

การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

นางสาว บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พ.ศ. 2531

ISBN 974-569-664-1

ลิขสิทธิ์ของบัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

15616

117448611

**THE APPLICATION OF CUSTOMARY LAW
IN CRIMINAL LAW**

Ms. Boonsariratana Somboon

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Graduate School

Chulalongkorn University

1988

ISBN 974-569-664-1

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

โดย

นางสาว บุญศรีรัตน์ สมบูรณ์


ภาควิชา

นิติศาสตร์

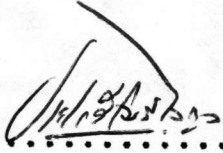
อาจารย์ที่ปรึกษา

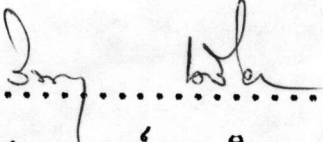
รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ

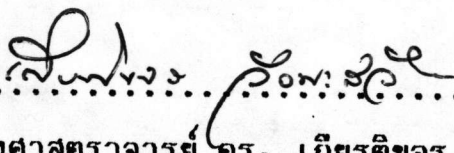
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการ
ศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

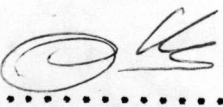

.....คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
(ศาสตราจารย์ ดร. ถาวร วัชรวิทย์)

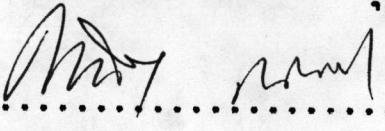
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ ไชวโกล)


.....กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร. วิหุณ เครื่องงาม)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญะภาส)


.....กรรมการ
(ดร. คณิต ณ นคร)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)



บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์ : การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา (THE APPLICATION OF CUSTOMARY LAW IN CRIMINAL LAW) อ.ที่ปรึกษา : รศ.ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 165 หน้า.

จากการวิจัยพบว่า กฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดและพัฒนาขึ้นจากสังคม โดยไม่ผ่านขั้นตอนของกระบวนการนิติบัญญัติแต่อย่างใด และยังเป็นที่มาของกฎหมายทั้งในระบบกฎหมายที่ใช้ และไม่ใช้ประมวลกฎหมาย กฎหมายจารีตประเพณีจึงมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร

แม้ว่ากฎหมายอาญาจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่ง ที่มีลักษณะพิเศษต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ และมีหลักสำคัญว่า บุคคลจะถือว่ามีความผิดและต้องรับโทษต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การกำหนดความผิดและโทษจะกระทำโดยใช้กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ แต่อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีสามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยไม่ขัดต่อลักษณะของกฎหมายอาญา และหลักสำคัญข้างต้น

ยิ่งไปกว่านั้น แนวความคิดในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญานั้น ยังสนับสนุนได้ด้วยเหตุผลสำคัญ 5 ประการ คือ การให้ความสำคัญต่อบทบาทและคุณสมบัติของกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะเป็นที่มาของกฎหมาย กฎหมายจารีตประเพณีได้ผ่านการพิสูจน์ตามนิติวิธีที่สมบูรณ์ดีแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในทางเป็นคุณเท่านั้น และยังนำมาใช้ได้เพื่อให้การใช้กฎหมายโดยทั่วไปตรงตามเจตนารมณ์ของสังคม นอกจากนี้กฎหมายจารีตประเพณียังมีลักษณะที่ให้ความเป็นธรรมได้ดี โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

ขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาอาจกำหนดได้ 2 วิธี คือ กฎหมายจารีตประเพณีอาจถูกนำมาเข้ามามีผลใช้ได้เมื่อถูกนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปหรือทฤษฎีหนึ่งๆ ของกฎหมายอาญา เช่น เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ ไม่เป็นความผิดและกรณีที่ถูกนำมาใช้โดยทางอ้อม คือนำมาใช้เป็นเครื่องมือช่วยประกอบการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่มีลักษณะเป็น "บทกฎหมายยุติธรรม" (JUS ACQUUM)

ภาควิชานิติศาสตร์.....
สาขาวิชา -
ปีการศึกษา 2531

ลายมือชื่อนิสิต
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา

BOONSARIRATANA SOMBOON : THE APPLICATION OF CUSTOMARY LAW
IN CRIMINAL LAW. THESIS ADVISOR : ASSO. PROF. APIRAT
PETCHSIRI, J.S.D. 165 pp.

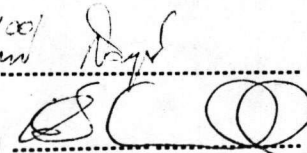
This research finds that "customary law" is the legal principles which emanated and have been evolved from the process of societal development. Even though customary law has never been emerged from conventional legislative process, it is still considered, in both Civil and Common laws traditions, as one of the "sources of law." Customary law, therefore, is of no less important than written statute.

Even though most criminal law is considered written statute by nature and contains special characters other than those of ordinary written statutes --i.e. it defines crime and punishment, it demands the general principle of nullum crimen, nulla poena, sine lege and no punishment without written prohibition, it does not allow the determination of crime definition by customary law, but customary law, according to this thesis, can be applied to criminal law without any conflicting differences to the criminal law's general principles aforementioned.

Moreover, the theory that customary law must be accepted and must be applied in criminal law is supported by 5 major justifications, i.e., the role and characters of customary law must be considered, as they have been done in the past, important source of law; customary law has been proven valid through rightful legal method; customary law shall apply only in the case that it shall benefit the defendant; customary law shall be apply to support the societal will; additionally, customary law's special character renders better justice without having resorted to written instruments.

The application of customary law in criminal law may be limited in 2 possible ways. It shall be applied directly in the case that it is used as a general principle or theory of criminal law, e.g. causes of justification and excuse, and indirectly through the use of customary law as a tool for interpretation of written statute of jus acquum character.

ภาควิชา นิติศาสตร์
สาขาวิชา -
ปีการศึกษา 2531

ลายมือชื่อนิติ
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา


กิตติกรรมประกาศ

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ให้คำแนะนำ ให้ความกรุณาควบคุมและตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือและให้กำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญากาศ เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณานำให้ ทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ และให้ความช่วยเหลือในการศึกษาค้นคว้า รวมทั้งแนวความคิดริเริ่ม ความรู้ ความเข้าใจ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำวิทยานิพนธ์

ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล ดร. คณิต ณ นคร รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และ ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เกรียงงาม ซึ่งได้กรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และสละเวลาให้ข้าพเจ้าได้พบ ปรึกษาและขอคำแนะนำ ตลอดจนตรวจแก้ไขให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้

นอกจากนี้ข้าพเจ้าต้องขอขอบคุณบรรดาญาติและเพื่อน ๆ ทุกคน สำหรับความช่วยเหลือ สนับสนุนและเป็นกำลังใจด้วยดีตลอดมา ไว้ ณ ที่นี้

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ในการศึกษาอยู่บ้าง ข้าพเจ้าขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณบิดา มารดาที่ล่วงลับไปแล้ว และพี่น้องสามของข้าพเจ้า ตลอดจนจนครูปาอาจารย์ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชา รวมทั้งผู้เขียนตำราทุกท่าน ที่ทำให้ข้าพเจ้าสามารถศึกษาค้นคว้า จนก่อให้เกิดวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขึ้น

บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์

สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย.....	๖
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๗
กิตติกรรมประกาศ.....	๘
บทนำ.....	๙
- ความเป็นมาของปัญหา.....	๙
- วัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย.....	๑๑
- วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย.....	๑๒
- ทฤษฎีและสมมติฐานในการศึกษาวิจัย.....	๑๒
- ลำดับเนื้อหาในงานศึกษาวิจัย.....	๑๓
- ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษา.....	๑๓
บทที่ 1 นิติวิธีเกี่ยวกับการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในระบบกฎหมาย.....	1
1.1 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System).....	2
1.2 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์ อักษร (Common Law System).....	8
1.3 นิติวิธีเกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายไทย.....	21
1.4 ที่มาและการมีผลใช้บังคับของจารีตประเพณี (Custom) พิจารณา ในทางปรัชญา.....	38
1.4.1 ที่มาของจารีตประเพณีพิจารณาในทางปรัชญา.....	38
1.4.2 การมีผลใช้บังคับของจารีตประเพณีพิจารณาในทางปรัชญา.....	40
บทที่ 2 ลักษณะของกฎหมายอาญา.....	51
2.1 ลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญา.....	52
2.1.1 ความหมายและความมุ่งหมายของกฎหมายอาญา.....	52
2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายอาญา.....	54
2.1.3 ประเภทของความผิดอาญา.....	55
2.2 ลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา หรือเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา.....	60

2.2.1	การยอมรับหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย.....	63
2.2.1.1	การยอมรับตามกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ไม่ใช้ระบบ ประมวล (Common law).....	63
2.2.1.2	การยอมรับตามกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวล (Civil Law).....	64
2.2.1.3	การยอมรับตามกฎหมายไทย.....	66
2.2.2	หลักสำคัญที่ได้จากหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย.....	67
2.2.2.1	กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน.....	68
2.2.2.2	กฎหมายอาญาในทางเป็นโทษไม่มีผลย้อนหลัง.....	69
2.2.2.3	การกระทำความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำโดยใช้ กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้.....	71
2.2.2.4	การกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำมิได้โดย ใช้กฎหมายจารีตประเพณี.....	73
บทที่ 3	การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา.....	77
3.1	แนวความคิดในการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมาย อาญา.....	77
3.1.1	การให้ความสำคัญต่อบทบาทหรือคุณสมบัติของกฎหมายจารีตประ เพณี.....	77
3.1.2	กฎหมายจารีตประเพณีได้ผ่านการพิสูจน์โดยนิติวิธีที่สมบูรณ์แล้ว.....	81
3.1.3	กฎหมายจารีตประเพณีต้องใช้ในทางเป็นคุณเท่านั้น.....	84
3.1.4	การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเพื่อให้ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติ.....	87
3.1.5	กฎหมายจารีตประเพณีให้ความเป็นธรรมได้ดี.....	93
3.2	ขอบเขตของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา.....	98
3.2.1	กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยตรง.....	99
3.2.2	กฎหมายจารีตประเพณีนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้โดยทางอ้อม.....	110
บทที่ 4	การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาของไทย.....	114
4.1	กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้มีคำพิพากษายืนยันแล้ว.....	115
4.2	กฎหมายจารีตประเพณีที่ยังไม่ปรากฏคำพิพากษายืนยัน.....	123

4.2.1	การเล่นกีฬาที่มีการใช้กำลัง แม้จะทำให้ผู้ร่วมเล่นกีฬาได้รับอันตราย ผู้กระทำก็ไม่มีความผิด.....	123
4.2.2	การกระทำของแพทย์โดยความยินยอมของคนไข้ แม้จะทำให้เกิดอันตรายขึ้น แพทย์ก็ไม่มีความผิด.....	128
4.2.3	ประเพณีต่าง ๆ ที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย.....	134
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	138
	บรรณานุกรม.....	150
	ประวัติผู้เขียน.....	165