

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อมีบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาขึ้น การพิจารณาความผิดของบุคคลดังกล่าวต้องเริ่มจากการพิจารณาว่า การกระทำที่ถูกกล่าวหาขึ้นเป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดและต้องรับโทษหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาไปตามโครงสร้างความผิดอาญา อันเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นระบบและเป็นเหตุเป็นผลในทางกฎหมายอันไม่อาจโต้แย้งได้ ทำให้การพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดที่สมควรได้รับโทษหรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งนักนิติศาสตร์ไทยได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้หลายแนวทาง โดยอาศัยพื้นฐานจากทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในทฤษฎีกฎหมายเยอรมันและทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส รวมไปถึงได้มีการอธิบายโดยการนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยอีกด้วย

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

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

ก็มีได้หมายความว่าผู้หนึ่งจะต้องรับโทษเสมอไป เพราะการจะลงโทษผู้กระทำความผิดหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำไปโดยมี “ความชั่ว” หรือไม่ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาทางอรรถวิสัย จากการตัดสินใจในการกระทำนั้นของผู้กระทำในขณะนั้นว่าเขาเป็นผู้ที่มีความรู้สึกผิดชอบ หรือรู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูก และเป็นผู้ที่มีสติ ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย² โดยไม่ได้พิจารณาตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจกชน แต่พิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิดนั้น และต้องพิจารณาต่อไปว่าสังคมจะตำหนิได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด ซึ่งหากผู้กระทำไม่มีความสามารถรู้สึกผิดชอบ 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 ของบุคคลย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อน แล้วจึงบังคับร่างกายให้ปฏิบัติตามจิตใจนั้น 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 ซึ่งถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือที่เรียกว่า “เหตุยกเว้นความผิด” ซึ่งได้ลบล้างองค์ประกอบด้านกฎหมายของความผิดอาญาไปเลย และถือว่าเป็นเหตุในลักษณะคดี และเหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ ซึ่งเป็นการพิจารณาที่ตัวบุคคลโดยเฉพาะได้แก่ ความวิกลจริต การถูกบังคับ และความสำคัญผิด การกระทำของเด็ก การลัทธิระหว่างสามีภริยา ซึ่งมีผลเฉพาะตัวผู้กระทำผิด 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 การกระทำผิดโดยจำเป็น การกระทำผิดตามคำสั่งที่มิชอบ ด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน การกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาจะเป็นไป ตามพื้นฐานทฤษฎีกฎหมายใด การพิจารณาว่าผู้กระทำจะมีความผิดอันจะต้องรับ โทษทางอาญา หรือไม่ ล้วนแล้วแต่ต้องมีการพิจารณาถึง “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ทั้งสิ้น

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

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

หากพิจารณาถึงความหมายของ “เหตุที่ผู้กระทำให้อำนาจกระทำได้” ที่ปรากฏในโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาอาจให้ความหมายได้ว่า เป็นเหตุที่ทำให้บุคคลที่ได้กระทำการบงคับประกอบความผิดตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา ไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากมีเหตุที่ทำให้บุคคลนั้นกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งเหตุดังกล่าวอาจมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจกระทำไว้ หรืออาจเป็นเหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำไว้ ทั้งนี้รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น เรื่องความยินยอมของผู้เสียหายด้วย และในกรณีที่บุคคลมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำให้อำนาจทำได้แล้ว จะต้องถือว่าบุคคลนั้นไม่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างใดเลย ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำให้อำนาจกระทำได้นี้ 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 ซึ่งแม้จะเป็นข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทก็ไม่มี ความผิดฐานหมิ่นประมาท เหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการตัดรากไม้หรือกิ่งไม้รุกค้ำในที่ของตน (มาตรา 1347) การทำลายทรัพย์สินเพื่อบำบัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะ โดยฉุกเฉิน (มาตรา 450) หรือการใช้อำนาจปกครองท่าโทษบุตรตามสมควร (มาตรา 1567) เหตุในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรื่องการให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีค้นสถานที่ใด ๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา (มาตรา 278) หรือเหตุในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรื่องการให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับกุมบุคคล (มาตรา 78) เป็นต้น และอีกประเภทหนึ่งคือ เหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณี เช่น การที่ครูอาจารย์ทำโทษศิษย์ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ไม่เป็นความผิดอาญา⁷ การเล่นกีฬา 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

ปฏิบัติตามโดยไม่มีครบบังคับ 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” แก่ผู้กระทำความผิดนั้น จะนำมาใช้เพื่อกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดหรือเพื่อยกโทษให้สูงขึ้นไม่ได้ ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีจึงสามารถนำมาใช้ในระบอบกฎหมายอาญาของไทยได้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้ เนื่องจากเป็นการใช้ในลักษณะที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะความเป็น “พลวัต” ของกฎหมายจารีตประเพณี ที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้และไม่ปรากฏเป็นกฎเกณฑ์ที่แน่นอนอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงก่อให้เกิดปัญหาในแง่ของการยอมรับความมีอยู่ของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ๆ ที่จะนำมาใช้บังคับในฐานะเหตุที่ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้ ซึ่งจำเป็นต้องมีความชัดเจนในระดับที่เป็นที่ยอมรับได้ของทั้งผู้กระทำ ผู้ได้รับความเสียหาย และสังคมโดยรวมด้วย มิฉะนั้นแล้วการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมในสังคมได้ ดังเช่นกรณีเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน ปัจจุบันพบว่ายังเป็นที่ถกเถียงโต้แย้งกันของคนในสังคม เกี่ยวกับขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในอำนาจกระทำได้ของบิดามารดา 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 เป็นที่ยอมรับและสอดคล้องกับความรู้สึกร่วมของประชาชนที่ร่วมอยู่ในสังคม และสามารถอำนวยความสะดวก ให้ความยุติธรรมให้กับสังคมได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงบ่อเกิดของกฎหมายอาญา แนวคิดพื้นฐานในการวินิจฉัยความผิดอาญา ระบบ กฎหมายและ โครงสร้างความคิดอาญา ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญาและ กฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อันเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำ ไม่มีผิด

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดจากการขาดบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในการ กำหนดขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในฐานะเหตุที่ ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคล ตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน เพื่อนำมาใช้ในระบบกฎหมายอาญาของไทยกับของต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาถึงแนวทางในการกำหนดขอบเขตและเหตุที่เหมาะสมในการยอมรับและการใช้ กฎหมายจารีตประเพณีในการลงโทษบุคคลเพื่ออบรมสั่งสอน เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย และเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคมส่วนรวมโดยปราศจากข้อโต้แย้ง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลนั้น ต้องพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ โครงสร้างความคิดทางอาญาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ 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 ในประการที่จะอำนวยความสะดวกให้กับผู้กระทำผิด ผู้เสียหาย และสังคมส่วนรวมอย่างแท้จริง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

เป็นการศึกษาถึงโครงสร้างความคิดอาญาและแนวคิดในการวินิจฉัยความคิดอาญาทั้งในระบบประมวลกฎหมายและระบบจารีตประเพณี รวมถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาเหตุยกเว้นความรับผิดชอบ หรือที่เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” โดยมุ่งศึกษาในส่วนของ การยอมรับและการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในระบบกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควรเพื่ออบรมสั่งสอน

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