

ความไม่รู้กฎหมายกับทฤษฎีความรับผิดในทางอาญา

หลักพื้นฐานของความรับผิดในทางอาญา

หลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาในการกำหนดความรับผิดในทางอาญามาจากหลักสุภาษิตกฎหมายอาญาที่ว่า "Nullum crimen, nulla poena sine lege" แม้จะเป็นภาษาละตินแต่ไม่ได้มีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายโรมัน แปลเป็นภาษาไทยว่า "ไม่มีความผิด, ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย"¹ เกิดจากแนวความคิดเสรีนิยม (Liberalism) ในศตวรรษที่ 18² เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนตามกฎหมายอาญาโดยกำหนดขอบเขตอำนาจรัฐต่อปัจเจกชน กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิดและต้องรับโทษในทางอาญานั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติและกำหนดโทษไว้ หลักนี้เป็นที่ยอมรับของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) รวมทั้งประเทศไทยด้วย ดังปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา³

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของส่วนรวมตามนโยบายทางอาญาเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรม ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงมีวิธีการบังคับ (sanction) เพื่อไม่ให้ประชาชนกระทำความผิด แต่วิธีการบังคับของกฎหมาย

¹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 18.

² Jerome Hall, General Principles of Criminal Law, 2nd ed. (New York: The Bobbs-Merrill Company Inc., 1960), pp. 28-29.

³ "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย."

อาญาคังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติในลักษณะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามนโยบายทางอาญาเกี่ยวกับหลักนิติธรรมไว้ในกฎหมายอาญาคด้วย โดยจำกัดอำนาจรัฐในการลงโทษปัจเจกชนผู้กระทำผิด เฉพาะในกรณีการกระทำที่มีบทบัญญัติกำหนดความผิดและบทลงโทษไว้เท่านั้น เพื่อไม่ให้รัฐลงโทษบุคคลโดยไม่มีหลักการและขอบเขต สภาผู้ชกกฎหมายคังกล่าวจึงเป็นหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของความรับผิดชอบในทางอาญา เพราะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลโดยจำกัดอำนาจรัฐ แต่มิได้จำกัดการทำให้ปัจเจกชนทราบล่วงหน้าถึงข้อห้ามของกฎหมายเพื่อจะได้หลีกเลี่ยงการกระทำผิด คังนั้นหลักสภาผู้ชกกฎหมายอาญาที่ว่า "ไม่มีความผิด, ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย" (Nullum crimen, nulla poena sine lege) จึงไม่ขัดแย้งกับข้อสันนิษฐานความรู้กฎหมายที่ว่า "ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้" (Ignorantia juris neminem excusat)⁴

ความไม่รู้กฎหมายกับทฤษฎีความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมันในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

แต่เดิมนั้นระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายเป็นสภาผู้ชกกฎหมายเยอรมันว่า "Unkenntnis des Gesetzes schützt vor Strafe nicht" ซึ่งมีความหมายว่า "ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้" (Ignorance of Law is No Excuse) และสภาผู้ชกดังกล่าวถือเป็นหลักกฎหมายอันหนึ่งเมื่อได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันขึ้นในปี ค.ศ. 1871 ต่อมาใน ค.ศ. 1952 ได้มีมติที่จะยอมรับให้อ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวได้ขึ้นมาบ้าง แต่ยังมีมติที่ขัดแย้งกันมากจนในที่สุดเมื่อ ค.ศ. 1952 ศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมัน (Great Senate for Criminal Matters of the Bundesgerichtshof) ได้วิเคราะห์และวางหลักความไม่รู้กฎหมายแตกต่างจากเดิมในคำพิพากษาคืออาญา คือ 2 BGH st 194 (1952) ว่าบุคคลใดจะต้องมีความรับผิดชอบและรับโทษ

⁴Paul K. Ryu and Helen Silving, "Error Juris: A Comparative Study," University of Chicago Law Review 24 (spring 1957): 431.

⁵Gunther Arzt, "Ignorance or Mistake of Law," American Journal of Comparative Law 24 (fall 1976): 647.

ในทางอาญา บุคคลนั้นจะต้องรู้ว่าการกระทำของตนผิดกฎหมาย คำพิพากษาคืออาญาของศาลสูงสุดคงกล่าวถึงผลทำให้หลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ต้องหมกความสำคัญลงโดยยอมรับทฤษฎีของสำนักคลาสสิก (Classical Law School) ที่ว่า มนุษย์มีเจตจำนงอิสระและความรับผิดชอบ ตลอดจนสามารถตัดสินใจที่จะประพฤติปฏิบัติตามครรลองของกฎหมายได้ด้วยตนเอง กล่าวคือ มีอิสระที่จะกระทำสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายและงดเว้นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้ด้วยความรู้สึกรับผิดชอบของตน ถ้ามนุษย์เลือกกระทำการที่ผิดกฎหมายก็เป็นเพราะเขาพิจารณาแล้วว่า การกระทำนั้นมีประโยชน์ต่อเขามากกว่าการกระทำสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นได้ว่า การที่มนุษย์ตัดสินใจกระทำสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำสิ่งที่ผิดกฎหมายนั้นเขาต้องรู้เสียก่อนว่าการกระทำอย่างใดชอบด้วยกฎหมายหรือผิดกฎหมาย ดังนั้นบุคคลจะมีความรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อเขาเข้าถึงความผิดกฎหมายของการกระทำของเขา ก่อน แต่ในบางกรณีบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ทุกประการอาจไม่รู้สึกรับผิดชอบเลยว่าตนกำลังทำผิดกฎหมาย อาจเป็นเพราะบุคคลนั้นไม่รู้ถึงหรือเข้าใจผิดในข้อห้ามของกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้เราจะเห็นได้ชัดเจนว่า ผู้กระทำนั้นตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ว่าอะไรผิดอะไรถูก⁶ เพราะฉะนั้นคำพิพากษาคืออาญาของศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมัน 2 BGH st 194 (1952) จึงยอมรับว่าบุคคลผู้ซึ่งมิได้รู้ว่าการกระทำของเขาเป็นความผิดตามกฎหมายแล้วย่อมไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา

ก่อนที่จะกล่าวถึงทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน 2 ทฤษฎีที่มีผลต่อความไม่รู้กฎหมาย คือ ทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) และทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) นั้น ควรที่จะกล่าวถึงตำแหน่งของเจตนาในโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาของกฎหมายอาญาเยอรมันก่อน

1. ตำแหน่งของเจตนาในโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาและทฤษฎีการกระทำ ความผิดทางอาญา

คงได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า โครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาประกอบด้วยองค์ประกอบความผิด (Tatbestandmässigkeit) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

⁶ 2 BGH st 194 (1952) pp.200-201; และอภีร์ตัน เพ็ชรศิริ และพรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ฉบับพิเศษ (2523): 264.

และความชั่ว (Schuld) โครงสร้างความคิดในทางอาญาทั้งสามส่วนไม่เพียงแต่จะเป็นคนละเรื่องกันแต่ยังเป็นเรื่องที่แตกต่างกันอีกด้วย ความแตกต่างและแยกต่างหากจากกันของโครงสร้างความคิดในทางอาญาทั้งสามประการนั้นยังมีได้บ่งบอกว่า องค์ประกอบในทางภาววิสัย (objektiv) และองค์ประกอบในทางอัตวิสัย (subjektiv) ส่วนใดรวมอยู่ในโครงสร้างส่วนไหนในทั้งสามประการ จึงมีปัญหาว่า เฉพาะองค์ประกอบในทางภาววิสัยเท่านั้นหรือที่รวมอยู่ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความคิด และเป็นปัจจัยที่ทำให้ต้องพิจารณาต่อไปในส่วนความคิดกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีปัญหาว่าองค์ประกอบในทางอัตวิสัยทั้งหมดอยู่ในโครงสร้างส่วนความชั่วเท่านั้นใช่หรือไม่⁷ กล่าวคือ เป็นปัญหาว่าตำแหน่งของเจตนาในโครงสร้างความคิดในทางอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นอยู่ในส่วนองค์ประกอบความคิดหรืออยู่ในส่วนความชู้วั้นเอง สำหรับปัญหาคังกล่าว นักนิติศาสตร์เยอรมันได้พยายามที่จะหาคำตอบโดยการวิเคราะห์ถึงลักษณะของการกระทำของมนุษย์ และจากผลของการวิเคราะห์ทำให้เกิดทฤษฎีการกระทำความคิดอาญาที่สำคัญชั้น 2 ทฤษฎี⁸ คือ

1.1 ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) Merger นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันเป็นผู้ให้ความสำคัญต่อทฤษฎีนี้ ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล ถือว่าการกระทำและเจตจำนงของมนุษย์สามารถแยกจากกันได้ กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ ได้แก่ การเคลื่อนไหวของร่างกายเท่านั้น ส่วนเจตจำนงของมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ ตามทฤษฎีนี้การกระทำจึงประกอบขึ้นด้วยองค์ประกอบในทางภาววิสัย (objektiv) เท่านั้น และถือว่าองค์ประกอบในทางภาววิสัยเท่านั้นที่อยู่ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความคิด (Tatbestandmässigkeit) ดังนั้นการพิจารณาโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความคิดตามทฤษฎีนี้ จึงพิจารณาเฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดผลที่ผิดกฎหมายเท่านั้น ไม่ต้องพิจารณาว่ามีเจตนาหรือไม่เพราะองค์ประกอบในทางอัตวิสัย (subjektiv) ทั้งหมดซึ่งรวมทั้งเจตนาเป็นส่วนที่อยู่ในความชั่ว (Schuld) เท่านั้น

⁷ ฌอนิต ฌ นกร, "โครงสร้างความคิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea," วารสารนิติศาสตร์ 16 (กันยายน 2529) 3: 212.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212-213.

1.2 ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre)

Hans Welzel นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันเป็นกำลังสำคัญของทฤษฎีนี้ นักนิติศาสตร์บางท่านเรียกทฤษฎีนี้ว่า Goal-directed Theory of Act⁹ และบางท่านก็เรียกว่า Goal-oriented Theory of Human Behaviour¹⁰ ทฤษฎีนี้ถือว่า สำคัญของการกระทำของมนุษย์คือ การวางความมุ่งหมายและใช้เหตุและผลเพื่อที่จะเลือกวิธีการที่จะกระทำให้เกิดผล ดังนั้นเจตนาที่คือความสามารถในการตัดสินใจที่สำคัญของมนุษย์¹¹ กล่าวคือ ตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ ถือว่า การกระทำของมนุษย์ได้แก่การแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายในการกระทำของมนุษย์ จึงมิใช่เพียงการก่อให้เกิดผลเท่านั้น แต่มีเจตจำนงที่จะก่อให้เกิดผลจากการกระทำนั้นรวมอยู่เสมอ แสดงว่า เจตจำนงและการกระทำจะต้องมีควบคู่กันไปในทุกพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้นตามทฤษฎีนี้ถือว่า เจตนาเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำของมนุษย์ และเป็นองค์ประกอบในทางอัตวิสัย (subjektiv) ที่อยู่ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความคิด (Tatbestandmässigkeit) มิใช่อยู่ในส่วนความชั่ว (Schuld)

2. ทฤษฎีที่เกี่ยวกับปัญหาความไม่รู้กฎหมายในกฎหมายอาญาเยอรมัน

ในกฎหมายอาญาเยอรมันมีการอธิบายเกี่ยวกับปัญหาความไม่รู้กฎหมายอยู่ 2 ทฤษฎีดังต่อไปนี้

⁹George P. Fletcher, Comparative Criminal Theory, 2nd ed. (1974) p.57.

