

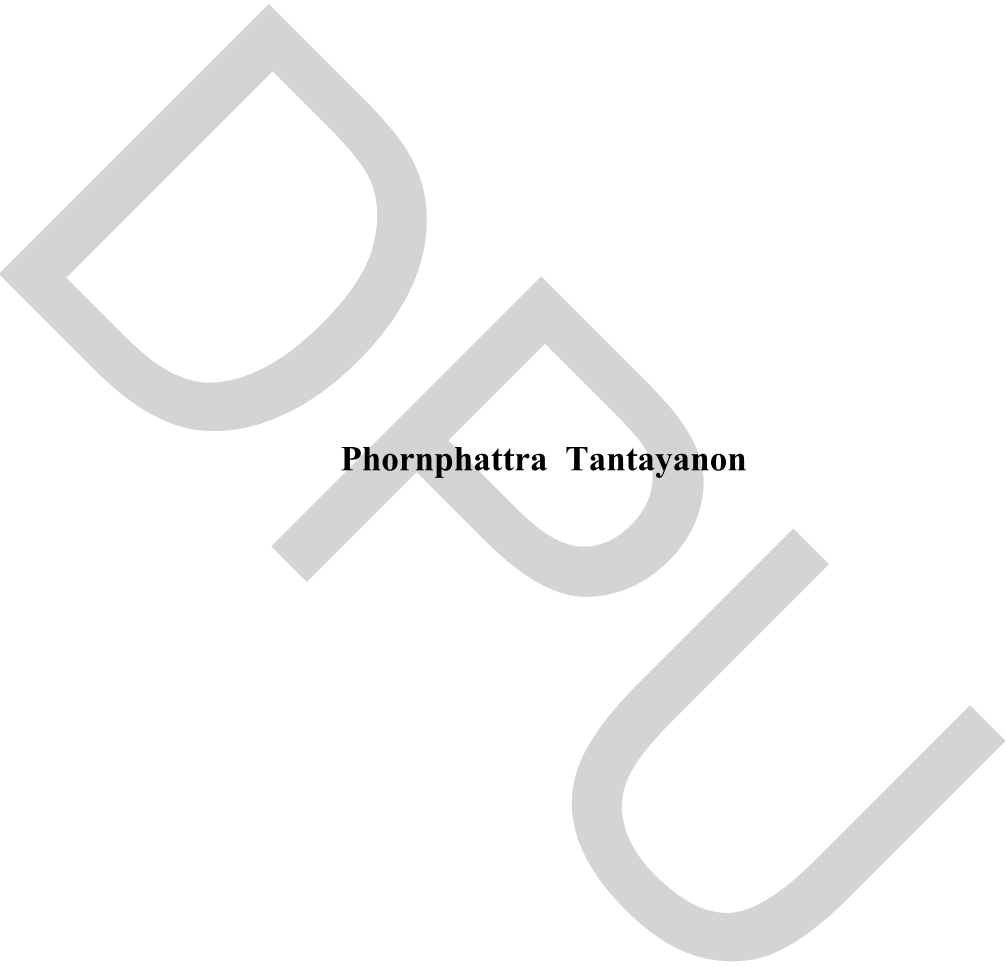
เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้: ศึกษากรณีกฎหมายจารีตประเพณี
ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน

พริกทรา ตันตยานนท์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

**Exemption from Criminal Liability: A Study of Customary Law for
Disciplinary Punishment of Minor**



Phornphattra Tantayanon

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

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้: ศึกษากรณีกฎหมายจารีต

ประเพณีในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน

ชื่อผู้เขียน

พรภัสรา ดันตยานนท์

อาจารย์ที่ปรึกษา

รองศาสตราจารย์อัครริยา ชูตินันท์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

ปีการศึกษา

2557

บทคัดย่อ

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลนั้น ต้องพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาว่าการกระทำดังกล่าวครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ และมีความชั่วหรือไม่ ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ประการหนึ่ง แต่เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีมีลักษณะที่เป็น “พลวัต” คือมีกระบวนการไม่หยุดนิ่ง สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา และไม่ปรากฏเป็นกฎเกณฑ์ที่แน่นอน การกล่าวอ้างกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ย่อมเกิดปัญหาในแง่ของการยอมรับความมีอยู่ของกฎหมายนั้น ๆ ที่จะสามารถนำมาใช้บังคับ และอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของสังคมได้

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญาและกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนในระบบกฎหมายอาญาของไทยกับของต่างประเทศ และวางแนวทางในการกำหนดขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าว เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายและเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคมส่วนรวมโดยปราศจากข้อโต้แย้ง

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ในทางอาญานั้น มีข้อพิจารณาประการสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจกำหนดความผิดขึ้นใหม่และไม่อาจกำหนดให้มีโทษอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ และกฎหมายจารีตประเพณีสามารถใช้ในทางที่เป็นคุณได้ ดังนั้น แม้กฎหมายจารีตประเพณีจะมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยอมรับให้สามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เพื่อยกเว้นความผิดในทางอาญาได้ ทั้งยังสามารถให้ความเป็นธรรมต่อสังคมได้ดีกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางกรณี ด้วยเหตุที่

กฎหมายจารีตประเพณีนั้นมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของสังคมในแต่ละช่วงเวลามากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร

การยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน นั้น ถือเป็นอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่ากฎหมายจารีตประเพณีมีการเปลี่ยนแปลงในแต่ละช่วงเวลาหรือในแต่ละสถานที่ที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในการหยิบยกกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิด จึงต้องพิจารณาถึงความดำรงอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ๆ เป็นสำคัญ ดังเช่นกรณีการลงโทษบุคคลเพื่ออบรมสั่งสอนโดยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งในปัจจุบันการที่บิดามารดา หรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้มีหน้าที่อบรมดูแลบุตรผู้เยาว์ตามความเป็นจริง ลงโทษบุตรตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ยังถือว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจในการลงโทษด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตรผู้เยาว์ หากการกระทำนั้นมิได้มุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ แต่กรณีของครูอาจารย์ลงโทษศิษย์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของศิษย์นั้น ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป เนื่องจากปัจจุบันได้มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามทำการลงโทษศิษย์โดยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย กรณีดังกล่าวจึงถือได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจได้สิ้นสุดลงโดยผลของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้บัญญัติขึ้นแตกต่างจากกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิม

นอกจากนี้ การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ที่ลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน จะต้องพิจารณาจากขอบเขตและความเหมาะสมของการลงโทษที่อยู่ในกรอบของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจกระทำได้ ซึ่งพิจารณาได้จาก

1) ความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ

(1) กรณีที่ผู้กระทำเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองผู้เยาว์ที่ศาลแต่งตั้ง กระทำต่อบุตรผู้เยาว์ของตน หรือผู้อยู่ได้อำนาจปกครอง เช่น บุตรบุญธรรม เป็นต้น

(2) กรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลที่หน้าที่อบรมดูแลบุตรผู้เยาว์ตามความเป็นจริง ซึ่งมีได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น บิดาตามความเป็นจริง ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา บิดาหรือมารดาเลี้ยง กระทำต่อบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตน

(3) กรณีที่ผู้กระทำเป็นครูอาจารย์ กระทำต่อศิษย์ในความดูแลของตน

2) ลักษณะของการกระทำ

(1) การลงโทษที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก ซึ่งไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็กและไม่มีลักษณะเป็นการกระทำอันทารุณโหดร้ายต่อเด็ก

(2) การลงโทษด้วยวิธีการอื่นใดที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก ซึ่งอาจเป็นการออกคำสั่งให้เด็กกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ขัดต่อความประสงค์ของเด็กในขณะนั้น เช่น การกักบริเวณ เป็นต้น และการกระทำความดังกล่าวดังกล่าวจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็ก

3) มูลเหตุจูงใจในการกระทำ

การลงโทษบุคคลต้องกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “อบรมสั่งสอน” เท่านั้น ซึ่งการอบรมสั่งสอน หมายถึง การแนะนำหรือชี้แจงให้เด็กกระทำการในสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสม ด้วยมุ่งหมายให้เด็กจดจำและกระทำการนั้น ๆ จนเป็นนิสัย ซึ่งการอบรมสั่งสอนดังกล่าว จะต้องมุ่งหมายให้เด็กประพฤติปฏิบัติดี กระทำในสิ่งที่ถูกต้อง

4) ความจำเป็นและความได้สัดส่วนของการกระทำ

ผู้กระทำจะต้องพิจารณาเลือกใช้วิธีการลงโทษเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอบรมสั่งสอนเด็ก และต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสมกับเด็ก เมื่อพิจารณาจากสภาพทางกาย อายุ เพศ และพฤติการณ์ความร้ายแรงของการกระทำที่มุ่งอบรมสั่งสอน เพื่อให้เด็กเกิดสำนึกแยกแยะในเรื่องความผิดถูก สำนึกและแก้ไขความผิดพลาด เพื่อให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพ

การกระทำที่จะถือว่าเป็น “การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน” จะต้องมีลักษณะที่อยู่ในขอบเขตเงื่อนไขดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงจะถือว่าเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ในการลงโทษครั้งนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเกิดความเหมาะสมกับสภาพที่เป็นอยู่จริง รวมทั้งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับความรู้สึกร่วมของประชาชนที่ร่วมอยู่ในสังคม ในประการที่จะอำนวยความยุติธรรมให้กับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย และสังคมส่วนรวมอย่างแท้จริง

Thesis Title	Exemption from Criminal liability: A Study of Customary Law for Disciplinary Punishment of Minor
Author	Phornphattra Tantayanon
Thesis Advisor	Assoc. Prof. Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2014

ABSTRACT

Judgment for criminal liability of a person shall be rendered under criminal liability criteria whether the act in question constitutes all elements of crime, exempts from criminal liability and expresses moral turpitude. Customary law can be applied in the case of exemption from criminal liability, however the law itself is so "dynamic". That means customary law can be changed overtime, and its principle is always debatable. Therefore, application of customary law for exemption from criminal liability is problematic in terms of acceptability of legal existence and applicability and may affect administration of justice as a whole.

This thesis aims at studying the concepts relating to decisions for criminal offences and application of customary law in the case of exemption from criminal liability via analytical comparison of the acceptability of customary law for disciplinary punishment of persons under criminal justice system of Thailand and other countries. In addition, a guideline on scope and legal ground for acceptability and applicability of customary law for the said matter is laid down in the name of justice to all; and such guideline will be acceptable to general public undoubtedly.

The study reveals that the scope of application of customary law in criminal justice system contains 2 aspects. Firstly, the customary law shall not be used to impose a new offence and punishment the same as statutory law. Secondly, customary law can be used as a mitigating factor. Although, customary law is not written as a legislative act, it is acceptable to be applied for exemption from criminal liability if a person has authority to act. Besides, application of customary law provides more suitable fairness to society than statutory law in some cases because customary law is more appropriate to social context at a particular time than statute law.

Acceptability and applicability of customary law as exemption from criminal liability for disciplinary punishment of persons is a noticeable example of adaptability of customary law in different time and place. Therefore, applying customary law as a ground for exemption from criminal offence shall largely consider the existence of such customary law. In case of punishment of persons by physical means in which parents, legal guardians or persons undertaking supervision of minor have performed for disciplinary purposes will still be lawful under customary law, if such corporal punishment has no intention to cause any bodily and mental harms. However, physical punishment of students performed by teachers for disciplinary purposes is no longer in practice because the provision of law prohibits such punishment. This means customary law is not applicable since the written law is different from the preceding customary law.

Besides, consideration for liability of persons carrying out disciplinary punishment shall be determined from scope and appropriateness of lawful punishment under customary law as follows;

1) Relationship of the punisher and the punished

(1) In case the punisher is legal parents or legal guardians, for instance, the adopter or the guardian of minor appointed by court punish their children or persons under guardianship such as an adopted child,

(2) In case the punisher is in fact a person undertaking supervision of minor without legal guardianship, for instance, a biological father, a grandfather, a grandmother, an uncle, an aunt, a step father or mother punishing minor under their supervision,

(3) In case the punisher are teachers punishing students under their supervision

2) Natures of punishment

(1) Physical punishment of children without causing corporal or mental harm and without any acts of torture;

(2) Punishment by other nonphysical means, for instance, an order given to a child to perform against his will or temporary detention and such means will not cause any corporal or mental harm to a child

3) Motivation of punishment

Punishment of persons shall be performed solely for "nurture" which means giving advice or education to a child in order to behave properly and making a child to develop such

behavior as personal habit. The nurturing process is aimed at developing good behavior of a child to do the right things.

4) Necessity and proportion of punishment

The punisher shall determine the means of punishment as necessary to achieve the goals of nurturing and such punishment shall be suitable for a child in terms of physical body, age, gender as well as circumstances and gravity of behavior under disciplinary action in order to make a child to be able to differentiate right from wrong, to correct a mistake and to become better person.

The act of "proper punishment of persons for disciplinary purposes" shall be under the criteria abovementioned to establish applicability of customary law and to ensure the acceptance of customary law among general public as well as to create effective administration of justice for the offender, the injured person and society as a whole.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์โดยได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำที่มีประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนตรวจแก้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ด้วยความเรียบร้อย ซึ่งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณและจารึกพระคุณนี้ไว้ในความทรงจำอย่างมิรู้ลืมเถื่อนว่า ความสำเร็จในครั้งนี้เกิดขึ้นได้ด้วยความกรุณา ซึ่งเป็นพระคุณต่อผู้เขียนอย่างสูง

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ที่ได้โปรดกรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. ประธาน วัฒนพาณิชย์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ที่ได้โปรดกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ซึ่งทุกท่านล้วนแล้วแต่เมตตาให้ข้อมูล คำแนะนำ และชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์อย่างสูงในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตทุกท่าน ที่ให้คำแนะนำและช่วยเหลือผู้เขียนอย่างดีเสมอมา และขอขอบคุณกัลยาณมิตรทุกท่านที่ให้กำลังใจผู้เขียนมาโดยตลอด ขอขอบคุณทุกท่านด้วยใจจริง

คุณค่าและประโยชน์ใด ๆ ที่อาจมีจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบเป็นเครื่องบูชาพระคุณของบิดามารดาที่ให้อาณัติและเลี้ยงดูให้การศึกษา ตลอดจนครูบาอาจารย์และผู้ที่มีพระคุณทุกท่านที่มีส่วนในการวางรากฐานการศึกษาให้แก่ผู้เขียน หากวิทยานิพนธ์นี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

พรภัทรา ดันตยานนท์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ณ
บทที่.....	
1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2 แนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาและกฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอน.....	9
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักประกันในกฎหมายอาญา.....	9
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญา.....	13
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้.....	37
2.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก.....	51
3 ขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอนในกฎหมายต่างประเทศ.....	59
3.1 การยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	59
3.2 การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	65
3.3 การลงโทษทางร่างกายต่อบุคคลในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	70

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้ กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการ ลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนในระบบกฎหมายไทยกับระบบ กฎหมายต่างประเทศ.....	74
4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน...	74
4.2 วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรม สั่งสอน.....	81
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็น เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรม สั่งสอนในระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	83
4.4 วิเคราะห์ขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมของ “การลงโทษตามสมควรเพื่ออบรม สั่งสอน” ในระบบกฎหมายไทย.....	85
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	89
5.1 บทสรุป.....	89
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	93
บรรณานุกรม.....	96
ประวัติผู้เขียน.....	101

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อมีบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาขึ้น การพิจารณาความผิดของบุคคลดังกล่าวต้องเริ่มจากพิจารณาว่า การกระทำที่ถูกกล่าวหาขึ้นเป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดและต้องรับโทษหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาไปตามโครงสร้างความผิดอาญา อันเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นระบบและเป็นเหตุเป็นผลในทางกฎหมายอันไม่อาจโต้แย้งได้ ทำให้การพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดที่สมควรได้รับโทษหรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งนักนิติศาสตร์ไทยได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้หลายแนวทาง โดยอาศัยพื้นฐานจากทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในทฤษฎีกฎหมายเยอรมันและทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส รวมไปถึงได้มีการอธิบายโดยการนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยอีกด้วย

การพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันนั้น ประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ¹ คือ เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่เป็นความผิดกฎหมาย และเป็นการกระทำที่มีความชั่ว ซึ่งการพิจารณาว่าความรับผิดทางอาญาเกิดขึ้นหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งแม้ครบองค์ประกอบแล้ว ก็เป็นเพียงข้อบ่งชี้ถึงว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดนั้น มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย ก็จะถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดทางอาญา แต่หากผู้กระทำไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้แล้ว การกระทำนั้นก็เป็นความผิด ซึ่งการพิจารณาว่ามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในทางกายวิสัย โดยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้มีทั้งเหตุที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจกระทำไว้ และเหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำไว้ รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไปด้วย แต่ทั้งนี้ แม้ผู้กระทำไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

¹ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 99), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2556 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

ก็มีได้หมายความว่าผู้หนึ่งจะต้องรับโทษเสมอไป เพราะการจะลงโทษผู้กระทำความผิดหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำไปโดยมี “ความชั่ว” หรือไม่ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาทางอัตตวิสัย จากการตัดสินใจในการกระทำนั้นของผู้กระทำในขณะนั้นว่าเขาเป็นผู้ที่มีความรู้ผิดชอบ หรือรู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูก และเป็นผู้ที่มีสติ ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย² โดยไม่ได้พิจารณาตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจกชน แต่พิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิดนั้น และต้องพิจารณาต่อไปว่าสังคมจะตำหนิได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด ซึ่งหากผู้กระทำไม่มีความสามารถรู้ผิดชอบ สังคมก็ไม่ควรตำหนิ หากเป็นเช่นนี้ก็ถือว่า ผู้กระทำมิได้กระทำไปโดยมีความชั่ว จึงไม่สมควรต้องได้รับโทษ ดังนั้น การกระทำที่เป็นความผิดอาญาจึงต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญครบถ้วนทั้งสามประการ อันได้แก่ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ”, “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้ว การกระทำเช่นนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา

การพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ได้มีการแบ่งโครงสร้างความรับผิดทางอาญาออกเป็น 3 ส่วน³ คือ โครงสร้างส่วนที่ 1 องค์ประกอบทางกฎหมาย หมายถึง การกระทำจะมีความผิดและจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ โครงสร้างส่วนที่ 2 คือ องค์ประกอบทางการกระทำ หมายถึง กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอกซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น และโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ องค์ประกอบทางจิตใจ ซึ่งมาจากพื้นฐานที่ว่า การกระทำใด ๆ ของบุคคล ย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อน แล้วจึงบังกับร่างกายให้ปฏิบัติตามจิตใจนั้น ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจและแสดงออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความรับผิดและโทษ ทั้งนี้ เมื่อการกระทำของบุคคลใดครบโครงสร้างในองค์ประกอบสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของบุคคลนั้นมี “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” หรือไม่ ซึ่งเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนี้ การอธิบายในทางคำรา

² จาก *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา* (น. 26), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2547 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

³ จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส* (น. 1-2), โดย โกเมน ภัทรภิรมย์, 2524. (อ้างไว้ใน *เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 3-5), โดย ชานนท์ ศรีศาสตร์, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2545 โดยมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต).

แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ เหตุเนื่องจากการกระทำ ซึ่งเป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน และการกระทำโดยจำเป็นและผู้เสียหายยินยอม ซึ่งถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ หรือที่เรียกว่า “เหตุยกเว้นความผิด” ซึ่งได้ลบล้างองค์ประกอบด้านกฎหมายของความผิดอาญาไปเลย และถือว่าเป็นเหตุในลักษณะคดี และเหตุเนื่องมาจากตัวผู้กระทำ ซึ่งเป็นการพิจารณาที่ตัวบุคคลโดยเฉพาะได้แก่ ความวิกลจริต การถูกบังคับ และความสำคัญผิด การกระทำของเด็ก การลัทธิระหว่างสามีภริยา ซึ่งมีผลเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด แต่ไม่มีผลไปถึงตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุน ซึ่งเหตุเหล่านี้ ถือเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญา (Excuse) เท่านั้น แต่ผู้กระทำยังมีความผิดอาญาอยู่ และผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดชอบทางแพ่งอีกด้วย และถือว่าเป็นเหตุส่วนตัว

การพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาโดยการนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ มาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยนั้น จะวินิจฉัยโดยอาศัยหลักเกณฑ์ 3 ประการ⁴ ประการแรก คือ การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่ โดยจะพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ และผลของการกระทำ และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประการต่อมา คือ การกระทำนั้น “ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด นั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากเขาได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือมี สิทธิตามกฎหมายเขาก็ไม่ต้องรับผิด⁵ ซึ่งเหตุยกเว้นความผิดหรืออำนาจกระทำนี้ อาจเป็นกรณี ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือกฎหมายจารีตประเพณี ให้อำนาจกระทำไว้ รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น ความยินยอม เป็นต้น ประการสุดท้าย คือ การกระทำนั้น “ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ” ซึ่งเป็นกรณีที่แม้ผู้กระทำไม่มีอำนาจตามกฎหมายก็ตาม แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ เช่น การกระทำความผิดโดยจำเป็น การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มิชอบ ด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาจะเป็นไป ตามพื้นฐานทฤษฎีกฎหมายใด การพิจารณาว่าผู้กระทำจะมีความผิดอันจะต้องรับโทษทางอาญา หรือไม่ ล้วนแล้วแต่ต้องมีการพิจารณาถึง “เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้” ทั้งสิ้น

⁴ จาก คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา (น. 11-16), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2539, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2539 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁵ จาก กฎหมายอาญา หลักและปัญหา (น. 7-9), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2547, กรุงเทพฯ: นิติธรรม. ลิขสิทธิ์ 2547 โดยสำนักพิมพ์นิติธรรม.

หากพิจารณาถึงความหมายของ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ที่ปรากฏในโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาอาจให้ความหมายได้ว่า เป็นเหตุที่ทำให้บุคคลที่ได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา ไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากมีเหตุที่ทำให้บุคคลนั้นกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งเหตุดังกล่าวอาจมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจกระทำไว้ หรืออาจเป็นเหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำไว้ ทั้งนี้รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น เรื่องความยินยอมของผู้เสียหายด้วย และในกรณีที่บุคคลมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้แล้ว จะต้องถือว่าบุคคลนั้นไม่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างใดเลย ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นี้ อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ เหตุที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ เหตุที่กฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้กระทำได้ เช่น เหตุในประมวลกฎหมายอาญา เรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 68) การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูก (มาตรา 305) การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตเพื่อประโยชน์หรือในกรณีที่บัญญัติไว้ (มาตรา 329 (1) – (4)) เป็นต้น หรือเหตุในกฎหมายอื่น ๆ เช่น เหตุตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรื่องเอกสิทธิ์แก่บุคคลในการแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็น⁶ ซึ่งแม้จะเป็นข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทก็ไม่ได้มีความผิดฐานหมิ่นประมาท เหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการตัดรากไม้หรือกิ่งไม้รुकล้ำในที่ของตน (มาตรา 1347) การทำลายทรัพย์สินเพื่อบำบัดปัดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน (มาตรา 450) หรือการใช้อำนาจปกครองทำโทษบุตรตามสมควร (มาตรา 1567) เหตุในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรื่องการให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีค้นสถานที่ใด ๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา (มาตรา 278) หรือเหตุในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรื่องการให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับกุมบุคคล (มาตรา 78) เป็นต้น และอีกประเภทหนึ่งคือ เหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณี เช่น การที่ครูอาจารย์ทำโทษศิษย์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ไม่เป็นความผิดอาญา⁷ การเล่นเกมกีฬา แม้ทำให้ผู้เล่นอีกฝ่ายได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิต ไม่เป็นความผิดอาญา และหลักกฎหมายทั่วไป เรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา⁸

หากพิจารณาถึงความหมายของ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในบริบทที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจให้ความหมายได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีเป็นระเบียบแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา จนเกิดเป็นความคิดในหมู่คนเหล่านั้นว่า เป็นสิ่งที่ต้องประพฤติ

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (มาตรา 130, 131)

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 946/2471, 390/2483 และ 429-430/2505

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

ปฏิบัติตามโดยไม่มีใครบังคับ จนได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักเกณฑ์มีลักษณะเป็น “พลวัต” กล่าวคือ มีกระบวนการที่ไม่หยุดนิ่ง มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ซึ่งอาจดำเนินไปอย่างช้าหรือเร็วก็ได้ และเป็นสิ่งที่ไม่ปรากฏเป็นกฎเกณฑ์ที่แน่นอนอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร

สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) อันมีบ่อเกิดของกฎหมายประการหลักคือ กฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ประกอบกับ นิติวิธีในทางกฎหมายอาญาอันเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศนั้นจะต้องเป็นไปตามหลัก “ไม่มีความผิด, ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) ซึ่งมีหลักการสำคัญ คือ กฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนและไม่มีผลย้อนหลัง และประเทศไทยได้ยอมรับหลักการดังกล่าวโดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง⁹ และในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก¹⁰ ภายได้หลักการดังกล่าว การใช้กฎหมายจารีตประเพณีจึงใช้ได้เฉพาะในกรณีที่เป็น “คุณ” แก่ผู้กระทำเท่านั้น จะนำมาใช้เพื่อกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดหรือเพื่ลงโทษให้สูงขึ้นไม่ได้ ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีจึงสามารถนำมาใช้ในระบบกฎหมายอาญาของไทยได้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เนื่องจากการใช้ในลักษณะที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำ แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะความเป็น “พลวัต” ของกฎหมายจารีตประเพณี ที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้และไม่ปรากฏเป็นกฎเกณฑ์ที่แน่นอนอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงก่อให้เกิดปัญหาในแง่ของการยอมรับความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ๆ ที่จะนำมาใช้บังคับในฐานะเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งจำเป็นต้องมีความชัดเจนในระดับที่เป็นที่ยอมรับได้ของทั้งผู้กระทำ ผู้ได้รับความเสียหาย และสังคมโดยรวมด้วย มิฉะนั้นแล้วการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อการอำนวยความยุติธรรมในสังคมได้ ดังเช่นกรณีเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ปัจจุบันพบว่ายังเป็นที่ถกเถียงโต้แย้งกันของคนในสังคม เกี่ยวกับขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในอำนาจกระทำของบิดามารดา ผู้ดูแลผู้เยาว์ตามความเป็นจริง หรือครูอาจารย์ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน เนื่องจากเรื่องดังกล่าวไม่มีกฎหมายลายลักษณ์

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

อักษรบัญญัติถึงขอบเขตของอำนาจไว้โดยตรง แต่เป็นการใช้ระเบียบแบบแผนในสังคมที่ได้รับ การยอมรับในลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีในการอ้างถึงอำนาจกระทำได้ จึงยังคงมีปัญหา ในแง่ของขอบเขตและความเหมาะสมของการลงโทษว่าอย่างไร แค่นั้น เพียงใด จึงจะถือว่าอยู่ในกรอบ ที่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ อันจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ

ดังนั้น การนำกฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับในฐานะเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจ กระทำได้มาใช้ จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาถึงขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้ กฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพที่เป็นอยู่จริง รวมทั้ง เป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชนที่ร่วมอยู่ในสังคม และสามารถอำนวยความสะดวก ยุติธรรมให้กับสังคมได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงบ่อเกิดของกฎหมายอาญา แนวคิดพื้นฐานในการวินิจฉัยความผิดอาญา ระบบ กฎหมายและโครงสร้างความผิดอาญา ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญาและ กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำ ไม่มีความผิด
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดจากการขาดบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในการ กำหนดขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในฐานะเหตุที่ ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคล ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน เพื่อนำมาใช้ในระบบกฎหมายอาญาของไทยกับของต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการกำหนดขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้ กฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคลเพื่ออบรมสั่งสอน เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคมส่วนรวมโดยปราศจากข้อโต้แย้ง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลนั้น ต้องพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ โครงสร้างการรับผิดชอบทางอาญาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ และมีความชั่วหรือไม่ ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีก็เป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ประการหนึ่ง แต่เนื่องจากกฎหมายจารีต ประเพณีมีลักษณะที่เป็น “พลวัต” คือมีกระบวนการไม่หยุดนิ่ง สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา

และไม่ปรากฏเป็นกฎเกณฑ์ที่แน่นอน การกล่าวอ้างกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดในทางอาญา ย่อมเกิดปัญหาในแง่ของการยอมรับความมีอยู่ของกฎหมายนั้น ๆ ที่จะสามารถนำมาใช้บังคับ และอาจส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมในสังคมได้ แม้ว่าลักษณะดังกล่าวของกฎหมายจารีตประเพณีจะมีผลดีในแง่ของความยืดหยุ่นที่สามารถนำมาปรับใช้กับสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม

การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงต้องเป็นไปอย่างมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและเป็นที่ยอมรับของสังคมส่วนรวมได้ โดยควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เพื่อให้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในสังคม และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักประกันในทางอาญาและนิติวิธีทางอาญา (Juristic Method) ประกอบกับควรมีการศึกษาถึงขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคลเพื่ออบรมสั่งสอน เพื่อให้การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าว เกิดความเหมาะสมกับสภาพที่เป็นอยู่จริง รวมทั้งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชนที่ร่วมอยู่ในสังคม ในประการที่จะอำนวยความยุติธรรมให้กับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย และสังคมส่วนรวมอย่างแท้จริง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

เป็นการศึกษาถึงโครงสร้างความคิดอาญาและแนวคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาทั้งในระบบประมวลกฎหมายและระบบจารีตประเพณี รวมถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ หรือที่เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” โดยมุ่งศึกษาในส่วนของการยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน

1.5 วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาด้วยการวิจัยเชิงคุณภาพโดยศึกษาจากเอกสาร (Documentary Research) ทั้งที่เป็นเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่ปรากฏในรูปแบบของบทบัญญัติของกฎหมาย ตำราทางวิชาการ บทความทางกฎหมาย และข้อมูลจากแหล่งที่มาทางอินเทอร์เน็ต แล้วนำมาวิเคราะห์เพื่อมุ่งหาหลักเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับและนำไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงบ่อเกิดของกฎหมายอาญา แนวคิดพื้นฐานในการวินิจฉัยความผิดอาญา ระบบกฎหมายและโครงสร้างความผิดอาญา ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญา และแนวคิดในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อนำกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้
2. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาที่เกิดจากการขาดบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในการกำหนดขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในฐานะเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้
3. เพื่อให้ทราบถึงการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน เพื่อนำมาใช้ในระบบกฎหมายอาญาของไทยกับของต่างประเทศ
4. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการกำหนดขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคลเพื่ออบรมสั่งสอน เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคมส่วนรวมโดยปราศจากข้อโต้แย้ง

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาและกฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอน

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของการอยู่ร่วมกันในสังคม จึงกำหนดให้การกระทำที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของส่วนรวมเป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษ ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายอาญานี้ย่อมอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นการใช้กฎหมายอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพจึงต้องเข้าใจถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับที่มาของกฎหมาย และต้องเป็นการใช้การตีความที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์บางประการเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล อีกทั้งการพิจารณาความรับผิดอาญาของบุคคลก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดอาญาอันที่เป็นยอมรับกันโดยทั่วไปด้วยเช่นกัน ดังจะได้กล่าวต่อไปในบทนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักประกันในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปกติสุข รัฐจึงต้องกำหนดให้การกระทำที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของส่วนรวมเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษโดยรัฐเท่านั้น กฎหมายอาญาจึงมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคล เพราะมีบทลงโทษที่รุนแรง ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์บางประการเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายในกฎหมายอาญานั้นและเป็นการจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในขอบเขต ไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหลักเกณฑ์ประการสำคัญซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา คือ “หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege)

หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) นี้มีรากฐานกำเนิดมาจากยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการคือในราวศตวรรษที่ 18 อันเป็นช่วงเวลาที่รัฐต่าง ๆ ในยุโรปได้พัฒนาสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ (Modern state) และหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้ก็ถือเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายสมัยใหม่ (Modern

Law) ซึ่งนักคิดและนักนิติศาสตร์ในยุโรปได้พัฒนาคำสอนทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยถือว่ารัฐหรือผู้มีอำนาจจะจับกุมลงโทษประชาชนโดยอ้างว่าเขาเหล่านั้นทำผิดอย่างลอย ๆ โดยปราศจากข้อจำกัดไม่ได้ โดยประชาชนจะต้องรับโทษก็แต่เฉพาะกรณีที่ได้กระทำการอันกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น จึงเท่ากับว่าเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจจนเกินขอบเขต ซึ่งถือได้ว่าเป็นความสำเร็จที่น่าสังเกตประการหนึ่งของกฎหมายสมัยใหม่เกี่ยวกับความคิดทางกฎหมายอาญา¹¹ นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงหลักกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหัวใจของกฎหมายอาญา เพราะการมีหลักประกันนี้จะทำให้ประชาชนสามารถทราบได้ล่วงหน้าว่าเขาจะต้องปฏิบัติตนอย่างไรจึงจะไม่ผิดกฎหมายอาญา และถ้าเขาไม่ได้ทำผิด ใครจะมาลงโทษเขาย่อมไม่ได้ จึงเท่ากับเป็นการรับรองและป้องกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบนั่นเอง

ปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองไว้ในปณญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และในหลายประเทศต่างก็ยอมรับหลักกฎหมายนี้มาใช้ในระบบกฎหมายของตน ไม่ว่าจะเป็น ฝรั่งเศส เบลเยียม ยูโกสลาเวีย โปรตุเกส อิตาลี สวิตซ์ จีน ชิลี โปแลนด์ โคลัมเบีย อูรุกวัย เป็นต้น สำหรับประเทศไทยก็ได้ยอมรับหลักการดังกล่าวเช่นกัน โดยนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹² และในประมวลกฎหมายอาญา¹³

สาระสำคัญของหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege)

1) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน

ด้วยหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้นการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนและแน่นอน เพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่า “การกระทำ” หรือ “การไม่กระทำอันเป็นการละเว้น

¹¹ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 173), โดย คณิต ณ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หรือควั่น” อย่างไรก็ตาม ก็จะผิดกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปในลักษณะที่หลีกเลี่ยงถ้อยคำที่จะทำให้การตัดสินใจขึ้นอยู่กับความรู้สึกที่เป็นอัตวิสัยและอำเภอใจของผู้พิจารณาตัดสิน รวมถึงอาจทำให้การใช้กฎหมายอาญาเป็นไปอย่างไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์และเกิดการแสวงหาประโยชน์จากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

ตัวอย่างของบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนแน่นอน ได้แก่¹⁴

กฎหมายของนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้หรือซึ่งสมควรจะถูกลงโทษตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และตามความรู้สึกอันดีงามของประชาชน ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ” และ “หากไม่มีโทษอาญาที่แน่นอนสำหรับใช้ในกรณีดังกล่าว ให้ลงโทษตามกฎหมายหรือตามความผิดขั้นพื้นฐานซึ่งเหมาะสมกับการกระทำอย่างมากที่สุด”

คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครอง ฉบับที่ 22 บัญญัติว่า “บุคคลที่หาเลี้ยงชีพด้วยวิธีการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือเป็นความผิดอาญา”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจของผู้นั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

อันตรายสาหัสนั้น คือ

(3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด

(4) หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว

2) ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญา

ด้วยเหตุผลจากหลักการประการแรกว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน ดังนั้นกฎหมายอาญาที่จะนำมาใช้ลงโทษแก่บุคคลใดจึงต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านขั้นตอนนิติบัญญัติเท่านั้น ส่วนกฎหมายจารีตประเพณีนั้น แม้จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย แต่ก็มีได้เกิดจากการนิติบัญญัติ

¹⁴ จาก หลักกฎหมายอาญา (น. 19-20), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2544, กรุงเทพฯ: วิทยุชน. ลิขสิทธิ์ 2544 โดยสำนักพิมพ์วิทยุชน.

