

การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

โดยทั่ว ๆ ไป ทุกประเทศ และ ทุกระบบกฎหมาย ต่างยอมรับว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั้นเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of law) และไม่ได้ห้ามหรือขัดขวางมิให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา ในทางตรงกันข้ามต่างยอมรับกันทั่วไปว่ามีความจำเป็นในระดับหนึ่งที่ต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา แต่ก็ไม่ปรากฏว่า ได้มีการศึกษา หรือให้เหตุผลในเรื่องการยอมรับให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใด

ฉะนั้น จึงได้รวบรวม และสรุปแนวความคิด ในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ตลอดจนขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาไว้พอสังเขป ดังนี้

3.1 แนวความคิดในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

การให้เหตุผลในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาได้นั้น ต่างมีแนวความคิดที่แตกต่างกันออกไป พอสรุปได้ดังนี้

- 1) การให้ความสำคัญต่อบทบาทหรือคุณสมบัติของกฎหมายจารีตประเพณี
- 2) กฎหมายจารีตประเพณีได้ผ่านการพิสูจน์โดยนิติวิธีที่สมบูรณ์แล้ว
- 3) กฎหมายจารีตประเพณีต้องใช้ในทางเป็นคุณเท่านั้น
- 4) การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติ
- 5) กฎหมายจารีตประเพณีให้ความเป็นธรรมได้ดี

3.1.1 การให้ความสำคัญ ต่อบทบาท หรือคุณสมบัติของกฎหมายจารีต

ประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณี เป็นกฎหมาย ที่เกิด และพัฒนาขึ้นจาก การปฏิบัติของ ประชาชนในสังคมใดสังคมหนึ่ง ประกอบกับระยะเวลาที่ยาวนาน จนทำให้ประชาชนเกิด ความรู้สึกว่สิ่งที่พวกเขาปฏิบัติกันอยู่นั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือสิ่งที่พวกเขาไม่ปฏิบัติ นั้นเป็นสิ่งที่ ไม่ถูกต้อง จนเกิดความรู้สึกว่าต้องปฏิบัติตาม (opinio juris และ opinio necessitatis) และ ในที่สุดกฎหมายจารีตประเพณีก็จะได้รับการยอมรับจากระบบ กฎหมายทุกระบบว่าเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of law) ประการหนึ่ง และมีผลใช้ บังคับได้อย่างเป็นกฎหมาย โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติแต่อย่างใด

การที่กฎหมายจารีตประเพณีมีคุณสมบัติในการเป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญนั้น ใน ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ยอมรับกฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณีให้มี ผลใช้บังคับได้อย่างเป็นกฎหมายทันที โดยถือว่า กฎหมายจารีตประเพณีนั้น เป็นที่มาที่มีผล บังคับเป็นกฎหมายได้ (legal source) สำหรับในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น เนื่องจากเป็นระบบกฎหมายที่ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Written law หรือ lex scripta หรือ statute law) เป็นสำคัญ คุณสมบัติของกฎหมายจารีต ประเพณีในฐานะเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of law) ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้น จึงมีบทบาท เป็นกฎหมายบทสำรองของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Subsidiary Provision)¹ และทำหน้าที่เป็นบทเสริมความสมบูรณ์ของกฎหมายลาย ลักษณ์อักษร กล่าวคือถ้าหากกรณีใดที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ แต่มีกฎหมาย จารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าวอยู่ เราก็สามารถ นำกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องนั้น ๆ มาบังคับใช้ได้ ซึ่งอาจจะเรียกกรณีดังกล่าวนี้ว่ากฎหมายเกิดช่องว่าง (gap) ขึ้น และเรา

¹ รายละเอียดได้กล่าวแล้วในบทที่ 1.

สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย (gap in the law) นี้ได้²

ในกฎหมายอาญาซึ่งจัดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่งนั้น บทบาทของกฎหมายจารีตประเพณี ก็หาได้ลดน้อยลงไปกว่าเดิม กฎหมายจารีตประเพณียังคงมีความสัมพันธ์กับกฎหมายอาญา ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาถึงลักษณะทั่วไป และลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา นอกจากนี้กฎหมายจารีตประเพณียังคงถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรบางประเภท ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติความผิดที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่มีประวัติความเป็นมาจากกฎหมายจารีตประเพณี (mala in se) เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานข่มขืน ความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น³ นอกจากนี้ การที่ผู้กระทำความผิดบางประเภทต้องได้รับโทษหนักขึ้น อาจมีประวัติความเป็นมาแนวความคิดหรือเหตุผลมาจากกฎหมายจารีตประเพณีได้ เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดฐานฆ่าบิดามารดา หรือบุพการีของตน⁴ กรณีข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดาน⁵ เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ยอมรับกันว่าลักษณะของกฎหมายอาญานั้น ประกอบด้วยบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Statutory law crime) และกฎหมายอาญาที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law

² การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้เป็นนิติวิธี (legal method) อย่างหนึ่ง ซึ่งหลักกฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกันไป รายละเอียดโปรดดู หยุต แลงอุทัย, "ช่องว่างแห่งกฎหมาย", รัฐสภาสาร, 26 (ฉบับที่ 10 ตุลาคม 2521) : 1-32.

³ รายละเอียดได้กล่าวแล้วในบทที่ 2.

⁴ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (1).

⁵ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285.

crime)⁶ ดังจะเห็นได้จากความผิดบางประเภทที่มีได้เกิดขึ้นจากการบัญญัติตลอดจนอำนาจของผู้พิพากษาในการพิจารณาเรื่องเหตุยกเว้นโทษ และเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ในกรณีที่จำเป็นโดยคำนึงถึงความยุติธรรม⁷

สำหรับในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วจะต้องถือตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ แต่ปรากฏว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในเรื่องเหตุที่ ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยถือว่า การกระทำของเขาเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ถือว่า เป็นความผิด (nichtrechtswidrig) นั้น สามารถที่จะเกิดขึ้นจากกฎหมายจารีตประเพณีได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าแม้ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) กฎหมายอาญาก็สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายอาญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายอาญาที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศไทย แม้ว่าจะจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) แต่ในทางปฏิบัติก็มีได้เคร่งครัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรในทุกกรณี ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งศาลได้พิพากษา โดยอาศัยหลักที่ว่าความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใดเลย จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความยินยอมดังกล่าว เป็นหลักของกฎหมายอาญาที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

⁶ Wayne R. La Fave & Austin W. Scott, Criminal Law (Minnesota : West Publishing Company, 1972), p.26.

⁷ Glanville Williams, Criminal Law The General Part, 2nd ed. (London : Steven & sons Limited, 1961), p.600.

กล่าวโดยสรุป การที่ได้มีการยอมรับที่มาของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ประกอบกับการยอมรับว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญามีได้มีแต่เฉพาะที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เป็นช่องทางหรือเหตุผลประการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้กฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะเป็นที่มาของกฎหมาย และเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรได้ เข้ามามีบทบาทในกฎหมายอาญาได้

3.1.2 กฎหมายจารีตประเพณีได้ผ่านการพิสูจน์โดยนิติวิธีที่สมบูรณ์แล้ว

เนื่องจาก กฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายประเภทหนึ่งที่ตั้งอยู่ในกฎหมายประเภทที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law) จึงทำให้เกิดความเข้าใจว่ากฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจนแน่นอน เพราะไม่มีข้อความบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ยากต่อการพิสูจน์ ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ค่อนข้างจะคลาดเคลื่อน ทั้งนี้เนื่องจากนักนิติศาสตร์ของประเทศต่าง ๆ ได้พยายามกำหนดนิติวิธี หรือวิธีการในทางกฎหมาย ในเรื่องการพิสูจน์ว่าการกระทำใดจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี และสามารถนำมาใช้ได้ ดังจะเห็นได้จากรายละเอียดที่กล่าวแล้วในบทที่หนึ่ง

ในที่นี้ ผู้เขียนใคร่ขอนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่นักนิติศาสตร์ของทั้ง กฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้กำหนดไว้มาประมวล และสรุปขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ หรือนิติวิธีใหม่ที่น่ามาใช้ในการพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์ใดจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีได้ จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่กำเนิดขึ้นมานานแล้ว คำว่า "นาน" ในที่นี้มีความหมายเพียงว่าจุดเริ่มต้นของหลักเกณฑ์นั้น ๆ ไม่อยู่ในความสามารถจดจำของมนุษย์คนใดได้ (Immemorial) เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่มีบุคคลใดที่สามารถจะหาพยานหลักฐานมาอ้างอิง เพื่อชี้ชัดลงไปได้ว่าจุดเริ่มต้นของหลักเกณฑ์นั้นเริ่มมีขึ้นมาเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ เดือน พ.ศ. ใดเป็นที่แน่นอน ได้แต่กะประมาณเอาเท่านั้น

นักนิติศาสตร์ของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องระยะเวลาไว้ดังนี้ จะเรียกหลักเกณฑ์นั้นว่า "นาน" (long) ถ้าปรากฏหลักฐานว่าได้เกิดมีขึ้นมาแล้วประมาณ 10-20 ปี จะเรียกหลักเกณฑ์นั้นว่า "นานมาก ๆ" (very long) ถ้าปรากฏหลักฐานว่าได้เกิดมีขึ้นมาแล้วประมาณ 30 ปี และจะเรียกหลักเกณฑ์นั้นว่าเป็น "ของเก่าแก่โบราณ" (ancient) ถ้าปรากฏหลักฐานว่าได้เกิดมีขึ้นมาแล้วประมาณ 40 ปีขึ้นไป^๑

2) หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้มีการปฏิบัติกันมาอย่างต่อเนื่อง (continuance) กล่าวคือได้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวในรูปลักษณะอย่างเดียวกันตลอดมา จนกระทั่งถึงเวลาที่เราจะพิสูจน์หลักเกณฑ์นั้น ๆ โดยรายละเอียดในการพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป และการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องนั้น ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานว่าได้ปฏิบัติติดต่อกันทุกวันโดยไม่มีการหยุด

3) หลักเกณฑ์ดังกล่าว จะต้องได้มีการปฏิบัติตามกันมา ด้วยความสมัครใจ (enjoyed peaceably) ของประชาชนในสังคม กล่าวคือประชาชนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้น ๆ ด้วยความสันติ ไม่มีผู้ใดใช้อำนาจขู่เข็ญหรือบังคับ แต่ทั้งนี้หลักเกณฑ์ข้อนี้ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ประการที่จะกล่าวต่อไปนี้ด้วย

4) การปฏิบัติตามกันมาด้วยความสมัครใจ ตามข้อ 3 นั้น เกิดขึ้นจากการที่ประชาชน เห็นว่าสิ่งนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinio juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติ (opinio necessitatis)

^๑ เป็นความเห็นของ Azo ซึ่งอ้างอยู่ใน TFT Plucknett, *A Concise History of the common Law*, p.308 ดู RWM Dias, *Jurisprudence*, 5th ed. (London : Butterworths, 1985), p.188. และ George Whitecross Paton, *A Text Book of Jurisprudence*, 4th ed. (Oxford : At the Clarendon Press, 1972), p.193.

5) หลักเกณฑ์นี้ จะต้องมีความมั่นคง และแน่นอน (certain) กล่าวคือ สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าหลักเกณฑ์นั้นมีปฏิบัติกันอยู่ในสังคมนั้น ๆ จริง

6) หลักเกณฑ์นั้นจะต้องได้มีการปฏิบัติตามกันโดยทั่วไป (general) กล่าวคือได้มีการปฏิบัติตามโดยบุคคลเป็นส่วนใหญ่ และในสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์นั้น ๆ ซึ่งอาจจะ เป็นพื้นที่ของจังหวัดในภาคใดภาคหนึ่งของประเทศ หรือทั้งประเทศก็ได้

7) หลักเกณฑ์นั้นต้องชอบด้วยเหตุผล (reasonableness) โดยเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการวัดความมีเหตุผลของหลักเกณฑ์นั้น ๆ พิจารณาจากข้อเท็จจริงของหลักเกณฑ์นั้น ๆ ว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมหรือไม่ ถ้าไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ย่อมเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถยอมรับได้

หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญมาก ถึงแม้ว่าจะพิสูจน์ให้เห็นจริงได้ตามหลักเกณฑ์ข้อ 1 ถึงข้อ 6 แล้วก็ตาม แต่ถ้าหากไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นจริงตามหลักเกณฑ์ข้อนี้แล้ว หลักเกณฑ์ที่กำลังพิสูจน์อยู่นั้นจะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี

8) หลักเกณฑ์นั้นต้องสอดคล้องกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร (conformity with statute law) กล่าวคือไม่เป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะเป็นเรื่องใดก็ตามและไม่มียกเว้นกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติยกเลิกหรือขัดต่อหลักเกณฑ์นั้น ๆ ในภายหลัง

ในกรณีที่นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญานี้ ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญาแต่อย่างใด^๖

^๖ จะพิจารณาต่อไปในหัวข้อ 3.1.3.

หลักเกณฑ์ทั้ง 8 ประการนี้ เป็นวิธีการในทางกฎหมายหรือนิติวิธีที่สมบูรณ์แบบใน การที่จะนำมาพิสูจน์ว่า สิ่งใดจะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถนำมาใช้ในกฎหมาย อาญาได้¹⁰ ซึ่งหากการกระทำใดสามารถผ่านการพิสูจน์ครบถ้วนทั้ง 8 ประการนี้แล้ว อาจ นับได้ว่าได้ผ่านการกลั่นกรองมาเป็นอย่างดีพอ ที่จะยอมรับได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ที่มีความสำคัญเพียงพอที่จะนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้

3.1.3 กฎหมายจารีตประเพณีต้องใช้ในทางเป็นคุณเท่านั้น

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่ว ๆ ไป กล่าวคือกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนด ความผิดและโทษอันมีผลเป็นการกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สินของประชาชน อันเป็นการรุกรานต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนที่มีอยู่ภายใต้รัฐ ธรรมนูญ ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงต้องมีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ให้ปรากฏข้อความที่ ชัดเจนแน่นอน ซึ่งเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้เกิดหลักสำคัญของกฎหมายอาญาที่เรียกว่า หลัก "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" หรือเรียกย่อ ๆ ว่าหลัก "ไม่มีโทษโดยไม่ มีกฎหมาย" (Nulla poena sine lege)

หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นหลักเกณฑ์เดียวของ กฎหมายอาญาที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาไว้ กล่าวคือ

¹⁰ ในการพิจารณาคดีของศาล กรณีที่คู่ความฝ่ายใดอ้างกฎหมายจารีตประเพณี มาใช้ คู่ความฝ่ายนั้น มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นครบถ้วน ตามหลัก 8 ประการนี้ และใน ชั้นนี้ ถือเป็นปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งคู่ความอีกฝ่ายมีสิทธิพิสูจน์หักล้างได้ อย่างไรก็ตามแม้คู่ความจะไม่อ้างมาในคดี ศาลก็มีอำนาจหยิบยกกฎหมายจารีตประเพณี มาใช้ เพื่อ เป็นคุณแก่จำเลยได้ เพราะในชั้นนี้ ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญามาตรา 185 และยังเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อย ของประชาชนอีกด้วย (เทียบได้ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2152/2523)。

หลักเกณฑ์นี้ ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีไม่สามารถจะนำมาใช้ในกฎหมายอาญาในลักษณะที่เป็นการกำหนดความผิดอาญาขึ้นใหม่ เป็นการลงโทษ และเป็นการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ห้ามนำกฎหมายจารีตประเพณีไปใช้ในทางที่เป็นโทษแก่จำเลยนั่นเอง

ฉะนั้น โดยนัยกลับกัน อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีสามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้¹¹ โดยไม่เป็นการขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายแต่อย่างใด

การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย ในที่นี้หมายถึง การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อให้เกิดผลดีหรือเกิดประโยชน์แก่จำเลย โดยไม่ได้ นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นการกำหนดความผิดขึ้นใหม่ ไม่ได้ใช้ในทางที่เป็นการลงโทษ และไม่ได้ใช้ในทางที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงความรับผิด¹² เพื่อเป็นข้ออ้างของจำเลยที่ทำให้การกระทำของจำเลยนั้นไม่เป็นความผิด¹³ และเป็นผลดีแก่จำเลยเพราะจะทำให้จำเลยผู้นั้นไม่มีความผิด

¹¹ Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, translated by Thomas P. Ogle (London : Sweet & Maxwell Limited, 1965), pp.96-97. และ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2528), หน้า 31.

¹² สง่า ลีละสมิต, กฎหมายอาญา 1 (กรุงเทพ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 185.

¹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "โครงสร้างความผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย", วารสารนิติศาสตร์. 14 (ฉบับที่ 4 ธันวาคม 2527) : 4.

การที่กฎหมายอาญาเปิดช่อง ให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ ในทางที่เป็นคุณ แก่จำเลยได้นั้น เป็นเพราะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยก เว้นความผิด (Justification) นั้น ประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถบัญญัติครอบคลุมได้ทั้งหมด ดังนั้นกฎหมายอาญาในส่วนเหตุยกเว้นความผิดนี้ จึงมีลักษณะที่เปิดกว้าง กล่าวคือเหตุยกเว้นความผิดอาญานั้นอาจจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา¹⁴ หรือตามกฎหมายอื่น เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่ง¹⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁷ เป็นต้น และสามารถปรากฏตัวอยู่ใน รูปของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายจารีตประเพณีก็ได้¹⁸

การที่กฎหมายอาญาในส่วนเหตุยกเว้นความผิดมีลักษณะที่เปิดกว้าง คืออาจเป็น ได้ทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณีนี้ เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้มีการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกรณีดังกล่าวนี้ได้ ทั้งนี้เนื่องจากต้องการผ่อนคลาย ความแข็งกระด้าง (rigidity) ของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของกฎหมายอาญา เพื่อเปิด

¹⁴ เช่นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68, 305, 329, 331.

¹⁵ เช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 395, 397, 450, 452, 1347, 1567 (2).

¹⁶ เช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 279.

¹⁷ เช่นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 178 (3).

¹⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพ : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 205-209. และจิตติ ตึงคภักดิ์, "ความยินยอม ไม่ทำให้เป็นความผิด", วารสารกฎหมาย. 3 (ฉบับที่ 2 พฤษภาคม-สิงหาคม 2520) : 52.

โอกาสให้นักนิติศาสตร์ได้ตีความและหาความมาใช้ ตลอดจนเพื่อช่วยปรุงแต่งกฎหมายอาญา
 ลายลักษณ์อักษรให้สมบูรณ์¹⁹ หรืออีกนัยหนึ่งคือเพื่อเสริมสร้างความสมบูรณ์ให้กฎหมาย
 อาญาเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการลงโทษให้เหมาะสมกับสภาวะการณ์ของสังคมที่เปลี่ยน
 แปลงไป ทำให้กฎหมายอาญามีชีวิตชีวาและเจริญเติบโต

3.1.4 การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติ

เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณี เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิด และพัฒนาขึ้น
 จากประชาชนในสังคม โดยมีได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ ดังนั้น ผู้บัญญัติกฎหมายจารีต
 ประเพณีนั้นก็คือประชาชนหรือสังคม และเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายจารีตประเพณีในที่นี้
 ก็คือเจตนารมณ์ของประชาชนหรือสังคมนั่นเอง

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า กฎหมายอาญาประกอบด้วยการบัญญัติการตีความของ
 ศาล และการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจ โดยมีที่มาจากการบัญญัติ
 ของผู้แทนของสังคม ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายของสังคมนั้น กฎหมายอาญาจึงเป็น
 ผลผลิตทางวัฒนธรรมของสังคม การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาในสังคมหนึ่งกับอีก
 สังคมหนึ่ง จะพบว่ากฎหมายอาญาได้บัญญัติห้ามความประพฤติอย่างหนึ่งในสถานการณ์อย่าง
 หนึ่งแตกต่างจากอีกสังคมหนึ่ง แม้ในสังคมเดียวกัน หากเวลาได้ล่วงผ่านไปนานสักระยะหนึ่ง
 ก็อาจจะทำให้เกิดความแตกต่างของการบัญญัติ ห้ามความประพฤติอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้
 ฉะนั้นเราจึงต้องระลึกอยู่เสมอว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญามีส่วนสัมพันธ์กับสังคม คือยอม
 เปลี่ยนแปลงได้ตามการเปลี่ยนแปลงของสังคม

¹⁹ Lon L. Fuller, The Morality of Law, Revised Edition
 (London : Yale University Press, 1979), p.234.

ในเรื่องวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำผิดอาญา ก็มีส่วนสัมพันธ์กับประชาชน เพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันสังคมจากการกระทำอันเป็นความผิดอาญา เนื่องจากสังคมเป็นผู้เสียหาย และได้รับการกระทบกระเทือนจากการทำความผิดอาญาโดยตรง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายของทุก ๆ ประเทศ ยอมรับแนวความคิดเรื่องความผิดอาญา เป็นความผิดต่อสังคมเป็นเรื่องถูกต้อง กฎหมายอาญาของทุกประเทศถูกจัดให้อยู่ในประเภทของกฎหมายมหาชน ก็ด้วยเหตุที่ว่ามหาชนเป็นผู้เสียหายจากการทำความผิด การทำความผิดอาญาแต่ละกรรม ย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนและความสับสนกลัวแก่มหาชนผู้ประสบพบเห็น และเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อย ตลอดจนศีลธรรมอันดี และระเบียบของสังคม มาตรฐานของความประพฤติก็ถูกละเมิด

ดังนั้น เมื่อสังคมต้องการที่จะลงโทษการกระทำบางอย่างที่เห็นว่า ไม่ถูกต้องไม่สมควรกระทำ และหากมีผู้ฝ่าฝืนกระทำผู้นั้นก็สมควรที่จะได้รับการลงโทษแล้ว ตัวแทนของสังคมซึ่งก็คือฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จึงได้นำการกระทำนั้น ๆ ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา โดยกำหนดเป็นความผิดอาญาขึ้น เพื่อห้ามบุคคลกระทำการนั้น ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น และถ้าจะพิจารณาในทางตรงกันข้ามแล้ว อาจกล่าวได้ว่าถ้าหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่สังคมยอมรับ เช่น กรณีกฎหมายจารีตประเพณีที่มีข้อความให้อำนาจบุคคลกระทำการใด ๆ ซึ่งโดยปกติการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดอาญาได้ การกระทำนั้น ๆ จึงไม่สมควรที่จะถูกนำมาบัญญัติเป็นความผิดไว้ในกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาไม่ควรที่จะลงโทษหรือบัญญัติห้ามการกระทำดังกล่าวนั้น เพราะจะเป็นการขัดแย้งต่อความคิดเห็นและเจตนารมณ์ของประชาชนโดยส่วนรวมหรือสังคม และทั้งไม่เป็นการตรงต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา ที่มุ่งจะให้ความปลอดภัยและคุ้มครองประชาชนในสังคมด้วย

อย่างไรก็ตามมีข้อที่น่าพิจารณา คือการกระทำที่สังคมยอมรับเนื่องจากมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้ ในที่นี้เป็นเรื่องเดียวกันกับหลักเกณฑ์ของการกระทำที่สังคมยอมรับ (Soziale Adaquanz หรือ Social Acceptance) ตามหลักกฎหมายของเยอรมันหรือไม่

ในเรื่องนี้ นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน ต่างยอมรับกันว่า การกระทำของบุคคล ในทาง อาญาโดยทั่วไป เป็นการกระทำที่เป็นการทำอันตรายต่อ คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)²⁰ อันใดอันหนึ่ง เช่นเป็นการทำอันตรายต่อชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เกียรติ กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำของบุคคลจะเป็นการทำ อันตรายหรือ ก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ก็มิได้หมายความว่า การ กระทำของบุคคลจะเป็นการกระทำที่เป็นความผิดเสมอไป เพราะการกระทำของบุคคลใน ชีวิตประจำวันของเขาในสังคมนั้น มีหลายกรณีที่ดีถือว่าเป็น "การกระทำที่สังคมยอมรับ" (Soziale Adaquanz หรือ Social Acceptance)

ตามหลักเกณฑ์ของการกระทำที่สังคมยอมรับนั้น ถือกันว่าการกระทำที่สังคมยอม รับนั้นเป็นเรื่องที่อยู่นอกปทัสฐานของกฎหมาย โดยถือว่าการกระทำใด ๆ ที่อยู่ภายในขอบ เขตของระเบียบของการอยู่ร่วมกัน ซึ่งยอมรับนับถือกันทั่วไปที่มีประวัติความเป็นมาจนกลายเป็น ระเบียบของการอยู่ร่วมกันนั้นการกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นการกระทำที่อยู่ในความหมาย ของการกระทำผิดอาญา แม้ถึงว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่เป็นอันตราย กล่าวคือ ว่าการกระทำที่กฎหมายอาญากล่าวถึงในองค์ประกอบของความผิดนั้นหมายความว่า การ กระทำที่ร้ายแรงที่อยู่นอกขอบข่ายของระเบียบสังคมในการอยู่ร่วมกันเท่านั้น เหตุนี้ในสังคม ที่เจริญแล้วจะไม่มีกฏบัญญัติกฎหมายห้ามการกระทำที่ยอมรับกัน ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือการ เล่นกีฬาบางชนิด เช่น การชกมวย มวยปล้ำ ฟุตบอล²¹

²⁰ คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) คือสภาวะความคิดที่เป็นนาม ธรรม ซึ่งบัพัญญัติของกฎหมายแต่ละฐานความผิดมุ่งที่จะคุ้มครอง รายละเอียด โปรดดู คณิต ฅ นคร, "ผู้เสียหายในคดีอาญา", วารสารอัยการ .1 (ฉบับที่ 1 มกราคม 2521) : 48. และคณิต ฅ นคร, "คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา", วารสารอัยการ .3 (ฉบับที่ 1 มกราคม 2523) : 55.

²¹ คณิต ฅ นคร, "การเลี้ยงที่อนุญาต", วารสารอัยการ. 4 (ฉบับที่ 41 พฤษภาคม 2524) : 63.