¹⁰Gunther Arzt, "Ignorance or Mistake of Law," p.654.

¹¹Ibid., "... Here the essence of human behaviour is supposedly the capacity to set goals and utilize knowledge of laws of cause and effect in order to select means to achieve them. Thus intent becomes equivalent to this specific human "determining" capacity ..."; นอกจากนี้ใน K.Neumann, The Manual of German Law, vol.2 (London: H.M.'s Stationary Office, 1952) p.74. ยังได้นิยามความหมายของเจตนาไว้ว่า "Vorsatz means acting knowingly and willfully."

2.1 ทฤษฎีเจตนา (*Vorsatztheorie*) ถือว่า เจตนาอยู่ในส่วนของ ความชั่ว (*Schuld*) ไม่ใช่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบความผิด (*Tatbestandmässigkeit*) ทฤษฎีนี้ได้รับการสนับสนุนจากนักทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน เช่น Mezger, Schröder และ Baumann เป็นต้น ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ทฤษฎีนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (*kausale Handlungslehre*) ซึ่งถือว่าองค์ประกอบในทางภาววิสัย (*objektiv*) เท่านั้น ที่อยู่ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความผิด และองค์ประกอบในทางอัตวิสัย (*subjektiv*) ทั้งหมดรวมทั้งเจตนาอยู่ในส่วนความชั่ว จึงมีผลทำให้การพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายและความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดคล้ายคลึงกัน¹² กล่าวคือ ความไม่รู้กฎหมายซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดผิดชอบในการกระทำผิด (*Unrechtsbewusstsein/ no consciousness of wrongdoing*) มีผลเช่นเดียวกับความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด คือ ขาดเจตนา (*absence of intent*) ในการทำความผิด ตามทฤษฎีเจตนา (*Vorsatztheorie*) ส่วนรู้ของเจตนา นอกจากต้องประกอบด้วยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ยังต้องมีความรู้ผิดชอบว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดประกอบอยู่ด้วย เนื่องจากตำแหน่งของเจตนาอยู่ในส่วนความชั่วของโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญา จึงมีผลทำให้ความชั่วตามทฤษฎีเจตนา หมายถึง ความนำคำหนักทางจิตใจ คือ เจตนาหรือประมาทด้วย ดังนั้นการที่จะถือว่า ผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดก็ต่อเมื่อได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและเลือกกระทำสิ่งที่ผิดกฎหมาย หลังจากได้พิจารณาและชั่งน้ำหนักระหว่างความถูกต้องและความไม่ถูกต้องแล้ว ถ้าผู้กระทำไม่รู้กฎหมาย กล่าวคือ ผู้กระทำตัดสินใจกระทำไปโดยไม่รู้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด จะถือว่าผู้กระทำตัดสินใจเลือกกระทำผิดไม่ได้ เพราะเขาไม่มีโอกาสชั่งน้ำหนักระหว่างความถูกต้องและความไม่ถูกต้อง ชอบเขตของการรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดในกรณีความไม่รู้กฎหมายนั้น คงเป็นกรณีที่ผู้กระทำต้องรู้ว่าพฤติกรรมของตนทำให้สังคมเสียหายเท่านั้น ไม่ถึงขั้นต้องคำนึงว่าผู้นั้นจะเข้าใจชัดเจนหรือไม่ว่าเป็นการกระทำที่มีโทษ เมื่อผู้กระทำกระทำไปโดยไม่รู้กฎหมาย ตามทฤษฎีเจตนาถือว่าผู้กระทำขาดเจตนา จึงไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา แต่ไม่ทุกกรณีที่ไม่ต้องรับผิดชอบเพราะถ้าความไม่รู้กฎหมายเกิดจากความประมาทของผู้กระทำ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบได้เฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติ

¹²Ibid.

ให้ต้องรับผิดชอบกระทำโดยประมาท ทั้งนี้เนื่องจากความไม่รู้กฎหมายโดยประมาทเป็นกรณีที่ผู้กระทำ
 ควรจะรู้ได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ถ้าหากใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอตามวิสัยและ
 พฤติการณ์ แต่อย่างไรก็ตามการลงโทษผู้กระทำที่ไม่รู้กฎหมายโดยประมาทนั้น กระทำได้เฉพาะ
 บางฐานความผิดที่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้อง รับผิดชอบประมาท และผู้กระทำจะรับโทษเพียงใด
 ขึ้นอยู่กับอัตราโทษในความผิดฐานประมาทนั้นกำหนดไว้

2.2 ทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ทฤษฎีนี้ถือว่าเจตนาอยู่ในโครงสร้าง
 ส่วนองค์ประกอบความผิด (Tatbestandmässigkeit) มิใช่อยู่ในส่วนของความชั่ว (Schuld)
 ทั้งนี้เพราะการกระทำและเจตจำนงของมนุษย์ต้องอยู่ควบคู่กัน และไม่สามารถแยกจากกัน ซึ่งเป็นไป
 ตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre) ทฤษฎีความชั่ว
 ทำให้การพิสูจน์เกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายและความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด
 ต่างกัน¹³ กล่าวคือ ตามทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) พฤติกรรมของมนุษย์ทั้งหมด
 เกิดจากเจตจำนง (will) ของมนุษย์เท่านั้น ดังนั้นเจตนาจึงเป็นองค์ประกอบในทางอัตวิสัย
 (subjektiv) ที่อยู่ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความผิด ส่วนรู้ของเจตนาจึงประกอบด้วย
 รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพียงประการเดียว ไม่รวมถึงความรู้ผิดชอบในการกระทำ
 ความผิด (consciousness of wrongdoing) เนื่องจากความรู้ผิดชอบในการกระทำความผิด
 จะอยู่ในส่วนของความชั่ว ในลักษณะความนำคำหนิทางปทัสถาน (norm) มิใช่ในลักษณะความ
 นำคำหนิทางจิตใจเหมือนทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) เพราะการกระทำบางอย่าง
 มีลักษณะเข้าองค์ประกอบความผิดในทางอาญาเหมือนกัน และผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดเหมือนกัน
 แต่ได้รับการตำหนิจากสังคมไม่เท่ากัน¹⁴ ดังนั้นการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาของการ

¹³Ibid.

¹⁴ ตัวอย่าง เช่น ทนายหม้ายยากจนขโมยสินค้าในร้านเอาไปขายเพื่อนำมารักษาลูกที่กำลังจะตาย เมื่อพิจารณาจากปทัสถาน (norm) ทางสังคมแล้วได้รับการตำหนิน้อยกว่า
 สาวสังคมผู้มีอันจะกินลักแหวนเพชรของเพื่อนเพื่อสนองความต้องการของตน ทั้งที่ทั้ง 2 กรณี
 ไม่แตกต่างกันเลยในองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของการกระทำ ทั้งนี้เพราะกรณี
 สาวสังคมมีเจตจำนงเสรี (free will) ที่จะเลือกกระทำมากกว่า.

กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายนั้น พิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำ หรือสภาพการกระทำว่า
 สังคมสามารถตำหนิเขาได้หรือไม่ กล่าวคือ พิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยมีเจตจำนงเสรี
 (free will) ในการตัดสินใจที่จะเลือกกระทำความผิดหรือไม่ เขามีโอกาสไตร่ตรอง
 และชั่งน้ำหนักความถูกต้องของการกระทำของเขาหรือไม่ ถ้าปรากฏว่า ผู้กระทำตกลงใจเลือก
 กระทำสิ่งที่ไม่ถูกต้องโดยปราศจากอิสระในการตัดสินใจถูกต้องของการกระทำของตนก่อน ก็เป็น
 กรณีที่ผู้กระทำนั้นไม่รู้อาณาการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ (invincible error
 juris) จึงเป็นการกระทำที่ไม่อาจตำหนิได้ ผู้กระทำจึงขาดความชั่ว ดังนั้นจึงไม่ต้องรับผิดชอบ
 ในทางอาญา แต่ถ้าความไม่รู้กฎหมายเกิดเพราะความผิดของผู้กระทำเอง เนื่องจากผู้กระทำ
 สามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้ (vincible error juris) โดยพิจารณาจากบุคคล
 ในฐานะเกี่ยวกับผู้กระทำและตกอยู่ในพฤติกรรมเช่นเดียวกัน ผู้กระทำหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมาย
 ได้หากใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับบุคคลอื่น กรณีนี้จึงถือว่าผู้กระทำมีความชั่ว แต่เป็นความชั่ว
 ที่จำกัด เพราะอาจหลีกเลี่ยงความไม่รู้ข้อผิดถูกได้ แต่ไม่ทำเอง กฎหมายจึงลงโทษฐานกระทำ
 โดยเจตนา แต่สามารถลดโทษได้

ทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) เริ่มมีความสำคัญมากขึ้นในการพิสูจน์ความ
 รับผิดชอบในทางอาญาที่เกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมาย นับแต่ได้มีคำพิพากษาคืออาญาของศาลสูงสุดแห่ง
 ประเทศเยอรมัน คือ 2 BGH st 194 (1952) เมื่อ ค.ศ. 1952 หลังจากนั้นเป็นเวลา
 10 ปี ได้มีการจัดทำร่างแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1962 (The German
 Draft Penal Code E 1962) เสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติ มีบทบัญญัติในมาตรา 21 ซึ่งแสดง
 ให้เห็นถึงทฤษฎีความชั่วได้รับการพิจารณาเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายไว้ในบท
 บัญญัติกฎหมายของประเทศเยอรมันเป็นครั้งแรก ทั้งนี้เพราะ ได้ยึดแนวคำตัดสินจากคำพิพากษา
 คดีอาญา 2 BGH st 194 (1952) เป็นหลัก แต่ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ของสัดส่วนความรับผิดชอบ

ในกรณีที่บุคคลนั้นสมควรได้รับการตำหนิจากความไม่รู้กฎหมายไว้ด้วย มาตรา 21¹⁵ มีบทบัญญัติดังต่อไปนี้

"มาตรา 21 ความสำคัญผิดในข้อห้ามตามกฎหมาย

บุคคลใดกระทำการโดยสำคัญผิดว่าตนมิได้กระทำความผิดกฎหมาย บุคคลนั้นกระทำโดยปราศจากความชั่ว ถ้าบุคคลนั้นไม่อาจได้รับการตำหนิจากการสำคัญผิดนั้น หากบุคคลนั้นสมควรถูกตำหนิจากการสำคัญผิดดังกล่าว โทษที่จะได้รับย่อมลดลงตามสัดส่วนของความรับผิดชอบที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 64 วรรค 1"

แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ประกาศใช้ ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันครั้งยิ่งใหญ่ เมื่อวันที่ 2 มกราคม ค.ศ. 1975 ในภาคทั่วไปได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ในมาตรา 17 ซึ่งบัญญัติถึงความสำคัญผิดในข้อห้าม (Verbotsirrtum) เกี่ยวข้องกับความไม่รู้กฎหมาย เพราะความไม่รู้กฎหมายเป็นการขาดความรู้ผิดชอบในการกระทำความผิดประการหนึ่งเช่นกัน ความจริง มาตรา 17 ดังกล่าวได้นำแนวความคิดมาจากมาตรา 21 แห่งร่างแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1962 มาตรา 17¹⁶ มีบทบัญญัติดังนี้

¹⁵"Section 21 Error about the Prohibition.

Anybody who is committing the act erroneously assumes that he is not acting unlawfully, acts without guilt if he cannot be blamed for the error. If he can be blamed for the error, the punishment may be mitigated in accordance with section 64, paragraph 1." German Draft Penal Code E 1962, trans. Neville Ross, The American Series of Foreign Penal Codes vol. 11. (London: Sweet & Maxwell, 1966) p.32.

¹⁶"If the perpetrator, at the time of the criminal conduct, lacks consciousness of wrongdoing, he acts without guilt (schuld) if his error was invincible(nicht vermeiden). In case of vincible (vermeiden) error, the punishment can be mitigated according to section 49 paragraph 1." อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," หน้า 294.

"ถ้าบุคคลผู้กระทำไม่รู้ว่าได้กระทำในสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่กระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญา บุคคลนั้นไม่กระทำการนั้นไปโดยปราศจากความชั่ว ถ้าความสำคัญผิดนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ หากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดได้ โทษย่อมลดลงตามสัดส่วนของความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 วรรค 1" จึงกล่าวได้ว่า ทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ได้รับการยอมรับให้นำมาใช้อธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายทั้งในการพิจารณาของศาลและในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการอธิบายด้วยทฤษฎีความชั่ว มีผลทำให้ความรับผิดในทางอาญาของบุคคลน้อยลงจนถึงไม่ต้องรับผิดเลยก็ได้ในบางกรณี

3. ความรับผิดในทางอาญากับทฤษฎีความไม่รู้กฎหมายในกฎหมายอาญาเยอรมัน

คงได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ความจริงแล้วระบบกฎหมายเยอรมันก็ถือหลักกฎหมายเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายว่า "ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้" (Unkenntnis des Gesetzes schützt vor Strafe nicht) แต่ก็ได้มีการผ่อนคลายนัยความเข้มงวดของสภานิติบัญญัติดังกล่าวมาตลอด โดยมีการยอมรับความไม่รู้กฎหมายสามารถขืนแก้ตัวได้ในกฎหมายอาญาที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเทคนิคและไม่ได้บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเกิดขึ้นในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 แต่ยังคงใช้หลักดังกล่าวกับกฎหมายอาญาดั้งเดิม (traditional criminal law) ซึ่งบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ในช่วงนี้ทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) มีอิทธิพลต่อการอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายมาก ทฤษฎีเจตนามีผลทำให้ความไม่รู้กฎหมายและความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดมีฐานะเหมือนกัน กล่าวคือ เนื่องจากทฤษฎีเจตนาถือว่า เจตนาอยู่ในส่วนความชั่ว ดังนั้นส่วนรู้ของเจตนาประกอบด้วย รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และรู้ผิดชอบว่าเป็นการกระทำผิด กล่าวคือ ต้องมีส่วนประกอบทั้งสองประการ ถ้าขาดอย่างใดอย่างหนึ่งถือว่าขาดเจตนา ดังนั้นถ้าผู้กระทำพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้ว่า การกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมายก็มีผลเท่ากับขาดเจตนา ส่วนความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดก็เช่นเดียวกัน เนื่องจากเป็นปัญหาเจตนาโดยตรง คือ ถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดแล้วกระทำผิดลงไป ก็ถือว่าผู้กระทำขาดเจตนาในการกระทำนั้น แต่ต่อมาในปี ค.ศ.1952 ได้มีคำพิพากษาคดีอาญาของศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมัน คือ 2 BGH st 194 (1952) ยอมรับให้อ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวในกฎหมายอาญาดั้งเดิมได้เป็นครั้งแรก นอกจากนี้ในคำพิพากษาดังกล่าวได้ให้ความสำคัญแก่ทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ซึ่งอธิบายปัญหา

เรื่อง ความไม่รู้กฎหมายว่าเจตนาอยู่ในส่วนขององค์ประกอบความผิด (Tatbestandmässigkeit) ดังนั้นส่วนรู้ของเจตนาจึงประกอบด้วย รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดอย่างเดียว ไม่รวมถึงรู้ผิดชอบว่าเป็นการกระทำความผิดด้วย ความรู้หรือไม่รู้กฎหมายจึงเป็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยในส่วนของความชั่ว (Schuld) ซึ่งต้องพิจารณาว่า ผู้กระทำซึ่งกระทำผิดลงไปโดยอ้างว่าไม่รู้กฎหมายนั้น สามารถที่จะรู้ผิดชอบในการกระทำผิดของตนหรือไม่ เพื่อพิจารณาว่าการกระทำของเขาเป็นสิ่งที่น่าตำหนิต่างสังคมเพียงใด กล่าวคือ ความไม่รู้กฎหมายที่ก่อให้เกิดการกระทำผิดนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ ถ้าไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ก็เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ผิดชอบในการกระทำผิดของตนจึงไม่สมควรได้รับการตำหนิต่างสังคม ซึ่งเท่ากับเป็นการกระทำที่ไม่มีความชั่ว แต่ถ้าผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้ โดยพิจารณาจากบุคคลในวิสัยและพฤติการณ์เดียวกับผู้กระทำแล้ว บุคคลนั้นสามารถรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด หากใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างเพียงพอ ถือว่าผู้กระทำมีความชั่ว แต่มีความชื่อน้อยกว่าธรรมดา จึงลดโทษไว้ในฐานกระทำโดยเจตนา

เนื่องจากทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) ถือว่า การกระทำโดยไม่รู้กฎหมายมีผลคล้ายคลึงกับผลของความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด คือ ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนาในการกระทำผิดเช่นเดียวกัน ดังนั้นผู้กระทำที่อ้างข้อแก้ตัวไม่ว่าในกรณีความไม่รู้กฎหมายหรือความไม่รู้ข้อเท็จจริง ก็อาจจะไม่ต้องรับผลในทุกคดีที่กฎหมายบัญญัติให้เจตนาเป็นองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้ความไม่รู้กฎหมายที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (vincible error juris) และไม่มีเหตุสมควร (unreasonable) ก็จะมีผลทำให้ผู้กระทำขาดเจตนาได้เช่นเดียวกับความไม่รู้กฎหมายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (invincible error juris) และมีเหตุสมควร (reasonable)¹⁷ ยิ่งไปกว่านั้นทฤษฎีเจตนา ซึ่งถือว่า ความไม่รู้กฎหมายมีผลทำให้ขาดเจตนา นั้นก่อให้เกิดปัญหาด้านการพิสูจน์พยานหลักฐานอย่างยิ่งด้วย ทั้งนี้เพราะการกระทำโดยเจตนาตามทฤษฎีนี้ประกอบด้วย การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และรู้ผิดชอบว่าเป็นการกระทำผิดทั้งสองประการ จึงเป็นการยากแก่อัยการและศาลในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนาของจำเลยอย่างปราศจากข้อสงสัย (beyond a reasonable doubt) ว่าจำเลย

¹⁷ Gunther Arzt, "Ignorance or Mistake of Law," p.653.

ได้กระทำโดยรู้ว่าเป็นการกระทำผิด¹⁸ บางคดีผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมัน (Bundesgerichtshof) จึงต้องตัดสินปล่อยจำเลยตามหลักยกประโยชน์ให้แก่จำเลย (In Dubio Pro Reo)¹⁹ ทั้งนี้เขาพบว่าจำเลยไม่ได้พูดความจริง เนื่องจากองค์การในการดำเนินคดีอาญาชั้นศาลทุกองค์การไม่อาจค้นหาความจริงจากพยานหลักฐานจนเป็นที่พอใจได้ว่า จำเลยได้กระทำความผิดลงไปโดยรู้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด²⁰ จึงไม่อาจลงโทษจำเลยฐานกระทำโดยเจตนา ซึ่งทำให้ผู้กระทำผิดรอดพ้นจากความรับผิดชอบและไม่ต้องถูกลงโทษอย่างไม่สมควรเป็นจำนวนมาก ดังนั้นนักกฎหมายของทฤษฎีเจตนาบางคน เช่น Rumelin, von Hippel และ Schröder จึงพยายามแก้ปัญหาคดีอาญาชั้นศาลดังกล่าวด้วยการชี้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติควรจะลดช่องโหว่ในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายอาญา โดยมีบทบัญญัติในลักษณะขยายขอบเขตความรับผิดชอบในทางอาญาแก่การกระทำโดยไม่รู้กฎหมายที่เกิดขึ้นด้วยความประมาท ข้อเสนอดังกล่าวก่อให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญาประเภทใหม่ขึ้น คือ การไม่รู้กฎหมายอาญาโดยประมาท (Rechtsfahrlässigkeit) ความผิดฐานนี้จะไม่เกิดขึ้นเองเลย ถ้าผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งแล้วอ้างว่ากระทำลงไปด้วยความไม่รู้กฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามข้อเสนอให้ลงโทษผู้กระทำความผิดเพราะความไม่รู้กฎหมายที่เกิดขึ้นด้วยความประมาทนั้น ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษฐานประมาทในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยประมาทเท่านั้น จึงไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้ทุกกรณีจะทำให้เฉพาะบางความผิด จึงทำให้ผู้กระทำบางส่วนรอดพ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาและการลงโทษ ทั้งนี้เขาสมควรได้รับโทษ ส่วนการที่จะถือว่าผู้กระทำไม่รู้กฎหมายโดยประมาทต้องพิจารณาจากบุคคลในฐานะเดียวกับผู้กระทำที่อยู่ในพฤติการณ์เดียวกันว่า

¹⁸Ibid., p.655.

¹⁹Ibid., p.666.

²⁰ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่มีการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Offizialklage/ Public Prosecution) ซึ่งผู้เกี่ยวข้องในคดีอาญาทุกฝ่าย หรือองค์การในการดำเนินคดีอาญาทุกองค์การต้องร่วมมือกันในการค้นหาความจริงอย่างจริงจังตามหลักค้นหาความจริงในทางเนื้อหา ทั้งนี้เพราะในคดีอาญาถือ "หลักการตรวจสอบ" (Untersuchungsgrundsatz) กล่าวคือ ถือว่าเป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานและศาลที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงในเรื่องที่กล่าวหา.