เป็นแต่เพียงการเกิดขึ้นจากการประพฤติดุปฏิบัติที่สม่ำเสมอและถูกต้องเป็นเวลานานจนเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ดังนั้น การนำจารีตประเพณีมาใช้เพื่อลงโทษหรือนำมาเป็นผลร้ายในทางอาญาจึงต้องห้าม แต่อย่างไรก็ตาม หากนักกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นผลดีหรือในทางที่เป็นคุณแล้วก็สามารถนำมาใช้ได้

3) ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญา

การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) นั้นเป็นการให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน ซึ่งหลักการนี้สามารถนำมาปรับใช้ได้ในระบบกฎหมายแพ่ง แต่สำหรับกฎหมายอาญาแล้วหลักกฎหมายทั่วไปไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายอาญา (source of law) เพราะกฎหมายอาญาจะต้องเกิดจากการบัญญัติขึ้น ดังนั้น การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) จะนำมาปรับใช้ได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำเท่านั้น ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษบุคคลได้ เพราะการจะลงโทษบุคคลในทางอาญาจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงแล้วการนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ นอกจากจะไม่ต้องตามบทบัญญัติแห่งตัวอักษรและเจตนารมณ์ในเรื่องนั้น ๆ แล้ว ยังจะเป็นการกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย เพราะทำให้ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาคดี และกลายเป็นเรื่องที่ยื่นอยู่กับความรูสึกของบุคคลจนเกินขอบเขต

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

หลักห้ามย้อนหลังนับเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งในกฎหมายอาญา เพราะถือเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การที่รัฐจะกำหนดความผิดอาญาขึ้นได้นั้น จะต้องมีการกระบวนการทางนิติบัญญัติและแจ้งให้ประชาชนทราบล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดจะเป็นความผิดอาญา ดังนั้น หากมีการตรากฎหมายกำหนดความผิดขึ้นและให้ใช้ย้อนหลังกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายประกาศใช้ ย่อมเป็นผลร้ายต่อประชาชน และถือเป็นเรื่องต้องห้าม ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ผ่านมาแล้ว กล่าวคือ ถ้าหากในเวลาที่จะกระทำไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แม้ต่อมาจะมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด กฎหมายดังกล่าวก็จะใช้บังคับได้เฉพาะกับการกระทำในปัจจุบันหรือในอนาคตเท่านั้น แต่ไม่อาจใช้ลงโทษการกระทำที่ผ่านมาแล้วได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากการใช้กฎหมายนั้นจะเป็นคุณแก่ผู้กระทำแล้วก็สามารถใช้กฎหมายย้อนหลังไปเป็นคุณแก่ผู้กระทำได้

นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายอาญามาใช้บังคับนั้นยังต้องพิจารณาถึงขอบเขตที่เหมาะสมของการกำหนดให้การกระทำอย่างใดเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญา ซึ่งต้องพิจารณา

ปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอื่น ๆ ประกอบด้วยเสมอ¹⁵ เช่น ความคิดของผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ค่านิยม และความรู้สึกนึกคิดทางด้านศีลธรรมของประชาชน กลุ่มผลประโยชน์ แรงกดดันทางการเมือง เป็นต้น ซึ่งหลักทั่วไปว่าด้วยการจำกัดขอบเขตของกฎหมายอาญา มีดังนี้¹⁶

- 1) รัฐไม่ควรบัญญัติข้อห้ามในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่า การฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษเพียงอย่างเดียว
- 2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย
- 3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถบรรลุได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า
- 4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากความผิด
- 5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์บังคับในการให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของตนเอง
- 6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน
- 7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

2.2.1 .ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

1) การวินิจฉัยความรับผิดตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

แนวคิดของนักกฎหมายอาญาเยอรมันในระยะแรกได้แยกโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนภาวะวิสัย อันได้แก่ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ และส่วนของความผิดกฎหมาย และส่วนอัตวิสัย อันได้แก่ ส่วนของความชั่ว ในเวลาต่อมา นักกฎหมายเยอรมันจึงพบว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดนั้นบางครั้งก็มิได้เป็นความผิดเสมอไป เนื่องจากตัวผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การป้องกัน ซึ่งจะเห็นว่าแม้การกระทำของบุคคลนั้นจะครบองค์ประกอบมีความผิดกฎหมาย แต่กฎหมายเหตุยกเว้นความผิด และในบางครั้งแม้การกระทำนั้น ไม่ถูกต้องหรือเป็นความผิดกฎหมาย แต่ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยประมาท ดังนั้น นักกฎหมายเยอรมันจึงเห็นว่า การกระทำที่

¹⁵ จาก “แนวความคิดในการลงโทษ : การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา,” โดย ประธาน วัฒนาวณิชย์, 2525, มิถุนายน, วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 12 (2), น. 8.

¹⁶ แหล่งเดิม. (น. 4-8).

ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และความผิดกฎหมาย น่าจะไม่ใช่เรื่องเดียวกัน ซึ่งสามารถแยกออกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น¹⁷ โดยถือว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดได้

ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพัฒนาแนวความคิดในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยแยกออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินี้เป็นการพิจารณาตามรูปแบบของความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน โดยที่การพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบนั้นเป็นการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้น โดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบของความผิดนี้สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประการ คือ

(1) องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งมีใจส่วนจิตใจของผู้กระทำ ได้แก่ ตัวผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และองค์ประกอบภายนอกอื่น ๆ ซึ่งนอกจากนี้ คุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นสิ่งที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกด้วย¹⁸

(2) องค์ประกอบภายใน หมายถึง สิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ สิ่งที่เป็นภายในตัวผู้กระทำผิด หรือส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่งซึ่งตามปกติจะมีสิ่งเดียว แต่ในความผิดบางฐานหรือหลายฐานอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งสิ่งก็ได้ ดังนั้น องค์ประกอบภายในจึงได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชักจูงใจ และองค์ประกอบภายในอื่นๆ¹⁹

2) ความผิดกฎหมาย

ความผิดกฎหมายเป็นส่วนที่พิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาการกระทำนั้นได้ครบในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว โดยในส่วนโครงสร้างนี้จะเป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่เข้าองค์ประกอบนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัย ดังนั้น ในการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติก็มีได้หมายความว่า การกระทำนั้นจะผิดกฎหมายในตัวเอง แต่จะเป็นเพียงตัวบ่งชี้ถึงความผิดกฎหมายของการกระทำ ฉะนั้นการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติจึงมีได้ แต่ความผิดกฎหมายจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยหากปราศจากการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ จึงอาจ

¹⁷ จาก กฎหมายอาญามาตราทั่วไป (น. 72), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2556 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

¹⁸ แหล่งเดิม. (น. 114).

¹⁹ แหล่งเดิม. (น. 108).

สรุปได้ว่า ความผิดกฎหมายเป็นเรื่องของการกระทำที่มีเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา และเป็นเรื่องเดียวกับเหตุยกเว้นความผิด

3) ความชั่ว

การพิจารณาเรื่องความชั่วนั้น เป็นการพิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาในส่วนโครงสร้างเรื่องความผิดกฎหมายแล้วว่าการกระทำของบุคคลนั้นไม่มีเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งถือเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย โดยต้องพิจารณาจากบุคคลที่มีมาตรฐานอย่างเดียวกับผู้กระทำ และพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่สังคมตำหนิได้หรือไม่ ซึ่งหากบุคคลที่มีความสามารถรู้สึกผิดชอบหรือรู้จักแยกแยะว่าจะอะไรถูกผิดและเป็นผู้มีสติย่อมไม่กระทำการอันผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการอันผิดกฎหมายลงไป การกระทำของเขาขอยอมรับว่าตำหนิได้ และด้วยเหตุนี้เองในทางกฎหมายอาญาจึงถือว่าเขาได้กระทำชั่ว ดังนั้น ความชั่วจึงหมายถึง การนำตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง²⁰ ซึ่งการพิจารณาว่าความชั่วหรือการนำตำหนิได้ของการกระทำนี้มีอยู่หรือไม่ จะพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด และความชั่วนั้นมิได้ทั้งความผิดที่กระทำโดยเจตนาและในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท²¹

สรุปได้ว่า เมื่อได้มีการแยกโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ส่วนเช่นนี้แล้ว การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาจึงต้องเป็นไปตามขั้นตอนของโครงสร้างความผิดอาญา โดยเริ่มพิจารณาว่าการกระทำนั้นเข้า “องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่” เมื่อการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วจึงจะไปพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้น “มีความผิดกฎหมายหรือไม่” และขั้นตอนสุดท้ายจึงดูที่ตัวผู้กระทำว่ามี “ความชั่วหรือไม่” ถ้าหากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นครบโครงสร้างทั้งสามประการแล้ว จึงจะถือว่ากระทำของบุคคลนั้นมีความผิดและต้องถูกลงโทษ แต่ถ้าพบว่าการกระทำของบุคคลนั้นขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งดังกล่าวมาข้างต้น การกระทำของบุคคลนั้นก็ไม่ใช่ความผิดอาญา

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นที่ยอมรับกันตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันว่าโครงสร้างความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญสามประการดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่นักกฎหมายเยอรมันก็ยังมีการตั้งคำถามในส่วนที่ว่าด้วยองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติถือว่าเป็นส่วนภาวะวิสัยแท้ ๆ หรือว่ามีส่วนอัตวิสัยอยู่ด้วย หรือส่วนที่เป็นอัตวิสัยทั้งหมดจะอยู่ในส่วนของความชั่วจากข้อถกเถียงดังกล่าวจึงทำให้เกิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำขึ้น 2 ทฤษฎี²² คือ

1) ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล

²⁰ แหล่งเดิม. (น. 193).

²¹ แหล่งเดิม. (น. 194).

²² แหล่งเดิม. (น. 195-196).

ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลนี้อธิบายว่า การกระทำของมนุษย์คือการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำ ดังนั้น สิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่มีความรู้สำนึกกำกับ เช่น การละเมอ การสะท้อนของประสาท จึงไม่เป็นการกระทำในความหมายของกฎหมาย ซึ่งจากกรณีศึกษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยปราศจากส่วนที่เป็นอวัยวะ และเจตจำนงที่จะให้เกิดผลและบังคับการเคลื่อนไหวร่างกายไม่เป็นส่วนประกอบของการกระทำ ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงมองว่าตำแหน่งของเจตนาและประมาทนั้นอยู่ในส่วนของความชั่วซึ่งเป็นส่วนอวัยวะ

ในปัจจุบัน ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลนี้ได้เสื่อมความนิยมไปโดยสิ้นเชิง เพราะเหตุว่าทฤษฎีนี้ได้ทำลายเจตจำนงของมนุษย์ไป ซึ่งส่งผลให้ทฤษฎีนี้ไม่สามารถอธิบายเรื่องของการพยายามกระทำความผิดได้ เพราะการพยายามกระทำความผิดนั้นมีส่วนอวัยวะอยู่ในการกระทำ กล่าวคือ ในการพยายามกระทำความผิดนั้น ผู้กระทำจะต้องมุ่งประสงค์สิ่งทีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งก็คือองค์ประกอบภายในนั่นเอง จึงเป็นเรื่องที่ส่วนของอวัยวะเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ

2) ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ

ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ คือ การแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ ทฤษฎีนี้จึงมองว่า การกระทำของมนุษย์เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการกำหนดความมุ่งหมายโดยมีเจตจำนงกำกับมิใช่เหตุการณ์ที่เป็นผลมาจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเฉย ๆ แต่การที่มนุษย์จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกนั้น มนุษย์จะกำหนดจุดมุ่งหมายและรายละเอียดและแผนการนั้นเพื่อบรรลุถึงจุดหมายที่ต้องการ ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงถือว่าเจตนาอันอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายใน ในโครงสร้างข้อที่ 1 องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในปัจจุบันทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง

จากการพิจารณาเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำตามกฎหมายอาญาเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล และทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ ต่างเห็นว่าโครงสร้างความผิดอาญานั้นประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยจะแตกต่างกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างความผิดอาญา ในข้อสาระสำคัญประการที่ 1 คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ ตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำนั้นเห็นว่า ส่วนองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอกซึ่งเป็นส่วนภาวะวิสัย และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชักจูงใจ ซึ่งเป็นส่วนอวัยวะรวมอยู่ด้วย แต่ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลเห็นว่า ข้อ

สาระสำคัญประการที่ 1 คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น มีเฉพาะองค์ประกอบภายนอก ซึ่งเป็นส่วนภาวะวิสัยเท่านั้น ส่วนองค์ประกอบภายในได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกแจงใจ ซึ่งเป็น ส่วนอัตวิสัยนั้นจะไปอยู่ในส่วนข้อสาระสำคัญประการที่ 3 คือ ความชั่ว ซึ่งเป็นส่วนอัตวิสัย เหมือนกัน

2) การวินิจฉัยความรับผิดชอบตามกฎหมายฝรั่งเศส

ตามแนวคิดทฤษฎี Classic Theory ได้แบ่งโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 3 ส่วน²³ คือ

1) องค์ประกอบทางกฎหมาย

องค์ประกอบทางกฎหมาย หมายถึง การกระทำจะมีความผิดและจะถูกลงโทษได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ ซึ่งเป็นไปตาม หลักกฎหมายอาญาว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายก็ไม่มีผิดและไม่มีโทษ”²⁴

2) องค์ประกอบทางการกระทำ

องค์ประกอบทางการกระทำ หมายถึง กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น แต่เดิมจะมีความผิดได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำเท่านั้น แต่ต่อมากฎหมายเห็นความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันเพื่อความสะดวกและปกติสุข กฎหมายจึงได้ บัญญัติให้บุคคลต้องกระทำบางอย่างเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม หรือละเว้นการกระทำบางอย่าง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้กระทำ ดังนั้น ความผิดตามกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำในสิ่งที่ กฎหมายห้ามหรืออาจเกิดขึ้นโดยการละเว้นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็อาจเป็นความผิดขึ้นมาได้ ซึ่งตาม แนวความคิดของกฎหมายฝรั่งเศสเห็นว่า กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้นนั้น ถ้าเหตุแห่งการกระทำไม่สามารถที่จะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานพยายามหรือไม่ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสจึงมีความเห็นแตกต่างออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ

(1) ฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ เห็นว่า การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ไม่เป็นการพยายามกระทำผิด เพราะการกระทำนั้นไม่ได้รับกวนความสงบเรียบร้อยของ สังคม หรือแม้จะรบกวนก็เป็นการรบกวนน้อยกว่าที่ได้กระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล และเมื่อ การกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้แล้ว การลงมือหรือการพยายามก็มีไม่ได้ด้วยตนเอง จึงไม่ควรลงโทษการ พยายามที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้

²³ คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (น. 1-2). เล่มเดิม.

²⁴ หลัก Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege.

(2) ฝ่ายที่ถือจิตใจเป็นใหญ่ เห็นว่า เมื่อการกระทำนั้นได้แสดงออกมาปรากฏภายนอก การกระทำนั้นย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาร้ายอันซ่อนอยู่ในการกระทำ เพราะสภาพการกระทำเป็นภัยต่อสังคมของผู้กระทำแล้ว การกระทำนั้นจะสำเร็จหรือไม่ก็ต้องถูกลงโทษ เพราะผู้กระทำมีเจตนาร้ายเท่า ๆ กัน การพยายามกระทำความผิดก็ควรที่จะถูกลงโทษเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ ส่วนการกระทำใดที่ถือว่าถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว การกระทำนั้นจะต้องแสดงเจตนาแน่ชัดว่าจะกระทำความผิด และการกระทำนั้นสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำความผิด จะเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดมีส่วนใกล้ชิดต่อผลแล้ว

ซึ่งหากพิจารณาตามแนววินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสแล้วจะพบว่า แต่เดิมนั้นจะถือตามฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ แต่ในปัจจุบันมีแนวโน้มไปตามฝ่ายที่ถือจิตใจเป็นใหญ่

3) องค์ประกอบทางจิตใจ

องค์ประกอบทางจิตใจนี้มาจากพื้นฐานที่ว่า การกระทำใด ๆ ของบุคคลย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อน แล้วจึงบังคับร่างกายให้ปฏิบัติตามจิตใจนั้น ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจและแสดงออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความรับผิดชอบและโทษ

เมื่อการกระทำของบุคคลใดครบโครงสร้างในองค์ประกอบสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของบุคคลนั้นมี “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบ” หรือไม่ ซึ่งเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบนี้แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุเนื่องจากการกระทำ

เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำ โดยไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาตัวบุคคลแต่อย่างใด เช่น การกระทำโดยป้องกัน การกระทำตามกฎหมาย การกระทำตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน และการกระทำโดยจำเป็น ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุเนื่องจากการกระทำนี้เป็นการพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือที่เรียกว่า “เหตุยกเว้นความผิด” (Justification) กล่าวคือ เหตุเนื่องจากการกระทำได้ลบล้างองค์ประกอบด้านกฎหมายของความผิดอาญาไปเลย และถือว่าเป็นเหตุในลักษณะคดี

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ

เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำนี้เป็นการพิจารณาที่ตัวบุคคลโดยเฉพาะได้แก่ ความวิกลจริต การถูกบังคับ และความสำคัญผิด การกระทำของเด็ก การลักทรัพย์ระหว่างสามภริยา ซึ่งมีผลเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด แต่ไม่มีผลไปถึงตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุน ซึ่งเหตุเหล่านี้

ถือเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ผู้กระทำยังมีความผิดอาญาอยู่ และผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดทางแพ่งอีกด้วย และถือว่าเป็นเหตุส่วนตัว

ปัจจุบันในทางตำรากฎหมายฝรั่งเศสได้มีการวินิจฉัยความผิดอาญาจากทฤษฎีเดิม โดยเพิ่มองค์ประกอบอีกประการหนึ่งคือ “องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรม” (Élément illicéité) ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าความผิดอาญาจะต้องมีการทำร้ายหรือละเมิดใน 2 ลักษณะ คือ

- 1) ละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และ
- 2) ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

แต่การอธิบายเช่นนี้ไม่ได้รับความนิยมมากนัก เนื่องจากการอธิบายในทางนิติปรัชญามากกว่า จะเป็นการอธิบายในทางเทคนิคกฎหมาย นักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจึงเห็นว่าเป็นการยุ่งยากและให้ประโยชน์ในทางปฏิบัติที่ไม่ชัดเจน

นอกจากนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสยังได้เสนอแนวความคิดในเรื่องเหตุที่ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษว่าเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาอย่างน้อยที่สุดว่า ผู้กระทำจะต้องมีความสามารถรู้ผิดชอบ กล่าวคือ ผู้นั้นจะต้องสามารถตอบสนองต่อผลของการกระทำความผิดอาญาของตนเองได้ ซึ่งในการพิจารณาความสามารถรู้ผิดชอบตามแนวคิดคลาสสิกนั้นเป็นการมองว่าผู้กระทำสมควรที่จะต้องรับโทษทัณฑ์หรือมีความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งหมายความว่าผู้กระทำผิดสมควรที่จะต้องรับโทษเมื่อเขาได้กระทำโดยมีเจตจำนงอันเป็นอิสระและมีสติสมบูรณ์ กล่าวคือ ผู้กระทำนั้นจะต้องมีความสามารถเข้าใจในการกระทำของตนและต้องการที่จะกระทำความผิดนั้นอยู่ แต่หากมองตามแนวคิดทางอาชญาวิทยาแล้วจะเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ หรือที่เรียกว่า “ความสามารถในทางอาญา” (Capacité Pénale) ที่ผู้กระทำความผิดสามารถที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้

2.2.2 ในระบบคอมมอนลอว์

ในการศึกษาการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์นี้ จะมุ่งศึกษาถึงการวินิจฉัยของประเทศอังกฤษเป็นหลัก ซึ่งตามระบบกฎหมายอังกฤษถือหลักว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องประกอบด้วย การกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือการกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้นผิดกฎหมาย (Actus reus) และจะต้องมีส่วนจิตใจที่ควรถูกดำเนินคดี (Mens rea) ซึ่งเป็นไปตามหลักพื้นฐานของสุภาษิตละตินที่ว่า “Actus non facit reum nisi mens sit rea” ซึ่งหมายความว่า การกระทำในตัวของมันเองไม่เป็นความผิด เว้นแต่มีจิตใจที่ผิดด้วย ดังนี้ การพิจารณาความผิดอาญาของประเทศไทยจึงประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน คือ

- 1) Actus reus หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม Actus reus นี้ เป็นการพิจารณาส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของ

บุคคล ซึ่งเป็นขั้นตอนแรกก่อนพิจารณาทางด้านสภาวะจิตใจที่น่าคำหนิของผู้กระทำ กล่าวคือ ในการวินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น จะเริ่มจากการพิจารณาว่า พฤติการณ์ที่ผู้กระทำแสดงออกมาภายนอกเป็นการกระทำตามส่วน Actus แล้วหรือไม่ ถ้ามีการกระทำแล้วจะต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ ดูในส่วนที่เป็น Reus ด้วย จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำที่กฎหมายห้าม ซึ่งเท่ากับครบในส่วนประกอบของ Actus Reus ต่อจากนั้นจึงจะพิจารณาในโครงสร้างส่วนสภาวะจิตใจที่เรียกว่า Mens Rea ต่อไป²⁵

2) Mens Rea ถือเป็นส่วนสภาวะที่แท้จริงของจิตใจที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ซึ่งเป็นการพิจารณาในส่วนที่เป็นอัตวิสัย (subjective) คือ เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง Mens Rea เป็นสภาวะจิตใจที่น่าคำหนิของผู้กระทำซึ่งต้องนำมาพิจารณาประกอบกับส่วน Actus reus และ Mens Rea จะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน

แต่แม้ว่าการกระทำนั้นจะครบทั้งส่วน Actus reus และ Mens Rea แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำความผิดอาจขอโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบมาอ้างเพื่อปฏิเสธว่าการกระทำนั้นของ Actus reus และ Mens Rea อย่างใดอย่างหนึ่ง อันจะทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญาและมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษ ซึ่งข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบ อาจแบ่งได้ดังนี้

1) ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบทั่วไป คือ ข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาโต้เถียงโดยปฏิเสธว่าการกระทำนั้นขาด Actus reus และ Mens Rea อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบไปนี้สามารถใช้ได้กับความผิดอาญาทุกประเภท เช่น ความอ่อนแอ ความวิกลจริต การกระทำโดยไม่รู้สำนึก การป้องกัน การถูกขู่เข็ญ หรือความจำเป็น

2) ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบเฉพาะฐานความผิด คือ ข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุผลฐานความผิดจากความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา ซึ่งข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบเฉพาะฐานความผิดนี้จะใช้เฉพาะกับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเท่านั้น เช่น ความผิดทางอาญาที่เบาลง บันดาลโทษ

3) ข้อโต้เถียงในเรื่องอื่น ๆ เช่น ความมีเมตตา โดยรู้ว่าเป็นของมีเมตตา หรือการเสพของมีเมตตาโดยไม่สมัครใจ

ส่วนข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความรับผิดชอบที่เรียกว่า “Justification” นั้น ถือเป็นการยกเว้นความผิดให้ผู้กระทำ เพราะถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เหมาะสมที่สุดในสถานการณ์

²⁵ จาก ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบในทางอาญามาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์) (น. 18-19), โดย ดุษฎี หัสละเมียร, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เช่นนั้น แม้ว่าจะก่อให้เกิดผลร้าย ซึ่งหากขาดข้อโต้เถียงของเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า “Justification” แล้วจะเป็นความผิดอย่างหนึ่งก็ตาม เช่น การป้องกันตัวเอง แม้ว่าการกระทำของผู้ที่ทำการป้องกันตัวเองนั้นจะเป็นอันตรายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำความผิดครั้งนี้เราอาจกล่าวได้ว่า ไม่มี Actus reus ส่วนเหตุยกเว้นความรับผิดแบบที่เรียกว่า “Excuse” นั้น เป็นการยกเว้นความผิดให้ผู้กระทำ เพราะผู้กระทำไม่มีความรับผิดเพียงพอ หรือมีข้อผิดพลาด เช่น ถูกบังคับขู่เข็ญให้กระทำความผิด ซึ่งยังถือว่ามี Actus reus แต่สามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดแบบที่เรียกว่า “Excuse” ซึ่งมีผลทำให้ปฏิเสธ Actus reus ได้²⁶

2.2.3 ในระบบกฎหมายไทย

นักนิติศาสตร์ไทยได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้หลายแนวทาง โดยอาศัยพื้นฐานจากทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในทฤษฎีกฎหมายเยอรมันและทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส รวมไปถึงได้มีการอธิบายโดยการนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยอีกด้วย จึงอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1) การวินิจฉัยความรับผิดตามแนวการวินิจฉัยโครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาเยอรมัน

นักกฎหมายไทยที่ได้้นำแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาในกฎหมายไทยมี 2 ท่าน คือ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร และศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้นำแนวความคิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาวินิจฉัยความผิดอาญาตามกฎหมายไทย โดยท่านอธิบายว่า²⁷ โครงสร้างความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ การกระทำนั้นครบ (1) องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (2) ความผิดกฎหมายและ (3) ความชั่ว อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญสามประการของความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบ คือ “การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหา คือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” และในข้อสาระสำคัญทางเนื้อหาดังกล่าวนั้น ความผิดกฎหมายมาก่อนความชั่ว ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะต้องวินิจฉัยเรียงลำดับกันดังนี้ คือ

1. เป็นการกระทำที่มีการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่

²⁶ จาก นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 37). เล่มเดิม.

²⁷ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 72). เล่มเดิม.

2. เป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายหรือไม่

3. เป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่

ฉะนั้น ในการวินิจฉัยหากปรากฏว่าถ้าการกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยในโครงสร้างส่วนที่ 2 เรื่องความผิดกฎหมายแต่อย่างใด หรือถ้าการกระทำใดครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วแต่การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ไม่เป็นความผิดกฎหมายก็ไม่จำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปในเรื่องความชั่วแต่อย่างใด

ในเนื้อหาของโครงสร้างความผิดอาญา 3 ประการ นั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ

(1) องค์ประกอบภายนอก ซึ่งประกอบด้วย ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และในบางกรณีอาจมีส่วนพิเศษอื่น ๆ เช่น เวลา กลางคืนในความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น

(2) องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วย เจตนา ประมาท และองค์ประกอบภายในอื่น ๆ เช่น มูลเหตุจูงใจ เป็นต้น

2. ความผิดกฎหมาย การพิจารณาความผิดกฎหมายนั้นเป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งการพิจารณาในเรื่องความผิดกฎหมายนี้เป็นการพิจารณาในด้านเนื้อหา และเป็นการพิจารณาถึงเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นมีอำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำได้นั้นเอง ดังนั้น การกระทำที่ไม่เป็นความผิดกฎหมายผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา สำหรับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือความผิดกฎหมายนั้นมีอยู่กระจัดกระจายในกฎหมายต่าง ๆ แต่ที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

(1) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) ความจำเป็นตามกฎหมายแพ่ง เช่น การป้องกันตามมาตรา 450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตน

(4) อำนาจทำโทษของบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567

(2)

(5) ความยินยอมของผู้เสียหาย

3. ความชั่ว เป็นการพิจารณาหลังจากที่พิจารณาในส่วนความผิดกฎหมายแล้ว โดยพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีความชั่วหรือไม่ ซึ่ง “ความชั่ว”

นั้น หมายถึง การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง และการพิจารณาความชั่วหรือการดำเนินได้ของการกระทำว่ามีหรือไม่ก็ได้พิจารณาจากตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจกชน แต่เป็นการพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิดนั้น²⁸

กฎหมายอาญากำหนดการพิจารณา “ความสามารถในการทำชั่ว” ไว้ 2 ประการ คือ

1. กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาถึงความเจริญวัยของบุคคลหรือกำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุ และ

2. กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาความสมบูรณ์ของจิต

ดังนั้น ความชั่วจึงเป็นการพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบหรือการนำดำเนินได้ของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าปรากฏว่าบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยปราศจากความรู้สึกผิดชอบหรือความนำดำเนินแล้ว บุคคลนั้นก็ไม่ต้องถูกลงโทษ เพราะถือว่ากระทำของเขานั้นขาดความชั่วนั่นเอง

เรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับความชั่ว ได้แก่

- (1) การกระทำของคนวิกลจริต มาตรา 65
- (2) การกระทำของคนมีเมมา มาตรา 66
- (3) การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน มาตรา 70
- (4) การป้องกันเกินกว่าเหตุ มาตรา 69

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีเหตุต่าง ๆ ที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาอันมีผลเกี่ยวข้องกับตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ได้แก่

1. เจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของความผิดอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น

2. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาและเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับผู้กระทำผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.1 เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีอยู่ก่อนการกระทำผิด เป็นผลให้กฎหมายห้ามลงโทษ

2.2 เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำผิด มีผลให้ความสมควรลงโทษตกไป

จากการอธิบายในทางตำราของท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร นั้นสรุปได้ว่า ท่านได้นำเอาแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดในกฎหมายอาญาไทย

²⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 194-195). เล่มเดิม.

