

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในทุกระบบกฎหมายต่างยอมรับว่า กฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of Law) โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ยอมรับว่า กฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่มาที่มีผลบังคับได้อย่างเป็นกฎหมาย (legal source) สำหรับในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ยอมรับว่ากฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่มาของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่อยู่นอกเหนือทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร และสามารถนำมาใช้เป็นบทสำรองหรือบทเสริม (Subsidiary Provision) เพื่อให้ เกิดความสมบูรณ์แก่กฎหมายลายลักษณ์อักษร

การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้หรือการใช้กฎหมายจารีตประเพณี (The Application of Customary Law) นั้นถือเป็นนิติวิธี (Juristic Method) หรือวิธีการในทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งหรือเป็น ลายลักษณ์อักษร

หลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทั้งของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และของประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Common Law) ต่างยอมรับว่า กฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายอาญา และสามารถนำมาใช้ใน กฎหมายอาญาได้ โดยที่ปรากฏว่าไม่มีประมวลกฎหมายอาญาของประเทศใดที่มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัดว่าให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้ และไม่ปรากฏว่า ได้มีการศึกษาถึงมูลเหตุ หรือการให้เหตุผลของการยอมรับ ให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณี วิธีทางที่กฎหมายจารีตประเพณีถูกนำมาใช้ ตลอดจนขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาไว้อย่างจริงจังตั้งแต่ประการใด

โดยทั่ว ๆ ไป นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มีความเห็นตรงกันว่า เหตุผลที่ยอมรับ

ให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาได้นั้น ก็เพราะไม่เป็นการขัดต่อลักษณะของกฎหมายอาญา และไม่เป็นการขัดต่อหลัก "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege) ซึ่งเป็นการให้เหตุผลโดยนิจารณาเฉพาะแต่ลักษณะของกฎหมายอาญาเพียงประการเดียวเท่านั้น

นอกเหนือจากการให้เหตุผลดังกล่าวแล้ว ก็ไม่ปรากฏว่ามีนักนิติศาสตร์ท่านใดศึกษาเรื่อง "การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา" อย่างจริงจัง จึงทำให้เกิดปัญหาในทางวิชาการในกรณีที่มีการปรับใช้กฎหมายจารีตประเพณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดและพัฒนาขึ้นมาจากสังคม โดยมีได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติแต่อย่างใด จึงทำให้เกิดความเข้าใจที่ว่า กฎหมายจารีตประเพณีไม่มีความแน่นอน ยากแก่การพิสูจน์

ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงนิติวิธีหรือวิธีการในทางกฎหมายในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายไทย ตลอดจนลักษณะของกฎหมายอาญาและหลัก "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" เพื่อนำมาเป็นข้อเสนอแนะแนวทางในเรื่อง "การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาของไทย" ซึ่งพอสรุปเป็นหลักกว้าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

1. นิติวิธีเกี่ยวกับ การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ ในระบบกฎหมายนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ 3 กรณี คือ

1.1 นิติวิธีเกี่ยวกับ การให้ความหมายของ คำว่า "กฎหมายจารีตประเพณี" การกำหนดลักษณะ หรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณี (Judicial Test) การแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งผลสรุปที่ได้คือ โดยหลักใหญ่แล้ว ทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น มีความเห็นตรงกัน กล่าวคือ ความหมายของกฎหมายจารีตประเพณี (Customary law) สามารถจำแนกได้

เป็น 2 ประเภท คือ

1) กฎหมายจารีตประเพณีในความหมายอย่างกว้าง เป็นการให้ความหมายตามกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยมีความหมายตรงกับคำว่า Unwritten law หรือ lex non scripta หรือกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า Common Law

2) กฎหมายจารีตประเพณีในความหมายอย่างแคบ คือหมายความถึงกฎหมายที่เกิดจากแนวความประพฤติปฏิบัติที่เกิดจากการรวมตัวของจารีตประเพณีต่างๆ ที่ได้ผ่านการพิสูจน์ว่าเป็นการกระทำที่ผูกพันและยอมรับได้ โดยข้อกำหนดหรือลักษณะที่ได้วางไว้

ทั้งในระบบคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์ มีความเห็นเช่นเดียวกันในเรื่องการให้ความหมายของคำว่า กฎหมายจารีตประเพณีในความหมายอย่างแคบ และกฎหมายจารีตประเพณีในความหมายนี้ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่มีใช้กันอยู่ในยุคโบราณ ครึ่งที่ยังไม่รู้จักรับบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร โดยใช้กันอย่างแพร่หลายในทุกพื้นที่ในเวลานั้น ซึ่งจากการศึกษาเรื่องที่มาของกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่า ทุกระบบกฎหมายจะต้องเริ่มต้นมาจากกฎหมายจารีตประเพณีเหมือนกัน แต่พัฒนามาช้าหรือเร็วต่างกันเท่านั้น

ฉะนั้น จากการวิจัยจึงพบว่า กฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ในกฎหมายอาญานั้น ในที่นี้ก็คือกฎหมายจารีตประเพณีในความหมายอย่างแคบ และเป็นกฎหมายจารีตประเพณีในความหมายเดียวกันกับที่เป็นที่มาของกฎหมาย ของทุกระบบกฎหมาย

ดังนั้น จึงไม่อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ในกฎหมายอาญานี้ เป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาจากกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ หรือระบบซีวิลลอว์ ระบบใดระบบหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

สำหรับการแบ่งประเภทของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ มีความเห็นคล้ายคลึงกัน คือแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการรวมตัวของจารีตประเพณีต่างๆ ประการหนึ่ง และกฎหมายจารีตประเพณี ที่เกิดจากแนวคำพิพากษาคติที่เป็นบรรทัดฐานของศาล อีกประการหนึ่ง ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้ จำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะกฎหมายจารีตประเพณีในประการแรกเท่านั้น

สำหรับในเรื่องการกำหนดลักษณะหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น

จะขอก้าวในหัวข้อที่ 4 ต่อไป

1.2 นิติวิธีเกี่ยวกับวิธีการในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมาย ผลสรุปที่ได้คือ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองไว้โดยแจ้งชัด เพราะในระบบคอมมอนลอว์ยอมรับว่ากฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายที่มีผลบังคับได้อย่างเป็นกฎหมาย (legal source) สำหรับในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายแห่งที่ว่าด้วย ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน นิติวิธีดังกล่าวแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ

ก) นิติวิธีในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมายนั้น จะต้องมีการกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างแจ้งชัดว่าให้นำมาใช้ได้ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวีเดนมาตรา 1 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ของไทย

ข) สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าให้นำมาใช้ได้ ตัวอย่างเช่นกฎหมายของประเทศเยอรมัน และฝรั่งเศส

กรณีที่สอง ในกรณีกฎหมายที่พิจารณานั้นเป็นกฎหมายอาญาที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ อาจกล่าวได้ว่าไม่มีประมวลกฎหมายอาญาของประเทศใดที่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ โดยแจ้งชัดให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ แต่อาจกล่าวได้ว่า ในทุกระบบกฎหมายต่างยอมรับว่า กฎหมายจารีตประเพณีนั้นมีอยู่จริง และมีความสัมพันธ์กับกฎหมายอาญา นอกจากนี้ยังสามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้อีกด้วย

1.3 สำหรับในเรื่องการมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายจารีตประเพณี เมื่อพิจารณาในทางปรัชญา มีความเห็นแยกเป็น 2 ฝ่าย คือ

ก) จารีตประเพณีมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับการรับรองจากรัฐหรือมีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรรับรองไว้ ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (School of Positive Law หรือ Legal Positivism)

ข) จารีตประเพณีมีอำนาจบังคับเป็นกฎหมายได้โดยตัวเองโดยมิต้องได้รับการ

รับรองหรือยืนยันจากองค์กรใด ๆ หรือไม่จำเป็นต้องมีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้ตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายนิยมประวัติศาสตร์ (School of Historical Jurisprudence หรือ Historical School)

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรจะยอมรับ และดำเนินตามแนวความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ เพราะตรงต่อหลักความเป็นจริงมากที่สุด เพราะจารีตประเพณีต่าง ๆ ได้ปรากฏตัวอยู่ก่อนที่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจ หรือเจ้าพนักงานของรัฐรับรอง และการที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกมารองรับก็ดีหรือการที่เจ้าพนักงานของรัฐ เช่นผู้พิพากษายอมรับให้ใช้ได้ก็ดี คงเป็นแต่เพียงหลักฐานยืนยันแสดงการมีอยู่ของจารีตประเพณีนั้น ๆ ให้ปรากฏชัดขึ้นเท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งคือ การที่ศาลนำจารีตประเพณีมาใช้ย่อมเป็นตัวอย่างอันดีว่าจารีตประเพณีในเรื่อง เช่นนั้นมีว่าอย่างไร

ดังนั้น แม้จะไม่มีคำพิพากษาแสดงการยอมรับจารีตประเพณีที่มีอยู่ก่อนนั้นแล้วก็ตาม จารีตประเพณีนั้นก็ยังมีผลใช้บังคับได้โดยตัวของมันเอง และถ้าหากจะถือตามความเห็นของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองแล้ว เราจะไม่สามารถอธิบายการกระทำบางอย่าง (ซึ่งเราถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว) เช่น การทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บในการเล่นกีฬา หรือการที่แพทย์ผ่าตัดคนไข้ว่าทำไมจึงไม่มีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเหล่านั้น เข้าองค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว

2. ความสับสนในการใช้คำว่า "ประเพณี" "จารีตประเพณี" และ "กฎหมายจารีตประเพณี" ในกฎหมายไทย

ผลสรุปที่ได้คือ "ประเพณี" และ "จารีตประเพณี" ในทางกฎหมายจะมีความหมายเช่นเดียวกัน คือหมายความถึงความประพฤติของประชาชนในสังคมที่ปฏิบัติกันอยู่บ่อย ๆ จนเกิดความเคยชิน (habit) และในบรรดาประเพณีและจารีตประเพณีเหล่านี้ จะมีประเพณีและจารีตประเพณี บางประเภทเท่านั้น ที่เป็นหลักความประพฤติ (norm) ที่ปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน โดยไม่มีผู้ใดบังคับ จนทำให้ปรากฏตัวเป็นกฎเกณฑ์ที่มีรูปร่างชัดเจนขึ้นได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinio juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (opinio necessitatis) ซึ่งเราเรียกประเพณีและจารีตประเพณีที่มี

ลักษณะดังกล่าวนี้เป็น "กฎหมายจารีตประเพณี" (Customary Law)

ดังนั้น จารีตประเพณีและกฎหมายจารีตประเพณีนั้น จึงไม่เหมือนกัน หากแต่มีส่วนสัมพันธ์กัน โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีอาจมีที่มาจากจารีตประเพณีได้ แต่มิใช่จารีตประเพณีทุกเรื่องจะเป็นกฎหมาย เฉพาะจารีตประเพณีที่มีความศักดิ์สิทธิ์ และมีลักษณะเข้าตามข้อกำหนดที่วางไว้เท่านั้น จึงจะเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี

สำหรับคำว่า "คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสองนั้น น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมายจารีตประเพณี

3. โดยทั่วไปแล้ว การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา และไม่ขัดต่อหลัก "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege) กล่าวคือจากการที่ได้พิจารณาถึงลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายอาญามีความสัมพันธ์กันอย่างเห็นได้ชัด จากจุดเริ่มต้นของกฎหมายอาญาในประเทศต่างๆ ซึ่งเริ่มมาจาก หรือมีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีแทบทั้งสิ้น และถึงแม้ว่าจะอยู่ในยุคที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเฟื่องฟูก็ตาม ร่องรอยของกฎหมายจารีตประเพณีที่ปรากฏในกฎหมายอาญา สามารถพิจารณาได้จากการแบ่งประเภทความผิดอาญาบางประเภท เช่น ความผิดตามคอมมอนลอว์ (Common law crime) และความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) ซึ่งในความผิดทั้งสองประเภทนี้ เป็นความผิดทางอาญา ที่มีประวัติความเป็นมา มาจากกฎหมายจารีตประเพณี

นอกจากนี้ กฎหมายอาญายังมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองต่อสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อยแก่ประชาชนในสังคม ดังนั้นการใดที่สังคมเห็นว่าเป็นสิ่งที่ยอมรับกันได้แล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้แล้ว กฎหมายอาญาจึงไม่ควรที่จะบัญญัติลงโทษหรือห้ามการกระทำดังกล่าว

ในขณะเดียวกัน การใช้กฎหมายจารีตประเพณีก็ไม่เป็นการขัดต่อหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย ทั้งนี้เพราะหลักนี้เป็นหลักที่กำหนดขึ้นมาเพื่อจำกัดขอบเขตของการกำหนดความผิด และการลงโทษว่าจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณี จึงนำมาใช้กำหนดความผิดและ

ลงโทษไม่ได้

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า หลักดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็นข้อห้ามอย่างเด็ดขาดที่จะห้ามนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ และอาจกล่าวได้ว่า ไม่มีข้อห้ามอย่างชัดเจนใจในกฎหมายอาญาที่จะห้ามนำกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณมาใช้

การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางที่เป็นคุณนี้ สามารถนำมาใช้ได้โดยผ่านทางหลักสำคัญที่ว่า การกำหนดความผิด และการลงโทษที่แรงกว่า จะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวตามกฎหมายไทยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก กล่าวคือ การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในส่วนที่เป็นคุณนี้ ไม่ได้เป็นการใช้กฎหมายเพื่อกำหนดความผิดและลงโทษ ในทางตรงกันข้าม กลับใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อเปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบของจำเลย โดยถือเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งของเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ไม่ถือว่าเป็นความผิด ซึ่งหลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดนี้ ไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และเป็นที่ยอมรับว่าหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมิได้มีเฉพาะที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย มาตรา 4 กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปก็ถือว่าเป็นกฎหมายได้ ดังนั้นกฎหมายอาญาไทยจึงยอมรับให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้ โดยไม่เป็นการขัดต่อหลักสำคัญข้างต้น

เนื่องจาก กฎหมายที่นำมาใช้ในทางที่เป็นคุณนี้ มีหลายกรณี เช่น กฎหมายอาญามีผลย้อนหลังเป็นคุณ ใช้บทกฎหมายใกล้เคียงเป็นคุณ ใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นคุณ ใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นคุณ ดังนั้น จึงมีปัญหาลำดับก่อนหลังในการใช้กฎหมายในส่วนเป็นคุณข้างต้นตามกฎหมายไทยนั้นมีหรือไม่

จากการวิเคราะห์ พบว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุถึงหลักเกณฑ์ หรือลำดับก่อนหลังในการใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแต่ประการใด และในเรื่องนี้ ก็ไม่ควรที่จะนำหลักการใช้กฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 มาใช้ ทั้งนี้เพราะหลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนี้ เป็นกรณีที่เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาได้ใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องเหตุยกเว้นโทษ และเหตุยกเว้นความผิด โดยคำนึงถึงความยุติธรรม

4. แนวความคิดในการให้เหตุผลในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในกฎหมายอาญา สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 5 กรณีคือ

4.1 เนื่องจากความสำคัญของบทบาทหรือคุณลุ่มบัตติของกฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of Law) ทั้งในระบบคอมมอนลอว์ และระบบ ซิริลลอว์ จึงยอมรับให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้

4.2 ถึงแม้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีจะเป็นกฎหมายที่เกิดและพัฒนาขึ้นจาก สังคมโดยไม่ได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ แต่เราสามารถยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีต ประเพณีในกฎหมายอาญาได้ เพราะกฎหมายจารีตประเพณีได้ผ่านการพิสูจน์ โดยนิติวิธีที่ สมบูรณ์แล้ว กล่าวคือสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นสิ่งที่ปรากฏว่ามีขึ้นมานานแล้ว โดยที่จุดเริ่มต้น นั้น ไม่มีบุคคลใดสามารถบอกได้อย่างแน่ชัด ปฏิบัติตามกันมาอย่างต่อเนื่อง ด้วยความสมัคร ใจ ปราศจากการขู่เข็ญบังคับ โดยคิดว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง จำเป็นต้องปฏิบัติ นอกจากนี้ยัง มีความแน่นอน ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติกันโดยทั่วไป ตลอดจนถึงต้องมีเหตุผล และท้ายที่สุดคือ ต้องไม่ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักเกณฑ์ 8 ประการนี้ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกลั่นกรอง และทำให้กฎหมาย จารีตประเพณีนั้น สามารถยอมรับให้มีผลใช้บังคับได้เทียบเท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

4.3 นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางที่เป็นคุณเท่านั้น เพราะหลัก เกณฑ์ ที่เกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเหตุยกเว้นความผิดนั้น ประมวล กฎหมายอาญาไม่สามารถบัญญัติครอบคลุมได้ทั้งหมด ดังนั้นกฎหมายอาญาในส่วนเหตุยกเว้น ความผิดนี้ จึงมีลักษณะที่เปิดกว้าง เพื่อผ่อนคลายความแข็งกระด้างของบทบัญญัติกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรของกฎหมายอาญา เพื่อเสริมสร้างความสำเร็จของกฎหมายอาญา และเพื่อ ให้เกิดความยุติธรรมในการลงโทษ

4.4 นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของสังคม เพราะสังคมเป็นผู้ออกกฎหมาย ทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ ออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยผ่านทางตัวแทนของสังคม (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ใน ขณะที่กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้นมาจากสังคมเองโดยตรง และในขณะเดียวกันสังคมก็ เป็นผู้ถูกกฎหมายนั้นใช้บังคับเองด้วย ดังนั้น เรื่องใดเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งเป็นที่



ยอมรับกันในสังคมแล้ว กฎหมายอาญาจึงไม่ควรที่จะบัญญัติห้าม หรือลงโทษการกระทำดังกล่าว

4.5 นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ได้ เพราะกฎหมายจารีตประเพณีให้ความเป็นธรรมที่เหมาะสมได้ดี โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเมื่อใดที่เราต้องการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องใดที่มีอยู่ เราก็สามารถนำมาใช้ได้ และเมื่อไม่มีความจำเป็นจะใช้ กฎหมายจารีตประเพณีก็จะสงบนิ่งอยู่เฉยๆ โดยไม่เป็นการขัดหรือรบกวนต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ประการใด เปรียบเสมือนเป็นเงาอยู่เคียงคู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

5. ขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา สามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ

5.1 กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยตรง กล่าวคือนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งหรือทฤษฎีหนึ่งในกฎหมายอาญา เช่น เหตุที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้ ไม่ถือว่าเป็นความผิด

5.2 กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยทางอ้อม กล่าวคือ นำมาใช้เป็นเครื่องมือช่วยประกอบ ในการตีความบทบัญญัติกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายยุติธรรม (Jus Acquum) ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความยืดหยุ่น เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ปรับใช้กฎหมายได้ใช้ดุลพินิจตีความได้อย่างกว้างขวาง

6. หลัก "การกระทำที่สังคมยอมรับ" (Soziale Adaquanz หรือ Social Acceptance) ตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากหลักในเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจให้กระทำได้ ด้วยเหตุผลดังจะกล่าวต่อไปนี้คือ หลักเกณฑ์ของการกระทำที่สังคมยอมรับนั้น เป็นหลักที่ถูกสร้างขึ้นมาโดยนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน เพื่อที่จะจำกัด หรือตัดการกระทำบางอย่างออกไปจากการกระทำของฐานความผิดที่เข้ามาสู่การพิจารณา โดยเฉพาะความผิดต่อชีวิตและร่างกาย และเป็นการกระทำที่อยู่นอกปทัสสถานของกฎหมาย กล่าวคือเป็นการกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตของระเบียบของการอยู่ร่วมกัน จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในความหมายของการกระทำความผิดอาญา

ดังนั้น การกระทำที่สังคมยอมรับ จึงเป็นเรื่องที่จะไม่ผ่านเข้ามาสู่การพิจารณาของโครงสร้างความผิดอาญา โดยถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำที่มีลักษณะที่ขาดส่วนของความไม่เป็นธรรมที่เป็นธรรมตาเท่านั้น กล่าวคือเป็นเรื่องที่พอจะยอมรับกันได้ในสังคม ไม่ใช่เรื่องร้ายแรงและไม่เป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย จึงไม่อยู่ในขอบเขตของการลงโทษและการบังคับใช้กฎหมายอาญา กฎหมายอาญามีหน้าที่ที่จะควบคุมการกระทำที่ร้ายแรง ซึ่งอยู่นอกขอบข่ายของระเบียบสังคมในการอยู่ร่วมกันเท่านั้น

สำหรับหลักเกณฑ์ของเรื่องกฎหมายจารีตประเพณี เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในปทัสสถานของกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นปทัสสถานของกฎหมาย (legal norm) เลยกี่ได้ และเนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ไม่ถือว่ามีความผิดซึ่งการจะพิจารณาว่า กรณีใดมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาโดยผ่านโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว แต่เมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนเหตุยกเว้นความผิดแล้ว พบว่าเนื่องจากมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้ จำเลยจึงไม่มีความผิด

ดังนั้น เรื่องของกฎหมายจารีตประเพณี จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาโดยตรง โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีหนึ่งๆ ในกฎหมายอาญา ในส่วนของเหตุยกเว้นความผิด

7. หลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายจารีตประเพณี ต่างเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นกฎหมายไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนกัน โดยเกิดจากแนวความประพฤติหรือระเบียบแบบแผนที่ยอมรับกันในสังคม นอกจากนี้ยังเป็นเรื่องที่ยากต่อการพิสูจน์เหมือนๆ กัน

อย่างไรก็ดี จากการวิเคราะห์พบว่า อาจแยกความแตกต่างของหลักเกณฑ์ทั้งสองนี้ได้ ดังนี้คือ เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีอาจมีที่มาจากจารีตประเพณี ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า "custom" แปลว่าจารีตประเพณี ซึ่งมีความหมายว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับท้องถิ่น จึงทำให้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในท้องถิ่นของประเทศไทยประเทศหนึ่ง ซึ่งเราสามารถหาประวัติความเป็นมาได้ และเรื่องเดียวกัน จารีตประเพณี

ของประเทศหนึ่งอาจไม่ตรงกับอีกของประเทศหนึ่ง หรืออาจจะตรงกันก็ได้

ในทางตรงกันข้าม หลักกฎหมายทั่วไปนั้น น่าจะมีความหมายตรงกับคำว่า "universal" กล่าวคือมีลักษณะที่ยอมรับกันเป็นสากลในประเทศต่างๆ ทั่วๆ ไป ไม่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายอาญา สามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางที่เป็นคุณได้เช่นเดียวกัน โดยถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดอาจกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง

8. หลัก "ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นความผิด" เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้ในทางเป็นคุณแก่จำเลย เพราะหลักความยินยอมนี้เป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ รวมทั้งประเทศไทย (ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508)

อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่ากรณีใดจึงจะถือว่าเป็นความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้น ขึ้นอยู่กับว่าความยินยอมในเรื่องนั้น จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันอาจพิจารณาได้ตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้นๆ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับกฎหมายจารีตประเพณีของแต่ละท้องที่ หรือแต่ละประเทศแล้วแต่กรณี

อาจกล่าวได้ว่า หลักความยินยอมนี้เป็นตัวอย่างอันดีที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่ซ้อนกันอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายจารีตประเพณี

9. เมื่อครั้งแรกที่มีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น เกิดความเชื่อที่ว่าประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จัดทำขึ้นนั้น เป็นที่รวมของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สมบูรณ์ที่สุดแล้ว ต่อมากาลเวลาได้พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่า แม้จะเป็นระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมาย ก็จะมีแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เป็นไปไม่ได้ เพราะแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพยายามบัญญัติไว้ให้กว้างขวางเพียงใดก็ตาม ก็ไม่สามารถทำให้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรสมบูรณ์ใช้บังคับได้โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายจารีตประเพณีเป็นบทประกอบให้สมบูรณ์ได้ เพราะกาลเวลาทำให้เกิดการวิวัฒนาการ และการเปลี่ยนแปลง

ของสังคมอยู่ตลอดเวลา ฉะนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจึงยังคงมีบทบาท และความสำคัญอยู่  
คู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรตลอดไป