

- ความเป็นมาของปัญหา

ในระบบกฎหมายที่ไม่ใช่ประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law System) มีที่มาของกฎหมาย (Source of Law) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือมีบ่อเกิดของกฎหมายมาจากกฎหมายซึ่ง รวบรวมจากข้อวินิจฉัยของศาล โดยไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (The Common Law) หลักแห่งความยุติธรรม (Equity) จารีตประเพณี (Custom) ฯลฯ ดังนั้นในระบบกฎหมายที่ไม่ใช่ประมวลกฎหมายนี้ กฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณีหรือกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) นั้น สามารถนำมาใช้ได้โดยไม่มีปัญหา

สำหรับในระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมาย (The Civil Law System) นั้นยึดถือตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ และถือเป็นที่มาของกฎหมายในลำดับแรก ส่วนกฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณี จัดว่าเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law, Lex non scripta) และเป็นที่มาของกฎหมายในลำดับรองลงมา (Subordinate Source of Law) ส่วนการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เป็นเรื่องนิติวิธี (Juristic Method) ในการยอมรับที่มาของกฎหมายซึ่งในแต่ละประเทศก็มีความคิดเห็นแตกต่างกันออกไป

ในกฎหมายไทยก็ได้ให้ความสำคัญต่อกฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณี โดยถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายประการหนึ่ง เช่นเดียวกับ กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายโดยทั่ว ๆ ไป โดยมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 เป็นมาตราสำคัญที่กล่าวถึงเรื่อง "ที่มาของกฎหมาย" และลำดับในการใช้กฎหมาย

ในเรื่องที่มาของกฎหมายตามมาตรา 4 นี้ อาจจำแนกที่มาของกฎหมายได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ

- 1) กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร
- 2) กฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้แก่ คลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นและหลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น

สำหรับเรื่องลำดับหรือขั้นตอนในการใช้กฎหมายตามมาตรา 4 นี้ ผู้ร่างคงประสงค์จะให้ใช้เรียงตามลำดับ ดังต่อไปนี้ คือ

- 1) ตามตัวอักษร
- 2) ตามความมุ่งหมาย
- 3) ตามคลองจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น
- 4) เทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
- 5) ตามหลักกฎหมายทั่วไป

บทบัญญัติในเรื่องที่มาของกฎหมาย และลำดับในการใช้กฎหมายตามมาตรา 4 นี้ เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายแพ่งที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ และเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป กล่าวคือเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและการลงโทษ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ในเรื่องที่มาของกฎหมายก็ดี ลำดับขั้นตอนในการใช้กฎหมายก็ดี เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณากันตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญา

ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า ในกฎหมายทุกระบบกฎหมายต่างยอมรับว่ากฎหมายจาริตประเพณีนั้น สามารถเกิดขึ้นได้ และมีอยู่จริง ถึงแม้ว่าจะเป็นระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมาย แต่โอกาสที่กฎหมายจาริตประเพณีจะเกิดขึ้นนั้น ย่อมมีน้อยกว่ากฎหมายของระบบกฎหมายที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมาย หากแต่ว่ายังไม่มีผู้ใดให้ความสนใจ หรือศึกษา

ถึงมูลเหตุสำคัญ ที่จะต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ ตลอดจนขอบเขตที่จะใช้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสาขาวิชากฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่ง ที่กำหนดความผิด และโทษอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในร่างกาย ชีวิต เกียรติยศ ชื่อเสียง และทรัพย์สินของประชาชนในสังคม โดยมีความมุ่งหมายที่จะกำหนดความผิดและลงโทษการกระทำที่สังคมเห็นว่าไม่ถูกต้อง ไม่สมควรกระทำ และการกระทำนั้นสมควรที่จะมีมาตรการมาควบคุมและกำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ

เนื่องจากกฎหมายอาญามีหลักสำคัญคือ "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege) ซึ่งทำให้บุคคลจะต้องรับโทษ ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และการกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำมิได้โดยใช้กฎหมายจารีตประเพณี จึงทำให้มีผู้เข้าใจว่าจะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญาไม่ได้ ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องนัก

ในกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณี แต่อาจกล่าวได้ว่าไม่มีประมวลกฎหมายอาญาใดที่มีบทบัญญัติยอมรับหรือรับรองให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ ตลอดจนเหตุผลของความจำเป็นที่ต้องนำมาใช้ ขอบเขตของการใช้ และหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิสูจน์ กฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ โดยปล่อยให้เป็นการของนักนิติศาสตร์ ที่จะตีความต่าง ๆ กันออกไป ซึ่งทำให้เกิดความสับสนขึ้นในทางวิชาการ