โดยท่านมีความเห็นว่าตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นได้วิเคราะห์โครงสร้างความผิดอาญาสมบูรณ์มากที่สุด ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยในกฎหมายอาญาไทยมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยท่านได้แยกเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษในเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกลึกซึ้งผิดชอบหรือการนำคำหุ้ได้ ที่เรียกว่า “ความชั่ว” ออกจาก “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” โดยนำเรื่องความชั่วไว้ในโครงสร้าง ส่วนที่ 3 และได้แยกเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวออกไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา เนื่องจากการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นเป็นการพิจารณาจากพื้นฐานที่ว่า ผู้กระทำความผิดประกอบประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติและเป็นความผิดกฎหมายรวมถึงต้องมีความชั่วด้วย

ศาสตราจารย์แสง บุญเฉลิมวิภาส ได้อธิบายว่า โครงสร้างของความผิดอาญาอันเป็นที่ยอมรับในปัจจุบันประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ²⁹

1. องค์ประกอบภายนอก เป็นการพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ และข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น
- องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท และมูลเหตุชักจูงใจ
2. ความผิด ความผิดหรือเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายนั้นเป็นการพิจารณาถึงเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

2.1 บทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่

2.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา

- ก. การป้องกันตามมาตรา 68
- ข. หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมาย มาตรา 305 (1)
- ค. การแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต

2.1.2 กฎหมายอื่น ๆ

- ก. รัฐธรรมนูญ
- ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ค. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- ง. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
- ช. พระราชบัญญัติอื่น ๆ

²⁹ จาก หลักกฎหมายอาญา (น. 41-43), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2542, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2542 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

2.2 จารีตประเพณี

2.3 ความยินยอม

3. ความชั่ว เป็นการพิจารณาจากตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งได้แก่

3.1 อายุของผู้กระทำผิด

3.2 จิตของผู้กระทำผิด

3.3 ความไม่รู้ข้อผิดถูก

3.4 เหตุที่ไม่อาจตำหนิได้อย่างอื่น เช่น การกระทำด้วยความจำเป็น มาตรา 67

นอกจากนี้ยังได้อธิบายว่า “ในการกำหนดโครงสร้างความผิดอาญาเป็นสามส่วนเช่นนี้กำหนดขึ้นจากหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดและโทษ ดังนั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะดำเนินตามโครงสร้างความผิดอาญาดังกล่าว กล่าวคือในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นครบองค์ประกอบหรือไม่ ถ้าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบ โดยพิจารณาทั้งส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน จึงพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ และขั้นต่อไปจึงดูที่ตัวผู้กระทำว่ามีความชั่วหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในสองส่วนแรกของโครงสร้างจะพิจารณาจากการกระทำ ส่วนในโครงสร้างข้อที่สามจะพิจารณาจากตัวผู้กระทำ เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดโทษ การจะลงโทษหรือไม่ หรือจะกำหนดโทษอย่างไรขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำผิด”

จากการศึกษาในทางตำราของท่านศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส จะเห็นได้ว่าท่านได้นำเอาทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญาในกฎหมายไทยอีกท่านหนึ่ง ซึ่งในการอธิบายของท่านนั้นเหมือนกับการอธิบายของท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นกร

2) การวินิจฉัยความรับผิดตามแนวการวินิจฉัยโครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

นักกฎหมายไทยที่ได้นำเอาแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้นมี 2 ท่าน ได้แก่

ศาสตราจารย์วิจิตร ลุลิตานนท์³⁰ ซึ่งได้อธิบายโครงสร้างความรับผิดอาญาว่า “การกระทำอันใดอันหนึ่งจะพึงถือว่าเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ จึงต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการคือ (1) ข้อสาระทางกฎหมาย (2) ข้อสาระทางการกระทำ (3) ข้อสาระทางเจตนา” ดังนั้น ข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ แยกพิจารณาได้ดังนี้

³⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1) (น. 79-152), โดย วิจิตร ลุลิตานนท์, 2507, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2507 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

1. ข้อสาระทางกฎหมาย เป็นการพิจารณาว่าการกระทำใดที่จะเป็นความผิดอาญานั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ดังภาษิตละตินที่ว่า “nullum crimen sine lege” ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็จะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายเช่นเดียวกัน ข้อสาระทางกฎหมายนี้ย่อมเป็นหลักสำคัญของกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ไม่ว่าในประเทศใด ๆ เพราะหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาในเรื่องความผิดและโทษนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ และถือเสมือนหนึ่งเป็นหลักประกันอันสำคัญแก่เสรีภาพของปวงชน เพราะหากไม่ถือหลักดังกล่าวแล้ว ความยุติธรรมในทางอาญาก็จะเป็นการยุติธรรมตามพฤติการณ์ตามกาลเวลา หรือตามอารมณ์บุคคล

2. ข้อสาระทางการกระทำ ได้แก่ ความจำเป็นที่จะต้องมีการปรากฏการณ์ทางภายนอก คือสภาพความผิด ซึ่งหมายความว่าต้องมีการกระทำ เพราะว่าความผิดอาญาไม่สามารถที่จะเกิดได้เพียงแต่มีความคิดเท่านั้น จะต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกายด้วย โดยปกติความผิดอาญานั้นจะต้องเกิดขึ้นเพราะมีการกระทำเสมอไป ในบางกรณีการกระทำในทางอาญานั้นก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายเสมอไป เพราะความผิดอาญานั้นอาจเป็นความผิดโดยการงดเว้นการที่จักต้องกระทำก็ได้ ซึ่งเหตุผลที่บัญญัติให้การงดเว้นการจักต้องกระทำนั้นต้องรับผิดในทางอาญาก็เนื่องจากความสงบเรียบร้อยของประชาชน

3. ข้อสาระทางเจตนา หมายความว่า การกระทำที่จะประกอบเป็นความผิดนั้นจะต้องมีเจตนาด้วย กล่าวคือ ข้อสาระทางเจตนาเป็นสิ่งที่จำเป็นขององค์ความผิด ดังนั้นข้อสาระทางเจตนาจึงประกอบไปด้วย

3.1) ความผิดที่กระทำโดยเจตนา หมายความว่า ได้กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

3.2) ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หมายความว่า มิได้กระทำโดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้แต่หาใช้ให้เพียงพอไม่

นอกจากพิจารณาจากองค์ประกอบทั้งสามประการแล้วยังต้องพิจารณาถึงเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาอีก โดยสามารถแยกพิจารณาสิ่งต่าง ๆ ต่อไปนี้

ก) เหตุที่เกี่ยวกับธรรมชาติทางร่างกาย ได้แก่

เด็ก

อ่อนอายุ

ความสามารถรู้ผิดชอบ

ความมีนเมา

ความเป็นญาติ

ข) เหตุเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตใจ ซึ่งได้แก่กรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

การกระทำโดยเจตนา

การกระทำโดยประมาท

การกระทำโดยพลาด

การกระทำโดยสำคัญผิด

บันดาลโทษ

ค) เหตุเกี่ยวกับเหตุผลทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่กรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

ความไม่รู้กฎหมาย

การกระทำด้วยความจำเป็น

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน

เหตุบรรเทาโทษ

จากการศึกษาในทางคำราของท่านศาสตราจารย์วิจิตร ลุคิตานนท์ ท่านได้อธิบายโครงสร้างความคิดอาญาตามแนวทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ซึ่งได้แบ่งข้อสาระในโครงสร้างความคิดอาญาออกเป็น 3 ประการ คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางเจตนา และการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือจะถูกลงโทษในทางอาญาหรือไม่นั้น ก็จะต้องนำการกระทำนั้นไปพิจารณาถึง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” อีกชั้นหนึ่งก่อน จึงจะบอกได้ว่าการกระทำของบุคคลที่ครบโครงสร้างความคิดอาญานั้นจะเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และเมื่อเป็นความผิดอาญาแล้วจะต้องถูกลงโทษหรือไม่

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ท่านศาสตราจารย์วิจิตร ลุคิตานนท์ นั้น ได้รับเอาแนวทางการวินิจฉัยความคิดอาญาตามโครงสร้างทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาอธิบายในการวินิจฉัยความคิดอาญาในกฎหมายอาญาของไทย

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงสภักดิ์³¹ ได้อธิบายไว้ว่า การกระทำความคิดอาญานั้นต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. ข้อสาระสำคัญทางกฎหมาย เป็นการพิจารณาว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ต้องบัญญัติไว้

³¹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 319-325), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2529, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2529 โดยสำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา.

ในกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักที่รับรองกันทั่ว ๆ ไปว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย”

2. ข้อสาระสำคัญทางการกระทำ เป็นการพิจารณาว่าความผิดทั้งหลายที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำของบุคคล กรรมหรือการกระทำซึ่งเป็นความผิดต่อเมื่อแสดงออกมามีภายนอก เพียงแต่คิดอยู่ในใจจะชั่วร้ายเพียงใดนั้นก็ไม่ว่าจะเป็นความผิดได้จนกว่าจะมีการกระทำเกิดขึ้นตามที่คิดนั้น ซึ่งข้อสาระทางการกระทำนั้นประกอบด้วย

การกระทำ

การไม่กระทำ ได้แก่ การละเว้นการกระทำกับการงดเว้นการกระทำ

3. ข้อสาระสำคัญทางจิตใจ เป็นการพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิด เพราะการกระทำหนึ่ง ๆ ผลออกมาอย่างเดียวกันแต่ในบางกรณีนั้นผู้กระทำอาจมีจิตใจที่มีความชั่วร้ายต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำแต่ละคน ดังนั้น ในการพิจารณาข้อสาระสำคัญทางจิตใจ ซึ่งเป็นการพิจารณาในเรื่อง

เจตนา

ประมาท

ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา

นอกจากการวินิจฉัยถึงข้อสาระสำคัญ 3 ประการแล้ว ยังต้องพิจารณาถึง “เหตุยกเว้นความรับผิด” ซึ่งแยกได้เป็น³²

ก) การกระทำไม่มีความผิด เป็นการพิจารณาถึง

การป้องกัน

ความยินยอมของผู้เสียหาย

การล่อให้กระทำความผิด

ข) เหตุยกเว้นโทษ เป็นการพิจารณาถึง

ความวิกลจริต

ความมีนเมา

ความจำเป็น

คำสั่งของเจ้าพนักงาน

ค) เหตุลดหย่อนความผิด เป็นการพิจารณาถึง

ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือญาติ ตามมาตรา 71

บันดาลโทษ

³² แหล่งเดิม. (น. 675 – 770).

อายุน้อย

เหตุบรรเทาโทษ

จากคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์ นั้น สรุปได้ว่า ท่านได้อธิบายโครงสร้างในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาโดยยึดถือตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กล่าวคือ บุคคลนั้นจะรับผิดอาญาจะต้องพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางจิตใจ ส่วนการจะพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้นก็จะต้องนำการกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญานั้นไปพิจารณาถึง “เหตุยกเว้นความผิด” ว่า การกระทำของบุคคลนั้น ๆ มีเหตุยกเว้นความรับผิดในทางอาญาหรือไม่ นั่นหมายความว่า ถ้าการกระทำของบุคคลที่ครบโครงสร้างความผิดอาญา และมี “เหตุยกเว้นความรับผิด” การกระทำของบุคคลนั้นอาจจะไม่เป็นความผิดอาญา หรือมีความผิดอาญาแต่ไม่ต้องถูกลงโทษ ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าเหตุยกเว้นความผิดนั้นเป็นเหตุประเภทใด ซึ่งท่านได้แยกเหตุยกเว้นความผิดออกเป็น 3 ประการด้วยกัน คือ

- 1) เหตุยกเว้นความรับผิด
- 2) เหตุยกเว้นโทษ
- 3) เหตุลดหย่อนความรับผิด

สำหรับเหตุแรกคือ “เหตุยกเว้นความผิด” คือ เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิดอาญาเลย ส่วนใน 2 เหตุหลังนั้นคือ “เหตุยกเว้นโทษและเหตุลดหย่อนความรับผิด” นั้น หมายความว่า การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมายเพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเท่านั้น

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์ ได้นำแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดตามกฎหมายอาญาของไทยเช่นเดียวกัน

3) การวินิจฉัยความรับผิดโดยนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทย

ในการอธิบายตามโครงสร้างความผิดอาญาตามแนวคิดนี้ นักกฎหมายได้นำเอาเหตุยกเว้นโทษหรือการกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดไว้ในโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนที่ 3 ทั้งหมด ซึ่งนักกฎหมายที่สำคัญหลายท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดตามแนวนี้ ได้แก่

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย³³ ในสมัยที่ประเทศไทยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ท่านได้นำแนวคิดทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาตามทฤษฎี Kausalität ซึ่งอธิบายว่า การกระทำอันหนึ่งอันใดจะเป็นความผิดอาญาอันจะทำให้จำเลยได้รับโทษหรือไม่นั้น ตามกฎหมายภาคพื้นยุโรปจำเป็นจะต้องวินิจฉัยตามเกณฑ์ต่อไปนี้ คือ

1. การกระทำนั้นตามที่ปรากฏออกมาภายนอกเข้าเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดหรือไม่

2. การกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่

3. ผู้กระทำความชั่วร้ายหรือไม่

4. เงื่อนไขแห่งการลงโทษครบถ้วนหรือไม่

5. มีเหตุยกเว้นโทษเป็นส่วนตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่

6. เงื่อนไขแห่งการฟ้องครบถ้วนหรือไม่

ซึ่งปัญหาเหล่านี้จะต้องพิจารณาเรียงกันเป็นลำดับไป ถ้าปรากฏว่าขาดหลักเกณฑ์ที่จะทำให้จำเลยรับโทษในลำดับใดลำดับหนึ่งก็ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ต่อไปในลำดับต่อจากนั้นอีก

ต่อมาเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาบับปัจจุบัน ท่านได้อธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยถือแบบประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก กล่าวโดยสรุป คือ

1. การวินิจฉัยความผิดอาญา จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

1.1 จะต้องมีการกระทำตามความหมายของกฎหมาย

1.2 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องเกิดผลจากการกระทำนั้น ๆ ก็ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1.3 การกระทำนั้นเท่าที่แสดงออกมาภายนอกมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

1.4 ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท

2. เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ การกระทำใดที่มีเหตุที่ให้อำนาจกระทำได้ก็จะถือว่า การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายอาญา ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจให้กระทำได้มีดังนี้

2.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร สามารถแยกได้ดังนี้

2.1.1 ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจทำได้ โดยประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่มีความผิด” เพื่อแสดงว่าไม่มีความผิดอาญาเกิดขึ้นเลย ซึ่งเหตุดังกล่าว ได้แก่

³³ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 205-209, 240-278), โดย หยุต แสงอุทัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2551 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ก. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

ข. การกระทำของแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ตามมาตรา 305

ค. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตเพื่อประโยชน์หรือในกรณี
ที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) (2) (3) และ (4) แห่งมาตรา 329

ง. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาดีในศาล โดย
คู่ความหรือทนายความของคู่ความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ตามมาตรา 329

2.1.2 กฎหมายอื่น ๆ นอกจากประมวลกฎหมายอาญา เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมาย
วิธีพิจารณาความอาญา

2.2 จารีตประเพณี เช่น การชกมวย หรือการเล่นกีฬาที่ถูกกีดกัน หรือการกระทำของ
แพทย์ที่ตัดแขนคนไปเพราะเจ็บป่วย เป็นต้น

3. เหตุยกเว้นโทษ กรณีที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ ประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่
ต้องรับโทษ” ซึ่งหมายความว่า การกระทำนั้นยังมีความผิดอยู่ แต่กฎหมายยกเว้นโทษ ผู้กระทำความ
ผิดไม่ต้องรับโทษเท่านั้น ซึ่งท่านได้อธิบายไว้ว่า เหตุยกเว้นโทษมี 3 กรณี คือ

3.1 เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ได้แก่ กรณีการทำความผิดด้วยความ
จำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 การกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงานซึ่งเป็น
คำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70

3.2 เหตุที่เกี่ยวกับความไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ได้แก่
กรณีเด็กกระทำผิด กรณีที่บุคคลกระทำผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับ
ตนเองได้เพราะความมึนเมา เพราะเสพสุราหรือสิ่งมึนเมาอย่างอื่น

3.3 เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ หรือบรรเทาโทษอย่างอื่น ได้แก่ เหตุเกี่ยวกับความเป็น
สามีภรรยาและความเป็นญาติ เหตุที่เกี่ยวกับการบันดาลโทษ และเหตุบรรเทาโทษ

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย สรุปได้ว่า ในระยะแรกนั้น
ท่านได้นำทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดในกฎหมายไทย ต่อมาท่านจึงได้
อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาใหม่ โดยอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาโดยยึดถือแบบตัวบท
กฎหมายไทยเป็นหลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญา

แต่อย่างไรก็ตาม ในการอธิบายในหัวข้อที่ 1 และหัวข้อที่ 2 ของท่านนั้นเปรียบเทียบกับ
กับการอธิบายในส่วนของ “องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” และส่วนของ “ความผิดกฎหมาย”
ตามโครงสร้างความผิดอาญาเยอรมัน นั่นเอง และเมื่อพิจารณาในหัวข้อที่ 3 ของท่าน โดยเฉพาะ
ในหัวข้อที่ 3.1 และหัวข้อที่ 3.2 นั้นก็คือการอธิบายในเรื่องที่กฎหมายยกเว้นโทษโดยพิจารณาถึง

ความรู้สึกผิดชอบหรือการตำหนิได้ ส่วนในหัวข้อที่ 3.3 นั้นเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าน่าจะเป็นเรื่องที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งพิจารณาจากเหตุผลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวกับความรู้สึกผิดชอบหรือการตำหนิได้ ท่านจึงได้แยกออกไปเป็นอีกหัวข้อหนึ่งต่างหาก

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ ท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญาว่า³⁴ บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติซึ่งจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. การกระทำ “ครบองค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ

1.1 มีการกระทำ ซึ่งได้แก่ การกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย และการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย (การกระทำโดยจงใจและการกระทำโดยละเว้น)

1.2 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน แบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ

ก) ผู้กระทำความผิด

ข) การกระทำ (ตามฐานความผิด)

ค) วัตถุแห่งการกระทำ

1.3 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งสิ่งที่ต้องพิจารณา ได้แก่

ก) เจตนา

ข) ประมาท

ค) กรณีไม่เจตนาและไม่ประมาท (ความผิดโดยเด็ดขาด)

1.4 ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด กล่าวคือ การที่กฎหมายยกเว้นความผิดมีผลทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดมีมากมายหลายกรณี เช่น

2.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ก) การกระทำโดยป้องกันตามมาตรา 68

ข) การทำแท้งตามมาตรา 305

³⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 74-82), โดย เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, 2549, กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์. ลิขสิทธิ์ 2549 โดยโรงพิมพ์จีรรัชการพิมพ์.

ค) การแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตตามมาตรา 329 หรือการแสดงความคิดเห็นในกระบวนการพิจารณาของศาลตามมาตรา 331

2.2 กฎหมายยกเว้นความผิดที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ความยินยอม จารีตประเพณี เป็นต้น

2.3 กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ

2.4 เหตุยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก) การที่เจ้าของที่ดินใช้สิทธิตัดรากไม้ตามมาตรา 1347

ข) การจัดการงานนอกสั่งตามมาตรา 395 และมาตรา 397

ค) การทำนุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินเพื่อป้องกันภัยตามมาตรา 450

ง) การที่ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์มาสัตว์ที่เข้ามารบกวนการครอบครองตามมาตรา 452

จ) การใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1567 (2)

ฉ) บางกรณีอำนาจตามสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งก็ไม่ทำให้ไม่เป็นความผิดอาญานุกรก เช่น สัญญาเช่า

2.5 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การจับของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามมาตรา 78 (3)

3. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำที่ยกเว้นโทษให้แก่การกระทำต่าง ๆ ที่มีความผิดมีหลายกรณีแต่ท่านได้อธิบายไว้ในกรณีดังต่อไปนี้

3.1 การกระทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67

3.2 การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีและไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 73 และมาตรา 74

3.3 การกระทำความผิดของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65

3.4 การกระทำความผิดของผู้มีเมมา ตามมาตรา 66

3.5 การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานตามมาตรา 70 วรรคแรก

นอกจากโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ส่วนแล้ว ท่านยังได้แยก “เหตุผลโทษ” ไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยท่านอธิบาย “เหตุผลโทษ” คือ เหตุที่อาจทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น เหตุลดโทษที่บัญญัติไว้ได้แก่ ความไม่รู้กฎหมายตามมาตรา 64 คนวิกลจริตที่ยังสามารถรู้สึกผิดชอบอยู่บ้างตาม

มาตรา 65 วรรคสอง คนมีนเมาที่ยังสามารถรู้สึกผิดชอบอยู่บ้างตามมาตรา 66 การป้องกันจำเป็นเกินขอบเขตตามมาตรา 69 การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางมาตราระหว่างญาติสนิทตามมาตรา 71 วรรคสอง ผู้กระทำความผิดอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี หรือตั้งแต่ 18 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ตามมาตรา 75 และ 76 เหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 และบันดลโทษตามมาตรา 72

นอกจากนี้ ท่านยังได้อธิบายว่า “ในการจัดลำดับโครงสร้างนั้นมิได้เรียงตามตัวบทมาตรา แต่การจัดโครงสร้างนั้นจะคำนึงถึงเหตุยกเว้นความผิดก่อนเหตุยกเว้นโทษ เพราะเมื่อการกระทำมีเหตุยกเว้นความผิดแล้ว ผู้กระทำก็ไม่มีผิด และไม่ต้องรับผิดในทางอาญาแต่อย่างใด ซึ่งไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษอีกต่อไป” และในกรณี “เหตุผลโทษ” นั้น ท่านได้จัดไว้นอกโครงสร้างความผิดและได้อธิบายว่า “การที่จะอธิบายถึงเหตุผลโทษนั้นก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้ต้องหาต้องรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำ ซึ่งในตอนต่อไปจึงจะไปพิจารณาว่ามีเหตุผลโทษแก่ผู้กระทำผิดหรือไม่

จากการอธิบายในทางตำราของท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์ นั้นสรุปได้ว่า ท่านได้อธิบายโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ประการเช่นเดียวกัน โดยในการแบ่งแยกโครงสร้างความรับผิดออกเป็น 3 ประการนั้น เมื่อพิจารณาในโครงสร้างส่วนที่ 1 คือ “การกระทำความผิดที่ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” และส่วนที่ 2 คือ “การกระทำความผิดที่ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” ก็มีความคล้ายเคียงกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของเยอรมัน

แต่เมื่อพิจารณาในโครงสร้างส่วนที่ 3 แล้ว พบว่า ในการพิจารณาว่า “การกระทำความผิดที่ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ” ท่านพิจารณาจาก “ผล” ของบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าในกรณีใดกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำความผิดนั้นผู้กระทำไม่ต้องถูกลงโทษแล้ว ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งอยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ การกระทำความผิดที่ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษนั่นเอง แต่ถ้าในกรณีใดเป็นเรื่องที่บทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ท่านก็จะนำไปไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งท่านเรียกว่า “เหตุผลโทษ” นั่นเอง

รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ³⁵ ได้อธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาโดยได้อธิบายว่าลำดับในการวินิจฉัยความผิดอาญาของบุคคลนั้นมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1. องค์ประกอบ ซึ่งแบ่งออกเป็น องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ได้แก่

1.1 การกระทำตามความหมายของกฎหมายอาญา เช่น โดยการกระทำความผิด การกระทำ และละเว้นการกระทำ

³⁵ กฎหมายอาญา หลักและปัญหา (น. 7-9). เล่มเดิม.

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งต้องพิจารณาก่อนว่าความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นต้องมีผลสำเร็จหรือไม่ ถ้าความผิดนั้นต้องการผลเราจึงจะไปพิจารณาว่า ในกรณีผลเกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่

1.3 เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา

1.4 เจตนาหรือประมาท ซึ่งเป็นส่วนขององค์ประกอบภายใน

2. อำนาจกระทำ ได้แก่ การพิจารณาว่าผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ ได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือไม่ หากเขาได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือมีสิทธิตามกฎหมายเขาก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

3. เหตุยกเว้นโทษ ในบางกรณีแม้ว่าผู้กระทำผิดจะได้กระทำลงไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายก็ตาม หากแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ เช่น กรณีมาตรา 67 การกระทำโดยความจำเป็นซึ่งกฎหมายยกเว้นโทษให้เพราะผู้กระทำไม่มีความชั่ว หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ตามมาตรา 71 วรรคหนึ่ง กฎหมายยกเว้นโทษให้เพราะคำนึงถึงความสัมพันธ์ในครอบครัว เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ในการอธิบายในทางดำราของท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ นั้น ท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดชอบโดยแยกโครงสร้างความผิดอาญา ออกเป็น 3 ประการ คือ (1) องค์ประกอบ (2) อำนาจกระทำ (3) เหตุยกเว้นโทษ ซึ่งในการอธิบายโครงสร้างส่วนที่ 1 “องค์ประกอบ” และส่วนที่ 2 “อำนาจกระทำ” นั้น เหมือนกับการอธิบายตามโครงสร้างความผิดเยอรมัน ส่วนที่ 3 “เหตุยกเว้นโทษ” นั้น ท่านได้อธิบายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความชั่ว ด้วย กล่าวคือ กรณีการกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 การที่กฎหมายยกเว้นโทษให้เนื่องจากผู้กระทำไม่มีความชั่ว แต่อย่างไรก็ตาม ในโครงสร้างส่วนที่ 3 “เหตุยกเว้นโทษ” นั้น ไม่ได้มีเฉพาะในเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษเฉพาะผู้กระทำความชั่วแต่อย่างเดียว แต่ท่านได้นำเอาเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษในเรื่องอื่น ๆ มาไว้ในโครงสร้างที่ 3 อีกด้วย เช่น การกระทำผิดระหว่างสามีภรรยาตามมาตรา 71 เป็นต้น³⁶

ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล³⁷ ได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาว่า การกระทำของผู้ใดเป็นความผิดอาญา และผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังต่อไปนี้คือ

1. การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจาก

³⁶ แหล่งเดิม. (น. 11).

³⁷ คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา (น. 11-16). เล่มเดิม.

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

- ก. ผู้กระทำ
- ข. การกระทำ
- ค. กรรมหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ
- ง. ผลของการกระทำ

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่

- ก. เจตนาธรรมดา
- ข. เจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุจูงใจ

2. เหตุยกเว้นความผิด (Justification) การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดแล้วอาจไม่เป็นความผิดอาญาก็ได้ หากมีเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งมีดังต่อไปนี้

- 2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68
- 2.2 การกระทำโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา

305 (1)

2.3 การกระทำที่กฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้กระทำได้ เช่น

- 1) ตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น

เหตุต่าง ๆ ที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 329

เหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทกรณีคู่ความหรือทนายความของคู่ความแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อประโยชน์แก่คดีของตนตามมาตรา 331

- 2) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนตามมาตรา 1567 (2) ซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

การอนุญาตให้เจ้าของที่ดินตัดรากไม้ซึ่งรูกล้ำเข้ามาจากที่ดินติดต่อและเอาไว้เสียตามมาตรา 1347 เจ้าของที่ดินย่อมไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือทำให้เสียทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

3) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น มาตรา 78 (3) อนุญาตให้เจ้าพนักงานจับผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดและจะหลบหนีได้ โดยเจ้าพนักงานไม่มีความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

4) ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งจะเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ก็ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

มีการยินยอมก่อนกระทำและยังคงมีอยู่จนกระทำการ
 ความยินยอมจะต้องได้มาโดยบริสุทธิ์
 ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ
 ประชาชน

3. เหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ซึ่งมีดังนี้ คือ

3.1 เหตุยกเว้นโทษเพราะผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ ได้แก่

ก. การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี

ข. การกระทำของคนวิกลจริต

ค. การกระทำของผู้มีเมมา

3.2 เหตุยกเว้นโทษเพราะการกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ได้แก่

ก. การกระทำความผิดโดยจำเป็น

ข. การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน

ค. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

จากคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล สรุป
 ได้ว่า ในการวินิจฉัยความผิดอาญานั้นจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ 1) การกระทำ
 ของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบของความผิดอาญา 2) เหตุยกเว้นความผิด (Exemption) และ
 3) เหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ซึ่งในการอธิบายในส่วนที่ 1 คือ “องค์ประกอบความผิดอาญา” และ
 ส่วนที่ 2 “เหตุยกเว้นความผิด” นั้น มีความคล้ายกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาเยอรมัน
 ส่วนการอธิบายในส่วนที่ 3 คือ “เหตุยกเว้นโทษ” นั้น ท่านได้แยกการพิจารณาออกเป็นการที่
 กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิดโดยพิจารณาจากเหตุผลจากผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ และ
 เหตุผลของการกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ซึ่งในการแยกเหตุยกเว้นโทษออกเป็น 2 กรณี
 ดังกล่าวนั้นมีความเหมือนกับการอธิบายในเรื่อง “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” (Cause Subjective)
 ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ดังนั้น ในการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของท่านจึงเกิดจาก
 การนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยในการวินิจฉัย
 ถึงความรับผิดอาญาให้มีความสอดคล้องกันประมวลกฎหมายอาญาไทย

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

จากการศึกษาเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น จะพบว่าในปัจจุบันเป็นที่
 ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าต้องพิจารณาเป็นลำดับตามโครงสร้างความผิดอาญา กล่าวคือ จะต้อง
 พิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดหรือไม่ แล้วจึงมาพิจารณาว่า

การกระทำนั้นเป็นความผิดหรือมีเหตุยกเว้นความผิดหรือไม่ และจึงพิจารณาในขั้นสุดท้ายว่า ผู้นั้นจะต้องรับโทษหรือมีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ ซึ่งในส่วนของ “เหตุยกเว้นความผิด” (Justification) หรือที่เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” นั้น ในระบบกฎหมายไทยได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนจาก “เหตุยกเว้นโทษ” (Excuse) เช่นเดียวกับประเทศในระบบ Civil Law ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะใช้คำว่า “ไม่มีความผิด” สำหรับกรณีเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และใช้คำว่า “ไม่ต้องรับโทษ” สำหรับกรณีเป็นเหตุยกเว้นโทษ”³⁸

นักกฎหมายไทยหลายท่านได้อธิบายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย³⁹ ได้อธิบายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ดังนี้ เมื่อปรากฏว่าบุคคลได้กระทำการอันประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติอื่นบัญญัติเป็นความผิดแล้ว ยังถือไม่ได้ว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายอื่นให้อำนาจให้กระทำได้ ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐเช่นเดียวกันและมีฐานะเสมอกัน ตัวอย่างเช่น กิ่งไม้ของเพื่อนบ้านยื่นเข้ามาในเขตที่ดินของเรา เราขอให้เพื่อนบ้านตัด เขาไม่ยอมตัด เราจึงตัดกิ่งไม้เท่าที่ล้ำเข้ามาในเขตที่ดินของเราออกเสียเอง การตัดกิ่งไม้ของผู้อื่นนั้นย่อมเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นข้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” แต่ในเรื่องตัดกิ่งไม้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1347 บัญญัติว่า “เจ้าของที่ดินอาจตัดรากไม้ซึ่งรุกเข้ามาจากที่ดินติดต่อกันและเอาไว้เสีย ถ้ากิ่งไม้ยื่นล้ำเข้ามา เมื่อเจ้าของที่ดินได้บอกผู้ครอบครองที่ดินติดต่อกันให้ตัดภายในเวลาอันสมควรแล้ว แต่ผู้นั้นไม่ตัด ท่านว่าเจ้าของที่ดินตัดเอาเสียได้” เมื่อมาตรา 1347 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้อำนาจไว้เช่นนี้ ย่อมเห็นได้ในตัวว่าการตัดกิ่งไม้ดังกล่าวจะเป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ไม่ได้เลย ดังนั้น ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าในการที่เราจะทราบว่ากระทำความผิดอันใดอันหนึ่งเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่นั้น เราจะศึกษา

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อ กฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควร แก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด” และ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่ง ซึ่งมีชอบด้วยกฎหมาย”

³⁹ กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 110-113). เล่มเดิม.

เฉพาะประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่นที่กำหนดความผิดและโทษอาญาอย่างเดียว ไม่พอ เราต้องดูกฎหมายอื่นว่าให้อำนาจให้กระทำได้หรือไม่ และกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำได้อาจเป็น

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ

2. กฎหมายจารีตประเพณี

ทั้งมีข้อควรสังเกตว่า ในกรณีที่มีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ ไม่ว่าเหตุนี้จะเกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี ต้องถือว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างใดเลย ฉะนั้นผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นต้องยอมให้กระทำ เช่น เมื่อตำรวจจะเข้าจับเรา เพราะมีเหตุอันควรสงสัยว่าเราได้กระทำความผิดมาแล้วและเราจะหลบหนี เราต้องยอมให้จับ เราจะไปต่อสู้หรือขัดขวางไม่ได้ และจะไปป้องกันต่อการกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้ เพราะไม่ใช่ภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายตามมาตรา 68

ศาสตราจารย์ ดร. จิตติ ดิงศภัทัย⁴⁰ ได้อธิบาย “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ว่า พฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดอาญานั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอื่นเช่นกฎหมายแพ่งก็ได้ เช่น อำนาจของผู้ปกครองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ก็เมื่อกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอไป ตามบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นๆ ก็ย่อมมีน้ำหนักเป็นกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้นที่ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่ในการยกเว้นความผิดในทางอาญานั้นหาจำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม่

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติจักร วัจนสวัสดิ์⁴¹ ได้อธิบายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ว่า ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่ต้องพิจารณาประการแรกว่าการกระทำนั้น “ครบองค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งการกระทำครบองค์ประกอบนั้น ในความผิดแต่ละฐานความผิดจะเห็นได้ว่ามีสาระสำคัญคล้าย ๆ กัน คือ (1) มีการกระทำ (2) การกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้ถูกกระทำ เมื่อครบองค์ประกอบภายนอกแล้ว (3) การกระทำนั้นจะต้องครบองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท เมื่อวินิจฉัย

⁴⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ภาค 1 ตอนที่ 2) (น. 512), โดย จิตติ ดิงศภัทัย, 2521, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2521 โดยสำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา.