มีความระมัดระวังเพียงใด ถ้าบุคคลนั้นสามารถรู้ได้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดด้วยการใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอถือว่าความไม่รู้กฎหมายเกิดจากความประมาทของผู้กระทำ แต่ถ้าแม้จะใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตาม บุคคลนั้นก็ยังไม่รู้กฎหมายเช่นเดียวกับผู้กระทำ ถือว่าผู้กระทำมิได้ไม่รู้กฎหมายโดยประมาท

ในขณะที่ทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) ได้เริ่มคลายอิทธิพลลง อันสืบเนื่องมาจากปัญหาพิสูจน์เจตนาในศาลคงได้กล่าวมาแล้ว ขณะเดียวกัน Welzel ได้เสนอคำอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายโดยทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ด้วยการศึกษาให้เห็นว่าเจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบในทางอัตวิสัย (Subjektiv) อยู่ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความผิด (Tatbestandmässigkeit) มิใช่อยู่ในส่วนความชั่ว (Schuld) ดังนั้นส่วนรู้ของเจตนาจึงประกอบด้วยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพียงอย่างเดียว ความรู้ผิดชอบในการกระทำความผิด (consciousness of wrongdoing) อยู่ในส่วนความชั่ว ดังนั้นตามทฤษฎีความชั่ว เจตนาจึงเป็นเพียงเครื่องเตือนผู้กระทำความผิดว่า การกระทำโดยเจตนาของเขาอาจเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายเท่านั้น (Warnfunktion des Tatbestandsversatzes)²¹ กล่าวคือ การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในนั้นยังไม่ถือว่าเป็นความผิดที่เดียว จนกว่าจะได้พิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาส่วนความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และส่วนความชั่ว (Schuld) ตามลำดับก่อน จึงกล่าวได้ว่าตามทฤษฎีความชั่ว ความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวที่หนักแน่นน้อยกว่าความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เพราะความไม่รู้กฎหมายไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดขาดเจตนาเช่นเดียวกับความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด แต่อาจทำให้ผู้กระทำขาดความชั่ว หลักเรื่องความไม่รู้กฎหมายนั้นต่างกับความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด เนื่องจากผู้กระทำมีเหตุผลเป็นพิเศษในการตรวจสอบอย่างระมัดระวังต่อสิ่งที่เขากำลังกระทำ หมายถึง การมีความรู้ผิดชอบได้ว่า เขากำลังจะทำอันตรายต่อชีวิต ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพของผู้อื่น ซึ่งการกระทำเหล่านี้โดยทั่วไปเป็นสิ่งที่ต้องห้าม²² ความรู้ผิดชอบในการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นองค์ประกอบ

²¹ Gunther Arzt, "Ignorance or Mistake of Law," p.657.

²² Ibid.

ในส่วนความชั่ว ดังนั้นการกระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมาย จึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในส่วน
ของความชั่ว ซึ่งเป็นการพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำว่า เป็นสิ่งที่สังคมสมควรตำหนิหรือไม่
ถ้าตำหนิได้ แสดงว่ามีความชั่ว แต่ถ้าไม่สามารถตำหนิได้ แสดงว่า ผู้กระทำขาดความชั่ว
ทั้งนี้พิจารณาจากผู้กระทำได้กระทำด้วยความมีอิสระในการตัดสินใจที่จะเลือกกระทำในสิ่งที่ผิด
หรือไม่ ถ้ามีอิสระจะเลือกและตัดสินใจกระทำ แสดงว่า ผู้กระทำมีความชั่ว

จากการที่ทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) แสดงให้เห็นว่า ความไม่รู้กฎหมาย
เป็นข้อแก้ตัวได้หนักแน่นน้อยกว่าความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ต้องมี
การกำหนดมาตรฐานวัดการกระทำที่ปราศจากความผิดชอบในการกระทำความผิด ซึ่งมีผลทำให้
ผู้กระทำขาดความชั่ว และได้รับการยกเว้นโทษแม้การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยเจตนาและเป็น
ความผิดก็ตามไว้สูงกว่าการแก้ตัวว่าไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด มาตรฐานตามที่
ทฤษฎีความชั่วเสนอ คือความไม่รู้กฎหมายอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (invincible error juris)²³
ซึ่งต้องนำบุคคลในฐานะเดียวกับผู้กระทำ²⁴ มาพิจารณาเปรียบเทียบโดยสมมุติให้อยู่ในพฤติการณ์
เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ถ้าบุคคลสามารถ รู้กฎหมายได้เมื่อใช้ความระมัดระวังและเอาใจใส่
อย่างเพียงพอเท่ากับผู้กระทำ ความผิดสามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้ (vincible
error juris) และเป็นความผิดของผู้กระทำเองที่ไม่รู้กฎหมาย ดังนั้นผู้กระทำจึงมีความชั่ว
แต่เป็นความชั่วที่น้อยกว่าธรรมดา จึงต้องรับผิดชอบการกระทำโดยเจตนา แต่ได้รับการลดโทษลงตาม
ส่วนแห่งการกระทำโดยพิจารณาว่าสามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้มากน้อยเพียงใด ถ้า
หลีกเลี่ยงได้มากก็ได้รับโทษมาก แต่ถ้าหลีกเลี่ยงได้น้อยก็ถูกลงโทษน้อย ถ้าบุคคลที่นำมาเป็น
มาตรฐานเปรียบเทียบกับผู้กระทำนั้นไม่อาจรู้ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด แม้จะได้ใช้ความ
ระมัดระวังเอาใจใส่อย่างเพียงพอก็ตาม จึงถือว่าผู้กระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมาย
ได้ (invincible error juris) ดังนั้นแม้การกระทำของผู้กระทำจะเป็นความผิดตามที่
กฎหมายบัญญัติ เพราะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อคุณธรรมที่กฎหมายคุ้มครอง²⁵ ก็ตาม

²³Ibid., p.658.

²⁴บุคคลโดยทั่วไปที่มีสภาพร่างกาย เพศ อายุ ระดับการศึกษา วิชาชีพ ประสบการณ์
และสภาวะจิตใจเช่นเดียวกับผู้กระทำ.

²⁵ในแต่ละฐานความผิดนั้นกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อประสงค์ที่จะคุ้มครองสิ่งที่เรียกว่า
"คุณธรรมทางกฎหมาย" (Rechtsgut).

แต่การกระทำดังกล่าวผู้กระทำไม่มีเจตจำนงเสรี (free will) ในการตัดสินใจผิดถูกก่อนที่จะตัดสินใจกระทำลงไป จึงถือได้ว่า ผู้กระทำไม่มีความชั่วที่สังคมจะสามารถตำหนิได้โดย²⁶ ดังนั้นผู้กระทำจึงได้รับยกเว้นโทษ ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา แม้การกระทำดังกล่าวจะเข้าลักษณะการกระทำโดยเจตนาและเป็นความผิดแล้วก็ตาม นอกจากนี้มาตรฐานที่จะวัดว่าผู้กระทำไม่รู้กฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ต้องสูงกว่าการที่ผู้กระทำพิสูจน์ว่าเขามิได้กระทำโดยประมาท กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความไม่รู้กฎหมายอาจจะหลีกเลี่ยงได้ถึงแม้ว่าจะมีความชั่วน้อยกว่าการกระทำโดยประมาท ทั้งนี้เพราะการกระทำโดยประมาทเป็นเพียงการไม่ใช้ความระมัดระวังที่พึงมีตามวิสัยและพฤติการณ์ของบุคคลเช่นเดียวกับผู้กระทำ ความผิดอย่างเพียงพอเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้ แต่แนวความคิดเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายอย่างหลีกเลี่ยงได้เป็นกรณีผู้กระทำอาจรู้ได้ว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด หากได้ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างเพียงพอ

เมื่อพิจารณาแนวความคิดที่ใช้อธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมาย ทั้งในทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) และทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) แล้ว จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีเจตนาซึ่งความไม่รู้กฎหมายมีผลทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา นั้น ก่อให้เกิดปัญหาด้านการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำเป็นอย่างมาก เนื่องจากส่วนรู้ของเจตนาประกอบด้วย รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และรู้ผิดชอบว่าเป็นการกระทำผิด ดังนั้นการพิสูจน์เกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำต้องปรากฏว่า ทุกฝ่ายในการดำเนินคดีอาญาชั้นศาลต้องค้นหาความจริงจนเป็นที่พอใจได้ว่า จำเลยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและรู้ผิดชอบว่าเป็นการกระทำผิดทั้งสองประการเลยทีเดียว ซึ่งเป็นการยากที่จะพิสูจน์เจตนาของจำเลยอย่างปราศจากข้อสงสัย (beyond a reasonable doubt) ว่าจำเลยได้กระทำโดยรู้ว่าเป็นการกระทำผิด ดังนั้นจำเลยจึงรอดพ้นความรับผิดชอบในทางอาญาฐานกระทำโดยเจตนาเป็นอันมาก และแม้แต่ในกรณีความไม่รู้กฎหมายที่เกิดจากความผิดของผู้กระทำ ซึ่งผู้กระทำต้องรับผิดชอบและถูกลงโทษนั้น กล่าวคือ ความไม่รู้กฎหมายโดยประมาท ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานประมาทไว้เท่านั้น

²⁶ การที่จะพิจารณาว่าผู้กระทำมีความชั่วหรือไม่ และมีความชั่วมากหรือน้อยเพียงใด เป็นกรณีที่พิจารณาจากพฤติการณ์ในทางภาววิสัย (Objektiv) หรือ การกระทำที่แสดงออกมามีลักษณะน่าตำหนิในทางปทัสถานทางสังคมหรือไม่.

การลงโทษผู้กระทำจึงสามารถทำได้เฉพาะบางฐานความผิด และผู้กระทำจะได้รับโทษเพียงใดขึ้นอยู่กับอัตราโทษในความผิดฐานกระทำโดยประมาทตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับทฤษฎีความชั่ว ผู้กระทำจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดในทางอาญาได้เฉพาะกรณีพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำความผิดลงไปด้วยความไม่รู้กฎหมายอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (invincible error juris) เท่านั้น ส่วนความไม่รู้กฎหมายที่เกิดจากความผิดของผู้กระทำตามทฤษฎีความชื่อนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่เนื่องจากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงการกระทำดังกล่าวได้ หากใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ผู้กระทำจึงมีความชั่ว แต่เป็นความชั่วที่น้อยกว่าผู้กระทำโดยเจตนาตามปกติทั่วไป จึงได้รับการลดโทษตามส่วนแห่งการกระทำ โดยพิจารณาว่าสามารถหลีกเลี่ยงความไม่รู้กฎหมายได้มากน้อยเพียงใด ตามหลักการลงโทษขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำ ดังนั้นผู้กระทำจึงต้องรับโทษในทุกกรณี ถ้าเป็นความผิดของผู้กระทำ โอกาสที่ผู้กระทำจะพ้นความรับผิดในทางอาญาเป็นไปได้ยาก เพราะหลักความไม่รู้กฎหมายตามทฤษฎีความชื่อนี้ไม่ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนาและก่อให้เกิดผลในการลงโทษผู้กระทำสิ่งที่น่าคำนึงได้คือนอกจากทฤษฎีเจตนา จึงไม่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องเสียไป ทั้งนี้เนื่องจากเมื่อวินิจฉัยการกระทำ ความผิดตามโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาจะพบว่า ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความผิด (Tatbestandmässigkeit) การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว กล่าวคือ การกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติ ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและต้องการที่จะกระทำให้เกิดผลตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงถือได้ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยเจตนา นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) ตามโครงสร้างส่วนที่ 2 แล้ว เพราะฉะนั้นเพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นจริงอย่างปราศจากข้อสงสัยและจนเป็นที่พอใจของศาลในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ ส่วนความชั่ว (Schuld) ว่า ผู้กระทำสามารถที่จะรู้ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด หากใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างเหมาะสมและเพียงพอ จึงเป็นกรณีความไม่รู้กฎหมายที่อาจหลีกเลี่ยงได้ (vincible error juris) ซึ่งถือว่าเป็นความบกพร่องอันเป็นความผิดของผู้กระทำเอง ผู้กระทำจึงต้องมีความรับผิดและถูกลงโทษฐานกระทำโดยเจตนา แต่ได้รับการลดโทษตามส่วนแห่งการกระทำ โดยพิจารณาว่าสามารถหลีกเลี่ยงได้มากน้อยเพียงใด นอกจากจะไม่กระทบกระเทือนต่อการบังคับใช้กฎหมายอาญาแล้ว การอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายด้วยทฤษฎีความชื่อยังมีผลทำให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมีสิทธิต่าง ๆ ในอันที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ในฐานะเป็น "ประธานในคดี" (Prozess-subjekt) ตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Offizialklage/Public Prosecution) ด้วย เพราะได้ยอมรับให้ผู้กระทำกล่าวอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นแก้ตัวได้ในกรณี