ดังนั้น วิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งที่จะศึกษาเพื่อที่จะตอบคำถามต่าง ๆ ดังกล่าว โดยจะได้ศึกษา ถึงเหตุผลของความจำเป็นในระดับหนึ่ง ที่ต้องมีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่สำคัญห้าประการคือ ประการที่หนึ่งให้ความสำคัญ และยอมรับคุณสมบัติ หรือบทบาทของกฎหมายจารีตประเพณีในลักษณะที่เป็นที่มาของกฎหมาย ประการที่สองกฎหมายจารีตประเพณีนั้นๆ ได้ผ่านหลักเกณฑ์การพิสูจน์ที่สมบูรณ์แล้ว ประการที่สามใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในทางที่เป็นคุณเท่านั้น ประการที่สี่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อให้การใช้กฎหมายโดยทั่ว ๆ ไปตรงตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติ ซึ่งในที่นี้คือตัวสังคมนั่นเอง และประการที่ห้ากฎหมายจารีตประเพณีมีลักษณะที่ให้ความเป็นธรรม

ได้ดี นอกจากนี้ยังศึกษาถึง ขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา โดยจะได้ศึกษาถึงลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีและกฎหมายอาญา ลักษณะเฉพาะ อันเป็นหลักสำคัญในกฎหมายอาญาคือ หลัก " ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย " (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege) ที่มีผลกระทบต่อการใช้กฎหมาย จารีตประเพณี และจำกัดขอบเขตโดยพิจารณาประกอบกับโครงสร้างความผิดทางอาญา ในส่วนการกระทำที่กฎหมายบัญญัติ ในส่วนของเหตุยกเว้นความผิดและในส่วนเหตุยกเว้นโทษ ว่า เมื่อนำกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้ในแต่ละโครงสร้างแล้ว จะส่งผลกระทบต่อ กฎหมายอาญา และหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญาหรือไม่อย่างไร ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการ พิสูจน์กฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เพื่อจะนำมาประยุกต์ใช้เป็น หลักเกณฑ์ หรือทฤษฎีในการยอมรับการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาของไทย ต่อไป พร้อมทั้งวิเคราะห์ถึงตัวอย่างของกฎหมายจารีตประเพณีที่มีใช้อยู่ในประเทศไทย เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกฎหมายจารีตประเพณี และสามารถนำมาใช้ ในกฎหมายอาญาได้จริง

- วัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย

ศึกษาถึงทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อกฎหมายจารีตประเพณีทั้งในระบบกฎหมายที่ ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil Law) และระบบกฎหมายที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมาย (Common Law) ศึกษาถึงความหมายของจารีตประเพณี (Custom) และกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) ศึกษาถึงที่มาและการมีผลใช้บังคับของจารีตประเพณีพิจารณาในทาง ปรัชญา ศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา ศึกษาถึงหลักสำคัญในกฎหมายอาญา " ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย " (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege) ศึกษาถึงเหตุผลของความจำเป็นในระดับหนึ่งที่ต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ ทั้งที่ประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้บัญญัติหลักทั่วไปในเรื่องนี้ไว้ ศึกษาถึงขอบเขตของการ นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ โดยพิจารณาประกอบกับโครงสร้างความผิดทางอาญา ศึกษาหลักเกณฑ์ของการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีที่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ ศึกษาถึงกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ในกฎหมายอาญาของประเทศไทย ยกตัวอย่างเช่น

ครูหรืออาจารย์ลงโทษเด็กตามสมควรเพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอน การเล่นกีฬาที่ทำให้เกิดอันตราย การกระทำของแพทย์ต่อคนไข้ ตลอดจนประเพณีที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่นประเพณีสาดน้ำเล่นในวันสงกรานต์ เป็นต้น โดยจะได้ศึกษาถึงประวัติความเป็นมา หลักเกณฑ์ในการยอมรับและเหตุผลสนับสนุน ในการนำกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวมาใช้

- วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

ศึกษาข้อมูลจากประมวลกฎหมายต่างประเทศ คำพิพากษาของไทยและต่างประเทศและความเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งของประเทศไทยและประเทศที่ไม่ใช่ประมวลกฎหมาย และประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายอื่น อุปมาขึ้นเป็นกฎเกณฑ์สากลแล้ว เสนอเป็นหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เท่าที่ไม่ขัดกับระบบประมวลกฎหมายอาญาและสภาพแวดล้อมของสังคมไทย

- ทฤษฎีและสมมติฐานในการศึกษาวิจัย

กฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่เกิดและพัฒนาขึ้นมาจากการยอมรับของประชาชนในสังคม โดยไม่ได้ผ่านขั้นตอนของกระบวนการนิติบัญญัติแต่อย่างใด แต่กฎหมายจารีตประเพณีก็ยังมีมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร และยังสามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้บังคับ ให้มีผลเทียบเท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

ถึงแม้ว่า กฎหมายอาญา จะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่ว ๆ ไป กล่าวคือเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ และมีหลักสำคัญว่า บุคคลจะถือว่ามีความผิด และต้องรับโทษต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การกำหนดความผิดและโทษจะกระทำโดยใช้กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ากฎหมายจารีตประเพณีสามารถนำมาใช้

ในกฎหมายอาญาได้ โดยไม่เป็นการขัดต่อลักษณะของกฎหมายอาญาและหลักสำคัญข้างต้น โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่ว่า เป็นความจำเป็นในระดับหนึ่งที่ต้องยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาได้

ความจำเป็นในระดับหนึ่ง ที่ต้องยอมรับ ให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีใน กฎหมายอาญาได้นั้น คือประการที่หนึ่งการให้ความสำคัญต่อบทบาทและคุณสมบัติของกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of Law) ประการที่สอง กฎหมายจารีตประเพณีได้ผ่านการพิสูจน์ตามนิติวิธีหรือหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์แล้ว ประการที่สาม นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางเป็นคุณเท่านั้น ประการที่สี่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อให้การใช้กฎหมายโดยทั่ว ๆ ไปตรงตามเจตนารมณ์ของสังคม และประการที่ห้า กฎหมายจารีตประเพณีมีลักษณะที่ให้ความเป็นธรรมได้ดี โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

- ลำดับเนื้อหาในงานศึกษาวิจัย

บทนำ เป็นส่วนที่นำให้ทราบถึงความเป็นมา แนวทางและประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับในการศึกษาวิจัย

บทที่ 1 เป็นส่วนอธิบายถึงแนวความคิดหรือทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อการให้ความหมาย ลักษณะ การแบ่งประเภท วิธีการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ และอำนาจบังคับของกฎหมายจารีตประเพณี

บทที่ 2 เป็นส่วนที่อธิบายถึงลักษณะทั่ว ๆ ไปของกฎหมายอาญาและหลักเกณฑ์ที่สำคัญอันถือเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา ในที่นี้คือ "หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" ที่มีผลกระทบต่อการใช้กฎหมายจารีตประเพณี

บทที่ 3 เป็นส่วนอธิบายถึงแนวความคิดที่นำไปสู่การยอมรับว่าเป็นความจำเป็นในระดับหนึ่งที่ต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญา ซึ่งถ้ามองจากสมมติฐานที่ต่างกันแล้วจะทำให้การอธิบายถึงเหตุผลดังกล่าวแตกต่างกันไปด้วย บทนี้อธิบายถึงเหตุผล

สนับสนุนให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ ขอบเขตของการใช้และหลักเกณฑ์ในการยอมรับ หรือทฤษฎีที่จะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญา

บทที่ 4 เป็นส่วนที่เกี่ยวกับการวิเคราะห์ตัวอย่างของกฎหมายจารีตประเพณีที่มี ใช้อยู่ในประเทศไทย เพื่อประยุกต์ใช้กับหลักเกณฑ์ หรือทฤษฎีในการยอมรับกฎหมายจารีต ประเพณีที่กล่าวถึงในบทที่ 3 เพื่อจะได้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่ากรณีที่เกิดขึ้นนั้น เป็น กฎหมายจารีตประเพณี และสามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้จริง โดยจะได้ศึกษาถึง ประวัติความเป็นมา หลักเกณฑ์ในการยอมรับให้เป็นกฎหมายจารีตประเพณี และเหตุผลสนับสนุน

บทที่ 5 เป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะในการศึกษาวิจัยนี้

- ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษา

1) ทำให้เข้าใจ ถึงทัศนคติของนักกฎหมาย ที่มีต่อกฎหมายจารีตประเพณีทั้งใน ระบบกฎหมายที่ใช้ประมวลกฎหมายและระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งในประเทศไทยได้ใช้ คำว่า "กฎหมายจารีตประเพณี" และ "จารีตประเพณี" สลับกันอยู่

2) ทำให้เข้าใจ ถึงลักษณะทั่วไป และลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาคือหลัก "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย"

3) ทำให้ทราบถึงความจำเป็นในระดับหนึ่งที่สามารถนำกฎหมายจารีตประเพณี มาใช้ในกฎหมายอาญาได้ ตลอดจนขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมาย อาญา โดยพิจารณาประกอบกับโครงสร้างความคิดทางอาญา

4) ทำให้เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ ของการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้ ในกฎหมายอาญาของไทยได้ โดยยกตัวอย่างการพิจารณาประกอบการใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว

คือครูลงโทษเด็กเพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอน การเล่นกีฬาที่ทำให้เกิดอันตราย การกระทำของแพทย์ต่อคนไข้ ตลอดจนประเพณีที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น ประเพณีสาดน้ำเล่นในวันสงกรานต์ เป็นต้น

5) ทำให้ทราบถึง ประวัติความเป็นมา หลักเกณฑ์ในการยอมรับ และเหตุผลสนับสนุนของตัวอย่างกฎหมายจารีตประเพณีของไทย ที่ยกขึ้นมาพิจารณาตามข้อ 4

6) เพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาของผู้ที่สนใจในเรื่องนี้ที่คิดจะหาเหตุผลสนับสนุน เพื่อให้วัตถุประสงค์ในการศึกษาครั้งนี้บรรลุผล