⁴¹ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 81-87). เล่มเดิม.

มาถึงตรงนี้แล้วหากเป็นความผิดที่ต้องการผล (4) ผลของการกระทำนั้นก็ต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำ ดังนั้นแล้วจึงจะเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบ แต่ถ้าการกระทำที่ครบองค์ประกอบดังกล่าวมี “กฎหมายยกเว้นความผิด” ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เพราะกฎหมายยกเว้นความผิดมีผลทำให้ผู้กระทำ “ไม่มีความผิด” หรือกล่าวได้ว่า ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งกฎหมายยกเว้นความผิดนั้นมีอยู่มากมายหลายกรณี เช่น กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายอาญานี้เอง เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68, 305, 329, 331 หรืออาจจะเป็นกฎหมายยกเว้นความผิดที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งนำมาใช้ได้โดยถือเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” เช่น หลักในเรื่องความยินยอม, จารีตประเพณี เป็นต้น หรือกฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ หรือแม้กระทั่งกฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งกฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ⁴² ได้ให้ความหมายของ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ว่าหมายถึง เหตุยกเว้นความรับผิดชอบของผู้กระทำที่ทำให้ผู้กระทำที่ได้กระทำการต่าง ๆ ตามขั้นตอนของการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างมาโดยตลอดแล้ว คือผู้กระทำได้มีการกระทำตามความหมายของกฎหมายอาญา มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ตลอดจนผู้กระทำได้กระทำให้ครบองค์ประกอบภายนอก และมีเจตนาหรือประมาท แต่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบให้ ทำให้ผู้นั้นมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งในการที่จะทราบว่าบุคคลจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยไม่ผิดกฎหมายนั้นจะต้องทราบว่ามีความหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ อย่างไรหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใด นอกจากนี้แล้วกฎหมายที่ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้กระทำอาจเป็นได้ทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีก็ได้

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส⁴³ ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ว่า การลำดับความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญา เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบตามโครงสร้างข้อแรกแล้ว ขั้นตอนต่อมาคือการพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการพิจารณาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ ซึ่งการพิจารณาเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามโครงสร้างข้อสองดังกล่าวจะพิจารณาจากเหตุที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ

⁴² จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 153-154), โดย ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁴³ หลักกฎหมายอาญา (น.75). เล่มเดิม.

ไม่จำกัดเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้เหตุที่จะทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย
ยังอาจจะพิจารณาจากเรื่องของจารีตประเพณีและความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย

จากคำอธิบายข้างต้น สรุปได้ว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” หมายถึง เหตุที่
ทำให้บุคคลที่ได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา คือ มีการ
กระทำที่ครบทั้งองค์ประกอบภายนอกและภายในแล้ว บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากมีเหตุที่
ทำให้บุคคลนั้นกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งเหตุดังกล่าวอาจมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติ
ให้อำนาจกระทำไว้ หรืออาจเป็นเหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีต
ประเพณีให้อำนาจกระทำไว้ ทั้งนี้รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น เรื่องความยินยอมของ
ผู้เสียหาย อีกด้วย และในกรณีที่บุคคลมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้แล้ว จะต้องถือว่าบุคคล
นั้นไม่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างใดเลย ดังนั้น ผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นต้องยอม
ให้กระทำ เพราะเมื่อการกระทำดังกล่าวผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำได้แล้ว การนั้นย่อมเป็นการ
กระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายอันจะ
อ้างเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายขึ้นต่อสู้ได้

จากการศึกษาที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงอาจจำแนกประเภทของเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจ
กระทำได้ ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ เหตุที่กฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้กระทำได้ ความยินยอมของ
ผู้เสียหาย และกฎหมายจารีตประเพณี โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 เหตุที่กฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้กระทำได้ แบ่งได้เป็น

(1) เหตุในประมวลกฎหมายอาญา

ก. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 68⁴⁴ เป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเองหรือ
ผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาจากเหตุผลที่ว่า “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่
ถูกต้อง” ทั้งการป้องกันก็เป็นการกระทำต่อผู้ที่ละเมิดกฎหมายจึงไม่เกิดประโยชน์ที่จะลงโทษ
ผู้กระทำการป้องกัน ไม่ว่าจะเป็นในแง่แก้ไขผู้กระทำความผิดหรือเพื่อประโยชน์ของชุมชนก็ตาม
โดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีหลักเกณฑ์⁴⁵ ดังนี้

ต้องมิภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งภัยอันตรายดังกล่าว
จะต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลเท่านั้น สัตว์หรือสิ่งของไม่อาจก่อให้เกิดการละเมิดต่อกฎหมาย

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือ
ของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

⁴⁵ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 156-160). เล่มเดิม.

ได้ด้วยตัวของมันเอง และการละเมิดต่อกฎหมายนี้ หมายถึงภัยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจจะกระทำได้ เมื่อผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำ บุคคลผู้กำลังจะประสบภัยจึงไม่จำเป็นต้องทนรับภัยนั้น

ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องรอให้ภัยนั้นเกิดขึ้นเสียก่อน แต่ต้องอยู่ในลักษณะที่ว่าหากไม่กระทำการเพื่อป้องกันแล้วจะต้องเกิดภัยอย่างแน่นอน ดังนั้น ถ้าภัยยังอยู่ในอนาคตหรือห่างไกลก็ไม่เกิดสิทธิป้องกันได้ และถ้าภัยนั้นผ่านพ้นไปแล้วก็ไม่เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น หมายความว่า ผู้กระทำต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่น และต้องกระทำเท่าที่จำเป็นต้องป้องกันสิทธิดังกล่าว

ต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ โดยเป็นการพิจารณาว่าการกระทำขนาดไหนเพียงพอที่จะถือว่าพอเพียงในการป้องกันสิทธิ โดยจะพิจารณาจากลักษณะของภัยเป็นหลัก ซึ่งการป้องกันจะต้องได้สัดส่วนกับภัยที่เกิดขึ้น หรือในกรณีที่มีการป้องกันไม่ได้สัดส่วนกับภัยที่เกิดขึ้น ก็จะต้องเป็นการป้องกันด้วยวิธีทางที่น้อยที่สุด

ข. การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูก มาตรา 305⁴⁶ ซึ่งให้อำนาจแก่แพทย์ที่จะทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายในกรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง โดยถือว่าความจำเป็นที่ต้องรักษาสุขภาพของมารดาเมื่ออยู่เหนือกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการรักษาชีวิตของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา ซึ่งถือได้ว่าเป็นการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่งเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าจึงเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ และถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

ค. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตเพื่อประโยชน์หรือในกรณีที่บัญญัติไว้ มาตรา 329 (1) – (4)⁴⁷

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 บัญญัติว่า “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่

(3) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัย ของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

ง. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลโดยคู่ความหรือทนายความของคู่ความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน มาตรา 331⁴⁸

(2) เหตุในกฎหมายอื่น ๆ

ก. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁴⁹ ได้ให้เอกสิทธิ์แก่บุคคล 6 ประเภท คือ (1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (2) สมาชิกวุฒิสภา (3) รัฐมนตรี (4) บุคคลที่ประธานสภานิติบัญญัติแห่งประเทศหรือแสดงความคิดเห็นในสภาผู้แทน หรือวุฒิสภา หรือรัฐสภา และ (5) ผู้พิมพ์หรือโฆษณาตามการประชุมตามคำสั่งของสภา ตลอดจนผู้ดำเนินการถ่ายทอดการประชุมสภาทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ที่ได้รับอนุญาตจากประธานสภาแห่งนั้นด้วย ทั้งนี้ เฉพาะเท่าที่เกี่ยวกับการแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในสภาผู้แทน หรือวุฒิสภา หรือรัฐสภานั้น แม้บุคคลดังกล่าวจะกล่าวข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทที่ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น การตัดรากไม้หรือกิ่งไม้รุกถ้ำในที่ของตนโดยไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (มาตรา 1347) หรือการทำลายทรัพย์เพื่อจะบำบัดปิดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน (มาตรา 450) หรือการใช้อำนาจปกครองทำโทษบุตรตามสมควร (มาตรา 1567) ย่อมไม่มีความผิด

ค. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตัวอย่างเช่น กรณีที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีค้นสถานที่ใด ๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 278⁵⁰ ย่อมไม่มีความผิดฐานบุกรุก

(4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม เรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุมผู้หนึ่งไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 331 บัญญัติว่า “คู่ความหรือทนายความของคู่ความ ซึ่งแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (มาตรา 130, 131), พ.ศ. 2534 (มาตรา 125, 126)

⁵⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งภาคนี้ว่าด้วยอำนาจและหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี นับแต่วันที่ได้ส่งหมายบังคับคดีให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือถ้าหมายนั้นมิได้ส่งนับแต่วันออกหมายนั้นเป็นต้นไป ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจในฐานะเป็นผู้แทนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในอันที่จะรับชำระหนี้หรือทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาวางและออกใบรับให้กับมีอำนาจที่จะยึดหรืออายัดและยึดถือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้ และมีอำนาจที่จะเอาทรัพย์สินเช่นว่านี้ออกขายทอดตลาด ทั้งมีอำนาจที่จะจำหน่ายทรัพย์สินหรือเงินรายได้จากการนั้น และดำเนินวิธีการบังคับทั่ว ๆ ไปตามที่ศาลได้กำหนดไว้ในหมายบังคับคดี รวมทั้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีได้โดยให้ถือเสมือนเป็นเจ้าพนักงานศาล”

ง. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตัวอย่างเช่น กรณีที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับกุมบุคคลตามมาตรา 78⁵¹ การจับนั้นไม่เป็นความผิดต่อเสรีภาพ

จ. พระราชบัญญัติอื่น ๆ เช่น กรณีที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะเข้าไปยังสถานที่หรือที่ดินของประชาชนเพื่อตรวจสอบเรื่องต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ⁵² เป็นต้น ซึ่งการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก

2.3.2 ความยินยอมของผู้เสียหาย

หลักความยินยอมของผู้เสียหายที่ถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นี้ปรากฏหลักฐานว่าเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยโรมัน ดังจะเห็นได้จากสุภาษิตที่ว่า “Volenti non fit injuria” (one who consents suffers no wrong) หรือ “ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด” ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักที่ยอมรับกันในทุกประเทศ โดยบางประเทศได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ประเทศอิตาลี ประเทศอินเดีย เป็นต้น⁵³ และในบางประเทศแม้จะมีได้นำหลักความยินยอมไปบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้ยอมรับในทางทฤษฎีว่าความยินยอมของผู้เสียหายนั้นสามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดของผู้กระทำได้ รวมถึงประเทศไทยด้วย โดยกฎหมายไทยนั้นไม่ปรากฏว่ามีประมวลกฎหมายอาญามาตราใดที่บัญญัติยอมรับหลักความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนี้เลย จะพบก็เพียงแต่บทบัญญัติที่ถือความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการลงโทษ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น⁵⁴ ความผิดฐานกระทำความผิด⁵⁵ เป็นต้น และบทบัญญัติที่กฎหมายประสงค์ให้การกระทำใดซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 บัญญัติว่า “พนักงานฝ่ายปกครองหรือ ตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่

(1) เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้าดังได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 80

(2) เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด

(3) เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตาม มาตรา 66 (2) แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้

(4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือ จำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีในระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 117”

⁵² เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 48, 53, 54 เป็นต้น

⁵³ จาก การใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 106), โดย บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278.

เห็นว่าอาจเป็นภัยคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็จะบัญญัติให้เรื่องเหล่านั้นเป็นความผิดโดยชัดแจ้งถึงแม้จะมีความยินยอมก็ตาม เช่น ความผิดฐานทำให้แท้งลูก⁵⁶ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยรับรองไว้หลายครั้ง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508⁵⁷ “ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็นความยินยอมให้กระทำการที่ตามปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาตามนัยฎีกาที่ 616/2482 และ 787/2483 ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2073/2537⁵⁸ “จำเลยที่ 1 กระทำชำเราด้วยความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนจำเลยที่ 2 กระทำชำเราโดยที่ผู้เสียหายมิได้ยินยอมจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ความยินยอมให้กระทำต่อร่างกาย ถ้าไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือความรู้สึกในทางธรรมจรรยา และเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนหรือจนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ความยินยอมนั้นยกเว้นความผิดได้ แต่หากความยินยอมนั้นขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมจรรยาหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วก็ไม่อาจยกเว้นความผิดได้⁵⁹ จึงเป็นที่มาของการศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด โดยสรุปได้ดังหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

1) ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่แสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีเงื่อนไข ทั้งเมื่อยินยอมต่อสิ่งหนึ่งแล้วมิได้หมายความว่ารวมถึงความยินยอมต่อสิ่งอื่น ประกอบกับผู้กระทำต้องรู้ถึงความยินยอมนั้นด้วย

2) ความยินยอมนั้นต้องได้มาโดยชอบ กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องให้ความยินยอมด้วยใจสมัครไม่ว่าทางกายหรือทางจิตใจ ไม่ได้เกิดจากการหลอกลวง ข่มขู่ ความสำคัญผิด

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301, 302.

⁵⁷ จาก ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา (โปรแกรมคอมพิวเตอร์), โดย ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ศาลฎีกา. ลิขสิทธิ์ 2550 โดยศาลฎีกา.

⁵⁸ แหล่งเดิม.

⁵⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 400-401), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2556 โดยมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

หรือโดยวิธีการอันมิชอบด้วยประการใด ๆ ทั้งผู้ให้ความยินยอมจะต้องรู้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นตามมาในภายหลังด้วย

3) ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่จนกระทั่งเกิดการกระทำผิด กล่าวคือ เมื่อผู้ถูกระทำให้ความยินยอมแล้ว ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดไปจนกระทั่งเกิดการกระทำผิด หากผู้ถูกระทำบอกเลิกความยินยอมเสียก่อนเวลาที่จะเกิดการกระทำผิดและผู้กระทำยังคงขึ้นกระทำต่อไป ความยินยอมก็จะไม่ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิดแต่อย่างใด

4) ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ ความยินยอมของผู้ถูกระทำนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกของประชาชนโดยทั่ว ๆ ไป เช่น การยินยอมให้ผู้อื่นฆ่าตนเอง จะเห็นได้ว่า หากเกิดการกระทำลักษณะเช่นนี้ขึ้นจะกระทบต่อความรู้สึกและความสงบสุขของประชาชนอย่างมาก ทั้งอาจเป็นการเลี่ยงกฎหมาย ดังนั้น การให้ความยินยอมในการกระทำเช่นนี้ก็ไม่อาจถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

2.3.3 กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับในฐานะ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” นี้ เป็นกรณีที่ปรากฏหลักการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักที่ประชาชนทั่วไปปฏิบัติตามเป็นระยะเวลานานประกอบกับประชาชนเห็นว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นกฎหมาย และเมื่อมีการบังคับตามกฎหมายอยู่แล้ว ก็สมควรที่จะได้รับการรับรองตามกฎหมายด้วย ดีกว่าจะตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่

การที่มนุษย์รวมตัวกันเป็นหมู่คณะทำให้เกิดสังคมขึ้น ซึ่งประชาชนในสังคมนั้นจะมีกฎเกณฑ์ความประพฤติในสังคม (norms) ที่ก่อตัวขึ้น และเจริญพัฒนาขึ้นเองโดยมิได้อาศัยอำนาจบงการหรือเจตนาก่อตั้งขึ้นโดยมนุษย์ หลักการที่เป็นสิ่งที่ส่งเสริมการดำรงอยู่ของสังคมเช่นนี้เกิดขึ้นได้เองและได้รับการประพฤติปฏิบัติกันต่อมาเรื่อย ๆ จนทำให้เป็นสิ่งที่ยอมรับอย่างเป็นธรรมดาและอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งการที่มนุษย์ตัดสินใจประพฤติปฏิบัติตามแนวทางใด ๆ นั้นมีผู้ให้เหตุผลว่าสืบเนื่องมาจากสาเหตุ⁶⁰ ดังต่อไปนี้

1) เหตุผลในการจำแนกแยกแยะ หรือที่เรียกว่า ความสามารถในการจำได้หมายความว่า รู้ว่าข้อเท็จจริงเป็นเรื่องอะไร และรู้ถึงความเหมือน ความแตกต่าง หรือความคล้ายคลึงกัน

2) เหตุผลในทางศีลธรรม เป็นความรู้สึกที่เกิดขึ้นในจิตใจของผู้มีสติปัญญาเองที่จะรู้ว่าสิ่งใดควรทำ สิ่งใดไม่ควรทำ รู้ว่าสิ่งใดผิด สิ่งใดถูก ซึ่งความสามารถรับรู้อาณัติศีลธรรมนี้มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์โดยธรรมชาติ ที่เรียกว่า “เหตุผลภายใน” ส่วนความสัมพันธ์ในเรื่องข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ประกอบเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นในสังคมภายนอก อันได้แก่ ความสัมพันธ์ต่อเนื่องซึ่งกัน

⁶⁰ การใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในกฎหมายอาญา (วิชานิติพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต) (น. 34). เล่มเดิม.

และกันในฐานะเหตุการณ์หรือเหตุการณ์หนึ่งในทางวิทยาศาสตร์ เรียกว่า “เหตุผลของเรื่อง” (nature of things) หรือ เหตุผลภายนอกที่เมื่อมนุษย์ใช้ความสามารถรับรู้ทางศีลธรรมมาพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของข้อมูลต่าง ๆ ที่มีอยู่ภายนอกก็จะสามารถมองเห็นเหตุผลของเรื่องในเรื่องนั้น ๆ ได้จากเหตุผลของเรื่องซึ่งเป็นข้อมูลภายนอกประกอบกับการบ่งชี้ในตัวว่าสถานการณ์เช่นนั้น ฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด อันเป็นเหตุผลภายในที่จะเกิดการวินิจฉัยขึ้นโดยอัตโนมัติจากการเชื่อมโยงกันระหว่างเหตุผลภายในกับเหตุผลภายนอก และเมื่อได้รับการปฏิบัติตามติดต่อกันอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานก็จะยิ่งผนึกอยู่กับความสำนึกของหมู่คนที่ปฏิบัติเช่นนั้น จนต้องยอมรับว่าถูกโดยไม่ต้องมีการวินิจฉัยใด ๆ อีก ในที่สุดก็จะกลายเป็นขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของหมู่คนนั้น ๆ

เมื่อต่อมาจารีตประเพณีของหมู่คนนั้น ๆ ได้รับการประพฤติดูปฏิบัติติดต่อกันเรื่อยมาจนเกิดเป็นความคิดในหมู่คนว่าเป็นสิ่งที่ต้องประพฤติปฏิบัติตาม โดยไม่มีใครบังคับจนทำให้ปรากฏตัวเป็นกฎเกณฑ์ที่มีรูปร่างชัดเจนขึ้น ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (Opinio juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (Opinio necessitatis) จารีตประเพณีก็จะพัฒนากลายเป็น “กฎหมายจารีตประเพณี”

โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว วิถีทางปฏิบัติต่อกันในสังคมเกิดขึ้นจากขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นเบื้องต้น แต่ต่อมาวิถีทางการปฏิบัติต่อกันดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายบังคับใช้เพราะอาจจะเป็นเพราะความจิตจางในขนบธรรมเนียมประเพณี หรืออาจจะเป็นเพราะขนบธรรมเนียมนั้นได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างกว้างขวางจนต้องบัญญัติเป็นกฎหมายรับรองไว้ และในทางตรงกันข้ามอาจกล่าวได้ว่า ขนบธรรมเนียมประเพณีที่ไม่ดีไม่งามบางประเภทก็อาจจะได้รับการยกเลิกโดยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน อาทิเช่น การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยวิธี “ตาต่อตาฟันต่อฟัน” เป็นต้น⁶¹

กฎหมายจารีตประเพณีนี้ อาจพิจารณาในแง่ความหมายได้โดยการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีขึ้น ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านั้น ได้แก่

1) เป็นหลักเกณฑ์ที่กำเนิดขึ้นมานานแล้ว หลักเกณฑ์ประการนี้จะเข้าลักษณะที่เกิดขึ้นมานานแล้วหรือไม่นั้น ก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป แต่ทั้งนี้ต้องนานจนเกินกว่าความทรงจำของบุคคลว่าเริ่มมีใช้อย่างแน่นอนเมื่อใด และไม่ใช่ว่าสิ่งเพิ่งเกิดขึ้นมาใหม่ด้วย ซึ่งความช้านานนี้จะถือเป็นเครื่องพิสูจน์ให้เห็นว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักความประพฤติของคนทั่วไป ซึ่งความประพฤติของคนทั่ว ๆ ไปที่จะนิยมตาม ๆ กันนั้นจะเกิดขึ้นในเร็ววันไม่ได้ หากแต่จะต้องเป็นสิ่งที่ค่อยเป็นค่อยไปทีละน้อย

⁶¹ จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 32), โดย อังกริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2557 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

2) เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการปฏิบัติมาอย่างต่อเนื่องโดยทั่วไป กล่าวคือ ได้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวในรูปลักษณะอย่างเดียวกันตลอดมา จนกระทั่งถึงเวลาที่เราจะพิสูจน์หลักเกณฑ์นั้น ๆ โดยรายละเอียดในการพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป และการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องนั้น ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานว่าได้ปฏิบัติติดต่อกันทุกวันโดยไม่มีการหยุด

3) เป็นหลักเกณฑ์ที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาด้วยความสมัครใจ กล่าวคือ ประชาชนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้น ๆ ด้วยความสันติ ไม่มีผู้ใดใช้อำนาจขู่เข็ญหรือบังคับ

4) เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากการที่ประชาชนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinion juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติ (opinio necessitatis)

5) เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความมั่นคงและแน่นอน กล่าวคือ สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าหลักเกณฑ์นั้นมีปฏิบัติกันอยู่ในสังคมนั้น ๆ จริง

6) เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้มีการปฏิบัติตามกันโดยทั่วไป กล่าวคือ ได้มีการปฏิบัติตามโดยบุคคลเป็นส่วนใหญ่ และในสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์นั้น ๆ ซึ่งอาจจะเป็นพื้นที่ของจังหวัดใดในภาคใดภาคหนึ่งของประเทศ หรือทั้งประเทศก็ได้

7) เป็นหลักเกณฑ์ที่ชอบด้วยเหตุผลและสอดคล้องกันกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการวัดความมีเหตุผลของหลักเกณฑ์นั้น ๆ จะพิจารณาจากข้อเท็จจริงของหลักเกณฑ์นั้น ๆ ว่าเป็นการจัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมหรือไม่ ถ้าไม่เป็นการจัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ย่อมเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถยอมรับได้ นอกจากนี้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะเป็นเรื่องใดก็ตามและไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติยกเลิกหรือขัดต่อหลักเกณฑ์นั้น ๆ ในภายหลัง

กฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ในทางอาญานั้น มีข้อพิจารณาประการสำคัญอยู่ 2 ประการ⁶² คือ

1) กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจกำหนดความผิดขึ้นใหม่และไม่อาจกำหนดให้มีโทษอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ เพราะจะเป็นการจัดต่อหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) และขัดต่อหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญที่ยอมรับว่าเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นที่จะกำหนดความผิดและโทษได้

2) กฎหมายจารีตประเพณีสามารถใช้ในทางที่เป็นคุณได้ กล่าวคือ ใช้ในฐานะที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดทางอาญา โดยกฎหมายจารีตประเพณีอาจมีข้อความให้อำนาจบุคคลกระทำการ

⁶² กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 133). เล่มเดิม.

ใด ๆ ซึ่งโดยปกติการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดอาญาได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นบทเคียงคู่อย่างตัดทอนกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁶³ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ก. การชกมวยหรือเล่นกีฬาที่ถูกกติกา แม้จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งตายก็ไม่เป็นความผิด แต่ถ้ากระทำผิดกติกา เช่น ชกเขาส้มลงแล้วยังเตะซ้ำ และเขาตายเพราะการเตะนั้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

ข. แพทย์ที่ตัดแขนคนไข้โดยที่คนไข้ยินยอม เพราะเป็นมะเร็ง ถ้าทิ้งไว้จะเป็นอันตรายถึงชีวิต แพทย์ย่อมมีอำนาจทำได้ แต่ถ้าคนไข้ไม่ยินยอม แพทย์ก็มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ค. การลงโทษเด็กโดยการใช้อำนาจปกครองตามสมควรแทนบิดามารดา นั้น หากลงโทษเด็กตามสมควรก็ไม่มีผิด

ในที่นี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ในประเด็นการยอมรับจารีตประเพณีในการลงโทษผู้เยาว์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

1) กรณีการใช้อำนาจลงโทษโดยบิดามารดา

สังคมไทยนั้นได้ชื่อว่าเป็น “สังคมกสิกรรม” แรงงานจากสมาชิกทุกคนในครอบครัวจึงมีความสำคัญและมีความจำเป็นที่จะต้องมีส่วนในครอบครัวเพื่อทำหน้าที่จัดระเบียบแรงงานเมื่อผลผลิตทุกอย่างมาจากที่ดินที่สามีครอบครองหรือเป็นเจ้าของ สามีซึ่งเป็นเจ้าบ้านจึงเป็นเหมือนเจ้าที่ปกครองเหล่าลูกเมียภายในอาณาจักรของตน นอกจากนี้การศึกษาในสมัยนั้นยังทำกันในวัดโดยพระสงฆ์เป็นผู้สอน หญิงจึงไม่มีโอกาสเท่าชาย ดังนั้น ด้วยอำนาจเศรษฐกิจที่สามีกุมอยู่ทั้งในและนอกบ้านจึงทำให้สมาชิกทุกคนในครอบครัวต้องพึ่งพาสามีในชีวิตประจำวัน สามีจึงมีสถานะเป็นหัวหน้าครอบครัว ส่วนภรรยาทำงานบ้านมีหน้าที่เลี้ยงดูลูก และอำนาจปกครองทั้งหมดจึงเป็นของบิดาโดยมารดาไม่มีส่วนร่วม และจะปกครองไปจนกว่าบุตรจะแต่งงานไปตั้งครอบครัวใหม่ของตนเอง

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรนั้น ปรากฏมีบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะฟัวเมียที่กำหนดหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร (และภรรยา) ไว้อย่างชัดเจน⁶⁴ โดยบทที่ 74 ได้กำหนดไว้ว่า “ราษฎรทั้งหลายในแว่นแคว้นเสมามณฑลให้เลี้ยงดูลูกเมียพี่น้องพ้องพ้องซึ่งชอบโดยธรรม” ซึ่งบทบัญญัตินี้แสดงเจตนาของผู้ร่างไว้เป็นอย่างดีว่า เป็นเจตนาของ

⁶³ จาก กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 30), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2525, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2525 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁴ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (น. 366), โดย ไพโรจน์ กัมพูศิริ, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2551 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บ้านเมืองที่ต้องการให้หน้าที่เลี้ยงดูบุตรนี้คานกับสิทธิเด็ดขาดในครอบครัวของตนเอง เป็นบทกฎหมายลักษณะคำสั่ง และเป็นคำสั่งบทที่ลดความแข็งแกร่งในภาพของบิดา ทั้งยังแสดงถึงความเอื้ออาทรของผู้คนทุกระดับในยุคสมัยของการใช้กฎหมายลักษณะนี้บังคับ

ต่อมาเมื่อประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เป็นครั้งแรกในวันที่ 1 ตุลาคม 2478 โดยที่การร่างบรรพ 5 ของประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เยอรมัน และบางส่วนก็นำมาจากกฎหมายญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ได้ให้อำนาจเด็ดขาดแก่สามีในครอบครัวอันเป็นระบบเดียวกับที่เป็นเมื่อครั้งไทยยังใช้กฎหมายลักษณะผัวเมีย ในแง่นี้จึงไม่เกิดปัญหาในการรับเอาความคิดดังกล่าวมากำหนดไว้ในกฎหมายครอบครัวของไทยเนื่องจากสอดคล้องกับแนวปฏิบัติในสังคมและแนวของกฎหมายที่ใช้มาก่อนหน้านั้นอยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้เองบทบัญญัติที่มีอยู่ในบรรพ 5 พ.ศ. 2478 จึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองอำนาจในครอบครัวของสามีฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นอำนาจเหนือภริยาในความสัมพันธ์ส่วนตัวและทรัพย์สิน⁶⁵ รับรองอำนาจในฐานะบิดาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์แต่เพียงฝ่ายเดียว⁶⁶ ซึ่งบทบัญญัตินี้ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งได้มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งใหญ่เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน อันเป็นผลบังคับจากมาตรา 29 วรยศองแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 โดยให้สามีและภริยามีสิทธิเท่าเทียมกัน ในความสัมพันธ์ส่วนตัวและการจัดการทรัพย์สิน รวมทั้งให้มารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์กับบิดา ซึ่งหลักการดังกล่าวคงมีอยู่มาตลอดจนถึงปัจจุบัน เพียงแต่มีการแก้ไขปรับปรุงรายละเอียดให้ชัดเจนและครอบคลุมมากขึ้น

2) กรณีการใช้อำนาจลงโทษโดยครูอาจารย์

ตั้งแต่ครั้งสมัยสุโขทัย อยุธยา ธนบุรี เรื่อยมาจนกระทั่งสมัยรัตนโกสินทร์ ปราภูลักษณ์เด่นชัดว่า การศึกษาของเด็กไทยนั้นใช้วัดเป็นศูนย์กลางและมีพระสงฆ์เป็นครู⁶⁷ ซึ่งชาวบ้านจะส่งบุตรหลานที่เป็นชายไปเล่าเรียนตามวัดที่ตนเลื่อมใสศรัทธา ศิษย์ของพระรูปไหนก็สอนอยู่ที่กุฏิของตนในวัดตามความสะดวก โดยมีพระสงฆ์จะสอนให้รู้จักการอ่าน การเขียน

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1454 บัญญัติว่า “สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้ดำเนินการในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู” และมาตรา 1468 บัญญัติว่า “สามีเป็นผู้จัดการสินบริคนห์ เว้นแต่ในสัญญาก่อนสมรสจะได้กำหนดให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือให้จัดการร่วมกัน”.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1537 บัญญัติว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ ต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา อำนาจปกครองนั้นอยู่แก่บิดา”.

⁶⁷ จาก *ความเป็นมาของการศึกษาไทย* (น. 15-16), โดย จิตรกร ตั้งเกษมสุข, 2525, กรุงเทพฯ: เกล็ดไทย. ลิขสิทธิ์ 2525 โดยสำนักพิมพ์เกล็ดไทย.

