

การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาของไทย

กฎหมายจารีตประเพณีสามารถ นำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ โดยต้องผ่านการตรวจสอบหรือการพิจารณาตามหลักเกณฑ์การพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาก่อน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้กล่าวไว้แล้ว

ในบทนี้ จึงจะนำกฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถจะค้นหาหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ เข้าตามหลักเกณฑ์การพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้กับกฎหมายอาญาได้ โดยจะได้จำแนกประเภทของกฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ ตามแนวความคิดทางนิติปรัชญาในเรื่องการมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของจารีตประเพณี ซึ่งมีแนวความคิดที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

(1) แนวความคิดที่หนึ่ง ยอมรับจารีตประเพณีให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อเมื่อรัฐได้รับรองจารีตประเพณีนั้น ๆ ไม่ว่าจะรับรองโดยการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือยอมรับโดยมีคำพิพากษาก็ตาม¹

(2) แนวความคิดที่สอง ยอมรับว่าจารีตประเพณีมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตัวของมันเอง โดยไม่ต้องมีคำพิพากษายอมรับหรือได้รับการยอมรับจากรัฐ แนวความคิดนี้ถือว่า คำพิพากษาเป็นเพียงหลักฐานยืนยันแสดงการมีอยู่ของหลักเกณฑ์ของจารีตประเพณีในเรื่องนั้น ๆ เท่านั้น จารีตประเพณีมีผลบังคับเป็นกฎหมาย เมื่อได้รับการยอมรับจากประชาชนที่แสดงออกด้วยการปฏิบัติตามในลักษณะที่เหมือนกัน มิใช่ว่าจารีตประเพณีจะมีผล

¹ เป็นแนวความคิดของสำนักความคิดในทางกฎหมายที่ชื่อว่า สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Legal Positivism) ดูรายละเอียดในหัวข้อ 1.1 ของ บทที่ 1.

บังคับต่อเมื่อรัฐรับรอง หรือมีคำพิพากษายอมรับ เพราะจารีตประเพณีนั้นเกิดขึ้นมานานแล้ว ก่อนที่จะมีคำพิพากษาในเรื่องนั้น ๆ^๒

ฉะนั้น ในการจำแนกประเภทของกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้กับกฎหมายอาญานั้นจึงขอแยกเป็น 2 ประเภท โดยถือเอาคำพิพากษาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่ง ดังนี้

- 1) กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้มีคำพิพากษายืนยันแล้ว
- 2) กฎหมายจารีตประเพณีที่ยังไม่ปรากฏคำพิพากษายืนยัน โดยจะได้ศึกษาใน

หัวข้อสำคัญ 3 ประการคือ

- (1) ประวัติความเป็นมา
- (2) หลักเกณฑ์ในการยอมรับให้เป็นกฎหมายจารีตประเพณี
- (3) เหตุผลสนับสนุน

4.1 กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้มีคำพิพากษายืนยันแล้ว

กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้มีคำพิพากษายืนยันแล้ว ยกตัวอย่างเช่น ครุฑทำโทษเด็กตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน

- (1) ประวัติความเป็นมา

ตั้งแต่ในสมัยสุโขทัย (ประมาณ พ.ศ. 1800-1893) สมัยอยุธยา (ประมาณ พ.ศ. 1893-2310) สมัยธนบุรี (ประมาณ พ.ศ. 2310-2325) จนกระทั่งถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น (ประมาณ พ.ศ. 2325-2411) ปรากฏหลักฐานว่าการศึกษาในวัด เป็นศูนย์กลาง และมีพระสงฆ์เป็นครู^๓ โดยชาวบ้านจะส่งบุตรหลานที่เป็นชายไปเล่าเรียน

^๒ เป็นแนวความคิดของ สำนักความคิดในทางกฎหมาย ที่ชื่อว่า สำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) ดูรายละเอียดในหัวข้อ 1.1 ของบทที่ 1.

^๓ จิตรกร ตั้งเกษมสุข, ความเป็นมาของการศึกษาไทย (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เคสดีไทย, 2525), หน้า 15-16.

หนังสือตามวัดที่ตนเสื่อมใส^๔

พระสงฆ์จะเป็นผู้สอนหนังสือให้รู้จักการอ่าน การเขียน พร้อมทั้งสอดแทรก จริยธรรมและหลักธรรมของพระพุทธศาสนาไปในตัว ส่วนลูกหลานที่เป็นหญิงก็ให้เล่าเรียน การบ้านการเรือนอยู่กับบ้าน สำหรับการศึกษาล่าเรียนของ พระบรมวงศานุวงศ์ก็เล่าเรียนกัน ในพระบรมมหาราชวัง^๕

การเรียนการสอนในสมัยครั้งที่วัดเป็นสถานศึกษาและพระสงฆ์เป็น อาจารย์นั้น เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าพระสงฆ์นั้นมีอำนาจลงโทษลูกศิษย์ของตนได้ ดังความตอนหนึ่งที่ท่าน ศาสตราจารย์พระยาอนุมานราชธน^๖ กล่าวไว้ว่า "เมื่อเริ่มเรียน พระผู้เป็นอาจารย์ จะเขียนพยัญชนะ ก ข ลงบนกระดานดำให้อ่านก่อน เด็กจะต้องเล่าท่องดัง ๆ จน จำได้ แล้วจึงหัดเขียนโดยใช้ก้านธูปชี้ไปตามตัวหนังสือ ต้นฉบับที่อาจารย์เขียนให้นี้ ถ้าทำให้ลบเลือนหายไปเป็นต้องถูกทำโทษ ลางที่อาจารย์ลบต้นแบบครึ่งหนึ่งหรือทั้งหมด เพื่อทดลองให้เขียนเอง ถ้าเขียนไม่ถูกก็บังคับให้เอากระดานโขกหัวเสียสามครั้ง หรือ อาจารย์เขียนตัวละที หรืออย่างดีให้ข้อมือเป็นลูกมะเหงก เขกกระดานเท่าจำนวนตัวหนังสือ ที่เขียนผิด"

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะอยู่ในยุคสมัยใด ประชาชนต่างยอมรับว่าครูอาจารย์ สามารถที่จะทำโทษเด็กหรือลูกศิษย์ได้ เพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอน โดยที่ครูอาจารย์นั้นจะไม่มี ความผิดทางอาญาใด ๆ

^๔ ศิษย์ของพระรูปไหนก็สอนอยู่ที่ภูมิจังหวัดตนในวัดตามความสะดวก รายละเอียด โปรดดู ผ.ศ. สุกุมาร ชุมเกต, การศึกษาไทย: อดีต ปัจจุบันและแนวโน้ม (นครปฐม: แผนกบริการกลางสำนักงานอธิการบดี มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2524), หน้า 101-102.

^๕ เรื่องเดียวกัน, หน้า 89-90. และภุชญา สินไชย, 200 ปี การศึกษา ไทยลำดับเหตุการณ์ที่สำคัญ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 1.

^๖ เสฐียรโกเศศ (ศาสตราจารย์พระยาอนุมานราชธน), ชีวิตชาวไทยสมัยก่อน (พระนคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2510), หน้า 156-157.

(2) หลักเกณฑ์ในการยอมรับให้เป็นกฎหมายจารีตประเพณี

การที่ครูอาจารย์มีอำนาจลงโทษนักเรียน เพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอน ไม่ถือว่ามี ความผิดอาญานั้น เป็นหลักเกณฑ์ หรือสิ่งที่ปรากฏขึ้นมาแล้วในประเทศไทย โดยเกิดมี ขึ้นครั้งแรกเมื่อใดไม่ทราบแน่ชัด หากแต่สามารถหาหลักฐานยืนยันได้ว่า เกิดขึ้นมาตั้งแต่ สมัยที่ประเทศไทยมีวัดเป็นโรงเรียน และมีพระสงฆ์เป็นอาจารย์ประมาณ 200 ปีมาแล้ว นับว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับโบราณมาก และได้ยึดถือปฏิบัติต่อเนื่องกันมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากที่มีคำพิพากษาฎีกาพิพากษาโดยให้เหตุผลตรงกัน⁷ โดยที่ประชาชนต่าง ยอมรับกันทั่วไปและสมัครใจที่จะปฏิบัติตาม โดยปราศจากการขู่ขู่ขู่บังคับ เพราะเห็น ว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจำเป็นต้องปฏิบัติ

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์นี้ยังมีความแน่นอน กล่าวคือ ความคิดเห็นของประชาชน โดยส่วนรวมที่ยอมรับและปฏิบัติตามนั้น ปฏิบัติไปในแนวทางที่เหมือนกันและหลักเกณฑ์นี้ก็ มิได้ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด และเป็นหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผล เพราะ การที่ส่งบุตรหลานไปโรงเรียนก็เพื่อให้ครูอบรมสั่งสอนเด็กให้เป็นคนดี ในการอบรมสั่งสอน เด็กนั้น หากเด็กทำผิดแล้ว ครูย่อมมีอำนาจว่ากล่าวตักเตือนและลงโทษได้ตามสมควรและ ทำยที่สุดหลักเกณฑ์นี้ประชาชนยอมรับกันโดยทั่วไป

ดังนั้น การที่ครูอาจารย์ลงโทษนักเรียนเพื่ออบรมสั่งสอนนั้น จึงถือได้ว่าเป็น กรณีที่มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้ไม่เป็นความผิด โดยอยู่ภายในขอบเขต ของหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- 1) ครูหรืออาจารย์หรือพระสงฆ์เป็นผู้กระทำ
- 2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันถือเป็นการทำโทษ เช่น หัก ให้วิ่งรอบ สนาม ให้ยืนหน้าเสาธง เข้มยติ เป็นต้น

เรื่องอำนาจในการทำโทษนี้ ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงคภักย์⁸ มีความ

⁷ จะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.1 [3]

⁸ จิตติ ดิงคภักย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ:บริษัทพิมพ์การพิมพ์ จำกัด, 2521), หน้า 660-662. (จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา).

เห็นว่า "อำนาจทำโทษผู้อยู่ในปกครองนี้" ไม่จำกัดเฉพาะแต่ระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ในปกครองตามกฎหมายเท่านั้น หากยังขยายไปถึงผู้ที่อยู่ในฐานะเดียวกันด้วย (in loco parentis) เช่นการทำโทษเด็กที่นำมาเลี้ยงไว้เหมือนกับเป็นสมาชิกในครอบครัวคนหนึ่ง แม้จะไม่มี การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายก็ตาม^๙...อำนาจในการทำโทษศิษย์นั้นหาใช่อำนาจ ที่ได้รับมอบหมายมาจากผู้ปกครองเท่านั้น แต่เป็นอำนาจที่จำเป็นในทางปกครอง เพื่อรักษาระเบียบวินัย และฝึกรอบมของสถานศึกษา นอกเหนือไปจากกรณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 430^{๑๑} ฉะนั้นจึงไม่อาจเพิกถอนโดยบิดามารดาหรือผู้ปกครองเด็กนั้น และอาจมีอยู่จนเลยเวลาแห่งความเป็นผู้เยาว์ก็ได้ อำนาจของครูอาจารย์นี้ ไม่จำกัดเฉพาะในระหว่างที่ศิษย์อยู่ในสถานศึกษาเท่านั้น แต่มีอยู่นับตั้งศิษย์ออกจากบ้านจนกระทั่งกลับเข้าบ้านทีเดียว"

^๙ ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1567 (2) เช่นเดียวกับผู้ปกครองตามมาตรา 1598/3 หรือผู้อนุบาลตามมาตรา 1598/18 อำนาจปกครอง ย่อมมีอยู่จนบุตรบรรลุนิติภาวะตามมาตรา 1566 หรือถูกถอนอำนาจตามมาตรา 1582.

^{๑๐} อำนาจทำโทษนี้น่าจะขยายไปถึง ญาติของเด็ก (ปู่ย่าตายายลุงป้าน้าอาหรือพี่) ในอันที่จะทำโทษผู้เยาว์ตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนได้ โปรดดู ยินหยัดใจสมุทร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 หน่วยที่ 8-15 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จินดาสาส์น, 2526), หน้า 130. และน่าจะรวมไปถึงกรณีที่บิดามารดาเอาเด็กมาให้เราเลี้ยงไว้ โดยบอกว่าให้ลงโทษเด็กได้ ถ้าเด็กทำผิดและเราลงโทษเด็กตามสมควร เราก็ไม่มีความผิด รายละเอียดโปรดดู หุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 207-209.

^{๑๑} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 430 บัญญัติว่า "ครูบาอาจารย์ นายจ้างหรือบุคคลอื่น ซึ่งรับดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่เป็นนิตย์ก็ดี ชั่วครั้งคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิด ซึ่งเขาได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้น ๆ มิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร".

- 3) นักเรียนหรือลูกศิษย์ ที่ยังเป็นผู้เยาว์ หรือบรรลุนิติภาวะแล้ว¹²
- 4) เพื่ออบรมสั่งสอน¹³
- 5) ทำพอสมควรแก่เหตุ โดยพิจารณาถึงเหตุที่นักเรียนนั้นทำผิด ว่าร้ายแรงเพียงใด และลงโทษนักเรียนนั้นให้ได้สัดส่วนกับความผิดที่นักเรียนได้กระทำไป ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณากันเป็นเรื่อง ๆ ไป
- 6) ครูหรืออาจารย์นั้น ไม่มีความผิด¹⁴

¹² ยืนหยัด ใจสมุทร, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 หน่วยที่ 8-15, หน้า 130.

¹³ บางท่านเห็นว่าการศึกษาที่ครูอาจารย์ทำโทษนักเรียนไม่ถือเป็นความผิดนี้ เพราะไม่มีเจตนาร้าย ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยนำหลัก "เจตนาร้าย" (mens rea) ของกฎหมายอาญ่าอังกฤษมาใช้ทำให้เกิดความสับสน ซึ่งที่จริงแล้วการกระทำของครูที่ลงโทษนักเรียนนั้นถือได้ว่า ครูได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลได้แล้วว่าเด็กจะได้รับอันตราย หรือต้องเสื่อมเสียเสรีภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 2 ดังนั้นจึงน่าจะถือได้ว่าครูทำโดยมีเจตนาทำร้ายนักเรียนแล้ว และผลของการกระทำนั้นก็คือนักเรียนได้รับอันตราย อันเป็นผลที่เกิดจากการกระทำของครูแล้ว รายละเอียดโปรดดู วิศิษฐ์ ลิขานนท์, "ครูตีเด็ก", ตุลพาท. 14 (เล่ม 3 มีนาคม 2510): 37-41. และ ไพจิตร ปุญญพันธ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย", ตุลพาท. 20 (เล่ม 1 มกราคม-กุมภาพันธ์ 2516) : 44-48.

¹⁴ บางท่านเห็นว่าครูไม่ผิด เพราะบิดามารดาผู้ใช้อำนาจปกครอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1539(2) ที่ว่าทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนนั้น ได้ส่งบุตรของตนไปโรงเรียนเพื่อให้ครูอบรมสั่งสอนเด็กให้เป็นคนดี เช่นเดียวกับบิดามารดาอบรมสั่งสอนด้วย ความต้องการอันนี้ของบิดามารดาจึงน่าจะเท่ากับยอมโอนอำนาจปกครองของตนที่มีอยู่ให้กับครูโดยปริยาย เช่นนี้ครูผู้รับโอนอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครองมา จึงทำโทษเด็กได้ตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน บางท่านเห็นว่าที่ครูไม่ผิด เพราะเด็กนักเรียนที่ถูกทำโทษยินยอมให้ครูทำโทษแต่โดยดี รายละเอียดโปรดดู วิศิษฐ์ ลิขานนท์, "ครูตีเด็ก", ตุลพาท. หน้า 35-37 และ 41-43.

ถ้าหากว่าครูอาจารย์นั้นทำโทษเด็กด้วยโทษจริต มีอารมณ์โมโหแฉงอยู่ มิได้ตั้งใจจะสั่งสอนจริงจัง บางครั้งก็มีเหตุส่วนตัวอยู่ด้วย หรือบางทีทำด้วยความตั้งใจจะสั่งสอนเหมือนกัน แต่ทำโทษเสียเกินสมควร ครูนั้นย่อมมีความผิดทางอาญาเพราะการทำโทษดังกล่าวไม่ใช่เป็นการทำกันตามประเพณี หรืออีกนัยหนึ่งคือทำเกินขอบเขตที่กฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าวนี้ให้อำนาจไว้¹⁵

(3) เหตุผลสนับสนุน

การยอมรับว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องครูอาจารย์มีอำนาจทำโทษนักเรียนได้ตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอนโดยไม่มี ความผิดทางอาญานั้น เพราะนักเรียนหรือนักศึกษานั้นถือได้ว่าเป็นเยาวชนที่กำลังสร้างสมคุณสมบัตินี้ทั้งในด้าน ความรู้ ความคิด และคุณธรรม พร้อมทั้งจะรับมรดกตกทอดจากผู้ใหญ่ เป็นพลเมืองที่ดีมีประโยชน์แก่ ประเทศชาติต่อไปในอนาคต ดังนั้นนักเรียนจึงควรจะได้รับ การอบรมดูแลใกล้ชิดจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ญาติพี่น้อง และครูอาจารย์ เพื่อเป็นบุตรที่ดีของบิดามารดา เป็นศิษย์ที่ดีของครูอยู่ในโอวาทคำสั่งสอน รวมทั้งอยู่ในระเบียบประเพณีและกฎหมายของบ้านเมือง เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะยอมรับให้ครูอาจารย์หรือญาติพี่น้องที่ดูแลปกครองเด็กหรือนักเรียนนั้น มีอำนาจทำโทษเด็กหรือนักเรียนนั้นได้ตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอน

กฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจครูทำโทษนักเรียนได้นั้น ได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามจากประชาชน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยืนยันหลักเกณฑ์ดังกล่าว ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2471 คดีนี้ จำเลยเป็นครูใหญ่โรงเรียนประชาบาล ได้รับรายงานจากครูประจำชั้นว่า มีเด็กเกียจคร้านต่อการเรียนอยู่ 6 คน ครูได้ทำทัณฑ์โทษหลายครั้งแล้วไม่เข็ดหลาบ จำเลยจึงเรียกเด็กทั้ง 6 คน มาสั่งสอนและเขียนเด็กทั้ง 6 คนด้วยไม้เรียวคนละ 4 ที เด็กชาย ส. และ บ. ถูกเขียนมีบาดเจ็บเล็กน้อยเพียงโลหิตซึม ส่วนเด็กอื่นไม่มีบาดแผล ศาลฎีกาตัดสินว่าครูเขียนตีเด็กนักเรียนพอสมควร เพื่อเป็นการปราบปรามสั่งสอน เป็นการทำโทษในฐานะครูกับศิษย์โดยเจตนาดีไม่มีความผิด

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

คำพิพากษาฎีกาที่ 390/2483 ตัดสินว่าครูเขียนนักเรียนอายุ 12 ปี 5 ที่ ด้วยแขนงไม้ไผ่โตเส้นผ่านศูนย์กลางเกือบ 1 เซนติเมตร ตามข้อบังคับของแผนกกรรมการ เป็นแนวที่ท้องขาอ่อน หนึ่งแตกโลหิตไหลเล็กน้อย ในฐานะที่เด็กผู้นั้นพกมิดไปโรงเรียน เพื่อจะทำร้ายเพื่อนนักเรียน เป็นการสมควรที่ครูต้องปราบปราม ไม่เป็นความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 429-430/2505 คดีนี้ข้อเท็จจริงได้ความว่าพระภิกษุบังคับจะเอาผิดจากจำเลยซึ่งเป็นศิษย์ เนื่องจากจำเลยเป็นคนโมโหร้าย มีมิดไว้กลัวจะมีเรื่อง จำเลยแสดงกิริยาขัดขืนจะต่อสู้ พระภิกษุจึงใช้ไม้ฟาดไปที่หนึ่ง จำเลยยกแขนรับ บัดไม้ กระเด็นไป แล้วจำเลยโถมเข้าหาพระภิกษุกอดปล้ำกันล้มกลิ้งไปมา จำเลยใช้มิดที่ถืออยู่ แทะพระภิกษุแล้วมาต่อสู้อีก เป็นการป้องกันสิทธิและกระทำโดยบรรดาโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68, 72

ศาลฎีกาตัดสินว่า การที่พระใบฎีกาเลี่ยม โจทก์ยกไม้ขึ้นฟาดไปยังจำเลยที่หนึ่งนั้นหาเป็นการเกินขอบเขตที่อาจารย์พึงกระทำแก่ศิษย์ในรูปการณ์เช่นนี้ไม่ จำเลยลุกแก้ โทษและขาดความเคารพยำเกรงอาจารย์ จึงทำร้ายอาจารย์เช่นนี้จะถือว่าจำเลยจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนตามความในมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญาหาได้ไม่

ตามนัยของคำพิพากษาฎีกานี้แสดงว่า ศาลฎีกายังคงยอมรับอยู่ว่า พระภิกษุที่เป็นอาจารย์มีอำนาจทำโทษศิษย์ในความดูแลได้ตามสมควรแก่รูปการณ์เพื่อ ว่ากล่าวสั่งสอนได้

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างของกรณีที่ครูทำโทษนักเรียนโดยมิเหตุโกรธเคืองกันเป็นส่วนตัว มิใช่เพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอน และเป็นการทำเกินสมควร ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของกรณี ที่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้ ครูผู้กระทำนั้นจึงต้องมีความผิดทางอาญา เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 512/2473 คดีนี้จำเลยเป็นครูใหญ่ โรงเรียนนรเศรษฐ์ศึกษาลัย เด็กชาย ล. ได้พูดลามปามถึงภริยาจำเลยด้วยคำหยาบ เรื่องทราบไปถึงจำเลย ๗ มีความโกรธ ครั้นโรงเรียนเปิด จำเลยจึงทำโทษเด็กชาย ล. โดยให้เปลื้องกางเกงออกนอนคว่ำลงติดด้วยกิ่งไม้มะขามตามกันและขา 12 ที มีบาดแผล 18 แห่ง เป็นแผลแตกมีโลหิตซึม 13 แห่ง ฟกช้ำเขียว 5 แห่ง บาดแผลระบม ทำให้เด็กชาย ล. เป็นไข้อยู่ 6-7 วัน ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น

ต่อมากระทรวงศึกษาธิการ ได้ออกระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา พ.ศ. 2515 ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ข้อ 5 วรรคสาม โดยระเบียบนี้ใช้ชื่อเรียกว่า "ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา พ.ศ. 2521"

ตามระเบียบฉบับดังกล่าวระบุว่า คำว่า "การลงโทษ" นั้น หมายถึงการลงโทษนักเรียน หรือนักศึกษาที่ประพฤติผิดหรือฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับของสถานศึกษาหรือของกระทรวงศึกษาธิการ หรือฝ่าฝืนกฎกระทรวงศึกษาธิการออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 โดยมีความมุ่งหมายเพื่อสั่งสอนให้มีความประพฤติดี หรือเพื่อให้เข็ดหลาบ

นอกจากนี้ การลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา ให้อยู่ในดุลพินิจของหัวหน้าสถานศึกษา หรือครูอาจารย์ที่หัวหน้าสถานศึกษามอบหมาย ที่จะดำเนินการตามความเหมาะสมดังต่อไปนี้คือ 1) ว่ากล่าวตักเตือน 2) เขียน 3) ทำทัณฑ์บน 4) สั่งพักการเรียน 5) ให้ออก 6) คัดชื่อออก

สำหรับนักเรียนที่อยู่ในเกณฑ์บังคับ ตามกฎหมายว่าด้วย ประถมศึกษาให้พิจารณา ลงโทษตาม 1) 2) หรือ 3) เท่านั้น

การเขียนนั้น ใช้สำหรับความผิดที่นักเรียน หรือนักศึกษาฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับของสถานศึกษา หรือประพฤติคนไม่สมควรแก่สภาพนักเรียน หรือนักศึกษาตามกฎหมายกระทรวงศึกษาธิการ ออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132

การเขียนนั้นให้เขียนด้วยไม้เรียวเหลากลมเกลามีวเรียบ เส้นผ่าศูนย์กลางไม่เกิน 0.7 เซนติเมตร ที่บริเวณก้นหรือขาอ่อนก่อนบนด้านหลัง ซึ่งมีเครื่องแต่งกายรองรับ กำหนดเขียนไม่เกินหกที โดยให้หัวหน้าสถานศึกษาหรือครู อาจารย์ที่หัวหน้าสถานศึกษามอบหมายเป็นผู้เขียน การเขียนต้องกระทำในที่ไม่เปิดเผย และในลักษณะเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนให้เข็ดหลาบไม่ประพฤติชั่ว และกลับตัวเป็นคนดีต่อไป

การที่กระทรวงศึกษาธิการ ได้ออกระเบียบดังกล่าวนี้ เป็นการกำหนดขอบเขตของการทำโทษของครู ซึ่งถ้าหากว่าครูไม่ปฏิบัติตาม ก็คงเป็นเรื่องผิดทางวินัย ซึ่งมีโทษ 2 สถาน คือ สถานหนัก (ไล่ออก ปลดออก และให้ออก) และสถานเบา (ลดขั้นเงินเดือน ตัดเงินเดือน และภาคทัณฑ์)

อย่างไรก็ดี การที่มีระเบียบดังกล่าวนี้ ก็ไม่ได้ทำให้ครูอาจารย์ไม่มีอำนาจทำโทษเด็กเพื่ออบรมสั่งสอน เพราะเป็นเรื่องของกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้ทำได้ โดยไม่ถือเป็นความผิดทางอาญา

นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ยอมรับว่า ครูบาอาจารย์ทำโทษนักเรียนตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนนั้น ไม่มีความผิดทางอาญา เพราะมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจไว้เช่น อาทิเช่น พระยาอรรถการีย์นิพนธ์¹⁶ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์¹⁷ เป็นต้น

4.2 กฎหมายจารีตประเพณีที่ยังไม่ปรากฏคำพิพากษายืนยัน

4.2.1 การเล่นกีฬาที่มีการใช้กำลัง แม้จะทำให้ผู้ร่วมเล่นกีฬาได้รับอันตราย ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิด

(1) ประวัติความเป็นมา

การกีฬา¹⁸ ของไทยเริ่มในสมัยใดไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจน

¹⁶ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์, "กฎหมายอาญาพิศดาร พ.ศ.2489" พิมพ์ในหนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (สิทธิ จุณยานนท์) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2521), หน้า 112-113.

¹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2, หน้า 661-663.

¹⁸ กีฬาหมายถึงการแข่งขัน การเล่นเพื่อความสนุกสนาน โดยมากเพื่อการบำรุงแรง หรือกีฬาคือกิจกรรมที่เป็นส่วนหนึ่งของชีวิต เล่นเพื่อความสนุกสนานและเพื่อแสดงออกซึ่งความสามารถ และความสวยงามด้วยการเคลื่อนไหวของร่างกายในเวลาว่าง และให้เป็นไปตามกฎและระเบียบที่วางไว้ ทั้งนี้โดยไม่หวังผลตอบแทน นอกจากผลที่เกิดจากกิจกรรมในตัวของมันเองเท่านั้น รายละเอียดโปรดดู ถนอมวงศ์ กฤษณ์เพ็ชร์, รายงานผลการวิจัยเรื่องพัฒนาการของพลศึกษาในประเทศไทยระหว่าง พ.ศ. 2325 - 2525 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 355.

แต่สันนิษฐานว่าคงจะเกิดขึ้นมาพร้อมๆ กับการสร้างชาติไทย เพราะการออกกำลังกาย เป็นความต้องการตลอดชีวิตของมนุษย์ในสมัยโบราณ ราวพุทธศักราช 500 ไทยอยู่ทาง ตอนใต้ของประเทศจีน คนไทยได้ใช้การพลศึกษา^{๑๙} เพื่อความอยู่รอด และการสงคราม เพราะสภาพแวดล้อมคนสมัยนั้นต้องออกกำลังในการหาอาหาร ต่อสู้กับสัตว์ร้าย ป้องกัน ตนเอง และสู้กับธรรมชาติ^{๒๐}

จากหลักฐานปรากฏว่า การชกมวยในสมัยอยุธยาตอนปลายนี้ (สมัยสมเด็จพระ นารายณ์มหาราช) ชกกันด้วย การคาดเชือก โดยใช้เชือกเป็นผ้าพันมือบางครั้งการชกก็ อาจถึงตาย เพราะเชือกที่คาดมือนั้นบางครั้งก็ใช้น้ำมันชุบเศษแก้วละเอียด ชกถูกตรงไหนก็ เป็นแผลตรงนั้นจะเห็นได้ว่ามวยไทยในสมัยนั้นมีอันตรายเป็นอันมาก^{๒๑} แต่ก็ยังเป็นที่ยอมรับกัน ในสังคมยุคนั้นว่าเป็นกีฬาที่เล่นกันได้ โดยไม่ถือเป็นการผิดต่อกฎหมายบ้านเมืองแต่ประการใด

ต่อมา การกีฬาได้ขยายตัวเพิ่มขึ้น มีการเล่นกระบี่ กระบอง ฟันดาบ ทั้งดาบสั้น ดาบสองมือ และไม้สั้น เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า การกีฬามวยไทยและกระบี่กระบองนั้นเป็น กีฬาที่นิยมกันมาตั้งแต่สมัยโบราณก่อนกรุงรัตนโกสินทร์มาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน และจากหลัก ฐานนั้นไม่เคยปรากฏว่า ผู้ที่ทำให้ผู้ที่แข่งขันกีฬาดังกล่าว อีกฝ่ายหนึ่งได้รับบาดเจ็บหรือต้อง ถึงแก่ความตายจะต้องมีความผิดทางอาญา กล่าวคือเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าผู้แข่งกีฬาที่ทำ

^{๑๙} พลศึกษาหมายถึงขบวนการศึกษาอย่างหนึ่งที่ช่วยส่งเสริมให้ผู้เรียนได้มีการ เจริญองกงามและมีพัฒนาการทั้งด้านร่างกายและจิตใจ อารมณ์และสังคมโดยอาศัยกิจกรรม พลศึกษาที่ได้เลือกเฟ้นแล้วเป็นสื่อกลางของการเรียนรู้ รายละเอียดโปรดดู ถนอมวงศ์ กฤษณ์เพ็ชร, รายงาน ผลการวิจัยเรื่อง พัฒนาการของพลศึกษาในประเทศไทย ระหว่าง พ.ศ. 2325-2525, หน้า 355.

^{๒๐} อนุกรรมการรวบรวมประวัติศาสตร์สุโขทัย, ประวัติศาสตร์สุโขทัย ภาค 1, หน้า 50-51 อ้างถึงในมยุรี ศุภวิบูลย์, "อิทธิพลของการเมืองที่มีต่อการพลศึกษาและการ กีฬาในประเทศไทยระหว่างปี พ.ศ. 2475-2516" (ปริญญาานิพนธ์การศึกษามหาบัณฑิตย มหาวิทยาลัยศรีครินทรวิโรฒ, 2517).

^{๒๑} ผ.ศ. จรวย แก่นวงศ์คำ, มวยไทย-มวยสากล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โอเดียน สโตร์, 2530), หน้า 2.

ให้คู่แข่งฝ่ายตรงข้ามได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายนั้น มีอำนาจทำได้ไม่ถือว่าเป็นความผิด

การยอมรับให้มีการเล่นกีฬาดังกล่าวนั้นได้ปฏิบัติตามกันต่อมา จนกระทั่งมาถึงในยุคปัจจุบัน ความคิดในการยอมรับให้มีการเล่นกีฬาที่มีการใช้กำลังได้นั้น ได้ขยายให้รวมไปถึงกีฬาใหม่ๆ ที่แพร่หลายมาจากต่างประเทศด้วย เช่น บาสเก็ตบอล รักบี้ฟุตบอล ฟุตบอล เป็นต้น

(2) หลักเกณฑ์ในการยอมรับให้เป็นกฎหมายจารีตประเพณี

การเล่นกีฬาแม้จะทำให้ผู้เล่นอีกฝ่ายได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เพราะถือว่ามิใช่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏว่ามีอยู่ในประเทศไทยมาเป็นร้อย ๆ ปีแล้ว นับว่าเป็นเรื่องที่ไม่เกินโบราณ และยังคงเป็นหลักเกณฑ์ที่ยึดถือปฏิบัติกันมาจนกระทั่งปัจจุบัน โดยเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปของประชาชน และประชาชนสมควรใจที่จะปฏิบัติตามโดยปราศจากการข่มขู่หรือขู่เชิญบังคับ เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจำเป็นต้องปฏิบัติ

นอกจากนั้นหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังมีความแน่นอน เพราะความคิดเห็นของประชาชนโดยส่วนรวมต่างยึดถือและปฏิบัติตามไปในแนวทางเดียวกันและหลักเกณฑ์นี้ก็ได้เป็นการขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเป็นหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผล ทั้งนี้เพราะการเล่นกีฬาเป็นสิ่งที่ประชาชนยอมรับ ตรงต่อมติมหาชน กฎหมายจึงไม่สมควรที่จะห้ามการเล่นกีฬาดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยทางตรง โดยการออกกฎหมายมาห้ามการเล่นกีฬาดังกล่าว หรือโดยทางอ้อม ด้วยการบัญญัติกำหนดความผิดและลงโทษผู้เข้าเล่นกีฬาที่ทำให้คู่แข่งอีกฝ่ายหนึ่งได้รับบาดเจ็บ เพราะการเล่นกีฬามีมูลเหตุจูงใจเพื่อที่จะส่งเสริมพลานามัยหรือก่อให้เกิดความสามัคคีระหว่างหมู่คณะ²²

แต่ทั้งนี้การยอมรับว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้ผู้เล่นกีฬาไม่มีความผิด

²²ไพจิตร ปุญญพันธ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย", คุณพาน, หน้า 50-51.

ในกรณีเกิดอันตรายแก่กายในการเล่นกีฬานั้นขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้^{๒๓}

1) กีฬาที่เล่นนั้นต้องเป็นกีฬาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกล่าวง่าย ๆ ก็คือเป็นกีฬาที่ไม่ฝ่าฝืนต่อมติมหาชน ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การชกมวย, กระบี่กระบอง, ฟุตบอล, บาสเก็ตบอล เป็นต้น

2) ผู้เล่นกีฬานั้นต้องเล่นด้วยความมุ่งหมายในทางกีฬา มิใช่เพราะมีเหตุส่วนตัว เช่น โกรธเคือง อาฆาตพยาบาท

3) การเกิดอันตรายนั้น เป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการเล่นกีฬานั้น

สำหรับกติกานั้น แม้ผู้เล่นจะเล่นถูกต้องตามกติกา ก็เป็นเพียงแต่พฤติการณ์ที่อาจช่วยแสดงว่าผู้เล่นไม่มีเจตนาให้เกิดอันตราย เพราะกติกาย่อมทำไว้เพื่อไม่ให้เกิดผลเป็นอันตรายเช่นนั้น แต่ถ้าเล็งเห็นอันตรายสาหัสอยู่แล้วยังขืนกระทำไป แม้จะถูกกติกาก็เป็นความผิดเพราะกติกาไม่ใช่กฎหมายที่จะนำมายกเว้นความผิดได้ แต่อย่างไรก็ดี แม้จะเล่นผิดกติกา ก็ไม่เป็นเหตุให้ถือว่าผู้เล่นเจตนาให้เกิดอันตราย เพราะการกระทำผิดกติกาไม่จำเป็นต้องเจตนาให้เกิดอันตรายเสมอไป และกติกาก็ไม่ใช่กฎหมายที่จะมีผลให้ผู้ฝ่าฝืน

^{๒๓} หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการอธิบายตามหลักกฎหมายไทย โดยจะไม่ขอนำหลักกฎหมายต่างประเทศมากล่าว เพราะได้มีผู้ศึกษาไว้โดยละเอียดแล้วคือ ประพิน ปรัชญากรณ์และกมลชัย รัตนสกาววงศ์ รายละเอียดโปรดดู ประพิน รัชญากรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) และกมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523),

กลายเป็นผู้กระทำความผิดไปได้^{๒๔}

(๓) เหตุผลสนับสนุน

วัตถุประสงค์ของการเล่นกีฬานั้นคือเพื่อให้เกิดความแข็งแรง มีน้ำใจเป็นนักกีฬา สามารถร่วมทำงานกับผู้อื่นได้ ทำให้เกิดความสนุกสนาน รวมทั้งก่อให้เกิดความสามัคคีระหว่างหมู่คณะอีกด้วย

ดังนั้นจึงเป็นที่ยอมรับกันโดยตลอดมาตั้งแต่สมัยโบราณว่าการเล่นกีฬาที่มักจะเกิดมีการปะทะกันระหว่างนักกีฬาเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บหรือถึงแก่ชีวิตนั้นผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ กีฬาดังกล่าวได้แก่การชกมวย กระบี่กระบอง ฟุตบอล บาสเกตบอล รักบี้ฟุตบอล เป็นต้น

ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จลักษณะพินัน 2 ประการมาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า "ชนทั้งสองเป็นเอกจิตร์ เอกฉันท์ ตีมวยด้วยกันก็ดี แลปล้ำกันก็ดี และผู้หนึ่งต้องเจ็บปวดก็ดี โขน หักถึงแก่มรณภาพก็ดี ท่านว่าหาโทษมิได้ อนึ่งมีผู้ยงก็ดี ผู้ตกรางวัลก็ดี ให้ปล้ำตีนั้น ผู้หาโทษมิได้ เพราะเหตุผู้ยงนั้นจะได้มีจิตร์เจตนาที่จะใคร่ให้สิ้นชีวิตหามิได้ แต่ใคร่จะดูเล่นเป็นผาสุกภาพ เป็นกรรมแก่ผู้ถึงมรณภาพเองแล"^{๒๕}

แม้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งประกาศใช้ ในภายหลังตามลำดับจะมีได้มีบทบัญญัติดังกล่าวแล้วบัญญัติไว้ก็ตาม แต่การยอมรับปฏิบัติกันมา

^{๒๔} จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญากฎ 1 ตอนที่ 2, หน้า 689-690.

^{๒๕} พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายเล่มหนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, 2513), หน้า 559. (พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ ฯพณฯ พลโทอัมพร ศรีไชยยันต์).