ถ้าหากพิจารณาหลักเกณฑ์ของการกระทำ ที่สังคมยอมรับในลักษณะดังกล่าวเพียงเท่านี้แล้ว จะทำให้เข้าใจกันว่าการกระทำที่สังคมยอมรับนั้น เป็นเรื่องเดียวกันกับกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจให้บุคคลกระทำการอันไม่ถือเป็นความผิดอาญา

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำที่สังคมยอมรับนั้น ยังถืออีกว่าถ้าการกระทำใดที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่สังคมยอมรับแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เป็นการกระทำในความหมายของความผิดอาญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดไปเลย และหลักเกณฑ์ของการกระทำที่สังคมยอมรับนี้ เป็นหลักทฤษฎีที่มีความประสงค์จะให้ เป็น เครื่องช่วยในอันที่ จะสามารถตัด การกระทำบางอันออกไปจากการกระทำของฐานความผิด ที่เข้ามาสู่การพิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความผิดต่อชีวิต หรือ ร่างกายทั้งโดยเจตนาและประมาท²²

ฉะนั้น เนื่องจากผลของหลักการกระทำที่สังคมยอมรับนั้น สามารถนำมาใช้ทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นการกระทำผิดในความหมายของกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นการตรงกับผลของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา จึงทำให้เกิดความเข้าใจสับสนไปว่าเรื่องการกระทำที่สังคมยอมรับ (Soziale Adaquanz) กับเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ เป็นเหตุทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ไม่ถือเป็นความผิดอาญานั้น เป็นเรื่องเดียวกัน ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง ทั้งนี้เพราะ อาจแยกความแตกต่างของหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการนี้ออกจากกันได้ ดังต่อไปนี้

1) การกระทำที่สังคมยอมรับนั้น เป็นเรื่องที่อยู่นอกปทัสสถานของกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ที่อยู่ภายในขอบเขตของระเบียบของการอยู่ร่วมกันแล้ว จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในความหมายของการกระทำผิดอาญา ถึงแม้ว่าการกระทำนั้น จะเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายก็ตาม

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

สำหรับหลักเกณฑ์ในเรื่องกฎหมายจารีตประเพณี ที่นำมาใช้เป็นคุณในกฎหมายอาญานั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในปทัสสถานของกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นปทัสสถานของกฎหมาย (legal norm) เลยกี่ได้

2) หลักเกณฑ์ของเรื่องการกระทำที่สังคมนยอมรับนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกร่างขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน เพื่อที่จะกำจัดหรือตัดการกระทำบางอย่างออกไปจากการกระทำของฐานความผิดที่เข้ามาสู่การพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดต่อชีวิต หรือร่างกาย

ฉะนั้น การกระทำที่สังคมนยอมรับจึงเป็นเรื่องที่จะไม่ผ่านเข้ามาสู่การพิจารณาของโครงสร้างความผิดอาญา

สำหรับกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ในกฎหมายอาญานั้น เป็นการนำเข้ามาใช้เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในกฎหมายอาญา โดยถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ไม่ถือว่าเป็นความผิด ซึ่งการจะพิจารณาว่า กรณีใดมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาโดยผ่านโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบความผิดมาแล้ว กล่าวคือ การกระทำนั้นถือว่าครบองค์ประกอบของความผิดอาญา แต่เมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนของความผิดแล้ว จะพบว่า เนื่องจากมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจารีตประเพณี จึงไม่ถือว่ามีความผิด

ฉะนั้น แม้การกระทำนั้นจะถือว่าครบองค์ประกอบของความผิดก็ตาม แต่ผู้กระทำมิเหตุยกเว้นความรับผิด จึงไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญา

3) หลักเกณฑ์ของเรื่องการกระทำที่สังคมนยอมรับนี้ จะหมายความถึงเฉพาะการกระทำ ที่มีลักษณะที่ขาดส่วนของความไม่เป็นธรรมที่เป็นธรรมตา (Typischer Unrechtsgehalt) เท่านั้น กล่าวคือเป็นเรื่องที่พอจะยอมรับกันได้ในสังคม ไม่ใช่เรื่องร้ายแรง และไม่ใช่ว่าเรื่องผิดกฎหมาย

ฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่าการกระทำใดที่ถือว่าเป็นการกระทำที่สังคมนยอมรับแล้ว จะเป็นการกระทำที่อยู่นอกขอบข่าย หรือขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายอาญา กล่าวคือกฎหมายอาญาจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวโดยบัญญัติว่าการกระทำที่สังคมนยอมรับเป็นความผิด

หรือลงโทษการกระทำที่สังคมยอมรับแต่ประการใด กฎหมายอาญามีหน้าที่ควบคุมการกระทำที่ร้ายแรงที่อยู่นอกขอบข่ายของระเบียบสังคมในการอยู่ร่วมกันเท่านั้น

สำหรับเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้เป็นคุณในกฎหมายอาญานั้น เนื่องจากว่าการกระทำดังกล่าวถือว่าครบองค์ประกอบของความผิดตามกฎหมายอาญาแล้ว แต่เนื่องจากมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจารีตประเพณี จำเลยจึงไม่มีความผิด ดังนั้นเรื่องการใช้กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาโดยตรง

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ของการกระทำที่สังคมยอมรับนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างขาดความแน่นอน²³

²³ นอกจากนี้ การกระทำที่เป็นอันตรายที่ไม่เป็นการกระทำที่สังคมยอมรับนักนิติศาสตร์เยอรมันได้แก้ปัญหา โดยใช้หลักเกณฑ์ของเรื่อง "การเสี่ยงที่อนุญาต" (Erlaubtes Risiko) ซึ่งเป็นกรณีการกระทำในตัวของมันเองเป็นอันตรายต่อส่วนรวม และโดยหลักแล้วเป็นการกระทำที่ต้องห้ามเพราะอันตรายนั้นสูงเกินกว่าที่สามารถจะรับได้ว่าการกระทำนั้นเป็นประโยชน์ต่อสังคม

การเสี่ยงที่อนุญาต แบ่งได้เป็น 2 ชนิด คือ

1) การเสี่ยงที่อนุญาตกรณีการกระทำที่เป็นการช่วยเหลือ และการช่วยเหลือนั้นเป็นการเสี่ยงภัย

2) การเสี่ยงที่อนุญาต กรณีการกระทำนั้น เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะของตัวผู้กระทำเองหรือของผู้เสียหาย

รายละเอียดโปรดดู คณิต ณ นคร, "การเสี่ยงที่อนุญาต". วารสารอัยการ, หน้า 62-68.

กล่าวโดยสรุป กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดขึ้นโดยตัวแทนของสังคมหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือตัวแทนของการแสดงเจตนาารมณ์ของประชาชนในสังคม ที่เป็นผู้พิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่เป็นภัยอันตราย หรือน่าจะเป็นภัยอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสังคม และนำการกระทำนั้น ๆ มาบัญญัติไว้เป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด และถ้าพิจารณาในทางตรงกันข้ามแล้ว หากเจตนาารมณ์ของสังคมนั้นเห็นว่า การกระทำใดเป็นการกระทำที่สังคมยอมรับ เพราะมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจไว้แล้วนั้น จึงไม่เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่กฎหมายอาญาจะบัญญัติห้ามหรือลงโทษการกระทำนั้น ๆ และตราใบใด ที่ยังไม่มีกฎหมาย เป็นลายลักษณ์อักษรให้อำนาจให้กระทำการนั้น ๆ ได้ กฎหมายอาญาจึงควรที่จะยอมรับให้มีการกระทำได้กล่าวได้ โดยกำหนดขอบเขตของการกระทำ ให้อยู่ภายในหลักเกณฑ์ของการพิสูจน์ว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้²⁴ ซึ่งการยอมรับให้มีการกระทำนั้น ๆ ในสังคมได้ โดยไม่ถือเป็นความผิดนั้น ก็เพราะเป็นการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา เพื่อให้เป็นการตรงต่อเจตนาารมณ์ของผู้บัญญัติ ซึ่งก็คือสังคมนั่นเอง

3.1.5 กฎหมายจารีตประเพณีให้ความเป็นธรรมได้ดี

ในยุคเริ่มแรก ครั้งที่มนุษย์ยังไม่รู้จักตัวอักษร มนุษย์รวมกันอยู่เป็นสังคม โดยมีกฎข้อบังคับ ซึ่งเกิดมาจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี ในยุคนี้กฎหมายจารีตประเพณี นับว่ามีความสำคัญต่อการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในการควบคุมการอยู่ร่วมกันให้เกิดความปกติสุขมากที่สุด และอาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าจะอยู่ในระบบกฎหมายใดก็ตาม กฎหมายจารีตประเพณีย่อมเกิดขึ้นมาก่อนกฎหมายลายลักษณ์อักษรและในช่วงยุค

²⁴ รายละเอียดได้กล่าวแล้วในหัวข้อ 3.1.2.

เริ่มแรกนี้ กฎหมายจารีตประเพณีย่อมมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร²⁵

ต่อมา เนื่องจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นวัฒนธรรมอย่างหนึ่งที่มนุษย์ถ่ายทอด สู้กันมาตามลำดับ การสื่อความคิดในทางกฎหมายของมนุษย์จึงต้องอาศัยถ้อยคำทางภาษาซึ่ง มีตัวอักษรเป็นสัญลักษณ์ ดังนั้น เมื่อมนุษย์เริ่มรู้จักเรียนรู้ การบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณีจึงได้ถูกนำมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงทำให้ความสำคัญ ของกฎหมายจารีตประเพณีลดน้อยลงในยุคที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเฟื่องฟู

อย่างไรก็ตาม แม้จะอยู่ในช่วงยุคที่มีความเข้าใจกันว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร มีความสมบูรณ์ที่สุด และใช้ได้ตลอดไปก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีประเทศใดหรือระบบ กฎหมายใดที่จะสามารถปกครองประเทศโดยใช้แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเพียงอย่างเดียว โดยปราศจากกฎหมายจารีตประเพณีได้ ทั้งนี้เพราะการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในสังคมลับ ซับซ้อนมากมายเกินกว่าสติปัญญาของมนุษย์ ที่จะเขียน เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อ ครอบคลุมให้ครบถ้วนทุกกรณีได้ ดังนั้นการที่จะทำให้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรสมบูรณ์ได้ จึงยังคงต้องอาศัยกฎหมายจารีตประเพณี เป็นบทประกอบให้สมบูรณ์ด้วยอยู่เสมอ ฉะนั้น กฎหมายจารีตประเพณีจึงยังคงมีความสำคัญ มีคุณค่าและให้ความเป็นธรรมต่อสังคมได้ดีกว่า ในทุกยุคและทุกระบบกฎหมาย ดังจะเห็นได้จาก การให้เหตุผลของการเกิดช่องว่างของ

²⁵ Eugen Ehrlich, "Judicial Freedom of Decision : Its Principles and Objects" in The Science of Legal Method, Vol.9: Modern Legal Philosophy Series, Edited by a Committee of the Association of American Law Schools (New York:Augustus M.Kelly, 1969), pp.57-58.

กฎหมาย (Reason for gap in the statutes) ซึ่งทั้งในระบบกฎหมาย Common Law²⁶ และระบบกฎหมาย Civil Law ต่างก็ยอมรับให้กฎหมายจารีตประเพณี เข้ามามีบทบาทในการเสริมความสมบูรณ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

ตามกฎหมายไทย ถึงแม้จะเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Civil Law แต่ก็ยอมรับว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังจะเห็นได้จากความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหลาย ๆ ท่าน อาทิเช่น

- ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เพราะเหตุที่ว่าราษฎรได้เห็นจริงว่าข้อบังคับนั้น ๆ เป็นกฎหมายจารีตประเพณี และได้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้นเป็นกฎหมายจริง ๆ ในประเทศในรูปลักษณะเดียวกันและต่อเนื่องกันมาช้านาน²⁷

- ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้นที่ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่การยกเว้น

²⁶ Geza Kiss, "Equity and Law : Judicial Freedom of Decision" in The Science of Legal Method. Vol. 9 : Modern Legal Philosophy Series, Edited by a Committee of the Association of American Law Schools (New York : Augustus M. Kelly, 1969), pp.162-165.

²⁷ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 65.

ความผิดในทางอาญานั้นหาจำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม่^{๒๘} และหลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดไม่จำเป็นจะต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น^{๒๙}

- ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เห็นว่าระบบกฎหมายใดก็ตามจะมีแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรล้วน ๆ โดยไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเลย เป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ เพราะแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพยายามบัญญัติให้กว้างขวางเพียงใดก็ตาม ก็ไม่สามารถทำให้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรสมบูรณ์ได้ ยังคงต้องอาศัยกฎหมายจารีตประเพณีเป็นบทประกอบให้สมบูรณ์ด้วยอยู่เสมอ^{๓๐} และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง แสดงให้เห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีอยู่ควบคู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร แม้ว่าจะมิได้บัญญัติเป็นตัวหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็เป็นหลักเกณฑ์ ซึ่งเปรียบเสมือนเงาที่เคียงคู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในฐานะที่เป็นบทสำรอง (Subsidiary Provision) ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร กรณีใดที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติไว้ บทสำรองก็จะทำหน้าที่แทนทันที^{๓๑}

^{๒๘} จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2521), หน้า 683-684.

^{๒๙} จิตติ ดิงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด", วารสารกฎหมาย, หน้า 52.

^{๓๐} ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป (พระนคร:คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 21.

^{๓๑} เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

การให้ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าว อาจสรุปได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายประเภทหนึ่งที่ทำให้ความเป็นธรรมได้ดี โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำประกอบกับเป็นการตรงกับความรู้สึกนึกคิดของประชาชน จึงทำให้กฎหมายจารีตประเพณีได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามจากประชาชนในรูปลักษณะเดียวกันและต่อเนื่องกันมาช้านาน แม้กฎหมายจารีตประเพณีจะมีได้ปรากฏเป็นตัวหนังสือ หรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ด้วยคุณสมบัติและความสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณี จึงทำให้กฎหมายจารีตประเพณีจัดอยู่ในลักษณะและสภาพที่เหมาะสมดีอยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยที่เมื่อใดที่เราต้องการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องใดที่มีอยู่ เราก็สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องนั้น ๆ มาใช้ได้ และเมื่อใดที่เราไม่มีความจำเป็นจะต้องใช้ กฎหมายจารีตประเพณีก็จะสงบนิ่งอยู่เฉย ๆ โดยที่ไม่เป็นการขัด หรือรบกวนต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด เปรียบเสมือนเป็นเงาที่อยู่เคียงคู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเนื่องจากมีหลักกฎหมายมายมายที่ไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเวลาจำเป็นก็อาจยกขึ้นมาใช้ หากไม่จำเป็นก็ไม่ต้องไปกล่าวถึง ซึ่งก็เป็นวิธีการของวิชาการทุกอย่างว่า มีบางสิ่งบางอย่างที่ซ่อนอยู่ถึงเวลาก็เอามาใช้ ถ้ายังไม่ถึงเวลาก็ให้อยู่เช่นนั้นต่อไป^{๒๒}

ดังนั้น แม้กฎหมายจารีตประเพณีจะเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดและพัฒนาขึ้นมาจากการกระทำของประชาชนในสังคม แต่ความสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีก็ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะทั้งกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างก็เกิดขึ้นมาจากสังคมเช่นกัน กล่าวคือกฎหมายจารีตประเพณีเกิดและพัฒนาขึ้นมาจากสังคม ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือตัวแทนของสังคมนั่นเอง จะแตกต่างกันก็ตรงที่กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้นมาโดยไม่ได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติแต่อย่างใด แต่ถ้าหากว่าผู้ร่างกฎหมายสามารถถ่ายทอดกฎหมายจารีตประเพณีออกมาเป็นตัวบทกฎหมายได้ชัดเจนดีแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏก็จะไม่มีความแตกต่างกัน

^{๒๒} จิตติ ดิงศรัทธี, "สนทนาลึกและปัญหาในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป", วารสารนิติศาสตร์. 16 (ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2529) : 17-18.

3.2 ขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

เมื่อกล่าวถึงวิวัฒนาการของกฎหมายแล้ว^{๓๓} จะพบว่าในสมัยโบราณครั้งที่มนุษย์ยังไม่รู้จักตัวอักษรหรือหนังสือนั้น กฎหมายยังไม่ได้ถูกบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรกฎหมายอาญาจึงปรากฏตัวในลักษณะเป็นข้อบังคับที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ประชาชนต่างยอมรับกันว่าการใดที่ไม่ควรกระทำ ห้ามกระทำ และถ้าหากฝ่าฝืนไปกระทำ จะต้องถูกลงโทษ ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ आजกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาในยุคแรกปรากฏตัวอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี

ต่อมาเมื่อมนุษย์เริ่มเรียนรู้การเขียนหนังสือ สังคมเริ่มมีความเจริญขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่ง ได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้บังคับทั่วไป กฎหมายอาญาที่ปรากฏตัวอยู่ในรูปกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าว ก็ได้ถูกนำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดว่าการกระทำที่ห้ามกระทำนั้น ถือว่าเป็นความผิดอาญา (crime) และหากใครฝ่าฝืนกระทำจะต้องถูกลงโทษ ซึ่ง आजกล่าวได้ว่าเป็นการทำให้กฎหมายจารีตประเพณีปรากฏชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นการทำความเข้าใจไม่แน่นอนให้เกิดเป็นความแน่นอนขึ้นเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายอาญาได้ปรากฏตัวในรูปเป็นกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรนั้น มิได้ทำให้ความคิดที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือความคิดตามกฎหมายจารีตประเพณีที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น สูญสิ้นไป กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวนี้ ยังคงมีอิทธิพลอยู่เบื้องหลังโดยรอบกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรดังกล่าว ประกอบกับกาลเวลาได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้กฎหมายจารีต

^{๓๓} ผู้เขียนนำวิวัฒนาการของกฎหมายมาพิจารณา เพื่อทำให้เห็นวิวัฒนาการของกฎหมายอาญาและความสัมพันธ์ที่กฎหมายจารีตประเพณีมีต่อกฎหมายอาญา และนำผลที่ได้ไปพิจารณาประกอบกับโครงสร้างความผิดอาญา เพื่อทำให้ทราบ ถึงขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา.

ประเพณีใหม่ ๆ ได้ก่อตัวขึ้นมาอยู่เรื่อย ๆ โดยที่ไม่ว่าจะมีผู้ใดให้ความสำคัญต่อสิ่งเหล่านั้นนัก

เมื่อนำกฎหมายจารีตประเพณีเหล่านั้น^{๓๔} มาพิจารณาประกอบกับ โครงสร้าง ความผิดอาญา (Verbrechensaufbau)^{๓๕} แล้ว จะทำให้สามารถจำแนกขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาได้เป็น 2 ประเภท คือ

3.2.1 กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยตรง

กฎหมายจารีตประเพณี นำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยตรงในที่นี้ หมายความว่าถึงกฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในกฎหมายอาญา ที่ถือเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) ประเภทหนึ่ง โดยในการพิจารณาว่า การกระทำใดที่ถือว่ากฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้ ไม่ถือเป็นความผิดนั้น จะต้องได้

^{๓๔} กฎหมายจารีตประเพณี ที่ไม่ได้ถูกนำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร และกฎหมายจารีตประเพณีที่ถูกนำมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่ยังคงเหลือแนวความคิดอยู่เบื้องหลังกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรนั้นๆ อยู่.

^{๓๕} โครงสร้างความผิดอาญา ประกอบด้วยโครงสร้าง 3 ส่วน คือ 1) ส่วนองค์ประกอบ (Tatbestandmassigkeit) 2) ส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit) 3) ส่วนของความชั่ว (Schuld) รายละเอียดโปรดดู ดร. คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด , หน้า 1-3.

พิจารณาผ่านโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบความผิดมาแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญา^{๓๕} แล้วแต่เนื่องจาก มีเหตุที่ผู้กระทำความผิดนั้นสามารถกระทำได้ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา ไม่ใช่เพียงไม่ต้องรับโทษ (Excuse)

ตามประมวลกฎหมายอาญาของนานาอารยประเทศ ไม่ปรากฏว่ามี ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศใดที่บัญญัติไว้ โดยแจ้งชัดให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดในกฎหมายอาญาได้ แต่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั้นสามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ตัวอย่างเช่น

- หลักกฎหมายของฝรั่งเศส ยอมรับว่าการทำให้บาดเจ็บจากการเล่นกีฬา ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด โดยถือว่ามีเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญา (L'impunité de l'infraction) เพราะกฎหมายและจารีตประเพณีอนุญาตให้ทำได้ ทั้งนี้เพราะเหตุผลที่ว่าการเล่นกีฬาเป็นสิ่งที่กฎหมายและประเพณียอมรับรอง และสนับสนุนเพื่อประโยชน์แก่ชาติและพลเมืองของชาติ จึงต้องยอมอนุญาตให้มีการกระทำที่อาจเกิดอันตรายอันจำเป็นที่จะเกิดขึ้น

^{๓๕} โครงสร้างความผิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบนั้นแบ่งเป็น 1) องค์ประกอบภายนอกคือบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในภาคความผิด ซึ่งกล่าวถึงผู้กระทำ, การกระทำ, ผลของการกระทำ, กรรมของการกระทำ และข้อเท็จจริงอื่น ๆ ซึ่งอาจเป็นเรื่องเหตุการณ์ และ 2) องค์ประกอบภายในคือเจตนา, มูลเหตุชกจิตใจ และองค์ประกอบภายในที่นอกเหนือจากเจตนาและมูลเหตุชกจิตใจ เช่นไตร่ตรองไว้ก่อน ทรมาณ หรือกระทำทารุณโหดร้าย เป็นต้น โปรดดู ดร.คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 2. และกมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 1-5.

จากการเล่นเหล่านั้น^{๓๗} และกรณีการฝ่าตัดเพื่อความสวยงามเนื่องจากได้กลายเป็นที่นิยมกันเป็นปกติ โดยถือว่าเป็นเรื่องธรรมดา แพทย์ผู้กระทำจึงไม่ควรมีความผิด โดยเป็นการกระทำอันถูกต้องตามจารีตประเพณีที่ยกเว้นความผิดได้^{๓๘} และครูอาจารย์มีอำนาจทำโทษศิษย์เพื่อรักษาระเบียบวินัยและฝึกรบมของสถานศึกษา โดยอำนาจของครูอาจารย์ดังกล่าวนี้ไม่จำกัดเฉพาะในระหว่างที่ศิษย์อยู่ในสถานศึกษาเท่านั้น แต่มีอยู่นับตั้งแต่ศิษย์ออกจากบ้านจนกระทั่งกลับเข้าบ้านทีเดียว โดยถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่ง^{๓๙}

- หลักกฎหมายของอเมริกา ยอมรับว่าในกรณีการเล่นกีฬาหรือการแข่งขันกีฬานั้น เป็นกรณีที่มีจารีตประเพณีอนุญาตให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมได้ และถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นความยินยอมในการเล่นกีฬา ชกมวย ฟุตบอล บาสเกตบอล เบสบอล แต่จารีตประเพณีนั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร^{๔๐}

- หลักกฎหมายของอังกฤษ อธิบายเหตุผลในการยกเว้นความผิดในการเล่นกีฬาว่ากฎหมายไม่ห้ามการเล่นกีฬาที่ไม่ได้กระทำด้วยความอาฆาต และไม่ขัดต่อความรู้สึกในทางธรรมจรรยา (ethical feeling) ในสมัยนั้น โดยไม่เห็นว่าเป็นการทารุณโหดร้าย การต่อสู้กันที่เป็นความผิดก็เพราะขัดต่อศีลธรรมซึ่งมติมหาชนไม่ยอมรับ การกีฬาใดจะ

^{๓๗} Pierre Bouzat et Jean Pinatel, Traite de Droit Penal et de Criminologie (Paris : Librairie Dalloz, 1963) ,p.288.

^{๓๘} Ibid, pp.290, 383.

^{๓๙} Ibid, p.246.

^{๔๐} วิษณุ เครืองาม, "ความยินยอม-การยอมตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา", วารสารกฎหมาย. 1 (ฉบับที่ 2 พฤษภาคม 2517) : 159.

เล่นได้เพียงโดยย่อแล้วแต่มีมหาชนในเวลาและท้องถิ่น⁴¹ หรืออาจกล่าวได้ว่าได้รับยกเว้นความผิดโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁴² หรือที่เรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั่นเอง และกรณีครูอาจารย์มีอำนาจลงโทษศิษย์เพื่ออบรมสั่งสอนได้ไม่ถึงว่าครูอาจารย์มีความผิด โดยถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁴³

- หลักกฎหมายของนอร์เวย์ยอมรับว่ากฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นไม่อาจนำมาพิพากษาลงโทษผู้กระทำได้ เพราะจะต้องตีความโดยเคร่งครัดอันเป็นพื้นฐานความคิดเบื้องต้นของความยุติธรรมว่ากฎหมายอาญาควรจะมีข้อความชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อให้บุคคลทั่วไปทราบว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญา การที่จะลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งในการกระทำที่ไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิดในเวลานั้นย่อมไม่เป็นการยุติธรรมและเป็นหลักนิติธรรม (rule of law) ที่มีให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนี้ใช้อำนาจหรือดุลพินิจโดยปราศจากหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและการตีความด้วยการเทียบเคียง (analogy) เพื่อเป็นคุณแก่จำเลยแล้วไม่ต้องห้ามด้วยหลักรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า

⁴¹ J.W. Cecil Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law, 18th ed., (London : Sweet & Maxwell, 1962), p. 177.

⁴² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 2, หน้า 683.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 663.

สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นคุณแก่จำเลยได้เช่นกัน⁴⁴

ตามหลักกฎหมายของไทยนั้น มีผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้ความเห็นไว้หลายท่าน อาทิเช่น

- ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้มีความเห็นว่าพฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดอาญานั้น ไม่ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในตัวบทกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายแพ่งก็ได้ เป็นต้นว่าอำนาจของผู้ปกครองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็เมื่อกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอไปตามบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ย่อมมีน้ำหนักเป็นกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้น ที่ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่การยกเว้นความผิดในทางอาญานั้นหาจำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม่⁴⁵ และหลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ที่ต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น⁴⁶

⁴⁴ Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, Trans. by Thomas P. Ogle (London : Sweet & Maxwell Limited, 1965), pp.96-97.

⁴⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 ตอนที่ 2, หน้า 683-684.

⁴⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด", วารสารกฎหมาย, หน้า 52.

- ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย มีความเห็นว่ากฎหมายจารีตประเพณีอาจมี ข้อความที่ให้อำนาจบุคคลกระทำการใด ๆ ซึ่งปกติการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดอาญาได้ ตัวอย่างเช่น

ก. การชกมวยหรือการเล่นกีฬาที่ถูกกติกา แม้จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งตายก็ไม่เป็น ความผิด

ข. แพทย์ที่ตัดแขนคนไข้โดยที่คนไข้ยินยอมเพราะเป็นแขนเชื้อร่าถ้าทิ้งไว้จะเป็น อันตรายต่อชีวิต แพทย์ย่อมมีอำนาจทำได้

ค. บิดามารดาเอาเด็กมาให้เราเลี้ยงไว้ โดยบอกว่าให้ลงโทษเด็กได้ ถ้า เด็กทำผิดและเราลงโทษเด็กตามสมควร เราก็ไม่มีความผิด⁴⁷

เหตุที่ ทำให้การกระทำเป็นการชอบด้วยกฎหมายนี้ มิใช่มีอยู่เฉพาะตามกฎหมาย อาญาเท่านั้น แต่อาจมีอยู่ตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย สำหรับเหตุที่ทำให้การกระทำเป็นการ ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญานั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร เล่มออกไป ทั้งนี้เพราะเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า การตีความในกฎหมายอย่างกว้างขวางหรือ การเทียบเคียงบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหายอมเป็นสิ่งทำได้⁴⁸

⁴⁷ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 208.

⁴⁸ หยุด แสงอุทัย, "การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา", บทบัญญัติ. 12 (ตอนที่ 1 2483) : 226-227.

- พระยาอรรณการิย์นิพนธ์ มีความเห็นว่า⁴⁹ เฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นที่จะนำมาใช้ปรับบทลงโทษแก่ผู้กระทำผิดได้ ไม่รวมถึงจารีตประเพณีทางแพ่ง แต่ถ้าจะยกมาใช้เพื่อลดหย่อนหรือเว้นโทษแก่คน ย่อมนำเอาจารีตประเพณีมาใช้ได้ เช่นจารีตประเพณีของเราให้ครูตีเด็กได้ตามสมควร เช่นนี้ครูย่อมตีเด็กได้โดยไม่ผิด⁵⁰

- ท่านอาจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร มีความเห็นว่าในทางกฎหมายอาญาต้องยึดตัวบทเป็นหลัก การยึดตัวบทเป็นหลักนี้หมายถึงว่ายึดในทางที่จะลงโทษ หรือเพิ่มโทษเท่านั้นถ้าเป็นเรื่องอย่างอื่น อาจใช้จารีตประเพณี บทกฎหมายใกล้เคียงหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้⁵¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความเห็นของนักกฎหมายไทยในทางทฤษฎีนั้นต่างยอมรับกันทั่วไปว่ากฎหมายจารีตประเพณีถือเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในกฎหมายอาญา โดยอาจจะใช้ชื่อที่เรียกกฎหมายจารีตประเพณีนั้นต่างกันออกไป แต่ความหมายของชื่อที่เรียกนั้นเข้าใจว่ามีความหมายเช่นเดียวกับคำว่ากฎหมายจารีตประเพณี

⁴⁹ พระยาอรรณการิย์นิพนธ์, "กฎหมายอาญาพิศดาร พ.ศ. 2498" พิมพ์ในหนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยาอรรณการิย์นิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์), หน้า 112-113.

⁵⁰ ท่านอาจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ มีความเห็นเช่นเดียวกันโปรดดู ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 31.

⁵¹ คณิต ฅ นคร, "การตีความกฎหมายอาญา", วารสารนิติศาสตร์, หน้า 58.

เนื่องจาก เหตุยกเว้นความรับผิดชอบหรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นมีหลายกรณี เช่นตามกฎหมายอาญา ตามกฎหมายอื่น ตามกฎหมายจารีตประเพณี^{๕๒} ตามหลักความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด เป็นต้น ซึ่งการแยกอธิบายเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในเรื่องกฎหมายจารีตประเพณีและเรื่องความยินยอมออกจากกันนั้น ทำให้เกิดความสับสนในทางวิชาการ

หลักที่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น ปรากฎหลักฐานว่าเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยโรมัน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายโรมันนั้น มีลัทธิบทหนึ่งกล่าวว่า "Volenti non fit injuria" (one who consents suffers no wrong)^{๕๓} ซึ่งแปลเป็นไทยว่า ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด^{๕๔}

หลักความยินยอม ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนี้ เป็นหลักที่ยอมรับกันในทุกประเทศ โดยบางประเทศได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว เช่น ประเทศเยอรมัน^{๕๕} อิตาลี^{๕๖} อินเดีย^{๕๗} เป็นต้น

^{๕๒} ดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.1.3.

^{๕๓} Johannes Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, p.174.

^{๕๔} จิตติ ตึงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด", วารสารกฎหมาย, หน้า 5

^{๕๕} ตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 226 a (The German Penal Code 1871, Sec. 226 a) รายละเอียดโปรดดู K. Neumann, Manual of German Law Vol. 2 (London : Her Majesty's Stationary Office, 1952), p.81.

^{๕๖} ตามประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี มาตรา 50 รายละเอียดโปรดดู อักษราทร จุฬารัตน์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา", วารสารนิติศาสตร์. 9 (ฉบับที่ 1 2520) : 60-63.

^{๕๗} ตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 87 รายละเอียดโปรดดู กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 143-151.

บางประเทศ แม้จะไม่ได้นำหลักความยินยอมไปบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็ยอมรับในทางทฤษฎีว่า ความยินยอมของผู้เสียหายนั้น สามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดของผู้กระทำได้ เช่น กฎหมายของนอร์เวย์ ฝรั่งเศส และไทย

สำหรับกฎหมายไทยนั้น จะพบได้ว่าไม่มีประมวลกฎหมายอาญามาตราใดที่บัญญัติยอมรับหลักความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนี้เลย^{๕๘} แต่ปรากฏว่าได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งตัดสินว่า "ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้นอาจถือเป็นความยินยอมให้กระทำการตามที่ปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มีหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482 และ 787/2483 ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้น ย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้"^{๕๙}

คำพิพากษาฎีกานี้ ทำให้วงการกฎหมายของไทยตื่นตัวต่อหลักความยินยอมขึ้นอย่างมาก และได้มีความพยายามศึกษาถึง หลักเกณฑ์ของเรื่องความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิดจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศต่าง ๆ และนำมาศึกษาและวิเคราะห์กัน^{๖๐} ซึ่งผลที่ได้รับ คือทำให้ทราบว่าความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้นมีหลักเกณฑ์ดังนี้

^{๕๘} จนทำให้นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่า เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่บัญญัติไว้แล้วจะนำหลักความยินยอมมาใช้ไม่ได้ คูไพศาลย์ กุมาลย์วิสัย, "ความยินยอมทำให้การกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ (ฎีกา 1403/2508)", คฤหาศ. 15 (เล่ม 4 กรกฎาคม - สิงหาคม 2511) : 137-144.

^{๕๙} ตัวอย่างเช่น ประพนธ์ ปรัชญากรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522). กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523).

1) ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่แสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย (Assumed หรือ Implied Consent) ต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีเงื่อนไขและเมื่อยินยอมต่อสิ่งหนึ่งแล้วไม่ได้หมายความรวมถึง ความยินยอมต่อสิ่งอื่นตลอดจนผู้กระทำจะต้องทราบถึงความยินยอมนั้นด้วย

2) ความยินยอมนั้นจะต้องได้มาโดยชอบ คือจะต้องไม่ได้มาโดยการหลอกลวงหรือข่มขู่ หรือสำคัญผิด หรือจากความกดดันทางเศรษฐกิจ หรือโดยวิธีการอันมิชอบประการอื่น

3) ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม

4) ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ก่อน หรืออย่างน้อยจะต้องมีอยู่ขณะกระทำและ

5) ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี^{๕๐}

เนื่องจาก ประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีบทบัญญัติ ในเรื่องความยินยอม ดังนั้น จึงทำให้เกิดความสับสนขึ้นในทางทฤษฎีว่า หลักความยินยอมที่ทำให้ไม่เป็นความผิดนี้ เป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายจารีตประเพณี ดังจะเห็นได้ว่า มีความเห็นของนักนิติศาสตร์แตกต่างกันเป็นสองฝ่าย คือ

- ความเห็นฝ่ายแรก เป็นความเห็นตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 และท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ซึ่งเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไป^{๕๑}

- ความเห็นฝ่ายที่สอง เป็นความเห็นของท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ซึ่งเห็นว่า เป็นเรื่องของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจให้กระทำได้^{๕๒}

^{๕๐} รายละเอียดโปรดดู ประพิน ประชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา", หน้า 1-85. และกมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา", หน้า 24-56.

^{๕๑} ไพจิตร ปุญญพันธ์, "ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย", คุลนาท, หน้า 18-48.

^{๕๒} หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 208.

ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ในเบื้องต้นนั้นการที่หลักความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนี้ จะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายจารีตประเพณีนั้นเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องพิจารณา เพราะเป็นเรื่องการใช้กฎหมาย (Application of law) กรณีหนึ่งที่เป็นเรื่องการนำกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้เป็นคุณแก่จำเลย

เรื่องความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนี้ เป็นหลักที่มาจากสุภาษิตโรมันที่ว่า *Volenti non fit injuria* และเป็นหลักที่ยอมรับกันเกือบทั่วทุกประเทศ โดยบางประเทศได้นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว สำหรับประเทศไทย ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ความยินยอมดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักความยินยอมนี้ เป็น "หลักกฎหมายทั่วไป" อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่า กรณีใดจะถือว่าเป็นความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนั้น มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาประการหนึ่งว่า ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ซึ่งการพิจารณาว่าการกระทำใด จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโดยคำนึงถึงความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น ซึ่งเป็นเรื่องที่ ขึ้นอยู่กับกฎหมายจารีตประเพณีของแต่ละท้องที่ หรือแต่ละประเทศโดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป ยกตัวอย่างเช่น การหยอกล้อกันในระหว่างเพื่อนฝูง ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ในเรื่องนี้ มีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 787/2483 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยล้อเล่นกับผู้ตาย การแตะต้องผู้ตายโดยการล้อเล่นไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายจริงอยู่โดยปกติบุคคลใด ย่อมไม่มีอำนาจจะแตะต้องถูกร่างกายผู้อื่น แต่โดยธรรมเนียมประเพณีหรือด้วยความยินยอมโดยปริยายเป็นต้นว่า บุคคลมากทด้วยกันไปดูแลเรือ คูงาน ย่อมต้องเบียดเสียดถูกต้องร่างกายกันบ้างอันเป็นธรรมดา โดยธรรมเนียมประเพณีไม่ถือกันหรือการหยอกล้อเล่นกันย่อมไม่ถือว่ามีเจตนาจะทำร้ายร่างกาย เมื่อจำเลยหยอกล้อผู้ตายโดยปราศจากความระมัดระวังทำให้เกิดผลถึงตายขึ้น อาจมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

ได้มีบันทึกของท่าน ดร.หยุด แสงอุทัย ท้ายฎีกานี้ว่า "ในเรื่องความยินยอมของ

เจ้าทุกข์นี้ กฎหมายลักษณะอาญาไม่มีบัญญัติไว้ จึงเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายจารีตประเพณีว่า เจ้าทุกข์ให้ความยินยอมได้เพียงใด ผู้ที่ไม่มีความเห็นในทางเฉียบขาดเกินไป จะต้องถือว่าแม้กฎหมายไทยไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีหลักกฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ ในบางกรณี เจ้าทุกข์ให้ความยินยอม ให้เขาทำร้ายร่างกายตนได้"^{๕๓}

ฉะนั้น การที่จะพิจารณาว่า ในพฤติการณ์ดังกล่าวผู้ให้ความยินยอมได้ให้ ความยินยอมนั้น จะต้องพิจารณาว่าในพฤติการณ์ดังกล่าวนั้นมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจที่จะให้ความยินยอมได้หรือไม่ ซึ่งถ้ามีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจที่จะให้ความยินยอมกันได้ เช่น การชกมวย การผ่าตัดของแพทย์ การหยอกล้อกันเล่นระหว่างเพื่อนฝูงหรือการกระทบกระทั่งถูกต้องร่างกายกันในชีวิตประจำวัน เช่นการขึ้นรถเมล์ หรือการไปดูงานมโหรีสพต่างๆ เป็นต้นแล้ว ถือว่าในกรณีนั้นผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแล้ว โดยถือว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิดโดยมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้ และการนำหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาใช้กับหลักเกณฑ์ ของความยินยอมในกฎหมายอาญาได้นั้น ก็โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือที่เรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี มาใช้บังคับนั่นเอง

3.2.2 กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยทางอ้อม

คุณสมบัติสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณี คือเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of law) และเมื่อรัฐได้นำกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องใดมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ก็มีได้หมายความว่าความคิดเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องนั้น ๆ จะสูญสิ้นไป หากแต่คงยังมีบทบาทอยู่เบื้องหลังบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรนั้น ๆ กรณีหนึ่งและเนื่อง จากกฎหมายจารีตประเพณีนั้น มีที่มาทางหนึ่งจากจารีตประเพณี^{๕๔} จารีตประเพณีต่างๆ ที่ก่อตัวขึ้นอยู่อย่างสงบเบื้องหลังกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ อีกกรณีหนึ่ง

^{๕๓} คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787/2483 24 ธล. หน้า 1140.

^{๕๔} P. J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, 12th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1966), p. 113.

ทั้งสองกรณีนี้มีผลทำให้ กฎหมายจารีตประเพณีสามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยทางอ้อม ซึ่งหมายความว่านำมาใช้เป็นเครื่องมือช่วยในการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทยุติธรรม (Jus Aequum) ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย ที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น^{๕๕} โดยต้องมีการตีความโดยอาศัยดุลพินิจอันต้องคำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบ ศีลธรรม^{๕๖} และจารีตประเพณีทั่วๆ ไปของสังคมประกอบ

บทกฎหมายยุติธรรมนี้เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ต้องมีความยืดหยุ่น (flexible) อย่างมาก เพราะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องปล่อยให้ เป็นดุลพินิจของผู้ปรับใช้กฎหมายที่จะให้ความหมายที่แน่นอนหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่ละเอียดขึ้น ให้เหมาะสมกับความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นบทกฎหมายที่มีลักษณะยืดหยุ่นเปิดโอกาสให้ผู้ใช้อกฎหมายได้ใช้ดุลพินิจตีความได้อย่างกว้างขวาง

บทกฎหมายยุติธรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แก่คำว่า "ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" ตามมาตรา 113 คำว่า "ลมแก่ฐานานุรูปแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นเพื่อเลี้ยงชีพตามสมควร" ตามมาตรา 24 คำว่า "การใช้สิทธิและการชำระหนี้ต้องกระทำโดยสุจริต" ตามมาตรา 5 เป็นต้น

บทกฎหมายยุติธรรมในประมวลกฎหมายอาญาได้แก่ คำว่า "ตามสภาพและพฤติการณ์" ตามมาตรา 64 คำว่า "เหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน" ตามมาตรา 78 คำว่า "กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการเหยียดหยามศาลนา" ตามมาตรา 206 คำว่า "สิ่งอื่นใดอันลามก" ตามมาตรา 287 คำว่า "เอาทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไป" ตามมาตรา 334 เป็นต้น

^{๕๕} หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 95.

^{๕๖} ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 70.

บทกฎหมายยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้ผู้ปรับใช้กฎหมาย หรือผู้พิพากษาที่จะให้ความหมายที่แน่นอน ให้เหมาะสมกับความรู้สึกนึกคิดของประชาชนในสังคม แต่เนื่องจากไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยหรือตีความหรืออธิบายถึงบทกฎหมายยุติธรรมไว้อย่างชัดเจน ฉะนั้น ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างข้อเท็จจริง ของบทกฎหมายยุติธรรมที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาบางกรณีมาพิจารณา เช่น

- คำว่า "ตามสภาพและพฤติการณ์" ตามมาตรา 64 อาจหมายความรวมถึงกรณีที่คนอยู่ในถิ่นทุรกันดาร ห่างไกลความเจริญ และไม่รู้จักการศึกษา ฉะนั้นคนเหล่านั้นจะไม่มีโอกาสรู้เลยว่า มีกฎหมายห้ามไม่ให้เขาทำอะไร หรือว่าเขามีสิทธิจะทำอะไรได้บ้าง

- คำว่า "เหตุอันที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน" ตามมาตรา 78 เช่น การช่วยผู้กระทำความผิดตามมาตรา 189, 192 ถ้าเป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดามารดา บุตร สามีหรือภรรยาแล้ว ศาลจะไม่ลงโทษ แต่ถ้าหากเป็นการทำเพื่อช่วยญาติของตนอันมิใช่บิดามารดาหรือบุคคลตามที่กล่าวแล้ว เช่น ลุง ป้า น้า อา หรือ พี่ ที่เลี้ยงดูเรามา ตั้งแต่เล็ก เสมือนเป็นบิดามารดาของเรา และเราต้องการที่จะตอบแทนพระคุณหรือแสดงความกตัญญู จึงช่วยเหลือญาติที่กระทำความผิดเหล่านั้น จนทำให้เป็นความผิดตามมาตรา 189, 192 แล้วแต่กรณี ดังนี้ ศาลน่าจะนำมาเป็นเหตุบรรเทาโทษได้

- คำว่า "กระทำด้วยประการใดอันเป็นการเหยียดหยามศาสนา" ตามมาตรา 206 การเหยียดหยามศาสนานั้นมีความหมายเพียงใด เช่น การถ่ายรูป โดยเอามือจับเศียรพระ หรือชี้คอกพระพุทธรูป การร่วมประเวณีกันในวัด^{๕๗} ฯลฯ กรณีต่างๆดังกล่าวจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำที่เหยียดหยามศาสนา ซึ่งการพิจารณานั้น จะต้องคำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบ ศีลธรรม และกฎหมายจารีตประเพณีทั่วๆ ไป ของสังคม ประกอบด้วย^{๕๘}

^{๕๗} มีคำพิพากษาฎีกาที่ 936/2505 วินิจฉัยว่า จำเลยเป็นพระภิกษุร่วมประเวณีในกุฏิของจำเลยบนเขาวัง จังหวัดเพชรบุรี ไม่ถือว่าเป็นการเหยียดหยามศาสนา.

^{๕๘} ในที่นี้ เป็นเรื่องการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาเป็นเครื่องมือช่วยประกอบการตีความ จึงเป็นเรื่องของการตีความ และไม่เป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ที่ว่า จะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้กำหนดความผิดและโทษไม่ได้.

- คำว่า "เอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป" ตามมาตรา 334 นั้น หมายความว่ารวมถึง การเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น โดยที่เจ้าของไม่อนุญาต หรือยินยอมด้วย

กล่าวโดยสรุป การให้เหตุผลในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีใน กฎหมายอาญาได้นั้น มีแนวความคิดที่แตกต่างกันไป ดังนี้

- 1) การให้ความสำคัญต่อบทบาทหรือคุณสมบัติของกฎหมายจารีตประเพณี
- 2) กฎหมายจารีตประเพณีได้ผ่านการพิสูจน์โดยนิติวิธีที่สมบูรณ์แล้ว
- 3) กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในทางเป็นคุณเท่านั้น
- 4) การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของสังคม
- 5) กฎหมายจารีตประเพณีให้ความเป็นธรรมได้ดี

เมื่อนำวิวัฒนาการของกฎหมายมาพิจารณาประกอบกับการวิวัฒนาการของกฎหมาย อาญา จะทำให้เห็นความสัมพันธ์ที่กฎหมายจารีตประเพณีมีต่อกฎหมายอาญา และผลที่ได้รับนี้ เมื่อนำไปพิจารณาประกอบกับโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะทำให้ทราบถึงขอบเขตของ การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา โดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

- 1) กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยตรง
- 2) กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยทางอ้อม

สำหรับตัวอย่างในการนำหลักเกณฑ์การพิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถนำ มาใช้ในกฎหมายอาญา ซึ่งจะนำมาประยุกต์ใช้นั้น จะเสนอในบทที่ 4 ต่อไป