พร้อมทั้งสอดแทรกจริยธรรมและหลักธรรมของพระพุทธศาสนาไปในตัว ส่วนลูกหลานที่เป็นหญิงก็ให้เล่าเรียนการบ้านการเรือนอยู่กับบ้าน

การเรียนการสอนในสมัยที่วัดเป็นสถานศึกษาและพระสงฆ์ทำหน้าที่เป็นครูนั้น เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าพระสงฆ์มีอำนาจลงโทษลูกศิษย์ของตนได้ ดังความตอนหนึ่งที่พระยาอนุমানราชชน⁶⁸ กล่าวไว้ว่า “เมื่อเริ่มเรียน พระผู้เป็นอาจารย์จะเขียนพยัญชนะ ก ข ลงบนกระดาน คำให้อ่านก่อน เด็กจะต้องเล่าท่องดัง ๆ จนจำได้ แล้วจึงหัดเขียนโดยใช้ก้านรูปชี้ไปตามตัวหนังสือ ต้นฉบับที่อาจารย์เขียนให้นี้ ถ้าทำให้ลบเลือนหายไปเป็นต้องถูกทำโทษ ลงที่อาจารย์ลบต้นแบบ ครั้งหนึ่งหรือทั้งหมดเพื่อทดลองให้เขียนเอง ถ้าเขียนไม่ถูกก็บังคับให้เอากระดานโขกหัวเสียสามครั้ง หรืออาจารย์เขียนตัวละที หรืออย่างดีให้งอมือเป็นลูกมะเหงกเขกกระดานเท่าจำนวนตัวหนังสือที่เขียนผิด” ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะอยู่ในยุคสมัยใด ประชาชนต่างยอมรับว่าครูอาจารย์สามารถทำโทษเด็กหรือลูกศิษย์เพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอน โดยที่ครูอาจารย์นั้นจะไม่มีคามผิดทางอาญาใด ๆ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีนี้แม้มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้รับการยอมรับให้สามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพื่อยกเว้นความผิดในทางอาญาได้ ทั้งยังสามารถให้ความเป็นธรรมต่อสังคมได้ดีกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางกรณี ด้วยเหตุที่กฎหมายจารีตประเพณีจะมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของสังคมในแต่ละช่วงเวลาเวลามากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก

สิทธิเด็กเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเด็กเป็นกลุ่มคนที่ต้องการการปกป้องคุ้มครองมากกว่าคนทั่วไป เนื่องจากความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็กนั้นไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่ จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม ในประชาคมระหว่างประเทศเห็นความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” หรือที่เรียกว่า “ปฏิญญาเจนีวา” (the Declaration of Geneva 1924) เมื่อมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติก็ได้มีการประกาศ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (the Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี ค.ศ. 1948 ต่อมาในปี ค.ศ.1959 องค์การสหประชาชาติได้พัฒนาและประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” (the United Nations Declaration

⁶⁸ จาก *ชีวิตชาวไทยสมัยก่อน* (น. 156-157), โดย เสถียร โกเศศ, 2510, กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา. ลิขสิทธิ์ 2510 โดยสำนักพิมพ์แพร่พิทยา.

on the Rights of the Child 1959) แต่ปฏิญญาไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ จนกระทั่ง ปี ค.ศ. 1989 สหประชาชาติจึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของ “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” (Convention on the Rights of the Child 1989) และในปี ค.ศ.2000 องค์การสหประชาชาติได้จัดทำตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศอีก 2 ฉบับ ในรูปแบบของ พิธีสารต่อท้ายอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องความ เกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Optional Protocol on the involvement of Children in Armed Conflict) และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)

ปัจจุบันถือว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารต่อท้ายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมาย ระหว่างประเทศที่มีผลสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิเด็ก อนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นอนุสัญญาที่มีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีสมาชิกมากกว่าอนุสัญญาอื่นทุกฉบับ ส่วนพิธีสารทั้งสองฉบับนั้นอยู่ระหว่างการเปิดให้ลงนามและให้สัตยาบัน

2.4.1 สาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มีหลักการสำคัญสองประการ⁶⁹ คือ

1) สิทธิของเด็กนั้น ไม่ใช่เรื่องที่รัฐหรือใครให้กับเด็ก แต่เป็นสิทธิของเด็กทุกคนที่มีติด ตัวมาตั้งแต่เกิด ซึ่งอนุสัญญาใช้คำว่า สิทธิติดตัว (inherent rights) ดังนั้น เด็กจึงเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่มี ผู้ใดสามารถไปตัดทอนหรือจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมของเด็กหรือละเมิดสิทธิของเด็กได้

2) ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็ก จะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กและที่สำคัญที่สุดคือ ต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็นข้อพิจารณาในการ ดำเนินการ

ในการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคี สมาชิก เพราะเป็นการกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองเด็กขั้นต่ำที่ประเทศเหล่านั้นจะต้องยก มาตรฐานของตนเองขึ้นให้เท่ากับที่กำหนดในอนุสัญญาฯ หรือสูงกว่า ส่วนประเทศที่มีการคุ้มครอง ที่สูงกว่าที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้จะได้รับการยกย่องและกระตุ้นให้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้สูง ยิ่งขึ้น เหตุที่เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะการคุ้มครองเด็กอย่างน้อยตาม มาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาฯ เป็นการรับประกันว่า เด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐบาลนั้นจะได้ มีอัตราการอยู่รอดที่สูง ได้รับการพัฒนาทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจในระดับที่เด็กจะเติบโตเป็น

⁶⁹ จาก แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก. สืบค้น 23 ธันวาคม 2557, จาก http://www.organellelife.com/webboard_view.php?id=29

ผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและมีสุขภาพกายแข็งแรงและมีสุขภาพจิตดี เด็กต้องไม่ถูกนำไปใช้แรงงาน ก่อนวัยอันควรซึ่งขัดขวางการพัฒนาการทางด้านการศึกษาศึกษาของเด็กและต้องไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าในการค้าประเวณี ในการใช้ประโยชน์ทางเพศหรือทางด้านอื่นๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็กโดยตรง และให้เด็กได้มีส่วนร่วมตามระดับความสามารถซึ่งเป็นการพัฒนาเด็กให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป เนื่องจากเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ของประเทศในอนาคตการพัฒนาเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดของประเทศให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีความสามารถ เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าและทำประโยชน์ให้ต่อประเทศชาติทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งต่อความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้น ๆ และจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขันกันทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม หากเด็กไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่ดีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เด็กจะเติบโตขึ้นมาอย่างไรคุณภาพแทนที่จะเติบโตเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคม ทำให้ไม่สามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเต็มที่และจะทำให้สังคมและทรัพยากรของประเทศนั้นอ่อนแอและตกเป็นรองประเทศอื่น ๆ ในการแข่งขันเพื่อความอยู่รอดและการพัฒนาของประเทศ

คำว่า “เด็ก” ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ว่าหมายความว่าบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้คำนิยามคำว่า “เด็ก” ไว้ในข้อ 1 ว่า เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น จากคำนิยามดังกล่าวจึงหมายความว่า มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อยู่ในความหมายของคำว่า “เด็ก” ทั้งสิ้น⁷⁰ เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่ก็จะไม่อยู่ในความคุ้มครองของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกต่อไป

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ ให้ความคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กทุกคนในโลก โดยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ โดยกำหนดว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิเด็กทุกคนที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตนไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติของประเทศนั้นหรือไม่ ที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตนโดยไม่เลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือ บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย (ข้อ 2) การไม่เลือกปฏิบัตินี้ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องปฏิบัติต่อเด็กทุกคนเหมือนกันหมด หากเด็กกลุ่มใดไม่สามารถใช้สิทธิเช่นเดียวกับเด็กอื่น เพราะสภาวะทางร่างกาย จิตใจ หรือสังคม เช่น เด็กพิการทางร่างกายหรือทางสมอง เด็กเรื้อรัง ยาจน เป็นต้น รัฐอาจจัดบริการให้เด็ก

⁷⁰ แหล่งเดิม.

เหล่านี้เป็นกรณีพิเศษ เพื่อช่วยให้เด็กกลุ่มนี้ได้ใช้สิทธิเท่าเทียมกับเด็กอื่น ๆ และยังได้กำหนดว่า ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก

อนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยจำแนกได้เป็น 4 ประเภท⁷¹ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด หมายถึง สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย อนุสัญญาฯ กำหนดว่า รัฐภาคีรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมีชีวิต และรัฐภาคีต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก โดยเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูไม่ว่าจะโดยบิดามารดา ญาติพี่น้อง หรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโต และมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอตามฐานะซึ่งหากครอบครัวไม่สามารถดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำ รัฐต้องเข้าไปให้การช่วยเหลือ นอกจากนี้เด็กยังมีสิทธิที่จะได้รับการบริการด้านสุขอนามัยให้พ้นจากโรคภัยต่าง ๆ ที่จะทำให้เด็กเสียชีวิตหรือพิการ เช่น การมีสิทธิที่จะได้รับวัคซีนป้องกันโรคต่าง ๆ การตรวจรักษาและการบริการด้านสาธารณสุขอื่น ๆ มีที่อยู่อาศัย ไม่ถูกทอดทิ้งให้เป็นเด็กเร่ร่อน สิทธิที่จะได้รับอาหารในปริมาณที่เพียงพอและสะอาด สิทธิที่จะมีชื่อและสิทธิที่จะได้มีสัญชาติ กล่าวคือ เด็กทุกคนต้องไม่เกิดมาเป็นผู้ไร้สัญชาติ รัฐภาคีจะต้องดำเนินการให้เด็กมีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นสัญชาติของบิดาหรือของมารดา หรือของประเทศที่เด็กนั้นเกิด เพราะการเป็นเด็กที่ไร้สัญชาติจะมีผลกระทบต่อชีวิตของเด็กนั้นอย่างร้ายแรง และเป็นเวลายาวนาน ในเรื่องของการเลี้ยงดูนั้น อนุสัญญาฯ เน้นการเลี้ยงดูและความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดาอย่างมาก โดยกำหนดให้รัฐภาคีให้หลักประกันว่า เด็กจะต้องไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่การแยกเด็กนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายซึ่งสามารถตรวจสอบได้โดยศาลและเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องแยกเด็กออกมาเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง เมื่อมีการทำร้ายใช้เด็กในทางที่ผิด หรือเด็กถูกบิดามารดาทอดทิ้ง ทั้งนี้เพราะโดยหลักการแล้วบุคคลที่จะเลี้ยงดูเด็กได้ดีที่สุดคือบิดาและมารดาด้วยกัน ซึ่งเป็นไปตามข้อเท็จจริงตามธรรมชาติที่ว่าไม่มีใครรักและหวังดีต่อเด็กเกินไปกว่าบิดามารดาของเด็กนั้น ยกเว้นกรณีที่บิดาหรือมารดาของเด็กมีปัญหาอย่างอื่นทำให้ไม่สามารถดูแลเด็กหรือบางครั้งกลับทำร้ายตัวเอง

2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง กล่าวคือ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจ และทางเพศ ซึ่งรวมทั้งการล่วงละเมิดทางเพศกับหรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากเด็ก เช่น การค้าประเวณีเด็ก การขายเด็ก การนำเด็กไปใช้ขูดตูด ไม่ว่าโดยบิดา มารดา

⁷¹ แหล่งเดิม.

ผู้ปกครองเด็กหรือโดยบุคคลอื่น เด็กที่ลี้ภัยจากอันตรายเข้ามาในประเทศของรัฐภาคีจะต้องได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือ เด็กพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจมีสิทธิได้ใช้ชีวิตที่ดีอย่างมีศักดิ์ศรีและได้รับการส่งเสริมให้พึ่งพาตนเองกับมีส่วนร่วมในชุมชน เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากโรคภัยต่าง ๆ ตามมาตรฐานสาธารณสุขที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จะต้องไม่มีเด็กคนถูกตัดออกจากการได้รับการบริการสาธารณสุข เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการใช้แรงงาน โดยห้ามการใช้แรงงานเด็กที่อายุต่ำกว่าอายุขั้นต่ำที่ให้ทำงานได้ ในส่วนของยาเสพติด เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการใช้ยาเสพติดในทุกรูปแบบและมีสิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกใช้ในการผลิตหรือการค้ายาเสพติด นอกจากนี้ เด็กยังมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากรัฐและสังคมจากการถูกนำไปใช้ประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนในสื่อลามกเด็ก การลักพาตัว การค้าเด็กในทุกรูปแบบ เด็กมีสิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกนำไปใช้ในการสู้รบด้วยกำลังอาวุธ เด็กที่ตกเป็นผู้ต้องหามีสิทธิหลายประการคือ เด็กจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยความทารุณ โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม และเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิตหรือด้วยการจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่มีโอกาสได้รับการปล่อยตัว เด็กที่ถูกจับกุม ข่มขู่ จะต้องถูกควบคุมตัวหรือขังแยกจากผู้ใหญ่ เพื่อป้องกันการเรียนรู้ถ่ายทอดพฤติกรรมจากผู้ต้องขังหรือนักโทษที่เป็นผู้ใหญ่และเป็นการป้องกันมิให้เด็กถูกข่มเหง รังแก บังคับจิตใจ หรือตกอยู่ในอิทธิพลของผู้ต้องขังที่เป็นผู้ใหญ่ และเด็กที่ถูกจับกุมข่มขู่มีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายและด้านอื่นโดยเร็ว นอกจากนี้ เด็กที่เป็นผู้ถูกกระทำการถูกทอดทิ้ง การหาประโยชน์โดยมิชอบหรือทำร้ายและการล่วงละเมิด การทรมานหรือการลงโทษโดยโหดร้าย ทารุณหรือโดยไร้มนุษยธรรม มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือฟื้นฟูสภาพร่างกาย จิตใจและให้กลับคืนสู่สังคมที่ดีได้อีกด้วย

3) สิทธิในการพัฒนา สิทธิในการพัฒนาตนเองของเด็ก เน้นทั้งด้านการพัฒนาทางร่างกายและสติปัญญา ซึ่งเน้นที่การเลี้ยงดูเด็กโดยพ่อแม่ หรือในบางกรณีโดยรัฐ โดยเด็กมีสิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่เพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศิลธรรมและทางสังคมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขและการตรวจรักษาเพื่อให้เด็กพ้นจากโรคภัยที่ป้องกันรักษาได้และไม่ให้โรคภัยดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของเด็ก มีสิทธิที่ได้รับการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน ให้เด็กได้พัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นการเตรียมเด็กให้มีชีวิตและมีความรับผิดชอบต่อสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจ สันติภาพ ความอดกลั้น ความเสมอภาคทางเพศ และมิตรภาพใน

หม่อมวณนุชย์ ทั้งให้มีความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติและเคารพต่อบิดามารดา เอกลักษณ์
ทางวัฒนธรรม ภาษาและค่านิยมต่าง ๆ ทั้งที่เป็นของตนเองและที่แตกต่างไป โดยอนุสัญญาฯ
ครอบคลุมถึงเด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้น ไม่ว่าจะมิใช่ชาติใดตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ
ดังนั้น เด็กไม่ว่าจะมีสัญชาติใด และไม่ว่าการอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะมีสถานะที่ถูกกฎหมาย
หรือไม่ก็ตาม ก็มีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาภาคบังคับและมีสิทธิที่จะได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกัน
สำหรับการศึกษาที่สูงกว่าการศึกษาภาคบังคับ ในส่วนของเด็กที่พิการในรูปแบบต่าง ๆ รัฐต้องจัด
ให้เด็กเหล่านี้มีโอกาสที่จะได้รับการศึกษาอย่างเต็มที่เช่นเดียวกับเด็กปกติด้วย

4) สิทธิในการมีส่วนร่วม อนุสัญญาฯ เน้นถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็ก
โดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็กและรัฐภาคีต้องดำเนินการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็น
ทั้งต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน
กระบวนการทางศาลและการบริการที่จะมีผลกระทบต่อเด็ก เด็กต้องได้รับโอกาสที่จะแสดง
ความคิดเห็นต่อการดำเนินการนั้นตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและสิทธิในการแสดงออก
ของเด็กรวมถึงอิสระ ในการแสวงหาได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อ
ทุกประเภท เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิในการมีส่วนร่วมนี้
รวมทั้งสิทธิของเด็กที่จะสมาคมกันโดยสงบ เด็กมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยเฉพาะที่มี
ความมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมเด็กในด้านต่าง ๆ

2.4.2 กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก

2.4.2.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ เป็นกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่เด็กทั้งทางด้าน
ร่างกายและจิตใจ รวมถึงการสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ การพัฒนาและฟื้นฟู ทั้งนี้โดย
คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้นจึง
ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติต่อเด็ก โดยมีสาระสำคัญ⁷² ดังนี้

1) ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กที่อยู่ในความ
ปกครองตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น รวมถึงการคุ้มครอง
สวัสดิภาพของเด็กมิให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และผู้ปกครองต้องไม่ทอดทิ้งหรือละทิ้งเด็กไว้
หรือละเลยไม่ดูแลเด็ก

⁷² จาก *สรุปสาระสำคัญ พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546*. สืบค้น 27 ธันวาคม 2557, จาก <http://intranet.opp.go.th/files/uploads/47566/พรบ.คุ้มครองเด็ก.docx>

2) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในเขตพื้นที่รับผิดชอบ รวมถึงดูแลตรวจสอบสถานที่ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่สำคัญเพื่อคุ้มครองเด็กทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียงหรือสิทธิประโยชน์อื่นของเด็ก เช่น ห้ามบุคคลใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมเด็ก ห้ามบุคคลใดบังคับ ชูเชื้อ ส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติดนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำผิดในด้านต่าง ๆ เป็นต้น และเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ จึงได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจและหน้าที่พิเศษบางประการ เช่น อำนาจในการตรวจค้นสถานที่, มีหนังสือเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำ, เรียกให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานต่าง ๆ เป็นต้น

2.4.2.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

เนื่องจากปัญหาการแก้ไขการใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคลโดยทั่วไป การใช้มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาบังคับกับการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวจึงไม่เหมาะสม เนื่องจากกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหรือปกป้องคุ้มครองผู้ที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ดังนั้น การมีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว จึงมีความเหมาะสมกว่าการใช้กระบวนการทางอาญา โดยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตัวและยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ ประกอบกับเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงได้บัญญัติกฎหมายโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) “ความรุนแรงในครอบครัว”⁷³ หมายความว่า การกระทำใด ๆ โดยมีมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท

(2) “บุคคลในครอบครัว”⁷⁴ หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยา โดยมีได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

⁷³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 3.

⁷⁴ แหล่งเดิม.

(3) ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบเลือนความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๕๕ ด้วย⁷⁵

นอกจากนี้ ยังกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ที่ได้พบเห็นการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว หรือได้รับแจ้งจากผู้ถูกกระทำหรือผู้พบเห็นการกระทำ มีอำนาจเข้าไปในเคหสถานหรือสถานที่ที่เกิดเหตุเพื่อสอบถาม รวมทั้งให้มีอำนาจจัดให้ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเข้ารับการรักษาจากแพทย์ และขอรับคำปรึกษาแนะนำจากจิตแพทย์ นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์ ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวประสงค์จะดำเนินคดี ให้จัดให้ผู้นั้นร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ถ้าผู้นั้นไม่อยู่ในวิสัยหรือมีโอกาสที่จะร้องทุกข์ได้ด้วยตนเอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ร้องทุกข์แทนได้

⁷⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 6 วรรคสอง.

บทที่ 3

ขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอนในกฎหมายต่างประเทศ

สืบเนื่องจากการที่มนุษย์จำเป็นต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอันนำมาซึ่งเหตุผลความจำเป็นในการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เรียกว่า “ปทัสถานของสังคม” โดยปทัสถานของสังคมนี้มีอยู่หลายประการ และมีการพัฒนาให้สอดคล้องกับรูปแบบความสัมพันธ์ของกลุ่มคนในสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้ตอบสนองต่อการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมได้ “จารีตประเพณี” ถือเป็นปทัสถานของสังคมที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมสังคม ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน หากแต่ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงทางรูปแบบที่ปรากฏในยุคกฎหมายสมัยใหม่ ดังที่จะกล่าวต่อไปในบทนี้

3.1 การยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

3.1.1 ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้มีประวัติความเป็นมาจากกฎหมายโรมันของจักรวรรดิโรมันที่เจริญรุ่งเรือง ตั้งแต่ก่อนสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 5 – 6 โดยในยุคต้น ๆ ก่อนคริสตกาล กฎหมายที่ใช้ในโรมันส่วนใหญ่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติและจารีตประเพณีของชาวโรมัน ต่อมาจึงได้มีการนำกฎหมายเหล่านั้นมาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น จนในราว 450 ปีก่อนคริสตกาล จึงได้มีการนำเอาจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายโรมันในขณะนั้นมาบันทึกหรือจารึกลงบนแผ่นทองแดง 12 แผ่น ที่เรียกว่า “กฎหมายสิบสองโต๊ะ” (Law of Twelve Tables) ซึ่งนับเป็นการนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก⁷⁶

⁷⁶ จาก ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล (น. 6-14), โดย อุทิศ มงคลนาวิน, 2513, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2513 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ซึ่งอิทธิพลของกฎหมายโรมันนี้ได้แผ่ขยายเข้าไปในกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศอิตาลี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีนี้ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่าได้เกิดขึ้นและได้รับการยอมรับตั้งแต่สมัยโรมัน โดยเห็นได้จากประมวลกฎหมายโรมันในสมัยพระเจ้าจัสติเนียน (Corpus Juris Civilis) ในราวคริสต์ศักราชที่ 527 – 565 จนกระทั่งถึงปัจจุบัน กฎหมายจารีตประเพณีก็ถูกยอมรับใน 2 ลักษณะ คือ การนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และการนำมาปรับใช้กับคดีในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง

3.1.1.1 ประเทศเยอรมนี

นักนิติศาสตร์เยอรมันมีทัศนคติเกี่ยวกับการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณี โดยถือว่ากฎหมายจารีตประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายประเภทหนึ่ง มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่พัฒนาขึ้นอย่างช้า ๆ จากการประพฤติปฏิบัติของคนในสังคมติดต่อกันมาอย่างเป็นนิสัย และจะมีผลผูกพันโดยปราศจากการเข้าแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติ

ความแตกต่างระหว่าง “กฎหมายจารีตประเพณี” กับ “จารีตประเพณี” อยู่ที่ว่า ประเพณีนั้นอาจจะเป็นที่มาของกฎหมายจารีตประเพณี เพราะประเพณีคือการปฏิบัติที่ต่อเนื่องจนเป็นนิสัย โดยปราศจากความรู้สึกที่ว่ามันควรจะได้รับการปฏิบัติตามเสมือนเป็นกฎหมาย เช่น ประเพณีในทางการค้า ซึ่งถือว่ามีความสำคัญในการตีความข้อตกลงในสัญญา และประเพณีบางประเภทก็ได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยายให้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงในสัญญา แต่ประเพณีในลักษณะเช่นนี้ก็มิได้มีลักษณะบังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายที่บุคคลทุกคนจะต้องถือปฏิบัติ โดยยังคงเป็นเรื่องของเจตนาของคู่สัญญาโดยแท้ว่าจะตกลงให้มีข้อสัญญาดังเช่น ประเพณีปฏิบัติที่มีอยู่หรือไม่เท่านั้น

นอกจากนี้ กฎหมายจารีตประเพณียังได้รับการยอมรับว่าสามารถจำแนกได้เป็น

2 ประเภท⁷⁷ คือ

- 1) กฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของประชาชนเป็นระยะเวลานานพอสมควร ที่สามารถจะทำให้เกิดการวิวัฒนาการและพัฒนาขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนโดยมีการปฏิบัติเป็นการทั่วไป และปฏิบัติตามโดยมีความรู้สึกที่ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติตาม
- 2) กฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของศาล กล่าวคือ ศาลได้พิพากษาเรื่องแบบเดียวกันด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันหลาย ๆ คดีอยู่อย่างสม่ำเสมอไม่เปลี่ยนแปลง แต่อย่างไรก็

⁷⁷จาก การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 7), โดย บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ตาม กฎหมายจารีตประเพณีประเภทนี้ถือเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับระยะเวลาหรือความสม่ำเสมอของการพิพากษาคดีของศาลว่า ควรจะมีการปฏิบัติตามในระยะเวลายาวนานเท่าใด

ในส่วนของคุณลักษณะหรือความสมบูรณ์ของกฎหมายจารีตประเพณีที่เกิดจากจารีตประเพณีที่มีผลในทางกฎหมายนั้น นักนิติศาสตร์เยอรมันส่วนใหญ่เห็นว่า ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) ประชาชนได้ปฏิบัติตามติดต่อกันมาเป็นระยะเวลานานอย่างสม่ำเสมอ
- 2) ปฏิบัติตามกันมาจนเกิดความเคยชินและเป็นการทั่วไป
- 3) เป็นของเก่าแก่โบราณ กล่าวคือ มีระยะเวลาอันยาวนาน ซึ่งจะแสดงให้เห็นว่าจารีตประเพณีนั้นได้ถูกสร้างขึ้นมาอย่างดีแล้ว

- 4) ประชาชนปฏิบัติตามด้วยความรู้สึกว่าการกระทำนั้นควรจะได้รับปฏิบัติตาม

ปัจจุบันแม้ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีเพิ่มมากขึ้น แต่กฎหมายเยอรมันก็ยังให้ความสำคัญกับกฎหมายจารีตประเพณี โดยให้กฎหมายจารีตประเพณีมีผลเทียบเท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ไม่เป็นปฏิกิริยาต่อกฎหมายจารีตประเพณี และไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี รวมถึงยอมรับว่าหากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องใด ก็ให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีบังคับแทน⁷⁸ และในบางกรณีกฎหมายจารีตประเพณีอาจจะยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ล้าสมัยได้ โดยเรียกกฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวว่า “desuetude”⁷⁹ แต่อย่างไรก็ตาม ก็พบว่าไม่ค่อยปรากฏว่ามีตัวอย่างของคดีในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นในศาลมากนัก

3.1.1.2 ประเทศเวียดนาม

ระบบกฎหมายของประเทศเวียดนามมีรากฐานมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ สืบเนื่องจากประเทศเวียดนามตกเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสในช่วงปี ค.ศ. 1858 – 1945 ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าว “กฎหมายสองระบบ” (Dual Legal System) ได้เกิดขึ้น⁸⁰ กล่าวคือ กฎหมาย

⁷⁸ From *The Principle of German Civil Law* (p. 5-6), by E. J. Schuster, 1907. (อ้างไว้ใน การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 7), โดย บุญศรีรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

⁷⁹ จากทฤษฎี Doctrine of desuetude ซึ่งหมายความว่า เนื่องจากความล้าสมัยของกฎหมายที่บัญญัติจึงอาจจะถูกยกเลิกไปได้โดยกฎหมายจารีตประเพณี

⁸⁰ From *Recognising customary law in Vietnam: legal pluralism and human rights* (Doctoral dissertation) (p. 44), by Nhat Thanh Phan, 2011, University of Wollongong Thesis Collection,

ของประเทศฝรั่งเศสกลายเป็นกฎหมายหลัก (Official Law) ที่บังคับใช้เป็นการทั่วไป ในขณะที่กฎหมายดั้งเดิมของประเทศเวียดนามถูกเปลี่ยนไปเป็น “กฎหมายจารีตประเพณี” ที่บังคับใช้ได้เฉพาะในบางพื้นที่ของประเทศเวียดนามเท่านั้น และภายหลังจากที่ได้รับเอกราชจากประเทศฝรั่งเศส ประเทศเวียดนามได้เลือกใช้ระบอบการปกครองแบบสังคมนิยม และกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิมได้เปลี่ยนแปลงจาก “กฎหมายอื่นที่มีใช้กฎหมายที่บัญญัติโดยประเทศเจ้าอาณานิคม” เป็น “กฎหมายที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติของกลุ่มคนชนชาตินั้น ๆ” แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายจารีตประเพณีในลักษณะนี้ก็มิได้รับการบัญญัติและบังคับใช้อย่างเป็นทางการ เพราะการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรในยุกระบอบสังคมนิยมนี้มักได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทฤษฎีเชิงสังคมนิยมมากกว่าการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากแต่กฎหมายจารีตประเพณีที่แม้มิได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ก็ได้รับการยอมรับในสังคมว่ามีฐานะเป็นกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้กฎหมายจารีตประเพณีจะไม่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในฐานะกฎหมาย แต่กฎหมายจารีตประเพณีก็ยังปรากฏตัวอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศเวียดนาม โดยถือได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายประเภทหนึ่ง⁸¹ เช่นเดียวกับประเทศในระบบชีวิตลอว์อื่น ๆ ที่ยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีว่าเป็นที่มาของกฎหมายประเภทหนึ่ง

3.1.2 ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เป็นระบบที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษและแผ่ขยายความคิดไปในประเทศต่าง ๆ ที่เคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ มาเลเซีย อินเดีย เป็นต้น ซึ่งกฎหมายอังกฤษนี้เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law) โดยมีที่มาจากจารีตประเพณี (Custom) จึงมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “กฎหมายจารีตประเพณี” (Customary Law) หรือ Common Law นอกจากนั้นผู้พิพากษาอังกฤษยังมิได้ถูกจำกัดบทบาทให้เป็นเพียงผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายเท่านั้น แต่ผู้พิพากษาอังกฤษยังอาจสร้างกฎหมายขึ้นเองได้ หรือที่เรียกว่า “Judge-made law” หรือ “Case Law” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคดีและคำพิพากษาของผู้พิพากษาในการตัดสินคดีนั้น กล่าวคือ การพิพากษาคดีต้องเป็นไปตามลำดับและศักดิ์ของศาลและจะต้องตัดสินตามแนวบรรทัดฐานของการตัดสินในคดีก่อน ๆ

(<http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=4457&context=theses>). Copyright 2011 by University of Wollongong.

⁸¹ Ibid.

3.1.2.1 ประเทศอังกฤษ

นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษได้อธิบายที่มาของกฎหมายอังกฤษว่าอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท⁸² คือ

1) ที่มาของกฎหมายที่มีผลผูกมัด (Binding source of law) กล่าวคือ เป็นที่มาของกฎหมายที่จำกัดขอบเขตความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ซึ่งทำให้ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีตามอำเภอใจของตนและต้องผูกพันให้พิจารณาไปตามผลผูกมัดนั้น ๆ ได้แก่ บทบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislation) คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (Judicial Precedents) และจารีตประเพณี (Custom)

2) ที่มาของกฎหมายที่มีผลเพียงเป็นการแนะนำหรือชักจูง (Persuasive source of law) กล่าวคือ เป็นที่มาของกฎหมายที่มีผลเพียงการแนะนำหรือชักจูงและจะมีความสำคัญต่อการพิจารณาคดีก็ต่อเมื่อไม่มีที่มาของกฎหมายที่มีผลผูกมัดซึ่งที่มาของกฎหมายประเภทนี้มีอิทธิพลหรือมีส่วนที่ก่อให้เกิดการสร้างที่มาของกฎหมายที่มีผลผูกมัด ได้แก่ ความเห็นของนักกฎหมาย (Professional Opinion) ศาสนา (Religion) หลักแห่งศีลธรรมหรือความยุติธรรม (Principle of Morality or Equity) คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Decisions of Foreign Courts of Justice)

นอกจากนี้ ยังมีนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษที่ได้แบ่งที่มาของกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ⁸³ คือ “ที่มาที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย” (Legal Sources) ซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีผลเป็นกฎหมายโดยตัวของมันเอง หรือที่เรียกว่า มีอำนาจบังคับ (authoritative) และ “ที่มาในทางประวัติศาสตร์” (Historical Sources) ซึ่งไม่มีการยอมรับว่ามีผลเป็นกฎหมายโดยตัวของมันเอง แต่ได้รับการยอมรับจากศาลว่าเป็นเรื่องที่ถูกต้อง โดยความแตกต่างของที่มาของกฎหมายทั้งสองประเภทนี้ต้องพิจารณาจากจุดกำเนิดของสิ่งเหล่านี้ กล่าวคือ กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่สืบทอดติดต่อกันมาเป็นเวลานาน เช่น ที่มาในปัจจุบันของกฎหมายอังกฤษนั้นมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษจะใช้เหตุผลในการพิพากษาบางส่วนมาจากข้อเขียนของนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน ซึ่งนักกฎหมายเหล่านั้นก็นำ

⁸² From *The Elementary Principle of Jurisprudence* (p. 45–47), by G. W. Keeton, 1930. (อ้างถึงใน *การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 10), โดย บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

⁸³ From *Salmond on Jurisprudence* (p. 109–114), by P.J. Fitzgerald, 1966. (อ้างไว้ใน *การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 11), โดย บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

หลักกฎหมายมาจากการศึกษาและวิจารณ์กฎหมายเก่าในสมัยโบราณ ดังนั้น คำพิพากษาบรรทัดฐานจึงถือได้ว่าเป็นที่มาที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย (Legal Sources) ส่วนข้อเขียนของนักกฎหมายและกฎหมายเก่าถือได้ว่าเป็นที่มาในทางประวัติศาสตร์ (Historical Sources) นั่นเอง

ด้วยระบบกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ทางกฎหมายทุก ๆ หลักเกณฑ์ที่ปรากฏนั้นจะมีที่มาในทางประวัติศาสตร์เสมอ แต่จะมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพียงบางหลักเกณฑ์เท่านั้นที่มีที่มาที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย กล่าวคือ

- 1) ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ หน่วยงานที่ร่างและออกกฎหมายโดยมีระเบียบแบบแผนและโดยเจตนาอย่างชัดเจน ในการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่โดยรับการพิจารณาและรับรองจากบุคคลที่มีอำนาจของหน่วยงานนั้น
- 2) คำพิพากษาบรรทัดฐาน เป็นการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นใหม่ โดยการรับรองและการใช้หลักเกณฑ์นั้น ๆ โดยศาลในทางกระบวนการยุติธรรม
- 3) กฎหมายจารีตประเพณี เป็นกฎหมายที่รวบรวมและพัฒนามาจากจารีตประเพณีต่าง ๆ ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามข้อกำหนดที่กฎหมายวางไว้ ซึ่งข้อกำหนดนี้เป็นข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการยอมรับให้จารีตประเพณีนั้น ๆ มีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม

3.1.2.2 ประเทศมาเลเซีย

ระบบกฎหมายของประเทศมาเลเซียมีรากฐานมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ สืบเนื่องมาจากประเทศมาเลเซียตกเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษตั้งแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 19 จนกระทั่งได้รับเอกราชในปี ค.ศ. 1957 โดยในช่วงเวลาดังกล่าวกฎหมายของประเทศอังกฤษได้ถูกรับเข้ามาสู่ระบบกฎหมายของประเทศมาเลเซีย ทั้งโดยการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและยอมรับมาใช้ในฐานะกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาของศาล (Case Law)

ระบบกฎหมายของประเทศมาเลเซียยอมรับว่าที่มาของกฎหมายมี 2 ประเภท⁸⁴ คือ ที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งถือเป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของสหพันธรัฐ และกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ และที่มาอีกประเภทหนึ่งคือที่มาของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหมายความว่า ที่มาของกฎหมายที่มีได้มาจากการบัญญัติเป็นกฎหมาย ได้แก่ หลักกฎหมายอังกฤษ กฎหมายจากคำพิพากษาของศาล และกฎหมายจารีตประเพณี โดยกฎหมายจารีตประเพณีที่นำมาใช้มากที่สุดคือ ‘adat perpatih’ และ ‘adat temenggung’ ซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมที่มีมาตั้งแต่ก่อนเข้าสู่ยุคอาณานิคมที่ส่งผลให้

⁸⁴ From *Malaysian Legal System* (Electronic Document), by Nurul Nasihin Ariffin, 2013. Retrieved Sep 2, 2013, from <http://www.slideshare.net/kpmbp/malaysian-legal-system>.

ระบบกฎหมายของประเทศมาเลเซียเปลี่ยนแปลงไปเป็นระบบกฎหมายสมัยใหม่ และยึดถือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ และทำให้เหลือกฎหมายจารีตประเพณีเพียงบางส่วนเท่านั้นที่ยังนำมาบังคับใช้ได้

ปัจจุบันกฎหมายในประเทศมาเลเซียแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติต่าง ๆ และกฎหมายที่มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นกฎหมายที่ไม่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติใด ๆ แต่เป็นกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาของศาล ซึ่งในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ คำพิพากษาของศาลมาเลเซียจะถูกนำมาใช้ตัดสิน และหากไม่มีคำพิพากษาของศาลมาเลเซียในกรณีดังกล่าว คำพิพากษาของศาลอังกฤษจะถูกนำมาใช้ตัดสิน เช่นเดียวกับประเทศที่อยู่ในระบบคอมมอนลอว์อื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศออสเตรเลีย ประเทศอินเดีย และประเทศสิงคโปร์ ซึ่งกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาของศาลสามารถนำมาใช้ตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลังได้

จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปในทุกประเทศและทุกระบบกฎหมายต่างยอมรับว่ากฎหมายจารีตประเพณีนั้นเป็นที่มาของกฎหมาย และไม่ได้ห้ามหรือขัดขวางมิให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา ในทางตรงกันข้ามต่างยอมรับกันทั่วไปว่ามีความจำเป็นในระดับหนึ่งที่ต้องใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา โดยกฎหมายจารีตประเพณียังคงมีบทบาทในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมายและสามารถนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งกฎหมาย (gap in the law) ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติความผิดทางอาญาที่มีประวัติความเป็นมาจากกฎหมายจารีตประเพณี (mala in se) เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานข่มขืน ความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น หรือการที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นก็อาจมีประวัติความเป็นมา แนวความคิด หรือเหตุผลจากกฎหมายจารีตประเพณีได้ เช่น กรณีผู้กระทำความผิดฐานฆ่าบิดามารดา หรือบุพการีของตน⁸⁵ กรณีข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดาน⁸⁶ เป็นต้น

3.2 การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

สืบเนื่องจากในสมัยโบราณที่มนุษย์ยังไม่รู้จักตัวอักษร กฎหมายจึงไม่ได้ถูกบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายอาญาจึงปรากฏในลักษณะเป็นข้อบังคับที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ประชาชนต่างยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ ห้ามกระทำ และหากฝ่าฝืนไปกระทำ

⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (1).

⁸⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285.

จะต้องถูกสังคมลงโทษ จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาในยุคแรกนั้นปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี ต่อมาเมื่อนุษย์เริ่มเรียนรู้การเขียนหนังสือ สังคมเริ่มมีความเจริญขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่งได้มีการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายอาญาที่เคยปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีก็ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดว่าการกระทำที่ห้ามกระทำนั้นถือว่าเป็นความผิดอาญา และหากใครฝ่าฝืนกระทำจะต้องถูกลงโทษ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าวเป็นเพียงการทำให้ความไม่แน่นอนในกฎหมายจารีตประเพณีเกิดความแน่นอนขึ้นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายอาญาได้ปรากฏตัวในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมิได้ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีอันเป็นแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรสูญสิ้นไป ประกอบกับกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้กฎหมายจารีตประเพณีใหม่ ๆ ได้ก่อตัวขึ้นควบคู่ไปกับสังคมที่เปลี่ยนแปลง ทั้งนี้ เมื่อมีการนำกฎหมายจารีตประเพณีที่ถือว่าเป็นกฎหมายอาญานี้มาพิจารณาประกอบกับหลักการวินิจฉัยความผิดทางอาญาพบว่า การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายอาญานี้จำแนกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การใช้กฎหมายจารีตประเพณีโดยตรง หมายถึง การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นหลักเกณฑ์หนึ่งในกฎหมายอาญา คือเป็น “เหตุยกเว้นความผิด” (justification) ประเภทหนึ่ง โดยพิจารณาว่า การกระทำใดที่ถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ก็ไม่ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิด ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด แต่เนื่องจากมีเหตุที่ผู้กระทำมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา มิใช่เพียงแต่ไม่ต้องรับโทษ (excuse) เท่านั้น และการใช้กฎหมายจารีตประเพณีโดยอ้อม หมายถึง การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทยุติธรรม ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจในการวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยต้องมีการตีความโดยอาศัยดุลพินิจอันต้องคำนึงถึงความรู้สึกผิดชอบ ศีลธรรม และจารีตประเพณีทั่วไปของสังคม โดยบทกฎหมายยุติธรรมนี้เป็นบทบัญญัติที่มีความยืดหยุ่น เพราะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องปล่อยให้ดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะให้ความหมายที่แน่นอนหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่ละเอียดขึ้น ให้เหมาะสมกับความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม

จากการศึกษาพบว่า ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายอาญาของประเทศใดที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดในกฎหมายอาญาได้ แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า กฎหมายจารีตประเพณีนั้นสามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ดังที่ปรากฏในหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ดังนี้

3.2.1 ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

3.2.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

1) กรณีการทำให้บาดเจ็บจากการเล่นกีฬา ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ โดยถือว่ามิเหตุยกเว้นความผิดทางอาญา เพราะกฎหมายและจารีตประเพณีอนุญาตให้กระทำได้ สืบเนื่องจากเหตุผลที่ว่า การกีฬาเป็นสิ่งที่กฎหมายและประเพณียอมรับรองและสนับสนุนเพื่อประโยชน์แก่ชาติและพลเมืองของชาติ จึงต้องยอมอนุญาตให้มีการกระทำที่อาจเกิดอันตรายอันจำเป็นที่จะเกิดขึ้นจากการเล่นเหล่านั้น⁸⁷

2) กรณีการผ่าตัดเพื่อความสวยงาม สืบเนื่องจากการที่การกระทำดังกล่าวได้กลายเป็นที่นิยมและถือเป็นเรื่องปกติธรรมดา ดังนั้น แพทย์ผู้กระทำจึงไม่ควรมีความผิด โดยเป็นการกระทำอันถูกต้องตามจารีตประเพณีที่ยกเว้นความผิดได้⁸⁸

3) กรณีครูอาจารย์ทำโทษศิษย์ ซึ่งถือเป็นการรักษาระเบียบวินัยและฝึกอบรมของสถานศึกษา โดยอำนาจของครูอาจารย์ดังกล่าวไม่ถูกจำกัดเฉพาะเพียงในสถานศึกษา แต่ถือว่ามิอยู่ตั้งแต่ศิษย์ออกจากบ้านจนกระทั่งกลับเข้าบ้านเลยทีเดียว ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายไม่เปลี่ยนแปลงลักษณะอย่างหนึ่ง⁸⁹

3.2.2 ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

3.2.2.1 ประเทศอังกฤษ

1) กรณีการทำให้บาดเจ็บจากการเล่นกีฬา กฎหมายอังกฤษอธิบายเหตุผลในการยกเว้นความผิดว่า กีฬานั้นมีมากมายหลายประเภท ทั้งกีฬาที่ต้องใช้กำลังและกีฬาที่ไม่ต้องใช้กำลัง ซึ่งกีฬาที่ต้องใช้กำลังนี้เองที่ต้องมีการกระทบกระทั่งซึ่งอาจเป็นอันตรายแก่กาย แต่กฎหมายไม่ห้ามการเล่นกีฬาดังกล่าวเนื่องจากผู้เล่นมิได้มีเจตนาร้าย⁹⁰ และการเล่นกีฬาที่ไม่ได้กระทำด้วยความอาฆาต และไม่ขัดต่อความรู้สึกในทางธรรมจรรยา ในสมัยนั้น โดยไม่เห็นว่าเป็นการทารุณโหดร้าย การต่อสู้กันที่เป็นความผิดก็เพราะขัดต่อศีลธรรมซึ่งมีค่านิยมไม่ยอมรับ การกีฬาจะเล่นได้

⁸⁷ From *Traite de Droit Penal et de Criminologie* (p. 288), by Pierre Bouzat et Jean Pinatel., 1963. (อ้างไว้ในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต) (น. 101), โดย บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

⁸⁸ แหล่งเดิม.

⁸⁹ แหล่งเดิม.

⁹⁰ จาก *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต) (น. 90), โดย กมลชัย รัตนสากววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2523 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เพียงใดย่อมแล้วแต่มติมหาชนในเวลาและท้องถิ่น⁹¹ จึงถือได้ว่าเป็นการได้รับยกเว้นความผิดโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี

2) กรณีครูอาจารย์ทำโทษศิษย์ ถือว่าครูอาจารย์มีอำนาจลงโทษศิษย์เพื่ออบรมสั่งสอนได้โดยไม่ถือว่าครูอาจารย์มีความผิด โดยเป็นสิทธิตามกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

3) กรณีการบำบัดรักษาโดยแพทย์ เป็นกรณีที่จารีตประเพณีอนุญาตให้ผู้ป่วยให้ความยินยอมได้ โดยในการรักษาพยาบาลนั้น แพทย์จะต้องให้คำแนะนำแก่ผู้ป่วยถึงความเสี่ยงในการรักษาพยาบาล เพื่อให้ผู้ป่วยให้ความยินยอมในการกระทำของแพทย์ โดยมาตรา 8 แห่ง The Family Law Reform Act 1969⁹² กำหนดให้ผู้เยาว์อายุ 16 ปีขึ้นไป สามารถใช้ดุลพินิจที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้⁹³ จึงถือว่าความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเหตุให้แพทย์มีอำนาจกระทำได้ แพทย์จึงไม่มีความผิด

3.2.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

1) กรณีการทำให้บาดเจ็บจากการเล่นกีฬา กฎหมายของสหรัฐอเมริกายอมรับว่าในกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่จารีตประเพณีอนุญาตให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมได้⁹⁴ และถือว่าเป็น

⁹¹ From Kenny's *Outlines of Criminal Law* (p. 177), by J.W. Cecil Turner, 1982. (อ้างถึงใน การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต) (น. 53), โดย บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).

⁹² The Family Law Reform Act 1969 section 8 "Consent by person over 16 to surgical, medical and dental treatment.

(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, should be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

⁹³ จาก *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต) (น. 144-145), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2523 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁴ The Model Penal Code section 2.11 (2) (b) "Consent to Bodily Harm. When conduct is charged to constitute an offense because it causes or threatens bodily harm, consent to such conduct or to the infliction of such harm is a defense if:

(b) the conduct and the harm are reasonably foreseeable hazards of joint participation in a lawful athletic contest or competitive sport; or"

ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ความยินยอมในการเล่นกีฬาชกมวย ฟุตบอล บาสเกตบอล เบสบอล แต่ทั้งนี้จารีตประเพณีนั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁹⁵

จะเห็นได้ว่า ด้วยลักษณะพิเศษของกฎหมายอาญาที่แตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่ว ๆ ไป กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษอันมีผลกระทบต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สินของประชาชน อันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องมีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรให้ปรากฏข้อความที่ชัดเจนแน่นอน อันเป็นเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้เกิดหลักประกันในทางอาญา หรือที่เรียกว่า “หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) ซึ่งหลักการนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นหลักการเดียวที่จำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาไว้ กล่าวคือ หลักการนี้ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีไม่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาในลักษณะที่เป็นการกำหนดความผิดอาญาขึ้นใหม่อันเป็นการลงโทษ หรือเป็นการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นได้ หรืออาจกล่าวได้ว่า ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในทางที่เป็นโทษแก่จำเลยนั่นเอง ในทางกลับกัน จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีจะนำมาใช้ในกฎหมายอาญาก็แต่ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย หมายถึง การนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อให้เกิดผลดีหรือเกิดประโยชน์แก่จำเลย โดยไม่ได้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในการกำหนดความผิดขึ้นใหม่ได้ใช้ในทางที่เป็นการลงโทษ และไม่ได้ใช้ในทางที่จะทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบ⁹⁶ เพื่อเป็นข้ออ้างของจำเลยที่ทำให้การกระทำของจำเลยนั้นไม่มีความผิด และเป็นผลดีแก่จำเลยเพราะจะทำให้จำเลยไม่มีความผิด นั่นเอง

การที่กฎหมายอาญาเปิดช่องให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้นั้น เป็นเพราะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยกเว้นความผิด (Justification) นั้น ประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมได้ทั้งหมด กฎหมายอาญาในส่วนเหตุยกเว้นความผิดนี้จึงต้องมีลักษณะที่เปิดกว้าง กล่าวคือ เหตุยกเว้นความผิดอาญานี้อาจปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา หรือตามกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น และสามารถปรากฏตัวอยู่ในรูปของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้นก็เพื่อเป็นการผ่อนคลาย

⁹⁵ จาก “ความยินยอม-การยอมตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา,” โดย วิษณุ เครืองาม, 2517, *วารสารกฎหมาย*. 2. น. 159.

⁹⁶ จาก *กฎหมายอาญา 1* (น. 185), โดย สง่า สีนะสมิต, 2521, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. ลิขสิทธิ์ 2521 โดยมหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ความแข็งกระด้าง (rigidity) ของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของกฎหมายอาญา เพื่อเปิดโอกาสให้นักนิติศาสตร์ได้ตีความและหาความมาใช้ ตลอดจนเพื่อช่วยปรงแต่งกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรให้สมบูรณ์ อันเป็นการเสริมสร้างความสมบูรณ์ให้กับกฎหมายอาญาเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการลงโทษให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

3.3 การลงโทษบุคคลทางร่างกายในระบบกฎหมายต่างประเทศ

การลงโทษบุคคลทางร่างกาย (Corporal Punishment) เป็นรูปแบบหนึ่งของการลงโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลให้ได้รับความเจ็บปวดด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น การตบ การต่อย การตีด้วยมือหรือไม้เรียว เข็มขัด แส้ เป็นต้น ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลทางร่างกายมีอยู่มานานในเกือบทุกประเทศและทุกวัฒนธรรม ซึ่งโดยมากมักจะใช้ในการลงโทษผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับของผู้ลงโทษ ไม่ว่าจะเป็นเด็ก บุตรหลาน ข้าทาสบริวาร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้กระทำการอันเป็นการไม่พึงประสงค์ของผู้ลงโทษ โดยมักตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า การลงโทษดังกล่าวจะทำให้ผู้ถูกลงโทษหวาดกลัวและหลาบจำจนไม่กล้ากระทำการดังกล่าวอีก ซึ่งในสังคมดั้งเดิมนั้นถือว่าเป็นเรื่องธรรมดาที่ผู้ลงโทษมีอำนาจชอบธรรมที่จะกระทำการดังกล่าวได้ กระทั่งถึงยุคเฟื่องฟูของแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 ที่มีการเคลื่อนไหวทางวัฒนธรรมของเหล่าปัญญาชนในยุโรปและอาณานิคมบนทวีปอเมริกา โดยมีเป้าหมายเพื่อปฏิรูปสังคมและส่งเสริมการใช้หลักเหตุผลมากกว่าการใช้หลักจารีต ความเชื่อ และการเปิดเผยจากพระเจ้า จึงได้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะไม่ถูกกระทำทารุณต่อร่างกาย กระทั่งถึงช่วงปลายของศตวรรษที่ 20 การลงโทษทางร่างกายจึงได้ถูกขจัดออกจากระบบกฎหมายของเกือบทุกประเทศที่พัฒนาแล้ว⁹⁷ ทั้งนี้ อาจจำแนกการลงโทษบุคคลทางร่างกายออกได้เป็น 3 ลักษณะ⁹⁸ คือ

1. การลงโทษทางร่างกายในบ้าน ซึ่งมักกระทำโดยบิดามารดาหรือผู้ปกครองต่อเด็ก ปัจจุบันมีถึง 46 ประเทศทั่วโลก⁹⁹ เช่น สวีเดน เยอรมนี อูรุกวัย นิวซีแลนด์ เป็นต้น ที่กำหนดให้การกระทำความผิดก่อกวน

2. การลงโทษทางร่างกายในโรงเรียน ซึ่งมักกระทำโดยครูอาจารย์ต่อศิษย์ ปัจจุบันมีหลายประเทศที่กำหนดให้การกระทำความผิดก่อกวน เช่น แคนาดา เคนยา แอฟริกาใต้ นิวซีแลนด์ และเกือบทุกประเทศในทวีปยุโรป

⁹⁷ From *Corporal punishment*. by Wikipedia, Retrieved Dec 27, 2013, from

http://en.wikipedia.org/wiki/Corporal_punishment.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid.

3. การลงโทษทางร่างกายในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งมักกระทำโดยเจ้าหน้าที่ควบคุมผู้คุมขังต่อผู้ต้องขัง ปัจจุบันการกระทำดังกล่าวยังสามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมายในบางประเทศในทวีปแอฟริกา เอเชีย และอเมริกาใต้ และในบางกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลทหาร

ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงโทษบุคคลเพื่ออบรมสั่งสอนนั้น มักปรากฏในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาหรือผู้ที่มีหน้าที่อบรมดูแลตามความเป็นจริงและบุตร และความสัมพันธ์ระหว่างครูอาจารย์กับลูกศิษย์ ซึ่งถือปฏิบัติมาแต่ครั้งโบราณกาล โดยในสังคมดั้งเดิมมีความเชื่อว่าผู้ใหญ่มีความชอบธรรมที่จะลงโทษบุตรที่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตนได้ เนื่องจากการได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของการเลี้ยงดู และได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของตัวเด็กเอง แต่เมื่อมีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชน รวมถึงสิทธิของเด็กที่ควรได้รับการปกป้องคุ้มครองแล้ว แนวคิดเกี่ยวกับความชอบธรรมในการลงโทษเด็กที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายจึงเปลี่ยนแปลงไป การลงโทษดังกล่าวถูกมองว่าเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและไม่อาจยอมรับได้ โดยถือว่าการลงโทษเด็กทางร่างกายเป็นพฤติกรรมที่รุนแรง ไม่ว่าจะเป็นการตีเบา ๆ ด้วยมือหรือการกระชากผมหรือดึงหู แม้การลงโทษทางร่างกายจะไม่ทำให้เกิดแผลอันเห็นได้ชัด แต่ก็เป็นการทำที่มีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้เด็กได้รับความเจ็บปวด และทำให้เกิดความหวาดกลัวจนต้องเชื่อฟัง¹⁰⁰

3.3.1 ในระบบกฎหมายสวีเดน

3.3.1.1 ประเทศสวีเดน

ประเทศสวีเดนเป็นประเทศแรกของโลกที่มีบทบัญญัติห้ามการลงโทษทางร่างกายต่อเด็ก โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยเด็กและผู้ปกครอง ค.ศ. 1979 บรรพ 6 มาตรา 1 ที่บัญญัติว่า “เด็กทุกคนพึงมีสิทธิที่จะได้รับการดูแล ความมั่นคงและการเลี้ยงดูที่ดี เด็กทุกคนพึงได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพในความเป็นปัจเจกบุคคล และจะต้องไม่ถูกลงโทษทางร่างกายหรือการปฏิบัติอย่างไร้ศักดิ์ศรีใด ๆ ก็ตาม”¹⁰¹ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวห้ามไม่ให้บิดามารดาเลี้ยงดูบุตรโดยใช้ความรุนแรงหรือการปฏิบัติที่เป็นทารุณจิตใจ แต่มิได้ห้ามบิดามารดาที่จะยับยั้งบุตรในกรณีที่เป็นการป้องกันไม่ให้บุตรหรือผู้อื่นได้รับอันตราย ซึ่งแม้ว่าในบทบัญญัติดังกล่าวจะมีได้กำหนดโทษของการฝ่าฝืนไว้เป็นการเฉพาะ แต่การกระทำอันขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าวจะถูกลงโทษตาม

¹⁰⁰ จาก ไม่มีวันใช้ความรุนแรง – สามสิบปีหลังจากการห้ามการลงโทษเด็กในสวีเดน. โดย รัฐบาลสวีเดนและองค์กรช่วยเหลือเด็กแห่งสวีเดน,

http://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/2761_0.pdf. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2557.

¹⁰¹ The Swedish Children and Parents Code, Chapter 6 section 1: “Children are entitled to care, security and a good upbringing. Children are to be treated with respect for their person and individuality and may not be subjected to corporal punishment or any other humiliating treatment”

ประมวลกฎหมายอาญา บรรพ 3 ว่าด้วยความผิดต่อชีวิตและร่างกาย มาตรา 5¹⁰² ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น ทำให้ผู้อื่นเกิดอาการบาดเจ็บทางร่างกาย ทุกข์ทรมานเจ็บปวด หรือทำให้อยู่ในสภาพไร้ความสามารถ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือหากการทำร้ายร่างกายนั้นไม่สาหัส ผู้นั้นพึงต้องถูกปรับหรือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน” และมาตรา 6 วรรคแรก¹⁰³ ที่บัญญัติว่า “หากผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 5 ก่อน เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำจะต้องระวางโทษอย่างน้อยหนึ่งปีจนถึงสูงสุดสิบปี” ส่วนการลงโทษทางร่างกายในโรงเรียนนั้น ก็ถูกบัญญัติห้ามกระทำมาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1958

จะเห็นได้ว่า ประเทศสวีเดนห้ามทุกคนกระทำการเป็นการลงโทษทางร่างกายต่อเด็ก ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือครูอาจารย์ หรือผู้ใดก็ตาม ก็ไม่อาจลงโทษทางร่างกายต่อเด็กได้

3.3.2 ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

3.3.2.1 สหราชอาณาจักร

ในสหราชอาณาจักร การลงโทษทางร่างกาย หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งกระทำการอันเป็นการทำร้ายต่อเนื้อตัวร่างกายของอีกบุคคลหนึ่ง โดยทั่วไปกฎหมายถือว่าเป็นความผิด แต่กฎหมายจะยกเว้นความผิด หากการกระทำดังกล่าวเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น กรณีที่บิดามารดาลงโทษทางร่างกายต่อบุตร แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีได้บัญญัติยกเว้นความรับผิดในกรณีที่การลงโทษทางร่างกายนั้นก่อให้เกิดบาดแผลทางร่างกาย¹⁰⁴ หรือกรณีเป็นการกระทำอันโหดร้ายต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี¹⁰⁵

จากผลการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับการยกเลิกการลงโทษทางร่างกายต่อเด็ก¹⁰⁶ ในปี ค.ศ. 2004 พบว่า 71% ของประชากรที่สำรวจ ให้การสนับสนุนการยกเลิกการ

¹⁰² The Swedish Penal Code, Section 5 “A person who inflicts bodily injury, illness or pain upon another or renders him or her powerless or in a similar helpless state, shall be sentenced for assault to imprisonment for at most two years or, if the crime is petty, to a fine or imprisonment for at most six months.”

¹⁰³ The Swedish Penal Code, Section 6 “If the crime referred to in Section 5 is considered gross, the sentence for gross assault shall be imprisonment for at least one and at most ten years”

¹⁰⁴ The Children Act 2004

¹⁰⁵ The Children and Young Persons Act 1933

¹⁰⁶ From *Corporal punishment*. by encyclopedia, Retrieved Dec 27, 2013, from http://encyclopedia.jrank.org/COR_CRE/CORPORAL_PUNISHMENT.html.

ลงโทษทางร่างกายต่อเด็ก แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 2006 กลับพบว่า 80% ของประชากรที่สำรวจ เชื่อถือในการลงโทษทางร่างกาย และ 73% เชื่อว่าการยกเลิกการลงโทษทางร่างกายจะส่งผลร้ายต่อพฤติกรรมของเด็ก อีกทั้งพ่อแม่ผู้ปกครองที่สำรวจ 7 ใน 10 คน ยอมรับว่าได้มีการลงโทษทางร่างกายต่อลูกของตนเอง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2012 ผลการสำรวจพบว่า 63% ของประชากรที่สำรวจ ไม่เห็นด้วยกับการยกเลิกอำนาจการลงโทษทางร่างกายของผู้ปกครองที่จะกระทำต่อบุตรของตน ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ประชาชนยังคงเห็นด้วยกับการที่บิดามารดาหรือผู้ปกครองใช้การลงโทษทางร่างกายต่อเด็กเพื่ออบรมสั่งสอน ส่วนการลงโทษทางร่างกายในโรงเรียนนั้น ในโรงเรียนของรัฐและโรงเรียนเอกชนที่ได้รับทุนสนับสนุนจากรัฐ การลงโทษทางร่างกายต่อเด็กถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1987 ส่วนโรงเรียนเอกชนอื่น ๆ ก็ถูกห้ามการลงโทษเช่นกัน เมื่อปี ค.ศ. 1999 (อังกฤษและเวลส์), ค.ศ. 2000 (สกอตแลนด์), และ ค.ศ. 2003 (ไอร์แลนด์เหนือ)¹⁰⁷

¹⁰⁷ Ibid.

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้กฎหมาย จารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตาม สมควรเพื่ออบรมสั่งสอนในระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้
ในระบบกฎหมายไทย นั้น หมายความว่าจารีตประเพณีที่ประชาชนทั่วไปยึดถือปฏิบัติโดยต่าง
ยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและได้ปฏิบัติเช่นนั้นมาเป็นเวลานาน ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีที่จะ
นำมาใช้ในทางอาญานั้นจะต้องอยู่ภายใต้ข้อพิจารณา 2 ประการ คือ กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจ
กำหนดความผิดขึ้นใหม่และไม่อาจกำหนดให้มีโทษอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ และจะต้อง
นำมาใช้ในทางที่เป็นคุณเท่านั้น ดังนั้น ในระบบกฎหมายไทยจึงปรากฏการยอมรับกฎหมายจารีต
ประเพณีในฐานะเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่ง
สอนดังที่จะกล่าวต่อไปในบทนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน

4.1.1 กรณีการใช้อำนาจลงโทษโดยบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

การใช้อำนาจปกครองโดยการลงโทษบุตรนี้ เป็นไปตามวัฒนธรรมการเลี้ยงดูบุตรของ
บิดามารดาในประเทศไทย ดังปรากฏตามสุภาษิตไทยแต่โบราณที่ว่า “รักวัวให้ผูก รักลูกให้ตี”
ด้วยเห็นว่าหากสิ่งที่บุตรประพฤติปฏิบัตินั้นไม่ถูกต้อง หากไม่ตีบุตรอาจจะไม่รู้สำนึก ไม่หลาบจำ
หวนกลับไปกระทำอีก มีผลให้บุตรมีนิสัยไม่พึงประสงค์ อันจะส่งผลให้เป็นภัยต่อบุตรเอง
ในอนาคต ทั้งยังอาจสร้างความเดือดร้อนให้แก่บุคคลอื่นอีกด้วย ดังนั้น รัฐซึ่งมีภารกิจในการ
คุ้มครองบุคคลที่อยู่ในสังคมให้ปลอดภัยจากสมาชิกแต่ละคนของแต่ละครอบครัวในประเทศ
จึงต้องมีบทบาทในการป้องกันโดยการให้เครื่องมือแก่บิดามารดาในการดูแลสอดส่องบุตรของตน
ด้วยวิธีการลงโทษ ซึ่งบิดามารดานั้นถือได้ว่าเป็นบุคคลที่ใกล้ชิดบุตรมากที่สุดจึงต้องทำหน้าที่
ป้องกันมิให้บุตรไปก่อความไม่สงบแก่สังคมเมื่อเติบโตใหญ่ในอนาคต นอกจากนี้ การลงโทษบุตร
เพื่ออบรมสั่งสอนยังถือว่าเป็นการกระทำที่ประชาชนในสังคมทั่วไปยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและ
สามารถกระทำได้ ทั้งยังคงปฏิบัติกันเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยปราศจากการขู่เข็ญบังคับ เพราะเห็นว่าเป็น
สิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติ ทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอน กล่าวคือ ความคิดเห็น

ของประชาชนส่วนรวมที่ยอมรับและปฏิบัติตามนั้น ปฏิบัติไปในแนวทางที่เหมือนกัน ทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผล เพราะการเลี้ยงบูตรให้เป็นคนดีได้นั้น จำเป็นต้องมีเครื่องมือและวิธีการ เพื่อให้การอบรมสั่งสอนนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งการทำโทษตามสมควรถือว่าเป็นวิธีการที่ดีและเหมาะสมอันได้รับการยืนยันมาแต่ครั้งอดีตจนถึงปัจจุบัน จึงกล่าวได้ว่าการลงโทษบุตรเพื่ออบรมสั่งสอนนี้เป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจกระทำแก่บิดามารดาในการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตรตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน อันถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดในทางอาญาของบิดามารดา

อำนาจบิดามารดาในการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนนี้ มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีปรากฏมาตั้งแต่ครั้งกฎหมายตราสามดวงเรื่อยมาจนถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567¹⁰⁸ ซึ่งกำหนดให้ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิหลายประการเหนือบุตร ซึ่งรวมถึงการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนด้วย แต่อย่างไรก็ตาม การทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนนี้ มีข้อที่ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้ คือ

- 1) บิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองเป็นผู้กระทำ
- 2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำโทษ
- 3) เพื่ออบรมสั่งสอน กล่าวคือ การทำโทษนั้นจะต้องมีเจตนาเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน มิใช่กระทำไปตามอำเภอใจโดยไร้เหตุผล
- 4) ต้องทำโทษตามสมควร กล่าวคือ ความรุนแรงในการทำโทษจะต้องพอเหมาะและได้สัดส่วนกับระดับของความผิดที่บุตรกระทำลงไป

ทั้งนี้ หากบิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองทำโทษบุตรเกินสมควร จนเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บ ย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 หรือ

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 บัญญัติว่า

“ผู้ใช้อำนาจการปกครองมีสิทธิ

- (1) กำหนดที่อยู่ของบุตร
- (2) ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน
- (3) ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานานุรูป
- (4) เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

มาตรา 297 แล้วแต่กรณี โดยไม่อาจกล่าวอ้างว่าการทำโทษนั้นเป็นเหตุที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้ ทั้งยังอาจถูกถอนอำนาจปกครองเนื่องจากใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบด้วย¹⁰⁹

อำนาจของบิดามารดาในการทำโทษบุตรตามสมควร จึงเป็นเรื่องที่มีมานานนับแต่สมัยโบราณ โดยเป็นสิ่งที่ประชาชนถือปฏิบัติกันมาโดยเต็มใจด้วยเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม อันเป็นลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งให้อำนาจบิดามารดาที่จะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตรได้โดยไม่มีคามผิด ซึ่งต่อมาก็ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนและรับรองอำนาจกระทำได้ของบิดามารดา รวมไปถึงผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ด้วย เพื่อตอบสนองกับเจตนารมณ์และภารกิจของรัฐที่จะต้องส่งเสริมให้ผู้เยาว์ได้รับการอบรมสั่งสอนและเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีคุณภาพและไม่สร้างภาระหรือปัญหาให้กับสังคมในอนาคต

4.1.2 กรณีการใช้อำนาจลงโทษโดยผู้ที่มีหน้าที่อบรมดูแลตามความเป็นจริง

แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจบิดามารดาในการลงโทษบุตรได้ตามสมควร แต่ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในประเด็นดังกล่าว ยังมีความเคลือบแคลงว่า อำนาจของบิดามารดาในกรณีนี้ หมายความว่าเฉพาะบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรเท่านั้น โดยไม่รวมถึงบิดาตามความเป็นจริง หรือกรณีบิดาหรือมารดาเลี้ยง (คู่สมรสใหม่ของบิดามารดาที่แท้จริง) ซึ่งไม่มีสถานะเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย หรือญาติพี่น้องอื่น ๆ ที่อยู่ร่วมในครอบครัว เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา เป็นต้น ซึ่งบุคคลเหล่านี้ก็เป็นผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริงด้วย หากพิจารณาตามจารีตประเพณีที่มีมาแล้ว สถาบันครอบครัวถือได้ว่าเป็นผู้รับผิดชอบหลักในการอบรมสั่งสอนผู้เยาว์ให้มีความรู้ความสามารถในด้านต่าง ๆ รวมไปถึงการดำรงตนในสังคมส่วนรวม ดังนั้น ตามจารีตประเพณีแล้วการลงโทษบุตรผู้เยาว์เพื่ออบรมสั่งสอนนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของบิดาหรือมารดาเลี้ยง หรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริงด้วย แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติรับรองอำนาจกระทำได้ในส่วนนี้ ดังนั้น หากมีการลงโทษผู้เยาว์ตามสมควร โดยบุคคลในครอบครัวซึ่งเป็นผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริง ที่ได้กระทำการลงโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย กรณีนี้ถือว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้เช่นเดียวกับกรณีของบิดามารดา แต่การจะกล่าวอ้าง

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาลที่ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี ประพฤติชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเอง หรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้”

ความมีอยู่ของอำนาจกระทำได้ในกรณีนี้ต้องเป็นไปตามข้อพิจารณาเช่นเดียวกับกรณีการลงโทษบุตรของบิดามารดา กล่าวคือ

- 1) บุคคลในครอบครัวที่เป็นผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริงเป็นผู้กระทำ
- 2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำโทษ
- 3) เพื่อบรมสั่งสอน กล่าวคือ การทำโทษนั้นจะต้องมีเจตนาเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน มิใช่กระทำไปตามอำเภอใจโดยไร้เหตุผล
- 4) ต้องทำโทษตามสมควร กล่าวคือ ความรุนแรงในการทำโทษจะต้องพอเหมาะและได้สัดส่วนกับระดับของความผิดที่บุตรกระทำลงไป

ทั้งนี้ หากบุคคลในครอบครัวที่เป็นผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริงทำโทษผู้เยาว์เกินสมควร จนเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บหรือได้รับอันตรายสาหัส ย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 หรือมาตรา 297 แล้วแต่กรณี โดยไม่อาจกล่าวอ้างว่าการทำโทษนั้นเป็นเหตุที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีตามข้อ 4.1.1 และ 4.1.2 นั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่า “การทำโทษ” หมายความว่า การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตร ดังนั้น เกี่ยวกับวิธีการลงโทษบุตรที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย อันมีลักษณะ “ตามสมควรเพื่อบรมสั่งสอน” จึงยังคงเป็นปัญหาในการพิจารณาว่า การกระทำอย่างไร แค่นั้น เพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการลงโทษที่เหมาะสมและเป็นไปเพื่อบรมสั่งสอน มิใช่การลงโทษตามอำเภอใจของบิดามารดา หรือผู้ปกครอง ประกอบกับด้วยบริบทสังคมที่เปลี่ยนไป บิดามารดาหรือผู้ปกครองส่วนหนึ่งได้เปลี่ยนแปลงวิธีการลงโทษบุตรจากการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น การตี เป็นต้น ไปสู่การใช้วิธีการที่เป็น “การกระทำอื่นใดที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก” หากแต่เป็นวิธีการที่จะกระตุ้นให้เด็กเกิดการเรียนรู้ถึงการลงโทษ หรือการปฏิเสธจากสังคม เช่น การกักบริเวณ การหักเงินค่าขนม หรือการไม่อนุญาตให้เล่นของเล่น เป็นต้น เพื่อให้เด็กเกิดความเจ็บปวดและไม่กระทำผิดเช่นนั้นอีก วิธีการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อบรมสั่งสอนในปัจจุบันจึงมีปรากฏทั้งที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตร และการกระทำอื่นใดที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตร

4.1.3 กรณีการใช้อำนาจลงโทษโดยครูอาจารย์

การที่ครูอาจารย์มีอำนาจลงโทษนักเรียนเพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอนนั้น ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาเป็นหลักเกณฑ์หรือสิ่งที่ปรากฏขึ้นมานานแล้วในประเทศไทย โดยเกิดมีขึ้นครั้งแรกเมื่อใดไม่ทราบแน่ชัด หากแต่สามารถหาหลักฐานยืนยันได้ว่า เกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยที่ประเทศไทยมีวัดเป็นโรงเรียนและมีพระสงฆ์เป็นอาจารย์ เมื่อประมาณ 200 ปีที่ผ่านมา และได้

ยึดถือปฏิบัติต่อเนื่องกันมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกา¹¹⁰ ที่พิพากษาโดยให้เหตุผลตรงกัน และประชาชนต่างยอมรับกันโดยทั่วไปและเต็มใจที่จะปฏิบัติตามโดยปราศจากการขู่เข็ญบังคับ เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติ ทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความแน่นอน กล่าวคือ ความคิดเห็นของประชาชนส่วนรวมที่ยอมรับและปฏิบัติตามนั้น ปฏิบัติไปในแนวทางที่เหมือนกันและหลักเกณฑ์นี้ก็ได้ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด และยังเป็นหลักเกณฑ์ที่มีเหตุผล เพราะการส่งบุตรหลานไปโรงเรียนนั้นก็เพื่อให้ครูอาจารย์อบรมสั่งสอนเพื่อให้เด็กเป็นคนดี ดังนั้น ในการอบรมสั่งสอนหากเด็กทำผิดแล้วครูอาจารย์ย่อมมีอำนาจว่ากล่าวตักเตือนและลงโทษได้ตามสมควร

การที่ครูอาจารย์ลงโทษเด็กเพื่ออบรมสั่งสอน จึงเป็นกรณีที่มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจให้กระทำได้โดยไม่เป็นความผิดอาญา หากการกระทำดังกล่าวอยู่ในหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- 1) ครูหรืออาจารย์หรือพระสงฆ์เป็นผู้กระทำ
- 2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำโทษ เช่น หัก ให้วิ่งรอบสนาม ให้ยืนหน้าเสาธง เจียนตี เป็นต้น
- 3) นักเรียนหรือลูกศิษย์ที่ยังเป็นผู้เยาว์หรือบรรลุนิติภาวะแล้ว

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2471 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ค. จำเลยเป็นครูใหญ่โรงเรียนประชาบาล ค. มาตรวจโรงเรียนได้รับรายงานจากครูประจำชั้นและตรวจบัญชีเห็นมีเด็กเกียจคร้านต่อการเรียนอยู่ 6 คน ส่วนแต่เป็นเด็กคือตั้งสั่งสอนยาก ครูได้ทำทัณฑ์กรรมหลายครั้ง ก็ไม่เจ็ดหลาย ค. กับ ห. ปรีกษาพร้อมกันว่าควรจะเขียนเสียบ้าง เพื่อตักเตือนไม่ให้เกียจคร้านต่อไปและก่อนจะเขียน ค. ได้เรียกเด็กทั้ง 6 คนมาขึ้นหน้าชั้นประกาศสั่งสอนถึงความผิดและตักเตือนไม่ให้ขาดโรงเรียน แล้วจึงเขียนเด็กทั้ง 6 คนด้วยไม้เรียวคนละ 4 ที ตามอำนาจของครูใหญ่ เด็ก ส. และ บ. ถูกเขียนมีบาดเจ็บเล็กน้อยเพียงโลหิตซึมส่วนเด็กอื่น ๆ ไม่มีบาดแผลแต่ปรากฏว่า จำเลยได้เขียนเด็กทั้ง 6 คนแรงเท่า ๆ กัน ศาลฎีกาพิพากษาว่าจำเลยกระทำโทษพอสมควร หวังจะปราบปรามเด็กให้ประพฤติตัวเรียบร้อยแลหมั่นต่อการเรียนจำเลยไม่มีผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 390/2483 จำเลยรับราชการเป็นครูโรงเรียนประชาบาล ได้ใช้แขนงไม้ไผ่โตขนาดนิ้วก้อยตีเด็กชายสมจิตต์บาดเจ็บ ศาลฎีกาพิพากษาว่า ครูใหญ่ได้สั่งให้จำเลยซึ่งเป็นครูน้อยเขียนเด็กตามอำนาจที่จะทำได้ จำเลยทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายและเหตุผลอันสมควรจึงไม่ควรร้องรับอาญาตามมาตรา 52

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 429 - 430/2505 ผู้เสียหายเป็นภิกษุ บังคับจะเอาผิดจากจำเลยซึ่งเป็นศิษย์เนื่องจากจำเลยเป็นคนโมโหร้ายมีมีดไว้กลั้วจะมีเรื่อง จำเลยแสดงกิริยาขัดขืนจะต่อสู้ ผู้เสียหายจึงใช้ไม้ฟาดไปที่หนึ่งจำเลยยกแขนขึ้นรับปัดไม้กระเด็นไปจำเลยโหมเข้าหาผู้เสียหายล้มลงกอดปล้ำกันกลิ้งไปมาจำเลยใช้มีดที่ถืออยู่แทงผู้เสียหายเช่นนี้ ไม่เป็นการป้องกันสิทธิของตนตามมาตรา 68 เพราะเมื่อจำเลยปัดไม้กระเด็นไป อันตรายจากไม้นั้นก็สิ้นไปแล้วและการที่ผู้เสียหายใช้ไม้ฟาดจำเลยไปที่หนึ่ง ก็เป็นการใช้อำนาจของอาจารย์ภายในขอบเขตอันสมควร ไม่ใช่เป็นการข่มเหงจำเลยด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแม้จำเลยจะบันดลโทสะขึ้นเพราะเหตุนี้ก็เป็นการดูแก่โทสะโดยมิบังควรจะปรับว่าเป็นการบันดลโทสะตามมาตรา 72 ไม่ได้

4) เพื่ออบรมสั่งสอน

5) ทำพอสมควรแก่เหตุ โดยพิจารณาถึงเหตุที่เด็กนั้นทำผิดว่าร้ายแรงเพียงใด และลงโทษเพียงเท่าที่ได้สัดส่วนกับความผิดที่เด็กได้กระทำไป ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป แต่หากครูอาจารย์ทำโทษเด็กด้วยโทษจริต¹¹¹ มีอารมณ์โมโหแผลงอยู่ มิได้ตั้งใจจะสั่งสอนจริงจัง บางครั้งก็มีเหตุส่วนตัวอยู่ด้วย หรือบางทีทำด้วยความตั้งใจจะสั่งสอนแต่ทำโทษเสียเกินสมควร ครูนั่นย่อมมีความผิดทางอาญา¹¹² เนื่องจากการกระทำเช่นนั้นมิใช่การกระทำที่เป็นไปตามจารีตประเพณี แต่เป็นการกระทำไปเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจไว้

เรื่องการทำครูอาจารย์ทำโทษเด็กได้ตามสมควรนี้ ปราชญ์คำพิพากษาศาลฎีกาของไทยหลายกรณีที่ยอมรับเรื่องดังกล่าวโดยวินิจฉัยว่า การทำโทษเด็กตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนถือเป็นอำนาจที่กระทำได้ แต่หากทำโทษด้วยเหตุส่วนตัวแล้วก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้

อย่างไรก็ตาม ยังคงเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ถึงเหตุผลที่มาสนับสนุนให้ครูอาจารย์ไม่มีความผิด โดยบางท่านเห็นว่าเหตุที่ครูอาจารย์ไม่มีความผิดนี้สืบเนื่องจากบิดามารดาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองได้โอนอำนาจปกครองของตนในอันที่จะทำโทษเด็กได้ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนให้กับครูอาจารย์โดยปริยายจากการที่ส่งบุตรหลานของตนไปโรงเรียน ครูอาจารย์จึงมีอำนาจทำโทษเด็กได้ตามสมควร¹¹³ และบางท่านเห็นว่า ครูอาจารย์ไม่มีความผิดเนื่องจากเด็กที่ถูกทำโทษนั้นยินยอมให้ครูทำโทษแต่โดยดี¹¹⁴

การทำโทษเด็กที่กระทำโดยกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายที่ไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กาย ถือได้ว่ามีความสำคัญต่อการอบรมบ่มนิสัยและขัดเกลาเด็กให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีในวันข้างหน้า เนื่องจากการทำโทษมีลักษณะเป็นการกระทำเชิงสัญลักษณ์ที่ช่วยให้เด็กจดจำและแยกแยะว่าการกระทำใดเป็นเรื่องถูกต้องก็สมควรได้รับการชื่นชม และการกระทำใดเป็นเรื่องไม่ถูกต้องก็สมควรได้รับการลงโทษ และครูอาจารย์ถือได้ว่าเป็นบุคคลที่มีบทบาทในการอบรมสั่งสอนเด็กอย่างยิ่งย่อน

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 512/2473 จำเลยเป็นครูใหญ่โรงเรียนกรรมสูตรศึกษาถ้อย ได้ทำโทษเด็กชาย ล. บุตรโจทก์ซึ่งเป็นนักเรียน โดยให้เปลื้องกางเกงออกนอนคว่ำลงตีด้วยกิ่งมะขามตามก้นและขา 12 ที มีบาดแผลโลหิตไหล 13 แห่ง ฟกช้ำเขียว 5 แห่ง บาดแผลระบม ทำให้เด็กชาย ล. เป็นไขอยู่ 6 - 7 วัน เนื่องจากเด็กชาย ล. ได้พูดว่า "จะฉะนางศิริ (คือภรรยาจำเลย) ให้ท้องโต" ศาลฎีกาพิพากษาว่า จำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น

¹¹² จาก "ครูตีเด็ก," โดย วิศิษฐ์ ลิขานนท์, 2510, *คุณภาพ. 14 (3)*. น. 34.

¹¹³ แหล่งเดิม. (น. 35 -37).

¹¹⁴ แหล่งเดิม. (น. 41 - 43).

ไปกว่าบิดามารดา ดังนั้น อำนาจในการทำโทษเด็กตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนนี้จึงถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อันจะทำให้ครูอาจารย์ไม่มีความผิด แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการทำโทษที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- 1) ครูหรืออาจารย์เป็นผู้กระทำ
- 2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทำโทษ ที่ไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กาย เช่น ให้ง่วงรอบสนาม ให้งั้นหน้าเสาธง ดี เป็นต้น
- 3) นักเรียนหรือลูกศิษย์ที่ยังเป็นผู้เยาว์
- 4) เพื่ออบรมสั่งสอน
- 5) ทำพอสมควรแก่เหตุ โดยพิจารณาถึงเหตุที่เด็กนั้นทำผิดว่าร้ายแรงเพียงใด และลงโทษเพียงเท่าที่ได้สัดส่วนกับความผิดที่เด็กได้กระทำไป

จะเห็นได้ว่า การยอมรับว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องครูอาจารย์มีอำนาจทำโทษเด็กได้ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนโดยไม่มีความผิดอาญานั้น เพราะเด็กนั้นถือได้ว่าเป็นเยาวชนที่กำลังสั่งสมและพัฒนาไปสู่การเป็นผู้ใหญ่ในวันข้างหน้า เพื่อเป็นพลเมืองที่ดีของชาติที่มีคุณภาพทั้งในด้านความรู้ ความคิด และคุณธรรม ดังนั้น เด็กจึงควรได้รับการอบรมดูแลอย่างใกล้ชิดจากบิดามารดา ผู้ปกครองญาติพี่น้อง และครูอาจารย์ จึงเป็นเรื่องสมควรอย่างยิ่งที่จะให้ครูอาจารย์ที่ดูแลเด็กนั้นมีอำนาจทำโทษเด็กได้ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน แต่ในปัจจุบันปรัชญาการเรียนการสอนได้เปลี่ยนไป อีกทั้งสังคมยังตื่นตัวในเรื่องสิทธิเด็กมากขึ้น การลงโทษเด็กในโรงเรียนด้วยการเขียนตีหรือทำรุนแรงในรูปแบบอื่นกลายเป็นสิ่งต้องห้ามตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนนักศึกษา พ.ศ. 2548¹¹⁵ ซึ่งสนับสนุนให้ครูอาจารย์เลือกใช้วิธีการที่เหมาะสมในการอบรมสั่งสอนโดยไม่ใช้ความรุนแรงหรือการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่ยังคงพบว่าครูส่วนใหญ่มีทัศนคติว่าการลงโทษเด็กด้วยการตียังเป็นสิ่งจำเป็น และการลงโทษนักเรียนที่ครูส่วนใหญ่ทำคือ การขู่ให้กลัวด้วยไม้เรียว ตีด้วยไม้เรียว หรือไม่ก็ตีด้วยมือ¹¹⁶

¹¹⁵ ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนนักศึกษา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 กำหนดว่า “โทษที่จะลงโทษแก่นักเรียนหรือนักศึกษาที่กระทำความผิด มี 4 สถานดังนี้

- 5.1 ว่ากล่าวตักเตือน
- 5.2 ทำทัณฑ์บน
- 5.3 ตัดคะแนนความประพฤติ
- 5.4 กิจกรรมเพื่อให้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรม”

¹¹⁶ จาก “เด็กไทยผจญภัย “หลังมือและลำแข้ง,” (ข้อมูลสำหรับสื่อมวลชน), โดย สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, รายงานสุขภาพคนไทย พ.ศ. 2552. น. 3.

4.2 วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน

4.2.1 คำพิพากษาของศาลที่ยอมรับการใช้อำนาจลงโทษโดยครูอาจารย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 949/2471¹¹⁷ ค. จำเลย เป็นครูใหญ่โรงเรียนประชาบาล ค. มาตรวจโรงเรียนได้รับรายงานจากครูประจำชั้นและตรวจบัญชีเห็นมีเด็กเกียจคร้านต่อการเรียน อยู่ 6 คน ล้วนแต่เป็นเด็กคือตั้งสอนยาก ครูได้ทำทัณฑ์กรรมหลายครั้ง ก็ไม่เจ็ดหลาย ค. กับ ห. ปกฤษาพร้อมกันว่าควรจะเขียนเสียบ้าง เพื่อตักเตือนไม่ให้เกียจคร้านต่อไปและก่อนจะเขียน ค. ได้เรียกเด็กทั้ง 6 คนมาขึ้นหน้าชั้นประกาศสั่งสอนถึงความผิดและตักเตือนไม่ให้ขาดโรงเรียน แล้วจึงเขียนเด็กทั้ง 6 คนด้วยไม้เรียวคนละ 4 ที ตามอำนาจของครูใหญ่ เด็ก ส. และ บ. ถูกเขียน มีบาดเจ็บเล็กน้อยเพียงโลหิตซึมส่วนเด็กอื่น ๆ ไม่มีบาดแผลแต่ปรากฏว่า จำเลยได้เขียนเด็กทั้ง 6 คน แรงเท่า ๆ กัน พิพากษาว่าจำเลยกระทำโทษพอสมควร หวังจะปราบปรามเด็กให้ประพฤติตัวเรียบร้อยเลห์มันต่อการเรียนจำเลยไม่มีผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 390/2483¹¹⁸ จำเลยรับราชการเป็นครูโรงเรียนประชาบาล ได้ใช้ แรงงไม้ไผ่โคขนาดนี้วก้อยตีเด็กชายสมจิตต์บาดเจ็บ เป็นกรณีที่ครูใหญ่ได้สั่งให้จำเลยซึ่งเป็น ครูน้อยเขียนเด็กตามอำนาจที่จะทำได้ จำเลยทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายและเหตุผล อันสมควรจึงไม่ควรร้องรับอาญาตามมาตรา 52

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 429 – 430/2505¹¹⁹ ผู้เสียหายเป็นภิกษุ บังคับจะเอาผิดจากจำเลย ซึ่งเป็นศิษย์ เนื่องจากจำเลยเป็นคนโมโหร้ายมีมีดไว้กั้วจะมีเรื่อง จำเลยแสดงกิริยาขัดขืนจะต่อสู้ ผู้เสียหายจึงใช้ไม้ฟาดไปที่หนึ่งจำเลยยกแขนขึ้นรับปัดไม้กระเด็นไปจำเลยโถมเข้าหาผู้เสียหาย ล้มลงกดคอปล้ำกันกลิ้งไปมาจำเลยใช้มีดที่ถืออยู่แทงผู้เสียหายเช่นนี้ ไม่เป็นการป้องกันสิทธิของตน ตามมาตรา 68 เพราะเมื่อจำเลยปัดไม้กระเด็นไป อันตรายจากไม้นั้นก็สิ้นไปแล้วและการที่ผู้เสียหาย ใช้ไม้ฟาดจำเลยไปที่หนึ่ง ก็เป็นการใช้อำนาจของอาจารย์ภายในขอบเขตอันสมควร ไม่ใช่เป็นการ ข่มเหงจำเลยด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแม้จำเลยจะบันดลโทษะขึ้นเพราะเหตุนี้ก็เป็นกรลู่แก่โทษะ โดยมิบังควรจะปรับว่าเป็นการบันดลโทษะตามมาตรา 72 ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5129/2546¹²⁰ จำเลยที่ 1 เป็นอาจารย์สอนวิชาพลศึกษา สั่งให้ นักเรียนวิ่งรอบสนาม 3 รอบ เพื่อบนร่างกาย และการที่จำเลยที่ 1 สั่งให้นักเรียนวิ่งต่อไปอีก 3 รอบ

¹¹⁷ จาก ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา (โปรแกรมคอมพิวเตอร์), โดย ศูนย์ เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ศาลฎีกา, ลิขสิทธิ์ 2550 โดยศาลฎีกา.

¹¹⁸ แหล่งเดิม.

¹¹⁹ แหล่งเดิม.

¹²⁰ แหล่งเดิม.

เพราะนักเรียนวิ่งกันไม่เรียบร้อยและไม่เป็นระเบียบ เป็นวิธีการสอนและลงโทษนักเรียนตามสมควรแก่เหตุและเหมาะสม แต่การที่จำเลยที่ 1 สั่งให้วิ่งอีก 3 รอบสนามในครั้งที่ 3 และครั้งที่ 4 เป็นการใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสมและไม่ชอบ แต่ไม่ได้ปรากฏว่าจำเลยที่ 1 มุ่งหวังให้นักเรียนได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต จำเลยที่ 1 ยังมีความหวังดีต่อนักเรียนต้องการอบรมสั่งสอนนักเรียนให้มีความรู้เหมือนดังวิสัยของครูทั่วไป แม้เป็นเหตุให้เด็กชาย พ. ถึงแก่ความตาย แต่จำเลยที่ 1 มิได้ตั้งใจหรือกระทำการประมาทอย่างร้ายแรงเพียงแต่กระทำโดยประมาทเลินเล่อขาดความรอบคอบและไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นผู้มีอาชีพครูสอนพลศึกษาจะพึงปฏิบัติและสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากสุขภาพของเด็กชาย พ. ไม่แข็งแรงมีโรคประจำตัวคือโรคหัวใจ ซึ่งถือเป็นเรื่องที่อยู่เหนือความคาดหมายของจำเลยที่ 1 แม้จำเลยที่ 1 จะอ้างความไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวมาปฏิเสธความรับผิดชอบตามกฎหมายไม่ได้ แต่ศาลก็สามารถนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์ของการทำละเมิดได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นว่า ศาลฎีกายอมรับว่าการที่ครูอาจารย์ รวมทั้งพระสงฆ์ในฐานะที่เป็นครูอาจารย์ ที่มีหน้าที่อบรมดูแลสั่งสอนเด็กนั้น อาจทำโทษเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการอบรมบ่มนิสัยให้เด็กประพฤติปฏิบัติได้ แต่ทั้งนี้ การทำโทษดังกล่าวจะต้องเป็นไปพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ การทำโทษนั้นต้องได้สัดส่วนกับการกระทำผิดของเด็ก และมีความเหมาะสมในแง่ของการอบรมสั่งสอนให้เข็ดหลาบและเข้าใจถึงเหตุผลของการทำโทษ เช่นนั้น เพื่อให้เด็กไม่กระทำผิดซ้ำอีก โดยต้องไม่ปรากฏว่าครูอาจารย์กระทำไปด้วยเจตนาอย่างอื่น เช่น เหตุโกรธแค้นส่วนตัว หรือแม้มีเจตนาเพื่ออบรมสั่งสอน ก็ต้องไม่กระทำด้วยวิธีการที่รุนแรงหรือไม่เหมาะสมแก่การลงโทษผู้เยาว์ โดยควรพิจารณาจากวิสัยและพฤติการณ์ของครูทั่วไปที่จะเลือกใช้การลงโทษแบบใดกับผู้เยาว์ในแต่ละช่วงวัย รวมไปถึงต้องไม่แตกต่างไปจากมาตรฐานการยอมรับได้ของวิญญูชนในสังคมนั้น ๆ ด้วย

นอกจากนี้ ยังมีการลงโทษของครูในบางกรณีที่จะถือว่ามิอำนาจกระทำได้ จึงไม่มีความผิดอาญา แต่หากพิจารณาในทางแพ่งแล้วจะถือเป็นการกระทำละเมิด¹²¹ ต่อผู้เยาว์หรือไม่ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5129/2546 ที่กล่าวถึงข้างต้น แม้การลงโทษของครูอาจารย์เป็นไปด้วยเจตนาเพื่ออบรมสั่งสอนผู้เยาว์โดยมิได้มุ่งหมายที่จะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ตาม แต่หากการลงโทษดังกล่าวของครูอาจารย์เกิดจากการใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสมแล้ว ก็อาจถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ขาดความรอบคอบ และไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นผู้มีอาชีพครูอาจารย์

¹²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

จะพึงปฏิบัติ และหากการลงโทษดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้เยาว์ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจแล้ว ครูอาจารย์ย่อมต้องรับผิดชอบใช้คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนเพื่อการนั้น

4.2.2 คำพิพากษาของศาลที่ไม่ยอมรับการใช้อำนาจลงโทษโดยครูอาจารย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 512/2473¹²² จำเลยเป็นครูใหญ่โรงเรียนประถมศึกษาได้ทำโทษเด็กชาย ล. บุตรโจทก์ซึ่งเป็นนักเรียน โดยให้เปลื้องกางเกงออกนอนคว่ำลงตีด้วยกิ่งมะขามตามก้นและขา 12 ที มีบาดแผลโลหิตไหล 13 แห่ง ฟกช้ำเขียว 5 แห่ง บาดแผลระบม ทำให้เด็กชาย ล. เป็นไข้อยู่ 6 - 7 วัน เนื่องจากเด็กชาย ล. ได้พูดว่า "จะฉะนางศิริ (คือภรรยาจำเลย) ให้ท้องโต" พิพากษาว่า จำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาในกรณีนี้แตกต่างไปจากกรณีอื่น ๆ กล่าวคือ ด้วยข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าแม้จำเลยจะเป็นครูของเด็กชาย ล. แต่การที่จำเลยตีเด็กชาย ล. นั้นสืบเนื่องมาจากเหตุโกรธแค้นส่วนตัวที่เด็กชาย ล. พูดจาล่วงเกินภรรยาจำเลย ดังนั้น การทำโทษดังกล่าวจึงมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่ออบรมสั่งสอนเด็กชาย ล. ประกอบกับการกระทำของจำเลยมีลักษณะที่รุนแรงโดยได้ตีเด็กชาย ล. ถึง ๑๒ ครั้ง จนมีบาดแผลเลือดออกและฟกช้ำ จำเลยจึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยไม่อาจกล่าวอ้างเรื่องอำนาจในการลงโทษผู้เยาว์เพื่อยกเว้นความผิดได้

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนในระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายต่างประเทศ

ในระบบกฎหมายไทยมียอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น เรื่องอำนาจของบิดามารดาในการทำโทษบุตรตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ซึ่งเรื่องดังกล่าวมีรากฐานมาจากการที่ประชาชนถือปฏิบัติกันมาโดยเต็มใจด้วยเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องปฏิบัติตามอันเป็นลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจบิดามารดาที่จะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตรได้โดยไม่มีความผิด หากว่าเป็นการกระทำที่พอสมควรและมีเจตนาเพื่ออบรมสั่งสอนให้บุตรเป็นคนดีและเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีคุณภาพและไม่สร้างภาระหรือปัญหากับสังคมในอนาคต แต่ในปัจจุบันบิดามารดาหรือผู้ปกครองส่วนหนึ่งได้เปลี่ยนแปลงวิธีการลงโทษบุตรจากการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายไปสู่ “การกระทำอื่นใดที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก” ซึ่งวิธีการที่จะกระตุ้นให้เด็กเกิดการเรียนรู้ถึงการลงโทษ หรือการปฏิเสธจากสังคม เพื่อให้เด็กเกิดความเข็ดหลาบและไม่กระทำผิดเช่นนั้นอีก ดังนั้น วิธีการ

¹²² จาก ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา (โปรแกรมคอมพิวเตอร์), โดย ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ศาลฎีกา, ลิขสิทธิ์ 2550 โดยศาลฎีกา.

ทำโทษบุตรในปัจจุบันจึงมีปรากฏทั้งที่เป็นการกระทำต่อเนื่องตัวร่างกายของบุตร และการกระทำอื่นใดที่มีได้กระทำต่อเนื่องตัวร่างกายของบุตร

ส่วนกรณีครูอาจารย์ทำโทษเด็กได้ตามสมควรนั้นเป็นเรื่องที่มีจารีตประเพณีรองรับมาแต่สมัยโบราณว่าเป็นเรื่องที่ถูกกระทำมีอำนาจกระทำได้อันทำให้ครูอาจารย์ไม่มีความผิดทางอาญา แม้เรื่องดังกล่าวจะมีได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากแต่ก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยหลายกรณีที่ยอมรับเรื่องดังกล่าวโดยวินิจฉัยว่า การทำโทษเด็กตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ถือเป็นอำนาจที่กระทำได้ สืบเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า เด็กถือได้ว่าเป็นเยาวชนที่กำลังสั่งสมและพัฒนาไปสู่การเป็นผู้ใหญ่ในวันข้างหน้า เพื่อเป็นพลเมืองที่ดีของชาติที่มีคุณภาพทั้งในด้านความรู้ ความคิด และคุณธรรม เด็กจึงควรได้รับการอบรมดูแลอย่างใกล้ชิดจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ญาติพี่น้อง และครูอาจารย์ จึงเป็นเรื่องสมควรอย่างยิ่งที่จะให้ครูอาจารย์ที่ดูแลเด็กนั้น มีอำนาจทำโทษเด็กได้ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน แต่ทั้งนี้การทำโทษดังกล่าวจะต้องเป็นไปพอสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ การทำโทษนั้นต้องได้สัดส่วนกับการกระทำผิดของเด็กและมีความเหมาะสมในแง่ของการอบรมสั่งสอนให้เข็ดหลาบและเข้าใจถึงเหตุผลของการทำโทษเช่นนั้น เพื่อให้เด็กไม่กระทำผิดซ้ำอีก แต่หากครูอาจารย์ทำโทษเด็กด้วยเหตุส่วนตัวแล้วก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ แต่ในปัจจุบัน ครูอาจารย์ไม่อาจใช้การลงโทษเด็กในโรงเรียนด้วยวิธีการเฉียนตีหรือทำรุนแรงในรูปแบบอื่นดังเช่นในอดีต เนื่องจากกระทรวงศึกษาธิการได้ออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนนักศึกษา พ.ศ. 2548 ซึ่งสนับสนุนให้ครูอาจารย์เลือกใช้วิธีการที่เหมาะสมในการอบรมสั่งสอนโดยไม่ใช้ความรุนแรงหรือการกระทำต่อเนื่องตัวร่างกาย เช่น การว่ากล่าวตักเตือน การทำทัณฑ์บน การตัดคะแนนความประพฤติ เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับว่า อำนาจของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือครูอาจารย์ ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน โดยใช้การกระทำต่อเนื่องตัวร่างกาย นั้น มีปรากฏเฉพาะแต่ในกรณีของการอบรมสั่งสอนในครอบครัวโดยบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้อบรมดูแลตามความเป็นจริง เท่านั้น โดยถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ ในขณะที่กรณีของการอบรมสั่งสอนในโรงเรียนหรือสถานศึกษา ไม่สามารถกระทำได้แล้ว เนื่องจากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติห้ามการกระทำความผิดดังกล่าว จึงไม่อาจกล่าวอ้างว่ากฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ ดังที่เคยเป็นมาได้อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงพบว่าครูส่วนใหญ่มีทัศนคติว่าการลงโทษเด็กด้วยการตียังเป็นสิ่งจำเป็น และการลงโทษนักเรียนที่ครูส่วนใหญ่ทำคือ การชูปักด้วยไม้เรียว ตีด้วยไม้เรียว หรือไม่ก็ตีด้วยมือ¹²³

¹²³ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 116 (น. 80).