ในกรณีดังกล่าวก็หาได้เลิกปฏิบัติไม่ เช่นนี้ก็ต้องถือว่าได้มีกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่อง การแข่งขันชกมวยสืบทอดต่อเนื่องกันมาจนถึงปัจจุบันว่า การทำร้ายกันในการชกมวยนั้น แม้ จะได้รับบาดเจ็บถึงสาหัสหรือถึงแก่ชีวิต ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดแต่อย่างใด โดยที่ในยุค ต่อมาการกีฬาได้พัฒนาเพิ่มขึ้น ตลอดจนการกีฬาของต่างประเทศได้แพร่หลายเข้ามาใน ประเทศไทย เช่น ฟุตบอล บาสเกตบอล เป็นต้น หลักเกณฑ์ในกฎหมายจารีตประเพณี ดังกล่าวก็ได้วิวัฒนาการนำมาใช้ในการเล่นกีฬาต่าง ๆ ที่กล่าวมานั้นด้วย

4.2.2 การกระทำของแพทย์โดยความยินยอมของคนไข้ แม้จะทำให้ เกิดอันตรายขึ้น แพทย์ก็ไม่มี ความผิด

(1) ประวัติความเป็นมา

ปัญหาโรคภัยไข้เจ็บเป็นปัญหาสำคัญของมนุษย์มาตั้งแต่ครั้งโบราณกาล ในสังคม ดั้งเดิมก่อนยุคตั้งบ้านเมือง ต่อมาสังคมได้วิวัฒนาการจากสังคมดั้งเดิม สู่ยุคอาณาจักร ในสมัยสุโขทัยและอยุธยา ในสมัยนี้ ผู้ทำหน้าที่แพทย์มี 2 ประเภท คือแพทย์พื้นเมือง หรือที่เรียกว่าหมอราษฎร รับผิดชอบต่อชาวบ้านทั่วไป หมอราษฎรมักเป็นผู้ชายมีทั้งฆราวาส และพระสงฆ์ หมอราษฎรถ้ามีความชำนาญและมีความสามารถมากจนเป็นที่พอพระราชหฤทัย จะได้รับการแต่งตั้งเป็นหมอลหลวง มีหน้าที่รักษาพวกราชวงศ์ ตลอดจนขุนนางตามพระบรม ราชโองการ

ตั้งแต่รัชกาลต้นของราชวงศ์จักรี พระมหากษัตริย์ทุกพระองค์ทรงเห็นความสำคัญ ของการแพทย์ จึงมีการรวบรวมข้าราชการและตำราทางการแพทย์และยังได้เผยแพร่ ความรู้เหล่านี้แก่ราษฎร²⁵ และสันนิษฐานได้ว่าเป็นที่ยอมรับกันตลอดมาว่าแพทย์มีอำนาจทำ การผ่าตัด ตัดแขนหรือตัดขาคนไข้ได้ โดยไม่ถือเป็นความผิดทางอาญา

²⁵ จรัส เกร็นพงษ์, ประวัติการแพทย์สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ (กรุงเทพ : หน่วยพิมพ์โรงพยาบาลศิริราช คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล, 2525), หน้า 18-26. (จัดพิมพ์เนื่องในการสมโภชกรุงรัตนโกสินทร์ครบ 200 ปี).

(2) หลักเกณฑ์ในการยอมรับให้เป็นกฎหมายจารีตประเพณี

ตามปกติแพทย์ก็เป็นมนุษย์ปุถุชนธรรมดาเช่นเดียวกับพวกเรา ๆ แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ ในการบำบัดรักษาร่างกาย และชีวิตคนเจ็บป่วยนั้น จึงทำให้แพทย์ได้รับการยอมรับว่ามีอำนาจทำการผ่าตัด ตัดแขน ขาหรืออวัยวะอื่นใดของร่างกายมนุษย์ได้ โดยไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา

การยอมรับในกรณีดังกล่าวได้เกิดขึ้นมานานนับร้อย ๆ ปี แล้ว และยังคงยึดถือเป็นหลักเกณฑ์ปฏิบัติกันมาจนกระทั่งปัจจุบัน โดยประชาชนต่างยอมรับกันทั่วไป และสมัครใจที่จะปฏิบัติตามโดยปราศจากการข่มขู่หรือขู่เข็ญบังคับด้วย เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติ

นอกจากนี้หลักเกณฑ์นี้ยังมีความแน่นอน เพราะความคิดเห็นของประชาชนโดยส่วนรวมต่างยึดถือและปฏิบัติตามไปในแนวทางเดียวกัน และหลักเกณฑ์นี้ก็ได้ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด ประกอบกับหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผล เพราะแพทย์มีหน้าที่รักษาคนเจ็บป่วย ซึ่งจะต้องแตะเนื้อถูกตัวหรือร่างกายของผู้ป่วย ถ้าเราไม่ยอมรับให้แพทย์ มีอำนาจในการผ่าตัดหรือกระทำต่อร่างกายเพื่อรักษาพยาบาลแล้ว ก็จะมีการรักษาเกิดขึ้นไม่ได้

ดังนั้นการที่แพทย์ผ่าตัด หรือถูกต้องร่างกายของผู้ป่วย แม้จะทำให้ผู้ป่วยได้รับบาดเจ็บ บาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย แพทย์ก็ไม่มี ความผิดทางอาญา โดยการยอมรับนั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์²⁷ ดังต่อไปนี้

- 1) ผู้กระทำเป็นแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม
- 2) การกระทำ หรือการผ่าตัดนั้น อยู่ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ได้นิยามศัพท์ คำว่า "วิชาชีพเวชกรรม" ไว้ ว่าหมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็ม หรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อบรรเทาความรู้สึก และหมายความถึงการกระทำทาง ศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสสาร การสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกายเพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

3) ผู้ป่วยต้องให้ความยินยอมโดยสมบูรณ์

มีผู้ให้ความเห็นว่าความยินยอมของผู้ป่วยให้แพทย์ทำต่อร่างกายของเขาเนื่องในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้นั้น มีความหมายว่า ผู้ป่วยจะต้องได้ทราบถึงวิธีในการรักษาว่าจะทำอย่างไร เช่น ให้อาหาร ฉีดยา ผ่าตัด หรือวิธีอื่นใด และผู้ป่วยจะต้องทราบถึงผลที่พึงจะเกิดขึ้นจากการรับการรักษา นั้น ๆ ด้วย

ดังนั้น สำหรับกรณีที่ต้องการรักษา ต้องกระทำโดยวิธีการพิเศษ นอกเหนือจากการให้อาหารหรือฉีดยา ซึ่งผู้ป่วยเข้าใจดีอยู่แล้ว เช่นการผ่าตัด การใช้เครื่องมือพิเศษ การฉายแสงและการรักษาอื่น ๆ ซึ่งผู้ป่วยซึ่งเป็นคนธรรมดาไม่ทราบ กรณีเช่นนี้แพทย์ต้องแจ้ง

²⁷ จะขอกล่าวเฉพาะหลักในกฎหมายไทย ละเอียดยแล้ว.

เพราะได้มีผู้ศึกษาเรื่องนี้ไว้โดย

ให้ผู้ป่วยทราบด้วยและต้องขอความยินยอมของผู้ป่วยอีกครั้งหนึ่ง หากผู้ป่วยให้ความยินยอมการรักษาจึงสมบูรณ์²⁸

การที่แพทย์ต้องอธิบายให้ผู้ป่วยเข้าใจ สำคัญในการกระทำเพื่อตรวจหรือรักษาโรคของแพทย์ ว่าแพทย์จะอย่างไรกับส่วนไหนของร่างกายผู้ป่วย โดยมีจุดมุ่งหมายของการกระทำนั้นอย่างไร ตลอดจนผลของการตรวจรักษานั้นจะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วยอย่างไร เมื่อผู้ป่วยได้รับการอธิบายจนเข้าใจแล้ว ย่อมให้แพทย์กระทำการได้ เช่นนี้ เรียกว่าความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent) ซึ่งเป็นความยินยอมที่สมบูรณ์ตามกฎหมาย²⁹

แต่ทั้งนี้ การตรวจรักษาในกรณีฉุกเฉินรีบด่วนที่เป็นอันตรายต่อผู้ป่วย แม้ผู้ป่วยไม่ยินยอมแพทย์ก็ย่อมดำเนินการไปได้โดยถือว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67³⁰

ในกรณีที่แพทย์ได้กระทำต่อร่างกายของบุคคลโดยมิใช่เหตุผลเพื่อการบำบัดรักษาโรคตามปกติแล้ว หลักเกณฑ์ในทางวินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์เป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น ต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมของผู้เสียหายทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอันเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไป ให้อำนาจให้กระทำได้ ไม่ถือเป็นความผิดอาญามาใช้ ซึ่งการวินิจฉัยว่าการกระทำของแพทย์ในกรณีใดจะยอมรับได้หรือไม่นั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

- 1) มีความยินยอมของผู้ถูกกระทำอันเป็นความยินยอมที่ไม่ได้เกิดจากการข่มขู่ ฉ้อฉล สำคัญผิดหลงกลวง หรือวิธีการอันมิชอบประการอื่น
- 2) ความยินยอมนั้นมีอยู่ตลอดเวลาที่แพทย์ได้กระทำ
- 3) การกระทำนั้นไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี

²⁸ ศ.น.พ. วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์ (Forensic Medicine), พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดน้ากั้งการพิมพ์, 2530), หน้า 119-120. (จัดพิมพ์โดยฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหง).

²⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 121.

³⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 146-147.

การกระทำใดจะถือว่า เป็นการขัดต่อศีลธรรมหรือไม่นั้น มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยขึ้นอยู่กับว่าในเรื่องนั้นๆ มีกฎหมายจารีตประเพณียอมให้ทำได้หรือไม่

ยกตัวอย่าง กรณีที่ถือว่าแพทย์ทำได้ เช่น การทำหมัน (Sterilisation)^{๓๑} การทำสุหนัด (Ritual circumcision)^{๓๒} การแปลงเพศ (Sex alternation)^{๓๓} การบริจาคอวัยวะ (Donation of organs)^{๓๔} ศัลยกรรมตกแต่ง (Cosmetic surgery)^{๓๕}

สำหรับกรณีที่ถือว่าแพทย์น่าจะไม่มีอำนาจทำได้ คือ กรณีการกระทำเพื่อเป็นการทดลองรักษาเพียงประการเดียว^{๓๖}

(3) เหตุผลสนับสนุน

ในเรื่องการกระทำของแพทย์ที่มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้นั้น มีผู้ให้คำอธิบายไว้หลายท่าน อาทิเช่น

^{๓๑} ดร. โกเมน ภัทรภิรมย์, "การแปลงเพศในทรานส์ของนักกฎหมาย", บทบัญญัติ, 29 (ตอน 3 2515) : 701.

^{๓๒} เป็นพิธีกรรมทางศาสนาอิสลามและยิว แม้จะเป็นการทำร้ายร่างกาย ก็ไม่ถือว่า เป็นการขัดต่อศีลธรรม.

^{๓๓} เป็นวิธีการรักษาวิธีหนึ่งให้กับบุคคลที่มีความคิดว่าตนเป็นเพศตรงข้ามกับตน ซึ่งเป็นความผิดปกติทางจิตใจที่เรียกว่า "หลงเพศ" (Transsexualism) และเป็นที่ยอมรับกันทางการแพทย์ว่า เป็นการประกอบวิชาชีพเวชกรรม ไม่ถือเป็นการทำร้ายร่างกาย รายละเอียดโปรดดู ศ.น.พ. วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "การกระทำของแพทย์ต่อร่างกายผู้ป่วย (ในขอบเขตของการประกอบวิชาชีพ) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย", วารสารนิติศาสตร์, 17 (ฉบับที่ 3 กันยายน 2530) : 193-198.

^{๓๔} เรื่องเดียวกัน, หน้า 198-199.

^{๓๕} ดร. โกเมน ภัทรภิรมย์, "การแปลงเพศในทรานส์ของนักกฎหมาย", บทบัญญัติ, หน้า 701.

^{๓๖} ดร. คณิต ฒ นคร, "กฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์และสาธารณสุข", วารสารอัยการ, 1 (ฉบับที่ 11 พฤศจิกายน 2521) : 67.

- ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงคภักย์^{๓๗} ได้อธิบายว่าถึงแม้ว่าจะได้มีพระราชบัญญัติการแพทย์ และพระราชบัญญัติการควบคุมการประกอบโรคศิลป์ กำหนดคุณวุฒิและการออกใบอนุญาตแก่แพทย์ก็เป็นการควบคุมของรัฐต่ออาชีพประเภทนั้น การอนุญาตโดยกฎหมายประเภทนี้ ไม่ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตมีสิทธิเหนือเหนือเป็นการยกเว้น ความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่งและอาญาทั่วไปแต่ประการใด ตรงกันข้ามกลับจะต้องใช้ความรู้และฝีมือพิเศษในอาชีพด้วยซ้ำไป ฉะนั้นการที่แพทย์รักษาผู้ป่วยตามใบอนุญาตของตน เช่นทำการผ่าตัด จึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย เว้นแต่ผู้ป่วยจะไม่สามารถให้ความยินยอมได้ และการรอซ้ำไปจะเป็นอันตรายแก่ผู้นั้น หรือเป็นที่ถือได้ว่าได้ให้ความยินยอมโดยปริยาย ถ้าผู้ป่วยได้แสดงอาการว่า ไม่ยอมให้ผ่าตัด แพทย์จะทำการผ่าตัดไม่ได้ การกระทำของแพทย์ต้องกระทำเพื่อรักษาผู้ป่วย ถ้ากระทำด้วยความประสงค์อย่างอื่น เช่นทดลองยาหรือฝีมือแล้ว แพทย์มีความผิด

- ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์^{๓๘} ได้อธิบายว่าการที่แพทย์ทำการผ่าตัดนั้น ถ้าหากว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม ก็เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี เพราะแพทย์ได้กระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจ เพื่อที่จะรักษาความเจ็บป่วยต่าง ๆ ความยินยอมของผู้รับการผ่าตัด จึงชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของแพทย์ไม่มีความผิด แต่ถ้าหากผู้เสียหายหรือผู้ที่จะถูกผ่าตัดไม่ยินยอมแล้ว แพทย์ย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่แพทย์อาจไม่ต้องรับผิด ถ้าในกรณีที่เป็นการกระทำด้วยความจำเป็น เพื่อที่จะช่วยชีวิตผู้อื่นคือคนไข้ให้พ้นจากภยันตราย ดังนั้นกรณีย่อมปรับได้ตามมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๓๗} จิตติ ดิงคภักย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 2, หน้า 690-691.

^{๓๘} ไพจิตร ปุญญพันธ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย", ดุลพินิจ, หน้า 48-50.

นอกจากนี้ยังมีผู้เห็นอีกว่าการที่แพทย์ตัดแขนคนไข้โดยที่คนไข้ยินยอม แพทย์ย่อมมีอำนาจทำได้ โดยถือว่ามิกฎหมายจารีตประเพณีที่มีข้อความให้อำนาจบุคคลให้กระทำการใด ๆ ซึ่งโดยปกติการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดอาญาได้^{๓๙}

4.2.3 ประเพณีต่าง ๆ ที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย

มีประเพณีอยู่มากมายที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่ที่จะนำมากล่าวในที่นี้คือ ประเพณีสาดน้ำในวันสงกรานต์

(1) ประวัติความเป็นมา

วันสงกรานต์ตรงกับวันที่ 13 เมษายน ของทุก ๆ ปี และถือเป็นวันขึ้นปีใหม่ในสมัยโบราณ และเนื่องจากเป็นเวลาฤดูร้อน นอกจากจะมีการสงฆ์น้ำพระและรดน้ำอวยพรผู้ใหญ่ที่เราเคารพ ซึ่งเป็นการให้พรกันด้วยน้ำเพื่อให้ร่มเย็นเป็นสุขแล้ว เรายังมีการสาดน้ำกันทั่ว ๆ ไปอีกด้วย ดังความตอนหนึ่งในหนังสือเรื่อง "ประเพณีเนื่องในเทศกาล" ของเสฐียรโกเศศ^{๔๐} ว่า "เวลาบ่ายแดดตกวันสงกรานต์ หลังจากสงฆ์น้ำพระแล้วจะเริ่มเล่นสาดน้ำรดกัน และเล่นปล้ำมอมหน้ากันอย่างสนุกสนาน เป็นการสนุกกระหว่างหนุ่ม ๆ สาว ๆ การเล่นสาดน้ำและ มอมหน้ากันนี้ ถ้าเป็นผู้ชายนอกจากจับเอามอมหน้าแล้วยังมีการฉีกเสื้อผ้าใส่ให้ขาดรุ่งริ่งไปหมดด้วย โดยผู้ถูกกระทำจะไม่โกรธ และถ้าชายบ้านอื่นพลัดเข้ามาก็ไม่เว้น เพราะอยากสะเออะเข้ามาเอง โกรธไม่ได้"

^{๓๙} หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 208.

^{๔๐} เสฐียรโกเศศ, ประเพณีเนื่องในเทศกาล (พระนคร : โรงพิมพ์ของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2506), หน้า 3-4.

(2) หลักเกณฑ์ในการยอมรับให้เป็นกฎหมายจารีตประเพณี

การสาดน้ำเล่นสนุกในวันสงกรานต์ถือเป็นประเพณีโบราณ ที่มีมานานแล้ว ตั้งแต่ครั้งบรรพบุรุษของชาวไทย⁴¹ และยังคงมีการเล่นกันมาจนถึงปัจจุบัน โดยเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปของประชาชน เมื่อถึงวันที่ 13 เมษายน ประชาชนก็สมัครใจที่จะเล่นสาดน้ำกัน โดยปราศจากการขู่ขู่บังคับ เพราะเป็นเรื่องสนุกสนาน เห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และจำเป็นต้องปฏิบัติ

นอกจากนี้การเล่นสาดน้ำกันนี้ยังมีความแน่นอน เพราะความคิดเห็นของประชาชนโดยส่วนใหญ่ต่างยึดถือและปฏิบัติตามไปในแนวทางเดียวกัน และการเล่นดังกล่าวก็มีได้เป็นการขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเป็นหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผล ทั้งนี้เพราะประชาชนต่างยอมรับว่าการสาดน้ำเล่นกันในวันสงกรานต์นั้นเป็นประเพณีที่ทำให้เกิดความสนุกสนาน โดยถือว่าน้ำที่สาดกันนั้น คือพระที่ให้แก่กัน

ดังนั้นเราจึงยอมรับว่าประเพณีการสาดน้ำเล่นสนุกกันในวันสงกรานต์นั้นเป็นกรณีที่มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้ ไม่เป็นความผิดทางอาญา (ฐานทำให้เสียทรัพย์ หรือความผิดลหุโทษฐานทำร้ายโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391) แต่ทั้งนี้การยอมรับดังกล่าวต้องขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) สาดน้ำเล่นกันได้เมื่อถึงประเพณีวันสงกรานต์ ซึ่งแต่ละจังหวัดอาจจัดไม่ตรงกัน กล่าวคืออาจจะจัดให้มีการสาดน้ำเล่นกันเกินกว่า 1 วัน (คือวันที่ 13 เมษายน) ก็ได้

⁴¹ อรุณคินทร์ วิริยะบุรณะ, ประเพณีไทยฉบับพระมหाराชครู (กรุงเทพ : ประจักษ์การพิมพ์, 2516), หน้า 304-309.

2) การสาธิตน้ำเล่นกันนั้นต้องคำนึงถึงสถานที่ด้วย กล่าวคือถ้าเป็นในต่างจังหวัดก็เล่นกันตามประเพณีของแต่ละจังหวัด⁴² แต่ถ้าเป็นกรุงเทพมหานครนั้นเนื่องจากเหตุการณ์และสิ่งแวดล้อมไม่เหมือนกัน จึงต้องมีการสาธิตน้ำเล่นกันในขอบเขต เพราะถ้าหากปล่อยให้เล่นมากเกินไปโดยไม่มีขอบเขตจนเกิดความเสียหาย ก็จะต้องมีการห้ามปรามกัน แต่จะห้ามเล่นโดยเด็ดขาดนั้นไม่ได้

ขอบเขตของการสาธิตน้ำเล่นเนื่องในประเพณีสงกรานต์ในกรุงเทพฯ นั้น คือไม่ให้สาธิตคนอื่นอย่างไม่เลือกหรือสาธิตเกินขอบเขตความเหมาะสมไป เช่นใช้น้ำสปรกหรือน้ำที่ก่อให้เกิดผื่นคันสาธิตกันไม่เลือก ทำให้เสื้อผ้าเลอะเปรอะเปื้อนเสียหาย หรือสาธิตไปยังรถยนต์ที่กำลังแล่นกันอย่างพลุกพล่านทำให้เกิดอุบัติเหตุ เป็นต้น⁴³

ดังนั้น ถ้าหากมีการสาธิตน้ำเนื่องในวันสงกรานต์ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดทางอาญา เพราะถือได้ว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีอนุญาตให้กระทำ

(3) เหตุผลสนับสนุน

ประเพณีสาธิตน้ำเนื่องในวันสงกรานต์นี้ เป็นประเพณีที่มีมาแต่โบราณกาลแล้วและยังคงมีนับเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ประชาชนทั่วไปต่างยอมรับประเพณีดังกล่าว และได้ปฏิบัติตามกันมาจากรุ่นคุณปู่ย่าตายาย จนถึงรุ่นลูกหลาน โดยเห็นว่าเป็นประเพณีที่มีความดีงามในการที่จะได้แสดงความเคารพและกตัญญูต่อคนเฒ่าคนแก่ และยังทำให้เกิดความสนุกสนานต่อคนทุกเพศทุกวัยอีกด้วย ดังนั้นประเพณีนี้จึงควรได้รับการยอมรับนับถือกันต่อไป

กล่าวโดยสรุปประเพณีนั้นไม่ว่าจะเป็นประเพณีใด ส่วนมากเมื่อแรกตั้งขึ้นย่อมมีความหมายเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม คนส่วนมากเห็นดีก็เอาอย่างทำตามและสืบต่อมาเกิด

⁴² รายละเอียดโปรดดู จ. เปรียญ, ประเพณีและพิธีมงคลของไทย (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ทวีพิมพ์ดีด, 2522), หน้า 276-288.

⁴³ เสฐียรโกเศศ, ประเพณีเนื่องในเทศกาล, หน้า 7-8.

เป็นแบบแผนประเพณีของท้องถิ่นและของชาติขึ้น ครั้นมาภายหลังความเป็นอยู่ได้เปลี่ยนแปลงหรือเคลื่อนที่ไป แต่เราก็ก็นับถือเป็นประเพณีกันอยู่⁴⁴ ประเพณีของไทยเรานั้นมีอยู่มากมาย และส่วนใหญ่ก็จะมีผลกระทบที่กระทบต่อเนื้อตัวร่างกายซึ่งก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการฟ้องร้องเอาความกันเนื่องจากผลของการร่วมประเพณีต่าง ๆ นั้น ทั้งนี้เพราะเราถือว่ามิกฎหมายจาริตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้นั้นเองโดยการพิจารณานั้นให้พิจารณาว่าประเพณีนั้นมีหลักเกณฑ์ในการที่จะยอมรับเป็นกฎหมายจาริตประเพณีครบถ้วนทั้ง 8 ประการ⁴⁵ หรือไม่ ถ้าประเพณีนั้นมีหลักเกณฑ์ครบทั้ง 8 ประการนั้นแล้ว จึงถือได้ว่าประเพณีนั้นมีกฎหมายจาริตประเพณีอนุญาตให้ทำได้ไม่เป็นความผิดทางอาญา การนำประเพณีสาติน้ำเล่นในวันสงกรานต์มาพิจารณานี้ จึงเป็นเพียงการพิจารณาให้เห็นเป็นตัวอย่างหนึ่งเท่านั้น

⁴⁴ เสฐียรโกเศศ, วัฒนธรรมและประเพณีต่าง ๆ ของไทย (พระนคร: สำนักพิมพ์คลังวิทยา, 2514), หน้า 176.

⁴⁵ รายละเอียดโปรดดู บทที่สาม หัวข้อ 3.1.2.