

ปัญหาและแนวทางผ่อนคลายหลักความไม่รู้กฎหมายในระบบกฎหมายอาญาของไทย

หลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ (Ignorance of Law is no Excuse) ซึ่งมาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "Ignorantia juris neminem excusat" อันมีรากฐานทางประวัติศาสตร์มาจากการตีความกฎหมายโรมันอย่างผิดพลาดของพวกนักกฎหมายศาสนานั้น ในกฎหมายสมัยใหม่ไม่อาจอธิบายบนพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ของโรมันเท่านั้น แต่เนื่องจากในศตวรรษที่ 19 สำนักปฏิฐานนิยม (Positivism) มีอำนาจขึ้น และ John Austin ได้นำแนวความคิดทางกฎหมายที่ผูกพันกับระบบของรัฐมาอธิบายว่า กฎหมายคือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ ผู้ใดไม่ทำตามย่อมได้รับโทษ กฎหมายตามความหมายของ Austin เป็นเรื่องของอำนาจรัฐาธิปัตย์แทนที่จะเป็นเรื่องที่ตั้งอยู่บนแนวความคิดแห่งความดีและความชั่ว กล่าวคือความถูกต้องไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ การกระทำของมนุษย์อย่างใดอย่างหนึ่งจะเป็นการกระทำที่ถูกหรือผิดขึ้นอยู่กับกระทำนั้น ๆ สอดคล้องกับคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ที่บังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำหรือไม่¹ การเติบโตของอำนาจรัฐสูงสุดและแนวความคิดที่ว่าผู้ปกครองมีอำนาจสูงสุดได้เพิ่มความสำคัญให้หลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะเป็นหลักที่ทำให้รัฐผูกขาดที่จะสร้างกฎหมาย และสนับสนุนอำนาจรัฐาธิปัตย์อยู่เหนือปัจเจกชน² Holmes กล่าวว่าสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "Error juris non excusat" นั้นอาจมาจากข้อความว่า "กฎหมายต้องเป็นสิ่งสูงสุดเหนือปัจเจกชน" (The law must be paramount to the individual. ซึ่งทำให้การพิจารณาในแง่สวัสดิภาพของความรับผิดชอบขัดแย้งกับการพิจารณาทางภาววิสัยของความไม่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อนำไปใช้วินิจฉัยการกระทำของจำเลยแต่ละคน กล่าวคือ การกระทำของ

¹ วรวิทย์ กนิษฐะเสน, "ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน," วารสารอัยการ

2 (มกราคม 2522) 13 45-46.

² Paul K. Ryu and Helen Silving, "Error Juris: A Comparative Study," University of Chicago Law Review 24 (spring 1957) : 431.

บุคคลหนึ่งซึ่งกระทำด้วยความไม่รู้กฎหมายก็ยังคงถือว่าผิดกฎหมาย ความไม่รู้กฎหมายไม่ทำให้บุคคลนั้นพ้นความรับผิดชอบจากการกระทำของเขาได้³ เหตุผลอีกประการหนึ่งในการยึดถือหลักนี้ไว้ก็คือ ปัญหาในกฎหมายวิธีพิจารณาความ เพราะหลักความไม่รู้กฎหมายได้ถูกนำมาใช้เป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายวิธีพิจารณาความ ซึ่งแรกทีเดียวก็เป็นเพียงข้อสันนิษฐานที่โต้แย้งได้ (rebuttable presumption) แต่ต่อมาถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (conclusive presumption) และในที่สุดได้กลายเป็นหลักที่บัญญัติในกฎหมาย (substantive rule) ข้อสันนิษฐานที่เกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายนี้มีได้เกี่ยวข้อโดยตรงกับความยุ่งยากในการพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมาย แต่เป็นผลมาจากความต้องการที่จะทำให้ภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ง่ายลงด้วยการจำกัดขอบเขตของสิ่งที่จะต้องนำสืบให้ครบเข้า และเช่นเดียวกันในกฎหมายแองโกลอเมริกัน การกำหนดว่าต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย (proof beyond a reasonable doubt) ก่อให้เกิดการดำรงไว้ซึ่งข้อสันนิษฐานดังกล่าว⁴ ในประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากเหตุผลที่ว่าข้อสันนิษฐานดังกล่าวสร้างขึ้นเพื่อทำให้ภาระการพิสูจน์แคบลงแล้ว สาเหตุที่เป็นจริงที่สุดในการยึดถือหลักนี้ไว้ก็คือ การไม่ไว้วางใจของวิชาชีพกฎหมาย (distrust of the legal profession) กล่าวคือ ถ้าหากยอมให้ยกเอาความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้แล้ว จำเลยก็มักจะพยายามแสดงให้เห็นว่านายความให้คำแนะนำที่ผิดพลาดแก่พวกเขา⁵ และเหตุผลประการสุดท้ายที่จะอธิบายหลักนี้ในกฎหมายสมัยใหม่ คือ หลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจยกขึ้นแก้ตัวได้เกิดขึ้นบนพื้นฐานของการบังคับใช้กฎหมาย (enforcement of law) Holmes กล่าวว่าอีกประการหนึ่งที่ทำให้ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจได้รับการยอมรับให้ยกขึ้นแก้ตัวได้ คือ เป็นนโยบายของกฎหมายโดยตรง "ที่จะทำให้ทุกคนรู้และเชื่อฟัง"⁶ (To make men know and obey)

³Ibid., p.433.

⁴Ibid., p.431.

⁵Ibid., p.432.

⁶Ibid., p.433, "The second, Holmesian, proposition, that error of law cannot be admitted as a defense because it is precisely the policy of the law 'to make men know and obey',... ."

เนื่องจากหากบัญญัติกฎหมายใดออกมาบังคับใช้แล้ว ย่อมให้บุคคลใดอ้างว่าการที่ตนกระทำผิดต่อกฎหมายนั้นเป็นเพราะความไม่รู้กฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายนั้น ๆ ย่อมไม่ได้ผล ด้วยเหตุผลทั้งหลายที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงทำให้แต่เดิมนับบัญญัติกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดยกเอาความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้อย่างเด็ดขาด

แต่ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ มีการผ่อนคลายให้ผู้กระทำผิดอ้างว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อเป็นเหตุให้ความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลลดน้อยลงจนถึงกับไม่ต้องรับผิดชอบเลย ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม ทำให้โครงสร้างของสังคมสลับซับซ้อนขึ้น จึงจำเป็นต้องออกกฎหมายเทคนิคบังคับให้การกระทำบางอย่างเป็นความผิดด้วยวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบสุขและสวัสดิภาพของสาธารณะ ความผิดเหล่านี้มีลักษณะเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) และกฎหมายดังกล่าวมีเป็นจำนวนมาก ดังนั้นการที่จะบังคับให้ทุกคนต้องรู้กฎหมายทุกฉบับที่บัญญัติออกมาย่อมเป็นไปได้ แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้จึงถูกคัดค้านมากขึ้น ประเทศเยอรมันเป็นประเทศหนึ่งที่มีแนวความคิดผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมาย และในปัจจุบันนักนิติศาสตร์ทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ต่างพยายามหาทางผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักนี้

กฎหมายอาญาของไทยได้ยึดหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้มาตั้งแต่มีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และนักนิติศาสตร์ไทยได้ยึดถือแนวนโยบายนี้มาเป็นเวลานานพอสมควร ด้วยเหตุผลทางปรัชญาว่า การที่จะยอมให้บุคคลอ้างตนเองว่าไม่รู้กฎหมายได้นั้นเป็นการเสี่ยงต่อความล้มเหลวของการบังคับใช้กฎหมายอาญา⁷ เนื่องจากทำให้ศาลมีภาระมากขึ้น เพราะจะต้องพิจารณาอีกว่าจำเลยรู้หรือไม่ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย⁸

⁷อภิรัตน์ เทีชรศิริ และ พรทิพย์ เทีชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ (2523) : 257.

⁸เอช เอกูต์, กฎหมายอาญา คำสอนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), หน้า 102.

บางท่านก็เห็นว่าความยุ่งยากจะไม่มีที่สิ้นสุด และจะเป็นช่องทางให้บุคคลส่วนมากอ้างได้ว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ⁹ ยิ่งไปกว่านั้น บางท่านมีความเห็นเพิ่มเติมว่าการที่จะยอมให้บุคคลแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายได้กระทำให้บุคคลไม่สนใจกฎหมาย เพราะยิ่งไม่รู้กฎหมายมากเท่าใดก็ยิ่งจะแก้ตัวให้พ้นผิดไปได้มากเท่านั้น¹⁰ นั่นเป็นเพียงความเห็นทางตำรา ซึ่งเป็นเรื่องของทฤษฎี แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัตินักนิติศาสตร์ไทยก็ยังคำนึงถึงความจริงที่ว่า บางครั้งอาจมีกรณีบุคคลกระทำการที่ขัดต่อกฎหมายเพราะไม่รู้กฎหมายจริง ๆ ด้วยความสุจริต ดังนั้นจึงได้พยายามหาทางผ่อนคลายนัยความเข้มงวดของหลักนี้เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมและไม่ขัดต่อสภาพความเป็นจริง เช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์ของประเทศต่าง ๆ มาตลอด ก็น่าจะกล่าวต่อไป

การผ่อนคลายนัยความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ในทางปฏิบัติของศาล

การแก้ปัญหาคความเค็ดขาดของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ในกฎหมายอาญาของไทย มีลักษณะเช่นเดียวกับในประเทศเยอรมันและประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ เริ่มจากการหาทางออกของศาลที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมต่อผู้กระทำการขัดต่อกฎหมายบัญญัติโดยไม่รู้กฎหมายก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในบทบัญญัติกฎหมายในเวลาต่อมา ศาลฎีกาของไทยได้เริ่มหาทางผ่อนคลายนัยความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนมาตั้งแต่สมัยที่ยังคงใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 คือ เริ่มตั้งแต่คำพิพากษาฎีกาที่ 43/24 79 เป็นต้นมา และแม้ต่อมาจะมีการแก้ไขปรับปรุง มาตรา 45 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนกลายมาเป็นมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีเนื้อหาสาระในค้วบหลคความเค็ดขาดของหลักความไม่รู้กฎหมายลงบ้าง โดยกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตให้จำเลยนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมาย และถ้าศาลเชื่อว่า

⁹วิจิตร ลulitanนท์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507), หน้า 138.

¹⁰หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 14 (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 112.

จำเลยไม่รู้กฎหมายแล้ว ศาลจะตัดสินลดโทษลงให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น บทบัญญัติมาตรา 64 คงกล่าวมิได้ให้เป็นคุณพินิจของศาลที่จะยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำผิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริต ผู้กระทำผิดยังคงต้องรับผิดในทางอาญาเสมอ เพียงแต่ได้รับโทษน้อยลงเท่านั้น ดังนั้นศาลฎีกาก็ยังคงใช้วิธีการผ่อนคลายนัยหลักความไม่รู้กฎหมายเช่นเดียวกับในสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ต่อไป แต่วิธีการดังกล่าวของศาลฎีกาโดยจำกัดขอบเขตของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ให้แคบเข้านั้นยังไม่เหมาะสมนัก เพราะมาตรการในการจำกัดยังหละหลวมอยู่มาก ซึ่งมีดังต่อไปนี้

1. โดยวิธีการจำกัดขอบเขตของคำว่า "กฎหมาย"

เมื่อตีความบทบัญญัติ มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะพบว่า "กฎหมาย" ตามความหมายในมาตรา 64 หมายถึง บทบัญญัติที่ตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในเวลาปกติ หรือผู้ได้อำนาจปกครองประเทศโดยการปฏิวัติรัฐประหาร ในเวลาไม่ปกติ อันได้แก่ ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ประกาศคณะปฏิวัติ คำสั่งของ คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน รวมทั้งประกาศพระบรมราชโองการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ที่ยังเหลืออยู่ ส่วนพระราชกำหนดซึ่งบัญญัติโดยอำนาจบริหารนั้น โดยหลักการไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย โดยตรง¹¹ เพราะเมื่อออกพระราชกำหนดแล้ว ฝ่ายบริหารต้องนำเสนอฝ่ายนิติบัญญัติเพื่ออนุมัติ ให้เป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ยอมอนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าวก็เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนต่อสิ่งที่กระทำไปแล้วตามพระราชกำหนดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะถือว่าเป็นกฎหมาย เพราะมีคำบังคับเสมือนเป็นกฎหมาย และเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติอนุมัติก็มีผลเป็นกฎหมายทันที ดังนั้นบุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้ รวมทั้งพระราชกำหนด เพื่อพ้นความรับผิดในทางอาญาไม่ได้

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาจให้อำนาจฝ่ายบริหารออกข้อบังคับทางฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ คำสั่ง ระเบียบ¹² ตลอดจนข้อบังคับท้องถิ่น เช่น

¹¹ จิตติ ติงศภัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2521), หน้า 37.

¹² ในทางกฎหมายปกครอง เรียกว่า กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของฝ่ายบริหาร.

เทศบัญญัติ ข้อบังคับสุขาภิบาล¹³ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายนั้น ซึ่งมีใช่เป็นกฎหมาย แต่มีผลบังคับใช้ได้เช่นเดียวกับกฎหมาย ความไม่รู้บทบัญญัติเหล่านี้จะเป็นข้อแก้ตัวเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาได้เพียงใด ศาลฎีกาได้จำกัดขอบเขตของคำว่า "กฎหมาย" โดยไม่ถือว่าบทบัญญัติ เช่น ประกาศ หรือคำสั่ง เป็นกฎหมายแล้ว ดังนั้นการไม่ทราบประกาศหรือคำสั่งนั้นก็ต้องถือว่าเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริง จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาไม่ได้ ตามมาตรา 59 วรรค 3¹⁴ จึงไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา¹⁵ บางคดีศาลฎีกาก็ตัดสินว่า ประกาศของเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติไม่ใช่กฎหมายหรือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย แต่เป็นเพียงระเบียบการที่เจ้าพนักงานกำหนดขึ้นเพื่อปฏิบัติการตามอำนาจที่กฎหมายระบุไว้¹⁶ หรือเป็นเพียงข้อกำหนดของทางราชการ¹⁷ หรือคำสั่งของเจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเท่ากับข้อเท็จจริงอันหนึ่ง ฉะนั้นการที่จะเอาผิดแก่ผู้ที่ไม่กระทำตามคำสั่งหรือผู้ฝ่าฝืนประกาศของเจ้าพนักงานดังกล่าว จะต้องได้ความว่าผู้นั้นได้ทราบหรือมีพฤติการณ์สื่อแสดงให้เห็นว่าทราบคำสั่งหรือประกาศนั้นแล้ว¹⁸ และเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำสืบว่าจำเลยได้ทราบคำสั่งนั้น มิฉะนั้นจะลงโทษจำเลยไม่ได้¹⁹ นอกจากนี้ถ้าโจทก์อ้างประกาศซึ่งออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทมาฟ้องประกาศก็จะต้องถือว่าเป็นข้อเท็จจริง ดังนั้นโจทก์จะต้องมีสำเนาประกาศติดมากับฟ้องด้วย เพื่อให้ศาลและจำเลยได้ตรวจดู มิฉะนั้นศาลอาจถือว่าเป็นฟ้องที่ไม่สมบูรณ์²⁰

¹³ในทางกฎหมายปกครอง เรียกว่า กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ซึ่งรัฐมอบอำนาจให้องค์การส่วนท้องถิ่น.

¹⁴จิตติ ติงศภักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 233.

¹⁵คำพิพากษาฎีกาที่ 402-405/2491, หน้า 487-491; คำพิพากษาฎีกาที่ 656/2492, หน้า 474-478; คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2518, หน้า 274-278.

¹⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 1347/2505, หน้า 1295-1299.

¹⁷คำพิพากษาฎีกาที่ 588/2523, หน้า 357-360.

¹⁸คำพิพากษาฎีกาที่ 460/2491, หน้า 605-610.

¹⁹คำพิพากษาฎีกาที่ 43/2479, หน้า 51-56; คำพิพากษาฎีกาที่ 637/2492, หน้า 451-455; คำพิพากษาฎีกาที่ 2433/2522, หน้า 1941-1942.

²⁰คำพิพากษาฎีกาที่ 327/2490, หน้า 436-440.

อย่างไรก็ตามการไม่รู้ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวจะกล่าวอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้เฉพาะ ความรับผิดชอบในทางอาญาที่ต้องการเจตนาเท่านั้น ถ้าตามพระราชบัญญัติที่มีผลบังคับแก่ประกาศ หรือคำสั่งนั้นบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนากระทำความผิด กล่าวคือ ในกรณีความ รับผิดชอบเด็ดขาด (strict liability) ความไม่รู้ประกาศหรือคำสั่งเช่นนั้นไม่อาจเป็นข้อแก้ตัว ให้พ้นความรับผิดชอบในทางอาญาได้²¹

ยิ่งไปกว่านั้นศาลฎีกามีได้ยุดิแก่เพียงประกาศหรือคำสั่ง แต่ยังคงเหลือต่อไปถึงพระราช- บัญญัติและประมวลกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น ซึ่งแม้จะเป็นกฎหมายชัด ๆ ศาลฎีกาก็ยังถือว่าเป็นประมวลกฎหมาย ซึ่งผู้กระทำความผิดอ้างได้ว่าไม่รู้²² ดังนั้นวิธีการจำกัดขอบเขตของคำว่า "กฎหมาย" ของ ศาลฎีกาดังกล่าวจึงไม่แน่นอนและไม่มีมาตรฐานเพียงพอที่จะเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งจะยอมรับได้

อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้เห็นประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นที่ตั้ง จึงพยายามที่จะ จำกัดขอบเขตของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ให้แคบเข้า แต่การตีความของศาล เช่นนี้ย่อมทำให้เกิดความขัดข้อง ในบางกรณีเพราะบทบัญญัติเหล่านี้ประกาศแก่บุคคลทั่วไป ไม่ใช่ คำสั่งแก่บุคคลบางคนโดยเฉพาะ การที่จะใช้บังคับแก่บุคคลบางคนเฉพาะที่ทราบประกาศ จึงอาจ ไม่ได้ผลตามที่พระราชบัญญัติมุ่งประสงค์²³ กล่าวคือ แม้จะเป็นผลดีในแง่ก่อให้เกิดความ เป็นธรรมแก่ประชาชนและไม่ขัดกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นก็ตาม แต่ก็มิได้ผลเสียในการบังคับ ใช้กฎหมายล่าช้ารองเหล่านั้น รวมทั้งกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติและประมวลกฎหมายในบาง กรณีด้วย จึงกล่าวได้ว่า มาตรการในการจำกัดขอบเขตดังกล่าวยังหละหลวมและไม่รัดกุมพอ

²¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 209/2464, หน้า 127-131; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 500/2500, หน้า 323-331.

²²อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," หน้า 259 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1322/2494, หน้า 1061-1064; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 922/2502, หน้า 1242-1246; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1462/2509, หน้า 1690-1695; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1862-1863/2512, หน้า 2234-2239; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3699-3700/2525, หน้า 2784-2786 ประกอบ.

²³จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 234.

2. โดยการยึดหลักความสมบูรณ์ของกฎหมายลำดับรอง

ศาลฎีกาได้วางหลักว่า กฎหมายลำดับรองซึ่งผู้กระทำผิดจะอ้างว่าไม่รู้ไม่ได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ได้ประกาศโฆษณาด้วยวิธีการที่ถูกต้องตามที่ได้กำหนดไว้โดยอำนาจของกฎหมายแม่บทเท่านั้น เช่น พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง ต้องประกาศในหนังสือราชกิจจานุเบกษา บางทีก็ให้ประกาศโฆษณาไว้ ณ ที่ใด เช่น พระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 มาตรา 7 วรรค 3 กำหนดให้ปิดโฆษณาประกาศของคณะกรรมการป้องกันการค้ากำไรเกินควรไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอ ที่ทำการไปรษณีย์โทรเลข สถานีตำรวจ และสถานที่สาธารณะอื่นตามที่เห็นสมควร เป็นต้น ถ้าได้ประกาศโฆษณาตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ก็น่าจะใช้บังคับได้ แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อความ เพราะเป็นที่เห็นได้ชัดว่ากฎหมายประสงค์ให้ใช้บังคับเช่นเดียวกับกฎหมาย ฉะนั้นแม้บุคคลจะไม่ทราบกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ก็ตาม แต่จะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายดังกล่าวไม่ได้ ถ้าเป็นกรณีเกิดความบกพร่องหรือมีข้อผิดพลาดในขั้นตอนประกาศโฆษณากฎหมายลำดับรองแล้ว ศาลฎีกาถือว่ากฎหมายดังกล่าวไม่สมบูรณ์ ดังนั้นผู้กระทำย่อมอ้างได้ว่าไม่รู้กฎหมาย²⁴ และโจทก์ก็มีหน้าที่นำสืบให้เห็นว่าได้มีการคัดสำเนาหรือบิดประกาศกฎหมายลำดับรองตามที่อำนาจกฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้ครบถ้วนแล้ว²⁵ นอกจากนี้โจทก์ต้องบรรยายฟ้องว่า ได้ประกาศโฆษณาโดยวิธีการที่ถูกต้องตามที่ได้กำหนดไว้ เช่น การคัดสำเนาประกาศกระทรวงเกษตรเรื่องกำหนดเขตควบคุมการแปรรูปไม้ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ประกาศไว้ ณ

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 656/2492, หน้า 474-478; คำพิพากษาฎีกาที่ 1363-1365/2493; คำพิพากษาฎีกาที่ 1521-1522/2495, หน้า 1143-1146; คำพิพากษาฎีกาที่ 825/2498, หน้า 811-813; คำพิพากษาฎีกาที่ 361/2500, หน้า 198-199; คำพิพากษาฎีกาที่ 1980/2523, หน้า 1396-1399.

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 578-589/2486, หน้า 509-513; คำพิพากษาฎีกาที่ 103/2510, หน้า 1132-1133; คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2518, หน้า 274-278; คำพิพากษาฎีกาที่ 2433/2522, หน้า 1941-1942; คำพิพากษาฎีกาที่ 588/2523, หน้า 357-360; คำพิพากษาฎีกาที่ 1333/2523, หน้า 610-611; คำพิพากษาฎีกาที่ 2974/2523, หน้า 2304-2306; คำพิพากษาฎีกาที่ 2486/2527, หน้า 1772-1775.

ที่ว่ากรอำเภอ ที่ทำการกำนัน และที่สาธารณสถานในท้องที่ซึ่งเกี่ยวข้อง เป็นต้น²⁶ แต่โจทก์ไม่จำเป็นต้องแนบกฎหมายลำดับรองมาพร้อมฟ้อง เพราะไม่ใช่สาระสำคัญอันจะทำให้ฟ้องโจทก์เสียไป²⁷ อย่างไรก็ตามในเรื่องการบรรยายฟ้องได้มีบางคำพิพากษาฎีกาได้วินิจฉัยในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ โจทก์ไม่จำเป็นต้องบรรยายฟ้องว่า ได้มีการปิดประกาศหรือคัดสำเนากฎหมายลำดับรองไว้อย่างถูกต้องตามที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้ เพราะเป็นเพียงกำหนดวิธีการให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติในการประกาศเท่านั้น หาใช่บทบัญญัติอันเป็นองค์ประกอบความผิดไม่ ดังนั้นจึงถือได้ว่าเป็นฟ้องที่สมบูรณ์แล้ว²⁸ แต่ถ้ากฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดวิธีการโฆษณากฎหมายลำดับรองอันได้แก่ ประกาศ หรือคำสั่ง ไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องถือว่าประกาศหรือคำสั่งนั้นเป็นเพียงข้อเท็จจริง²⁹ ถ้าผู้กระทำไม่ทราบแม้ควรจะได้ทราบก็มีผลเท่ากับความรู้ข้อเท็จจริงเท่านั้นซึ่งไม่ต้องรับผิดในทางอาญา

มีคำพิพากษาฎีกาบางฎีกาซึ่งนอกจากจะวินิจฉัยทำนองเดียวกับหลักที่ศาลฎีกาวางไว้ดัง กล่าวข้างต้นแล้ว ยังตัดสินด้วยเหตุผลนอกเหนือจากหลักความสมบูรณ์ของกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะผ่อนคลายหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ซึ่งแล้วแต่พฤติการณ์และข้อเท็จจริงของแต่ละคดีไป ดังเช่น วินิจฉัยว่า แม้โจทก์จะมีพยานบุคคล คือ ป้าไม้เขตและป้าไม้จิ้งหวัคมาเบิกความว่า คำบลที่เกิดเหตุได้ประกาศกำหนดเป็นเขตควบคุมการแปรรูปไม้ และได้ปิดประกาศไว้ด้วยแล้วก็ตาม แต่เมื่อโจทก์มิได้นำตัวประกาศหรือสำเนาอันเจ้าหน้าที่รับรองว่าถูกต้องมาแสดงให้ปรากฏ ทั้งผู้ปิดประกาศนั้นก็ไม่มีมาเบิกความเช่นนี้ ศาลย่อมวินิจฉัยได้ว่า ที่เกิดเหตุเป็นเขตควบคุมการแปรรูปไม้โดยมีประกาศและ

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 361/2500, หน้า 198-199; คำพิพากษาฎีกาที่ 918/2501, หน้า 1033-1036; คำพิพากษาฎีกาที่ 2974/2523, หน้า 2304-2306; คำพิพากษาฎีกาที่ 1834/2524, หน้า 1332-1335; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1351/2530.

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 4770/2529, หน้า 2533-2536.

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1146/2502 (ที่ประชุมใหญ่), หน้า 1389-1395; คำพิพากษาฎีกาที่ 759/2503, หน้า 755-759; คำพิพากษาฎีกาที่ 1980/2523, หน้า 1396-1399; คำพิพากษาฎีกาที่ 525/2525, หน้า 383-389.

²⁹ จิตติ ติงศภัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 235-236..

ปิดประกาศแล้วนั้นฟังไม่ได้³⁰ หรือศาลฎีกาพิจารณาว่าการที่จะเอาผิดแก่จำเลยในกรณีฝ่าฝืนประกาศของคณะกรรมการสำรวจและห้ามกักกันชาวนั้น การที่จำเลยได้ทราบประกาศดังกล่าวหรือไม่ย่อมเป็นองค์ความผิดอยู่ด้วย โจทก์ก็เห็นว่าที่จะต้องนำสืบให้ได้ความว่า จำเลยได้ทราบประกาศนั้นแล้ว ลำพังแต่ได้ความว่า ประกาศดังกล่าวได้ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วหาเพียงพอที่จะถือว่าได้รู้ถึงประชาชนแล้วไม่ เมื่อโจทก์นำสืบให้เห็นไม่ได้ว่า จำเลยได้ทราบประกาศแล้วจำเลยจงใจฝ่าฝืน กรณีจึงไม่มีหลงโทษจำเลย³¹

แต่ก็มีบางคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินแตกต่างกันไปจากหลักเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของกฎหมายลำดับรอง โดยวินิจฉัยแตกต่างกันไปโดยไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจที่เห็นสมควรของศาลแล้วแต่พฤติการณ์และข้อเท็จจริง ตลอดจนเหตุผลความจำเป็นของแต่ละคดีไป แต่ทุกคดีก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความยุติธรรมแก่ประชาชน เช่น ศาลฎีกาตัดสินไว้ว่า พระราชกฤษฎีกาออกตามพระราชบัญญัติระบุเป็นกฎหมายไว้ ดังนั้นไม่ว่าชนิดไหนที่ได้ระบุไว้โดยพระราชกฤษฎีกาว่าเป็นไม้ประเภทหวงห้ามนั้นถือว่าทุกคนต้องรู้ แต่ข้อที่ว่าไม้ของกลางมีชื่อว่าไม้อะไรเข้าประเภทต้องห้ามหรือไม่เป็นข้อเท็จจริงที่จำเลยอาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้³² หรือศาลฎีกาวินิจฉัยประกาศกระทรวงเกษตรกำหนดระยะเวลาห้ามล่าสัตว์ป่าคุ้มครองประเภท 2 บางชนิด ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นอันรู้แก่บุคคลทั่วไปรวมทั้งจำเลยด้วย โจทก์จึงมิต้องนำสืบว่าจำเลยทราบประกาศดังกล่าวอีก จะเห็นได้ว่า ในคดีนี้ศาลฎีกาใช้ดุลพินิจวินิจฉัยให้ความสำคัญแก่การสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าประเภท 2 ด้วยการห้ามล่าในระยะเวลาที่ห้ามโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นผลประโยชน์โดยส่วนรวมของประชาชนมากกว่าการรู้หรือไม่รู้ประกาศกระทรวงเกษตรฯ ซึ่งเป็นเรื่องการให้ความยุติธรรมส่วนบุคคล ทั้งนี้เพราะถ้ายอมให้จำเลยอ้างได้ว่าไม่ทราบประกาศดังกล่าวแล้ว ก็จะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดในทุกคดีที่เกี่ยวกับการ

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1834/2494, หน้า 1445-1449.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 433/2514, หน้า 266-272.

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1322/2494, หน้า 1061-1064.

ล่าสัตว์ป่าคุ้มครองประเภท 2 อ่างการไม่ทราบประกาศขึ้นแก้ตัว ซึ่งผลในระยะยาวก็คือ ไม่อาจ
สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและความต้องการของประโยชน์
ส่วนรวม³³ และบางคำพิพากษาก็วินิจฉัยว่า หากจำเลยเห็นว่ายังไม่ได้มีการประกาศ
พระราชกฤษฎีกากำหนดไม้หวงห้าม พ.ศ. 2505 ซึ่งจะใช้บังคับแก่จำเลยไม่ได้ ก็เป็นข้อที่
จำเลยจะต่อสู้ขึ้นมาให้เป็นประเด็นในศาลชั้นต้น ฉะนั้นแม้โจทก์จะมีได้นำสืบให้เห็นว่าได้มีการ
กักสำเนาพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไว้ ณ สถานที่ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ก็คงโทษจำเลย
ได้ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในคดีทำให้ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิด
จริง ดังนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่า ความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ที่บัญญัติ
ให้กักสำเนาพระราชกฤษฎีกาประกาศไว้ตามสถานที่ต่าง ๆ นั้น เป็นแต่เพียงกำหนดวิธีการให้
พนักงานเจ้าหน้าที่กระทำให้ทราบถึงพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น ไม่ใช่ข่มขู่บังคับอันเป็น
องค์ประกอบความผิด แทนที่จะคำนึงถึงหลักความสมบูรณ์ของกฎหมายล่าสัตว์³⁴ แต่บาง
คำพิพากษาศาลก็ตัดสินในลักษณะตรงกันข้ามด้วยเหตุผลนอกเหนือจากหลักความสมบูรณ์ของ
กฎหมายล่าสัตว์ เช่น ในคดีที่โจทก์ฟ้องว่า จำเลยแปรรูปไม้และมีไม้แปรรูปไว้ในความ
ครอบครองในเขตควบคุมการแปรรูปไม้ ตามประกาศกระทรวงเกษตรเรื่องกำหนดเขตควบคุม
การแปรรูปไม้ฯ ซึ่งได้กำหนดเขตควบคุมการแปรรูปไม้ตลอดเขตท้องที่ทุกจังหวัด หรือกล่าวอีก
นัยหนึ่ง การแปรรูปไม้หรือมีไม้แปรรูปไว้ในความครอบครอง ณ ที่ใด ภายในราชอาณาจักร
ถือเป็นความผิดทั้งสิ้น สำหรับในท้องที่เกิดเหตุจำเลยแถลงยอมรับว่าป่าไม้อำเภอและกำนันได้ปิด
ประกาศเพื่อแจ้งให้ประชาชนทราบแล้ว และจำเลยมิได้นำสืบปฏิเสธความข้อนี้ จึงฟังได้ว่าจำเลย
ได้ทราบประกาศกระทรวงเกษตรดังกล่าวแล้ว³⁵

จะเห็นได้ว่า แนวทางผ่อนคลายนอกจากความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ในทาง
ปฏิบัติของศาล ทั้งวิธีการจำกัดขอบเขตของคำว่า "กฎหมาย" และการยึดหลักความสมบูรณ์
ของกฎหมายล่าสัตว์นั้นยังไม่อาจแก้ปัญหาได้อย่างแน่นอน ยังเป็นมาตรการที่ไม่รัดกุมและมี

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2791/2516, หน้า 1905-1909.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3353/2524, หน้า 2373-2375.

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 377/2529, หน้า 214-218.

ช่องว่างที่สามารถโต้แย้งได้อีกมาก ไม่อาจเป็นหลักเกณฑ์ที่จะยอมรับได้ด้วยเหตุผลทางกฎหมาย แต่ก็ได้ชี้ให้เห็นถึงความพยายามของศาลที่จะสร้าง ความยุติธรรมให้แก่ประชาชนทุกวิถีทางแล้ว แต่พฤติการณ์แห่งคดีและตัวบทกฎหมายจะเปิดช่อง ทั้งนี้เพราะเกือบทุกคำพิพากษากฎีกาต่าง พยายามผ่อนคลายความเค็ดขาดของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจยกขึ้นแก้ตัวได้ โดยยึดพื้นฐาน แห่งความยุติธรรมแก่ประชาชนเป็นที่ตั้ง

การผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้โดยการจำแนก ประเภทความผิดกฎหมายอาญา

เมื่อได้มีการชำระและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนสำเร็จเป็น ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันนั้น มาตรา 45 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็เป็น มาตราหนึ่งที่ได้รับการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนมากขึ้น จนเกิดเป็นมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา "บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจาก ความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะ ไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้"

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นในลักษณะผ่อนคลายหลักความไม่รู้ กฎหมายว่า ตอนท้ายของ มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ผ่อนผันให้ศาลใช้ดุลพินิจ ลงโทษจำเลยน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำผิดโดยไม่รู้กฎหมาย และประเภท ความผิดกฎหมายอาญาที่จะได้รับการลดโทษนี้ควรเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม³⁶ (mala Prohibita) เช่น การขายของเกินราคาที่ทางราชการกำหนด การแปรรูปไม้และมีไม้แปรรูป ไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่อาจรู้สึกผิดชอบได้ด้วยสามัญ สำนึกของบุคคล ไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม แต่เป็นพฤติกรรมซึ่งกฎหมายประสงค์ที่จะบัญญัติให้เป็น ความผิดและต้องรับโทษ ทั้งนี้เพราะสถานการณ์บ้านเมืองทำให้บุคคลต้องเสียสละเพื่อประโยชน์ ส่วนรวม ดังนั้นในสายตาของบุคคลทั่วไปจึงไม่อาจมองเห็นได้ว่าเป็นความผิด ปัจจุบันโครงสร้าง

³⁶ ฎ. หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 113 ประกอบ.

ของสังคมสลับซับซ้อนขึ้น จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายเทคนิค (technical law) ที่กำหนดความผิดเพราะกฎหมายห้ามขึ้นมากมาย โอกาสที่ประชาชนทั่วไปจะไม่รู้กฎหมายดังกล่าวจึงมีมากเช่นกัน ความผิดเพราะกฎหมายห้าม แตกต่างจากความผิดในตัวเอง (mala in se) เพราะความผิดประการหลังนี้เกี่ยวข้องกับศีลธรรม ผู้กระทำผิดมีอิสระและสามารถรู้สึกได้ว่าตนตัดสินใจกระทำสิ่งที่ผิดกฎหมายเอง รวมทั้งสำนึกในขณะกระทำการนั้นลงไปได้ว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความชั่ว จะเห็นได้ว่า ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ยกแนวทฤษฎีการแบ่งแยกตามลักษณะของความผิดที่ต้องการความสำนึกของผู้กระทำผิดขึ้นพิจารณา

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันการจำแนกความผิดกฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้นไม่เป็นที่ยอมรับในหมู่นักนิติศาสตร์ เพราะมีความผิดหลายประเภทที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ว่าเป็นความผิดประเภทใด ระหว่างความผิดในตัวเอง (mala in se) และความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง ความผิดฐานปลอมแปลงเอกสาร ความผิดฐานปลอมแปลงเงินตรา เป็นต้น

นอกจากแนวทางผ่อนคลายนโยบายความเคร่งครัดของหลักความไม่รู้กฎหมายในกฎหมายของไทยทั้ง 2 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังจะเห็นถึงความห่วงใยของรัฐบาลในสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 คือ รัฐบาลสมัยจอมพล ป.พิบูลสงคราม ต่อความไม่รู้กฎหมายของประชาชน เนื่องจากกฎหมายเทคนิคที่บังคับความผิดเพราะกฎหมายห้ามมีจำนวนมาก และคงจะพบแต่ปัญหาอันเนื่องมาจากความเคียดแค้นของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ ทั้งนี้บัญญัติในมาตรา 45 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงหาทางแก้ไขปัญหาโดยตั้งคณะกรรมการสาขาทางเนติธรรม ในสำนักวัฒนธรรมทางระเบียบประเพณีขึ้น โดยมีความมุ่งหมายที่จะส่งเสริมให้ประชาชนทั่วไปรู้กฎหมาย ไม่ประพฤติผิดกฎหมายและใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับวัฒนธรรม³⁷ ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3

³⁷หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายอาญาสำหรับประชาชน ตอน 1-31

(พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลกิจ, 2496), หน้า 27-28.

แม้จะมีความพยายามผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมายทั้งในทางปฏิบัติของศาล ความเห็นทางตำราของนักนิติศาสตร์ไทย และความพยายามแก้ไขปัญหาความไม่รู้กฎหมายของรัฐบาล ตลอดจนมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่รู้กฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน คือมาตรา 64 เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำผิดบ้าง โดยยอมผ่อนผันให้ลดโทษได้เมื่อกระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมาย แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ในทางทฤษฎีหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ก็ยังคงอยู่อย่างชัดเจนกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญาต่อไป เนื่องด้วยนโยบายการบังคับใช้กฎหมายอาญา แต่ในทางปฏิบัติหลักความไม่รู้กฎหมายแทบจะไม่ได้ยึดถือกันเลย เพราะตามที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาต่าง ๆ ตั้งแต่ พ.ศ. 2479 เป็นต้นมา แทบจะไม่มีคำพิพากษาฎีกาใดวินิจฉัยว่าความไม่รู้กฎหมายแก้ตัวไม่ได้เลย จะมีบ้างก็เป็นส่วนน้อย³⁸ ในทางตรงกันข้ามจะมีแต่คำพิพากษาฎีกาที่พยายามผ่อนคลายความเด็ดขาดของหลัก

³⁸ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 145/2471, หน้า 167-169, จ.ทราบประกาศเรียกระดมพลแล้ว แต่ผู้ใหญ่บ้านบอก จ.ว่าคนที่ไม่เคยเป็นทหารมาก่อนไม่ต้องไปตามประกาศ จ.จึงไม่ระดมพล ซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลักษณะเกณฑ์ทหาร พ.ศ. 2460 ตัดสินว่า จ.แก้ตัวไม่ได้ แต่เป็นเหตุให้รอการลงโทษได้.

คำพิพากษาฎีกาที่ 989/2480, หน้า 1012-1018, พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ ยกเว้นให้ผู้มีปืนก่อนใช้พระราชบัญญัติให้นำปืนไปจดทะเบียนรับอนุญาตได้ภายในกำหนด ถ.มีปืนภายหลังวันใช้พระราชบัญญัติ จึงไม่อยู่ในข้อยกเว้น ถ. เข้าใจกฎหมายผิดไม่เป็นข้อแก้ตัว แต่เป็นเหตุให้ใช้ดุลพินิจลงโทษเบาได้.

คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2483, หน้า 963-970, ตามพระราชบัญญัติหนายความ พ.ศ. 2477 หนายความที่จะลงชื่อแต่งตั้งฟ้องได้ ต้องเป็นหนายความที่ไม่ขาดต่ออายุใบอนุญาต การที่หนายความขาดต่ออายุใบอนุญาตจะอ้างว่า ได้ลงชื่อแต่งตั้งฟ้องไปโดยคิดว่าตนยังเป็นหนายความอยู่ มีอำนาจแต่งตั้งฟ้องได้นั้น เป็นการเถียงว่าไม่รู้กฎหมาย ฟังไม่ขึ้น.

คำพิพากษาฎีกาที่ 721/2489, หน้า 556-560, อ.ได้รับใบเทียบย้ารวมทางหลวงเข้าด้วย อ.โค่นและปลูกต้นไม้ลงในที่ ๆ เป็นทางหลวงนั้น อ.มีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 336(2) อ. ต้องรู้ว่าทางหลวงจับจองไม่ได้ ตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 187/2530, หน้า 10-12, มีอาวุธปืนไม่มีทะเบียนไว้ในครอบครอง โดยไม่ได้รับอนุญาตและพกพาอาวุธปืนนั้นไปในทางสาธารณะ ย่อมเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย จะอ้างว่ารู้เท่าไม่ถึงการณ์ไม่ได้.

ความไม่รู้กฎหมาย เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนด้วยมาตรการที่ละหลวม และไม่แน่นอนมาตลอด ดังนั้นน่าจะพิจารณาทาแนวทางที่ทำให้หลักความไม่รู้กฎหมายไม่ขัดกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญา และไม่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องเสียไปด้วย

การวิเคราะห์กรณีไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า มาตรา 45 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ไว้อย่างเด็ดขาด และมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวฉบับปัจจุบันก็ยังคงหลักนี้ไว้อย่างชัดเจนกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญา เพราะแม้ผู้กระทำความผิดจะไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริตและหลีกเลี่ยงไม่ได้ก็ยังคงต้องรับโทษในทางอาญา จะมีการผ่อนคลายเป็นบ้างก็แต่เพียงกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตให้จำเลยนำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมาย และถ้าจำเลยพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าตนกระทำความผิดลงไปเพราะไม่อาจรู้ได้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ก็เป็นเพียงเหตุที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการลดโทษเท่านั้น ถ้าจะมาพิจารณาในทางตรงข้าม กล่าวคือ ถ้าไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ผลจะเป็นอย่างไร ก่อนอื่นผู้เขียนขอเสนอให้ศึกษาวิเคราะห์ในประเทศเยอรมันสมัยที่ยังมิได้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักความไม่รู้กฎหมายในประมวลกฎหมายดังกล่าว จะมีก็แต่มาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 เท่านั้นที่บัญญัติเกี่ยวกับความไม่รู้ข้อเท็จจริง³⁹ ว่า

"(1) ในการกระทำความผิดใดถ้าผู้กระทำมิได้รู้ถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ข้อเท็จจริงนั้น ๆ ไม่ทำให้ผู้นั้นต้องรับผิดชอบ

³⁹K. Neumann, The Manual of German Law, vol. 2 (London : H.M.'s Stationary Office, 1952) p.83.

(2) ในกรณีลงโทษความผิดที่กระทำด้วยความประมาท ความที่กล่าวมาแล้วให้ใช้ได้เพียงเท่าที่ความไม่รู้นั้นโดยตัวของมันเองมิได้เกิดขึ้นจากความประมาท"⁴⁰

อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่มีการบัญญัติหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 แต่หลักนี้ก็ถือเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่ยึดถือกันในระบบกฎหมายอาญาของเยอรมันมาตลอด ต่อมาเมื่อแนวโน้มในลักษณะตรงข้าม กล่าวคือ นักวิชาการและผู้ใช้กฎหมายโดยทั่วไปเห็นว่า เป็นไปไม่ได้ที่จะไม่ยอมให้ความไม่รู้กฎหมายปฏิเสธความรับผิดในบางกรณี โดยเฉพาะสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 มีการออกกฎหมายเทคนิคที่มีโทษทางอาญา เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อภาวะเศรษฐกิจของประเทศเป็นจำนวนมาก โอกาสที่ประชาชนจะไม่รู้กฎหมายเหล่านี้มีมาก จึงควรเปิดโอกาสให้ประชาชนปฏิเสธความรับผิดในกรณีไม่รู้กฎหมายเหล่านี้อย่างสุจริตบ้าง ดังนั้นจึงได้มีการถกเถียงและหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวในหมู่นักกฎหมาย จนเกิดการค้นคิดทฤษฎีที่มีผลต่อความไม่รู้กฎหมาย 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) และทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ในช่วงแรกทฤษฎีเจตนามีอิทธิพลต่อการอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายมาก แต่ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ ใน ค.ศ. 1952 ได้มีคำพิพากษาคืออาญาของศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมัน (Bundesgerichtshof) 2 BGH st 194 (1952) ตัดสินปัญหาความไม่รู้กฎหมายโดยให้

⁴⁰"Section 59 Error

1. If a person in committing an offense did not know of the existence of factual circumstances which are part of the statutory definition of the offense, or which increase the punishment, then these circumstances may not be charged against him.

2. In punishing an offense committed through negligence, this provision applies only insofar as the lack of knowledge does not in itself constitute negligence." The German Penal Code of 1871, trans. Gerhard O.W. Mueller and Thomas Buergenthal, The American Series of Foreign Penal Codes, vol. 4. (London : Sweet & Maxwell, 1966), p.32.

ความสำคัญแก่ทฤษฎีความชั่วแทน ดังนั้นหลังปี ค.ศ. 1952 ศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมันไม่ได้ตัดสินปัญหาความไม่รู้กฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นแนวเดียวกันด้วยทฤษฎีเจตนาเท่านั้น บางคดียังคงถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีเจตนาตามทฤษฎีเจตนา⁴¹ บางคดีถือว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนา แต่ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาเพราะไม่มีความชั่ว ตามทฤษฎีความชั่ว⁴² แต่ส่วนใหญ่คดีที่ตัดสินต่อมาภายหลังมีแนวโน้มยึดถือทฤษฎีความชั่ว หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1962 จึงได้มีการร่างแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1962 (The German Draft Penal Code E 1962) ซึ่งรับทฤษฎีอธิบายความไม่รู้กฎหมายด้วยทฤษฎีความชั่ว ในมาตรา 21 ด้วย แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวมิได้ประกาศใช้ แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันใหม่ ซึ่งมีการอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายด้วยทฤษฎีความชั่ว ในมาตรา 17 จึงเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายอาญาเยอรมันได้ยอมรับทฤษฎีความชั่วในการอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายทั้งในทางปฏิบัติของศาลและในคัมภีร์กฎหมาย

แม้ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเลยก็ยังไม่ก่อให้เกิดปัญหาในระบบกฎหมายอาญาของไทยนัก เพราะถ้าพิจารณากันอย่างละเอียดถี่ถ้วนแล้ว หลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ (Ignorance of Law is No Excuse) มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับกันอย่างทั่วไปในระบบกฎหมายอาญาโดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับหลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เนื่องจากโดยสภาพกฎหมายเป็นสิ่งที่แน่นอนและส่วนใหญ่เป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติซึ่งเหตุผลและความรู้สึกนึกคิดที่อยู่ในตัวมนุษย์ทุกคนสามารถหยั่งรู้ได้ว่าการกระทำอย่างใดผิดหรือถูก ดังนั้นมนุษย์ทุกคนที่มีสภาวะจิตใจปกติและมีวุฒิอันสมควรย่อมจะรู้กฎหมายเพราะทุกคนจะมีกฎหมายอยู่ในความรู้สึกนึกคิดและสัญชาตญาณ แม้จะไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรว่า "ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้" ก็ตาม แต่ทุกคนก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าไม่รู้กฎหมาย ในปัจจุบันมีกฎหมายเทคนิค (technical law) บัญญัติความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) เป็นจำนวนมาก กฎหมายเหล่านี้ไม่อาจ

⁴¹ Ryu and Silving, "Error Juris: A Comparative study," p.454.

⁴² George P. Fletcher, Comparative Criminal Theory, 2nd ed. (1971), pp.72-80.

หยั่งถึงได้ด้วยเหตุผลและสามัญสำนึกที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์ ดังนั้นจึงเกิดกรณีผู้กระทำความผิด โดยไม่รู้กฎหมายอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ด้วยความสามารถชั้น ซึ่งทำให้ต้องหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ถ้าไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักนี้ในประมวลกฎหมายอาญาเราจะแก้ไขปัญหานี้อย่างไร

ก่อนอื่นเราต้องวิเคราะห์บทบัญญัติทั้งหมดใน ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป หมวด 4 ความรับผิดชอบในทางอาญา ของประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ว่ามีตัวบทกฎหมายมาตราใดที่สามารถนำมาอนุโลมปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาคำว่าไม่รู้กฎหมายได้บ้าง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าไม่อาจนำมาตราใดในภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป หมวด 4 ความรับผิดชอบในทางอาญาของประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ได้เลย ไม่ว่าจะเป็น มาตรา 59 วรรค 3 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด หรือมาตรา 62 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ

ในระบบกฎหมายอาญาของไทยได้แบบอย่างมาจากประมวลกฎหมายอาญาภาคพื้นยุโรป⁴³ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ดังนั้นถ้าไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ทางแก้ปัญหาก็คงเป็นเช่นเดียวกันกับแนวทางของประเทศเยอรมันในช่วงที่ยังไม่ได้บัญญัติ มาตรา 17 ในบทบัญญัติภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับปรับปรุงใหม่ ค.ศ. 1975 กล่าวคือ อาจจะใช้ทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) หรือทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) อธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายแล้วแต่กรณี ซึ่งทั้งสองทฤษฎีมีผลในทางกฎหมายไม่เหมือนกัน ถ้าวินิจฉัยปัญหาความไม่รู้กฎหมายด้วยทฤษฎีเจตนา ก็มีผลเหมือนความไม่รู้ข้อเท็จจริง คือ ทำให้ผู้กระทำไม่มีเจตนา จึงไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่ถ้าความไม่รู้กฎหมายเกิดจากความประมาทของผู้กระทำ ในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยประมาท ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาท ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำจึงเป็นเฉพาะบางความผิดเท่านั้น แต่ถ้าตัดสินปัญหาความไม่รู้กฎหมายด้วยทฤษฎีความชั่ว ก็จะทำให้ผู้กระทำได้รับโทษแทนทุกกรณีถ้าเป็นความผิดของผู้กระทำเองที่ไม่รู้กฎหมาย คือ ในกรณีความไม่รู้กฎหมายที่หลีกเลี่ยงได้ (vincible error juris) เพราะไม่ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา แต่ผู้กระทำต้องรับโทษในความผิดฐานกระทำโดย

⁴³ หุยกต์ แสงอุทัย, "การวินิจฉัยปัญหาอาญา," บทบัญญัติ 12 (มิถุนายน 2483):

เจตนา แต่จะได้รับการลดโทษตามส่วนแห่งการกระทำโดยพิจารณาว่าสามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้มากหรือน้อยเพียงใด ถ้าหลีกเลี่ยงได้มากก็ลดโทษหนัก ถ้าหลีกเลี่ยงได้น้อยก็ลดโทษเบา ซึ่งเป็นที่ตามหลัก "การลดโทษขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำ" แต่ถ้าเป็นกรณีความไม่รู้กฎหมายที่ไม่ใช่ความผิดของผู้กระทำ คือ ความไม่รู้กฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (invincible error juris) ก็มีผลทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เพราะผู้กระทำไม่มีความชั่ว ในการพิจารณาว่าเป็นความไม่รู้กฎหมายที่หลีกเลี่ยงได้หรือไม่ตามทฤษฎีความชั่วหรือการวินิจฉัยว่าความไม่รู้กฎหมายเกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำ ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยประมาทหรือไม่ตามทฤษฎีเจตนา นั้น ถ้ามাত্রฐานของบุคคลที่มาเทียบเคียงอย่างเดียวกัน คือ บุคคลในสภาพและพฤติกรรมเดียวกับผู้กระทำ เพื่อเป็นเกณฑ์ตัดสินว่าความไม่รู้กฎหมายนั้นเป็นความผิดของผู้กระทำหรือไม่ จึงเห็นได้ว่า แม้จะไม่มีตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับหลักความไม่รู้กฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเช่นเดียวกับมาตรา 64 ก็ตาม แต่ก็สามารถนำทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันว่าด้วยความไม่รู้กฎหมายทั้งสองทฤษฎีมาปรับใช้ในระบบกฎหมายอาญาของไทยได้ เพราะอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เหมือนกัน

การวิเคราะห์และการเสนอแนวทางปรับปรุงแก้ไขมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันยังคงยึดหลัก "ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้" (Ignorance of Law is No Excuse) อย่างไม่เปลี่ยนแปลง ทั้งนี้ เพราะข้ออ้างเรื่องความจำเป็นในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ กล่าวคือ รัฐมีความประสงค์จะบังคับให้ประชาชนสนใจเรียนรู้ว่า รัฐได้กำหนดมาตรฐานความประพฤติของประชาชนในรัฐไว้อย่างไร โดยเฉพาะกฎหมายอาญานั้นเป็นเรื่องกำหนดมาตรฐานความประพฤติของประชาชนในรัฐว่า การกระทำอย่างใดบ้างที่จะเป็นผลร้ายแก่สวัสดิภาพของสังคมหรือมีแนวโน้มไปในทางจะให้เกิดผลร้ายดังกล่าวก็จะบัญญัติห้ามไว้ไม่ให้กระทำโดยถือว่าเป็นความผิด ถ้าผู้ใดขึ้นกระทำก็ต้องถูกลงโทษ⁴⁴ ดังนั้นถ้ายอมให้ผู้ใดอ้างได้ว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อแก้ตัวให้พ้นความรับผิดชอบ ก็จะ

⁴⁴ อุทิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), หน้า 101-102.

มีผลทำให้ประชาชนทั่วไปไม่สนใจในกฎหมายซึ่งกระทบกระเทือนต่อการบังคับใช้กฎหมาย แต่ใน
 ท่อนท้ายของมาตรา 64 ดังกล่าวก็ได้วางแนวทางผ่อนคลายนความเข้มงวดของหลักนี้ เพื่อก่อ
 ให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำการช้ต่อกฎหมายบ้าง โดยบัญญัติกำหนดให้เป็นดุลพินิจของ
 ศาลที่จะอนุญาตให้จำเลยนำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมาย เมื่อศาลอนุญาตและ
 เชื่อตามที่จำเลยนำสืบว่าจำเลยไม่รู้ว่กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด จำเลยก็จะ
 ได้รับเพียงการลดโทษลงเท่านั้น กล่าวคือ จำเลยยังต้องรับผิดในทางอาญาเช่นเดิม เพียงแต่
 ได้รับโทษน้อยลง แสดงว่า ในทางคว้บทกฎหมายหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้
 ยังก ช้แย้งกับหลักความรับผิดในทางอาญาซึ่งเป็นทฤษฎีหลักของกฎหมายอาญาอย่างไม
 เปลี่ยนแปลง แต่ในทางปฏิบัติของศาลแล้ว หลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้แทบจะไม่มี
 ความหมายเลย และแนวทางผ่อนคลายนเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้กระทำบ้างในท่อนท้าย
 มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็ไม่มีโอกาสได้ใช้เลย ทั้งนี้เพราะศาลฎีกาได้พยายาม
 ผ่อนคลายนความเค็ดขาคของหลักนี้เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิดอย่างสุจริต
 ด้วยวิธีการจำกัดขอบเขตของคำว่า "กฎหมาย" และการยึดหลักความสมบูรณ์ของกฎหมาย
 ลำค้รับรอง ซึ่งเป็นมาตรการที่หละหลวมและไม่แน่นอนมาตลอด จึงเห็นได้ว่า ในทางทฤษฎีของ
 หลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้มักจะอ้างเหตุผลในการรักษาหลักนี้ไว้ตลอดมาว่า
 การยอมให้ผู้ใดอ้างได้ว่าไม่รู้กฎหมายนั้นเป็นการเสี่ยงต่อความล้มเหลวของการบังคับใช้กฎหมาย
 แต่ในทางปฏิบัติศาลฎีกาต่างพยายามจำกัดขอบเขตของหลักนี้ให้แคบเข้าเพื่อประโยชน์แห่งความ
 ยุติธรรมเป็นที่ตั้ง จึงเท่ากับว่าหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ไม่อาจยอมรับได้ใน
 สภาพความเป็นจริง ดังนั้นจึงนำพิจารณาหาแนวปรับปรุงแก้ไข มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมาย
 อาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติเดียวที่กล่าวถึงหลักความไม่รู้กฎหมาย เพื่อทำให้หลักดังกล่าวไม่ขัดกับ
 หลักความรับผิดในทางอาญาและไม่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องเสียไป ซึ่งผู้เขียนขอ
 วิเคราะห์และชี้แนวทางแก้ไขดังต่อไปนี้

1. การนำแนวทฤษฎีความช้ (Schuldtheorie) ในระบบกฎหมายอาญาเยอรมัน มาใช้วินิจฉัยการกระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายตามระบบกฎหมายอาญาของไทย

ระบบกฎหมายของประเทศเราเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)
 ทำนองเดียวกับภาคพื้นยุโรป⁴⁵ โดยเฉพาะได้รับอิทธิพลจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

⁴⁵ ฅณิต ฅ นคร, "โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ
 Mens Rea," วารสารนิติศาสตร์ 16 (กันยายน 2529) 3 : 204.

ดังนั้น เรื่องการวินิจฉัยการกระทำผิดโดยไม่รู้กฎหมายก็สมควร นำทฤษฎีที่เกี่ยวกับปัญหา ความไม่รู้กฎหมายในกฎหมายอาญา เยอรมันมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับสภาพปัญหา ในระบบ กฎหมายอาญาของไทย ทฤษฎีในเรื่องความไม่รู้กฎหมายตามกฎหมายอาญา เยอรมันมี 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) และทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) แต่ทฤษฎีความชั่วสามารถอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายและความรับผิดชอบในทางอาญาได้ดีกว่า และปัจจุบันได้มีการยอมรับโดยฝ่ายนิติบัญญัติของเยอรมัน เพราะมีการบัญญัติมาตรา 17 ซึ่ง อธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายด้วยทฤษฎีความชั่ว ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับปรับปรุง ใหม่ ค.ศ. 1975 ดังนั้นแนวทฤษฎีความชั่ว จึงสมควรได้รับการพิจารณาเพื่อนำมาปรับปรุงบท บัญญัติ มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติของ ศาลต่อไป

ทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ถือว่า เจตนาอยู่ในส่วนองค์ประกอบความผิด (Tatbestandmässigkeit) มิใช่อยู่ในส่วนของความชั่ว (Schuld) ดังนั้นส่วนรู้ของ เจตนาจึงประกอบด้วยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดอย่างเกี่ยว ความรู้ผิดชอบว่าเป็น การกระทำผิด (consciousness of wrongdoing) มิใช่ส่วนประกอบประการหนึ่ง ในส่วนรู้ของเจตนา แต่อยู่ในส่วนของความชั่วในลักษณะปทัสถาน (norm) ทางสังคม ดังนั้น การวินิจฉัยปัญหาความไม่รู้กฎหมายตามทฤษฎีความชั่ว จึงพิจารณาในส่วนของความชั่ว กล่าวคือ พิจารณาจากสภาพการกระทำว่าผู้กระทำได้กระทำด้วยความมีอิสระในการตัดสินใจที่จะเลือก กระทำสิ่งที่ผิดหรือไม่ ถ้ามีอิสระจะเลือกและตกลงใจเลือกกระทำ แสดงว่า ผู้กระทำมีความชั่ว ซึ่งสังคมสามารถตำหนิเขาได้ และทฤษฎีความชั่ว ได้กำหนดมาตรฐานที่จะพิสูจน์ความไม่รู้ กฎหมายไว้ โดยพิจารณาเทียบกับบุคคลในฐานะและพฤติกรรมเดียวกับผู้กระทำ ถ้าบุคคลนั้น ไม่อาจรู้ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดเช่นเดียวกับผู้กระทำ แม้จะได้ใช้ความระมัดระวัง เอาใจใส่แล้วก็ตาม กรณีนี้ถือว่าผู้กระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้ (invincible error juris) จึงไม่มีความชั่วและได้รับยกเว้นโทษ แต่ถ้าบุคคลที่นำมาเป็นมาตรฐานนั้น สามารถที่จะรู้กฎหมายได้ถ้าได้ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างเพียงพอ จึงเป็นกรณีความไม่รู้ กฎหมายที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (vincible error juris) และเป็นความผิดของผู้กระทำเอง ที่ไม่รู้กฎหมาย ดังนั้นผู้กระทำจึงมีความชั่ว และต้อง รับผิดชอบในทางอาญารฐานกระทำผิดโดยเจตนา แต่ได้รับการลดโทษตามส่วนแห่งการกระทำโดยพิจารณาว่าสามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมาย ได้มากน้อยเพียงใด

เมื่อนำทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) มาวินิจฉัยการกระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายโดยพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาของ ระบบกฎหมายไทยดังกล่าว มาแล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า ผู้กระทำได้กระทำการครอบงำประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในอันแสดงว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาแล้ว เพราะส่วนรู้ของเจตนาประกอบด้วยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดประการเดียว และการกระทำโดยเจตนาดังกล่าวก็เป็นกรกระทำที่ผิดกฎหมายตามโครงสร้างความรับผิดชอบที่สอง ดังนั้นการวินิจฉัยปัญหาความไม่รู้กฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องการพิจารณาความรู้สึกผิดชอบในการกระทำความผิดของผู้กระทำ จึงต้องพิจารณาในโครงสร้างความรับผิดชอบที่สาม ถ้าเป็นความไม่รู้กฎหมายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ก็จะเป็นกรณีผู้กระทำความผิดได้รับยกเว้นโทษ ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาเลย แต่ถ้าเป็นกรณีไม่รู้กฎหมายที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งเท่ากับเป็นความผิดของผู้กระทำเองที่ไม่รู้กฎหมาย ดังนั้นผู้กระทำไม่ได้รับยกเว้นโทษ แต่ได้รับการลดโทษในการกระทำความผิดโดยเจตนาตามส่วนแห่งการหลีกเลี่ยงได้มากหรือน้อยเป็นเกณฑ์ . จึงกล่าวได้ว่า การอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายตามทฤษฎีความชั่ว ทำให้การแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อได้รับยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญานั้น สามารถกระทำได้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะกรณีการกระทำโดยไม่รู้กฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น ซึ่งทำให้จำเลยพ้นความรับผิดชอบได้ยาก จึงไม่ทำให้เกิดการสับสนของการบังคับใช้กฎหมายอาญา และในขณะเดียวกันก็ไม่ทำให้เกิดความขัดแย้งกับสมมุติฐานที่ว่า "มนุษย์ที่มีสภาวะจิตใจปกติทุกคนย่อมทราบถึงข้อห้ามตามกฎหมายอาญา" แต่กลับทำให้สมมุติฐานดังกล่าวสมเหตุสมผลมากขึ้น เนื่องจากทฤษฎีความชั่วช่วยผ่อนคลายนความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ โดยยอมให้แก้ตัวได้บ้างในบางกรณี แต่อย่างไรก็ตามการกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาดังกล่าวก็ทำได้ยาก และผู้กระทำต้องรับโทษทุกกรณีถ้าความไม่รู้กฎหมายเกิดจากความผิดของผู้กระทำ เพราะความไม่รู้กฎหมายไม่ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา แต่ทำให้ผู้กระทำมีความชั่วมากหรือน้อยตามส่วนแห่งการกระทำโดยพิจารณาว่าสามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้มากน้อยเพียงใด ถ้าหลีกเลี่ยงได้น้อยก็ลงโทษเบา แต่ถ้าหลีกเลี่ยงได้มากก็ลงโทษหนัก ตามหลักที่ว่า การลงโทษขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำ ซึ่งศาลสามารถพิจารณาพฤติการณ์เป็นรายคดีไป ดังนั้นผู้กระทำต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยเจตนา แต่ได้รับการลดโทษ เพราะเป็นการกระทำที่ตำหนิผู้กระทำได้ ศาลจึงลงโทษผู้กระทำผิดได้ทุกกรณี

ดังนั้นปัญหาความไม่รู้กฎหมายในระบบกฎหมายอาญาของไทยน่าจะนำแนวความคิดในการพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายตามทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ของกฎหมายอาญาเยอรมันมาปรับปรุง มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ และหลักความรับผิดชอบในทางอาญา และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริต ตลอดจนไม่ทำให้เกิดการล้มเหลวแก่การบังคับใช้กฎหมายอาญาด้วย ซึ่งจะมีผลทำให้เป็นที่ยอมรับได้ทั้งในทางทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติของศาล

2. การนำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายของผู้กระทำ

จากถ้อยคำในมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ".... แต่ถ้าศาลเห็นว่า ความสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำความผิดอาจไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล" แสดงว่า กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้กระทำสามารถนำพยานหลักฐานของตนเข้าพิสูจน์ว่าไม่รู้กฎหมายได้บ้าง แต่ก็จำกัดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตให้ผู้กระทำนำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายของตนหรือไม่ก็ได้⁴⁶ โดยพิจารณาล่วงหน้าจากสภาพแห่งความผิดและพฤติการณ์ของผู้กระทำ สภาพแห่งความผิดหมายความว่า ความผิดนั้นไม่ใช่ความผิดในตัวเอง (mala in se) แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) ซึ่งบางคนอาจไม่ทราบว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด⁴⁷

⁴⁶ดู หยุต แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 114; จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 247; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 324; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 72 ประกอบ.

⁴⁷จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 247.

ส่วนพฤติการณ์ของผู้กระทำ หมายถึง กรณีเฉพาะตัวผู้กระทำผิด เช่น คนต่างด้าวที่เพิ่งเข้ามา
ในราชอาณาจักร หรือคนที่อยู่ห่างไกลไม่สามารถทราบถึงกฎหมายที่ประกาศใช้ใหม่⁴⁸ เป็นต้น
มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นมาตราหนึ่งที่ให้ความสำคัญต่อคุณพินิจของศาล ทั้งนี้
เพราะที่ประชุมกรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมาย
อาญา พ.ศ. 2489 และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489 ในการประชุมครั้งที่
2/2491 เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2491 ได้ตกลงรับหลักการที่ว่า "ร่างประมวลกฎหมาย
ฉบับใหม่จะให้ดุลพินิจในการลงโทษแก่ศาลยุติธรรมมากขึ้น"⁴⁹

การพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายนั้นเป็นการที่ศาลอนุมาน (infer)⁵⁰ ว่าผู้กระทำผิด
กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายหรือไม่จากพยานหลักฐานที่ผู้กระทำนำมาแสดงต่อศาล ซึ่งต้อง
อาศัยการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำของจำเลย ตลอดจน
พยานแวดล้อมอื่น ๆ ว่า จำเลยไม่รู้กฎหมายจริงหรือไม่เพียงใด เพื่อศาลจะได้ใช้ดุลพินิจในการ
ลงโทษแก่จำเลยต่อไป การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ
เช่นเดียวกับการดำเนินคดีอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรปและวิธีพิจารณาความอาญาของเรา
ก็มีพื้นฐานตรงกับวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรป⁵¹ แนวความคิดของการ
ดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Offizialklage/Public Prosecution) เป็นกระบวนการดำเนิน
คดีอาญาที่รัฐมีสิทธิและหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกของรัฐ รัฐไม่ถือว่าเป็นปรปักษ์กับประชาชนในรัฐ
องค์กรต่าง ๆ ซึ่งมีอำนาจและหน้าที่ดำเนินคดีอาญาของรัฐ ได้แก่ ศาล อัยการ และตำรวจ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁹ คณะกรรมการวิสามัญ, "บันทึกการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศ
ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489 และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489, ครั้งที่
2/2491," 28 พฤษภาคม 2491.

⁵⁰ การอนุมาน ในที่นี้หมายถึง การวินิจฉัยความมีอยู่ของข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง
โดยพิจารณาเหตุผลแวดล้อมทั้งปวงจากพยานหลักฐานที่ฟังว่าเป็นความจริงแล้ว.

⁵¹ คณิต ณ นคร, "วิธีพิจารณาความอาญาของไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติ
ที่ไม่ตรงกัน," วารสารนิติศาสตร์ 15 (กันยายน 2528) 3 : 13.

ต่างมีหน้าที่ต้องร่วมกันและช่วยกันค้นหาความจริง ตลอดจนตรวจสอบข้อเท็จจริงในเรื่องที่กล่าวหาว่าเป็นการกระทำความผิด⁵² ซึ่งเป็นลักษณะของหลักค้นหาความจริงในเนื้อหา โดยเฉพาะในการดำเนินคดีอาญาชั้นศาล ทุกฝ่ายมีหน้าที่ต้องกระตือรือร้นในการค้นหาความจริง และศาลเป็นผู้ดำเนินการสืบพยาน โจทก์และจำเลยเป็นเพียงผู้กระตุ้นให้มีการสืบพยานเท่านั้น ดังนั้นศาลต้องวางเฉยไม่ได้ แต่มีหน้าที่ต้องค้นหาความจริงจนเป็นที่พอใจและปราศจากข้อสงสัย⁵³ นอกจากนี้การค้นหาความจริงในคดีอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรปมีหลักเกณฑ์ว่า จะใช้วิธีการที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหาตกเป็น "กรรมในคดี" (Prozess-objekt) ไม่ได้⁵⁴ ในทางตรงกันข้ามผู้ถูกกล่าวหาในฐานะเป็น "ประธานในคดี" (Prozess-subjekt) และเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ เป็นผู้ร่วมในคดีมีสิทธิต่าง ๆ ในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่⁵⁵ และการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐยังมีหลักแห่งความทุกฝ่ายในกระบวนการพิจารณาคดีด้วย

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีไม่ใช่เรื่องของหลักปฏิบัติ (rule) แต่เป็นหลักกฎหมาย (law) ที่เกี่ยวกับวิธีดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา เมื่อประเทศไทยมีการดำเนินคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ และมีพื้นฐานวิธีพิจารณาความอาญาตรงกับของประเทศในภาคพื้นยุโรป ดังนั้นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาของไทย จึงควรมีพื้นฐานทางกฎหมายเช่นเดียวกับของประเทศในภาคพื้นยุโรป มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติในกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความในกรณีพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายไว้ แต่การที่ มาตรา 64 จำกัดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตให้ผู้กระห่านำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายของตนหรือไม่ได้นั้น แสดงให้เห็นถึงทางปฏิบัติบางประการซึ่งปราศจากพื้นฐานทางกฎหมายที่ถูกต้อง ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ทางปฏิบัติที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายดังกล่าวนี้อาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการคำนึงถึงปัญหาการบังคับใช้

⁵²เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

⁵³คดีที่ ๗ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพมหานคร: เนติธรรม, 2528), หน้า 8, 164.

⁵⁴คดีที่ ๗ นคร, "วิธีพิจารณาความอาญาของไทย: ,"

⁵⁵ดู คดีที่ ๗ นคร, "อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา," วารสารนิติศาสตร์ 9 (กันยายน-พฤศจิกายน 2520) 2 : 133-137 ประกอบ.

กฎหมายอาญามากเกินไป แม้จะพยายามผ่อนคลายนความเด็ดขาดของหลักความไม่รู้กฎหมายเพื่อ
 ก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้กระทำความผิดด้วยความสุจริตบ้างก็ตาม และเป็นความสะดวกที่จะ
 มอบภาระการให้ความเป็นธรรม ในกรณีความไม่รู้กฎหมายแก่ศาล เพราะศาลเป็นผู้ที่หน้าที่สูง
 ความยุติธรรมแก่ประชาชน ดังนั้นจึงจำกัดให้เป็นอำนาจของศาลที่จะอนุญาตให้นำพยานหลักฐาน
 เข้าสืบพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายของผู้กระทำ ซึ่งศาลจะอนุญาตหรือไม่ก็ได้ ถ้าศาลไม่อนุญาตก็จะ
 ยังผลให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิด เนื่องจากผู้กระทำ ซึ่งเป็นผู้
 ร่วมในคดีไม่มีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานมาแสดงเพื่อต่อสู้คดีว่าตนกระทำความผิดลงไปเพราะความ
 ไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อย่างเต็มที่ จะมีสิทธิต่อสู้คดีได้ต่อเมื่อศาลมีดุลพินิจ
 อนุญาตเท่านั้น ความจริงศาลจะต้องใช้ดุลพินิจอนุญาตในทุกกรณีเพราะเป็นสิทธิของจำเลย และ
 ในหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐศาลจะต้องค้นหาความจริงจนเป็นที่พอใจว่ามีการกระทำผิดจริง
 และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น⁵⁶ ตาม หลักค้นหาความจริงในเนื้อหา

ในทฤษฎีพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายสมัยใหม่ซึ่งเสนอโดย John Austin ได้ยืนยันว่า
 ไม่อาจวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า "ผู้กระทำไม่รู้กฎหมายจริง ๆ หรือไม่ และไม่รู้ว่าการกระทำนั้น
 เป็นความผิดเลยจนถึงขนาดไม่เคยคิดว่ามีบทบัญญัติห้ามการกระทำเช่นนั้นหรือไม่" จากพยาน
 หลักฐานที่ได้จากพยานบุคคลอื่น ๆ⁵⁷ แต่ทฤษฎีของ Austin ได้รับการปฏิเสธจาก Holmes
 เนื่องจากเขาเห็นว่า เป็นความยุ่งยากที่จะผลักระการพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายไปให้ผู้ละเมิด
 กฎหมาย⁵⁸ อย่างไรก็ตาม Holmes ก็ไม่ได้ให้เหตุผลในความไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีของ Austin
 Jerome Hall ได้สรุปไว้ว่า เมื่อพิจารณาแนวความคิดระหว่าง Austin และ Holmes
 แล้ว จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีของ Austin มีพื้นฐานทางกฎหมายที่มั่นคงกว่า⁵⁹

⁵⁶วรรคแรกของมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, "ให้ศาล
 ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวง อย่างพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำ
 ผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น."

⁵⁷John Austin, Lectures on Jurisprudence, 4th ed. (1873), p.498,
 quoted in Jerome Hall, General Principles of Criminal Law, 2nd ed.
 (New York: The Bobbs-Merrill Company Inc., 1960), p.378.

⁵⁸Holmes, The Common Law (De Wolfe Howe ed., 1963), p.48,
 quoted in Hall, General Principles of Criminal Law, p.379.

⁵⁹Hall, General Principles of Criminal Law, pp.379-380.

ในกฎหมายอาญาเยอรมันตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้นไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับการพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ คือ มาตรา 17 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับปรับปรุงใหม่ ค.ศ. 1975 เพราะมาตรา 17 เพียงแต่วางหลักไว้ว่า ถ้าความไม่รู้กฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (invincible error juris) ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรับโทษ แต่ถ้าเป็นความไม่รู้กฎหมายที่อาจหลีกเลี่ยงได้ (vincible error juris) ผู้กระทำจะได้รับโทษลดลงตามส่วนแห่งความหลีกเลี่ยงได้มากหรือน้อยเพียงใดเท่านั้น และในประเทศเยอรมันมีการดำเนินคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Offizialklage/ Public Prosecution) ซึ่งมีการค้นหาความจริงในเนื้อหา ดังนั้นในการดำเนินคดีอาญาชั้นศาล ทุกฝ่ายมีหน้าที่ต้องกระตือรือร้นในการค้นหาความจริงจนเป็นที่พอใจ และปราศจากข้อสงสัยว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดดังกล่าว เมื่อเป็นเช่นนี้จำเลยคงต้องมีหน้าที่กระตุ้นให้ศาลสืบพยานเพื่อพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายว่าจำเลยกระทำความผิดลงไปโดยไม่รู้กฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ ส่วนในกฎหมายอาญามาตรฐานอเมริกันตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁶⁰ (Common Law) มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่นำสืบและมาตรฐานการพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายในมาตรา 2.04(4) แห่งประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบร่างฉบับทางการ ค.ศ. 1962 (Model Penal Code, Proposed Official Draft 1962) กล่าวคือ กำหนดให้จำเลยมีหน้าที่นำสืบตามข้ออ้างของตนว่าเหตุใดตนจึงไม่รู้กฎหมาย และมีมาตรฐานการพิสูจน์โดยต้องแสดงพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อในขั้นที่เรียกว่า "preponderance of evidence" คือให้พยานหลักฐานที่ศาลจะเชื่อได้ ซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานการพิสูจน์ความผิดที่เป็นหน้าที่ของโจทก์ ซึ่งโดยทั่วไปจะต้องพิสูจน์จนถึงขั้นเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัย (beyond a reasonable doubt)

ส่วนในกฎหมายอาญาของไทย มีบทบัญญัติกำหนดทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายไว้ในกฎหมายสารบัญญัติ คือ มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนด

⁶⁰ ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการดำเนินคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popularklage/Popular Prosecution) ซึ่งมีลักษณะเป็นการต่อสู้ระหว่างคู่ความทำนองเดียวกับคดีแพ่ง ศาลซึ่งเป็นผู้ชี้ขาดจึงต้องวางเฉย (passive) การฟ้องคดีอาญามีลักษณะเป็นการกล่าวอ้างของโจทก์ว่าจำเลยได้กระทำความผิด ดังนั้นโดยปกติโจทก์จึงมีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามที่กล่าวอ้าง .

ให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตให้ผู้กระทำนำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายได้หรือไม่ แสดงว่า หนทางที่ผู้กระทำจะพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายในกฎหมายอาญาของไทยเปิดไว้แคบกว่าของต่างประเทศมาก เพราะการพิสูจน์จะกระทำได้อีกต่อเมื่อศาลอนุญาตเท่านั้น ถ้าศาลไม่อนุญาตให้ผู้กระทำแสดงพยานหลักฐานโดยพิจารณาแล้วเห็นว่าสภาพแห่งความผิดและพฤติการณ์ของผู้กระทำแล้ว ช้อยกเว้นดังกล่าวก็สูญเปล่าหาว่ามีประโยชน์อันใดไม่ ดังนั้นน่าจะเปิดโอกาสให้ผู้กระทำอ้างและพิสูจน์เองอย่างเต็มที่และเป็นอิสระว่า ตามสภาพแห่งความผิดและพฤติการณ์ของผู้กระทำนั้นไม่อาจรู้ได้ว่า การกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมาย ทั้งนี้เพราะหลักนิติธรรมในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญกำหนดว่า⁶¹ "บุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำผิด" ซึ่ง มาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ได้บัญญัติรับรองไว้เช่นกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรเปิดโอกาสให้ผู้กระทำพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายได้ทันทีที่ได้กล่าวอ้างถึง สภาพแห่งความผิดและพฤติการณ์ใดพฤติการณ์หนึ่ง ซึ่ง แสดงว่าตนไม่รู้กฎหมายขึ้นในคำให้การหรือในคำร้องที่ได้ยื่นต่อศาลว่าตนไม่รู้กฎหมายโดยไม่ต้องให้ศาลอนุญาตก่อน โดยเฉพาะในกรณีผู้กระทำยื่นคำร้องต่อศาล ถ้าศาลมีคำสั่งไม่ยอมให้พิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายโดยพิจารณาแล้วเห็นว่าสภาพแห่งความผิดและพฤติการณ์ของผู้กระทำว่า ผู้ที่นั้นควรจะรู้กฎหมายได้ ผู้กระทำไม่อาจที่จะอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้เลย เพราะเป็นคำสั่งที่เป็นมาตรการ⁶² แต่อาจขอให้ศาลทบทวนคำสั่งได้เท่านั้น จึงเห็นได้ว่า ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำ เพราะเป็นการปิดกั้นโอกาสที่เขาจะแก้ข้อหาหรือต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ซึ่งขัดกับวิธีการค้นหาความจริง ในคดีอาญาของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายซึ่งประเทศไทยเจริญรอยตามแบบอย่าง กล่าวคือ วิธีการที่ทำให้ผู้ถูกกล่าวหา มีฐานะเป็น "ประธานในคดี" (Prozess-subjekt) ดังนั้น จึงควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วยการให้

⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 27,

"ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด แสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้."

⁶² ดู คณิศ ฅ นกร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, บทที่ 45 คำสั่งของศาล, หน้า 167 ประกอบ.

ผู้กระทำสามารถแสดงพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายได้โดยไม่ต้องให้ศาลอนุญาตเสียก่อน

3. การแก้ไขด้วยคำที่ว่า "ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด" และ "และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น"

ด้วยคำใน มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ว่า "ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด" และ "และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น" เป็นผลมาจากมติของที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2495 และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2495 ในการประชุมครั้งที่ 52/2497 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 11 กุมภาพันธ์ 2497⁶³ ที่รับร่างมาตรา 60 ดังนี้

"บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าตามสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำผิดอาจจะไม่รู้ว่าได้มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้ผู้กระทำผิดนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลและถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นก็ได้"

ความจริง ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เลขานุการคณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 24.. และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 24.. แห่งคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ยกร่างเสนอไว้ว่า "ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่า การกระทำของตนเป็นความผิด" และ "และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่า การกระทำเป็นความผิด" ในร่างมาตรา 60 ที่เสนอดังนี้

⁶³ คณะกรรมการวิสามัญ, "บันทึกการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2495 และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2495, ครั้งที่ 52/2497," 11 กุมภาพันธ์ 2497.

"บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าตามสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้ผู้กระทำผิดนำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่า การกระทำเป็นความผิด ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นก็ได้"

เมื่อพิจารณาด้วยคำดังกล่าวที่มีบัญญัติใน มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว เห็นว่าไม่ใช่ความหมายที่ถูกต้องของความไม่รู้กฎหมาย เพราะความรู้ว่ามีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดหรือไม่เป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาในส่วนของประกอบภายในหรือส่วนจิตใจของผู้กระทำ ถ้านำมาพิจารณาในส่วนจิตใจของผู้กระทำแล้วคงจะมีผู้ไม่รู้กฎหมายเป็นจำนวนมาก และผู้ที่จะรับผิดชอบในทางอาญาก็จะมีแต่เฉพาะนักกฎหมายหรือผู้ศึกษากฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นไปไม่ได้ในความเป็นจริง และขัดต่อหลัก Equal before the Law หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนโดยไม่มีใครปฏิเสธได้ ส่วนด้วยคำตามที่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ยกร่างเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2495 และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2495 นั้น ตรงกับความหมายที่แท้จริงของความไม่รู้กฎหมาย กล่าวคือ การที่จิตสำนึกของผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดกฎหมาย หรือไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติห้าม ดังนั้นจึงควรแก้ไขด้วยคำในมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นเช่นเดียวกับที่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ยกร่างเสนอต่อที่ประชุม เพราะเป็นความหมายที่ถูกต้องของความไม่รู้กฎหมาย

4. การเปิดโอกาสให้ศาลยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

การวินิจฉัยปัญหาความไม่รู้กฎหมายอาญาของไทยนั้น แต่เดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้รับบทบัญญัติในลักษณะเด็ดขาดว่า "ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้" ใน มาตรา 45 ต่อมาเริ่มตระหนักว่าความเข้มงวดดังกล่าวก่อให้เกิดความยากลำบากและความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน และยอมรับความจริงว่า บางกรณีผู้กระทำอาจไม่รู้อย่างสุจริตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมาย จึงได้มีการปรับปรุงเพิ่มเติม มาตรา 45 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังปัจจุบัน กล่าวคือ ได้มีการผ่อนคลายความเด็ดขาดลงด้วยการเพิ่มแนวปฏิบัติในการพิสูจน์ความ

ไม่รู้กฎหมายของผู้กระทำและศาลไว้ตอนท้ายของมาตรา 64 เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้กระทำแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายได้ในบางกรณี ดังนั้นขอบเขตในการพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมาย ต้องปรากฏดังนี้

- 1) เมื่อมีการฟ้องร้องผู้กระทำต่อศาลและผู้กระทำแก้ตัวว่ากระทำความผิดลงไปเพราะความไม่รู้กฎหมาย ศาลต้องพิจารณาล่วงหน้าจากสภาพแห่งความผิดและพฤติการณ์ที่ผู้กระทำอ้างว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อดูว่าสมควรอนุญาตให้ผู้นั้นแสดงพยานหลักฐานพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายหรือไม่
- 2) เมื่อศาลอนุญาตแล้ว ผู้กระทำก็สามารถแสดงพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อแสดงว่าตนไม่รู้จริง ๆ ว่า การกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด
- 3) ศาลเชื่อตามพยานหลักฐานว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

หากเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลก็มีอำนาจใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่จะไม่ลงโทษเลยคงไม่ได้ เพราะมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญายกข้อยกเว้นให้ศาลเพียงแต่ใช้ดุลพินิจในการลดโทษเท่านั้น จึงไม่มีผลทำให้ผู้กระทำพ้นความรับผิดในทางอาญา ดังนั้นแม้ผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ก็ยังคงต้องถูกลงโทษเสมอ ทั้งที่ควรเป็นกรณีที่สมควรได้รับการยกเว้นโทษจึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นอีกประการหนึ่งที่แสดงถึงการเห็นความสำคัญของความล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายอาญามากเกินไปจนมิได้คำนึงถึงพื้นฐานของหลักความรับผิดในทางอาญาที่ระบบกฎหมายอาญาของไทยยึดเป็นหลักเลย มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นแนวปฏิบัติเพื่อผ่อนคลายความเคียดขาดของหลักความไม่รู้กฎหมาย ซึ่งเกิดจากความสะกดของผู้นิติบัญญัติกฎหมายที่จะผลการให้เป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณาปัญหาความไม่รู้กฎหมาย โดยมีได้พิจารณาถึงผลในทางทฤษฎีกฎหมายอาญา

เมื่อนำการใช้ดุลพินิจของศาลในการลดโทษตามข้อยกเว้นมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาพิจารณาตามทฤษฎีเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายของระบบกฎหมายอาญาเยอรมันทั้งสองทฤษฎีแล้ว จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำในข้อยกเว้นดังกล่าวขัดกับพื้นฐานความรับผิดในทางอาญาตามทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) ซึ่งถือว่าความไม่รู้กฎหมายทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา จึงไม่ต้องรับผิดในทางอาญา เพราะส่วนรู้ของเจตนาประกอบด้วยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ

ความคิด และ ผู้คิดชอบว่าเป็นการกระทำความคิดทั้งสองประการ ดังนั้นเมื่อผู้กระทำไม่รู้กฎหมายแล้วก็ต้องไม่ถูกลงโทษเพราะขาดเจตนา แต่ตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย กำหนดให้ผู้กระทำยัง ต้อง รับโทษอยู่ เพียงแต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจ ในการลดโทษให้น้อยลงเท่านั้น จึงเป็นการขัดต่อหลักความรับผิดชอบในทางอาญา เนื่องจากแม้จะเป็นการกระทำที่ขาดเจตนา ก็ยัง ต้อง รับผิดชอบอยู่ และเมื่อพิจารณาตามทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ซึ่งถือว่าความไม่รู้กฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (invincible error juris) ทำให้ผู้กระทำขาดความชั่ว จึงไม่ต้อง รับผิดชอบในทางอาญา เช่นเดียวกันเมื่อนำกรณีความไม่รู้กฎหมายไม่อาจหลีกเลี่ยงได้มา พิจารณาตามด้วยคำตอนท้ายของมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ผู้กระทำ ต้องถูกลงโทษเสมอแม้ในกรณีความไม่รู้กฎหมายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เพราะแม้ผู้กระทำจะกระทำลงไปโดยปราศจากเจตจำนงอิสระ (free will) ในการตัดสินใจเลือกกระทำ สิ่งที่มีกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจตำหนิได้ว่าเป็นการกระทำที่มีความชั่วก็ตาม ศาลก็ยังคง ต้องใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำ แม้จะเป็นการลดโทษลงก็ตาม ซึ่งเท่ากับผู้กระทำไม่ได้รับ การยกเว้นโทษแม้ในกรณีกระทำความคิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงเป็นการ ขัดกับพื้นฐานความรับผิดชอบในทางอาญาเช่นกัน และไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ว่า "ห้ามลงโทษ บุคคลโดยปราศจากความชั่ว" อันมีที่มาจากสุภาษิตกฎหมายละติน "Nulla poena sine culpa" ด้วย จึงกล่าวได้ว่า ข้อยกเว้นในตอนท้าย มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แม้จะช่วย ผ่อนคลายความเคียดแค้นของหลักความไม่รู้กฎหมายลงบ้าง แต่เมื่อพิจารณาในทางทฤษฎีแล้วหลัก ความไม่รู้กฎหมายยังคง ขัดแย้งกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญาอยู่เช่นเดิม

การใช้ดุลพินิจ ในการลงโทษ หมายถึง การวินิจฉัยว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดตามฟ้อง โจทก์หรือไม่ ถ้ากระทำความผิดควรลงโทษมากน้อยเพียงใด ทั้งนี้โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของ การลงโทษในทางอาญาด้วย⁶⁴ ซึ่งนับว่าเป็นหน้าที่อันสำคัญยิ่ง ของผู้พิพากษา แต่เมื่อนำตอนท้าย ของมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจ ในการลงโทษในลักษณะ ลดโทษแก่การกระทำ โดยไม่รู้กฎหมายที่ศาลเชื่อจากพยานหลักฐานที่ผู้กระทำนำมาแสดงแล้ว จะพบว่า การกระทำความคิดโดยไม่รู้กฎหมายทุกกรณีผู้กระทำต้อง รับโทษ แต่อาจได้รับการ

⁶⁴วิชา มหาคุณ, "ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจ ในการลงโทษ," จุลพาท,

พิจารณาผลโทษลงเพียงใดก็ได้ ดังนั้นแม้ในกรณีกระทำความผิดโดยไม่รู้จักกฎหมายอย่างสุจริตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ก็ยังคงต้องรับผิดในทางอาญา ทั้งที่สมควรได้รับการยกเว้นโทษ และเมื่อนำมาพิจารณากับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในทางอาญาแล้ว จะเห็นได้ว่า การลงโทษการกระทำความผิดโดยไม่รู้จักกฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้นั้นไม่อาจเป็นการแก้แค้นทดแทนการกระทำความผิดให้แก่สังคมและผู้เสียหายได้ เนื่องจากไม่ใช่สิ่งที่น่าตำหนิของสังคม และเมื่อลงโทษไปแล้วมิได้ก่อให้เกิดความรู้สึกยุติธรรมแก่สังคมว่าผู้กระทำได้รับการตอบแทนสาสมกับความผิดที่ได้ก่อขึ้น แต่กลับเกิดความรู้สึกว่าไม่เป็นธรรมเลยที่ลงโทษผู้บริสุทธิ์ที่ไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมาย การลงโทษโดยปราศจากความชั่วดังกล่าวไม่เป็นการยับยั้งมิให้ผู้กระทำกระทำความผิดอีก เพราะไม่ทำให้เขารู้สึกเข็ดหลาบหรือเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด และไม่อาจป้องกันผู้อื่นกระทำความผิดเช่นเดียวกันนั้นด้วย เพราะการกระทำดังกล่าวโดยความรู้สึกของคนทั่วไปเห็นว่าน่าจะได้รับ การให้อภัยและไม่ยุติธรรมเลยที่ลงโทษผู้บริสุทธิ์ ส่วนในเรื่องวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงและแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดียอมเป็นไปไม่ได้เช่นกัน เพราะผู้กระทำไม่มีเจตจำนงอิสระ ที่จะเลือกกระทำความผิดที่ผิดกฎหมายเลย จึงไม่จำเป็นต้องกลับตัวเป็นคนดีของสังคม ตลอดจนไม่เป็นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยแต่อย่างใด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไปโดยไม่มี ความชั่ว ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่รู้จักกฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ไม่อาจบรรลुวัตถุประสงค์ของการลงโทษในทางอาญาทั้ง 4 ประการ จึงควรเป็นการกระทำความผิดที่ได้รับการยกเว้นโทษมากกว่า

ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า การใช้ดุลพินิจในการลงโทษด้วยการลดโทษสำหรับการกระทำความผิดโดยไม่รู้จักกฎหมายที่ศาลเชื่อจากพยานหลักฐานที่ผู้กระทำนำมาแสดงนั้น เป็นผลมาจากการให้ความสำคัญแก่การบังคับใช้กฎหมายอาญามากเกินไปจนอาจจะก่อให้เกิดการลงโทษผู้บริสุทธิ์ที่กระทำความผิดโดยไม่รู้จักกฎหมายอย่างสุจริตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้ว การลงโทษผู้บริสุทธิ์น่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายมากกว่าความล้มเหลวของการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่ยอมให้ประชาชนในรัฐอ้างว่ากระทำความผิดด้วยความไม่รู้จักกฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เสียอีก กล่าวคือ เมื่อคนทั่วไปทราบว่ามี การลงโทษผู้บริสุทธิ์ซึ่งไม่สมควรต้องรับโทษ คนทั่วไปก็จะขาดความเชื่อมั่นในกฎหมายที่คุ้มครองความปลอดภัยให้ตน เกิดความหวาดระแวงและวิตกกังวลว่าสักวันหนึ่งตนเองอาจถูกลงโทษอย่างไม่สมควรได้ แม้จะไม่มีโอกาสที่จะรู้เลยว่า การกระทำของตนเป็นความผิดกฎหมาย ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติห้าม (mala prohibita) ดังนั้น

กฎหมายอาญาในลักษณะที่เป็นการบัญญัติความผิดเพราะกฎหมายห้าม ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมตามสภาวะความเจริญของบ้านเมืองอาจจะขาดความศักดิ์สิทธิ์ในการป้องกันอาชญากรรมได้ เพราะคนทั่วไปหมดความเชื่อถือและขาดความเคารพกฎหมายนั้น ๆ

ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 แก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1970 มาตรา 13 "หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ (1) ความชั่วของผู้กระทำเป็นรากฐานแห่งการกำหนดโทษและจะต้องคำนึงถึงผลซึ่งคาดว่าจะเกิดจากการลงโทษแก่ชีวิตในอนาคตของผู้กระทำด้วย ...⁶⁵ แสดงว่า ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลนั้นคำนึงถึงความชั่ว (Schuld) เป็นรากฐานสำคัญในการกำหนดโทษแก่การกระทำผิด เมื่อนำมาพิจารณาเทียบกับตอนท้ายของมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เหมือนกันแล้ว จะเห็นได้ว่า ตอนท้ายของมาตรา 64 ขาดพื้นฐานในทางทฤษฎีกฎหมายอาญาตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ทั้งในหลักความรับผิดชอบในทางอาญาและหลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล

เมื่อนำบทบัญญัติ มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอื่น ๆ นอกเหนือไปจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับปรับปรุงใหม่ ค.ศ. 1975 และประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบร่างฉบับทางการ ค.ศ. 1962 (Model Penal Code, Proposed Official Draft 1962) แล้ว จะพบว่า ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศส่วนใหญ่ถือว่า การกระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ หรือที่ไม่น่าตำหนิหรือที่ขาดเหตุผลอันสมควรนั้นสามารถยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาได้ เช่น

ประมวลกฎหมายอาญาออสเตรีย ค.ศ. 1974 (The Austrian Penal Code of 1974) มาตรา 9 บัญญัติว่า

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

"1) บุคคลซึ่งมิได้รู้ถึงความผิดกฎหมายแห่งการกระทำของตน เนื่องจากความสำคัญผิดกฎหมาย การกระทำนั้นไม่สมควรรับโทษถ้าความสำคัญผิดนั้นไม่นำคำหนี

ฯลฯ" 66

กฎหมายอาญาดั้งเดิมสำหรับประเทศลาตินอเมริกา (Model Penal Code for Latin America) มีบทบัญญัติว่าด้วยความไม่รู้กฎหมาย ดังนี้

"บุคคลจะไม่ถูกลงโทษถ้าเขาเชื่อว่าการกระทำของเขาไม่ต้องรับโทษ เนื่องจากเป็นความไม่รู้กฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในกรณีที่ความไม่รู้กฎหมายนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้ การกำหนดโทษสำหรับการกระทำนั้น อาจลดลงตามส่วนตั้งบัญญัติในมาตรา ...⁶⁷

ประมวลกฎหมายอาญาเกาหลี ค.ศ. 1953 (The Korean Criminal Code of 1953) มาตรา 16 บัญญัติว่า

⁶⁶"A person who, because of a legal error (Rechtsirrtum), does not realize the wrongfulness (Unrecht) of his act, does not act culpably, provided that he is not censurable for his error..." Paul K. Ryu and Helen Silving, "Comment on Error Juris," American Journal of Comparative Law 24 (fall 1976): 689-690.

⁶⁷"A person is not punishable if, due to an invincible error, he believes that the action he commits is not subject to punishment.

Where the error is not invincible, the punishment established for the act may be mitigated in accordance with article ... " Ryu and Silving, "Comment on Error Juris," p.691.

"ในกรณีที่บุคคลกระทำความผิดทางอาญาโดยเชื่อว่า การกระทำของเขาไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายที่มีอยู่ เขาจะไม่ต้องรับโทษเฉพาะความสำคัญผิดที่เกิดจากเหตุผลอันสมควรถ" ⁶⁸

ร่างประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ค.ศ. 1972 (The Japanese Criminal Code Draft of 1972) มาตรา 21 ทวิ บัญญัติว่า

"บุคคลซึ่งกระทำความผิดอาญาโดยไม่รู้ว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด จะไม่ถูกลงโทษถ้าความเข้าใจของเขาตั้งอยู่บนเหตุผลอันสมควรถ" ⁶⁹

ดังนั้นจึงควรปรับปรุงเนื้อหาของมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้หลักความไม่รู้กฎหมายสอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญา กล่าวคือ เปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้รับยกเว้นโทษ เมื่อศาลพิสูจน์ได้ว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งเป็นไปตามแนวทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie)

⁶⁸"Where a person commits a crime in the belief that his conduct does not constitute a crime under existing law, he shall not be punishable only when his mistake is based on reasonable grounds." The Korean Criminal Code of 1953, trans. Paul K. Ryu, The American Series of Foreign Penal Codes. vol.2 (London : Sweet & Maxwell, 1960), p.36.

⁶⁹"A person who commits a crime without knowing that his conduct is not permitted by law shall not be punishable if his understanding is based on reasonable grounds." Ryu and Silving, "Comment on Error Juris," p.692.