สำหรับในระบบกฎหมายต่างประเทศ นั้น แต่เดิมประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจทำโทษศิษย์ โดยถือว่าการที่ครูอาจารย์ทำโทษศิษย์นั้นเป็นการ รักษาระเบียบวินัยและฝึกรอบรรมของสถานศึกษา โดยอำนาจของครูอาจารย์ดังกล่าวไม่ถูกจำกัด เฉพาะเพียงในสถานศึกษา แต่ถือว่ามีอยู่ตั้งแต่ศิษย์ออกจากบ้านจนกระทั่งกลับเข้าบ้าน ซึ่งถือว่าเป็น สิทธิตามกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่ง แต่เมื่อสังคมมีความเปลี่ยนแปลงไป แนวคิด และการยอมรับเกี่ยวกับอำนาจกระทำได้ของบิดามารดาและครูอาจารย์ในการลงโทษที่เป็นการ กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายก็เปลี่ยนแปลงไปด้วย โดยแต่ละประเทศต่างหันมาให้ความสำคัญต่อการ ค้ำครองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กในอันที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทาง ร่างกายและจิตใจ ดังนั้น การลงโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย แม้เป็นไปด้วยเจตนาดี ก็ได้รับการ ต่อต้านจากแนวคิดเชิงสังคมสมัยใหม่ ที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเด็กและยกระดับ มาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิเด็กในระบบกฎหมายของประเทศตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กลุ่ม ประเทศในทวีปยุโรปที่ต่างได้รับแนวคิดสมัยใหม่ดังกล่าว เช่น ประเทศสวีเดน¹²⁴ ได้ออกกฎหมาย ห้ามการลงโทษทางร่างกายต่อเด็กทั้งในบ้านและสถานศึกษา ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็บบิดามารดา ผู้ปกครอง ครูอาจารย์ หรือบุคคลใด ๆ ก็ไม่อาจทำการลงโทษทางร่างกายต่อเด็กได้ แม้ว่าการกระทำ นั้นจะกระทำโดยมีเจตนาเพื่ออบรมสั่งสอนเด็กก็ตาม กฎหมายก็บังคับให้บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือครูอาจารย์ ต้องใช้วิธีการอื่นที่ไม่เป็นการทำร้ายร่างกายของเด็ก ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า กฎหมาย จารีตประเพณีที่ให้อำนาจทำโทษบุตรหรือศิษย์ได้สิ้นสุดลงโดยผลของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ ได้บัญญัติขึ้นแตกต่างจากกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิมแล้ว ในขณะที่สหราชอาณาจักร¹²⁵ มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามการลงโทษเด็กโดยวิธีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายแต่เฉพาะ ในโรงเรียนเท่านั้น ส่วนการลงโทษเด็กโดยบิดามารดายังสามารถกระทำได้ แต่การลงโทษนั้นต้อง ไม่ก่อให้เกิดบาดแผลต่อร่างกาย และไม่เป็นการกระทำอันโหดร้ายต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี

4.4 วิเคราะห์ขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมของ “การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน” ในระบบกฎหมายไทย

ในสังคมปัจจุบันที่มีความตระหนักรู้ในเรื่องสิทธิมนุษยชน การให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิ ของเด็กจึงเป็นประเด็นสำคัญที่ถูกหยิบยกขึ้นมา เนื่องจากเด็กเป็นกลุ่มคนที่ต้องการการปกป้อง คุ้มครองมากกว่าคนทั่วไป เนื่องจากความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็ก ไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่ จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโต

¹²⁴ ดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.3.1.1 (น. 71-72).

¹²⁵ ดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.3.2.1 (น. 72-73).

เป็นผู้ใหญ่ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม ซึ่งตามแนวคิดสังคมสมัยใหม่ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูไม่ว่าจะโดยบิดามารดา ญาติพี่น้อง หรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโต และมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอตามฐานะ ดังนั้น การกระทำใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิของเด็ก จึงเป็นเรื่องที่จะต้องได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ ซึ่งอำนาจในการลงโทษบุคคลตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอน ถือเป็นเรื่องหนึ่งที่สามารถกระทบต่อสิทธิในชีวิตและร่างกายของเด็ก การใช้อำนาจในการลงโทษดังกล่าวจึงต้องเป็นไปอย่างมีขอบเขตและความเหมาะสม เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอบรมสั่งสอน กล่อมเกลাজิตใจของเด็กให้รู้สำนึกผิดชอบชั่วดี เรียนรู้ที่จะยอมรับและแก้ไขความผิดพลาด เพื่อให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพต่อไป

ลักษณะ “การลงโทษ” ที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้นั้น มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

1) การลงโทษอาจเป็นการกระทำทางกายภาพต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก เช่น การตี การหยิก เป็นต้น หรือเป็นการออกคำสั่งให้เด็กกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ขัดต่อความประสงค์ของเด็กในขณะนั้น เช่น การกักบริเวณ การห้ามดูโทรทัศน์ เป็นต้น ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็กด้วย เช่น การตีด้วยมือที่ไม่แรงถึงขนาดเกิดรอยที่เนื้อตัวร่างกายของเด็ก หรือการกักบริเวณในพื้นที่ที่มีแสงสว่างและอากาศเพียงพอ เป็นต้น

2) การลงโทษต้องกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “อบรมสั่งสอน” เท่านั้น ซึ่งหมายถึงการแนะนำหรือชี้แจงให้เด็กกระทำการในสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสม ด้วยมุ่งหมายให้เด็กจดจำและกระทำการนั้น ๆ จนเป็นนิสัย ซึ่งการอบรมสั่งสอนดังกล่าว จะต้องมุ่งหมายให้เด็กประพฤติปฏิบัติ กระทำในสิ่งที่ถูกต้อง

3) การลงโทษต้องกระทำ “ตามสมควร” หมายถึง กระทำเท่าที่เหมาะสมกับเด็ก โดยพิจารณาจากสภาพทางกาย อายุ เพศ และพฤติการณ์ความร้ายแรงของการกระทำที่มุ่งอบรมสั่งสอน เพราะการทำโทษที่ไม่เหมาะสมกับสภาพและพฤติการณ์จะไม่ก่อให้เกิดการเรียนรู้หรือความเข้าใจในเหตุผลของการกระทำผิด ทำให้เด็กไม่เกิดสำนึกแยกแยะในเรื่องความผิดถูก การลงโทษดังกล่าวก็จะไม่บรรลุเจตนารมณ์ที่ต้องการกล่อมเกลাজิตใจของเด็กให้รู้สำนึกและแก้ไขความผิดพลาด เพื่อให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพ

การพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลที่ได้ลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน นั้น ต้องพิจารณาจาก “อำนาจกระทำได้” ของบุคคลต่าง ๆ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

1) อำนาจกระทำได้ของบิดามารดา หรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ถือว่าในสังคมปัจจุบันยังมีการยอมรับอำนาจในการลงโทษบุตรผู้เยาว์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยถือเป็นกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองอำนาจในการกระทำ อันมีลักษณะเป็นการลงโทษ และมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจ

ในการลงโทษด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก แต่ทั้งนี้ การดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามสมควรและเพื่ออบรมสั่งสอนเด็กเท่านั้น

2) อำนาจกระทำได้ของผู้ที่มีหน้าที่อบรมดูแลตามความเป็นจริง กรณีนี้ถือว่าในสังคมปัจจุบันยังมีการยอมรับอำนาจในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยยังเป็นเรื่องที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไปว่า ผู้ที่มีหน้าที่อบรมดูแลตามความเป็นจริง ซึ่งอาจเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติ หรือเป็นผู้อาวุโสที่อยู่ร่วมในครอบครัวเดียวกับเด็ก มีอำนาจในการอบรมสั่งสอนเด็กได้ ทั้งยังถือว่าบุคคลเหล่านี้ได้รับมอบอำนาจในการอบรมดูแลจากบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองอำนาจกระทำดังกล่าว แต่ก็มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจในการลงโทษด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก แต่ทั้งนี้ การดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามสมควรและเพื่ออบรมสั่งสอนเด็กเท่านั้น

3) อำนาจกระทำได้ของครูอาจารย์ กรณีนี้ถือว่าในสังคมปัจจุบันได้มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามทำการลงโทษศิษย์โดยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย จึงถือได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจทำโทษศิษย์ด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายได้สิ้นสุดลงโดยผลของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้บัญญัติขึ้นแตกต่างจากกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิมแล้ว อำนาจกระทำได้ของครูอาจารย์จึงเหลือเพียงการลงโทษด้วยวิธีการอื่นใดที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น การตัดคะแนนความประพฤติ การงดสิทธิพิเศษต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น

เกี่ยวกับขอบเขตและความเหมาะสมของลักษณะ “การลงโทษ” ที่อยู่ในกรอบที่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้นั้น มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

4.1.1 ความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ

การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน อาจจำแนกความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำได้เป็น 3 กรณี คือ

(1) กรณีที่ผู้กระทำเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองผู้เยาว์ที่ศาลแต่งตั้ง กระทำต่อบุตรผู้เยาว์ของตน หรือผู้อยู่ได้อำนาจปกครอง เช่น บุตรบุญธรรม เป็นต้น

(2) กรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลที่หน้าที่อบรมดูแลบุตรผู้เยาว์ตามความเป็นจริง ซึ่งมีได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น บิดาตามความเป็นจริง ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา บิดาหรือมารดาเลี้ยง กระทำต่อบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตน ซึ่งบุคคลเหล่านี้ถือว่าเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดและมีส่วนร่วมในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ จึงจำเป็นต้องมีการรับรองอำนาจในการอบรมสั่งสอนบุตรผู้เยาว์ได้

(3) กรณีที่ผู้กระทำเป็นครูอาจารย์ กระทำต่อศิษย์ในความดูแลของตน ทั้งในขณะที่อยู่ที่โรงเรียนหรือสถานศึกษา และในเวลาอื่นใดที่อยู่ในห่วงความดูแลของครูอาจารย์ได้ เช่น ระหว่างเดินทางไป-กลับบ้านพักกับโรงเรียน เป็นต้น

4.1.2 ลักษณะของการกระทำ

การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน อาจทำได้ใน 2 ลักษณะ คือ

(1) การลงโทษที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก เช่น การตี การหยิก เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็ก เช่น การตีด้วยมือที่ไม่แรงถึงขนาดเกิดรอยที่เนื้อตัวร่างกายของเด็ก และไม่มีลักษณะเป็นการกระทำอันทารุณโหดร้ายต่อเด็ก โดยพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในภาวะเช่นนั้น

(2) การลงโทษด้วยวิธีการอื่นใดที่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก ซึ่งอาจเป็นการออกคำสั่งให้เด็กกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ขัดต่อความประสงค์ของเด็กในขณะนั้น เช่น การกักบริเวณ การห้ามดูโทรทัศน์ เป็นต้น และการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็กด้วย เช่น การกักบริเวณในพื้นที่ที่มีแสงสว่างและอากาศเพียงพอ เป็นต้น

4.1.3 มูลเหตุจูงใจในการกระทำ

การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน นั้น ต้องกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “อบรมสั่งสอน” เท่านั้น ซึ่งการอบรมสั่งสอน ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้ “อบรม” หมายถึง แนะนำพร่ำสอนให้ซึมซาบเข้าไปจนติดเป็นนิสัย, แนะนำชี้แจงให้เข้าใจในเรื่องที่ต้องการ, จัดเกลานิสัย ส่วนคำว่า “สั่งสอน” หมายถึง ชี้แจงให้เข้าใจและบอกให้ทำ ดังนั้น การอบรมสั่งสอน จึงมีความหมายถึงการแนะนำหรือชี้แจงให้เด็กกระทำการในสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสม ด้วยมุ่งหมายให้เด็กจดจำและกระทำการนั้น ๆ จนเป็นนิสัย ซึ่งการอบรมสั่งสอนดังกล่าว จะต้องมุ่งหมายให้เด็กประพฤติปฏิบัติดี กระทำในสิ่งที่ถูกต้อง

4.1.4 ความจำเป็นและความได้สัดส่วนของการกระทำ

การลงโทษต้องกระทำเท่าที่ “จำเป็น” กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องพิจารณาเลือกใช้วิธีการลงโทษเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอบรมสั่งสอนเด็ก และวิธีการที่เลือกใช้ขึ้นนั้น จะต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสมกับเด็ก เมื่อพิจารณาจากสภาพทางกาย อายุ เพศ และพฤติการณ์ความร้ายแรงของการกระทำที่มุ่งอบรมสั่งสอน เพื่อให้เด็กเกิดสำนึกแยกแยะในเรื่องความผิดถูก สำนึกและแก้ไขความผิดพลาด เพื่อให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย รัฐจึงต้องกำหนดให้การกระทำที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของส่วนรวมเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษโดยรัฐเท่านั้น ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในขอบเขต ซึ่งหลักเกณฑ์ประการสำคัญซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา คือ “หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) อันมีสาระสำคัญคือ

- 1) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน
- 2) ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญา
- 3) ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญา
- 4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

ด้วยลักษณะของกฎหมายอาญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิบุคคลนี้เอง ส่งผลให้เมื่อมีบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาขึ้น การพิจารณาความผิดของบุคคลดังกล่าวจึงต้องพิจารณาไปตามโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งนักกฎหมายไทยได้พยายามนำแนวคิดและทฤษฎีกฎหมายอาญาต่างประเทศทั้งทางกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศสมาอธิบาย จนปรากฏเป็นแนวคิดในการวินิจฉัยความผิดตามกฎหมายไทย ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 โครงสร้าง คือ

1) การวินิจฉัยความผิดโดยยึดถือแนวการวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ประกอบด้วย ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางจิตใจ และต้องนำการกระทำที่ครบโครงสร้างไปพิจารณา “ความรับผิดชอบในทางอาญาหรือเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ”

2) การวินิจฉัยความผิดโดยยึดถือแนวการวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาเยอรมัน ประกอบด้วย องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่วจากนั้นจึงนำไปพิจารณาถึงเหตุที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอันประกอบด้วย เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย

3) การวินิจฉัยความผิดโดยนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายไทย ประกอบด้วย การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นความผิด และการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษหรือเหตุยกเว้นโทษ

ในส่วนของ “เหตุยกเว้นความผิด” (Justification) หรือที่เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” นั้น ในระบบกฎหมายไทยได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนจาก “เหตุยกเว้นโทษ” (Excuse) เช่นเดียวกับประเทศในระบบ Civil Law และนักกฎหมายไทยหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ซึ่งพอสรุปได้ว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” หมายถึง เหตุที่ทำให้บุคคลที่ได้กระทำการครบองค์ประกอบความผิดตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากมีเหตุที่ทำให้บุคคลนั้นกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งเหตุดังกล่าวอาจมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจกระทำไว้ หรืออาจเป็นเหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำไว้ ทั้งนี้รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น เรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย

กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับในฐานะ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เป็นกรณีที่ปรากฏหลักการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักที่ประชาชนทั่วไปปฏิบัติตามเป็นระยะเวลานานประกอบกับประชาชนเห็นว่าหลักการนั้น ๆ เป็นกฎหมาย ซึ่งกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ในทางอาญานั้น มีข้อพิจารณาประการสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

1) กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจกำหนดความผิดขึ้นใหม่และไม่อาจกำหนดให้มีโทษอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

2) กฎหมายจารีตประเพณีสามารถใช้ในทางที่เป็นคุณได้

กฎหมายจารีตประเพณีแม้มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้รับการยอมรับให้สามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพื่อยกเว้นความผิดในทางอาญาได้ ทั้งยังสามารถให้ความเป็นธรรมต่อสังคมได้ดีกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางกรณี ด้วยเหตุที่กฎหมายจารีตประเพณีนั้นมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของสังคมในแต่ละช่วงเวลามากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมันเอง

จากการศึกษาถึงการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษผู้เยาว์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน พบว่า

1) การที่บิดามารดามีอำนาจทำโทษบุตรตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนนั้นเป็นเรื่องที่มีมานานนับแต่สมัยโบราณ โดยเป็นสิ่งที่ประชาชนถือปฏิบัติกันมาโดยเต็มใจด้วยเห็นว่าเป็นสิ่งที่

ถูกต้องและเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม อันเป็นลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งให้อำนาจบิดามารดาที่จะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุตรได้โดยไม่มีคามผิด ซึ่งต่อมาก็ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อรับรองอำนาจกระทำได้ของบิดามารดา รวมไปถึงผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ด้วย เพื่อตอบสนองกับเจตนารมณ์และภารกิจของรัฐที่จะต้องส่งเสริมให้ผู้เยาว์ได้รับการอบรมสั่งสอนและเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีคุณภาพและไม่สร้างภาระหรือปัญหากับสังคมในอนาคต อำนาจกระทำได้ของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ จึงถือเป็นกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองอำนาจในการกระทำอันมีลักษณะเป็นการลงโทษ และมีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจในการลงโทษด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก แต่ทั้งนี้ การดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามสมควรและเพื่ออบรมสั่งสอนเด็กเท่านั้น หากทำโทษผู้เยาว์เกินสมควร จนเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บ ย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก โดยไม่อาจกล่าวอ้างว่าการทำโทษนั้นเป็นเหตุที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้

2) ผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริงทำโทษผู้เยาว์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนนั้น หากพิจารณาตามจารีตประเพณีที่มีมาแล้ว สถาบันครอบครัวถือได้ว่าเป็นผู้รับผิดชอบหลักในการอบรมสั่งสอนผู้เยาว์ให้มีความรู้ความสามารถในด้านต่าง ๆ รวมไปถึงการดำรงตนในสังคมส่วนรวม ดังนั้น ตามจารีตประเพณีแล้วการลงโทษบุตรผู้เยาว์เพื่ออบรมสั่งสอนนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของบิดาหรือมารดาเลี้ยง หรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริงด้วย ทั้งยังถือว่าบุคคลเหล่านี้ได้รับมอบอำนาจในการอบรมดูแลจากบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติรับรองอำนาจกระทำได้ในส่วนนี้ ดังนั้น หากมีการลงโทษผู้เยาว์ตามสมควร โดยบุคคลในครอบครัวซึ่งเป็นผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริง ที่ได้กระทำการลงโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย จะถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดอาญา เพราะเป็นกรณีที่มีกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ แต่หากบุคคลในครอบครัวที่ผู้อบรมเลี้ยงดูผู้เยาว์ตามความเป็นจริงทำโทษผู้เยาว์เกินสมควร จนเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บ ย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก โดยไม่อาจกล่าวอ้างว่าการทำโทษนั้นเป็นเหตุที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้

3) การที่ครูอาจารย์ทำโทษศิษย์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนนั้น เป็นเรื่องที่มีจารีตประเพณีรองรับมาแต่สมัยโบราณว่าเป็นเรื่องที่มีอำนาจกระทำได้ อันทำให้ครูอาจารย์ไม่มีความผิดทางอาญา ซึ่งแม้เรื่องดังกล่าวจะมีได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ก็ปรากฏมีคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยหลายกรณีที่ยอมรับเรื่องดังกล่าวโดยวินิจฉัยว่า การทำโทษเด็กตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนถือเป็นอำนาจที่กระทำ แต่ในปัจจุบันได้มีบทบัญญัติของ

กฎหมายห้ามทำการลงโทษศิษย์โดยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย จึงถือได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจทำโทษศิษย์ด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายได้สิ้นสุดลงโดยผลของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้บัญญัติขึ้นแตกต่างจากกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิมแล้ว อำนาจกระทำได้ของครูอาจารย์จึงเหลือเพียงการลงโทษด้วยวิธีการอื่นใดที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น การตัดคะแนนความประพฤติ การงดสิทธิพิเศษต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น

จากการศึกษาชี้ให้เห็นว่า การที่กฎหมายอาญาเปิดช่องให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยได้นั้นเป็นเพราะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือเหตุยกเว้นความผิดนั้น ประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมได้ทั้งหมด กฎหมายอาญาในส่วนเหตุยกเว้นความผิดนี้จึงต้องมีลักษณะที่เปิดกว้าง โดยอาจปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา หรือตามกฎหมายอื่น และสามารถปรากฏตัวอยู่ในรูปของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายจารีตประเพณีได้ ซึ่งการยอมรับให้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้นก็เพื่อเป็นการผ่อนคลายความแข็งแกร่งของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร เพื่อเสริมสร้างความสมบูรณ์ให้กับกฎหมายอาญา ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีจึงยังคงความสำคัญและจำเป็นต้องอยู่คู่เคียงกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่อไป แต่การพิจารณาที่จะหยิบยกกฎหมายจารีตประเพณีที่เหมาะสมกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้นพิสูจน์ถึงความมีอยู่และนำมาใช้บังคับกับกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงนั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการพิจารณาที่ชัดเจน แน่นนอน เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีในแต่ละเรื่องอาจมีการเปลี่ยนแปลงในแต่ละช่วงเวลาหรือในแต่ละสถานที่ที่แตกต่างกัน ซึ่งเงื่อนไขการพิจารณาดังกล่าว มี 3 ประการ คือ

1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับบุคคล กล่าวคือ การพิจารณาว่ากฎหมายจารีตประเพณีใดจะนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้นั้น กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวจะต้องเป็นที่ยอมรับของคนในสังคมนั้น ๆ ว่าเป็นสิ่งที่ทุกคนถือปฏิบัติกันอย่างเต็มใจ ปราศจากการขู่เข็ญบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม และเป็นสิ่งที่คนทุกคนยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง จึงได้ถือปฏิบัติตามกันเช่นนั้น

2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับพื้นที่ กล่าวคือ การพิจารณาว่ากฎหมายจารีตประเพณีใดจะนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้นั้น กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวจะต้องมีความแน่นอน โดยเป็นที่ถือปฏิบัติตามนั้นในทุกพื้นที่ภายใต้อำนาจอรัฐนั้น ๆ อย่างเสมอกัน

3) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การพิจารณาว่ากฎหมายจารีตประเพณีใดจะนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้นั้น กฎหมายจารีตประเพณีดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายอื่นใดที่ใช้บังคับอยู่ในช่วงระยะเวลาและพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจอรัฐนั้น ๆ

5.2 ข้อเสนอแนะ

การยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน นั้น ถือเป็นตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายจารีตประเพณีมีการเปลี่ยนแปลงในแต่ละช่วงเวลาหรือในแต่ละสถานที่ที่แตกต่างกัน ดังนั้น ในการหยิบยกกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิด จึงต้องพิจารณาถึงความดำรงอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ๆ เป็นสำคัญ ดังเช่นกรณีการที่บิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้อบรมดูแลตามความเป็นจริง ลงโทษบุตรตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน เป็นกรณีที่ยังถือว่ามิใช่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจในการลงโทษด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก แต่กรณีของครูอาจารย์ลงโทษศิษย์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนด้วยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของศิษย์ ไม่สามารถกระทำได้แล้ว เนื่องจากปัจจุบันได้มีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามทำการลงโทษศิษย์โดยวิธีการที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย จึงถือได้ว่ากฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจได้สิ้นสุดลงโดยผลของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้บัญญัติขึ้นแตกต่างจากกฎหมายจารีตประเพณีที่มีอยู่เดิม

ในส่วนการพิจารณาเหตุยกเว้นความผิดของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือผู้อบรมดูแลตามความเป็นจริง หรือครูอาจารย์ ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน นั้น ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า จะต้องพิจารณาขอบเขตและความเหมาะสมของการลงโทษที่อยู่ในกรอบของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจกระทำได้ด้วย มิใช่จะกล่าวอ้างว่าเป็นการลงโทษเพื่ออบรมสั่งสอนแล้ว ไม่ต้องรับผิดชอบได้อย่างตามอำเภอใจ ซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนวทางการพิจารณาขอบเขตและความเหมาะสมของการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอนที่อยู่ในกรอบของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจกระทำได้ ดังต่อไปนี้

1) ความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ

การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน อาจจำแนกความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำได้เป็น 3 กรณี คือ

(1) กรณีที่ผู้กระทำเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือผู้ปกครองผู้เยาว์ที่ศาลแต่งตั้ง กระทำต่อบุตรผู้เยาว์ของตน หรือผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง เช่น บุตรบุญธรรม เป็นต้น

(2) กรณีที่ผู้กระทำเป็นบุคคลที่หน้าที่อบรมดูแลบุตรผู้เยาว์ตามความเป็นจริง ซึ่งมีได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น บิดาตามความเป็นจริง ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา บิดาหรือมารดาเลี้ยง กระทำต่อบุตรผู้เยาว์ที่อยู่ในความดูแลของตน ซึ่งบุคคลเหล่านี้ถือว่าเป็นผู้ที่

อยู่ใกล้ชิดและมีส่วนร่วมในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ จึงจำเป็นต้องมีการรับรองอำนาจในการอบรมสั่งสอนบุตรผู้เยาว์ได้

(3) กรณีที่ผู้กระทำให้เป็นครูอาจารย์ กระทำต่อศิษย์ในความดูแลของตน ทั้งในขณะที่อยู่ที่โรงเรียนหรือสถานศึกษา และในเวลาอื่นใดที่อยู่ในห่วงความดูแลของครูอาจารย์ได้ เช่น ระหว่างเดินทางไป-กลับบ้านพักกับโรงเรียน เป็นต้น

2) ลักษณะของการกระทำ

การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน อาจทำได้ใน 2 ลักษณะ คือ

(1) การลงโทษที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก เช่น การตี การหยิก เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็ก เช่น การตีด้วยมือที่ไม่แรงถึงขนาดเกิดรอยที่เนื้อตัวร่างกายของเด็ก และไม่มีลักษณะเป็นการกระทำอันทารุณโหดร้ายต่อเด็ก โดยพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในภาวะเช่นนั้น

(2) การลงโทษด้วยวิธีการอื่นใดที่ไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก ซึ่งอาจเป็นการออกคำสั่งให้เด็กกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ขัดต่อความประสงค์ของเด็กในขณะนั้น เช่น การกักบริเวณ การห้ามดูโทรทัศน์ เป็นต้น และการกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ถึงขนาดเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของเด็กด้วย เช่น การกักบริเวณในพื้นที่ที่มีแสงสว่างและอากาศเพียงพอ เป็นต้น

3) มูลเหตุจูงใจในการกระทำ

การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน นั้น ต้องกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ “อบรมสั่งสอน” เท่านั้น ซึ่งการอบรมสั่งสอน ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้ “อบรม” หมายถึง แนะนำพร่ำสอนให้ซึมซาบเข้าไปจนคิดเป็นนิสัย , แนะนำชี้แจงให้เข้าใจในเรื่องที่ต้องการ, ขัดเกลานิสัย ส่วนคำว่า “สั่งสอน” หมายถึง ชี้แจงให้เข้าใจและบอกให้ทำ ดังนั้น การอบรมสั่งสอน จึงมีความหมายถึงการแนะนำหรือชี้แจงให้เด็กกระทำการในสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสม ด้วยมุ่งหมายให้เด็กจดจำและกระทำการนั้น ๆ จนเป็นนิสัย ซึ่งการอบรมสั่งสอนดังกล่าว จะต้องมุ่งหมายให้เด็กประพฤติปฏิบัติดี กระทำในสิ่งที่ถูกต้อง

4) ความจำเป็นและความได้สัดส่วนของการกระทำ

การลงโทษต้องกระทำเท่าที่ “จำเป็น” กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องพิจารณาเลือกใช้วิธีการลงโทษเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอบรมสั่งสอนเด็ก และวิธีการที่เลือกใช้ นั้นจะต้องเป็นวิธีการที่เหมาะสมกับเด็ก เมื่อพิจารณาจากสภาพทางกาย อายุ เพศ และพฤติการณ์ความร้ายแรงของการกระทำที่มุ่งอบรมสั่งสอน เพื่อให้เด็กเกิดสำนึกแยกแยะในเรื่องความผิดถูก สำนึกและแก้ไขความผิดพลาด เพื่อให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพ

จากการพิจารณาขอบเขตและความเหมาะสมของการลงโทษบุคคลตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอนที่อยู่ในกรอบของกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้อำนาจกระทำได้ จะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะถือว่าเป็น “การลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน” จะต้องมิลักษณะที่อยู่ในขอบเขตเงื่อนไขดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงจะถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้ในการลงโทษครั้งนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้กฎหมายจารีตประเพณีเกิดความเหมาะสมกับสภาพที่เป็นอยู่จริง รวมทั้งเป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับความรู้สึกร่วมของประชาชนที่ร่วมอยู่ในสังคม ในประการที่จะอำนวยความยุติธรรมให้กับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย และสังคมส่วนรวมอย่างแท้จริง



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- กิตติศักดิ์ ประกิต. (2537). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์และคอมมอนล่อว์*. *สุลพาท*, 41 (1), 50-74.
- เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: จีระรัชการพิมพ์.
- คณิต ณ นคร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2553). *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2553). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศภัทัย. (2529). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา.
- จิตติ ดิงศภัทัย. (2521). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ภาค 1 ตอนที่ 2)*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- จิตรกร ตั้งเกษมสุข. (2525). *ความเป็นมาของการศึกษาไทย*. กรุงเทพฯ : เคล็ดไทย.
- ชานนท์ ศรีสาตร์. (2545). *เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2526). *ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำความผิดทำได้อำนาจทำได้* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คุณหญิง หัสติละเมียร. (2531). *ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบในทางอาญาตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2547). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2542). *ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา. วารสารนิติศาสตร์(มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)*. 29, 4, 634-651.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2553). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

ชนาคร วันมหาชัย. (ม.ป.ป.). *โครงสร้างความคิดของบุคคลทางอาญา*. สืบค้น 3 กุมภาพันธ์ 2555, จาก <http://www.laslaws.com/index.php?lay=show&ac=article&Id=538723456&Ntype=2>

ชนาคร วันมหาชัย. (ม.ป.ป.). *หลักการใช้กฎหมายอาญาไม่ย้อนหลัง*. สืบค้น 28 กุมภาพันธ์ 2555, จาก <http://www.laslaws.com/index.php?lay=show&ac=article&Id=538722841&Ntype=2>

บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์. (2531). *การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประธาน วัฒนวาณิช. (2525). แนวความคิดในการลงโทษ : การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา. *วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)*, 12, 2. 4–8.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2525). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ไพจิตร บุญญพันธ์. (2516). ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย. *ศุลพาห* 20, 1, 18–58.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. (2551). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รัฐบาลสวีเดนและองค์การช่วยเหลือเด็กแห่งสวีเดน. *ไม่มีวันใช้ความรุนแรง – สามสิบปีหลังจากการห้ามการลงโทษเด็กในสวีเดน*. สืบค้น 23 ธันวาคม 2557, จาก

http://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/2761_0.pdf.

วิจิตร ลุตติยานนท์. (2507). *คำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1)* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

วิศิษฐ์ ลิ้มานนท์. (2510). คุรุติเด็ก. *ศุลพาห*. 14, 3, 34–45.

วิชญ์ เครื่องงาม. (2517). ความยินยอม-การยอมตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา. *วารสารกฎหมาย*, 154–166.

ศศิธร สังขมงคล. (2552). *ความสำคัญผิดในเหตุที่กฎหมายให้อภัย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สง่า ลีนะสมิต. (2531). *กฎหมายอาญา 1* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สถาบันวิจัยประชากรและสังคม, มหาวิทยาลัยมหิดล. *เด็กไทยผจญภัย “หลังมือและลำแข้ง”*.

(รายงานสุขภาพคนไทย พ.ศ. 2552) สืบค้น 22 เมษายน 2555, จาก

http://www.hiso.or.th/health/data/file/tonkit17/Pages10_13_child.pdf

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2539). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา.
กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). นิตินัยกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2542). หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2544). หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

หยุด แสงอุทัย. (2516). คำสอนชั้นปริญญาตรีคณะนิติศาสตร์ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป
(พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2548). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ :
ประกายพริก

หยุด แสงอุทัย. (2551). กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

อังกริยา ชูตินันท์. (2556). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ :
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

อังกริยา ชูตินันท์. (2557). อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

อุกฤษ มงคลนาวิน. (2513). ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

โอฬาร กุลวิจิตร, อมรพจน์ กุลวิจิตร. (2552). เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ
เหตุรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษ. กรุงเทพฯ : ปณรัชช,

ภาษาต่างประเทศ

Corporal punishment. Retrieved Dec 27, 2013, from http://encyclopedia.jrank.org/COR_CRE/CORPORAL_PUNISHMENT.html

Dworkin, Gerald. (1994). *Morality harm and the law*. Boulder : Westview.

Leopard, Brian D. (2010). *Customary international law : a new theory with practical applications*.
New York, NY : Cambridge University Press.

Molan, Michael. (2001). *Sourcebook on criminal law*. London : Cavendish Publishing.

- Nhat Thanh Phan. (2011). *Recognising customary law in Vietnam: legal pluralism and human rights* (Doctoral dissertation, University of Wollongong). Retrieved Sep 2, 2013, from <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=4457&context=theses>
- Nurul Nasihin Ariffin. (2013). *Malaysian Legal System*. Retrieved Sep 2, 2013, from <http://www.slideshare.net/kpmbp/malaysian-legal-system>.
- The Family Law Reform Act 1969*. Retrieved Jan 22, 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46/contents>.
- The Penal Code and Subsidiary Legislation*. Retrieved Jan 22, 2014, from http://agc.gov.ms/wp-content/uploads/2010/02/penal_code.pdf.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นางสาวพรภัทรา ตันตยานนท์

ประวัติการศึกษา

ปีการศึกษา 2551 นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2)

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2552 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 62

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นิติกรปฏิบัติการ สำนักผู้ตรวจราชการกระทรวงยุติธรรม

สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม