสอย่างเดียวกันกระทำความผิดหลายครั้ง โดยกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองที่คล้ายกัน (ähnliche Rechtsgüter) โดยมีเงื่อนไขดังนี้

ก. ต้องมีองค์ประกอบของความผิดพื้นฐานแบบเดียวกัน เช่น ลักทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ยักยอก รับของโจร ต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานและทำร้ายร่างกาย

ข. การกระทำแต่ละอย่างจะต้องมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกัน

ค. การกระทำที่รวมเข้ามานี้ต้องไม่มีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เช่น เสรีภาพ เกียรติ หรือร่างกายของบุคคลที่สาม

ง. ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิดนั้นต่อเนื่องไปก่อนที่การกระทำครั้งแรกหรือครั้งก่อนจะสิ้นสุดลง โดยลักษณะของผู้กระทำและมูลเหตุชักจูงใจจะเป็นข้อเท็จจริงสำคัญในการพิสูจน์ถึงเจตนา

4. การกระทำที่ส่งผลไปยังการกระทำที่เป็นความผิดอื่น โดยมีการกระทำบางส่วนของทั้งสองกรรมร่วมกันอยู่ (Klammerwirkung einer Straftat) ศาลยอมรับการส่งผลจากการกระทำ ความผิดฐานหนึ่งทำให้ผู้กระทำต้องกระทำความผิดฐานอื่นและถือว่าการกระทำทั้งหมดดังกล่าว

เป็นการกระทำกรรมเดียว เช่น ก. ขับรถชน ข. ตายโดยประมาทและขับรถโดยไม่มีใบอนุญาตเพื่อหลบหนี หรือ ก. ซึ่งเป็นสายลับบุกกรุเข้าไปสืบข่าวในบ้านของ ข. ระหว่างที่ดักฟังโทรศัพท์อยู่ได้นำเอาเอกสารไปด้วยเป็นกรรมเดียว

2.2.3.2.2 เกณฑ์การพิจารณาลงโทษสำหรับการกระทำกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท

เกณฑ์การพิจารณาลงโทษการกระทำกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น หากเป็นการกระทำกรรมเดียวที่เข้าองค์ประกอบของความผิดทางกฎหมายหลายบทหรือหลายฉบับต้องปรับให้เป็นความผิดเพียงบทเดียว (Gesetzeskonkurrenz) เพราะองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายบทหนึ่งหรือฉบับหนึ่งย่อมปฏิเสธความผิดตามกฎหมายอีกบทหนึ่งหรืออีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ การกระทำที่เข้าองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายพิเศษ (Spezialität) ย่อมไม่ผิดองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายทั่วไป (lex specialis derogat legi generali) การกลืนการกระทำความผิดอื่น (Konsumtion) และการปรับการกระทำความผิดเข้ากับบทบัญญัติเฉพาะเรื่องโดยไม่ปรับเข้ากับบทความผิดทั่วไปในกรณีที่บทความผิดทั่วไปมีโทษหนักกว่า (Subsidiarität)

อนึ่ง การกระทำที่เข้าองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายพิเศษย่อมไม่ผิดองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายทั่วไปนั้น ความผิดตามกฎหมายพิเศษนี้อาจเกิดจากการพัฒนาความผิดทั่วไปเป็นความผิดพิเศษเฉพาะ (eigenständiger Unwert, delictum sui generis) เช่น ความผิดฐานลักกระแสไฟฟ้าตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 248 c (Entziehung elektrischer Energie) เป็นความผิดพิเศษไปจากความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 242 (Diebstahl) ดังนั้น การลักกระแสไฟฟ้าโดยใช้อาวุธจะนำบทบัญญัติที่ลงโทษหนักขึ้นตามความผิดฐานลักทรัพย์ในมาตรา 244 มาใช้บังคับไม่ได้ หรือเกิดจากการพัฒนาจากความผิดพื้นฐานไปเป็นความผิดใหม่ที่วีความร้ายแรงขึ้น (Qualifizierung und Privilegierung) แต่ฐานความผิดไม่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์และความผิดฐานลักทรัพย์กรณีร้ายแรงขึ้น (บทฉกรรจ์) หรือความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีอาวุธ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 242, 243 และ 244

ส่วนการกลืนการกระทำความผิดอื่น (Konsumtion) หมายความว่า การกระทำความผิดตามองค์ประกอบความผิดฐานหนึ่งได้รวมเอาการกระทำความผิดอีกฐานหนึ่ง (Begleittat) ไว้ด้วย กล่าวคือ ความผิดที่ตามมานี้จะกลืนลงไปกับความผิดประธาน (Haupttat) ในกรณีดังกล่าวนี้ ความผิดที่ร้ายแรงกว่าจะรวมเอาความผิดที่ร้ายแรงน้อยกว่าไว้ในตัว เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์

ในเคสสถานจะกลืนความผิดฐานลักทรัพย์และความผิดฐานบุกรุก หรืออาจรวมเอาความผิดฐาน ทำให้เสียทรัพย์ไว้ด้วย ส่วนความผิดฐานวางเพลิงจะรวมเอาความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ไว้ด้วย

อนึ่ง การกระทำความผิดที่เคลื่อนกลืนไปกับความผิดประธาณนั้นอาจกระทำก่อนหรือ หลังการกระทำความผิดประธาณก็ได้ เช่น ความผิดฐานใช้ให้ ข. ชำคน ย่อมเคลื่อนกลืนไปกับ ความผิดฐานชำคน หรือความผิดฐานลักทรัพย์ย่อมเคลื่อนกลืนความผิดฐานใช้หรือสนับสนุนให้ ข. รับของโจรซึ่งเป็นความผิดหลังการกระทำความผิดประธาณ หรือการทำลายทรัพย์ที่ตนลักมา ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ย่อมเคลื่อนกลืนไปกับความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งเป็นความผิดประธาณ อย่างไรก็ตามหากการกระทำที่เคลื่อนกลืนไปนั้นไปละเมิดสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgut) อันใหม่ ย่อมถือว่าเป็นการกระทำอีกกรรมหนึ่ง เช่น ชายทรัพย์ที่ได้มาจากการลักทรัพย์ ให้แก่ผู้ซื้อที่สุจริตเป็นความผิดฐานฉ้อโกงผู้ซื้ออีกกรรมหนึ่ง

ในระบบกฎหมายแองโกลอเมริกา (Anglo-American) ข้อความคิดเกี่ยวกับการกระทำ กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทจะลงโทษทุกฐานความผิดได้หรือไม่นั้นมีความเห็นแตกต่างกัน เป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดหลายบทแยกต่างหากจากกัน แสดงว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะให้มีการลงโทษทุกบท แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นความ ล้มเหลวของการบัญญัติถ้อยคำของกฎหมายให้มีลักษณะเฉพาะเจาะจงถึงการกระทำใดการ กระทำหนึ่งที่จะกำหนดให้เป็นความผิด (เนื่องจากเป็นการบัญญัติถ้อยคำไว้เป็นการล่วงหน้า) อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็ไม่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน⁶⁷

ทั้งนี้ บทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำกรรมเดียวนั้นมีอยู่ 4 ลักษณะ คือ ความผิดที่ใกล้เคียงกัน (alternativity) ความผิดเฉพาะ (specialty) การกลืนการกระทำความผิด อื่น (consumption หรือ subsidiarity) และการลงโทษความผิดทุกฐาน (cumulation หรือ norm competition) โดยความผิดที่ใกล้เคียงกัน (alternativity) หมายถึง ลักษณะของความผิดที่กำหนด ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดคล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกัน การปรับใช้บทบัญญัติ หนึ่งกับข้อเท็จจริงย่อมมีผลเป็นการปฏิเสธการปรับใช้อีกบทบัญญัติหนึ่ง เช่น ความผิดฐานชำคน ตาย (murder) และความผิดฐานชำคนตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) ความผิดฐานลักทรัพย์ (larceny) และความผิดฐานรับของโจร (receiving stolen goods) หรือความผิดฐานลักทรัพย์และ ความผิดฐานฉ้อโกง (false pretenses) เป็นต้น ทั้งนี้ การพิสูจน์ความผิดทั้งสองฐานมีองค์ประกอบ

⁶⁷ Otto Kirchheimer, "The Act, The Offense And Double Jeopardy," The Yale Law Journal 58 (March 1949) : 516.

ไม่แตกต่างกันมากนัก เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายและความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาซึ่งมีองค์ประกอบภายนอกอย่างเดียวกัน ส่วนองค์ประกอบภายในนั้นการวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่ามิได้เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นการที่ศาลปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายจากการรับฟังพยานหลักฐานซึ่งมีผลในการลงโทษความผิดใดความผิดหนึ่ง ความผิดทั้งสองฐานจึงมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง⁶⁸

สำหรับกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเข้าองค์ประกอบของความผิดมากกว่าสองบท การปรับบทลงโทษผู้กระทำความผิดต้องเป็นไปตามหลักความผิดพิเศษ (specialty) และหลักการกีดกันการกระทำความผิดอื่น (consumption) โดยความผิดพิเศษ (specialty) นั้นมาจากหลักการพื้นฐานว่า ถ้าบรรทัดฐาน (norms) ของกฎหมายถูกบัญญัติไว้แตกต่างกันระหว่างบทพิเศษ (lex specialis) และบททั่วไป (lex generalis) จะต้องปรับใช้บทพิเศษก่อน เช่น การปล้นธนาคารเป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบทั้งความผิดฐานปล้นทรัพย์และความผิดฐานปล้นธนาคาร โดยความผิดฐานปล้นทรัพย์เป็นบททั่วไป ส่วนความผิดฐานปล้นธนาคารเป็นบทพิเศษ หรือระหว่างความผิดฐานทำร้ายร่างกายซึ่งเป็นบททั่วไปและความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยอุกฉกรรจ์ (felony) ซึ่งเป็นบทพิเศษ โดยอาจกล่าวได้ว่าการกระทำกรรมเดียวกันนั้นเป็นความผิดทั้งสองฐาน ในกรณีดังกล่าวต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดความผิดในลักษณะที่เฉพาะเจาะจงกว่ามาปรับใช้แก่กรณี อย่างไรก็ตามในบางกรณีบทเฉพาะก็อาจถูกพิจารณาเป็นบททั่วไปได้หากเทียบกับบทบัญญัติที่กำหนดความผิดในลักษณะที่เฉพาะเจาะจงกว่า เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยอุกฉกรรจ์ (felony) เป็นบทพิเศษ เมื่อเทียบกับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ความผิดดังกล่าวถือเป็นบททั่วไป หากเทียบกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายหญิงเพื่อทำการข่มขืน เป็นต้น

หลักการดังกล่าวถูกนำมาปรับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ความผิดฐานเสพของมึนเมาบนทางหลวงและความผิดฐานขับขี่ยานพาหนะบนทางหลวงในขณะที่อยู่ในสภาพมึนเมา โดยจะต้องนำบทพิเศษมาปรับใช้กับความผิด และการปรับใช้บทพิเศษย่อมมีผลเป็นการปฏิเสธการปรับใช้บททั่วไป (lex specialis derogate legi generalis)

ส่วนหลักการกีดกันการกระทำความผิดอื่น (consumption) ซึ่งเป็นหลักที่ห้ามลงโทษการกระทำกรรมเดียวกันหลายบท แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะถูกกำหนดโดยบรรทัดฐานที่

⁶⁸ *Ibid.* p. 516-517.

แตกต่างกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักความผิดที่มีโทษรุนแรงกว่าย่อมกลืนความผิดที่มีโทษรุนแรงน้อยกว่า (lex consumens derogat legi consumptae) หรือหลักความผิดที่มีโทษรุนแรงน้อยกว่า (less authoritative or inferior criminalisation) จะนำมาปรับใช้กับกรณีก็ต่อเมื่อความผิดที่มีโทษรุนแรงกว่า (superior criminalization) มิได้ถูกปรับใช้ (lex primaria derogat legi subsidiariae) แม้ว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลจะถือว่าเป็นความผิดทางอาญาเพียงบทเดียว แต่หากพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วความผิดบทเดียวนั้นได้ซ้อนความผิดอื่นไว้ เช่น การพยายามกระทำความผิดและความผิดสำเร็จ ในกรณีที่การกระทำอยู่ในขั้นของการเตรียมการซึ่งมีโอกาสที่ผู้กระทำจะยับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด แต่เมื่อผู้กระทำได้กระทำความผิดสำเร็จลงแล้ว ความผิดสำเร็จย่อมกลืนการพยายามกระทำความผิดไปหมด แต่หลักการดังกล่าวมักจะไม่เป็นที่รู้จักกันในระบบกฎหมายแองโกลอเมริกา (Anglo-American)

อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวจะไม่นำมาปรับใช้ในบางความผิดในบางกรณี เช่น ระหว่างความผิดฐานสมรู้ร่วมคิด (conspiracy) และความผิดสำเร็จ (consummated crime) หรือระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์และความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถาน สำหรับความผิดฐานสมรู้ร่วมคิดและความผิดสำเร็จซึ่งดูเหมือนจะไม่มีเหตุผลเลยว่าเหตุใดความผิดฐานสมรู้ร่วมคิดถึงไม่เคลื่อนกลืนไปกับความผิดสำเร็จ แต่ก็มีผู้ให้เหตุผลว่าเนื่องจากความผิดสองฐานนั้นมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคุณค่าทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ในบางกรณีกฎหมายจะกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานสมรู้ร่วมคิดไว้ค่อนข้างรุนแรง การกำหนดโทษดังกล่าวตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าความร่วมมือกันกระทำความผิดอาญาจะเป็นอันตรายต่อสังคมมากกว่าการกระทำความผิดโดยลำพัง ผู้สมรู้ร่วมคิดจะต้องถูกลงโทษทั้งความผิดฐานสมรู้ร่วมคิดและความผิดที่วางแผนร่วมกันกระทำ

ส่วนการลงโทษทั้งความผิดฐานลักทรัพย์และความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานนั้น มิได้มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดให้อ่านจกไว้อย่างชัดเจน แต่การลงโทษในลักษณะดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานในทางทฤษฎีว่า ผู้กระทำความผิดอาจได้แย้งได้ว่าเมื่อได้บุกรุกเข้าไปในเคหสถานแล้วได้เกิดเปลี่ยนใจไม่ประสงค์ที่จะลักทรัพย์ แต่ได้กระทำการข่มขืนผู้ที่อาศัยในเคหสถานแทน อนึ่ง ความผิดฐานข่มขืนซึ่งกระทำลงไปมีโอกาสที่ผู้กระทำมิได้คาดหมายล่วงหน้ามาก่อนภายหลังจากที่ได้บุกรุกเข้าไปในเคหสถานนั้นแตกต่างจากความผิดฐานลักทรัพย์ที่เป็นแผนหรือผลซึ่งเป็นการกระทำที่เชื่อมโยงหรือเป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถาน สำหรับกรณีแรกถือว่าเป็นความผิดที่แยกต่างหากจากกันสองฐาน ส่วนกรณีหลังถือว่าความผิด

ฐานลักทรัพย์ในเคสสถานเคลื่อนกลืนความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งเป็นไปตามหลัก *lex consumens derogat legi consumptae*

หลักการกลืนการกระทำความผิดอื่น (*lex consumens*) นั้นนำมาปรับใช้ส่วนใหญ่กับการกระทำที่ผิดกฎหมายหลายบทอันเนื่องจากการที่ผู้บัญญัติกฎหมายพยายามที่จะบัญญัติแยกให้การกระทำส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นความผิดต่างหากเพื่อที่จะสามารถควบคุมการกระทำในทุกลักษณะได้ หลัก *lex consumens* แตกต่างจากหลัก *lex specialis* เนื่องจากความผิดลักษณะดังกล่าวมิได้ถือว่าเป็นความผิดทั่วไปด้วยในขณะเดียวกัน ในทางทฤษฎีแล้วความผิดที่ถูกเคลื่อนกลืนไปกับความผิดอื่นนั้นสามารถแยกออกมาได้ เช่น ความผิดฐานขายสุราเถื่อนเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกจากกความผิดฐานผลิตสุราเถื่อน ความผิดฐานขนสารเสพติดเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกจากความผิดฐานผลิตหรือจำหน่ายสารเสพติด นอกจากนั้นความผิดที่ถูกเคลื่อนกลืนและความผิดที่เคลื่อนกลืนอาจจะมิได้เป็นบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันหรือเชื่อมโยงกันอย่างไรในระหว่างความผิดพิเศษ (*lex specialis*) และความผิดทั่วไป (*lex generalis*) ทั้งนี้ ความผิดที่ถูกเคลื่อนกลืนและความผิดที่เคลื่อนกลืนนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด และในกรณีดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักการลงโทษความผิดที่รุนแรงมากกว่า (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) เช่น การขูดคู้ยหลุมศพเพื่อที่จะเอาศพหรือการเคลื่อนย้ายหลุมศพโดยไม่มีอำนาจซึ่งอาจจะมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์หรือความผิดฐานลักทรัพย์ในขณะเดียวกันก็อาจจะมิบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดฐานขูดหลุมศพโดยผิดกฎหมายหรือความผิดฐานเคลื่อนย้ายหลุมศพก็ได้ กรณีดังกล่าวไม่เป็นที่สงสัยเลยว่าการกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นเพียงความผิดฐานเดียวตามหลัก *non-competitive relation* ทั้งนี้ การร้องขอให้ลงโทษความผิดฐานใดฐานหนึ่งยอมเป็นการปฏิเสธการลงโทษความผิดฐานอื่น หลักการลงโทษความผิดที่รุนแรงมากกว่าย่อมนำมาใช้บังคับระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์และความผิดฐานก่อให้เกิดการรบกวนกระแสไฟฟ้าด้วย

การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดฐานใดนั้นขึ้นอยู่กับเจตนาหรือวัตถุประสงค์ของผู้กระทำ กล่าวคือ การกระทำโดยเจตนาหรือตามวัตถุประสงค์ของผู้กระทำได้ไปละเมิดหรือฝ่าฝืนบรรทัดฐานของบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องใด (บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวประสงค์จะควบคุมการกระทำโดยเจตนาหรือตามวัตถุประสงค์นั้นหรือไม่) ดังนั้นแม้ว่าผู้กระทำจะได้กระทำการหลายส่วนโดยแต่ละส่วนเป็นความผิดได้ในตัวเอง แต่ต้องถือว่าการกระทำแต่ละส่วนนั้นเคลื่อนกลืนไปกับการกระทำที่ผู้กระทำเจตนาหรือประสงค์จะกระทำในท้ายที่สุด อย่างไรก็ตามในกรณีที่การกระทำแต่ละส่วนเป็นอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะ

คุ้มครองแตกต่างกัน (different social interest) การกระทำแต่ละส่วนนั้นย่อมเป็นความผิดในตัวเอง โดยถือว่าเป็นการกระทำความผิดอีกฐานหนึ่งต่างหาก (independent significance)

แม้ว่าหลักการให้ลงโทษความผิดฐานใดฐานหนึ่งสำหรับการกระทำกรรมเดียวจะเป็นการช่วยยับยั้งผลเสียที่เกิดจากความเติบโตและเฟื่องฟูในการตรากฎหมาย แต่ก็มีข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวเช่นกัน การลงโทษความผิดทุกฐานแม้ว่าจะเป็นการกระทำกรรมเดียวกันสามารถกระทำได้ ถ้าหากบทบัญญัติดังกล่าวถูกตราขึ้นโดยประสงค์ที่จะให้คุ้มครองบรรทัดฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน (different legal norms) โดยในสมัยโรมันนั้นได้มีความพยายามที่แยกแยะรากฐานทางศีลธรรมของความผิดต่างๆ (ethical foundations of offenses) ถ้าหากการกระทำของบุคคลเป็นการฝ่าฝืนรากฐานทางศีลธรรมที่แตกต่างกันย่อมเป็นความผิดหลายความผิด เช่น ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่มีสายเลือดเดียวกันและความผิดฐานเป็นขู้ หรือระหว่างความผิดฐานปล้นทรัพย์และความผิดฐานฆ่าคน เป็นต้น ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองประโยชน์ของสังคมด้วยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่สามารถเห็นความแตกต่างได้อย่างชัดเจน โดยการห้ามร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่มีสายเลือดเดียวกันนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่ากรรมมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลที่มีสายเลือดเดียวกันเป็นสิ่งที่ควรหลีกเลี่ยง ส่วนความผิดฐานเป็นขู้ (มีขึ้นในสมัย Augustus) ตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดในการคุ้มครองสถานภาพการสมรสหรือความผิดฐานให้กู้ยืมเงินโดยปราศจากใบอนุญาตโดยผู้กู้ได้เรียกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดบรรทัดฐานของกฎหมายในสองเรื่อง คือ ความต้องการของสังคมที่จะให้มีการควบคุมดูแลกิจการเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินและความต้องการที่จะคุ้มครองผู้กู้ยืมเงินรายบุคคล บรรทัดฐานทั้งสองเรื่องจึงได้ถูกกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสองบทแยกออกจากกัน ดังนั้น ในกรณีที่การกระทำเป็นทั้งความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างบุคคลที่มีสายเลือดเดียวกันและความผิดฐานเป็นขู้ หรือการกระทำเป็นทั้งความผิดฐานให้กู้ยืมเงินโดยปราศจากใบอนุญาตและความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ซึ่งเป็นการละเมิดบรรทัดฐานของกฎหมายที่แตกต่างกันก็สามารถลงโทษผู้กระทำสำหรับความผิดทุกฐานได้ ทั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงถึงบรรทัดฐานในเรื่องใดเรื่องหนึ่งก่อน

ในบางครั้งความประสงค์ขององค์กฤษฎีกาไม่ได้แสดงออกมาผ่านบทบัญญัติของกฎหมายให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การตรากฎหมายฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองประโยชน์อันใหม่ที่แตกต่างจากประโยชน์อันเดิม หรือเป็นเพียงการกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายให้ครอบคลุมลักษณะหรือรูปแบบของการกระทำหรือการดำเนินการใหม่ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์เดิม เช่น หากผู้เมาสุราถูกจับกุมในขณะที่ขับขีรถยนต์โดยไม่มีใบอนุญาต

ผู้กระทำได้ถูกลงโทษในความผิดทั้งสองฐาน (ความผิดฐานขี้ขี้รถยนต์ในขณะที่เมาสุราและความผิดฐานขี้ขี้รถยนต์โดยไม่มีใบอนุญาต) หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ขี้ขี้รถยนต์ต้องมีใบอนุญาต กล่าวคือ ถ้าหากการจ่ายเงินค่าธรรมเนียมเป็นเพียงเงื่อนไขเดียวในการออกใบอนุญาตให้กับผู้ขี้ขี้โดยปราศจากการตรวจสอบถึงประวัติการขี้ขี้รถยนต์ กฎหมายที่กำหนดให้ผู้ขี้ขี้รถยนต์ต้องมีใบอนุญาตจึงมีความมุ่งหมายเพียงเพื่อประโยชน์ในทางการเงิน (purely fiscal character) เท่านั้น โดยมีได้มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ขี้ขี้รถยนต์ในขณะที่เมาสุราซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองชีวิตของบุคคล (life-protecting norm) ในกรณีนี้จึงสามารถลงโทษความผิดทั้งสองฐานได้ แต่ถ้านอกจากการเสียค่าธรรมเนียมแล้ว ประวัติการขี้ขี้รถยนต์ก็เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาออกใบอนุญาตด้วย กฎหมายที่กำหนดให้ผู้ขี้ขี้รถยนต์ต้องมีใบอนุญาตจึงมีวัตถุประสงค์ทั้งเพื่อประโยชน์ทางการเงินและเพื่อคุ้มครองชีวิตของบุคคลผสมผสานกัน ในกรณีนี้มีข้อที่ต้องพิจารณาว่าควรจะต้องนำหลักการลงโทษความผิดที่รุนแรงมากกว่า (lex primaria derogat legi subsidiariae) หรือหลักการลงโทษความผิดทุกฐาน (norm competition) มาปรับใช้

สำหรับการพิจารณาใช้หลักการลงโทษความผิดฐานเดียว (non-competitive relation) ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ได้มีกรณี Allied Control Council Law No.10 (A.C.C.) (อาชญากรรมต่อมนุษยชาติ) กำหนดความผิดซ้ำซ้อนกับความผิดฐานฆ่าคนตายและความผิดฐานทำร้ายร่างกายในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน แต่กฎหมาย A.C.C. กำหนดโทษเบากว่าโทษที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันสำหรับความผิดฐานฆ่าคนตาย ในกรณีดังกล่าวศาลของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้มีคำตัดสินโดยอาศัยเหตุผลที่แตกต่างกันไป เช่น กฎหมายทั้งสองมิได้ถูกกำหนดโดยองค์กฤษฎีกาเดียวกัน หรือบทบัญญัติของกฎหมายหนึ่งมิได้เกี่ยวเนื่องกลับไปกับอีกบทหนึ่ง อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายทั้งสองต่างก็มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองชีวิตของบุคคลเช่นเดียวกัน เมื่อบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันมีลักษณะที่เฉพาะเจาะจงกว่าบทบัญญัติใน A.C.C. จึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันมาปรับใช้แก่กรณีตามหลัก lex specialis

กล่าวโดยสรุปแล้วในกรณีที่การกระทำความผิดเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละเรื่องนั้นประสงค์จะคุ้มครองประโยชน์ของสังคม (social interests) แตกต่างกันหรือไม่ ถ้าแตกต่างกันก็สามารถลงโทษความผิดทุกฐานได้ แต่ถ้าเพียงแตกต่างกันในถ้อยคำที่บัญญัติการกระทำที่เป็นความผิด แต่บทบัญญัติเหล่านั้นต่างก็มี

วัตถุประสงค์เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กรณีนี้ควรต้องนำหลักการลงโทษความผิดที่รุนแรงมากกว่า (lex primaria derogat legi subsidiariae) มาปรับใช้

อนึ่ง ถ้าการกระทำกรรมเดียวเป็นความผิดกฎหมายหลายบท แต่การกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อประโยชน์ของบุคคลหลายคน จะต้องนำหลักการลงโทษความผิดทุกฐาน (norm competition) มาปรับใช้ เช่น การที่ผู้จ้างงใช้ทรัพย์สินที่จ้างงไปในทางที่ทำให้เสื่อมค่าหรือเสียหายแก่ผู้รับจ้างงอันเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายสองบทที่มีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน คือ บทบัญญัติของกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้รับจ้างงและบทบัญญัติของกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้ซื้อจากการถูกหลอกหลวง แม้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองบทจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์ในทางทรัพย์สินเช่นเดียวกัน แต่เมื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลสองคนที่มีได้มีความเกี่ยวข้องกันภายใต้สถานการณ์ที่แตกต่างกัน กรณีจึงอาจจะต้องนำหลักการลงโทษความผิดทุกฐานมาปรับใช้

2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติรัฐและหลักกฎหมายอาญา

หลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจนั้นได้พัฒนามาจากเหตุการณ์การปฏิวัติทางการเมืองการปกครองในประเทศภาคพื้นยุโรป โดยประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกในยุโรปที่ได้พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของรัฐบาลหรือรัฐาธิปไตยขึ้นจากเหตุการณ์ความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์และรัฐสภา เพื่อช่วงชิงอำนาจทางการเมืองในช่วงศตวรรษที่ 17 ทั้งนี้ เริ่มจากยุคสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 1 (James I) เรื่อยมาจนถึงยุคการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (The Glorious Revolution) โดยได้มีการจัดทำ The bill of rights ซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง ในปี 1688 และ Act of Settlement ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายกษัตริย์และรัฐสภา เช่น การใช้อำนาจของฝ่ายกษัตริย์ในการยกเลิกกฎหมาย หรือการใช้อำนาจยับยั้งกฎหมายโดยปราศจากความเห็นชอบของรัฐสภา แม้ว่าแนวความคิดในเชิงจำกัดการใช้อำนาจของรัฐาธิปไตยจะปรากฏขึ้นให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษร แต่แนวความคิดดังกล่าวยังไม่ได้ก่อตัวขึ้นเป็นอุดมคติทางกฎหมายในแง่ของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) จวบจนศตวรรษที่ 19 จึงได้มีการวางแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมขึ้นอย่างชัดเจน โดย A.V. Dicey นักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงของอังกฤษได้ให้ความเห็นไว้ว่า หลักนิติธรรม ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลตามอำเภอใจ เว้นแต่กรณีที่มีการละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้ง และกระบวนการลงโทษบุคคลจะกระทำได้อีกแต่โดยที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยศาลปกติของแผ่นดิน (only ordinary laws enforced by ordinary courts)
2. บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกันไม่ว่าบุคคลจะอยู่ในตำแหน่งใดหรือฐานะใด (all persons equally subject to the laws)
3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญดังกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศอื่น (rights guaranteed in practice rather than on paper)

การให้คุณค่าแก่หลักนิติธรรมดังกล่าวเป็นการวางหลักโดยคำนึงบริบททางประวัติศาสตร์ (historical context) ของอังกฤษมากกว่าการวางหลักทั่วไป โดยมีรากฐานจากความเชื่อมั่นต่อระบบศาลในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาสำคัญของความถูกต้องและการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงมีผลเป็นการปฏิเสธระบบการควบคุมการใช้อำนาจอย่างอื่นนอกเหนือจากการควบคุมโดยศาลยุติธรรมผ่านทางกระบวนการพิจารณา นอกจากนี้ ความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมาย Common Law มีผลทำให้การใช้อำนาจของรัฐาธิปัตย์ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายสามัญของ Common Law ในฐานะแหล่งที่มาเดียวของกฎหมายมหาชน (public law) แตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปที่ได้พัฒนาระบบกฎหมายปกครองขึ้น (droit administratif) ดังนั้น การให้คุณค่าแก่หลักนิติธรรมในการปกป้องคุ้มครองปัจเจกชนนั้นเป็นการให้คุณค่ากับเรื่องของกระบวนการ (procedures) หรือสถาบัน (institutions) แต่ไม่ได้ให้คุณค่านิยมที่แท้จริง (substantive value) ซึ่งเป็นเป้าหมายที่ชัดเจนในทางอุดมคติ⁶⁹

ในปัจจุบันเริ่มมีการตระหนักถึงปัญหาที่เกิดจากการปกครองภายใต้หลักนิติธรรม (the rule of law) เพราะภายใต้การปกครองโดยกฎหมายในประเทศอังกฤษนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่อยู่ภายใต้กฎหมายใดๆ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติของอังกฤษจึงมีอำนาจอย่างไม่จำกัดในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อให้รัฐบาลนำกฎหมายดังกล่าวมาเป็นพื้นฐานในการใช้อำนาจในการปกครองต่อไป ระบบดังกล่าวย่อมทำให้กฎหมายตกอยู่ภายใต้อำนาจทางการเมือง⁷⁰

⁶⁹จรัญ โฆษณานันท์, "บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ "หลักนิติธรรม", วารสารกฎหมาย, ปีที่ 11, ฉบับที่ 1, (มิถุนายน 2529), น.89-91.

⁷⁰บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น. 73.

ส่วนแนวความคิดทางอุดมคติในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ และการปกครองในรูปแบบเสรีประชาธิปไตยในประเทศฝรั่งเศสนั้นได้พัฒนาเป็นแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat de Droit) โดยรูสโซ และมองเตสกีเออ เป็นผู้ที่ริเริ่มเสนอแนวความคิดนี้ลำดับต้นๆ และต่อมาได้มีการสรุปแนวความคิดนี้อย่างชัดเจนโดยการเร เดอ มัลแบร์ (R. Carré de Malberg) โดยเห็นว่า รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat de Droit) มีลักษณะตรงข้ามกับรัฐตำรวจ (Etat de Police) เนื่องจากต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย นัยแรกเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนนัยที่สองเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ซึ่งโดยรวมแล้วมีผลเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด จึงมีผลทำให้องค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กำหนดในกฎหมายกระทำการใดๆ ต่อปัจเจกชนได้ ซึ่งมีผลสองประการ คือ ประการแรก เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน องค์กรฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง องค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นกำหนดให้อำนาจเช่นนั้นไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ในขณะที่องค์กรฝ่ายปกครองในรัฐตำรวจ (Etat de Police) สามารถใช้อำนาจดุลยพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอย่างไรก็ได้ที่เห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ⁷¹

อนึ่ง แนวความคิดเกี่ยวกับรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายซึ่งให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้การปกครองจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นจริงขึ้นมาได้นั้น มีความจำเป็นต้องให้องค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระสามารถตรวจสอบการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีชอบซึ่งทำให้ปัจเจกชนเสียหายได้ด้วย หลักดังกล่าวจึงจะมีผลได้จริงในทางปฏิบัติ

สำหรับประเทศเยอรมันนั้นได้มีการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะของนิติรัฐ (Rechtsstaat) โดยในช่วงก่อนปี ค.ศ.1848 นักคิดที่สำคัญของเยอรมัน คือ Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frisherr von Aretin ได้ให้ความหมายของ “นิติรัฐ” สรุปความได้ว่า เป็นรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้

⁷¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 64-65.

การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข ต่อมา Friedrich Julius Stahl ได้ให้ความหมายของนิติรัฐในทางรูปแบบมากขึ้นว่า นิติรัฐควรจะเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของรัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ ดังนั้น รัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในการทำให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าวโดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อีกทั้งยังต้องทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าวด้วย นอกจากนี้รัฐก็ไม่ควรรื้ออำนาจเหนือบังคับบุคคลตามแนวจารีตที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล⁷²

สำหรับคำสอนเกี่ยวกับหลักของนิติรัฐแนวใหม่เป็นการนำข้อเรียกร้องทั้งหลายของหลักนิติรัฐที่ได้รับการพัฒนามาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 มารวบรวมไว้ โดยแบ่งเป็นหลักย่อยๆ มากน้อยแตกต่างกันไป เช่น Theodor Maunz ได้แบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐดังนี้⁷³

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐที่ต้องมีการแบ่งแยกอำนาจเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และกำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้ถูกแบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด แต่มีการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีองค์กรผู้ใช้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนือองค์กรผู้ใช้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิงหรือรบกวนหน้าที่ของรัฐไว้เพื่อดำเนินการเองทั้งหมด

⁷²บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น. 24.

⁷³ส่วน Hartmut Maurer ได้แบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐออกเป็น 9 หลัก ได้แก่

1. หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) 2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung) 3. หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ (die Rechtsbindung der staatlichen Organe) 4. หลักเงื่อนไขการกระทำของฝ่ายปกครอง (Grundsatz des Gesetzesvorbehalts) 5. หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (Rechtsschutz) 6. หลักความรับผิดชอบของรัฐ (Staatshaftung) 7. หลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Rechtsstaatliche Strafrechtsund Strafprozessrechtsgrundsätze) 8. หลักความมั่นคงของกฎหมาย (Rechtssicherheit) 9. หลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismässigkeit) แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาสาระของหลักย่อยของหลักนิติรัฐดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามีคุณสมบัติคล้อยกับหลักนิติรัฐของ Theodor Maunz มีเพียงหลักหลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการและหลักหลักความรับผิดชอบของรัฐที่เพิ่มเติมเป็นพิเศษขึ้นมา

2. หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte) สิทธิและเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) ถือเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคล รัฐต้องเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วให้อำนาจ ทั้งนี้ นอกจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ยังมีหลักการในทางรูปแบบของกฎหมายที่มีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ (Wesengehaltsgarantie)

อย่างไรก็ตามหลักประกันที่สำคัญที่สุดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน คือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์การตุลาการ (Rechtsschutzgarantie) เพราะหลักประกันทั้งหลายดังที่กล่าวมาข้างต้นจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐเพื่อให้องค์การศาลที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าจะเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลหรือไม่

3. หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรฝ่ายตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit von Justiz und Verwaltung) เป็นหลักที่เชื่อมโยงกับหลักประชาธิปไตยผ่านทางผู้แทน กล่าวคือ การกระทำขององค์กรตุลาการหรือองค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์การนิติบัญญัติที่มาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชน

สำหรับหลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรฝ่ายตุลาการนั้นก่อให้เกิดความผูกพันแก่องค์กรฝ่ายตุลาการในการใช้กฎหมายให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาค โดยองค์กรตุลาการต้องพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และต้องใช้ดุลยพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง

สำหรับหลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์การฝ่ายปกครองนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 หลักย่อย คือ

ก. หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) การกระทำของรัฐในรูปแบบของบทบัญญัติของกฎหมายต้องได้รับการค้ำประกันถึงก่อนการกระทำของรัฐในรูปแบบอื่นรวมถึงการกระทำขององค์การฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งขององค์การฝ่ายปกครองจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ มิฉะนั้นการกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์การฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์การฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์การฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์การฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ แต่เป็นกรณีที่องค์การฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการเพื่อประโยชน์สุขของคนในสังคม องค์การฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่

อนึ่ง การกระทำขององค์การฝ่ายปกครองในที่นี้หมายความรวมถึง มาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไป (กฎหมายลำดับรองหรือกฎ) ด้วย โดยองค์การฝ่ายปกครองจะออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติรวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้⁷⁴

ข. หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) เป็นหลักที่เรียกร้องว่าองค์การฝ่ายปกครองจะกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ โดยกฎหมายที่ให้อำนาจนี้ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงกฎหมายประเพณี⁷⁵ มิฉะนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่งมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า หากการกระทำขององค์การฝ่ายปกครองเป็นการให้ประโยชน์ จำเป็นที่จะต้องมีการให้อำนาจหรือไม่ ซึ่งฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องมีการให้อำนาจไว้ องค์การฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนได้เสมอ

⁷⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น. 18-20.

⁷⁵ เฟิงอ้าง, น. 23.

ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้ว่าการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองจะเป็นการให้ประโยชน์ แต่ก็จะมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นเสมอ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน

4. หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit) เป็นหลักที่เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายปกครองออกกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองให้เป็นไปตามหลักการย่อยดังนี้

ก. หลักความแน่นอนของกฎหมาย (das Prinzip der Rechtssicherheit) เป็นหลักการที่เรียกร้องว่า การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย และทำให้เชื่อมั่นได้ว่าการกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งนี้ หลักความแน่นอนของกฎหมายประกอบด้วยหลักย่อย 2 ประการ คือ หลักความชัดเจนของกฎหมาย (das Prinzip der Klarheit der Rechtsnormen) ซึ่งกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองบัญญัติกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองให้ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองภายใต้ลักษณะของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (unbestimmter Rechtsbegriff) และหลักคุ้มครองความสุจริต (das Prinzip des Vertrauensschutzes) เรียกร้องให้ทั้งองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายปกครองคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการทั้งหลายของรัฐ เช่น ในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ตัวผู้รับคำสั่ง จะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง หากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า องค์กรฝ่ายปกครองก็จะไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ตัวผู้รับคำสั่งนั้น เป็นต้น

ข. หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Verbot rückwirkender Gesetze) เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังให้มีผลไปในทางที่เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยหลักจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กฎหมายที่มีผลย้อนหลังโดยแท้ (die echte Rueckwirkung) หมายถึง กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและจบลงแล้วในอดีต ส่วนกฎหมายที่มีผลย้อนหลังโดยไม่แท้ (die unechte Rueckwirkung) หมายถึง กฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เริ่มต้นในอดีต แต่ยังคงดำเนินอยู่อย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน เพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ทางกฎหมายสำหรับการณ์ในอนาคต

ในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้จะกระทำได้อต่อเมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย (Rechtssicherheit) กับประโยชน์สาธารณะแล้ว การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่า ส่วนในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยไม่แท้จะกระทำได้อต่อเมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างหลักการคุ้มครองความสุจริตกับประโยชน์สาธารณะแล้ว การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่าเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนทั้งสองกรณีว่าประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่

อย่างไรก็ตามการกำหนดให้กฎหมายมีผลย้อนหลังไปในทางที่เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของกฎหมายอาญาจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างเคร่งครัดมากกว่ากฎหมายอื่น

ค. หลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot) เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในปัจจุบันนี้หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายทุกระดับ ตั้งแต่กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และแม้กระทั่งในกฎหมายเอกชนก็ตาม อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวจะถูกใช้ในกรณีของการแทรกแซงของฝ่ายอำนาจรัฐที่กระทำต่อเอกชน โดยการแทรกแซงจะกระทำได้อต่อเมื่อการแทรกแซงนั้นมีความเหมาะสม ความจำเป็น และเป็นการแทรกแซงที่พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ⁷⁶

5. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der Richter) เรียกร้องให้ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ โดยมีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย

6. หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen, nulla poena sine lege) หลักนี้เป็นหลักประกันในทางกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองปัจเจกชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยอำเภอใจ เนื่องจากการที่รัฐลงโทษทางอาญาหรือใช้มาตรการบังคับทางอาญากับบุคคลจะมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นอย่างรุนแรง อนึ่ง หลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง โทษทางวินัย และการลงโทษขององค์กรวิชาชีพด้วย

7. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) เป็นหลักที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น

⁷⁶บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น. 344.

หากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmaessigkeitsgrundsatz) มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

เนื่องจากการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลผู้กระทำความผิดโดยเฉพาะโทษประหารชีวิต หรือโทษจำคุก จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอย่างร้ายแรงที่สุด ดังนั้นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐซึ่งผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่กระทำการใดๆ ต่อเอกชน จึงต้องเข้มงวดยิ่งขึ้นสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญากับตัวผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ จะเห็นได้จากหลักประกันในทางกฎหมายอาญาอย่างหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege) ซึ่งหากพิจารณาให้ดีแล้วก็เป็นหลักอย่างเดียวกันกับหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) หรือหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ โดยเพิ่มเงื่อนไขในแง่ของความชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจ⁷⁷ ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจใช้กฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษบุคคลในทางอาญาได้

ส่วนหลักกฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนและห้ามใช้บังคับย้อนหลังก็เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาซึ่งเป็นหลักย่อยหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ แต่ต้องได้รับการพิจารณาอย่างเคร่งครัดยิ่งขึ้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องความชัดเจนแน่นอน การห้ามมิให้มีผลย้อนหลังและความพอสมควรแก่เหตุ ทั้งนี้ การพิจารณาว่าองค์กรนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายให้มีสภาพบังคับทางอาญาสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าสภาพบังคับทางอาญานั้นจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติได้หรือไม่ หากสภาพบังคับทางอาญาเป็นเครื่องมือที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติได้แล้ว ต้องพิจารณาต่อมาว่ามีวิธีการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่าสภาพบังคับทางอาญาสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติหรือไม่ หากองค์กรนิติบัญญัติใช้สภาพบังคับทางอาญาในกรณีที่มีสภาพบังคับอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีพอๆ หรือดีกว่าการใช้สภาพบังคับอาญา การตรากฎหมายดังกล่าวย่อมถือเป็นการขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

นอกจากนั้นนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐ นอกจากหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย⁷⁸แล้วยังประกอบด้วยหลักการห้ามลงโทษซ้ำ (ne bis in idem) หลักความรับผิดชอบ

⁷⁷ เฟิงอ้าง, น. 334.

⁷⁸ เฟิงอ้าง, น. 334-337.

การกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ (Schuldprinzip) หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์ หลักห้ามการกล่าวให้เป็นผลร้ายแก่ตนเอง หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo) และหลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐอีกด้วย