ความไม่รู้กฎหมายอย่างไม้อาจหลีกเลี่ยงได้ อันเป็นการผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า หลักพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายตามทฤษฎีความชั่ว ไม่ได้ขัดหรือแย้งกับสมมุติฐานที่ว่า "มนุษย์ที่มีสภาวะจิตใจปกติทุกคนย่อมทราบถึงข้อห้ามตามกฎหมายอาญา" ในทางตรงกันข้าม มาตรฐานอย่างสูงเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายอย่างไม้อาจหลีกเลี่ยงได้ กลับทำให้สมมุติฐานดังกล่าว สมเหตุสมผลขึ้น กล่าวคือ ช่วยผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความไม่รู้กฎหมายไม้อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ โดยยอมรับการแก้ตัวได้บ้าง แต่การแก้ตัวก็ทำได้ยากและจำกัดเฉพาะกรณีความไม่รู้กฎหมายที่เข้าลักษณะไม้อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น

การอธิบายปัญหาความไม่รู้กฎหมายด้วยทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) ทำให้ศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมัน (Bundesgerichtshof) แทนที่ความแตกต่างระหว่างความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และความไม่รู้กฎหมาย ตามที่ศาลสูงสุดแห่งอาณาจักรไรช์²⁷ (Reichsgericht) ได้แบ่งแยกไว้ด้วย ความสำคัญผิดในองค์ประกอบความผิด (Tatbestandsirrtum) และความสำคัญผิดในข้อห้าม (Verbotsirrtum) ความสำคัญผิดในองค์ประกอบความผิด หมายถึง ความสำคัญผิดเกี่ยวกับพฤติการณ์ซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และมีผลทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา แต่เนื่องจากกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติในลักษณะปทัสถาน (normative terms) เพื่อครอบคลุมการกระทำทุกอย่าง อย่างกว้าง ๆ ดังนั้นความสำคัญผิดในองค์ประกอบความผิด จึงไม่จำเป็นต้องเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเสมอไป แต่อาจเป็นความสำคัญผิดทางปทัสถานก็ได้ ส่วนความสำคัญผิดในข้อห้าม หมายถึง ความสำคัญผิดว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำขาดความรู้ผิดชอบในการกระทำความผิด²⁸ (unconsciousness of wrongdoing)

²⁷ ศาลสูงสุดแห่งอาณาจักรไรช์ (Reichsgericht) เป็นศาลสูงสุดของประเทศเยอรมันก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ส่วนศาลสูงสุดแห่งประเทศเยอรมัน (Bundesgerichtshof) เป็นศาลสูงสุดสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2.

²⁸ ณรงค์ ใจหาญ, "ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโททางนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 20.

ความไม่รู้จักกฎหมายกับทฤษฎีความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายอาญาอเมริกันในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ก่อนที่จะเข้าสู่ในรายละเอียดต่อไป ในที่นี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงทฤษฎีความรับผิดชอบในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ก่อน

1. ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ตามที่ได้อ้างถึงโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในบทที่ 2 นั้น จะเห็นได้ว่า โดยหลักทั่วไปการกระทำที่จะเป็นความผิดและสมควรได้รับโทษในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบทั้งส่วน Actus Reus และ Mens Rea²⁹ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และผู้กระทำการทำลงไปโดยมีสภาวะจิตใจที่น่าตำหนิ จึงจะมีความรับผิดชอบและสมควรถูกลงโทษ ดังนั้น Mens Rea จึงเป็นกฎเกณฑ์สำคัญในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลในลักษณะให้ความยุติธรรมส่วนบุคคล Mens Rea เป็นวิธีการในกฎหมายอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่กำหนดตัวผู้สมควรรับผิดชอบและถูกลงโทษจากพฤติกรรมที่ผู้กระทำการทำลงไป เพราะ Mens Rea ทำให้อัตราส่วนของโทษที่ผู้กระทำจะได้รับนั้น สัมพันธ์กับความสมควรถูกลงโทษ ซึ่งก่อให้เกิดความยุติธรรมในการลงโทษ³⁰ ฉะนั้นจึงต้องยึดหลักนี้อย่างเคร่งครัดเพราะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด จะมีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่น่าจำเป็นจริง ๆ และต้องไม่ทำให้หลัก Mens Rea เสียไป

²⁹ แต่มีข้อยกเว้นสำหรับความผิดในทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนา (strict liability) กล่าวคือ พิจารณาเฉพาะส่วนภาวะวิสัย (objective) โดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำจะกระทำโดยมีเจตนาหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามนโยบายทางอาญาที่จะลงโทษการกระทำดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน.

³⁰ Sanford H. Kadish and Monrad G. Paulsen, Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials, 2nd ed. (Boston: Little Brown and Co., 1969), pp.214-215.

Mens Rea เป็นหลักพิจารณาเกี่ยวกับสภาวะจิตใจของผู้กระทำขณะที่กระทำการ ซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความคิด Mens Rea เชื่อกันว่ามาจากสุภาษิตกฎหมายละติน "Actus non facit reum, nisi mens sit rea" ที่ถือว่า การกระทำจะไม่เป็นผิดถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาร้าย หลักดังกล่าวเกิดจากแนวความคิดทางศาสนาในสมัยกลางซึ่งเชื่อว่า เจตจำนงชั่วร้ายเป็นส่วนสำคัญในเรื่องบาปและการลงโทษ จึงเห็นได้ว่า เจตจำนงชั่วร้ายในแนวความคิดทางศาสนาในสมัยกลางนั้นเป็นบ่อเกิดของ Mens Rea ในทฤษฎีความรับผิดชอบในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และเมื่อนำมาใช้ในกฎหมายอาญาตอนแรก ๆ Mens Rea ก็ยังหมายถึงสภาวะจิตใจชั่วร้ายของผู้กระทำ ขณะที่ผิดกฎหมาย ทั้งนี้เพราะในสมัยนั้นยังมีแต่ความคิดในตัวเอง (mala in se) ซึ่งเป็นความผิดที่เกี่ยวกับศีลธรรมและเกี่ยวข้องกับความรู้สึกลึกซึ้งของผู้กระทำเท่านั้น แต่ในปัจจุบันเมื่อสังคมมีความเจริญและโครงสร้างซับซ้อนขึ้น ทำให้รัฐต้องออกกฎหมายเทคนิค (technical law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) มากขึ้น Mens Rea ในความหมายของสภาวะจิตใจที่ชั่วร้ายต้องถูกจำกัดขอบเขตให้แคบลงเป็นการตัดสินใจเลือกกระทำอันน่าตำหนิและสมควรลงโทษ³¹ ดังนั้น Mens Rea จึงควรหมายถึงเจตนาที่จะกระทำความผิดในขณะที่ทราบถึงสภาพความเป็นจริง³²

Mens Rea แบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ³³ ดังต่อไปนี้

1) Mens Rea ในความหมายพิเศษ หมายถึง สภาวะจิตใจเฉพาะตามนิยามของความคิดฐานต่าง ๆ ซึ่งจะประกอบคู่ไปกับการกระทำที่เป็นความผิด ชนิดของ Mens Rea จะแตกต่างกันไปตามประเภทของความคิด Mens Rea ในความหมายพิเศษนี้เป็นสิ่งสำคัญในการอธิบายการกระทำความผิดทางอาญา และยิ่งไปกว่านั้นยังมีความสำคัญมากขึ้นสำหรับกรณี

³¹ Ibid.; and Sanford H. Kadish, "The Decline of Innocence," Cambridge Law Journal 26 (1968) : 273.

³² Hall, General Principles of Criminal Law, p.83.

³³ Kadish, "The Decline of Innocence," pp.274-275; และ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," หน้า 277-279.

ตัดสินที่ไม่ต้องการลงโทษออกจากคำนิยามของการกระทำผิดในทางอาญา ดังนั้นเมื่อปราศจาก Mens Rea ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรับผิดในทางอาญา ความผิดทางอาญาที่ได้บัญญัติจากแนวความคิด ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะประกอบด้วย Mens Rea ประเภทต่าง ๆ ในองค์ประกอบความผิดแต่ละฐาน ตัวอย่างเช่น ลักทรัพย์ประกอบด้วย การเอาทรัพย์สินของผู้อื่น ไปโดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นมิใช่ของตนและด้วยเจตนาตัดสิทธิของเจ้าของหรือผู้ครอบครองอยู่เป็นการถาวร³⁴ รับของโจรถือเป็นความผิดเมื่อบุคคลได้รับสิ่งของโดยรู้ว่าสิ่งของนั้นถูกขโมยมา³⁵ การฆ่าคนตายที่เรียกว่า manslaughter เป็นการฆ่าผู้อื่นโดยการกระทำที่ผู้กระทำมีความ เลี้ยวถึงภัยอันอาจเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว³⁶ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการบัญญัติ Mens Rea ต่าง ๆ ไว้ในองค์ประกอบความผิดนั้น ผู้บัญญัติมีเหตุผลที่จะแยกการกระทำที่เขาไม่ต้องการลงโทษ ออกไป

2) Mens Rea ในความหมายของความรับผิดชอบตามกฎหมาย (legal responsibility) ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสามารถทางจิตใจของผู้กระทำขณะกระทำผิด เช่น ข้อแก้ตัวในเรื่องสภาวะจิตบกพร่องและความอ่อนอายุ เป็นต้น Mens Rea ประเภทนี้แตกต่างกันไปจาก Mens Rea ประเภทแรกหลายประการด้วยกันเป็นต้นว่า ในกรณีที่ต้องการ Mens Rea ในความหมายพิเศษนั้น กฎหมายจะบัญญัติไว้กว้าง ๆ เกี่ยวกับการกระทำผิด กล่าวคือ ผู้ใดกระทำการโดยมีสภาวะจิตใจตามที่บัญญัติไว้ในองค์ประกอบความผิด ผู้นั้นมี การกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษ ไม่มีการแยกเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ทั้งนี้เพราะทุกคนจะมีสภาวะทางจิตใจเท่าเทียมกันที่จะกระทำผิด แต่ Mens Rea ในลักษณะของความรับผิดชอบตามกฎหมายนั้น บุคคลทุกคนไม่มีความสามารถทางจิตใจเท่าเทียมกัน กฎหมายจะแบ่งแยกบุคคลออกจากกันโดยพิจารณาในส่วนแต่ละบุคคลอย่างละเอียด โดยมีการแยกผู้ที่มีความไม่สมประกอบหรือ

³⁴"Larceny consists of the appropriation of another's property knowing it is not your own with intent to deprive the owner or possessor of it permanently."

³⁵"Receiving stolen goods is a crime when one receives those goods knowing they are stolen."

³⁶"Manslaughter is the killing of another by an act done with awareness of a substantial and unjustifiable risk of doing so."

อ่อนอายุหรือไม่รู้ข้อเท็จจริง ออกเป็นบุคคลที่กฎหมายไม่ต้องการลงโทษ เพราะกฎหมายอาญาไม่อาจมีผลบังคับให้บุคคลดังกล่าวกระทำการตามที่กฎหมายต้องการได้

2. ความไม่รู้กฎหมายกับหลัก Mens Rea ในกฎหมายอาญาอเมริกัน

ความไม่รู้กฎหมาย (Ignorance of Law) ย่อมเป็นเรื่องเกี่ยวกับสภาวะจิตใจ หรือ Mens Rea ของผู้กระทำ แต่มีปัญหาวางจะอยู่ใน Mens Rea ประเภทไหนในสองประเภทที่กล่าวมาแล้ว ถ้าอยู่ในประเภทแรกคือ Mens Rea ในความหมายพิเศษที่ต้องบัญญัติไว้ชัดเจนในองค์ประกอบความผิดของแต่ละฐานความผิด ซึ่งจะเป็นการยุ่งยากในการบัญญัติกฎหมาย เพราะถ้าไม่บัญญัติไว้ก็เท่ากับกฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษ แต่ถ้าเป็น Mens Rea ในประเภทที่สองคือ Mens Rea ในความหมายของความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องความสามารถทางจิตใจของผู้กระทำแล้วก็เป็นเรื่องกฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษ ทั้งนี้เพราะบุคคลผู้มีสภาพบกพร่องในความสามารถทางจิตใจ ย่อมไม่อยู่ในภาวะที่จะตัดสินใจได้ด้วยตัวเองเช่นบุคคลทั่วไป

ความไม่รู้กฎหมายเป็นเรื่องที่ผู้กระทำไม่อาจรู้ว่าการกระทำใดเป็นความผิดและการกระทำใดเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ทั้งนี้เนื่องจากผู้นั้นตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถตัดสินใจที่จะประพฤติปฏิบัติตามครรลองของกฎหมายด้วยตนเองได้ เพราะผู้นั้นไม่มีโอกาสซึ่งนำหน้าระหว่างความถูกต้องกับความไม่ถูกต้องก่อนที่จะตัดสินใจกระทำลงไป จึงเห็นได้ว่าความไม่รู้กฎหมายควรอยู่ใน Mens Rea ประเภทที่สอง เพราะผู้กระทำความคิดโดยไม่รู้กฎหมายนั้นอยู่ในภาวะไม่อาจตัดสินใจได้ด้วยตนเองเช่นบุคคลทั่วไป จึงถือเป็นความบกพร่องในความสามารถทางจิตใจของผู้กระทำขณะกระทำความคิด เช่นเดียวกับความวิกลจริต ความอ่อนอายุ และความรู้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องที่กฎหมายไม่ต้องการลงโทษ

นักนิติศาสตร์ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของสหรัฐอเมริกา ส่วนใหญ่ยอมรับว่า ความไม่รู้กฎหมายเป็นเรื่องความบกพร่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามกฎหมาย (legal responsibility) จัดอยู่ใน Mens Rea ประเภทที่สองซึ่งกฎหมายไม่ประสงค์จะลงโทษ แต่มีฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ถ้ายอมรับความจริงดังกล่าวแล้ว ก็จะมีแต่ผู้อ้างเอาความไม่รู้กฎหมายว่าเป็นเหตุทำให้ขาด Mens Rea หรือทำให้ Mens Rea ไม่สมบูรณ์ซึ่งจะเพิ่มภาระให้แก่ศาล

จึงได้คิดวิธีการแก้ไขโดยไม่ทำให้หลัก Mens Rea ต้องโอนเอียง³⁷ แนวความคิดนี้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบร่างฉบับทางการ ค.ศ. 1962 (Model Penal Code, Official Draft 1962) ซึ่งกล่าวถึงความไม่รู้กฎหมายในมาตรา 2.02 (9) ความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ผิดกฎหมาย และมาตรา 2.04 (3), (4) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมาย โดยเฉพาะ ซึ่งมีใจความดังต่อไปนี้

"มาตรา 2.02 (9) ความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ผิดกฎหมาย มิให้ถือว่าสิ่งที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นสาระสำคัญของความผิด นอกเสียจากว่าได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมาย

ความรู้ถึง-เจตนาถึง หรือ โดยประมาทว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด หรือความรู้ถึง-เจตนาถึง³⁸ หรือโดยประมาทว่าสิ่งต่อไปนี้เป็นเครื่องชี้ถึงสาระสำคัญของความผิด : ความมีอยู่ของกฎหมาย บุคคลที่กฎหมายมุ่งหมายต่อ หรือ ความหมายของกฎหมาย"³⁹

มาตรานี้สรุปแล้วหมายความว่า กฎหมายไม่ให้ถือว่า Mens Rea เป็นสาระสำคัญของความผิด เว้นแต่จะได้บัญญัติไว้โดยชัดเจน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบร่างฉบับทางการ ค.ศ. 1962 กำหนดให้บัญญัติ Mens Rea ชนิดต่าง ๆ เอาไว้ในองค์ประกอบความผิดแต่ละฐานด้วยจึงจะถือว่าเป็นสาระสำคัญของความผิดที่จะลงโทษผู้กระทำ ถ้าไม่ได้บัญญัติ Mens Rea ชนิดใดไว้ในองค์ประกอบความผิดจะถือเอา Mens Rea ชนิดนั้นมาลงโทษผู้กระทำไม่ได้ สำหรับความไม่รู้กฎหมายซึ่งเป็น Mens Rea ประเภทความสามารถทางจิตใจนั้น

³⁷ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," หน้า 279-280.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, "ความรู้ถึง" ในที่นี้หมายถึง เจตนาประสงค์ต่อผล ส่วน "เจตนาถึง" ในที่นี้หมายถึง เจตนาย่อมเล็งเห็นผล.

³⁹ "Culpability as to Illegality of Conduct. Neither knowledge nor recklessness or negligence as to whether conduct constitutes an offense or as to the existence meaning or application of the law determining the elements of an offense is an element of such offense, unless the definition of the offense or the code so provided." Model Penal Code, Proposed Official Draft 1962, The American Law Institute, p.722.

มาตรา 2.02 (9) ได้บัญญัติไว้เช่นกันดังที่ขีดเส้นใต้ หมายความว่า ไม่ให้ถือว่าความรู้หรือไม่รู้กฎหมายเป็นสาระสำคัญของความผิด นอกจากได้บัญญัติไว้ในองค์ประกอบความผิดโดยชัดแจ้ง ดังนั้นเมื่อไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความมีอยู่ของกฎหมายไว้ในองค์ประกอบความผิดแล้ว ก็เท่ากับเป็นการปิดปากผู้กระทำไม่ให้อ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นเหตุให้ขาดสาระสำคัญของความผิดหรือขาด Mens Rea จึงมีผลทำให้ไม่ว่าอ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้ แต่ได้มีการบัญญัติยกเว้นไว้ต่างหากในมาตรา 2.04(3), (4) ดังต่อไปนี้

"มาตรา 2.04 ความไม่รู้หรือความสำคัญผิด

ฯลฯ

(3) ความเชื่อว่าการกระทำมิได้เป็นความผิดตามกฎหมายนั้นสามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวในการฟ้องคดีอาญาต่อเมื่อ

(ก) ผู้กระทำไม่รู้ถึงกฎหมาย (รัฐบัญญัติ) หรือข้อบังคับอื่น ๆ ที่ให้คำสั่งกักความของการกระทำผิดอาญา และกฎหมาย หรือข้อบังคับเช่นว่านั้นมีได้ลงพิมพ์ในประกาศ หรือทำให้แพร่หลายก่อนที่จะมีการกระทำผิด ดังนั้น

(ข) ผู้กระทำกระทำโดยเชื่อต่อคำสั่งอันเป็นทางการของกฎหมาย ซึ่งต่อมาภายหลังกฎหมายนั้นได้ถูกตัดสินว่าไม่สมบูรณ์ หรือ มีข้อผิดพลาดโดย

1. รัฐบัญญัติหรือออกกฎหมายซึ่งผ่านออกมาโดยวิธีการอื่น ๆ

2. คำพิพากษาของศาล

3. คำสั่งที่ออกมาโดยฝ่ายบริหาร หรือ

4. การตีความกฎหมายโดยเจ้าพนักงาน หรือองค์กรที่มีอำนาจและมีหน้าที่

ในการตีความ หรือใช้กฎหมายปรับต่อความผิดที่เกิดขึ้น

(4) จำเลยต้องพิสูจน์ว่าได้มีข้อแก้ตัวดังกล่าวมาแล้วใน (3) โดยพยานหลักฐานชั้นกว่า (Preponderance of Evidence)"⁴⁰

จะเห็นได้ว่า ในมาตรา 2.04 (3) ยอมให้มีการอ้างความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัว ให้พ้นความรับผิดในทางอาญาได้ใน 2 กรณี ดังในข้อ (ก) และ (ข) แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ในขอบเขตจำกัดโดยพิจารณาจากความเชื่อของผู้กระทำว่า ผู้กระทำเชื่อโดยมีเหตุผลเพียงพอที่อ้างความไม่รู้

⁴⁰"Section 2.04 Ignorance or Mistake.

etc.

(3) A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when:

(a) the statute or other enactment defining the offense is not known to the actor and has not been published or otherwise reasonably made available prior to the conduct alleged; or

(b) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other enactment; (ii) a judicial decision, opinion or judgment; (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense.

(4) The defendant must prove a defense arising under Subsection (3) of this Section by a preponderance of evidence."

Model Penal Code, Proposed Official Draft 1962, p.723.

กฎหมายเพื่อแก้ตัวให้พ้นความรับผิดชอบได้ แต่ถ้าเชื่อโดยปราศจากเหตุผลเพียงพอแล้ว ผู้กระทำไม่อาจพ้นความรับผิดชอบโดยอ้างความไม่รู้กฎหมาย อย่างไรก็ตามวิธีการตัดเอาเรื่องความไม่รู้กฎหมายมาบัญญัติไว้ต่างหาก แม้จะดีในแง่ประสานความขัดแย้งระหว่างหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้กับหลัก Mens Rea ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ในทฤษฎีแท้ ๆ แล้วขัดกับความเป็นจริงอย่างมากทีเดียว ตามความเป็นจริงแล้ว ความไม่รู้กฎหมายหรือความไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อผลลัพท์สุดท้ายเป็นเช่นเดียวกัน คือ ทำให้ผู้กระทำไม่อยู่ในภาวะที่จะตัดสินใจได้เช่นบุคคลทั่วไป⁴¹ กล่าวคือ ทำให้ผู้กระทำขาด Mens Rea หรือผู้กระทำมี Mens Rea ที่ไม่สมบูรณ์ ในที่สุดต่อมานักนิติศาสตร์อเมริกันก็ยอมรับว่าความไม่รู้กฎหมายไม่แตกต่างจากความไม่รู้ข้อเท็จจริง แต่ทั้งสองส่งผลในเรื่องสภาวะจิตใจของผู้กระทำเป็นเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพราะในต้นร่างประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียฉบับสำหรับเสนอพิจารณาหมายเลข 2 (ค.ศ. 1968) [(Penal Code Revision Project, Tent. Draft No.2 (1968)] ได้มีมาตรา 500 ที่บัญญัติเรื่องความไม่รู้กฎหมายมีผลเหมือนกับความไม่รู้ข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้

"มาตรา 500 ความไม่รู้หรือความเข้าใจผิด

- 1) ความไม่รู้ หรือ ความเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง หรือ ข้อกฎหมายย่อมถือเป็นข้อต่อสู้ ถ้าความไม่รู้ หรือความเข้าใจผิดนั้นยังผลให้สภาวะทางจิตดังที่กำหนดไว้ในนิยามของความผิดหมดไป หรือก่อให้เกิดสภาวะทางจิตใจที่สภาวะทางจิตดังกล่าวข้างต้นเป็นข้อต่อสู้ได้ตามกฎหมาย
- 2) การที่บุคคลใดเชื่อว่าการกระทำของตนไม่เป็นผิดนั้น จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ ก็ต่อเมื่อความเชื่อนั้นสมเหตุสมผล และ
 - ก. ถ้าบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังซึ่งในสภาวะและพฤติการณ์เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ ผู้เคารพกฎหมายจะพึงใช้ความระมัดระวังแล้ว คนยังไม่รู้ว่ามีกฎหมายห้ามการกระทำของตน ..."⁴²

⁴¹ อภิวิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," หน้า 279.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 282-283.

มาตรา 500 ในร่างประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียฉบับสำหรับเสนอพิจารณา หมายเลข 2 (ค.ศ. 1968) เป็นร่างกฎหมายฉบับแรกของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีบัญญัติว่าความไม่รู้กฎหมายมีผลเหมือนกับความไม่รู้ข้อเท็จจริง คือ มีผลทำให้ขาด Mens Rea หรือทำให้ Mens Rea ไม่สมบูรณ์ ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อพ้นจากความรับผิดในทางอาญาได้ แต่มีข้อจำกัดว่าผู้ต้องหาต้องเชื่ออย่างมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำของตนไม่เป็นความผิด และกำหนดมาตรฐานและวิธีการที่จะวัดความไม่รู้กฎหมายโดยให้ผู้กระทำพิสูจน์ตนเองว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ซึ่งพิจารณาจากสภาวะและพฤติการณ์ของบุคคลผู้กระทำความผิดโดยทั่ว ๆ ไปแล้ว บุคคลนั้น ๆ ไม่รู้กฎหมายเช่นเดียวกัน เมื่อเป็นดังนี้แล้วผู้กระทำถึงจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายได้ แสดงว่า ปัจจุบันนักนิติศาสตร์ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีแนวโน้มไปในทางยึดหลัก Mens Rea อย่างเคร่งครัดและยอมรับหลักความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัวได้โดยมีข้อจำกัดบางประการ การปล่อยให้ความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้นั้นเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักพื้นฐานความรับผิดในทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากความไม่รู้กฎหมายจัดเป็นการขาด Mens Rea ประเภทความรับผิดชอบตามกฎหมาย (legal responsibility) ดังที่กล่าวมาแล้ว เมื่อบุคคลใดกระทำการโดยไม่รู้กฎหมายก็เท่ากับการกระทำของบุคคลนั้นขาด Mens Rea ย่อมไม่ต้องมีความรับผิดในทางอาญา การยึดหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้ทำให้ความไม่รู้กฎหมายต้องอยู่นอกเหนือหลักเกณฑ์ความรับผิดในทางอาญา เป็นเรื่องไม่สมเหตุสมผลและขัดแย้งกับหลักพื้นฐานความรับผิดในทางอาญา ย่อมจะก่อให้เกิดผลเสียหายมากกว่าความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายอาญา ปัจจุบันแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังไม่มีการบัญญัติเรื่องความไม่รู้กฎหมายตามแนวความคิดใหม่ของนักนิติศาสตร์ เช่นเดียวกับร่างประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียฉบับสำหรับเสนอพิจารณาหมายเลข 2 (ค.ศ. 1968) ก็ตาม แต่ได้เคยมีความพยายามเสนอให้มีการแก้ไขหลักความไม่รู้กฎหมายให้มีผลเหมือนความไม่รู้ข้อเท็จจริง โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 521 ของร่างพระราชบัญญัติปฏิรูปความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1975 (Criminal Justice Reform Act of 1975) ซึ่งเสนอโดย Mr. McKelain สมาชิกวุฒิสภา ในการประชุมสภา Congress ครั้งที่ 94 สมัยประชุมที่ 1 เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1975 ดังต่อไปนี้

มาตรา 521 ความเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย

ถ้าจำเลยขาดสภาวะทางจิตใจอันเป็นสาระสำคัญของความผิด เพราะเหตุว่าไม่รู้ หรือเข้าใจผิดข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย จำเลยย่อมอ้างความไม่รู้ หรือความเข้าใจผิดขึ้นเป็น ข้อแก้ตัวต่อการฟ้อง คดีภายใต้รัฐธรรมนูญได้ แต่ถ้าได้มีบทบัญญัติชี้แจงเป็นอย่างอื่นแล้วมิให้ ถือว่าความไม่รู้ หรือความเข้าใจผิดเป็นข้อแก้ตัวได้⁴³

ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบในทางอาญาตามระบบกฎหมายอาญาของไทย

1. ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบในทางอาญาตามกฎหมายลักษณะอาญา

ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจ เป็นข้อแก้ตัวได้ (Ignorantia juris non excusat) อย่างเคร่งครัดในภาค 1 ว่าด้วยข้อ บังคับต่าง ๆ หมวดที่ 4 ว่าด้วยเหตุอันควรยกเว้นอาญาหรือลดหย่อนผ่อนอาญาให้แก่บุคคลผู้กระทำ ความผิด มาตรา 45 "บุคคลที่กระทำความผิดไม่รู้กฎหมาย ท่านว่าจะเอาความที่ไม่รู้กฎหมายมา แก้ตัวเพื่อให้พ้นผิดนั้นไม่ได้เลย" ซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงยกอุทธรณ์อธิบายไว้ใน หนังสือโคคอาญา เล่ม 2 อธิบายว่า "มาตรา 45 ตัวอย่าง นายแดงเคยเขียนทาสไว้ ครั้นมา มีข่าวลู่จ้าง นายแดงก็เขียนข่าวลู่จ้างเหมือนหนึ่งว่าเป็นทาสโดยไม่รู้กฎหมาย นายแดงยังต้อง รับโทษฐานทำร้ายร่างกาย"⁴⁴ แสดงว่าในสมัยที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีผลใช้ บังคับนั้น ผู้กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายไม่ว่าจะหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ก็ตามจะต้อง รับผิดชอบโดยเด็ดขาดทุกกรณี

ในภาค 1 ว่าด้วยข้อบังคับต่าง ๆ หมวดที่ 4 ว่าด้วยเหตุอันควรยกเว้นอาญาหรือ ลดหย่อนผ่อนอาญาให้แก่บุคคลผู้กระทำความผิด แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มี

⁴³เรื่องเดียวกัน, หน้า 297.

⁴⁴พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, โคคอาญา เล่ม 2 อธิบาย (พระนคร : โรงพิมพ์กองลหุโทษ, ร.ศ. 128), หน้า 67.

มาตรา 43⁴⁵ เป็นแม่บทวางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาไว้ กล่าวคือ บุคคลจะมีความรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อบุคคลนั้นกระทำโดยเจตนา หรือกระทำโดยประมาทในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยประมาทและมาตราอื่น ๆ ส่วนใหญ่เป็นบทบัญญัติว่าด้วยเหตุที่ทำให้การกระทำเป็นการชอบด้วยกฎหมายและเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นการชั่วร้ายในลักษณะไม่ได้แยกจากกันเด็ดขาด แต่ปะปนกันไป ทั้งนี้เพราะเป็นวิธีร่างกฎหมายแบบโบราณซึ่งคำนึงถึงผลที่ได้รับ คือ จำเลยได้รับโทษหรือไม่รับโทษเป็นเกณฑ์เท่านั้น⁴⁶ นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยเหตุผลโทษทางอาญาด้วย เช่น มาตรา 46 บัญญัติเกี่ยวกับความวิกลจริตที่ไม่อาจรู้ผิดชอบในขณะที่กระทำความผิดว่าไม่ต้องรับโทษในทางอาญา มาตรา 55 บัญญัติเกี่ยวกับบันดาลโทสะว่าเป็นเหตุผลโทษทางอาญาได้กึ่งหนึ่ง มาตรา 56 ถึงมาตรา 58 ตรี บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของเด็ก เป็นต้น แต่มาตรา 45 มิได้เป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ หรือแม้กระทั่งเหตุผลโทษเลย แม้จะอยู่ในหมวดที่ 4 ดังกล่าวก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้นกลับเป็นบทบัญญัติที่ย้ำและเน้นให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญาอย่างเด็ดขาดแม้ผู้กระทำความผิดจะไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมาย ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากความต้องการแก้ไขสนธิสัญญายกเลิกอำนาจศาลกงสุลให้คนในบังคับต่างประเทศอยู่ในอำนาจกฎหมายและศาลไทยด้วยการพัฒนาประเทศให้เท่าเทียมกับประเทศตะวันตก ดังนั้นจึงเกิดความจำเป็นที่จะต้องบังคับให้บุคคลต้องรู้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ แต่บทบัญญัติมาตรา 45 ในลักษณะดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่มีศีลธรรมและขัดต่อรากฐานความรับผิดชอบในทางอาญาที่ว่า "มนุษย์ซึ่งมีอิสระมีความรับผิดชอบและสามารถตัดสินใจที่จะประพฤติปฏิบัติตามครรลองของกฎหมายได้ด้วยตนเองอันสมควรต้องรับโทษในทางอาญานั้น ต้องรู้เสียก่อนว่าการกระทำอย่างใดที่ถือว่าเป็นผิดและการกระทำอย่างใดที่ถือว่าถูกต้อง" ตลอดจนขัดต่อวัตถุประสงค์

⁴⁵ "ต่อผู้ใดกระทำโดยเจตนา ผู้นั้นจึงควรรับอาญา ถ้าและมันมิได้มีใจเจตนาที่จะกระทำ ท่านว่าอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย เว้นแต่เมื่อมันกระทำโดยประมาทต้องตามลักษณะที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้ว่ามีโทษ ท่านจึงให้ลงอาญาแก่มันฐานกระทำการโดยประมาท

ที่ว่ากระทำโดยเจตนา นั้น ท่านอธิบายว่า บุคคลกระทำโดยตั้งใจและประสงค์ต่อผล หรืออาจจะแลเห็นผลแห่งการที่กระทำนั้นได้ อย่างนี้ชื่อว่ากระทำโดยเจตนา ฯลฯ"

⁴⁶ หยุค แสงอุทัย, "การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา," บทบัญญัติ 12 (มิถุนายน 2483)

ในการลงโทษทางอาญา และเป็นการลงโทษโดยปราศจากความชั่ว ซึ่งขัดต่อสุภาษิตกฎหมาย ละตินที่ว่า "Nulla poena sine culpa" เนื่องจากหลักความไม่รู้กฎหมายกับหลักความรับผิดในทางอาญาขัดแย้งกันมากจนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด เพราะแม้เขาจะกระทำความผิดที่ผิดกฎหมายโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริตก็ยังคงรับโทษในทางอาญา ดังนั้นในช่วงสมัยที่บังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เพื่อควบคุมความประพฤติของชนในสังคม ตลอดจนรักษาความสงบเรียบร้อยและผลประโยชน์ของส่วนรวม จึงมีปัญหานั้นเนื่องมาจากความเคร่งครัดของหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้มากมาย และก่อให้เกิดความรู้สึกไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนทั่วไป แต่ในขณะเดียวกันก็มีผลทำให้เกิดความรู้สึกแก่ประชาชนว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ต้องประพฤติปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ มิฉะนั้นจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกรณีนี้เป็นส่วนดีในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตาม ความเด็ดขาดของหลักความไม่รู้กฎหมาย แม้จะเป็นผลดีต่อการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่บัญญัติขึ้นใหม่ในสมัยนั้นก็ตาม แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่เดินสวนทางกับหลักความยุติธรรมซึ่งต้องมีอยู่ในกฎหมาย ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องสร้างความสมดุลระหว่างหลักความไม่รู้กฎหมายไม่อาจเป็นข้อแก้ตัวได้กับหลักความยุติธรรมเพื่อก่อให้เกิดการวินิจฉัยคดีที่เป็นธรรมแก่ประชาชน ศาลฎีกาได้พยายามคิดหาวิธีการที่ทำให้หลักความไม่รู้กฎหมายนี้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริง ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2479⁴⁷ ด้วยวิธีการให้คำจำกัดความของคำว่ากฎหมายเอาไว้⁴⁸ กล่าวคือ ถ้าจำเลยอ้างว่าไม่รู้ประกาศหรือคำสั่งที่ประกาศใช้โดยฝ่ายบริหาร ถือว่าจำเลยมิได้อ้างว่าไม่รู้กฎหมาย เพราะประกาศหรือคำสั่งของฝ่ายบริหารนั้นไม่มีศักดิ์เป็นกฎหมายอาญาตามคำจำกัดความของศาลฎีกา⁴⁹ นอกจากนั้นศาลฎีกายังยึดหลักความสมบูรณ์ของกฎหมายลำดับรองอีกด้วย กล่าวคือ ศาลฎีกาได้นำหลักว่า กฎหมายลำดับรองที่จำเลยจะอ้างว่าไม่รู้ไม่ได้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้ประกาศโดยวิธีการที่ถูกต้องตามที่บัญญัติไว้โดยกฎหมายแม่บทเท่านั้น ถ้ามีข้อผิดพลาดบกพร่องในขั้นตอนของการออกกฎหมายตามที่บัญญัติไว้แล้ว ศาลฎีกาถือว่ากฎหมาย

⁴⁷ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ความไม่รู้กฎหมาย," หน้า 259.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 43/2479, หน้า 51.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 656/2492, หน้า 474.

ดังกล่าวไม่สมบูรณ์ ดังนั้นจำเลยอ้างได้ว่าไม่รู้กฎหมาย⁵⁰ แต่วิธีการแก้ปัญหของศาลฎีกา ทั้งกรณีจำกัดขอบเขตของคำว่ากฎหมายและการยึดหลักความสมบูรณ์ของกฎหมายลำดับรอง เพื่อผ่อนคลายแก่บุคคลผู้กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายด้วยความสุจริตนั้นยังหละหลวมและไม่เหมาะสม นอกเหนือจากการแก้ปัญหโดยศาลแล้ว ฝ่ายบริหารเองก็ตระหนักถึงความยุ่งยาก ของความเคร่งครัดของหลักความไม่รู้กฎหมายเป็นอันมาก ดังนั้น จอมพล ป.พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีในสมัยนั้น จึงได้จัดตั้งคณะกรรมการสาขาทางเนติธรรมในสำนักวัฒนธรรม ทางระเบียบประเพณีเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนทั่วไปรู้กฎหมาย⁵¹ ซึ่งอาจเป็นทางหนึ่งที่จะช่วยลดปัญหาความไม่รู้กฎหมายได้บ้าง

2. ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบในทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

เมื่อมีการประชุมพิจารณาร่างประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่ พ.ศ. 2482 จนถึง พ.ศ. 2499 มาตรา 45 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นมาตราหนึ่งที่ได้รับการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนมากขึ้น จึงเกิดเป็นมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา "บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่าตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้" ในปัจจุบันหลักความไม่รู้กฎหมายบัญญัติอยู่ใน ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 656/2492, หน้า 474.

⁵¹ หยุค แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายอาญาสำหรับประชาชน ตอน 1-31, (พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลกิจ, 2496), หน้า 27.

ลักษณะ 1 บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป หมวด 4 ความรับผิดชอบในทางอาญา ซึ่งมีมาตรา 59⁵² เป็นแม่บทวางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญา และมาตราอื่น ๆ ส่วนใหญ่บัญญัติเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ และเหตุลดโทษ ซึ่งจัดได้ว่าเป็นข้อยกเว้นหลักความรับผิดชอบในทางอาญา แต่มาตรา 64 นั้นถ้อยคำของตัวบทในตอนต้นว่า "บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้" มีลักษณะเป็นการบังคับให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญาอย่างเด็ดขาด แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักความรับผิดชอบในทางอาญาอย่างลึกซึ้งแล้ว จะเห็นได้ว่า บุคคลที่สมควรได้รับโทษในทางอาญานั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีเจตจำนงอิสระ (free will) ที่จะตัดสินใจได้ด้วยตนเองว่าจะทำอะไรผิดอะไรถูก และบุคคลนั้นเลือกกระทำสิ่งที่ผิดหลังจากได้ไตร่ตรองและชั่งน้ำหนักถึงโทษและประโยชน์ของการกระทำดังกล่าวแล้ว ดังนั้นจึงพิเคราะห์ได้ว่า ข้อความตอนต้นของมาตรา 64 ดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักความรับผิดชอบในทางอาญา กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบอย่างเด็ดขาดโดยไม่มีโอกาสได้รับการพิจารณาว่าผู้นั้นมีเจตจำนงอิสระในการตัดสินใจกระทำหรือไม่ แต่เป็นข้อยกเว้นหลักความรับผิดชอบในทางอาญาที่ต่างกับมาตราอื่น ๆ เพราะมาตราอื่น ๆ เช่น มาตรา 67 การกระทำความผิดโดยจำเป็นซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษ หรือมาตรา 68 การกระทำโดยป้องกันซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด เป็นการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดของโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญา แต่กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบให้ เนื่องจากเหตุผลและความจำเป็นส่วนตัวของผู้กระทำความผิด แต่มาตรา 64 นั้นความจริงการกระทำที่เกิดขึ้นบางกรณีไม่สมควรต้องรับโทษในทางอาญา แต่กฎหมายบังคับให้ต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาเพื่อประโยชน์ของการบังคับใช้กฎหมายอาญาซึ่งเป็นประโยชน์ของส่วนรวม ส่วนถ้อยคำต่อมาทั้งหมด ".... แต่ถ้า

52 "บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ชัดแจ้งจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมนิ่งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

ศาลเห็นว่าตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำผิดไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้" เข้าลักษณะข้อยกเว้นของข้อ 64 ตอนต้นอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ เป็นลักษณะของข้อยกเว้นซ้อนข้อยกเว้น ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากความเคร่งครัดต่อหลักความไม่รู้กฎหมายของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก่อให้เกิดการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสุจริต จึงทำให้เกิดการหาแนวทางผ่อนคลายเป็นพิเศษเพื่อสร้างคามยุติธรรมขึ้น เมื่อตอนพิจารณาปรับปรุงและร่างประมวลกฎหมายอาญาลับปัจจุบัน นายหุค แสงอุทัย ในฐานะเลขานุการ ได้นำเสนอบันทึกกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายต่อที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 24.. และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 24.. ครั้งที่ 52/2497 เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2497 ประมวลกฎหมายอาญาจีน ค.ศ. 1935 มาตรา 16 "ความไม่รู้กฎหมายย่อมไม่ทำให้ความรับผิดในทางอาญาหมดไป แต่อาจลงโทษให้น้อยลงได้ตามสภาพและพฤติการณ์ เมื่อบุคคลเชื่อโดยมีเหตุผลอันสมควรว่าการกระทำของตนนั้นกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ จะยกโทษเสียก็ได้"⁵³ เป็นมาตราที่ได้รับการพิจารณาเป็นแบบอย่างในการบัญญัติหลักความไม่รู้กฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา แต่ที่ประชุมได้เพิ่มดุลพินิจของศาลเข้าไปด้วย ทั้งนี้เพราะ ที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489 และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489 ครั้งที่ 2/2491 เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2491 ได้ตกลงรับหลักการที่ว่า ร่างประมวลกฎหมายฉบับใหม่จะให้ดุลพินิจในการลงโทษแก่ศาลยุติธรรมมากขึ้น⁵⁴ อย่างไรก็ตามแม้จะมี

⁵³บันทึกกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความไม่รู้กฎหมายของ นายหุค แสงอุทัย ที่นำเสนอในที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 24.. และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 24.. ครั้งที่ 52/2497, เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2497.

⁵⁴คณะกรรมการวิสามัญ, "บันทึกการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489 และร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2489, ครั้งที่ 2/2491," 28 พฤษภาคม 2491.

การผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมายลง ด้วยการให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะอนุญาตให้จำเลยนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมาย แต่เมื่อจำเลยพิสูจน์ความไม่รู้กฎหมายให้ศาลเชื่อได้ จำเลยก็ยังคงรับผิดชอบในทางอาญารฐานกระทำความผิดโดยเจตนา แต่ได้รับการลดโทษเท่านั้น ดังนั้นความไม่รู้กฎหมายที่สูงจิตและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จึงเป็นแค่เหตุบรรเทาโทษเหตุหนึ่งตามระบบกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน ซึ่งยังไม่ก่อให้เกิดความรู้สึกที่เป็นธรรมต่อบุคคลผู้กระทำความผิดโดยไม่รู้กฎหมายอย่างสูงจิตมากนัก และปัจจุบันศาลฎีกาก็ยังคงใช้วิธีการให้คำจำกัดความของคำว่ากฎหมายเอาไว⁵⁵ เช่นเดียวกับในสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยิ่งไปกว่านั้นศาลฎีกายังจำกัดขอบเขตเลยไปถึงพระราชบัญญัติและประมวลกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ และประมวลกฎหมายที่ดิน⁵⁶ ซึ่งแม้จะเป็นกฎหมายอยู่ชัด ๆ แต่ศาลฎีกาก็ยังถือว่าเป็นประเภทกฎหมายที่ผู้กระทำความผิดอ้างได้ว่าไม่รู้ และศาลฎีกาก็ยังยึดหลักความสมบูรณ์ของกฎหมายลำดับรองเช่นเดิม นอกจากนั้นบางกรณีศาลฎีกาก็ยังใช้ดุลพินิจตัดสินตามแต่จะเห็นสมควร ซึ่งแล้วแต่พฤติการณ์แห่งคดีของแต่ละคดีไป โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความยุติธรรมแก่ประชาชนเป็นที่ตั้ง จึงเห็นได้ว่า แม้บทบัญญัติมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะมีถ้อยคำผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักความไม่รู้กฎหมายก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติของศาลมิได้ถูกนำมาใช้วินิจฉัยคดีเลย เนื่องจากยังไม่อาจให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนอย่างเพียงพอและยังให้ความรู้สึกที่ขัดแย้งกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญาอยู่เช่นเดิม

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1347/2505, หน้า 1295.

⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1862-1863/2512, หน้า 2234.